

特集《第16回知的財産権誌上研究発表会》

商品自体の形状は『反不正当竞争法』 の保護を受けることができる

—中華人民共和国最高人民法院（2010）民提字第16号民事裁定书についての分析—



中国弁護士

黄暉*



馮超**

会員



佐藤辰彦

要約

中国では、商品の形態について意匠権を有していない場合、或いは、意匠権が何らかの理由で消滅した場合は、商品の形態について模倣行為がされても保護を受けることはできない、というのが多くの日本企業の認識ではなからうか。

ところが、今般、中国の最高人民法院（以下、「最高院」という）において、「商品自体の形状も反不正当竞争法（日本における不正競争防止法に相当）の保護対象にすることが可能である」という見解が公表された。この見解は、今後、日本の企業にとって、中国における「商品形態の模倣」対策のなかで役立つものとして注目される。

本論文は、この中国最高院の見解、中華人民共和国最高人民法院（2010）民提字第16号民事裁定书についての解説及び分析をするものである。

1. はじめに

日本では、商品のデザイン、すなわち商品の形態は、意匠法、及び不正競争防止法第2条第1項第3号によって、模倣行為などの侵害行為から保護される。また日本では、商品の形態が所定の周知性を獲得した場合には、商品の形態自体が不正競争防止法第2条第1項第1号（2号を含む）の「商品等表示」に該当すると解するのが通説判例⁽¹⁾であるため、当該商品形態の模倣行為は不正競争の対象として排除される。

一方、中国には、日本の「不正競争防止法」に相当する法律として、「中華人民共和国反不正当竞争法」（以下、「反不正当竞争法」という）が存在する。しかし、中国の「反不正当竞争法」には、不正競争防止法第2条第1項第2号・第3号に相当する規定がなく、また、不正競争防止法第2条第1項第1号に相当する規定は存在するが、当該規定により商品の形態が保護されるのか、条文上明確でなく、かつ、最高院の司法

解釈⁽²⁾でも明らかにされていなかった。

具体的には、「反不正当竞争法」第5条第2項には、『無断で周知商品特有の名称、包装、装飾⁽³⁾又は周知商品と類似した名称、包装、装飾を使用し、他人の周知商品と混同させ、需要者に当該周知商品であると誤認させること』が不正競争行為として明記されているが、商品の形状自体が、商品の『名称、包装又は装飾』に該当するか否かについて争いがあり、関係者の関心を集めていた。

これに対して、日本の企業⁽⁴⁾は、根本的解決を図るべく、中国でも日本と同じように「商品形態の模倣」が不正競争の対象となるよう、反不正当竞争法の改正を要請してきた。しかしながら、中国政府はこの点に関し現在検討を行っている段階のようであり、未だ、改正は行われていない。

* 万慧達知識産権代理有限公司・北京 弁護士 法学博士

** 万慧達知識産権代理有限公司・北京 弁護士

この状況下において、最高院は、2010年12月3日に言い渡した「(2010)民提字第16号民事裁定书」において、「商品自体の形状も反不正当竞争法の保護対象にすることが可能である」という見解を公表した。

以下、本裁定書の前提となった事件の内容及び審理の経過を解説し、さらに、本裁定書の内容を法的に分析する。

2. 事件の概要

2008年4月21日、上海中韓晨光文具製造有限公司(以下「中韓晨光公司」という)は、自社製の晨光K-35型ノック式中性ペン(下図の通り)が周知商品であり、上海成碩工貿有限公司(以下「成碩工貿公司」という)が販売し、寧波微亜達製筆有限公司(以下「微亜達製筆公司」という)と寧波微亜達文具有限公司(以下「微亜達文具公司」という)が製造、販売した681型水性ペンは上述した晨光K-35型ノック式中性ペン特有のデザインを模倣したものであると主張し、その行為は不正競争行為であるため、上海市第二中級人民法院(以下、上海中院という)に訴訟を提起した。更に、三被告に権利侵害商品の製造・販売を直ちに停止し、経済的損失50万元・弁護士費3万元を賠償することを要求した。



