

音の商標について考える

— USPTO 「Kid's Pages」 “listen to a mark” から —

著作権ビジネス研究会 松田 雅章



1. はじめに

著作権ビジネス研究会は、著作権がビジネスとして弁理士会或いは弁理士個人にとって如何に関わり、又、著作権をビジネスとして如何に利用することができるかなどを調査・研究するために発足しました。そして、電子認証システム等を検討すると同時に、外部の各種著作権団体との交流等の活動を行ってきました。

一方、我が国でも音の商標や動く商標など新しいタイプの商標の保護の導入が検討され、平成20年3月には、財団法人知的財産研究所から「新しいタイプの商標に関する調査研究報告書」が発表され、つい最近、パブリックコメントに付された「新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ報告書(案)」に寄せられた意見の概要とその意見に対する考え方が、特許庁から発表されました。

同研究会で著作権ビジネスを検討していく中で、この新しいタイプの商標に関しては、現実問題として著作権が関連してくる商標の増加が予想され、それが何らかの形でビジネスに結び付くことはないのかという思いの下に、その検討が始まりました。勿論、キャラクター図形その他美的観賞性の高いロゴマーク等、従来の商標でも、著作権との関連が問題となることは当然あったわけですが、視認できる他の商標と異なり、音の商標は、基本的には聴覚にのみ訴えるものであり、且つ、時間的・経時的要素が含まれることから、従来の商標とは全く異なる問題も含んでいるように思われます。

そこで、著作権との法的関係や問題点については、飯田圭委員の次稿「音の商標の保護と著作権、実演家の権利及びレコード制作者の権利との関係」に委ね、本稿では、現実に米国で登録された音の商標を検討しつつ、音の商標について考えていきます。本稿が、音の商標についての理解を深める一助になれば、幸いです。

2. USPTO 「Kid's Pages」 “listen to a mark” を聴く。

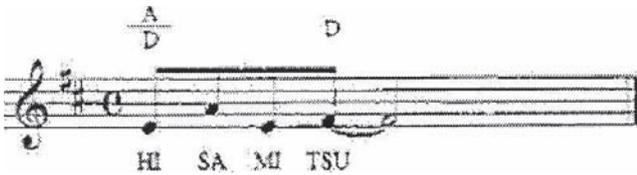
(1) 前記報告書を基に特許庁が作成した「諸外国等における出願・登録件数」の一覧表によれば、米国において1994年乃至2006年に出願された音の商標は332件で、その内、登録されたものは147件です。又、これにOHIM、イギリス、フランス、ドイツ、オーストラリア及び2003年乃至2006年の台湾を加えた合計は、出願件数が726件、登録件数が447件です。この件数を多いとみるか少ないとみるかは、また別問題として、音の商標に関しては、色彩のみの商標(出願1311件、登録709件)、位置商標(出願1212件、登録679件)に次いで、出願・登録件数が多く、動く商標(出願106件、登録64件)やホログラム商標(出願177件、登録141件)と比較すれば、かなり多いことが分かります。

それでは、実際に音の商標の登録が如何なる形態で為されているかをみると、一般的には楽譜や記述的な説明により登録されていると認められます。



欧州共同体商標意匠庁 登録第 4610986 号
2006年11月2日登録 Intel Corporation 第9類

これは、皆さまも良くご存じと思われる「Intel」の音の商標です。又、我が国の企業の登録に係るものとしては、これも又、よくテレビコマーシャルで見かける、以下のものがあります。



商標の説明；標章は、「ヒサミツ」という言葉を、商標の複製に示された楽譜に沿って歌われる音響からなる。

欧州共同体商標意匠庁 登録第 2529618 号
2003 年 5 月 14 日登録 久光製薬(株) 第 5 類

以上、欧州共同体商標意匠庁では、楽譜やそれに付帯する商標の説明により登録が為されていますが、場合によっては、縦軸に周波数、横軸に時間を示した音のグラフで表されているものもあります。

