

《論 説》

## 商品形態デザインと法的保護の検討

——普通形態と必然的機能形態を中心として——

鷹 取 政 信

第一章 はじめに

第二章 商品形態デザインに関する法律の現状

第三章 同一商品形態デザイン保護の検討

第四章 商品機能確保に不可欠形態に関する知的財産法規制

第五章 おわりに

### 第一章 はじめに

商品デザインは、商品が商取引の対象となるすべての交換価値あるものであるから商品自体のデザインとその商品を取引の際に便宜を与える容器、包装も一体的に取引の対象となっているものであり、容器、包装のデザインもこれに含まれる。

商品自体は、電気、ガス、情報、プログラム等のデジタル情報の無体物、物品、複製物、加工品、組立物、セット物、野菜や魚の天然物等の有体物も含まれている。物品は、原則として単独で商取引の対象となる有体物たる動産である。この概念からすれば、商品は物品よりも広範囲であり上位概念で把握することができる。

人類の取引は、自然物の物ぶつ交換時代において物と物の交換であった。ルネサンス期時代のデザインは、芸術における素描としての意味が認識されていただけであった。その後、手工業時代となり、人工的に作られた物の交換へと発展し、工芸品や手工業製品を生産していた時代においてデザインは、絵画の基本要素のうちの一つであるといわれ、工芸品や手工業製品を生み出す職人や芸術家による創造的なアイデア装飾の要素であった。

その後産業革命により機械による大量生産時代が到来し、人工物が市場に溢れ出す社会へと発展した。この時代には、機能的な物や実用的な物が機械的に大量に生産されるようになり、日用品等も工芸品や手工業製品時代の装飾を模倣する良き装飾の形が機械的に生産され大量に大衆に供給された。この日用品等の製品は、インダストリアルデザインといわれた。機械生産を効率的に行うため不必要ではないかと思われほどに施された表面デザインの装飾を取り除き、物品に関しその本質を真に追究し表現した形体、絶対的本質部分のみで構成される形体を導き出して機能美を追求するデザインを生み出した。これは徹底した合理化や効率化、その結果、それらに伴う抽象性を表現するデザインを生み出したのである。

この近代デザインは何人もがより良い生活を送れるような社会を形作りつため、良質な大量生産品を効率よく消費者に届ける社会制度の一つとして機能した。

先進国において大衆消費者の生活水準が向上し一定の生活水準が満たされるようになった現代、従来のインダストリアルデザインでは、社会の消費欲求を吸収しきれなくなってきた。その結果登場した新たなデザインは、意味の込められた装飾を施すことが求められるようになった。物事に、それ自体の形状をあらわす意味とそのものが内包する抽象的な概念が存在する。日本も先進国の一つに属する国となった。そして、日本において、デザインは、「計画を記号に表す」という意味のラテン語 *designare* を語源して日本語では「設計」、「図案」や「意匠」と訳されてきた。意匠の一般的な理解では、工夫を凝らした趣向を意匠という。記号は意味を内包している物や言葉を示す。デザインも記号的機能を果たす。現代デザインは、既成の様式の組み合わせを変えてことによって個々のクライアントの要望に応じる新しい記号・意味を付与するデザインが求められるようになったことから、図案・意匠などの単に表面を飾り立てることによって美しくみせる行為よりも語源の意味が広く理解・認識される様になっている。<sup>(1)</sup> インダストリアルデザイン、プロダクトデザイン、ユニバーサルデザインなど

の工業分野、コンピューター・デザイン、スペースデザイン、インテリアデザイン等の建築分野、グラフィックデザイン、ビジュアルデザイン、パッケージデザイン、キャラクターデザイン、ウェブデザイン、ゲームデザイン等の商業分野、タイポグラフィ、エディトリアルデザイン、ブックデザイン、ジャケットデザイン等の印刷分野、ファッションデザイン、テキスタイルデザイン等の衣服分野、情報デザイン、インテリジェント・デザイン<sup>(2)</sup>、環境デザイン、経験デザイン等のその他の分野に拡大している。

したがって、商品デザインは、現代的なデザインの定義と範囲からすべてを包含するものではない。このような広がりをもつデザインのうちで、工業分野、商業分野、建築分野の一部、印刷分野、衣服分野に限定されることになるであろう。

ところで、発展途上国や後進国において世界中の人口の80%の人々が暮らしている現在、これらの人々にも生活を豊かにし生きる喜びを与えるデザインが求められている。生きるためのデザインが真に求められている巨大市場が存在することを我々は忘れてはいけない。このことは国家的なデザイン戦略の方向転換の時期を示唆している。

本稿では、商品デザインは物品と商品に限定した対象に施されるデザインを言うものとする。このような商品デザインを法的に保護可能な法律である不正競争防止法、意匠法、商標法、著作権法、特許法、実用新案法、民法の不法行為法の現状を確認し、特に商品デザインは商品の外観形態として把握されることより、これらの法律が直接適用できる場合と間接的に適用できる場合に分類できる。そして、直接適用される場合において、適用される法律の保護要件を満たせば、同一商品デザインについて同一人が複数の権利主体となり得る。この場合、前記法律らの重疊の適用による併合請求が可能となる。次に、同一商品形態デザイン保護を検討して、同一商品デザインについて異なる人が複数の権利主体となった場合、商品デザイン自体の保護において各権利間においける保護可能性を述べ、最後に商品機能確保に不可欠形態に関する知的財産法規制を検討する。これは、外

からの政策的な外在的限界があるのか。これが本稿で取り上げる商品の必然的形態の理論である。必然的形態の理論の適用境界は、どのように理解すればよいかを本稿では、特に、商品の機能に基づき必然的に形成される形態は商品の普通の形態との関係において何が機能に基づき必然的であるのかの因果関係があいまいであり、これを明らかにしてゆくことを目的とする。

## 第二章 商品形態デザインに関する法律の現状

日本における商品形態の保護に関し、商品形態をそっくりそのまま模倣する行為から保護する模倣行為を禁止する法規は存在しなかった。商品形態が意匠の成立要件を具備すれば、意匠法により、物の発明により具現された物であるときは特許法により、物品の形状の考案として成立したときは、実用新案法により、工芸品が応用美術の美術工芸品が成立するときは、著作権法により保護されていた。<sup>(3)</sup>

商品形態は、そもそも商品の用途に基づき機能を実現するために形状が選択されたものであったり、商品の外観を装飾的に美しくするために選択されたりして定まるものである。したがって、商品形態を設計する段階において識別標識として働くべくして採択されているものではないと一般的に理解されていた。<sup>(4)</sup>

以前は、旧不正競争防止法1条1項1号に規定する周知商品等表示混同惹起行為の不正競争に該当するときに限り、商品形態は保護されていた。同号でいう商品等表示は、氏名、商号、商標等の二次元的な標識である商品表示が典型的なものばかりでなく、商品形態のような三次元的なものについて保護を求める事例が多く、裁判所は、同一形態の相当長期間の継続的使用実績又は強力な広告宣伝による販売促進活動実績を根拠として、需要者に商品の販売主体を示す識別力を獲得したと認識されることを認定していた。そして、商品形態が商品表示としての識別力を獲得するに至り且

つその商品形態が広く需要者に認識されている事実が認められるときは、<sup>(5)</sup>同号の保護を受け得るとする判決が現れていた。このような裁判所の判決例も多数蓄積され、これらを支持する学説も多数あらわれ、<sup>(6)</sup>現在、商品形態が商品等表示に該当することは通説になった言われている。<sup>(7)</sup>これは商品形態の識別標識性を一種の立体商標として是認する解釈適用である。商品形態の一次的意味は商品本来の機能的形態、商品外観の美的形態であり、識別的功能を發揮する商品形態は二次の意味（セカンダリーミーニング）として認知された形態である。

平成元年に、裁判所は、タイプフェイスである実用的な文字の書体について、創意、工夫を凝らし、新しい書体の製作や改良作業には多くの労力と時間、そして費用を要すること、タイプフェイス業界では他人が製作した書体の文字を使用する場合、その書体の製作者又は保有者に使用許諾を求め、対価を支払うことも広く行わるようになっていた事情を考慮して、「著作物性の認められない書体であっても、真に創作性のある書体が他人によりそっくりそのまま無断で使用する行為には不法行為が成立する余地がある」旨が判示された。<sup>(8)</sup>

平成3年に、最初に製造販売された木目化粧紙の物品と同一の物品に実質的に同一の模様を施し、最初の木目化粧紙製造販売者の販売地域と競合する地域において、模倣者が模倣した木目化粧紙を廉価で販売することによって、営業活動を妨害する行為が行われた。この行為に対して裁判所は、「公正且つ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害する」と判断し、この種の行為に初めて民法の不法行為の成立を認めた判決を出した。<sup>(9)</sup>

この当時、商品形態は、周知商品形態識別表示と認定されれば、旧不正競争防止法1条1項1号で、意匠法、実用新案法などの保護要件を満たせば、これらの工業所有権法で、著作物の著作物性を満たせば著作権法で規制されていた。これらの保護要件を満たさない商品形態は、法的に保護さ

れない状態であった。

平成6年に、そこで、商品形態の模倣に関し不法行為成立の契機となった判決を受けて、不正競争防止法に商品形態を模倣した模倣商品の販売等する行為を不正競争とする規定が導入された。この模倣行為規制は、最初に市場に投入した日から3年まで有効であり、3年経過後は、新不正競争防止法2条1項1号の商品等表示混同惹起行為か意匠権侵害による意匠権に基づく救済を求めなければならない。この意味において、新不正競争防止法2条1項1号において商品形態も含まれるとの解釈は、今現在でも意義を有するものである。

## 第1節 不正競争防止法

不正競争防止法は不正競争を防止し、事業者間の公正な競争を確保し、もって国民経済の健全な発展に寄与するために、不正競争行為という事実を捉え、それらを一般的に規制することなく具体的に何が不正競争行為に該当するのかを限定列挙し、該当する行為に毎に、差止請求や損害賠償に関する措置等を講じて、不正競争行為により被害を蒙る事業者を保護する<sup>(10)</sup>側面を強く有する法律である。

不正競争防止法において、商品デザインに関する事業者を不正競争行為による被害から救済され保護する規制として次の行為類型が挙げられている。

### 1) 周知商品等表示混同惹起行為<sup>(11)</sup>

これは他人の商品等表示を、「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」と定義し、他人の業務にかかる商品表示又は営業表示を継続的に使用し続けた者が企業努力の結果、それらの表示が識別標識となり得ることがあり、識別標識と需要者間において認識されるに至った結果、その表示に業務上の信用が化体し蓄積してゆくようになり、そこに商品の取引における流通秩序が形成されるようになる。このように他人の企業努力の結果、築かれた業務上

の信用が広く知れわたるようになると、その信用にあやかりたいと誠実な努力もせず、無断で他人の表示を使用し他人の信用に只乗りし不当に利益を上げる者が出現する。この結果誠実な努力をした事業者は、不誠実な使用行為をする者により出所の混同を惹起される事態が惹起され、その結果、信用毀損、商品売上減少などの損害を蒙ることが起こる。この行為類型は、このような他人の努力による成果を横取りする行為を規制するために規定された不正競争行為である。

