

不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の制度趣旨とその要件論

田村善之

[*133]

序

不正競争防止法 2 条 1 項 3 号に関しては、私は既に幾つかの論文、単行書を発表しておりますので、同じことを申し上げて皆さんのお時間を無駄にってしまうことは避けたいと思います。そこで、本日の報告では、不正競争防止法による模倣行為規制と工業所有権法制との役割分担という視点から問題となる論点、すなわち、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号における「模倣」の意義という論点に照準を合わせるとともに、既発表のものと少しでも趣を変えるために、商品の形態のデッド・コピー規制の方は、起草過程の頃の話しを折り混ぜながら、最近の裁判例を紹介しようと思います。いずれにしても、いままで書かなかった裏話のようなものか、あるいは単行本の改訂のための備忘録みたいなものとなってしまいますが、その点をご容赦いただきたいと思います¹⁾。

1 商品形態のデッド・コピー規制

1993 年の改正で新しく設けられた商品形態のデッド・コピー規制が実現するに当たっては、いうまでもなく、それに先行する大阪地判平成 1.3.8 無体集 21 巻 1 号 93 頁〔写植機用文字書体〕(田村善之〔判批〕ジュリスト 1015 号(1993 年))や東京高判平成 3.12.17 知裁集 23 巻 3 号 808 頁〔木目化粧紙〕(田村善之〔判批〕特許研究 14 号(1992 年))が大きな後押しをしてくれたということはよく知られている事実です。ただ、これらの判決では、デッド・コピー即違法という考え方が示されたわけではなく、模倣される商品が「真に創作性のあること」であ[*134]るとか、模倣した商品を競合地域で廉価で販売するなど、当該事件における付随的な事情も斟酌されたうえで、不法行為が成立すると説かれていたのであります。

さて、起草過程では、1992 年の 7 月に知的財産研究所内で開かれた第 1 回の不正競争委員会(田村・前掲不正競争法概説 5 頁注 5)参照)で、事務局の側から「他人の成果冒用行為(フリーライド)」を規律する規定を新設するという方針が提案されました。しかし、このときの産業界の委員の方の反応は、成果へのフリーライドであるとか、不当な模倣行為などという不明確な概念で競争行為を禁止されてしまうのでは、予測可能性がつかずやっつけられないというような消極的な意見が多数提出されました。私の方から、あえて発言をさせていただきました、不当な模倣行為を規律するというのはあくまでも大まかな方針なのであって、事務局案だってそれをそのまま条文化するつもりは毛頭ないはずであり、何を不当な模倣行為と呼ぶのかということはこれから議論をしていけばいいではないか。たとえば、デッド・コピーであれば、

皆さんもこれを規制するのにやぶさかではないであろう、という趣旨の意見を述べまして、矛を収めていただいたということがありました。

その後、8月になって、特に不当な模倣行為のところの規制のあり方について個別的に意見をききたいということで知的財産研究所に呼ばれましたので、ちょうどその頃、用意していた原稿を二つ、すなわち、後に特許研究に載ることになる木目化粧紙判決の判例評釈(田村/前掲特許研究)と、後に本学会の年報に載ることになるスイスの不正競争防止法の紹介のなかのデッド・コピー規制に関するところ(田村善之「スイスの不正競争防止法の紹介」日本工業所有権法学会年報16号(1992年))を持って行って自分の意見を申し上げてまいりました。

そのときに私が説いたことは、何故、不正競争防止法で不当な模倣行為を規制するのかということに関して明確な根拠が必要であるということでした。けしからん行為だから規制するのだ、といった程度の抽象論では具体的な要件論を導きだすことは困難ですし、まして何故(個別の知的財産権法ではなくて)不正競争防止法によらなければならないのかということもよく分からないままです。[*135]そこで、私が提供したのは、世の中には商品開発のインセンティブとして知的財産権以外にも事実として市場先行の利益というものが存在するのだということ、ところが、デッド・コピーはその市場先行の利益というものを奪うものだから、放置する場合には、商品開発の促進に対して見過ごすことができない悪影響を及ぼしかねないということを議論の出発点とする立論でした。この市場先行の利益というものは、工業所有権の外でなおかつインセンティブとして機能しているということがミソでありまして、これを保護するために出願、登録を要する工業所有権の手に委ねてしまったのでは、意味がありません。また、知的財産権の外に一般的に存するインセンティブでありますから、個別の知的財産権法に委ねることなく、一般的に規制するのに馴染みます。そういうわけで、市場先行の利益を保護するのは、不正競争防止法でなければならないということになるわけです。

