



# 店舗の外装・内装デザインの法的保護 ー日本における現状と保護拡充に関する考察

矢倉, 雄太

---

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2020-03-25

(Date of Publication)

2022-03-25

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第7660号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1007660>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



# 博士學位論文

店舗の外装・内装デザインの法的保護—日本における現状と保護拡充に関する考察

神戸大学大学院法学研究科

専攻： 理論法学専攻

指導教員： 前田 健

学籍番号： 150J176J

氏名： 矢倉 雄太

提出年月日： 令和2年1月9日

## 論文要旨

近年、我が国では、喫茶店や小売店などにおいて、店舗の外装・内装を他店との差別化に用いており、店舗の外装・内装自体が顧客吸引力を有するケースも存在する。

そこで、本論文では、主として店舗の外装・内装の創作面及び標識面の観点から、日本における保護の現状を確認し、保護拡充の要否及びその内容について考察した。

創作面のうち技術的側面に関し、特許法・実用新案法による保護が考えられるが、店舗の外装・内装に関する技術分野の保護が、他の技術分野に比して保護に欠けるということではなく、保護拡充は現状不要と考える。

次に、創作面のうち装飾的側面について、著作権法と意匠法からそれぞれ保護の現状を確認し、保護拡充について考察を加えた。

ところで意匠法は、令和元年改正により、その保護対象に「建築物にかかる意匠」や「内装の意匠」が追加され、店舗の外装・内装の保護が可能になった。

そして、著作権法による保護拡充は、権利の発生につき無方式主義を採用していることや権利の存続期間などの諸々の事情から、かえって後発創作者の創作活動に抑止的效果を与え、多様な建築物や店舗の外装・内装の創出を阻害する危険、ひいては文化の発展（著作権法1条参照）を損なう危険があるから、慎重な姿勢を採るべきである。

これに対し、意匠法による保護であれば、権利の発生につき方式主義を採用していることのほか種々の事情を考慮すれば、著作権法による保護拡充の場合のような弊害が生じるとは直ちに評価できないから、同法により店舗の外装・内装の創作面（装飾的側面）の保護を拡充することは首肯できる。

次に、標識面の保護について、不競法と商標法の側面から日本における保護の現状及び保護拡充の要否及び内容について考察を加えた。

不競法による保護については、裁判所が現状直ちに、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性について他の表示に比して特段に要件を加重しているとは評価できないため、保護拡充は検討しない。

次に、現行の商標法及び審査運用のもとでは、店舗の外装・内装を構成する個々の要素の組み合わせを一つの商標として保護することはかなわない。

この点に関連し、2019年11月22日現在、特許庁（産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会及び産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループ）では、立体商標制度に関する省令改正及び商標審査便覧や同審査基準などの審査運用を見直す検討が進んでいる。

そして、同立体商標の見直しによる保護拡充策は、特定方法や保護対象の範囲、類否の判断などを含め複数の観点から、米国のトレードドレスを参考にしたトレードドレスの導入による保護拡充策と比較考察をしても、現状明らかに保護として不十分であるとは評価

できない。

そこで、立体商標の審査運用の見直しによる保護拡充策を採ることは首肯できる。

最後に、上記両側面で保護されていない保護法益（名誉や営業の自由など）について、不法行為により保護することも考えうるため、一連の最高裁判決（最二判平成16年2月13日民集58巻2号311頁以下〔ギャロップレーサー事件〕、最一判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮映画事件〕）の判示事項を前提に考察を加えている。

不法行為による保護拡充は、かえって市場への抑止的效果を生む可能性もある。

そのため、基本的には立法府が諸般の事情を利益衡量した上で成立する個別の知的財産法による保護拡充を模索すべきである。

もっとも、今後将来的に、現在では想定されていない保護法益が生じてくる可能性は否定できず、その際には、不法行為による保護の補完を見直す必要が出てくるであろう。

以上

## 目次

第1章 序論.....	1
第1節 本論文の目的.....	1
第2節 店舗の外装・内装の二つの側面について.....	1
1 はじめに.....	1
2 店舗の外装・内装の創作面の保護について.....	1
(1) 著作権法による保護.....	1
(2) 特許法による保護.....	2
(3) 意匠法による保護.....	3
(4) 不正競争防止法（以下、単に「不競法」という。）2条1項3号（いわゆる商品形態模倣行為）による保護.....	4
(5) 店舗の外装・内装デザインの装飾面の機能と保護の必要性.....	4
(6) 小括.....	6
3 店舗の外装・内装の標識面の保護について.....	6
(1) 「喫茶店」等における競争が、提供される商品及びサービスから付加価値による競争に移行していること.....	6
(2) 「付加価値」として店舗の外装・内装デザインが用いられることがあり、これらが出所識別標識足りうること.....	8
(3) ブランディングにおける店舗の外装・内装デザインの重要性.....	9
(4) フランチャイズチェーンにおける店舗の外装・内装デザインの重要性.....	11
(5) ブランディングへの投資保護の必要性.....	12
(6) 小括.....	13
第3節 小括.....	14
第2章 創作面の保護.....	14
第1節 特許法・実用新案法.....	14
1 はじめに.....	14
2 登録例.....	16
3 特許法・実用新案法による保護の限界.....	16
(1) 保護の対象及び範囲.....	16
(2) 保護期間（権利の存続期間）の観点.....	17
(3) 標識面保護に対し事実上不利に働く可能性（特に不競法による保護との関係）.....	17

(4) 権利取得・維持費用（コスト） .....	18
(5) 事業者の意思や思惑との不一致.....	20
(6) 小括 .....	21
4 特許法・実用新案法による保護拡充に関する考察 .....	21
(1) 私見 .....	21
(2) 理由 .....	21
<b>第2節 著作権法</b> .....	23
1 はじめに.....	23
2 著作権法による保護の限界.....	23
(1) 著作権法上の規定.....	23
(2) 建築の著作物の支分権侵害 .....	24
(3) 建築の著作物の芸術性（美術性）の要否 .....	24
(4) 現在の裁判実務 .....	26
ア 建築物の「著作物」該当性に関する判断（芸術性（美術性）の要否） .....	26
イ 著作物の構成要素について .....	27
（ア）空間を構成する複数の要素を「一つ」の著作物として捉え得ること ....	27
（イ）物理的に離隔した複数の要素を「一つ」の著作物として肯定した裁判例 .....	28
（ウ）小括 .....	29
ウ 応用美術との比較.....	30
(5) 現状の裁判実務を踏まえた店舗の外装・内装の保護の限界.....	32
3 著作権法による保護拡充に関する考察 .....	33
(1) 私見 .....	33
(2) 理由 .....	34
ア 「著作物」該当性のハードルは著作物の類型ごとに自ずと差異があること .....	34
イ 「建築の著作物」該当性に芸術性（美術性）が要求されるべきこと.....	34
ウ 「建築の著作物」該当性に芸術性（美術性）を要求せずに、広く著作物該当性を認めるような保護拡充策がもたらす弊害（不都合） .....	34
エ 小括.....	37
<b>第3節 意匠法</b> .....	37
1 はじめに.....	37
2 実務の流れ .....	38
(1) 令和元年意匠法改正前の保護状況 .....	38
ア 「意匠」の範囲.....	38
イ 一意匠一出願の原則（令和元年改正前意匠法7条）と組物の意匠（同8条）	

.....	41
ウ 小括.....	41
(2) 令和元年改正法の概要及び内容について.....	41
ア 改正の経緯.....	41
イ 店舗デザインに絡む改正法の内容.....	42
(ア)「意匠」の定義及び「実施」の内容等.....	42
(イ)「内装の意匠」について.....	43
ウ 令和元年改正法後の意匠審査基準.....	44
(ア)新規性の判断.....	44
(イ)創作非容易性の判断.....	48
(3) 令和元年改正法以降に想定される実務について.....	50
ア 意匠法による保護の可能性の拡大.....	50
イ 意匠要件及び権利範囲についての若干の考察.....	51
(ア)建築物の意匠.....	51
(イ)内装の意匠.....	52
ウ 建築物の意匠制度及び内装の意匠制度の戦略的活用.....	54
3 意匠法による保護拡充に関する考察.....	56
(1) 私見.....	56
(2) 理由.....	56
ア 意匠法による保護が後発の創作活動（ひいては多様性）を必ずしも阻害しないこと.....	56
イ 意匠法による保護拡充が適切であると考えられること.....	58
(ア)意匠法の目的に沿うものであること.....	58
(イ)「実施」行為の内容に関する相違が、意匠法による保護拡充が不都合性を招くことを示唆するものでないこと.....	58
(ウ)依拠性の要件の不存在という相違が、意匠法による保護拡充が不都合性を招くことを示唆するものでないこと.....	60
(エ)類否の判断の相違が、意匠法による保護拡充が不都合性を招くことを直ちに示唆するものではないこと.....	60
ウ 小括.....	63
(3) 今後の課題.....	63
<b>第4節 創作面の保護に関する小括.....</b>	<b>64</b>
1 いわゆる商品形態模倣行為（不競法2条1項3号）について.....	64
(1) 商品形態模倣行為（同2条1項3号）が創作面を保護する趣旨を含意すること.....	64

(2) 商品形態模倣行為の保護対象 .....	65
(3) 立法の検討 .....	65
2 創作面の保護に関して望ましいと考えられる制度選択について .....	66
<b>第3章 標識面の保護 .....</b>	<b>67</b>
<b>第1節 不競法 .....</b>	<b>67</b>
1 はじめに .....	67
2 裁判実務における保護の現状と限界 .....	68
(1) 不競法による保護の可能性 .....	68
ア 店舗の外装・内装が不競法における保護範囲に含まれるかどうか .....	68
イ 店舗の内装の商品等表示該当性（出所識別標識たりうるか） .....	69
ウ 小括 .....	71
エ 独占適応性（技術的側面）の関係 .....	72
(ア) はじめに .....	72
(イ) 技術的機能に由来する形態の特許法・実用新案法による保護と不競法による保護の調整 .....	72
(ウ) 特許法，実用新案法の独占実施下での周知性獲得と不競法の保護との関係 .....	74
(エ) 小括 .....	77
(2) 裁判例の外観—はじめに .....	77
(3) コメダ珈琲事件（東京地決平成28年12月19日（平成27年（ヨ）22042号）） .....	77
ア 事案の概要 .....	77
イ 判旨（一部認容） .....	82
(ア) 債権者表示1（店舗外観）の「商品等表示」該当性 .....	82
(イ) 債権者表示2の「商品等表示」該当性 .....	86
(ウ) 他の要件の充足 .....	86
(4) まいどおおきに食堂事件（控訴審：大阪高判平成19年12月4日，第一審：大阪地判平成19年7月3日判時2003号130頁） .....	87
ア 事案の概要 .....	87
イ 判旨（請求棄却） .....	88
(ア) 第一審（全部棄却。）—商品等表示性について .....	88
(イ) 控訴審（控訴棄却。）（下線は執筆者による。） .....	89
(5) コメダ珈琲事件とまいどおおきに食堂事件の相違点から見る裁判実務 .....	90
ア 商品等表示（営業表示）該当性の規範について .....	90

イ 「商品等表示」該当性の具体的判断について .....	92
ウ 独占適応性について—保護範囲とのジレンマ（原告表示特定の重要性） ....	94
エ 類似性の判断基準 .....	96
(6) 西松屋事件（大阪地判平成 22 年 12 月 16 日判時 2118 号 120 頁） .....	98
ア 事案の概要 .....	98
イ 判旨（営業表示性を中心に） .....	99
ウ 検討 .....	101
(7) その他同種事件 .....	103
(8) 小括 .....	105
3 不競法による保護拡充に関する考察 .....	106
(1) 結論 .....	106
(2) 裁判所の店舗の外装・内装の捉え方について .....	107
(3) 店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する規範について .....	110
ア ②周知性要件について .....	110
イ ①特別顕著性の要件について .....	111
ウ 小括 .....	113
(4) 小括 .....	113
<b>第 2 節 商標法</b> .....	113
1 はじめに .....	113
2 商標法による店舗の外装・内装の標識面保護の現状 .....	116
(1) はじめに .....	116
(2) 立体商標による保護 .....	116
ア 立体商標による保護の対象について .....	116
イ 出所識別力について .....	123
ウ 独占適応性について .....	127
(3) 平面商標による保護 .....	128
ア 登録例等 .....	128
イ 権利行使の限界 .....	131
ウ 後願排除効のメリット .....	131
(4) 色彩のみからなる商標による保護 .....	132
ア 登録例等 .....	132
イ 特定方法 .....	133
ウ 登録の範囲 .....	134
エ 類否の判断 .....	134
オ 小括 .....	135

(5) 位置商標による保護.....	135
ア 登録例等.....	135
イ 特定方法.....	137
ウ 類否の判断.....	137
エ 小括.....	138
(6) 商標法における保護範囲—小括.....	139
3  日本の商標法による店舗外装・内装の保護拡充に関する考察—保護拡充の要否について.....	140
(1) 店舗の外装・内装における個々の構成要素の組み合わせから成る一つの標章の保護の必要性について.....	140
(2) 店舗の外装・内装の組み合わせからなる一つの標章の出所識別力について ..	141
(3) ブランディングへのインセンティブ確保との関係 .....	143
(4) 小括 .....	144
4  日本の商標法による店舗外装・内装の保護拡充に関する考察—商標制度小委員会及び商標審査基準WGにおいて検討されている立体商標に関する審査運用等の改訂について .....	144
(1) 立体商標の審査基準改訂等による店舗の外装・内装の保護拡充策の概要 .....	144
ア はじめに.....	144
イ 商標の詳細な説明の記載と実線と破線による商標記載の描き分けの許容 ..	144
ウ 商標記載欄に店舗の内装の端が切れて記載されているものを一定程度許容すること .....	145
(2) 具体的な内容（審査基準改訂案）について .....	147
ア はじめに.....	147
イ 具体的な検討案について .....	147
(ア) 店舗の内装に関して .....	147
(イ) 店舗の外装に関して .....	151
(ウ) 店舗の外装・内装の双方を含む構成に関して .....	156
ウ 立体商標として含めることができるものの限界に関する考察.....	158
(ア) 一商標—出願の原則との関係について .....	158
(イ) 店舗の外装において、建物全体が実線で描かれていなければならないか、という問題について .....	161
(ウ) 小括 .....	163
(3) 小括 .....	163
5  日本の商標法による店舗外装・内装の保護拡充に関する考察—「新たな商標」の導入策との比較考察.....	163

(1) 米国における「トレードドレス」の議論の参照 .....	163
(2) 米国における「トレードドレス」制度について .....	165
ア 米国の「トレードドレス」の保護の本質（定義等） .....	165
イ トレードドレスが標識面を保護するものであること .....	167
ウ トレードドレスの具体例 .....	168
(ア) 裁判例上肯定されたもの .....	168
(イ) 登録例 .....	169
エ トレードドレスの商標出願に関する審査運用の概略 .....	176
(ア) 実線と破線による描き分けの許容 .....	176
(イ) 商標の説明の記載 .....	177
(ウ) 権利範囲 .....	177
オ 米国トレードドレスの保護要件 .....	178
(ア) はじめに .....	178
(イ) ①識別力 (distinctiveness) .....	178
(ウ) ②混同のおそれ (likelihood of confusion) .....	185
(エ) ③非機能性 (Non-functional) .....	187
カ 米国におけるトレードドレスと著作権法との関係 .....	192
キ 米国におけるトレードドレスと実用特許，意匠特許との関係 .....	192
(ア) 実用特許 (utility patent) .....	192
(イ) 意匠特許 (design patent) .....	193
ク 米国における店舗の外装・内装デザイン（トレードドレス）の判例 (Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763 (1992)) .....	194
(ア) はじめに .....	194
(イ) 事案の概要 .....	194
(ウ) 判旨 .....	197
(エ) 考察 .....	198
(3) 「新たな商標」としてのトレードドレスの導入という選択肢—許容性，導入方策の検討と懸念事項に関する考察 .....	200
ア はじめに .....	200
イ トレードドレスによる保護拡充がもたらす利点と課題（懸念事項） .....	201
(ア) トレードドレス導入による保護拡充がもたらす利点 .....	201
(イ) 導入の範囲（「限定的なトレードドレス」の導入策） .....	203
(ウ) 課題と懸念事項 .....	204
ウ 小括 .....	217
(4) 立体商標制度の審査運用等の改訂による方法と限定的なトレードドレスを「新	

たな商標」として導入することによる方法との比較考察.....	217
ア はじめに.....	217
イ 特定の方法の観点.....	218
ウ 保護対象に取り込むことができるものとその限界の観点.....	218
エ 識別力の観点.....	218
オ 機能性（独占適応性）の観点.....	219
カ 類似の範囲（及び同一性の範囲）の観点.....	219
キ 制度の国際調和の観点.....	220
(5) 小括.....	221
6 小括.....	221
第3節 標識面の保護に関する小括.....	221
第4章 創作面及び標識面の保護の補完としての一般不法行為法による保護	
.....	222
第1節 はじめに.....	222
第2節 現状の裁判実務の確認・検討.....	223
1 不法行為に基づく請求の内容.....	223
2 個別の知的財産法の「補完」としての一般不法行為法に関する判例.....	224
(1) 最高裁判例（最高裁判例を踏まえた裁判実務）.....	224
(2) 北朝鮮映画事件判決（以下、「本判決」という。）の意義.....	226
(3) 本判決の射程.....	228
第3節 店舗の外装・内装の保護と一般不法行為法による保護.....	230
1 現状の法律実務を踏まえて想定される帰結.....	230
(1) 上記判例を踏まえた店舗の外装・内装の不法行為法による保護の現状.....	230
(2) 店舗の外装・内装の創作面及び標識面以外の保護法益について.....	231
ア 店舗運営者の社会的評価，名誉.....	231
イ 営業の自由.....	232
ウ 小括.....	233
(3) 不法行為法による救済の困難性.....	233
2 保護拡充に関する考察.....	234
(1) 私見.....	234
(2) 理由.....	234
第5章 結語.....	235

## 第1章 序論

### 第1節 本論文の目的

本論文では、小売店や喫茶店（カフェ）などの店舗の外装や内装（以下、単に「店舗の外装・内装」や「店舗の外装・内装デザイン」などという。）に関する法的保護について、日本の法律実務における保護の現状を確認・検討するとともに、保護拡充の要否及びその内容について考察を加えることを目的とする。

### 第2節 店舗の外装・内装の二つの側面について

#### 1 はじめに

では、なぜ店舗の外装・内装の法的保護を検討すべきなのか。この理由を検討するにあたり、店舗の外装・内装の二つの側面に目を向ける。

そもそも、店舗の外装・内装には、その創作者の創作的な側面と、他の店舗との差別化要因となる出所識別標識としての標識的な側面がある。なお、創作面と捉えうる店舗の外装・内装のデザイン性を高めることは、競業者の店舗の外装・内装と比べて益々顕著な特徴を有することに繋がり、ひいては出所識別力を高めるなど、両側面は有機的に密接に関連しているものと思われる<sup>1</sup>。

したがって、両側面を一刀両断的に切り分けるのは、必ずしも適切でない。

そのため、本論文では、あくまで便宜的に両側面の視点から保護を検討するにすぎないものであることを予め付言する。

#### 2 店舗の外装・内装の創作面の保護について

##### (1) 著作権法による保護

店舗の外装・内装は、デザインなどの創作的かつ装飾的な要素を含むことが多い。例えば、著作権法においても、建築の著作物が例示されている（著作権法10条1項5号）。

このことから、店舗の外装・内装についても、「建築物」や「空間デザイン」などとして、同法の「著作物」に該当するものとして保護の余地があろう。これは、

---

<sup>1</sup> 経済産業省・特許庁 産業競争力とデザインを考える研究会『「デザイン経営」宣言』1頁（2018年5月23日）では、「デザインは、企業が大切にしている価値、それを実現しようとする意志を表現する営みである。それは、個々の製品の外見を好感度の高いものにするだけでない。顧客が企業と接点を持つあらゆる体験に、その価値や意志を徹底させ、それが一貫したメッセージとして伝わることで、他の企業では代替できないと顧客が思うブランド価値が生まれる。さらに、デザインは、イノベーションを実現する力になる。…このようなデザインを活用した経営手法を『デザイン経営』と呼び、それを推進することが研究会からの提言である。」とされており、同様にデザインが単に創作的な要素にとどまらず、ブランド価値やイノベーションに結び付くことが示されている。

同法の「文化の発展に寄与する」という目的（法1条参照）にも沿う。

このように、店舗の外装・内装についても、「建築の著作物」などとして著作権法上保護すべきといえるケースが十分にありうる以上、創作者の創作の保護、文化的発展という点をも考慮すればなおのこと、店舗の外装・内装の創作面の装飾的側面が適切かつ十分に保護されているか、その保護の在り方が検討されなければならない。

## (2) 特許法による保護

次に、特許法は保護の対象を「発明」とし、「発明」とは、「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう。」と定義している（同法2条1項）<sup>2</sup>。同法は、かかる保護対象からも明らかなように、著作権法と同様に創作法として位置付けられ<sup>3</sup>、人間の創作を保護の客体としている。

もっとも、著作権法が文化法であるのに対し、特許法は、「発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする」（同1条）ものであり、産業法という違いがあることは周知のとおりである。

しかし、著作権法は、昭和60年の法改正により、プログラムが著作物として保護されることが明文化され、翌昭和61年には、データベースについても著作物として保護されることが明文化されている。このように、現在の著作権法では、その保護対象に、文化財というよりはむしろ産業財と捉える方が相当と考えられるものを取り込んでいる。

このような次第で、現在においては著作権法を単なる文化法として捉えることは必ずしも正鵠を射ていないように思われる。

そのため、本論文では、著作権法が店舗の外装・内装の文化的側面を保護し、特許法が産業的側面を保護するものという観点ではなく、むしろ特許法が伝達される（技術的）アイデアそのもの（いわば伝達対象）を保護するもの、著作権法はあるアイデアをどのように伝達や表現をするのかという手段（いわば伝達手段）を保護するものである<sup>4</sup>、という観点に立ち、店舗の外装・内装の保護について後述（第2章第2節）のとおり検討する。

そして、店舗の外装・内装に関し考えれば、外装・内装に施される物やその方法、または外装・内装自体が、特定の課題を解決する解決手段となり、課題解決に向けた作用効果を奏している（技術的意義がある）場合、特許法や実用新案法において保護されるケースが当然にあり得よう。

---

<sup>2</sup> 実用新案法は、保護対象を「考案」とし、「考案」とは、「自然法則を利用した技術的思想の創作をいう」ものと定義する（同法2条）。したがって、特許法と同様に創作法である。

<sup>3</sup> 中山信弘『特許法』13頁（弘文堂、第4版、2019年）。

<sup>4</sup> 島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門』8頁〔島並良〕（有斐閣、2014）。

このように、店舗の外装・内装の技術的な思想（伝達対象）自体という創作面の保護が十分かどうか、またその保護拡充の要否などを検討することは、技術的側面の保護、発明の奨励、産業の発達への寄与にも資するものである。

したがって、特許法、実用新案法の観点からの検討も重要である。

### (3) 意匠法による保護

また、意匠法は産業デザイン（装飾）について保護する法律として、「意匠の創作を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的」（同1条）としている。意匠法と著作権法とは、デザイン（装飾）を保護し、多様性を生み出すことを志向している点で共通するように考える。

これに対し、意匠法においては、特許法に類似して新規性（意匠法3条1項各号）及び創作非容易性（3条2項）が意匠要件として規定されていることから、意匠法が志向しているのは「多様性の世界」ではなく、いわば「収斂の世界」であると考えられる余地もある。

この点に関連し、意匠法の目的（同法1条）における創作の奨励が産業の発達にどのように繋がるかに関しては様々な見解がある<sup>5</sup>。

しかし、意匠が需要者の需要を増大させる機能を有する点は否定し難く、かかる需要増大機能をもって産業の発達に寄与するものと解するべきである<sup>6</sup>。

また、同時に、先行意匠、公知意匠とは異なる様々な意匠が創出されることは、当該意匠に係る商品等の価値を高めて顧客吸引力を高める。

そして、このように顧客吸引力が高い商品は、当該商品の属する市場における他の商品に比して高い競争力を有することになる。

そうすると、このような様々な意匠を備えた「多様な商品」が社会に創出されることで、結果として当該商品の属する市場においては企業間の競争が高まることになる。

かく考えると、「意匠」は、当該商品等の属する市場（マーケット）を開発し、その全体的な価値を向上させるように思われ、様々な「意匠」の創作を奨励すること（多様性）自体が産業の発達に寄与するように解される<sup>7</sup>。

このように、意匠法は、「収斂の世界」ではなく、意匠の創作を奨励することで、

---

<sup>5</sup> 満田重昭＝松尾和子編『注解 意匠法』99頁〔松尾和子〕（青林書院，2010）。

<sup>6</sup> 茶園成樹『意匠法』4頁（有斐閣，2012）。

<sup>7</sup> 満田ほか・前掲注5）104頁〔松尾和子〕は、「商品に係る標準的機能が均質化すると、商品に特徴のある意匠（美的センス）が表現され、商品の付加価値を高め、顧客に対する訴求効果をあげる。それは、新しい商業利用を促し、企業間の競争を高める。一つの商品開発は、他の関連商品の開発を刺激し、促進する。意匠が商品の出所識別力を実現し、需用者の購買意欲の喚起につながる場合もある。そのような商品、直接的には『意匠』が、特に商品市場を開発し、押し上げ、産業の発達に寄与する。」とする。

多様なデザインが社会に創出され、上記のように産業の発達に寄与することを志向しているものとする。

そして、詳しくは後述するが、店舗の外装・内装についてみると、店舗の外装・内装デザインは、正に当該店舗における需要者の需要を増大させる機能を有している上、多様な店舗の外装・内装の存在自体が、顧客の満足度や当該店舗の属する事業分野における市場での企業間の競争を高め、当該市場を開発して市場自体の全体的な価値を向上させるように考える。

したがって、多様な店舗の外装・内装デザインを保護することが、産業の発達に寄与しよう。

このように、店舗の外装・内装の創作面のうち装飾面の保護が十分かどうかおよびその保護拡充の要否に関する検討は、著作権法のみならず、著作権法と同様にデザイン（装飾）を保護し、多様性の世界を志向する意匠法の観点からの検討も重要である。

#### (4) 不正競争防止法（以下、単に「不競法」という。）2条1項3号（いわゆる商品形態模倣行為）による保護

また、不競法2条1項3号では、いわゆる商品形態模倣行為を不正競争行為として規定している。かかる規定も商品の「創作的」側面を保護せんとするものと解される。

したがって、そもそもかかる「商品」に店舗の外装・内装デザインを含むかどうかの検討も必要であるが、同制度を用いたあるいは参考にした店舗の外装・内装デザインの保護拡充策についても考察を加える必要がある。

#### (5) 店舗の外装・内装デザインの装飾面の機能と保護の必要性

小売店や喫茶店（カフェ）における店舗の外装・内装デザインの創作面の内、「外装」のデザイン面については、顧客において当該小売店や喫茶店に入店するかどうか判断する際の一考慮事情となり、「店舗外装」という表現を伝達している。また、店舗の外装は、当該店舗に関する「雰囲気」や「イメージ」を顧客に伝達する機能をも果たしており、顧客吸引力にも繋がるものである。

また、「内装」のデザインについては、顧客に内装デザインという表現を伝達するとともに、顧客がそれを目にして店内で一定時間を過ごすことで、当該店舗の「雰囲気」や「イメージ」を提供し、顧客のマインドに働きかける（当該店舗に対する愛着や親近感等ポジティブな影響のほか、ネガティブな影響もありうる）機能を果たしている。

そうすると、店舗の外装・内装の「デザイン（装飾）面」は、その美的形象自体が顧客等の需要者に伝達される上、それが顧客のマインドにポジティブに働きかけ

て、競業者との差別化のほか顧客の増大など、当該店舗のキャッシュフローに結びつくものである。

店舗の外装・内装デザインは、このような機能から事業者にも重視されよう。

そして、例えば喫茶店においては、初期投資（オープン時に必要な費用）に占める店舗の外装・内装費の割合が大きい<sup>8</sup>。

ここで、喫茶店などにおいては、一般的に、提供する飲食物（レシピ）の開発などにも投資を行う。

しかし、例えば飲食物のレシピなどは、隠し味やノウハウ等、クローズされた部分が存在し得るから、一般に模倣されにくく、そのためかかる飲食物の開発への投資は、営業行為の継続により順次回収することが可能であろう。

これに対し、店舗の外装・内装は、いずれも初期投資に占める割合は大きく、金額も多額に上る。また顧客獲得の観点からも、飲食物と同程度乃至これに準ずる程度に重要<sup>9</sup>である。

しかしながら、店舗の外装・内装は、レシピ等と異なり上記のとおりその特徴が顧客や競業者の目に比較的長時間触れる上、その外観から特徴的構成を捉えることも容易である。

そのため、店舗の外装・内装は、一般的には他の初期投資部分（例えばレシピの開発等）に比して模倣が容易である。また、喫茶店等を営む上での店舗の外装・内装の上記重要性に鑑みれば、競業者に模倣のインセンティブが働く部分であるとさえ考えられる。

このような次第で、店舗に外装・内装の創作面に対する初期投資は、他の初期投

---

<sup>8</sup> バウンド『はじめての『カフェ』オープンBOOK』（技術評論社、2005）は、現実の店舗に関する複数の開業資金が内訳とともに紹介している。例えば、あるカフェでは、開業資金合計1200万円の内、「店舗工事費（内装設備費・厨房設備費）」が500万円、次いで「店舗物件取得費」が300万円とされ（同書13頁）、また他のカフェでは、開業資金合計1000万円の内「店舗取得費」、「内装費（設備工事、インテリア、什器、厨房器機含む）」が共に400万円（同書27頁）、さらに別のカフェでは開業資金合計700万円の内「内装工事費」が300万円、店舗取得費は前の契約者から引き継いだため0円（同書63頁）、また他の店舗では、開業資金合計1300万円の内、「店舗取得費」が100万円、「内装費（厨房設備・工事費含む）」が660万円、「焙煎機」が120万円、「硝煙装置」が100万円、「運転資金」200万円、「インテリア・その他」が120万円とされている（同書69頁）。このように、個別事情により金額は異なり開業資金合計に占める割合も自ずと異なるものの、一般的に店舗の内装費が開業資金全体に占める割合は高いことが読み取れる。

<sup>9</sup> 株式会社マクロミル「カフェに関する調査」2002年8月22日

([https://www.macromill.com/r\\_data/20020822cafe/](https://www.macromill.com/r_data/20020822cafe/), 2019年4月28日最終閲覧)では、関東・関西地方の10～20代の女性519名に対して「カフェに関するアンケート」を実施した報告を掲載している。同報告においては、「Q：現在、あなたはカフェを選ぶとき、何を重視しますか。（複数回答可）」という質問に対し、「ドリンクの充実」という回答が最も多く73%、次いで「価格」が68%、さらに次いで「親しみやすさ、入りやすさ」が59%、「商品の品質」が53%、「外観・インテリア」が51%と続いている。

資に比しても特に保護する必要性があり、その重要性及び投資コストの大きさにもかかわらず創作面が十分に保護されていないとすれば、発明や考案、創作へのインセンティブは損なわれるであろう。

しかし、後述のように、特許法や実用新案法では店舗の外装・内装デザインの装飾的側面を保護することはかなわず、著作権法においても実用性を離れた芸術性（美術性）が要求されている点で保護のハードルは非常に高かった。また、令和元年改正前の意匠法では、「意匠」に建築物などの不動産を含まず、店舗の内装なども適切に保護できない。さらに、不競法2条1項3号の商品形態模倣行為についても、「商品」に店舗の外装・内装デザインを含む解釈は難しく、店舗の外装・内装デザインの保護には利用できない制度であると考えられる。

このように、店舗の外装・内装デザインの創作面については、その保護が必ずしも十分とは言い難い状況であった。

そのため、このように保護が不十分であれば、店舗の外装・内装という分野における発明や創作へのインセンティブは損なわれ、イノベーションや多様性（文化の発展や産業の発達）は阻害されかねず、特許法（実用新案法）や、著作権法、意匠法などが志向する目的（理想）とは乖離したものとなろう。

## (6) 小括

以上の次第で、店舗の外装・内装の創作面は、創作のインセンティブが不十分でないかどうか等を一つのメルクマールとして、特許法（実用新案法）、著作権法、意匠法、不競法2条1項3号などそれぞれの観点から、現行法及び現在の実務的運用を確認しつつ、保護の在り方（保護の拡充の可否）等を今一度検討する必要がある。

これらについては、第2章において、第1節から第4節に分けて検討する。

## 3 店舗の外装・内装の標識面の保護について

### (1) 「喫茶店」等における競争が、提供される商品及びサービスから付加価値による競争に移行していること

次に、店舗の外装・内装は、競業者の店舗との差別化を図る要素としてしばしば用いられる。

例えば、日本における「喫茶店」について見てみると、2016年6月現在、全国に67,198件の事業所が存在し、東京都だけで6,710件、愛知県では7,784件、大阪府では8,680件の事業所が存在する<sup>10</sup>。これらの各都府県の実業所の多くが、各都市の中でも特定の地域に集中しているものと思われる。

もちろん、このような事業所の中には、同一の事業者が複数店舗展開するチェー

---

<sup>10</sup> 総務省統計局「平成28年経済センサスー活動調査（参考）産業分類、地域別民営事業所数及び従業者数」（公開日2018年6月28日）。

ン店やフランチャイズの店舗も存在するが、このような事情を考慮したとしても、「喫茶店」の競争は特に都市部において激化していることは想像に難くない。

しかし、「喫茶店」で提供する商品は、珈琲、紅茶、軽食などの飲食物であり、サービスはこれらの商品の提供の他一定時間を過ごす空間を提供することなどである。

多くの店舗で提供されるこれらの商品やサービスのほとんどが、今や一般消費者が通常期待する品質や内容を実現（達成）してコモディティ化<sup>11</sup>しており、店舗運営者にとっては、当該商品やサービス自体により、自己の営む店舗と他の競業者の店舗とを差別化することは、必ずしも容易ではなく、むしろ困難であるといえよう<sup>12</sup>。

そして、飲食店についても、全国に590,847件の事業所が存在する<sup>13</sup>。また、日本においては、「喫茶店」で提供される飲食物と同様に、その他の多くの飲食物について、一般消費者が通常期待する品質や内容を満たしているように思われる。

そのため、外食産業での競争は、飲食物の品質による競争はもちろんあるが、多くが付加価値のレベルでの競争にも移っているように思われる。

このように、現在の我が国においては、喫茶店のみならず外食産業自体が激しい競争にさらされ、供給する商品のみではなく、それと同時並行して付加価値による競争が行われている<sup>14</sup>。

---

<sup>11</sup> 恩藏直人『マーケティング』128-129頁（日本経済新聞社、第2版、2019）は、「コモディティ化とは、どのブランドを取り上げても基本的な品質において大きな違いがなくなる傾向のこと」と定義する。

<sup>12</sup> ケビン・レーン・ケラー（恩藏直人監訳）『エッセンシャル 戦略的ブランド・マネジメント』3頁以下（東急エージェンシー、第4版、2015）は、製品には5つのレベルの定義があるとす。すなわち、「製品やサービスを消費することによって消費者が満たす基本的なニーズないしウォンツ」のレベルである「コア・ベネフィット・レベル」、「製品が機能するために絶対に必要な属性ないし特性のみを備え、際立った特徴のない基本形の製品」のレベルである「一般製品レベル」、「買い手が製品を購入する際に通常期待し同意する、属性ないし特性の集合」のレベルである「期待製品レベル」といい、「製品を競合他社の製品と区別する追加的な属性、ベネフィット、関連サービス」を「膨張製品レベル」といい、「製品にいずれ追加される可能性のある部分」を「潜在製品レベル」という、というように分類する。そのうえで、著者は、エアコンを例に挙げ、多くの市場では、「膨張製品レベル」に達していることを指摘し、元ハーバード大学のセオドア・レビット名誉教授の「新たな競争は、工場で作る製品ではなく、工場で作った製品に加えるパッケージング、サービス、広告、…その他人々が価値を認めるものの中で起きている」と述べていることを指摘している。このように、市場における商品（製品）が期待製品レベルに達している場合、競争（競業者との差別化）は、膨張製品レベルに至ることが示されている。このことからすれば、喫茶店等の提供する商品においても、ほとんどが期待製品レベルに達していることは想像に難くない以上、競争は膨張製品レベルに至っているものと思われる。

<sup>13</sup> 総務省統計局・前掲注10)。

<sup>14</sup> 株式会社マクロミル・前掲注9) では、関東・関西地方の10~20代の女性519名に対して「カフェに関するアンケート」を実施した報告を掲載している。同報告においては、「Q: 現在、あなたはカフェを選ぶとき、何を重視しますか。(複数回答可)」という質問に対し、「ドリンクの充実」という回答が最も多く73%、次いで「価格」が68%、さらに次いで「親

以上の次第で、喫茶店や飲食店を例にとっても、競業者との差別化は、提供する商品自体では極めて困難となっている<sup>15</sup>。

- (2) 「付加価値」として店舗の外装・内装デザインが用いられることがあり、これらが出所識別標識足りうること

このような状況のなか、事業者が店舗の外装・内装を競業者との差別化の材料として用いることがある<sup>16, 17</sup>。

確かに、街中でまず目に飛び込んでくるのは、店舗の看板や外装である。特に、店舗の外装が特徴的なものであれば、それ自体が特定の出所と結びついて消費者に認識されることで、出所識別標識として機能することがありうるであろう。

また、店舗の内装についても同様であると解される。この点については、第3章第1節において詳述するが、消費者（需要者）においては、まずは店舗の看板や店

---

しみやすさ、入りやすさ」が59%、「商品の品質」が53%、「外観・インテリア」が51%と続いている。「親しみやすさ、入りやすさ」という心理的なものは、定員の接客のみならず、外観・インテリアも少なからず影響しているものと考えられる。このような報告からは、回答者の50%以上のものが商品の多さや価格、商品の品質と大差なく「外観・インテリア」をカフェを選択する際の指標にしていることが理解できる。これを見ても、カフェを営む事業者としては、店舗の外装・内装を無碍にすることができないことは明らかであり、顧客に競業者の店舗ではなく自己の店舗を選択してもらうツールとして店舗の外装・内装を用いなければならないことは明らかであろう。

<sup>15</sup> 恩蔵・前掲注11) 129頁では、「コモディティ化が進めば進むほど、各社は自社製品の特徴を訴えにくくなる。そこで注目されるのがブランドである。自社製品がユニークなブランド・ネームを有し、…パッケージなどで強化されていれば、独自のイメージや世界観を創り上げ、顧客との間に強固な結びつきを構築できる。製品の属性部分における違いが少なくても、顧客のマインド内におけるポジションが大きく異なれば、価格競争に巻き込まれにくくなり、顧客の安定的な確保へと結びつく。」と述べ、コモディティ化した製品に関するブランドの重要性やパッケージがこれを強化するものであることを述べる。

<sup>16</sup> 株式会社マクロミル・前掲注14)。バウンド・前掲注8) 86-91頁。赤土亮二『人生はこれからもっと楽しくなる 50歳からはじめるカフェ経営—失敗しないための開業ノウハウBOOK—』176-177頁（旭屋出版、2016）。

<sup>17</sup> 株式会社サンビジネス『店舗の外観等（トレードドレス）に関する制度・運用についての調査研究報告書』168頁（平成30年度産業財産権制度各国比較調査研究等事業）（平成31年3月）

（[https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken\\_kouhyou/2018\\_01.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/2018_01.pdf), 最終閲覧日2019年9月22日）では、店舗を設定している事業者の内、店名やロゴマーク以外に他社店舗と区別できる特徴があるかとの問いに対し、38.7%が「区別できる特徴がある」と回答がなされているとし、さらにこのような回答をした者に対する、「どの点に他社店舗と区別できる特徴があるのか」という問い（複数回答可）に対しては、75.0%が「外観」、39.6%が「内装（レイアウト含む）」と回答している。かかる後者の問いに対する回答としては、18.5%が「その他」として回答されているが、その内容は、「制服」、「外観と内装全体」、「商品の陳列方法」、「雰囲気」、「BGM」などがあつたとする。かかる調査からは、ロゴマークや店名以外の方法で他社店舗との区別を図る特徴として、多くの者が店舗の外装・内装の外観を選択していることが示唆されているように評価できる。

名、外装を見て出所を判断し店舗内へ入店するため、店舗の内装は出所識別標識たり得ないとの考え方もあり得よう。

しかし、店舗も戸建ての店舗形態もあれば、ビルや商業施設のテナントとして入っている店舗形態もありうる。例えば百貨店やショッピングモールなどの屋内型の商業施設内の店舗の場合、消費者は、店舗に入らずとも、店舗の内装を外から直接的に視認することが可能なケースが多分にありうる。そして、特徴的な内装を用いている店舗であれば、消費者が、当該店舗の店名や看板を見ずとも、目に入った当該店舗の内装だけで、特定の出所と結びつけることができる、というケースも十分にあり得よう。

また仮にこのようなケースではなくとも、ガラス窓を通して店舗外から店内の様子を直接視認することが可能なケースも多い。このような場合、当該店舗前を通る消費者が、当該店舗の外装や看板（店名やロゴ）などよりも先にガラス窓を通して店内の様子（店舗の内装等）が目に入り、出所を判断することがありうる。この場合には、当該店舗の内装は、やはり出所識別標識として機能しているであろう。

さらに、現在では SNS（ソーシャルネットワーキングサービス）が発展し、多くの消費者が、店名や事業者名などと紐づけた形で、提供される商品の写真や店舗の外装・内装の写真をインターネット上にアップロードしている。

このような SNS の発展もあり、必ずしも、看板（店名やロゴ）→店舗の外装→店舗の内装という典型的な順番で、出所とともに消費者に認識される（記憶される）とは限らない。

むしろ、SNS における個々のユーザの投稿（店舗内装が映し出された写真等）に接した消費者が、特定の店舗の内装を特定の事業者等と紐づけて記憶し、店舗の内装を出所識別標識として認識することもありうる。このようなケースでは、店舗の外装や店名を見ても特定の出所と認識できない消費者が、店舗内に入って店舗内装を見た途端、特定の出所を認識するケースもあり得よう。

したがって、内装自体も特定の出所と十分に結びつき、出所識別標識として機能するケースが十分にありうるものと考ええる。

### (3) ブランディングにおける店舗の外装・内装デザインの重要性

次に、小売店によりその程度は区々であろうが、特に喫茶店では、消費者が比較的長い時間飲食等をしながら、当該店舗内で過ごすのが一般的である<sup>18</sup>。

---

<sup>18</sup> 株式会社マクロミル・前掲注 9) は、関東・関西地方の 10～20 代の女性 519 名に対して「カフェに関するアンケート」を実施した報告として、カフェを「くつろぎ、休憩の場」と回答した者が全体の 67%と最も多く、次いで「会話の場」として回答した者が 18%であると報告している。これらの目的が単に食事をする場合に比べて当該店舗に長時間滞在する可能性が高くなる傾向にあることは想像に難くない。

そのため、顧客は、長時間目に触れる店舗の内装や従業員の外見（ユニフォーム）などと当該店舗乃至その事業者という出所とを、そのマインド内で結びつけて記憶しやすいように思われる。そのうえ、当該店舗で過ごした時間が有意義でポジティブなものであればあるほど、顧客のマインド内で当該店舗への愛着などが形成され、店舗内で目にした内装等とその出所とが、強固に結びつきやすくなるように思われる。

ここで、例えば喫茶店では上記のとおり、飲食物という商品が提供されるものの、同時にサービスを提供するという側面もある。

このようなサービスに関し、ケビン・レーン・ケラー氏は、「消費者のサービス知覚に影響を与える無数の方法を認識することによって、サービス品質を最大化すること」が重要であるとし<sup>19</sup>、このサービス品質の評価次元のひとつとして、「物的施設、機器、および従業員の外見」などの「有形要因」を挙げる<sup>20</sup>。そのうえで、「サービス品質の知覚は多様な連想に依存しており、そうした連想は実際のサービス経験とどれほど直接関わっているかによって左右される。…ブランド想起を高め、ブランドの有形要素を表現するためにブランド要素を最大限に活用すること」が重要であることを指摘する。さらに、「サービス提供者の物的施設が、サービスの外観的な『パッケージング』とみなされることもある（たとえば、看板、環境設計やロビー、服装、販促資料などを通じて）」と指摘する<sup>21</sup>。

このように、物的施設すなわち店舗の外装・内装はそれ自体が、当該店舗において提供されるサービス全体の「パッケージング」としてみなされるケースがあろう。

そして、競業者とのブランド競争においては、ブランド・ネーム、ロゴ、パッケージング（店舗の外装・内装を含む。）など様々な要素により、相乗効果をもってブランドに対する顧客の認知と連想を確立し、ブランド・エクイティ<sup>22</sup>を構築及び強化

---

<sup>19</sup> ケビン・レーン・ケラー（恩藏直人監訳）『戦略的ブランド・マネジメント 第3版』786頁（東急エージェンシー、2010年）。

<sup>20</sup> ケビン・レーン・ケラー・前掲注19）786頁は、サービス品質の評価次元として「有形要因」のほか、約束されたサービスを最初から正しく行う能力としての「信頼性」、顧客を支援したり顧客サービスを提供したりする意欲としての「対応性」、従業員の知識やスキルとしての「コンピタンス」、信用度や正直さである「信用性」、気配りされ個別化された配慮の提供という「共感」、顧客窓口における親切さである「礼儀正しさ」、顧客が理解できるような言語による情報提供と、顧客の声に耳を傾けることをいう「コミュニケーション」を挙げる。

<sup>21</sup> ケビン・レーン・ケラー・前掲注19）787頁。

<sup>22</sup> ケビン・レーン・ケラー・前掲注12）26-27頁は、「見解は分かれても、ブランド・エクイティがブランドに帰属するマーケティング効果のことである、という点では誰もが一致している。つまり、ブランド・エクイティとは、ブランド化された製品やサービスのマーケティングからもたらされる成果がブランド化されていないものとなぜ異なるのかを説明するものである。」とする。恩藏直人・前掲注11）130-131頁は、ブランド・エクイティ論について、「ブランドを単なる識別機能を果たす名称として捉えるだけではなく、競争優位

することが重要である。

#### (4) フランチャイズチェーンにおける店舗の外装・内装デザインの重要性

さらに、フランチャイズチェーン<sup>23</sup>という経営手法においても、店舗の外装・内装は重要な価値を有する。

フランチャイズチェーンは、「フランチャイザーである本部企業とフランチャイジーである加盟店はあくまでも別個の独立した事業者であり、それらが、フランチャイズ契約という一定のルールの下で事業を行うことで、あたかも消費者からは、同一の資本の企業が運営するレギュラーチェーン（直営店）のように見える、という経営手法」であるとされる<sup>24</sup>。

かようなフランチャイジーになる者のメリットの一つは、一般に広く知られているチェーン名やマーク、イメージなど、既に構築されたブランドを利用できる点にある<sup>25</sup>。そのため、既に構築されたブランド力が強ければ強いほど、競業者との競争上の優位性に途中から乗ることができ、フランチャイジーになろうとする者にとっては、より魅力的なものとなる。

そして、前述のフランチャイズチェーンの定義のとおり、同経営手法は、消費者に対しあたかも同一の資本の企業が運営するレギュラーチェーン（直営店）かのように見える、という点に意義がある以上、ここにいう「イメージ」には消費者において知覚される店舗の外装や内装なども当然に含まれると解される。

現実には、多くのフランチャイズチェーン契約において、内装もフランチャイザーが指定するケースが多い<sup>26</sup>。

---

をもたらす価値ある資産として捉えようとする考え方である。」と指摘する。

<sup>23</sup> 一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会は、「フランチャイズとは、事業者（「フランチャイザー」と呼ぶ）が他の事業者（「フランチャイジー」と呼ぶ）との間に契約を結び、自己の商標、サービスマーク、トレード・ネームその他の営業の象徴となる標識、および経営のノウハウを用いて、同一のイメージのもとに商品の販売その他の事業を行う権利を与え、一方、フランチャイジーはその見返りとして一定の対価を支払い、事業に必要な資金を投下してフランチャイザーの指導および援助のもとに事業を行う両者の継続的関係をいう。」とする（<http://www.jfa-fc.or.jp/particle/33.html>、最終閲覧日 2019 年 4 月 3 日）。

<sup>24</sup> 一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会「FCビジネス」「FCビジネス導入の手引き 1」（<http://www.jfa-fc.or.jp/particle/33.html>、最終閲覧日 2019 年 4 月 3 日）。

<sup>25</sup> 一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会「FCビジネス」「FCビジネス導入の手引き 2」（<http://www.jfa-fc.or.jp/particle/53.html>、最終閲覧日 2019 年 4 月 3 日）。

<sup>26</sup> 日本マクドナルド株式会社「フランチャイズ契約の要点と概説」平成 30 年 5 月 1 日（<http://fc-g.jfa-fc.or.jp/misc/pdf/204-1.pdf>、最終閲覧日 2019 年 4 月 3 日）は、「店舗の構造と内外装についての特別義務」として「加盟店は当社基準に定める形状の設備、建物、デザイン、内外装を維持する義務を負う。」とする。また、株式会社コメダ「フランチャイズ契約の要点と概説」平成 30 年 3 月 5 日

（<http://www.komeda-holdings.co.jp/fc/schedule/pdf/LegalDisclosure201709.pdf>、最

以上の次第で、フランチャイズチェーンの経営手法においては、フランチャイザーにとってもブランドイメージやフランチャイズチェーンとしての価値を高める意味において店舗の外装・内装及びその統一的使用が重要な価値を有する。

また、フランチャイジーにとっても、店舗の外装・内装の利用は、ブランド・エクイティを利用することを可能とする点で、メリットがあり、いずれの立場から見ても、フランチャイズチェーンビジネスにおいては、店舗の外装・内装は重要な価値を有するものと解する。

#### (5) ブランディングへの投資保護の必要性

また、不競法による標識面の保護や既使用の商標を出願し保護を求めるケースにおいては、当該商標や表示に既に一定程度蓄積したグッドウィルを保護することになる。このケースでは、当該商標権者等は既に当該グッドウィルの蓄積・維持・保全のために相応のコストを割いている。

そして、当該商標や表示が模倣にさらされても適切に保護されないとすれば、ブランドへのフリーライドやポリューション、ダイリューションを許容することに繋がりがねず、それまで当該商標や表示にグッドウィルを蓄積するために要してきた投資を無に帰させるおそれがある。

しかし、これでは、ブランディングのための投資は無意味となるおそれがあり、店舗の外装・内装などを標識として用いた事業活動自体が極めて困難となるリスクがある。上記のとおり、店舗に外装・内装の標識としての重要性に鑑みれば、このような結論は、明らかにブランディングへのインセンティブを損なうことになる。

これに対し、使用主義を採用しない我が国の商標法においては、未使用の商標を出願することも可能である。このケースでは、将来的に当該商標に蓄積するグッドウィルを保護することになり、これから当該商標や表示にグッドウィルを蓄積するために投じる資本を保護することになるものと思われる。そのため、このようなケ

---

終閲覧日 2019 年 4 月 3 日) は、「店舗の構造と内外装についての特別義務」として、「開店にあたり、店舗の建築及び内装工事に加え、営業に必要な機器・備品については、加盟店の費用にて負担していただきます。但し、加盟店は店舗の構造・内外装デザイン・配色に関して、本部の指定に従っていただきます。また、店舗設計に関しては、別途本部と『設計請負契約』を締結していただき、施工に際しても必ず本部の基準を満たした施工会社に委託しなければなりません。施工に際して本部の基準を満たしていない指定外業者へ委託の場合は、店舗施工指導料の追加料金として、150 万円（消費税別）お支払いいただきます。」としている。その他、店舗の外装・内装等について本部企業（フランチャイザー）が指定するものの一例として、株式会社ゆで太郎システム「フランチャイズの要点と概説」2018 年 1 月 1 日 (<http://fc-g.jfa-fc.or.jp/misc/pdf/216-1.pdf>, 最終閲覧日 2019 年 4 月 3 日), 株式会社ドトールコーヒー「フランチャイズの要点と概説」2018 年 7 月 1 日 ([https://www.doutor.co.jp/business/fc/pdf/fc\\_dcs.pdf](https://www.doutor.co.jp/business/fc/pdf/fc_dcs.pdf), 最終閲覧日 2019 年 4 月 3 日) など。

ースでは、出願時では未だ当該商標への投資は、多くのケースで当該商標作成へのコストや出願費用などのコストのみであると推察される。

しかし、仮に店舗の外装・内装を標識として用いた場合に、当該標識に蓄積するグッドウィルが模倣から適切に保護されないならば、今後店舗の外装・内装を用いたブランディングに投じるコストは一切保護されないことを意味する。仮にこのような事態に陥れば、市場では、第三者が費用を投じて構築したブランドにフリーライドする方が、コスト的にも安価で済む以上、模倣等のフリーライドが横行し、店舗の外装・内装デザインをブランドの一部に用いた市場競争自体が阻害されるように推察される<sup>27</sup>。

したがって、未使用の店舗の外装・内装の標識面についても、適切な保護が与えられないとすれば、ブランディングに傾けるインセンティブは著しく損なわれ、市場における店舗の外装・内装を用いたブランド戦略は衰退するであろう。

以上から、店舗の外装・内装に対するブランディングへのインセンティブやブランドを用いた事業活動を推進するためには、標識法からの適切な保護が不可欠であることは言を俟たない。

しかし、後述のとおり、不競法では、周知性（同法2条1項1号）や著名性（同法2条1項2号）が要件化されていることから保護のハードルは高く、商標法においても、店舗の外装・内装を適切に保護する制度（特に店舗の内装を適切に保護する制度）にも乏しいから、店舗の外装・内装の標識面を保護する法制度は不十分である。

## (6) 小括

以上から、喫茶店をはじめ、小売店などの店舗の外装・内装は、それ自体がパッケージングなどとして出所識別標識としての機能を果たす上、競業者との競争における差別化要因として重要な意義・価値を有するものである。またブランディングへの投資の適切な保護（インセンティブに欠けることのないようにする）の観点からも、標識面に対する十分な法的な保護が与えられるよう検討されなければならない。

---

<sup>27</sup> 特に、株式会社サンビジネス・前掲注17)196-197頁では、「飲食業では、流行した店舗に意図的に似せていく傾向が強いという意見があった。」と報告されており、具体的な意見として「外食産業では、業績の良い業態店舗を参考にすることもあるが、その範疇をこえて、意図的なフリーライドを行う運営者も存在する。(飲食サービス)」や「業界的に流行りに似せて店舗をデザインしていく傾向があったが、コメダ事件をきっかけに、悪質な店舗を模倣する者に対しては、商標権を取得していると権利行使できるという意識に変わってきた。業態を似せられるのは仕方ないが、看板まで似せられるのは許せないという思いがある。(飲食サービス)」などと報告されている。かかる報告からは、特に外食産業においては、店舗の外装・内装の標識面が適切に保護されなければ、模倣（やフリーライド）のリスクが相応にあることが示唆されている。

以下、標識面については、第3章第1節及び第2節において検討を加える。

### 第3節 小括

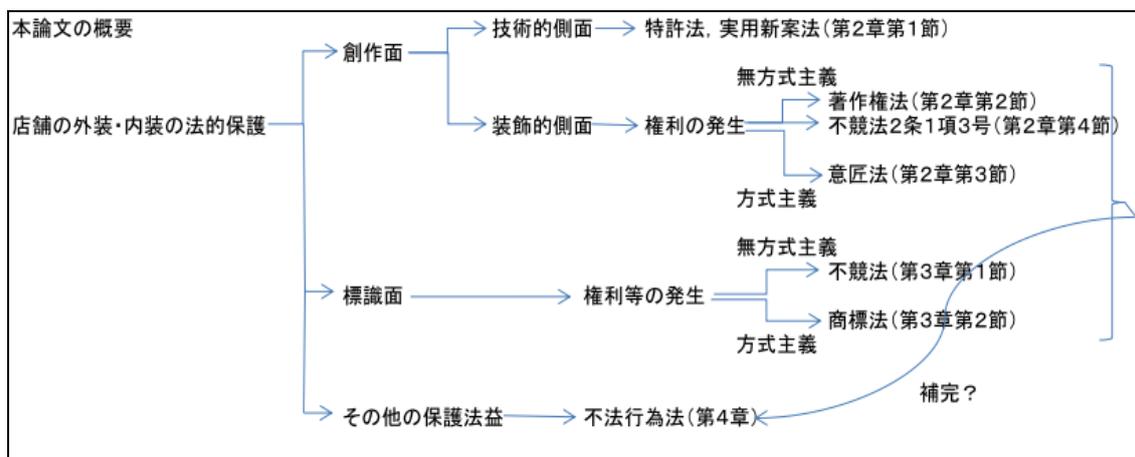
以上で見てきたように、喫茶店や小売店等の店舗の外装・内装に関しては、まずは創作面および標識面から、両側面を保護する個別の知的財産法について、日本における現状の保護状況を確認し、さらに保護拡充の要否及びその内容について考察することが重要である。

また、店舗の外装・内装に上記両側面には分類されない別途の法益が見出せる場合には、個別の知的財産法の補完としての観点から、一般不法行為法（民法709条）による保護についても、考察が必要となる。

そこで、以下本論文においては、創作面及び標識面の各側面を保護する個別の知的財産法及びその補完としての一般不法行為法の各点から、店舗の外装・内装の法的保護の現状と限界について確認する。

また、店舗の外装・内装デザインの法的保護についてのかかる現状と限界の確認を踏まえたうえで、その保護拡充の要否及びその内容について考察を加える。

本論文の全体像を図示するとすれば、大要以下のとおりとなる。



## 第2章 創作面の保護

### 第1節 特許法・実用新案法

#### 1 はじめに

まず、技術的思想というアイデア自体を保護することで、店舗の外装・内装の創作面を保護することが考えられる。

特許法では、「発明」すなわち、「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」（特許法2条1項）、実用新案法では「考案」、すなわち自然法則を利用した技術的思想の創作」（実用新案法2条1項）をそれぞれ保護するものとされ、発明や考案の奨励や産業の発展を目的としている（特許法1条、実用新案法1条）。

これらの法律では、技術的思想、すなわち「一定の目的を達成する具体的手段」<sup>28</sup>を保護する。より具体的には、特定の課題に対する解決手段、当該発明から生ずる課題解決に向けられた作用効果を保護することになる。

そのため、これらの法律で保護されるためには、店舗の外装・内装の全部または一部が技術的思想を有し、上記発明性の要件<sup>29</sup>を充たしたうえで、特許要件<sup>30</sup>を充足しなければならない。

なお、実用新案法における保護対象は、特許法が「物」、「方法」、「物を生産する方法」の各発明を保護する（同法2条3項各号）のと異なり、「考案に係る物品」として保護対象が「物品」の形状、構造又はその組み合わせに限定されている（実用新案法2条3項）。

そのため、実用新案法では、いわゆるビジネスモデル特許<sup>31</sup>のような考案について保護対象外とされる点で、特許法と異なる。

このような次第で、システムや方法に関する発明については特許法により、その発明特定事項から必然的に採られる店舗の外装や内装が保護され得る<sup>32</sup>のに対し、実用新案法による保護では、このようなケースは保護対象に含まれず、当該店舗の外装や内装の内、「物」に限られた部分を保護することになる。

---

<sup>28</sup> 東京高判平成11年5月26日判時1682号118頁。

<sup>29</sup> 自然法則利用性、技術的思想性、創作性、高度性（特許法2条1項）である。実用新案法では、高度性は要求されない。もっとも、「高度性」は、「現行法においては実用新案法における考案も発明と同様自然法則を利用した技術的思想の創作であるとしているが、発明は考案に含まれる部分のうち技術水準の低い裾の部分は包含しないという趣旨である。ただ、これは特許要件としてのインベンティブ・ステップを示すものではない。」とされ（特許庁編『工業所有権法逐条解説』15頁（発明推進協会、第20版、2017年））、一般的には実質的な解釈論上の意味はあまりないと解されている（中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法【上巻】』31頁〔平嶋竜太〕（青林書院、第2版、2017年））。

<sup>30</sup> 具体的には、産業利用可能性（特許法29条1項柱書）、公序良俗適合性（同法32条）、新規性（29条1項柱書及び各号）及び進歩性（29条2項）である。

<sup>31</sup> 日本弁理士会関西会は、ビジネスモデル特許とは、「仕事の仕組みに採り入れられる情報技術（IT）などの新しい技術に与えられる特許」と定義し、「インターネットを通じた電子商取引のビジネス方法やコンピューターを駆使した高度な金融技術の発明を対象とした特許」と説明する（<http://www.kjpaa.jp/qa/46408.html>、最終閲覧日2019年4月7日）。

<sup>32</sup> 例えば、店舗システム（特許登録第4267981号）では、【特許請求の範囲】の【請求項1】において、「出入口から客席を含む客の動線を直線的に構成する複数の通路と、厨房を含む店の従業員の動線を直線的に構成する店側通路とが空間的に仕切られており、前記店舗通路の一部をなす接客スペースが、長手状のカウンターを複数の間仕切りで仕切って個別に構成した複数の前記客席と対抗して形成されるとともに、前記各客席とを暖簾で仕切った店舗システムにおいて、・・・」とあり、当該発明特定事項からは、店舗の内装に関する事項が権利範囲として記載されていることが読み取れる。

## 2 登録例

建築物や店舗の外装・内装に係る特許，実用新案の登録例としては，例えば下記のもものが挙げられる。

### 記

- ・移動式ユニット店舗（実用新案登録第 3037226 号）
- ・店舗システム（特許登録第 4267981 号）
- ・病院の大部屋に形成した個室（特許登録第 3769553 号）
- ・集合住宅（特許登録第 6205383 号）
- ・住宅の階段下構造（特許登録第 3664426 号）
- ・ステーキの提供システム（特許登録第 5946491 号）<sup>33</sup>
- ・ドライブスルー形式の自動販売式サービス営業店舗（特許登録第 3025868 号）
- ・金融店舗用金属型建造物（特許登録第 2962710 号）
- ・住宅（特許登録第 6436130 号）
- ・住宅（特許登録第 6233394 号）
- ・陳列台（実全昭 61-034956 号（実用新案登録第 1742963 号））
- ・コンサルテーション店舗の業務設備（特許登録第 2608000 号）

## 3 特許法・実用新案法による保護の限界

### (1) 保護の対象及び範囲

前述のように，特許法及び実用新案法の保護対象は，技術的思想であり，なおかつ例えば特許法であれば発明要件や特許要件を充足するものであることを要し，これに該当しないものは保護されない。この点で保護範囲は必ずしも広くはない。

しかし，店舗の外装・内装には，技術的意義を有するものばかりでなく，デザイン（装飾）にとどまる部分が多く存在する。そして，このようなデザイン（装飾）的意義しか有さない部分は，特許法・実用新案法の保護の対象外である。

そのため，特許権，実用新案権を取得したとしても，第三者の店舗の外装・内装の模倣の内禁止権を行使できるのは，当該特許等の技術的範囲に属する事項を模倣した場合に限られ，当該デザイン（装飾）的部分の模倣に対しては禁止権を行使できない。

---

<sup>33</sup> 同特許の特許請求の範囲の記載には，「立食形式」（請求項 1）や「テーブルに置かれた多数のフォークやナイフを更に備えることを特徴とする」（請求項 3），「お客様を案内するテーブルに置かれた温かいステーキソースが入れられたポットを更に備えることを特徴とする」（請求項 4），「お客様を案内するテーブルが複数人用であり，該テーブルを仕切る可動式パーティションを更に備えることを特徴とする」（請求項 5），「可動式パーティションが，高さ 250mm 以下の低い障壁と，該障壁を自立させる脚とから構成されていることを特徴とする」（請求項 6）などが記載されており，発明特定事項に店舗の内装に関連する事項を含む。

また、仮に出願後、特許庁より拒絶査定を受け、その後も登録査定に至らない場合、当該出願に係る技術的思想は、パブリックドメインに帰することが明らかとなる。この場合、店舗の外装・内装の当該出願に係る技術的思想に関する創作面は、保護を受けることができないことになる。

次に、建物や店舗の外装・内装に関する技術分野は、既にその技術が相当程度成熟した分野であるように推察され、店舗の外装・内装に関連して全世界に数多の先行文献や先行技術が存在するであろうことは想像に難くない。

そのため、新規性要件（特許法29条1項）、進歩性要件（特許法29条2項）における審査のハードルは決して低くないであろう<sup>34</sup>。

その先行文献や公知技術の多さから、仮に登録査定に至ったとしても、当該特許や実用新案は新規性欠如、進歩性欠如による無効のリスクを相当程度包含している可能性があるようにさえ推察される。

## (2) 保護期間（権利の存続期間）の観点

特許権の存続期間は、特許出願の日から20年をもって終了する（特許法67条1項）。また実用新案権の存続期間は、実用新案登録出願の日から10年をもって終了する（実用新案法15条）。当該存続期間経過後は、当該発明や考案も、パブリックドメインに帰し、原則として公衆において自由に利用可能となる。

このように、特許法や実用新案法による保護は有限である。

## (3) 標識面保護に対し事実上不利に働く可能性（特に不競法による保護との関係）

法的な議論ではないため、本節では簡単に述べ、第3章第1節2(1)エにおいて詳述するが、店舗の外装・内装に関する特許権、実用新案権を取得している場合、不競法による保護との関係では事実上不利益が生じる場合があるように考える。具体的には以下のとおりである。

店舗の外装・内装の全部または一部が技術的理由から不可避な形態を採る必要がある場合、独占適応性の観点から、当該形態は不競法上の「商品等表示」（2条1項1号及び同2号）には該当しないものと解する。

そして、かかる帰結は、当該技術的側面の全部または一部について特許権や実用新案権を取得しているか否かとは論理必然的に繋がるものではないように解する<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> 実用新案権においては、形式審査主義を採用しているため、審査段階では、新規性（実用新案法3条1項）及び進歩性（実用新案法3条2項）に関する審査は行われない。したがって、新規性欠如、進歩性欠如のリスクは、権利行使のため（実用新案法29条の2）などに、実用新案技術評価書（同法12条）が作成される段階で顕在化することが多いであろう。

<sup>35</sup> 牧野利明監修＝飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』24～25頁〔三村量一発言〕（2005年）は、「私も、当該形態について特許権がある場合とない場

が、店舗の外装・内装の全部または一部について特許権や実用新案権を取得していることは、当該部分が技術的であることの強力な証拠になる場合がある<sup>36</sup>。

そのため、被告の不正競争行為を主張する原告の具体的な主張立証の場面においては、事実上の不利益が生ずる可能性を否定できない。

#### (4) 権利取得・維持費用（コスト）

##### ア 権利取得費用

特許権や実用新案権を取得するにしても相応の費用（コスト）がかかる。

例えば特許権について平成31年4月1日以降の国内出願のみを見れば<sup>37</sup>、出願料として14,000円、出願審査請求料として138,000円+（請求項の数×4,000円）が最低で必要になる。またこれ以外に弁理士を代理人として選任する場合には、相当額の弁理士費用が必要となる<sup>38</sup>。

このように、特許権を取得するについても、相応の費用負担を要する。

##### イ 権利維持費用

また、登録後も毎年特許料（いわゆる「年金」）を納めなければ、権利は消滅する（特許法112条4項）。その金額等は例えば特許権に関していえば、下記表1及び2のとおりである（ただし、第21年から第25年については、延長登録の出願があった場合のみである。また、昭和62年12月31日以前の出願にかか

---

合とで、不正競争防止法上の保護を与えるかどうかを区別して考えるのはおかしいと思っています。私は、およそ機能に必然的に由来する形態であれば、つまり本来特許としてクレームに書くような、そういう形態のものについては、特許として出願されているかどうかにかかわらず、すべて商品等表示として保護すべき形態となり得ない、要するに周知表示になり得ないという意味で、機能的形態除外説をとりたいと思うのです。」として、特許権が取得されているか取得されていないかで結論が異ならないとの立場に立つ。

<sup>36</sup> この点に関して、例えば米国では、当該出願標章の特徴的な部分に関し特許登録がされていたり、存続期間の切れた特許（expired utility patent）が存在したりする場合には、機能的であることが推定されるというように強力な証拠となるとされる（TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Display, Inc., 532 U.S. 23, 58 U.S.P.Q.2d 1001(2001)）。日本においても、当該原告表示の特徴的な部分に特許や実用新案（存続期間切れのものを含む。）が存在する場合には、技術的であることを主張立証する際の有力な証拠となり得るであろう。

<sup>37</sup> 特許庁「産業財産権関係料金一覧」2019年3月27日更新日

（<https://www.jpo.go.jp/system/process/tesuryo/hyou.html>）（最終閲覧日2019年11月12日）。

<sup>38</sup> 平成13年1月6日付改正弁理士法の施行により、「弁理士報酬額表（特許事務標準額表、料金表）」は廃止されている。そこで、日本弁理士会の平成21年10月実施に係る「弁理士費用（報酬）アンケート調査 結果公表」

（<https://www.jpaa.or.jp/howto-request/questionnaire/>）（最終閲覧日2019年4月18日）を参照すれば、弁理士に対する報酬は、「特許出願（特表2004-517010「改良型ボール紙パレット」明細書4頁（50字×40行）、請求項数5、図面5枚、要約書1枚）をしたときの事務報酬総額」が、平均値は259,961円、最大値は750,000円というアンケート結果となっている。

る特許料については「昭和62年12月31日以前の出願にかかる特許料」を参照する必要がある)。

記

(表1) 出典：特許庁ウェブサイト「産業財産権関係料金一覧」<sup>39</sup>

平成16年3月31日までに審査請求をした出願		
項目		金額
第1年から第3年まで	毎年10,300円に1請求項につき	900円を加えた額
第4年から第6年まで	毎年16,100円に1請求項につき	1,300円を加えた額
第7年から第9年まで	毎年32,200円に1請求項につき	2,500円を加えた額
第10年から第25年まで	毎年64,400円に1請求項につき	5,000円を加えた額

(表2) 出典：特許庁ウェブサイト「産業財産権関係料金一覧」<sup>40</sup>

平成16年4月1日以降に審査請求をした出願		
項目		金額
第1年から第3年まで	毎年2,100円に1請求項につき	200円を加えた額
第4年から第6年まで	毎年6,400円に1請求項につき	500円を加えた額
第7年から第9年まで	毎年19,300円に1請求項につき	1,500円を加えた額
第10年から第25年まで	毎年55,400円に1請求項につき	4,300円を加えた額

このように、権利取得後、存続期間満了まで特許権を維持しようと思えば、相当の費用（コスト）負担となることは否めない。

#### ウ 小括

以上の次第で、特許権を取得するという方途は、費用（コスト）負担面においても、相当程度高額となることが想定される。

この点に関し、当該発明の新規性要件充足の関係からは、当該店舗の外装・内装において実施する前に出願することが望ましい（特に特許法29条1項2号）。

確かに新規性喪失の例外に関する規定（特許法30条）を利用することを検討

<sup>39</sup> 特許庁・前掲注37)。

<sup>40</sup> 特許庁・前掲注37)。

すれば、特許を受ける権利を有する者の行為に起因して同29条1項各号のいずれかに該当するに至った日から1年以内に、その旨を記載した書面を特許出願と同時に特許庁長官に提出すれば、新規性喪失による特許要件欠如は免れる（同法30条3項）。

しかしながら、それまで出願を待つということは、他者（競業者）による先願を許すことになる可能性があり、先願主義を採る我が国の特許法制度（同39条1項）においては特許権の取得自体が不可能になるリスクを包含することになるから、必ずしも得策とは言えない。

以上の次第で、店舗の外装・内装に関して見れば、特許出願費用の負担は、当該店舗オープン前又はオープン直後には通常負担しなければならない費用であり、当該店舗の事業が軌道にのり、収益を確保してから負担できるような性質のものでは基本的にない。そのため、運営者が中小企業である場合や個人である場合には収益を確保する前から負担する費用が増加することになり、負担感は小さくないであろう。

