

特集《商標法改正》

新しい商標と新商標法

～動き商標，ホログラム商標，音商標を中心に～

会員 青木 博通



要約

2015年4月1日に施行された新商標法で，動き，ホログラム，色彩，位置，音からなる新商標（5点セット）の登録が認められることになった。

本稿では，新商標法，政省令，商標審査基準（11版）にも触れながら，新商標の保護制度の概要について，新商標の種類，使用の定義の拡大，登録要件，出願方法，補正，商標権侵害と効力の制限，経過措置について解説する。

商標審査基準（11版）については，動き商標，ホログラム商標，音商標を中心に解説する。

新商標の日本における不正競争防止法による保護，欧米における商標権侵害の事例については，拙著『新しい商標と商標権侵害』（青林書院，2015年4月中旬刊行予定）を参照されたい。

目次

1. はじめに
2. 新商標導入の趣旨
3. 新商標の種類
4. 商標の使用の定義の拡大
5. 新商標の登録要件
 - (1) 識別性
 - (2) 類似性
 - (3) 公序良俗違反
 - (4) 機能性
6. 新商標の出願方法
7. 補正
8. マドプロ出願の取扱い
9. 商標権侵害と効力の制限
10. 色彩の特例
11. 経過措置

1. はじめに

特許法，意匠法，商標法，特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律（以下，「国際出願法」という），弁理士法の5法改正からなる「特許法等の一部を改正する法律案」が2014年3月11日に閣議決定され，第186回通常国会に提出され，同年4月25日に可決・成立し，同年5月14日に公布された（平成26年法律第36号）。

法改正の趣旨は，「日本再興戦略」及び「知的財産政策に関する基本方針」を踏まえ，今後10年間で世界最

高の「知的財産立国」を実現するため，知的財産の更なる創造・保護・活用に資する制度的・人的基盤を早急に整備することにある。

改正商標法の地域団体商標に関する条項は，2014年8月1日に施行され，動き，ホログラム，色彩，位置，音からなる新商標（5点セット）の導入部分については，2015年4月1日に施行された。

本稿では，新しい商標を導入した新商標法の概要について，政省令，商標審査基準（11版）にも触れながら，動き商標，ホログラム商標，音商標を中心に解説する。

新商標の日本における不正競争防止法による保護，欧米における商標権侵害事例については，拙著『新しい商標と商標権侵害』（青林書院，2015年4月中旬刊行予定）を参照されたい。

2. 新商標導入の趣旨

改正前商標法は，文字商標，図形商標，立体商標の登録を認めているが，動き，ホログラム，色彩，位置，音からなる新商標の登録を認める制度となっていない。

しかしながら，デジタル技術の進歩や商品・サービスの販売戦略の多様化に伴い，商品又はサービスのブランド化に際して新商標を用いるようになっており，また，海外においても新商標は保護される傾向が顕著となっている。

このような国内外の状況を踏まえ、新商標の保護を認めることとしたものである。

3. 新商標の種類

商標の定義について、新商標法2条1項は以下の通り規定する。

(新商標法2条1項)

「この法律で「商標」とは、人の知覚によって認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という）であって、次に掲げるものをいう。」

欧州共同体商標規則2条のように「識別することができる (are capable of distinguishing)」、「写実的に表現できる (capable of being represented graphically)」、米国商標法45条のように「同定し、識別するため (to identify and distinguish)」の文言は入っていないが、「人の知覚⁽¹⁾によって認識することができるもの」との絞りをかけた。

この定義より、色彩のみからなる商標、音商標が新たに追加されたことは明らかである。

動き、ホログラム、位置商標については、従来の商標の定義で読み込めるため、新商標法の定義規定では追加されていない。但し、これらの商標の出願の手続規定が改正前商標法では整備されていないため、商標法5条で整備されている。

商標の定義の「その他政令で定めるもの」には、動き、ホログラム、位置商標は含まれない。今後政令で、新商標が追加される可能性がある。例えば、TPP交渉の結果次第では、米国が保護を求める香りの商標が将来的に政令により認められる可能性もある。

今回の改正で、表1の○のついた新しい商標（以下、「新商標」という）にまで、保護対象が拡大されたことになる。

表1 新商標の種類

視認性のあるもの (Visible)	導入	視認性のないもの (Non-Visible)	導入
動き商標 (Moving marks)	○	音商標 (Sound marks)	○
ホログラム商標 (Hologram marks)	○	香りの商標 (Olfactory marks)	×
色彩のみからなる商標 (Color marks)	○	触覚の商標 (Touch marks)	×
位置商標 (Position marks)	○	味の商標 (Taste marks)	×
トレードドレス (Trade Dress)	×		
動きと音の結合商標	×		

動き商標とは、図形等が時間によって変化して見える商標である（例えば、テレビやコンピュータ画面等に映し出される動く平面商標や、動く立体商標）。「コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律」では、「動作」の用語が使用されている。

ホログラム商標とは、物体にレーザー光などを当て、そこから得られる光と、もとの光との干渉パターンを感光材料に記録し、これに別の光を当てて物体の像を再現する方法及びこれを利用した光学技術を利用して図形等が写しだされる商標である。

色彩のみからなる商標とは、図形等と色彩が結合したのではなく、色彩のみからなる商標である。複数の色彩を組み合わせたものと、単一の色彩があり、さらに、それが付される位置を特定するものと、しないものがある。

位置商標とは、図形等の標章と、その付される位置によって構成される商標である。

トレードドレスとは、国際的にその定義が確立していないのが実態であり、保護される対象も一義的に定まっていない。海外主要国で登録されている例をみると、商品の立体的形状、商品の包装容器、店舗の外観または内装、建築物の特定の位置に付される色彩等が含まれる。新商標法では、トレードドレス自体は保護されないことになったが、色彩商標、位置商標、立体商標により、ある程度トレードドレスを保護することができる。しかしながら、店舗の内装の全体的イメージからなるトレードドレスの保護には困難を伴うことになる。

音の商標とは、音楽、音声、自然音等からなる商標であり、聴覚で認識される商標である。

香りの商標とは臭覚で認識される商標，触覚の商標とは触覚で認識される商標，味の商標とは味覚で認識される商標であるが，新商標法では保護されないことになった。

なお，動きと音の結合商標出願は認められない。認める場合には，政令で定める必要がある。定義規定においても，「音」のみ単独で挿入されており，動きと音の結合を認めないように規定されている。

