

音楽的要素のみからなる音商標の識別力について

——提出された証拠に着目して——

藤 本 一*

抄 録 新しいタイプの商標の登録が認められるようになって以降、音商標は、すでに220件が登録されている（本稿執筆（平成30(2018)年3月29日）現在）。しかしながら、音楽的要素のみからなる商標の登録例は、ごく少数に止まる。音楽的要素のみからなる商標は、原則として識別力を欠き、使用による識別力の獲得を主張・立証しなければ登録できない、とされているためである。本稿では、登録された3件の音楽的要素のみからなる商標の審査で提出された証拠について検討する。個別具体的な審査事例の検討であるから、一般論を導くことは困難ではあるが、特許庁による審査・登録の運用の現況を確認する手がかりとなれば、幸いである。

目 次

1. はじめに
2. 対象商標とその出願経緯
 2. 1 案件①
 2. 2 案件②
 2. 3 案件③
 2. 4 小 括
3. 識別力に関する拒絶理由とそれに対する対応
 3. 1 案件①
 3. 2 案件②
 3. 3 案件③
 3. 4 若干の検討
4. おわりに

1. はじめに

我が国では、平成26年商標法改正によって、新しいタイプの商標として、いわゆる「音商標」の登録が認められるようになった。同改正法は、平成27（2015）年4月1日より施行され、同日より、出願受付が開始された¹⁾。本稿執筆（平成30（2018）年3月29日）現在、特許情報プラットフォーム（J-PlatPat）で確認できる音商標の登録は、220件にのぼる。その数は、他の

新しいタイプの商標の登録件数に比べて、際立って多い。

音商標には、言語的要素を含むものと、それを含まないものが存在する。登録された220件の音商標のうち、そのほとんどが言語的要素を含んでいる。言語的要素に識別力があると認められたからであろう。他方で、言語的要素を含まない、音楽的要素のみからなる音商標は、原則として、識別力を欠くとして、拒絶されている。

本稿執筆現在、音楽的要素のみからなる音商標で登録されているのは、特許庁の平成29（2017）年9月26日付けプレスリリース²⁾で登録査定が発表された3件である³⁾。

本稿では、音楽的要素のみからなる音商標の審査実務、特に、使用による識別力の獲得に関する審査実務の現況を確認すべく、登録された上記3件について、特に、その審査過程で提出された証拠に着目し、整理を試みたい⁴⁾。3件の審査事例の検討のみであるから、一般的な理論を展開することは困難であるが⁵⁾、今後、音

* 杉村萬国特許法律事務所 弁理士
Tsuyoshi FUJIMOTO

楽的要素のみからなる商標を出願する際、また、音商標の識別力について議論する際の参考となれば幸いである⁶⁾。

なお、言語的要素を含む音商標でも、当初、当該言語的要素にも識別力がない旨の拒絶理由が通知され、後に登録に至った事例もある（例えば、登録第6012323号）が、事案を異にすることから、本稿における検討の対象とはしない。

2. 対象商標とその出願経緯

本稿で採り上げる登録は、下記2. 1乃至2. 3の3件（出願順。以下、それぞれ「案件①」、「案件②」、「案件③」と称する。）である。本章で言及する指定商品の記載は、登録時のものである。

まず本章では、これらの出願経緯の概要を紹介し、次章（3.）において、提出された証拠を検討する。なお、実際に出願された音商標は、J-PlatPatか、注2）に記載のウェブページに掲載されているURLから聴くことができる。

2. 1 案件①

登録番号：商標登録第5985746号
登録日：平成29（2017）年10月6日
出願番号：商願2015-029809
出願日：平成27（2015）年4月1日
指定商品：第5類 胃腸薬
出願人：大幸薬品株式会社

案件①は、我が国で最初に出願された音商標である。

特許庁は、平成28（2016）年2月5日（起案日）付け拒絶理由通知書で、出願商標が3条1項6号に該当する旨の拒絶理由を通知した。これに対し、出願人は、平成28（2016）年5月12日（受付日）付け意見書を提出した（なお、5月16日（受付日）付け手続補足書で証拠を提出。）。

