(3) ライセンス契約について

前回の授業の最後で、不正競争防止法上の請求権者となれる地位は、契約では移転することができないということをお話しいたしました。これと似て非なるものとしてライセンス契約はできるのかという問題があります。

卒然と聞くと、譲渡契約もできないのだからライセンスもできないと思われるかもしれません。実際、過去にはそのような学説もないわけではありませんでした。しかし、実はこれは区別されていてできるのです。これは、契約自由の原則があって自由にできるわけです。どうしてかというと、ライセンス契約というのは、何か積極的なことを与える権利ではないのです。類似表示を使用して混同を起こす恐れのある人に対して、その行為を止めたり、損害賠償を請求したりする権利をあなたとの間では行使しませんよ、という契約をすることは、公序良俗に違反しない限りは自由なはずです。ですから、ライセンス契約はできるのです。

このようなことを私が言ってから、現在ではおそらく通説になっているのではないかと思います。一般的には、こういった正当化の理由が与えられる前から、表示のライセンス契約というのは昔から商標と関係なく行われていました。

次に書いてあることは少し難しいのですが、ここまではいいですね。ライセンス契約は自由にできるということです。これと前回までのお話として、周知表示を勝手に契約だけで移転することはできない、第三者に対して訴える権利を移転することはできないが、営業譲渡等の形で事実としてその周知表示の主体に営業を譲り受けるといった形で表示の主体になった場合には、事実として周知性を取得しますので、不正競争防止法の付属権を得るということをお話しいたしました。これとライセンス契約が組み合わさると、実はライセンシーでも訴えることができるようになる場合があります。具体的には、例えば福岡高裁の事件（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］）です。営業開始したフランチャイジーは、自らも信用の主体となるので自らと顧客権の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は可能になります。

例えば、北海道で、ケンタッキーフライドチキンのフランチャイザーの下で A や B や C がフランチャイズ契約して営業していたとします。この状態ですと、消費者はケンタッキーのサンダースおじさんの看板を見ると、あ、あの味のケンタッキーが食べられるなと分かります。これが前提です。その状況下で新たにフランチャイジーとしてもう 1 店舗、例えば D というところがフランチャイザーと契約しました。契約の本体は、請求権を A、B、C だけではなくて、あなたにも行使しませんよという不行使契約です。そのほかにノウハウの提供や、さまざまな契約が付いて、フランチャイズ契約が成り立ちます。その代わり、逆にフランチャイズの支払金や、いろいろ発生しますが様々な契約が成り立ちます。こうして D が契約してお店を構えます。この状況だと、構えた途端に実は周知性を取得します。今まで A、B、C に親しんできたこの消費者は、D に置かれているケンタッキーフライドチキンという名前とサンダースおじさんの看板というか立体商標というか、あのお人形を見ると、D というのは新しいお店かもしれないけれども、ここでもあの味のケンタッキーフライドチキンを食べられるなと思いますね。それが周知性の実態です。そうすると、それに基づいて別に承継したとか、バター飴の事件のように「私はフランチャイザーからライセンス契約を受けて承継しました」などと言う必要はなく、自分は、自分の売っている商品であるケンタッキーのフライドチキン、あるいは自分の売っているサービス、フライドチキンや、もろもろの飲食のサービスを示す表示として、既にケンタッキーは有名ですね、と主張することができます。その結果、この D は、ケンタッキーフライドチキンから許諾を得ることなく、勝手に類似表示を使用している者がいるとすると、自分の周知性に基づいてその者を訴えること

ができることになります。これは、事実として周知の一員になったからできるのです。この状態のときには B もCもできるし、さらにフランチャイザーもA、B、Cの営業を通じて訴えることができます。いろいろな人が、侵害者に対して訴えることができることになります。この話は、例えばこの状況で、九州地区で初めて E という会社がケンタッキーフライドチキンを始めた。そのときに、たまたま全国的な広告がなく、九州ではまだケンタッキーフライドチキンが有名ではなかったというケースであれば、まだ周知ではないから、これは成り立ちません。そのときは承継しただけではだめで、自分で頑張って営業して周知になる必要があります。こういったことと先ほどの話は混乱しますがが、区別するようにしてください。

では、教材の 22 ページです。当該フランチャイジーと顧客権が重ならない範囲において第三者の表示を使用する場合には、当該フランチャイジーは、1 号で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ます。教材には鹿児島と書いてあって少しややこしくなっていますから、違う例にしましょう。例えば、東北地方で、今度は Z という会社が、勝手にケンタッキーフライドチキンを使っているとします。そのときに東北地方周辺にある F や G や H や、こういったタイプの東北地方にいるフランチャイジーたちは、自分たちが周知ですから訴えることができると思います。このときに、北海道地区の D や A や B や C も訴えることができるかというと、そうはなりません。どうしてかというと、東北地方のケンタッキーフライドチキンの消費者たちは、A や B や C の店舗を通じてではなくて、今まで F や G や H のこの店舗を通じて、背後にいるフランチャイザーを意識しながら、フランチャイザーが管理しているケンタッキーフライドチキンを食べていたのです。とはいえ、どこに行ってもだいたい味は同じではないかと思われるかもしれません。しかし、北海道地区では、少し温かくするために、辛い方がよいということで、何か知らないけど辛くなっているかもしれませんし、あるいは技術的な問題で、素材の地鶏が違うので味が違うかもしれませんし、可能性としては違うかもしれませんよね。そうすると、この地域で周知なのは、あくまでこの人たちの商品です。ですから、この人たちしか訴えることができないのです。こちらは訴えることができないということです。もっとも、フランチャイザーというのはどの地域についても背後で管理していますから、フランチャイザーは訴えることができることになります。

