第1編　インセンティヴ支援型

第1章　　商品形態のデッド・コピーの規律
－市場先行の利益の保護－

I　　デッド・コピー規制の趣旨

不正競争防止法2条1項3号　→　1993年新設

他人の商品の模倣行為が全て禁止されるわけではない

(a) 知的財産権の保護対象にはならない創作的商品

e.g. タイプ・フェイス，新種の雑誌

(b) 審査期間に比してライフ・サイクルが短いために工業所有権による保護が大きな意義を持たない商品

e.g. アパレル商品

(c) 出願をしていない等のために工業所有権の保護を享受しない創作的商品

↓では

このように(a)(b)(c)の商品は模倣されてもその模倣行為を禁止することができないのに何故開発されるのか

↓

新たな商品を他者に先駆けて市場に置くことに利益（＝市場先行の利益）があるから

(1)市場に先行しえたタイム・ラグの期間中は，新規開発部分に関して競合するものがない状態で販売活動を行い，投下資本を有利に回収することができる

(2)他者が競合した時点においてもすでに新商品の販路を確保しているために有利に競争できる

↓よって

市場先行による利益は，新商品の開発のインセンティヴとして機能している

(1)模倣者はデッド・コピーにより商品化の時間を節約できるから，タイム・ラグが減少

(2)デッド・コピーによる模倣者は，商品化のための労力，費用を節約できる結果，複製の費用を除けば，商品化に関する投下資本を回収する必要がないために，競争後はこの点において模倣者の方が有利

(3) ヒット商品のみを模倣することが可能となる模倣者は，ビジネス・リスクを負わない

↓よって

デッド・コピーが適法ということになると，模倣者の方が先行者より有利となり，市場先行による利益というインセンティヴが失われる結果，新商品の開発が減退する

〔デッド・コピー禁止制度の具体的設計プラン〕

・趣旨：新商品の開発を促進させるため，商品のデッド・コピー行為を禁止して市場先行の利益というインセンティヴを保障し，商品化のために掛けた労力，時間，費用の回収を困難にしないようにする

・要件：三原則

(1) 規制行為＝商品のデッド・コピーに限定

∵　市場先行の利益を定型的に失わせる行為だから

それ以上の保護は，特別の要件を課した工業所有権で保護を図るべき

(2) 対象＝すべての商品　創作的価値を問わない

∵ 創作的価値の判断は微妙な場合がある
保護は3年に過ぎない（2005年改正により適用除外規定として明確化）
デッド・コピーをなした者は価値を認めているからコピーをしている

(3) 行為態様＝デッド・コピーであれば原則禁止　不正競争の目的などは不要

∵ それだけで市場先行の利益は失われているから

・どの法律でやるか：不正競争防止法

〔積極的理由〕

工業所有権の枠を超えて包括的に存在する新商品開発のインセンティヴを担保することがデッド・コピーを禁止する理由

→ その保護を享受するために出願，審査，登録という工業所有権のような手続を必要とすることは制度の趣旨に反する

〔消極的理由〕

(1) 不正競争防止法内にこのような制度を採用しても，工業所有権の保護のインセンティヴが失われることはない

→ デッド・コピーに対するものに限らず，より広い保護を受けたければ工業所有権を受ける必要があるから

(2) 先行者と模倣者の商品の同一性のみを判断すれば，それ以上に商品の創作的要素を問うまでもなく模倣を禁止する制度

→ あえて出願，審査，登録という手続きを経るまでもなく，裁判所の司法判断を受けさせても，裁判官にとって荷が勝ちすぎるということはない

デッド・コピーに限らず不当な模倣行為一般に対して保護を与えなければ意味がないという議論があるが……

しかし

(1) 行為態様をデッド・コピーに限定することにより，かえって商品の創作的価値を問わないことが可能となり，不正競争防止法による保護に適した制度となる

(2) 模倣者の主観的態様を問わず原則違法とすることができ，個別類型として要件化が可能となる

もちろん，このデッド・コピー規制に加えて，模倣者の害意等，行為態様に応じて成果の模倣行為を禁止するという類型を設けることも考えられる

↓しかし

個別の知的財産権法，民法709条の外に保護を必要とする理由を確定すべき

↓結局は

主観的態様に重きを置く制度とすることで，工業所有権制度との抵触を回避することになろうが，行為態様の限定ができないから，むしろ一般条項の導入の問題

II　商品形態のデッド・コピーに該当する要件

3号の「模倣」の意味＝デッド・コピーのこと

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。」

商品形態の酷似性を問わないとすると，本号による規律は広く商品のアイディアの保護を意味することになるが，そうだとすると被模倣商品のアイディアの創作的価値を問わずに「模倣」行為を禁止していることと平仄が合わないこととなるから

これに対して，模倣品がデッド・コピーではない場合には，原則違法の理は成立しない

無条件でアイディアを保護することにつながる。アイディアを保護するのであれば，創作的価値があるか否かを判断する必要があり，しかも，その判断には，いきなり裁判所でではなく，特許庁という専門機関を介在させるべき　→　工業所有権で保護

模倣者も一定の投下費用をかけているのであるから，被模倣者の市場先行の利益が喪失するわけではない

特に，他人の商品を分析してそこに利用されている技術を抽出したうえで，その技術に基づいて商品化した商品を販売する行為は，本制度の射程外

e.g. 取り付け位置の調節可能な反射板を装着した自動車接地具が他人の商品である場合に，これとアイディアにおいて共通する自動車接地具を製造販売しても，デッド・コピー行為ではないから，本号の規制の対象外（アースベルト事件判タ793号239頁）

e.g. 東京地決平成11.9.20判時1696号76頁［e-one］

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］	デッド・コピーを肯定
東京高判平成10.2.26知裁集30巻1号65頁［同控訴審］	デッド・コピーを否定
大阪地判平成10.9.10知裁集30巻3号501頁［小熊タオルセット］	デッド・コピーを肯定

ただし，このような行為について，デッド・コピーとは全く別個の観点から民法709条の不法行為が成立することはありえる

e.g. 東京地判昭63.7.1判時1281号129頁［チェストロン］
デッド・コピー品ではない模倣品の製造販売行為に対して，開発者である原告を欺罔して販売を控えさせたうえで模倣品の開発を行っていたという点に着目して，不法行為を認める

III　適用除外

1.　不可欠な形態（2条1項3号括弧書き）

競争上不可避的形態

e.g. VHSテープの形態

∵　デッド・コピーを違法とすることはソフトの競争を廃するということに繋がり，ハードにおける支配力がソフトに及ぶことを容認する

∵　たとえ形態について先行者の創意工夫がなされているとしても，その場合に問題とされるのはアイディアの抽出行為なのであって，デッド・コピー自体ではない→だとすれば，違法か否かの確定には商品の創作的要素の有無を問題にしなければならないから，デッド・コ

ピー規制ではなく工業所有権制度で決着

2005年改正前は、「通常有する形態」として規定されていたが、改正により「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」とされた。

・ 裁判例では，「通常有する形態」という要件をもって，同種の商品からそれなりの飛躍が認められない限り，保護を否定するという趣旨の要件であると捉える見解を採用するものがある
東京地決平成9.11.14判例集未登載［バーコードリーダー］
東京高決平成10.3.19判例集未登載［同抗告審］

2. 商品の善意無重過失取得者（19条1項5号ロ）

デッド・コピーをなした者の手を離れて商品が転々流通する場合，デッド・コピー商品であることについて善意無重過失で商品を取得した者の販売行為はセーフ

3. 最初に販売されてから3年を経過した商品のデッド・コピー（19条1項5号イ）

・ 投下資本回収に必要な期間経過後の行為に対しては，これを禁止すべき理由はない
・ 当該商品の投下資本回収に必要な期間などを定めると，何時まで差止めを食らうのかわからず，萎縮効果が大きい
・ 同じく物品の形態を保護する意匠権の出願のインセンティヴが減退することのないように意匠権の存続期間（20年）よりも短く，しかも短ライフ・サイクルの商品のために意匠の審査期間（現在，通常は約2年余り）よりは長く → 3年に
・ 保護期間の起算点は、日本国内における最初の販売（2005年改正により明確化）

