

商品陳列デザインについての 営業表示該当性の判断

張 鵬

—営業方法やアイデアそのものを独占させることは公正な競争を確保するという不正競争防止法の目的に沿わないと付言しつつ、商品陳列デザインそのものが、本来的な営業表示である看板等と同様、それだけでも売場の他の視覚的要素から切り離されて認識記憶されるような極めて特徴的なものであることが少なくとも必要であるとして、本件においてはこの域に達していないとした判決— [イオンリテール事件]¹

平成22年12月16日大阪地方裁判所判決（平成21(ワ)6755、株式会社西松屋チェーン対イオンリテール株式会社、不正競争行為差止等請求事件）
判例時報2118号120頁

[事実]

X（株式会社西松屋チェーン）は全国にチェーン展開している乳児・子供用品店であり、Y（イオンリテール株式会社）はイオン、ジャスコといったブランドで小売店舗を全国展開している会社である。本件は、X店舗

¹ 本判決の評釈として、井口加奈子 [判批] NBL947号12頁 (2011年)、泉克幸 [判批] Law & Technology 55号54頁 (2012年)、松村信夫 [判批] 知財管理62巻 5号655頁 (2012年) がある。

でベビー・子供服の陳列のために使用している「商品陳列デザイン」²が、Xの営業表示として周知又は著名であるとして、不正競争防止法2条1項1号又は2号に基づき、Xが、特定のY店舗において使用されているYの商品陳列デザインの使用差止めを求めるとともに、不正競争防止法又は一般不法行為に基づく損害賠償等を請求した事案である。

【判旨】 請求棄却

判旨一：原告商品陳列デザインは周知又は著名な原告の営業表示であるかについて

「…そもそも商品陳列デザインとは、原告も自認するとおり『通常、いかに消費者にとって商品を選択しやすく、かつ手にとりやすい配置を実現するか、そして、如何に多くの種類・数量の商品を効率的に配置するか、などの機能的な観点から選択される』ものであって、営業主体の出所表示を目的とするものではないから、本来的には営業表示には当たらないものである…」

「しかし、商品陳列デザインは、売場という営業そのものが行われる場に置かれて来店した需要者である顧客によって必ず認識されるものであるから、本来的な営業表示ではないとしても、顧客によって当該営業主体との関連性において認識記憶され、やがて営業主体を想起させるようになる可能性があることは一概に否定できないはずである…」

「ただ、商品購入のため来店する顧客は、売場において、まず目的とする商品を探すために商品群を中心として見ることによって、商品が商品陳

列棚に陳列されている状態である商品陳列デザインも見ることになるが、売場に居る以上、それと同時に什器備品類の配置状況や売場に巡らされた通路の設置状況、外部からの採光の有無や照明の明暗及び照明設備の状況、売場そのものを形作る天井、壁面及び床面の材質や色合い、さらには売場の天井の高さや売場の幅や奥行きなど平面的な広がりなど、売場を構成する一般的な要素をすべて見るはずであるから、通常であれば、顧客は、これら見たものの全部を売場を構成する一体のものとして認識し、これによって売場全体の視覚的イメージを記憶するはずである。

そうすると、商品陳列デザインに少し特徴があるとしても、これを見る顧客が、それを売場における一般的な構成要素である商品陳列棚に商品が陳列されている状態であると認識するのであれば、それは売場全体の視覚的イメージの一要素として認識記憶されるにとどまるのが通常と考えられるから、商品陳列デザインだけが、売場の他の視覚的要素から切り離されて営業表示性を取得するに至るということは考えにくいといわなければならない。

したがって、もし商品陳列デザインだけで営業表示性を取得するような場合があるとすれば、それは商品陳列デザインそのものが、本来的な営業表示である看板やサインマークと同様、それだけでも売場の他の視覚的要素から切り離されて認識記憶されるような極めて特徴的なものであることが少なくとも必要であると考えられる。」

そして、「ア 原告の営業実績」、「イ 原告商品陳列デザインを除く原告店舗の外観内装等の特徴」、「ウ 原告店舗における営業方法の特徴」、「エ 原告店舗における商品陳列デザインの変遷等」、「オ 原告店舗についての広告宣伝等」、「カ 商品陳列デザインに関するインターネットによるアンケート調査」、「キ 競合他店舗における商品陳列デザイン」といった要素について、認定した事実を列挙した上で、特に、上記「カ」「キ」の事実を用いつつ、「原告商品陳列デザインは、『a 商品を、全てハンガー掛けの状態で陳列する。』、『b 床面から少なくとも210cm高さにまで陳列する。』、『c ひな壇状ではなく陳列面を連続して陳列する。』、『d 少なくとも陳列面の3分の2はフェースアウトの状態で陳列する。』、『e 各陳列フックに複数枚陳列する。』、『f 来店者の使用に供するための商品取り棒を、一壁面に少なくとも1本設置する。』という構成要素に分説するこ

² なお、本判決文に掲載されているものではないが、参考までに、右の写真は原告西松屋での実際の陳列デザインの一例である。



http://www.seiseki-s.com/images/shop/Ts019_3.jp

とができるが、上記キによれば、各構成要素のうちaないしeは、それぞれの構成要素を個別に見れば、原告と同種の衣料品を販売する多数の店舗壁面の商品陳列デザインとして普通に用いられているありふれたものと認められる…」

「もともと、以上の組み合わせに、さらに『f 来店者の使用に供するための商品取り棒を、一壁面に少なくとも1本設置する。』という構成要素を組み合わせた商品陳列デザインは、他店舗においては見られないから、その限度で原告商品陳列デザインは、全体として既存店にはない原告独自の商品陳列デザインであるといえることができる。」といったように、原告が主張する「商品陳列デザイン」の特徴を認定し、その結果、「原告商品陳列デザインには、原告独自の特徴が認められないわけではないが、それだけでは、顧客にさほど強い印象をもたらすものではないというべきである。」とした。

また、裁判所は、原告の商品陳列デザインが「機能的要素を組み合わせたもの」であることに着目し、「店舗の運営管理コストを低減するため効率を追求した機能的な原告店舗の売場の他の特徴と調和して『味も素っ気もない無骨』とも表現され得る原告店舗の売場のイメージを作り出す一要素」になっているものにすぎないとした。そして、これらの過程を経て、「したがって、原告商品陳列デザインが顧客に認識記憶されるとしても、それは、売場全体に及んでいる原告店舗の特徴に調和し、売場全体のイメージを構成する要素の一つとして認識記憶されるものにとどまると見るのが相当であり、顧客が、これらだけを売場の他の構成要素から切り離して看板ないしサインマークのような本来的な営業表示(原告における『西松屋』の文字看板や、デザインされた兎のマーク)と同様に捉えて認識記憶するとは認め難いから、原告商品陳列デザインが、いずれもそれだけで独立して営業表示性を取得するという原告の主張は採用できないといわなければならない。」と結論付けたのである。

