

# 不正競争防止法と弁理士の役割

## - iMac 事件の問題点を中心に

<ul style="list-style-type: none"><li>. はじめに</li><li>. 不正競争防止法の沿革・淵源・構成<ol style="list-style-type: none"><li>1 . 沿革</li><li>2 . 淵源</li><li>3 . 構成</li></ol></li><li>. 特定不正競争の範囲<ol style="list-style-type: none"><li>1 . 周知表示の混同惹起行為<ol style="list-style-type: none"><li>(1) 制度目的</li><li>(2) 「商品等表示」の概念</li><li>(3) 「周知性」の概念</li><li>(4) 「類似性」の概念</li><li>(5) 「混同」の概念</li><li>(6) 「他人」の概念</li><li>(7) 適用除外の範囲</li></ol></li><li>2 . 著名表示の冒用行為<ol style="list-style-type: none"><li>(1) 制度目的</li><li>(2) 「著名性」の概念</li><li>(3) 適用除外の範囲</li></ol></li></ol></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>3 . 商品形態の模倣<ol style="list-style-type: none"><li>(1) 制度目的</li><li>(2) 「商品形態」の概念</li><li>(3) 「模倣」の概念</li><li>(4) 適用除外の範囲</li></ol></li><li>4 . 営業秘密の侵害<ol style="list-style-type: none"><li>(1) 制度目的</li><li>(2) 行為類型</li><li>(3) 「営業秘密」の概念</li><li>(4) 不正取得行為</li><li>(5) 不正開示行為</li><li>(6) 不正使用行為</li></ol></li><li>. 特定不正競争に対する救済<ol style="list-style-type: none"><li>1 . 差止請求権<ol style="list-style-type: none"><li>(1) 請求権者</li><li>(2) 廃棄等請求権</li></ol></li><li>2 . 損害賠償請求権</li><li>3 . 信用回復措置請求権</li></ol></li><li>. おわりに</li></ul>
--	---

### I . はじめに

新弁理士法（平成 12 年法）は、弁理士の業務（4 条～6 条）を不正競争防止法にまで拡大した。すなわち、**特定不正競争に関する仲裁手続の代理、技術的営業秘密の移転契約の代理・媒介・相談、特定不正競争に関する裁判手続の補佐人に関する業務**である。

以下、不正競争防止法の沿革・構成を概観した後、不正競争防止法における「特定不正競争」の概念と弁理士の役割を検討する。

#### . 不正競争防止法の沿革・淵源・構成

不正競争防止法不正競争防止法はさまざまな制度が入っており、統一的に理解するというのは難しい。

#### 1 . 沿革

不正競争防止法は昭和9年に制定された。日本は、昭和9年にロンドンで開催される予定であったパリ条約改正会議に参加するために、ヘーグ改正条約を批准する必要があった。ヘーグ改正条約において、加盟国には不正競争行為の防止が義務づけられていたため、急遽不正競争防止法が制定されたのである。このときの不正競争防止法の中身は、周知商品表示の混同惹起行為、虚偽の原産地の誤認惹起行為、信用毀損行為の三つであった。その違反に対しては、損害賠償請求と罰則が認められていたが、差止請求権は認められていなかった。

昭和13年の改正で、混同惹起行為は、周知「商品」表示だけでなく、周知「営業」表示にまで範囲が拡大された。

昭和25年の改正においては、連合軍からの要望に応えた形で差止請求権を認める改正が加えられた。

昭和28年の改正においては、マドリッド協定への加入に伴い、原産地の詐称、出所地詐称の範囲を拡大する改正が行われた。

昭和40年の改正においては、さらに商標権者の代理人あるいは代表者の商標冒用行為の禁止規定、外国の国旗等もしくは国際機関の紋章等の商業目的での使用禁止規定が入れられた。

平成2年の改正は、T R I P s 協定との関係で、営業秘密に関する規定が入れられた。

平成5年の改正では、著名表示に対する規制が入れられた。また、商品形態の模倣もこの時点で入れられた。さらに、役務に関する誤認惹起行為も追加された。

平成8年の改正においては、代理人等の商標無断登録行為の保護の対象となる国を拡大した。

平成10年の改正においては、外国公務員に対する贈賄を禁止する規定が入れられた。これは「国際商取引における外国公務員に対する贈賄の防止に関する条約」を承認したことに伴う規定である。この条約が作られた発端は、アメリカが国内法で外国政府の公務員に対して法律上贈賄を禁止し、国際入札等があったときに、外国の公務員を買収して、国際入札をとることを不正だとして禁止したことである。たとえば、アメリカ企業と日本企業が第三国において、国際入札に参加する場合に、アメリカ企業の側は第三国の公務員に対して賄賂を贈ることはできないが、日本企業は賄賂を贈り、国際入札を有利に進めることができることになり、アメリカ企業は不利な立場に置かれる。これを解消するために、アメリカ政府は、自国だけでなく他の国にも、アメリカと同様に外国公務員に対しての贈賄禁止を要求し、この条約が作られた。

平成11年の改正においては、これは技術的制限手段（コピー・コントロールおよびアクセス・コントロール）を回避する装置やプログラムを作ることを禁止する規定が入れられた。

## 2 . 淵源

つぎに不正競争防止法の各制度を淵源から整理すれば、以下のとおりである。

( 1 ) パリ条約・マドリッド協定

昭和 9 年法制定： 2 条 1 項 周知表示混同惹起行為...パリ条約 1 0 条の 2  
2 条 1 項 原産地等混同惹起行為...パリ条約 1 0 条の 2  
2 条 1 項 信用毀損行為 ...パリ条約 1 0 条の 2  
昭和 4 0 年改正： 2 条 1 項 代理人等商標無断使用行為...パリ条約 6 条の 7  
9 条 外国国旗商業使用行為 ...パリ条約 6 条の 3  
1 0 条 国際機関標章商業使用行為...パリ条約 6 条の 3