IV 効果

差止請求 3条
損害賠償 4条 侵害者に故意または過失があることが必要
請求権者 ＝ 「営業上の利益を侵害される者」（3条，4条）
＝ 商品化した者と解すべき

〔積極的理由〕
デッド・コピー禁止条項により保護すべきは，商品化した者であるから

〔消極的理由〕
不正競争防止法上の地位は譲渡しえないので，デザイナーを請求権者にしておくと，折角，本制度を設けても，商品化に成功した商品の製造，販売業者は他人に対して差止めを請求しえないということになり，本制度の趣旨が全うされない

〔反射的メリット〕
ライセンス契約はあくまでも当事者間での契約であるから，差止請求権を行使しうる者が多数ある場合，その一からライセンスを得たとしても，他の者から差止を請求されるということになり，ライセンスされたものを利用できない

↓したがって

投下資本回収のためにも，また価値のある商品形態の普及という観点からも商品形態に関するライセンス取引が円滑に行われるために，請求権を行使する者を明確かつ単純化せしめる必要がある

第2章　営業秘密不正利用行為の規律
－秘密管理体制の保護－

I　趣旨

営業秘密（trade secret，ノウハウ）　不正競争防止法2条1項4～9号
　→不正競争防止法の1990年改正で導入された

企業が開発する成果の中には……

- 市場に出ている商品を分析してもその内容を知ることが困難であるために，とりあえず秘密にさえしておけば工業所有権を取得しなくとも模倣から免れることができる成果（香水，コカコーラ，ラーメンのスープ，ケンタッキーの味付け）
- 極めて模倣されやすかったり，模倣を発見することが困難であるなどのために，登録による公示制度を前提とする工業所有権法の保護に馴染まない成果（上に同じ）
- そもそも工業所有権の保護とは無関係の成果（顧客名簿，接客マニュアルなど）

ライバル企業からのスパイ行為から完全に秘密を守ることは不可能
↓そこで
秘密管理という成果開発のインセンティヴを法的に担保するためには，開発者が相応の努力を払った秘密管理体制を突破しようという行為を禁止する必要がある

1990年改正前の営業秘密防御手段
　法定競業避止義務（株式会社の取締役に対する会社法356条1項1号の規律等）
　従業者やライセンシーとの秘密保持契約，競業避止契約の締結
　↓しかし
　法定の競業避止義務は少ない
　契約による保護は，相手方から秘密情報を取得した第三者の不正行為に対してまで契約の効果を及ぼすことはできない
　↓そこで
不正競争防止法による差止規定を新設

II　要件

1. 営業秘密

(1) 秘密管理性

- 秘密として管理されていないような情報は遅かれ早かれ他に知られるところとなり，企業の優位性は失われることになるから，あえて法的に保護する必要性に乏しい
- 管理されていない情報は自由に流通し，諸々の情報が混入し，その出所源が不明となる場合が少なくない

∴　法的保護を欲する者に秘密として管理する相応の自助努力を促すとともに，保護されるべき情報

を他のそうでない情報と区別して法的保護を欲していることを明示させるために，保護の要件として秘密管理性を要求

↓

肯定例：パスワードで管理，プリントアウトも制限
（東京地判平成11.7.23判時1694号138頁［美術工芸品］）
否定例：机上に置かれており社員が自由に閲覧しうるファイル
（東京地判平成11.5.31判不競1250ノ18ノ12頁［化学工業薬品］）

(2) 非公知性

(3) 有用性

脱税や贈賄の情報や，経営者のスキャンダラスな情報など，企業が秘密として管理している非公知情報には，成果開発のインセンティヴのための法的保護という観点とは全く関係のない情報も含まれているから

ただし，ネガティヴ・インフォメーション（新薬開発過程において効能，副作用等の点で結局医薬品たりえないことが分かった化合物に関する研究データなど）

↓

情報を入手した者が労力，時間，費用を節約できるから，有用性の要件を満足する

2. 不正利用行為

営業秘密の利用行為が全て禁止されるというわけではない

- 秘密管理という成果開発のインセンティヴを保証するという営業秘密保護法制の趣旨からして，秘密の管理体制を突破する行為，あるいはそのような突破行為を利用する行為のみを禁圧すれば足り，同じ情報を独自に取得した者に対しては，規律は及ばない
- 情報の自由な流通を妨げないために，秘密の管理体制を突破する行為を利用する行為であっても，何らかの主観的要件があって初めて不正競争行為として禁止される

(1) 不正取得者の不正利用行為

営業秘密を利用して製造された市販の製品を分析するという手段（リヴァース・エンジニアリング）によって，営業秘密に係る情報を探知する行為は，セーフ

(2) 正当取得者の不正利用行為

営業秘密の取得行為自体は正当になされたが，そのように正当に取得した営業秘密を不正に利用する行為を対象

e.g. 企業からライセンス契約により製品の製法に関する営業秘密であるノウハウを開示されて製品を製造するライセンシーが，他の企業にそのノウハウを開示してしまう

e.g. 企業から営業秘密であるノウハウを開示された製造担当従業員等が，ライバル企業にそのノウハウを開示してしまうなど

↓

これに対して

e.g. 従業者が在職中に開発したノウハウや，自ら収拾した顧客情報は，それらの情報が企業の下で秘密管理されている場合であっても，企業が「示した」情報ではないので，従業者の不

正利用行為に対して少なくとも本号の規律は及びえない

↓しかし

このような情報についても，企業と従業者の間の契約で従業者の秘密利用行為に制限を付すことにより，企業は従業者に対して契約責任を追及することができる

(3) 悪意重過失転得者の不正利用行為

8号括弧書きにいう秘密を守るべき法律上の義務には，契約上の守秘義務をも含む

↓よって

従業者から示されたものであるために従業者に対する関係では7号の保護を受けえない営業秘密に関しても，従業員と秘密保持契約を締結しておけば，この契約上の債務の不履行に第三者が加担した場合には，8号違背を問いうるので，差止請求が可能

(4) 事後的悪意重過失者の不正利用行為

19条1項6号と合わせて把握すべき

III　適用除外

(1) 取引による善意取得者の利用行為（19条1項6号）

保有者A ―― 不正取得者B ―ライセンス契約― 善意無重過失取得者C

BC間において使用に関してのみ3年間のライセンス契約が締結されていたとすると，Cが3年の間，営業秘密を使用する行為は取引の権原内の行為であるから，Aはこれを差し止めることはできない

しかし，Cが3年を超えて使用するとか，3年内であっても営業秘密を開示する場合には，取引の権原を超えているから，その時点でCが悪意重過失であればAは2条1項6号に基づき，Cの行為を差し止めることができる