#### (5) 事業者の意思や思惑との不一致

喫茶店や外食産業、小売店等の店舗運営者（事業者）は、他の競業者との差別化を図るために店舗の外装、内装にコストをかけるというのが通常であるように思われ、当該店舗の外装・内装の技術的機能という技術的思想の保護にどこまでの関心があるのか甚だ疑問である。

すなわち、当該店舗の外装・内装に関する特許を取得したとしても、当該店舗の外装・内装の技術的思想自体がキャッシュフローを生じさせるのは稀なケースであろう。小売店等は、当該店舗の外装・内装の特許の実施品を製造販売したりすることはなく、せいぜい第三者へのライセンス料が取得可能なぐらいであるように思われる<sup>41</sup>。しかし、ライセンス料による収入は、当該店舗により行う事業による収益ではなく、事業者のより関心事である当該店舗運営による収入への貢献度は計り難い。

そして、当該店舗の外装・内装は、他の競業者との識別標識となりうる。すなわち店舗の外装・内装は、出所識別標識として顧客のマインドへポジティブに働きかけてブランド・エクイティを構築し、同じ商品やサービスを提供する競業者ではなく、当該店舗の外装・内装を有する店舗を選択してもらい機能を果たしうる。

事業者としては、店舗の外装・内装デザインの内、少なくとも間接的にキャッシュフローに結び付くこのような機能に関心があるのが通常であろう。

さらに、事業者としては、店舗の外装・内装が多分にデザイン（装飾）的要素を

---

<sup>41</sup> 同業者にライセンスしてしまえば、それは自己と同じ店舗の外装・内装を生じさせることになり、競業者との差別化にはまったく資することはないから、現実どこまでライセンスの可能性があるかは疑問である。

含むことに思い致せば、当該デザインの創作面が他の店舗と自己の店舗とは異なる独自のものというこだわりを有していることも容易に想像できる。そうすると、当該「デザイン（装飾）」を保護してほしいと考えることが多いように推察される。

特許法，実用新案法による保護は，このような事業者の意思や思惑をフォローする手段には必ずしも適しない。

したがって，特許法，実用新案法による保護というのは，店舗の外装・内装デザインの上記重要な機能を保護する手段としては必ずしも適さず，事業者の意思や思惑にも通常は沿わないように考えられる<sup>42</sup>。

#### (6) 小括

事業者が，店舗の外装・内装の保護のために，特許法や実用新案法を活用するかどうかは，知財戦略的に見て，競業者との競争上有利に活用できると判断できる場合に限られよう。

しかし，特許法や実用新案法は，店舗の外装・内装デザインの上記重要な機能を保護する方途としては適さず，それゆえ事業者の意思や思惑にも必ずしも沿わない。

また，上記のとおり想定される保護範囲の狭さやコストの内容及び当該コストの負担が迫られるタイミングとその負担感などをも考慮すれば，特許法及び実用新案法は必ずしも活用しやすいものともいえない。

したがって，現実の知財戦略において特許権や実用新案権が選択されるケースは必ずしも多くないであろう。

以上から，店舗の外装・内装の法的保護という観点からは，そもそも特許法や実用新案法が有用であるとは言い難い。

### 4 特許法・実用新案法による保護拡充に関する考察

#### (1) 私見

では，特許法・実用新案法による保護を拡充する方向で検討するべきか。

結論としては，特許法・実用新案法の観点からの保護拡充は，現状必要ないように解する。

#### (2) 理由

例えば，カフェなどを営む事業者は，当該店舗において飲食物やサービスを提供し，収益を上げる。

---

<sup>42</sup> 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—」牛木理一古稀『意匠法及び周辺法の現代的課題』749頁，761頁（発明協会，2005）。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号通巻139号1頁，5頁（2008）。

そして、上記のとおり店舗の外装・内装のデザイン（装飾）的側面は、正に他の店舗ではなく自己の店舗を顧客に選択してもらう一つの自他識別標識としての機能を有する。また、その創作面も、顧客が当該店舗に愛着を抱くことに繋がり、ブランド・エクイティの構築、新規顧客やリピーターの獲得などに繋がりうる。

このように、店舗の外装・内装においては、その「デザイン（装飾）」面が特に重要な機能を果たしているように考える。

しかし、そもそも、特許法や実用新案法は、発明や考案の保護や利用を図ることで発明や考案を奨励し、産業の発達に寄与するものである（特許法1条、実用新案法1条各参照）。このように同各法は、技術的側面を保護するものであって、装飾的側面等を保護する法律とは、すみ分けがなされている。

そのため、特許法、実用新案法では、かかる装飾的側面を保護することはできない。

次に、特許法、実用新案法による店舗の外装・内装の保護の拡充の可否を考察するにあたっては、当該技術的側面以外の側面を捨象して、あくまで店舗の外装・内装という分野における「技術的側面」の保護を拡充するかどうかという検討が必要である。

そこで、店舗の外装・内装の技術的側面の保護について、他の技術分野として比較して考察する。

店舗の外装・内装の技術的側面は、上記登録例のように登録された場合、一定期間の独占的権利（特許権）が付与され、これは技術分野が異なる他の技術の場合と何ら異ならない。

また、保護を受けるためには新規性や進歩性といった特許要件をクリアしなければならないが、これも他の技術分野の技術と同様であり、既存の先行発明との違いを検討する方法は他の技術分野も同じである。そして、技術分野ごとに先行発明の多寡がある以上、その先行発明との「違い」を検討する新規性や進歩性要件のハードルが異なることもいわば当然であろう。

そうすると、店舗の外装・内装（の技術的側面）の分野だけ格別に、他の技術分野と比べて投下したコストを回収する機会が不十分であり、発明へのインセンティブに欠けるとも一概には言えず、そのような事態も現状見当たらない。

したがって、店舗の外装・内装（の技術的側面）に関して、他の技術分野に比して特に保護を広げるべき必要は現状なく、拡充すべきとする理由も見当たらない。

以上から、店舗の外装・内装の法的保護においては、技術的側面に比して装飾的側面が重要な機能を果たしているから、まずは同装飾的側面を保護する法律での保護を考察すべきである。

また、現状、店舗の外装・内装の技術的側面に対する特許法や実用新案法による保護が十分でなく、発明に対するインセンティブに欠けるというような状況にある

ことない。

よって、特許法・実用新案法の観点からの保護拡充は、現状必要ないように考える。

## 第2節 著作権法

### 1 はじめに

以上見てきたとおり、特許法・実用新案法は技術的側面を保護する制度である。

これに対し、喫茶店（カフェ）や小売店等においては、第1章第2節2で述べたとおり、当該店舗の外装・内装デザインやそこから醸成される雰囲気自体が当該店舗の顧客のマインドに対しポジティブに働きかけるなどし、顧客吸引力に繋がることでキャッシュフローに大きく貢献することがあるように思われる。

したがって、店舗の外装・内装デザインの持つ創作面について適切な保護が与えられているか否かを、慎重に考察しなければならない。

以下では「デザイン（装飾）」の創作面を保護する知的財産権法として、主として著作権法及び意匠法を取り上げ、各法による保護の現状及び保護拡充の要否並びにその内容を検討する。なお、不競法2条1項3号のいわゆる商品形態模倣行為についても、創作面を保護するものとして一部検討を加える。

本節ではまず、著作権法による保護について検討する。

本論文の結論としては、後述のとおり、著作権法による店舗の外装・内装デザインの創作面の保護拡充に対しては慎重な姿勢を採るべきである、というものである。

### 2 著作権法による保護の限界

#### (1) 著作権法上の規定

著作権法上、著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」ものとされ（同法2条1項1号）、著作物の例示として、「建築の著作物」が挙げられる（同法10条1項5号）。

店舗の外装・内装についてみれば、仮に当該店舗が戸建て店舗であれば、まさに当該店舗の「外装」は、建築の著作物として保護される余地がある。

また、商業施設やビル等にテナント等が入っている店舗のケースについても、その「外装」は建築物の一部を形成している。そのうえ、需要者においてその外観（デザイン）を視認可能で、当該外装の外観という「表現」を受信しているから、このような店舗の外装についても、「建築の著作物」として保護される余地があろう。

さらに、店舗の「内装」についても、当該建築物の一部であることに変わりなく、まさに当該建築物の外観（表現）を需要者において受信可能である以上、建築の著

作物（の一部）として保護される余地があろう<sup>43</sup>。

したがって、店舗の外装・内装の著作物性（著作権法による保護）を検討するに当たっては、「建築の著作物」として保護されうることを念頭に、「建築の著作物」に関する従前の議論を踏まえる必要がある<sup>44</sup>。

## (2) 建築の著作物の支分権侵害

建築の著作物の「複製」とは、「有形的に再製すること」とされ（著作権法2条1項15号）、建築の著作物については、「建築に関する図面に従つて建築物を完成すること。」（同法同条同項同号ロ）を含むものとされる。

そうすると、後述のように建築の著作物も、あくまで当該建築の美的形象を保護するものである以上、当該建築の美的形象を写真に撮ったり、写生することなどは、複製権侵害となりうる。

もっとも、著作権法46条は、建築の著作物は、「建築の著作物を建築により複製し、又はその複製物の譲渡により公衆に提供する場合」など（同条各号）以外については「いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」と規定しており、かかる権利制限規定により、上記写真撮影行為や写生などは複製権侵害とはならないことになる。

著作権法上、このように「建築の著作物」の著作権者と利用者との調整を図っている<sup>45</sup>。

## (3) 建築の著作物の芸術性（美術性）の要否

「建築の著作物」に該当する建築物については、芸術性を要するとする見解と要しないとする見解との対立がある。すなわち、「建築の著作物」として著作権法の保護を受けるためには、いわば建築芸術としての芸術的価値（美的鑑賞性）を有する

---

<sup>43</sup> 中山信弘『著作権法』93頁（有斐閣，第2版，2014）は、「階段・応接室等のような建築の著作物の一部についても建築の著作物として保護される。建築の著作物で保護されるのは外観（デザイン）であるが、外壁に限られるという意味ではなく、間取りや階段等の外観も含まれる。」とする。

<sup>44</sup> 庭園に関する裁判例として、建物と庭園との有機的な一体性を重視して、建物と庭園が一体として1つの著作物であると評価したと解されるものがある（東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁〔ノグチ・ルーム事件〕）。また、庭園が土地の定着物であることや実用目的での利用が予定されていることを理由として、建築物に関する規定（20条2項2号）を類推適用したものもある（大阪地決平成25年9月6日判時2222号93頁〔希望の壁事件〕）。そのため、少なくとも建築の著作物に類するものとして「建築の著作物」に関する著作権法上の規定が類推適用されるか同様の議論がなされるものと思われる。

<sup>45</sup> その他、著作権法20条2項2号などにおいても、作者の同一性保持権と利用者との調整が図られている。

ようなものである必要があるとする見解<sup>46</sup>と、そのような芸術性は考慮せず、著作物性自体は緩やかに肯定して保護しようとする見解<sup>47</sup>の対立である。

この点に関する私見であるが、特定の建築物が「建築の著作物」に該当するためには、それが美的鑑賞性を有するような芸術性（美術性）を備えている必要があるように解する。この点で、前者の見解によるべきである。

そもそも、「著作物」の定義を考慮すれば、当該建築物が「著作物」に該当するためには、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」である必要がある。

しかし、建築物（特に一般住宅など）は元来的に実用性を有し、通常「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」ものではない。

そのため、建築物が著作物性を有するためには、かかる範囲、すなわち「美術…の範囲」に属するようなものであることを要するというべきである。

このように、建築物の特質及び著作権法上の条文の文理上、美術性を要すると解するのが素直である。

また、たとえ一般住宅やオフィスビルなど建築芸術とは言えないようなもので、多量に建築され、加えて実用性の強い建築物であっても、設計者は多くの場合、全く外観の美的要素を考慮しないわけではなく、むしろ一定程度考慮するのが通常であろう。このような場合にまで著作物該当性を広く肯定し、「建築の著作物」として著作権法上の保護を認めることは、詰まる所あらゆる建築物に著作権法上の保護を与える帰結を生むに等しい。

しかし、現行の著作権法では、著作権は無方式で発生する。

また登録制度（著作権法第2章第10節）を用いなければ当然に著作権者やその内容などを公示する制度が無い。

さらに、ベルヌ条約や万国著作権条約の内国民待遇のもと世界各国のあらゆる建築物が「建築の著作物」として保護される。

これらの事情からすれば、現行法のもとでは、権利者の範囲は極めて広範になる可能性を秘めており、かつ権利者や権利対象、権利内容の範囲が曖昧となるきらいがある。

---

<sup>46</sup> 加戸守行『著作権法逐条講義[6訂新版]』123頁（著作権情報センター、2013）は、10条1項5号は、「いわゆる建築の著作物で、いわゆる建築芸術というものを指しております。」「知的活動によって創作された建築芸術と評価できるようなものでなくてはなりません。」「建築家の文化的精神性が見る人に感得されるようなものでなくてはならないという発想でございます。」などと説明する。その他同趣旨の見解に立つものとして、中山・前掲注43）92-95頁。島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』50頁〔横山久芳〕（有斐閣、第2版、2016）。小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタール』302-303頁〔小倉秀夫〕（レクシスネクシス・ジャパン、2013）など。

<sup>47</sup> かかる見解に立つように解されるものとして、渋谷達紀『著作権法』48頁（中央経済社、2013）、伊藤健「建築の著作物と同一性保持権」小松陽一郎先生還暦記念論文集刊行会編『最新判例知財法—小松陽一郎先生還暦記念論文集』638頁（青林書院、2008）。

したがって、あらゆる建築物を「建築の著作物」に該当することを肯定するおそれのある解釈は、後発创作者の創作活動に対する影響も大きいものであることが容易に想像され、また居住などの実用面にも一定の制約を課すおそれがある。

したがって、著作権法においては、実用性を離れて美的鑑賞の対象となるような美的特性を備えた建築物についてのみ、「著作物」として認めるべきである。

なお、ここでは芸術性（美術性）の高さや低さと言った「レベル」により保護が与えられるかどうか判断されるべきではなく、そもそも裁判所にこのような判断を担わせるべきでもない。ここでいう美術性とは、あくまで実用性とは別に美術性が認められるかという観点のものである<sup>48</sup>。

そして、現在の裁判実務では以下で確認するとおり、同趣旨の見解に立つ判示がなされているものと思われ、実務上は美術性を要する解釈を前提とした運用が行われている。

#### (4) 現在の裁判実務

##### ア 建築物の「著作物」該当性に関する判断（芸術性（美術性）の要否）

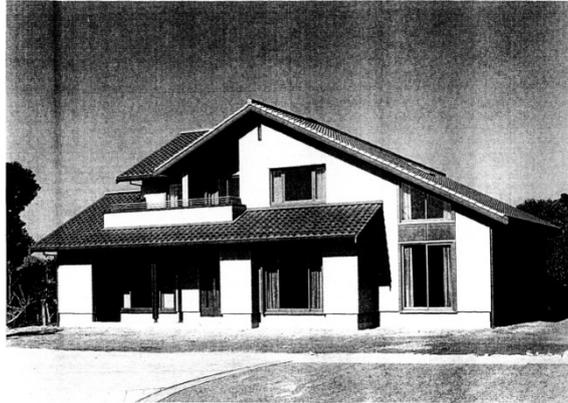
建築の著作物性の判断に関し、大阪高判平成16年9月29日裁判所 HP 参照（平成15年（ネ）3575号）〔グルニエ・デザイン事件：控訴審〕は、「著作権法により『建築の著作物』として保護される建築物は、同法2条1項1号の定める著作物の定義に照らして、知的・文化的精神活動の所産であって、美的な表現における創作性、すなわち造形芸術としての美術性を有するものであることを要し、通常のありふれた建築物は、同法で保護される『建築の著作物』には当たらないというべきある。」「一般住宅が同法10条1項5号の『建築の著作物』であるということができるのは、客観的、外形的に見て、それが一般住宅の建築において通常加味される程度の美的創作性を上回り、居住用建物としての実用性や機能性とは別に、独立して美的鑑賞の対象となり、建築家・設計者の思想又は感情といった文化的精神性を感得せしめるような造形芸術としての美術性を備えた場合と解するのが相当である。」と判示する。

そのうえで、同判決は「グッドデザイン賞」を受賞した下記外観の「和風建築の2階建住宅」の著作物性を否定した。

記

---

<sup>48</sup> 中山・前掲注43) 94頁。横山久芳「建築の著作物、店舗デザインの保護」パテント67巻4号(別冊11号)131頁, 132-133頁(2014)。



(原告住宅。出典：裁判所ウェブサイト<sup>49</sup>。)

このように、裁判例においては、建築の著作物に該当するかどうかの判断において、各裁判例によって表現上の違いはあるものの、建築物の元来持つ実用性や機能性を重視し、あらゆる建築物に著作物性を肯定するような判示はしていない。裁判例は、あくまで建物としての実用性や機能性とは別に、独立して美的鑑賞の対象となり、建築家・設計者の思想又は感情といった文化的精神性を感得せしめるような造形芸術としての美術性、美的特性を当該建築物が備えているかどうかを考慮している<sup>50</sup>。

したがって、建築物が「著作物」に該当し、著作権法上の保護を受けるためには、実用性や機能性とは別に、独立して美的鑑賞の対象となるような美術性を備えていなければならない、というのが現在の裁判実務である。

#### イ 著作物の構成要素について

(ア) 空間を構成する複数の要素を「一つ」の著作物として捉え得ること

次に、特に店舗の内装のなかには、特定のコンセプトのもと、壁面のデザインのみならず、装飾物、個々の什器や置物のほか、店内の様々な諸要素が空間の特定の位置に配置され、一体性のある空間を構成している場合もあろう。

このような場合、当該店舗内における複数の要素をひとまとまりの「一つの」著作物として保護することも、それが著作物性の要件(上記の芸術性(美術性)の要件を含む。)を充足する限り、可能であるものと考えられる。

しかし、多くの場合、店舗の壁面の装飾と備品、什器、置物やそれらの配置

<sup>49</sup> 裁判所ウェブサイト

([http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/737/010737\\_option1.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/737/010737_option1.pdf), 最終閲覧日 2019年11月12日)。

<sup>50</sup> 本文中記載のグルニエ・デザイン事件のほか、福島地決平成3年4月9日知的裁集23巻1号228頁〔シノブ設計事件〕。東京地判平成26年10月17日裁判所HP参照(平成25年(ワ)22468号)〔ログハウス調木造住宅事件〕。

は、有機的な一体性を有しているケースは多くないであろう。このようなケースにおいては、あくまで個々の要素が「著作物」として肯定される余地があるとしても、これらの組合せを一体性のあるひとつの「著作物」として捉えることはできない。

したがって、あくまで店舗内における複数の要素の組合せがひとつの著作物として保護されるためには、各要素が特定のコンセプトに基づいて選択され、意味を持って配置されるというように、当該コンセプトを各要素の選択や配置、デザインなどにより現実化・具現化したものと評価できる必要があり、いわば有機的一体性を有するものであることを要するように解する<sup>51</sup>。

(イ) 物理的に離隔した複数の要素を「一つ」の著作物として肯定した裁判例

a. 新梅田シティ事件（大阪地決平成25年9月6日判時2222号93頁）

この点に関し、裁判例の中には、物理的に離隔した複数の要素を一体性のあるひとまとまりのものと捉え、「一つの著作物」として肯定するものも現れている。

例えば、大阪地決平成25年9月6日判時2222号93頁〔新梅田シティ事件〕は、新梅田シティという複合商業施設であり、高層ビルを中心に、高層ホテル、小規模ビル、地上及び地下の駐車場などが設置され、建物や構造物の底地を除く部分に、緑地、散策路、園風景などで構成された庭園（まとまりとしては2つあり、それぞれ「花野／新・里山」、「中自然の森」と称されている。）のほか、噴水（列柱）、水路（カナル）などの庭園関連施設（以下、これらを総称して「本件庭園」という。）の著作物性が一つの争点となった事件である。

同事件において裁判所は、「本件庭園は、新梅田シティ全体を一つの都市ととらえ、野生の自然の積極的な再現、あるいは水の循環といった施設全体の環境面の構想（コンセプト）を設定した上で、上記構想を、旧花野、中自然の森、南端の渦巻き噴水、東側道路沿いのカナル、花渦といった具体的施設の配置とそのデザインにより現実化したものであって、設計者の思想、感情が表現されたものといえるから、その著作物性を認めるのが相当である。」と判示した。

かかる裁判例においては、一定の敷地内（同一空間を形成していると解される範囲内）に物理的に離隔して設置された複数の施設を一体として、ひとつの著作物として認定しているように解される。かかる裁判例では、特定のコンセプトに基づいて、個々の要素が選択配置され、当該配置とそのデザイ

---

<sup>51</sup> 三木＝井口・前掲注42)760頁は、「建物と有機的に一体化していない備品、什器や置物、それらの配置といったデザインは、『建築の著作物』としては保護されない」とする。

ンなどの具体的な表現により、当該コンセプトが現実化しているという点から、各施設（要素）を有機的に関連した一体性のあるひとまとまりの著作物として評価したものと解される。

b. ノグチ・ルーム事件（東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁）

また、東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁〔ノグチ・ルーム事件〕においては、建物内の一室である「ノグチ・ルーム」及び建物、庭園、彫刻などの複数の要素がそれぞれの一つの建築物の一部と評価され、著作物性が認められている。すなわち、同裁判例は、「ノグチ・ルームは、本件建物の特徴付ける部分であって、本件建物の正面を構成する重要な部分である一階南端部分を占め、西側庭園に直接面して、庭園と調和的な関係に立つことを目指してその構造を決定されている上、本件建物は元来その一部がノグチ・ルームとなることを予定して基本的な設計等がされたものであって、柱の数、様式等の建物の基本的な構造部分も、ノグチ・ルーム内のデザイン内容とされているものである。これらの事情に、《証拠略》により認められる事情を総合すると、ノグチ・ルームを含めた本件建物全体が一体としての著作物であり、また、庭園は本件建物と一体となるものとして設計され、本件建物と有機的に一体となっているものと評価することができる。したがって、ノグチ・ルームを含めた本件建物全体と庭園は一体として、一個の建築の著作物を構成するものと認めるのが相当である。彫刻については、庭園全体の構成のみならず本件建物におけるノグチ・ルームの構造が庭園に設置される彫刻の位置、形状を考慮した上で、設計されているものであるから、谷口及びイサム・ノグチが設置した場所に位置している限りにおいては、庭園の構成要素の一部として上記の一個の建築の著作物を構成するものであるが、同時に、独立して鑑賞する対象ともなり得るものとして、それ自体が独立した美術の著作物でもあると認めることができる。」と判示した。

かかる判示内容のように、同事件においても裁判例は、建物と物理的に離隔した別個の庭園や彫刻を建物の一部と評価して、いわば一つの「建築の著作物」と認定している。

(ウ) 小括

以上のように、裁判例を参照してみても、物理的に離隔した複数の要素をひとまとまりの「著作物」として評価することは肯定され得るものとする。特に店舗の内装については、上記のとおり有機的に一体性のある個々の要素の組合せを一つの「著作物」として評価する余地があろう。

この点については、「建築の著作物」の一類型とするか、「建築の著作物」

とは認定せずに、一つの「著作物」とするかという差異はありうる。

もともと、店舗の内装の問題があくまで、建物内の一空間を構成するものであることからすれば、「建築の著作物」の一類型として認定される可能性が高いように考える。

## ウ 応用美術との比較

### (ア) TRIPP TRAPP 事件（知財高判平成27年4月14日判時2267号91頁） 以前の裁判実務

次に、音楽や絵画、彫刻など専ら美的鑑賞を目的として創作される表現物は一般的に純粋美術と呼ばれる。これに対し、茶器や机、椅子、電化製品などの実用に供されることを目的とする表現物（物品）は、応用美術と呼ばれる。

建築物においても、上記のとおり実用に供される目的を有しており、純粋美術とは異なる点で応用美術と同様である。

そのため、建築の著作物についても、応用美術の議論には一定の影響を受ける可能性があるため、応用美術に関する裁判例を参照しつつ、考察を加える。

応用美術については、その実用性、あくまで「美術の著作物」に属するものか否かが問題となること、意匠法との調整の観点などから、広く著作物性を肯定するような運用は、従前の裁判実務において行われていない。

多くの裁判例は、大要、純粋美術と同視できるような美的特性を備えている場合にのみ「著作物」として保護されうるように判示したり、実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えている場合を除き、著作権法上の著作物に含まれない、というように判示している<sup>52</sup>。

このように、実用性から離れて美的鑑賞の対象となり得るような美的特性を備えている必要があるという点で、応用美術と建築の著作物とは議論を同一にしていた。

### (イ) TRIPP TRAPP 事件及び同事件以後の裁判実務

これに対し、知財高判平成27年4月14日判時2267号91頁〔TRIPP TRAPP 事件〕は、それまでの上記のような裁判例の立場とは異なり、応用美術についても、他の著作物と同様に著作物性の要件を充たすものは「美術の著作物」として保護すべきと判示し、応用美術も表現態様が様々であるから一律に高い創

---

<sup>52</sup> 神戸地姫路支判昭和54年7月9日無体集11巻2号371頁〔仏壇彫刻事件〕、東京高判平成3年12月17日知的裁集23巻3号808頁〔木目化粧紙事件〕、仙台高判平成14年7月9日判時1813号150頁〔ファービー人形事件（ただし刑事事件）〕、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁〔チョコエッグ事件〕、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔ファッションショー事件〕など。

作性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえないと判示した。そのうえで、下記のような外観の幼児用の椅子について著作物性を肯定している。

記



(控訴人（原告）製品。出典：裁判所ウェブサイト<sup>53</sup>。)

かかる判示は、それまで主流であった裁判例の見解とは異なり、応用美術であっても、意匠法とのすみ分けなどは考慮せず（両者の重複適用を許容し）、純粹美術と同視できる程度の美的鑑賞性、美的特性を備えることまで要求しなかった。応用美術についてもあくまで他の著作物と同様に、作成者の個性さえ發揮されていれば美術の著作物として保護するという立場を示したものであると解される<sup>54</sup>。

しかし、その後かかる **TRIPP TRAPP** 事件における判示と同様に、実用性を離れて美的鑑賞の対象となるような美的特性を備えることさえ不要と判示した裁判例は見当たらない<sup>55</sup>。同事件後も裁判例は基本的に、応用美術に対しては高い創作性の程度は必要ないと判示しつつも、実用性を離れて美的鑑賞の対象となるような美的特性を要求するのが主流である<sup>56</sup>。

---

<sup>53</sup> 裁判所ウェブサイト

([http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/044/085044\\_hanrei.pdf](http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/044/085044_hanrei.pdf), 最終閲覧日 2019年11月12日)

<sup>54</sup> 中川隆太郎「応用美術(2)―美の一体性説 [TRIPP TRAPP 事件：控訴審]」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰士＝上野達弘編『著作権判例百選[第6版]』16頁, 17頁 (有斐閣, 2019)。島並ほか・前掲注46) 43-44頁。東海林保「第2講 著作物性」高部眞規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務 [第2版]』23頁, 42頁 (商事法務, 2018)。愛知靖之＝前田健＝金子敏哉＝青木大也『知的財産法』199頁 [金子敏哉] (有斐閣, 2018)。

<sup>55</sup> ただし、2019年7月現在。

<sup>56</sup> 大阪地判平成27年9月27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 [スティック型加湿器事件：第1審], 知財高判平成28年

したがって、今後も裁判例の動向を注視していく必要はあるものの、現状（2019年7月現在）、上記 TRIPP TRAPP 事件の判示後直ちにそれまでの裁判例の実用性を離れて美的鑑賞の対象となるような美的特性を備えていることを要求する主流に変動が起きたと評価することはできない<sup>57</sup>。

また、上記 TRIPP TRAPP 事件後、建築の著作物について同趣旨の判示をする裁判例も見当たらない（2019年6月現在）。

(ウ) TRIPP TRAPP 事件が「建築の著作物」に影響を与える可能性

TRIPP TRAPP 事件が建築の著作物に与える影響は定かではない<sup>58</sup>。

しかし、その後の応用美術に関する裁判例の動向が従前のものと大きな差はなく、あくまで実用性を離れて美的鑑賞の対象となるような美的特性を要求していることからすれば、実用に供する目的を有する点で共通する建築物の著作物についても上記 TRIPP TRAPP 事件前後で判断基準に大きな違いが出てくるものとは現状考え難い。

(5) 現状の裁判実務を踏まえた店舗の外装・内装の保護の限界

上記のとおり、店舗の外装・内装については、建築の著作物として保護される余地がある。

そして特に店舗の内装のように、壁面等のデザイン（装飾）のほか置物や什器などの複数の要素の組み合わせや配置など、それらが有機的に一体性を有している場

---

11月30日判時2338号96頁〔スティック型加湿器事件：控訴審〕、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：第1審〕、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〕、東京地判平成28年4月27日裁判所HP参照（平成27年（ワ）27220号）〔エジソンのお箸事件：第1審〕、知財高判平成28年10月13日裁判所HP参照（平成28年（ネ）10059号）〔エジソンのお箸事件：控訴審〕、大阪地判平成29年1月19日裁判所HP参照（平成27年（ワ）9648号、平成27年（ワ）10930号）〔婦人服事件〕、東京地判平成29年12月22日裁判所HP参照（平成27年（ワ）33412号）〔半田フィーダ事件：第1審〕、知財高判平成30年6月7日裁判所HP参照（平成30年（ネ）10009号）〔半田フィーダ事件：控訴審〕。

<sup>57</sup> なお、中川・前掲54)は、「…本判決の判断は、その後の裁判例にそのまま継承されているとは言い難い。すなわち、一方で、本判決後の12件の下級審裁判例（2018年11月現在）では『純粋美術と同視し得るか』という判断基準に言及する例はなく、従来の純粋美術同視説は事実上克服されつつある。しかし他方で、その後の裁判例の多くは…本判決のように、応用美術も作成者の個性さえ発揮されていれば美術の著作物として保護される、と正面から判断する例は見られない。」と評する。

<sup>58</sup> 三村量一「建築の著作物性〔グルニエ・ダイン事件：控訴審〕」小泉ほか編前掲注54)（第6版）28頁、29頁は、「TRIPP TRAPP 事件知財高裁判決後の裁判例において、応用美術の著作物性の判断基準は必ずしも明確ではない…。TRIPP TRAPP 事件知財高裁判決後の状況において、住宅一般ないし組立て家屋に関する著作物性判断基準がどのように推移するかは注目される。」とする。

合には、ひとまとまりの「一つ」の著作物として保護される余地があろう。

もっとも、店舗の外装・内装に「著作物」性が認められるためには、上記のとおり実用性を離れて美的鑑賞の対象となるような美的特性を備えていることが求められるものと解される。

そして、現状（2019年6月現在）、店舗の外装や内装の「著作物」性が争点となり、裁判所がこれを肯定して認定した例は見当たらない<sup>59</sup>。

少なくとも現状の上記裁判実務を考慮すれば、その保護のハードルは一般に高いように推察される。

もっとも、例えば一般住宅とカフェを比較してみれば、一般住宅と異なりカフェでは、その内装デザイン（装飾）に関し実用性から受ける制約は多くないように思われる。例えば、カフェは居住空間ではない以上、居住空間である場合に受ける制約のほか実用性から必然的に被る制約は少ない。確かに、従業員や顧客の動線などの関係から机や椅子等の配置のほか、一定の制約があるようには考えられるものの、あくまで店舗内の壁面や床の色や装飾などのほか、置物の配置構成やそれらの組み合わせなどの設計は、一般住宅のそれに比して自由度が相当程度高いように思われる。

そもそも、特にカフェなどにおける内装は、顧客の目に触れることを当該店舗事業者が想定し、その美的形象を顧客に伝達することで、顧客のマインドにポジティブに働きかけることが主眼とされるケースが多いように思われる。

そうすると、店舗の外装・内装においては、裁判例においてこれまで著作物性が否定されてきた一般住宅に比べると、実用性を離れて美的特性を備えているケースが相当程度存在するように推察される。未だこれを肯定した裁判例は見当たらないものの、「著作物」性が肯定される可能性は十分にあるのではないか。

### 3 著作権法による保護拡充に関する考察

#### (1) 私見

店舗の外装・内装について、著作権法による保護を拡充することについては慎重な姿勢を採るべきである。現行法において、例えば現在の上記解釈を拡張するなど、保護拡充を図るべきではないように考える。

---

<sup>59</sup> なお、東京地判平成29年4月27日裁判所HP参照（平成27年（ワ）23694号）〔ステラマッカートニー青山事件〕では、戸建てのアパレルショップの店舗外装が建築の著作物として肯定されている。もっとも、同事件においては当該店舗外装の著作物性は当事者間において争点となっておらず、判決においても当事者間に争いのない前提事実として認定されている。

## (2) 理由

ア 「著作物」該当性のハードルは著作物の類型ごとに自ずと差異があること

そもそも、店舗の外装・内装など建築物は、実用に供される目的を有する以上、その内容程度に差はあり得るものの、大小の制約が存在する。

したがって、特に利用者の利用を過度に制約しないように適切に調整を図るため、実用性に権利を及ぼすことに対しては慎重に検討せざるを得ない。

またそもそも、絵画、音楽、プログラム、建築物など個々の表現物の類型により、表現の選択の幅や他の表現物の多様性は区々である。

そのため、著作物の類型ごとに自ずと保護が認められるためのハードルは相違しよう。

イ 「建築の著作物」該当性に芸術性（美術性）が要求されるべきこと

また、著作権法上、著作物として保護対象となるのはあくまで「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」である。

そのため、建築の著作物が保護するのは、あくまで当該建築物の美的形象であり、そもそも建築の著作物が通常有する実用性は、著作権法の保護対象外であると解する。

このように、建築物の著作物として保護されるためには、当該建築物が、その有する実用性を離れて美的特性を有するものでなければならないと解するべきである。

仮に例えば、建築物の「著作物」性の判断において、このような実用性から離れた美的特性を要しないとし、他の著作物と同様に、単に創作者の個性が現れているかという観点からのみ創作性を検討する、というような保護拡充をすると、次に述べるような弊害を招こう。

ウ 「建築の著作物」該当性に芸術性（美術性）を要求せずに、広く著作物該当性を認めるような保護拡充策がもたらす弊害（不都合）

著作権法は、権利取得に何らの出願や登録も要しない無方式主義を採用している（17条2項）。そして権利者や権利内容等の公示制度は、登録制度（著作権法第2章第10節）を利用しない限り存在しない<sup>60</sup>。

そのため、当該表現物を見るだけでは、そもそも当該表現物が著作権法上の著

---

<sup>60</sup> 文化庁の運営する「著作権等登録状況検索システム」

(<https://pf.bunka.go.jp/chosaku/eGenbo4/index.aspx>)において、2019年7月2日現在論文執筆者が検索したところでは、平成30年中に登録されたものは合計10件であり、いずれも著作隣接権に関するものである。また、同以前のものは、直近のもので平成24年6月25日にまで遡る。このように、著作権法における登録制度は現実にはあまり利用されていない実態がある。

作物として保護を受けているものなのか、仮に保護を受けているとしても、「いつ権利が発生」し「いつまで権利が存続しているのか」、「権利者が誰か」、「権利の内容や範囲がどのようなものか」など判然としないケースも多い。

まして、著作権法は、万国著作権条約やベルヌ条約における内国民待遇の規定（万国著作権条約2条，ベルヌ条約5条1項）のもと，権利者の範囲や保護対象となる建築物（店舗の外装・内装）は日本国内に所在するものに限られず，いわば世界中の条約加盟国内に広がる。

また，権利保護期間も著作者の死後70年（法人が著作の名義を有する著作物については公表後70年）と他の知的財産権<sup>61</sup>に比して長期に亘る（著作権法51条2項，同53条1項）。特に同じ創作面を保護する意匠法の権利存続期間が設定登録の日から20年（意匠法21条1項。ただし，令和元年改正により出願から25年となる予定である。）であることと比較してもかなりの長期に亘る。

ところで，標識面を保護する商標法による保護期間は，更新をする限り半永久的である<sup>62</sup>。また，不競法2条1項1号や同2号に基づく差止請求権の行使等も半永久的に可能である。

このように，著作権法の権利存続期間に比して，標識面の保護期間は長期である。

しかし，標識面保護は，正に当該商標や表示にそれまで蓄積しているグッドウィルを保護しようとするものであり，当該商標や表示に化体するグッドウィルの蓄積や維持，保全のための投資といった経時的に生ずる法益を保護する必要があると認められよう。

これに対し，創作面保護のための著作権法においては，創作時という一時点のインセンティブを確保し保護する必要があるにとどまる。そのため，標識面保護の商標法や不競法2条1項1号との比較の観点から創作面保護の著作権法の保護期間が短いというように評価することはできないであろう。

著作権法の以上のような体制のもとで，仮に建築の著作物を広く肯定するような解釈論を採用すれば，社会には著作物性の認められる（乃至認められる可能性の高い）建築物で溢れることになるだろう。

他方，後発の創作者において，自身の創作する建築物の著作権侵害のリスクを適切に調査することもかなわない。

---

<sup>61</sup> 特許権は，出願後20年（特許法67条1項），実用新案権は出願後10年（実用新案法15条），意匠権は，設定登録の日から20年（意匠法21条1項。ただし，令和元年改正法により出願から25年となる予定である。），商標権は，設定登録の日から10年（商標法19条1項。ただし，更新（同法同条2項，同3項）により半永久的に存続可能である。），不正競争防止法に基づく形態模倣（同法2条1項3号）の保護は，日本国内において最初に販売された日から換算して3年を経過した商品には及ばない（同法19条1項5号イ）。

<sup>62</sup> 前掲注61）。

しかし、これでは、後発創作者の店舗の外装・内装に関する創作への抑止的效果は計り知れない。

すなわち、仮に著作権者は当該店舗の事業者であるとの推察が可能であるとしても真の権利者が当該店舗の事業者とは限らない。

また、このような著作物の権利者や権利範囲、権利内容が公示されているわけでもなく、権利の範囲や権利者、権利の存続期間、権利存続の有無などを把握することは困難を極める可能性がある。

さらに、権利の存続期間も長期に亘ることから、有効に存続する建築の著作物の総量は、存続期間が短期の例えば意匠法などに比してはるかに多くなるように想定される。

加えてそのような建築の著作物が、日本国内及び世界中の街中に無数に乱立することになる。

他方で、建築物はその実用性の観点から、表現に一定程度の制約がある。仮に店舗の外装・内装が一般住宅に比して実用性の制約が小さく、表現の選択の幅が広いと解されるとしても、絵画などの純粋美術ほど表現の自由度が高く、選択の幅が広いわけではない。

そうすると、以上のような事態を招くことは、建築物の建造（店舗の外装・内装の設立）について潜在的な権利侵害のリスクが大きいことを意味し、権利侵害を回避するための第三者の著作権の調査もままならない以上、建築の著作物の創作を行う者への抑止効果が非常に大きいことを優に想像できよう。ひいては建築物の建造自体が困難となるリスクを孕んでいる。

また、店舗の外装・内装も、実用に供される目的を有するものである側面は否定できない。

したがって、実用面も考慮せずに著作物性を広く肯定すれば、かかる実用面に関する利用者の利用を過度に制約し、権利者との調整がアンバランスな状態になるようにも解される。

そもそも、著作権法は、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与することを目的とする。」（同1条）。

このように著作権法は、著作物の著作権者と著作物の利用者（表現の伝達者）との利害調整を図り、文化の発展に寄与することを目的とする。

この点について、文化の発展のためには、様々な表現物が創作され、世に登場していくことで、多様な表現物が世に溢れるような「多様性」こそが望ましい。

しかし、上記のような建築の著作物の抑止的效果を生むことは、建築物の開発自体を抑止するおそれがある以上、このように文化の発展のために望まれる「多様性」自体が損なわれる危険がある。

そうすると、上記のような事態に陥ることは、著作権法の志向する「文化の発

展」をむしろ阻害し、著作権法の目的に反する結論を生む危険があろう。

#### エ 小括

以上の次第で、著作権法による現行法での解釈論を変更し、保護を拡充することは、上記のとおり却って著作権法の志向する文化の発展、文化的に多様な世界の実現という目的を阻害する危険を包含するものと考ええる。

したがって、店舗の外装・内装の創作面の保護に関し、著作権法による保護拡充をはかることについては慎重な姿勢を採るべきであり、現行法では創作面の保護拡充のために著作権法を用いることは検討すべきでないように考える<sup>63</sup>。

もっとも、第1章第2節2で述べたとおり、店舗の外装・内装デザインの創作面は、その重要性及び模倣の容易性の観点から、創作へのインセンティブを確保するためには十分な保護が与えられているかを検討する必要があるところ、未だ保護は十分とは言えない。

では、同じ創作面のうち装飾的側面を保護する法律である「意匠法」による保護拡充はどうか。

この点に関しては、次節以下で検討するように、上記のような著作権法によって保護拡充した場合の弊害（不都合）が生じるリスクは低いように考える。

以下、「意匠法」による保護を検討する。

### 第3節 意匠法

#### 1 はじめに

本論文第1章第2節及び第2章第1節、同第2節で見てきたとおり、店舗の外装・内装のデザイン（装飾）面に関して、その創作へのインセンティブは必ずしも十分と

---

<sup>63</sup> 横山・前掲注48) 134頁は、「建築デザインの保護要件として美術性ないし美的鑑賞性が必要とされる理由は、美的鑑賞性のない建築デザインを広く著作物として保護した場合に生じる弊害を回避することにあるから、建築デザインが意匠法の保護を受けられないからといって、美的鑑賞性のない建築デザインを著作物として保護することはそれに伴って生じる弊害を放置することを意味し、妥当とはいえないだろう。…かりに建築デザインについて保護の欠缺が生じていることに問題があるとすれば、意匠法の改正や独自立法の創設により保護を与えることが検討されるべきであろう。」と述べる。

また、Jacques Larrieu=横山久芳=Alexandra Mendoza-Caminade=藤野睦子=茶園成樹「日欧の店舗デザインの保護について」平成29年10月10日付IPrism=OGU国際知的財産シンポジウム第1部基調講演「日本における店舗デザインの保護について」12頁〔横山久芳発言〕では、著作権法による店舗デザインの創作面保護に関し、「現行法の解釈としては、通説が懸念するような問題がある以上、実用建築の著作物性を限定的に解すべき。」「実用建築のデザイン開発を促進するとの見地から、法的な保護措置を講ずべきか否か、保護措置を講ずる場合、著作権法によるべきか、独自立法によるべきかについて、立法論的な検討を行うべき。」として、あくまで著作権法による保護拡充に慎重な姿勢を示しつつ、少なくとも解釈による解決ではなく、立法論的な解決を模索するべきとの見解を示す。

は言えない状況にある。

もっとも、著作権法による保護拡充は、前述のとおり、これを行った場合の弊害が大きく、著作権法の志向する文化的多様性を阻害するおそれさえある。

そのため、店舗の外装・内装デザインに関する創作へのインセンティブを確保しつつ、店舗の外装・内装デザインの多様性を確保する観点から、著作権法と同様にデザイン（装飾）の創作面を保護する法律である意匠法による保護が、より良い手とならないか。本節では、意匠法による店舗の外装・内装デザイン（装飾）の創作面の保護の現状及び保護拡充の要否等について検討する。

ところで意匠法に関しては、「特許法等の一部を改正する法律案」が令和元年5月17日（以下、「令和元年意匠法改正」や「令和元年改正法」などという。同改正前の意匠法を便宜上「令和元年改正前意匠法」などという。）に公布され、一部の規定の除き公布の日から1年以内の日（その後、令和元年11月7日付の政令で、令和2年4月1日施行となることが決定された。）に施行される<sup>64</sup>。同改正では、後述のように、意匠法の保護対象に建築物（建築物の部分を含む。）や店舗の内装などが加わることになる。

そのため、令和元年改正法により、意匠法による店舗の外装・内装デザインの創作面の保護拡充が図られていると評価できる。

本論文では、令和元年意匠法改正の前後の保護状況等について確認した上、同改正後の意匠法による店舗の外装・内装の保護拡充について考察を加える。

結論としては、令和元年意匠法改正による、店舗外装・内装デザインの創作面保護拡充策には賛成である。もっとも、後述のとおり種々の問題は残されている。

## 2 実務の流れ

### (1) 令和元年意匠法改正前の保護状況

#### ア 「意匠」の範囲

令和元年意匠法改正前、意匠法の保護対象である「意匠」とは、「物品（物品の部分を含む。第八条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう。」とされていた（意匠法2条1項）。

このように意匠法は、「意匠」の対象をこのような「物品」すなわち、工業的に量産可能な有体物で、市場で流通する動産に限るとしてきた<sup>65</sup>。

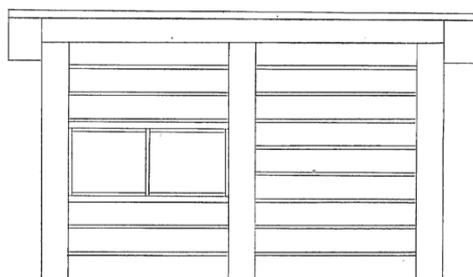
<sup>64</sup> 例えば①物品区分表（意匠法7条，同施行規則別表第一）の廃止，②複数意匠の一括出願（改正法7条）の導入，③指定期間経過後の延長手続き（改正法68条で準用する特許法5条3項），④優先期間経過後の優先権主張の肯定（改正法15条で準用する特許法43条7項）などについては，公布の日から2年以内の日に施行される。

<sup>65</sup> 特許庁「意匠審査基準」（平成31年4月26日改訂版）第2部第1章21.1.1.1（1）（7頁）。満田ほか・前掲注5）110頁以下〔斎藤瞭二〕，高田忠『意匠法』32頁以下（有斐閣，

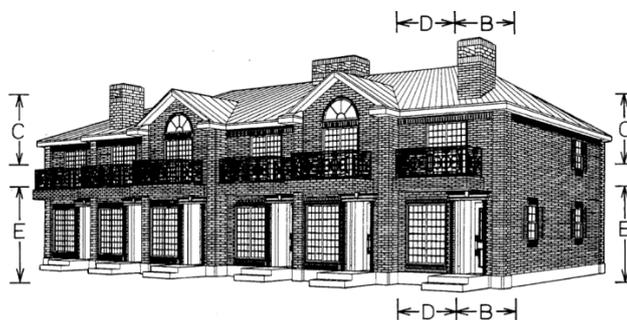
そのため、土地及びその定着物であるいわゆる不動産は「物品」（改正前意匠法2条1項）とは認めず、意匠法の保護対象から外れるというのが通説<sup>66</sup>であり、特許庁における審査基準<sup>67</sup>においても同様の運用がなされてきた<sup>68</sup>。

なお、使用時には不動産となるものであっても、工業的に量産され、販売時に動産として取り扱われるもの、例えば、門、組立てバンガローは、「物品」と認められる<sup>69</sup>などとされ、例えば下記のような「組立てバンガロー」、「組み立て家屋」、「組立て店舗」といった登録例がある。

記



（意匠登録第 1075096 号。「組立てバンガロー」）



（意匠登録第 1181642 号。「組み立て家屋」）

---

1969), 斎藤瞭二『意匠法』95 以下 (発明協会, 第2版, 1987), 茶園・前掲注6) 18-19 頁。

<sup>66</sup> 高田・前掲注65) 35 頁。斎藤・前掲注65) 97 頁。茶園・前掲注6) 18-19 頁。なお、加藤恒久『意匠法要説』77 頁 (ぎょうせい, 1981) は、不動産も意匠法上の「物品」に当たるとしつつ、「工業上利用することができ」るものではないとして意匠法による保護は及ばないとする。

<sup>67</sup> 特許庁・前掲注65) 第2部第1章21.1.1.1(2)①(7-8 頁)。

<sup>68</sup> なお、田村善之『知的財産法』363 頁 (有斐閣, 第5版, 2010) は、家屋等、量産が可能となっている現在、不動産であるからといってカテゴリカルに意匠登録の対象から外す必然性はなくなっている、というように指摘しており、不動産についても意匠登録を認める余地を示唆する見解も存在した。

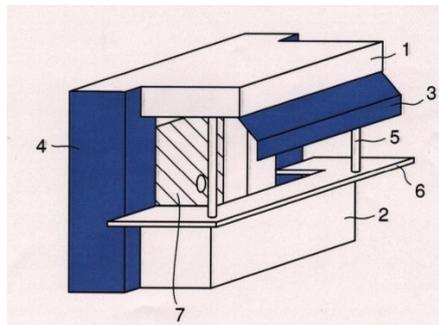
<sup>69</sup> 前掲注67)。



(意匠登録第 1061606 号。「組み立て家屋」)



(意匠登録第 1335450 号。「組み立て店舗」)



(意匠登録第 1219606 号。「スナック販売用の組立て店舗」)

そのため、令和元年改正前の意匠法においては、工業的に量産可能で販売時に動産として流通するような建築物（店舗の外装・内装）以外は、「物品」に含まれず、意匠法による保護を受けることができなかった。

そして、多くのケースで店舗の外装・内装は、工業的に量産可能なケースは多くないように思われ、少なくとも販売時に動産として流通するような類のものでもないように思われる。特に店舗の内装は、販売時に動産としては流通せず、商業施設やビルの一部にテナントとして入る店舗の外装も、工業的に量産可能で販売時に動産として取引されるような類のものでないことは明らかであろう。

そのため、令和元年改正前の意匠法においては、そもそも店舗の外装・内装を保護することは困難であった。

イ 一意匠一出願の原則（令和元年改正前意匠法 7 条）と組物の意匠（同 8 条）

また、意匠登録出願は一意匠ごとにしなければならないこととされる（一意匠一出願の原則（令和元年改正前意匠法 7 条））。

そのため、令和元年意匠法改正前は、複数の要素を一つの「意匠」として出願することは組物の意匠（同法 8 条）以外は認められなかった。

そして、例えば店舗内の家具、什器、置物、装飾など店舗の内装における複数の要素を「組物」とする規定もなかったため（同法 8 条，同施行規則 8 条，同規則別表 2 参照），これらの要素を一つの「意匠」として出願して保護を受けることもできなかった。

したがって、令和元年改正前の意匠法においては、あくまで店舗の内装の個々の物品（要素）ごとに意匠出願して意匠法の保護を受けることを検討せざるを得なかった。

ウ 小括

以上の次第で、令和元年改正前の意匠法では、そもそも建築物が「意匠」に含まれておらず、また一意匠一出願の原則や組物の意匠制度の限界から、店舗の外装・内装デザインを有効に保護することはできなかった。

(2) 令和元年改正法の概要及び内容について

ア 改正の経緯

平成 25 年 11 月 22 日を第 1 回として、産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会において意匠法改正に関する議論がスタートした。

かかる小委員会では、空間デザインに関する意匠法による保護状況についても議論が行われた<sup>70</sup>。その後、平成 31 年 2 月には、「産業競争力の強化に資する意匠制度の見直しについて」と題する報告書（以下、「報告書」という。）が同小委員会から出されるに至っている。

同報告書においては、空間デザインに関し、「昨今、モノのデザインのみならず、コト（経験）のデザインを重視する観点から、店舗デザインに投資して独創的な意匠を凝らし、ブランド価値を創出して製品・サービス等の付加価値や競争力を高める事例が見られるようになっている。建築物についても、ブランド価値の創

---

<sup>70</sup> 特許庁「意匠制度の見直しの検討課題について」21 頁以下（平成 30 年 8 月 6 日）（産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会第 6 回配布資料 1）。特許庁「意匠制度の見直しの方向性（案）」6 頁以下（平成 30 年 11 月 5 日）（産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会第 9 回配布資料 1）。産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会「産業競争力の強化に資する意匠制度の見直しについて（案）」5 頁以下（平成 30 年 12 月 4 日）（同会第 10 回配布資料 1）。

出の観点からデザインの重要性が高まっている。また、近年、オフィス家具・関連機器を扱う企業が、自社の製品を用いつつ特徴的なオフィスデザインを設計し、顧客に提供する事例が生じている。こうした空間デザインは、著作権法で保護することも考えられるが、同法で保護される建築物はいわゆる建築芸術が主である。また、周知性や著名性があれば、不正競争防止法による保護を受けることができるが、独創的な空間デザインを生かしたブランド構築の取組を早い段階から保護する観点からは、周知性や著名性が生じる前から保護するニーズが高まっている。諸外国を見ても、米国や欧州においては、建築物の外観や内装は、意匠の保護対象とされており、日本よりも保護対象が広い。」とし、「こうした状況を踏まえ、現行意匠法の保護対象である「物品」（動産）に加え、「建築物」（不動産）を意匠の保護対象とすべきと考えられる。」という見解が示された<sup>71</sup>。

続けて同報告書では、「内装についても、組物の意匠と同様、一意匠一出願の原則の例外として、家具や什器等の複数の物品等の組合せや配置、壁や床等の装飾等により構成される内装が、全体として統一的な美感を起こさせるような場合に限り、一意匠として意匠登録を認めることとし、その保護の拡充を図るべきである。」とし、「内装意匠の保護対象とする施設については、上記のニーズも踏まえ、店舗等に限定することなく、オフィスの内装等も含め幅広く保護対象とすることが適当である。」、「また、内装を保護するにあたって、什器の組合せや配置等の各構成要素について、どの点に特徴や新規性・創作非容易性があるのかを明確に示すべきではないかという意見がある。この点については、権利範囲の明確化の観点から、出願人が、出願に際して、什器の組合せや配置等の特徴の説明を行うことを求めるような仕組みを検討すべきである。」、「併せて、特許庁においても、新規性・創作非容易性の判断に係る考え方を明確に示すよう、意匠審査基準等の改訂を検討すべきである。」とした<sup>72</sup>。

このような検討及び方針決定を経て、以下のような令和元年意匠法改正がなされるに至った。

## イ 店舗デザインに絡む改正法の内容

### (ア) 「意匠」の定義及び「実施」の内容等

令和元年意匠法改正では、「意匠」の定義を下記のとおり改めた（改正意匠法2条1項。下線は執筆者付記）。

記

「この法律で『意匠』とは、物品（物品の部分を含む。以下同じ。）の形状、模様若しくは

<sup>71</sup> 産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会（以下、「意匠制度小委員会」という。）「産業競争力の強化に資する意匠制度の見直しについて」5頁（平成31年2月）。

<sup>72</sup> 意匠制度小委員会・前掲注71）5-6頁。

色彩若しくはこれらの結合（以下「形状等」という。）、建築物（建築物の部分を含む。以下同じ。）の形状等又は画像（機器の操作の用に供されるもの又は機器がその機能を発揮した結果として表示されるもの）に限り、画像の部分を含む。次条第二項、第三十七条第二項、第三十八条第七号及び第八号、第四十四条の三第二項第六号並びに 第五十五条第二項第六号を除き、以下同じ。）であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう。」

このように、令和元年改正法では、「意匠」の内容として、「建築物（建築物の部分を含む。）の形状等」を含めるものとした。

また、これに伴い、意匠の「実施」として、下記条項が改正意匠法2条2項2号に追記されている。

#### 記

「意匠に係る建築物の建築、使用、譲渡若しくは貸渡し又は譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為」

かかる規定により、「意匠」が建築物の一部等の場合には、意匠に係る建築物の「建築」、「使用」、「譲渡」、「貸渡し」、「譲渡若しくは貸渡しの申出」が「実施」となることが明らかとされている。「建築物」である以上、輸出や輸入はあり得ないため含まれず、他方「物品」の「製造」に相当する建築物の「建築」が含まれることとなっている。その他、建築物にかかる意匠に関し、いわゆるみなし侵害規定が改正されている（改正意匠法38条4項乃至同6項<sup>73</sup>）。

#### (イ)「内装の意匠」について

また、令和元年改正法では、下記のように、店舗等の内部の設備や装飾を構

---

<sup>73</sup> 改正意匠法38条4項「登録意匠又はこれに類似する意匠に係る建築物の建築にのみ用いる物品又はプログラム等若しくはプログラム等記録媒体等について業として行う次のいずれかに該当する行為 イ 当該建築にのみ用いる物品又はプログラム等記録媒体等の製造、譲渡、貸渡し若しくは輸入又は譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為 ロ 当該建築にのみ用いるプログラム等の作成又は電気通信回線を通じた提供若しくはその申出をする行為」同5項「登録意匠又はこれに類似する意匠に係る建築物の建築に用いる物品又はプログラム等若しくはプログラム等記録媒体等（これらが日本国内において広く一般に流通しているものである場合を除く。）であつて当該登録意匠又はこれに類似する意匠の視覚を通じた美感の創出に不可欠なものにつき、その意匠が登録意匠又はこれに類似する意匠であること及びその物品又はプログラム等若しくはプログラム等記録媒体等がその意匠の実施に用いられることを知りながら、業として行う次のいずれかに該当する行為 イ 当該建築に用いる物品又はプログラム等記録媒体等の製造、譲渡、貸渡し若しくは輸入又は譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為 ロ 当該建築に用いるプログラム等の作成又は電気通信回線を通じた提供若しくはその申出をする行為」同6項「登録意匠又はこれに類似する意匠に係る建築物を業としての譲渡又は貸渡しのために所有する行為」。

成する物品や建築物に係る意匠に関し、一定の要件のもとに、複数の要素を一つの意匠として出願し登録することを許容した（改正意匠法8条の2）。

記

「店舗、事務所その他の施設の内部の設備及び装飾（以下「内装」という。）を構成する物品、建築物又は画像に係る意匠は、内装全体として統一的な美感を起こさせるときは、一意匠として出願をし、意匠登録を受けることができる。」

このように、令和元年改正意匠法において、店舗の内装に関しては、一意匠一出願の原則の例外として、①店舗、事務所その他の施設の内部であること、②複数の物品、建築物又は画像に係る意匠より構成されるものであること、③「内装全体として統一的な美感を起こさせる」ものであること、という要件のもと、一意匠として出願すること（意匠登録をすること）が許容された。

かかる制度は、一意匠一出願の原則の例外であるとともに、出願人が任意に選択する有機的に一体性のあるひとまとまりの複数の要素を、「一意匠」として取り扱うことを可能にする点で、いわば組物の意匠の柔軟性を高めたような制度ともいうことができよう。

#### ウ 令和元年改正法後の意匠審査基準

##### （ア）新規性の判断

ところで意匠法においては、意匠登録を受けるためには、下記の意匠要件を充足しなければならない。

記

- （1）工業上利用することができる意匠であること（意匠法3条柱書）
- （2）新規性を有すること（意匠法3条1項各号）
- （3）創作非容易性を有すること（意匠法3条2項）
- （4）先願意匠の一部と同一又は類似の後願意匠でないこと（意匠法3条の2）

そして、この（2）新規性要件においては、「意匠登録出願前に日本国内又は外国において公然知られた意匠」や「意匠登録出願前に日本国内又は外国において、頒布された刊行物に記載された意匠又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となつた意匠」に類似する意匠は登録を受けることができないものとされる（意匠法3条1項3号）。

かかる店舗の「内装の意匠」の「類似」性の判断に関しては、未だ審査基準が公表されていないが<sup>74</sup>、特許庁より「新たな保護対象に追加する意匠に関する

---

<sup>74</sup> その後、この点に関して、2019年10月21日付で「産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会第17回意匠審査基準ワーキンググループ」の配布資料として、資料6「『内

審査運用等について」(以下、「特許庁審査運用等」という。)が公表されており<sup>75</sup>、同特許庁審査運用等においては、内装における形態の類比(「什器の形態の評価」や「什器等の位置関係の評価)」に関する審査運用の方針が5～8頁に亘って下記のとおり示されており、参考になる。

#### 記

---

装の意匠』に係る意匠審査基準の改訂について(案)」及び資料7「『内装の意匠』に係る意匠審査基準の改訂について(案)要約資料」、資料8「改訂意匠審査基準『内装の意匠』関連部分(案)」が公表されている

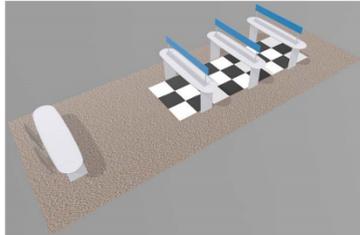
([https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho\\_wg/17-shiryuu.html](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho_wg/17-shiryuu.html), 最終閲覧日2019年11月8日)。各資料においては、「内装の意匠」の類否判断について、両意匠の要旨の認定を行った後、意匠に係る物品の用途・機能についての共通点及び差異点の認定、形態についての共通点及び差異点の認定を行い、共通点及び差異点を意匠全体として総合的に観察・評価して最終的な類否判断を行うとしており、この点は、従前の意匠の類否判断における類否判断と大差ないであろう。また、共通点及び差異点の評価のポイントとして開示する内容についても、直ちにコメントすべき点は見当たらない。もっとも、用途及び機能の類似性に関する審査基準案には疑問がある。すなわち、例えば上記資料8の改訂審査基準案の「6.2.2 用途及び機能の類否判断」では、「住宅用寝室の内装」と「ホテル客室の内装」に関し、「いずれも内部において人が一定時間を過ごすために用いるものである」という点で、用途及び機能に共通性がある」として、用途及び機能の類似性を肯定する旨指摘する。確かに、感覚的には「住宅用の寝室」と「ホテル客室の寝室」とがその用途や機能において類似するという結論はありえよう。しかし、かかる結論を導く理由付けについては、疑問である。「内装」はほとんどの場合、「内部において人が一定時間を過ごすために用いるもの」ではなかろうか。例えば、「化粧品販売の小売店の内装」と「図書館の内装」は、いずれも「内部において人が一定時間を過ごすために用いるもの」であろう。しかし、両者の用途及び機能が類似しているかといわれれば、一定の疑義が生じるように思う。このような次第で、むしろ審査基準案が上記で示すような機能を持たない「内装」なるものは想定困難であり、かかる審査運用がなされるのであれば、従来の「物品の類似性」に代わる「用途及び機能の類似性」は形骸化するに等しい。そうすれば、内装の意匠については、形態の類否が類否判断のカギとなり、例えば、喫茶店(カフェ)の内装と飛行機の内装とは、業種も提供するサービスも異なり、用途及び機能を細かく見れば異なる可能性があるにもかかわらず、形態が類似さえすれば、両者は類似するものと判断されることになる。しかし、飛行機の内装のような喫茶店が存在しない場合、喫茶店の業界では、かかる「内装の意匠」は「新規」なのではなかろうか。少なくとも、このような審査運用は、「内装の意匠」については、形態の類否しか見ないとするにさえ等しいように思料され、意匠登録のハードルを著しく上げる。権利侵害における類否判断においても同様に考えるのであれば、登録意匠の権利範囲を不当に広く認めるものとする。このような次第で、かかる「用途及び機能の類似性」に関しては、少なくとも上記審査基準案のような判断では不適切であり、用途の記載から読み取れる業種や利用場面までも一定程度読み込んで検討されるべきである。

<sup>75</sup> 特許庁「新たに保護対象に追加する意匠に関する審査運用等について」4頁以下(平成30年11月5日)(意匠制度小委員会第9回配布資料2)。

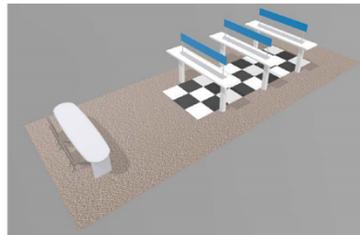
■ 形態の類否 - 什器の形態の評価

什器の形態における相違が僅かであり、床面と什器との位置関係も共通している場合は、**類似**と判断

公知の意匠



出願の意匠



類似



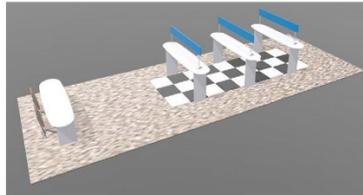
5

(特許庁審査運用等 5 頁)

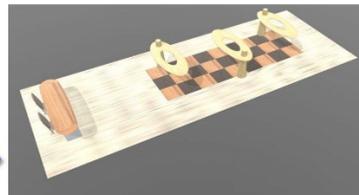
■ 形態の類否 - 什器の形態の評価

床面と什器の位置関係が共通している場合でも、個々の什器に、見る者の注意を強くひく新規な特徴がある場合は**非類似**と判断

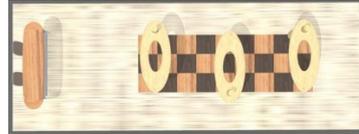
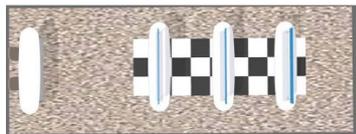
公知の意匠



出願の意匠



非類似



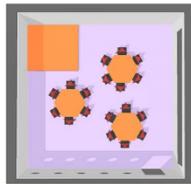
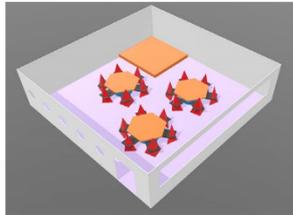
6

(特許庁審査運用等 6 頁)

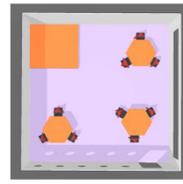
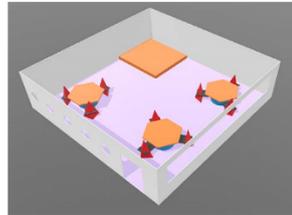
### ■形態の類否 - 什器等の位置関係の評価

床面と什器の位置関係については、見る者の格別の注意をひく新規な特徴が無い限り、**類否判断における評価は低い**

公知の意匠



出願の意匠



類似  
↔

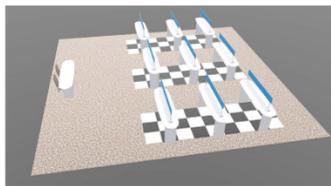
7

(特許庁審査運用等 7 頁)

### ■形態の類否 - 什器等の位置関係の評価

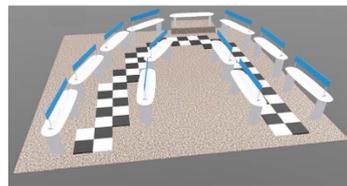
床面と什器の位置関係については、見る者の格別の注意をひく新規な特徴と認められる場合は、**類否判断における評価が高い**

公知の意匠



非類似  
↔

出願の意匠



**【特徴記載書】**

この意匠登録出願の意匠は、ショールーム内にディスプレイテーブルを複数設置した内装意匠である。ディスプレイルーム入り口から出口まで、顧客の導線を誘導しつつ全ての展示商品が視認可能となるようにテーブルを配したものである。室内中央奥には、他部より床面を一段高くした箇所を設けており、当該箇所に設置したディスプレイテーブル上に主力商品を展示し、顧客が当該商品を注視するよう、誘導するものである。

8

(特許庁審査運用等 8 頁)

このように、特許庁においては、店舗の内装の意匠に関し、「什器の形態における相違が僅かであり、床面と什器との位置関係も共通している場合は、類似と判断」するが、たとえ「床面と什器の位置関係が共通している場合でも、個々の什器に、見る者の注意を強くひく新規な特徴がある場合は非類似と判断」するとする。

また、什器の位置関係については、「床面と什器の位置関係については、見る者の格別の注意をひく新規な特徴が無い限り、類否判断における評価は低い」

としつつ、「床面と什器の位置関係については、見る者の格別の注意をひく新規な特徴と認められる場合、類否判断における評価が高い」とする。

以上のように、特許庁は「什器の形態」については、見る者の強い注意をひく新規な特徴がある場合は、「非類似」と断定して述べるのに対し、「床面と什器の位置関係」については、見る者の格別の特徴があっても「類否判断における評価が高い」と述べるにとどまり、この点を書き分けている<sup>76</sup>。このことから把握できるように、特許庁は、店舗の内装の類否に関し、個々の什器の床面との位置関係よりもむしろ、個々の什器の形態自体の新規な特徴を重視している。

そして、単に什器と床面との位置関係のみで、見る者の格別の注意をひく新規な特徴を備えることは、通常困難であろう。すなわち、「店舗」である以上、現実には床面積や空間の形状の制約のほか、事業運営上従業員や顧客の適切な動線を描くよう設計する必要があることなどによる制約があり得るとともに、公知の店舗の什器と床との位置関係の多様さに鑑みれば、公知のものに比して見る者の格別の注意を惹く新規な特徴を有するケースは極めて限定されるであろう。

したがって、内装の意匠に関する新規性要件を充足するためには、床と什器との位置関係にも意識しつつ、より個々の什器が見る者の格別の注意を惹くような新規な特徴を備えるものを取り入れるような戦略が重要となろう。

#### (イ) 創作非容易性の判断

また上記のとおり、意匠登録出願前にその意匠の属する分野における通常の知識を有する者が日本国内又は外国において公然知られ、頒布された刊行物に記載され、又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった形状等又は画像に基づいて容易に意匠の創作をすることができたときは、その意匠（前項各号に掲げるものを除く。）については、同項の規定にかかわらず、意匠登録を受けることができない（創作非容易性。改正意匠法3条2項）。

新規性の判断に関するのと同様に、2019年6月現在、未だ店舗の「内装の意匠」に関する意匠要件たる創作非容易性の審査基準は明らかにされていない<sup>77</sup>。

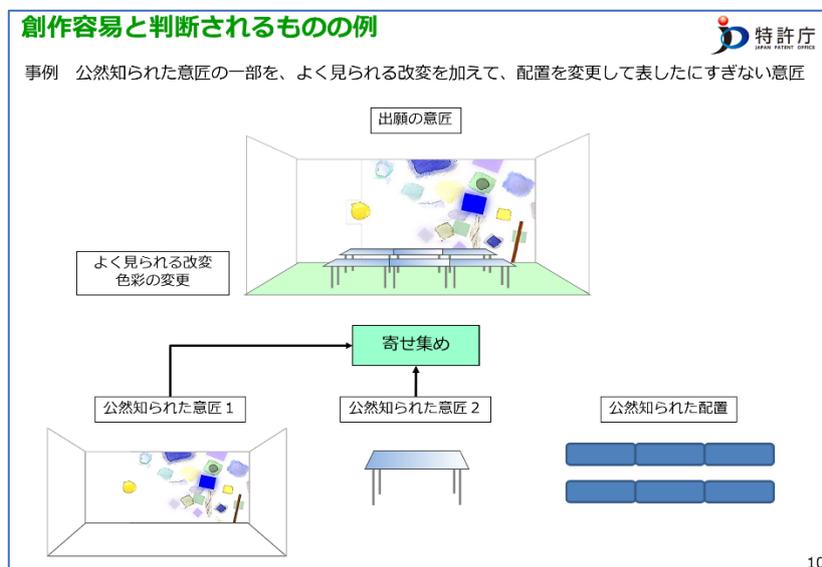
---

<sup>76</sup> なお、上記特許庁審査運用等8頁の図面では「非類似」と記載のあるものの、これは具体例に関するものであり、一般化して捉えることができる類のものではないように考える。また、什器の形態では、「注意を強くひく」という表現なのに対し、床面と什器の位置関係では、「格別の注意をひく」という異なった表現を用いる。両者の違いは必ずしも明らかではないが、本論文では特段の有意な差があるものとも考えていない。