( 2 ) T R I P S 協定

平成 2 年改正： 2 条 1 項 ~ 営業秘密侵害行為...協定 3 9 条

( 3 ) 外国公務員贈賄禁止条約

平成 1 0 年改正： 1 0 条の 2 外国公務員に対する贈賄

( 4 ) その他

平成 5 年新法： 2 条 1 項 著名表示冒用行為  
2 条 1 項 商品形態模倣行為  
平成 1 1 年改正： 2 条 1 項 ~ 技術的制限手段回避

### 3 . 構成

つぎに、不正競争防止法の構成を、条文の構成の中で少し整理してみたい。

第 1 条は目的規定である。

第 2 条は定義規定であるが、不正競争防止法の中心概念である「不正競争」の定義を定めている（ 1 項 1 号から 1 4 号まで）。その他に、補助的な定義規定として「商標」、「標章」、「営業秘密」、「技術的制限手段」、「プログラム」の定義を定めている。

不正競争行為を行った場合の効果を定める規定として、第 3 条に差止請求権、第 4 条に損害賠償請求権、第 5 条に損害額の推定規定、第 6 条に損害額計算のための文書提出命令を置いている。さらに第 7 条に、信用回復措置請求の規定を置いている。第 8 条に差止請求権についての消滅時効の規定を置いている。第 1 1 条に「不正競争」行為の適用除外を置いている。第 1 3 条に、不正競争行為に対する罰則を置いている。第 1 4 条に、使用者に対する罰則（両罰規定）を置いている。

実体規定としては、第 2 条の不正競争の定義の他に、第 9 条、第 1 0 条、第 1 0 条の 2 に外国の国旗や国際機関の標章、外国公務員に対する贈賄の禁止の実体規定を、 1 3 条にこれに対する罰則を、 1 4 条に使用者に対する刑罰の両罰規定を置いているという構成で

ある。

#### ・特定不正競争の範囲

新弁理士法に基づき、弁理士の業務の対象となる「特定不正競争」は、不正競争防止法2条1項1号の「周知表示の混同惹起行為」、2号の「著名表示の冒用行為」、3号の「商品形態の模倣行為」および4号ないし9号の「営業秘密の侵害行為」の4つである（弁理司法2条9項）。

#### 1．周知表示の混同惹起行為

周知表示の混同惹起行為は、「他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標商、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。）として需用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、引渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」と定義されている。

ここでのキーワードは、「他人」の範囲、「商品等表示」の概念、さらに需用者の間に広く認識されているという「周知性」の概念、「類似性」の概念、「混同」の概念である。さらに、適用除外規定の適用範囲が重要である。

#### （1）制度目的

この周知表示の混同惹起行為の禁止に関する制度目的については、2つの考え方がある。その第1が、コピー禁止の原則（フリーライドの禁止）である。他人のもの、知的創作物をコピーするのは悪いことだ、コピーすること自体が悪いことだという思想である。コピー禁止の原則によれば、商品表示であろうと何であろうと知的創作物のコピーは全てよくない、禁止されるべきだということになる。

第2が、コピー自由の原則である。この考え方は、コピーすることは自由競争において原則的に自由であるが、一定の条件の下で制限を受けるというものである。その制限の第1は、開示しない自由、コピーさせない自由である。知的創作物は万人が共有していいものだという発想があったとしても、それは他人の持っているものを無理やり剥ぎ取る権利まで意味するのではなく、見えるものをコピーするのは構わないというところにとどまり、持っている側は開示しない自由がある。その結果、この自由をどこまで保護するかという問題になり、ここから営業秘密の保護の問題が出てくる。

その制限の第2は、競争市場の成立を目的とする。市場で、商品が価格と品質を競い、生存競争を繰り広げるが、その競争が成り立つためには、自分の商品と他人の商品が区別ができること、つまり自他の識別が必要になる。ここから商品等表示の保護という問題が

出てくる。

その制限の第3は、競争市場の創出を目的とする。自分がつくったものを他人に使わせても自分はなおも使うことができるという意味で、有体物と違い、知的創作の性質自体には独占性がない。しかし、知的創作物に対する独占権という知的創作活動に必要な資金を回収する手段を政策的に与えることによって、かえって、みんなで共有できる知的創作物が増え、また競争市場が増えることになる。当面はコピー自由を制限しているように見えるが、長い目で見た場合には、結局コピーできるものの絶対量が増えることになる。そこから特許権や著作権の制度が生まれてくる。これは歴史を見ても、明らかな現象である。

このようにコピー自由の原則を前提とすれば、不正競争防止法2条1項1号の周知表示の混同惹起行為が禁止されるのは、商品・営業における自他識別の目的に基づく制限である。アイデアなどの知的創作物の中身自体に対する保護ではなく、自他を識別するために必要な限りにおいてコピー自由の原則が制限されるという発想になる。

## (2)「商品等表示」の概念

判例理論を整理すると、商品または営業について自他識別機能を有するものを商品等表示と捉えている。また、規格表示であっても永年使用により自他識別機能を持つことがある(いわゆるセカンダリーミーニング)場合には、ここでいう商品等表示の範疇に入るとする。商品の機能性は保護の対象にはならない。ただし、セカンダリーミーニングを持つ場合には、商品表示として保護される。

