Ⅱ　要件

(1)　著名性

2 条 1 項 2 号は著名表示を守ろうという趣旨で制定されたものです。しかし、やや保護が強すぎるのではないかということが問題になります。26 ページに書きましたように、ビクターが著名だからといって、スキーの廉売店のビクトリアを抑えることができるのか、あるいは、スキーのビクトリアが著名だからといって、ステーキのチェーン店のビクトリアを抑えることができるのかということが問題になります。

このようなことを念頭に置きながら、各要件を見ていきましょう。まず 2 条 1 項 2 号の第一の要件は、著名であることです。著名であるということは、言葉の意味から、認識の度合いを問題にしていることはわかります。では、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知性と比べて、著名性の要件が満たされるためにはどの程度認識されていることが必要なのかということが問題になります。

前提として、周知性より著名性のほうが高度な認識が要求されることは明らかでしょう。なぜなら、当然ですが、混同の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ようにするためには、周知性より著名性の要件のほうが高度なものである必要があるでしょう。また、他者の表示設定の自由を害してまでも絶対的な保護を与えることから、表示の識別力が強度なものである必要があるからです。混同のおそれもないにもかかわらず表示を保護するからには、高度な著名性がないと、他者の表示設定の自由が過度に害されることになってしまいます。

先程の問題に戻り、どの程度で著名性の要件が満たされるかについては、明確に基準を示した裁判例があるわけではありません。一般には、7 割 8 割程度と大変高度な著名性を要求すべきだと主張されることが多いですが、私は 5 割程度でよいのではないかという気がしています。ただ 1 つの裁判例は、リーバイス事件です（東京高判平成 13.12.26 判不競 680 ノ 74 頁）。リーバイス事件は、認識の程度が 16.6%や 18.3%で周知性を認めましたが、2 条 1 項 2 号の請求に関しては、その数字では足りないとされましたので、少なくとも 16%や 18%では著名性の要件は満たさないことが分かりました。

(2)　特別著名性＝独占適用性

著名性に関しては、学説では、単に著名の度合いだけではなくて、特別に顕著であること、あるいは独占適応性があることという要件まで読み込むべきだという意見もあります。著名という文言からは少し遠いかもしれませんが、商標法では、3 条 2 項において、前項 3 号から 5 号に該当する商標、つまり、商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状等々を表示したり、ありふれた氏または名称を普通に用いられる方法で表示したり、極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標であったとしても、それが使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品または役務であることを認識等ができるものについては、商標登録を受けることができるということが規定されています。この 3 条 2 項を、特別顕著性と呼ぶことがあります。3 条 2 項はやや狭義の意味で用いているのですが、特別顕著とは、広い意味で独占するに値すること、識別力があって独占させても構わないことをいいます。具体的には、例えば 26 ページにも書きましたが、宝の焼酎の純というのが著名であるとします。そうであるからといって、チョコレートに他者が純と使用することもできなくなるのかが問題になります。ビクターとビクトリアの関係と同様に考えることができます。混同のおそれがあるのだったら、2 条 1 項 1 号に該当することを認めてもよいのでしょうが、仮に混同のおそれがないという場合に、純やワールドなど誰もが使いたがるような言葉で、実際によく使われるような言葉を、ある特定の表示のところで著名だからといって、全業種について使用を禁止する

ことを認めてもよいか考える必要があります。

2 条 1 項 2 号にあっては、混同のおそれの範囲を超えて広範な保護を正当化する要件として著名性が存在するのだから、著名性が表示の保護と他者の表示選定の自由のバランスを測る要件として機能させることができることに着目すると、表示が高度に認知されているだけではなくて、表示が独占に適することであることも必要であると考えるべきかもしれません。2 条 1 項 2 号は、やや立法の過誤といえるほど保護が広過ぎるので、多少文言上苦しいかもしれませんがこのような努力はする必要があることは確かでしょう。

そこで先ほど紹介した学説は、著名性には特別顕著の意味も含んでいると無理に読み込み、純やワールドなどは著名性を満たさないと考えます。私も保護を否定する結論については賛成です。ただし、私は、後述するように、「営業上の利益」の要件で、最終的に全部調整するのがよいと考えています。