4. 商標の使用の定義の拡大

商標の使用の定義について，以下の規定が設けられている。

新商標法2条3項9号により，商品の譲渡の際に音を発する行為（例：機器を用いて再生する行為，楽器を用いて演奏する行為）⁽²⁾が商標の使用の定義に含まれることになった。例えば，商品「映画を記録したDVD」の販売のために，店舗に設置したテレビで，起動時に鳴る音（音商標）を記録したDVDを再生する行為，役務「映画の上映」を提供するに際し，映画の上映に用いる「マスターテープ」（役務の提供の用に供する物）に，映画の冒頭に流れる楽曲（音商標）を記録し，映画の上映の際に再生する行為が該当する。

新商標法2条3項10号により，新商標の保護対象が拡大した場合に，商標の使用の定義も政令で手当てできるようになっている。

新商標法2条4項2号により，商品に取り付けられた記録媒体に音を記録することが，商品等に商標を付することになる。例えば，商品「自動車」に取り付けられている記録媒体に，起動時に鳴る音楽（音商標）を記録する行為，商品・役務の広告として，記録媒体であるDVD（DVD-ROMカタログ）を作成し，その記録媒体に音楽（音商標）を記録する行為が該当する。「商品の包装」に記録媒体が取り付けられている場合を規定していない。このような場合に商標法の保護を及ぼす必要性が現状では想定されにくいためである⁽³⁾。

(新商標法2条3項)

「この法律で標章について「使用」とは，次に掲げる行為をいう。

1～8(略)

9 音の商標にあつては，前各号に掲げるもののほか，商品の譲渡若しくは引渡し又は役務の提供のた

めに音の標章を発する行為

10 前各号に掲げるもののほか，政令で定める行為」

(新商標法2条4項)

「前項において，商品その他の物に標章を付することには，次の各号に掲げる各標章については，それぞれ当該各号に掲げることが含まれるものとする。

1 文字，図形，記号若しくは立体若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合の標章 商品若しくは商品の包装，役務の提供の用に供する物又は商品若しくは役務に関する広告を標章の形状とすること。

2 音の標章 商品，役務の提供の用に供する物又は商品若しくは役務に関する広告に記録媒体が取り付けられている場合（商品，役務の提供の用に供する物又は商品若しくは役務に関する広告自体が記録媒体である場合を含む。）において，当該記録媒体に標章を記録すること。」

5. 新商標の登録要件

(1) 識別性

(イ) 関連条文

商標の識別性については，新商標法3条1項3号が設けられており，本号に該当する場合には登録できない。

生来的に出所識別力のない新商標は，新商標法3条1項3号「商品の～その他の特徴，役務の～その他の特徴を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」，商標法3条1項6号「前各号に掲げるもののほか，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ない商標」等により拒絶されることになる。すなわち，「商品等が通常有する色彩及び発する音」等の識別力のないものは，商品等の特徴として，新商標法3条1項3号で拒絶されることになる。

諸外国の例からも，新商標は，生来的に出所識別力がないとして，拒絶される例が多いと考えられる。

しかしながら，長年の使用により出所識別力を獲得した場合には（Acquired distinctiveness/Secondary meaning），これらの新商標も例外的に現行商標法3条2項のもとで登録される。

新商標を積極的に登録する場合には，出願前から新商標の使用証拠を確保しておく必要がある。例えば，動き商標であればテレビCM等の映像，色彩のみから

なる商標であればカラーの新聞広告、音商標であればCMの録音を取っておく必要がある。さらに、新商標の使用された商品・役務の販売数量、使用開始時期、使用期間、使用地域、広告宣伝期間・地域・規模、類似品の存否に関する証拠も確保する必要がある。新商標については、生来的に出所識別力がないとして拒絶される可能性が高いため、長年の使用により、出所識別力を獲得したことを立証する必要があるからである（商標法3条2項）。

（新商標法3条1項3号）

その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状（包装の形状を含む。第26条第1項第2号及び第3号において同じ。）、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、態様、提供の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標

（ロ） 動き商標について（商標審査基準（11版）より）

動き商標の識別性は、文字、図形等が時間の経過に伴って変化する状態を総合して商標全体として判断される。動きそのものは商標の構成要素とはならない。

動きを構成する文字、図形等に識別性がある場合には、動き商標を登録できる。

動きを構成する文字等に識別力がない場合は、次の通り判断される。

① 動きの軌跡が線図等で表現される場合、描かれた標章に識別性がない場合には、3条1項3号違反で拒絶される。

② 点が動いた軌跡が線で表され、それが、商品又は役務の普通名称に該当する場合、慣用商標に該当する場合、商品又は役務の特徴を表す場合、ありふれた氏に該当する場合、極めて簡単かつありふれた標章のみからなる場合、識別力がない場合にも、商標法3条1項各号に該当して登録することができない。

しかしながら、長年の使用により、識別力を取得した場合には、商標法3条2項により登録することができる。

（ハ） ホログラム商標について（商標審査基準（11版）より）

ホログラムを構成する文字、図形等に識別性がある場合には、ホログラム商標の識別性も認められる。

ホログラム商標において、普通名称の文字が分割して表示されている場合、慣用商標の文字が分割して表示されている場合、商品又は役務の特徴等を表す文字が複数の画面に分割されている場合、ありふれた氏等が複数の画面に分割されている場合、極めて簡単、かつ、ありふれた標章のみからなる場合には、識別性がないと判断され、商標法3条1項各号により拒絶されることになる。

しかしながら、長年の使用により、識別力を取得した場合には、商標法3条2項により登録することができる。

（二） 音商標について（商標審査基準（11版）より）

音商標を構成する音の要素（音楽的要素、自然音等）及び言語的要素（歌詞等）を総合して、商標全体として観察する。

言語的要素が3条1項各号に該当しない場合には、音商標は登録可能。

音の要素が商標法3条1項各号に該当しない場合には、音商標は登録可能。

普通名称、慣用商標、ありふれた氏を読みあげたに過ぎない音商標は、それぞれ商標法3条1項1号、2号、4号に該当して登録することができない。

次にあるような、商品又は役務の特徴等に該当する音商標は商標法3条1項3号に該当し、登録することができない。

（1） 商品が通常発する音

（A） 商品から自然発生する音

（例） 商品「炭酸飲料」について、「『シュワシュワ』という泡のはじける音」

（B） 商品の機能を確保するために通常使用される又は不可欠な音

（例） 商品「目覚まし時計」について、「『ピピピ』というアラーム音」

例えば、商品「目覚まし時計」について、目を覚ますという機能を確保するために電子的に付加されたアラーム音は、『ピピピ』という極めてありふれたものであっても、メロディーが流れるようなものであっても、アラーム音として通常使用されるものである限