一方、米国特許庁では、記述的に、上記「Intel」の音の商標は、「標章は、D フラット、D フラット、G、D フラット、A フラットの 5 つの連続した音からなる。」(登録第 2315261 号、2000 年 2 月 8 日登録、第 9 類)と説明され、又、「ヒサミツ」の音の商標は、「標章は、「ヒサミツ」という言葉を、E、A、E、F シャープの音階に沿って歌われる音からなる。最初の 3 音は 4 分音符で、最後の音は 4 分音符と 2 分音符がつながっている。」(登録第 2814082 号、2004 年 2 月 10 日登録、第 5 類)と説明されています。

以上が、欧州や米国において登録された具体例ですが、楽譜が読める方や音楽的素養のある方にとっては、これで十分かもしれません。しかし、その様な能力のない私にとっては、如何ともし難く、歯がゆい思いをするばかりです。我が国特許庁が、音の商標を電子ファイル(音声)により特定しようとしていることは、前記報告書、報告書(案)並びにそれに寄せられた意見に対する考え方でも明らかですが、故あることと私としても考える次第です。しかし、それはそれで、音の商標の記述的説明が無い場合、書面主義において、如何に音の商標を特定するかなどと言う種々の問題を含んでいるような気がします。

(2) 私にとって、現実問題、音の商標の実際を楽譜や記述的説明から思い起こすことは至難の業ですが、幸いなことに、米国特許庁の「キッズページ」(<http://www.uspto.gov/go/kids/kidsound.html>)で、米国で

登録された音の商標を再現し聴くことができます。ネット検索で「uspto kids」と入力して検索される「Kids Pages-USPTO」のサイトを開くと、「Kid's Pages」のトップページとなり、その右下にある「listen to a mark」をクリックすると、以下のページが表示されます。そして、アンダーラインのある serial number をクリックすると、実際に音の商標を聴くことができます。皆さまも、是非パソコンを前に、このサイトを開いて、実際に音の商標を聴きながら、以下をお読みいただければ幸いです。

本年 8 月 30 日現在、このサイトには、101 件の音の登録商標と 9 件の出願中の商標が表示されています。1994 年から 2006 年までに米国で登録された音の商標は、前述の通り 147 件ですから、相当数の登録が掲載されていることとなります。しかし、この登録商標の内 17 件は音声ファイルがアップされておらず、実際に聴くことができる登録商標は 84 件です。又、同一の音の商標で重複して登録されているものが 15 件あるため、実際には 69 種類の音の商標が登録されていることとなります。それでは、パソコンを前に実際に音の商標を聴いてみましょう。

先ず、27 番目のシリアルナンバーの下には「Intel」と記載されており、これをクリックすると「ザン、ピポピポ」という音が流れ、前述の楽譜や説明に表された同社の音の商標を聴くことができます。又、99 番目のナンバーの下には「Hisamitsu」と記載されており、同様に同社の音の商標を聴くことができます。当初、Intel の第 1 音を除いた 2 音目以降「ピポピポ」と「ヒサミツ」の音の商標は、「ヒサミツ」の文字を除いて純粋に音のみ或いは音階のみを聴くと、はっきり言って私には区別が付きませんでした。その旨を周りに

言ったら、「違っただろう。」と言われてしまいました。音だけを聴けば、私にとっては、この部分は相紛らわしく、類似する商標と言うことになるのだろうかと考えてしまった次第です。

ちなみに、文字商標の称呼類否において、それほど重要な要素にはならないと一般的に言われている語尾音のことを考えると、音の商標でも、3音までの音階の並びが同じで、最後の4音のみ相違するに過ぎない場合、全体の音感音調が近似するとして類似すると判断することも可能ではないかという気がします。しかし、その類否判断に至るまでには、具体的な現実の音の商標の標識性を検討し、音の商標の要素を検討し、例えば、識別力を有するのは音声か音響か、それとも両者なのかを見極め、類否判断を行うに値する識別力を有する要素を抽出するという作業が必要になると思われます。

