

鞆の商品形態に商品等表示性を認めた事例の検討

東京地判令和元年6月18日裁判所HP「BAO BAO ISSEY MIYAKE事件」について

知的財産権法研究会
弁護士 大住 洋

第1 事案の概要

- 1 原告株式会社三宅デザイン事務所（以下「原告デザイン事務所」という。）は、服飾雑貨等のデザインの考案を業とする会社であり、原告株式会社イッセイミヤケ（以下「原告イッセイミヤケ」という。）は、原告デザイン事務所の子会社で、服飾雑貨等の製造販売を行っている。
- 2 原告イッセイミヤケは、「BAO BAO ISSEY MIYAKE」という名称のブランドの商品として、トートバッグ、クラッチバッグ、ハンドバッグ、携帯用化粧品入れ、リュックサック等の鞆（以下、これらを総称して「原告商品」という。）を製造・販売している。
- 3 原告らは、三角形のピースを敷き詰めるように配置することなどからなる原告商品の形態が、原告イッセイミヤケの周知又は著名の商品等表示であり、被告による上記形態と同一又は類似する商品の販売は、不正競争防止法2条1項1号又は2号所定の不正競争行為に該当するとともに、原告らの著作権を侵害するなど主張して、被告に対し、被告商品の製造販売等の差止及び損害賠償等を請求した。
- 4 本件の争点は、不正競争防止法2条1項1号ないし2号の不正競争行為の成否（原告商品形態の商品等表示該当性、原告商品形態の周知ないし著名性、原告商品形態と被告商品形態との類似性及び混同のおそれ）、原告商品形態の著作物性及び損害額等である。

【原告商品】¹



【被告商品】²



第2 裁判所の判断³

1 争点1（原告商品の形態は商品等表示に該当するか）について

〔(1) …原告イッセイミヤケは、1年に2回程度、原告商品の新商品を発売してきたが、それらの商品は、わずかな例外を除き、いずれも鞆等を構成する柔らかい生地の表面に、相当多数のタイル状の三角形のピースを2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて敷き詰めるように配置するとの特徴を有しており、本件特徴①及び②、並びに、『その上にタイルを想起させる一定程度の硬質な質感を有する相当多数の三角形のピースを、タイルの目地のように2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて、敷き詰めるように配置する』という特徴（以下『本件特徴③′』という。）を備えていた（以下、同形態を『本件形態1′』という。）。

また、本件形態1′を備える原告商品のうち、およそ9割においては、タイル状のピースは同じ大きさの直角二等辺三角形であり、この二等辺三角形のピース4枚が90度の頂点を中心に組み合わせ、正方形を構成するように規則的に配置されていた。

(2) 不正競争防止法2条1項1号は、周知な商品等表示に化体された他人の営業上の信用を自己のものとして誤認混同させて顧客を獲得する行為を防止するものであるところ、商品の形態は、通常、商品の出所を表示する目的を有するものではない。しかし、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、又は宣伝広告や販売実績等により、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）場合には、商品の形態自体が、一定の出所を表示するものとして、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当することがあるといえる。

(3) 原告商品の形態の特徴（特別顕著性）について

ア 原告商品は、前記(1)で述べたとおり、わずかな例外を除いて本件形態1′を備え、メッシュ生地又は柔らかな織物生地に、相当多数の硬質な三角形のピースが、2mmないし3mm程度の同一

1 原告商品は、本判決別紙3原告商品目録に記載の商品を含む「BAO BAO ISSEY MIYAKE」という名称のブランドの鞆という形で特定されており、本文中の商品については、株式会社イッセイミヤケのホームページ（<https://www.isseymiyake.com/ja/news/5373>）より引用した。

2 被告商品は、本判決別紙2被告商品目録で被告商品1から8として特定されるショルダーバッグ、携帯用化粧品入れ、リュックサック、トートバッグ等の鞆であり、本文中に引用したものは、被告商品6として特定される商品である。

3 判決文の引用中、下線及び強調等は筆者が付したものである。

の間隔を空けて敷き詰めるように配置されることにより、中に入れる荷物の形状に応じてピースに覆われた表面が基本的にピースの形を保った状態で様々な角度に折れ曲がり、立体的で変化のある形状を作り出す。一般的な女性用の靴等の表面は、布製の靴のように中に入れる荷物に応じてなめらかに形を変えるか、あるいは硬い革製の靴のように中に入れる荷物に応じてほとんど形が変わらないことからすれば、原告商品の形態は、従来の女性用の靴等の形態とは明らかに異なる特徴を有していたといえる。

…したがって、原告商品の本件形態1'は、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たといえ、特別顕著性が認められる。

なお、本件形態1'のうちの本件特徴①は、靴に荷物を入れた場合に現れる形状であるが、靴を荷物を入れるという通常の用途に従って使用した場合の形状であり、原告商品の販売の際にも中に物を入れた状態で陳列するなどして、そのような使用時の形状が分かるように、あるいは使用時にそのような形状が現れることを強調して販売され、需要者もその形状を認識していたか認識することが容易にできたというものである。これらからすると、本件において、本件特徴①を含む本件形態1'を形態の特別顕著性や周知性、混同の有無を検討するに当たり商品の形態とすることが相当である。

