

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)紀要

# 日本大学知財ジャーナル

Journal of Intellectual Property

---

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)紀要

# 日本大学知財ジャーナル

Journal of Intellectual Property

---

Vol.10 | 2017.3



## 献 呈 の 辞

光田賢教授、土肥一史教授、そして渡辺稔教授の三人の先生が、本年度を最後に日本大学大学院知的財産研究科をご退職されます。

光田先生は、平成19年4月に法学部に着任され、平成22年4月に知的財産研究科が開設されると同研究科に移籍され、また、土肥先生、渡辺先生は、知的財産研究科が開設されると同時に着任され、院生の教育指導や知的財産に関する研究に取り組まれて来られました。その間、専門職大学院としての責務である、弁理士試験の合格者を輩出するとともに、院生の就職支援にもご尽力賜りました。

光田先生は、住友化学工業株式会社で、生物科学、生命工学研究所において主任研究員として研究を重ねられ、平成14年6月10日からは同社において技術経営企画室担当部長として管理部門の責任者を務められ、関連団体の各種委員も歴任された後、本学に着任されております。

土肥先生は、昭和50年4月以降福岡大学法学部に勤務され、その間、昭和63年2月から8月までドイツのマックス・プランク国際知的財産研究所にも在籍され、帰国後福岡大学大学院教授を経て、平成11年から21年度末まで一橋大学国際企業戦略科教授を務められた後、本学に着任されております。

渡辺先生は、住友電気工業株式会社横浜研究所で主任研究員、知的財産部技師長、同部部長を歴任された後、平成12年1月から21年6月まで住友電工知財テクノセンター株式会社社長、その後同センター顧問を兼務されると同時に、本学に着任されております。

三人の先生方は、本学において大学院知的財産研究科が開設された後も、学内外での委員等の要職に就かれ、知的財産研究科の発展にご尽力を賜りました。この間、法学部の同僚教員に与えられた様々な学究への視座など、大きな足跡を刻まれたことは論を待ちません。私たち、後輩が先生方お一人お一人の人柄に触れることにより得ることができた、有形・無形の財産は、得がたい価値を残して下さいました。

知的財産研究科は、先生方の退職と相前後して大学院法学研究科私法学専攻知的財産コースへと引き継がれていきますが、この7年間の先生方のご恩に報いるべく、私たち後継者達により、日本大学知的財産ジャーナルVol.10において、記念論文集を編纂し、献呈することができましたことは、まことに光栄に存じます。

光田先生、土肥先生、渡辺先生が、これからも学究の道を究められ、ますますご活躍されることを心から祈念致しております。

平成29年3月吉日

日本大学大学院知的財産研究科長 池村正道



# 光 田 賢 先生

## <略歴>

- 1975年3月 東京工業大学工学部高分子工学科卒
- 1977年3月 東京工業大学総合理工学研究科電子化学専攻修了
- 1977年4月 住友化学(株)入社, 中央研究所配属
- 1981年4月 生命工学研究所配属, 主任研究員
- 1992年3月 京都大学博士号(工学)取得
- 2000年10月 農業化学品研究所 グループマネージャー
- 2002年6月 東京本社・技術経営企画室 担当部長
- 2004年4月 日本大学大学院法学研究科私法学専攻(知的財産コース)客員教授
- 2007年4月 日本大学法学部(知的財産法) 教授
- 2009年4月 横浜市立大学大学院 非常勤講師(知財管理特論)
- 2010年4月 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授



※日本大学大学院知的財産研究科において、知的財産専攻主任、運営委員会委員長、自己点検・評価委員会委員長を歴任されました。

## <主な社会活動>

- (一社)日本知財学会 理事
- (一財)知的財産教育協会 管理技能検定委員
- (公財)日台交流協会 文化交流事業委員
- (公財)大学基準協会 知財専門職大学院委員会委員

## <主な著書など>

- 「遺伝子組換え植物の知的財産権について」 日本法学 72(4) 301-319
- 「特許法 69 条 1 項にいう試験又は研究の範囲について」 日本法学 74(2) 405-435
- 「A Comparative Study on the Intellectual Property Right Protection for a Higher Life Form of Plant」  
Comparative Law 23 69-85
- 「医薬成分として有用な化学物質アルガトロバンの製法に関する職務発明の相当対価の支払請求に係る事例」  
日本大学法学部知財ジャーナル 2(1)
- 『不正競争防止の法実務』 三協法規出版株式会社
- 『キラルテクノロジー』 シーエムシー出版

# 土肥 一史 先生

## <略歴>

- 1970年3月 福岡大学法学部法律学科卒業
- 1972年3月 福岡大学大学院法学研究科修士課程修了
- 1975年3月 福岡大学大学院法学研究科博士課程満期単位取得退学
- 1975年4月 福岡大学法学部 常勤講師
- 1978年4月 福岡大学法学部 助教授
- 1982年10月 マックスプランク国際知的財産法研究所 客員研究員
- 1985年4月 福岡大学法学部 教授
- 1988年2月 マックスプランク国際知的財産法研究所 自由共同研究員
- 1999年4月 一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授 一橋大学名誉教授
- 2010年4月 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授



※日本大学大学院知的財産研究科において、学務・カリキュラム検討・入試委員会委員長を歴任されました。

## <主な社会活動>

日本工業所有権法学会理事，常務理事，理事長  
著作権法学会理事

文化審議会会長代理・委員(著作権分科会会長)

産業構造審議会臨時委員(知的財産分科会)(通商政策部会)(知的財産政策部会)

技術的制限手段に係る規制の在り方に関する小委員会委員長

技術情報の保護等の在り方に関する小委員会委員長

営業秘密の管理に関するワーキング主査

商標制度小委員会委員長

食料・農業・農村政策審議会臨時委員

関税法69条の5，同69条の9，同69条の14及び同69条の19に規定する専門委員

## <主な著書など>

知的財産法入門(中央経済社)

演習ノート知的財産法(法学書院)

商標法の研究(中央経済社)

ケーブル放送と著作権(信山社出版)

# 渡 辺 稔 先生

## <略歴>

1969年3月 京都大学理学部化学科卒(無機化学)  
1971年3月 京都大学大学院理学研究科修士課程修了  
1974年3月 京都大学大学院理学研究科博士課程単位取得退学  
1977年5月 理学博士  
住友電気工業(株)入社 研究開発本部配属  
1986年1月 住友電気工業(株)主任研究員(光ファイバ担当)  
1992年1月 住友電気工業(株)線路研究部長(光ファイバ担当)  
1994年10月 住友電気工業(株)知的財産部 技師長  
2000年1月～2003年1月 住友電気工業(株)知的財産部 部長  
2000年1月～2009年6月 住友電工知財テクノセンター(株)社長  
2009年6月 住友電工知財テクノセンター(株)顧問  
2010年4月 日本大学大学院知的財産研究科 教授  
兼 住友電工知財テクノセンター(株)



2004年10月～ 東北大学大学院工学研究科 非常勤講師(知的財産権論)  
2005年10月～2009年10月 東京工業大学 非常勤講師(R&D戦略と知的財産戦略)

※日本大学大学院知的財産研究科において、広報・情報システム委員会委員長を歴任されました。

## <主な社会活動>

日本特許情報機構(Japio)評議員  
日本知的財産協会 技術者リーダーのための知財講座講師  
九州大学イノベーション人材養成センター(知的財産権特許戦略)  
発明協会大阪支部 活性化ワーキンググループ運営幹事  
大阪発明協会 事務局顧問

## <主な著書など>

「知的財産戦略とマネジメント」(共著), 企業研究会, 2007年4月  
「産業競争力強化のための均等論」, 知財ジャーナル(日本大学), Vol.8, 2016年3月  
「光ファイバの開発」, 日本セラミックス協会誌, 第50巻, 記念ガラス部会半特集号, 2015年7月



## 目 次

—光田 賢先生，土肥一史先生，渡辺 稔先生の労に報い感謝をする記念号—

献呈の辞	3
光田 賢先生，土肥一史先生，渡辺 稔先生のご経歴など	5
<b>【論説】</b>	
・知的財産権侵害と刑事司法	尾田 清 貴 …… 11
・商標法4条1項19号及び4条1項7号の射程 —悪意の商標出願への対応—	小川 宗 一 …… 23
・産業活動と知的財産に関する一考察	菅野 政孝，田中 良恵，金澤 良弘 …… 35
・不使用取消審判と商標の使用 —知財高判平成28年9月14日LE MANS事件を中心に—	外川 英 明 …… 47
・ファッションプロダクトの多面的な保護	小川 徹 …… 57
・他人の商標をメタタグや検索連動型広告で使用する行為	安田 和 史 …… 69
・権利侵害の告知・流布と信用毀損行為 ～近年の裁判例の分析を中心として～	鈴木 信 也 …… 79
・特許法13条における代理人の選改任等に関する特許庁の運用についての一考察	西口 克 …… 91
・パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性	齋藤 崇，小川 宗一 …… 103
<b>【事例研究】</b>	
・若手社長の酒造にみる日本酒のブランド向上と輸出に関する考察	田中 良 恵 …… 115
<b>【講演録】</b>	
・商標をとりまく国際情勢 ～海外における模倣品被害の実態と対策について～	網谷 麻里子 …… 125



## 知的財産権侵害と刑事司法

尾田 清貴<sup>(\*)</sup>

知的財産権侵害事犯に対する刑事司法手続の現状を概観し、捜査機関の証拠収集、検察官の立件判断過程における知的財産権の専門家の関与、並びに裁判手続への知的財産権侵害事犯専門の刑事裁判所の創設を提案するものである。

1. 知的財産権侵害事犯の概要
  - (1) 警察における知的財産権侵害事犯の検挙状況
  - (2) 検察における受理及び処理状況
  - (3) 第一審裁判所における処理状況
2. 知的財産関係民事事件の概要
3. 考察
  - (1) 刑法による知的財産の保護
  - (2) 知的財産法所定の罰則による知的財産権保護
  - (3) 不正競争防止法による知的財産権の保護
4. 提言

## 1. 知的財産権侵害事犯の概要

## (1) 警察における知的財産権侵害事犯の検挙状況

平成 27 年における知的財産権侵害事犯は、全体としては、868 人(606 件)で 26 年の 838 人(574 件)よりも増加している。その内、商標権侵害事犯は、平成 27 年には 457 人(316 件)で、26 年は 381 件(247 件)であったことから、増加している。これに対し、著作権侵害事犯は 290 人(239 件)で 26 年の 348 人(270 件)よりも減少している。その他の知的財産権侵害事犯は、平成 27 年が 121 人(51 件)で、26 年が 109 人(57 件)と増加している。

商標権侵害事犯と著作権侵害事犯の検挙人員は、検挙人員全体の 86.1%、検挙件数全体では 91.6%を占め、平成 26 年ではそれぞれ 87.0%、89.5%であった。検

挙人員では 0.9 ポイント減少したものの検挙件数では 1.1 ポイント増加している。

(表 1)は、商標権侵害事犯と著作権侵害事犯の平成 18 年から 27 年の 10 年間の検挙件数の推移を見たものであるが、平成 18 年から 21 年にかけて減少してきた検挙件数が、22 年以降増加に転じ、著作権事犯に関しては、26 年から 27 年にかけて 31 件減少している。

(表 2)は、これら 2 つの侵害事犯に占めるインターネット利用事犯の割合の推移を見たものであるが、商標権侵害事犯では、平成 18 年が 28.6%であったものが平成 27 年には 2.7 倍の 78.5%となり、著作権侵害事犯では平成 18 年が 53.4%であったものが平成 27 年には 1.9 倍の 90.0%と、いずれも増加傾向にある。商標権侵害事犯に占めるインターネット利用事犯の増加傾向に著しいものがある。

## (2) 検察における受理及び処理状況

(表 3)は、検察庁が受理した知的財産権侵害事犯等について、平成 16 年から 26 年にかけての受理人員の推移を見たものであるが、商標法違反については平成 22 年まで減少傾向にあったが、その後増加に転じている。また、著作権法違反については、平成 21 年を底に増加傾向にある。不正競争防止法違反に関しては、平成 19 年に 100 人、21 年に 203 人と 2 回のピークを示しているが、その翌年には 37 人と急激に減少した後 24 年には 172 人にまで前年比 3 倍の増加が見られ、以後増減を繰り返している。平成 24 年に不正競争防止法違反及び不正アクセス禁止法違反が増加した要因として、少なからず同年の法改正が影響しているものと思われる<sup>(1)</sup>。

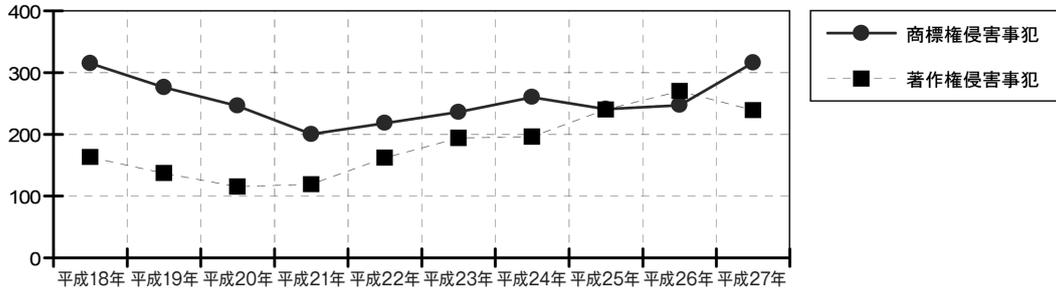
(\*) 日本大学法学部教授

(1) 平成 24 年 6 月、著作権法が改正され(平成 24 年法律第 43 号。同年 10 月 1 日施行)、違法ダウンロード(私的使用の目的をもって、有償著作物等の著作権等を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、自らその事実を知りながら行うこと)により、著作権等を侵害した者も処罰対象になった。また、24 年 3 月、不正アクセス禁止法が改正され(平成 24 年法律第 12 号。同年 5 月 1 日施行)、他人の ID やパスワードの不正取得等の罪が新設され、不正アクセス行為に対する罰則も、法定刑の上限が懲役 1 年から 3 年に引き上げられるなど強化された。

表1 商標権侵害事犯と著作権侵害事犯の検挙件数の推移(平成16年～27年)

	平成18年	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年	平成23年	平成24年	平成25年	平成26年	平成27年
商標権侵害事犯	315	276	246	200	218	236	260	241	247	316
著作権侵害事犯	163	137	115	119	162	194	196	240	270	239

商標権侵害事犯と著作権侵害事犯の検挙件数の推移(平成18年～27年)

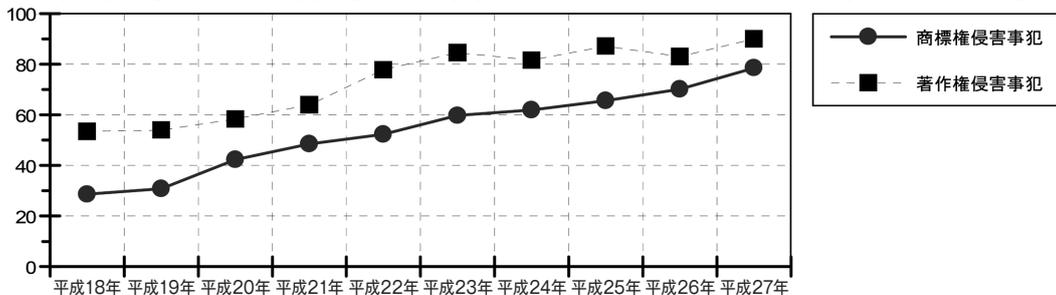


※ 「平成27年における生活経済事犯の検挙状況について(平成28年3月)警察庁生活安全局生活経済対策管理官」から筆者が作成

表2 商標権侵害と著作権侵害の検挙事件に占めるインターネット利用事犯の推移(平成18年～27年)

	平成18年	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年	平成23年	平成24年	平成25年	平成26年	平成27年
商標権侵害事犯	28.6	30.8	42.3	48.5	52.3	59.7	61.9	65.6	70.1	78.5
著作権侵害事犯	53.4	54.0	58.3	63.9	77.8	84.5	81.6	87.1	83.0	90.0

商標権侵害事犯と著作権侵害事犯の検挙事件にはめるインターネット利用事犯の割合の推移



※ 作成に使用した資料の出典は(表1)と同様

表3 検察庁新規受理人員の推移(平成16年～26年)

年		特許法	実用新案法	意匠法	商標法	著作権法	不正競争防止法	不正アクセス禁止法	合計
		件数							
平成16年	件数	3		1	711	234	47	94	1,092
	%				65.1	21.4	4.3	8.6	100.0
平成17年	件数	7	2	3	896	312	56	112	1,387
	%				64.6	22.5	4.0	8.1	100.0
平成18年	件数	3	1	5	820	362	45	97	1,333
	%				61.5	27.2	3.4	7.3	100.0
平成19年	件数		1	5	748	311	100	104	1,268
	%				59	24.5	7.9	8.2	100.0
平成20年	件数	8			683	253	89	123	1,156
	%				59.1	21.9	7.7	10.6	100.0
平成21年	件数	4			601	245	203	95	1,148
	%				52.4	21.3	17.7	8.3	100.0
平成22年	件数			7	453	350	37	110	957
	%				47.3	36.6	3.9	11.5	100.0
平成23年	件数	3		2	559	335	51	104	1,054
	%				53.0	31.8	4.8	9.9	100.0
平成24年	件数			4	615	382	172	122	1,295
	%				47.5	29.5	13.3	9.4	100.0
平成25年	件数	4			535	330	124	110	1,103
	%				48.5	29.9	11.2	10.0	100.0
平成26年	件数			3	600	453	160	189	1,402
	%				42.8	32.3	11.4	13.5	100.0

※ 犯罪白書27年版の資料を基に筆者が作成

表4 罪名別被疑事件の受理人員(平成27年)

	新受総数	通常受理				他の検察庁から	再起・その他
		計	検察官 認知・直受	通常司法 警察員から	特別司法 警察員から		
特許法	3	3	3				
商標法	974	658	1	657		315	1
著作権法	649	384	8	376		262	
不正競争防止法	231	186	7	177	2	45	

※ 検察統計年報2015年版から筆者が作成

商標法違反及び著作権法違反の新規受理人員の占める割合は、平成16年では全体の86.5%を占めていたが、平成23年では84.8%、24年では77.0%、25年では78.4%、26年では75.1%と減少傾向が見られるが、不正競争防止法違反や不正アクセス禁止法違反が増加傾向にある。

不正競争防止法に関しては、平成14年に、「営業秘密の刑事的保護」制度が導入され、平成16年1月1日から施行されている。また、平成17年には罰則の強化が図られている。平成18年には、「営業秘密、秘密保持命令違反罪」に関する刑事罰が強化され、「商品形態模倣行為」の刑事罰も強化された(平成19年1月1日施行)。平成21年には、「営業秘密を不当に保持し続ける行為(領得行為)」についても処罰対象に追加され、目的要件を「不正競争の目的」から「図利加害の目的」に変更し、拡大している(平成22年7月1日施行)。これらの改正が、検察庁が受理した人員の推移にも少なからず影響を与えているものと考えられる。この延長線上にあるのが、平成27年の改正(平成28年1月1日施行)である。ここでは①「営業秘密」の転得者の処罰範囲を拡大したこと、②「未遂行為」を処罰すること、③「営業秘密侵害品の譲渡・輸出入」等を規制すること、④「国外犯処罰」の範囲を拡大したこと、

「営業秘密侵害罪の非親告罪化」が挙げられる<sup>(2)</sup>。

また、平成23年には、刑事訴訟手続の整備が進められ、これによって、刑事裁判における「営業秘密」の秘匿決定・呼称等の決定・公判期日外での証人尋問等が導入されたことにより、公判廷の証拠調等により「営業秘密」が公開されることによる問題の回避が図られることになった<sup>(3)</sup>。

(表4)は、平成27年に検察庁が受理した特許法、商標法、著作権法、及び不正競争防止法違反について、どの機関から送致されたかを見たものであるが、通常受理に関しては、特許法違反では、検察官が自ら認知したか、直受(告訴<sup>(4)</sup>)されているが、通常司法警察員<sup>(5)</sup>からが、商標法違反では、99.8%、著作権法違反では97.9%、不正競争防止法違反では92.5%であった。新受総数に占める「その他の検察庁から受理したもの」も商標法違反では32.3%、著作権法違反が40.4%、不正競争防止法違反が19.5%であった。

(表5)は、平成27年に検察庁が知的財産権侵害被疑事件の処理の内訳を見たものであるが、特許法侵害事犯3件は全て「嫌疑無し」で不起訴処分<sup>(6)</sup>となり、商標法侵害事犯は、起訴された者430人(起訴率45.5%)、著作権法侵害事犯は、起訴された者260人(39.6%)、不正競争防止法侵害事犯は、起訴された者83人(起訴

(2) 詳細については、「平成27年不正競争防止法の改正概要(営業秘密の保護強化)」経済産業省・知的財産制作室編を参照されたい。  
<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/27kaiseigaiyou.pdf>

(3) 第6章 刑事訴訟手続の特例(第23条から第31条)がこれに当たるが、今回改正は、平成21年の改正の際、「刑事訴訟手続において営業秘密の内容が公になることを恐れて被害企業が告訴を躊躇する事態が生じていることにかんがみ、早急に対応するべき」の附帯決議がなされた。これを受ける形で、公判前整理手続を含む刑事訴訟法の特例が整備された。

(4) 犯罪の被害者その他の告訴権者(刑訴230～234)が捜査機関に対し犯罪事実を申告し、犯人の処罰を求める意思表示を言い、捜査の端緒となり、親告罪においては訴訟条件となる(刑訴338)。また、親告罪の告訴については期間の限定がある(刑訴235・236)。なお、告訴又は告訴の取消しは書面又は口頭で検察官又は司法警察員に対して行う(刑訴241・243)。

特に、知的財産権の侵害行為が行われている場合に、警察や検察庁に告訴を受理してもらい、積極的な捜査を求めるためには、捜査機関の担当者に事件の事前相談を行い、弁理士の鑑定書や産業財産権の判定制度を利用し、自己の被害を根拠付ける証拠となる資料(材料)を自ら準備しておくことなどが重要となる。裏付ける証拠もなく、被害の事実もあいまいな状態で告訴をしても捜査機関の側で告訴が受理されない場合があり得る。

(5) 巡査部長以上の警察官を言う。

(6) 検察官の事件処理のうち公訴を提起しない処分を言う。訴訟条件を欠く場合、被疑事実が犯罪とならない場合、証拠が不十分・不存在の場合、刑の免除事由がある場合、及び起訴猶予とすべき場合になされる。また、被疑者への告知(刑訴259)、告訴人・告発人・請求人への通知(刑訴260・261)を伴う。

表5 被疑事件の既済及び未済の人員(平成27年)

	既済										未済
	起訴			不起訴					他の検察 庁に送致		
	計	公判請求	略式命令 請求	計	起訴猶予	嫌疑 不十分	嫌疑無し	罪と ならず		その他	
特許法	3			3			3				
商標法	945	430	176	254	200	134	62		4	311	51
著作権法	656	260	84	176	140	61	44	5	2	28	35
不正競争防止法	215	83	53	30	90	63	22		5	41	21

※ 検察統計年報2015年版から筆者が作成

表5-2 被疑事件の既済人員の推移(平成18年～27年)

	商標法					著作権法				
	起訴			不起訴	起訴率	起訴			不起訴	起訴率
	計	公判請求	略式命令 請求			計	公判請求	略式命令 請求		
平成18年	669	399	270	148	81.9	261	192	68	71	78.6
平成19年	591	347	244	164	78.3	232	147	85	64	78.4
平成20年	458	253	205	206	69.0	192	130	62	60	76.2
平成21年	438	287	151	167	72.4	177	102	75	53	77.0
平成22年	301	176	125	153	66.3	213	125	88	127	63.6
平成23年	41	202	199	161	71.4	258	136	122	73	77.9
平成24年	388	182	206	217	64.1	253	125	128	122	67.5
平成25年	321	149	172	193	62.5	246	79	167	90	73.2
平成26年	411	216	195	213	65.9	308	113	195	111	73.5
平成27年	430	176	254	200	68.3	260	84	176	140	65.0

※ 犯罪白書平成28年版から筆者が作成

率38.6%)であった。不起訴処分に占める起訴猶予<sup>(7)</sup>率は、それぞれ67.0%、43.6%、70.0%であった。

(表5-2)は、商標法侵害事犯、著作権法侵害事犯の起訴・不起訴に関して、平成18年から27年までの推移を見たものであるが、商標法侵害事犯に関しては、起訴率が平成23年71.4%になって以降、60%代前半を占めていたが、25年以降増加に転じ、27年には、68.3%となっている。著作権法侵害事犯では、平成21年までは概ね77%前後であった起訴率が、平成22年と24年には、70%を割り込んだものの73%前後で推移していたが、平成27年には65.0%と前年より8.5%と大幅に低下した。平成27年における刑法犯の起訴率が39.1%、道交犯を除く特別法犯の平均起訴率が53.3%であったことと比較すると起訴率は高いといえる。

ここで着目すべきものとして、起訴猶予と嫌疑不十分<sup>(8)</sup>がある。

起訴猶予は、その条件の内でも、具体的には、初犯

で損害回復が図られ、被害者が公式な処罰を望まない場合に、刑事政策的な観点から行われるものである。被害者との間で示談(和解)が成立し、しかるべき損害賠償を含む損害回復がなされていることが重要な条件となっている。公判請求される(する)ということは、犯罪事実を立証するために検察官によって有罪立証のために犯罪対象物である知的財産権の内容が公判廷で“公開”されることを意味し、被害者がそれを望まない場合が多いこともその背景にあると考えられる。これに対し、嫌疑不十分とは、被疑事実につき犯罪の成立を認定すべき証拠が不十分なときになされるものであるが、有罪立証のために検察官が当該知的財産権の内容(秘密)に関する知見が求められるが、一般犯罪の証拠認定の経験的知見がそのまま使用できず、被害者(企業)の積極的な支援が得られないと証拠価値の高い証明力のある資料を収集し、分析検討することが困難であることもその背景にはあると考えられる。

(7) 検察官の事件処理において、訴訟条件を具備し犯罪が立証できるにもかかわらず、訴追の必要がないとして不起訴にする処分を言う。具体的には、犯人の性格、年齢、境遇、犯罪の軽重、情状、犯罪後の状況を総合考慮して決定される(刑訴248条、事件事務規程(法務省訓令)第75条2項20号)。

(8) 被疑事実につき犯罪の成立を認定すべき証拠が不十分なときになされる(事件事務規程第75条2項17号)。

表6 第一審裁判所における科刑状況の推移(平成18年～27年)

	総数	5年以上	5年以下	3年		2年以上		1年以上		6月以上		6月未満		実刑率
				実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	
商標法														
平成18年	183				11	3	36	4	111	2	16			4.9
平成19年	150				7	2	32	9	87	1	11	1		8.7
平成20年	124				9	3	28	4	75	1	4			6.5
平成21年	91				7	4	19	4	49	3	5			12.1
平成22年	77				1	1	11	7	50	3	3		1	14.3
平成23年	92				4	2	26	9	48	1	2			13.0
平成24年	80				1	1	19	4	53	2				8.8
平成25年	65				2		15	6	42					9.2
平成26年	82				3	3	18	6	48	1	3			12.2
平成27年	81				1	1	19	5	51	1	3			8.6
著作権法														
平成18年	78				4	1	20	4	41	1	7			7.7
平成19年	91				2		21	8	54	4	2			13.2
平成20年	73				2	2	21	5	41	1	1			11.0
平成21年	45				3	1	3	3	32	2	1			13.3
平成22年	97					1	16	5	74	1				7.2
平成23年	79				1		12	2	64					2.5
平成24年	80					1	12	1	65	1				3.5
平成25年	53						13	2	37	1				5.7
平成26年	76			1	2	2	5	5	56	3	2			14.5
平成27年	48				1		14	2	29		2			4.2

※ 最高裁事務総局の資料から筆者が作成

### (3) 第一審裁判所における処理状況

(表6)は、第一審裁判所における商標法侵害事犯と著作権法侵害事犯の科刑状況について平成18年から27年まで間の推移を見たものであるが、実刑率は商標法侵害事犯では、平成22年が14.3%で最も高く24年まで減少傾向にあったが、その後高くなってきている。著作権法侵害事犯平成21年が13.3%で最も高くなっているが、23年に2.5%まで減少し、その後は増加傾向にある。

実刑に関しては、懲役2年以上3年未満までは商標法侵害事犯では1～4名程度はいるものの、著作権法侵害事犯では1～2名程度である。平成26年に懲役3年に処せられた者が1名いるに過ぎない。

執行猶予<sup>(9)</sup>が付いた者では、執行猶予期間3年が最も長く、執行猶予期間が1～2年未満が各年とも商標

法事犯では50%半ばから64%前後で増減を繰り返し、平成23年が52.2%と最も低かったが、その後は増加している。著作権法侵害事犯では、平成20年の56.2%以降24年まで増加し、26年では73.7%とその短さが際立っているのが特徴である。

なお、罰金刑に処せられた者については、地方裁判所、及び簡易裁判所における罪名別罰金別区分では、知的財産権侵害に関するものが「その他の特別法犯」に区分されており、司法統計年報では分析ができなかった。略式手続<sup>(10)</sup>によって簡易裁判所で罰金刑(100万円以下)が言い渡されたものについて、「その他」分類されている知的財産権侵害犯に対するものを分離して検討することができなかった。

(9) 刑の言渡しはするが、情状によって刑の執行を一定期間猶予し、猶予期間を無事経過したときは刑罰権を消滅させることとする制度で、執行猶予の要件は徐々に緩和されている。現行法では①前に禁錮以上の刑に処せられたことがないか、処せられてもその執行終了後又は執行の免除を受けた後5年経過しても禁錮以上の刑に処せられたことがない者が3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処せられたとき、に課すことができる(刑27条)。

(10) 公判を開かず書面審理だけで刑を言い渡す簡易な刑事裁判手続を略式手続といい、略式手続によってされる裁判を略式命令という。簡易裁判所が100万円以下の罰金又は料金を言い渡す場合で、被疑者が略式手続によることに同意した場合に、起訴と同時の検察官の請求(略式起訴)によって行われる(刑訴461・461の2①・462①)。被告人が公開裁判を受ける権利などを放棄することが略式手続の条件となるので、被疑者に異議のないことは書面に表示されなければならない(刑訴461の2②)。略式命令には、罪となる事実、適用した法令、科そうとする刑、及び執行猶予、没収などの付随処分を示さなければならない(刑訴464)。略式命令に対して、被告人・検察官は、14日以内に正式裁判の請求ができる(刑訴465①)。略式命令がそのまま確定すると確定判決と同一の効果を生ずる(刑訴470)。略式手続は法律上は特殊な方式であるが、事件数で見ると起訴される事件の8割ほどがこれによって処理されている。

表7 知的財産関係民事事件の新受・既済件数の推移  
(平成18年～26年)

	新受件数	既済件数	平均審理期間(月)
平成18年	589	603	12.5
平成19年	496	536	14.4
平成20年	497	503	13.7
平成21年	527	469	13.4
平成22年	631	486	14.8
平成23年	518	620	13.4
平成24年	567	503	15.7
平成25年	552	608	15.7
平成26年	552	595	12.1
平成27年	533	533	14.2

※ 知的財産高等裁判所統計から筆者が作成

表8 知的財産関係民事事件(控訴審)の新受・既済件数の推移  
(平成18年～26年)

	新受件数	既済件数	平均審理期間(月)
平成18年	135	137	8.4
平成19年	138	128	8.9
平成20年	140	148	7.7
平成21年	134	140	9.7
平成22年	130	137	8.0
平成23年	155	155	6.4
平成24年	146	143	7.1
平成25年	148	134	7.0
平成26年	169	146	7.6
平成27年	161	193	7.6

※ 知的財産高等裁判所統計から筆者が作成

## 2. 知的財産関係民事事件の概要

(表7)と(表8)は、知的財産関係の民事事件の新受・既済件数の推移を第一審裁判所及び控訴審で平成18年から27年までの間に処理された事件の概要を見たものである。

新受件数と既済件数が一致しないのは、年をまたいで事件が処理されているためであるが、平成23年以降、新受件数は550件前後で推移している。平均審理期間も14か月程度である。控訴審を見ると、新受件数は平成20年以降減少していたが、24年以降は増加傾向にある。平均審理期間に関しては、平成18年から22年にかけては8か月を超えていたが、平成23年に6.4か月と最低を示して以降増加しているが、22年以前と比較すると短い傾向にあるものの、平成27年には7.6か月となっている。

ところで、知的財産権の保護を図りつつ、知的財産(権)立国を目指すために平成14年11月には知的財産基本法が成立(平成15年3月施行)し、平成16年6月には知的財産高等裁判所設置法、裁判所法等の一部を

改正する法律が成立するとともに、翌17年4月には知的財産高等裁判所<sup>(11)</sup>が設立され、今日に至っている。

これとは別に、平成10年4月に、東京地方裁判所において、知的財産専門調停(制度)<sup>(12)</sup>が発足し、平成16年には東京地裁と大阪地裁に知的財産専門部を設け、裁判官の専門性を高めるとともに、特許庁から調査官を迎えて技術的・専門的知見を補うという取り組みを行ってきた。その後、平成15年の民事訴訟法第6条の改正により、管轄集中による一層の専門的処理体制の向上を目指し、その専属管轄化が図られるとともに、控訴審レベルでも、東京高等裁判所の専属管轄が定められた<sup>(13)</sup>。

裁判所ではない第三者に客観的な意見を聞く方法の一つとして、特許庁の判定制度を利用することができる<sup>(14)</sup>。

また、裁判によらない法的紛争解決(ADR)も有用な役割を現在は果たしている。例えば、日本知的財産紛争処理センターなど各種のADR機関が存在する。ADRは、通常、調停人や仲裁人として、知的財産の

(11) 知的財産高等裁判所設置法(平成16法119)に基づき、東京高等裁判所に設置された特別の支部。知的財産高等裁判所が取り扱う事件は、東京高等裁判所の管轄に属する事件のうち、イ特許権、実用新案権、回路配置利用権、プログラムの著作物についての著作権の権利に関する訴えについて地方裁判所が第一審としてした終局判決に対する控訴に係る訴訟事件(民訴6③、知財高裁2)、ロ意匠権、商標権、著作権の権利(プログラムの著作物についての著作権の権利を除く)、出版権、著作隣接権若しくは育成者権に関する訴え又は不正競争による営業上の利益の侵害に関する訴えについて地方裁判所が第一審としてした終局判決に対する控訴に係る訴訟事件(知財高裁2)、ハ特許庁が行った審決等に対する審決等取消訴訟(特許178①、新案47①、意匠59①、商標63①・68⑤、知財高裁2)、ニ上記のほか、主要な争点の審理に知的財産に関する専門的な知見を要する民事・行政事件(知財高裁2)、ホ上記イないしハの訴訟事件又は上記ニのうち訴訟事件であるものと口頭弁論を併合して審理されるべき訴訟事件(知財高裁2)である。審理・裁判は、原則として3人の合議体で行うが(裁18①本文②本文)、その帰趣が企業活動に与える影響の重大性やその審理において問題となる専門技術性の程度等を考慮して特に慎重な審理が必要であると認められる場合には、上記イの事件及び上記ハのうち特許権及び実用新案権に関する審決等に対する訴訟事件については、5人の合議体で行うことができる(民訴310の2本文、特許182の2、新案47②)。かかる合議体は、一般に「大合議」とも呼ばれる。

(12) 調停は、調停主任裁判官1名と調停委員2名の合計3名で構成され、この内、調停主任裁判官は、訴訟に関与した知的財産部の主任裁判官自らが担当する。調停委員は、知的財産事件に詳しい弁護士及び弁理士により構成されている。

(13) 中野俊一郎「知的財産権紛争とADR—仲裁を中心として—」392頁参照 [www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/4/34.pdf](http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/4/34.pdf)

(14) 判定制度による判定の結果は、当事者や第三者を法的に拘束するものではないが、判定制度は、特許庁が厳正・中立的な立場から、判定を求められた対象が、特許発明や実用新案の技術的範囲、登録意匠の範囲、商標権の効力の範囲に属するか否かについて、公式的な見解を示す制度として有用なものである。 <http://www.jpo.go.jp/tetuzuki/sinpan/sinpan2/hantei2.htm>

各分野の専門知識を持つ弁護士や弁理士、学者等が選任され、調停等に当たっている。

### 3. 考察

#### (1) 刑法による知的財産の保護

1) 窃盗罪の適用に関しては、「財物」の対象に無体物(無体財産)が含まれないことから、情報(秘密)を取り出す(持ち出す)際に、自ら持ち込んだ用紙やCD等にコピーした場合には、使用されたインク代や電気代が窃盗の対象物となるに過ぎない<sup>(15)</sup>、持ち出す際に不正に使用されたコピー用紙や複製に使用されたCD等の数量が窃取された財物の評価対象になり、そこに化体された無体財産の社会経済価値とは著しい差が生じることになる。

近年では、携帯電話やスマートフォンに搭載された内蔵カメラを利用すれば、紙の上にかかれた情報も、容易に持ち出すことが可能で、財物を盗んでいるわけではないので「窃盗罪」は成立しないこととなる。情報窃盗罪を新設するか、財産犯の保護法益である「財物」を有体物から無体物をも含む概念に拡大することも一考に値すると思われる。

2) 業務上横領罪の適用に関しては、鐘淵化学事件

(大阪地判昭和42年5月31日判時494号74頁)が、その成立を認めている<sup>(16)</sup>。

3) 背任罪の成立に関しては、総合コンピュータ事件(東京地判昭60・3・6判例時報1147号162頁)で、その成立を認めている<sup>(17)</sup>。

本罪は、「他人のためにその事務を処理する」という身分を必要とし、「自己もしくは第三者の利益を図り、又は本人に損害<sup>(18)</sup>を与える目的」で、「任務に違背する」という図利・他害目的を必要とすることから、身分犯<sup>(19)</sup>、かつ目的犯とされている。これらの要件を具備していることが、証拠によって立証されることが必要で、ここに取り上げた総合コンピュータ事件の被告人の行為は、その要件を具備しているものとして、背任罪(刑法247条)の成立が認められた。

ところで、窃盗罪及び業務上横領罪は、個別財産の侵害と位置付けられ、担当者以外が持ち出した場合には窃盗罪が、担当者が持ち出せば業務上横領罪が成立する。業務上横領罪は、「自己の占有する他人の財物<sup>(20)</sup>」を、不法領得の意思<sup>(21)</sup>をもってする領得が横領行為であるとする領得行為説が通説判例である<sup>(22)</sup>。本犯罪は、不真正身分犯である。

背任罪においては、先ず、他人のために、その者に代わってその事務を処理する法的義務を負うといえる者のみが、本罪の主体となりうる真正身分犯で有り、

- 
- (15) 大日本印刷事件(東京地判昭和40年6月26日判時419号14頁) 本件事案は、社員Aが、上司の保管する稟議決裁一覧表を、自ら、社内でコピーし、コピーをライバル会社の社員Bに売却したもので、裁判所は、「全体的に見て、単なるコピー用紙の窃取ではなく、会社所有の稟議決裁一覧表を窃取したものと認めるのが相当として、財物性を肯定し、Aに窃盗罪、Bに贓物故買罪が成立する。」と判示した。
- 新潟鐵工事件(東京地判昭和60年2月13日判時1146号23頁) 本件は、被告人が、持ち出した資料は、新潟鐵工が多大な費用と長い年月をかけて開発したコンピュータシステムの機密資料を社外持ち出し、コピーしたもので、裁判所は、「当該コンピュータシステムに関する資料は、その内容自体に経済的価値があり、かつ、所有者である新潟鐵工以外の者が同社の許可なしにコピーすることは許されないものであり、被告人らが同社の許可を受けずに、コピーする目的をもって本件資料を社外に持ち出すに当たっては、その間、所有者を排除し、本件資料を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用する意思があったと認められる」と判示して、窃盗罪の成立を認めている。
- (16) 本件事案は、工場の技術課長代理が、退職するに当たり、自己が保管していた薬剤の生産方法に関する文献ファイルと少量のサンプルを外部に持ち出したもので、裁判所は、「文献ファイル・サンプルの所有者である会社から見て、製法の独自性・機密性との関係で有している価値が、極めて大きく、これらのものは、財物に該当し、業務上横領罪が成立する。」と判示した。なお、「他人の」物に関しては、「会社の職員が、その職務のために、会社から配布を受ける資料文献はもとより、職員自身が、職務のために、その地位に基づいて、会社の文献、資料用紙、器具機械等を用いて自ら作成した資料のごときも、特別の事情がない限り、その者の個人所有に帰するものではなく、会社の所有である」旨を判示している。
- (17) 本件事案では、マーケティング担当部長甲が、会社のコンピューターから自己のフロッピーディスクに、新製品の販売戦略に関するデータをコピーしてライバル社に売ったという事案に関して、「新会社を設立しようとした営業課長らが、会社の開発したオブジェクトプログラムを無断で使用し、それを記録したフロッピーディスクを持ち出し、同プログラムを独自に販売するパソコンに入力し、その結果、会社に多額の損害を与えた行為は、背任罪に該当する。」と判示し、背任罪の成立を認めた。なお、本件では、背任罪については有体物の持ち出し行為のみならず、コンピュータ入力行為についても成立が認められている。
- (18) 財産上の損害の発生本罪が既遂に達するためには、得べかりし利益の喪失を含む積極・消極の財産上の損害の発生を要する。損害発生の有無は、本人の財産全体について、経済的見地から判断される(最決昭和58・5・24刑集37・4・437)。企業秘密については、その独占的・排他的利益が害されることが必要となる。
- (19) 他人のために、その者に代わってその事務を処理する法的義務を負うといえる者のみが、本罪の主体となりうる。
- (20) 無体物でも(電気はもとより)管理可能なものは財物に含まれるとする解釈もあり(管理可能性説)、同説からは、電気以外のエネルギーの無断使用やノウハウ等の探知・漏示も、窃盗罪に当たりうる。ノウハウに関しては、無形物(顧客情報・技術情報・個人的熟練)のほか、有形物に化体されているもの(顧客名簿・図面・青写真・ひな形など)が含まれる。
- (21) 窃盗罪に関しては、「権利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ」(権利者排除意思)、「其経済的用法ニ從ヒテ利用若クハ処分スルノ意思」(利用処分意思)と定式化し(大判大正4・5・21刑録21・663)、最高裁も、これを踏襲している(最判昭和26・7・13刑集5・8・1437等)。また、非移転罪(横領罪)における不法領得の意思は、判例上「他人の物の\*占有者が\*委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意志」と定式化され(最判昭和24・3・8刑集3・3・276)ている。
- (22) 判例(最判昭和28・12・25刑集7・13・2721等)

図利・他害目的とは、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的<sup>(23)</sup>」のことをいう(「本人」とは、当該行為者に事務の処理を任せたる者を指す)。

本罪が既遂に達するためには、得べかりし利益の喪失を含む積極・消極の財産上の損害の発生を要し、損害発生の有無は、本人の財産全体について、経済的見地から判断される(最決昭和58・5・24刑集37・4・437)。

ところで、現行刑法には企業秘密の保護のための規定は存在しないが、改正刑法草案は企業秘密漏示罪の規定を設け、企業の役員または従業員が正当な理由がないのに、その企業の生産方法その他の技術に関する秘密を第三者に漏す行為を処罰すべきことを提案している。昭和49年5月、法制審議会から法務大臣に答申されているが、刑法の一部改正として国会に提出されるに至っていない。

## (2) 知的財産法所定の罰則による知的財産権保護

警察が、知的財産権侵害事犯として扱うものの多くは、商標権侵害事犯としては「偽ブランド事犯等」の商標法違反に係る事犯で、中国本土、韓国、フィリピンから持ち込まれるものがほとんどであり、水際対策が重要となる。これに対し、著作権侵害事犯としては「海賊版事犯等」の著作権法違反に係る事犯については、押収品のほとんどが国内で複製されている。商標権侵害事犯、著作権侵害事犯ともに近年の傾向としてインターネット・オークションなどのインターネット利用形態が増加していることから、インターネット・オークション運営サイト事業者等との協同も対策としては重要となる。また、営業秘密侵害事犯としての「不正競争防止法第21条第1項に該当する」事犯であるが、検挙件数、検挙人員、検挙法人ともに平成27では12件、31人、4法人と他の2つの類型に比し極めて少数にとどまっている。その背景には、前2事犯は、物的証拠が存在するのに対し、営業秘密侵害事犯において