(3) しかし、今はその点はさておき、引き続き、どんどん聴いていきましょう。

1番目をクリックすると、「ピンポンパーン」の如きチャイム音が流れます。他にチャイム音或いはチャイム音を含んで構成される音の商標は10種類ほどありますが、音の商標いわゆるサウンドロゴと言われるものは、やはりその様な端的なものが多いのだらうかと思えます。しかし、2番目をクリックすると、いきなり元気な歌が流れます。時間は5秒ほどですが、CMソングか何かでしょうか。「これが商標か？」という疑問が生じます。そして、3番目をクリックすると、「プーポッ、プポポ」とホーンの音が流れます。4番目は、商標というより、もう完全にムード音楽の世界になっています。5番目は、MGM社の「Roaring Lion」で、言わずとしれた「吠える獅子」の音の商標です。ちなみに、22番目には「howling wolf」（遠吠えする狼）があり、23番目には「cat's meow」（猫の鳴き声）があります。尚、70番目には、「duck quacking the word "AFLAC"」と説明される音の商標があり、アヒルの声で「アフラック」と音が流れます。

この「アフラック」を除き、私は、この様な音の商標を、米国人は本当に商標として聞き分けしているのか、という思いで一杯です。実際、最後まで69種類の音の商標を聴いていただければ、私の思いを皆さまにもお解り戴けるのではないかと思います。アヒルの声で「アフラック」と言われれば、その音声（文字を発音した声）の存在により、アメリカンファミリー社の宣

伝に使われているものと分かります。しかし、上述の他の音の商標は、歌詞として音声を含んでいるとしても、基本的には音楽であり、或いは、音響（文字の発音がない自然音など）のみの商標です。この音響のみの商標は、純粋に声を伴わない音のみで出所が表示されていることとなります。しかし、良く考えてみれば、米国は、我が国と異なり、商標登録に際し最たる使用主義を採択しています。従って、当然、これらの音の商標は、現実に使用されているものばかりであり、その使用により特定の商品や役務を識別できているという現実が備わっているために、登録が為されているものと思われます。そうであれば、チャイム音であろうが、吠える獅子であろうが、狼だらうが猫だらうが、CMソングだらうが、ムード音楽だらうが、音の商標として登録されているということは、何となく分かります。

しかし、最後まで聴いていくと、「いくら何でも、これは商標ではないだろう。」というものも出てきます。

(4) 以下は、特に私の印象に残ったものについて、ご説明致します。

11番目には、「HARLEM GLOBETROTTERS（商標権者）- Entertainment Basketball（指定役務）- "Sweet Georgia Brown"」と記載されていますが、これを聴いてみてください。もう商標と言うよりは、完全に音楽です。バスケットボールのエキシビジョンチームのテーマソングですが、いくら何でも2分49秒は長すぎます。「えっ、これが一商標？」とか「どこからどこまで模倣盗用すれば、商標権侵害？」とか「使用証明の際は、2分49秒間、しかも商標として使用していることの立証が必要？」等の疑問が沸々と湧いてきます。いくら使用主義の国とはいえ、ここまで来ると、一体どの様に考えればよいのか、私にも皆目見当が付きません。

12番目は、28秒のCMソングらしき音楽ですが、最後に商標権者の名称「MATTRESS DISCOUNTERS」が歌われます。この様な例は、他にも見受けられ、例えば、56番目の「distinctive chirp sound」は、その説明の通り、約30秒間、賑やかな会話が続きませんが、やはり最後に若干の音楽と共に、商標と思しきメの音声流れます。又、77番目は、バンジョーの軽快な音楽が28秒間流れますが、その最後の部分で「SAVE BIG MONEY AT MENARDS」という社名「Menard」