イ これに対し、被告は、原告商品の形態に特別顕著性が認められるとしても、それは『1種類の直角二等辺三角形のピースを規則的・連続的に配置する』という点のみである旨主張する。

ここで、原告商品の形態の開発過程において、これを担当したデザイナーらは、二等辺三角形以外の多くのパターンを検討した上で、1種類の二等辺三角形で構成される形態を採用し、実際に、その後発売された原告商品のおよそ9割においては、ピースは直角二等辺三角形であり、この二等辺三角形のピース4枚が90度の頂点を中心に組み合わさり、正方形を構成するように規則的に配置されていたと認められる。

しかしながら、前記アのとおり、一般的な女性用の靴等の表面は、布製の靴のように中に入れる荷物に応じてなめらかに形を変えるか、あるいは硬い革製の靴のように中に入れる荷物に応じてほとんど形が変わらないのに対し、原告商品の形態は、中に入れる荷物の形状に応じて相当多数のピースに覆われた表面が基本的にピースの形を保った状態で様々な角度に折れ曲がり、立体的で変化のある形状を作り出すものであり、この点において、従来の女性用の靴等の形態とは明らかに異なる特徴を有していたといえる。そして、需要者は、本件ブランドの専門店、新聞や雑誌あるいは街頭において、荷物を入れ表面が立体的に変化した状態の原告商品を観察するところ、その状態において、需要者は、従前の靴との根本的な違いが存在する部分であることから、原告商品の表面にピースの継ぎ目が折れ曲り、靴の表面に様々な角度に傾いた相当多数の三角形を面とした多様な立体形状が現れる点が強く印象付けられるといえる。

…そうすると、本件特徴①ないし③'を備えている本件形態1'について、それのみで他の同種商品とは異なる顕著な特徴と捉えることが相当であり、被告の上記主張は採用することができない。

(4) 周知性について

原告商品及び被告商品の需要者は、靴を含むファッション全般に関心を有する一般消費者であるといえる。

そして、本件形態1'を有する原告商品は、①平成16年7月より14年余りにわたって継続的に販売されたこと、②平成22年9月以降は原告商品を取り扱う専門店が出店され、平成29年9月時点で、全国の主要な商業地や空港にある21の店舗にて展示・販売されていたこと、③国内における売上は平成23年度から毎年倍増し、平成27年度には…に達したこと、④全国紙において複数回

写真付きの広告等が掲載されたこと、⑤原告商品の形態は、売上が好調なことを報じる女性ファッション雑誌や新聞等のメディアにおいて、本件形態1'を一見して認識し得る形で度々取り上げられたことが認められる。また、前記のとおり、平成24年5月28日付けの『Fashionnap.com』の記事においては、『このバッグ、大きくロゴが入っているわけではありませんが、特徴がはっきりしているので販売企業がイッセイミヤケだとすぐ判別できます。』と掲載された。

これらの事実によれば、遅くとも原告商品の売上が…に達した平成27年時点では、長年にわたる宣伝広告、メディアの報道、販売実績の増大により、需要者の間において、本件形態1'が原告イッセイミヤケの出所を示すものとして広く認識されていたと認めるのが相当である。

(5) 小 括

以上によれば、原告商品の本件形態1'は、不正競争防止法2条1項1号の商品等表示に該当すると認められる。 」

2 争点2（原告商品の形態は周知ないし著名か）について

「 前記1のとおり、原告商品の本件形態1'は、遅くとも平成27年の時点で、原告イッセイミヤケの出所を示すものとして全国の需要者に広く認識されていたと認めることができる。 」

3 争点3（被告商品の形態は原告商品の形態と類似して混同のおそれがあるか）について

「 …被告商品の形態は前記(1)アのとおりであり、いずれも、本件特徴①及び②に加え、一定程度の硬質な質感を有する相当多数の三角形のピースを、タイルの目地のように2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて、敷き詰めるように配置すると本件特徴③'を備えると認められる。そうすると、被告商品は、原告商品の顕著な特徴である本件形態1'を有する点において、原告商品と同一の商品等表示を使用するものといえる（なお、少なくとも、本件形態1'が周知になった後において、被告商品に接した需要者は、そのピースの質感や鞆の生地等から、鞆に荷物を入れた状態の本件形態1'を認識するといえる。）。

一方、前記1(1)のとおり、本件形態1'を備える原告商品のおよそ9割は、ピースは直角二等辺三角形であり、この二等辺三角形のピース4枚が90度の頂点を中心に組み合わせ、正方形を構成するように規則的に配置されているのに対し、被告商品は、特に被告商品1、3ないし8においては複数種類の三角形のピースが不規則に配置され、被告商品2ないし6、8のピースの一部は四角形である点において、相違する。