肝要なことは、承継などではなくて周知表示の主体は誰なのか、事実として需要者が認識している周知表示の主体は誰なのか、ということです。その一員になれたかどうかが鍵になるということです。次にいきましょう。

22 ページの 8 行目です。こういった形で、結局事実としてフランチャイジーも訴権を有すると解されます。これまでずっとそのような裁判例になっていました。例えば福岡高裁の宮崎支部の昭和 59 年の判決（福岡高宮崎支判昭和 59.1.30 判タ 530 号 225 頁［ほっかほっか弁当］）、東京地裁昭和 47 年の判決（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］）があります。しかし、裁判例でも理由は不明確でしたので、ちょうど私の本が登場するまでは、割りと混乱がありました。フランチャイジーも訴権を有するとなると、今度は A や B や C が、フランチャイザーを訴えることができるのか。あるいは、新店舗である新フランチャイジーD を訴えることができるのか。あるいは、そこには書いていませんが、あるいは仮にフランチャイズ契約が切れて、A が営業をやめたけれど、まだ周知性は残っている場合に、その状態でフランチャイザーが乗り換えた新フランチャイジーを、私の周知性が残っていると A が言って訴えることができるかということが、問題になると騒がれました。しかし、これは次のように説明できます。これは不正競争防止法の契約の解釈として、そのような訴権がなくなるというふうに言わなくてもよいのです。不正競争防止法の解釈として、あくまでも訴権を残しておいたまま、ライセンス契約、フランチャイズ契約の解釈とし

て、そのようなことはできないといえると思います。それが通常当事者の意思だと解釈できるからです。ですから契約で防ぐことができます。D については、第三者のためにする契約の問題だということになります。受益の意思表示をすればフランチャイザーの権利を援用できると考えるべきでしょう。

それから自分の契約が解消した場合については、これも常識的に通常一般的には、ライセンス契約をすると、例えば表示をお返しするとか、表示を返却するとか、そういった言葉が、素人的な契約書には書いてあったりします。しかし、その意味するところは、周知性は仮に事実として残っているとしても、訴えないということなのです。もちろん当事者は、不正競争防止法の田村説など知ったことではありませんからそのように考えていないかもしれませんが、合理的に解釈すると、その契約の目的を達成するためにはそうなると思います。したがって、契約終了後に訴える場合も、契約の解釈として禁止されることになります。

少し話は変わりますが、もともとこういった形でいろいろとお話をしてきましたが、基本は、周知性の主体だけは訴えることができます。需要者から見て、周知性、周知の商品等表示の下で営業している主体だと認められれば、訴えることができます。そうでないと訴えることができないということです。ただ、これは 1 つの価値判断です。1 つの政策判断でもあります。つまり、教材 22 ページの「なお…」というところですが、こうした形で訴権者が信用の形成者、例えばソニーと松下と日立がこういったような競争をして、その横で新しくソニーという看板を掲げて、ソニーではない会社が、小売店が参入してきたとします。訴えることができるのはソニーだけです。ソニーが何かの理由で訴えていないとします。そのとき日立と松下は手を出せず、まして消費者は手を出せないということになるのですが、このように企業形成者に限られる結果、違反行為が放置されると、混同は解消しない。消費者の混同は解消しないという問題があります。

不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号の趣旨は 2 つあって、1 つ目は、信用を化体する努力を促進する、信用形成者のやる気を出させるというものです。それによって、商品やサービスの品質の維持、改善が図られる。そのようなインセンティヴを与えるという趣旨です。2 つ目は出所識別表示の識別力を保護することによって取引秩序を維持して、消費者の混同を防ぐという趣旨です。2 つ目の趣旨は、ダイレクトに公益的な消費者の混同を防ぐという趣旨もあったはずです。しかし、1 つ目の趣旨からすると、その信用形成者の自由に、一種の財産権として処分することができるようになりますから、自分しか請求権を持っていないので、ここに書いたようにライセンスすることができます。それを重視した結果、混同するのにご本人が訴えてくれないと放置されてしまいます。これは 1 つの政策判断で、どちらを重視するかという問題です。今、世界各国はそうでもありませんが、日本でも昔はそうですし、外国では、アメリカでもつい最近まで、商標のライセンスや商標権譲渡は、むやみやたらに許しませんでした。これは、むしろ 2 つ目の趣旨を重視した結果です。しかし、現在では、世界各国に取引するときの条約があって、そこに入ると譲渡も自由になさなければいけないことになっていますので、今ではむしろ 1 つ目の趣旨のやや私益的なところが重視されています。ではどう考えるかということですが、絶対これを裁判所が採るわけはないし、自分も信じないで、しかし理論を完成するために言っているだけのところが次です。

