

音の商標と商標の音声的使用

江 幡 奈 歩*

抄 録 米国や欧州共同体商標では音の商標の登録が認められているのに対して、我が国の商標法は登録できる商標を視覚的に表現できるものに限っており、音の商標は登録が認められない。また、商標の音声的使用については、侵害の成否が不明確である。しかしながら、インターネットやテレビCMの普及に伴い、音が商標として機能する場面は確実に増えつつあり、音の商標や商標の音声的使用に対する保護の必要性が高まってきていると思われる。

そこで、本稿では、音の商標及び商標の音声的使用の保護の必要性・許容性について検討し、音の商標を認めた場合の登録要件について考察を行い、最後に、保護を認める場合の条文案を提案する。

目 次

1. はじめに
2. 必要性・許容性についての検討
 2. 1 商標の広告的使用の重要性
 2. 2 外国における保護の状況
 2. 3 不正競争防止法による保護との関係
 2. 4 技術的困難性の克服
 2. 5 弊害についての検討
3. 登録を認めた場合の手續及び審査
 3. 1 音の商標の特定方法
 3. 2 音の商標の登録要件
4. 商標の音声的使用
5. 条文案の提案
6. おわりに

1. はじめに

我が国の商標法は、視覚的に識別される標章のみを商標として保護しており、人間の五感のうちの聴覚、嗅覚、味覚、触覚によって識別される標章は商標登録を受けることができない。このため、聴覚によって認識される音の商標は、それが仮に自他商品を識別する機能を発揮していたとしても、商標法上の保護を受けることはできない。また、我が国の商標法は、視覚的に

商標を表示する行為を中心に「使用」を規定しているため、商標の聴覚的な表現は「使用」に当たらず、したがって他人が商標を音声により表現して広告活動等を行っても商標権侵害とはならないと解されている¹⁾。

しかしながら、後述するように、テレビコマーシャル、テレビショッピング、インターネット取引が普及している近時の取引の実情にかんがみると、音の商標や音声による商標の使用の保護の必要性は、ますます高まっているといえる²⁾。

この問題については、平成15年7月に開催された第2回産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会において、我が国の商標法における「商標」及び「使用」の定義の見直しに関連して議論がされ、商標の国際的な保護の観点からは、音、匂い、単色などからなる商標も保護の対象となりうるような定義とすべきではないか、また音声による「使用」を規定すべきではないか、との意見が出されているところでもある。本テーマについての実質的な議論は、第2回以降の同委員会においてはされておらず、

* 阿部・井窪・片山法律事務所 弁護士 Naho EBATA

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

平成17年10月に開催された第13回の同委員会の資料³⁾でも「商標登録することの実体的な要請が不明確であり、必要性について更に検討が必要」とされていることからみて、早期の検討は予定されていないようであるが、今後も検討すべきテーマであることに変わりはない。

本稿においては、日本及び諸外国における保護の現状を踏まえつつ、音の商標及び音声による商標の使用の保護について、検討及び提案を行いたい。

2. 必要性・許容性についての検討

2.1 商標の広告的使用の重要性

近時は、インターネットを利用した広告、商品の売買が普及し、インターネットが重要な広告、販売の媒体となっている。また、テレビコマercialやテレビショッピングのような通信販売も、消費者に直接的に購買を働きかけるうえで有効な方法である。インターネットを利用した商品の売買やテレビショッピングなどは、店頭において消費者が実際に商品を見て購入するものではなく、テレビやインターネット上の広告により、消費者が実際の商品を見ることなく直接購入の申込みをすることとなる。こうした取引においては、商品自体に付された商標ではなく、商品に関する広告において表示された商標によって、自他商品の識別機能が発揮されていると考えられ、商標の広告的機能の重要性が高まっているといえる。

テレビやインターネット上の広告では、商品の出所を示す商標を映像として画面上に表示することのみならず、短いメロディーやメロディーに乗せた言葉を音声的に表現することも行われている。後者の方法は、時として消費者に強い印象を与え、頭に残りやすい。実際に使われている音の商標の例としては、インテルのペンティアムプロセッサの5音からなる短いメロ

ディーやマクドナルドのメロディーなどが挙げられる。また、「ミネラル麦茶」のメロディーも既に一定の商品を想起させる識別力を獲得しているように思われる。さらには、広告に際して用いられる商標ではないが、パソコンや携帯電話などの電子機器の起動音なども含めると、実際には、意外に広く音が商標として使用されているのではないだろうかと思われる。