り、これに該当するものとする。

(2) 役務の提供にあたり通常発する音

(A) 役務の性質上、自然発生する音

(例) 役務「焼肉の提供」について、「『ジュー』という肉が焼ける音」

(B) 役務の提供にあたり通常使用される又は不可欠な音

(例) 役務「ボクシングの興行の開催」について、「『カーン』というゴングを鳴らす音」

単音やこれに準ずる極めて短い音は、原則、商標法3条1項5号に該当し、登録することができない。

次に該当する音は、商標法3条1項6号に該当し、登録することができない。

- ・自然音を認識させる音(例:風の吹く音)
- ・需要者がクラシック音楽、歌謡曲、オリジナル曲等の楽曲としてのみ認識する音
例:CM等のBGMに流れる楽曲
- ・商品の機能確保に不可欠な音ではないが、商品の機能又は魅力を向上させる音
例:子供靴について、歩くたびに鳴る「ピヨピヨ」という音
- ・広告等において、需要者の注意を喚起したり、印象付けたり、効果音として使用される音
例:焼き肉のたれの広告におけるビールをそそぐ「コポコポ」という効果音
- ・役務の提供の用に供する物が発する音
(例)「車両の発するエンジン音」(役務:車両による輸送)

「コーヒー豆を挽く音」(役務:コーヒーの提供)

しかしながら、識別力のない音も長年の使用により、識別力を獲得した場合には、商標法3条2項により登録することができる。その際に、使用してきた音と出願した音商標との同一性を立証する必要がある。

使用してきた音の一部を切り出して出願した場合には、メロディーが同一であることを条件に、同一性が認められる。

一方、メロディーが同一でも、リズム又はテンポが異なることにより需要者が受ける印象が異なる場合には、同一性は認められない。

(2) 類似性

商標法4条1項11号は、先に登録された他人の商標と類似する場合には登録できない旨規定するが、本

号の「類似」について、新商標のための特別規定は設けられていない。

商標の類似については最高裁判決(氷山印事件・最判昭和43年2月27日・民集22巻2号399頁)があり、商標の外観、観念、称呼等によって需要者等に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察し、取引の実情に基づき(恒常的なもの)、対比される両商標が、同一または類似する商品・役務に使用された場合に、商品の出所の誤認混同が生ずるおそれがあるか否かにより決すべきと判示されているので、かかる考え方を踏まえ、新商標のタイプごとの特性を考慮して(例:色彩の商標であれば外観重視、音の商標であれば称呼重視)、商標の類似が判断されることになる。

(イ) 動き商標について(商標審査基準(11版)より)

動き商標の類否は、動き商標を構成する標章とその標章の時間の経過に伴い変化する状態から生ずる外観、称呼及び観念のそれぞれの判断要素を総合して商標全体として考察する。

原則として、動きそのものは要部として抽出しない。

双方の動き商標の軌跡が同一または類似する場合には(例:■の軌跡がSUNの文字と▲の軌跡がSUNの文字)、類似する。

軌跡が線として残らない場合、変化(移動)が同じでも、標章が非類似であれば、類似しない。

動き商標の軌跡(例:■の軌跡がSUNの文字)と文字商標「SUN」は類似する。

(ロ) ホログラム商標について(商標審査基準(11版)より)

図1にあるように、文字商標「MOUN」とホログラム商標「MOUN」,「TAIN」(2つの表示面)は、ホログラム商標が一連に「MOUNTAIN」と把握されるので、類似しない。

図2にあるように、ホログラム商標「HBG」,「カタニ」(2つの表示面)は、文字商標「HBG」または文字商標「カタニ」に類似する。

(ハ) 音商標について(商標審査基準(11版)より)

音商標の類否の判断は、音商標を構成する音の要素(音楽的要素であるメロディー、ハーモニー、リズム又はテンポ、音色等、自然音等)及び言語的要素(歌詞等)を総合して、商標全体として考察される。

音楽的要素を要部として抽出し、音商標の類否を判断するにあたっては、少なくともメロディーが同一又は類似であることを必要とする。

音楽的要素が著名なものであり自他商品役務の識別機能が非常に強く、それに比して言語的要素の自他商品役務の識別機能が相当程度低いと考えられる場合には、音楽的要素のみが要部として抽出される場合がある。

音商標「JPO」（音楽的要素の識別機能が弱い）と文字商標「JPO」は類似する。

(3) 公序良俗違反

新商標のための特別規定は設けられていない。

出所識別力があり、他人の登録商標と類似しない商標であっても、公序良俗違反になる商標（例：緊急用のサイレン音や国歌を想起させる音の商標）は登録できない（商標法4条1項7号）。

(4) 機能性

(イ) 関連条文

商標の機能性について、以下の規定が設けられおり、本号に該当する場合には、商標法3条2項の要件を満たしたとしても登録できない。

改正前商標法4条1項18号は、立体商標との関係で、「商品又は商品の包装の形状であって、その商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなる商標」は登録できない旨規定している。新法は、この規定を包含する規定となっているので、少なくとも技術機能的な商標は登録できないことになる。

その他、自由競争の不当な制限になる商標（例：誰もが好む色彩）も排除するよう裁判所が解釈するか注目されるが、商標審査基準（11版）ではカバーされていない。米国ではこのような美的機能性（aesthetic functionality）を有する商標も登録することができない。美的機能性は、実用的機能とは別の競争上の便益（competitive advantage）がある場合に認められる。