しかしながら、前記1(3)で述べたとおり、需要者は、原告商品の形態を荷物を入れた状態で観察するところ、その状態では、原告商品の表面には凹凸が生じており、原告商品の表面に直角二等辺三角形のピースが規則的に並べられているという点よりも、ピースの継ぎ目が折れ曲り、鞆の表面に、様々な角度に傾いた相当多数の三角形を面とした多様な立体形状が現れる点が、需要者に強い印象を与えるということが出来る。また、このような表面に凹凸が生じた状態においては、同じ直角二等辺三角形であっても、傾きによって様々な大きさ及び角度の三角形に見えることに加え、継ぎ目が不規則に折れ曲がるため、ピースが規則的に並べられているか否かは需要者に強い印象を与えないといえる。加えて、被告商品2ないし6、8に用いられている四角形のピースは、いずれも正方形ではなく不規則な台形であり、周囲の三角形のピースに調和している上、その数も三角形52枚に対して4枚（被告商品2）、三角形151枚に対して17枚（被告商品3）、三角形131枚に対して5枚（被告商品4、5、8）、三角形74枚に対して13枚（被告商品6）と少なく、注意深く観察しなければピースの一部が四角形であることは分からない。

そうすると、中に荷物を入れた状態の原告商品と、被告商品の外観は、タイルを想起させる一

定程度の硬質な質感を有する相当多数の三角形のピースを、タイルの目地のように2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて、敷き詰めるように配置するという本件特徴③が需要者に印象付けられるのに対し、被告商品の複数種類の三角形及び四角形が不規則に配置されているとの特徴は、両商品を離隔的に観察した場合に判別し得る相違点とまではいうことができない。

…そして、前記1(4)のとおり、本件形態1は原告イッセイミヤケの出所を示すものとして需要者に広く認識されていることからすると、被告商品に接した需要者は被告商品の形態が原告イッセイミヤケの出所を表示するものと認識するといえる。なお、本件形態1が他の同種製品とは異なる顕著な特徴といえること、原告商品と被告商品の需要者がファッションに関心を有する一般消費者であることなどを考慮すると、原告商品と被告商品に価格差があり、また、原告商品は本件ブランドの商品のみを販売する専門店で売られているのに対し、被告商品が販売されるのがそのような店でないとしても、これらは、原告商品に接した需要者が被告商品の形態が原告イッセイミヤケの出所を表示するものと認識するといえるという上記判断を左右するものではない。」

4 争点4（原告商品1ないし6に著作物性が認められるか）について

「…著作権法は、著作権の対象である著作物の意義について、『思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう』（同法2条1項1号）と規定しているところ、その定義や著作権法の目的（同法1条）等に照らし、実用目的で工業的に製作された製品について、その製品を実用目的で使用するためのものといえる特徴から離れ、その特徴とは別に美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できないものは、『思想又は感情を創作的に表現した美術の著作物』ということではできず著作物として保護されないが、上記特徴とは別に美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できる場合には、美術の著作物として保護される場合があると解される。

…これを原告商品1ないし6についてみるに、前記(2)のとおり、原告商品1ないし6は、物品を持ち運ぶという実用に供されることが想定されて多数製作されたものである。

そして、原告らが美的鑑賞の対象となる美的特性を備える部分と主張する原告商品1ないし6の本件形態1は、鞆の表面に一定程度の硬質な質感を有する三角形のピースが2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて敷き詰めるように配置され、これが中に入れる荷物の形状に応じてピースの境界部分が折れ曲がることにより様々な角度が付き、荷物に合わせて鞆の外観が立体的に変形するという特徴を有するものである。ここで、中に入れる荷物に応じて外形が立体的に変形すること自体は物品を持ち運ぶという鞆としての実用目的に応じた構成そのものといえるものであるところ、原告商品における荷物の形状に応じてピースの境界部分が折れ曲がることによってさまざまな角度が付き、鞆の外観が変形する程度に照らせば、機能的にはその変化等は物品を持ち運ぶために鞆が変形しているといえる範囲の変化であるといえる。上記の特徴は、著作物性を判断するに当たっては、実用目的で使用するためのものといえる特徴の範囲内というべきものであり、原告商品において、実用目的で使用するための特徴から離れ、その特徴とは別に美的鑑賞の対象となり得る美的構成を備えた部分を把握することはできないとするのが相当である。」

5 争点8（原告らの損害額）について

「…不正競争防止法5条1項ただし書にいう『販売することができないとする事情』とは、侵害行為により譲渡された数量と侵害行為により被侵害者が譲渡することができなくなった数量との相当因果関係を阻害する事情がこれに当たると解される。

被告は、原告商品と被告商品には大きな価格差が存在すること、被告商品の販売がなかったとしても原告イッセイミヤケの卸売業者・小売業者への販売が増える関係にないこと等から、原告イッセイミヤケには、被告が被告商品を販売した数量の全部又は大部分につき、販売することができない事情が存在したと主張する。