その後、特許庁は、平成29（2017）年2月9日（起案日）付け物件提出指示書で、出願人に、証拠の追加提出を求めた。これに対し、出願人

は、平成29（2017）年6月27日（受付日）付け物件提出書によって、追加の証拠を提出した。

これらを受け、特許庁は、平成29（2017）年9月25日（起案日）付けで登録査定を行った。

なお、案件①については、平成27（2015）年8月11日付けで、匿名の第三者から、同出願が3条1項6号及び4条1項7号に該当し、拒絶理由を有する、との趣旨の刊行物等提出書が提出されていた。

2. 2 案件②

登録番号：商標登録第5985747号
登録日：平成29（2017）年10月6日
出願番号：商願2015-029981
出願日：平成27（2015）年4月1日
指定商品：第9類 マイクロプロセッサ、ソフトウェアのプログラムが可能なコンピュータ用マイクロプロセッサ
出願人：インテル・コーポレーション

特許庁は、平成27（2015）年12月21日（起案日）付け拒絶理由通知書で、出願商標が3条1項6号に該当する旨、指定商品の記載が6条1項の要件を具備しない旨、出願が5条5項の要件を具備しない旨の、3つの拒絶理由を通知した。これに対し、出願人は、平成28（2016）年7月7日付け意見書を提出した（なお、同日付けで手続補正書を、翌日付け手続補足書で証拠を提出。）。

その後、特許庁は、平成28（2016）年9月12日（起案日）付け物件提出指示書で、出願人に、証拠の補充を求めた。これに対し、出願人は、平成28（2016）年11月28日付け上申書を提出した（同日付け手続補足書で証拠を提出。）。

特許庁は、平成29（2017）年1月13日（起案日）付け通知書で、マイクロプロセッサについては使用による識別力の獲得が認められるが、その他の商品については認められない旨、認定した。これに対し、出願人は、平成29（2017）

年4月13日付け手続補正書によって、審査官の提案通りに、指定商品の記載の補正を行った。

これらを受け、特許庁は、平成29(2017)年9月19日(起案日)付けで登録査定を行った。

2.3 案件③

登録番号：国際登録第1177675号

事後指定日：平成27(2015)年8月18日

指定商品：第12類 Automobiles and parts thereof, included in this class.

出願人：Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft

案件③は、本稿執筆現在、我が国で保護を受けている唯一の、音商標の国際登録である。

特許庁は、平成28(2016)年8月4日(発送日)付け暫定的拒絶の通報で、出願商標が3条1項6号に該当する旨、出願が5条5項の要件を具備しない旨の、2つの拒絶理由を通知した。これに対し、出願人は、平成29(2017)年2月2日付け意見書を提出した(同日付けで、手続補正書と物件提出書(音声ファイル)を提出)。

これを受け、特許庁は、平成29(2017)年9月20日(起案日)付けで登録査定(保護認容声明)を行った。

2.4 小 括

本節では、提出された証拠以外の、下記2点について、指摘しておく。

(1) 出願人による指定商品の補正

案件①乃至③のいずれにおいても、指定商品の減縮補正が行われていた。

案件①については、出願時の指定商品の記載を「薬剤」としていたものの、物件提出指示書において、最初の意見書とともに提出された証拠の内容から、「下痢止め薬剤」への減縮を示唆されていた。その後、審査官面接も経て、「胃腸薬」へと補正された。

案件②については、出願時、指定商品がかなり広めに記載されていた。最初の意見書提出時に、指定商品の記載不備の拒絶理由を解消するための補正が行われたが、その後、特許庁からの通知書において、提出された証拠の内容から、減縮補正が示唆され、それに応じて、上記のような指定商品記載へと補正された。

案件③については、意見書提出時に、出願人から自発的に、減縮補正が行われた。

案件①及び②については、指定商品が、提出された証拠中で、出願商標が実際に使用されていた商品と同一のものに減縮された。他方で、案件③については、「parts thereof, included in this class」との文言が含まれており、証拠の中で出願商標が使用されていた商品(「Automobiles」そのもの)よりも、やや広めであった。「Automobiles」と「parts thereof, included in this class」の関係が非常に密接であると考えられたためであろうか。

指定商品・役務と、出願商標が実際に使用されていた商品・役務との関係については、最近では、特に、知財高判平成25年1月24日判時2177号114頁[あずきバー]以降、議論が盛んであるが、本稿では立ち入らない。知財高判平成19年10月31日裁判所ウェブサイト(平成19年(行ケ)第10050号)[DB9]では、3条2項の適用にあたって、商標を使用していた商品が「Automobiles」であったが、自動車メーカーや取引者・需要者の実態が考慮され、その他の指定商品・役務についても、広くその適用が認められた。