図1 非類似の例

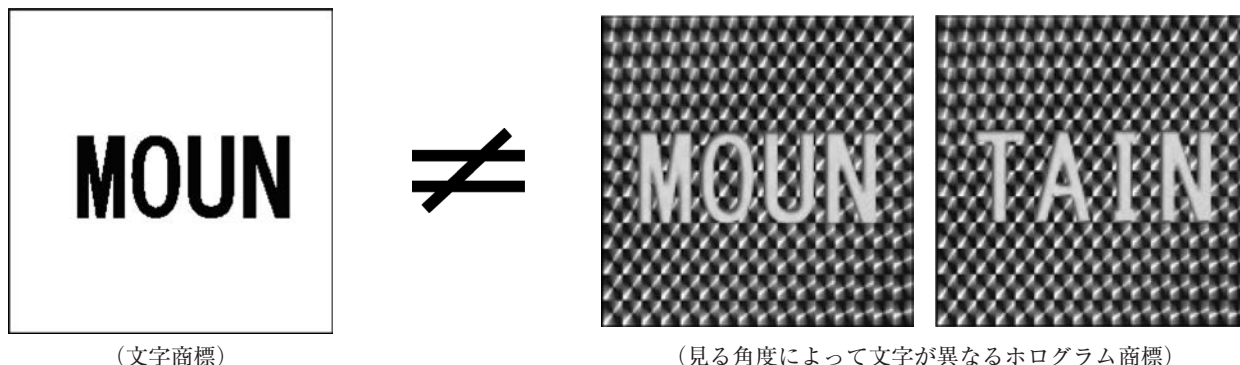
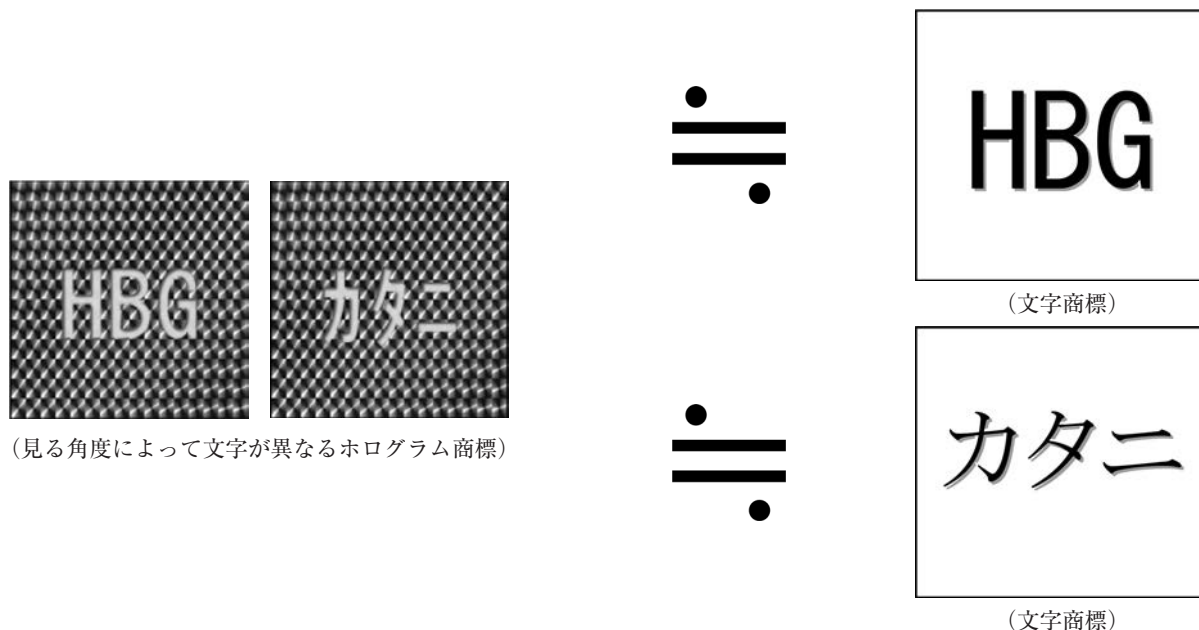


図2 類似の例



新商標法施行令1条により、新商標法4条1項18号が適用されるのは、立体的形状、色彩、音に限定されることになる。

特許庁の解説書⁽⁴⁾には、商品「自動車のタイヤ」の黒の色彩、役務「焼肉の提供」における肉の焼ける音が本号該当の具体例として紹介されている。

(新商標法4条1項18号)

商品等（商品若しくは商品の包装又は役務をいう。第26条1項第5号において同じ。）が当然に備える特徴のうち政令で定めるもののみからなる商標

(新商標法施行令1条) 一政令で定める特徴

商標法第4条第1項第18号及び第26条第1項第5号の政令で定める特徴は、立体的形状、色彩又は音（役務にあつては、役務の提供の用に供する物の立体的形状、色彩又は音）とする。

(ロ) 商標審査基準(11版)

商標審査基準では、当然に備える特徴に該当するか否かについて、まず、次の(A)、(B)を確認する。

(A) 出願商標が、商品等の性質から通常備える立体的形状のみからなること、商品等から自然発生する色彩又は音のみからなるものであること。

(B) 出願商標が、商品等の機能を確保するために不可欠な立体的形状、色彩又は音のみからなるものである。

(B)については、次の①及び②を考慮する。

①商品等の機能を確保できる代替的な立体的形状、色彩又は音が他に存在するか否か。

(例)

- ・商品等の構造又は機構上不可避に生じる音であるか否か。
- ・人工的に付加された音については、代替的な音が存在するか否か。

②代替可能な立体的形状、色彩又は音が存在する場合でも、同程度（若しくはそれ以下）の費用で生産できるものであるか否か。

6. 新商標の出願方法

(1) 関連条文の解説

新商標の出願方法について、新商標法5条2項、同4項、同5項、新商標法施行規則4条（動き商標）、4条

の2（ホログラム商標）、4条の4（色彩のみからなる商標）、4条の5（音商標）、4条の6（位置商標）、4条の7（商標の種類）、4条の8（願書への詳細な説明の記載又は物件の添付）、4条の9（国際商標登録出願に係る商標の詳細な説明）に規定されている。

新商標は、当面、早期審査・審理の対象とならない（2015年3月付「商標早期審査・早期審理ガイドライン」）。

新商標法5条2項、新商標法施行規則4条の8により、願書に、新商標の種類として、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、位置商標、音商標について、その類型を記載する必要がある。新商標法5条2項1号は、動き商標、ホログラム商標を想定している。

新商標法5条3項3号のカッコ書きより、色彩が変化する場合には、同法5条3項1号に該当することになる。

また、新商標法5条4項により、願書に商標の詳細な説明を記載し、又は経済産業省令で定める物件を願書に添付する必要がある。

新商標法5条5項により、これらの記載及び物件は、商標登録を受けようとする商標を特定するものでなければならない。新商標法5条5項違反は、拒絶、異議、無効理由となっており、除斥期間の適用もない。代理人としては最も注意を要する規定である。

新商標法5条2項5号の「経済産業省令で定める商標」と同法5条4項の「経済産業省令で定める商標」は、異なる。前者は位置商標を意味し、後者は今回認められる新商標の他に将来認められる新商標も含む。

いずれの商標も商標見本（例：動きについて連続図面、音について五線譜又は文字による記述）を願書の商標記載欄に記載し、どのタイプの商標なのか（例：動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、位置商標、音商標）を記載する必要がある。

動き、ホログラム、色彩、位置商標については、商標の詳細な説明（例：動き商標について、変化や移動の状態及び動きの時間、ホログラム商標について変化の状態）が必要であるが、物件は不要である。