「なお、上記『カ』のアンケート結果によれば、原告が営業表示であると主張している商品陳列デザインが用いられた売場における商品陳列状態の写真を見たアンケート回答者が、原告店舗の売場については原告であると回答する率はかなり高率にのぼることはもとより、被告店舗の売場であっても、原告であるとするアンケート回答者が相当数にのぼることが認

められるから、この結果は、原告が主張する商品陳列デザインが、それだけをもって営業主体を表示しているかのごとくである。

しかしながら、回答者に示された写真を個別に見てみると、同じ壁面部分の商品陳列状態を撮影した写真[5](原告店舗)と写真[1](被告店舗)については、壁面陳列状態はよく似た印象を与えるが、後者の写真には商品陳列部分の直ぐ上に天井が写り込んでいて、そのため高さ方向での広がりについて前者とは明らかに異なる印象が与えられることが指摘できる。そして、これらの写真を原告と回答する回答者の率は、後者が前者の半分以下となっているというのであるから、これらの限られた情報しか与えない写真を比較してみても、売場の様子から営業主体を想起する上で、原告の店内の特徴、すなわち『5mと高い天井を活用した陳列方法(3段、4段掛けと立体的に陳列したボリューム感を演出しています。)]という点の有無が影響していることが推認される。

次いで Gondra 群長手方向の商品陳列状態を撮影した写真[7](原告店舗)と写真[2](被告店舗)については、Gondra 群長手方向の商品陳列状態はよく似た印象を与えるが、前者の写真の Gondra 群長手方向に奥行きがあることは一見して明らかであり、またその前面の通路の幅方向はもとより、高さ方向においても、前者の写真の方が広がりを感じさせ、また天井部分には照明設備が多く写り込んで店内に明るい印象を与え、これらの点で後者とは異なる印象が与えられることが指摘できる。そして、これらの写真を原告と回答する回答者の率は、後者が前者の3分の1以下となっているというのであるから、これらの限られた情報しか与えない写真を比較してみても、売場の様子から営業主体を想起する上で、原告の店内の特徴、すなわち『2.5mから2.7m確保した広い通路(ベビーカーやショッピングカート同士が楽にすれ違いできる余裕の広さです。)]、『5mと高い天井を活用した陳列方法(3段、4段掛けと立体的に陳列したボリューム感を演出しています。)]、『白を基調とした配色と明るい照明(清潔感と商品を引き立たせる役目)]という点の有無が影響していることが推認される(なお、後者の写真には壁面の棚に原告の店舗にはない子供のイメージ写真であるとマネキンが置かれていることが指摘でき、その点が回答者の回答に影響した可能性も考えられる。)

最後に Gondra エンドの商品陳列状態を撮影した写真[4](原告店舗)

と写真[8](被告店舗)については、ゴンドラエンドの商品陳列状態はよく似た印象を与えるが、後者の写真の右端には、赤っぽい柱部分が写り込んでいることが見て取れ、売場全体に白っぽい印象が与えられる前者と異なる。またゴンドラエンドの上部に設置された値段表示は、前者は『299円』、後者は『280円』と似たような価格帯であるが、両者とも通常の売場で見られる低価格商品の価格設定としては特徴的なものであることが指摘でき、需要者でもある回答者はこの部分に注目することが考えられる。そして、これらの写真を原告と回答する回答者の率は、前者は8割以上に及び、また後者は前者の2分の1となっているというのであるから、これらの限られた情報しか与えない写真を比較してみても、売場の様子から営業主体を想起する上で、『白を基調とした配色と明るい照明(清潔感と商品を引き立たせる役目)』という点の有無が影響していることが推認されるし、またアンケート回答者の多くは原告で商品購入の経験を有するものと推認されることからすると、この写真を見て営業主体を想起する上で、『299円』という値段表示そのものが大きく影響していることが推認される。

アンケート調査で回答者に示された写真は、被写体を売場の一部に限定したものであって、そのためアンケート回答者は店舗を現実に訪れたときは全く異なる方法で売場内を認識し、その限られた情報に基づいて売場の他の視覚的構成要素を記憶ないし想像で補って当該店舗の営業主体を選択することを余儀なくされるため、その回答結果の信頼性には一定の限界があることは否定できないが、少なくとも、原告が主張する商品陳列デザインが、原告という営業主体を想起する上で一定の役割を果たしていることは否定できないと思われる。しかしながら、指摘した写真の被写体の違いとなって表れているそれ以外の売場の特徴、とりわけ原告が会社案内に店内の特徴として掲げている特徴のみならず、マネキンや子供のイメージ写真などの装飾的要素が存在しないことも原告の売場を想起させる上で一定の役割を果たしていることも明らかに認められるということが出来る(また、低価格帯の商品を提供する原告においては、下二桁を『99円』とする特徴的な価格設定が営業主体としての原告との関係で顧客に強く印象づけられている様子もうかがえるところである。)

そうすると、このアンケート結果からは、原告店舗を訪れる顧客が売場の様子から原告を想起することができるようになっていたとしても、それ

は商品陳列デザインだけではなく売場内の他の構成要素も一体のものとして認識して、そこから空間的広がりや色合い明るさなども含めて顧客が原告独自の売場全体のイメージを記憶している結果を示しているとする見解も余地さえあるということができる。

したがって、このアンケート結果に基づいて、原告商品陳列デザインだけが売場内の他の視覚的要素から切り離され、本来的営業表示である看板やサインマーク同様の営業表示性を取得していると判断することはできないといわなければならない」と結論付けた。

また、裁判所は、上記「営業表示性」該当性判断に続いて、「仮に、原告商品陳列デザインが、それ自体で売場の他の構成要素から切り離されて認識記憶される対象であると認められる余地があったとしても…」と述べた上で、「原告において売上増大を目的としてされた商品陳列デザイン変更の到達点として確立した原告商品陳列デザインは、商品の陳列が容易となるとともに、顧客が一度手にとった商品を畳み直す必要がなくなり、見やすさから顧客自らが商品を探し出し、それだけでなく高いところの商品であっても顧客自らが取る作業をするので、そのための店員の対応は不要となり、結果として少人数の店員だけで店舗運営が可能となって、店舗運営管理コストを削減する効果を原告にもたらし、原告事業の著しい成長にも貢献しているものと認められるのであるから、原告商品陳列デザインは、原告独自の営業方法ないしノウハウの一端が具体化したものとして見るべきものである。」「そうすると、上記性質を有する原告商品陳列デザインを不正競争防止法によって保護するということは、その実質において、原告の営業方法ないしアイデアそのものを原告に独占させる結果を生じさせることになりかねないのであって、そのような結果は、公正な競争を確保するという不正競争防止法の立法目的に照らして相当でないといわなければならない。」