セカンダリーミーニングを持つという場合に、どこまで商品表示として保護されうるかについて、有名なiMac事件(東京地裁平成11年9月20日決定)の紹介を通じて、検討したい。

この決定は、まず商品表示性に関して次のように論じている。

「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、商品の形態が他の商品と識別しうる独特の特徴を有し、かつ、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用者の間で広く認識されることがあり得る。」

そして、全体に曲線を多く用いた丸みを帯びた形態が選択されていること、外装に、半透明の白色と半透明の青色のツートンカラーのプラスチック素材が使用されていること、上面及び側面が穏やかな三角形状で、背面に向けて絞られた形態、上面及び側面の半透明青色の部分が連続的な意匠が選択されていること、上面に半透明白色の持ち手があること、が形態の特徴だといっている。極めて独創性が高いことを根拠に、これら四つの特徴について商品表示性を認めた。ところが、  
に書いてあるものは、それぞれアイデアにすぎない。これを商品表示であると認定してしまうと、こういう商品形態についてのアイデアを使えなくなってしまうのではないかと、特に一番重要になるのは半透明で

ツートンカラーであるという特徴だけで認定したような感じがあり、このアイデアに対する独占を許してしまうのではないかという懸念がもたれる。前述のコピー自由の原則からいうと、アイデアのコピーが制限されるのは、競争市場の創出を促進するためで、特許権により一定期間独占権が与えられるにとどまる。その後は公有に返さなければならないという性質のものである。しかし、アイデアを商品表示だというと、期限の定めなく、一当事者が独占的に使用できるという結果になってしまい、コピー自由の原則に反する結果になるという問題がある。その一方で、この判決を支持する人たちは、こういうアイデアを作ったアップルコンピュータを保護してやるべきだと考える。つまりコピー禁止の原則(フリーライド禁止)の発想から、商品表示として認めて保護を与えるべきだと考える。先ほどのコピー自由の原則のアプローチからいうと、別の結論になるという一つの例であると思われる。

類似性について、興味深いのは、類似点をたくさん挙げていることである。商品表示を構成している4つのポイント以外にいろいろ類似点を挙げ、だから類似していると判断している。その中には、「キーボードは、本体と同じ半透明の白色と半透明の青色のツートンカラーである。キーは、半透明の黒色である。マウスも、本体と同じ半透明の白色と半透明の青色のツートンカラーである。キーボード及びマウスを本体に接続するためのケーブルは、銀色の軸線を透明な皮膜で包んだものである。電源ケーブルは、鮮やかな複数色の芯線を透明な皮膜で包んだものである。」というものもある。キーボードやマウスやあるいはケーブルの作り方のアイデアそのものであり、アイデアを使ったから類似だといっているに等しい。商品等表示に対する保護を明らかに越えており、露骨なコピー禁止原則の表明である。

では、アイデアとの関係で、商品等の表示としてどこまで認められるのか。つまり伝統的なものでいうと、商品や営業の名称がこの商品等表示である。商品の形態つまりトレードドレスについても商品表示性があると認められる。商品の形態に商品表示性を認めたのはアメリカの判例の影響である。トレードドレスとして商品表示性を認めるのは、商品の機能つまりアイデアとは別のところに存在する商品の形態であり、自他識別機能とアイデア自由の原則とが競合する場合、アイデア自由の原則を優先する。たとえば、ある画期的な商品を作ったときに、この商品を作っているのは だというように、その商品の機能自体が自他識別機能を持つことがあるが、特許権が切れた後に、他社が使えないことになると、アイデア自由の原則は貫徹されず、いつまでも特許権という制度は無意味になってしまう。特許権のある20年間に自他識別機能を持ったからという理由で、このあと無限かつ独占的に、そのアイデアを使用することができるということになり、特許制度と相反することになってしまう。したがって、自他識別機能を持っている場合には、商品表示として独占することが許されるというのも、アイデア自由の原則と相反しない限りにおいて、という意味で理解しなければならないところである。

さらに商品表示の抽象度がアイデアに近づいてきて、商品自体もこの商品等表示として

認められるかどうか。前述の商品自体について、それ自身が自他識別機能を持ったとしても、商品のもつ機能性に対して独占を与えることがあってはならないので、商品自体に対して商品等表示だというわけにはいかない。しかし裁判例をみると、その商品自体に商品識別性を認めたものがある。モリサワタイプフェイス事件（東京高裁平成 5/12/24 判時 1505-136 決定）において、東京高裁は、タイプフェイスの形態、そのデザインが他社のものと違う、特徴を有しているというところ自体に商品表示性を認めている。前述のとおり、商品の機能性自体を商品等表示で保護するのではないかという危険をもってくる。

### （３）「周知性」の概念

周知性の概念は、相当範囲の需用者の間に特定の者の商品または営業を表示している者と認識されていることである。その特定の者が誰か、また具体的に何という企業であるかが知られている必要は特にないというのが判例理論である。相当範囲の需用者という範囲も、日本全体という意味ではなく、一地方において周知であればそれだけで保護される。輸出行為に関しては、外国のみで周知な表示も保護され、必ずしも日本で周知であることが要件ではない。