他人の商品等表示には、氏名、商号、商標、標章等の二次的平面的な表示のほか、商品の容器の立体的な三次元的な表示も含まれている。そして、「その他の商品又は営業を表示するもの」の解釈において、商品自体の立体的な形態も含まれることについては通説・判例とも肯定的である<sup>(12)</sup>ことはすでに述べた。

通説は、一次的に、商品形態は、商品の美観効果を向上させるために採択されるデザインであり、また商品の用途に基づく機能を発揮させるために採択される形態であり、商品形態が最初から識別標識として設計されるものではないとする。しかし、ある商品形態が同種の商品と識別し得る独自の形態的な特徴を有し、かつ、当該商品形態が、長期間継続的かつ独占的に使用されるか、又は短期間でも強力な宣伝広告的に使用されたような場合には、二次的な結果として、当該商品形態が出所表示の機能を有するに至り、商品表示としての形態が需要者の間で周知になることがあり得ると解している<sup>(13)</sup>。独自の形態的な特徴と使用実績に基づく識別力獲得事実の2要件が商品形態の保護条件である。

## 2) 著名商品等表示冒用行為<sup>(14)</sup>

これは他人の著名な商品等表示を無断で自己のものとして使用するなどして著名な商品等表示に化体している信用、名声、評判、イメージなどを不当に利用して利益を横取りしたり、他人の信用などを稀釈化し、汚染するなどして他人に損害を加える不正競争行為である。混同は要件としていない。

「混同」の概念は、同一の出所源についての混同であり、基本的には、被冒用者と冒用者と間に競業関係が存在することが前提とされ、他人による本人表示が本人と他人との間で同一の出所源について直接に混同を起こすことであり、これを狭義の混同という。しかし、現代における経営の多角化、企業の系列化・グループ化等の傾向に伴い、被冒用者と冒用者との間に直接の競業関係がなくても、両者間に取引上、経済上あるいは組織上何らかの関係があるのではないかとの誤信が生ずる場合がある。同一の出所源についての混同よりも広い一定の主体の出所源が拡大したかのような誤解・誤信により惹き起される印象、記憶、連想、意味イメージの世界を通じて間接に生じる混同が惹き起されることがある。これを狭義の混同と区別して広義の混同という。

すなわち、広義の混同は著名商標所有者が使用していない商品であっても、その商品と同一、類似、非類似であるかにかかわらず、その本人と経済的又は、組織的に何らかの関係を有する者から流出している商品であると誤信される場合、出所の混同が生じるとの解釈が生まれた。<sup>(15)</sup>

系列会社、資本関係会社、技術的提携関係会社、同一の商品化事業グループなどが拡大される出所源である。著名商標についても、この広義の混同概念により1号を適用して解決していたのである。この解釈には無理があると<sup>(16)</sup>の批判があった。

さらに、現代の情報化社会において、様々なメディアを通じ商品表示や営業表示が広められ、そのブランド・イメージが極めてよく知られるものとなると、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競業他社により冒用される行為によって、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）して不当な利益を得ることができる。

一方で、永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薄められる（希釈化、ディリューション）現象を生むことにもなる。風俗業者等が著名商標所有者の予測もつかない営業と関係付け著名商標所有者が永年の営業上の努力により築いた高い信用・名声・評判や良好なイメージを積極的に汚染する行為（ポリューション）が生じるようになった。これらは先の広義の混同概念の適用では解決できない。

また、欧米では、すでに、フリーライド、ディリューション、ポリューションなどは混同惹起行為とは別の不正競争行為として類型化されていた。

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、これは混同惹起行為とは異なる新たな不正競争行為として位置づけるべき行為である。<sup>(17)</sup>したがって、「混同」が生じているか否かは必ずしも重要ではなく、他人の著名な商品等表示の冒用行為について、不正競争と位置づけるため本号の規定が平成5年改正より導入され新設された。

この不正競争行為において、商品等表示混同惹起行為と同じく、商品又は営業の出所を示す表示は商品等表示となり、当然、商品形態もこれに該当すると解釈されているから、当該商品形態が識別標識として著名になっている場合には、未登録著名商品等表示がこの不正競争行為の類型による保護も可能である。

### 3) 商品形態模倣品販売等行為<sup>(18)</sup>

この不正競争行為は、他人の事業者が、日本国内市場に最初に市場に投入した新商品が市場参入の利益を独占中に後発者がその新商品の形態をそのまま模倣して製造した模倣商品を販売するなどして先行者の先行市場独占の利益を、なんらの努力も時間も費用も掛けずに奪う行為を規制しようとするものである。

平成6年の導入後、11年経過し平成17年に商品形態とは、「需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感

をいう。」との定義規定と、模倣するとは、「他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう。」との定義規定が新設された。<sup>(20)</sup>したがって、商品形態の成立要件は、この定義の要件を満たすことで充足する。

本類型は、正確には「商品形態模倣商品の販売等行為」を不正競争と位置づけたものである。

模倣の自由の原則は何人にも適用される原則である。なぜならば、「先行者の成果を学び、その上に新たな成果を築くことは社会の健全かつ持続的な発展に資することであり、あらゆる模倣を一般的に禁止することは、自由な競争を阻害し、かかる発展を妨げることになるからである。他方、全ての行為に模倣の自由を放任することは、先行者の開発へのインセンティブを阻害することになり、先行開発者の成果が模倣者によってデッドコピーされることで生じる競争上の不公正が生じ妥当ではないからこれを是正する必要がある。すなわち、商品の開発、特に先端かつ先進的な商品開発には莫大な資金と労力等が投下され資本の先行投資を必要とする。特に、近年のデジタル情報を利用した複製技術の発達、商品ライフサイクルの短縮化、IT技術のネットワークや交通機関の発達などによる流通機構の発達等により他人が市場において商品化するために資金、労力を投下した成果の模倣が極めて容易に行い得る場合も生じている。模倣者は商品化するために自らの資金、労力を要することなく容易に複製できることから、商品化のためのコストやリスクを大幅に軽減することができる。一方で、先行者の市場先行のメリットは、後行者が出現する前の市場においてであり、商品化するために自らの資金、労力を要せずに後行者の模倣行為により市場を奪われ、その結果、先行者の利益は著しく減少し、模倣者と先行者の間には競争上著しい不公正が生じる状況を呈するようになる。これでは先行者と後行者の間で公平ではない。この状況を放置すると、先行者の個人的な商品開発、市場開拓への意欲が阻害されることになり、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねない。産業政策的にも国民経済の健全な

発展に寄与するという目的をも阻害する。このような状況を踏まえれば、個別の知的財産権の有無に係わらず、他人が商品化のために資金、労力を投下した成果を他に選択肢があることにもかかわらず、ことさら完全に模倣して、何らの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し、その他人と競争する行為は、競争上、不正な行為として位置づける必要がある<sup>(20)</sup>と考えられた。」

商品の形態とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう。この内容は、需要者が通常の用法に従った使用に際してとは当該商品の需要者がその商品の用途に従った通常の使い方をする際に、その需要者を基準として判断する。知覚によって認識することができるとは知覚は、視覚や触覚などを含む感覚器官をいう。商品の外部及び内部の形状とは、織物などの平面的外観や、サービス意匠などの商品全体が組み合わせにより構成され商品の固有の形態でないように結合した詰合商品も含まれる。商品形態は独創性を有する形態であることを要しない。商品形態は、特徴がある独自の形態と通常形態を有する場合、独自の要素がある部分に重点を置き判断する。その際、商品の外観上認識できる外部形状と商品の内部形状を形態として把握することが可能である。内部の構造はバックの内部構造程度の開いて内部を見れば、その構造が認識できるような形態が含まれる。しかし、外観に顕れない機械や機器及び内部構造は形態に含まれない。商品の機能、性能を実現するための構造は、それが外観に顕れる場合には、商品の形態に該当するが、外観に顕れない内部構造にとどまる限り商品の形態に該当しない。商品の形態の一部が、独立して譲渡等の対象とされておらず、販売の単位となる商品の一部を構成しているにすぎない場合、全体としての商品形態の模倣と評価しえるなどの特段の事情がない限り、原則としてその一部の形態をもって商品の形態<sup>(22)</sup>ということとはできない<sup>(23)</sup>。

ありふれた商品の形態は保護されない形態である。商品形態は商品の形

状に結合した模様、色彩、光沢及び質感から構成されているものでなければならぬ。商品の形状に結合した質感は、その材料が本来持っている性質の違いから受ける印象や触感をいう。しかし、単なるアイディアや抽象的な特徴は商品の形態に該当しない。<sup>(24)</sup> 保護される商品形態は実質的に同一のものに限られ類似のものまでは適用ない。

## 第2節 意匠法

意匠法は意匠を保護対象とする法律である。<sup>(25)</sup> 意匠法は、「意匠とは、物品（物品の部分を含む。第8条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう（2条1項）。」と定義している。すなわち、物品の形状、物品の模様、物品の色彩、さらに、物品の形状と模様の結合、物品の形状と色彩の結合、物品の形状と模様と色彩の結合したものであって視覚を通じて美感を起こさせるものである。形状とは物体が空間を仕切る輪郭をいうから、物品には必ず形状を伴うため物品と形状等とは一体不可分である。物品は、意匠が「視覚を通じて」と定められているため、視覚を通じて認識されるものでなければならない。視覚は人間の感覚器官の一つであり、物品は人の視覚器官である肉眼を通じて人の脳に伝達され、人に認識される。このような物品は物理的に存在することまでは要しないが、人の認識レベルにおいて形を認識されるものに限られる。したがって、人の肉眼で認識できる一定の形を有するもので、かつ人の肉眼で認識されるものであるから、外部から見えるものでなければならない。このような意匠の成立には、さらに「美感を起こさせるもの」でなければならないから、美は視覚、すなわち肉眼を介して人が感じるものであり、意匠はこの美を人に起こさせるように働きかけるものであることを要する。このことから意匠は一定の形を有する物品の外側の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合から美感を發揮することを要するものである。これを端的に表現すれば、意匠とは物品の外観面上の形態美と捉えることができる。

法は物品に関して「物品の部分を含む。」と定義を定めているから、物品は全体物品であっても物品の一部の部分であっても、意匠は成立するものである。但し、物品は「第8条を除き」と規定されているから単一性を有する物に限られている。意匠法上の意匠は単一物品や合成物に成立し、物品と一体的に成立するものである。

この物品の部分の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合には、物品の操作（当該物品がその機能を発揮できる状態にするために行われるものに限る。）の用に供される画像であって、当該物品又はこれと一体として用いられる物品に表示されるものが含まれる。画像デザインの場合は、2つの物品であっても形態的な一体性がある物は一つの意匠として成立する。これらから、意匠は、単一物や一つの合成物からなる商品の外観面上の形態美として成立するデザインであるといえる。