他の方法としては、商標権侵害を否定する規定である商標法 26 条を用いるのも一つの方法であるともいわれています。26 条 1 項 2 号や 3 号は、産地、販売地、提供の場所、品質、原材料等々、効能、用途、数量等々を普通に用いられる方法で使用する場合には、商標権侵害にならないという規定です。

商標法の場合は、単に登録すると保護が認められることになっているので、混同のおそれがなくても、登録しただけで保護されます。混同のおそれがないにもかかわらず保護があり得るという意味では、2 条 1 項 2 号と類似しているところがあります。混同のおそれがないにもかかわらず保護するからには、それなりに独占に値する必要があるだろうというのが、商標法 26 条、あるいは 3 条 1 項 3 号の条文なので、その趣旨を不正競争防止法でも用いようというものです。

(3) 需要者の範囲

続いて問題になるのが、需要者の範囲です。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知性の場合には、全国的に周知である必要は全くなく、一地域でも足りるだろうというお話をしました。同様に、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号も、一地域で足りるのか、全国的である必要があるのかという問題があります。

一般的には、全国的に周知であることが必要であるというのが多数説だといわれています。ただし、循環論法以外にその理由が示されることはあまりありません。私は以前から少数説で、全国著名は不要だと思っています。なぜなら、現在ではあまり良い例ではなくなってしまいましたが、1995 年にヨドバシカメラが札幌駅に進出するまでは、北海道ではヨドバシカメラはなく、ヨドバシカメラを知っている方も授業中のアンケートでは 2 割程度しかいませんでした。2 条 1 項 2 号を制定する際には、ヨドバシポルノ事件（東京高判昭和 57.10.28 無体集 14 巻 3 号 759 頁）を規制しなくてはいけないというのが立法の 1 つの趣旨だったのですが、全国著名を要件としてしまうと、本当にヨドバシカメラを保護できるのかということが問題になります。全国著名説では、訴訟においてある一部の地域での認知度が 1 割しかないという証拠が提出されたときには、保護を否定することになってしまいかねません。

現在にいたるまでで、唯一きちんとした理由を述べているのが、教材 27 ページに載せた玉井論文（玉井克也「フリー・ライドとダイリューション」ジュリスト 1018 号 42 頁）です。その論文によると、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同じ商号を使用していた場合、地域著名で足りるという説を採ると、関東の家電量販店が全国展開を図り商号を全国的に使用したいとしても、大阪府吹田市に限っては豆腐店が著名だとすると業種を問わず豆腐店の表示が保護されることになりかねず、家電量販店は自己の表示を使用できないことになり、妥当性を欠くと主張します。

全国著名説だと、別に大阪府吹田市でのみ著名な豆腐屋があっても、保護は否定されるので気にする必要はありません。なお、これが、混同のおそれがある場合、例えば豆腐店だったりすると仕方がありません。あるいはスーパーであったりしても、混同のおそれがありそうですから、使用は認められないことになります。

確かに、全国著名説を採ると、豆腐屋は大阪でしか著名でありませんので、2 条 1 項 2 号の保護は大阪を含めて一切与えられないことになりますから、家電量販店側は気にすることなく全国的に同じ表示を使用できます。全国的には同じ名前を使用できるということは、自分の信用を自由に使用でき、かつ、いちいち大阪だけ違う広告を用意したりしなければいけないという問題がないので、一応利益として保護すべきだ思います。その利益と、ダイリュージョンからの保護という豆腐店の利益と比べると、家電量販店の利益を優先させるべきだという意見は、よく分かります。

ただし、論理としては完全ではありません。なぜなら、この論文は、外在的な消極的理由は述べているものの、全国著名を要件としてしまうと、そもそも起草趣旨で念頭に置いていたはずのヨドバシポルノ事件まで保護が否定されることになるになるということについて答えていないからです。

確かに、この問題はあると思いますが、この学説の問題点は、この問題を解決するために全国著名を必要とするという形で解決を図ったことです。この問題を解決するのだったら、この問題を解決するだけに適する法律論があればいいのです。そもそも世界著名でもこの問題は解決できるのに、なぜ全国著名を要求するに止まるのかが不明であり、論理の飛躍があります。

私は、全国著名はやはり不要だと思います。ですが、この問題の指摘している状況はよく分かります。そこで、後でお話しする営業上の利益のところの比較考慮で調整しようと考えています。それは後でお話ししましょう。

