

技術的形態につき他に選択の余地があり 知的財産権の独占状態の影響が払拭されたことを 理由に不正競争防止法2条1項1号の 保護を認めた事例 [不規則充填物事件]¹

叶 鵬

一 はじめに

不正競争防止法2条1項1号は、「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…して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」を不正行為に該当すると規定している。裁判実務では、商品の形態も同号にいう商品等表示に該当し得ると解されている。

ところで、従来の裁判例では、商品の形態の同号による保護について、慎重な姿勢が示されている。例えば、商品の形態が技術的機能（効用）に由来することが争点となった裁判例も多く出てきた。また、商品に知的財産権が存在していた場合に、知的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ことを要求する判決があった。

本稿で紹介する知財高判平成30年2月28日平29(ネ)10068・10084号〔不規則充填物〕は、その2つの争点について判断を下し、商品の形態の不正競争防止法2条1項1号による保護を認めた判決である。

¹ 本件に対する評釈として、長谷川遼〔判批〕『商標・意匠・不正競争判例百選』162-163頁（第2版・2020年・有斐閣）。








二 事実

原告は、昭和39年から、「テラレット」（登録商標）という名称で不規則充填物を製造・販売している。原告商品はS-O型、L型、M型、S型、S-II型、LL型、L-II型の7種類の型式である。これらはそれぞれ実用新案権1、実用新案権2あるいは実用新案権3の一実施態様に当たるものであるが、実用新案権1～3はそれぞれ昭和54年、昭和57年、平成9年に存続期間が満了した。








被告は、平成24年12月から、被告商品である不規則充填物を販売している。平成26年8月頃、被告のホームページにおいて、「注目の製品！《MT-PAK》」と題し、被告商品の写真を掲載し、「あの充填物がマツイマシン製でMT-PAKとして登場！…実績も多数あります！不規則充填物のLCC時代を、マツイマシンが幕開けます。更新・新設の際には、是非、ご相談下さい。」と表示していた。同じ頃、被告商品は「MT-PAK」という名称でサイズに応じて「S-O、S、S-II、M、L、L-II、LL」と分けられており、それぞれ原告商品と同一の表示になっていたが、その後、上記各サイズに対応して、「MT-S0、MT-S、MT-SII、MT-M、MT-L、MT-LII、MT-LL」という表示に変更された。被告のこれらの製品は、原告商品の「S-O型、L型、M型、S型、S-II型、LL型、L-II型」とは、製造上の誤差を除き、それぞれの形状、寸法だけでなく、比表面積及び空間率といった技術的特性も同一であったと認められた²。

原告は、平成27年2月10日頃、被告に対し、被告商品の製造販売行為が、

² 原告「テラレット」

S-O型		実用新案権1 (S40/8/3-S54/6/23)	昭和39年6月 から販売
L型			昭和46年9月 から販売
M型		実用新案権2 (S45/7/8-S57/12/4)	昭和52年7月 から販売
S型			昭和56年7月 から販売
S-II型			昭和57年6月 から販売
LL型		実用新案権3 (S57/2/26-H9/2/26)	昭和58年1月 から販売
L-II型			平成7年9月 から販売

被告「MT-PAK」

同一		→ S-O	→ MT-S0
同一		→ L	→ MT-L
同一		→ M	→ MT-M
同一		→ S	→ MT-S
同一		→ S-II	→ MT-SII
同一		→ LL	→ MT-LL
同一		→ L-II	→ MT-LII

平成24年12月「MT-PAK」として販売開始

平成26年8月頃に「MT-PAK」という名称でサイズに応じて表示分け

その後、さらに表示変更

不正競争防止法2条1項1号の不正競争行為に該当するとして、被告商品の製造・販売の停止等を求める通知をした。これに対し、被告は、同月24日頃、原告に対し、被告商品の製造販売行為は、不正競争防止法2条1項1号の不正競争行為ではなく、製造・販売の停止等に応じることはできない旨の通知をした。その後、原告は、東京地裁に訴訟を提起し、不正競争防止法2条1項1号に基づき、被告に対し、差止め及び損害賠償(5,568万2,000円及びこれに対する遅延損害金)を請求した。

三 第一審判決(下線、太字は筆者による。)

第一審の東京地判平成29年6月28日平27(ワ)24688号は、原告商品の形態の「商品等表示該当性」を肯定し、差止請求及び損害賠償請求(2,537万4,095円及びこれに対する遅延損害金)を認容した。

判旨1：商品の形態の「商品等表示該当性」について

商品の形態自体が特定の出所を表示する二次の意味を有し、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、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(周知性)ことを要すると解するのが相当である。

…によれば、原告製品は、原告主張に係る原告製品の形態的特徴のうち、①中央リングと中央リングの周囲から外側に向かって放射状に延伸する多数の周辺リングからなり、これら周辺リングと中央リングとは略直交するように一体化されている形状について共通した特徴を有している点、②原告商品のうちL型、M型、S型については、上記①に加えて、周辺リングの外側を外周リングで圍繞する構成を付加した形状を有する点、③原告商品のうちS-II型、LL型、L-II型については、上記①及び②に加えて、隣接する周辺リング同士を連結部材で連結するとともに、周辺リングの一部には外環リングと直交する半径方向に縦棒を付加した構造を有する点がそれぞれ認められ、当該形態は、…他の充填物とは明らかに異なる特徴を有

していることからすれば、上記に掲げた点において、特別顕著性が認められる。

さらに、…によれば、原告製品はいずれも、日本国内において、①販売開始当初の頃から、その形状を撮影した写真等と共に、全国的に宣伝広告され、文献や業界誌にも多数掲載されていたことが認められ、②また、需要者である不規則充填物の購入者間において需要が高く、直接の販売あるいは代理店を通じて、相当多数が販売されてきたものと推認できる。したがって、周知性が認められる。

判旨 2：技術的機能に由来する形態であるが商品等表示にはなり得るか否かについて

商品の形態が不競法 2 条 1 項 1 号の「商品等表示」に該当する場合があるとしても、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、**特許権等の産業財産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時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になる。**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。

他方、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っても、**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用を奏する商品を販売することは可能であり、上記のような弊害は生じない。

そうすると、商品の形態が商品の技術的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は、「商

品等表示」に該当しないものと解されるものの、商品の形態が商品の技術的機能及び効用に由来するものであっても、他の形態を選択する余地がある場合は、当該商品の形態につき、…特別顕著性及び周知性が認められる限り、「商品等表示」に該当するものと解するのが相当である。

原告商品は、化学工場等の充填塔と呼ばれる装置の内部に充填され塔内でのガス吸収操作などを行うための部材であるところ、証拠(甲1、14)によれば、「充填塔の設計には物質移動、熱移動における考慮はもちろんのこと、圧力損失、基礎荷重のような機械的要因、ならびに、ガス・液相互接触に影響を及ぼす因子に対しても十分に検討する必要がある。なかでも充填物の選定は充填塔設計の最も重要な項目である」とされ、充填物の説明として「充填物を大きく分けると、面構造からなっている充填物と線構造からなっている充填物の2つに分けられる。代表するものが前者は、ラシヒリング、パールサドルなど、後者はテラレット、マクマホンパッキングなどである」とされている。また、充填物の持つべき特性として、①濡れ面積が大きく、装置内の単位容積当りの接触面積の大きいこと(容量係数)、②空間率の大きいこと(圧損失)、③充填物材質の密度が小さいこと(塔重量、支持枚)、④腐食性の小さいこと、⑤価格の低廉なことが挙げられており(乙8)、その特性に応じて材質を変えるほか、様々な形態が選択されているものと認められる(なお、甲102及び甲103によれば、原告商品以外の充填物においても、その材質や形態により、上記①から⑤に係る様々な特徴を有しているものと認められる。)

そして、上記のとおり、充填物の選定は充填塔設計の最も重要な項目であるとされているものの、充填塔に関する特許発明に係る公開特許公報及び特許公報においては、たとえば、…との記載がある(乙1の【0018】)など、原告商品の形態でなければ充填塔におけるガス吸収操作などの機能・効用を果たすことができないとの事実はうかがわれず、上記(1)カ(筆者注：昭和46年ころの時点で、昭和47年ころの時点で、平成11年1月時点で存在する充填物の種類が挙げられている)のとおり、充填物として多くの商品が、様々な形態で製造され、販売・使用されているものと認められる。そうすると、原告商品は上記①から⑤の特徴を満たすため、一定の空間率や表面積を備えるように設計されているという点で、原告商品の形態が原告商品の技術的な機能及び効用に由来するものであるといえるものの、充

填塔におけるガス吸収操作などの機能・効用を果たすという点では、他の形態を選択する余地が十分にあるから、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っても他の形態を選択する余地がある場合に該当するというべきである。

判旨3：知的財産権による独占状態が周知性に与える影響が払拭され、不正競争防止法の適用を認めることができるか否かについて

特許権や実用新案権等の知的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、知的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く、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知的財産権に基づく独占により生じた場合でも、知的財産権の存続期間が経過した後相当期間が経過して、第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があったと評価し得る場合など、知的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、なお原告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場合であれば、何ら上記特許法等の目的に反することにはならないから、不正競争防止法2条1項1号の適用があるものと解するのが相当である。

原告商品のうちS-O型については昭和54年6月23日に実用新案権1の存続期間が満了した。そして、被告商品の販売を開始した平成24年12月までには、約30年と相当長期間が経過しているから、第三者が同種競合商品をもって市場に参入する機会は十分にあったと評価し得るものであり、実用新案権1を有していたことに基づく独占状態の影響が払拭されていたものというべきである。また、…によれば、実用新案権1の存続期間が満了した昭和54年6月23日以降も、原告は、S-O型について、広告・宣伝を継続し、文献や業界誌にも多数掲載されていた事実が認められること、…によれば、上記昭和54年6月23日以降も、継続的・独占的に大量に製造・販売を続けていたといえることからすると、S-O型につき、昭和54年6月

23日まで実用新案権1が存続していたとしても、その後、実用新案権1を有していたことに基づく独占状態の影響がなくなった後の原告の営業努力によって、原告商品のうちS-O型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あるものと認められる。(筆者注：原告商品のうちL型、M型、S型、S-II型、LL型、L-II型については同旨。判決文の引用を省略する。)

四 控訴審判決

被告は原判決を不服として控訴した。原告が附帯控訴し、原審で求めていた損害賠償(5,568万2,000円及びこれに対する遅延損害金)を減縮する(3,011万2,539円(うち、侵害者利益2,681万2,539円、弁護士費用330万)及びこれに対する遅延損害金)とともに、損害賠償872万6,225円及びこれに対する遅延損害金の請求を追加した。

知財高裁は、原告商品の形態の「商品等表示該当性」を肯定した原審の判示を補正して引用したうえ、被告の主張に応じる形で以下のように補足し、結論として、差止請求及び損害賠償請求(3,784万1,791円(うち、侵害者利益2,581万5,566円(侵害者側の限界利益がマイナスである2つの取引について、第一審はマイナスのまま合算したが、控訴審は0円で計算³⁾、

³ 裁判所の説示を引用すると、以下のようになる。

「No 37の取引は、不競法2条1項1号の不正競争行為に当たるものであるから、違法な行為である。控訴人がそのような違法な行為を行って損失を被ったとしても、それは、控訴人が行うことが許されない行為を行って損失を被ったにすぎず、他の取引と一連一体のものとするべき特段の事情があれば格別、そのような事情がない限り、その損失額を他の取引と通算して損害額を算定することはできないというべきである。しかるころ、No 37の取引態様は、控訴人に対し顧客からの見積依頼があると、控訴人は、製造委託先であるA社に見積依頼を行い、A社から取得した見積りを踏まえて、顧客に対し見積りを行って、商談が成立すると、顧客から控訴人への発注、控訴人からA社への発注に至るというものであり、控訴人は、被告商品の在庫を持たないというものである(乙9、51、弁論の全趣旨)から、このような取引態様からすると、No 37の取引は、その余のNo 1～36、38～40の取引と一連一体のものとするべきものではなく、他に一連一体のものとするべき事情も認められな

追加請求した侵害者利益872万6,225円、弁護士費用330万)及びこれに対する遅延損害金)を認容した。

い。そうすると、No 37の取引(譲渡)は、販売価格を超える仕入価格等の費用を要したものであるから、その限界利益は、0円と認めるのが相当である。」

従来裁判例には、侵害者利益を算定するに際し、赤字分を控除する旨を判示したものと、大阪地判平成16年9月13日平15(ワ)8501号の2〔ヌープラ〕がある。「不正競争を行った者が侵害組成物を任意に廃棄した場合、又は差止め…廃棄請求が執行されて侵害組成物が廃棄された場合、同法5条2項所定の利益を算出するに当たり、廃棄された侵害組成物は、算定の対象に含まれず、その購入経費も、同利益の算出のために売上から経費として差し引かれることはない。これに対し、廉価販売の場合に、それによる赤字分を、同法5条2項に基づく利益の算出に当たり計算に入れるとすると、その購入経費を経費として差し引くこととなり、廉価販売の対象物を廃棄した場合に比べて、不正競争を行った者が実際に得る売上は多くなるにもかかわらず、算出される利益の額は減少することとなる。侵害組成物は、本来廃棄の対象となるべきものであることに鑑みると、廉価販売の場合に、それによる赤字分を計算に入れて、廃棄した場合より同法5条2項所定の利益額が減少することは、相当でないというべきである。」また、高額返品の場合は、同旨により、評価額を販売価格と同額とすべきであるとされている。

もっとも、前掲大阪地判〔ヌープラ〕において、廉価販売、高額返品は、訴状が被告に送達された後に行われたものが少なくないという事情が認められており、廉価販売が廃棄を免れるために行われ、高額返品が被告の受けた利益を減少させるために行われた可能性も考えられる点で、本件と事案が異なる。このように、本件はより一般的な場面で、侵害者において、形式的に複数回の取引が行われた場合、一連一体のものにみなされる特段の事情がある場合、その中では合算して、赤字の取引があればその赤字分を控除して限界利益を計算することを認めるが(賠償額が低くなる)、他方で、一連一体のものとは評価し得ない場合には、取引ごとに限界利益を計算し、そこで赤字があっても、一連一体とは評価しない取引の利益額からその分を控除しない(その分、賠償額は高くなる。判文はこの理を「限界利益が0円である」と表現している。)というように、控訴審の射程を理解してもよからう。そうなると、「一連一体の取引」をどのように判断するかということがポイントとなる。この点について、被告商品の在庫を持たないまま、被告と顧客及び製造委託先との間で見積りを経て商談が成立し、発注に至る取引態様(No 37)が他の取引と「一連一体のもの」ではないとされ、No 39のトラブル分の購入であるNo 40の取引はNo 39と一連一体の取引とされる。しかし、その判断基準は不明のままである。