しかしながら、商標法においては、こうした音による出所の表示は商標としての保護を受けることはできない。我が国の商標法では、「商標」は、「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からなる標章」でなければならず（商標法第2条第1項）、音はそのいずれにも該当しないからである。

また、文字商標が登録されていた場合に、テレビ広告やラジオ広告などにおいて他人の商標と同一又は類似の商標を連呼するなどして、音声により商標を使用したとしても、音声で表現された言葉は「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」のいずれにも該当しないため、商標法上の「商標」ではなく、したがって他人の登録商標と同一又は類似の「商標」を使用したことにはならないから、現行法上は侵害とはなり得ないと考えられる⁴⁾。すなわち、他人がチラシに登録商標と同一・類似の商標を表示すれば侵害となりうるのに、いくら音声で繰り返し連呼したとしても侵害とはならないことになる。

現在の取引における音の商標の広告的使用の実態や商標の広告的機能の重要性にかんがみると、こうした結論は明らかにバランスを欠いているように思われる。したがって、我が国の商標法でも、音による商標の登録や音声による商標の使用も認めるべきであろう⁵⁾。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

2. 2 外国における保護の状況

我が国とは異なり、欧米においては、音の商標も登録可能とすることがむしろ主流となっている。米国の商標法であるランナム法、EUの共同体商標規則でも音の商標は登録できることとなっている⁶⁾。

欧米において、音の商標が保護されているのは、商標の定義が我が国の商標法の規定に比べて広いことによる。

たとえば米国のランナム法においては、商標は次のように定義されている（ランナム法第45条（第1127条））。

「商標」の語は、言葉 (*word*)、名前 (*name*)、シンボル (*symbol*) 若しくは図形 (*device*) 又はその組合せであって、

(1) ある者によって使用され、又は

(2) ある者が取引上使用する善意の意思を有し、かつ、本法律により設けられた主登録簿への登録を出願しており、

その者の商品特有の製品を含む商品を他人が製造又は販売するものから識別し又は区別するため、かつ、その出所が知られていない場合でもその商品の出所を表示するものをいう。

この定義によれば、音の商標は除外されず、たとえば、ライオンが吼える音声からなる商標（登録番号1395550）、子供の笑い声のような音からなる商標（登録番号2692077）、インテルの5音からなるメロディー（登録番号2315261）などが登録されている。音の商標には、一連の音色若しくは音符、又はこれに言葉が付されたもの、及び音楽が付いた言葉が含まれる⁷⁾。そして、音の商標が商標の登録要件を満たす場合、すなわち、商品又は役務を特定するために商業上使用されていること、本来的に識別力を有しているか、secondary meaningを獲得し、事後

的に識別力を有していること、機能的な標章ではないこと等の要件を満たす場合には、登録が可能となる。

また、EUの共同体商標規則の第4条においては、商標は次のように定義されている。

第4条 共同体商標を構成することができる標識

共同体商標は、写實的に表現できる標識、特に、個人の名前を含む語、模様、文字、数字、商品の形状又はその包装により構成することができる。ただし、これらの標識が、ある企業の商品又はサービスと他の企業のそれとを識別することができるものである場合に限る。

共同体商標では、標識の形態について「写實的に表現できる標識」とのみ規定されており、形態についての限定がされていない。個人の名前を含む語、模様、文字、数字、商品の形状又はその包装というのは例示に過ぎない。標識自体が視覚的に認識されうるものでなくともよく、音の商標であっても対象となる。ただし、当該標識は特に、イメージ、線又は文字によって写實的に表現されなければならない、その表現は明瞭、明確で、自己完結しており、容易にアクセス可能で、理解しやすく、永続性があり、客観的でなければならないとされている⁸⁾。そして、そのような標識が識別力を有しており、その他の絶対的拒絶理由に当たらず、かつ、出願公開後3ヶ月以内に異議が申し立てられないか、異議が却下されれば、登録されうる。音の欧州共同体商標に関して、ソノグラムで表示されたライオンの吼える音の商標は拒絶されたが⁹⁾、楽譜で特定されたファンファーレ音などが登録されている¹⁰⁾。