は、故意を立証するに十分な証拠を採取し、証拠評価することが難しいこともあると考えられる。

検察庁での受理から処理の状況を見ると、知的財産権侵害事犯の公判維持の困難さがうかがわれる。被害者側の事情として、犯罪の対象物を特定するために公判廷に提出される証拠としての「営業秘密」を秘匿したいという思惑がある。検察官側の事情として、有罪立証のためには、証拠内容の専門性ゆえに被害者側の技術的支援が欠かせないことから、十分な支援が得られない場合に起訴猶予処分を選択することが多くなる。すなわち、検察の立ち位置が中立的担保の要請との整合性が求められることから、採取された証拠の評価を十分行える検察体制が求められると考えられる。加害者の事情としては、知的財産権侵害事犯に対する刑罰が重いことから、起訴される可能性がある場合には、略式命令による罰金で済ませたいとの思惑もあるように思われる。

裁判手続きを見ると、実刑率が極めて低く、2年未満の実刑が10程度に過ぎないのが現状である。また、執行猶予率が85%以上と極めて高いのが特徴となっている。

### 1) 罰則規定の特徴

特許権、商標権等を侵害した者は、10年以下の懲役若しくは1,000万円以下の罰金に処され又は懲役刑と罰金刑とが併科され、法人従業員等が特許権、商標権等の侵害行為を行った場合には、法人にも3億円以下の罰金刑が科される。知的財産権法に関する犯罪は非親告罪であるが、公訴により著作物及び不正競争防止法に係る営業秘密は公表されることから、著作権法及び不正競争防止法の営業秘密に関する犯罪については親告罪となっている(表9)。

### 2) 知的財産権侵害罪の成立要件

侵害罪が成立するためには、故意が必要となる。例えば、特許発明は特許公報により公開されるため、特許発明を実施した第三者には民事上の過失が推定されることになる。しかし、民事法における故意は、「知っている(知っていた)」すなわち、「自分の行為か

(23) 本人に財産上の損害を加えることの認識は、確定的なものであることを要しない(大判大13・11・11刑集3-788)。また、本人の損害となることを認識しながら、自己もしくは第三者の利益を図り、その任務に背く行為をすれば、背任の目的でその行為をしたといえる(大判昭11・12・24刑集15-658)。さらに、財産上の損害を加えたときは、財産上の実害を発生させた場合だけでなく、財産上の実害発生の危険を生じさせた場合も包含する(最判昭37・2・13刑集16-2-68)。

表9 各法令による刑罰の内容

法令	条文	懲役	罰金額	併科
刑法	第235条(窃盗)	10年以下	50万円以下	
	第168条の3(不正指令電磁的記録取得等)	2年以下	30万円以下	
	第253条(業務上横領)	10年以下		
	第247条(背任)	5年以下	50万円以下	
特許法	第196条(侵害)	10年以下	1,000万円以下	○
	第196条の2(みなし侵害)	5年以下	500万円以下	○
商標法	第78条(侵害)	10年以下	1,000万円以下	○
	第78条の2(みなし侵害)	5年以下	500万円以下	○
実用新案法	第56条(侵害)	5年以下	500万円以下	○
意匠法	第69条(侵害の罪)	10年以下	1,000万円以下	○
	第69条の2(みなし侵害)	5年以下	500万円以下	○
著作権法	第119条(侵害の罪)1項	10年以下	1,000万円以下	○
	2項	5年以下	500万円以下	○
	第120条(みなし侵害) <sup>(24)</sup>			
不正アクセス禁止法	第11条 3年以下 100万円以下(不正アクセス行為の禁止)			
	第12条 1年以下 50万円以下			
特許法	第200条の2(秘密保持命令違反の罪) 5年以下 500万円以下 併科 (親告罪)			
	第201条(両罰規定) 196条, 196条の2, 200条違反 3億円以下			
商標法	第81条の2(秘密保持命令違反の罪) 5年以下 500万円以下 併科 (親告罪)			
	第82条(両罰規定) 第78条, 第78条の2, 第81条違反 3億円以下			
実用新案法	第60条の2(秘密保持命令違反の罪) 5年以下 500万円以下 併科 (親告罪)			
	第61条(両罰規定) 56条, 60条理2違反 3億円以下 57条, 58条 3,000万円以下			
意匠法	第73条の2(秘密保持命令違反の罪) 5年以下 500万円以下 併科 (親告罪)			
	第74条(両罰規定) 第69条, 第669条の2, 73条 3億円以下 第70条, 第71条 3,000万円以下			
著作権法	第122条の2(秘密保持命令に違反) 5年以下 500万円以下 併科 (親告罪)			
	第124条(両罰規定)1項 3億円以下 2項以下 各条項の罰金刑による			

※ 各法律に基づき、筆者が作成

ら一定の結果が生じることを知りながら、あえてその行為をすること」をいい、刑事上の故意<sup>(25)</sup>とはならない。その結果、特許権侵害罪として起訴された事案は、平成27年まで罰則は一度も適用されていない。その理由の一つは、特許権の存在を知っていた場合であっても、自己の行為が特許権を侵害しないと確信し、その確信に合理的根拠がある場合には、故意は阻却されるからである。

例えば、近藤志津雄は「知的財産権法の罰則」の4. 著作権侵害の項で、「近年の著作権侵害事件の特徴の一つは、インターネットに絡んだ事件が多く発生していることである。私的使用のためであっても、有償で公衆に提供・提示されていると知りながら音楽や映像をダウンロードする行為は侵害罪になる。また、国内外のサーバから有償著作物を無断でダウンロードする行為も侵害罪になる。近年話題になった事案として、

(24) 知的財産権を直接的に侵害する行為ではないが、侵害行為に間接的に寄与する行為か、又は侵害行為と実質的に同視しうる行為であるために、法律上、侵害行為とみなされるものを間接侵害という(特許101, 新案28, 意匠38, 商標37, 著作113)。擬制侵害(みなし侵害)とも呼ばれる。間接侵害は、法律上、知的財産権の侵害行為とみなされるため、権利者は、間接侵害者に対して間接侵害行為の差止請求を行うことができ(特許100, 新案27, 意匠37, 商標36, 著作112)、間接侵害行為により損害を被った場合には損害賠償を請求することができる(民709)。また、間接侵害は、刑事罰の対象ともなる(特許196の2, 新案56, 意匠69の2, 商標78の2, 著作119・120の2)。

(25) 故意とは、罪となる事実(構成要件該当事実及び違法阻却事由を基礎づける事実の不存在)を認識し、かつその実現を意図するか、少なくとも認容する場合をいうとするのが通説・判例の立場である(認容説という)。刑法は、故意のない行為は原則として処罰しない(刑38①)。

著作権侵害行為幫助の疑いでファイル共有ソフトの開発者が逮捕される事件があった<sup>(26)</sup>。ファイル共有ソフトの使用自体に違法性はないが、流通している著作物は違法なものが多く、多くの者が逮捕・書類送検されている。」と指摘している<sup>(27)</sup>。

知的財産権法のうち、比較的多くの刑事罰が適用されている法律は不正競争防止法である。近年、多くの国民の耳目を集めた事案として、食品偽装が挙げられる。

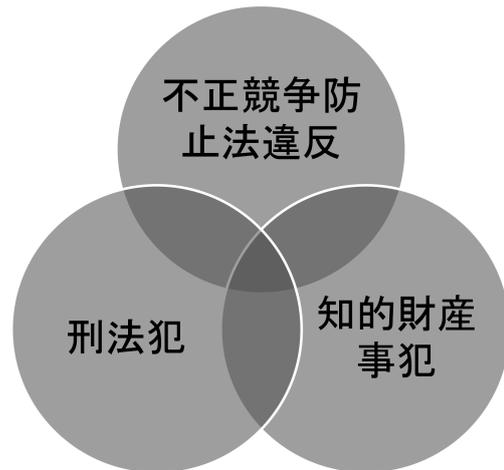
また、凶利・他害目的が必要となる目的犯<sup>(28)</sup>でもある。

刑法犯(窃盗罪、業務上横領罪、背任罪)、知的財産権事犯、そして不正競争防止法違反が競合する場合が生ずる。行為者の行為としては1つの行為であるが、数個の構成要件を充足するように見えるが、その実そのうちの1個の構成要件による評価だけで十分で、他の構成要件による評価が排斥される場合を法条競合というが、次の(図1)の様な場合に該当し、特別法と一般法の関係に立つ場合には、特別法が適用され、特別法間に該当する場合には、罰則の重いものが適用されることになる。また、立証の可能性も考慮される場合もあり得ると思われる。

例えば、法律事務所ミライト・パートナーズのブログ「社員が企業秘密を不正に取得・利用した場合に会社をとれる対抗措置」の例として「社員が社外秘のお得意様リストが入った会社所有のUSBメモリを故意に持ち出したような場合は、その社員について、窃盗罪(刑法235条)、横領罪(刑法252条)、業務上横領罪(刑法253条)、不正競争防止法上の刑罰(21条)などが問題になる。また、その社員とライバル企業が共犯であった場合は、ライバル企業についても不正競争防止法違反の罪が成立する余地がある(不正競争防止法22条)」と、刑事上の対抗措置が紹介されている<sup>(29)</sup>。(図1)

例えば、平成26年の不正競争防止法違反(55事件)には、営業秘密侵害事犯(11事件)を含む。また、27年の不正競争防止法違反(49事件)には、営業秘密侵害事犯(12事件)が含まれている。また、平成26年の「商標権侵害事犯」のうち、5事件は商標法違反及び関

図1 知的財産権を対象として成立する犯罪の関係



※ 筆者が作図

税法違反であり、関税法違反の2法人9人は、その他の検挙人員及び検挙法人数に計上されている。さらに、27年の「商標権侵害事犯」のうち、1事件は商標法違反及び不正競争防止法違反、「著作権侵害事犯」のうち、1事件は著作権法違反及び不正競争防止法違反であり、不正競争防止法違反の2法人1人は、「その他」の検挙人員及び検挙法人数に計上している(「平成27年における生活経済事犯の検挙状況等について」29頁・警察庁生活安全局生活経済対策管理官(平成28年3月))。

### (3) 不正競争防止法による知的財産権の保護

現在は企業の営業機密に属する電子データの持ち出しに関して平成17年に不正競争防止法が改正され罰則規定が追加された。この改正不正競争防止法では、不正の競争の目的で、営業秘密を不正に取得し、使用し、または開示する事が要件となっている。ただし、そもそも対象となるデータが「営業秘密」と認められるためには、当該データに対し適切なアクセス権限の設定や保護が行われていることが必要とされている。

実際の裁判では、この「営業秘密」の範囲や認定要件について争われることが多い。一例として2014年のベネッセ個人情報流出事件<sup>(30)</sup>では、弁護側は「(被告が持ちだしたとされる)個人情報には営業秘密には当た

(26) 著作権法違反幫助事件最高裁第三小法廷決定(最判平成23・12・19刑集65・9・1380)で、被告人には、著作権違反罪の幫助犯の故意がかけるとされた。

(27) <http://www.knpt.com/contents/news/news2013.07.01/news2013.07.01.html>

(28) 目的犯とは、犯罪の構成要件上、故意のほか一定の目的の存在を必要とする犯罪をいい、この場合の目的を主観的違法要素という。背任罪における「凶利・他害目的」がこれにあたり、知的財産権侵害行為においても、故意の他にこの目的が必要であると考えられる。

(29) <http://milight-partners-law.hatenablog.com/entry/2015/07/22/141640>

(30) 情報を持ち出したとして不正競争防止法違反(営業秘密の複製、開示)の罪に問われたSEに対する裁判は東京地方裁判所で行われた。弁護側は流出した個人情報は営業秘密に当たらないとして無罪を主張した。2016年3月29日、判決ではベネッセ側が機密保持対策を行っていたことを理由に弁護側の主張を退け、懲役3年6ヵ月、罰金300万円の実刑判決を言い渡した。弁護側は即日控訴した。

らない]として無罪を主張した(ただ一審ではその主張は却下されている)。

不正競争防止法2条1項は、「不正行為」に関する定義を①～⑨に分類して定め、④で「営業秘密に係る不正な取得・使用・開示行為等」について7つの類型を(第4号～第10号)示している。その他については、本法に列挙された違法行為には、商品等表示による混同惹起行為(不正競争2①)、著名標識の使用行為(不正競争2①)、商品形態の模倣行為(不正競争2①)、営業秘密の不正な取得・使用・開示行為等(不正競争2①)、技術的制限手段の迂回装置の提供行為等(不正競争2①)、ドメイン名の不正取得行為等(不正競争2①)、原産地・品質・数量等の誤認表示行為等(不正競争2①)、虚偽事実の陳述ないし流布による信用毀損行為(不正競争2①)などがある<sup>(31)</sup>。

不正競争防止法における刑事罰の概要としては、営業秘密侵害に係る刑事罰の対象となるもの(第21条第1項第1号～第9号、第2項第6号、第3項1～3号、第4項)の概要は、以下のとおりである。これらは、営業秘密に係る「不正競争」について民事上の差止請求等の対象となるものとの比較の上で、特に違法性が高いと認められる侵害行為について、平成15年改正によって刑事罰(営業秘密侵害罪)が導入されるに至り、その後も退職者処罰規定の導入(平成17年改正)、法定刑の引上げ(平成17年改正、平成18年改正、平成27年改正)、営業秘密の目的要件の変更、従業者等による営業秘密の領得への刑事罰の導入(平成21年改正)、法定刑の引上げ、没収規定の追加・拡大、非親告罪化(秘密保持命令違反の罪(第21条2項6号)については、刑事訴訟手続の特例の対象となっていないため親告罪のままとなっている。)、転得者処罰範囲の拡大、及び未遂処罰規定の導入(平成27年改正)などの改正が段階的に重ねられた<sup>(32)</sup>。未遂処罰規定の導入が、増加傾向にある侵害事犯の抑止に繋がることを期待したい。

営業秘密侵害罪(第21条第1項等)に係る刑事訴訟手続については、平成21年改正時の国会における附帯決議等において、公開裁判を通じて営業秘密が公に

なるとの懸念から、被害者が告訴(刑訴法第243条)を躊躇していると見られることに鑑み、営業秘密保護のための特別の刑事訴訟手続の在り方等について、早急に対応すべきとの指摘があった。こうした状況の中で、平成23年改正により、営業秘密侵害罪に係る刑事裁判において営業秘密を保護するための刑事訴訟手続の特例(第6章・第23条～第31条)が設けられた(刑訴法第244、245条)<sup>(33)</sup>。

具体的には、裁判所は、被害者等からの申出に応じて、営業秘密の内容を公開の法廷で明らかにしない旨の決定をすることができ(第23条1項)、当該事件の手続は、起訴状朗読において、営業秘密構成情報特定事項を明らかにしない方法で行ったり(第24条)、必要に応じて尋問等の制限(第25条)、公判期日外の証人尋問(第26条)等が行なわれるようになった。裁判手続の主要な部分が公開されていることから、刑事被告人の公開裁判を受ける権利の保障(憲法第37条第1項)や裁判公開の原則(憲法第82条)の観点からも問題ないと解される。

この他に、いわゆる『水際措置(知的財産権侵害に関する)』として、知的財産侵害物品の輸出入を差し止める制度(関税法69の2～69の21)がある。知的財産侵害品が輸入された場合に、国内流通後に差し止めることが難しいことから規定されている。水際措置の対象は、特許権、著作権、商標権等の登録された知的財産権の侵害品に限らず、不正競争防止法上の商品等表示に関わる不正競争等の組成品に及んでいる(ただし、営業秘密の不正使用により生産された物は含まれていない)。その手続は関税法に規定され、権利者の申立により認定手続のほか、職権による手続もある。輸出に対しても規定され、保税地域における差し止めも認められている。物品の自由貿易を阻害することになるが、「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定」(平成6条15)において、非関税障壁として認められている(ガット20(d))。トリップス(TRIPs)協定において、水際措置の義務とその手続について、規定されている(TRIPs51～60)。

(31) 「逐条解説 不正競争防止法—平成27年度改正版—経済産業省」  
www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/.../full.pdf  
第2部逐条解説 Chapter 3、不正競争(第2条関係)に詳述されている。

(32) 前掲「逐条解説」Chapter 7 罰則(第21条)に詳述されている。

(33) 前掲「逐条解説」Chapter 8 刑事訴訟手続の特例(第23条～31条)に詳述されている。

## 4. 提言

知的財産権侵害事犯への対応として、考慮すべきこととして、先ず、警察における事案解明のための専従班(室)を警察本部生活安全部に設置し(例えば、警視庁では、生活安全部生活経済課内)、弁理士等知的財産権の専門家を配置し、専門知識や事案処理に関する研修を受けた警察官と協働させる。次に検察庁では、刑事部、東京・大阪・名古屋の各地検では特捜部に知的財産権侵害事犯担当部を設け、弁理士を常駐させ、検察官、検察事務官と協働させることが求められる。また、東京・大阪地裁の知的財産専門部を立ち上げる際に活用したように、特許庁から調査官を迎えて技術的・専門的知見を補うことも一考である。

特に、知的財産権事犯に対する起訴猶予の判断をなす場合に、被害者に与えた(与える)損害を賠償していることが、起訴猶予の条件の重要な項目の一つとなっていることから、弁理士等の協力を得つつ、損害の内容や範囲、それに伴う損害額の算出を通して、起訴猶予判断に利用することが可能となる。この点に関しては、平成26年から検察庁で一般刑法犯において実施されている緊急更生保護の活用を条件とした起訴猶予の判断に社会福祉士(地検によっては常駐しているところもある)による判断を基礎として行っている制度が参考になる<sup>(34)</sup>。

検察官の終局処理における商標法侵害事犯では「略式命令請求」が「公判請求」とほぼ同じ割合であるが、著作権侵害事犯では、「略式命令請求」が多いことは、前出の(表5-2)でも明かであるが簡易裁判所で審理に当たる裁判官の補佐に弁理士等の知的財産専門家を配置しても良いと思われる。第一審刑事裁判所に知的財産権侵害事犯専門部を設け、裁判官と特許庁から派遣された調査官、弁理士による合議体を形成して、裁判を行うことにより、事案の特徴を考慮した手続が可能となる。この制度設計に類似の制度が、精神障害者による重大かつ凶悪な事犯に対応するために導入されている医療観察制度の中核となっている裁判官と精神科医が合議体を形成する裁判制度である。もちろん、公判前整理手続を導入し、論点を整理しておくことは、審理の適正化と迅速化に繋がるとと思われるし、知的財産権侵害事犯における犯罪立証に際し、「営業秘密」の公開法廷での開示による二次的被害の発生を回避する

ためには、証拠調における秘匿指定も積極的に行われる事が求められよう。他方、公判前整理手続等が行われる事件において証拠開示制度の拡充として刑事訴訟法の一部改正法(平成28年5月24日成立、6月3日公布)により、証拠の一覧表の交布手続が規定されたことは、被告人の防御権行使にとっても有益である<sup>(35)</sup>。

最後に、刑事和解制度と裁判所命令の運用の実を挙げるためにも、刑事部における知的財産権侵害事犯専門部による対応強化を図ることが望まれる。

(34) 拙稿「刑事政策における緊急更生保護の現代的役割について」日本法学 82 巻 2 号(2016 年)480 頁

(35) 弘田英規「企業犯罪の捜査・公判手続の現状と課題」刑事法ジャーナル No50(2016)40 頁

# 商標法 4 条 1 項 19 号及び 4 条 1 項 7 号の射程

## —悪意の商標出願への対応—

小川 宗一<sup>(\*)</sup>

日米欧中韓の商標五庁による国際的な協力の枠組みである TM5 において、現在、「悪意の商標出願対策プロジェクト」が進められてきている。我が国では、商標法上「悪意の商標出願」（他人の商標が当該国・地域で登録されていないという事実を利用して、不正な目的で行われる商標出願）への対応については、主に 4 条 1 項 19 号及び 4 条 1 項 7 号が適用されているところ、これらは、条文上からだけでは、その射程が必ずしも明確ではなく、裁判例や学説上も種々の議論のある規定である。本稿は、我が国における「悪意の商標出願」に対する商標法 4 条 1 項 19 号及び 4 条 1 項 7 号の射程について考察を加えるものである。

## 目次

- I. はじめに
- II. 4 条 1 項 19 号の射程
  - 1. 4 条 1 項 19 号が設けられた経緯
    - (1) 工業所有権審議会商標問題検討小委員会報告書
    - (2) 工業所有権審議会「商標法等の改正に関する答申」
    - (3) 審議会答申に基づく経済産業省案
    - (4) 内閣法制局における審査
  - 2. 4 条 1 項 19 号の適用の要件
  - 3. 考察
- III. 4 条 1 項 7 号の射程
  - 1. 公序良俗違反規定の歴史
  - 2. 4 条 1 項 7 号の解釈
  - 3. 悪意の出願に関する裁判例
    - (1) 4 条 1 項 7 号に該当するとした裁判例
    - (2) 4 条 1 項 7 号に該当しないとした裁判例
  - 4. 考察
- IV. おわりに

## I. はじめに

日米欧中韓の商標五庁による国際的な協力の枠組みである TM5 において、プロジェクト化しての取組みの一つとして、現在、「悪意の商標出願対策プロジェクト」（有名な地名やブランドなどの商標が海外にお

いて無関係な第三者により無断で出願・登録されるということで、世界的な問題となっているいわゆる悪意の商標出願について、TM5 各庁の制度・運用に関する情報交換と、ユーザーへの情報提供を目的とした日本国特許庁主導のプロジェクト）が進められてきている<sup>(1)</sup>。このプロジェクトでは、これまでに、「悪意の商標出願セミナー」が計 3 回開催されるとともに、「悪意の商標出願に関する報告書」<sup>(2)</sup>が取り纏められ公表（2015 年 4 月）されている。

ここで、いわゆる「悪意の商標出願」に関する定義については、上記報告書中の「日本における悪意の商標出願への取組み」によれば、「一般的に、他人の商標が当該国・地域で登録されていないという事実を利用して、不正な目的で行われる商標出願」とされており、さらに、我が国では、商標法上に悪意の商標出願に対して適用できる関連条項は複数ある（3 条 1 項柱書、4 条 1 項 7 号・8 号・10 号・15 号・19 号、53 条の 2）とし、この中でも、主に 4 条 1 項 19 号及び 4 条 1 項 7 号が悪意の商標出願への対応に用いられているとされている<sup>(3)</sup>。

商標法 4 条 1 項 19 号及び 4 条 1 項 7 号は、条文上からだけでは、その射程が必ずしも明確ではなく、種々の議論のある規定である。全ての議論は、まずは各規定の現在の姿（立法者の意思、立法の経緯等も含めて）の正しい理解から始めなければならない。

本稿は、我が国における「悪意の商標出願」に対する商標法 4 条 1 項 19 号及び 4 条 1 項 7 号の射程につい

(\*) 日本大学大学院知的財産研究科（専門職）教授

(1) 特許庁ウェブサイト「商標五庁会合 (TM5) (日米欧中韓)」(<https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/tmfive.htm>)

(2) 特許庁ウェブサイト「悪意の商標出願に関する報告書について」([https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/bad\\_faith\\_report.htm](https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/bad_faith_report.htm))

(3) 前掲(注 2)報告書 第 1 章：各庁の悪意の商標出願に関する制度及び運用の概要 P. 1

て考察を加えるものである。

## Ⅱ. 4条1項19号の射程

4条1項19号は、平成8年の一部改正において設けられた不登録事由であるところ、この規定が現行の姿になるまでには、紆余曲折があった。まずは、その経緯を辿ることとする。

### 1. 4条1項19号が設けられた経緯

#### (1) 工業所有権審議会商標問題検討小委員会報告書

工業所有権審議会商標問題検討小委員会は、その報告書(平成7年5月18日)において、著名商標等の保護の一環として、①外国著名商標の保護及び不正(競争)目的による出願の扱い、及び②著名商標と同一・類似のものの出願の扱いの二つについて、検討の結果、それぞれ次のような方向性を示した。

#### ① 外国著名商標の保護及び不正(競争)目的による出願について

当時(平成7年)、外国で広く認識されている周知・著名商標が、我が国で他人によって外国商標権者に無断で出願・登録されたことを巡り、諸外国との間で国際摩擦に発展した事例が少なくなかったこと、また、外国周知・著名商標以外の国内商標(周知・著名商標であるかどうかは問わない)でも信義則に反するような出願の問題が指摘されてきている中で、外国商標を巡る剽窃の出願、競争者の排除を目的とするような出願等の出願行為自体に不当性を認め、そのような商標権に基づき権利行使することは権利濫用とする裁判例<sup>(4)</sup>や、国内商標についても商標権の取得段階で不正(競争)目的がある場合には、権利濫用として権利行使を認めないとする裁判例<sup>(5)</sup>の存在等を背景にして、このような商標出願については、これまでのように4条1項7号(公序良俗違反)に基づいて運用するよりも、不登録とすることを明文化した方が、趣旨が明確となり望ましいとして、次のような対応の方向性を示した。『(対応の方向性)

外国でのみ周知・著名な商標及び国内商標の無断・不正目的の出願を排除するため、第4条1項7号の中に(又は別途)、例えば「不正(競争)目的により出願さ

れた商標」を確認的に明記することが適当である。その場合、同規定に係る無効審判には除斥期間を設けない。』(同報告書94頁)

#### ② 著名商標と同一・類似のものの出願について

不正競争防止法では、平成5年の改正で、著名商標(分野を問わず全国的に周知な商標)については、出所の混同のおそれの有無を問わずに保護されることが明文化された(2条1項2号:著名表示冒用行為)ことに平仄を合わせ、商標法においても著名商標と同一・類似のものを不登録事由にしておく必要がある等の理由により、次のような対応の方向性を示した。

『(対応の方向性)

(1) 第4条に、不登録事由として「著名商標と同一又は類似の商標」という趣旨の一号を設けることが適当である。

(2) その際、「著名性」については、不正競争防止法と同様、商品・役務の分野を問わず、全国的に知られているとの考え方で運用がなされることが適当である。』(同報告書90頁)

#### (2) 工業所有権審議会「商標法等の改正に関する答申」

工業所有権審議会は、上記報告書に基づき、さらなる検討を加えた結果、次のような答申(平成7年12月13日)を出した。

①については、報告書どおりにすることで異論はなく、

『外国の周知・著名商標と同一・類似の商標及び国内商標についての不正目的の出願を排除するため、その旨の規定を整備する。』とした。(同答申26頁)

②については、著名商標と同一・類似の商標の登録を一律に排除することとすると、逆に一般の表示選択の自由を過度に制限することとなる懸念(例えば、新聞の「朝日」、ビールの「アサヒ」、銀行の「あさひ」は互いに使用不可となる解釈も生じうる)があること、及び不正競争防止法においても「著名性」の要件のみをもって不正競争行為に当たることとはしているものの、実際に差止請求や損害賠償請求が認められるためには、「営業上の利益を侵害されるおそれ」等があることが要

(4) 神戸地判昭和57・12・21無体財産権関係民事・行政裁判例集14巻3号813頁[ドロテ・ビス事件]、最判平成2・7・20最高裁判所民事判例集44巻5号876頁[ポバイ事件]、大阪地判平成5・2・25知的財産権関係民事・行政裁判例集25巻1号56頁[JIMMY'Z事件]

(5) 大阪地判昭和32・8・31下級裁判所民事裁判例集8巻8号1628頁[三国鉄工事件]、広島地福山支部昭和57・9・30判例タイムズ499号211頁[DCC事件]

件となっていること等に鑑みると、要は、著名商標の有する名声に不正にフリーライドしたり、その名声を害しあるいは希釈化しようといった「不正の目的に基づく出願」を排除することとすればいいのであるから、これを不登録事由としておけば、②についても対応可能(全国的に著名な他人の商標を使用するということは「不正の目的がある」と一応推認可能であり、この規定により不正競争防止法2条1項2号で規制しようとしている内容は、商標法上でも完全に対応する)という考え方に至り、

『全国的に著名な商標と同一・類似のもの出願については、出所の混同のおそれの有無にかかわらず、名声へのフリーライドや希釈化等の不正の目的によるものを排除することが適当であり、これについても不正目的の出願を排除する旨の規定を整備することにより対応する。』とした。(同答申28頁)

### (3) 審議会答申に基づく経済産業省案

上記答申を受け、①及び②の両者に一括して対応する規定として、次のような案が経済産業省内で作成され、他省庁との法令協議等の諸手続を経て、内閣法制局の審査を受けることとなった。

『(4条1項19号)

不正の目的(不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。)をもつて出願された商標(前各号に掲げるものを除く。)]

このような条文案になった経緯の概要は、次のとおりである。

まず、文言上「不正競争の目的」ではなく「不正の目的」としたのは、①との関係では、本号で拒絶しようとする商標は、不当な利益を得ようとする目的(不正競争の目的を含む)に止まらず、「営業上の競争関係にはないが他人に損害(財産上の損害、信用の失墜、その他の有形無形の損害)を加える目的」をも含めた「公正な取引秩序に違反し公序良俗や信義則に違反する目的」をもって出願された商標であるためであり、②との関係では、競争関係の有無を問わず、著名商標の希釈化の防止を図るためである。また、「不正の目的(不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。)]」の書きぶりは、当時の不正競争防止法11条1項2号(現19条1項2号)に倣ったものである。

また、条文の位置も、4条1項各号は基本的に商標そのものに瑕疵があるものを排除する規定であるのに

対して、新設の条項は出願人の内心の意図を問題にするものであって捉える観点を異にするものであるから、15条の中で書くとする案や、4条の2項に置くとする案等も検討されたが、新設の条項により拒絶しようとしているもののうち、上記①に係る出願については、これまでも4条1項7号で拒絶をする運用をしてきているものであり、今般の改正は、これまでの運用を確認的に明記するものであるので、別の条に置くとする現行の運用が誤りであったかのような誤解を生ぜしめる懸念がある等の理由により、4条1項19号として規定することとなった。

さらに、「(前各号に掲げるものを除く。)]としたのは、4条1項1号～18号までの規定に該当するものは、これらの規定を適用することとし、重複適用を避ける趣旨である。例えば、我が国内の周知商標と同一・類似の商標であって、その商品・役務と同一・類似の商品・役務について使用する商標については10号が適用され、我が国内で周知・著名な商標と同一・類似の商標であって、出所の混同を生ずるおそれがある商標については15号が適用され、本号は適用されないのである。

### (4) 内閣法制局における審査

内閣法制局における審査も大詰めという段階で、「不正の目的をもつて出願された商標」だけでは具体的対象が不明確であると指摘されたことを受け、『他人の商標(その者によって日本国内又は外国において使用されているものに限る。)と同一又は類似の商標であって、不正の目的(不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。)をもつて使用をするもの(前各号に掲げるものを除く。)]という修正案を提示したところ、この案については、「『他人の商標』とするだけでは、出願しようともせず、使用により周知にもしていないものを保護すべきこととなるが、これは適当ではない。」との再度の厳しく強い指摘を受けた。すなわち、使用に基づく一定以上の業務上の信用を獲得していないような商標であって未登録のものについて他人が出願した場合に、「不正の目的」があるからという理由だけでこの出願を排除することとするのは、商標の使用をする者の業務上の信用を維持することを目的とし(1条)、かつ先願登録主義を建前とする(8条1項)我が国法制の下では適切ではないという趣旨である。立案しようとする法的規律は、成立して施行されれば既存の法律の中に溶け込むので、既存の商標法の法律体系(原理・原則)と

整合的であるべきは当然のことであり、立法内容の法的妥当性について内閣法制局が示した見識である。

そこで、特許庁としては、政策の変更を余儀なくされることとなった。審議会の答申とは異なることとなったが(このようなことは、極めて稀なことであろうし、私自身は、近年このような事案を寡聞にして知らない。)、平成8年の法改正においては、日本国内又は外国で周知(著名を含む)な商標が不正の目的で出願された場合にその出願を排除するための号を明文で規定することのみを行うこととしたのである。したがって、周知に至っていない信義則違反の商標については、平成8年法改正では対応しないこととし、これについては、従前どおり、4条1項7号で取り扱うこととしたのである<sup>(6)</sup>。

その後、国会に提出され、成立した規定が、次の現行の4条1項19号である。

『他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的(不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。)をもつて使用をするもの(前各号に掲げるものを除く。)]

上記規定中の「他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標」の文言は、4条1項10号のいわゆる「周知商標」に関する文言に倣った表現を用いることにより、「周知商標」(周知度の高い、いわゆる「著名商標」も含まれる)が保護対象であることの明確化を図ったものであり、各文言上の解釈も同規定と同様に解釈することとなる<sup>(7)</sup>。これにより、外国でのみ周知(著名)、又は日本国内で周知(著名)な商標が不正の目的をもって出願されたときは、指定商品・役務が非類似であり、出所の混同のおそれなくとも出願が排除されることとなったのである。

ちなみに、日本国内では周知ではなく外国でのみ周知な商標を保護することについては、「属地主義」(各

国の商標権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、商標権の効力が当該国の領域内においてのみ認められるという原則)や、我が国の「商標法の目的」(商標法は、商標の持つ出所表示機能を保護することにより、日本国内の市場における商品・役務の取引秩序を確立・維持しようとするもの)との関係では、やり過ぎではないかとの考え方もあり得ようが、この点については、内閣法制局からは特別の指摘はなく、特許庁の政策として認められたものである<sup>(8)</sup>。

## 2. 4条1項19号の適用の要件

4条1項19号の規定の適用には、次の三つの要件が必要である。(1)他人の商標(引用商標)が日本又は外国において周知のものであること、(2)出願商標と他人の周知商標(引用商標)が同一又は類似であること、(3)出願商標が不正の目的をもって使用されるものであること、である。

### (1) 他人の商標(引用商標)が日本又は外国において周知のものであること

「需要者の間に広く認識されている商標」については、最終消費者まで広く認識されている商標のみならず、取引者の間に広く認識されている商標を含むものとされている<sup>(9)</sup>。商品の中には、例えば、原材料、半加工品、部品等のように、取引者間のみの取引に止まり、最終消費者が対象とならないものもあること等を考慮したものである。

本号の要件としての周知性は、本号の趣旨からも明らかのように、混同の要件ではなく、保護の水準と考えるべきものである。「誤認混同のおそれの防止を直接の目的とするものではなく、同号によって守られるに値する商標としての最低限の資格を設定するものにすぎない」とする裁判例<sup>(10)</sup>もある。

「外国における需要者の間に広く認識されている商標」は、当該国において周知なことは必要であるが、必ずしも複数の国において周知であることを要しない

(6) このような特許庁の取扱方針を支持するものとして、田村善之「商標法概説(2版)」78頁(弘文堂、2000年)、渋谷達紀「知的財産法講義Ⅲ(2版)」390頁(有斐閣、2008年)、小野昌延・三山俊司編「新・注解商標法(上巻)」549頁[竹内耕三](青林書院、2016年)等がある。

(7) 本号における周知の認識の程度については、「不正の目的」という要件が加えられているので出願人との関係で相対的に決められるべきであり、場合によっては、4条1項10号該当(隣接数県相当範囲の地域にわたる認識が必要(東高判昭58・6・16無体財産権関係民事・行政裁判例集15巻2号501頁[DCC事件])とされる)より低いものであっても足りると解すべきとするものもある。(前掲(6)田村「商標法概説(2版)」75～76頁)

(8) 悪意の商標出願と思われる事案が多い中国等に対して、適切な対応を求める中で、同様の規定の整備を勧めることも可能となる。なお、この後に、韓国は我が国に倣って、その商標法に同様の規定を置いている。(韓国商標法7条1項12号)

(9) 特許庁編「商標審査基準(12版)」96頁(発明推進協会、2016年)

(10) 東高判昭14・10・8裁判所ウェブサイト[ETNIES事件]

ものとされ、また、我が国における周知性も要しないものとされている<sup>(11)</sup>。本号を設けた趣旨からも、当然の取扱いであり、我が国以外のある一の国で周知であれば足りるのである。また、当該国で周知か否かの判断・認定は、当該国によるのではなく、我が国(審査官等)が行う。

## (2) 出願商標と他人の周知商標(引用商標)が同一又は類似であること

商標について、「同一」だけではなく「類似」まで含めているのは、周知商標の所有者の利益の十全な保護を図るためである。これについては、とりわけ外国の周知商標の場合は、外国の商標の保護にすぎることになって、国内企業の商標選択という営業活動を不当に制限することにならぬように、類似の範囲は狭く、同一に近いものに限定して運用すべきとする考え方も示されているが<sup>(12)</sup>、そのような運用を可能とする法上の根拠は存在しない。

なお、本号は、その適用の要件として求めているのは、商標の同一・類似性であり、商品(役務)の同一・類似性を含めて商品(役務)間の関係性は直接には問題とはならない。商品(役務)間の関係については、他の要素(例えば、出願人の方に、周知商標の存否に関係なく、出願商標を指定商品(役務)に使用するという意思や必要性があったか等)とも絡んで、「不正の目的」の有無を判断する際の一要素となるに止まる<sup>(13)</sup>。

## (3) 出願商標が不正の目的をもって使用されるものであること

### ① 「不正の目的」の認定について

「不正の目的」は、出願人の主観的意図であって、出願人の内心に係る事項であり、その有無を審査官が直接的に窺い知ることが困難であるため、特許庁の審査運用上、「不正の目的」の認定にあたっては、例えば、以下の(i)～(vi)のような事実を示す資料が存する場合には(主として、周知・著名商標の所有者等によって、審査の段階では情報提供、登録後は登録異議の申立てや無効審判の請求等によって提供されることとなろう)、これらの資料に現れた客観的事実を把握し、それによって間接的に「不正の目的」の有無を認定・判

断することとされている<sup>(14)</sup>。

- (i) その他人の商標が需要者の間に広く知られている事実(使用時期、使用範囲、使用頻度等)
- (ii) その周知商標が造語よりなるものであるか、若しくは、構成上顕著な特徴を有するものであること
- (iii) その周知商標の所有者が、我が国に進出する具体的計画(例えば、我が国への輸出、国内での販売等)を有している事実
- (iv) その周知商標の所有者が近い将来、事業規模の拡大の計画(例えば、新規事業、新たな地域での事業の実施等)を有している事実
- (v) その周知商標の所有者が、出願人より、当該商標権の買取り、代理店契約締結等の要求を受けている事実
- (vi) 出願人がその商標を使用した場合、その周知商標に化体した信用、名声、顧客吸引力等を毀損させるおそれがあること

すなわち、(i)は、「不正の目的」の対象となる商標の多くが周知・著名であるといえること、(ii)は、このような商標と同一の商標が偶然に採択されることは稀といえること、(iii)及び(iv)は、このような計画の存在は「不正の目的」の先取りの出願を推認させる事実の一といえること、(v)は、「不正の目的」の代表的例といえること、(vi)は、特定の商品・役務との関係で周知性を獲得した商標が全く別異の商品・役務に使用されることにより当該周知商標のイメージが減損されることがあるといえることに鑑みて、それぞれ不正の目的の存在の認定・推認を可能とさせる資料の一とされたものであり、これらの資料に基づく事実を総合的に勘案して不正の目的の有無を認定・判断をすることとなる。

### ② 「不正の目的」の推認について

特許庁の審査運用上、次の(i)及び(ii)の要件を満たすような商標登録出願に係る商標については、上記の事実を証明する資料が揃わなくても、他人の周知な商標を「不正の目的」をもって使用するものと推認して、本号を適用することとされている<sup>(15)</sup>。

- (i) 一以上の外国において周知な商標又は日本国内で全国的に知られている商標と同一又は極めて類

(11) 前掲(9)特許庁編『商標審査基準(12版)』96頁

(12) 小野昌延・三山俊司『新・商標法概説(2版)』172頁(青林書院、2013年)

(13) 前掲(10)ETNIES事件

(14) 前掲(9)特許庁編『商標審査基準(12版)』96頁

(15) 前掲(9)特許庁編『商標審査基準(12版)』97頁、特許庁編『商標審査便覧』42.119.03 2.(2)

似するものであること

- (ii) その周知な商標が造語よりなるものであるか、若しくは、構成上顕著な特徴を有するものであること

すなわち、(i)及び(ii)の要件を満たすような商標の採択は、通常は偶然に一致したものと認め難いので、このような場合には、それ以上に不正の目的の要素を要せずとも、一般的には「不正の目的」の存在を推認することができるであろう。この推認に基づいて、拒絶理由通知を受けた出願人は、当該商標の採択が偶然の一致である等、不正の目的の不存在について立証できなければ拒絶査定を免れないこととなる。

### 3. 考察

- (1) 4条1項19号の規定には二つの目的があることを忘れてはならない。すなわち、

- ① いわゆる剽窃の出願の登録排除(従前、4条1項7号に基づいて運用していたもの)

例えば、外国において周知な他人の商標と同一又は類似の商標について、我が国において登録されていないことを奇貨として、高額で買い取らせたり、外国の権利者の国内参入を阻止したり、国内代理店契約を強制したりする等の目的で行われる、先取りの出願の登録の排除である。

- ② いわゆる著名商標についてのフリーライド、ダイリレーション、ポリューション目的の出願の登録排除(不正競争防止法2条1項2号に平仄を合わせたもの)

例えば、日本国内で商品・役務の分野を問わず全国的に知られているいわゆる著名商標と同一又は類似の商標について、出所の混同のおそれではなくても出所表示機能を稀釈化させたり、その名声を毀損させる目的で行われる出願の登録排除である。

4条1項19号の規定には、上記の二つの目的が

あることを正確に把握しないと、本規定の性質や射程についても誤った解釈をすることとなる。

本号の性質については、本号が4条1項7号のような後発的な無効事由としては規定されなかっただけでなく、その事由は同項10号及び15号と同様、査定時に加えて出願時をも基準として存否の判断がされ(同条3項)、他の拒絶及び無効の事由に比べてより早い時点も基準時とされているので、本号は、同項10号及び15号と同様の性質を有するものとして新設したと解するのが相当であり、同項7号に規定されていた公序良俗違反の一類型であると解することは相当でないと判示した裁判例<sup>(16)</sup>がある。

しかしながら、本号は、「周知・著名商標の保護」の一類型という性質を有すると共に、「不正の目的の出願排除」という公序良俗違反の一類型であるという性質も併せ有するものと解すべきである。本号の立法の趣旨・経緯及び規定内容から見ても明らかであり、また、無効審判の請求には4条1項7号と同様に除斥期間の適用もないのである(47条参照)。さらに、本号に該当するような不正の目的の出願に係る事例は、改正前も4条1項7号(公序良俗違反)に該当するとして拒絶されていたものであり、出願人の既得の権利・地位を配慮する必要がないという理由で、平成8年改正法の附則には、本号についての経過規定も設けられていないのである。

本号をもって、商標所有者の私益保護を目的とする私益的不登録事由とするもの<sup>(17)</sup>がある一方で、公益保護を目的とする公益的不登録事由とするもの<sup>(18)</sup>もある。「周知・著名商標の保護」の一類型ととらえるなら「私益的不登録事由」ということになろうし、「不正の目的の出願排除」という公序良俗違反の一類型ととらえるなら「公益的不登録事由」ということになろうが、上述のとおり、両者の性質を併せ有するものと解すべきである。<sup>(19)(20)</sup>

(16) 東京高判平13・5・30判時1797号150頁[キュービー事件]

(17) 前掲(6)小野・三山編『新・注解商標法(上巻)』543頁(竹内耕三)、平尾正樹『商標法(2次改訂版)』215頁(学陽書房、2015年)、茶園成樹編『商標法』61頁・71頁(村上画里)(有斐閣、2014年)等

(18) 工藤莞司『商標法の解説と裁判例』186頁(マスターリンク、2011年)

(19) 4条1項19号の規定は、(1)4条1項7号(公序良俗違反)に該当するとして運用されてきた不正の目的による出願の排除(公益的見地からの保護)と、(2)不正競争防止法2条1項2号に平仄を合わせた著名商標の保護(私益的見地からの保護)の両者に一括して対応する規定として設けられたものであるところ、そもそも、保護対象が異なるのであれば、別々の条文にしたらという考え方もあり得ようが、(1)の規定の整備にあたっては、前述のように「周知性」の要件が必要であるとされたこと、(2)の規定の整備にあたっては、「不正の目的」の範囲内で保護すべきであるとされたことにより、結局は、同様の内容の規定になってしまうのである。

ちなみに、仮に、別々の規定にしたとしても、両者とも「不正の目的」が要件とされている以上、公益的見地より、無効審判の請求には「除斥期間」の適用はなく、「周知性」が要件とされている以上、出願人に酷とならぬよう査定時に加えて出願時をも基準とされることとなり、後発的な無効事由ともされないこととなる。

(20) 小泉直樹「いわゆる「悪意の出願」について—商標法4条1項7号論の再構成—」日本工業所有権法学会年報31号(2007年)166頁も、19号の保護対象は、純粹な「私益」とはいえないとする。

