

## 識別力の弱い要素からなる商品パッケージの保護 —サントリー黒烏龍茶事件—

東京地判平成20. 12. 26判時2032号11頁・判タ1293号254頁

比 良 友佳理

### I 事案の概要

#### 一 当事者及び当事者の行為

食品及び酒類の製造・販売等を行っている原告のサントリー株式会社は、「サントリー黒烏龍茶 OTPP」という名称の飲料商品（以下「原告商品」という）を製造及び販売している。原告商品は原告商品表示を正面に付した350ミリリットル用ペットボトル容器に入れられており、日本全国のコンビニエンスストア、ドラッグストア等において、平成18年5月16日から販売されている。また、平成19年2月以降は、1リットル用ペットボトル容器に入れたものも販売している。

他方、被告オールライフサービスは、食料品及びお茶の製造販売を主たる業務とする株式会社であり、被告日本ヘルスは、健康食品の受託製造加工及び販売を主たる業務とする株式会社である。被告らは、被告オールライフサービスにおいて製造して被告日本ヘルスに納入し、被告日本ヘルスにおいて、小売店を通じて一般消費者に販売する形で、平成18年7月下旬頃から、「黒烏龍茶(ブラックウーロン)」との名称を使用した烏龍茶ティーバッグ商品（以下、「被告ら商品A」という）を販売し始めた<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 被告ら商品Aの製造販売がいつ終了されたのかは判決文からは不明だが、遅くとも裁判当時には終了していたようである。

その後平成18年10月20日、原告が被告オールライフサービスに対し不正競争防止法に違反する旨の警告を行ったところ、被告らは、同年11月下旬頃から、「黒濃(こくのうタイプ)烏龍茶」との名称を使用した烏龍茶ティーバッグ商品(以下、「被告ら商品B」という)の製造及び販売を始めた。

また、被告オールライフサービスは、被告ら商品Bの一部を、自ら運営するウェブサイトにおいて直接通信販売していた。その際、被告オールライフサービスはインターネット上に開設されたウェブサイト上に、原告商品の画像5本半分(2リットル相当)と被告ら商品Bの1包の画像との間に「>」の記号を付し、その下に「1包のティーバッグで2リットルのペットボトル1本を作る事ができます!」と表示し(以下、この表示を「本件比較広告1」という)、さらに、「烏龍茶ポリフェノール含有量2070mg 約70倍 サントリーなんかまだうすい!」と表示した(以下、この表示を「本件比較広告2」といい、これと本件比較広告1とを併せて、「本件比較各広告」という)。

平成18年5月16日	原告、原告商品を販売開始
平成18年7月下旬頃	被告ら、被告ら商品Aを販売開始
平成18年10月20日	原告、被告オールライフサービスに警告
平成18年11月下旬頃	被告ら、被告ら商品Bを販売開始

## 二 原告の請求

本件で原告は被告らに対し、以下の請求を行った。

[1]まず、被告両名に対して、被告ら商品A及び被告ら商品Bの製造、販売につき

①不正競争防止法2条1項1号(商品等主体混同行為)

②同項2号(著名表示の不正使用行為)

に該当するとして、3条1項、2項の規定による被告の各商品の製造等の差止め及び包装等の廃棄並びに同法2条1項1号又は2号、4条の規定による損害賠償金合計3919万2900円及びこれに対する民法所定年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

[2]また、被告オールライフサービスに対しては、ウェブサイト上の本件

比較各広告について

③不正競争防止法2条1項13号(品質等誤認表示)違反、

④同項14号(虚偽事実告知)違反、

⑤商標権侵害(「サントリー」(商標登録第4553625号)、「SUNTORY」(商標登録第4539080号))、

⑥著作権の複製権侵害

であるとして、3条の規定による誤認惹起行為及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並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合計952万7784円及びこれに対する前記同様の遅延損害金の支払を求めた。

[3]さらに、被告オールライフサービスに対し、上記[1]及び[2]の行為に基づいて、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及び民法709条、723条の規定による名誉回復措置を求め、被告日本ヘルスに対しては上記[1]の行為に基づいて、不正競争防止法2条1項1号又は2号及び14条の規定による信用回復措置を求めた。



原告商品



被告ら商品A



被告ら商品B

## II 判旨

### 一 原告商品表示の周知性又は著名性の有無

裁判所はまず、原告商品について「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」と認定した。

そして、不正競争防止法2条1項1号の周知性について「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月下旬頃…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」と判じた。

この点について被告らは、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月下旬頃の時点では、原告商品表示の周知性及び著名性が認められない旨反論していたが、裁判所は「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」として退けている。

他方、不正競争防止法2条1項2号の著名性については「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」と判じている。

### 二 原告商品表示と被告ら各商品表示との類似性の有無

#### 1. 類似性の判断基準について

裁判所はまず、類似性の判断基準について「ある商品等表示が不正競争防止法2条1項1号にいう他人の商品等表示と類似しているか否かについては、取引の実情の下において、需要者又は取引者が、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、需要者又は取引者が、時と所を異にして両者を観察した場合にどのように認識するかという観察方法（離隔的観察）によって、判断されるべきである」とした。

原告は、原告商品表示のうち、「黒烏龍茶」という文字部分が要部であって、それ自体で識別力を有する旨主張していたが、裁判所は、原告の担当者などが原告商品の「黒烏龍茶」という名称の由来を「濃い色のお茶だから」と回答している等の事情を挙げた上で、『烏龍茶』が著名な茶の種類を意味する普通名詞であることに照らせば、『黒烏龍茶』自体は、原告自身の認識及びその名称の考案過程においても、茶の種類を意味する普通名詞である『烏龍茶』に、『濃くて黒っぽい』という茶の色を意味する形容詞である『黒』を付加したものであり、製品の種類及び性状を表す2つの単純な言葉を組み合わせたにすぎないから、特殊な造語として、単独で高い識別力を持つとまではいえず、そのみが原告商品表示の要部であるともいえない」と判断した。

また、原告は、原告商品表示のうち、「サントリー」及び「Suntory」という登録商標の文字部分や、特定保健用食品であることを示す文字部分や

図形部分、そして、「脂肪の吸収を抑える」及び「OTPP」という文字部分については、文字の大きさや原告商品表示全体における配置、その意味内容等からして、需要者の印象、記憶に強く残るものではなく、類似性判断において考慮すべき特徴ではない旨主張していたが、裁判所は「複数の商品表示における類似性を判断するに当たっては、それらの表示に含まれる各部分を総合考慮し、共通点から生じる印象の強さと相違点から生じる印象の強さを比較衡量して、需要者又は取引者において両表示が類似するものと受け取られるおそれがあるか否かを検討すべきであり、前提において特定の部分を除外して判断すべきものではない」としている。

## 2. 被告ら商品Aについて

まず、原告商品と被告ら商品Aについて対比して以下のように述べている。

「原告商品表示と被告ら商品表示Aとは、包装パッケージ全体の背景が黒色であり、その縁取りが金色の唐草模様である点、同背景の正面中心部に短冊が配置されている点、同短冊内に、大きく、縦書きで、明朝体の漢字により、『黒烏龍茶』と記載されている点、同短冊の背景色が茶色で、その囲みが二重線である点、同短冊の右側に縦書きの金色の文字で含有成分が記載されており、その記載に『ポリフェノール』というゴシック体の片仮名の文字部分が含まれている点で、外観が共通している。

他方、原告商品表示においては、『サントリー』及び『Suntory』という文字、特定保健用食品であることを示す文字及び図形、そして、『脂肪の吸収を抑える』及び『OTPP』という文字といった被告ら商品表示Aにない記載があるのに対し、被告ら商品表示Aにおいては、内容量の記載がある点、原告商品表示がペットボトル用の包装パッケージに付されたものであるのに対し、被告ら商品表示Aが箱用の包装パッケージである点、商品名の読み仮名として、原告商品表示では『クロウロン』との記載があるのに対し、被告ら商品表示Aでは『ブラックウロン』との記載がある点、含有成分を示す記載も、原告商品表示が『ウーロン茶重合ポリフェノール70mg』とされているのに対し、被告ら商品表示Aでは『烏龍茶ポリフェノール含有』とされている点において、外観が相違する。」

そして裁判所は、まず概観について「これらの共通点及び相違点を総合

すれば、表示全体及び各構成部分の模様、色及び配置、『黒烏龍茶』という商品名及び『ポリフェノール』という含有成分名及びそれらの文字部分の字体、色及び配置といった上記の各共通点は、各部分の内容、大きさ、配色、配置等からして、そこから受ける印象が、上記の各相違点から受ける印象よりも、需要者又は取引者の記憶に強く残るものと評価することができ、離隔的観察の下では、原告商品表示の外観と被告ら商品表示Aの外観とは、極めて類似しているものといえる」と判じた。

称呼についても、「原告商品と被告ら商品を飲料用商品として称呼する場合、原告商品表示からは、『くろうーろんちゃ』、『さんとりーくろうーろんちゃ』又は『さんとりーくろうーろんちゃおーていーびーびー』の称呼を生じ、被告ら商品表示Aからは、『くろうーろんちゃ』又は『ぶらっくうーろん』の称呼を生じる（なお、被告ら商品表示Aにおける『黒烏龍茶』の文字部分右横の『ブラックウーロン』という読み仮名については、その各文字部分の大きさの比率に照せば、需要者又は取引者において、必ずしもその読み仮名どおりに読むとは限らないというべきである。）ものと認められる。

そして、原告商品表示と被告ら商品表示Aとで共通する称呼である『くろうーろんちゃ』は、商品表示の中央に大きく縦書きされた『黒烏龍茶』の文字に由来し、商品名を示すものであって、通常、需要者又は取引者が当該商品を認識及び記憶するに際して重要なものであるから、原告商品表示において『さんとりー』という著名な称呼が生じる場合があることを考慮しても、原告商品表示と被告ら商品表示Aの称呼については、全体として相当程度の類似性を認めることができる」とした。

最後に観念についても「原告商品表示においては、中央に表示された『サントリー』『黒烏龍茶』の文字部分及び『ウーロン茶重合ポリフェノール70mg』の含有成分の記載から、『黒色のウーロン茶』、『サントリーの製造販売に係る黒色のウーロン茶』、『ポリフェノールが含有されたウーロン茶』などの観念が生じるものと認められる。これに対し、被告ら商品表示Aにおいては、同じく中央に表示された『黒烏龍茶』の文字部分及び『烏龍茶ポリフェノール含有』の含有成分の記載から、『黒色のウーロン茶』、『ポリフェノールが含有されたウーロン茶』などの観念が生じるものと認められる。そうすると、原告商品表示と被告ら商品表示Aとからは、『黒

色のウーロン茶』及び『ポリフェノールが含有されたウーロン茶』という共通する観念が生じるものといえる」と判じた。

以上にに基づき、裁判所は「原告表示と被告ら商品表示Aは、全体的、離隔的に対比して観察した場合には、その共通点から生じる印象の強さが相違点から生じる印象の強さを上回り、需要者又は取引者において、両表示が類似するものと受け取られるおそれがあるというべきである…複数の顧客が被告ら商品Aを原告商品と誤認して購入したという事実が認められるのであるから、原告商品表示と被告ら商品表示A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」とし、2条1項1号の類似性を認めた。

### 3. 被告ら商品Bについて

他方、被告ら商品Bについては以下のように判じて、類似性を否定している。

「原告商品表示と被告ら商品表示Bとは、その外観において、包装パッケージの背景色が黒味を帯びた濃い色である点、明朝体の漢字の『黒』という文字部分が存在する点、『烏龍茶』という文字部分が存在する点及び含有成分が記載されており、その記載に『ポリフェノール』という片仮名のゴシック体の文字部分を〔ママ〕含まれている点で共通しているのみであって、その余の点は、いずれも相違している。