判旨2：商品の技術的機能に由来する形態が商品等表示にはなり得るか否かについて

控訴人の「『商品の形態が商品の技術的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』にいう『商品の技術的機能及び効用』は、不規則充填物一般の技術的機能及び効用ではなく、原告商品と同一の技術的機能及び効用を意味するものであり、省スペースで高効率かつ高処理量を達成するには原告商品の形態をとらざるを得ず、他の形態の不規則充填物では代替できないのであるから、不規則充填物として他の形態が存在することをもって、原告商品の商品等表示性を肯定するのは誤りである」という補充主張について、

控訴人主張のように、「商品の形態が商品の技術的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」にいう「商品の技術的機能及び効用」を、原告商品のような個別具体的な商品の厳密な意味での技術的機能及び効用を意味するものとまで解すべき理由はない。

不規則充填物として、多くの商品が様々な形態で製造され、販売・使用されていること、原告商品においても、七つの型式で、表面積（平方メートル／立方メートル）や空間率（％）は異なるところ、いずれも相応の販売数量が認められることは、前記1のとおり補正して引用する原判決の認定するとおりであるし、証拠（甲125）によると、不規則充填物の購入に当たり、原告商品と他の形態の不規則充填物とを比較の対象とするなど、たとえ原告商品と他の形態の不規則充填物とが全く同一の表面積（平方メートル／立方メートル）や空間率（％）を有するものではないとしても、それらの間に代替性を認めている取引の実情も認められる。そうすると、原告商品の有する不規則充填物としての技術的機能及び効用は、原告商品の形態をとらざるを得ず、他の形態の不規則充填物では代替できないということもできない。

判旨3：知的財産権による独占状態が周知性に与える影響が払拭され、不正競争防止法の適用を認めることができるか否かについて

控訴人の「仮に第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があったとしても、現実に参加者との間で競争が生じない限り、知的財産権に

よる独占状態の影響が払拭されたと評価することはできない」という補充主張について、

知的財産権の存在による独占状態は、知的財産権の存続期間が経過することにより解消し、知的財産権の存続期間中の独占状態に基づき生じた周知性も、存続期間満了後の期間の経過に伴って漸減し、存続期間満了後相当期間が経過した後は、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響は払拭されたものと評価することができる。

そして、被告商品の販売を開始した平成24年12月までの間に、原告商品のうちS-O型については、実用新案権1の存続期間が満了した昭和54年6月23日から約30年間、原告商品のうちL型、M型、S型については、実用新案権2の存続期間が満了した昭和57年12月4日から約30年間、原告商品のうちS-II型、LL型、L-II型については、実用新案権3の存続期間が満了した平成9年2月26日から約15年間が経過しており、第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会が十分にあったと評価し得ることは、前記1のとおり補正して引用する原判決の判示するとおりである。

控訴人の「被控訴人による原告商品の宣伝広告が実用新案権の存続期間満了の前後を通じて基本的に変化がない」という指摘について、

商品の形態の商品等表示性の要件である周知性を基礎付ける宣伝広告が、知的財産権の存続期間満了の前後を通じて同様のものではなかったからといって、そのことが周知性を否定する根拠となるものではない。

そして、原告商品について、実用新案権の存続期間満了後における広告・宣伝や、継続的・独占的な大量の製造・販売により、遅くとも平成24年までには原告商品の形状が出所を表示するものとして周知又は著名であるとの事情が認められることは、前記1のとおり補正して引用する原判決の判示するとおりである。

五 検討（判旨1～3の結論に賛成、判旨3の論理の構成に疑問）

1 判旨1～2について

1.1 本判決の特色

本判決は、工業所有権との調整ばかりでなく、出所表示機能の保護を超

えた事業者間の公正な競争の制約を回避するという理由付けも加味し、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対する保護を否定する旨の抽象論を展開しているものである。具体的な当てはめにおいて、特に控訴審判決は、「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」というときの「商品」を需要者にとって代替可能性のある範囲で画定すべき旨を説いている。かかる抽象論が採用されながら、需要者にとっての選択範囲を画定し、商品の形態の代替性を判断する手法を採用した点で、例外的な裁判例といえる。

1.2 商品等表示該当性について（判旨1）

本件において争点となった不規則充填物は、化学工場等の充填塔の内部に充填され、塔内でのガス吸収操作などを行うための部材である⁴。

不正競争防止法2条1項1号は、商品等表示の具体例として容器、包装を挙げているが、裁判例では商品の形態も同号にいう商品等表示に該当し得ると解されている。

従来裁判例は、商品の形態が特定の出所を表示することの有無、いわゆる商品の形態の商品等表示性を判断し、静的な商品の形態に関する要件（例えば他の同種の商品と比較して独特の特徴を有するか否か。）及び、経時的な出所機能の獲得に関する要件（例えば長期間排他的使用されたり、短期間でも強力に宣伝されたりすることがあるか否か。）という2つの要件（東京地判平成17年2月15日判時1891号147頁〔マンホール用ステップ事件・第一審〕により、その2つの要件にそれぞれ「特別顕著性」及び「周知性」という名称が付けられ、流行りつつある。）を吟味するのがほとんど

⁴ 「(充填塔は、)気体-液体、液体-気体の間で物質移動、熱移動を行わせる装置で、空塔内に種々の充填物を詰めた塔である。充填物としては古くは岩石片、コークスが用いられたが、磁製、金属製、プラスチック製のラシヒリング、ベルルサドル、ポールリングなど種々の形状、大きさのものが市販されている。充填方式としては、径の小さい充填物では不規則充填、径の大きいものでは規則充填が行われている。…」(秋庭隆編『日本大百科全書11』564頁(第2版・1995年・小学館))。

である⁵。

本件の不規則充填物は、他の充填物と比べて明らかに異なる特徴を有していることを斟酌して、本件判決は、原告商品の特別顕著性を認めた。さらに、原告製品はいずれも、販売開始当初の頃から、その形状を撮影した写真等と共に、全国的に宣伝広告され、出版物に掲載され、また、長時間にわたって相当多数が販売されてきたものと推認できることを斟酌して、本件判決は、原告商品の周知性を認めた。その判断過程は、正当といえよう。

1.3 「技術的機能に由来する形態」について（判旨2）

商品の形態は不正競争防止法2条1項1号にいう商品等表示に該当し得ると解されているが、技術的機能に由来する形態をそもそも保護すべきか、保護するとしてもいかなる要件をもって保護するのかということを含めて、かねてから議論がある。とりわけ、技術を守備範囲とする特許権や実用新案権の制度との調整を図るべきであるのか、それとも不正競争防止法独自の問題として処理すべきか、という根本的なところでアプローチが対立している。この点に関する裁判例の傾向には変遷があり、3つの時期に分けることができる。

1.3.1 従来の裁判例の変遷

1.3.1.1 技術的形態除外説の勃興期

当初、有力となったのは、工業所有権との調整を図ることを目的とする技術的形態除外説だった。先駆けとなったのは、東京地判昭和41年11月22

⁵ もっとも、静的形態要件と経時的出所機能の獲得という二要件のうちのどちらか一方だけで出所表示機能を評価することができることを読み取れないわけではない判決がある。例えば、旧法下の判決ではあるが、東京地判昭和41年11月22日判時476号45頁〔組立式押入たんすセット・第一審〕において、「ある形態が永年継続して排他的にある商品に使用され、または短期間でも強力に宣伝され、あるいはその形態が極めて特殊独自のものであるためその形態自体が出所表示の機能を備えるに至った場合には、これを商品表示のなかに含ませて差支えない」旨の抽象論が展開された。同旨のものを説いたものとして、東京地判昭和61年1月24日判時1179号111頁〔伝票会計用伝票〈ミロク式票簿〉〕がある。

日判時476号45頁〔組立式押入たんすセット・第一審〕である。この事件において裁判所は、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（実用新案）権が付与され、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、技術的機能に由来する商品の形態を商品表示として不正競争防止法の保護を与えることは、この技術の特許（実用新案）権以上の権利として、永久に特定の人に独占を許すという不合理な結果を招来する旨を説いた⁶ ⁷。具体的には、大きさがほぼ一定の規格を備えている和風家屋の押入に、洋服だんすを取り付ける部品をあらかじめ取りそろえてセットにして商品化した原告製品は、容易に組み立てられるように配慮し、同時に輸送用の包装の便宜を考えて部品化を図った結果であり、商品本来の技術的な機能から必然的に由来した結果にほかならないと判示し、商品表示該当性を否定している。

同旨のものとして、東京地判昭和52年12月23日無体集9巻2号769頁〔伝票会計用伝票・第一審〕がある。

1.3.1.2 調整不要説の登場と混迷期（形態除外アプローチの失脚期）

ところが、前掲東京地判〔伝票会計用伝票・第一審〕の控訴審である東京高判昭和58年11月15日無体集15巻3号720頁〔伝票会計用伝票・控訴審〕は、工業所有権調整説に異を唱えた。不正競争防止法上、商品表示としての保護と工業所有権に基づく保護との競合を排除する規定がなく、両者の保護法益（特許（実用新案）権は技術的思想の創作そのものである一方、不正競争防止法は、動的な営業活動における企業の信頼性ないし商品の

⁶ 「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。ただし、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、実用新案権が付与され、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。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。」

⁷ 古関敏正〔判解〕別冊ジュリスト14号193頁（1967年）。

需要吸引力である。)保護の要件も異なり、さらに商品表示として保護するには競争の激烈な営業活動における絶えざる企業努力を証明する事実を必要としているから、技術的思想に関する永久権の設定とはいえ、特許(実用新案)権に存続期間を設けた法意に悖るところはない、というのである⁸。

この調整不要説が登場したことにより、技術的形態除外説は、少なくとも抽象論としては、これを正面から肯定する判決は、一時期、姿を消すことになる⁹。ただ、だからといって、この時期に、機能に関わる商品の形態

⁸ 「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つても変わらない。けだし、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、動態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烈な流通過程における、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。」

⁹ もっとも、この時期としては例外的に、実用新案と構成を異にするので不正競争防止法の保護を与えても永久権の設定とはいえ、本件各商品の形態が技術的機能に由来する必然的な形態といえないということを理由に、商品等表示該当性を否定しなかった判決として、大阪地判昭和60年3月20日無体集17巻1号78頁[梯形筒状体コードプロテクター]がある(床面に取り付けられるコードプロテクターの梯形断面(=単一選択要素)が問題とされた事件であり、同じコードプロテクターといえ

の不正競争防止法による保護が完全に自由化されたとまではいいきれないところがある。それは、少なくない数の裁判例において、技術的形態除外説を正面から採用しないことを埋め合わせるかのように、機能に関わる商品等表示特有の高いハードルを設けられるようになったからである。

その一例として、出所識別表示としての周知性を獲得しているか否かの判断において、需要者が商品の機能の評価を離れて、形態自体から出所を識別し得るようになる必要があるとの論理の下、具体的な当てはめのところで、結果的に、周知の商品等表示該当性を否定する裁判例がある。例えば、そもそも調整不要説を提唱した前掲東京高判〔伝票会計用伝票・控訴審〕自身、商品の使用目的ないし機能の評価と切り離して、なおかつ需要者の選択に端的に訴える、表示としての素朴な統一的把握を可能とする吸引力を具備すべきであると述べ、原告伝票の最終需要者向けの商品は数十種別があり、具体的な形態も極めて多く、使用目的ないし機能の評価を離れて、商品表示として端的に商品選択に訴える素朴な統一的把握を可能とするようなものでないとしている。結論として商品の販売方法も技術的説明を含み、需要者側も技術的に検討していることを踏まえて、原告伝票の形態が商品表示としての吸引力を具備していたもの、周知性を有していたものではないと判示した。ほぼ同旨のものとして、福岡地判昭和60年3月15日判時1154号133頁〔第二次会計用伝票事件〕がある¹⁰。また、技術的形態除外説の明言を避け、技術的機能を有する形態が周知商品表示になり得ると認めつつ、ただ需要者が一見して出所を理解することができる程度の識別力を備えた独自の意匠の特徴を有すべきことを要する旨を述べ、かる

る商品として、カマボコ、半円、長方形という断面形状を持つものが存在し、本件各商品の形態が技術的機能に由来する必然的な形態ということができないと判示した。)。明言していないが、技術的形態除外説に親和的な説示といえよう。

¹⁰ もっとも、この時期の裁判例でも、出所識別表示としての周知性の獲得のハードルを特に高度化しないものもある。例えば、前掲東京地判〔伝票会計用伝票(ミロク式票簿)〕において、前掲東京高判〔伝票会計用伝票・控訴審〕を意識したのであろう、原告伝票の全体的形態に特色があり、伝票として性質上各種のものが併存していることは当然のことであるとしたうえで、原告商品が消耗品であるので、その形態の示す出所に着目してこれを購入し使用継続しているとの側面があるとして、周知性を肯定し、保護を認めた。

うじて技術的機能に由来する必然的な形態を除外する裁判例（例えば東京地判平成5年12月22日平4(ワ)15115号〔折りたたみコンテナ事件Ⅰ〕、東京地判平成5年12月22日平3(ワ)16402号〔折りたたみコンテナ事件Ⅱ〕）も、同類に位置付けることが許されよう。

他方、機能的な商品形態について技術的形態除外説のように定型的に保護を否定するわけではないが、その競争への影響を踏まえつつ（この点では、後述する競争上似ざるを得ない表示除外説を採用する裁判例の先駆けといえる。）、それを理由に当該形態を商品等表示の保護から定型的に除外するのではなく、相手方が混同のおそれを解消する適切な措置がなされていない限りにおいて保護を肯定するというアプローチをとる裁判例も存在する。それが、東京高判平成6年3月23日知財集26巻1号254頁〔コイルマット・控訴審〕であり、特定の製造プロセス及び特定の機能的効果と必然的に結び付いたコイルマットの形態¹¹につき、これを商品表示として保護することは第三者の営業行為をすべて禁圧することにつながり、法の目的とする出所混同の排除を超え、商品の独占を招来し、自由競争のもたらす公衆の利益を阻害するおそれが大きい旨を指摘しながらも、「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」には保護が否定される旨を説いた¹²。具体的な結

¹¹ 原告のコイルマットの形態によって、他のマットと同じような泥砂防止機能を有するが、さらに水捌けをよくするなど具体的な優れた機能的効果が果たされ、かつその形態が特定の製造プロセスによる必然的な形状であるという事情に鑑みて、その形態はマットの種類を示す特徴であると認められた。

