

## 商品形態の不正競争防止法第2条1項1号 (周知商品等表示混同惹起行為)による保護

鈴木 香織<sup>(\*)</sup>

商品の形態は、本来的には表示的機能を前提とするものではなく、機能を発揮するためや、美感の向上などを目的として選択されているものである。しかしながら、商品の形態が、他の同種商品と識別し得る特徴的なものであること等により、取引の過程において、特定の出所を示すものとして需要者に認識されることもあり得る。その為、商品の形態が、①客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有している場合(特別顕著性が認められる場合)、かつ、②特定の事業者による長期間に及ぶ継続的かつ独占的な使用、強力な宣伝広告等により、需要者において、当該特定の事業者の出所を表示するものとして周知されるに至れば(周知性が認められる場合)、不競法2条1項1号の「商品等の表示」に該当する場合がある。また、判決においては、これに加えて技術的形態やありふれた形態を保護の対象から除く調整も行われる。本稿では、商品形態にかかる不競法2条1項1号に基づく保護のあり方について判決の動向を参考に検討を行うものである。

### <目次>

- I はじめに
- II 商品形態の商品等表示性
  - (1) 周知性
    - ① 周知性の立証
    - ② 産業財産権等の独占の下での周知性の獲得
  - (2) 特別顕著性
  - (3) 技術的形態の除外
    - ① 根拠
      - (a) 消極説
      - (b) 積極説
    - ② 技術的形態除外説の発展
      - (a) 技術的形態除外説
      - (b) 競争上似ざるを得ない形態除外説
      - (c) 技術的に不可避な形態除外説
- III 過剰保護に対する調整
  - ① 問題の所在
  - ② ありふれた形態を保護対象から除外する場合
  - ③ 侵害の判断時に保護範囲で調整する場合
- IV おわりに

### I はじめに

不正競争防止法(以下、「不競法」という)2条1項1

号は、他人の商品等表示……として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為(混同惹起行為)を不正競争行為としている。

不競法2条1項1号の趣旨は、「事業者間の公正な競争を確保するために(同法1条)、他人の周知の商品等表示と同一又は類似の商品等表示の使用等により当該他人の営業上の信用を自身のもとの混同、誤認させる行為を禁止し、周知性ある商品等表示の有する出所表示機能を保護するもの」である<sup>(1)</sup>。

同法2条1項1号所定の「商品等表示」とは、「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(同項括弧書き)。

商品の形態は、本来的には表示的機能を前提とするものではなく、機能を発揮するためや、美感の向上などを目的として選択されているものである。しかしながら、商品の形態が、他の同種商品と識別し得る特徴的なものであること等により、取引の過程において、特定の出所を示すものとして需要者に認識されることもあり得る。その為、商品の形態が、①客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有している場合(特別顕著性が認められる場合)、かつ、②特定の事業者

(\*) 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ代表取締役、文教大学非常勤講師

(1) 知財高判平成27・4・14判時2267号91頁[TRIPP TRAPP事件]参照。

による長期間に及ぶ継続的かつ独占的な使用、強力な宣伝広告等により、需要者において、当該特定の事業者の出所を表示するものとして周知されるに至れば（周知性が認められる場合）、不競法2条1項1号の「商品等の表示」に該当する場合がある<sup>(2)</sup>。

これらの要件に加えて、判例上、その保護には一定の制約が加わる場合や、保護範囲を一定範囲にとどめる場合がある。例えば、技術的形態を保護の対象から除外する場合等である。これは、周辺法との調整ということを背景としつつ、技術的形態にまで保護が及ばないようにするものであると思われる。また、ありふれた形態を保護対象から除外することによりその保護範囲を調整する場合がある。これらは、商品形態の商品等表示該当性を判断するにあたって、過剰に保護が行われないように調整することが目的であると思われる。

本稿では、商品形態を商品等表示として保護を認めるにあたり、このような過剰保護についての調整が行われていることについて、これまでの判決や学説を参照しつつ検討を加えるものである。

## II 商品形態の商品等表示性

商品の形態が商品等表示に該当し得る場合があることは、異論はないだろう。

商品形態が商品等表示として認められる契機となったのは、ナイロール事件である<sup>(3)</sup>。

ナイロール事件は、旧法下での事件ではあるのだが、「商品の形態は、もともと、その商品の目的とする機能を十分に発揮させるように選択されるものであって、商品の形態の選択には自ずから右目的からくる一定の制約が存する。しかし商品の種類によっては、右制約の範囲内で需要者の嗜好の考慮、構成材料の選択などにより同種商品の中であって、形態上の特異性を取得する場合があるし、それに宣伝などが加わって、商品

の形態自体が、取引上、出所表示の機能を有する場合がある。」と判示した。以降、裁判所は、商品形態の商品等表示該当性を認める場合があることを認めるようになった。

しかしながら、商品形態が不競法の保護を受けることができるハードルは低くはない。少なくとも、不競法2条1項1号に規定する周知性等の要件に加えて、形態が識別力を有するに至っていることが求められている。ただし、そのような識別力を有するに至った場合においても、その形態が機能性に由来する結果であるときには同号の商品等表示性を認めない場合がある（技術的形態除外説）。

### (1) 周知性

#### ① 周知性の立証

周知性については、商品についてのパンフレットやチラシの配布実績や費用額、雑誌・テレビ等のメディアを利用した広告宣伝や報道の実績、展示会での展示が証拠として採用されている他、当該商品が独占的に販売されてきたか、どの程度販売量や市場におけるシェアがあったか、どのような店舗等で販売されていたか等の販売実績、販売期間、受賞歴などが評価される場合がある。なお、販売期間は必ずしも長くなければならないというわけではなく、広告宣伝の実績等により短期間でも周知性を獲得する場合がある<sup>(4)</sup>。その他に、広告宣伝の手法について、iMac事件<sup>(5)</sup>においては、その独創性の高い形態について重点を置いた強力な宣伝がされたことが評価されている。