2.　類似性

続いて類似性です。不正競争防止法 2 条 1 項 2 号は、著名表示と類似のものを使用していることが要件に入っています。では類似とはどのようなものでしょう。

2 条 1 項 1 号では類似というのは混同のおそれがあるかどうか定型的に判断するための要件だというお話をしました。しかし、2 条 1 項 2 号は、混同のおそれを引き起こすこととは無関係です。したがって、類似というのは、混同のおそれを引き起こすほど似ていることではないでしょう。そこで、少なくともポリューションやダイリュージョン等を引き起こすほど似ているということと考えるべきであろうと思います。つまり、容易に他の者を想起してしまうほど似ていることだということになります。したがって、類似性は外延を画す役割があるといえます。

また、火の国観光ホテル対ニュー火の国ホテルの事件や柏東口皮膚科等の事件でお話ししたように、2 条 1 項 1 号でも、混同のおそれがあるとしても保護の範囲を縮減し、非類似というために用いる要件だというお話をしましたが、同じことが 2 条 1 項 2 号でも問題になります。例えば、多くの方が使用している「あさひ」、「大正」や「にっしん」という言葉があります。この場合、例えば「あさひ」でしたら、朝日新聞、アサヒビール、旭電化、靴のアサヒや旭硝子などがあります。このようなとき、あさひという言葉を誰かが使用し著名だということを理由に全業種で保護するわけにはやはりいきません。

こういった事情を営業上の利益の判断でおこなっても構わないのですが、1 つの方策として、類似性の要件を、先ほどの著名のところでの特別顕著と同じように、「あさひ」が共通するだけでは特定企業を容易

に連想するわけではないから、例えば、朝日新聞まで真似されて初めて類似性を肯定する、あるいは、例えばアサヒビールは特別なロゴを使用していますが、あのロゴが使われて初めて類似性を肯定するというような形で保護範囲を適正なものに抑えるための要件として機能させてもよさそうです。

3. 営業上の利益

続いて営業上の利益の要件です。これは、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と同様に、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号においても、3 条の差止請求権は、営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがあること、4 条の損害賠償は、営業上の利益を侵害されたことが要件になっています。

2 条 1 項 1 号の場合を少し思い出していただきたいのですが、2 条 1 項 1 号では、営業上の利益はあまり厳格に判断しないと説明しました。例えば、ソニーの表示を誰かが勝手に使用しているときに、松下や日立が訴えることはおかしいので、周知表示の主体である必要がありましたが、混同のおそれが起きている主体であるということが肯定されるのであれば、それ以上に何か特別の不利益がなくてもよく、例えば、先ほども申し上げたダイリューションというような小さな利益だけでも、十分保護されるというお話をしました。

では、2 条 1 項 2 号のときでも同じように、ダイリューションがあるときだけで足りる場合もあるとは思いますが、すべてダイリューションだけでいいのか、つまり、2 条 1 項 1 号と同じように、著名表示の主体であればほとんど 2 条 1 項 2 号の請求ができるというフリーパスの要件だと考えてよいのかということが問題になります。

私は、前述したように、この営業上の利益の要件で著名表示主体と類似表示使用者との利益を調整しようと考えています。著名性の要件で特別顕著を要求してもよいのですが、この営業上の利益で調整してもいいのではないか、2 条 1 項 1 号と 2 条 1 項 1 号では構造的に違いがあるので、2 条 1 項 1 号の解釈をそのまま持ち込む必要はないのではないかと思います。

構造上の違いとは、以下のようなことです。すなわち、2 条 1 項 1 号の場合には、混同のおそれという公的な不利益があることから、私益と私益の対立に公益が加わるので、周知表示の主体が被っている不利益がそれほど大きなものでなくても、公益目的を達成するためには、周知表示の主体に訴権を認めようということになったわけです。そのため、原則営業上の利益を肯定してよいという結論になりました。しかし、2 条 1 項 2 号の場合は、混同のおそれは要件ではありません。仮に、著名であって混同のおそれがあるという場合であれば 2 条 1 項 1 号を主張すればよいので、2 条 1 項 2 号が問題になるのは混同のおそれがないときです。したがって、2 条 1 項 2 号が問題となるときは、公益は関係なく、純粋に私益と私益の対立になり、利益衡量が必要となります。そうすると、自動的に営業上の利益を害するおそれや営業上の利益を害されたということを肯定するわけにいかないのではないかということになります。したがって、28 ページに書いたように、第三者に表示を使用されたことにより著名表示の形成者が被る不利益の状況と、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を比較考慮して、保護の可否を決定すべきだろうということになります。