(2) 消滅時効（15条）

営業秘密の利用行為が長期間継続している場合に，そこで生成された事実状態を保護

IV　効果

差止請求（3条1項）

損害賠償（4条）

請求権者 ＝ 「営業上の利益を侵害される者」

＝ 秘密管理者と解すべき

2003年に刑事罰が新設され、2005年に改正された（21条）

V　特許制度との関係

技術保護法制として特許制度の他に営業秘密の保護制度を設ける趣旨

〔消極的理由（特許制度と抵触しないか）〕

営業秘密の保護は独占権を付与するものではなく，秘密管理体制突破行為に対する保護に過ぎない

営業秘密の保護は情報が秘密ではなくなった場合には及ばない

∴　特許発明を取得した方が有利となる点が少なくないから，営業秘密の保護が存在することにより出願に対するインセンティヴが失われるということはない

〔積極的理由（特許制度とともに営業秘密の保護制度を設ける理由）〕

特許を受ける要件を満足しないか，極めて模倣が容易なために特許出願をなして公開されると侵害行為が横行するために秘密として管理せざるを得ないような場合がある

↓これらの場合には

秘密とすることにより競争者よりも優位に立つことを目指して技術上の情報の秘密管理が行われる

↓したがって

秘密管理は，特許によるインセティヴ形成が十分機能しない場面において，技術開発のインセンティヴとなっている

↓ゆえに

特許制度とは別に，情報を秘密管理している者を秘密管理体制突破行為から保護する制度を設けることに意味がある

VI　その他の問題

7条1項　一般的な文書提出義務があるが，但書きにより，「正当な理由があるとき」はこれを免れる

営業秘密が含まれている場合→正当な理由を肯定する方向に斟酌される

↓

もっとも，本当に営業秘密なのか否か裁判所が判断する必要がある

→　インカメラ手続き　裁判所限りで審理　7条2項

相手方の手続保障　7条3項（2004年改正）　訴訟代理人限りの開示も可能

しかし，要件を証明しようとする場合にはインカメラ手続は使えない

(1)　積極的に営業秘密を開示せざるを得ない→　相手方にさらに営業秘密が知られてしまう

(2)　憲法82条1項により裁判は公開される→　一般に営業秘密が公開されてしまう

→最悪，公知となり，差止に関する限り，営業秘密の保護が否定されかねない

⇒　2004年改正

(1)への対策　当事者等，訴訟代理人等に対する秘密保持命令　10条

（各種知的財産法でも同旨の改正）

(2)への対策　当事者尋問等の公開の停止　13条

（特許法・実用新案法でも同旨の改正）

「公の秩序又は善良の風俗を害する虞」に当たる場合に非公開を認める憲法82条2項を根拠とする

第3章　商品等主体混同行為

I　制度の趣旨 不正競争防止法2条1項1号

他人の周知な表示と類似の表示を使用して需要者を混同させる行為
＝ 表示に化体した他人の信用(good-will)にフリー・ライドして顧客を獲得する行為
↓ これを許容すると
・商品ないし営業の質を改善して信用を化体する努力をなすインセンティヴが失われる
・表示が特定の者を示す機能を失い取引秩序の維持が図られなくなる

〔登録商標制度との関係〕
・商標登録がない場合にも，有意な混同が起こる場合に表示の保護を否定すれば，需要者の混同が放置される
・具体の信用を保護するという観点からは，全国的に表示を使用する意図がない等の理由により，特に商標登録を受ける必要のない営業者，あるいは他人に登録商標を取得されているために商標登録を有していない営業者を保護する必要も見逃せない
・周知性のある範囲で保護するに過ぎないから，あえて商標を登録させて権利を公示する必要はない

II　要件

1. 周知性

(1) 周知性の範囲

(i)　地域的範囲

どの程度，広範な地域において「需要者の間に」広く認識されていることが必要か

東京地判昭和51.3.31判タ344号291頁［勝れつ庵］
横浜市のとんかつ料理のチェーン店Xが「勝烈庵」という営業表示を使用しているところ，横須賀市のとんかつ料理店Yが「勝れつ庵」という営業表示を使用したので，旧法に基づき差止めを請求したという事案において，裁判所は，原告の「勝烈庵」の表示は横浜市を中心とするその近傍地域において周知であったと認定して，請求を認容

横浜地判昭和58.12.9無体集15巻3号802頁［かつれつあん］
同じく横浜市の「勝烈庵」が，鎌倉市大船の「かつれつ庵」および静岡県富士市の「かつれつあん」に対して差止等を請求した。しかし，判決は，鎌倉市大船においては原告の営業表示「勝烈庵」を周知であると認めたが，静岡県富士市においては周知であるとは認めなかった。その結果，大船の「かつれつ庵」に対する請求は認容されたが，富士市の「かつれつあん」に対する請求は棄却された

以上のように，
・周知性は一定の地域において知られていれば足り
・また，その保護の範囲は周知である地域にのみ及ぶ
と解されるとすると

→ 商品等表示が示す商品等主体の側が1号に基づく請求をなす場合に主張，立証する必要があるのは，類似表示の使用者の営業地域における周知性だということになる

(ii)　顧客層

どのような人間の範囲で表示が広く知られている必要があるのか

東京地判昭和49.1.30無体集6巻1号1頁［ユアサ］
原被告ともに総合商社である場合に取引者らにおいて広く認識されているということを認定するのみで請求を認容

東京地判昭和42.9.27判タ218号236頁［アマンド］
東京地判昭和47.11.27無体集4巻2号635頁［札幌ラーメンどさん子］
逆に直接消費者を相手にするような洋菓子店やラーメン店の事件で一般消費者における周知性を認定して，請求を認容

裁判例の扱いは妥当

∵ ・取引者を相手にする企業同士の争いで，消費者に対する周知性を要求することは，取引者における混同を放置することになる
・直接，消費者を相手にする企業同士の争いであれば，消費者における混同が問題となっているのであるから，消費者に対する周知性が必要となる

より狭い範囲の顧客層での周知性が問題となる場合も……

札幌地判昭和59.3.28判タ536号284頁［コンピュータランド北海道］
被告がパソコン等の小売販売をなしている場合に，メーカーや販売業者とパソコンを購入しようとする者の間で広く認識されているということを認定するのみで請求認容

名古屋地判昭和51.4.27判時842号95頁［中部機械商事］
被告がモノフィラメント製造装置の製造販売業をなしていた場合に，機械の取引に関与する商社や機械を使用するプラスチック加工業者の間で広く認識されているということを認定するのみで請求を認容

大阪高判昭和38.2.28判時335号43頁［松前屋］
京都市内において高級昆布の製造販売を営む原告の商号「松前屋」は，一部好事家を除いては，昆布の販売業を営む被告の営業地域である大阪市において被告の顧客である一般大衆に広く認識されているとは認めがたいとして請求を棄却

→ したがって，周知性の及ぶ顧客層という問題においても，周知性を認定する必要があるのは，類似表示の使用者の顧客層ということになる

〔(1)の結論〕

周知性という要件は……
類似表示使用者の商品または営業の需要者の間で，他人（＝商品等主体）の商品または営業表示が広く知られていること，という要件として機能する
↓
新法における「需要者」は，類似表示使用者の商品ないし営業の需要者のこと

(2) 周知性の程度

有意な混同がある限り，これを防止すべきである

東京地判平12.6.28判時1713号115頁［LEVI’S弓形ステッチ］

一般消費者を対象とした調査で、「501」という標章を示されて出所をリーバイスと答えた者の割合が16.6%という調査結果があった事案で、周知性を肯定した。

↓　この事件をどう考えるか？

被告商品であるジーンズの購買層における回答率はより高率となったのではないかということに留意する必要がある。

一般論を言えば、10%を超える程度の認知度でも周知といってよいのではないか。

例・札幌のラーメン店　　より高率を必要とする説をとると、保護される店は5店ほどに限られてしまい、過度に混同行為が放置されることになりかねない。

(3) 周知性の要件の機能

有意な混同が生じるのにも拘らず，周知性がないために請求が否定されることはない

e.g. 零細な大衆食堂の例

→それでは意味がない要件なのか？

↓

保護されるべき混同の可能性を判別するためのバーを予め設定しておくという機能

e.g. 山口県と北海道とで同じ表示の大衆食堂がある場合

2. 類似性

(1) 類似とされた例

- 「ORIGINS」と「ORIGISON」
- 「フシマン株式会社」と「K. K. Fushiman VALVE」
- 「株式会社中部化学機械製作所」と「中部機械商事株式会社」
- 「マクドナルド」と「マックバーガー」
- 「ASAHIBEMBERG」と「Asoni Banbarq」
- 「NESCAFE INSTANT COFFEE」の図案と同様の特徴の「NEW CASTLE INSTANT COFFEE」

(2) 類似性の判断基準

最判昭和58.10.7民集37巻8号1082頁［日本ウーマン・パワー］

(i)　「マンパワー・ジャパン株式会社」と「日本ウーマン・パワー株式会社」を類似と認定

(ii)　類似性の判断基準について

「取引の実情のもとにおいて，取引者，需要者が，両者の外観，呼称，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」と判示

(iii)　具体的な当てはめとしては

「「マン」という英語は人をも意味し，「ウーマン」を包含する語として知られており，……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」と述べて類似性を肯定

表示自体の区別は付くとしても，同一の出所からのシリーズ商品ではないかと誤認されるような表示や，関連会社を出所とするのではないかと誤認されるような表示

e.g.「玉盛シンセン」と「強力シンセン」
「株式会社明治屋」と「株式会社池袋明治屋」
「新阪急ホテル」と「東阪急ホテル」

(3) 類似性の要件の独自の意義

普通名称には至らないが，双方の表示に共通する部分が独占を認めるべきではない部分である場合，共通部分は要部ではないとか，それのみでは識別力がないなどということを理由に類似性が否