2 つの趣旨を見たときに、2 つ目の出所混同抑止がまったく解釈論に反映されないというのは法的な保護法益と言えるのかという問題になるので、次のことを、私の教科書や本には必ず書いてあります。例えばウォークマンが、一定の品質が予定されているとします。その品質を維持しないライセンシーにライセンスされた結果、消費者が、単なる混同というよりは品質も誤認するような事態に陥ったような場合には、場合によっては不正競争防止法 21 項 13 号の言う違反を取ることができると考えているのではないでしょうか。2 条 1 項 13 号というのは、品質誤認表示に関する法です。2 条 1 項 13 号には、商品、もしくは役務、

広告、取引に用いる書類等々に品質等々を誤認させるような表示をし、またその表示をした商品等を譲渡、取引したり、その表示をして役務を提供する行為、簡単に言うと、品質誤認表示は禁止されています。ですからこれに当たると解釈して処理します。次にどうなるかというと、3 条で「営業上の利益を害される者が訴えることができる」、この営業の利益を害される者は、同業者も含むと 2 条 1 項 13 号では普通解釈しますので、同業者に訴えてもらうということになります。これは、消費者が外に置かれているという大きな問題があります。これはこれで、少し独禁法の話になりますが、こういった品質誤認表示の行為に関しては独禁法の 24 条で、不公正な取引方法の一般指定 8 項の「欺瞞的顧客誘引」というのが不公正な取引方法の 8 項にありますので、それに対して独禁法 24 条で、差止請求権を消費者が有するとしています。争いはありますが、このように解するべきだろうと私は考えています。

V　商品形態と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号

ここまでは表示の話をしてきましたが、混同行為の最後に商品形態のお話をいたします。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の条文を見ていただくと、商品等表示の例が挙がっていて、人の業務にかかる氏名、称号、商標、標章、商品の容器、もしくは包装、その他の商品または営業を表示するものをいうと書いてありますので、単なる普通の商標やマークだけではなくて、容器や包装も含まれます。さらには商品の形状自体、形態自体も含まれます。

例えばルービックキューブの形状です。あれを見てツクダオリジナルが売っているとはっきり正確に分からなくても、何かある会社があの商品を売っているな、と消費者は思っているでしょう。その状況で、同じ形状のルービックキューブをツクダではないところが出すと、あ、いつもみんなが買っているあの商品だなと思って、買ってしまう。その状態で混同が起きますので、商品の形態も商品等表示になり得ます。ただ、こういった商品名とは別個に、商品の形態だけが出所を識別する表示として機能することは多くはありません。ただ、それで話が終わればここで説明が終わるのですが、ここからが難しい話になっていきます。技術的形態除外説と調整不要説という大論点があります。問題の所在をお話ししますと、商品の形態となると、一般的には技術的な機能が関係してくることがあります。商品のマーク、普通の文字のマークや絵柄だったら技術とほとんど無関係ですので、あまり気にしなくてよいのですが、形状の周りということになりますと技術が関係してくることになります。そうすると、そういった技術については、工業所有権ないし産業財産権が用意されているわけです。そのような状況下で、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号で商品形態を保護されてしまうと、これらの法制度のバイパスになってしまうのではないか、迂回されてしまうのではないかという問題です。つまり特許権、実用新案権、意匠権の制度を利用することなく、商品の形態について不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の保護が求められてくるだろうということです。

いくつかあり得ると思います。多くの方が昔おっしゃっていたのは、存続期間の限定している趣旨が果たされなくなるということです。その通りだと思います。なぜかというと、特許法や実用新案法や意匠法は、20 年、10 年、20 年と存続期間が区切られています。それに対して不正競争防止法の請求権というのは、周知である限りは永続します。もちろん周知である必要はあるのですが、周知である限りは永続します。すると、20 年以上有名であることは十分あり得るわけですね。ですからそのときからせっかく区切って、特許法や実用新案や意匠法が、発明や考案や意匠について一定期間経過後は保護権利を消滅させて、みんなが自由に利用させようとしているのにバイパスで止められては特許法、実用新案法、意匠法の趣旨が達成できなくなるのではないかという問題意識です。

それから、要件が限定されています。特許でいえば、新規性や進歩性が要求されています。他方で、不正競争防止法では周知であれば足りるので、もしかすると新規ではないリバイバル商品のようなものであるとか、あるいは新規であるが進歩的なものとは言えないものまでもがバイパスで保護されてしまうのは、新規ではなく、進歩性もないという発明に関しては、みんなの利用を自由にしているかどうかがまさに問題ですが、そのような特許法の趣旨が果たされなくなるのではないかというふうにいわれるわけです。

さらに、次なる問題もあると思います。それは、仮に周知性の期間が短期間であったり、あるいは、要件としてはたまたま満たしているということがあったとしても、出願のインセンティヴという問題もあるのではないかということです。つまり、バイパスがあるので、そちらは、出願が不要だ、審査が不要だということになると、そちらが利用されてしまう結果、特許制度、実用新案制度、意匠制度を、あまり利用しなくなるかもしれません。こうした 3 つの問題があると考えられます。