ではどのような形で比較衡量を考えていくかということをお話しします。

ここで、著名表示を形成した者の不利益を考えると、いくつかのタイプがあります。

第一に、競業関係がある場合です。競業関係がある場合には、顧客を奪取されてしまうという不利益があります。ただし、この場合おそらく混同のおそれを肯定することができるでしょう。第二に、潜在的な競業

関係がある場合もあります。これもおそらく広義の混同で 2 条 1 項 1 号でもカバーできそうです。第三に、最も弱い不利益としては、表示の自他識別力が希釈化してしまうダイリューションの不利益があります。

このマトリックスと全く別に、不利益が大きくなるものとして、業態がかけ離れたものに使われた場合に表示のイメージが崩れるターニッシュメント、ポリューションがあります。いわゆるポルノランドディズニー事件、パチンコ屋ディズニー事件や殺虫剤のバドワイザーのケースのように、表示が全く違うものに使用されることによって表示のイメージが崩れる場合です。

他方で、類似表示を使用する者の利益としては、どのようなものあるかについて検討する際に考えなければいけないのは、ウィークマークとストロングマークの区別です。

ストロングマークの典型例は、造語標章です。例えば、正確には造語とはいえないかもしれませんが、サンリオはストロングマークであるといえるでしょう。他にも、例えばブリジストンは、創業者の方が石橋さんだったので英語でストーンブリッジというのを反対にしただけですが、独創的な表示だといえます。要するに、独占させても構わないタイプの言葉をストロングマークと呼びます。また、例えば、コンピューターにアップルという言葉が使用さえています。コンピューターにアップルという言葉を使用する必要は全くありません。あるいは、鉛筆にトンボという表示が使用されています。このように、造語でなくても、営業や商品と全く無関係な言葉を使用する場合も、ストロングマークになります。この場合、著名表示者が使用する業種以外の業種であっても、リンゴとかトンボに関係ない業種の場合には、独占されても構わないといえます。

他方、ウィークマークとは、誰もが使いたがるマーク、使う利益があるマークで、典型的な例は普通名称です。また、例えばワールドや純などの言葉は造語ではなく、その商品のイメージを表す言葉なので、ウィークマークといえます。ほかにも、朝日、明治、大正、や平成などもウィークマークだと思います。

この区別は、弱いマークは皆が使用する利益があり、他方、強いマークは皆がそれほど使用する利益がないことから、表示の選定の自由に関係して、非常に重要です。

なお、ストロングマーク、ウィークマークは、周知や著名表示主体側の利益だと思う方がいます。著作権などと同様に、造語だと生み出すのに一定の労力が掛かっているので保護されるべきであり、他方、ウィークマークは、一般に使われている言葉でありふれた表現なので保護されないと考えるのです。しかし、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 条 1 項 2 号や商標法は、別にマークの創作行為を奨励する法律ではありません。単に識別力のあるマークに信用を化体するのを促進することを目的としているので、マークの創作性は無関係です。したがって、ストロングマーク、ウィークマークの区別は、類似表示使用者がそのマークを使うことに多大な利益があるか、それとも小さい利益しかないのかということを区別するための基準だということになります。

では、双方の利益をいかに調整するかを考えていきます。一般論を言うと、著名表示主体と類似表示使用者が競業関係に立つ場合、著名表示主体には大きな不利益があるといえるので、ストロングマーク、ウィークマークを問わず、著名表示主体を保護すべきでしょう。ほとんどの場合は、著名で競業関係であれば、混同のおそれ、広義の混同あるいは狭義の混同が肯定されるでしょうから、そもそも 2 条 1 項 1 号で決着がつきそうですが、仮に 2 条 1 項 2 号で請求されたとしても、認めることに問題はないといえます。また、潜在的な競業関係に立つ場合も、少し悩むところがありますが、認めてよいように思えます。この場合も、広義の混同が認められる場合がほとんどでしょうから、結局、2 条 1 項 1 号で保護されるので、議論する実益はそれほどありません。

