

## 共生のための紛争の解決 —新仲裁法について

### 1. はじめに

周知の如く、近代国家の法と裁判制度は、18世紀から19世紀にかけて確立された。その以前に於ては、それぞれの地域や同業の商人 (trade associates) の間で長い間の慣行から徐々に形成された慣習法によって、地域やギルドを構成する人々や業者の間で自主的に解決され、いわば、仲裁と裁判の未分化の時代があった。19世紀に入って、ヨーロッパ世界に近代国家が次々と誕生するに至って、中世から行われて来た慣習法は、これが大陸に於て法典化され、イギリスに於てはコモンローとして確立されたが、その過程に於て商慣習法である Lex mercatoria (law merchant) もそれらの法律に吸収され司法裁判所の管轄の対象となった。しかしこのような時代の流れにも拘らず、通商活動の地域の拡大と産業革命後の社会の複雑化に伴い、それぞれの業種団体が独自の取引共通約款を作り、紛争処理のルールを定め、国家権力の助けを借りずに当事者の属する業界の自治の中で紛争解決が図られるようになった。そして、そのような過程の中で仲裁はギルドの内部統制の手段から訴訟に代る紛争解決の手段に変化して目覚ましい発展を遂げることになっ

た。殊に、第二次世界大戦後、商事仲裁 (commercial arbitration) は国際取引に於て紛争解決のために、訴訟に代るもの (alternative dispute resolution、略して ADR といわれる) として脚光を浴びるに至った。日本では明治 23 年に制定された「公示催告手続及び仲裁手続に関する法律」があったが、いわゆる ad hoc の古典的な紛争の仲裁を想定して作られたもので殆ど活用されなかったと言っても過言ではない。新しい仲裁法は、国際連合国際商取引法委員会 (United Nation's Commission on International Trade Law、略して“UNCITRAL”といわれる) のモデル仲裁法を日本の風土にあうよう多少のローカライズをしたものとなって、その内容は仲裁合意の要件、仲裁手続及び仲裁判断の取消、及び執行許可の裁判等の基本的事項から成り立っている。

筆者は官を辞して、プラクティスを始めた翌年、偶々スイスに於て、国際商業会議所 (International Chamber of Commerce、略して“ICC”といわれる) の仲裁手続に日本の当事者会社を代理したことが契機で仲裁に関心をもつようになり、今日まで、ICC の仲裁事件に当事者を代理し或は仲裁人又は鑑定人として参加したことから、新しい仲裁法の内容がどのようなものになるか関心をいただいていた。

本稿は、新法の解説を目的とするものではなく、新法がグローバル化の時代の流れに即応して、的確に対応するすぐれて特徴的な 3 点を以下にコメントしようとするものである。

### 本号のハイライト

#### 共生のための紛争の解決—新仲裁法について

[日本／仲裁法] … 1

#### ポスカム比較広告事件

[日本／不正競争防止法] … 4

#### ●税務情報：

日仏租税条約及び日比租税条約の改定について …… 7

#### ●国内法律情報：

電子記録債権法案 …………… 8

#### ●最新知財判例紹介：

ひよこ立体商標事件 …………… 12

### 2. 衡平と善による仲裁判断 (第 36 条)

新しい法律で最も注目に値する点は、準拠法として、双方当事者の明示の求めがあるときは、「衡平と善」により判断することができることである (第 36 条第 3 項)。このような表現は今までの法律で全く使われたことのない表現で、モデル法第 28 条第 3 項の同旨の規定である。これは中世の商人の活動の中から生れたもので、紛争の解決に当って、特定の国の法律によるか或は商慣習 Lex mercatoria によるかを仲裁人の自由な選択に委ね、専ら結果の妥

当性を追求しようとしたことに始まる。一般の人々には耳なれない言葉であるが、フランスの仲裁の“amiable composition”と同義である。この場合仲裁は必ずしも民事訴訟法の手続に拘束されず、公序に違反する場合は別として、法の解釈適用の誤りは仲裁判断取消の訴の目的とならないとする考え方 (Lex imperfecta) である。なお、衡平の原則は中世に形成されていたイギリスのコモンローの硬直的適用に対する反省から生れた法思想であることは周知のとおりである。

新しい仲裁法にこのような考え方を採り入れたことは、今後の仲裁の自覚的発展のために歓迎すべきことであって立法に携った人達の叡智と決断に敬意を表したい。抑、衡平 (equity) は実定法ではないが、一般法である<sup>そもそも</sup>ということと言うまでもない。これに対して、善と衡平 (ex bono et acquo) の思想は、両当事者の取引の内実を実質的に考慮して将来に於ける共存の途を求めもので、それぞれの内包に於ては必ずしも一致するものではないがその志向するところは同一である。何故ならば仲裁は、手続の過程で強権的な措置に出ることなく、公正な対立と主張を通して、両当事者が或る程度満足し得る解決に到達する practical consideration を図ることを本質とするのが歴史的現実だからである。

強行法規に関わる事項は別として、任意法規はその性質に於て意思表示を補充するものであるから、その適用を合意を以て排除することには何等の違法もない。そしてその場合残る規範は「条理」であるからこれによって判断をすることになる。従って、仲裁に於てこのような任意法規の適用の排除を合意することは、任意法規に関する実体的判断に対して司法の救済を求める権利を予め放棄しているものと解釈される。

このような歴史的背景から考えると、仲裁の本質は、裁判が紛争について rule of law を現実なものとして結論を与えるものであるに対し、紛争当事者に一時平和を与え、新しい基礎の上に将来に向かって共存を可能ならしめる線を見出すことがその役割の基礎にあるとすることができる。一体、実定法の適用による通常の仲裁にあっては法の適用や解釈のあやまりがあるとそのような仲裁判断は司法裁判所によって取消されるので、この場合は仲裁は裁判に従属するが、実定法によるべき仲裁でも amiable composition の場合は司法審査から独立した第三者の判断となる。そしてこの場

合になされる仲裁判断に於ては、基本的には法律解釈或は適用のあやまりはあり得ないことになるので、仲裁判断は取消の訴の対象とならずに仲裁は完結する。商事事件、殊に国際商事紛争についてこれを考えた場合、善と衡平による仲裁は紛争当事者の明示の申立という積極的な行為により始まり、これに基礎をおく紛争の自主的解決をもたらす仲裁の自覚的展開であり、これが仲裁の本来の姿というべきであると確信する。

### 3. 仲裁合意 (第 13 条)

仲裁の合意は、紛争解決のための訴訟に代る制度としての基礎をなすもので、仲裁人の権限、仲裁手続の当事者に対する拘束及び仲裁判断の当事者に対する効力等のすべてが仲裁合意に淵源する。それ故にこれらの効力を予め担保する手続として仲裁合意の書面性が求められ (第 13 条第 2 項)、その形式については、電子商取引が近年急速に普及している現実や多様な取引形態のあることを念頭に、書面性の要件が緩和され、従来争いのあった船荷証券で仲裁合意を引用している場合について書面性の要件を充たすものとして解釈されることになったが、書面により作成された仲裁条項や仲裁規則を口頭で引用したときに書面性の要件を充たしたと言えるかどうかについてはサルベージ契約のような急を要する場合のあることを想定してこれをも認めるべきであるとの意見もあるが、この点については遂に明らかにされていない。