一方、音商標については、商標の詳細な説明は任意であるが、MP3形式で記録したCD-R又はDVD-Rを提出する必要がある（表2参照）。

音商標をオンライン手続で出願する場合には、オンライン手続の日から3日以内に商標登録を受けようと

する商標を記録した光ディスクを添付した「手続補足書」を書面で提出する必要がある（工業所有権に関する手続等の特例に関する法律施行規則 20 条）。光ディスクは直径 120mm のもので、記録されるファイルは MP3（MPEG audio layer-3）によるもので、5 メガバイト以下とされている（2015 年 2 月 23 日特許庁告示第 5 号）。

国際商標登録出願に係る商標について、新商標法 5 条 4 項で規定する物件は、国際登録簿に添付する手続がないことから、日本国を指定する領域指定時には、当該物件が添付されていないため、新商標法 5 条 5 項を適用して当該物件の提出を促すことになる。

国際商標登録出願の商標の詳細な説明については、拒絶通報の応答期間でなくとも補正をすることができる（新商標法 68 条の 28 第 2 項）。

表 2 新商標の出願方法

	新商標	商標登録を受けようとする商標	類型	商標の詳細な説明	物件
1	動き商標	必要	必要	必要	不要
2	ホログラム商標	必要	必要	必要	不要
3	色彩のみからなる商標	必要	必要	必要	不要
4	位置商標	必要	必要	必要	不要
5	音商標	必要	必要	任意	必要

(新商標法 5 条 2 項)

次に掲げる商標について商標登録を受けようとするときは、その旨を願書に記載しなければならない。

- 1 商標に係る文字、図形、記号、立体的形状又は色彩が変化するものであつて、その変化の前後にわたるその文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合からなる商標
- 2 立体的形状（文字、図形、記号若しくは色彩又はこれらの結合との結合を含む。）からなる商標（前号に掲げるものを除く。）
- 3 色彩のみからなる商標（第 1 号に掲げるものを除く。）
- 4 音からなる商標
- 5 前各号に掲げるもののほか、経済産業省令で定める商標

(新商標法 5 条 4 項)

経済産業省令で定める商標について商標登録を受けようとするときは、経済産業省令で定めるところにより、その商標の詳細な説明を願書に記載し、又は経済産業省令で定める物件を願書に添付しなければならない。

(新商標法 5 条 5 項)

前項の記載及び物件は、商標登録を受けようとする商標を特定するものでなければならない。

(新商標法施行規則 4 条)一「動き商標の願書への記載」

商標に係る文字、図形、記号、立体的形状又は色彩が変化するものであつて、その変化の前後にわたるその文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合からなる商標（以下「変化商標」という。）のうち、時間の経過に伴って変化するもの（以下、「動き商標」という。）の商標法第 5 条第 1 項第 2 号の規定による願書への記載は、その商標の時間の経過に伴う変化の状態が特定されるように表示した一又は異なる二以上の図又は写真によりしなければならない。

(新商標法施行規則 4 条の 2) 一「ホログラム商標の願書への記載」

変化商標のうち、ホログラフィーその他の方法により変化するもの（前条に掲げるものを除く。以下「ホログラム商標」という。）の商標法第 5 条第 1 項第 2 号の規定による願書への記載は、その商標のホログラフィーその他の方法による変化の前後の状態が特定されるように表示した一又は異なる二以上の図又は写真によりしなければならない。

(新商標法施行規則 4 条の 4) 一「色彩のみからなる商標の願書への記載」

色彩のみからなる商標の商標法第 5 条第 1 項第 2 号の規定による願書への記載は、次のいずれかのものによりしなければならない。

- 一 商標登録を受けようとする色彩を表示した図又は写真
- 二 商標登録を受けようとする色彩を当該色彩のみで描き、その他の部分を破線で描く等により当該色彩及びそれを付する位置が特定されるように表示した一又は異なる二以上の図又は写真

(新商標法施行規則 4 条の 5) — 「音商標の願書への記載」

音からなる商標（以下「音商標」という。）の商標法第 5 条第 1 項第 2 号の規定による願書への記載は、文字若しくは五線譜又はこれらの組み合わせを用いて商標登録を受けようとする音を特定するために必要な事項を記載することによりしなければならない。ただし、必要がある場合には、五線譜に加えて一線譜を用いて記載することができる。

(新商標法施行規則 4 条の 6) — 「位置商標の願書への記載」

商標に係る標章（文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合に限る。）を付する位置が特定される商標（以下「位置商標」という。）の商標法第 5 条第 1 項第 2 号の規定による願書への記載は、その標章を実線で描き、その他の部分を破線で描く等により標章及びそれを付する位置が特定されるように表示した一又は異なる 2 以上の図又は写真によりしなければならない。

(新商標法施行規則 4 条の 7) — 「商標の類型」

商標法第 5 条第 2 項第 5 号（同法第 68 条委第 1 項において準用する場合を含む。）の経済産業省令で定める商標は、位置商標とする。

(新商標法施行規則 4 条の 8) — 「願書への詳細な説明の記載又は物件の添付」

商標法第 5 条第 4 項（同法第 68 条第 1 項において準用する場合も含む。以下同じ）の経済産業省令で定める商標は、次のとおりとする。

- 一 動き商標
- 二 ホログラム商標
- 三 色彩のみからなる商標
- 四 音商標
- 五 位置商標

2 商標法第 5 条第 4 項の記載又は添付は、次の各号に掲げる区分に応じ、それぞれ当該各号に定めるところにより行うものとする。

- 一 動き商標 商標の詳細な説明の記載
- 二 ホログラム商標 商標の詳細な説明の記載
- 三 色彩のみからなる商標 商標の詳細な説明の記載
- 四 音商標 商標の詳細な説明の記載（商標登録を受けようとする商標を特定するために必要がある場合

に限る。）及び商標法第 5 条第 4 項の経済産業省令で定める物件の添付

五 位置商標 商標の詳細な説明の記載

3 商標法第 5 条第 4 項の経済産業省令で定める物件は、商標登録を受けようとする商標を特許庁長官が定める方式に従って記録した一つの光ディスクとする。

4 前項に掲げる物件であって、商標法第 68 条の 10 第 1 項に規定する国際商標登録出願（以下「国際商標登録出願」という。）に係るものを提出する場合は、様式第 9 の 2 によりしなければならない。

(新商標法施行規則 4 条の 9) — 「国際商標登録出願に係る商標の詳細な説明」

商標法第 68 条の 9 第 2 項の表の国際登録簿に記載されている事項のうち国際登録の対象である商標の記載の意義を解釈するために必要な事項として経済産業省令で定めるものの項の経済産業省令で定める事項は、次のとおりとする。