こういったことが知財先進国では、前から言われていることです。なかなか不正競争防止法って、今でこそ知的財産法の訴訟のうちの 3 割を日本では今、占めていて、非常に重要な法律なのですが、このようなことになったのはここ 10 年です。1993 年の不正競争防止法改正以降で、昔は公開されている裁判例を見ても、1 年に 1 件出るかどうかくらいでした。

ですから、不正競争防止法などは今はずいぶん長い条文になりましたが、昔はたった 6 条で、見開きで済んだのです。そういった状況で、当時はたった 6 条だった――ただ改正作業に関与していたので、幸い本ができあがったときには条文数は増えていましたが、そのような状況で私が初めて 400 ページも本を書くというのは、ただのオタクだと。その通りで、やはり最初のうちは学者もあまりいなかったので、むしろ裁判官や弁護士の方がかなり勉強なさっていました。今からお話しする話も、裁判官の方々がドイツの学説を勉強して、導入してきたというのがあります。それが技術的形態除外説です。これは、商品形態が特定の出所を識別するに至り、周知の商品等表示となったとしても、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には同法の商品等表示とすることはできないとすべきではないかなといった見解です。ドイツや、アメリカでは少し言葉が違いますが、アメリカの機能性の理論といったセオリーを採ってきました。

問題となったのは、東京地裁の昭和 41 年の組立式押入れたんすセットの事件（東京地判昭和 41.11.22 判時 476 号 45 頁）です。この事件はどのような事件だったかというと、教材 121 ページの図⑤が争いとなった商品です。これは日曜大工用のタンスを作れるというものです。もともと日本間というのは 2 種類しかありませんでしたし、昔は特に、押入れの大きさがだいたい同じだったのです。それを利用して、かつ、狭い日本の住宅事情にかんがみて、押入れの中にタンスを作ることができるというセットです。見ていただくと分かるように、部材が一式整っていて、確かにこれは写真を見るだけで、頑張って作っていけば、それほど難しくなく押入れがすぐできそうに思えますね。これは輸送費が大幅に節約できるので、安く売ることができます。こういった物はいまでこそ簡単ですが、当時のアイデアですよね。

普通の押入れに入れるようなタンスよりは安く、そしてまた日曜大工の喜びなるものがあるのでしょう。それなりにヒットした商品です。被告が、これとまったく同じ商品、写真を 2 つ載せるのはばかばかしいくらい同じ形状の商品を売っていました。ところが意匠登録もしていないので、原告が、混同が起きるだろうということで、不正競争防止法の、当時は 1 条 1 項 1 号ですが、現在で言えば 2 条 1 項 1 号に基づいて訴えたというのがこの事件です。そして、裁判所は保護を否定したのです。なぜ否定したかというと、教材 23 ページに要約がありますが、「技術は万人共有の財産であって、そのうち新規独創的な物に特許権、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、商品表示として競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与える結果を招来する。そして、本件セットの形態は、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」ということを理由に保護を否定しました。

確かに、ここまで部材の一致させる必要があるかどうかは別として、形状等は、寸法は同じにならざるを得ません。先ほど言ったような商品の特性を考えると、押入れにぴったりはまらないことには意味がありませんので、こういった判断は十分あり得るところでしょう。この判決が技術的形態除外説というものを打ち立てました。その結果、17 年間ほどの間、技術的形態除外説が裁判例として定着しました。

その技術的形態除外説の最後のまとまった判決が会計伝票事件の一審（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］）ですので、それを少しご紹介します。教材 121 ページの図⑥です。第 1 葉を見ていただくと、正確には分かりませんが、金額、日付、商品名等々のいろいろなことが書いてある納品書があります。それから、第 2 葉を見ていただくと、これは物品受領証です。第 3 葉は、請求明細書となっています。

これは、伝票です。大変なアイデア商品で、当時、昭和 30 年代で、十数億の売上げがあったのかな。大ヒット商品です。どこが大ヒットかというと、まず 1 つは、この商品が出るまでは、納品書や物品受領書、請求明細、いろいろな物をすべて、毎回書いていました。これをカーボン紙を使って、必要な書類を重ねて上に書けば、すべて必要な位置に複写され、1 回で済むという仕組みになっています。しかし、そのくらいであればまだ驚きませんが、これはバインダーのようになっています。手元に紙が 1 枚残りますので、わざわざ会計帳簿にもう 1 回書く必要がありません。

これについては実用新案権を取っており、合計で十数年の間、実用新案権を基に独占事業を展開していたのです。ところがやはりあるとき実用新案がもう取れなくなって、切れてしまうときが来ました。それが昭和 40 年代後半です。実用新案がついに切れてしまったのです。切れるとなると、これほどの大ヒット商品ですから、新規参入してくるわけです。それが被告です。被告はどうしたかというと、これもばかばかしいので写真をくっつけてはいませんが、図の⑥とほとんど同じで、どこが違ったかというと金額という言葉や、日付や名前というか物品名、そういった言葉が、すべて欄の左の隅に固まっていますが、これを欄の中央に持ってきて、少し広げただけです。そのような商品を被告は売り出しました。

