

店舗の外観（店舗の外装、店内構造および内装）が特定の営業主を識別する営業表示性を獲得し、不正競争防止法2条1項1号および2号にいう「商品等表示」に該当するとして、債務者の店舗用建物の使用等の差止めを認めた事例

## —コメダ珈琲店・店舗外観事件—

東京地決平成28年12月19日 平成27年(三)第22042号 (判例集未掲載)

東海大学 助教 内田 剛

### ◆事案の概要

Yは、平成26年8月から喫茶店であるY店舗（「B」1号店）を営んでいる。Yは、Y店舗において、Y表示1（店舗外観（店舗の外装、店内構造および内装）およびY表示2（商品（飲食物）と容器（食器）の組み合わせによる表示）（これらを併せて「Y表示」と総称する）を使用している。

本件は、Xが①自らの運営に係る喫茶店「A」の標準的な郊外型店舗に共通してあるいは典型的に用いられているX表示1（店舗外観（店舗の外装、店内構造および内装）および②X表示1と共にするX表示2（商品（飲食物）と容器（食器）の組み合わせによる表示）（X表示1および2を併せて「X表示」と総称する）がXの営業表示に当たるとしたうえで、YがY店舗において喫茶店営業をする際に①Y表示1を用いることおよび②その外観の店舗内においてY表示2を用いることは、それぞれ、Xの上記各営業表示と類似する営業表示を使用するものであり、不正競争防止法（以下、不競法）2条1項1号または2号に該当する旨主張して、Y表示1の使用およびこれと共にするY表示2の使用を差し止める旨の仮処分命令を求めた事案である。

本件では主に、X表示の「商品等表示」該当性が、争点となっている。

### ◆決定要旨—申立て一部認容—

#### 1. X表示の商品等表示該当性

##### (1) 店舗外観が商品等表示に該当する場合について

「店舗の外観（店舗の外装、店内構造及び内装）は、通常それ自体は営業主を識別させること（営業の出所の表示）を目的として選択されるものではないが、場合によっ

ては営業主の店舗イメージを具現することを一つの目的として選択されることがある上、①店舗の外観が客観的に他の同種店舗の外観とは異なる顕著な特徴を有しており、②当該外観が特定の事業者（その包括承継人を含む。）によって継続的・独占的に使用された期間の長さや、当該外観を含む営業の態様等に関する宣伝の状況などに照らし、需要者において当該外観を有する店舗における営業が特定の事業者の出所を表示するものとして広く認識されるに至ったと認められる場合には、店舗の外観全体が特定の営業主を識別する（出所を表示する）営業表示性を獲得し、不競法2条1項1号及び2号にいう『商品等表示』に該当するというべきである」

##### (2) X表示1の顕著な特徴

「X表示1は、別紙『X表示1の主要な構成要素』記載(1)①ないし⑥及び(2)①ないし⑥のとおりの特徴が組み合わさることによって一つの店舗建物の外観としての一体性が観念でき、統一的な視覚的印象を形成しているということができるところ、これら多数の特徴が全て組み合わせられた外観は、建築技術上の機能や効用のみから採用されたものとは到底いえず、むしろ、Aの標準的な郊外型店舗の店舗イメージとして、来店客が家庭のリビングルームのようにくつろげる柔らかい空間というイメージを具現することを目して選択されたものといえる……。そのようにして選択された、……特徴(1)①ないし⑥の組合せから成る外装は、特徴的というにふさわしく、これに、……特徴(2)①ないし⑥を併有する店内構造及び内装を更に組み合わせると、ますます特徴的といえるのであって、……他の喫茶店の郊外型店舗の外観と対照しても、上記特徴を兼ね備えた外観

は、客観的に他の同種店舗の外観とは異なる顕著な特徴を有しているということができる（他との十分な識別力を有しているということもできる。なお、上記特徴を備えた店舗外観に関し、……需要者の間でAの店舗外観が想起され……指摘がされたことも、この点を裏付けるものであるといえる。）。