ここで、被告の主張する事情のうち、原告商品と被告商品の価格差についてみると、…（被告商品と）原告商品の小売店での販売価格は、価格差の割合が最も小さいものでも約9倍（被告商品8と原告商品4）であり、多くの商品が約13倍を超え、それが約23倍であったもの（被告商品3と原告商品3）もあった。これらの価格差は相当に大きい。

他人の商品等表示を使用する不正競争が問題となる場面において、需要者は、商品の購入の有無を決定するに当たり、商品等表示が示す出所のみならず、価格、品質等を総合的に考慮し、商品の価格も需要者の購買意欲（商品の顧客吸引力）に相当程度影響を与える場合があるといえる。そして、原告商品と被告商品の価格帯やそれらが服飾品であることを考えると、この価格差は、他人の商品等表示を使用する不正競争における不正競争防止法5条1項に基づく損害賠償を請求する場面においては、侵害行為により譲渡された数量と侵害行為により被侵害者が譲渡することができなくなった数量との相当因果関係を阻害する事情に当たるといふべきであり、本件については、その価格差を考慮し、被告商品の販売数量のうち、90%に相当する数量については、被告による不正競争行為がなくとも、原告イッセイミヤケが原告商品を『販売することができないとする事情』があったと認めるのが相当である。」

第3 検 討

本判決は、被告の行為が不正競争防止法2条1項1号の不正競争行為に該当すると認めて、原告イッセイミヤケの被告に対する差止及び損害賠償請求を一部認容する一方、原告商品形態の著作物性については否定し、原告デザイン事務所の請求はいずれも棄却している。

そのため、以下では、不正競争防止法2条1項1号の要件のうち、本件で、特に問題となった①商品等表示該当性（商品形態の商品等表示該当性）、②商品等表示と認められる範囲、③原告商品等表示と被告商品形態の類似性、④混同のおそれについての本判決の判断につき考察を行う。また、⑤原告商品形態の著作物性及び⑥損害論に係る本判決の判断についても若干の検討を加える。

1 商品形態の商品等表示該当性

一般に、商品の形態は、本来的には商品の出所を表示するものではないが、①特定の商品の形態が同種の商品と識別し得る独自の特徴（特別顕著性）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、又は短期間であっても強力に宣伝されるなどして使用された結果、それが、商品自体の機能や美観等の観点から選択されたという意味を超えて、自他商品識別機能又は出所表示機能を有するに至り、需要者の間で広く認識された（周知性）場合には商品等表示性が認められるとされている⁴。

この判断枠組み自体は多数の裁判例で採用されており^{5、6}、本判決も、この判断枠組みに従って、①特別顕著性及び②周知性を検討している。

本件では、①原告商品の形態には、従来の同種商品とは明らかに異なる顕著な特徴があり、か

4 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説・不正競争防止法〔第2版〕」（商事法務、2019）63頁。

つ②平成16年7月の発売以来14年余りにわたって大ヒット商品となり、メディア等でも多数取り上げられた等という本判決が認定している事実関係を前提にすると、原告商品形態に①特別顕著性及び②遅くとも平成27年頃の時点では周知性が認められるとして商品等表示性を肯定した判断自体にはそれほど異論はないところと思われる。

2 商品等表示と認められる範囲の問題

(1) 本判決の認定

原告商品の形態に商品等表示性が認められるとしても、当該商品形態のうち、具体的にどの部分が周知の商品等表示と認められるかという点については別途問題となるところ、本判決は、原告らが主張していた原告商品の**特徴①ないし③及び特徴①ないし④**を具備する形態（本件形態1及び本件形態2）をより抽象化し、より保護範囲を広げた**本件形態1´（特徴①②及び③´）**がそれ自体で特別顕著性を有し、商品等表示に該当すると判断している。

原告主張の特徴部分		本判決が認定した特徴部分	
本件形態1	中に入れる荷物の形状に応じて、鞆の構成部分であるピースの境界部分が折れ曲がることにより様々な角度がつき、荷物に合わせて鞆の外観が立体的に変形する（「本件特徴①」）。	本件形態1´	本件特徴①と同じ。
	上記①の外観を持たせるため、鞆の生地に無地のメッシュ生地又は柔らかい織物生地を使用し（「本件特徴②」）		本件特徴②と同じ。
	その上にタイルを想起させる一定程度の硬質な質感を有する <u>三角形のピースを、タイルの目地のように2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて、敷き詰めるように配置する</u> （「本件特徴③」）。		<u>その上にタイルを想起させる一定程度の硬質な質感を有する相当多数の三角形のピースを、タイルの目地のように2mmないし3mm程度の同一の間隔を空けて、敷き詰めるように配置する</u> （「本件特徴③´」）
本件形態2	本件特徴①ないし③に加え、上記③のピースは、 <u>厚さ1mm程度の1種類の三角形により構成され、その配置方法は規則的</u> である（「本件特徴④」）。		

