

2012年1月17日

弁護士 山本隆司

I. 商号と知的財産権の交差

1. 商号登記

(1) 旧商法 20 条→削除（不正競争防止法）

「商号ノ登記ヲ為シタル者ハ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商号ヲ使用スル者ニ対シテ其ノ使用ヲ止ムベキコトヲ請求スルコトヲ得但シ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ

② 同市町村内ニ於テ同一ノ営業ノ為ニ他人ノ登記シタル商号ヲ使用スル者ハ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノト推定ス」

知財高裁平成 19 年 6 月 13 日判決（スポーツ・マーケティング・ジャパン事件）

「平成17年法律第87号による改正前の商法(以下「旧商法」という。)の下において、自己の商号等と同一又は類似する商号を使用された者の救済については、旧商法20条及び21条が設けられていた。このうち、登記された商号の使用に対する救済に関する規定(旧商法20条)については、専ら不正競争防止法2条1項1号等にゆだねられるものとして廃止されたが、他方、「不正の目的」による商号使用に対する救済に関する規定(旧商法21条)については、不正競争防止法では十分に保護されない場合がなお存在するものとして、会社法8条(株式会社等につき)が引き継いだ。」

(2) 旧商法 21 条→現商法 12 条・会社法 8 条

「何人ト雖モ不正ノ目的ヲ以テ他人ノ営業ナリト誤認セシムベキ商号ヲ使用スルコトヲ得ズ

② 前項ノ規定ニ違反シテ商号ヲ使用スル者アルトキハ之ニ因リテ利益ヲ害セラルル虞アル者ハ其ノ使用ヲ止ムベキコトヲ請求スルコトヲ得但シ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ」

知財高裁平成 19 年 6 月 13 日判決（スポーツ・マーケティング・ジャパン事件）

「会社法8条(旧商法21条)は、故意に信用のある他人の名称又は商号を自己の商号であるかのように使用して一般公衆を欺くというような反社会的な事象に対処すること等を目的として設けられたものであること、同条は、不正競争防止法2条1項1号のように他人の名称又は商号が「周

知]であることを要件とせずに、営業上の損害を受けるおそれのある者に差止請求権を付与していること、後に名称又は商号の使用を行った者が、その名称又は商号の使用を禁止される不利益も少なくないこと等の事情に照らすならば、同条にいう「不正の目的」は、他の会社の営業と誤認させる目的、他の会社と不正に競争する目的、他の会社を害する目的など、特定の目的のみに限定されるものではないが、不正な活動を行う積極的な意思を有することを要するものと解するのが相当である。」

東京地裁平成 23 年 7 月 21 日判決（araisara 事件）

「同条[会社法8条1項]は、不正の目的をもって他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号の使用を禁じることにより、他の会社の営業上の利益を広く保護することにその趣旨があるのであって、他の会社の商号のみを保護することにその趣旨があるのではないと解するのが相当である。そうすると、同条によって保護される対象には、他の会社の商号に限られず、他の会社の商品名や商標等であって他の会社であると誤認されるおそれのあるものも含まれるというべきである。」

「会社法8条は、商号選定自由の原則(同法6条1項)の下で、故意に他の会社の商号等に類似した商号等を使用して公衆を欺くといった反社会的な行為を防止すること等を目的として設けられたものであって、不正競争防止法2条1項1号とは異なり、他人の商号等の周知性を要件とすることなく、これに類似した商号等の使用に対する差止請求権を定めている。このような規定の趣旨に照らすならば、会社法8条1項にいう「不正の目的」とは、不正な行為や状態を欲する意思を要し、具体的には、他の会社を害する目的や違法性のある目的、公序良俗に反する目的等をいうものと解される(最高裁昭和34年(オ)第1188号同36年9月29日第二小法廷判決・民集15巻8号2256頁参照)。」

2. 商号が知的財産権を侵害する場合

たとえば、顧客が社名をAとする会社を設立し、商品Bを販売しようとしている。いかなる場合に、いかなる知的財産権を侵害するか。

(1) 登録商標

商標権者Xが、商品b（商品Bに類似）について、商標a（社名Aに類似）に対して商標登録を有する場合には、商標権侵害を生ずる。Xは、Aに対して、商号の抹消登記請求等はできないが、Aを商品bまたはその広告等に使用することの使用差止を求めることができる。

(2) 周知表示

Xが商品b（商品Bに類似）について使用する商標a（社名Aに類似）が周知表示である場合には、不正競争防止法（2条1項1号）違反を生ずる。Xは、A

に対して、商号の抹消登記請求等のほか、Aを商品bまたはその広告等に使用することの使用差止を求めることができる。

(3) 著名表示

Xが商品c（商品Bに非類似）について使用する商標a（社名Aに類似）が著名表示である場合には、不正競争防止法（2条1項2号）違反を生ずる。Xは、Aに対して、商号の抹消登記請求等のほか、Aを商品bまたはその広告等に使用することの使用差止を求めることができる。

【事例】 東京地裁平成15年8月25日判決（サンルートホテル事件）

「株式会社サンルート」（X）は、「ホテルサンルート」などの商標を登録し、またそのフランチャイズ運営する「ホテルサンルート」はホテル業界では周知である。「株式会社ホテルサンルート鈴鹿」（Y）は、鈴鹿市内において、「ホテルサンルート鈴鹿」の名称にてホテルを営業していた。そこで、Xは、Yに対して、商標権侵害および不正競争防止法違反に基づいて、商号抹消登記、商号使用差止、「ホテルサンルート」の使用差止、損害賠償などを求めて提訴した。

裁判所は、Yに対して、不正競争防止法に基づいて、商号の使用差止および抹消登記を命じた。また、商標法および不正競争防止法に基づいて、看板・しおりなどの広告への使用禁止ならびにこれを使用した看板・備品・取引書類の廃棄を命じた。