このように、欧米では音の商標についても保護を認めるのがむしろ一般的であり、国際的調

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

和という意味では我が国においても音の商標を保護することを積極的に検討すべきであろう。立体商標は、商標制度の国際的調和という視点から平成8年に導入されたが、音の商標についても同様の配慮が必要と思われる。

2.3 不正競争防止法による保護との関係

上述したように、我が国においては、音の商標は商標登録を受けることができないが、不正競争防止法による保護を受ける余地がある。

すなわち、不正競争防止法は、商品等表示を「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。」と定義し（同法第2条第1項第1号）、商品又は営業について自他を識別し、その出所を表示するものを広く含むこととしている。商標法上の商標の定義のような形態に関する限定がないため、商品又は営業を示す表示と認められるのであれば、音の商標も対象となりうる。そして、他人の商品等表示として周知となっているものと同一又は類似の商品等表示を使用等して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為、及び、自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一又は類似のものを使用等する行為を不正競争行為として規定し（同号及び同項第2号）、差止め及び損害賠償の対象となるとしている（同法第3条及び第4条）。このように不正競争防止法においては、「商品等表示」の形態の限定はなく、単に「使用」という用語を用いて使用態様についての限定もないため、音の商標が、商品又は役務の出所表示となっており、それが周知又は著名となっている場合には、他人の使用に対して差止めや損害賠償が認められることとなる。

こうしたことから、我が国においても音の商標の保護は既になされており、商標法においてもこれを登録対象として保護する必要はないのではないかと指摘がされることが考えられる。

しかしながら、商標法は商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図ることを目的とする法律であるのに対して、不正競争防止法は事業者間の公正な競争を確保することを目的とする法律であって、前者のほうがより直接的に商標に化体した事業者の信用の保護を図るものである。不正競争防止法は商標法などの産業財産権法によっては保護されない部分を保護することに意義があるのであるから¹¹⁾、不正競争防止法によって保護されているから商標法による保護が不要ということにはならない。

また、商標法では商標が登録されるため、保護の有無が事前に明確となるのに対し、不正競争防止法では登録を前提としないことから、実際に他人によって使用されて、訴訟に発展しない限り、保護を受けられるか否かが分からないという問題がある。事業者が実際にビジネスを行い、音の出所表示を使用するうえでは、こうした予見可能性があることは非常に重要な意味を持つと考えられる。

加えて、商標法上の保護を受けるためには、不正競争防止法による場合のように、表示が周知性・著名性を獲得していることが要求されないため、対象となる商標の範囲が広い。新しい商標のうち、匂い商標や単色からなる商標については、その性質上元々有している識別力の程度が低いいため、事実上登録を受けるためには、第3条第2項において要求される全国レベルの周知性を獲得することが必要と考えられるが、音の商標の場合には、本来的な識別力は匂いや単色のように低くはないと考えられるため、周知性・著名性が要求されないことのメリットはあると考えられる。

以上のように、音の商標については、不正競争防止法上の保護があるとしても、商標法上でも保護する必要があるものと考えられる。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

2. 4 技術的困難性の克服

我が国の商標法において、音の商標が保護されない理由として、これまで登録及び公示にあたっての技術的困難性が指摘されていた¹²⁾。

しかし、近時においては、音声の録音・保存・再生の方法は、技術の発展に伴ってかなりの進化を遂げており、従来のような音声を録音したテープによる出願の技術的困難性が問題となっていた時とは状況が異なる。現在は電子出願が一般化し、平成17年10月からはインターネット出願も可能となっている。音声データファイルを用いれば、音の商標の出願は決して困難ではない。また、クリックすれば音声データファイルが開き、音の商標を確認することができるような仕組みとすることによって、インターネットを利用した公示も可能であろう¹³⁾。

音の商標について、従来指摘されていた技術的困難性の問題は、現在の技術の進歩によって、比較的容易に克服しうると考える。

2. 5 弊害についての検討

音の商標の登録を認めるとする場合、当然ながら、登録による弊害の有無についても検討されなければならない。弊害としては、他人による音の出所表示としての使用や、その場合の音の選択の幅を過度に制約しないかということが考えられる¹⁴⁾。

しかし、音の場合、「ド、レ、ミ、ファ、ソ、ラ、シ、ド」という通常用いられる音階は限られているが、各音階の間にも音はあり、かつ、これらの音の組合せによりメロディーは全く異なる。また、音にも自然界の音や楽器の音など様々な種類があり、こうした音色によっても人に与える印象は全く変わってくる。さらには、歌のような音と言葉の組合せも考えられる。

