



令和5年 2月22日(水)

No. 15841 1部377円(税込み)

発行所

一般財団法人 経済産業調査会
東京都中央区銀座2-8-9 (木挽館銀座ビル)
郵便番号 104-0061
[電話] 03-3535-3052 [FAX] 03-3535-5347

近畿支部 〒540-0012 大阪市中央区谷町1-7-4
(MF天満橋ビル8階) [電話] 06-6941-8971

経済産業調査会ポータルサイト <https://www.chosakai.or.jp/>

特許ニュースは

- 知的財産中心の法律、判決、行政および技術開発、技術予測等の専門情報紙です。

定購料 1カ年61,560円 6カ年32,400円
(税込み・配送料実費)

本紙内容の全部又は一部の無断複写・複製・転載及び
入力を禁じます(著作権法上の例外を除きます)。

目次

☆知財の常識・非常識 ④2 (1)

☆意匠制度初心者向けガイド みんなの意匠権 (7)

知財の常識・非常識 ④2

不正競争防止法2条1項1号、2号の下での商品形態の保護

桜坂法律事務所

弁護士 古城 春実

1 はじめに

不正競争防止法2条1項1号、2号(以下「不競法」、「1号」、「2号」と略称)は商標(商品又は営業に使用される標章)や「商品の容器若しくは包装」、さらにはそれ以外の「商品又は営業を表示するもの」一般が不競法の保護対象となり得ることを認めてい

ます。

今回は、商品形態の保護という観点から、1号、2号で問題になるいくつかの論点について、整理を兼ねて概観してみることにします。

なお、1号が保護対象として例示する「容器・包装」は、商品自体から離れても存在し得るもので

SUN・GROUP

企業経営や事業に貢献する
グローバルな知財戦略のプロ集団

弁理士法人 藤本パートナーズ 会長 弁理士 藤本 昇 (機械・意匠・知財紛争・訴訟・鑑定・契約)

所長 弁理士 中谷 寛昭 (化学)

副所長 弁理士 野村 慎一 (意匠・国際)

【大阪本社】

〒542-0081 大阪市中央区南船場1-15-14
堺筋福畑ビル2階(総合受付2階)

【東京オフィス】

〒102-0093 東京都千代田区平河町1-1-8
麹町市原ビル3階

【URL】

<https://www.sun-group.co.jp>



【パートナー弁理士】

弁理士 小山 雄一(特許・国際)
弁理士 北田 明(機械・制御)
弁理士 石井 隆明(意匠)
弁理士 田中 成幸(商標)
弁理士 白井 里央子(商標・不競法・国際)
弁理士 横田 香澄(東京オフィス所長・化学)

【アソシエイト弁理士】

弁理士 久米 哲史(化学・国際) 弁理士 横山 美奈子(東京オフィス・化学)
弁理士 山本 裕(化学・薬学) 弁理士 平松 拓郎(化学)
弁理士 北村 七重(意匠・国際) 弁理士 矢崎 剛平(東京オフィス・意匠)
弁理士 道慶 一豊(化学) 弁理士 大竹 秀紀(東京オフィス・化学)
弁理士 川崎 達哉(機械・制御) 弁理士 石川 皓平(意匠)
弁理士 藤本 賢佑(機械・制御) 中国弁理士 展 馨(機械・国際)

【大阪】TEL:06-6271-7908 FAX:06-6271-7910 【東京】TEL:03-3237-3998 FAX:03-3237-3997 [E-mail] info@sun-group.co.jp

株式会社ネットス

内外国の知財情報の調査・パテントマップ・知財情報の加工・解析・翻訳

代表取締役社長 藤本 周一

取締役 田村 勝宏 取締役 川原 丈夫

【大阪】TEL:06-6261-2990 FAX:06-6261-2993

【東京】TEL:03-3237-4390 FAX:03-3237-4391

[E-mail] nets@sun-group.co.jp

株式会社パトラ

知財教育・PBS・外国法務

リーダー

高橋 香央里

【大阪】TEL:06-6271-2383 FAX:06-6271-7910

【東京】TEL:03-3237-3998 FAX:03-3237-3997

[E-mail] patra@sun-group.co.jp

すが、商品形態は、商品の構造、機能等がそのまま外観に現れたものであるという点において、容器や包装とは異なる点があります。商品によっては、容器・包装なのか、商品自体の形態なのか微妙な場合もありますが、本稿では、容器・包装以外の商品そのものの外観に現れた構造、形状、色彩その他の形態を指して「商品形態」と呼ぶことにします。また、以下では分かり易さという観点から、1号等という「他人」(不競法の保護を求める側)を「原告」、その相手方を被告と呼び、1号等という「他人の商品」を「原告商品」、被告の商品を「被告商品」とします。