III. 不正競争防止法の基礎知識

1. 不正競争防止法の概要

(1) 目的

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。

その後も、日本が国際条約に基づいて規制義務を負うもののうち、公正な競争に関する事項と位置づけられるものを不正競争防止法に組み入れてきた。

(2) 構成

第1条（目的）

第2条（定義）・・・「不正競争」

第3条（差止請求権）

第4条（損害賠償）

第5条（損害の額の推定等）

第6条（具体的態様の明示義務）

第7条（書類の提出）

第8条（損害計算のための鑑定）

第7条（信用回復の措置）

第9条（相当な損害額の認定）

第10条（秘密保持命令）

第11条（秘密保持命令の取消）

第12条（訴訟記録の閲覧請求の通知等）

第13条（当事者尋問等の公開停止）

第14条（信用回復の措置）

第15条（消滅時効）

第16条（外国国旗等の商業上の使用禁止）

第17条（国際機関の標章等の商業上の使用禁止）

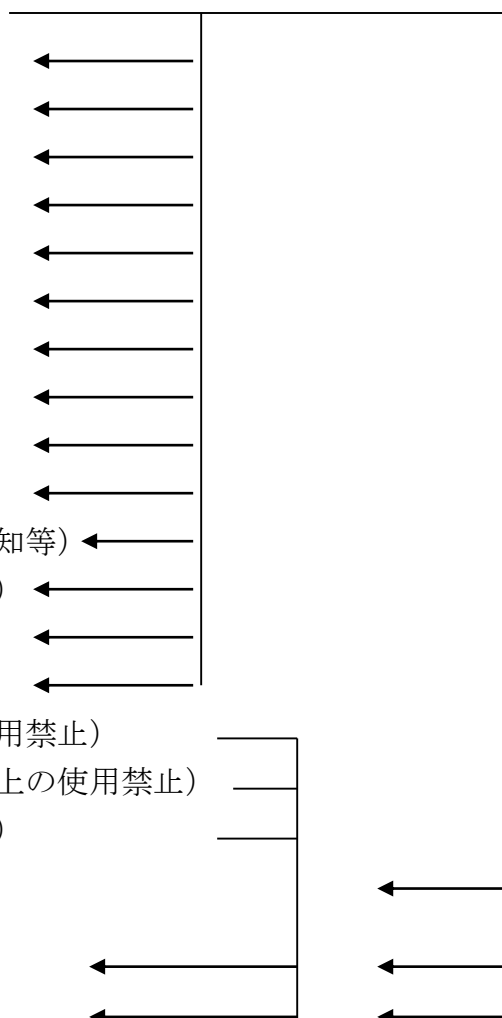
第18条（外国公務員に対する贈賄）

第19条（適用除外等）

第20条（経過措置）

第21条（罰則）

第22条（両罰規定）



2. 周知商品表示の保護

(1) 不正競争防止法 2 条 1 項 1 号

「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」

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。

(2) 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、全く異質な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、そこには自ずと限界がある。

その限界の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制度が出てくる。

その限界の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。ここから商標権や周知表示の保護の制度が出てくる。

その限界の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、長い目を見た場合には、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。

(3) 「商品等表示」の概念

商品等表示は、「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」と定義されている。

商品または営業について自他識別機能を有するものが、商品等表示である。伝統的には、商品や営業の名称やマークが商品等表示である。

① 商品の容器・包装・形態

容器包装等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に当たる。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ことがある。たとえば、コカコーラのボトル。

では、容器包装は、アイデアとの関係において商品等表示としてどこまで認められるのか（技術的機能形態除外論）。つまり、商品の機能と不可欠な容器包装であっても、商品等表示と認められるのか。

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。トレードドレスとして商品表示性を認められるのは、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〇〇だというように、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であって、商品の機能と不可欠な容器包装は商品等表示とは認められないと考えられる。

商品形態が商品表示として保護されるとした、有名な iMac 事件（東京地裁平

成 11 年 9 月 20 日決定) の紹介したい。

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、①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、②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、③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、④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、①②③④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、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。

② 商品自体

商品自体も出所識別力がある場合には、商品等表示として認められうる。

ただし、商品自体もこの商品等表示として認めると、商品表示の抽象度がアイデアに近づいてきて、商品の機能性自体を商品等表示で保護してしまう危険がある。たとえば、セグウェイの形態は、商品等表示に当たると考えていいのか。

裁判例をみると、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、タイプフェイスが特徴を有しているとして商品表示性を認めた。

ただし、商品自体に何らかの特徴を有していれば商品表示性が認められるのではなく、かなり厳しい制限を受けることに注意を要する。ゴナ書体事件で、最高裁（最判平 12.9.7 判時 1730-123）は、「印刷用書体は、文字の有する情報伝達機能を発揮する必要があるために、必然的にその形態には一定の制約を受けるものであるところ、これが一般的に著作物として保護されるものとする、著作権の成立に審査及び登録を要せず、著作権の対外的な表示も要求しない我が国の著作権制度の下においては、わずかな差異を有する無数の印刷用書体について著作権が成立することとなり、権利関係が複雑となり、混乱を招くことが予想される。」と判示し、タイプフェイスの保護に対するその機能性による制約を指摘している。その地裁

判決（大阪地判平成 9. 6. 24）は、「それが真に創作的な書体であって、過去の書体と比べて特有の特徴を備えたものである場合に、他人が、不正な競争をする意図をもって、その特徴ある部分を一組の書体のほぼ全体にわたってそっくり模倣して書体を制作、販売したときは、書体の市場における公正な競争秩序を破壊することは明らかであり、民法七〇九条の不法行為に基づき、これによって被った損害の賠償を請求することができる余地がある」と判示するが、以下のように論じて「特有の特徴」を否定した。「ゴナと同じ範疇に属するゴシック体の書体を制作した場合、ある程度ゴナと似た書体になることは避けられないというべきところ、原告がそのデザインコンセプトを採用した結果として従来のゴシック系の書体と大きく異なる特徴であると主張する各点も、文字のふところを広くとり、かつ仮想ボディをいっぱい使用し可能な限り最大に字面をとってデザインされているとの点がゴナの制作前から時代の推移に伴って次第に強調されてきている書体制作上の一般的傾向の延長上にあり、その主要な点がタイポス等のゴナ制作前に制作、発表されたゴシック体の範疇に属する各種書体にみられるものであるなど、ゴナに特有の特徴ということはできず、また、新ゴシック体をゴナと対比しても、新ゴシック体がゴナと共通していて、かつツディLとは異なると認められる点は、ゴナに特有の特徴とはいえないか、ゴナの一貫した特徴であるということ自体ができない」

(4) 「周知性」の概念

周知とは、「需要者の間に広く認識されている」ことをいう。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が必要である。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（最高裁判決昭和 34. 5. 20 刑集 13-5-755）。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。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）では、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全国的に有名な第一ホテルが大阪に進出（大阪第一ホテル）した。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。

(5) 「類似性」の概念 …自他商品識別力

類似性の概念についてのリーディングケースは、マンパワー事件・最高裁判決昭和 58. 10. 7 民集 37-8-1082) である。この事件では、「マンパワー・ジヤパン株式会社」が「日本ウーマン・パワー株式会社」に対して、商号の使用差止および商号の抹消登記を求めて訴えを提起した。

最高裁は、「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」という広く類似性を認める基準を立てた上で、マンパワー事件の最高裁は、つぎのように認定して類似性を肯定した。

「右事実関係によれば、被上告人の商号の要部は周知のものとなっていたその通称の『マンパワー』という部分であるのに対し、上告人の商号の要部は『ウーマン・パワー』という部分であるというべきところ、両者は、『マン』と『ウーマン』の部分で相違しているが、現在の日本における英語の普及度からすれば、『マン』という英語は人をも意味し、『ウーマン』を包摂する語として知られており、また、『パワー』という英語は、物理的な力のほか人の能力、知力を意味する語として知られているといつて差し支えないこと、被上告人と上告人とはいずれも本店を東京都内に置いて前記事務処理請負業を営んでおり右各事業は人の能力、知力を活用するものであつて、両者の需要者層も共通していることを考慮すると、両者の需要者層においては、右『マンパワー』と『ウーマン・パワー』はいずれも人の能力、知力を連想させ、観念において類似のものとして受け取られるおそれがあるものというべきであるうえ、被上告人の商号の『ジヤパン』の部分及び上告人の商号の『日本』の部分はいずれも観念において同一であるから、前記需要者層においては、被上告人の商号及びその通称である『マンパワー』という名称と上告人の商号とは全体として類似しているものと受け取られるおそれがあるものといふことができる。」