要件論としても、デッド・コピーがあれば市場先行の利益を減縮することになるので、それ以上に不正競争の目的みたいな主観的要件は必要ないだろうと考えました。コピーされる商品の創作的価値を問題にするかどうかということは議論の余地がありえとおもいますが、特許庁等の専門機関の判断を介在させた保護制度ではなく、いきなり裁判所により保護の要件、範囲を判断することができる制度にするということが、不正競争防止法による規律のうま味の一つでありますから、できるかぎり裁判所が楽に判断することができる制度を設計したい。そして、禁止される行為がデッド・コピーに限定されているのであれば、規制により市場が受けることになる不利益は最小限のものに止まります。別途、競争上コピーさざるを得ないものに関して適用除外規定を設けておくということも私の提案の中にありましたから、この案を採用するのであれば、さらにその不利益は小さいものとなります。そのようなわけで、デッド・コピーに限られることを前提にすれば、独自に開発された商品であるならばこれを保護し、不正競争の目的ばかりではなく、商品の創作的価値を問う必要もないのではないかと、というのが、私の考え方だったのであります。

要件論の方に関しては、その後も、暫く内部で議論がありましたが、結局、[*136]私の提案

した3つの原則、すなわち、規制はデッド・コピーに限ること、その代わりにデッド・コピーであれば即違法とすべきであり、それ以上に商品の創作的価値は問わないこと、くわえて、不正の目的等の付随的事情も不要とすべきであること、という原則は、そのまま現在の不正競争防止法2条1項3号に結実することになります。ちなみに、9月頃に知的財産研究所のリステイトメント委員会(田村・前掲不正競争法概説5頁注5)参照)に提出した私の提案は、保護期間を明示的に定めるのかということ留保していたのを積極の方向に決断した他、リステイトメント委員会での示唆に従い、コピー商品の善意取得者を保護する制度を設けるという修正を加えたうえで、その後、田村善之「他人の商品の模倣行為と不正競争防止法」ジュリスト1018号(1993年)に掲載されています。

2 「模倣」の意義

このようにして成立した不正競争防止法2条1項3号なのですが、法令用語としてこねれないデッド・コピーという言葉は、すでに半導体集積回路保護法に先例のある「模倣」という言葉に置き換えられて立法化されました。したがって、文言上は、同号の保護の範囲はかなり広範なものにも及びうる可能性があります。しかし、あくまでも形態の模倣に止めていること、また商品の創作的価値を問わない同号の規制は、工業所有権法と平仄を合わすためには自ずから保護の範囲に限度があると考えられることから、そして半導体集積回路保護法における「模倣」の概念などから、現在の文言上も、2条1項3号にいう「模倣」はデッド・コピーのことであると解されることになるとおもっておりますが、デッド・コピーと言ったところで、いずれにせよ幅のある概念であることに変わりはありません。

文献の中には、工業所有権制度の存在を念頭に置いていないのか、規制すべき模倣行為を2条1項3号のみで規制しようと意図して、本号の「模倣」をかなり広く解釈するものが散見されます。しかし、工業所有権制度が設けられている日本法の下では、不正競争防止法2条1項3号だけが不当な模倣行為を禁[*137]止するために孤軍奮闘しなければならないものではなく、また、そのように期待されているわけでもありません。模倣行為の規律に当たっては、出願、登録を前提としており、審査制度ないしは無効審判制度が用意されることで何処かで保護の要件に関して特許庁の判断を介在させることを意図している工業所有権の制度と、そうではなくていきなり裁判所に訴えることができ、しかも最終的な判断をも裁判所でなすことができる不正競争防止法の制度との間で、それぞれの機能に従った役割分担を考える必要があります。こうした視点を知的財産法における様々な分野の解釈論、立法論に応用する手法は、田村善之『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)に示したところでありますが、2条1項3号にいう「模倣」の範囲を確定するに際しても、何を工業所有権の制度の仕事と考え、何を不正競争防止法の仕事と考えるのかという観点が大切だということになります。