【不正競争防止法2条1項1号、2号が規定する不正競争行為】

1号:「他人の商品等表示(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。以下同じ。)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」

2号:「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若しくは類似のものを使用し、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、若しくは電気通信回線を通じて提供する行為」

2 周知商品等表示(2条1項1号)の保護

2.1 1号の趣旨と保護要件の概観

(1) 1号の趣旨

1号は、商品又は営業の出所について混同を生じさせる行為を規制することにより、周知な商品等表示に化体された営業上の信用を保護することにより、事業者間の公正な競争を確保しようとする規定であるとされています。この営業上の信用の保護という点について、裁判例には、さらに踏み込んで、1号の趣旨は「周知な商品等表示の有する出所表示機能

を保護するため、周知な商品等表示に化体された他人の営業上の信用を自己のものと誤認混同させて顧客を獲得する行為を防止することにより、事業者間の公正な競争を確保することにある。」と判示したのもあります(知財高判平24・12・26)。

(2) 1号の要件

①商品等表示性

商品形態は、本来、商品の出所を表示するために採用されるものではなく、この点で商標が出所表示機能を本体とするものであると大きく異なります。しかし、場合によっては、商品形態が特定の出所を表示する機能(二次的意味)を持つようになることがあります。どのような場合に商品の形態が出所表示の機能を獲得している¹と認められるかというのが「商品等表示性」の問題であり、1号において最初に問題となる要件です。

「商品等表示性」については、①商品の形態が同種の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ものとされています²。この特別顕著性と周知性は、多くの裁判例において、商品形態の商品等表示性についての判断枠組みとして用いられており、特定の商品形態が商品の出所を識別する機能を有しているかを判断する上で、必要な要素であると考えられます。

もっとも、不競法上の商品表示性という問題は、あくまでも商品形態が出所表示機能を有しているかという点にありますので、需要者にとって、取引の際に、商品が商品形態以外の別の要素に着目して識別されているという事情があれば、①、②を満たす場合であっても商品等表示性は否定されることになるでしょう。その意味で、①と②が充たされることは商品等表示性を肯定する方向に働く要素であるとはいえ、商品等表示性が認められるための十分条件ではないといえます。

②「需要者の間に広く認識されている」(周知性)

1号の保護が認められる商品等表示は、需要者の間に広く認識されたもの(周知)であることが必要です。この周知性については、保護を求める対象が

原告商品の形態である場合には、原告商品が広く知られたことによってその形態も知られているというだけでなく、原告商品の形態が「商品等表示として周知」³であることが必要です。この点は、条文の文言が「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」となっていることから明らかです⁴。

なお、周知性が要求される趣旨については、「1号は登録されていない標章などの商品等表示を保護するものであるから、保護に値する一定の事実状態を形成している場合に初めて保護の対象とすることが適切である」(経済産業省知的財産政策室編「逐条不正競争防止法」。以下「逐条解説」いう。)と説明されています。

「周知性」要件については、知られている状態が全国的であることを要するか一地方でよいかという「地域的範囲」と、どのような需要者層に広く知られている必要があるかという「需要者層」の観点から論じられます。裁判例では、地域的範囲については、必ずしも全国的である必要はなく、需要者層についても「特定の需要者層」に「広く認識」されていれば足りるとされています。

③「類似」性

不競法における「類似」については、「取引の実情の下において、取引者、需要者が、両表示の外観、称呼又は觀念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かを基準に判断するのが相当である」(最二小判昭58.19.7.10.7民集37巻8号1082頁)とされています。これを商品形態に当てはめてそのまま言いかえると、原告の商品等表示の印象、記憶、連想から被告の商品等表示を需要者等が全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かということになります。

④ 商品等表示の「使用」等

被告の行為が1号に該当するためには、商品等表示としての「使用」、使用した商品の譲渡などの行為(以下まとめて「使用行為」)がされていることが必要です。もっとも、商品形態の場合には、商品等表示性の有無がまず問題になるので、商品等表示としての使用行為かどうかが独立の問題となることはほとんどありません。

⑤「混同を生じさせる」

「混同を生じさせる」との要件については、現に混

同が生じていることまでは必要でなく、「混同のおそれ」があることで足りると解されています。しかし、1号が、「周知な商品等表示に化体された他人の営業上の信用を自己のものと誤認混同させて顧客を獲得する行為を防止する」という趣旨に出たものであることからすれば、単に混同の抽象的な可能性があるだけでは足りません。「混同のおそれ」については、単なる抽象的な可能性では足りず、具体的な危険があることが必要であるとされています。