(2) 5条5項

案件②及び③では、出願が5条5項の要件を具備しない旨の拒絶理由が通知されていた。いずれも、音商標の出願に際して提出しなければならない、音声ファイルに関するものであった。

案件③での拒絶理由は、同案件が国際登録の

事後指定であるから、音声ファイルが暫定的拒絶通報の後に提出されることは、当初より想定されていた⁷⁾。

他方で、案件②については、商標見本の譜面が、音声ファイルの内容と一致しないことを理由とするものであった⁸⁾。案件②の出願人は、音声ファイルの制作と収録を行った者による宣誓書を提出することによって、この拒絶理由を解消した。

新しいタイプの商標を出願する際には、「商標ドラフティング」が重要といわれている⁹⁾。また、本稿の検討対象以外の審査事例にも鑑みると、特許庁は、商標見本と音声ファイルの一致・不一致を厳格に判断する傾向にあるようである。

出願人・代理人は、手元にある商標見本と音声ファイルをそのまま提出するのではなく、特に商標見本として譜面を提出する場合には、譜面の読解が可能で、絶対音感のある者とともに、それらの一致・不一致についても、事前に確認する必要があるといえよう。

3. 識別力に関する拒絶理由とそれに対する対応

音楽的要素のみからなる音商標については、原則として、使用による識別力の獲得が認められなければ、登録できないとされている¹⁰⁾。案件①乃至③のいずれにおいても、出願商標が、商品の魅力向上又は広告の演出等に用いられる音の一種として認識される、として、3条1項6号に該当する旨の拒絶理由が通知されていた。

3条1項6号は、3条2項の条文には挙げられていないものの、審査基準上、「使用をされ

た結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるに至っているものについては、本号に該当しないと判断する。」(第1八12)とされており、使用による識別力の獲得を主張・立証することによっても、その拒絶理由の解消が可能である¹¹⁾。

本章では、案件①乃至③の審査において提出された証拠から、音楽的要素のみからなる音商標が識別力を獲得したと認められるためには、どの程度の使用実績とその証拠が必要とされるのか、整理を試みたい。

3. 1 案件 ①

案件①で主張されていた商標の使用期間は、3件の中で最も長い。また、商品の売上・市場シェア、イベントにおけるPR活動に関する証拠等、他の2件と比べて、提出された証拠の種類が豊富である(表1を参照)。

3. 2 案件 ②

案件②の出願人は、世界的な半導体メーカーで、「インテル・インサイド・プログラム」と呼ばれる、特徴的なブランド戦略を採用している。これは、出願人の説明によると、「出願人の“intel inside”やその他の文字商標の使用を、出願人のマイクロプロセッサを搭載したパーソナルコンピュータ等を製造販売するPCメーカーに許諾し、当該商品の広告宣伝活動を出願人が経済的に支援するもの」(意見書p.11)とのことである。なお、表中では、「PR活動」として整理した(表2を参照)。

表1 案件①で提出された証拠

主張の内容		対応する証拠
使用開始	1975年～2014年*	実際に放送されたCM
テレビCM	全国195局での継続的な放送	1983年～1998年： 第三者の証明書・報告書
ラジオCM	全国34局での継続的な放送	2005年～2010年： 放送証明書
テレビ 広告費	1981年度～2000年度： 年間7.5億円～14億円	2001年以降，15年間： 49億3,000万円超
ラジオ 広告費		2001年以降，15年間： 11億4,000万円超
商品 販売 実績	売上 数量	1982年度～2015年度 正露丸・セイロガン糖衣A 販売数量：年間600万～900万
	売上 金額	1982年度～2015年度 正露丸・セイロガン糖衣A 販売金額：年間35億～57億円
	シェア	2000年11月～2016年3月の商品シェア
PR活動	2013年8月～2014年3月： 大規模イベントにおける簡易トイレ**の設置	ウェブ記事，VTR，イベントの規模を 示すウェブサイト
	2013年～現在： 受験生応援キャンペーン動画の展開	自社のニュースリリース，ウェブサ イト，動画
その他	第三者による出願商標に対する認識	新聞記事，テレビ番組，ラジオ番組