— 色彩に係る主張に関する情報（色彩のみからなる商標の場合に限る）

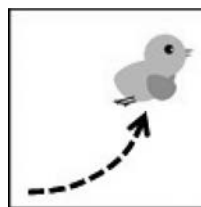
— 標章の記述

(2) 動き商標の出願例

図 3 及び図 4 は、移動の状態及び時間の経過が記載された適正な願書の記載例である（商標審査基準（11 版）より）。動きの時間を記載する必要がある。図面の数の制限はない。

図 3 適正な願書の記載例

【商標登録を受けようとする商標】（変化せず移動する例）



【動き商標】

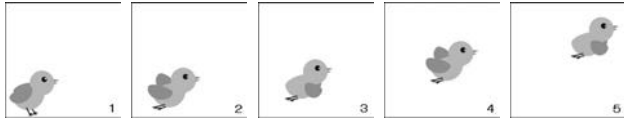
【商標の詳細な説明】

商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、時間の経過に伴う標章の変化の状態を示す動き商標である。鳥が、左下から破線の軌跡に従って、徐々に右上に移動する様子を表している。この動き商標は、全体として 3 秒間である。なお、図中の破線矢印は、鳥が移動する軌跡を表すための便宜的なもので

あり、商標を構成する要素ではない。

図4 適正な願書の記載例

【商標登録を受けようとする商標】（異なる複数の図によって記載されている例）



【動き商標】

【商標の詳細な説明】

商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、動き商標である。鳥が、図1から図5にかけて翼を羽ばたかせながら、徐々に右上に移動する様子を表している。この動き商標は、全体として3秒間である。

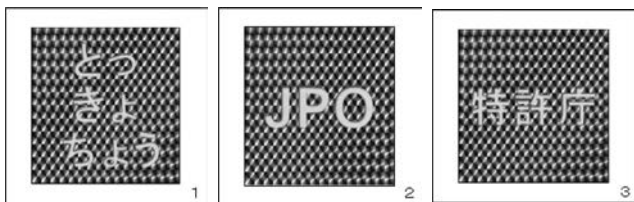
なお、各図の右下隅に表示されている番号は、図の順番を表したものであり、商標を構成する要素ではない。

（3）ホログラム商標の出願例

図5は、見る角度により商標が変化すること説明したホログラム商標の適正な願書の記載例である（商標審査基準（11版）より）。図面の数の制限はない。

図5 適正な願書の記載例

【商標登録を受けようとする商標】



【ホログラム商標】

【商標の詳細な説明】

商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、見る角度により表示される内容が変わるホログラム商標である。

左側から見た場合には、図1に示すとおり、正面から見た場合には、図2に示すとおり、右側から見た場合には、図3に示すとおりである。

なお、商標の右下隅に表示されている「1」といった番号は、図の順番を表したものであり、商標を構成する要素ではない。

（4）音商標の出願例

音商標が、文字又は五線譜以外にて記載されている場合、例えば、サウンドスペクトログラム（ソノグラム）による記載の場合、タブラチュア譜（タブ譜、奏法譜）や文字譜による記載の場合には、音商標に該当しないとして、商標法3条1項柱書違反により拒絶されることになる。

ここで、サウンドスペクトログラム（ソノグラム）とは、音を、音響分析装置によって周波数・振幅分布・時間の三次元で表示した記録図のことであり、タブラチュア譜とは、楽器固有の奏法を文字や数字で表示した楽譜のことであり、現在では、ギターの楽譜として多く用いられている。

図6にあるように、次のすべての事項が記載された五線譜にて記載されている場合には、音商標と認められる（商標審査基準（11版）より）。

- ①音符又は休符
- ②音部記号（ト音記号等）
- ③テンポ（メトロノーム記号や速度標語）
- ④拍子記号（4分の4拍子等）
- ⑤言語的要素（歌詞等が含まれる場合）

必要がある場合には、五線譜に加えて一線譜を用いて記載することができる。

図7にあるように、次の事項が文字により記載されている場合には、音商標と認められる。文字は外国語でもよい（法施行規則2条様式第2備考7ツ）。マドプロ出願やパリルート出願に配慮したものである。

- ①音の種類（擬音語、擬態語、それらの組み合わせ等）
- ②その他商標を特定するために必要な要素

音の長さ（時間）、音の回数、音の順番、音の変化を記載する。

音の変化とは、音量の変化、音声の強弱、音のテンポの変化等のことをいう。

図6 適正な願書の記載例（五線譜による記載例）

【商標登録を受けようとする商標】



【音商標】

【提出する物件の目録】

【物件名】 商標法第5条第4項の物件 1

図7 適正な願書の記載例（文字による記載例）

【商標登録を受けようとする商標】

本商標は、「パンパン」と2回手をたたき音が聞こえた後に、「ニャオ」という猫の鳴き声が聞こえる構成となっており、全体で3秒間の長さである。

【音商標】

【提出する物件の目録】

【物件名】 商標法第5条第4項の物件 1

7. 補正（商標審査基準（11版）より）

（1） 一般的な考え方

拒絶理由（特に、商標法5条5項との関係）を解消する手段として、要旨変更にならない範囲で、補正が認められている。

動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標である旨の記載の補正について、商標登録出願後、第5条第2項の規定による動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標である旨の記載を追加する補正、又は削除する補正は、原則として、要旨の変更である。

ただし、願書に記載した商標及び商標の詳細な説明又は物件から、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標のいずれかとしてしか認識できない場合において、その商標である旨の記載を追加する補正、又は、その商標である旨の記載に変更する補正は、要旨の変更ではない。

願書に記載した商標の補正は、原則として、要旨の変更である。ただし、音商標において、願書に記載した商標中に、楽曲名、作曲者名等の音商標を構成する言語的要素及び音の要素以外の記載がされている場合、これらを削除する補正は、要旨の変更ではない。

商標が特定されていない場合における商標の詳細な説明又は物件の補正が、要旨変更であるか否かについては、補正後の商標の詳細な説明又は物件が、願書に記載した商標の構成及び態様の範囲に含まれているか否かによって判断するものとする。

なお、音商標については、願書に記載した商標に記載がない事項（演奏楽器や声域等の音色等。ただし、歌詞等の言語的要素を除く。）については、商標の詳細な説明及び物件により特定されるため、その範囲に、補正後の商標の詳細な説明又は物件が含まれているか否かによって判断される。

（2） 要旨変更とならない例となる例

（イ） 動き商標について

要旨変更とならない例は、例えば、次のとおりとする。

- a. 願書に記載した商標に記載されているが、商標の詳細な説明には記載されていない標章を、商標の詳細な説明に追加する補正。
- b. 願書に記載した商標に記載されているが、商標の詳細な説明には記載されていない時間の経過に伴う標章の変化の状態を、商標の詳細な説明に追加する補正。

