

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号における  
商品表示性の検討

筑波大学  
図書館情報メディア研究科  
2013 年 3 月  
佐藤 奈緒美

## 目次

1	はじめに	3
1.1	研究背景	3
1.2	研究目的	4
2	不正競争防止法	5
2.1	不正競争防止法の目的	5
2.2	不正競争防止法の類型	5
2.3	不正競争防止法2条1項1号（商品等表示混同惹起行為）	6
2.4	商品等表示	6
	(1) 人の業務に係る氏名	7
	(2) 商号	7
	(a) 商号権及び類似商号をめぐる紛争	7
	(3) 商標	8
	(a) 商標の類似判断基準	9
	(4) 標章	10
	(5) 商品の容器・包装	10
	(6) その他の商品又は営業を表示するもの	11
2.5	周知性	11
	(1) 周知性の地域的範囲	12
	(a) 広く認識されている地域	12
	(b) 広く認識される状態	12
	(2) 周知性獲得時期	12
2.6	同一・類似	13
	(1) 外観類似	13
	(2) 称呼類似	13
	(3) 観念類似	13
	(4) 全体類似	14
	(5) 類似性の判断基準	14
	(6) 商品・役務の類否	14
	(7) 「要部」抽出	14
2.7	混同	15

3	事例紹介	16
3.1	黒烏龍茶事件	16
3.2	紅いもタルト事件	18
3.3	小括	22
4	他の事例	23
4.1	大阪みたらし事件	23
4.2	正露丸事件	30
4.3	小括	39
5	識別力の弱い保護	40
5.1	識別力の有無	40
	(1) 識別力の弱い商標	40
	(2) ブランドコントロール	40
5.2	保護の手段	40
	(1) 商標法	40
	(2) 不正競争防止法	41
	(3) 意匠法	41
	(4) 著作権法	41
	(a) 応用美術	41
	(b) 例外1	42
	(c) 例外2	42
	(d) 例外3	42
6	おわりに	43
	参考文献	44

## 1 はじめに

2002年の総理施政方針演説で、「知財立国」を国家目標とすることが表明されて以来、これまでに数多くの改革が行われてきた。「知的財産戦略大綱<sup>1</sup>」の決定、「知的財産基本法<sup>2</sup>」の制定、知的財産高等裁判所の設立、知的財産の保護強化、職務発明制度の改革<sup>3</sup>、営業秘密の保護強化、水際措置の強化、知的財産権侵害の重罰化、弁理士制度の拡充整備、大学知的財産本部・TLO<sup>4</sup>の整備などが行われた。制定された「知的財産基本法」に基づき、2003年には内閣に知的財産戦略本部が設置され、以降、毎年、知的財産推進計画<sup>5</sup>を作成・発表している。知財制度は、産業界のみならず、学問・研究活動や、研究者・技術者の権利・インセンティブにも大きく関わっており、近年のインターネットの普及下において、新サービスの展開・規制、一般市民に対する表現の自由などにも、大きな影響を及ぼすものであり、過った知財改革によって、社会の活力も公平な社会も損なわれることになる。

### 1.1 研究背景

近年、不正競争防止法に係る事件が頻発している。不正競争防止法は、特許法、意匠法、商標法、著作権法では保護できない模倣品や海賊版を取り締まったり、保護が困難な営業秘密を保護することができ、特許法、意匠法、商標法、著作権法と互いに補完関係にある。そして不正競争防止法は、知的財産法上、特許法・著作権法と並ぶ重要な地位を占めるようになってき

---

1 2002年7月に内閣の知的財産戦略会議において決定された知的財産立国の実現に向けた基本戦略であり、日本の産業競争力の低下に対抗し、知的創造サイクルを確立するため、知的財産の創造、保護、活用及び人材基盤の充実の実現に向けた戦略を打ち立てることにより、知的財産による商品・サービスの充実化と経済・社会の活性化を目指すことを定めている。

2 (目的)

1条 この法律は、内外の社会情勢の変化に伴い、我が国産業の国際競争力の強化を図ることの必要性が増大している状況にかんがみ、新たな知的財産の創造及びその効果的な活用による付加価値の創出を基軸とする活力ある経済社会を実現するため、知的財産の創造、保護及び活用に関し、基本理念及びその実現を図るために基本となる事項を定め、国、地方公共団体、大学等及び事業者の責務を明らかにし、並びに知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画の作成について定めるとともに、知的財産戦略本部を設置することにより、知的財産の創造、保護及び活用に関する施策を集中的かつ計画的に推進することを目的とする

3 特許法35条(職務発明制度)の改正が行われた。

4 Technology Licensing Organization (技術移転機関)の略称で、大学の研究者の研究成果を特許化し、それを企業へ技術移転する法人であり、産と学の「仲介役」の役割を果たす組織である。

5 ①知的財産の創造、保護及び活用のために政府が集中的かつ計画的に実施すべき施策に関する基本的な方針、②知的財産の創造、保護及び活用に関し政府が集中的かつ計画的に講ずべき施策、③知的財産に関する教育の振興及び人材の確保等に関し政府が集中的かつ計画的に講ずべき施策、④以上のほか、知的財産の創造、保護及び活用に関する施策を政府が集中的かつ計画的に推進するために必要な事項について定めることとされている。

ており、不正競争訴訟は知的財産権訴訟全体の中でも、特許訴訟、著作権訴訟に次いで多数を占めている<sup>6</sup> (図 1)。その中でも、不競法 2 条 1 項 1 号所定の商品等混同惹起行為に関する判決が、圧倒的に高い割合を示している。

また、裁判において、訴訟経済が重視されており、訴訟経済の効率化が重要となっている中で、知的財産訴訟において、不正競争防止法には明確な法的基準が設定されていない。

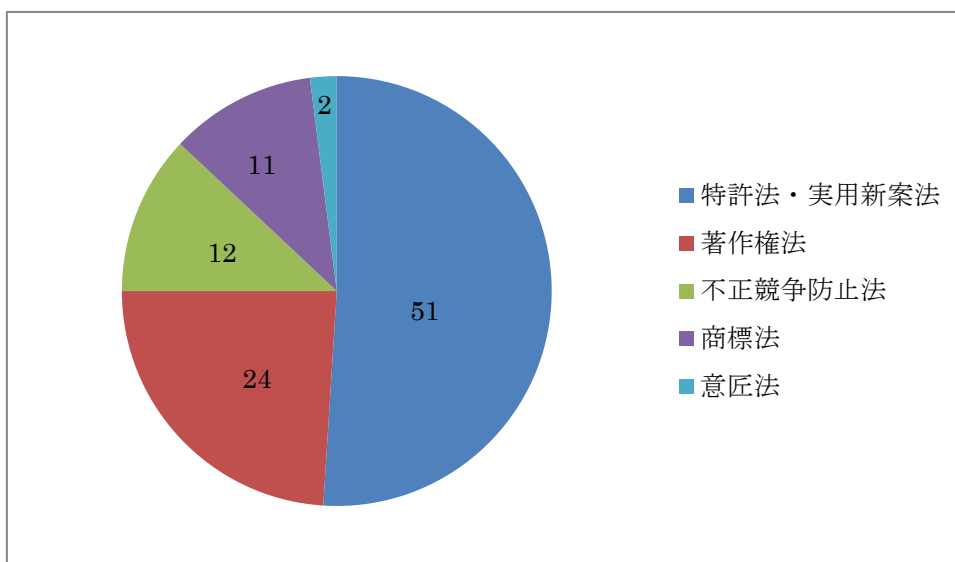


図 1 知的財産に関わる民事訴訟

## 1.2 研究目的

産業財産権のみでは非侵害や権利無効の抗弁で敗訴するリスクがあるため、重疊的に不正競争防止法を提起することが良く行われる。また、その射程は、産業財産権の規定ではカバーされない客体も含めて幅広く捕捉できるという柔軟性を有する。また、産業財産権<sup>7</sup>のように登録を要せず、行為規則法であるという点においてもより画一的な産業財産権をバックアップするという側面があると考えられる。

本研究における問題の根本は不正競争防止法において明確な判断基準がないことである。この問題を解決するため、本論文では、まず、過去の裁判例を検討し、判決の基準となった判断基準を精査し、さらにそれを明らかにするとともに、訴訟にかかる費用や時間等を抑え、スリム化を図るための判断基準を提言することを目的とする。

<sup>6</sup> 知的財産マネジメント第 2 委員会第 1 小委員会 平成 20 年～22 年における地方、高等、最高裁判所の訴訟件数から比率を算出。

<sup>7</sup> 知的財産権のうち、特許権、実用新案権、意匠権及び商標権の 4 つをいう。

## 2 不正競争防止法

### 2.1 不正競争防止法の目的

「この法律は、事業者間の公正な競争及びこれに関する国際的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。」と1条で定めている。つまり、特定の不正競争行為に対して刑事罰を設けるほか、不正競争によって営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがある者に対し、不正競争の停止・予防請求権を付与することにより不正競争の防止を図るとともに、その営業上の利益を侵害された者の損害賠償請求、差止請求、刑事罰等を整備することによって、事業者間の公正な競争を確保しようとするものである。

不正競争防止法は、事業者の営業上の利益という私益と、公正な競争秩序の維持という公益を保護法益としている。「不正競争防止法は、競争秩序における反良秩序的行為を防止することにより、公正な競争秩序を維持し、原則として、公益と私益を保護しようとするものである。しかしながら、個々の観定によっては、保護の重点に軽重があり、なかには私益の保護をとおして間接的に公益を保護しようとするものもあり……。」と説示した判決がある。

8

### 2.2 不正競争の種類

不正競争防止法では、同法による規制の対象を限定的に列挙している。

民法（709条）<sup>9</sup>では不法行為を限定的に列挙しないで、不法行為一般を救済の対象としているが、不正競争防止法では不正競争行為を列挙し、列挙された行為類型のみを同法による救済・制裁の対象としている。

その理由は以下のような考えに基づく。

- ①金銭賠償が原則である民法と異なって、不正競争防止法の救済・制裁は、行為の差止請求、予防請求、廃棄除却請求をも認めるなど、事業活動に与える影響が甚大であること。
- ②一般条項とすると、何が許される競争行為で何が許されない競争行為であるのか、事業者が把握することが困難となり、その結果、正当な事業活動を委縮させてしまうおそれがあること。
- ③何が不正競争行為であるかについて、必ずしも社会的なコンセンサスがない段階において一般条項を導入することは弊害を生ずるおそれがあるので、社会的なコンセンサスの得られた行為について、その都度、個別類型化を図っていくことの方が適切であること。

現行の不正競争防止法では、上述の観点から、2条1項各号（ほかに16条～18条）に列

---

8 神戸地判昭44.9.12 ユーハイム事件

9 （不法行為による損害賠償）

第709条 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。

挙げられた事由に当たらない限り、本法によって規制を受けることはない。

ただし、不正競争行為の多くは民法上の不法行為を構成する。「競争秩序を破壊する不正ないし不公正な行為は、必ずしも不正競争防止法の規定する各類型の不正競争行為に限られるわけではない。同法の規定する不正競争行為に該当しなくても、業者の行う一連の営業活動行為の態様が、全体として、公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な方法で行われ、行為者に害意が存在するような場合には、かかる営業活動行為が全体として違法と評価され、民法上の不法行為を構成することもあり得るものと解するのが相当である。」と判示したものがあ  
る。<sup>10</sup>

### 2.3 2条1項1号（商品等表示混同惹起行為）

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、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引渡し、譲渡若しくは引渡のために展示し、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」として、商品等表示混同惹起行為について定義している。これにより保護されるためには、①商品等表示、②周知性、③同一又は類似の表示、④混同の4つを全て満たさなければならない。

「商品等表示」の中に、「商号」が規定されている。他者の商号が商品主体表示または営業主体表示として使用され、需要者の間に広く認識されている（周知表示）場合、当該周知表示と同一もしくは類似の商品表示または営業と混同を生じさせる行為は、不正競争行為の一つとされている。当該不正競争行為は差止請求の対象となり、また、不正競争を行った者は、周知表示の保護利益保有者の被った損害を賠償する責任も負担することとなる。よって、このような周知な商号は、不正競争防止法により保護を受けられる。ここで保護を受けられる商号は、登記された商号に限らず、未登記の商号も含む。

### 2.4 商品等表示

「商品等表示」とは、「商品表示」および「営業表示」であり、これらの「表示」には、①人の業務に係る氏名、②商号、③商標、④標章、⑤商品の容器・包装、⑥その他の商品表示又は営業表示、が含まれる。

「商品等表示」と言い得るためには、表示が自他識別機能又は出所識別機能を備えていることが必要である。

自他識別機能又は出所識別機能を有しない普通名称等が用いられた場合は、「商品等表示」に該当しない。例えば、電気餅つき機に付された「つきたて」という表示は電気餅つき

---

<sup>10</sup> 大阪地判平 16.11.9 ミーリングチャック事件

機の効能を表現、連想させるにとどまり商品の個別的識別機能を有しない<sup>11</sup>、書籍の題号に用いられた「究極の選択」は単にその本の内容を表示するにすぎないから出所識別機能又は自他識別機能を有しない<sup>12</sup>ので、いずれも本法における「商品等表示」には当たらないことになる。

商品等表示は、企業にとって自分の作った商品に対して責任の所在をはっきりさせるという意味を持っている。自分たちの作った製品、提供しているサービスが常に消費者の信頼に応えるものであることが、ブランドイメージとして消費者に定着する。