使用状況において、同一の形状で使用が継続されていることが好ましいところではあるが、細かな部分の変更程度であって、特徴的な部分についての変更が無い場合については認められる場合がある。例えば、ロレックス GMT マスター事件<sup>(6)</sup>では、10種類の製品のうち製品1から7にかかる時計の形態について商品の一部に変更が加えられているとしたものの、その特徴的部分について変更が無いとしており、周知性要件の

(2) 知財高判平成24・12・26判時2178号99頁[眼鏡型ルーベ事件]では、「不競法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当するためには、[1]商品の形態が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており(特別顕著性)、かつ、[2]その形態が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、又は極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により(周知性)、需要者においてその形態を有する商品が特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていることを要すると解するのが相当であると判示している。当該判決を引用する判決として、東京地判平成27・11・11LEX/DB25447602[3WAY防災キャリアバッグ事件]等がある。

(3) 東京地判昭和48・3・9無体集5巻1号42頁[ナイロール事件]参照。

(4) 「短期間であっても商品形態について強力な宣伝等が伴って使用された結果、特定の者の商品であることを示す表示として需要者の間で広く認識されるに至った場合には、商品形態が、法2条1項1号の商品等表示に当たる」との一般論を示すものは多いが、例えば神戸地判平成10・10・12LEX/DB文献番号28041606LEX/DB文献番号[蛇口用石鹸袋事件]、大阪高判平成18・2・10LEX/DB文献番号2110403[キックスケーター事件]、大阪高判平成24・12・7LEX/DB文献番号25445201[デザインポスト事件]等がある。

(5) 東京地判平成11・9・20判時1696号76頁[iMac事件]参照。

(6) 東京地判平成18・7・26判タ124号306頁[ロレックス GMT マスター事件]参照

判断に影響を与えることはなかった。

## ② 産業財産権等の独占の下での周知性の獲得

特許権や意匠権等の産業財産権を有している形態について、それらの権利に基づいて独占状態が維持できていたことがアドバンテージとなって周知性を獲得した場合に、不競法での保護を同一の客体に対して与えることについてその是非が問題になる。

否定的な立場からすると、不競法は、保護期間について各要件をみだす限りにおいて永久に続くことになることから、20年という保護期間を設ける特許法や意匠法の趣旨を没却しかねないことや、不競法が事業者間の公正な競争を奨励(1条)していることから、何ら市場において努力をしていない者に対して、実質的に保護期間が延長されることについて不競法の趣旨に合わないと考えられることになると思われる。

牛木理一先生は、「ある商品につき何らかのいきさつで生じた独占状態の下でその商品の出所としての周知性をいったん獲得したものは、同法条が目的とする出所の混同の排除を超えて、当該商品一般についての独占の継続をも保証されることになりかねないのであり、このような事態は、寧ろ、不競法がその実現を目指す公正な競争を妨害するものという以外にはない」と述べる<sup>(7)</sup>。

三村量一先生は、「本来一定期間に限って独占権を認められるべき形態について、期間満了後も不競法に基づく保護を与えるのはおかしい」、また、「他の権利に基づく保護の下で独占的に使用を継続したことによる周知性の獲得というものを認めてよいのか」という点で疑問があるとし、「不競法というのは、自由な競争層の下で、売主が一定の努力をした結果、その出所表示として広く認められる表示を保護しようということ」であり、「特許権で保護されている場合には、そういう自由競争というのが前提とはならず、独占的に使用できる地位が別の権利の上で与えられているという前提の下で、例えば20年間は使い放題であるということ、その間に、自由競争の下での努力の結果というよりも、むしろ別の無体財産権による保護の結果として独占使用により周知になったというのは、他の競業者と同じ土俵で勝負して獲得したものではないという意味で、少し前提が違う」と述べる<sup>(8)</sup>。

裁判所は、PCフレーム工法事件<sup>(9)</sup>等で「プレストレストコンクリート製の斜面受圧板を独占的に販売し

てきたことは……PCフレーム工法に関して特許権等を有しており他者が同種の斜面受圧板を製造・販売することが制限されていたためと認められる。特許権等の産業財産権の存在により独占状態が生じ、これに伴って周知性ないし著名性が生じるのはある意味では当然のことであり、これに基づき生じた周知性だけを根拠に、不競法の適用を認めることは、結局、産業財産権の存続期間経過後も、第三者によるその利用を妨げてしまうことに等しい。そのような事態が、価値ある情報の提供に対する対価として、その利用の一定期間の独占を認め、期間経過後は万人にその利用を認めることにより、産業の発達に寄与するという、特許法等の目的に反することは明らかである。もっとも、このように、周知性ないし著名性が産業財産権に基づく独占により生じた場合でも、例えば、産業財産権の存続期間が経過し、第三者の同種競合製品が市場に投入されて相当期間経過するなどして、産業財産権を有していたことに基づく独占状態の影響が払拭された後で、なお控訴人製品の形状が出所を表示するものとして周知ないし著名であるとの事情が認められるなどのことがあれば、不競法2条1項1号、2号を適用する余地はあろう」として、特許権の保護期間満了後にもなお周知であるか評価をする必要があると述べる。

このような立場には以下の反論ができると思われる。まず、特許法等の保護下にあった商品形態であったとしても、何ら努力をすることなく商品の周知性を獲得することは極めて難しいと思われるし、保護期間についても延長されたとは直ちに評価できるわけではない。また、不競法2条1項1号にかかる商品等表示として認められる場合には、周知性を獲得することや、特別顕著性が認められる形状であると認められなければ商品等表示にはならないのであるから、それを獲得するまでには不競法の保護は受けられないことであり、問題にはならないはずである。また、対象となる商品形態が特許権そのもののみからなる形態という場合は殆ど存在しえず、仮にそのようなものであった場合は、技術的形態そのものは保護対象から除外されることになることから、問題にはならないと思われる。たしかに、意匠権による保護範囲と商品形態が同一である可能性は否定できないが、保護要件や法益が異なることからこれも問題が生じるとは考えにくいし、技術的形態除外説を採用したとしても、意匠法との調整の観点