(2) 4条1項19号の規定は、周知商標(著名商標も含む)の保護・強化に当たって、「商品・役務の類似」や「出所の混同のおそれ」は求めることなく、①「周知性」、②「商標の類似性」及び③「不正の目的」をその要件としており、この三つの要件を充足するものについては、上記した本規定の目的や性質から見ても明らかのように、私的領域に係るもの(出願人と本来商標登録を受けるべきと主張する者との当事者間の商標権の帰属などの私的な利害の調整を巡る事案)についても、公的領域に係るもの(単に当事者同士の私的な問題に止まらず、国家・社会の利益、すなわち公益を害すると評価しうるような事案)についても、その適用の射程に入れているのである。

ちなみに、本号は、前述したように①剽窃の出願の登録排除、及び②著名商標の稀釈化等からの保護という二つの目的から設けられているものであるところ、本号該当の裁判例は、現時点では、すべて前者に係るもののみであり、かつ、私的領域に係る事案のようである<sup>(21)</sup>。

### Ⅲ. 4条1項7号の射程

#### 1. 公序良俗違反規定の歴史

公序良俗違反に関する不登録事由の規定は、4条1項19号の規定とは異なり、その歴史は古く、我が国の商標法制上、明治21年の商標条例改正で登場してから、幾度かの法改正の都度、維持されてきており<sup>(22)</sup>、現行法の4条1項7号に継承されてきている。法治国家において、法律は公序良俗と融和することを理想としているので、「公序良俗に反する商標」が商標法の下で登録されるべきでないことは当然である。

社会の秩序も道徳観念もその具体的内容は、不断に変遷するものであるから、法文上に「公序良俗に反する商標」についての具体的内容を列挙することは不可能である。したがって、当該規定適用の具体的判断は、その時代の社会思想や社会制度等に留意して慎重になされなければならない。

なお、旧法(大正10年法)時代の商標法の解説書の

多くに掲載されている公序良俗違反規定(2条1項4号)の該当事例は、商標の構成自体のみに関するものとなっている<sup>(23)</sup>。

ちなみに、旧法時の後半に、公序良俗違反規定(2条1項4号)は、「商標自体が矯激な文字や卑猥な図形等秩序又は風俗をみだすおそれのある文字図形、記号又はその結合等から構成されている場合及び商標自体はそのようなものでなくても、これを指定商品に商標として使用することが、社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳感念に反するような場合に、その登録を拒否すべきことを定めているものと解するのを相当とする。」として、商標の構成自体だけでなく、指定商品に商標として使用することに関して、社会的妥当性を判断すべきとした裁判例<sup>(24)</sup>が出てきている。もっとも、この当時には、まだ出願に不正・不当な意図が認められる剽窃的な出願(悪意の出願)に対する適用の可否を争った裁判例は見当たらないようである。

#### 2. 4条1項7号の解釈

私法関係における基本規範を示す規定といわれる民法の90条は、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」としており、法律の世界では、いわゆる公序良俗に反する法律行為(法律関係)は、違法にして、是認できないものとされている。ここで、「公の秩序」(公序)とは、国家の一般的利益をいい、「善良の風俗」(良俗)とは、社会の一般的道徳観念をいうとされているが、両者は、その範囲が大部分において重複し、理論上も明瞭に区別し難いものであるので、これを統一的に「公序良俗」という一つの概念として捉えることが可能であり、一括して、具体的行為についての「社会的妥当性」を示すものというべきである<sup>(25)</sup>。

ただ、この「公序良俗」の具体的内容も、種々の制度(又はそれに伴う各法律)ごとに多少異なってくるのはやむを得ないことである。すなわち、商標法では、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」は、登録をしないこととしているところ(4条1項7号)、このような商標であるか否かは、商品・役務の取引秩序の確立・維持を図るという法目的、さらには、この

(21) 本号該当の裁判例は、金井重彦他編「商標法コンメンタール」190頁以下[小川宗一](レクシスネクシス・ジャパン、2015年)参照。

(22) 不登録事由として、明治21年の商標条例改正では「風俗ヲ害スヘキモノ」が設けられたが、その後、明治32年法より大正10年法(旧法)までは「秩序又は風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」が設けられていた。

(23) 村山小次郎『特許新案意匠商標 四法要義(三版)』366頁(巖松堂、1924年)、三宅發士郎『日本商標法』105頁(巖松堂、1931年)、萼優美『條解工業所有権法(増訂二版)』447頁(博文社、1958年)等

(24) 東京高判昭27・10・10行政事件裁判例集3巻10号2023頁[BOYSCOUT事件]

(25) 我妻栄『民法総則(新訂)』271頁(岩波書店、1965年)

ような目的を達成するための商標法上の基本原則やその体系との整合性を考慮に入れた上で、当該標章が商標として使用された場合に「社会的妥当性」を欠くものとなるか否かで判断されるべきということになる。

もちろん、商標として社会的妥当性を欠くと判断されるものでも、商標法上の他の具体的な不登録事由を示す規定に該当するものについては、それぞれの規定が適用され、4条1項7号の規定は適用されない。

なお、出願に不正・不当な意図が認められる剽窃的な出願とされた事案において、4条1項7号(公序良俗違反)を適用するか否かについての裁判例は、必ずしもその考え方の軌を一にしていない。

### 3. 悪意の出願に関する裁判例

#### (1) 4条1項7号に該当するとした裁判例

出願に不正・不当な意図が認められる剽窃的な出願(悪意の出願)とされた事案において、4条1項7号に該当するとした主な裁判例を分類・整理してみると、次のとおりである。

- ① 「社会の一般的道徳観念に反する」、「健全な法感情に照らし条理上許されない」、「適切な商道徳に反する」ものであるとして、4条1項7号に該当するとした裁判例
  - ・他人が創案した科学分析方法として周知な名称について、当該方法を研究する学会の運営協力者の一人が、剽窃的に出願した事例(野外科学 KJ 法事件<sup>(26)</sup>)
  - ・ニュース報道により、本件商標を付した製品が、我が国市場に出回ることを知り、不正な目的をもって、先回りして出願した事例(Asrock 事件<sup>(27)</sup>)
  - ・フランチャイジーの経営者が、フランチャイザーの商標権が存続期間満了により消滅することを奇貨として、不当な利益を得るために出願した事例(のらや事件<sup>(28)</sup>)
- ② 「国際商道徳に反する」、「商取引の秩序を乱す」等の理由が付されているものもあるが、本来商標登録

を受けるべきと主張する者側が外国の企業であって、「国際信義に反する」との理由<sup>(29)</sup>が明記されている裁判例

- ・ドイツの国内及び諸外国への輸出品に使用されていた商標について、当該ドイツの会社に訪問した際に知り得た日本企業が、帰国後に無断で出願した事例(ドゥーセラム事件<sup>(30)</sup>)
  - ・ドイツ会社との間で国内販売代理店契約を締結した出願人が、販売代理店であることを示す資料のみで、ドイツ会社の承諾があるとして無断で出願をした事例(Kranzle 事件<sup>(31)</sup>)
  - ・世界的に著名で高い文化的価値を有するカナダ国の著作物の原題からなる商標を、その著作物と何の関係のない民間企業が出願した事例(Anne of Green Gables 事件<sup>(32)</sup>)
- ③ 本来商標登録を受けるべきと主張する者側が、公共的な団体(地方公共団体、特定非営利活動法人、公益法人等)であって、「公共的利益を損なう」「社会公共の利益を害する」とされた裁判例
    - ・地方伝承に係る名称を、地域振興を図る目的で共通の標章として選定し、地域事業者は誰もが自己の商品に使用できるとの認識を有する状態となっていた中で、同地域内の一事業者が出願した事例(母衣旗事件<sup>(33)</sup>)
    - ・地域活性化事業の一環として開発された商品の名称を、その活動に参加していた一事業者が、その名称が商標出願されていないのに乗じて剽窃的に出願した事例(激馬かなぎカレー事件<sup>(34)</sup>)
    - ・公益法人による公的資格の名称として周知になった名称を、同法人理事長が理事会の承諾を得ることなく、自らの保身を図るため、自らが代表を務める企業名で出願した事例(漢検事件<sup>(35)</sup>)

#### (2) 4条1項7号に該当しないとした裁判例

出願に不正・不当な意図が認められる剽窃的な出願

(26) 東京高判平成14・7・16裁判所ウェブサイト[野外科学 KJ 法事件]

(27) 知財高判平成22・8・19裁判所ウェブサイト[Asrock 事件]

(28) 知財高判平成27・8・3裁判所ウェブサイト[のらや事件]

(29) 石井美緒「悪意の商標出願」知財研フォーラム Vol. 95(2013年)84頁は、4条1項7号該当性の肯定根拠として「国際信義違反」を認めることについては、外国事業者が国内事業者に比べて優遇されるおそれがある(優先権主張まで認められている中で、日本で出願しなかった外国企業を公序良俗という抽象的な規定を利用して保護する理論的根拠も見出せない等)として慎重になるべきとする。

(30) 東京高判平成11・12・22判時1710号147頁[ドゥーセラム事件]

(31) 知財高判平成18・1・26裁判所ウェブサイト[Kranzle 事件]

(32) 知財高判平成18・9・20裁判所ウェブサイト[Anne of Green Gables 事件]

(33) 東京高判平成11・11・29判時1710号141頁[母衣旗事件]

(34) 知財高判平成24・8・27判タ1406号261頁[激馬かなぎカレー事件]

(35) 知財高判平成24・11・15判時2185号107頁[漢検事件]

(悪意の出願)とされた事案において、4条1項7号に該当しないとした主な裁判例を時系列に見ていくこととする。

- ① 共同使用をしていた状況下において、単独で無断で行った商標出願について、4条1項7号の規定には該当しないとした事例(スーパー DC・デオドラントクリーン事件<sup>(36)</sup>)

同事件判決は、次のように判示している。

「本出願の可否は、私的な権利の調整の問題であって、商標制度に関する公的な秩序の維持を図る4条1項7号の規定に関わる問題と解することはできない」とし、このことは、「特許を受ける権利が共有に係るときは、各共有者が他の共有者と共同でなくした出願は拒絶され、また、既にされた特許は無効とされることが法律において規定されているにもかかわらず(特許法38条、49条2号、123条1項2号)、商標法にはこれに相当する規定が存在しないところ、特許法においても、別途、商標法4条1項7号に相当する規定を設け、この規定に該当するときは特許等を無効にすることについて審判を請求することができる旨定めて、権利が共有に係る場合と公序良俗を害するおそれがある場合とを別異の事項としていることから明らかである(特許法32条、123条1項2号)。」

- ② 全国ホテルチェーンの経営者とホテル事業のパートナーシップ契約を締結して、同事業のエリアパートナーとして既に開業していた者が、ホテル名について行った商標出願について、その商標を安定して使用し得る地位を確保するための安全策とみられ、不当・不徳義と評価することはできないとした事例(ハイパーホテル事件<sup>(37)</sup>)

同事件判決は、次のように判示している。

「商標の登録出願が適正な商道德に反して社会的妥当性を欠き、その商標の登録を認めることが商標法の目的に反することになる場合には、その商標は商標法4条1項7号にいう商標に該当することもあり得る」としつつも、「(i)同号が商標自体の性質に着目した規定となっていること、(ii)商標法の目的に反すると考えられる商標の登録については同法4条1項各号に個別に不登録事由が定められていること、及び、(iii)商標法においては、商標選択の自由を前提として先願

主義の原則が採用されていることを考慮するならば、商標自体に公序良俗違反のない商標が4条1項7号に該当するのは、その登録出願の経緯に著しく社会的妥当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合に限られる」とし、さらに、本件登録が維持されても、本来商標登録を受けるべき者と主張する者は、「先使用权、権利濫用の法理をも考慮に入れた権利関係の調整についての法的可能性がないわけではない」とし、本件は、「当事者間における利害の調整に関わる事柄である。そのような私的な利害の調整は、原則として、公的な秩序の維持に関わる商標法4条1項7号の問題ではない」

単に私的領域(私的な利害の調整)に係る事案については、原則として4条1項7号の適用は認めべきではないとしたものである。

- ③ 本件米国商標を付した商品の製造委託交渉や商品の供給を受けたという経緯から、本件商標が他事業者の商標であることを認識しながら、当該商標について我が国に行った商標出願について、一般国民に影響を与える公益とは関係がないこと、私人間の紛争については4条1項19号の該当性の有無により判断すべきであること、米国の商標権はあくまで私権であること、商標登録を得た者が国内参入阻止をしている事実はないこと等を総合すると、4条1項7号には該当しないとした裁判例(コンマー事件<sup>(38)</sup>)

同事件判決は、次のように判示している。  
「4条1項7号は、本来、商標を構成する標章それ自体が公の秩序又は善良な風俗に反するような場合に、そのような商標について、登録商標による権利を付与しないことを目的として設けられた規定である(商標の構成に着目した公序良俗違反)。

ところで、4条1項7号は、上記のような場合ばかりではなく、商標登録を受けるべきでない者からされた登録出願についても、商標保護を目的とする商標法の精神にもとり、商品流通社会の秩序を害し、公の秩序又は善良な風俗に反することになるから、そのような者から出願された商標について、登録による権利を付与しないことを目的として適用される例がなくはない(主体に着目した公序良俗違反)。

確かに、例えば、外国等で周知著名となった商標等

(36) 東京高判平成10・11・26裁判所ウェブサイト[スーパー DC・デオドラントクリーン事件]

(37) 東京高判平成15・5・8裁判所ウェブサイト[ハイパーホテル事件]

(38) 知財高判平成20・6・26判時2038号97頁[コンマー事件]

について、その商標の付された商品の主体とはおよそ関係のない第三者が、日本において、無断で商標登録をしたような場合、又は、誰でも自由に使用できる公有ともいうべき状態になっており、特定の者に独占させることが好ましくない商標等について、特定の者が商標登録したような場合に、その出願経緯等の事情いかんによっては、社会通念に照らして著しく妥当性を欠き、国家・社会の利益、すなわち公益を害すると評価し得る場合が全く存在しないとはいえない。

しかし、商標法は、出願人からされた商標登録出願について、当該商標について特定の権利利益を有する者との関係ごとに、類型を分けて、商標登録を受けることができない要件を、法4条各号で個別的具体的に定めているから、このことに照らすならば、当該出願が商標登録を受けるべきでない者からされたか否かについては、特段の事情がない限り、当該各号の該当性の有無によって判断されるべきであるといえる。(略)商標法のこのような構造を前提とするならば、少なくとも、これらの条項(上記の法4条1項8号、10号、15号、19号)の該当性の有無と密接不可分とされる事情については、専ら、当該条項の該当性の有無によって判断すべきであるといえる。

また、当該出願人が本来商標登録を受けるべき者であるか否かを判断するに際して、先願主義を採用している日本の商標法の制度趣旨や、国際調和や不正目的に基づく商標出願を排除する目的で設けられた法4条1項19号の趣旨に照らすならば、それらの趣旨から離れて、法4条1項7号の「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれ」を私的領域にまで拡大解釈することによって商標登録出願を排除することは、商標登録の適格性に関する予測可能性及び法的安定性を著しく損なうことになるので、特段の事情のある例外的な場合を除くほか、許されないというべきである。

そして、特段の事情があるか否かの判断に当たっても、出願人と、本来商標登録を受けるべきと主張する者(例えば、出願された商標と同一の商標を既に外国で使用している外国法人など)との関係を検討して、例えば、本来商標登録を受けるべきであると主張する者が、自らすみやかに出願することが可能であったにもかかわらず、出願を怠っていたような場合や、契約等によって他者からの登録出願について適切な措置を

採ることができたにもかかわらず、適切な措置を怠っていたような場合(例えば、外国法人が、あらかじめ日本のライセンサーとの契約において、ライセンサーが自ら商標登録出願をしないことや、ライセンサーが商標登録出願して登録を得た場合にその登録された商標の商標権の譲渡を受けることを約するなどの措置を採ることができたにもかかわらず、そのような措置を怠っていたような場合)は、出願人と本来商標登録を受けるべきと主張する者との間の商標権の帰属等をめぐり問題は、あくまでも、当事者同士の私的な問題として解決すべきであるから、そのような場合にまで、「公の秩序や善良な風俗を害する」特段の事情がある例外的な場合と解するのは妥当でない。」

ハイパーホテル事件の考え方と同趣旨で、4条1項7号を私的領域にまで拡大解釈し適用することを、原則として認めるべきではないことを明示し、かつ、例外的に適用をする場合も極めて制約的である旨を判示している。その後に出されたMOSRITE事件<sup>(39)</sup>も同趣旨である。

#### 4. 考察

4条1項7号を私的領域にまで拡大解釈し適用することについて、これを否定しない裁判例や学説<sup>(40)</sup>もある中で、これを、原則として認めるべきではないことを明示した裁判例(ハイパーホテル事件、コンマー事件)は、公序良俗という概念の定立についての見解として評価しうるものと考えられる。

4条1項7号の適用を考えるにあたっての基本は、次のように考えるべきである。

① 本来、4条1項7号の規定は、商標自体の性質・構成に着目したものであることは、その規定振りから見ても明らかであり、前述したように、旧法当時の商標法の解説書掲載の公序良俗違反規定(2条1項4号)の該当事例をみてもそのように考えられていたことが伺える。しかしながら、近年、4条1項7号の規定は、出願人の主観的要素を考慮して、適用の拡大傾向が見られる。

商標自体はそのようなものでなくても、これを指定商品に商標として使用することが、社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳感念に反するような場合にも適用があるとしたBOYSCOUT事件

(39) 知財高判平成22・5・27裁判所ウェブサイト[MOSRITE事件]

(40) 前掲(6)渋谷「知的財産法講義Ⅲ(2版)」362頁は、広義の冒認出願として適用を支持する。前掲(20)小泉「いわゆる「悪意の出願」について—商標法4条1項7号論の再構成—」166頁は、19号的な剽窃出願を7号でとらえることも体系上誤りとまではいえないとする。

判決の一般的な考え方には首肯できるものがあるが、これを私的領域に係る事案についてまで適用を認めることは拡大解釈に過ぎるというべきである。

4条1項7号の規定は、同項1号～6号までの公益の規定を受けて設けられている一般条項であり<sup>(41)</sup>、後発的無効事由ともされており(46条1項6号)、本来公益的不登録事由に関する規定であって、その適用範囲は狭いというべきである<sup>(42)</sup>。

② 商標法の目的を達成するために、社会的妥当性を欠くと判断される商標の登録は、4条1項各号に個別に具体的な不登録事由が定められているので、4条1項7号に「(他の各号に掲げるものを除く)」とは書かれていなくても、そのように理解するというのが立法者の意図であろう。

③ さらに、前述したように、4条1項19号新設の審査の際に、内閣法制局から示された指摘事項(出願しようともせず、使用により周知にもしていないものを保護することとするのは、商標の使用をする者の業務上の信用を維持することを目的とし(1条)、かつ先願登録主義を建前とする(8条1項)我が国法制の下では適切ではない)は、4条1項7号の解釈の際にも当然に当てはまるというべきである。商標法は、その法目的である「商取引の秩序の確立・維持」を先願主義によって実現しようとしているのである。したがって、周知でもない商標について、一事業者が無断で抜け駆け(先取り)で商標出願をしたかどうかについては、先願主義に立脚し、しかも冒認出願を排除しないという建前の商標制度の下では、当該商標についての4条1項7号該当性を肯定するための大きな判断要素とすべきではない<sup>(43)</sup>。

私的領域に関する問題(私的な権利や利害の調整の問題、商標権の帰属を巡る問題)は、公的な秩序の維持を図ることを本来的目的とする4条1項7号の規定に関わる問題とすべきではない。ちなみに、特許法では、冒認出願(特許法49条7号)や共同出願(同38条)と公序良俗違反(同32条)を別異の不特許事由としているのである。

この点につき、立法による解決を示唆するものもあるが<sup>(44)</sup>、上記内閣法制局の指摘を踏まえると、

現行法制上は、19号以上に「出願人の主観的悪性」を不登録事由として拡大する立法はできないものというべきである。例えば、欧州共同体商標規則は、「悪意(bad faith)による出願」を登録無効事由にしているところ(52条(1)(b))、我が国商標法における商標の保護体系(保護対象である商標の機能の範囲等)とは必ずしも同じではないので、これと同列には論じられない。

④ 仮に、私的領域にまでは適用を認めないこととした結果、出願人が、剽窃的に商標登録を取得した後に、本来商標登録を受けるべきだった者に対して、侵害訴訟を提起した場合には、ハイパーホテル事件判決がいうように、先使用により商標の使用をする権利による抗弁(32条)や、権利の濫用の抗弁(民法1条3項)による調整も可能であり、それで足りるように思われる<sup>(45)</sup>。登録の目的が本来商標登録を受けるべきだった者を排除しようというものであるというのであれば、そのような不正・不当な目的の有無についての判断は、抽象的な一般条項を持ち出して登録の是非を判断するというよりは、権利行使の段階で権利濫用の有無を判断することとし権利行使を制限することとする方が、法の自然な解釈・適用というべきである。したがって、上記したような立法的手段による以外に解決法がないというわけではないのである。

## IV. おわりに

悪意の商標出願(剽窃の出願)について、出願経緯の不法性を問題にする場合は、他人の商標が周知であれば、公的領域に係るものであると私的領域に係るものであるとを問わず4条1項19号を適用し、周知でないのであれば、公的領域に係るものであればともかく私的領域に係るものについては、19号は勿論のこと、軽々に7号も適用すべきではない。特許庁では、4条1項19号新設時に、周知に至っていない信義則違反の商標は、引き続き4条1項7号該当とする運用を行うこととする整理をしたが、7号適用は、著しい社会的不法性が認められ公益を害するような極めて例外的

(41) 吉原隆次『商標法説義(8版)』49頁(帝国判例法規、1970年)は、「本号は1号から6号までの総括規定であり、「その他の」という字句があるように解すべきである。」とする。

(42) 立案担当者が「本号を解釈するにあたっては、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、1号から6号までを考慮して行うべき」(特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説(19版)』1286頁(発明推進協会2012年))とするのもその意であろう。

(43) 高部眞規子『実務詳説商標関係訴訟』235頁(金融財政事情研究会、2015年)も、周知性が認められない状況で7号を適用するのは、19号との関係でも問題があるとしている。

(44) 広瀬文彦「悪意の登録(悪意の出願)」松田治躬先生古稀記念論文集273頁(東洋法規、2011年)、前掲(43)高部『実務詳説商標関係訴訟』238頁

(45) 前掲(43)高部『実務詳説商標関係訴訟』236頁、前掲(29)石井「悪意の商標出願」81頁

な場合に限られ、その適用はよくよく慎重であるべきである。7号の適用に関して、ハイパーホテル事件判決が「登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合に限られる」といい、コンマー事件判決が「商標登録の適格性に関する予測可能性及び法的安定性を著しく損なうことになるので、特段の事情のある例外的な場合を除くほか、許されない」とし、「特段の事情があるか否かの判断に当たっても、例えば、本来商標登録を受けるべきであると主張する者が、自らすみやかに出願することが可能であったにもかかわらず、出願を怠っていたような場合や、契約等によって他者からの登録出願について適切な措置を採ることができたにもかかわらず、適切な措置を怠っていたような場合は、特段の事情がある例外的な場合と解するのは妥当でない。」とするのも、その趣旨である。

ちなみに、現在、特許庁では、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループにおいて、商標審査基準についての全面的見直しの検討が行われているところ、4条1項7号に関しては、剽窃的な出願についても適用をすることを前提にして、Anne of Green Gables事件で示された考え方に倣い、次のような内容の基準にすることとしている。

#### (4条1項7号の審査基準案)

『1. 「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」とは、例えば、以下(1)から(5)に該当する場合をいう。

(1) 商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合

なお、非道徳的若しくは差別的又は他人に不快な印象を与えるものであるか否かは、特に、構成する文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音に係る歴史的背景、社会的影響等、多面的な視野から判断する。

(2) 商標の構成自体が上記(1)でなくても、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合

- (3) 他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合
- (4) 特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合
- (5) 当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがある等、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合』

上記の基準案は、現行基準と比較すると、内容的には(5)の「出願経緯の不法性」なる新たなカテゴリーが新設されることとなる。特許庁としては、本号該当性を私的領域まで拡大解釈することは原則として許されないとしたコンマー事件判決等の後においても、私的領域に係る事案に同号を適用している裁判例(Asrock事件、のらや事件等)が続ぎ、審決が取り消されてきていることもあるので、現時点ではやむを得ないところといえる<sup>(46)(47)</sup>。知財高裁の各部における考え方の温度差が解消されることが期待される。その際には、4条1項7号を私的領域にまで拡大解釈をし適用することを極力制約する方向で足並みが揃うことが望まれる。

TM5の場合では、今年度中には、TM5各庁の事例を掲載した「悪意の商標出願事例集」が公表される予定となっているようであり、今後、各国が悪意の商標出願に対する問題認識を共通にし、制度やその運用の改善が進むことが期待されている。TM5における議論は、我が国にとっても、この悪意の商標出願についての法上の関連規定の解釈・適用を見直すいい機会である。

以上

〔付記〕

本学における知的財産教育のためにご尽力・ご貢献をいただいた光田賢先生、土肥一史先生、渡辺稔先生(本学着任順)のご定年退職をお祝いするとともに、これまでのご功勞に対して心より感謝し、敬意を表したい。

(46) 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第21回商標審査基準ワーキンググループ(平成28年11月10日)配付資料〔資料1-1 4条1項7号の商標審査基準について(案)、資料1-2 商標審査基準たたき台(案)(4条1項7号)〕

(47) この基準は、パブリックコメント([http://www.jpo.go.jp/iken/170126\\_shohyo\\_kizyunkaitei.htm](http://www.jpo.go.jp/iken/170126_shohyo_kizyunkaitei.htm))等の諸手続を経て、平成29年4月1日改訂予定とされている。

## 産業活動と知的財産に関する一考察

菅野政孝<sup>(\*)</sup>・田中良恵<sup>(\*\*)</sup>・金澤良弘<sup>(\*\*\*)</sup>

1991年以降、我が国は長い不況の時代に入り、景気回復を図って国や地方自治体での様々な施策や企業等による取り組みがなされてきた。その中の代表的なものとして小泉政権時の「知的財産立国」の宣言と、知的財産を豊富に創造し、保護・活用することにより産業活性化を目指す取り組みが挙げられる。

そこで、本論文では特許、意匠、商標と言った産業財産権の創造、活用が産業の活性化に寄与するか否かを特許庁から毎年公開される「特許行政年次報告書」で報告されるこれら産業財産権の出願動向と、経済産業省から発表される「工業統計調査」のうちの「粗付加価値額」の年次動向の相関をとることにより分析することとした。この結果全国レベルでは特許、意匠、商標の件数と付加価値額間には高い相関が見られることが分かった。また分析の一環として各都道府県レベルにおけるこれら数値間の相関も分析したが、都道府県別に様々な結果となり、各都道府県における相関からは一律に結果を見出せなかった。これについては今後の課題である。

## 目次

I. はじめに	35
1 背景	35
2 問題の所在	36
3 目的	36
II. 基本的な指標情報	36
1 産業上の指標	36
2 知的財産上の指標	37
III. 分析	39
1 粗付加価値合計額と特許との関連	39
2 粗付加価値額と意匠との関連	42
3 粗付加価値額と商標との関連	43
IV. 考察	45
1 粗付加価値額と個別の知的財産権の関係について	45
2 粗付加価値額と各都道府県での知的財産権の関係について	45
V. むすび	45

## I. はじめに

## 1 背景

1970年代から1980年代までの安定成長期、及び好景気(所謂平成バブル景気)を経て、1991年以降日本は失われた20年と呼ばれる長い不況の時代に入った。このような状況の中で2002年小泉内閣の時に設置された「知的財産戦略会議」において「知的財産戦略大綱」が制定された<sup>(1)</sup>。この中で日本経済を取り巻く厳しい環境に鑑み、我が国の国際的な競争力を高め経済・社会全体を活性化することが求められているとした上で、無形資産の創造を産業の基盤に据えることにより我が国経済・社会の再活性化を図る国家戦略を実現するため、財産的価値を有する情報、即ち知的財産を豊富に創造・保護・活用するような『知的財産立国』を実現すべきである、と謳われた<sup>(2)</sup>。これを受けて2003年3月に「知的財産基本法」が施行された<sup>(3)</sup>。

一方、長期に亘る経済停滞と同時に我が国で大きく問題視されているのが地方からの東京をはじめとする3大都市圏への人口流出に伴う地方過疎化と地域産業の衰退である。我が国は地方の人口流出や少子高齢化等により2008年前後から人口が減少に転じているが<sup>(4)</sup>、これらが全国的な経済力の低下を招いていると

(\*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授

(\*\*) 校友、国立研究開発法人宇宙航空研究開発機構 新事業促進部

(\*\*\*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授

(1) 首相官邸「知的財産戦略大綱」はじめに

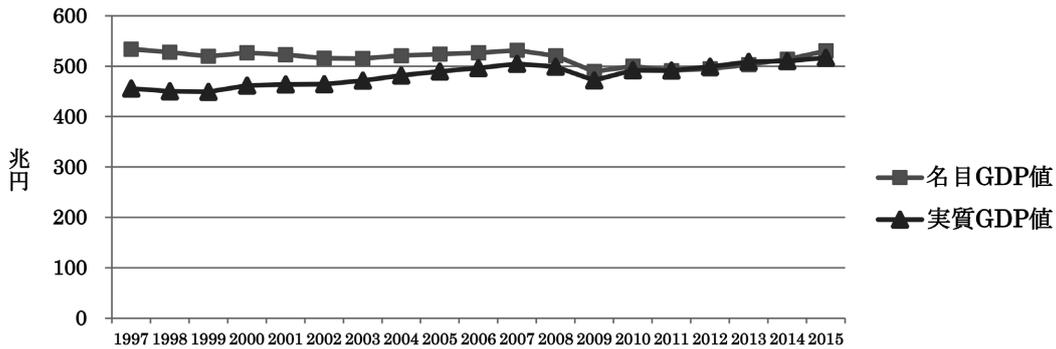
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html#0-0>

(2) 同上 「知財立国」<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html#0-2>

(3) 平成14年法律第122号

(4) 総務省統計局：日本の統計、第2章人口・世帯、人口の推移と将来人口  
<http://www.stat.go.jp/data/nihon/02.htm>

図1 1997年～2015年間の我が国の名目・実質GDP値の推移



資料：内閣府：国内総生産(支出側)及び各需要項目より作成

して、地域活性化を図るべく平成26年に「まち・ひと・しごと創生法」が制定され<sup>(5)</sup>、これに基づき内閣府に「まち・ひと・しごと創生本部」が設置された。

ここで策定された「まち・ひと・しごと創生総合戦略」<sup>(6)</sup>の中で、国の施策と共に地方においても地域経済雇用戦略の企画・実施体制を整備して地域産業の競争力を強化して行くこととしている。

地域産業の活性化のために各地方自治体でも各種の施策が実施されているところであるが<sup>(7)</sup>、その中の有力な施策として知的財産権を活用した試みも多くなされている<sup>(8)</sup>。

## 2 問題の所在

本年度は知的財産基本法が施行されて既に10年以上経過している。平成バブル景気が弾けた後知的財産立国の宣言を経て現在に至るまでの国内総生産額の年推移を図1に示す<sup>(9)</sup>。

図1より知財立国の宣言を挟んで1997年～2002年までと2002年から2015年までの名目GDP値の伸び率はそれぞれ-3.4%、+2.8%であり、また同期間の年ごとの伸び率の平均はそれぞれ-0.7%、+0.2%である。19年の期間中我が国の経済発展が小さいことが分かる。

「知的財産立国」の趣旨は知的財産を豊富に創造し、これを保護・活用することにより我が国の経済や文化

の持続的発展を目指すものである。上述のとおり知的財産立国が宣言された2002年を境としたGDP値の伸び率の変化はわずかであるが、知的財産の創造と産業の発展の間に何らかの相関があれば、少なくとも知的財産立国の宣言の効果が現れて来ているものと考えられる。

また地域活性化の一手段として知的財産権を活用した試みが多ければ、やはり地域の知的財産の創造と地域産業力の強化に何らかの相関がある可能性がある。

## 3 目的

本論文では国や地方自治体の産業指標の推移と知的財産の創造に関わる指標との間の相関を調査し、産業の発展が知的財産の創造と関連しているか否かについて分析し、それらの結果に基づき考察を行う。

Ⅱ章では産業上の指標や知的財産の基本的な指標情報を示し、Ⅲ章でこれらに基づき分析を行う。Ⅳ章で考察を試みる。

## Ⅱ. 基本的な指標情報

### 1 産業上の指標

産業上の指標としては様々なデータが考えられるが、本論文では知的財産の創造との比較に焦点を当てている。とりわけ特許、意匠、商標といった知的財産権は

(5) 平成26年法律第136号

(6) 官邸、まち・ひと・しごと創生

[http://www.kantei.go.jp/jp/headline/chihou\\_sousei/#c006](http://www.kantei.go.jp/jp/headline/chihou_sousei/#c006)

(7) 例えば総務省の「市町村の活性化施策(平成25年度地域政策の動向

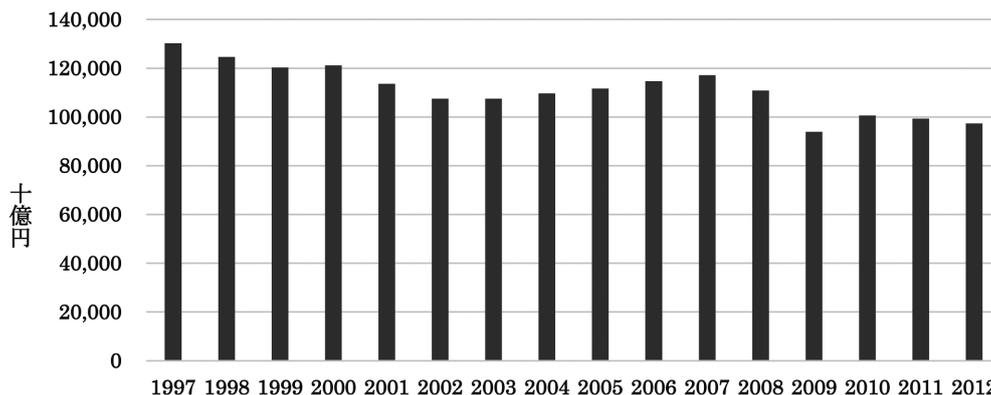
([http://www.soumu.go.jp/menu\\_news/s-news/01gyosei/09\\_02000024.html](http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyosei/09_02000024.html))等

(8) 例えば、香坂玲「知っておきたい知的財産活用術—地域が生き残るための知恵と工夫—」(ぎょうせい、初版、平成24年)等

(9) 内閣府：統計表一覧(2016年7-9月期2次速報値)

[http://www.esri.cao.go.jp/jp/sna/data/data\\_list/sokuhou/files/2016/qe163\\_2/gdemenuja.html](http://www.esri.cao.go.jp/jp/sna/data/data_list/sokuhou/files/2016/qe163_2/gdemenuja.html)

図2 粗付加価値額の全国合計金額の年推移



資料：経産省工業統計表「市区町村編」データより作成

産業活動の結果としてもたらされるものであることから、今回は産業活動の結果を最も反映していると思われる経済産業省が毎年発表している「工業統計調査<sup>(10)</sup>」の「工業統計表『市区町村編』データ」を用いることとした。データの構成要素は“事業所数”，“従業員数”，“現金給与総額”，“原材料使用額等”，“製造品出荷額等”，“粗付加価値額”，“有形固定資産年末現在高”であるが、知的財産はある時点における知的活動の成果(フロー)として現れることから、工業統計表のデータについてもある時点(本考察では年単位)での差分を最も表す“粗付加価値額”を用いることとした。

データとしては各都道府県別、及び全国合計値とし、対象年は後述の特許情報に合わせ1997年～2012年とした。

全国合計値の年推移のグラフを図2に示す。

図2より2000年前後の所謂ITバブルの崩壊、及び2008年の「リーマンショック」によりその後の景気の落ち込み等が明確に反映されていることが分かる。

## 2 知的財産上の指標

知的財産権の指標としては産業活動の結果を最も反映している「特許」，「意匠」，「商標」のデータを用いることとする。

### (1) 特許データ

特許データについては特許庁が毎年発行している

「特許行政年次報告書<sup>(11)</sup>」を利用した。今回の考察では国内における産業を対象としていることから工業統計調査表とレベルを合わせ、各年次の特許行政年次報告書中、〈統計・資料編〉第2章「主要統計(または詳細統計<sup>(12)</sup>)」，都道府県別出願件数表(日本人によるもの)を用いた。本情報から得られる最も古い年が1997年であり、全て他のデータも1997年以降のものを使っている。

工業統計表のデータは企業等の事業所を単位としてデータが集計されている。一方特許庁への特許出願にあたっての住所は出願者のものである。一般的に企業等は本社の所在地を出願住所としている可能性が高いと考えられる。しかしながら発明者の勤務地は各企業の事業所であり、発明結果を盛り込んだ製品の出荷もその事業所から行われ、それが工業統計表の事業所としての数値に反映されて行くものと想定される。

これにより、単純に特許庁の特許データと工業統計表のデータを比較してもレベルが合わないことが考えられるので、更に特許データとして発明者の住所をベースとする特許件数を集計することとした。これに資するため、知的財産研究所(Institute of Intellectual Property：以下IIPと略す<sup>(13)</sup>)が管理する「IIPパテントデータベース<sup>(14)</sup>」の発明者テーブルを用いて年別・都道府県別特許出願件数を抽出した。

本特許情報は2013年3月末までのものであるため、

(10) 経済産業省、「統計調査、工業統計アーカイブス、市区町村編」

<http://www.meti.go.jp/statistics/tyo/kougyo/archives/index.html>

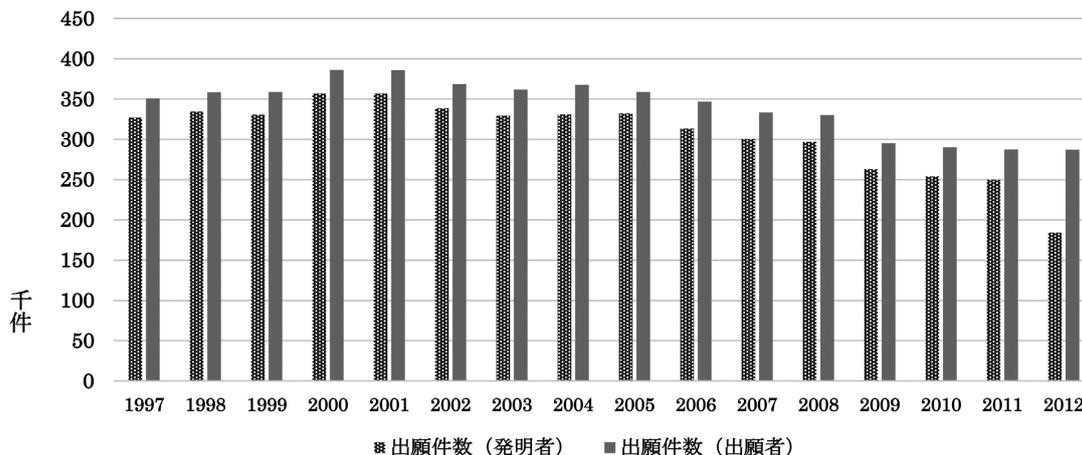
(11) 特許庁、「特許行政年次報告書」 <http://www.jpo.go.jp/shiryou/toukei/gyosenenji/index.html>

(12) 2002年版より「主要統計」の章タイトル

(13) 知的財産研究所 <https://www.iip.or.jp/>

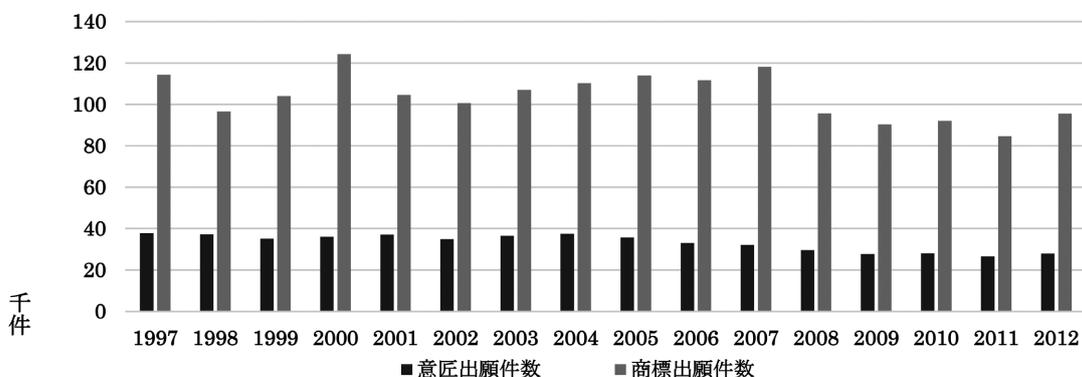
(14) IIPパテントデータベース <http://www.iip.or.jp/patentdb/index.html>

図3 特許出願件数(発明者・出願者ベース)



資料：特許庁「特許行政年次報告書」及び知的財産研究所 IIP パテントデータベースより作成

図4 意匠、商標の出願件数年推移



資料：特許庁「特許行政年次報告書」より作成

今回の考察でのデータの最終年を2012年末までとした。

1997年～2012年の出願者ベース(以下出願者と略す)及び発明者ベース(以下発明者と略す)の国内特許出願件数年推移のグラフを図3に示す。

図3における全ての年において出願者ベースの出願件数の方が多いが、これは海外の日本人が特許庁に出願した特許件数については発明者の件数に含まれていない(発明者の特許件数の集計に当たっては日本の都道府県名のみで検索を行った)ためと思われる。

2000年前後をピークとしてそれ以降は特許出願件数が減少していることが分かる。

その理由としては企業が技術流出を防ぐために発明をノウハウとして秘匿したり、グローバルな観点によ

る特許戦略により国内出願を厳選し、海外への出願を重視したりする傾向があるためと考えられる<sup>(15)</sup>。

## (2) 意匠、商標データ

意匠、商標データについても特許データと同様に特許庁の「特許行政年次報告書」、〈統計・資料編〉第2章の「主要統計(または詳細統計)、都道府県別登録件数表(日本人によるもの)」を用いた。1997年～2012年の意匠、商標の出願件数を図4に示す。

意匠について見れば2004年にピークとしてその後はほぼ横ばいである。これは2004年以降の企業による意匠出願の海外シフト、企業や事業の統合による新製品開発数の減少及び意匠出願の厳選化によるものと

(15) 特許行政年次報告書 2007年版第1部第1章 我が国における出願と審査・審判の動向, P2  
<http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/nenji/nenpou2007/honpen/1-1.pdf>

図5 全国合計の粗付加価値合計額と特許出願件数の年推移(権利者/発明者ベース)

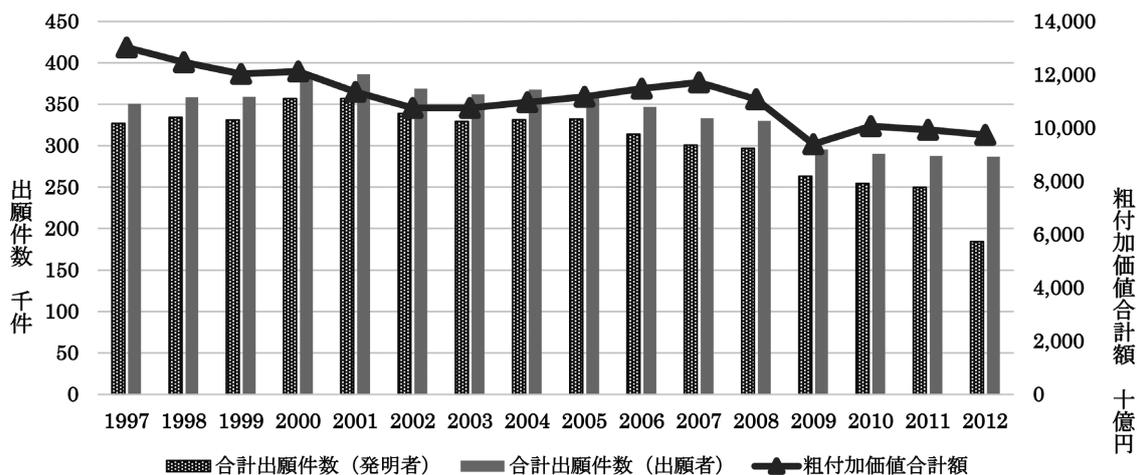


表1 粗付加価値額と特許出願件数(発明者, 出願者)の相関

	粗付加価値合計額	合計出願件数(発明者)	合計出願件数(出願者)
粗付加価値合計額	1		
合計出願件数(発明者)	*** 0.7076	1	
合計出願件数(出願者)	*** 0.6902	0.9415	1

注: \*\*\* 1%の水準で有意(以降'1%有意'のように表す)