口頭でこの話をするとき私にいつも持ち出すのが、グリコのポッキーと明治のラッキーの例です。あまりご存知ない方が多いということになると、好い例だとはいえないのですが、少し

抽象化してみますと、先発の A の商品と後発の B の商品は、形状や大きさに差異があるものの、ともにスティック状のチョコレート菓子であって手で持ちやすいように片端にチョコレートを塗らずに置くというアイデアが共通しているものといえます。かりにこの事実だけで B の商品が 2 条 1 項 3 号の「模倣」としてその発売が禁止されるということになると、結局、先発の A 以外は、手で持ちやすいように片端にチョコレートが塗布されていないスティック状のチョコレート菓子を販売することができないことになってしまいます。しかし、社会がアイデアの模倣行為により発展していくものである以上、このようなアイデアの独占を許容するためには、当該アイデアが A が初めて開発したものであり、しかも既存のアイデアからは容易に開発するものができなかったようなものである必要があるのではないのでしょうか。そのような場合に限り、新しいアイデアの開発のインセンティブが損なわれることのないようアイデアのフリーライドを禁止する権利を新規開発者である A に認めるべきであるということになるからであります。[*138]したがって、単にアイデアに共通部分があるに過ぎない場合に、それだけで、ただちに 2 条 1 項 3 号に該当すると判断することは許されないはずであると考えます。

あるいは、このような帰結に対しては、2 条 1 項 3 号の「模倣」の判断に当たって、裁判所が、アイデアが上記のような意味で保護に値するものであるのか否かを斟酌する。そして、保護に値すると判断した場合には「模倣」の範囲を広げることによればよいという反論があるかも知れませんが、しかし、アイデアが保護に値するものであるか否かということの判断をすることは、ものによってはそれほど簡単なものではないかもしれません。まさに、そのために日本法は工業所有権の制度、すなわち、新規に開発されたアイデアを特許庁に出願させたうえ登録する制度を設けているのでありまして、しかも登録の無効審判の制度を置いて判断の一元化を図っているのです。そうだとすると、出願、登録を要せず、ただちに裁判所に訴えて「模倣」を禁止することを求めることができる 2 条 1 項 3 号のもとで、アイデアの保護が可能であるとしてしまうと、出願、登録のインセンティブが減少し、工業所有権の制度の機能が減殺するという問題が生じます。それとともに、登録がないのでアイデアの模倣は自由であると考えた後発者に不測の損害を与えることがありえますから、競争に対する萎縮効果が生じるのではないかという懸念も払拭できません。

より限界線上の議論をするために、アースベルト事件(仙台高判平成 4.2.12 判タ 793 号 239 頁[アースベルト差戻後控訴審])の事案を例に採ってみましょう(図 参照)。判決は、2 条 1 項 3 号が問題となった事件ではありませんが、好素材を提供しているということで、その事案に限り参照することに致します。

この事件では、図面(一)の製品が原告の製品であります。これに対して、被告は順次、図面(二)から図面(六)までの製品を製造販売しておりました。

あるいは、原告製品と被告製品はよく似ているのであるから、本件のような模倣行為に関してまで 2 条 1 項 3 号の規制を及ぼすべきであると考えの方がいらっしゃるかもしれません。しかし、私は、本件は 1 で前述したデッド・コピーとは認められない例(ポッキーとラッキーの例)と何ら選ぶところはないと考え[*140]しております。なぜならば、スティック状のチョコレート菓子が