(7) 牛木理一「判批」知財管理51巻5号797頁参照。

(8) 牧野利秋(監)＝飯村敏明(編)〔三村量一〕「座談会 不競法をめぐる実務的課題と理論」22-23頁(2005年、青林書院)参照。

(9) 東京高判平成15・5・22判時1823号135頁[PCフレーム工法事件]参照。

から商品等表示性を否定するようなことは行っていない<sup>(10)</sup>。さらに、同一の客体に対し、法益の異なる複数の法律による保護は可能であるし、条文の根拠なく、一方の法律が保護をしているからといって、その保護を遠慮する必要はないと考えられると思われる。

産業財産法等によって保護をうけ独占されていた時期があったとしても、不競法2条1項1号による重畳的な保護を否定すべきではないし、その要件を充足することにおいて、産業財産権等の存在はアドバンテージになることはあるかもしれないが、周知性の獲得、識別力を有するに至るまでの労力は相当なものだと思われることから、このような重畳的な保護あるいは、産業財産権満了後も、要件を充足する限りにおいて、引き続き区別することなく保護を認めていくべきであると思われる。

## (2) 特別顕著性

特別顕著性については、他の同種商品の形態と比較して、需要者において通常認識し得る商品についての形態であるかについて検討がなされるものである。なお、特別顕著性と同じ意味で、「独自性<sup>(11)</sup>」、「独自の特徴<sup>(12)</sup>」、「独自の形態的特徴<sup>(13)</sup>」等といった表現もみられる。

特別顕著性の有無にかかる保護要件は、その他の商品等表示が同一の表示を表示する商品が同一の営業主体からの出所であるか取引上認識せられる程度であることを要している程度であって、新規性や独創性の有無は問わないのに比べて、商品形態が商品等表示性を認めるにあたって設けられた独特な要件であるといえよう<sup>(14)</sup>。

これらを検討するにあたっては、商品の外観にかかる特徴的部分の検討を行い、看者の注意を惹く点についての検討、販売開始時点において我が国で販売されていた同種商品においてどのような形態のものが販売されていたかについての検討が行われる。

特別顕著性がみとめられる形態であれば、需要者の認識がされやすくなると思われることから、周知性の獲得においても有利に働く場合が多いと思われるが、周知性や識別力を有するに至るには発売当初からの対応の努力が必要である。

Jet ライン事件<sup>(15)</sup>では、「原告商品の形態は、その発売当初、相当程度の特異性を有していたと認められるものの、その後の市場の状況や呼び線の取引の実情に照らして考えた場合、……需要者の間において、原告商品の形態は特定の事業者が製造、販売する商品であるとの認識が浸透していたとは認められない」としている。

特別顕著性の判断においては、需要者の性質について検討が行われ、当該需要者がどのような点に着目するかを検討すること等が行われる場合がある。つまり、特別顕著性等の判断においては、形態の独自性や顕著性そのものだけでなく、需要者の性質も重要になる場合があるといえよう。例えば、連結ピン事件<sup>(16)</sup>では、商品の販売ルートについて、直接住宅メーカーに納入するルートと原告商品のみを販売する特約店から内装業者や設備業者等のユーザーが購入するルート、他社の商品も販売する金物店、建築資材店、工具店などの販売店からユーザーが購入するルートの3つのルートにいるユーザーらを需要者とし、建材についての知識があるこれらの需要者において広く認識されていると認めている。また、かかとの角質除去具事件<sup>(17)</sup>においては、商品名を「SCRATCH」とする「かかと」の角質を除去する商品についてその形態の独自性の検討を行うに際し、需要者を美容に関心の高い女性を中心とした一般消費者と認定したうえで、当該需要者の性質として、「機能のみならず外形的なデザインの美しさや新しさにも着目する傾向が強い」としており、そのような需要者によって構成される市場において短期間でヒットしたことも評価されている。

同じ機能を持つ製品の商品形態は、構成が似てしま

(10) 横山久芳「商品形態の標識法上の保護」69巻4号[別冊14号](2016年)81頁脚注(74)では、「[技術的形態除外説]は、技術的形態について特許法等との調整の観点から商品等表示該当性を否定する一方で、美的形態について意匠法との調整の観点から商品等表示該当性を否定するということをしていない。これは、美的形態については、技術的形態とは異なり、そもそも特定の美感(美的機能)を実現するために不可欠な形態というものを観念するのが困難であり、美的な形態を商品等表示として保護しても美感の独占を招くことはないため、意匠法との調整を図る必要はないという理解を前提としたものということができる。もっとも、仮に特定の美感を実現するために不可欠な形態というものが存在するとすれば、これを商品等表示として保護することは競業者の商品開発の自由を過度に制約し、意匠法の制度趣旨に反することになるため、技術的形態と同様に、商品等表示該当性を否定すべきであろう」と述べる。

