

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



著作権ビジネス研究会 飯田 圭

第1. はじめに

1 現在、動き・ホログラム・輪郭のない色彩・位置・音その他の新しいタイプの商標の保護が国際的な趨勢となっている状況の下で、このような新しいタイプの商標を保護の対象としていない我が国の現行商標法の改正の要否及び内容について、検討が行われています⁽¹⁾。

2 このような新しいタイプの商標のうち、特に音の商標すなわち「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」⁽²⁾について、諸外国等における出願及び登録の状況を見ると、松田雅章委員により別途詳細に報告されるとおり、典型的には、Intel Corporationの「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」商標（米国特許商標庁登録第2315261号、欧州共同体商標意匠庁登録第4610986号等）、久光製薬株式会社の「“ヒサミツ”という言葉、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」商標（米国特許商標庁登録第2814082号、欧州共同体商標意匠庁登録第2529618号等）等のような、サウンドロゴ・タイプのものが、比較的多く出願及び登録されていることが分かります。

このような典型的なサウンドロゴ・タイプの音の商標が出願・登録・使用等される場合は、その多くが独自に作成されるものであり、必要に応じて作成時の契約等により権利処理されるでしょうから、音楽（楽曲及び歌詞を含みます。以下同様。）の著作権、音楽の演奏及び歌唱（以下「楽音」といいます。）等に係る実演家の権利並びに楽音等のレコードに係るレコード制作者の権利の侵害問題、これらの権利との抵触関係等は、実務上、通常は、生じ難いであろうと考えられます⁽³⁾。

3 もっとも、松田雅章委員により別途詳細に報告されるとおり、例えば米国特許商標庁のウェブサイトURL「<http://www.uspto.gov/go/kids/kidsound.html>」

において音の商標の出願及び登録の状況を仔細に見ると、楽音そのものが利用された音の商標も、少なからず出願及び登録されていることが分かります⁽⁴⁾。

それ故、「出願時における商標の権利範囲の特定方法」に関して、特に「音の商標については、音の商標である旨を願書に記載するとともに、電子ファイル（音声）で商標を特定することが適切と考えられる」ものとされている⁽⁵⁾ 我が国の改正商標法の下においても、楽音そのものが利用された音の商標が出願・登録・使用等される事態が想定され得ます⁽⁶⁾。

そして、このように楽音そのものが利用された音の商標が出願・登録・使用等される場合は、上述したような典型的なサウンドロゴ・タイプの音の商標の出願・登録・使用等の場合とは異なり、市販のCD等に収録された、又はインターネットにおいて配信された楽音の全体又は一部が権利者に無断でそのまま又は加工して利用される事態が想定され易く、音楽の著作権、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利の侵害問題、これらの権利との抵触関係等は、実際に、少なからず生じるおそれがあるとも考えられます。

4 そこで、以下、このような事態を想定しつつ、音楽の著作権、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利の侵害問題、これらの権利との抵触関係等を検討することとします。

第2. 楽音そのものが利用された音の商標の出願・登録等について

1 楽音そのものが利用された音の商標の出願による侵害の成否

(1) 音楽の著作権との関係

まず、市販のCD等に収録された、又はインターネットにおいて配信された楽音の全体又は一部が権利者に無断でそのまま又は加工して利用されて、楽音そのものが利用された音の商標が出願される事態において、

音楽の著作権の侵害が成立するかどうか、については、出願に係る電子ファイルにおいて楽音の全体が複製又は翻案された場合には、作曲家・作詞家の複製権（著作権法 21 条及び 2 条 1 項 15 号）又は翻案権（著作権法 27 条）の侵害が成立します。他方、出願に係る電子ファイルにおいて楽音の一部のみが複製又は翻案された場合に、作曲家・作詞家の複製権又は翻案権の侵害が成立するかどうかは、一般的な学説によれば、個別具体的な事案によることになるものと考えられます⁽⁷⁾。