「したがって、原告商品陳列デザインは、仮にそれ自体で売場の他の視覚的構成要素から切り離されて認識記憶される対象であると認められたとしても、営業表示であるとして、不正競争防止法による保護を与えることは相当ではないということになる。」と、本件の「商品陳列デザイン」については、なお不競法による保護を与える余地はない、と明言している。

判旨二：Yの行為が不法行為を構成するかについて

不法行為については、「被告において低価格帯の子供服販売を展開するに当たり、原告店舗における商品陳列デザインを参考にしたこと自体を否定していない」という事実を前提としつつも、「原告商品陳列デザインは、店舗の運営管理コストを低減させるという営業方法ないしノウハウが化体したものと見るべきものであって、そもそも特定の事業者によって独占されるべきものではないのであるし、被告が原告商品陳列デザインと一部類似したような商品陳列を行っている事実は否定できないけれども、証拠及び弁論の全趣旨によれば、被告がそのような商品陳列デザインを採用した目的は、主としてコスト削減という営業方法として採用したものであって、またその限度で原告商品陳列デザインを参考にしたものと認められる。さらに、そもそもその参考の程度は模倣という程度に至っているわけではない。」

「したがって、被告の行為をもって著しく不公正であり、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において許されないとの原告の批判は当たっているということではできず、被告の行為が不法行為を構成するということができない。」と、こちらについても原告の請求を退けた。

[評釈] 判旨に賛成する

一、本判決の意義

本判決は、商品陳列デザインの営業表示該当性について判示した判決である。判旨は、これまで本格的に争われた事例が乏しかった商品陳列デザインについて、不正競争防止法で保護されるか否かの一定の判断基準を示したという点で、意義のあるものといえることができる³。

³ 今まで、この種の事案が争われた判決例は少ないようであり、提訴後、裁判外で和解した事案が数例知られているにすぎない。たとえば、

①洋服等を中心とする全国チェーンであるユニクロの店舗外観を、ダイエー系のPASが模倣して、ほぼ同様の店舗展開をしようとした事案がある(2001年8月16日に千葉地裁松戸支部に仮処分申し立て)。ロゴが赤の正方形に白抜き文字であること、フローリングの床面、商品陳列用棚にパイプ素材を用いていたこと、店内にモ

一方で、米国では店舗デザインがトレード・ドレス (trade dress) として連邦商標法 (ランナム法) 上の保護を受ける。その代表として“Taco Cabana”判決⁴がすでに1990年代前半に出ているが、日本においてはこれまで主にアメリカ法の分析⁵が中心であったため、日本法の解釈に基づく具体的な議論ができる素材を提供したという点で、本判決は重要な意義を有しているといえるだろう。さらに、本件は伝統的な「知的財産権」によっては保護されない領域について、原告側が一般不法行為法による救済を求めた事案として注目すべき事例でもある⁶。

デルの全身写真パネルを複数展示したこと、ガラスのしきりを用いていること等の複数の類似点を指摘して、その総合的・全体的な印象が似ており、顧客が混同を生じ得るとした事例である。約1年後、和解で事件は終了した。

②コーヒーチェーンのスターバックスが、コーヒーチェーンのエクセルシオールカフェに対して、不正競争防止法2条1項1号、3条1項に基づいて、ロゴマーク等の使用差止めを仮処分を申請した事案がある(2000年6月26日仮処分申請)。スターバックスの「二重円の間の帯状部分を緑色にし、白抜きのブロック体のアルファベットを記載するなど、当社のロゴと類似し、模倣である」との主張を容れ、ロゴの色を緑から青に変更することで、和解した(2000年8月16日)と報じられている事案であるが、当初、スターバックス側はロゴマークだけではなく、店舗全体の外観やメニュー構成等、幅広い対象を差し止めようと検討したようである。御器谷法律事務所ウェブページ (<http://www.mikiya.gr.jp/design.html>) を参照。

③居酒屋チェーン「月の雫」(三光マーケティングフーズ)が、その店名、看板の文字・レイアウト、内装、メニュー、メニューの紹介文等を「月の宴」(モンテローザ、同社の他の業態に白木屋、魚民)が模倣したとして提訴した。読売新聞 (<http://www.yomiuri.co.jp/national/news/20030904i504.htm>) を参照。

⁴ Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. 505 U.S.763, 1992.

⁵ たとえば、三木茂=井口加奈子「店舗デザインの法的保護—米国トレードドレス保護と我が国における保護の可能性」『意匠法及び周辺法の現代的課題—牛木理一先生古稀記念』(発明協会・2007年)749頁以下、板垣忠文「米国における『Trade Dress』の保護について」『特許』60巻4号76頁(2007年)、生駒正文「我国店舗デザインに対する知的財産法保護の限界領域」『知的財産法研究』49巻2号1頁(2008年)を参照。

⁶ 個別の知的財産法によって規律されていない模倣行為に一般不法行為が成立するか否かについて議論がある。特に、田村善之「知的財産権と不法行為」同編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・2008年)3～49頁、田村善之「知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号54～64頁(2010年)を

本件において、不法行為の該当性について、被告が商品陳列方法を考える上で原告の時間と費用をかけて生み出した商品陳列デザインに依拠したことは、明確に争われていない。たしかに、「被告ショッピングセンター内に新店した原告店舗の商品陳列デザインと、同一ショッピングセンター内に新店した被告店舗の商品陳列方法が類似していた」という事情も存していたが、ただ商品陳列デザインの類似という一事をもって、不法行為を構成する行為ということができないという判断は従来の裁判例の延長線上にあると評価することができる。しかも本件ではそもそも原告商品陳列デザインの営業表示該当性が否定されている。さらに、もし賃貸借契約の付随的条件として新店時の商品陳列デザインについて特別の取決めがされていたのなら格別、そうでない以上、たとえ同一ショッピングセンター内の競合店舗間で起きていることであっても、不法行為を構成するとはいえないという判断は従来の判例実務⁷を再確認したが、他方で、

参照。

⁷ 本件と同じ類型として不正競争防止法2条1項1号の商品等主体混同行為を否定しつつ、一般不法行為として処理した従来の裁判例について、たとえば、京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁〔佐賀錦袋帯事件〕〔田村善之〔判批〕ジュリスト1033号(1993年)〕がある。