被告の立場になると、デッド・コピーする理由はよく分ります。なぜかというと、皆さん、専用のバインダーを持っておられて、それにやはり紙を貼り付けているのです。原告は、この紙で儲かっているわけです。ですから、被告としては、新しい被告バインダーなるものを作って、被告独自の形状の伝票を売るのでは、絶対買ってくれないわけです。そうではなくて、ある瞬間から、9 月 17 日なら 9 月 17 日という、その中途半端な瞬間から、同じバインダーに閉じてもらいたいわけです。そうすると、同じ形状にならざるを得ない。違った形状は使ってくれません。ハードがこれだけ独占権を獲得している状況だと、食い込むためにはソフトで食い込まなければいけない。そのためにはハードの形状に合わせて、ソフトはデッド・コピーせざるを得ないという状況にあります。

それで、どう考えるかということになるのですが、東京地裁は当然、技術的形態除外説を使って伝票保護を否定しました。心証も、実は原告に悪く来ます。なぜなら実用新案権をずっと守っていたので、周知になるのは当たり前だと。ヒットしたとすれば、実用新案で独占したいのです。それで周知になっているの

です。実用新案権がようやく十何年たち、2、3 回くらい改良実用新案があって、ようやく切れたのに、まだやるのかということになります。ですから、デッド・コピーにはそれなりの理由があって、逆に原告が十分投資を回収しているということになれば、そろそろ競争しませんか、ということになるのは、1 つの優れた価値判断だと思います。それを具現した法理がこの技術的形態除外説ですので、これを使って東京地裁は保護を否定したのです。

問題は東京高裁（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］）に行きまして、東京高裁では竹田稔判事という、大変有名な方がいらっしゃいました。この道では大変有名で、東京高裁の総括判事になられた後、裁判官退官後は、現在弁護士になっています。今でも現役で大活躍なさっている弁護士さんです。ともかく竹田先生のところに行きまして、竹田先生は次のように言って、技術的形態除外説を否定しました。教材 23 ページにある、後に調整不要説と呼ばれることになる考え方を提示しました。理由は、不正競争防止法と産業財産権の両者が競合してはいけないというふうに、技術的形態除外説は言うのだけれども、条文のどこを見ても、両者の競合を排除する規定はないということでした。そして、特許権等の保護法益が、技術的思想の創作であるのに対して、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、両者はその保護の対象、保護法益、要件を異にしています。加えて、業活動等、企業努力の継続要件とする不正競争防止法の保護は、こうやって、決して単純に永久権を与えているわけではなくて、周知が続く限り、混同の恐れが続く限りで保護するわけですから、永久権を設定しているわけではないのだというふうに言いました。そこで、両者保護は並存すると考えるべきだと言って、技術的形態除外説を否定しました。

ただし事案の解決としては、いろいろとお考えになったのだと思いますが、多少ご無理をなさったのかもしれませんが、この伝票を見ても、出所を識別するに至っていないという認定で周知性を否定したということで、事案の解決としては請求棄却です。ともあれ、抽象論としては、大々的に傍論ではあります。どうせ周知性が否定されているので、このようなことを言う必要はないわけですが、わざわざ竹田先生のお考えを述べられて、東京高裁としてのある部の判断をお示しになられたということです。やはり、東京高裁でこういった判決が、しかも竹田先生で出ると、かなり影響力がありますので、以降東京地裁はやはりしゅんとなってしまいまして、こうは言えなくなりました。技術的形態除外説を明示的に取る者は、しばらく途絶えることになったということです。

それでは、どう考えるかという検討ですが、論理的に言えば、竹田先生のおっしゃることの方が正しいという気がいたします。なぜかというと、技術的形態除外説には、やはり欠点がありました。立法論と解釈論の区別というのは非常に重要だと思うのですが、法の条文から、あるいは条文でないまでも、規定の構造や法体系の全体の構造から、何かの価値判断が出るならいいのですが、自分がこう思うからこうだ、これは妥当だからこうだという価値判断は自己の価値判断を示しているにすぎません。つまり、工業所有権の価値判断がなぜ優先され、不正競争防止法の保護が否定されなければならないのかという、その論理が示されていない。これは非常に大事なことですが、調整する調整すると言っているのですが、実は調整するといっても、技術的形態除外説は、工業所有権の趣旨だけを優先していたのです。競合を排除する規定がなかったら、条文通り解釈すると。結果的には、不正競争防止法の趣旨が優先されることはありますが、条文がないのだから条文通りだとお考えになるというのは、1 つのお立場として十分成り立つだろうと思います。

またもう 1 つ、実は技術的形態除外説は、やや貫徹していないところもあります。商品の形態というのは、

観念的にはすべて意匠権の保護の対象になり得るのです。商品の容器もなり得ます。

だとすると、その商品の形態、あるいは容器の保護は意匠法の問題で決するべきであって、不正競争防止法の保護はおよそ否定することになるはずです。しかし、意匠を気にしないのはなぜなの？　ということに関して、あまり明解なお答えはでません。やはり竹田先生に喝破されたのは、仕方がなかったのではないかなと思います。

これで終わりません。教材の 24 ページです。私は勝手にコペルニクス的転換と言っている説ですが、次のように考えられないかと思っています。工業所有権との調整は、私は竹田説で、調整は不要だと思います。ですが、コペルニクス的転換で視点をずらし、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ましょう。つまり調整という観点から外在的に決めるのではなくて、不正競争防止法の中だけ見て考えるということですね。