そうであるように、反射板を装着した自動車接地具というものはどうしても似てくるものであるようにおもわれます。その程度に似ているに過ぎない商品に関してまでデッド・コピーとして本号の規制対象とする場合には、結局、自動車の接地具に反射板を装着するというアイデアに排他権を認めることと同義となってしまいます。そのような帰結を正当化するためには、当該アイデアが新規かつ非容易推考性を有することが最低限、必要であり(特許法 29 条, 実用新案法 3 条), しかもその判断は特許庁を経由するルートで行うというのが法の建前であるはずで

実際に、本件では、原告は、別途、反射板を装着した自動車接地具というアイデアをクレームとする実用新案権の取得を試みたが、拒絶理由通知を受け、クレームを補正せざるを得なかったという経緯があります(本件は平成 5 年改正により実用新案に無審査主義が導入される前の事件です)。このような場合に、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号で反射板を装着した自動車接地具というアイデアに排他権を認めてしまうと、結局、前記拒絶理由通知とそれに対する補正により当該アイデアに実用新案が成立しないということが確定しているという事実を無意義なものとしてしまうこととなります。また、かりに実用新案出願がなされていないなどのためにこの種の事情が存しないとしても、2 条 1 項 3 号において当該アイデアに排他権を認めるべきか否かということを経由するルートで行うことができるとなると、特許庁経由のルートが設けられていることの意味が失われることとなります。

さらなる付加的な事情として、本件では、原告の製品(一)と被告の製品(二)から(五)までは、反射板が装着されているという点ばかりではなく、反射板の取り付け位置の調節が可能であるという点も共通していました。そして、原告は前記補正を経て、自動車接地具に取り付け位置の調節が可能な反射板を装着するというアイデアをクレームとする実用新案権の取得に成功しております。そうだとすると、このアイデアを模倣する被告製品(二)から(五)に関しては、原告製品の創作的価値の盗用を認めることは可能でありま[*141]す。しかし、だからといって、この事実は、裁判所が実用新案権ではなく不正競争防止法 2 条 1 項 3 号に基づき被告製品(二)から(五)までを規制してよいということにはならないでしょう。なぜならば、実用新案権は将来、無効審判により無効とされる可能性があるからです。裁判所がアイデアの盗用行為に 2 条 1 項 3 号の規制を及ぼす判決を下した後で、本件の実用新案権に関して後に無効審判が確定したとしますと、結局、裁判所は、実用新案の制度において保護すべきではないと帰結されたアイデアに関して排他権を認めてしまったことになり、結果的に無効審判の制度を無意義なものにしてしまうこととなります。そして、実用新案権や特許権が取得されていないために、かりにこの種の事情がないとしても、この範囲にまで保護を押し及ぼす場合には、当該アイデアを保護すべきか否かということに関して特許庁経由のルート(= 審査ないし登録制度、無効審判制度)が設けられている制度の趣旨を無意義なものとするようになります²⁾。

3 裁判例

裁判例もちらほらと出てきております。

形態に若干ですが異なるところがあるにも関わらず、2条1項3号の保護を認めた東京地判平成8.12.25知裁集28巻4号821頁[ドラゴンソード](図 参照)があります。この事件の原告と被告のキーホルダーは、若干、竜の大きさであるとか、被告の商品の方が双頭である等の点に違いがあります。しかし、従来の判例理論、特に神戸地姫路支判昭和54.7.9無体集11巻2号371頁[仏壇彫刻]に照らせば(田村善之「著作権法講義ノート」発明92巻6号(1995年)、同『著作権法概説』(近刊・有斐閣))、原告の商品の形態は著作権で保護される可能性の高い形態であります。もちろん、原告が著作権を有しているか否かということが問題となりますが、著作権でいけるということは、裁判所限りで判断して模倣行為を規制することが既に許されている領域であるということの意味するわけであります。もちろん、不正競争防止法と同じく裁判所限りで最終的な判断を行える著作権と工業所有権制度の一つに他ならない意匠権の間にも、不正[*142]競争防止法と工業所有権法と同様の緊張関係が存在しますが、とりあえず従来の裁判例の理論に従う限り(それを私は妥当とっておりますが、その話は、田村/前掲発明、同・前掲著作権法概説に譲ることに致します)、本件のような事件で不正競争防止法の保護を肯定したとしても、工業所有権に対する新たな浸食にはならないのです。