同事件では、被告が原告の袋帯を参考に類似した図柄の袋帯を製作販売したという事件に関し、裁判所は周知性を否定し、その図柄だけで出所がわかるほどには知られていないという理由で、商品等主体混同行為該当性を理由とする請求を棄却しながらも、被告がクラフト加工糸を使用しているにもかかわらず純粋な正絹であることを示す西陣織工業組合制定の証紙を貼付していること、原告が自己の袋帯柄に類似した品質の劣る袋帯を安価で別途に販売しているように誤解されて問屋から多数の苦情を受けたことを認定して、被告の行為につき不法行為の成立を認め、信用回復措置として謝罪広告の請求を認容した判決である。

商品が類似しているということは、違法行為から原告に損害が発生する根拠となっており、少なくとも、被告の意図的な類似ないし酷似行為は重要なポイントの一つではないかと思われる(もっとも、本件において、少なくとも問屋に関する限りでは、周知性を認定すればよく、あえて一旦周知性を否定した上で、一般不法行為として処理する必要はない見解がある。田村善之『ライブ講義知的財産法』(弘文堂・2012年)504頁を参照)。

また、大阪地判平成16年11月9日判時1897号103頁〔ミーリングチャック〕におい

本件原告が提出したアンケート調査の結果についての裁判所の扱い方と営業方法など独占権を与えることに消極的判断という従来あまり焦点が当てられてこなかった論点について興味深い判断を示しており、今後様々な議論を喚起するものと思われる。

そして、以下では、不正競争防止法2条1項1号における営業表示該当性の判断手法を概観した上、本判決における商品デザインを営業表示の該

て、裁判所は、被告は品質性能の劣る形態の酷似した製品を製造した上で、原告製品を発注した顧客に対し被告製品を混交して納品するなどの行為をし、複数の顧客から原告製品の性能が低下したものと誤解される等、原告製品に対する評価を下落させたことを理由に、被告の不法行為責任を認めた。この事件でも、原告製品の形態は周知ではないと認められるが、周知の商品等表示と類似する表示を用いて混同を招来させるという不正競争防止法2条1項1号が本来予定している混同招来行為以外のルートでの混同惹起行為について、一般不法行為として評価した判断は妥当ではないかと思われる。特に、被告の多種多様なものをかき集めて混同を起させる行為(たとえば、形態を類似させること、注文された原告製品に被告製品を混ぜること、原告製品の写真を被告のカタログに流用掲載すること)に注目すべきである(田村・前掲『ライブ講義知的財産法』505頁を参照)。

なお、近時の裁判例として、東京地判平成22年4月23日平成21(ワ)16809〔元気健康本舗genki〕では、楽天市場において原告が販売している樹液シート「元気健康本舗genki」のOEM供給元であった被告が、OEM取引終了後、手持ちの在庫品をインターネット・オークションを通じて販売したという事件において、インターネット・オークションは日本全国を販売対象とするものであるから、原告の表示は日本全国において知られている必要があるとして、原告表示の周知性を否定しつつ、OEM商品の横流しを公正な競争秩序を破壊する不公正な行為であるとして民法上の不法行為該当性を肯定した。もっとも、一般不法行為といわなくても、OEM供給契約の解釈として、在庫品を横流ししてはならないという黙示の義務を認めてもよいという見解がある(さらに、インターネットでの取引については、本件のような周知性の判断が厳しいのではないかという疑問もある。田村・前掲『ライブ講義知的財産法』525頁を参照)。

これまでの裁判例を見ると、単なる普通の不正競争防止法2条1項1号ルートの類似だけで、しかも一旦周知性を否定しているにもかかわらず、一般不法行為を認めると競争を過度に萎縮させるおそれがある。むしろ、前掲〔ミーリングチャック〕のように混同招来行為以外のルートでの悪質な混同惹起行為や、契約の違反など特殊な事情がない限り、一般不法行為が認められるべきではないと思われる。

当性の判断に即して検討を行う。

二. 営業表示該当性の判断手法

1. 営業表示該当性判断の一般論

本件において不正競争防止法2条1項1号の営業表示に当たるかが争われた部分は、商品陳列デザインである。商品陳列デザインが、消費者の目から見たときに、営業の名称から独立して、何者が営業しているかを認識する手段として一般需要者に意識されることは稀なことであろう。さらに、営業者の方から見ると、「…『通常、いかに消費者にとって商品を選択しやすく、かつ手にとりやすい配置を実現するか、そして、如何に多くの種類・数量の商品を効率的に配置するか、などの機能的な観点から選択される』ものであって、営業主体の出所表示を目的とするものではないから、本来的には営業表示には当たらないものである」。

だが、同じく特定の出所を識別する機能を発揮するということがほとんどない商品の形態や模様等について、他の同種の商品と比較して特異である場合には、それが宣伝、広告されたりすれば、特定の出所を識別するに至る場合において、商品の形態や模様が不正競争防止法2条1項1号にいう商品等表示に該当し得ると解されている⁸。

商品陳列デザインの営業表示性が争われた事例ではないが、傍論として、店舗看板、木目調メニュー看板、ポートメニュー看板、ポート看板、外装の配色、店舗内部のメニュー看板、その他の内装といった要素から構成される店舗外観全体の営業表示性が問題となった事例として、[めしや食堂

⁸ 一般に、商品の形態は、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を有し、かつ、②それが長期間にわたり継続的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、その形態自体が特定の者の商品であることを示す表示であると需要者の間で広く認識されるようになれば、いわゆるセカンダリー・ミーニングを獲得し、不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」と認められるとされている。裁判例では、典型的なものとして、東京地判昭和48年3月9日無体集5巻1号43頁[ナイロール眼鏡枠]、大阪地判昭和61年10月21日判時1217号121頁[マイ・キューブII]が存在する。

事件]⁹で、裁判所は、「店舗外観は、それ自体は営業主体を識別させるために選択されるものではないが、特徴的な店舗外観全体の長年にわたる使用等により、第二次的に店舗外観全体も特定の営業主体を識別する営業表示性を取得する場合もあり得ないではないとも解され、原告店舗外観全体もかかる営業表示性を取得し得る余地があること自体は否定することができない」と述べており、店舗の外観に対する商品表示該当性について、商品の形態や模様等のそれと同じ判断過程を示すのは、正当といえよう¹¹。

一方で、不正競争防止法2条1項1号の法文には忠実であるべきだという見解も存在する。条文上、商品等表示の例示として挙げられているのは、「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」である。「その他の商品又は営業を表示するもの」とされているわけであるから、営業を表示するものといえるかどうかという観点が必要である。店の雰囲気などのようなものでも、セカンダリー・ミーニングを取得することがないとはいえないが、漠然としたシステムであるとか、あるいは雰囲気などというもので入れ込むと、予測可能性がなくなるのではないかとされる。そういった雰囲気などというものを商品等表示として不正競争