¹² 当該説示の前後を含めて引用すると、以下ようになる。

「本件商品形態を不正競争防止法一条一項一号の『他人ノ商品タルコトヲ示ス表示』として保護する場合には、この種マットを泥砂防止用に用いるため製造販売等する第三者の営業行為をすべて禁圧することにつながり、同法条が本来的な商品表示として定める『他人ノ氏名、商号、商標、商品の容器包装』のように、商品そのものではない別の媒体に出所識別機能を委ねる場合とは異なり、同法条が目的とする出所の混同を排除することを超えて、商品そのものの独占的、排他的支配を招来し、自由競争のもたらす公衆の利益を阻害するおそれが大きいといわなければならない

論としても、当該事件では、出所の混同を避ける十分な手段が施されていることを理由に、不正競争防止法に基づく請求を棄却している。

これらの裁判例の努力のうち、一番目の出所識別表示としての周知性の獲得のハードルを高めるアプローチをとる裁判例は、その後、形態除外アプローチが再度、隆盛を迎えたことに伴い（後述）、その数を減らしている¹³。また、二番目の混同解消アプローチを採用する裁判例は後に続くものがない。

1.3.1.3 2つの形態除外説の共存期（形態除外アプローチの定着期）

イ 競争上似ざるを得ない表示除外説¹⁴の登場

このような前掲東京高判〔伝票会計用伝票・控訴審〕が調整不要説をとったことに起因する混迷と評してもよいような状況を打開する契機を与えたのが、競争上似ざるを得ない表示除外説である。嚆矢となった裁判例は、東京地判平成6年9月21日知財集26巻3号1095頁〔折りたたみコンテナⅢ〕である。

同判決は、不正競争防止法2条1項1号の趣旨は商品表示に化体された信用にフリー・ライドする行為を防止するところであり、同一商品につい

ない。

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、競争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滅殺して、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。」

¹³ 例えば、工業所有権との調整の要否に明確に触れていないが、大阪地判平成24年11月8日平23(ワ)5742号〔巻き爪矯正具〕。

¹⁴ 名称として、「競争上似ざるを得ない形態除外説」と「競争上似ざるを得ない表示除外説」と2つあるが、同説に立脚する場合、例えば色彩についても保護が否定される可能性がある（田村善之『不正競争法概説』129頁（第2版・2003年・有斐閣））ことに鑑みて、本稿では「競争上似ざるを得ない表示除外説」を使用する。

て営業者間に競争が行われることを前提としているところ、商品形態がその商品の実質的な機能と関係しているため、商品形態を変更することで、同一機能の商品を販売等することが不可能な場合にまで商品等表示としての保護を与えるときは、同一商品の販売等を差止請求権者に独占利用させることとなり、業者間の競争それ自体を制約してしまう結果を生ずるので、商品の実質的な機能を達成するための構成に由来する形態は、商品表示には該当しないものと解すべきである、とする（その際、他の形態を採用することによって類似機能の同種商品を製造することが可能であっても、使い勝手、当該商品との互換性等を考慮すれば同一商品ではない旨、付言もしている。）¹⁵。

¹⁵「旧法一条一項一号及び新法二条一項一号中商品表示にかかる部分が、周知の他人の商品表示と同一又は類似の商品表示を使用して他人の商品と混同を生じさせる行為を差止請求の対象としているのは、そのような商品表示に化体された他人の営業上の信用を、自己のものと顧客に誤認、混同させて顧客を獲得する行為を不正競争行為として防止する趣旨であり、その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な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。

旧法一条一項一号に列挙された、氏名、商号、商標、商品の容器包装という商品表示の具体例は、いずれも商品本体が本来有している形態、構成とは直接関係のないものであるから、旧法一条一項一号に該当しても、当該商品にその商品表示を使用すること、その商品表示を付した当該商品を販売すること等は差し止められるが、その商品表示の付されていない当該商品を販売等することは制約を受けない。したがって、旧法一条一項一号は、同一商品について営業者間に競争が行われることを前提に、競争のあり方として同号所定のような商品表示の使用を違法としているものと解するのが相当である。

これに対し、商品本体が本来有している形態それ自体が商品表示と認められ、旧法一条一項一号に該当する場合には、その商品表示を使用することを差し止め、あるいは、その商品表示を付した当該商品の販売等を差し止めるということは、当該商品の販売等そのものを差し止めることになる。この場合、その商品形態がその商品の実質的な機能と関係がなければ、商品形態を変更することによって、同一機能の商品を販売等することが可能となるが、その商品形態が商品の実質的な機能を達成するための構成に由来するときは、その形態、構成による同一機能の商品の販売等が禁圧される。もとより、他の形態、構成を採用することによって類似機能の同

この判決以降、競争上似ざるを得ない表示除外説を採用する判決が次第に増え、一時期は裁判例の趨勢を形成するかのようにも思われた。例えば、同旨の抽象論を説くものとして、東京地判平成13年3月27日判時1750号135頁〔システム什器〕、東京高判平成13年12月19日判時1781号142頁〔ルービックキューブ・控訴審〕、神戸地判平成18年8月4日判時1960号125頁〔ダニ捕獲器〕、大阪地判平成23年10月3日判タ1380号212頁〔水切りざる〕、東京地判平成28年2月5日判時2320号117頁〔エジソンのお箸・第一審〕などがある。

ロ 技術的形態除外説の復活

既述したように、前掲東京高判〔伝票会計用伝票・控訴審〕の調整不要説の登場以来、正面から技術的形態除外説を肯定する裁判例はいったん姿を消していたが、競争上似ざるを得ない表示除外説の影響が広がりつつあ

種商品を製造することが可能な場合があるであろうが、その場合でも、使い勝手、当該商品との互換性等を考慮すれば同一商品ではない。

したがって、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、旧法一条一項一号に該当するとして、その使用の差止め、当該商品の販売等そのものを差し止める場合は、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止まらず、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結果を生ずる。

右のとおり、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旧法一条一項一号の商品表示と認めて、同号を適用することは、実際には旧法一条一項一号が本来予定した保護を上回る保護を差止請求権者に与える反面、相手方には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同号が本来予定したものと全く異なる結果を生ずることを考えると、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、旧法一条一項一号の商品表示には該当しないものと解するのが相当である。

勿論、右のような商品形態を模倣する行為が社会的意味での不正競争行為に該当するとの考えもあり得るところであるが、これに対する不正競争防止法による法的保護が必要であるとすれば、例えば新法二条一項三号のような別類型の不正競争行為として、他の知的財産制度との関係も考慮しつつ、保護の目的に適応した要件を定めた立法によるべきである。」

中、技術的形態除外説を唱える裁判例が再び増え始めた（もつとも、その理由付けに競争上似ざるを得ない表示除外説を見て取ることができる。）。嚆矢となったのは、東京地判平成12年10月31日平9（ワ）12191号〔ルービックキューブ・第一審〕である。ただし、その控訴審である前掲東京高判〔ルービックキューブ・控訴審〕は、抽象論としては原審と異なり、競争上似ざるを得ない表示除外説を採用している。以降、裁判例においては、両説が拮抗する状況がしばらく続くことになる。

この事件の子細を紹介すると、原審では、商品の形態が当該商品の機能ないし効果と必然的に結び付いており、それを達成するために他の形態を採用できない場合にまで不正競争防止法上の保護を与える場合には、同法が目的とする出所の混同の防止を超えて、存続期間の経過後万人が自由に利用できるはずの技術思想そのものについて特許法等の保護を超えた独占を認めることとなり、技術自由によりもたらされる産業の発展や商品の自由な流通を阻害する結果となる旨が述べられている。このうち、除外される形態が「これを達成するために他の形態を採用できない場合」に限られており、しかも「不正競争防止法が目的とする出所の混同の防止を超える」ことが根拠とされている点が、伝統的な技術的形態除外説と異なっており、ここに競争上似ざるを得ない表示除外説の影響を看取することができよう。

これに対して、控訴審において、控訴人は前掲東京高判〔伝票会計用伝票・控訴審〕の調整不要説を援用したが、控訴審判決は、原審の工業所有権調整説、控訴人の調整不要説のどちらにも与することなく、競争上似ざるを得ない表示除外説を採用した。いわく、不正競争防止法2条1項1号の趣旨は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出所の混同の防止を図るものと解され、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免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となってしまい、同号の趣旨に反するものといわざるを得ない、というのである。不可避免的に採用せざるを得ないか否かの判断において、一般需要者にとって代替可能な商品として市場において原告商品とは競合し得ない商品は同種の商品ではない、という手法をとる旨、明

言しているところも特徴的である。

この時期、技術的形態除外説を採用した裁判例として、名古屋高判平成13年11月30日平12(ネ)801号〔跳ね上げ式アームレスト〕、東京地判平成14年12月19日判時1823号135頁〔PCフレーム・第一審〕、東京地判平成18年9月28日判時1954号137頁〔スパイラルヘッド耳かき〕がある。

ハ 技術的形態除外説の隆盛

その後、技術的形態除外説に分類し得る抽象論をとりつつ、工業所有権との調整ばかりでなく、出所表示機能の保護を超えた事業者間の公正な競争の制約を回避するという理由付けも加味し、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を除外する旨の抽象論を展開する裁判例（前掲東京地判〔マンホール用ステップ事件・第一審〕¹⁶）が登場した。

それによれば、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他の形態を選択する余地のない不可避な構成に由来するときは、特許権等によることなく、永久にその形態によって実現されるのと同じ機能及び効用を奏する同種の商品の販売が禁じられ、第三者の市場への参入を阻害し、これを特定の事業者に独占させることになる。その結果、出所表示機能を保護するにとどまらず、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を許さず、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となる。したがって、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であっても、他の形態を選択する余地がある中から客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有する形態を採用し、その商品の形態自体が特定の出所を表示する二次的意味を有するに至る場合には、商品の技術的な機能及び効用に由来するとの一事をもって不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当しないということではできない、というのである¹⁷。

¹⁶ 前述したように、商品形態の商品等表示該当性に関し、「特別顕著性」及び「周知性」という名称の下で2要件を論じた初めての裁判例でもある。

¹⁷ 「不正競争防止法2条1項1号の趣旨は、商品の形態自体やそれによって達成される商品の機能を当該事業者に独占させることを目的とするものではないものの、

以降、この抽象論を採用する裁判例が次第に増え、現時点では裁判例の主流となりつつある。例えば、知財高判平成28年7月27日判時2320号113頁〔エジソンのお箸・控訴審〕、前掲知財高判〔不規則充填物〕〔本件〕のほか、東京地判平成30年12月26日平30(ワ)13381号〔携帯用ディスクポータブル低圧持続吸引器〕などがある。

商品の形態自体が上記『商品等表示』に該当し、当該商品の販売行為が同号に該当すると、その場合には、当該形態を有する商品の販売そのものが禁止されることになる。このような場合であっても、その商品の形態が商品の技術的な機能及び効用と関係がないか、又は商品の技術的な機能及び効用に由来はするが他の形態を選択する余地があるときには、商品の形態を変更することにより、同一の機能及び効用を奏する商品を販売することが可能となる。これに対し、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他の形態を選択する余地のない不可避な構成に由来するときは、結果的に、特許権等工業所有権制度によることなく、永久にその形態によって実現されるのと同一の機能及び効用を奏する同種の商品の販売が禁じられ、第三者の市場への参入を阻害し、これを特定の事業者に独占させることになる。このような形態が商品等表示に該当すると、結果的に、周知な商品等表示の有する出所表示機能を保護するというにとどまらず、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を許さず、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となる。

したがって、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であっても、他の形態を選択する余地がある中から客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有する形態を採用し、その商品の形態自体が特定の出所を表示する二次的意味を有するに至る場合には、商品の技術的な機能及び効用に由来することの一事をもって不正競争防止法2条1項1号にいう『商品等表示』に該当しないということとはできない。もっとも、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には、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いることは稀であり、同種商品の中でありふれた形態であることが多いと思われ、このような場合には、結局、前記〔1〕の要件(筆者注：特別顕著性要件)を欠き商品の形態自体が特定の出所を表示する二次的意味を有するには至らず、『商品等表示』に該当しないことに帰する。これに対し、当該形態が商品の技術的な機能及び効用を実現するため他の形態を選択する余地のない不可避な構成に由来する場合には、これを工業所有権制度によることなく永久に特定の事業者に独占させることは相当ではないから、上記『商品等表示』として保護することはできないと解するのが相当である。」

本件に対する評釈として、谷有恒〔判批〕『商標・意匠・不正競争判例百選』158-159頁(第2版・2020年・有斐閣)を参照。

なお、この時期、具体的な抽象論を展開することなく、機能（効用）に関連する形態が商品等表示から除外されることを前提に、その該当性を判断する裁判例も少なくない（例えば、東京地判平成22年11月18日平21(ワ)1193号〔TRIPP TRAPP I〕、大阪地判平成25年10月31日平25(ワ)2464号〔練習用箸〕など）。理由付けはともかく、形態除外アプローチが裁判例に定着したと見てよい状況にある。

1.3.2 事案との関係で見る裁判例の分類

以上のように、商品形態の商品等表示該当性を特に否定すべき場合があることを認めるのが裁判実務の趨勢となって久しいわけであるが、それがいかなる根拠に基づくのかということに関しては、これまでの裁判例では複数のアプローチが示されており、その中でいずれが優勢であるのかということに関しては時期的な変遷がある。もっとも、根拠に関する抽象論はともかく、具体的にどのような形態が商品等表示から除外されるのかということに関する当てはめにまで目を向ける場合には、抽象論における相違が具体的な当てはめの相違に反映されていると評し得る事例は慮外に少ない。それどころか、そもそも具体的な判断基準を何ら示し得ていない裁判例が大半を占めている。以下、敷衍する。

1.3.2.1 判断基準が必ずしも明確ではないもの

最初に具体的な判断基準を示し得ていない裁判例を紹介する。大半の判決がこのカテゴリーに分類されるが、ここでは先に示した根拠論ごとにそれぞれ典型例を取り上げてみよう。

まず、技術的形態除外説に与する裁判例からは、前掲東京地判〔ルービックキューブ・第一審〕を取り上げてみよう。判文中、商品等表示から除外すべき形態に関する具体的な当てはめの部分は以下のとおりである。



「前述のとおり、商品の機能ないし効果に必然的に由来する形態は不正競争防止法二条一項一号所定の『商品等表示』に該当しないと解されるどころ、原告商品の基本的構成態様、すなわち『六面体であってその各面が

