

特集2 《主要国の不正競争防止法（前）》

# スイス不正競争防止法における商品の形態及び外観の模倣防止について

スイス弁護士 Markus R. Frick<sup>(1)</sup>  
 スイス弁護士 Manuel Bigler<sup>(2)</sup>

## 要 約

スイス不正競争防止法は、トレードドレスが模倣から一定の保護を受けることを定めている。特に、他人の製品との混同のおそれを生じさせること、模倣によって他人の名声を利用することは、不正競争行為を構成する。

## 目次

### 序文

1. スイス不正競争防止法において商品の形態及び外観の模倣防止に適用できる条文の概要，歴史／背景
2. 商品の形態及び外観の模倣を防止する条文の適用要件，判断基準，立証方法
3. スイス不正競争防止法における不正競争を定義する一般条項
4. 救済手段（差止請求権，損害賠償請求権，不当利得返還請求権など）
5. 商品の形態又は外観の模倣防止に関する先導的又は重要な裁判例

## 序文

スイスでは，裁判例でも法律書でも，「トレードドレス」（ドイツ語：「Producktausstattung」（製品の表装））は，製品を販売可能な包装の形態で提示する視覚的要素の全体を示す用語として使用されるが，それ自体は製品の本質又は特徴を表すものではない<sup>(3)</sup>。トレードドレスの定義には，このように商品の形態及び外観も含まれる。スイスでは，トレードドレス自体が特別に保護されることはない。保護されるのは，特定のトレードドレスが関連する知的財産法の下で保護に値する場合か，あるいは，トレードドレスの使用がスイス不正競争防止法（以下「不競法」）の下で不正に該当する場合である。

### 1. スイス不正競争防止法において商品の形態及び外観の模倣防止に適用できる条文の概要，歴史／背景

トレードドレス（又はその一部）は，関連する知的財産法の定める法律上の要件を満たす場合には，原則

として，知的財産法による保護を受けることができる。このような保護には，著作権による保護（トレードドレス又はその一部が独自性を有する場合），商標による保護（トレードドレスに識別力があり，製品の性質を表示するものでない場合），意匠による保護（トレードドレスが新規性及び独自性を有する場合），又は特許による保護（トレードドレスが技術的発明である場合）などがある。もっとも，実際には，トレードドレスは，そのような保護は取得することができないとの理由や，そのような保護は登録されないとの理由で，知的財産法によっては保護されないことが多い。

その結果，トレードドレスの模倣に関する事件の多くは，不正競争防止法の下で扱われている。不競法の目的は，公正かつ歪みのない競争を確保することにある。全ての関係者（競争者及び需要者）の利益が考慮されなければならない。改正後の不競法は1988年3月1日に施行され，1943年9月30日付け旧法を置き換えた。それ以前には，不正競争行為は主に不法行為法及び人格権保護の下で取り扱われていた。

不競法は混合型制度を規定している。一定の禁止されている不正な慣行（不競法第3条から第8条）を列挙しつつ，他の不正な慣行を含めるために一般条項（第2条）も盛り込んでいる。更に不競法には，特に手続規定（不競法第9条から第13a条）及び罰則（不競法第23条及び第24条）が盛り込まれている。

不競法では，トレードドレスの模倣自体は不正競争行為に該当しない。むしろ企業は，原則として，競争者の製品を自由に模倣することができる（模倣の自由）<sup>(4)</sup>。模倣が不競法違反となるためには，追加の要件が求められる<sup>(5)</sup>。

不競法には、模倣からトレードドレスを保護することに関して、特別の規定はない。しかし、このような保護は、混同のおそれの惹起及び名声の利用から保護する不競法第3条(1)(d)及び第3条(1)(e)、並びに一般条項（不競法第2条）によって与えられる。知的財産法とは異なり、不競法は、商品の形態又は外観それ自体を保護することもなければ、商品の形態及び外観に対して実質的所有権を与えることもない（すなわち、トレードドレスの登録を定めていない）。そうした保護はむしろ、公正な競争を保護した結果にすぎない。従って、商品の形態及び外観は不競法により間接的に保護されるだけである<sup>(6)</sup>。