(2) 楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード製作者の権利との関係⁽⁸⁾

他方、このような事態において、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード製作者の権利の侵害が成立するかどうか、については、出願に係る電子ファイルにおいて楽音の全体が複製された場合には、楽音に係る実演家の録音権（著作権法 91 条及び 2 条 1 項 13 号）及び楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権（著作権法 96 条及び 2 条 1 項 15 号）の侵害が成立します。また、出願に係る電子ファイルにおいて楽音の一部のみが複製された場合にも、一般的な学説によれば、楽音に係る実演家の録音権及び楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権の侵害が成立するものと考えられます⁽⁹⁾。もっとも、出願に係る電子ファイルにおいて楽音の全体又は一部が翻案された場合には、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード製作者の権利には著作物に係る翻案権に相当する権利が含まれていない（著作権法第四章第一節～第三節）ため、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード製作者の権利の侵害は成立しません。

2 楽音そのものが利用された音の商標の出願等のための権利処理の方法

次に、1 に述べたように、楽音そのものが利用された音の商標の出願により作曲家・作詞家の複製権若しくは翻案権、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権の侵害が成立する場合には、出願人においては、当該出願等のために、本来、権利者との間で権利処理を行わなければならない、また、実務上、通常は、権利者との間で権利処理を行おうとするであろうと考えられます。

ここで、一般に、作曲家・作詞家の複製権の侵害が成立する場合に権利処理を行うためには、社団法人日

本音楽著作権協会（JASRAC）等の著作権等管理事業者により管理されているものであれば、原則として⁽¹⁰⁾、所定の使用料を支払えば、同事業者より許諾を得ることができるものとされています（著作権等管理事業法 16 条）。そこで、このような著作権等管理事業者の応諾義務が、楽音そのものが利用された音の商標の出願等のための出願人による音楽の利用申込みに適用されるべきかどうか、が一応問題になり得るものと考えられます。

他方、一般に、作曲家・作詞家の翻案権の侵害が成立する場合に権利処理を行うためには、JASRAC 等の著作権等管理事業者により管理されているものであっても、事前の協議により作曲家・作詞家より指値で同意を得なければならないものとされています。また、一般に、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権の侵害が成立する場合に権利処理を行うためには、これらの権利の権利者から許諾を得なければなりません。そこで、これらの場合には、楽音そのものが利用された音の商標の出願等のために出願人が行うべき権利処理の方法について格別の問題はないものと考えられます。

3 侵害成立を理由とする楽音そのものが利用された音の商標の出願の登録の拒絶等の肯否

(1) もっとも、1 に述べたように、楽音そのものが利用された音の商標の出願により作曲家・作詞家の複製権若しくは翻案権、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権の侵害が成立する場合でも、以下に述べるとおり、当該出願それ自体は、必ずしも、当該侵害成立それ自体を理由として、登録を拒絶され、取り消され、又は無効とされ得る訳ではないと考えられます。

(2) すなわち、商標法上、出願に係る商標が他人の著作権等を侵害するものであることは、それ自体としては、不登録事由として規定されていません（商標法 4 条）。また、商標法上、商標権と「著作権」との調整規定として商標法 29 条⁽¹¹⁾が規定されているところ、同規定が創設された商標法の改正に係る工業所有権制度改正審議会商標部会答申（昭和 31 年 12 月 24 日）においては、「第 12 著作権と抵触する商標登録出願については、審査の際登録を拒絶することはしないが、この登録商標の使用については商標権者は著作権者の許諾を得なければこれを使用

することができないこととする」旨が答申されました。

よって、商標法上、出願に係る商標が他人の著作権等を侵害するものであることは、不登録事由としては、一般に、公序良俗違反（商標法4条1項7号）等の該当性の問題として検討する他なく、しかも、それ自体としては、原則として、公序良俗違反等には該当しないものと解さざるを得ないでしょう⁽¹²⁾。