考えられる<sup>(16)</sup>。意匠法では1999年に物品全体から物理的に切り離すことのできない部分に係る意匠についても登録が可能となる「部分意匠」の制度や、同年の自分自身の本意匠に類似する意匠についても独自に権利行使が行える「関連意匠」制度等の改正が行われたが出願件数への大きな影響は見られていない。

商標については、2000年前後のITバブル崩壊後件数が減少したがその後徐々に増加している。2007年に前年比5.5%となっているがこれは同年4月に導入された小売等役務商標制度<sup>(17)</sup>の影響と考えられる<sup>(18)</sup>。その後2008年のリーマンショックを経て出願件数は一時減少したが、2012年は5年ぶりに改正が行われた国際分類第10版対応の類似商品・役務審査基準での新たな商品やサービスの分類で権利取得をめざす出願人の動き等により増加したものと考えられる<sup>(19)</sup>。商標の場合は産業界の景気動向や商標法の制

度変更等の要因により出願動向にも大きな影響を受けていることが分かる。

### Ⅲ. 分析

#### 1 粗付加価値合計額と特許との関連

##### (1) 粗付加価値合計額と特許出願件数との相関

1997年から2012年にわたる全国合計の粗付加価値額と特許出願件数の年推移を図5に示す。(粗付加価値合計額、特許出願件数についてはそれぞれ図2、図3の再掲)

期間中いずれの指標についても減少していることが分かるが、これらについて相関をとったものを表1に示す<sup>(20)</sup>。

表1より全国ベースで見た場合、粗付加価値合計額と特許出願件数(発明者)及び特許出願件数(出願者)の

(16) 特許行政年次報告書 2014年版第1部第1章 国内外の出願・登録状況と審査・審判の現状, P25

<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/nenji/nenpou2014/honpen/1-1.pdf>

(17) 特許行政年次報告書 2008年版第2部第4章3, 小売等役務商標制度の導入, P180

<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/nenji/nenpou2008/honpen/2-04.pdf>

(18) 特許行政年次報告書 2008年版第1部第1章 国内外の出願・登録状況と審査・審判の現状, P44

<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/nenji/nenpou2008/honpen/1-01.pdf>

(19) 特許行政年次報告書 2013年版第1部第1章 国内外の出願・登録状況と審査・審判の現状, P34

<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/nenji/nenpou2013/honpen/1-1.pdf>

(20) 相関についてはMICROSOFT社のOFFICE-EXCEL2013年度版 分析ツールにて行った。(以下の計算も全て同様。)

図6 全国合計の粗付加価値合計額と特許登録件数の年推移

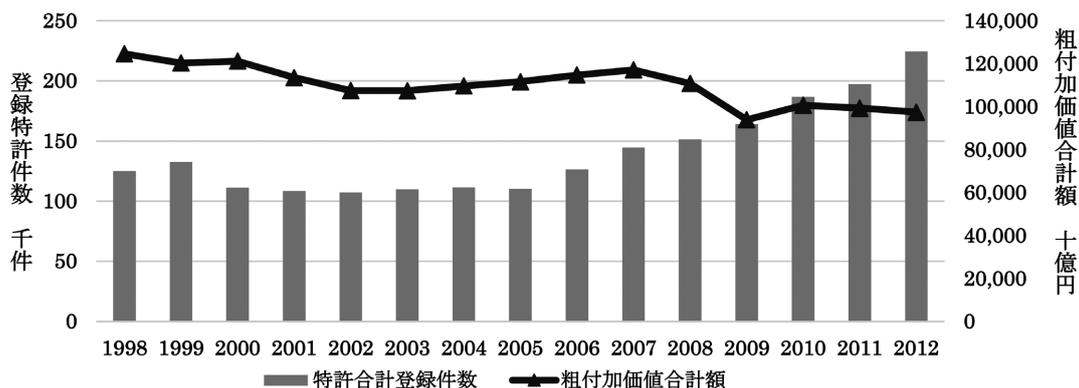


表2 粗付加価値額と特許登録件数の相関

	粗付加価値合計額	特許合計登録件数
粗付加価値合計額	1	
特許合計登録件数	-0.6605	1

間の相関係数はそれぞれ 0.71, 0.69 であり有意(1% の水準)で「高い相関」,あるいは「かなり高い相関」があることがわかる。

この時,特許出願件数の発明者と出願者の相関値を比較すると発明者ベースの方が僅かに相関が高い。即ち,発明者が勤務する住所における特許件数の方が,出願者が勤務する住所における特許件数の方より僅かに粗付加価値額との相関が高いということであり,粗付加価値額の集計が事業所単位になされていることを考慮すると,発明者住所による特許出願件数の方がより付加価値額の推移と関連があるように見える。

但し,相関係数の相違は極めて小さいので可能性を示唆する程度であろう。

### (2) 粗付加価値合計額と特許登録件数との相関

全国合計の粗付加価値額と特許登録件数の年推移を図6に,またこれらの相関を表2に示す。

図6から分かるとおり,特許登録については2003年ごろを底としてその後順調に件数が伸びている。粗付加価値合計額が減少している反面,特許登録件数は増加していることから相関係数もやや高い負の値となっている。

「知的財産立国」の宣言と歩調を合わせたように見えるが,第Ⅱ章第1節(1)特許データの項で示したとおり,企業等が特許出願を厳選したり,2001年に特許審査請求期間が7年から3年に短縮されたことによりそれ以前と比較して特許の査定数が増加したことが大きな要因と考えられる。

### (3) 粗付加価値合計額と特許出願件数との因果関係

(1)で粗付加価値合計額と特許出願件数との間に相関があることは分かったが因果関係は不明である。即ち産業活動が活発化することにより成果として特許も多く出願されるのか,特許出願件数が多くなればその結果として産業活動が活発化してくるのかという観点である。

一般的に言えば企業は商品の上市前には特許,あるいは意匠,商標などの出願を済ませていることが考えられる。例えば特許に関して言えば,特許出願からその特許の利用開始までに調査企業の3/4が利用を開始したという研究事例<sup>(21)</sup>や研究開発支出から企業の成長(指標として売上高成長率,固定資産伸び率,従業員数伸び率等を使用)のタイムラグを研究した事例<sup>(22)</sup>は有るが,それがビジネス上利益となるまで,即ち粗付加価値として計上されるまでの期間,あるいは

(21) 鈴木潤「日本企業の研究開発活動から商業化へのラグ構造の分析」経済産業研究所,ディスカッションペーパー,11-J-002(2011年1月)

(22) 瀧澤洋「わが国主要企業の研究開発支出—企業の成長要因—」ビジネスクリエーター研究 Vol. 3: pp.21-34, 2012, ビジネスクリエーター研究会  
[http://www.business-creator.org/wp-content/uploads/2012/05/RikkyoBusiness\\_vol3-2.pdf](http://www.business-creator.org/wp-content/uploads/2012/05/RikkyoBusiness_vol3-2.pdf)

表3-1 粗付加価値額と特許出願件数の暦年を2年ずらした場合の相関

	粗付加価値額(X年)	
	発明者	出願者
特許出願件数(X+2年)	** 0.6031	* 0.5530
特許出願件数(X+1年)	** 0.7031	** 0.6852
特許出願件数(X年)	** 0.6946	** 0.6890
特許出願件数(X-1年)	* 0.5016	0.4601
特許出願件数(X-2年)	0.4265	0.3238

注1: 粗付加価値額のある時点(X年)の数値と2, 1年後, 同年, 1, 2年前の特許出願件数の年推移データとの相関を取っている。相関対象年は1999~2010年の12年間

注2: \*\* 5%有意, \* 10%有意

表3-2 粗付加価値額と特許出願件数の暦年を3年ずらした場合の相関

	粗付加価値額(X年)	
	発明者	出願者
特許出願件数(X+3年)	* 0.5595	0.2828
特許出願件数(X+2年)	0.3824	0.3517
特許出願件数(X+1年)	0.5659	0.5425
特許出願件数(X年)	* 0.6307	** 0.6353
特許出願件数(X-1年)	0.3231	0.2923
特許出願件数(X-2年)	0.3326	0.2594
特許出願件数(X-3年)	0.1727	0.0873

注1: 粗付加価値額のある時点(X年)の数値と3~1年後, 同年, 1~3年前の特許出願件数の年推移データとの相関を取っている。相関対象年は2000~2009年の10年間

注2: \*\* 5%有意, \* 10%有意

は意匠, 商標などの状況についての研究事例は見当たらない。

そこでこれらの観点を確認するために, 粗付加価値額と特許出願件数の該当年を時期的に前後にずらして相関を取ることとし, ずれの程度については上記研究事例<sup>(23)</sup>を参考に2, 3年とした。その結果をそれぞれ表3-1, 表3-2に示す。

2年ずらした結果(表3-1)では粗付加価値額の計上年と, 同年及び1, 2年後までの特許出願件数との間では有意で相関が見られる。一方3年ずらした結果(表3-2)においては同年を除けば有意で相関があるとは言えない。

これにより産業活動で利益が上がるようになった年を含めて2年程度までの間で, 結果として特許出願が増加しているように見える。

企業が一般的には商品化を行い販売を開始する以前に特許出願を行うものと考えられることは矛盾した結果となっているように思われる。

これについては次の様な要因が考えられる。

粗付加価値額の対象となっている産業分野は多岐に亘っているが, 特許出願の件数としては電気・電子, 機械, 化学等の工業製品が上位を占めている<sup>(24)</sup>。

このような分野における生産対象物は最終製品の場合同有れば, 部品などの中間段階の生産物なども有り得る。ある製品において中間生産物と最終生産物の生産元は同じ企業, あるいは異なる企業いずれの場合もあって様々であろう。また, 中間生産物と最終生産物のどちらの方がより多くの特許出願がなされるかについても製品の性格による。従って, 粗付加価値額と特許件数の相関が一般の開発時の行動様態どおりには現れてこない可能性もある。

他の考えられる大きな要因として, 企業は生産物の販売によって大きな利益が上がると新規製品作成, あるいは改良のための研究開発を活発化するモチベーションが上がり, その成果として多くの特許出願を行うことも有り得る。このようにして粗付加価値額の増減がその年から1, 2年後までの特許件数の増減に大きく関連することになる。

(23) 前掲注(21)

(24) 特許庁行政年次報告書2016年版<統計・資料編>第2章5. 分類別統計表(1)特許(出願), など  
[http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/nenji/nenpou2016\\_index.htm](http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/nenji/nenpou2016_index.htm)

図7 各都道府県の粗付加価値合計額と特許出願件数との相関(発明者/出願者)

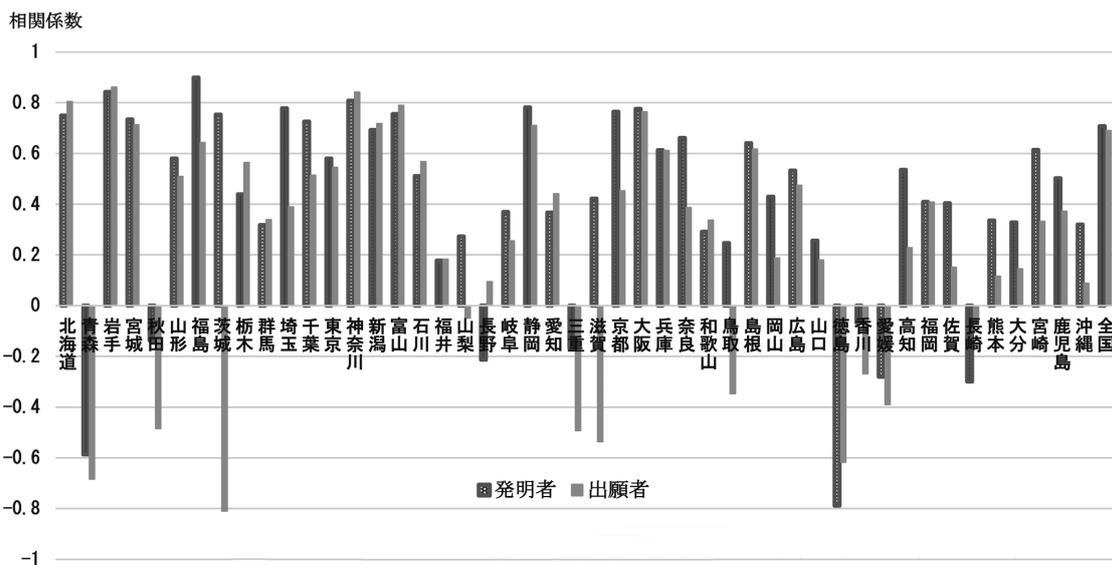
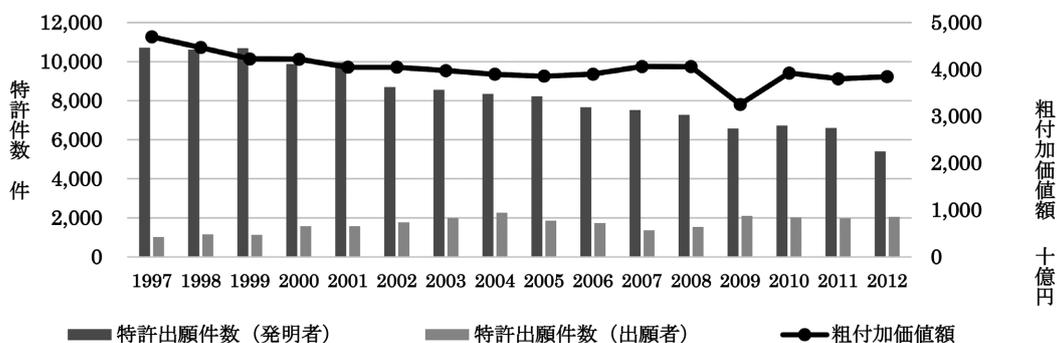


図8 茨城県の粗付加価値額と特許出願件数の年推移(発明者/出願者)



本件については、企業の生産活動状況や粗付加価値、特許出願の状況を更により詳細に調査・分析して考察を行う必要がある。

#### (4) 粗付加価値合計額と都道府県別の特許出願件数との関連

都道府県における粗付加価値額と特許出願件数との相関について調査した結果を図7に示す<sup>(25)</sup>。

図7より、都道府県における粗付加価値額と特許出願件数については全国レベルでの相関係数と概ね一致している(大半の都道府県では正の相関がある)が、一部特徴的な県も見られる。

とりわけ茨城県、長野県、鳥取県等は発明者ベースと出願者ベースで相関係数が正負逆になっている。

この中で茨城県を取りあげて粗付加価値と発明者・

出願者の各特許出願数を調べたものを図8に示す。

茨城県のケースでは特許出願件数を発明者で見た場合はほぼ一律に減少しており、粗付加価値額との相関は正であることが読み取れるが、出願者では最近数年はほぼ横ばいであり、相関係数が負となることが分かる。

これにより、各都道府県レベルでは個別の詳細な分析が必要である。

## 2 粗付加価値額と意匠との関連

### (1) 粗付加価値額と意匠出願件数との相関

1997年から2012年にわたる全国合計の粗付加価値額(図2)と意匠出願件数(図4)の年推移について相関をとったものを表4に示す。

(25) 図7グラフの右端の「全国」の数値が表1で示した粗付加価値額と特許出願件数(発明者、出願者)との相関係数を示している。

表4 粗付加価値合計額と意匠出願件数との相関

	粗付加価値合計額	意匠出願件数
粗付加価値合計額	1	
意匠出願件数	*** 0.7588	1

注：\*\*\* 1% 有意

表4より、粗付加価値合計額は意匠出願件数と「高い相関」があることが分かる。

また、特許と同様に粗付加価値合計額と意匠出願件数の該当年を時期的に前後にずらして相関を取ることとし、2年及び3年ずらした結果をそれぞれ表5-1、表5-2に示す。

表5-1、表5-2によれば2年及び3年のずれにより多少結果の有意性は異なるが総じて意匠を出願した後、1～3年後の粗付加価値額との相関が高くなっている。意匠の場合は何らかの製品／サービス開発が終了して販売されビジネスとしてその成果が表れて来るまで待たずに意匠出願がなされるのであれば相関係数の意味づけも説明出来ると思われる。

表5-1 粗付加価値合計額と意匠出願件数の暦年を2年ずらした場合の相関

	粗付加価値合計額(X年)
意匠出願件数(X+2年)	0.3415
意匠出願件数(X+1年)	0.4476
意匠出願件数(X年)	** 0.5908
意匠出願件数(X-1年)	** 0.6039
意匠出願件数(X-2年)	** 0.7063

注1：意匠件数につき表3-1の注と同等

注2：\*\* 5% 有意

表5-2 粗付加価値合計額と意匠出願件数の暦年を3年ずらした場合の相関

	粗付加価値合計額(X年)
意匠出願件数(X+3年)	0.0601
意匠出願件数(X+2年)	0.1498
意匠出願件数(X+1年)	0.1608
意匠出願件数(X年)	0.4567
意匠出願件数(X-1年)	0.5375
意匠出願件数(X-2年)	* 0.5988
意匠出願件数(X-3年)	*** 0.8430

注1：意匠件数につき表3-2の注と同等

注2：\*\*\* 1% 有意, \* 10% 有意

## (2) 都道府県別の粗付加価値額と意匠出願件数との関連

図9に各都道府県の粗付加価値額と意匠出願件数の相関をしめす。

基本的には大半の都道府県で全国ベースと同様の正の相関が見られる。但し、意匠については東京都や大阪府が期間を通して約1万件程度の出願数であるのに対して、これら相関が負となっている県の出願数は数百件程度である。また正の値を持つ府県でも同様の件数であるため、少ない出願件数のわずかな変動でも相関係数として大きな変動となる可能性がある。

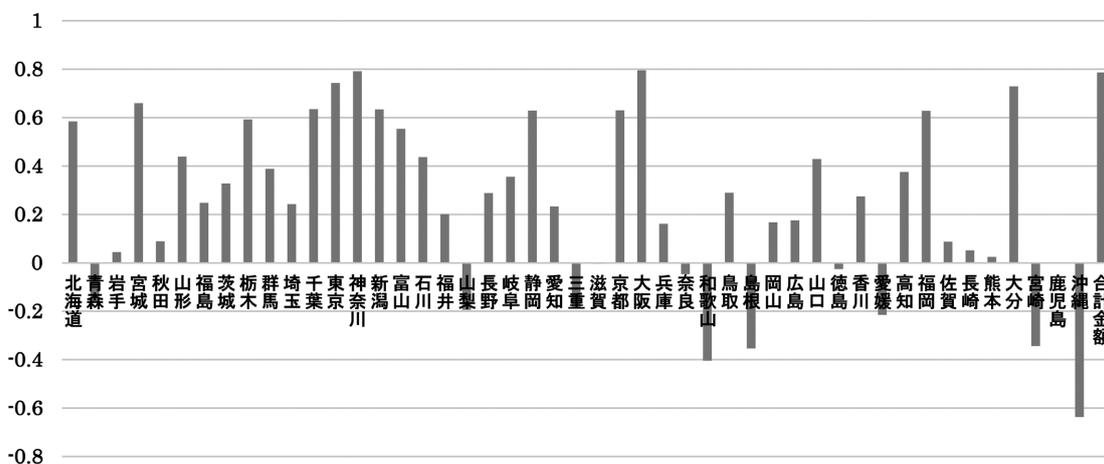
各県レベルにおいては粗付加価値額との相関がどの程度意味を持つかは更に各県の事情を個別に分析する必要がある。

## 3 粗付加価値額と商標との関連

### (1) 粗付加価値額と商標出願件数との関連

1997年から2012年にわたる全国合計の粗付加価値額(表2)と商標出願件数(図4)の年推移について相関

図9 各都道府県の粗付加価値額と意匠件数との相関



をとったものを表6に示す。

表6 粗付加価値合計額と商標出願件数の相関

	粗付加価値合計額	商標出願件数
粗付加価値合計額	1	
商標出願件数	* 0.6644	1

注：\* 10% 有意

表6より粗付加価値額合計額と商標出願件数の相関も意匠ほどではないが10%の有意で「かなり高い相関」があることが分かる。

また、粗付加価値合計額と商標出願件数の該当年を時期的に前後にずらして相関をとった結果をそれぞれ表7-1、表7-2に示す。

表7-1、表7-2より商標については粗付加価値合計額との相関について意匠と同様に商品/サービスの成果が表れる前に出願していると考えられるが、相関が大きいのは同年、あるいはその前年である。

商標の出願と製品やサービスの上市までに余り時間的な差が無い、即ち商品を上市する比較的直前までに商標を出願するものと考えられる。

表7-1 粗付加価値合計額と商標出願件数の暦年を2年ずらした場合の相関

	粗付加価値合計額(X年)
商標出願件数(X+2年)	0.2323
商標出願件数(X+1年)	0.4248
商標出願件数(X年)	*** 0.8656
商標出願件数(X-1年)	** 0.6340
商標出願件数(X-2年)	-0.2434

注1：商標件数につき表3-1の注と同等

注2：\*\*\* 1% 有意, \*\* 5% 有意

表7-2 粗付加価値合計額と商標出願件数の暦年を3年ずらした場合の相関

	粗付加価値合計額(X年)
商標出願件数(X+3年)	-0.1201
商標出願件数(X+2年)	0.2333
商標出願件数(X+1年)	0.3022
商標出願件数(X年)	*** 0.7765
商標出願件数(X-1年)	** 0.7550
商標出願件数(X-2年)	-0.3558
商標出願件数(X-3年)	-0.2902

注1：商標件数につき表3-2の注と同等

注2：\*\*\* 1% 有意, \*\* 5% 有意

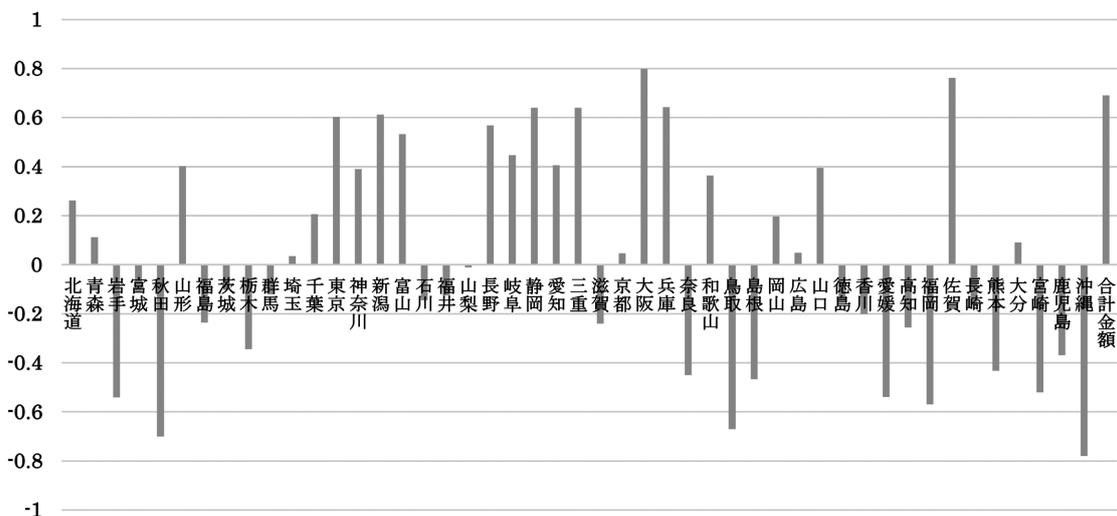
(2) 都道府県別の粗付加価値額と商標出願件数との相関

図10に各都道府県別の粗付加価値額と商標出願件数の相関をしめす。

商標の場合は意匠と比較して都道府県によりばらつきがある。

商標の場合も全国の商標出願件数が10万件程度、また東京都や大阪府がそれぞれ5万件、1万件程度であるのに対して他府県は数百件レベルであり、意匠と同様に各県レベルでの相関係数の意味づけはより個別の状況を調査する必要がある。

図10 各都道府県別の粗付加価値額と商標件数との相関



## IV. 考察

### 1 粗付加価値額と個別の知的財産権の関係について

第Ⅲ章第1節の(3)「粗付加価値合計額と特許出願件数との因果関係」で示したとおり、ある年の粗付加価値額と同年、1年後の特許出願件数には高い相関が見られることから因果関係があると推測される。ただ一般に特許出願は企業が開発した技術を商品として出荷する場合には既に特許として出願を済ませておくと思われるので、今回の結果とは若干ずれが見られる。

尚、第Ⅲ章第1節の(2)「粗付加価値合計額と特許登録件数の相関」については負の値となっている。特許が登録となるか否かはあくまでも他の発明(と特許)との関係により決まるものであり、出願された特許が査定されなかったとしても技術開発の成果が商品化に結びつくことは当然に有り得る。

従って全国的な粗付加価値額の減少と特許出願件数が減少傾向にあるとしても、上述のとおり企業等が特許出願を厳選した結果として特許査定が増加していることについては十分に考えられる結果である。

意匠、商標ともにこれらの出願件数が粗付加価値額と相関があることを示したが、特許の場合と異なり、出願した年、あるいはその前年の件数と粗付加価値額に相関がある。

特許と比較して意匠、商標が成立するか否かの検証が比較的短い時間で行えるので商品化して上市する期間とこれらの出願までにさほど期間を要しないことが考えられる。

### 2 粗付加価値額と各都道府県での知的財産権の関係について

特許については発明者と出願者それぞれについて各都道府県別に出願件数が得られるので相関分析を行ってみた結果、出願者の居住地のみで産業活動を分析するだけでなく、発明者の勤務地での特許出願レベルも分析することにより、地域活性化との関連が見出せる可能性が分かった。

しかしながら今回の分析では特許のみならず意匠や商標についても、全国レベルでは高い相関が見られるが、各都道府県レベルでは相関係数にばらつきがあり、地域活性化にどの程度の寄与があるのかまでは判明しなかった。各地域での具体的な政策や制度、ビジネス動向等を踏まえての分析が必要である。

また、今回の検討では特許、意匠、商標は独立した

変数として考察したが、実際には技術開発が行われ商品化されれば特許、意匠、商標は関連を持って権利化が検討・出願されるはずである。

従って、粗付加価値額とこれら権利の出願の間にも企業等による何らかの意図的な振る舞いも影響して来ると思われる。それらの要因の考察については今後の課題である。

第1章第2節の「問題の所在」で提起した知的財産立国の宣言とその後の産業の発展の関連については今回の分析で明確な関連は見られなかった。粗付加価値額、及び特許、意匠、商標の出願件数とも2002年以降に増加した傾向は見られないが、経済活動のたの要因との関係が大きく影響していると考えられ、それらの要因も含めての考察が必要である。

## V. むすび

我が国における経済の長期低迷からの離脱と地域活性化が叫ばれて久しいが、知的財産の創造、保護、活用によりこれらを打破する目的で様々な施策や活動がなされている。

そこで、知的財産権に関わる指標を分析することにより経済活動への寄与が認められるか否かについて統計情報に基づき分析を行った。

結果としては全国レベルでは産業活動と知的財産権の創造が関連しており、意匠権や商標権についてはその創造が産業活動の結果であることがある程度言えるのではないかとと思われる。ただ、特許については一般的に考えられる企業の産業活動の様態とは逆の結果が示されており今後の研究が必要となる。

また、今回地域活性化を満了するための提言を行うに値する分析結果は得られなかった。

今後は各都道府県の活動状況などを更に調査し分析することが課題となる。



# 不使用取消審判と商標の使用

## —知財高判平成 28 年 9 月 14 日 LE MANS 事件を中心に—

外川 英明<sup>(\*)</sup>

商標法 50 条に規定される不使用取消審判請求の対象となった登録商標に関し、商標権者が行う登録商標の「使用」の立証が、「商標的使用」である必要があるのか(以下、「商標的使用必要説」)ないのか((以下、「商標的使用不要説」)の議論は、商標法平成 26 年改正における商標法 26 条 1 項 6 号の新設によっては、決着していないと考えるべきである。

従来、裁判例は商標的使用必要説の立場に立つものが多く、商標的使用不要説を取り上げて議論する判決もあまりなかった。ところが、最近になって、知的財産高等裁判所第 4 部が連続して商標的使用不要説に基づく判決を下してきた。知財高判平成 27 年 11 月 26 日アイライト第 1 事件、知財高判平成 28 年 9 月 14 日 LE MANS 事件、さらに知財高判平成 28 年 11 月 2 日アイライト第 2 事件の判決である。

本稿は、この中の LE MANS 事件を中心に、裁判所のいう商標的使用不要説を検討し、商標的使用必要説と商標的使用不要説のどちらを是とすべきか、どちらの立場が、我が国商標制度の下での解釈論としてふさわしいのか検討することとする。

### 目次

- I. はじめに
- II. 知財高判平成 28 年 9 月 14 日 LE MANS 事件
  - 1. 本事件の概要
  - 2. 本件審決(取消 2014 - 300901 号)の要旨
  - 3. 知財高(4部)判平成 28 年 9 月 14 日 LE MANS 事件
- III. 識別標識としての使用
  - 1. 学説・裁判例
  - 2. 識別標識としての使用
- IV. おわりに

## I. はじめに

商標法平成 26 年改正では、「色彩のみ」、「音」、「動き」、「ホログラム」、「位置」の 5 種類の新タイプ商標の保護が認められ、注目を浴びた。この改正は、同時に商標法 26 条 1 項 6 号を新設し、識別標識としての商標の使用、いわゆる「商標的使用」を明文化したことで話題となった。

商標法 26 条 1 項 6 号は、判例等で確立してきた商標的使用論をすべてこの号で明文化したのか、それとも権利侵害の場合だけに適用され、それ以外は依然として商標的使用論の活用余地があるのか、あるいは同号は、権利侵害の場合でも、その全てを射程にしているのか、権利侵害の一部にすぎないのか等、様々な議論のあるところである。

ただし、同号は、商標権侵害の抗弁事由を規定した商標法 26 条に含まれるのであるから<sup>(1)</sup>、少なくとも、商標法 50 条に規定される不使用取消審判における商標の使用をその射程に含まないことは明白である。

したがって、産業構造審議会の審議経緯も踏まえると<sup>(2)</sup>、不使用取消審判請求の対象となった登録商標に関し、商標権者が行う登録商標の「使用」の立証が、「商標的使用」である必要があるのか(以下、「商標的使用必要説」)ないのか((以下、「商標的使用不要説」)の議論は、商標法 26 条 1 項 6 号の新設によっては、決着していないと考えるべきである。

商標的使用必要説と商標的使用不要説のどちらを是とすべきかの議論は、従来から行われてきたが、裁判

(\*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 非常勤講師, 外川特許事務所, 弁理士

(1) 商標法平成 26 年改正が、商標的使用論を商標法 26 条の抗弁事由に組み込んだことと、従来、商標的使用論を侵害成立要件と解していた立場との間で、どのように整合を取るのか、議論の余地は残っているといわなければならない。

(2) 商標法平成 26 年改正のための審議会に参加されていた田村教授は、「審議会の最中に、ある委員の方から、不使用取消審判には適用されるべきではないのではないかとの御発言があったこともあります。ただ、それについて特にきちんとした議論がされることなく、今回は商標権侵害における抗弁としてだけ規定されているということで、これによって何か改正法が態度を示したということではないと、審議の経緯から考えられますということで、不使用取消審判と商標的使用の関係は解釈に委ねられているのだということになります。」と述べられている。パネルディスカッション「不使用取消審判における争点と商標的使用について」の田村善之氏発言部分 日本商標協会誌第 84 号(日本商標協会, 2016)

例は前者の立場に立つものが多かったといえる。ところが、最近になって、知的財産高等裁判所第4部が連続して商標的使用不要説に基づく判決を下している。

本稿では、知財高裁第4部が下した商標的使用不要説に基づく判決のひとつである平成28年9月14日LE MANS事件判決<sup>(3)</sup>を中心に、不使用取消審判請求における「使用」は「商標的使用」である必要があるのかについて検討することとする。なお、この議論は、登録商標と使用商標の「社会通念上同一」の解釈、登録商標の駆け込み使用、形式的使用等の論点と関連するが、紙数の都合上、これらは別の機会に譲ることとさせていただきます。

## II. 知財高判平成28年9月14日LE MANS事件

### 1. 本事件の概要

(1) 不使用取消審判の被請求人、審決取消訴訟の被告、ケントジャパン株式会社は、以下の登録商標の商標権者である。

①登録商標第971820号「LE MANS」

②指定商品

第24類「布製身の回り品、かや、敷布、布団、布団カバー、布団側、まくらカバー、毛布」及び第25類「洋服、コート、セーター類、ワイシャツ類、寝巻き類、下着、水泳着、水泳帽、エプロン、襟巻き、靴下、ショール、スカーフ、手袋、ネクタイ、ネックチーフ、バンドナ、保温用サポーター、マフラー、耳覆い、ずきん、すげがさ、ナイトキャップ、ヘルメット、帽子」

(2) この登録商標に関し、平成26年11月7日付で、不使用取消審判の請求人、審決取消訴訟の原告、オートモビルクラブ ドル'ウエスト(アー・サー・オ)は、不使用取消審判の請求を行った。この審判請求は、本件登録商標の指定商品中、第25類「洋服、コート、セーター類、ワイシャツ類」についての商標登録の一部取消しを求めるもので、同年11月27日付けで登録され、取消2014-300901号事件として係属した。<sup>(4)</sup>

この後、本事件について、平成27年12月3日付けで請求不成立審決が下ったため、平成28年4月8日付けで審決取消訴訟が、オートモビルクラブド

ル'ウエストから提起された。

### 2. 本件審決(取消2014-300901号)の要旨

「本件商標の通常使用権者は、本件審判の請求の登録前3年以内である平成26年11月18日から11月26日までの間に、日本国内において、商品『ワイシャツ類』に本件商標を付していたものである。そして、上記行為は、商標法第2条第3項第1号にある『商品又は商品の包装に標章を付する行為』に該当するものである。」とし、通常使用権者の本件商標の使用を認め、商標法50条の規定により取消することはできないと論結した。

また、50条3項本文に規定する、いわゆる「駆け込み使用」についてもこれを否定し、不成立審決を下した。

### 3. 知財高(4部)判平成28年9月14日LE MANS事件

(1) 取消事由1(商標法50条所定の使用の事実を認定した誤り)について

① 平成26年9月30日付で被告ケントジャパン社—ヴァンジャケット社(以下「ヴァン社」)間で通常使用権許諾契約が締結された。該通常使用権許諾契約は、平成26年10月1日から平成27年9月30日の1年契約で、指定商品中の第25類「ワイシャツ類」につき、日本国内を販売地域として許諾されたものである。

② ヴァン社は、この通常使用権に基づきレクサス社に対しワイシャツの製造委託をした。該製造委託契約発注書に基づき、下請けレクサス社は、平成26年10月10日付でヴァン社にワイシャツ30枚を納品した。該ワイシャツに関して、レクサス社は、「ブランドネームLE MANS」「下げ札LE MANS」の条件で製造した。

その後、平成26年11月18日付でヴァン社からワイシャツ30枚が本件店舗に移動し、11月末までに3枚販売された。「ブランドネームLE MANS」「下げ札LE MANS」と認定されている。

「以上の事実によれば、本件商標の通常使用権者であるヴァン社は、平成26年11月18日から要証期間末日の同月26日までの間、販売品のワイシャツに、その襟下に『LE MANS』と記載された織りネームを付するとともに『LE MANS』と記載された下げ札を付したものの、すなわち、販売品のワイシャ

(3) 知財高判平成28年9月14日 裁判所HP [LE MANS事件]

(4) 取消2014-300901号事件が対象とした指定商品以外の商品区分第25類の商品については、同日付で取消2014-300902号事件として係属したが、平成27年12月3日付けで不成立審決が下り、確定している。

ツに本件商標を付したものと認められる。よって、本件審決が同旨の認定をしたことに、誤りはない。」とした。

- ③ 本件判決は、取消事由1に関し、請求不成立審決の理由付けを維持したが、原告の「商標法50条所定の『使用』は、当該商標が出所識別標識として使用されることを要する(後略)」との主張に関し、以下のように述べた。

「商標法50条の主な趣旨は、登録された商標には、その使用の有無にかかわらず、排他独占的な権利が発生することから、長期間にわたり全く使用されていない登録商標を存続させることは、当該商標に係る権利者以外の者の商標選択の余地を狭め、国民一般の利益を不当に侵害するという弊害を招くおそれがあるので、一定期間使用されていない登録商標の商標登録を取り消すことについて審判を請求することができるというものである。」と「全く使用されていない登録商標」を整理すると、不使用取消審判の制度趣旨を根拠として商標的使用不要説を展開した。

「上記趣旨に鑑みれば、商標法50条所定の『使用』は、当該商標がその指定商品又は指定役務について何らかの態様で使用(商標法2条3項各号)されていれば足り、出所表示機能を果たす態様に限定されるものではないというべきである。」

ただし、裁判所は、結局のところ、以下のように述べ、本件登録商標の出所識別標識としての使用を認定し、商標権者の「使用」の立証を認めた。

「しかも、(略)ヴァン社は、販売品のワイシャツに、その襟下に本件商標が記された織りネームを付するとともに、本件商標が記載された下げ札を付していたのであるから、本件商標を出所識別標識として使用していたことは、明らかである。」

本件は、商標的使用必要説であろうと不要説であろうと、結論は同じであったとすることができる。

- (2) 取消事由2(商標法50条3項本文に該当しないと判断の誤り)について

商標法50条3項の「その審判の請求がされることを知った後である」か否かが争点となった。裁判所は、ここで「その審判の請求がされることを知った」とは「客観的に見て審判請求をされる蓋然性が高く、かつ、上記商標の利用者がこれを認識していると認める場合をいう」とし、本件のような一般的、抽象的な可能性

の認識のみでは足りない」と述べた。また、「その審判の請求がされることを知った」か否かの主体は、審決がいう被告ケントジャパン社ではなく、通常使用権者であるヴァン社であるとし、審決の認定に誤りがある旨指摘したが、最終的には、商標法50条3項本文に該当しないという本件審決の結論自体には誤りがないと論結した。

### Ⅲ. 識別標識としての使用

#### 1. 学説・裁判例

不使用取消審判における登録商標の使用は、識別標識としての使用、いわゆる商標的使用である必要があるのか、ないのかについては、従来から議論のあるところである。

##### (1) 商標的使用必要説

学説の多くは、商標的使用必要説を当然の前提としてきている。

例えば、「2条3項の要件を形式的に満足する場合でも、それが出所を識別する表示として使用されていなければ、商標として使用されているとは認められない。(略)識別標識として機能していない以上、混同も生じないので、商標を維持して他者の商標選定の自由を制約する理由に乏しいからである。」<sup>(5)</sup>あるいは、「登録商標の使用は、商品・サービスとの具体的関係において、その出所表示機能を果たす形態において用いることが必要である。所詮『商標の使用』と認められる幅も時代によって変わるものであり、当該商標の取引社会において商標の使用と認められうるものかどうかにより具体的に決すべきである。」<sup>(6)</sup>等、商標的使用不要説の存在を大きな論点としては記述していない。

東京高判平成8年12月19日[A to Z]事件<sup>(7)</sup>は、絵葉書の裏面にある表示「A to Z」が、絵葉書の表面にある著作権表示の著作者と同一である場合に、当該「A to Z」の表示が商標的使用か否かが争われた事件である。原告が「ある標章の使用が商標の使用に該当するか否かは、端的に、その標章に自他商品の識別力があるか否かによって決すべきである。」と主張し、この主張を当然の前提として、被告も主張し、裁判所も次のように判決している。

「商品が著作物の複製物であり、かつ、著作物の名称がそのまま商標とされている場合に、商品に付され

(5) 田村善之「商標法概説第2版」28頁、同書33頁～34頁注(6)も参照。(弘文堂、2000)

(6) 後藤=有坂「注解商標法[新版]下巻」小野昌延編1134頁(青林書院、2006)

(7) 東京高判平成8年12月19日知裁集28巻4号856頁[A to Z事件]

た1つの標章が、著作物の著作者を示すと同時に、商品の製造者・販売者等を示す商標の使用でもあると解することは、何ら背理といえない。」「絵はがきの裏面に表示されている『A to Z』という標章が、同面に印刷されている写真の著作権者の名称と一致するとしても、その標章が、同時に、自他商品を識別させるために付されている商標でもあると解することには、何らの妨げもないと考えるのが相当である。」と述べ、登録商標「A to Z」の「使用」と認め、特許庁の成立審決を取消した。

東京高判平成21年10月8日[DEEPSEA事件]<sup>(8)</sup>、知財高判平成25年9月25日[グラム事件]<sup>(9)</sup>等においても同様の判断が示されている。

これらを総合すると、学説においても裁判例においても、商標的使用必要説が少なくとも多数であるといえることができる。

## (2) 商標的使用不要説

商標的使用不要説の主張は、少なくとも約30年前に遡る。網野誠氏は、商標的使用必要説が通説であると前置きしたうえで、商標権侵害の場合には識別標識としての使用である必要があるとする通説は至当であるが、不使用取消審判の場合に同じ考え方を取らなければならない必然的な理由は存在しないとの趣旨で次のように述べている。

「不使用取消や更新登録の場合にも(筆者注：商標権侵害と)同じ考え方によらなければならないとする必然的な理由は存在しない。もともと出所標識としての使用か否かは、取引の通念によって決定される場所である。従って、使用の当初においては出所標識としての使用とはいえないような態様の使用であっても、後に到って取引社会において出所標識として認識されることもあり得るわけである。そうだとすれば、登録商標がその指定商品について使用されている以上、現時点においてそれが識別標識としての使用であると認められないからといって、直ちに不使用取消を認め、更新登録を拒絶するのは、登録商標を保護し使用者の信用の維持を図ろうとする商標法の目的にも沿わないこととなる。よって、『商標』の定義に拘らず、商標権の侵害については出所標識としての使用であること

を要するとする考え方を、そのまま不使用商標の取消や更新登録の拒絶に際してまで適用することについては、検討を要するものと考えられる。むしろこれらの場合には、商標法の定義どおり、商品について(筆者注：「商品について」の文言に強調の傍点「、」が打たれている。)使用されている限り、識別標識としての使用か否か、意匠的な使用であるか否か等を問うことなく、登録商標の使用であると認めるのが商標法の目的に沿うのではなからうか。」<sup>(10)</sup>

また、最近でも、商標の使用不要説の立場で論述されている文献が発表されている<sup>(11)</sup>。

一方、商標的使用不要説の裁判例として頻りに引用される東京高判平成3年2月28日POLA事件<sup>(12)</sup>は、次のように述べている。

「商標の不使用を事由とする商標登録取消しを論ずるときには、『前述のような制度の存在理由に鑑みても、商標法第50条所定の登録商標の使用』は、商標がその指定商品について何らかの態様で使用されておれば十分であって、識別標識としての使用(すなわち、商品の他比識別など商標の本質的機能を果たす態様の使用)に限定しなければならぬ理由は、全く考えられない。それゆえ、本件使用標章を被告らが主張するような態様で使用することが、識別標識としての使用に該当するか否かはさて置き、『指定商品についての使用』に該当することは前述のとおりであるから、原告の右主張も採用できない。」としている。

上記学説と裁判例は、ともに商標法2条3項が本来の商標の「使用」であるが、商標権侵害では、「識別標識としての使用」のみが侵害であるとして、商標法2条3項の「使用」を限定しているとの立場を前提とし、不使用取消審判における「使用」は商標権侵害の場面のような限定をする理由がないのであるから本来の2条3項の「使用」が立証できれば取消す必要がないと主張しているようである。

従来、商標的使用不要説は、学説としては少数説であった。上記網野説は「現時点においてそれが識別標識としての使用であるとみとめられないからといって、直ちに不使用取消を認め」と主張するが、商標法50条は、「継続して3年以上」の不使用を要件とするのであ

(8) 東京高判平成21年10月8日判時2066号116頁[DEEPSEA事件]

(9) 知財高判平成25年9月25日裁判所HP[グラム事件]

(10) 網野誠「不使用取消審判と『登録商標の使用』の範囲について」450～451頁[特許争訟の諸問題 三宅正雄先生喜寿記念] (発明協会、1986)。なお、引用文中の「更新登録」については、その後、商標法平成8年改正で「商標の使用証明」(平成8年改正前19条2項2号)が廃止されている。注28参照。

(11) 工藤莞司「商標法の解説と裁判例」322頁(マスターリンク、2011)、中村仁「商標法50条における商標の使用」138頁 パテント別冊No.1 Vol.62 No.4 (日本弁理士会、2009)、高部真規子「実務詳説 商標関係訴訟」269頁～270頁(金融財政事情研究会、2015)

(12) 東京高判平成3年2月28日知裁集23巻1号163頁[POLA事件]

るから、3年以上、しかも継続して識別標識としての使用が行われていない登録商標を、さらに今後、識別標識として使用されるかもしれないとの可能性を考慮すべきであろうか。