⁹ 大阪地判平成19年7月3日判時2003号130頁、大阪高判平成19年12月4日平成19(ネ)2261。

¹⁰ なお、判決文に掲載されていたものではないが、参考までに、右の写真は原告まいどおきに食堂の実際の店舗外装の一例である。



<http://www.shokudo.jp/about/>

¹¹ また、総合的な店の雰囲気や陳列の方法、建物の配置などが営業表示に当たる可能性についての言及がある。牧野利秋監修『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』（青林書院・2005年）39頁[寒河江孝允発言]・41～42頁[高林龍発言]を参照。

防止法で独占させるのが妥当かということも問題になるとする¹²。たしかに、店舗の雰囲気、陳列の方法というものはアイデア自体にすぎず、さらに、商品陳列デザインというものが、機能的な観点から選択されるものであって、営業主の出所表示を目的とするものではないことから、本来的には営業表示には当たらないという考え方は極めて妥当であると思われる¹³。この立場からすれば、これらの営業表示該当性について、保護が認められるのは極めて例外的な場合に限られることになるかもしれない。また、商品を売るときに、付随的な形としての販売方法について、本来的には商品等表示にならないという見解もある¹⁴。

本判決の対象である商品陳列デザインは、店舗全体の内装や外観ではなく、店舗を構成する内装や外観の一部である。そして、本判決について考察するに当たっては、事案の性格がこのようなものであることに、十分留意しなければならないと考えられる。さらに、営業表示該当性の判断について、裁判所は一般論として、商品陳列デザインそのものが、本来的な営業表示である看板等と同様、それだけでも売場の他の視覚的要素から切り離されて認識記憶されるような極めて特徴的なものであることが少なくとも必要であるとして、本件においてはこの域に達していないと判断したが、営業表示該当性を判断する際の考慮要素（ア～キ）が、具体的にどのような最終的な判断結果に結び付いているのか、もう一度詳細に検討しなければならないと思われる。特に本件において考慮要素「カ」（商品陳列デザインに関するインターネットによるアンケートの結果）については従来あまり焦点が当てられてこなかった論点について興味深い判断を示しているといえ、今後様々な議論を喚起するものと思われる。

¹² 牧野・前掲注11)41頁[高部真規子発言]を参照。

¹³ たとえば、前掲[めしや食堂事件]において、原告の郊外立地型の店舗は、需要者は、原告店舗を一目見たり、原告店舗に足を踏み入れたりすると、その全体的な共通性から、「人の温もりを感じさせる、下町の大衆食堂」のコンセプトで貫かれた原告店舗であることを容易に認識するが、これを類似する被告の店舗外観は単なる原告の営業コンセプトの模倣ないし原告の営業方法の模倣になるという評価はもとより妥当であると思われる。

¹⁴ 牧野・前掲注11)40頁[三村量一発言]を参照。

2. アンケート調査と不正競争防止法2条1項1号の立証

一般論として、商品形態の場合と同じく、商品陳列デザインや店舗の内装なども、その形態が特定の出所を示す表示として広く認識された場合に初めて営業表示性を獲得することになるから、周知性の認定と営業表示該当性の認定が重なることになる¹⁵。実際、訴訟においては、周知性の要件の存否を主張、立証するためにアンケート調査を用いる例が増えている¹⁶。しかし証拠価値の高い調査結果を得るためには、質問事項から誘導的質問を排する工夫が必要であり、心理学の見地をいかなる場合において活用できるかということは検討されなければならないだろう¹⁷。そして、本件において考慮要素「カ」（商品陳列デザインに関するインターネットによるアンケートの結果）を検討すると、以下のとおりである。

まず、実施方法は、費用がかなり安いインターネット調査である。実施対象は、東京都、千葉県、埼玉県、新潟県、三重県、大阪府及び奈良県（いずれも、原告商品陳列デザイン類似の商品陳列デザインを使用していると原告が主張している被告店舗が所在する都府県である）のいずれかに在住する九歳未満の子供がいる女性である。質問事項は、以下のとおりである。原告及び被告の実際の店舗において、本件で問題としている態様で陳列展示された商品陳列状態を中心として撮影した売場の様子の写真を示し、その被写体となった売場が原告、被告、赤ちゃん本舗、パースデイ、ベビーザラス及びダイエーのいずれであるかを選択させるという助成想起認知度調査である。

次に、調査の結果については、原告店舗の壁面の陳列状態を撮影した写真について、1,000人中622人が原告のブランドを想起した；原告店舗のゴ

¹⁵ 田村善之『不正競争法概説』（第2版・有斐閣・2003年）123頁を参照。

¹⁶ 裁判例を包括的に分析する研究として、青木博通『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。初出は同「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」知財管理54巻7号991～1010頁（2004年）。

¹⁷ この種の問題について、心理学の見知を応用した優れた先行業績が存在する。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周年記念論文集・信山社・1995年）34頁以下、同「普通名称性の立証とアンケート調査—アメリカでの議論を素材に—」知的財産法政策学研究20号235～265頁（2008年）を参照。

ンドラ群長手方向を撮影した写真について、1,000人中790人が原告のブランドを想起した；原告店舗のゴンドラエンド及び長手方向を撮影した写真について、1,000人中844人が原告のブランドを想起したとなっており、原告のブランド想起率はかなり高率である。さらに原告の壁面陳列状態とよく似ている被告店舗の写真について、1,000人中279人が原告のブランドを想起した；原告のゴンドラ群長手方向の商品陳列状態とよく似ている被告店舗の写真について、1,000人中242人が原告のブランドを想起した；原告のゴンドラエンドの商品陳列状態とよく似ている被告店舗の写真について、1,000人中425人が原告のブランドを想起したという結果も出たにもかかわらず、裁判所は不正競争防止法2条1項1号における商品等表示該当性を否定している。

従来の裁判例を見ると、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年6月28日判時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者の割合が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¹⁸。他方、本件の場合、原告の依頼を受けた調査会社が行った「インターネットによるアンケート調査」の結果によれば、「被告店舗の商品陳列方法」を見て「原告」の店舗と誤認した回答者が相当数存在していたが、裁判所は多くの紙幅を割いてアンケート結果を分析し、原告主張の「商品陳列デザイン」以外の要素が回答に影響を与えていること等を指摘した上で、「このアンケート結果に基づいて、営業表示性を取得していると判断することはできない」と結論付けている。かなり高率にもかかわらず、裁判所は不正競争防止法2条1項1号における商品等表示該当性を否定しているという判断は、アンケート調査につい