しかも、上記共通点のうち、包装パッケージの背景色は、原告商品表示が黒色の無地であるのに対し、被告ら商品表示Bは、黒色地に灰色の横縞模様が入ったものである点において、相違している。また、『黒』及び『烏龍茶』の文字部分は、原告商品表示では、一体として『黒烏龍茶』と縦書きで表記されているのに対し、被告ら商品表示Bでは、『黒濃』の文字が縦書きで表記され、その横に、これとは独立して『烏龍茶』と横書きで、『〔ママ〕』表記されている点及び両者の文字の色が異なっており、さらに、『烏龍茶』の文字については、両者の書体も、相違している。そして、『ポリフェノール』という文字部分も、両者の文字の色及び縦書きか横書きかという点で相違している。

以上の事実には照らせば、離隔的観察の下でも、全体的に見て両者の外観が類似しているということとはできない。

…原告商品表示と被告ら商品表示Bの称呼について原告商品と被告ら商品を飲料用商品として称呼する場合、原告商品表示からは、『くろうーろんちゃ』『さんとりーくろうーろんちゃ』の称呼を生じ、被告ら商品表示Bからは、『こくのうーろんちゃ』の称呼を生じる…ものと認められる。

そうすると、原告商品表示と被告ら商品表示Bとは、全体の称呼が相違するものであり、また、各称呼のうち共通する『うーろんちゃ』は、前記のとおり著名な茶の種類を意味する普通名詞にすぎないから、その部分のみを分離して称呼を検討するのは相当でない。したがって、原告商品表示と被告ら商品表示Bの称呼において、類似性を見出すことはできないというべきである。

…原告商品表示からは…『黒色のウーロン茶』、『サントリーの製造販売に係る黒色のウーロン茶』、『ポリフェノールが含有されたウーロン茶』の観念が生じ、被告ら商品表示Bからは、『黒濃烏龍茶』の文字部分及び『ポリフェノール含有』の含有成分の記載に応じて、『黒色の濃いウーロン茶』、『ポリフェノールが含有されたウーロン茶』の観念が生じるものと認められる。

そうすると、原告商品表示と被告ら商品表示Bとは、複数生じ得る観念のうち、『ポリフェノールが含有されたウーロン茶』という観念でのみ共通するものといえる。

…以上の認定事実によれば、原告表示と被告ら商品表示Bは、全体的、離隔的な観察の下で、それらの相違点から生じる印象が非常に強いといわざるを得ず、観念において一部共通する点があることを考慮しても、需要者又は取引者において両表示が類似するものと受け取るおそれを認めることはできない。

これに対し、原告は、飲料商品が商品表示に厳密な注意を払わずに購入されるものであるから、需要者又は取引者において、被告ら商品Bが、原告商品のラインナップの1つであるか、あるいは、原告と被告らとの間の提携関係により発売されているものであるなどと考え、両者を混同するおそれがある旨主張する。

しかしながら、原告の主張する飲料商品の購入状況については、これを

認めるに足りる証拠がなく、被告ら商品Aの場合のように実際に消費者が誤認した事例も認められない上、原告商品表示と被告ら商品表示Bとが上記のとおり大きく相違していることからすれば、原告商品表示が周知であると認められることのほか、原告が縷々主張する事情をすべて考慮したとしても、両者において、類似性判断の基礎となり得る、需要者又は取引者に混同を生じさせる類型的なおそれを認めることはできず、原告の上記主張は理由がない。

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号の類似性を認めることができない。」

#### 4. 不正競争防止法2条1項2号の類似性について

裁判所は、上記のとおり原告商品表示の著名性を否定しているが、仮に原告商品表示が著名であったとした場合に、原告商品と被告ら商品Bとの間に不正競争防止法2条1項2号における類似性を認めることができるのか否かについて検討を加えている。

まず、類似性の判断基準については、「不正競争防止法2条1項2号における類似性の判断基準も、同項1号におけるそれと基本的には同様であるが、両規定の趣旨に鑑み、同項1号においては、混同が発生する可能性があるのか否かが重視されるべきであるのに対し、同項2号にあっては、著名な商品等表示とそれを有する著名な事業主との一対一の対応関係を崩し、稀釈化を引き起こすような程度に類似しているような表示か否か、すなわち、容易に著名な商品等表示を想起させるほど類似しているような表示か否かを検討すべきものと解するのが相当である」との一般論を述べた。

そして、「原告商品表示と被告ら商品表示Bとの間に、外観及び称呼の点で、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」とし、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判じた。

#### 5. まとめ

以上によれば、被告ら商品表示Aについては、不正競争防止法2条1項1

号の類似性が認められ、他方、被告ら商品表示Bについては、同項1号及び同項2号の類似性がいずれも認められないこととなる。

#### 三 混同のおそれの有無

裁判所は、被告ら商品表示Aが需要者又は取引者において、原告商品表示と類似するものと受け取られるおそれを有していると認められる上、実際に複数の顧客が被告ら商品Aを原告商品と誤認して購入したという事実が認められると指摘し、また、原告商品と被告ら商品Aとが同一の小売店の店頭で並んで売られているという事例も存したものと認められるとした。そして、これらの諸事情に照らせば、需要者又は取引者において、被告ら商品Aを原告商品と同一のものであると混同し、又は、被告ら商品Aが原告商品の関連商品ないしシリーズ商品であると誤認し得るものと認めることができるとした。

これに対し、被告らは、原告商品と被告ら各商品との商品自体の相違(食品衛生法上、原告商品が清涼飲料水であるのに対し、被告ら商品は加工食品である「茶葉」であること等)、商品コンセプトの相違(原告商品は、コンビニエンスストアを中心に冷やした状態で販売され、利便性を嗜好する比較的若い世代の消費者を対象とするのに対し、被告ら各商品は、家庭において煮出すという方法を採用するため、健康のため手間暇を惜しまず良質の商品を嗜好する中高年層を対象とすること)及び商品価格の差(原告商品が1本168円程度であるのに対し、被告ら商品が1箱3500円であること)などを理由に、両者を混同するおそれはない旨を主張していた。

しかし、「被告ら主張の商品コンセプトの相違については、これを認めるに足る証拠がない上、仮に、これらの相違点等が認められるとしても、それらの相違点等が存することにより、具体的に原告商品と被告ら商品Aとの混同を防止し得たこと又は混同の可能性を減殺し得たということについては、何らの立証もされていない」として、上記被告らの反論は退けられている。

以上より、被告らによる被告ら商品Aの製造、販売は、不正競争防止法2条1項1号に違反するものであると認めた。

### Ⅲ 評釈

#### 一 はじめに

本件で原告は、飲料商品のパッケージデザインの保護と比較広告の手法について、多岐にわたる請求を行っている。本評釈ではそのうち、不正競争防止法2条1項1及び2号に関する論点を中心に取り扱う。

本判決は、原告商品について2条1項1号(以下、特に断りのない限り「1号」とは本号を指す)の周知性要件を充足するとしつつも、同項2号(以下、特に断りのない限り「2号」とは本号を指す)の著名性については認められないと判じている。この点に関し、両要件を充足するか否かの判断において、原告商品は発売されてからそれほど月日が経っていないものの、その間非常に強力な宣伝広告、販売が行われたヒット商品であるという事情が認定されていることに注目したい。一般に、強力な宣伝広告や大規模な販売活動等の実績があれば、周知性や著名性は肯定される方向に働くが、期間が短いという点は逆に要件の充足を否定する方向に働く。このような事情を併せ持ち、結果として周知性と著名性で結論が分かれている本判決を分析することは、二つの要件の相違点を明確化するのに資するものと思われる。

また、類似性要件につき、本判決は被告ら商品Aの類似性は肯定しているが被告ら商品Bは非類似であるとの判断に至っている。これは、類似・非類似の境界線が被告の二つの商品の間にあるということを示唆しており、パッケージデザインの保護範囲がどこまで及ぶのかという境界線を検討するのに格好の素材となりうるだろう。さらに本件では、原告商品のパッケージに施されたデザインが比較的簡素であったうえ、原告商品に付された「黒烏龍茶」という語は少なくとも自他識別力が弱いといえるものであった。こうした自他識別力の弱い要素から構成されるパッケージデザインにどこまで独占が認められるかという点は実務上も大きな問題となる。

以下ではまず、1号の周知性と2号の著名性についての論点に触れ、次に原告商品と被告ら商品A、被告ら商品Bとの類似性の有無を検討する<sup>2</sup>。

<sup>2</sup> 本件に関する評釈としては、以下で掲げたものの他、柿内瑞絵[判批]知財管理59巻8号(2009年)1023頁以下がある。

#### 二 原告商品表示の周知性と著名性の有無

##### 1. はじめに

本判決はまず、不正競争防止法2条1項1号又は2号に基づく請求に対し、原告商品の表示は1号にいう周知性を獲得しているものの、被告ら商品Aが販売されていた時点では、いまだ2号にいう著名性までは獲得していなかったと認定している。

裁判所は、混同の要件がない同項2号の保護を受けうる著名な表示となるには「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べき」との一般論を示し、原告商品の発売開始から被告ら商品Aの販売開始までの約2か月半という期間<sup>3</sup>では「一定程度の時間の経過」とはいえず、また「特段の事情」も存在しない旨を判示している。

ところが1号の周知性判断の場面で裁判所は、期間の短さを根拠に原告

<sup>3</sup> 周知性、著名性要件はいつの時点で具備している必要があるかという論点に関しては、最判昭和63.7.19民集42巻6号489頁[アースベルト上告審]が、周知性は類似表示使用者の行為が問題となる時点、すなわち差止請求については現在(事実審の口頭弁論終結時)、損害賠償請求についてはその対象とされている類似商品表示の使用等の行為を類似表示使用者がなした各時点において周知性を備えていることを要し、かつこれをもって足りるとの判断を示している(盛岡一夫「周知性の判断時期—アースベルト事件」小野昌延先生喜寿記念刊行事務局編『知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅱ』(青林書院・2009年)612頁も参照)。

したがって、本件で差止請求が認容されるためには口頭弁論終結時まで、そして損害賠償請求が原告の請求どおりに認容されるためには、被告らが被告ら商品Aの発売開始以来、被告ら商品Aと被告ら商品Bの少なくともいずれかを現在まで販売している状態が続いている以上、被告ら商品Aの発売が開始された平成18年7月下旬において周知性、著名性が獲得されている必要があるということになる。

裁判例では、原告のエレクトリック・ギターの形態が昭和48年頃には一旦周知になったと認めたものの、複数の競合メーカーが原告製品のコピー競争を長期間繰り広げた結果、原告の損害賠償請求の対象となっている平成5年頃の時点においては、周知な商品等表示とはいえなくなっているとして、損害賠償及び差止請求を棄却した東京高判平成12.2.24判時1719号122頁[レス・ポール二審]がある(なお、原審の東京地判平成10.2.27判タ974号215頁[レス・ポール一審]は日本における原告製品の販売状況等から、そもそも一度も形態が周知な商品等表示として定着していないとしている)。

商品には周知性が認められないとする被告らの主張を一蹴している。原告商品の販売・宣伝期間が短期間であるという事情が、一方では著名性を否定する大きな要素として扱われつつ、他方でそうした事情があっても周知性が否定されるわけではないとする本判決を理解するには、これら2つの要件と時的要素との関係を明らかにする必要がある。