定されることがある

e.g.「潮見温泉旅館」と「潮見観光ホテル」
「火の国観光ホテル」と「ニュー火の国ホテル」
「日本印相学会」と「日本印相協会」
「ニッポン放送」と「ラジオ日本」
「柏皮膚科」と「柏東口皮膚科・内科」

3. 混同のおそれ

表示の混同 ＝ 他人の表示と自己の表示が混同されるという意味での「混同」

商品ないし営業の混同 ＝ 表示自体は混同されないとしても他人の商品や営業と自己の商品や営業が混同されるという意味での「混同」

出所の混同（狭義） ＝ 商品や営業が混同されないとしてもその出所が同一であるという意味での「混同」

出所の混同（広義） ＝ 別個の出所であるが関連するところから出ていると誤信する場合

・広義の混同といえども，他人の信用を利用することに変わりはない

∴ 2条1項1号の混同には広義の混同をも含むと解すべきである

東京地判昭和41.8.30下民17巻7=8号729頁［ヤシカ］
大衆向きの低廉なカメラにつき「ヤシカ」という商品表示を用いている株式会社ヤシカが，化粧品およびその営業について「ヤシカ」「ヤシカ化粧品会社」などの表示を用いている企業に対し，差止請求を提起したという事案において，ヤシカが著名商標であること等を理由に，被告の商品は原告の製品か少なくとも原告の系列会社の製品であるとの印象を一般に与えると広義の混同を認定し，請求を認容

最判昭58.10.7民集37巻8号1082頁［日本ウーマン・パワー］
混同を生ぜしめる行為は，同一営業主体として誤信する行為のみならず，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

最判昭59.5.29民集38巻7号920頁［フットボール・シンボルマーク］
混同を生ぜしめる行為には，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，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する，と判示

最判平成10.9.10判時1655号160頁［スナックシャネル］
混同のおそれを肯定

東京地判平成10.3.13判時1639号115頁［高知東急］
東急グループのなかに東急Bunkamuraの事業があること等を理由にグループ所属のタレントと誤認すると判示

もっとも限界はある
東京地判平成6.10.28判時1512号11頁［泉岳寺］，東京高判平成8.7.24判時1597号129頁［同控訴審］
都営線の駅名に利用された例。寺院との混同のおそれを否定

III　適用除外

1.　概観

〔適用除外行為〕	〔効果〕
商品ないし営業の普通名称（19条1項1号）	請求棄却
自己の氏名の使用（19条1項2号）	請求棄却（混同防止表示付加請求）
表示の先使用（19条1項3号）	請求棄却（混同防止表示付加請求）

2.　普通名称・慣用表示（19条1項1号）

(1)　具体例

「トイレットクレンザー」（東京高判昭和38.5.23不正競業判例集562頁）

「つゆの素」（名古屋地判昭和40.8.26判時423号45頁）

商品名があまりにも広く知れ渡った結果，普通名称となる場合もある

e.g.「アスピリン」

企業努力によりこれを防いだ例

e.g. XEROX，WALKMAN

(2)　適用除外の趣旨

普通名称は周知性を取得することはなく，また，混同することもないという説明

↓　しかし

それならば，周知性や混同のおそれを問題にすれば足り，あえて普通名称の適用除外の規定を設ける理由はない

普通名称を適用除外とするのは，たとえ周知となり混同のおそれがあるとしても，特定人に使用の独占を認めるべきではないから

e.g.　てり焼きバーガー

鹿児島地判昭和61.10.14判タ626号208頁［黒酢］

江戸時代より家業として製造販売されてきた醸造酢である天然米酢についてこれを色にちなんで「くろず」と呼称して健康食品として製造販売することを思い立ち，昭和51年より「坂本のくろず」および「薩摩黒酢」の商品名で製造販売する申請人会社が，昭和57年あるいは昭和59年頃から「本黒酢」あるいは「九州玄米くろ酢」「玄米くろず」」「さつま玄米黒酢」なる商品名で米を原料とする醸造酢を製造販売する四社を被申請人として，旧法1条1項1号に基づきこれら名称の使用の差止めの仮処分を申請したという事件で，言語構成上，性状，品質，機能を説明的に表現するものは，誰が最初にそれを使用しはじめたかを問わず，普通名称と認めるべきであると説示したうえで，「くろず」という呼称は黒味を帯びた食酢性状を表現する普通名称であると認定して，適用除外を認め，申請人の旧法1条1項1号（新法2条1項1号）に基づく申請を却下

3.　自己氏名使用（19条1項2号）

(1) 適用除外の趣旨

取引の便宜

人格権の発露

(2) 法人の名称

一般には，会社名は19条1項2号の適用除外を受けられないと解されている

理由：・法人の名称は生来のものではなく自ら選択して決定することができる

・適用除外を認めると，他人の周知表示と類似する名称をもった法人の設立が多発するおそれがある

・いずれにせよ，不正の目的があると認定することにより妥当な解決を図ることができるという反論はありうるが，そうすると企業同士の争いで常に不正の目的の認定が必要となってしまい，主観的要件を問うことなく不正競争行為と認めることにした2条1項1号の趣旨が潜脱される

ただし……

このことは「自己」に法人が当たらないということを意味するに過ぎず，およそ法人の名称であれば，「自己の氏名」に該当しないなどと考える必要はない

e.g. かりに「スーパーのイケダ」が有名となった場合で，「池田」さんという人が個人で経営している「池田八百屋店」が有限会社であった場合

静岡地判浜松支判昭和29.9.16下民5巻9号1531頁［山葉楽器］

「ヤマハ」という商品や営業表示で知られている日本楽器製造株式会社が原告となって，その創業者の長男である山葉良雄が代表取締役に就任している「山葉楽器製造株式会社」に対して，旧不正競争防止法1条1項2号（新法2条1項1号）に基づき，その商号の使用差止めおよび抹消登記手続きを請求した事件で，自然人と法人である株式会社とは別個のものであるから，山葉楽器製造株式会社が，山葉という名称を使用することは氏名権の行使とはいえないとして，適用除外に該当しないと帰結し，原告の請求を認容

(3) 混同防止付加表示請求（19条2項）

4. 先使用（19条1項3号）

周知表示が出現する以前から，継続して表示を使用している者の保護

(1) 適用除外の趣旨

類似表示使用者の予測可能性の確保

類似表示使用者の商品，営業の需要者の混乱を防ぐ

(2) 「先」使用の意味

先使用が問題となる類似表示使用者の地域で周知となるより以前に使用していればOK

大阪高判昭和59.3.23無体集16巻1号164頁［少林寺拳法］

昭和22年来，原告が主として香川県多度津市で拳法指南事業に用いてきた「少林寺拳法」等の表示は，映画やテレビに採り入られた結果，昭和31年末には全国的に周知となった。これに対して，被告は，昭和27年頃から大阪市内において拳法指南につき「不動尊少林寺拳法」等の表示を用いている。判旨は，被告は原告の表示が周知になる以前から「善意」に該表示を使用してきたと認定して，適用除外を認めて原告の差止請求を棄却

〔問題〕Aが大阪で，Bが東京で「甲」という名称で営業していたところ，それぞれ全国的に周知となった場合

・A が大阪で，B が東京で「甲」を使用することはできるか？

・A が東京で，B が大阪で「甲」を使用することはできるか？

・名古屋で「甲」を使用することができるのは A か B か？

(3) 不正競争の目的のないこと

予測可能性を保証する必要がない場合に，適用除外を認めないための要件

単なる悪意ではない

他地域で表示が使用されていることを知っていたとしても……

・他人が自己の取引圏に営業圏を拡大するという事態を予想できない場合であって

・当該表示を使用することに何らかの正当な理由を有している場合には

→ 適用除外を認めてよい

〔虫食い穴が生じるという問題〕

地域的に限定して先使用が認められる結果，全国的に同一の商標を使用したいという企業の利益を図ることが困難になる場合がある

↑

不正競争防止法に頼るのではなく，商標登録を得たうえで全国展開すべき

(4) 混同防止付加表示請求（19条2項）

先使用者の継続使用を認めつつも，需要者の不利益を防止するための措置

↓

もっとも，完全に混同を防止するような表示を要求することはできない

∵ 継続使用を認めた趣旨に反するので

IV 効果

1. 概観

あるべき財産状態への回復

→損害賠償請求（4条）

逸失利益額を侵害者の侵害物譲渡数に利益額を乗じた額と推定する規定（5条1項）
不正競争行為による利益額を損害額と推定する規定（5条2項）
少なくともライセンス料相当額を常に損害額とする規定（5条3項）