(6) 「混同」の概念 …出所識別力

前掲マンパワー事件の最高裁判決によれば、混同の概念は、「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同人と右他人とを同一営業主体として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」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らうと、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か、○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、「右各号所定の混同を生ぜしめる行為には、周知の他人の商品表示又は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の商品主体又は営業主体と誤信させる行為のみならず、自己と右他人との間に同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存するものと誤信させる行為をも包含し、混同を生ぜしめる行為というためには両者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た。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。しかし、それは意匠権保護や著作権保護の問題であって出所表示を保護する周知表示保護の問題ではないと思われる。

(7) 表示の主体

商品等表示の主体として、その保護を受けるのは誰か。たとえば、ある表示を付けた商品を A が製造し、B が販売し、C が使用する場合、誰が D による無断使

用に対してその保護を求めることができるか。

商品等表示は、商品または営業の出所を表示するものであるから、そもそも当該表示が誰を出所として識別するために使用されるのかによって、その答えは決まってくる。たとえば、Aが自己の商品としてこれを製造しその出所を表示するものとして当該表示を付けた場合には、Aが表示の主体である。また、BやCがAにOEMとしてBの出所を表示するものと商品に付けて製造させた場合やBやCがAから購入後独自の出所表示を付した場合には、当該表示はBやC表示の主体である。

フランチャイズの場合には、通常、統一した商標やフランチャイズ表示もフランチャイズの条件とされている。そこで使用される出所表示はフランチャイズ・システムの出所表示を示したものである。フランチャイズ・システムの営業主はフランチャイザーであるから、その表示主体はフランチャイザーである。前掲サンルートホテル事件はこの例である。他方、フランチャイズ・システムの場合でも、各フランチャイジーに独自の営業表示を認めている場合には、当該独自表示については、その表示主体はフランチャイザーである。

また、ブランドマークの商品化事業ライセンスにおいては、ライセンサーもライセンスも表示の主体と認められている。前掲判例（最高裁昭和判決 59. 5. 29 民集 38-7-920）は、「不正競争防止法一条一項一号又は二号所定の他人には、特定の表示に関する商品化契約によつて結束した同表示の使用許諾者、使用権者及び再使用権者のグループのように、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化契約によって結束しているグループも、他人に含まれる」と判示し、グループ単位でも他人にあたるとする。

(8) 適用除外の範囲

19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事」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、言語構成上、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（大阪地裁判決平成 7. 9. 28 判時 1557-124）。

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。

3. 著名商品表示の保護

(1) 不正競争防止法 2 条 1 項 2 号

「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) 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。

(3) 「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。

三菱信販事件においては、いわゆる三菱グループに属する三菱商事らが、同グループに属さない「三菱信販株式会社」に対して、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号・2 号等を理由として商号使用差止および商号の抹消登記請求を求めて訴えた。知財高裁平成 22.7.28 判決は、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号違反として、原告らの請求を認めた。

黒烏龍茶事件で、東京地裁平成 20 年 12 月 26 日判決は、「ある商品の表示が取引者又は需要者の間に浸透し、混同の要件(不正競争防止法 2 条 1 項 1 号)を充足することなくして法的保護を受け得る、著名の程度に到達するためには、特段の事情が存する場合を除き、一定程度の時間の経過を要すると解すべきである。そして、原告商品については、上記の平成 18 年 7 月下旬の時点において、いまだ発売後 2 か月半程度しか経過しておらず、かつ、原告商品表示がそのような短期間で著名性を獲得し得る特段の事情を認めるに足りる証拠もないのであるから、原告商品表示は、同時点において、著名性を有していたものと認めることはできない。」と判示した。

著名性の立証はかなり難しい。立証の仕方の成功した事例トラサルディ事件

(東京地裁平成 10.3.20 判決) 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た。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に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。

(4) 適用除外の範囲

19 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こと」(1 号)、「自己の氏名を不正の目的でなく使用すること」(2)、そして先使用权 (4 号) が適用除外として認められている。

4. 形態模倣の禁止

(1) 不正競争防止法 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つては、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」

ここでのキーワードは「商品形態」と「模倣」である。

(2) 制度目的

平成 5 年改正は前年の 12 月にまとめられた産業構造審議会知的財産部会の中問答申の結論を踏まえて行われたものであるが、デッドコピー規制の必要性を説く前提として、次のような考え方を示していた。

「先行者の成果を学び、その上に新たな成果を築くことは社会の健全かつ持続的な発展に資することであり、あらゆる模倣を一般的に禁止することは、自由な競争を阻害し、かかる発展を妨げることになる。他方、全ての模倣を放任することは、先行者の開発へのインセンティブを阻害することになり、妥当ではない。どのような模倣を禁止し、社会の健全かつ持続的な発展の確保と先行者へのインセンティブの付与とのバランスをとるかは、経済の発達状況、社会意識の状況などに応じ、判断されることとなる。このような観点から、個別の知的財産権法においては、客体の創作性に着目し、客体に対し権利を付与するという形で、模倣に対する一定の制限が加えられているところである。他方、不正競争防止法は、行為の不正性に着目し行為規制の観点から、不正な競争行為に対し民事的な規制(差止請求、損害賠償請求)を行うことにより、公正な競争秩序の維持を図るものである」。

(3) 「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、①長尺ホースである、②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、③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。②、③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えるべきことであって、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、パッドがいかにも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①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。

(4) 「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、隷属的模倣、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。

(5) 適用除外の範囲

第1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。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。しかし、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「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」（19条1項5号イ）である。有償譲渡であればサンプル出荷も「販売」に含まれる（神戸地裁平成6.12.8知裁集26-3-1323）。

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譲渡等の行為（19条1項5号ロ）である。

5. 営業秘密の保護

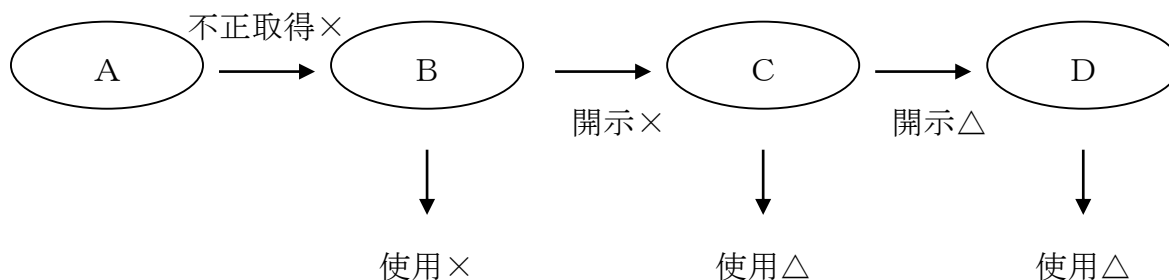
営業秘密の侵害には2つの行為類型がある。4号から6号は、不正取得類型である。7号から9号は、不正使用開示類型である。