を含んだフレーズが流れます。これらを聴くと、最後の部分だけ登録すれば済むのではないかとも思います。おそらくは、全体が一商標なのでしょうが、類否判断に際しては、この最後のメの部分などが要部として抽出されることになるのだろうか、という疑問が生じます。

15番目は、LUCASFILMのTHX logo themeで25秒、17番目は、Twentieth Century Foxのドラム、トランペット及び弦楽器による音楽で24秒ですが、指定役務の「entertainment」や「motion picture films」等を見ると、映画やフィルムの出だして、この音が聞こえれば、「ああ、あそこのフィルムだ。」等と理解できる限りにおいては、確かに「THX logo theme」等の説明にもある通り、(サウンド)ロゴテーマだと考えても良いのかとは思いますが。尚、研究会で、弁理士会の商標委員会及び著作権委員会と会合を持った際、例えば、1番目のチャイム音には著作物性は無いが、THX logo themeには著作物性は認められるのではないかという話があり、当然のことですが、音の商標でも著作物たり得るものとそうでないものがあります。一方、何処かで鳴っている猫の声を録音して音の商標として採択する場合は、おそらく一般的には著作物性は否定されると思われます。しかし、既存のレコード・CDなどに固定され録音されている自然音を、そのまま利用しようとする場合は、著作権法上、レコード制作者の権利との関係が問題となりますが、その詳細は、飯田圭委員による次稿をご参照下さい。

19番目は、個人的には最もうけました。ロッキーの勇壮な「ウイリアム・テル序曲」に乗って、「ローンレンジャー」に引き続き、馬の嘶き、そして「ハイヨーシルバー」の掛け声、懐かしいです。しかし、これは、どこからどう見ても、否、聴いても、西部劇のテレビ番組の主題歌以外の何ものでもないというのが、私の印象です。普通に、これをお聴きになって、音の商標だと認識できる方は、居るのでしょうか。

29番目は、指定商品「ビデオゲーム機器」で、音の商標の説明が「electronic Russian folkstyle tune」ですが、出だしの音声(人の声)に引き続き、延々と1分45秒ほどロシア民謡が続きます。そして、技術的な問題かもしれませんが、出だしの「ブツツ」という音に続き、最後も「ブツツ」という音で終わります。これは、何処かのレコードかCDの音楽を切り取って利用しているのではないかと、勘ぐってしまいます。

又、この音の商標を、指定商品との関係で考えると、一体、どの様な商標的使用態様で用いられているのか、非常に疑問です。販売店の売場で、当該ビデオゲーム機から、この音楽が流れているのでしょうか。もし、ビデオゲーム機のゲーム画面と共に、この音楽が流れているのならば、それは、商標ではなく、ビデオゲーム機に搭載されたゲームのBGMに過ぎず、出所表示と言うよりは、商品の性質に応じて必然的に発せられる音に過ぎないとも考えられます。

43番目は、個人的に最も好きなものですが、NOKIA社の「移動体電話」いわゆる「携帯電話」の音の商標です。しかし、これも、ギター演奏が26秒間続くだけです。売場に一杯並んだ携帯電話から、仮にこのギター音楽が流れていたとしても、一体、どの携帯電話が音を出しているのか、私には、おそらく分からないと思います。だから、携帯電話に直接音を出させて出所を表示するのではないでしょうから、CMソングかとも思われますが、やはり商標と言うには、個人的に違和感があります。

46番目は、「piercing/penetrating siren sound」と説明されており、つまり「甲高いサイレンの音」と言うこととなりますが、指定商品が「サイレン」そのものです。これは、当該指定商品から普通に発せられる音、即ち、商品に必然的な音で、品質など商品自体に由来する記述的標章として、識別力が無いようにも思われます。1分19秒間も続く、このサイレン音で、実際米国では出所表示として機能しているのでしょうか。