前述のように、一地方で周知な場合にも保護されるということから、周知表示の競合という問題が起こりえる。Aという地域でXが使用するX aという商品表示が周知であり、Bという地域でYが使用するX bという商品表示が周知であり、またこの二つは類似関係にあるという場合に、Aの地域において、Yが新たにX bの商品表示で事業活動を行うとどうなるか。Yの行為は不正競争行為に該当して差止または損害賠償を要求される行為になる。なお、大阪第一ホテル事件（大阪地裁判決昭和 49/9/21 無体 5-2-321）は、大一ホテルが関西地区で周知であったが、新橋第一ホテル、銀座第一ホテル等で有名な第一ホテルが大阪に進出（大阪第一ホテル）した事件であった。裁判所は、大阪において両方とも周知であり、類似はしているが誤認混同のおそれはないとして、不正競争の成立を否定した。

### （４）「類似性」の概念

類似性の概念について裁判所がたてている基準は、「取引の実情のもとにおいて、取引者または需用者が両表示の外観、称呼また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」であり、かなり広く類似性が認められている。

### （５）「混同」の概念

混同の概念は、判例（最高裁判決昭和 58/10/7 民集 37-8-1082）によれば、「他人の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会社などの緊密な営業上の関係が存在するものと誤信させる行為も包含する」ものである。

たとえば○菱商事という特定の会社があり、私が○菱法律特許事務所と名乗った場合、別の営業主体であることは明らかであるが、それでも何らかの系列関係や提携関係があるのだろうと、外部の人に思わせてしまうおそれがある。つまり○菱グループの顧問をやっていると、○菱グループの資本が入っているというような緊密な関係を連想させてしまう可能性がある。この場合にも混同の概念に当てはまるということである。

また、判例（最高裁昭和判決 59/5/29 民集 38-7-920）によれば、「同一の表示の商品か、事業を営むグループの商品表示または営業表示と同一または類似の表示を使用することによって、その使用者が右グループに属する者と誤信させる行為をも包含し、右使用者とグループの構成員との間に競争関係があることを要しない」。したがって、両者の間に混同があるかないかというのは、前述のように、系列関係や提携関係があると思わせれば足り、二つの事業の間が競合関係にあるなどということは全然要件にならない。

さらに、混同の概念は広く、「混同は、現に生じている場合のみならず、その危険性が具体化している場合を含む」（神戸地裁姫路支部判決昭和 43/2/8 無体集 4-1-66）また、「当該表示の使用方法、態様等諸般の事情に照らし、かつ取引界の実情および常識ある普通人の取引上における客観的注意を標準として具体的に評価判断すべきものである」（大阪高裁判決昭和 47/2/29 無体集 4-1-66）と解釈されている。

再び iMac 事件に触れると、類似性の認定について興味深い認定を行っている。商品等表示の類似性について、債務者側が、「自分の商品には自分の会社のロゴ・マークをつけている。またパーソナル・コンピュータとしての特性や販売方法から、結果的に類似してしまうだけのことなのだ、三角形の外観であるというのはパーソナル・コンピュータからの帰結なのだ」と主張した。それでも裁判所は「債務者製品の形態が債権者製品の形態と類似していることに照らせば、債務者が債権者らと何らかの資本関係、提携関係等を有するものではないかと誤認混同するおそれが認められる」と誤認混同のおそれがあると判断した。商品名は iMac に対して e-One、社名はアップルに対してソーテックというように、はっきり典型的な商品表示において、全く別のものをつけて誤認混同のおそれがないにもかかわらず、商品形態が似ていれば、何らかの関係があるのではないかと誤認させると裁判所が判断している。何らの提携関係もない企業が、似ている外観を使えるわけがないということが前提になれば、こういう判断にはならない。すなわち、独創的な商品形態・デザインは許諾がなければ使えないというのを暗黙の前提にしているとしか考えられない。つまり、意匠権登録の手続きもとらないのに、独創的なデザインであれば他人は使ってはいけない、という発想がここでは前提になっていることがはっきり出ている。

#### （６）「他人」の概念

判例（最高裁昭和判決 59/5/29 民集 38-7-920）によれば、「特定の商品表示または営業表示の持つ出所識別機能、品質保証機能および顧客吸引力を保護発展させるという共通の目的のもとに同表示の商品か契約によって結束しているグループも、他人に含まれる」と

いうように、グループ単位でも他人にあたると考えられる。

#### (7) 適用除外の範囲

11条1項に適用除外が定められている。1号の「普通名称を普通に用いる方法で使用すること」について、裁判例（福岡高裁判決昭和62/9/7 無体集19-3-302）は「・・・普通名称とは取引界において商品の一般的名称として通用しているものをいい、原語構成上、性上、品質、機能等を説明的に表現する者は誰が最初にそれを使用し始めたかを問わず普通名称と認めるべきであり、また、普通に使用される方法とは、普通名称使用の態様が一般取引上普通に行われる程度のものであることを指す」と解釈している。

適用除外の2号は、「自己の氏名を不正の目的でなく使用すること」である。その目的は、人格権としての氏名権の行使を保護する趣旨であるといわれている。

適用除外の3号は、先使用権といわれているものであり、「他人の周知表示が周知となる前からこれと類似する表示を不正の目的でなく使用すること」と定義されている。特許等の先使用権の問題でも同じように、先使用権の成立する表示を後に変更することができるかという問題があるが、裁判例（東京地裁判決昭和49/1/30 無体集6-1-1）は、「時勢の推移に適切に即応するため、その後に変更することは許容される場合がある」といっている。先使用権の成立する商標を、権利者の商標に近づけるような形での変更というのは許されないが、権利者の商標に近づかない形で変更する場合には、それがわずかなものであれば、許容されるように思われる。

## 2. 著名表示の冒用行為

不正競争防止法2条1項2号に定める著名表示の冒用行為は、「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、若しくは輸入する行為」と定義されている。