#### 2.4 (1) 人の業務に係る氏名

「人の業務に係る氏名」とは、「商品表示」または「営業表示」として使用される氏名をいう。<sup>13</sup>自分の氏名を屋号に使用すること、商品にその作者の名を付すこと、また、有名デザイナーの氏名を店名にしたり、人気選手の氏名を商品に関して使用するような場合の氏名である。「氏名」には、戸籍上の氏名をフルネームで使用したもの、性または名のいずれか一方でのみ使用したもの、雅号、芸名、ペンネーム、グループ名、愛称・略称なども含まれる。

#### 2.4 (2) 商号

「商号」は、商人がその営業上自己を表示するために用いる名称であり、社会経済的に、営業の同一性を表示する名称として機能し、営業の信用の標識となっている。<sup>14</sup>その商号を登記するか否かは任意であるが、会社の商号は登記事項となっている。商号は名称であるため、文字をもって表示し、かつ、称呼できるものである必要がある。したがって、図形や模様などは商号としては使えない。

「商号」には、①会社の商号、②個人商人の登記商号、③小商人の商号、④未登記の商号、⑤会社が商号とは別に使用する屋号・店舗名がある。

##### 2.4 (2) (a) 商号権及び類似商号をめぐる紛争

企業がその商号について有する権利を「商号権」という。商号権に関して、商法 12 条 1 項において、「何人も、不正の目的をもって、他の商人であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない。」とし、これに違反する名称又は商号の使用によって営業上の利益を侵害され又は侵害されるおそれがある商人は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができ<sup>15</sup>、

<sup>11</sup> 京都地判昭 57.4.23 つきたて事件

<sup>12</sup> 東京地判平 2.2.28 究極の選択事件

<sup>13</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.22

<sup>14</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.24

<sup>15</sup> 商法（他の商人と誤認させる名称等の使用の禁止）



また、これに違反した者は百万円以下の過料となる<sup>16</sup>。会社法においても、「何人も、不正の目的をもって、他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない。」(同法8条1項)とし、これに違反する名称又は商号の使用によって営業上の利益を侵害され又は侵害されるおそれがある会社は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができるとしている(同条2項)。

商号権の内容として、「商号使用权」と「商号専用権」があるとされている。「商号使用权」とは、他人により妨げられることなくその商号を使用する権利をいい、「商号専用権」とは、他人が同一または類似の商号を不正に使用するのを排斥する権利をいう。商号権は無体財産権の一種であるため、商号権を違法に侵害された場合、それは不正行為であり、商号権者がこれによって損害を受けた場合は、民法709条によって、侵害者に対し、損害賠償を請求できることとなる。

しかし、類似商号をめぐる実際の紛争では、このような商号権概念が前面に出るのではなく、不正競争防止法違反(2条1項1号・2号の不正競争)、会社法8条・新商法12条(不正目的での誤認名称・商号の使用禁止)違反や商標権侵害として問題となる。また、商号使用权といっても、不正競争防止法等の規定によって保護される他人の権利を侵害することはできず、商号専用権といっても、特に新法下では同一市区町村内でも類似商号規制が撤廃され、類似商号の有無について無審査で登記可能であるため、商号専用権の権利性は希薄といえる。

したがって、類似商号を使用することによって伴う法的リスクおよび類似商号をめぐる紛争を検討するにあたっては、抽象的な「商号権」概念を検討するよりも、具体的な不正競争防止法、商標法、商法(新法下では会社法・新商法)の関連規定を検討することが重要である。

#### 2.4 (3) 商標

「商標」について、不正競争防止法2条2項では、「この法律において『商標』とは、商標法第2条第1項に規定する商標をいう。」としている。

そして、商標法2条1項では、「この法律で『商標』とは、文字、図形、若しくは記号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、次に掲

---

##### 第12条②

前項の規定に違反する名称又は商号の使用によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある商人は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

<sup>16</sup> (過料)

##### 第13条

前項第1項の規定に違反した者は、百万円以下の過料に処する。

げるものをいう。

1 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するもの

2 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するもの（前号に掲げるものを除く）」

と定義している。

商標は、商品のラベル、包装などに貼付し、営業表示として使用し、さらに広告に使用したりすることによって、商品の役務（サービス）の出所や自他商品の識別機能を果たす標章（マーク）である。<sup>17</sup>

商標には、①文字商標（文字からなる商標、例えば SONY、ヤクルト、東芝）、②図形商標（図形によって表現した商標、例えば、月・星・動物のマーク）、③記号商標（記号によって表現した商標、例えば、井桁、菱、キッコウ）、④立体商標（立体化した形状の商標、例えば、ケンタッキーフライドチキンの広告用人形、エンブレム、立体看板）などがある。その他、商標法の保護対象ではないが、色彩商標（例えば、フィルムケースの色）その他、聴覚・嗅覚・味覚・触覚等によって自他商品の識別機能を果たすものは、社会通念上の商標に含まれる。

商標は、商品や役務（サービス）の出所表示機能、品質保証機能、広告的機能を有し、また商標の使用によって商品に対する顧客の信用が増大すると、その信用は顧客獲得力として商標に化体され、それ自体が財産的価値を生ずるに至る。商標登録された商標は、商標法に基づき、指定商品・役務についてその使用を専有する権利を有するとともに、他人の使用に対しては、指定商品および登録商標のほか、それらに類似する範囲のものを排除する権利を有する。

商標法（商標権）による規制の対象は、登録商標と同一か類似しており、かつ、指定商品とも同一か類似する商品（または役務）に限られるが、不正競争防止法では、誤認混同を生じさせる限り商品や役務がまったく異なっても対象となる。

また、商標登録の有無や、商標法上の登録要件を満足するか否かも問わず、対象となる。「長崎タンメン」は商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示したにすぎない標章であるから商標法上の登録要件は満たさないが、不正競争防止法でいう「商標」には該当するとされた事件がある。<sup>18</sup>

## 2. 4 (3) (a) 商標の類似判断基準

商標が類似するか否かは、商標登録の場面と商標権侵害の場面の 2 つの場面で問題となるが、商標の類似判断の基準は同様の基準が適用される。

商標の類似判断の基準について、最高裁昭和 43 年 2 月 27 日判決（昭和 39 年（行ツ）第

<sup>17</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.26

<sup>18</sup> 東京高判昭 45.4.28 長崎タンメン事件

110号 商標登録出願拒絶査定不服抗審判審決取消請求上告事件 民集22巻2号399頁)は以下のとおり判示している。

「商標の類似は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」

「商標の外観、観念、または称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所の誤認混同のおそれを推測させる一応の基準にすぎず、従って、右三点のうちその一において類似するものでも、他の二点において著しく相違することその他取引の実情によって、なんら商品の出所に誤認混同をきたすおそれの認めがたいものについては、これを類似商標と解すべきではない。」

また、最高裁平成9年3月11日判決(平成6年(オ)第1102号 商標権侵害禁止等請求事件 民集51巻3号1055頁)は以下のとおり判示している。

「商標の類似は、同一又は類似の商品に使用された商標が外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべきであり、かつ、その商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。右のとおり、商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、右三点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違するか、又は取引の実情等によって、何ら、商品の出所を誤認混同するおそれが認められないものについては、これを類似商標と解することはできないというべきである。」

商標法下での商標の類否判断基準と不正競争防止法下での商標の類否判断基準とは異なり、不正競争防止法下のほうがより取引の実情に重きを置くという立場がある。確かに、理論的には違いが見られるが、商標法下の商標の類否においても商品の取引の実情を明らかにし得る限りその具体的な取引状況に基づいて判断されるので、類似商号事案を含め、不正競争防止法違反・商標権侵害の場面では同じように判断される。

#### 2.4 (4) 標章

2条3項では、「この法律において『標章』とは、商標法第2条第1項に規定する標章をいう。」とされており、商標法第2条1項では、「標章」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」と定義している。

#### 2.4 (5) 商品の容器・包装

「商品の容器若しくは包装」における「容器」とは、商品をいれる「いれもの」であ

り、袋、瓶、箱、缶などがある。<sup>19</sup>「包装」とは、商品を包む「つつみ」である。<sup>20</sup>容器自体が包装を兼ねている場合もあり、明確に区別できない場合もあるから、「容器」と強いて区分する必要はない。いずれも、商品そのものではないが、それらが現実商品表示としての機能を有していることが少なくない。

商品の容器や包装は、商品表示または営業表示としての機能を有するものとして使用されることが多いが、それらが長年にわたって特定の商品の容器や包装として使用され、あるいは強力な宣伝・広告によって、需要者に広く認識されることになる。<sup>21</sup>周知性を獲得したものに対して、他人がそれを模倣した容器や包装紙を使用することによって消費者に著名企業の商品と誤認させる行為は、不正競争行為となる。ただし、容器がありふれた形状の場合には「商品表示」には当たらない。

#### 2.4 (6) その他の商品又は営業を表示するもの

前述の2.4 (1)～(5)に含まれないものであっても、他人の商品または営業と識別する機能を有する表示は、「その他の商品又は営業を表示するもの」に該当する。<sup>22</sup>不競争裁判事件において、「その他の商品又は営業を表示するもの」として認められたものには、商品それ自体の形態、商品の模様、材質を組み合わせたもの、商品の色彩、シンボルマーク、看板・表示、タイプフェイス、アパートの名称、学校の名称、書籍のタイトルが挙げられる。

#### 2.5 周知性

2条1項1号が対象とする商品等表示は、「需要者の間に広く認識されている」もの、すなわち周知ものでなければならない。

「広く認識されている」程度は、必ずしも高度な程度が要求されるものではない。他人の商品等表示と同一（または類似）の商品等表示を使用して他人の商品（または営業）混同を生じさせる行為の防止が目的であるため、混同が生じるか否かの観点から、弾力的に判断すべきである。また、営業表示が「広く認識されているもの」といい得るか否かは、当該営業の種類、態様、取引範囲等を考慮して判断すべきであって、その地域的範囲は、画一的に判断されるべきではない。広く認識されているからといって、他人の商品（または営業）混同を生じさせない場合には不正競争防止法に基づく請求権は行使できない。

婦人服のデザインが全国の服飾関係業者及び一般消費者の間において周知であるとされた事例<sup>23</sup>、大阪府周辺における周知性を認めた事例<sup>24</sup>などがある。

---

<sup>19</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.28

<sup>20</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.28

<sup>21</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.29

<sup>22</sup> 青山紘一.不正競争防止法.法学書院.2004,p.30

<sup>23</sup> 東京地判平 11.6.29 イッセイ・ミヤケ「プリーツ・プリーズ」事件

<sup>24</sup> 大阪地判平 11.4.20 すし萬事件

また、「需要者」とは、当該商品の取引者ないし消費者をいう<sup>25</sup>。

## 2.5 (1) 周知性の地域的範囲

### (a) 広く認識されている地域

「広く認識されている」地域は、必ずしも日本全国である必要はなく、少なくとも一地方において広く認識されていれば足りるとされている。<sup>26</sup>しかし、その商品等表示が自分の営業地域において認識されているだけでなく、相手方の営業地域においても広く認識されていることが必要である。

海外でのみ周知で日本国内においては周知でないものは該当しないとした判決<sup>27</sup>がある一方、外国（サウディ・アラビア等の中近東地域）において周知性を有し、そこでは現実に混同が生じているとしてもその地に輸出する行為は2条1項1号の「他人の周知の商品等表示を使用した商品を輸出する行為」を構成するとした判決<sup>28</sup>などがある。一方、大阪府下で寿司店を営む原告の営業表示「元禄寿司」は被告会社の営業地である北陸にまで広く認識されるようになったと認めることはできないとして、不正競争防止法に基づく請求が退けられた判決<sup>29</sup>がある。

### (b) 広く認識される状態

特定の需要者の間だけで認識されているような場合であっても、不正競争防止法の「広く認識される」状態と認められる場合がある。一方、「広く認識される」のが、一部の商品や営業にのみ限られる場合は、その他の商品や営業に対しての権利の行使はできない。

また、「広く認識される」状態は、通常はその表示を周知するように努力をした結果として生ずるものであるが、自然発生的に広く認識される状態になったような場合であっても、対象となり得る。<sup>30</sup>

## 2.5 (2) 周知性獲得時期

判例によれば、2条1項1号の不正競争を理由に、裁判で、原告が被告に対して被告の使用する商品等表示の使用の差止を請求する場合、周知性が獲得されている必要がある時期は、事実審の最終弁論終結時である（最高裁昭和63年7月19日判決一判時1291号132頁）。事実審の最終弁論終結時というのは、地方裁判所の判決については、地裁判決の前に開催された最終の口頭弁論終結時であり、控訴により高等裁判所で審理が継続された場合は、高裁

---

<sup>25</sup> 東京地判平9.3.31 龍村帯地事件

<sup>26</sup> 最判昭34.5.20 ニューアマモト事件

<sup>27</sup> 東京地判平10.2.27 ギブソンギター事件

<sup>28</sup> 大阪地判平12.8.29 ガス点火器事件

<sup>29</sup> 大阪地判平1.10.9 元禄事件

<sup>30</sup> 東京高判平5.4.28・最判平5.12.16 アメックス事件

判決の前に開催された最終の口頭弁論終結時となる。したがって、訴え提起時には周知性があったが、その後、原告が保護を主張するその商品等表示を使わなくなった等の理由で、事実審の最終弁論終結時には周知ではなくなったという場合は差止請求は認められない。逆に、訴え提起時は周知性がなかったが、裁判継続中に、大々的に宣伝し、事実審の最終弁論終結時には当該商品等表示が周知となった場合、この時期的要件は満たされることとなる。