問題は、単にダイリューションが起きる程度の不利益だった場合です。例えば、ステーキのビクトリアとスキーのビクトリアのように、著名表示主体の被る不利益がダイリューションで、かつ、ウィークマークであった場合、これは保護しなくていいのではないかと思います。一方、ダイリューションでストロングマークであった場合、そのマークを他者に使用させる実益は乏しいので、ダイリューション程度の不利益であったとしても、著名表示主体を保護すべきでしょう。たとえば、サンリオを豆腐店が使用した場合、豆腐店と文具では混同は起きず、潜在的な競合関係もないとしても、使用の禁止を認めるべきです。

さらに、すべてを通じて、ウィークマークであったとしても、ポリューションが起きる場合には不利益が大きいので、著名表示主体を保護すべきです。たとえば、ヨドバシカメラは、淀橋地区で営業するには、仮に片仮名でもウィークマークかもしれませんが、ポリューションが起きる場合には、ヨドバシカメラ側を勝たせてもよいとおもいます。

以上が基本的なマトリックスです。加えて、仮にダイリューションでストロングマークとウィークマークの中間くらいの表示の場合には、全国的な展開をするか否かというのも考慮してよいだろうと思います。以上のような形で総合考慮すべきではないかと私は思っています。

裁判例は、ほとんどがストロングマークで保護しても良いだろうというケースばかりなので、このような限界性の事例は出てきていません。

それほど争点になったわけではないのですが、ドメイン名に関する裁判例を一応紹介しておきます。ドメイン名とは、メールアドレスやウェブページのアドレスに使用するものです。現在では不正競争防止法 2 条 1 項 12 号でドメイン名は保護されていますが、それ以前は、2 条 1 項 1 号や 2 号 1 項 2 号で規制していました。jaccs 事件（名古屋高金沢支判平成 13.9.10 平成 12（ネ）244 ほか）やj-phone 事件（東京地判平成 13.4.24 判時 1755 号 43 頁）では、ローンの jaccs、それから j-phone と無関係の会社が、勝手に jaccs company.co.jp、j-phone.co.jp とドメイン名を取得してしまっていたので、使用を差し止めることができるかが争点となりました。被告の登録は、アダルトサイトに接続するなどして嫌がらせをして、後にドメイン名を高額で買い取らせることを目的とするものです。このような行為を、サイバースクワッティングと呼びます。現在では 2 条 1 項 12 号の存在や企業努力で多少減少しているとは思いますが、ドメイン名は無審査で登録が認められてしまうので、このようなタイプのドメイン名が以前は多かったのです。

このような事案で、アダルトサイトと jaccs では普通は混同しませんので、2 条 1 項 2 号に該当すると主張しました。

裁判所は、jaccs 事件においては、差し止めの適否という表題を設けて、被告が主張する自己のドメイン名採用の理由に説得力がなくて、むしろ原告の表示を認識しつつ、譲渡料を取得する目的でドメイン名として登録したと推認されることを参酌して、営業上の利益の侵害のおそれがあるということを肯定して差し止めを認めるべきとしました。また、j-phone 事件では、差止めの必要性のある表題の下で、誹謗中傷や、大人の玩具の販売広告が掲載されていることを参酌して、表示を使う利益はなく、不利益の方が大きいのだから差止めを認めても構わないだろうと判断しました。

4. 商品等表示としての使用

2 条 1 項 2 号の最後の要件は、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する、あるいは、その商品等表示を使用する商品を取引する行為です。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号でも同様に、商品等表示として使用が要件でしたが、2 条 1 項 1 号は、

別途混同のおそれを引き起こすことが要求されていました。したがって、混同のおそれを引き起こすためには、商品等表示として使用していなければならないので、独立の要件として機能することはあまりありませんでした。一方、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号は混同のおそれが要件になっていないので、一体どのような行為が禁止されるかという意味で商品等表示としての使用の要件は独立して機能します。比較広告などが典型例で、例えば、ペプシコーラを提供する際に、コカ・コーラと同じ味である旨述べたとします。これは、自分の商品に関係する広告で用いていても、ペプシコーラの商品等表示としてコカ・コーラを用いたわけではありません。このような行為は、自己の商品等表示として使用していないので、2 条 1 項 2 号には該当しないことになります。なお、2 条 1 項 1 号の場合では、比較広告で使用されたとしても混同しないということで、商品等表示としての使用の要件で検討する必要はありません。

