

不正競争防止法を用いた模倣品対策

平成 18 年度不正競争防止法委員会
 会員・弁護士 村西 大作



要 約

今回、本誌「国内における模倣品対策」特集の一環として、表題の原稿について、所属する不正競争防止法委員会を通じ執筆依頼をいただいた。国内における模倣品対策として、不正競争防止法は有効な手段であるが、弁理士にとっては、工業所有権四法と比較すれば馴染みが薄いのではないと思われる。本稿では、そのような会員の方々への周知という意味を込め、不正競争防止法を用いた模倣品対策に関する基本的事項について整理してみた。その結果として総花的な記述となっているので、個別のテーマについて関心を持たれた方は、本稿を端緒に研究を深めていただければ幸いである。

目 次

1. はじめに～不正競争防止法の概要
2. 模倣品対策法としての不正競争防止法
3. 商品形態模倣行為（2条1項3号）
4. 2条1項1号・2号を用いた模倣品対策
5. 模倣品販売等に対する民事上の救済手段とその実現
6. 模倣品販売等に対する刑事罰
7. おわりに

.....

1. はじめに～不正競争防止法の概要

(1) 法の目的と沿革

不正競争防止法は「事業者間の公正な競争及びこれに関する国際約束の的確な実施を確保するため、不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償に関する措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与すること」を目的として制定された法律である（1条）。不正競争防止法の制定は1934（昭和9）年に遡るが、現行法は1993（平成5）年の全面改正によるものを基に、その後数次の改正を経たものである（本稿執筆時における最終改正：2006（平成18）年）。なお、詳しい沿革については紙幅の都合もあり割愛する。

(2) 法の性格

不正競争防止法は、民法・刑法といった一般法の特別法という性格を有するものであるとともに、工業所有権四法その他の知的財産法の一環をなし、さらに独占禁止法などの経済法とも関連性を有するものである。

工業所有権四法との関係でいえば、これらが客体に

権利を付与することによって知的財産の保護をはかるものであるのに対し、不正競争防止法は不正競争行為を規制することによって知的財産の保護をはかるものである。

(3) 法の枠組み

不正競争防止法は、一定の行為を不正競争行為と定め（2条1項各号）、これに加え一定の要件（例えば差止であれば営業上の利益の侵害やそのおそれ（3条1項））を具備した場合に、差止や損害賠償請求という民事上の効果、さらには刑事罰という刑事上の効果が生じるという枠組みとなっている。

【不正競争防止法の枠組み】

＜要件＞	＜効果＞
不正競争 （2条1項各号）	・差止（3条） ・損害賠償（4～5条）
+ α	・刑事罰（21～22条）

2. 模倣品対策法としての不正競争防止法

不正競争防止法2条1項各号に定める不正競争行為の整理の仕方はいろいろありうるが、本稿の目的に沿って分類するならば、①模倣品等対策のための規定（1号～3号）、②営業秘密に関する不正行為（4号～9号）、③その他の不正競争（10号～15号）という整理が可能である。

本稿では、模倣品対策のための規定として1号から3号までを取り上げ、その要件とこれに関する問題点について整理し、併せて民事上の救済手段、刑事罰に

についても紹介したい。

なお、本稿を退屈せずにお読みいただくために、以下の簡単なモデルケースを設定してみた。本格的な事例を設定するととても紙幅が足りないので、モデルケースといっても抽象的なものである点をご了解いただきたい（なお、本モデルケースはイオンブラシ事件（H15.8.28 大阪地裁 平成 15（ワ）1105 号（一審）、H16.7.30 大阪高裁 平成 15（ネ）3005 号（控訴審））を参考にしているため、商品目録等については最高裁ホームページ・知的財産権裁判例集等を参照されたい。）

【模倣品対策に関するモデルケース】

平成 18 年 6 月×日 ○△特許事務所
甲株式会社の相談

当社は日用品雑貨の販売等を行っており、今回ご相談のイオンブラシは当社が開発し、平成 17 年 5 月から販売しております。この商品はそれまでになかったユニークな形状もあって評判を呼び、マスコミ等でもたくさん取り上げられたことから、これまでかなりの売り上げをあげてきました。

ところが、今年（平成 18 年）の 5 月ころから同業者の乙株式会社が全くと言ってよいほど同じ形態のブラシを製造し、当社よりもかなり安い値段で販売しており、当社はこれにより売り上げが減って困っております。

このままでは当社の損害は増えるばかりです。当社は当社商品につき特許・商標・意匠などは一切取得していませんが、直ちに乙社の行為を中止させることはできないのでしょうか。また、在庫品は処分させられないのでしょうか。