¹⁸ 田村善之教授は「あえて一般論をいえば、10%を超える程度の認知度でも周知といってもよいのではなかろうか。さもないと、たとえば、ラーメン店でも、札幌市街全域で周知とされる店の数は10余りに限られてしまい、過度に混同行為が放置されることになりかねないように思われる。」との見解をとられる。田村・前掲注15)46頁を参照。

て以下の点でバイアスがかかっているという熟慮の下に出されたものと考えられる。

①本件の質問事項においては、米国でのEVERREADY法¹⁹と同じ方法が使われている。つまり、「この商品陳列はどこの(誰の)商品陳列だと思えますか」という質問である。しかしながら、このような質問方法には弱点がある。すなわち、「どこの会社と思うか」という質問について、通常の購買場面で、需要者は、いちいちこれらの事項に思いを巡らせていないので、購買場面での心理の再現性に乏しいということである。需要者は商品陳列デザインを見てどこの会社かをいちいち検討しないのが通例であるのに、このような質問は、何か答えなければならないとの無言の圧力を回答者にかけることになる。これは自然な意識の流れを中断し、おそらくは何とか思いついた有名な会社を答えることになるかもしれない²⁰。特に本件のような助成想起型認知度調査において、回答者には、原告が列挙したいくつかの店舗の中から、何らかのブランドを回答しなければならないとの一定の心理的圧力を及ぼしており、その結果、回答者が記憶している有名ブランドをあえて回答するような事態も想定されるから、アンケート調査結果の証拠的価値はかなり低いといわざるを得ない。

②本件において、裁判所は、アンケート調査で回答者に示された写真は、被写体を売場の一部に限定したものであって、そのためアンケート回答者は店舗を現実に訪れたときは全く異なる方法で売場内を認識し、その限られた情報に基づいて売場の他の視覚的構成要素を記憶ないし想像で補って当該店舗の営業主体を選択することを余儀なくされるため、その回答結果の信頼性には一定の限界があることは否定できないと判断した。たしかに、回答者に示された写真を見て回答するという通常の購買場面とは異なる特殊な状況の下では、回答者を通常の購買場面とは異なる気分させるため、正確に測定できないという批判があり得る。実際、裁判所は、原告と被告の写真の差異(特に、原告店内の特徴、すなわち「5mと高い天井を活用した陳列方法(3段、4段掛けと立体的に陳列したボリューム感

¹⁹ アメリカで標準的に用いられている質問票である。詳細について、井上・前掲注17)『知的財産の潮流』43頁以下を参照。

²⁰ 井上・前掲注17)『知的財産の潮流』45頁を参照。

を演出している。)、 「2.5mから2.7m確保した広い通路(ベビーカーやショッピングカート同士が楽にすれ違える余裕の広さである。)、 「白を基調とした配色と明るい照明(清潔感と商品を引き立たせる役目)、 「マネキンや子供のイメージ写真などの装飾的要素が存在しない」、 「低価格帯の商品を提供する原告においては、 下二桁を『299円』とする特徴的な価格設定が営業主体としての原告との関係で顧客に強く印象づけられている様子」)などに着目し、 原告商品陳列デザイン自体が高いアンケート率に寄与しているわけではないと位置付け、 原告商品陳列デザインの営業表示該当性を否定した。 アンケート調査の方法と実際の購買場面での齟齬に着目した判決として注目すべきであると思われる。 アンケート調査の設計のポイントは、 できる限り正確に現実の取引の実情を再現し自然な購買意思決定過程を導くという点であり、 本件において、 裁判所は証拠評価に際して、 再現され得なかった点は何かということを見つけて、 改めてその分の評価をなしており、 この点に特徴があると位置付けられる。

三. 本件背後の価値判断

アンケート調査という事実的な判断について、 心理学的見知と統計学的見知は正確に活用されればされるほど証拠価値は高くなるが、 その一方で、 その背後には、 裁判所の規範的な判断が常に存在すると思われる²¹。 アンケート調査に言及はしているものの、 そもそも商品陳列デザインが営業表示該当性から排除されるという規範的な判断が存在しているかもしれないのである。 たとえば、 原告商品陳列デザインは表示の保護を被告表示にまで及ぼすと、 徒に競争を阻害しかねないという価値判断が背後にある可能性がある。 以下では、 本件の背後にあると思われる裁判所の規範的判断を探求しよう。

1. 商品陳列デザインの営業表示として認識しにくいこと

本判決の認定ではなく、 本件原告店舗の類型はオープンモール型のショ

²¹ 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」『知的財産法の理論と現代的課題』(中山信弘選編・弘文堂・2005年)402~416頁。

ッピングセンターに出店する店舗であり、 その店舗では、 入口正面には、 白を基調にしてピンク色の帯状部分を設け、 その上部には円型の青地に赤い服を着た白い兎のマークと赤字で「西松屋」の表示が描かれている²²。 そして、 現実に店舗の内装や商品陳列デザインなどは第一次的には店舗のデザインとして認識されるから、 原告の著名な文字標章やサービスマークと比べて出所識別標識として認識される力は一般に弱く、 特定の称呼を持たないため、 その商品陳列デザインに係る営業の出所を認識するものではなく、 また、 称呼があったとしても、 それは第一次的にはブランド名によるものと思われるから、 商品陳列デザインから特定の出所が認識されるよりも前にブランド名の方が周知になるものと考えられる。 文字標章やサービスマークなどは、 本来、 商品・役務の出所を識別する際のみ機能する表示であり、 口頭による伝達に適しており、 かつ容易・正確に再現できるものであれば、 商品・営業の表示としてふさわしいと考えられるが、 商品陳列デザインや店舗の内装について他人に伝達するのは難があると思われる。 そして、 もし商品陳列デザインや店舗の内装などにいかに特徴があっても、 需要者が原告店舗において売る商品の商品名やサービスマーク等で識別しており、 商品陳列デザインや店舗の内装などに着目して購入しているわけではない場合には、 営業表示には当たらないとされるかもしれない。

このような規範的な判断をとると、 オープンモール型のショッピングセンターに出店する店舗の場合に基づけば、 もし付記されている文字標章やサービスマークなどが人目を惹く形で大きく表示されていなければ、 店舗の内装や商品陳列デザインなどに営業表示該当性が認められる可能性は

²² なお、 本判決文に掲載されていたものではないが、 参考までに、 右の写真も原告西松屋の実際の店舗外観の一例である。



<http://utsukushigaoka5.up.seesaa.net/kouhoku/08030207.jpg>

高いと思われる。さらに、店舗外観の場合において、たとえば前掲[めしや食堂事件]のように、文字標章やサービスマークなどより先に特徴を持つ店舗外観を識別する場合であれば、店舗外観の営業表示該当性が容易に認められる可能性がある。