## 2. 商品の形態及び外観の模倣を防止する条文の適用要件、判断基準、立証方法

### 不競法第3条(1)(d)

不競法第3条(1)(d)によれば、他人の商品、製品、役務、又は営業と混同を生じさせるような措置を講じる者は、不正競争行為をする者とみなされる。

不競法第3条(1)(d)が適用されるためには、次の要件を満たす必要がある。

- 混同のおそれを生じさせる可能性のある行為<sup>(7)</sup>；
- 標識の識別力（本来的な識別力又は使用により獲得された識別力）；  
（詳細については、以下を参照）
- 自由な使用（ドイツ語では、Freihaltebedürfnis）が要求されないこと：標識が競争者による使用に供され続けなければならない場合、保護対象から除外される。形態、外観又は包装が商品自体によって決定づけられるか、あるいは一定の技術的成果を得るために必要である場合は明らかにこれに該当する（詳細については、以下を参照）<sup>(8)</sup>；
- 使用の優先権<sup>(9)</sup>；
- 保護に値する市場での地位：市場での地位が標識の違法な使用により確立された場合はこれに該当しない<sup>(10)</sup>；及び
- 混同のおそれ（詳細については、以下を参照）。

裁判において、原告は、被告によってなされた措置、使用の優先権、及び、標識が本来的な識別力を有しない場合には、使用により識別力を獲得したことを証明しなければならない。一方、本来的な識別力及び混同のおそれは、法律問題とみなされており、従って証明

の必要がない。被告は、原告の市場での地位が保護に値しない旨の異議を申し立て、これを証明しなければならない。

### 不競法第3条(1)(e)

不競法第3条(1)(e)によれば、自己、その商品、製品、役務、又はこれらの価格を、不正確な、誤認を招くような、不必要に誹謗的又は寄生的な方法により、競争者のそれらと比較する者、又は、そのような比較により、その競争者に不利となるように第三者を優遇する者は、不正競争行為をする者とみなされる。従って、第3条(1)(e)は、製品を不必要に寄生的に比較すること（ドイツ語では、「Anlehnung」）を禁止している。これによって、この規定は、名声の不正利用からの保護を与えている。

第3条(1)(e)が適用されるためには、次の要件を満たす必要がある。

- 寄生的な比較：参照された製品が明確に識別可能であるか、又は、問題の製品が他の製品の代替品である若しくは同等であるとのメッセージが明確に伝えられる場合には、寄生的な比較がある。ある製品が第三者の製品と類似している程度が、その模倣品であるとしか理解できない程であり、かつ、その標識、トレードドレス又はそれらで覆われる製品の間知覚的連想を生じさせることができる程である場合にも、寄生的な比較に該当する（連想による混同のおそれ、と呼ばれることがある）<sup>(11)</sup>。例えば、このような知覚的連想は、市場で知られている特徴の模倣によって、又は、ある製品を競争者の製品に計画的に近づけることによって、生じさせることができる<sup>(12)</sup>；
- 比較の不必要性：客観的な理由（技術的必要性、当該部門の慣例又は現在の流行など）によって正当化することができない場合<sup>(13)</sup>、又は、需要者に知らせる必要性を越えている場合<sup>(14)</sup>には、寄生的な比較は不必要である；
- 参照された製品の名声（イメージ、営業上の信用）<sup>(15)</sup>；及び
- 名声から得た利益：寄生的な比較は、比較を行う者が比較される者の名声から利益を得ることを可能にするものでなければならない。比較される者のイメージが問題の製品に転移されるか又はこれに結びつけられる場合は、これに該当する<sup>(16)</sup>。

従って、不競法第3条(1)(e)は、混同のおそれを保護の要件としていない<sup>(17)</sup>。(寄生的な比較に必要とされる)知的連想があることを判断する基準は、混同のおそれの基準よりも低い<sup>(18)</sup>。不競法第3条(1)(e)が識別力を前提条件としているか否かについては意見が分かれるが、混同のおそれが要件とされていないことを考慮すると、識別力も前提条件ではないはずである<sup>(19)</sup>。

不競法第3条(1)(e)では、原告は、被告が講じた措置及び自身の標識の名声を証明しなければならない。当該行為が寄生的な比較であるかどうか、及び、そのような比較が他人の名声から模倣者が利益を得ることを可能にするかどうかは、法律問題であり、そのため、証拠は必要とされない。従って、原告は、被告が原告の名声から実際に利益を得たことを収益の増加などによって証明しなくてよい。被告は当該比較が必要であったと主張する場合には、その立証責任を被告が負う。

#### (1) 「識別力」が保護の要件となる場合、その判断基準、立証方法

不競法第3条(1)(d)によりトレードドレスを保護するためには、識別力が要件となる。識別力を評価するときは、全体的印象が重要となる。事件について判明している全ての状況が考慮されなければならない<sup>(20)</sup>。従って、トレードドレスに単独では識別力があるとはみなされない要素が含まれる場合であっても、それらの要素が全体的印象を明確に決定づけるものでない限り、そのトレードドレスは識別力のあるものと判断することができる<sup>(21)</sup>。識別力には、本来的なものと、長年の間に獲得されたものがある<sup>(22)</sup>。