現在の不正競争行為の停止
→差止請求（3条1項）　看板の撤去などの措置（3条2項）

将来の不正競争行為の抑止
→差止請求（3条1項）　類似表示を印刷する原版の廃棄など（3条2項）
間接強制（民事執行法172条1項）
→不正競争行為に対する刑事罰（21条）　法人重課（22条）

2. 請求権者

(1) 営業上の利益の侵害　差止めや損害賠償請求の要件

〔論点1〕

SONYと松下と日立の小売店が競争している地域に，SONYの看板を掲げた不正競争行為が現れた場合，松下や日立はこれを訴えることができるか？

→SONY は不正競争行為者に表示を使用させてもよく，させなくてもよい

∴　松下や日立の不利益は法的に保護されている不利益ではない

〔論点2〕

・混同されることにより顧客を奪われるおそれ→競業関係がない場合には？
・混同されることにより信用を失うおそれ→侵害者の商品，役務が粗悪でなければ？

そこで……
より一般的な不利益を認めようという理論＝稀釈化(dilution)理論
稀釈化＝商品（営業）と表示の1対1対応が崩れるという不利益
→　宣伝広告力，顧客吸引力が幾分かは減殺される

e.g.　東京地判昭41.8.30下民集17巻7=8号729頁［ヤシカ］
最判昭59.5.29民集38巻7号920頁［フットボール・シンボルマーク］

混同のおそれがある限り，これを放置すべきではない
↓　したがって
混同のおそれがあれば常に不利益を認めることが可能となる稀釈化理論に与すべき

(2) 不正競争防止法上の差止請求をなす地位を移転できるか

否定説

札幌高決昭56.1.31 無体集13巻1号36頁［バター飴容器］

周知の商品表示である容器を使用してバター飴を販売していた北誉が破産した後に，この「意匠」を「譲受け」，同様の容器を使用してバター飴を販売しているロマンス製菓と浜塚製菓が，不正競争防止法に基づき，ステンレス製容器を使用してバター飴を販売しているナシオを訴えた仮処分申請事件で，この容器が申請人の商品であると広く認識されるに至っているということはできないと判示して，申請を却下した原決定を維持

↓

ただし，承継が認められたかのように見える事件も……

個人企業の法人成り（東京地判昭和40.2.2不正競業法判例集718頁［山形屋］）

営業譲渡がある場合（東京高判昭和48.10.9無体集5巻2号381頁［花ころも］）

学説には，より広く「周知表示の承継」というものを認める見解がある

↓ しかし……

対抗要件等の法規制がないところ，このように単なる契約で不正競争防止法上の保護を受ける地位というものの移転を認めると，二重譲渡の事例をどのように規律するのか？

↓ そもそも

誤認混同されている信用の移転とは別個に何らかの権利を移転したい者には，商標法が用意されている

※商標権の移転においては登録の移転が効力要件（商標法35条・特許法98条1項1号）

→ 信用とは別個に何らかの権利の移転をしたいのであれば登録をして商標法に身を委ねることを法は予定している

ただし……

営業譲渡を受けた場合など誤認混同から保護されていた信用の主体となった場合

独自に周知性を獲得した場合には，1号の保護を受けうる

↓

そうすると，バター飴容器事件の解決は？

(3) ライセンス契約について

不正競争防止法違反行為を訴える権利の移転 ×（上述）

↓

それでは，不正競争防止法違反行為を訴えないという契約をすることは？

→可能である（当事者間の問題なので契約自由の原則）

一般の表示のライセンス契約 ＝ 法的にはこの請求権の不行使契約

e.g. フランチャイザー（本部）とフランチャイジー（支部）

・営業を開始したフランチャイジーは自らも信用の主体となるから，自らと顧客圏が重なる第三者が表示を使用する場合には，不正競争防止法違反行為の差止請求が可能

（福岡高宮崎支判昭和59.1.30判タ530号225頁［ほっかほか弁当］）

e.g. 札幌店は敵の札幌店を訴えることができる

・当該フランチャイジーと顧客圏が重ならない範囲において第三者が表示を使用する場合には，当該フランチャイジーは1号にいう混同の対象である「他人」ではなく差止請求は否定される

e.g. 札幌店は敵の鹿児島店を訴えることはできない

↓

・いずれの場合においても，フランチャイザーは「他人」に当たるので，差止請求が可能

（東京地判昭和47.11.27無体集4巻2号635頁［札幌ラーメンどさん子］）

e.g. 本部は敵の札幌店も鹿児島店も訴えることができる

フランチャイジーも訴権を有すると解すると……

フランチャイジーがフランチャイザーあるいはその系列店を訴追することができるのかという疑問あり

← しかし，これは不正競争防止法の解釈として処理せずとも，ライセンス契約の解釈として処理すれば足りる

なお……

1号の行為に対する訴権者が信用の形成者に限られる結果，彼がライセンスすると，あるいはライセンスまではなさないものの違反行為を放置しておくと，混同が解消しないという問題がある

↓ しかし

投下資本回収手段の一である信用が化体された表示のライセンスを一般的に否定するわけにもいかないので，訴権者をむやみに拡大すべきではない

↓

混同により品質も誤認するような事態に陥った場合には，事情によっては2条1項13号違反を問うことで対処すべき

V 商品形態と不正競争防止法2条1項1号

1. 商品形態の周知表示該当性

不正競争防止法2条1項1号 → 商品等表示の具体例として，容器，包装を挙げる

通常は商品に付された商品名等が出所を識別する機能を果たすので……

→商品名等とは別個に商品の形態が出所を識別する表示として機能することは少ない

しかし……

商品の形態が他の同種の商品と比較して特異であり，それが宣伝，広告された場合には，2条1項1号の保護を受けうる

e.g. 東京地判昭和48.3.9無体集5巻1号43頁［ナイロール眼鏡枠］

e.g. 大阪地判昭和61.10.21判時1217号121頁［マイ・キューブII］

2. 技術的形態除外説と調整不要説

(1) 問題の所在

・特許権　　出願・審査・登録が必要

新規性・進歩性を要求（29条）
存続期間は出願から20年（67条）

・実用新案権　出願・登録が必要
新規性・非容易創作性を要求（3条）
存続期間は出願から10年（15条）

・意匠権　出願・審査・登録が必要
新規性・非容易創作性を要求（3条）
存続期間は設定登録から20年（21条）

→不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の保護がこれらの法制度のバイパスとなってしまうのではないか
・出願のインセンティヴ
・要件の限定
・存続期間の限定

(2) 技術的形態除外説

商品形態が特定の出所を識別するに至ったとしても，その形態が商品の技術的機能に由来する必然的な結果であるときは，同号の商品等表示とすることはできないとする見解

東京地判昭和41.11.22判時476号45頁［組立式押入タンスセット］

技術は万人共有の財産であり，ただそのうち新規独創的なものに特許権，実用新案権が付与され，特定の人に存続期間を限って独占を許すことがあるにすぎない。もし技術的機能に由来する商品の形態を商品表示として不正競争防止法の保護を与えるときは，この技術を特許権等以上の一種の永久権として特定の人に独占を許す不合理な結果を招来すると判示。セットの形態は商品本来の技術的な機能から必然的に由来した結果にほかならないとして，保護を否定