5 東京地判昭和48年3月9日無体集5巻1号42頁「ナイロール眼鏡枠事件」、東京地判平成11年6月29日判時1693号139頁「ブリーツ・プリーズ事件」、東京地決平成11年9月20日判時1696号76頁「iMac事件」、東京地判平成16年7月28日判時1878号129頁「カルティエ事件」、東京地判平成18年7月26日判タ1241号306頁「ロレックス事件」、知財高判平成24年12月26日判時2178号99頁「眼鏡タイプのルーベ事件」等。

6 但し、①特別顕著性と②周知性の2要件を要するとすると不正競争防止法2条1項1号が要求する商品等表示性の要件と周知性要件との関係が明らかでなく、商品等表示に該当するために要求するレベルも高すぎるとして、「①形態自体が特殊、独特であり、それに接した需要者が、その形態だけで出所を識別し得るような商品については、商品等表示該当性を認め、周知性が認められるかを検討する、②形態が特殊、独特とまではいえないが、同種商品のなかで一定の識別力を有する商品については、販売や宣伝によって当該形態がセカンダリー・ミーニングを取得したと認められれば商品等表示該当性を認め、事実上重複する面はあるとしても、周知といえる域に達しているかを検討する、③形態自体に識別力が認められない商品については、形態の商品等表示該当性は否定する」等と整理する見解もある（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」（青林書院、2014）356頁）。

(2) 独占適応性の問題

商品形態のうち、商品等表示性がどの範囲で認められるかということは、原告が独占的な使用権を認められる商品形態の範囲の問題とイコールであり、種々の理由から、特定の事業者に独占させることが相当でない形態については保護を否定する（あるいは保護範囲から除外する）必要があるのではないかという形で、従来から議論されてきた。

このような観点から商品形態のうち商品等表示として認められる範囲に限定を加えようとする考え方としては、①商品形態が技術的機能に由来する必然的な結果である場合に、これを不正競争防止法で保護すると、技術そのものを保護することになるとして、工業所有権法との調整の観点から、保護範囲を限定しようとする技術的形態除外説⁷、②技術的形態が持つ自他商品識別力の強弱を競業者がとっている自他商品の混同防止手段との相関関係で判断し、競業者により誠実に混同防止手段がとられている場合には、混同のおそれが解消されるとして商品等表示性を否定する立場⁸、③商品間の競争を前提とする不正競争防止法の趣旨という観点から、技術的制約その他の理由により、市場において競合するために似ざるを得ない形態の商品等表示該当性を否定する競争上似ざるを得ない形態除外説⁹などがあるとされる。

本件でも、被告は、このような観点から、本件特徴①及び②は、中に物を収納するという鞆の技術的機能や効用に由来するありふれた形態に過ぎず、本件特徴のうち商品等表示性が認められる部分は、③の一部及び④のみであると主張したが、斥けられている。

本件特徴①ないし③は従来からの鞆の形態とは相当異なるものであり、これを鞆の技術的機能に必然的に由来する形態であるとか、鞆として市場において競合するために競争上似ざるを得ない形態であるとすることは困難なように思われる¹⁰。本件における原告商品の形態は、むしろ意匠的な観点から、自社商品を他の同種商品と差別化するための手段として選択された形態と考えられるところ、一般に、商品形態が識別力を有することと意匠的であることは排斥する関係になく、商品形態の特徴が、意匠の特徴にある場合には、商品形態の出所表示性は肯定されやすいとされている¹¹。

本件では、このように意匠的観点から採用されたと考えられる原告の商品形態が従来からの同種商品にはない相当斬新なものであり、かつ、当該商品形態が原告イッセイミヤケによって長期間にわたり独占的に使用される等した結果、原告イッセイミヤケの商品等表示として周知となっていたというのであるから、本件は、上記①ないし③のいずれの立場からも、一定程度広い範囲で商品形態の商品等表示性を認められやすい事案であったように思われる。

7 このような立場に立つとされる裁判例として、東京地判昭和41年11月22日判時476号45頁「組み立て式たんすセット事件」、東京地判昭和52年12月23日無体集9巻2号769頁「会計用伝票I事件」、東京地判昭和53年10月30日無体集10巻2号509頁「投げ釣り用天秤事件」等。

8 違法性阻却説などと呼ばれる。このような考え方をとっているとされる裁判例として、東京高判平成6年3月23日知的裁集26巻1号254頁「コイル状マット事件」がある。

9 田村善之「不正競争法概説〔第2版〕」（有斐閣、2003）126頁以下。このような立場に立つとされる裁判例として、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事件」、大阪地判平成23年10月3日判タ1380号212頁「水切りざる事件」等。

10 但し、研究会では、「同種の商品」を「鞆一般」ととらえるのではなく、「荷物に合わせて鞆の外観が立体的に変形する鞆」ととらえ、当該機能を実現する上で、本件特徴①ないし③は、やはり技術的形態ないし競争上似ざるを得ない形態と言い得るのではないかという意見もあった。

11 松尾和子『形態周知について』清水利亮ほか編「現代裁判法体系②⑥〔知的財産権〕」（新日本法規出版、1999）341頁、森崎英二『混同惹起行為』高部真規子編著「最新裁判実務大系第11巻 知的財産権訴訟Ⅱ」（青林書院、2018）812頁等。