(11) 東京地判平成27・12・10LEX/DB文献番号25447655[水槽用吸水パイプ事件]参照。

(12) 東京地判平成9・2・21判時1617号120頁[キッズシャベル事件]参照。

(13) 知財高判平成23・5・19LEX/DB文献番号25443416[交換ランプ事件]参照。

(14) 小野昌延(編)三山俊司=芹田幸子(著)『新・注解・不競法(上巻)』129頁(青林書院、第3版、2012年)参照。

(15) 大阪地判平成11・12・2128042918[jetライン事件]参照。

(16) 大阪地判平成19・4・26判時2006号118頁[連結ピン事件]参照。

(17) 知財高判23・3・24LEX/DB文献番号25443271[かかとの角質除去具]参照。

うことがある。例えば、腕時計などは、時計という機能を成立させるために、文字盤や分針、短針、秒針、竜頭(リュース)などが必要になることからその点においては似ており、ありふれているといえる。しかし、このような製品にかかる商品形態でも特別顕著性を見いだせるデザインのは多数ある。例えば、パネライ事件<sup>(18)</sup>では、「原告各製品は、…… [1]リュースプロテクターの形状、[2]ケース及びベゼルの形状とケースが大型であることにおいて形態上の特徴があり、これらを組み合わせたことにより、原告各製品の形態として独自の特徴を有するに至っていると考えられる」としている。

### (3) 技術的形態の除外

技術的形態とは、その形態が技術的な機能に由来する必然的な結果をいう。このような技術的形態については、商品の形態が識別力を有するに至った場合であったとしても、商品等表示性を否定するとする考え方がある(技術的形態除外説)。他方で、技術的形態除外説を採る必要がないとする考え方もあり、裁判所の見解は統一をみていない<sup>(19)</sup>。また、技術的形態除外説を採用する判例は多いが、どのような根拠に基づいて、技術的形態についてどの程度の範囲を商品等表示の保護対象に含むのかについても統一した見解は見られていない。

#### ① 根拠

技術的形態除外説を採用する場合の根拠について、他の産業財産法との調整(調整説)を根拠とするものがあるが、そのような調整を不要とし、技術的形態除外説を不要とする説(非調整説)がこれまでの裁判所の判断に見られている。また、学説においては、技術的形態除外説の根拠として不競法の趣旨に鑑み、特定の形態を採用することが商品の価格や品質等の点で競争上有利に働く場合の商品等表示該当性を否定すべきとする見解がある<sup>(20)</sup>。

##### (a) 消極説

技術的形態について商品等表示性を認めない場合について初めて言及したタンスセット事件<sup>(21)</sup>において

「商品の形態が商品の技術的機能に由来する必然的な結果であるときは、これを除外する必要がある。けだし、技術は万人共有の財産であり、ただそのうち新規独創的なものに特許権、実用新案権が附与され、特定の人に存続期間を限って独占を許すことがあるにすぎない。ところで、いまもし技術的機能に由来する商品の形態を商品表示と目して不競法の名の下に保護を与えるときは、この技術の特許権、実用新案権以上の権利として、すなわち一種の永久権として特定の人に独占を許す結果を招来し、不合理な結果が生ずる」と判示した。つまり、他の産業財産法との調整が技術的形態を除外する根拠であるとしているものである。

##### (b) 積極説

伝票会計用伝票事件<sup>(22)</sup>において、「不競法上、その商品表示としての保護と、特許法、実用新案法をはじめとして、意匠法、商標法を含む所謂工業所有権四法に基づく保護との競合を排除する規定ないし根拠も見出せない。また特許権及び実用新案権の保護法益は、より抽象的な技術的思想の創作そのものであつて、たまたまその技術的思想に基づく特定の具体的実施形態が商品の表示として出所表示の機能を備えて不競法上の保護の対象となりうるとしても、本来その保護の対象とする実質的内容・保護法益、またその適用のための実体的要件を異にするものであるから、特許法・実用新案法の法理と矛盾するものではない。このことは、その実施形態が当該特許権・実用新案権の実施態様として唯一無二のものであり、また、その不競法上の保護が、当該特許権・実用新案権の存続期間はいうまでもなく、これを超えて与えられるものであつても変わらない。けだし、この場合における不競法上の実質的な保護の対象は、動的な営業活動における企業の信頼性ないし商品の需要吸引力であり、その保護を受けるためには、出所表示の機能の具備とこれに伴う周知性の獲得を裏付ける営業活動の具体的事実の存在が必要であるとともに、その保護の持続のためには、これらの要件を現実のものとして常時維持すべく、企業の信用性・商品の信頼性の確立と、表示機能としての特別顕著性の確保のために、極めて流動的な需要者の商品

(18) 東京地判平成16・7・28判時1878号129頁[パネライ事件]参照。

(19) 宮脇正晴「商品形態の商品等表示該当性」パテント67巻4号[別冊11号](2014年)15頁参照。

(20) 前掲注10・横山60頁では、不競法は「商品間の自由競争が行われることを前提としてその商品等表示の保護を図るものであるため、問題となる商品形態に商品等表示の保護を認めることが他者の商品開発の自由を過度に制約し、商品間の自由競争を不当に制限するような場合には、商品形態の商品等表示該当性を否定すべきである」とし、商品形態の独占適応性に鑑み、①商品が必然的に備えるべき形態、②商品の機能を確保するために不可欠な形態、③同一の機能を実現する形状が他に多数存在する場合でも、特定の形態を採用することが商品の価格や品質等の点で競争上有利に働く場合の商品等表示該当性を否定すべきとしている。

(21) 東京地判昭和41・11・22判時476号45頁[タンスセット事件]参照。

(22) 東京高判昭和58・11・15無体集15巻3号720頁[伝票会計用伝票事件]参照。

選択の動向を背景とする競争の激しい流通過程における、広告・宣伝・品質管理・販売活動にいたるまでの絶えざる企業努力を継続していることが前提となるから、技術的思想に関する永久権の設定とはいえないものであつて、特許権・実用新案権に存続期間を設けた法意に何らもとるところはない」として産業財産権法との調整を根拠に技術的形態を保護の対象から外すことについて否定的な立場を示している。