3. 商品形態模倣行為（2 条 1 項 3 号）

- Q1 モデルケースにおいて、甲社の利益を守るためにはどのような手段が考えられるか。
Q2 モデルケースにおいて、乙社の立場から反論する場合、いかなる主張・立証が考えられるか。

(1) はじめに

不正競争防止法における模倣品対策のための規定としては、前述のとおり 2 条 1 項 1 号から 3 号までの規

定が挙げられるが、正面から商品形態の模倣を不正競争として規制しているのは 3 号である。そこでまず 3 号についてその要件に沿って整理する。なお、ご承知のことと思うが、平成 17 年の改正により、3 号やこれに関連する定義規定が改正・新設されているので念のため紹介しておく。

【2 条 1 項 3 号及び関連規定の改正・新設】

改正前	改正後
<p>2 条 1 項 3 号 「他人の商品（最初に販売された日から起算して三年を経過したものを除く。）の形態（当該他人の商品と同種の商品（同種の商品がない場合にあっては、当該他人の商品とその機能及び効用が同一又は類似の商品）が通常有する形態を除く。）を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入する行為」</p>	<p>2 条 1 項 3 号 「他人の商品の形態（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、又は輸入する行為」</p>
<p>(新設)</p>	<p>2 条 4 項 「この法律において「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。</p>
<p>(新設)</p>	<p>2 条 5 項 「この法律において「模倣する」とは、他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう。</p>
<p>(新設)</p>	<p>19 条 1 項 5 号イ（2 条 1 項 3 号の適用除外） 「日本国内において最初に販売された日から起算して三年を経過した商品について、その商品の形態を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為</p>

(2) 3号の要件

モデルケースにおいて甲社の利益を守るための手段として考えられるのは不正競争防止法2条1項3号である(Q1)。もし甲社がその商品につき意匠権を取得していれば、甲社は意匠権に基づく差止請求等を行うことによってその利益を守ることができるが、甲社は意匠権を取得していないためこれに基づく権利行使はできない。このような場合に役立つのが3号である。

3号の文言は前記【2条1項3号及び関連規定の改正・新設】のとおりであるが、このような行為を不正競争とした趣旨は、知的財産権の取得の有無にかかわらず、他人が商品化のために資金や労力を掛けて得た成果にただ乗り(フリーライド)することを禁じ、もって先行者の利益保護をはかる点にある。

① 他人の商品の形態

a. 商品の形態

その意義については前記【2条1項3号及び関連規定の改正・新設】に譲るが、商品形態にあたるか否かが問題となる場合としては、イ 商品の包装や容器(参考裁判例として、ホーキンスサンダル事件(大阪地裁平成8年3月29日決定)、ハートカップ事件(名古屋地裁平成9年6月20日判決))、ロ 商品の部品(参考裁判例として、エアソフトガン事件(東京高裁平成14年1月31日判決、原審東京地裁平成11年2月25日判決))、ハ セット商品(参考裁判例として、タオルセット事件(大阪地裁平成10年9月10日判決))ニ 商品内部の形態(参考裁判例として、ドレンホース事件(大阪地裁平成8年11月28日判決)、小型ショルダーバッグ事件(東京高裁平成13年9月26日判決))、などが挙げられる。この点ニ については平成17年改正により、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れば保護の対象とする旨が明記されたが、具体的事案において保護されるか否かについてはなお前記裁判例が参考となる。

なお、商品形態を離れたアイデアそれ自体については3号の「商品の形態」にはあたらないと解されている。

b. 請求主体の問題

3号は「他人の商品」の形態を模倣した商品を譲渡等する行為を不正競争としているが、ここで問題となるのが3号の請求主体である。

モデルケースにおいてはこの点は問題とならないが、イ 仮に甲社と乙社が協力して資金・労力を掛け

てブラシを共同開発していて、甲社が製造を、乙社が販売を担当していたところ、乙社が第三者丙と組んで、甲社を介さないで同一形態のブラシを販売した場合、甲社が乙社に対し3号による差止等の請求ができるか否かが問題となる。また、ロ 甲社が販売する商品は外国のA社が開発した形態であるが甲社はA社との契約で日本国内における独占販売権を有している場合や、ハ 甲社も乙社もA社の商品形態を模倣した商品を販売している場合に、甲社は乙社に対し3号による差止等の請求ができるか否かも問題となる。

前述のとおり、3号の趣旨は他人が商品化のために資金や労力を掛けて得た成果にただ乗り(フリーライド)することを禁じ、もって先行者の利益保護をはかる点にあり、このような点に鑑みれば、3号の請求主体となりうるのは資金や労力を掛けて商品を開発して市場に置いた者に限定されるべきものと考えられる。