## 2.6 同一・類似

不正競争防止法上の同一・類似は、商品等表示を具体的な使用の状態において捉えて、商品等の出所の混同を生じるか否かの観点から判断すべきものである。判例も、「取引の実情のもとにおいて、取引者又は需要者が両表示の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両表示を全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かを基準として判断すべき」としている。<sup>31</sup>

商標の類否判断の指標としても、古くから、「外観類似」「称呼類似」「観念類似」が用いられているが、不正競争防止法の「類似の商標」は商標法の「商標登録の権利範囲に属する商標」より広い、とした判決がある。<sup>32</sup>

### 2.6 (1) 外観類似

「外観類似」とは、表示の外観が類似していることをいう。

原告商標「ELLE」と被告標章「ELLECLUB」の要部は外観において類似しており、被告標章は原告商標と類似するとされた。<sup>33</sup>

### 2.6 (2) 称呼類似

「称呼類似」とは、表示を呼んだときの呼び方が類似していることをいう。これについては取引においてどのように呼ばれるかが問題であり、必ずしも同一の表示について呼び方が一つとは限らない。称呼が長い場合は、簡易迅速が尊重される取引の場においては、簡略な称呼を生じる場合もある。

「日本ゼオン」「ゼオン」と被告表示「アーゼオン」は、いずれもこれを聞く者の注意を引く要部は「ゼオン」であり、両者は称呼が類似するとされた。<sup>34</sup>

### 2.6 (3) 観念類似

「観念類似」とは、表示から認識される意味ないし意義が類似していることをいう。これについても、問題となる表示がいかなる意味ないし意義のものとして認識されるかという

---

<sup>31</sup> 最高判平 9.3.11 小僧寿し事件

<sup>32</sup> 大阪地判昭 32.8.31 三国鉄工株式会社事件

<sup>33</sup> 東京地判平 10.11.27 ELLECLUB 事件

<sup>34</sup> 東京地判平 11.12.28・東京高判平 12.9.28 アーゼオン事件

ことが裁判上問題となり、必ずしも一つの意味ないし意義とは限らない。逆に、まったくの造語の場合、特定の観念は生じないということもある。

「呉青山学院中学校」は「青山学院と何らかの関連を有する呉所在の中学校」という観念が想起されるとされた。<sup>35</sup>

## 2.6 (4) 全体類似

「外観類似」「証拠類似」「観念類似」は、あくまでも、類似判断の一つの指標にすぎないものであり、最終的には全体的にみて類似しているか否かによって判断されることになる。判例は、「ある営業表示が不正競争防止法…にいう他人の営業表示と類似のものか否かを判断するに当たっては、取引の実情のもとにおいて、取引者、需要者が、両者の外観、称呼、又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのを相当とする。」としている。<sup>36</sup>

## 2.6 (5) 類似性の判断基準

2条1項1号の「同一若しくは類似の商品等表示」のうち、同一の場合（極めて些細な相違は「実質的に同一」と判断されることもある）は問題ないが、いかなる場合に「類似」といえるのか、またその判断基準が問題となる。この判断基準について、最高裁昭和58年10月7日判決（昭和57年（オ）第658号 商号使用差止等請求事件 民集37巻8号1082頁）は、「取引の実情の下において、取引者、需要者が、両者の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのを相当とする。」と判示している。このように最高裁は、「外観」、「称呼」、「観念」の3つの要素をあげている。

「外観」、「称呼」、「観念」の3つがいずれも類似しているのであれば類似していることに問題はなく、3つのいずれも類似していない場合は非類似である。しかし、1つの要素または2つの要素が類似で他が非類似という場合もあり、類似・非類似の程度もある。これらの要素を勘案して、取引の実情の下で原告の商品等表示と被告の商品等表示が類似しているか否かを判断することとなる。

## 2.6 (6) 商品・役務の類否

商品・役務が類似するか否かも、商標登録の場面と商標権侵害の場面の2つの場面で問題となるが、商品、役務の類否判断の基準は2つの場面で同様の基準が適用されることとなる。

商品の類否判断の基準について、最高裁昭和36年6月27日判決（昭和33年（オ）第

<sup>35</sup> 東京地判平13.7.19 呉青山学院中学校事件

<sup>36</sup> 最判昭58.10.7 ウーマン・パワー事件

1104号 審決取消請求上告事件 民集15巻6号1730頁)は以下のとおり判示している。

「指定商品が類似のものであるかどうかは、原判示のように、商品自体が取引上誤認混同の虞があるかどうかにより判定すべきものではなく、それらの商品が通常同一営業主により製造又は販売されている等の事情により、それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは同一営業主の製造又は販売にかかる商品と誤認される虞があると認められる関係にある場合には、たとえ、商品自体が互に誤認混同を生ずる虞がないものであっても、それらの商標は商標法(対象10年法律99号)2条9号にいう類似の商品にあたると解するのが相当である。」

役務の類否判断は、対象となる役務に同一または類似の商標を使用するとき、同一営業主の提供にかかる役務と誤認されるおそれがあると認められる関係にあるか否かによることとなる。

商品と役務は本来、性質の異なるものであるが、対象となる役務・商品に同一または類似の商標を使用するときは同一営業主の提供にかかる役務・商品と誤認されるおそれがあると認められる関係にあるか否かによることとなる。

## 2.6 (7) 「要部」抽出

他人の商品等表示と類似のものにあたるか否かの判断にあたっては、比較する2つの表示の「要部」を抽出して判断される。「要部」というのはその表示中において重要な部分であり、識別力を有する部分をいう。

## 2.7 混同

他人の周知の商品表示又は営業表示と同一又は類似のものを使用することにより、当該表示の主体と使用者との間に密接な関係があると誤信させることをいう。これは、現に混同を生じさせていることは要せず、混同を生じさせるおそれがあればよいとされている。<sup>37</sup>また、使用者の不正競争の意思も要しない。商品または営業の主体自体に誤認を生ずる場合の「狭義の混同」と、業務上、経済上または組織上何らかの関係が存するものと誤認する場合の「広義の混同」があり、このどちらも2条1項1号の混同行為に該当するとされている。

---

<sup>37</sup> 知財高判平19.11.28 オービックス事件



### 3 事例紹介

#### 3.1 黒烏龍茶事件

(東京地判平 20. 12. 26 (平 19 (ワ) 11899))

出典 : 判タ 1293 号 254 頁

判時 2032 号 11 頁

～烏龍茶の容器の類似性～ (請求一部認容)

原告 : X (サントリー (株))

被告 : Y1 ((株) オールライフサービス)、Y2 (日本ヘルス (株))

#### [事件の概要]

原告Xが、①被告Y1・Y2において、Xの周知又は著名な商品表示(「サントリー黒烏龍茶OTPP」と類似する商品表示(「黒烏龍(ブラックウーロン)茶」「黒濃烏龍茶」)を付した各商品を製造および販売したとして、Y1・Y2に対し、不正競争防止法2条1項1号又は2号、3条1項、2項の規定によるYら商品の製造等の差止めおよび包装等の廃棄ならびに同法2条1項1号又は2号、4条の規定による損害賠償金の支払を求め、②Y1において、そのウェブサイト上でY1の商品の品質等を誤認させ、虚偽の事実によってXの商品を中傷する広告を掲載し、かつ、同広告により原告の商標権および著作権を侵害したとして、Y1に対し、同法2条1項13号又は14号、3条の規定による誤認惹起行為および虚偽事実流布行為の差止め、商標法36条1項の規定による商標権侵害行為の差止め、著作権法112条1項の規定による複製権侵害行為の差止めならびに不正競争防止法2条1項13号又は14号、4条、民法709条の規定による損害賠償金の支払いを求めるとともに、③Y1に対し、上記①および②の行為に基づき不正競争防止法2条1項1号又は2号、13号又は14号、14条の規定による信用回復措置、商標法39条、特許法106条の規定による信用回復措置および民法709条、723条の規定による名誉回復措置を求め、④Y2に対し、上記①の行為に基づき、不正競争防止法2条1項1号又は2号および14条の規定による信用回復措置を求めた。

#### [争点]

- (1) 原告が原告商品に付した表示(以下「原告商品表示」という。)の周知性又は著名性の有無
- (2) 原告商品表示と被告ら各商品表示との類似性の有無
- (3) 被告ら各商品が原告商品と混同を生じさせるものといえるか

#### [判旨]

[1]このような状況に照らせば原告商品表示は現時点においてはもちろん、被告ら商品Aの

販売が開始された平成18年7月下旬ごろ（上記前提となる事実（4）ア）の時点においても、原告商品を表すものとして全国の消費者に広く認識され、相当程度強い識別力を獲得していたといえ、周知性を有していたものと認めることができる。

[2]ある商品の表示が取引者又は需要者の間に浸透し、混同の要件（不正競争防止法2条1項1号）を充足することなくして法的保護を受け得る、著名の程度に到達するためには、特段の事情が存する場合を除き一定程度の時間の経過を要すると解すべきである。そして、原告商品については、上記の平成18年7月下旬の時点において、いまだ発売後2か月半程度しか経過しておらず、かつ、原告商品表示がそのような短期間で著名性を獲得し得る特段の事情を認めるに足る証拠もないのであるから、原告商品表示は、同時点において、著名性を有していたものと認めることはできない。

[3]原告商品表示[「サントリー黒烏龍茶OTTP」]と被告ら商品表示A[「黒烏龍（ブラックウロン）茶」]とでは需要者又は取引者において被告ら商品Aを原告商品と混同し、又は、被告ら商品Aが原告商品の関連商品であると誤認するおそれがある程度に紛らわしく、類型的な混同のおそれがあるというべきである。したがって、原告商品表示と被告ら商品表示Aとの間においては、不正競争防止法2条1項1号の類似性が認められる。

[4]原告商品表示[「サントリー黒烏龍茶OTTP」]と被告ら商品表示B（「黒濃烏龍茶」）との間に、外観および呼称の点で、大きな相違があると認められることに照らせば、需要者又は取引者において、被告ら商品表示Bを認識したとしても（仮定的に）著名な原告商品表示自体を容易に想起するとまではいえない。したがって、原告商品表示と被告ら商品表示Bとの間においては、不正競争防止法2条1項1号の場合と同様に、同項2号の類似性を認めることはできないというべきである。

### **[当裁判所の判断]**

#### 1 争点（1）（原告商品表示の周知性又は著名性の有無）について

##### （2）原告商品表示の周知性について

原告は、平成18年5月から同年7月までの間において、原告商品表示を付した原告商品を、多くの一般の顧客が容易に購入することができ、かつ、容易に目にすることができると考えられる、コンビニエンスストア、ドラッグストア、スーパーマーケット等において、大量に販売していた。それと併せて、新聞、雑誌及びインターネットといった各種のマスメディア並びに利用者が多いと考えられる路線の電車内及び駅構内において、原告商品表示を付した広告を頻繁に行っており、また、テレビ広告においても、そのような他のマスメディアの状況からすれば、それらと同様に、原告商品表示の写真が放送されていたものと推認される。その他、原告商品は、テレビ、新聞及び雑誌において紹介され、その多くで原告商品表示の写真が付されており（テレビにおいても原告商品表示の写真が紹介されていたと推認されることは、上記広告の場合と同様である。）、さらに、平成18年度の人気商

品として各種の賞も受け、その報道においても、一部、原告商品表示が紹介されていたものである。

このような状況に照らせば、原告商品表示は、現時点においてはもちろん、被告ら商品Aの販売が開始された平成18年7月下旬ごろ（上記前提となる事実（4）ア）の時点においても、原告商品を表すものとして全国の消費者に広く認識され、相当程度強い識別力を獲得していたといえ、周知性を有していたものと認めることができる。この点、被告らは、原告商品の販売や宣伝広告が行われた期間の短さを根拠として、平成18年7月下旬ころの時点では、原告商品表示の周知性及び著名性が認められない旨主張するが、上記（1）の認定事実のとおり、原告が、原告商品発売時である同年5月から同年7月までの間に、相当集中的な販売及び宣伝活動を行っていることに照らせば、その期間が2か月間であっても、周知性を獲得したと認めるのが相当であり、被告らの主張するところは、抽象的な推測の域を出るものではないから、これを採用することができない。

### （3）原告商品表示の著名性について

原告は、上記（1）で認定された原告商品の販売及び宣伝活動の状況を根拠として、原告商品表示が、平成18年7月下旬ころの時点において、周知性を超えて著名性まで獲得していた旨主張する。しかしながら、ある商品の表示が取引者又は需要者の間に浸透し、混同の要件（不正競争防止法2条1項1号）を充足することなくして法的保護を受け得る、著名の程度に到達するためには、特段の事情が存する場合を除き、一定程度の時間の経過を要すると解すべきである。そして、原告商品については、上記の平成18年7月下旬の時点において、いまだ発売後2か月半程度しか経過しておらず、かつ、原告商品表示がそのような短時間で著名性を獲得し得る特段の事情を認めるに足りる証拠もないのであるから、原告商品表示は、同時点において、著名性を有していたものと認めることはできない。