また、上記 POLA 事件は、米国ラナム法下から我が国に輸入されつつあるポスト・セール・コンフュージョン (post sale confusion) 論で識別標識としての使用を十分説明できる事案であり、あえて商標の使用不要説を持ち出す必要のない事案であったといえる。

## 2. 識別標識としての使用

### (1) 知的財産高等裁判所の立場

最近、商標的使用不要説を明確に示した知財高判平成 27 年 11 月 26 日アイライト第 1 事件<sup>(13)</sup>、上記知財高判平成 28 年 9 月 14 日 LE MANS 事件、さらに上記同名訴訟とは原告 (審判請求人) 等を異にする知財高判平成 28 年 11 月 2 日アイライト第 2 事件<sup>(14)</sup>の判決が連続して下された。これらは、いずれも知的財産高等裁判所第 4 部判決である。

この判決の流れから知財高裁が商標的使用不要説に立つと判断するのは時期尚早である。

上記アイライト第 1 事件とほぼ同時期に下された知財高 (1 部) 判平成 27 年 9 月 30 日ヨーロッパ事件<sup>(15)</sup>では、指定商品に含まれるインスタントコーヒーの包装袋に「ヨーロッパ コーヒー」と二段書きしてなる表示が不使用取消審判の対象となっている登録商標「ヨーロッパ」の使用となるかが争われた。

知財高裁第 1 部は、「争点は、① 被告の本件包装袋における『ヨーロッパ』標章の使用が自他商品識別機能を有する商標としての使用と認められるか、② 被告が、本件包装袋において、本件商標と社会通念上同一と認められる商標を使用したかである。」とし、争点①については、以下のように述べ、「自他商品識別機能を有する商標としての使用」と認めた。

「本件包装袋における『ヨーロッパ コーヒー』の二段書き標章のように、他の自他商品識別機能の強い商標と併用されることなく、単独で使用され、かつ、他の文字に比べると大きく、商品の目立つ位置に表示され、さらに®記号が付されて表示されているときには、それ程強いものではないけれども、一応自他商品識別機能を有する商標として使用されているものと認められる。」

インスタントコーヒーの包装袋上に「ヨーロッパ

コーヒー」の表示が付され、被告が運営しているインターネット上の販売サイトにて販売していたのであるから、明確に商標法 2 条 3 項が規定する「使用」行為はあったものである。商標的使用不要説に立てば、争点にすらならない事案であった。本判決は、明らかに商標的使用必要説にたつと考えられる。

商標的使用必要説と不要説に関し、知的財産高等裁判所においては、未だ統一的立場は示されていないといえる。

### (2) 商標的使用必要説と商標的使用不要説

#### ① 商標の使用が関係する主な条

商標法 2 条 3 項 1 号ないし 10 号は、標章についての「使用」を詳細かつ具体的に規定する。そして商標の使用が関係する主な条は、(イ)商標権の効力について規定する 25 条、(ロ)上記の商標権の効力が及ばない範囲に関する 26 条、(ハ)3 条 1 項柱書の商標を使用する意思、(ニ)先使用による商標の使用をする権利を規定する 32 条、(ホ)侵害とみなす行為の 37 条、(ヘ)侵害罪の 78 条、そして(ト)本論文のテーマである不使用取消審判の 50 条である。

平成 26 年改正において、(イ)と(ロ)の関係については、従来から存在する商標的使用論の全てか一部かは別論として、法律上の手当てが行われ明確化された。残りの(ハ)ないし(ト)の思考方法としては、同じ法律の中で商標の「使用」をできるだけ統一して解釈すべきであるとの視点が必要である。もし、これらの中で、制度上、統一的解釈が無理ならば、当該制度趣旨に基づいて変更も可能であると考えべきである。

#### ② 我が国登録主義と商標法 3 条 1 項柱書

商標的使用不要説に立つ LE MANS 事件判決は、上記のとおり、「商標法 50 条の主な趣旨」は、登録主義の権利者以外へ与える弊害 (商標選択の余地を狭め、国民一般の利益を不当に侵害する) のみに焦点を合わせて、「何らかの態様で使用 (商標法 2 条 3 項各号) されていれば足り」との結論に到達している。

しかし、我が国の登録主義は、LE MANS 事件判決がいう「登録された商標には、その使用の有無にかかわらず、排他独占的な権利が発生する」とする形式の登録主義ではなく、商標法 3 条 1 項柱書に規定する「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」との文言によって修正を施されているものである。この文言は、商標法平成 3 年改正時に「役務」が追

(13) 知財高判平成 27 年 11 月 26 日平成 26 年 (行ケ) 第 10234 号判時 2296 号 116 頁 [アイライト第 1 事件]

(14) 知財高判平成 28 年 11 月 2 日平成 28 年 (行ケ) 第 10115 号 裁判所 HP [アイライト第 2 事件]

(15) 知財高 (1 部) 判平成 27 年 9 月 30 日 裁判所 HP [ヨーロッパ事件]

加されたことを除いて、昭和34年法成立の当初から規定されているものである。3条1項柱書は、出願された商標が「自己の業務に係る商品又は役務について」現に使用されているか、あるいは現在使用されていなくても将来使用する意思があることを要求し、登録要件としているのである<sup>(16)</sup>。後者を認めるのは、商標を使用する業務の開始には準備の期間が必要であるし、出願時に使用していることを要求すると、使用を開始している商標が、出願後に別の登録要件を充足せずに拒絶されるリスクを回避する手段を企業等出願人に提供するためである。したがって、未使用でも将来の信用の蓄積を法的に保護するために同項柱書は「使用の意思」があれば充足されることとしている。この「使用の意思」は、近い将来の蓄積されるであろう業務上の信用をあらかじめ保護するための登録要件である<sup>(17)</sup>。

東京地判平成24年2月28日グレイブガーデン事件<sup>(18)</sup>は、「ここでいう『自己の業務に使用する意思がある』といえるためには、単に出願人が主観的に使用の意図を有しているというのみでは足りず、自己の業務での使用を開始する具体的な予定が存在するなど、客観的にみて、近い将来における使用の蓋然性が認められることを要するものと解するのが相当である。」と指摘し、客観性が必要である旨強調している。

商標法50条は、登録商標として成立したにもかかわらず、一定期間以上信用の蓄積がなければ、取消されると規定する。この一定期間が「継続して3年以上」である。

商標法3条1項柱書も不使用取消審判も商標の使用によって、その商標に化体した業務上の信用を保護す

るための商標法上の一貫したメカニズムであるといわなければならない。

したがって、登録商標は、同項柱書で「使用の意思」を確認(上記(ハ))されて登録されたものである。ここでいう「使用」は、識別標識としての使用である。ただし、識別標識としての使用でなければ、商標に業務上の信用は化体されず、法的保護の対象が存在しない。

商標審査基準[改訂第12版]<sup>(19)</sup>は、第3条第1項柱書を適用する場合の判断について「指定商品又は指定役務について、(ア)又は(イ)に該当するときは、商標の使用及び使用の意思があるかについて合理的疑義があるものとして、本項柱書(筆者注：3条第1項柱書)により登録を受けることができる商標に該当しないと判断する旨の拒絶理由の通知を行い、下記3.に従い商標の使用又は使用意思を確認する。ただし、出願人等における商標の使用又は使用の意思があることが確認できる場合を除く。」と定めている。商標登録出願人は、査定・審決時に「使用の意思」があることを確認されているのである<sup>(20)</sup>。

「継続して3年以上」使用していない登録商標については、査定・審決時の「使用の意思」の確認が誤りであったか、査定・審決時以降に事情の変更等があり使用が不可能になったかとはともかく、商標登録を取消されてもやむを得ないといえるのである。

### ③ 不使用取消審判制度の趣旨

東高(6民)判平成5年11月30日VUITTON事件<sup>(21)</sup>は、商標法50条の趣旨を次のように述べた。なお、特許庁の説明する商標法50条の立法趣旨も同旨である<sup>(22)</sup>。

- (16) 昭和32年12月24日の工業所有権制度改正審議会は、大正10年法の「商標ヲ専用セントスル者」を「商標を使用している者又は使用する現実かつ真誠の意思がある者」とすべきとの答申をし、現行昭和34年法が商標法3条1項柱書の「自己の業務に係る商品について使用をする商標」と表現した。その後、商標法施行規則昭和50年改正で願書への「出願人の業務記載」が「使用の意思」とともに同項柱書の登録要件とされたが、商標法施行規則平成8年改正で「出願人の業務記載」は廃止された。商標法3条1項柱書は、その内容につき様々に変遷してきたが、一貫して「使用の意思」を要求していることと解されている。
- (17) 中村英夫氏は、特許庁の説明のニュアンスの変化に注目すべきとする。つまり、特許庁の新工業所有権法逐条解説(1959年)が、この3条1項柱書について「現在使用しているもの及び将来は使用する意思があるが現在は使用していないもの両方を含む」と記述していたが、同書改訂版以降「現在使用しているもの及び使用をする意思があり、かつ、近い将来において信用の蓄積があるだろうと推定されるものの両方を含む」(工業所有権法逐条解説改訂版641頁、同旨工業所有権法(産業財産権法)逐条解説[第19版]1274頁)と改訂された点を「記述の変化に注目すべきであることを強調しておきたい。」としている。(中村(英)「注解商標法[新版]上巻」小野昌延編174頁(青林書院2006))
- (18) 東京地判平成24年2月28日裁判所HP[グレイブガーデン事件]。本事件は、3条1項柱書違反を理由に当該商標権は無効理由を含むとして、無効審判の除斥期間が経過しているにもかかわらず、権利の濫用により権利行使できないと判決したことも注目されているものである。
- (19) 特許庁編「商標審査基準[改訂第12版]平成28年4月1日適用」5頁～6頁(発明推進協会、2016)
- (20) 平成19年4月に商標の使用又は商標の使用の意思を確認するための審査に関する運用が、審査基準及び審査便覧の改訂により強化された。審査において、願書に記載された指定商品又は指定役務について、商標の使用又は商標の使用の意思があることに「合理的な疑義がある場合」には、商標法第3条第1項柱書が適用され、拒絶理由通知によって「使用の意思」が確認されることとなった。
- (21) 東高(6民)判平成5年11月30日 知裁集25巻3号601頁[VUITTON事件]
- (22) 特許庁「工業所有権法(産業財産権法)逐条解説第19版」1457頁(発明推進協会、2013)
- 「本条の立法趣旨は、次のように理解される。すなわち、商標法上の保護は、商標の使用によって蓄積された信用に対して与えられるのが本来的な姿であるから、一定期間登録商標の使用をしない場合には保護すべき信用が発生しないかあるいは発生した信用も消滅してその保護の対象がなくなると考え、他方、そのような不使用の登録商標に対して排他独占的な権利を与えておくのは国民一般の利益を不当に侵害し、かつ、その存在により権利者以外の商標使用希望者の商標の選択の余地を狭めることとなるから、請求をまってこのような商標登録を取り消そうというのである。いいかえれば、本来使用をしているからこそ保護を受けられるのであり、使用をしなくなれば取り消されてもやむを得ないというのである。」

「改正前商標法 50 条による登録商標の不利用取消の審判の制度の趣旨は、商標法上の保護は、商標の使用によって蓄積された信用に対して与えられるのが本来的な姿であって、一定期間登録商標の使用をしない場合には保護すべき信用が発生しないかあるいは発生した信用も消滅してその保護の対象がなくなるし、他方、不利用の登録商標に対して排他的独占的な権利を与えておくのは国民一般の利益を不当に侵害し、かつその存在により権利者以外の商標使用希望者の商標の選択の余地を狭めるから、審判請求をする利益を有する者の請求によりこのような商標登録を取り消させることにある、というべきである。」

LE MANS 事件判決の前提とした商標法 50 条の立法趣旨は、VUITTON 事件が明示した趣旨論の後半部分だけを取り上げている。

しかし、商標法 50 条の趣旨は、VUITTON 事件判決の前半部分と後半部分の両者が相まって説明できるものと言わなければならない。登録商標が一定期間使用されないとなぜ取り消されるのか、それは業務上の信用が存在しないから、すなわち保護法益がないからである。保護法益のない登録商標を、放置しないでなぜ取消審判の対象とするのか、それは保護法益の存在しない登録商標を放置すると商標権者以外の商標使用希望者の商標の選択の余地を狭めるからである。

LE MANS 事件判決は、上記趣旨の前半部分を割愛し、識別標識としての使用だけではなく、識別標識であるか否かには無関係な「使用」を、すべて整理するという意味で「全く使用されていない登録商標」との文言を使用しているものと思われる。しかし、趣旨の前半部分を考慮すれば、ここで整理しようとしている商標は、業務上の信用が継続して 3 年以上化体していない商標であると考えべきである。商標的使用をしていないことと商標的使用以外の使用のみをしていることは等価である。ただし、両者とも保護法益が存在しない。

この理を東京高判昭和 56 年 11 月 25 日 GOLDWELL 事件<sup>(23)</sup>は、次のように述べている。

「商標制度は、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とし、設定された商標権を通じて、商品流通の過程、競争関係に一定の秩序をもたらそうとするものである。そして、商標権が設定された後であつても、この目的ないし要請に積

極的に応えるに足りない事実、例えば、当該商標の一定期間の継続した不利用の事実が、現にあれば、正にこの事実によつて、その商標権は、商標制度存在の趣旨にそわず、かえつて、他人による同一又は類似の商標の使用を阻み、ひいて、他人の流通秩序への寄与を妨げることになり、消極的な意味しか有しないものとして否定すべきものとするのが、現行不利用による商標登録取消制度の趣旨と解される。」

本来、VUITTON 事件判決の前半部分、すなわち保護法益が存在していないことだけに焦点をあわせれば、50 条を取消審判制度として構築せずに、登録商標としての効力を一定期間の不利用によって当然に失う、すなわち当然失効でもよかつたはずである。しかし、当然失効したか否かの確認が困難である等の問題もあつて、VUITTON 事件判決の後半部分がいうように、不利用の登録商標の存在により不利益を受ける者の請求をまつて、当該登録商標を取消す法制度にしたのである。現行商標法における不利用取消審判は、保護法益不存在の登録商標の整理の必要性和第三者の商標選択の余地を狭める等の弊害の均衡を図つたものといふことができる。

商標的使用不要説の中には、商標権者の登録商標を取消される不利益と第三者が当該商標を選択できないという不利益(裏返せば両者の利益)を「比較衡量すると、権利者の不利益の方が圧倒的に大きいと考える。」とし、「適法に商標登録を取得し、何らかの態様で登録商標を指定商品に使用しているにもかかわらず、その使用が出所表示機能を発揮するような態様でないという判断の難しい理由のみで登録を取消され上述の不利益を被るとすると、権利者の不利益の方が大きいと考えられるためである。」<sup>(24)</sup>と述べるものがある。

識別機能を発揮していない登録商標は、商標の本質的機能を発揮していないものである。識別標識として機能していない登録商標を、商標法 50 条の商標的使用不要説が言う「使用」を行ったとして整理しないとすれば、いったいつになったら整理できるのであろうか。存続期間いっぱいの 10 年にわたつて、識別機能を発揮しない使用を続けた場合、商標法 50 条が「継続して 3 年以上」と期間を規定した趣旨を反故にしてしまうこととなるのではないか。しかも「継続して 3 年以上」も商標として機能していない登録商標が取消されることがそれほど重大なことであらうか。一方では、商標権者が商標的使用以外の使用を行うことは、登録

(23) 東京高判昭和 56 年 11 月 25 日無体集 13 卷 2 号 903 頁[GOLDWELL 事件]。最判昭和 58 年 4 月 14 日 LEX/DB[GOLDWELL 上告審]

(24) 中村仁 前掲 144 頁

商標の普通名称化、希釈化を招き、商標権の効力を喪失するおそれすらある行為である。

「出所表示機能を発揮するような態様でないという判断の難しい理由」があるから、機能を発揮しているか否かにかかわらず、商標法2条3項が規定する使用態様すべてを商標法50条の「使用」とみとるのは、あまりにも粗掴みな議論である。識別機能を発揮する使用か否かの判断が難しいことは、商標権侵害事件においても同じである。

上記ヨーロッパ事件判決は、「識別機能を有する商標の使用」の解釈に幅を持たせて、十分に具体的妥当性を確保している。商標法25条、26条、3条1項柱書、そして不使用取消審判と一貫して識別力の発揮が商標の「使用」とし、不使用取消審判においては登録商標が取消されるという点に着目して、幅をもたせた柔軟な解釈を行えば足りると考える。立法者も柔軟な解釈の前提として、法改正によって、被請求人に登録商標の使用に関する拳証責任を課したり(商標法昭和50年改正)、連合商標制度の廃止に伴って、登録商標と使用商標の「社会通念上同一」を明定し、さらに駆け込み使用防止のための規定を追加したりして(商標法平成8年改正)、商標法50条の特性を考慮しているといえる。

#### IV. おわりに

知的財産高等裁判所第4部は、LE MANS 事件判決、アイライト第1事件判決、アイライト第2事件判決と、連続して、不使用取消審判における「使用」に関し、商標的使用不要説からの論陣を張った。

しかし、LE MANS 事件判決では、上記の通り、ヴァン社販売品のワイシャツの襟下に本件商標「LE MANS」が記された織りネームを付するとともに、「LE MANS」が記載された下げ札を付していたと認定し、「本件商標を出所識別標識として使用していたことは、明らかである。」と論結している。また、アイライト第1事件判決においても、当該登録商標は、本件行為当時、出所表示機能を果たしていなかったとの原告の主張に対し、「以上によれば、本件行為当時、メタルハライドランプ水中灯につき、『アイライト』が出所表示機能を果たしていなかったということではできず、原告の前記主張は採用できない。」と論結している。

アイライト第2事件判決においても、「本件カタログには、被告が販売する照明用器具の広告・宣伝が具体的に記載されており、内容が漠然としたものであるということではできない。」と述べており、3つの事件とも、商標的使用不要説を持ち出すまでもなく、登録商標の「使用」が認められる事案であった。原告の商標的使用必要説の主張に対する回答とはいえ、知的財産高等裁判所第4部が、商標的使用不要説を強調するのはなぜであろうか。

商標制度は、上記 GOLDWELL 事件判決が指摘するように商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図ることによって商品流通の過程、競争関係に一定の秩序をもたらす制度である。商標を使用する企業等の企業努力の結晶である業務上の信用を保護するとともに、商標を目にする需要者に出所、品質等の目印を提供することによって、安心できる取引秩序を保証するものである。

商標の出願時に当該商標が業務上の信用を化体しているか、近い将来に信用の蓄積があるかを確認すべく、登録要件として3条1項柱書で「使用の意思」を要求している。登録後も、「継続して3年以上」の不使用を要件として、業務上の信用の化体状況をチェックし、商標法50条で第三者の商標選択の余地を確保する。商標登録制度は、保護法益としての「業務上の信用」を守るべく、一貫した制度設計を試みているのである。

上記のとおり、昭和34年商標法においては、当初からの商標法3条1項柱書に根本的な変更はない。むしろ、「出願人の業務記載」を要件とする等、近い将来の蓄積されるであろう業務上の信用をあらかじめ保護する要件として「使用の意思」の確認手続きを実務上強化してきた。「出願人の業務記載」要件は平成8年に廃止されたが、平成19年の審査基準改訂で新たな確認手続きを構築し、現在に至っている。

平成19年以前では、企業のストック商標確保のニーズに対応して、同一区分内で使用予定の無い指定商品、指定役務もできるだけ多く指定確保することが出願人や代理人の常識とされていた。不使用商標の増加は、このいわゆる「全類指定」<sup>(25)</sup>も一つの原因であったと思われる。そこで、審査基準が改訂され、平成19年4月から1区分内での商品・役務の指定が広い範囲に及び、指定商品又は指定役務について商標の使用又は使用の意思があることに合理的な疑義がある

(25) 特許庁審査業務部商標課が発表した「商品・役務を指定する際の御注意」(平成25年3月)では、「指定された商品・役務の表示が不明確な例」として「第39類 貨物車による輸送、その他本類に属する役務」、「第2類 全ての商品」を例示し、このような表示での「全類指定」は認めないとする。

場合に、出願人に対して商標の使用又は使用意思の確認をしているのである。出願審査の段階では、出願商標の使用可能性、信用蓄積の可能性のチェックが強化されてきたといえる。

一方で、平成 26 年改正においても、過去たびたび議論されてきた「商標」の定義に自他商品役務識別力を明記する改正が見送られた。しかし、「1 条、2 条 1 項、3 条等の趣旨を総合すれば、現行法においても商標は自他商品識別をその本質的機能としていると考えられる。」<sup>(26)</sup>のである。商標法 50 条における商標の「使用」を考える時も、商標の本質が識別標識であることを忘れてはならない。50 条が規定する「継続して 3 年以上」どころか、業務上の信用が化体しない、識別標識として使われていない商標を長期間にわたって取消すことができないとする解釈は、商標制度の本質と整合を取ることができないと言わざるを得ない<sup>(27)</sup>。

商標権の存続期間の更新時の商標の使用証明制度は、国際的ハーモナイゼーションの観点から商標法平成 8 年改正で廃止された<sup>(28)</sup>。不使用取消審判における商標の「使用」に関し商標的使用不要説を採用した場合、商標権の存続期間中、ずっと識別標識ではない態様で使用されている商標を、使用証明制度を廃止した更新後も含めれば、何十年もの間、我が国商標制度の下で保護すべきとする理由は何であろうか。

以上

---

(26) 前掲 逐条解説第 19 版 1268 頁

(27) 最判平成 9 年 3 月 11 日民集 51 卷 3 号 1055 頁[小僧寿し事件]は、商標権侵害事件に係る案件であり、その射程には議論があるが、以下のように述べている。

「商標権は、商標の出所識別機能を通じて商標権者の業務上の信用を保護するとともに、商品の流通秩序を維持することにより一般需要者の保護を図ることにその本質があり、特許権や実用新案権等のようにそれ自体が財産的価値を有するものではない。」そして、商標権侵害者に対し、商標法 38 条 3 項の実施(使用)料相当額の損害賠償請求が認められるか否かに関し、「当該登録商標に顧客吸引力が全く認められず、登録商標に類似する標章を使用することが第三者の商品の売上げに全く寄与していないことが明らかとなるときは、得べかりし利益としての実施料相当額の損害も生じていないというべきである。」

(28) 商標法平成 8 年改正前は、存続期間の更新時に、当該商標の使用証明ができないと更新ができない法制度となっていたが(平成 8 年改正前商標法 19 条 2 項 2 号)、平成 8 年改正で廃止された。商標法条約(Trademark Law Treaty)が、「標章の使用に関する宣誓書又は証拠の要求」及び「登録の更新の際の実体審査」を禁止しているためである。



# ファッションプロダクトの多面的な保護

小川 徹<sup>(1)</sup>

被服、靴、靴、帽子などのファッションプロダクトは、従来、意匠法や不競法2条1項3号で保護されてきたが、応用美術における著作権の保護を広く認める判決が出され、新しい商標による保護が始まるなど、知的財産権法による保護の方法は、昨今拡大してきている。そこで、各プロダクトの性質、ライフサイクル、そのファッションブランドのブランディング等を踏まえ、これらに応じた保護が可能となってきた状況とを照らし、ファッションプロダクトをどのように適切に保護していくかを検討する。特に、ファッション業界においては、このような法的な保護が体系的に検討、論じられてきた歴史が浅いという背景を意識し、裁判例を踏まえ、1分野に特化せず、なるべく網羅的、体系的な検討を行うものである。

## I. はじめに

### II. ファッションプロダクトの特徴

1. ファッションプロダクトとは
2. ファッションブランドの市場と価格
3. ファッションプロダクトのライフサイクル
4. ファッションロー
  - (1) ITの進化
  - (2) ファストファッションの台頭
  - (3) アジア圏を中心とした模倣品の横行

### III. ファッションプロダクトの知的財産法に基づく保護

1. 意匠法による保護
  - (1) 一般論
  - (2) 問題点
    - ① 新規性との関係における展示会等
    - ② 商品ライフサイクルとの関係
2. 商標法による保護
  - (1) ブランド名の商標登録による保護
  - (2) ファッションプロダクトの一部の商標登録による保護
  - (3) ファッションプロダクトそのものの商標登録による保護
3. 著作権法による保護
  - (1) 著作権法による保護の可能性
  - (2) 模倣品対応における著作登録の利用
4. 不正競争防止法による保護
  - (1) 不競法2条1項1号・2号による保護
  - (2) 不競法2条1項3号による保護

### IV. おわりに

## I. はじめに

2014年12月8日に、知的財産教育協会が、日本のファッション・ビジネスの振興へ寄与することを目指し、米国Fashion Law Instituteを模範とし、「Fashion Law Institute Japan (FLIJ)：ファッション・ロー・インスティテュート・ジャパン」を設立し、従前、あまり法的な議論が盛んではなかった、ファッション分野において、法的(特に知的財産法)な研究をより、積極的に行っていくこうとしている潮流の中において、本稿は執筆するものである。特に、従来、ファッションプロダクト(定義については後述する。)は、典型的な形態保護法である、意匠法、不正競争防止法(2条1項3号)による保護が中心であったが、後述する保護の要請の高まりから、あらゆる手段での保護が望まれているところであり、実際にファッションプロダクトは、著作権法上の応用美術にカテゴライズされるものが多いところ、応用美術に関する画期的な判決である「TRIP TRAP事件」やファッションプロダクトそのものの著作物性が争われた「ファッションショー事件」にみられる争いを鑑みるに、今後のファッションプロダクトの保護に強い影響を与えるといえる。

これに限らず、法改正によって保護対象が拡充された商標法での保護など、保護の手法はより多面的なものとなってきているが、一方で、ファッションプロダクトは、流行を取り入れることが命題となっており、これは極論をいえば、知的財産権法が、禁じている、模倣・盗用行為が前提となっているビジネスモデルの上になりたっているプロダクトであるといえる。

(1) 校友、MARK STYLER 株式会社社管理本部法務部課長、津田塾大学非常勤講師

そのため、ファッションプロダクトの保護を考えるためには、どのような保護手段が適切であるかを、保護と利用の観点から、十分に検討していかなければいけないものといえ、本稿でもこの点を十分留意したい。

## II. ファッションプロダクトの特徴

### 1. ファッションプロダクトとは

ファッションプロダクトとは、ファッション、つまり「流行」、「はやり」に即したプロダクト＝製品を指す。狭義には服飾製品を指すのが一般的であるが、広義には、被服に限らず鞆、靴、眼鏡(サングラス)、帽子、アクセサリ、時計等が該当すると考えられる<sup>(2)</sup>。そこで、本稿においては、主に日本市場における一般的に流通しているファッションプロダクトとそれら商品を製造販売するファッションブランドを対象として取り扱うこととする。

### 2. ファッションブランドの市場と価格

次にファッションプロダクトを取り扱う事業主体であるファッションブランドであるが(ここでは紙面の都合から、特に、女性の服飾業界を中心として取り扱う)現在、服飾(アパレル)業界においては、大別して、①ラグジュアリー・ハイブランド(高価格・高品質・高感度の商品ラインナップを持ち、百貨店、路面店を中心に展開している)、②トレンドファッションブランド(中程度の価格・一般的な品質・流行にそった商品ラインナップをもち、ファッションビル、駅ビル、ショッピングセンターを中心に展開している)、③ファストファッション(低価格・必要最低限の品質・流行にそった商品ラインナップをシーズン内であっても次々に投入し、ショッピングセンター、路面店を中心に展開している)、④量販ファッションチェーン(低価格・必要最低限の品質・流行を追いつつもスタンダードなデザイン商品ラインナップを有し、ショッピングセンター、(特に郊外)路面店を中心に展開している)、その他、特殊なものとしてスポーツブランド(中程度の価格で、特定の効果効用を有する機能的な商品ラインナップを有することが多く、様々な販路を持つのが一般的)が存在する。ラグジュアリー・ハイブランドには、シャネル、ルイヴィトン、バーバリーなどのブランドが分類され、ヨーロッパに本社を有する歴

史のある著名ブランドが多く、また、20代後半から30代以上のある程度の社会的ステータスを確立し、ファッションを自己表現の一つとしている感度の高い層がターゲットとなっている。日本発のハイブランドとしては、イッセイミヤケなどがあげられる。トレンドファッションブランドについては、マウジー、スナイデル、セシルマクビー、マーキュリーデュオなどが分類され、日本独自の発展を遂げている日本固有のブランドが多く、古くは渋谷系、ギャル系、原宿系などの流行を生み出してきたブランド群であり、特に流行を追い求めるブランド傾向から10代後半から20代後半までのフレッシュな感度をもつ若者を中心のターゲットとしている。ファストファッションは、ザラ、フォーエヴァー21、ギャップなどが分類され、2000年代になり急激にシェアを伸ばしてきているカテゴリといえ、この点、ファッションプロダクトの法的な保護の高まりを生み出す要因の一つとなっている点があり、後述する。なお、幅広く若者からミドル層まで受け入れられている。量販ファッションチェーンは、場合によっては、ファストファッションに分類されることがあるが、しまむら、ユニクロなどがカテゴリ化される。スポーツブランドは、著名なところでは、ナイキ、アディダスなどが分類される。

### 3. ファッションプロダクトのライフサイクル

ファッションプロダクトは、ブランドのカテゴリと対象のプロダクトによって大きく商品ライフサイクルが異なる点に特徴がある。ブランドカテゴリの視点でみると、ラグジュアリーブランド→トレンドファッションブランド→ファストファッションブランドの順で短くなっており、比較的長い商品ライフサイクルであるラグジュアリーブランドは、多少のマイナーチェンジは行いつつも、数10年、継続して販売される商品もある。

一方で、ファストファッションブランドの商品ライフサイクルは著しく短く、5～6週間で販売期間を終了するものが大半である。これは、ファストファッションのものづくりの仕方に起因する。ファストファッションブランドの商品は、市場調査(つまり既に市場で流行していて、多くの需要者が着ている商品の調査)を行うことや、直近の自ブランド店舗の売上の様子を見ながら、市場投下しすぐ売上を上げること

(2) 株式会社商業界『ファッション販売 特大号—アイテム別商品知識大図鑑300/販売員宣言! /注目と元気の話題100』1ページ(株式会社商業界、2014年)

ができる商品を45日<sup>(3)</sup>程度で販売を開始することができるため、多くのラインナップの商品を、少ない期間で販売し、売り切ることができ、長いライフサイクルを要しない。

一方、プロダクトによっても商品ライフサイクルは大きく異なる。被服については、比較的短く、靴やアクセサリなどは比較的長い商品ライフサイクルを有しているといえる。特に被服は、春夏の服と、秋冬の服でそもそも商品が大きく異なり、毎年シーズンごとに流行が発生することから、数年にわたって同じ商品が流通するのは、稀有な例であるといえる。ただし、被服はいわゆる定番の形(例：トレンチコート)があり、このような商品については、長い商品ライフサイクルを有しているが、全体の商品数から比べると圧倒的に少ない。

#### 4. ファッションロー

先述の通り、日本においてこの数年で注目を集めてきているファッションローであるが、もともとはアメリカで、はじめた学問であり、現在、ファッションローの研究を行っている多くの研究者、実務家がアメリカのロースクールで学んでいた経歴をもつ。ファッションローの研究がさかんとなってきた背景として、大きくは、以下の3点があげられる。もっとも、そもそも法的な整備(特に知的財産に関して)遅れている分野でありながら、市場規模は極めて大きく日本で19兆円、米国で63兆円、ヨーロッパで40兆円もの市場規模<sup>(4)</sup>があり、コンテンツ業界などと比べても、法的な整備・研究がされるべき分野であるといえる。

##### (1) ITの進化

様々な分野で、ITの進化による法の不備が指摘されるが、ファッション分野も例外ではない。本来、ファッションプロダクトの制作は、デザイン画の作成、パターン作成、生地を選定、サンプル製造、サンプルチェック、大量生産といったプロセスを経て行われるが、ITの進化により、特にデザイン制作の部分が非常に簡略可能となり、例えば、スマートフォンを用いてデザイン制作(CtoCサービスとして著名な例として、ファーストリテーリング社ユニクロのUTme<sup>(5)</sup>などが

あげられる)することすら可能となっている。後述するが、商品デザインを最初に公開する場である展示会やファッションショーで撮影され商品デザイン写真を工場等に送信し、これらをもとに、デザイン作成することも容易であり、ファッションプロダクトの模倣容易性は極めて上がってきているといえ、保護の要請が高まることも当然と考えられる。また、現在は、これら展示会やファッションショーの様子は、インターネットで配信される事が多く、これらに参加をしなくても情報を得ることすら可能である。

##### (2) ファストファッションの台頭

先述の通り、ファストファッションのものづくりはまさに今流行している商品をすぐ様商品化し、市場に投入するというものであるところから、模倣と思われる行為が発生していることが否定できない。また、対象商品が店頭にならぶ期間も極めて短いことから、訴訟等による解決を求めたとしても、ビジネスへの貢献が低く、有益でないといえる。そのような状況下でありながら、あるアメリカのファストファッションブランドでは、デザイン模倣に関する訴訟を5年間で50件提起されている<sup>(6)</sup>とのことであり、潜在的に非常に多くの模倣行為が行われていると考えられる。また、このような行為がベースとなっていることから、商品開発にかかる時間的・金銭的なコストが一般的なファッションブランドの商品開発に比べて著しく低いといえ、市場における競争力に大きな差が生じている。実際に、世界のアパレル専門売り上げのトップ3はすべてファストファッションブランドである<sup>(7)</sup>。このような、視点からも、保護の要請が高まっているといえる。

##### (3) アジア圏を中心とした模倣品の横行

最後にあらゆる産業において問題となっている、アジア圏における模倣品横行問題である。近年では、Eコマースが重要な販売チャネルになっており、個人事業主のような事業者が出店することが容易になっている。このような事業者は中国で安く模倣品を買い付け、または、そもそも中国のEコマースから模倣品を購入して、日本の購入者に直接配送するといった手法をとっており、多くの被害が出ている<sup>(8)</sup>。これらを背景

(3) 前掲注2 98頁参照

(4) 平成25年度クールジャパンの芽の発掘・連携促進事業「ファッション業況調査及びクールジャパンのトレンド・セッティングに関する波及効果・波及経路の分析」[http://www.meti.go.jp/policy/mono\\_info\\_service/mono/creative/fashion\\_gyoukyou\\_gaiyou.pdf](http://www.meti.go.jp/policy/mono_info_service/mono/creative/fashion_gyoukyou_gaiyou.pdf)

(5) <https://utme.uniqlo.com/>

(6) 金井倫之「ファッションロー概論～ファッション・ビジネスと法的保護～」IPマネジメントレビュー15号(2016年)26頁

(7) <http://www.fashionsnap.com/the-posts/2016-06-30/ranking-aparel-2015/>

(8) 特許庁「模倣品被害報告書」31頁以下(2015年)

に、大手Eコマース運営者は、各権利者との個別の契約により模倣品の撲滅を目的とした取り決めを行い、積極的にこのような事業者を出店停止にするなどの措置を行っている。こういった取り組みを後押しする意味でも、ファッションローの研究によるファッションプロダクトの保護の要請が高まっているといえる。

### Ⅲ. ファッションプロダクトの知的財産法に基づく保護

#### 1. 意匠法による保護

##### (1) 一般論

意匠法は、「物品(物品の部分を含む。第八条を除き、以下同じ。)の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるもの」(意匠法2条1項1号)を保護対象としており、形状に特徴のある物品群であるファッションプロダクトの保護の方法としては、もっとも一般的であり、広く用いられている保護手段である。実際に、多くのラグジュアリーブランドで登録例がある。ただし、そもそも、意匠登録を受けるためには新規性(意匠法3条1項各号)や創作非容易性(意匠法3条2項)等の登録要件を満たす必要があるところ、ファッションプロダクト、特に「被服」については、すでに公知である商品が多く、また、ありふれたデザインのものが多い存在するところから、創作非容易性の要件を満たすことが困難であり、意匠登録するプロダクトの選出を十分に行う必要があるといえる。もちろん、先述のとおり、プロダクトによって、性質が異なるのがファッションプロダクトの特徴の一つであり、「靴」は「被服」とは異なり、人が手又は肩にかけるといった用途から形状の制限が少なく、新規性・創作非容易性を発揮する余地があるという意味で、意匠登録による保護が適していると考えられる。

また、ファッションプロダクトは流行に左右されやすい性質が強くあるため、部分意匠制度(意匠法2条1項1号)、秘密意匠制度(意匠法14条)の利用が有用である。また、類似範囲に権利行使を及ぼすことができることから、特徴的なデザインを一部のみ流用し、全体の形状を異なるようにデザインすることで権利侵害を回避するような手法をとるデザインに対しても、類似範囲まで権利行使をすることができる意匠法に基

づく権利行使であれば、ある程度救済を得ることができると考えられる。

#### (2) 問題点

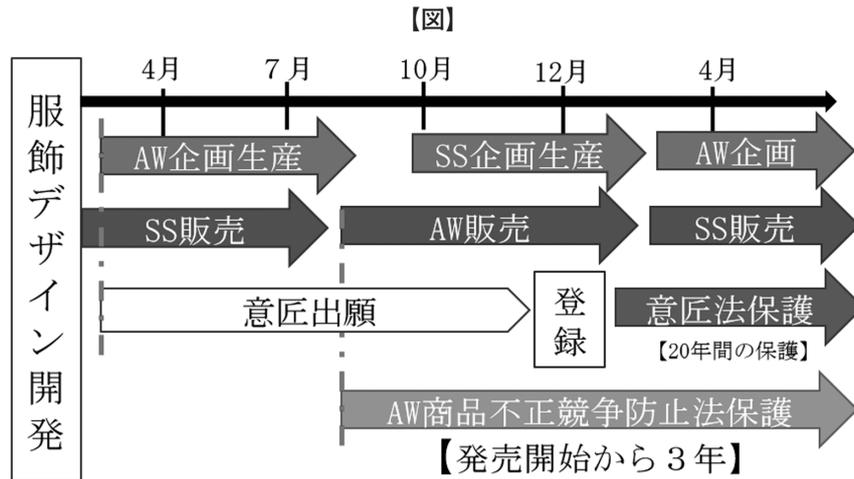
##### ① 新規性との関係における展示会等

ファッションプロダクトは、一般的に、シーズン毎にその年の商品がどのような商品であるのかを披露する場として、需要者、取引先、メディア、インフルエンサー<sup>(9)</sup>向けに展示会やファッションショーを開催している。この展示会等によって、新作の紹介等を行い、また、場合によっては、その場で商品を受注する場合もあり、ファッションプロダクトの販売戦略上は、非常に大きなウェイトを置いている施策となっているが、商品紹介を主体的に行う場であるという点で、意匠登録の関係では問題が生じる。

意匠登録を行うには、前述のとおり、新規性の要件を満たす必要があるところ、このような公知行為を行うところから、新規性喪失の例外(意匠法4条)の適用を受ける必要がでてくる場面がある。意匠法における新規性喪失の例外の規定は、意匠の模倣容易性への配慮から<sup>(10)</sup>「意匠登録を受ける権利を有する者の行為に起因して」新規性を喪失した意匠に対しても認められており、特許法に比べ広い範囲で適用が認められているため、有用であるが、この状況下でもファッションプロダクトについては、いくつかの障害があると考えられる。まず、時期的要件についてである。6カ月という要件は、一見すると、季節商材であるファッションプロダクトには十分な期間といえるが、海外の展示会での展示や展示会での評判をみて商品化を検討することを踏まえると(先述の通り、ファッションプロダクトは、シーズン毎にかなりの数の商品化を行うから、意匠登録出願するかしないかの取捨選択は、担当者にとって非常に負荷がかかる。)、十分な猶予とは言い難い面がある。また、ファッションショーでの新規性喪失の例外適用を受ける場合には、より十分な準備が必要であると考えられる。ファッションショーにおける発表行為は、実際に販売する商品そのものではなく、ショーピースと呼ばれるファッションショーにおいて、そのブランドのイメージやデザイナーが表現したいことをより「強調」して被服を装飾したファッションショー用のデザインとなっており、実際の商品と同一、類似、非類似なのかの判別が非常に難しく、リスク

(9) 大多数の需要者に影響力を及ぼすことができる著名人で、ファッション業界においては、テレビや映画に出演する芸能人、モデル、スタイリスト等を指す。

(10) 社団法人発明推進協会『特許庁編工業所有権法逐条解説』1078頁(発明推進協会、第19版、2013年)



ヘッジのために、「とりあえず」新規性喪失例外の適用を受けるようにするといった対応を要する場合があるといえる。なお、これら新規性喪失行為である公知行為との関係では、模倣容易であることが強く影響し、真正品が市場にでた時点と、ほぼ同時か1か月程度遅れて模倣品が流通している状況の一つの要因となっている。また、最近では、展示会の様子が各インフルエンサーのSNS アップや、ファッション関連情報サイトでのファッションショーのストーリーミング配信等を背景として、より顕著に影響がでていると考えられる。

## ② 商品ライフサイクルとの関係

ファッションプロダクトのうち、特に、トレンドファッションやファストファッションに分類される商品に関しては、1シーズン限りで販売を終了する商品が非常に多いといえる。また、いわゆる定価で販売される期間も、数カ月(早い場合は3カ月程度で値下げされる)と短く、意匠登録を求めるインセンティブがない場合も多い(図参照)。

具体的には、AW 商品(図表 AW : autumn と winter の略称で秋冬の意)企画を行うのは、その時の3月から4月ごろであり、実際に生産がはじまるのが8月ごろとなり、仮に企画の初期段階に意匠登録出願をしたとしても、登録までに10カ月程度かかる状況を踏まえると、すでに意匠登録がされた時点では、登録にかかる商品はすでに販売終了またはセール商品となっており、実益がない。この点からすると、不正競争防止法での保護が、特定のカテゴリーのブランドについては、中心となるといえる。この点については、不正競争防止法の項で、詳しく説明する。

## 2. 商標法による保護

### (1) ブランド名の商標登録による保護

商標法による保護として、最初に挙げられるのが商標登録されたブランド名による保護である。既出のブランドのブランド名に関しては、そのすべてが商標登録されていることが確認できるが、中小のアパレルブランドでは、必ずしも商標登録がされていない場合もある。とはいえ、ファッションプロダクトの保護の基礎といえるのが商標登録されたブランド名による保護であることに異論はないであろう。ファッションプロダクトの模倣品の多くが、そのブランド名の著名性にフリーライドすることが目的であるから、ブランド名、また、ブランドロゴを微細に変更することなどし、模倣されるケースが大多数であり、商標登録が有効な手段である。既出の商品カテゴリーであれば、第3類(化粧品関連)、第9類(眼鏡・サングラス関連)、第14類(アクセサリ関連)、第18類(かばん関連)、第25類(被服・靴関連)等が中心の指定商品区分となるといえるが、近年では、ファッションブランドでもライフスタイル雑貨や飲食物の提供などを行い、人々の生活全般に訴求するようなブランディングをするブランドも多く出てきているところから、既存のファッション関連の指定商品区分だけでなく、将来のビジネス展開又は防衛的な観点からも幅広い区分で商標を取得して、ファッションプロダクトの保護を図ることが必要になってくるといえる。

このような商標に基づくファッションプロダクトの保護の場面で悩ましい侵害類型がEコマースで模倣品と思われる商品が販売されているケースである。もちろん、Eコマース運営側の協力によって対処することも、有益であるが、必ずしも、協力が得られる場合

ばかりではなく、直接販売主に警告書等のレター送付をする場面がある。このようなケースで、特に、手慣れている販売業者であると、「・・・風」、「・・・系」、「・・・好きにおすすめ」等の表記をすることで商標権侵害を回避しようとする傾向がある。このような記述的な記載をすることで、商標的使用ではないという逃げ道を想定していると考えられるが、そもそも、このような業者は法的な裏付けをもってこのような記載をしているわけではなく、反論をしていく可能性が極めて低い。このような観点から、あまり慎重になりすぎず、権利行使をしていくべきであると考え。特に、このように記載している理由は、サイト内の検索にひっかけることが目的であるため、このような記載が蔓延することを防ぐ必要があり、地道な対応ではあるが、これらを理由に権利行使していき、1つでも模倣品の販売ページ及び販売サイトを減らしていくことが必要であるといえる。

また、商標との関係でいえば、パロディ商品の問題がある。パロディ商品のうち商標法との関係では、パロディ商標を商標登録しようとする登録審査段階での問題と、未登録パロディ商標を付した商品が販売される権利行使段階の2パターンがあるといえる。前者については、著名な判例として、「SHISA 事件<sup>(11)</sup>」、「KUMA 事件<sup>(12)</sup>」や、まだ事件係属中であるがニュース報道等も多くなされた事例として「フランク三浦事件<sup>(13)</sup>」があげられる。登録審査段階での大きな論点は、商標非類似である、又は出所混同が生じない商標であった場合にも、登録を拒絶するべきかどうかという点にあるといえる。ファッションプロダクトとの関係でいうと先行商標が著名商標である場合は、その著名性から出所混同を理由に4条1項15号による拒絶が想定できるが、パロディ商標の場合、出所の混同が起きずとも、ブランド毀損が起きるパロディ商標が存在し得るため、この部分まで保護を及ぼす必要があるかどうか、大きな論点になり得る。権利者側からすると、ブランド名がパロディ化されることで、長年ブランディングにより築きあげてきた業務上の信用を失うことになりかねず、保護の要請が根強い部分でありながら、出所の混同が生じないような場合、現行法上、