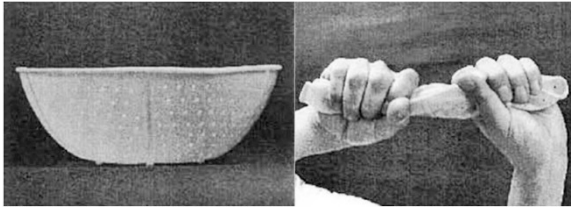
九つのブロックに区分され、各面ごとに他の面と区別可能な外観を呈している』という商品形態は、六面体の各面を九つのブロックに区分し、各ブロックを適宜回転させて各面の配色をいったん崩した後再び各面を同一色でそろえるなどして遊ぶパズル玩具であるという原告商品の有する機能ないし効果と必然的に結びついていると認められるから（現に、六面体であり、各面が九つのブロックに区分された外観を有する回転式立体組合せ玩具について特許出願（特開昭五三一四六八三三号）がされている（乙三）ほか、他の様々な形態の回転式組合せ立体玩具についても、我が国及び欧米各国において特許出願がされている（乙一、二、四～一一）ことが認められる。）、右基本的構成態様は不正競争防止法による保護の対象となるものではない。したがって、原告商品の形態のうち、その機能ないし効果に必然的に結びついたと評価される右基本的構成態様については、不正競争防止法二条一項一号所定の『商品等表示』として認められる範囲から除かれると解するのが相当である。」

「原告は、原告商品の形態のうち、右基本的構成態様についても、原告の商品等表示として周知であり、原告商品の色彩、形状の大きさ等と同様に、技術的機能に由来するものではないと主張し、その主張の根拠として、回転式立体組合せ玩具の中でも、六面体以外の形状を有する玩具や、六面体の形状を有するがその各面が九つ以外の数のブロックに区分されている玩具が存するとして、この点に関する証拠（甲一一の3～5、乙二、四～七、一四）を提出する。しかし、原告の主張する右六面体以外の形状を有する玩具及び六面体の形状を有するがその各面が九つ以外の数のブロックに区分されている玩具は、いずれも、回転式立体組合せ玩具という同一の範疇に属するとはいえ、原告商品とは別個の構造の玩具というべきであり、そうした別個の種類の商品が存在することをもって、原告商品の右基本的構成態様が原告商品の機能ないし効果と必然的に結びついているという認定を妨げることはできない。」

この判決は、原告商品の形態の外観を有する回転式立体組合せ玩具について特許出願がされていることを踏まえて、パズル玩具である原告商品の有する機能ないし効果と必然的に結び付いていると評価したうえで、原告が主張した他の形態の玩具はいずれも「回転式立体組合せ玩具という同一

の範疇」に属するとはいえ、原告商品とは別個の構造の玩具というべきであるゆえに、そうした別個の商品が存在することをもって原告商品の問題の形態が機能ないし効果と必然的に結び付いているという認定を妨げることはできないと判示している。しかし、「商品」の機能ないし効果と必然的に結び付いていると認定するうえでの「商品」の範囲を画するに際し、何故、原告主張に係る「回転式立体組合せ玩具の中の六面体以外の形状を有する玩具」や「六面体の形状を有するがその各面が九つ以外の数のブロックに区分されている玩具」が除かれたのか、その意味でより狭い「回転式立体組合せ玩具という同一の範疇」をもって当該「商品」とするのかということに関しては理由付けを欠いており、ただの循環論法でしかない。しかも、そこでいう「同一の範疇」とは何かということの意味も不明確なままである。

次に、競争上似ざるを得ない表示除外説からは、大阪地判平成23年10月3日判タ1380号212頁〔水切りざる〕を紹介しよう。関連する判文は以下のとおりである。



「原告は、原告商品の形態について、基本的形態と使用時形態とからなり、これらは使用する際に柔軟に変形させることができるという従来からの固定型ざるには全く存在しなかった新規かつ画期的な形態的特徴であり、原告の商品表示として需要者の間に広く認識されている旨主張する。

そこで検討すると、原告商品は、ざるとしての機能に加え、柔軟性があり、変形させることができるという機能もあり、これにより従来のはざるにはない用途に用いることができるというものである。

そうすると、柔軟性があり、変形させることができるという形態的特徴は、原告商品の機能そのもの又は機能を達成するための構成に由来する形態であり、上記(1)のとおり、商品の実質的機能を達成するための構成に

由来する形態として、法2条1項1号の商品等表示には当たらないというべきである。

具体的にみると、基本的形態として原告が主張する構成は、いずれも、柔軟性を持たせるための構成若しくは柔軟性があるという機能それ自体又はざるとしての機能を発揮させるための構成であり、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であるというほかない。

また、使用時形態も、柔軟性があり、変形させることができるという機能の結果生じる形態であり、これも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、結果である。

したがって、原告が、商品表示に当たると主張する原告商品の形態をもって、法2条1項1号の商品等表示に当たると認めることができない。」

この判文も、「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であるかという場合の「商品」の範囲を画定する際に何故、柔軟性があり変形させることができるという機能のあるざるというところで他の商品と区別するのかということに関しては、結局、原告が従来からの固定型ざるには全く存在しなかった新規かつ画期的な形態の特徴であると主張しているということ以外、何ら理由を付していない¹⁸。

最後に、その根拠に関して一般論を展開することなく、機能（効用）に関連する形態が商品等表示から除外されるという立場を前提にする判決における典型例として、前掲東京地判〔TRIPPTRAPP I〕を取り上げてみよう。関連する判文は以下のとおりである。



「被告は、原告製品の形態のうち、特に、脚板と側面板との角度が約66度であることと、側面板に彫られた多数の溝があることは、技術・機能に由来するものであるから、これらの形態に自他識別力や出所表示力を認めるのは相当でないと主張する。

¹⁸ 小嶋崇弘〔判批〕『商標・意匠・不正競争判例百選』161頁（第2版・2020年・有斐閣）。

しかし、そもそも、原告製品が側面部分について側面板と脚板とから成る形態を採用していること自体は、何ら技術・機能に由来するものではなく、子供用のいすの側面部分の構成としては様々な形態が採用可能であるから(甲12、27参照)、原告製品のような形態を採用した結果として、側面板と脚板とが形成する角度を70度前後に設計することが適切となる(乙18)としても、そのことによって、上記形態自体が技術・機能に由来するものとなるわけではない。

また、座板や足のせ板の位置を調節する方法としては、ねじ等の留め具で留めたり、バネで調節したりするなど様々な方法が考えられるのであるから、側面板に多数の溝を設けることが技術・機能に由来するものであるとはいえない。」

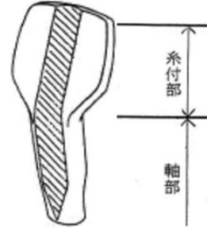
この判文も、側面部分について側面板と脚板とから成る形態は「子供用のいす」の技術・機能に由来しない旨、帰結する際に、何ゆえそこで広く「子供用のいす」において当該形態以外に他の選択肢があるか否かという判断をするのかということについては、全く理由を欠いている。しかし、ルービック・キューブ事件や水切り事件の裁判所のように、より狭く、例えば側面部分について側面板と脚板とから成るいすというように商品の範囲が画定されるのであれば、側面板と脚板とが形成する角度を70度前後に設計することは技術・機能に由来する形態であると判断されたであろう。つまり、商品等表示から除くべき形態が何であるかということを決定するために最も肝心なところ、すなわち、いかなる範囲で選択肢のあるなしを吟味するのということに関する考察を欠き、単なる循環論法となっているところに、これらの裁判例に共通した問題点を見出すことができるのである。このような循環論法の下では、何が商品等表示から除かれるか、保護すべき形態と保護すべきではない形態との線引きはどこにあるのかということに関して、裁判所の判断が下されるまでは、予測が付かないという弊害を抱えることになる。

1.3.2.2 原告商品の形態の技術的優勢を辿るもの

裁判例の中では、循環論法ではなく、具体的な判断基準として、特許(実用新案)の明細書に記載される技術的情報を持ち出すものもある。

その一例として、実用新案公報における、実施例に関する記載を踏まえて、問題の形態に対する商品等表示としての保護を否定した大阪地判平成14年11月26日平13(ワ)8983号〔釣り針〕がある。

関連する判文は以下のとおりである。



「ア 原告釣り針が製造される以前において、縦溝を設けた釣り針として次のような技術が存在した。

…

これらの釣り針は、縦溝が糸付部の上端まで達していない点（乙3公報及び乙5公報）や、糸付部の形状がキノコ状である点（乙4公報）で、原告釣り針の形態とは異なるものの、いずれも軸部に設けた縦溝部分に釣り糸をガイドさせ、釣り糸のずれを防止する機能を有するものである点で共通する。

イ また、原告実用新案公報によれば、実用新案登録請求の範囲に『…幅広に設けられたつり糸巻付箇所の腹面とチモト部腹面とに縦溝を連続して設けたことを特徴とするつり針』と記載されており、その実施例を示す第1図には、原告釣り針の形態である『糸付部の腹面の中央部に軸部から上端まで軸心方向に伸びた縦溝を設けている』との構成を備えた釣り針が記載されている。

そして、原告実用新案公報の『考案の詳細な説明』の『従来技術』及び『考案が解決しようとする問題点』の項には、乙3公報に示されているように、従前、軸部の腹面に縦溝を設けた釣り針が提案されていたが、縦溝が軸部にしか設けられていないため、魚が釣り針に掛かり出糸がチモト部腹面に当接するように変移した場合、チモト部腹面が平らであると出糸がチモト部の左右に移動しやすく、出糸がチモト部周辺の角で切れる等して魚を取り逃がすという問題点があったこと、『問題点を解決するための手段』及び『作用』の項には、原告考案は、こうした問題点を解決するため、『幅広に設けられたつり糸巻付箇所の腹面とチモト部腹面とに縦溝を連続して設ける』という構成を採ったものであることが記載されている。

ウ そうすると、原告釣り針の『糸付部の腹面の中央部に軸部から上端まで軸心方向に伸びた縦溝を設けている』形態は、軸部に縦溝を設けた従

来の釣り針に、更に糸付部の上端まで縦溝を設けることによって、出糸のずれ防止をより確実なものにするという機能を実現するためのものであるというべきであり、しかも、出糸のずれを防止するために軸部に縦溝を設けることや、その縦溝をハリス結束部（糸付部）の上端に達するまで延ばす技術自体は原告釣り針に独特なものということとはできない。」

「以上によれば、本件糸付部形態は、断面が円形の針金をプレスすることにより形成されるもので独特な形態とはいえない角丸のホームベース型の糸付部を有し、この糸付部の腹面の中央部に軸部から上端まで軸心方向に伸びた縦溝を設けたという、出糸のずれ防止を確実にするという機能ないし効果と必然的に結びついた形態を付加したものということができるが、本件糸付部形態を保護することは、糸付部の腹面の中央部に軸部から上端まで軸心方向に伸びた縦溝を設けることによって、出糸のずれ防止を確実にするという機能、効果を奏し得る商品そのものの独占的、排他的支配を招来することになるものであり、このような本件糸付部形態は不正競争防止法2条1項1号の商品等表示としての保護は及ばないと解すべきである。」

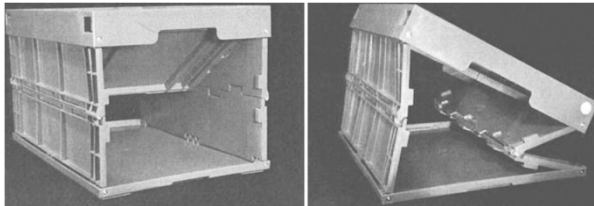
しかし、特許（実用新案）を参酌するという手法は、当然のことながら、特許（実用新案）が存在しない場合には使えない。そもそも、特許（実用新案）に実施例や比較例が掲載されているとしても、それは現に存在する技術の全貌を必ずしも反映したものではなく、出願人が自ら特許を取得しやすくするように選ばれたものにすぎないことがあり、何故、そのような戦略的な記述に拘束されなければならないのか、疑問が残る。また、明細書の記載は補正、訂正等により動くことがあり、それに連動して不正競争防止法の保護から除外されるべき形態も変更を迫られるのだとすれば安定性を欠くことになりかねない。おまけに、不正競争防止法2条1項1号の各要件を斟酌する判断基準時は、損害賠償請求については侵害時、差止請求については口頭弁論終結時と解されている（最三小判昭和63年7月19日民集42巻6号489頁〔アースベルト〕）。他方、特許（実用新案）の明細書は主として出願時にその内容が定まり、以降、補正等が可能であるとしても新規事項の追加は許されない。そのような時的限界のある情報を侵害時あるいは口頭弁論終結時を基準時の要件判断をする際の決め手とするの

はあまりに短絡的であろう。

1.3.2.3 需要者から見た競争という思考過程を辿るもの

最後に、他の形態を選択し得る余地があるか否かを判断する際に、需要者から見た競争という思考過程を辿る判断基準を示す裁判例を紹介したい¹⁹。

例えば、(需要者の) 使い勝手、原告商品との互換性等を市場における商品の競合範囲(同一商品という文言を使用)を画定する際の考慮要素とする裁判例として、前掲東京地判〔折りたたみコンテナⅢ〕がある。特に関連する判文は以下のとおりである。



「他の形態、構成を採用することによって類似機能の同種商品を製造することが可能な場合があるであろうが、その場合でも、使い勝手、当該商品との互換性等を考慮すれば同一商品ではない。」

「別紙第一目録中の説明書の『5はフレームの四隅に設けられた凹溝、7は底板6の四隅を補強するために設けられた突出部である。8は底板の周辺段部で前記突出部と同じ高さを有する。』という形態、構成、前記形態的

¹⁹ このような思考過程を辿る裁判例の数は少ないが、採用する判決は、抽象論として、競争上似ざるを得ない表示除外に分類し得る論法を用いるものばかりである(前掲東京地判〔折りたたみコンテナⅢ〕、前掲東京高判〔ルービックキューブ・控訴審〕、前掲神戸地判〔ダニ捕獲器〕)。競争上似ざるを得ない表示除外説にいうところの「競争」の意味を、その具体的な当てはめにおいても忠実に反映する裁判例といえよう。もっとも、これらの判決の数からも明らかなように、抽象論として競争上似ざるを得ない表示除外説をとっている裁判例のすべてがこのような思考過程を辿っているわけではない(むしろ例外に属する。)。逆に、後述するように、本判決は、抽象論としては技術的形態除外説に分類し得る説示をなしつつ、具体的な当てはめでは、需要者にとっての代替可能性に着目している。

特徴bのうち『底板の外面には、フレームの内周面の寸法に合わせた段部があり、フレームの上面四隅に凹溝部を設けてあ(る)。底板の外面四隅に補強のため突出部を設けることがある。』という構成、形態によって、別紙第一目録中の説明書の『折りたたみコンテナを複数個積重ねたとき、下段のコンテナのフレーム内に上段のコンテナの周辺段部8が嵌合し、さらに凹溝5と突出部7が嵌合するようになっている。』との実質的機能、前記形態的特徴bのうち『コンテナの積重ねに当たり、上段コンテナの底板段部が下段コンテナのフレーム内に没入し、両コンテナが嵌合するようにした形式である。』との実質的機能を達成し、組み立てた状態、折りたたんだ状態で積み重ねた場合荷くずれしないという効用を奏すること、が認められる。」