そうすると、どうもこの不正競争防止法を見てみると、商品の販売自体は禁じていません。例示を見ていると、あくまでも商品ではなくて商品の容器、包装、表示等に止めています。しかも、混同の恐れを請来すると禁止すると書いてあるのだから、普通に読めば、構造的に複数の出所が存在することを前提に、その間に表示が契機となって誤認、混同がおきている、そういったことを禁じている趣旨だと考えられます。だとすると、商品間の競争が行われることを前提にしていることが構造上分かるのではないでしょうか。条文の文言にはっきり書いていなくても、構造上そうなっているように要件がちりばめられています。

そうだとすると、技術的制約その他、どのような理由でも構いません。けれども、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はあるはずで、その差し止めを認容してしまうと、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ので、商品の出所識別表示よりは、商品自体を保護することになり同法の趣旨を超えるだろうと考えられます。すると結局、技術的形態かどうかや、工業所有権との調整が必要かどうかという観点からではなくて、商品として競合するために似ざるを得ないもの、出所識別表示、商品等表示には該当しないと考えることができるのではないかと思った次第です。こういった価値判断については、もちろん似ざるを得ない商品の形態であっても、例えば伝票のように、何らかの理由で 1 社が独占的に製造販売していったために、信用が付着していることもあり得ます。ですから、この説を採ると結果的には技術的形態除外説と似たような結果になりますので、結果的には混同放置があります。しかし、そのような信用は、似ざるを得ない消費の形態に化体し、そこで勝負するのではなく、商品名等の商品識別表示を付してもらい、これに化体せしめる手段により、保持を図ってもらうべきではないのかなということです。

実際このようなシステムを採っているのは、他にもあり、黒酢の例でお話しした通り、普通名称などは、最初に例えば、てりやきバーガーと言ったらみんなモスバーガーを思い浮かべ、あるいは、黒酢といったら坂元醸造を思い浮かべていたとしても、言葉の性質として、その商品を指し示すのに適切な名称であるとすれば、普通名称として適用除外します。そして、利用を自由にするわけです。それと同じような配慮をしていることになるのではないか、と考えている次第です。

この考え方でいくと、具体的にはいくつかあり得まして、同様の形態を取らざるを得ない場合に、こういったものは競争上似ざるを得ない形態として保護が否定されるのではないでしょうか。具体的には、最初に私のこの説を裁判例として半分取り入れたのがあるのですが、その判決はこのコイル状マット、東京高判のケース（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］です。教材 122 ページの図⑧です。これは私が入手したマットの写真を撮ったもので、実際の判例集に載っているものではあ

りません。

これは泥砂防止用マットで、私自身はあまり世の中でこのマットを見たことはないのですが、普通の金属製の泥を落とすマットと違って、これはぺたっと下が張り付いているのであまり滑らないのです。それともう 1 ついいところがあって、このくしゃくしゃの中に水が吸収されるので、水があまり外に逃げません。泥もここで取ることができます。あとはマットを洗うだけです。それほど保水性があって、かつ滑らないマットだそうです。しかもこれは作るのが簡単で、何かある一定の温度である一定の素材を使うと、自動的にこのような形状になるのです。それについて、特許権か実用新案権を、スリーエムさんが持っています。さきほどの伝票会計の伝票に似ているのですが、ある時期になると特許権が切れますので、昔のライセンシーだった方が、もう特許や実用新案が切れたので独自に同じ形状で売り出しました。ある一定の温度で作るとこういった形状になりますので、さきほど申し上げた、これにならざるを得ないというケースです。そこで裁判所に行きまして、裁判所で、果たして竹田判事の説に従って調整不要説で保護しなければいけないのかどうかが問題になった事件です。

その事件で、東京高裁は、半分は私の説を採り、ほとんど私と同じに、私の理由をそのまま書いて、競争上似ざるを得ないところに関しては、ただちに保護するわけにはいかないと一言言いました。しかし東京高裁は完全に私には乗らなくて、私の嫌いな総合衡量に移りまして、保護するかどうかに関しては出所識別表示の土台、他方で被告が付している混同防止措置の度合い等を総合衡量して保護すべきかどうかを決めました。それで、結局保護を否定しました。けれども、完全に田村説を採ったわけではありません。

次に互換性を維持するために似ざるを得ない場合と下に書きましたが、折りたたみ用コンテナという事件（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］）が次にありまして、これは東京地裁です。教材 121 ページの図⑦です。これも私は見たことがあまりないのですが、現場では、商品の流通を取り扱う業者でかなりのヒット商品のようです。コンテナなのですが、これも実用新案権か特許権かが取れていたケースです。図⑦の、真ん中の写真が完成体です。これでコンテナとして中に物を詰めることができるのですが、折りたたみができます。中の黒い部分をたたむとわりと簡単に、一挙につぶすことができます。つぶす過程が下です。一番上が、つぶれてコンパクトになったものです。この事件では、もう 1 つ互換性の問題もあります。図⑦の一番上の写真で、若干白くなっているところがありますよね。この部分を止められるような多少の凹凸がついていて、ここでぴたっと重ねてもずれないようになっています。ですから、大きさなどを一緒にする必要があるのです。これは実用新案権が取れていたので、簡単にたためる技術で、たたみ方も一緒になった方が便利だということです。そういった事情があります。互換性を維持するためにと書きましたが、このコンテナを買っている人がいるとすると、違う形状のコンテナを買うと逆に困るのです。同じ形状である必要があります。この事件では最後まで田村説を採っていただきまして、東京地裁は、競争上似ざるを得ない形態説で、保護を否定しました。