## ② 技術的形態除外説の発展

### (a) 技術的形態除外説

技術的形態を除外することとは、その形態が機能性に由来する結果であるときには同号の商品等表示性を認めないことをいう<sup>(23)</sup>。つまり、商品形態を保護することにより、「実質的機能」に保護が及んでしまうようなものは除外するというのである。裁判所は、「商品表示を付された他人の商品本体が本来有している形態、構成や、それによって達成される実質的機能をその商品主体の専有として、他者の模倣、利用から保護することを目的とするものではない」と説明する<sup>(24)</sup>。

技術的形態除外説は、以下に挙げる「競争上似ざるを得ない形態除外説」や「技術的に不可避な形態除外説」のいわば上位概念であり、現在においては、除外すべき技術的形態の範囲を解釈上絞り込むような判断が散見される。

このような考え方が登場した背景としては、技術的形態であるからといって直ちに商品等表示性を否定できるものばかりではないということが挙げられよう。裁判所も、蛇口用石鹼袋事件<sup>(25)</sup>では、技術的に必然な商品形態が商品表示性を有しないとの考え方は一般化できず妥当であるとは言い難いと述べているし、エジソンのお箸事件<sup>(26)</sup>においても「商品の形態が商品の技術的な機能及び効用に由来するものであつても、他の形態を選択する余地がある場合」は、特別顕著性及び周知性が認められれば、「商品等表示」に該当し得ると述べている。さらに、テラレット(TELLERETTE)事件<sup>(27)</sup>では、「商品の形態が商品の技術的な機能及び効用に由来するものであつても、他の形態を選択する余地がある場合は、そのような商品の形態が『商品等表示』に当たるとして同形態を有する商品の販売が禁止

されても、他の形態に変更することにより同一の機能及び効能を奏する商品を販売することは可能であり」該商品についての事業者間の公正な競争を制約する弊害は生じない」と述べる。

商品形態は、少なからず技術的制約を受けているものであるから、技術的制約があることをもって直ちに商品等表示性を認めないということが妥当ではないということもあるし、商品形態を構成する要素を分解し細かく見ていけば技術的形態に行きついてしまうものが殆どであろう。故に、技術的形態除外説は、理論的な調整が必要になったのである。

### (b) 競争上似ざるを得ない形態除外説

競争上似ざるを得ない形態除外説とは、田村善之教授が提唱する学説である。この説は、「技術的形態その他の理由により、市場において商品として競合するためには似ざるをえないものは同号の出所を識別する商品表示には該当せず1号の請求は否定されるべき」であるとの見解であり、現在においては、裁判所においても、競争上似ざるを得ない形態除外説を採用するものがある。

田村善之教授は、技術的形態除外説と競争上似ざるを得ない形態除外説の違いについて、その根拠を特許法等との調整においてはおらず、不競法2条1項1号に内在する問題と捉えており、「同号は、商品の販売自体を禁じるわけではなく、複数の出所が存在することを前提に、その間に誤認混同を生ぜしめる出所識別表示が付されることを禁じる趣旨であり、商品間の競争が行われることを前提にしている<sup>(28)</sup>」と述べており、特許法などとの調整については、「調整が必要な技術的形態か否かという観点からではなく、似ざるをえない形態か否かという観点から商品表示該当可能性を吟味する結果、特許や実用新案の実施品であるか否かという観点はその判断の決め手にはならないということになる<sup>(29)</sup>」と述べる。この説に対し、宮脇正晴教授は「普通名称についての保護を否定する規定(不競法19条1項1号)が存在することに鑑みると技術的形態の保護は、不競法の想定するところではない」としたうえで、「技術的形態が保護された場合には、……競業者の商品の生産コスト自体が上昇するのであるから、

(23) 東京地判昭和41・11・22判時476号45頁[タンスセット事件]参照。

(24) 東京地判平成6・9・21知的財産例集26巻3号1095号[折りたたみコンテナ事件]参照。

(25) 神戸地判平成10・10・12LEX/DB文献番号28041606[蛇口用石鹼袋事件]

(26) 知財高判平成28・7・27LEX/DB文献番号25448082[エジソンのお箸事件]参照。

(27) 東京地判平成29・6・28LEX/DB文献番号25448790[テラレット(TELLERETTE)事件]参照。

(28) 田村善之『不正競争法概説』(有斐閣、第2版、2003年)126頁参照。

(29) 前掲注28・田村128頁参照。

普通名称が独占された場合より大きな回避コストを競業者に課すこととなろう。そうであるならば、技術的形態の保護を否定して、競業者の回避コストがより低いような表示で商品を識別させることを促すほうが、普通名称の保護を否定している法の趣旨にかなうこととなる」とし、技術的形態を除外する根拠は不競法の内在的制約に求めることについて支持する<sup>(30)</sup>。

裁判所において初めて競争上似ざるを得ない形態除外説が採用されたMAGIC CUBE事件<sup>(31)</sup>では、「不競法2条1項1号は、周知な商品等表示の持つ出所表示機能を保護するため、実質的に競合する複数の商品の自由な競争関係の存在を前提に、商品の出所について混同を生じさせる出所表示の使用等を禁ずるものと解される。そうすると、同種の商品に共通してその特有の機能及び効用を發揮するために不可避的に採用せざるを得ない商品形態にまで商品等表示としての保護を与えた場合、同号が商品等表示の例として掲げる『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』のように、商品そのものとは別の媒体に出所識別機能を委ねる場合とは異なり、同号が目的とする出所表示機能の保護を超えて、共通の機能及び効用を奏する同種の商品の市場への参入を阻害することになってしまうが、このような事態は、実質的に競合する複数の商品の自由な競争の下における出所の混同の防止を図る同号の趣旨に反するものといわざるを得ない。したがって、同種の商品に共通してその特有の機能及び効用を發揮するために不可避的に採用せざるを得ない形態は、同号にいう『商品等表示』に該当しないと解すべきである」と述べた。