この事件に係る折りたたみコンテナは、用法上、多数個が積み重ねて使用され、既存ユーザーからのリピートオーダーが多いものであった。市場に他の形態を採用する折りたたみコンテナは存在するものの、使い勝手(最も需要者の関心が寄せられる、折りたたみ動作時の形態、折りたたみ時の容積縮小率等)が悪いものは需要者の目を惹くものではないことに加えて、原告商品と互換性のないコンテナであると原告コンテナに積み重ねても荷くずれてしまうという事情があった。いわば、原告コンテナの既存ユーザーは同コンテナの形態にロック・インされており、ゆえに他の形態のコンテナでは当該ユーザーに対する競争ができないと評し得る事件であった。

次に、一般需要者にとって代替可能な商品が市場に出回る可能性がないことを、市場における商品の競合範囲(同種の商品という文言を使用)を決める際に働く要素として考慮する裁判例として、前掲東京高判[ルービックキューブ・控訴審]がある。関連する判文は以下のとおりである。



「本件商品形態が、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免的に採用せざるを得ない形態といえるかどうかにかつ

いて判断する。

原告商品が、立体的に組み合わされたブロック体を任意の方向に回転させ、各面を構成するブロックの色をそろえて遊ぶパズル玩具であることは前示のとおりである。そうすると、これと同種のパズル玩具に共通する機能及び効用に由来して、任意の方向にブロック体を回転させたときに、配色は変わっても全体形状は変化しない構造体とする必要があると解される上、パズル玩具として適切な難易度を維持し得る程度の組合せとすることも、現実の商品化の上では必須のことと解されるから、このような制約要素だけから考えても、不可避免的に、本件商品形態以外の選択肢は、極めて限られたものとならざるを得ない。のみならず、上記のような制約の中で、本件商品形態を避けて他の商品形態を採用したとしても、ブロック体の形状、数、その組合せ等によって、具体的な解法、難易度、取扱い易さ等はおのずと異なることとなり、パズル玩具としての楽しみ方も異なってしまうことは明らかというべきである。

例えば、全体形状を正六面体として、4行、4列、4段以上のブロック体の組合せにした場合には、一般の需要者にとっては難解にすぎるものとなってしまう（甲15～17の商品名『ルービックリベンジ』及び『プロフェッサーキューブ』において、それぞれ『超難題』及び『最高難度』とされている記載を参照）、三角錐形状のブロック体を組み合わせて全体形状を正四面体のものにした場合には、回転させることの可能なブロック体の単位が多様となり、常に9個のブロック体単位で回転させる原告商品とは明らかに異なる要素が加わることになるし（甲75の同『PYRAMIX』参照）、全体形状を球形のものにした場合には、面全体が連続したものとなるため、画然と区切られた各面の色合わせという興味が損なわれることとなり、商品価値を維持するためには、単なる色合わせという以外の要素を付加せざるを得なくなってしまうことが推察される（甲73の同『ルービックワールド』は地球儀を模したものであり、甲74の同『ボールパズル』は彩色のされた円環状の構成が付加されていることを参照）。このほか、現に商品化されている回転式立体組合せ玩具としては、[1] 全体形状が正六面体ものを斜めに分割して回転可能としたもの（甲75、商品名『スキューブ』）、[2] 各面が立体的な星形に見える複雑な立体形状のもの（甲15、同『アレキサンダースター』）、[3] 全体形状が五角柱形状のものを輪切り状に回転

可能として、各面に現れる加減乗除式が正解となるようにするもの(甲18、同『頭の体操算数塾』)、[4] キティ人形を縦横に分割して回転可能としたもの(甲77、同『キティのルービックキューブ』)、[5] 展開すると一直線状になる三角錐の連続したブロック体を組み合わせたもの(甲16、同『マジックスネーク』)、[6] 8個の立方体形状のブロック体を組み合わせて多様な立体形状を構成することができるようにしたもの(甲17、同『ポケットパズル』)等の多様な形態のものが存在する。しかしながら、上記[5]、[6]については、ブロック体を回転等させることにより、多様な形状に変化させて遊ぶものと認められるものであって、全体形状が変化することなく、各面の配色をそろえて遊ぶ原告商品とは全く別のジャンルのパズルといわざるを得ないし、その他の商品についても、パズル玩具としての主要な特徴が、分割及び回転の手法の意外性にあると考えられるもの(上記[1])、全体形状の持つ意匠性にあると考えられるもの(上記[2]、[4])、知育玩具としての性格にあると考えられるもの(上記[3])等であると解されるものである。

以上の認定判断を総合すれば、本件商品形態は、同種の商品に共通する機能及び効用に由来する数少ない選択肢である上、本件商品形態を避けて他の商品形態を採用した場合、一般需要者にとって代替可能な商品として市場において原告商品とは競合し得ない商品となってしまう、そのようなものはもはや同種の商品ということとはできない。そうすると、本件商品形態は、原告商品と同種の商品に共通してその機能及び効用を発揮するために不可避的に採用せざるを得ないものと解するのが相当であり、したがって、商品等表示に該当しないものというべきである。」

この事件では、市場には他の形態を採用するパズル玩具があるが、パズル玩具としての楽しみ方を明らかに異にしていることに加えて、原被告商品とは異なる他の形態を採用した場合、需要者にとって代替可能な商品として市場において原告商品とは競合し得ない、同種ということとはできない商品となってしまう(例えば全体形状を正六面体以外の形状にすると、パズル玩具としての楽しむ要素は正六面体とは明らかに異なり、全体形状を正六面体としながらも、各面を 3×3 以上のブロック体の組合せにした場合に、一般の需要者にとっては難解にすぎるものとなってしまう。)と認

定されている。

このように、需要者から見た競争という思考過程を経るアプローチには、市場における需要者にとっての代替可能性によって原告商品と競争し得る商品の範囲を特定するという具体的な判断基準を手にすることができるといふメリットがあるといえよう。

1.3.2.4 小括

このように従来裁判例は全く理由を付さない循環論法をとるものが多数を占めているが、理由を示すものは、特許や実用新案の明細書を参照するものと、需要者にとっての選択肢を探るものという2つのアプローチに大別することができる。このうち、前者のアプローチには、すべての事例で用い得るわけではなく、安定性も欠くという問題がある反面、後者のアプローチには、需要者にとっての代替可能性によって原告商品と競争し得る商品の範囲を特定するという具体的な判断基準を得ることができるというメリットを認めることができよう。

1.3.3 従来の学説

ここで、学説にも目を向けることとしたい。

従前の学説は、とすれば機能（効用）に関連する商品形態の商品等表示該当性を否定する根拠に関する抽象的な議論に終始するものが多く（本稿では詳しい紹介を割愛する。）、本稿の関心点である具体的に商品等表示から除外すべき形態の線引きを画す基準を示すものは少ない。例外的に具体的な基準に言及するものの中では、以下のようなアプローチがとられている。

イ 技術に着目するアプローチ

例えば、学説では、工業所有権との調整を重んじる立場から、特許（実用新案）として出願されるべき機能に必然的に由来する形態は、特許として出願されているかどうかに関わらず、商品等表示として保護すべき形態となり得ない旨を説き、ただし、実施例のレベルで、他の形態で同じ作用効果を生じさせるような形が組合せとしてできるのであれば保護は否定

されない旨、主張するものがある²⁰。

しかし、この見解は、特許等として出願されるべき機能をどのように特定するのかということ进行明かにしていない。そのため、何をもって特許等として出願されるべき機能に必然的に由来する形態として保護から除外することとし、何をもって実施例のレベルであるからなお保護が可能であるとすることなのか、ということ进行確定する基準を提供し得ていない。

分かりやすく説明するために、前掲大阪地判〔水切りざる〕の事案だけを借用して検討してみよう。この事件では、問題となった形態について、「使用する際に柔軟に変形させることができるという従来の固定型ざるには全く存在しなかった新規かつ画期的な形態的特徴であり」、「柔軟性を持たせるための構成若しくは柔軟性があるという機能それ自体又はざるとしての機能を發揮させるための構成であり」、「使用時形態も、柔軟性があり、変形させることができるという機能の結果生じる形態である」ので、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であるとされた。これを特許として保護し得るかという観点から検討してみると、たしかに、この事件で問題となった具体的な商品の形態を發明として特許の保護を求めるともあり得るだろう。そして、そのような特許の保護が選択されるとした場合には、たしかに本件の形態は「特許として出願されるべき機能に必然的に由来する形態」となることも十分にあり得よう。

しかし、他方で、より抽象的に、そもそも「ざる」をして「使用する際に柔軟に変形させることができる」ようにすることを着想すること自体を發明や考案として特許や実用新案の保護を求めるとも考えられなくはない。なぜならば、実施形態を見出すことばかりでなく、課題を設定すること自体が發明であるとされることは十分にあり得るからである（参照、知財高判平成23年1月31日判時2107号131頁〔換気扇フィルター及びその製造方法〕²¹）。そして、このレベルで特許の保護が求められるのだとすれ

²⁰ 牧野利秋監修＝飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』24-25頁（2005年・青林書院）〔三村量一発言〕。松村信夫「不正競争防止法と産業財産権法の交錯領域に関する若干の検討」『知的財産権 法理と提言』928頁（牧野利秋傘寿・2013年・青林書院）も同旨。

²¹ 「当該發明における、主たる引用例と相違する構成（当該發明の構成上の特徴）は、

ば、本件で問題となったシリコン樹脂製のざるでなくとも、様々な選択肢があるはずであるから、本件の形態は「特許として出願されるべき機能に必然的に由来する形態」とはいえないことになろう。

もちろん、これは極端な例といえるかもしれない。いずれの特許の保護が求められるのかということ、どのような技術が公知であるかによって決めればよいという反論がなされるかもしれない。しかし、ここでのポイントは、技術的思想はいわばスペクトラムのようなものであって様々な抽象度で発現し得るものなのであって、その中でどの程度、具体化したものについて特許の保護を求めるのかということに関しては、(たとえ公知技術を省いたとしても) 往々にして様々な選択肢があり得、一義的にその内容が定まるものではないということである²²。

従来技術では解決できなかった課題を解決するために、新たな技術的構成を付加ないし変更するものであるから、容易想到性の有無の判断するに当たっては、当該発明が目的とした解決課題(作用・効果等)を的確に把握した上で、それとの関係で『解決課題の設定が容易であったか』及び『課題解決のために特定の構成を採用することが容易であったか否か』を総合的に判断することが必要かつ不可欠となる。上記のとおり、当該発明が容易に想到できたか否かは総合的な判断であるから、当該発明が容易であったとするためには、『課題解決のために特定の構成を採用することが容易であった』ことのみでは十分ではなく、『解決課題の設定が容易であった』ことも必要となる場合がある。すなわち、たとえ『課題解決のために特定の構成を採用することが容易であった』としても、『解決課題の設定・着眼がユニークであった場合』(例えば、一般には着想しない課題を設定した場合等)には、当然には、当該発明が容易想到であるということとはできない。ところで、『解決課題の設定が容易であったこと』についての判断は、着想それ自体の容易性が対象とされるため、事後的・主観的な判断が入りやすいことから、そのような判断を防止するためにも、証拠に基づいた論理的な説明が不可欠となる。また、その前提として、当該発明が目的とした解決課題を正確に把握することは、当該発明の容易想到性の結論を導く上で、とりわけ重要であることはいうまでもない。

²² その後、同様にクレーム(論文内での言葉遣いは「特許発明の技術的範囲」)に着目する見解として、宮脇正晴「不正競争防止法の商品等表示の規制におけるパブリック・ドメインの確保」『知的財産法の挑戦Ⅱ』(2020年・弘文堂)が発表されている。同論文は、一般的にいかなる場合に保護を否定すべきかということに関しては今後の課題としつつ、少なくとも、存続期間の満了した特許(実用新案)権の対象と

なる形態に関する限りという留保を置いたうえで、本判決も題材にしながら、他の形態の選択肢の「有無」のみならず、その「幅」が重要であるとしたうえで、他の形態の選択肢の幅を確定できる具体的な解釈論を提案している(319-321頁)。それは、問題の形態が存続期間の満了した特許権等の対象となっていたものである場合には、競争上似ざるを得ない形態(工業所有権との調整を必要とする立場に立っても、技術を実施する必要性を検討する場合は同じである。)であることが推定され、原告がその特許権等のクレームを充足する代替の形態の選択肢が確保されていることを証明できない限り、商品等表示該当性を否定すべきであり、原告が証明できたとしても、原告商品の形態がクレームを充足する形態の中で特に機能や生産コスト等の面で優れた形態であることを被告側が証明できた場合には、商品等表示該当性は否定されるべきである、というのである(ただし、代替の形態の選択肢の確保については、需要者の目から見て非類似(以下では、1号非類似とも呼ぶ。)のものである必要がある。なぜなら、1号類似の代替の形態の販売がいずれ1号によりすべて禁止できることになりかねないからである、とする。)(323-325頁)。そして、具体的な判断に際しては、クレームに属する非類似の選択肢がどれほどあるのかということが重要である旨の説明がされている(320、321頁)。

このような具体的な解釈論について、まず前記1.3.2.2でも検討したように、特許(実用新案)のクレームはやはり、必ずしも技術の全貌を反映していない情報に基づいて、出願人が自ら特許を取得しやすくするように戦略的にまとめられるものであり、(保護範囲を減縮する方向に限られるが)補正、訂正等により動くことがあるものである。このような範囲が変動しやすいクレームを基準に連動して、不正競争防止法2条1項1号の要件判断をする際の決め手とするのは、安定性を欠くことになりかねない。

次に、このような具体的な解釈論によれば、クレームの範囲が広がれば広いほど、つまり1号類似のみをカバーするクレームより、1号類似及びより多くの1号非類似をカバーするクレームの方が、存続期間の満了した後、1号による保護を受ける可能性が大きくなる。このような結果は、原告にとって狭い範囲でクレームアップしたことに対するペナルティとなってしまふ。

以上のような宮脇/前掲が直面する課題は、そもそも、同説が、技術的形態除外説ではなく、競争上似ざるを得ない表示該当説を支持する旨を説いている(307頁)にも関わらず、その具体的な当てはめにおいては競争すなわち市場の観点が希薄であるということに起因している。宮脇/前掲は、市場画定の難しさを説き、少なくとも存続期間満了事例ではクレームを基準とすべきである旨を説いているのであるが(322頁)、その結果、技術的形態除外説に対して本稿が指摘する問題点を抱えてしまったと評することができる。競争上似ざるを得ない表示除外説に与する場合