## 2. 2条1項1号の周知性と同項2号の著名性要件の性質

### (1) 周知性要件の趣旨

不正競争防止法2条1項1号は、他人の商品等表示として「需要者の間に広く認識されている」ものであること(=周知性)を保護要件の一つとしている。

周知性要件が設けられた趣旨は、登録主義を採用する商標法と対比して説明されている<sup>4</sup>。すなわち、需要者の混同を防ぐには1号の保護を受けるといふ他に商標登録を行うという方策も採りうるが、全国的に表示を使用する意図がない等の理由により特に商標登録を受ける必要のない営業者や、他人に登録商標を既に取得されているために商標登録を行えない営業者の表示に対し、登録商標がないという一点を理由に保護を否定してしまうと、需要者の混同のおそれが放置されてしまう。同号の規定が需要者の間に存する具体の信用を保護するものであるという点に鑑みると、有意な混同が起こるおそれがある場合には、商標登録を受けていない表示に関しても保護を与えることで需要者の混同を防ぐべきということになる。また、需要者の間に広く認識されている範囲内に限って不正競争防止法での保護を与えるということであれば、商標登録のインセンティブが失われることもない。

この有意な混同が起こるおそれがあるか否かという点を定型的に判断するのが、周知性の要件である。したがって、周知性の有無を判断する際には、1号が混同防止の規定であるという観点を念頭に置き、混同から保護するに値するだけの信用(のれん、グッドウィル)を当該表示が表象しているかに着目して考えるべきである。

<sup>4</sup> 田村善之『不正競争法概説』(第2版・有斐閣・2003年)36頁。

### (2) 著名性要件の趣旨

他方、不正競争防止法2条1項2号は、当該商品等表示が「著名」であることを要求している。多大な宣伝広告費がかけられたり、長年にわたって多数の顧客を獲得したりするなどして形成された著名表示は、表示それ自体が、それを付した商品や営業の売上を促進する独自の顧客吸引力や独自の財産的価値を有するようになる。このような他人の著名表示を自己の商品等表示として使用することで、人の目を引き付ける行為(=表示の著名性のみを利用する行為)は、1号で禁止されているような商品主体や営業主体を偽る行為(=広義の混同を生ぜしめる行為)とは別個に、2号で禁止しようとする行為類型であるといわれている<sup>5</sup>。こうした表示の著名性のみを利用する行為は著名表示の希釈化(ダイリューション)や汚染化(ポリューション)を引き起こす。表示の著名性の確立に努めた表示の使用主体をこうした不利益から保護することを通じて、信用の形成のための企業努力のインセンティブを促進するのが2号の規定であると理解することができる<sup>6</sup>。このような趣旨に鑑みれば、著名性要件の充足性は、2号が禁止しようとしている希釈化や汚染化から保護すべき程の独自の顧客吸引力や財産的価値が、表示それ自体に発生するに至っているかという点から判断することになるのだろう。

### (3) 周知性と著名性の相違点

以上のような趣旨から、1号と2号は、それぞれ周知性と著名性という要件を設けている。これらはいずれも需要者の認知度に関する要件であるため、一見似た概念であるようにも見えるが、どのような相違点があるのだろうか。

この点、2号が1号とは異なり混同のおそれを要件とせず、その反面で著名性を要求しているということに鑑みると、1号の規律を無意味なものとしなすためには、需要者の認知度の点で、周知性よりも著名性の要件の

<sup>5</sup> 田村・前掲注(4)236頁、小野昌延『不正競争防止法概説』(有斐閣・1994年)144頁。

<sup>6</sup> 田村・前掲注(4)239頁。



方が高いハードルを設けているものと考えべきである<sup>7</sup>。さらに、2号に内在する問題としても、他者の表示選定の自由を害してまでも絶対的な保護を享受させるためには、ダイリューション等から保護されるべき表示の識別力が強度のものとして通用していることが必要となると考えられる<sup>8</sup>。

この点、学説では著名性の要件の中に、一定以上の信用・名声・評判が確立されていることや<sup>9</sup>、需要者が表示に価値を認めていること<sup>10</sup>、さらには表示に優れたブランド・イメージが定着していること<sup>11</sup>などを読み込むことが提唱されている<sup>12</sup>。2号の著名性を1号の周知性よりも高度な要件にすることで絞り込みをかけるべきという観点は賛同しうるものであるが、表示の評判や価値の有無、良質なイメージといった要素は主観的な判断になりやすく、裁判所の判断になじむのかという疑問が呈されている<sup>13</sup>。さらに、多大な宣伝広告費をかけて商品や営業の質の高さを消費者に植え付ける活動を、法的に支援する必要が果たしてあるのだろうかという問題もある。確かに良質なブランド・イメージを表示に定着させるには多大な費用と労力を要するものであるから、2号はそのようにして形成されたイメージを第三者のフリーライドから保護する規定である、と位置付けるこ

<sup>7</sup> 田村・前掲注(4)240頁。宮川美津子「著名商品等表示をめぐる訴訟について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第3巻』(新日本法規・2007年)308頁、小野昌延編『新・注解不正競争防止法(上)』(新版・青林書院・2007年)407頁[山名美加]、安永武央「周知表示・著名」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 知的財産関係訴訟法』(青林書院・2001年)450頁。

<sup>8</sup> 田村・前掲注(4)240頁。

<sup>9</sup> 青山紘一『不正競争防止法』(第6版・法学書院・2010年)50頁。

<sup>10</sup> 宮脇正晴「ブランド・エクイティと不正競争」国際公共政策研究4巻2号(2000年)199-200・202-204頁。

<sup>11</sup> 山本庸幸『要説不正競争防止法』(第4版・発明協会・2006年)102・104頁。

<sup>12</sup> その他、渋谷達紀「著名表示冒用行為に対する不正競争防止法上の規制」落合誠一＝江頭憲治郎＝山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望』(商事法務研究会・1995年)794-804頁は冒用行為の類型ごとに著名性に盛り込む要素を違える見解を唱えている。それによれば、希釈化の場合には知名度に加えて顧客吸引力や識別力を、顧客吸引力の場合には知名度の他に顧客吸引力を、汚染化の場合には知名度の他に表示の良質感を、それぞれ著名性の判断要素としている。

<sup>13</sup> 田村・前掲注(4)242-243頁。

とも可能なのかもしれない。しかし、そのような立法制度や裁判制度を持つこと自体がコストを伴うものである点に鑑みると、企業が完全に操作した効用によって消費者が踊らされる状態を、法があえて支援する必要性はさほど高くないように思われる<sup>14</sup>。さらに、優れたブランド・イメージの有無等を著名性の要件に読み込んでしまうということは、究極的には、商品・営業の品質の向上による信用形成を目指した企業努力というよりも、宣伝広告という付随的な活動に対するインセンティブの支援へと、2号の中心的役割を集約させてしまいかねない。つまり、この解釈論を極論まで突き詰めて考えると、宣伝広告されて形成された良質なイメージと、実際の品質との間に開きがあっても構わないということなり、中身を伴わないイメージ先行の宣伝広告を促進してしまうおそれが生じるということである。

これらのような問題がある以上、むしろ、純粋に表示の認知度・知名度を基準とした方が、裁判所にとっても要件が明確になるというだけでなく、信用形成のための企業努力のインセンティブの支援という、2号の本来的な役割にも適うものと考えられる。

以上をまとめると、周知性は有意の混同が生じるくらいの信用が形成されるほど、当該表示が商品ないし営業を指すものとして知られているかという基準で、そして著名性は、良質なイメージが付着しているかという点は問わないとしつつも、周知性要件よりも厳格に、希釈化や汚染化等の不利益から保護すべき程に表示の識別力が強いものとして通用しているかといった基準で判断するのが望ましいということになるのだろう。

### 3. 裁判例における取扱い

#### (1) 周知性、著名性の具体的な立証方法

これら周知性と著名性の要件を充足するか否かは、具体的にどのように判断されているのか。この点、当該商品・役務の種類、取引実態、取引慣行、宣伝広告の態様や量、表示の内容、第三者からの評価(マスコミで取

<sup>14</sup> 田村善之「知的財産法総論」同『市場・自由・知的財産』(有斐閣・2003年)82-83頁。

り上げられるなど)といった諸要素<sup>15</sup>を「総合的に判断」<sup>16</sup>すべきといった説明がなされることがある。確かに、これらの要素が積み重なれば積み重なるほど、当該表示が認知されていることを裏付けるのに有利となるが、問題は、どの程度までこうした事情が必要であるかということである。したがって、原告をしてやみくもに周知性認定に重要であると思われる事情を間接事実として積み上げさせるのではなく、これらの諸要素を裁判所がどのような比重で扱っているかを明らかにする必要があるだろう<sup>17</sup>。

そこで過去の裁判例を俯瞰してみると、当該表示が生来的に識別力<sup>18</sup>を

---

<sup>15</sup> この他、本件では用いられなかったが、詳細には立ち入らないが、一般消費者等を対象とするアンケート調査が提出される場合もある。ただし、質問の手法が誘導的にならないようにするなど、アンケート調査を行う際には一定の工夫が必要である。1号、2号の立証とアンケート調査の関係や、実施をする際の注意点等については、井上由里子『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』『知的財産の潮流』知的財産研究所5周年(信山社・1995年)、青木博通「商標・不正競争事件における証拠としてのアンケート調査」同『知的財産権としてのブランドとデザイン』(有斐閣・2007年)250頁以下を参照。

<sup>16</sup> 山本・前掲注(11)67頁、安永・前掲注(7)446頁。

<sup>17</sup> 小野・前掲注(5)111頁も、実務では周知性の立証に必要な以上の精力が費やされる結果、原告が膨大な証拠物を提出するに至っていると指摘しており、その背景として周知性の要件が抽象的であるがために立証が十分かどうか、原告が不安を覚えるからであるという点を挙げている。

<sup>18</sup> ここでいう識別力とは、表示がそれに対応する商品ないし営業を示すものとしてどれくらい機能しているかをいう。特に、商品・営業の出所を指し示す機能を出所識別機能、他人の商品・営業との関係で自己の商品・営業を区別させる機能を自己商品識別機能と呼ぶことがある。

1号及び2号が造語標章を創造した者ではなくそれを現に周知ないし著名とした者に保護を与えていることに鑑みると、両規定が識別力の強いマークの創造を推進することを目的にはしていないことは明らかである。識別力の強い表示が弱い表示よりも保護を受けるのは、そこに知的創造行為があるからではなく、一般の表示選定の自由に対する影響が小さいからに他ならない。商品の性能等を記述的に示す表示を利用する利益は、営業者一般に留保されていなければならないのである(田村・前掲注(4)251頁、満田重昭『不正競争法の研究』(発明協会・1985年)138頁)。

したがって、識別力の強弱は、他者が当該マークを使用することを妨げてよいのかどうかという観点から考えなければならない。具体的には、商品・営業との対応

有しているか否かで、その他の要素の重要度が変わってくるようである。以下ではまず生来的に識別力がある表示の場合と生来的な識別力が弱い表示の場合に分けて、周知性及び著名性の立証にどのような事情が必要であるかを分析し、次に、周知性が肯定されたが著名性が否定された事例を検討することで、両要件の境界線がどこにあるかを考える<sup>19</sup>。最後に、本件と同様、販売されてから短期間しか経っていないという事情がある場合の裁判例を紹介しながら、時的要素が周知性、著名性要件に与える影響を検討する。

## (2) 生来的に識別力がある表示の場合

まず、原告の表示が生来的に識別力を有している場合、原告と被告とで営業地域、業種が重なっていれば、普通に営業を行っているということ以上に特段の主張、立証をしなくとも周知性要件が充足される。