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。

(1) 不正取得類型

不正競争防止法2条1項4号～6号はつぎのように規定する。

- 「4 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(以下「不正取得行為」という。)又は不正取得行為により取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為(秘密を保持しつつ特定の者に示すことを含む。以下同じ。)
- 5 その営業秘密について不正取得行為が介在したことを知って、若しくは重大な過失により知らないで営業秘密を取得し、又はその取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為
- 6 その取得した後にその営業秘密について不正取得行為が介在したことを知って、又は重大な過失により知らないでその取得した営業秘密を使用し、又は開示する行為」



不正取得類型として、まず、(i)不正取得行為者(4号)について、(a)営業秘密の不正取得行為、(b)不正取得行為により取得した営業秘密の使用、(c)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、(d)不正取得行為により取得された営業秘密の使用、(e)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。

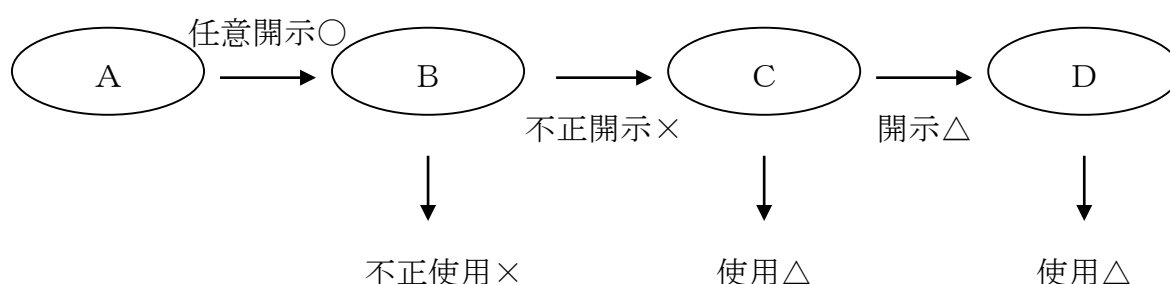
最後に、(iii)不正取得行為の介在について善意・無重過失の転得者(6号)について、(f)不正取得行為により取得された営業秘密を、不正取得行為の介在について悪意または重過失を生じた後に、使用すること、(g)不正取得行為により取得

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取引行為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（19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。

(2) 不正使用開示類型

不正競争防止法2条1項7号～9号はつぎのように規定する。

- 「7 営業秘密を保有する事業者（以下「保有者」という。）からその営業秘密を示された場合において、不正の競業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し、又は開示する行為
- 8 その営業秘密について不正開示行為（前号に規定する場合において同号に規定す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。以下同じ。）であること若しくはその営業秘密について不正開示行為が介在したことを知って、若しくは重大な過失により知らないで営業秘密を取得し、又はその取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為
- 9 その取得した後にその営業秘密について不正開示行為があったこと若しくはその営業秘密について不正開示行為が介在したことを知って、又は重大な過失により知らないでその取得した営業秘密を使用し、又は開示する行為」



不正使用開示類型として、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、①営業秘密の不正使用、②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、③不正開示行為の介在した営業秘密の使用、④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、㉔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、㉕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取引行為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（19条1項6号）。

(3) 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。具体的には、実験データで商品を開発しようとするいろいろな試みた場合、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はすむからである。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、それを金庫の中にしまうわけにはいかないのだから、プラントを塙で囲い、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、塙もたてずに、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、塙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、そこらからいくら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、

営業秘密を取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。

(4) 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無断で写し取る行為は、不正な手段であると認定した事件（大阪地裁判決平成 4. 4. 30 判時 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ために、下請けにその設計図を渡した。そのときに、下請けに出入りし、そこに偶然置おかれていたものをこそっと見て、写しとるということは不正になる、と判断されたものである。これは、かなり態様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、机の中から引っ張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。

(5) 不正使用行為

不正使用行為は、「**不正の競業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。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。

(6) 不正開示行為

不正開示行為は、「【不正の競業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の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は発生しない。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。

(7) 適用除外

不正取得行為または不正開示行為の介在について善意・無重過失の転得者が取引行為に基づいて当該営業秘密を取得した場合には、取得後に当該取引の範囲内で使用または第三者に開示したとしても営業秘密の侵害とはならない（19条1項6号）。

6. 技術的制限手段の保護

(1) 規定方法

不正競争防止法は、コピー・コントロールおよびアクセス・コントロールの回避装置の提供等を不正競争として禁止する。不正競争として、DVDのように誰に対しても制限を課す類型（2条1項10号）と、配信サービスのように特定人以外への制限を課す類型（2条1項11号）とに分けて規定する。

① 2条1項10号… 一般的制限

「営業上用いられている技術的制限手段…により制限されている映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録を当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能のみを有する装置…若しくは当該機能のみを有するプログラム…を記録した記録媒体若しくは記憶した機器を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、又は当該機能のみを有するプログラムを電気通信回線を通じて提供する行為」

② 2条1項11号… 選択的制限

「他人が特定の者以外の者に映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録をさせないために営業上用いている技術的制限手段により制限されている映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録を当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能のみを有する装置…若しくは当該機能のみを有するプログラム…を記録した記録媒体若しくは記憶した機器を当該特定の者以外の者に譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、又は当該機能のみを有するプログラムを電気通信回線を通じて提供する行為」

(2) 立法経緯

1998年2月、通商産業省（現、経済産業省）の産業構造審議会は、その知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会と情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会との合同報告書として「コンテンツ取引の安定化・活性化に向けた取り組みについて」を公表した。この報告書によれば、「コンテンツの制作や流通において、今後のビジネス展開の障害となっている課題の解決を図ることにより、新たなコンテンツ市場の育成を円滑化する」との政策目標から検討を加え、以下の認識を示した。

「レコード販売等の従来型のものも含めてコンテンツを対価を得て提供する事業

- (以下「コンテンツ提供業」)の存立基盤を確保するためには、
- (a) その管理外でコピーが大量に売買・頒布されるようなことがないこと
 - (b) その提供するコンテンツのアクセスに対する対価徴収が確保されることが必要不可欠である。」

その対応策として、コピー管理技術（コピー・コントロール）およびアクセス管理技術（アクセス・コントロール）の無効化機能を有する機器等の提供を不正競争防止法上の「不正競争行為」として規定することが必要である、と結論づけた。現行法は、この報告結果に基づいて1999年の不正競争防止法改正で入れられたものである。

この報告書では、コンテンツ市場の育成を円滑化するためには、コンテンツへのアクセスから対価を徴収できることが必要であるとの認識を示している。ところが、コンテンツとして認識されているものはもっぱら著作物である。したがって、この報告書の論理は、著作権法の政策目的を達成するためには、著作物へのアクセスから対価を徴収できることが必要であることを言っているのである。私には、著作権法で新たな著作物市場の育成のために必要なアクセス・コントロールの保護を行わないので、経産省が「著作物」を「コンテンツ」を言い換えて不正競争防止法でアクセス・コントロールの保護を計っているように、聞こえる。