この点、東京高判平成13年5月30日⁽¹³⁾においても、「その使用が他人の著作権と抵触する商標であっても、商標法4条1項7号に規定する商標に当たらないものと解するのが相当であり、同号の規定に関する商標審査基準にいう『他の法律（注、商標法以外の法律）によって、その使用等が禁止されている商標』には該当しないものというべきである。そして、このように解したとしても、その使用が商標登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触する商標が登録された場合には、当該登録商標は、指定商品又は指定役務のうち抵触する部分についてその態様により使用することができないから（商標法29条）、不当な結果を招くことはない。」旨が判示されています。（なお、近年の特許庁の審査・審決等においては、出願に係る商標が他人の著作権等を侵害するものである事案のうち、特に有名なキャラクターの絵柄等に係る事案については、より積極的に公序良俗違反・混同のおそれ（商標法4条1項15号）等の該当性が肯認されています⁽¹⁴⁾。もっとも、このことは、出願に係る商標が他人の著作権等を侵害するものであることがそれ自体として直ちに公序良俗違反等に該当すると判断されていることまでも意味するものではないでしょう。）

(3) ところで、このように著作権等を侵害して出願された商標が必ずしも当該侵害成立それ自体を理由として登録を拒絶され、取り消され、又は無効とされ得る訳ではないことは、少なくとも理論的には音の商標の出願に特有の問題ではないと考えられます⁽¹⁵⁾。また、商標法上、従来より、出願に係る商標が他人の著作権等を侵害するものであることが、それ自体としては、不登録事由として規定されていないのも、上記工業所有権制度改正審議会商標部会答申、上記東京高判平成13年5月30日等に鑑みると、相応の考慮の結果によるものと理解されます。よって、実際に音の商標の出願において作曲家・作詞家の複製

権若しくは翻案権、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権の侵害が多発するような事態が生じない限り、音の商標の出願に特有の問題として不登録事由を整備するまでの必要性は乏しいとも考えられます。但し、このような立場が(2)に述べたとおり商標法29条の存在を基礎とするものであることは十分に留意されるべきでしょう（具体的には、後述のとおり、商標法29条について商標権と「著作隣接権」との調整規定でもあることが明確になるように改正することが必要ではないかと考えます。）。

4 侵害成立の場合の特許庁によるインターネットにおける公報発行の侵害性

最後に、我が国の現行商標法の改正の要否及び内容に関する従前の検討結果においては、音の商標のように「電子ファイル等によって特定された商標は、その権利範囲を他人に対して明確に示すため、これらを含めて特許庁が商標公報により公示するよう規定を整備することが適切と考えられる」とされる⁽¹⁶⁾とともに、その時の注として、「現在、商標公報は電子的に公示されている」とされています⁽¹⁷⁾。これは、特許庁の「インターネット利用による公報発行サイト」⁽¹⁸⁾等において、インターネットを通じて公衆に出願・登録された音の商標を聴取可能にすることを意味しているものと理解されます。そうすると、1に述べたように、楽音そのものが利用された音の商標の出願により作曲家・作詞家の複製権若しくは翻案権、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード製作者の複製権の侵害が成立する場合には、そのような音の商標を特許庁がインターネットを通じて公衆に聴取可能にし、更に聴取させることにより、作曲家・作詞家の公衆送信権・送信可能化権（著作権法23条1項）、楽音に係る実演家の送信可能化権（著作権法92条の2）又は楽音のレコードに係るレコード製作者の送信可能化権（著作権法96条の2）の侵害が成立しないか、が問題になり得るものと考えられます。この点、「商標権が存在する以上、その登録を公示する必要があることは否めない。法が認めている登録制度、公報制度に内在して著作権が制限されると解し、著作権者が登録原簿の問題の部分の廃棄や公報発行等を差し止めることを請求することは許されないものと扱わなければならない」でしょう⁽¹⁹⁾。