そして、X表示1には、特徴(1)①ないし⑥及び(2)①ないし⑥以外の構成要素も組み合わさっているものの、そのことが上記視覚的印象の形成を妨げるものではない。なお、X表示1には、それ自体特徴的な部分とさほど特徴的ではない部分とが含まれているともいえるが、後者について上記視覚的印象の形成に当たって関連性がないとまでいうことはできない一方、Xが多数の条件を付加することによって保護範囲が狭くなるような限定をしているのであるから、これら多数の条件の組合せによって特定されるX表示1を見たときに（『A』……という文字部分自体による効果を除いても）その営業主体について『A』(X)であると認識するのに十分と判断できる以上は、一つの店舗建物の外観として一体性が観念できるX表示1のうち、上記のさほど特徴的でない部分を峻別して排除する必要まではない」

(3) X表示1の周知性

標準化された店舗の外観を継続的・独占的に使用し、それが宣伝・報道・来店・通行において需要者に知られていたという「事実経過があった中で、現実に後記……のとおりX表示1に酷似したY表示1を備えたY店舗が設けられ、需要者の間に……〔筆者注：Y店舗が外観その他の点でAに酷似していることが話題となった〕のような反応を招いていることなどをも併せ考慮すると、Y店舗が設けられた平成26年8月16日の時点で、X表示1について混同のおそれを生じさせる他者の冒用を許すことが取引秩序上の信義衡平に反する程度に達していたということができるのであって、X表示1には混同を防止する必要があるほどの信用形成が既になされていたというべきである。

以上を総合的に考慮すれば、X表示1は、Y店舗が設けられた平成26年8月16日の時点で、Y店舗が所在する和歌山県を含む一つの商圈をなしているとみられる関西地方……において、需要者の間に広く認識されるに至っていたと一応認められる」

(4) X表示1の独占適応性について

「X表示1は、単に建築技術上の機能や効用を発揮する

ための形態というよりは前記店舗イメージを具現するための装飾的な要素を多分に含んだ表示であり、かつ、前示のとおり需要者に広く認識されていたといえることに加えて、本件では上記のような限定が付され条件が幾重にも絞られていること（したがって、これに類似するとして禁止されるのは、建築に当たっての必要性も低いのに殊更外観を模倣した場合に限られるものとみられること）を考慮すると、殊に本件のX表示1については、店舗外観の独占による弊害は極めて小さいというべきである」。

「以上によれば、X表示1は、不競法2条1項1号及び2号所定の『商品等表示』に該当するというべきである」

(5) X表示2について

「一般に、喫茶店において提供する飲食物の容器は、飲食物の提供という本来の目的を十分果たすよう当該飲食物に合わせて選択される……上、客の目を惹くようなデザインの食器が選択されることもあるが、提供商品たる飲食物とその容器との組合せ（対応関係）が営業主体を識別させる機能を有することはまれであるとみられる。こうしたことから、もともと飲食物と容器の組合せ表示のみでは、出所表示機能が極めて弱く、店舗外観以上に営業表示性を認めることは困難であると解されるところ、……来店者や視聴者等の中で、これら〔筆者注：X表示2〕の対応関係・組合せに気を留め認識するに至った者がどの程度いるかは甚だ疑問である。それにもかかわらず、X表示2がAの営業表示である旨広く知られていたことが疎明されているとはいえない。X表示2が特定の営業主体を識別する（出所を表示する）営業表示性を獲得していたことを根拠付けるに足りる疎明はないといわざるを得ない」

## 2. X表示の周知性ないし著名性の有無

1. (3)の説示「に照らすと、X表示1は、Y店舗が設けられた平成26年8月16日の時点で、関西地方において、不競法2条1項1号所定の『需要者の間に広く認識されている』（周知性がある）表示になっていたというべきである」