（ロ） ホログラム商標について

要旨変更とならない例は、例えば、次のとおりとする。

- a. 願書に記載した商標に記載されているが、商標の詳細な説明には記載されていない標章を、商標の詳細な説明に追加する補正。
- b. 見る角度により別の表示面が見える効果を有するホログラム商標である場合に、願書に記載した商標に記載されているが、商標の詳細な説明には記載されていない表示面についての説明を、商標の詳細な説明に追加する補正。

（ハ） 色彩のみからなる商標について

要旨変更とならない例は、例えば、次のとおりとする。

- a. 願書に記載した商標の色彩が赤色であり、商標の詳細な説明では青色の場合に、商標の詳細な説明を赤色に変更する補正。
- b. 願書に記載した商標が、3つの色彩を組合せてなる商標であり、商標の詳細な説明では4つの色彩について記載している場合に、商標の詳細な説明を3つの色彩についてのものへ変更する補正。
- c. 願書に記載した商標が、上から下に向けて25%ごとの割合で4色の配色からなる色彩を組み合わせた商標であり、商標の詳細な説明では上から下へ向けて30%、30%、20%、20%の割合で4色の配色からなる記載している場合に、商標の詳細な説明を25%ごとの割合へ変更する補正。

(二) 音商標について

①要旨の変更とならない例は、例えば、次のとおりとする。

a. 願書に記載した商標が、演奏楽器としてピアノが記載されている五線譜であり、物件がギターにより演奏されたと認識させる音声ファイルである場合に、物件をピアノにより演奏されたと認識させる音声ファイルに変更する補正。

②要旨の変更となる例は、例えば、次のとおりとする。

a. 願書に記載した商標が、歌詞が記載されていない五線譜であり、物件が歌詞を歌った音声がない音声ファイルである場合に、物件を歌詞を歌った音声ファイルに変更する補正。

b. 願書に記載した商標が、演奏楽器について記載されていない五線譜であり、物件がギターにより演奏されたと認識させる音声ファイルである場合に、物件をピアノにより演奏されたと認識させる音声ファイルに変更する補正。

(ホ) 位置商標について

要旨変更とならない例は、例えば、次のとおりとする。

a. 願書に記載した商標が、標章を眼鏡のつるに付するものであり、商標の詳細な説明では、標章を眼鏡のレンズフレームに付する旨の記載がある場合に、商標の詳細な説明を、標章を眼鏡のつるに付する旨の記載へと変更する補正

8. マドプロ出願の取扱い(商標審査基準(11版)より)

国際商標登録出願(マドプロ出願)に係る商標について、「動き商標」、「ホログラム商標」、「立体」、「色彩のみからなる商標」、「音商標」又は「位置商標」のいずれであるのかの判断については、原則として、次のとおり扱われる。

(1) 日本国を指定する領域指定(以下「指定通報」という。)に「Indication relating to the nature or kind of marks」の記載がある場合は、その記載内容から、原則として、次のように判断する。

(イ) 「Indication relating to the nature or kind of marks」に、「three-dimensional mark」と記載されていれば「立体商標」と判断する。

(ロ) 「Indication relating to the nature or kind of marks」に、「mark consisting exclusively of one or

several colors」と記載されていれば「色彩のみからなる商標」と判断する。

(ハ) 「Indication relating to the nature or kind of marks」に、「sound mark」と記載されていれば「音商標」と判断する。

(2) 指定通報の「Description of the mark」の記載内容により、原則として、次のように判断する。

(イ) 「Description of the mark」に、「moving」等と表示されていれば「動き商標」と判断する。

(ロ) 「Description of the mark」に、「hologram」等と表示されていれば「ホログラム商標」と判断する。

(ハ) 「Description of the mark」に、「positioning of the mark」や「position mark」等と表示されていれば「位置商標」と判断する。

(3) 上記(1)の記載がない場合又は(2)の記載内容によっても判断ができない場合には、商標登録を受けようとする商標の記載に基づいて判断するものとする。

例えば、商標登録を受けようとする商標を記載する欄に五線譜の記載があるが、「Indication relating to the nature or kind of marks」に、「sound mark」と記載がない場合は、五線譜を商標登録を受けようとする商標とする図形商標として取り扱う。

(4) 国際商標登録出願に係る商標について、新商標法5条4項で規定する商標登録を受けようとする商標の詳細な説明については、次のようにする。

(イ) 「色彩のみからなる商標」については、指定通報の「Colours claimed」と「Description of the mark」の記載事項を商標の詳細な説明とする。

(ロ) 「音商標」、「動き商標」、「ホログラム商標」及び「位置商標」については、指定通報の「Description of the mark」の記載事項を商標の詳細な説明とする。

(5) 国際商標登録出願に係る商標について、新商標法5条4項で規定する物件は、国際登録簿に添付する手続がないことから、日本国を指定する領域指定時には、当該物件が添付されていないため、新商標法5条5項を適用し当該物件の提出を促すこととする。

9. 商標権侵害と効力の制限

(1) 商標権侵害

登録商標等の範囲は、新商標法 27 条に基づき定められることになる。新商標との関係で、27 条 3 項が新設され、願書に記載した商標の意義は、商標の詳細な説明及び物件を考慮して解釈されることになった。

(新商標法 27 条)

- 1 登録商標の範囲は、願書に記載した商標に基づいて定めなければならない。
- 2 指定商品又は指定役務の範囲は、願書の記載に基づいて定めなければならない。
- 3 第 1 項の場合においては、第 5 条第 4 項の記載及び物件を考慮して、願書に記載した商標の記載の意義を解釈するものとする。

新商標の商標権侵害については、通常の文字商標と同様に、登録商標の指定商品または役務と同一または類似する商品または役務に、登録商標と同一または類似する商標を使用した場合に商標権侵害を構成すると判断される。

商標の類似については、上述の氷山事件判決（最判昭和 43 年 2 月 27 日）と同様の判断手法により判断されることになるが、商標権侵害における取引の実情については、恒常的な取引の実情だけでなく、侵害時点における具体的な取引の実情（被告の使用態様等）も考慮される。

(2) 商標権の効力の制限

商標権の効力の制限については、新商標法 26 条 1 項 5 号、同 6 号が設けられた。

他人の登録商標と同一または類似する商標を、商標として（自他商品を識別し、商品の出所を表示する態様）使用していない場合には、商標権侵害を構成しないとするのが、下級審の裁判例であった（「商標的使用論」）。

この商標的使用論を、新商標導入を契機に新商標法 26 条 1 項 6 号に条文化した。よって、商標として使用していないことは被告側が抗弁事由として立証することになる。