保護を得ることは難しく、より積極的な検討が必要であるといえる。権利行使段階にも同様の問題点があり、既存の枠組みを超えた検討が必要であるといえる<sup>(14)</sup>。権利行使段階において近々の事例として、2016年10月31日に行われた警察による大阪アメリカ村でのパロディ被服の一斉摘発の事例が、非常に注目すべき事例であると考えている。この事例の注目すべき点は、今まで説明した通り、パロディ商標に関しては、ケースバイケースで必ずしも、すべてのケースで商標権侵害が認定されるようなものではないところ、刑事事件化されたという点である。押収した物品が公開されているわけではないが、一般的に、刑事事件化には、相当の証拠と確定的な権利侵害性が必要といえる(例えば、不正競争防止法の2条1項3号違反を理由にアパレル製品について刑事事件化されたケースはほとんどない)、本件では、どのような情報に基づき刑事事件化されたかが注目される。私見ではあるが、このような刑事事件化の背景には、Eコマース等で現在積極的に行われている模倣品排除の運動が影響を与えているのではないかと考えている。権利者からの通報に基づいて、模倣品業者をEコマース運営者は排除しているが、権利者への真贋鑑定は当然行っているものの、一度、このような販売を行った業者は二度と出展させないなどの制裁も強く行われており、これらとのバランスを考えると警察も従前の硬直的な対応では、知的財産の保護を十分に行えないと判断したのではないかと考える。権利者側としては、歓迎する状況ではあるが、公的機関による権利行使は慎重を期すべきであり、この点、今後の動向を注目したい。

## (2) ファッションプロダクトの一部の商標登録による保護

商標は、「人の知覚によつて認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他法令で定めるもの(以下「標章」という。)」であって、商標法2条1項各号に掲げられているものであり、これらを出願し、一定の登録要件を満たせば権利化されることから、必ずしもブランド名やブランドをしめすロゴマークだけが対象ではなく、ファッションプロダクトの一部にこれら

(11) 知財高判平成21・2・10 商標登録取消決定取消請求事件 LEX/DB25440361, 知財高判平成22・7・12 商標登録取消決定取消請求事件 LEX/DB25442410, 判タ1387号311頁

(12) 知財高判平成25・6・27 審決取消請求事件 LEX/DB25445710

(13) 知財高判平成28・4・12 審決取消請求事件 LEX/DB25447907

(14) 日本知財学会第14回年次学術研究発表会の企画セッション「標識法に基づく権利の限界点を探る」における、大塚一貴弁護士、関真也弁護士の指摘と検討を参考とした。

要件を満たす部分があれば、保護の一つの手段として利用価値が高い。主にこのような部分的な保護を求める手法として、よく用いられているのが、ジーンズなどのステッチやタグなどである。ジーンズのステッチやタグは、それ単体で、そのブランドを表現するデザインとして長年使用されており、その使用の実績から、識別力が生じづらいデザインであっても、商標登録が認められているケースが多々ある。特に、近年、導入された位置商標での出願も以下の通りされており、今後も利用が増えていくものと考えられる。

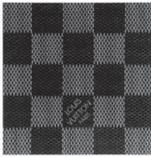
商標	
権利者	株式会社エドウィン
登録番号	5807881号
登録日	平成27年11月20日

また、位置商標との関係で、重要な事例として日本では現在、出願中となっているが、クリスチャンルブタンのレッドソールがあげられる。米連邦控訴裁判所では、クリスチャンルブタンが販売している靴のソール部分に施されている赤色はクリスチャンルブタンを示すものであり、商標権として認められると判示されており、日本での登録の状況や、実際に登録となった場合に、権利行使可能な範囲がどの程度なのかは、今後も注目する必要があるといえる。

なお、米国の事例では、ソール以外の部分も赤い靴、つまり、全体が赤い靴に対しては権利が及ばない旨、判示されている。

このようなファッションプロダクトの一部を積極的に登録している事例としては、ルイヴィトンの登録が参考になる。ルイヴィトンは、柄を中心として多くの商標登録を有しており、ラグジュアリーブランドであることから、長年の使用により、識別力を獲得した柄により、ブランド名だけでなく、ファッションプロダクト自体を保護している。

商標	
権利者	ルイヴィトンマルシェ
登録番号	1446773号
登録日	昭和55年12月25日

商標	
権利者	ルイヴィトンマルシェ
登録番号	4363026号
登録日	平成12年2月18日

もちろん、長年の使用による識別力の獲得を前提として、一見すると登録されづらい地模様であるが、両商標ともがブランドをしめす商標「LOUIS VUITTON」を含む形で出願されており、実際の商品にも、これを含んだ柄が使用されている。こういった、工夫も踏まえ、しっかりと知的財産によって保護されたプロダクトが生まれていると考えられる。同社において、このような権利化の工夫において、非常に参考となる事例が「エピ<sup>(15)</sup>」事件である。登録内容は、以下の通りであるが、みてわかる通り、前述の柄と異なり、「LOUIS VUITTON」のモチーフが含まれていない。

商標	
権利者	ルイヴィトンマルシェ
登録番号	4459738号
登録日	平成13年3月16日

つまり、純粋な地模様となっており3条1項6号違反に該当するとして、本来であれば拒絶されるものであったところ、審決取消訴訟における主張立証によって、権利化できた事例である。当該訴訟において原告は、エピの創作の経緯、使用の経緯、ルイヴィトンの著名性、数千万から1億円を超える金額の広告を行っていること、販売額が236億円に達していること(エピの販売額が原告の全商品の販売額に占める割合は、

(15) 東京高判平成12・8・10 審決取請求事件 LEX/DB28051744 判時1746号128頁

38.8%に上っていることなどを含む主張)、エピが原告の人気商品となっていること、また、エピ商品は、主に女性向けの多くの雑誌において多数掲載されていること、アンケート調査の結果によればエピを原告の商品と認識した女性需要者は74.9%に上り、本願商標のみを提示した調査においても、70%が原告のものである認識を示していること、そして、エピの識別力に関する外国の諸団体による証明書の存在を証拠として提出している。これら証拠をもって、はじめて、「少なくとも本件の審決時までには、その購買層である女性の需要者の間において、本願商標を指定商品に用いた場合に、本願商標のみの表示によって、原告の商品であることが広く認識されていた」との認定を得ており、いかに地模様を商標登録することが困難であるかが判断できるが、特に鞆などの比較的商品ライフサイクルの長い商品は、共通の柄を展開することが可能であり、マイナーチェンジをしても共通の柄を使いつづけることに違和感を生じないため、戦略的に広告宣伝を行う、権利更新の軸となる商品(その一部)を作り上げることも可能であるといえ、有益な事例である。

### (3) ファッションプロダクトそのものの商標登録による保護

ファッションプロダクト自体は物品の形状そのものであり、標識法である商標法とは本来、なじまない。しかし、商標権は登録を更新さえしつづければ、永久的に保護を受けることができ、ラグジュアリーブランドのように非常に長い商品ライフサイクルを有するファッションプロダクトについては、可能であるならばプロダクトそのものを商標登録することは非常に有益であるといえる。その観点で、近年の登録事例で注目すべき立体商標登録が以下の商標である、イッセイミヤケブランドのパオパオである。

商標	
権利者	株式会社三宅デザイン事務所
登録番号	5763495号
登録日	平成27年5月26日

非常に人気のでたタイでは2011年に現地警察が、2015年には、模倣品を扱っていた香港の約300店や中国・広州の模倣品工場等を、当局を通じて摘発しており<sup>(16)</sup>、ファッションプロダクト自体を登録することで、効果を得ることができている好事例といえるであろう。

登録が認められた場合に、検討すべきは立体商標登録の商標権をもとにした場合、どのように権利行使をしていくか、どこまでを類似範囲と考えるかである。商標法3条2項により識別力を獲得した商標自体は、識別力が生じている範囲、つまり使用した商標と同一の範囲のみが権利範囲であるとしてしまうと、多少のデザイン変更をただけで、別商標と取り扱われ、商標権侵害を構成せず、商標法3条2項の適用を受けることができるほどに、使用実績のある商標を保護できない事になり、実質的な保護に欠ける。この点、識別力を獲得したといえるほど使用され、登録されているのであれば他の登録商標と大きく区別して取り扱うことは不合理であるといえ、また、そのような商標であれば需要者は、同一よりも広がった範囲で当該商標を認識しており、使用により商標法3条2項の適用を受け登録された商標と類似の範囲まで、出所の混同が生じえると考えられ、権利行使を認めるべきではないかと考える。

## 3. 著作権法による保護

### (1) 著作権法による保護の可能性

著作権法の保護対象は、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」(著作権法2条1項1号)であり、ファッションプロダクトが含まれる、いわゆるプロダクトデザインが著作物として認められるか否かは、様々な立場があり、特に「TRIP TRAP 事件<sup>(17)</sup>」以降、議論が盛んである。当該判決で示された基準は、「著作物性の要件についてみると、ある表現物が『著作物』として著作権法上の保護を受けるためには、『思想又は感情を創作的に表現したもの』であることを要し(同法2条1項1号)、『創作的に表現したもの』といえるためには、当該表現が、厳密な意味で独創性を有することまでは要しないものの、作成者の何らかの個性が発揮されたものでなければならない。表現が平凡かつありふれたものである場合、当該表現は、作成者の個

(16) 日本経済新聞 2015年1月26日朝刊

(17) 知財高判平成27・4・14 著作権侵害行為差止等請求控訴事件 LEX/DB25447203 判時2267号91頁

性が発揮されたものとはいえず、『創作的』な表現ということではできない。応用美術は、装身具等実用品自体であるもの、家具に施された彫刻等実用品と結合されたもの、染色図案等実用品の模様として利用されることを目的とするものなど様々であり(略)、表現態様も多様であるから、応用美術に一律に適用すべきものとして、高い創作性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえず、個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否かを検討すべきである。」という従来、非常に多く用いられてきた、意匠法との調整を目的として高い創作性要件を設ける区別説<sup>(18)</sup>と整理されている考え方から大きく変化したものといえる。ファッションプロダクトについては、従前の区別説をとると、アクセサリー(例えば、一品制作物のアクセサリー)などの特定のカテゴリーの商品を除けば、そのほとんどが著作権法の保護を得ることができないと考えられ、「TRIP TRAP 事件」の影響は非常に大きいといえる。当該判決の批判の一つとして、著作物が氾濫し、例えば、写真、カタログやTVをはじめとする動画・映像ビジネスにおいて、権利者への使用許諾を得なければいけないという弊害が起きるという点が指摘されているが<sup>(19)</sup>、著作権法上の権利制限規定で対応可能と考えられるし、実際に当該判決を引用してこれらの写りこみ等に対して、権利行使した際には、まさに権利濫用というべき権利主張であると考えられ、裁判上の問題はそれほど、発生しないのではないかと考える。

このように当該判決を踏まえて、ファッションプロダクトについて著作物性を認め、著作権法の保護を求めようとした場合、重要になってくるのが、ファッションプロダクトの多くが、機能性を重視した形状を有している商品群であることである。このような場合には、表現の幅が狭まり、創作性が認められる可能性が低くなる、また、創作性が仮に認められるとしても、保護範囲が極めて狭いものとなるという指摘がある<sup>(20)</sup>。この点は、主張立証の問題も十分にあるといえるが、ファッションプロダクトの権利者側は、対象のプロダクトがいかに創作的であるかを、多量の証拠によって証明し、かつ、機能性を阻害しない部分に創作性があることを立証しなければいけないが、いままでの説明の通り、主に著作権の保護を得られ可能性のある

ファッションプロダクトは、ラグジュアリーブランドのプロダクトであるといえ、この場合は、著名なデザイナー等によるデザインである場合が多く、しっかりと準備し、主張立証していくことで、保護受けることができるといえる、著作権による保護を受けることができれば、少なくとも、当該ファッションプロダクトの商品ライフサイクルとの関係では、十分な保護期間を、登録料なしに得ることができ、また、著作者人格権による権利行使も可能であるところから、手厚い保護を受けることができる。

## (2) 模倣品対応における著作権登録の利用

訴訟の場面などにおいては、先述の著作権法によるファッションプロダクトのデザイン保護が有益であるが、法的に完璧な手法だけが有益でないのが、模倣品対応である(例えば、先述の「・・・風」の対する権利行使もそうである)。この観点から、模倣品対応の観点から、著作権登録するという方法が考えられる。特に、中国・アジア系の模倣品業者は、国家行政機関の発行する証明書や認定書といったものに対しての、強い抵抗感があるようで、不正競争防止法に基づく主張より、意匠権・商標権に基づく権利行使の方が有益である点は、登録証の有無が大きいといえる。

しかし、ファッションプロダクトの中には、必ずしも意匠登録や立体商標の登録ができるものばかりではなく、コスト面からも、困難である場合が多い。その観点からも、無審査であり、かつ、安価である著作権登録をし、抑止効果としての登録番号を取得する(当然、無審査であるため著作物性の審査はなく、登録されるが、公表日の推定を得られる等の権利有効性と離れた効果しかないが)ことで、権利行使をより円滑に行うことができると考える。なお、中国における、いわゆる悪意の商標出願の対策の一つとして、商標登録にかかるロゴやマークを著作権登録し、先願の地位を取得することができなくても、少なくとも悪意の商標出願がなされるより前に、当該ロゴやマークが存在することの立証が行われているそうであるが、これに発想は近いものである。

(18) 上野達弘「応用美術の著作権保護一段階理論を越えて」『パテント』67巻4号96頁以下

(19) 中川隆太郎「判例紹介 問い直される実用品デザイン保護のルール—TRIP TRAP 事件知財高裁判決のインパクト—」『コピライト』NO.653/vol.55 2015年 権利制限規定による、問題解決についても指摘されており、賛成する。

(20) 日本知財学制度・判例分科会第19回研究会 東京地判平成28年4月27日、平成27年(ワ)第27220号「エジソンのお箸事件」著作権侵害行為差止等請求事件での鈴木香織氏の報告による指摘

#### 4. 不正競争防止法による保護

##### (1) 不競法 2 条 1 項 1 号・2 号による保護

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 号による保護を受けるには、「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一若しくは類似の商品等表示であり、他人の商品又は営業と混同を生じさせるものである」か、又は、「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若しくは類似のもの」であるほど周知性・著名性を獲得する必要性があり、ファッションプロダクトの商品形状で、これを獲得することは非常に困難であるといえる。

しかし、すでに商標法の項で、検討した通り、立体的商標として登録できている事例があることから、ラグジュアリーブランドにおいては、このような商品等表示性を獲得することは、不可能ではないと考えられる。実際に商品等表示性が認められた事例として、「PLEATS PLEASE 事件<sup>(21)</sup>」がある。当該判決の中では、「特定の商品形態が同種の商品と識別し得る独自の特徴を有し、かつ、右商品形態が、長期間継続的かつ独占的に使用されるか、又は、短期間でも強力な宣伝等が伴って使用されたような場合には、結果として、商品の形態が商品の出所表示の機能を有するに至り、かつ、商品表示としての形態が需要者の間で周知になることがというべきである」と判示されており、ファッションプロダクトに商品等表示性が認められる可能性があることが示唆されている。本判決に基づく実務的な留意点として、商品形態に関する識別可能な独自の特徴とう要件である。これ以外の宣伝広告による周知性の獲得に関しては、保護が必要なほどの売れ行きであるプロダクトであれば、相応の宣伝広告がなされるはずであり、可能性が十分にあるが、商品形態の独自性については、企画生産段階の議論であり、意匠法の保護受けられるのであれば、うけるべきであり、この点は、ケースバイケースとして、注意が必要であると考えられる。特に、前記、判決は、対象となるプロダクトの加工方法が特許権の対象となるほどの新規

性を有する加工方法であったことが認定されており、容易に一般化できる事例ではない。

しかし、保護の方法が限られているファッションプロダクトにおいては、取り得る手段は一つでも多い方がよく、今後の権利行使の選択肢の一つとしては、十分に検討の余地があるものといえる。特に、ファッションブランドは、模倣品が流通するのが早いという性質があることから、事後対応に回ってしまう場合が、少なくない。その観点からも、不法行為法である不正競争防止法による保護の手法が有益であると考えられる。

##### (2) 不競法 2 条 1 項 3 号による保護

不正競争防止法 2 条 1 項 3 号による保護を受けるには、模倣品と思われるプロダクトが「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」(商品の機能を確保するために不可欠な形態は除かれる)である必要があり、併せて、権利行使の根拠とする商品が「日本国内において最初に販売された日から起算して三年を経過した商品」(不正競争防止法 19 条 1 項 5 号)に該当しないことが要求され、満たすべき要件が多い。まず、特に問題となるのが、実質的同一の範囲である。意匠法、商標法、著作権法と異なり、権利範囲は、類似まで及ばず、多少の改変を加えれば、本号の適用を免れることができってしまう。極端な事例をあげれば、春に販売したロング T シャツを、夏に販売される商品で模倣された場合に、季節による改変(例:袖の長短)のみをもって、同一性なしと判断される状況である。

しかし、ラグジュアリーブランドのように、少ない商品ライナップを長い商品ライフサイクルで販売するような場合は、既出の保護手段を利用することができるが、トレンドファッションに属するブランドのファッションプロダクトの保護には、本号による保護が欠かせない。本号の実質的同一性に範囲の解釈は、現在の判決例からでも、一般化できる基準は定立されておらず、今後の判例の積み重ねが期待されるとともに、従来の判決例の整理が必要と考えられる。

次に時期的要件である販売から 3 年以内という制限であるが、これも、本号による保護を最も必要として

(21) 東京地判平成 11・6・29 差止等請求事件 判時 1693 号 139 号 判タ 1008 号 250 頁 以下、判決文内 別紙物件目録Ⅱの商品写真



いるトレンドファッションブランドにおいては、商品ライフサイクルが比較的短い性質から、十分な保護期間であるといえ、この点が障害となる可能性が低いのではないかと考える。なお、近時の不正競争防止法2条1項3号事案である「加湿器事件<sup>(22)</sup>」では、従来、保護の起算点について、解釈が分かれていたところについて、「商品展示会は商品を陳列して商品の宣伝、紹介を行い、商品の販売又は商品取引の相手を探す機会を提供する場であり、商品展示会に出展された商品は特段の事情のない限り、開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになったものと認めるのが相当であると」と判断し、実際の市場への投下より前の、商品化の完了時点からはじまるとしており、この点、参考となる。

このように保護を中心に検討してきたが、トレンドファッションに属するブランドは、流行に左右される傾向が強く、独自のデザインも多いが、他ブランドに類似した商品展開も多い。このような点を踏まえると、実質的同一の範囲の狭さや時期的要件が必ずしも、マイナスにだけは働くとはいえず、利用という観点からプラスに働く場合もあり、この点も、プロダクトに応じて、検討し、適正な保護手段を選択していくことが肝要である。

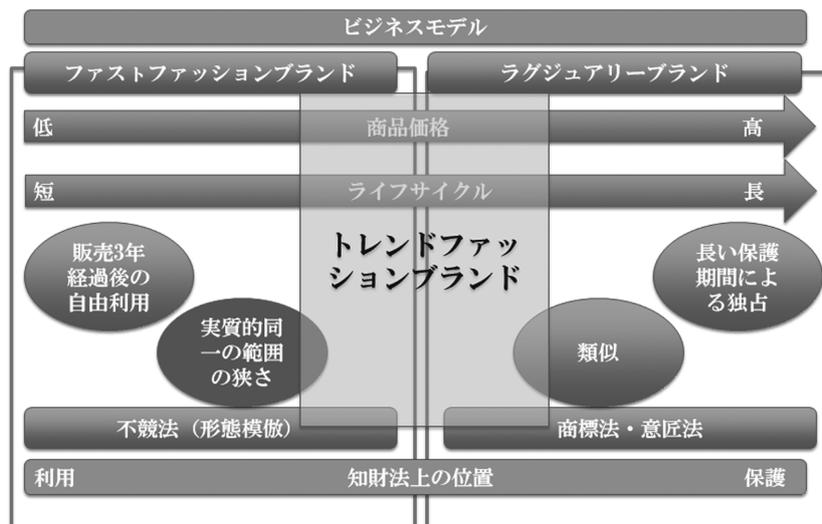
#### IV. おわりに

ここまでのファッションプロダクトに関する様々な保護の方法を検討してきたが、保護の方法は多種多様

にあるものの、保護を求めるブランドの性質、また、そのプロダクトの性質をよく見極め、適切な手段を取捨選択していく必要があるといえる。この判断を誤ると、ブランドビジネス自体を失敗させかねないといえる。その意味で、既出の通り、ファッションローの注目が高まり、議論・研究が多くなされることは非常に有益であると考えられる。

なお、本稿の検討を踏まえ、ブランドのビジネスモデルと知的財産法との関係を図式化すると(著作権法については、特殊な事例もあり除く)以下の通りとなる。

最後になるが、本稿が掲載される予定である号の知財ジャーナルは、長年、筆者の母校である日本大学大学院の知的財産研究科で教鞭を取られていた土肥一史先生、渡辺稔先生、光田賢先生に向けた「定年退職される先生方の労に報い感謝をする記念号」として編集されるとのことであり、このような記念すべき号に投稿できたことを誇りに思う。特に、光田先生においては、2年間の私自身の大学院生活という、その後、知財の仕事をし続けることができた礎を築いた重要な時期に直接のご指導頂いており、特に感謝を述べたい。もちろん、ほかの先生方にも折に触れ、ご助言を頂いており、感謝の思いが尽きない。各先生方への感謝の気持ちをお伝えすることをもって、本稿を結ぶこととしたい。



(22) 知財高判平成28・11・30 不正競争差止等請求控訴事件



# 他人の商標をメタタグや検索連動型広告で使用する行為

安田 和史<sup>(\*)</sup>

インターネット上で周知・著名な商標を使用することについての問題は多岐にわたる。従来議論の中心は、ドメイン名において他人の商標を使用する行為に関するものであったが、ドメイン名については、各国で紛争解決手段が導入され問題は解消されつつある。新たに議論が進められているものとして、ウェブサイト上で他人の商標を使用する行為を制限できるのか否かというものがある。本稿では、その議論の内、検索サイトやショッピングモール等の事業と関連の深い分野である「メタタグ」や「検索連動広告」を中心に、いくつかの判決を概観しながら検討を試みる。

## <目次>

- I. はじめに
- II. メタタグ
- III. 検索連動型広告
- IV. インターネットで商標を使用する行為
- V. メタタグに他人の商標を使用する行為
- VI. 検索連動型広告に他人の商標を使用する行為
- VII. おわりに

## I. はじめに

顧客となり得るユーザーが検索に使用するキーワードを予測することができれば、貴社のウェブサイトへその顧客を誘導することができるが、そのような予測を立てることは容易なことではない。そのため、周知性や著名性を獲得し顧客吸引力のある商標は、検索サイトにおいて顧客が使用する検索キーワードとしての価値が高い。

競合する企業の有する商標の周辺には、共通する顧客の層が存在しているが、検索サイトを介すれば、その顧客層に容易にアクセスできることになる。例えば、ファッションの分野では、あるブランドが人気になるとその雰囲気を真似たフォロワーブランドが出てくることがある。そういった後発のブランドを売り出すために、「『人気のブランド名』好きにはおススメ!」というような宣伝文句をウェブサイトで使用して、そのブランドの周囲にいる顧客層に検索サイトを介してアクセスを試みることがある。このような使用方法は、形式的には商標を使用していることになるが、商標法に

規定する「使用」に該当しないとされ、保護の対象外となる。また、検索サイトは、ウェブサイト上に他人の商標が使用されていたとしても、それをキーワードと認識して、権利者であるかにかかわらず検索上位に表示する場合がある。

検索サイトは、ユーザーの入力した検索キーワードを適切なウェブサイトへ導くことで価値を提供している。しかしながら、検索サイトのアルゴリズムを検証し、検索サイトを騙すことで検索結果の上位を狙う悪質なウェブサイトが乱立する問題が過去に生じたことがある。そのような事態を見ごせれば、検索サイトの表示する検索結果についての信用に関わるため、検索サイトは、ウェブサイトの評価基準を切り替えるなどアルゴリズムを変更して、キーワードとの関連性が低いものや、独自性や専門性の低い低品質のウェブサイトについて排除をするべく対策を行っている。

検索サイトは、個々のウェブサイトと利用者をつなぐ玄関口となっており、検索サイトから如何に利用者を自己のウェブサイトへ導くことができるかが、企業の経営上重要な取り組みの一つであるといえる。また、ウェブサイトがより多く露出されるために行う一連の取り組み(SEO)は様々であるが、その一つとして重視されていたのがメタタグにおけるキーワード、紹介文等の記載であり、ここに、他人の商標を使用することが問題となっている。さらに、検索連動型広告は、特定のキーワードにおける広告枠に対し料金を支払って契約するものであり、検索サイトの評価基準に合わせて最適化する作業を伴わずに、キーワードを購入することで検索結果表示画面の上位に広告として表示されるようになることから、安定的な表示が期待できる

(\*) 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ取締役、東京理科大学非常勤講師

というメリットがあるが、ここでもまた、周知性や著名性を獲得した商標の使用が問題となっている。

インターネット上で周知・著名な商標を使用することについての問題は多岐にわたるが、本稿では、検索サイトと関連の深いメタタグと検索連動型広告に着目して若干の検討を試みる。

## II. メタタグ

メタタグとは、ウェブページを作成するために使用されるプログラム言語のひとつである HTML (Hyper Text Markup Language の略称) の head タグ内<sup>(1)</sup>に記述される目印(タグ)をいう。

検索エンジンは、メタタグとして記載されたキーワードや文章の内容について、検索結果の順位を決める素材の一つにしているため、SEO 対策を行うにあたっては、メタタグも重視される。

SEO (Search Engine Optimization の略称) とは、ウェブを探索するクローラーとの親和性を高め、検索エンジンの検索結果を最適化し、対象となるウェブサイトの露出を増やすための取り組みをいう。SEO の目的は、検索エンジンによる掲載順位を引き上げることである。例えば、特許事務所等の業務において、特許出願を行おうとするユーザーを自社のウェブサイトにアクセスしてもらいたいと考えた場合、「特許出願」や「弁理士」等のキーワードを使用した検索結果の上位に表示されれば、ウェブサイトへの訪問者数も上がり、出願依頼が増加するという効果が期待できるようになる。

SEO は、ウェブサイトの内容とそこにアクセスをしたいと考えるユーザーを繋ぐものであるが、ユーザーファーストの精神で最適化を行う SEO と、検索エンジンのアルゴリズムを解析し、騙そうという精神

で最適化を行う SEO に大別することができる。

検索エンジンを騙す目的の SEO は、検索サービスの秩序を壊す行為であるといえる。なぜならば、検索エンジンの検索精度が悪くなるため、その信頼性に疑いが生じることになるからである。つまりこれらの行為は、検索エンジンの存在価値を維持するためにも排除する必要がある。実際に、検索サービス大手の Google は、検索エンジンを騙す目的の SEO に対して、検索順位の引き下げや排除を行う場合がある<sup>(2)</sup>。なお、Google は、サポートするメタタグについては一般に公開しており、それ以外については無視している。

メタタグには、ウェブサイトを検索してもらいたいキーワードを埋め込む "keyword"<sup>(3)</sup> や、ウェブサイトの説明書きを埋め込む "description"<sup>(4)</sup> 等がある<sup>(5)</sup>。これらの内、"keyword" については、簡単に検索結果に影響を与えることができることから SEO 対策として流行していた時期もあったが、ウェブサイトの内容と検索キーワードが不一致なものが現れたことにより、検索サイトは検索結果への影響を限定あるいは無視するようにアルゴリズムを変更したり、場合によってはペナルティを与えて、検索順位を意図的に下げる等の対象としている。また、"description" については、現在も検索エンジンのクローリング対象となっている他、検索結果の一部として表示されることから、相変わらず検索順位における重要度は高いが、偽装されたサイト等の場合、それが発覚すればペナルティの対象となってしまうことから、その記述については注意を要する。

## III. 検索連動型広告

検索連動型広告とは、検索サイトの利用者が入力したキーワードに連動して、予め契約している広告主のウェブサイトを表示するものである。代表的なサービ

(1) HTML における、<head> から </head> までのことをいう。

(2) Google における、一連の検索アルゴリズムの変更は、通称「パンダ・アップデート」といわれおり、2011 年ごろから行われ始めている。我が国にも 2012 年 7 月ごろから導入が開始されている。そして、2013 年ごろからは従来手動で更新されていたものが自動化されている。

(3) <meta name="keywords" content="○○" /> における○○部分に、カンマで区切ったキーワードを記載する。現在は、検索サイトのクローリング対象ではないという情報が一般に出回っており、このような記載をしない場合が多くなっている。一般的には、サイトのソースを表示しなければ視認することはできない。サイトのソースは、OS やブラウザの設定によっても異なるが、Windows であれば、右クリックをして「ページのソースを表示」を選択すると表示される。酒井順子「メタタグの仕様と商標権侵害」パテント 60 巻 3 号 21-22 頁では、2007 年当初の東京地方裁判所のホームページ (<http://www.courts.go.jp/tokyo/>) のメタタグの表示について記載されている。過去には、長文の "description" と 30 個以上の "keywords" が記載されていたようであるが、現在は下記のように、"description" の記載はなく、"keywords" は 2 個と記載が変わっている。

```
<meta name="keywords" content="東京地方裁判所, 新着情報">
<meta name="description" content="">
```

(4) <meta name="description" content="○○" /> における○○部分に、ウェブサイトの簡単な説明、内容などを記載する。検索サイトのクローリング対象であるとされており、検索結果にも表示されることから、視認性もある。

(5) その他に、メタタグではないが <title> から </title> には、ページのタイトルを記載する。これも検索サイトのクローリング対象であることから、ウェブサイトの重要なキーワードを埋め込むために、表示が長くなっているものもあるが、それが検索サイト毎の仕様に最適であるか確認はない。

スに、Google アドワーズや Yahoo! プロモーション広告といったサービスが挙げられる。このようなサービスを利用している広告主は、月単位で広告を掲載する費用を支払う場合や、検索結果として表示されるウェブページがユーザーによってクリックされるごとに費用が発生するというのが一般的である。

検索サイトの検索結果の表示においては、通常の検索結果と異なり検索連動型広告に係る表示には URL の前に「広告」との記載を表示させるものや、「○○に関連した広告」との枠組みを作り、その範囲内で表示させるものがある。

こういった検索連動型広告の利用が増えていることについては、前述した SEO についてその効果に疑義が生じるようになってきている他、希望するキーワードの検索順位を上げる効果が出るまでに時間を要するようになっていくことが原因であると思われる。検索連動型広告は、希望するキーワードで広告が表示されるため従来以上に注目されるようになっていくと思われる。また、キーワード毎に異なるウェブサイトを表示させることもできるため、顧客の特性ごとにウェブサイトに表示される内容を変える等、効果的な対応が期待できる。また、広告の掲載順位は、オークション方式を採用している所も多く、クリックごとの課金額が高額である広告主であればある程、上位に表示されることになる。

検索連動型広告においては、検索サービスを提供する事業者が全てのキーワードについてコントロールできるが、普通名称にかかるキーワードについては問題ないものの、他人の商標について自由に販売し許諾を与えられることについて、商標法上の問題となりうるのではないかと議論がある。また、キーワードを購入したものであれば、誰でもそのキーワードに従って広告を掲載できるので、人気のあるブランド名や商品名に連動させて競合するブランドや製品を表示させることもできることから、問題となりうるのではないかと

との議論がある。具体的には、「当該キーワードが他人の登録商標である場合には、キーワードの価値と商標のグッドウィルが連動することとなり、当該登録商標が獲得したグッドウィル他社の経済的利益に利用されることとなるため、フリーライドと同様の要素が生じるおそれ」などが指摘される<sup>(6)</sup>。これらの行為を検索サイト事業者が看過すれば、購入者の行為態様によっては、商標権侵害等が認められる場合がありうると思われる<sup>(7)</sup>。

#### IV. インターネットで商標を使用する行為

商標の使用の対象は、「商品」または「役務」であり、標章が、商品・役務と関連して使用されることを意味する(商標法2条1項各号)。そして、2条3項には、標章についての「使用」が定義されており、1号から10号に掲げる行為が列挙されている。

インターネット上で、商標が使用される場合においては、商標法2条3項に規定する使用であるかが問題となるが、当該使用においては、需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標はその保護対象にはあたらない(商標法26条1項6号)。単に、他人の商標を形式的に表示してフリーライド行為を行い、自己のウェブサイトに訪問者を増やしたというだけでは、商標的な使用には該当しない場合もあると思われる<sup>(8)</sup>。

商標法は、インターネットにおける商標の使用について対応するべく、改正を行ってきた<sup>(9)</sup>。

商標法は、平成14年に改正され、インターネットに係る標識の表示を商標の使用として扱うべく、商標法2条3項における「使用」の定義が改正された。この改正において、同項2号に「商品に標章を付したものを電気通信回路を通じて提供する行為」を加えた<sup>(10)</sup>。同2号が対象とするのは、プログラム等をインター

(6) 財産法人知的財産研究所「著名商標に係る保護の拡大等に関する調査研究報告書」『平成19年度 特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書』57頁(財産法人知的財産研究所、2008年)参照。  
(7) 土肥一史「商標法の研究」279頁(中央経済社、2016年)、土肥一史「ネットワーク社会と商標」ジュリ1227号26頁では、このような場合において検索エンジンの運営者についても「幫助・教唆の責任と無縁であると直ちにはいい難い」と述べる。  
(8) 松井茂記＝鈴木秀美＝山口いづ子(編)駒田泰土(著)『インターネット法』267頁(有斐閣、2015年)参照。  
(9) 小野昌延＝三山峻司(編)茶園成樹(著)『新・注解商標法上巻』113-121頁(青林書院、2016年)、特許庁「工業所有権法(産業財産権法)逐条解説」1258-1271頁(発明協会、第19版、2012年)、工藤完司「インターネット時代と商標の使用等―裁判例に見るインターネットと商標をめぐる事件―」特技懇267号26頁、金井重彦＝鈴木将文＝松嶋隆弘(編)青木博通(著)『商標法コンメンタール』24-29頁参照。  
(10) 前掲・特許庁1263頁「経済社会のIT化に伴う商品・サービス、広告の多様化、商品に関する国際的な認識の変化等を踏まえ、電子出版物や電子計算機用プログラム等の電子情報財については、インターネット等の発達によりそれ自体が独立して商取引の対象となり得るようになったことを重視して、商標法上の商品と扱うこととし、ネットワークを通じた電子情報財の流通行為が商品商標の使用行為に含まれることを明確にするため、商標の使用の定義として標章を付した商品の流通行為を定めた二号に、『電気通信回線を通じて提供』する行為を追加した」ものである。

ネットからダウンロードさせる行為である。

また、同項7号に「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)」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も追加している<sup>(11)</sup>。同7号が対象とするのは、ネットワークを通じた役務提供であり、モニターやディスプレイ等の映像面に標章を表示して役務を提供する行為がそれにあたる。そして、「電磁的方法」については、同号括弧書きに規定されるように、インターネットのみならず、一方向に情報を発信するのみである放送を含む概念である。

さらに、同項8号では、「商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又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」を加えている<sup>(12)</sup>。同号は、広告における使用を規定しているものであり、バナー広告や、自己のウェブサイトの出所を表示するものが対象となる。

## V. メタタグに他人の商標を使用する行為

著名な商標は、検索され易いキーワードであることが多く、検索エンジンによって当該キーワードを含む検索結果がどのような順位として表示されるのかは、ウェブサイトを作成している側のマーケティング戦略として重要である。

メタタグや検索連動型広告に他人の商標を利用することは、そのような特定のキーワードにおける検索順位を引き上げて、そのキーワードに関連する顧客を自己のウェブサイトに誘導することが最大の目的である。ただし、検索エンジンはウェブサイト上で商標的な使用がされているか否かに関わらず、そのサイトの内容をクロールしていくので、メタタグ等における記述が法的に制限されるようなことがあったとしても、その表示方法によっては商標法による保護の対象外となる場合もあり得る。

メタタグとして商標を使用する行為については、従来から法的評価について検討が加えられてきており、

裁判例も存在する。

中古車110番事件<sup>(13)</sup>では、メタタグとして、原告登録商標である「中古車110番」等と類似する標章を記載し、検索サイトの表示結果として、当該登録商標と類似する標章を表示していた被告の行為が原告の商標権を侵害するかが問題となった事案である。

裁判所は、「インターネット上に開設するウェブサイトにおいてページを表示するためのHTMLファイルに、`<meta name="description" content="～">`と記載するのは、インターネットの検索サイトにおいて、当該ページの説明として、上記「～」の部分を表示させるようにするためであると認められる。」として、「description」における記載について、「一般に、事業者が、その役務に関してインターネット上にウェブサイトを開設した際のページの表示は、その役務に関する広告であるということが出来るから、インターネットの検索サイトにおいて表示される当該ページの説明についても、同様に、その役務に関する広告であるというべきであり、これが表示されるようにHTMLファイルにメタタグを記載することは、役務に関する広告を内容とする情報を電磁的方法により提供する行為にあたるというべきである。」として、商標として使用していることを認めている。

また、被告のウェブページにはどこにも「クルマの110番」という類似標章が表示されるものではなかったが、「ある事業者が、複数の標章を並行して用いることはしばしばあることであるから、インターネットの検索サイトにおけるページの説明文の内容と、そこからリンクされたページの内容が全く異なるものであるような場合はともかく、ページの説明文に存在する標章が、リンクされたページに表示されなかったとしても、それだけで、出所識別機能が害されないということとはできない。」として、ウェブページそのものに表示されていなかったとしてもその説明文に記載されていることで足りるとしており、メタタグにおける記載が商標権侵害になる場合があるとの判断がされている。

IKEA事件<sup>(14)</sup>は、原告の登録商標に類似する標章を被告が被告サイトのHTMLファイルのタイトルタグ及びメタタグとして使用したことが、原告の商標権を

(11) 前掲・特許庁1264頁「改正前の三号から六号までの各規定では、ネットワークを通じたサービス提供行為の保護が明確でなかったため、「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」と定義することでこの点の明確化を図った」ものである。

(12) 前掲・特許庁1265頁「有体物たる広告等に標章を付して『展示』又は『頒布』する行為と規定しており、ネットワークを通じた広告等の行為の保護が明確でなかった。このため、従来の行為類型に加え、『広告等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』を追加することにより、この点の明確化を図った」ものである。

(13) 大阪地判平成17・12・8判時1934号109頁[中古車110番事件]参照。

(14) 東京地判平成27・1・29判時2249号86頁[IKEA事件]参照。

侵害する等と主張した事案である。

これについて裁判所は、「インターネットの検索エンジンの検索結果において表示されるウェブページの説明は、ウェブサイトの概要等を示す広告であるということが出来るから、これが表示されるようにHTMLファイルにメタタグないしタイトルタグを記載することは、役務に関する広告を内容とする情報を電磁的方法により提供する行為に当たる。そして、被告各標章は、HTMLファイルにメタタグないしタイトルタグとして記載された結果、検索エンジンの検索結果において、被告サイトの内容の説明文ないし概要やホームページタイトルとして表示され……、これらが被告サイトにおける家具等の小売業務の出所を表示し、インターネットユーザーの目に触れることにより、顧客が被告サイトにアクセスするよう誘引するのであるから、メタタグないしタイトルタグとしての使用は、商標的使用に当たるといえることができる。」と判示した。なお、被告が取り扱っていた商品は、原告から購入した正規品であったことから商品そのものについては出所が誤認されるわけではないが、被告が提供する役務が原告が提供する役務であると誤認のおそれがあったものである。

そもそも、メタタグは、HTMLに記載していることから、それが可視的に表示されているわけではない。どのようなメタタグがウェブサイトに記載されているかを見るには、当該ウェブサイトのソースを表示する必要がある。或いは、メタタグの内、“description”であれば、検索をした際に、その説明書きとして検索結果にウェブサイトのタイトルやURLなどと一緒に表示されるため、そこで見る事が出来る。

なお“description”による説明文については、そも

そも広告該当性を否定的に見る見解がある<sup>(15)</sup>。

メタタグに他人の商標を使用することについては、①検索結果等を含め視認性がある場合、②検索結果等を含めて視認性がない場合に分けられて論じられることが多い。メタタグの視認性については、ウェブサイトに表示が無いことから、視認性を否定する見解がある<sup>(16)</sup>。また、検索結果として表示される“description”と、クリック操作などにより表示させなければならない“keyword”を区別し、“keyword”については、通常認識される態様で表示されているわけではないから、商標の使用にあたる余地はないとするものがある<sup>(17)</sup>。一方、クリック操作により簡単に表示できることや、検索結果に表示されることによる表示が確認できること、あるいは、完成品に組み込まれた部品において外観上は商標が視認されることはないが、その流過程において視認される可能性がある点から、完成品の内部に組み込まれた後であっても視認性を肯定するものがある<sup>(18)</sup>。

視認性があるか否かは、現在の検索サービスの仕様に従うものであるに過ぎないことからその議論には限界が生じると思われる。なぜならば、検索サービスの提供事業者が、メタタグの内、何を検索結果に表示させる仕様にするかで結果が異なってしまうことになるからである。これは、検索エンジンの検索順位に影響があるか否かという効果で検討することも考えられなくもないが、同様の限界があると思われる。

メタタグに記載された商標が視認できるかということや、検索順位に影響があるかは、それだけで判断することは難しく、結局のところ、そういった形式的事実をひとつひとつ考慮の上、取引者・需要者において「混同」が生じるか否かで検討を行うべきであると考

(15) 板倉修一「判批」判例評論 577号 39頁参照。

(16) 佐藤恵太「インターネット利用に特有の諸技術と知的財産法」中央ロー・ジャーナル 4巻 1号 112頁、高橋和之＝松井茂記(編)青江秀史＝茶園成樹(著)『インターネットと法』285頁(有斐閣、第3版、2004年)、青木博道「商標の使用」とネット上の商標権侵害」パテント 54巻 11号 26号 67頁、前掲・板倉 38頁参照。

(17) 宮脇正晴「メタタグと『商標としての使用』」パテント 62巻 4号[別冊 1号]182-183頁参照。他に、藤田晶子「ネット上の新規ビジネスに伴う法的問題—サイバー空間における標章の『仕様』—『メタタグ』と『キーワードバイ』—」『平成 22年度春季弁護士研修講座』25頁(東京弁護士会、2010年)

(18) 前掲注 7・土肥「ネットワーク社会と商標」30頁参照。なお、完成品の商標が視認される場合については、最決平成 12・2・24 刑集 54巻 2号 67頁[SHARP 事件]を根拠とするものである。この事件の原判決である大阪高判平成 8・2・3 判時 1574号 144頁では、「一般に、商標の付された商品が、部品として完成品に組み込まれた場合、その部品に付された商標を保護する必要性がなくなるか否かは、商標法が商標権者、取引関係者及び需要者の利益を守るため商標の有する出所表示機能、自他商品識別機能等の諸機能を保護しようとしていることにかんがみると、完成品の流過程において、当該部品に付された商標が、その部品の商標として右のような機能を保持していると認められるか否かによると解すべきであり、その判断に当たっては、商標の付された商品が部品として完成品に組み込まれた後も、その部品が元の商品としての形態ないし外観を保持して、右商標が部品の商標として認識される状態にあり、かつ、右部品及び商標が完成品の流過程において、取引関係者や需要者に視認される可能性があるか否かの点を勘案すべきである。」との一般論が示されている。

える<sup>(19)</sup>。

メタタグの内、“keyword”については、検索エンジンを簡単に騙すことができることから、検索順位への影響を低くした仕様が採用されているが、検索エンジンの提供事業者の仕様や、検索の順位の如何に関わらず、他人の商標をメタタグの一部として使用した結果、検索結果として表示され、取引者・需要者の混同を惹起するようなものであれば、商標権侵害を認めるべきであると思われる。