前記イ～ハまでの各事例については、それぞれ裁判例があるが(イについて、猫の手のシュミレーションゲーム事件(東京地裁平成12年7月12日判決)、ロについて、キャディバッグ事件(東京地裁平成11年1月28日判決)、ハについてバーキン事件(東京地裁平成13年8月31日判決))、いずれも3号の請求主体を上記のように限定して考えているようである。もっとも、イ のような事例については、どの程度の関与をすれば共同開発者といえるかについては個別の事案ごとに検討が必要となる。

② 模倣

模倣の意義についても裁判例の集積を踏まえ平成17年改正により定義規定が設けられた(2条5項)。ここでは、「模倣する」とは、イ 他人の商品の形態に依拠して、ロ これと実質的に同一の形態の商品を作り出すこと、をいうものと定義づけられている。

ロ の実質的同一とは、形態が酷似していることをいうものと解されている。この点、ドラゴンキーホルダー事件控訴審判決(東京高裁平成10年2月26日、原審東京地裁平成8年12月25日判決)は次のように判示している。

「不正競争防止法2条1項3号にいう「模倣」とは、既に存在する他人の商品の形態をまねてこれと同一または実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいい、客観的には、他人の商品と作り出された商品を対比して観察した場合に、形態が同一であるか実質的に同一といえる程に酷似していることを要し、主観的に

は、当該他人の商品形態を知り、これを形態が同一であるか実質的に同一といえる程に酷似した形態の商品と客観的に評価される形態の商品を作り出すことを認識していることを要するものである。

ここで、作り出された商品の形態が既に存在する他人の商品の形態と相違するところがあっても、その相違がわずかな改変に基づくものであって、酷似しているものと評価できるような場合には、実質的に同一の形態であるというべきであるが、当該改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変による形態的効果等を総合的に判断して、当該改変によって相応の形態上の特徴がもたらされ、既に存在する他人の商品の形態と酷似しているものと評価できないような場合には、実質的に同一の形態とはいえないものというべきである。」

多くの裁判において、実質的同一性の判断は、原告商品と被告商品の形態を特定し、各商品の構成に従って各形態の共通点と相違点を認定、その上でこれらの共通点と相違点が形態上特徴的な部分に関するものか否かを検討し、形態上特徴的な部分の多くが共通するかどうかにより判断、という枠組みで行われている。個別の裁判例における判断については紙幅の都合上ここで紹介することはできないが、この点は後記参考文献4に詳しいので興味をもたれた方は参照されたい。

イ の依拠性の要件についても前記ドラゴンキーホルダー事件控訴審判決は詳しく言及しているが、モデルケースのように、先行商品との実質的同一性が認められ、それがマスコミ等でも多数取り上げられたヒット商品となった後に乙社商品が発売されているような場合には、他人の商品の形態に依拠したものであると認められることが多いと思われる（参考裁判例として、たまごっち事件（東京地裁平成10年2月25日判決））。

③ 譲渡、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのための展示、輸出、輸入

不正競争防止法2条1項1号及び2号においては、「引き渡し」「引渡しのために展示」と規定されている部分が3号においては「貸し渡し」「貸渡しのために展示」とされている理由については、1号及び2号の保護法益には事業者の営業上の利益という私益に加え、一般公衆の混同を防ぐという公益も含まれるのに対し、3号が事業者の営業上の利益という私益に限られていることから要件を厳格にしたものであると説明されている（後記参考文献2）。

なお、模倣自体を不正競争とすると自由な試験研究活動を阻害することになるため、模倣した商品を譲渡等する行為のみが不正競争とされている。

④ 適用除外

モデルケースにおいて乙社の立場から反論する場合、原告が主張・立証責任を負う前記①から③の要件を否認・反証するほか、以下の適用除外事由を主張・立証することが考えられる（Q2）。

a. 当該商品の機能を確保するために不可欠な形態の除外（3号括弧書き）

イ 意義

前記【2条1項3号及び関連規定の改正・新設】のとおり、平成17年改正により、従来の「通常有する形態」を商品形態から除外する旨の規定が、「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を除外するとの規定に変更された。これは、従来の文言が多義的で不明確であるという問題があったことから、裁判例の集積を踏まえ文言を明確化したものであり、その内容について実質的な変更はないとされている。

しかしながら、後で紹介するように、多くの学説や裁判例は、従来の「通常有する形態」には、①没個性のないしありふれた形態と、②技術のないし不可避な形態とに分類してきたのであり、改正後の「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」という文言に①が含まれるとすることには問題があるようにも思われる。産業構造審議会知的財産部会不正競争防止小委員会が平成17年1月にまとめた報告書「不正競争防止法の見直しの方向性について」47～48頁においては、この点を踏まえて「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態及びありふれた形態」と規定すべきであるとしていたが、法律案はこのうち「及びありふれた形態」を削って提出され、そのまま可決されている。