仲裁判断はまた、最終的には債務名義として国家権力による法的強制力を与えられるが故に、如何なる紛争について仲裁合意が有効となるか (仲裁適格) が重要である。このことについて新法第 2 条第 1 項は、既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係に関する民事上の紛争と規定している。仲裁が私的合意を基礎とする以上、その目的たる事項は私的処分可能な事柄、訴訟で言えば和解を以て処分できる事柄に限られることは当然であるが、問題は最近急増している特許権等の知的財産権の有効無効の争いや独占禁止法関係の事件が仲裁の目的たりうるかについては目下必ずしも判例等による確定的な解釈がなされておらず、見解の岐れるところと思われるが、新法の制定に伴ってどうなるかは未だ明らかでない。特許権の無効の決定権は特許庁の専有すること、独占禁止法は公の取引秩序にかかわるもので私的合意による処分

を許さないことを理由にこれを否定する古典的見解があるが、和解可能性という観点から再考の余地が大いにあるものと考えられる。

また、仲裁鑑定合意が仲裁合意に含まれるかについては、それが事実の確認を求めるもので本件に定める法律上の紛争に当たらないとの理由で消極に解する考え方と、民事訴訟の書面の真否確認の訴（第134条）の規定をよりどころとし、或は仲裁の目的を弾力的に解すべきものであるとの立場から積極的に解すべきであるとの考え方があるが、この点については新法では明確にされていない。仲裁合意のグレンツを当事者の合意による処分可能性の範囲に求める考え方からすれば、後説が妥当と思われるが、いずれプラクティスの中で問題が解決されるものと思われる。

#### 4. 機関仲裁との交錯

新しい仲裁法でとくに指摘すべきことは、他の一部の国の立法にみられるように、民事訴訟法の延長線上の法律として仲裁を規律するのではなく、国家権力は、仲裁という名の独立の私的紛争の自主的解決を側面から補助するという立場を明らかにしていることである。このことは、具体的には裁判所の介入乃至協力は常に一方当事者の申立があった時に於てのみなされるということを示されている。例えば仲裁人の選任に両当事者が合意できないときの裁判所の選任権（第17条）、仲裁人の忌避に対する決定権（第19条）、解任の決定（第20条）、仲裁権限の有無についての判断（第23条）、証拠調（第35条）等に限定され、司法裁判所が仲裁手続に於ける仲裁人の手続進行の各段に於て積極的に関与できず、専ら当事者の申立のあるときのみになされることになっている。そしてこのような民事訴訟手続との断絶は、ICCその他の仲裁機関団体の institutional arbitration の場合はその自己完結的な制度の内容との関係に於て決定的である。即ち、上記の裁判所の介入できる事項として法律に規定されたすべてについて、それぞれの仲裁機関の有する仲裁規則の中ですべて仲裁裁判所という独自の後見機関によって処理される建前となっていて周到な手当がなされている。それ故、端的に言うことが許されるならば、実は institutional arbitration に関する限り、仲裁判断の承認及び執行に関する規定を除いては殆ど適用されることがないと言っても過言ではない。この点

に於て institutional arbitration の立場から考えると新法制定の意義は、法によってニューヨーク条約の範囲を越えて、広く外国の仲裁判断を承認するという限定的なものにとどまると憶測する。のみならず、旧法の内容を充実して裁判所が仲裁に介入できる場合を明示の規定で示した結果、逆に、仲裁手続の引きのばし又は妨害のために悪用される危惧があるのではなかろうか。例えば仲裁の申立を予期してこれを妨げるため法第19条所定の仲裁合意の有効要件を欠くとしてその無効確認の訴を裁判所に提起するような本末顛倒の悪しきプラクティスが行われるようなことになる。ICCのRulesでは、仲裁に付託される事項として仲裁判断を求める要点について書面化しこれに両当事者が署名することによって主張立証の範囲が規定され、これを逸脱して主張立証することはできないことになっているが、仲裁法にはこのような規定がない。当事者の自制とフェアプレイが望まれる所以である。

#### 5. 手続の遅延

古い革袋に新しい酒が入れられた。100年の空白の時を経てグローバリゼーションの世界的潮流に即応する立法として仲裁法が装いを新たに再生した。これは、新しい法律が民事訴訟法の一部でなくなったことは、訴訟から独立してこれに代る紛争解決の手段の一つとしてその制度目的が明示されたことを意味する。新しい法律には裁判所の仲裁に関与する諸行為が定められているが、それらは何れも仲裁手続と仲裁裁判所の公正さを維持するために司法の補助的役割を定めているにすぎないものである。しかしながら、これらの諸規定は同時に仲裁手続を遅延させるための格好の口実としても使用される可能性のあることを認めない。この点について、1979年の英国仲裁法がそれまで法律問題について広汎な裁判所の関与を定めていたために生じた手続の遅延に対する反省として裁判所の関与を大幅に制限した例が他山の石となる。新しい法律下でそれが仲裁手続を遅延させる手段として用いられないよう、前車の轍を踏むことにならないよう、とくに実務家の良識ある行動が望まれることを付言したい。

(弁護士 小木曾 茂)

## ポスカム比較広告事件

ポスカム比較広告事件は一審と控訴審の判断が逆転しており、興味を惹かれた。そこで簡略ではあるがここでご紹介することにした（一審：東京地判平成16年10月20日、控訴審：知財高判平成18年10月18日）。

この事件は、日本国内でのキシリトール入りガムの先発メーカーである株式会社ロッテが江崎グリコ株式会社を被告として訴えたものである。原告ロッテは、被告グリコの比較広告が不正競争防止法2条1項13号にいう品質誤認表示、同14号の虚偽事実の陳述流布に当たると主張し、当該比較広告の使用差止、謝罪広告、損害賠償（10億円）を求めた。一審は、被告グリコの品質誤認表示、虚偽事実陳述流布そのものを認めず、原告ロッテは全面敗訴した。ところが控訴審では、被告グリコの当該比較広告は虚偽事実陳述流布であると同時に品質誤認表示でもあることが認められ、比較広告使用差止の点に限って原告ロッテの請求が認められた（謝罪広告と損害賠償の各請求は、被告グリコに故意又は過失がないことを理由に認容されなかった）。