例えば、「万屋食品株式会社」という商号の下、調味料、酒類、飲料水、乾物類の卸売、小売を伊勢市内の本店等で行っていた原告に対し、被告も医薬品、化粧品、食品、雑貨等を販売していたという場合には、原告の営業が明治時代からのものである点と、平成3年の年商が11億円であるという事実のみで、伊勢市及びその周辺部における原告の表示の周知性が肯定されている(津地判平成7.9.12判不競810ノ6頁[万屋薬品])。また、原告が横浜市内で「勝烈庵」との表示を使用してとんかつ料理のチェーン店を営んでいたのに対し、被告も横須賀市内で「勝れつ庵」の表示の下にとんかつ料理店を営業していたという場合にも、裁判所は横浜市と横須賀市が地理的に近接していることを指摘した上で、原告が横浜市内で店舗を複数

---

関係で決定される。商品等の品質や性質を暗示する表示や、ありふれた文字・図形等で構成される表示は生来的な識別力が弱い表示といえる。逆に、商品等とは全く無関係の単語を用いた表示や、造語、固有名詞のように特異性が認められる表示の場合には、生来的な識別力は強いということになる(松村信夫『不正競争訴訟の法理と実務』(第4版・民事法研究会・2004年)206頁以下も参照)。

<sup>19</sup> 同様の観点から1号の周知性要件の実像に迫るものとして、田村善之「裁判例にみる不正競争防止法2条1項1号における規範的判断の浸食」相澤英孝他編『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂・2005年)403頁以下。

構えている事実のみで、少なくとも横浜市を中心とする近傍地域において周知性が認められると判じている(東京地判昭和51.3.31判タ344号291頁[勝れつ庵])。

他方、生来的に識別力が強い表示であっても、原告と被告とで営業地域、業種が異なる場合には、原告が営業しているからといって、そこから直ちに被告の顧客層においても原告の表示がある程度知られることになるには限らないため、その他の要素が重要になる。

例えば、上記[勝れつ庵]事件の原告が鎌倉市大船の「かつれつ庵」と静岡県富士市の「かつれつあん」に対して差止等を請求した事案では、鎌倉市大船については原告の営業地域である横浜市と「距離的近接性、生活圏として密接性、一体性」が認められるとして、原告が営業を行っているという事情のみで原告の表示「勝烈庵」の周知性を肯定したが、他方で静岡県富士市については、くちコミによる方法とマスメディアによる方法によって周知性を獲得したか否かが詳しく検討されており、結果的に静岡県富士市での周知性は否定されている(横浜地判昭和58.12.9無体集15巻3号802頁[かつれつあん])。また、原告と被告の業種が異なる例として、原告がスーパーマーケットの営業について「ニッショー」の表示を用いていたのに対し、被告は仏壇、家具、唐木等の販売について「ニッショー」の表示を用いていたという事例では、原告のスーパーマーケットの店舗数・所在位置、売上高、宣伝広告の方法等が丁寧かつ具体的に斟酌され、大阪市北部とその近隣地域での周知性が肯定されている(大阪地判平成9.9.30平成7年(ワ)13273号[ニッショー])。

### (3) 生来的に識別力が弱い表示の場合

他方、当該表示の識別力が生来的に弱い場合には、原則として、当該表示が原告の商品ないし営業を示す表示として需要者に認識されているということを具体的な事情を挙げながら主張、立証していく必要がある。

本来的には商品表示として機能されることを予定されていない商品の容器、形態等はその典型例であろう。競合する同種の商品と同様の形態を採っている場合には、商品の形態が特定の出所を識別する機能を獲得することはほとんどないが、他の同種の商品と比較して特異な形態であって、それが宣伝、広告されれば、特定の出所を識別するものとして周知性を獲

得する場合もある<sup>20</sup>。例えば、マスカラの容器につき、容器の色(濃いワインレッド色及び銀色)とそれに付された絵柄が同種の商品とは異なる独自の特徴を有していたという事例で、販売開始以降平成17年度末までの小売販売額の合計が約167億円に上る点、交通広告に約7億円、女性用ファッション雑誌への純広告に約3億円、テレビCMのために約9億円を支払っていた点、雑誌等でたびたび紹介されていた点を認定し、マスカラの需要者たる女性の間において周知であると認めた事例がある(大阪地判平成20.10.14判時2048号91頁[デジャヴ・マスカラ])。

商品形態ではなく通常の表示のケースを見ても、家庭教師の派遣事業について「東北大生家庭教師会」という表示を用いていた原告が、同じく家庭教師派遣事業を営む「東北大生家庭教師研究会」を訴えた事例で原告の周知性が否定されている(仙台地判平成2.10.21判不競810ノ186ノ1頁[東北大生家庭教師研究会])。この事案で原告は1988年2月から1989年7月に広告宣伝費として月40万円から80万円を支出して、複数の日刊新聞や週刊地域誌に広告を掲載していたが、原告表示は普通名詞の組合わせであり識別力が弱かった。このような識別力の弱い表示については表示の認知度を裏付けるより強力な事情が必要であるということだろう。その他、「日本翻訳協会」の表示を使用する原告が「社団法人日本翻訳協会」に対し差止めを求めた事案でも、原告協会の主たる収入源となっている事業が「実質的内容に乏しい営業を中核とするもの」である点を指摘し、「日本翻訳協会」の周知性を否定している(大阪地判平成6.1.18平成4年(ワ)103号[日本翻訳協会])。裁判所が丁寧に原告協会の事業の実体や収益を検討している背景としては、「日本翻訳協会」が普通名詞を組み合わせただけの識別力の弱い表示であったことが大きいと思われる。

他方、強力な事情があったために、生来的に識別力が弱い表示でも周知性が肯定された例としては、アルファベットの「M」一文字をデザインした単純な標章であっても、長期間継続して使用、広告宣伝された点や売上高の高さ等を斟酌して、周知性が肯定された大阪地決平成5.10.15知裁集25巻3号455頁[MINANO2]<sup>21</sup>や、東北5県でメガネ店を65店舗展開する原

<sup>20</sup> 田村・前掲注(4)120-121頁。

<sup>21</sup> ただし、「M」の字体に特殊な技巧が加えられているという点も参酌されており、

告の「メガネセンター」という表示につき、広告宣伝費が年間1000万円前後に上る点に鑑みて周知性を認めた山形地決平成7.6.27判不競810ノ252ノ1頁[メガネセンター]等がある。

以上をまとめると、生来的に識別力の強い表示で、原告と被告の営業地域や顧客が重なり合う場合には、特段の主張、立証をしなくとも原告の周知性が肯定されるが、生来的に識別力の強い表示でも営業地域や顧客が被告と異なる場合、あるいは生来的な識別力が弱い場合には、原告が周知であるというためには売上や広告宣伝費、使用態様等の諸要素を具体的に立証しなければならないということになる。

#### (4) 著名性について

以上は周知性の認定についての裁判例の流れであったが、著名性についてはどうだろうか。

前述のように、1号の周知性よりも2号の著名性の方が、高いレベルの認知度を要求しているという点に鑑みると、周知性の場合には特別の主張、立証が必要とされなかった場合、すなわち生来的に識別力の強い表示で、原告と被告の営業地域や顧客が重なり合う場合であっても、当該表示が広く知られていることを具体的に主張、立証する必要があると解すべきだろう。

例えば、警備の請負業務や防犯、防火、防災等に関する設備、機器、システム等の開発などについて造語である「セコム」の表示の下に営業を行っていた原告が、「セコム防犯設備」あるいは「セコムサービス」の名称を使用して消火器の点検と称し法外な料金請求を行っていた被告に対し差止め、損害賠償を請求した事案で、裁判所は、原告が多大な費用と時間をかけて宣伝・広告し、営業活動を行ってきた結果、「セコム」が著名性を獲得したとの原告の主張を認めた例がある(被告の欠席裁判であるが、東京地判平成17.7.12平成17年(ワ)11271号[セコム])。「セコム」という語は「SECURITY COMMUNICATION」に由来しているが、原告による造語であることに鑑みれば識別力が強い表示であるといえる。つまりこの判決

---

アルファベット一文字とはいえ、原告の標章は必ずしも識別力が極端に弱いとは断言できない部分もある。

は、著名性を肯定するためには、識別力が強い表示であっても、表示が知られていることを裏付ける具体的な事情が勘案されることを示唆している。

さらに、生来的な識別力が弱い場合には当然のことながら、より一層、著名性を裏付ける具体的な事情が必要となる。原告、被告共に運送業を行っていた場合に、原告が明治5年創業の総物流最大手企業である点や、国内に数多くある原告のグループ会社の多くにも「日通」の語が付されて営業していた点などを認定し、原告の「日通」という表示の著名性を肯定した例がある(東京地判平成12.7.18平成11年(ワ)12627号[日通サービス])。日本における運送業という営業との関係では、「日本通運」の略称である「日通」という表示は、生来的には識別力の弱い表示である。しかし、長年の使用や売上高等の実績を証明できれば著名性が肯定されるということなのであろう。

他にも、原告、被告共に胃腸薬という事案で、原告表示が普通名称である「セイロガン」、「糖衣」、「A」を組み合わせただけという、生来的には識別力の弱い表示であったという場合に、裁判所は、長年にわたる大量の販売、強力な宣伝広告の状況、他に同種の商品名を持つ有力な競合商品が存在しなかった点を斟酌して、原告の表示「セイロガン糖衣A」が本来の意味内容を超えて著名になったと認めている(大阪地判平成11.3.11判タ1023号257頁[正露丸糖衣A])。

このように裁判所は、普通に営業しているだけでは著名性は簡単には獲得できないとし、著名性については常に特別の主張、立証を求めており、著名性を周知性とは異なる要件として考えているようである。前述のような周知性と著名性の性質の差異に照らせば、このような裁判所の取扱いは妥当であろう。

さらに2号の場合、混同のおそれを要件とすることなく広範な保護を与える規定である点に鑑みれば、単に表示が高度に認知されているばかりではなく、表示が特別に顕著であること、すなわち独占に適するものであることが必要であると解すべきである<sup>22</sup>。「純」「WORLD」「アサヒ」等、あ

---

<sup>22</sup> 田村・前掲注(4)242頁。その判断に際しては、商品や営業の普通名称(不正競争防止法12条1項1号)や、商標権侵害の適用除外(商標法26条1項2号、3号)を参酌すべきとされている。

る特定の商品や役務に独占されるのにはなじまないウィークマークが、ある特定の商品や役務に付されていくら知られるようになって、特別に顕著ではないとして著名性要件の充足を否定すべきということである。

例えば、全国高校野球選手権大会を題材としたゲームソフトの名称「甲子園」は、特別顕著性を欠くというべきだろう。裁判所はゲームソフトの販売に伴って宣伝広告されたり雑誌等の記事に取り上げられたりしたとしても、「甲子園」の名称が著名となっているとは認められないと判断している(当該ゲームソフトの販売が市場規模に比して少なかった点も斟酌しつつも、大阪地判平成11.3.16平成10年(ワ)1743のA[甲子園V]、平成11.11.18平成10年(ワ)1743号のB[甲子園3])。

このように考えると、上の[セイロガン糖衣A]事件については、アルファベットの「A」を付記する必然性があるとはいえないから、「セイロガン糖衣A」との表示は特別顕著性が完全に否定されるわけではない、と説明することができるだろう<sup>23</sup>。

#### (5) 周知ではあるが著名までは認められなかった事例

それでは、周知性と著名性の境界線はどこにあるのだろうか。周知性は認められたが著名性が否定された事案を見てみよう。

識別力の強さと関連付けて売上や広告宣伝費等の事情を斟酌していく手法は裁判例にも如実に現れている。

表示の生来的な識別力が強く、原告と被告とで顧客層を同じくする場合に、周知性は緩やかに認定しつつ、著名性を厳しく解した例として、東京地判平成14.11.14判不競224ノ643頁[ファイアーエムブレム一審]がある。「ファイアーエムブレム」との名称を用いたゲームソフトのシリーズ<sup>24</sup>を製造、販売していた原告らが「エムブレムサーガ」という名称の被告ゲームソフトを訴えたという事案で、裁判所は、原告ゲーム「ファイアーエムブレム」は著名であるとまではいえないが周知性は獲得していると判示した。この事案では、原告ゲームのシリーズの販売本数が32万本から最も売れた