(3) 技術的制限手段の概念

不正競争防止法2条7項は、技術的制限手段をつぎのように定義する。
「この法律において「技術的制限手段」とは、電磁的方法(電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によって認識することができない方法をいう。)により影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録を制限する手段であつて、視聴等機器(影像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は影像、音若しくはプログラムの記録のために用いられる機器をいう。以下同じ。)が特定の反応をする信号を影像、音若しくはプログラムとともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式又は視聴等機器が特定の変換を必要とするよう影像、音若しくはプログラムを変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式によるものをいう。」

なお、「技術的制限手段」には、暗号化技術（「特定の变換を必要とするよう影像、音若しくはプログラムを変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式」）および誤作動信号やフラッグを付加する技術（「特定の反応をする信号を影像、音若しくはプログラムとともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式」）は当たるが、認証技術は、これに当たらないと考えられる。というのは、認証技

術においては、利用者側が認証信号を発信し、コンテンツ側のプログラムがその信号を受信してアクセスの可否を判定する。すなわち、認証技術においては、認証信号がコンテンツに付されて記録または送信されるものではないので、技術的制限手段には当たらないと考えられる。

(4) 裁判例

ニンテンドーDS 事件（東京地裁平成 21 年 2 月 27 日判決）では、いわゆるマジコンが訴えられた。ニンテンドーDS では、ニンテンドーDS の本体に、ゲームソフトを収録する DS カードを差し込んでゲームソフトを実行する。DS カードには特定信号が付されており、ニンテンドーDS の本体がこれを検知した場合にのみ、DS カードに収録されたゲームソフトは、実行される。被告の装置は、ニンテンドーDS の本体の DS カード・スロットに装着可能であり、特定信号を記録しており、ゲームソフトを収録した microSD カードを装着できる。その購入者は、DS カードに収録されたゲームソフトを microSD カードに無断複製して、正規 DS カードを買うことなく、ニンテンドーDS の本体でゲームソフトを楽しむことができる。原告らは、被告を不正競争防止法 2 条 1 項 10 号違反で訴えた。

(5) 適用除外

技術的制限手段の試験または研究のために用いられる回避装置等の譲渡等は、不正競争とはならない（19 条 1 項 7 号）。

7. ドメイン名不正取得の禁止

(1) 不正競争防止法 1 条 1 項 12 号

「不正の利益を得る目的で、又は他人に損害を加える目的で、他人の特定商品等表示(人の業務に係る氏名、商号、商標、標章その他の商品又は役務を表示するものをいう。)と同一若しくは類似のドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し、又はそのドメイン名を使用する行為」

(2) 不正の利益を得る目的

mp3 事件では、mp3.co.jp のドメイン名を有する原告が、mp3.com のドメイン名を有する被告に対して、ドメイン名使用差止請求権の不存在確認を求めて訴えた。東京地裁平成 14.7.15 判決判時 1796-145 は、以下のように判示し、原告の請求を認容した。

「以上の観点に照らすならば、不正競争防止法が『不正の利益を得る目的で、又は他人に損害を加える目的で、他人の特定商品等表示…と同一若しくは類似のドメイン名を使用する権利を取得…する行為』を不正競争行為とし、図利又は加害目的という主観的な要件を設けた上で、その行為を禁止したのは、①誰でも原則として先着順で自由に登録ができるというドメイン名登録制度の簡易迅速性及び便利性という本来の長所を生かす要請、②企業が自由にドメイン名を取得して、広範な活動をすることを保証すべき要請、③ドメイン名の取得又は利用態様が濫用にわたる特殊な事情が存在した場合には、その取得又は使用等を禁止すべき要請等を総合考慮して、ドメイン名の正当な使用等の範囲を画すべきであるとの趣旨からであるといえることができる。

そうすると、同号にいう『不正の利益を得る目的で』とは『公序良俗に反する態様で、自己の利益を不当に図る目的がある場合』と解すべきであり、単に、ドメイン名の取得、使用等の過程で些細な違反があった場合等を含まないものというべきである。また、『他人に損害を加える目的』とは『他人に対して財産上の損害、信用の失墜等の有形無形の損害を加える目的のある場合』と解すべきである。例えば、①自己の保有するドメイン名を不当に高額な値段で転売する目的、②他人の顧客吸引力を不正に利用して事業を行う目的、又は、③当該ドメイン名のウェブサイトの中傷記事や猥褻な情報等を掲載して当該ドメイン名と関連性を推測される企業に損害を加える目的、を有する場合などが想定される。」

8. 品質表示等誤認記載の禁止

(1) 不正競争防止法 1 条 1 項 13 号

「商品若しくは役務若しくはその広告若しくは取引に用いる書類若しくは通信にその

商品の原産地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量若しくはその役務の質、内容、用途若しくは数量について誤認させるような表示をし、又はその表示をした商品を譲渡し、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、若しくはその表示をして役務を提供する行為」

(2) 適用除外

普通名称を普通に使用する方法で使用する場合には、不正競争とはならない(9条1項1号)。

9. 信用毀損の禁止

(1) 不正競争防止法1条1項14号

「競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知し、又は流布する行為」

(2) 信用毀損

信用とは、人の財産上の義務履行について受ける社会的信頼をいう。他人の信用を失墜または低下させた場合だけでなく、そのおそれを生じさせれば信用を害する行為に当たる。

(3) 虚偽事実の告知流布

裁判例の解釈は変遷している。①かつては、後に特許権が無効とされた場合にはただちに、警告書の送付行為が不正競争防止法2条1項14号違反となる、と解していた。②その後、後に特許権が無効とされた場合でも、特許権が無効であるとの判断が困難であったときには、過失を欠き警告書の送付行為が不正競争防止法2条1項14号違反とならない、との解釈が登場した。しかし、③現在の裁判例の大勢は、以下のように(磁気信号記録用金属粉末事件・東京地判平成13.9.20)、権利の行使として相当な行為であれば、警告書の送付行為が不正競争防止法2条1項14号の違法性を阻却する、と解して、違反にならない場合を広く認めている。

「特許権者が競業者の取引先に対して行う前記告知は、競業者の取引先に対して特許権に基づく権利を真に行行使することを前提として、権利行使の一環として警告行為を行ったのであれば、当該告知は知的財産権の行使として正当な行為というべきであるが、外形的に権利行使の形式をとっていても、その実質がむしろ競業者の取引先に対する信用を毀損し、当該取引先との取引ないし市場での競争において優位に立つことを目的としてされたものであるときには、当該

告知の内容が結果的に虚偽であれば、不正競争行為として特許権者は責任を負うべきものと解するのが相当である。そして、当該告知が、真に権利行使の一環としてされたものか、それとも競業者の営業上の信用を毀損し市場での競争において優位に立つことを目的としてされたものかは、当該告知文書等の形式・文面のみによって決すべきものではなく、当該告知に先立つ経緯、告知文書等の配布時期・期間、配布先の数・範囲、告知文書等の配布先である取引先の業種・事業内容、事業規模、競業者との関係・取引態様、当該侵害被疑製品への関与の態様、特許侵害争訟への対応能力、告知文書等の配布への当該取引先の対応、その後の特許権者及び当該取引先の行動等、諸般の事情を総合して判断するのが相当である。」

