

## 7 新しいタイプの商標に関する調査研究

我が国企業の商取引の国際展開が急速に進展している状況において、各国における商標制度の実体的調和はますます重要な位置を占めるようになってきている。しかしながら、音、香り、動きなどの新しいタイプの商標については、我が国は保護対象としていないが、米国をはじめ、イギリス、ドイツ、フランス、OHIMなどEU諸国、オーストラリアにおいて既に保護対象となっている。こうしたことから、本調査研究では、我が国における新しいタイプの商標の商標法上の保護の在り方について、ニーズ、国際状況、我が国で保護対象とする場合の法的課題等を中心に検討を行った。すなわち、新しいタイプの商標を保護対象とする国が増えつつある中、マドリッド制度への対応などの国際的調和の観点及びタイプ別に見たニーズや諸外国での出願・登録状況などを考慮しつつ、我が国としても保護すべき新しいタイプの商標の在り方を分析しまとめた。

### I. 課題の背景と内容

(1) 企業活動の進展に伴い、自己の商品・サービスを他者のそれから差別化する手法はますます多様化している。このような状況の下、自己の商品・サービスであることを示す標識について、従来の文字・図形から構成される伝統的なものから、テレビ・ラジオ広告等において使用される特徴的な音など、新しいタイプのものが使用されている実態が見受けられる。

(2) 新しいタイプの商標（以下、「新商標」）は、欧米等主要な諸外国では商標法上の保護の対象となっており、このほかアジア太平洋地域においても新商標を保護対象とする国は増えつつあるが、我が国においては現在のところ保護

の対象となっていない。

(3) こうしたことから、我が国における新商標の商標法上の保護の在り方について、ニーズ、国際状況、我が国で保護対象とする場合の法的課題等を中心に検討を行った。

(4) なお、この報告書において調査対象とした「新商標」は、「動き」、「ホログラム」、「色彩のみ」、「位置」、「トレードドレス」、「音」、「香り」、「味」、「触覚」である。これらのうち視認し得るタイプは「動き」、「ホログラム」、「色彩のみ」、「位置」、「トレードドレス」。視認できないタイプは「音」、「香り」、「味」、「触覚」。

#### 《参考1》主要国の保護状況（すべてのタイプが保護対象=○）

米国	OHIM	英国	仏国	独国	豪州	韓国	台湾	中国
○	○	○	○	○	○	視認し得るもの*1	音、色彩のみ*2	△*3

\*1 色彩、動き、ホログラム等の商標。2007年7月より保護開始。現在、すべてのタイプの商標を保護対象とする法改正を予定。

\*2 すべてのタイプの商標を保護対象とするよう法改正検討中。

\*3 すべてのタイプの商標を保護対象とするよう法改正検討中。現在の保護対象は我が国と同様。

#### 《参考2》新商標の保護国数\*4

音（音楽的）	音（非音楽的）	香り	味	触覚	単色	ホログラム	動き
38	28	20	1	1	45	32	21

\*4 WIPO調査による（SCT/16/2 2006年9月公表）。「以下の標識は、法令又は官庁の運用に基づき登録され得るか」の質問に対し、YESと回答した国の数をカウントした。

## II. 調査研究方法

(7)専門的な知見を有する学識経験者、産業界有識者等から構成される調査研究委員会の開催(計7回)、(イ)新商標に対するニーズ等を把握するためのアンケート・ヒアリング調査の実施、(ウ)諸外国における新商標の使用事例、各国制度などについての調査、整理、分析、(エ)国内外での文献、判例などの収集・整理を行った。

## III. 我が国で新商標を保護対象とする場合の法制度上の問題点等

主な意見は以下のとおり。

### (1)いずれのタイプの新商標が保護対象となり得るか

- ① 商標権は商品・役務について排他的に使用を独占する権利。よって商標の明確な特定が重要。
- ② 次の(7)～(ウ)が容易である商標は、商標の特定も比較的明確になされると考えられる。(7)商標の願書への記載、(イ)願書への記載が不可能であれば商標そのものの提出(例:ガラスの割れる音が録音されたCDの提出)、(ウ)特許庁における商標の長期保存(例:「香り」自体は保存不可能)、(エ)記載された商標又は商標そのものの公開、(オ)登録された商標に対する第三者のアクセス。
- ③ 「動く商標」「ホログラム商標」のような視認し得る商標と、「音の商標」は、②の(7)～(ウ)の要件を比較的満たし易い。「香り」「味」「触覚」については特許庁における商標の長期保存が技術的に困難であること、インターネットによる公開も困難で第三者がいかなる権利であるか把握することが容易でないこと等から、引き続き検討が必要。
- ④ 商標が明確に特定されないものを保護から除外する方法として、(7)タイプにかかわらずすべて保護対象とし「商標」又は「登録」の要件に「商標が明確に特定されること」を盛り込む、(イ)商標が明確に特定され易いタイプを個別にピックアップし、保護対象とする(例:「標章」の定義に加える。)がある。

### (2)機能的商標

新商標についても機能を確保するに不可欠なもの(機能的商標)は登録を阻却する考えがある。一方、機能的商標は、識別力がないものとして拒絶すれば十分とも考えられる。

### (3)他の権利(著作権、意匠権等)との調整

保護期間が満了する著作権等の対象と同等のものに商標権を付与することによって、実質的に著作権等の保護期間を延長してしまうこと、他人の著作権等と抵触する商標が不登録事由になっていないことについて問題があるとも考えられる一方で、他人の著作権等との関係については、現在と同様に商標法第29条によって整理できるとも考えられる。また、当該疑問は新商標のみに関する課題としてではなく、商標全体の課題としてとらえるべきとも考えられる。