もともと、後記参考文献2の30～31頁によれば、ありふれた形態と実質的に同じ商品を作っても3号に違反することはない旨が述べられており（但し、3号のどの文言に該当しないから違反しないのかについては明記されていない。）、結論的には改正前と改正後で取扱いに変更はないようである。

3号にこのような適用除外が設けられたのは、かかる形態についてはこれを採用しなければ商品として成立し得ず市場参入ができないものであるため、これを特定の者に独占させることは不適切であり、これを模倣しても不正競争とは言い難いからである。

なお、この適用除外に関する具体例としては後記参考文献1・58頁に挙げられている例（「コップの形態として、中に液体を入れるためには側面と底面を有しているのは商品の機能を確保するために不可欠な形態である。しかし、コップの縁の形状や側面の模様が特徴的であるような場合、このような特徴的な部分まで模倣することは「不正競争」に該当する。」）が簡単でわかりやすいので紹介しておく。

ロ 裁判例

この点に関する裁判例（改正前の「通常有する形態」に該当するか否かについて判断されたもの）は多いが、紙幅の都合上、ここでは主要なものを紹介するにとどめたい。

- ① 商品の形態を没個性的ないしありふれた形態とした裁判例として、
 - ・ホーキンスサンダル事件（大阪地裁平成8年3月29日決定）
- ② 商品の形態を技術的ないし不可避な形態とした裁判例として、
 - ・バーコードリーダー事件（東京地裁平成9年3月7日決定）
- ③ 適用除外を認めなかった裁判例として、
 - ・ピアス用保護具事件（東京地裁平成9年3月7日）
 - ・ハートカップ事件（名古屋地裁平成9年6月20日判決）

b. 日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過した商品の除外（19条1項5号イ）

イ 意義

前記【2条1項3号及び関連規定の改正・新設】のとおり、平成17年改正により、従来は3号に括弧書きで規定されていた保護期間の終期の起算点が適用除外規定に移され、立証責任が、保護期間が終了したことを主張する者の側にあることが明確化された（19条1項5号イ）。そしてその際、従来の文言に加えて「日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過した」（下線は筆者による。）とし、日本国内での販売開始をもって3号の保護期間の終期の起算点とすることを定めた。学説上の多数説は外国における販売も「販売」にあたるか解していたので、この点については実質的な変更である。外国では販売開始から相当期間が経過しており陳腐化していた商品であっても国内で販売を開始してから3年以内であれば保護の対象となるわけであり、この点をめぐっては将来の裁判

において争われることもあろう。

このように、「日本国内において」という文言が追加されたこととの関係では、インターネットを通じた通信販売やカタログ販売の場合にどのような基準で「日本国内」の販売か否かを判断するのかが問題となるが、仕向地が日本国内であることや広告が日本語でされていること等の事情を勘案し、国内市場に向けた販売といえるか否かが判断されることとなる（後記参考文献2・32頁）。

ロ 保護期間に関する規定の解釈につき問題となる場合としては、①いわゆるサンプル出荷が販売にあたるか（参考裁判例として、ハートカップ事件（名古屋地裁平成9年6月20日判決、肯定））②商品の形態を図面等により示して注文を受けた場合販売にあたるか（参考裁判例として、ハートカップ事件上記判決、否定。なお、本件の仮処分決定（神戸地裁平成6年12月8日）は肯定している。）、③仕様変更をした場合の販売開始日はいつか（参考裁判例として、空調ユニットシステム事件（第一審東京地裁平成11年5月10日判決、控訴審東京高裁平成12年2月17日））などが挙げられる。

c. 模倣商品の善意取得者保護（19条1項5号ロ）

19条1項5号ロは、模倣商品を譲り受けた者が譲受けの際にそれが模倣商品であることについて善意・無重過失であった場合には2条1項3号の適用をしないこととし、もって取引の安全をはかる趣旨の規定である。

4. 2条1項1号・2号を用いた模倣品対策

Q3 モデルケースにおいて、もし甲社による当該商品の販売が平成15年3月からであった場合、甲社の利益を守るためにはどのような手段が考えられるか。乙株式会社の立場から反論するにはいかなる主張・立証が考えられるか。

(1) はじめに

不正競争防止法が模倣品対策のための規定として正面から規定しているのが前述した3号であるが、Q3のようなケースでは3号の保護期間が経過しているため、自己の商品の模倣品を販売されている甲社は3号による保護は受けられない。このような場合に甲社の利益を守るための手段として活用できるのが2条1項