(5)ところで、今まで音の商標の長さを、何分とか何秒と書いてきましたが、これは、実際に音が発せられている長さと言うよりも、登録された音声の電子ファイルの長さのようですから、実際には、各々若干短いのかもかもしれません。しかし、それでも、69種類の音の商標の中には、最長の2分49秒を筆頭に、1分を超えるものが4件、10秒から59秒までが15件(内59秒が2件)、10秒以下が50件です。実にくだらないことですが、総合計なんと963秒、平均14秒という長さです。しかし、落ち着いて冷静に聴くと、実は1秒以下のものが25件あり、「ヒサミツ」の音の商標も1秒で記録されています。そして、5秒以下が18件、5秒超え10秒以下が7件です。音自体の長さばかりで決めるわけにはいきませんが、概ね5秒以下のものは、いわゆるサウンドロゴと言われる典型的な音の商

標という感じがします。そして、それ以上、大体30秒前後までは、CMソングや映画などのオープニングテーマなどの類と思われませんが、それ以上の音の商標は、基本的に私にとっては、商標と言うより、もはや音楽以外の何ものでもないという感じがします。

さて、米国における音の登録商標を実際に聴いて、説明してきましたが、皆さまは、どの様な印象を受けたでしょうか。人により、個々の経験により、又、年齢その他により、各々の受け取る印象は、随分異なるかもしれませんが、米国では、現実には以上のような音の商標が登録されて、商標権が存在しているという事実だけは、否定しようがありません。

次に、これらを実際に聴いた結果、音の商標を我が国に導入するに当たって、どの様なことに留意し、何を検討しなければならないかを、あくまでも浅学非才の身での私見ではありますが、若干述べたいと思います。

3. 音の商標に関する若干の検討

(1) 音の商標の標識性・標章性

音の商標は、前記ワーキンググループ報告書(案)では、「音楽、音声、自然音等からなる商標であり、聴覚によって認識されるもの」と説明されています。この「聴覚によって認識されるもの」、より厳密に言えば、生身の人間にとっては「聴覚によってしか認識できないもの」という点が、従来の商標と大きく異なる点です。

新しいタイプの商標として導入が検討されているのは、「動きの商標」、「ホログラム」、「輪郭のない色彩」、「位置商標」及び「音の商標」ですが、動く標章もホログラムも色彩も位置も、いずれも視認、即ち、視覚的に認識することが可能です。識別力の有無などはさておき、とにかく、この目で見て認識できるという点において、これら4者は、社会通念上、日常経験則における感覚的な面からも、根本的に標識・標章たり得る性格・適正を兼ね備えていると考えることができます。一方、純粋に「音の商標」と言った場合は、前記の通り、「音楽、音声、自然音等からなる商標」であり、「音声その他の音響」により構成されると認められ、現実の使用態様の側面を考えれば、耳で聞くことしかできません。現実には、音の商標が、楽譜や記述的説明により、商標的に使用されることはあり得ないわけですから、この聴覚によって認識されるという点におい

て、音の商標は、他の4者と根本的に異なっています。

そして、現実には米国で登録された音の商標を聴いてみて分かることは、チャイム音等や、いわゆるサウンドロゴと言えるようなものから、CMソングやテレビの主題歌まで含む音楽と、種々雑多なものを含んでおり、それらを果たして標識・標章、即ちマークと言えるか否か、非常に疑問が残るものが多いと言うことです。前述の通り、使用主義を採択する米国では、その音の商標が現実には使用されており、現に何らかの商品・役務を識別させる状態になっていれば、それを登録して保護することが、その音の商標使用者の業務上の信用を維持するためには有効とも考えられます。しかし、登録主義を採択する我が国の場合は、音の商標について、その標識性・標章性を厳密に考えて、本来的に商標たり得るものを保護すべきであり、何人が聴いても、標識・標章と認識できないような純粋な音楽などは、これを登録するに際しては、相当慎重な態度を要すると考えます。