以上の場合であっても、訴えに事實的・法律的根拠を欠くことが容易に知り得た場合には、侵害訴訟がそもそも不当訴訟として違法である（最判昭和 63.1.26 民集 42-1-1、磁気信号記録用金属粉末事件・東京高判平成 14.8.29）。

したがって、裁判例によれば、警告書の形式・内容のほか、①特許が有効であれば被告者に特許侵害が成立すること、②被告者に特許侵害の有無を判断する能力・経験があること、③被告者に対する訴訟提起に先立って直接交渉を持つために警告書を送付したこと、④被信用毀損者にも通知していること、⑤特許の有効性・侵害事実についての合理的な調査、などを考慮している。

10. 商標冒用出願の禁止

(1) 不正競争防止法 1 条 1 項 15 号

「パリ条約(…)の同盟国、世界貿易機関の加盟国又は商標法条約の締約国において商標に関する権利(商標権に相当する権利に限る。以下この号において単に「権利」という。)を有する者の代理人若しくは代表者又はその行為の日前一年以内に代理人若しくは代表者であった者が、正当な理由がないのに、その権利を有する者の承諾を得ないでその権利に係る商標と同一若しくは類似の商標をその権利に係る商品若しくは役務と同一若しくは類似の商品若しくは役務に使用し、又は当該商標を使用したその権利に係る商品と同一若しくは類似の商品を譲渡し、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、若しくは当該商標を使用してその権利に係る役務と同一若しくは類似の役務を提供する行為」

(2) 適用除外

普通名称を普通に使用する方法で使用する場合(9 条 1 項 1 号) および自己の氏名を不正の目的でなく使用する場合(同 2 号)には、不正競争とはならない。

1 1. 救済措置

不正競争防止法は、不正競争行為に対して、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（14条）の民事救済ならびに刑事制裁を定めている（21条、22条）。

(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はなく、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**」と推定を与えられる（最高裁昭和判決 56. 10. 13 民集 35-7-1129）。

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

…損害賠償の範囲（民法 416 条）：相当因果関係のある損害

…積極損害＋消極損害（逸失利益）

…逸失利益の算定：

① 4 条：P 利益率×P 販売価格×P 販売得べかりし数量

② 5 条 1 項：P 利益率×P 販売価格×D 販売数量

③ 5 条 2 項：D 利益率×D 販売価格×D 販売数量

④ 5 条 3 項：使用許諾料率×D 販売価格×D 販売数量

【事例研究】不正競争によって、P は、価格 1000 円(限界利益率 40%)の商品に

ついて 1 万個の販売機会を失った。他方、D は、不正競争によって、価格 600 円(限界利益率 20%)の商品を 2 万個販売した。なお、業界におけるライセンス料率は 5%である。

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も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。

(4) 刑事制裁

周知表示の誤認惹起、著名表示の冒用、商品形態の模倣および品質表示等誤認記載に対しては、5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金またはその併科の刑事制裁がある (21 条 2 項)。

また、営業秘密の侵害に対しては、10 年以下の懲役若しくは 1000 万円以下の罰金またはその併科の刑事制裁がある (21 条 2 項)。

II. 商標法の基礎知識

1. 商標登録要件

…「商標審査基準」

(1) 商標（2条1項）

…文字、図形、記号もしくは立体的形状もしくはこれらの結合またはこれらと色彩との結合であつて、事業者が商品・役務について使用するもの。

…通常の商標のほかに、以下のような特殊なものがある

① 団体商標（7条）

…組合等がその構成員に使用させることを目的として登録商標できる。

② 地域団体商標（7条の2）

…産地表示等であっても商標登録できる。

③ 防護標章（64条）

…周知商標（著名性が要件）は、類似商品・役務について防護標章登録を受け、他人による商標出願を排除できる（4条1項12号）

④ 国際商標登録（68条の2）

…日本での出願を基礎として、WIPOでの国際登録により指定国で商標権を取得できる。

(2) 創作性・新規性は不要

(3) 自他識別力（3条）

…商品・役務の普通名称、性状など、「需用者が何人かの業務にかかる商品または役務であることを認識することができない商標」

(4) 不登録事由（4条）

…公益に反する商標や他人の権利を害する商標

2. 商標登録手続

(1) 出願の要件：

① 出願人の氏名・住所

② 商標の特定

③ 商品・役務の指定

…商標法施行令別表、類似商品・役務審査基準¹（類似群コード）

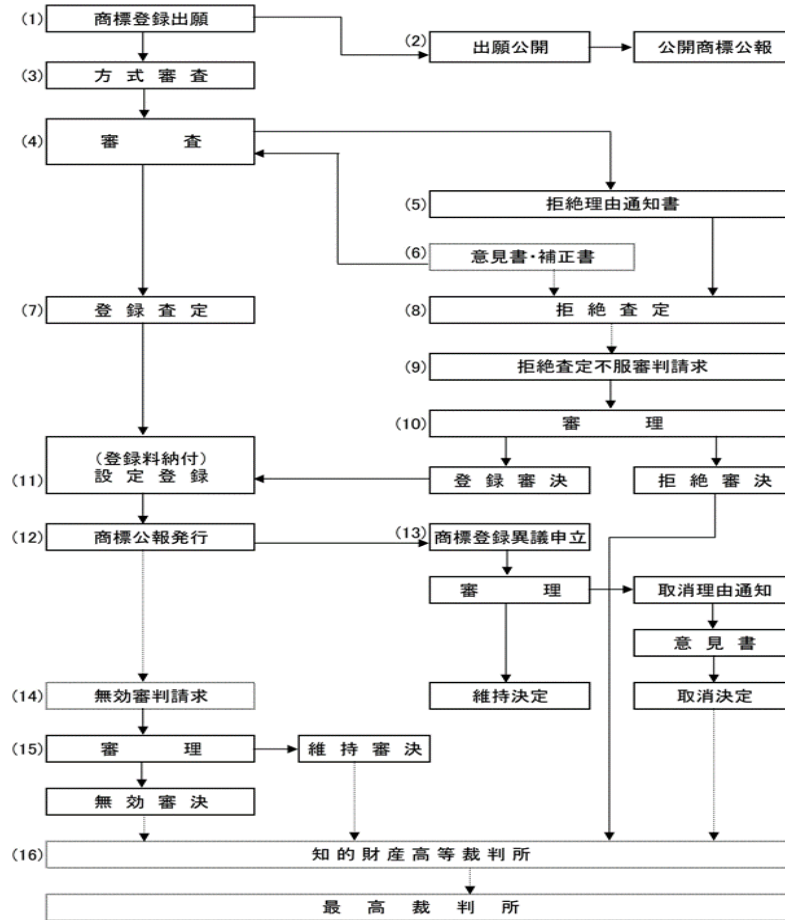
¹ 「この表【別表】は、「商品及び役務の区分」に属する商品又は役務を理解するための目安として各区分の名称付けがなされているものです。そのため、この各区分の名称は必ずしも商品又は役務の内容、範囲が明確なものとは言えませんので、商標登録出願にあつ