- 本来的な識別力：トレードドレスが、問題の製品を同一又は類似の製品から識別することを意図したものであり、かつ、これに適するものである場合に、本来的な識別力を有する。これに該当するのは、トレードドレスが、独自性を示すものであり、ありふれたものでない又は個性的なものであり、その結果、公衆の記憶に残るものである場合である<sup>(23)</sup>。他方、形態及び外観は、商業的出所の表示としてではなく、単なる審美的表現として考案された場合には、識別力がない<sup>(24)</sup>。同種の他の製品と同一又は実質同一のデザインを有する形態及び外観(つまり、一般的なデザイン)は、いずれも識別力がない<sup>(25)</sup>。

- 獲得された識別力：本来は識別力がなかったトレードドレスは、使用を通じて識別力を獲得することができる。これに該当するのは、平均的な需要者のかんりの部分が、ある形態又は外観を特定の競争者に結び付けた場合である。ある特定の事業を抽象的に示唆するものであれば十分であり、その特定の事業の正確な知識(例えば、名称による特定)は不要である<sup>(26)</sup>。

ある形態又は外観が(本来的な)識別力を有するか否かは、法律問題であり、裁判官の判断に委ねられるので、確実な予測は困難である。これに対して、ある特定のトレードドレスが使用により識別力を獲得したか否かは、事実問題であるので、証拠が要求される。獲得された識別力は、民衆への市場調査によって直接証明することができる。一般に、需要者の60~70%がその標識を商業的出所の表示であると認識すれば十分である<sup>(27)</sup>。他方、獲得された識別力は、関連公衆(すなわち、一般に、平均的な注意を払う平均的な需要者)による形態又は外観への認知について、経験から結論を導き出せるような事実を証明することによって、間接的に証明することができる。長期間の継続的な使用(経験上10年)、高い売上高、集中的な広告、疑いのない独占状態などの証拠は、ある形態又は外観が長年の間に識別力を獲得したことを結論付けることができる<sup>(28)</sup>。

#### (2) 「混同のおそれ」が保護の要件となる場合、その判断基準、立証方法

不競法第3条(1)(d)は、第3条(1)(e)とは異なり、混同のおそれがある場合にのみ適用することができる<sup>(29)</sup>。混同のおそれには、以下のように、直接的なものと同接的なものがある。

- 直接的な混同のおそれ：この混同のおそれがあるのは、真正なトレードドレスを模倣品から識別することができず、関連する取引者がそれらの製品を一つ且つ同一の事業者から出たものと誤信する可能性のある場合である。需要者が違いを認識しながら、類似性のために、模倣されたトレードドレスが真正品のバリエーションの一つであると誤信する場合も、直接的な混同のおそれに該当する<sup>(30)</sup>。

- 間接的な混同のおそれ：この混同のおそれがあるのは、需要者が、問題の製品を真正品でないと認識しながら、問題の事業者が互いに経済的な関係にある

か、又はそれらが経済的に同じ管理下にあると誤信するように誘導される場合である。問題の製品が、二重の販路が存在する競争者の製品シリーズの一部であるとの印象を生じさせる場合も、間接的な混同のおそれに該当する<sup>(31)</sup>。

混同のおそれは、提供を受けた関連公衆に残る全体的印象に基づいて評価されるべきである（これとは異なり知的財産法では、裁判所は、登録されたトレードドレスすなわち商標、意匠又は特許と、侵害疑義のあるトレードドレスとを比較する）<sup>(32)</sup>。平均的な購買者又は関連取引業界による理解が、非常に重要となる<sup>(33)</sup>。更に、混同のおそれは、直接的、対比的な比較（すなわち、製品を並べて判断する）に基づくのではなく、関連公衆の記憶に基づいて、判断しなければならない。それらの製品が同時に認識されることは殆どないからである<sup>(34)</sup>。

確立された判例法によれば、混同のおその判断は、事実問題ではなく、法律問題である。そのため、混同のおそれは、証拠を求められない。従って、原告は、世論調査や実際の混同やその他によって混同のおそれを証明する必要がない<sup>(35)</sup>。

**a. 「混同」は、「購入時の混同」のみに限られるか？**

それとも、「購入前の混同」（商品などの購入時には混同が生じていないが、購入前に混同が生じている場合）や、「購入後の混同」（商品購入時には混同がないが、購入後に商標権者の名声を傷つけたり、潜在的な需要者を混同させる場合）、及び／又は、「逆混同」（先発使用者の商品が、後発使用者の商品であると混同される場合）も含まれるか？

不競争法第3条(1)(d)に基づく混同のおそれを評価するとき、連邦最高裁判所（以下「連邦最高裁」）は、これまで、商品の交換が行われたときの状況を考慮してきた。その結果、販売時に示されるトレードドレスが関係する（購入時の混同）<sup>(36)</sup>。