問題の比較広告とは、「ポスカム〈クリアドライ〉は、一般的なキシリトールガムに比べ約5倍の再石灰化効果を実現。」というものである。「ポスカム〈クリアドライ〉」とは被告グリコの粒タイプガムの商品名であり、この比較広告にいう「一般的なキシリトールガム」とは原告ロッテ商品である。キシリトールは虫歯予防に効果があるとされる甘味料であり、再石灰化とは歯から溶け出したミネラルが再び歯に戻るプロセスを言い、虫歯予防には再石灰化が重要といわれている。

争点は、原告グリコ商品は被告ロッテ商品に比べて約5倍の再石灰化効果を実現する効能を有するという比較広告の内容が客観的に実証されたデータに基づくものであって、品質誤認表示でもなく、また、虚偽事実でもないといえるかどうかという点である。

被告グリコは、「TIGG論文」に依拠して客観性を主張した。TIGG論文とは、日本糖質学会のオフィシャルジャーナル「Trends in Glycoscience and Glycotechnology」誌（Vol.15, No.82 March 2003）に掲載されており、その中には「ポスカムと、フクロノリ抽出液及び第2リン酸カルシウムを含むキシリトール

ガムを実験比較し、4日間処理でキシリトールガムが5.9%の再石灰化率であるのに対し、「ポスカム」はその5.36倍の31.6%の再石灰化率である」という記述があり、この結論はTIGG論文でいう再石灰化促進効果の比較実験（D-2-3実験）に基づくものである。原告ロッテは、TIGG論文のD-2-3実験は科学的妥当性を欠くと主張した。

この争点につき一審判決は、D-2-3実験の科学的妥当性を認め、被告グリコの比較広告は品質誤認表示でも虚偽事実の流布でもないと判断した。以下は一審判決の該当箇所である。

### 【一審判決より】

- (1) 以上のとおり、「ポスカムは、一般的なキシリトールガムに比べ約5倍の再石灰化効果を実現。」との本件比較表示を含む本件比較広告は、D-2-3実験を根拠とし、その実験で示されたデータのとおり表示されていること、そして、D-2-3実験は、実験条件、方法等について不合理な点は存しないこと、「D-2-3実験の結果」と「被告がその後実施した再実験の結果」とは、ほぼ同一の数値（約5倍）を示し、D-2-3実験の結果は、上記再実験により裏付けられていると判断できること等の事実を照らすならば、被告が本件比較広告をする行為は、不正競争防止法2条1項13号及び14号のいずれの不正競争行為にも該当しない。
- (2) この点について、原告は、本件比較広告の根拠が1編の論文の1回の実験であること、TIGG論文が科学論文の体裁をなしていないこと、被告等がD-2-3実験の試料を保存していないこと等、本件比較広告が不正競争防止法2条1項13号及び14号の不正競争行為に該当する理由を縷々主張する。しかし、本件比較表示の根拠となったD-2-3実験の結果が科学的合理性を有することは、既に判断したとおりであること、原告においてD-2-3実験と同一条件の下での追試結果を提出していないこと等からすれば、原告の各主張はいずれも採用することができない。

これに対して、控訴審は、「D-2-3実験の方法や条件自体には、特段不合理な点はなく、D-2-3実験の合理性を失わせる事情は、D-2-3実験の結果の最も

重要な部分での実験結果そのものに関して生じ、そのゆえに結果の信頼性に問題が生じたことにかんがみれば、D-2-3実験の合理性立証のためには、第三者により客観的かつ公正な再現実験を行い、D-2-3実験の結果の正確性を裏付けることを要するものとするのが相当である。」とした上で、再現実験の条件について次のように判断し、結論を導いた。

#### 【控訴審判決より】

##### (5) D-2-3実験に係る再現実験の条件について

被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）は、D-2-3実験の再現実験を行い得るのは、齲蝕学実験の経験が豊富にあり、自ら精度管理するTMRシステムを使用した定量評価を伴う再石灰化研究を日常的に行い、他の研究者に引用されるような研究成果をCaries Researchレベルの一流の学術誌に継続的に発表している研究者に限られると主張する。そして、その主張の根拠として、まず、D-2-3実験が $\mu\text{m}$ 単位で唾液、歯片等の生体試料を扱う実験であり、脱灰処理の方法に関し、脱灰阻害剤の使用の要否についての見解が一致していないなど、専門家の間でも採用する方法が様々であるような過程を含むから、D-2-3実験を他の研究者が正確に再現するためには、その者に再石灰化研究に関する十分な知識、経験と技術とが求められると主張するが、 $\mu\text{m}$ 単位で生体試料を扱う研究分野は、歯学のみならず、医学、薬学、生物学等において、他にも数多くあり、再石灰化の研究分野に特有のものではないことは、多数の知的財産権に関する事件を審理判断している当裁判所に顕著な事柄であり、また、脱灰処理の方法に関し、脱灰阻害剤の使用の要否についての見解が一致していなくとも、D-2-3実験の採用した方法に従えば（すなわち、使用しないことにすれば）いいのであるから、この点も、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）が掲げる条件を必要とする理由とはならない。さらに、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）は、各研究者は、TMRによるミネラル濃度の定量のため、各自のTMRシステムを最適化しており、その最適条件は、TMRシステムごとに異なるものであって、精度管理されたTMRシステムを持たない者がD-2-3実験に係る再現実験を行うことはでき

ないとも主張するが、これも要するに、実験の手段ないし方法又は実験設備の精密性に関する問題であり、程度の問題に帰着するものである。

もとより、D-2-3実験の再現実験を行うためには、再石灰化に関する研究分野に精通した専門家であり、かつ、TMRないしCMR実験にも習熟している者であることを要するといえるが、TMR法は、上記国際学会合意（甲21の1、2）でも中心的な評価法として取り上げられており、C1助教授も、「再石灰化評価にともなう歯質ミネラル濃度を定量評価する標準法となっており、歯質ミネラル濃度分布評価のGold Standardとして現在広く適用されている。」（甲25）と述べていることに照らせば、現時点において、多くの研究者に採用されているものと認められ、その意味で、さほど特殊な技術であるというわけではない。そうだとすれば、D-2-3実験の再現実験を行い得る者として、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）が掲げる上記条件を必要とする理由は全くなく、仮に、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）が主張するように、厳密な条件を満たした、極めて限定された者でなければ、D-2-3実験の再現実験をすることができなかつたならば、かえって、D-2-3実験の客観性に疑問が生ずることになる。また、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）が具体的に列挙するI1教授、K2氏、J1教授、G1助教授らは、いずれも、本件につき複数の鑑定書、意見書等を寄せている者であつて、再現実験の適任者であるとも、中立公正を要する民訴法上の鑑定人であるともいえないことは明らかである。

当裁判所は、本件において、D-2-3実験の再現実験の実施に関して、これを必要であると考え、本件比較広告の虚偽性について立証責任を負う控訴人（筆者注：原審原告ロツテ）の申出に基づいて、鑑定として採用実施したいとして、当事者双方に対しその具体的な実施方法について検討を求めた際、控訴人（筆者注：原審原告ロツテ）が鑑定実施に関する諸条件を提案したのに対し、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）は、鑑定人について上記条件に固執し、そうでない限り、鑑定として実施する意義はないと主張して譲らなかつたため、裁判所としては、やむなく鑑定の採用実施