### 第3節 商標法

商標法は商標を対象とする法律であり、その保護法益は商標に化体する業務上の信用である。したがって、直接的に商標の構成自体を保護対象としているものではなく、識別力をもつ商標が商品・役務について使用される状態を保護し、使用状態の維持を保障する法律である。商標法では、「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（以下「標章」という。）であって、業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするものと、業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）をいうと定義している（2条1項）。標章を商品について使用するものを商品商標といい、標章を役務について使用するものを役務商標という。

標章は「立体的形状」も含むため、商標は立体的形状の商標が商品について使用されると、結果として商品の立体的形状デザイン自体が使用されたことになる。これを立体商標という。しかし、商品の形状自体は、採択

される際には、識別標識として最初から予定されているものでなく、この意味で、立体商標は、前記した不正競争防止法の商品等表示に該当する商品形態の識別標識と共通する基盤を有する。

そのため、通常の商品形態からなる商標はその商品の包装の形状を含む商品の形状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と認定され、通常の商品の域を出ない形状であるとして識別力が否定されている（3条1項3号）。

しかしながら、このような商品形状であっても、識別標識として長年に亘り使用継続した場合や短期間に莫大な宣伝広告をした結果、識別力を獲得することが経験的に認められており、この事実が確認できた場合、二次的な意味において商標として機能するものと認定し登録され保護される（3条2項）。このように、商標法においては、商品デザインの形態自体が商標として機能する場合には、商標権により保護される可能性がある。

#### 第4節 著作権法

著作権法は、著作物と実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利と著作隣接権を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とする法律である（1条）。

著作物とは、思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう（2条1項1号）。このうち「美術の著作物」には、美術工芸品を含む（2条2項）。この「美術工芸品」の意味および「美術工芸品」以外の応用美術が美術の著作物に含まれるのか否かが、商品デザインの保護可能性の問題として議論が可能である。商品デザインは実用品であるが、同時に純粹美術と同視しうると評価できるものは著作物であると判断するのが裁判例の傾向である。逆に、どんなに創作的要素があっても実用品は純粹美術と同視し得ないものは著作物性が否定されている。<sup>(27)</sup>

### 第5節 特許法、実用新案法

特許法は発明を保護対象とする法律であり、実用新案法は実用新案を保護対象とする法律である。特許法では、「発明」とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう（2条）。実用新案法では、実用新案とは、「物品の形状、構造又は組合せにかかる考案」、すなわち、物品に係る自然法則を利用した技術的思想の創作をいう。両方とも自然法則を利用した技術的思想の創作の点で共通している。そして、発明は物の発明、方法の発明、物を生産する方法の発明を含み、実用新案は、物品に限定された考案であるから、物と物品は、商品ともなり得るものであり、物の発明には、商品デザインも成立する場合があります。物品の考案も、同様に、物品の形状の考案などは商品デザインが成立する場合があります。

### 第6節 民法の不法行為法

民法は「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と一般的な不法行為を定めている（709条）の要件のうちで「他人の権利又は法律上保護される利益」は前者が制定法により定められた権利をさし、後者は制定法として法定された権利ではないものであっても、法律上保護される利益を侵害すると認められるときも、不法行為が成立することを明確にしている。

裁判所は、「民法第709条にいう不法行為の成立要件としての権利侵害は、必ずしも厳密な法律上の具体的権利の侵害であることを要せず、法的保護に値する利益の侵害をもって足りるといふべきである。」とする。実際の事例では、裁判所は「人が物品に創作的な模様を施しその創作的要素によって商品としての価値を高め、この物品を製造販売することによって営業活動を行っている場合において、該物品と同一の物品に実質的に同一の模様を付し、その者の販売地域と競合する地域においてこれを廉価で販売す

ることによってその営業活動を妨害する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成するといふべきである。<sup>(28)</sup>」と判示した。この判決は、法的保護に値する利益侵害であっても不法行為が成立すると認めたことに意義あり、不正競争防止法、意匠法、商標法等の知的財産法により商品デザインが保護できない場合に、民法の不法行為によって保護される余地があることを示したところに重要性がある。ただし、登録要件が満たせず、不正競争行為の要件も充足しない場合でも民法により法的救済を受けられる可能性がある場合、当該模倣行為について行為者に相当程度に強い悪性・害悪があつて、違法性が十分に看取し得るような「特段の事情」がある場合に限られるであろうから広く一般的に商品デザインを法的に保護する可能性は少ない。

### 第三章 同一商品形態デザイン保護の検討

現状の商品デザイン保護の内容と規制を検討したが、これらの法律はその目的、保護する趣旨、要件などが異なり、一部は重複し、一部は漏れている範囲もある。同一の商品デザインが保護される際にどのような問題が生じるのかさらに検討する。

#### 第1節 客体間の内在的限界

商品デザインが成立するものには、意匠、商標、発明・考案、商品形態、商品等表示、美術工芸品などある。これらの権利保護の客体が同一商品形態に法的保護が同時に成立し得るのか。その場合に、法適用の上で制約があるのかの点について客体毎に対比して検討する。

##### 1) 意匠と立体商標

意匠法は、物品（物品一部を含む）の形状、模様、色彩又はこれらの結合から構成され、視覚を通じて美感を起こさせるものである（2条1項）。



この物品は全体について成立する場合と物品の一部に成立する場合を認めている。意匠法上の物品は一物品毎に意匠が成立することを原則（7条）とし、形状、模様、色彩又はこれらの結合の意匠構成要素、すなわち意匠を構成する形態は物品と一体不可分であり、物品が異なれば、意匠も異なる関係を規定する。ただし、画像デザインについて、物理的に分離した2物品の場合は、2つの物品間に一体性、すなわち、形態的な関連性、機能的一体性が認められるものは全体として一意匠と認められる。したがって、意匠法上の物品は原則として一物品でなければ意匠が成立せず保護されない。形態と物品の関係も原則として密接で一体性が求められ、一体性がない物品は商品形態となっても保護されない。さらに視覚により把握できない商品形態は意匠が成立しない。さらに美感を感じさせることができない商品形態も意匠が成立しない。

一方、商標法は、2条1項に商標の定義を規定し、標章を商品又は役務について使用するものと規定する。標章には形状が含まれるとなり、同条4項において、標章の使用を定義し、「標章の使用には標章の形状とするものも含まる。」と規定した。これから商品の形態そのものが商標の構成に含めることを明らかにしたものであり（2条）、商品の形状自体も商標の定義に含まれる立体商標を保護する。したがって、立体商標の場合、商品形態自体も商標となり得ることになった。立体商標以外の商標の場合は、指定商品について登録商標を使用する場面において、使用の仕方次第で商品形態が成立することがあり得る。すなわち登録商標を付する対象を選択し、その対象のどこにどのように登録商標を付するかにより商品形態が成立する場合と成立しない場合が生じうる。

同一商品デザインに意匠と商標が成立する場合には意匠権と商標権が異人間に所有される場合があり得る。そこで両法は、意匠権と商標権の権利抵触を予定し、調整規定を設けている（意匠法26条と商標法29条）。

## 2) 平面的形態と立体的形態

ノートや会計帳簿の帳票などの平面的形態と三次元からなる立体的形態

は前者に意匠や平面的標章が成立し、装飾的な機能を表すことができるとともに物品の外観を有する物のほとんどには意匠が成立する。後者の立体的形態は立体商標が成立するとともに平面的な商標の場合は、商品との使用の態様により立体的なものにも商標権の効力を及ぼすことができる。たとえば、商品が野球用具のバットに A 標章を付したとき、運道具を指定商品とする A 商標に係る商標権の効力はそのような使用行為にも及ぶからである。両者は、平面的形態と立体的形態同志間、平面的形態と平面的形態同志間、立体的形態と立体的形態同志間において、同一の商品形態が成立し得るので、商品形態デザインは、いずれの場合にも、同一人に帰属するときも、他者に帰属するときも法的保護の問題となりえる。このような関係が意匠と立体商標間で生じたときは、前記したイの場合と同様な意匠法と商標法の規制が働く。しかし、平面的形態と立体的形態はその他の客体としても把握される場合も考えられる。例えば美術工芸品の平面的な織物とその織物を羽織っている人形の場合や、平面的な識別標識となった商品形態と、立体的な商品形態となった識別標識、すなわち、サインポストの広告人形の場合などいろいろ考えられる。商品形態が発明品として具現化された立体的なものであり、それが不正競争防止法上の保護対象となっている商品形態にも該当する場合、その形態が技術的な機能により実現されていない限り、特許法と不正競争防止法の適用がありえる。これらの客体について異人間で保有され、法的行為に双方が及んだとき特許法と不正競争防止法は別々に適用され、両方の調整規定は存在しない。ただ、独占禁止法21条による調整は考えられる。

### 3) 商品形態と形態識別標識

商品形態とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう（不正競争防止法2条4項）から、一物品に限定されていない。二つ以上の物品がまとめられて一つの商品として取り扱われているサービス意匠も保護対象となる。この形態は知覚によ

って認識されるものであるから触覚や視覚でも捉えられるものは商品形態となり得る。触覚で認識できる商品形態も保護される。その形態は商品の外部及び内部の形状だけでなく、その形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感も構成要素となっており、光沢及び質感を構成要素としていない意匠よりも広く対象を捉えている。商品形態は商品の用途や機能を実現するために形付けられた形状を有する機能的形態と商品の外観を美しく飾る為に施された装飾的形態、さらには、立体商標のように自他識別のために採択された形態からなる商品の識別形態が存在する。商品形態のうち機能的形態と装飾的形態は商品自体の属性と直接に結びついたものであり、商品を製作する側が決定するものであるが、商品の識別形態は、それを認識する側、すなわち商品を購入する需要者の意識が決定するものである点で前者の形態とは決定的に相異している。生来の識別力を有する商品形態は無いわけではないがそれは極めて少ないといえよう。需要者の意識に訴えて記憶され思い出し識別するといった条件を加えなければならない。意識の変化によって商品形態は識別形態にもなり、識別形態でも無くなるということも起こりえるものである。その意味で、形態識別標識はその形態に接した側の意識により相対的に決定づけられる性格を有するものである。不正競争防止法上の商品形態は、同法において二つの側面を持ち、同一商品デザインでも同日に保護が成立する可能性がきわめて高いと言える。不正競争防止法には、3号の商品形態と1号の形態識別標識との保護要件を満たしたとき、同一の請求人について併合請求の可能性がある。異人の請求があった場合の調整規定は無い。

#### 4) 商品等表示と意匠

商品等表示には、商品形態が前記した商品等表示の二要件を具備すれば、含まれることは前述したとおりである。商品形態が商品等表示として成立する為には、第1に、商品の特異性が必要である。特異性は、新規の形状、独創的の形状、特徴的の形状、意匠の特徴、唯一の形状などの2つ以上の同種商品間で特定の商品形態が識別し得る独自の形態を有することである。し

たがって、ありふれた形状、通常の形状、周知形状、公知の形状、機能的形状などは特異性が否定される。これはこの種の形態が通常の商品形態の域を出ていないからである。一般人がその商品形態を見た時、普通の知識を有する平均的な人であれば、容易に想起できる商品の形・型だからである。しかしながら、商品等表示として成立する商品形態は、形態自体の物理的な特徴、特別顕著な物理的形狀や特徴がある物理的性状ならば必ず識別力を有するものであると断言できない。