区分	区分の名称	区分	区分の名称
1	工業用、科学用又は農業用の化学品	24	織物及び家庭用の織物製カバー
2	塗料、着色料及び腐食の防止用の調製品	25	被服及び履物
3	洗剤及び化粧品	26	裁縫用品
4	工業用油、工業用油脂、燃料及び光剤	27	床敷物及び織物製でない壁掛け
5	薬剤	28	がん具、遊戯用具及び運動用具
6	卑金属及びその製品	29	動物性の食品及び加工した野菜その他の食用園芸作物
7	加工機械、原動機(陸上の乗用ものを除く。)その他の機械	30	加工した植物性の食品(他の類に属するものを除く。)及び調味料
8	手動工具	31	加工していない陸産物、生きている動植物及び飼料
9	科学用、航海用、測量用、写真用、音響用、映像用、計量用、信号用、検査用、救命用、教育用、計算用又は情報処理用の機械器具、光学式の機械器具及び電気の伝導用、電気回路の開閉用、変圧用、蓄電用、電圧調整用又は電気制御用の機械器具	32	アルコールを含有しない飲料及びビール
10	医療用機械器具及び医療用品	33	ビールを除くアルコール飲料
11	照明用、加熱用、蒸気発生用、調理用、冷却用、乾燥用、換気用、給水用又は衛生用の装置	34	たばこ、喫煙用具及びマッチ
12	乗物その他移動用の装置	35	広告、事業の管理又は運営及び事務処理及び小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供
13	火器及び火工品	36	金融、保険及び不動産の取引
14	貴金属、貴金属製品であって他の類に属しないもの、宝飾品及び時計	37	建設、設置工事及び修理
15	楽器	38	電気通信
16	紙、紙製品及び事務用品	39	輸送、梱包及び保管並びに旅行の手配
17	電気絶縁用、断熱用又は防音用の材料及び材料用のプラスチック	40	物品の加工その他の処理
18	革及びその模造品、旅行用品並びに馬具	41	教育、訓練、娯楽、スポーツ及び文化活動
19	金属製でない建築材料	42	科学技術又は産業に関する調査研究及び設計並びに電子計算機又はソフトウェアの設計及び開発
20	家具及びプラスチック製品であって他の類に属しないもの	43	飲食物の提供及び宿泊施設の提供
21	家庭用又は台所用の手動式の器具、化粧用具、ガラス製品及び磁器製品	44	医療、動物の治療、人又は動物に関する衛生及び美容並びに農業、園芸又は林業に係る役務
22	ロープ製品、帆布製品、詰物用の材料及び織物用の原料繊維	45	冠婚葬祭に係る役務その他の個人の需要に応じて提供する役務(他の類に属するものを除く。)、警備及び法律事務
23	織物用の糸		

(2) 手続

ては、商標法施行規則別表又は類似商品・役務審査基準に例示されている商品又は役務を参考に指定商品又は指定役務の記載をしてください。」

商標権を取るための手続き



(3) 期間

…出願から登録査定まで約半年

(4) 費用

- ① 出願手数料： 3,400 円 + (区分数× 8,600 円)
- ② 電子化手数料： 1,200 円+に書面 1 枚につき 700 円/頁
- ③ 登録料： 37,600 円×区分数 …10 年分
- ④ 更新登録料： 48,500 円×区分数 …10 年分

(5) 登録商標検索

…<http://www.ipdl.inpit.go.jp.Syouhyou.syouhyou.htm>

3. 商標権の権利範囲

(1) 商標権の存続期間

…商標権は設定の登録から 10 年間存続し、その存続期間は更新登録により 10 年ごとに更新される (18 条、19 条)

(2) 商標権の効力範囲

…商標権者は、指定商品・役務について登録商標を「使用」する権利を専有する (25 条 1 項)

また、以下の行為は、商標権の侵害と見なされる (37 条)

- ① 指定商品・役務またはこれに類似する商品・役務(「類似商品・役務」)について登録商標またはこれに類似する商標(「類似商標」)を使用すること (1 号)
- ② 当該使用物を譲渡等の目的で所持すること (2 号)
- ③ 指定役務または類似役務の提供を受ける者の利用に供する物に登録商標または類似商標を付したものを、提供のためにまたは提供させるために、所持、輸入、譲渡または引き渡すこと (3 号、4 号)
- ④ 指定商品・役務または類似商品・役務に登録商標または類似商標を使用するために、または使用させるために、登録商標または類似商標を表示する物を所持、または製造、譲渡、引き渡しもしくは輸入すること (5 号、6 号、7 号)
…たとえば、使用を目的とする標章シールを製造や販売する行為
- ⑤ 登録商標または類似商標を付したものを製造するためにのみ用いる物を、製造、譲渡、引き渡し、または輸入すること (8 号)

(3) 使用の範囲 (2 条 3 項)

- ① 商品または商品の包装に標章を付する行為
…たとえば、商品や包装紙に商標を印刷する行為
- ② 商品または商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡もしくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、または電気通信回線を通じて提供する行為
…たとえば、商標を付けた商品を販売する行為
- ③ 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付する行為
…たとえば、マックがハンバーガーの包装紙に商標を付ける行為
- ④ 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為
…たとえば、マックがハンバーガーの包装紙に商標を付けて、営業する行為

- ⑤ 役務の提供の用に供する物に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為
…たとえば、マックが看板に商標を付ける行為
- ⑥ 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為
…たとえば、マックが行うスタンプラリーにおいて、顧客のノートに商標をスタンプする行為
- ⑦ 電磁的方法により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為
…たとえば、ネット配信において、配信画面に商標を表示して営業する行為
- ⑧ 商品もしくは役務に関する広告、価格表もしくは取引書類に標章を付して展示し、もしくは頒布し、またはこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為
…たとえば、広告ポスターに商標を表示する行為

(4) 類似商品・役務の範囲

- ① 不登録事由における類似商品・役務（4条1項11号）
…「類似商品・役務審査基準」：類似群コード

- ② みなし侵害における類似商品・役務（37条）

橘正宗事件・最高裁昭和 36.6.27 民集 15-6-1730

「商標が類似のものであるかどうかは、その商標を或る商品につき使用した場合に、商品の出所について誤認混同を生ずる虞があると認められるものであるかどうかということにより判定すべきものと解するのが相当である。そして、指定商品が類似のものであるかどうかは、原判示のように、商品自体が取引上誤認混同の虞があるかどうかにより判定すべきものではなく、それらの商品が通常同一営業主により製造又は販売されている等の事情により、それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは同一営業主の製造又は販売にかかる商品と誤認される虞がある認められる関係にある場合には、たとえ、商品自体が互に誤認混同を生ずる虞がないものであつても、それらの商標は商標法(大正一〇年法律九九号)二条九号にいう類似の商品の商品にあると解するのが相当である。本件においては「橘正宗」なる商標中「正宗」は清酒を現わす慣用標章と解され、「橘焼酎」なる商標中「焼酎」は普通名詞であるから、右両商標は要部を共通にするものであるのみならず、原審の確定する事実によれば、同一メーカーで清酒と焼酎ととの製造免許を受けているものが多いというのであるから、いま「橘焼酎」なる商標を使用して焼酎を製造する営業主がある場合