車の110番事件およびその判断基準を踏襲しているIKEA事件においては、検索エンジンを使用して検索結果が表示された際に、“description”に記載された内容が表示されることから、商標的使用の該当性を認めている。これについて、裁判所はメタタグの内、検索結果等における可視的表示を求めているようにも読めるのだが、必ずしもそうであるとは言えないと思われる。これらのケースは、可視的な効果があるか否かで判断しているのではなく、検索結果として説明文などとして表示された結果、最終的な購買時点において混同が生じる場合について述べているものであると思われる<sup>(20)</sup>。勿論、視認性があれば、混同が生じる可能性が高まることは間違いないが、メタタグというHTMLの機能を用いて、ユーザーが当該商標権の出所となる主体と、それを無断でメタタグ等に用いたものを混同することは視認性の有無に限らず生じうることから、メタタグにおける商標の使用については、必ずしも“description”に限るものではないと思われる。ただし、視認性の有無にかかわらず、“keyword”については、需要者がメタタグの文字列を認識しないのが通常であり、「被疑侵害者の提供する商品ないし役務の評価は、そのウェブページにおいて通常認識される態様で表示されている標章に対して向

けられることになる」として、「『商標として使用』されているとみる余地はない」と述べるが、ウェブサイトの表示内容等と一体的に捉えることもできるのであるから、その余地を否定すべきではないと思われる<sup>(21)</sup>。

なお、メタタグを不正に使用する者に対し差止めを行った際には、当該メタタグを削除することは勿論であるが、削除して直ぐに検索結果等に効果が表れるとは限らず混同の生じる可能性は依然継続することから、その差止めの範囲についてはメタタグのみに限らず、該当するウェブサイトの差止めも含めても良い場合もあるのではないかとと思われる<sup>(22)</sup>。

## VI. 検索連動型広告に他人の商標を使用する行為

検索連動型広告はウェブサイトから簡単に申し込むことができるが、他人の商標を使用する行為については、利用規約上制限がされている。そして、広告主に対して、他人の商標等の使用を行わないことについて保証を求めるとともに、仮に商標権者から商標権侵害の訴えがあった時には、調査を行い、不適当な広告を排除することができる。また、商標権者は、検索連動型広告の提供事業者に対して、自己の商標権に基づいて申し立てをすることができ、そのキーワードに関し、第三者の使用を制限できる場合がある。ただし、その申し立てが採用されるかについては、事業者が不適当な広告であると判断されるかに委ねられている。

検索連動型広告において、商標権者はこのような検索サイト事業者のシステムを使用して、一定の保護を受けることが可能であるが、それに制約されることなく、法的な保護を受け得る。仮に紛争が起きた場合には、広告主は勿論のこと、検索サイトに対しても法的

(19) 前掲・宮脇181頁は、「仮に、メタタグにより出所の混同が惹起される可能性があるのであれば、視認可能性の欠如を理由に『商標としての使用』を否定する旨は許されないとと思われる。」と述べる。その他、メタタグの記載により出所混同の有無が生じるかで商標の使用の該当性を判断する学説として、泉克幸「判批」平成27年ジュリ1492号271頁は、「視認性の観点から必ずしも容易でないならば、ある標章に接した需要者が商品・役務の出所について誤認するという事実から商標の使用該当性を判断する方が、個々の事案における具体的な事実も考慮できることからすぐれているように思われる」と述べる。他に高橋和之＝松井茂記＝鈴木秀美(編)青江秀史＝茶園成樹(著)『インターネットと法』314頁(有斐閣、第4版、2010年)参照。

(20) 小松陽一郎先生還暦記念論文集刊行会(編)島並良(著)「htmlファイルのメタタグへの記述と商標としての使用」『小松陽一郎先生還暦記念最新判例知財法』(青林書院、2008年)372頁「最終的な購買時における混同のみに着目する伝統的立場に立ったうえで、なお、かかる混同のおそれを肯定したものと位置づけられる。『一部』需要者に混同の『おそれ』さえあれば、商標としての使用を肯定するには十分であり、検索結果の説明文に標章が表示されるという本件事案に照らせば、妥当』であるとする。

(21) 茶園成樹「インターネット上の標識の新たな使用形態への対応」知的財産研究所「新しい時代における知的財産保護のための不正競争防止法のあり方に関する調査研究報告書」20頁では、ウェブサイトの表示内容やドメイン名を考慮することでメタタグを出所表示として捉えうるとするが、これに対して、前掲・宮脇183頁脚注(16)は、「そのような場合出所表示性が認められるのはむしろそのようなサイトにおける表示やドメイン名の方であるように思われる」と批判するが、これは結局視認性に縛られていることと同じだと思われる。インターネットにおける商標の表示については、メタタグやサイトにおける表示などそれぞれを区別して考慮するだけではなく、「混同」を生じさせる仕組みがウェブサイトにおいて、どのように組み合わせられているか、同じ場所に表示されていないとしても一体的に捉えられる場合があること等を総合的に判断しなければならない場合もあると思われることから可能性は排除するべきではないと思われる。

(22) 前掲・島並373頁は、「たとえ差止め請求が認容されても、メタタグ記載者はサーバーから当該標章を削除すれば足り、さほど酷でもない。」と述べる。

責任を請求しうる場合がある<sup>(23)</sup>。

検索連動型広告に関する裁判例としては、商標権者と広告主間の紛争としてカリカセラピ事件<sup>(24)</sup>、商標権者とサイト事業者間の紛争として石けん百貨事件<sup>(25)</sup>がある。

カリカセラピ事件では、原告が、被告の販売するパイア発酵食品に使用されている「PS-501」ないし「PS501」の各標章について、原告の販売するパイア発酵食品の周知な商品等表示であると類似するとして、被告に対し、不正競争防止法を根拠に製造販売の差止めを求めた事件であり、商標法違反も根拠に請求が行われている。

被告は、Yahoo! JAPAN の検索エンジンに「カリカセラピ」「PS-501」のキーワードを入力した場合に表示される検索結果ページの広告スペース(スポンサーサイト)を購入したうえで、原告商品と同じパイア発酵食品を販売している旨の広告及び自社ホームページを表示していた。

これに対し、原告は、原告商品の名称及び原告商標をキーワードとして表示されるインターネット検索結果ページの広告スペースに、被告が原告商品の名称及び原告商標と同一の広告を表示していることについて、商標法 37 条 1 号を根拠に商標権侵害である旨主張を行った。

裁判所は、「原告商品の名称及び原告商標をキーワードとして検索した検索結果ページに被告が広告を掲載することがなぜ原告商標の使用に該当するのか、原告は明らかにしない。のみならず、上記の被告の行為は、商標法 2 条 3 項各号に記載された標章の『使用』のいずれの場合にも該当するとは認め難い」として、原告の主張を退けている。

石けん百貨事件では、「石けん百貨」「石鹸百科」「石けん百科」の各商標権を有している商標権者である原告が、被告が運営するショッピングモールに対し、被告が、インターネット上の検索エンジンにおける検索結果表示ページの広告スペースに、「石けん 百貨大特集」等の文言に自社サイトへのハイパーリンクを施す方式による広告を表示した行為について、原告の各商標権の侵害行為に当たる等として、各表示についての差止めや不法行為(民法 709 条及び 719 条の共同不法行為)に基づく損害賠償請求を行った事案であるが、

裁判所は、原告のいずれの請求も棄却している。

差止請求については、理由は開示されておらず明らかではないが、「検索連動型広告をするおそれがあると認められない」として、理由がないとした。

裁判所は、google 等における検索結果と連動して表示される広告そのものと、その広告とリンク先である楽天市場のリスト表示画面を一体的に捉えた場合に分けて判示した。

まず、検索結果と連動して表示される広告そのものについては、平成 24 年 8 月から平成 26 年 9 月 12 日までの間に google 等において、「石けん百貨」等のキーワードで検索した際に広告が表示されるが、「本件広告自体には、何らの商品も陳列表示されておらず、加盟店が提供するどの商品が『石けん百貨』等と関連するのかについて何ら表示されていないから、本件広告は、それを単体として捉える限り、本件各登録商標に係る指定商品又は指定役務と同一又は類似の商品に関する広告であるとは認められない」とした。

この背景には、商標法 2 条 3 項 8 号が、当該広告と商品が具体的に結びついていることを求めているところ、本件広告については、それが明らかではないため、同 8 号に規定する使用に該当しないと判断であると思われる。

次に、本件広告自体ではなく、「本件広告をリンク先の楽天市場リスト表示画面と一体で捉えた上で、本件広告が移動後の楽天市場リスト表示画面に表示された商品についての広告」とした場合に関しても判示されており、「本件広告をリンク先の楽天市場リスト表示画面と一体で捉える場合であっても、移動後の楽天市場リスト表示画面に何らの商品も陳列表示されない場合には、本件広告が本件各登録商標に係る指定商品又は指定役務と同一又は類似の商品に関する広告であるとは認められないから、本件各商標権侵害の成立が認められない」と判示した。

ただし、「本件広告に接した一般ユーザーは、『石けん百貨』等に関連する商品が楽天市場内で提供されている旨が表示されていると理解すると考えられることからすると、その理解の下に本件広告中のハイパーリンクをクリックして楽天市場リスト表示画面に移動し、そこで加盟店が提供する石けん商品の陳列表示に接した場合には、その石けん商品が「石けん百貨」等に関連

(23) 前掲注 7・土肥『商標法の研究』279 頁、外川英明「サイバー空間における商標の使用—検索連動型広告問題とディスクレマに焦点をあわせて—」『パテント』62 巻 4 号(別冊 No. 1)198 頁参照。

(24) 大阪地判平成 19・9・13LEX/DB28132108[カリカセラピ事件]参照。

(25) 大阪地判平成 28・5・9LEX/DB25448012[石けん百貨事件]参照。

するものであるとの認識が生じ得る。そうすると、本件広告と楽天市場リスト表示画面とを一体で捉える場合には、本件表示をもって、『石けん百貨』等を石けん商品の出所識別標識として用いた広告であると解する余地がある。』とし、「加盟店は、被告の関与なく、自らの責任で出店ページのコンテンツを制作していることからすると、移動後の楽天市場リスト表示画面において商品が陳列表示される場合でも、それを被告の行為として当然に本件広告と一体で捉えることはできないというべきであり、本件広告とリンク先の楽天市場リスト表示画面とを一体で捉えることができるためには、被告が本件広告を表示するに当たり、移動後の楽天市場リスト表示画面で石けん商品が陳列表示されることを予定し、利用していると評価し得ることが必要であると解するのが相当である。』として一定の条件下においては、リンク先のリスト表示画面と一体で捉え、商標法2条3項8号に規定する「使用」に該当しうる可能性を示唆した。

また、被告の事業における実情と原告からの警告があった後に行った対応について、①利用規約により、知的財産権侵害を禁止していること、②ガイドラインにより具体的な行為(例えば、隠れ文字の使用を禁止する等)を規制していること、③具体的な侵害行為が生じていることが判明した場合には、侵害行為を行う者への警告や、検索対象からの削除など、事態の防止にかかる注意義務を果たしているとの事実を評価し、「仮に客観的には本件各商標権侵害を構成する行為であるとしても、被告には故意があるとは認められず、また、注意義務違反(過失)がないというべきであるから、被告は損害賠償責任を負わない。」と判示した。

共同不法行為としての本件各商標権侵害の成否については、「規約及びガイドラインによって、加盟店が出店ページにおいて第三者の知的財産権等の権利の侵害や隠れ文字の使用を禁止することにより、楽天市場リスト表示画面において「石けん百貨」等をキーワードとして検索しても商品等が表示されない措置をとっていたのであり、それにもかかわらず、加盟店

がそれに違反したことにより、●(省略)●<sup>(26)</sup>本件広告が表示されるに至ったのであるから、被告と加盟店の間に共同性を認めることはできない。」と判示した。

カリカセラピ事件においては、原告から商標権侵害の根拠が示されていないこともあり、商標的使用に該当しないとして一蹴されているが、本判決においては、検索連動型広告における商標権侵害について正面から論じられてはいない。

石けん百貨事件においては、原告各商標についてカリカセラピ事件と同様に商標的使用を否定したが、リンク先のリスト表示画面とを一体的に捉えられる場合には、商標的使用を肯定し得るとした点について、より踏み込んだ判断がされている<sup>(27)</sup>。

なお、商標的使用に該当する場合であったとしても、利用規約や、ガイドラインにより知的財産権の侵害防止に努めるとともに、具体的な侵害行為を知った時に、事態を防ぐ注意義務を果たしていれば、検索サイト事業者には当該商標権侵害に関し故意があるとは認められず、また、注意義務違反(過失)もないことになるといえる。

石けん百貨事件では、多数の加盟店からなるインターネットショッピングモール事業者(以下「事業者」という)に対し、「各店舗の出店ページにおける規約等の違反を常時監視することを求めるのは、被告に不可能を強いるもの」であるとしており、こういったサイトにおける商標権侵害の監視コストは、商標権者に課せられているということになる<sup>(28)</sup>。なお、ウェブサイトの定期的な監視を行っている企業もあるといわれるが、検索対象は膨大にあることから、商標権者側にその負担を強いるのは酷である。

商標権者が積み上げてきた信用を維持するのは極めてコストのかかる行為であり、インターネットショッピングモールのようなプラットフォームが社会的インフラとして認知されているからといって、利用規約とガイドライン、警告後の削除対応を行うだけで、注意義務を果たしていると認めてしまうのは、バランスを欠いた判断であるようにも思われる。

(26) 「●(省略)●」箇所は、判決文において公表されていない。

(27) 片山札介「判批」特許ニュース No. 14347 (2016年)10頁は、「仮にリンク先のリスト表示画面について広告主が意図的に作成したものである場合には、検索エンジンにおける検索結果表示画面の広告とリンク先のリスト表示画面とは一体的であると判断される可能性がある」と述べる。

(28) 動画共有サイトにおける違法コンテンツの検索は、自動監視システムにより行われており、サイト事業者から配布された削除ツールを使用し、権利者の責任の下、削除が行われる仕組みができていく。動画共有サイトにおいて違法な映像を発見し削除を行う作業よりも検索連動型広告の監視はより複雑な仕組みになると思われるが、将来的には、システムによる対応を模索すべきであると思われる。違法コンテンツの検索ツールは、画像認証およびテキスト認証を使用して行われることが多いが、これらのシステムを改良することでインターネット上の商標権侵害についても簡単に発見ができるようになるかもしれない。参考技術として、株式会社 Photonic System Solutions (<http://psss.co.jp/>) が提供する「FRcCs」等が挙げられる。

## VII. おわりに

他人の商標をメタタグや検索連動型広告で使用する行為について検討をしてきた。

我が国においては、メタタグに他人の商標が書き込まれていたとしても、利用者が当該ウェブサイトを見た時に、書き込んだメタタグが表示されていないことから、当該商標を視認できないことから商標的使用といえるのかが問題となっていた。この問題に対し、そもそも視認性がないからとして商標的使用を否定する説や、ウェブサイトのみならず、検索サイトを使用し表示される検索結果に“description”と同様の記載が表示されることから広告が利用者に表示されているとして視認性があると考えた説の対立がみられているが、裁判所は、後者の説を採用している。また、視認性によらず、メタタグの記載により「混同」が生じるかという点を重視する見解もある。

また、検索連動型広告については、メタタグと同様に商標的使用であるかについて問題となるが、これまでの裁判で商標的使用であると認められたものはないものの、石けん百貨事件では、リンク先のリスト表示画面とを一体的に捉えられる場合を想定し、商標法2条3項8号に規定する「使用」に該当する可能性を示唆しており、商標権侵害が認められる余地を残している。ただし、事業者を相手に紛争が起きた場合、仮に商標権侵害が認められたとしても、利用規約やガイドライン、権利者からの通知に基づく一定期間内の削除などが行われると事業者は責を免れる可能性があることから、この判断の立場に立てば商標権者は、地道にインターネットを検索し、検索連動型広告において商標権侵害があるかを検証の上、侵害を発見したら事業者に対して通知して当該広告を削除してもらうことが実務上最善の策ということになると思われる。

しかし、これでは商標権者および需要者であるユーザーの保護が十分ではないと思われる。

確かに事業者に対して加盟店の全てを常時監視させることは不可能であろう。しかしながら、必ずしもそこまでの責任を負わせることなく問題は解消することができるのではないだろうか。

事業者と商標権者、ユーザーの三者の関係において、問題となっているリンク先の掲載内容を技術的にコントロールできるのはインターネットショッピングモー

ルを管理・運営している事業者のみである。仮にリンク先の加盟店のサイトに利用規約で禁止している隠れ文字<sup>(29)</sup>が不正に利用されていた場合であったとしても、自社の検索から例えば一定以上小さい文字や、背景と同色のフォントを使用している場合等は技術的に検索対象から除外することも可能であると思われるがそのような対策なしに、利用規約やガイドラインのみで「本来予定されていない、想定外の事態」として、一律にその責任を回避できるのでは問題があると思われる。さらに、利用規約やガイドラインでそのような行為が行われる可能性があることを想定しているのであるから、積極的に技術的対策を施すべきであるといえ、インターネットショッピングモールを運営する事業者の責任として、加盟店の悪質な行為によりユーザーが混同しなくなるように努力するべきであろう。このような技術的対策が可能であるかという点も含めて十分な検討をすることなく、注意義務を尽くしているとした裁判所の判断には疑問がある。

以上

(29) 石けん百貨事件の被告は、ガイドラインの禁止事項において、「背景色と同じ文字色の文字記載、通常より小さなフォントでの文字記載、HTMLへの文字記載等、ユーザーが認識することができない文字記載を行うこと」(いわゆる隠れ文字)を「お客様へ混乱、誤解や迷惑を与える行為」として規定している。



## 権利侵害の告知・流布と信用毀損行為 ～近年の裁判例の分析を中心として～

鈴木 信也<sup>(\*)</sup>

不正競争防止法2条1項15号は、不正競争行為の1つとして「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」を規制し、本号に該当する行為は信用毀損行為といわれる。本号の類型で問題になる行為として、取引先等に対する知的財産権侵害の警告が挙げられる。この事案では多くの場合、権利者が警告書や広告等で記載した事実が「虚偽の事実」に該当するかどうか争点となる。虚偽の事実の該当性に関しては、判例上も確立した基準はなく、事案に応じて柔軟な判断がなされている。近年、通信技術の発展により、権利者が権利侵害の旨を第三者に伝える媒体が多様化していることから、信用毀損行為に該当するための要件をどのように判断するのが問題となっている。

本稿では、不正競争防止法が定める信用毀損行為のうち、権利侵害の告知・流布に関する近年の裁判例を取り上げ、その動向を分析し、若干の考察を試みるものである。

### I. はじめに

#### II. 権利侵害警告の信用毀損行為該当性に関する従来議論

1. 概論
2. 信用毀損行為該当性に関する判断枠組み

#### III. 近年の主要な裁判例

1. 東京地判平成27年2月18日判決[BD必須特許事件]
2. 大阪地裁平成27年3月26日判決[安定高座椅子事件]
3. 大阪地判平成27年2月19日判決, 知財高裁平成28年2月9日判決[LEDプレスリリース事件]
4. その他の裁判例

#### IV. 若干の考察

1. 権利侵害警告の事案における「虚偽の事実」に該当する態様の多様化
2. ウェブサイト等を通じた権利を侵害する旨の告知・流布
3. 各裁判例における信用毀損行為の判断枠組みの傾向
4. 実務上の留意点

#### V. おわりに

### I. はじめに

不正競争防止法(以下「不競法」という)2条1項15号(以下単に「15号」という)は、「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」を不正競争行為の1つとして定めている。この規定は、競争関係にある者が、客観的事実に反する虚偽の事実を告知し、又は流布して、事業者にとって重要な資産である営業上の信用を害することにより、競業者を不利な立場に置き、自ら競争上有利な地位に立とうとする行為を「不正競争」の一類型としたという趣旨である<sup>(1)</sup>。本号に該当する行為は、いわゆる信用毀損行為といわれる。

本号の類型として問題になることが多いのが、知的財産権侵害の警告(以下「権利侵害警告」という)である。例えば、特許権等を保有する権利者が、他人の製造販売する製品に対して、自己の特許権等を侵害する旨の警告や、広告を掲載すること、又は被疑侵害者の取引先に対して、その旨の通知を行ったとする。しかし、その後、被疑侵害者の製品が権利者の特許発明の技術的範囲に属しないことや、当該特許が無効であるという公権的判断が下されると、告知・流布時に権利者が述べた事実が、事後的に「虚偽の事実」に該当することになる。それにより他人の営業上の利益が害された場合は、本号に該当することになる。そのため、権利侵害警告の事案で15号が問題となる場合、その争点

(\*) 校友、株式会社沖データ 知的財産室、弁理士、ニューヨーク州弁護士

(1) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説・不正競争防止法』124頁(商事法務、2016年)。

の多くは、権利者が警告書や広告等で記載した事実が「虚偽」に該当するかどうかである。

従来の裁判例では、権利者による権利侵害警告の目的によらず、警告の内容が事実と反すると判断された場合には、それだけで信用毀損行為に該当すると判断される傾向にあった。その後は、上記のような一律な判断ではなく、取引先に対する権利侵害の警告が、自己の競争優位性を確保する目的ではなく、警告が正当な権利行使の一環としてなされた場合は、信用毀損の成立自体を否定したり、その違法性が阻却されるなどの判断が下されるようになった。しかしながら、虚偽の事実該当性に関しては、判例上も確立した基準はなく、事案に応じて柔軟な判断がなされている。さらに、近年では通信技術の発展により、権利者が権利侵害の旨を第三者に伝えるための媒体が多様化し、そうした場合に15号の該当性をどのように判断するのが問題となっている。

本稿では不競法15号のうち、近年の権利侵害警告に関する裁判例を取り上げ、その動向を分析し、若干の考察を試みるものとする。

## Ⅱ. 権利侵害警告の信用毀損行為該当性に関する従来議論

### 1. 概論

15号が定める信用毀損行為は、他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知・流布することにより競合他社に直接損害を与える行為であることから、不競法が定める不正競争の中でも、特に違法性が高い行為の一つであるといえる<sup>(2)</sup>。特に、競合他社の取引先に対する侵害警告に関しては、警告を受けた取引先がその後も取引を継続すれば、権利者から損害賠償等を請求される可能性がある旨を理解することが通常であるから、その後の取引を控える可能性が高い。結果として、競合他社は多大な損失を被ることになる。そのため、権利者による侵害警告が虚偽である場合、競合他社はいち早く当該侵害警告を停止させること、又は

被った損害の補償を請求する必要がある。15号は、故意又は過失を要件とする民法709条の不法行為責任では明記されていない差止請求を認めることで、故意又は過失を問わず行為者の信用毀損行為を阻止することが可能な点に実益がある<sup>(3)</sup>。

上述のとおり、権利侵害警告が信用毀損行為に該当するかに関しては、主に侵害警告である旨の権利者による通知が「虚偽の事実」であるかが争われる。虚偽の事実とは、客観的事実に反することをいう。虚偽であるかどうかは、告知・流布の相手方が、告知等された事実について真実と反するような誤解をするかどうかによって判断される<sup>(4)</sup>。権利侵害たる行為が存在しているか否かは、公権的判断の有無・先後によって変わることなく存在する事実であり、かかる事実と反する陳述流布は虚偽の事実の陳述流布と解される<sup>(5)</sup>。

さらに、15号に該当するには他人の「営業上の信用を害する」虚偽の事実の告知・流布であることが必要であるところ、信用とは社会的評価であり、第三者の外部的評価であることから、虚偽の事実の告知・流布の相手方が、取引先などでなく相手方そのものに対する警告に留まる場合には、外部的評価である信用を害していないという理由で、本号には該当しないとされる<sup>(6)</sup>。

告知とは、自己の関知する事実を特定多数の人に対して個別的に伝達する行為をいう。主に、顧客や取引先など特定された相手方に対する権利侵害警告の通知は、告知に該当する。流布とは、事実を不特定の人又は多数の人に対して知られるような態様において広める行為をいう。不特定多数がアクセス可能なウェブサイト等を通じて通知する行為が流布に該当する。一方、告知のような態様であっても、不特定多数に知られる態様であれば流布に該当する可能性もある<sup>(7)</sup>。

なお、伝達先が不特定多数にあたらぬとして「流布」に該当しないとしても、「告知」には該当するため、本号の適用があることには変わりはなく、その意味では両者を厳密に区別する実益は乏しい<sup>(8)</sup>。もっとも、両者は情報の伝播先の範囲に違いがあり、その結果、

(2) 渋谷達紀「不正競争防止法」247頁(発明推進協会、2014年)。

(3) 金井重彦ほか編著「不正競争防止法コメント」[改訂版]194頁(レクシスネクシス・ジャパン、2014年)。

(4) 土肥一史「知的財産法入門」[第15版]27頁(中央経済社、2015年)。

(5) 青柳哈子「虚偽事実の陳述」牧野利秋編「裁判実務体系第9巻工業所有権法」504頁(青林書院、1985年)。

(6) 小野昌延、松村信夫「新・不正競争法概説」[第2版]452頁(青林書院、2015年)。他、名古屋地判昭和59・2・27無休集16巻1号91頁[ウォーキングビーム事件]。

(7) 前掲注(3)金井・コメント199頁、大阪高判昭和55・7・15判タ427号174頁[階段滑り止め事件](競争事業者の取引先2社に対し、競争相手の商品が意匠権侵害をしている旨の警告書を送付する行為につき、その2社が商品流通の窓口的役割を果たしていることから順次不特定多数に伝播されるものとして、「流布」にあたることとした判断した)。

(8) 前掲注(3)金井・コメント200頁、[木村修治]小野昌延著「新・注解不正競争防止法」[第2版]804頁(青林書院、2012年)。

損害賠償および信用回復措置の手段に影響を与えるものとして区別され得る<sup>(9)</sup>。

## 2. 信用毀損行為該当性に関する判断枠組み

15号が定める要件を満たした場合に、文言上、信用毀損行為に該当する。しかし、これまでの裁判例では、一律に信用毀損行為該当性を肯定するのではなく、違法性阻却事由や過失等を考慮して本号該当性を判断している。これまでの裁判例と学説を整理すると以下のとおりである。なお、下記判断枠組みの名称は便宜上筆者が本稿で用いるものである。

### (1) 客観説 <従来の裁判例>

従来の裁判例では、特許権者による取引先等への権利侵害警告は、「事実」を通知するものであるが、それが後に非侵害・権利無効等であることが明らかとなった場合、他の考慮事項を検討することなく虚偽の事実にあたと捉え、不正競争に該当すると判断してきた<sup>(10)</sup>（以下、この裁判例の考え方を「客観説」という）。この結果、故意・過失が要件とされていない差止請求は、権利侵害警告が虚偽であることが証明されれば、原則認められる。損害賠償では故意・過失の有無が問題となるが、裁判例では、告知の内容や相手方の事情などの要素を考慮することなく、原則として、不正競争に該当すると過失があると判断される傾向にあった。過失が否定される場合としては、権利者が、権利侵害が存在すると誤信することに相当な理由があった場合など、例外的なケースに限られている<sup>(11)</sup>。

学説の多数派は、客観説に相当する見解であり、公

権的判断により特許権等が非侵害と判断され、客観的にみて虚偽事実の告知・流布である以上、不正競争行為に該当する考えを支持している<sup>(12)</sup>。

一方、こうした判断枠組みは、信用毀損行為が容易に成立することから、権利者の権利行使を過度に委縮させるのではないかという批判もあるところ、後述する正当行為説が登場するようになった。しかし、現在でも客観説を判断枠組みとして用いる事例は複数存在する<sup>(13)</sup>。

### (2) 正当行為説 <新傾向の裁判例>

権利者の権利の無効等が事後的に明らかとなった場合であっても、取引先等への警告前後の諸般の事情を考慮して<sup>(14)</sup>、権利者の権利侵害警告が特許権等の正当な権利行使の一環に該当するか（違法性阻却事由）を検討することで、不正競争行為の該当性を判断している裁判例もある（以下、この裁判例の考え方を「正当行為説」という）。

違法性阻却事由の判断要素に関しては、①特許権者が、事実的、法律的根拠を欠くことを知りながら、又は、事実的、法律的根拠を欠くことを容易に知り得たのにあえて警告をなした場合（いわゆる注意義務違反）、②競業者の取引先に対する告知行為が、特許権者の権利行使の一環としての外形をとりながらも、社会通念上必要と認められる範囲を超えた内容、態様となっている場合（いわゆる行為の相当性）を考慮して判断している<sup>(15)</sup>。

正当行為説に関して、学説では、この考え方を肯定的に評価するもの<sup>(16)</sup>、知的財産権の正当な権利行使

(9) 前掲注(5)青柳・502頁。

(10) 東京地裁昭和47・3・17無休集4巻1号98頁[フイゴ履事件]（業界紙に実用新案権の専用実施権を侵害するものとして警告を掲載したことが15号に該当すると判断した。裁判所は、権利非侵害であることから信用毀損は明らかであるとして、不正競争行為に該当すると判断した。）、大阪地裁昭和54・2・28判タ398号157頁[折畳式健康器具事件]、名古屋地裁昭和59・8・31無休裁集16巻2号568頁[マグネット式筆入事件]（取引先等の第三者に対して警告をする場合は、製造者に対しての警告よりも高度の注意義務が要求されることを示した例）、東京高判平成1・3・7判時1320号131頁[ファンモータ事件]等。

(11) 虚偽の事実該当するが、過失が認められなかった事例として、大阪地裁昭和53・12・19無休例集10巻2号617頁[戸車用レール事件]、大阪地裁昭和61・4・25[包装豆腐事件]等がある。これらの事例では、進歩性の欠如を理由とする権利無効に関して過失の認定を否定している。

(12) その他にも、田村善之『不正競争法概説[第2版]』447頁（有斐閣、2003年）、鈴木将文・批評550号[判時1870号]30頁、前掲注(2)渋谷・不競法264頁、金子俊哉『特許権侵害の警告と虚偽事実の告知』ジュリスト1286号（2005年）124頁、前掲注(8)[木村]小野・『新・注解』790頁等。

(13) 東京地判平成16・3・31判タ1153号266頁[通学用鞆事件]、知財高判平成19・9・12判例不競法1250ノ172ノ1611頁[地震感知器事件控訴審]等。

(14) 東京地判平成13・9・20判時1801号113頁[磁気信号記録用金属粉末事件第一審]（警告の目的に関しては、「警告文書の形式や文面だけでなく、警告に先立つ経緯、警告文書の配布時期・期間、警告文書の配布先の数・範囲、配布先である取引先の業種・事業内容・事業規模、取引先と本人との関係・取引態様、取引先の被疑製品への関与の態様、取引先の権利侵害訴訟への対応能力、警告文書への取引先の対応、警告後の警告者と取引先の行動」などを考慮して総合して判断すべきとしている）。

(15) 東京地判平成14・8・29判時1871号128頁[磁気信号記録用金属粉末事件・控訴審]（正当行為説の根拠として、訴えの提起が違法な行為といえるかは、権利者による裁判制度の利用の自由とのバランスを考慮することを示した最判昭和63・1・26民集42巻1号1頁が、特許権侵害訴訟にも当然適用されることを示した。）同様の構成をとるものとして、東京地判平成14・12・12判タ1131号249頁[無洗米特許事件]、東京地判平成15・10・16日判タ1151号109頁[サンゴ砂事件]、東京地判平成16・1・28判タ1157号255頁[携帯電話事件第一審]、東京地判平成16・8・31判時1876号136頁[ジャストホーム2家計簿バック事件]等がある。

(16) 外川英明『特許事件と営業誹謗行為—違法性阻却事由を中心に』日本弁理士会中央知的財産研究所編『不正競争防止法研究』49頁（レクスネクス・ジャパン、2007年）。

か否か、これを委縮させることがないか否かの点と公正な競争秩序の維持とを比較考慮して決すべきとして当該説に理解を示す見解や<sup>(17)</sup>、このような考え方は、条文にない権利者の主観的な要素まで判断している点や、その判断基準も不明確な点から妥当でないとする考えも存在しており<sup>(18)</sup>、多様な見解が示されている<sup>(19)</sup>。

### (3) その他の裁判例及び学説

正当行為説の判断枠組みを用いて、権利行使態様の違法性有無を、過失の要件の中で判断する裁判例もある。客観説と判断枠組みは共通するが、この判断基準は過失の段階で、正当行為説で示された考慮要素を検討することで、より精緻に過失の有無を判断している<sup>(20)</sup>。しかし、過失の段階で警告の経緯や態様等を判断することは15号との関係では不合理であるとの批判もあり<sup>(21)</sup>、この基準を踏襲する裁判例は少ない<sup>(22)</sup>。

また、違法性阻却ではなく、侵害警告行為の内容や態様、警告の受け手の事情等を考慮し、取引先の紛争回避傾向を誘導しないものについては、営業上の信用を害する虚偽の事実の該当性を否定すべきであるという見解がある<sup>(23)</sup>。不競法は行為規制法であるから、不正競争行為として排除されるべき悪性を明らかにして同法の規制を受けるべきであり、行為の悪性が存在しないと考えられる取引態様については、一定の場合には同法の適用は受けない行為であるとする。

## Ⅲ. 近年の主要な裁判例

### 1. FRAND 宣言をした特許権に基づく権利侵害警告が信用毀損行為に該当するかどうか争われた事例<sup>(24)</sup> [BD 必須特許事件]

#### (1) 事案の概要

原告 X 社は、米国法人 Z のグループに属する日本

法人であり、ブルーレイディスク (BD) 製品を日本国内の小売店に販売している。被告 Y 社は、BD に関する標準必須特許のпатент プールを管理・運営する米国法人である。Y は Z に対して、Y が提供するライセンスプログラムについて通知し、ライセンス条件を提示して Z と交渉を行っていたが、ライセンス契約の締結には至っていなかった。その後、Y は日本において、X の取引先である小売店 3 社に対し、Y の管理する特許権に係るライセンスを受けていない BD の販売は特許権を侵害し、Y に加盟する特許権者等 (プール特許権者) が差止請求権を有する旨の通知書を送付した (以下「本件告知」という)。Y に加盟する特許権者等は、本件特許権につき公正、合理的、かつ、非差別的な条件でライセンスを付与することを宣言していた (「FRAND 宣言」)。X は Y に対し、本件告知が不競法 15 号等に該当すると主張して、同法 3 条 1 項による差止め及び同法 4 条による損害賠償を請求した。

#### (2) 判旨

##### ① 虚偽の事実の該当性について

本判決は、知財高裁平成 26 年 5 月 16 日決定 [大合議決定] で示された基準に従い、FRAND 宣言をした標準必須特許については、FRAND 条件によるライセンスを受ける意思のある者に対して差止請求権を行使することは権利の濫用として許されないと述べたうえで、これまでの交渉の経緯から、Y がライセンスを受ける意思を有する者であると認定した。そして、「……差止請求権の行使が権利の濫用として許されない場合に、差止請求権があるかのように告知することは、『虚偽の事実』を告知したものである」として、虚偽の事実と判断した。

違法性阻却事由の有無について、裁判所は、「思うに、特許権等の行使と認められる行為に不競法を適用

(17) 高部眞基子「知的財産権を侵害する旨の告知と不正競争行為の成否」ジュリスト 1290 号 (2005 年) 88 頁。

(18) 前掲注 (12) 田村『概説 [第 2 版]』447 頁、前掲注 (12) 鈴木・批評 550 号 27 頁、畑郁夫・重富貴光「不正競争防止法 2 条 1 項 14 号の再検討—近時の東京高裁・地裁の新傾向判決を考える」判例タイムズ 1214 号 (2006 年) 16 頁以下など。

(19) 新傾向の裁判例に関する見解を述べたものとして、高橋隆二「取引先に対する特許権侵害警告と営業誹謗」Law & Technology 19 号 (2003 年) 153 頁、瀬川信久「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使 (再論)」田村善之編著「新世代知的財産法政策学の創成」145 頁 (有斐閣、2008 年)、相良由里子「虚偽事実の告知・流布行為の認定」牧野利秋ほか編「知的財産法の理論と実務 [3] 商標法・不正競争防止法」394 頁以下 (新日本法規、2007 年)、その他、2 条 1 項 15 号の裁判例を分析したものとして、菊地浩明「信用毀損行為」牧野利秋ほか編「知的財産訴訟実務体系 II 特許法・実用新案法 (2) 意匠法、商標法、不正競争防止法」508 頁 (青林書院、2014 年) がある。

(20) 東京地判平成 18・7・6 判タ 1233 号 308 頁 [養魚飼料添加物事件第一審]。

(21) この点に関し、不競法 2 条 1 項 15 号との関係では、「過失の有無は、あくまでも、虚偽の事実を真実と誤信したことに結果回避義務違反・注意義務違反が認められるかという問題であり、過失判断において、告知・警告の経緯、内容、態様等の客観的事情を考慮することは不合理である」との意見がある。三村量一、平津慎副「被疑侵害者の取引者に対する知的財産権侵害の告知と信用毀損行為 (東京地判平成 24 年 5 月 29 日 (平成 22 年 (ワ) 第 5719 号))」知財研フォーラム 92 号 (2013 年) 76 頁。愛知靖之「知的財産権侵害告知と不正競争防止法 2 条 1 項 14 号」Law & Technology 55 号 (2012 年) 49 頁も同旨。

(22) 同様の構成をとるものとして、知財高判平 23・2・24 判タ 1382 号 335 頁 [ねじ特許事件]。

(23) 土肥一史「営業誹謗行為としての権利侵害警告」日本工業所有権法学会年報 5 号 (1981 年) 494 頁、土肥一史「取引先に対する権利侵害警告と不正競争防止法」中山信弘先生還暦記念「知的財産法の理論と現代的課題」451 頁 (弘文堂、2005 年)。

(24) 東京地判平成 27・2・18 判時 2257 号 87 頁、判タ 1412 号 265 頁。

しないとする同法旧6条を削除した平成5年法律第47号による改正の前後を問わず、特許権の正当な行使と認められる行為については、不正競争は成立せず、他方特許権の濫用と認められる行為については、不正競争の成立を妨げないものと解される。」との見解を述べ、「そして、無効事由のある特許権の行使や、FRAND宣言に違反するような特許権の行使は、権利行使の場面においては権利の濫用と認められるのであるから、不正競争の成否の場面においても、同様の基準の下で権利の濫用と認め、不正競争の成立を妨げないものと解するのが相当であり、告知に至る経緯において権利者を保護すべき事情については、差止めの必要性や故意過失の判断に際して考慮すれば足りるというべきである。」と判断した。

## ② 差止め、損害賠償について

裁判所は、本件告知と同種の告知が今後なされることで、原告の営業上の利益を侵害するおそれがあると認めるのが相当であるという理由から、不競法3条1項に基づく差止めを認めた。一方、損害賠償に関しては、「本件告知の時点において、相手方がFRAND条件によるライセンスを受ける意思を有するということをもって、直ちに差止請求権の行使が許されないと解することが、確立した法見解であったということではできないのであるから、Yは、被告プール特許権者の小売店に対する差止請求権の行使が権利濫用として制限され、本件告知が虚偽の事実の告知となることを、本件告知の時点では知らなかったものであり、そのことにつき過失もなかったと認めるのが相当である。」として、Yの損害賠償責任を否定した。

## 2. 実用新案技術評価書を提示せずに行った取引先等に対する権利侵害警告が信用毀損行為に該当するかどうか争われた事例<sup>(25)</sup> [安定高座椅子事件]

### (1) 事案の概要

原告Xは、座椅子等の製造販売を行う会社である。被告Yは、安定高座椅子の考案についての実用新案権者である。Xは、本件X商品を開発して製造販売を行っていたところ、Yは、Xに対し、本件X商品がYの本件実用新案権に抵触していることなどの通知書(以下「本件警告」という)を送付した。さらに、Yは、インターネットを通じて本件X商品を販売する

業者等(Xの取引先も含む)に対し、X商品がYの本件実用新案権に抵触するものと認識していることなどの通知(以下「本件通知」という)を送付した。なお、Yは、本件実用新案権に関し、実用新案技術評価の請求を行ったところ、本件考案には進歩性がないとの評価が記載された技術評価書を得ていたが、X及び業者等への通知の前後を通じ、当該技術評価書を提示することはなかった。

Xは、本件実用新案権の無効を主張し、差止請求権等の不存在確認を求めると共に、当該業者等への通知が不競法15号の不正競争行為に該当するとして、同法3条1項による差止め及び同法4条による損害賠償を請求した。

### (2) 判旨

#### ① 虚偽の事実の該当性について

裁判所は、「Yは、本件実用新案権が無効とされ、これに基づく権利行使が否定される蓋然性が高いことを認識しながら、あえて本件警告及び本件通知に至ったものと推認することができる。」とし、「このような状態で、Yは、本件技術評価書を提示することなく、換言すれば、有効性に特段の問題もない権利であるかのようにして、本件通知先に前記内容の本件通知を送付したのであるから、これは、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の告知に該当するといわざるを得ない」として、信用毀損行為に該当すると判断した。

#### ② 差止め、損害賠償について

差止めの認定に関して、裁判所は、「Yは、本件実用新案権は無効ではない旨を主張し、Yの認識を示して相手方の対応を確認することは何ら違法ではない旨を主張するのであるから、Yが今後も同様の行為をすればあるといわざるを得ず、……Yの上記行為を差し止める必要があるというべきである。」と判断した。

損害賠償に関して、裁判所は、「……法が定めるところによれば、実用新案技術評価は、特許庁審査官が行う一種の判定であって、実用新案登録無効審判と同様の効力を有する行政処分にはあらず、実用新案技術評価において無効原因がある旨の評価を受けたとしても権利行使が禁じられるわけではないが、その場合、一方では、技術評価書の判断を否定して権利行使をするには、相応の根拠が必要というべきであるし、他方

(25) 大阪地裁平成27・3・26判時2271号113頁。

では、権利行使に先立って技術評価書を提示することにより、相手方は、技術評価書の記載を参考に権利の有効性を争う方向で対応するか、逆に、技術評価書の判断に依拠せず権利を有効なものとして対応するかを判断、選択することができるのであって、法は、そのような趣旨で、権利行使に先立ち、技術評価書を提示して警告することを求めたものと解され、技術評価書の提示は、極めて重要なものと位置付けられる。」として、実用新案技術評価書を取得、提示することの一般論を述べている。

そして、Yが本件技術評価書を提示せずに本件警告及び本件通知を送付した行為に対して、「……これは、不正競争行為にあると同時に、権利が無効となる可能性があることを知る機会を与えないままこれを行ったという意味で、法の趣旨に反する違法な行為というべきである。」とし、「Yの行為は故意の不正競争行為と評価すべきものであり、その違法性の程度は大きいといわなければならない」と判断して、Yの損害賠償責任を認めた。

### 3. ウェブサイトのプレスリリースで自社の権利を侵害する旨の告知流布を行ったことが信用毀損行為に該当するかどうか争われた事例<sup>(26)</sup> [LED プレスリリース事件]

#### (1) 事案の概要

原告Xは、半導体関連製品の販売を業とする会社である。被告Yは、半導体関連製品の製造、販売並びに研究開発等を行う会社である。Zは、台湾の会社であり、白色LED製品(以下「本件製品」という)を製造し、Zのウェブサイトで紹介している。Xは、Xのウェブサイトにおいて、取扱メーカーのひとつとしてZを紹介し、同社のウェブサイトへのリンクを貼っている。Yは、Xによる本件製品の輸入、譲渡及び譲渡の申し出に対し、Yの保有する特許権を侵害することを理由として、侵害行為の差止め及び損害賠償を求め

る訴訟を東京地裁に提起し(以下「先行訴訟」という)、Yのウェブサイト上でプレスリリースと題するページを掲載した(以下「本件プレスリリース」という)<sup>(27)</sup>。先行訴訟に関しては、Yの請求を棄却する旨の判決がされたが、上告受理申立てがされて係争中であり、判決は確定していない。その後、当該プレスリリースの掲載は取り止められた。

Xは、Yによる本件プレスリリースの掲載が不競法2条1項15号所定の不正競争行為に該当し、先行訴訟の提起等が不法行為を構成するとして、同法4条及び民法709条に基づき損害賠償を請求した。

#### (2) 判旨

##### ① 虚偽の事実の該当性について

裁判所は、Yによる本件プレスリリースの記載内容を考慮した結果、Xが、Zの本件製品を輸入、販売等することによりYの特許権を侵害していると強く思わせる記載内容となっており、このような記載は、YがXを相手に先行訴訟を提起したのに伴って、訴訟提起の事実を公表し、先行訴訟における自らの主張内容や見解を単に表明するという限度を超えており、原告の営業上の信用を害するものであると判断した。そして、XやZのウェブサイトにおける記載を考慮した結果、Yによる本件プレスリリースに記載された、Xが具体的な製品として特定された本件製品を輸入、販売し、又は本件製品の譲渡を申し出ることによってYの特許権を侵害していることを窺わせる事情は見当たらず、本件プレスリリースに記載された事実は虚偽であると判断した。

##### ② 故意・過失の有無

裁判所は、プレスリリースにおける注意義務として、「特許権侵害を理由に提訴した際、提訴の事実を公表するにとどまらず、……(中略)、他者の行為が、自己の有する特許権を侵害しているとの内容をウェブサイト上に掲載してプレスリリースを行った場合、不特定多数の者が当該プレスリリースを読むため、他者の