このように、音の商標の場合には、音の組合せ（メロディー）、リズム、音色、言葉の有無

などにより、その種類は無限に広がるのであるから、他人による音の自由使用を過度に制約するおそれは低いと考えられる。

また、音の商標の特定にあたって、例えば、「猫の鳴き声」のように言葉で特定する場合や楽譜のみで特定する場合には、特定が抽象的となるため、その範囲が広がりすぎるおそれがあるが、音声ファイルの提出などによって音自体で特定する場合には、そのような懸念も生じないと考えられる。

加えて、事業者が出所表示としてではなく広告のBGMとして音楽を使用し、その一部にたまたま登録された他人の音の商標と同一・類似のものが含まれていたとしても、かかる使用は商標的使用に当たらないと考えられるから、音楽の使用自体が制約されることにもならないと考える。

3. 登録を認めた場合の方法及び審査

次に、仮に音の商標の登録を認める場合の方法及び審査について検討する。

3. 1 音の商標の特定方法

音の商標の出願については、前述したように、電子出願の場合には予め指定した形式の音声ファイルを送付するものとし、紙媒体による出願の場合には、当該ファイルを含むCD-ROM、フロッピーディスク等を提出させるとすることが適当と考える。楽譜の提出を認めた場合には、音色が特定されないため、商標の独占権の範囲が広がりすぎるおそれがあることから、実際の音により特定することが適当であると考えられる。また、「猫の鳴き声」といった記載は、音の商標における観念の説明に過ぎないと考えられるべきであり、商標自体の特定方法とはなりえないと考える。

なお、既に音の商標を認めている米国では、電子出願の場合は.wav形式のファイルを別途メ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ールで送付することとされている。その他、オーディオカセットとCDの提出が認められているほか、標章が音楽及び音楽の付いた言葉からなる場合には、楽譜の提出が認められている¹⁵⁾。

また、EUでは、音の商標は写實的に表現できるものであって、その表現は明瞭、明確で、自己完結しており、容易にアクセス可能で、理解しやすく、永続性があり、客観的でなければならないとされている。この要件は、音の標識が、例えば音楽作品を作り出す音符であるとの表示、動物の鳴き声であるとの表示のような表記による説明や、単なる擬音語だけや音符の配列だけで表示された場合には充足されないとされている。一方、音の標識が、五線譜に記され、特に音符記号（ト音記号、ヘ音記号、アルト記号、テノール記号）、音符（全音符、二分音符、四分音符、八分音符、十六分音符）、休符（全休符、二分休符、四分休符、八分休符、十六分休符）のように、相対価値と臨時記号を表すもので表示される場合には、その要件を充足しうるとされている¹⁶⁾。また、ライオンの吼える音の商標が問題となったケースでは、完全なソナグラム¹⁷⁾であれば音の商標の写實的な表現となりうるとしつつも、当該ケースでは、ソナグラムの尺度が示されていなかったため有効な写實的表現となりえず、この点は記述による説明では代替しえないとされた¹⁸⁾。

我が国においては、写實的に表現できることを要求する必要はなく、客観的に特定可能な音自体により音の商標の特定を行うべきであると考えられる¹⁹⁾。

3. 2 音の商標の登録要件

(ア) 音の商標の識別力

音の商標であっても出所表示として自他商品の識別力を有することはあり得る。

識別力の取得は、一般的にいつて、図形や文字などからなる従来型の商標よりは困難である

うが、新しい形態の商標である匂いの商標や色彩のみの商標に比べると容易であると考えられる。

音の商標の種類としては、音楽・メロディーからなるもの、動物の音声からなるもの、音楽と言葉の組合せからなるもの（歌など）、言葉を音声で発したものが考えられるが、一般論としては、音だけの商標で、特に音の組合せが単純なもの（数音のみからなるもの）ほど、識別力を取得しにくいと考えられる。