水切りぎる事件<sup>(32)</sup>において、「仮に、商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態を商品表示と認めると、商品表示に化体された他人の営業上の信用を保護するというにとどまらず、当該商品本体が本来有している形態、構成やそれによって達成される実質的機能、効用を、他者が商品として利用することを許さず、差止請求権者に独占利用させることとなり、同一商品についての業者間の競争それ自体を制約することになってしまう。これは差止請求権者に同号が本来予定した保護を上回る保護を与える反面、相手方

予定された以上の制約を加え、市場の競争形態に与える影響も本来予定したものと全く異なる結果を生ずることとなる。これらのことからすると、商品の実質的機能を達成するための構成に由来する形態は、同号の商品等表示には該当しないものと解するのが相当であると述べている。

#### (c) 技術的に不可避な形態除外説

技術的に不可避な形態除外説とは、商品の技術的な機能及び効用を実現するために他の形態を選択する余地のない不可避的な構成に由来する場合について、保護の対象から除外することをいう<sup>(33)</sup>。この説を採用する判例が近年増えているが、田村善之教授の提唱する「競争上似ざるを得ない形態除外説」との違いは、その根拠として、他の産業財産権法との調整という点が強く表れている点にある。例えば、過去にはマンホール用ステップ事件<sup>(34)</sup>、あるいは、最近では、エジソンのお箸事件等でも散見するが、「商品の形態が商品の技術的な機能及び効用を実現するために他の形態を選択する余地のない不可避的な構成に由来する場合、そのような商品の形態自体が『商品等表示』に当たるとすると、当該形態を有する商品の販売が一切禁止されることになり、結果的に、特許権等の工業所有権制度によることなく、当該形態によって実現される技術的な機能及び効用を奏する商品の販売を特定の事業者に独占させることにつながり、しかも、不正競争行為の禁止には期間制限が設けられていないことから、上記独占状態が事実上永続することとなる。したがって、上記のような商品の形態に『商品等表示』該当性を認めると、不競法2条1項1号の趣旨である周知な商品等表示の有する出所表示機能の保護にとどまらず、商品の技術的な機能及び効用を第三者が商品として利用することまで許されなくなり、それは、当該商品についての事業者間の公正な競争を制約することにほかならず、かえって、不競法の目的に反する結果を招くことになる。」と述べている。つまり、不可避な形態の範囲が「競争上似ざるを得ない形態」よりも狭くとらえられているように思われる。なお、商品形態にかかる技術において不可避な形態というものは、概念としては存在するものの、実際にはほとんどあり得ないのではない

(30) 前掲注19・宮脇17頁参照。

(31) 東京高判平成13・12・19判時1781号142頁[MAGIC CUBE事件]参照。

(32) 大阪地判平成23・10・3判タ1380号212頁[水きりぎる事件]参照。

(33) 東京地判昭和53・10・30無休集20巻2号509頁[投釣用天秤事件]参照。

(34) 知財高判平成17・7・20LEX/DB文献番号28101548[マンホール用ステップ事件]参照。

だろうか<sup>(35)</sup>。

仮に、技術的に不可避な形態除外説が今後踏襲されていくことになった場合、技術的形態保護除外説については、商品形態を商品等表示として保護するにあたって、大きな障壁とはならなくなるといえよう。ただし、当事者は「技術的に不可避な形態である」との主張を裁判上行うと思われるため、それに対する反証は必要になると思われる。

### Ⅲ 過剰保護に対する調整

#### ① 問題の所在

商品形態を商品等表示で保護するにあたり、技術的形態除外説が採用されてきた理由としては、周辺法との調整ということを経験として、過剰保護に対する調整が目的であるように思われる。しかし、前章で述べたように、仮に、技術的に不可避な形態除外説が踏襲されていくとすると、対象となる商品形態が殆ど存在しないと思われることから、技術的形態除外を根拠として過剰保護を防ぐことはできなくなるかもしれないという疑問が生じる。この点について、理論的にどのような調整が図れるかについて検討をする必要がある。なお、ここでいう過剰保護とは、商品形態が商品等表示として認める価値のない商品形態あるいは商品形態の部分にまで、保護が及んでしまう場合をいう。

#### ② ありふれた形態を保護対象から除外する場合

商品形態が商品等表示として認められるためには、同種商品の中で、ありふれた形態や、特別顕著性が否定されるようなものであってはならない。実際に、エジソンのお箸事件においても、「商品の形態が商品の技術的な機能及び効用に由来する場合、同形態が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有していることはまれであり、同種商品の中でありふれたものとして特別顕著性が否定されることが多い」との一般論が示されている。

特徴的部分がありふれた形態でありその組み合わせであるとして特別顕著性を否定した事例がある。

空調ユニットシステム事件<sup>(36)</sup>においては、「これを構成する個々の部品や装置の形態がすべてありふれたものであるのみでなく、全体としての形態をみても、この種機器を製造するにあたって通常予想される形態選択の範囲を全く出でおらず、特徴的な形状であるとはいえないから、これに商品表示性を認めることはできないものというべきである。」としており、各部品がありふれた形態でしかない場合においては、組み合わせによってもなお、ありふれている形態であるとして商品等表示該当性を否定する判断がされている。

ピックアップカート事件<sup>(37)</sup>では、商品の形態における特徴部分について、「いずれもありふれた形態というべきであり、客観的に他の同種商品と異なる顕著な特徴とはいえない」とし、ありふれた形態を併せただけでは、顕著な特徴とはいえないし本件特徴部分についてその両方を備える他の同種製品も、被告製品の販売開始時までに存在しているなどとして、特別顕著性を否定した。