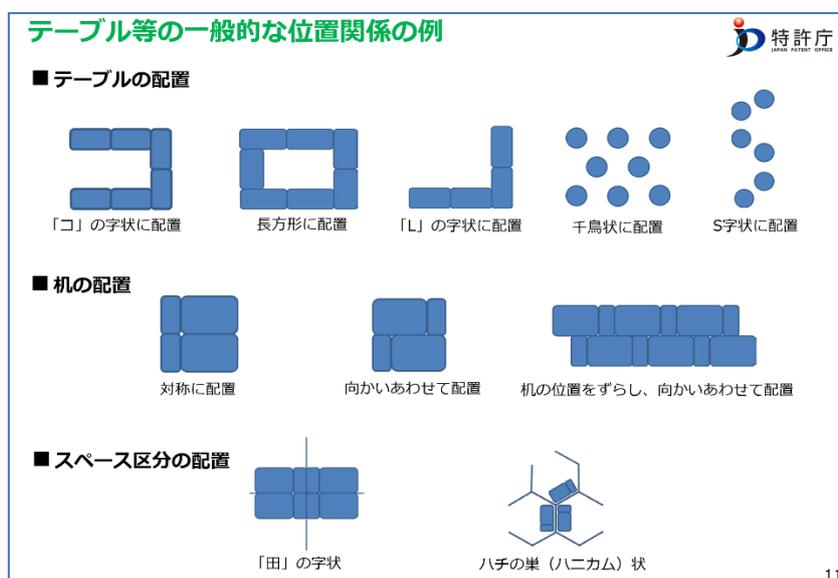
<sup>77</sup> その後、前掲注74)において指摘した資料において、創作非容易性の判断についても、審査基準案が公表されている。例えば資料8の改訂審査基準案では、「当業者の視点から検討及び判断する。当業者とは、内装の意匠を製造したり販売したりする業界において、当

もともと、「特許庁審査運用等」においては、内装の意匠において「創作容易と判断されるものの例」として、一部審査運用の方針が下記のとおり示されており、参考になる。

記



(特許庁審査運用等 10 頁)



該意匠登録出願の時に、その業界の意匠に関して、通常の知識を有する者をいう。」(「6.3.1 建築物の意匠の創作非容易性の判断主体」(同書 28 頁))とし、この点は従前の意匠における判断主体の理解と相違ない。また、「6.3.3 ありふれた手法と軽微な改変」(同書 28 頁以下)を創作容易である場合として挙げる。この点についても、基本的にコメントすべきと考える点は見受けられなかった。つまり、改訂審査基準案で示される創作容易の典型例以外のケースについて、どのようなケースが創作容易とされ、どのようなケースが創作非容易とされるのか、具体的な審査運用を注視していく必要がある。

ここでは、あくまで既存の公然知られた意匠を寄せ集めて、よく見られる改変を加えて配置を変更して表したにすぎない意匠が例示されている。

また、テーブル等の一般的な位置関係の例についても既に示されており、店舗等において通常採り得るテーブルの位置関係は示されているように思われる。

このように、公然と知られた意匠に該当しないものをひとつでも採り入れることの重要性は言うまでもないが、公然知られた店舗の範囲が日本国内にとどまらず全世界に及ぶ以上、店舗内の多くの意匠（要素）が公然知られているようにも思われ、要件充足のハードルは一般的に相当高いであろう。

そのため、多くの出願が、公然知られた意匠の組み合わせとなる可能性があり、つまるところ、その組み合わせが「よく見られる改変を加え」たものか否かが同要件充足性に関する判断の分かれ目となることは想像に難くない。

もともと、かかる「よく見られる改変を加え」たかどうかという判断には評価が伴う以上、今後示される審査基準の明確性及び具体的な審査運用如何によっては、判断のブラックボックス化（登録に関する判断の予測可能性を欠く状態）を招く危険があろう。

### (3) 令和元年改正法以降に想定される実務について

#### ア 意匠法による保護の可能性の拡大

##### (ア) 戸建て型店舗の外装や内装に関し

以上のとおり、令和元年意匠法改正により、同改正前は「意匠」に含まれず同法の保護対象外であった「建築物」が「意匠」の対象になったことで、戸建て店舗の外装について、保護の対象となるよう拡充された。

また、令和元年意匠法改正前は一意匠一出願の原則や組物の意匠の関係で保護できなかった、店舗内の壁面などの装飾、置物、什器等の複数の要素の組み合わせが、それらの要素が統一的な美感を起こさせる場合には、ひとつの「意匠」（「内装の意匠」）として保護されうることとなり、保護の拡充が図られている。

このように、戸建て型店舗の外装や内装について、意匠法による保護拡充が図られた。

##### (イ) テナント型店舗の外装や内装に関し

次に、例えば商業施設やビルなどの一部にテナントとして入る店舗について、当該店舗の内装が、「内装の意匠」により保護されることは違いないと思われるものの、かかる店舗の外装がどのように保護されるかは必ずしも判然

としない。

この点に関し、令和元年改正意匠法は、「内装の意匠」について、「店舗、事務所その他の施設の内部の設備及び装飾（以下「内装」という。）を構成する物品、建築物又は画像に係る意匠は…」と規定している（同8条の2）。

そうすると、テナントに入るタイプの店舗外装は、文理上「店舗…内部の設備及び装飾」に含まれるものではなく、「内装の意匠」として解釈することは困難であるように考えられる。

そもそも、今般「意匠」に「建築物」を含めるに当たっては、「昨今、モノのデザインのみならず、コト（経験）のデザインを重視する観点から、店舗デザインに投資して独創的な意匠を凝らし、ブランド価値を創出して製品・サービス等の付加価値や競争力を高める事例が見られるようになっている。建築物についても、ブランド価値の創出の観点からデザインの重要性が高まっている。」ということが理由として挙げられる（報告書5頁）。

かかる報告書の指摘のように、店舗デザインに投資して独創的な意匠を凝らしていることや、ブランド価値創出の観点から、デザインの重要性が高まっていることは、商業施設等のテナントとして入る店舗の外観についても同様であろう。

この点では、テナント等に入る店舗の外装だけ別異に取り扱う理由や意図は見出だせない。

また、商業施設等にテナントとして入る店舗であっても、当該商業施設やビルといった建築物の一部であることには変わらない。

したがって、商業施設やビルなどにテナント等として入る店舗の外観についても、「建築物」に係る意匠として保護すべきであろう。

## イ 意匠要件及び権利範囲についての若干の考察

### (ア) 建築物の意匠

以上で見た特許庁審査運用等では、「建築物の意匠」に関する新規性、創作非容易性の審査運用に関する記載はない<sup>78</sup>。

---

<sup>78</sup> その後、この点に関して、2019年10月21日付で「産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会第17回意匠審査基準ワーキンググループ」の配布資料として、資料3「『建築物の意匠』に係る意匠審査基準の改訂について（案）」及び資料4「『建築物の意匠』に係る意匠審査基準の改訂について（案）要約資料」、資料5「改訂意匠審査基準『建築物の意匠』関連部分（案）」が公表されている

([https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho\\_wg/17-shiryuu.html](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho_wg/17-shiryuu.html), 最終閲覧日2019年11月8日)。建築物の意匠に関する「用途及び機能の類否判断」については、「土木構造物については様々な固有の用途を持つものが存在することから、『住宅』等と用途及び機能が類似しないと判断される場合も考えられる。」という点を

もつとも、新規性は、出願前に日本国内のみならず外国で公然知られた意匠や頒布された刊行物に記載された意匠やインターネット等を通じて公衆に利用可能となった意匠のほか、これらに類似する意匠をも含む（意匠法3条1項）。

そして、建築物については様々なものが出願前から既に相当数全世界に存在することは明らかである。

そうすると、そもそも新規性要件や創作非容易性といった意匠要件のハードルが相当に高くなるであろうことは想像に難くない。

また、全世界に存在する建築物（公知意匠）を体系的に効率よく検索しうるツールが現状（2019年10月現在）存在しないように思われる。

そうすると、そもそも審査官において適切な公知意匠等の調査が行われるのかどうか（行うことができるのかどうか）疑問なしとしない上、仮に権利化されたとしても、実体審査の過程における公知意匠等の調査が不十分なのであれば、登録査定を受けて登録された意匠は、新規性欠如や創作非容易性の欠如等の無効理由を相応に含んだものとなるリスクがあるように思われる。

さらに、仮に無効とはならないとしても、公知意匠の上記のような多様性や総量の多さから、その権利範囲は相当の制限を受け、多くのケースで限定的なものとなろう。

そのため、抽象的には、類似性（意匠法23条参照）が認められる被疑侵害意匠の範囲は広くないであろう。

以上の次第で、特に審査基準のほか今後の特許庁における審査の運用を注視すべきことは勿論であるが、現状においては、建築物に係る意匠の権利化へのハードルや権利化後の登録意匠の有効性に関する疑義が生じる可能性が考えられる。使い勝手の良さという観点からも、抽象的に想定される権利範囲の広狭を踏まえると一定の疑問がある。

#### （イ）内装の意匠

店舗の内装の意匠に関して想定される審査運用は、上記第2章、第3節、2、(2)、ウのとおりである。

そもそも、什器等と床の位置関係自体から新規性を基礎付けることは、公知意匠の多様性と総量の多さとともに、各店舗の床面の広さや形状、顧客及び従

---

指摘しつつ、内装に関して前掲注74)において指摘したのと同様に、「『住宅』、『病院』、『レストラン』、『オフィス』のように、人がその内部に入り、一定時間を過ごすという点で、用途及び機能に共通性があるものについては、それらの建築物の用途及び機能は類似すると判断する。」としている。しかし、これでは、「用途及び機能の類否判断」は事実上形骸化しており、ほとんどのケースで類似の範囲を限定する方向では機能していないように考えられることを指摘しておく。また、創作非容易性についても、内装の意匠に関して指摘した前掲注77)と同様の指摘があてはまる。

業員の動線その他の制約があることなどを併せ考えると、多くの場合困難であろう。

そのため、什器自体の新規な特徴を重視しつつ、位置関係を併せて考慮していく必要がある。もっとも、什器自体が公知意匠と比較して見る者の格別の注意をひくような新規な特徴を有するのであれば、当該什器のみで意匠登録を受けることができる可能性がある。

したがって、上記の特許庁審査運用等の記載のみからでは、什器のみで意匠登録を受ければ足りる場合もあり得るように思われ、そうすると、内装の意匠制度は不要となるおそれすらある。

むしろ、今般の「内装の意匠」の制度は、什器のみが見る者の格別の注意を惹くような新規な特徴があるとまではいえない場合に、その什器自体および位置関係をも含めた複数の要素が有機的に一体として統一的な美感を形成して空間デザインを構成している場合に、これを保護することに主眼があるものと解する。

したがって、このような一つの空間デザインを構成する店舗等の「内装の意匠」が、同じく一つの空間デザインを構成する店舗等の公知意匠と比較して、見る者の格別の注意をひくような新規の特徴を有するか否かが十分に考慮されなければならないであろう。

あくまで「什器」の特徴、什器と床との「位置関係」といった個々の要素ばかりに着目して重視し、いわば木を見て森を見ずと言った事態に陥られないことが重要である。

また、「統一的な美感を起こさせる」という要件が審査官の主観的要素が多分に入るおそれのある要件であることに留意し、主観的判断の余地が広範に過ぎることなく、適切な審査基準の策定<sup>79</sup>及び審査運用がなされることが期待される。

この点についても、今後の意匠審査基準の改訂を分析検討することはもとより、特許庁における具体的な審査運用を注視していく必要がある。

なお、実体審査における公知意匠等の調査の困難性への疑問や登録後の意匠

---

<sup>79</sup> この点についても、意匠制度小委員会・前掲注 74) において開示されている（例えば資料 8「改訂意匠審査基準（案）（「内装の意匠」関連部分）」の 14 頁以下参照）。同書では、統一的な美感を生じさせるものの例として、「① 構成物等に共通の形態処理がされているもの」、「② 構成物等が全体として一つのまとまった形状又は模様を表しているもの」、「③ 構成物等に觀念上の共通性があるもの」、「④ 構成物等を統一的な秩序に基づいて配置したもの」、「⑤ 内装の意匠全体が一つの意匠としての統一的な創作思想に基づき創作されており、全体の形態が視覚的に一つのまとまりある美感を起こさせるもの」が示されている。もっとも、例えば上記①に関していえば、どの程度に「共通の形態処理」がなされていれば、同要件を充足すると判断されるのかは、同書 18 頁の例によっても、必ずしも判断としない。いずれも、依然として審査官の主観に委ねられる部分が多いように考えられ、今後の具体的な審査運用を注視する必要がある。

の無効理由包含のリスクや権利範囲の広狭など、現実的な使い勝手の良し悪しについては、上記建築物に係る意匠で述べたのと同様の指摘が当てはまるであろう。

#### ウ 建築物の意匠制度及び内装の意匠制度の戦略的活用

##### (ア) 商標法及び不競法を見据えた戦略的検討の示唆

報告書<sup>80</sup>において指摘されるように、今般の建築物の意匠、内装の意匠は、不競法2条1項1号のいわゆる周知性や同法同条同項2号のいわゆる著名性が生じる前の早期の段階から、独創的な空間デザインを保護することで、これを生かしたブランド構築の取り組みを保護することを企図している。

したがって、標識法による保護との関係で、戦略的に同意匠制度を利用することも考えられる。

例えば、後述のように、建築物は、現行の商標法では「立体商標」として保護を受けることが想定されるが、多くのケースで、商標法3条2項におけるいわゆる特別顕著性（いわゆるセカンダリーミーニング）を備えることが審査過程において求められる。また、上記のとおり、不競法による保護を受けるためには、周知性（同法2条1項1号）や著名性（同法2条1項2号）を備えることが求められる。

もっとも、かかる特別顕著性や周知性、著名性を備えるまでに、模倣されたり（フリーライドされたり）するというケースも考えられる。

そこで、令和元年改正意匠法による「建築物の意匠」や「内装の意匠」として意匠登録を受けて、当該デザインについての独占性を確保した上で、当該独占性の傘の下で一定の時間をかけてブランド価値を高め、特別顕著性や周知性、著名性の要件充足に必要な資料を揃えることが考えられるのである<sup>81</sup>。

もっとも、かかる戦略的活用も、利害得失がある。すなわち、仮に出願した意匠が新規性欠如や創作非容易性欠如など意匠要件を欠くとして拒絶査定

---

<sup>80</sup> 意匠制度小委員会・前掲注71) 5頁は、「周知性や著名性があれば、不正競争防止法による保護を受けることができるが、独創的な空間デザインを生かしたブランド構築の取組を早い段階から保護する観点からは、周知性や著名性が生じる前から保護するニーズが高まっている。」とする。

<sup>81</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 215頁は、「なお、産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会において、独創的な空間デザインを生かしたブランド構築の取組を早い段階から保護する観点から、建築物の外観や内装を意匠の保護対象とすべきこととされている。店舗の外観・内装が周知性を獲得する前の段階においては、意匠制度による保護を図り、その後、使用によって広く知られるようになり、商品・役務の出所を表示するものとして識別力を獲得した場合には商標制度で保護するという両制度の活用も考えられる。」とする。かかる指摘は本論文と同旨をいうものと考えられる。

がなされた場合、このような出願に係る意匠はパブリックドメインに帰する。

そのため、拒絶査定を受けて仮に登録に至らなければ、いわば出願にかかる意匠と同様の意匠を実施しても、何ら権利侵害とはならないとお墨付きを特許庁が与えるかのような格好となる。

次に、特別顕著性に関する商標審査基準<sup>82</sup>では、「出願商標を他の商標と組み合わせ使用している場合は、出願商標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。」とする。

そのため、店舗の外装自体が識別力を有していることを立証するためには、通常店舗の外観の「店舗名称」や「ロゴ」など表記から独立して店舗の外装のみで識別力を備えるに至っていることを示す必要がある。

しかし、ほとんどのケースにおいて、店舗の外装には、当該店舗名称やロゴなどが併せて表示されている。

そのため、例えば特別顕著性等に係る資料として、店舗の外装写真とともに店舗が紹介されて掲載された雑誌記事などが検討されたとしても、当該写真内の店舗の外装に当該店舗名称やロゴが併せて表示されている場合には、特別顕著性に関する証拠資料としては、上記の商標審査基準との関係から適切に機能しない可能性が高い。店舗内装についても同様のおそれがある。

このように、仮に理論上は上記のような標識法による保護をにらんだ形での戦略的活用が可能となる余地があるとしても、現実問題としてそのように機能するかどうかは、別次元の問題として捉えなければならない。

このような戦略的活用を企図するのであれば、店舗名称やロゴなどが表示されない態様での店舗外装・内装の写真等をうまく用いて広告宣伝するなどの対応や、店舗名称やロゴなどを表示した態様での広告宣伝からスタートし、その後段階的にこれらが表示されない態様での広告宣伝を増やしていくなど、戦略的な対応の検討が必要となろう。

#### (イ) 出願のタイミングとコスト

次に、意匠法には新規性喪失の例外規定が存在し（意匠法4条1項）、意匠登録を受ける権利を有する者の意に反して意匠法第3条第1項第1号又は第2号に該当するに至った意匠は、その該当するに至った日から一年以内にその者がした意匠登録出願に係る意匠についての同項及び同条第2項の規定の適用については、同条第1項第1号又は第2号に該当するに至らなかったものとみなすことが可能である。

しかし、通常は第三者による同一ないし類似の意匠の出願に時的に対抗す

---

<sup>82</sup> 特許庁「商標審査基準（改訂第14版）」第2，2，(4)（平成31年1月）。

る（意匠法9条1項）ため、当該意匠が公開されるより前に出願されるケースが多い。

そのため、店舗の外装・内装についても、多くの場合には出願はオープン前（や公開前）となろう。

したがって、当該店舗において売上げが立っておらず（収益が上がっておらず）、そもそも当該意匠を用いた店舗運営がうまくいかかわからない初期の段階で、出願することになる。

よって、出願等の費用や弁理士費用等の諸々のコストをこのような段階で負担することになろう。

#### （ウ）小括

以上の次第で、理論上は、上記のような戦略的な活用が企図される一方、このような戦略的活用のためには、当該店舗の外装・内装に関する意匠出願の初期の段階から、適切かつ適当な戦略を練ったうえ実行されていかなければならない。また、出願のタイミングやコスト、拒絶査定リスクなどから、戦略的活用のために利用される現実のハードルは決して低いものとは言えないであろう。

### 3 意匠法による保護拡充に関する考察

#### (1) 私見

店舗の外装・内装デザインの創作面保護においては、意匠法による保護拡充が図られるべきであり、上記の令和元年意匠法改正については大要賛成できる。もっとも、今後の審査運用を含む同制度の運用面で、いくつかの課題が存在するように思われるから、同保護拡充が奏効するかは、今後の現実的な審査運用にかかっている。

#### (2) 理由

ア 意匠法による保護が後発の創作活動（ひいては多様性）を必ずしも阻害しないこと

著作権法による保護拡充は、第2章第2節で検討したとおり、後発創作者への抑止効果の大きさから、店舗の外装・内装デザインの創出自体を阻害し、店舗外装・内装デザインの多様性を阻害するリスク（弊害）がある。

しかし、意匠法による保護拡充であれば、後述のとおりこのような弊害を招くおそれは低い。

そもそも意匠法は、「意匠の保護及び利用を図ることにより、意匠の創作を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする」。

ここで、意匠の奨励が如何なる理由で「産業の発達に寄与する」のかという点

については、上記第1章、第2節、2、(3)において述べたとおり争いがある。

この点に関しては、同箇所において検討したとおり、意匠法は、意匠の収斂を志向しているのではなく、意匠の創作を奨励することで、多様なデザインが世に創出され、上記のように産業の発達に寄与することを志向しているものと解すべきである<sup>83</sup>。

したがって、意匠法においても、著作権法による保護拡充のケースと同様に、意匠法による保護拡充を図ることで、後発創作者へのデザイン創出については意匠の多様性が阻害されぬよう配慮すべきであり、かかる観点からの検討が不可欠である。

ここで、上記著作権法との比較の観点から意匠法を見るに<sup>84</sup>、意匠法では著作権法と異なり、意匠権取得のために出願、登録等が必要となり（方式主義。意匠法6条参照）、その内容は意匠公報により原則公開される<sup>85</sup>。

そのため、確かに著作権法による保護と同様に権利者が世界中に広がる可能性があるものの、意匠法では著作権法と異なり、方式主義のもと、特許庁における意匠要件等の実体審査により、現実に登録となる出願意匠の範囲は一定程度限定される。

また、意匠法では、著作権法におけるのと異なり、権利の有無・存続期間、権利者、権利内容については、意匠公報により公開される以上、後発創作者がその調査を可及的に適切に行い得る。

さらに、権利の存続期間も、意匠法では出願から25年である<sup>86</sup>。そのため、著作権法の存続期間70年に比して短いから、存続し得る独占排他的な権利の総量は自ずと制限される。

したがって、意匠法による保護拡充では、著作権法による保護拡充において懸

---

<sup>83</sup> 満田ほか・前掲注5) 104頁〔松尾和子〕は、「商品に係る標準的機能が均質化すると、商品に特徴のある意匠（美的センス）が表現され、商品の付加価値を高め、顧客に対する訴求効果をあげる。それは、新しい商業利用を促し、企業間の競争を高める。一つの商品開発は、他の関連商品の開発を刺激し、促進する。意匠が商品の出所識別力を実現し、需用者の購買意欲の喚起につながる場合もある。そのような商品、直接的には『意匠』が、特に商品市場を開発し、押し上げ、産業の発達に寄与する。」とする。

<sup>84</sup> なお、ここで本論文における意匠法と著作権法との比較考察は、著作権法と意匠法それぞれによる店舗の外装・内装デザインの創作面保護が何か二者択一であることを述べるものではなく、あくまで著作権法による保護と比較することで、より望ましい保護拡充を志向する観点で、考察を加えるものにすぎないことを念のため付言する。

<sup>85</sup> ただし、「意匠登録出願人は、意匠権の設定の登録の日から三年以内の期間を指定して、その期間その意匠を秘密にすることを請求することができる。」というように、一定期間公開を留保することが可能な秘密意匠制度（意匠法14条1項）は存在する。

<sup>86</sup> 令和元年意匠法改正前は、意匠権の存続期間は、登録から20年であった（改正前意匠法21条1項）。しかし、令和元年意匠法改正により、意匠権の存続期間は、出願から25年となり（改正後意匠法21条1項）、実質的にも伸長されている。

念されるような、店舗の外装・内装デザインに関する独占排他的な権利がよくわからない形で無数に日本社会に乱立する、というような事態が生じることはない。

また、後発創作者において、自己の創作しようとする店舗の外装・内装デザインが第三者の権利を侵害するかどうかを創作前に事前に適切に調査しうることから、後発創作者の創作行為への抑止的効果も限定的である。

以上から、意匠法による店舗の外装・内装デザインの保護拡充によれば、著作権法において懸念されるような、後発創作者の店舗の外装・内装デザインの創作活動自体を阻害し、ひいてはこれらの多様性を阻害するというような事態が起こる可能性は低いように考える。

## イ 意匠法による保護拡充が適切であると考えられること

### (ア) 意匠法の目的に沿うものであること

店舗の外装・内装は、正に当該店舗における需要者の需要を増大させる機能を有しているものと考えられる上、多様な店舗の外装・内装の存在自体が顧客の満足度や当該店舗の属する事業分野におけるマーケットの顧客における価値向上が図られるから、多様な店舗の外装・内装デザインを保護することは、産業の発達に寄与しよう。

そのため、意匠法により店舗の外装・内装の保護を適正に図ることは、かかる意匠法の目的にも沿う。

### (イ) 「実施」行為の内容に関する相違が、意匠法による保護拡充が不都合性を招くことを示唆するものでないこと

著作権法では、著作権法46条2号の存在から、建築により複製するか、複製物の譲渡により公衆に提供する行為に限り支分権侵害が肯定される。また、いわゆるみなし侵害（著作権法113条1項2号）の適用があり得るところ、かかるみなし侵害においては、「情を知って」、「頒布の目的をもって所持」し、「頒布する旨の申出」等が挙げられており、ここで「頒布」とは、複製物の「譲渡」又は「貸与」をいうものとされる（著作権法2条1項19号）。

これに対し、意匠法においては、意匠の「実施」として意匠権侵害が成立され得るのは、「意匠に係る建築物の建築、使用、譲渡若しくは貸渡し又は譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為」である（改正法3条2項2号）。

そのため、著作権法の利用行為と意匠法の実施行為とは、「建築」および「譲渡」、「譲渡の申出」という点では重なるものの、意匠に係る建築物の「使用」や「貸渡し」という点を意匠法が含むのに対して著作権法はこれらを含まない<sup>87</sup>。

---

<sup>87</sup> 著作権法46条2号参照。

また、著作権法における「頒布の申出」が著作権侵害とみなされるのは、行為者が「情を知って」いる場合に限られるのに対し、意匠法の「実施」行為に該当性するか否かにあたってはかかる限定がない。

したがって、意匠法の方が、著作権法に比して侵害行為類型が多いように見受けられる。

もつとも、かかる相違点によっても、意匠法による「実施」行為類型の範囲が徒に広いとは直ちには解されず、それ故直ちに弊害が生ずるとも考え難い。

意匠法は、著作権法と異なり、第1章第2節で検討したとおり当該意匠の持つ需要増大機能が産業の発達に寄与するという側面を保護しようとするものである。そのため、当該意匠の需要増大機能を利用するような行為類型を捕捉する必要がある。

店舗の外装・内装や建築物についてこれを考えるに、これらが商業的に利用されるのは、譲渡や賃貸（貸渡し）、また当該意匠に係る外装・内装を有する店舗における営業活動によるであろう。そして、これらのいずれの行為類型についても、当該意匠が顧客の需要を増大している機能を果たしている。

したがって、意匠権の保護の観点からは、いずれの行為類型も捕捉できることが望ましい。

そして、店舗の外装・内装の意匠においては、特に「使用」行為を捕捉できるかどうか重要な価値があるものとする。

店舗の外装・内装に関する意匠では、当該店舗の外装・内装を「使用」して事業活動を行うことで、当該店舗の価値を向上させて、顧客のマインド内にポジティブに働きかけることで顧客の需要の創出や増大化（より大きなキャッシュフローの創出に貢献すること）を企図しているように考えられる。店舗の外装・内装の意匠は、正にこの点において、需要増大機能を果たしている。

そのため、意匠法においてかかる行為類型を捕捉しなければ、店舗の外装・内装における意匠の適切な保護を図ることができない。すなわち、意匠法保護の目的から適切な侵害行為類型を「実施」行為としてカバーしなければ、多様な店舗の外装・内装の創出のインセンティブを損なうことにもなりかねない。

これに対し、著作権法は、あくまで「文化の発展」を志向するもので、意匠法の志向するような「産業の発達」はまったく志向していない（著作権法1条参照）。

よって、両者がその目的を実現するために権利侵害行為として捕捉すべき行為類型には自ずと相違がある。

以上の次第で、店舗の外装・内装デザインの価値を意匠法において適切に保護する観点からは、「使用」を権利侵害行為に含むことがより望ましい。

以上から、意匠法における「実施」行為類型と、著作権法における支分権の

類型との間には上記のとおり相違点があるものの、かかる相違点は上記のような意匠法と著作権法の目的の相違から生起するものと考えられる。

したがって、上記相違点は意匠法における「実施」行為類型が徒に広く、権利侵害行為となる範囲が徒に広がるとの評価に繋がるようなものではなく、意匠法による保護拡充により何らかの不都合性や弊害が生じることを示唆するものとはならないように考える。

(ウ) 依拠性の要件の不存在という相違が、意匠法による保護拡充が不都合性を招くことを示唆するものでないこと

次に、著作権法においては、権利侵害が肯定される要件として、いわゆる依拠性が要求されるのに対し、意匠法においては要求されない。そのため、著作権法による保護に比して意匠法における保護の場面では、権利侵害となるケースが広がるようにも思える。

しかし、この点に関しては必ずしもこのように考えることはできない。

すなわち、意匠法では著作権法と異なり、権利の発生につき上記のとおり方式主義を採用し、権利の内容は公示されている。

そのため、無方式主義を採用する著作権法と異なり、意匠権の生じている意匠を知らずに権利侵害をするということは通常考え難い（勿論クリアランスが不十分などの不注意により事実上知らない場合があることは否定しないが、登録意匠は公衆に公開されており、権利侵害性に影響は与えないものとする。）。

したがって、依拠性の有無という相違は、著作権侵害のケースに比して意匠権侵害のケースが多くなる、ということを示すものではなく、意匠法による保護拡充が何らかの不都合性や弊害を生じることを示すものとはなり得ない。

(エ) 類否の判断の相違が、意匠法による保護拡充が不都合性を招くことを直ちに示唆するものではないこと

では、類否の判断についてはどうか。仮に、意匠における類否（特に形態の類否。以下同じ。）の判断と著作権侵害の場面における類否の判断とが、その範囲において広狭が異なり、意匠法において類似性が認められる範囲が著作権侵害の場面のそれに比して広いのであれば、意匠法により店舗の外装・内装デザインの保護拡充をすることは、権利侵害となるケースの徒な増大を招くおそれもあり、ひいては後発創作者への創作活動に抑止的効果を与える可能性が出てくるようにも考えられる。

もっとも、この点は単純に両者を比較することは極めて困難である。というのも、類否の判断の前提となる条件が一致しているか判断としないからである。

まず、意匠法においては、類否の判断は、「需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うものとする」とされ（意匠法24条2項）、需要者や取引者が判断主体とされる。

これに対し、著作権侵害の場面における類似性の判断主体は必ずしも判然としない。

そのため、両法における判断主体が同一であるのか、異なるのかについては不明である。付言すれば、建築物に係る意匠の類否判断における判断主体としての需要者や取引者が、建築に関する専門家に限定されるのか、それとも一般消費者をも含むのかさえも未だ不明である。

また、意匠における類否の判断は、一般的にその要部を認定し、要部の共通性を中心に判断される<sup>88</sup>。これに対し、著作権侵害の場面における類似性要件の判断は、原告著作物の「表現上の本質的特徴」が被告の表現物から感得されるかどうかを基準とし<sup>89</sup>、創作性ある表現における共通性が必要であるとされる<sup>90</sup>。

しかし、意匠の類否判断における「要部」と著作権侵害の場面における類否判断における「表現上の本質的特徴」が同一のものを指すのかどうか、相違があるのであればどの点にどの程度の相違があるのかも不明である<sup>91</sup>。

---

<sup>88</sup> 茶園・前掲注6) 106頁。知財高判平成23年3月28日（平成22年（ネ）10014号）〔マンホール蓋用受枠事件〕は、「意匠の類否を判断するに当たっては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらに公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と相手方意匠が、意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを観察することが必要である。」と判示し、意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを観察することを明らかにしている。

<sup>89</sup> 最三小判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ＝モンタージュ事件〕、最一小判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件〕。

<sup>90</sup> 島並ほか・前掲注46) 292-296頁〔上野達弘〕。

<sup>91</sup> この点に関し、意匠の類似については、学説において創作説（牛木理一『意匠法の研究（4訂版）』（発明協会、1994）123頁）と混同説（高田・前掲注（65）149頁）との対立があった。この創作説は、2つの意匠が同一の美的特徴を發揮し、同一の創作体の範囲に属する場合に類似性を認める見解である。そのため、創作説の「同一の美的特徴を發揮し、同一の創作体の範囲に属する」か、という判断と著作権侵害の場面の類似性判断における被疑侵害表現から「著作物の表現上の本質的特徴が感得できるか」という判断は、比較的近いことを述べているようにも考えうる。しかし、最高裁は、可撓伸縮ホース事件（最判昭和49年3月19日民集28巻2号308頁）において、少なくとも創作説を否定したものと解される（茶園・前掲注（6）103頁）。その後の裁判例でも、混同説を採用する例が散見される旨の指摘もある（茶園・前掲注（6）103頁）。そして、混同説に立てば、類似性の判断は、混同が生じるおそれがある程に似ているか否かにより判断される。そのため、意匠（形態）の類似性判断における「要部」の捉え方が、表現上の本質的特徴とは必ずしも限らない。もちろん、個別のケースにおいて、当該意匠の表現上の本質的特徴が当該意匠の「要部」であること（両者が重なること）は往々にあるように容易に推察されるが、理論的には当該意匠における表現上の本質的特徴である部分と、需要者の注意を惹く部分とが

以上の次第で、意匠法における類否判断と、著作権法における類否判断とがその前提条件において一致しているのか必ずしも判然としない。

したがって、両者を単純に量的に比較して分析することは正鵠を射ているとは言い難く、意匠法における類否の判断と著作権法における類否の判断との広狭については不明である。

この点に関し、従来、意匠法の類否判断においては、形態の類否とともに物品の類否もが判断されてきた<sup>92</sup>。そして物品が類似しなければ「意匠」は非類似となる<sup>93</sup>。

令和元年意匠法における建築物に係る意匠については、「物品」性がないため、願書に「建築物…の用途」を記載しなければならないとされる（意匠法6条1項3号）。ここで、建築物に係る意匠の類否判断においては、形態の類否以外に当該「建築物…の用途」の類否をも考慮するのことは未だ不明である<sup>94</sup>。

この点に関し、建築物の意匠は、当該建築物の形態と一定の用途とが一体化したものと捉えることが可能であるように考える。そうすると、用途が非類似であれば、意匠は非類似となるというように説明可能なのではないか<sup>95</sup>。

そうすると、「建築物…の用途」についても建築物に係る意匠の類否判断において取り込むべきであるように解する。

したがって、仮に意匠の類否の判断において、「物品」の類否と同様に「建築物…の用途」の類否まで考慮するのであれば、著作権侵害の場面における類否の判断と異なり、「建築物…の用途」の同一・類似が要求される点で限定されていると評価できよう<sup>96</sup>。

---

異なる（重ならない）可能性がある。少なくとも、創作説に立つ場合に比して、その可能性は抽象的に増すように考える。そうすると、意匠（特に形態）の類似性判断における「要部」と著作権侵害の場面の類似性判断における「表現上の本質的特徴」とは個別のケースにおいて異なる可能性がある。

<sup>92</sup> 知財高判平成17年10月31日（平成17年（ワ）10079号）〔カラナビ事件〕。

<sup>93</sup> 茶園・前掲注6）107頁。

<sup>94</sup> 前掲注74）で指摘したとおり、2019年10月21日公表に係る改訂意匠審査基準案では、その用途及び機能についても、類否判断に加えることが検討されている。

<sup>95</sup> 茶園・前掲注6）107頁は、物品の類否が「意匠」の類否のなかで判断される理由として、「物品の類似は意匠法には何も規定されていないが、これを意匠の類似の成立要件とするのであれば、その理由は、意匠は物品と形態が一体化したもので、物品と不可分のものであるから、物品が非類似であれば意匠は非類似となることによると説明されよう。」と指摘する。したがって、「建築物にかかる意匠」と「その用途及び機能」とは同様に考えることができるのではないか。

<sup>96</sup> 前掲注74）で指摘したとおり、2019年10月21日公表に係る改訂意匠審査基準案の示す「用途及び機能の類否判断」では、「内装の意匠」において係る類否判断が結論に影響を与えることは事実上無いように推察され、「意匠」の類否判断における「用途及び機能の類否判断」の意義は事実上形骸化している。また、これでは、不当に類似の範囲が広がるおそれ（意匠の権利範囲が不当に広がるリスク）さえあろう。また、全く別の業種、使用され

## ウ 小括

以上の次第で、意匠法による保護拡充は、著作権法による保護拡充の際に懸念されるような弊害が生じる可能性が低い上、店舗の外装・内装の保護にとっても望ましいように考える。

したがって、令和元年意匠法改正前のもとでは不十分であった店舗の外装・内装デザインの創作へのインセンティブ付与のため、意匠法による保護拡充を図るべきである。このような次第で、意匠法のもとで店舗の外装・内装の保護を可能とする令和元年改正法は首肯できる。

### (3) 今後の課題

もっとも、理論上は意匠法による店舗の外装・内装デザインの保護拡充が図られたとしても、運用面に課題がないわけではない<sup>97</sup>。

まず、前述のように、世界中に広がる建築物や店舗内装デザインの先行意匠（の資料）をどのように調査するのか、この点について適切に調査可能なシステムが整備なされなければ、実体審査は不十分なものになりかねない。

例えば建築物においては当該建築物の形状、用途や機能のほか諸々の観点から、店舗の内装デザインにおいては当該内装デザインの形状、用途や機能のほか、当該店舗において行われる事業分野ごと（喫茶店（カフェ）事業、化粧品販売事業その他小売店事業など）など諸々の観点から、体系的に整理したシステムを構築し、体系的かつ効率的に検索容易となるようなシステムの構築が望まれるように考える。

また、同様に、後発創作者にとって先行登録意匠の調査が困難であれば、後発創作への一障害要因となるおそれがある。そこで登録意匠調査が容易に行いうるようなシステムの整備が望ましい。

この点については、例えば、「建築物にかかる意匠」や「内装の意匠」については、当該建築物の形状、用途や機能とともに、当該建築物や内装に係る店舗の属する事業分野（喫茶店（カフェ）、化粧品店、家電量販店、携帯電話ショップなど）を設け、先行登録意匠をある程度体系的に調査できるよう、整備することなども考えられる。

---

るのが全く相いれない別の場面で使用されるものであるにもかかわらず、形態が類似しているだけで意匠権侵害となる不都合（物品に関する意匠では、「物品」の類似性が機能していたため一定の歯止めがかかっているにもかかわらず、「建築物に係る意匠」や「内装の意匠」ではこのような歯止めが無いことになるが、このような相違を正当化するような理由は考え難い。）もある。このような次第でかかる運用は首肯できず、同一に近いような厳格な類似性は要求せずとも、少なくとも同審査基準案が示すような、「内部において人が一定時間を過ごす」という程度の類似性では足りず、当該意匠に係る業種や具体的な使用場面など種々の事情を考慮してより慎重に判断することが望まれる。

<sup>97</sup> 本文に記載のほか、「用途や機能の類否判断」の望ましい運用についても、前掲注 74) や同 96) で指摘したとおりである。

また、内装の意匠の審査においては、現状、特許庁審査運用等を見る限り、什器の新規な特徴、位置関係の新規な特徴、というように便宜上分けて検討されているように読める。

このように分けて検討することは有用であるとは考えられるものの、あくまで内装の意匠は、複数の要素が有機的に一体となって統一的な美感を形成しているからこそ認められるものである以上、主観的判断の余地が大きい審査基準とすることで「木を見て森を見ず」という審査運用に陥らぬよう、あくまで個別の要素のみならず個別の要素の集合体である全体の美感を踏まえた審査基準が策定され、現実に審査運用されることが望まれる。

#### 第4節 創作面の保護に関する小括

##### 1 いわゆる商品形態模倣行為（不競法2条1項3号）について

###### (1) 商品形態模倣行為（同2条1項3号）が創作面を保護する趣旨を含意すること

以上本章第1節から第3節で検討してきた以外に、創作面を保護し得る法条としては、不競法2条1項3号のいわゆる商品形態模倣行為を挙げ得る。

すなわち、同条項号の趣旨は、「商品ライフサイクルの短縮化、流通機構の発達、複写・複製技術の発展を背景として、他人が市場において商品化するために資金・労力を投下した成果の模倣が極めて容易に行い得る事態が生じている。このような模倣品・海賊版を放置すると、模倣者は商品化のためのコストやリスクを大幅に軽減することができる一方で、先行者の市場先行のメリットは著しく減少し、模倣者と先行者との間に競争上著しい不公正が生じ、個性的な商品開発、市場開拓への意欲が阻害されることになり、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねない。こうした点を踏まえれば、個別の知的財産権の有無にかかわらず、他人が商品化のために資金・労力を投下した成果を、他に選択肢があるにもかかわらずことさらに完全に模倣して、何らの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し、その他人と競争する行為は、競争上、不正な行為として位置づけられる必要があった。」などと指摘される<sup>98</sup>。

このように、同条項号においては、「他人が市場において商品化するために資金・労力を投下した成果の模倣」を問題にしており、「商品開発」への意欲についても阻害されることを問題にしていることから、創作的側面を保護する趣旨をも含意しているように読める。

そこで、創作面を保護するものとして、不競法2条1項3号を検討する余地がある。

---

<sup>98</sup> 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説 不正競争防止法」75頁（平成30年11月29日施行版）。

## (2) 商品形態模倣行為の保護対象

同条項号の保護対象は「商品の形態」であるところ、「商品の形態」とは、「需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう。」ものとされる（同法2条4項）。

「商品」についての定義は、不競法上明らかではなく、店舗の外装・内装デザインを含め、建築物が「商品」に該当するかどうかを論じた裁判例は未だ見当たらない。

しかし、かかる「商品」に建築物や店舗の外装・内装が含まれると考えるのは困難であるように解する。

そもそも、商品形態模倣行為を不正競争行為として規定する趣旨は、「商品ライフサイクルの短縮化、流通機構の発達、複写・複製技術の発展を背景として、他人が市場において商品化するために資金・労力を投下した成果の模倣が極めて容易に行い得る事態」を前提としているところ、店舗の外装・内装は、商品ライフサイクルの短縮化や流通機構の発達等の発展とは直ちには結びつかない。

すなわち、建築物や店舗の外装・内装は、通常それ自身が「商品」として市場で転々流通することは想定されていない。

そのため、上記の趣旨が本来想定するような側面は薄弱であるように思われ、そもそも同条項は「商品」に建築物や店舗の外装・内装を含むことを想定していないように解される。

また、「商品」という文理上も、建築物や店舗の外装・内装を含むものと読むことは容易でない。

したがって、不競法2条1項3号にいう「商品」には、建築物や店舗の外装・内装を含むものとは考え難い。

## (3) 立法の検討

もっとも、店舗の外装・内装についても、第1章第2節2で検討したことをも踏まえると、相応の資金・労力の投下した成果への模倣が容易に行い得る事態が生じている。このような模倣を放置すれば、模倣者は店舗の外装・内装デザインの開発のためのコストやリスクを大幅に軽減できる一方で、先行者の当該店舗の外装・内装デザインを用いた市場での先行のメリットは減少し、競争上の不公正が生じ、店舗の外装・内装デザインの開発への意欲が阻害されることになり、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねない、というように考えることもできよう。

そうすると、店舗の外装・内装デザインについても、上記商品形態模倣行為と一部では同様の利益状況にあることを否定できない。

そのため、立法論としては、店舗の外装・内装デザインについて、商品形態模倣

行為に類似した不正競争行為類型を設けることも考えられる。

しかし、一般的に、店舗の外装・内装は、転々流通する動産たる「商品」に比して、それを構成する要素は多岐に亘り、複雑である。そのため、特定が容易でない。

そのうえ、ありふれた部分にかかる「形態」としては保護されない<sup>99</sup>。

そのため、例えば店舗の内装に関していえば、天井や壁面のデザイン、照明、机や椅子、置物その他備品、色彩などの構成要素の内、どの範囲・内容（程度）を取り込んで「形態」と捉えるのか（特定の問題）、いかなる程度の類似性があれば実質的に同一として「模倣」<sup>100</sup>と考えるのか（類似性の問題）、という判断の難しい問題が生起される。

そして、不正競争行為として立法する限りは、第一次的には、競業者が競業をする段階において、当該自己の店舗の外装・内装が不正競争行為に該当するかを判断することになる。

しかし、どの範囲で保護の対象となるのか、そもそも保護対象となるのかさえ不明確な第三者の店舗の外装・内装デザインとの関係で、上記のような「形態」に関する判断や「模倣」に関する判断を競業者において行うのは極めて困難であろう。

このように自己の行為が不正競争行為に該当するかどうか判断困難なもとでは、後発の競業者による店舗の外装・内装デザインの創出に対し、徒に抑止的效果を生じる危険がある。

そうすると、商品形態模倣行為を参考に新たな不正競争行為として店舗の外装・内装デザインの保護制度を設けることは、かえって反競争的效果を生じ、多様な店舗の外装・内装デザインの創出に対する制限となる危険がある。

したがって、商品形態模倣行為を参考にした不正競争行為として店舗の外装・内装デザインの創作面を保護する制度を設けるような立法には、慎重な姿勢を採るべきである。

## 2 創作面の保護に関して望ましいと考えられる制度選択について

以上見てきたとおり、店舗の外装・内装デザインの創作面の保護に関しては、その技術的側面ではなく、「デザイン（装飾）面」の美的形象自体が顧客等の需要者に伝達され、顧客のマインドにポジティブに働きかけ、競業者との差別化のほか顧客の増大などキャッシュフローに結びつくことを重視されよう。

そのため、創作面については、店舗の外装・内装の技術的側面を保護する法律（特許法・実用新案法）よりもむしろ装飾的側面を保護する法律の検討を重視すべきであ

---

<sup>99</sup> 経済産業省知的財産政策室編・前掲注 98) 40-41 頁。

<sup>100</sup> 経済産業省知的財産政策室編・前掲注 98) 41 頁は、『模倣』といえるためには、①他人の商品に依拠すること及び②実質的に同一の形態の商品を作り出すこと、が要件とする。

る。

そして、かかる装飾的側面を保護する法律としては、第2章第2節（著作権法）、同第3節（意匠法）、本節1（不競法2条1項3号（商品形態模倣行為））が想定されるが、多様な店舗の外装・内装デザインの創出の観点（後発創作者の創作行為に対する抑止的効果の観点など）からは、方式主義（登録制度）を採り、権利の内容及び範囲が可及的に開示されている法律による保護、すなわち意匠法による保護を重視して検討することが望ましいものとする。

そして、意匠法においては、本章第3節において述べたとおり、令和元年法改正により、店舗の外装・内装デザインの保護に関して保護拡充が図られている。

このように意匠法による保護拡充には賛成できるが、本章第3節で述べたとおり今後の審査運用等を注視していく必要がある。

### 第3章 標識面の保護

#### 第1節 不競法

##### 1 はじめに

次に、店舗の外装・内装の標識面の保護について考察を加えていく。

まず、店舗の外装・内装の標識面を保護する方途としては、不競法2条1項1号及び同2号によることが考えられる。

不競法は、出所識別標識として機能する一定の要件を充たす「表示」について、商標のように登録がなされていないものであっても、その標識面を保護するものである。

そして、後述のように店舗の外装・内装は、商標法による登録が一般的に困難であり、登録例も多くないところ、紛争当事者（原告）からは不競法に基づく保護が求められるケースが多い。

そして、近年、店舗の外装及び内装について、不競法2条1項1号の「商品等表示」に該当することを認め、不競法による保護を初めて認容した裁判例<sup>101</sup>も現れている。

そこで、本節においては、不競法に基づく店舗の外装・内装の標識面保護に関する現状と限界を、裁判例を概観しつつ確認する。そのうえで、不競法による保護拡充について考察を加えたい。

執筆者は結論として、次のとおり考えている。

すなわち、店舗の外装・内装に関しては、商品形態（product design）に類するものとして捉えるのではなく、むしろ商品パッケージデザイン（packaging design）に類するものとして捉えるべきである。

したがって、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する規範についても、商品形態（product design）の「商品等表示」該当性に関する規範よりはむしろ、商

---

<sup>101</sup> 東京地決平成28年12月19日裁判所HP参照（平成27年（ヨ）22042号）〔コメダ珈琲事件〕。

品パッケージデザイン (packaging design) に関するそれを用いるべきであるように考える。

これに対し、後述のように裁判例は、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性の規範について、商品形態 (product design) の「商品等表示」該当性の判断基準に類するものを採る。

しかし、実質的に見れば、このことは、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する保護要件を加重しているものとも直ちには解されない。そのため、現状の裁判例について考察を加える限り、店舗の外装・内装デザインの現行の不競法による保護が、他の「表示」と比較して殊更に欠けているものとも解し難い。

したがって、店舗の外装・内装デザインの不競法による保護拡充は不要であると考ええる。

本節においては以下のとおり、店舗の外装・内装の標識面に対する不競法上の保護に関して考察を加える。

## 2 裁判実務における保護の現状と限界

### (1) 不競法による保護の可能性

#### ア 店舗の外装・内装が不競法における保護範囲に含まれるかどうか

不競法における「商品等表示」とは、「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その他の商品又は営業を表示するものをいう」とされる (同法2条1項1号)。

このように、「商標」や「標章」などは「商品等表示」の例示とされ、自他識別力を有する出所識別標識たり得るものは広く含むようなたて付けとなっている<sup>102</sup>。

したがって、店舗の外装・内装に関しても、「商品等表示」に含まれるものと解され、店舗の外装・内装が「商品等表示」に該当するケースとして、理論的には次の2パターンが考えられる。

すなわち、①当該店舗の外装・内装が強い識別力を有し、それ故セカンダリーミーニング (二次的意味) を取得せずとも生来的な自他識別力を有するがために、出所識別標識たり得るもの、②当該店舗の外装・内装が生来的な自他識別力は有さないものの、セカンダリーミーニング (二次的意味) を獲得したことにより、自他識別力を有するに至ったもの、の2つである<sup>103</sup>。

---

<sup>102</sup> 経済産業省知的財産政策室編・前掲注98) 60頁以下参照。小野昌延編「新・注解 不正競争防止法〔第3版〕(上巻)」120頁〔芹田幸子〕(青林書院, 2012)。

<sup>103</sup> 谷有恒「周知商品等表示混同惹起行為(2)」牧野利秋＝飯村敏明＝高部眞規子＝小松陽一郎＝伊原友己『知的財産法実務体系 II－特許法・実用新案法(2), 意匠法, 商標法, 不正競争防止法』372頁, 393-394頁(青林書院, 2014)は、「①原告の店舗の外観等が強い特徴を有し、これを利用した者が、同一又は類似の外観等を有する被告の店舗を見たときに、商標や商号とは別に、これを原告の店舗と考えるような場合、あるいは②原告の店舗の外

したがって、店舗の外装・内装に関しても、不競法の要件（2条1項1号であれば大要，当該商品等表示と同一又は類似の表示の使用，周知性，混同のおそれの各要件である。同条同項2号であれば大要，当該商品等表示と同一又は類似の表示の使用，著名性の各要件である。）を充足する限り，不競法による保護が認められうるものとする。

## イ 店舗の内装の商品等表示該当性（出所識別標識たりうるか）

### （ア）問題の所在

上記のとおり，不競法上の「商品等表示」たりうるためには，当該表示が自他識別力を備えていることが必要であり<sup>104</sup>，かかる表示を「使用」しているというためには，実質的に出所識別標識として使用されている（自他識別力を発揮する態様で使用されている）ことが必要である<sup>105</sup>と考えるのが通説である。

この点に関し，特に店舗の内装について，「商品等表示」該当性に懐疑的な指摘<sup>106</sup>もある。すなわち，店舗に入店する顧客は通常，店舗外観を見て，店舗外の看板等により店舗名（出所）を認識したうえで店内に入るから，店舗の内装が独立して「商品等表示」として周知となるのか，という懐疑的な見解を述べるものである。

### （イ）検討

#### a. 店舗の態様による分類

そもそも，店舗の外装・内装といえどもその態様は様々である。店舗に関しては大要，以下のように分類することができるように思われる。

すなわち，①戸建ての店舗型，②ショッピングモールやビルにテナントとして入る店舗型（以下，「ビルイン型」という。）である。②ビルイン型はさらに，店内と店外とを分ける壁及び扉（外装）の有無によって，外装有り型

---

観等に，少なくとも同種の他の店舗と区別し得るだけの特徴があり，その特徴を有する店舗は原告のものである旨の宣伝等が行われ，外観等がセカンダリーミーニングを取得した場合には，店舗に外観等も，商品等表示に当たると解することができるというべきである。」と述べており，同趣旨と考えられる。

<sup>104</sup> 経済産業省知的財産政策室編・前掲注98）61頁。小野昌延編・前掲注102）106頁〔芹田幸子〕。

<sup>105</sup> 経済産業省知的財産政策室編・前掲注98）67頁。小野昌延編・前掲注102）367頁〔芹田幸子〕，374頁〔三山峻司〕。

<sup>106</sup> 田村善之ほか『知的財産セミナー 店舗外観・営業形態の保護と紛争解決—不正競争防止法・著作権・色彩商標・立体商標等—』（平成30年2月22日）において，田村善之教授は，「内装は需要者が入店後に目にするものに過ぎない →店舗に付された看板や店内に掲示された営業名や商品名等の様々な表示から独立して商品等表示として周知となることは，店舗の外観以上に稀であると思われる」と指摘する。

(②—1) と外装無し型 (②—2) とに細分できよう。

b. ②—2 外装無し型について

この点、例えば②—2 外装無し型についても、当該店舗入り口の左右と上部を縁取るような態様での外観を備え、店舗名も当該店舗の外観上部に表記されるケースが多いように思われる。

しかし、かかる店舗では通常、店舗外から内装が一見して視認可能である。

また、かかる店舗形態においては、当該店舗名を見るよりも先に店舗内装が目に入り込んでくることもあり、需要者において、店舗名を確認するより先に当該店舗内装自体から出所を識別することもある。

そうすると、このような②—2 外装無し型の店舗内装において、上記懐疑的な見解が示す指摘は必ずしも当たらず、店舗の内装自体のみでも十分に「商品等表示」として「周知」となる余地がある。

c. ①戸建ての店舗型、②—1 外装有り型について

次に、①戸建ての店舗型のほか、②—1 外装有り型においては、当該店舗を訪問した顧客（需要者）は、外装及び店名を見てから店内に入るのが通常であるから、上記指摘が当たり得る。

しかし、これらの店舗であっても、当該外装がガラス張りである場合には、店舗の内装が当該店舗の外からも当該ガラスを通して需要者において直接的に視認されよう。すなわち、店舗の外装を備えているかどうかという形式的な区別で判断することはできず、つまるところは個別の外装の形態や内容などによって判断されるべきである。

したがって、①戸建ての店舗型、②—1 外装有り型の店舗においてもやはり、その内装自体が「商品等表示」として周知となる余地が十分にある。

d. SNS（ソーシャルネットワーキングサービス）の発展と店舗の内装の出所識別標識性について

最後に①戸建て型、②—1 外装有り型、②—2 外装無し型の分類に関わらず、以下で述べるとおり、店舗の内装が独立して「商品等表示」として周知となる余地は十分にあるように思われる。

近年、SNS の発展により、Facebook やブログ、Instagram、Twitter などにおいては、カフェの内装の写真のほか、当該店舗において提供される飲食物などの写真がインターネット上にアップロードされている。

そうすると、現在においては、上記指摘のように、店舗の外観→店舗名→店舗の内装という順序を採るとは限らず、需要者である顧客が店舗の外装や

店舗名を見る前に店舗の内装を見るというケースは、明らかに増加しているものと思料され、SNSの発展によりこのような傾向は益々増加していくように想像される。

このような事態の下では、需要者において店舗に入る前は当該店舗の出所に気づかなかつたが、入店後店舗の内装を見ることで出所を識別するということが十分にあるように思われる<sup>107</sup>。

e. 店舗の複数形態の併有と内装の出所識別標識性について

また、フランチャイズチェーンのほか多数の店舗を出店するカフェなどにおいては、上記①及び②-1並びに②-2の各店舗形態を併有していることがある<sup>108</sup>。

このようなケースにおいては、主としてブランディングの側面から、各店舗形態を通して共通した複数の要素を内装に用いることで、各店舗形態に統一感を維持しつつ出店されることがある。このようなときは需要者が、②-2外装無し型の店舗において、その内装を出所識別標識として認識して記憶することもある。そしてこのような需要者においては、①や②-1などの他の形態の店舗を訪れた際、当該店舗入店後に内装を見て初めて当該店舗の出所を識別することもあり得よう。

以上の次第で、①戸建て店舗型、②-1外装有り型においてもやはり、店舗の内装が出所識別標識として周知となる余地は十分にあり得るであろう。

ウ 小括

以上から、①戸建て店舗型、②ビルイン型の②-1外装有り型、②-2外装無し型のいずれの店舗形態における外装・内装においても、「商品等表示」として不競法に基づく保護を受け得る。

---

<sup>107</sup> 前掲注106)で田村教授は、「インターネットの隆盛に伴う需要者の行動の変化」として、「ブログ、ツイッター、インスタグラム等々を活用し、人々が店内の様子を盛んに流布するようになっている 店舗の外観→店舗名→内装 という伝統的な順序で店舗を識別するのではなく、外観→店舗名ではそれとは気がつかなく、内装をみて初めてインターネットで知られた店であると気づく場合もありえよう ⇒今後の動向が注目される」と指摘する。

<sup>108</sup> 例えば、東京地決平成28年12月19日前掲注101)は、「コメダ珈琲店の店舗タイプは、都市部における商業ビル等の一角に設けられるビルイン型及びショッピングモールの一角に設けられるSCモール型と、郊外において幹線道路等に面して一戸建ての店舗建物が設けられる郊外型(ロードサイド型)とに大別される。」と認定している。

## エ 独占適応性（技術的側面）の関係

### （ア）はじめに

また、店舗の外装・内装の内、技術的機能を実現するために不可避な形態については、独占適応性を欠き、不競法上の「商品等表示」として認められない可能性がある。いわゆる技術的機能に由来する形態の保護と不正競争防止法2条1項1号、同2号との調整に関する議論である。

以下、具体的に検討する。

### （イ）技術的機能に由来する形態の特許法・実用新案法による保護と不競法による保護の調整

ある商品形態が技術的機能に由来する形態である場合、これを不競法2条1項1号などで保護するとすれば、実質的に永久的な保護を認めることになり、権利保護期間を定める特許法、実用新案法との均衡を欠くこと<sup>109</sup>や公正な競争を阻害し公衆の利益が害されること<sup>110</sup>などの理由<sup>111</sup>、<sup>112</sup>により、技術的機能に由来する形態については、不競法2条1項1号による保護は認められないとする見解がある（いわゆる技術的形態除外論）。このようないわゆる技術的形態除外論

---

<sup>109</sup> 東京地判昭和41年11月22日判時476号45頁〔組立式押入たんす事件〕、大阪高判平成5年11月30日知的集25巻3号476頁〔アルミホイール車輪事件控訴審〕、東京地判平成18年9月28日裁判所HP参照〔耳かき事件〕。

<sup>110</sup> 東京地判平成13年3月27日裁判所HP参照〔コンバーター事件〕、東京高判平成6年3月23日判時1507号156頁〔泥砂防止用マット形態事件控訴審〕。

<sup>111</sup> なお、裁判例においては、工業所有権との調整を根拠とする技術的形態除外説から、商品形態が機能や目的に由来するものではないことを理由に商品等表示性を否定するというように商品等表示該当性の一材料として判断する裁判例が見受けられることが指摘されており、また「不正競争防止法の趣旨・目的に鑑み、技術の自由な利用によりもたらされる産業の発展や商品の自由な流通を阻害する結果を招来すべきでないという観点から技術的形態除外説をとる判決も多数現われてきている。」と指摘されている（宮川美津子「商品等表示の認定・判断について（不正競争防止法2条1項1号）」牧野利秋ほか編『知的財産法の知論と実務第3巻〔商標法・不正競争防止法〕』241頁、251-252頁（新日本法規出版、2007））。その他山田威一郎「不正競争防止法における技術的形態除外説と米国商標法における機能性の法理との比較考察」パテントVol.56 No.5 15頁、17-19頁（2003）も同様の裁判例の変遷を指摘する。

<sup>112</sup> 山田・前掲注111）19-20頁は、「公正な競争維持を論拠に、代替デザインの有無、競争上の優位性、不可避性を検討する判断手法は、比較的明確で客観的な判断基準であり、工業所有権との抵触回避の観点から技術的機能に由来する程度を判断するよりも実益があろう。」とし、「なお、このように解釈した場合、…過去に特許の対象となっていた商品形態がすでに競争上の優位性を失っている場合に商品等表示として保護することの是非が問題となる。このようなケースは、あくまでレアケースであるとは思われるが、私見では、その商品形態が出所識別機能を果たすのであれば、不正競争防止法による保護を認めても問題はないと考える。特許が陳腐化している場合等競業者にとって代替デザインの採択が可能な場合には、その商品形態を万人に開放する必要性は乏しく、信用の化体した周知商品形態を保護する必要性が優越すると考えられるからである。」とする。

を採ったと考えられる裁判例は少なくない<sup>113</sup>。

もつとも、技術的形態除外論において、不競法2条1項1号の「商品等表示」から除外され保護対象から外されるのは、当該技術的機能に由来する形態部分のみであると解される。上記理由が妥当するのは、当該技術的機能に由来する形態部分のみであり、それ以外の形態部分を含む場合には、当該技術的機能に由来しない形態を除外する理由はないからである<sup>114</sup>。そのため、技術的機能に由来する形態と技術的機能に由来しない形態とが混在するものについては、なお商品等表示に該当し得る。

これに対し、現在では、単に特徴部分が技術的機能に由来することのみでは不競法による保護を否定せず、競争上似ざるを得ない表示のみを除外する見解も有力である（競争上似ざるを得ない表示除外説）<sup>115</sup>。

この点に関して、執筆者は次のとおり考える。

すなわち、技術的機能に由来する形態であっても同技術的機能を実現する他の形態を選択する余地がある場合には、直ちに独占適応性は否定されず、出所識別力を有している限り標識法により保護を与えるべきである。

というのも、技術的機能に由来する形態が、不可避な選択の余地の乏しいものである場合には、上記技術的形態除外説が述べるような理由が正に当てはまるように考えられる一方、同じ技術的機能を実現する他の表現を採りうる（選択肢がある）場合には、同種のものに比して顕著な特徴を有する形態を選択することで、出所識別標識として機能する可能性が多分にあるうえ、必ずしも特許法等との均衡を欠くことにもならず、公正な競争も阻害しないように考えられるからである。

そして、現在の裁判実務では、上記の技術的形態除外論を採用する裁判例と、競争上似ざるを得ない表示除外説を採用する裁判例とに分かれており、実務上の一致を見ない<sup>116</sup>。

---

<sup>113</sup> 前掲注 109, 110) のほか、東京地判平成 17 年 2 月 15 日裁判所 HP 参照 [マンホール用ステップ事件]、大阪地判平成 11 年 11 月 9 日裁判所 HP 参照 [アジャストボルトおよび脚止め金具事件]、東京地判平成 15 年 2 月 13 日裁判所 HP 参照 [入浴車事件]、東京地判平成 19 年 12 月 26 日裁判所 HP 参照 [楽らく針事件]、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]、東京地判平成 19 年 10 月 23 日裁判所 HP 参照 [人工漁礁事件]、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。

<sup>114</sup> 基本的形態としての機能的形態を要部から除外し、具体的形態を要部として類似性判断をした裁判例として、前掲注 113) ルービック・キューブ事件。

<sup>115</sup> 小嶋崇弘「標識法における機能性法理」日本工業所有権法学会年報 42 号 1 頁, 16 頁 (有斐閣, 2018 年)。田村善之『不正競争法概説 [第 2 版]』89 頁 (有斐閣, 2003 年) 参照。東京地判平成 6 年 9 月 21 日知裁集 26 卷 3 号 1095 頁 [コンテナ II 事件]、東京高判平成 13 年 12 月 19 日判時 1781 号 142 頁 [マジックキューブ：控訴審]。

<sup>116</sup> 小嶋・前掲注 115) 3 頁。

もつとも、いずれにしても現在の裁判実務においては、少なくとも裁判所が一定の技術的機能に由来する形態の保護を認めるような解釈に対して「消極的」であることには違いない<sup>117</sup>。

そのため、保護を求めようとする店舗の外装・内装が、技術的機能に由来する形態乃至それを含む場合には、それが他の形態を採り得えないか、採り得るとしてもその選択肢に乏しいのであれば、不競法2条1項1号や同2号による標識面の保護を受けることは困難であるように考えられる。

この点で、不競法に基づく標識面の保護と、特許法、実用新案法により保護を受けようとする技術的側面の保護との間にはジレンマがある。

なお、かかる結論は、当該技術的側面に関して特許法や実用新案法を取得するかしないかで差異は生じないように解する<sup>118</sup>。あくまで、当該特徴的構成が技術的機能を有するかどうか、当該技術的機能を実現する他の構成をどの程度採り得るかが問題であり、権利の取得の有無は無関係であろう。

以上の次第で、標識面保護のためには、店舗の外装・内装が単に技術的機能に由来する形態ばかりではなく、技術的機能に由来しない他の要素を取り込むか、技術的機能に由来する形態でも複数の選択の余地がある場合には、顕著な特徴のあるものを選択することで、競業者との差別化を図る必要があるだろう。

#### (ウ) 特許法、実用新案法の独占実施下での周知性獲得と不競法の保護との関係

次に、特許法、実用新案法の独占実施下で獲得された周知性によって、不競法上の保護を受けることができるかという議論がある<sup>119</sup>。

上記のとおり、特許法、実用新案法による技術的観点からの創作面の保護期

---

<sup>117</sup> 宮川・前掲注111) 253頁は、「裁判所はいずれの説をとろうとも、一定の技術的形態の独占を認めるような不正競争防止法の解釈には消極的な態度であることが認められる。」とし、「商品等表示性の認定に当たっては、商品形態の緻密な分析を行い、当該商品の機能や目的に由来する必然的形態、他の同種商品にみられるありふれた形態、機能とは離れた美観上選択の余地がある具体的形態を抽出し、個別具体的な事情を考慮して、出所表示機能の有無という観点から当該商品形態の『商品等表示性』を判断するという柔軟なアプローチに賛同する…実務上は、技術的形態除外説に基づく反論も併せて行うことが万全の防御であり、また、この反論を予想した原告側の準備も必要である。」とする。

<sup>118</sup> 牧野利明監修＝飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』24～25頁〔三村量一発言〕(2005年)は、「私も、当該形態について特許権がある場合とない場合とで、不正競争防止法上の保護を与えるかどうかを区別して考えるのはおかしいと思っています。私は、およそ機能に必然的に由来する形態であれば、つまり本来特許としてクレームに書くような、そういう形態のものについては、特許として出願されているかどうかにかかわらず、すべて商品等表示として保護すべき形態となり得ない、要するに周知表示になり得ないという意味で、機能的形態除外説をとりたいと思うのです。」として、特許権が取得されているか取得されていないかで結論が異ならないとの立場に立つ。

<sup>119</sup> 小野・前掲注102) 231—232頁〔芹田幸子〕。牧野監修・前掲注118) 13頁以下。

間は有限である。例えば特許法は、発明の公開を代償として一定期間の特許権という独占権を付与し、もって技術革新（イノベーション）を図るものであり、特許権の存続期間経過後はパブリックドメインに帰するとすることで、独占権を得る発明者とかかる独占権によって発明を自由に利用できなくなる公衆との利害を調整しているのである<sup>120</sup>。

他方で標識面の視点から考えれば、特許権や実用新案権の存続期間中、当該店舗の外装・内装に対しても、それが出所識別標識として機能している場合には、当該店舗の営業上の信用などグッドウィルが当該店舗の外装・内装に蓄積し、膨張していく。そのため、かかる標識面に対しても別途の保護が与えられるという考え方もあり得よう。

しかし、無検討に両者の適用を認めるのであれば、それは上記特許権の存続期間経過後においても、パブリックドメインとは名ばかりに引き続き技術的機能に由来する形態を保護する帰結を生むに等しい。

確かに特許法と不競法とは保護法益や保護対象は異なるが、特許法等による独占権を与えた技術的機能に由来する形態について、当該独占状態の下で獲得した周知性をもって、不競法による保護を認めるのであれば、特許法の上記調整は崩れよう。

このような次第で、特許法等による独占状態の下で獲得した周知性をもって直ちに不競法による保護が与えられると安易に考えるのは妥当でないように解する。

この点に関し、PC フレーム工法事件控訴審<sup>121</sup>は、特許権による独占状態のも

---

<sup>120</sup> 島並ほか・前掲注4) 2頁〔島並良〕。

<sup>121</sup> 東京高判平成15年5月22日裁判所HP参照〔PCフレーム工法事件：控訴審〕は、「控訴人らが、プレストレストコンクリート製の斜面受圧板を独占的に販売してきたことは、控訴人らがPCフレーム工法に関して特許権等を有しており、他社が同種の斜面受圧板を製造・販売することが制限されていたためと認められる。特許権等の知的財産権の存在により独占状態が生じ、これに伴って周知性ないし著名性が生じるのはある意味では当然のことであり、これに基づき生じた周知性だけを根拠に、不正競争防止法の適用を認めることは、結局、知的財産権の存続期間経過後も、第三者によるその利用を妨げてしまうことに等しい。そのような事態が、価値ある情報の提供に対する対価として、その利用の一定期間の独占を認め、期間経過後は万人にその利用を認めることにより、産業の発達に寄与するという、特許法等の目的に反することは明らかである。もっとも、このように、周知性ないし著名性が知的財産権に基づく独占により生じた場合でも、例えば、知的財産権の存続期間が経過し、第三者の同種競合製品が市場に投入されて相当期間経過するなどして、知的財産権を有していたことに基づく独占状態の影響が払拭された後で、なお控訴人製品の形状が出所を表示するものとして周知ないし著名であるとの事情が認められるなどのことがあれば、不正競争防止法2条1項1号、2号を適用する余地はあろう。しかし、本件ではそのような事情は一切認められない。機能と必然的に結び付いた状態であっても、その出所表示としての周知著名性があるときは、不正競争防止法2条1項1号ないし2号の周知著名性の要件を充足するという観点に立ったとしても、本件における上記状況の下で

とで周知性を獲得したとしても、かかる周知性だけを根拠に不競法2条1項1号の適用を認めることはできず、同法により保護されるためには知的財産権の存続期間が経過し、当該知的財産権の影響が一旦は無くなり、その後改めて新たに周知性を獲得する必要があることを示した<sup>122</sup>。

このように、裁判例においても、特許権による独占状態で獲得した営業上の信用やグッドウィルは、当該特許権の存続期間満了後直ちに不競法で保護されることはなく、特許権の存続期間満了後、別途に周知性獲得が必要であることが示されている。

なお、かかる議論においても、当該特許法等により保護される技術的機能に由来する形態として不可避なものではなく、または他の形態を選択する余地があるケースはもちろん、技術的な機能に不可避的な由来する形態であったとしても、当該店舗の外装・内装を構成する他の要素やその組み合わせ（当該技術的機能に由来する形態を含む。）により周知性を獲得している場合には、なお、特許権による独占実施の状態で獲得された周知性をもって、不競法による保護を受けることが可能であると解する。

この場合には、特許法の上記調整原理は崩れておらず上記理由が妥当しないと考えられる<sup>123</sup>上、特許法等で独占権を付与されていた要素以外の要素により構成される当該店舗の外装・内装については、なお当該グッドウィルや営業上の信用は保護されてしかるべきである。

以上の次第で、現在の実務によるならば、当該店舗の外装・内装が技術的機能に不可避に由来する形態による場合、特許権等を取得した上当該独占のもとで周知性を獲得するという戦略は、培った営業上の信用やグッドウィルを必ずしも保護するものとならない可能性があり、却って標識面保護の足を引っ張るリスクもあり得るように考えられる。

そのため、現在の実務上は、仮に技術的機能の側面を法的に（特許法等で

---

は、これを認めることはできないというべきである。」と判示する。

また、前掲注118)14頁〔松尾和子発言〕では、「特許権で市場を独占していたときに、特許権が切れた後に、これまで特許権をもっていた人の商品形態だと認識されていたから、今度は不正競争防止法で保護できるかという、決してそうはならないのであって、そういう場合であればこそ、不正競争防止法にいう『商品表示性』という要件を慎重に保護すべきだと思います。」と上記裁判例と同旨の見解を採る。

<sup>122</sup> かかるPCフレーム工法事件の論旨に対しては、「不正競争防止法と他の知的財産権法では保護法益が違うわけですから、不正競争防止法2条1項1号の保護法益が侵されているかどうかを考えるべきであって、もし、同号の保護法益が侵されているのであれば、原告は保護されるべきであり、他の知的財産権との調整を理由に、被害者である原告に受忍を求めることはできないことです。」との反対意見もある(前掲注118)15頁〔尾崎英男発言〕。

<sup>123</sup> たとえ当該表示の一構成要素として技術的な機能に不可避的に由来する形態を含んだとしても、当該表示の権利範囲は、複数の構成要素から成るものに限定される以上、当該技術的機能に不可避的に由来する形態自体を引き続き保護することには直ちには繋がらない。

保護するにしても、当該店舗の外装・内装の内、技術的機能に由来する部分とともにこれに由来しない形態等の要素を多分に採り入れるように構成することが、店舗の外装・内装における標識面の保護に思い致せば、非常に重要である。