商標法第3条第1項第1号から第5号までは識別力を欠く商標を例示列挙しており、同項第6号に包括規定が設けられている。音のみの商標の場合には、第3条第1項第1号（普通名称）、第3号（産地、品質等表示）及び第4号（ありふれた氏又は名称）の適用は余り考えられないが²⁰⁾、音と言葉の組合せの商標の場合には、これらの規定の適用もありうると考えられる。そして、後者の商標の場合には、言葉のみの商標であった場合にはこれらの規定に該当するとしても、それが音と共に構成されていることが「普通に用いられる方法」での表示に当たるか、また「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」に当たるか、が問題となるものと考えられる。なお、第3条第1項第1号、第3号及び第4号は「表示する標章」という文言を用いているため、視覚的に表現されるものではない音の標章は「表示」に当たらないのではないかとの疑義が生じうる。そのため、これらの規定の「表示する」という文言を「表現する」等の他の文言に変える必要があると考えられる。

一方、音のみの商標であっても、同項第2号（慣用商標）、第5号（極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標）及び第6号（識別力を欠く商標）に該当する可能性はあると考えられる。第2号の「その商品又は役務について慣用されている商標」としては、例えば、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

飲食物であるラーメンの提供についてのチャルメラ、石焼いもについての石焼いも屋の声、竿竹についての竿竹屋の声などが考えられる。また、第5号の「極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標」としては、1音、2音のみからなる音の商標などがこれに該当すると考えられる²¹⁾。

なお、音の商標について、第3条第1項に特段の新たな規定を設ける必要はないものと考えられる。この点については、商品や役務の特性及び特徴（属性）として備わっている音は、その商品又は役務と関連させて商標登録することは認められないとするため、商品や役務の特徴を示す標章は商標登録を受けることができないとの規定を設けるべきとの見解もある²²⁾。しかしながら、例えば、楽器について当該楽器の音を使った音の商標が用いられる場合、当該楽器の音であるだけで識別力が生じないものではなく、メロディーによっては識別力が生じることもありうる。また、商品「サイレン」について単純でありふれたサイレン音の出願がなされたような場合²³⁾には、第3条第1項第3号の商品の「品質」、 「用途」又は「使用の方法」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、あるいは第6号の「需要者が何人がの業務に係る商品・・・であることを認識することができない商標」として、拒絶することが可能であると考えられるから、新たな規定を置く必要はないと思われる²⁴⁾。また、バイクについて、そのエンジン音が商標として出願された場合についても、通常第3条第1項第3号又は第6号により拒絶されることになると考えられる²⁵⁾。そして、こうした商標が万一過誤により登録されてしまった場合であっても、他のサイレンの音やバイクが通常発するエンジン音は商標的な使用ではないから、侵害は成立せず、同業者に過度な制約を及ぼすことにはならないと考えられる。

(イ) 音の商標の類否判断

商標の類否の判断は、商標の有する外観、称呼及び観念のそれぞれの判断要素を総合的に考察しなければならないとされている²⁶⁾。

音の商標は視覚的に認識されるものではなく、聴覚によって認識されるため、少なくとも外観、称呼及び観念の3つの判断要素のうち、外観については考慮の余地はないが、歌のような言葉の入った商標の場合には、言葉部分の称呼及び観念が生じうると考えられる。また、音だけの商標及び言葉の入った商標の音部分については、例えば、動物の鳴き声の場合のように、「観念」は生じる余地があるものとする。

音だけの商標の場合や言葉の入った商標の音部分については、言葉を音声で発するものではなく、いわゆる「称呼」は生じないことから、「音」自体を要素とした類否判断が必要となると考える。音自体の類否判断に関しては、従来の外観、称呼、観念を要素とする審査基準では対応できないため、新しい審査基準が必要となるが、音楽の著作物における類似性の判断手法が一つの参考となると考えられる。この点、歌の楽曲の著作権侵害が問題となった東京地判H12.2.18（「記念樹事件」）は、曲の類似性の判断に当たってはメロディーの同一性を第一に考慮すべきであるが、和声、拍子、リズム、テンポといった他の要素についても必要に応じて考慮すべきであるとし、メロディーの同一性の判断にあたっては、音列（フレーズ）の音符の数、長さ、音階の共通性、音階の変化を考慮して、結論においてメロディーの同一性を否定している。音の商標の場合には、これらのほかに音色なども考慮すべきであると考えられる。

音のみの商標同士の類否判断に際しては、上述したように「音」自体の類似性及び「観念」が生じる場合にはその類似性を判断することになると考えられる。一方、音と言葉の組合せの商標の場合には、音のみの商標との「音」自体