2. 営業方法などに独占権を与えないこと²³

本件において、裁判所は、上記「営業表示該当性」の判断に続いて、「仮に、原告商品陳列デザインが、それ自体で売場の他の構成要素から切り離されて認識記憶される対象であると認められる余地があったとしても…」と述べた上で、「原告において売上増大を目的としてされた商品陳列デザイン変更の到達点として確立した原告商品陳列デザインは、商品の陳列が容易となるとともに、顧客が一度手にとった商品を積み直す必要がなくなり、見やすさから顧客自らが商品を探し出し、それだけでなく高いところの商品であっても顧客自らが取る作業をするので、そのための店員の対応は不要となり、結果として少人数の店員だけで店舗運営が可能となって、店舗運営管理コストを削減する効果を原告にもたらし、原告事業の著しい成長にも貢献しているものと認められるのであるから、原告商品陳列デザインは、原告独自の営業方法ないしノウハウの一端が具体化したものとして見るべきものである。」「そうすると、上記性質を有する原告商品陳列デザインを不正競争防止法によって保護するということは、その実質において、原告の営業方法ないしアイデアそのものを原告に独占させる結果を生じさせることになりかねないのであって、そのような結果は、公正な競争を確保するという不正競争防止法の立法目的に照らして相当でないといわなければならない。」「したがって、原告商品陳列デザインは、仮にそれ自体で売場の他の視覚的構成要素から切り離されて認識記憶される対象であると認められたとしても、営業表示であるとして、不正競争防止法による保護を与えることは相当ではないということになる。」と、本件の「商品陳列デザイン」については、なお不正競争防止法による保護を与える余地はない、と傍論として明言している。

²³ 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法(上巻)』(第3版・青林書院・2012年)198頁を参照。

営業方法自体について、不正競争防止法2条1項1号の表示に該当すると帰結することは、営業を識別する表示ではなく、まさに営業自体を保護することになり、同種の営業が複数の者によって行われることを前提に、その間の出所を混同させる識別表示が付される行為のみを禁止しようとする同号の趣旨を超えてしまう²⁴。したがって、似ざるを得ない商品の形態の考え方と同様²⁵に、営業方法自体は、同号にいう「営業を示す表示」には該当しないと解すべきであろう。その具体例として、たとえば、ドライブスルーのような販売の形態・方法は商品等表示にはならないとの指摘がある²⁶。

店舗の内装について、特定の営業方法や営業形態については独占を認めることは適当ではないため、不正競争防止法上の保護を否定するという考え方は、前掲[めしや食堂事件]控訴審でも傍論として示されている。同事件は、玉子焼き専用の注文を受けてから焼くコーナーであることを示す表

²⁴ 田村・前掲注15)135～136頁を参照。

²⁵ すなわち、「不正競争防止法2条1項1号…は、商品の販売自体を禁じるわけではなく、複数の出所が存在することを前提に、その間に誤認混同を生ぜしめる出所識別表示が付されることを禁じる趣旨であり、商品間の競争が行われることを前提にしていると捉えられる」べきである。そして、「技術的制約その他の理由により、市場において商品として競合するためには似ざるをえないところの差止めを認容してしまうと、それは差止権者以外、その商品を販売することができなくなることを意味するから、商品の出所識別表示ではなく、商品自体を保護することになり、同号の趣旨に悖ることになる。すると、かように似ざるをえないものは同号の出所を識別する商品表示には該当せず、1号の請求は否定されるべきであると解されることとなる」、なお、「何らかの理由により一社が独占的に製造販売していたために信用が付着しているということ…は、似ざるをえない商品の形態に化体せしめるのではなく、商品名等の商品識別表示を付し、これに化体せしめる手段により、保持を図らせるべきである。かえって、このような帰結を採用することにより、識別表示を付してこれを宣伝することが促進され、出所の明確化が図られることになり、本号の趣旨に適うことになる。」田村・前掲注15)126頁を参照。初出は、「不正競争防止法上の商品形態および容器の商品表示性と損害額の推定—マイ・キューブ事件」ジュリスト974号95～98頁(1991年)、同「商品の形態や模様の商品表示該当性について」ジュリスト1018号18～23頁(1993年)。

²⁶ 牧野・前掲注11)40頁[三村量一発言]を参照。

示があること、という要素に対して、「このような営業形態は役務提供の方法そのものであり、かかる形態で注文を受ける旨の表示が共通することをもって営業表示が類似しているとして表示の差止めを認めうるとすると、上記の営業形態そのものについて…独占権を認める結果を招きかねず妥当ではない」と説示する。つまり、裁判所は、被告による原告の営業コンセプトの模倣ないしは原告の営業方法の模倣の問題と捉えている²⁷。

本件について、このように、商品陳列デザインを営業表示として保護することに本判決は消極的であるといえることができるが、その根底には、機能的観点から選択された商品陳列方法を不正競争防止法での保護の対象とすると、競合他社のビジネスを著しく阻害する、という価値判断があると推測できる²⁸。さらに、特定の営業方法の独占に繋がる場合には不正競争防止法の保護を認めないという一般論、及び本件商品陳列デザインがそうした場合に当たるので保護を与えないという判断、いずれについても正当であると評価できるが、一方で、「コスト削減効果をもたらす陳列方法」といっても、その選択肢は“原告の商品陳列デザイン”以外にも考え得るように思われ、“コスト削減”という営業方法的な観点が入っているだけで、常に商品陳列デザインの商品等表示該当性について否定的な結論になってしまうかのようにも読めてしまう。商品陳列デザインを始め店舗の内装などがその営業方法やノウハウとは全く無縁に決定されることは稀であって、多かれ少なかれ、何らかの営業方法が「具現化」しているといえなくもないという営業方法の判断について限定的態度を示す見解もある²⁹。

もともと、この部分の理屈の如何によって本件の結論が左右されるものではないので、傍論にすぎないと理解すべきであるが、具体的事例を分析し、いかなる営業方法が原告の周知表示として保護されるのかという分岐点を探するのは重要ではないかと思われる。大阪高判昭和58年3月3日判時1084号122頁〔通信販売カタログ二審〕では、原告のカタログを使用した形で掛軸、照明器具、美術彫刻複製品等の趣味雑貨品を販売するという行

為自体が、特段の事情の下で（被告は原告と酷似したカタログを作成し、原告の下から違法に入手した得意先名簿を用いて、原告と同様の趣味雑貨品を販売していた）不正競争に該当すると判断した判決である。なお、この事件では、顧客名簿持ち出しという営業秘密の不正利用行為や取締役の競業避止義務の問題が絡んでいたが、これらについては、それぞれの行為を規制する法理により請求を認めればよく、周知表示の問題として処理した同判決に対して疑問が呈される³⁰。