東京地判昭和52.12.23無体集9巻2号769頁［伝票会計用伝票I 一審］

伝票会計用簿記帳に綴じ込み可能な伝票の形態について保護を否定

(3) 調整不要説

東京高判昭和58.11.15無体集15巻3号720頁［伝票会計用伝票I 控訴審］

両者の競合を排除する規定がなく，また，特許権等の保護法益が，技術的思想の創作であるところ，不正競争防止法の保護の対象は，営業活動における企業の信頼性ないし商品の需要吸引力であり，両者は，その保護の対象，保護法益，要件を異にする。くわえて，営業活動と企業努力の継続を要件とする不正競争防止法の保護は，技術的思想に関する永久権の設定とはいえない

(4) 検討

技術的形態除外説の欠点

何故，工業所有権の価値判断を優先して不正競争防止法の保護を否定しなければならないのか，その論理が示されていない

↓

商品の形態はまさに意匠権の保護の対象そのものであるから，調整が必要ならば，およそ商品

の形態の保護の要否の問題は意匠権の存否で決すべく，不正競争防止法の保護はこれを完全に否定するというのが論理的な帰結のはず

→調整不要説が妥当

3. 競争上似ざるを得ない形態等の商品表示該当性

工業所有権との調整は不要であるとしても……

不正競争防止法2条1項1号に内在する問題として考えると

同号は，商品の販売自体を禁じるわけではなく，複数の出所が存在することを前提に，その間に誤認混同を生ぜしめる出所識別表示が付されることを禁じる趣旨であり，商品間の競争が行われることを前提にしているのではないか

↓ そうだとすれば

技術的制約その他の理由により，市場において商品として競合するためには似ざるを得ないところの差止めを認容してしまうと，それは差止権者以外，その商品を販売することができなくなることを意味するから，商品の出所識別表示ではなく，商品自体を保護することになり，同号の趣旨に悖る

↓ すると

かように似ざるをえないものは同号の出所を識別する商品表示には該当せず，1号の差止請求は否定されるべきであると解すべきである

もちろん……

似ざるをえない商品の形態であっても，何らかの理由により一社が独占的に製造販売していたために信用が付着しているということもありえる

↓ しかし

そのような信用は，似ざるをえない商品の形態に化体せしめるのではなく，商品名等の商品識別表示を付し，これに化体せしめる手段により，保持を図らせるべきである

かえって，このような帰結を採用することにより，識別表示を付してこれを宣伝することが促進され，出所の明確化が図られることになり，本号の趣旨に適うことになる

cf. 普通名称について適用除外を定める不正競争防止法12条1項1号

具体的には……

・市場において商品として通用するためには，同様の形態を採らざるを得ない場合

e.g. 東京高判平成6.3.23知裁集26巻1号254頁［コイル状マット控訴審］の事案
東京高判平成13.12.19判時1781号142頁［MAGIC CUBE控訴審］

・互換性を維持するために似ざるをえない場合

e.g. 東京地判平成6.9.21判時1512号169頁［折りたたみ用コンテナII］

・技術的な形態ではなくとも似ざるをえないものは商品表示該当性を否定される

e.g. 濃紺色のシリーズ商品
大阪地判平成7.5.30知裁集27巻2号426頁［IT'S一審］

VI　会社法による商号の規律との関係

商業登記法27条　同一商号・同一住所の登記を禁止

→いずれにせよ，商号の使用自体は禁止しない条文

なお，会社法8条　不正の目的で他人の会社であると誤認させる表示を使用することを禁止

e.g. ちゃんこ「千代の富士」，ゴルフ用品店「ジャンボ尾崎」→　×

未登記商号を結果的に保護する可能性はあるが，ほとんど不正競争防止法でカヴァーされるので存在意義は希薄

第4章　著名表示の不正使用行為

I　概観

(1) 著名表示に対するフリー・ライドの形態

(i) 他人の著名表示を使用することで，その他人の商品や営業であるか，その他人の関連企業の商品や営業であるかの如く誤認させる場合＝広義の混同を生ぜしめる行為

(ii) もう一つのただ乗り形態は，商品主体や営業主体が他人であるとまでは欺かないが，著名な表示を使用することで人の目を引きつける行為＝表示の著名性のみを利用する行為

(2) 旧法下の裁判例

・混同のおそれの否定例

神戸地姫路支判昭43.2.8判タ219号130頁［ヤンマーラーメン］

・混同のおそれの肯定例

大阪地判平1.9.11判時1336号118頁［VOGUE］

著名なファッション雑誌名「VOGUE」がベルト等に使われた事件

大阪地判昭57.2.26無体集14巻1号58頁［HAIG，Johnnie Walker］

「HAIG」「Johnnie Walker」等のウイスキーの著名商標がガラス鏡について使用された事件

・広義の混同を無理に認定した事例

福岡地判平2.4.2判タ750号238頁［西日本ディズニー］

パチンコ店でディズニーという表示が使われた事件で，高級感のあるパチンコ店であること等を理由に混同のおそれを肯定

東京高判昭57.10.28無体集14巻3号759頁［ヨドバシポルノ］

「ヨドバシポルノ」について，混同のおそれを肯定

東京地判昭59.1.18判時1101号109頁［ポルノランドティズニー］

(3) 著名表示不正使用行為の規律の新設

新法 2 条 1 項 2 号→ 表示の著名性のみを利用する行為を，商品等表示として使用される限度で禁

止

信用の形成のための企業努力のインセンティヴが損なわれないように，表示の著名性の確立に努めた著名標章の主体を希釈化(=dilution)や汚染化(=tarnishment)といった不利益から保護することを目的としている

↓ しかし……

表示が著名であれば，それだけで一律にそのような標章を他人が使用する行為を禁止する制度は，著名表示の形成者の側の不利益のみを斟酌した一面的に過ぎる

e.g.「Victor」v.「Victoria」，「Victoria」v.「Victoria」

↓

表示の保護範囲の拡大 ＝ 他人の商品等表示選定の自由を害することを意味する

∴ 著名表示の形成者が被る不利益と，第三者の商品等表示選定の自由の制限の度合いを比較衡量する必要あり

II 要件

1. 著名性

(1) 認識度

〔消極的限定〕

混同も要することなく保護を与える以上，2条1項1号が無意味な規定とならないためには，周知性よりも著名性の要件の方が高度なものであることは明らか

〔積極的限定〕

他者の表示選定の自由を害してまでも絶対的な保護を享受させるためには，ダイリューション等から保護されるべき表示の識別力が強度のものであることを要する

〔結論〕

顧客の中で識別表示を認識している者の割合は周知性よりも高いものであることが必要

(2) 特別顕著性＝独占適応性

e.g.「純」(焼酎) v.「純」(チョコレート)

2条1項2号にあっては，かくも広範な保護を正当化するための要件として，2条1項1号と異なり，「著名性」というものが存在することに着目

↓

混同のおそれを必要とすることなく，他者の表示の使用を禁ずることを正当化するためには，表示が高度に認知されているだけではなく

↓

表示が独占に適するものであることが必要であると解すべきである

∴ 著名性という要件に，「特別顕著性」という要件を読み込むべき

e.g.「純」「WORLD(ワールド)」 → 特別顕著性を欠くので著名性を満たさない

↓

判断に際しては，商品や役務の普通名称の他，「産地，販売地，提供の場所，品質，原材料，提供

の用に供するもの，効能，用途，数量，形状，価格，生産もしくは使用もしくは提供の方法もしくは時期」について商標権侵害の適用除外を定める商標法26条1項2号，3号を参酌

(3) 需要者の範囲

全国著名を要件とすべきだと説く見解

玉井克哉「フリー・ライドとダイリューション」ジュリスト1018号42～43・45頁

関東地方のみを営業エリアとする家電量販店があり，他方，大阪府吹田市でのみ著名な豆腐屋があったとして，同じ商号を使っていたとすると，関東の家電量販店が全国展開を図る場合，吹田に出店する場合だけは別の名を選ばねばならない，とするのは不適当であり，このような場合には，吹田の豆腐屋には2条1項2号の意味での「著名性」は認めるべきではなく，両者の調整は混同の有無によって決着すべく2条1項1号の規律に委ねればよい