したがって、原告の上記主張は理由がない。

## 3.2 紅いもタルト事件

（那覇地判平 20.8.6）

～普通名詞を単に組み合わせたにすぎず商品表示性を有しないとされた事例～（請求棄却）

原告：X（（株）お菓子のポルシェ）

被告：Y（（株）ナンポー通商）

### 【事件の概要】

沖縄県内において、「紅いもタルト」の商（表？）品表示（商標）を付して紅いも菓子を製造・販売する原告X（（株）お菓子のポルシェ）が「紅いもタルト」はXの商標として周知性を獲得しており、被告Y（沖縄県那覇市）が、「べにいもたると」「紅いもたると」「紅芋タルト」などの商品表示を使用した紅いも菓子を販売する行為は、不正競争防止法2条1

項1号所定の不正競争（周知表示誤認惹起行為）に当たるとして、同法3条および4条に基づき、Y商品表示の使用差止めおよび損害賠償（1億1千万円）を求めた。

### **【争点】**

- 1 原告商標の商品表等示性及び周知性
- 2 被告商標の類似性
- 3 原告商標形態の商品等表示性及び周知性
- 4 被告商品形態の類似性
- 5 営業上の利益の侵害又は侵害のおそれ

### **【判旨】**

[1]商品の形態は、商品の機能を発揮したり、商品の美感を高めたりするために適宜選択されるものであり、本来的にはその商品の出所を表示する機能を有するものではないが、①所定の商品形態が同種の商品と識別し得る独自の特徴を有し、かつ、②それが長期間にわたり継続的にかつ独占的に使用されたり又は短期間であっても強力に宣伝されるなどして使用されたような場合には、結果として、商品の形態が商品の出所表示の機能を有するに至り、かつ、商品表示としての形態が需要者の間で周知になり、不正競争防止法2条1項1号にいう「他人の商品等表示」として保護されることがあり得るといふべきである。ただし、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ついている場合には、その形態は、上記規定にいう「他人の商品等表示」ということはできず、これについて同規定による保護は及ばないといふべきである。

[2]これを本件についてみるに、原告商品又は被告商品以外のタルト菓子商品の中にも、舟形のタルト生地を下部に備え、その上部にいもやバナナなどを原材料に含むペーストを絞り盛って焼いた形状の菓子が多く存在し、また、一般に販売されている菓子製造器具等を用いてこのような形態のタルト菓子の作成が可能であることが認められるから、原告商品形態は、焼き菓子（タルト菓子）のありふれた形態であるといふべきである。したがって、原告商品形態は、同種の商品と識別し得る独自の特徴を有するものであるとはいえず、商品等表示には該当しない。

### **【当裁判所の判断】**

- 1 原告商標の商品等表示性について
- 1 原告商標の自他識別力について

原告は、自他識別力を有するのは、「ベニイモタルト」と発音する称呼並びに「紅いも」及び「タルト」の組合せの観念であるとして、原告商標は「紅いもタルト」の文字商標である旨主張する。これに対し、被告は、原告が実際に使用している商標は、「御菓子御殿の紅

いもタルト」ないし「元祖紅いもタルト」である旨主張するところ、この点をおいても、以下のとおり、「紅いもタルト」との原告商標が、自他識別力を有するものとは認められない。

すなわち、「紅いも」は甘藷（さつまいも）の品種の一つであって、紫の肉色を有するものをいい、これは普通名詞（一つの類に属する個体のどれでもが、その例になり得るような事物を表す名詞）といえる。また、「タルト」は、①ゆず飴などをカステラで巻いた和洋折衷の菓子、又は②果物・ジャムなどをのせたパイ菓子を表すものであって、原告商標中の「タルト」は、このうち②の意味を有するものであるが、これも普通名詞といえる。

この点、原告は、原告商品の発売が開始された昭和 61 年当時、「紅いも」や「タルト」は普通名称化していなかった旨主張する。しかしながら、「紅いも」についてみれば、昭和 62 年 12 月 10 日付けの琉球新報においても、『『紅（べに）芋』といえば『a』と言われるくらい、a 村の紅芋栽培はよく知られている』等と記載されている。また、「タルト」についても、上記記載のような意味を有することは、昭和 58 年 12 月発行の広辞苑第 3 版や、昭和 63 年 11 月発行の大辞林にそれぞれ記載されているところであるし、また、原告商標中の「タルト」も意味する、果物・ジャムなどをのせたパイ菓子を「タルト」と称することは、昭和 61 年当時においても広く知られていたものといえる（弁論の全趣旨）。これからすれば、「紅いも」や「タルト」は現時点はもとより、昭和 61 年当時においても普通名詞（普通名称）であったものと認められる。

次に、原告は、「紅いもタルト」との原告商標は、素材の名称である「紅いも」とパイ生地である「タルト」の文字を組み合わせ命名したものであり、日本語と外国語をミックスした魅力的な名称である旨主張する。

しかしながら、タルト菓子について、タルト生地の上のせる素材等の名称を冠して、「チーズタルト」、「洋ナシタルト」、「チェリータルト」、「アップルタルト」、「ピーチタルト」、「バナナタルト」、「ブルーベリータルト」、「グレープフルーツタルト」、「オレンジタルト」、「ミックスフルーツタルト」、「かぼちゃタルト」、「木の実タルト」等と称されており、また、上にのせる素材が芋であるものについても、「金太郎いもタルト」、「焼きいもタルト」等と称されているところであるから、「紅いもタルト」との表示についても、これらと同様に、タルト菓子について、タルト生地の上のせる素材の名称を冠したものにすぎず、このように普通名詞を単に組み合わせたにすぎない「紅いもタルト」との表示自体が、自他識別力を有するものとは認められない。

なお、仮に、原告商標につき、外観（字体）を加味して商品等表示性を判断するとしても、原告商標 1 はゴシック体を基本とし、「紅」の字を構成する点（いとへんの第 6 画部分）を丸形にするなどして図案化されたものであり、原告商標 2 は楷書体又は行書体を基本として図案化されたものであるところ、共にそれ自体で特に際立った特徴を有するものとは認められないから、このような外観を加味したとしても、なお、原告商標がそれ自体で自他識別力を有するものということとはできない。

## 2 使用による特別顕著性の具備の主張について

原告は、原告商標が周知性を獲得する前までには使用による特別顕著性を取得した旨主張し、原告商標が周知性を獲得した時期としては遅くとも被告商品の販売開始（平成13年10月）前である旨主張していることから、以下、原告商標が、平成13年10月の時点及び現時点において使用による特別顕著性を具備したといえるか否かについて検討する。

### イ 平成13年10月時点における特別顕著性具備の有無について

(ウ) 原告の主張を前提としても、平成12年度（平成12年7月1日から平成13年6月30日）の原告商品の販売数及び販売額は216万個、1億7000万円、平成13年度（平成13年7月1日から平成14年6月30日）の原告商品の販売数及び販売額は248万個、2億1100万円であって、平成2年度以降数を伸ばしてきているものと認められるが、御菓子御殿（i店）がオープンし、その宣伝効果もあって急激に売上実績を伸ばしてきたものと認められる平成14年度以降の販売数、販売額と比べるとその半分くらいあるいはそれ以下にすぎず、また、御菓子御殿 a 本店がオープンした平成17年度の販売数、販売額と比べると、平成12年度、平成13年度の各販売数、販売額はその4分の1に満たないものである。このことに加え、平成13年10月以前の原告商品に関する宣伝広告や取材記事等の内容、原告商品と同様の商品としての「紅芋タルト」の顕著性を具備していたものと認めることはできない。

### ウ 現時点における特別顕著性具備の有無について

(ウ) 現時点においては、原告商標を使用した原告商品も相当数販売されており、原告商品の

知名度も高いものといえるが、被告商標を使用した被告商品も相当数販売されており、また、ほかにも同様の商品について、「紅芋タルト」ないし「紅いもタルト」との名称を付して販売している複数の業者が存在するのであるから、原告商標が現時点において、特別顕著性を具備しているものと認めることはできない。

## 2 原告商品形態の商品等表示性について

1 商品の形態は、商品の機能を発揮したり、商品の美感を高めたりするために適宜選択されるものであり、本来的にはその商品の出所を表示する機能を有するものではないが、①特定の商品形態が同種の商品と識別し得る独自の特徴を有し、かつ、②それが長期間にわたり継続的にかつ独占的に使用されたり又は短期間であっても強力に宣伝されるなどして使用されたような場合には、結果として、商品の形態が商品の出所表示の機能を有するに至り、かつ、商品表示としての形態が需要者の間で周知になり、不正競争防止法2条1項1号にいう「他人の商品等表示」として保護されることがあり得るといふべきである。ただし、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ついている場合には、その形態は、上記規定にいう「他人の商品等表示」ということはできず、これについて同規定による保護は及ばないといふべきである。

2 これを本件についてみるに、原告商品の商品形態は、別紙「原告商品目録」記載の構成（原告商品形態）によるものであるところ、証拠によれば原告商品又は被告商品以外のタルト菓子商品の中にも、舟形のタルト生地を下部に備え、その上部にいもやバナナなどを原材料に含むペーストを絞り盛って焼いた形状の菓子が多く存在し、また、一般に販売されている菓子製造器具等を用いてこのような形態のタルト菓子の作成が可能であることが認められるから、原告商品形態は、焼き菓子（タルト菓子）のありふれた形態であるというべきである。

### 3.3 小括

黒烏龍茶事件では、容器・包装の特別顕著性、商品の周知性が認められていることから、黒烏龍茶の普通名詞の組み合わせが商品等表示に該当するかどうかではなく、商品全体でそれを認めている。一方、紅いもタルト事件では、普通名詞の組み合わせにすぎないとして、商品表示性を否定し、類似性等の判断をしていない。「普通名詞の組み合わせには識別力がない」との固定観念から抜け出せない、結論ありきの判決である。また、被告商品の販売開始より13年も前の原告商品に関する証拠を軽視している。原告商品の販売数について、原告の過去の販売数と現在の販売数を比較する等、相対的な判断をし、被告商品の販売数との比較を疎かにしている。

普通名詞の組み合わせでも長年の使用により識別力を獲得するケースはあるということ、消費者は商品名だけではなく商品の容器・包装や商品の形態にも着目して購入しているため、商品の性質、購入される状況をも考慮に入れた上で、商品全体を対象にして1号該当性を検討すべきである。

## 4 他の事例

### 4.1 大阪みたらし事件

(大阪地判平 19. 3.22 (平 18 (ワ) 140 号))

出典 : 判タ 1259 号 316 頁

判時 1992 号 125 頁

#### [事件の概要]

◆和菓子を製造販売する原告が、同業で競争関係にある被告に対して、原告の周知商品等表示である商標「大阪みたらし小餅」に類似する被告商標「大阪みたらし元祖だんご」を使用して混同を生じさせている点及び、原告の周知商品等表示である商品形態と同一又は類似する商品形態を使用して混同を生じさせている点等において不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に該当するなどとして差止等を求めた事案において、原告商標と被告商標とは呼称及び觀念が類似しないものであり、また原告商品形態は商品等表示として需要者の間で広く認識されることがあり得るものと認めることができないなどとして、いずれの請求も棄却した事例

#### [当裁判所の判断]

##### 1 争点 (1) (被告商標による混同行為) について

###### (1) 原告商標について

ア 原告商標では、「みたらし小餅」の文字は、同一書体、同大、同色の文字により記載されているのに対し、「大阪」の文字は、書体も異なり、大きさも小さく、また、色も異なっている。

イ 上記「大阪」は、原告商品の産地ないし販売地を示すものと理解され、原告商品に用いた場合には、そのみでは自他識別性のない部分である。

同「みたらし」は、新聞や雑誌により『みたらし』といえば『団子』が定番 (甲 42)、「ふつうのみたらしでは、残ったたれがもったいない」(乙 7) と、原告により「みたらしのたれがお口の中で広がります」(乙 4 の 5)、「とろりとしたみたらしのタレを包み込んだ」(乙 15 の 1)、「写真ではみたらしのタレに滴る感じがなく」(甲 41 の 2 頁) と、被告により「みたらしだれを内包」(平成 18 年 7 月 10 日付け被告準備書面 (3) 3 頁) と、レオンによりみたらし団子のタレを入れた餅について「みたらしだれ餅」(甲 25, 乙 11) と、インターネット上でも「餅の中にみたらしあん」(甲 28) と用いられるとおり、みたらし団子ないしこれに用いるたれ(「みたらしのたれ」「みたらしだれ」「みたらしあん」などと呼ばれる、甘みのある一種の醤油だれ。)を使用していることを示す名称と理解され、原告商品に用いた場合には、そのみでは自他識別性のない部分である。

同「小餅」は、小さい餅を意味するから、原告商品に用いた場合には、そのみでは自他識別性のない部分である。



ウ そうすると、原告商標からは、全体から「おおさかみたらしこもち」、又は書体、大きき、色が同一である部分から「みたらしこもち」の呼称が生じるものと認められる。他方、同一書体、同大、同色の文字である「みたらし小餅」を「みたらし」と「小餅」に分断し、その一方である「みたらし」に書体も異なり、大ききも小さく、色も異なる「大阪」を加えて読むというのは不自然な読み方であって、原告商標から「おおさかみたらし」の呼称が生じると認めることはできない。

原告は、原告商標の「小餅」が自他識別性のない部分であるから、要部ではないと主張するが、前示のとおり、「大阪」も「みたらし」も自他識別性のない部分であるから、「小餅」だけを自他識別性がないという理由で要部でないとすることはできない。