第3. 楽音そのものが利用された音の（登録）商標の使用について

1 楽音そのものが利用された音の（登録）商標の使用による侵害の成否

(1) 一般

次に、市販のCD等に収録された、又はインターネットにおいて配信された楽音の全体又は一部が権利者に無断でそのまま又は加工して利用されて、楽音そのものが利用された音の商標が登録・未登録を問わず実際に商標として使用される事態において、音楽の著作権、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利の侵害が成立するかどうか、については、一般に、第2の1に述べたところと同様であり、ただ、当該商標の使用態様に応じて、作曲家・作詞家の複製権、演奏権・歌唱権（著作権法22条）、公衆送信権・送信可能化権、翻案権、二次的著作物の利用に関する原著作者の権利（著作権法28条）等、楽音に係る実演家の録音権、放送権・有線放送権（著作権法92条）、送信可能化権等及び楽音のレコードに係るレコード制作者の複製権、送信可能化権等の侵害の成否が問題とされることになります。

(2) 楽音そのものが利用された音の商標が登録されている場合における商標権者による登録商標の使用の抗弁の成否

ア 一般

もっとも、楽音そのものが利用された音の商標が登録されている場合には、当該商標の使用について、商標権者又はそのライセンシーに、登録商標の使用の抗弁が成立しないか、が問題となり得ます。

この点、一般に、商標権は登録商標の使用権でもあり（商標法25条）、最判昭和56年10月13日⁽²⁰⁾・平成9年3月11日⁽²¹⁾等によれば商標権者又はそのライセンシーには登録商標の使用について正当な権限が肯認されるものとされています。

イ 商標権の権利行使の制限との関係

これに対し、楽音そのものが利用された音の商標の出願により作曲家・作詞家の複製権若しくは翻案権、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード制作者の複製権の侵害が成立する場合に、商標登録の無効理由に基づき商標権の権利行使の制限（商標法39条により準用される特許法104条の3）の再抗弁により商標権者又はそのライセンシーの登録商標の使用の抗弁を否定することが考えられなくもない

ものの、当該出願が必ずしも当該侵害成立それ自体を理由として登録を無効とされ得る訳ではないと考えられることは、第2の3に述べたところと同様です。

ウ 商標権の権利濫用の禁止との関係

また、諸般の事情に基づき商標権の権利濫用の禁止（民法1条3項）の再抗弁により商標権者又はそのライセンシーの登録商標の使用の抗弁を否定することも考えられなくもないものの、出願による侵害成立それ自体により直ちに商標権の行使が権利濫用と判断され得る訳でもないと考えられます⁽²²⁾。

エ 商標法29条との関係

他方、商標登録出願日前に音楽の著作権が発生していた場合、商標権と「著作権」との調整規定としての商標法29条の適用により、商標権者又はそのライセンシーには登録商標の使用について正当な権限が肯認されなくなるものと考えられます。

問題は、商標登録出願日前に楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利が発生していた場合、商標権と「著作隣接権」との調整を明記していない商標法29条の（類推）適用により、商標権者又はそのライセンシーには登録商標の使用について正当な権限が肯認されなくなるものと解されるかどうかです。

この点、商標権と「著作権」との調整規定としての商標法29条は、「第12 著作権と抵触する商標登録出願については、審査の際登録を拒絶することはしないが、この登録商標の使用については商標権者は著作権者の許諾を得なければこれを使用することができないこととする」旨の工業所有権制度改正審議会商標部会答申（昭和31年12月24日）に従い、昭和34年改正商標法において創設されました。そして、当時の旧著作権法においては、演奏・歌唱及び録音物が著作権の保護対象とされていたものの、実演家の権利、レコード制作者の権利等を規定する著作隣接権制度それ自体は導入されていませんでした。このような著作隣接権制度は、昭和45年改正著作権法において創設されたものです。

このような経緯に鑑みると、商標法29条所定の「著作権」それ自体は著作隣接権を含まないものと解するのが一応合理的でしょう⁽²³⁾。

そうすると、商標登録出願日前に楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利が発生していた場合でも、少なくとも商標法29条