ロ 競争に着目するアプローチ

これに対して、学説では、競争上似ざるを得ない表示除外説に立脚する場合には、本来、理論的に具体的な判断基準を導き出し得る旨を説くものがある^{23 24}。

には、理論的に需要者の観点から市場を画定することができるはずであるが、そのような方策の選択肢について宮脇／前掲がどのように考えているのかということも定かではない。

²³ 田村／前掲注14・126-127頁。初出は、同[判批]ジュリスト974号96頁(1991年)、同「商品の形態や模様の商品表示該当性について」ジュリスト1018号(1993年)である。

²⁴ 競争上似ざるを得ない表示除外説に対して、商品の形態一般に「自由使用の必要」を認めるべきであって、競争上必須であることまで要求すべきでないと説くものとして、玉井克哉「商標登録阻止事由としての『自由使用の必要』『知的財産の潮流』248-249頁注160(知的財産研究所5周年・1995年・信山社)がある。同見解に賛同する横山久芳「商品形態の標識法上の保護」パテント69巻4号(別冊14号)80頁(2016年)は、「競争上似ざるを得ない形態」に限ると、競業者の形状選択の自由を過度に制約することになると解される場合があるとして、商標法4条1項18号に倣って、商品の形態を理念的に①商品の性質上必然的に備えるべき形態、②商品の機能(本質的な機能か付随的・派生的機能を問わない。)を確保するために不可欠な形態、③商品の価格や品質等に実質的に影響を及ぼす形態という3つに分け、それらの形態について商品等表示該当性が否定されると提案しつつ、同一の技術的機能を実現するための代替的な選択肢が一定程度存在していることは、商品等表示としての保護を肯定する方向に働く旨を述べている(78-82頁)。さらに、②商品の機能(本質的な機能か付随的・派生的機能を問わない。)を確保するために不可欠な形態について、技術的形態は何かの付加価値を有するものであり、それが競争上似ざるを得ない程度に達しているか否かを判断することは困難な場合もあるから、技術的形態である限り、競争上似ざるを得ないものでなくとも、一律に商品等表示該当性を否定することが妥当であるとしている(80頁注73)。もっとも、横山／前掲といえども、技術的形態について常に商品等表示該当性を否定する結論を貫徹するわけではなく、「同一の技術的機能を実現する代替的な選択肢が一定程度存在している」か否かを判断の決め手としている(82頁)。その意味では、そこでいう「同一」であるとか「代替的」という評価概念をどのような基準で判断するのかということをも明らかにしていない点で、技術的形態除外説に対して本稿が本文で前述した批判がそのまま妥当するように思われる。例示として挙げられている①から③の類型についても、「商

そこでは、1つの市場を形成しているかどうかということを判断することが決め手となるとされている。ある形態を有する商品が1つの市場を形成している場合、その形態は競争上必要なものであり、商品等表示としての保護から除外されるべきである。ある形態を有する商品は1つの市場を形成しておらず、異なる形態を有する商品とより大きな市場で競争している場合、その形態は競争上必要なものではないため、商品等表示として保護してもよい、というのである。

この見解がその具体的な当てはめについて説くところを紹介しておこう。

「競争上似ざるを得ない商品等表示除外説の観点からは、商品として競争上似ざるを得ないか否かということが決め手になりますので、たとえば、水切りざる事件であれば、柔軟な水切りざるというのが、1つの市場を形成しているかどうかということを判断することになります。仮に、ちょっとやそっと価格を上げて、代替品と目されそうなものに需要者が流れないとすれば、柔軟な水切りざる自体が1つの市場を形成している。そうすると、この市場で競争させなければいけないとなりますので、柔軟であることとか、そういった特徴は保護してはいけないということになるのです。

他方、価格を少し上げれば、柔軟ではない水切りざるに需要者が逃げるよということであれば、もう少し大きな市場で、つまり、水切りの柔軟性

品」等の範囲を画する基準を提供していない以上、本稿の批判を逃れるものとはいえない。そもそも横山／前掲自身が判断の最終的な基準としているわけではない。さらに横山／前掲が依拠する、商標法4条1項18号についても、その趣旨は、競争上似ざるを得ない表示除外説を具現するものであるという説明がなされることもあり(田村善之『商標法概説』176-177頁(第2版・2000年・弘文堂)も参照)、決め手を欠いている。「競争上似ざるを得ない形態」でなかったとしても、技術的形態について競争者の自由使用の利益を優先すべきであると述べた横山／前掲は、工業所有権法との調整という観点こそ出していないが、特段の法的根拠を示すこともなく、「商品間の自由競争」という抽象的な理念をふりかざすだけで、不正競争防止法2条1項1号の周知性要件ないし混同のおそれ要件が保護をなすことを鮮明にしている商品等表示に具体的に化体された信用というその意味で法的に保護された利益の保護を否定するものであり、かつて調整不要説によって批判された技術的形態除外説の課題を克服していないといわざるを得ない。

のないざるを含めて競争をしているので、水切りざるが柔軟であることは競争上必要な形態ではないため、その場合はその形態を保護してよい、ということになります。この説では、このように市場で競争上似ざるを得ない表示の範囲を判断できます。」²⁵

競争上似ざるを得ない表示除外説に対しては、「訴訟の原告、被告にそれぞれ何を立証させるかが明確ではない」という疑問が投げかけられることがあるが²⁶、この見解は、他説と異なり、唯一、理論的に明確な判断基準を提示することに成功している。もとより、市場を正確に把握することは裁判所にとって容易でないという再反論はあり得ようが、そのような実務上の課題と、他説のような、そもそも何を判断しようとしているのかすら定かではないという理論上の課題を混淆してはならない。そして、実務上の課題についても、例えば一般的な需要者は水切りざるについてほかに価格を比較すべき競争相手がいると考えているのか否かということをおおむね把握することはできるのではなかろうか。あとは、証明責任の問題として処理すれば足る（＝市場の特定ができないのであれば、除外すべきであるということを実証し得ないことになるから、周知表示の保護を否定し得ないことになる。）。

このように、競争に着目するアプローチには、技術に着目するアプローチよりも、保護すべきか否かという判断を一義的に決められるというメリットがあるように思われる²⁷。

²⁵ 田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性～著作権法・不正競争防止法の交錯～」コピライト676号34頁(2017年)。

²⁶ 谷有恒「周知商品等表示混同惹起行為(1)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』368-371頁(2014年・青林書院)。

²⁷ その後、この競争に着目するアプローチを発展させ、特に立証すべき事情は何かという観点から具体的な提案をなしたものとして、小嶋崇弘「標識法における機能性法理」日本工業所有権法学会年報42号(2019年)が発表されているので、以下、やや詳しく紹介しておこう。

同論文は、代替的形状の有無を基準とするルールの執行費用(＝手続に要する費用及びエラーコスト等を含む概念)の観点からすれば、それが著しく高いということになれば、商品の機能に資する形態であれば一律に保護を否定することが正当化

1.3.4 本判決について

以上のような従来裁判例と学説を踏まえつつ、本判決を検討してみよう。結論からいうと、控訴審判決における具体的な当てはめの仕方は特筆に値する。

まず抽象論として、本判決は前掲東京地判〔マンホール用ステップ事件・第一審〕を踏襲し、工業所有権との調整ばかりでなく、出所表示機能の保護を超えた事業者間の公正な競争の制約を回避するという理由付けも加味し、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を除外する旨を述べている。しかし、このような技術的形態除外説を説きながらも、本判決は、事案への当てはめにおいては、以下に示すように、需要者にとっての選択肢の有無に焦点を当てている。前述したように²⁸、このような思考過程を辿る従来裁判例のほとんどが競争上似ざるを得ない表示除外説に分類し得る論法を採用するものであった。技術的形態除外説の論法の枠組みで需要者から見た選択肢に着眼する本判決は、その意味で異色のものといってもよいだろう。

され得る(16頁)のに対して、代替的形状の有無を判断することが困難ではなく、執行費用が過度に高くない場合には、一律に保護を否定する基準よりも、競争への悪影響を事例ごとに分析する手法の方が優れている(17頁)、と提唱している。

そのうちの代替的形状の有無を判断する手法として、田村／前掲注25と同旨の手法、すなわち、経済分析に基づく需要の代替性を基準として検討対象市場を画定したうえ、当該市場において原告の形状と代替性を有する形状を採用する余地が十分に残されているか否かを判断すること(17-18頁)を提案する一方、標識法の分野において常に定量的な経済分析に基づいて検討対象市場を画定することは、データの入手可能性及び信頼性という限界があり、執行費用が過度に高くなるおそれが高いことを指摘し、需要の代替性を判断するためにその他の事情(例えば2つの商品それぞれの物理的機能とユーザーによる用途を比較しそれらが両商品で共通しており、かつ両商品の価格水準が大きく異なる事情、需要者にとって原告商品の代替となる商品が市場に存在しており、かつ代替商品について相当の販売量が確認できるという事情〔筆者注：これはまさに本件控訴審判決が着目した事情であるといえよう。〕、商品間の互換性を確保する必要性という事情)を代わりに用いることは可能であり、裁判所にとっては過度に複雑な判断が求められることにはならない(18-19頁)と示唆している。

²⁸ 参照、前掲注19。

この事件で、控訴人は、『商品の形態が商品の技術的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』にいう『商品の技術的機能及び効用』は、不規則充填物一般の技術的機能及び効用ではなく、原告商品と同一の技術的機能及び効用を意味するものであり、省スペースで高効率かつ高処理量を達成するには原告商品の形態をとらざるを得ず、他の形態の不規則充填物では代替できないのであるから、不規則充填物として他の形態が存在することをもって、原告商品の商品等表示性を肯定するのは誤りである」旨を主張していた。これに対して、控訴審は、「控訴人主張のように、『商品の形態が商品の技術的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』にいう『商品の技術的機能及び効用』を、原告商品のような個別具体的な商品の厳密な意味での技術的機能及び効用を意味するものとまで解すべき理由はない」と述べ、具体の原告商品の範囲よりも、より抽象的な範囲で問題とすべき「商品」を画定する可能性があることを明らかにしている。そして、とりわけ本稿にとって重要なことは、それに続く控訴審判決の以下の説示である。

「不規則充填物として、多くの商品が様々な形態で製造され、販売・使用されていること、原告商品においても、七つの型式で、表面積（平方メートル／立方メートル）や空間率（％）は異なる（原判決別紙原告商品説明書２項）ところ、いずれも相応の販売数量が認められることは、前記１のとおり補正して引用する原判決の認定するとおりであるし、証拠（甲125）によると、不規則充填物の購入に当たり、原告商品と他の形態の不規則充填物とを比較の対象とするなど、たとえ原告商品と他の形態の不規則充填物とが全く同一の表面積（平方メートル／立方メートル）や空間率（％）を有するものではないとしても、それらの中に代替性を認めている取引の実情も認められる。そうすると、原告商品の有する不規則充填物としての技術的機能及び効用は、原告商品の形態をとらざるを得ず、他の形態の不規則充填物では代替できないということもできない。」

このうち、「不規則充填物として、多くの商品が様々な形態で製造され、販売・使用されていること」は、市場において多数の商品が存在している

ことを示している。そして、「不規則充填物の購入に当たり、原告商品と他の形態の不規則充填物とを比較の対象とするなど、たとえ原告商品と他の形態の不規則充填物とが全く同一の表面積(平方メートル/立方メートル)や空間率(%)を有するものではないとしても、それらの間に代替性を認めている取引の実情も認められる」という説示は、原告の7つの商品が、取引の実情として、市場に存在する他の商品と代替関係にあることを示している。ここで取引の実情に着目している以上は、この代替性を認めている主体は需要者であることは自明であろう。つまり、控訴審判決は、「商品の形態が商品の技術的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」というときの「商品」を需要者にとって代替可能性のある範囲で画定すべきことを説いているのである。ところで、ある商品とある商品が需要者にとって代替可能性のある商品であるということは、それらの商品が需要者に対する市場において競争関係にあることを意味している。ゆえに、控訴審判決の手法で「商品」の範囲を画定し、その「商品」について「商品の形態が商品の技術的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」であるか否かを吟味していくとすれば、それはとりも直さず、競争上似ざるを得ない表示であるか否かを画定していくことにほかならない。前記1.3.3の口の市場画定に依拠する競争アプローチを体現する運用であると評することができよう。

1.3.5 本判決の位置付け

このように、控訴審判決は、技術的形態除外説に分類し得る抽象論を説きながらも、具体的な当てはめにおいて、競争上似ざるを得ない表示であるか否かをもって「商品」の範囲を画定するところに特徴がある。

具体的な解決としても、被告の7つの製品は本件原告の7つの製品のデッド・コピー品であり、その品番まで、本件原告製品の品番とほぼ一致していた²⁹。加えて、被告の「あの充填物がマツイマシ製でMT-PAKとして登場!」という宣伝から、『あの充填物』という表現は被告商品の形態やサイズからすれば、原告商品を指すものと理解でき、『不規則充填物のLCC

²⁹ 参照、前掲注2。

時代を、マツイマシンが幕開けます。』との記載における『LCC時代』とは航空業界で言えば格安航空会社を意味する『Low-cost carrier』を意味するものと理解できる」と認定されていることからすれば、被告の行為は、原告商品を競争の対象とし、単なる低価格戦略を講じているものであると解される。このような被告の行為は、需要者に混同を起こすおそれが高い行為であることは否めないように思われる。それにも関わらず、商品等表示該当性を否定しようとするからには、あえてそのような行為を容認する明確な理由が求められるというべきである。原告商品と競争するには、競争品の形態、品番等が原告商品とそこまで似なくてもよいのだとすれば、原告商品の形態を商品等表示として保護することが競争自体を止めることになってしまうという弊害がないことを意味しているのだから、被告による需要者に混同を起こし、もって、他人の信用にフリー・ライドするおそれが高い行為を禁止すべきであるといえよう。

問題は、純粋な工業製品である原告商品について、商品の技術的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をどのように判断するかということである。

この点に関し、原審は特許公報等の技術的文献に依拠して、不規則充填物一般の技術的機能及び効用を達成する範囲で充填物の代替性を認めたが、何故選択範囲を原告商品と同一のものに限定することなく、不規則充填物一般の技術的機能及び効用としたのか、その理由を詳らかにしていない。控訴審判決は、そのような不備を、需要者にとっての選択範囲を画定し、商品の形態の代替性を判断する手法を採用することで補ったと評価することができよう。この控訴審の手法は、需要者から見た競争という思考過程を辿っていることと同義であると分析し得ることは前述したとおりであり、技術的機能に着目する判断基準に比して、保護から除外される形態を一義的に特定し得る予測可能性のある基準を提供するというメリットを認めることができよう。こうした判断基準は、不正競争防止法2条1項1号が競争を前提としたうえでその間に商品等表示による混同が起きることを防ぐという構造を有しており、ゆえに商品等表示として保護することが競争自体を止めることになる場合にはその保護を否定すべきである旨を説く競争上似ざるを得ない表示除外説に馴染むものといえよう。今後の裁判例の動向に注目したい。