(3) 本判決の認定の問題点

とはいえ、本判決は、原告自身が主張していた原告商品の特徴部分である靴の表面に「三角形のピースを…配置する」（本件特徴③）及び「上記③のピースは、…1種類の三角形により構成され、その配置方法は規則的である」（本件特徴④）という構成を、「相当多数の三角形のピースを…配置する」（本件特徴③'）と抽象化して認定し、実際の原告商品と異なる形態までも含む形で商品等表示性を認定しており、これは些か広すぎるように思われる。

すなわち、本件で、原告は、原告商品の形態的特徴として、靴の表面に配置されたピースが三角形であること及び当該ピースが1種類の三角形であり、それが規則的に配置されていることを要素としており、また実際の原告商品の約9割において、ピースの形状は直角二等辺三角形であり、この直角二等辺三角形のピース4枚が正方形を構成するように規則的に配置されていた。それにも拘わらず、本判決では、靴の表面に配置されたピースの「相当多数が」三角形であれば、一部に三角形以外の形状のピースが配置されている形態も含み、並べ方も規則的か否かを問わない形で、原告商品の形態的特徴が認定されている。そして、その結果、後記「3」のとおり、原告商品とは異なる形状のピースが配置されている被告商品について、原告商品形態と「同一の」商品等表示を使用するものと認定されている。

被告の行為について、不正競争防止法2条1項1号該当性を認めた本判決の結論自体には筆者も異論がないところであるが、同様の結論を導くために、あえて本判決のように原告商品形態の特徴を抽象化する必要はなく、後記のとおり、実際の原告商品が備えている商品等表示を前提に、それと被告商品形態が「類似」し、混同のおそれがあるとすれば足りるように思われる。

3 原告商品等表示と被告商品形態の類似性（同一性）

上記「2」でも指摘したとおり、原告商品においては、靴の表面に配置されたピースの形状は1種類の三角形であり、またその約9割は、三角形のピースがいずれも直角二等辺三角形で、この二等辺三角形のピース4枚が90度の頂点を中心に組み合わせ、正方形を構成するように規則的に配置されているのに対し、被告商品は、複数種類の三角形のピースが不規則に配置され、被告商品の一部には四角形のピースが配置されているものが含まれる点等において、具体的な形状が相違している。

ところが、本判決は、上記のとおり、ピースの形状を「相当多数の三角形のピース」とし、並べ方も規則的か否かを問わない形で特定した本件形態1'と被告商品形態との類否を検討し、「同一」の商品等表示を使用するものと判断しており、この点については疑問があるところである。

不正競争防止法2条1項1号の「類似」性は、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、連想等から両者を全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かを基準に判断するものとされ¹²、また、類似性の判断は、商品を同時に並べて注意深く比較したときに（対比的観察）、差異点が発見される場合であっても、全体的な印象に顕著な差異がなく、時と場所を異にして観察するときには（離隔的観察）、その商品等表示により一般需要者が誤認混同するおそれがある場合には、類似性が認められるとされている¹³。

12 最判昭和58年10月7日民集37巻8号1082頁「日本ウーマン・パワー事件」、最判昭和59年5月29日民集38巻7号920頁「フットボールシンボルマーク事件」等。

13 前掲「逐条解説・不正競争防止法〔第2版〕」70頁以下。

このように、「類似性」要件は、規範的な要件であり、一定の幅があるのであるから、商品等表示と認められる範囲は厳格に認定した上で、「類似性」が認められる限度で保護を認める方向で解釈する方が適切のように思われる。類似性要件の解釈について幅がある上、類似性判断の前提となる商品形態の特徴的部分まで抽象化が認められると、二重に保護範囲が広がることになり、原告商品の具体的な商品形態を超えて、機能やアイデアの独占を認めることにつながりかねず、慎重に考える必要があるように思われる。

4 混同のおそれ

不正競争防止法2条1項1号における「混同」は、現に生じている必要はなく、「混同が生ずるおそれ」があれば足り、また、「混同を生じさせる行為」には、被冒用者と冒用者との間に競業関係が存在することを前提に直接の営業主体の混同を生じさせる「狭義の混同惹起行為」のみならず、緊密な営業上の関係や同一の表示を利用した事業を営むグループに属する関係があると誤信させるような「広義の混同惹起行為」をも包含するものと解されている¹⁴。

さらに、学説からは、登録がなくても混同のおそれがあるほどに「周知」か否か、混同のおそれがあるほどに「類似」するか否かという形で、周知性や類似性要件においても、抽象的に混同のおそれがあるか否かが判断されているため、周知性や類似性が肯定される場合には、原則として、そのまま混同のおそれが肯定され、周知性や類似性が認められるにもかかわらず混同のおそれが否定されるのは、混同の懸念を払しょくにするに足りる市場の状況や、混同を具体的に抑止する特殊な販売形式、あるいは時と所を離れば記憶が薄れてしまうほどの表示の識別力の弱さ、などの特段の事情を要するとの指摘もなされているところである¹⁵。