#### (エ) 小括

以上の次第で、特許法等による技術的側面の保護と不競法2条1項1号等による標識面の保護との間には、一定のジレンマがある。

事業者における店舗の外装・内装の保護戦略としてありうる抽象的な選択肢は、店舗の外装・内装の内、技術的機能に由来する構成については、特許法を取得して保護を受けつつ、それ以外の技術的機能に由来しない多数の装飾などの構成要素により全体的なイメージを構成し、デザイン（装飾）の創作面と標識面の保護を併せて模索する方法が指摘できるであろう。

#### (2) 裁判例の外観—はじめに

前述のとおり、近時、コメダ珈琲事件（東京地決平成28年12月19日）において裁判所は、店舗の外装及び内装を合わせた表示について「商品等表示」該当性を肯定し、店舗の外装・内装に関して不競法2条1項1号に基づく保護を我が国において初めて認容した。

以下では、コメダ珈琲事件を含め店舗の外装・内装や内装の一部と考えられる商品陳列デザイン、その他①戸建て店舗型に関連すると考えられる建築物（一般住宅）の商品等表示該当性が争われた事案等の裁判例を概観して、現在の裁判実務における傾向や状況を検討する。

#### (3) コメダ珈琲事件（東京地決平成28年12月19日（平成27年（ヨ）22042号））

##### ア 事案の概要

本件は、債権者（株式会社コメダ）が、①自らの運営に係る喫茶店「珈琲所コメダ珈琲店」（以下、単に「コメダ珈琲店」という。）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債権者表示1（店舗の外装、店内構造及び内装）及び②債権者表示1と共にする債権者表示2（商品（飲食物）と容器（食器）の組合せによる表示）が債権者の営業表示に当たると主張した上で、債務者（株式会社ミノスケ）が同社の店舗（マサキ珈琲）（以下「債務者店舗」という。）において喫茶店営業をする際に①債務者表示1（店舗外観（店舗の外装、店内構造及び内装）（以下「債務者表示1」という。）を用いること及び②上記外観の店舗内において債務者表示2（商品（飲食物）と容器（食器）の組合せによる表示）を用いることは、それぞれ、債権者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、不競法2条1項1号又は2号に該当する旨主張して、債務者に

対する不競法3条1項に基づく差止請求権を被保全権利として、債務者表示1の使用及びこれと共にする債務者表示2の使用を差し止める旨の仮処分命令を求める事案である。

<参考図表>

【図表1】債権者・債務者店舗外観<sup>124</sup>

【ご参考】 コメダ珈琲店及びマサキ珈琲の外観写真



【コメダ珈琲店岩出店】

(債権者表示1に関して)



【マサキ珈琲中島本店】

コメダホールディングス発表資料より

(債務者表示1に関して)

【図表2】債権者・債務者内装 (債権者表示1に関して)



(債権者表示1に関する参考<sup>125</sup>)

---

<sup>124</sup> ハフィントンポスト編集部 2016年12月27日付記事「コメダ珈琲そっくりすぎる..店舗の外観使用を命じる 東京地裁」

([http://www.huffingtonpost.jp/2016/12/27/story\\_n\\_13861954.html](http://www.huffingtonpost.jp/2016/12/27/story_n_13861954.html), 最終閲覧日 2019年8月1日)。

<sup>125</sup> 珈琲所コメダ珈琲店ウェブサイト (<http://www.komeda.co.jp/#>, 最終閲覧日 2019年8月1日)。



(債務者表示1に関する参考<sup>126</sup>)

(ア) 事件の経緯

事件の経緯は大意，以下の表のとおりである。本件では，下表のとおり，従前債務者（ミノスケ）が債権者（コメダ）に対しフランチャイズの申込みをし，これを債権者（コメダ）から拒否されていたという経緯がある点で特殊である。

年月日	債権者（コメダ）	債務者（ミノスケ）
S43	コメダ珈琲1号店出店(名古屋)	
H15～	H15. 6に関東地方に，H18. 11には近畿地方に出店。全国展開を進める（郊外型店舗の標準化 <sup>127</sup>	

<sup>126</sup> 裁判所ウェブサイト ([http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail7?id=86545](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail7?id=86545)，最終閲覧日 2019年11月13日)。

<sup>127</sup> 以下の(1)①～⑥の特徴，(2)①～⑥の特徴を有するもの。

(1)外装 ①店舗正面を妻部とする黒色スレート調の大切妻屋根，並びに，当該切妻屋根から直交する方向に伸びた黒色スレート調の小切妻屋根及び／又は店舗正面側に当該切妻屋根と段違いに形成された黒色スレート調の張り出し切妻屋根，という複数の黒色スレート調の切妻屋根を有すること。②上記①の切妻屋根の下に，外壁塗装部がベージュ色に塗装された四方外周を囲む側壁面を備えており，当該側壁面には，内部に四角格子を備えた矩形黒色フレームの窓が複数配置され，相当範囲にわたって赤茶色系のレンガ調のタイル張り装飾が施されていること。③上記①の切妻屋根の各屋根の下に，けらば及び軒先に破風板と鼻隠しを一体に巡らした化粧板（ライン飾り）を備えており，当該化粧板は地色を緑，青，橙及び茶の中から選択した1色の明色で塗装され，当該明色に塗装された化粧板には，白色で上下縁取線が配された中に「KOMEDA's Coffee」とのコメダ珈琲店の店舗名欧文表記が白抜き文字で繰り返し表示されているよう配されていること。④上記①の切妻屋根の全部又は一部について，棟直下の妻部中央にコメダ珈琲店の店舗ロゴが提示されていること。⑤主として張り出し切妻屋根並びに小切妻屋根の妻部側壁面の全部又は一部に，その内部に四角格子を備えた矩形黒色フレーム枠の窓が配置された出窓レンガ壁部を有しており，当該出窓レンガ壁部の凸出した外壁面部分は，屋根下から基礎上までの全面にわたって赤茶系レンガ調のタイル貼り装飾が施されており，出窓レンガ壁部に配

	を進める)。 ⇒H25. 4には国内店舗数 500 店, H26. 10には 600 店, H27. 5. 10には 628 店へ。 ⇒H27. 9. 27 時点で和歌山県内 には 6 店舗。関西地方には 100 店舗存在。		
H24	和歌山に郊外型店舗を出店。		
H25. 3. 19		←	コメダに対し、フランチャイズの加盟申込書を提出。
H25. 4. 3	既に和歌山県下において別の会社にフランチャイズをしていたため、ミノスケからのフランチャイズの申し込みを拒否。	→	
H25. 7. 25	再度の申し込みも拒否。	← →	再度の申し込み。
H26. 8. 16			店舗を建設の上、営業開始

置された窓の上方外壁面上には、「珈琲所コメダ珈琲店」との店舗名を日本語で横書きに大書した横型店舗名看板があって、当該看板の店舗名表記は、白色系地に濃茶色の文字で描かれ、正面方向に立体的に凸出していて、四隅が四分円状に囲んだ赤色囲み線により囲まれていること。⑥側壁面及び出窓レンガ壁部には、内部に四角格子を備えた矩形黒色フレーム枠の窓が複数配置されており、その全部又は一部について、その上部に雨除けを設ける場合には、赤色の底テントが外壁面上に固定されていること。

(2)内装 ①店内壁面と天井が、白壁材、無垢調の木質材料及び赤茶色系のレンガ調パネルを用いて、ライト調の色合いで構成されていること。②客席空間の天井が、無垢調の木質材の化粧屋根裏を見せる吹き抜け構造となっており、梁、垂木、束、母屋、方杖等が露出しているか、白壁材を用いた白天井となっていること。③客席空間部の床には、無垢調の木質系フローリング材が用いられ、当該床面上に同じく無垢調の木質材から成るパーティションを用いて仕切ることによって形成された対面式ボックス席が複数配されていること。④上記③のパーティションは、無垢調の木質材の枠体に板目の杉材の羽目板を板張りして隣接する座席同士を間仕切るものであって、上部に縁飾りとして、少なくとも無垢調の木質材をアーチ型に湾曲させて湾曲内に飾り支柱を放射状に複数配した半円アーチ状の縁飾りと、無垢調の木質材を水平棒状に配した縁飾りの組合せを含むものであること。⑤各対面式ボックス席には、木製天板のテーブルを挟んで対向する位置に、座面と背面のクッションに濃紅色の起毛ストライプ生地が全面貼りされたボックス椅子が配されているほか、座面と背面のクッション又は背もたれにいずれも濃紅色の起毛ストライプ生地が貼られたベンチ椅子、四脚椅子等が配されていること。⑥客席空間部の窓には、その全部又は一部に、橙色のロールスクリーンが吊り下げられており、当該ロールスクリーンには「KOMEDA's Coffee」とのコメダ珈琲店の店舗名欧文表記が、斜め右上がり又は二段横長に記載されていること。

			(1号店) <sup>128</sup> 。なお、債権者店舗から自動車乃至電車で30分程度の場所において。
H26. 8. 16 ～	ミノスケ店舗とコメダの関係に関する問い合わせや報告が多数寄せられる。		
H26. 8. 18	同社ウェブサイト上で、一切関係がない旨の告知。		
H26. 8. 29	債務者店舗における営業行為が、不競法2条1項1号、同2号に該当すること、現在の外装内装形態及び飲食物提供形態を維持した上での債務者店舗における営業行為を直ちに中止するよう、通知書を送付。	→	
		← →	やりとり（交渉）あるも、債務者店舗における営業を継続。
H27. 5. 14	本件仮処分の申立て（H27（ヨ）22042）。 本案訴訟（H27（ワ）12992）も提起。		
H27. 9. 17			マサキ珈琲2号店出店。
H28. 2. 19	店舗外観についての立体商標（商標第5851632号）出願、同年5.20登録。		

(イ) コメダ珈琲の店舗に関するコンセプト

コメダ珈琲店は、「くつろぐ、いちばんいいところ」を標語とし、「街のリビングルーム」を店舗の基本的コンセプトとしているところ、その郊外型店舗の上記標準化された外観は、レンガや木材を始め、来店する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を演出することを重視して設

<sup>128</sup> かかる経緯から、本件においては、債務者において債権者表示1に依拠して債務者店舗を建設しているということが明らかなるように思われる。債権者表示1及び同2と債務者表示1及び同2とは、いわばデッドコピーといえる程度に近似していたという点で本件は特殊性を有する。

計されたものである。そして、そのように店舗外観を統一的なものに標準化していくことは、上記のようなコマダ珈琲店のブランドイメージの浸透を企図して進められたものである、というように本裁判例では認定されている。

## イ 判旨（一部認容）

### （ア）債権者表示1（店舗外観）の「商品等表示」該当性

#### a. 店舗外観が商品等表示に該当する場合について

裁判所は、下記のとおり判示して、店舗の外観（外装及び内装等）が「商品等表示」に該当する際の規範を示した（下線は執筆者付記）。

#### 記

「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が、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体を識別する（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。」

かかる規範では大要、当該外観が①特別顕著性を有し、②周知性を備えている場合に、特定の営業主体を識別する営業表示性を獲得し、「商品等表示」（不競法2条1項1号及び同2号）に該当することを肯定する。

#### b. 債権者表示1の①顕著な特徴（特別顕著性）について

裁判所は、下記のとおり判示して債権者表示1が①顕著な特徴を有していることを肯定した（下線は執筆者付記）。

#### 記

「債権者表示1は、別紙「債権者表示1の主要な構成要素」（執筆者注：前掲脚注127の構成要素を指す。）記載…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、コマダ珈琲店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、切妻屋根の下に上から下までせり出した出窓レンガ壁が存在することを始めとする特徴…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、半円アーチ状縁飾り付きパーティションを始めとする特徴…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<sup>129</sup>のであって、本件において提出された書証（略）等に見られる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えることができる（他との十分な識別力を有しているということもできる。…）

そして、債権者表示1には、特徴（執筆者注：上記前掲脚注127記載の特徴を指す。）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、債権者表示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、債権者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債権者表示1を見たときに（「コメダ珈琲店」「KOMEDA'S Coffee」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「コメダ珈琲店」（債権者）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債権者表示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といえるべきである。

したがって、債権者表示1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えるべきである。」

c. 債権者表示1の②周知性について

裁判所は、下記のとおり判示して、債権者表示1の周知性を肯定した（下線は執筆者付記）。

記

「(I) 東海三県で出店を重ねてきたコメダ珈琲店が平成15年以降に全国展開していく中で、その郊外型店舗の外観について標準化が進められたところ、それは、もともとコメダ珈琲店の特定の店舗イメージ（略）を具現することを目して標準化されたものであること、(II) コメダ珈琲店の郊外型店舗

---

<sup>129</sup> かく判示するように、コメダ珈琲事件において裁判所は、店舗の内装を外装などから独立してそのみで「商品等表示」該当性を肯定したわけではない。

は、関西地方では平成21年から増加していき、和歌山県内においても平成24年以降平成26年8月までに4店舗が出店され、旧コメダ②及びその包括承継人である債権者が、自ら又はフランチャイジーを通じて、これらの店舗において債権者表示1又はこれに近い表示を継続的・独占的に使用してきたこと、したがって、同月の時点で、コメダ珈琲店の標準的な郊外型店舗に共通して、あるいは典型的に、債権者表示1が用いられていたといえること、

(Ⅲ) コメダ珈琲店についてはテレビ番組や新聞・雑誌等で度々宣伝・報道がされ、その中で、郊外型店舗の外観も少なからず視聴者・読者等に知らされたこと(さらには、テレビ番組の中には、コメダ珈琲店の郊外型店舗の「ログハウス風」の外観に着目したナレーションが入ったものもあったこと)を認定した上、「上記(Ⅱ)のコメダ珈琲店の郊外型店舗には、近隣地域に居住等する者を中心に日々多数の者が来店し、その外装のほか、店舗滞在時間中にその店内構造及び内装を目にすることとなった上、上記店舗が幹線道路等に面した一戸建ての建物であるため、その外装については上記道路等を通行する際にも目に留まったと考えられるところ、上記来店者には、来店等するたびに一定時間その外観を視認することで(はっきりと意識的に観察、記録したものでなくても)十分な識別力を有する特徴…の組合せによる視覚的印象(略)が残ったものと推認される。加えて、上記(Ⅲ)のマスメディア等による宣伝・報道によって、多くの視聴者・読者等にコメダ珈琲店が知られるようになったのみならず、ある程度は上記と同様の視覚的印象が残ったものと推認される。

さらに、上記(Ⅰ)ないし(Ⅲ)の事実経過があった中で、現実に後記…のとおり債権者表示1に酷似した債務者表示1を備えた債務者店舗が設けられ、需要者の間に前記…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、債務者店舗が設けられた平成26年8月16日の時点で、債権者表示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、債権者表示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、債権者表示1は、債務者店舗が設けられた平成26年8月16日の時点で、債務者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(略)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。」

d. 債権者表示1の独占適応性について

また本件においては、債務者から、債権者表示1の一部の特徴は、通常用い

られる建築方式にすぎず、債権者表示1に見られる建築物の一般的な外観を債権者に独占させるべきではないから、債権者表示1を不競法2条1項1号及び同2号による保護の対象とすることは相当でない旨の反論に対し、下記のとおり判示して、大要、弊害が極めて小さいことを理由にかかる債務者の主張を斥けた（下線は執筆者付記）。

#### 記

「本件において債権者が『商品等表示』に当たると主張する債権者表示1は、別紙債権者表示目録記載1…の外装・店内構造・内装を全て兼ね備えて初めて営業表示とするというものに絞られている。債権者表示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、殊に本件の債権者表示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り、債権者表示1を（他の要件を満たす限り）不競法2条1項1号・2号による保護の対象とすることが相当でないということとはできない。」

このように、大要(a)特徴が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装飾的な要素を多分に含んでいること、(b)需要者に認識されていること、(c)限定が付され条件が幾重にも絞られていることを挙げ、本件債権者表示1の店舗外観を債権者に独占させることによる弊害は極めて小さいことを示している。

上記(c)は、要するに債権者表示を構成する要素が多数にのぼることから、これの商品等表示性を肯定しても、不競法2条1項1号及び同2号違反を問われる範囲は限定的であることを示すものと考えられる。

#### e. 小括

裁判所は以上のとおり、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する規範を示した上で、これを債権者表示1に当てはめた上、独占適応性の観点から保護の対象外とされることもない旨判示して「商品等表示」該当性を肯定した。

本裁判例は、わが国において、店舗の外装・内装の商品等表示該当性を肯定した初めての裁判例である。

(イ) 債権者表示2の「商品等表示」該当性

裁判所は、債権者表示2については、「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」と一般論を述べた上で、本件債権者表示2についても、「コメダ珈琲店においては、別紙債権者表示目録記載2の各商品（飲食物）がそれぞれこれに対応する各容器（食器）と組み合わせて提供されているというのであるが、来店者や視聴者等の中で、これらの対応関係・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、債権者表示2がコメダ珈琲店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。債権者表示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。」として、「商品等表示」該当性を否定した。

なお、本論文では、主として債権者表示1に関する店舗の外装・内装の部分を取り上げて論ずる。

(ウ) 他の要件の充足

a. 不競法との関係（周知性，類似性，混同のおそれ）

(a) 周知性

裁判所は、「前記…で説示したところに照らすと」として、商品等表示該当性における②周知性での判断を引用し、「債権者表示1は、債務者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」と判示して、周知性（不競法2条1項1号）を肯定した。

なお、著名性に関する判示はないが、これは債権者の主張が「不競法2条1項1号又は2号」として選択的主張になっていたからと思われる。

(b) 類似性

また、裁判所は、債権者表示1と債務者表示1との類似性に関し、何ら特別の規範を判示することなく、「ライン飾り（化粧板）の形状及びデザイン，出窓レンガ壁部の形状及び模様，屋根・壁・窓等の位置関係及び色調，店内のボックス席の配置及び半円アーチ状縁飾り付きパーティションの形状など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、債権者表示1と債務者表示1とが全体として酷似していることは明らかである」とし、さらに「外装及び内装の中で店舗の名称がそれぞれ『コメダ珈琲店』『KOMEDA'S Coffee』、『マサキ珈琲』『Masaki』

i' s c o f f e e』と表示されているなどの相違点を考慮しても、債権者表示1と債務者表示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」として類似性を肯定した。

本件では上記のとおり、店舗の外装・内装は、デッドコピーに近い事案であったといいうるため、特段規範を判示することなく、上記の程度の検討で類似性が肯定できたものと考えられる。

(c) 混同のおそれ

さらに、裁判所は、債務者表示1が他人の営業と混同のおそれがあるかに関し、「債務者表示1を使用することは、その使用主体と債権者表示1の出所との間に資本関係や系列関係、提携関係など（系列店、姉妹店などといわれる関係を含む。）の緊密な営業上の関係が存すると誤認混同させるおそれ（いわゆる広義の混同のおそれ）があると認められる。」として、同要件充足性を肯定した。

(d) 小括

以上の次第で、裁判所は、本件における債務者表示1の使用が、コメダ珈琲の店舗外装・内装に関する債権者表示1を商品等表示とする不競法2条1項1号に違反することを肯定した。

b. 仮処分との関係（保全の必要性）

また、裁判所は、本件仮処分申立てについて、保全の必要性を肯定した。

(4) まいどおおきに食堂事件（控訴審：大阪高判平成19年12月4日，第一審：大阪地判平成19年7月3日判時2003号130頁）

ア 事案の概要

本件は、飲食店の経営等を業とする原告が、

主位的に、原告の営業表示の「ごはんや まいどおおきに ○○食堂」（○○の部分には店舗の所在地名が入る。）の文字から成る表示（原告表示）と類似する「めしや食堂」の文字から成る表示（被告表示）を使用する被告の行為について、不競法2条1項2号又は1号違反を主張したほか、

予備的に、原告表示を使用した原告が経営する店舗の外観が全体として原告の営業表示として著名であり又は周知性を取得していると主張し、被告表示を使用した被告が経営する店舗の外観に原告店舗外観と類似する外観を使用する被告の行為が、不競法2条1項2号又は1号の不正競争に当たると主張した事案である。

本件では、予備的請求のみ取り上げる。

<参考図表>

【参考：原告店舗外装】



(出典：まいどおおきに食堂ウェブサイト<sup>130</sup>)

【参考：被告店舗外装】



(出典：めしや食堂ウェブサイト<sup>131</sup>)

イ 判旨（請求棄却）

（ア）第一審（全部棄却。）—商品等表示性について

本件において裁判所は、「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」として、一般論として営業表示性が肯定

<sup>130</sup> まいどおおきに食堂ウェブサイト (<http://shokudo.jp/about/>, 最終閲覧日 2019年8月3日)。

<sup>131</sup> めしや食堂ウェブサイト (<http://www.meshiya.co.jp/brand/shokudo/>, 最終閲覧日 2019年8月3日)。

されうることを示している。

そのうえで、裁判所は、営業表示該当性については判示せず、原告表示と被告表示とが類似しないとして不競法上の請求を否定している。

裁判所としては、類似性で原告の請求を排斥することができたためか、「原告は、原告店舗外観及び被告店舗外観の個々の構成要素を取り出してその共通点を挙げるのみで、その全体としての店舗外観について十分特定しているとはいえない<sup>132</sup>。特に、原告は、当裁判所の再三にわたる釈明にもかかわらず原告店舗外観に対応する全体としての被告店舗外観を適確に特定しているとはいえない。」というにとどまり、原告店舗外観全体の営業表示性については、具体的な規範を含め判示していない。

(イ) 控訴審（控訴棄却。）（下線は執筆者による。）

控訴審においても、「前記引用にかかる原判決の認定・説示のとおり（略）、控訴人（執筆者注：原告）店舗外観全体について周知性・著名性が認められるか否かはともかくとして、店舗外観全体の類否を検討するに、両者が類似するというためには少なくとも、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おり、その結果、飲食店の利用者たる需要者において、当該店舗の営業主体が同一であるとの誤認混同を生じさせる客観的なおそれがあることを要すると解すべきであるところ、双方の店舗外観において最も特徴がありかつ主要な構成要素として需要者の目を惹くのは、店舗看板とポール看板というべ

---

<sup>132</sup> なお、原告は、次の要素A、要素B①ないし④、要素C①ないし③が全体として原告店舗の印象を形成しており、顧客は、これらの各要素による全体としての印象を持って原告店舗に足を運び、店内に入り、サービスを受けるから、最終的には、上記各要素が全体として一つの営業表示として機能していると主張していた。A 原告店舗の入口付近上部に設置された、白地に黒の墨文字（毛筆体）で原告表示（「ごはんや まいどおおきに ○○食堂」）が記載された店舗看板（文字）、B① 「みそ汁」「玉子焼」「煮鯖」等の大衆食堂のメニューとして一般的によく提供される物品名が数品目程度、木目調の看板に墨文字（毛筆体）で記載された店舗外部メニュー看板、B② 食堂のメニューが数十品目程度、黒のボードに白字の毛筆体で記載された店舗外部に設置されたメニュー看板、B③ 駐車場敷地に設置され、上部が円形であって白地に黒の墨文字で店舗名称が記載されたポール看板、B④ 原告店舗（主として郊外に立地された独立した建物による店舗であるフリースタANDINGタイプ）の外装の配色は、主として、木の色（壁面、メニュー看板）、黒色（壁面、庇）、白色（看板）から構成され、看板上には赤色も用いられていること、C① 商品を提供する陳列場所上部に設置された、「みそ汁」「玉子焼き」「煮鯖」等の大衆食堂のメニューとして一般的によく提供される物品名が数品目程度、木目調の看板に墨文字（毛筆体）で記載された店舗内部のメニュー看板、C② 特に玉子焼きについてのみ、オーダーが来たら焼くコーナーを設け、それを名物あるいはお奨めと表記していること、C③ 内装は大部分が木の色で統一され、暖色系の照明が使われ、テーブルや陳列台の高さも、顧客が居心地よく利用できるよう、心理工学的に配慮がされていて、全体的に「人の温もりを感じさせる、下町の大衆食堂」としてのコンセプトが貫かれた印象を抱かせること。

きであるが、いずれも目立つように設置された両看板に記載された内容（控訴人表示又は被控訴人表示）が類似しないことなどにより類似せず（前記（１）参照）、かかる相違点が、控訴人店舗外観及び被控訴人店舗外観の全体の印象、雰囲気等に及ぼす影響はそもそも大きいというべきである。」と判示して、原告（控訴人）の主張する構成について、営業表示にあたるかを明示せず、類否の判断で原告（控訴人）の請求を棄却するにとどまった。

(5) コメダ珈琲事件とまいどおおきに食堂事件の相違点から見る裁判実務

ア 商品等表示（営業表示）該当性の規範について

まず、上記コメダ珈琲事件に至るまでの裁判例（まいどおおきに食堂事件）においては、「商品等表示」該当性について、店舗外装や内装が不競法上保護されうることを一般論としては肯定していたものの、何らの規範を示していなかった。

もともと、個別の事例（まいどおおきに食堂事件）においては、独占適応性を意識しつつ、類似性で否定されてきたものと考えられる。

これに対し、コメダ珈琲事件においては、下記規範を定立した点で相違点がある。コメダ珈琲事件は、このように商品等表示該当性について規範を定立し、初めて店舗外装内装を一体として不競法上の商品等表示性を認め、不競法違反を肯定した点で意義がある。

記

【商品等表示性に関する規範】（コメダ珈琲事件）

- 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

規範自体は、商品形態に関する「商品等表示」該当性判断における規範<sup>133</sup>と極め

<sup>133</sup> 商品形態に関する裁判例として、例えば、知財高判平成24年12月26日判タ1408号235頁〔パールーペII事件〕は、商品の形態の商品等表示該当性に関し、「不正競争防止法2条1項1号にいう『商品等表示』に該当するためには、①商品の形態が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており（特別顕著性）、かつ、②その形態が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、又は極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により（周知性）、需要者においてその形態を有する商品が特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていることを要すると解するのが相当である。」と判示している。かかる規範は、コメダ珈琲事件における規範と全く同一ではないものの、同趣旨のものと解される（田村ほか・前掲注（106）で田村教授は、「コピペは避けたが、特に内実を変える意図

て類似しており、保護を求める者に対し、その保護を求める対象についての①形態等の顕著な特徴、②周知性の主張立証を要求するものであると考えられる。

商品の形態と店舗の外装・内装とは、「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」というように裁判所が判示する点のほか、両者はその表示について構造等上の制約があることなどの共通性を考慮し、かように酷似する規範を用いるものと考えられる<sup>134</sup>。

したがって、「商品等表示」該当性の規範について、店舗の外装・内装をその対象とする場合に、他の表示に関する裁判例に比して特有の規範が定立されているものともいえない。

もっとも、後述のように米国におけるランハム法（Lanham Act）43条(a)のもとにおいてトレードドレスとして店舗外装・内装の法的保護を受ける際に要求される要件である「識別力」、特に生来的識別力（Inherently Distinctive）と二次的意義（Secondary Meaning）の議論の関係においては、米国法と日本法との考え方・捉え方に相違点があることが顕在化したとも考えられる。

すなわち、米国においては、店舗外観については、生来的識別力が認められる可能性があり、その際には二次的意味（セカンダリーミーニング）の主張立証は不要とされている（*Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992)）。

これに対し、日本では上記規範のように、「商品等表示」該当性に「周知性」を要求し、使用による識別力の獲得を要求して、店舗の外装・内装が生来的な識別力を有する可能性が否定されているようにも解される<sup>135</sup>。

---

はないのではないかと日本ではいずれにせよ周知性が必要となるので、区別の実益に乏しい」と指摘する。)

<sup>134</sup> 井口加奈子「店舗外観の保護の新たな可能性—東京地裁平成28・12・19決定の実務的検討」NBL1097号（2017.5.1）18頁，20頁では、「知財高裁も商品の形態に関して同様の判断基準を示してきており、平成28年7月27日に出されたいわゆる『エジソンのお箸事件』においても、同じ基準を用いている。」とし、「店舗外観も、通常は営業の出所を表示することを目的とするものではないという点で、商品の形態と共通する。」などと指摘する。また、田村・前掲注106)では、「通常、需要者は、店舗に付された看板等により営業を識別するから、店舗の外観が独立して商品等表示として周知となることは稀であると考えられる。もっとも、外観を統一して展開されるチェーン店など、店舗が外観が周知の商品等表示たりうることは否めない→商品形態と事情が共通」とする。

<sup>135</sup> 井口加奈子『店舗外観保護の戦略的法務』—大阪地判平成19・7・3不正競争行為差止等請求事件を手がかりに」NBL892巻(2008.11.1)7頁，9頁は、まいどおおきに食堂事件における「特徴的な店舗外観の長年にわたる使用等により、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」としている点を捉え、「常に二次的意味の獲得が必要であるようにも読める。そうすると、たとえば、奇抜な店舗外観であって、それだけで営業主体が識別できるような場合でも、使用による二次的意味の獲得がなければ保護されないことになる。企業としては、とにかく使用して実績を作らなければならない。」とする。横山久芳「判批」L&T81号74頁，79-80頁（2018）は、「本決定は、店舗デザインが商品等表示に該当するための要件として特別顕著性に加えて、

この点で、そもそも店舗の外装・内装が生来的な識別力を有するかどうか、常に二次的に識別を獲得することを要求されるか、という点で相違が顕出しているよう考える。

しかしながら、現実には、店舗の外装・内装が特異であり、生来的な識別力を有するケースも多分にもあるように思われる。

そのため、同規範の運用にあたっては、常に高度な二次的意味（セカンダリーミーニング）獲得の立証を求めるのではなく、あくまで当該表示の生来的な識別力の強弱との相関関係によりそのハードルの高さを設定すべきであり、生来的な識別力が強い店舗の外装・内装については、上記②周知性要件については、短期間の使用や広告等が少量であっても、「商品等表示」該当性を肯定すべきである<sup>136</sup>。

したがって、かかる規範を用いたとしても、このような実務上の運用がなされる限り、直ちに店舗の外装・内装の保護のハードルが高いと評価できるかは別途検討する必要がある。そして、後述の本章本節3(3)のとおり、本規範によっても、実質的にみれば、保護要件が加重されたものとも直ちには解し難い。

#### イ 「商品等表示」 該当性の具体的判断について

次に、「商品等表示」 該当性の具体的な判断について検討するに、まいどおおきに食堂事件では、「原告は、原告店舗外観及び被告店舗外観の個々の構成要素を取り出してその共通点を挙げるのみで、その全体としての店舗外観について十分特定しているとはいえない。特に、原告は、当裁判所の再三にわたる釈明にもかかわらず原告店舗外観に対応する全体としての被告店舗外観を適確に特定しているとはいえない。」と判示している。

ここでは、店舗外装の保護においては、個々の構成要素を取り出して共通点を挙げるのみでは「その全体としての店舗外観について十分特定している」ものとは評価されないことが示唆されている。

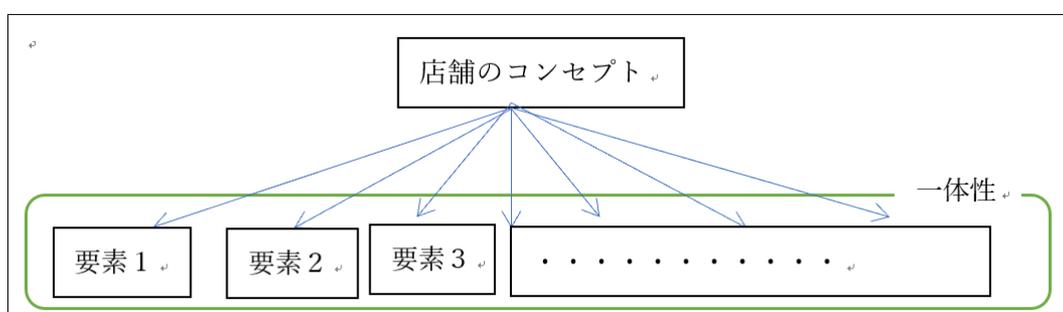
---

周知性（使用による識別力の取得）を要求している。これは、店舗デザインが通常は、店舗の機能を発揮し、または、店舗のイメージを喚起するために採用されるものであり、取引者・需要者もまた店舗デザインをそのようなものとして受け止めるため、店舗デザインに独自の特徴が認められるとしても、それだけでは直ちに所識別機能を発揮するとは限らないという考えに基づくものであろう。商品等表示とは、現に所識別機能を有するものをいうから、本決定の解釈は、理論的には正しいものといえることができる」とする。

<sup>136</sup> 井口・前掲注135)は、「店舗外観が相当奇抜で識別力が高いものであれば、使用期間は短くとも営業表示性は認められるとか、周知性があることで二次的意味の獲得は容易に認定されるといった柔軟な対応はできるものと思われる。」とする。井口・前掲注134)は、「営業主体の独特のイメージに沿った相当奇抜な店舗外観であって一目見ただけで視覚的印象に残るようなものであって瞬く間に需要者の間に広く認識されるようになったような場合には、使用期間が短くても、あるいは宣伝広告が強力でなくても営業表示性が認められる可能性があるものと考えられる。」と指摘する。

同判示からは、店舗外装内装の保護の要素として、(a)個々の要素が具体的に特定されているのみならず、(b)全体の一体性（有機的関連性）もが要求されているように読み取ることができる<sup>137</sup>。

これに対し、コメダ珈琲事件においては、裁判例が債権者（コメダ）の「コメダ珈琲店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」というように、一定のコンセプトのもとに個々の要素を選択し、個々の要素それ自体は法的保護が認められないごくありふれたものと考えられるものの、そのような個々の要素をあるコンセプトのもとに組み合わせて全体として商品等表示である、という判断を示している<sup>138</sup>。



まいどおおきに食堂事件と異なり、コメダ珈琲事件において債権者は、(b)全体の一体性を示すために、個々の要素を選択する上での統一的なコンセプトを示し、個々の構成要素がこの統一的なコンセプトのもとに選択されていることを示している。

また、コメダ珈琲事件で債権者は、別紙債務者表示目録を作成し、個々の要素を文言上特定するとともに、参考写真を付して具体的な特定を図っている。のみならず、コメダ珈琲の一定のコンセプトのもとに個々の要素が選択されることを示すことで、個々の要素を組み合わせて全体として店舗外装・内装と主張することに成功しているように思われる<sup>139</sup>。

<sup>137</sup> 井口・前掲注 135) においては、「結局、『全体としての店舗外観』は、店舗外観の構成要素を含み、かつそれらが『全体の印象、雰囲気』を作出しているものとして特定されなければならないであろう。」と指摘する。

<sup>138</sup> 弁護士知財ネット中部地域会若手判例勉強会「どこまでが『フリーライド（タダ乗り）』なのか？東京地決平成 28 年 12 月 19 日【コメダ珈琲店事件】についての実務的検討」知財ふりずむ 15 巻 179 号（69～75 頁）〔早川尚志＝野中光夫＝倉知孝匡＝北条愛＝家田真吾＝河合哲志＝飯田明弘〕73 頁は、「従前の裁判例の傾向に照らせば、本決定における上記当てはめは、さして個々の要素においては特徴の認められない外観の諸要素と内装の諸要素の組み合わせが『合わせて一本』として『顕著な特徴』ありとされている点で異質である。」と指摘する。

<sup>139</sup> 大友信秀『判批』WLJ 判例コラム第 99 号文献番号 2017WLJCC007

さらに、コメダ珈琲事件において、債権者は、「商品等表示」該当性（②周知性要件）との関係で、メディア（広告）で当該店舗外装・内装が取り上げられていることのほか、来客数などについても主張立証を行っており、まさにこのような店舗の外装・内装がコメダ珈琲のものであることを顧客において認識するに至っていることを示した。

上記から、まいどおおきに食堂事件と、コメダ珈琲事件とにおいて「商品等表示」該当性の結論が分かれた理由は、各事案における類似性の問題はあるにしても、前提として(a)個々の要素の具体的特定、(b)個々の要素の全体としての一体性（有機的関連性）が示せていたかどうか、という点が大きいように考える。

なお、上記(a)、(b)の各要件の主張立証が功を奏した背景には、債権者（コメダ）において、平成15年以降の全国展開以降、郊外型店舗の「標準化」をすすめた点の効果が大きいように考える。

すなわち、店舗拡大に応じ、単に「雰囲気」が共通することによる店舗外装内装のブランド化（競合他社との差別化）ではなく、一定のコンセプトのもとに選択した個々の要素の全部又は一部を共通して各店舗において用いた（これにより雰囲気が共通することを顧客に対し示していた）ことが「商品等表示性」を肯定するうえでは大きな要因となったものと考えられる。

#### ウ 独占適応性について一保護範囲とのジレンマ（原告表示特定の重要性）

コメダ珈琲事件において裁判所は、上記のとおり、独占適応性に関し、(a)特徴が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装飾的な要素を多分に含んでいること、(b)需要者に認識されていること、(c)限定が付され条件が幾重にも絞られていることを挙げ、本件債権者表示1の店舗外観を債権者に独占させることによる弊害が極めて小さいことを独占適応性肯定の理由として示している。

かかる裁判例が判示するように、あくまで「商品等表示」となるのは、個々の要素を一体として捉えた後の当該「全体」である。例えば店舗の外装でいえば、当該店舗の壁のみ、屋根のみ、窓のみではなく、具体的に特定されたかかる外壁、屋根、窓などの個々の要素が有機的に一体となった「全体」というべきである。

したがって、あくまで独占適応性の判断は、当該「全体」によってなされるべきであり、例えば個々の要素がありふれており、または競争上似ざるを得ないもの（当該店舗において不可欠なデザイン等）である場合などであっても、当該個々の要素の組み合わせの結果である店舗の外装全体がありふれている、競争上似ざ

---

([https://www.westlawjapan.com/pdf/column\\_law/20170227.pdf](https://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20170227.pdf), 最終閲覧日 2019年8月3日) は、債権者表示保護の要件と保護範囲について検討がなされている。

るを得ないものでない限りは、独占適応性は否定されないと考えるべきである<sup>140</sup>。

そして、このように考えるとき、独占適応性の有無は、「商品等表示」として特定される当該店舗の外装や内装の個々の特徴の内容や個数によって多分に影響を受ける。

すなわち、原告がその店舗の外装・内装を詳細に具体的に特定すればするほど、独占適応性は肯定される方向に傾くが、その分類似性が認められる範囲（保護範囲）が狭まることになる<sup>141</sup>。

このように、商品等表示として、どのような要素をどの程度特定して主張するかは原告次第であるが<sup>142</sup>、その具体性や程度により独占適応性の問題と保護範囲の問題とにジレンマが生じることに留意が必要である。

そして、フランチャイズチェーン展開や多店舗展開しているケースでは、①戸建て店舗型以外にも②ビルイン型の店舗など、様々な店舗形態がありうる上、各店舗において広さ（床面積）や店舗の敷地の形状などは区々であることが通常であろう。そのため、個々の店舗の外装・内装において、共通して使用されていない個々の要素があることも容易に想定される。

このような場合、原告としては、原告表示の特定に関し、上記②周知性要件の主張立証にも十分に留意して検討する必要がある<sup>143</sup>。

---

<sup>140</sup> Jacques Larrieu ほか・前掲注 63) 37 頁〔横山久芳発言〕では、「商品等表示該当性が主張される店舗デザイン全体を一体的に捉えて判断する。⇒個々の要素がありふれていても、全体的にみれば、ありふれておらず、何らかの特徴を見いだすことが可能な場合が多い」と指摘する。横山・前掲注 135) 80-81 頁も、「独占適応性の判断は、商品等表示の特徴的部分として主張された要素を全体的にとらえて行う必要がある。店舗デザインを構成する個々の要素が機能的ないしありふれたものであるとしても、それらを組み合わせた特徴的部分が全体として機能的ないしありふれたものでなければ、独占適応性を認めても差し支えない。」「本件においては、X 表示 1 の周知性を問題とすることなく、X 表示 1 が装飾的な要素を多分に含んだものであって、独占による弊害が極めて小さいことから、独占適応性が認められるとすれば足りたと思われる。」とする。

<sup>141</sup> 宮脇正晴「商品形態の商品等表示該当性」パテント 67 巻 4 号 12 頁, 17~18 頁は、一般的に、原告がその商品形態を抽象的に特定する場合には技術的形態とされる可能性が高まり、具体的に特定すればするほど、技術的に不可避でない要素が含まれやすく、技術的形態とされる可能性は低くなる旨指摘する。さらに宮脇正晴「判批」重判平成 29 年度（ジュリ臨増 1518 号）282 頁, 283 頁（2018）は、「このことは店舗外観にも当てはまる。」とし、コメダ珈琲事件において、債権者は相当具体的に債権者表示 1 を特定しており、独占適応性の問題が生じないように細心の注意を払ったことがうかがわれる旨指摘する。

<sup>142</sup> なお、複数の特徴が備わって初めて出所を表示するものとして周知となっている場合には、そのうちのひとつの特徴のみを切り出して周知の商品等表示として主張した上で、被告商品との類否判断を行うことは許されないことを指摘する裁判例に留意が必要である（大阪地判平成 28 年 5 月 24 日判時 2327 号 71 頁〔リブ加工事件〕）。

<sup>143</sup> すなわち、例えば②周知性要件の立証として、とある店舗の内装などを映した写真を含む雑誌記事などの利用が検討されたとしても、当該店舗に他の店舗に共通して使用される要素 A が存在せず、それ故当該雑誌記事の写真に要素 A が写っていない場合、かかる共通

そのため、原告においては、各店舗の外装・内装においてどの要素がどの程度共通して使用されているかに関する調査、分析、検討は必須であろう。

原告やその代理人としては、独占適応性の問題と保護範囲の問題のジレンマを頭に置きつつ（独占適応性が認められる程度に具体的に、ただ原告店舗の構成や特徴と被告店舗の構成や特徴とに類似性が認められる程度に抽象的に、原告表示の特定をする必要がある。）、また自己の手元にある②周知性要件立証のための資料及びその内容を念頭に置きながら、まいどおおきに食堂事件において裁判所が「その全体としての店舗外観について十分特定しているとはいいい難い」と判示しているような状況にはならない程度に、原告表示を特定しなければならない<sup>144</sup>。

実務的にはかかる作業が不競法に基づく保護が肯定されるかどうかの肝となるものであり、原告及びその代理人においては、極めて困難な作業の一つとなろう<sup>145</sup>。

#### エ 類似性の判断基準

コメダ珈琲事件においては、債権者表示と債務者表示の類似性の判断基準を明確にしていない。これは、前述のとおり、本件がデッドコピーに近い事案であったため、特段類似性が問題にならなかったためであると考えられる。

これに対し、まいどおおきに食堂事件においては、上記のとおり原告表示と被告表示との類似性を否定しており、その際、類否の判断基準として下記の規範を示している。

#### 記

「店舗外観全体の類否を検討するに、両者が類似するというためには少なくとも、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おり、その結

---

要素 A を盛り込んで原告表示を特定しても、当該写真には当該要素 A が映り込んでいない以上、証拠価値には疑義が生ずる可能性が出てこよう。

<sup>144</sup> 小野・前掲注 102) 197 頁〔三山峻司〕は、「店舗外観の構成要素が組み合わせられて一体となった全体としての店舗外観をどのように主張すべきかについては、意匠における形状や不正競争防止法の形態の特定の仕事などになぞらえて店舗外観全体の特定と類否を行うことも可能であろう。」というように指摘する。

<sup>145</sup> 横山・前掲注 135) 79 頁は、「店舗デザイン全体との関係を明らかにすることなく、ただ単に、自他の店舗デザインの類似する要素を恣意的に抽出し、それらを組み合わせることで店舗デザインの特徴的部分として主張したとしても、特別顕著性が認められることはないというべきである。この点、本決定も、X 表示 1 の主要な構成要素として特定された特徴が組み合わせられて一つの店舗建物の外観としての視覚的印象が形成され、X 表示 1 の目する店舗イメージが具現されることになると認定したうえで、X 表示 1 の特別顕著性を認めており、店舗デザイン全体との関係を意識しつつ、その特徴的部分を特定することの重要性を示唆しているように思われる」と指摘する。かかる指摘のとおりと考える。需要者はあくまで店舗デザイン全体を考慮したうえで他識別標識を認識していると思われる以上、かかる特別顕著性の要件における検討についても、店舗デザイン全体との関係で特徴的部分が考慮されるべきであろう。

果、飲食店の利用者たる需要者において、当該店舗の営業主が同一であるとの誤認混同を生じさせる客観的なおそれがあることを要すると解すべきである」

このように、裁判例では、まずは、原告表示と被告表示の内、特徴的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かを判断するというのである。

この点に関し、商品形態を「商品等表示」とする際の類否判断において、被告商品に原告商品の形態上の特徴を具備していることを理由に類似性を肯定している裁判例<sup>146</sup>があるほか、包装パッケージデザインを「商品等表示」とする際の類否判断においても、裁判例は当該商品等表示の特徴的部分を観察して、当該特徴的部分と同一・類似の構成を被告表示が具備しているか否かにより、類否を判断する傾向があるように思われる<sup>147</sup>。

また、商標における類否判断の、取引者・需要者の注意を惹く印象的な部分を要部として抽出して観察するいわゆる要部観察<sup>148</sup>や結合商標における類否判断の手法<sup>149</sup>とも大きくは方向性を一にするもののように考えられる。

そして、店舗の外装・内装を「商品等表示」とする場合には、個々の要素が有機的に一体となって形成される「全体」が「商品等表示」となるため、いわゆるかかる類否判断の手法を裁判所が採ろうとすることは、従前の類否判断からみても不自然ではない。

そうすると、複合的な要素が一体となって一つの「商品等表示」を構成するという点で、上記の裁判例と同様に考えることができそうである。

以上の次第で、店舗の外装・内装に関する類否判断については、今後の裁判例の蓄積が待たれるが、あくまで個々の要素の組合せ「全体」が「商品等表示」に該当する以上、例えば個々の要素にありふれた要素が含まれていたとしても、類否の判断にあたっては、当該全体を考察して判断すべきである<sup>150</sup>。

そして、上記の従前の裁判実務によれば、店舗の外装・内装を「商品等表示」とするケースにおいても、その類否判断においては、共通部分と相違部分とを分けた上、原告表示の特徴的部分を被告表示が備えており、それ故当該店舗の営業

---

<sup>146</sup> 東京地判平成16年7月28日判時1878号129頁〔パネライ事件〕。

<sup>147</sup> 大阪地判平成9年1月30日知的財産権関係民事・行政裁判例集29巻1号112頁〔紅茶缶事件〕、東京地判平成28年4月28日（平成27年（ワ）8027号）裁判所HP参照〔ポテトサラダ事件〕、大阪地判平成20年10月14日判タ1229号317頁〔マスカラ容器事件〕、東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁〔黒烏龍茶事件〕。

<sup>148</sup> 最二小判平成5年9月10日民集47巻7号5009頁〔SEIKO EYE事件〕。

<sup>149</sup> 最一小判昭和38年12月5日民集17巻12号1621頁〔リラ宝塚事件〕。最二小判平成20年9月8日判時2021号92頁〔つつみのおひなっこや事件〕。

<sup>150</sup> 横山・前掲注135)82頁は、「…店舗デザインの類似性は、店舗デザインの特徴的部分の共通性に加えて、両店舗デザインの相違部分をも含めた全体観察により判断されるべきである。」とする。

主体が同一であるとの誤認混同を生じさせる客観的なおそれがあるかどうか、が考慮されることになろう<sup>151</sup>。

この点で、上記まいどおおきに食堂事件における上記規範においては、これと同趣旨のことが示されているものと考えられる。

そうすると、上記まいどおおきに食堂事件の規範とは文言の差こそあれ、上記従前の商品形態や包装デザインにおける裁判例の傾向と、実質的には同趣旨の規範が示され、類否判断が考察されていくように思われる。

#### (6) 西松屋事件（大阪地判平成 22 年 12 月 16 日判時 2118 号 120 頁）

##### ア 事案の概要

ベビー・子供用品の販売を主たる目的とする原告（西松屋）が、被告（イオンリテール）が経営する店舗のベビー・子供服売り場におけるベビー・子供服の陳列デザインに対し、原告が原告の店舗において使用している陳列デザイン 1 乃至 3<sup>152</sup>は、

- ・主位的にはそれぞれ独立して、
- ・第 1 次予備的に原告商品陳列デザイン 1 および 2 の組合せにより、
- ・第 2 時予備的に、原告商品陳列デザイン 1 乃至 3 の組合せにより、

原告の営業表示として周知または著名であるとして、不競法 2 条 1 項 1 号ないし同 2 号に該当することを理由に、陳列デザインの使用差し止め等を求めた事案で

---

<sup>151</sup> 横山・前掲注 135) 81 頁は、「店舗デザインは、その特徴的部分を通じて、取引者、需要者に対し、一定の視覚的な印象を喚起し、それが取引者、需要者に記憶されて商品等表示として機能するものであるから、店舗デザインの類否判断においては、店舗デザインの特徴的部分が類似し、その結果として、店舗デザインが共通の視覚的印象を形成するものであるか否かを検討すべきである」とする。

<sup>152</sup> 原告商品**陳列デザイン 1**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 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。」という構成要素に分説することができる。

原告商品**陳列デザイン 2**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 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 少なくとも最上段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 副通路を形成する Gondola (Gondola イル) を切れ目無く店舗奥まで連なって設置する。」及び「g 来店者の使用に供するための商品取り棒を、少なくとも Gondola 群の一面に 1 本設置する。」という構成要素に分説することができる。

原告商品**陳列デザイン 3**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 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。」及び「f 上部に反転フラップ方式の値段表示板を設置する。」という構成要素に分説することができる。

ある。

イ 判旨（営業表示性を中心に）

- （ア） 裁判例は、下記のとおり、まず原告の陳列デザインの営業表示性について、原則として機能的な観点から選択されるものであることを理由に、本来的には営業表示にあたらぬことを確認した。

記

「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」

- （イ） そのうえで、下記のとおり、商品陳列デザインも営業表示に該当し得ることを肯定し、商品陳列デザインに営業表示性が認められる場合について、「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」と判示している。

記

「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。

したがって、商品陳列デザインであるという一事によって営業表示性を取ることがあり得ないと直ちにいうことはできないと考えられる。」

「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ると、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。」

(ウ) 裁判例は、商品陳列デザインの営業表示該当性について上記のように触れた上で、「原告の営業実績」、「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」、「原告店舗における営業方法の特徴」、「原告店舗における商品陳列デザインの変遷等」、「原告店舗についての広告宣伝等」、「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」、「競合他店舗における商品陳列デザイン」について検討した後、原告商品陳列デザインを前記脚注 152) のとおりと認定した。

次いで下記のとおり判示している（下線は執筆者付記）。

#### 記

「原告商品陳列デザイン1ないし3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1ないし3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。」

「またしたがって、この原告商品陳列デザイン1ないし3を、いくら組み合わせ合わせてみたとしても、同様のことがいえるから、原告商品陳列デザイン1及び2を組み合わせた商品陳列デザイン及び原告商品陳列デザイン1ないし3を全て組み合わせた商品陳列デザインについても、営業表示性を取得することはないというべきである。」

「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。」

## ウ 検討

本件について、泉克幸教授は、「本来的には出所表示機能がないため営業表示ではないが、継続的な使用等により営業主体が誰であるかというセカンダリー・ミーニングが発生することで営業表示に該当し得るとの考え方は、前述した・・・〔ごはんやまいどおおきに事件1審〕において示された店舗外観の場合と共通する理解といえよう。」と指摘する<sup>153</sup>。このように本件は、従来の裁判例と考え方を異にするものではないように考えられる。

次に、泉教授は、「商品陳列デザインの大部分については本判決の理解があてはまるものの、本来的に識別力を有している商品陳列デザインの存在を完全には否定しきれないように思われる。なぜなら、商品陳列デザインは本判決が述べるように機能的な観点から選択される場合が多いかもしれないが、商品陳列デザイン（具体的には、商品の展示方法やディスプレイの仕方など）は顧客の関心を自己の商品・店舗に惹きつけて来店を促し、購入につなげるという観点から決定されるケースも少なくないからである。」とする<sup>154</sup>。

かかる指摘のように、商品陳列デザインといえども、本来的に強い識別力を有す

<sup>153</sup> 泉克幸「ベビー服・子供服の陳列のための商品陳列デザインが不正競争防止法2条1項1号または2号における営業表示に該当しないとされた事例」L&T55巻54頁,58頁(2012)。

<sup>154</sup> 泉・前掲注153)58-59頁。

る（奇抜な）陳列デザインもあり得るであろう。

もっとも、本件における裁判所の判断を前提とすれば、商品陳列デザインが主として、顧客にとって、展示されている商品が「見やすく」、「手に取りやすく」、「購買意欲を刺激する」という観点やおよび「コストを削減する」という観点から選択されうるものである以上、ノウハウや営業方法それ自体なのか、それとも視覚的に出所識別標識たり得るのかという判断は、不分明である。

したがって、本件における裁判所の判断を前提にする限り、商品陳列デザインのそれ自体の保護のハードルは高いと言わざるを得ない。

すなわち、裁判例が「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。」、「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。」、「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」などと判示していることから、多くの陳列デザインにおいて、そのみでは営業方法それ自体などと裁判所に捉えられることで、不競法の保護の対象外とされ、同法による保護を受けることは容易でないように思われる<sup>155</sup>。

もちろん個々の事案にはよるものの（被疑侵害表示との類似性等）、一般論としては、商品陳列デザインも店舗の内装のひとつと捉えて、その構造等により具体的に特定した上で、他の要素との一体性を主張する方が、営業表示性は認められやすい

---

<sup>155</sup> 松村信夫「商品陳列方法の『商品等表示』該当性—商品陳列デザイン事件について—」知財管理 62 巻 5 号 655 頁, 663 頁 (2012) において、松村弁護士は、「商品の陳列方法と営業方法ないしアイデアとの関係をこれほど厳格に解釈すべき必要があるとの疑問を禁じ得ない」と指摘した上、「営業方法や営業上のノウハウの内容は不明確であり、このような不明確な創作の対象から由来することを理由として商品陳列デザインや店舗外観を不正競争防止法によって保護される可能性はきわめて低いものとならざるを得ない」ことや「商品陳列デザインが『原告の営業方法ないしノウハウの一端が具現化している場合』についてまで不正競争防止法による保護を受けないとする、ますますその保護範囲が限定されることになる。けだし、商品の陳列方法等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。」として、「上記の基準の解釈如何によってはこれが無限に拡大する可能性があり、商品陳列デザインの商品表示該当性を全面的に否定することになりかねない。仮に営業方法、ノウハウとの線引きをする場合には、上記食堂店舗外観事件の判示のように、対象となる店舗外観や商品陳列方法が役務提供や営業方法そのものであるか、少なくともその役務提供や営業の提供方法に不可避な場合に限定すべきであろう。」と述べる。かかる指摘は、正鵠を射たものと考えられる。

傾向にあるように考えられる<sup>156</sup>。

(7) その他同種事件

上記の他、店舗の外装や内装の標識面が不競法違反を理由として争われたものの、和解により解決されたものが多数存在する。以下、内容の具体的な検討は行わないが、概要のみを紹介する。

ア ユニクロ vs PAS 事件（千葉地裁松戸支部平成 13 年 8 月 16 日仮処分申立）

同事件では、店舗外装・内装（ロゴ形状、床、商品陳列棚）の「商品等表示」該当性などが争われた。

イ 月の雫 vs 月の宴事件（横浜地裁平成 15 年 7 月 8 日訴訟提起）

同事件では、店名、看板の文字・レイアウト、内装、メニュー、メニューの紹介文が「商品等表示」に該当するかが争われた。

ウ 鳥貴族 vs 鳥二郎（大阪地裁平成 27 年 2 月 23 日訴訟提起）

同事件では、店名、看板、内装、メニュー等が「商品等表示」に該当するかが争われた。

【参考図表（鳥貴族 vs 鳥二郎事件に関し）<sup>157</sup>】



(当事者双方の看板)

<sup>156</sup> 松村・前掲注 155) 661 頁は、本件に関し、「『商品等表示』の対象を陳列棚の構造のような物で特定するのではなく、『商品陳列デザイン』という陳列方法で特定したため、営業方法のアイデアとの交錯がより鮮明な形で問題となっている。」ことを指摘する。かかる指摘のように、一般論としては、構造等の物で特定する方法による方が、営業方法それ自体やアイデアとの交錯はより不鮮明となり、「商品等表示」該当性に繋がるように思料されるのである。

<sup>157</sup> いずれの写真についても、長浜淳之介「『鳥貴族』と『鳥二郎』、偶然の一致でここまで似るはずがない！」フードリンクニュース 2015. 5. 15 付記事

(<http://www.foodrink.co.jp/foodrinkreport/2015/05/15170411.php>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 4 日)。

(「鳥貴族」店内)



(「鳥二郎」店内)



エ からやま vs からよし事件（東京地裁平成 29 年 11 月 15 日仮処分申立）

同事件では，店名，懸垂幕・バナー，看板，内装，メニュー，ユニフォーム等を対象に，不競法に基づく保護を求めている。

< 参考図表<sup>158</sup> >

---

<sup>158</sup> いずれの写真についても，高橋末菜「から揚げ店『看板そっくり』すかいらーくに中止要求」あさひ新聞デジタル 2017. 11. 16 付記事

(<https://www.asahi.com/articles/ASKH5CYRKCHULFA025.html>，最終閲覧日 2019 年 8 月 4 日)。



(参考：債権者店舗外観)



(参考：債務者店舗外観)

#### (8) 小括

以上で見てきたように、現状では店舗の外装・内装に関する模倣者への対応として、不競法2条1項1号ないし同2号に基づく請求が法的構成として多く採られている。

これは、店舗の外装・内装について何らかの知的財産権（特許権，実用新案権，意匠権，商標権）を取得しているケースが元々少ないこと，著作権法は権利の発生に無方式主義を採用するものの，店舗の外装・内装に関しては「著作物」性が認められるハードルが極めて高いことなどが理由として挙げ得る。

また，不競法2条1項1号や2号による保護が意図する「ブランドへのフリーライドに対する対抗」というものと店舗の外装・内装の保護を求める者の意向とが親和的である，という点も同法に基づく保護が選択される一つの理由であろう。

もっとも，後述の米国ランハム法におけるトレードドレスの議論と異なり，日本においてはコメダ珈琲事件が上記のとおり判示するように，「商品等表示」該当性に②周知性が求められ，米国法における二次的意味（Secondary Meaning）に相当する要件が課されているようにも考えうる。

仮に，店舗の外装・内装に関する米国の議論のように，日本においてもケースによっては店舗の外装・内装について生来的な識別力を認め，「商品等表示」該当性における②周知性要件を不要と解したとしても，不競法2条1項1号の保護を受ける上ではやはり周知性の主張立証が必要とされる。

この点で，不競法による店舗の外装・内装の保護のハードルは高い。

また，コメダ珈琲事件のように，従前フランチャイズの交渉が決裂しており，そのいわば対抗策としてミノスケ（債務者）がマサキ珈琲を出店しているという特殊

な経緯や店舗の外装内装がデッドコピーに近い事件であれば、保護を求める者は商品等表示をかなり詳細に特定する戦略を採ることが可能である（よって捕捉範囲は狭く、他方独占適応性の問題性は低い）。このようなケースであれば、裁判所の心証としても差止請求を認容する方向に傾くように考えうる。

しかし、現実には多くのケースで、コメダ珈琲事件のようなデッドコピーに違い模倣はされていないのが通常であり、一定のコンセプトに基づく商品等表示性の確立のみならず、模倣された際にどの程度離れても類似性が肯定されるのか、またその際の原告表示の特定の仕方と独占適応性の関係なども今後の大きな課題になってこよう。

### 3 不競法による保護拡充に関する考察

#### (1) 結論

執筆者としては、以下詳述するように、店舗の外装・内装に関しては、商品の形態（product design）に類するものではなく、むしろ商品パッケージデザイン（packaging design）に類するものとして捉えるべきであり、店舗の外装・内装においても生来的な識別力を有するケースが存在するように考える。

そのため、店舗の外装・内装デザインの「商品等表示」該当性の判断基準については、上記裁判例が示すように商品形態の「商品等表示」該当性に関する判断基準を参考にするのではなく、むしろ商品パッケージデザインの「商品等表示」該当性に関する判断基準を参考に定立する方が望ましいように考える。

しかし、後述のとおり我が国の不競法においては「需要者の間に広く認識されるもの」（周知性）が要件とされている。

そのため、上記のとおり店舗の外装・内装デザインの「商品等表示」該当性に関して裁判例は、①特別顕著性、②周知性の要件を課すが、②周知性の要件については、上記不競法における周知性要件と主張立証の点において大部が重なる。

したがって、②周知性要件が設けられることで、保護要件が他の表示に比して加重されているとも直ちには評価できない。

また、商品パッケージデザインについても、他の既存の同種表示との比較から、需要者の注意を惹く他の同種表示とは異なる独自の特徴を認定して「商品等表示」性や類似性を判断する手法が採られるように見受けられる<sup>159</sup>。

したがって、①特別顕著性の要件が特別高度な創作性を要求するものでない限り、商品パッケージデザインなど他の表示に比して特別に加重な要件を課し

---

<sup>159</sup> 大阪地判平成20年10月14日判タ1229号317頁〔マスカラ容器事件〕。類似性の判断において、共通部分が既存の他の同種表示と比べて独自の特徴かを判断するものとして、東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁〔黒烏龍茶事件〕、東京地判平成28年4月28日（平成27年（ワ）28027号）裁判所HP参照〔ポテトサラダ事件〕。

ているものとも直ちには解されない。

そうすると、裁判所は、現行の不競法のもとで、他の表示に比して特別に要件を加重して保護のハードルを設けているわけではなく、他の表示に比して保護が欠ける状態にあるものとも直ちには解されない。

したがって、不競法による保護拡充は本論文においては検討しない。

以下詳述する。

## (2) 裁判所の店舗の外装・内装の捉え方について

裁判所は、コメダ珈琲事件でも見られるとおり、店舗の外装・内装は、「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」と判示しており、商品形態も元々自他識別および出所表示の為に選択されるものではないという観点から、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性の判断について、商品の形態（product design）に関する「商品等表示」該当性における判断基準と類するものを採用しているように考えられる<sup>160</sup>。

しかし、店舗の外装・内装といえども様々なものがあり、それ自体が市場における取引の対象となる「商品」の形態とは異なり、むしろ商品のパッケージに類するものとして、生来的に自他識別力を有する場合があります得るのではないか。

例えば、下記は東京地判平成29年4月27日（平成27年（ワ）23694号）〔ステラマッカートニー事件〕で著作者性等が争われた店舗の外装デザインである<sup>161</sup>。

同店舗は「アパレルショップ」であるところ、同外装デザインを全体としてみれば、生来的な出所識別力を有していると評価してもよいのではないか。

同店舗外装デザインは、店舗外装の上部約3分の2が立体的な組亀甲柄となっており、店舗の下部約3分の1はガラス張りとなっている。また、夜になり周囲が暗くなると、同組亀甲柄の隙間から明かりが漏れる表現となる。

このような店舗外装デザインは同種他の「アパレルショップ」の外装デザイ

---

<sup>160</sup> 中岡起代子「日本版トレードドレスに関する一考察—店舗外観について不正競争防止法による保護を認めた仮処分決定について—」知財管理 68 卷 3 号 305 頁, 311 頁 (2018) は、「本決定では商品形態と店舗デザインは同じと考えている点で興味深い。」と述べる。また、「店舗の外観についても、商品形態と同じ要件を課したものと考えられる。」とする。井口・前掲注 134) は、「この2つの基準は、従前から裁判所が述べてきた商品の形態が不正競争防止法の『商品等表示』に当たるかについての基準の延長線上にあると考えることもできる。」とする。奥邨弘司「全体として店舗外観の不正競争防止法2条1項1号による保護」知財管理 59 卷 7 号 873 頁, 876 頁は、まいどおおきに食堂事件に関し、「つまり本判決では、店舗外観全体の不正競争防止法上の保護を、商品形態の場合に擬えて考えていることになる。」として、以上のとおり店舗の外装・内装に関しては、裁判所が、それを商品の形態（product design）と捉えている向きを指摘するものがある。

<sup>161</sup> 同事件においては、建築の著作物性は当事者間で争われていない。

ンとしてはあまり見ない外観であり，他の同種店舗に比して需要者の注意を惹く独自の特徴を有しているように思われる。

記



(出典：FASHIONSNAP.COM<sup>162</sup>)

そもそも，店舗の外装・内装は，商品の形態と異なり，提供される商品そのものに化体したものではない。

むしろ，提供される商品やサービスの「パッケージ」として機能していると捉える方が，店舗の外装・内装の機能や現実の経済活動にも沿うように考える<sup>163</sup>。

この点に関し，米国の最高裁判所は，Two Pesos vs Taco Cabana 事件において，店舗の外装・内装について，生来的識別力を有するケースがあることを肯定し，

---

<sup>162</sup> FASHIONSNAP.COM「ステラマッカートニー青山店がみゆき通り沿いに移転オープン」2014年11月25日付記事

(<https://www.fashionsnap.com/article/2014-11-25/stellamccartony-aoyama/>，最終閲覧日2019年9月16日)。

<sup>163</sup> ケビン・レーン・ケラー・前掲注19)787頁では，「サービス提供者の物的施設が，サービスの外観的な『パッケージング』とみなされることもある（例えば，看板、環境設計やロビー、服装、販促資料などを通じて）」ことを指摘する。係る指摘から，ブランディングの観点からは，サービスを提供する物的施設，すなわち店舗の外観が「パッケージング」とみなされることもあるように考える。

常に二次的意味（セカンダリーミーニング）の立証を要求することはない<sup>164</sup>。

これは、米国の最高裁判所が、商品の形態（product design）において常に二次的意味（セカンダリーミーニング）の主張・立証を要求しているのと異なる<sup>165</sup>。

米国では、店舗の外装・内装を、いわば商品の形態（product design）ではなく、商品パッケージデザイン（product packaging design）と捉えているように窺える。

以上の次第で、店舗の外装・内装については、商品形態（product design）の判断基準とは別異の判断基準を用いられるべきであるように考える。

そして、店舗の外装・内装デザインは、その実態としては、上記のとおり商品形態（product design）に類するものではなく、むしろ商品のパッケージデザイン（packaging design）に類するものと捉えるべきである<sup>166</sup>。

よって、店舗の外装・内装デザインの「商品等表示」該当性の規範については、コメダ珈琲事件において裁判所が判示するような商品形態の「商品等表示」該当性に関する規範を参照するのではなく、本来的には商品パッケージデザインに関する判断基準を参照するべきであろう。

以上の次第で、裁判所が店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関して、商品パッケージデザインではなく商品の形態の「商品等表示」該当性に関する判断基準に類するものを定立していることには違和感がある。

しかし、後述のとおり、裁判所がコメダ珈琲事件において定立する上記規範が、他の表示に比して特別に加重な要件を課しているかという点については、直ちにそのように解することもできない。

---

<sup>164</sup> Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 112 S. Ct. 2753, 120 L. Ed. 2d 615, 23 U.S.P.Q. 2d 1081 (1992) [hereinafter Two Pesos v. Taco Cabana] (“Trade dress that is inherently distinctive is protectable under § 43(a) without a showing that it has acquired secondary meaning, since such trade dress itself is capable of identifying products or services as coming from a specific source.”).

<sup>165</sup> Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc., 529 U.S. 205, 212, 120 S. Ct. 1339, 1343, 146 L. Ed. 2d 182, 54 U.S.P.Q. 2d 1065, 1068 (2000) (“The attribution of inherent distinctiveness to certain categories of word marks and product packaging derives from the fact that the very purpose of attaching a particular word to a product, or encasing it in a distinctive packaging, is most often to identify the source of the product.”).