特徴的部分については、商品形態の各要素に分解して検討すればするほど、特別顕著性が否定される可能性が高まるといえる。

もちろん、各要素の組み合わせからなる全体の形態に特徴があるとして、特別顕著性を肯定した事例もある。例えば、ロレックス GMT マスター事件では、「原告各製品の各要素の組合せからなる全体の形態は、形態自体が極めて特殊で独特であり、その形態だけで商品等表示性を認めることができる場合には当たらないが、同種製品と区別し得る形態的特徴を有しており、……上記の各要素の組合せからなる全体の形態は、原告各製品が原告の製造販売に係るものであることを示す商品等表示に該当するといえることができる」としている。これは、腕時計はある程度求められる機能が似ているため、結果的に形態が似てしまうことがある他、ありふれた形態の組み合わせである場合も多いと思われることから、構成ごとに特徴があったとしてもその保護には一定の限界があるということだと思われる。そのような前提がありつつも、そのような形態においても形態的特徴を発揮している部分があることから、

(35) もちろん、ある時期においてベストモードというものは存在するかもしれないが、それも技術の発展により変化していくものであるし、不可避であるとははいえないだろう。大阪地判平成 29・1・1 LEX/DB 文献番号 925448552[バイクリフター事件]では、商品形態上の特徴について「その技術的機能を実施するためのほぼ最良の形態であるとはいえるが、その技術的機能に由来する不可避的な構成とまではいえない」としている。

(36) 東京高判平成 12・2・17 判時 1718 号 120 頁[空調ユニットシステム事件]参照。

(37) 東京地判平成 29・9・28 LEX/DB 文献番号 25448953[ピックアップカート事件]参照。なお、本件において特徴部分であると主張された部分は、同種の商品において従来から最近に至るまで多数存在しており、しかも、「需要者が取引の場面において厳密に認識区別することができるのは到底認められず、需要者が認識区別できるのは、せいぜい計量台が緩やかに前傾していること程度に止まるというべきである」と述べられており、同種製品との差異が需要者に認識できるものではなかったことが背景にある。



それらを組み合わせて全体としてみたときに十分な顕著性が発揮されているとの認定がされる場合がある。

シャベルカー型玩具事件<sup>(38)</sup>では、原告商品の形態について、「その形態を採用するにあたっては、原告商品がシャベルカーを模した幼児用乗用玩具であることに由来する一定の制約に服するものと考えられ、例えば、(a)アームとシャベルの形状、(b)車体上面の座部の位置、(c)ハンドルの存在、(d)シャベルカーのキャビンを模した部分やアーム、ハンドルがそれぞれ車体前方に偏位して設けられること等の形状や構成は、原告商品の用途や題材からすれば、必然的、不可選択的あるいはありふれたものであると解される。」として、各部品(a)から(d)についてありふれた形態である旨を認定したが、原告商品が実際のシャベルカーを忠実に縮小した玩具ではないことから生じる、(a)ないし(d)以外の形状や構成である、(1)幼児が乗ったままでアーム先端のシャベルを前後・上下に動かし、本物のシャベルカーのように砂を掻き上げる真似ができるよう、アーム部分に交互に押ししたり引いたりする二つのレバーを設けたこと、(2)ハンドルが航空機の操縦桿に似せた方形であり、方形の一辺の midpoint を軸に固定してあること、(3)操作性を上げるためにキャタピラーではなく車輪式を採用するとともに、前方部に一對二輪、後部に二對四輪を配し合計六輪としていることの三つの要素を組み合わせた点に形態上の特徴があるものと認め、これらについては、原告が適宜選択して採用したものであるとした。

ユニットシェルフ事件<sup>(39)</sup>では、「原告商品形態が他の同種の商品と識別し得る特徴を有するといえるか否かを検討する際は、原告商品形態[1]～[6]のうちの個別の各形態がありふれている形態であるか否かではなく、原告商品形態[1]～[6]の形態を組み合わせた原告商品形態がありふれた形態であるかを検討すべきである。したがって、原告商品形態[1]～[6]のうちの各個

別の形態にありふれたものがあることを理由として原告商品形態が商品等表示ととならなくなるものではない」として、ユニットシェルフの組み合わせ後の形態で検討をすると判示されている<sup>(40)</sup>。

確かに、ありふれた形態は、単独では特別顕著性が発揮される余地はないと思われる。また、識別性の獲得もないだろう<sup>(41)</sup>。これらについて、特段の資金や労力をかけることなく作り出すことができるものであるし、何人もその形態について自由に使用することが求められるものであるから、保護に値する形状ではないことから当然であるといえよう。具体的には、一般において従来から広く知られているような形態や、既に広く用いられている形態、陳腐化された形態、同種の商品において多数採用されているような形態は、「ありふれた形態」であるといえる。結局のところ、需要者が取引の場面において商品の形態を見た場合に、その特徴の有無を認識区別することができるものでなければならぬということである。

特許法や意匠法の審査において、公知であると判断された形態であったとしても、直ちにありふれた形態と認められるわけではないと思われる。他方で、形態について特許権や意匠権が取得されていた場合には、ありふれていないことの証明になり得る<sup>(42)</sup>。結局のところ、商品形態が商品等表示に該当するかに当たり、ありふれた形状であるか否かの判断は、当該商品や同種商品の特徴により異なることになるから当事者の主張の如何によって結論が異なることになると思われる<sup>(43)</sup>。

なお、構成要素にありふれた部分が多い商品形態であるのに、全体として商品等表示として認められた商品等表示については、商品等表示として認められたとしても、その保護範囲を過剰に広く認めることは適切ではないことから、類似性の判断は極めて厳格に行われなければならない。