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

及び「観念」の類似性のみならず、文字商標との「称呼」及び「観念」の類似性も問題になると考えられる。商標の類否判断にあたっては、実務上、全体観察のほかに、要部観察が行われるが、音と言葉の組合せの商標の場合、音部分と言葉部分のいずれが要部なのか、そのいずれもが要部となるのかが問題となりうる。この点については、音又は言葉が聞き取れないような場合や需要者の印象に残らない場合を除き、基本的にはいずれもが要部となるのではないかと考えられる。このため、音と言葉の組合せの商標の場合には、原則として、言葉部分から生じる称呼及び観念を文字商標と対比し、音部分の音そのもの及び観念を他の音の商標と対比することになると考えられる。ただし、音の商標と他の音の商標又は文字商標の観念のみが類似する場合（例えば、「ワンワン」という犬の鳴き声の音の商標と「犬」という文字商標の場合）については、積極的に類似性を認めるべきでないとする。

また、言葉を単に音声的に発した商標についても、登録要件を満たす限りは、音の商標のうち音と言葉の組合せの商標として取扱うことが妥当であると考えられるが、そのような商標の類否判断においては、音部分には何らの特徴がなく要部とならないため、言葉部分から生じる称呼及び観念と文字商標の称呼及び観念において対比を行うことが適当であると考えられる。

（ウ）その他の登録要件

仮に音の商標の登録を認める場合、排泄音・悲鳴などのように著しい不快感・嫌悪感を与える音や、パトカー・救急車のサイレン音などのように、登録され使用されることによって公衆に混乱を生じさせ安全を妨げるおそれがある音の商標については、第4条第1項第7号の「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」として登録を受けることができないことと

なると考えられる。

また、公益的な見地から、我が国又は外国の国歌と同一・類似の商標については、第4条第1項に含めて規定するなどして、登録を排除しておく必要があるのではないかとと思われる。

4. 商標の音声的使用

前述のとおり、現在の商標法では商標の音声的使用は第2条第3項各号に規定される「使用」に該当しないため、音の商標の登録を認める場合には、その使用について新たな規定を設ける必要があるかについて検討する必要がある。

この点については、音が新たに標章の一種として規定される場合には、商標法第2条第3項各号の「標章を付する」との用語には、商品や役務の提供の用に供する物等が音の商標を発するようにすることも含まれる、と解することも不可能ではないと考えられる。また、テレビ、ラジオやインターネット広告で音の商標を使用する場合については、同項8号の「(広告等)を内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為」に含まれる、と解する余地もあると思われる²⁷⁾。もっとも、役務の提供に当たっての商標の使用については、現行の規定は、物に商標を付すことを前提としているため、役務の提供にあたり商標を音声的に表現する行為については使用の一態様として新たに規定する必要があると考えられる²⁸⁾。

また、音の商標の使用の問題とは別に、テレビやラジオによる広告等における文字商標の音声的使用の問題もある。思うに文字商標自体はあくまでも文字の形態による商標であって、文字商標の文字が言葉として音声的に表現された場合には、それは音の形態による商標として使用されたのであって、文字商標として使用されたものではないと考えられる。したがって、文字商標の音声的使用を商標法第2条第3項の「使用」として規定することは困難であり、第

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

37条の侵害とみなす行為の一つとして規定することのほうが現実的であると考えられる。ただし、その場合であっても、音声的使用の対象となる文字商標を標準文字のものに限るのか、特殊な文字で表されたものも含むのか、図形が付加されたものも含めるのか、あるいは、周知・著名な文字商標に限るのか等の問題がある。

私見では、音の商標以外の商標のうち称呼のみで自他商品の識別力を発揮しうるような著名な商標については、その称呼を広告や役務の提供にあたり音声的に表現する行為を侵害とみなす行為として規定することが適当であると考えられる。

5. 条文案の提案

音の商標の登録及び音声的使用を認める場合の商標法の条文としては、あくまでもイメージではあるが、例えば次のようなものが考えられるだろう。

(定義等)

第二条 この法律で「商標」とは、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又は音声（以下「標章」という。）であって、次に掲げるものをいう。

一、二 (略)

2 (略)

3 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。

一～八 (略)

九 役務の提供に当たり音声からなる標章を音声により表現して役務を提供する行為

4, 5 (略)

(商標登録の要件)