識別標識はそれを識別する意識を持って接する側の意識に依存していることを抜きに判定できないからである。商品等表示となり得る商品形態はその意味で、前記2要件の第2の条件を備えていることが確認できなければならないのである。第2の条件は、商品形態が需要者に識別標識として認識されることである。この点は意匠の成立要件と決定的な相異である。

一方、意匠は物品の形状等により成立するものであり、物品の外観面に施された美感として成立するものである。したがって、意匠全体として発する美的印象から自他識別効果が生じることも考えられる。この点において、識別標識として成立した商品形態の商品等表示と共通にするところがあり、<sup>(30)</sup>両者は排斥するものではない。商品形態がそのまま表現した意匠ともなる場合、両者が1つの商品形態デザインとして成立しても、商品等表示による保護を受けるためには、表示性の具備と周知性の要件を備えなければならないであろう。その場合でも意匠法による保護は、意匠には機能美的傾向のものと装飾的傾向のものがある。もし、意匠が識別的特徴を發揮しようであれば、その意匠は他人の物品と混同を生じるおそれがある意匠として排除される（5条）ことから意匠権で保護されるものは少ないであろう。意匠権消滅により意匠法による保護が終了した場合であっても、商品等表示性と周知性が備わっているならばなお不正競争防止法によって保護される可能性<sup>(31)</sup>はある。

## 第2節 法域間のバランスと調整

ア) 商標法と特許法・実用新案法の間では、立体商標と物の発明品・物品考案について調整が必要である。商標法において、「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」を登録から排除している（4条1項18号）から技術的な機能に関するアイデアである技術的思想を法は予定していると解される。自動車のタイヤを指定商品とするタイヤの形状のみからなる商標や、野球のボールを指定商品とするボールの形状のみからなる商標などである。

商標が立体形状の立体商標について成立した場合、その形態につき物の発明品・物品考案が成立する余地がある。その場合には、商標法と特許法・実用新案法の間で独占権の抵触を調整することが用意されている（特許法72条、実用新案法17条、商標法29条）。

イ) 商標法と意匠法の間では、立体商標と意匠について調整が必要である。

商標法において、「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」を登録から排除している（4条1項18号）から意匠の形態を排除していない。意匠の形態を立体商標として登録可能であろうか。

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は、発明や実用新案が成立しても、商品の審美的特徴の創作である意匠が商標法では成立しないからである。商標自体が立体的な形状であってもその商品形態が機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなっても、それは、技術的な働きをする形態であり、審美的効果を発揮する形態が含まれないからである。さらに、立体商標もそれ自体が標章であるから、商品の産地や品質等の商品属性とは全く異なる種類のものだからである。

渋谷教授は、商標法「3条1項3号にいう商品の形状を普通に用いられる方法で表示する標章とは、同号が置かれている位置関係から見て、自他商品識別力を有しない商品形態を意味する。そして商品の形状とは、商品の機能的形態を意味するであろう。意匠の形態は含まない。なぜなら、意

匠的形態は、それ自体が標章の一種であるから、3号が列挙する産地、販売地、品質、原材料、効能、用途といった商品内在的な属性とは種類を異にするだけでなく、標章そのものである意匠的商品形態を普通に用いられる方法で表示する標章というようなものを観念すること自体、論理的に困難だからである。」と自説を説き、「商品の形状を普通に用いられる方法で表示する標章とは、商品の機能に基づいて合理的に構成すれば通常はその形態に帰着せざるをえないような形態を意味する」と結論した。そして「立体的形状の平面図のみからなる商標や、商品の機能を確保するために不可欠な平面的形状のみからなる商標<sup>(32)</sup>については登録が許される。」とする。

商品の機能を確保するために不可欠な立体的形状に、他の形状や文字、図形、記号、色彩を結合して構成した全体形状は、他の要件を具備すれば、登録されるであろう。

ウ) 不正競争防止法の不正競争行為について、商品等表示の商品形態と模倣商品形態との間で調整が必要ではないと解される。

商品等表示の商品形態と模倣商品形態は、不正競争防止法の不正競争行為として保護される趣旨や要件が異なるため、同一の商品形態について要件が重複する部分を含め、不足している要件についてそれぞれが補える要件事実を立証できるならば、併合請求が可能である。特に模倣商品形態の保護は最初に市場に投入した日から3年と短く、この期間経過後の救済には、商品形態の商品等表示による保護が適用されることに意義が出てくるからである。

エ) 商標法と不正競争防止法の間では登録立体商標と未登録商品等表示の商品形態と模倣商品形態との間で調整が必要である。この場合は、登録商標と未登録周知商標との関係と同様に解される。

オ) 意匠法と不正競争防止法の間では、意匠と未登録商品等表示の商品形態と模倣商品形態との間で調整が必要である。

意匠権は工業上利用できる意匠が新規で且つ創作非容易性を備えていな

ければ登録できない。そのため出願する前に秘密状態を維持しなければならない。登録商品等表示の商品形態は相当の期間の使用実績か短期間の莫大な宣伝広告を行う段階で新規性を失ってしまうので、この両者間では調整する必要がない。問題は、模倣商品形態と意匠との間である。

新規に製造された商品の形態が意匠としても成立する場合には、秘密裏に先ず、意匠登録出願を行い、次に商品を市場に投入する。投入日から3年経過したら、意匠権でカバーする方法が良いであろう。この場合には、不正競争防止法第2条1項1号の商品等表示も意匠登録出願後に直ちに大々的な宣伝広告を行い周知にしておけば救済される可能性がある。

カ) 意匠法と特許法・実用新案法の間では、意匠と物の発明品・物品考案について調整が必要である。

技術的思想に基づき具現された物品の内部構造は意匠といえない。物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠は、物品の内部構造がいかに物品の機能に基づき作用し働くものであっても該当しないであろう。

外形的に美的創作が処理された物品、たとえば、自動車のタイヤの接地面に形成された多数の溝はスリップ効果が技術的に高まった。さらに、前記の多数の溝は自動車のタイヤの接地面に模倣的な効果を発揮し美的にも良い印象を与えるような物品形態は、発明・考案と意匠が同一物に成立する。この場合、異人に夫々権利帰属した場合を考慮して、出願変更（意13条1項・2項、実10条2項、特46条2項）、権利の効力制限規定（意26条1項・2項、実17条、特72条）により、意匠法と特許法・実用新案法で相互間を調整している。

キ) 商標法と不正競争防止法の間では商標と商品等表示では調整は必要ない。

商標法と不正競争防止法はそれぞれの要件、効果が同じではないからである。

裁判所は、この点について、「原告は、日本において原告商品（1）と

ほぼ同様の形態について、指定商品を「懐中電灯」とする立体商標の登録出願（商願2001—3358号）をしたが、特許庁審査官より「この商標登録出願に係る商標は、多少デザインが施されてはいますが、指定商品との関係では、その商品の形状として通常採用し得る立体的形状からなるものですから、これをその指定商品に使用しても、全体として、単に商品の形状を表示してなるものと認識するにとどまり、自他商品の識別標識としての機能を有しないものと認めます。したがって、この商標登録出願に係る商標は、商標法第3条第1項第3号に該当します。」として、拒絶理由通知が出されていることが認められる。しかし、商標法と不正競争防止法はそれぞれの要件、効果が同じではないから、上記出願に係る標章が、特許庁において商標としての自他商品識別機能を有しないと判断されたからといって、原告商品の商品形態に不正競争防止法2条1項1号の商品表示性があるとする前記認定を左右するものではない。<sup>(33)</sup>と判示している。

## 第四章 商品機能確保に不可欠形態に関する知的財産法規制

### 1 商品の立体的デザインを規制する法律

商品デザインが上記した法律に基づき保護される可能性があることは明らかとなった。その保護可能な商品デザインであっても、商品の機能確保に不可欠な立体的形状からなる商品デザインは、法的保護から除かれ自由に模倣が許されている。このような規制緩和の学説と法律について次に検討する。まず、不正競争防止法、次に商標法、意匠法について述べる。

#### 第1節 不正競争防止法

##### 一 商品等表示混同惹起行為における「技術的形態除外論」

商品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、これに商品等表示を承認して不正競争防止法により保護することの是非が論じられてきた。商品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



ときでも、同時に同一商品形態に技術的思想の創作が成立するとき、これを不正競争防止法の保護から除外すべきであるとの考え方を講学上、「技術的形態除外論」と呼び、賛否両論がある。

不正競争防止法上の商品等表示混同惹起行為における「技術的形態除外論」に関する学説は次の通りである。

#### 1) 産業財産権法との棲み分け論

裁判所は、最初に、「その商品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正競争防止法の名の下に保護を与えるときは、この技術を特許権、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。したがって、商品の形態が専らその技術的機能に由来するときは、商品表示と目することはできないものとしなければならない。」との考え方を組立式押入たんす事件第一審判決<sup>(34)</sup>で打ち出した。

本判決を担当した裁判長古関敏正氏は、「独商標法における表装について、独判例は表装の保護と特許または実用新案の保護とを区別して考えている。表装は商品の外面的附属物であって、商品の必要な要素を成すものであってはならない。このように、商品の形態が特殊機能的性質を有しそのためある技術的目的に役立っているときは、かような形態はむしろ商品の本体に属するというべきであって、商品の本体として特許法または実用新案法による保護は受けるけれども、新装としての保護を受けることができない。独判例はこのように技術的目的を有する形態はすべて表装としての保護を排除されるとしているのであって、本判決の判旨にはこの考え方に従ったものといえよう。

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、

その形態は技術という見地から眺めざるを得ないのであって、技術は万人の共通する財産であるという基本的立場からいえば、特許法または実用新案法による保護との均衡を考慮せずにはいられないであろう。<sup>(35)</sup>と解説する。

## 2) 競争制限論

田村教授は、「工業所有権との調整が不要であるとの立場を採用したからといって、ただちにあらゆる商品形態が不正競争防止法2条1項1号の保護を享受しようと帰結する必要はない。不正競争防止法2条1項1号に内在する問題として考えてみると、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せ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と捉えられる。かりにそうだとすれば、技術的制約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ところの差止めを認容してしまうと、それは差止権者以外、その商品を販売することができなくなることを意味するから、商品の出所識別表示ではなく、商品自体を保護することになり、同号の趣旨に悖る(もとる)ことになる。すると、かような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号の差止は否定されるべきであると解され得ることになる。～、似ざるを得ない商品の形態であっても、何らかの理由により1社が独占的に製造販売していたために信用が付着していることもありえよう。～しかし、このような信用は、似ざるを得ない商品の形態に化体せしめるのではなく、商品名等の商品識別表示を付し、これに化体せしめる手段により、保持を図らせるべきである。～、普通名称について適用除外を定める不正競争防止法11条1項1号の価値判断と共通する。」との論理を示した。<sup>(36)</sup>