の直接適用によっては、商標権者又はそのライセンシーの登録商標の使用の抗弁を否定することは困難であることとなります。

したがって、商標法改正により音の商標を導入する場合には、商標法 29 条について商標権と「著作隣接権」との調整規定でもあることが明確になるように改正することが必要ではないかと考えます。(この点、商標法改正の要否及び内容に関する従前の検討においては、「音等の内容が著作権等の対象として別途保護されている場合への対応は、現行の規定(商標法第 29 条)で十分か」⁽²⁴⁾ という論点が正当に指摘されていたものの、同論点に関する検討は必ずしも十分に尽くされてこなかったように思われます⁽²⁵⁾。)

2 楽音そのものが利用された音の(登録)商標の使用のための権利処理の方法

なお、1 に述べたように楽音そのものが利用された音の商標の使用により音楽の著作権、楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利の侵害が成立する場合における、当該使用のための権利処理の方法については、第 2 の 2 に述べたところと基本的に同様です。

第 4. 著作権者・著作隣接権者・利用権者等による音楽・楽音・楽音のレコードの利用に対する音の商標に係る商標権の権利行使について

1 はじめに

最後に、市販の CD 等に収録された、又はインターネットにおいて配信された楽音の全体又は一部が権利者に無断でそのまま又は加工して利用されて、楽音そのものが利用された音の商標が出願・登録される事態において、著作権者・著作隣接権者・利用権者等が音楽・楽音・楽音のレコードを利用することに対して当該音の商標に係る商標権が権利行使される場合における、商標権侵害の成否について検討します。

2 商標的使用該当性

まず、そもそも、商標権侵害が成立するためには、一般に、対象標章が自他商品又は役務識別標識として使用されることを要するものとされています。それ故、楽音そのものが利用された音の商標に係る商標権との関係においても、侵害が成立するためには、著作権者・

著作隣接権者・利用権者等による音楽・楽音・楽音のレコードの利用がこのような商標的使用に該当するものでなければなりません。したがって、そもそも、このような商標的使用に該当し難い、コンサート等における音楽の演奏・歌唱、音楽番組の放送・有線放送・インタラクティブ配信、業務用通信カラオケ、BGM 等については、商標権侵害は成立し難いものと考えられます。もっとも、コマーシャル送信、イベント等のテーマソングとしての利用、映画・ゲームソフト等の主題曲・主題歌としての利用等については、商標の使用該当性が問題となり得るものと考えられます。

3 商標権の権利行使の制限との関係

次に、楽音そのものが利用された音の商標の出願により作曲家・作詞家の複製権若しくは翻案権、楽音に係る実演家の録音権又は楽音のレコードに係るレコード制作者の複製権の侵害が成立する場合に、商標登録の無効理由に基づき商標権の権利行使の制限の抗弁により商標権侵害の成立を否定することが考えられなくもないものの、直ちに商標登録の無効理由が認められ得る訳ではないと考えられることは、第 3 の 1 の (2) のイに述べたところと同様です。

4 商標権の権利濫用の禁止との関係

また、諸般の事情に基づき商標権の権利濫用の禁止の抗弁により商標権侵害の成立を否定することも考えられなくもないものの、出願による侵害成立それ自体により直ちに商標権の行使が権利濫用と判断され得る訳でもないと考えられることは、第 3 の 1 の (2) のウに述べたところと同様です。

5 商標法 29 条との関係

他方、一般に、商標法 29 条が適用される場合には、裁判例⁽²⁶⁾ 及び学説⁽²⁷⁾ によれば、商標権の禁止権も制限されるものとされています。なお、このような商標権の効力の制限は、相対的なものであり、少なくとも無権利者の利用に対しては、商標権の禁止権は及び得るものと解されています⁽²⁸⁾。

そこで、商標登録出願日前に音楽の著作権が発生していた場合、商標権と「著作権」との調整規定としての商標法 29 条の適用により、少なくとも著作権者・利用権者による音楽の利用については、商標権侵害の成立が否定されるものと考えられます。