---

を断念するに至ったものである。この問題は、当審の審理の中で最も重大なものであり、口頭弁論期日等において、当事者双方が最も力を注いで弁論した点であり、裁判所も最も重視し、慎重に審理決断した点であった。

そうすると、被控訴人（筆者注：原審被告グリコ）は、D-2-3 実験の合理性について、必要な立証を自ら放棄したものと同視すべきものであり、D-2-3 実験の合理性はないものといわざるを得ない。

以上から分かるように、ポスカム比較広告事件の各判決は、科学的データを用いた比較広告において実験の合理性の立証をいかにすべきかについて実務家に参考となる指針を示しているといえる。

－ 帰国のご報告 －

米国ニューヨーク大学（NYU）ロースクールを終了して法学修士号（LL.M.）を取得し（2005年5月）、その後、米国ニューヨーク市の法律事務所（Arent Fox, Greenberg Traurig）での研修を経て、2006年帰国致しました。米国滞在中は様々な国からの人々に出会い、大変貴重で興味深い経験をすることができました。機会を与えて下さった事務所に感謝し、今後も一層、よりよき実務法曹を目指し、研鑽を積んでいこうと心を新たにしています。

（弁護士 伊藤 玲子）



## 日仏租税条約及び日比租税条約の改定について

### 1. 日仏租税条約の主な改定

#### (1) 配当所得

配当に対する限度税率を 15% から 10% へ引下げる。

親子間配当（直間 10% 以上の株式保有）については 5% の限度税率を適用する。

さらに一定の親子間配当（日本源泉：直接 15% 以上又は直間 25% 以上の株式保有、仏源泉：直間 15% 以上の株式保有）については源泉地国免税とする。

#### (2) 利子所得

一定の金融機関等が受け取る利子所得については源泉地国免税とする（従来の限度税率は 10%）。

#### (3) 使用料

使用料については一律源泉地国免税とする（従来の限度税率は 10%）。

#### (4) 社会保険料条項

日仏社会保障協定に関連して、相手国社会保障制度に対して支払われる社会保険料について就労地国において所得控除を認めることとした。

### 2. 日比租税条約の主な改定

#### (1) 配当所得

配当に対する限度税率を 25% から 15% へ引下げる。

親子間配当（直接 10% 以上の株式保有）については 10% の限度税率を適用する。

#### (2) 利子所得

利子に対する限度税率を一律 10% とする。（従来は一般:15%、公社債等については 10%）

#### (3) 使用料

使用料に対する限度税率の引下げ（映画フィルム等以外について 25% から 10% へ引下げ、映画フィルム等については従来どおり 15%）

#### (4) みなし外国税額控除

10 年間の供与期限を設定した。

（公認会計士 五味 才行）

【審議中法案】

# 電子記録債権法案

## 1. はじめに

平成19年3月14日、「電子記録債権法案」（以下「本法案」という）が第166回国会に提出された。本稿執筆現在（平成19年5月11日）、本法案は衆議院で審議中であるが、可決成立の見通しである。本法案が成立した場合、電子記録債権法は公布日から1年6か月を超えない範囲内で施行される。

本法案は、従来の指名債権とも手形債権とも異なる、新たな種類の債権である電子記録債権を創設する法案である。電子記録債権は、いわゆる電子手形としての用途をはじめとして、商取引・金融取引の各場面において多様な用途に活用されることが期待されており、企業実務にも大きな影響を与えることが予想される。

法律公布前とあって本稿執筆時点では関係資料も少なく、また法案審議中であることを理由に法務省担当部局が本法案に関する質問に応じないため、必ずしも情報が十分ではないが、その施行後の企業実務における重要性を鑑み、本稿では本法案をご紹介します。

## 2. 電子記録債権創設の趣旨

電子記録債権創設の趣旨は、端的に言えば、企業による資金調達手段の拡充であろう。内閣による本法案提出の理由にも、「金銭債権について、その取引の安全を確保することによって事業者の資金調達の円滑化等を図る観点から」と示されている。

近年のわが国では、不動産価格が低下し、個人保証も限界に来ていることを背景に、中小企業を中心として、不動産担保や個人保証によらない資金調達、とりわけ売掛債権や動産を利用した資金調達に対する要望が増大しているとされる。また、従来わが国では、不動産担保や個人保証によらない、企業間信用を利用した資金調達方法として、手形が重要な地位を占めてきたが、近年、紙媒体であることによる紛失・盗難のリスク、管理・運搬のコスト、印紙税の負担等の理由により、手形の利用は激減している。

このような状況において、電子記録債権は、手形に代わる資金調達手段として活用されることを一つの大きな目的として、創設されることとなった。このため、電子記録債権に対する法の規律は、手形債権に対するそれと類似する点が少なくない。しかし、電子記録債権は、手形債権と同様の枠にとどまることなく、ITを活用した効率的取扱をすることで、手形と指名債権の両方の長所を併せ持ち、かつそれらの課題を克服することができる債権として期待されている。

また、電子記録債権の利用が想定される形は手形代替による資金調達とどまらず、リース・クレジット債権の流動化、CMS（キャッシュ・マネジメント・システム）の各局面のほか、各種金融商品や、将来の電子取引における活用も期待されている。

なお、電子記録債権創設後も手形制度は存続する。

## 3. 電子記録債権と電子記録

### (1) 電子記録債権とは

電子記録債権とは、「その発生又は譲渡についてこの法律の規定による電子記録（以下単に「電子記録」という）を要件とする金銭債権をいう」と定義されている（本法案第2条1項）。電子記録債権の大きな特徴は次の2つと整理できるであろう。

#### ①電子記録債権を発生させる原因となった法律関係に基づく債権とは別個の金銭債権であること（無因性）

この点は従来の手形債権と類似する点である。

無因性とは、電子記録債権を発生させる原因が例えば売買契約であった場合、この売買契約の有効性は電子記録債権の有効性に直接影響を及ぼさないということの意味する。

#### ②電子記録を不可欠の要件として発生し譲渡されること（ITの利用）

この点は従来の指名債権や手形債権との最大の違いである。

本法案にいう電子記録とは、磁気ディスクをもって調製される記録原簿への記録である（本法案第2条3項、第3条）。この記録原簿には、発生した個々の電子記録債権ごとに作成され、当該電子記録債権の内容を定めることとなる電磁的記録が記録される（本法案第2条3項、同条4項）。

このように、電子記録債権は電磁的記録として磁気ディスクにより管理され、紙を使用することは予定されていない。このことこそが、本法案から読み取ることのできる電子記録債権の「電子」たる所以である。