エ また、上記アないしウの事実によれば、原告商標からは、その全体から「大阪のみたらしのたれを用いた小さな餅」、又は書体、大きき、色が同一である部分から「みたらしのたれを用いた小さな餅」の観念が生じるものと認められる。

## (2) 被告商標について

ア 被告商標では、「大阪」、「みたらし」、「だんご」の部分は、ほぼ同一書体、同大、同色の文字で記載され、「元祖」の部分は、これとは書体も、字の太さも異なる文字を用いて、少し斜めになった長方形の中に白抜き（したがって、文字の色も異なる。）で、記載されている。

イ 上記「大阪」は、被告商品の産地ないし販売地を示すものと理解され、原告商品に用いた場合には、そのみでは自他識別性のない部分である。

同「みたらし」「だんご」は、普通名詞であるみたらし団子を示すものと理解されるから、そのみでは自他識別性のない部分である。

証拠（甲15）によれば、「元祖」とは、「①一家系の最初の人、②ある物事を初めてした人、創始者」との意味であることが認められるから、上記「元祖」の部分は、商品ないし商標について「元祖」であると称している表示と理解される。

ウ そうすると、被告商標からは、全体から「がんそおおさかみたらしだんご」、又は、書体、大きき、色がほぼ同一である部分から「おおさかみたらしだんご」の呼称が生じるものと認められる。他方、同一書体、同大、同色の文字であって、普通名詞である「みたらしだんご」を「みたらし」と「だんご」に分断し、その間に書体も、字の太さも異なり、不自然な読み方であって、被告商標から「おおさかみたらしがんそだんご」ないし「おおさかみたらし」の呼称が生じると認めることはできない。

エ また、上記ないしウの事実及びみたらし団子が普通名詞であることを考慮すれば、被告商標からは、その全体から「元祖の大阪のみたらし団子」、又は書体、大きき、色が同一である部分から「大阪のみたらし団子」の観念が生じるものと認められる。

(3) 以上のとおりであるから、原告商標と被告商標は、呼称及び観念が類似しないものである。また、両者は、外観が類似せず、全体的に観察しても類似しない商標と認め

られる。

## 2 争点（2）（被告商品形態による混同行為）について

### 1 本件形態の商品等表示性について検討する。

本件形態のうち、「醤油だれを餅生地で包」んだ和菓子というのは、商品そのものであって、「商品又は営業を表示するもの」ということはできない。また、もしもこれを商品等表示とするならば、不正競争防止法2条1項1号が目的としている出所の混同の防止を超えて、「醤油だれを餅生地で包」んだ商品そのものの独占を認めることになり、商品の自由な流通を阻害する結果となる。したがって、これを同号の商品等表示と解することはできない。

そうだとすると、本件形態に関して検討すべきは、醤油だれを餅生地で包んだ和菓子について、「白色の餅生地を球状からやや扁平にし、上面に茶色の焼色を付した形態」の商品等表示性の有無というべきである。

（2）商品の形態は、通常、その商品の機能を発揮させ、又は美感を高めるために選択されるものであり、必ずしも商品の出所を表示することを目的として選択されるものではないが、商品の形態が他の商品と識別し得る独特の特徴を有し、かつ、商品の形態が、長期間継続的かつ独占的に使用されるか、又は、短期間であっても商品形態について強力な宣伝等が伴って使用されたような場合には、商品の形態が商品等表示として需要者の間で広く認識されることがあり得る。

（3）ある物質を餅生地で包み込んだ和菓子において、「白色の餅生地を球状からやや扁平にし、上面に茶色の焼色を付した形態」は、焼き大福を始めとして、ごくありふれた形態であることは当裁判所に顕著である。

（4）また、和菓子において、醤油だれを使用することがありふれたことであることも当裁判所に顕著である。したがって、餅生地で包まれる物質を醤油だれとした和菓子は、「ある物質を餅生地で包み込んだ和菓子」の一種といえることができる。

（5）そうである以上、「ある物質を餅生地で包み込んだ和菓子」の一種である「醤油だれを餅生地で包み込んだ和菓子」について、「ある物質を餅生地で包み込んだ和菓子」におけるごくありふれた形態である「白色の餅生地を球状からやや扁平にし、上面に茶色の焼色を付した形態」としたとしても、これを他の商品と識別し得る独特の特徴とすることは到底できないのであって、これが商品等表示として需要者の間で広く認識されることがあり得るものと認めることはできない。よって、これを商品等表示であるとする原告の主張は、理由がない。

### 3 争点（3）（「元祖」表示による品質誤認表示行為）について

（1）「元祖」を「物事を初めてしだした人」の意味に理解した場合

ア 「元祖」について、「物事を初めてしだした人」の意味に理解した場合、製品の製造販売についての「元祖」とは、製品の製造販売を初めてしだした人、という意味にな

る。ところで、ある製品を考えてみると、同種製品であっても、品質等様々な点に違いがあることが普通であって、これらにより顧客層の支持を得られず製造販売が少量短期間しか継続できず、失敗に終わったというべきものと、顧客層の支持を得られず製造販売を継続するものがある。しかし、「製造販売を初めていただいた」かどうかという点では、前者であろうと後者であろうと、最初に製造販売した人が「初めていただいた人」である。極端な例を挙げれば、ある種製品を最初に製造販売した人の製品が品質が劣り、顧客層の支持がなく間もなく製造販売中止となった後に、同種製品を別の人が製造販売したところ、それが品質優良で世の中に広まったとしても、その種製品の製造販売を「初めていただいた人」は、前者である。したがって、「元祖」について、「物事を初めていただいた人」の意味に理解する場合には、これを品質についての表示とすることはできない。

イ 原告の主張及びその提出証拠によれば、醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子について、原告は、平成元年にレオンと原告が共同で開発した後、「その後しばらくは当方で製造しておりませんでした」（甲 18）、「商品としての完成度に確信がなかった」（甲 41）、「一部店舗にて断続的に販売を繰り返し」（平成 18 年 5 月 18 日付準備書面 6 頁）という状態の後、平成 4 年 6 月から、株式会社図氏穀粉による「開発、及び試験販売」よりの手伝いを得て、餅生地と食感の異なる製品が開発され、平成 7 年には相当数の米粉の納入を受けるようになり（甲 10,26,41）、平成 5 年から株式会社パオシスから「みたらし小餅」のパッケージの納品を受けていたとされている（甲 8）。したがって、原告提出の証拠によれば、原告は、現在の原告商品については、平成 4 年 6 月以降に「開発、及び試験販売」から始めたものであって、それ以前の醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子は、少なくとも餅生地と食感という品質において異なるものということになる。ところが、原告は、品質を変更した後の製品である原告商品について、その包装紙に、「醤油だれを包み込んだみたらし団子を創案し発売したのは当社が全国で最初でございます」と記載しており（甲 1 の 1）、また、本訴において、被告が、醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子について、平成 4 年 2 月から販売を開始したと主張して証拠（乙 8,9）を提出したのに対し、上記品質変更以前である平成 3 年 12 月の販売に関する本件チラシ（甲 38）を提出して、醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子を最初に販売した時期を問題としている。このように、原告も、品質の相違にかかわらず、製造販売を「初めていただいた」であるか否かを問題としていることは、最初に製造販売したかどうかということが、現在の品質にかかわらず裏付けるものといえることができる。

## 2 別の理解の余地について

### ア 「元祖」について、別の理解の余地

もっとも、前示のとおり、ある種製品について、品質等の相違により顧客層の支持を得られず製品販売が少量短期間しか継続できなかったものと、顧客層の支持を得て製造販売を継続するものがある場合に、製造販売が少量短期間で失敗に終わったもの、比喩的に言えば

「子孫」を残せなかったものとは異なり、製造販売を継続している中で最古のもの、比喩的に言えば「子孫」を残している者が「元祖」であるという解釈も、「元祖」の第1の意味が「一家系の最初の人」というものであることを考慮すると、全くないわけではない。

そして、「元祖」を「製造販売を継続している中で最古のもの」という意味に解釈すると、販売を継続できたのは製品が顧客層に支持されたからであり、顧客層に支持されたということは品質において優れていたからであったと考えれば、「元祖」であることは品質と関係があることになる。

それが遠い昔に開発されてきた種類の商品であれば、その後科学技術は大きく進歩しているから、後発組の中には、後発であるが故にその後の新たな技術を用いて、「元祖」に優るとも劣らぬ品質となっている商品や、「元祖」よりも現代人の好みに適合する品質となっている商品も存在することが十分に考えられるから、遠い昔から販売を継続できたことは、現在の品質の優位性とは直接は結びつかないように思われる。ところが、原告商品や被告商品のように、最近販売されるようになった新奇な製品である場合、「製造販売を継続している中で最古のもの」であることは、それが最近の出来事であるが故に、販売継続をもたらした品質の優位性がまだ失われずに今も保たれているということを暗示するものと解釈する余地もあり得る。

ところで、原告及び被告は、その主張から明らかなとおり、被告商品について被告が使用している「元祖」の表示を「醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子」（逆バージョンのみたらし団子）の「元祖」の趣旨と理解しており、このことからすれば、上記表示に接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。そこで、以下、被告商品について、「醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子」（逆バージョンのみたらし団子）について、「製造販売を継続している中で最古のもの」と称することが虚偽であるか否かについて検討する。

#### イ 被告の継続的な販売開始時期

証拠（乙5, 8, 9）によれば、被告は、平成4年2月に醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子（ただし、上面に茶色の焼色がなかった）を「みたらしだれ餅」との名称で製造販売を開始し、平成4年12月15日付けで当時開港予定であった関西国際空港の旅客ターミナルビル内の出店に際して販売希望商品として申告し、平成6年9月の同空港開港と同時に「大阪みたらしだんご」名で販売して現在に至っていること、平成4年の上記申告の時点で、同年度の売上は、被告の年商が1億8～9000万円であったところ、「みたらしだれ餅」は数量13000箱、売上高650万円で、被告の販売商品のうち売上高第7位であったことが認められる。したがって、上記申告後に売れ行き不振等の事情も窺えない本件では、被告は、醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子を、平成4年2月以降継続して販売しているものと推認される。

なお、被告商品上面の茶色の焼色は、平成4年2月の後、平成6年9月までの間に新たにつけられたものであるが、上記焼色の有無は「醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団

子」であるか否かに影響するものではないから、「醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子」の販売の継続性に影響を与えるものではない。

#### ウ 原告の継続的な販売開始時期

##### 1 本件チラシについて

被告は、本件チラシについて、①片面にわずか6種類の商品が掲載されているにすぎず、原告の中心となる商品類（例えば、千鳥さぶれ、丸房露など）が掲載されておらず、新規開店のチラシ広告としては相応しくない、②本件チラシに掲載された「みたらし小餅」を除く他の商品は、いずれも賞味期間の長い進物用品であり、進物に相応しい価格であるのに、「みたらし小餅」だけは賞味期間の短いなま物で、進物に相応しくない安価な商品であった、他の商品と統一が取れていない、③「みたらし小餅」が「新発売」であるにも関わらず、極端に小さなスペースでの取扱いになっており、他の部分と比較して文字や数字が極端に小さく、かつ、段落ちになってバランスを欠いており、当該部分を後から縮小して嵌め込んだようで、不自然である、④「みたらし小餅」の写真は、平成10年6月以降のチラシ広告の写真と同じであり、平成8年秋における原告の広告に掲載されている写真とは異なるから、本件チラシの写真は、平成10年以降に撮影された写真を使用しているのではないかという疑いが残る、⑤原告の他のチラシがすべて両面印刷であるのに、本件チラシだけは片面印刷である、⑥本件チラシ提出の経緯が不可解である、⑦本件チラシは、通常の印刷物として製作された物ではない、と主張する。そして、本訴第5回弁論準備手続において、受命裁判官は、上記④に関し、本件チラシの写真の撮影者、撮影時期について明らかにするよう原告に求めたが、いまだこの点は明らかにされない状態である。また、チラシの作成業者も不明である。

以上の点を考慮すると、本件チラシの頒布時期については、疑問も残るところである。そこで、この点はひとまず措き、本件チラシの頒布時期について、原告主張を前提とした場合に、原告の継続的な販売開始時期がどうかであるかを検討する。

##### 1 原告の主張及び原告提出証拠による推定

a 平成3年12月に頒布されたとされる本件チラシには、「みたらし小餅」について「新発売」との記載があり、このことからすれば、「みたらし小餅」はそれまでは販売されていなかったという意味に解される。したがって、本件チラシを前提としても、「みたらし小餅」は、平成3年12月以前には、販売実績がなかったか、又はないに等しかったことになる。

他方、原告の主張及び原告提出証拠によっても、原告は、醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子について、平成元年にレオンと共同で開発した後、「その後しばらくは当方で製造しておりませんでした」（甲18）、「商品としての完成度に確信がなかった」（甲41）、「一部店舗で断続的に販売を繰り返す」（平成18年5月18日付準備書面6頁）という状態の後、平成4年6月から、株式会社図司穀粉による「開発、及び試験販売」よりの手伝いを得て（甲10）、原告商品が開発されたことになるのは前示のとおりである。以上の証拠に、本件チラシの「新発売」の記載を加えると、原告提出の証拠からは、原告は、醤油だれを餅生地