小泉教授も、新規参入に不可欠な形態除外説は、「商品形態の標識としての特殊性およびそれに随伴する競争阻害性」に鑑み、「当該形態によって実現される便益を同程度に実現するオルタナティブを採用するよう要求

することが商業的、経済的に酷でないかという観点から、新規参入に不可欠な形態は商品表示として保護しない。」とし、「不正競争防止法によって商品形態を保護することは、他の標識の保護と異なり、当該形態をもつ商品の製造自体を禁止する結果となる、という点において決定的に異なるのであり、その保護については、競争の不当な阻害とならないよう周到的配慮を要するのである。このことは、当該形態が実用新案、意匠によって保護されているか、されていたか、あるいは過去にされていたか、といった問題とは別個に、もっぱら不正競争防止法に内在する問題として解決されるべききもと言えよう。～外在的「調整」とは別個の、商品形態の標識としての特殊性及びそれに随伴する競争阻害性を根拠とする新たな理論が<sup>(37)</sup>求められている。」とする。

### 3) 技術形態包含論

技術的形態除外説に反対する見解であり、その理由を裁判所は、「不正競争防止法上、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4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って、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正競争防止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、その不正競争防止法上の保護が、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っても変わらない。ただし、この場合における不正競争防止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って、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。」<sup>(38)</sup>と説示した。この説は不正競争防止法独自の内在的制約の観点から保護されざる形態の範囲を決定しようとする考え方である。この立場を採用する判例・学説も多い。<sup>(39)</sup>

#### 4) 違法性阻却論

混同防止手段（うち消し、ディスクレーマー）をとっているか否かによる考え方である。

渋谷達紀教授は、「模倣盗用がない場合は、期待可能な混同防止手段（異なる商標、容器包装など）を尽くしている限り、たとえ技術的機能に由来する唯一無二の商品形態であっても、これと同一のものを採用することが許されるが（条件付技術的形態除外説）、模倣盗用がある場合は、たとえ混同防止手段を尽くしていても、混同のおそれが残存している以上、同一または酷似の商品形態を採用することは許されない（条件付技術的形態包含説）とすることが中庸を得た解釈ではないか、と考える。」<sup>(40)</sup>と述べており、この考え方に立脚している。」

コイルマット事件において裁判所は、「このことは、もとより、商品表示としての周知商品形態を模倣し、これに化体された他人の信用に只乗りする不正競争行為を放置することをいうのではなく、不正競争防止法が保護する商品表示主体の正当な利益を害しない限度において競争行為を許容し、公衆が期待する自由競争による利益を維持するために必要な要件の検討をいうのであり、この要件は、機能的周知商品形態の持つ自他商品識別力の強弱を、競業者が採っている自他商品の混同防止手段との相関のうち

において観察し、後者が混同を防止するために適切な手段を誠実に採り、前者の自他商品識別力を減殺して、混同のおそれを解消する場合において具備するものと解するのが相当である。」<sup>(41)</sup>と説示し、この考え方を述べた。期待可能な混同防止手段を講じることで混同を回避して他人の財産的成果の模倣盗用行為の責任が条件付で開放されるとの考え方にはにわかに賛成できない。なぜならば、商品形態デザイン自体が規制される可能性を残しているからである。

松尾和子先生は「技術的形態包含説の核心は、特許権、実用新案権が存在しない限り、技術は公共の財産であり、万人が自由に利用可能であり、特許権等の付与も一定期間経過後は、対象技術が公衆に還元されることを前提としているから、新規で高度に優れた技術を特徴部分に表現した商品形態があったとして、単純にそれだけであるならば、特許権がない以上、競業者が自由にこれを模倣してよいとする点にあり、このように理解する限り、この原則は一般に承認されうると考える。新規で高度に優れた技術で具現化された商品形態があった場合、その形態のある部分が技術的に特徴ある構成であって特徴部分となっていたとしても、その技術的な商品形態について特許権、実用新案権が存在しない以上、競業者が自由にこれを模倣してよい。」<sup>(42)</sup>との見解を述べている。このように、技術的形態であっても不正競争防止法の規制が及ばないと解すべきか、それとも規制の対象とすべきかについて、判決、学説共に定着しているとは言えない状況である。<sup>(43)</sup>しかし、実務的には、技術的形態除外説を採用する判決が増加しつつあるため、この実務においても、今なお、商品形態に商品等表示が成立した場合であっても、その形態が商品の機能を確保するために必然的に定まる形態であると認定される場合には、不正競争防止法による保護が得られない。したがって、商品等表示に基づく商品デザインの保護は、識別標識としての性格を帯びた場合に、その形態が、その商品の機能との関係において必然的な関係が成り立つ限り、この法の規制から解放され自由に模倣できることになる。

## 二 不正競争防止法の商品形態模倣商品規制

不正競争防止法2条1項3号は、他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為を不正競争と定義し、他人の商品の機能を確保するために不可欠な形態を除いている（本号括弧書き）。このため、他人の商品の機能を確保するために不可欠な形態を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為は、不正競争を構成しない。したがって、3号は他人の商品の機能を確保するために不可欠な形態を模倣した商品の販売等の行為は自由に開放された規制外の行為としている。旧不正競争防止法第2条第1項第3号の「通常有する形態」、「模倣」等の用語については、その定義が不明確であるとの指摘があったため、新不正競争防止法の同第3号の規定に定義規定を設けること等によって、今まで積み重ねられてきた判例の趣旨に沿った明確化を図り、規定の内容、ひいては刑事罰の構成要件の内容を明確にして、予測可能性を高めることにしたものである<sup>(44)</sup>。

### ①旧法下の「通常有する形態」の定義

「本号の「通常有する形態」として保護が及ばない形態としては、立法時より、「ありふれた形態」、「標準的な形態」、「既存の形態」、「互換性を確保するための形態」又は「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」が該当すると解されていた。しかし、これらが「通常有する形態」の一義的解釈として、すべて包含されるかについては必ずしも明らかではないため、より具体的に明確にすることが望まれた。そこで、上記の要素につき検討した結果、まず、「標準的な形態」については、抽象化された商品形態としての「標準的な形態」の再製は、もとより個別の「他人の商品の形態」の「模倣」には該当しないと考えられた。また、「既存の形態」については、本号の保護期間が限定されていることから、保護期間を経過した形態は保護されないという形で適用が除かれている。保護期間が経過していない形態であっても、先行者の商品形態を模倣した者について、本

号の請求主体性を否定された判例<sup>(45)</sup>があった。

更に、「互換性を確保するための形態」は、「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」に包含されると考えられ、結局のところ「通常有する形態」とする必要がある形態は、「ありふれた形態」及び「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」である。そうであれば、この点を条文上明記し、「通常有する形態」に代えて「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態及びありふれた形態<sup>(46)</sup>」と規定するべきである。」

よって新法において「他人の商品の機能を確保するために不可欠な形態」を除くと規定したものである。ただし、「商品の形態と商品の機能が不可分一体となっている場合、互換性保持のため必要な場合、商品の形態が市場で事実上の標準となっている場合などその形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができないような場合には、知的財産権を侵害する場合は格別、これを競争上不正と観念することはできず、このような場合にまで、デッドコピーを規制することは、むしろ自由な競争を阻害することになりかねない。このため、これらの場合は、デッドコピーの規制対象とはならないと解すべきである。ただし、商品の一部分の形態のみが不可避で、その他の部分では別の形態をとる余地がある場合には、デッドコピーの規制の適用を除外する必要はない。本規定の適用に当たり、「単にこれに該当する形態の模倣を一般的かつ包括的に許容したものではなく、商品形態の模倣の判断において原告商品と被告商品を比較する際に、そのような商品として「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態及びありふれた形態」と言える部分については、比較検討の際に重視するべきでなく、特徴的な部分をこそ重視して比べるべきであるという。」と指摘されている。つまり本規定は比較の際の指針を示す機能をも有するものである。<sup>(47)</sup>

## 第2節 商標法の規制

商標法4条1項18号は、使用により識別力を獲得した保護可能な立体商

標であっても、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に該当する場合には、登録を拒絶することを規定している。立法者は、第4条1項18号は、「平成8年の一部改正において立体商標制度を導入したことに伴って政策的見地から新設された不登録事由である。すなわち、商品の形状や商品の包装の形状そのものの範囲を出ないと認識されるにすぎない立体商標は、自他商品の識別力を有しないとして登録を受けることができないのであるが（3条1項3号）、これらの商標であっても使用された結果識別力を獲得するに至った場合には、3条2項の規定の適用により登録を受けることができることとなるところ、本号はこのような商標であっても、その商品又は商品の包装の機能を確保するために必ず採らざるを得ない不避的な立体的形状のみからなる商標については商標登録を受けることができないこととしたものである。」と説明し、「これは、商標権は存続期間の更新を繰り返すことによって半永久的に所有できる権利であることから、このような商標について商標登録を認めることとすると、その商品又は商品の包装についての生産・販売の独占を事実上半永久的に許すこととなり自由競争を不当に阻害するおそれがあることに基<sup>(48)</sup>づくものである。」との根拠を示している。

立体商標に関して、判決例は、「機能を確保するための不可欠な形状」の解釈も含めて自他商品の識別力が認められる基準は必ずしも一様ではな<sup>(49)</sup>い。

従来、裁判所は、立位商標は商品の形状の本来的価値が機能や美感にあり、形態自体に識別力があることを否定していた。

これに対して、チョコレート形状事件では、<sup>(50)</sup>「商品等の機能又は美感と関係のない特異な形状に限って」しか自他商品の識別力を認めないというのは狭きに失する」と指摘した説示は、機能的形態と美的形態と無関係の特異性形態でなくても識別力を獲得する場合があることを示しているといえよう。



この点、「機能を確認するための不可欠な形状」もかかる識別力の無いものとして扱われねばならないと条文の上で規定されていることから（商標4条1項18号・26条1項5号）、「機能を確認する」という意味を技術的に何らかの機能確保に由来するような場合すべてを含むものと解して<sup>(51)</sup>自他商品の識別力を広く否定すべきという理解も従来なされてきた。しかし、「機能を確認するための不可欠な形状」は意匠的形態が文言上除かれているから、美的形態や意匠的形態は機能的に不可欠形態ではない。したがって、商標法は特許法や実用新案法との関係を重視し、意匠法との関係を重視していない傾向がある。この点に関して、渋谷教授は、4条1項18号は「特許法との実質的抵触を避けるという公益的理由に基づくもの」<sup>(52)</sup>と考えている。商標法の規制は意匠法の規制を念頭に入れていないと解される。