1号（混同惹起行為）及び2号（著名表示冒用行為）である。これらの規定には3号のような保護期間の定めがないため、この点では3号よりも模倣品を販売された被害者にとっては有利である。もっとも、1号や2号については3号では求められていない要件が課せられているため、これらの要件が充たされているか否かが重要となる。以下、模倣品対策という観点から、1号及び2号の要件について、そのアウトラインを整理することとする。

（2）混同惹起行為（2条1項1号）

第2条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

1 他人の商品等表示（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。以下同じ。）として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為

1号の文言は上記のとおりであり、自己の商品・営業を他人の商品・営業と混同させる行為を不正競争としたものである。商品等表示は、表示する商品等の信用や評価がそれに結びつくと、商品等の品質を保証し、あるいは商品等の宣伝をすることになり、ここに顧客吸引力が生じるところ、かかる商品等表示の主体でない者がそれをほしのままに使用し、商品等の出所について混同を生じさせると、商品等表示の主体の顧客吸引力を損ない、事業者間の公正な競争を阻害することになる。そこで法は1号所定の行為を不正競争としたものである。以下、1号の主要な要件について説明する。

① 商品等表示

a. 商品形態の商品表示性

商品等表示の意義については上記条文中に規定のとおりであるが、商品または営業について自他識別機能、出所表示機能を有するものでなければならない。

この点、iMac事件東京地裁決定（平成11年9月20日）は、「商品の形態は、必ずしも商品の出所を表

示することを目的として選択されるものではないが、イ 商品の形態が他の商品と識別し得る独特の特徴を有し、かつ、ロ 商品の形態が、長期間継続的かつ独占的に使用されるか、又は、短期間であっても商品形態について強力な宣伝等が伴って使用されたような場合には、商品の形態が商品表示として需要者の間で広く認識されることがあり得る」と判示している（イ・ロの符号は筆者による。）。

他の裁判例においても、商品形態が商品表示性を有するといえるための要件として、上記イ・ロの2要件を要求している（たまごっち事件（東京地裁平成10年2月25日判決）、プリーツプリーズ事件（東京地裁平成11年6月29日判決）等）。そこでは商品等表示とは別に1号で要件とされる周知性についても併せて判断し、後述する周知性の要件も充たして初めて商品形態には商品表示性が認められるとされている。

b. 裁判例

a. において取り上げた3つの裁判例においては、上記の要件に沿って検討した結果、商品形態の商品表示性が認められている。一方、これを否定した裁判例としては、仏壇事件（大阪地裁平成11年8月26日判決）、空調ユニットシステム事件（第一審東京地裁平成11年5月10日判決、控訴審東京高裁平成12年2月17日判決）、ギブソンギター事件（東京高裁平成12年2月24日判決）などが挙げられる。

② 周知性

a. 商品形態が周知であるといえるためには、① a. で紹介したロの要件を具備することが必要であるが、その際に需要者の間で広く認識されているといえるか否かについては、以下の各点に注意する必要がある。

イ 地域的範囲については、全国的である必要はなく、一地方（地域）で足りる。

ロ 認識の程度については、その商品形態に接した需要者のうちの相当数が特定の事業者の出所を認識することが必要であるが、必ずしもそれが原告であると明確に意識する必要はない。

ハ 需要者とはその商品のエンドユーザーに至るまでの各段階の取引者を指し、具体的には取引の実情を踏まえて決せられる。周知性は具体的な信用や評価を得ている商品表示を保護するための要件であることから、特定の範囲ないし階層の需要者において広く認識されていればよい。

ニ 周知性は差止請求の場合は事実審の口頭弁論終

結時において存在する必要があるが、損害賠償請求の場合は被告の不正競争行為の時点において存在していればよい。

b. 商品形態の周知性の立証は必ずしも容易ではない。周知性は、商品形態の独自性、類似商品の存否、商品の種類、取引の実情、商品に対する需要者の認識、販売数量、販売額、売上高、営業規模、宣伝広告の規模・費用、メディアでの紹介等の観点から総合的に判断されるので、原告代理人としてはこれらの点に関し十分な立証活動を、訴訟の早い段階で行うことが必要である。なお、周知性立証の手段としてアンケート調査を用いることがあるが、これにどれだけの証拠力があるかどうかは慎重に検討する必要がある。

③ 類似性

1号では3号とは異なり、原告商品形態と被告商品形態の実質的同一性までは要求されておらず、この点では3号よりも保護範囲が広いといえる。

判例は、類似性の判断基準について、「ある営業表示が不正競争防止法1条1項2号（筆者注：現行法の2条1項1号に相当する。）にいう他人の営業表示と類似のものにあたるか否かについては、取引の実情のもとにおいて、取引者又は需要者が両表示の外観称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのが相当である。」としている（マンパワー事件（最高裁昭和58年10月7日判決））。

