

2 商品等主体混同行為(1号)について—後半

弁護士 福市 航介

Q2-1 商品等表示該当性

当社は、数年前から、半透明の素材を用いてツートンカラーにした画面が曲線となっている携帯電話機を単独で製造・販売していました。おかげさまで多くの全国ネットのテレビや雑誌に紹介されて話題になっています。ところで、不正競争防止法2条1項1号では、商品の形態も保護されると聞きました。当社の携帯電話機の形態も保護されますか。

A2-1

商品の形態が他とは特別異なる特徴を持ち、かつ、その形態を長期間独占的に使用したとか、極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等があるということで、需要者の多くがその形態を持つ商品が特定の会社からのものだと認識しているのなら、不正競争防止法上保護されます。今回の貴社の携帯電話機は、貴社が長期間独占的に使用しているとはいえないものの、デザインの特異性や宣伝広告等から保護される可能性があります。

解説

知財高裁判所平成24年12月26日判決・判例時報2178号99頁は、「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し、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当するためには、〔1〕商品の形態が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており(特別顕著性)、かつ、〔2〕その形態が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、又は極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により(周知性)、需要者においてその形態を有する商品が特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていることを要する」と判示した。

もともと商品の形態は、商品の表示と無関係に決定されたり、競合する同種の商品の間では概ね同じような形態を取っていることが少なくない。そのため、商品の形態を商品の表示と考え、出所混同を防止することを理由として、一つの商品形態に対する独占を許すためには相応の理由が必要となる。上記裁判例は、商品の形態そのものが出所表示機能(二次的出所識別機

能)を取得したことを条件として、保護を認めたものである。もっとも、裁判例が指摘するような条件を満たすものは多くはないと思われる。これについては、既に同様の見解を示していたものとして、田村善之『不正競争防止法』(有斐閣、平成16年)44頁以下、119頁以下があったといえる。なお、商品等表示を認めた近時の裁判例として、知財高裁平成23年3月24日判決・最高裁判所HPがある。

ただし、問題となっている商品の形態が、その商品の機能や効用を実現するために不可避な形態である場合には、表示に含まれないとされていることに留意が必要である(技術的形態除外説。知財高裁平成17年7月20日判決・最高裁判所HP参照)。

Q2-2 周知性の立証

周知性の主張や立証はどのように行えば良いのでしょうか。

A2-2

表示それ自体の有様、商品や営業の内容・規模の大小・取引の形態、商品・営業の種類、表示の使用期間と使用方法、宣伝広告、第三者等の記事、アンケート調査を根拠として、総合的に周知性の主張や立証を行うことになります。

解説

周知性の立証については、訴訟において多くの労力が費やされるのが通常である。これは、不正競争防止法2条1項1号の「広く認識されている」との文言が抽象的であり、当事者にとって予測可能性が低いことが原因であると指摘されている(小野昌延編著『新・注解不正競争防止法』(青林書院、3版、平成24年)313頁参照)。

とはいえ、抽象的な規範を満足させようとするれば、多数の証拠によるべきことはやむを得ない。実務上は、次のような主張・立証方法に依っているとされている(なお、以下に述べる点は、小野・前掲306頁以下、田村・前掲44頁以下に依拠している)。

まず、表示自体の奇抜性や特異性等の有無や程度が検討される。これが高いほど、当該表示に出所識別機能が認められ、これと類似する表示を他人が使用した場合には、需要者に有意な混同が生じるからである。

次に、商品や営業の内容・規模の大小・取引の形態、商品・営業の種類を検討する必要がある。例えば、売上数量、売上高、営業支店数、社員数や関連会社数等が多いほど、その商品や営業について出所識別機能があることが多いからである。