## (2) 電子記録の要件

### ア. 電子記録を行う者

電子記録債権に不可欠の要件である電子記録は、電子債権記録機関が記録原簿に記録事項を記録することによって行う（本法案第3条）。電子記録を行うことができるのは、電子記録債権を発生させる発生記録であれ、譲渡する譲渡記録であれ、その他の記録であれ、全てこの「電子債権記録機関」のみである。

電子債権記録機関については、P.11「6. 電子債権記録機関」で後述する。

### イ. 電子記録を請求する者

もっとも、電子記録は電子債権記録機関が勝手に行うわけではない。電子記録は、法令に別段の定めがある場合を除き、当事者の請求又は官庁若しくは公署の嘱託がなければできないとされている（本法案第4条）。実務上原則となるのは、やはり当事者の請求によって行う場合であろう。ここでいう電子記録の請求を行う当事者とは、電子記録によって直接利益を受ける者（電子記録権利者）と直接不利益を受ける者（電子記録義務者）の双方でなければならない（本法案第5条）。どちらか片方の請求によって電子記録を行うことは、原則として認められない。

### ウ. 電子記録請求の方法

当事者等が電子記録の請求をいかなる方法で行うかについては、本法案上規定はない。したがって、書面で行うことも電話で行うことも可能ではあるが、電子記録債権の趣旨の一つにITの活用ということがあるため、現時点では、インターネットを利用して請求が行われることが想定されている。

## (3) 電子記録債権に関する意思表示の効力

本法案第12条1項は、電子記録の請求における相手方に対する意思表示について、民法の心裡留保もしくは錯誤の規定による無効と、詐欺もしくは強迫の規定による取消しは、善意でかつ重大な過失がない第三者に主張できないと規定する。これはつまり、電子記録債権の発生や譲渡等の電子記録を請求する際、その

発生・譲渡等の意思表示について当事者に心裡留保（意図的に本心と異なる意思表示をすること）や錯誤があった場合や、当事者が詐欺や強迫によってその請求を行った場合でも、詐欺などがあったことを知らず、かつ、それを知らなかったことに重大な不注意のない者が電子記録債権の譲渡を受けたときは、その譲受人に電子記録債権が無効であることを主張できないということである。

裏を返せば、詐欺などがあったことを知っている者や、重大な不注意によって知らなかった者に対しては、民法の原則どおり、意思表示の無効や取消しを主張でき（民法93条ただし書、95条、96条）、電子記録債権の発生・譲渡等の効果は生じないということを意味している。この点、民法の規定と異なり、心裡留保、錯誤及び強迫の場合にも第三者の保護規定を設けている点は、民法よりも取引の安全を考慮したものといえよう。

もっとも、本法案はさらに、例外として、善意かつ重大な過失のない第三者に対しても無効を主張できる場合を規定している。それは、当該第三者が電子記録債権の支払期日以後に当該債権の譲渡等を受けた者である場合（本法案12条2項1号）と、当該第三者に対し無効等を主張しようとする者が個人である場合（同2号）である。後者については、企業とは異なる個人の保護が趣旨であるので、消費者契約法上の「事業者」にあたる個人には適用されない（同2号括弧書）。

## (4) 電子記録の記載内容に誤りがあったとき

電子記録の請求にあたって提供された情報と異なる内容が電子記録に記録されている場合や、請求がなければできない電子記録が請求がないのに記録されている場合など、不実の電子記録が生じた場合は、電子債権記録機関はその記録を訂正しなければならない（本法案第10条）。この場合、当事者の申請は不要である。そして、この訂正を怠ったときは、電子債権記録機関は、電子記録の請求をした者その他第三者に対し損害賠償責任を負う（本法案第11条、ただし電子債権記録機関がその職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明したときは、損害賠償責任を負わない）。

電子記録債権制度は、インターネット等のITネットワーク上でシステムとのやりとりをすることが想定されるため、誤登録や不正アクセス等による虚偽登録のおそれがある。これを防ぐためのセキュリティ強化は重要な課題であるが、法律上の手当てとしては、電

子債権記録機関に損害賠償責任を負わせて利用者を保護することとされたのである。

## 4. 電子記録債権の発生・譲渡・消滅等

### (1) 電子記録債権の発生

電子記録債権は発生記録をすることによって生じる(本法案第15条)。「発生記録」とは、本法案に明確な定義規定はないものの、電子記録債権を発生させるための電子記録というほどの意味であろう。後に出てくる「譲渡記録」等も同様に考えればよい。

発生記録には、債務者が一定の金額を支払う旨、債権者と債務者のそれぞれの氏名又は名称及び住所、支払期日など本法案第16条1項が定める事項を記録しなければならず、これが一つでも欠けると電子記録債権は発生しない(本法案第16条3項)。他方、本法案第16条2項は、当事者が任意に記録できる事項を定める。これらは、記録しなくても電子記録債権は発生するが、記録をすると記録どおりの効力が発生する事項である。このような、債権発生のための必要な記録事項と任意の記録事項を分けている手法は、従来の手形債権に対する規律と類似する。

### (2) 電子記録債権の譲渡

電子記録債権の譲渡は、譲渡記録をしなければその効力を生じない(本法案第17条)。

#### ア. 譲渡の禁止・制限

電子記録債権についても、当事者の意思で譲渡禁止や制限をすることは可能である。その内容としては、特定の相手方にのみ譲渡を認める又は認めないといったものや、譲渡の回数を制限するといった部分的な制限も可能であるし、全く譲渡を不能とする全面的な譲渡禁止も可能である。

これらの譲渡禁止・制限の定めは、発生記録に記録することでその効力を生じる(本法案第16条2項12号)。また、電子債権記録機関がその業務規程で、譲渡記録の回数その他の制限をすることもできる(本法案第7条2項)。

#### イ. 善意取得(本法案第19条)

電子記録債権の譲渡については、手形債権と同様、善意取得の定めが置かれている。すなわち、電子記録債権の譲受人として記録された者は、譲渡人がその電子記録債権を有していない者であった場合で

も、当該電子記録債権を取得する。ただし、譲渡人が無権利であったことを譲受人が知っていた場合、又はそれを重大な不注意によって知らなかった場合は、当該電子記録債権を取得することはできない。

もっとも、善意取得の規定は、当事者等が発生記録においてこれを適用しない旨を記録した場合には、適用されない(本法案第16条2項8号)。

#### ウ. 人的抗弁の切断(本法案第20条)

電子記録債権の譲渡については、人的抗弁の切断の定めも置かれている。この点も手形債権と同様である。すなわち、電子記録債権の債務者は、電子記録債権の債権者に当該電子記録債権を譲渡した者に対する人的関係に基づく抗弁をもって当該債権者に対抗することができない。ただし、当該債権者が当該債務者を害することを知って当該電子記録債権を取得したときは、当該債権者に当該抗弁を主張することができる。ここにいう「人的関係に基づく抗弁」とは、特定の者に対してのみ主張できる抗弁のことである。例えば、売買契約を締結していた者同士が電子記録債権を発生させる場合、この売買契約が解除されたとしても電子記録債権の成否には直接影響しないし(無因性)、売買契約を解除したから電子記録債権を支払わないという主張は、売買契約の売主に対してのみ主張できる人的抗弁である。