もう一つ、仮処分決定とその異議申立審とで判断が分かれた事件として、ホーキンスサンダル事件というものがあります(図 参照)。

この事件で問題となった債務者の商品は、3番目の商品以外はまさに債権者の商品そのものズバリという感じのコピー商品であり、さらに、3番目の商品を含めて、包装用の箱のデザインやロゴであるとか、商品説明書のデザインであるとか、サンダル底の刻印までもが酷似していたという事件でありました。大阪地決平成7.4.25知裁集28巻1号164頁参照[ホーキンスサンダル仮処分決定]は、サンダル自体の他、外箱、商品説明書、サンダル底の刻印を含めたものを「商品の形態」と捉えて、三つの商品全てについて債権者商品と債務者商品とは実質的に同一性を有すると判示しました。これに対して、大阪地決平成8.3.29知裁集28巻1号140頁[ホーキンスサンダル仮処分異議申立審]は、商品の容器、包装等も商品自体と一体となっていて、商品自体と用意には切り離しえない態様で結びついていない限り「商品の形態」には含まれないと判示し、本件の外箱、商品説明書等に関して2条1項3号を適用することを否定したうえで、さらに、サンダル自体についても、「債権者商品、債務者商品のサンダルは、底の高いひも付きのサンダルで、その中底(足に直接当たる部分)が足の裏の凹凸の形状に沿う形状を有するものであるが、このような形状を有するサンダルは、ドイツのビルケンシュトック社が最初に製造、販売したものであって、……『ビルケンタイプのサンダル』と呼ばれている……。そうすると、債権者商品のサンダル自体の形状は、取引社、需要者において一般に『ビルケンタイプのサンダル』と称されている商品が通常有する形態にすぎない」と判示して、不正競争防止法2条1項3号該当性を否定しました。

いわゆる部分の「模倣」の問題が絡むために複雑となりますが、その点は年[*144]報掲載の際の注に回すことにいたしまして³⁾、とりあえずサンダルだけの模倣に焦点を当てて検討したいと思います。

債権者の商品と債務者の商品とを比較する限りでは、形態同一ということで保護を及ぼしてよいでしょう。ビルケンタイプであることは一応、問題となります。判例集からはビルケンタイプの他のサンダルの形態を窺い知ることができないのが残念ですが、かりに過去に債権者の商品と同一の形態のサンダルが過去になかったということになると、デッド・コピーが行われている以上、2条1項3号の保護を認めてもよかつたのではないかと思います。ビルケンタイプにするとどうしても債権者や債務者の商品のような形態にならざるを得ないのだということであるならば別論ですが、そうでない限り、債務者の商品の形態を禁止したところでビルケンタイプのサンダルの独占を債権者に認めるということにはならないでしょう。

以上の叙述からも明らかなおと、私は、「通常有する形態」であるのか否かということを経済者の商品と債務者の商品の具体的な形態に関して吟味すべきであると考えます。異議申立審のように、債権者の商品だけを睨んで「通常有する形態」か否かということを考え、しかもその際に債権者の商品のもつビルケンタイプという抽象的な特性が過去に存在したということを経済理由に「通常有する形態」であると判断する手法だと、どうしても、債権者の商品に創作的な価値があることが要件とされがちです。このような判断の仕方は、デッド・コピーに限定するけれども、その代わり、商品の創作的価値を問うことなく、裁判所限りで迅速な保護を与えることを可能とする2条1項3号の趣旨に反しているようにおもわれます。