2.2 いくつかの疑問

(1) 1号における「類似」と「混同のおそれ」の関係
さて、「類似」について、商標法では、「混同する程度に似ていること」ということが言われており、「混同の可能性」が類似の判断基準の中に取り込まれている感があります。一方、前掲最判は、不競法における「類似」について、混同という用語を使うことなく、需要者等が「全体として類似のものと受け取るか否か」という判断基準を示しています。この基準はいささかトートロジーの感もありますが、そもそも不競法における商品等表示の「類似」と「混同のおそれ」は、どのような関係に立つと考えるべきなのでしょう。

この点について、学説には、類似性要件には識別力の弱い表示について保護範囲を限定するという機能があり、識別力の弱い表示の保護範囲は、通常、類似性の要件で絞られるので、混同のおそれの要件の場面で問題にされることはほとんどなく、周知性、類似性が肯定される場合には、原則として「混同のおそれ」を問題とすることなく1号該当性が肯定されるが、例外的に、被告が原告の周知表示に「ただ乗り」していると認められない場合や、識別力の弱い原告表示の保護範囲を絞るために、「類似性」ではなく「混同のおそれ」の要件が活用されるという趣旨の指摘をしたものがあります⁵。

昨今の裁判例が全体として指摘されたような傾向にあるかどうかは別として、確かに、「全体として類似している」と需要者等が受け取るような場合は「混同」されやすいという経験則が成り立つので、混同のおそれも原則として肯定されるということになるのかもしれませんが。そうすると、この経験則が当てはまらないような状況があれば、「類似」はしているが「混同(のおそれ)」はない、という場合も当然

あることになります。「類似」と「混同(のおそれ)」は、やはり別の要件として区別して判断されるべきものと思います。

それでは、両者はどこが違うのかということになりますが、強いて言えば、「全体として類似のものと受け取る否か」というときの類似性は、問題となっている両商品についての一般的・恒常的な取引事情を念頭に置きつつ、表示(商品等表示と認められる商品形態)そのものを客観的に比較したときに、「類似」と評価してよい範疇のものかどうかという問題であるのに対し、「混同のおそれ」は、原告商品と被告商品に関わる個別具体的な流通形態などの具体的な取引事情のもとにおいて、事実として混同が生じる可能性がどの程度あるかを問題にするという点にあるといえるのではないのでしょうか。裁判例の中には「類似」性はあるが、具体的な取引事情の下では需要者等が出所を誤認するとは考えられないとして混同のおそれを否定したものがあります。

もっとも、混同を生じないような具体的な取引事情があるということは、その商品形態の識別力に関わる問題であるという点では共通しますので、類似と混同の判断基準は事実上ダブることが多いといえそうです。

(2) 被告の商品形態の「商品等表示性」

条文の文理から言えば、1号の不正競争行為が成立するためには、原告商品の商品等表示性に加えて、被告の商品形態も「商品等表示」であることが必要なのですが、裁判例で被告商品の形態が商品等表示かという点を明確に意識しているものはないようです。しかし、機能に由来する必然的な形態や取引上必要な形態を除いて商品等表示性を判断した例を見ると、機能必然形態等というときに原告商品を問題にしているのか、それとも被告商品を問題にしているのか、あるいはその両者なのかを区別していないものもありますので、被告商品の商品等表示該当性も暗黙のうちに考慮はされているのかもしれません。

(3) 被告商品の形態が原告商品を連想させる場合

実際の取引の場面では、被告商品の形態が容易に原告商品を連想させるが、需要者等は商品の出所が違うことは認識しており(出所の誤認はない)、そのうえで、なお、原告商品の知名度に引きずられ(見

慣れた形で馴染みがあるとか、よい印象があるからといった理由で)、他の形態の商品ではなく、原告商品を連想させる形態の被告商品を選択するという場合があります。このような場合、被告商品は原告の商品に何らかの意味で便乗しているといえないこともありません。もっとも、需要者等は、出所が異なることは認識しているので、原告商品に対する需要が奪われているというわけではありません。このような場合、原告ないし原告商品について、不競法による保護の可能性はあるのでしょうか。

まず、被告商品の形態が原告商品を連想させることによって、原告商品に化体されたブランド価値が希釈あるいは棄損されているという状況があれば、「著名性」の要件を満たすことを前提に、2号による保護が可能ですが、「著名」には至らない場合、2号は使えません。