しかし……

数年前までのヨドバシカメラを考えれば，北海道で著名でなくとも，東京では著名であり，汚染行為から保護されるべきであると想定される事例がある

↓

何故，東京（原告）対東京（被告）が問題となっている事件で，北海道静内町の著名性が必要となるのか分からない

そこで……

全国的著名は不要であると解しつつ，個別の事案毎に，特別顕著性，類似性，営業上の利益の侵害といった他の要件のところで原告と被告の利益を調整した解決を目指すべき

2. 類似性

2条1項2号の著名表示不正使用行為の規律は混同のおそれとは無関係

∴ 類似とは

・混同のおそれを引き起こすほど似ていることではない

・ダイリューション等を引き起こすほど似ていることである

→容易に著名表示を想起させるほど似ていることということになる

・両表示の共通部分が識別力をもたない部分に止まる場合には，類似性を否定すべき

e.g.「朝日（アサヒ，あさひ）」「大正」「日清」

↓

「朝日」のみが共通するだけでは特定企業を容易に連想するというわけにはいかないから，特有のロゴが真似されるか，「朝日新聞」「アサヒビール」まで模倣されて初めて「類似性」の要件を満足すると解すべき

3. 営業上の利益を害されるおそれ

2条1項1号の場合

混同のおそれという公的な不利益がある以上，周知表示の主体に訴権を認めるべき

∴ 混同行為があれば，周知表示の主体に営業上の利益を害されるおそれを原則肯定

2条1項2号の場合

混同のおそれは要件とされていない

→もっぱら著名表示の主体の私益が問題に

↓　∴私対私の問題なので

第三者に表示を使用されることにより著名表示の形成者が被る不利益の状況と，逆に表示の使用を認めなかった場合に生じる第三者の商品等表示選定の自由の制限の度合いの比較衡量で保護の可否を決定

著名表示を形成した者の不利益

(i)　競業関係＝顧客奪取

(ii)　潜在的競業関係

(iii)　表示の自他識別能力の稀釈化＝ダイリューション(dilution)

他者の商品（営業）表示選定の自由の制限度

・強いマーク（造語標章 e.g.「サンリオ」）と弱いマーク（e.g.「Victoria」）の区別

・表示稀釈行為（ダイリューション）と表示汚染行為（ポリューション）の区別

4. 商品等表示としての使用

無名の香水について，ミス・ディオール，シャネルNo.5など世界的に著名な香水と「香りのタイプ」が同じであると広告して訪問販売する行為が不正競争行為に該当するか？

東京高判昭和56.2.25無体集13巻1号1頁［香りのタイプ控訴審］

被告は原告の表示を自己の商品等表示として使用しているわけではないことを理由に請求を退ける

↓

品質が異なる香水であれば，同タイプという広告は2条1項13号の品質誤認表示として禁止される

品質が本当に同じであったとすれば……

特許権や営業秘密の不正利用行為がなければ，同じ香水を製造販売することは自由

↓　ゆえに，問題設定は……

著名性にただのりして宣伝広告費を節約することだけをもって禁止されるとすべきか?

・同タイプの香水が競合することにより価格が安くなるのであれば，同タイプであることを告知する広告の仕方は許容されるべきではないか

・同タイプの香水を低廉な価格で製造，販売することができるのであれば，原告の高価格は，多大な宣伝広告費をかけて形勢されたブランド・イメージによって維持されているといえる