ほかにもう 1 つ、大阪地裁の IT'S 事件（大阪地判平成 7.5.30 知裁集 27 巻 2 号 426 頁）があります。この事件はどのような事件だったかというと、it's というシリーズは今でも売っていますが、サンヨーの濃紺色の単身者用の家電製品です。it's というのは、十数年以上長い間ヒットしている商品です。特徴は、電子レンジや、掃除機、冷蔵庫に至るまで、比較的小さめで、多少丸みを帯びており、すべて濃紺色です。値段も比較的安価で、大学生や単身赴任の方用の家電というコンセプトのシリーズ商品です。それに対して被告は、マイシリーズというシリーズを出しました。新潟の会社で、個々の商品の形状はまったく違うのです。

電子レンジや、掃除機、冷蔵庫など、多少丸みを帯びて角が丸くなっているところは似ていますが、形状自体はまったく違います。ただし、すべて濃紺色だったのです。

被告の考えていることはすぐ分かります。つまり、it's シリーズを買っている方はおそらく、私のイメージする it's の愛好者の人たちの部屋は、濃紺色の家電製品であふれています。そうすると、濃紺色が欲しいわけです。同じようなデザインが欲しいのです。別に決して it's である必要があるとは思っていないかもしれない、別にサンヨーでなくてもいいと思っているかもしれません。そういった状況下で、被告の商品が赤だったりすると買わないと思いますが、濃紺色だったりすると買うだろうということで参入してきたケースです。色ですから、色自体は、意匠登録はさすがにできません。色彩も組み合わせて模様にしないとさすがに取れません。しかし、技術的形態除外説と関係ないのですが、競争上似ざるを得ない形態説ですと関係してきます。濃紺色が、サンヨーの独占権となってしまうと、7 社か 8 社目くらいまでは付ける色があるけど、9 社目か 10 社目ぐらいから付ける色がなくなるのではないかという揶揄と共に語られる、色の枯渇理論が考えらます。それを大阪地裁は採っていただいて、私の説と色の枯渇理論なるものを採っていただいて、これは独占を認めるべきではないということで、保護を否定した判決がこれでございます。

東京高裁の MAGIC CUBE の事件（東京高判平成 13.12.19 判時 1781 号 142 頁）で、高等裁判所でも、ついに先ほどのコイル状マットのような中間ではなくて、競争上似ざるを得ない形態説で、一旦はまとまりました。

しかし、最近また、技術的形態除外説のような説明でなさる裁判所もしだいに増えてきています。競争上似ざるを得ない形態説のおかげで、竹田説に反論する形で、調整不要だけれどもこうなっているのではないかと、いったん保護否定とすることが習性として東京高裁も固まりました。そうなると東京地裁も少し自由になってきて、田村に縛られない理論もでき、今もう一度、技術的形態除外説が復権しかかっているといった状況です。ともあれ肝要なことは、一般的に、技術的形態除外説といっても意匠権は決して見ませんので、結局は、商品の機能を確保するために必然的なところに関しては、保護が否定されるわけです。ただし色については、机上の空論であるという考え方も非常に強いので、it's の考え方が今後維持されるかどうかは分かりません。

第４章　著名表示の不正使用行為

Ⅰ　概観

条文は、「自己の商品等表示として、他人の著名な商品等表示と、同一もしくは類似のものを使用し、またはその商品等表示を使用した商品を取引に置く行為が禁止されている」となっています。2 条 1 項 1 号と比べていただくと、「需要者の間に広く認識されている」という言葉の代わりに、著名という言葉が入っています。類似は同じです。同一もしくは類似のところは同じです。他方で、何が違うかというと混同を生じさせる行為というのがありません。周知が著名に上がった分、混同が要らなくなったという構造になっています。

どうしてこのような条文ができているのかというと、前も若干お話したことですが、教材 25 ページに著名表示に対するフリー・ライドの形態をいくつか挙げています。1 つは、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のように誤信させたり、その他人の関連企業の商品や営業であるかのごとく誤認させる場合、つまり狭義ないし広義の混同を生ぜしめる行為、こういった形で混同を利用してフリー・ライドしようというものがあります。もう 1 つのフリー・ライドの形態は、商品や営業主体が、その他人である、あるいは他人と関連があるとまでは誤信させないけれど、著名の表示を使用することで、人の目をはっとさせ、引きつける行為で、混同しないけど著名性のみを利用する行為があり得ます。