<sup>166</sup> 奥邨・前掲注 160) 876 頁は、「この点、商品形態は元々自他識別および出所表示の為に選択されるものではないが故に先のような論理であったところ、店舗外観全体をそれと同様に扱って良いのかという疑問はあろう。一口に店舗外観と言っても様々なものがあり得る。建物の構造や営業形態から制約を受けるものもあれば、看板の延長のような性質を有するものもあろう。とすると、全体としての店舗外観の中には、元々自他識別または出所表示機能を有しており、セカンダリーミーニングを求めるまでもない場合もあり得るのではないかと指摘もあろう。」とする。

### (3) 店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する規範について

#### ア ②周知性要件について

以上のように、店舗の外装・内装については、商品パッケージデザインの「商品等表示」該当性に関する判断基準を採るべきように考えると、裁判所が定立する店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する上記の規範（①特別顕著性+②周知性）についても疑問が生じる。

すなわち、上記規範の内、②周知性については、常に二次的意味（セカンダリーミーニング）を要求するかのような点で首肯できず、かかる②周知性の要件は規範から削除すべきようにも思われるのである（もちろん、個々のケースにおいて原告表示が出所識別力が弱い場合に、当該表示の二次的意味（セカンダリーミーニング）の獲得を要求する必要があること自体までも否定する趣旨ではない。）。

この点に関して講学上は、不競法上の周知性の要件は、「登録されていない標章などの商品等表示を保護するものであるから、保護に値する一定の事実状態を形成している場合に初めて保護の対象とすることが適切であり、かかる観点から周知性要件を存続させている」と説明される<sup>167</sup>。

これに対し、商品等表示該当性における周知性は、上記のとおり店舗の外装・内装が、「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」ことを理由として、いわば二次的意味（セカンダリーミーニング）の獲得を要求するものとも考えられる。

このように両周知性要件は、講学上の位置づけは異なるように考えられる<sup>168</sup>。そうすると、不競法2条1項1号で周知性要件が課されているからといって、「商品等表示」該当性における規範に、二次的意味（セカンダリーミーニング）としての上記②周知性要件を存続させる積極的な理由は必ずしも見い出せない。「商品等表示」該当性における②周知性（二次的意味）の獲得は、当該原告表示の識別力が弱いケースにおいて、別途個別に要求すれば足りよう。

<sup>167</sup> 経済産業省知的財産政策室編・前掲注98）61頁。

<sup>168</sup> 内田剛「判批」発明114巻11号46頁、49～51頁は、「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的使用がされ、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。」とする一方、不競法上の周知性要件については、『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』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。」とし、このような次第で、「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）。」とする。

しかし、不競法2条1項1号の周知性要件<sup>169</sup>と「商品等表示」該当性における②周知性要件とは、実務上、その主張・立証の内容も重なる部分が多いように思われるから、「商品等表示」該当性において②周知性の要件が課されるか課されないかという差異は、現実の結論に差異を生じるとは考え難い。

そうすると、実務上、「商品等表示」該当性における②周知性要件の有無を論ずる実益はないように思われる<sup>170</sup>。

したがって、上記「商品等表示」該当性における規範の内、②周知性要件の存在は、講学上の疑義はあり得るとしても、少なくとも実務上は、特別に加重な要件が課されているものとも直ちには考え難い。

#### イ ①特別顕著性の要件について

また、裁判例の定立する上記規範においては、①特別顕著性（「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」いること）が必要であるとされる。

この点に関し、原告表示で特定される原告店舗の外装・内装が、同種店舗に比して微々たる相違点しかないような場合には、そもそも需要者において原告の店舗であると識別するかは疑問であり、自他識別力はそもそも無いか、存在したとしても弱いものにとどまるであろう。

このような表示を「商品等表示」として不競法上保護することは、競業者の事業活動を著しく制約し、かえって反競争的效果を生じるおそれさえあると考える。

したがって、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ことを要求することは、強ち不合理とは考えられない。

この点に関し、宮脇正晴教授は、「商品形態に関する裁判例においては、従来の競合品にみられなかった特徴が備わっていれば特別顕著性は肯定されており、

---

<sup>169</sup> 不競法2条1項2号においては、著名性が要求される。

<sup>170</sup> 奥邨・前掲注160)876頁は、「法2条1項1号は保護の要件として周知性を求めている。実務的には、周知性の証明は表示性の証明に通じるであろうから、仮に上記の批判が当たっているとすると、最終的な結論に差は生じないように思われる」とする。井口・前掲注135)は、「店舗外観の識別力の保護という観点からすると、二次的意味の獲得は必ずしも必要ないというべきであろうが、周知性・著名性を保護の要件とするわが国の不正競争防止法でどこまで対応できるのかは今後の課題となる。」とする。田村ほか・前掲注106)で田村教授は、「コピーは避けたが、特に内実を変える意図はないのではないかと日本ではいずれにせよ周知性が必要となるので、区別の実益に乏しい」と指摘する。三木＝井口・前掲注42)764頁は、不競法上、周知性や著名性が要件とされていることを指摘したうえで、「我が国では、周知性を獲得する以前の表示については、たとえそれがどんなに奇抜で他に類を見ないものであっても、不正競争防止法による保護は及ばない」ことを指摘する。

特に高度な創作性が要求されているわけではない<sup>171</sup>と指摘し、「競合品が通常備えている『ありふれた形態』については特別顕著性が否定されることになるが（東京地判平成11・3・29〔平8（ワ）24887号〕など）、ありふれた形態か否かは商品形態全体について判断され、各構成要素がありふれたものであっても、その組み合わせが他の同種商品に見られない特徴を構成しているのであれば、特別顕著性は肯定される。」<sup>172</sup>と指摘される。

店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関しては未だ裁判例の蓄積が十分でなく、上記の商品形態の裁判例に関する検討と分析のように裁判例の傾向を分析することはかなわない。

しかし、仮にかかる指摘における商品形態に関する裁判例の傾向と同様に、店舗の外装・内装についても、「個々の要素の組み合わせの結果としての全体」を捉えて他の同種店舗の外観と比べ、他の同種店舗に見られない特徴が備わっていれば①特別顕著性の要件の充足性を認めるということを目指しているのであれば、同要件が特段高度な要件を課すことで加重しているとも言い難い。

また、そもそも高度な創作性を要求せずとも、他の同種店舗と異なる独自の特徴さえ備えていれば、当該表示が出所識別力を有することは十分にありえよう<sup>173</sup>。

そして、他の同種店舗に比してどの点が自他識別力を有するのかという判断は、店舗の外装・内装をパッケージデザイン（packaging design）的に捉えたとしても必要となる判断<sup>174</sup>であり、むしろ「商品等表示」該当性を判断するうえで、通常要求される要件ともいえるのではないか。

したがって、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性の規範において①特

---

<sup>171</sup> 宮脇重判・前掲注141) 283頁。

<sup>172</sup> 宮脇重判・前掲注141) 283頁。

<sup>173</sup> 横山・前掲注135) 79頁は、「『特別顕著性』という言葉の語感からすると、高度な特徴が要求されているようにも思われるが、特別高度でなくとも、同種店舗と区別しうる独自の特徴を備えていれば、使用の状況次第で出所識別力を獲得することは十分にあるのであり、その場合には、独占適応性を満たす限り、商品等表示性を認めるべきである。この点、本決定が特別顕著性を認めたX表示1は、確かに同種店舗と比べて特徴的ではあるものの、カフェレストランの店舗と一般に認識しうる範囲のものであり、特異とまではいいがたいことから、本決定においても、格別高度な特徴が求められているわけではないと思われる。」とする。

<sup>174</sup> 商品のパッケージデザインに関して「商品等表示」該当性が問題となった裁判例においても、過去の商品と比較してどの点が異なるのかなどは、同要件該当性の考察にあたり考慮されている。例えば、大阪高判平成19年10月11日判時1986号132頁〔正露丸事件〕、大阪地判平成9年1月30日知的財産権関係民事・行政裁判例集29巻1号112頁〔紅茶缶事件〕、東京地判平成28年4月28日（平成27年（ワ）28027号）裁判所HP参照〔ポテトサラダ事件〕、大阪地判平成20年10月14日判タ1229号317頁〔マスカラ容器事件〕、東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁〔黒烏龍茶事件〕。

別顕著性が要求されている点についても、他の表示の不競法2条1項1号や同2号の保護が問題となる事案に比して、特別に加重な要件が課されているとも現状直ちには考えられない。

#### ウ 小括

以上の次第で、店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性の判断基準は、裁判例が商品形態に関する判断基準に類するものを採用している点においては、違和感はあるものの、他の表示の不競法上の保護に比して特別に加重した要件を課しているとも現状では言い難い。

#### (4) 小括

以上の次第で、現行の裁判例においては、店舗の外装・内装デザインの「商品等表示」該当性について、裁判例が商品形態の「商品等表示」該当性に類する規範を定立しているものの、特別に加重な要件を課しているものとも直ちには評価し難い。

したがって、現行の不競法を前提とすれば、店舗の外装・内装デザインに関して、特に他の「表示」に比して同法による保護が欠けるという状況にあるようには現状考え難い。

よって、不競法に関する立法論や解釈の変更による保護の拡充の検討は、本論文ではこれ以上行わない。

なお、裁判例が「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」として捉えていることで、事実上①特別顕著性の要件のハードルや②周知性（不競法上の周知性）の立証のハードルに影響があり、要件充足性のハードルが上がるとすれば、それは首肯できない。

この点については、裁判例の蓄積が不十分であり、そのように裁判所が考えているように分析することは現状ではできない。

もっとも、今後の裁判例においては、あくまで上記のとおり店舗の外装・内装デザインにも生来的な識別力がありうることを前提に、要件充足性の判断のハードルを徒に上げることなく判断されることが望まれる。

## 第2節 商標法

### 1 はじめに

#### (1) 不競法による保護の限界と現行商標法による保護の限界の概観

以上検討をしてきたとおり、店舗の外装・内装の標識面を保護する法律としては、不競法が考えられる。

しかし、不競法は不登録の出所識別標識を保護するものであるところ、裁判例の

示す店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する規範は、直ちに他の表示に比して過重な保護要件を課しているとも評価し難い。

そのため、不競法による保護拡充は検討しなかった。

他方、不競法による保護では、周知性や著名性が要求されるため、生来的に自他識別力がある標章も、一定の保護に値する事実状態が形成されるまでは保護されない。

しかし、これでは、スタートアップや中小の事業者が特異な店舗の外装・内装を創出して人気を博したものの、資本力も人的リソースも有する大手事業者が、かかる中小事業者の店舗の外装・内装を模倣し、急激に多数店舗出店して先に周知性を獲得した場合を想定した場合、当該店舗の外装・内装は、当該大手事業者の出所識別標識として機能することになる。

この場合、当該中小事業者は先使用者として、不競法19条1項3号により一定の保護を受けるにとどまるという帰結となろう。

しかし、かかる帰結にとどまってよいのであろうか。すなわち、かかる帰結は当該店舗の外装・内装デザインを最初に採用した先行者である中小事業者のブランディングへの投資保護として十分であらうか。

この点に関しては、同じく標識法である商標法による保護でどこまでフォローできるかが上記帰結の是非の判断に影響しよう。

仮に商標法による保護が十分に受け得るのであれば、当該先行者であるスタートアップや中小の事業者としては、商標登録を受けることにより事前にこのようなケースに対応できたと評価できることから、上記のような帰結も強ち不適切とは言えないように考えられる。

また、上記ケースに限らず、第1章で検討したような、店舗の外装・内装の標識面としての重要性に鑑みれば、事業者のブランディングへの投資保護の観点からも、店舗の外装・内装の標識面に関しては適切かつ十分な保護が与えられるべきである。

しかし、現行の商標法では、後述のとおり店舗の外装や内装の保護に関しては、それを構成する個々の要素の組み合わせから成る一つの全体的な外観を、一つの商標として保護することはできず、不十分と考える<sup>175</sup>。

すなわち、現行商標法上保護される「商標」のラインナップ（立体商標、色商標、位置商標等）では、店舗の外装・内装の一部のみの保護にとどまり、例えば、店舗の外装・内装における什器や置物、その配置、色彩などを組み合わせることでの出所識別標識として機能する場合の出所識別力を適切に保護する制度がなく、か

---

<sup>175</sup> 本論文は、店舗の外装と内装とを併せて一つの商標として登録を認めるべきか否かまでをも検討するものではない。あくまで、店舗の外装・内装それぞれを一つの商標として登録することを前提に、店舗の外装・内装それぞれの持つ標識面を如何に適切に保護すべきかについて考察するものであることを念のため付言する。

かる標識面の保護を適切にフォローできていないように思われる。

そこで、店舗の外装・内装の標識面に関しては、保護拡充を模索すべきであるが、上記のとおり不競法による保護は、「現行の不競法のもとでは」他の表示に比して店舗の外装・内装の保護が不十分であるとも現状直ちには評価し難い。そこで、まずは商標法での保護拡充を模索することがより望ましい。

## (2) 本章本節のアウトライン

以下ではまず、現行の商標法における保護状況について概観する。

そのうえで、保護拡充の必要性について再度確認した後、2019年11月22日現在、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会（以下、「商標制度小委員会」という。）や産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループ（以下、「商標審査基準WG」という。）で検討されている現行商標法に関する省令改正や立体商標制度の審査便覧や審査基準の改訂による審査運用の見直しによる保護拡充策について、分析検討する。

そのうえで、これとは別途の保護拡充策として、米国のトレードドレス制度を参考に、トレードドレスを「新たな商標」として導入する（ただし、店舗の外装・内装デザインに係るものに限定する形で<sup>176</sup>、いわば「限定的なトレードドレス」とする。）ことについて考察を加える。

そして、上記立体商標制度の審査運用の見直しによる場合と、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入した場合とを比較考察して、立体商標制度の審査運用の見直しによる保護拡充策が十分であるかどうか検討を行う。

## (3) 本章本節の結論

本章本節における結論は、次のとおりである。

すなわち、今般の立体商標制度の審査基準の改訂等による審査運用の見直しによって、店舗の外装・内装を構成する個々の要素の組み合わせからなる一つの標章を相当程度保護することが可能になるように思われる。

そのうえ、現状では、上記のとおり、今般の立体商標制度の審査運用を見直す方法と、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入する方法とでは、大きな差異は見受けられない。

そこで、今般はこのような立体商標制度の審査運用の見直しによる保護拡充策を採ることは首肯できる。

もっとも、このような保護拡充策によることで、現状想定できていない不都合や弊害、保護の限界が今後顕在化する可能性は否定できない。

---

<sup>176</sup> 本章本節5(3)イ（ウ）で詳述する。

したがって、今後、今般の立体商標制度の審査運用の見直しによる方法で、不都合や弊害、保護の限界などの問題が生じた場合には、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入することで、当該問題が解決できないかなど改めて検討することになろう。

## 2 商標法による店舗の外装・内装の標識面保護の現状

### (1) はじめに

店舗の外装・内装の保護の観点から現行商標法で利用できそうな制度、現実に利用がなされている制度としては、以下で述べるとおり、立体商標による方法、平面商標による方法、色彩のみからなる商標による方法、位置商標による方法が考えられる。

しかし、いずれも店舗の外装・内装を構成する一部の保護にとどまり、その店舗の外装・内装を構成する個々の組み合わせ全体を一つの商標として保護する制度がフォローされているとは考え難い。

以下、各方法について適宜登録例等を踏まえつつ、現状の保護状況と限界について確認する。

### (2) 立体商標による保護

#### ア 立体商標による保護の対象について

現行商標法上、店舗の外装・内装に関する保護として立体商標（立体的形状又は立体的形状と平面標章との結合により構成される<sup>177</sup>もの）がもっとも利用されやすいように考える。

というのも、店舗の外装・内装がしばしば立体的な形状と平面的な標章との結合により三次元的に構成されるものであるため、他の商標と比べて最も親和的と考えられるからである。

現に店舗の外装・内装に関する登録例としては、例えば下記のようなものがある（権利満了により既に権利が消滅しているものを含む）。

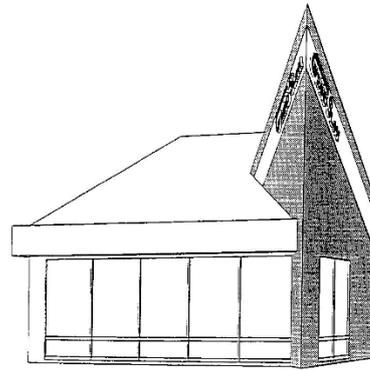
記

---

<sup>177</sup> 特許庁編・前掲注 29) 1383 頁。



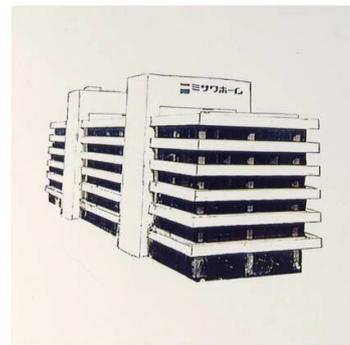
(資料1：商標登録第 5181517 号，指定商品・役務等：第 4 類固形潤滑剤ほか，第 12 類荷役用索道ほか，第 35 類プラント工事ほか)



(資料4：商標登録第 4156472 号，指定商品・役務等：第 12 類自動車並びにその部品及び附属品ほか，第 35 類経営の診断及び指導ほか，第 37 類自転車の修理ほか)



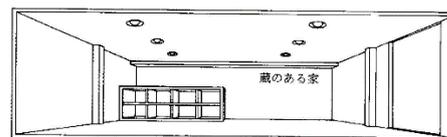
(資料2：商標登録第 5272518 号，指定商品・役務等：第 35 類衣料品・飲食品及び生活用品に係る各種商品を一括して取り扱う小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益)



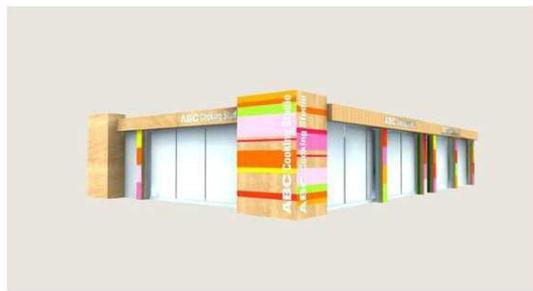
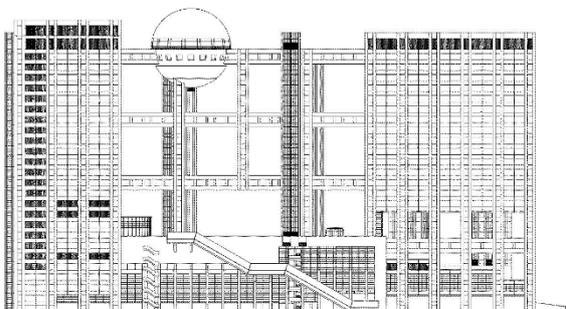
(資料5：商標登録第 4162997 号，指定商品・役務等：第 36 類建物の管理ほか，第 37 類建築一式工事ほか)



(資料3：商標登録第 5851632 号，指定商品・役務等：第 43 類飲食物の提供)

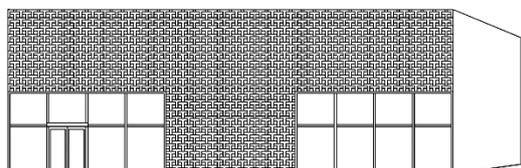


(資料6：商標登録第 4347854 号，指定商品・役務等：第 37 類建築一式工事ほか)



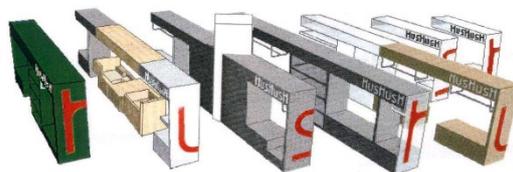
(資料9：商標登録第 5024423 号，指定商品・役務等：第 41 類料理に関する知識の教授)

(資料7：商標登録第 5751309 号，指定商品・役務等：第 38 類テレビジョン放送)

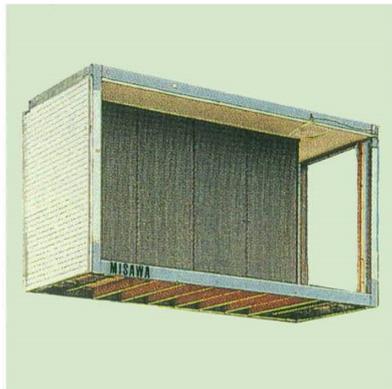


(資料10：商標登録第 5780307 号，指定商品・役務等：第 35 類飲食料品の小売又は卸売りの業務において行われる顧客に対する便益の提供)

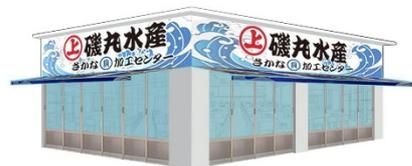
(資料8：商標登録第 5916693 号，指定商品・役務等：第 35 類商業用・販売促進用及び広告用のイベント・展示会・見本市及びショーの運営ほか，第 36 類中古電動自転車の評価ほか，第 41 類トークショーの企画・運営又は開催ほか，第 43 類飲食物の提供ほか，第 44 類理容・美容ほか)



(資料11：商標登録第 4750516 号，指定商品・役務等：第 25 類被服ほか)



(資料12：商標登録第4347864号，指定  
商品・役務等：第37類建築一式工事ほか)



(資料13：商標登録第6021151号，指定  
商品・役務等：第43類飲食物の提供)

ここで「立体的形状」とは、「三次元の物の形状をいう。なお、四項一号において単に「形状」の語を使用したのは、二次元の平面的な物の形状と三次元の物の形状の双方を含ませるためであり、三条一項三号、二六条一項二号、三号の規定において用いられている『形状』も同様の解釈である。」とされる<sup>178</sup>。

したがって、立体的形状として明確に特定されないものは、商標法3条1項柱書の「商標登録を受けることができる」商標の要件を充足せず、保護の対象とならない。商標審査便覧<sup>179</sup>においては、この点に関して下記の記載がある。

#### 記

「商標記載欄に記載された立体商標の構成、態様が具体的に特定できないものについては、商標法第3条第1項柱書に規定する『商標登録を受けることができる商標』とみることはできないことから、立体商標の形状を示す複数の写真又は図の中に、一つの立体的形状を構成するものとしては不適当な記載（例えば、縮尺が相違する写真、断面図等）が含まれている場合には、商標法第3条第1項柱書の要件を満たさないものとする。」

「立体商標が立体的形状のみからなり、図、写真が不鮮明であるため形状の全体が明確に特定し得ない場合については、商標法第3条第1項柱書の要件を

<sup>178</sup> 特許庁編・前掲注177) 1390頁。

<sup>179</sup> 特許庁『商標審査便覧』41.100.02「立体商標の第3条第1項柱書に関する審査の運用について」

([https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/41\\_100\\_02.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/41_100_02.pdf)，最終閲覧日2019年8月13日) (2016年)。

満たさないものとする。ただし、立体商標が立体的形状のみからなり、写真が不鮮明であるが、概ねその全体の形状については特定し得るものである場合には、第3条第1項柱書の要件を満たすものとする。」

「① 商標記載欄に記載された立体商標が街並みや風景からなるもの、又は構成中に建築物等とともに人物や歩道等の表示を含む場合であって、その全体を総合的に観察した場合、絵画的な表示若しくは風景写真と認識される構成からなるものについては、立体的形状としての構成、輪郭、使用態様が特定し得ないことから立体商標とは認めないものとし、商標法第3条第1項柱書の要件を満たさないものとする。

〔具体例〕（商標法第3条第1項柱書きに反するものとする例）



「商標記載欄に記載された立体商標を表す写真の一端が切れている場合などにおいて、その全体が把握し得るような写真又は図に補正することは、原則的には立体的形状の追加又は変更であり、要旨の変更となることから認められない。例えば、その立体商標が部屋の内部を表示した場合のように、その立体的形状の内側を一方向から描いた構成からなるときは、その立体的形状の輪郭が明確に示されないことから、立体商標としての構成、態様を具体的に特定し得ないものであり、またそのような構成からなる立体商標が、商品又は役務の出所を表示する識別標識としての使用態様で用いられるものとは認められないことから、商標法第3条第1項柱書の要件を満たさないものとする。

〔具体例〕（商標法第3条第1項柱書の要件を満たさないものとする例）



上記審査便覧の記載からも把握できるとおり、立体的形状として全体の構成、輪郭などその構造・形状が明確に特定されることが必要となる。

そして、店舗の内装の一部をあくまで一方向から描くような形となる場合、立体的形状としての輪郭が不明確であるとして「特定」が不十分とされる。

店舗の内装については、その一部が出所識別標識として機能し得ることから、立体商標として出願する場合にも、店舗の内装の一部を一方向から描いたものを出願することもあり得るように思われるが、このような出願では、同審査便覧によれば、「特定」ができていない（商標法3条1項柱書の要件を不充足）として拒絶査定を受けることになろう。

また、「立体的形状」の三次元の物の形状という定義からすれば、立体商標として登録を受けることが可能な立体的形状は、物理的に一体として形成されているか、少なくとも有機的に一体化している一つの商標を構成しているような範囲のものに限定されるように考えられる<sup>180</sup>。

例えば、上記資料2～10及び12並びに13は物理的に一体として形成されているように見受けられ、資料1及び11については、少なくとも有機的に一体化して一個の商標を構成しているものとして認識できる。

もっとも、店舗の内装における全体的な外観は、壁面のデザイン、備品や家具、

---

<sup>180</sup> 横山・前掲注48) 145頁参照。株式会社サンビジネス・前掲注17) 228頁は、「現状の立体商標制度では、商標審査基準（第1二、第3条第1項柱書6.(1)(イ)）により、立体的形状と文字、図形、記号が分離している場合には、立体商標として認識しない旨規定しているが、空間的に離れた位置にある商標の複数の立体的形状がこの規定に該当するかが問題となる。同商標審査基準に掲載された例のように、文字、図形、記号が立体的形状に係る物と分離した構成及び態様である場合には、全体としては、三次元の物の外観としての形状が表示されているとはいえない。一方、複数の立体的形状が空間的に離れた位置にある場合は、立体的形状の間に空間があったとしても、全体としては三次元の物の形状を表示するものであり、立体商標として認識できると考えられる」と解釈する。

置物や什器、特定の位置の色彩など、物理的には別個の複数の要素から構成されるケースがままあるように思われる。

この点に関し、横山久芳教授は、「例えば、屋根、軒、バルコニー、テラス、壁等のデザインは、店舗の建物と有機的に一体化して一個の立体的形状を構成するものであるから、それらを構成要素とする店舗デザインは立体商標として登録を受けることが可能であろう。これに対して、店舗内で使用される備品、什器や置物、それらの配置等のデザインについては、通常は、建物と一体化して一個の立体的形状を構成するものとはいえないため、備品等のデザインを店舗デザインに含めて立体商標の登録を受けることは困難であると思われる。事業者は、備品や什器等も含めて統一的なデザイン上の工夫を行っていることが少なくないが、備品や什器等のデザインについては、原則として、店舗デザインとは別に、それ自体を立体商標として登録する必要がある。」と述べる<sup>181</sup>。

この点に関連し、立体商標制度においては、後述の色彩のみからなる商標や位置商標のように、商標に関する詳細な説明を付することは認められていない。また、位置商標のように、立体商標として出願した標章の内、商標登録を受けようとする一部（権利化を望む部分）を実線、それ以外の部分を破線で特定するなど、出願している店舗の外装・内装デザインの一部を立体商標として特定して出願することも認められていない<sup>182</sup>のが現状である。

そのうえ、商標審査基準（第1二、第3条第1項柱書6.(1)(イ)）により、立体的形状と文字、図形、記号が分離している場合には、立体商標として認識しない旨規定していることなども考慮すれば、上記のような店舗の外装や内装の特定の位置における色彩と什器や備品などの個々の構成要素の組み合わせを一つの商標として盛り込むような標章について商標登録を受けることは、「立体商標」制度のもとではできないように考えられる<sup>183</sup>。

したがって、個々の要素の組み合わせについて保護が難しい以上、あくまで個々の構成要素ごとに立体商標、位置商標、色彩のみからなる商標として商標登録を受ける必要がある。

---

<sup>181</sup> 横山・前掲注48)。

<sup>182</sup> 第5回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会（資料2）「店舗の外観・内装の商標制度による保護等について（案）」2頁（令和元年8月）

（[https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo\\_shoi/document/t\\_mark\\_paper05new/shiryuu2.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_shoi/document/t_mark_paper05new/shiryuu2.pdf), 最終閲覧日2019年10月1日）参照。

<sup>183</sup> 青木博通『新しい商標と商標権侵害—色彩、音からキャッチフレーズまで』462頁（青林書院、初版、2015）は、「店舗の内装全体となると、事案によっては、新商標法2条1項の商標の定義に含めるのが難しい場合もある」ことを指摘する。

## イ 出所識別力について

### (ア) 生来的な出所識別力

次に、立体商標の識別力の審査に関しては、特許庁の商標審査便覧において、下記のように明示されている<sup>184</sup>。

#### 記

「商標が、『商品等の形状そのもの範囲を出ないと認識されるにすぎない』形状のみからなる立体商標は、識別力を有しないものとする。『商品等の形状そのものの範囲を出ないと認識されるにすぎない』か否かに関する審査は、以下の方針に基づき実施する。

[基本的な考え方]

- (1) 立体的形状が、商品等の機能又は美感に資する目的のために採用されたものと認められる場合は、特段の事情のない限り、商品等の形状そのものの範囲を出ないものと判断する。
- (2) 立体的形状が、通常の形状より変更され又は装飾が施される等により特徴を有していたとしても、需要者において、機能又は美感上の理由による形状の変更又は装飾等と予測し得る範囲のものであれば、その立体的形状は、商品等の機能又は美感に資する目的のために採用されたものと認められ、特段の事情のない限り、商品等の形状そのものの範囲を出ないものと判断する。
- (3) 商品等の形状そのものの範囲を出ない立体的形状に、識別力を有する文字や図形等の標章が付されている場合（浮彫又は透彫により文字や図形等が付されている場合を含む。）は、商標全体としても識別力があるものと判断する。ただし、文字や図形等の標章が商品又は役務の出所を表示する識別標識としての使用態様で用いられているものと認識することができない場合には、第3条第1項第3号又は第6号に該当するものと判断する。」

また、商標法では、登録要件として、上記審査便覧で指摘される3条1項3号<sup>185</sup>及び同6号<sup>186</sup>を設けている。

---

<sup>184</sup> 特許庁編『商標審査便覧』41.103.04「立体商標の識別力に関する審査の具体的な取扱いについて」

([https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/41\\_103\\_04.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/41_103_04.pdf), 最終閲覧日 2019年8月13日) (2016年)。

<sup>185</sup> 商標法3条1項柱書：「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる。」。

同3号：「その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、形状（包装の形状を含む。第二十六条第一項第二号及び第三号において同じ。）、生産若しくは使用の方法若し

各号に関する審査基準<sup>187</sup>には、店舗の外装・内装の立体商標に関するものとして、下記の記載がある。

#### 記

##### (3条1項3号)

「建築、不動産等建築物を取り扱う役務を指定役務とする場合に、商標が立体商標であり、その形状が建築物の形状そのものの範囲を出ないと認識されるにすぎないときは、その役務の「提供の用に供する物」を表示するものと判断する。」

##### (3条1項6号)

##### 「8. 店舗又は事務所の形状からなる商標について

立体商標について、商標が、指定商品又は指定役務を取り扱う店舗又は事業所の形状にすぎないと認識される場合は、本号に該当すると判断する。」

このように、特許庁の審査実務においても、審査便覧上、当該店舗の外装・内装自体が店舗の外装・内装の形状そのものの範囲を出ると需要者に認識されるような特異な形状を有する場合、審査基準上では指定商品又は指定役務を取り扱う店舗又は事業所の形状にすぎないと認識されない場合には、出所識別力を備えることを肯定しており、理論的に店舗の外装・内装が生来的な出所識別力を備える可能性があることを否定はしていない。

しかし、多くの店舗の外装・内装が、その機能や美感に資する目的のために採用される要素を多分に含むことは否定し難い。

したがって、上記方針による限り、当該店舗の外装・内装がこのような特徴を有さない限り、多くの店舗の外装・内装が、「商品等の形状そのものの範囲を出ないと認識されるにすぎない」として、識別力を欠き、商標法3条1項3号や6号（登録阻害事由）により商標登録を受けることができないものと考えられる。

---

くは時期その他の特徴、数量若しくは価格又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、態様、提供の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」。

<sup>186</sup> 同6号：「前各号に掲げるもののほか、需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができない商標」。

<sup>187</sup> 特許庁編「商標審査基準」（3条1項3号）（改訂第14版，2019年）

（[https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/07\\_3-1-3.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/07_3-1-3.pdf)，最終閲覧日2019年8月13日）。同基準（3条1項6号）

（[https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/10\\_3-1-6.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/10_3-1-6.pdf)，最終閲覧日2019年8月13日）。

(イ) セカンダリーミーニング（二次的な出所識別力の獲得）

これらのケースについて商標登録を受けるためには、商標法3条2項に基づき、二次的に出所識別力を備え、これを立証する必要がある。

もともと、同条項に基づく二次的に出所識別力を獲得する必要がある地理的範囲は、全国である<sup>188</sup>。

したがって、そのハードルは決して低くない。現実には相当の時間と費用をかけない限り、かかるハードルを越えることは困難であろう<sup>189</sup>。

また、現在の審査基準では、「出願商標を他の商標と組み合わせて使用している場合は、出願商標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。」<sup>190</sup>とされる。

当該店舗の外装・内装、特に外装においては、当該店舗の名称やロゴなどが併せて掲げられていることが通常であろう。

したがって、当該店舗の外装・内装のみで商標登録を受けようとするれば、当該店舗の外装・内装が、当該外装などに付された店舗名称やロゴの看板等とは独立して識別力を有していることを示さなくてはならない。

この点に関し、商標法3条2項の二次的な出所識別力獲得の証拠として、一般的なものとして当該店舗について掲載された特集記事における店舗外装や内装の写真、テレビ放送で放映された店舗外装や内装の画像などが考えられる。

しかし、実際上は、当該店舗の外装・内装とともに、当該店舗の名称やロゴがこれらの証拠のなかで映し出されているケースが多いように思われる。

このように、実務上はこの点の立証に苦勞することがままあり、店舗の外装・内装のみ（店舗名称やロゴなどが映り込んでいないもの）の写真を掲載した新聞や雑誌の特集記事やテレビ放送などを探索しなければならず、その他適宜アンケート調査などにより証拠を補う必要がある。

したがって、実務上は、店舗名称などを付さずに、店舗の外装・内装だけで二次的な出所識別力を獲得したことを示すことには一般に困難を伴う。ましてその地理的範囲が全国であればなおのことである。

---

<sup>188</sup> 特許庁編「商標審査基準」（3条2項）2頁（改訂第14版，2019年）

（[https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/11\\_3-2.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/11_3-2.pdf)，最終閲覧日2019年8月13日）。

<sup>189</sup> 横山・前掲注48）145－146頁では、「商標が使用により後発的に出所識別力を獲得したというためには、当該指定商品・役務の需要者の中で全国的に知られていることが必要であるから、店舗デザインに後発的な識別力が認められる場合は、著名企業が全国的に特徴ある店舗デザインを用いて長期間営業活動を行っているなど、例外的な場合に限られるであろう。このように考えてくると、店舗デザインが商標登録されることは理論的には否定されていないものの、実際上は困難な場合が多いと思われる。」とする。

<sup>190</sup> 特許庁編・前掲注188）3頁。

(ウ) 店舗の外装・内装に名称等を記載した形での出所識別力

別の方法としては、上記審査便覧の「基本的な考え方」の(3)に倣い、店舗名称などを含む形で商標登録を受けることが考えられる。

現に、上記資料1～6、同9～13においては、いずれも店舗名称等の識別力を有する「文字」が付加されており、上記審査便覧の「基本的な考え方」の(3)の方式に従ったものと推察され、店舗の外装・内装のみ独立して商標登録を受けることは困難であった様子がうかがわれよう。

もともと、このように出所識別力を有する文字を付加する形で立体商標が全体として出所識別力を有するものとして登録になった場合、その権利範囲には、留意すべきである。

当該文字が正に出所識別力を有するがゆえに登録に至っている以上、仮に店舗の外装・内装が類似する被疑侵害標章が現れたとしても、当該文字部分が非類似であれば、全体として非類似(商標権侵害とはならない)と判断されるように考えられる<sup>191</sup>。すなわち、文字部分を除く店舗の外装・内装に必ずしも商標としての保護が及ぶとは限らないのである。

この点で、このように文字を付加した形で全体として出所識別力を備えるとして登録を受けた場合、文字を付加しないで登録を受けた商標と比べて、同程

---

<sup>191</sup> 田村ほか・前掲注 106)において、田村善之教授は、「店舗外観に関する立体商標の登録例はあるが、多くの場合、文字を伴っている→文字のところに識別力が認められたと理解される場合には、被疑侵害標章が文字部分を異にする場合には論理的には非類似となる」とする。また、中岡・前掲注 160) 305 頁は、「実際に建物外観について登録された立体商標のほとんどは文字が付されたものであり、文字が付されていないものは、株式会社フジテレビジョン(執筆者注:本論文の上記資料7)のビルのような建物自体の形が特有な場合に限られていた。このような審査の実情から考えると、『KOMEDA'S Coffee』『珈琲所 コメダ珈琲店』の文字が付された立体商標の登録の事実をもって、文字のない立体的形状そのものに識別力が認められたとはいえないと考えられる。また、コメダは本件立体商標に基づく差止請求を行っていないが、仮に本件立体商標に基づく権利を主張したとしても、『KOMEDA'S Coffee』『珈琲所 コメダ珈琲店』の文字と異なる文字を使用したマサキ珈琲店が類似すると判断される可能性は低いのではないかと考えられる。」とする。さらに、生駒・前掲注 42) 5-6 頁では、「実際、IDEMITSUガソリンスタンドの店構え(商標登録第 4458337 号は、登録されている著名商標と一体化した要因として登録されている。識別力のない店舗構えと識別力のある文字等の平面標章とが結合したものであるため、商標権の効力範囲は店舗構えの部分には及ばないとされる。」と述べる。また、三村量一『建築デザインの法的保護』コピライト 682 巻 57 号 2 頁, 10 頁では、上記資料 2 を指摘し、「侵害訴訟における類比判断の差異には、『Family Mart』のロゴや 3 色の帯は、要部の 1 つとして認定されることになると思われます。後で紹介しますが、コメダ珈琲店も、建物について立体商標を取っていますが、こちらも『KOMEDA'S Coffee』『珈琲所 コメダ珈琲店』のロゴが入っています。侵害訴訟における類否判断については、こちらも同様と思われず。」と説明されており、名言はされないものの、文字部分や帯が要部として認定されるということは、当該要部の類否が商標全体の類否の結論に大きく影響することは明らかであるから、当該指摘は、本文の記載と大きくは同趣旨を指摘するものと考えられる。

度の保護を受けたと考えることはできず、その保護範囲は大きな制約を伴うものと考えられる<sup>192</sup>。

#### ウ 独占適応性について

上記のとおり、出願商標が登録阻害事由を定める3条1項各号に当たらず、もしくは同2項に基づく二次的な出所識別力を備えた場合でも、独占適応性を欠くもの（4条1項18号に該当するもの）の商標登録は許されない。

かかる趣旨は、「商標権は存続期間の更新を繰り返すことによって半永久的に所有できる権利であることから、このような商標について商標登録を認めることとすると、その商品又は商品の包装についての生産・販売の独占を事実上半永久的に許すこととなり自由競争を不当に阻害するおそれがあることに基づくものである」とされる<sup>193</sup>。

商標法4条1項18号等として下記のとおり定めがある。

#### 記

（商標法4条1項柱書）次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。

（商標法4条1項18号）商品等（商品若しくは商品の包装又は役務をいう。第二十六条第一項第五号において同じ。）が当然に備える特徴のうち政令で定めるもののみからなる商標

（商標法施行令1条）商標法第四条第一項第十八号及び第二十六条第一項第五号の政令で定める特徴は、立体的形状、色彩又は音（役務にあつては、役務の提供の用に供する物の立体的形状、色彩又は音）とする。

上記の文言から、店舗の外装・内装を対象とする立体商標についても、同条項号の適用があるものと思われる。

また、同項に関する商標審査基準<sup>194</sup>では、「当然に備える特徴」に関して、下記

---

<sup>192</sup> 中岡・前掲注160) 313頁は、「文字が付されたものであったとしても立体商標の取得は同業他社への抑止力となる可能性はあるといえる。はじめに、文字付きの商標を取得し。その後、周知性を獲得したことの証拠を収集し、文字なしの立体商標を取得することも可能である。…言うまでもなく、文字なしの立体商標を取得することにより保護範囲を拡大することができ、商標権に基づく侵害訴訟においては、不競法に基づく場合と異なり、あらためて周知性を立証する必要はない。そのため、ブランド戦略において、店舗外観が重要であるのならば、まず、文字付であったとしても、立体商標の取得を試みることは重要であると考え。」と指摘する。戦略としてはかかる指摘のとおりと考える。

<sup>193</sup> 特許庁編・前掲注177) 1415頁。

<sup>194</sup> 特許庁編『商標審査基準』（4条1項18号）（改訂14版，2019年）

（<https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/inde>

のとおり確認する旨明らかにしている。

記

「(1) 立体商標について

(ア) 出願商標が、商品等の性質から通常備える立体的形状のみからなるものであること。

(イ) 出願商標が、商品等の機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなるものであること。」

したがって、仮に3条1項各号（特に3条1項3号や同6号）の定める登録阻害事由が存在せず、若しくは3条2項に基づく二次的な出所識別力を獲得したことを立証したとしても、当該店舗の外装・内装を対象とする出願商標が、その性質上通常備える立体的形状のみからなるものであったり、機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなる場合には、登録を受けることはできない。

もっとも、立体的形状が機能による場合であっても、同じ機能を実現する他の代替的な方法が採り得る場合には、「のみからなる」とは判断されないように考えられ<sup>195</sup>、店舗の外装・内装に関して、同号該当性を理由に登録が拒絶されるのは、極めてシンプルなデザインの店舗の外装・内装といったケースに限られるのではないか。

### (3) 平面商標による保護

#### ア 登録例等

店舗の外装・内装の商標法による保護としては、以上のような立体商標ではなく、平面商標を利用する方法も考え得る。

登録例としては、下記のようなものがある（権利満了により既に権利が消滅しているものを含む）。

記

---

x/27\_4-1-18.pdf, 最終閲覧日 2019年8月13日)。

<sup>195</sup> 特許庁編『商標審査便覧』42.118.01「商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状（商標法第4条第1項第18号）に関する取扱い」

([https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/42\\_118\\_01.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/42_118_01.pdf), 最終閲覧日 2019年8月13日) 参照。



(資料 1 4 : 国際登録第 1025291 号, 指定商品・役務等 : 第 44 類美容ほか)



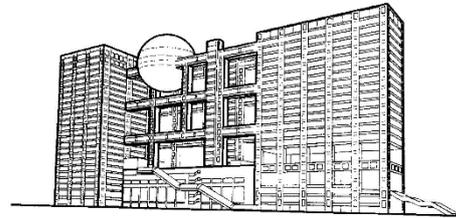
(資料 1 5 : 国際登録第 1026972 号, 指定商品・役務等 : 第 44 類美容ほか)



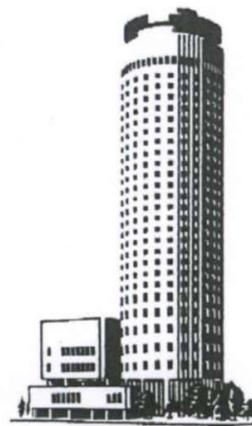
(資料 1 6 : 商標登録第 5915306 号, 指定商品・役務等 : 第 35 類広告業ほか, 第 36 類貸金の貸付けほか)



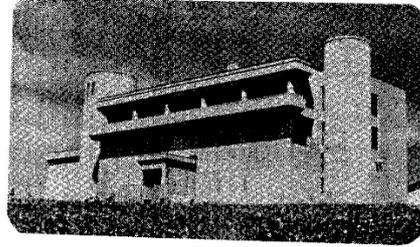
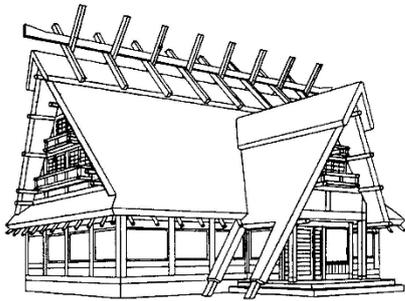
(資料 1 7 : 商標登録第 4635511 号, 指定商品・役務等 : 第 29 類肉製品ほか, 第 30 類ラーメンのめんほか, 第 43 類ラーメンを主とした飲食物の提供)



(資料 1 8 : 商標登録第 4199201 号, 指定商品・役務等 : 第 20 類書棚ほか)

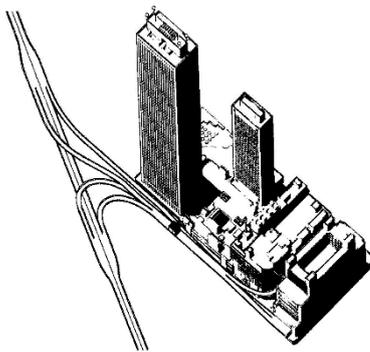


(資料 1 9 : 商標登録第 5314356 号, 指定商品・役務等 : 第 36 類預金の受入れほか, 第 43 類宿泊施設の提供ほか)



(資料 2 0 : 商標登録第 3000130 号, 指定  
商品・役務等 : 第 35 類広告ほか)

(資料 2 3 : 商標登録第 2657712 号, 指定  
商品・役務等 : 第 32 類ビール, 第 33 類日  
本酒ほか)



(資料 2 1 : 商標登録第 3001179 号, 指定  
商品・役務等 : 第 35 類雑誌による広告の代  
理)



(資料 2 2 : 商標登録第 4240701 号, 指定  
商品・役務等 : 第 16 類紙類ほか)

## イ 権利行使の限界

上記各資料のとおり、現実にも、店舗の外装・内装を平面商標として登録を受けている例がある。

しかし、平面商標にかかる商標権の侵害を理由に権利行使できる場面には制限があるように考えられる。

例えば、当該平面商標に示される店舗の外装・内装や建築物を現実には建築して再現し、当該外装・内装の特徴的構成を備える店舗で営業を行った場合、かかる店舗の外装・内装の使用行為が、当該平面商標に係る商標権の侵害となるかという場面である。

この点に関しては、立体的な店舗の外装・内装や建築物が平面の商標を商標的に使用したとはいえないのではないか。

すなわち、当該商標を実質的に出所識別標識として利用しておらず、実質的な商標の使用（商標的使用）（商標法26条1項6号）とは言えないように考えられる<sup>196</sup>。

したがって、平面商標を取得したとしても、上記のような場面では権利行使はできない可能性が高いように考えられ、平面商標を取得しているだけでは、第三者が当該平面商標上から感得できる店舗の外装・内装と同一又は類似のものを使用して営業を行ったとしても、それ自体を差し止めたり、損害賠償を請求したりといった権利行使は認められない可能性が高いように考える。

## ウ 後願排除効のメリット

もっとも、このような平面商標を取得するメリットの一つとして、後述するように後願の立体商標を排斥する機能を挙げ得る。

立体商標についても、先願にかかる他人の登録商標と類似する場合には、商標登録を受けることができない（4条1項11号）。

この点に関し、審査基準には下記の記載がある。

### 記

#### 「5. 立体商標について

立体商標の類否は、観る方向によって視覚に映る姿が異なるという立体商標の特殊性を考慮し、次のように判断するものとする。ただし、特定の方向から観た場合に視覚に映る姿が立体商標の特徴を表して

---

<sup>196</sup> 田村ほか・前掲注106)で田村教授は、「実務では平面商標として登録されているものもある」、「これらの場合、被疑侵害標章との類似性を否定することにより侵害を否定する方策をとりうるほか、商標的使用の法理が活用される可能性があるのではないか」と指摘する。

いるとは認められないときはこの限りでない。

- (1) 立体商標は、原則として、それを特定の方向から観た場合に視覚に映る姿を表示する平面商標(近似する場合を含む。)と外観において類似する。
- (2) 特定の方向から観た場合に視覚に映る姿を共通にする立体商標(近似する場合を含む。)は、原則として、外観において類似する。」

以上の審査基準からも明らかなように、平面商標であっても、後願の立体商標の登録に対するハードルとして機能することがあり<sup>197</sup>、かかる意味で商標登録を受けるメリットはあり得る。

#### (4) 色彩のみからなる商標による保護

##### ア 登録例等

店舗の外装・内装に関しては、当該店舗の外装・内装で使用される色彩の組み合わせ等を商標登録することも考えられる。

登録例としては下記のようなものがある。

記



(資料 2 4 : 商標登録第 5933289 号)

(商標の詳細な説明: 商標登録を受けようとする商標(以下「商標」という。)

は、色彩の組合せのみからなるものである。色彩の組合せとしては、白色(プロセスカラーCMYKの組み合わせ: C 0, M 0, Y 0, K 0)、オレンジ色(プロセスカラーCMYKの組み合わせ: C 0, M 6 0, Y 1 0 0, K 0)、緑色(プロセスカラーCMYKの組み合わせ: C 1 0 0, M 0, Y 1 0 0, K 0)、赤色(プロセスカラーCMYKの組み合わせ: C 0, M 1 0 0, Y 1 0 0, K 0)であり、配色は、上から順に、白色が商標の 1 3。

<sup>197</sup> 東京高判平成 13 年 1 月 31 日裁判所 HP 参照(平成 12 年(行ケ)第 234 号)[タコ事件]。

12.5パーセント、同じくオレンジ色12.5パーセント、白色13.125パーセント、緑色22.5パーセント、白色13.125パーセント、赤色12.5パーセント、白色13.125パーセントとなっている。)

(指定商品・役務等：第35類被服の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供ほか)



(資料25：商標登録第6085064号)

(商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、色彩の組合せのみからなるものである。色彩の組合せとしては、緑色(PANTONE 361C)、白色(CMYK：C0, M0, Y0, K0)、青色(PANTONE Process Blue C)であり、配色は、上から順に、緑色が商標の33パーセント、白色58パーセント、青色9パーセントとなっている。)

(指定商品・役務等：第35類被服の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供ほか、第36類前払式証票の発行の取り次ぎほか、第39類宅配便の媒介又は取次ぎほか、第43類飲食物の提供)

#### イ 特定方法

色彩のみからなる商標においては、商標の詳細な説明の記載により特定されなければならない、色彩名、三原色(RGB)の配合率、色見本帳の番号、色彩の組合せ方(色彩を組み合わせた場合の各色の配置や割合等)等についての具体的かつ明確な説明を記載する必要がある<sup>198</sup>。

また、「店舗の内装について、色彩を付する位置を特定した色彩のみからなる商標を出願した場合、店舗の内側を一方向から描くような形になるため、

---

<sup>198</sup> 特許庁編『商標審査便覧』54.02(色彩のみからなる商標の願書への記載(商標の詳細な説明)について)

([https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/54\\_02.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/54_02.pdf), 最終閲覧日2019年8月13日)(2018年)。

商標記載欄において店舗の内装の形状の一部しか表されていない状態となる。それゆえ、全体形状が不明確であること等により、色彩が付される位置が特定されるように表示されているとは認められないものとして、商標法第3条第1項柱書の要件を満たさないものとされる。」という指摘がなされる<sup>199</sup>。

#### ウ 登録の範囲

登録商標の範囲については、願書に記載した商標に基づいて定めなければならない（商標法27条1項）、色彩の商標については、商標の詳細な説明及び物件を考慮して解釈されることになる（同27条3項、5条4項）。したがって、色彩のみからなる商標においては、その範囲は、物件及び詳細な説明により相応に限定解釈されることになろう。

#### エ 類否の判断

次に色彩のみからなる商標の類否に関しては、商標審査基準<sup>200</sup>に下記のような記載があり参考になる。

##### 記

##### 「8. 色彩のみからなる商標の類否について

- (1) 色彩のみからなる商標の類否の判断は、当該色彩が有する色相（色合い）、彩度（色の鮮やかさ）、明度（色の明るさ）を総合して、商標全体として考察しなければならない。
- (2) 色彩を組み合わせる商標は、(1)に加え、色彩の組合せにより構成される全体の外観を総合して、商標全体として考察しなければならない。」

以上のとおり審査基準に示唆される類否の判断基準からは必ずしも明らかではないものの<sup>201</sup>、登録商標の範囲は商標の詳細な説明等により相応に限定解釈されるであろうことや、類似の範囲からもその権利範囲は広くないように思われる。

すなわち、有限な要素である色彩という性質を考慮すれば、類似範囲を広

---

<sup>199</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 12頁。

<sup>200</sup> 特許庁編『商標審査基準』（4条1項11号）16頁（改訂第14版，2019年）  
（[https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/20\\_4-1-11.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/20_4-1-11.pdf)，最終閲覧日2019年8月13日）。

<sup>201</sup> 青木・前掲注183) 326-327頁は、商標の類似については、最判昭和43年2月27日民集22巻2号399頁〔氷山印事件〕を挙げつつ、「かかる考え方を踏まえ、新商標のタイプごとの特性を考慮して（例：色彩の商標であれば外観重視，音の商標であれば称呼重視），商標の類似が判断されることになる。」とする。

く取り、個々人に独占させる範囲が広くなればなるほど、公衆の事業活動等に与える影響が大きくなることは容易に想定される<sup>202</sup>。

また、例えば色彩の組み合わせの商標の場合には、その一部の色彩が異なれば、全体として異なる印象を需要者に与えるケースが多いのではないか。

そうすると、その類否の判断においては、商標全体を考察するものの、色彩の色相や彩度、明度が異なる場合のほか、商標の詳細な説明により特定される個々の色彩の組み合わせにおける配色の割合などが異なる場合、全体として非類似と判断されるケースが多いのではないかと考えられる。

また、具体的なケースにおいては、このような色彩のみからなる商標で示される色彩を店舗の外装・内装の一部に使用したとしても、それが看板のほか、出所識別を示す典型的な箇所に表示されていない限り、需要者からはあくまで装飾的な要素として認識されるにとどまり、出所識別標識として機能していないケースも十分にあり得る。

このようなケースでは、商標的使用がないものとして、商標権侵害の成立は否定されるように推察される。

#### オ 小括

以上の次第で、色彩のみからなる商標の権利範囲は未だ不分明な部分が多いが、その類似範囲は、図面と商標の詳細な説明により特定されるものから大きくは広がらないよう、裁判所においても特許庁においても謙抑的な姿勢が採られるようには想定される。

またそもそも、少なくとも、色彩のみからなる商標によっては、店舗の外装・内装の色彩部分のみしかフォローできない。

### (5) 位置商標による保護

#### ア 登録例等

店舗の外装・内装に関しては、以上のほか、標章を付する位置を特定する位置商標によることが考えられる。

---

<sup>202</sup> 知財高判平成 18 年 9 月 28 日裁判所 HP 参照（平成 18 年（ネ）10022 号）は、薬剤の配色の商品等表示該当性が問題となった事案において、「本来、色彩（色）それ自体の使用は、何人も自由に行うことができるものであり、色彩あるいは色彩構成を商品等表示として不正競争防止法によって保護することは、工業所有権制度によることなく、本来自由に使用できる色彩について特定の事業者の独占を認める結果になることにも留意する必要がある。」として、色彩の標識面の保護に関し、謙抑的な姿勢を示す。青木・前掲注 183) 356 頁においても、同判示を指摘したうえで「商標法で、色彩のみからなる商標が保護されていないこととの関係で、不正競争防止法による色彩のみからなる商標の保護は謙抑的であるべきとしている。」とする。

具体的には、当該店舗の外装・内装の特定の位置に付される標章を、その位置を特定して商標登録を受けるのである<sup>203</sup>。

登録例としては下記のようなものがある。

記



(資料 2 6 : 商標登録第 5805761 号)

(商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、標章を付する位置が特定された位置商標であり、広告物としての店舗におけるガラス窓や壁面の上部に付された図形からなる。商標は、上から順に白色、オレンジ色、白色の帯状の図形に複数の丸い図形を組み合わせたもの、及び、上から順に白色、赤色、白色の帯状の図形に複数の丸い図形を組み合わせたものからなる。図中の黒い破線で囲んだ場所は、位置商標の位置を示している。この破線で囲んだ場所以外は、店舗の形状等の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。店舗を斜め左側からみた場合は図 1 に示す通り、店舗を正面からみた場合は図 2 に示す通り、店舗を斜め右側からみた場合は図 3 に示す通りである。なお、図の右下隅に表示されている番号は、図の説明用に表したものであり、商標を構成する要素ではない。)

(指定商品・役務等：第 35 類衣料品・飲食料品及び生活用品に係る各種商品を一括して取り扱う小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供ほか)

<sup>203</sup> 土肥一史「位置商標の識別性と類似性」竹田稔傘寿『知財立国の発展へ』354 頁（発明推進協会，2013 年）は、位置商標の特徴に関し、「付すもの自体に識別力があれば、それは図形商標あるいは立体商標と位置商標との結合商標ということになる。真正な位置商標とは、付すものそれ自体だけでは識別性が認められないが、位置によって識別性が認められる商標であり、これを真正位置商標ということができよう。」と指摘する。

## イ 特定方法

位置商標は、「商標に係る標章（文字，図形，記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合に限る。）を付する位置が特定される商標であり，位置商標について，願書の商標記載欄に記載した商標（以下『願書に記載した商標』という。）の記載は，商標に係る標章を実線で描き，その他の部分を破線で描く等により，標章及びそれを付する位置が特定されるように表示した一又は異なる二以上の図又は写真によりしなければならない。

また，位置商標については，商標に係る標章及びそれを付する位置を特定するための線，点その他のものを記載することができ，この場合は，当該記載によりどのように当該標章及びそれを付する位置が特定されるのかを商標の詳細な説明として記載することとなっている。」<sup>204</sup>。

さらに，上記立体商標における特定に関する議論と同様に，「店舗の内装を位置商標として出願する場合、店舗の内側を一方向化から描くような形になるため、商標記載欄において店舗の内装の形状の一部しか表されていない状態となる。それゆえ、店舗の内装全体における標章を付する位置を特定することができないものとして、第3条第1項柱書の要件を満たさないものとされる。」という指摘がなされる<sup>205</sup>。

## ウ 類否の判断

かかる位置商標の侵害訴訟は未だ見当たらないため，類否判断の判断基準は明確にされていないが，審査基準には類否判断について下記の記載がある<sup>206</sup>。

### 記

#### 「10. 位置商標の類否について

- (1) 位置商標の類否の判断は、文字や図形等の標章とその標章を付する位置を総合して商標全体として考察しなければならない。
- (2) 原則として、位置そのものについて、要部として抽出することはしない。
  - (ア) 位置商標間の類否について

---

<sup>204</sup> 特許庁編『商標審査便覧』56.01「位置商標の願書への記載について」1頁  
([https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/56\\_01.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/56_01.pdf), 最終閲覧日2019年8月13日) (2018年)。

<sup>205</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 11頁。

<sup>206</sup> 特許庁編・前掲注200) 18頁以下。

- ① 標章に自他商品・役務の識別機能が認められない場合  
商品に付される位置等によって需要者及び取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して考察しなければならない。
  - ② 標章に自他商品・役務の識別機能が認められる場合  
標章が同一又は類似であれば、その標章を付する位置が異なる場合でも、原則として、商標全体として類似するものとする。
- (イ) 位置商標と図形商標等との類否について
- ① 位置商標を構成する標章が要部として抽出されない場合は、上記(ア)①と同様とする。
  - ② 位置商標を構成する標章が要部として抽出される場合は、標章が同一又は類似の図形商標等とは、原則として、商標全体として類似するものとする。」

以上のとおり特定される位置商標を前提に、標章自体に自他識別機能が認められるかどうかを分析し、標章自体に自他識別力が認められる場合については、当該標章の類否判断により商標全体の類否を決することになるが、標章自体に自他識別力がない場合には、商品等に付される位置等によって需要者等に与える印象、記憶、連想等を総合して考察することになる。

その類否が認められる範囲は事例の積み重ねが少なく現状判然とせず、それ故保護範囲は必ずしも未だ分明であるとは言い難い。

もっとも、上記で審査基準が指摘するような標章自体が自他識別力を有する場合には、当該標章について商標登録を受ければ足り、かつ当該標章を付する位置を特定することで権利範囲が狭くなる可能性をも考慮すれば、当該標章のみの商標登録を受ける方が望ましいようにさえ思われる。

そうすると、位置商標が活用される場面は、多くの場合、当該標章自体では自他識別力に乏しく商標登録を受けることが困難な場合などが想定されるように考える。

このように考えると、類否判断においても、当該標章が付される位置等によって需要者等に与える印象等が総合的に考察される以上、その類否の判断などは、当該標章を設ける位置などによる制約を受ける可能性があり、必ずしもその範囲は広がりを見せるものとも想定し難い。

## エ 小括

よって、当該位置商標の侵害を理由にどのようなケース（範囲）まで権利行使が可能か（権利範囲はどの範囲か）という点については、決して広いも

のを望めるとも考え難い。

また、店舗に外装・内装の標識面の保護の観点から見れば、位置商標は、上記のとおり、店舗の外装・内装の内、商標に係る標章を付する位置が特定される商標であるから、店舗の外装・内装の標識面全体を保護することは適わず、これらの一部のみが保護されるものにとどまる。

#### (6) 商標法における保護範囲—小括

以上の次第で、現行の商標法では、立体商標制度においても、例えば店舗内で使用される備品、什器や置物、それらの配置等のデザインや内装の一部に使用されている色彩などの組み合わせから成る標識面を商標登録することはできないように考えられる（店舗の外装や内装を構成する個々の構成要素の組み合わせから成る標識面を保護することは適わない場合があるように考えられる）。

また、実線と破線で商標を受ける部分と受けない部分とを区別して商標登録を受けることもできないため<sup>207</sup>、店舗の外装や内装を構成する複数の要素の内、特徴的な構成要素のみを特定して商標登録を受けることもできない<sup>208</sup>。

次に、店舗の外装・内装について立体商標ではなく平面商標を取得しても、現実に店舗の外装・内装を模倣して事業活動をすることで店舗の外装・内装の持つ標識面にフリーライドしている被疑侵害者に対しては、商標的使用が否定される可能性が高いように思われ、適切な権利行使を成し得ない可能性が高い。

また、色彩のみからなる商標や位置商標では、店舗の外装・内装の標識面の一部をフォローするにとどまるうえ、その権利範囲も広いものとは考え難いのが現状である。

さらに、立体的形状と色彩等の複数の要素を1つの商標として登録を受けることはできない<sup>209</sup>。

そのうえ、「店舗の内装について、立体商標、位置商標、色彩のみからなる商標で保護を図ろうとしても、商標審査便覧上、商標法第3条1項柱書に該当すると判断されてしまうため、登録を受けることができないのが現状である。」と

---

<sup>207</sup> 第5回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会・前掲注182)。

<sup>208</sup> この点に関して、株式会社サンビジネス・前掲注17) 212頁は、「国内質問票調査において、店舗の外観・内装は、店舗ごとにどうしてもデザインに差異が生じてしまうにもかかわらず、現行制度では、その点を考慮した制度設計になっていないため、不便を感じているとの声があった。この点については、デザインが店舗ごとに異なってしまう部分は、商標を構成しない要素として破線等で表し、共通する特徴的な部分を実線で表して商標登録することが一案として考えられる。」と考察する。

<sup>209</sup> この点に関し、株式会社サンビジネス・前掲注17) 180頁は、「『立体的形状、色彩等複数の要素を1つの商標として登録できるようにする』ことが必要か質問したところ、『必要』、『どちらかといえば必要』との回答が、7割以上にのぼった。」として、保護のニーズがあることを示している。

いう指摘すらある<sup>210</sup>。

このように、日本の商標法では、店舗の外装や内装における什器や置物、色彩、その他の個々の構成要素が組み合わされることで一つの出所識別標識として機能し、出所識別力を有することになる場合に、これを保護する制度が存在しないのが現状である<sup>211</sup>。

### 3 日本の商標法による店舗外装・内装の保護拡充に関する考察—保護拡充の要否について

#### (1) 店舗の外装・内装における個々の構成要素の組み合わせから成る一つの標章の保護の必要性について

では、上記のとおり現行法では保護されていない、店舗の外装・内装における複合的な構成要素から成る一つの標章を保護することは不要であろうか。

確かに、現行商標ではその全体ではないにしても、立体商標、色彩のみからなる商標、位置商標などを併用したり戦略的に活用したりすることによって、店舗の外装・内装の一部の標識面を保護することは可能である。

そのため、店舗の外装・内装の複合的要素の組み合わせから成る全体の外観・内観を保護するような制度は現状不要であるとの指摘がありうる。

しかし、店舗の外装・内装の一部の標識面が保護されているからといって、全体から視覚的に看取できる標識面を保護する必要はない、という議論には結びつかないのではないか。

例えば、店舗の内装の内、レジを置く棚と電灯、棚の一部に配された特定の色彩の組み合わせが正に需要者に対する出所識別標識として機能しており、個々の要素単独では出所識別力を欠く場合を想定する。

この場合、個々の要素は出所識別力を欠く以上、棚や電灯は立体商標としては保護されず、色彩も色彩のみからなる商標では保護されない。当該色彩が棚に配された位置についても、出所識別力を欠くのであれば位置商標による保護も困難であろう。

---

<sup>210</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 12 頁。

<sup>211</sup> 三木＝井口・前掲注 42) 767-768 頁は、「店舗デザインに関しては、我が国の現行法上、…米国トレードドレス制度のように全体的なイメージの保護に及んでいる法制度は見あたらない。…こうした店舗デザインをどうやって保護していくかが今後の課題であろう。」とする。また、青木・前掲注 183) 324 頁は、「新商標法では、トレードドレス自体は保護されないことになったが、色彩のみからなる商標、位置商標、立体商標により、ある程度トレードドレスを保護することができる。しかしながら、店舗内装の全体的イメージからなるトレードドレスの保護には困難を伴うことになる。」と指摘する。横山・前掲注 48) 158 頁も、「我が国でも、店舗デザインの十全な保護を図るためには、アメリカのようにトレードドレスの商標登録を認めることが必要となる。」と指摘する。

このように、個々の要素がありふれていたり、特定の目的や機能を実現するために不可欠な構成である場合、当該個々の要素の標識面について商標登録を受けることはできない（商標法4条1項18号）。

例えば、あるカフェ内に存在するありふれた形状の備品や什器、色彩が、自他識別力を有し、当該店舗の出所識別標識として機能することは極めて稀であろう。

もつとも、当該ありふれた個々の構成要素であっても、これらが有機的に結びつくことで、カフェの内装全体の内観が自他識別力を発揮し、当該店舗の出所識別標識となることは十分にありうる。

換言すれば、需要者や取引者において、例えば店舗の内装を構成する個々の要素である備品や什器、置物、特定の位置に配された色彩、それ以外の壁の装飾などを個々単独で見ても、当該店舗の出所を認識しないことはありうる。

しかし、それらの要素を特定の組み合わせ、配置で一体として知覚した場合、特定の出所を認識することは十分にありうるように思われるのである。現実の取引等において、需要者や取引者は、正にこれらの個々の構成要素から成る外装や内装全体を知覚している以上、より出所識別標識となり得るのは、個々の構成要素よりもむしろ、個々の構成要素の組み合わせが作り出す一つの標章というべきである。

そうすると、個々の構成要素の標識面を保護するのでは不十分であり、かかる要素の組み合わせが作り出す店舗の外装・内装の持つ標識面を保護しなければ、標識面の保護として十分とは言えないように考える<sup>212</sup>。

## (2) 店舗の外装・内装の組み合わせからなる一つの標章の出所識別力について

また、本来的に店舗の外装・内装が構成する空間は、正に取引対象となる商品や製品それ自体ではなく、当該商品や製品、サービスを需要者に提供する際の包装（パッケージ）と捉えることができる。

そして、このようなパッケージは、商品デザインに比して生来的な出所識別力を獲得していることが十分にあり得る。

ここで、横山久芳教授は、「確かに、店舗デザインは、プロダクトデザインの

---

<sup>212</sup> 三木＝井口・前掲注42) 767頁は、「特に事業主体が重視するデザインの識別性という点に関しては、デザインの構成要素の識別性を離れ、全体としての組合せから生じる識別性を保護して初めて、一定のコンセプトに従った全体の統一性、雰囲気から生まれるブランドイメージを保護することになるのである。」と指摘する。また、株式会社サンビジネス・前掲注17) 180頁は、「『立体的形状、色彩等複数の要素を一つの商標として登録できるようにする』ことが必要か質問したところ、『必要』、『どちらかといえば必要』との回答が、7割以上にのぼった。」として、保護のニーズがあることが示されている。

ように、商品・役務と関連性の乏しい特徴的なデザインを採用しやすいということではある。しかしだからといって、店舗デザインが多少なりとも特徴的なものであれば、自他の商品・役務の識別や出所表示の機能を果たし得ると解するのは早計であろう。我が国の裁判例も述べる通り、店舗デザインは、一般に、商品・役務の提供場所である店舗の機能ないし美観に資するものとして採用されるものであり、デザインに多少の特徴があるとしても、需要者は店舗の魅力を高めるために店舗デザインが選択されたものと認識するにとどまり、それを超えて、当該デザインが自他の商品・役務の識別や出所表示のために使用されているとは認識しないと解される。したがって、店舗デザインについては、一種の広告塔のような特殊なものを除いて、原則として、使用による後発的な識別力の取得を条件として保護を認めることが妥当であると思われる。」と指摘する<sup>213, 214</sup>。

確かに、店舗の外装や内装は、少なからず店舗の機能や美観に資するものとして採用される。

そして、「商品」の形状については、上記の横山教授の指摘のとおりのように考える。

すなわち、商品であれば、機能や美観に資する目的で採用されたものは、需要者においても正に当該商品の機能や美観を高めるものと捉えられるにとどまるケースが多いように考えられよう。

しかし、店舗の外装・内装に関しては、商品の形状のケースと同様に「需要者は店舗の魅力を高めるために店舗デザインが選択されたものと認識するにとどまり、それを超えて、当該デザインが自他の商品・役務の識別や出所表示のために使用されているとは認識しない」とは必ずしも評価できないのではないか。

すなわち、上記のとおり、店舗の外装・内装の有する外観・内観は、商品それ自体ではなく、当該店舗において提供する商品やサービスのパッケージ（包装）と考え得る。

したがって、店舗の外装・内装に関しても上記の商品形態に関するケースと

---

<sup>213</sup> 横山・前掲注 48) 159 頁。

<sup>214</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 213 頁も、「一般に、店舗デザインは、店舗の機能や美観に資することを目的として採用されるものであり、需要者が店舗の外観・内装により商品・役務の出所を識別することは少ないと考えられる。また、業種によっては、サービスの性質上、必然的に似たようなデザインになるといった事情もある。店舗の外観・内装を店舗に関する組み合わせ商標として保護する場合も、基本的には、店舗の機能や美観に資することを目的として採用された識別力を有しない要素の組み合わせと考えられることから、全体として『需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができない商標』（商標法第 3 条第 1 項第 6 号）に該当し、識別力を有しない場合が多いと考えられる。」とする。

同様に考えうるかは、慎重に検討すべきである。

そして、店舗の外装・内装に関するケースでは、需要者のマインド内において、店舗が「魅力的」と認識することと、「出所識別標識」として認識することとは、必ずしも上記のように峻別されるものとは考え難い。

すなわち、「魅力的」であるからこそ需要者は当該店舗の内装等を記憶するのであり、当該店舗と同じ内装の別店舗を訪れてその内装を知覚したとき、「あの店舗」と出所を認識するのではないか。

一般的には、店舗の美観性が高まれば高まるほど、他の同種の店舗との差別化が進み、自他識別力を有することになるように考えられる。

このように、店舗の外装・内装の創作面と標識面とは必ずしも峻別することはできないように考えられ、一定の相関関係が認められるケースが十分にあるように考えられる。

したがって、店舗の外装・内装全体について、店舗の機能や美観に資するものとして採用される傾向があるからといって、一種の広告塔のような特殊なものを除いて、原則として、使用による後発的な識別力の取得を条件として保護を認めるべき、とはいえないものとする。

むしろ、以上の次第で、店舗の外装・内装全体についても、それぞれ生来的に出所識別力を備えるケースも多分にあり得るように考えられる。

そうすると、店舗の外装・内装全体の外観については、かように出所識別力を備える可能性がある以上、かかる標識面の保護の必要性があることは言を俟たない。

### (3) ブランディングへのインセンティブ確保との関係

さらに、事業者は、正に個々の構成要素の組み合わせや配置によって他の店舗との差別化を図り、ブランディングへ投資を行っている。

かかる投資が適切に保護されず、標識面へのフリーライドを許すのであれば、店舗の外装・内装に対するブランディングへのインセンティブは損なわれる。

重ねて、本章本節1(1)で見たとおり、不競法上の保護では周知性や著名性が要求されるため、スタートアップ企業や中小企業などが独自の店舗の外装・内装を開発し、人気を博したケースで模倣者が現れた場合、適切に模倣に対抗することが困難な状況にある。

このような現状では、店舗の外装・内装の標識面の保護は不十分であると言わざるを得ず、商標法の目的である業務上の信用の維持を図ることはできず、産業の発達も損ない、また需要者の利益も損なわれよう（商標法1条参照）。

また、前述のような模倣を許容することは、事業者間の公正な競争を阻害するようにも思われる（不競法1条参照）。

そして、日本においても、例えば特に喫茶店やカフェの分野などでは、第1章で確認したとおり、商品自体がコモディティ化した現在、商品自体のクオリティの競争は未だあるとしても、店舗の外装や内装などを含むブランディングの段階での競争が始まっているのであり、店舗の外装・内装全体の外観・内観の持つ標識面保護の要請が高まっているように思われる。

したがって、ブランディングへのインセンティブ確保の観点からも、店舗の外装や内装を構成する個々の要素の組み合わせから成る一つの標章（外観・内観）について、その標識面を保護する必要がある。

#### (4) 小括

以上の次第で、日本においても、店舗の外装・内装の個々の構成要素の組み合わせから成る一つの出所識別標識が観念可能であり、それが生来的な出所識別力を備える可能性がありえる。また、現実に事業者においてこのような店舗の外装・内装がブランディングに利用されていることから、そのインセンティブ確保の必要性もある現状を踏まえれば、同出所識別標識についても、日本の商標法において保護する必要があると考える。

### 4 日本の商標法による店舗外装・内装の保護拡充に関する考察－商標制度小委員会及び商標審査基準 WG において検討されている立体商標に関する審査運用等の改訂について

#### (1) 立体商標の審査基準改訂等による店舗の外装・内装の保護拡充策の概要

##### ア はじめに

2019年11月22日現在、商標制度小委員会では下記のように、立体商標制度に関する省令改正や審査便覧、審査基準の改定等による審査運用の見直しにより、店舗の外装・内装の標識面の保護について対応するようである<sup>215</sup>。同対応方法は、例えば後述のようなトレードドレスなどの新しい商標を設けることなく、あくまで立体商標制度に関する省令改正や審査運用を変更するというものにとどまる。

##### イ 商標の詳細な説明の記載と実線と破線による商標記載の描き分けの許容

具体的にはまず、権利範囲明確化のため、下記のように省令改正を行い「商標の詳細な説明」の記載を求めるとともに、権利化を求める部分と求めない部分とを実線と破線とで描き分けることを認めるなどとする<sup>216</sup>。

<sup>215</sup> 第5回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会・前掲注182)4-5頁。

<sup>216</sup> 第5回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会・前掲注182)5頁では、「店舗の外装・内装以外の立体的形状からなる立体商標についても…同様の対応とし

## 記

### 「5. 対応の方向性

#### (1) 立体商標制度の見直し（省令改正）

##### ア. 店舗の外観・内装

店舗の外観・内装は、諸外国においては立体商標として保護されている例が多く、構成が複雑になる場合がある店舗の外観・内装について、ユーザーからは、店舗の外観・内装を構成する要素のうち特徴的な部分を文章で明確にして権利化したいとのニーズがある。これらを踏まえ、我が国の立体商標制度においても、権利範囲を明確化するため、『商標の詳細な説明』を必要に応じて願書に記載できることとしてはどうか。これにより、権利範囲の特定が容易になり、先行商標との類否判断等にも資することが期待される。