で包み込んだみたらし団子を、平成元年にレオンと共同で開発した後、しばらくは販売していなかったが、平成3年12月に商品化して「みたらし小餅」として新発売したが、その後販売を継続せず、平成4年6月から、株式会社関司穀粉による「開発、及び試験販売」よりの手伝いを得て、現在ある原告商品の開発に成功して平成5年ころに販売を開始したということになる。

b もっとも、甲第26号証には、Bが、平成1年4月ころから、「みたらし小餅」に使用する米粉を原告の関連会社である千鳥饅頭製菓株式会社（甲31）に納入していたが、平成4年6月ころ、「食感の問題」で業者を変えるという申し出があったので米粉の納入をやめた旨の記載がある。しかし、本件チラシからすれば、平成3年12月以前は、「みたらし小餅」の販売実績はなかったか、又はないに等しかったこと、及び「みたらし小餅」の販売が継続していないことは前示のとおりである。そうだとすると、甲第26号証の上記記載を、平成1年4月から平成4年6月まで、販売目的の「みたらし小餅」に使用するために原告に継続的に米粉を納入していたとの趣旨と読めば、前記認定と矛盾するから、採用することはできない。

ただし、甲第26号証には、米粉の納入年月日も数量も記載がなく、米粉の納入が継続的であったとの記載もない。したがって、同証を、米粉の納入が、販売目的のものに限らず、例えば研究・試作の目的の少量のものも含めて、平成1年4月から平成4年6月までの間に何回か納入したことがあるという趣旨と解すれば、上記と矛盾しないから、同証を必ずしも虚偽と断ずるべきでもない。

そして、上記いずれの趣旨と解しても、同証を、「みたらし小餅」について、原告が平成5年より前から現在まで継続して販売していたことの証左とすることはできない。

c また、甲第42号証には、「みたらし小餅」について、「89年に販売を始めた」との記差があるが、客観的裏付けのないものであって、原告が平成5年より前から現在まで継続して販売していたことの証左とすることはできない。

(ウ) その他、原告が、「醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子」の販売を平成5年より前から現在まで継続していると認めるに足りる証拠はない。

エ 以上の次第で、本件チラシが、平成3年12月に頒布されたものであるとしても、醤油だれを餅生地で包み込んだみたらし団子について、被告よりも早い段階で製造販売を開始した製品を、原告が現在まで継続して販売していると認めるに足りる証拠はない。そうである以上、仮に「元祖」の表示が事実と反することの証明があったとすることはできないから、結局、これを虚偽とすることはできない。

## 5 結論

以上の次第で、原告の請求は、その余について判断するまでもなく、いずれも理由がないから棄却することとして、主文のとおり判決する。

## 4.2 正露丸事件

(大阪地判平 18.7.27 (平 17 (ワ) 1163 号))

出典 : 判タ 1229 号 317 頁

### [事件の概要]

◆クレオソートを主剤とする胃腸用丸薬である原告製品の包装の表示態様が「ラッパの図柄」を除いて自他商品識別機能を有さず、「ラッパの図柄」に対応する「瓢箪の図柄」を表示した被告製品の包装の表示態様が原告製品のそれと類似しないなどとして、同表示態様の包装を使用した被告製品を製造販売する行為が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号又は 1 号の不正競争行為に当たらないとされた事例

◆「正露丸」の語が遅くとも昭和 29 年当時クレオソートを主剤とする胃腸用丸薬の一般的な名称として国民の間に広く認識されており、その後の取引の実情の変化を考慮しても原告製品を識別する商品表示性を取得したとはいえないとされた事例

◆クレオソートを主剤とする胃腸用丸薬である被告製品の包装に「正露丸」「SEIROGAN」の標章を使用したことが、同医薬品の普通名称を普通に用いられる方法で表示したにすぎないとして、同医薬品を指定商品とする登録商標「正露丸」「SEIROGAN」に係る商標権の効力が及ばないとされた事例

### [当裁判所の判断]

1 争点 (1) ア (原告表示 1 の「商品等表示」性)、争点 (1) ウ (原告表示 1 と被告表示 1 との類似性) 及び争点 (1) エ (原告製品と被告製品との誤認混同のおそれ) について

(1) まず、原告表示 1 (原告製品の包装箱の表示態様) が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 号所定の「商品等表示」に該当するか否かについて検討する。

前記争いのない事実に加え、証拠 (甲 4 ないし 6 の角 1~3, 8, 9, 22、ないし 25, 57 の 1・2, 66, 67) 及び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

ア 原告は、昭和 29 年以前から「正露丸」の名称を使用して本件医薬品の製造販売を行っており、遅くとも昭和 52 年には原告表示 1 の使用を開始し、以後一貫して原告表示 1 を使用している。

イ 原告表示 1 の表示機能は、次のとおりである (なお、原告は、原告の会社名を除外して原告表示 1 を特定している。)

1 包装箱は直方体で、全体の背景色は橙色である。

2 正面には、中央部に原告表示 2 の「正露丸」の文字が赤色、縦書きで大書され、その右肩に比較的小さな文字で「胃腸薬」と表示され、上記「正露丸」の文字の上方に赤色の同心で外円が太く内円が細い二重円の中に白字に赤色でラッパの図形が描かれ、同図形の左右上

方にそれぞれ比較的小さな黒色文字で「登録」「商標」と、正面左下に原告の社名及び所在地が比較的小さな黒色文字で表示され、右下にラッパの図柄が黒色で描かれ、四辺に沿って黒色の紐様縁模様がめぐらされている。

1 背面には、中央部に原告表示2の「SEIROGAN」の文字が赤色、横書きで記載され、その上方に赤色の同心で外円が太く内円が細い二重円の中に白地に赤色でラッパの図形が描かれ、同図形の左右上方にそれぞれ比較的小さな黒色文字で「TRADE」「MARK」と表示され、上記「SEIROGAN」の文字の下に四辺に沿って黒色の紐様の縁模様がめぐらされている。

(エ) 上面には、中央部に正面と背面に描かれたのと同様の赤色の同心で外円が太く内円が細い二重円の中に白地に赤色でラッパの図形が描かれ、その下にゴシック体の黒文字で「登録商標」と、その下に原告表示2の「正露丸」の文字が赤色、横書きで記載されている。

(オ) 左右側面には、いずれも「効能又は効果」、「用法及び容量」等が、左側面は日本語で、右側面は英語で表記されて、その周りを南天の葉が付いた蔓様の細線で囲うように表示されている。

ウ 平成7年11月から平成16年10月までの間の原告製品の売上金額は合計約284億9334万円であり、売上数量は約4154万個であった。

エ 株式会社インテージSDI—POSデータによる調査結果をベースにして作成された報告書(甲57の1・2)によると、平成17年12月1日から同月31日までの1月間における原告製品の売上金額と被告が乙第2号証で指摘した他社製品の売上金額とを基にして算出した原告製品の本件医薬品市場におけるシェアは、約81,34%であった。

オ 原告が平成7年11月から平成17年3月までの間に原告製品について投入した新聞、テレビ、ラジオ等による宣伝広告費用は、合計約60億円であった。

カ 原告は、「正露丸」の名称で本件医薬品を販売していた常盤薬品工業株式会社に対し、平成17年7月22日付けで、同社の製品を原告製品と誤認混同した顧客から多数の苦情が寄せられているとして、同社の「正露丸」の販売を中止するか原告製品と区別できるような商品デザインにするよう求める旨の通知を發したところ、同社から原告の要求に沿い、向こう1年を目処に自社の「正露丸」の製造販売を中止し、原告の「正露丸」を取り扱うことを希望する趣旨の回答を得た。

(2) 他方、証拠(甲7の1・2、26の1の1~33、26の2の1~15、26の3の1~59、26の4の1~5、乙1の1~6、2、12ないし14、16の2~4、22の2~5・7・9・13、23)及び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

ア 「正露丸」あるいは「SEIROGAN」の名称で本件医薬品の製造販売を行っている業者は、現在、原被告の他にも少なくとも10社以上存在し(以下、本件医薬品を製造販売する原告以外の業者を単に「他社」ともいい、その製造販売に係る本件医薬品を「他



社製品」という。)、その包装箱の表示態様は、遅くとも昭和 30 年ころから、一部の例外を除き、概ね原告表示 1 と共通する次のような特徴を備えている。すなわち、

1 包装箱はいずれも直方体で、包装箱全体の地色が橙色であること。  
2 正面には、中央部に「正露丸」の文字が赤色、縦書きで大書され、その上方に同文字と同じ赤色を用いて（黒色のものもある。）何らかの図形が描かれ、上記「正露丸」の文字のやや右上方に「胃腸薬」「保健常備薬」等の文字が黒色で表示され、正面の四辺に沿って黒色の縁模様がめぐらされていること。

(ウ) 背面には、「SEIROGAN」の文字が赤色、縦書きで記載され、その上方に正面に描かれた図形と同一の図形が描かれ、背面の四辺に沿って（背面上部のものもある。）黒色の縁模様がめぐらされていること。

(エ) 上面には、中央部に正面に描かれた図形と同一の図形が描かれ、その下又は上に「正露丸」の文字が赤色又は黒色の横書きで記載されていること。

(オ) 左右側面には、効能・効用、用法・容量、成分・分量等が日本語及び英語（日本語のみのものもある。）で表示されていること。

イ 被告は、昭和 30 年代から「正露丸」あるいは「SEIROGAN」の名称で本件医薬品の製造販売を行っているところ、その包装箱の表示態様は、時代による変遷や発売元による違いがあるものの、概ね原告表示 1 と共通する特徴、すなわち、包装箱はいずれも直方体で、包装箱全体の地色が橙色であり、正面には、中央部に「正露丸」の文字が赤色、縦書きで大書され、その上方に同文字と同じ赤色を用いて（黒色のものもある。）何らかの図形が描かれ、正面の四辺に沿って黒色の縁模様がめぐらされている、という特徴を備えている。

ウ 被告が薬局・薬店・ドラッグストア等の販売店の店頭や新聞広告のチラシをもとに、原告製品の販売価格と、原告製品とサイズ（含有粒数）が同じかそれ以上の他社製品（乙 16 の 2～4、22 の 2～5・7・9・13、23）の販売価格について、平成 18 年 3 月から同年 5 月にかけて行った調査によると、原告製品の販売価格は、他社製品の販売価格の約 2.85 倍という結果であった。この調査は、ごく一部の販売店しか対象としていないから、上記数値の正確性には疑問もあるが、この種の一般医薬品は通常、薬局・薬店・ドラッグストア等で店頭販売されており、このような販売形態における重要・供給の関係から考えると、原告製品と他社製品との間には上記数値に近い販売価格差があることが推認される。そこで、売上金額ベースで見た原告製品のシェアを 81.34%とし、原告製品と他社製品の販売価格差を 2.85 対 1 として、販売数量ベースで見た原告製品のシェアを計算すると、約 60.47%になる。

エ 原告製品のパンフレットには、原告表示 1 が表示され、必ず原告表示 2 とともに<R>マークが付されているが、同時にラッパのマークの表示及び「私には、ラッパのマークがついています。」とか「ラッパのマークでおなじみの大幸薬品から」という宣伝文句

が記載されている。

原告製品の新聞広告には、種々のバリエーションがあるが、いずれにおいても、原告表示 1 が表示されるとともに、ラッパのマークの表示及び「私にはラッパのマークがついています。」との宣伝文句がほとんどの広告に記載されている。また、平成 11 年 10 月ころまでの新聞広告には、「ラッパのマークの正露丸とご指定ください。」との記載もあった。

原告製品のテレビコマーシャルにおいても、「ラッパのマーク」が強調され、「パッパラパッパ」というラッパの音を連想させる音声が流れ、その音声に合わせてラッパが揺れ、「おなかのお守り。下痢にラッパのマーク大幸薬品の正露丸。」というコピーが流されている。

オ 原告は、原告表示 1 の使用を開始した昭和 52 年以降、本件訴え提起に至るまでの間、常盤薬品工業株式会社に対して上記（1）カ記載の要請をしたが、その他に、「正露丸」の名称で本件医薬品を製造販売している他の業者に対し、その製品の販売中止又は包装箱のデザインの変更を求めるなど、原告表示 1 類似の包装箱の使用を排除するための措置をとったことを認めるに足りる証拠はない。

（3）上記（1）の認定事実によれば、なるほど、原告は、遅くとも昭和 52 年以降今日に至るまで 30 年以上の間、一貫して原告表示 1 を使用し、多額の費用を投じて原告製品の宣伝広告活動を行い、その結果、今日、本件医薬品市場において原告製品が占めるシェアは、売上金額ベースで見た場合、80%を超えることが認められる。したがって、原告製品の包装箱の表示態様は、そのシェアの大きさ等から、本件医薬品として店頭等で一番よく目にするのできる包装として一般消費者にかなりの程度浸透していることは優に認められることができる。

しかし、他方、上記（2）の認定事実によれば、「正露丸」あるいは「SEIROGAN」の名称で本件医薬品の製造販売を行っている業者は複数存在し、その包装箱の表示態様として、遅くとも昭和 30 年代ころから、主要な点、すなわち、①包装箱の形状、包装箱全体の地色、②正面の「正露丸」の文字、図形及び周縁の模様の表示、配色及び配置、③背面の