<sup>23</sup> 田村・前掲注(4)242頁。

<sup>24</sup> 原告ゲームソフトのシリーズの名称は「ファイアーエムブレム 暗黒竜と光の剣」、「ファイアーエムブレム外伝」等である。

もので約77万本と、一定程度の販売実績が存在していたが、他のヒットしたゲームのシリーズには1700万本から3400万本のものまであったのに比べると、いずれも100万本を超えていない原告の販売本数は決して多いものではなかった。さらに、国内で1タイトルでの出荷本数が100万本を超えたゲームソフトが、昭和58年から平成12年3月31日まででも123タイトル存在していたという事情もあった。その他判決中では、原告が費やした宣伝広告費が約14億円であったのに対し、平成9年の1年間におけるゲームソフト全体の宣伝広告費は約352億円であった点も指摘されている。「ファイアー」「エムブレム」はそれぞれ英語で「火」「紋章」を意味する語であって、商品であるゲームソフトとの関係でいえば、性能や用途等との関連性は低く、識別力は比較的強い語であるといえよう。このように生来的に識別力の強い表示の場合で、原告、被告共に顧客層が重なり合う場合は、上記「(2)生来的に識別力がある表示の場合」で検討したように、普通に営業・販売がなされていれば原告の周知性が肯定されるので、この程度の販売本数でも周知性は肯定されるということであろう。他方、著名性については、生来的に識別力が強くとも、具体的に主張、立証する必要性があるところ、市場全体と対比した場合にこの程度しか売上、宣伝広告費がないというこの事案の事情の下では、著名性は否定されてもやむなしということになる<sup>25 26</sup>。

<sup>25</sup> この控訴審である東京高判平成16.11.24平成14年(ネ)6311号[ファイアーエムブレム二審]も同様に、「ファイアーエムブレム」の周知性は肯定し、著名性は否定している。ただし、この事案は、被告会社の代表Aが原告会社の元従業員であり、原告のゲームはAが原告会社職中に製作の総指揮をとったものであったという事情が存在した。そのため、Aが被告会社に転職して製作した被告ゲームが、原告ゲームと共通の作風の下に製作された、事実上の続編ではないかという期待が一部の愛好家に存在したと推測されている。したがって、この事件では、2号が想定している希釈化や汚染化等の行為よりも、むしろ1号の想定する需要者の混同こそが本質的な問題となっているものと思われ、裁判所も2号による保護を否定したいという心証が存在していた可能性がある。

なお、結論としては、一審が類似性を否定したのに対し、二審は原告の「ファイアーエムブレム」と被告の「エムブレムサーガ」はどちらも「エムブレム」が要部となるとして1号の類似性を肯定している。

周知性と著名性の具体的な認知度の程度については、東京地判平成12.6.28判時1713号115頁[LEVI'S弓型ステッチ]が参考になる。一般消費者を対象とした調査で「501」という表示を示されて出所を原告リーバイスと答えたものの割合が16.6%であったという事情の下で、周知性は肯定されたが著名性が否定されている。16.6%の人以外が正しく答えられていないのであれば、周知性も否定すべきとの考えが生じるかもしれないが、16.6%の一般消費者の間に信用が形成されている以上、有意の混同が生じるおそれがあるので、周知性は肯定すべきであろう<sup>27</sup>。他方、著名性に

<sup>26</sup> その他、同様の判断を下したと思われるものとして、東京地判平成13.6.26判不競2280ノ131頁[MA-JI]がある。原告の表示の生来的な識別力が強く(造語「MA-JI」、原告、被告共にファッションブランドの名称であったという事案で、原告は表示「MA-JI」を昭和63年から使用していた点、平成5年までの間に商品が各種ファッション雑誌等において数多く紹介された点、東京以外にも大阪、名古屋、高松、沖縄に「MA-JI SHOP」を出店していた点等が認定されているが、裁判所は周知ではあるが著名であるとまでは認められなかったとした。著名であるというためには、同じ市場の他社商品と比べて売上高が高かったとか、雑誌のみならず複数のメディア媒体で大量に取り上げられたなど、具体的な事情がもう少し必要だったということかもしれない。

東京地判平成12.9.29判時1733号108頁[デール・カーネギー一審]、東京高判平成14.2.28平成12年(ネ)5295号[デール・カーネギー二審]も、書籍の題号「人を動かす」及び著者名「D・カーネギー」について、それが付された書籍が昭和33年の初版発行以来、40年以上にわたって増刷を重ね、日本国内で300万部を売上げたことや、ビジネスマン向けの雑誌等に多く取り上げられている等の事情が存在したが、裁判所は周知性を肯定しつつ、それらの事情だけでは著名性までは認められなかったとしている。

とはいえ、これらの裁判例は、原告と被告の表示が非類似であるなどの理由で、結論としては1号の不正競争行為にも該当しないと判示している。裁判所としては、著名性の判断以前に、非類似であること等のために1号、2号の侵害を否定する規範的判断が既に存在していたという可能性もある。これらの判決の射程を考える際には注意を払う必要があるかもしれない。

<sup>27</sup> 被告商品であるジーンズの購買層でアンケートを行った場合には、一般消費者を対象とした調査結果よりも認知度が高率になったのではないかという点にも留意すべきである。さらに、田村・前掲注(4)46頁は、需要者の間で高度の認知度がなければ保護しないとすると、事実上、そうした認知度のある商品や営業は数が多い

いては、特定の需要者層にとって著名であれば足りるとしておけば、多少認知度のレベルを高めにとっても保護が過小になることはない。少なくとも、上記のような調査結果では著名性を肯定するほどの高い認知度があるということにはならないのだろう<sup>28</sup>。

#### 4. 本判決の検討

##### (1) 周知性について

以上の裁判例を踏まえて、本判決を検討する。

本件は原告が茶のペットボトル飲料、被告らが茶のティーバッグであり、業種や需要者層が重なり合っている<sup>29</sup>。さらに、原告、被告いずれも、全国を対象に販売活動を行っていたので、営業地域も重複していたという事案であった。これまでの分類に従うと、業種や地域的範囲が重なり合い、かつ原告の生来的な識別力が強ければ、原告が通常の販売をしていることのみをもって周知性が肯定されうるが、原告の生来的な識別力が弱ければ、原告商品表示の認知度を具体的に主張、立証する必要が生じる。そこでまず、原告商品表示が生来的に強い識別力を有するか否かを検討してみよう。

原告商品表示は名称「サントリー黒烏龍茶 OTTP」のうち「黒烏龍茶」が大きく明朝体の縦書きで付されている。そして、その文字が正面中心部にある茶色の短冊内に配置され、パッケージ全体の背景は黒色である。ま

とはいえないので、過度に混同行為が放置されることになりかねないと述べ、一般論をいうならば10%を超える程度の認知度でも周知性が肯定されるべきとしている。

<sup>28</sup> 田村・前掲注(4)241頁。

<sup>29</sup> この点について被告らは、混同のおそれの要件の所で、①商品自体の相違(食品衛生法上、原告商品が清涼飲料水であるのに対し、被告ら商品は加工食品である「茶葉」である等)②商品コンセプトの相違(原告はコンビニエンスストアを中心に販売しており、利便性を志向する比較的若い世代の消費者を対象としているのに対し、被告らは、家庭内において煮出す方法を採用しているために中高年層を対象としている)③商品価格の差(原告商品が1本168円程度なのに対し、被告ら商品が1箱3500円であること)を理由に混同のおそれがないと主張していたが、裁判所は証拠がないとして一蹴している。周知性判断においても、これらの事情があるからといって、業種、需要者が異なっていると判断する必要はないと考えても差支えないだろう。

た、パッケージの上部及び下部は金色の唐草模様で縁取られている。

「黒烏龍茶」の語が普通名称に当たるか否かは、普通名称について判断を下した後掲[くろずー審]、後掲[くろず二審]の判決と共に後ほど詳しく検討するが、茶飲料商品に対し色を表す「黒」と茶の種類を表す「烏龍茶」の語からなる名称を付すことは、少なくとも生来的には識別力が弱いものというべきであろう。さらに、「黒烏龍茶」の語が明朝体というありふれた書体で書かれているという点も、識別力が弱い方向に働く一要素となりうる。また、黒色の背景色に二重の縁取りをした茶色の短冊を配するといった全体のデザインも、内容物が黒色や茶色に近いことを考えると、識別力は決して強いとはいえないだろう。特定保健用食品であることを示す文字及び図形や、造語である「サントリー」「SUNTORY」「OTPP」<sup>30</sup>などが「黒烏龍茶」の周囲に付されているが、前者は内容物が特定保健用食品であることを示すものに過ぎず、特定の出所を示すものとしての識別力は有さないと考えられるし、後者については造語であるので識別力が強いかもしれないが全体に占める大きさは小さいといわざるをえない。

これらを総合すれば、原告商品表示は、周知性を裏付ける具体的な主張、立証を免れうる程、表示の生来的な識別力が強いとはいえないと考えられる。

本判決を見てみると、原告商品の販売態様(販売量、配荷率<sup>31</sup>)、宣伝広告の有無、第三者による報道、受賞履歴といった細かな事情を詳細に認定している。原告商品表示が生来的には識別力が強くないことに鑑みると、このような間接事実を丁寧に積み重ねて判断を行う本判決の手法は妥当なものといえるだろう。原告が周知性の立証に成功したのは、ひとえにこうした詳細な事情を効果的に提示できたからであると思われる。

これらの事情に対し被告側は反論として、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に、平成18年7月下旬頃の時点では、周知性が認められない旨主張している。確かに、約2か月半という期間の短さは、周知性を否定する方向に働く一事情である。しかし、その間の売上が4800

万本であること、コンビニエンスストアにおいて99%、ドラッグストアでも80%を超える配荷率を維持していること、テレビ広告、新聞広告、雑誌広告、交通広告等で大規模な宣伝広告を行ったこと等、周知性を裏付ける強力かつ集中的な実績が存在する以上、単に期間が短いという反論だけでは周知性を認める判断を覆す程の効果はないというべきである。被告側としては例えば前掲[ファイアーエムブレム]のように、売上の市場に占める割合が実は低いのだということを主張していく方が、より効果的であったと思われる(それでもなお、認定事実を見る限り、本件ではそのような主張が困難なほど原告商品がヒットしていたといえよう)。

本件と同様、短期間にもかかわらず周知性が肯定された例としては、商品形態が問題となった事案ではあるが、東京地判平成10.2.25判タ973号238頁[ニュータマゴウォッチ]がある。この事件の原告キーホルダー型液晶ゲーム機は発売開始から約6か月しか経過していなかった。しかし裁判所は、当該ゲーム機の形態が同種商品の中で特異性を有していたこと、発売以来記録的なヒット商品として全国で大量に販売され、その形態も含めて頻繁にテレビ、新聞、雑誌などに取り上げられてきたこと等の事情から、当該形態につき周知性を肯定している。短期間しか経過していなくとも、その間爆発的ブームとも呼べる状態があったと認められるときには、周知性が肯定されるということになるのだろう<sup>32</sup>。

<sup>30</sup> この他、独特のデザインのパーソナルコンピュータにつき、初期型モデルが平成10年8月に、そして保護を求めるモデルが平成11年1月に発売されたという事案で、平成11年7月発売の被告の製品との関係で商品形態の周知性を肯定した事例がある(東京地決平成11.9.20判時1696号76頁[iMac])。