## 3. X表示とY表示の類似性・混同のおそれの有無

X表示1とY表示1を比較した結果は「余りに多くの視覚的特徴が同一又は類似していることから、X表示1とY表示1とが全体として酷似していることは明らかである。外装及び内装の中で店舗の名称がそれぞれ……表示されて

いるなどの相違点を考慮しても、X表示1とY表示1とが全体として類似していることを否定することはできない」

「X表示1とY表示1とが全体として酷似していること、現にY店舗とAとの関係について問合せ等が多数あったことなどを併せ考慮すると、店舗名等の相違を勘案しても、Y表示1を使用することは、その使用主体とX表示1の出所との間に……緊密な営業上の関係が存すると誤認混同させるおそれ……があると認められる」

## ◆評釈—決定の結論賛成・理由の一部に疑問—

### 1. 本決定の判例上の地位

本決定は、店舗の外観が不競法2条1項1号および2号にいう「商品等表示」に該当するとしてその差止めを認めた初めての事例である。知的財産法で店舗の外観を保護するためには、①著作権法による方法（建築の著作物）、②商標法による方法（立体商標）、そして、③不競法による方法（不競法2条1項1号・2号）がある。しかし、①については、その表現が造形美術としての美術性を有するものでなければならないとされており<sup>\*1</sup>、建物のみでは著作物性が肯定されづらい状況にある。また、②の商標法による保護についても、商品形態である立体商標の登録のためには、査定時において使用による識別力を取得している必要があり、保護の必要性が生じた時点から登録までにタイムラグが生じ得る。その隙間を埋めるのが、③の不競法による周知・著名商品等表示の保護であるといえる。従来から、商品の形態の商品等表示該当性が肯定されており<sup>\*2</sup>、店舗の外観についても、幾つかの判決<sup>\*3</sup>が、その保護の可能性を示唆していたが、結論としては店舗の外観の商品等表示該当性を否定していた。本決定は、これらの判決において示されていた店舗の外観が商品等表示であると判断されるための基準と類似の基準（いわゆる特別顕著性と周知性）を採用したうえで、本件店舗外観の商品等表示該当性を肯定している。

また本決定は、食器と飲食物の組み合わせが商品等表示に該当性するかどうかを判断した初めての事例である。従来の判決<sup>\*4</sup>には、食品の包装の商品等表示該当性を判断した事例は存在するが、食器そのもの、そして、食器と飲食物の組み合わせの商品等表示該当性を判断した判決は存在していなかった。本決定は、その組み合わせが営業主体を識別させる機能を有することはまれであるとし、本件の

食器と飲食物の組み合わせについて広く知られていたことの疎明もないことから、商品等表示に該当しないとしている。しかし本決定は、客の目を引くようなデザインの食器や、周知の食器と飲食物の組み合わせについて商品等表示該当性が認められる余地を残しており、保護の余地の少ないとされてきた料理についても、今後それと食器の組み合わせ等が保護される可能性を示したものとして評価することができよう。

### 2. 決定要旨1 X表示の商品等表示該当性

#### (1) 店舗外観が商品等表示に該当する場合

まず、本決定は店舗の外観について、従来の判決同様「営業の出所の表示……を目的として選択されるものではない」ことを確認したうえで、「場合によっては営業主体の店舗イメージを具現することを一つの目的として選択されることがある」ことを述べる。商品形態に関する従来の判決には、このような認識を示したものはない。これは、店舗の外観が「営業の出所の表示」としてではないが、常に実用目的のために選択されるわけではなく、そのための制約を受ける表示でない場合があり得ることを示唆するものといえる<sup>\*5</sup>。また、決定要旨1.(4)の「単に建築技術上の機能や効用を発揮するための形態というよりは」という判示も踏まえれば、技術上の機能や効用を発揮するための形態（いわゆる機能的形態）の排除を意図しているようにも読める。この点についてはさまざまな判決で言及があるが、近時の判決<sup>\*6</sup>では、「商品の形態が商品の技術的な機能及び効用を実現するために他の形態を選択する余地のない不可避的な構成に由来する場合」につき、その排除の理由を永続的な技術独占による弊害排除（不競法の目的違反）と他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有していることが通常否定されることの2つに求めている。同判決は、永続的な技術独占による弊害排除について他の工業所有権との関係にも言及するが、保護目的の相違から、単に他の工業所有権による保護の対象となることのみをもって、不競法による保護を否定することは適切ではない<sup>\*7</sup>。なお、店舗の外観は建築の著作物として著作権による保護の対象ともなるが、創作的な表現を文化の発展のために複製等から保護する著作権法と不競法では、その保護により達成しようとしている目的が大きく異なっており、工業所有権の場合と同様に著作権による保護の対象となることのみをもつ