「SEIROGAN」の文字、図形及び周縁の模様の表示、配色及び配置、④左右側面の表示、以上の点において原告表示 1 と共通する特徴を有する包装箱を用いており、「ラッパの図柄」の表示を度外視すれば（原告が包装箱に表示された「大幸薬品株式会社」との表示を原告表示 1 から除外していることは前記のとおりである。）、原告のみがその包装箱の表示態様として、原告表示 1 あるいはこれに類似するものを独占的に使用してきたという事実はない。また、上記のとおり、売上金額ベースで見た原告製品のシェアは 80%を超える圧倒的なものということができるものの、販売数量ベースで見た原告製品のシェアは、売上金額ベースで見た上記シェアをかなり下回り、市中に出回っている他社製品の数量は、本件医薬品全体の中で無視できない割合を占めているものと認められる。さらに、後記 2 のとおり、「正露丸」「SEIROGAN」の表示は、それだけでは現在においてもなお原告製品を示す商品表示性を取得したものとはいえない。

したがって、原告表示1は、「正露丸」の製造販売に携わる取引業者はもとより、一般消費者においても、「ラッパの図柄」を度外視した包装態様のみでは、これが原告の商品であることを認識することができるものとは認められず、商品の出所表示機能を有するものとはいえない。原告製品と他社製品の識別は、原告製品の包装箱に記載された原告の社名とラッパの図柄によって初めて可能になるということができ、事実、原告も、包装箱にラッパの図柄が記載されていることを強調するような宣伝広告活動を行っている。

そうすると、原告表示1の中で自他商品識別機能を有するのは「ラッパの図柄」（及び原告の社名）のみということになるところ、前記認定のとおり、被告表示1において「ラッパの図柄」に相当する部分は「瓢箪の図柄」にはかならず、この点において原告表示1と類似しないことが明らかであるから、被告製品が原告製品と誤認混同を生ずるおそれがあるとは認められない。

原告は、被告が被告製品について他に独自の商品表示を採択する余地が十分あるにもかかわらず、あえて原告の著名表示と多数の点で近似する態様の表示を選定しているのであり、被告にすり寄り行為（接近行為）の意図が存することは明らかであると主張する。確かに、証拠（甲4ないし6の各1～3、12ないし14の各1～3、乙12）及び弁論の全趣旨によれば、被告製品の包装箱の表示態様である被告表示1は、従前のものと比べて原告表示1に漸次接近してきているかのように見えることが認められる。しかし、原告表示1は、「ラッパの図柄」（及び原告の社名）を除き、それ自体は特定の者の商品であることを識別させるに足りないものであるから、そのような自他商品識別機能を有しない表示態様の範囲内で原告表示1により接近した表示態様を用いたとしても、そのことが不正競争防止法2条1項1号、2号の不正競争に当たるとはいえない。また、証拠（乙15）によれば、被告が被告の製品の販売名を「イヅミ強力正露丸」から「イヅミ正露丸」に変更したのは、平成10年7月24日に被告の製品につき大阪府知事に代替新規申請を行った際にされた大阪府保健衛生部薬務課の指導によるものであることが認められることをも考慮すれば、被告が被告製品の包装箱の表示態様を原告表示1により近づけたとしても、このことが直ちに被告の不正競争の意図を推認させるものとはいえないというべきである。

また、原告は、被告製品はロートエキスを相当量含有しており、緑内障、排尿困難、心臓病等の患者には症状を悪化させる可能性があるため、被告製品を原告製品と誤認混同した消費者が有害事象の発生を惹き起こすおそれが現実に存在し、原告がこれにより経済的損失では回復できない信頼破壊や信用棄損を生じる旨主張する。しかし、原告表示1の中で自他商品識別機能を有するのは「ラッパの図柄」（及び原告の社名）のみであって、これに相当する「瓢箪の図柄」を有する被告表示1によって、被告製品が原告製品と誤認混同されるおそれがないことは上記説示のとおりであるから、誤認混同のおそれがあることを前提とする原告の上記主張は失当である。なお、それでもなお被告製品を原告製品と取り違えて購入し服用する一般消費者がおり、これにより原告の指摘する有害事象が生じるおそれがあり、

また現に生じているとしても、このことは被告製品を含む本件医薬品の包装箱に禁忌例を記載していないという販売の在り方等の問題であり、原告表示1又はこれと類似する包装表示を原告に独占させることによって解決されるべき問題ではないというべきである。

## 2 争点(2)ア(原告表示2の「商品等表示」性)について

次に、原告表示2(「正露丸」又は「SEIROGAN」)が不正競争防止法2条1項1号、2号にいう「商品等表示」といえるか否かについて判断する。

### 1 まず、原告表示2のうち「正露丸」について判断する。

証拠(乙3)及び弁論の全趣旨によれば、原告を当事者とする商標登録無効審判についての審決取消訴訟の判決(東京高等裁判所昭和46年9月3日判決・無体財産関係民事・行政裁判例集第3巻第2号293頁、その上告審である最高裁判所昭和49年3月5日第三小法廷判決)において、明治37、38年の日露戦争の際、陸軍が本件医薬品を創製し、これを「征露丸」と命名して、戦場において一般将兵に服用させたこと、日露戦争後、帰還将兵からの言い伝えなどにより、このような「征露丸」の創製及び命名に関する経緯が広く国民の間に知られるようになったこと、その後多数の業者が「征露丸」の名称をもって本件医薬品を製造販売し、本件医薬品を指す名称として「征露丸」の名が日本国内に周知されるようになったこと、しかし、大正13年に、「征露丸」は本件医薬品の慣用商標又は普通名称であること等を理由として同商標の登録を無効とする判決がされ、同商標権は失効したこと、第2次大戦後、厚生省薬務局が業者からの「征露丸」の製造許可申請に対し、その名称を「正露丸」に改めるように行政指導をしたことから、「征露丸」の商品名称を用いる業者は減少し、代わって「正露丸」の話が本件医薬品の名称として不特定かつ極めて多数の業者により全国的に用いられるようになったこと、その結果、「正露丸」の語は、遅くともその商標登録である昭和29年10月30日当時には、本件医薬品の一般的な名称として国民の間に広く認識されていたこと等の事実が認定された上、ごく普通の書体で「正露丸」の文字に「セイロガン」の文字を振り仮名のように付記したにすぎない商標は、商品の普通名称を普通に用いられる方法で表示したにすぎない標章であると判断され、同商標登録が無効とされたことが認められる。

(2)不正競争防止法2条1項1号、2号所定の「商品等表示」というためには、当該表示が出所表示機能を有することが必要であるところ、普通名称は、自他識別力がなく出所表示機能を有しないから、そもそも「商品等表示」とはいえず、また、商品若しくは営業の普通名称を普通に用いられる方法で使用等する行為については、同法19条1項1号により、同法3条、4条等の適用を除外される。そして、ある表示が普通名称であるか否かは、もっぱら需要者(取引者及び一般消費者)の認識に関する問題であるといえるから、ある時期において普通名称であるとされた表示であっても、その後の取引の実情の変化により特定の商品を指称するものとして需要者に認識され、出所表示機能を有するに至る場合があり得ないわけではないというべきである。

(3) そこで、「正露丸」の語が、遅くとも昭和 29 年 10 月 30 日当時には本件医薬品の一般的な名称として国民の間に広く認識されていたとしても、今日原告製品を指称するものとして需要者に認識されるに至ったものかどうかについて検討する。

ア 証拠（甲 1, 2 の 1・2、43）及び弁論の全趣旨によれば、原告は、昭和 29 年以前から「正露丸」の名称を使用して本件医薬品の製造販売を行っていたものであり、その後も、全国の各都道府県に代理店を置き、年間約 2000 万円の宣伝広告費を投じてその製品の宣伝広告をした結果、昭和 40 年ころまでには、本件医薬品の需要の約 90%を占めるにまで至ったこと、東京地方裁判所昭和 40 年 10 月 5 日判決（判例タイムズ 188 号 211 頁）は、これらの事実を認定して「正露丸」の語は本件医薬品を指称する普通名称とはいえ、原告の商品の標章としてその商品識別の標章力を有し、かつ、その標章力は漸次増大しているものといえる旨判示したことが認められる。そして、その後も原告が多額の費用を投じて宣伝広告活動を行い、本件医薬品市場において、原告製品が今日でもなお売上金額ベースで 80%を超える高いシェアを占めていることは、前記 1（1）認定のとおりである。

また、証拠（甲 55、56 の 1・2）によれば、Ipsos 日本統計調査株式会社が平成 17 年 10 月から同年 11 月にかけて関東（東京、千葉、埼玉、神奈川、茨城の各都県）及び関西（大阪、兵庫、京都、奈良、和歌山、滋賀の各府県）の 20 歳から 69 歳の男女合計 500 名を対象にして web 調査の方法により実施した「正露丸」の認知度等に関する調査によれば、『正露丸』は下痢止め薬ですが、あなたはこの『正露丸』は特定の会社の商品名であると思われますか。」という質問に対し、「正露丸」を特定の会社の商品名として認識していると回答した者が約 86%、一般名称と認識している者が約 14%、また同質問に対して特定の会社の商品名であると回答した者に対してさらに「あなたは『正露丸』を製造・販売している会社名をご存じですか。」との質問をしたところ、427 名中 54, 6%の者が知っていると回答し、さらに「正露丸」について思いつくことを自由に筆記させたところ、497 名中 51, 5%の者が想起することとして原告の名称あるいは「ラッパのマーク」を挙げたとの結果が出たことが認められる。

もっとも、上記アンケート調査については、調査対象がたかだか 500 名にすぎないことや、その調査方法が「正露丸」の名称を認知している者に対し、「正露丸」を「特定の会社の商品名か下痢止め薬全体の一般名称か」という二者択一の方法で尋ねるというものであって、他の選択肢すなわち本件医薬品を指す普通名称が「正露丸」の他にもあり得ることを調査対象者の念頭に置かせた上でなされたものではないことなどから、上記調査結果に調査対象者の認識が正確に反映されているのかについて疑問を抱かせるところもないわけではないが、このような点を考慮しても、上記調査結果からすると、一般消費者の間では、「正露丸」から原告（ないしラッパのマーク）が想起される割合が高く、むしろそれが一般的であるとすらいえる傾向を有すること自体は認められる。

イ しかし、特定の業者の製造販売する普通名称を付した商品が大量の広告宣伝等を通じて大半のシェアを有するに至ったとしても、それだけで直ちにその普通名称がその業者の製造販売する商品を識別する機能を有する商品表示性を取得するものでないことは明らかである。前記認定のとおり、昭和 29 年 10 月 30 日以降も「正露丸」等の名称で本件医薬品の製造販売を行っている業者が複数存在し、売上金額ベースで高いシェアを誇る原告製品と比較して少額ではあるものの、本件医薬品全体の中で決して無視できない割合を占めている（原告製品と他社製品とでは相当の販売価格差があり、甲 57 に基づく被告の試算によれば、数量ベースでみれば原告製品のシェアは約 60%になると認められることは前記のとおりであるから、それ以外の他社製品の販売シェアは相当大きなものであるといえる。）そして、限に、他社製品は、少なからぬ薬局・薬店・ドラッグストア等において、原告製品と並べて陳列され、それぞれ相当の価格差のある価格表示がなされていて、一般消費者に対して原告製品とはそれぞれが別個の商品であることを明示して販売されていることが認められる（甲 33 ないし 35、36 ないし 38 の各 1・2、乙 16 の 1～4）。また、上記アンケート結果についても、その正確性に上記のような疑問があるほか、一般消費者が「正露丸」について思いつくことを自由に筆記させれば、その大量の宣伝広告活動やシェアの大きさ等から、まず原告の社名や「ラッパのマーク」を想起するのは当然というべきであり、そのことから、直ちに一般消費者が「正露丸」をもって原告製品の識別表示として認識していると速断することはできず、かえって、一般消費者による上記連想からすれば、原告の社名やラッパの図柄をもって原告製品の識別表意として認識しているとの評価もできるのである。

ウ また、「正露丸」の語は、少なくとも「正露丸」の製造販売に携わる取引者の間では、前記のとおり、本件医薬品の一般的な名称として認識されており、原告製品を指称する商品表示として認識されているものではないというべきである。このことは、本件医薬品の小売業者が原告製品と他社製品とで販売価格に顕著な差異を設けていることや、原告製品と他社製品が薬局・薬店・ドラッグストア等においてそれぞれ別個の商品として並べて陳列販売されていることから疑うことができないことであると解される。そうである以上、一般消費者の間において「正露丸」の語から原告が想起される割合が比較的高いからといって、「正露丸」の語が原告製品を指称するものとして、取引者を含む需要者全体に認識されるに至ったものということとはできない。

以上の点に加え、昭和 52 年以降本件訴え提起までの間に、原告が「正露丸」の名称で本件医薬品の製造販売を行っている他の業者に対し、その名称の使用を排除するための措置をとり、実際にその使用を中止させたことは一度しかないこと、原告は、原告製品の宣伝広告活動において、「正露丸」の表示とともに「ラッパのマーク」を強調していることなど、前記 1（2）及び 2（1）で認定した諸事実を総合すると、原告が巨額の宣伝広告費を投じてその製品の宣伝広告を行った結果、原告の製品は、昭和 40 年ころまでには、本件医薬品の

需要の約 90%を占めるに至ったこと、その後も原告は多額の費用を投じて宣伝広告活動を行い、本件医薬品市場において、原告製品は今日でもなお高いシェアを占めていることなど、前記認定の諸事実を考慮しても、「正露丸」の語が本件医薬品の製造販売に携わる取引者に対し本件医薬品を指称する一般的名称として受け取られていて、原告製品を指称する商品表示としては認識されていないことはもとより、一般消費者においても、それが本件医薬品の一般的名称ではなく原告製品を指称するものとして認識されるに至ったものとはいまだ認めるに足りないといわざるを得ない。