第三条 自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商

標を除き、商標登録を受けることができる。

一 その商品又は役務の普通名称を普通に用いられる方法で表示し、又は音声により表現する標章のみからなる商標

二 (略)

三 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。）、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期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、数量、態様、価格若しくは提供の方法若しくは時期を普通に用いられる方法で表示し、又は音声により表現する標章のみからなる商標

四 ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示し、又は音声により表現する標章のみからなる商標

五、六 (略)

2 (略)

(商標登録を受けることができない商標)

第四条 次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。

一～十九 (略)

二十 国歌又は外国の国歌と同一又は類似の商標

2～4 (略)

(侵害とみなす行為)

第三十七条 次に掲げる行為は、当該商標権又は専用使用権を侵害するものとみなす。

一～八 (略)

九 指定役務又はこれに類似する役務の提供に当たり、著名な登録商標又はこれに類似する商標（音声からなる商標を除く。）の称呼を音声により表現して役務を提供する行為

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

十 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関する広告をするに当たり、著名な登録商標又はこれに類似する商標（音声からなる商標を除く。）の称呼を音声により表現する行為

（以上、下線部は筆者が追加した部分。）

当然ながら、実際には、上記の規定のほかに各種手続規定を設ける必要があると考えられる。

6. おわりに

以上述べたように、我が国においても音の商標の登録を認め、その使用を商標の「使用」として規定すべきと考える。また、広告や役務の提供に当たり、著名な文字商標の称呼を音声的に表現する行為も侵害とみなす行為として規定すべきと考える。

実際に音の商標の商標登録が認められるためには商標法の改正が必要であり、このような改正を促すためには立法事実となる実務上の現実のニーズの立証が不可欠となる。報告書に記載された我が国の企業を対象としたアンケート²⁹⁾によると、音や匂いなどの新しいタイプの商標を使用していると回答した企業は全回答937件中21件であって全体の2%であり、そのうち音の商標を使用していると回答したのは7件に過ぎず、また、新しい商標を商標法によって保護する必要があると回答したのは全体の18%であるとのことであるが、この結果だけでニーズがない又は小さいと断定するのは早すぎるであろう。商標法は事業者の信用の保護を目的とする法律である以上、本来は事業者が使用する商標のうち保護対象とする商標の種類を限定する理由はなく、たとえ数は少なくとも現に事業者が音の商標を使用しており、また今後音の商標の使用を希望する事業者がいる限りは、その商標登録による保護について積極的に検討を行うべ

きである。また、商標制度の国際的調和の観点からも欧米諸国で登録を認められている音の商標の保護について前向きに考えるべきである。産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会で検討されてきた商標法の全面的な見直しは当面見送られるとしても、音の商標及び音声的使用の保護については、今後も検討が継続することを期待したい。

注 記

- 1) 網野誠 商標法〔第6版〕55頁、平尾正樹 商標法40頁、小野昌延編 注解商標法37頁及び73頁。なお、田村善之 商標法概説〔第2版〕144頁は、「音声商標を認めない趣旨は録音媒体による出願、登録制度の設営のコストを回避するところにあるのだから、そのような考慮を要しない侵害の場面では、商標の使用に該当すると解すべきであろう。」とする。
- 2) 音の商標のような新しい形態の商標の保護については、筆者が近時参加した、商標及びデザインに関するINTA (International Trademark Association) 及びWIPOの共催セミナー(2005年9月8日・9日開催)においてもテーマとして取り上げられており、各国の商標関係者に関心を持たれている論点の一つであるといえる。本稿においては、音の商標を中心に検討を行うが、新しい商標(Non-conventional Trademarks)としては、音のほか、立体商標、香り、色、動画からなる商標などが挙げられる。
- 3) 特許庁HP (<http://www.jpo.go.jp>) 産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会に掲載されている。
- 4) このため、「商標」の定義を変更しない限り、単に文字商標の音声的使用を第2条第3項の「使用」に該当すると規定したとしても侵害は成立しないと考えられる。ただし、規定の仕方を工夫すれば、37条において独立した侵害行為として規定することは可能であろう。
- 5) 前掲注1) 網野71頁は、最近においては、経済取引の発展に伴い一定の音響や香りが商品の標識として使用される場合も生じつつあるとし、標識の範囲も社会経済の推移発展とともに歴史的に変遷するとしている。
- 6) 商標の保護対象等に係る国際調和に関する調査