実際に、判例上も、著名なファッションブランドである「シャネル」と小規模な町のスナックの営業について、「シャネル」の周知性の高さやファッション業界における経営の多角化傾向を指摘するのみで混同のおそれが肯定されている¹⁶等、周知性及び類似性が認められる事案において、混同のおそれが否定されるケースというのはかなり限定的な場合であると考えられる¹⁷。

本件でも、混同のおそれとの関係で、①実際の原告商品と被告商品には、ピースの形状や配置の仕方に差異があること、②販売方法の相違（原告商品は、本件ブランド商品のみを販売する専門店販売されているのに対し、被告商品は、量販店で販売されていること）、③価格差（原告商品と被告商品とでは、9倍～23倍の価格差がある）との関係が検討されているが、①については差異はわずかであり、使用時には目立たないこと、②③については本件特徴1'の特別顕著性や需要者が一般消費者であること等を理由に、いずれも混同のおそれを否定する事情にはあたらないとされ、比較的容易に混同のおそれが認められている。

5 原告商品形態の著作物性

実用品のデザイン、いわゆる応用美術の著作物性については、主として意匠法との棲み分けの

14 前掲「逐条解説・不正競争防止法〔第2版〕」73頁。

15 前掲田村84頁。

16 最判平成10年9月10日判時1655号160頁「スナックシャネル事件」。

17 この関係で、最近も、医療機器の商品形態について商品等表示性を認めた上で、周知性及び類似性を肯定しながら、需要者としての医療従事者の専門性等を理由に混同のおそれを否定した1審判決（東京地判平成30年12月26日裁判所HP）に対し、医療従事者であっても形態に着目して商品を購入することもあり得る等として1審判決を取り消し、混同のおそれを認めた知財高判令和元年8月29日裁判所HP「SBバック事件」があり、参考になる。

観点から、①著作権法2条2項の美術工芸品に該当する応用美術のみを著作権法により保護する見解、②美術工芸品に該当しない応用美術であっても、純粋美術と同視できるような美的鑑賞性を有するものは著作物性を肯定する見解（このうち、純粋美術と同視できるか否かの判断基準を、高度の芸術性や高い創作性に求める見解〔いわゆる段階理論〕と鑑賞対象部分を製品から分離して把握できることを必要とする見解〔分離可能性説〕がある。）、③応用美術であっても、一般の著作物と同様の要件により著作物性を判断すべきとする見解（美の一体性説）等があり、従前の裁判例は②説のうち、段階理論に親和的なものが多数であったとされる¹⁸。

しかしながら、知財高裁において、平成26年に、「実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては、（著作権法）2条1項1号に含まれることが明らかな『思想又は感情を創作的に表現した（純粋）美術の著作物』と客観的に同一なものとする見解」¹⁹として、分離可能性説に立つと見られる「激安ファッションショー事件」判決¹⁹がなされ、さらには、平成27年に応用美術の場合も付加的な要件や基準は設けず、通常の著作物と同様に個別具体的に著作者の個性があらわれているか否かで著作物性を判断すべきとして、美の一体性説に立つと見られる「TRIPP TRAPP事件」判決²⁰が登場し、応用美術を巡る裁判例の流れは大きく動揺している。

筆者が調査した限り、「TRIPP TRAPP事件」判決以降、従来の多数説とされる段階理論に立ち、著作物性が認められるための要件として、高度の芸術性や創作性を求める裁判例は見当たらない。しかしながら他方で、純粋な美の一体性説に立つと見られる裁判例も見当たらない²¹。多数の裁判例においては、実用目的とは異なる観点からの美的鑑賞性や創作的特性の有無が検討されているが、具体的判断基準としては、実用的機能からの分離可能性を明示的に要件とするもの²²や、分離可能性には言及せず、何らかの形で美的鑑賞の対象となり得るような創作的特性を備えていることを要求するもの²³等があり、判断基準は一様でないように思われる。

本判決は、上記のような状況の下で、分離可能性説の立場に立って、原告商品の特徴的部分であると原告が主張する本件形態1は、荷物を収納し、持ち運ぶという鞆としての実用目的で使用するためのものといえる特徴の範囲内であるとして、原告商品において、実用目的で使用するための特徴から離れ、その特徴とは別に美的鑑賞の対象となり得る美的構成を備えた部分を把握す

18 清水節『応用美術に関する裁判例について』外川英明ほか編「知的財産法の本質とモルゲンロートー土肥一史先生古希記念論文集」（中央経済社、2017）611頁。

19 知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁。

20 知財高判平成27年4月14日判時2267号91頁。

21 なお、「TRIPP TRAPP事件」と同じ清水節裁判長の下でなされた知財高判平成28年11月30日判時2338号96頁「加湿器事件（控訴審）」及び知財高判平成28年12月21日判時2340号88頁「ゴルフシャフト事件（控訴審）」においても、著作物と認められるためには、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えなければならないと判示されており、同裁判長による解説において、この美的鑑賞の対象となる美的特性は、実用的な機能とは異なるものとして把握される必要があるとされている（前掲清水634頁）。