### 第3節 意匠法の規制

意匠法5条は、次に掲げる意匠については、第3条の規定にかかわらず、意匠登録できない。同条3号は、「物品の機能を確認する為<sup>(53)</sup>に不可欠な形状のみからなる意匠」を規定している。改正前の意匠法においては、技術的な機能を主目的として創作された意匠であっても、美感を有していれば登録を行ってきた。近年、「意匠の市場における重要性が再認識され、高い創作力のある意匠を設定し、かつ模倣から意匠を適切に保護するために、広く強い意匠権を実現することが求められるようになった。この頃、意匠創作の重点は物品全体から物品の部分にも置かれるようになり、意匠に対する投資も模倣も物品の部分に向けられる実態が顕著となっていた。この推移に応じ、部分意匠制度が導入されることとなり、物品の概念に、物品の部分が含まれることが明文化され、」平成10年法律改正で、機能にのみ<sup>(53)</sup>基づく意匠についても、意匠登録することができないものと改正された。これは、次の理由に基づくものである。「工業所有権法のうちで特許法、実用新案法が機能・用途に基づく「技術的思想の創作」の保護を目的とす

るのに対して、意匠法は「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるもの」の保護を目的とする法律である。技術的、機能的観点から必然的に導かれた形状であって、実質的に美的な創作がなされていない創作が意匠法により保護されることになると、意匠法が保護を予定しない技術的思想の創作に対して排他的独占権を付与することと同様の結果を招く可能性がある。また、物品の互換性確保のために標準化された規格により定まる形状からなる意匠が意匠法によって保護され、意匠権が設定されると、第三者がその規格などに基づく物品を実施しようとする場合、この意匠権の侵害になってしまうため経済活動を不当に制限し、反って産業発展を阻害する要因になりかねない。このような弊害は、今回の改正において物品の部分に係る意匠を保護対象とすることにより、一層顕在化する可能性がある。<sup>(54)</sup>

諸外国などにおいても、多数の国等（英国・登録意匠法、英国・デザイン権法、カナダ、ベネルクス、フランス、ドイツ、EU 意匠指令）が機能にのみ基づく意匠を保護対象から除外している。<sup>(55)</sup> 共同体意匠に関する2001年12月12日の理事会規則（ECNo 6 /2002）第8条は、「(1) 「共同体意匠は、専ら技術的機能によって決定付けられる製品外観の特徴には存在しないものとする。」、(2) 「共同体意匠は、製品外観の特徴であって、その意匠が組み込まれているか又は適用されている製品を他の製品に機械的に連結するか又は他の製品の中、周囲若しくはそれに接して設置することにより、何れの製品もその機能を果たすことができるようにするために、必要に正確な形状及び寸法で再現しなければならないものには存在しないものとする。」、(3) 「(2) に拘わらず、共同体意匠は、モジュール・システムにおいて、相互に交換可能な製品の複合的組立又は連結を可能にする目的にかなう意匠には、第5条（新規性）及び第6条（独自性）に規定した条件の下で、存在するものとする。」と規定している。

このため、工業審議会答申においても、機能にのみ基づく意匠を登録の対象から除外することが適当とされた。<sup>(56)</sup> 特許庁は、実務の運用において、

この規定に関し、意匠の審査基準を作成し公表している。この規定の趣旨は「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠については、物品の機能を確保するために不可欠な形状は、技術的思想の創作であって、本来、特許法又は実用新案法によって保護されるべきものである。そのような形状が意匠法により保護されることになれば、意匠法が保護を予定しない技術的思想の創作に対して排他的独占権を付与すると同様の結果を招くこととなるため、物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠は、意匠登録を受けることができない。」<sup>(57)</sup>とし審議会の報告の考え方を採用している。

審査基準では、「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠と認められるもの」は次の類型があると説明する。それは必然的形状と準必然的形状からなる意匠の2つである。前者は物品の技術的機能を確保するために必然的に定まる形状を問題とし、後者は物品の互換性確保等のための標準化規格により定まる形状とする。前者が本稿で取り上げる物品の技術的機能確保のために採択される必然的形状である。後者も、物品の互換性確保という機能的要請から必然的に人為的に予め定められた数字により定まる形状である点で準必然的形状である。

審査において、特許庁の見解は、意匠審査の特質から、意匠登録出願に係る意匠が必然的形状に該当するか否かは、意匠の構成要素である模様、色彩の有無を問わず、物品の技術的機能を体現している形状のみに着目して判断することを基本とするとの解釈をとり、その際には、機能を確保できる代替的な形状が他に存在するか否か。必然的形状以外の意匠評価上考慮すべき形状を含むか否かを考慮して判定する<sup>(58)</sup>」。

マンホールの蓋の意匠登録無効審判において、審決は、「その機能を確保できる代替的な形状が他に存在するか否かを考慮して厳格に適用するのが相当である。」としたうえで、開口部の形状と外縁端に設けた略四角柱状の凸状部の形態は、開口部の形状がその他の形状も存すること、凸状部の形態は、必ずしも略四角柱状である必然性も見いだすことができないこ

と、およびその大きさ、構成比も限定されるものではないことから、物品の技術的機能を確保するために必然的に定まる形状といえないものである。と判断している。このように本規定の適用に際しては、「意匠」は物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合から構成されるが、物品の技術的機能は、原則、形状で表現されるほかないから、出願意匠が物品の機能を確保するために不可欠な形状であるか否かは「形状」に限定して判断されることになる」とする。

松尾和子先生は「機能確保のために不可欠の形状」であるか否かの判断は現実にはそう簡単ではない。それは、物品の形状は何らかの機能と結びついているのが普通であるからである。意匠の美的外観全体の特徴において、問題となる技術的機能を具現する形状に焦点を当てて判断する必要があるが、当該形状と機能の結合態様、程度、結合の必然性を考慮することとなる。<sup>(60)</sup>」ことを指摘する。この点は特許庁との共通理解を支持したい。

なお、審査において、特許庁は、意匠法第5条第3号の規定の適用は、形状に基づく機能の発揮が主たる使用の目的となっている物品に限ることにしている。したがって、例えば、事務用紙（紙の原紙寸法 JIS P 0202）、日用紙（封筒 JIS S 5502）、記録媒体（コンパクトディスクオーディオシステム JIS S 8605）は、公的な標準規格あるいは事実上の標準規格により定まる形状を有していても、意匠法第5条第3号の規定は適用しない。<sup>(61)</sup>とする。審査基準では、「標準化された規格に該当する規格の例を示し、<sup>(62)</sup>公的な標準と事実上の標準も掲げている。

この規定は、「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠は、意匠法第3条の工業上利用可能な意匠であって新規性と創作非容易性という意匠としての実質的登録適格があったとしても、その形状が機能に基づき必然的に具現された形態であるときは、登録から排除される。もし、出願意匠が第5条3号に該当するときは、拒絶査定がなされ（17条1号）、過誤により登録されたときは、登録無効審判の対象となるのである（48条1項1号）ことを規定し、法的に客観的な保護適格のある本質的

資質を備える意匠であっても意匠法の保護から除外し規制する法律である。

## 第五章 まとめ

### 1 通常形態

発明、考案、意匠そして立体商標、容器商標、表装商標に商品形態デザインとして共通するものがある。それは有体物の物品に限定して知的財産が成立する場合、物品の形態を共通の基盤として成立するものだからである。この物品は、物の発明、物品の形状、構造とこれらの組合せの考案、物品の形状、模様、色彩やこれらの組合せからなる形態、これらの物品が商取引の対象となり単独で交換価値を有するとき、それは商品と把握される。商品の形態、商品表示の形態、立体商標、容器商標、表装商標等として把握できる場合もある。これらも共通の基盤として成立するものは物品の形態である。

物は必ず形状を有するので、その輪郭を有し、一定の形をもっている。そして、物は人によって創造される場合が多く、その場合に創造の目的を定めて作られ、その物品の用途が定まる。一定の目的に向かった用途に貢献できる物品はその形態が用途の目的を実現たる為具体的な形状を形成することとなる。このように一般的に物品は、通常の用途を理解できれば、その物品の形を予測できるものである。物はその用途にしたがって予測できる一般的な形を有するので、既に公知のものや多くの人々が一般的に使用されている物は、その一般的な形状を容易に予測でき且想像できるものが多い。このように人々に理解されている物の形は、その物品の域を出ない形である限り、知的財産として把握されることはないと言えよう。しかしながら、このようにありふれた一般的な形を有する物であっても、その把握する視点を変えれば、知的財産が生まれることもあり得る。例えば、のこぎりを例に挙げれば、のこぎりは、刃物である。しかし、鋏とは異なる道具である。のこぎりは、柄部と鋸刃部を一体的に接続した一枚の薄板

状の金属板下端にのこぎり状の刃を形成した刃物である。鋏は、刃部と柄部を有する上下2枚の本体部を中間で支点位置を決め交互に組み合わせて一体的に形成し擦り合わせるように、力点と作用点を梃子の原理を応用して物を切断するための道具である。はさみはその用途が、事務用洋鋏。左-左手用（総左）、右-右手用。理美容鋏 各部名称があり、基本的形は同じである。しかし、具体的な用途、すなわち、具体的な使用目的によりその形は変化している。形態としては、支点が作用点から離れている和鋏型、支点が中間にある洋鋏型がある。これらの道具の具体的な使用目的に応じた具体的な形は知的財産として把握されるものが多い。

## 2 標準的通常形態と機能的形態

商品形態デザインに関する機能的形態についての議論は、不正競争防止法が規制する不正競争のうちで商品等表示混同惹起行為に、商品形態が識別力を獲得したときであっても、その形態自体の形状等の形態がその商品の機能を実現するために不可欠である必然性があるときは、誰でもそのような商品を製造した場合は同じ形態とならざるを得ないから、一人に独占的地位を法が与えることは避けるべきであるとの考えによるものである。このような機能に基づき必然的に定まる形態は発明が成立する場合が多く、特許法により保護する対象を不正競争防止法で半永久的に法的独占を容認することを認めて良いかというものである。しかし、これに対しては先に検討したように色々な見解があり未だ統一されていない状態である。しかし、裁判所では、技術的機能除外説を採用する事例が増加傾向を示しているようである。商品形態デザインの標準的通常形態は基本的形態を有している。そのような基本的形態は用途に従い機能を発揮する機能的形態とも把握できる。しかし、機能的形態はそのすべてが機能と必然的であると必ずしもいえないであろう。

前記したのこぎりは、鋸刃部を切断部材に当てて前後に動かして引きながら切断材に切り込みを作りつつ切断して行き切断する道具である。一方、鋏は、上下一対の刃を切断材に挟み支点を介して、一对の柄部に力を入れ、

上下に入れた力を調整しつつ切断してゆく道具である。このように両者は、物を切断するという機能は同じであっても、どのような物を切断するかによって用途が異なっている。物を切断するという機能を実現するために必ず採択しなければならない形態は、のぎりでは、1枚の薄板状の金属板下端にのこぎり状の刃を形成し、それと把持部となる柄部に挿着した全体の形である。鋏では、上下2枚の一对の刃部と柄部を有する本体を中間で交互に組み合わせて擦り合わせるように一体的に結合形成した形態である。これらは、夫々の基本的形態を構成し、切断するという機能を実現するために不可欠な形態である。しかしながら、現実社会には、この基本的形態のものに色々な工夫が盛り込められた非常に沢山ののこぎり、鋏が存在する。刃部と柄部の形は切断する対象に応じて、設計上の幅が存在するからである。この差異は具体的な形態的差異となって現れており、切断対象を特定すれば、皆同じ形状や刃を設計しなければならないものではない。紙と髪の毛の切断では、夫々に適った切断効果を向上させるためにより効果的な機能を発揮できる形態が採用される。切断対象に応じてこぎりや鋏の刃の形態が選択され、切断効果を高める為に柄部の形態も合理的な形が設計される。この結果、基本的形態はみな同じであっても、具体的な形態は、様々な形態となるのである。こぎりや鋏の基本的形態は、切断するという機能を実現するために必ず採用しなければならない形態ではある。けれども、具体的な用途を考慮したとき、その機能は、一般的抽象的な物を切断するという用途ではなく、具体的なものに向かって発揮される道具となっているのであって、そのようなより具体的な用途を実現する道具と特定した後に、その用途を実現するために不可欠な形として採用されたか否かを判定すべきである。