*意見書では、1951年の使用開始を主張していたが、自社のニュースリリース以外の証拠がなかったことから、物件提出指示書では、この期間が認定された。

**扉を開けると出願商標の音が出る。

表2 案件②で提出された証拠

主張の内容		対応する主な証拠
使用開始	米国：少なくとも1994年～ 日本：1995年ごろ～	USPTOの登録データ，動画
テレビCM	自社で全国	2011年6月，8月～12月，2013 年3月～8月，11月，12月， 2013年3月～6月分放送確認書
PR 活動	第三者 による 使用	日本電気，パナソニック（松下電器産業），日立製作所， シャープ，三菱電機，東芝，ソニー，富士通，日本IBM， セイコーエプソン，デルコンピュータによるCM
	宣伝 広告費*	2013年：約14億1,200万円（12,839,689米ドル） 2014年：約11億2,900万円（10,268,118米ドル） 2015年：約16億1,700万円（14,700,145米ドル）
その他	サウンドロゴとして紹介されているウェブサイト	ウェブサイト，動画

*「インテル・インサイド・プログラム」による広告提供のために、出願人が負担した費用。1米ドル=110円で筆者計算。

表3 案件③で提出された証拠

主張の内容		対応する証拠
使用開始	2013年6月～	動画、音声の使用開始を指示する社内メール
テレビCM	スポット* 全国	2013年：約17,000回 2014年：約24,000回 2015年：約15,000回
	タイム* 全国	2013年：約300回 2014年：約2,600回 2015年：約2,500回
	製作費	2013年：2億2,000万円 2014年：1億7,000万円 2015年1月～6月：9,300万円
	放送枠 購入費	2013年：15億3,300万円 2014年：14億8,700万円 2015年1月～6月：14億4,700万円
ラジオCM	規模* 全国	2013年：約1,000回 2014年：約2,600回 2015年：約3,500回
	製作費	2013年：100万円 2014年：100万円 2015年1月～6月：100万円
	放送枠 購入費	2013年：2,600万円 2014年：4,800万円 2015年：4,100万円
YouTube	視聴回数*	2013年：約9,300回 2014年：約74,000回 2015年：約141,000回
	放送枠 購入費	2013年：200万円 2014年：100万円 2015年1月～6月：4,500万円

*回数は、出願人によって提出された参考資料から筆者計算。

3.3 案件③

案件③で主張されていた商標の使用期間は、3件の中で最も短い。また、提出された証拠も、各媒体におけるCMの放送回数や製作費、放送枠購入費に関するもののみであって、非常に端的である（表3を参照）。

3.4 若干の検討

案件①乃至③は、いずれも個別の審査事例であるから、その内容が三者三様であるのは当然

であるし、わずか3件の登録事例から一般論を導くことは避けるべきであろう。本稿では、ひとまず、次のような点を指摘することができようか。

(1) CMにおける使用

案件①乃至③のいずれにも共通するのは、出願商標が、主にテレビCMやラジオCM、すなわち、宣伝広告において使用されていた点で、これらが各出願人による主張の中心に位置付けられていた。

1) CMの展開規模

CM放送の地域的範囲は、いずれも、全国規模であった。また、放送にかかる宣伝広告費は、最低でも年間数億円（案件①の2001年以降の宣伝広告費）で、概ね年間10億円以上であった。

使用期間（CMの放送期間）は、登録査定（2017年9月）時点において、最長で案件①の約39年（物件提出指示書で認定された、1975年～2014年の使用）、最短で案件③の約4年であった。案件②では、約22年であった。

2) 「使用商標の独立性」

新しいタイプの商標の出願で、使用による識別力の獲得を立証するための証拠を提出する際に、頻出することが予想される問題の一つとして、証拠中で使用されている出願商標が、独立して自他商品・役務の識別標識として認識されるか否か（以下、単に「使用商標の独立性」と称する。）、という問題がある¹⁹⁾。音商標の場合には、特に、テレビCMを出願商標の使用の証拠として提出する際に問題となる。テレビCMで音商標が使用される際には、通常、企業ロゴ等、出願商標の音以外の要素とあわせて放映されるからである。