て、その不競法上の保護が否定されると解すべきではない。

また本決定は、店舗の外観が「商品等表示」に該当するために決定要旨1.(1)の①(以下、特別顕著性)と②(以下、需要者に広く認識されること)を要求している。これらの要件は、店舗外観の保護に関して従来の判決が挙げているものと類似する。しかし、例えば「めしや食堂事件・第一審」<sup>\*8</sup>では、「長年にわたる使用等」については言及するが、需要者に広く認識されることは明示的には要求されていない。また、店舗外観ではなく、店舗内の売場の商品陳列デザインに関する判決ではあるが、「西松屋事件」<sup>\*9</sup>では、「継続的・独占的に使用」されたことも需要者に広く認識されることも明示的には要求されていない。この①②の要件は、独立の要件としてその充足性がそれぞれ判断されるように見えるが、同要件が要求される理由となる表示の「営業の出所の表示」性、すなわち識別力の観点から、この特別顕著性と長年にわたる使用等により需要者に広く認識されることの間に関係が生じることになり、特別顕著性の程度によって保護のために要求される使用等の程度が調整されることになる<sup>\*10</sup>。

本決定は、①②の要件を共に満たす場合に、その結果として、「店舗の外観全体が特定の営業主体を識別する(出所を表示する)営業表示性を獲得し、……『商品等表示』に該当する」としている。しかし、ここからは、生来的に営業表示性を有する店舗の外観というものも存在しないようにも読むことができる。そうであるならば、前記の「場合によっては営業主体の店舗イメージを具現することを一つの目的として選択されることがある」と本決定があえて述べた意味が問題となる。これは、本決定が従来の判決のいう「第二次的」な営業表示性の取得への言及を欠くことについて、上記店舗イメージを示すという考え方を採用し、それを不要としたと考えることができるためである<sup>\*11</sup>。すなわち、本決定が述べる店舗外観の商品等表示該当性に関する一般論からは、生来的に営業表示性を有する店舗の外観というものも想定可能であり、店舗外観の商品等表示該当性の判断において需要者に広く認識されることが必須のものであるかどうかについては、なお検討の余地がある。

## (2) X表示1の顕著な特徴

本決定は、店舗イメージを具現することを目的として選択された外装は特徴的であるとして、それを特別顕著性について判断する際の一要素にしている(その意義について

は前記1.(1)参照)。また従来の判決<sup>\*12</sup>は、その建物の特徴を備える他の建物が多数存在しているかどうかにより建物の外観の特別顕著性を判断していた(商品形態についても同様<sup>\*13</sup>)。本決定も、他の喫茶店の郊外型店舗の外観と対照し、「客観的に他の同種店舗の外観とは異なる顕著な特徴を有している」としてその特別顕著性を肯定している。

また、Y店舗につき、「需要者の間でAの店舗外観が想起されて別紙『インターネット上での指摘』にあるような指摘がされたことも」特別顕著性、すなわち十分な識別力を有していることを裏付けるものであるとしている。しかしこの点は、周知性や混同を裏付けるものであり、X表示1が「十分な識別力を有している」こととは直接には関係しない。周知性や混同の前提として表示が「十分な識別力を有している」ことが要求され得るが、周知性や混同が生じることから当然に表示が「十分な識別力を有している」とはいえない(例えば、需要者の間に広く認識されているが、機能性に基づく表示などがその例として挙げられよう)。