(38) 東京地判平成9・2・21判時1617号120頁[シャベルカー型玩具事件]参照。

(39) 東京地判平成29・8・31LEX/DB文献番号25448896[ユニットシェルフ事件]参照。なお、本事案は、本件商品形態は、一般消費者に対して出所識別力を有してから10年近くも同種の商品で同じような形態が市場に存在しなかったことや、周知性の獲得の前提となる商品形態を掲載したカタログ、チラシ等による大規模な宣伝広告活動及び原告商品形態が分かる写真を含む記事を掲載した多数の雑誌等の発行がされた際に、組み立て後の商品形態として認識されていたことが認定されている。

(40) 鈴木将文[判批]ジュリ1514号(2018年)9頁では、ユニットシェルフ事件について「各戸別形態にありふれた形態があれば、当該形態を除外した原告商品形態について特別顕著性の評価を行うべき」と述べる。

(41) 前掲注14・小野(編)三山=芹沢(著)205頁参照。

(42) 前掲注19・宮脇14頁は、「特別顕著性の判断は、現に市場において流通している他の商品の形態との比較により行われるものであるため、公知文献が存在しない場合は、原告商品と同様の形態の先行商品が存在しないことの有効な証拠となるが、そのような文献が存在すること自体は、現にそのような形態の商品が存在することを示すものとはまでは言えない、ということであろう」と述べる。

(43) 例えば、たまごっち事件では、「ゲーム機を対象として過去一五年間に登録された登録意匠に係る意匠公報を調査した結果を報告した先行意匠調査報告書において、ゲーム機ないしゲーム器の先行意匠としては、略方形のもの及びその辺又は角に丸味を帯びさせたものが多く、星型や略円形のものも存在するが、扁平の卵型をなしているものは存在しないこと、原告商品から円形リング及び金属製チェーンをはずした意匠が、原告両名によって意匠登録されたことが認められ、右事実によれば、原告商品の右形態は、液晶ゲーム機分野において、特異性をもった形態といえる」と判示した。

### ③ 侵害の判断時に保護範囲で調整する場合

商品・営業主体混同行為が不正競争とされる理由は、「需要者に混同をもたらす行為の悪性を禁止すること」である<sup>(44)</sup>。

裁判では、類似の概念について、取引の実情を参酌し、「両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否か」を基準に判断する<sup>(45)</sup>。このような方式を採用する場合、個別の部分がありふれている以上、同一デザインの禁圧程度にまで保護範囲を限定する調整が必要であろう。

あるいは、特別顕著性の認められる部分について類似性を検討する場合もあり得るだろう。

TRIPP TRARP 事件<sup>(46)</sup>においては、技術的形態除外についての主張も認定も無いが、商品形態の商品等表示の該当性について言及することなく、当該商品形態における特別顕著性のある部分を特定したうえで、X 製品の特別顕著性が認められる部分と、Y 製品について比較し、類似しないとして非侵害としており参考となる。

## IV おわりに

商品形態が不競法2条1項1号の保護を受けられるためには、出所の表示機能を本来的に有しているわけではないため、例外的に特別顕著性かつ周知性の要件をみとすことが求められている。これらの要件に加えて、保護に当たっては技術的形態を除外することに留意する必要がある。このような技術的形態除外説を採用する判例は多いが、どのような場合について技術的形態を除外するかについては、いまだ定説はない。

最近の判例では、技術的形態除外説のうち、技術的に不可避な形態除外説を採用するのが散見される。なお、商品形態に係る技術において、商品の技術的な機能及び効用を実現するために他の形態を選択する余地のない不可避的な構成に由来する形態に該当するものは極めて少ないと思われることから、今後裁判所が同説を踏襲する限りにおいては、技術的形態除外説は、商品形態を保護する障壁としてあまり高くないといえる

ころまできており、実際の意義を失ったといえるのではないかと思われる。そもそも、技術的形態除外説の根拠は、他の産業財産法との保護の調整にあると説明する判例が多いが、法文上も根拠がみられないこともあり、過度な調整は不要である。また、商品には実質的な機能が少なからず存在するから、それを突き詰めていけば保護の余地がなくなるため、技術的に不可避な形態除外説は、妥当であると思われる<sup>(47)</sup>。

不競法2条1項1号による保護対象であるかの判断であるから、商品形態が自他商品識別力をもち、需要者がそれを認識できるかということが重要になると思われる。

商品等表示として認める価値のない商品形態の部分にまで、保護が及んでしまうおそれがある場合には、侵害の判断時に保護範囲の問題として調整を行うべきであると思われる。

ありふれた形態を除外する判断において、各部分を細かく見ていくと、多くの場合ありふれた形状になってしまうことがありうるし、そのような部分だけで需要者が当該商品を識別しているわけではないため、どのような販売方法であるか、どのような形態で広告しているかなどを前提として、当該形態がありふれているかを判断するべきであろう。例えば、組立家具のようなものは、組み立てた状態で販売され、広告に掲載されるのが通常であることに鑑みると、組み立て後の形態を全体としてみるべきであろう。ただし、ありふれた部品で構成されているものの、全体として商品等表示として認められたような商品形態については、侵害の判断は厳格に行わざるを得ないと思われる。

以上

(44) 土肥一史『知的財産法入門』11頁(中央経済社、15版、2015年)参照。

(45) 最判昭和58・10・7民集37巻8号1082頁[マンパワー事件]参照。

(46) 知財高判平成27・4・14判時2267号91頁[TRIPP TRAPP事件]参照。

(47) 松尾和子「判批」ジュリ1107号(1997年)147頁では、「商品は、それ自体の目的、効用があるから、商品形態を商品の実質的機能からみると、保護の余地がなくなるか、非常に狭くなるが、それは逆に不当である」と述べる。これに対し、渋谷達紀「財産的成果の模倣盗用行為と判例理論」判例評論405号(1992年)151頁では、「商品の機能の多くは、商品の形態として実現されている」とし、「機能の表現物たる商品形態を表示して保護することは、その限りで間接的に商品の機能ないしその背後にある技術的思想を保護することになる」と述べる。