また、店舗の外観・内装は、店舗スペースの制約等により完全に同一のデザインで展開することが事実上困難であるとの実情がある。そこで、立体商標を願書の商標記載欄に記載する際、権利化を求める部分と求めない部分とを描き分ける（例えば、標章を実線で描き、その他の部分を破線で描く。）ことを認めてはどうか。これにより、一つの出願で、店舗の外観・内装を構成する特徴的な要素を権利化し、様々な店舗デザインの展開に資するものと考えられる。

なお、商標調査の負担の増大についての懸念が多いことを踏まえ、特許情報プラットフォーム（J-P l a t P a t）において、店舗の外観・内装からなる商標を検索しやすくするための方策（図形タームの付与等）を講じることが必要と考えられる。」

##### ウ 商標記載欄に店舗の内装の端が切れて記載されているものを一定程度許容すること

また、上記省令改正と併せて、審査便覧や審査基準などの審査運用を見直すこととされる。

具体的には、商標記載欄に店舗の内装の端が収まらない場合についても、慎重に検討するとされているとともに、出所識別力の有無については、従来に引き続き原則として店舗の立体的形状のみからなる商標は識別力を有しないことが前提とされるようである<sup>217</sup>。

---

てはどうか。」とする。

<sup>217</sup> 第5回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会・前掲注182)5頁。

私見としては、出所識別力に関する方針については、首肯できない。そもそも同案では、上記のとおり「店舗の外観・内装に係る識別力・類否判断等については、ユー

## 記

「(2) 立体商標等に関する審査運用の見直し

5. (1) のように制度を見直す場合には、その審査運用を商標審査基準ワーキンググループにおいて検討する必要がある。

加えて、立体商標において、店舗の内装の端が商標記載欄に収まらない場合等の課題についても検討を行うべきではないか。ただし、位置商標及び位置を特定した色彩のみからなる商標について、商標記載欄に表された店舗の内装の端が同欄に収まらない場合にも、標章が付される位置が明確に特定し得るかについては、慎重に検討すべきではないか。

なお、店舗の外観・内装に係る識別力・類否判断等については、ユーザーからの周知性がない商標が登録されることに対する懸念、類否判断の基準が不明確であることへの懸念等を踏まえて、原則として店舗の立体的形状のみからなる商標は識別力を有しないことを前提とした上で、審査運用の明確化を検討してはどうか。」

---

ザーからの周知性がない商標が登録されることに対する懸念、類否判断の基準が不明確であることへの懸念等を踏まえて、原則として店舗の立体的形状のみからなる商標は識別力を有しないことを前提とした上で、審査運用の明確化を検討してはどうか。」とする。

しかし、店舗の外装・内装デザインにおいても、生来的な出所識別力がありうることは、本章本節3(2)において述べたとおりである。

そして、本来的に商標法は、不競法と異なり、使用主義を採用せず、発展助成機能のために使用前から登録を認める制度であると考ええる。

かかる次第で、「周知性がない商標が登録されることに対する懸念」は、一般的には他の商標を含め存在する。

この懸念は詰まるところ、先行登録商標の調査の問題に帰するように考えられるが、後述のように店舗の外装・内装に関する登録商標の調査負担が幾分でも軽くなるようなシステムを導入し、今後も試行錯誤しつつ運用することで、当該懸念は他の種類の商標と変わらなくなる程度に薄めることができるのではないか。

また、「類否判断の基準が不明確であることへの懸念」とするが、これについても、商標記載欄に実線や破線を用いて商標登録を受けんとする範囲を描き分けるとともに、「詳細な説明」を付記させることで適切に当該登録商標を特定するのであれば、他の商標の類否判断に比して「殊更に」不明確ともいえないように考えられる。

以上の次第で、上記指摘の趣旨は必ずしも判然としないが、「原則として店舗の立体的形状のみからなる商標は識別力を有しないことを前提」とするという理由付けは必ずしも説得的でなく、首肯し難い。

## (2) 具体的な内容（審査基準改訂案<sup>218</sup>）について

### ア はじめに

上記商標制度小委員会において対応の方向性が決定されたことを受け、2019年11月22日現在、同年9月19日開催の第27回商標審査基準WG以降、上記審査基準の改訂案に関する検討が進んでいる。

以下、2019年11月22日現在公表され、検討されている改訂案についての概要に触れ、同改訂案での対応が、保護拡充策として十分かどうか、そもそも立体商標の審査運用等の改訂による店舗の外装・内装の標識面の保護拡充が適切かどうか、について考察を加える。

### イ 具体的な検討案について

#### (ア) 店舗の内装に関して

##### a. 商標審査基準改訂案

商標審査基準WGでは、例えば下記のように、「店舗の内装のように、家具、什器、壁や床の装飾など、複数の立体的形状を組み合わせた構成からなる立体商標の場合は、権利化を求める立体的形状を明確にするため権利化を求める立体的形状を破線で記載できること」が検討されている<sup>219</sup>。

記

---

<sup>218</sup> 商標審査基準WG（第28回）配布資料2「商標制度審査基準改訂案」

（[https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo\\_wg/document/28-shiryuu/03.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_wg/document/28-shiryuu/03.pdf)、最終閲覧日2019年11月22日）等。

<sup>219</sup> 特許庁「第27回商標審査基準ワーキンググループ資料3 店舗の外観・内装の商標制度による保護等における優先課題（案）」3頁（令和元年9月）

（[https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo\\_wg/document/27-shiryuu/04.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_wg/document/27-shiryuu/04.pdf)、最終閲覧日2019年11月22日）。



### 店舗の内装

(注) なお、外枠の破線及び床の破線は実線とみなす。  
以下、同様

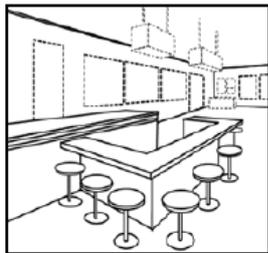
(許容例 1, 商標審査基準 WG 資料<sup>220</sup>)

また、商標審査基準 WG では、実線と破線等の描き分けがあり、「商標の詳細な説明」において描き分けられた線等につきその内容を記載している例として、下記のようなものを検討している。

記

(例 2)

#### 【商標登録を受けようとする商標】



#### 【立体商標】

#### 【商標の詳細な説明】

商標登録を受けようとする商標(以下「商標」という。)は、立体商標であり、店舗の内装からなる立体的形状の内部の構成を表示したものである。

商標は、コの字型のカウンター、椅子及びカウンターに接して設置された酒や料理等の提供台を含む立体的形状からなる。

なお、破線は、店舗の形状の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。

#### 【指定商品又は指定役務並びに商品及び役務の区分】

#### 【第 43 類】

【指定商品 (指定役務)】 飲食物の提供

<sup>220</sup> 特許庁・前掲注 219) 4 頁。

(許容例 2, 商標審査基準 WG 資料<sup>221</sup>)

そして、同 WG では、下記のとおり、商標記載欄に記載された立体商標の端が切れている場合についても、上記許容例 1 及び同 2 は立体商標としての構成及び態様が特定されているものとして、許容することが提案されている（下線部は論文執筆者付記）。

記

「立体商標について、それを構成する立体的形状の全体の輪郭を商標記載欄に表示することが可能であるにもかかわらず、その全体を表示していない場合には、立体商標としての構成及び態様が具体的に特定されておらず、法第 3 条第 1 項柱書により商標登録を受けることができる商標に該当しないと判断する。

ただし、内装のように立体的形状の内部の構成を表示した立体商標であって、商標記載欄の枠により立体商標の端が切れることがやむを得ない場合は、商標記載欄に記載された範囲で立体商標としての構成及び態様が特定されていると判断する。この場合には、商標の詳細な説明を記載することとし、同記載において、商標記載欄に記載した商標が、立体的形状の内部の構成を表示した立体商標である旨を明らかにするものとする。なお、複数の図又は写真による立体的形状の内部の構成の表示については、各図の示す立体的形状が合致しない場合、法第 3 条第 1 項柱書の要件を満たさないものとする…。」<sup>222</sup>

さらに、商標法 3 条 2 項に関し、商標審査基準 WG では、立体商標における出願商標と使用商標の「同一性」の考え方や商標の類否（商標法 4 条 1 項 1 1 号）について下記のような考え方が提案されている。

記

(商標法 3 条 2 項の関係)

「具体的には、商標記載欄において、標章を実線で描き、その他の部分を破線で描く場合、『その他の部分』（破線）は、立体商標との関係では、商標を構成しない部分を示すにとどまる。

したがって、実線・破線等の描き分けがある場合の『同一性』の判

<sup>221</sup> 商標審査基準 WG 「第 28 回商標審査基準ワーキンググループ資料 1 店舗の外観・内装の商標制度による保護等に関連する商標審査基準の改訂について(案)」13 頁(令和元年 1 1 月)

([https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo\\_wg/document/28-shiryuu/02.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_wg/document/28-shiryuu/02.pdf), 最終閲覧日 2019 年 11 月 22 日)。

<sup>222</sup> 商標審査基準 WG ・前掲注 221) 6-7 頁。

断において、『その他の部分』を考慮しないことが明らかとなるよう、『(注)』として追記してはどうか。」<sup>223</sup>

(商標法4条1項11号の関係)

「具体的には、商標記載欄において、標章を実線で描き、その他の部分を破線で描く場合、『その他の部分』(破線)は、立体商標との関係では、商標を構成しない部分を示すにとどまる。

したがって、立体商標の類否の判断においては、『その他の部分』を考慮することはせず、当該部分を除いて、商標全体として考察することを明記してはどうか。」<sup>224</sup>

b. 審査基準改訂案に対する考察

以上の次第で、商標記載欄における実線と破線の描き分け及び商標の詳細な説明の付記により、店舗内装における、複数の要素を一つの商標として出願することが可能となっているように評価できる。

また、上記許容例1から、立体的形状のみならず、色彩についても付記することが許容されていよう。

さらに、商標法3条2項における「同一性」の判断および商標法4条1項11号における「類否」の判断においても、上記のとおり破線部分は商標を構成しないものとして、実線で特定されている部分のみを考慮して行う方針が明確にされている。

そして、上記のとおり、商標記載欄に記載された店舗の内装の端が切れている場合であっても、特定に欠けるところはないと判断されるようである。

したがって、今般の審査運用の改訂により、出願人は、実線と破線との描き分け等により、店舗の内装を構成する複数の要素(立体的形状)から、特徴的部分のみを任意に選択して組み合わせることが許容されており、任意に選択された組み合わせについて、正に一つの出所識別標識として商標法の保護を受けることができることになろう。

このように商標記載欄に記載された店舗の内装の端が切れても特定に欠けるところはなく、上記「同一性」の判断や「類否」の判断について、破線部分については考慮されないという案からすれば、店舗の内装における特徴的部分のみ(もしくは複数の特徴的部分の組み合わせのみ)を実線で描いて商標登録を受けることで、個々の店舗の形状や構造、広

<sup>223</sup> 商標審査基準WG・前掲注221) 17頁。

<sup>224</sup> 商標審査基準WG・前掲注221) 18頁。

さその他諸々の制約を受けることにより、すべての店舗において全く同一の外装・内装デザインを用いることが困難であるという実情にも一定程度対応できるように考えられる。

このことは、登録商標と現実における使用商標との同一性が肯定されやすくなることをも示唆している<sup>225</sup>。

また、店舗の内装に関する登録商標と第三者の標章との同一又は類似範囲が事実上広がりうるから、権利範囲が広がりうる。

以上のとおり、店舗の内装に関して、立体商標の審査基準を改訂する案は、上記のとおり店舗の内装に関する標識面の保護範囲を事実上拡充するものと考察でき、店舗の外装・内装に関して商標登録を受けようとするものにとってメリットのある改訂となろう。

#### (イ) 店舗の外装に関して

##### a. 商標審査基準改訂案

次に、店舗の外装に関しては、下記のように図示される記載では、立体的形状の全体が特定されないとして商標法3条1項柱書に該当する、という方針案が示された<sup>226</sup>。

記

破線の記載を許容しない例

拒絶理由（3条1項柱書）に該当する例



建物の外観の輪郭の一部が破線で表され  
立体的形状の全体が特定し得ない場合

(不許容例1, 商標審査基準WG資料<sup>227</sup>)

<sup>225</sup> 特に商標法3条2項のいわゆる特別顕著性の立証に用いる証拠の関係や不使用取消審判（商標法50条1項）で問題となろう。

<sup>226</sup> 特許庁・前掲注219) 5頁。

<sup>227</sup> 特許庁・前掲注219) 5頁。

このような記載を前提とすれば、店舗の外装については、それを構成する個々の要素の組み合わせを実線と破線とで描き分けて特定し、一つの商標として登録を受けることはできないとも思える<sup>228</sup>。

しかし、上記不許容例1の記載は、屋根以外の1階壁部分のうち、前面は破線で記載されている一方、当該建物の後部及び下部（右部の記載）が実線で記載されている。そのため、このような記載では、詰まるところ当該店舗の外装の立体的形状を特定できない。

したがって、上記不許容例1は、店舗の外装において実線と破線との描き分けによる複数の立体的形状の内、個々の組み合わせを一つの商標として出願することを一切許容しないという趣旨ではないように考えうる<sup>229</sup>。

もっとも、特許庁のこの点に関する方針は必ずしも明確ではない<sup>230</sup>。

審査基準改訂案ではさらに、下記は立体商標として認められるとする。

#### 記

---

<sup>228</sup> 同不許容例1については、商標審査基準WGにおいて、田辺恵委員（以下、「田辺委員」という）から「まず5ページで建物の外観についての御説明をいただいたかと思いますが、これは建物全体が必ず実線でないとだめだという趣旨でしょうか。」との質疑がなされ、これに対し、高野商標審査基準室長は、「はい。そのような趣旨です。」との回答がなされ、そのうえで「例えば建物の屋根だけを実線にして、下の部分を点線にした場合、点線と相当違うような形状になると印象が変わってきてしまうので、そういうときの類否判断であるとか、点線部分も含めて識別力の判断をするのか、しないのか、点線部分に識別力のあるようなものがあつたらどうするのか。いろいろなことを検討したときに、立体形状全体が特定できないとなかなか難しいのではないかという考えのもと、今回のような御提案をさせていただきました。」と発言している（商標審査基準WG「第27回議事録」12頁〔田辺恵発言〕及び〔高野商標審査基準室長発言〕、16頁〔高野商標審査基準室長発言〕（令和元年9月19日）

（[https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo\\_wg/document/index/new27\\_gjiroku.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_wg/document/index/new27_gjiroku.pdf)、最終閲覧日2019年11月22日）。

<sup>229</sup> 商標審査基準WG・前掲注228)14-15頁〔小塚壮一郎発言〕では、「皆さんがおっしゃることに私も賛成ですが、資料3の5ページの先ほどから問題になっている家の図は、この図自体は事務局としては非常にうまくつくっておられて、1階部分の後ろのほうは実線になっていて、表面だけが破線になっている。これですと、確かに何が特定されているのかがよくわからないということなので、この図そのものについては許容しない例ということにもなるのかなと思います。これは、要するに、建物という一つの物があるので、それについては外観を特定してくださいという例だと考えます。」と指摘しており、同指摘が正鵠を射ているように思われる。

<sup>230</sup> 前掲注228)のとおり、高野商標審査基準室長の回答を前提にすれば、店舗の外装については、それを構成する複数の立体的形状のうち、特定の組み合わせのみを実線で描き、その他を破線で描き分けるような運用を許容しないようにも読み取れるところであり、商標審査基準WG・前掲注221)においても、これを明確に許容されているような事例案が提示されているようには必ずしも見受けられないところである。

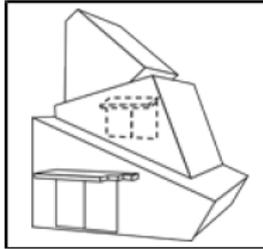
**事例(案)** 現行審査基準 第4 4. (1) 立体商標について

(7) 立体商標を特定するものと認められる例

立体商標を構成する標章についての具体的かつ明確な説明が記載されている場合。

(例1)

**【商標登録を受けようとする商標】**



**【立体商標】**

**【商標の詳細な説明】**

商標登録を受けようとする商標(以下「商標」という。)は、立体商標であり、3つの多面体を含む店舗の外観を表す立体的形状からなる。

なお、破線は、店舗の形状の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。

**【指定商品又は指定役務並びに商品及び役務の区分】**

**【第43類】**

**【指定商品(指定役務)】** 飲食物の提供

(許容例3, 商標審査基準WG資料<sup>231</sup>)

上記許容例3は、立体商標を構成する標章について、具体的かつ明確な説明がなされていると検討されている。

かかる例では、店舗の外装の一部を破線とし、同破線部分は「店舗の形状の一例を示したものであり」と説明されているから、店舗の外装についても、実線と破線とを使用して特定すること自体を否定する趣旨ではないものと理解できる。

次に、下記のとおり、「立体的形状の全体の輪郭を商標記載欄に表示することが可能であるにもかかわらず、その全体を表示していない場合(店舗の外観に係る立体商標の端が商標記載欄の枠により切れている例)」<sup>232</sup>には、商標法3条1項柱書により商標登録を受けることができる商標に該当しない、と判断することが検討されている。

記

<sup>231</sup> 商標審査基準WG・前掲注221) 13頁。

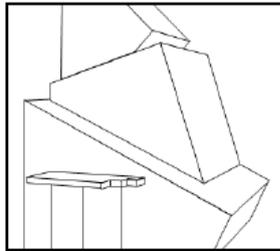
<sup>232</sup> 商標審査基準WG・前掲注221) 7頁。

**事例(案)** 現行審査基準 第126.

(5) 立体商標(実線・破線等の描き分けがある場合には商標を構成する部分)の端が商標記載欄の枠により切れている場合

(7) 立体商標と認められない例

**【商標登録を受けようとする商標】**



**【立体商標】**

**【商標の詳細な説明】**

商標登録を受けようとする商標は、立体商標であり、3つの多面体を含む店舗の外観の一部を表したものである。

**【指定商品又は指定役務並びに商品及び役務の区分】**

**【第43類】**

**【指定商品(指定役務)】** 飲食物の提供

(解説) 願書に記載した商標は、立体商標の全体を表示することが可能であるにもかかわらず、その全体を表示していないため、立体商標としての構成及び態様が具体的に特定されていない。

(不許容例2, 商標審査基準WG資料<sup>233</sup>)

商標記載欄から端が切れて記載されていると当該立体商標の構成及び態様が具体的に特定されておらず、立体的形状が特定できないため、立体商標とは認められないということである。

一般論として、店舗の外装については通常、商標記載欄にその全体を表示することが著しい支障なく可能であるように思われるから、店舗の外装一般について、商標記載欄に収まりきるように記載しなければ商標登録を受けることはできない、というように整理できよう。

b. 審査基準改訂案に対する考察

(a) 店舗の外装の立体商標についての「実線」と「破線」の描き分けに関する商標審査基準改訂案の立場について

上記のとおり、店舗の外装の場面においては、実線と破線との描き分けを許容していることは明らかであるものの、例えば以下のような出願を想定した場合、これが具体的かつ明確に特定されていると判断

<sup>233</sup> 商標審査基準WG・前掲注221)7頁。

されるかは上記の商標審査基準 WG の議論状況を見る限り、必ずしも判然としない<sup>234</sup>。

例えば、上記許容例 3 の商標記載欄に描かれた建築物の外観の内、上記案では実線で描かれている下部のドア及び屋根部分及び破線で描かれた部分のみが出願商標内で「実線」で描かれ、その他の部分（上記案では実線で描かれている建物全体）が「破線」で描かれていて、商標の詳細な説明には、「当該破線は、店舗の外装の形状の一例を示したものであり、商標を構成するものではない。」との記載がある出願を想定する（以下、「想定例 1」という）。

仮に建物全体が必ず実線でなければ立体商標の形状および構成が「特定」されているものとは判断しないという趣旨であるならば<sup>235</sup>、上記のような想定例 1 は、「特定」できないものとして許容されないことになるであろう。

したがって、このような想定例 1 が立体商標として許容され、登録を受け得るのかは、現状明確でない。

よって、店舗の外装においては、店舗の内装と異なり、それを構成する個々の要素（複数の立体的形状等）の組み合わせのみ（当該外装の外枠・外縁を含まず、いわば外装に取り付けられた備品等のみから成る組み合わせ）を一つの商標として出願し、登録を受け得るか否かは明らかでない。

#### (b) 小括

以上の次第で、2019年11月22日現在、店舗の外装については、店舗の内装と異なり、その全体が実線により記載されていなければ商標登録を受けることができないのか否かは明らかでない。

この点について仮に、その全体が実線により記載されていなければ、立体商標の構成及び形状が特定されていないと判断され、商標登録を受けることができないとするのであれば、店舗の外装については、これを構成する個々の要素（複数の立体的形状）の組み合わせを一つの商標として適切に保護することは、少なくとも十分に可能とは言えないであろう<sup>236</sup>。

---

<sup>234</sup> 商標審査基準 WG・前掲注 228) 参照。

<sup>235</sup> 商標審査基準 WG・前掲注 228) のやりとりを踏まえれば、特許庁の商標審査基準室はこのような方針を考えているように見受けられる。

<sup>236</sup> 例えば、後述の脚注 248) で示す「かに道楽」の例では、屋根や壁などの外装全体を特定しなければ商標登録を受けることができないことになる。しかし、屋根や壁は個々の店舗により区々であるため、例えば第三者が屋根や壁の形状や構成が登録商標とは異なる態様で、同一又は類似の「大きな蟹」（ただし、当該「蟹」の動作態様は

(ウ) 店舗の外装・内装の双方を含む構成に関して

a. 商標審査基準改訂案

また、店舗は、本章第1節2(1)イ(イ)aで検討したように、①戸建ての店舗型と②ビルイン型(②ビルイン型はさらに、店内と店外とを分ける壁及び扉(外装)の有無によって、外装有り型(②—1)と外装無し型(②—2)とに分けることができよう。)に分けて捉えることができる。

今般の商標審査基準WGでは、この②ビルイン型の店舗であって、②—1外装有り型と考えられる店舗の外装・内装につき、一つの立体商標として登録可能とする案が下記のとおり示されている<sup>237</sup>。

記

---

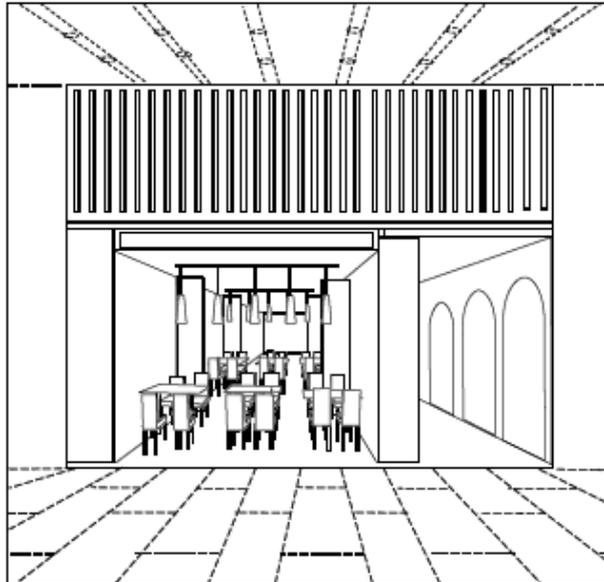
異なるものとする。)を設置した外装を当該第三者の店舗に施したとき、当該被疑侵害標章と登録商標との類似性の判断において、類似性が否定されることが想定されうる。しかし、これでは、当該「大きな蟹」が持つ自他識別力を十分に保護できていないのではないか。

<sup>237</sup> 商標審査基準WG・前掲注221)10頁。

事例(案) 現行審査基準 第1-6.(6)

(イ) 立体商標と認められる例

【商標登録を受けようとする商標】



【立体商標】

【商標の詳細な説明】

商標登録を受けようとする商標(以下「商標」という。)は、立体商標であり、縦線模様  
の装飾を含む店舗の外観、並びにテーブルと椅子、ペンダント照明及びアーチ状の壁面装飾  
を含む内装を表す立体的形状からなる。

なお、破線は、店舗を設置する建物の形状の一例を示したものであり、商標を構成する  
要素ではない。

【指定商品又は指定役務並びに商品及び役務の区分】

【第43類】

【指定商品(指定役務)】 飲食物の提供

(解説) 店舗の外観を表示した図に、内装が含まれており、一つの立体商標として特定  
されていると判断する。

(許容例4, 商標審査基準 WG 資料<sup>238</sup>)

b. 審査基準改訂案に対する考察

上記許容例4でも示されるような、②ビルイン型の外装有り型(②-1)  
の例では、店舗の外装と内装とがほぼ同時に需要者に視認されうるように  
考えられる。

したがって、店舗の外装と内装のそれぞれの特徴的部分が組み合わさっ  
て一つの出所識別標識として機能することも十分にあり得よう。

<sup>238</sup> 商標審査基準 WG・前掲注 221) 10 頁。

そのため、上記商標審査基準WGで検討されている上記のような例を一つの「商標」として登録を認める方針は首肯できる。

しかし、上記のように外装と内装とを含めて実線で描き、一つの商標として登録を受けた場合、その権利範囲は通常広くないであろう。

例えば、第三者により、上記の許容例4の【商標登録を受けようとする商標】欄に示される店舗の外装と内装の記載の内、内装部分のみが模倣された場合で、当該第三者の店舗が②ビルイン型ではなく、①戸建て型である場合（以下、当該第三者の店舗を「被疑侵害店舗」という。）、当該被疑侵害店舗には上記許容例4で示されるような外装部分は存在しない。

そのため、上記許容例4の【商標登録を受けようとする商標】欄に示される商標の記載及び、「縦線模様の装飾を含む店舗外観、並びに…内装を表す立体的形状からなる」との【商標の詳細な説明】欄の記載をも参酌すれば、商標の類似性の判断においては、非類似と判断される可能性が高いように考えられる。

これに対し、上記許容例4の【商標登録を受けようとする商標】欄記載の店舗の内装部分のみの商標登録を受けた場合には、外装部分については当該商標の権利範囲から漏れている以上、少なくとも許容例4に記載のあるような外装部分を考慮せずに上記被疑侵害店舗で登録商標との類似性が判断可能になると思われる点で、類似性の範囲は広がるであろう。

したがって、権利範囲の観点から考えれば、内装単独で出所識別標識足りうるのであれば、外装と内装とを含む上記許容例4のような形ではなく、内装のみを【商標登録を受けようとする商標】として出願して登録を受ける方が良いように考える。

他方、登録審査のハードルという観点からは、上記許容例4に記載された【商標登録を受けようとする商標】の方が、内装のみの商標に比して登録されやすい傾向が出てくる（出所識別力（商標法3条1項3号や6号）の問題及び独占適応性（4条1項18号）の問題などの関係）ようには推察されよう。

## ウ 立体商標として含めることができるものの限界に関する考察

### （ア）一商標一出願の原則との関係について

上記店舗の内装についても、一体どこまでのものを含めることができ、どこからのものは含めることができないのかは一見判然としない。

例えば、上記許容例1や同2に示される店舗の内装の記載は、いずれもテーブル、椅子、カウンター様のものに限られるように見受けられる。

しかし、例えばメニューや従業員のユニフォームなども店舗の内装を構

成するものであると考えられるところ、これらを許容例 1 や同 2 に示される記載のなかに含めることができるのかが明らかでないように思われる。

また、店舗の外装についても、その限界が不分明であることは上記で確認した通りである。

これらの「限界」は、詰まるところ、1つの商標ごとに1つの商標登録出願をしなければならないとする、一商標一出願の原則（商標法 6 条 1 項）との関係で決せられる問題であろう。

そもそも立体商標は、文字、図形、記号若しくは色彩又はこれらの結合との結合を含む立体的形状からなる商標と定義される（商標法 5 条 2 項 2 号、商標法施行規則 4 条の 3 参照）から、立体商標として登録を受けるためには、立体的形状<sup>239</sup>である必要がある。

そして、立体商標の個数を含め、商標が 1 個であるか、複数個であるかは、あくまで「商標を構成する文字・図形の結合等から数個の称呼・観念が生じ、商品ないしは役務に関する種々の角度からするいくつかの識別標識を含むものであっても、それが取引上 1 個のまとまった標識として需要者に一体的に認識されるものと判断し得る限りは、1 個の商標として 1 つの出願で登録を受けることができる」<sup>240</sup>ように解され<sup>241</sup>、現在の審査実務においてもこのような審査の実情があるように見受けられる<sup>242, 243</sup>。

---

<sup>239</sup> 前掲注 178) で確認したとおり、立体的形状とは「三次元の物の形状をいう」ものとされる。

<sup>240</sup> 網野誠『商標』677 頁（有斐閣、第 6 版、2002）。

<sup>241</sup> これに対し、兼子一＝染野義信『特許・商標（実務法律講座）』744 頁（青林書院、全訂版、1958）は、商標登録を受けようとする商標につき、流通過程から離れて技術的な表現としての標章を観察し、単一の形態、称呼、観念を有するもののみを 1 個の商標としなければならないと解する。かかる見解によれば、1 個の商標は、単一の形態でならなくてはならない以上、立体商標についても、単一の立体的形状からなるものに限定されるように考えられる。したがって、この見解によれば、立体商標の個数は、立体的形状の個数により異なり、1 つの立体商標の中で複数の立体的形状を含めることは、一商標一出願の原則に反することになるであろう。しかし、商標はあくまで具体的な取引のなかで需要者に対する出所識別標識として機能し、そこに蓄積するグッドウィルを保護することを目的とするところ、ここで現実の取引においては、複数の形態が組み合わさって一つの標章として需要者に認識され、一つの出所識別標識を構成することも十分にありうる。そうすると、一つの商標か否かの検討において、流通過程を捨象して、単に技術的な表現のみを問題にする必然性はない上、かかる見解を採用することは、取引の実情とも沿わないのではないか。そこで、本論文では、本見解を採用せず、現在の実務の採用する見解に近いように思われる本文に記載の見解を採用する。

<sup>242</sup> 例えば、本文中の資料 1 1 などは複数の立体的形状からなるように見受けられるが、登録査定に至っている。

<sup>243</sup> なお、商標審査基準には、この一商標一出願の原則における一つの商標の考え方についての記載は見受けられない（商標審査基準第 5（第 14 版、平成 31 年 1 月）参照）。

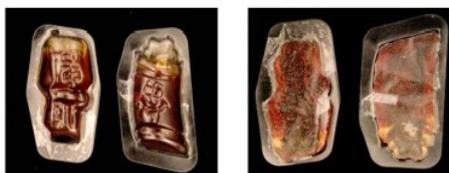
また、立体商標の定義においても、前述のとおり、立体的形状の個数については何らの限定もない。

そうすると、あくまで上記で指摘した限界に関する問題は、立体的形状の個数ではなく、当該複数個の立体的形状が、取引上1個のまとまった標識として需要者に一体的に認識されるものと判断することができ、一つの商標と評価できるかどうかにより決せられる問題であろう。

この点に関連し、商標審査基準 WG では、下記のように複数の立体的形状の組み合わせを許容しない審査例が示されている<sup>244</sup>。

記

【参考】過去の審査例



商願09-101458  
指定商品「菓子」  
6条1項の要件を具備しないとされた例



商願2001-14732  
指定商品「菓子及びパン」  
3条1項柱書の要件を具備しないとされた例

(商標審査基準 WG 資料<sup>245</sup>)

例えば、上記「【参考】過去の審査例」の下段にある拒絶例では、二つの人形のような菓子パンが横並びになっているところ、3条1項柱書の要件を具備しないという理由で拒絶されている。

同下段の例では、二つの人形が並んで表示されており、二つの人形という2つの立体的形状の「組み合わせ」が問題となっている。

また、上記「【参考】過去の審査例」の上段にある拒絶例では、一商標一出願の原則に反する（同要件を具備しない）とされている。

これらの例はいずれも、商標登録を受けようとする商標の記載として、立体的形状が2つ存在していたことのみが問題とされたのではなく、あく

<sup>244</sup> 特許庁・前掲注219) 13頁。

<sup>245</sup> 特許庁・前掲注219) 13頁。

まで当該2つの立体的形状が「一つの商標」と評価できなかったという点が問題とされたように考えられる。

この立体商標における複数の立体的形状の組み合わせに関連し、商標審査基準 WG では、下記のとおり検討している<sup>246</sup>。

#### 記

「今般の審査運用の見直しを踏まえ、例えば、内装に係る立体商標については、複数の立体的形状から構成される場合があり、このような場合も、結合商標の一つとして、商標登録を受けることができる『商標』に該当し得る（法第3条第1項柱書）。

内装以外の立体商標についても、内装の場合と別異に解する理由はないことから、同様の整理とし、商標審査基準の立体商標の例示部分に、以下のとおり、立体的形状に『複数の立体的形状からなるものを含む。以下同じ。』との文言を追加してはどうか。」

以上のとおり考えると、あくまで上記のような「立体的形状」に「複数の立体的形状からなるものを含む」との商標審査基準 WG の追記案は、あくまで従前からの前提事項を確認的に追記するものにすぎないと評価できよう。

このように、今般の審査運用の見直しの前後いずれにおいても、複数の立体的形状のどこまでを盛り込むことができ、どこからは盛り込むことができないのか、という問題の判断基準やその限界は、一商標一出願の原則との関係で、一つの商標としてとらえることができるか否か、という問題に帰着するものと考えられる。

したがって、上記で上げたメニューや従業員のユニフォームについても、それが店舗の内装の他の立体的形状と共に、需要者に視認可能で一体的に認識できると評価できるような場合<sup>247</sup>には、一つの商標として一商標一出願の原則も充たし、商標登録を受け得るように考える。

(イ) 店舗の外装において、建物全体が実線で描かれていなければならないか、という問題について

この点に関する私見としては、店舗の外装においても、建物全体が実線

---

<sup>246</sup> 商標審査基準 WG・前掲注 221) 11 頁。

<sup>247</sup> 需要者においてこのように一体的に認識され、一つの出所識別標識を構成していると評価するためには、少なくとも各要素が特定のコンセプトのもとに選択されて、一定の統一性ないし共通性を有し、有機的に関連していると評価できるようなものである必要がある。

で描かれている必要は必ずしもないように考える。

すなわち、当該店舗の外装において、建物全体（その外縁）が実線で描かれていなくとも、当該外装における複数の立体的形状が実線と破線により描き分けられていること自体は許容すべきである。また、それが複数の立体的形状を含む場合には、あくまで一商標一出願の原則との関係で、一つの商標と評価できるかどうかにより判断すべきである。

すなわち、店舗の外装の場合であっても、例えば屋根や壁自体はありふれたものであるものの、当該屋根に装飾物が設置されており、当該装飾物自体もしくは複数の装飾物の組み合わせに特異性がある場合、当該個々の装飾物自体乃至はその組み合わせが自他識別力を発揮して、出所識別標識として機能しているように考えられる<sup>248</sup>。

このような場合には、当該特徴的な装飾物乃至その組み合わせを「実線」で、屋根や壁などを「破線」で描くことも認められるべきであろう。

また、屋根や壁などが「破線」により記載されており、「商標の詳細な説明」欄に適切な説明があれば、当該装飾物の形状や、構成も明確といえるように思われる。

さらに、店舗の外装について、店舗の内装と別異に解すべき特段の理由も見出せない。

したがって、仮に店舗の外装・内装に関する標識面の保護拡充について、仮に現在商標審査基準 WG で検討が行われているような立体商標による審査運用の改訂により対処するのであれば、店舗の外装についても、建物全体について実線により描かれていない例を一切「立体的形状の全体が特定されない」として登録を拒絶するのではなく、当該店舗の外装の内、特徴的部分のみを実線で描き、その他の部分を破線で描き分ける対応をも許容する余地を残すべきである。

そして、店舗の外装を構成する個々の構成要素の組み合わせからなる標章についても、店舗の内装のケースと同様に、それが一つの商標と評価できる限り、建物全体が実線で描かれていないことのみをもって商標登録の可能性を否定すべきではない<sup>249</sup>。

---

<sup>248</sup> 例えば、株式会社かに道楽の店舗では、店舗入り口の上部に、「大きな蟹」の装飾物が設置されている。店舗により、屋根や壁の構造や形状は区々であるようであるが、このような屋根や壁とは独立して、正に当該「大きな蟹」の装飾物が、他店舗との自他識別標識として機能しているように思われる。この例では、「大きな蟹」という大きくは一つの構成要素のみを示しているが、複数の特徴的な構成要素を有する場合があります。ありうることは想像に難くない。

<sup>249</sup> 商標審査基準 WG においても、複数の委員が建物の外装全体が実線ではない場合であっても許容いただきたい旨発言している（商標審査基準 WG・前掲注（221）12 頁〔田

(ウ) 小括

したがって、店舗の外装・内装のいずれについても、立体商標としての登録を受ける際に、当該外装や内装を構成する要素の内どのような要素を盛り込むことできるかという「限界」に関する問題は、一商標一出願の原則との関係で、それが一つの商標（立体商標）と評価できるかどうかという検討により処理すべきである。

つまるところ、商標記載欄に何を含めることができ、何を含めることができないのかという問題は、当該個々の構成要素の組み合わせが需要者において一体的に認識され、一つの出所識別標識を構成しているとして一つの商標と評価できるかどうかによるものと考えられる。

(3) 小括

以上の次第で、今般商標制度小委員会及び商標審査基準 WG において検討されている立体商標の審査運用等の改訂によれば、店舗の外装及び内装についてはいずれも、実線と破線との描き分けや商標の詳細な説明への記載を利用することで、その外装・内装を構成する個々の要素の組み合わせが一つの出所識別標識を構成していると評価できる限り、保護することが可能となっているように見受けられる。

5 日本の商標法による店舗外装・内装の保護拡充に関する考察—「新たな商標」の導入策との比較考察

(1) 米国における「トレードドレス」の議論の参照

店舗の外装・内装の保護拡充策としては、上記立体商標に関する審査基準等の改訂による審査運用の見直しによる以外に、「新たな商標」を導入することが考えられる。

この点に関連し、店舗の外装・内装の個々の構成要素を含んだ形でその全体的な外観（一つの出所識別標識）を保護する制度として、諸外国の制度を参照すれば、米国のトレードドレス制度を挙げることができる。

日本でもこれまで平成 26 年の商標法改正時に、トレードドレスを商標の保護対象に加えることが検討された<sup>250</sup>。

しかしながら、同改正時には、『トレードドレス』は、国際的にその定義が確立していないのが実態であり、保護される対象も一義的に定まっているとは

---

辺発言〕，13 頁〔大西育子発言〕，14 頁〔近江恵発言〕）。

<sup>250</sup> 産業構造審議会知的財産分科会「新しいタイプの商標の保護等のための商標制度の在り方について」2-5 頁（平成 25 年 9 月）参照。

いい難い。海外主要国において『トレードドレス』として登録されている例をみると、(a)商品の立体形状、(b)商品の包装容器、(c)建築物の形状（店舗の外観（内装））、(d)建築物の特定の位置に付される色彩等が含まれているが、これらは立体商標等によって保護され得るとも考えられる。」<sup>251</sup>として、保護対象とすることが見送られた経緯がある。

また、平成28年7月の第2回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会においても、「平成26年法改正により商標の保護対象に追加されなかった『におい』、『触感』、『味』、『トレードドレス』の商標については、これまでも業界団体との意見交換の場を通じて我が国企業等による保護のニーズの把握に努めてきたところではあるが、未だ保護のニーズが顕在化しているとまではいえない。」などと評されている<sup>252</sup>。

もともと、何をもって保護のニーズが「顕在化」しているというのかという問題はあるとしても、保護のニーズは確かに存在している<sup>253</sup>。

---

<sup>251</sup> 産業構造審議会知的財産分科会・前掲注250)2頁。

<sup>252</sup> 第2回産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会配布資料（資料3）「商標制度に係る検討事項」7頁（平成28年7月）

（[https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo\\_shoi/document/02-shiryou/shiryou3.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_shoi/document/02-shiryou/shiryou3.pdf), 最終閲覧日2019年9月22日）。

<sup>253</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17)171-172頁では、「店舗の外観・内装について、現行の商標制度での保護に関して不便に感じていることがあるか質問したところ、全体の結果では、『不便に感じていることがある』と回答した者の割合は15.6%で、不便に感じていることは『ない』と回答した者よりも少なかった。」とする。そうすると、一見すると現行法による商標制度による保護で十分であり、直ちに別途店舗の外装・内装に関して商標として保護するニーズがあるかどうか不分明ともなりそうである。しかし、他方同報告書では係る分析の直後に、「外観・内装に他社店舗と『区別できる特徴がある』者に限ると、そのうちの41.7%が『不便に感じていることがある』と回答した。また、『外観・内装に他社店舗と区別できる特徴があり、かつ特徴部分についての商標登録出願経験がある』者に限ると、42.9%が『不便に感じていることがある』と回答した。」とする。このように、現実に店舗の外装・内装により他社店舗との区別できる特徴を有する企業（このような企業は、ブランディングのために店舗の外装・内装デザインを利用している企業とも評価し得よう。）にその範囲を絞ると、現行の商標法による保護制度に不便を感じている企業が大幅に増える。そうすると、他社店舗との競争において区別できる特徴を店舗の外装・内装に設けている企業においては、少なからず不便を感じているところがあると評価できよう。そのうえで、同報告書178頁では、「店舗の外観・内装について商標登録を受けやすいように、商標制度の見直しを行うことが望ましいか質問したところ、全体の結果では、商標制度の見直しを行うことが『望ましい』と回答した者は、『望ましくない』と回答した者よりも少なかった。しかし、『外観・内装に他社店舗と区別できる特徴のある』者に限ると、『望ましい』と回答した者が、『望ましくない』と回答した者よりも多い結果となった。」とし、具体的な数字を見れば、「全体」の結果では、35.5%が商標制度の見直しが望ましいと回答するとどまるものの、「外観・内装に他社店舗と区別できる特徴のある」企業では、その62.5%が商標制度の見直しが望ましいと回答

そこで、店舗の外装・内装の標識面の保護拡充の観点から、上記のような立体商標制度に関する省令や審査基準等の改訂など審査運用の見直しによる方法が、「トレードドレス」を商標法の保護対象に盛り込んだ場合と比較して明らかに不十分であるのであれば、「新たな商標」として「トレードドレス」を盛り込むことも考えられる。

以上の次第で、本論文では、米国におけるトレードドレスに関する議論及び同議論を参考にして日本でも、「新たな商標」としてトレードドレスを導入した場合に想定される議論について、以下順に整理し、検討する。

そのうえで、上記立体商標制度に関する審査運用の見直しによる場合と、トレードドレスを「新たな商標」として採用した場合とについて、「保護対象」の範囲などを中心に比較考察を行う。

かかる比較考察を踏まえて、上記立体商標の審査運用の見直しによる保護拡充策で十分といい得るのか、「新たな商標」としてトレードドレスを導入すべきなのかにつき、検討する。

## (2) 米国における「トレードドレス」制度について

### ア 米国の「トレードドレス」の保護の本質（定義等）

(ア)米国の「トレードドレス」と米国商標法(以下、「ランハム法(Lanham Act)」などという。)の関係など

米国商標法は、文字や他のシンボル以外にも、商品やサービスの出所を示すものを広く商標として取り扱う。

したがって、ランハム法(Lanham Act)の下では、仮に商品などの外観であったとしても、その外観が当該商品等の出所を表示するものである限り、自他識別力を発揮するトレードマークとしての機能を有する。

トレードドレスは、ランハム法(Lanham Act)45条に規定される「商標」の定義<sup>254</sup>にも該当することから、商標として登録を受けることも可能である。

また、商標登録を受けていないトレードドレスについても、一定の要件

---

しているのである。そうすると、店舗の外装・内装をブランディングに使用する企業の多くが現行の商標制度の見直しが望ましいと考えていることが明らかとなっており、そのニーズが確かに存在すると評価することができよう。

<sup>254</sup> ランハム法(Lanham Act)45条: "The term "trademark" includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof—(1) used by a person, or (2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown."

のもと、ランハム法 (Lanham Act) 43条(a)<sup>255</sup>により保護される<sup>256</sup>。

「トレードドレス」というワード及び定義は、ランハム法に規定があるものではなく、米国における裁判において生み出されてきた概念である<sup>257</sup>。

(イ) トレードドレスの発展の経緯や定義等

トレードドレスは、米国においては当初、ラベル、包装など商品パッケージデザインの法的保護に関する議論として展開され発展してきた<sup>258</sup>。

もっとも、その後長年の裁判例の蓄積により、トレードドレスの守備範囲(保護範囲)は徐々に拡大され、商品自体のデザインや建物の外観など、今日では商品やサービスとして消費者に提供されるあらゆる要素の組み合わせを含むものとされている<sup>259</sup>。

そして、今日においてトレードドレスとは、自他識別力を有する商品やサービスの全体的なイメージ乃至全体的な外観などと定義され<sup>260</sup>、例えば商品(製品)デザイン(product design)でいえば、プロダクト全体のイメージ、そこには、サイズ、形状、色もしくはこれらの組み合わせ、テクスチャー、グラフィック、もしくはセールステクニックなどを含むとされる<sup>261</sup>。このように、トレードドレスの定義は抽象的で曖昧なものであるといえ、一義的に定まったものはないのが現状である<sup>262</sup>。

---

<sup>255</sup> ランハム法 (Lanham Act) 43条(a)は、「取引において商品若しくはサービス又は商品の容器に付して若しくはそれに関連して語、用語、名称、記号、図形若しくはそれらの結合」を使用して混同を生じさせるような行為について、当該人は、当該行為によって被害を受けており又は受ける虞があると考える者による民事訴訟において責めを負う旨規定されており、この「記号、図形若しくはその結合」にトレードドレスが含まれることになる。

<sup>256</sup> See Restatement Third, Unfair Competition[hereinafter Restatement], § 16, comment a (1995).

<sup>257</sup> See WILLIAM E. LEVIN, TRADE DRESS PROTECTION[hereinafter TRADE DRESS PROTECTION] § 1:5 (2d ed.)(2008).

<sup>258</sup> See, Restatement, supra note 256: See J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION[hereinafter MCCARTHY] § 8:1 (5th ed.)(2017).

<sup>259</sup> See *Id.*

<sup>260</sup> See, Restatement, supra note 256.

<sup>261</sup> See *Id.*

<sup>262</sup> 青木・前掲注183)462頁は、「トレードドレス(Trade Dress)とは、国際的に定義が確立していないのが実態であり、保護される対象も一義的に定まっていない」ことを指摘する。生駒正文「トレードドレス法理序説—判決例を通して—」牛木理一古稀『意匠法及び周辺法の現代的課題』729頁,731頁(発明協会,2005年)は、「当トレードドレスの広範な性質の欠点は、競業者がいかなるものをトレードドレスと判断するかが困難である」ことや「トレードドレスは漠然とした概念であり、登録しに

米国においてトレードドレスは、上記のとおりランハム法 (Lanham Act) 上商標登録を受けることができ、手続やその登録による効力などは、他の商標と同様である。商標登録を受けていないトレードドレスについては、同法上、後述の要件を充足することで、裁判上保護を受けることができる。

このような制度は、いわば日本法でいう商標法と、登録されていない出所識別標識を保護しようとする不競法 2 条 1 項 1 号や同 2 号のような関係に類するものと捉えることができよう。

#### イ トレードドレスが標識面を保護するものであること

上記のとおり、「トレードドレス」は、商品の出所を示すものであることを要し、単に装飾的で美的なものにとどまり、自他識別機能を果たさないものに対してはトレードドレスとしての保護は与えられない<sup>263</sup>。

特許法や著作権法と異なり、トレードドレスの保護は、イノベーションや創作活動に対する報奨として存在するものとは捉えられていない<sup>264</sup>。

あくまでトレードドレスは、出所識別標識としての機能を有する店舗の外観、商品デザイン (product design) やパッケージデザイン (product packaging design) 等を含むものを保護し、もって当該トレードドレスに蓄積するグッドウィル (goodwill) を保護することを志向している。

この点に関し、米国最高裁判所は、店舗の外装・内装のトレードドレスが問題となった後述の *Two Pesos v. Taco cabana* 事件において、生来的な識別力を有するトレードドレスがセカンダリーミーニング (二次的意味) の主張立証を要するかという争点を判示する文脈で、商標とトレードドレスとが同じランハム法 (Lanham Act) のもとにおいて、共通の目的を有しており、これらについて異なる解釈をすべき明文が存在しないことなどから、両者を別異に取り扱う理由がない旨判示した<sup>265</sup>。

このように、米国最高裁判所自体も、トレードドレスと他の商標とを、別異に取り扱うこととはしておらず、出所識別標識を保護するものとして同様に取り扱っている。

以上のとおり、トレードドレスは、消費者に提供される商品やサービスの

---

く」いという点を指摘する。

<sup>263</sup> See MCCARTHY, *supra* note 258.

<sup>264</sup> See *Id.*

<sup>265</sup> See *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763, 112 S. Ct. 2753, 120 L. Ed. 2d 615, 23 U.S.P.Q.2d 1081 (1992)[hereinafter *Two Pesos v. Taco Cabana*](“This is the rule generally applicable to trademarks, …and the protection of trademarks and of trade dress under §43(a) serves the same statutory purpose of preventing deception and unfair competition. There is no textual basis for applying different analysis to the two.”).

外観の持つ出所表示機能に着目し、その側面に法的保護を与えようとするものであり、商品パッケージ (product packaging design) や商品 (製品) デザイン (product design)、店舗の外装・内装などの標識面を保護するものとして議論され、生成されてきたものである。

なお、後述のとおり、トレードドレスの保護は、トレードドレスの対象物における創作面が、著作権法等により保護される余地を否定するものではなく、また特許法等を含む他の知的財産法で保護される可能性があることも指摘されている<sup>266</sup>。

#### ウ トレードドレスの具体例

##### (ア) 裁判例上肯定されたもの

トレードドレスとして保護されたものとして、裁判例上は、例えば下記のようなものを挙げることができる<sup>267</sup>。

##### 記

- ・「ブートキャンプ」にインスパイアされた軍事的デザインのフィットネス施設 (the design of a military-inspired “boot camp” fitness facility;<sup>268</sup>)
- ・メキシカンスタイルのレストランチェーンの外観や装飾 (the appearance and decor of a chain of Mexican-style restaurants;<sup>269</sup>)
- ・ワインの小売店におけるワインボトルの陳列 (ディスプレイ) 方法 (the method of displaying wine bottles in a retail wine shop;<sup>270</sup>)
- ・ゴルフ場のホールのデザインの一部としての灯台の使用 (the use of a lighthouse as part of the design of a golf hole;<sup>271</sup>)
- ・ランプの外観 (the appearance of a lamp;<sup>272</sup>)
- ・ドアノブのデザイン (the design of a doorknob;<sup>273</sup>)

---

<sup>266</sup> See WILLIAM E. LEVIN, *supra* note 257) § 1:4.

<sup>267</sup> See *Id.* § 8:4.50.

<sup>268</sup> Pure Power Boot Camp, Inc. v. Warrior Fitness Boot Camp, LLC, 813 F. Supp. 2d 489, 80 Fed. R. Serv. 3d 1025 (S.D. N.Y. 2011) (The design was held to be a valid trade dress but was not infringed by defendant’s fitness facility.).

<sup>269</sup> Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 112 S. Ct. 2753, 120 L. Ed. 2d 615, 23 U.S.P.Q.2d 1081 (1992).

<sup>270</sup> Best Cellars Inc. v. Grape Finds at Dupont, Inc., 90 F. Supp. 2d 431, 54 U.S.P.Q.2d 1594 (S.D. N.Y. 2000).

<sup>271</sup> Pebble Beach Co. v. Tour 18 I, Ltd., 942 F. Supp. 1513, 1530, 1561(S.D. Tex. 1996), *aff’d*, 155 F.3d 526, 48 U.S.P.Q.2d 1065 (5th Cir. 1998).

<sup>272</sup> Bauer Lamp Co. v. Shaffer, 941 F.2d 1165, 20 U.S.P.Q.2d 1128 (11th Cir. 1991).

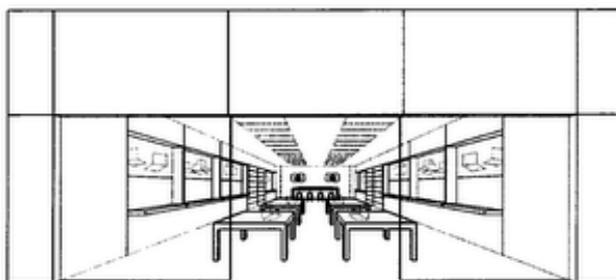
<sup>273</sup> P.E. Guerin Inc. v. Nanz Custom Hardware, Inc., 45 U.S.P.Q.2d 1524, 1997 WL

- ・子供用衣服のラインのデザイン (the design of a line of childrens' clothing;<sup>274</sup>)
- ・ハンドバッグのデザイン (the design of a handbag;<sup>275</sup>)
- ・ゴルフクラブのヘッドの形状及び外観 (the shape and appearance of the head of a golf club;<sup>276</sup>)
- ・レストランの装飾及びメニュー並びに様式 (the decor, menu and style of a restaurant;<sup>277</sup>)

(イ) 登録例

店舗の外装・内装に関するもの（トレードドレス）として米国特許商標庁（USPTO）により登録されているものとしては、下記のようなものが挙げられる（権利放棄されたもの等を含む）。

記



(資料 27 : 米国登録第 4277914 号 (登録 : 主登録簿), 指定商品・役務等 : 第 35 類コンピューター, コンピューターソフトウ

---

777812 (S.D.N.Y. 1997).

<sup>274</sup> Samara Bros., Inc. v. Wal-Mart Stores, Inc., 165 F.3d 120, 49 U.S.P.Q.2d 1260 (2d Cir. 1998), rev'd, 529 U.S. 205, 120 S. Ct. 1339, 54 U.S.P.Q.2d 1065 (2000).

<sup>275</sup> Hermes Intern. v. Lederer de Paris Fifth Ave., Inc., 219 F.3d 104, 55 U.S.P.Q.2d 1360 (2d Cir. 2000) (defendant sold copies of plaintiff's HERMES' high-fashion accessories: postsale confusion could occur).

<sup>276</sup> Callaway Golf Co. v. Golf Clean, Inc., 915 F. Supp. 1206, 39 U.S.P.Q.2d 1737 (M.D. Fla. 1995) (preliminary injunction granted against look-alike of inherently distinctive design of plaintiff's BIG BERTHA golf clubs).

<sup>277</sup> Fuddruckers, Inc. v. Doc's B.R. Others, Inc., 826 F.2d 837, 4 U.S.P.Q.2d 1026 (9th Cir. 1987); Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 120 L. Ed. 2d 615, 112 S. Ct. 2753, 23 U.S.P.Q.2d 1081 (1992). See T. G. I. Friday's, Inc. v. International Restaurant Group, Inc., 405 F. Supp. 698, 189 U.S.P.Q. 806 (M.D. La. 1975), aff'd, 569 F.2d 895, 197 U.S.P.Q. 513 (5th Cir. 1978) (interior motif of restaurant-bar could be trade dress, but no secondary meaning proven); Warehouse Restaurant, Inc. v. Customs House Restaurant, Inc., 217 U.S.P.Q. 411, 1982 WL 51043 (N.D. Cal. 1982) (restaurant interior).

ェア，コンピューター周辺機器，携帯電話，家庭用電化製品および関連アクセサリを特色とする小売店サービス  
ほか) <sup>278</sup>



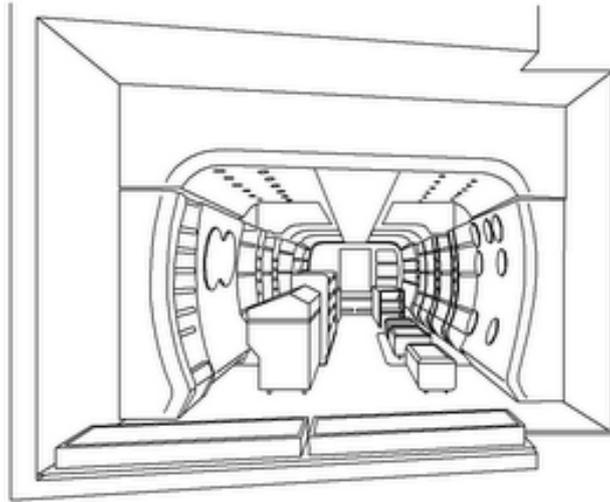
(資料 2 7 使用見本 (specimen) <sup>279</sup>)

---

<sup>278</sup> 商標の説明 : The mark consists of the design and layout of a retail store. The store features a clear glass storefront surrounded by a paneled facade consisting of large, rectangular horizontal panels over the top of the glass front, and two narrower panels stacked on either side of the storefront. Within the store, rectangular recessed lighting units traverse the length of the store's ceiling. There are cantilevered shelves below recessed display spaces along the side walls, and rectangular tables arranged in a line in the middle of the store parallel to the walls and extending from the storefront to the back of the store. There is multi-tiered shelving along the side walls, and a oblong table with stools located at the back of the store, set below video screens flush mounted on the back wall. The walls, floors, lighting, and other fixtures appear in dotted lines and are not claimed as individual features of the mark; however, the placement of the various items are considered to be part of the overall mark.)

<sup>279</sup> 米国特許商標庁ウェブサイト

(<http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn85036990&docId=SPE20100515082009#docIndex=21&page=1>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 14 日)。



(資料 2 8 : 米国登録第 3453856 号 (登録 : 主登録簿), 指定商品・役  
務等 : 第 35 類旅行関連製品の小売店サービス) <sup>280</sup>



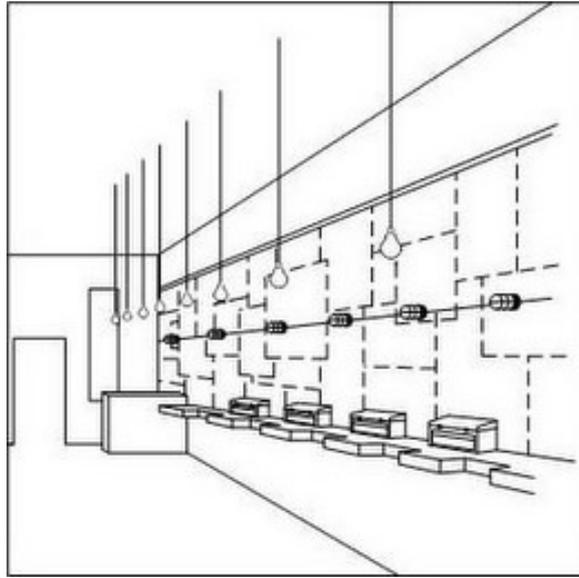
(資料 2 8 使用見本 (specimen) <sup>281</sup>)

---

<sup>280</sup> 商標の説明 : The mark consists of three-dimensional trade dress depicting the interior of a retail store evoking the theme of the interior cabin of a commercial aircraft and 1960s-era airline travel, with curved walls, a clearly defined center aisle, items on either side of the aisle, cubicle-styled shelving, wood paneling, a commemorative flight route map, a rectangular light panel in the ceiling over the center aisle, and recessed lighting on the ceiling on either side of the rectangular light panel.

<sup>281</sup> 米国特許商標庁ウェブサイト

(<http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn78952067&docId=SPE20181220173516#docIndex=26&page=1>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 14 日)。



(資料 2 9 : 米国登録第 3467850 号 (登録 : 主登録簿), 指定商品・役  
務等 : 第 44 類理髪店と美容室サービス) <sup>282</sup>

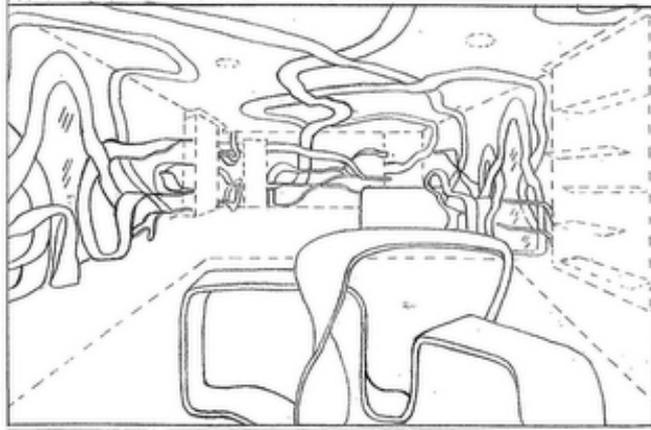


(資料 2 9 使用見本 (specimen) <sup>283</sup>)

<sup>282</sup> 商標の説明 : The mark consists of the design of the interior of a barbershop encompassing vapor lock lights in metal cages, pendant lighting with exposed bulbs, mechanic's tool boxes, stainless steel countertops with cut-ins and cut-outs, a vertical wall sign, and a display wall for displaying music themed posters. The features shown in dotted lines are not claimed as part of the mark and are intended only to show the position of such features.

<sup>283</sup> 米国特許商標庁ウェブサイト

(<http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn78742462&docId=SPE20051101101942#docIndex=30&page=1>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 14 日)。



(資料 3 0 : 米国登録第 3797782 号 (登録 : 補助登録簿), 指定商品・  
役務等 : 第 35 類靴, ハンドバッグ, ポケットブックの小  
売店サービス) <sup>284</sup>



(資料 3 0 使用見本 (specimen) <sup>285</sup>)

---

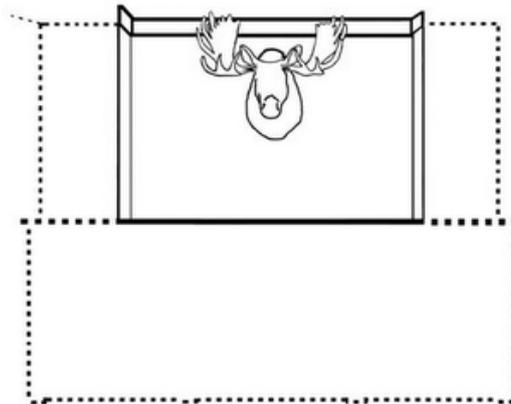
<sup>284</sup> 商標の説明 : The mark consists of the three dimensional trade dress of the interior design of a retail store with a color white 'ribbon' pattern traversing walls and making up the design of tables, counters, and chairs, and the color white background covering the walls, ceiling and floor. The 'ribbon' design consists of long bands that invert, fold and twist to give the illusion of a large scale ribbon. The matter shown broken lines is not part of the mark and serves only to show the position or placement of the mark.

<sup>285</sup> 米国特許商標庁ウェブサイト

(<http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn77730209&docId=SPE20090509070312#docIndex=27&page=1>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 14 日)。



(資料 3 1 : 米国登録第 85614911 号 (登録許可通知発行後, 使用陳述書または延期申請書が提出されなかったため放棄扱い), 指定商品・役務等 : 第 35 類菓子製品, 玩具, アパレル, 家庭用品, 宝石, ギフトノベルティ, オフィス用品, 文房具用品を扱う小売店サービス)<sup>286</sup>



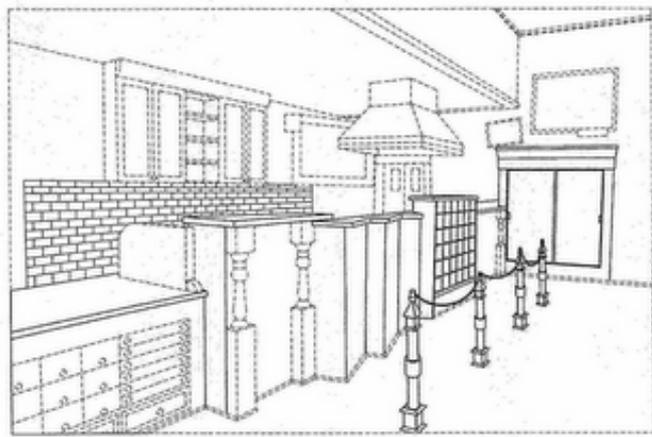
(資料 3 2 : 米国登録第 4101082 号 (登録 : 主登録簿), 指定商品・役務等 : 第 35 類衣料品, 衣料品アクセサリ, 宝石, バッグ, パーソナルケア製品を扱う小売店サービス)<sup>287</sup>

<sup>286</sup> 商標の説明 : The mark consists of three-dimensional trade dress for the appearance of an interior display within a retail store. The display is characterized by the prominent use of the color yellow and images of circles in the colors yellow, red, orange, blue, green, and brown, each with a white letter "m" inside the circle, throughout the display. The display consists of two rounded panels at the entryway to the display, a ceiling, four walls and a floor. The panels are covered in their entirety by the color yellow, along with images of circles in the colors yellow, red, orange, blue, green, and brown. Each circle contains a white stylized letter "m". The ceiling is covered in its entirety by the color yellow. Each wall also displays the color yellow in the background and/or as a border. The floor contains a yellow gondola, as well as images of yellow, green, red, and blue circles, each displaying a white stylized letter "M".

<sup>287</sup> 商標の説明 : The mark consists of a three-dimensional trade dress depicting the



(資料 3 2 使用見本 (specimen) <sup>288</sup>)



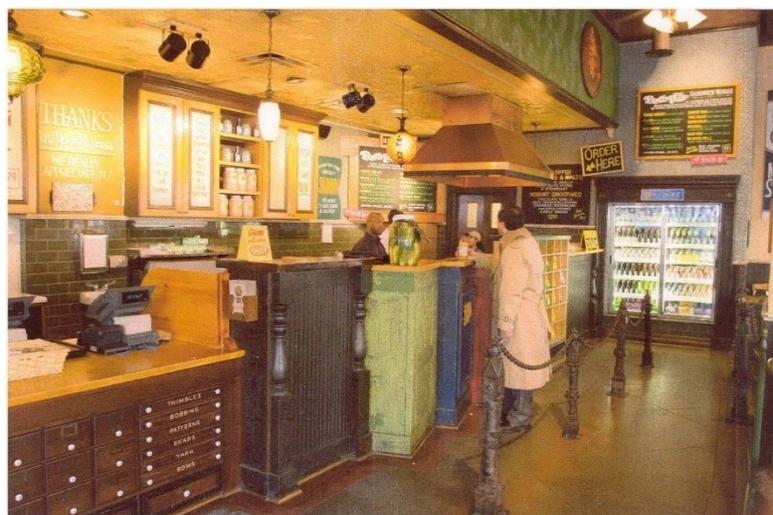
(資料 3 3 : 米国登録第 3494208 号 (登録 : 補助登録簿), 指定商品・  
役務等 : 第 43 類 レストランサービス) <sup>289</sup>

interior of a retail store featuring the configuration of a mounted Moose head centered in a rectangular enclave above and behind the cash wrap counter. The broken lines are intended to show placement of the mark and are not a part of the mark.

<sup>288</sup> 米国特許商標庁ウェブサイト

(<http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn85190302&docId=SPE20101207074244#docIndex=22&page=1>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 14 日)。

<sup>289</sup> 商標の説明 : The mark consists of trade dress for the appearance and design of the interior of a restaurant produced by a combination of multiple counters of



(資料 3 3 使用見本 (specimen) <sup>290</sup>)

#### エ トレードドレスの商標出願に関する審査運用の概略

##### (ア) 実線と破線による描き分けの許容

米国特許商標庁 (USPTO) においても、トレードドレスの図面に関し、実線と破線との描き分けが許容されている。すなわち、出願人は、商標登録を受けようとする商標として主張されている要素を示すため、図面上で実線を使用する必要があり、商標の一部として主張していない部分を示すため、破線または点線を使用する必要があるものとされる<sup>291</sup>。

また、商標の特定の要素を点線または破線で記載するのが非実的である場合 (たとえば、それらの要素が点線を判読できないほど比例的に小さい場合) や点線が商標の不明瞭な描写をもたらす場合には、出願人は、実線を使用することができるものとされる。ただし、この場合、出願人は、商標の説明欄において、これらの要素を特定し、これらの要素は商標の一部ではなく、必要に応じて商標の位置を表示するだけのものであることを宣言する文言を記載する必要がある<sup>292</sup>。

---

different heights forming a multi-level counter structure, a built-in glass front drink cooler, cubbyhole-style shelving, banner stanchions with chains/ropes and tile behind serving area. The solid lines show the positioning of the mark in connection with the restaurant and those features claimed by the applicant as its mark.

<sup>290</sup> 米国特許商標庁ウェブサイト

(<http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn77082394&docId=SPE20070116065734#docIndex=22&page=1>, 最終閲覧日 2019 年 8 月 14 日)。

<sup>291</sup> The USPTO, T.M.E.P. § 1202.02 (c) (i) (2018)[hereinafter *TMEP*].

<sup>292</sup> *Id.*

そして、このような破線または点線で示されている図面上の要素は、当該商標の一部を構成するものではないため、混同のおそれ (Likelihood of Confusion) の要件の判断において、審査官は考慮しないものとされる<sup>293</sup>。

#### (イ) 商標の説明の記載

次に、米国の商標出願においては、商標の正確な説明を記載する必要がある<sup>294</sup>。

当該説明には、不必要な事項を最小限に抑えて、商標を適切に説明する必要があるものとされ、図面上のどの要素が商標を構成し、商標の一部として主張し、どの要素は主張していないかを指定する必要がある<sup>295</sup>。

また、商標の説明は、破線または点線が何を表しているかを明確にし、破線または点線で示されている要素が商標の一部として主張されていないという記述を含める必要がある<sup>296</sup>。

#### (ウ) 権利範囲

また、米国特許商標庁における、審査基準では、トレードドレスは、複数の要素から成るところ、出願人は、当該トレードドレスを構成する個々の要素に対する独占的権利を主張できないことが指摘されている<sup>297</sup>。

そのため、トレードドレスが単一である稀な場合を除き、登録できない要素は、図面上で破線または点線により表示する必要があるものとされる。具体的には、機能的であるか、商標としての重要性を持たない要素は、図面上で破線または点線により描かれている必要がある<sup>298</sup>。

重ねて同審査基準では、通常トレードドレスは、それを構成する各要素が個別の商業的な印象を作り出すため、単一とは見なされず、各要素は他の要素と組み合わせられて1つの複合的な商標を形成するものの、各要素は個別の商業的印象を保持するため、商標全体は通常単一ではないとの指摘がなされている<sup>299</sup>。

そのため、審査官は、出願商標にトレードドレスと文字やデザイン要素

---

<sup>293</sup> *Id.*

<sup>294</sup> TMEP § 1202.02 (c) (ii) .

<sup>295</sup> *Id.*

<sup>296</sup> *Id.*

<sup>297</sup> TMEP § 1202.02 (c) (iii) .