なお、この人的抗弁の切断の規定も、当事者等が発生記録においてこれを適用しない旨を記録した場合には、適用されない(本法案第16条2項10号)。

### (3) 電子記録債権の消滅

#### ア. 支払

消滅事由として最も典型的なものは、支払である。支払方法には、本法案上限定はない。どのような方法によることも可能であり、インターネットを利用した振込みなども想定されるであろう。支払がされたときは支払記録を行うが、発生・譲渡等の場面とは異なり、支払記録を行うことは支払の効力要件ではない。支払記録が行われなくとも支払は有効である。

もっとも、支払記録が適切に行われずに放置されていると、支払後も電子記録債権が譲渡され、二重払い等の紛争が生じるおそれがある。この点、本法案は、電子記録債権の決済・支払に関する契約についての規定をおくことで、問題解決を図ろうとして

いる(本法案第62条ないし66条)。これらの契約を、電子債権記録機関、債務者(又は債権者)及び銀行等との間で締結した場合、電子債権記録機関は、当該銀行等から電子記録債権につき決済があったことその他支払に関する通知を受けたときは、遅滞なく、当事者の請求なくして支払記録等をしななければならないとされている。

#### イ. 支払免責

電子記録債権の債権者に対して行った電子記録債権の支払は、当該債権者が実は無権利であった場合でも、支払をした者がそのことを知っていた場合又は重大な不注意によって知らなかった場合でない限り、有効とされ、真の権利者に二重に支払う必要はない(本法案第21条)。この点は手形債権と同様である。

#### ウ. 消滅時効

電子記録債権も、他の債権と同様、時効によって消滅することもある。電子記録債権は、手形債権と同様、支払期日等から3年間で時効消滅する(本法案第23条)。

#### (4) 電子記録債権の内容の変更

電子記録債権の内容の変更は、変更記録をすることによって行うことができる(本法案第26条)。ただし、変更記録の請求は、電子記録によって直接利益を受ける者(電子記録権利者)と直接不利益を受ける者(電子記録義務者)だけでなく、当該変更記録につき電子記録上の利害関係を有する者の全員がしなければならない(本法案29条1項)。

#### (5) 電子記録債権の保証・質入・分割

また、電子記録債権においても、債務を保証すること、質権を設定することは可能である。この場合もそれぞれ保証記録、質権設定記録を行うことが必要である(本法案第31条、第36条)。さらに、電子記録債権は、分割記録を行うことで分割することもできる(本法案第43条)。

もっとも、保証記録、質権設定記録及び分割記録は、当事者等が発生記録においてこれらができない旨又は回数その他の制限をする旨を記録した場合には、その記録のとおり禁止又は制限される(本法案第16条2項12号)。この禁止又は制限は、電子債権記録機関がその業務規程で行うこともできる(本法案第7条2項)。

#### (6) 訴訟について

電子記録債権は手形債権に類似するところも多いが、手形訴訟のような特別の簡易な訴訟制度は設けられていない。したがって、電子記録債権につき紛争が生じた場合は通常の訴訟手続を利用することになる。

## 5. 電子記録債権の活用場面 — 手形代替を例として

以上の説明を前提に、電子記録債権の活用の一場面として手形代替を示す。

- ① 売買契約に基づき債権者が納品する
- ② 代金債権を電子記録債権として(インターネットにより)発生記録する
- ③ 電子記録債権を(インターネットにより)譲渡記録して銀行等に譲渡する
- ④ 銀行等から譲渡代金を受領する
- ⑤ 債務者から銀行等に対し支払期日に入金される

このように、電子記録債権を利用することで、売掛債権を元に手形割引のごとく資金調達をすることができる。上記③は譲渡ではなく、電子記録債権に質権を設定するなど担保として利用することも可能である。

## 6. 電子債権記録機関

以上のとおり、電子記録債権は電子記録を不可欠の要素として成り立っている。そして、この電子記録の取扱いを一手に引き受けるのが電子債権記録機関である。

電子債権記録機関は、電子記録債権の権利の内容・帰属を定める記録原簿を管理し、また業務規程を通じて利用者の取引を規律することとなるため、公正性と中立性が確保され国民の信頼を得る存在であることが求められる。電子債権記録機関の運営は、金融機関や金融サービス事業者などの民間事業者によって行われることが予定されているが、その公正性・中立性を確保するために、本法案は電子債権記録機関について詳細な規定を置いている。以下、概観する。

#### (1) 電子債権記録機関設立の要件

電子債権記録機関は、主務大臣の指定により成立する(本法案51条1項)。指定を受けるための要件として、株式会社であること、取締役会を設置しているこ

と、監査役会又は会社法上の委員会を設置していることなどが規定されている（本法案 51 条 1 項各号）。また、電子債権記録機関の資本金の最低額は政令で定められるが、5 億円未満の額を政令で定めることはできないとされているし、純資産額も政令で定める額を下回ってはならないとされている（本法案 53 条）。

このように、電子債権記録機関には、会社法上の大会社（会社法 2 条 6 号）にあたるほどの人的・物的・経済的規模のある株式会社であることが求められている。

## (2) 兼業の禁止

電子債権記録機関は、電子債権記録業とこれに附帯する業務のほかは、他の業務を営むことが禁止されている（本法案 57 条）。

この趣旨は、電子債権記録機関の公正性・中立性の確保や、他業の破綻リスクが電子債権記録業に及ぶことを防ぐことなどである。

## (3) 電子債権記録機関の監督

電子債権記録機関は、主務官庁による種々の監督を受けなくてはならない。

たとえば、電子債権記録機関は、事業年度ごとに、業務及び財産に関する報告書を作成し、主務大臣に提出しなければならない（本法案第 68 条）。また、主務大臣は、電子債権記録業の適正確実な遂行のため必要があると認めるときは、電子債権記録機関に対して報告や資料の提出を命じたり、立ち入り検査をしたりすることができ（本法案第 73 条）、業務改善命令を出すこともできる（本法案第 74 条）。

※本稿の全体について、公表されている以下の資料を参考とした。

- ・「電子債権制度に関する研究会中間報告－法制の具体的活用に向けて－」  
電子債権制度に関する研究会、経済産業省
- ・「電子登録債権法（仮称）の制定に向けて～電子登録債権の管理機関のあり方を中心として～」  
金融審議会金融分科会第二部会、金融審議会金融分科会情報技術革新と金融制度に関するワーキンググループ