晨光 K-35 型ノック式中性ペン

上海中院は、審理を経て、(2008)(コ)二中民五(知)初字第112号の判決を下し、次のように認定した。

(1) 中韓晨光公司のK-35型ノック式中性ペンの外観の中のクリップ部及び装飾リングの部分は周知商品の特有の装飾に該当する。

(2) 権利侵害として訴えられた681型水性ペンはK-35型ノック式中性ペンとクリップ部及び装飾リング部分の形状設計に基本的に相違がなく、類似した商品装飾を構成した。それに、両商品のその他の部分も酷似し、全体観察を行なう場合、消費者に混同を与える。微亜達制筆公司与微亜達文具公司是、中韓晨光公司の許可なしに、周知商品特有の装飾を使用した681型水性ペンを無断で製造、販売したことが不正競争行為を構成した。成碩工貿公司是、販売行為のみ実施し、かつその販売した681型水性ペンは微亜達文具公司から合法的に入荷されたものであるため、販売者

として侵害停止の民事責任のみ負うべきである。

(3) 中韓晨光公司が蒙った実際の損失及び微亜達制筆公司、微亜達文具公司が獲得した利益を確定することができないため、商標法の関連規定を参照し、中韓晨光公司の商品の周知度、事件における権利侵害行為の範囲、主観的過失の程度、権利侵害行為の継続期間及び獲得した利益の状況などの要素を総合的に考慮し、合理的な費用を含んだ賠償金額を確定した。

第一審判決後、微亜達制筆公司是不服があり、上海市高級人民法院(以下「上海高院」という)に控訴を提起した。控訴の理由として、微亜達制筆公司是、第一審の裁判所が商品の本体、外観デザインを特有な装飾と認定し、それを微亜達制筆公司在中韓晨光公司の装飾を模倣した根拠としたのは、法律及び関連司法解释の規定に違反したと主張した。

上海高院は審理を経て、2008年10月20日に(2008)(コ)高民三(知)終字第100号の判決を下した。事実認定について第二審の判決は第一審と一致し、依然として中韓晨光公司のK-35型ノック式中性ペンが周知商品であり、その外観の中のクリップ部及び装飾リングの部分は周知商品の特有の装飾に該当すると認定した。中韓晨光公司製のK-35型ノック式中性ペンは消費者の中で既に一定の周知度を有しているため、微亜達制筆公司在同業競争者として、その製造した681号水性ペンに周知商品であるK-35型ノック式中性ペンの特有の装飾に近似する装飾を無断で使用したことは、消費者に購入時に商品のメーカーについて誤認を与えると認められ、不正競争を構成した。従って、上海高院は控訴を棄却し、第一審判決を維持した。

第二審判決後、微亜達制筆公司是不服として、引き続き最高院に再審を申請した。中韓晨光公司の権利基礎であるK-35型ノック式中性ペンについて、微亜達製筆公司是再審の理由において、以下のように主張した。商品の特有の装飾は商品本体ではなく、商品本体に付加、付着した文字、図案、色彩及びそれらの配列、組合せである。特有の装飾は商品自体から独立して、商品の使用機能に影響を及ぼさないものであるべきである。K-35型ノック式中性ペンのクリップ部及び装飾リングの部分はペンの部品であり、ペンの本体に帰属するので、外観デザインになる。従って、ペンの部品・本体の特有の外形及び特有な外観デザインは特有の装飾に該当しない。

本件の再審中、2010年11月22日付で、微亜達製筆公司、微亜達文具公司と中韓晨光公司の間は和解合意に達した。微亜達製筆公司は当該和解合意により、再審申請を取り下げた。最高院は審査後、2010年12月3日に(2010)民提字第16号民事裁定を下し、取り下げを許可し、再審の手続を終結させた。

3. 法律上の分析

本件は三年間にわたり、中国民事訴訟法に基づく三種類の救済手続(中院・高院・最高院の訴訟手続)を経たうえ、双方の和解で終わったものの、最高院は本件に関わる下記の四つの基本的法律問題をできるだけ明確にした。