これについては法学界から批判が出て、実際の購入過程以外の不適当な過程であっても、需要者の購入判断に影響を与えることは可能であると主張された。現在では、混同のおそれには、購入前の混同も、購入後の混同も含まれるというのが通説である<sup>(37)</sup>。連邦最高裁は、これまでこの問題に明確には回答していない。しかし、2004年のレモンのデザインのボトルに入ったレモンジュース（緑の蓋付きの黄色いボトル）に関する事件で、連邦最高裁は、ボトルにつけられて

いたタグが一般に直ぐに製品から除去されてしまうものであり、タグがトレードドレスの全体的印象に決定的な影響を与えることはできないことを考慮して、混同のおそれがあると認定した<sup>(38)</sup>。

スイス法では、新しい標識が、古い標識と間違えられる場合、又は古い標識若しくはその所有者を誤って連想させる場合、並びに、それらと逆の場合には、標識の識別機能にいずれにしろ影響を与えているので、混同のおそれがある。従って、混同のおそれには、いわゆる逆混同、すなわち、後発使用者の使用によって先発使用者の商品の出所について混同のおそれを生じさせることも含まれる<sup>(39)</sup>。

**b. 模倣品が真正品と比べて、異なる商標、異なる色彩、及び／又は、非常に安い価格を有している場合、「混同のおそれ」はないと判断され易いか？**

上述したように、不競争法第3条(1)(d)に基づく混同のおそれを評価する際には、問題となる製品の全体的印象が重要となる。全体的印象において、商標は非常に重要な役目を与えられていることが多い。そのため、目立つように製品に付けられた商標は、トレードドレスの他の要素のすべてが模倣されていたとしても、トレードドレス間に混同のおそれが生じないようにすることができる（ただし、その場合、不競争法第3条(1)(e)が適用されることがある）<sup>(40)</sup>。他方、連邦最高裁は、製品デザインに調和するように組み込まれており、全体的印象に決定的な影響を与えない場合には、商標は混同のおそれを除外することができないと既に判示している<sup>(41)</sup>。

商標と同様、トレードドレスに使用された色彩は、全体的印象の判断において考慮される要素の一つである<sup>(42)</sup>。二つの製品が色彩という点で類似すればするほど、裁判官が混同のおそれを認定する可能性は高くなる。一般に、同一の色の組合せを利用すれば、色が全くありふれたものでない限りは、混同のおそれは高まる<sup>(43)</sup>。

不正競争防止法において、混同のおそれは、問題の製品を特徴づけることのできる、当該事件の特質の全ての観点での製品の表現に基づいて、関連公衆の視点から、評価しなければならない<sup>(44)</sup>。従って、裁判官は、製品が提供された価格も考慮に入れることになる<sup>(45)</sup>。そのため、価格が真正品と著しく異なる場合、裁判所が混同のおそれを認定する可能性は低いものの、その差を正当化する理由は多数あるので（例えば、

売却又は中古), 価格差のみであることで混同のおそれを除外することはほとんどない。

### (3) 「機能的でない」が保護の要件となる場合, その判断基準, 立証方法

機能性それ自体は, 審美的であろうとなかろうと, 一般に, 保護の要件でもなく, 保護の障害となるものでもない。しかし, 機能性は, 「自由利用の要件 (requirement of availability)」という観点で取り上げられる。これによると, 市場において必須又は不可欠な特徴は保護を受けることができない。保護を受けるためには, 特に商品の形態, 外観又は包装が商品自体により決定づけられるものであってはならず, また特定の技術的成果を得るために必要なものであってならない<sup>(46)</sup>。

問題の商品の性質を構成するトレードドレスは, 保護対象から除外される。そのためトレードドレスが識別手段となるためには, トレードドレスは製品から独立していなければならない, トレードドレスは, 少なくとも思想的に, 製品自体から分離できることを前提としなければならない<sup>(47)</sup>。

更に, 技術的に必要な製品の形態及び包装は, 不競法の保護対象から除外される<sup>(48)</sup>。連邦最高裁は, レゴのブロックの保護に関する先導的な商標事件において, 技術的に必要な形態, 技術的条件とされた形態, 及び, 技術的影響を受ける形態とを区別した。この区別は不正競争法でも適用される<sup>(49)</sup>。