<sup>298</sup> *Id.*

<sup>299</sup> *Id.*

の組み合わせが含まれている場合には、商標全体が単一であるような稀な例を除いて、各要素を分離して出所識別力の審査をする必要があることが指摘される<sup>300</sup>。

そして、仮に生来的な識別力を有する要素が1つだけの場合には、これは商標全体が生来的な識別力を有するためには、不十分である<sup>301</sup>。

## オ 米国トレードドレスの保護要件

### (ア) はじめに

未登録のトレードドレスに対する侵害を主張するための要件は、①トレードドレスとして主張するデザインや要素の組み合わせが明確であり、識別力を有すること (distinctiveness) (ランハム法 (Lanham Act) 2条参照)、②トレードドレス侵害を主張する者のトレードドレスと、相手方とのトレードドレスとが混同のおそれがあること (likelihood of confusion)、③侵害を主張するトレードドレス非機能的であること (non-functional) (同法2条(e)(5)、同法43条(a)(3)) である<sup>302</sup>。

なお、商標登録 (主登録簿への登録) を受けたトレードドレスについては、上記の内、①と③は審査時に判断されているから、侵害訴訟においては②についてのみ主張立証すれば足りることになる。

これに対し、補助登録簿に登録されているものについては、主として他者が同一又は類似の商標を登録することを防止できる効力を有するにとどまり、商標権が認められるわけではない。

したがって、上記②の要件はもとより、上記①の要件、ランハム法 (Lanham Act) 43条(a)(3)の規定から、上記③の要件についても主張立証する必要がある。

以下では、各要件に関する議論状況を考察しつつ、上記①、③の要件は、トレードドレスについて米国において商標登録を受ける際の要件とも重なるため、商標登録の審査にかかる運用等についても適宜確認する。

### (イ) ①識別力 (distinctiveness)

#### a. 特定の重要性

---

<sup>300</sup> *Id.*

<sup>301</sup> *Id.*

<sup>302</sup> 米国第9巡回区連邦控訴裁判所「15.7 INFRINGEMENT—ELEMENTS AND BURDEN OF PROOF—TRADE DRESS (15 U.S.C. § 1125(a)(1))」

(<http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/node/234>, 最終閲覧日 2019年8月14日) 参照。

トレードドレスにおいては、単なるビジネス上のアイデアやイメージ、テーマ、コンセプトにとどまるものは保護されない。

トレードドレスとして保護されるためには、消費者に提供される商品やサービスの全体的なイメージや全体的外観などと特定するのでは足りず、当該全体的な外観を構成する個々の要素について、具体的に特定しなければならない。

漠然曖昧な特定に基づくトレードドレスの保護は、過剰保護となる危険があり、当該被疑侵害者や当業者に対する反競争的效果を却って生じさせることになる<sup>303</sup>。

複数の裁判所が、未登録のトレードドレスが保護を受けるための要件としてその要素を明確に特定しなければならない旨判示しており<sup>304</sup>、第2巡回区控訴裁判所は、当該トレードドレスが曖昧で広い不特定の定義がなされるにとどまる場合には、識別力を有するかのテストを適用することができないのみならず、過剰保護の危険が持ち上がり、競業者に対して、反競争的效果を生じさせる結果となることを指摘する<sup>305</sup>。

したがって、米国においてトレードドレス（未登録）の侵害を主張し、その保護を求める場合には、その前提として、その内容を個々の要素を示すなどして十分に特定しなければならない。

この点に関して店舗の外装・内装をトレードドレスとする *Two Pesos v. Taco cabana* 事件においては、下記のように特定されている。なお、同事件においても、当事者の訴訟活動として、原告被告の店舗写真が提出されている。

#### 記

“a festive eating atmosphere having interior dining and patio areas decorated with artifacts, bright colors, paintings and murals. The patio includes interior and exterior areas with the interior patio capable of being sealed off from the outside patio by overhead garage doors. The stepped exterior of the building is a festive and vivid color scheme using top border paint and neon stripes. Bright awnings and umbrellas continue the theme.”

(執筆者訳)

「内装のダイニング及びパティオ（テラス）のエリアは骨董や鮮やか

---

<sup>303</sup> See MCCARTHY, *supra* note 258) § 8:3. 三木＝井口・前掲注 42) 752 頁。

<sup>304</sup> See *Id.* Forney Industries, Inc. v. Daco of Missouri, Inc., 835 F.3d 1238, 1252, 120 U.S.P.Q.2d 1035 (10th Cir. 2016).

<sup>305</sup> *Landscape Forms, Inc. v. Columbia Cascade Co.*, 113 F.3d 373, 381, 42 U.S.P.Q.2d 1641 (2d Cir. 1997).

な色彩, 絵画, 壁画で装飾され, 祝祭時の食事の雰囲気有している。パティオ (テラス) は内装と外装を含んだエリアにあり, 室内のパティオ (テラス) は外部のパティオ (テラス) とはオーバーヘッドガレージドアによって密閉されている。階段状の建物の外装は, ペイントとネオンとで縞模様を使用した華やかで鮮やかな色使いである。明るい日よけと日傘は, 店舗のテーマが統一されている。」

日本での訴訟活動では, 必ずしも上記の特定では足りないように考える。日本における訴訟活動では一般的に, 個々の特徴ごとに写真と文言での特定を行うことが多いように思われる。

もっとも, 具体的に特定すればするほど, ①識別力の有無や③機能性の要件についてはトレードドレスの所有者に有利に働くであろうが, これに反して標章間の非類似性がより強調されるおそれが高まり, 上記②混同のおそれが生じる可能性は狭くなるというリスクはある。

#### b. 識別力—生来的識別力とセカンダリーミーニング (二次的意義)

##### (a) 概要

トレードドレスもランハム法 (Lanham Act) において保護されるものである以上, 通常の商標と同様に, 自他識別力を有することを要する<sup>306</sup> (ランハム法 (Lanham Act) 2条参照)。識別力には, 当該トレードドレスが生来的に識別力を有するケース (Inherently distinctive) と生来的な識別力を有さないものの, それが多年にわたり独占的に使用されることなどにより二次的に識別力を獲得するケース (Secondary meaning) とがある<sup>307</sup>。

##### (b) トレードドレスにおける生来的識別力とセカンダリーミーニング

トレードドレスの識別力に関しては, *Two Pesos v. Taco cabana* 事

---

<sup>306</sup> See *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205, 212, 120 S. Ct. 1339, 1343, 146 L. Ed. 2d 182, 54 U.S.P.Q.2d 1065, 1068 (2000) (“Nothing in § 43(a) explicitly requires a producer to show that its trade dress is distinctive, but courts have universally imposed that requirement, since without distinctiveness the trade dress would not “cause confusion TTT as to the origin, sponsorship, or approval of [the] goods,” as the section requires. Distinctiveness is, moreover, an explicit prerequisite for registration of trade dress under § 2, and “the general principles qualifying a mark for registration under § 2 of the Lanham Act are for the most part applicable in determining whether an unregistered mark is entitled to protection under § 43(a).”).”

<sup>307</sup> See Restatement, *supra* note 256).

件以前、巡回区控訴裁判所間で見解が対立していた。すなわち、第5巡回区控訴裁判所においては、トレードドレスは、他のシンボルの商標と同じに分類されるとし、生来的識別力を有する場合には、セカンダリーミーニングの獲得を主張立証する必要はないが、生来的な識別力を有しない場合には、セカンダリーミーニングを主張立証する必要があると判示していた。多くの裁判所が第5巡回区控訴裁判所のこのような見解に賛同していた<sup>308</sup>。

これに対し、第2巡回区控訴裁判所は、未登録の文字以外の標章については、総じて生来的識別力の有無に関わらず、セカンダリーミーニングの主張立証責任を課していた<sup>309</sup>。

Two Pesos v. Taco Cabana 事件において、米国最高裁判所は、レストランの外観や装飾について、生来的識別力を有することを認め、このように生来的な識別力を有する場合には、セカンダリーミーニングの主張立証は不要である旨判示した<sup>310</sup>。

かかる判示により、巡回区控訴裁判所間の上記見解の齟齬は解消されるに至った。

その後、2000年のWal-Mart 事件において、米国最高裁判所は、製品の形状やデザインなどの製品自体の識別力について、製品のパッケージデザインと異なり、生来的識別力を有しないとして否定し、総じてセカンダリーミーニングの主張立証が必要である旨判示した<sup>311</sup>。

これにより、製品の識別力については、製品自体のデザインについては、セカンダリーミーニングの主張立証が必要であるのに対し、製品のパッケージデザインについては、生来的識別力が認められ、セカンダリーミーニングの主張立証は不要であるということで議論が収束している。

その後、かかる判例を受け、米国特許商標庁における商標審査基準

---

<sup>308</sup> 第5巡回区と同様の見解を採用していたものとして、第7巡回区、第11巡回区、第9巡回区の各控訴裁判所やリステイトメントがある。

<sup>309</sup> *Murphy v. Provident Mut. Life Ins. Co.*, 923 F.2d 923, 17 U.S.P.Q.2d 1299 (2d Cir. 1990).

<sup>310</sup> *See Two Pesos v. Taco Cabana*, *supra* note 269) (“Trade dress that is inherently distinctive is protectable under § 43(a) without a showing that it has acquired secondary meaning, since such trade dress itself is capable of identifying products or services as coming from a specific source.”).

<sup>311</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, *supra* note 306 (“The attribution of inherent distinctiveness to certain categories of word marks and product packaging derives from the fact that the very purpose of attaching a particular word to a product, or encasing it in a distinctive packaging, is most often to identify the source of the product.” (emphasis added)).

についても、同様の見解が採用されるに至った<sup>312</sup>。

上記の議論状況から、トレードドレスが商品自体 (product design) なのか、それとも商品のパッケージデザイン (packaging design) なのかは、生来的な識別力が認められる余地があるのか、それとも須らくセカンダリーミーニング (二次的意味) の獲得を主張立証しなければならないのかという分水嶺になっており、原告が主張するトレードドレスがどちらへ分類されるのかの判断は重要となる<sup>313</sup>。

もっとも、トレードドレスを主張する者のトレードドレスが商品自体 (product design) のそれを主張しているのか、それとも商品のパッケージデザイン (packaging design) を主張しているのかの線引きは具体的な事例において困難であることも指摘されている<sup>314, 315</sup>。

以上から、米国においては、建物の外観や内装について、生来的な識別力を有する可能性を肯定しており、最高裁判所が商品自体 (product design) ではなく、商品のパッケージデザイン (packaging design) に類するものと捉えていることが窺える。

(c) 生来的識別力に関するテスト—*Abercrombie test*<sup>316</sup>と *Seabrook test*<sup>317</sup>

商標における生来的な識別力の有無に関しては、伝統的に *Abercrombie test* が用いられてきた。

かかるテストにおいては、当該標章を①一般的なもの (generic)、②記述的なもの (descriptive)、③暗示的なもの (suggestive)、④商品・役務とは無関係な既成語からなるもの (arbitrary)、⑤奇抜なもの (造語からなるもの) (fanciful) の類型に分類し、①については、

---

<sup>312</sup> TMEP§1202.02(b)(i), § 1202.02(b)(ii).

<sup>313</sup> 生駒・前掲注 42) 5 頁は、「何が本質的に識別力を有するトレードドレスか、そしてトレードドレスが本質的に識別力を有するとしてもどのように決定・判断するかについても、なかなか定義することは困難である。」と指摘する。生駒・前掲注 262) 748 頁も同旨。

<sup>314</sup> *See Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, *supra* note 306 (“Respondent replies that this manner of distinguishing Two Pesos will force courts to draw difficult lines between product design and product-packaging trade dress. There will indeed be some hard cases at the margin.”).

<sup>315</sup> ベリー J. セッドマン (鹿又弘子訳) 「商品形態の模倣に関する米国連邦最高裁判決～トレードドレスによる商品デザインの保護がより困難に～」AIPPI45 巻 6 号 343 頁, 348 頁 (訳者注) 参照。

<sup>316</sup> *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*, 537 F.2d 4 (2d Cir. 1976).

<sup>317</sup> *Seabrook Foods, Inc. v. Bar-Well Foods Ltd.*, 568 F.2d 1342, 1344, 196 U.S.P.Q. 289, 291 (C.C.P.A. 1977).

識別力を有さず保護されない。これに対し、③～⑤については、生来的な識別力を有するものとされる。

②については、生来的な識別力は有さないものの、セカンダリーミーニングを獲得すれば保護されるというものである。

したがって、同テストにおいては、識別力が肯定されるかどうかは当該商標が上記②かそれとも③か、という点が分水嶺となる。

もっとも、かかるテストは、文字標章について生成され発展してきたものであることから、形状やイメージに対しては適用されないという議論がある<sup>318, 319</sup>。

かかる議論では、トレードドレスのような文字でないシンボルの生来的な識別力の有無の判断については *Seabrook test* を用いる<sup>320</sup>。

同テストにおいては、以下の各事項が判断材料とされ、各事項の内1つでも生来的な識別力を有しない方向での要素が存在する場合には、生来的な識別力が否定され、セカンダリーミーニングの獲得を主張立証する必要があるものとされる。

具体的には、①デザインまたは形状が一般の基本的な形状またはデザインであるかどうか、②特定の分野においてユニークで一般的なもの

---

<sup>318</sup> See MCCARTHY, *supra* note 258) § 8:13(Courts have had considerable difficulty in trying to apply to trade dress the traditional spectrum of marks categories which were created for word marks—the Abercrombie test.<sup>6</sup> That is, these courts have tried to apply categories such as “arbitrary,” “suggestive,” and “descriptive” to shapes and images. The problem is that the Abercrombie spectrum was specifically developed for word marks and does not translate into the world of shapes and designs. Only in rare cases do the word categories make sense when applied to the shapes, images and colors of product packaging. For example, a tomato juice container in the shape of a tomato might be classified as “descriptive” of the goods. While a commonly used, standard sized can used as a tomato juice container is not “descriptive” of the goods, it is hardly inherently distinctive. Courts realized that the word mark spectrum of distinctiveness simply did not work when analyzing the inherent distinctiveness of non-word trade dress. For example, in categorizing a design of a five-pointed star in a circle, the Fifth Circuit remarked that: “As the district court discovered, the challenge of placing the Star Symbol into Abercrombie’s constellation of [word mark] categories is a futile endeavor.”).

<sup>319</sup> ベリー J. セッドマン・前掲注 315) 345 頁参照。

<sup>320</sup> See MCCARTHY, *supra* note 318(“Under the Seabrook test of inherent distinctiveness of non-verbal symbols such as trade dress, one asks: (1) whether the design or shape is a common, basic shape or design; (2) whether it was not unique or unusual in a particular field; (3) whether it was a mere refinement of a commonly-adopted and well-known form of ornamentation for a particular class of goods which consumers would view as mere ornamentation. If the trade dress fails any one of the factors, then it is not inherently distinctive and there must be sufficient evidence of the design having acquired a secondary meaning.”).

のではないかどうか、③消費者が単なる装飾と見なす特定の種類の商品に対する一般的に採用されてよく知られている装飾形態の単なる改良にすぎないかどうか、④伴う文字とは別に商業上の印象を創造する可能性があるかどうかの各要素である<sup>321, 322</sup>。

*Seabrook test* は、要するに当該分野において、一般的に用いられているデザインや形状の範疇を出るか否かという観点から生来的な識別力の有無を判断しようとするものであるように思われる。

なお、かかる各テストが巡回区控訴裁判所レベルで混在するなか、*Two Pesos v. Taco Cabana* 事件において最高裁は、*Abercrombie test* を用いて判断した控訴審判決を肯定しており、店舗の外装・内装に関しかかるテストを是認しているように解される。

もっとも、同判決が、*Abercrombie test* のみに言及したことにとどまることで、生来的な識別力に関する適切なテストは何かという問題は残されており、これが下級審に混乱を生ぜしめていることが示唆されている<sup>323</sup>。

上記判決後も、巡回区控訴裁判所において、トレードドレスの生来的識別力の有無を判断する際のテストが区々であることが示唆されている<sup>324</sup>。

これに対し、米国特許商標庁の審査では、商品デザイン (product design) のトレードドレスについてはセカンダリーミーニング (二次的意義) の獲得を立証させることとし<sup>325</sup>、商品パッケージ (product packaging) のトレードドレスについては *Seabrook test* が用いられている<sup>326</sup>。

#### (d) セカンダリーミーニングの判断要素

セカンダリーミーニング獲得に関する判断要素としては、①消費者の直接の証言、②消費者アンケート、③排他的な使用の長さや方法、④広告の量と方法、⑤売上高及び顧客数、⑥意図的な模倣の証拠など

---

<sup>321</sup> *See Id.*

<sup>322</sup> 青木・前掲注 183) 235 頁。

<sup>323</sup> *See WILLIAM E. LEVIN, supra note 257) § 12.3*(It does, however, illustrate the extent of the chaos in the district courts concerning the appropriate test for “inherent distinctiveness” in the wake of the vacuum left by the Supreme Court’s reference only to the *Abercrombie test* in its *Two Pesos* decision.).

<sup>324</sup> *See WILLIAM E. LEVIN, supra note 257) § 12.3.*

<sup>325</sup> TMEP § 1202.02(b)(i).

<sup>326</sup> TMEP § 1202.02(b)(ii).

が挙げられる<sup>327</sup>。

これらについても、基本的には、日本における主張立証の内容と大きく異なるところはないものと思料される。

(ウ) ②混同のおそれ (likelihood of confusion)

a. 判断要素

混同のおそれは、現実に混同していることを要さず、あくまで混同のおそれが認められれば足りる。同要件は第2巡回区控訴裁判所では、下記要素 (Polaroid factor) を総合考慮して判断される<sup>328, 329</sup>。

下記要素については、日本における不競法2条1項1号の混同のおそれに関する判断要素と大きく異なる点はないものと思われる。

記

- (a) 原告の商標の強さ (識別力や名声)
- (b) 原告と被告の商標の類似性
- (c) 両者の商品・役務の近似性
- (d) 原告の市場拡大の可能性
- (e) 実際の混同の証拠
- (f) 被告の商標採択時の意図 (悪意か否か)
- (g) 被告の商品・役務の質
- (h) 消費者の洗練度合い (安価なもの和高価なものにおける消費者の慎重度)

その他第6巡回区控訴裁判所においては、混同のおそれについて、(イ) 原告の商標の強さ、(ロ) 商品の関連性、(ハ) 原告と被告の商標の類似性、(ニ) 現実の混同の証拠、(ホ) 使用されている流通経路、(ヘ) 消

---

<sup>327</sup> See Wal-Mart, *supra* note 306) 529 U.S. at 210-211.

<sup>328</sup> Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 287 F.2d 492, 495 (2d Cir.)(1961).

<sup>329</sup> なお、米国特許商標庁の審査基準 (Trademark Manual of Examining Procedure (October 2018) 【1207.01】) においては、出願商標と登録商標との混同の恐れ判断に関しては、①外観、音、意味合い、商業的印象に関するマークの全体的な類似性または非類似性、②申請および登録に記載されている商品またはサービスの関連性、③確立され、継続しそうな流通経路の類似性または非類似性、④購買者の条件すなわち衝動買いか、それとも慎重に洗練された購買か、⑤類似の商品に使用されている同様のマークの数及び性質、⑥申請者と事前に登録された商標の保有者との間の有効な同意書の存在などが考慮要素とされ、特に①と②の要素が重要な考慮要素であるとされる

(<https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/current/TMEP-1200d1e5036.html>, 最終閲覧日 2019年8月14日)。

費者の洗練度合い（慎重度）、（ト）被告の商標採択時の意図（悪意か否か）、（チ）商標を選択する際の拡張の可能性などを考慮して判断している<sup>330</sup>。

また、第4巡回区控訴裁判所においては、混同のおそれについて、①原告商標の強さ若しくは識別力、②原告と被告の商標の類似性、③両者の商品・役務の類似性、④当事者双方のビジネスにおいて当事者双方の商標の使用方法の類似性、⑤双方当事者によって用いられる広告の類似性、⑥被告の商標採択の意図、⑦現実の混同の有無などを考慮して判断している<sup>331</sup>。

以上のように、個々の巡回区控訴裁判所によって、その考慮要素はしばしば異なっている。もっとも、一般的にはトレードドレスのケースに適用される考慮要素の多くは重なるものと分析されている<sup>332, 333</sup>。

## b. 離隔観察と要部観察

### (a) 離隔観察

混同のおそれを判断するにあたっては、両トレードドレスを並列して観察する方法（side-by-side comparison）は通常用いられない。例えば製品についていえば、並列に陳列されて売られることはめったになく（したがって、消費者が両製品を並列に観察して買うかどうか決定することはめったになく）、消費者は通常自身の記憶に従って、決定すると考えられているからである<sup>334</sup>。混同のおそれを判断するに際しては、通常離隔観察が用いられる。

---

<sup>330</sup> Frisch's Restaurant, Inc v. Elby's Big Boy, 670 F.2d 642, 648 (6th Cir. 1982).

<sup>331</sup> Louis Vuitton Malletier S. A v. Haute Diggity Dog, LLC, 507 F.3d 252, 84 U.S.P.Q.2d 1969 (4th Cir. 2007).

<sup>332</sup> William E. Levin, *supra* note 257) § 7.2.

<sup>333</sup> バサーム N. イーブラハム＝ブライス J. メイナード＝大島厚『米国商標重要審判決』知財管理 63 巻 3 号 387 頁, 389 頁 (2013 年) は、「他の巡回区控訴裁判所は、わずかに異なった複数のファクターからなる基準を適用しており、米国特許商標庁は、混同のおそれを判断するにあたり『デュポン・ファクター』を使用している。しかし、様々な基準の中で最も重要なファクターは、一般的に共通している。すなわち、商標の類似性、商品・役務の類似性、先行商標の（識別性の）強さ、及び関係する購買者の洗練度である。」とする。綾郁奈子「米国商標制度について」特許研究 49 号 55 頁, 62 頁 (2010 年) は、第 2 巡回区控訴裁判所のポラロイドファクター及び他の巡回区控訴裁判所のデュポン・ファクターを挙げ、「裁判所によって、全体判断の際の各ファクターのウェイト付けに多少の差こそあるが、これらのファクターによって、概ね統一的な判断ができるようになったとみることができる。」とする。

<sup>334</sup> See CHARLES E. MCKENNEY AND GEORGE F. LONG III, FEDERAL UNFAIR COMPETITION: Lanham Act 43(a) (2017 ed.) § 4:12.

(b) 要部観察

また、両トレードドレスを観察するにあたっては、類似点や相違点について判断する際に、強力で印象的な特徴部分がより重視されるべきであるとされる<sup>335</sup>。

c. 主張の方法

米国の民事訴訟においても、トレードドレス侵害の事案において代理人は、トレードドレスの特徴を文章により特定するのみならず、カラー写真やイラストを用いて、混同のおそれがあることを、視覚的に主張していくべきであるとされている<sup>336</sup>。

(エ) ③非機能性 (Non-functional)

a. 趣旨

トレードドレスを構成する個々の要素に機能的な部分がある場合でも、直ちにトレードドレス自体が機能的とは判断されず、トレードドレス全体として機能的でなければ、非機能的であると判断される<sup>337, 338</sup>。

非機能性の要件は、特許法 (utility patent) とのすみ分けに関する要件である。

仮に、保護に期間的制限がある特許法が保護すべき機能的なものを期間的制限のないトレードドレスにより保護しようとするれば、本来特許法の保護期間を経過してパブリックドメインになって公衆において利用されるべきものが、永続的に独占されることになる。

これでは、特許法が保護期間を設けた趣旨を害し、公衆の一般利用の利益との間で齟齬が生じることになる。

そのため、同要件は、基本的には特許法 (やパブリックドメイン化した発明) とのバランスを調整し、もって競業者の自由競争とのバランスを調整するための要件として捉えられる。

したがって、当該要件を充足しないトレードドレスは、たとえ識別力を獲得しようとも、商標登録 (主登録簿にも補助登録簿のいずれにも)

---

<sup>335</sup> See *McNeil Nutritionals, LLC v. Heartland Sweeteners, LLC*, 511 F.3d 350, 85 U.S.P.Q.2d 1545 (3d Cir. 2007).

<sup>336</sup> See *MCCARTHY*, *supra* note 258) § 8:17.

<sup>337</sup> See *CHARLES E. MCKENNEY AND GEORGE F. LONG III*, *supra* note 334) § 4:10.

<sup>338</sup> イーサン・ホーウィッツ (荒井俊行訳) 「英和对訳アメリカ商標法とその実務」79頁 (雄松堂出版, 2005年) は、「裁判所は、個別の構成要素の特徴ではなく、全体的トレードドレスに焦点を合わせなければならないということで概して一致してきた。」とする。

を受けることはできず（ランハム法（Lanham Act）2条(e)(5)）、ランハム法（Lanham Act）43条(a)に基づく保護も受けることができない（同法43条(a)(3)）。

かかる要件は日本でいうところのいわゆる独占適応性に関するものと解されよう。

機能性の判断基準は、以下のとおり、①実用的機能性と、②美的機能性に分類される。

## b. 非機能性要件の判断基準

### (a) 実用的機能性（utilitarian functionality）

当該トレードドレスが非機能的かどうかを判断する一つの判断基準として、実用的機能性（utilitarian functionality）がある。

かかる実用的機能性の判断基準においては、TrafFix 事件により連邦最高裁の解釈が示され、当該特徴が物品の使用もしくは目的にとって不可欠である場合や当該特徴が物品の価格や品質に影響を与える場合には、実用的機能性があるものとされる（costs or quality test）

<sup>339, 340</sup>。そのため、単に実用的な機能を有するだけでは当該特徴が機能的であるとして非機能性要件該当性は否定されない<sup>341</sup>。

かかる実用的機能性に関しては、以下のように指摘される。

すなわち、「ある裁判所<sup>342</sup>は、以下の通り判示した。『効率性を全うするために他者が複製する必要があるような優れたデザインを当該

---

<sup>339</sup> TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Display, Inc., 532 U.S. 23, 58 U.S.P.Q.2d 1001(2001). See Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc., 456

U.S. 844.(1982). See Qualitex Co. v. Jacobson Prod. Co., 514 U.S. 159. 165 (1995).

<sup>340</sup> 小嶋崇弘「標識法における機能性法理」日本工業所有権法学会年報 42号1頁, 7頁（有斐閣, 2018年）は、「TrafFix 判決により最高裁の解釈が示されたが、後の下級審裁判例は必ずしも一貫しているとは言えない。まず、多くの巡回区は、従来の Morton-Norwich ファクターを用いる『競争上の必要性基準』は TrafFix 判決により伝統的テストに置き換えられたため、代替的形状の有無を考慮する必要性は失われているとの立場を採用している。…これに対して、連邦巡回区、第6および第9巡回区では、技術的機能性の判断において代替的形状の有無を考慮することは適切であるとの立場を維持している。それによれば、TrafFix 判決は、ある商品の形状が伝統的テストに基づいて機能的であると判断された場合に、代替的形状が存在する可能性があることを示したのみではその判断が覆らないことを判示したにすぎず、Morton-Norwich ファクターを用いた分析は変更されていないため、機能性の分析において代替的形状に関する証拠を考慮することは否定されていないと考えられている。」と指摘する。

<sup>341</sup> 角田正芳＝関真也「ファッションロー」293頁〔角田正芳＝関真也〕（勁草書房, 2017年）。

<sup>342</sup> Vico Products Manufacturing Co., Inc., 229 U.S.P.Q. 364(TTAB, 1985).

デザインが構成するほど、形状に反映されている実用的または工業技術的効率性の程度が大きい場合には、形状は法律上機能的なものである（法律上の機能性）。主に機能的な考慮によって決められたかかるデザインは、政策的理由によって登録不能である。勿論、機能性は高度に事実的性質の問題である。つまり、ある形状が機能的優位性を与える場合には、特許法に基づいて存在する限られた期間の排他的権利にのみ制約されて、誰もが機能的目的のために、その形状を使用する権利を有するのである。』』というように指摘されている<sup>343</sup>。

また、機能性の判断は、事実評価の問題であるから、取り巻く環境の変化により、時代とともに機能性の判断（結論）が変化することもありうる<sup>344</sup>。

店舗の外装・内装のトレードドレスにおいては、個々の要素が使用もしくは目的にとって不可欠である場合や当該特徴が物品の価格や品質に影響を与える場合が大いにあり得るであろうことは想像に難くない。

もっとも、前述のとおり、店舗の外装・内装はこれらの要素が複合的に合わさったうえで、当該全体が機能的か否かが判断されることになる。そのため個々の要素について商標登録を受けようとする場合に比して、技術的機能性を理由に機能的であるとして否定されるケースは限定的であるように思われる<sup>345</sup>。

米国特許商標庁では、実用的機能性の判断に関し、Morton-Norwich Factors を用いる<sup>346</sup>。そこでは、①登録が求められているデザインの実用的な利点を開示する実用特許の存在、②当該デザインの実用的な

---

<sup>343</sup> イーサン・ホーウィッツ・前掲注 338) 69 頁。

<sup>344</sup> イーサン・ホーウィッツ・前掲注 338) 71 頁では、「何年も前には、機能的であり、そうであるが故に登録適格性がないと判示されてきたものが、現在では、非機能的であり、登録適格があると判示されることもありうる。」とする。

<sup>345</sup> 横山・前掲注 48)157 頁も、「店舗デザインの場合、個々の構成要素は『機能的』であっても、それらの要素を組み合わせた店舗デザイン全体としてみれば、『機能的』でない判断されることが多いと思われる。」とする。

<sup>346</sup> TMEP § 1202.02(a)(v) (“A determination of functionality normally involves consideration of one or more of the following factors, commonly known as the "Morton-Norwich factors":(1) the existence of a utility patent that discloses the utilitarian advantages of the design sought to be registered; (2) advertising by the applicant that touts the utilitarian advantages of the design; (3) facts pertaining to the availability of alternative designs; and (4) facts pertaining to whether the design results from a comparatively simple or inexpensive method of manufacture.”). なお、青木・前掲注 183) 236 頁は、「日本の商標法 4 条 1 項 18 号に関する審査基準は、Morton-Norwich ファクターの影響を受けている。」と指摘する。

利点を宣伝する出願人による広告，③代替デザインの利用可能性に関する事実，④当該デザインが比較的単純な製造方法によるものか，安価な製造方法によるものかに関する事実などの観点から，当該出願に係るトレードドレス全体の実用的機能性が判断される<sup>347</sup>。

かかる基準にも①で示されるように，当該出願標章の特徴的な部分に関し特許登録がされていたり，存続期間の切れた特許（expired utility patent）が存在したりする場合には，機能的であることが推定される，というように強力な証拠となるとされる<sup>348</sup>。

(b) 美的機能性 (aesthetic functionality)

仮に当該トレードドレスが実用的機能性を有しないとしても，当該特徴の独占によって，競業者が信用とは無関係の著しい不利益を被る場合，すなわち当該特徴を採用することが競争上必要である場合には，当該トレードドレスは機能的と判断される<sup>349</sup>。これを美的機能性 (aesthetic functionality) という<sup>350</sup>。

かかる美的機能性に関しては当該特徴と異なる代替的な形状を採ることが可能かどうかを美的機能性の該当性を左右する重要なメルクマールとなる<sup>351</sup>。

具体的な訴訟活動としては，美的機能性の主張に直面したトレードドレスの所有者においては，単に他の代替デザインが存在することを主張するのでは足りず，様々な代替的なデザインをデザイナーに作成させて裁判所に提示し，また市場で販売されている代替デザインを証拠として提出する方法を採る必要があることなどが示唆されている<sup>352</sup>。

---

<sup>347</sup> 小嶋・前掲注 340) 5 頁では，「このうち，同判決及び後の裁判例において特に重視されたのが，③代替的形狀の有無である。」と指摘する。

<sup>348</sup> *TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Display, Inc.*, *supra* note 339).

<sup>349</sup> *See TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Display, Inc.*, *supra* note 339 (“It is proper to inquire into a “significant non-reputation-related disadvantage” in cases of esthetic functionality, the question involved in *Qualitex*.”). *See Qualitex Co. v. Jacobson Prod. Co.*, 514 U.S. 159 165 (1995).

<sup>350</sup> 美的機能性の裁判例の経緯について詳しいものとして，横山・前掲注 48) 155-157 頁。小嶋・前掲注 340) 7-8 頁。WILLIAM E. LEVIN, *supra* note 257) § 17:3.

<sup>351</sup> *See WILLIAM E. LEVIN, supra* note 257) § 17:3. 小嶋・前掲注 340) 8 頁においては，「*TrafFix* 判決以降，美的機能性の適用を認める裁判例の多くは，特定の事業者に対して装飾的な形態の排他的な使用を認めた結果，その競争者に『信用とは無関係の著しい不利益』が生じるか否かを，代替的形狀の有無等を基準に判断している」と指摘する。

<sup>352</sup> WILLIAM E. LEVIN, *supra* note 257) § 17:3 (The trade dress owner, faced with an aesthetic functionality defense, should itself have a designer create various alternative depictions to present to the court, as well as introduce into evidence

なお、かかる美的機能性に関しては、実用的機能性と比較すると、裁判所がその運用に消極的であることが指摘されている<sup>353</sup>。

店舗の外装・内装のトレードドレスにおいては、複数の要素が有機的に一体と評価されて一個の出所識別標識となっていると考えられ、トレードドレスの機能性の判断は、上記の通りその全体を基準になされるものである以上、当該店舗の外装・内装を構成する個々の要素が競争上似ざるを得ず代替デザインに乏しくとも、これらを組み合わせた店舗の外装・内装全体について、代替デザインが存在しないというケースは乏しいように推察される。

そうすると、店舗の外装・内装のトレードドレスとして、当事者が個々の要素に関してどの程度の内容と個数を含めて特定するか、という点にも影響されるとは考えられるが、一般には店舗の外装・内装のトレードドレスに関しては、かかる美的機能性により機能的であるとされるケースは多くないように考える。

#### c. 非機能性の主張立証責任の所在

主登録簿に登録されていない（補助登録簿に登録されているものを含む。）トレードドレスは、トレードドレスの侵害の民事訴訟において、トレードドレスの保護を求める者が非機能性を主張立証する責任を負う（ランナム法43条(a)(3)）。

主登録簿に登録されているものについては、非機能的であることが推定されているため、トレードドレスの保護を否定する者（被疑侵害者）において機能的であることを抗弁として主張立証することになる<sup>354</sup>。この点は従前、巡回区控訴裁判所間で、主張立証責任の所在について見解の対立があったが、1999年の上記法（43条（a）（3））改正により解決された<sup>355</sup>。

---

any alternative designs which have been sold in the marketplace, to undercut the defense. Conversely, the competitor raising the defense should try to back up its claim that such alternative designs would not appeal to consumers or would run afoul of other functional limitations. Perhaps a survey measuring consumer reactions to the alleged alternative designs would accomplish this objective. Physical limitations created by the product itself should be emphasized to “knock out” proposed alternative designs as not workable. In any case, the alleged infringer should not simply rest on a mere denial of such alternatives or claim that it has never seen them in the market before. An expert in design in the industry should normally be consulted.)

<sup>353</sup> 小嶋・前掲注340) 8頁。

<sup>354</sup> See MCCARTHY, *supra* note 258).

<sup>355</sup> See CHARLES E. MCKENNEY AND GEORGE F. LONG III, *supra* note 334) §

カ 米国におけるトレードドレスと著作権法との関係

上記のとおり，ランハム法に基づくトレードドレスの保護の議論は，当該商品やサービスの全体的外観の標識面の保護に関するものである。

米国法においても，創作面の保護については，著作権や意匠特許によることになる。

この点については，しばしば一つの訴訟において，トレードドレス侵害と著作権侵害が主張されることがあり，双方において保護されることが指摘されている<sup>356</sup>。

また，どちらの主張が成功するかは必ずしもわからない以上，可能な主張はすべてしておくべきことが訴訟活動の一つとして指摘されている<sup>357</sup>。

*Knitwaves, Inc. v. Lollytogs, Ltd.* 事件<sup>358</sup>においては，セーターのデザインに関するトレードドレス侵害の主張とともに，著作権侵害も主張されていたところ，裁判所は当該セーターのデザインは主として審美的な目的を有するものであり，出所表示ではないとして，トレードドレスの保護対象とならないと判示したものの，他方で著作権侵害の成立を肯定した。

著作権の保護とトレードドレス保護とでは，当該対象物の独創性の必要性のほか，依拠性や混同のおそれがそれぞれ要件とされているかどうかで違いがある<sup>359</sup>。

このように，米国法においても，ランハム法と著作権法とは，標識面の保護と創作面の保護という観点ですみ分けがなされているようであり，この点で日本における著作権法と商標法や不競法とで大きくは異ならないように考える。

キ 米国におけるトレードドレスと実用特許，意匠特許との関係

(ア) 実用特許 (utility patent)

上記③機能性の要件で検討したとおり，当該トレードドレスの特徴的部

---

5:23(‘ ‘The First, Third, Sixth, Ninth, and District of Columbia Circuits placed the burden on plaintiff as part of its prima facie case, while the Second, Seventh, and Tenth Circuits characterized functionality as a defense to be pleaded and proved by the defendant. The August 1999 Amendment applies to pending case.’’).

<sup>356</sup> See WILLIAM E. LEVIN, *supra* note 257) § 24:2(‘ ‘Copyright claims and trade dress claims are often brought in the same action because the subject matter sought to be protected may fall within both of these legal areas.’ ‘

‘ ‘It is certainly possible for the same subject matter to be protected by both trade dress and copyright law.’’).

<sup>357</sup> See *Id.*

<sup>358</sup> *Knitwaves, Inc. v. Lollytogs, Ltd.*, 71 F.3d 996, 36 USPQ2d 1737 (2d Cir. 1995).

<sup>359</sup> See WILLIAM E. LEVIN, *supra* note 257) §24:4.

分に実用特許が存在し又は存在したことは、当該トレードドレスが機能的であることを推定し、強力な証拠となることが *TraFFix* 判決により明らかにされている<sup>360</sup>。

このように、実用特許とトレードドレスの保護との間には、緊張関係があることが指摘されている<sup>361</sup>。

もっとも、ランハム法 (Lanham Act) 上トレードドレスとして保護を受けるためには、前述のとおり、当該トレードドレス全体について機能的であるかどうか判断される。

そのため、当該トレードドレスの全体に標識面としての保護が与えられ、その構成要素の一部が実用特許として保護されることもある。

なお、かかる実用特許とトレードドレスの緊張関係は、特に商品デザイン (product design) や商品パッケージデザイン (product packaging design) に関するトレードドレスの事案で高まるようである<sup>362</sup>。

もっとも、店舗の外装・内装のトレードドレスが問題となる事案では、前述のとおり個々の要素が実用特許と緊張関係にあることは往々にしてあろうが、これらの要素が複合して有機的に一体となった外装・内装の全体について実用特許との緊張関係が正面から問題となるケースは少ないように考える。

#### (イ) 意匠特許 (design patent)

米国においては、意匠特許とトレードドレスの保護とは、どちらも機能ではなく装飾面を保護するものであるものの、異なる目的、要件、形式、法原則により保護されるものであり、相互に独立して保護の対象となるものとされる<sup>363</sup>。

すなわち、意匠特許は、装飾面の創作面、トレードドレスは装飾面の標識面を保護するという目的で全く異なった側面の保護であり<sup>364</sup>、両者の保護は相互に独立して両立する。

もっとも、意匠特許における新規性 (novelty) の要件とトレードドレスの生来的識別力 (inherently distinctive) 要件との間には、相互に一

---

<sup>360</sup> *TraFFix Devices, Inc. v. Marketing Display, Inc.*, *supra* note 339).

<sup>361</sup> *See WILLIAM E. LEVIN*, *supra* note 257) §25:5.

<sup>362</sup> *See WILLIAM E. LEVIN*, *supra* note 257) §25:5.

<sup>363</sup> *WILLIAM E. LEVIN*, *supra* note 257) § 25.1, §25:2. *In re World's Finest Chocolate, Inc.*, 474 F.2d 1012, 1015, 177 USPQ 205, 207 (CCPA 1973) (expired design patent on candy bar wrapper did not prevent trademark registration of trade dress), citing *In re Mogen David Wine Corp.*, 328 F.2d 925, 140 USPQ 575 (CCPA 1964); *In re Mogen David Wine Corp.*, 372 F.2d 539, 152 USPQ 593 (CCPA 1967).

<sup>364</sup> *See WILLIAM E. LEVIN*, *supra* note 257) §25:2.

定の関係があることが示されており、具体的には意匠特許の新規性 (Novelty) 要件は、トレードドレスの識別力における「独自性」の側面に、より近いように指摘される<sup>365</sup>。

要するに、当該デザインが斬新であればあるほど、意匠特許との関係では新規性の要件を充足しやすくなり、トレードドレスとの関係では、生来的に識別力があると判断されるという関係である。

この点に関しては日本法も同様であろう。

すなわち、日本においても、斬新なデザインは新規性や創作非容易性の要件をより充足しやすくなり、需要者の心にも残りやすくなるから、識別力を獲得しやすくなる、という関係は一般的に肯定できるように考える。

また、意匠特許権の取得には、商標登録とは異なり、使用による識別力の存在は不要となる。

もともと、商標登録を受ける場合の要件や不登録のトレードドレスの保護要件と異なり、意匠登録を受けるためには、上記の新規性 (Novelty) や非自明性 (Non obviousness) の要件をクリアする必要がある。

意匠特許権を取得するメリットとして、意匠特許権の傘の下に独占的に当該意匠を使用し、他者の意匠の使用を排斥しながら、意匠権満了後に当該意匠がセカンダリーミーニングを獲得しているとの立証を手助けする方法がありうることが指摘される<sup>366</sup>。

#### ク 米国における店舗の外装・内装デザイン (トレードドレス) の判例 (Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763 (1992))

##### (ア) はじめに

店舗の外装・内装のトレードドレス侵害が争われた米国の重要な裁判例を紹介する。

##### (イ) 事案の概要

原告の Taco Cabana は、テキサス州でメキシコ料理のファーストフードチェーンのレストランを営んでいた。Taco Cabana は 1978 年の 9 月にサンアントニオ (テキサス州) に最初のレストランをオープンし、1985 年までにさらに 5 店舗のレストランを出店した。当該レストランのトレードドレスは下記のとおり記述される。

記

---

<sup>365</sup> WILLIAM E. LEVIN, *supra* note 257) §25:3.

<sup>366</sup> 竹中俊子=山上和則監修・ワシントン大学 CASRIP 編『国際知的財産紛争処理の法律相談』140-141 頁 [山口洋一郎] (青林書院, 2006 年) 参照。ベリー J. セッドマン・前掲注 315) 348 頁。

“a festive eating atmosphere having interior dining and patio areas decorated with artifacts, bright colors, paintings and murals. The patio includes interior and exterior areas with the interior patio capable of being sealed off from the outside patio by overhead garage doors. The stepped exterior of the building is a festive and vivid color scheme using top border paint and neon stripes. Bright awnings and umbrellas continue the theme.”

(執筆者訳)

「内装のダイニング及びパティオ（テラス）のエリアは骨董や鮮やかな色彩、絵画、壁画で装飾され、祝祭時の食事の雰囲気をもっている。パティオ（テラス）は内装と外装を含んだエリアにあり、室内のパティオ（テラス）は外部のパティオ（テラス）とはオーバーヘッドガレージドアによって密閉されている。階段状の建物の外装は、ペイントとネオンとで縞模様を使用した華やかで鮮やかな色使いです。明るい日よけと日傘は、店舗のテーマが統一されている。」

1985年12月に、Two Pesos がヒューストンにレストランをオープンさせた。このとき、Two Pesos は、Taco Cabana の上記レストランのトレードドレスと類似したモチーフを採用した。もっともその後も Two Pesos のレストランは、ヒューストン及び他の市場へ急激に出店し市場を拡大させたものの、サンアントニオには出店しなかった。

1986年、Taco Cabana がニューストンとオースティン、テキサスの他の市場に店舗を出店した。ここには、Two Pesos がビジネスを行うダラス等も含まれていた。

1987年、Taco Cabana は Two Pesos を、ランサム法43条(a)に基づき保護されるトレードドレス侵害を理由に提訴した。

【参考1<sup>367</sup>】(写真上部：Taco Cabana 外装，写真下部：Two Pesos 外装)

---

<sup>367</sup> 出典：GREG R. VETTER, Trademarks, Spring 2016 Module2 Slide Set C(OH34to44)slide41, Trademark&Unfair Competition Class(Spring 2016) in University of Houston, *available at* [http://www.law.uh.edu/faculty/gvetter/classes/TrademarksSpring2016/TrademarksSpring2016\\_Module2\\_SlideSetC\(OH34to44\).pdf](http://www.law.uh.edu/faculty/gvetter/classes/TrademarksSpring2016/TrademarksSpring2016_Module2_SlideSetC(OH34to44).pdf).



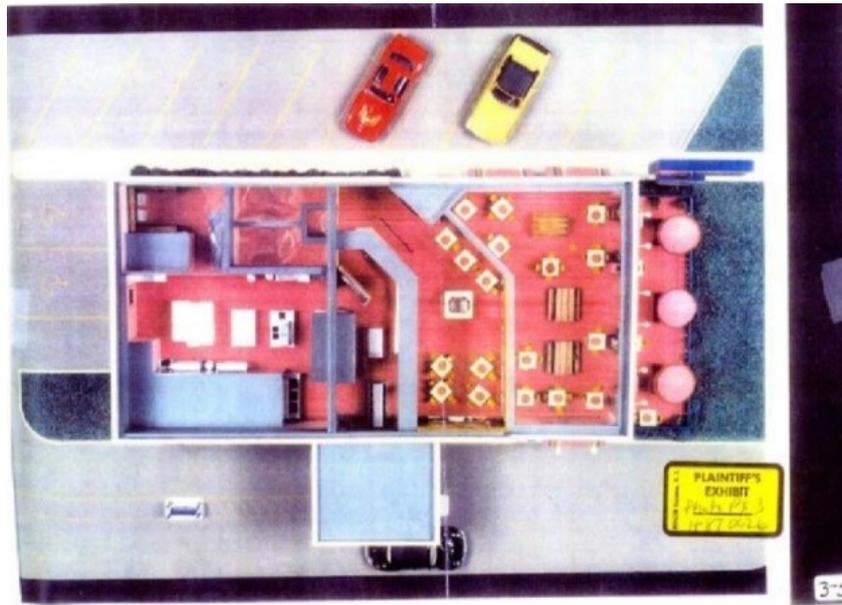
【参考 2<sup>368</sup>】（写真左 Taco Cabana 外装）（写真右 Two Pesos 外装）



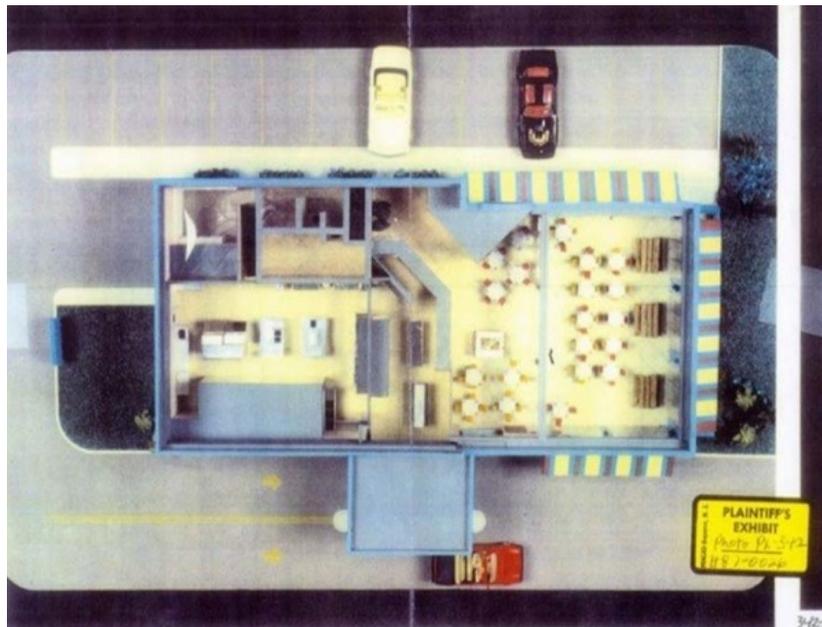
【参考 3<sup>369</sup>】（Taco Cabana 内装）

368 出典：前掲注 367)slide37,38 に同じ。

369 出典：前掲注 367)slide39,40 に同じ。



(Two Pesos 内装)



(ウ) 判旨

“Trade dress that is inherently distinctive is protectable under § 43(a) without a showing that it has acquired secondary meaning, since such trade dress itself is capable of identifying products or services as coming from a specific source. This is the rule generally applicable

to trademarks, . . . and the protection of trademarks and of trade dress under § 43(a) serves the same statutory purpose of preventing deception and unfair competition. There is no textual basis for applying different analysis to the two. Section 43(a) mentions neither and does not contain the concept of secondary meaning, and that concept, where it does appear in the Lanham Act, is a requirement that applies only to merely descriptive marks and not to inherently distinctive ones. . . . Moreover, it could have anticompetitive effects by creating burdens on the startup of small businesses.”

(執筆者訳)

「生来的な識別力を有するトレードドレスは、識別力を二次的に獲得したことを示さずとも、ランナム法43条(a)のもとで保護されることができる。というのも、そのようなトレードドレス自体から、商品や役務の特定の出所を識別することができるからである。これは一般的に商標にあてはめることができる法則である。 . . . そしてランナム法43条(a)のもとにおける商標やトレードドレスの保護は、不正な競争を防止するという同じ法律の目的を提供する。商標とトレードドレスの両者について異なる分析を適用するような法文上の根拠は存在しない。第43条(a)は、二次的意義の概念を含んでおらず、またランナム法に現れる二次的意義の概念は、単に記述的な標章にのみ適用され、生来的な識別力を有する標章には適用されない。 . . . さらに、生来的な識別力を有する標章に二次的意義の主張立証を要求することは、起業したばかりの小さな会社に立証責任を課すことになり、反競争的効果を生じることになる。」

米国最高裁は、以上のとおり判示したほか、本件 Taco Cabana の店舗の外装・内装のトレードドレスが生来的な識別力を有するとの第1審及び控訴審の判断を肯定し、結論として Two Pesos の店舗の外装・内装は、Taco Cabana の上記トレードドレスを侵害するものであることを肯定した。

#### (エ) 考察

本判例は、店舗の外装及び内装に関するトレードドレスの保護が問題となった事案であるところ、最高裁判所は、原告 (Taco Cabana) 主張のトレードドレスに生来的な識別力 (Inherently Distinctive) があることを肯定した。

そのうえで原告主張のトレードドレスは機能的ではなく、被告のトレードドレスとも混同のおそれがあるとして請求を肯定した。

そして上記のとおり最高裁判所は、生来的な識別力（Inherently Distinctive）が存在する場合には、二次的意義（Secondary Meaning）の主張立証は不要であると判示している。

前述のとおり、日本では店舗の外装内装については「商品等表示」該当性について①顕著な特徴のみならず、②周知性をも要求しており、この点で日本法と米国法の解釈においては発想に違いがあるように見受けられる。

かかる発想の違いは、店舗デザインを最初に採用した先行者の利益（投資）を保護するか、それとも競業者の自由利用の利益を重視するかという点で日本と米国とで微妙な違いがあることを示唆する。

すなわち、店舗デザインについては原則として識別力を有しないとするかのような日本の発想においては、競業者の自由利用をより重視しているのに対し、店舗デザインについても生来的な識別力を認め、二次的意義の主張立証を求めない米国法では、先行者の利益（投資）をより重視する姿勢が窺えるのである<sup>370</sup>。

現に上記のとおり最高裁判所は、“Moreover, it could have anticompetitive effects by creating burdens on the startup of small businesses.”（さらに、生来的な識別力を有する標章に二次的意義の主張立証を要求することは、起業したばかりの小さな会社に立証責任を課すことになり、反競争的効果を生じることになる。）と判示し、先行者の利益（投資）保護の重視という発想が読み取れるような問題意識を示す。

上記の本章第1節で検討した日本におけるコメダ珈琲事件の裁判例が示すとおり、不競法2条1項1号の「商品等表示」該当性の規範は、①で他の店舗と異なる顕著な特徴という生来的な識別力を有しうる（出所表示機能を果たし得る）要件を課しつつ、②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いう要件を課しており、生来的な識別力を有する店舗の外観にも、二次的意義（セカンダリー・ミーニング）の獲得を要求しているように読める。

**【商品等表示性に関する規範】（コメダ珈琲事件）**

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、

<sup>370</sup> JACQUES LARRIEU ほか・前掲注 63) 24 頁〔横山久芳〕では、「店舗デザインを最初に採用した先行者の投資保護と競業者の自由利用の利益のいずれを重視するか？」に関し、「日本：競業者の自由利用の利益をより重視」、「アメリカ：先行者の投資保護をより重視」と指摘する。

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

またそもそも、日本の不競法は、上記米国におけるランナム法43条(a)と異なり、周知性（同法2条1項1号）や著名性（同法2条1項2号）を要件とする。

このような次第で、日本における店舗の外装・内装の保護においては、米国の最高裁判所が指摘する上記問題意識が依然として残っているように思われる。

店舗の外装・内装については通常、トレードドレス全体を構成する要素は複数にのぼる。そして、複数の構成要素の内、個々の要素のどの組み合わせが特徴的であり、需要者に対する出所識別標識として機能しているかも自ずと異なるであろう。

個々の要素ごとにもデザイン（配色や形状など）やその組合せに多数の選択肢がある。

そうであるとすれば、個々の要素に基づく一体としての店舗の外装や内装について識別力を認めて保護したとしても、競業者の店舗の外装・内装に関する選択を不当に害するケースは多くなく、独占適応性が問題となるケースも限定されるのではないか。

勿論その保護範囲を徒に拡大することを企図する趣旨ではないが、店舗外装・内装の保護を部分的にでも拡大することが、日本の裁判所が重視するような競業者の自由利用の制限を直ちに招くのであろうか。

この点で、日本における裁判所は、不競法に基づく店舗外装内装の保護について、先行者の利益保護という価値基準に対して、競業者の自由利用の制限という価値基準を重視しすぎているきらいがある<sup>371</sup>ように考える。

### (3) 「新たな商標」としてのトレードドレスの導入という選択肢一許容性，導入方策の検討と懸念事項に関する考察

#### ア はじめに

現行法においては、上記本章本節2で確認したとおり、店舗の外装・内装を構成する個々の要素の組み合わせからなる一つの出所識別標識としての外

<sup>371</sup> 横山・前掲注370) 参照。

観の持つ標識面を保護できない。

そこで、かかる点の保護を許容する制度として、上記本章本節4で検討したような立体商標制度の審査運用等の改訂による方法以外の選択肢として、上記で参照してきた米国のトレードドレスを参考に、日本においてもトレードドレスを「新たな商標」として保護対象に加える方法が考えられる。

そこで、本項目では、トレードドレスを日本の商標法における「新たな商標」として加えることについて考察を加える。

具体的には、トレードドレスを日本の商標法に導入する具体的な方策，導入に伴い生じうる課題や懸念事項について検討する。

## イ トレードドレスによる保護拡充がもたらす利点と課題（懸念事項）

### （ア）トレードドレス導入による保護拡充がもたらす利点

#### a. トレードドレスによりフォローできるもの

この点に関し、米国においてトレードドレスとは、本章本節5(2)ア(イ)で確認したとおり、自他識別力を有する商品やサービスの全体的なイメージ乃至全体的な外観などと定義され<sup>372</sup>、例えば商品（製品）デザイン（product design）でいえば、プロダクト全体のイメージ、そこには、サイズ、形状、色もしくはこれらの組み合わせなどを含むとされる。

店舗の外装・内装についてみても、本章本節5(2)ウ(イ)及び同エのように、そこには複数の棚や照明器具などの形状や色などの組み合わせが一つの商標（トレードドレス）として含まれていることが読み取れる。

したがって、店舗の外装・内装デザインを構成する個々の要素の組み合わせについても、トレードドレスであれば一つの商標として登録することが可能となる。

#### b. 事業者による現実のブランディングに沿った保護を与えることが可能になるように考えられること

##### （a）個々の店舗の外装・内装における構造等の差異への対応に関する利点

また、トレードドレスについて、米国における特定方法（本章本節5(2)エ参照）を参考に本章本節5(3)イ(ウ)で検討するような特定方法<sup>373</sup>を採用すれば、次のような利点もあるように考えられる。

---

<sup>372</sup> See, *Restatement, supra note 256*).

<sup>373</sup> （店舗の外装・内装に関する）トレードドレスの商標のタイプであることを明示的に選択させた上、出願人に図面または写真による見本を提出させ、併せて商標の詳細な説明を行わせる方法が採りうる方法。なおかつ権利化を望む部分とそれ以外の部

すなわち、店舗の外装・内装といえども、その立体的形状は①戸建て型店舗，②－１ビルイン型（外装有り型），②－２ビルイン型（外装無し型）などによっても異なりうるほか，個々の店舗により様々な制約（店舗の形状や床面積の大小，当該建築物のオーナーの意向，消防法や景観条例など所与の制約）を受ける。

そのため，複数ある店舗において全く同一の外装・内装を施すことは一般に困難である。同様に，被疑侵害店舗についても，所与の制約から権利者と全く同一の外装・内装を施すことは一般になく，むしろ権利者の店舗の外装・内装の内需要者の注意を惹く特徴的な複数の部分を組み合わせることで，店舗の外装・内装を構成しているケースが多いように推察される。

もっとも，このように被疑侵害店舗が利用する需要者の注意を惹く特徴的な部分の組み合わせが，権利者を示す一つの出所識別標識として機能している場合には，被疑侵害店舗の係る行為は正に商標権の出所識別力に対するフリーライドにほかならない。

そのため，かかるケースでは当該店舗の外装・内装の持つ出所識別力を侵害するものとして捕捉されるべきである。

そして，上記のように特定されるトレードドレスによれば，（一定の空間において有機的に関連して組み合わせたり，）一つの出所識別標識を構成している複数の要素がある場合に，必ずしも係る出所識別標識を構成しない他の種々の要素を捨象し，ポイントに絞って権利化することが可能になりうる。

したがって，上記のような行為も商標権侵害として捕捉することが可能になりうるように考える。

すなわち，店舗の外装・内装の特徴的な部分やその組み合わせを具体的に特定したうえでトレードドレスとしての商標登録を受けた場合，被疑侵害店舗が①戸建て型店舗であろうと，テナントなどとしてビルに入る外装を有する店舗（②－１ビルイン型（外装有り型））であろうと，その特徴的部分及びその組み合わせ方などが全く共通するのであれば，類似性が認められる可能性は相応に高まるように考えられる。

(b) 使用商標と登録商標との同一性に関する利点

また，商標法３条２項のいわゆる特別顕著性の立証や不使用取消審判などにおいて問題となる「登録商標（もしくは出願に係る商標）と

---

分とを実線と破線で描き分けることを許容する。

使用商標との同一性判断の問題」との関係でも、利点があるように考える。

すなわち、店舗の外装・内装のトレードドレスでは、当該店舗の外装・内装における特徴的な部分の組み合わせが登録商標（もしくは出願に係る商標）と捉えることになる以上、この「同一性」の判断は、個々の要素の特徴が共通するかどうか及びその組み合わせ方が共通するかどうかポイントとなるように考える。そうすると、現行法の（審査運用改訂案以前の）立体商標の場合に比して同一性が肯定されるケースは多くなるように想像できる。

すなわち、現行の立体商標制度によれば、特徴的な部分の組み合わせを一つの商標として登録を受けることができない以上、特徴的でない部分をも多分に含む可能性が高く、また個々の店舗ごとに「立体的形状」は異なりうるから、どこまでの範囲を「同一」として評価できるかは難しい問題を孕んでいる。

このような次第で、トレードドレスによれば、立体商標制度によるケースに比して、かかる「同一性」の肯定される範囲も事実上広がるように思われる。

以上のような帰結は、事業者が、現実問題としてまったく同一の様・形状、間取りの店舗を設けることが困難ななかで、個々の店舗の外装・内装ごとに一定の共通した特徴を施すことにより、複数の店舗間において共通した統一的な印象を需要者に与え、他店との差別化を図るという現実のブランディング（マーケティング戦略）に沿った保護を与えるものとなるように考える。

#### （イ）導入の範囲（「限定的なトレードドレス」の導入策）

次に、仮にトレードドレスを日本における新たな商標として導入するとして、その射程（保護範囲）をどのように考えるべきか。

上記本章本節5(2)ア（イ）のように、トレードドレスの定義は一義的に定まっておらず、それを一つの理由として日本においても過去にトレードドレスを保護対象とすることが見送られた経緯があることは本章本節5(1)で述べたとおりである。

そして、上記本章本節5(2)ア（イ）でも確認したように、トレードドレスには、例えば米国では、店舗の外装・内装デザインのほか、製品の形状（product design）やパッケージデザイン（packaging design）などが広く含まれる（保護対象の射程に入る）ほか、近年は仮想現実（Virtual Reality）や拡張現実（Augmented Reality）における視覚的イメージに対

する法的保護として、トレードドレスによる保護を検討する文献もある<sup>374</sup>。

このように、トレードドレスは視認可能な出所識別力を有するあらゆる表示を保護対象に取り込むことが可能になるといった点で、柔軟な規定となりうる一方、それが故にその保護対象は不分明となり広範になる可能性や他の商標との調整の問題などを潜在的に孕んでいる。

しかし、今後どのようなものを日本における商標の保護対象に加えるかという問題は、商標権者と競業者との利害調整の観点や他の制度との調整の検討など、様々な要素を考量し決定すべき問題である。

そうすると、視認可能で出所識別力を有するあらゆる表示を保護対象に加えることを可能にするような形でトレードドレスを新たな商標として加えることには慎重になるべきである。

以上の次第で、まずは保護のニーズが上記の本章本節3のとおり存在し、後述のとおり導入策が検討できる「店舗の外装・内装デザイン」に限ってトレードドレスとして保護することとし、米国の議論で散見されるように潜在的にトレードドレスとして保護されうるものについては、日本においてもトレードドレスとして保護することを直ちに許容するのではなく、今後の社会の動向を見つつ、引き続き検討することとしてはどうか（以下、「店舗の外装・内装デザイン」に限ったトレードドレスを、「限定的なトレードドレス」という。）。

そこで、本論文では以下、限定的なトレードドレスを前提に、このような限定的なトレードドレスを日本において「新たな商標」として導入した際の課題と懸念事項とを検討する。

#### （ウ）課題と懸念事項

限定的なトレードドレスを新たな商標として日本商標法の保護対象に加えることは、下記のような課題と懸念事項を生じさせるように考える。

##### 記

- a. 限定的なトレードドレスが既存の商標法における「商標」の定義に含まれているかどうか。
- b. 既存の商標法における「使用」の定義により十分に被疑侵害者の行為を捕捉できるかどうか。
- c. 限定的なトレードドレスをどのように「特定」するか（権利範囲の特定の難しさ、登録後の権利内容の複雑さ）。

---

<sup>374</sup> Jack Russo, *Trade Dress in virtual worlds*, RESEARCH HANDBOOK ON THE LAW OF VIRTUAL AND AUGMENTED REALITY 216-240(Woodrow Barfield & Marc J. Blitz eds., 2018).

- d. 自他識別力の判断の問題。
- e. 独占適応性に関する問題（第三者による商標選択の幅が狭まる可能性）。
- f. 禁止権（商標法37条）の範囲の問題（先行商標との類否判断，登録商標の権利範囲に含まれるか否かの判断の難しさ）。
- g. 商標調査の負担の増大に関する問題。
- h. 諸外国の制度との整合性の問題（主としてマドリッドプロトコルに基づく国際登録出願の問題）。

以下，上記の各課題や懸念事項についてどのように対応すべきか検討を加える。

- a. 限定的なトレードドレスが現行法の「商標」（商標法2条1項）の定義に含まれるか

商標法は，「商標」の定義を2条1項において下記のとおり規定する。

記

（商標法2条1項）

「人の知覚によつて認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。

- 一 業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの
- 二 業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）」

上記のトレードドレスについて、「図形、…立体的形状…色彩…これらの結合」として同条項へ直接読み込むことができるという解釈もあり得よう。

例えば，米国のランハム法（Lanham Act）においても，同45条の「商標」の定義における「図形又はその結合」<sup>375</sup>という文言からトレードドレスが含まれると読みとる。

しかし，日本の商標法における上記「結合」の意義に，例えば店舗の内装に配置された複数の什器や備品，置物，色彩などの要素を「組み合わせる」ケースを対象に含めることができるかどうかは必ずしも判然と

---

<sup>375</sup> Lanham Act § 45（§ 1127）（“…device, or any combination…”）。

せず、一考の余地がある<sup>376</sup>。

そのため、現行商標法の「商標」の定義に、個々の構成要素の組み合わせをも含むトレードドレスが含まれると明確に解釈されるためには、同条に規定する「政令」により追加することが必要となるように考える<sup>377</sup>。

b. 「使用」（同2条3項）の定義でフォローできているか

トレードドレスを商標法の保護対象に加えた場合、現行商標法の「使用」の定義では必ずしも不十分ではないように考える<sup>378</sup>。以下詳述する。

店舗の外装・内装に関してトレードドレスを保護対象とする場合、その商標区分及び指定商品・役務区分としては、分類第35類の小売等役務商標などが指定されることが想定される。

そこで、現行商標法の役務に関する「使用」の定義の一部を見るに、下記規定がある。

記

（商標法2条3項）

「この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

- 三 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為
- 四 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標

---

<sup>376</sup> 青木・前掲注183) 462頁は、「トレードドレスは、商標の定義に含まれていない。トレードドレスを保護するためには、政令により追加する必要がある（新商標2条1項）。」と指摘する。

<sup>377</sup> 前掲注376)。株式会社サンビジネス・前掲注17) 210頁は、「商標法第2条第1項柱書において、商標の定義として「文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの」が掲げられているところ、店舗の外観・内装を店舗に関する組み合わせ商標により保護する場合に、定義の規定を見直す必要があるか否かが問題となる。この点、『文字』『図形』『記号』『立体的形状』『色彩』の各要素が結合したものは、現行法の定義の範疇であるが、結合してはおらず組み合わせる場合（例えば、立体的形状と店舗の特定の位置に付する色彩を組み合わせる場合）には、現行法の定義の範疇には含まれないと考えられる。特に、『色彩』については、『文字、図形、記号、立体的形状』に色彩をつけるのが現行法にいう『結合』であり、『色彩のみからなる商標』と他のタイプの商標との組み合わせは含まれていないと考えられる。したがって、（A）案（執筆者注：立体商標、位置商標、色彩のみからなる商標等を組み合わせた商標（以下、『店舗に関する組み合わせ商標』という）を新しいタイプの商標として認め、登録により保護を与えようとする案）で制度を見直す場合には、定義規定の見直し（政令改正）を行い、店舗に関する組み合わせ商標（あるいはこれに対応する商標）を新しいタイプの商標として制度設計することが必要になると考えられる。」とする。

<sup>378</sup> 青木・前掲注183) 462頁は、「トレードドレスを保護する場合には、従来の使用の定義でカバーできない場合には、トレードドレスの使用の定義も政令で定められることになる（新商標法2条3項10号）」と指摘する。

章を付したものをを用いて役務を提供する行為

五 役務の提供の用に供する物（役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為

八 商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為」

この点に関し、店舗の外装・内装を対象とするトレードドレスの出所識別標識としての「使用」として捕捉されるべき行為は主として、トレードドレスとして保護される店舗の外装・内装と同一又は類似の店舗を現実に作り上げ、（指定役務と同一又は類似の）営業活動等を行うことにあるものと考えられる。

そこで、これらの「営業活動等」に伴う行為が現行法の「使用」の定義に含まれ得るか検討する。

ここで、例えば店舗の内装には小売役務を提供するに際して利用する商品の陳列棚や喫茶店等であればテーブルや椅子などを含み得る。これらの要素は、当該店舗において役務を提供するにあたり利用に供する物であると考えられるから、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物」（商標法2条3項3号）に該当するものと考えられる。

また、同店舗の内装は、当該店舗における役務の提供に当たり顧客の利用に供する物とも評価し得る以上、当該店舗の内装を利用しての営業活動は、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為」（商標法2条3項4号）と解釈し得よう<sup>379</sup>。

さらに、これらの店舗の内装が顧客の視認可能な状態になっていることは、「展示」（商標法2条3項5号）に該当するものと解し得る<sup>380</sup>。

---

<sup>379</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 211頁は、「店舗の外観・内装が、商標法第2条第3項第3号及び第4号の『役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物』に該当するか否かについては、店舗の外観が役務の提供を受ける者の利用に供される場面は想定しづらい。一方、店舗の内装については、例えば、小売等役務について、陳列棚、ショーケースは『役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物』に当たるとされるが、陳列棚、ショーケースといった個々の要素を含む内装全体も、その内装全体が役務の提供を受ける者の利用に供する物に当たり得ると考えられる。」などと指摘し、商標法2条3項3号、同4号該当性を示唆する。

<sup>380</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 211頁は、「標章を『付する』ことには、広告を標章の形状とすることが含まれ（商標法第2条第4項第1号）、店舗を需要者の目に触れる状態にしていることは『展示』に当たるとも考えられる。」、「店舗の外

また、事案によっては、店舗の外装・内装はいずれも、顧客に対する出所識別標識として機能しているとして、当該商品もしくは役務に関する「広告」（商標法2条3項8号）として捉えることも可能であろう。

そうすると、同条項号による「使用」により上記の行為は捕捉可能とも考えられる<sup>381</sup>。

したがって、上記に指摘する「トレードドレスとして保護される店舗の外装・内装と同一又は類似の店舗を現実に作り上げ、（指定役務と同一又は類似の）営業活動等を行うこと」という行為類型は、現行法の「使用」の定義でも適宜カバーすることが可能であるようにも考えられ、改正の必要性は必ずしも高くないように思われる<sup>382</sup>。

### c. 特定の問題

次に、トレードドレスをいかに特定するかが、権利範囲の特定や登録後の権利内容と関連して課題となろう<sup>383</sup>。

---

観・内装が、商標法第2条第3項第5号の『役務の提供の用に供する物』に該当するか否かについては、同号の『役務の提供の用に供する物』は、『役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物』を含むこれより更に広い概念であり、少なくとも、建築、不動産等建築物を取り扱う役務を指定役務とする場合には、店舗の外観が『役務の提供の用に供する物』に該当する可能性があると考えられる。店舗の内装については、例えば、小売等役務について、会計用レジスターは『役務の提供の用に供する物』に当たるとされるが、会計用レジスター等の個々の要素を含む内装全体も、その内装全体が役務の提供の用に供する物に当たり得ると考えられる。」と指摘し、店舗の外装についても同5号の適用可能性を指摘する。

<sup>381</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 210-211頁では、「店舗の外観・内装を、店舗に関する組み合わせ商標として保護する場合、当該組み合わせされた商標が、全体として商品・役務の顧客誘致の目印となっており、広告として機能するに至っている場合には、当該商標は『商品若しくは役務に関する広告』（商標法第2条第3項第8号）としての使用に当たるといえるのではないか。」とする。

<sup>382</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 211頁は、「したがって、店舗の外観・内装を店舗に関する組み合わせ商標として保護する場合であっても、店舗の外観・内装が自他商品・役務の識別標識として認識され商標として保護される場面では、店舗の外観・内装は商品・役務の顧客誘致の目印となっていると考えられることから、基本的には、現行商標法第2条第3項第8号の『広告』の使用の範疇に収まり得るものと考えられ、『広告』以外にも上記のとおり商標法第2条第3項第3号、第4号又は第5号に規定する使用に該当する可能性があることから、商標の使用の定義の見直しの必要性は低いと考えられる。」とする。

<sup>383</sup> JACQUES LARRIEU ほか・前掲注63) で横山教授は、「店舗デザイン一般に保護を拡大した場合、商標の特定性を確保することが課題」と指摘する。また、小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』202頁〔小野昌延＝松村信夫〕（青林書院、第2版、2015年）は、「店舗外観等は海外でトレードドレスとして保護される場合があるが、わが国では商標として登録することは、その標章としての統一性や一定性という観点から困難であろう。」と指摘する。さらに、板垣忠文「米国における『Trade Dress』

仮に特定が不十分であれば、アイデア等との境界が曖昧となるなど、視覚的に認識できるものを超えて、単なる店舗の雰囲気や営業方法といったものを保護することになりかねない。

したがって、トレードドレスの特定に関しては、第一に当該店舗の外装・内装の視覚的特徴が具体的に記載されなければならないであろう<sup>384</sup>。

また、店舗の外装・内装の全体的外観の持つ標識面は、複数の構成要素から成るが、正にこれらの個々の構成要素が有機的に結びつくことで、「一つ」の出所識別標識として機能しているから「一つ」の商標としての保護に値する（一商標一出願の原則（商標法6条1項）参照）。

したがって、単に同一空間内に存在する、という事情だけでトレードドレスとして特定の要素を一つの出所識別標識を構成するものに含めることは適切ではないように考える。

よって、トレードドレスとして特定されるものは、あくまで有機的に関連し、需要者において一体と評価することができ、「一つ」の出所識別標識と評価できる範囲に限られるべきであろう<sup>385</sup>。

この点については、トレードドレスとして無関係な構成要素を盛り込めば盛り込むほど、登録の要件のハードル（識別力や独占適応性など）は下がるように想定されるが、他方でその権利範囲は狭くなるという関係に立つことは明らかである。

そのため、むしろ実際の審査実務では、出願において少数に限定された構成要素から特定されるトレードドレスに対し、どのようなものに出所識別力を認め、独占適応性を肯定するのか、という点が課題となるように考えられる。

次に、トレードドレスの特定が不十分なものととどまるのであれば、権利範囲が不分明となり徒に広がり得るリスクがあるほか、権利内容の複雑化を招くようにも思われる。

この点に関し、米国では、トレードドレスを、図面または写真によつ

---

の保護について」パテント 60 巻 4 号 76 頁，82 頁において、「正し、トレードドレスが具体的に如何なる要素からなるかという認定の困難や、単なるアイデア等との相違を具体的にどこで引くかといった問題は残ると思われる。」と指摘する。

<sup>384</sup> JACQUES LARRIEU ほか・前掲注 63) では、横山教授は、「需要者が商品・役務に関する共通のイメージを形成することが可能となる程度に、デザインの主要な特徴が具体的に記載されること」（具体性）が商標の特定性を確保するために必要であると指摘する。

<sup>385</sup> JACQUES LARRIEU ほか・前掲注 63) で横山教授は、商標の特定性を確保するためには、「商標を特定するための主要な特徴が相互に有機的に結びつき、全体として統一的な商品・役務のイメージを伝達するようなものとなること」（全体的統一性）が求められると指摘する。

て表す方法<sup>386</sup>に加え、商標の説明を行う<sup>387</sup>ことにより特定している。

また、平成26年商標法改正で導入された色彩のみからなる商標や位置商標についても、登録商標のタイプを選択した上、写真や図面等の見本とともに、商標の説明を記載することとしている<sup>388</sup>。

これらの手続きとの平仄からも、特定に関する具体的な手続きとしては、トレードドレスについても、それが（店舗の外装・内装に関する）トレードドレスの商標のタイプであることを明示的に選択させた上、出願人に図面または写真による見本を提出させ、併せて商標の詳細な説明を行わせる方法が採りうる<sup>389</sup>。

また、店舗に外装・内装における個々の構成要素の任意の組合せの権利化を許容するため、権利化を望む部分とそれ以外の部分とを実線と破線で描き分ける審査運用を許容する必要があるだろう。

これらの特に「商標の詳細な説明」の記載及び図面又は写真によって表される出願商標の内容並びに実線と破線による描き分けにより、出願

---

<sup>386</sup> TMEP§1202.02(c)(i).