商標審査基準第2 6 (2) は、3条2項の適用が認められる例として、「出願商標が使用商標の一部に含まれている場合（使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれている場合）であって、出願商標が独立して自他商品・役務の識別標識として認識するものと認められるとき。」を挙げ、その具体例として、「出願商標が数秒のサウンドロゴであり、使用商標としてCM全体を収録した動画が提出されたが、当該サウンドロゴがCMの最後に流れることにより、需要者に強い印象を与え、独立して自他商品・役務の識別標識として認識される場合」を挙げる。また、商標審査基準第2 6 (3) ③は、3条2項の適用が認められない例として、「使用商標として提出された資料において、出願商標の音

以外の要素（文字、図形、他の音等）を含むことから出願商標の音が独立して自他商品・役務の識別標識として認識されない場合」を挙げる。

「使用商標の独立性」が実際に問題とされたのは、案件①についてのみであった。

案件①の物件提出指示書では、ラジオCMについては、出願商標が他の音と重複することなく、独立して使用されていると認められた。他方で、テレビCMを含む他の証拠における使用態様については、出願商標の音以外の要素（企業名や薬剤のパッケージ等の映像）とともに使用されていることから、出願商標が独立して認識されるまでに至っているか、疑義があるとして、そのような認識に至っていることを示す証拠として、例えば、ラジオCMにおける出願商標の使用を示す証拠の追加提出が求められた。

これに対して、出願人は、物件提出書において、ラジオCMを重視するかのような取扱いは、CMの出稿がテレビやインターネットを中心に行われている現代の広告事情に即していないこと、また、特許庁が音商標の例示として挙げている「テレビCMに使われるサウンドロゴやパソコンの起動音等」の現実の使用実態を指摘した上で、立体商標における裁判例の蓄積に鑑み、テレビCMに出願商標の音以外の視覚的要素が含まれていることをもって、一概に証拠力を否定すべきでない旨、反論していたが、このような主張は、至極妥当なものといえよう。

「使用商標の独立性」が、案件②及び③で特に問題とされなかったことから、特許庁は、証拠として提出されたテレビCMにおいて、出願商標が企業ロゴ等とともに使用されていれば、自動的に、「使用商標の独立性」がない、と判断している訳ではないようである。商標の態様やその使用の規模、需要者による認識等が総合的に勘案されているのであろうと推測される。

ただし、案件①乃至③で見られたような音商標の使用態様とは異なり、使用されている音商

標が他の音と重複しているような場合はもちろん、他の音と連続しているような場合等は別論であろう。

3) アンケート調査について

また、「使用商標の独立性」とも関連して、出願人は、新しいタイプの商標について使用による識別力の獲得を主張・立証する際に、アンケート調査を実施するか、検討を迫られることもあろうが、案件①乃至③のいずれでも、アンケート調査の結果は、証拠としては提出されていない。色彩のみからなる商標についても、アンケート調査結果が証拠として提出された案件とそうでない案件の両方が存在する。

新しいタイプの商標の事案で使用による識別力の獲得を主張・立証するのに、アンケート調査は必須ではない¹³⁾、ということでもあろうが、これは、特許庁が登録する案件を厳選し、明らかに識別力を獲得しているといえる商標のみを登録しているため、とも考えられる¹⁴⁾。今後、事案によっては、アンケート調査が活用される場面がより増えることもあり得よう。

(2) 商品の売上規模・シェア等

案件①については、物件提出指示書において、商品の生産・販売量・市場占有率に関する証拠が提出されていないことから、商標の使用地域が全国的なものであるか否かを判断できない、との指摘がなされ、物件提出書によって、それらの証拠として、売上関係資料の他、商品の名称が周知・著名であることが認められた裁判例が提出された。案件②については、意見書において、シェアが世界第1位であることが主張されていた。

いずれも、商品の売上・市場シェアともに、かなり高い数字で、その商品名等が周知・著名であると認められる域に達していた。

他方で、案件③については、そもそもこの点が問題とされていなかった。なお、前掲 [DB9]

事件では、「Automobiles」の取引分野の実情について、「販売数量が必ずしも多いとはいえない場合であっても、ある商標が取引者、需要者に広く知られることがある」と言及されていた¹⁵⁾。

(3) 小 括

全体的に見て、案件①が、使用による識別力の獲得の立証に、最も苦戦した案件といえよう。

案件①及び②の出願商標は、以前より、サウンドロゴの事例として挙げられることが多かったように思われる。実際、それらの審査では、需要者がサウンドロゴとして認識していたことを示す証拠が提出されていた。しかしながら、案件①の出願人の方が、提出を求められた証拠が多かったように見受けられる¹⁶⁾。