- 技術的に必要な形態: その製品について利用できる他の形態がない場合, 又は, 競争者が別の形態を利用することを合理的に期待できない場合には, 技術的な必要性がある。利用可能な別の代替的形態が一つ又は複数ある場合には, 問題の形態は, 一般に, 技術的に必要なものとはみなされない<sup>(50)</sup>。ただし, 代替的形態が実用性に劣り, 頑丈性に劣り, 又は生産により多くの費用がかかる場合には, 問題の形態は, 技術的な理由で必要なものとみなされる<sup>(51)</sup>。このように原則として, 全ての競争者は, 自身の商品を最も簡単かつ安価な方法で生産し, 最大の技術的利益を達成するような方法でそれを形作る自由を有するのである<sup>(52)</sup>。更に, 連邦最高裁は一般に, ある競争者が他の競争者の製品と互換性がある自身の製品を提供する場合, 互換性のない製品を選択することは期待できないから, 適法であると判断する<sup>(53)</sup>。

例えば, 自動車の生産者の同意を得ずに自動車のスペアパーツを販売する行為は, スペアパーツの商業的出所について欺瞞がない限り, 不正競争行為を構成しない<sup>(54)</sup>。

- 技術的条件とされた形態: 技術的条件とされた形態とは, 上述した意味での必要性はなく, 意図された目的によって決定される形態のことである。技術的条件とされた形態は, 識別力がないとみなされるが, 使用によって識別力を獲得することができる<sup>(55)</sup>。

- 技術的影響を受ける形態: 上述した意味での技術的条件や技術的必要性はなく, ある技術的な観点から有用な形態である場合に, 技術的影響を受ける形態とみなされる。この技術的影響を受ける形態は不正競争防止法に基づく保護に適している<sup>(56)</sup>。

どの代替的形態が利用できるか, どの程度本物の形状から実用性, 頑丈性, 費用の面で異なるかは, 事実問題であり, 訴訟事件では証明が必要である (特に, 裁判所が命じた専門家の鑑定によって)。これに対して, これらの事実を鑑みて, 技術的に必要な形態であるかどうか, 競争者が代替的な形態を選択することを期待できるかどうかは, 法律問題であるので, 証明の必要はない<sup>(57)</sup>。

a. 対象商品が, 特許権を取得した, 意匠登録を取得した, 及び/又は, 技術的又は機能的な面を広告した場合, その商品は「機能的である」と判断され易いか?

上記の模倣の自由が適用されるのは, 模倣品の使用が特許法, 商標法, 著作権法又は意匠法により禁止されていない場合に限られる<sup>(58)</sup>。つまり, 知的財産法により禁じられていることは, 不正競争法でも許容されないものであり, また問題の形態が不正競争法により保護されないと主張して, 知的財産法による保護を回避することも原則としてできないのである。

特許による保護が取得されたか, 又は失効した場合に, 製品 (又はその要素) への不競法第3条(1)(d)による保護の適用が除外されるのは, 上記の一般的な保護の適用除外の理由を満たす場合に限られる。ある形態が技術的又は機能的な配慮に基づくものであったとしても, 通常, いまだに創造の自由の余地がある。従って, 機能的な特徴を変更せずにある形態を変更できる (応用, 価格, 性能等の選択肢) となった途端に, 技術的に必要な形態ではなくなる。特許による保護

(又は意匠や著作権による保護)が取得されたか、又は失効したという事実だけに基づいて、問題の形態が製品の性質を表していると推定されることもない<sup>(59)</sup>。

商品の形態、外観又は包装については、商品それ自体により決定づけられるもの又は特定の技術的成果を得るために必要なものは、不正競争防止法の場合と同様、意匠法や商標法によっても保護を与えることができない(意匠法第4条(c)、商標保護法第2条(b))。そこで、有効な商標又は意匠があるとしても、不正競争防止法に基づく上述の適用除外の理由のいずれか(商品の性質又は技術的必要性)が満たされていると主張する余地は原則としてない。もっとも、この商標法及び意匠法による保護の適用除外理由はその商標又は意匠の登録に基づいて最終的に判断されていないので、侵害訴訟で裁判官が任意に判断し直すことができる。つまり、トレードドレス又はその要素が商標又は意匠として登録されていようとも、それが商品の性質であるか、技術的に必要なものであるか、不競法による保護の適用除外の対象となると判断することができる(同時に、商標法又は意匠法により保護されないと判断することもできる)。

なお、問題の製品の宣伝方法は、混同のおそれの存否判断のために全体的印象を判断する際に考慮されるべき点の一つである。他方、技術的な又は機能的な面の広告は、自由使用の要件の存否判断に影響を与えることはできないと我々は考える。

要するに、(前者の)特許又は意匠による保護又は機能に関連する広告について述べられている要素は、上述の機能性判断(第3条)に該当することから、スイスの実務では決定的な要素ではない。

### 3. スイス不正競争防止法における不正競争を定義する一般条項

スイス不正競争防止法には一般条項がある。不競法第2条は、欺瞞的又はその他の方法により信義誠実の原則に反する行為又は取引慣行であって、競争者間又は供給者と需要者間の関係に影響を与えるものは、不正な競争であり、違法であるとみなされる旨を規定している。