2 判旨3について

2.1 本判決の特色

不正競争防止法2条1項1号に関する従前の裁判例では、実際に商品の形態等が特許等の知的財産権の保護を享受していたものも少なくなかった。しかし、これまでは、ごくわずかな例外を除き、前述した技術的形態除外説や競争上似ざるを得ない表示除外説という文脈を超えて、知的財産権が存在していたという事実自体によって商品等表示該当性を否定するという理屈が採用されることはなかった。そのような中、本件の原判決と控訴審判決は、周知性が知的財産権に基づく独占により生じた場合には、知的財産権の存続期間が経過した後相当期間が経過するなどしたために、知的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依然として周知であることを求めるように説示をなした点で、例外的な裁判例といえる。かかる抽象論が採用されたのは、管見の限り、本件が3回目である。

2.2 従来裁判例

イ 従来不正競争防止法2条1項1号による保護を認めた裁判例であって、事案として、特許、実用新案、意匠などの知的財産権の保護が存在していたものとしては、例えば、実用新案権が消滅した後被告が参入するまで5年ほど経過していたという事案に関する東京地判昭和61年1月24日判時1179号111頁〔伝票会計用伝票〈ミロク式票簿〉〕、意匠権が消滅した後被告が参入するまで1年未満ほど経過していたという事案に関する大阪地判昭和60年3月20日無体集17巻1号78頁〔梯形筒状体コードプロテクター〕、被告が参入するとき著作権がいまだに消滅していないという事案に関する東京高判平成4年5月14日民集51巻6号2862頁〔POPEYE腕カバー・控訴審〕、意匠権が消滅した後被告が参入するまで14年ほど経過していたという事案に関する東京高判平成14年5月31日判時1819号121頁〔電路支持材パイラック・控訴審〕などがある。いずれの判決においても、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響如何という論点は争点とされていない。

ロ 例外的に争点としたものとしては、例えば、東京高判平成5年2月

25日知財集25巻1号33頁〔配線カバー・控訴審〕³⁰がある。同判決は、以下のように述べて、被告の「原告商品の形態が周知性を獲得したのは、意匠権により独占的に保護されて新規参入を阻止してきたことによるものである」旨の主張を退けた。「原告組合員であるマサル工業株式会社の代表者椎名靖が有していた登録第二七四三四四号意匠権（昭和四一年二月一日出願、昭和四二年九月四日登録）を実施したものであることが認められ、右事実によれば、右意匠権の存続期間中は、他の業者が原告商品（一）ないし（三）と同一又は類似の配線カバーを製造販売することはできなかったものと認められる。しかしながら、前掲甲第八号証の「ないし一、第一一〇号証の「ないし六、第二六号証ないし第三一〇号証、第五二〇号証、第五三〇号証の「ないし六、第七四号証、第七七号証及び証人古賀通蔵の証言（原審第一回・当審）によれば、第一審原告は、前記意匠権の存在を前面に出して原告商品（一）ないし（三）の宣伝、広告活動をしたことはほとんどなく、原告商品（一）ないし（三）の形態の周知性は、多分に、第一審原告及び原告組合員の宣伝、広告活動や第一審原告の販売実績等により形成されたものと認められ（なお、原本の存在及び成立に争いのない乙第三〇号証ないし第三三〇号証によれば、マサル工業株式会社発行のカタログには前記意匠権の登録番号である『PAT274344』が表示されているが、右カタログは、同社が住宅公団及び各官公庁の指定品として製造販売している『エフモール』という配線カバーに関するものであって、原告商品とは関係のないものであることが認められる。）、また、原告使用品（四）ないし（六）は、前記意匠権を実施したものではなく、右各商品の形態が周知性を獲得するについて前記意匠権は問題とならないことが認められるから、原告商品の形態が周知性を獲得したのは、意匠権により独占的に保護されて新規参入を阻止してきたことによるものである旨の第一審被告の主張は採用できない。」

この判決は、前記2.2のイで述べた裁判例と異なり、周知性を判断するに当たり、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響を検討す

³⁰ 同じ原告により提起される、同じ商品（ただし、被告製品はデッド・コピー品であった。）に関する事案として、前掲大阪地判〔梯形筒状体コードプロテクター〕。

の必要性は肯定しているといえる。そして、その点を判断する際に、周知性の形成に意匠権がどの程度、寄与したのかということを重視している。ここでは、原告商品の宣伝、広告活動において、意匠権の存在が積極的に主張されているか否かが決め手とされている。

もっとも、この説示は、あくまでも被告の「周知性を獲得したのは、意匠権により独占的に保護されて新規参入を阻止してきたことによる」という主張に対して、そのような事実があることが認められた場合に一般論として被告の主張の法理を認めるか否かについては一言も述べることなく、ただ、そのような事実はないと応答したに止まる。もちろん、一般論として認めないのであればその旨を説いて、それ以上に事実を確認することなく、被告主張を退ければよかったのであるから、本判決はどちらかという被告主張の法理に親近感を覚えているとはいえるかもしれない。しかし、いずれにせよ、裁判所が何もいっていない以上、この判決の先例的価値は低い。

ハ そのような中で、一般論を展開したうえで、結論としても周知表示の保護を否定したものとして、東京高判平成15年5月22日平15(ネ)366号〔PCフレーム・控訴審〕がある。

事案は、原告(株)ピー・シー・フレームは、原告PCフレーム協会に所属しており、プレストレストコンクリート製の斜面受圧板に係る発明の特許権者である。特許権が存続している間、プレストレストコンクリート製の斜面受圧板の製造・販売は原告PCフレーム協会により独占されていたが、特許権が消滅した直後(1年未満)、PCフレーム協会の一部会員であった被告3社が脱退し、被告斜面受圧板協会を設立して、競合製品を製造販売し始めた。

裁判所は、原告商品の独占的な販売によりもたらされた出所識別力を肯定したにも関わらず、それがゆえに周知性が認められるためには、知的財産権の存続期間が経過した後、以下のように、知的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ことを要求する旨の抽象論を展開した。

「控訴人協会の構成員が、PCフレーム工法を開発して、控訴人らが初め

てプレストレストコンクリート製の斜面受圧板を市場に投入したこと、昭和61年12月ころ以降、控訴人らが独占的にプレストレストコンクリート製の斜面受圧板を販売してきたこと、その間、控訴人らは、PCフレーム工法のカタログを配布し、多数回にわたり技術説明会を開き、雑誌・新聞等において広告や記事が掲載されてきたこと、同種製品（PUC受圧板）は、平成11年2月ころまで現われなかったことに加え、現在でも、PCフレームは相当程度高い市場占有率を有していること（弁論の全趣旨）に鑑みれば、PCフレームの3形状を採用したプレストレストコンクリート製の斜面受圧板の形状を見て、その限りでは、控訴人らの製品であると認識する当業者は、現在でも決して少なくないと認めることができる。

しかし、控訴人らが、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、控訴人らがPCフレーム工法に関して特許権等を有しており（甲第88号証等、弁論の全趣旨）、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。特許権等の知的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、不正競争防止法の適用を認めることは、結局、知的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知的財産権に基づく独占により生じた場合でも、例えば、知的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、知的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、不正競争防止法2条1項1号、2号を適用する余地はあろう。しかし、本件では、そのような事情は一切認められない。

機能と必然的に結び付いた形状であっても、その出所表示としての周知著名性があるときは、不正競争防止法2条1項1号ないし2号の周知著名

性の要件を充足するという観点に立ったとしても、本件における上記状況の下では、これを認めることはできないというべきである。」

この判決は、特許権等の知的財産権の存在により独占状態に基づき生じた周知性だけを根拠に、不正競争防止法の適用を認めることは知的財産権の存続期間経過後万人が利用できるはずの価値ある情報の第三者による利用を妨げてしまうことに等しく、存続期間を設けた趣旨、ひいては特許法等の目的に悖る旨述べている。以降、この見解のことを本稿では「特許権等の影響払拭必要説」と呼ぶことにしよう。特許権等の知的財産権の存在による独占状態の影響が払拭されたと判断し得る場合について、裁判所は、例示として、「知的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**」ことを挙げているが、それに限定していない。もっとも、裁判所は、具体的な当てはめについて子細を語ることなく、単に「本件では、そのような事情は一切認められない」という結論を出した。

なお、同判決は、「機能と必然的に結び付いた形状であっても、その出所表示としての周知著名性があるときは、不正競争防止法2条1項1号ないし2号の周知著名性の要件を充足するという観点に立ったとしても、本件における上記状況の下では、これを認めることはできないというべきである」と付言している。ここでいう、この説示に先立って、同判決は、技術的形態除外説と目し得る一般論を展開した原判決を肯定的に引用し、「機能と必然的に結び付いた形状は不正競争防止法2条1項1号ないし2号の商品等表示に該当しないとした原判決の判断には、何ら誤りはないというべきである」と判示しており、調整不要説を否定する立場に与していることは明らかである。そのような同判決が、この付言において、あえて調整不要説（＝「機能と必然的に結び付いた形状であっても、その出所表示としての周知著名性があるときは、不正競争防止法2条1項1号ないし2号の周知著名性の要件を充足するという観点」）に立ったとしても結論に変わらないことを説いたのは、不正競争防止法2条1項1号と2号の保護を享受するためには「知的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」ことが必要となるという同判決の見解が、技術的形態除外説か調整不要説かという対立とは異なる別の論点に関わるものである

という同判決の認識を開陳しておきたいと考えたからなのであろう³¹。

³¹ ちなみに、立体商標の審決取消訴訟の事件において、同様の論法を採用した判決として、知財高判平成30年1月15日平29(行ケ)10155号〔杭〕を紹介しておこう。事案は、商品等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成る商標として同法3条1項3号に該当する立体的形状であって、使用をされた結果自他商品識別力を獲得し、同法3条2項により商標登録が認められるかということが争点となったというものである。問題の立体的形状に係る実用新案権は平成19年7月11日、意匠権は同23年9月2日に存続期間満了により消滅していたところ、原告は平成26年7月23日に立体商標登録の出願をなした。実用新案権と意匠権の存続中、原告は原告商品を独占していたが、存続期間満了後は、本願商標と実質的に同一の形状から成る複数の杭が第三者の取扱いに係る商品として販売されており、原告は、これに対して何らの権利行使も行っていないとされている。

裁判所は、使用による自他識別力を取得したと認めるには、以下のように、「権利による独占とは無関係に自他識別力を取得した等の特段の事情」を要求する旨の抽象論を展開した。

「[1] 原告商品の立体的形状は、他の同種商品にはない特徴的なものとはいえないこと、[2] 一定の販売実績を挙げてきたものの、そのシェアは不明であり、実用新案権や意匠権が存在していたこと、原告商品の広告宣伝展示が継続して行われたとしても、取引者、需要者は、併せ使用された『くい丸』の文字商標に注目して自他商品の識別を行ってきたと認められること、これらの事情を総合すると、原告商品の立体的形状が、文字商標から独立して、その形状のみにより自他商品識別力を獲得するには至っていないというべきである。」

「原告は、原告実用新案権、原告意匠権の存続期間満了後に、本願商標と実質的に同一の形状から成る杭が、第三者の取扱いに係る商品として複数販売されていることは、原告商品の立体的形状が自他商品識別機能や品質保証機能を備えているが故にこれに便乗するものであると主張する。

確かに、本願商標と実質的に同一の形状から成る他社商品に関するインターネット上のウェブサイトには、『【くい丸】と同型・同品質！さらに！まとめればまとめるほど、あの【くい丸】よりもお買い得!!!』『<杭 ジェネリック杭 アルマックス社製>…まとめ買いでくい丸よりお得！』（甲129、乙20の2）、『くい丸と同じ形状です。』（甲130、乙21）との記載があり、これら販売業者においても、その販売商品が原告商品の後発品であることを認識していることが推認される。

しかしながら、原告は、平成23年9月2日に原告意匠権の存続期間が満了するまでは、原告実用新案権又は原告意匠権に基づき原告商品を独占的に実施していたことを推認できるところ、実用新案権や意匠権の権利者が、考案や意匠を一定期間独

二 本判決の後の裁判例として、特許権が消滅した後被告が参入するまで約13年経過していたという事案に関して、知財高判令和元年8月29日平31(ネ)10002号〔携帯用ディスプレイ低圧持続吸引器・控訴審〕が下されているが、同判決は、特許権を有していたことに基づく独占状態の影響を論点として取り上げることなく、原告商品の形態の商品等表示該当性を認めている。裁判例の趨勢ははまだ固まっていないといえよう。

2.3 従来の学説

ここで、学説にも目を向けることとしたい。

学説では、技術的形態除外説や競争上似ざるを得ない表示除外説の採否については、既述したように、華々しい議論がなされているものの、特許権等の知的財産権が実際に存在し、その独占の下で周知性が獲得された場合に不正競争防止法の保護を否定すべきかという論点を直接取り上げるものはほとんどない。例外的に言及される場合にも、技術的形態除外説の

占できることは当然であり、実用新案権や意匠権に基づく一定期間の独占の結果として、その権利範囲に含まれる商品の形状又はこれに類似する商品の形状について、権利者の業務に係るものとして知られたことをもって、直ちに商標登録に必要な自他識別力を備えたことにはならない。商標権は、存続期間の更新を繰り返すことにより半永久的に保有することができることを踏まえると、実用新案権や意匠権の対象となっていた立体的形状について商標権によって保護を与えることは、実用新案法や意匠法による権利の存続期間を超えて半永久的に特定の者に独占権を認める結果を生じかねず、事業者間の公正な競争を不当に制限することになる。

したがって、実用新案権や意匠権の対象となっていた立体的形状について権利による独占とは無関係に自他識別力を取得した等の特段の事情の認められない限り、使用による自他識別力を取得したと認めることはできない。そして、上記の検討結果に照らすなら、本願商標について、かかる特段の事情があることを認めるに足りる事情が存在することを認めることはできない。

そうすると、原告実用新案権、原告意匠権の存続期間満了後に、原告商品の類似商品が販売されている事実をもって、原告商品の立体的形状が自他商品識別機能を有することを推認することはできない。」(下線、太字強調は筆者による。)

この判決では、商標法3条2項の登録要件の充足が問題とされているが、この判決が商標法と実用新案法、意匠法との関係について説くことは、特許権等の影響払拭必要説が不正競争防止法2条1項1号と工業所有権との関係について説いていることとほぼ同義である。同説は次第に支持を増やしているのかもしれない。