欧州では、商標の出所表示機能以外の機能（質の保証、コミュニケーション、投資、広告等の機能）を害する場合も商標権侵害が認容される可能性があるが

（比較広告も侵害と判断される可能性あり）⁶⁾、本号が導入されたことにより、欧州のような考え方をとる余地がなくなった否か今後議論がされることになろう。新商標導入により混乱がおきないように（何でも商標と勘違いする）、商標の出所表示機能が商標の本質的機能であることを全面に打ち出した改正と言える。

また、商標法 26 条 1 項 5 号に「商品等が当然に備える特徴のうち政令で定めるもののみからなる商標」には商標権の効力が及ばない旨規定した。新商標法 4 条 1 項 18 号に対応する規定である。

他人の権利との抵触関係については、音商標が導入されたため、新商標の出願日前に発生した著作権だけでなく、著作隣接権（実演家の権利、レコード制作者の権利、放送事業者の権利及び有線放送事業者の権利）と抵触する商標権は使用できないこととした（新商標法 29 条）。

(新商標法 26 条 1 項)

- 5 商品等が当然に備える特徴のうち政令で定めるもののみからなる商標
- 6 前各号に掲げるもののほか、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態様により使用されていない商標

(新商標法 29 条)

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の出願に係る他人の特許権、実用新案権若しくは意匠権又はその商標登録出願の日前に生じた他人の著作権若しくは著作隣接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。

10. 色彩の特例

新商標法 70 条 4 項に以下の規定が設けられた。色彩のみからなる登録商標の場合、色彩の違いは商標の同一性に影響を与えるためである。

(新商標法 70 条 4 項)

「前 3 項の規定は、色彩のみからなる登録商標については、適用しない。」

11. 経過措置

経過措置として、附則に以下の規定が設けられている。

(1) 出願，異議申立，無効審判

附則 5 条 1 項により、商標の定義、識別性及び機能性に関する登録要件は、新商標法施行後の出願に適用される。

附則 5 条 2 項より、新商標法の識別性及び機能性の登録要件についての異議、無効理由については、新商標法施行後の出願に適用される。

(2) 継続的使用権

附則 5 条 3 項により、色彩、音、動き、ホログラム商標（変化するもの）については、継続的使用権が認められる。

例えば、ある音の商標を新商標法施行前から使用してきた者は、他人の音の商標が登録されても、その音を使用してきた範囲内で継続的に使用することができる。

但し、登録文字商標を新商標法施行前から使用していても、その登録文字商標を音的に使用していない場合には、音の商標の登録に対しては、継続的使用権は認められない。

位置商標については、継続的使用権は認められない。位置商標については、従来から保護が認められていた商標について、その商標の付す位置が特定されるにすぎないからである。

附則 5 条 4 項により、商標権者又は専用使用権者は、継続的使用権を有する者に対して、混同防止の表示を付すように請求することができる。

新商標を登録する意思はないが、他人が新商標を登録した場合に、継続的に使用できるように、継続的使用権を有することを立証できる資料（動きであればテレビ CM 等の映像、色彩商標であればカラーの新聞広告、音の商標であれば CM の録音）を確保しておく必要がある。

(3) 先使用権

附則 5 条 5 項により、新商標法施行前に使用している新商標が周知の場合には、全国的に使用できる先使用権が認められる。

(4) 防護標章登録

附則 5 条 7 項により、附則 5 条 3 項から附則 5 条 5

項の規定は、防護標章登録に基づく権利にも準用される。

(5) 新商標を拡大する場合の経過措置

新商標を拡大するときに経過措置は、商標法 77 条の 2 で設けることができる。

(附則 5 条)

5 条 1 項 第 4 条の規定による改正後の商標法（以下「新商標法」という。）第 2 条第 1 項、第 3 条第 1 項及び第 4 条第 1 項（第 18 号に係る部分に限る。）の規定は、この法律の施行後にする商標登録出願について適用し、この法律の施行前にした商標登録出願については、なお従前の例による。

5 条 2 項 この法律の施行前にした商標登録出願に係る商標登録についての登録異議の申立て又は無効の理由については、新商標法第 3 条第 1 項及び第 4 条第 1 項（第 18 号に係る部分に限る。）の規定にかかわらず、なお従前の例による。

5 条 3 項 この法律の施行前から日本国内において不正競争の目的でなく他人の登録商標（この法律の施行後の商標登録出願に係るものを含む。）に係る指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務についてその登録商標又はこれに類似する商標の使用をしていた者は、継続してその商品又は役務についてその商標（新商標法第 5 条第 2 項第 1 号、第 3 号又は第 4 号に掲げるものに限る。以下第 5 項までにおいて同じ。）の使用をする場合は、この法律の施行の際現にその商標の使用をしてその商品又は役務に係る業務を行っている範囲内において、その商品又は役務についてその商標の使用をする権利を有する。

当該業務を承継した者についても、同様とする。

5 条 4 項 前項の登録商標に係る商標権者又は専用使用権者は、同項の規定により商標の使用をする権利を有する者に対し、その者の業務に係る商品又は役務と自己の業務に係る商品又は役務との混同を防ぐのに適当な表示を付すべきことを請求することができる。

5 条 5 項 第 3 項の規定により商標の使用をする権利を有する者は、この法律の施行の際現にその商標がその者の業務に係る商品又は役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されているときは、同項の規定にかかわらず、その商品又は役務についてそ

の商標の使用をする権利を有する。当該業務を承継した者についても、同様とする。

5条6項 第4項の規定は、前項の場合に準用する。

5条7項 第3項から前項までの規定は、防護標章登録に基づく権利に準用する。

以上

注

(1) 「知覚」とは、「感覚器官への刺激を通じてもたらされた情報をもとに、外界の対象の性質・形態・関係及び身体内部の状態を把握するあたりき」を意味する（広辞苑）。「感覚器官（感覚器）」とは、「感覚を受容する器官の総称。視覚・聴覚・嗅覚・味覚・触覚など、種々の刺激を感知する感覚細胞によ

り構成される器官。感覚器官。」をいう（大辞林）。

(2) 特許庁総務部総務課制度審議室編『平成26年 特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明推進協会，2014年）164頁。

(3) 特許庁総務部総務課制度審議室編『平成26年 特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明推進協会，2014年）164頁。

(4) 特許庁総務部総務課制度審議室編『平成26年 特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明推進協会，2014年）166頁。

(5) 拙稿「「商標として」の使用，「自己の商品等表示として」の使用は必要か？—欧州からみた，日本の商標権侵害及び不正競争防止法2条1項1号・同2号—」CIPIC ジャーナル200号（2011年）57頁。

（原稿受領2015.3.16）