<sup>387</sup> TMEP§1202.02(c)(ii).

<sup>388</sup> 商標法5条1項2号、同条4項、同5項、同施行規則4条の4、同規則4条の8第1項3号、5号、同条第2項3号、5号等。

<sup>389</sup> 青木・前掲注183)463頁は、「トレードドレスを保護対象とする場合には、その特定方法が政令で定められることになる（新商標法5条2項5号・5条4項・5条5項）。政令で定める場合には、願書にトレードドレスである旨（タイプ）を記載し、商標見本（商標記載欄）にトレードドレスを図面又は写真で表現することになる。」と指摘する。また、株式会社サンビジネス・前掲注180)212-213頁も、「店舗の外観・内装を店舗に関する組み合わせ商標として保護する場合、商標が複合的な要素から構成されることになるため、商標登録を受けようとする商標の記載のみによってはその権利内容が不明確となる可能性がある。現行商標法において、商標登録を受けようとする商標の記載のみによってはその内容を明確に特定することができない商標については、その内容を明確にするため、願書に商標の詳細な説明を記載すべきこととしている（商標法第5条第4項）。具体的には、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標（特定に必要な場合に限る）及び位置商標については商標の詳細な説明を記載することとなっている（商標法施行規則第4条の8第2項）。そこで、店舗の外観・内装を店舗に関する組み合わせ商標として保護する場合についても、願書において、商標登録を受けようとする商標（商標見本）に加えて、商標のタイプ（「店舗に関する組み合わせ商標」である旨）、商標の詳細な説明を記載すべきこととし、その記載において、店舗の外観・内装を構成する要素、及びその組み合わせ方が明確になるように文章で説明することが適当と考えられる」と指摘する。

商標の特定及び権利内容やその範囲の特定を相当程度明確にできるのではないか。

d. 識別性の問題

トレードドレスを対象とする商標出願に審査においても、他の出願商標と同様に、商標法3条1項3号の観点から、識別力の有無の審査がなされるものと考えられる。

ここでは、上記のとおり、店舗の外装・内装においても生来的な識別力を備えるケースがあることを前提に、特徴的な部分を中心として店舗の外装・内装全体の外観が一つの出所識別標識として機能しているかどうか判断されることになる。

もっとも、どのような店舗の外装・内装の外観に生来的な識別力を肯定するかという問題については、難しい判断が残されることになる。

上記で確認した現在の「立体商標の識別力に関する審査の具体的な取扱いについて」とする商標審査便覧(41.103.04)の記載では、「立体的形状が、商品等の機能又は美感に資する目的のために採用されたものと認められる場合は、特段の事情のない限り、商品等の形状そのものの範囲を出ないものと判断する。」とある。

しかし、店舗の外装・内装の外観については、本章本節3(2)の箇所を検討したように、商品デザインのケースと同様に同商標審査便覧の運用をすることは必ずしも適切でないように考える。

店舗の外装・内装のトレードドレスの識別力は、原則的に生来的な識別力がないとするような解釈運用ではなく、あくまで出願人が上記本章本節5(3)イ(エ)cに記載の特定方法により特定する当該トレードドレスの需要者の注意を惹く特徴的な部分と市場における他の同種店舗の外装・内装とを比較考察するなどして、生来的に自他識別力を備えているかを判断すべきである。

もっとも、現実の審査実務において、既存の店舗の外装・内装の検索システムは存在せず、審査官ごとの判断の不統一性を可及的に回避しつつ、どこまで生来的な識別力の有無を審査できるか、という点は今後の検討課題となろう。かかる課題は、検索システムの内容としてどのような内容のものを整備するかという点と大きく絡むであろう。

次に、仮に3条1項3号に該当するとしても3条2項により、二次的に出所識別力を獲得したことを主張立証することで、登録となることが

あり得ることは通常の商標出願の場合と同様である<sup>390</sup>。

この場合、あくまで店舗名称や店舗に付されたロゴから独立して、当該トレードドレスが出所識別力を獲得しているかを見るべきであり、この点に現在の審査基準<sup>391</sup>に基づく運用上大きな差異は生じないものと考ええる。

#### e. 機能性（独占適応性）の問題

店舗の外装・内装のトレードドレスの商標出願においても、他の商標と同様に、商標法4条1項18号により、独占適応性が審査され、ありふれた店舗の外装・内装や機能や目的を実現するために不可欠なものは同条項号により、登録を拒絶されよう。

もっとも、勿論出願人が店舗の外装・内装に関してどの程度の量と内容の構成要素をトレードドレスとして出願するかにも左右されるが、複数の構成要素が有機的に組み合わせさせた「一つ」の出所識別標識を保護せんとするものであるから、このように有機的に組み合わせさせた個々の構成要素乃至その組み合わせ自体に「ありふれた」もしくは「機能や目

---

<sup>390</sup> もっとも、店舗の外装・内装は、間取りや床面積、土地の形状などの物理的な制約の他、消防法や各地域の景観条例などの制約により、複数の店舗において全く同一の店舗の外装・内装を用いることは極めて困難であろうことは言を俟たない。そのため、出願に係る商標（店舗の外装・内装デザイン）と、現実に使用している商標（店舗の外装・内装デザイン）との同一性の判断は問題となり得る。この点に関して、株式会社サンビジネス・前掲注17）215頁は、「出願商標と使用商標の同一性の判断については、店舗特有の問題として、土地やテナントの形状や、ビル運営者の意向、消防法や景観条例等の様々な制約により、全く同一の店舗は造りにくいという問題や、店舗デザインの一部を変更するといった可能性があることから、出願商標と使用商標が厳密には一致しない場合が多いことが想定される。さらに、出願商標と使用商標の対比において、店舗に関する組み合わせ商標を構成する組み合わせられた複数の要素のうち、一部は同一と認められるが、一部は同一でない場合に、同一性をどのように判断するかが難しいと考えられる。組み合わせられた要素のうち、独立して自他商品・役務の識別標識としての機能を果たし得る部分（以下「要部」という）が全て一致していれば同一性を認め得るのか、要部のうち全てが一致していなくても同一性を認め得る場合があるのか、各要素の識別力の軽重の判断をどのように行うのか、などについて更なる検討が必要と考えられる。基本的には、出願商標と使用商標が厳密には一致しない場合であっても、差異の程度や取引の実情を考慮して、商標としての同一性を損なわないか否かを検討することとなると思われるが、実務上、その判断は非常に難しいものとなると考えられる。」とする。同報告書指摘のとおり、上記のとおり店舗の外装・内装においては種々の理由から構成要素すべてが厳密に一致するとは考え難い。そのため、個々の要素に関して需要者の注意を惹く特徴的な部分を要部として観察し、相違の内容や程度を勘案して、取引の実情を考慮しつつ商標の同一性が判断されることになろう。

<sup>391</sup> 特許庁・前掲注188) 参照。

的を実現するために不可欠」とは言えないものも多く含まれるように考える。

したがって、かかる場合には、独占適応性が否定される場面も多くはないのではないか<sup>392</sup>。

以上の次第で、トレードドレスを保護対象に含むことが直ちに独占適応性を欠き、第三者の商標選択の幅を徒に狭めるものとも評価できないのではないか。

この懸念事項は、あくまでトレードドレスとして権利化を認める具体的な店舗の外装・内装のレベル(内容)により左右される問題であろう。勿論店舗の外装・内装であることから機能的な要素のほか種々の制約を受け得るものの、トレードドレスは、個々の要素の「組合せ」を許容するものであるから、本来的には商標選択の幅は広いように考えられる<sup>393</sup>。

そのため、あくまで識別力の有無を始め適切な審査運用が特許庁によりなされる限り、トレードドレスを新たな商標として商標法による保護のラインナップに加えることが直ちに、第三者の商標選択の幅を狭めるということにはならないように思われる。

#### f. 禁止権(商標法37条)の範囲

また、上記のとおり、先行商標との類否判断、登録商標の権利範囲に含まれるか否かの判断の難しさが懸念事項として挙げ得る。

仮にトレードドレスが登録されたとしても、当該トレードドレスの禁止権(商標法37条)の及ぶ範囲は、かかる図面及び写真並びに商標の詳細な説明から、当該トレードドレスの需要者の注意を惹く特徴的な部分を中心に相応な範囲に(限定)解釈されることになるように推察されよう。

もっとも、前述のとおり、店舗は多くの場合、①戸建て型店舗、②一

---

<sup>392</sup> この点に関し、株式会社サンビジネス・前掲注17) 215-216頁は、「店舗の外観・内装を、店舗に関する組み合わせ商標として保護する場合、店舗の外観・内装を構成する立体的形状や色彩に店舗の機能を確保する等のために不可欠なものが含まれていても、他の要素と組み合わせられている場合には、その商標は、あくまでも当該他の要素との組み合わせからなる商標であり、商品等の機能を確保するのに不可欠な立体的形状又は色彩そのものを独占するわけではない。したがって、商標法第4条第1項第18号及び商標法施行令第1条を見直して、店舗に関する組み合わせ商標に特有の不登録事由を設ける必要は特段ないと考えられる。」とする。

<sup>393</sup> この意味で、単一色を保護するケースのような、いわゆる色彩の枯渇理論に類する懸念が直ちに該当するものとも考え難いように解する。なお、当該店舗の営む業種如何によっては、店舗の外装・内装の個々の構成要素として選択し得る幅には自ずと程度の差があるようには解される。

1 ビルイン型（外装有り型）、②—2 ビルイン型（外装無し型）に分けて捉えることができる。

これらの店舗ごとによっては、床面積の大きさのほか、間取りなどが異なることが通常である。

そのため、このような差異から、登録されているトレードドレスとは一部異なる仕様にして被疑侵害者に使用されることも容易に想像できる。

このようなケースにおいて、どこまで禁止権を及ぼすかが問題となるが、あくまで、トレードドレスが店舗の外装・内装全体の外観の持つ標識面を保護しようとするものである以上、需要者により強く働きかける当該トレードドレスの特徴的部分の類似性を中心に<sup>394</sup>、氷山印事件（最判昭和43年2月27日民集22巻2号399頁）が示した判断基準に則して相違点を考慮してもなお、対比される商標と被疑侵害標章とが、商品の出所の誤認混同が生じるおそれがあるか否かにより判断されることになるものとする<sup>395</sup>。

---

<sup>394</sup> 店舗の外装・内装の個々の構成要素の組合せから成る標章は、いわば複数の標章が結合しているとも捉えうる点で結合商標と類似の関係に立つものと解され、かかる意味で結合商標の類否判断に関する最二小判平成20年9月8日民集228号561頁〔つみのおひなっこや事件〕の示す規範を参考にすることが考えられよう。

<sup>395</sup> 青木・前掲注183) 463-464頁は、トレードドレスの類比判断に関して「トレードドレスが保護対象となっても、トレードドレスの類否判断については、特別の規定を設けないと解されるので、最高裁判決（最判昭43・2・27民集22巻2号399頁〔氷山印事件〕）の判断手法…により基本的に判断されることになる」と考察し、「ただし、取引の実情については、恒常的な取引の実情だけでなく、侵害時点における具体的な取引の実情（被告の使用態様等）も考慮される。」と考察する。株式会社サンビジネス・前掲注17) 216-217頁は、「商標の類否については、商標の外観、観念、称呼等によって需要者等に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察することとされている。店舗に関する組み合わせ商標は、立体的形状、図形、色彩等の複数の要素から構成されるものである。この点、同じく複数の要素から構成される結合商標の類否判断の基準が参考になると考えられ、商標法第4条第1項第11号に係る商標の類否は、対比される商標が同一又は類似の商品又は役務に使用された場合に、当該商品又は役務の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきところ、その際には、これらの商標の外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合し、当該商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきである（最高裁昭和39年（行ツ）第110号同43年2月27日第三小法廷判決・民集22巻2号399頁参照）。また、複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについては、商標の各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められる場合は、その構成部分の一部を抽出し、当該部分だけを他人の商標と比較して商標の類否を判断することは、原則として許されない。他方、商標の構成部分の一部が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと

そして、上記の本章本節5(3)イ(エ)で示した特定方法を用いて特定することで、登録商標の権利範囲は相当程度明確にすることが可能なように考える。

そうすると、トレードドレスを導入した場合のかかる登録(先行)商標(トレードドレス)と出願商標や被疑侵害標章(店舗)との類否判断が、立体商標における類否判断に比して特別に複雑で難しい判断を要求するものとも解し難いのではないか。

g. 商標調査の負担増大に関する懸念

次に、現行の制度では登録されたトレードドレス(商標)の適切な検索制度が存在しないところ、トレードドレスは、店舗の外装・内装という必ずしも「称呼」などを持たないものであるから、適切な検索制度が設けられなければ、先行登録されている商標の調査に関し、過度な負担を課すおそれがあるように思われる。

そこで、上記の商標制度小委員会が立体商標制度の見直しに関して検討するような(本章本節4(1)イ参照)、「特許情報プラットフォーム(J-P l a t P a t)において、店舗の外観・内装からなる商標を検索しやすくするための方策(図形タームの付与等)を講じること」<sup>396</sup>が考えられよう。

また、かかる図形タームの付与のほか、同プラットフォームの検索項目に指定役務名を検索ワードとして加えることを認めたり、検索の便宜のために(なお、同指定はあくまで検索の便宜のためであり、当該商標の権利範囲には影響を与えないとすることが必要である)登録商標につ

---

認められる場合などには、商標の構成部分の一部だけを他人の商標と比較して商標の類否を判断することも許される(最高裁昭和37年(オ)第953号同38年12月5日第一小法廷判決・民集17巻12号1621頁、最高裁平成3年(行ツ)第103号同5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号5009頁、最高裁平成19年(行ヒ)第223号同20年9月8日第二小法廷判決・裁判集民事228号561頁参照)。したがって、この考え方に基づいて判断するものと考えられる。商標審査基準における結合商標の称呼、観念の認定及び類否判断は、文字商標を基本とした内容となっている。店舗に関する組み合わせ商標のうち、立体的形状部分については、立体商標の類否判断の基準を用いることができるとしても、組み合わせられた各要素のうち要部の認定をどのように行うか、各要素の識別力の軽重の判断をどのように行うのか、等について店舗に関する組み合わせ商標の特性を考慮した更なる検討が必要と考えられる。

なお、国内質問票調査や国内ヒアリング調査においては、類似範囲の判断基準を明確にしてほしいとの声が多い。店舗に関する組み合わせ商標は、商標が複合的な要素から構成されることから、類否判断が複雑化することが想定され、類否判断の基準を明確に示すことができるかについては、課題が多いと考えられる」と指摘する。

<sup>396</sup> 商標制度小委員会・前掲注182)4-5頁。

いて、当該店舗の外装・内装（トレードドレス）が主として用いられる業種（喫茶店や化粧品販売店など）を指定させ、これらの業種の分類ごとの検索を認めたりするといったように、検索しやすくするための対応策の検討と実行が求められよう。

#### h. 諸外国の制度との整合性

最後に所在国の制度との整合性を検討するに、平成30年度産業財産権制度各国比較調査研究等事業を行った株式会社サンビジネスの「店舗の外観等（トレードドレス）に関する制度・運用についての調査研究報告書」によれば、商標制度を見直す方向性の一つとして、「立体商標、位置商標、色彩のみからなる商標等を組み合わせた商標（以下、『店舗に関する組み合わせ商標』という）を新しいタイプの商標として認め、登録により保護を与える」案を（A）案としたうえで、同（A）案について、「『店舗に関する組み合わせ商標』が現行の商標法の定義に当てはまらないことから、商標の定義の見直しが必要になる。

この点については、海外の調査対象国・地域において店舗に関する組み合わせ商標を定義に入れている国はないことから、諸外国の制度と整合しない。加えて、『店舗に関する組み合わせ商標』を基礎としたマドリッドプロトコルに基づく国際登録出願を行うことが困難となる。」と指摘する<sup>397</sup>。

この点に関し、同（A）案の記載からは必ずしも判然としないが、「店舗に関する組み合わせ商標」がトレードドレスとは異なるものを指すのであれば、同報告書が示すように確かに諸外国の商標の定義や制度とは整合しない点が出てくるであろうし、マドリッドプロトコルに基づく国際登録出願も困難となる可能性があるろう。

しかし、これはトレードドレス以外の「店舗に関する組み合わせ商標」なる新たな商標を設けることからくる不整合であるものと考えられる。

トレードドレスの概念は米国などでは上記のとおり明確に取り入れられており、トレードドレスを含むための「商標」の定義に関しても、文言を工夫すれば諸外国の「商標」の定義や制度と直ちに不整合と評価できるものとはならないように考える。

また、例えば米国ではトレードドレスも商標出願、登録が認められる以上、日本における（店舗の外装・内装にかかる）トレードドレスの出願等を基礎として、マドリッドプロトコルに基づく国際登録出願を行う

---

<sup>397</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 230頁。

ことも可能であろう<sup>398</sup>。

さらに、上記のとおり日本におけるトレードドレスの保護範囲を当面は「店舗の外装・内装」に限定するとした場合、諸外国での出願や登録を基礎とするマドリッドプロトコル経由の出願があった（日本が指定された）としても、登録となりうる商標の対象や登録要件等はあくまで指定国の法律に従うことになるから、店舗の外装・内装に係るトレードドレスだけ登録を行えば足り、例えばプロダクトデザイン（product design）など店舗の外装・内装以外のトレードドレスを基礎とする出願については、拒絶通報を行えば足りるのではないか。

そうすると、上記のような限定的なトレードドレス制度を設けたとしても、諸外国の制度と直ちに不整合であるとも言い難いのではないか。

以上から、限定的なトレードドレスを日本における「新たな商標」として保護対象に加えたとしても、諸外国の制度やマドリッドプロトコルを基礎とする国際登録出願との関係でも直ちに不整合が生じるものとも考え難い。

#### ウ 小括

以上の次第で、限定的なトレードドレスを日本の商標法に「新たな商標」として保護対象に導入した場合には、利点とともに一定の課題（懸念事項）も出てくるものの、上記で検討したとおりの対応や工夫が可能である。

したがって、トレードドレスを日本において導入することを不可能ならしめる、若しくは極めて困難ならしめるような障害的な事項は現状見当たらず、上記のとおりの内容で限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入する方法も採り得るものとする。

#### (4) 立体商標制度の審査運用等の改訂による方法と限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入することによる方法との比較考察

##### ア はじめに

以上本章本節4で確認したとおり、特許庁は、店舗の外装・内装の標識面の保護拡充につき、立体商標制度の審査基準等の改訂により対応する方向で検討を進めている。

---

<sup>398</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 24 頁も、米国の制度に関し「トレードドレスの出願では、商標の説明（ディスクリプション）の記載が求められる

（TMEP§1202.02(c)(ii)）。マドリッドプロトコル経由の出願で願書に商標の説明が記載されていない場合は、商標の説明を求める暫定的拒絶通報が発行される。」と報告しており、マドリッドプロトコルを利用した出願が可能であることを明確に示唆している。

しかし、上記限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入する方法に比して、同特許庁が検討する対応方法が明らかに不十分なのであれば、なお「新たな商標」を追加する方法を採るべきである。

そこで、以下では、今般の特許庁の検討している立体商標制度の審査運用等の見直しによる保護拡充策について、それが十分なのか（明らかに不十分と評価できる点がないか）どうかを、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入する保護拡充策と比較考察することで、検討する。

#### イ 特定の方法の観点

まず、いずれの保護拡充策についても、その特定のためには、権利化しようとする部分を実線で、それ以外の部分を破線（点線）で記載する運用となる。

また、破線の意味を含め、商標の説明が付記されるから、この点でも同一である。

その他、特定の方法に関しては、上記の保護拡充策ごとに異なる運用がなされることは想定し難い。

したがって、この点に相違点は見出し難い。

#### ウ 保護対象に取り込むことができるものとその限界の観点

次に、店舗の外装・内装を構成する複数の要素のうち、どの要素までを取り込んで商標登録を受けることができるのか（どのような要素は取り込むことができないか）についても、相違点はないものとする。

この点は、詰まるところ、立体商標による場合でも、限定的なトレードドレスによる場合でも、一商標一出願の原則との関係が問題となる。

したがって、権利化を求める実線で描かれた個々の構成要素の組み合わせが、需要者に一体的に認識され、一つの出所識別標識を構成しているか（一つの商標といえるか）どうかは問題である。

そして、権利化を求める複数の構成要素の組み合わせが一つの出所識別標識を構成しているどうかは、「立体商標」や「限定的なトレードドレス」といった「商標」の枠組みとは無関係の事実や評価にかかる問題であるから、どちらの制度によるかで結論は異なるものとする。

#### エ 識別力の観点

また、識別力についても、立体商標による保護と限定的なトレードドレスによる保護とでは、破線により描かれる部分は考慮に入れず、実線により描かれる部分及び商標の説明を考慮して判断する点で共通している。

そして、識別力の有無は、本来的には「立体商標」か「限定的なトレードドレス」かという「商標」の枠組みとは別次元の問題である。

したがって、この点についても両者に相違点は見出し難い。

#### オ 機能性（独占適応性）の観点

上記のとおり、「立体商標」と「限定的なトレードドレス」とで特定の方法は異なる。

そうすると、機能性（独占適応性）の問題についても、あくまで「立体商標」か「限定的なトレードドレス」かという商標の枠組みにより判断されるべきものではなく、当該出願にかかる（店舗の外装・内装の）商標を見て、当該出願にかかる店舗の外装・内装の商標が、通常備える特徴（立体的形状）のみからなるかどうか、当該店舗の外装・内装の機能を確保するために不可欠な特徴（立体的形状）かどうか判断される（商標法4条1項18号参照）。

したがって、「立体商標」か「限定的なトレードドレス」かで、結論に差が生じるものとは考え難い。

#### カ 類似の範囲（及び同一性の範囲）の観点

また、立体商標も限定的なトレードドレスも、上記のとおり実線と破線とで描き分けることができ、破線部分は類似の判断の際に考慮しないものとされる（立体商標に関し、本章本節4(2)イ（ア）a参照、トレードドレスに関し、本章本節5(2)エ（ア）参照、同5(3)イ（エ）f参照）。

したがって、立体商標も、限定的なトレードドレスもいずれも、実線で描かれたところを中心に特徴的な部分を分析し、氷山印事件（最判昭和43年2月27日民集22巻2号399頁）が示した判断基準に則して判断することになるものとする。すなわち相違点を考慮してもなお、対比される商標と被疑侵害標章とが、商品の出所の誤認混同が生じるおそれがあるか否かにより判断されることになるものとする。

この点に関し、立体商標による保護の場合には、あくまでこれを構成する各要素の位置関係は同一であることが想定されるという指摘もある<sup>399</sup>。

しかし、トレードドレスについても、上記の登録例を参照すれば、例えば資料30や同33の商標の説明では、破線で示されている要素は商標の一部ではなく、商標の位置または配置を示すためだけに役立つなどと記載されている。

したがって、少なくとも限定的なトレードドレスにおいても、実線で示さ

---

<sup>399</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注17) 209頁。

れる各構成要素の位置関係は、破線により示される位置関係や配置に一定程度拘束されるように考えられる。

また、仮に立体商標であっても、位置関係が特徴的ではなく、構成要素の組み合わせに特徴的部分が見出せるのであれば、上記判断基準のもとでは、登録商標と被疑侵害標章との間の構成要素の位置関係に相違点があったとしてもなお、商品の出所の誤認混同が生じるおそれがある場合には、類似性が肯定されるように思われる<sup>400</sup>。

そして、これは限定的なトレードドレスにおいても同様であろう。

以上の次第で、かかる類否の判断においても、両者には大きな相違はないように考えられる。

また、不使用取消審判事件における登録商標と使用商標との同一性の検討に関しても、基本的には立体商標か限定的なトレードドレスかで際立った相違点は生じないように考えられる<sup>401</sup>。

#### キ 制度の国際調和の観点

株式会社サンビジネスの調査報告によれば、「国際的に見ても、店舗の外観・内装を立体商標で保護し、立体商標に商標の詳細な説明を必須又は任意で記載することとしている諸外国は多い。また、マドリッドプロトコルに基づく国際登録出願を行う観点でも問題がなく、制度の国際調和という観点でも実現可能性が高いと考えられる。」とされる<sup>402</sup>。

これに対し、限定的なトレードドレスを採用した場合でも、トレードドレスを米国が採用している関係から、いわゆるマドリッドプロトコル経由の出願も米国には可能となるように思われ、国際調和が図られないというものでもない。

したがって、どちらを採用したとしても、国際調和が図られないと直ちに評価することはできないように考える。

もっとも、店舗の外装・内装の標識面をトレードドレスとして保護する国は米国が挙げ得るところ、それに比して同標識面を立体商標として保護する諸外国が多いようである<sup>403</sup>。

そうすると、量的な観点からは、立体商標制度の審査運用等の見直しによる保護拡充の方が、より国際調和的とも言い得る。

---

<sup>400</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 225-226 頁。

<sup>401</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 226-227 頁参照。

<sup>402</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 230 頁。

<sup>403</sup> 株式会社サンビジネス・前掲注 17) 50 頁以下参照。

#### (5) 小括

以上の次第で、立体商標制度の審査運用等の見直しによる保護拡充策と限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入する保護拡充策とを比較考察したとき、両者では保護範囲等を含め際立った相違点は見受けられない。

したがって、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入しなければ店舗の外装・内装の保護拡充策として明らかに不十分であると評価しうるようなものでもない。

よって、現行の商標法及び審査運用等ではフォローできない部分は、今般の商標制度小委員会や商標審査基準 WG で検討するような立体商標制度の審査運用等の見直しにより、相当程度フォローできている。

#### 6 小括

以上の次第で、現行の商標法及び審査運用等では、店舗の外装・内装を構成する個々の要素の組み合わせからなる一つの標章を十分に保護できなかった。

この点に関し、今般特許庁で検討が進んでいる立体商標制度の審査基準の改訂等による審査運用の見直しによって、この点がフォローされ、相当程度保護することが可能になるように思われる。

ここで、別途の保護拡充策として、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入することも考えられる。

しかし、現状では、上記のとおり、今般の立体商標制度の審査運用を見直す方法と、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入する方法とでは、大きな相違点は見受けられない。

そこで、今般はこのような立体商標制度の審査運用の見直しによる保護拡充策を採ることは首肯できる。

もともと、このような保護拡充策によることで、現状想定できていない不都合や弊害、保護の限界が今後顕在化する可能性は否定できない。

したがって、今後、今般の立体商標制度の審査運用の見直しによる方法で、不都合や弊害、保護の限界などの問題が生じた場合には、限定的なトレードドレスを「新たな商標」として導入することで、当該問題が解決できないかなど改めて検討することになろう。

### 第3節 標識面の保護に関する小括

以上、本章第1節及び第2節において検討したとおり、店舗の外装・内装の標識面の保護拡充については、次のとおり考えるべきである。

すなわち、不競法による保護は現状、裁判所が他の表示に比して店舗の外装・内装の標識面を殊更に保護要件を加重しているようにも直ちには見受けられ

ないから、保護拡充策は検討しなかった。他方、不競法による保護を受けようとするためには、周知性（同法2条1項1号）や著名性（同法2条1項2号）の要件を充足しなければならない関係で、その保護のハードルは高く、本章第2節1で確認したような不都合なケースも出てきうる。

また、ブランディングに対する投資を適切に保護する必要性もある。

そこで、商標制度による保護拡充を検討すべきである。

具体的な方法としては、「新たな商標」として限定的なトレードドレスを追加することも考えられるが、今般商標制度小委員会及び商標審査基準WGで検討されている立体商標制度の審査運用の見直しによる方法でも、限定的なトレードドレスを導入するケースに比して特段不足も見受けられない。

したがって、まずは簡易な立体商標制度の審査運用の見直しによる保護拡充策を採ることには首肯できる。

限定的なトレードドレスの導入については、今後の立体商標制度による処理を注視しつつ、不都合や弊害、保護の限界などが生じた場合に改めて検討することが望まれる。

## 第4章 創作面及び標識面の保護の補完としての一般不法行為法による保護

### 第1節 はじめに

最後に、以上のとおり創作面を保護する特許法・実用新案法、意匠法、著作権法、不競法2条1項3号および標識面を保護する不競法、商標法に関する現状の保護内容及び保護拡充に関する考察を加えてきたが、これらの法律では保護されない法益（抜け落ち）が存在するか。存在する場合には、個別の知的財産法の一般法であると考えられる民法<sup>404</sup>に立ち返り、不法行為（民法709条）による保護を補完的に検討する必要がある。

そこで、本章においては、まず個別の知的財産法で保護される若しくは保護されないものについて、一般不法行為による保護がどのように及ぶのかに関する裁判実務等の現状を確認しつつ、保護拡充の要否に考察を加える。また、個別の知的財産法では保護されない法益が存在しないか（補完としての不法行為法による議論の出番があるか）を確認する。

結論としては、個別の知的財産法で保護されない法益がある場合には、当該個別の知的財産法による保護を補完する形で不法行為法が保護を与える余地があり、不法行為法が機能し得る。

---

<sup>404</sup> 特許法に関し、同法を不法行為の特別法ではなく契約法としての位置付けを検討する文献もある（島並良「契約としての特許制度—特許の本質をめぐる省察」中山信弘古稀『はばたき—21世紀の知的財産法』98頁以下（弘文堂、2015）。

もつとも、店舗の外装・内装に関しては、想定され得る保護法益の大部が個別の知的財産法によりカバーされており、現在の実務運用に照らせば、上記の個別の知的財産法で保護されない想定される保護法益が同一のケースを不法行為により保護することは難しいと言わざるを得ない。

確かに、不法行為により店舗の外装・内装の保護が認められるケースは、個別の知的財産法では保護を受けることができない一定の保護法益も見出すことも可能ではあるものの、極めて稀なケースに限定される。

また、不法行為に基づく救済では、請求内容も損害賠償に限定される上、損害額及び因果関係などの立証のハードルなどからも実効的な手段になるようには考え難いのが現状である。

他方、後述のとおり不法行為の成立する範囲を拡充することに対しては慎重な姿勢を採るべきであり、徒にその範囲を拡大することも適切であるように思われない。

そのため、個別の知的財産法で保護されないケースが、不法行為により有効な保護を受けることは通常困難であると考えられるものの、その保護範囲を徒に拡充することに対しては慎重な姿勢をとるべきであり、あくまでまずは、上記第2章、第3章で検討したような個別の知的財産法による保護拡充を図るべきである。

もつとも、今後将来的に、現在の個別の知的財産法では想定していない保護法益が生ずる可能性は否定できず、その際には個別の知的財産法による保護の補完として、一般不法行為法による保護の利用が見直されることになろう。以下詳述する。

## 第2節 現状の裁判実務の確認・検討

### 1 不法行為に基づく請求の内容

不法行為について定める民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」とし、同法722条1項の準用する417条によれば「損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。」とする。

このように、不法行為に基づく請求内容は、原則として金銭による損害賠償に限られており、差止請求<sup>405</sup>は認められていない<sup>406</sup>。

---

<sup>405</sup> 差止請求は、個別の知的財産法や不正競争防止法において法定されている（特許法100条1項、実用新案法27条1項、意匠法37条1項、商標法36条1項、著作権法112条1項、不正競争防止法3条1項）。

<sup>406</sup> 潮見佳男『不法行為I』9頁（信山社、第2版、2009）は、「わが国の学説は、不法行為を理由とする差止めを認めることには消極的である。むしろ、判例・学説により、人格権の侵害を理由とする差止請求が一不法行為を理由とする救済とは別次元で

そのため、不法行為に基づく請求では、模倣や成果への冒用自体を止めることはできず、この点で被模倣者等の「模倣等を止めさせたい」というニーズを実現することはできない。

そのうえ、金銭賠償に関しても立証のハードルは相当に高い。例えば、店舗の外装・内装を競業者が模倣した場合、模倣された者に具体的にどのような損害が生じたのか、それが金銭的にいくらなのか、当該損害は競業者の模倣により生じたものであるかどうか（因果関係）の立証は多くの事案において困難であろう。

そのため、仮に競業者の模倣行為や成果への冒用行為などが「不法行為」として認められるとしても、それが救済に繋がるかどうか、その実効性には疑問がある。

また、そもそも自由競争の原理が働く市場において、模倣行為や成果の冒用行為が「不法行為」を構成すると判断するかどうかは、市場における影響（抑止の効果など）をも視野に入れた複雑かつ機微に触れる事項であり、非常に難しい判断である。

そして、現在の裁判実務では、以下で詳述する一連の最高裁判決により、そもそもこのような模倣行為や成果への冒用行為が「不法行為」とされるのは極めて稀なケースに限定されている。

## 2 個別の知的財産法の「補完」としての一般不法行為法に関する判例

### (1) 最高裁判例（最高裁判例を踏まえた裁判実務）

まず、最高裁は、競走馬の所有者が、当該競走馬の名称を無断で利用したゲームソフトを製作、販売した業者に対して、いわゆる物のパブリシティ権の侵害を理由に当該ゲームソフトの製作、販売等の差止請求又は不法行為に基づく損害賠償請求を行い、その可否が問題となった最二判平成16年2月13日民集58巻2号311頁以下〔ギャロップレーサー事件〕において、下記のように判示して、個別の知的財産法で保護されていない競走馬の名称等の使用について、不法行為の成立を否定した。

#### 記

「現行法上、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用权を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用权の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、そ

---

一物権的請求権のアナロジーとして認められている。」と紹介する。

の排他的な使用権の及ぶ範囲, 限界を明確にしている。], 「上記各法律の趣旨, 目的にかんがみると, 競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても, 物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき, 法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく, また, 競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については, 違法とされる行為の範囲, 態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において, これを肯定することはできないものというべきである。」

このように, ギャロップレーサー事件においては, 個別の知的財産法で保護されていないものについて, 一般不法行為の成立を否定する論旨が示されている。

しかし, 同判例においては, 個別の法律で保護されていないものを一般不法行為により保護する可能性を一律に否定する趣旨まで包含するのか, その外延は必ずしも明確でない。

同判例後, 我が国未承認の国(北朝鮮)において製作された映画の一部を, 被告がテレビニュースで放送した行為について, 北朝鮮の法令に基づく著作権を有する原告が, 主位的に著作権(公衆送信権)侵害を理由とする請求をしつつ, 予備的に原告が本件映画について有する法的保護に値する利益の侵害に当たると主張して, 不法行為に基づく損害賠償請求を主張した事案である最一判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁[北朝鮮映画事件]において, 主位的請求を退けた上, 予備的請求に関しても, 下記のとおり判示して著作権法6条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為について原則として不法行為の成立を否定しつつ, 「法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情」がある場合には, 不法行為が成立する余地があることを示した。

#### 記

「著作権法は, 著作物の利用について, 一定の範囲の者に対し, 一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに, その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で, 著作権の発生原因, 内容, 範囲, 消滅原因等を定め, 独占的な権利の及ぶ範囲, 限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法6条もその趣旨の規定であると解されるのであって, ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合, 当該著作物を独占的に利用する権利は, 法的保護の対象とはならないものと解される。したがって, 同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は, 同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる

る法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り，不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」

(2) 北朝鮮映画事件判決（以下、「本判決」という。）の意義

本判決は，著作権法の規律対象とする利益については，それを保護するかしないかは著作権法の制定時に決定されており，著作権法で保護されないものについては，パブリックドメインとして公衆が利用可能であることを前提に，原則として別途不法行為が成立するものではないことを示したものであると解される<sup>407</sup>。また，本判決のかかる見解は，従前の学説の見解の大勢<sup>408</sup>に沿うもの

---

<sup>407</sup> 山田真紀「判解」法曹時報 66 巻 10 号 111 頁，118 頁（2014）は、「本判決はこのような学説や判例を踏まえ，著作権法の規律対象とする利益については，それを保護する，保護しないを含めて著作権法の制定により決定されており，同利益については，著作権法で保護されないとすれば，原則として，別途不法行為が成立するものではないことを示したものであるといえる。」とする。上野達弘『未承認国の著作物と不法行為—北朝鮮事件—最高裁判所第一小法廷平成 23 年 12 月 8 日判決（民集 65 巻 9 号 3275 頁）』AIPPI57 巻 9 号 2 頁，17-18 頁（2012）は、「形式的に見れば，本判決はあくまで『著作権法 6 条各号所定の著作物に該当しない著作物』という，極めて稀な場合について判示したものに過ぎないようにも読める。」としつつ，他方で「本判決が，著作権法 6 条に定める著作物に該当しない著作物について、『当該著作物を独占的に利用する権利は，法的保護の対象とはならない』とする根拠は，…同条の規定が『著作物の利用について……独占的な権利の及ぶ範囲，限界を明らかにしている』ことにあると読める。」とし，「そうすると，著作物性を定めた著作権法 2 条 1 項 1 号も『その趣旨の規定である』と解されるならば，著作物性のない情報の無断利用についても同様に，著作権法上保護される利益とは異なる法的に保護された利益が侵害されたといえない限り，不法行為は成立しないと解する余地はあるようにも思われる。」とする。また，横山久芳『北朝鮮国民の著作物に対する日本国内での保護の可否』民商 146 巻 6 号 50 頁，67-71 頁（2012）は，本判決の解釈について「著作権法等で保護されない情報の利用は原則として自由であり，不法行為性を基礎づけるプラスαの事情が存在する場合に例外的に不法行為の成立を認めるという従来 of 伝統的な裁判例の考え方に親和的なものである。」と評価し，また「従来 of 裁判例では，不法行為性を基礎づける特別な事情として，被告が原告商品のデッドコピー品を競合地域で販売するなど，被告の行為が『営業妨害的』であることが考慮されていたが，本判決はこうした従来 of 裁判例の考え方を追認したものといえることができる。このように，本判決は，原審を含む近時の新たな裁判例の解釈を明確に否定し，従来 of 伝統的な裁判例の考え方へと回帰すべきことを明らかにしたものであるといえることができる。このように，本判決は，原審を含む近時の新たな裁判例の解釈を明確に否定し，従来 of 伝統的な裁判例の考え方へと回帰すべきことを明らかにしたものであるといえることができる。このように，本判決は，原審を含む近時の新たな裁判例の解釈を明確に否定し，従来 of 伝統的な裁判例の考え方へと回帰すべきことを明らかにしたものであるといえることができる。」とする。そのうえで，本判決が「著作権法等で保護されない情報の利用行為について，不法行為の成立を例外的にし認めない見解（例外説）」を「採用したことにより，著作権法等で保護されない情報と不法行為の成否の判断に関する一般論は固まったものといえる。」と評している。次に，小泉直樹『知財判例速報 北朝鮮著作権事件上告審』ジュリ 1437 巻 6 頁，7 頁（2012）は，「著作物性が否定された情報について民法 709 条の不法行為が成立しうることについては異論をみないが，著作権法で保護されていない対象については原則として利用は自由であるため，不法行為の成立は自由競争を逸脱したといえるような特段の事情の下に限られると理解されてきた…。本判決も同趣旨の理解を確認した上で，具体的な判断を示した点に意義がある。」とする。

と解される。

さらに、本判決は、著作権法や不正競争防止法で保護されない物の一般不法行為法による保護（補完）を比較的緩やかに認めようとする近時の裁判例の流れ<sup>409</sup>を否定し、一般不法行為法による保護（補完）を厳格に判断する従前の多くの裁判例<sup>410</sup>の判示するところに沿うものである<sup>411</sup>。

また、上記ギャロップレーサー事件をも含め本判決は、現行法上、個別の知的財産法により、物の無体物としての面の利用に関しては、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自

---

<sup>408</sup> 窪田充見『不法行為法と知的財産法の交錯』著作権研究 36 号 29 頁（2009）。田村善之『不正競争防止法』491-495 頁（有斐閣，第 2 版，2003）。潮見・前掲注 406）91-94 頁。

<sup>409</sup> 知財高判平成 17 年 10 月 6 日裁判所 HP 参照〔YOMIURI-ONLINE 事件〕，知財高判平成 18 年 3 月 15 日裁判所 HP 参照〔通勤大学法律コース事件〕，知財高判平成 20 年 12 月 24 日裁判所 HP 参照〔北朝鮮映画事件：控訴審〕。横山・前掲注 407）65-66 頁は、「従来の伝統的な裁判例は、『自由競争の範囲を逸脱しているか』どうかを基準としていたのに対し、これらの裁判例は、『社会的に許容された限度を超えている』かどうかを基準としている。後者の基準によれば、自由競争の範囲を著しく逸脱する『営業妨害的な』利用行為でなくとも、社会的相当性を欠く利用行為について広く不法行為の成立を認めることが可能となるであろう。」とする。また、田村善之『知的財産法からみた民法 709 条一プロセス志向の解釈論の探求』NBL936 号 54 頁，58 頁（2010）は、民法 709 条内で「各種知的財産法とは別個の独立の完結した不法行為法体系を構築するという立場」を民法自己完結型とし、「知的財産法の体系の一部として同条（の一部である知的財産法関連領域）があると考える立場」を知的財産法中心型としたうえで、上記 3 つ裁判例をいずれも民法自己完結型と位置付ける。

<sup>410</sup> 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〕，東京高判平成 3 年 12 月 17 日判時 1418 号 120 頁〔木目化粧紙事件〕，東京地判平成 13 年 5 月 25 日判時 1774 号 132 頁〔自動車データベース事件〕，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事件〕，大阪地判平成 14 年 7 月 25 日裁判所 HP 参照〔オートくん事件〕等。横山・前掲注 407）62-63 頁では、「著作権の保護を受けない情報であっても、情報の価値や利用の目的、態様によって、その利用行為が別途、不法行為を構成する場合があるということは現在の裁判実務において広く受け入れられた考え方である。」としつつ、木目化粧紙事件及び自動車データベース事件を挙げながら、「従来の裁判例は、一般論として不法行為の成立の余地を認めるものの、成立要件を極めて厳格に捉えており、結論として不法行為の成立を否定するものが多数を占めていた。」、「これは、著作権法等の知的財産法で保護されない情報の利用は原則として自由であるから、著作権法等で保護されない他人の情報を単に利用したというだけでは不法行為の成立を認めることはできず、ことさらに他人に損害を与えることを意図して模倣品を販売するなど、自由競争の範囲を逸脱した不公正な行為を行った場合に限り、例外的に不法行為の成立が認められるにすぎないとの考え方に基づくものである。」と評する。そのうえで、横山・前掲注 407）68 頁は、「本判決は、こうした従来の裁判例の考え方を追認したものということが出来る。」と評価している。

<sup>411</sup> 山田・前掲注 407）117-118 頁。横山・前掲注 407）66-68 頁。小泉・前掲注 407）7 頁。

由を過度に制約することのないようにするため、各法律が、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしているという点を強く意識し、個別の知的財産法で保護されないものを、不法行為で保護することに対しては、謙抑的な姿勢を示している<sup>412</sup>。

このような中、本判決により、著作権法で保護されない表現物が不法行為で保護されるケースは、著作権法で保護する利益とは異なる法的に保護された利益が侵害されているといえるような特段の事情がある場合という、極めて制限された場合のみであることが明らかになり、不法行為法による保護に関する一般論が固まったものと解される。

### (3) 本判決の射程

ア それでは、著作権法以外の他の知的財産法や不競法（同法 2 条 1 項 1 号や同 2 号、同 3 号など）で保護されないものを一般不法行為法で保護する余地はいかに考えるべきか。本判決の射程が及ぶのか。

イ 確かに、本判決は、北朝鮮という我が国未承認の国で創作された著作物であるために、我が国では保護されないという特殊な事例に対する判示であり、判示も形式的に見れば「同上各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は」という限定の付されたものであり、他の知的財産法と一般不法行為法による補完の議論も射程の範囲であるとは直ちには判断できないようにも思える。

ウ しかし、そもそも本判決の上記判示は、著作権法と一般不法行為法との調整の問題に関するものであるところ、本判決が上記判示を導く理由付けは、著作権法以外の他の知的財産法と一般不法行為法との調整に関する議論との間で有意な差があるように理解できない。すなわち、他の知的財産法と一般不法行為法の補完という議論にも用いることが可能な理由づけであり、著作権法に関する事案である本件と別異に解すべき理由も考え難い。

そもそも、本判決は不競法の存在を重視し、これらで保護されない類型の

---

<sup>412</sup> 宮脇正晴「Q 1 1 商標法と不法行為法」小野昌延＝小松陽一郎＝三山峻司編『商標の法律相談 I』102 頁，105 頁（青林書院，2017）は、本判決及び最二判平成 16 年 2 月 13 日民集 58 卷 2 号 311 頁〔ギャロップレーサー事件〕を挙げて、「これらの最高裁判決は、財産的情報の利用行為について、個別の知的財産法がその保護の範囲を明確に線引きしていることを非常に重く見ており、これらの法に違反しない行為の不法行為該当性については、かなり謙抑的な立場を採用しているといえます。したがって、ただ単に財産的情報が利用されたというだけでは不法行為は成立せず、成立のためにはよほどの特殊事情があることを要すると見てよいでしょう。」とする。

不法行為による保護を厳格な要件のもとで捉える従前の裁判例の傾向<sup>413</sup>にも沿うものであることは前述のとおりでもある。

エ また、本判決以降、不競法2条1項1号に該当しないため同法で保護されないものについて、一般不法行為法による補完が問題となった事案において、以下のとおり判示する裁判例が現れている(知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りゲーム事件〕)。

すなわち、釣りゲーム事件において知財高裁は、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。また、不正競争防止法も、事業者間の公正な競争等を確保するため不正競争行為の発生原因、内容、範囲等を定め、周知商品等表示について混同を惹起する行為の限界を明らかにしている。ある行為が著作権侵害や不正競争行為に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利や商品等表示を独占的に利用する権利は、原則として法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、著作権法や不正競争防止法が規律の対象とする著作物や周知商品等表示の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」と判示した。

かかる判示内容から明らかなように、北朝鮮映画事件の最高裁判決を明示的に引用や参照をしていないものの、本裁判例の判示内容は、北朝鮮映画事件最高裁判決と酷似しており、本裁判例が本判決を意識していることは明らかである。

そして、本裁判例は、著作権法に関するケースのみならず、不競法2条1項1号に関するケースについても、本判決と同趣旨の理由付けにより本判決と同様の一般論を定立している。

そうすると、本裁判例を見る限り、本判決が著作権法の事案に限らず、少なくとも不競法2条1項1号と一般不法行為法による補完という議論におい

---

<sup>413</sup> 松村信夫『他人の成果の冒用と不法行為』知財管理 57 卷 6 号 859 頁, 866 頁(2007) は、東京高判昭和 57 年 4 月 28 日判時 1057 号 43 頁〔タイポス書体事件〕や佐賀錦袋帯事件・前掲注 410)、木目化粧紙事件・前掲注 410)、東京地判平成 13 年 9 月 6 日判時 1804 号 118 頁〔宅配鮭事件〕などを挙げ、「判決の大勢を見る限り、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号及び 3 号の対象とならない他人の商品形態の冒用行為については、① ことさら混同を生じさせる不正競争の意図と混同を惹起させる行為、または②混同を惹起させる種々の行為と被冒用者等の信用毀損、あるいは③ことさらに相手方に損害を与えることのみを目的としてなされた特段の事情等、上記各号において不正競争防止法とは別途の違法要素が必要であるというのが判例の傾向であると見受けられる。」とする。

て、影響を与えていることは明白である。

オ 以上から、本判決の判示内容は、著作権法で保護されない表現物の保護を一般不法行為法により補完するという議論にとどまらず、より広く他の知的財産法や不競法により保護されないものを一般不法行為法により補完するという議論にも影響を与えているように解される。このように、他の知的財産法と一般不法行為法による補完という議論に関しても最高裁が本判決のとおり示す一般論で強く方向づけられたように思われる。

そのため、現在の実務においては、著作権法で保護されない表現物の事案のみならず、他の個別の知的財産法で保護されないものや不競法で保護されないものに関して不法行為法による請求を行うに当たっては、相手方の個別の行為の内容や態様を十分に整理し、個別の知的財産法が保護する利益とは異なる法的に保護された利益が侵害されていないかを十分に検討することが不可避である。

しかし、多くの事案で、自由競争の原理が働く市場において、創作面や標識面の保護といった個別の知的財産法が想定する法益侵害以外の法的に保護された利益の侵害を見出すことは通常困難であろう。

店舗の外装・内装に関していえば、上記で検討した個別の知的財産法の想定する保護法益以外の法益侵害は相当に稀なケースに限定されるように思われる。

### 第3節 店舗の外装・内装の保護と一般不法行為法による保護

#### 1 現状の法律実務を踏まえて想定される帰結

##### (1) 上記判例を踏まえた店舗の外装・内装の不法行為法による保護の現状

以上見てきたとおり、現在の実務においては、個別の知的財産法で保護されないケースを一般不法行為法により保護することを目指す場合、個別の知的財産法とは異なる法的に保護された利益の侵害があるかどうかを探求しなければならない。

かかる「法的に保護された利益」は、調査官解説によれば「著作権法の規律対象とする利益ではない利益として考えられるものは、上記判例<sup>414</sup>（注：脚注は本論文執筆者付記。）において示された『著作者が公文図書館において著作物が閲覧に供されることにより取得する、思想の自由、表現の自由を脅かすおそれのある行為から守られる利益』のほか、名誉、本判決でも補足的に触れている営業の自由などがあると思われる。」とされる<sup>415</sup>。

この点に関し、店舗の外装・内装について保護すべき側面は、第1章で確認

<sup>414</sup> 最一判平成17年7月14日民集59巻6号1569頁〔船橋市立西図書館事件〕。

<sup>415</sup> 山田・前掲注407) 118頁。

したとおり、基本的に創作面と標識面という2本柱であろう。そして、かかる両面のそれぞれが、正に個別の知的財産法が保護せんとする利益である。

すなわち、特許法及び実用新案法は、店舗の外装・内装の技術的な創作面を保護しようとしており、意匠法、著作権法は店舗外装・内装のデザイン（装飾）に関する創作面を保護しようとしている。

したがって、店舗の外装・内装の持つ技術やデザイン（装飾）の創作的側面については、既に個別の知的財産法により保護が図られている。

そして、店舗の外装・内装の創作面については、「技術」的側面及び「デザイン（装飾）」的側面以外は現状想定し難い。

また、商標法や不競法2条1項1号及び同2号は、店舗の外装・内装の持つ出所識別力（標識面）を保護しようとしている。

したがって、店舗の外装・内装の持つ標識面についても、個別の立法により保護が図られている。

以上から、不法行為が店舗の外装・内装保護のために機能するのは、その創作面及び標識面以外の法益が侵害されているときに限られることになる。

## (2) 店舗の外装・内装の創作面及び標識面以外の保護法益について

### ア 店舗運営者の社会的評価、名誉

以下、店舗の外装・内装の創作面及び標識面以外の法益について考察する。

例えば特定の喫茶店の店舗の外装・内装をほぼデッドコピーし、当該デッドコピーした店舗において、喫茶店事業とは全く別の事業である風俗店の営業等を行った場合、当該店舗の外装・内装の持つ創作面や標識面とは別に、当該喫茶店営業者の社会的評価や名誉を侵害していると評価する余地があるのではないか。

このようなケースであれば、著作者の人格的利益を侵害するものと解する余地がある（著作権法113条7項）。もっとも、これと同時に、著作者ではない店舗運営者の社会的評価や名誉など創作的側面と標識的側面とは別個の法益侵害があると評価できるように思われる。

他方、ゲームやAR、VR（以下、「ゲーム等」という）の背景などとして店舗の外装・内装が描かれている場合で、当該ゲーム等が性的表現や暴力的な表現を伴うもの（年齢制限のあるもの）であるなどの事情があるとき、当該ゲーム等内で店舗の外装・内装を表現することが、当該店舗運営者の社会的評価や名誉を侵害していると評価できるか。

この点については、慎重な検討を要するというべきである。

この場合、店舗の外装・内装は当該ゲームコンテンツの一表現として描かれているにすぎず、利用者においては通常、ゲーム等というあくまで「フィ

クション]であると認識した上で当該店舗の外装・内装に触れることになる。

このように、いわば当該表現に接する公衆は、「フィクション」というフィルターを介して認識する以上、社会的評価を低下させていると評価できるかは慎重な検討を要するというべきである。

ゲームコンテンツのように、「フィクション」とであるというフィルターを介してその表現が伝わる場合には、当該ゲームコンテンツ内における当該店舗の「扱われ方」など具体的な表現内容を十分に加味して「社会的評価の低下がある」と評価できるかなど判断する必要があるだろう。

#### イ 営業の自由

次に、上記個別の知的財産法では保護されない保護法益として、上記本判決の判示するように、「営業の自由」が想定され得る。

しかし、個別の知的財産法で保護されない対象は、本来的にはパブリックドメインとして公衆において利用可能である。すなわち、知的財産法は、その保護対象をどのように規定するかに関し、種々の事情を衡量し、公衆の利益と当該知的財産権の帰属主体との利益調整を行っている。そのため、パブリックドメインに帰しているものについては、かかる衡量の結果、「公衆において原則的に自由利用が可能である」と位置付けられていると評価することができる。

したがって、個別の知的財産法で保護されない対象の利用に関し、徒に不法行為の成立を肯定することは、このような調整を無碍にするおそれがある。

また、市場においては自由競争の原理が支配しているから、司法が過度に介入することは市場を歪める危険もある。

したがって、個別の知的財産法において保護されない模倣や成果の冒用などに関し、「営業の自由」の侵害が認められるかどうかは、慎重に判断すべきであり、例えばかかる自由競争の範囲を逸脱したと評価できる程度のものであることを要するように解する<sup>416</sup>。

この点に関し、不法行為が成立するか否かは個別具体的な事情の下でのケ

---

<sup>416</sup> 上野・前掲注407) 12頁は、従来の裁判例のまとめとして、「このように見ると、従来の裁判例においては、一般論として、著作権法の保護を受けない情報であって、その利用行為が不正競争防止法上の不正競争行為に該当しない場合は、自由競争の観点から原則としてこれを自由としつつも、『ことさら相手方に損害を与えることを意図して、法律上保護に値する相手方の営業上の利益を、著しく不公正な方法により侵害するなど、自由競争の範囲を明らかに逸脱した』ような場合は、例外的に不法行為の成立を肯定する場合があるとするものが多く見られる。」と分析している。かかる分析結果からも、不法行為が成立するのは、自由競争の範囲を逸脱していると評価できるようなケースであるように思われる。

ースバイケースの判断である以上、一概に説明は困難であるが、例えば、あるカフェAとまったく同様（デッドコピー）の外装・内装を有し類似の商品を提供するカフェBがカフェAの目と鼻の先の場所にオープンした場合、このような行為は営業妨害的であり、もはや自由競争の範囲を逸脱したものとして不法行為を構成する可能性があるようにも考えられる。

しかし、かかる外装・内装がデッドコピーではなく、相違点があればあるほど、自由競争の範囲を逸脱するものか、それとも自由競争の範囲内かどうかの線引きはよりグレーで判断困難なものとなる。

そして現実には、店舗の外装や内装が「デッドコピー」されるケースは稀であることは想像に難しくなく、模倣者である競業者は多くの場合、当該模倣をしようとする店舗の外装・内装の全体的な印象は保ちつつ、幾分かその表現に変更や修正を加えて模倣するものとする。

また、上記の事例では、カフェBは、カフェAの店舗の外装・内装を含むブランド力にフリーライドして顧客を誘引して顧客を獲得しているように見え、このような評価を超えてさらにカフェAの標識面以外の法益（営業の自由）まで侵害していると評価できるかの判断は難しい。

そうすると、営業の自由の侵害を理由とする不法行為の成立は、現実には難しいケースが多いであろう。

#### ウ 小括

以上の次第で、店舗の外装・内装は、個別の知的財産法で保護されない限り、基本的に不法行為による保護は上記のような極めて例外的なケースを除き望めないように考えられる。

### (3) 不法行為法による救済の困難性

次に、仮に模倣者の行為が不法行為を構成するとしても、上記のとおり、損害の有無の立証および当該不法行為と損害発生との因果関係の立証のハードルは決して低くない。

すなわち、民法には、特許法102条、実用新案法29条、意匠法39条、商標法38条、著作権法114条、不競法5条に定めるような損害の額の推定規定は存在せず、推定規定によらずに不法行為と損害との間の因果関係の立証が必要となる。

また、不法行為に基づく請求としては、差止請求は行い得ない。

そうすると、店舗の外装・内装が模倣された場合、個別の知的財産法や不競法により保護されないケースを不法行為法による保護できるケースは相当に限定されている上、仮に不法行為が成立するとしても、その保護が救済として十

分なものとなる可能性は高くないであろう。

## 2 保護拡充に関する考察

### (1) 私見

現状の法律実務を踏まえた帰結が上記のとおりであるとして、それでよいのであろうか。すなわち、不法行為の成立を上記北朝鮮映画事件が示すように厳格な解すべきなのであろうか、より緩やかに認めるような解釈を行うべきか。

この点については、より緩やかに不法行為の成立を認めるような解釈をするべきではないように考える。

### (2) 理由

例えば、ギャロップレーサー事件や北朝鮮映画事件において最高裁が判示するように、著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。

著作権法に限らず、他の知的財産法においても、基本的に独占的な権利を発明者や考案者、創作者等特定の者に付与するにあたり、一定の要件を課し、その範囲等を規定して、利用が妨げられることになる公衆の利益とを調整していることは言を俟たない。

このように、個々の知的財産法は、その制度設計に当たり、市場における種々の事情を衡量して不法行為法の特別法として立法されている。

そのため、これらの知的財産法が保護の対象として除外したもの（そのためパブリックドメインとして原則的に自由利用可能なもの）に関し、同一の法的利益の侵害を理由に不法行為の成立を認めることは、このような知的財産法の体系や立法府による調整の結果を阻害する危険がある。

また、自由競争の原理が働く市場において、緩やかに不法行為の成立を認めることは、司法が市場に過度に介入する結果を招来し、ひいては市場を歪める危険がある。

したがって、一般不法行為法の成立を緩やかに認めるような解釈により、現在の裁判実務以上にその保護の拡充を図ることについては、極めて慎重な姿勢を採るべきである。

以上から、基本的には不法行為の成立を広く認めるという司法による調整ではなく、諸々の事情を考慮して何をどのような要件の下で保護すべきかという立法府による判断が介在する個別の知的財産法の拡充という解決を上記第2章、

第3章で考察したとおり模索すべきである<sup>417</sup>。

そして、上記のとおり、店舗の外装・内装の保護法益は、基本的には創作面と標識面といった多くのものが個別の知的財産法でカバーされているように考える。

もっとも、上記のような店舗を運営する事業者の社会的評価や名誉、営業の自由などといった法益の侵害行為については、不法行為が補完的に機能する場合があります。

ただ、かかる法益が侵害されるようなケースは、上記のとおり例外的なケース限られるように解され、なおかつ想定される侵害行為では同時に創作面や標識面を侵害していると評価する余地があるものと解される。

そこで、基本的には上記第2章、第3章で確認したとおり、まずは個別の知的財産法による保護拡充を模索すべきである。

もっとも、今後将来的に、現在では想定されていない保護法益が生じてくる可能性は否定できない。

このような場合には、改めて不法行為による保護による保護の補完を見直す必要が出てくるであろう。

## 第5章 結語

### 第1節 はじめに

以上のとおり、小売店や喫茶店（カフェ）などの店舗の外装・内装に関する法的保護に関して、日本の現状の各知的財産法における保護の現状・限界を確認し、保護拡充について考察を加えてきた。

また、個別の知的財産法により保護されない店舗の外装・内装デザインの創

---

<sup>417</sup> 上野・前掲注407) 62頁では、「…知的財産権を創設する方向の作業は立法の決定に任せるか、あるいは自由放任という形で市場に委ねておくことを原則とし、司法による保護の創設には、慎重であって然るべきであろう。付随的に、出願・審査主義を採用している特許制度等の出願のインセンティブを確保するという意味合いもある。」、「もっとも、例外的に、問題のフリー・ライドを放置しておく、インセンティブが過度に不足し、必要となる成果の供給が過度に不足するということが裁判所にとって明らかな場合には、司法による介入も許されるところであるべきであろう。判断が困難ではないのであれば、あえて立法を待ってプロセスによる正統性を確保させ政治的な責任に委ねる必要はない。かえって、司法による迅速な対応が可能となるという側面も見逃してはならない。」、「ただし、第1にその種の利用行為を規律しないとする立法による決定がなされている場合に、介入が許されなくなることはいうまでもない。第2に、政策形成過程に反映されにくい者の自由を守る砦としての司法の機能は存分に発揮すべきであるから、帰結主義的な観点からは正当化が可能であっても、表現の自由や私人の行動の自由等に対する過度の制約となり得る懸念を払拭し得ない場合には、不法行為法による保護は否定すべきである。」とする。司法による保護に慎重な姿勢を見せており、特に「第1」、「第2」による示唆はそのとおりであるとする。

作面及び標識面以外の保護法益の有無について、不法行為による保護を検討した。

日本においては、第1章で確認したように、小売店や喫茶店（カフェ）が提供する商品（製品）やサービスの多くが、一般消費者が満足する水準のものを充たしており、多くの市場における競争が、商品やサービス自体の競争とともに、提供する商品やサービスの付加価値（アフターサービスやブランド、店舗の外装・内装などの外観も含む。）の次元での競争が始まっているように考えられる。

このようななか、店舗の外装・内装の外観について、事業者は他の店舗との差別化や自店舗の独自性を創出するために、多くの投資を行っている。

かかる投資は、創作面への投資とともに、ブランディング等標識面への投資という両側面の観点から捉えることができよう。

しかし、店舗の外装・内装デザインに関する日本における法的保護は現状必ずしも十分ではないと評価せざるを得ない。

そこで、本論文では、店舗の外装・内装における創作面と標識面の各観点から保護の現状及び保護拡充の要否及びその内容について考察を加えた。

## 第2節 創作面の保護

### 1 特許法・実用新案法

まず、店舗の外装・内装にも、技術的側面が存在する。

本論文ではかかる技術的側面を保護する法律として特許法、実用新案法を検討した。

しかし、係る技術的側面の保護は、新規性や進歩性等の特許要件により振り分けられるが、技術分野ごとに当然に先行技術や公知技術が異なる。

そして、店舗の外装・内装の技術的側面について見るに、現状、その技術的側面が他の技術分野に比して適切に保護がなされていないというような状況は見出し難い。

このように、店舗の外装・内装の創作面の内技術的側面については、そもそも他の技術分野に比して、保護が不足しているとも考え難く、現状拡充を考察する必要はそもそもないように解する（第2章第1節）。

### 2 著作権法

次に、店舗外装・内装の創作面の内装飾的側面の保護については、著作権法による保護と意匠法による保護が考えられる。

まず、著作権法による保護は、その保護のハードルが高く、店舗の外装・内装に関して著作物性が肯定された裁判例も見当たらない。

そして、著作権法による保護拡充は、第2章第2節で考察したとおり、過剰保護になる可能性があり、かえって著作権法の目的である文化の発展を阻害する危

険すらあるように考えられる。

したがって、著作権法による保護拡充については、慎重に検討すべきであり、現状著作権法による保護拡充は図るべきではない（第2章第2節）。

### 3 意匠法

次に意匠法による保護を考察するに、令和元年意匠法改正により従前は保護されなかった店舗の外装や内装が保護対象に追加された。

かかる改正により、創作面の保護は拡充されたとみることが可能であろう。

もともと、意匠法による店舗の外装・内装の創作面の保護は、未だ過渡期であり、今後の具体的な審査運用等によっては、意匠登録を受けて保護される範囲は広くも狭くもなる可能性を孕んでいる。

この点については、今後の運用を引き続き注視する必要がある（第2章第3節）。

## 第3節 標識面の保護

### 1 不競法

次に、本論文では店舗の外装・内装の持つ標識面の保護について考察を加えた（第3章）。

現在の日本では、店舗の外装・内装について立体商標による保護を受け、これが権利行使された裁判例は見当たらず、店舗名称等の文字を伴わない形での商標登録例は極めて少ない。

そもそも、生来的な出所識別力を特許庁が認めるものがほとんどない上、3条2項の周知性が、全国での周知を要求されることから、立証のハードルも高いことが起因しているように考えられる（第3章第2節）。

このような理由もあってか、商標登録がなされている例がそもそも多くなく、現在の実務では、事業者は不競法による保護を裁判において求めるケースが多い。

そして、裁判所が店舗の外装・内装について、裁判例が採用する規範は、商品形態（product design）の「商品等表示」該当性の判断基準に類するものを採るものの、実質的に店舗の外装・内装の「商品等表示」該当性に関する保護要件を加重しているものとも、直ちには考えられない。

その他店舗の外装・内装デザインの現行の不競法による保護が、他の「表示」と比較して殊更に欠けているものとも言えない。

したがって、店舗の外装・内装デザインの不競法による保護拡充は現状不要であるように考えられる（第3章第1節）。

もともと、不競法に基づく保護は、周知性要件のハードルなどから、保護のハードルは決して低くない。そして、例えばスタートアップや中小の事業者が特異な店舗の外装・内装を創出して人気を博したものの、資本力も人的リソースも有

する大手事業者が、係る中小事業者の店舗の外装・内装を模倣し、急激に出店して先に周知性を獲得した場合を想定した場合、このような周知性や著名性が要件として求められる不競法では、例えば出所識別力を有する店舗の外装・内装であっても保護されないという不都合が想定される。

そこで、本論文では、このような不都合への対応として、登録制度を採る商標法による保護拡充について考察した。

## 2 商標法

現行商標法が保護する「商標」のラインナップ及び具体的な審査運用によれば、店舗の外装・内装の一部の標識面しかフォローされない。

すなわち、店舗の外装・内装は、複数の個々の構成要素が同一の空間内で有機的に関連しあって組み合わせり、「一つ」の出所識別標識として機能している場合がある。例えば、店舗の内装の内、レジを置く棚と電灯、従業員のユニフォーム、棚の一部に配された特定の色彩の組み合わせが需要者に対する出所識別標識として機能している場合なども想定されうる。

しかし、このような店舗の外装・内装の個々の構成要素の組合せから形成される一つの出所識別標識（標識面）は、現行の商標法及び審査運用のもとでは保護され難い。

そこで、商標法においてかかる出所識別標識を保護する制度を検討すべきであるところ、今般商標制度小委員会及び商標審査基準 WG において立体商標制度の審査基準の改訂など審査運用の見直しによる保護拡充策が検討されている。

これに対し、店舗の外装・内装の標識面の保護拡充策としては、米国のトレードドレスを参考にした限定的なトレードドレスを日本においても「新たな商標」として導入することによることも考えうる。

しかし、立体商標制度の審査運用の見直しによる方法でも、上記保護され難い店舗の外装・内装の個々の構成要素の組み合わせから形成される一つの出所識別標識も保護されうる上、両者を比較考察しても、明らかに立体商標制度の審査運用の見直しによる方法が不十分である、と評価できるほどの大きな差異は見当たらない。

したがって、立体商標制度の審査運用の見直しによる保護拡充策は首肯できる。

そこで、まずは同対応策を採用し、その動向を注視しつつ、仮に今後の運用の中で、同対応策によることで不都合や弊害、保護の限界などが顕在化した場合には、改めて限定的なトレードドレスを「新たな商標」に導入することを改めて検討すべきである（第3章第2節）。

### 第4節 その他の側面の保護（不法行為による補完）

最後に、個別の知的財産法の補完として不法行為による保護を検討した（第4章）。

知的財産法の一般法と解される民法709条（不法行為）による保護は、個別の知的財産法で保護されない対象への保護に極めて謙抑的な姿勢を示しており、現在の実務ではかかる保護を受けることができるケースは極めて限定される。

また、個別の知的財産法で保護されない知的財産を一般不法行為で保護することは、司法による調整ではなく諸々の事情を考慮して何をどのように保護すべきかを衡量する立法によるのが適切である。

したがって、個別の知的財産法が保護しようとする法益については、あくまで上記のとおり個別の知的財産法による保護拡充を検討すべきである。

もつとも、個別の知的財産法で保護されていない法益がある場合には、不法行為法による保護が考えられる。

確かに、事業者の社会的評価や名誉権、営業の自由など、個別の知的財産法で保護が与えられているとは考え難い法益も想定されうる。

しかし、店舗の外装・内装について想定し得る保護法益の大部は、創作面及び標識面に分類されるように考えられ、よってこれらに必ずしも分類されない保護法益の侵害を理由に不法行為法が機能する場面は多くないであろう。

また、仮にこれらの法益侵害が存在するとしても、不法行為に基づく差止請求権は実務上認められないことから適切な保護が可能かという問題が残るほか、損害の立証、不法行為と損害との因果関係の立証など、そのハードルは低くない。

したがって、個別の知的財産法の補完として不法行為が機能する場面は限定的でその実効性も怪しい以上、まずは個別の知的財産法の保護拡充により対処すべきである。

もつとも今後将来的に、現在の個別の知的財産法では想定していない保護法益が生ずる可能性は否定できず、その際には個別の知的財産法の補完として、一般不法行為法の利用が見直されることになろう。

## 第5節 小括

以上の次第で、店舗の外装・内装の創作面と標識面の各保護について、創作面については、意匠法による保護拡充を重視すべきであり、令和元年法改正の今後の具体的な運用実務等を注視すべきである。

標識面については、現在特許庁で検討されているような商標法の立体商標制度の審査運用の見直しによる方法で、その保護を拡充すべきである。

そして、不法行為法による保護については、まずは個別の知的財産法による保護を重視すべきであるが、今後将来的に現在の知的財産法が想定していない保護法益が出現した際に改めて見直されることになろう。 以上