→　ブランド・イメージは保護に値するのか

いずれにせよ，商品の内容を告知する位の広告は行われるのではないか

刑事罰の対象となる行為
不正競争防止法§21Ⅰ

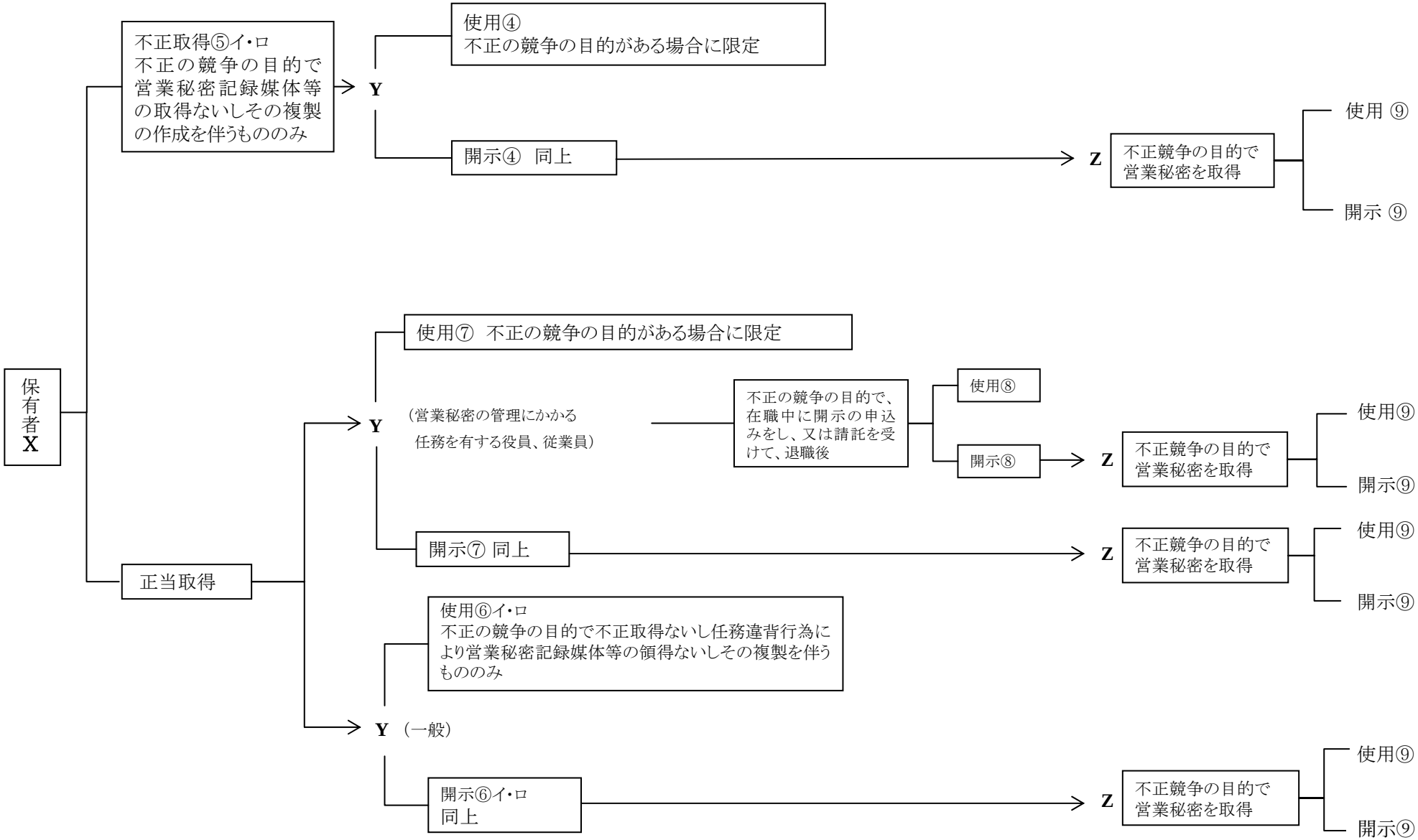


図 ①

図 ②

図 ③

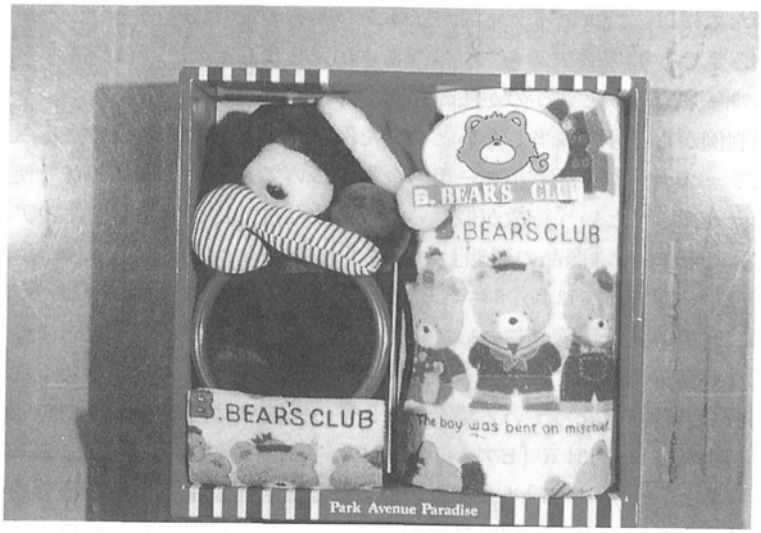

BEAR'S CLUB
BEAR'S CLUB
The boy was bent on mischief
Park Avenue Paradise

図 ④

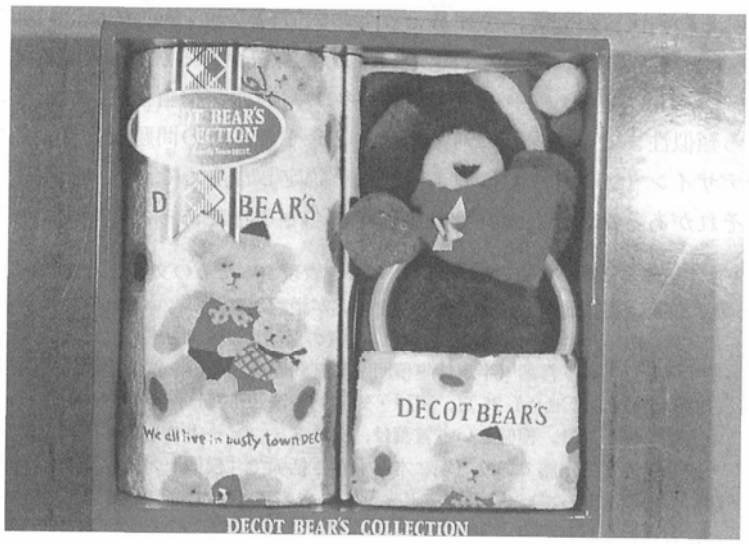
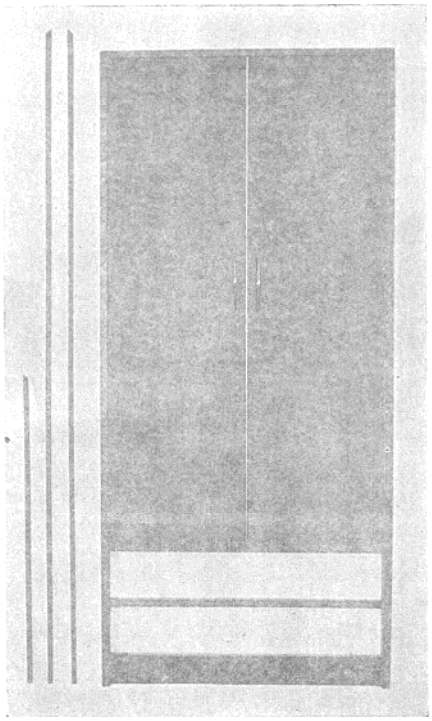

BEAR'S
We all live in busty town
DECOT BEAR'S
DECOT BEAR'S COLLECTION

図 ⑤



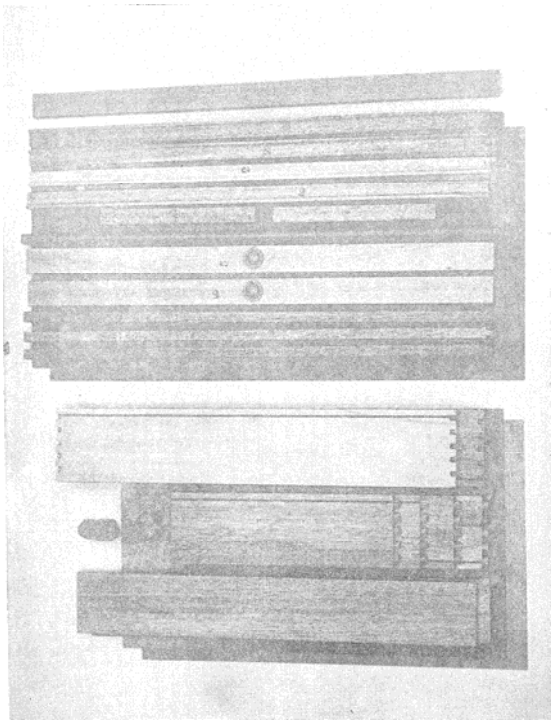


図 ⑥

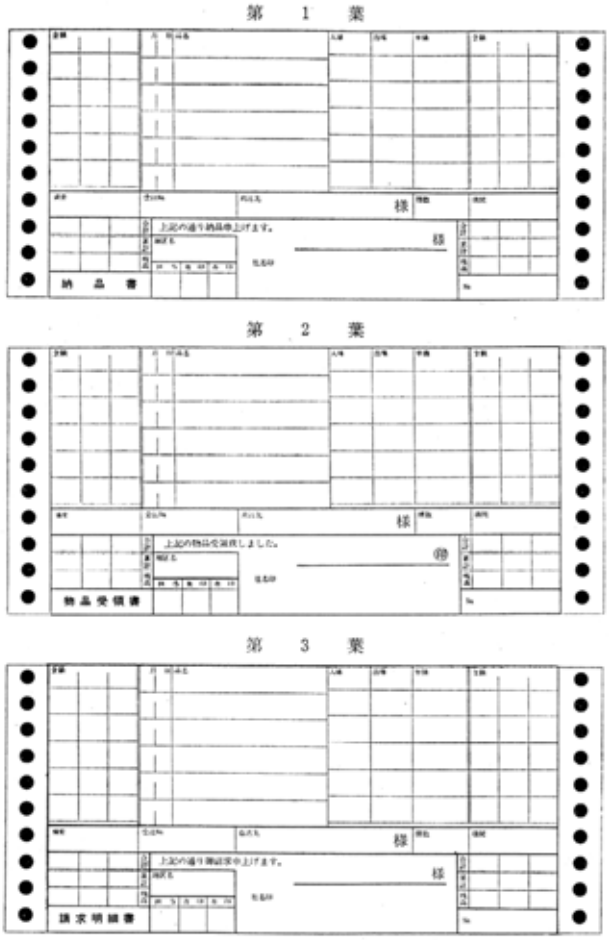

第 1 葉
様
上記の通り納品申上げます。
様
納 品 書
第 2 葉
様
上記の物品受領致しました。
㊞
様
物品受領書
第 3 葉
様
上記の通り請求申上げます。
様
請求明細書

図 ⑦

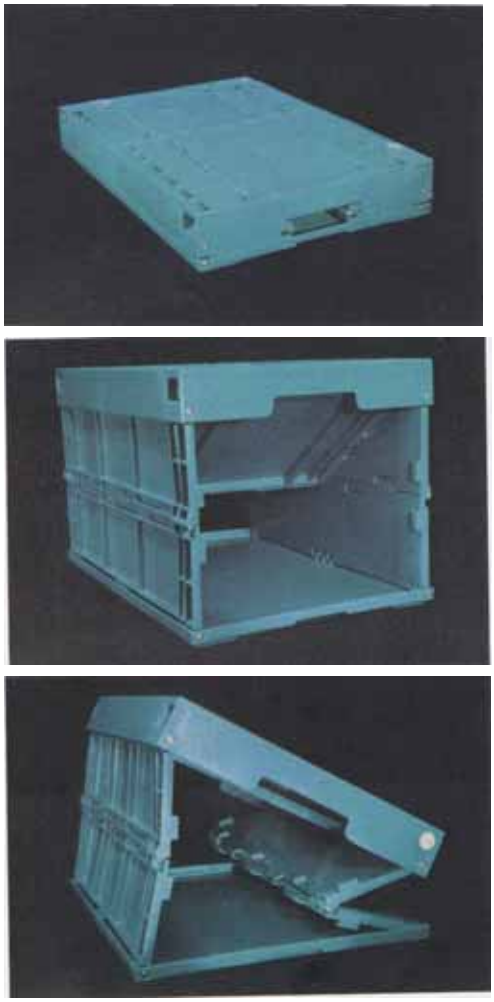


図 ⑧