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 研究報告書（平成14年3月）財団法人知的財産研究所（以下単に「報告書」という）。同報告書によると、英国、ドイツ、フランス、オーストリア、デンマーク、イタリア、ノルウェー、スペイン、スウェーデン、スイスなど調査対象となった欧米諸国の多くが音の商標を保護しており、新しい形態の商標のなかでは登録を認める国が最も多い。そのほかに、オーストラリアでも音の商標の登録が認められている。
- 7) The Trademark Manual Of Examining Procedure (TMEP) 1202. 15
 - 8) ECJ, Judgment of 27.11.2003 in Case C-238/01, reference for a preliminary ruling, *Shield Mark*
 - 9) Decision of 25.08.2003 in Case R 781/1999-4, *Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation*
 - 10) OHIMのウェブサイト上でsoundの欧州共同体商標を検索したところ、出願中のものも含めて50件弱があった（2005年12月末現在）。
 - 11) 山本庸幸 要説不正競争防止法第3版 51頁
 - 12) 前掲注1) 田村144頁は「音声商標を認めない趣旨は録音媒体による出願、登録制度の設営のコストを回避するところにある」とする。前掲注1) 平尾19頁は、音声標章を認めることは、テープ出願の公示といった技術的困難性に比して、得られるメリットは少ないとする。
 - 13) 米国においては、音声商標の電子出願に際しては、音声を.wav形式の音声ファイルにより提出することとされている。電子出願の添付ファイルは.jpg形式のものでなければならないため、出願後に.wav形式の音声ファイルをメールに添付して送付する手続がとられている（The Trademark Manual Of Examining Procedure (TMEP) 1202. 15）。
 - 14) 他人による自由使用の問題は、新しい商標のうち単色の商標について特に問題となりうる。シリーズ家電製品に使用されていた単一の色彩（濃紺色）が商品表示となっているかが問題となった不正競争防止法の裁判例として、東京高判H9.3.27知的集29巻1号368頁（it's事件）。
 - 15) The Trademark Manual Of Examining Procedure (TMEP) 1202. 15
 - 16) ECJ, Judgment of 27.11.2003 in Case C-238/01, reference for a preliminary ruling, *Shield Mark*
 - 17) スペクトログラム。言語音を、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。音韻の弁別に有意な声道の変位に対応するような形で共振成分（フォルマント）が簡単に抽出できるところから、音響音声学で広く用いられている。
 - 18) Decision of 25.08.2003 in Case R 781/1999-4, *Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation*
 - 19) したがって、楽譜の提出のみでは足りず、楽譜は説明資料に過ぎないということになろう。
 - 20) もっとも、例えば、猫用ペットフードについては、用途の表示として第3号の適用もありうると考える。
 - 21) 前掲注6) 報告書55頁も同じ。
 - 22) 前掲注6) 報告書56頁
 - 23) なお、米国では、Federal Signal社により消防車のサイレンの商標が登録されている（登録番号75823257）。
 - 24) なお、前掲注6) 報告書57頁は現行法第3条第1項第3号の解釈として商品や役務の特徴は含まれていないから、商標や役務の特徴を示す標章は商標登録を受けることができないとの要件を追加する必要があるとする。
 - 25) 米国では、1994年2月、有名なバイクメーカーのHarley-Davidson社が自社のバイクのエンジン音を商標出願した。9社の競合メーカーらが、様々なブランドのバイクでも同じ音を出す同種のエンジンが使われているとして、出願に対して異議を申し立てた結果、2000年にHarley-Davidson社が出願を取下げた。
 - 26) 商標審査基準27頁（第4条第1項第11号）
 - 27) 商標法第2条第3項第8号の「広告等を内容とする情報に標章を付して電磁的に提供する行為」は平成14年改正により追加されたものである。特許庁の立法担当部署の解説によると、テレビ広告については、広告の展示に含めることも、電磁的方法による提供に含めることもいずれも可能であるとしており（特許庁総務部総務課制度改正審議室編「平成14年改正 産業財産権法の解説」58頁）、テレビやラジオ広告について、後者の電磁的方法による提供に含まれると解することは可能と考えられる。
 - 28) 前掲注6) 報告書34頁参照
 - 29) 前掲注6) 報告書123頁 資料編I

（原稿受領日 2005年11月2日）