に、他方で「橘正宗」なる商標を使用して清酒を製造する営業主があるときは、これらの商品は、いずれも、「橘」じるしの商標を使用して酒類を製造する同一営業主から出たものと一般世人に誤認させる虞があることは明らかであつて、「橘焼酎」なる商標が著名のものであるかどうかは右の判断に影響を及ぼすものではない。それ故、「橘焼酎」と「橘正宗」とは類似の商標と認むべきであるのみならず、右両商標の指定商品もまた類似の商品と認むべきである。」

(5) 類似商標の範囲

① 不登録事由における類似商標（4条1項11号）

…「商標審査基準」：称呼・外観・観念の類似、1字違い、要部、結合商標

② みなし侵害における類似商品・役務（37条）

小僧寿し事件・最高裁平成9.3.11民集51-3-1055

「商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標が外観、観念、称呼等によつて取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべきであり、かつ、その商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。右のとおり、商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、右三点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違するか、又は取引の実情等によって、何ら商品の出所を誤認混同するおそれが認められないものについては、これを類似商標と解することはできないというべきである（最高裁昭和三九年（行ツ）第一一〇号同四三年二月二七日第三小法廷判決・民集二二巻二号三九九頁参照）。」

「小僧寿しチェーンは、外食産業において上位の売上高を上げ、知名度も高く、遅くとも昭和五三年には、本件商品の製造販売業者として著名となっており、「小僧寿し」は、小僧寿し本部又は小僧寿しチェーンの略称として一般需要者の間で広く認識されていたというのであるから、被上告人標章については、一般需要者が「小僧寿し」なる文字を見、あるいは「コゾウズシ」又は「コゾウスシ」なる称呼を聞いたときには、本件商品の製造販売業者としての小僧寿し本部又は小僧寿しチェーンを直ちに想起するものというべきである。そして、「小僧寿し」は、一般需要者によって一連のものとして称呼されるのが通常であるというのであるから、…「小僧寿し」…の各標章は、全体が不可分一体のものとして、「コゾウズシ」又は「コゾウスシ」の称呼を生じ、企業グループとしての小僧寿しチェーン又はその製造販売に係る本件商品を観念させるものとなっていたと解するのが相当であつて、右各標章の「小僧」又は「KOZO」の部分のみから「コゾウ」なる称呼を生ずるということはできず、右部分から「商店で使われている年少の男子店員」を観念させるということもできない。すなわち、被上告人標章…においては、標章全体としてのみ称呼、観念が生ずるものであつて、「小僧」又は「KOZO」の部分から出所の識別標識としての称呼、観念が生ずるとはいえないのである。

そうすると、…需要者において商品の出所を誤認混同するおそれがあるとは認められないというべきである。したがって、被上告人標章…は、本件商標に類似するものとはいえない。」

(6) 適用除外

① 自己の名称等の使用（26条1項1号）

自己の商号（「株式会社 ABC」）やその著名な略称（「ABC」＋著名性）を、普通に用いられる方法で、表示する場合には、商標権は及ばない。

塩瀬総本家事件は、原告が菓子について「塩瀬」の登録商標を有しているところ、被告が商号「塩瀬総本家」・「宗家塩瀬」を和菓子の販売について、当該商号をのれん、しおり、包装箱、包装紙を使用したのに対して、原告が商標権に基づいてその使用差止を求めて訴えた事件である。東京地裁平成 11. 1. 29 は、つぎのように判示して、ことさらに商品への出所表示機能を意図する使い方について、商標法 26 条 1 項 1 号の適用を否定した。

「使用態様については、しおりの上方、包装箱や包装紙の中央等、比較的目立つ位置に、需要者の注意を惹きやすい字体、文字の大きさで表示されて(…)営業主体の表示としては極めて不自然な態様であることに照らし、前記二において認定した原告の営業規模及び状況をも勘案すると、右使用態様をもって名称等の普通に用いられる方法と解することはできない。」

② 商品・役務の普通名称等の使用（26条1項2号、3号）

③ 商品・役務の慣用商標（26条1項4号）

④ 機能的な立体包装形状（26条1項5号）

⑤ 先使用权（32条）…周知性

4. 審判手続

(1) 拒絶査定に対する審判（44条）

(2) 補正却下決定に対する審判（45条）

(3) 無効審判（46条）

…登録要件を欠く場合等

(4) 取消審判

…以下の事由のある場合、誰でもその登録の取消を求めて審判を申し立てることができる。

① 登録後 3 年以内に登録商標またはこれと同視できる商標を使用していない場合（50条）

② 商標権者等が品質または出所を誤認させる商標使用をした場合、誰でもその登録の取消を求めて審判を申し立てることができる（51条、53条）

③ 商標権が移転された場合における、不正競争目的での登録商標の使用（52条の2）

④ 代理人等による出願にかかる商標登録の場合（53条の2）

5. 侵害に対する救済措置

(1) 差止請求権 (36 条)

(2) 損害賠償請求権

…損害賠償の範囲 (民法 416 条) : 積極損害 + 消極損害 (逸失利益)

…逸失利益の算定 :

① 民法 709 条 : $P \text{ 利益率} \times P \text{ 販売価格} \times P \text{ 販売得べかりし数量}$

② 商標法 38 条 1 項 : $P \text{ 利益率} \times P \text{ 販売価格} \times D \text{ 販売数量}$

③ 商標法 38 条 2 項 : $D \text{ 利益率} \times D \text{ 販売価格} \times D \text{ 販売数量}$

④ 商標法 38 条 3 項 : $\text{使用許諾料率} \times D \text{ 販売価格} \times D \text{ 販売数量}$

(3) 刑事制裁

…侵害罪 (78 条) : 10 年以下の懲役 and.or 1000 万円以下の罰金

II. 知的財産権の概観

根拠法	権利	保護対象物	規制行為	保護期間	譲渡性
特許法	特許権	発明	実施	出願から 20 年	○
実用新案法	実用新案権	考案	実施	出願から 10 年	○
意匠法	意匠権	意匠	実施	登録から 20 年	○
商標法	商標権	登録商標	使用	登録期間中	○
著作権法	著作権	著作物	複製・改変など	死後 50 年	○
	著作者人格権	著作物	公表・氏名表示・改変	制限なし	×
	著作隣接権	実演	複製など	実演から 50 年	○
		レコード製作	複製など	発行から 50 年	○
		放送	複製など	放送から 50 年	○
		有線放送	複製など	有線放送から 50 年	○
実演家人格権	実演	公表・氏名表示・改変	制限なし	×	
不正競争防止法	不正競争の禁止	周知表示	出所の混同	制限なし	○
		著名表示	使用等	制限なし	○
		商品形態	模倣	発売から 3 年	○
		営業秘密	不正使用	制限なし	○
		その他			
IC 法	回路配置利用権	マスクワーク	複製など	登録から 10 年	○
種苗法	育成者権	品種	種苗の生産など	登録から 25 年	○
憲法	プライバシー権	氏名・肖像	私生活の公表	生存中	×
	パブリシティ権	氏名・肖像	商品・広告への使用	(生存中)	×