（弁護士 神田 雄）

## 最新知財判例紹介

### ひよこ立体商標事件

本稿で紹介する裁判例においては、商品の形状に関する立体商標の登録が無効とされた。本裁判例は、商品の形状に関する立体商標について商標法 3 条 2 項（使用による顕著性）の適用を受けることの難しさを再認識させる結果となった。

#### 1. はじめに

平成 9 年 4 月 1 日から施行された商標法の一部改正により、立体的な商標についての登録を認める立体商標制度が導入された。

これにより、これまで、不二家のペコちゃん人形（登録第 4157614 号：商品「菓子」等）やケンタッ

キーフライドチキンのカーネル・サンダース人形（登録第 4153602 号：役務「飲食物の提供」）等の立体商標が登録されてきた。

現在、立体商標についての登録のほとんどが、上記のペコちゃん人形やカーネル・サンダース人形のように店頭看板についての登録であり、商品自体の形状や商品の包装の形状に関する立体商標については、その

殆どが、単に商品の形状又は商品の包装の形状を表すにすぎず、自他商品・役務の識別力がない、すなわち、商標法3条1項3号に該当するとして、拒絶されている。

商品の形状又は商品の包装の形状に関する立体商標の識別力の判断については、産業政策上の理由から厳格に運用されているため、上記のような拒絶理由を受けた場合に、出願された立体商標が生来的に識別力を有するとの主張が認められる可能性は低いと言ってよいであろう。

したがって、このような拒絶理由を受けた出願人は、出願された立体商標が生来的に識別力を有しない形状であることを認めた上で、当該立体商標がわが国において永年にわたり独占的に継続使用された結果、使用による識別力を獲得しており、商標法3条2項（使用による識別力獲得）の適用を受けて登録されるべきものである旨の主張をする場合が多い。

しかしながら、同法3条2項は、あくまで例外規定であるため、厳格に運用されており、その適用が認められない傾向にある。

以下に述べる「ひよこ」の形状からなる立体商標は、指定商品「菓子及びパン」（但し、後述する拒絶査定不服審判係属中に第30類「まんじゅう」に補正された）の形状にすぎないとして同法3条1項3号に該当するとの拒絶理由を受けたものの、拒絶査定不服審判（平成11年審判第15134号、以下「本件立体商標登録審決」という）において、同法3条2項の適用を受けるものと認められ登録された数少ない事案の一つであったため、その後の動向が注目されていた。

## 2. 事案の概要

（知的財産高等裁判所 平成18年11月29日判決  
平成17年（行ケ）第10673号 審決取消請求事件）

本件訴訟は、被告である「株式会社ひよ子」（以下「被告」という）の所有に係る以下の立体商標についての商標登録（登録第4704439号）に対し、原告である「有限会社二鶴堂」（以下「原告」という）が無効審判請求をしたところ（無効2004-89076号）、特許庁が請求不成立の審決をしたことから、原告がその取消しを求めたものである。

尚、被告は上記商標登録に基づいて、原告に対し商標権侵害差止等請求訴訟を提起しており（福岡地方裁判所平成16年（ワ）第1009号）、本件訴訟は、原告

の提起した当該訴訟に対する対抗手段として請求されたものと思われる。

【被告の所有に係る商標登録（以下、「本件立体商標」という。）】

登録番号：登録第4704439号

登録日：平成15年（2003年）8月29日

出願番号：商願平9-102128

出願日：平成9年（1997年）4月1日

商品：国際分類第30類「まんじゅう」

商標：図-1の立体商標

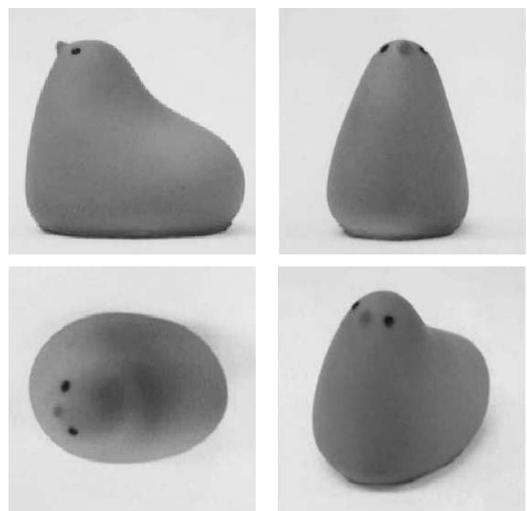


図-1

## 3. 無効審判における判断

原告は、無効審判において、本件立体商標は、指定商品に採用し得る一形状を表したものと認識される立体的形状よりなるものであるから、これをその指定商品について使用しても、単に商品の形状そのものを普通に用いられる方法をもって表示するにすぎないものであり、商標法3条1項3号に該当し、同法3条2項に該当するには至っていない、と主張した。

これに対し、当該審判においては、同法3条1項3号に該当するとの原告の主張は妥当であるとしたものの、本件立体商標は、被告による永年使用の結果、本件立体商標登録審決時（平成15年（2003年）8月29日。以下同様）には、取引者及び需要者の間で被告の業務に係る商品であると認識されるに至ったものであるから、同法3条2項により商標登録を受けることができると判断した。

## 4. 知的財産高等裁判所（知財高裁）における判断

上記審決に対し、原告は、

- ①原告が昭和35年から製造開始し販売している菓子「二鶴の親子」も含め、本件立体商標と同様の形状を有する鳥の菓子が、全国各地に多数存在すること、江戸時代から和菓子「鶉餅」が存在するように、鳥の形状の菓子は古くから存在する伝統的なものであって、独創的なものではないこと、等の事実によれば、全国の需要者が、商品の形状を見ただけで本件立体商標に係る菓子の出所を識別することは不可能である、
- ②本件立体商標にかかる立体的形状自体、文字商標「ひよこ」から独立して自他商品識別力を獲得していない、
- ③仮に被告自身の使用により本件立体商標がある程度周知になったとしても、その周知となった地域は九州北部と関東地方に集中しており、全国的に周知となるには至っていない、

等の理由から、上記審決が、本件立体商標は商標法3条2項により登録が許されると判断したことは誤りであり、違法として取り消されるべきであると主張した。

これに対し、裁判所は、本件立体商標が同法3条2項の要件を満たすか否か判断する際の留意点として、

- ①『法3条2項は、法3条1項3号等のように本来は自他商品の識別性を有しない商標であっても、特定の商品形態が長期間継続的かつ独占的に使用され、宣伝もされてきたような場合には、結果としてその商品形態が商品の出所表示機能を有し周知性を獲得することになるので、いわゆる特別顕著性を取得したのものとして、例外的にその登録を認めようとしたものと解される。そして、この理は、平成9年4月1日から施行された立体商標についてもそのまま当てはまると解される』こと、
- ②『法3条2項の要件の有無はあくまでも別紙「立体商標を表示した書面」による立体的形状（筆者注－本件立体商標の立体的形状）について独立して判断すべきであって、付随して使用された文字商標・称等等は捨象して判断すべきであること』、
- ③『商標法は日本全国一律に適用されるものであるから、本件立体商標が前記特別顕著性を獲得したか否かは日本全体を基準として判断すべきである