また、旧法下の事例であるが、表示の使用開始から短期間しか経っていないにもかかわらず、現行法の周知性に当たる要件が肯定された例として、東京地判昭57.9.27判タ477号82頁[スペースインベーダー](約6か月)、東京地判昭57.10.18判タ499号178頁[ルービックキューブ](2、3か月)、浦和地判昭和60.4.22判時1147号134頁[チョコロQ](2年未満)等がある。旧法は周知性につき「本法施行の地域内において広く認識せらるる」との文言で表現していたが、実際の裁判例においてはそのような広範な地域で周知であることまでは必要とされておらず、類似表示使用者の需要者の範囲内において周知であれば足りると扱われていた(田村・前掲注(4)37頁)ので、これらの事例は現行法下でも参考になるかもしれない。

<sup>30</sup> 原告によれば、「Oolong Tea Polymerized Polyphenols」の各単語の頭文字から原告が作った造語であるという。

<sup>31</sup> 当該商品が店頭に並べられている店舗の割合を指す。

## (2) 著名性について

他方、著名性についてはどうだろうか。本件はペットボトル飲料としては最高レベルともいえる販売量、宣伝広告の実績が存在していたが、裁判所は著名性を否定している。

まず、既に述べたとおり原告商品表示は、小さく表示されているに過ぎない「サントリー」「OTTP」部分等を除けば、「黒烏龍茶」の語、及びその表示の仕方、全体のデザイン等について識別力が弱いものであった。このようなありふれた表示に2号の保護を認めてしまえば、混同要件を有する1号の場合に比べて、第三者の表示選定の自由を害するおそれが高く、より弊害が大きいのといえよう。実際、周知性とは異なり、著名性の判断においては、表示の生来的な識別力が強い場合でも弱い場合でも、常に著名性を裏付ける具体的な主張、立証を要するというのが裁判例における取扱いであった。したがって、本件の原告商品表示のような識別力の弱い表示に対しては、著名性を裏付ける事情の有無が厳密に吟味されるべきであろう<sup>33</sup>。

本件原告商品表示が全体としては識別力の弱い表示であったために、そもそも2号の著名性が肯定されづらい事案であったという点に注意しつつ、次に時的要素が著名性判断に及ぼす影響を検討する。

裁判所は、識別力が弱い表示であるということの他に、「著名の程度に達するためには、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りる証拠もない」と述べている。先ほどの周知性の要件ではそれほど重視しなかった販売期間の短さという事情を、なぜ著名性要件の判断においてはこれほど強調するのだろうか。

裁判所のこうした説示の背景について考えられる根拠の一つとしては、既に触れたように、1号の規定を無にしないために著名性のバーは周知性

<sup>33</sup> 同様の問題意識から、希釈化のみを理由に2号の保護を商品形態に及ぼすことに対して否定的な見解が唱えられている(宮脇正晴「商品形態と希釈化」知財研フォーラム50号(2002年)27頁)。

に比べて高いものを要求しているという点が挙げられるかもしれない。侵害があると主張する原告側にとっては、混同のおそれを立証する必要がないという点で、2号の規定は、1号よりも相対的に使い勝手のよいものとなっている。しかし、1号と2号はそれぞれ異なる趣旨から生まれた規定である。したがって、これら二つの規定を共存させるためには、2号で保護される商品等表示にある程度の絞りをかけることで、1号と2号との住み分けを図ることが重要になる。そのような観点からすると、著名性は周知性ほど容易に肯定してはならないということになり、認知度を否定する方向に働く要素が周知性判断のときに比べて重視されるのかもしれない。

ただし、これだけでは短期間という要素が他の事情を覆してしまうことの説明にはなっていない。認知度を否定する様々な要素の中で特に時的要素が決定打になっているように読める、本判決の背景に何らかの理由が見出せるとすれば、それは2号の内在的な趣旨から説明できるかもしれない。2号が著名表示の不正使用行為を禁止する目的は、商品やサービスに対する信用形成に向けた企業努力のインセンティブを支援することであった。こうした企業努力というのは一朝一夕になされるべきものではなく、ある程度の積み重ねがあって初めて意義があるように思われる。したがって、短期間で爆発的な売上を記録したり集中的な宣伝広告のために広く消費者に知れ渡ったりしたとしても、あえて2号の保護を否定することで、法は継続的な企業努力を表示の使用主体に促すことができるという考えである。

これに対しては、短期間であっても集中的な企業努力が存在したからこそ、爆発的ブームになったのだから、そうした企業努力には報いるべきではないのかとの反論もありえよう。しかし、そこで容易に2号の保護を享受させてしまえば、発売開始時に商品を世に知らしめるための広告等のような一時的な企業努力の促進にはなりえても、販売後、需要者から寄せられる意見を商品・サービスに反映させることによって品質の向上を図るといった、継続的な企業努力の促進にはなりえない。

さらに付言すれば、商品や営業が爆発的ブームになる要因は、必ずしも当該企業による熱心な販売、宣伝広告の結果に限られるとはいいい切れないのではないだろうか。積極的に広告を仕掛けなくともマスコミによって報道され知れ渡るケースや、予期せぬ出来事や事件と当該商品・営業が関わ



っていた結果、偶然に有名になったケース等、一口に高い認知度を獲得したといっても、そこに至る経緯には様々なものがありうるのであって、第三者による活動の恩恵に与る部分が大きいという場合もある<sup>34</sup>。したがって、販売実績や認知度が、企業努力とは無関係の外的な要因によるものだという可能性を拭いきれないほど短期間しか当該表示が使用されていない場合には、著名性を否定すべきということになるのかもしれない。

なお、原告のサントリーは食品・飲料業界で古くから企業努力を行ってきた会社であるので、過去の様々な商品開発の経験があったからこそ今回の原告商品が成功したという分析も可能かもしれない。しかし、ここで着目すべきは保護を受けようとしている原告商品に向けられた企業努力の期間がどれほどであったかという点であるから、原告が古くから営業していることとは切り離して考えた方がよいだろう。

このような観点から本判決を眺めると、継続的な企業努力の促進を図るには、2か月半程度の短期間では著名性を否定すべきという結論に至るだろう。ただし、以下で検討するように、本判決は最終的には、非類似であることを理由に2号の不正競争行為には該当しないという結論に至っている。そのため裁判所の心証としては、類似性要件の所で被告ら商品Bが保護範囲の外にあるとする判断が既にあったのかもしれない、ここで著名性を否定したことに積極的な意義はさほどなかったという可能性もある。

また、仮に著名性を否定したことに何らかの意味があったとしても、本判決の射程はそれほど広くは及ばない可能性がある。期間限定商品やアパレル関連商品のようにライフサイクルの短い商品にまで、著名性獲得のた

<sup>34</sup> この点、最判平成5.12.16判時1480号146頁[アメックス上告審]は第三者の使用の結果有名になった表示の周知性を肯定している(東京地判平成4.6.29判不競1328ノ18頁[アメックス一審]、東京高判平成5.4.28判不競874ノ406頁[アメックス二審]も参照)。1号の場面では、条文の文言にはない周知性の獲得過程を論難してまで、需要者の混同を放置すべきではないだろう。しかし2号は、需要者の混同という公益的側面よりも、他者の表示選定の自由への影響という私益的な側面が強い。他者の表示選定の自由を害してまで、自らの企業努力ではなく外的な要因によって著名になった表示を保護することには若干の躊躇を感じる。田村善之「営業主体自らは使用していない表示と周知性の成否—アメックス事件—」判時1543号(1995年)も参照。

めに一定の期間の経過を要求してしまえば、事実上、2号による保護がほとんど期待できないことになるが、そのような帰結が妥当であるとはいえない部分があるように思われる。加えて本件は本来的に商品の出所識別機能を有する商品名等の事案ではなく、商品パッケージの事案であることから、表示が出所識別機能を有するものとして著名性を獲得することが通常の表示よりもいささか困難であった可能性がある。本判決の述べるような一定の時間の経過が、通常の表示の事案でも要求されるべきかという点については、別途慎重に検討すべき問題であろう。

さらに本判決は、「特段の事情」がある場合には短期間であっても著名性を獲得しうるという形で、ある程度含みを持たせた説示を行っている。こうした点を鑑みれば、本判決をもって短期間で著名性を獲得する道が完全に閉ざされたと思えるのは性急に過ぎるというべきかもしれない。一般論としては本判決のように、著名性が認められるためには一定の時間の経過を要するとしてもよいだろうが、本判決をもってしても、そこから外れた判決が今後出される余地というのはまだ残されているように思われる。

### 三 商品パッケージの類似性判断

#### 1. はじめに

本件は被告らの2種類の商品について、それぞれ類似性で異なる結論が導き出されている。以下では類似性の判断に際しどのようなポイントに着目すべきかを、特に商品のパッケージデザインを中心に裁判例と比較を行いながら明らかにしたい。なお、ここまで見てきたように、原告商品表示は2号の著名性が否定されているため、以下では主に1号の類似性について論ずることとする。加えて、本判決が傍論ながら2号についても説示している部分があるため、2号についても最後に触れることにする。

#### 2. 類似性判断の具体的手法

##### (1) 問題の所在

1号の類似性は、最高裁によれば「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」という基準によって判断される(最判昭和58.10.7民集37卷8号1082頁[日本ウーマ

ン・パワー上告審]。最判昭和59.5.29民集38巻7号920頁[フットボール・シンボルマーク上告審]も同旨を説く)。

ところで、商品のパッケージは一般的に、商品名を含む文字、図柄、絵、色彩、商品の写真、模様など、様々な要素によって構成されている。しかし、そうした様々な要素のうち、出所識別機能を有さない要素については以下で述べるような理由から、1号の保護を享受しえないとすべきである。したがって、類似性要件を判断する場面においても、識別力の強い部分は識別力の弱い部分よりも重視して比較すべきであり、さらに出所識別機能を全く有さない要素については除外して考えるべきであろう。その意味で類似性判断においては作業の第一段階として、要部の判断というものが肝心になってくる。どこを要部と捉えるかによって、上記最高裁判決のいうところの「外観、称呼、観念」も大きく異なるので、複合的なパッケージから、商品等表示に該当する部分を抽出する作業というのは結論にも大きな影響を与えることになる。

## (2) 複数の要素からなる表示の要部

不正競争防止法2条1項1号は、需要者の混同を防止するために他人の周知な表示と類似する表示を使用して混同を生ぜしめる行為を禁止している。需要者の混同が放置されると取引秩序の維持が図られなくなるばかりではなく、表示に化体した他人の信用(グッドウィル)へのフリーライドが自由となってしまう、商品や営業の質を改善して信用を化体する努力をなすインセンティブが失われてしまう<sup>35</sup>。

このような観点から1号を眺めると、保護が与えられるのは、問題となっている表示が当該商品ないし営業の出所を指し示す機能を有している場合に限られるということになる。出所の表示とは無関係の表示が仮に類似していても、需要者はその部分を見て商品や営業の出所を判断するわけではないので、ここで防止しようとしている種類の混同は生じないはずである。このような場合、少なくとも1号の文脈においては、保護を与える必要がないというべきである。

つまり、商品や営業に付されているあらゆる表示が1号の保護を受けう

るのではなく、出所識別機能を有する部分のみが保護の対象になっているのである。したがって、類似性判断も出所識別機能を有する部分に着目して考えるべきであり、商品パッケージのように複数の要素からなる表示の場合には、識別力の強い要部とそうでない部分とを振り分けて考える必要があるといえる。