商品形態の類似性判断についても、取引の実情を考慮しながら要部の対比を行うことになる（参考各判例としては、① a. で取り上げたものを参照されたい。なお、類似性を否定した裁判例として測定顕微鏡事件（東京地裁平成4年4月27日）を挙げておく）。

④ 混同

前記マンパワー事件最高裁判決は、混同を生じさせる行為の意義について、「不正競争防止法1条1項2号（筆者注：現行法の2条1項1号に相当する。）にいう「混同ヲ生ゼシムル行為」は、他人の周知の営業表示と同一又は類似のものを使用する者が、自己と右他人とを同一営業主体と誤信させる行為のみならず、両者間にいわゆる親会社、子会社の関係や系列関係などの緊密な営業上の関係が存するものと誤信させる行為をも包含する。」と判示しており、1号の「混同」とは広義の混同（両者に何らかの関係があると思わせる混同。なお、狭義の混同とは出所が同一である

と思わせる混同をいう。）をいうものとしている。このような解釈は現行法のもとでも維持されている（スナックチャンネル事件（最高裁平成10年9月10日判決））。

⑤ 技術的機能に由来する形態は商品表示性を有しないとの主張

Q3において乙社の立場から反論する場合、原告が主張立証責任を負う前記①から④などの要件を否認するほか、場合によっては先使用（19条1項3号）を主張することも考えられるが、被告の立場からの主張として有効なのが、技術的機能に由来する形態は商品表示性を有しないと主張である。このような主張が「技術的形態除外論（説）」と説明されることもあるが、技術的機能に由来する形態は商品表示性を有しないと結論を導く論拠は裁判例（参考裁判例として、押し入れタンス事件（東京地裁昭和41年11月22日判決）、伝票会計用伝票事件（東京高裁昭和58年11月15日判決）、折りたたみコンテナ事件（東京高裁平成6年9月21日判決）、ルービックキューブ事件（東京高裁平成13年12月19日判決））においても分かれており、そのような論拠の一つとして「技術的形態除外論（説）」が説明されることもある。紙幅の都合上これらの裁判例について逐一分析することはできないが、この点は後記参考文献3に詳しいので参照されたい。

なお、論拠に差こそあれ、裁判例の大勢は技術的機能に由来する形態は商品表示性を有しないとされている。参考までに比較的最近の裁判例（マンホール用ステップ事件（東京地裁平成17年2月15日判決））の一部を引用する。

「商品の形態が商品の技術的な機能及び効用を実現するため他の形態を選択する余地のない不可避な構成に由来するときは、結果的に、特許権等工業所有権制度によることなく、永久にその形態によって実現されるのと同じ機能及び効用を奏する同種の商品の販売が禁じられ、第三者の市場への参入を阻害し、これを特定の事業者独占させることになる。このような形態が商品等表示に該当するとすると、結果的に、周知な商品等表示の有する出所表示機能を保護するというにとどまらず、商品の技術的な機能及び効用を第三者が商品として利用することを許さず、当該商品についての事業者間の公正な競争を制約することとなる。」

(3) 著名表示冒用行為 (2条1項2号)

第2条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

2 自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供する行為

2号の文言は上記のとおりであり、他人の著名な商品等表示の冒用行為を不正競争としたものである。著名表示の冒用は、これによって著名表示の有する顧客吸引力にただ乗り（フリーライド）し、一方、著名表示とその主体と結びつきが薄められ（希釈化、ダイリューション）、信用・評価を汚される（ポリューション）こととなり、事業者間の公正な競争を阻害することになる。そこで法は商品等表示の著名性に鑑み、1号では要求される「混同」を求めることなく、著名表示の冒用行為を不正競争としたものである。以下、2号の主要な要件について説明する。

① 著名性

上記のとおり、2号においては1号とは異なり混同が要求されておらず、その保護は原告商品等と関係のない分野まで及ぶものである。そこで、著名といえるためには、通常の経済活動において、相当の注意を払うことによりその表示の使用を避けることができる程度にその表示が知られていることが必要であり、具体的には全国的に知られているようなものが想定されている（後記参考文献1・53頁）。

商品形態が商品表示であることによる請求は、前述のとおり周知性が要求される1号の場合でもハードルは高かったのであり、著名性が要求される2号の場合、ハードルはなおさら高いといえよう。

② 適用除外等

Q3において乙社の立場から反論する場合、原告が主張立証責任を負う2号の各要件を否認するほか、1号の場合と同様、先使用（19条1項4号）や技術的機能に由来する形態は商品表示性を有しないと主張をすることが考えられる。