もともと、商標法 29 条所定の「著作権」それ自体は著作隣接権を含まないものと一応解されるので、商標登録出願日前に楽音に係る実演家の権利及び楽音のレコードに係るレコード制作者の権利が発生していた場合でも、少なくとも商標法 29 条の直接適用によっては、これらの著作隣接権者・利用権者による楽音・楽音のレコードの利用について、商標権侵害の成立を否定することが困難であることは、第 3 の 1 の (2) のエに述べたところと同様です。

したがって、商標法改正により音の商標を導入する場合には、商標法 29 条について商標権と「著作隣接権」との調整規定でもあることが明確になるように改正することが必要ではないかと考えます。

注

- (1) 特許庁「平成 19 年度商標出願動向調査報告書－我が国で保護されない態様の標章の海外における商標出願・登録状況に関する調査－」（平成 20 年 1 月）、財団法人知的財産研究所「新しいタイプの商標に関する調査研究報告書」（平成 20 年 3 月）（以下「知財研報告書」といいます。）、特許庁産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会「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)」(以下「WG 報告書(案)」といいます。)、特許庁「産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会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)に対する意見募集の結果について」(平成 21 年 8 月) (以下「意見募集結果」といいます。) 等。
- (2) WG 報告書(案) 2 頁。
- (3) もともと、2005 年 12 月に東京地方裁判所において作曲家が住友生命保険相互会社に対し自己が同社より受託して制作した「すみともせいめい〜」という約 2 秒半の CM 用の CI サウンドロゴについて自己の著作権の存在の確認等を請求した事件があります。なお、同事件は、2006 年 12 月 26 日に和解により終了しました。
- (4) 使用主義を採用する米国商標法の下で実際に使用された CM ソング等がそのまま出願及び登録されたものと考えられます。その意味では登録主義を採用する我が国の商標法の下で直ちに同様の状況が生じると断定される訳ではありません。
- (5) WG 報告書(案) 21 頁。なお、意見募集結果「音については、権利範囲を明確に特定するため、電子ファイル(音声)で商標を特定することが適切と考えられ

ます。」も参照して下さい。

- (6) 従前の検討結果においては、例えば、「識別性に係る要件」に関して、「音の商標については、その指定商品・役務において当該商品・役務から普通に生ずる音響は、識別力がないと考えられるから、識別力の要件に関する第 3 条の規定を整備することが適切と考えられる」とされる(WG 報告書(案) 18 頁)とともに、「出願時における商標の権利範囲の特定方法」に係る「電子ファイルに関する時間的制限」として、「音の商標のうち、電子ファイルが長時間にわたるもの…は、第三者による先行商標調査等の負担を著しく増すこととなり、特許庁における審査にも多くの時間を要することになる。このため、…時間的制限…を設けることが適切と考えられる」とされている(WG 報告書(案) 21 頁)ものの、このような対応のみによっては、楽音そのものに係る音の商標が出願・登録・使用等される事態そのものは避け難いであろうと考えられます。
- (7) 福井健策編・前田哲男・谷口元著「音楽ビジネスの著作権」232 頁(2008 年、著作権情報センター)「結論としては、①著作権については、創作性のある部分が利用された場合にのみ侵害となる(利用された部分が短くてそれだけでは創作性が認められないなら、侵害とならない) ②著作隣接権については、創作性が直接関係せず、利用された部分が短くても侵害となるが、似たような音を別につくったのなら侵害とならないということになると思います。」
作花文雄「著作権法 制度と政策 第 3 版」166 頁(2008 年、発明協会)「著作物の場合は、著作者の個性に基づく創作的な表現が利用されているときに複製権が働くことになるが、レコードについては、もともと保護の要件として、音の固定についてレコード制作者の創作性が要求されておらず、当該レコード制作者の製作したレコードの音が利用されている限りにおいて、基本的には複製権が及ぶと考えられる。」
半田正夫・松田政行編「著作権法コンメンタール 1」512 頁〔井奈波朋子〕(2009 年、勁草書房)「音楽の現場では既存の楽曲をサンプリングして別の楽曲の一部として取り入れる行為が行なわれる。この場合、原曲が感得できる場合と原曲が感得できない程度に改変されている場合がある。前者の場合、複製権または翻案権の侵害となる可能性がある。なお、前者の場合のみならず、後者の場合であっても、レコード制作者の権利に対する侵害が問題となる(6)。」