### (4)商標法への影響

法改正が必要と思われる主な項目は、(7)商標の定義、(イ)使用の定義(例:音声的使用)、(ウ)登録商標の権利範囲等。

### (5)その他の視点

- ① 不正競争防止法との整理が必要。商標法で保護すれば予見可能性、権利の安定性といった面で不競法より優れている面もある。また、水際措置、マドリッド協定議定書による対応も可。
- ② 願書に記載された商標(又はCD等により提出された商標)の商標が不明確な場合に、出願人に商標の説明を求めることが考えられるところ、この「商標の説明」の位置付けについて更に検討が必要(例:権利範囲・出願日への影響、補正の可否)。
- ③ マドリッド協定議定書及び商標法条約等の条約との整合性についても留意する必要がある。

### (6)商標の類否判断

商標の類否判断にあつては、商標の観察方法も含め、基本的に現在と同様の判断手法でよい。ただし、新商標は、視覚的に認識し得ない商標など現在にはないタイプの商標であることから、現行法上保護対象となっている商標の類否判断の際に用いられている「外観」「称呼」「観念」の三

つの判断要素のみならず、例えば「音の商標」については「音」の特性を考慮した「聞こえ方」などの判断要素を加えた上で、需要者が商標に接した際の印象や連想等を総合して商品・役務の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるかどうかを判断することも考えられる。また、経時的変化を特徴とする「動く商標」「音の商標」は、時間的な部分を取り出して判断を行うことについても要検討。

#### (7) タイプ別に出された主な意見

- ① 様々な商標が現れる可能性のある「動く商標」「ホログラム商標」について一商標一出願の原則の整理が必要。
- ② 漠然としたイメージを保護対象とする「トレードドレス」は権利範囲の特定が困難であり、不正競争防止法による保護で十分。
- ③ 識別力のある歌詞付きの音楽など、識別力のある言葉と音が組み合わせられた「音の商標」については、原則として識別力がないとする考えがある一方で、ユニークな音であって特色があれば「音」のみでも識別力はあるとも考えられる。
- ④ 「香り」、「味」、「触覚」の商標については、海外においても登録例が少なく、そもそも商標として機能するのか（消費者が商標として認識するか）疑問。

### IV. ニーズ(国内企業アンケート及びヒアリング)

- ① 新商標のうちいずれかを使用している企業の割合は60%、ニーズ(いずれかの新商標の保護を希望する企業)は82%。
- ② タイプ別のニーズは「音の商標」63%、「位置商標」60%、「ホログラム商標」58%、「動く商標」55%、「色彩のみの商標」42%、「香りの商標」25%、「味・触覚の商標」20%。
- ③ 新商標全般について、権利保護、事業の安定的実施などの観点から、権利化による保護に対して肯定的な意見が示された。一方、新商標の導入による新たな権利取得の負担、監視負担、他人が権利化することへの懸念もあった。

### V. 海外調査結果(主なもの)

- 米は他人の商品・サービスと区別ができる標識はどのようなタイプであっても保護対象とするが、OHIM・英国・ドイツ・フランス・豪州はこれに加えて「標章が写実的に表現できること」も要件となる。
- 機能的商標については、各国とも登録を認めないこととしている模様。
- 著作権等との調整については、特段の調整を図らない米、豪州、台湾、先行著作権と抵触する場合には登録が無効となるOHIM、ドイツ、拒絶理由として規定される英国、フランス、我が国同様の調整規定のある韓国がある。
- 類否判断について、新商標だからといって特段に従来の商標と異なる判断基準を採用している国は見受けられない。
- 「色彩のみの商標」について、米国、豪州は本来的に識別力がないものと考えられており、識別力を獲得した旨証明する必要がある。OHIM、英国、フランス、ドイツも基本的に同様。
- 「色彩のみの商標」の特定については、米国では色彩名、色彩の主張、色彩の使用態様を記載する必要がある。OHIM等ヨーロッパでは色彩の表示に、国際的に認められている色彩のコードが必要である模様。
- 「香りの商標」について、米国では本来的に識別力がなく使用による識別性を獲得した旨証明する必要がある。
- 「香りの商標」の表現について、米国・豪州では標章の説明によって行うこととなっているが、OHIM等ヨーロッパでは、過去には登録例があったものの、言葉による表現や化学式等では香りを明確に表現できないとする判例を踏まえ、現在では、香りを写実的に表現して商標として登録することはほぼ不可能と思われる。

### VI. まとめ

新商標を保護対象とする国が増えつつある中、マドリッド制度への対応などの国際的調和の観点及びタイプ別に見たニーズや諸外国での出願・登録状況などを考慮しつつ、我が国としても保護すべき新商標の在り方を考える必要がある。さらに、新商標の権利範囲の明確な特定可能性が必

須であることから考えると、「動き」「ホログラム」のような視認可能商標と「音」の商標については、比較的ニーズや登録事例もあることに加え、権利範囲の特定に関し技術的に対応が可能と認められること、これに対し、「香り」「味」「触覚」の新商標については、ニーズや登録事例が少ないことに加え、なお解決されるべき技術的課題が少なくないことも認識する必要がある。

(担当：主任研究員 守法光裕)