ひょっとすると、異議申立審は、保護の要件としてこのように高いバーを課す代わりに、いったんそのバーを越えた場合にはその保護の範囲はデッド・コピーに限らず、たとえば3番目の商品にも及ぶような広いものとなる、ということを考えているのかも知れませんが。しかし、起草過程で私が否定しようとしたのはまさにそのような制度でありました。もちろん、起草過程における一学者のたわごとと、国会を念頭におくべき立法者意思とは全く異なるものであります。「模倣」であるとか、「通常有する形態」という言葉の運用[*145]次第では、異議申立審のような取扱方が今後、普及する可能性は否定できないのかもしれませんが。実際、特許制度においては、公知技術に比して発明が進歩性を有していることを要求する代わりに、その保護は(クレーム記載の構成要件と均等の範囲内という制約はあるものの)アイデアを共通とするものに及ぶという構造になっています。異議申立審の発想は、既存の商品に比して債権者の商品にある程度飛躍した特徴が認められない限りは、債権者の商品と債務者の商品の隔たりが殆どなかったとしても、その保護を否定するというもののおもえませんが、そうだとすると、この特許制度の枠組みに似ているということが出来ます。

しかし、特許庁のように、豊富な資料を有し、専門の審査官を配する専門機関の判断を介在させる特許の制度では、特許による保護を主張されている発明と既存技術の距離を問題にする発想を取ることが予定されているとしても、裁判所限りで1から10まで判断することが予定されている不正競争防止法2条1項3号が問題となる場面では、そうではなくて、むしろ、

原告(債権者)の商品と被告(債務者)の商品の距離に焦点を合わせ、それが酷似しているのであれば、それだけで保護を認めるというような発想を採るべきなのではないでしょうか。さしたる飛躍が認められない商品をも保護する制度であるからこそ、販売開始後 3 年という短い保護期間になっているのです。その際に、既存の商品と原告の商品との距離を問題にするとしても、その隔たりに比して原告の商品と被告の商品が十分に近ければ、保護を否定する謂われはないようにおもえてならないのであります。

以上のような私の考え方の背後には、機能的知的財産法と私が勝手に呼んでいる考え方、すなわち、工業所有権制度と不正競争防止法の役割分担という視点から保護の要件や範囲を構築しているという発想が存在しますが、それを話し出すと長くなりますので(参照、田村善之〔はしがき〕同・前掲 機能的知的財産法、同「機能的知的財産法の理念」同書 2～7・14～15 頁)、本報告はここら辺りで終えることにしたいと思います。

[*146]

- 1) 細かな論点を含め、私の考え方の詳細は、田村善之『不正競争法概説』(1994年・有斐閣)、同「不正競争防止法2条1項3号における『模倣』の意義」同『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)を参照。
- 2) ちなみに、外川英明「不正競争防止法上の商品形態の模倣規制と意匠の類否判断」パテント48巻5号(1995年)と同「不正競争防止法上の商品形態の模倣規制と意匠の類否判断(質疑応答の部)」パテント48巻8号(1995年)には、意匠権の類似の範囲内に含めてよいが、2条1項3号の「模倣」には該当しないと考えるべき例が幾つか挙げられていて参考になる。
- 3) 紙数の都合上、商品の部分であったとしても、商品として販売しうるまとまりがコピーされた場合には、2条1項3号の「模倣」に該当するという立場(田村/前掲理論50～51頁、同・概説222～223頁)を前提にして、この立場の本件への当てはめに関するのみ紹介する。

まず、外箱等を含めた全体の「商品」が取引されている以上、その「模倣」ということもありうるということになるので、仮処分決定のアプローチの仕方は特に否定されるものではない。ただし、3番目のサンダルを含む「商品」に関しては、「商品」の一部であるサンダルの形態が異なるので、本文で述べたように、2条1項3号の保護は否定されるということになる。

次に、サンダル、あるいは外箱等の個別の「模倣」というものを観念することができるのかということが問題になる。

まず、外箱等については、容器、包装のみが単体で「商品」として販売されることもあるので、その「模倣」ということも当然ありえる。ただし、原告自身が外箱等をも製造しているのか、それとも何処から購入したものに過ぎないのかということを含意する必要がある。前者であるならば、部分の模倣の問題として捉え、「商品」として単体でも販売しうるまとまりがコピーされたのだから、「模倣」に該当すると判示することができた事案ということができよう。対して、後者であるならば自身が製造した商品の形態ではないので、解釈上、本号による保護を享受しないと考えるべきである。