さらに、表示の使用期間と使用方法も考慮に入れられる。すなわち、ある表示が統一的かつ長期にわたって使用されている場合には、その表示の出所識別機能が高められるものといえ、周知性の認定にはプラスに働く。もっとも、表示の使用期間が短いからといって周知性が全く認められないというわけではない。当該表示について規模の大きな宣伝広告を頻回にわたって行った場合には、やはり出所識別機能が高められるといえるから、周知性の認定にとってプラスとなるだろう。これらは相関関係にあるから、結局は総合判断となると思われる。

その他にも、第三者が紹介した記事の内容や評価、博覧会への出品等による成果、ネットの書き込みによる評判等による周知性の主張立証が可能である。

なお、訴訟上、アンケート調査が周知性の証拠資料として提出されることがあるが、これについては、①調査対象者がどこの誰であるかが明確であること、②どのような調査を行ったか明確であること、③質問文の形式や質問順序に誘導がないこと（キャリアオーバー効果を狙っていないこと等）、④調査対象者による回答が恣意的な選択を経ずに全部そのまま提出したものであること等が信用性を肯定する上で重要であるといわれている。いずれにしても、広告効果測定のためのマーケティング調査とは異なることを明確に意識し、マーケティングリサーチ会社との打ち合わせを綿密に行う必要がある。

Q2-3 先使用の抗弁

私は、「△○有限会社」として、昭和の初め頃から京都府下で営業を続けてきました。ところが、最近になって、東京で有名な「△○株式会社」が京都府での営業を開始し、京都府下でも有名となりました。そこで、この会社は、当社に対し、「△○」の使用禁止を請求してきました。このような請求は認められるのでしょうか。

A2-3

あなたの会社が京都府下において長年にわたって「△○」を使用して営業してきたという、「先使用の抗弁」を主張するのであれば、質問にあるような請求は認められない可能性があります。

解説

本件設問にみられるように、ある表示を使用して営業をしていたところ、当該表示に類似する他社の表示が後から周知性を獲得する場合がある。しかし、このような場合に他社の不正競争防止法2条1項1号に基づ

く請求を常に認めるというのでは、質問者のような立場にある者は予測不可能な不利益を被ることになり妥当ではない。そこで、不正競争防止法19条1項3号は、①他人の表示が周知となる以前から表示を使用していること、②不正の目的なく使用していること、③使用している表示と同一又は類似の範囲にとどまっていることを条件として、当該表示の保護を認めることとした。

①の要件は、時的要件を指すものである。これについては、後発周知表示の使用が開始される前から先使用者の表示が使用されていることまで要求されるものではなく、後発周知表示の使用者が問題となっている地域で周知性を獲得する前に先使用者の表示の使用が開始されていれば良いことを指すと考えられている。

次に、②の要件についてであるが、これが規定されているのは、自己の取引圏において将来周知となるべき他人の類似表示が出現することを認識している場合であって、かつ、当該表示の使用につき格別の利益をも有していない者の使用を保護する必要はなく、かえって混同を防止するためにはこのような使用の差止めを認める必要があるからである（田村・前掲114頁以下）。この不正の目的とは、不正競争の目的を指すところ、これは主観的な要件であるから、種々の間接事実や間接証拠により認定される。例えば、先使用者の宣伝内容、商品販売、役務提供の仕方が検討される（小野昌延・山上和則編『不正競争の法律相談』（青林書院、平成22年）592頁）。請求者の表示が造語であれば、先使用者と主張する者が敢えて当該表示を使用する必要性は希薄であるから、不正の目的が認められやすいといえる（田村・前掲同頁）。その他、当初は不正の目的なく自己の表示を利用していても、その後、他人の周知表示に近似する表示にすり寄ったような場合にはそれが不正競争の目的を推認させる間接事実として利用されてしまう可能性もあることにも留意が必要である（小野他・前掲同頁）。③の要件については、先使用者の表示と後発の周知表示とは同一又は類似の範囲でもよいが、先使用者の表示それ自体については、現在の先使用者の表示と先使用していた表示とが「同一」の範囲内になければならないとされていることに留意が必要である（東京高裁平成7年2月22日判決・知財集27巻1号60頁参照）。