裁判例では、教材の 28 ページに記載しているように、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号が創設される以前の事件で、無名の香水を訪問販売する際に、香水が世界的に著名な香水と香りのタイプが一緒であると宣伝して、訪問販売していた被告に対し、ディオールやシャネルが訴えたという事件がありました（東京高判昭和 56.6.25 無体集 13 巻 1 号 1 頁［香りのタイプ控訴審］）。これも比較広告の一種です。これは 2 条 1 項 1 号の事件でしたが、東京高裁は、あくまで香りのタイプとして原告の表示を使用しているだけで、被告の商品には独自の商品名があったことから、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ています。なお、混同しないと言ってもよかったのかもしれません。

一方、別の商標権侵害の事件では、今度は香りのタイプの「タイプ」の文字が大変小さかったため、商標法では商標的使用ということになるのですが、この商品等表示として使用していると認められました。つまり、タイプの文字が小さ過ぎると、需要者がそのタイプということを識別できないので、その場合は商標権侵害になるということです。おそらく、不正競争防止法の事件だとしても、混同のおそれ、あるいは商品等表示として使用ということは肯定されたのでしょう。

［香りのタイプ控訴審］は、香りのタイプが同じにすぎないことが需要者からしても明らかな使用態様で表示が使用されていたケースでありました。おそらく 2 条 1 項 2 号でも、同様に商品等表示の使用が否定されると思います。したがってこれより先は立法論だということになるのですが、世界的に必ず保護が否定されるかというと、そうでもないところがあります。例えば、ドイツの事件ですが、ウイスキーを宣伝するときに、ウイスキーの瓶とグラスの背景にロールスロイスを配したという行為に対して、ロールスロイス社が訴えたという事件がありました。イメージ戦略として、高級なロールスロイスに乗るような人が飲むウイスキーであるように消費者に訴えかけるために行なわれたものでしょう。

日本の不正競争防止法には存在しないのですが、ドイツでは不正競争防止法に一般条項があり、簡単に言えば公序良俗に反する不正競争行為を禁止する条文があります。裁判所は、被告の行為を不正競争防止法違反にあたるとしました。したがって、一般的には、世界中どこでも商品等表示として使用していなければ不正競争行為にあたらないというわけではありません。では、どのように考えるべきでしょうか。

仮に、著名な香水と香りタイプが同じであるという商品を購入したものの、実は似ても似つかない香りであった場合には、2 条 1 項 13 号の品質誤認表示にあたり、商品等表示にあたるか否かとは別の観点から、違法になります。したがって、立法論として考えるとすれば、本当にその香りが同じタイプだったと言える程度にまでは似ていたというケースを想定する必要があります。また、品質が本当に同じであった場合でも、特許権の侵害や、あるいは香りの調合方法を産業スパイで入手したという営業秘密の不正利用行為

があるというのであれば、また別の観点から規制されます。

そういったこともないというのであれば、同じ香水を製造販売することは、本来は自由であるはずです。知的財産権を別に侵害していませんので、別に同じ香水を製造販売してもよいはずです。したがって、比較広告等を禁止すべきか否かは、著名性にフリーライドし、宣伝広告費を節約していることを違法なこととらえるか否かが問題となります。

確かに、ある香水がシャネル No.5 と同じ香りだったとしても、それを宣伝できない場合、需要者が同じ香りであることに気が付いて噂が広がるのを待つか、または、単に香りがよい香水と需要者に認識させる方法で販売するしかなくなります。また、シャネル No.5 と同様の香りと宣伝することで、宣伝広告費を節約することができます。このような意味ではフリーライドしているのは明らかです。シャネル No.5 が先行していなければ、同じ香りであったとしてもそこまで売れないといえる程度には、販売できるでしょう。したがって、フリーライドしているということだけを理由に禁止すべきかということです。