- 半田正夫・松田政行編「著作権法コンメンタル3」108頁〔伊藤真〕(2009年, 勁草書房)「このような行為が、実演家の複製権・レコード製作者の複製権を侵害するか…については、明確な結論は出ていない。…米国では、Newton vs Diamond 事件において、侵害が否定された判決が存するとされる(2003年11月4日第9巡回連邦控訴裁判所)。…ただし、米国著作権法とは、法律構成が異なる(米国著作権法では、レコード製作者の権利も著作権として構成されている)などの事情から、日本において同様に解釈されるものではない。」。
- (8) 音の商標の出願等について、実演家の権利との関係では、例えば実演家の口演・朗詠等が商標として出願された場合のように、楽音以外の実演に係る録音権の侵害も問題になり得ます。また、レコード製作者の権利との関係でも、例えば市販のCD等に収録された環境音が商標として出願された場合のように、楽音以外の音のレコードに係る複製権の侵害も問題になり得ます。
- (9) 注(7) 参照。
- (10) CM送信録音、ゲームソフトへの録音、映画・映像ソフトへの外国曲の録音、出版物への外国曲の利用等の取扱いについては、福井健策編・前田哲男・谷口元著「音楽ビジネスの著作権」161～165頁(2008年, 著作権情報センター)を参照して下さい。
- (11) 商標法29条には、「商標権者、専用使用権者又は通常使用権者は、指定商品又は指定役務についての登録商標の使用がその使用の態様により…その商標登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触するときは、指定商品又は指定役務のうち抵触する部分についてその態様により登録商標の使用をすることができない。」旨が規定されています。
- (12) 小野昌延編「注解商標法〔新版〕上巻」727頁〔三山裕三〕(2005年, 青林書院)、三山峻司「商標権と著作権との交錯領域における諸問題－特に商標法29条の解釈を中心として－」パテント40巻4号28頁等。
- (13) 東京高判平成13年5月30日(平成12年(行ケ)第386号)判時1797号150頁〔キューピー商標審決取消請求事件〕。
- (14) 「ポパイ」の絵柄等に係る平成7年1月24日審決(昭和58年審判第19123号)審決公報4276号31頁、「ムーミン」の絵柄等に係る平成9年12月12日審決(平成4年審判第22481号)審決公報第4722号139頁等。牛木理一「抵触関係」小野昌延ほか編「商標の法律相談」493頁(2009年, 青林書院)。
- (15) 知財研報告書116頁「著作権等との関係についての論点は、既に保護対象となっている商標についても該当することであり、新商標を保護対象とすることによって初めて著作権等との関係が発生するのならともかく、そうでないのならば、当該論点については、議論を行うとすれば商標全体にかかわる課題としてとらえるべきであって、新商標のみに限定して検討を行っても、十分な議論とならないのではないかとの意見もあった。」。
- (16) WG報告書(案)22頁。
- (17) WG報告書(案)22頁脚注13。
- (18) <http://www.publication.jpo.go.jp/utility/do/usr/topmenu?lang=j>
- (19) 田村善之「商標法概説〔第2版〕」236頁(2000年, 弘文堂)。
- (20) 最判昭和56年10月13日民集35巻7号1129頁〔マックバーガー事件〕。
- (21) 最判平成9年3月11日民集51巻3号1055頁〔小僧寿し事件〕。
- (22) 最判平成2年7月20日民集44巻5号876頁〔ポパイ・マフラー事件上告審〕「本件商標は右人物像の著名性を無償で利用しているものに外ならないというべきであり、…被上告人が、『ポパイ』の漫画の著作権者の許諾を得て乙標章を付した商品を販売している者に対して本件商標権の侵害を主張するのは、客観的に公正な競争秩序を乱すものとして、正に権利の濫用というほかない。」。
- (23) 商標法29条の立法当時の旧著作権法において演奏・歌唱及び録音物が著作権の保護対象とされていたことに着目するとしても、当時の商標法が視認される商標しか保護対象としていなかった以上、そのような商標に係る商標権との調整規定としての商標法29条について「著作権」として視認されない演奏・歌唱及び録音物に係る著作権が想定されていたと解することはやはり困難でしょう。
- (24) 特許庁「新しいタイプの商標に関する現状と論点」7頁(平成20年7月)。
- (25) 知財研報告書38頁「現行商標法第29条の規定のほかに、特別の措置を講じる必要性はないように思われる。」。
- 知財研報告書116頁「他人の著作権等との関係については、現在と同様に第29条によって整理できるのではないかとの意見もあった。」。