### 3 通常形態と必然的形態

通常形態は、その商品が有する普通の用途を実現するために採用された普通の形態である。一般人であれば、普通の物品名を知ることができれば、その名称から普通に想像できる物とその形である。機能的な形態は、その

商品が機械的又は物理的な機能を発揮するとき、その機能に基づいて又は確保するために選択された形態である。前者は静的な形態であるのに対して後者は動的な形態といえよう。

機能的形態はその商品が機械的又は物理的な機能を発揮するとき、その機能を実現するため選択された形態であるから、機能や作用と一体的になる形態である。この形態は同一の効果をその商品形態から生じさせることができるならば、設計上の選択の幅があり、必ずしも必然的とならない形態となるものである。

商品は全く新規に突如として出現したパイオニア的な商品でない限り、従来の技術の上に積み重ねられてきたものである。商品は必ずある用途を持ち役立つように造られている。ある用途は商品の使用価値を決定する大きな要因である。商品は用途が定まれば、その用途に向かって効率的な役目や働きを実現するためにどのような手段を用意したらよいか、すなわち設計段階ではどのような手段としての形を採択したらよいかとなるので、選択できる形か否かは他に選択できるものがあるか否かに依存する。他に選択できる余地がある場合は、その商品についての技術的アイデアがたくさん生まれる分野であると考えられる。

機能的必然形態は、その商品形態の機能を確保するために必ず採択しなければならない形態であり、必然的形態として相互互換性がある部品や規格品などが該当する。この両者には、同一の機能を実現するために技術的に開発し尽くされて完成した最終的な形態か、まだそこには到達していない開発途中に技術によって作られた形態かの違いがあると考えている。通常形態や機能的形態と機能的必然形態との違いは、機能と形態とが形態と機能との結びつきにおいて直接的又は物理的に因果関係が成立しているかであろう。

当該商品の技術開発の水準は現在どのような技術過程にあるのかを基準とすべきである。そのためには従来技術、周知技術、公知技術を調べて、情報収集し、技術の観点ごとに分類し整理するべきである。そして、それ



らを可視化する方法としてパテントマップを作成し客観的に当該商品の位置づけを決定し把握すべきである。

このような客観的な資料に基づく客観的基準に基づかないで何か技術的か、何が必然的かを明確にしないまま、当該商品形態がその商品の機能に基づき必然に定まる形態であると判断することは許されない。形態と機能との間に存在する物を明らかにする作業を惜しんではならない。

商品形態の分析において、形態は全体的な基本的形態と細部の具体的な形態を特定し、それらに相応する形態毎に比較しその異同、共通点と差異点を発見し、全体的な形態の評価を行うべきである。

基本的形態が共通している場合は、その形態が機能と必然的な結びつきがあるときは、具体的な形態に差異があるとしても、全体として機能的に必然的形態と判定すべきである。しかし、基本的な形態が共通していても、具体的な形態が機能と必然的な結びつきがあるときでも、技術的機能を実現するという機能的制約の下において選択可能な複数の形態の一つを作成する者の意思で選択したものであるかぎり、当該商品形態は、機能的必然的形態といえないであろう。<sup>(63)</sup>極めて単純な形態の商品であるような場合のほかは、通常は、各種技術思想ないし美感等に対する配慮の集積の結果であり、これらの理由なく選択される形態も加わり、組合された全体の形態は技術的機能に由来する不可避の形態とは認めるべきではない。

平面的な形態であっても、伝票会計用伝票事件のように、「平面的形態の当該伝票全体が統一されたシステムにより構成されていること並びに使用方法等につき需要者は、当初指導を受けるが、一旦伝票を使用すると、その後は形態の示す出所に着目して購入して使用継続することから商品表示と判断する場合であっても、これを機能に基づき必然的に定まる形態と否定する見解と肯定する見解に分かれたのであるから、慎重に判断することを要する。

開発途上段階において、商品形態は当該商品形態と同様な機能を実現できる他の代替製品において採用されている形態があれば、少なくとも二つ

の形態が存在することになるから必然的とはいえない。例えば、「配線カバーは梯形六面体によって画定された外観形状に全体の形態的特徴を有する。その商品中、長尺筒状体及び二つ割構造という形態は商品の機能に由来する。それ以外の四角形、かまぼこ形等他の形状等の形態は機能に由来する物ではなく代替可能な形態であるからこの認定は正当であると考える。

#### 4 機能必然形態の規制のあり方

商標法第4条1項18号の「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」、意匠法第5条3号の「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」、不正競争防止法第2条1項3号の「他人の商品の機能を確保するために不可欠な形態」は、商品形態デザインの開発において、自由な設計が許される形態である。

商標法において、このような商品機能確保に不可欠な形態は「商標権は存続期間の更新を繰り返すことによって半永久的に所有できる権利であることから、このような商標について商標登録を認めることとすると、その商品又は商品の包装についての生産・販売の独占を事実上半永久的に許すこととなり自由競争を不当に阻害するおそれがあることに基づくものである」。確かに、登録主義に基づき商標登録原簿への登録により発生した商標権の更新登録を繰り返すことで半永久的権利が法的に保障される。使用の実体は重要であるが、継続して不使用であれば取消されるため、必ずしも使用と登録が一体的に管理運営されているわけではない。使用実態のない商標も商標権により強力で保護されている。一方意匠法は、機能を確保するために不可欠な立体的形状は技術的な形状であるから、特許法との調整としてこの規制は機能する。意匠的な調整は結果的に過ぎない。「技術的、機能的に開発された形状が、それに実質的に美的創作が表現されていなくとも意匠法が保護を予定しない技術的思想の創作を意匠権で誤って登録し保護してしまう可能性を回避しようとする趣旨である。「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」の中に「物品の互換性

確保のために標準化された規格により定まる形状からなる意匠」も含む趣旨も含んでいる。

不正競争防止法は自由競争阻害の観点から「互換性を確保するための形態」は、「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」に包含されると解し、互換性保持上、市場標準形態を規制することは自由な競争を阻害とならないと解している。しかし、商品の一部分の形態のみが不可避で、その他の部分では別の形態をとる余地がある場合は保護される。さらに技術的形態除外論によりある種の形態は自由使用が認められる。これらの規制法の共通した趣旨は自由競争を確保するという政策的な公益目的にある。したがって、これらの規制法の適用は無闇に主張すべきではない。厳格に適用し運用すべきである。このような立場から不正競争防止法が規制する他人の周知商品等表示混同惹起行為に対する技術的形態除外論の主張と適用に関しても同様な態度で臨むべきである。

- (1) 福井茂幸 「デザインとは何か」 法政大学 森村川村研究室 2004年度前期グループ研究論文、2004年5月4日公表、(<http://www.fic.i.hosei.ac.jp/~morimura/members/3rd/kashiwai/index.html> (平成24年10月17日最終検索)、(OXFORD Advanced Learner's Dictionary)
- (2) ウィキペディア・フリー百科事典 「デザイン」 <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%83%87%E3%82%B6%E3%82%A4%E3%83%B3> (平成24年9月10日最終検索)
- (3) 小野昌延編著「新注解不正競争防止法」309頁～311頁 青林書院 2000年
- (4) 小野昌延編著 前掲注(3) 100頁 「商品の形態は、本来表示的機能よりも、むしろ他の点に本来的使命を有する。」
- (5) 大阪地判昭35年5月30日判時236号27頁、ファーストプリンター事件、東京地判昭40年8月31日判タ185号215頁、ワイヤレス・マイク・フォン事件、東京地判昭41年11月22日判時476号45頁、組立式押入たんすセット事件、東京高判昭45年12月26日特許と企業26号53頁、組立式押入たんすセット事件控訴審、東京地判昭48年3月9日無体集5巻1号42頁、判時705号76頁、判タ295号361頁、ナイロール眼鏡枠事件、東京地判昭52年12月23日無体集9巻2号769頁、判タ364号292頁、伝票会計用伝票事件、東京地判昭53年5月31日無体集10巻1号200頁、判タ368号369頁、シャネル・バッグ事件、東京地判

昭53年10月30日無体集10巻2号509頁、投釣り用天秤事件、大阪地判昭55年5月20日特許と企業140号67頁、蚊取線香懐し器事件、大阪地決昭55年9月19日無体集12巻2号535頁、判時1003号119頁、ボトル・キャビネット事件、大阪高決昭56年4月27日無体集13巻1号454頁、ボトル・キャビネット事件の抗告審、東京地判昭57年10月18日判タ499号178頁、特許と企業168号42頁、キューブ・アンド・キューブ事件、大阪地判昭58年8月31日判タ514号278頁降マイキューブ事件、東京高判昭58年2月15日判時23号23頁、判タ514号243頁伝票会計用伝票事件の控訴審。

- (6) 松尾和子 「形態周知について」 清水利亮 設楽隆一編 現代裁判法体系 26 知的財産権 486頁～497頁 新日本法規出版 1999年、豊崎光衛・松尾和子・渋谷達紀著 不正競争防止法（特別法コンメンタール）121頁 第1法規 1982年
- (7) 宮川美津子 「商品等表示性の認定・判断について（不正競争防止法2条1項1号）」 牧野利秋、飯村敏明、三村量一、末吉互、大野聖二編 知的財産法の理論と実務第3巻「商標法・不正競争防止法」241頁～279頁、新日本法規出版 2007年
- (8) 大阪地裁平成元年3月8日無体集21巻1号93頁
- (9) 東京高判平成3年12月17日判時1418号120頁
- (10) 不正競争防止法は、「事業者間の公正な競争及びこれに関する国際約束の的確な実施を確保するため、不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償に関する措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする（1条）」。
- (11) 不正競争防止法第2条「この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。  
一 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」
- (12) ナイロール眼鏡枠事件判決（東京地判昭48・3・9判時705・76）この判決以来、商品形態が2条1項1号の「商品等表示」（平成5年改正前の不正競争防止法（以下「旧法」という。）では第1条1項1号の「他人ノ商品タルコトヲ示ス表示」）に該当するか否かについて多数の判例が蓄積されている。
- (13) 松尾和子 前掲注（6）333頁、安永武央「周知表示・著名」牧野利秋＝