### (1) 制度目的

この制度趣旨に関しては、ダイリュージョンの防止だといわれる。

「著名商標の所有者は、多大の資金と労力を投下して得た商標と商品の連動性について唯一性を維持することに正当な利益を有し、その唯一性に基礎をおく、広告力が侵害されるようなすべてのことを排除することに正当な利益を有する。」（土肥一史「他人の信用・名声の利用と不正競争防止法」特研4-15）などと説明される。とすれば、重要な要素は商品表示としての独創性、唯一性にあると思われるが、法文上は著名性という概念がキーにされている。

### (2) 「著名性」の概念

「著名性」の解釈については、「外国でのみ著名な表示は保護の対象にならない」、「一地方において有名ではならず、全国的に有名であることが必要である」、「日本における取引者または消費者の全部が知っている必要はなく、取引者または消費者のある範囲・階層が知っていれば足りる」といわれている。規模・広がりにおいては日本全国である必要があるが、あらゆる階層・範囲である必要はなく、一定の階層・範囲であれば足りるという意味である。

著名性の立証は困難のように思われる。立証の仕方の成功した事例トラサルディ事件を紹介したい。この事件では、大きく分けて3つのポイントから有名だということを立証して。第1に、広告・宣伝活動をいかにやっているかという点について、新聞・雑誌・テレビ・看板・ポスターなどの媒体で宣伝をし、そのために年間4億円以上の費用をかけていることを挙げた。第2に、新聞でトラサルディに関して有名ブランドとして認識していることを示す記事として、トラサルディの海賊物が摘発された新聞記事の文中にトラサルディが有名であって読者の解説するまでもないという前提で書かれている点を挙げた。第3に、雑誌や新聞などで、トラサルディの商品について有名ブランドとして紹介記事の存在を挙げた。その他にもいくつもの裁判例が出ているが、他の立証方法としては、総合商社が総代理店になり、すでに数十社にライセンスを与えているという事情を、著名性の立証に使っているものがある。

### (3) 適用除外の範囲

11条1項において、表品等表示の混同惹起行為の禁止と同様に、「普通名称を普通に使用する方法で使用する事」(1号)、「自己の氏名を不正の目的でなく使用する事」(2号)そして先使用权(4号)が適用除外として認められている。

## 3. 商品形態の模倣行為

不正競争防止法2条1項3号に定める商品形態の模倣行為は、「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、譲渡若しくは貸し渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入する行為」と定義されている。ここでのキーワードは「商品形態」と「模倣」である。

### (1) 制度目的

模倣というのは社会の発展・自由競争のために必要だが、商品化した人が負担したコストやリスクがあるにも関わらず、デッド・コピーする側はこのようなコストやリスクを全く負うことなくそれを使用することができる。もし、これが不当であるというのが商品形態の模倣禁止の根拠であるならば、ありとあらゆる知的創作物についてコピーの禁止が許

されることになる。したがって、なぜ商品形態のデッド・コピーにだけにこういう制度が認められるのかという疑問を生ずる。

商品形態の模倣禁止の根拠は二つのアプローチがある。一つはアメリカの不正競争防止法の一法理論であるミスアプロプリエーションの法理である。アメリカでは一般理論として否定はされていないが、事実上どこまで適用可能なのかというのはきわめて疑問視されている。つまりこれを認めると、コピー自由の原則に基づく特許法や著作権法と矛盾するからである。

もう一つのアプローチは、著作権法ないしは意匠法を補完するものとして位置づけるという理解である。というのは、著作権法は、実用品については著作権の保護から排除しており、商品形態は表現行為でありながら著作権保護の対象とされていない。表現でありながら、商品形態を著作権法で保護しないのは、商品のデザインは意匠法で保護されるべきだという理由に基づく。その結果、商品形態に対して著作権法と意匠法との間に保護の空隙を生ずる。この空隙を埋めるものとして商品形態の模倣禁止の制度目的があると考えることができる。なぜかという、ミスアプロプリエーションの法理では、アイデアも表現も保護の対象となり、アイデアと表現がマージしていようとしていなかろうと、すべての商品形態を保護することになるが、2条1項3号は同種の商品として通常有する形態は排除しており、表現とアイデアないしは機能がマージしている場合には商品形態を保護しないという著作権法的なアプローチを採っているからである。

## (2)「商品形態」の概念

商品形態の概念に関して、裁判例（大阪地裁決定平成 7/4/25 知裁集 28-1-164）は、「進歩性、新規性、創作性、商品表示性は商品形態としては不要である」、「自ら、独自に開発した形態である必要はない」、また「商品本体の形態の他、容器、包装の形態も保護の対象となる」（つまり商品自体の外観だけでなく、その包装や容器もここでいう商品形態になる）と認定している。

では商品の中身、内部構造はどうか。「商品の外観に顕れない内部構造は形態にあたらなない」という判決（ドレンホース事件大阪地裁判決平成 8/11/28 知裁集 28-4-720）がある。原告の商品（ドレンホース）の特徴は、「従来、エアコンの室内機に発生する水滴を室外に排出するドレンホースは、結露防止のためホースに別に断熱材を巻いてテープで固定するなどしていたが、原告商品は、樹脂ホースそのものに可塑性のある断熱帯を付着させることにより、取扱が極めて簡便になっている」というものである。原告は、この商品の形態上の特徴として、長尺ホースである、外皮部分には内部に独立した伸縮自在のパッド状の筒が内蔵されている、ホース芯がプラスチック製である、の3点を挙げた。

裁判所は、商品の形態とは何かという問題に関して、「まず、これらの点が不正競争防止法2条1項3号にいう「商品の形態」にあたるか否かについて検討するに、他人が商品化のために資金、労力を投下して開発した商品について、その機能面ではなく形態面にお