5. 模倣品販売等に対する民事上の救済手段とその実現

Q4 モデルケースにおいて甲社が乙社に対し損害賠償請求を行う場合、損害額の算定についてはどのように考えればよいか。

(1) はじめに

不正競争防止法は、不正競争行為に対する民事上の救済手段として、①差止請求権（3条）、②損害賠償請求権（4条）、③信用回復措置請求権（14条）を規定している。これらは工業所有権四法にも規定されているので詳細については省略するが、アウトラインについて以下整理しておきたい。

(2) 差止請求権（3条）

第3条 不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

2 不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物（侵害の行為により生じた物を含む。第5条第1項において同じ。）の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の停止又は予防に必要な行為を請求することができる。

① 差止請求権の意義

仮に後述する不正競争防止法4条（損害賠償請求権）が存在しないとしても、民法709条による損害賠償請求権を行使することが可能である。そもそも不正競争行為は不法行為を構成するものであるからである。しかしながら、民法709条は損害賠償を定めるのみであり、それは金銭によって賠償するのが大原則であるため（民法722条1項、417条）、行為の差止を求めることはできないから、不正競争行為によって営業上の信用を害された者の救済としては不十分である。そこで不正競争防止法3条1項は侵害行為の差止（停止または予防）請求権を規定した。従って、物権的権利である特許権等の工業所有権に関する差止請求権の規定（特許法100条等）以上に、不正競争防止法の差止請

求権には存在意義があるといえよう。なお、差止請求には、損害賠償請求とは異なり侵害者の故意・過失は不要である。

【差止請求権の内容】

- イ 現に存在する侵害行為の禁止を求める請求権（停止請求）
- ロ 将来の侵害行為の禁止を求める請求権（予防請求）
- ハ 侵害行為組成物件の廃棄等を求める請求権（廃棄除却等請求）

② 営業上の利益の侵害のおそれ

a. 意義

「営業」とは一般的には利潤を得る目的の営利事業を指すが、不正競争防止法においては収支相償を目的とした事業を反復継続して行っている事業であれば営利事業と同様に不正競争行為からの保護の必要性があるから、広く経済上その収支計算の上に立って行われるべき事業を含むものと解されている。

次に、「利益」とは収支計算上の利益のみならず事業活動における信用等の事実上の利益も含むものである。

また、「おそれ」とあるのは、現実に利益を侵害されなくても、不正競争行為により自己の営業上の利益が侵害される相当の可能性があれば足りるものと解されている。

b. 差止請求の主体

差止請求の主体は当該不正競争行為により「営業上の利益が侵害され、又は侵害されるおそれのある者」である。ライセンサーや国、特殊法人、病院等の公益法人もこれにあたりうる（ライセンサーの差止請求を認めた裁判例としてポルシェ・サングラス事件（第一審福井地裁昭和60年1月25日判決）、控訴審名古屋高裁金沢支部昭和62年1月27日判決）。

ライセンサーであっても、自社の商品等表示としてライセンサーの商品等表示を使用しているのであれば差止請求の主体たりうるが、例えば輸入総代理店が差止請求の主体たりうるかについては具体的事案により判断が分かれることとなる（参考裁判例として、ロンシャン図柄事件（大阪地裁昭和56年1月30日判決）、リズシャルメル事件（東京地裁平成12年7月18日判決））。

(3) 損害賠償請求権（4条）

① 民法709条との関係

4条は「故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の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責めに任ずる。」と規定し、不正競争行為によって営業上の信用を害された者の損害賠償請求権を規定している。前述のとおりそもそも不正競争行為は不法行為を構成するものであるから仮に4条がなくとも民法709条により損害賠償請求権が認められるはずであるが、不正競争防止法は損害賠償請求権を確定的に規定したものである。なお、後述するとおり、不正競争防止法には工業所有権四法と同様に損害額の推定等の規定が設けられているが（5条）、一方、工業所有権四法とは異なり過失の推定規定は設けられていない。

② 損害額の推定等

5条は特許法102条等工業所有権四法と同様に損害額の推定等を定めた規定であり、1項が原告利益による請求、2項が被告利益による請求、3項が実施料相当額の請求に関し損害額の立証を容易にするものである。Q4については、乙社が廉価販売をしているので、甲社が自らの利益を開示してもよいというケースであれば1項を用いた請求を、開示したくないケースであれば2項を用いた請求をすればよい。