(1) 商品自体の形状は反不正当竞争法の保護を受けることができるか；(2) 過去に意匠登録により保護されたことがある商品形状は反不正当竞争法により、保護を受けることが可能であるか；(3) 商品自体の形状が反不正当竞争法の保護を受けることができない否定的条件—非機能性；(4) 商品自体の形状が反不正当竞争法の保護を受ける肯定的条件—顕著性(識別力)。

(1) 商品自体の形状は反不正当竞争法による保護を受けることができるか？

本件で、中韓晨光公司は自社製のK-35型ノック式中性ペンの形状構造が周知商品の特有の装飾に該当すると主張し、更にそれを理由に、反不正当竞争法による保護を求めた。しかし、商品の形状構造が周知商品の特有な名称、包装又は装飾として、反不正当竞争法の保護を受けられるのか？が争点となった。

この争点は次のように考えられる。中国の反不正当竞争法及び『最高人民法院の不正当竞争民事案件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈』(以下「反不正当竞争法司法解釈」という)において、周知商品の特有の装飾の範囲に関する概念又は判断基準はいずれも明確に規定されていない⁽⁵⁾。

今般、この問題について最高院は肯定的な意見を示した。「商品の装飾の文言的な意味は商品のデコレーションである。従って、一般的に言えば、商品を美化する役割を果たし、外部から可視的なデコレーションが全て装飾に帰属する。商品の装飾は大きく以下の二種類に分けられる。その一種類は文字図案類の装飾、即ち商品の外在の文字、図案、色彩及びそれらの配列、組合せである；もう一種類は形状構造類の装飾、即ち商品本体の一部に帰属するものの、装飾の役割を果た

す商品の全体又は局部の外観構造である。但し、商品自身の性質で決定された形状、技術効果を実現するために必要な形状及び商品に実質的価値を具備させた形状は除かれるべきである。……装飾が商品自体に付加、付着する文字、図案、色彩及びそれらの配列・組合せのみであるとの理解は、商品自身の外観構造を除くもので、装飾の範囲を不当に縮小する。」

よって、商品の装飾は再審請求人が主張した「商品自体に付加・付着する文字、図案、色彩及びそれらの配列・組合せ」に限らず、商品自体の形状構造の全体又は局部も商品の装飾に該当することになった。「(2010)民提字第16号裁定」は、商品自体の形状構造が反不正当竞争法の保護対象であることを明確化し、大きな一歩を踏み出したと言える。

上記最高院の「装飾」について示した広義的な解釈は、従来の中国反不正当竞争法に保護された包装紙や商品に付けられた文字、図形などから商品自体形状まで拡大した。このような広範的な理解は米国法に近いところがあると思われる。

米国判例法における、トレードドレスという概念はかなり広範な意味を有しているのであり、例えば、商品のサイズ、形状、色彩、紋柄、図案、そして販売技法などまで含む。米国連邦最高裁判所は1992年に下したTWO PESOS, INC., PETITIONER v. TACO CABANA⁽⁶⁾において以下のように判断した。

「室内の食事エリアと庭園には鮮やかな芸術品が飾っており、それは色々な絵画と壁飾りと組合せ、全体的に祝日の雰囲気がみなぎっている。庭園には二部分があり、ガレージのオーバーヘッドドアで仕切られる。庭園の外部の建築は階段の形であり、上のペンキを塗った木製看板にネオンテープをかけ、生き生きとした祝い雰囲気の配置を作り上げた。それに鮮やかな日よけとパラソルはさらにテーマを強化した。」("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.")

更に Wal-Mart の事件⁽⁷⁾の米国連邦最高裁判所の判決によると「ランハム法の第2条に商標登録可能に関する定義及び第43条に混同を与え、かつ提訴できる要素は NIKE のような文字商標もしくは鉤形の図形商標に限られない、実際にトレードドレスも含む。トレードドレスという概念には当初は包装あるいは装飾だけ含めたが、最近、複数の連邦高等裁判所はその概念の外延を広め、製品の自体の形状も含めるようになった」。(The breadth of the definition of marks registrable under § 2, and of the confusion-producing elements recited as actionable by § 43(a), has been held to embrace not just word marks, such as "Nike," and symbol marks, such as Nike's "swoosh" symbol, but also "trade dress"—a category that originally included only the packaging, or "dressing," of a product, but in recent years has been expanded by many courts of appeals to encompass the design of a product.)