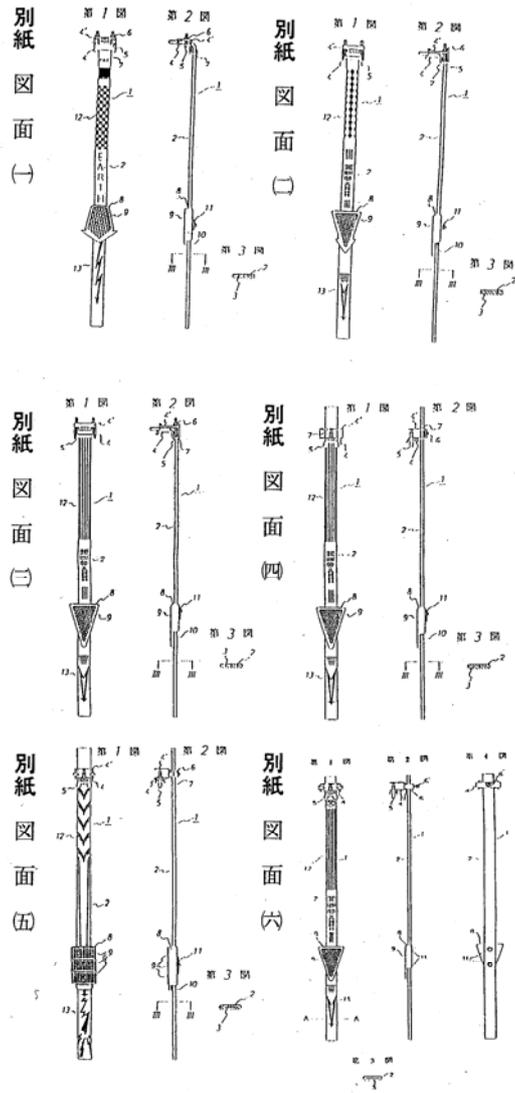
サンダルに関しては、単体として取引しうるものでありますので、これを「商品」とする「模倣」も当然ありえると考えるべきである。ただし、3 番目の商品には前述したような問題がある。

〔追記〕

本報告の後、松村信夫先生、芹田幸子先生のご好意により、ホーキンスサンダル事件の裁判関係資料に接する機会を得た。どうやら本件は、債権者の商品の形態自体、ビルケンシュトック社の商品の形態のデッド・コピー品であったようである。そうだとすれば、「通常有する形態」のところではなく、他者の商品の形態をデッド・コピーした商品の形態に基づいて 2 条 1 項 3 号の保護を享受することはできないという本号の趣旨解釈(田村・前掲不正競争法概説 225 頁)で対処すべきであったろう。ゆえに、いずれにせよ本決定の抽象論には反対であるが、その射程を大幅に限定することが許されるようにおもわれる。

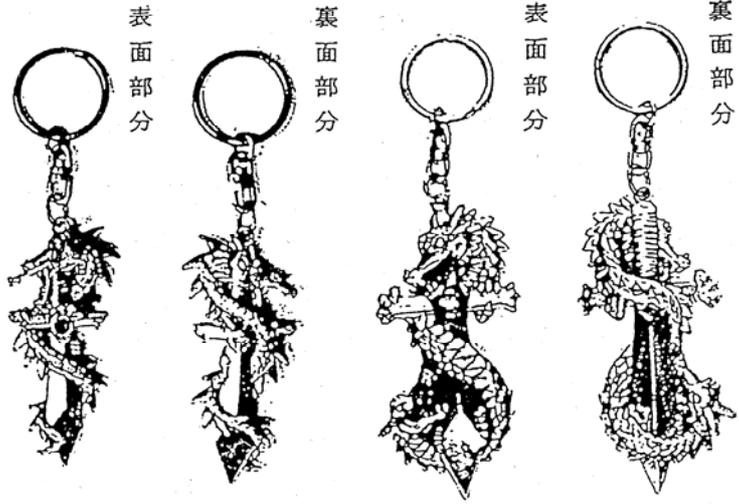
[*139]

图①



[*140]

图②



图③