ける模倣をもって不正競争行為とする同号の立法趣旨及び「形態」という用語の通常の意味に照らせば、同号にいう「商品の形態」とは、商品の形状、模様、色彩、光沢等外観上認識することができるものをいうと解すべきである。」と判示した。

その上で、「したがって、商品の機能、性能を実現するための構造は、それが外観に顕れる場合には右にいう「商品の形態」になりうるが、外観に顕れない内部構造にとどまる限りは「商品の形態」に当たらないといわなければならない(このような商品の機能、性能を実現するための内部構造は、要件を具備することにより特許法、実用新案法等による保護を受けること可能であるから、権利保護に格別欠けるところはない。)」と判示し、内部構造を完全に排除した。、 の特徴は内部構造なので、これはここでいう商品の形態に当たらないと認定した。

しかし、原告が、「セールスの段階でサンプルとして断面をお客に見せるということをやっているから商品の形態になるのではないか」と主張したが、これに関して裁判所は次のように述べている。「また、原告主張のとおり、原告も被告も、そのカタログ(甲第二、第三号証)においてホースを削ぎ切りした断面を商品特徴として売り出していること、原告商品、被告商品がカッターナイフなどで簡単に切断できると広告していること(右各号証)が認められる。しかしながら、原告商品、被告商品は結露防止用の断熱ドレンホースであって、外観上認識できる形状等もさることながら、液体を流すというホース本来の機能からそのホース内面の状態が重要であるとともに、結露防止用ということで断熱材が重要であることから、商品販売用のカタログを作成するに当たって、ホースを削ぎ切りした断面の写真を掲載することによって内部構造を明らかにすることはいわば当然ともいうべきことであって、かかるホースを削ぎ切りした断面によって明らかになる内部構造は、外観上認識できない以上、パッドがいかに原告主張のとおり重要な要素となっているとしても、パッドが「商品の形態」に当たるといえることはできないし、また、カッターナイフなどで簡単に切断することができるという点も、ホース芯がプラスチック製であるという商品の内部構造に基づく機能を説明するものであることにほかならないから、商品の機能の重要性を理由に外観上認識できない内部構造を持って「商品の形態」に当たるといえることはできない」と認定して、原告の主張を排除した。

前述の 長尺ホースである、という特徴に関しては、先行技術を認定し、長尺ホースであるという点は、同種の商品が通常有する形態であるというべきであると認定して、原告の請求を全て棄却した。

### (3)「模倣」の概念

模倣の概念は、デッド・コピー、ほとんどそのままコピーする場合、と考えられている。これは直接的な利用、隷属的模倣ともいわれる。さらに、実質的同一性といわれる。しかし、実質的同一性という言葉は他の分野、たとえば著作権法の中でも使われ、元になったものが何かを認識できる状態にさえあれば実質的同一性が認められ、かなり広い概念であ

る。他方、商品形態の模倣に関しては、隷屬的模倣、デッド・コピーなどといわれるように、極めて狭い、ほとんど一緒であり些細な相違があるにすぎない場合、つまり、多少些細な変更を加えることによってこの規定から逃げようというのを押さえる程度のものであると思われる。

#### (4) 適用除外の範囲

第1の適用除外は「最初に販売された日から起算して三年を経過した商品の形態」(2条1項3号)である。裁判例(仏壇事件大阪地裁判決平成8/10/8知財協判例集10-2016)では、「・・・単に同種の先行品の中に類似した形態があるというだけでは足りず、同種の商品であれば一般的に有している形態であることを要する」という。抽象的にいうと、そうなのでしょうけれど、実際に先行の商品の中に類似したものがあつた場合、それは単に同種の先行した商品の中に類似した形態があるだけなのか、ここでいう同種の商品であるから一般的に有している形態であるのか、というのは認定の仕方だけの問題であり、かなり微妙な判断である。

第2の適用除外は、「同種の商品が通常有する形態」(2条1項3号)である。

第3の適用除外は、善意無重過失で譲り受けたものによる行為(11条1項5号)である。

## 4. 営業秘密の侵害

### (1) 行為類型

営業秘密の侵害には2つの行為類型がある。4号から6号は、不正取得類型である。7号から9号は、不正使用開示類型である。

4号から6号の不正取得類型では、まず、(i)不正取得行為者(4号)について、営業秘密の不正取得行為、不正取得行為により取得した営業秘密の使用、不正取得行為により取得した営業秘密の第三者への開示を違法とする。つぎに、(ii)不正取得行為の介在について悪意または重過失のある転得者(5号)について、不正取得行為により取得された営業秘密の使用、不正取得行為により取得された営業秘密の第三者への開示を違法とする。最後に、(iii)不正取得行為の介在について善意・無重過失の転得者(6号)について、不正取得行為により取得された営業秘密を、不正取得行為の介在について悪意または重過失を生じた後に、使用すること、不正取得行為により取得された営業秘密を、不正取得行為の介在について悪意または重過失を生じた後に、第三者に開示することを違法とする。ただし、不正取得行為の介在について善意・無重過失の転得者が有償取引に基づいて当該営業秘密を取得した場合には、適用除外を受ける(11条1項6号)。たとえば、有償のライセンス契約に基づいて善意・無重過失で取得した営業秘密について、後に警告書を受けて不正取得行為の介在したことを知った場合には、適用除外規定に基づいて、その後の使用しまた第三者に開示することが許される。