そこで、以下では実際に商品パッケージの類似性が争われた裁判例を概観し、どういった部分に基づいて判断が行われるのかを検討する。

## (3) 商品パッケージに関する裁判例

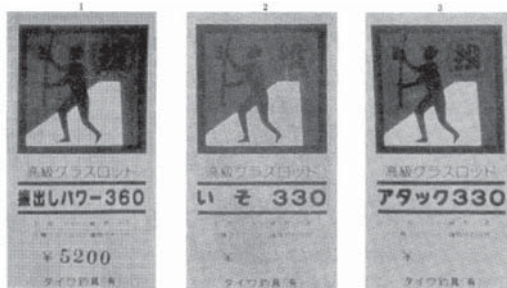
まず、図形と文字の結合からなる商品パッケージが問題となっている場合には、それらの配置、大小、色彩等から要部が決定されている。

釣竿のパッケージに付された標章が問題となった事例として、旧法下のものであるが、東京地判昭和55.4.18無体集13巻2号536頁[ダイワ釣り具一審]、東京高判昭和56.7.20無体集13巻2号529頁[ダイワ釣り具二審]は、要部として①黒色の太い枠からなる正方形の輪郭②その内部の地色を下方向部分において白色、その他の部分において橙色とし、内部中央に、帽子をかぶり両手で投げ釣り用釣竿を持ち、両足をやや開いた人物を黒色で大きく影絵風に描いている点③『DAIWA』(原告商号)の文字を挙げ、被告のパッケージはそれらについて同一もしくはほぼ同一であるとして、類似性を肯定している。この事案は原告「ダイワ精工株式会社」と被告「ダイワ釣具有限会社」の商号自体がよく似たものであったという特殊な事情があったが、仮に③文字部分が似ていなかったとしても、原告の①の全体的な配置と色、②影絵風の人物の図形の識別力は強いものと思われるので、十分に類似性が肯定されるだろう。商品である釣具との関係でいえば、そのような色彩、配置にする必然性がなく、また釣具に関係する何らかの図形をパッケージに入れるとしても、それがこのようなポーズの影絵風の人物である必要性はないからである。表示の半分以上の面積を占めており結果としてかなりの識別力を有する図柄が、これ程まで必要以上に近接している場合には、類似性が肯定されるということである。

<sup>35</sup> 田村・前掲注(4)35頁。



原告パッケージ



被告パッケージ

ただし、表示の使用態様や宣伝広告の仕方等に特殊な事情がある結果、ある一定の部分が出所識別機能ないし自他商品識別機能を有するようになったのであれば、その部分が表示の要部になる。そのような場合には表示の配置や大小、色彩等に拘泥する必要はないだろう。裁判例では、クレオソート胃腸薬のパッケージに関し、ラップのマークの図柄を強調するような宣伝広告を行ってきたことや、原告のパッケージと同様の配色、大きさ等の特徴を備える他社製品が多数存在していたこと等を理由に、原告パッケージ中自他商品識別機能を有するのはラップの図柄のみであると判じたものがある<sup>36</sup> (大阪地判平成18. 7. 27判タ1229号317頁[正露丸一審]、

<sup>36</sup> ラップの図柄よりも大きくパッケージ中央に位置する「正露丸」の文字が、それ自体普通名称になったものと判断されている点も判断のポイントになっているか

大阪高判平成19. 10. 11判時1986号132頁[正露丸二審]。)



原告パッケージ

被告パッケージ

以上のように、識別力の強い部分と弱い部分の分析を行ったら、次の段階の作業はそれらを具体的に類似性判断に反映させていくことである。結論を先取りしてしまえば、識別力の弱い部分がある程度似ていても、識別力の強い部分が原告と被告で共通していなければ、類似性は否定される。

例えば、神戸地判平成9. 7. 16平成4年(ワ)2175号[SAKE CUP一審]、大阪高判平成10. 5. 22判タ986号289頁[SAKE CUP二審]では、カップ入り酒のパッケージが問題となったが、裁判所は、原告と被告の共通点のうち①青地に白抜きで英文字の表示である点は清酒業界においてカップもののラベルに比較的多用されるものであり②「CUP」「SAKE」の文字は商品との関係でいずれも識別力が弱いと判断し、結論として類似性が認められないとしている。原告、被告らを示す「OZEKI」「白鶴」の文字がそれなりに目立つ大きさと付されていたという点も裁判所は指摘している。

もしれない。なお、被告製品のパッケージは瓢箪の図柄であったことから、非類似との結論に至っている。



原告ラベル



被告ラベル

また、粉末ミルクティーの容器が問題となった大阪地判平成9. 1. 30知裁集29巻1号112頁[ROYAL MILK TEA]では、①容器の周囲の地色②角形飾り枠の内側の地色が原告と被告とで若干異なっていたものの、両者とも内容物たるミルクティーの色を彷彿とさせる色であったので、多少の色彩の相違は一般消費者の注意を惹かないとされている。後述するように、この判決は結論としては類似性を肯定するに至っているが、ここでの説示からは、内容物と密接な関係がある色彩に関しては、識別力が弱いということで、類似性の判断に影響をあまり及ぼさないということが読み取れる。



原告容器



被告容器

東京地判平成13. 6. 15平成12年(ワ)27258号[ふりかけさまさま]も、原告、被告のふりかけパッケージのうち①赤、緑、青等の単色を背景に使用している点②白飯が盛り上がっているご飯茶碗の写真を大きく配置している点③文字が明朝体の縦書きで記載されている点④白い湯気が立ちあがっ

ている点等、ふりかけのパッケージとしてはありふれた部分ばかりが共通していたため、裁判所はそれだけでは類似とはならないと判断している(最終的な結論としても非類似と判断)。食品という商品の性質を考えれば、調理例を示すために②白飯の盛られたご飯茶碗の写真を掲載する必要があるといえる。これらの表示を他社が使用できなくなると、ふりかけ市場の公正な競争を阻害するおそれもあるだろう。



原告パッケージ



被告パッケージ

しかし、識別力の弱い部分ならどんなに似ていても構わないのかというと、それにはやはり限度があるだろう。前掲[ROYAL MILK TEA]では、原告、被告の共通点として、缶容器正面下部にミルクティーを満たしたティーカップを配置した図形が挙げられていた。この図柄自体はありふれたものであるが、裁判所は、これを斜め上方から見る角度や全体における位置関係については色々なデザインを採用することが可能であるにもかかわらず、被告容器に描かれたティーカップが正面下部の中央に位置し、その情報は角形飾り枠の下側の長辺中央部の上に重なってこれを隠しており、下方はティーカップの底辺及び皿が一部切れている等の点まで一致しているので、結論として類似であると判断している。ありふれた識別力の弱い表示であっても、必然的に採用しなければならないものでないような部分までが一致していれば、類似性が肯定されるということなのだろう。逆

に、前掲[ふりかけさまざま]のように、ご飯茶碗の写真の角度や配置、パッケージ全体の大きさ、全体から受ける印象<sup>37</sup>等が異なっているなどして、原告の表示と被告の表示がある程度離れているときには、類似性が否定されることになる。

ありふれた表示に完全な独占を認めるべきではないが、それが普通名称や慣用表示(不正競争防止法12条1項1号)に当たらない限り、このような最小限の保護範囲を与えることは、商品等表示の混同を防ぐという1号の趣旨にも適うものと思われる<sup>38</sup>。

### 3. 本判決の検討

#### (1) 「黒烏龍茶」という語について

それでは、以上の点を踏まえて、本件の事案に具体的に当てはめながら検討を行おう。

まず、原告商品表示のどの部分が要部であるかが問題となる。この点に関し原告は、原告商品表示のうち、「黒烏龍茶」という文字部分が要部であって、それ自体で識別力を有する旨主張し、その根拠として、同文字部分が、配置、文字の大きさ、色等において最も目立つように工夫されていること、普通名称ではなく、原告が考案した造語であることを挙げている。さらに原告商品表示のうち、「サントリー」及び「Suntory」という登録商標の文字部分や、特定保健用食品であることを示す文字部分や図形部分、そして、「脂肪の吸収を抑える」及び「OTPP」という文字部分については、文字の大きさや原告商品表示全体における配置、その意味内容等からして、需要者の印象、記憶に強く残るものではなく、類似性判断において考慮すべき特徴ではない旨主張していた。

原告としては、識別力の強い「サントリー」の語が被告ら商品の表示に

<sup>37</sup> 原告パッケージは単色の背景にご飯茶碗の写真と文字のみというシンプルなデザインであるのに対し、被告パッケージは商品の説明書きが記載されていてシンプルとはいえない、と判断されている。

<sup>38</sup> 普通名称や慣用表示に該当する場合には、不正競争防止法12条1項1号により、保護が否定される。したがって、商品パッケージの一部にそうした表示を含んでいる場合には、それらの表示は部分的に除外して類似性を判断することになる。

付されていない以上、「サントリー」の文字を除外した検討を望んでいたようであり、そのために「黒烏龍茶」の文字部分が要部であると主張していたのだと推測される。

しかし、いくら配置、文字の大きさ、色等において目立っているとはいえ、「黒烏龍茶」という語自体は普通名称に該当するのではないかと思われる。

普通名称について判断を下した鹿児島地判昭和61.10.14無体集18巻3号334頁[くろず一審]、福岡高判昭和62.9.7無体集19巻3号302頁[くろず二審]は、言語構成上、性状、品質、機能を説明的に表現するものは、誰が最初にそれを使用し始めたかを問わずに普通名称と認めるべきであると説示した上で、「くろず」という呼称は黒味を帯びた食酢性状を表現する普通名称であると認定し、保護を否定している。このような普通名称は、混同が生じるか否かという問題よりも、商品の性状等を表現する言葉を、特定人に独占させるべきではないという趣旨から適用除外になっていると考えられている<sup>39</sup>。

これを本件に当てはめると、茶の種類を表す普通名詞「烏龍茶」に、色が濃くて黒っぽいという性状を表す「黒」という語を付しただけの「黒烏龍茶」という名称は、説明的な名称であるため原告の独占になじまないのではないだろうか。いくら原告が他社よりも先駆けて「黒烏龍茶」という名称を使用して注目を浴びたとしても、「黒烏龍茶」という語自体は普通名称と取り扱うべきと思われる。本判決は、「特殊な造語として、単独で高い識別力を持つとまではいえず、そのみが原告商品表示の要部であるともいえない」と判じているが、ここでは端的に普通名称であるとした方が座りがよかったように思う。

なお、「黒烏龍茶」の語を普通名称とした場合には、その部分は適用除外に該当するが、それはあくまでも「黒烏龍茶」という言葉を使用する事

<sup>39</sup> 田村・前掲注(4)98-100頁。この他、同様に商品の品質や原材料、性状等を指し示す言葉であることを理由に不正競争防止法12条1項1号の普通名称に該当するとされたものとして、本判決の後に出示された判決ではあるが、寒天から生成されるオリゴ糖を指す物質の名称について付された「寒天オリゴ糖」という表示が普通名称であるとした知財高判平成22.4.13平成21年(ネ)10059号[寒天オリゴ糖]がある。

が保護されないというだけになる。したがって、パッケージデザインの類似性については別途保護対象となりうるので、原告商品表示の色、配置、「黒烏龍茶」以外の文字、模様などはなお争う余地が残る<sup>40</sup>。