さらに、X表示1は「文字部分自体による効果を除いても」営業主体の識別が可能であるとされているが、その認定はどこから生じたのであろうか。この点は類否および混同の判断にも影響を及ぼしており、非常に重要な点であるが、その説明がない。上記の本件特徴を備えた店舗の外観(Y店舗)から需要者がX店舗を想起したこと(文字部分自体による効果が除かれている)を根拠にしていると理解することもできるが、そうであればその旨明示することが当事者の決定の理解にとっても望ましいといえよう。

## (3) 周知性(需要者に広く認識されること)

まず本決定は、商品等表示該当性の判断において「需要者に……広く認識されるに至った」ことが必要であるとしており、そのために「混同のおそれを生じさせる他者の冒用を許すことが取引秩序上の信義衡平に反する程度に達していた」こと(要保護性)を求めている。しかしそれは、従来から店舗の外観以外にも不競法2条1項1号の「需要者の間に広く認識されているもの」の要件において求められているものである<sup>\*14</sup>。そのため、商品等表示であるかどうかを判断するうえでそれを要求する必要性はなく、逆に、未登録の文字商標のような表示について不競法上の保護が求められる場合に、その識別力のみをもって商品等表示に該当するとされていることとは異なるものを店舗の外観の商品等表示該当性について要求することになり

かねない<sup>\*15</sup>。商品等表示該当性の判断における周知性は、本決定も述べるとおり「店舗の外観……は、通常それ自体は営業主体を識別させること（営業の出所の表示）を目的として選択されるものではない」ことから<sup>\*16</sup>、その保護の前提となる識別力の獲得のために要求される。使用による識別力について規定する商標法3条2項は、その趣旨として識別力を獲得したということに加え、独占使用が事実上容認されていることをもって他者への開放の公益上の要請が薄いという点が挙げられており<sup>\*17</sup>、要保護性の判断を目的とするものではない。これらを踏まえると、識別力と要保護性は別々に検討されるべきではないであろうか。

また、本決定は、「X表示1の主要な構成要素」記載の特徴(1)(2)を兼ね備えた外観が、(ますます)「特徴的といえる」ものであり「他との十分な識別力」を有しているにもかかわらず、商品等表示に該当するために「需要者に……広く認識されるに至った」ことを要求している。これは、本決定が「需要者に……広く認識されるに至った」ことを要保護性の問題と捉えていることは整合的であるかもしれない。しかし、前記のとおり商品等表示該当性の判断において要保護性まで求めることは過大な要求である。また、商品等表示該当性について、「他の同種商品と比較して特異な形状である」場合に需要者に広く認識されるに至ったということを要求していない判決も存在する<sup>\*18</sup>。そのため、商品形態について、少なくとも本件を含むような店舗の外観のみで「特徴的といえる」ものであり「他との十分な識別力」を有している場合について、商品等表示に該当するための必須の要件として「需要者に……広く認識されるに至った」ことを要求するのには疑問がある。本件店舗の外観がなお特異とまではいえないとしても、「他との十分な識別力」を有している店舗の外観につき、要保護性を満たすかという観点から本件認定のような内容を求めることは、従来の判決にも見られる特別顕著性と長年にわたる使用等（により広く認識されるに至ったこと）との相関から見ても過大である。さらに、使用による識別力について規定する商標法3条2項の上記趣旨を踏まえれば、元々一定以上の識別力がある表示については、独占使用が事実上容認されているといえる長期の独占使用や強力な宣伝広告等の事実がありさえすれば、商品等表示と判断するためには足りるといえよう<sup>\*19</sup>。