WG 報告書（案）25～26 頁「新しいタイプの商標について現行法における調整と異なる取り扱いをする特段の事情がないため、商標権者等による登録商標の使用がその使用態様により他人の著作権、意匠権等と抵触するときは、これまでと同様に、その抵触する部分について当該登録商標の使用を制限することが適切と考えられる。」。

意見募集結果「現行制度と同様に、新しいタイプの商標についても商標法第 29 条により、登録商標の使用が他人の著作権等と抵触する場合は、その抵触する部分について登録商標の使用を制限することが適切と考えられます。」。

(26)大阪高判昭和 60 年 9 月 26 日無体集 17 卷 3 号 411 頁
〔ボパイ・マフラー事件控訴審〕。

(27)特許庁編「工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第 17 版〕」1274 頁（2008 年，発明協会），平尾正樹「商標法〈第 1 次改訂版〉」337 頁（2006 年，学陽書房），小

野昌延編「注解商標法〔新版〕上巻」729 頁〔三山裕三〕（2005 年，青林書院），網野誠「商標〔第 6 版〕」774 頁（2002 年，有斐閣），田村善之「商標法概説〔第 2 版〕」235 頁（2000 年，弘文堂），渋谷達紀「判批」判例評論 331 号 54 頁（判例時報 1198 号 226 頁），満田重昭「不当登録商標権の濫用」小野昌延先生還暦記念「判例不正競争法」151 頁（1992 年，発明協会），小野昌延編「注解商標法」474 頁〔松井正道〕（1994 年，青林書院），増井和夫「商標権と著作権の衝突」中山信弘編「知的財産権研究Ⅲ」178 頁（1990 年，東京布井出版），玉井克也「判批」ジュリスト 908 号 97 頁等。

(28)小野昌延編「注解商標法〔新版〕上巻」730 頁〔三山裕三〕（2005 年，青林書院），三山峻司「商標権と著作権との交錯領域における諸問題－特に商標法 29 条の解釈を中心として－」パテント 40 卷 4 号 27 頁等。

（原稿受領 2009. 8. 31）

読者の声

投稿のお願い

本誌における情報，言論の流れはとかく一方通行に終わりがちであり，編集に携わるパテント編集委員会としては本誌が読者に如何に読まれているか一寸気になります。

「読者の声」欄に，筆者への反論，編集者への注文などを Eメールにてお寄せ下さい。

●宛 先：日本弁理士会 広報・支援・評価室「読者の声」係

TEL：03-3519-2361 FAX：03-3519-2706

投稿原稿はこちら…patent-bosyuu@jpaa.or.jp

※500字程度で，氏名・年齢・職業・連絡先を明記のうえ，投稿ください。

※掲載の都合上一部を手直しすることがありますので予めご了承ください。