#### (1) 一般条項を導入した背景／経緯、適用要件、判断基準、立証方法

不競法第2条は、不競法の特定の一つの規定に該当

しない、不正な行為又は取引慣行を禁じることを特に目的とする、あらゆる状況に対応する条項である。同様の規定は、すでに1943年の不競法に含められていた。1986年の不競法改正時に、一般条項は、法律全体と同様、競争者だけではなく、市場の相手方も保護するように改正された。

不競法第2条の適用要件は、次の通りである。

- 行為又は取引慣行：積極的に行われたか、寛容によるものか、又は差し控えられたものかにかかわらず、全ての行為を含む。
- 競争行為：すなわち、直接的又は間接的に、競争に影響を与えることのできる行為。ただし、関連行為者は、影響を受ける者と競争関係を有する必要はない。特に、専門的又は経済的団体、需要者保護団体、金融アナリスト、メディアなど、他の業界又は第三者による行為も、不正競争行為を構成し得る<sup>(60)</sup>。
- 信義誠実の原則の違反：これに該当するのは、問題となる行為が、不競法の目的、関係者の利益、憲法上の価値(特に経済的自由)の適正な考慮に基づいて、誠実な取引慣行に反する場合である<sup>(61)</sup>。条文に明示された欺瞞は、信義誠実の原則に反する場合の一つに過ぎない。

このように不競法第2条の適用要件はやや曖昧である。しかし、法理論や判例法では、不競法第2条が適用され得る多様な(網羅的ではないが)事例が確立されている。このような事例として、例えば、攻撃的な取引慣行、競争妨害、中傷などがある。

裁判では、原告は、問題の行為を証明しなければならない。しかし、その行為が競争行為を構成するか否かは、法律問題であるので、裁判官の判断に委ねられる。そのため原告は、特定の行為が競争に実際に影響を与えるかについては証明する必要がない。特定の行為が信義誠実の原則に反するか否かも、法律問題であるので、誠実な取引慣行とは何かを原告が証明する必要はない。

実際には、不競法第2条の一般条項のみを根拠として訴えを展開するのは難しい。裁判所が不競法を根拠とする行為を認める際には、上述のトレードドレスの保護に関連する不競法第3条(1)(d)及び(e)など、主に不競法第3条以下の特定の条項に基づいて認める傾向がある。

(2) 一般条項は、商品の形態又は外観の模倣防止に適用できるか？

法理論や判例法の中には、模倣が、不競法第3条(1)(d)又は第3条(1)(e)に基づく不正行為に該当せず、従って、適法であったとしても、特殊な事情がある場合には、不競法第2条の一般条項に基づく不正行為の定義に該当し得るという事実に言及するものがある。このような事情には、誤った又は欺瞞的な行為、計画的な行動、寄生的な利用、隷属的な模倣、多数モデルの模倣又は製品シリーズ全体の模倣などが含まれる<sup>(62)</sup>。ただし、不競法第2条に基づいてトレードドレスに与えられる保護の範囲は、十分明確ではない。

(3) 一般条項を有することの長所及び短所

一般条項の長所は明らかである。不正であると判断した新しい取引慣行を禁止するために、不競法を改正しなくとも、不競法第2条を適用することができる。既存の取引慣行が不正ではなくなった場合にも、不競法を改正する必要がない。短所は、一般条項の不明瞭さ、その結果として、ある特定の行為が不競法に基づく不正行為とみなされるか否かについての法的な不確実性などがある。その結果として、また刑法に適用される法的確実性の原則に鑑みて、不競法第3条(1)(d)又は第3条(1)(e)の違反などとは異なり、不競法第2条の違反には刑事罰は課されない(不競法第23条)。

4. 救済手段(差止請求権、損害賠償請求権、不当利得返還請求権など)

不競法は、損害賠償、利益の回復、不当利得返還(合理的な使用料の支払いを含む)について定めている。不競法は、これらの金銭的な救済手段とは別に、差止による救済、宣言による救済、侵害品の引渡し及び廃棄、訂正広告、判決による訂正、判決の公告、並びに刑事罰(3年以下の拘禁刑、国庫への54万スイスフラン(日本円で約6,232万5,000円)の罰金刑、不競法第23条)を定めている。

トレードドレスの保護に関しては、立証責任の軽減又は転嫁に関する規定はない。しかし、金銭的賠償請求権については、請求権が原則的に十分に立証されている場合には、裁判所が賠償額を見積もることができる(スイス債務法第42条(2))。