#### (4) 独占適応性

本決定は、「需要者に広く認識されていたといえること」をいわゆる独占適応性が肯定されるための要素として挙げている。これは、前記のとおり使用による識別力について規定する商標法3条2項が、独占使用が事実上容認されていることをもって他者への開放の公益上の要請が薄いということ趣旨としており、そこから長年にわたる使用等（により広く認識されるに至ったこと）がその商品等表示の独占適応性を肯定する要素になり得ると理解することができる。しかしこのような理解が、商品等表示該当性における需要者に広く認識されることを要保護性の問題であると解し、本項において独占使用への言及を欠く本決定の理解と整合するかは疑問なしとしない。そして、そのような理解が不当であることは先述〈2. (3)〉のとおりである。

また本決定は、X表示1には「限定が付され条件が幾重にも絞られていること」として、「類似するとして禁止されるのは、建築に当たっての必要性も低いのに殊更外観を模倣した場合に限られる」としている。これは本決定が、店舗の外観一般につき強い限定および条件をつけることを求めているとも理解できる。この限定および条件により、その保護の対象が限定された結果、「独占による弊害は極めて小さ」くなり、それが独占適応性を肯定する要素となり得るとはいえる。しかし、不競法2条1項1号が規制の対象とする行為は「模倣」に限定されず、また実際にX表示1「に類似するとして禁止されるの」が「模倣した場合に限られる」のかは後記4. からも疑問なしとしない。

#### (5) 提供商品と提供容器の組み合わせの商品等表示該当性

本決定は飲食物とその容器（食器）の「組み合わせ」については、出所表示機能が極めて弱く、営業表示性を認めることは困難であるとしているが、それが「営業表示である旨広く知られていた」場合には、出所を表示する営業表示性が認められる余地を残している。具体的な当てはめにおいて、「X表示2」がどのようなものであるかは公開情報からは明らかではないが、特別顕著性を欠き、また「広く知られていたこと」の疎明もないことから、商品等表示該当性を否定した判断自体は妥当なものといえる。

### 3. 決定要旨2 X表示の周知性の有無

本決定は、商品等表示該当性における「需要者に……広く認識されるに至った」ことと不競法2条1項1号の文言

上要求されている「需要者の間に広く認識されている」の要件を同一のものであると解しているようである<sup>\*20</sup>。

これらの要件については、従来から理論上区別することができる<sup>\*21</sup>とされていたが、その認定は重なりとされてきた<sup>\*22</sup>。しかし、前記2. (3)を踏まえると、一定以上の識別力ある表示が商品等表示に該当するとされるためには、主として一定の独占使用がされ、それにより需要者に広く知られ得る状態にあったにもかかわらず、競争者がそれを選択しなかったということがあれば足りるはずである<sup>\*23</sup>。

これに対して不競法2条1項1号の要件である「需要者の間に広く認識されている」ことでは、2. (3)で述べたとおり、「保護の対象となる表示について他人の信用が蓄積されたと評価できる程度に、換言すれば、他者による冒用を許すことが取引秩序上の信義衡平に反すると評価できる程度に知られている」<sup>\*24</sup>ことが求められる。同要件では、識別力の問題とは別に同号による規制を正当化するために実際に需要者に知られ信用が蓄積されることが要求されるのである。そのため、商品等表示該当性において要求される長年にわたる使用等と不競法2条1項1号の「需要者の間に広く認識されている」ことは異なるものが要求されているのである（もちろん、場合によってはその認定が

重なることはあり得る）。

#### 4. 決定要旨3 類似性・混同のおそれの有無

本決定は、店舗名等の相違を考慮、勘案しても、X表示1とY表示1が全体として類似しており、混同のおそれがあるとするとする。しかし本決定は、X表示1が、「条件が幾重にも絞られていること」から商品等表示該当性を肯定しても「店舗外観の独占による弊害は極めて小さい」としていた。それにもかかわらず、その条件が相違していたとしても類似、混同するとし、禁止されるのが、「限定が付され条件が幾重にも絞られている」表示に限らないとしているのである。これを置いたとしても、従来の判決<sup>\*25</sup>が、「店舗外観全体の類否を検討するに当たっては、……少なくとも需要者の目を惹く特徴のないし主要な構成部分が同一であるか著しく類似して」いることを要求しているが、本決定では、その相違点が「特徴のないし主要な構成部分」ではなく、需要者の印象を左右しないということについての説明を欠いており、その判断の理由が分かりづらいものとなっている。この点は、前記2. (2)と同様、説明不足といえる。