この要因としては、案件②が3秒程度と短い商標であることから（なお、案件③も3秒）、いわゆる「サウンドロゴ」と認識され易い一方、案件①が14秒と比較的長く、「サウンドロゴ」というよりむしろ、「楽曲」（あるいは、それに近いもの）として認識されるおそれが懸念されたことから¹⁷⁾、特許庁が独占適応性の観点から慎重に判断したため、とも考えられるのではなからうか。

また、案件①及び②に比べ、案件③については、CMの放送期間が短く¹⁸⁾、第三者が出願商標をどのように認識しているか、といった点や、商品の売上・市場シェア等について主張されていないにも関わらず、登録に至っている。

マドプロ経由の出願でも、国内の通常出願と同様のハードルを設けて審査・登録されていることを前提とすると、指定商品・役務の分野における取引の実情にもよるであろうが、使用期間が短くとも、一定規模以上でCMが行われてさえいれば登録され得ることの証左とも考えられようか。

4. おわりに

初期に出願された音楽的要素のみからなる音商標は、本稿で挙げた3件以外については拒絶査定となり、その一部については、拒絶査定不服審判が請求されている。この中には、我が国以外では、すでに登録されている音商標も含まれている。特許庁は、音楽的要素のみからなる音商標の識別力について、慎重に審査・登録している。

他方で、立体商標導入当時における、商品形状等の商標の審査・登録で見られたような、実際に使用されている商標に文字・図形要素等が付されていれば、即、3条2項が適用されない、といった、硬直的な運用を行っている訳でもないようである。

音商標については、需要者側の、音が商標として使用されることに対する“慣れ”の問題がある、との指摘がある¹⁹⁾。また、我が国以外での登録例に鑑みると、生来的識別力を有する(したがって、登録時に、使用による識別力の獲得を主張・立証しなくてもよい)音楽的要素のみからなる音商標の存在も否定できない²⁰⁾。立体商標と同様に、今後、特許庁の先例や裁判例が蓄積されることによって、特許庁の運用も次第に変化していくであろう。

また、案件①乃至③はいずれも、広告宣伝時に使用される音に関するもので、商標が使用される場面と商品との間に、やや“距離”が存在する。他方で、近時、「体験価値」や「ユーザーエクスペリエンス」が重視されるようになっている。商品・役務により近い場面で使用される音商標、すなわち、物そのものに組み込まれた音や、サービス提供時に使用される音のみからなる音商標(例えば、パーソナルコンピュータの起動音や、飲食店で使用される音等)の活用も重要になるであろう^{21)、22)}。

知的財産法のうち、「音」や「音楽」を直接、

保護対象としているのは、商標法と著作権法のみであるところ、商標法による音商標の保護の重要性は高いといえよう。また、音商標が保護されるようになったことにより、企業内で、知財担当者以外のマーケティング担当者やブランド担当者の中で、音の重要性が意識されるようになった、との声も聞かれる。

特許庁による審査・登録の運用はもちろん、今後の侵害事例や音商標の活用事例²³⁾も注目される。

注 記

- 1) 当日は、出願システムのアップデートのため、午前3時より、出願受付が開始された。
- 2) 特許庁、音楽的要素のみからなる音商標について初の登録を行いました、
https://www.jpo.go.jp/seido/s_shouhyou/otoshouhyou-hatsutouroku.htm (2017.9.26)
- 3) 新しいタイプの商標の出願・登録状況、拒絶理由通知の内容を検証したものと、商標委員会 第1小委員会、新しいタイプの商標の我が国での出願及び審査の動向、知財管理, Vol.67, No.11, pp.1724~1734 (2017) を参照。
- 4) なお、立体商標の裁判例について、同様の整理を試みるものとして、青島恵美、Yチェア立体商標事件、
<https://www.yuasa-hara.co.jp/lawinfo/1449/> (2011.10.19) を参照。
- 5) なお、音商標に関する理論面からの研究として、土肥一史、商標法の研究, pp.57~80 (2016) 中央経済社、土肥一史、音の商標の識別性、類似性と本質的特徴、パテント, Vol.69, No.4 (別冊No.14), pp.128~137 (2016)、上野達弘、音の商標の識別性と類似性、パテント, Vol.70, No.11 (別冊No.17), pp.109~116 (2017)、等を参照。
- 6) 以下、特に断りがない限り、条文番号は、商標法のものである。また、商標審査基準は、改訂13版(平成29年3月)を参照した。
- 7) 特許庁、マドリッド協定議定書に関するQ&A 目次一覧、
https://www.jpo.go.jp/seido/s_shouhyou/madopro_qanda.htmの通番11-2の回答を参照。