また、1号の混同概念を拡張した「広義の混同」も、広い意味での商品の出所(商品主体)の誤認に関わるものであることに変わりはなく、ブランド価値の棄損や希釈からの保護を直接の目的とするものではありません。

このような状況について、「著名」に至らない周知の段階でブランドへのただ乗りに対する保護が認められていないことは問題だとして、1号の保護を拡張すべきだとする見解もあります。しかし、ただ乗りだけを理由に「広義の混同」概念を拡張するのは、商品主体の混同に対する保護を認める1号の法目的を超えることになります。そもそも、ブランド価値なるもの明確な定義も確立していない状況の下で、商品そのものと不可分一体の商品形態について、商品の形態選択を制約することにもなるブランド保護をそこまで押し進める必要はなく、保護は商品形態等が「著名」であることを条件に「混同のおそれ」がない場合にも適用される2号に委ねるのが妥当であろうと思います。

なお、実際の事件では、「周知」と「著名」の境目の判断が難しいこともあり、原告商品形態の「商品等表示として周知性」かつ「混同のおそれ」を主張して1号の保護を求め、これとは別に「著名」性を主張して2号の保護を求めるものも見られます。

(4) 「広義の混同」

1号の混同には、商品主体そのものを誤認させる

「狭義の混同」のほか、商品が原告と特定の関係のある企業（例えば、同一の企業グループに属する系列企業、関連企業など）を出所とするものと誤認させる「広義の混同」も含まれるというのが判例です。「広義の混同」は、法文との関係でいえば、1号の「他人の商品等表示」における「他人」概念の拡大といえることができます。すなわち、「他人」に原告以外の企業グループ（親子関係にある会社、関連会社等を含めることで、被告商品の出所がそのようなグループ企業に属する主体のものであるとの誤解を生じさせる場合も「混同」に含まれるとする考え方です。

もっとも、商品自体の形態について、広義の混同が生じるといえるような状況は実際にはほとんどないように思われます。広義の混同という考え方は、もともと、原告がその商品又は営業表示を使用していないところで他人が原告表示と誤認される表示を使用した場合に、事業の多角化傾向などを考慮して、需要者が被告表示を付した商品や営業が原告の系列会社や商品化グループのものだと誤信する蓋然性が高いと判断された場合に認められてきたものです。広義の混同を肯定した判決の中には、ブランド・イメージの希釈化や汚染などを考慮したのではないと思われる例もありますが、希釈化や汚染に対しては現行法（平成5年改正）の2号がその保護を担っているので、ブランド保護といった観点から広義の混同論を適用すべき理由があるとは考えられません。

(5) 機能的形態除外論

商品形態については、「商品の機能に由来する形態」、「商品の機能から必然的な形態」、あるいは「競争上似ざるを得ない形態」などを1号の保護対象から外すという、いわゆる機能的形態除外論が唱えられており、裁判例にも、機能的形態除外論をとって、商品等表示性を否定したものが多数あります⁶。

ここで、商品等表示性の問題として機能的形態除外論をとった裁判例を見ると、需要者等の商品選択において着目されない要素である、あるいは形態以外の要素が商品選択の動機になっていることなどを理由とするもの、商品の性質上当然に具備すべきものとして採用の技術的必然性が高い形態の特徴についてはその特徴があることをもって商品表示性を具備したとはいえないとしたものがあります。さらに、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1号の差し止め等の対象とすることは、商品自体が有している形態、構成やそれによって達成される実質的機能、効用を第三者が商品として利用することを許さず、不競法が本来予定していた保護を上回る保護を与えることになるという理由を述べるものもあります。

商品の形態は、商標のように本来的に商品の出所表示として機能することが予定されているものとは異なり、宣伝、広告等の結果として二次的に標識力を獲得するものにすぎません。また、商標等の標識であれば、他の標識を付すことによりその商品の取引を続けることも可能ですが、商品形態については、その形態の商品を製造し流通させること自体が「使用」とされて禁止されてしまうので、1号が適用されることによる制限的な効果は、商品に付される商標（標章）に比べてはるかに大きいといえます。このような事情が、機能的形態除外論という形をとって考慮されているのだといえるでしょう。

(6) 商品のラベル等（混同防止手段）

被告商品の形態を見て、直ちに原告商品が連想されるが、商品に付されたラベルその他の表示から需要者等が被告商品の出所は原告商品とは異なることを認識できる場合については、どう考えるべきでしょうか。

このような場合、ラベル等の表示も含めた全体を商品等形態ととらえて、被告商品は「商品等表示として」原告の商品等表示と「類似」していないとする考え方、ラベル等は商品の形態には含まれないとした上で、商品形態としては類似といえてもラベル表示等の混同防止手段の存在により全体としては出所が識別されており、「混同のおそれ」がないとする考え方など、個別の事案に応じていくつかの考え方があり得ます。