(4) 以上によれば、「正露丸」の語は、昭和 29 年 10 月 30 日以降の事情の変化により原告製品を識別する商品表示性を取得したものであるということとはできず、現在においてもなお、本件医薬品を指称する普通名称であることを免れることはできないというべきである。

(5) また、「SEIROGAN」は、「正露丸」を単に欧文字で表したにすぎないから、これもまた本件医薬品を指称する普通名称というべきである。

(6) そうすると、原告表示 2 は、いずれも本件医薬品を指称する普通名称であって、商品の出所表示機能を有するものとはいえないから、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 号所定の「商品等表示」には該当せず、また、被告が「正露丸」「SEIROGAN」を普通の方法で使用等する行為は、同法 19 条 1 項 1 号所定の除外事由に当たるものというべきである。

(7) したがって、その余の点について判断するまでもなく、不正競争防止法に基づく原告の請求は理由がない。

### 3 争点 (3) のイ (商標権の効力制限) について

(1) 本件商標 1 は、普通の手書き書体の漢字「正露丸」の文字を縦書きにしてなるものであり、本件商標 2 は、普通の手書き書体の欧文字「SEIROGAN」の文字を横書きにしてなるものであるところ (甲 10,11 の各 1)、前記 2 で説字したとおり「正露丸」及び「SEIROGAN」の語は、いずれも本件医薬品の普通名称である。被告標章 1 は、被告製品の包装箱正面に普通の毛筆体で漢字「正露丸」を縦書きしたものであり、被告標章 2 は、被告製品の包装箱背面に普通の書体で欧文字「SEIROGAN」を横書きしたものである。

そうすると、被告標章は、いずれも本件医薬品の普通名称を普通に用いられる方法で表示したものにすぎないから、本件商標権の効力は、被告標章には及ばない (商標法 26 条 1 項 2 号)。

(2) したがって、その余の点について判断するまでもなく、本件商標権に基づく原告の請求は理由がない。

### 4 結論

以上によれば、原告の請求は、いずれも理由がないことに帰するから、これを棄却することとして、主文のとおり判決する。

#### 4.3 小括

商品等表示を冒用する行為は、たとえそれによって混同が生じない場合であっても、冒用者自身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フリーライドするものである。これら 2 つの事件のみに言えることではないが、原告が本当に問題にしたいのは、商品等表示の混同可能性ではなく、ブランドの希釈化やフリーライドについてである。しかしながら、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号では、周知商品等表示について、類似性と混同惹起を要件としており、その部分を直接に保護するものではないと考えられている。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の趣旨は、混同惹起を要件とする以上、フリーライドまでは直接に保護するものではないのである。



## 5 識別力の弱い商標の保護

### 5.1 識別力の有無

#### (1) 識別力の弱い商標

識別力の弱い（ない）商標として、普通名称を使用したものや慣用されている語、品質等を示したものなどがある。<sup>38</sup>初めから普通名称であり識別力がないものと、もともとは造語であっても使用によって徐々に普通名詞化していくものがある。

商標に識別力が弱いという疑いがあるのであれば、出願当時に普通に使われている語であるか否かを確認したほうが良いであろう。

次に、もともと識別力の弱い商標は、他者による使用によって価値が希釈化し、普通名称化しやすいので、徐々に普通名称化していくことを食い止めることが必要となってくる。普通名称化を食い止めるのも、ブランドの価値を維持し、また高めていくブランドコントロール<sup>39</sup>の1つの役割である。

#### (2) ブランドコントロール

現行法では、いくつかの法的手段を検討しブランドコントロールを行っていかねばならない。

ブランドコントロールを実践するためには、権利行使をする姿勢を対外的に示すことが重要になる。第1に、商標権などの権利を獲得すること、第2に、権利化していなくても市場を観察することで、不正競争防止法などを根拠に警告や訴訟提起などを行う必要がある。第3に、権利化後も、引き続き普通名詞化を避けるために権利行使していくことである。

このような行為の積み重ねの効果として、誰かに警告し、訴訟を提起したという事実が、相手方のみならず他者に対する見えない圧力となり、ブランドコントロールが可能となってくる。

### 5.2 保護の手段

#### (1) 商標法

単なる普通名詞、慣用商標でなければ、使用による識別力の獲得<sup>40</sup>をめざすのも、有効な手段のひとつである。

使用により短期間で識別力を獲得するには、一般的には大掛かりな宣伝広告を行うことが

---

<sup>38</sup> (商標登録の要件)

第三条 自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる。

一 その商品又は役務の普通名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標  
<sup>39</sup> ブランドを管理すること。

<sup>40</sup> 二 その商品又は役務について慣用されている商標

多い。立証においても、販売実績や宣伝広告の実績を並べることになり、膨大な証拠を準備する必要がある。他方、あまりに一般的に認知されると、さらなる普通名詞化のおそれがあり、ブランドコントロールが必要となってくる。

## (2) 不正競争防止法

まず、形態模倣<sup>41</sup>によって、形態に関しデッドコピー<sup>42</sup>に近いものに対し警告をすることができる。

その後、保護したいものが商品等表示であり、これが一定程度人に知れ渡った状態になると、周知あるいは著名な商品等表示を保護する不正競争防止法第2条第1項第1号および第2号に基づいて、警告することも可能になってくる。

## (3) 意匠法

デザインであれば、意匠登録による保護も考えられる。しかし、商標と違い、創作性を要件とされ、新規のものでなければならない。したがって、すでに公知になってしまった後では出願できない。

商品が単発的なものではなく、長期に使用できるものであれば、販売活動開始前に意匠登録出願するのも一つの有効な保護手段である。

意匠権は、創作性あるデザインを保護し、同一のみならず類似するものまでカバーする一方、機能を確保するための形状は権利の対象とならないなど、実際に権利行使をするまで権利範囲があまり明確とならない場合もままある。

## (4) 著作権法

### (a) 応用美術<sup>43</sup>

パッケージデザインについては、著作権による保護の可能性はある。

たしかに、原則としては、大量生産される商品の場合、そのような商品デザインは意匠法の保護する範囲であるから、応用美術であるとして、著作権による保護の範疇外と考えられている。しかしながら、例外もいくつか認められている。

---

<sup>41</sup> (定義)

2条①Ⅲ 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

<sup>42</sup> 先行者の成果を完全に模倣して、何らの改変を加えることのないこと。

<sup>43</sup> 純粋美術の対立概念とされており、①それ自体が実用品であるもの(美術工芸品、装身具等)、②実用品と結合されたもの(家具に施された彫刻等)、③量産される実余剰品のひな型として用いられることを目的とするもの(文鎮のひな型)、④実用品の模様として利用されることを目的とするもの(染織図案)

### (b) 例外 1

まず、博多人形事件<sup>44</sup>などのように、鑑賞に堪えうるような美的創造性が高い民芸品などは認められる可能性がある。

### (c) 例外 2

次に、漫画家などとタイアップして、もともと、著作権による保護がなされている絵柄をパッケージに使用するということになれば、当該デザインが保護される。なぜなら、原作において、著作権の保護が及ぶので、原作を利用したものには二次的著作物として、原作の著作権を行使できるからである。

よく言われる例では、高島屋のバラのデザインが著作権で保護されず、白地に赤い雲のような三越の包装紙が保護されると考えられるのも、この理由によるものである。直に商品デザインを依頼するのではなく、芸術家などにデザイン作成を依頼して、原作を一度作り上げてから、商品にうつすというのも一案であろう。

確かに、なぜ「商品デザイン画」と「商品のための原作」に法的な差異がでてしまうのか釈然としないが、実際問題として、芸術家や漫画家などがデザインすると法的に原作と評価しやすいのだと思われる。

### (d) 例外 3

木目化粧紙発行差止等請求事件<sup>45</sup>においては、木目化粧紙の原画について著作権法では保護されなかったものの、これを模倣した行為に対して民法上の一般不法行為に基づき一定の権利が認められた。民法は民事に関する一般法であるから、特別法にあたる知的財産権に関するすべての法律が適用されないときの最後の手段として、主張することが良いと考える。

---

<sup>44</sup> 長崎地佐世保支部昭 48.2.7

<sup>45</sup> 東京高判平 3.12.17

## 6 おわりに

本論文は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号における過去の 4 つの判例について検討した。「黒烏龍茶」「紅いもタルト」「大阪みたらし」「正露丸」はいずれも著名な商品表示といえる。これらを冒用する行為は、たとえそれによって混同が生じない場合であっても、冒用者自身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フリーライドするものである。

「消費者が覚えやすいわかりやすいものを追求すると、普通名称や品質を示す語に近く、短発音からなる商標になりがちである。また、その商品がヒットしてしまうと、類似商品も含めてその商標が広く使用されてしまい、その商標が有する顧客吸引力の希釈化のおそれが生ずる。」と、垣内瑞絵は「黒烏龍茶事件」で評釈として言っている。これは本論文で取り上げた 4 つの事件に共通して言えることである。

不正競争防止法において明確な判断基準を欠くために、裁判所において結論先にありきということも否めない。すなわち、原告の請求を棄却すべきとの心証を得た裁判所がその理由付けとして商品等表示にはあたらないと判時している印象を受ける。

本論では、どのような判断基準によって商品等表示が認められるか否か、といったところまで追求することができなかった。そのため、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に該当する多くの裁判例の集積を待ちつつ、判断基準を明確にすることを今後の課題としていきたい。

## 参考文献

- ・ 経済産業省特許庁. 産業財産権標準テキスト総合編. 独立行政法人工業所有権情報・研修館. 2012.3.no p.11-14.
- ・ 青山紘一. 不正競争防止法. 法学書院. 2004.6. p19-51.
- ・ 青山紘一. 知的財産法基本判例ガイド. 朝倉書店. 2005.4
- ・ 小野昌延. 新・注解不正競争防止法(上・下). 青林書院. 2012.6.
- ・ 経済産業省. 逐条解説不正競争防止法 平成21年改正版. 2010.7.
- ・ 金井重彦他. 不正競争防止法コンメンタール. レクシスネクシス・ジャパン. 2004.7.
- ・ 工藤莞司. 不正競争防止法解説と裁判例改訂版. 発明推進協会. 2012.5.
- ・ 深井俊至. 類似商号をめぐる紛争～不正競争・商標権侵害～. 日本法令. 2006. 7, p.24-85.
- ・ 青山紘一. 日本の知財戦略と問題点. 帝京法学. 2009.3,p.1-3.
- ・ 角田政芳他. 知的財産法. 第6版. 有斐閣アルマ. 2012.4
- ・ 丸島儀一. 知的財産戦略. ダイヤモンド社. 2011.10
- ・ 金井高志. 民法でみる知的財産法[第2版]. 日本評論社. 2012.9
- ・ 経済産業省知的財産政策室. 逐条解説不正競争防止法平成23-24年改正版. 有斐閣. 2012.12
- ・ 大淵哲也他. 商標・意匠・不正競争判例百選-別冊ジュリスト No.188. 有斐閣. 2007.11
- ・ 山本庸幸. 要説 不正競争防止法. 社団法人発明協会. 2006.7
- ・ 金井重彦他. 不正競争防止の法実務. 三協法規出版. 2010.2
- ・ 工藤莞司. 商標法の解説と裁判例. マスターリンク. 2011.11
- ・ 片山英二他. 商標実務入門-ブランド戦略から権利行使まで. 民事法研究会. 2009.6
- ・ 田村善之. 商標法概説[第2版]. 弘文堂. 2000.7
- ・ 小野昌延他. 新・商標法概説. 青林書院. 2009.9
- ・ 古関宏. 商標法概論-制度と実務. 法学書院. 2009.8
- ・ 田村善之. 知的財産法 第5版. 有斐閣. 2010.5
- ・ 茶園成樹. 意匠法. 有斐閣. 2012.4
- ・ 峯唯夫他. 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. 2012.2
- ・ 小泉直樹. 知的財産法入門. 岩波新書. 2010.9
- ・ 松田さとみ. 「商標のデザインとしての使用に関する一考察」. 知財ぷりずむ. 財団法人経済産業調査会 知的財産情報センター. vol.10 No.117. 2012.12,p44-56.
- ・ 競争力強化のための総合的な知的財産マネジメントに関する研究(知的財産マネジメント第2委員会第1小委員会). 知財管理. vol.59 No.8 2009,p1023-1033.
- ・ 松村信夫. 『商品陳列方法の「商品等表示」該当性』. 知財管理. vol.62 No.5 2012,p655-667.

- ・ 柿内瑞絵. 『自他商品識別力の弱い標章を含むパッケージデザインの保護-「黒烏龍茶」事件-』. 知財管理. vol.62 No.6 2012,p763-778.

#### 参考サイト

- ・ 法令データ提供システム「法令検索」 <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi> (参照 2013-1-7)
- ・ 特許庁ホームページ「知的財産権について」  
[http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/seido/s\\_gaiyou/chizai02.htm](http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/seido/s_gaiyou/chizai02.htm) (参照 2013-1-7)
- ・ 経済産業省「不正競争防止法」  
<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/unfair-competition.html> (参照 2013-1-7)
- ・ 裁判所トップページ「判例検索システム」  
<http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?hanreiSrchKbn=01> (参照 2013-1-7)