こと』、

を述べた上で、以下の⑦～⑨を考慮すると、大正元年から販売されてきたと認められる被告の菓子「ひよ子」の売上高の大きさ、広告宣伝等の頻繁さをもってしても、（被告の文字商標「ひよ子」は九州地方や関東地方を含む地域の需要者には広く知られていると認めることはできるものの、）本件立体商標自体については、いまだ全国的な周知性を獲得するまでには至っていないと判断した。

- ⑦被告の直営店舗の多くは九州北部、関東地方等に所在し、必ずしも日本全国にあまねく店舗が存在するものではない。
- ⑧被告の菓子「ひよ子」の包装紙、包装箱、広告宣伝等には常に「ひよ子」との文字が記載等されており、このような被告の菓子「ひよ子」の販売形態や広告宣伝状況は、需要者が文字商標「ひよ子」に注目するような形態で行われているものである。
- ⑨本件立体商標に係る鳥の形状と極めて類似した菓子が日本全国に多数存在し（原告も本件立体商標と極めて類似した菓子「二鶴の親子」を昭和35年頃から製造販売している。）、その形状は和菓子としてありふれたものである。

したがって、裁判所は、本件立体商標が使用された結果、本件立体商標登録審決時において、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識することができたと認めることはできず、本件立体商標は、いわゆる「自他商品識別力」（特別顕著性）の獲得がなされていないものとして、商標法3条2項の要件を満たさないと結論づけ、本件立体商標に係る登録を無効にすべきであるとの原告の請求を認容した。

## 5. ま と め

知財高裁が上記判断の「被告の主張に対する補足的説明」の中で述べているように、上記判断は、あくまで、『同種の形状の菓子が多数存在することのみで本件立体商標が自他商品識別力を欠くとしたものではなく、同種の形状の菓子の数、全国への分布度、その販売期間、販売規模等をも考慮して検討したものであり、また、鳥の形状を有する和菓子が伝統的に存在することにも照らし、鳥の形状が菓子として特徴的なものとはいえないこと、被告の菓子「ひよ子」の販売、広告

宣伝において、菓子「ひよ子」の形状が単独で用いられているといえるものは見当たらないことをも考慮した上で、かかる状況においては、本件立体商標については全国的な周知性を獲得するに至っていない』としたものである。

知財高裁が、本件立体商標が同法3条2項の要件を満たすか否か判断する際の留意点として挙げた上記の①～③自体については、従来からの審査実務の例に従ったものであり、従来に比して、特に厳しいものとはいえないと思われる。

しかしながら、知財高裁の上記判断は、商品の形状に関する立体商標について同法3条2項の適用を受けることが非常に困難であることを我々に再認識させる結果となった。

すなわち、知財高裁は、本件立体商標について全国的な周知性を否定する理由の一つとして、『菓子「ひよ子」の販売形態や広告宣伝状況は、需要者が文字商標「ひよ子」に注目するような形態で行われている』点を挙げており、その具体例として、

- ・商品自体に文字「ひよ子」は刻印・刻字等されていないが、実際の販売態様としては、一つ一つの菓子を文字商標「ひよ子」と記載された包装紙で包装して販売しており、展示品も、1セットを構成する多数の菓子の中の1、2個の菓子のみが包装をとった状態になっているに過ぎない点、
- ・広告宣伝のすべてにおいて、菓子「ひよ子」の立体形状に接着して文字商標「ひよ子」が存在し、又は「ひよ子」との音声（テレビCMの場合）が挿入されている点、

等をあげている。また、知財高裁は、さらに、『文字商標「ひよ子」が著名商標であったとしても、このことは、需要者を当該文字商標の方に注目させることになるものであり、文字が本来的に識別標識としての機能を営むことに鑑みれば、識別標識としての機能が二次的なものである立体形状について需要者が注目する度合いは極めて低いものとならざるを得ないこととなる。商号と文字商標がともに「ひよ子」として同一である被告が、文字商標「ひよ子」を使用せざるを得ない事情にあることは理解できるものの、これを考慮に入れて検討したとしてもなお、文字商標「ひよ子」とともに商品形状を使用するという形態である限りは、膨大な使用実績を重ねても、本来的に識別標識としての機能を営まない立体形状はその識別力が低いものに

止まるとみることは不合理とはいえない。』とも述べている。

企業が、商品名としての文字や音声を全く使用することなく、商品自体のみを示して商品を販売し、広告宣伝するということは考えにくいため、このような厳しい条件を満たす商品の形状は世の中に存在しないのではないかと考えざるを得ない。今後の立体商標についての動向が注目される場所である。

参考までに、今までに、以下のような商品自体の形状についての立体商標の登録が認められている。

登録番号：登録第4639603号

指定商品：コンクリートブロック

商標：図-2の立体商標

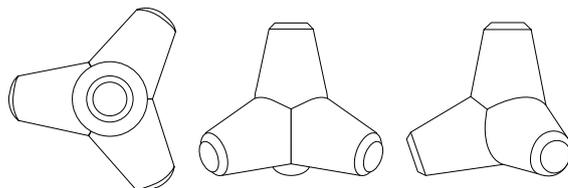
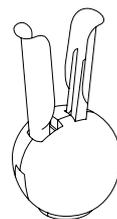


図-2

登録番号：登録第4925446号<sup>※1</sup>

指定商品：「調味料または香辛料用挽き器（電気式のものを除く）」

商標：図-3の立体商標



※1 拒絶査定不服審判において、本来的な識別力を認められ登録された事案である。

図-3

なお、本件訴訟は、平成15年の「特許法等の一部改正」により新設された「求意見制度」（商標法63条2項により準用する特許法180条の2）に基づき、知財高裁が、特許庁長官に意見書の提出を求めた初めてのケースであり、その点でも注目された。

（弁理士 青島 恵美）

---

#### **編集・発行**

ユアサハラ法律特許事務所

法律部・会計部

〒100-0004

東京都千代田区大手町2-2-1

新大手町ビル206区

電話：03-3270-6641

FAX：03-3246-0233

URL：http://www.yuasa-hara.co.jp

#### **編集**

弁護士 花水 征一

公認会計士 五味 才行

弁護士 大平 茂

弁護士 遠藤 崇史

事務局 細矢 友子

本ニュースでは、読者の皆様に一般的な情報を提供するため、企業法務の分野における様々な話題を取り上げてまいりたいと思いますが、その内容は必ずしも網羅的なものではなく、また法的問題についての助言に代わるものでもありません。

当事務所では、当事務所の専門的な助言なくして、掲載内容を具体的事案に適用した場合に関し一切責任を負いかねます。