- 8) 言語的要素を含むか否かに関わらず、音商標の出願で、たびたび見受けられる拒絶理由である。このような拒絶理由への対応は、商標見本の補正が要旨変更該当するため、音声ファイルの差替えや再出願を視野に入れて検討しなければならないであろう(商標委員会 第1小委員会・前掲注3) pp.1728~1730も参照)。また、新しいタイプの商標の出願の審査における5条5項違反の拒絶理由についての報告として、日本弁理士会 商標委員会、答申書(平成29年4月3日付諮問事項「1. 新しいタイプの商標の審査状況の確認及びその対応策についての検討」), pp.19~29, 非公開(2018.3.6)を参照。
- 9) 明治大学知的財産法政策研究所, 2014年7月29日 科学研究費補助金 基盤研究(B) 公開シンポジウム「改正商標法の評価と課題」, 議事録(全編), http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/sc846/20140729sympo.pdf (2014) [青木博通発言]を参照。音商標であれば、例えば、シンセサイザーやコンピュータで作った合成音を効果音として含む場合に、当該効果音を譜面で表すのか、オノマトペで表すのか、という判断が必要となろう。文字で表す場合にも、音声ファイルに納められた音声と矛盾が生じたり、余分な表現が含まれたりしないよう、音声ファイルの内容に忠実な表現が求められる。また、言語的要素を含む商標で、実際にCM等で使用される際には、俳優が当該言語的要素を発声しているような場合には、パブリシティ等の関係で、実際に放送されている音源を、音声ファイルとして提出することが現実的でないこともあり得よう。これらの点について、特許庁における審査をクリアすることはもちろん、登録後の使用や権利行使も見据えて判断しなければならない。その他、著作権との関係等、事案によって、考慮しなければならない事由も様々であろう(著作権やパブリシティ権等との関係に言及するものとして、茶園成樹, 商標権と著作権等との関係~音の商標を中心に~, <https://www.jta.tokyo/activity/detail/349/> (2014.12.15))。
- 10) 内藤隆仁, 新しいタイプの商標の保護制度とその審査手法, 特許ニュース, 平成28年1月5日, pp.1~42 (2016), p.36を参照。
- 11) その他, 生来的な識別力があり, 独占適応性が
- あることを主張・立証することも考えられる(青木博通, 登録査定・拒絶理由を踏まえた傾向と対策, *Business Law Journal*, 2016年3月号(No.96), pp.20~28 (2016), p.28も参照)。実際, 案件①及び②の出願人は, この点についても主張していた。
- 12) 土肥・前掲注5) (音の商標の識別性, 類似性と本質的特徴) p.133は, 「使用商標は結合商標かあるいは2つの商標なのかどうか」が考慮されるべきであると整理する。
- 13) 「使用商標の独立性」が問題となった案件①の物件提出指示書においても, アンケート調査結果の提出は, 示唆されていなかった。
- 14) なお, 色彩のみからなる商標の登録例について, 審査過程で提出されたアンケート調査結果に言及するものとして, 外川英明, 商標の使用による識別力獲得の意義と役割, *パテント*, Vol.70, No.11(別冊No.17), pp.128~144(2017), pp.140~142を参照。
- 15) ただし, 特許庁の過去の先例には, 識別力の獲得に関するものではないが, 自動車分野における周知・著名性を否定するのに, 販売台数が少なく, 市場シェアが低いことを理由としているように読めるものも見受けられる。
- 16) なお, 案件①及び②では, 共通して, 物件提出指示書が通知されているが, その内容は趣を異にしているようであった。案件②については, 比較的, 証拠の形式面での補充を求めるものであった一方, 案件①については, 出願商標の使用について, 実質的な証拠の追加提出を求めるものであった。
- 17) 実際, 案件①について提出された刊行物等提出書では, 案件①の出願商標が, 「少なくとも江戸時代末期から太平洋戦争終結時にかけて日本軍において使用された信号ラッパの楽曲『食事』」(p.2)と同一又は類似であると主張されていた。
- 18) 今井貴子ほか, 3条2項の周知性に関する審判決の研究, *パテント*, Vol.68, No.10, pp.90~102 (2015年), p.94は, 審決例・判決例を検証した結果として, 3条2項の適用が認められるのに必要とされる商標の使用期間として, 「6年で否定された例がある一方, 8年で認められた例があり, このあたりが一つのメルクマールと考えられる」と指摘する(ただし, 大量かつ集中的な宣伝によって, これより短期の使用でも, 同