もちろん、シャネルには大きな不利益があります。同じ香りのタイプと広告する香水が 3 分の 2 の値段で販売された場合、多少自己の商品の値段を下げないといけないでしょうし、また、値段を下げなくてよかったとしても、顧客が 1 割程度離れるおそれがありますから、大打撃を受ける危険性が大きいです。

そこで、どのように考えるかを検討しましょう。需要供給曲線を使用して説明します。

例えば、今のところシャネル No.5 が、3 万円の値段で売られているとします。このときに需要曲線というのは、例 10 万円の値段で販売するとこのくらいの者が購入する、3 万円の値段で販売するとこのくらいの者が購入することを示す数字です。

仮に 11,000 人ぐらいの人が 10 万円でシャネル No.5 を買うとします。実際に販売されている販売価格が 3 万円だったとすると、10 万円と 3 万円の差である 7 万円は、簡単に言えば、人間の幸福の度合いを表していると経済学では考えます。つまり、10 万円でも買う気があった人が 3 万円で買うことができたのだから、7 万円の喜びがあるはずです。

これは、普段我々はあまり考えません。例えば DVD のデッキを買うときに、3 万円や 4 万円の値段がついていたとしても、自分が何万円かの喜びを感じたなどとはて考えないはずです。しかし、仮に、自分が、7 万円や 8 万円の値段であっても DVD デッキを必要としている人間であるとすると、このような計算はある程度できます。逆に、DVD デッキにあまり興味を持っておらず 1,000 円であるなら購入するタイプの人の場合、別に 2 万円では買わないという判断をしているはずです。このように、以上の差額が人間の喜びを表しています。そうすると、全体の面積が、社会全体の、消費者の幸福を表しています。これを消費者余剰と呼ぶことがあります。

そこで、シャネル No.5 タイプの香水が 2 万円で販売開始された場合、そのシャネル No.5 タイプが出てきたことによって、やや非現実的ですが、どちらも 2 万円で販売することにしたとしましょう。

そうすると世の中は、競争の結果、幸福が増します。今まで購入できなかった人も購入できるようになるし、今まで 10 万円で購入して 7 万円の幸福を得ていた人は 8 万円の幸福に変わるからです。消費者余剰が増すので、一般的には、このような行為はよい行為だということになります。こういった行為をあえて禁止するにはそれなりの理由が必要になります。消費者余剰をある程度無視しても創作者に報いないと、新しい香りが開発されないという理由がある場合には特許権や営業の不正利用行為で保護することになるでしょう。

そのような理由のない場合、独占させるよりは自由競争に委ねるべきです。そのときに、わざわざ地道

に努力させる必要はなくて、本当に同じ香りのタイプだというのであれば、宣伝を促進させたほうが、自由競争も促進されることになるからです。

他方、以上のような単純なものではないとの反論も考えられます。ヴェブレン効果と呼ばれるもので、世の中には、その財が希少である、ほかの人があまり付けていない、あるいは価格が高いことを理由に、購入する人がいます。例えば贈答品などは、一定の価格であることから、贈答品として価値を有しています。同様に、おそらく香水は、その香りがとてもよいということ以外に、特定のブランドだからとか、あるいは他者が付けておらず希少だからこそ価値があるということがあります。そうすると、ある程度高価であれば購入した者が、価格が下がることにより、逆に購入を控えることが考えられます。そうすると、実は 3 万円より 2 万円のときのほうが購入した者の幸福が減るかもしれません。そうすると競争することによってそう簡単に消費者余剰が改善するかどうかは分からないという反論もされています。

ではいかに考えるかというと、私は、価格が下がれば人の幸福も増加するので、競争を自由にすべきであり、わざわざ法で規制する必要はないと考えます。安価の販売により消費者の幸福の総和が減少してしまうかもしれないという反論に対しては以下のように考えています。すなわち、そもそもそのような人たちの幸福は虚構です。本当の商品の価値以上に、ブランドのイメージなどは、会社の営業方針などによって、一定の操作された余剰のようなところがあります。そのようなものにわざわざ法的に保護を与えて、第三者の需要の自由を害してまで保護する必要はないのではないかと思います。以上から、立法論としても、現在の日本法でよいのではないかと考えています。

以上で、不正競争防止法はいったん終わりです。ドメイン名については、商標法の後で若干触れます。また、コピープロテクションやアクセスプロテクションの保護については著作権法の時間に少し触れることにします。