(2) 意匠権によって保護されたことがある商品形状は反不正当竞争法による保護を受けることができるか？

前述のように、商品の形状構造は周知商品の装飾として反不正当竞争法による保護を受けられる。しかし、同形状が過去に意匠登録として保護されたことがある場合、同意匠権の有効期間が満了したとき、それが反不正当竞争法により保護を受けられるか？

この問題は本件の争点の一つでもある。中韓晨光会社の K-35 型ノック式中性ペンは意匠権として登録したことがある。そのクリップ部及び装飾リング部は意匠権の有効期間内に、同意匠の一部であった。しかし、当該意匠権は年金を支払わなかったため、失効した。微亜達製筆会社は同意匠権が失効したことを理由に、その外観デザインは法的保護を受けるべきではないと主張した。

それに対して、最高院は次のように判示した。「多くの場合、保護期間が満了したなどの原因で意匠権が消滅した場合、当該意匠は公有分野に入り、如何なる者もそれを自由に利用することができるようになる。但し、知的財産権の分野で、一つの客体は同時に複数の知的財産権の保護対象になる可能性もある。その中の一つの権利が消滅しても、その他の権利も同時に消滅するわけではない。更に、特定の条件で、知的財産

権のほか、反不正当竞争法が民事權益に対して、一定の付加的、補充的な保護を与えることができる。意匠権を取得したことがある商品について、同意匠権が消滅した後、他人の使用が、関連消費者に対して商品の出所混同を与えうる場合、他人の使用行為は当該意匠の先行使用者のグッドウエルを不正に利用することになり、不正競争行為を構成する。従って、意匠権が消滅した後、当該意匠が当然に公有分野に入るわけではなく、反不正当竞争法の保護条件を満たした場合に、それが保護されるべきである。具体的にいうと、商品の意匠は、商品の包装又は装飾も同時に構成することができるため、反不正当竞争法の周知商品の特有の包装及び装飾の関連規定による混同防止のための保護を受けられる。」最高院は、失効した意匠権は「全て法律に保護されない」という考え方が間違っていることを明らかにした。

勿論、最高院は更に「しかし、意匠権の消滅は、少なくとも関連公衆に当該意匠が既に公有分野に入った印象を与える。そのため、権利者は当該意匠が周知商品の特有の包装、装飾として保護されることを主張するために、更なる十分な証拠を提供し、当該意匠が法律に保護されるべきであることを証明すべきである。」とした。

実は、商品自体の形状のみならず、特許権や実用新案権、意匠権、更に著作権によって保護された形状又は装飾は、いずれについても、権利満了後に引き続き反不正当竞争法により保護されるか否かという問題がある。勿論、引き続き保護されることができるという結論は比較的に大雑把な表現である。

反不正当竞争法、更に商標法の保護対象は、形式上、前述したその他の知的財産権と重なることがある。反不正当竞争法の保護対象は前記した関連知的財産権の保護対象自身であるからでなく、商品の形状や包装が商品及び役務の出所を区別できる機能に着目し、消費者の混同を防止するための手段として保護される。

(3) 商品自体の形状が反不正当竞争法の保護を受けられない否定的条件—非機能性

商品の形状が反不正当竞争法の保護を受けられるとしても、全ての商品の形状が反不正当竞争法に保護されるのか？

最高院は商品の形状が周知商品の特有の装飾として反不正当竞争法に保護されることを認めたが、以下のような付加条件も明確化した。意匠権が消滅した後、

反不正当竞争法による保護を受けるためには、一定の条件を満たす必要があるとした。「当該意匠が商品自体の性質で決定された設計、技術的効果を実現するために必要な設計、又は商品に実質的な価値を与えた設計ではないこと。」

この要求は新しいものでもない。2007年1月に公布された反不正当竞争法司法解釈によると、商品自体の性質だけで決定された形状、技術的効果を実現するために必要な商品形状、又は商品に実質的な価値を与えた形状について、裁判所はそれを周知商品の特有の名称、包装又は装飾として認めない。反不正当竞争法司法解釈における上記関連内容は2001年に公布された「中華人民共和国商標法（以下「商標法」という）第12条の関連規定に由来するものである。具体的に言えば、同条は「立体商標を出願する場合、商品自身の性質で決定された形状、技術的効果を実現するために必要な形状又は商品に実質的な価値を与えた形状について、それを登録することができない。」と規定した。