なお、6条から後述の14条までの規定も工業所有権四法と足並みを揃えたものである。

(4) 信用回復措置請求権（14条）

14条は、「故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の信用を害した者に対しては、裁判所は、その営業上の信用を害された者の請求により、損害の賠償に代え、又は損害の賠償とともに、その者の営業上の信用を回復するのに必要な措置を命ずることができる。」と規定し、不正競争行為によって営業上の信用を害された者に信用回復措置請求権を与えている。具体的な請求内容としては、訂正・謝罪広告が挙げられる。

(5) 手続の選択

- Q5 モデルケースを裁判上解決するための手続には本訴と仮処分とがある。この場合の手続の選択については、どのような点を考慮すべきか。
- Q6 不正競争防止法違反事件の管轄裁判所はどこか。

① 本訴と仮処分

本訴と仮処分の選択については、緊急に相手の行為を差し止める必要がある場合には仮処分を選ぶべきである（とりわけ、2条1項3号の保護期間満了が迫っている場合などは仮処分によるのがよい場合が多かろう。）。損害賠償請求を行いたい場合は本訴によることとなる。

② 不正競争防止法違反事件の管轄裁判所

不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴えについては、民事訴訟法の管轄に関する通常の取扱い（民事訴訟法4条、5条）によるほか、意匠権や商標権等に関する訴えと同様に、4条、5条の規定により東日本の地方裁判所に管轄が生じる（東京、名古屋、仙台、札幌高裁管内）訴えは東京地裁に、西日本の地方裁判所に管轄が生じる（大阪、広島、福岡、高松高裁管内）訴えは大阪地裁にも提起することができる（6条の2）。

6. 模倣品販売等に対する刑事罰

以上述べたとおり不正競争防止法は模倣品販売等に対する民事上の救済手段として差止請求権や損害賠償請求権を規定しているが、悪質な事案については刑事罰をもって臨む必要があり、不正競争防止法も模倣品販売等に刑事罰規定を設けている。

なお、平成17年改正により、2条1項2号及び3号の違反が一定の主観的要件の下刑罰の対象に加えられるとともに、21条1項各号の罪につき、従来3年以下の懲役又は300万円以下の罰金であったのが5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又は併科として法定刑が引き上げられた。

さらに、本年の改正（平成18年6月7日公布、平成19年1月1日施行）により2条1項3号違反についても法定刑が引き上げられ2条1項1号及び2号違反の場合と同様とされている。

ところで、21条1項1号・2号、2項の各規定に主観的構成要件が設けられているのは処罰範囲の明確化のためである。著名表示冒用行為については混同惹起行為のような混同等の付加的な要件を要求していないことから、単に「不正の目的」という要件のみでは処罰の対象が不明確となるおそれがあるためであり、また、商品形態模倣行為については、他人の先行投資や知的営為を冒用し、不正な利益を得る目的を有する者を処罰対象とする観点から、それぞれ個別に主観的構成要件が設けられているものである（後記参考文献1・164, 180頁）。

模倣品の販売等に関し不正競争防止法が定める刑事罰の概要を図表により簡単に整理すると次のとおりとなる。なお、前記のとおり本年も改正が行われているが、ここでは現行法の紹介にとどめておく。

【模倣品販売等に関し不正競争防止法が定める刑事罰】 （平成17年改正）

	自然人	法人	
2条1項1号違反	不正の目的（不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。（19条1項2号））の場合（21条1項1号）	5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又は併科	法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、左記規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人に対して3億円以下の罰金（22条1項1号）
2条1項2号違反	他人の著名な商品等表示に係る信用若しくは名声を利用して不正の利益を得る目的で、又は当該信用若しくは名声を害する目的の場合（21条1項2号）	3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科	上記と同じ要件で、1億円以下の罰金（22条1項3号）
2条1項3号違反	不正の利益を得る目的の場合（21条2項）	3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科	上記と同じ要件で、1億円以下の罰金（22条1項3号）

7. おわりに

以上述べたとおり、模倣品対策について、不正競争防止法による差止請求等は有効な手段のひとつであるが、そこには多くの論点が存在する。不正競争防止法を十分に研究されている読者の方には物足りなかったかもしれないが、本稿が模倣品対策実務に少しでもお役に立てば幸いである。

主な参考文献

- 1 逐条解説不正競争防止法／経済産業省知的財産政策室編著 有斐閣刊
- 2 一問一答不正競争防止法／経済産業省制作局知的財産政策室編著 商事法務刊
- 3 座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論／牧野利秋監修・飯村敏明編集 青林書院刊
- 4 不正競争防止法における商品形態の模倣／大阪弁護士会知的財産法実務研究会編 商事法務研究会刊
- 5 新・裁判実務体系4 知的財産関係訴訟法／牧野利秋・飯村敏明編 青林書院刊
- 6 不正競争法概説（第2版）／田村善之著 有斐閣刊
（原稿受領2006.6.6）