項の適用が認められる可能性は否定していない)。案件③における使用期間は、これを下回る。

- 19) 土肥・前掲注5) (商標法の研究) p.67, 土肥・前掲注5) (音の商標の識別性, 類似性と本質的特徴) p.132を参照。
- 20) 上野・前掲注5) p.113の脚注28の指摘も参照。
- 21) 新しいタイプの商標について議論される際, 頻繁に引用された書籍として, マーチン・リンストローム, 五感刺激のブランド戦略, (2005) ダイヤモンド社, ブランド戦略上の音の重要性について論じた邦語文献として, ジョエル・ベッカーマンほか, なぜ, あの「音」を聞くと買いたくなるのか—サウンド・マーケティング戦略, (2016) 東洋経済新報社を参照。また, 認知心理学における研究成果として, 松田憲ほか, サウンドロゴの反復呈示とメロディ親近性が商品評価に及ぼす効果, 認知心理学研究Vol.4, No.1, pp.1~13 (2006)。ただし, 同研究では, 「サウンドロゴ」の定義を「商品名の含まれたコピー文をメロディに乗せた歌」(脚注5)と, やや狭く定義している。
- 22) 本稿脱稿後, 登録第6035816号(商標:「本商標は, 「シャリーン」という音が徐々に小さく変化していく電子的な音であり, 全体で約1秒間の長さである。」, 指定役務:36類 電子マネー利用者に代わってする支払代金の決済, 電子マネー利用者が保持するカードに電子マネーを入金する手続きの代行, 登録日:平成30(2018)年4月13日)を確認した。当該商標は, 権利者が提供する電子マネーの決済音・入金音として使用され, 案件①乃至③の商標とは異なり, 役務との“距離”が近い。以下, 簡単に指摘するに止める。
当該商標も, 案件①乃至③と同様に, 3条1項6号に該当する旨の拒絶理由を通知されたが,

使用による識別力の獲得が認められ, 登録に至った。なお, 指定役務は, 出願後, 審査官の示唆に従い, 上記の2つに減縮された。ただし, 提出された証拠は, 入金音に関するものよりも, 決済音に関するものの方が充実しているように見受けられる。

当該商標の使用期間は約16年半に及ぶ。また, 指定役務にかかる電子マネーを利用できる箇所は, 他の電子マネーのそれと比較しても際立っていたとともに, 電子マネー利用時に使用されるカードの発行枚数も, 2015年以降, 1位を記録していた(累計1億90万枚)。さらに, その決済件数も, 主要な5つの電子マネーのうち4位(主要5種の電子マネーのうち, いわゆる「独立系」の電子マネーは権利者のもののみ。)であった。1秒間に13回の決済, 1秒間に5回の入金が行われている, といった事実も主張されていた。

その他, テレビ・ラジオ・インターネットによるCM・広告の配信も行われていた。テレビCMは全国の主要都市で放映され, 2012年6月頃の1か月間にかかった費用は, 約8,700万円だったという。

ただし, 決済音に関しては, 需要者による認識について, 電子マネー業界の特殊性も考慮されたようである。

- 23) 友利昂, ちゃんと活用できてる? 「新しいタイプの商標」②, 発明2017 No.10, pp.18~21 (2017年), p.19は, 映画業界における音商標の活用の可能性に言及している。その他, 友利昂, 私たちは何を求めて「新しいタイプの商標」を出願登録したのか?, Business Law Journal, 2016年3月号 (No.96), pp.31~33 (2016)も参照。
(URL参照日は全て2018年3月29日)

(原稿受領日 2018年4月1日)