上記要求はTRIPS協定の第25条と一致しているようである。同第25条は「加盟国は、主として技術的又は機能的考慮により特定される意匠については、このような保護が及んではならないことを定めることができる。」と規定している。一方、関連の規定を有する諸外国又は地域の意匠法にいう機能性の要求は比較的に緩くて、それに対して商標法と不正競争防止法における機能性の要求は比較的に厳しい。換言すれば、同じ機能を実現できるその他の外観デザインさえ存在すれば、意匠権の保護の条件は整っていると見える。それに対して、同様な商品の外観は商標法と反不正当竞争法においては、機能性を有する外観であるため、保護されない可能性がある。

TRAFFIX事件⁽⁸⁾に対して、米国の複数の控訴裁判所の意見が大きく相違した。その中には、発明特許の対象としたことがある以上、機能性を有するものであると判断できるとの観点もあった。特許製品に含まれる外観特徴は商標法によって保護されるべきかという問題について、米国連邦最高裁判所は結局、その回答を回避した。しかし、米国連邦最高裁判所は製品外観が特許明細書に挙げられた場合、それが付带的、随意的又は装飾的な記載でない限り、機能性を有する最も有力な証拠になる。原告はその証拠を覆さない限り、商標法による保護を受けられない、とした。

米国連邦最高裁判所は更に、競争相手が当該外観を

使用する必要性の有無に基づき、当該外観が機能性を有するか否かを判断することは不当であるとの見解を示した。これによれば、『当該外観が製品の「用途又は目的」に対して極めて重要ではあるか否か、当該外観が製品の「コスト又は品質」に対して影響を及ぼせるか否かを考察することは正確な判断基準である。このような基準に合致した外観は、特許を出願したか否か、または特許権利期限が満了したか否かに関わらず、商標法による保護を受けることができない。』とした。

欧州連合司法裁判所は Philips 事件⁽⁹⁾ と Lego 事件⁽¹⁰⁾ の二つの案件中で、当該外観自身が技術的効果の実現にとって重要であれば、ほかの同じ機能を実現できる外観が存在しても、当該外観は商標法における非機能性の要求を満たせないとしている。

(4) 商品自体の形状が反不正当竞争法の保護を受ける肯定的条件—識別性

非機能性の要求以外に、最高院は裁定において、周知商品の特有の装飾が保護される他の三つの条件を列挙した。①当該デザインを使用した商品が必ず周知商品であること；②当該デザインにより、既に商品の出所を区別する機能を有するため、当該デザインが周知商品の特有の包装または装飾であると認定することができること；③他人が当該デザインを使用することにより、関連の公衆に混同と誤認を与えうること。上記三つの条件の内、中心的なポイントは商品出所を区別する機能であり、「識別性」「特有性」及び「一定の周知度があること」である。

反不正当竞争法司法解釈の第2条によると、『商品の出所を区別できる顕著な特徴を有する商品の名称、包装、装飾は反不正当竞争法の第5条の第2項に規定された「特有の名称、包装、装飾」として認定されるべきである』と規定した。この規定は、「区別」と「顕著な特徴」の両概念を合わせて、「特有」を解釈、説明した。

最高院の裁定では「文字図案類装飾と形状構造類装飾の表現形態が相違しているので、それぞれの特有の装飾を構成する条件も異なっている」としている。

同裁定書によれば、文字図案類の装飾を判断するのは比較的に容易である。『一般的に言えば、文字図案類の装飾を使用した商品が周知商品である場合、識別力を欠けるものを除き、同文字図案類の装飾により、商品の出所を区別することができるのが、殆どで、内

在的に識別力を有する。それで、当該装飾も周知商品の特有の装飾になる。つまり、文字図案類の装飾は「商品の普通名称、図形、型番」、「直接に商品の品質、主要原材料、機能、用途、重量、数量などを表す名称」及びその他の顕著性を欠けた装飾を除き、商品を区別する役割を果たせる内在的な識別力を有することができる。』