(うちだ つよし)

- ※1) [モデルハウス事件] 大阪高判平成16年9月29日平15(ネ)3575号や[ログハウス調木造住宅事件] 東京地判平成26年10月17日平25(ワ)22468号。
- ※2) [ナイロール眼鏡事件] 東京地判昭和48年3月9日判時705号76頁等。
- ※3) [めしや食堂事件・第一審] 大阪地判平成19年7月3日判時2003号130頁、[同控訴審] 大阪高判平成19年12月4日平19(ネ)2261号、前掲※1・[ログハウス調木造住宅事件]。
- ※4) 例えば、知財高判平成28年10月31日平28(ネ)10058号。
- ※5) 商品形態がそのような目的による制約を受けるとするものとして、前掲※2・[ナイロール眼鏡事件]等。
- ※6) 知財高判平成28年7月27日判時2320号113頁。
- ※7) 東京高判昭和58年11月15日判時1112号122頁等参照。
- ※8) 前掲※3。
- ※9) 大阪地判平成22年12月16日判時2118号120頁。
- ※10) 横山久芳「商品形態の標識法上の保護」パテント69巻4号(別冊14)78頁(2016年)。判決として、例えば、東京高判平成14年5月31日判時1819号121頁。
- ※11) 井口加奈子「判批」NBL1097号21頁(2017年)。
- ※12) 前掲※1・[ログハウス調木造住宅事件]。
- ※13) 例えば、東京地判平成14年1月30日判時1782号117頁等。
- ※14) [チルド焼売包装箱事件] 名古屋地判平成16年6月24日平15(ワ)3454号。また、通産省知的財産政策室監『逐条解説不正競争防止法』29頁(有斐閣、1994年)も参照。
- ※15) ただし、立体商標とも比較しながら、商品等表示としての商品形態につき文字商標とは異なる考慮(自由利

- 用の要請とのバランス)が必要とする見解として、前掲※10・横山77頁。
- ※16) 前掲※1・[ログハウス調木造住宅事件]も参照。
- ※17) [三浦葉山牛事件] 知財高判平成18年6月12日判時1941号127頁、[本生事件] 知財高判平成19年3月28日判時1981号79頁など。単なる識別力の問題とし、審査に値するものとなったとするものとして、田村善之『商標法概説[第2版]』188～189頁(弘文堂、2000年)。
- ※18) [電路支持材事件・控訴審] 東京高判平成14年5月31日判時1819号121頁他。
- ※19) 谷有恒「周知商品等表示混同惹起行為(1)」牧野利秋他編『知的財産訴訟実務大系2』354～356頁(青林書院、2014年)は、商品形態の出所識別力が一定程度ある場合には、商品等表示該当性において強力な宣伝広告や独占的な販売を要するが、出所識別力が強い場合にそれを要しないとする。
- ※20) 同様に解するものとして、平嶋竜太ほか『入門知的財産法』[宮脇正晴]280頁(有斐閣、2016年)。
- ※21) 水野武「商品形態」牧野利秋編『工業所有権法』487頁(青林書院、1985年)。
- ※22) 田村善之『不正競争防止法概説[第2版]』123頁(有斐閣、2003年)。
- ※23) 立体商標に関する[ゴルチェI事件] 知財高判平成23年4月21日判時2114号9頁も参照。
- ※24) 前掲※14・[チルド焼売包装箱事件]。
- ※25) 前掲※3・[めしや食堂事件・控訴審]。同判決では、類否の判断において、看板を主要な構成要素としてその非類似が全体の印象に大きく影響しているとしている。