一方で、そのような特段の事情がない限り、すべての裁判例において、営業方法の商品等表示該当性は否定されている。たとえば、東京地判平成14年1月24日判時1814号145頁〔図書券〕³¹は、図書券の加盟店以外の者が図書券と図書を引き換えるという営業形態について商品等表示該当性を否定しつつ、別途、「図書券の利用が可能である」旨の表示については不正競争行為と認めた³²。「図書券の利用が可能である」という表示は商品等表示該当性が認められたが、図書券で図書を販売すること自体については商品等表示該当性が否定された。また、神戸地判昭和61年12月22日判不競874ノ136頁〔完全チケット制〕では、文化、スポーツ教室の運営業務における完全チケット制（あらかじめ規定枚数のチケットを購入してもらい、各種講座を受講する際に、そのつど所定枚数のチケットを切る方法で当該講座を受講するというシステム）について、傍論ではあるが営業表示該当性が否定された³³。さらに、単身者を販売対象とするという原告の家電製品

³⁰ 田村・前掲注15)136頁を参照。

³¹ なお、判決文に掲載されていたものではないが、参考までに、右の写真は被告店舗での実際の「図書券の利用が可能である」旨の表示の一例である。



<http://www.sekidou.com/law/lives/unfair/imgs/Toshoken2.png>

³² 田村・前掲注15)136頁を参照。

³³ 田村・前掲注15)135頁を参照。

²⁷ 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）427頁、田村善之教授も同旨。

²⁸ 匿名コメント・判例時報2118号122頁（2012年）。

²⁹ 松村信夫〔判批〕知財管理62巻5号664頁（2012年）を参照。

の販売戦略につき商品表示該当性を否定した判決として、大阪地判平成7年5月30日知裁集27巻2号426頁[it's]がある。なお、大阪地判平成3年9月30日判時1417号115頁[CDレンタル]では、原告会社が盗難防止のため、客用の陳列棚にはCDを抜き取ったケースのみを陳列し、CDは別途保管しておき、顧客は借受けを希望するCDケースを店員に提示し、店員はそのケースに該当するCDを保管場所から取り出して、これを貸与するというシステムについて、当該CDレンタル業務関連商品の販売態様の営業表示該当性を否定し、陳列棚にはケースだけを陳列するという陳列方法についても営業表示該当性を否定した。

これまでの裁判例を分析すると、極めて特徴的な規律があると思われる。役務の内容自体について直接的に営業方法とみなされ、営業表示該当性を否定する立場は極めて妥当であると思われる。たとえば、仮想的な事例であるが、クール宅急便のように荷物を冷蔵したままの状態で運ぶという方法は、ヤマト運輸のような特定の運送業者が始めたものかもしれないけれども、そのような運送方法自体が当該業者によるものとして周知となったからといって、それが商品等表示となって他者が当該運送業務を行うと不正競争行為になるという考え方はできないと思われる³⁴。裁判例を見ても、図書券で図書を販売することそれ自体、完全チケット制それ自体、単身者を販売対象とする戦略それ自体、CDレンタル業務関連商品の販売態様それ自体、玉子焼き専用の注文を受けてから焼くことそれ自体などが不正競争防止法上の営業表示に当たるかについて、同様の趣旨からその該当性を否定する立場をとっている。

ただし、この販売方法、営業コンセプトについて、実際に表現する方式が多種多様であり、その中で、営業表示に該当すべき特徴的な表現がないわけではないにもかかわらず、販売方法、営業コンセプトとの関係で、一律に保護が排除されるという判断は厳しすぎるかもしれない。だが、少なくとも、営業方法を実現するため他の表現を選択する余地のない不可欠な構成に由来するとき、選択の余地があっても競争上似ざるを得ないとき、さらに、表現の特徴的な部分は機能性と分離不可能のとき(すなわち、表現とアイデアがマージするとき)などは、保護を否定すべきであると思わ

れる。裁判例を見ると、たとえば、CDレンタル業務関連商品の販売態様に応じた陳列棚でのケースだけの陳列という陳列方法について、たしかにCDを抜き取ったケースのみを陳列する表現は特徴的なものであるが、原告の販売方法を実現するために取らざるを得ない陳列デザインではないといえるため、原告の陳列棚でのケースの陳列デザインの営業方法該当性の否定的判断は妥当であると思われる。一方で、前掲[めしや食堂事件]における玉子焼き専用の注文を受けてから焼くコーナーやドライブスルーのような販売の形態に応じた建物の外観などについて、機能性の制約を超えて、より特徴的である装飾については営業表示該当性を認めても構わないのではないかと思われる。

本件は、原告の商品陳列デザインの営業表示該当性の判断において、アンケート調査の分析と他の店舗の対比によって、文字標章とサービスマークに比肩し得る識別該当性を認めず、ありふれた表現として否定したが、仮に、原告商品陳列デザインが、それ自体で売場の他の構成要素から切り離されて認識記憶される対象であると認められる余地があったとしても、機能性に由来するものであるから、原則的に営業表示に該当しないとする傍論は妥当であると思われる。たしかに、原告商品陳列デザインの細部を見ると、たとえば、「a 商品を、全てハンガー掛けの状態で陳列する。」、「b 床面から少なくとも210cmの高さにまで陳列する。」、「c ひな壇状ではなく陳列面を連続して陳列する。」、「d 少なくとも陳列面の3分の2はフェースアウトの状態で陳列する。」、「e 各陳列フックに複数枚陳列する。」、「f 来店者の使用に供するための商品取り棒を、一壁面に少なくとも1本設置する。」など専ら機能的な目的を実現するために工夫するものであり、機能追求によって生まれた商品陳列のデザインは商品等表示に該当しない。そうすると、仮に需要者に識別表示として認識されていたとしても保護が否定されることによって、周知性に関するアンケート調査などの立証は役に立たないことになるだろう。

さらに、本件での原告の高い天井、広い通路、明るい照明、マネキンなし、低価格商品の提供などという店舗の内装について付言しよう。たしかに、アンケート調査により原告店舗の内装について需要者に識別表示として認識されていたことは否定できないが、やはり、これらのデザインは専ら機能的な目的を実現するために工夫されたものであり(広い通路が設け

³⁴ 牧野・前掲注11)40頁[三村量一発言]を参照。

られて天井も高く視覚的な広がりがあること、その中で稼働する店員は少人数であること、マネキンによる展示やPOPなどの装飾的な要素もないこと、ストックの段ボール箱が陳列棚の上の目に付くところに置かれていることなど、店舗の運営管理コストを低減するため効率を追求した機能的な原告店舗の売場の「味も素っ気もない無骨」ともいえる特徴)、営業表示該当性を否定せざるを得ないと思われる。