また、原告の主張する「サントリー」除外論については、普通名称のように適用除外となる場合を除き、原告商品を購入する需要者の目に触れている以上は、容易に特定の部分を完全に除外すべきではないだろう。確かに、小さな文字や目立たない図柄などは識別力が弱く、類似性の判断では重視すべきでない。しかし、識別力の弱い部分でも、それが必要以上に共通している場合には類似性が肯定されるのは、前掲[ROYAL MILK TEA]で既に見たところである。識別力の弱い部分は完全に度外視するのではなく、識別力の強い部分に比べて相対的に軽く扱うとすればよいだろう。したがって、原告の主張する「サントリー」除外論は採用するには無理があるといわざるをえない。とはいえ、原告商品表示に占める「サントリー」の語の大きさが小さく、目立ちにくいという原告の主張は傾聴に値する<sup>41</sup>。結論としては、その生来的な識別力の強さを理由に「サントリー」の部分の完全排除論は退けつつ、全体に占める大きさは勘案して、識別力の比較的弱い部分として取り扱うのが妥当と思われる。

<sup>40</sup> 付言すれば、「黒烏龍茶」のフォントや文字の色なども、類似性判断に取り込まれる要素となる。ここで普通名称であるとして適用除外とされるのは「黒烏龍茶」という単語の使用だけなので、単語が表す内容から離れた、文字そのもののデザインは切り離して考えるべきだからである。

<sup>41</sup> 本判決に対しては、「サントリー」除外論を否定して全体的な比較をすべきと一般論では述べているのに、外観の類似性判断をする場面ではサントリーのストロングマークから来る識別力の強さが消されてしまっており、さらに「黒烏龍茶」という品質表示のような語が「サントリー」よりも重視されている点を挙げ、実質的には「サントリー」除外論を行ってしまっているとして論理的な矛盾があるとの指摘がある(齋藤浩貴=高瀬秀次郎=津田幸宏「商品パッケージの保護—黒烏龍茶事件を中心として—」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『ブランドと法』(商事法務・2010年)364-365頁)。しかし、事案への当てはめの場面で「サントリー」の生来的な識別力の強さが斟酌されなかったのは、その表示が小さいという点を重視したからであると考え、本判決の論理は一応の筋が通る。

## (2) 被告ら商品Aについての考察

さて、原告商品表示と被告ら商品表示Aの共通点としては、①包装パッケージ全体の背景が黒色であり、その縁取りが金色の唐草模様である点②同背景の正面中心部に短冊が配置されている点③同短冊内に、大きく、縦書きで、明朝体の漢字により、「黒烏龍茶」と記載されている点④同短冊の背景色が茶色で、その囲みが二重線である点⑤同短冊の右側に縦書きの金色の文字で含有成分が記載されており、その記載に「ポリフェノール」というゴシック体の片仮名の文字部分が含まれている点が挙げられる。

①全体の背景色が黒色という点や④短冊が茶色である点は、内容物が濃く黒っぽい烏龍茶である以上、それを連想させる色彩として識別力が弱いといえる。さらに、②短冊を用いている点や③文字が縦書き・明朝体である点などはありふれた表示だといえる。その上、⑤「ポリフェノール」という表示は、含有成分を示すだけのものなので、ここには識別力は認められないだろう。

しかし、同じ黒や茶系統の色とはいっても、色の組合せや色調にはある程度選択の幅があるはずである。それにもかかわらず、被告ら商品表示Aは、原告商品表示と色調まで共通している。さらに、内容商品との関係で、二重線で囲まれた短冊を表示に用いる必然性は存しない。商品表示全体のデザインとしても、レイアウトが必要以上に近接しているといえよう。

他方、両者の相違点としては①「サントリー」及び「Suntory」という文字、特定保健用食品であることを示す文字及び図形、「脂肪の吸収を抑える」及び「OTPP」という文字の有無②原告商品表示がペットボトル用の包装パッケージに付されたものであるのに対し、被告ら商品表示Aが箱用の包装パッケージである点、③商品名の読み仮名として、原告商品表示では「クローロン」との記載があるのに対し、被告ら商品表示Aでは「ブラックウロン」との記載がある点④含有成分を示す記載も、原告商品表示が「ウロン茶重合ポリフェノール70mg」とされているのに対し、被告ら商品表示Aでは「烏龍茶ポリフェノール含有」とされている点が挙げられている。しかしこれらはいずれも商品表示全体に占める大きさが小さく、詳細に観察しなければ分からないようなものばかりである。

以上の点から、原告商品と被告ら商品Aの表示は、共通している点はあるが、必要以上に近接しており、他方相違点は微

細なものに過ぎないといえる。ありふれた表示は通常、識別力が弱いものとして類似性判断においてはそれほど重視されないのが原則であるが、前掲[ROYAL MILK TEA]が示していたように、識別力が弱い部分であっても、表示が付された商品との関係で必然的に採用されるわけではないような部分までが一致している場合には、類似性を肯定すべきということなのであろう。

したがって、両者の外観の類似を肯定した本判決は、従来の裁判例の基準をもってしても妥当なものと評価することができよう。

称呼については、特に被告ら商品Aに付された「ブラックウーロン」という読み仮名をどう扱うべきかが問題となりうるが、漢字「黒烏龍茶」に比べて圧倒的に小さいことから、需要者の誤認混同防止という観点からも、この程度の読み仮名を付しただけでは1号による規制から免れえないとすべきであろう。また、観念についても妥当な判断を行っていると思われる。

### (3) 被告ら商品Bについての考察

他方、被告ら商品Bは被告ら商品Aに比べて、原告からの距離が相対的に離れたものであると評価できる。裁判所は共通点として①包装パッケージの背景色が黒味を帯びた濃い色である点②明朝体の漢字の「黒」という文字部分が存在する点③「烏龍茶」という文字部分が存在する点④含有成分が記載されており、その記載に「ポリフェノール」という片仮名のゴシック体の文字部分が含まれている点を挙げているが、①は内容物が濃く黒っぽいお茶である点に鑑みれば当然の表示であるし、②③の文字部分については原告とはフォントが異なっており、かつ横書きにしているという点で異なる印象を与えている。④についても、ポリフェノールを含有した烏龍茶に対する表示である以上、識別力は弱いといえる。

被告ら商品Aの場合は、前掲[ROYAL MILK TEA]と同様、基本的にあまり保護を与えられない識別力の弱い部分が、細部にわたるまで酷似していたため、例外的に類似性が肯定されていた。しかし識別力の弱い部分が被告ら商品Bほどまで離れている場合には、前掲[ふりかけさまさま]と同様に、全体としての類似性を否定すべきである。

識別力の弱い部分しか共通しておらず、かつそれらの類似の度合いが低い場合には、当然類似性は否定されてしかるべきだろう。したがって、被

告ら商品Bについて1号の保護を否定した本判決の結論は賛同しうるものである。

ちなみに称呼に関して、原告は、被告ら商品表示Bでは「烏龍茶」の文字があえて「黒」と「濃」との中間あたりを軸に配置され、包装パッケージの形状が横長となっていることから、普段、著名な表示として原告商品表示を目にしている需要者又は取引者が被告ら商品表示Bに接したときには、「黒濃」の「黒」と「烏龍茶」とがまず目に入り、左から右に両者を併せて「黒烏龍茶」と読んでしまう旨主張していた。

この点に関しては、和菓子の商品パッケージから生ずる称呼が問題となった大阪地判平成19. 3. 22判時1992号125頁[大阪みたらし元祖だんご一審]、大阪高判平成19. 10. 25判タ1259号311頁[大阪みたらし元祖だんご二審]が参考になる。原告商標「大阪みたらし小餅」のうち、「大阪」と「みたらし小餅」の書体、文字の色が異なっていて、「大阪」が小さい場合には、そこから生じる称呼は全体から「おおさかみたらしこもち」又は「みたらしこもち」であると判じ、「みたらしこもち」部分を分断して、そこに書体も大きさも異なる「大阪」を加えて読むのは不自然な読み方であるから、「おおさかみたらし」との称呼は生じないとした<sup>42</sup>。



原告パッケージ



被告パッケージ

<sup>42</sup> 被告商標は「大阪みたらし元祖だんご」であったため、原告は、原告、被告共に「おおさかみたらし」との称呼が生じると主張していた。

このように、その文字の書体、色、大きさ、配置等から自然に生じる読み方から称呼を判断すれば、本件の被告ら商品Bのような文字の微妙な位置関係では、「濃」を飛ばして読むとは考えにくいように思われる。「濃」の文字が他の文字に比べて小さいとか、色が異なっているなどの事情でも存在しない限り、被告ら商品Bの称呼の類似性は否定しえないだろう。

本判決は、需要者らが「濃」の字を考慮することなく原告の主張するような認識に至るという推認を基礎付けるための具体的な事実が、何ら主張、立証されておらず、そもそも、そのような推認自体、不自然であるとして、原告の主張を一蹴している。

さらに、被告ら商品Aでは実際に消費者が誤認した事例が存在していたのに対し、被告ら商品Bにはそうした誤認例が存しなかったという点も、被告ら商品Aと被告ら商品Bとで判断が分かれたことに影響を与えている可能性がある<sup>43</sup>。

#### 4. 2条1項2号における類似性について

学説では、1号の類似性と2号の類似性が指すものについて、それほど差異を見出さない見解も唱えられている<sup>44</sup>。しかし多数説は、1号の類似性を、需要者に混同を引き起こすほどに似ているかどうかという要件と捉え、他方、2号の類似性を、著名表示とそれが付された商品、営業との1対1対応を崩し希釈化等を引き起こすほど似ているかという要件と捉えて両者を区別している<sup>45</sup>。後者の説に立てば、混同を引き起こすほど近接していないが著名表示を想起させるといった場合に、1号の類似性は否定しつ

つ2号の類似性を肯定することになる<sup>46</sup>。

本判決は、傍論ではあるが、「不正競争防止法2条1項2号における類似性の判断基準も、同項1号におけるそれと基本的には同様であるが、両規定の趣旨に鑑み、同項1号においては、混同が発生する可能性があるのか否かが重視されるべきであるのに対し、同項2号にあっては、著名な商品等表示とそれを有する著名な事業主との一対一の対応関係を崩し、希釈化を引き起こすような程度に類似しているような表示か否か、すなわち、容易に著名な商品等表示を想起させるほど類似しているような表示か否かを検討すべきものと解するのが相当である」とあえて言及しており、後者の説に立つことを明らかにしている点に意義があるといえる。

なお、裁判所は1号における類似性判断で認められた事実をもとに、「原告商品表示と被告ら商品表示Bとの間に、外観及び称呼の点で、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」と述べ、被告ら商品Bが2号にいう類似に当たらないと判じている。

[付記] 本稿は、北海道大学大学院・知的財産法演習における報告原稿を加筆修正したものである。本稿の執筆に当たっては田村善之教授から懇切丁寧なご指導を賜った。また、演習の参加者の方々からは貴重なコメントを頂いた。ここに記して感謝申し上げる。

<sup>43</sup> 齋藤＝高瀬＝津田・前掲注(41)366頁。

<sup>44</sup> 1号と2号の類似性の意義は同一に解してよいとするものとして、山本・前掲注(11)107-108頁。ただし、この説でも、2号は混同要件がない分、著名と類似の2つの要件で侵害、不侵害が決定するので、1号の類似性に比べて2号の類似性は相対的に非常に重要になると述べている。

<sup>45</sup> 田村・前掲注(4)246頁、小野・前掲注(5)163頁、松村・前掲注(18)205頁、小野・前掲注(7)419-420頁[山名]、寒河江孝允編『不正競争の法律相談』(学陽書房・2005年)231頁[杉本進介]等。

<sup>46</sup> 他方、逆の場合、すなわち表示が外形上近似していても、著名表示が想起されない場合や希釈化、汚染化が生じない場合には1号の類似が認められても2号の類似は認められず、2号の方が狭い範囲を指す場合もありうるといわれている(小野・前掲注(5)164頁、松村・前掲注(18)205頁)。しかし、現実問題としてこのような事例が生じるのはまれであるように思われ、基本的に2号の類似性は1号と比べ広い範囲をカバーする要件と捉えても差支えないと考えられる。