7号から9号の不正使用開示類型では、まず、(i)営業秘密の保有者から適法に開示を受けた者(7号)について、営業秘密の不正使用、営業秘密の第三者への不正開示を違法とする。つぎに、(ii)不正開示行為の介在について悪意または重過失のある転得者(8号)について、不正開示行為の介在した営業秘密の使用、不正開示行為の介在した営業秘密の第三者への開示を違法とする。最後に、(iii)不正開示行為の介在について善意・無重過失の転得者(9号)について、不正開示行為の介在した営業秘密を、不正開示行為の介在について悪意または重過失を生じた後に、使用すること、不正開示行為の介在した営業秘密を、不正開示行為の介在について悪意または重過失を生じた後に、第三者に開示することを違法とする。ただし、不正開示行為の介在について善意・無重過失の転得者が有償取引に基づいて当該営業秘密を取得した場合には、適用除外を受ける(11条1項6号)。

営業秘密の侵害行為に関するキーワードは、「営業秘密」、「不正取得」、「不正使用」、「不正開示行為」の概念である。

## (2) 営業秘密の概念

営業秘密の概念は、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの」と定義されている。

これを要件に分解すると、第一の要件は、技術上、または営業上の情報であること。いわゆるノウハウ、顧客情報等がこれに入る。

第二の要件である有用性は、かなり広い概念で、ポジティブデータだけでなく、ネガティブデータも入る。具体的にいうと、実験データで商品を開発しようという試みた場合、どんな物質をどのように配合するのか、その効果はどうかというように、よい商品を開発するためにいろいろな実験を行うことになる。それは何百通り、何千通りも実験し、その結果、初めていいものがみつかるというわけである。見つかったよい結果のデータに有用性が認められるのは当然だが、ここからここまでやったけれど見つからなかった、という情報にも有用性が認められている。なぜならば、そういうデータをもらう側は、「これはだめだ」とわかっている実験をせずにすむからである。つまり、可能性のあるものだけを実験すれば足りるという意味で、ネガティブデータにも有用性が認められるのである。

第三の要件は、秘密に管理しているということであって、合理的にアクセスしうる者を制限していることが必要である。設計図等であれば、誰でも入れるところに置いておかない、夜は金庫にしまっておくなどの合理的なアクセス制限がなされていなければならない。また、プラントのプロセスであれば、現実に建てている段階で、プラントの構造を見るだけで、そのプロセスがある程度わかることもあるが、それを金庫の中にするわけにはいかない。プラントを塀で囲い、外部から見られないようにしておくことは必要になる。ところが、塀もたてずに、覗こうと思えばいくらでも覗けるという状態にしている場合は、

秘密管理があったとはいえない。あるいは、塀が作られていたとしても、いつも玄関のドアがあいていて、そこからいくらかでも見えるという状態もやはり、秘密管理は行われていなかったということになる。また、実際にあったアメリカの裁判例では、営業秘密をとる側が飛行機からプラントの写真を撮ったという事件がある。この場合、アクセスの制限方法としては、空中写真が撮られるかもしれないということで、プラントに全部覆いをかけるというようなことも考えられるが、この場合は塀で囲い、通常的手段では見えないようにしてあれば、合理的な秘密管理はなされている、つまり、あるいはドームのようにして上からでも見られないようにすることまでは必要ない、と判断された。よって、合理的に経済的にできるようなアクセス制限がなされていれば、この要件は満たされると思われる。

### (3) 不正取得行為

不正取得行為は、「窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により営業秘密を取得する行為」(4号)と定義されている。

「その他の不正の手段」は、どこまでいけば不正の手段なのかということが問題になる。前述のアメリカの裁判例でいえば、飛行機で空中写真を撮ることは不正の手段になると認定されている。これは、通常合理的になし得るアクセス制限を越えた手段を使っているからである。つまり他人に詐欺とか強迫とかその行為自体が極めて違法性の高い行為を行わなくても、合理的だと考えられるアクセス制限を上回る手段をとると、不正の手段だと考えられる可能性が高くなる。

具体例として、保有者の外注先において保有者の設計図を保有者に無断で写し取る行為は、不正な手段であるという事件(大阪地裁判決平成 4/4/30 判事 436-104)がある。秘密の設計図の保有者が、設計図に基づいて製品を作ってもらう下請けに対して、その設計図を渡した。そのときに、下請けに出入りし、そこに偶然おかれているものをこそっと見て、写しとるということは不正になる、と判断された。これは、かなり対応にもよると思われる。そもそもその外注先で、「いくらでも見ていいよ」という形で、第三者が出入りするところに置いてあるのだとしたら、その時点で秘密管理がなされていないということになり、営業秘密でないということにもなる。また第三者が見られるということになると、非公然性も問題になる。また、こそっと見るというのも、管理している人間が席を立ったときに、机の中から引っぱり出して写しとるという具体的な行為対応によってかなりのばらつきが発生すると思われる。

### (4) 不正使用行為

不正使用行為は、「不正の競争その他の不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、その営業秘密を使用・・・する行為」(7号)と定義されている。

不正使用行為として難しいのは、元従業員や元役員が勤めていた会社にいるときに知り得た情報をどこまで使えるかという問題である。一番典型的なものは顧客情報であるが、

自分の業務のために、あるいは新しい勤め先において、それをどこまで使えるのか。裁判例（仙台地裁判決平成 7/12/22 判時 1589-103）に、「元従業員が退職後に元勤務先と同種の事業を営み、従前の顧客を含めて宣伝活動を行うことは、自由競争の範囲内であるから、元勤務先の顧客名簿を利用するのではない限り、不正利得目的があるとはいえない」というものがある。