22 大阪地判平成27年9月24日判時2348号62頁「ピクトグラム事件」、東京地判平成28年1月14日判時2307号111頁「加湿器事件（1審）」、東京地判平成28年4月21日判時2340号104頁「ゴルフシャフト事件（1審）」、東京地判平成28年4月27日裁判所HP「エジソンのお箸事件（1審）」、大阪地判平成29年1月19日裁判所HP「花柄刺繍入りシャツ事件」、大阪地判平成30年10月18日裁判所HP「傘立て事件」。

23 知財高判平成28年10月13日裁判所HP「エジソンのお箸事件」、前掲「加湿器事件（控訴審）」、前掲「ゴルフシャフト事件（控訴審）」、東京地判平成29年12月22日裁判所HP「半田フィーダ（1審）」、知財高判平成30年6月7日裁判所HP「半田フィーダ事件（控訴審）」。

ることはできないと判断したものである。

確かに、原告商品形態の、荷物を収容した際に荷物の形状に応じて表面の三角形の硬質のピースが折れ曲がる等という特徴は、実用品としての鞆の商品形態としては、他の同種商品とは異なる顕著な特徴であるとは言えても、それは、あくまで鞆としての実用的機能と切り離し難い表現であるように思われ、分離可能性説を前提とする限り、著作物性は否定されることになるのではないかと思われる。但し、上記のとおり、応用美術の著作物性については、判例上も考え方や判断基準が未だ確立されておらず、判断基準の統一が望まれるところである。

6 損害論

最後に、損害論に関し、本判決は、不正競争防止法5条1項により原告の損害額を算定し、原告商品と被告商品には、9倍～23倍（多くの商品が13倍以上）の価格差があることを理由に、被告の譲渡数量の9割につき同項但書の「被侵害者が販売することができないとする事情」を認め、それに相当する金額を控除している。

「被侵害者が販売することができないとする事情」とは、侵害者の営業努力や市場での競合品の存在、被侵害品と侵害品との価格差等、被侵害者の販売能力以外の事情で、被侵害者の販売量に影響を与えるすべての事情を意味するとされており²⁴、価格差を考慮して高額の控除を認めた裁判例も多い²⁵。

価格差のみを理由に9割を控除した事例は珍しいが、原告商品と被告商品には9倍～23倍（多くの商品が13倍以上）という著しい価格差があることや、原告商品がブランドの服飾品であることなども踏まえると、量販店で販売されている安価な被告商品に対する需要がそのまま原告商品に向くとは考えにくい。また、原告商品に係る利益額と被告商品に係る利益額にも相当な差があると考えられ、被告が販売した数量に原告の単位数量あたりの利益額を乗じると被告が得た利益に比して著しく高額な賠償を命じることになるとも思われ、相当額の減額はされてしかるべきであるように思われる。

なお、本件では、原告らから主張されていなかったようであるが、不正競争防止法5条1項但書の適用により控除された数量分につき、同条3項を重疊的に適用し、相当実施料額の請求ができないかという問題がある²⁶。

実務上は、特許法102条1項について、知財高裁で否定説に立つことを明示する判決²⁷がなされて以後、否定する裁判例が多数となっていたが、同判決後に、不正競争防止法2条1項1号違反行為に関し、同法5条1項と3項1号の重疊適用を肯定した裁判例もあった²⁸。

さらに、未施行ではあるものの、不正競争防止法5条1項及び3項と同趣旨の特許法102条1

24 松村信夫「新・注解不正競争防止法〔3版〕下巻」（青林書院、2012）1017頁。

25 同趣旨の特許法102条1項に係る事案であり、また発明の寄与度等、他の要素を考慮しているものも含まれるが、大阪高判平成14年4月10日裁判所HP「積層タイヤ事件」（7割控除）、大阪地判平成17年2月10日判時1909号78頁「病理組織検査標本作成用トレイ事件」（5割控除）、大阪地判平成19年4月19日判時1983号126頁「Google事件」（99%控除）、大阪地判平成25年2月28日裁判所HP「回転歯ブラシの製造方法及び製造装置事件」（8割控除）等。

26 金井重彦ほか編著「不正競争防止法コンメンタール〈改訂版〉」（レクシスネクシス・ジャパン、2014）322頁以下（岩谷敏昭執筆部分）

27 知財高判平成18年9月25日裁判所HP「椅子式マッサージ機事件」。

28 東京地判平成19年12月26日裁判所HP「シンアツシン事件」。

29 実用新案法、意匠法及び商標法においても同様の改正がなされている。

項及び3項について、権利者が使用許諾をし得たと認められない場合を除いて、重畳適用が認められることを明文で定める改正がなされた²⁹ことも踏まえると、本判決で控除が認められた9割の部分について、不正競争防止法5条3項1号により相当な実施料を請求するということも考えられるかもしれない。

以 上