それに対して、形状構造類の装飾を判断することは比較的複雑である。「形状構造自体は商品本体から分割されることができないため、関連公衆はそれが商品本体の構成部分であると判断する傾向があり、それを直接に商品の特定の製造者、提供者と関連し難いのである。当該形状構造を使用した商品が周知商品であっても、十分な証拠がない限り、関連公衆が当該形状構造と特定の製造者、提供者と関係していると理解し難い。従って、形状構造類の装飾に対して、当該形状構造を使用した商品が周知商品になったことより、当然として同形状構造が商品の出所を区別する機能を果たしていると認定できない。それに、当該形状構造が周知商品の特有の装飾になったことを認定することも不適當である。」

最高院のこの判断は非常に重要で、「特有」と「周知」との関係を明確化することは重要な価値がある。周知の通り、反不正当竞争法には「周知商品」と「特有の名称、包装、装飾」がそれぞれ分かれて規定されたため、「周知商品」の周知度を独立的に考察することになりやすい。本件の第一審、第二審裁判所のように、「周知」の結論を得てから、「特有」の結論を得ることになる。しかし、実際に商品と名称を分離すれば、「周知商品」の認定も成立しない。正確な保護条件は以下のようである：まず、商品について「特有」な名称、包装、装飾を有するか否かを判断すること；次にそれらの特有の名称、包装、装飾が「周知」であるか否かを判断すること。それで、第一番目の問題は識別力の問題になり、第二番目の問題は周知度の問題になる。

それで、周知商品は簡単に「晨光」の名称が周知であるか否かの問題ではない。「晨光」の名称が周知であり、又は「晨光」ペンが周知商品であるとしても、すべての「晨光」商品の包装あるいは装飾が周知であるとは言えない。更に言うと、「晨光」商品について「特有性の有無」又は「顕著な特徴の有無」を考察しなければ、商品の包装または装飾が周知であるかを考察

する必要がないのである。

「周知性」問題と「特有性」問題の関係を明らかにしてから、形状構造類の装飾の特有性を判断する段階に入る。最高院は、形状構造類の装飾が周知商品の特有の装飾を構成するためには、更に厳しい条件を満たす必要があると認識した。それらの条件には少なくとも次のものを含む。「1、当該形状構造は通常のデザインと異なる顕著な特徴を有すること。2、市場での使用を通して、関連の公衆は当該形状構造と特定の製造者、提供者と関係があると認識したこと。即ち、当該形状構造が使用されることを通して第二の意味(Secondary Meaning)を与えられたこと。」

更に、最高院が列挙した上記二条件の関係を考えてみよう。つまり、米国連邦最高裁判所のように、全ての商品自身の形状が内在的に顕著性が欠けると考えるのか、それとも欧州連合司法裁判所のように、消費者が普通に形状と商品の出所と繋がるという慣習がないことを認める一方、通常の形状と明らかに異なる形状であれば、内在的な顕著性を有すると認めるのか？ということである。

米国連邦最高裁判所は、最も特別なデザイン「例えばペンギンの形のカクテルシェーカーであっても、商品の出所を区別することができず、商品の実用性又は美観を向上させる役割のみ果たすため、相変わらず内在的な顕著性を具備しない」と認識した。それに対して、欧州連合司法裁判所は、外観は通常デザインと明らかな区別がある場合、当該外観が内在的な顕著性を有する可能性があるとの考えである。

中国最高院は、米国連邦最高裁判所のように、商品自身の外形は関連使用で第二の意味⁽¹¹⁾を取得しなければならないと、直接に結論を出していないが、「形状構造自体は商品本体から分割することができなく、関連の公衆はそれが商品自体の構成部分であると判断しやすいので、直接にそれと商品の特定の製造者、提供者と関連し難いのである。」と認識した。この判断から見れば、商品自身の形状について、米国連邦最高裁判所のように、内在的な顕著性を直ちに有するものではなく、必ず使用によって、第二の意味を取得する必要があると理解してよからう。