ちなみに、商標権侵害の場合には、被告商品に使用されている商標が原告の登録商標と「類似」と一旦判断されてしまうと、侵害が成立します。これに対し、不競法1号の場合は、正面から「混同（のおそれ）」が要件とされているので、被告商品に付されたラベルその他の表示がその内容や表示態様等において「混同防止表示」として有効である⁷と評価される場合には、「混同のおそれ」が否定されて、1号の範囲外となるでしょう。

混同のおそれの有無は、問題の商品に関連する個別具体的な取引事情を考慮してなされる総合判断であり、混同防止表示が混同のおそれを否定する方向に働く要素となることは、ある意味当然といえましょう。

3 「著名表示」の保護 (2号)

逐条解説は、2号について、「・・・ブランド・イメージが極めてよく知られたものとなると、それが持つ独自のブランド・イメージが顧客吸引力を有し、個別の商品や営業を超えた独自の財産的価値を持つに至る場合がある。このような著名表示を冒用する行為が行われると、たとえ混同が生じない場合であっても、冒用者は自らが本来行うべき営業上の努力を払うことなく著名表示の有している顧客吸引力に「ただ乗り (フリーライド)」することができる一方で、長年の営業上の努力により高い信用・名声・評判を有するに至った著名表示とそれを本来使用してきた者との結びつきが弱められる (希釈化、ダイリューション) ことになる。・・・このような著名表示の冒用事例においては、高い信用・名声・評判を有する著名表示の財産的価値が侵害されていることそれ自体が問題であって、「混同」が生じているか否かは必ずしも重要ではないと考えられることから、平成5年改正時に、他人の著名な商品等表示の冒用行為について、混同を要件とすることなく不正競争と位置付ける本号の規定が新設された」と説明し、著名性を要件としたことにつき、大要次のように解説しています。

- ・「著名」とは混同を要件とすることなく不正競争とするものであるから、対象となる表示は単に広く認識されている以上のものとすべきであり、その趣旨を明らかにするために「著名」としている。
- ・どの程度に知られていれば「著名」といえるかについては、著名表示の保護が広義の混同さえ認められない全く無関係な分野にまで及ぶものであることから、通常の経済活動において、相当の注意を払うことによりその表示の使用を避けることができる程度にその表示が知られていることが必要である。

このように、「著名」については、「社会生活上普通の注意を払っていれば、使用を避ける」ことができるようなものかどうかを基準とするという考え方

は、第三者の利益 (営業活動の自由、表示選択の自由) との商品表示の保護とのバランスを図ったものと考えられます。

このほか、2号については、限られたニッチ・マーケットで有名な表示は保護されるべきかという議論がありますが、紙数も尽きましたので、今回はここで筆を置くことにします。

- ¹ 取引上、その形態によって直ちに商品の出所が知られ得るという事実状態に達していること、あるいは、特定形態の商品が同一の営業から出所しているものと認識される状態に達していること、などと説明されます。
- ² 「長期間にわたり継続的かつ独占的に使用され、又は、短期間であっても強力に宣伝されるなどして使用された結果、それが商品の機能や美感等の観点から選択されたという意味を超えて、自他識別機能を有するに至り、需要者の間で広く認識されたこと」としている判決例もあります。
- ³ 「商品等表示として」という点は、出所表示を本体的機能とする商標の場合にはあまり意識されませんが、本来的に出所表示とは別の観点から採用される商品形態については、商品 (形態) が周知、即、出所表示として周知というわけではないことに注意が必要です。なお、商品等に付された標識についても、商標の使用か (出所表示としての使用か) という形で出所表示性が問題になることはあります。
- ⁴ 「周知」は商品等表示性のところでも問題になるので、要件的には同じことの重複といってもよいかもしれません。
- ⁵ 「知的財産法の理論と現代的課題」(平成17年) 所収・田村善之「裁判例に見る不正競争防止法2条1項1号における規範的判断の浸食」
- ⁶ 機能に由来する形態に言及して1号該当性を否定した判決例の中には、商品等表示性ではなく (あるいは商品等表示性の判断と併せて) 類似性の判断の中で機能的形態を要部から除外しているものや、混同のおそれのところで判断しているものもあります。
- ⁷ 表示が小さすぎて目につかないとか、表示自体が曖昧であるといった事情があれば混同防止表示として有効でないと判断される可能性があります。

— つづ —

④は2022年12月9日付掲載※次回は4月掲載予定