5. 商品の形態又は外観の模倣防止に関する先導的又は重要な裁判例

(1) Maltesers/KitKat

Maltesers/KitKat 事件において、連邦最高裁は、KitKat が、以下の KitKat Choco の包装を使用することによって、Maltesers の包装を不正に模倣したかの判断を行わなければならなかった<sup>(63)</sup>。



連邦最高裁は次のように判断した：不競法第3条(1)(d)によれば、菓子製品では赤色は珍しいものではなく、赤・茶・白の色の組合せはこの種の製品ではよく使用されており、また垂直な製品の提示は広く利用されている。とはいえ、「Maltesers」の標識は製品の全体的印象を決定づけているので、このトレードドレスは識別力がある。しかし、支配的な記載要素の違いを考慮すると、混同のおそれは直接的なものも間接的なものも存在しない。不競法第3条(1)(e)に関しては、2つの製品間に類似点があることは確かであるが、これらの類似点は、要件とされる、製品間の知的連想を生じさせるには十分でない。従って、KitKat による不正競争は存在しない。

(2) カップの色

別の重要な事件において、スイスの裁判所は、フルーツゼリーの包装について評価しなければならなかった。「Petit Gervais」ゼリーは Danone 社が6パックセットで販売しており、その6パックの各2パックに1つのフレーバーが含まれ、それぞれのフレーバーのカップは、光沢のあるパステルカラー(左側)であった。その後、ある小売業者が「Petit Suisse」ゼリーを発表し、この包装も6つの色付き容器から構成されるものだった(右側)。



下級審は、Danone 社の「Petit Gervais」ゼリーカップの色の組合せが識別力を有すると認定した<sup>(64)</sup>。連邦最高裁は、混同のおそれの評価に際して、全体的印

象が、製品表現を含めて、欺罔的であると判断した。小売業者は「Petit Suisse」ゼリーを目の高さより下に置いていたか、又は、ゼリーが1.2メートル以上の高さに置かれた場合には、その6パックの蓋が需要者に対面するように置いていたので、蓋もまた混同のおそれの評価する際に考慮された。製品の蓋は十分に区別できるものであったので、連邦最高裁は、混同のおそれはないと判断した<sup>(65)</sup>。

(英文原稿受領 2018.1.23)

(和訳監修者 鷲 健志)

(注)

- (1) Walder Wyss Ltd. パートナー
- (2) Walder Wyss Ltd.
- (3) ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 133.
- (4) FSC 131 III 384 (online platforms); FSC 4A\_78/2011 (Le Corbusier); ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 15.
- (5) ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 15; STREULI-YOUSSEF, SIWR V/1, 169.
- (6) BAUDENBACHER, Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 145; DOBLER, Produktausstattungen, N 65.
- (7) SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 11
- (8) DOBLER, Produktausstattungen, N 67 ss; HEINEMANN, DIKE Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 128; SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 13 ss.
- (9) FSC 4C.240/2006 (Modissa/Modesa).
- (10) FSC 125 III 207 (Budweiser); FSC 6B\_411/2013 (「マジックツリー」芳香剤).
- (11) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); FSC 4A\_103/2008 (Botox); FSC 4A\_467/2007 (IWC/WMC); STAUBER/ISKIC, DIKE Commentary, art. 3(1) (e) UCA N 54 s.
- (12) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); Supreme Court Zurich, HG960545 (Rivella/Apiella).
- (13) STAUBER/ISKIC, DIKE Commentary, art. 3 (1) (e) UCA N 54 s.
- (14) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKats).
- (15) STAUBER/ISKIC, DIKE Commentary, art. 3 (1) (e) UCA N 69; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Commentary, art. 3 (1) (e) UCA N 113.
- (16) STAUBER/ISKIC, DIKE Commentary, art. 3 (1) (e) UCA N 72.
- (17) FSC 4A.103/2008 (Botox/Botoina); FSC 4A\_467/2007 (IWC/WMC).
- (18) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKats); OETIKER, SHK Commentary, art. 3(1) (e) UCA N 36.
- (19) STAUBER/ISKIC, DIKE Commentary, art. 3 (1) (e) UCA N 63 with further references.
- (20) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); FSC 111 II 508 (half sun disk);
- (21) DOBLER, Produktausstattungen, N 76; WILLI, OFK Commentary, art. 2 TmPA N 124.
- (22) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 44; SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 12.
- (23) ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 45; DOBLER, Produktausstattungen, N 70 s; SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 13.
- (24) FSC 113 II 211 (chocolate nuts); SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 11.
- (25) District Court Berne-Laupen, Z015249 (marketing concept).
- (26) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat).
- (27) FSC 131 III 121 (Smarties).
- (28) DOBLER, Produktausstattungen, N 120.
- (29) FSC 116 II 463 (Coca-Cola).
- (30) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); FSC 126 III 315 (Rivella/Apiella); FSC 4A\_467/2007 (IWC/WMC); ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 78 ss.
- (31) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); FSC 126 III 315 (Rivella/Apiella); FSC 4A\_467/2007 (IWC/WMC); ARPAGAU, BSK Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 79 s; SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 29; HEINEMANN, DIKE Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 49 s.
- (32) FSC 4C.60/2003 (cop colors).
- (33) FSC 122 III 382 (Kamillosan/Kamillon); FSC 121 III 377 (Boss/Boks); FSC 4C.240/2006 (Modissa/Modesa);
- (34) FSC 116 II 365 (Nivea/Jana); FSC 121 III 337 (Boss/Boks).
- (35) FSC 4A\_371/2010 (Gucci); FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); FSC 126 III 315 (Rivella/Apiella).
- (36) FSC 116 II 365 (Nivea / Jana); FSC 121 III 377 (Boss/Boks); FSC 4C.79/2000 (Helvetic).
- (37) BAUDENBACHER, Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 57; DOBLER, Produktausstattungen, 2015, N 222; HEINEMANN, DIKE Commentary, art. 3(1) (d) UCA N 54; TROLLER, SJZ 1992, 322 ss.
- (38) FSC 4C.169/2004 (Limmi); cf. also FSC 4C.361/2005 (tiq).
- (39) MARBACH, SIWR III/1, N 962.
- (40) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat); FSC 116 II 365 (Nivea/Jana).
- (41) FSC 103 II 211 (Chocolate nuts).
- (42) FSC 116 II 365 (Nivea/Jana); FSC 108 II 69 (Rubik's cube).
- (43) DOBLER, Produktausstattungen, N 218.
- (44) FSC 116 II 471 (Volvo spare parts); ARPAGAU, BSK



- Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 72 and N 92;  
HEINEMANN, DIKE Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 39;  
SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3  
(1) (d) UCA N 34 ss.
- (45) SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art.  
3(1) (d) UCA N 34 ss; STREULI-YOUSSEF. SIWR V/L, 144.
- (46) DOBLER, Produktausstattungen, N 137 ss.
- (47) FSC 120 II 307 (The Original); FSC 4A\_129/2007  
(Lindor chocolate balls).
- (48) DOBLER, Produktausstattungen, N 143.
- (49) FSC 129 III 514 (Lego/Mega Bloks); DOBLER,  
Produktausstattungen, N 143 ss.
- (50) FSC 4A.8/2006 (cigarette packaging).
- (51) FSC 129 III 514 (Lego/Mega Bloks); FSC 131 III 121  
(Smarties); FSC 137 III 324 (Nespresso capsules).
- (52) FSC 108 II 327 (Lego/Suchard-Tobler).
- (53) ARPAGAUS, BSK Commentary, art. 3 (1) (d) UCA N 33;  
SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, SHK Commentary, art. 3  
(1) (d) UCA N 73.
- (54) FSC 116 II 471 (Volvo spare parts).
- (55) FSC 129 III 514 (Lego/Mega Bloks).
- (56) FSC 129 III 514 (Lego/Mega Bloks); DOBLER,  
Produktausstattungen, N 146.
- (57) FSC 4C.57/2004 (catalyst carrier); FSC 129 III 514  
(Lego/Mega Bloks).
- (58) FSC 116 II 471 (Volvo spare parts); FSC 105 II 297  
(Monsieur Pierre watches).
- (59) MARBACH, FS von Büren, 381; FSC 134 III 547 (Panton).
- (60) HILTY, BSK Commentary, art. 1 UCA N 102 ss.; JUNG,  
SHK Commentary, art. 2 UCA N 18.
- (61) JUNG, SHK Commentary, art. 2 UCA N 21.
- (62) DOBLER, Produktausstattungen, N 314 with further  
references.
- (63) FSC 135 III 446 (Maltesers/KitKat).
- (64) Supreme Court Lucerne, 119646/136 (cup colors).
- (65) FSC 4C.60/2003 (cop colors).

(原稿受領 2018. 9. 21)

## ヒット商品は こうして 生まれました!

平成 30 年  
改訂版

**JPAA  
Information**

---

**ヒット商品を支えた知的財産権**

「パテント・アトニー誌」で毎号連載しております、「ヒット商品を支えた知的財産権」。

こちらの記事を一冊にまとめた「ヒット商品はこうして生まれました!」は発明のストーリーをコンパクトにまとめたもので、非常に好評を博しております。

是非ご覧いただき、知的財産、更には弁理士への理解を深めていただければ幸いです。

◆本誌をご希望の方は、[panf@jpaa.or.jp](mailto:panf@jpaa.or.jp) までご一報ください。