飯村敏明編 「新・裁判実務体系（4）知的財産関係訴訟法」 442頁 青林書院 2001年、山本庸幸 「要説不正競争防止法第3版」 53頁 発明協会・2002年。

- (14) 不正競争防止法において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。  
二、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、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供する行為。
- (15) 最高裁昭和59年5月29日判決（アメフト・シンボルマーク事件）昭和56年（ネ）1166号不正競争行為差止請求事件民集第38巻7号920頁
- (16) 「平成5年改正前の判例は、現実には混同が生じているかどうかは疑わしいのではないかと考えられる事案についても、表示が著名である場合には、混同を認定することで規制を図っていた。かかる旧法下の判例の結論は、具体的な事案の解決としては妥当なものと評価されていたが、混同を認定した点については解釈論の限界を超えているのではないかと指摘がなされていた。」
- (17) 経済産業省知的財産政策室編 「逐条解説不正競争防止法平成21年改訂版」 57頁（有斐閣2009年）
- (18) 不正競争防止法2条は頁において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。  
三 他人の商品の形態（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為（同項3号）
- (19) 不正競争防止法第2条4項
- (20) 経済産業省知的財産政策室「逐条解説不正競争防止法1994年版」「不正競争防止法の見直しの方向（産業構造審議会政策部会中間答申、1992年12月14日）」139頁～148頁 有斐閣
- (21) 独創性に関して判断した事例  
1 「ある商品の形態が…保護を受けるのは、資金、労力を投下して創作・開発した成果である商品を他者に先駆けて市場に提供したことによるものと解されるから、ある商品の形態が、当該商品の販売開始時点において既に市場に存在した形態と独自の形態からなる場合には、2つの商品の形態が実質的に同一か否かを判断するに当たって、独自の要素の部分に重点を置いて判断すべきである。」大阪地判平12・6・22平成8年（ワ）第3428号、いかなご用容器事件」  
2 「不競法2条1項3号は、…問題となっている商品の形態について必ずし

も独創的であることを保護の要件として要求しているわけではなく、同種の商品が通常有する形態をしている場合を保護の対象から除くことにしているだけである。東京高判平14・1・31 判時1815号123頁、エアソフトガン事件控訴審」

(22) 内部構造に関して判断した事例

1 「不競法2条1項3号にいう「商品の形態」とは、商品の形状、模様、色彩、光沢等外観上認識することができるものをいうと解すべきであり、商品の機能、性能を実現するための構造…が…外観に顕れない内部構造にとどまる限りは「商品の形態」に当たらない。」大地裁平8・11・28知裁集28巻4号720頁〔断熱ドレンホース事件〕

2 「商品の形態とは流通に置かれる当該商品の全体の形態を指すものと解すべきものである。その一部に外観上の特徴があり、その他の部分に外観上の特徴を持たない場合、全体の外観の特徴を判断基準とすべきである。」大阪地方裁判所平成14年(ワ)第1989号〔第一事件〕

3 「内部構造が外に現われず、需要者が注目することもない商品の場合には、外に現れない内部構造は法にいう商品の形態の構成要素に当たらないというべきである。しかし、内部構造が外に現われ、その内部構造に需要者が注目する商品の場合には、内部構造もまた商品の形態の構成要素に当たるものというべきである。」東高裁平14・1・31判時1815号123頁、エアソフトガン事件控訴審」

(23) 東京地裁平成17年(ワ)17358平成17年5月24日判タ1196号294頁

(24) 東京地裁平成9年6月27日平成8年(ワ)10648判タ950号227頁

(25) 意匠法は、「意匠の保護及び利用を図ることにより、意匠の創作を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする」(1条)。

(26) 長崎地佐世保支決昭和48・2・7無体集5巻1号18頁、博多人形赤とんぼ事件、

神戸地姫路支判昭和54・7・9無体集11巻2号371頁、仏壇彫刻事件、  
東京地判昭和56・4・20無体集13巻1号432頁、アメリカTシャツ事件

(27) 京都地判平成1・6・15判時1327号123頁、佐賀錦袋帯事件

東京高判平成3・12・17知裁集23巻3号808頁、木目化粧紙事件

(28) 平成2(ネ)2733平成3年12月17日東京高等裁判所。

その他に京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁、佐賀錦袋帯事件、  
大阪地判平成16年11月9日判時1897号103頁、ミーリングチェック事件参照。

(29) 矢部耕三「意匠法及びその他の商品形態保護法規」、牧野利秋編「実務解説特許・意匠・商標」426頁 青林書院 2012年

(30) 松尾和子前掲6 341頁「商品形態が識別力を有することと意匠的である

こととは排斥する関係にないことは、判例・学説によりすでに確認済みである。むしろ、商品形態の出所表示性は、「構造的、機能的な特徴」と対比した意味における「意匠的特徴」にある場合に、通常、肯定されやすいといえる。」

- (31) 水野武 「商品形態」 牧野利秋編・裁判実務体系9 工業所有権法 497頁 青林書院 1985年
- (32) 渋谷達紀 「商品形態の商標登録」 紋谷暢男教授還暦記念論文刊行会 紋谷暢男教授還暦記念知的財産権の現代的課題」 318頁～320頁 発明協会 1998年
- (33) 平成13年（ワ）第10905号 不正競争行為差止等請求事件
- (34) 東京地判昭41・11・22判時476・45
- (35) 古関敏正 「商品の形態の保護」 商標・商号・不正競争判例百選（別冊ジュリスト14号）（有斐閣1967年）
- (36) 田村善之 「不正競争防止法概説第2版」 126頁～127頁 有斐閣2004年
- (37) 小泉直樹 「模倣の自由と不正競争」 251頁 有斐閣1994年
- (38) 伝票会計用伝票の控訴審・東京高裁（東京高判昭58・11・15無体例集15・3・720、判時1112・122）
- (39) 福岡地判 昭60・3・15 判時1154・133伝票会計用伝票乙事件、東京高判平4・3・17、知的裁集24・1・199封緘具事件、東京地判平5・12・22、知的裁集25・3・546、判時1484・121、コンテナ事件、水野武 前掲注30 486頁、畑郁夫 判タ367・23、藤木美加子、特許ニュース4942号4頁、鷹取政信 パテント 37巻5号31頁、
- (40) 渋谷達紀 「財産的成果の模倣盗用行為と判例理論」 判例時報1430号（判例評論405） 148頁
- (41) コイルマット事件控訴審東高裁平成6年3月23日知的裁集26巻1号254
- (42) 松尾和子 前掲注（6） 486頁～497頁
- (43) 宮川美津子 前掲注（7） 7241～253頁
- (44) 産業構造審議会 知的財産政策部会不正競争防止小委員会（第4回）「不正競争防止法の見直しの方向性について」 47頁（[http://www.jpo.go.jp/shiryuu/toushin/shingikai/pdf/tizai\\_bukai\\_6\\_paper/04.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryuu/toushin/shingikai/pdf/tizai_bukai_6_paper/04.pdf)）（平成24年10月17日最終検索）
- (45) 東京地判平成13年8月31日 平成12年（ワ）第26971号〔エルメスパーキン事件〕
- (46) 産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会前掲注（42）、47頁～49頁
- (47) 産業構造審議会知的財産政策部会 不正競争防止小委員会不正競争防止法

の見直しの方向性について(案) 43頁 平成16年12月 (<http://www.meti.go.jp/committee/materials/downloadfiles/g41217a30j.pdf>) (平成24年10月17日最終検索)

- (48) 特許庁編 「工業所有権法逐条解説(18版)」 1215頁～1216頁 発明協会 2008年
- (49) ①平成18年(行ケ)第10555号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成19年6月27日請求容認、理由:3条1項3号該当、3条2項該当(適用)、②平成19年(行ケ)第10215号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成20年5月29日請求容認、理由:3条1項3号該当、3条2項該当(適用)、③平成19年(行ケ)第10405号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成20年6月24日請求棄却、理由:3条1項3号該当、3条2項該当せず、④平成19年(行ケ)第10293号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成20年6月3日請求容認、理由:3条1項3号該当せず、⑤平成22年(行ケ)第10169号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成22年11月16日請求容認、理由:3条1項3号該当、3条2項該当(適用)、⑥平成22年(行ケ)第10366号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成23年4月21日請求容認、理由:3条1項3号該当、3条2項該当(適用)、⑦平成22年(行ケ)第10386号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成23年4月21日請求棄却、理由:3条1項3号該当、3条2項該当せず、⑧平成22年(行ケ)第10406号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成23年4月21日請求棄却、理由:3条1項3号該当、3条2項該当せず、⑨平成22年(行ケ)第10253号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成23年6月29日請求容認、理由:3条1項3号該当、3条2項該当(適用)。
- (50) 平成19年(行ケ)第10293号拒絶審決取消請求事件 知高裁平成20年6月30日請求容認。
- (51) 矢部耕三 前掲注29、422頁
- (52) 渋谷達樹 前掲注32、305頁
- (53) 松尾和子「意匠法第5条解説」満田重昭・松尾和子編「注解意匠法」194頁 青林書院 2010年
- (54) 特許庁総務部総務課編 「平成10年改正工業所有権法の解説」42頁 発明協会 1999年
- (55) 特許庁総務部総務課編 前掲注54 42頁～43頁
- (56) 特許庁総務部総務課編 前掲注54 43頁
- (57) 特許庁意匠課 意匠審査基準41.1.4
- (58) 特許庁意匠課 意匠審査基準41.1.4.1
- (59) 無効審判2004-35078平成17年3月15日審決
- (60) 松尾和子 前掲注53 195頁～197頁



- (61) 意匠審査基準41.1.4.1
- (62) 意匠審査基準41.1.4.1.1
- (63) 平成12（ネ）第276号 不正競争行為差止等請求控訴事件（原審・東京地方裁判所平成9年（ワ）第2551号）

参考文献

- 牧野利秋編 「裁判実務体系9 工業所有権法」 青林書院 1985年
- 牧野利秋、飯村敏明、三村量一、末吉互、大野聖二編 知的財産法の理論と実務  
第3巻 「商標法・不正競争防止法」 新日本法規出版 2007年6月
- 紋谷暢男教授還暦記念刊行会 「紋谷暢男教授還暦記念知的財産権の現代的課題」  
社団法人発明協会 1998年
- 清水利亮 設楽隆一編 「現代裁判法体系26知的財産権」 新日本法規出版 1999  
年
- 入山実編集代表 「工業所有権の基本的課題」（下） 有斐閣 1972年
- 豊崎光衛・松尾和子・渋谷達樹 「不正競争防止法」 第一法規 1982年
- 小野昌延 「新注解不正競争防止法」 青林書院 2000年
- 経済産業省知的財産政策室 「逐条解説不正競争防止法」 有斐閣 2010年
- 工藤莞司 「不正競争防止法解説と裁判例」 発明協会 2008年
- 川添登 「デザインとは何か」 角川選書 1971年
- 阿部公正＝監修 「世界デザイン史」 美術出版社 2002年
- 満田重昭・松尾和子 「注解意匠法」 青林書院 2010年
- 寒河江孝允・峯唯夫・金井重彦編著 「意匠法コンメンタール第2版」 レクシス  
ネクシスジャパン 2012年