一適用場面として、同説の下では特許権等のあるなしに関わらず技術的形態は除外されることになるのだから、特許権等が存在した場合にも同様に保護が否定されることになる旨を主張しているように読めるもの³²、特許権等によって市場が独占されていた場合に商品等表示該当性を肯定することに消極的な感想を漏らしつつも、結局は、商品形態が元特許権者の出所を識別する表示として機能しているか否かを判断していけばよく、その結果、出所を識別すると判断された場合には商品等表示としての保護を肯定してよいという立場をとっているもの³³がある。いずれも、特許権等による独占的状态により周知性が獲得されたとしても、その一事をもって常に不正競争防止法2条1項1号、2号の保護を否定する前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕判決のような「特許権等の影響払拭必要説」をとるものではない。

一方、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕に賛同すると明言するものではないが、前記三村量一発言と松尾和子発言を引用しながら、商品形態の二次的出所表示機能や周知性の獲得が消滅した特許権による独占の結果もたらされたものであると認められる場合に不正競争防止法の保護を否定する旨を説くものがある³⁴。その文言を見る限り、「特許権等の影響払拭必要説」に分類し得るものであるように思われるが、具体的な理由付けは詳らかにされていない。

2.4 本判決について

以上のような従来裁判例と学説を踏まえつつ、本判決を検討してみよう。

抽象論として、本判決は前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕を踏襲し、「特許権等の影響払拭必要説」と目し得る抽象論を展開している。もっとも、前掲東京高判は特許権等の知的財産権の存在による独占状態の影響が払拭されたと判断し得るのはいったいいかなる場合であるのかということについて、非限定的ながら「知的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」場合を掲げていた。

³² 牧野監修＝飯村編／前掲注20・21-23頁〔三村量一発言〕。

³³ 牧野監修＝飯村編／前掲注20・13-14・24-25頁〔松尾和子発言〕。

³⁴ 松村／前掲注20・930-931頁。

これに対して、本件の原審である東京地裁は「知的財産権の存続期間が経過した後相当期間が経過して、第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があったと評価し得る場合」と述べており、さらに、控訴審判決は、原審の説示を引用しつつ、「知的財産権の存続期間中の独占状態に基づき生じた周知性も、存続期間満了後の期間の経過に伴って漸減し、存続期間満了後相当期間が経過した後は、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響は払拭されたものと評価することができる」と説いた。この説示は、被告の「第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があっただけでは足りず、現実に参加者との間で競争が生じる必要がある」との控訴審における補充主張を退けるために用いられたものである。控訴審判決は、「商品の形態の商品等表示性の要件である周知性を基礎付ける宣伝広告が、知的財産権の存続期間満了の前後を通じて同様のものではなかったからといって」、周知性を否定する根拠となるものではない旨、付言させている。抽象論として、他の事情に変わりがないのであれば、相当期間の経過という事情のみで特許権等の影響が払拭されたと判断し得るような文言となっているのである。

実際、具体的な当てはめとしても、原審も控訴審もともに実用新案権が消滅した後被告が参入するまで約15年ないし約30年と「相当長期間」が経過していたことをもって第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があったと認めている。この判断は従前の裁判例との関係ではどのように位置付けられることになるのであろうか。

既述したように、特許権等の独占的影響が払拭されたか否かという点を取り扱った裁判例は、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕、前掲東京高判〔配線カバー・控訴審〕があり、管見の限り、本件は事案としては3件目となる。このうち、特許権の存続期間満了後、1年未満しか経過していなかった前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕では影響が払拭されたとはされず商品等表示の保護が否定されている反面、意匠権の消滅後、被告の類似製品が市場に出回るまで長く見積っても約3年半しか経過していないという事案³⁵を扱った前掲東京高判〔配線カバー・控訴審〕や、15年な

³⁵ 裁判所が存続期間満了後の時間の経過に着目していないこともあって、被告の類似製品の販売が開始された時期は不明であるが、原告意匠権の存続期間が昭和57年

いし30年が経過していた本件では商品等表示の保護が認められている。したがって、経過期間だけを観察するのであれば、1年未満と3年半の間辺りに分岐点があることになる。

もともと、従前の裁判例では、期間の経過以外の事情も斟酌されているので、一筋縄ではいかない。例えば、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕では、原告（株）ピー・シー・フレームが原告製品並びにPCフレーム工法に関し意匠権と特許権を有しており、原告協会設立後はこれらを原告協会所属の会員企業のみを実施させ、同会員が施工した工事施工高に応じ一定の実施料を得ていたという事情がある。この意味で、原告らは特許権等を利用し、原告協会の構成員以外の第三者による市場参入を阻止し、協会による独占を維持しようとする意図があったと評し得るだろう（実際に、原告商品の販売開始から、被告製品が市場に出回るまで、市場に第三者の同種競合製品がなかったと裁判所が認めている。）。要するに、この事件では、経過期間が1年未満であったという事情に加えて、特許権が原告らの独占的状态の維持に積極的に使われており、被告自身、特許権の存続期間経過前は原告に参入して製品を供給してきたという事情があり、それらが相まって特許権の独占的状态の影響が払拭されたとはいえないと判断されたのである。

これに対して、長くても3年半経過していたという事案で、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕からは一転して商品等表示の保護を認めた前掲東京高判〔配線カバー・控訴審〕では、原告協同組合は中小企業等協同組合法上の事業協同組合ではあった（原告組員は、その製造に係る配線カバーはすべて原告に販売し、原告は、これを第三者に販売している。）が、被告はその元組員ではなく、また、少なくとも技術的には代替製品が市場に存在した。さらに、既述したとおり、原告商品の宣伝、広告活動において意匠権の存在が積極的に主張されていたという形跡はない。つまり、この事件は、おそらく経過期間は、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕よりも若干長期と思われる事案であるものの、やはり期間の要素以外にも、原告協同組合が、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕とは異なり、知的

9月4日に満了し、被告は昭和61年3月末日にそれと同一又は類似するイ号商品（被告商品（一）ないし（六））の製造販売を中止していることが認定されている。

財産権(意匠権)を利用し、構成員以外の第三者による市場参入を阻止し、協同組合による独占を維持しようとする意図がなく、また被告も従前から原告の外で競争をしてきたという事情がある。これらの事情は、いずれも原告の商品形態の周知性は意匠権の独占的な保護に起因するものではないとする裁判所の判断を積極的に支えるものといえよう。

最後に、本件の事案は、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕や前掲東京高判〔配線カバー・控訴審〕と比すると、実用新案権が消滅した後被告が参入するまで約15年ないし約30年とかなり長期の期間が経過している。他方、本件の原告に実用新案権を利用して独占を維持しようとする意図があったかということは不明であるが、いずれにせよ、従前の2つの事件と異なり、原告が事業者を束ねる協会であるという事情はなく、ましてや前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕のように、被告がその協会の元構成員であるというような関係もない。このように見てくると、期間が相当に長期であることを理由に実用新案権の独占的状态の影響の払拭を認めた裁判所の判断は、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕や前掲東京高判〔配線カバー・控訴審〕との関係において整合的に位置付けることができる。

2.5 「知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響」を検討すべき見解の理論的構成の変遷と問題点

最後に、近年、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響を検討すべき見解が増えつつあることに鑑みて、裁判例に見る理論的構成の変遷を検討しておこう。

まず、周知性の形成に知的財産権がどの程度、寄与したのかということを中心とする旨の説示をした判決として、前掲東京高判〔配線カバー・控訴審〕がある。既述したように、裁判所は正面から一般論を展開したというわけではないので、先例的価値が低いですが、1つのアプローチとして紹介すると、周知性を判断するに当たり、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響を判断する際に、周知性の形成に意匠権がどの程度、寄与したのかということを中心とし、原告商品の宣伝、広告活動において、意匠権の存在が積極的に主張されているか否かが決め手とされている。

次に、「特許権等の影響払拭必要説」に分類し得る抽象論を説くものとして、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕と本判決がある。しかし、「特

許権等の知的財産権の存在による独占状態の影響が払拭された」に該当する事情として、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕は「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」と述べていたのに対し、本判決は「相当期間が経過して、第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があった」とその内容に変更を加えている。つまり、相当期間の起算点が「第三者が参入した時」から、「知的財産権の存続期間が経過した時」に変更されており、その分、第三者がいつ参入するか不明な時点でも、商品等表示の保護が認められ得る説示となっている³⁶。

この変更に関して、学説では、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕は「現実の独占」の影響の払拭を要求しているのに対し、本判決は「法的独占」の影響が払拭されれば足りるという立場をとっていると評するものがある³⁷。

たしかに、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕の説示に従う限り、商品の形態が競争上、又は技術的機能上、必然的な形態ではなく、ゆえに第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があったといえる場合であっても、第三者が実際に参入してこない以上、当該形態に商品等表示の保護は与えられないことになる。その意味で、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕の説示は、特許権等が存在したことに起因する現実的独占状態の影響がある限り周知性を認めないという立場を示したものと見えよう（実際、前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕は、調整不要説をとったとしても、そのような独占的状态の影響を払拭する必要があると論じており、技術的形態除外説や調整不要説と「特許権等の影響払拭必要説」が別物であることを自認している。）。

³⁶ 本判決の法理の下では判断基準が不明確であることを指摘するものとして、小嶋／前掲注27・26頁注57。なお、宮脇／前掲注22・319-320頁も、当事者にとって予測可能性のある基準が提供されたとはいえないという問題意識に関して本稿と共通している。しかし、その結果、宮脇／前掲注22はむしろ特許等の工業所有権が存在していた場合には、存続期間満了後、一律に商品等表示該当性を否定するという結論を採用する点で本稿とは決を分かち。つまり、特許権による独占以外に起因して周知性が獲得された場合には結果として技術の独占が存続期間満了後も実質的に継続することになる、ということの問題視している点で本稿と異なるといえる。

³⁷ 長谷川／前掲注1・163頁。

これに対して、本判決は、第三者が同種競合製品をもって市場に参入する機会があったのであれば、実際に第三者が参入していなかったとしても、特許権等の独占状態の影響が払拭されたと認めて、当該商品形態に商品等表示の保護を与え得る説示となっている。その意味で、本判決が問題としている独占は、現実の独占ではなく、(特許権等によって)法的に保護された独占と評することが許されよう。結局、第三者が同種競合製品により市場において競争し得た(＝法的非独占)と考えられる場合には、現実的独占状態があったとしても周知表示の保護を認めるというのが本判決の立場であると評することができる。そして、第三者が同種競合製品により競争し得たか否かということは、競争上そのような形態をとる必要がないのか(＝競争し得る)、あるのか(＝競争し得ない)と同義であると思われる。そうだとすると、本判決の加えた変更は、「特許権等による影響払拭必要説」についてその独自色を薄め、図らずも、競争上似ざるを得ない表示除外説とほぼ同義のものに変容させるものといえるのだろう。それだけでなく、本判決の枠組みの下では、元来、第三者の同種競合製品による競争可能性の有無が判断の決め手となるはずだから、「相当期間の経過」という要素を重視する必要性も大分減じられることになろう(本判決は、相当期間の経過を特許権等による影響が払拭されたかの判断の決め手としているが、何をもって相当期間が経過したかということ判断する基準が提供されておらず、とりわけ市場に参入する機会があれば足りるという本判決の立場との理論的な関係に疑問が残る。もっとも、市場に第三者の同種競合製品があるという事実を踏まえると、特許権等による影響が払拭されたというその結論を正当化できるのだろう。)

以上のように、管見する限り、「知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響」を検討すべき見解の理論的構成が裁判例ごとにならなくなっており、まだ定着していないといえる。

その中で、まず前掲東京高判〔PCフレーム・控訴審〕の「現実の独占」の状態の影響払拭必要説についていえば、当事者にとって予測可能性のある基準が提供されたとはいいい難いという問題を指摘できよう。このことは、不正競争防止法2条1項1号の趣旨に悖る帰結を導きかねない。例えば、新規参入者は、特許権等の影響がまだあると誤解し、関係特殊投資を投入

し、製造・販売を開始したが、裁判所のところで、特許権等の影響がなかったと評され得る可能性は否めないので、新規参入者の行為が不正競争に該当してしまう。しかしこのような場合、新規参入者がすでに投入した関係特殊投資を保護する術はない。さらに、原告の方も、商品に化体した信用にフリー・ライドする第三者の行為があっても、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響があったと誤解して、それを我慢するしかできず、その結果、商品に化体した信用が希釈されてしまう。そして、いずれの場合も、混同のおそれのある行為が不必要に放置され、不正競争防止法2条1項1号の趣旨に悖る帰結であろう。

他方、本判決のような「法的独占」状態の影響払拭必要説についていえば、第三者が競争し得たかということは、(本判決が意識しているか否かはともかく、理論的には)競争上似ざるを得ない表示であるか否かで判断されることになるように思われ、そうだとすれば、端的に競争上似ざるを得ない表示除外説を採用すればよく、あえて「知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響」ということを独立の要件として論じる意義は失われるように思われる。まず、特許等に対する独占が市場の独占を意味する場合というのは、特許等が存する商品の形態等の商品等表示の候補(それは形態でなくとも色彩など様々なものが該当し得る。)が競争上似ざるを得ない場合であるはずであり、その場合、競争上似ざるを得ない表示に該当するので、競争上似ざるを得ない表示除外説を採用すれば、それ以上にあえて「知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響」を判断しなくとも、保護が否定されることになる。他方、特許等が存する問題の形態等が競争上似ざるを得ない表示ではない場合、知的財産権の存続期間が経過してから相当期間が経過していようがまいが、さらにいえば、そもそも知的財産権の存続期間経過前であったとしても、第三者は原告の商品の形態等を模倣せずとも市場に参入できるのであるから、「知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響」を論じなくとも、そして、知的財産権の存続期間の経過とは無関係に、原告が商品に化体した信用を保護することを優先するという結論に至るとというのが、(繰り返しになるが、本判決がそこまで意識していたかいなかはともかくとして)「法的独占」状態の影響払拭必要説の理論的な帰結であるように思われる。本判決が相当期間に関して加えた説示の変更にこのような理論的な含意があっ

た根拠自身がいずれにせよ、「知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響」の意義については検討を要する点が少なくない。今後の裁判例の動向に注目したい。

【付記】本稿の作成に当たって、東京大学大学院法学政治学研究科の田村善之教授より何度も懇切丁寧なご指導を賜りました。校正の際には、北海道大学大学院法学研究科の高橋直子特任助手に大変お世話になりました。また、多くの方から貴重なご意見、ご指摘をいただきました。この場を借りて改めて感謝申し上げます。