旧法下ではどうなっていたかといいますと、まだ不正競争防止法の裁判例が安定しなかった時代には、混同を否定した例もありました。有名な判決では、ヤンマーラーメンという事件（神戸地姫路支判昭 43.2.8 判タ 219 号 130 頁）があります。ヤン坊マー坊で有名なディーゼル機械のヤンマーが原告になりました。ヤン坊マー坊は有名なので、子供受けもするだろうとヤンマーラーメンを作っている被告を訴えたケースです。ディーゼル機械とラーメンでは、あまりにも業態が違うので混同しないといった判決があります。その後、著名であれば広義の混同を認めていこうということで、しだいにこういった判決は少なくなりました。これに対して、混同の恐れの肯定論はたくさんあります。VOGUE 事件（大阪地判平 1.9.11 判時 1336 号 118 頁）では、ファッション雑誌として有名な VOGUE が、ベルトに使われました。ファッション雑誌とベルトでは、確かに、VOGUE の関連企業がベルトも販売し出したと思うかもしれません。つまり、VOGUE 自身はベルトを作っていなかったにも拘わらず、混同を認めた例があります。それから、HAIG、Johnnie Walker など、ウイスキーの著名商標が、ガラスについて使用された事件（大阪地判昭 57.2.26 無体集 14 巻 1 号 58 頁［HAIG、Johnnie Walker］)があります。これも広義の混同を認めた例です。まあ認められるかなという気もします。ただ、前もお話しした通り、裁判例はもっと無理をしていまして、ヨドバシポルノ事件ですとか、パチンコ屋ディズニー事件、ポルノランドティスニー、これは大人の夢判決ですが、ディズニーだったのが、警告されたら「ディ」の濁点を取って「ティズニー」にしたのです。あるいは、「ズ」の濁点も取って「ティスニー」にして、それでも追い掛けていったディズニーランドという、怖いですね。しかし、これはさすがに大変だっただろうということで、これだけ裁判所を無理させるのは少しおかしいだろうということになりました。他方で被害は、少なくてもポルノランドディズニーくらいだと確かに、笑って許せというご意見も強いのですが、もし世の中の至るところでポルノランドディズニーが栄えて自由だということになったら、もうどこに行ってもポルノランドディズニーがあるとなると、何かディズニーランドに行っても何となくにやにやと、変なイメージが付着します。

もう 1 つアメリカであった例は、Where there is a life, there is a Bud かな、私は正確な単語では覚えてい

ないのですが、バドワイザーのスローガンに、人生あるところ必ずバドあり、と訳すことができる英語のキャッチフレーズがあります。そのキャッチフレーズをもじって、殺虫剤で BADD としたものがありました。人生あるところ必ずハエありという、何か立派な文句で売り出したところ、バドワイザーが訴えたというケースがあります。これもお気持ちはよく分かります。ディズニーランド以上にちょっと衝撃的ですよね。あのバドワイザーを見るたびに殺虫剤を思い浮かべられたら、少し味も変わってしまいますから、そういったケースもあり得るということです。

ですから被害は比較的大きいだろうということ、何とか保護してあげようという裁判官のお気持ちも分かるので、無理をさせずに認めましょうということで、著名であれば混同の必要はないとしたのが、2 条 1 項 2 号だということになります。

教材 26 ページに移ります。ただし、これは立法の過誤だったのだろうと思います。私も立法の際には関与していましたが、そのときはあまりいい例を思いつかなかったせいもあって、完全には止めきれずに現在の条文になりました。一般的に皆さんが批判しています。それは保護が強すぎるということです。趣旨をもう 1 回確認すると、結局、著名であれば保護するということはできたのですが、その趣旨を考えれば、信用形成のための企業努力のインセンティヴを守りましょうということになります。そのためには、単に混同の恐れがあるところだけではなくて、稀釈化（ダイリュージョン）であるとか、さらには先ほど言ったように、ダイリュージョンを超えたターニッシュメント、ポリューションと呼んだりしますが、汚染化まで保護するべきでしょう。

何が問題かというと、ポリューション類型はともかくとして、ダイリュージョン類型については保護してよい場合もありますが、そうではない場合もあるのではないでしょうか。つまり、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、どうも著名表示の形成者の側の不利益のみを参酌しており、一面的にすぎるのではないでしょうか。例えば、ビクターというのは、日本では大変有名ですね。ですが、ビクターが有名だからと言って、スキーのビクトリアという有名な廉売店がビクトリアを使えなくてよいのか、これは著名で類似していれば保護されるのか、経過措置があるので、ビクトリアは別にセーフですが、1993～94 年の改正後にこういった表示が出てきたときに、本当に止める気なのかという問題があります。

あるいは、きついですけれどこれは多少非類似だと逃げるかもしれませんが、例えばスキーのビクトリアが有名になったからといって、ステーキのビクトリアを止めていいのかということが問題になります。こういった例を思いつけなかったのですね。それでなかなか止まらなかったのです。つまり、表示の保護範囲を拡大するということは、他人の商品等表示の選択の自由を害することを意味します。ですからこれは、やはり比較衡量せざるを得ないのではないでしょうか。比較衡量のマトリックスは後でお示しいたしますが、造語標章であればいいのですが、例えばビクターのような、造語ではなくて皆さんが使いたがるようなマークについては、どうも完全な 2 条 1 項 2 号の保護は控えた方がいいのではないかという気がいたします。

このような問題については、次回、要件の中で説明することにします。