(2) 音の商標と時間的・経時的要素

又、音の商標は、聴覚で認識されることから、当然のことですが、時間的・経時的要素を含むこととなり、これも従来の商標とは大きく異なる点です。従来の基本的な商標である文字商標を考えると、それを認識するためには、0コンマ何秒といえども時間を要することは、我々が、現実には連続と続く止められない時間の中で生きている以上、当然のことです。しかし、この文字商標を固定して記録する場合は、それを視認できる状態にすれば良いわけであり、時間という要素を加味する必要性は全くありません。これは、従来の文字商標や図形商標・立体商標の根本的な特性と言っても良く、その点では、新しいタイプの色彩と位置も同様と認められます。一方、音の商標と動きの商標並びに複数枚の画像で構成されるホログラムは、それを一商標として認識するためには、当然それなりの時間を要することとなり、現実の使用態様を考慮すれば、時間軸を設けない限り、それを固定し記録することは不可能となります。もっとも、動きの商標とホログラムに関しては、それが視認できるという特性から、動きや複数枚の画像を分解することにより、時間軸を設けずに、同一平面上に表現することが可能となります。これは、動きの商標やホログラムの視認できるという根本的な性格によるものと認められます。一方、音の商標は、聴覚によってのみ認識されるわけであり、音

が一定の長さを以て表現され、再現される以上、現実の使用態様を考慮すれば、この時間という要素を無視することはできません。

そして、音の商標の標識性・標章性の認定・理解を極めて困難にしているのが、この時間という要素と認められます。極端に言えば、エンドレステープを用いれば、音は無限に再現・表現が可能ですが、その無限の音の中でも、確かに標識性を発揮し得る特定の部位があり得るかもしれません。1秒未満から数秒単位の音であれば、一般的に、それが標識性を獲得しやすいとは言い得るかもしれませんが、多少長くても、識別力の顕著な特定の部位を有すれば、その様な音も標識性を獲得するかもしれません。しかし、純粹に一つの楽曲と認められる音楽に関しては、基本的に、そこに標識性を見出すことは困難ではないかと思われま

す。この点に関し、音の商標の登録に関しては、時間的制限を設けるという案もあり得ますが、単に時間の長短で、音の商標を規制することは、むしろ却って音の商標の標識性を形式的に結論付ける結果となり、音の商標の本質をすり替え、逆に標識性・標章性の議論・検討を蔑ろにすることになると、私は危惧しています。社会通念上、音が標識・標章として機能し商標たり得る場合は、如何なる場合かを、慎重に深く検討していく必要があると思います。

(3) 音の商標と商品・役務との関連性

更に、音の商標は、聴覚でしか認識できないという特徴から、商品・役務との関係においても、その標識性が問題になり得ると思われま

す。視認できる商標であれば、商品自体や役務を提供する施設などに直接付すことが可能であり、その意味では、商品・役務と密接な関連性において使用することが可能となり、その点で標識性も明確にしやすくと認められます。一方、音の商標は、基本的に直接商品・役務に付すことは困難と認められ、その意味では広告宣伝的な使用態様において用いられると思われま

す。商品自体が直接音を出し、自身の出所を表明すると言うことは、技術的には可能かもしれませんが、前述した「携帯電話機」の例でも明らかな通り、現実問題として、商品の売場で、沢山並んだ商品が、彼此・自他を区別するために、止むことなく音を出し続けることは、現実的ではないと思われま

す。又、良く考えると、我々が音の商標と思っているものの大部分は、純粹に音のみの商標とは言えない

のではないかと考えられます。即ち、例えば「ヒサミツ」の音の商標も、テレビコマーシャルで流される場合は、視認できる画像を伴っています。そうすると、音の商標は、現実問題としては、視認できる動画・静止画などと共に使用されることが多く、その様な場合は、当該商標を全体として把握すると、音のみの商標ではなく、例えば、音と動きの結合した商標などが一般的になってくると認められます。

その様な状態で、音のみの商標が出願された場合、それをどの様に評価するかは、後述の識別力や類否の問題とも相俟って、極めて複雑な問題ではないかと認められ、慎重な検討を要すると思われま