従って、最高院は「通常デザインと区別できる顕著な特徴」の条件も挙げた。ここに「顕著な特徴」との表現を利用したが、その意味は反不正当竞争法司法解釈の第2条に規定された「商品の出所を区別する顕著

な特徴（識別力）」及び商標法の第9条に規定された「区別するための顕著な特徴（識別力）」よりはその要求が低いものであると推測できる。さもないと、当該形状が識別力を有するか否かを判断することになり、前述した普通消費者が形状構造の外観自身と商品出所とは関係しないと判断されやすいとの理解とは明らかに乖離したことになる。

なお、欧州連合司法裁判所の二分法はまったく問題がないわけでもない。単純にデザインの相違性を比較する場合、意匠権の付与条件になりやすくなり、即ち、「新規性」(novelty)と「独特性」(individual character)の判断になる。上記の両基準は一致すれば、意匠権の権利付与条件を満たした全ての外観デザインは商標法における識別性の条件も満たし、無期限に保護されることになる。それは意匠法と商標法、それに反不正競争法を制定する出発点と明らかに相違している。よって、最高院もその問題を意識し、「形状構造が周知商品の特有の装飾になるために、新規性と独特性を有し、消費者に注目されるだけでは不十分であり、その形状構造は、商品の出所を区別するという役割を果たさなければならない」と指摘した。

要するに、最高院の立場は次のように理解してよいのである。「通常のデザインと区別できる顕著な特徴」を具備しても、使用によって第二の意味を取得する必要がある。但し、独特な外観は第二の意味の取得を加速化することができよう。

注

- (1) ナイロール眼鏡枠事件（東京地判昭48.3.9無体集5巻1号42頁）プリーツ・プリーズ事件（東京地判平11.6.29判時1693号139頁）iMac事件（東京地判平11.9.20判時1696号76頁）カルティエ事件（東京地判平16.7.28判時1878号129頁）ロレックス事件（東京地判平18.7.26判時1241号306頁）連絡ピン事件（大阪地判平19.4.26判時2006号118頁）
- (2) 中国の司法解釈とは、最高院が法律・条例等の公式の解釈（有権解釈）を公表したもので、下級審の裁判における法律解釈を拘束する準法律的規範となる。内容は法律解釈のみならず法律・条例等の不足分も補うものと

なっている。最高人民検察院の公表する法律解釈も司法解釈といわれる。全国人民代表大会および常務委員会が出す立法解釈、国務院が出す行政解釈と対比される。

- (3) 中国語は「装潢」であり、通常の意味は、①飾り付ける。しつらえる。②書画の表装をする。③（包装・外装などの）飾りつけ。[愛知大学中日大辞典編纂処編（1996）『中日大辞典』増訂第二版、大修館書店]
- (4) 国際知的財産保護フォーラム（IIPPF）は2010年11月に国家工商行政管理総局に法律改正を要請した。
- (5) 反不正競争法司法解釈の草案には商品自体の外観は保護を受けられるという規定があったが、最終的に可決されたバージョンに関連内容が入っていなかった。
- (6) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES No. 91-971 TWO PESOS, INC., PETITIONER v. TACO CABANA, INC. on writ of certiorari to the united states court of appeals for the fifth circuit [June 26, 1992]
- (7) 529 U.S. 205 120 S.Ct. 1339 146 L.Ed.2d 182 WAL-MART STORES, INC., PETITIONER v. SAMARA BROTHERS, INC. No. 99-150. Supreme Court of the United States Argued January 19, 2000 Decided March 22, 2000
- (8) Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001)
- (9) JUDGMENT OF THE COURT 18 June 2002 (1) (Approximation of laws - Trade marks - Directive 89/104/EEC - Articles 3(1) and (3), 5(1) and 6(1) (b) - Signs capable of being trade marks - Signs consisting exclusively of the shape of the product
- (10) JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber) 14 September 2010 (Appeal - Regulation (EC) No 40/94 - Community trade mark In Case C-48/09 P)
- (11) 商品の形状等は本来商品の機能や美観等の観点で採用されるという意味の「第一の意味」とその商品の形状等が「第一の意味」を超えて出所表示機能を果たすという意味の「第二の意味」がある。
- (原稿受領 2011. 4. 8)