#### （５）不正開示行為

不正開示行為は、「前号に規定する場合において同号に規定する目的（＝「不正の競争その他の不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的」）でその営業秘密を開示する行為又は秘密を守る法律上の義務に違反してその営業秘密を開示する行為をいう」（８号）と定義されている。

不正開示行為に関しては、開示者と取得者との関係で二つの類型がある。両当事者とも事業者であり、ライセンスを巡り取引関係があるような場合と、会社と役員や従業員との関係であり、委任または使用関係がある場合である。両者が対等な事業者関係である場合には、秘密保持契約がなければ、開示したことについて秘密保持義務が発生しない。しかし、会社対役員や会社対従業員という関係である場合には、信義則上この間には守秘義務があるという判例がある。したがって、会社対役員や会社対従業員という関係である場合は、秘密保持契約がなくとも不正開示行為が成立する。

#### ・ 特定不正競争に対する救済

不正競争防止法は、特定不正行為について、差止請求権（３条）、損害賠償請求権（４条、５条）および信用回復措置請求権（７条）の民事救済を定めている。また、周知表示の誤認惹起行為については、刑事罰（三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金）を定めている（１３条１号）。

#### １．差止請求権

##### （１）請求権者

差止の請求権者の範囲に関して、判例（最高裁昭和判決 59/5/29 民集 38-7-920）は、「営業上の利益を害されるおそれのある者には、周知表示の商品化事業に携わる同表示の使用許諾者（ライセンサー）または使用権者であって、再使用権者に対する管理統制ならびに同表示による商品の出所識別機能、品質保証機能および顧客吸収力を害されるおそれのある者も含まれる」と、実際に直接的な損害を被るライセンサーだけでなく、ライセンサーにまで範囲を広げている。また、その範囲に含まれる者について、「他人の商品との混同の事実が認められる場合には、特段の事情がない限り、右他人は営業上の利益を害されるおそれがある者にあたるというべきである」と推定を与えている。

##### （２）廃棄等請求権

差止請求に伴って侵害物の廃棄等を請求する権利が付随的に認められている。たとえば、その商品表示が誤認混同を生じさせる場合として、その誤認混同を生じさせるものが商号であった場合には、商号の抹消登記手続きを求めることもできる。また、商品等表示が付された容器・包装・印刷物・看板の廃棄を求めることもできる。かかる表示が付された表示媒体だけではなく、商品自体ないしはその原材料についても廃棄の請求ができる。

## 2．損害賠償請求権

損害賠償請求の範囲は、三つの方法が認められている。第1は、被害者の現実損害の賠償である（4条）。第2は、侵害者側の取得利益を損害と推定して、その取得利益の賠償である（5条1項）。第3は、使用料相当額の損害賠償である（5条2項）。第3の場合には、その他の損害、たとえば弁護士費用の賠償も求めることができる（5条3項）。

また、どこまでが現実損害になるのか、概念を整理すれば、有形的損害と無形的損害の概念がある。有形的損害には、積極的損害と消極的損害がある。積極的損害は侵害行為によって支払ったお金や負担した債務もこれに入る。消極的損害は、侵害行為によって失った利益、いわゆる逸失利益がこれに当たる。よって具体的には侵害されていなければ売上がこれだけあったはずだ、あったとしたらこれだけの利益を得ていたというようなものがこれに当たる。現在の裁判例は、限界利益説をとっているので、売上から変動費を引いた額が利益として計算することができる。無形的損害は、信用や名誉や感情に対する被害である。

この損害賠償請求に関しては、損害の計算のために必要な書類を相手方から侵害者に対して求めることができる文書提出命令の規定が入れられている。

## 3．信用回復措置請求権

もう一つの救済措置として、信用回復措置請求権いわゆる謝罪広告の掲載を求める権利がある。しかし謝罪広告は現実にはなかなか認められていない。なぜなら、必要性が要件になっているからである。金銭賠償ないしは差止請求で回復されない、信用上の損害がなおあるという場合に初めて謝罪広告が認められるので、多くの場合、損害賠償が認められると、それで損害は十分に救済された、それ以上の謝罪広告は必要ない認定されるからである。

### ．おわりに

不正競争に関連して弁理士が力を発揮することができるのは、特定不正競争の対象がマーク（2条1項1号・2号）、デザイン（2条1項1号～3号）、技術（2条1項4号～9号）であり、商標法、意匠法、特許法、実用新案法の対象と共通するところにある。すなわち、商標法、意匠法、特許法、実用新案法の実務における手法をそのまま特定不正競争

争に応用して、緻密な議論をできるところにある。

これまで不正競争防止法の訴訟においては、争われる対象がマーク、デザイン、技術であっても、原告・被告とも弁護士だけで議論されることが多かった。そのためであると思われるが、広い権利範囲を主張する原告側も狭い権利範囲を主張する被告側も、精緻な先行資料調査に基づかず、大雑把な権利範囲の主張を行い、非常に大きい権利範囲が認められることがあった。たとえば、デザインは、意匠登録すれば意匠権の範囲は裁判上かなり狭く認められる結果となるのに対して、意匠登録せずに周知表示と主張すれば裁判上かなり広く権利範囲が認められることがある。登録した方が権利範囲が狭いという矛盾した結果になる現象は、不正競争防止法の訴訟において精緻な先行資料調査が用いられていないためであろうと思われる。

商品等表示（２条１項１号・２号）の自他識別機能の有無、商品形態（３号）の通常性の有無、技術情報（４～９号）の公知性の有無などを、精緻な先行資料調査から明らかにすることは、まさに弁理士の役割として期待されるところである。

以上