す。尚、動画・静止画などの視認できる要素を加味しない限り、音の商標が、商品・役務との密接な関連性において使用されることは希と考えられますが、独特な音調・楽曲に乗せて、商品名（普通名称）を連呼するような場合は、ひょっとすると、音のみで標識として機能し且つ商品・役務も特定できる場合があるかもしれません。それも、音楽とその歌詞に過ぎないだろうと言われてしまえば、それまでですが、商品「ホットドッグ」や「アイスクリーム」を販売車で販売する「大学堂」は、「ダイガクドー ダイガクドー」と連呼しながら、続けて「アイスクリーム アイスクリーム アイスクリームだよ～ ホットドッグ ホットドッグ ホットドッグもありありあります」と、販売車のスピーカーから音楽を流しながら、商品を販売しています。これを、どの様に評価するか、識別力が有るのは、音楽全体ではなく、あくまでも「ダイガクドー」というサウンドロゴ的な部分なのか、或いは、一定の音楽に乗せて商品「アイスクリーム、ホットドッグ」を連呼する部分なのか、非常に難しい問題です。しかし、かつて私の事務所のそばを、この販売車が通過するときは、正に音のみを聞いて、「アイスクリーム」と「ホットドッグ」の「あの」販売車がやって来たことと認識することができました。

その音が、使用による識別力の獲得と同様、商標使用者の使用と需要者の経験により、標識性や識別力を獲得したのか、或いは、その様な使用や経験によらずに、本来的・原始的に標識性・識別力を有しているのか、現時点では私も暗中模索の段階ですが、音の商標の本質を明らかにするためには、良い実例と思われま

(4) 音の商標の識別力

音の商標の識別力を考慮するに当たっては、冒頭でもご紹介した「Intel」と「ヒサミツ」の音の商標が適切かと思われます。音と動画・静止画が結合した音・動き商標などとなると話が複雑になりますので、純粋に音のみの商標の識別力について考えます。

「Intel」の音の商標は、音声を伴わない音（音響）のみによって構成されます。すると、この音自体が識別力を有していると評価されたこととなります。そして、この音自体の性質は、大きさ（音圧）、高さ（周波数）及び音色（波形）の音の三要素により特徴付けられます。一方、米国の登録において、同商標は「Dフラット、Dフラット、G、Dフラット、Aフラットの5つの連続した音からなる。」と説明されています。この説明を見る限り、ここでは、高さ（周波数）しか特定されていないように思われますが、実際に同商標を聴いてみれば、各音に大きさ・高さ・音色があることが明らかであり、同商標は、これらの三要素により特徴付けられた5つの連続音で構成されることとなります。指定商品との関係で、この音の商標を全体として聴くと、特に指定商品の品質や必然的な音を表すものとは認められず、又、5音の連続音の組み合わせを考える限り、特徴的な音により構成されていると考えることも、あながち間違いではないような気がします。

次に、「ヒサミツ」の音の商標は、音声を伴う音響により構成されます。従って、この商標は、声と音、より正確に言えば、「ヒサミツ」という言葉（文字）と、商標の複製に示された楽譜に表された音響との組み合わせ、結合商標と言うことになると思われます。すると、「ヒサミツ」という言葉（文字）自体が識別力を有していれば、この音の商標は、全体としては識別力を否定されないこととなります。しかし、だからといって単純にこれを登録すると、文字入りの商品自体或いはその包装の立体商標と同様の問題が起こります。即ち、「ヒサミツ」の言葉（文字）に識別力があることは問題が無いとして、その言葉（文字）を除いた純粋な音（音響）のみには識別力が有るのか無いのか、その権利効力との関係でも複雑な問題が生じます。立体商標の場合は、原則として商品自体やその包装の立体的形状には識別力が無いと考えられていますから、ひとまず良いとしても、音の商標の場合は、前記の「Intel」の商標のことを考慮すると、単純に音声のない音（音響）自体には、原則として識別力が無いと言い得るの

か否か、非常に問題になると思われま

す。私は、本来的に視覚であれ聴覚であれ、我々人間が認識できる見えるものや聞こえるものには、識別力が備わっていると考えます。例えば、極めて簡単且つありふれた図形と認められる「○」であっても、単なる「ア」という一つの音でも、各々丸という形象や開母音の音響を識別することは可能であると考えます。但し、具体的な商品や役務との関係では、自他識別という機能に照らして、その識別力が極めて脆弱になるに過ぎないと認められるが故に、登録を認められないのであって、そもそも、その識別力がゼロ・皆無になることはあり得ないと考えています。その考えからすると、音声を伴わない音響であっても、根本的に何らかのものを識別させる機能は、備わっていると考えられます。しかし、音響の場合は、前述した通り、聴覚でしか認識できないことから、そもそも、それが標識・標章として成立し得るのかという根本的な問題があり、併せて、視認できないということから、商品・役務との具体的な関連性において使用されるためには、それ相応の状況が必要になるという問題があります。

従って、個人的には、音の商標、特に音声を伴わない音響の商標に関しては、それが明確な標識性・標章性を伴わない限り、識別力を認めるべきではないと考えています。逆に、明確な標識性・標章性を伴う音の商標の場合は、音自体に識別力を認めても良いということになりますが、それでは、その標識性・標章性とは何かと問われると、私自身も、現在は五里霧中状態で、よく分かりません。これからの検討事項と認識しており、更に議論・検討を重ねる必要があるのだろうと考えています。

(5) 音の商標の類否

最後に、音の商標の類否について触れます。この問題も、結局は、音の商標の標識性・標章性、そして識別力の有無に係ってくるものであり、前述の問題が解決されない限り、結論を出すことは困難です。しかし、音の商標といえども、その類否判断は、従来の商標の類否判断の手法と基本的には変わらないと認められます。即ち、それが標識性・標章性を有する限りは、全体観察が大前提であり、特に識別力の顕著な部分があったり、音の構成上分離され得る部分がある場合は、要部を抽出することも、全く同じです。そして、全体で類否判断するにしろ、要部において類否判断するにしろ、類否を判断する対象は、当該商標において識別

力を有する部位を以て行い、識別力を有さない部分では類否判断しないということも全く同じと考えます。

従って、音の商標中、音声を伴い一定の言葉（文字）が結合されているような場合、それが識別力を有するのであれば、その言葉（文字）により類否判断されるべきであり、その意味では、音の商標同士の類否のみならず、音の商標と文字商標との類否も問題になると認められます。一方、音声を伴う音の商標にしる、音声を伴わない音響の商標にしる、純粹に音響のみで類否判断を行うべきか否かは、前述のワーキンググループ報告書（案）に寄せられた意見に対する考え方に示されている通り、当該商標において識別力を有する要部として音響のみが認定されるか否かという個別具体的な判断を要することにはなると考えられます。しかし、出願審査における類否判断が、行政処分として為されることを考慮すると、やはり何らかの一定の分かり易い基準を設けるべきであると認められ、その為にも今

後の議論・検討が重要になってくると考えています。

4. おわりに

本稿では、前記3で、かなり勝手なこと、検討不十分なことを書いたような気がします。しかし、音の商標に関しては、これを導入するにしろ導入しないにしる、一つの将来的な課題として、十分議論を尽くす必要性があると思われ、その議論・検討の一助になればと言う思いで、最近考えていることを書き留めた次第です。

又、本稿の狙いとしては、むしろ、音の商標の実際を聴いてもらい、皆さんに音の商標の議論に加わっていただきたいという思いもあり、米国特許庁のキッズページをご紹介したのもでもあり、是非、現実に音の商標を聴いていただき、色々なご意見・ご感想を戴ければ幸いです。

（原稿受領 2009. 8. 31）