(26) 大阪地判平成27・2・19(第一審)、知財高裁平成28・2・9(控訴審)。

(27) 本件プレスリリースの内容は以下のとおりである。なお、下記プレスリリース内の括弧書きは筆者が付したものであり、適宜文言を修正・省略している。

(見出し)台湾Z社製白色LEDに対する新たな特許侵害訴訟の提起について

(第1段落)……Yは、Xを被告として、台湾最大のLEDアセンブリメーカーであるZが製造し、Xが輸入、販売等する白色LEDについて、Yの特許権に基づき、侵害差止め及び損害賠償を求める2件の訴訟を東京地方裁判所に提起致しました。

(第2段落)当社は、これまでも当社特許を侵害する企業に対しては、全世界において当社の権利を主張し、とりわけ、日本市場での当社特許の侵害行為に対しては、断固たる措置を取ってまいりました。しかしながら、昨今の中韓台LEDチップ及びパッケージメーカーによる、特許権を無視した日本市場での行動は目に余るものがあります。このような日本市場での当社特許の侵害行為に対する対抗措置の一環として、今年8月にZ社製白色LEDを取り扱っていた会社に対する訴訟を提起し、当該事件の被告は当該白色LEDが当社特許の権利範囲であることを認め、その販売等を中止しました。今回提起した訴訟は、この訴訟に続くものであり、Xに対してもその販売等の中止等を求めるものです。

営業に重大な損害を与えることが容易に予想される。したがって、そのようなプレスリリースを行うに当たっては、あらかじめ、他者の実施行為等について、事前の調査を尽くし、特許権侵害の有無を法的な観点から検討し、侵害しているとの確証を得た上で、プレスリリースを行うべき注意義務がある。そして、このような注意義務を怠った場合、損害賠償責任(不競法4条)を負うというべきである。」との規範を示した。その上で、裁判所は、Yが先行訴訟を提起する前に、本件製品を購入し、特許の構成要件充足性を検討した点、Xのウェブサイトの記載や取引関係を考慮していた点は認めたものの、それだけでは不十分であり、YがXに問い合わせる、Xに警告書を送付して回答内容を確認する、Xの取引関係者等の第三者に問い合わせるなどして、Xが取り扱う具体的な製品を特定するための調査を尽くしたような形跡は窺われないことから、Yが本件プレスリリースを掲載するに当たり、尽くすべき注意義務を怠った過失があったものと判断した。また、これらの事情に鑑みても、Yの行為が正当な権利行使の範囲内にとどまるものとはいえず、違法性は阻却されないとした。

### (3) 控訴審判決

控訴審において、Yによる本件プレスリリースの掲載については、不競法4条の過失があるとは認められないから、損害賠償請求は理由がないと判断し、地裁判決を覆した。本件プレスリリースの記載内容に関して、読む者をして、Xが、Yの特許権を侵害していると思わせる記載内容であることを認定したものの、本件プレスリリースの記載内容により、Xの営業上の信用を害するものであるとは判断していない。また、過失の認定に関して、裁判所は、YがXのウェブサイトから、Xが本件製品について譲渡等の申出をしていると判断したことは無理からぬところであり、Yが、本件製品を分析し、特許の構成要件該当性を確認した上で、先行訴訟を提起し、本件プレスリリースを掲載したのであり、そのことに過失があったものとは認められないと判断した。

## 4. その他の裁判例

### (1) 東京地判平 27 年 12 月 10 日判決[吸水パイプ事件]

本事件は、観賞用水槽内の水を排出するための吸水パイプであるX製品を販売する原告Xに対し、Y製

品として同様の吸水パイプを販売する被告Yが、Y製品の形態はXの商品等表示として広く認識しているX製品と類似しており、その販売は不競法2条1項1号所定の不正競争に該当すると主張したのに対し(第1事件)、Yは、Xが多数の小売店にY製品の販売が不正競争に当たる旨の告知を送付した行為が、虚偽の告知として15号の不正競争に該当すると主張した事案である(第2事件)。

第2事件に関して、裁判所は、X製品が、同法1号が定めるXの商品等表示として広く認識されているものとはいえないと判断し、Xが多数の小売店に送付した文書は、Yの信用を害する虚偽の事実を告知するものというほかないとし、差止め及び損害賠償を認めた。

### (2) 東京地判平 27 年 9 月 17 日判決[プログラム著作権事件]

本事件は、被告Y社が、原告X社の開発・販売するプログラムに関するX製品が、Yのプログラム著作権を侵害する旨の文書をX及びXの取引先その他の第三者に告知・流布したことから、不競法15号の不正競争に該当すると主張した事案である。

裁判所は、X製品及びY製品のプログラムについては、本件全証拠によっても、各具体的記述や、両製品の具体的内容(各プログラムの詳細な構成や機能、動作など)が明らかでなく、Yの主張のみでは、X製品のプログラムがY製品のプログラムを複製ないし翻案したものであるとは認められないと判断した。そして、Yによるプログラム著作権侵害に基づく請求には理由がなく、YがX及びXの取引先等に文書を送付した行為は、15号所定の信用毀損行為に該当し、同行為の差止請求が認められると判断した。さらに、Yは上記信用毀損行為に過失があるから、同法4条に基づく損害賠償責任を負うと判断した。

### (3) 東京地判平 28 年 10 月 27 日判決[リサイクルインクカートリッジ事件]

本事件は、原告X社が被告Y社に対し、Xの販売するインクジェットプリンタのリサイクルインクカートリッジの包装のうちの特定の表示が、Xの商品等表示として周知であることを理由に、YがX表示に類似する各表示を用いたリサイクルインクカートリッジを販売する行為が、不競法2条1項1号所定の不正競争に該当すると主張したのに対し(本訴請求事件)、Yは、Xに対し、Xが同号所定の不正競争と理解されう

る内容をXのホームページに掲載する行為(以下「本件掲載文」という<sup>(28)</sup>)が同法15号所定の不正競争に該当すると主張した事案である(反訴請求事件)。

反訴請求事件に関して、裁判所は、Xの主張する特徴点を総合しても、X製品の各表示が顕著な特徴を有するとはいえず、また、周知性においても需要者の間において周知になっていたとは認められないとして、YによるY製品の販売行為は、不競法2条1項1号所定の不正競争には該当しないと判断した。そして、Xによる本件掲載文に関しては、読み手の通常理解を前提とすると、本件掲載文を何人もアクセス可能なXのホームページに掲載する行為は、訴訟提起の事実とともに、Yの商品の販売行為が不競法に違反するという事実を流布するものと認めることが相当であると判断した。

過失の有無に関して、裁判所は、XがX商品のパッケージデザインそのもので周知であると考え、YによるY商品販売行為が不競法2条1項1号に当たると考えたことが全く不合理であるということとはできなとしながらも、「包装」の商品等表示が周知であると認められることに困難性があること、そうであるにもかかわらず、Yが断定的な表現で本件掲載文に、「その特徴的なパッケージデザインが……X製品を示すものとして、周知となっていました」との表現振りを選択した点にXの注意義務違反があることは免れず、Xには過失があり、損害賠償責任を負うべきであると判断した。

#### IV. 若干の考察

これまで取り上げた近年の裁判例のうち、以下の観点から若干の考察を行う。

#### 1. 権利侵害警告の事案における「虚偽の事実」に該当する態様の多様化

権利侵害警告の事案では、権利行使の前提となる権利の有無が問題となり、権利が存在しているか否かは公権的判断の有無・先後によって変わることなく存在する事実であり、かかる事実と反する場合は、虚偽の事実と該当する。従来、権利侵害警告の事案において虚偽の事実と該当する態様の多くは、権利の非抵触や無効審決等の確定などであった。

今回取り上げたBD必須特許事件、安定高座椅子事件では、「虚偽の事実」に該当する新たな態様を示した事案として位置づけることができよう。すなわち、BD必須特許事件では、FRAND宣言をしている特許権者による差止請求権の行使について、相手側が、(1)特許権者がFRAND宣言をしていること、(2)FRAND条件によるライセンスを受ける意思を有する者であることの立証に成功した場合は、民法に基づく権利の濫用に当たり、その場合に、差止請求権があるかのように告知することは、「虚偽の事実」に該当すると判断されている。過去にも、無効理由が明らかな権利に基づく権利行使は権利濫用であり、当該権利に基づく告知は、虚偽の事実と該当すると判断した事例もあることから<sup>(29)</sup>、権利濫用を理由として、侵害警告が虚偽の事実と該当するとの判断に特段問題はないと考える。また、標準必須特許は標準技術の利用に不可避であり、公共的な性格を有することから、一定条件において、標準必須特許に基づく権利行使を制限することは妥当であり、そのような考え方は、諸外国の考えとも同調するものである。そのため、「虚偽の事実」の該当性における裁判所の判断は妥当であると考えられる。

安定高座椅子事件では、虚偽の事実の該当性に関して、「本件技術評価書を提示することなく、換言すれば、有効性に特段の問題もない権利であるかのように

(28) 本件掲載文の内容は以下のとおりである。なお、下記掲載文内の括弧書きは筆者が付したものであり、適宜文言を修正・省略している。  
(見出し)Yに対する提訴について  
(第1文)挨拶文(省略)  
(第2文)Xは、……不正競争防止法に基づき、不正競争行為の差止めおよび損害賠償金の支払いを求めて、Yを大阪地方裁判所に提訴しました。  
(第3文)Xは、……順次、Zのインクジェットプリンタに適合する下記のリサイクルカートリッジを発売し、その特徴的なパッケージのデザインと品質が全国の消費者に認知され、パッケージのデザインは、X製品を表示するものとして、周知になっていました。  
(X製品の画像)  
(第4文)ところが、Yは、……全国の量販店などを通じ、上記のX製品のパッケージデザインと極めて似た下記の製品を輸入販売するようになりました。  
(Y製品の画像)  
(第5文)Xは、本提訴前にYに対し、消費者が上記Y製品をX製品と混同するおそれがあるとして、不正競争防止法に違反する旨を通告し、パッケージデザインの使用中止を要請していましたが、Yは、Xの要請を受け入れず、現在も上記Y製品の販売を継続しております。  
(第6文)本件訴訟は、小売店においてX製品のパッケージと酷似する上記Y製品が現在も販売されており、ユーザーが取り違えて購入するおそれがあることから、ユーザーの利益を守ると共に、Xが日々受けている損害を回復するため、提訴に至ったものです。  
(第7文)省略  
(29) 前掲注(13) [通学用鞆事件]。

して、本件通知先に前記内容の本件通知を送付したのであるから、これは、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の告知に該当するといわざるを得ない」と判断している。さらに、故意・過失の判断では、実用新案法が定める実用新案技術評価書の趣旨を述べたうえで、当該行為は、「故意」の不正競争行為であり、その違法性の程度は大きいと判断している。

本事件は、実用新案法の特質と、信用毀損行為との関係を理解するのに良い事案である。すなわち、判旨によれば、実用新案法は実体審査をせずに登録を認める一方で、瑕疵ある実用新案権が登録される可能性が増えることから、特許庁の審査官が実用新案の有効性を評価する実用新案技術評価制度を設け(実用新案法12条1項)、実用新案権者は、技術評価書を提示して警告した後でなければ権利行使することができない旨を定めている(実用新案法29条の2)。

審査官による技術評価書は一種の判定であり、無効審判と同様の効力を有する行政処分には該当しない。そのため、権利に無効理由があるという理由で虚偽の事実の該当性が問題となる事案においては、無効審判の審決とは異なり、技術評価書の結果が虚偽の事実の該当性に影響を与えるものではないと考える。問題となるのは、技術評価書を提示して警告した後でなければ権利行使ができないにもかかわらず、権利者が技術評価書を提示することなく、あたかも権利行使できるかのように警告書を記載して相手方に送付することである。こうした場合に虚偽の事実該当することになる。権利行使ができないことに条文上の根拠があるという意味では、権利が無効審判で無効とされるべき場合(特許法104条の3等)や、権利の濫用(民法1条3項)と同様の枠組みであるともいえる。

以上のことから、権利者の技術評価書が無効原因を有する旨、有しない旨のいずれの評価であったとしても、技術評価書を提示して取引先に侵害警告を行っていた場合には、実用新案法29条の2を根拠とする虚偽の事実の告知には該当しないと考える。その場合であっても、信用毀損行為の事案では、裁判所が当事者の主張に基づき権利の抵触性、有効性を判断するため、当該権利に瑕疵があると判断された場合には、それを理由に侵害警告に記載した事実が虚偽の事実該当することになる<sup>(30)</sup>。仮に技術評価書が無効原因を有する旨の評価であるにも関わらず、当該技術評価を否定する根拠を示すことなく取引先等へ侵害警告を行った

場合、裁判所が、技術評価書や当事者から示された証拠をもとに無効理由があると認定し、信用毀損行為の該当性を肯定すると思われる。その場合、事案の違法性を考慮し、過失ではなく故意による不正競争行為と判断することもあるだろう。

その他の事例では、原告の商品や商品の包装が、不競法2条1項1号における商品等表示に該当するため、被告の商品等の販売停止を求めた事案において、当該商品や包装が商品等表示には該当しないため、虚偽の事実該当するとした事例が挙げられる(吸水パイプ事件、リサイクルインクカートリッジ事件)。商品等表示に関しては、特許や意匠等のように設定登録がなされ、その権利内容が公衆に開示される性質のものではなく、その該当性が訴訟で審理されるものであるため、該当性を証明できるほどの識別性や使用実績がなければ、虚偽の事実該当する可能性が高いため注意が必要であろう。

## 2. ウェブサイト等を通じた権利を侵害する旨の告知・流布

近年、企業のコンプライアンス意識の強化や、知財順守の風潮も相俟って、権利者である企業が侵害訴訟等を提起した場合、その旨の事実を企業のウェブページを通じて、広く第三者に公開するケースが増えている。ウェブサイトによる掲載の場合、権利侵害警告のように特定の被疑侵害者に対して侵害行為を停止させるための内容というよりも、自社の権利が第三者に侵害されており、それに対する対処を行ったことを消費者や株主、投資家などのステークホルダーに通知することが目的となっている。その行為自体、企業のステークホルダーへの説明責任等の観点からも推奨される行為であるといえよう。しかしながら、ウェブサイトに記載した内容が単に侵害訴訟等を提起した旨の事実の通知に留まらず、他人の営業上の信用を害する情報を記載した場合、信用毀損行為の問題が生じる。ウェブサイトが、不特定多数の者がアクセス可能という特質に鑑みれば、当該ウェブサイトを開覧した者が、被疑侵害者の製品購入を控えたり、取引を中止せざるを得ない状況が生じるおそれ、特定の者に対する権利侵害警告の場合に比して大きくなる場合もあるだろう。このような態様の虚偽の事実の告知・流布については、特定の者に対する侵害警告と比較して、信用毀損行為の該当性の判断に違いが生じるのであろうか、従来の学

(30) 安定高座椅子事件でも、本件考案に関して技術評価書で示された判断とは別に、裁判所が本件登録出願前に公然実施された商品を理由に進歩性がないと判断し、本件実用新案権に基づく権利行使をすることができないと認定している。

説では十分な議論がなされているとはいえない<sup>(31)</sup>。

上述のLED プレスリリース事件では、「特許権侵害を理由に提訴した際、提訴の事実を公表するとどまらず、……（中略）、他者の行為が、自己の有する特許権を侵害しているとの内容をウェブサイト上に掲載してプレスリリースを行った場合、不特定多数の者が当該プレスリリースを読みため、他者の営業に重大な損害を与えることが容易に予想される。したがって、そのようなプレスリリースを行うに当たっては、あらかじめ、他者の実施行為等について、事前の調査を尽くし、特許権侵害の有無を法的な観点から検討し、侵害しているとの確証を得た上で、プレスリリースを行うべき注意義務がある。」として、ウェブサイトプレスリリースを掲載する際の、掲載者側が負うべき注意義務を示した点に意義がある。しかしながら、控訴審では上記の規範を用いることなく、掲載者には過失がないと判断されたため、地裁判決で示された注意義務が確立された規範であると評価することはできない。なお、特定の取引先に対する侵害警告の事案においても、過失の判断に関しては、高度な注意義務が課せられるとした事例もある<sup>(32)</sup>。インクカートリッジ事件に関しても、不競法2条1項1号に該当するとして侵害訴訟を提起した旨の内容を何人もアクセス可能なホームページに掲載した行為が問題となったが、当該行為が虚偽の事実を「流布」する行為であると認定されただけであり、侵害警告の事案に比べて、本事件がウェブサイトであるとの事情に鑑みた特有の判断がなされているとはいえない。

条文の構造上、15号は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・流布する行為を不正競争行為と定めているだけであり、虚偽の事実を発信する媒体がどのようなものであるかは問題となっていない。権利者には権利行使の一環として、第三者に対する侵害警告や、訴訟提起の事実をプレスリリースすることは認められるが、発信する媒体がどのようなものであっても、他人に損害を与えないようその記載内容に注意を払う義務が課せられている。一方、

ウェブサイトの特性を考慮すれば、権利者が権利行使の一環として社会通念上認められる範囲を超える悪性の高い行為を行った場合には、その情報の伝播先の違いから、他人に与える影響は侵害警告の場合と比べて大きくなるのが予想される。そのような場合は、過失の判断や損害賠償額の算定の場面において、ウェブサイトの特性に鑑みた十分な検討がなされるべきと考える。特に、簡易な方法で多数の者に周知効果の高い情報を提供可能なウェブサイトでの掲載行為については、権利者にとって、虚偽の事実の告知・流布により他人に与える損害の程度が、当該行為によって自身が負担する損害賠償額を上回る場合、いわゆる「やり得」状態が生じる可能性がある。そうした場合、権利者は競合他社を意図的に市場から排除するために、虚偽の事実をウェブサイト上で告知・流布する行動をとる可能性があり、当該行為こそ不競法が規制すべき悪性の高い不正競争行為であると考えられる。このような状態を防ぐためにも、早急な差止めの認容だけでなく、ウェブサイト特有の事情を考慮した故意・過失判断や損害額算定の検討が望まれる<sup>(33)</sup>。

### 3. 各裁判例における信用毀損行為の判断枠組みの傾向

権利侵害警告やプレスリリース掲載の場面では、警告の前提となる権利が事後的に行使不可能になると、文言上、虚偽の事実該当する。従来の裁判例では、虚偽の事実該当すると、一義的に過失ありとする判断や、権利者の正当な権利行使の一環であるかを考慮して、違法性阻却事由や過失有無の判断を行っている。裁判所がどのような場合に其々の判断枠組みを採用するのかについては、明確な基準が示されているとはいえない。

近年の裁判例に関しても統一した判断枠組みが用いられているとはいえず、事案によって様々である。BD 必須特許事件では、「特許権の正当な行使と認められる行為については、不正競争は成立せず、他方特許権の濫用と認められる行為については、不正競争の

(31) 過去にウェブサイトを通じた虚偽の事実の告知・流布が問題となった事件として、東京地判平成19・12・26[生ごみ処理機事件]がある。この事件では、被告が自社のホームページにおいて、原告が販売する商品は模造品である旨を表示していたことが、信用毀損行為に該当すると判断された。しかし、ホームページで虚偽の事実の告知・流布を行うことを考慮した判断はなされていない。また、ウェブサイトではないが、特許権侵害の仮処分訴訟を提起した事実等を記者発表で説明したことが、虚偽の事実の告知・流布に該当するかが争われた事件として、東京地判平成18・3・24判タ1279号307頁[液晶テレビ事件]がある。この事件では、仮処分訴訟を提起した事実や本件処分の申立内容、法的主張内容を説明しただけであって、本件記者発表をもって「虚偽の事実」には該当しないと判断された。

(32) 前掲(10) [マグネット式筆入事件]。

(33) 高林教授は、権利侵害警告を取引先に対して警告状を発した場合(「取引先告知パターン」)と、記者会見や広告行為を通じて公衆に対して行われる場合(「広告パターン」)に分類し、取引先告知パターンに止まらず広告パターンで競業者が特許権を侵害している旨を広報することは、実際には権利侵害がなかった場合であるならば、救済されるべき行為とする余地はない、とする。高林龍「特許権侵害警告と虚偽事実の告知・流布」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念—知財立国の発展へ—』273頁(発明推進協会、2013年)。

成立を妨げないものと解される。……告知に至る経緯において権利者を保護すべき事情については、差止めの必要性や故意過失の判断に際して考慮すれば足りるというべきである。」として、権利者の正当な権利行使と認められる場合には信用毀損行為は成立しない旨の見解を示している。安定高座椅子事件では、正当な権利行使であるかを直接判断していないものの、通知を行った経緯や無効理由を知り得た可能性等をもとに虚偽の事実の告知・流布に該当するかを判断している。一方、吸水パイプ事件、プログラム著作権事件に関しては、虚偽の事実の告知・流布に該当すると同時に過失ありと判断されており、客観説に相当する判断枠組みを用いていると考えられる。

ウェブサイト等を通じた権利を侵害する旨の告知・流布に関して、LED プレスリリース事件の地裁判決では、被告がプレスリリースに掲載した事実が虚偽であると認定され、過失の有無の認定場面で、被告がプレスリリースを行うまでの経緯を検討した結果、被告が果たすべき注意義務を怠った過失があると認定した。また、被告の行為が正当な権利行使の範囲内にとどまるものではないとの判断もされている。控訴審では、地裁で虚偽の事実の該当性を判断した事実と類似した事実をもとに過失の有無を判断し、結果として過失があったものとは認められないと判断した。インクカートリッジ事件においても、原告がホームページに掲載した事実が虚偽であると判断され、過失の有無の認定においては、ホームページに断定的な表現で事実関係を記載したというその表現振りに原告の注意義務違反があったとして過失があると判断されている。

思うに、どのような判断枠組みであったとしても、権利侵害警告や告知の前提となる権利が、非抵触・無効等であると判断された場合、それは行使することができない権利であるから、程度の差はあれ、警告や告知を見た第三者による取引回避を防ぐためにも、当該権利侵害警告や告知に対する差止は認容されるべきである。そして、権利者による警告、告知を行う媒体や手法、権利者の意図などの個別的事情については、故意・過失の判断や損害賠償の計算で判断することが妥当であると考えられる。

#### 4. 実務上の留意点

侵害警告やプレスリリース等に記載された事実が、虚偽の事実の告知・流布に該当するかどうかは、告

知・流布する者の意図やその時期など、様々な状況をもとに判断される。特に近年の裁判例では、記載された事実の内容・表現方法が、他人の営業上の信用を害する内容であるかを重視して判断している傾向にある。そのため、権利者としては侵害警告やプレスリリース等に事実を記載する際に、その内容や表現方法に一層の注意を払う必要がある。

具体的には、断定的な表現は避けるべきであり、単に事実を記載することが必要である。例えば、「権利者は差止請求権を有する」や「不競法2条1項1号の商品等表示に該当し周知である」など、訴訟で審理されることになる事実関係については、断定的な表現ではなく、掲載時点では権利者の主張ないし意見である旨を留保して表現することが望まれる<sup>(34)</sup>。この場合、「権利者は差止請求権を有する」などの記載は、権利者の主観的な意見や抽象的価値判断を伴う「評価」であるから、「事実」ではないとの意見もあり得るため、「事実」と「評価」をどのように区分けするかが問題となる。これに対しては、事実とは虚偽であると判断されるものであり、証拠等をもって虚偽か否かの判断ができる事項であれば、それは事実と解するべきである<sup>(35)</sup>。そのため、上述のような表現も事実の告知に該当し、「虚偽の事実」の対象となるため、その表現方法には注意を払うべきである。

## V. おわりに

本稿では、権利侵害警告における信用毀損行為に関する近年の裁判例を取り上げ、その傾向の分析と若干の考察を行った。従来の裁判例と同様、信用毀損行為に関しては、確立した判断枠組みというものを見出すことが難しい。条文もシンプルなうえ、技術の発展・進歩に伴い信用毀損行為に該当する態様も多様化していることから、一つの枠組みで判断することは困難であるという点は理解できる。今後は、本稿で取り上げたLED プレスリリース事件のように、ウェブサイト等を介して不特定多数がアクセス可能な態様での信用毀損行為の事例も増えてくると思われる。どのような態様であれ、不競法が掲げる事業者間の公正な競争を確保し、国民経済の健全な発展に寄与するという法目的と、権利者の正当な権利行使が不当に妨げられないことのバランスを考慮した、妥当な解決策を検討していくことが重要である。

(34) 東京地判平 28・10・27[リサイクルインクカートリッジ事件]。

(35) 前掲注(12)田村・概説2版440頁、東京地判平 17・1・20[リクルート品質誤認・虚偽事実事件]。



# 特許法 13 条における代理人の選改任等に関する 特許庁の運用についての一考察

西口 克<sup>(\*)</sup>

特許庁に対する手続は、本人又は弁理士ではない代理人によっても特許法上は適法に行うことができる。しかしながら、特許庁に対する手続には、特許法・民事訴訟法等の法律知識、特許庁における運用への理解等が必要とされるため、本人又は弁理士ではない代理人による手続では事件の進行に支障が生じるおそれがある。

また、手続の進行の促進を目的とする特許法 13 条ではあるが、実際に特許法 13 条に基づく通知がされた事例は少ない。

さらに、2016 年 7 月 14 日に特許庁ホームページで特許法 13 条 2 項に関する運用が公表されたが、実際に特許法 13 条 2 項が通知されたことは確認できない。

本稿では、特許法 13 条の意義、実際に特許法 13 条 2 項が通知された事例、特許庁における現在の運用を考慮しつつ、今後特許法 13 条が特許庁においてどのように運用されるべきか考察する。なお、本稿中意見に関する部分は、筆者の私見であることは十分に留意されたい。

## 目次

### I はじめに

### II 特許法 13 条の概要

#### 1 特許法 13 条の文言について

(1) 「手続をするのに適当でないとき」と認めるとき

(2) 「代理人」

(3) 「選任」

(4) 「改任」

(5) 「弁理士」

#### 2 特許法 13 条の意義

### III 特許法 13 条における運用の問題点

#### 1 特許法 13 条の意義を実現できているか

#### 2 弁理士法 75 条 1 項に関する問題

#### 3 代理人を選任する必要がない場合における対応のバラツキ

#### 4 権利化困難である可能性が高い場合にも常に特許法 13 条を通知するか

#### 5 「適当でないとき」に該当するかを判断する対象は、当該事件の手続のみを考慮して適当でないか判断するのか

### IV 民事訴訟法における弁護士代理

#### 1 民事訴訟法における弁護士代理の趣旨

#### 2 民事訴訟法における弁護士代理の例外

#### 3 簡易裁判所における訴訟代理

### V 労働審判における代理

### VI 特許法 13 条に関する事例検討

#### 1 行政書士が商標出願をした事例(平成 25 年 9 月 行政書士連合会 会長談話)

#### 2 不服 2012—12177(特願 2007—179033), 不服 2011—10676(特願 2005—224664)

#### 3 平成 28 年 7 月 14 日特許庁ホームページ

#### 4 知財高判 平成 28・10・27 平成 27 年(行ケ) 第 10250 号

### VII 特許庁における今後あるべき特許法 13 条の運用の検討

#### 1 弁理士法 75 条に該当する場合

#### 2 代理人を選任する必要がない場合

#### 3 審査・審判の進行に著しい支障がある場合

##### ① 審査・審判の進行に著しい支障がある場合

##### ② 特許法 13 条に該当するか否かを考慮する上で当該手続をする者が以前扱った事件も考慮することができるのか

##### ③ 弁護士・弁理士であっても特許法 13 条 2 項の改任命令の通知対象となるか

##### ④ 特許法 13 条を通知する場合の実効性の確保について

### VIII おわりに

### I はじめに

特許庁に対する手続は、本人又は法定代理人や弁理

士によっても特許法上は適法に行うことができる。

しかしながら、特許庁に対する手続には、特許法・民事訴訟法等の法律知識、特許庁における運用への理解等が必要とされるため、本人又は弁理士ではない代理人による手続では事件の進行に支障が生じるおそれがある。

また、手続の進行の促進を目的とする特許法 13 条ではあるが、実際に特許法 13 条に基づく通知がされた事例は少ない。

さらに、2016 年 7 月 14 日に特許庁ホームページで特許法 13 条 2 項に関する運用が公表されたが、実際に特許法 13 条 2 項が通知されたことは確認できない。

本稿では、特許法 13 条の意義、実際に特許法 13 条 2 項が通知された事例、特許庁における現在の運用を考慮しつつ、今後特許法 13 条が特許庁においてどのように運用されるべきか考察する。なお、本稿中意見に関する部分は、筆者の私見であることは十分に留意されたい。

(\*) 校友、特許庁審判部 審・判決調査員、弁理士

士ではない代理人によっても特許法上は適法に行うことができる。しかしながら、特許庁に対する手続には、特許法・民事訴訟法等の法律知識、特許庁における運用への理解(方式審査便覧・審査基準・審判便覧等)、特許明細書や商品・役務の理解等の専門知識が必要とされるため、本人又は弁理士ではない代理人による手続では事件の進行に支障が生じるおそれがある。

また、手続の進行を促進させる目的で設けられた特許法13条ではあるが、実際に特許法13条に基づく通知がされた事例は少ない。

さらに、2016年7月14日に特許庁ホームページで特許法13条2項に関する運用が公表されたが、実際に特許法13条2項が通知されたことは確認できない。

本稿では、特許法13条の意義、実際に特許法13条2項が通知された事例、特許庁における現在の運用を考慮しつつ、今後特許法13条が特許庁においてどのように運用されるべきか考察する。

なお、本稿中の意見に関する部分は筆者の私見にすぎず、特許庁の見解ではない。

## II 特許法13条の概要

### 1 特許法13条の文言について

#### (1) 「手続をするのに適当でない」と認めるとき

手続をするのに適当でない事由としては、手続の円滑、迅速、確実を帰するものであると考えられている<sup>(1)</sup>。このような解釈がされる背景には、特許法等の法目的からも明らかであるように、特許法の各規定は、私人間の争いを規定した民法等とは法目的が異なり、産業の発達に寄与するという公益上の要請があることも一因としては考えられるであろう。

#### (2) 「代理人」

訴訟上の代理人については、「訴訟上の代理人とは、当事者(または補助参加人)の名において(これに効果を帰属させるために)、代理人たることを示して、当事者に代わり自己の意思に基づいて、訴訟行為をしまたは受ける者である」と解されている<sup>(2)</sup>。審判における代理人の解釈については、民事訴訟法における解釈と変わるところはない。

#### (3) 「選任」

選任とは、適した人を選んでその任務に就かせることをいう。特許法においては、法定代理人又は任意代理人を選んでその任務に就かせることをいう。

#### (4) 「改任」

改任とは、ある地位や任務に就いている者を去らせて、別の者に交代することをいう。

#### (5) 「弁理士」

弁理士とは、弁理士法に規定された業務を行う国家資格を有し、日本弁理士会に登録をした弁理士をいうことは明らかである。弁護士は、弁理士の業務を出来ることは明白(弁護士法3条2項)であるが、特許法13条3項の弁理士に弁護士は含まれないとする立場<sup>(3)</sup>と弁護士も含まれるとの立場<sup>(4)(5)</sup>がある。

特許法13条の意義、弁理士の業務は基本業務が特許庁手続でありその手続に精通していること、特許庁手続を行う弁護士は弁理士登録をしている現状、を踏まえれば、特許法13条3項の弁理士は、日本弁理士会に登録をしている弁理士と解釈するのが妥当であり、弁護士といえども弁理士登録をしていなければ特許法13条3項の「弁理士」に含まれないと解釈すべきであろう。

### 2 特許法13条の意義

特許法における手続は、本人自ら又は法定代理人や弁理士ではない者による代理人によっても進行される。この点は、民事訴訟法において原則として法定代理人を除けば弁護士しか代理人となれないことは異なる(民事訴訟法54条1項)。むしろ、弁理士ではない者が報酬を得て特許等の出願を業として行えば、弁理士法75条違反となり、弁理士法79条により一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処されることとなるが、あくまで弁理士法上の問題にすぎず特許法上はなんら規制がないことを念のため指摘しておく。

しかしながら、本人自ら又は法定代理人や弁理士ではない者による手続の場合は、その手続に必要な特許法・民事訴訟法等の法律知識、特許庁における運用への理解(方式審査便覧・審査基準・審判便覧等)、特

(1) 中山信弘 小泉直樹 「新注解特許法」(森崎博之 松山 智恵) 青林書院 2011年 97頁

(2) 新堂 幸司 「新民事訴訟法(5版)」 弘文堂 2011年 166頁

(3) 織田季明 石川義雄 「増訂 新特許法詳解」 日本発明新聞社 1971年 46頁

(4) 兼子一 染野義信 「特許・商標」 青林書院 昭和30年 183頁

(5) 前掲1 98頁

許明細書や商品・役務の理解等の専門知識が乏しいため、事件の進行に支障が生じるおそれがある。

また、特許法は、「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする」と法目的(特許法1条)で規定していることから明白であるように、発明者の利益を保護しつつも、産業の発達つまり公共の利益を図るものである。この点は、特許法13条の意義を考慮する上でも大きな示唆を与えているといえよう。

上記を踏まえれば、特許法13条の意義は、手続に専門的な知識が必要とされるものであり、そのような専門的な知識を持たない者による手続により事件の進行に支障を生じることを防ぐものであるといえよう。

### Ⅲ 特許法13条における運用の問題点

#### 1 特許法13条の意義を実現できているか

上記Ⅱ 2で検討した特許法13条の意義が現在の特許庁の運用において達成できているか以下検討する。

まず、審判便覧(16版)では、22-01において、特許法13条1項に関する代理人選任命令がされうることが記載されている。

「手続をする能力とは、手続の主体となりうる能力であって、原則として、権利能力(→5.)を有する者は、手続をする能力を有する。

特許法では、権利能力を有しない社団又は財団であっても、代表者又は管理人の定めがあるものは、出願審査の請求、特許(商標登録)異議の申立て、無効審判の請求など一定の手続に限って手続をする能力を認めている(特§6, 実§2の4, 意§68 ②, 商§77 ②)。

また、未成年者、成年被後見人等(特§7 ①②, 実§2の5 ②, 意§68 ②, 商§77 ②)及び在外者(特§8 ①, 実§2の5 ②, 意§68 ②, 商§77 ②)については手続をする能力を制限する旨の規定がある(法定代理人, 保佐人, 特許管理人→23-01, 23-06, 23-04)。

なお、審判長は、手続をする者がその手続をするのに適当でないと認めるときは、代理人により手続をすべきことを命じることができる(特§13 ①, 実§2の5 ②, 意§68 ②, 商§77 ②)<sup>6)</sup>。

また、審判便覧(第16版)23-00において、特許法13条2項に関する代理人改任命令がされうることが記載されている。

#### 「2. 代理人の能力

民法上では代理人は行為能力者(行為能力の制限を受けない者)であることを必要としない(民§102)と規定されているが、特許に関する手続については、特許法において、未成年者、成年被後見人は、法定代理人によらなければ手続できない(特§7 ①, 実§2の5 ②, 意§68 ②, 商§77 ②)と規定していることからみて、行為能力の制限を受ける者が代理人となることは好ましくない。

もし、無能力者が代理人として手続したときは、手続をする者の代理人がその手続をするのに適当でないとして改任を命じる(特§13 ②, 実§2の5 ②, 意§68 ②, 商§77 ②)ことができると考えられる<sup>7)</sup>。

22-01や23-00における上記審判便覧の記載は、手続をする能力が制限される者に対しては特許法13条1項の選任命令や特許法13条2項の改任命令が通知されうることが記載されている。これらの記載は、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を考慮するまでもなく、特許法6条及び7条の規定の実効性を保つ上で必要な対応に過ぎず、本来の特許法13条の意義を達成する上では不十分である。

また、そもそも、上記以外に「適当でないと認めるとき」の具体的な判断基準等は、審判便覧(第16版)には記載されていない。そうすると、審判官としては、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を検討する際の明確な基準がなく、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知すべきケースであっても、積極的に通知されないケースが生じているのではないかと。

なお、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知しない事情としては、特許法13条3項の選任命令を通知したとしても、当該技術分野や商標実務に詳しい弁理士が選任される保証がないことも一因として考えられるが、この点については、「Ⅶ 3 ④ 特許法13条を通知する場合の実行性確保について」で言及する。

#### 2 弁理士法75条1項に関する問題

2013年11月14日の特許庁ホームページには、「非弁行為が確認された際には、特許法13条第2項に基づき、出願人の方へ代理人の改任命令を発する等の必要な措置を講じます。」と記載されているが、現状においては審判便覧等には非弁行為に対する対応が何ら記

(6) 特許庁審判部 「審判便覧(16版)」 特許庁ホームページ 22-01

(7) 特許庁審判部 「審判便覧(16版)」 特許庁ホームページ 23-00

載されておらず、特許庁における運用と特許庁ホームページとの整合性が不明である。

また、弁理士法 75 条 1 項に該当することが、直ちに特許法 13 条 2 項に規定する「**適当でないとき**」に該当するのかが疑問がある。

なお、2016 年 7 月 14 日の特許庁ホームページにおいては、「弁理士又は特許業務法人でない者が、他人の求めに応じ報酬を得て、特許庁における手続の代理行為等を業とすること（いわゆる「非弁行為」）は弁理士法第 75 条により禁止されております。

特許庁では、弁理士又は特許業務法人でない者により特許庁における手続代理がなされた際には、当該行為が非弁行為に該当するものでないことについて、当該行為を行った代理人に対して確認を求められますので御承知ください。

また、出願人・審判請求人等におかれましては、出願・審判手続等の代理を依頼する際には、適正な代理人であるか事前に確認されることをお勧めします。

なお、非弁行為が確認された際には、特許法第 13 条第 2 項に基づき、出願人・審判請求人等へ代理人の改任命令を発する等の必要な措置を講じることがあります。」と記載されており、趣旨は 2013 年 11 月 14 日に公開されたものと同様と思われる。

### 3 代理人を選任する必要がない場合における対応のバラツキ

特許庁においては、法人又は個人が出願人となっている出願において、法人の代表者又は本人が個人として代理受任をするケースが少なからずある（特願 2009—280987 や取消 2015—300800 等）。基本的には、拒絶査定不服審判において法人の代表者や本人が個人として代理受任をするケースが多いが、当事者系審判においても不使用取消審判においては何件か確認することができる。

背景としては、特許庁に対する手続で使用される出願ソフトで必要となる電子証明書を法人に比べて簡易に取得できること、特許庁で公開している書式において代理人の記載があるため常に代理人を書面に記載しなければならないと誤解をしていること、等が考えられる。

このような場合に、現在の審判便覧等においては、何ら取り扱いが記載されていないため、事件によって対応が異なる可能性がある。このような状況は、ユーザーにとっても好ましくないという問題がある。例えば、ある事件では、何ら通知することなく法人の代表

者や本人が代理することを認めたが、別の事件では、法人の代表者や本人が代理人となることを認めず代理人を改任し本人出願をするよう促す場合があり得る。

### 4 権利化困難である可能性が高い場合にも常に特許法 13 条を通知するか

権利化が困難である可能性が高い場合においても、常に特許法 13 条 1 項の選任命令や 2 項の改任命令を命じる必要があるかという問題もある。権利化が困難であることが明白である場合は、特許法 13 条 1 項の選任命令や 2 項の改任命令を通知することでかえって事件の進行が遅延する可能性もあるからである。

### 5 「適当でないとき」に該当するかを判断する対象は、当該事件の手続のみを考慮して適当でないと判断するのか

特許法 13 条 1 項や 2 項における「**適当でないとき**」を考慮する上で、当該事件の手続のみを考慮して適当でないと判断するのか、それとも当該事件以外の手続も考慮して適当でないと判断するのか、といった問題がある。

ここでは、仮想事例を考えてみる。

事例 1 代理人 A が出願 1 において二度方式上の不備をした。  
代理人 A が出願 2 において四度方式上の不備をした。

事例 2 代理人 A が出願 1 において三度方式上の不備をした。  
代理人 A が出願 2 において一度方式上の不備をした。

なお、当該事例における方式上の不備としては、提出書類の体裁を整えることができない場合の他に、特許法や民事訴訟法等の法律知識の欠如や審査基準・審判便覧・方式審査便覧等の理解の欠如により、特許要件に関する主張が事実上ない場合や審理の対象となる証拠をまったく提出することができない場合を想定している。

このような場合には、事例 1、事例 2 共に出願 1 のみで判断した方が特許法 13 条の意義を達成できるのか、それとも、出願 1 と出願 2 とを踏まえて判断した方が特許法 13 条の意義を達成できるのか、といった問題がある。

## Ⅳ 民事訴訟法における弁護士代理

### 1 民事訴訟法における弁護士代理の趣旨

訴訟委任に基づく訴訟代理人の資格は、原則として弁護士に限られている(民事訴訟法54条1項)。これは、依頼者たる当事者本人の利益を守る目的と解されている<sup>(8)</sup>。国家試験により最低限の専門的知識が担保されている弁護士が代理することにより、当事者の利益を守るものである。

この点は、特許法が代理人を弁護士又は弁理士に限っていない点において大きく異なる点である。特許法の法目的は、発明者の保護のみならず産業の発達を目的とするものであり、民事訴訟法における当事者本人の利益の保護とは異なるものであるといえる。しかしながら、手続に専門的知識が必要とされる点では、特許法も民事訴訟法と同様であろう。

### 2 民事訴訟法における弁護士代理の例外

弁護士代理の例外としては、司法書士における簡易裁判所における訴訟代理権(司法書士法3条6項)や弁理士における審決取消訴訟の訴訟代理権(弁理士法6条)、特許権侵害等に係る訴訟代理権(弁理士法6条の2)、税理士における税務訴訟における補佐人(税理士法2条の2第1項)等がある。これらの職業に対し、いわば弁護士代理の例外を設けたのは、隣接法律専門職の有する専門性を活用することが背景にあった<sup>(9)</sup>。

上記の改正についても、根底にあるのは、隣接法律専門職の専門性の活用であり、根本的には弁護士代理の原則の考え方を踏襲したものであるといえる。したがって、専門性を有しない者へ無制限に弁護士代理の原則の例外を認めたものではないことは明らかである。

### 3 簡易裁判所における訴訟代理

弁護士代理の例外としては、簡易裁判所において裁判所から許可された訴訟代理人がある(民事訴訟法54条1項但書)。当該規定を設けたのは、簡易裁判所における手続は一般市民が利用しやすいよう簡素化された手続となっており、弁護士代理を貫くことにより、かえって不利益が生じるからである。当該規定については、簡易裁判所における手続には専門性がそれほど要求されないことから生じる弁護士代理の例外であっ

て、弁護士代理の原則の考え方を否定するものとはいえないであろう。

## Ⅴ 労働審判における代理

この章では、労働審判における代理について言及する。労働審判においては、労働審判法4条1項において、「労働審判手続については、法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ代理人となることができない」と規定しており、原則として弁護士代理の考え方が踏襲されている。

また、労働審判法4条1項但書においては、「ただし、裁判所は、当事者の権利利益の保護及び労働審判手続の円滑な進行のために必要かつ相当と認めるときは、弁護士でない者を代理人とすることを許可することができる。」と規定されている。

しかしながら、現場の裁判官は、弁護士でない者を代理人として許可することには前向きではないと発言し、2009年10月時点において、福岡地方裁判所においては、弁護士ではない者を代理人として一度も許可をしていないことを言及している<sup>(10)</sup>。労働審判においては、一定程度の専門性や迅速性が要求されていることが背景にあるのであろう。

労働審判において一定程度の専門性や迅速性が要求されていることは、弁護士代理の原則の考え方を否定するものではなく、また、特許法における手続においても参考となるものであろう。

## Ⅵ 特許法13条に関する事例検討

以下、特許法13条に関する事例を検討し、特許庁におけるあるべき特許法13条の運用について検討する。

### 1 行政書士が商標出願をした事例(平成25年9月 行政書士連合会 会長談話)

上記会長談話によると、「また、平成21年には栃木県行政書士会の会員が商標出願代理を行い、その結果として、特許庁長官による特許法第13条第2項(商標法第77条第2項において準用)に基づく改任命令が発せられたという事案も発生し、当会から各単位会長宛てに、平成21年5月11日付け・日行連発第165号[他

(8) 伊藤眞「民事訴訟法 第4版」有斐閣 2011年 145頁

(9) 平成14・3・19「司法制度改革推進計画」閣議決定 参照

(10) 木村元昭 藤田正人「福岡地方裁判所における労働審判事件の実務」判例タイムズNo.1303 2009年 参照

士業制度及び他士業法の理解と遵守について」という文書を発信し、注意喚起した経過もありました。」との記載がある。

また、上記会長談話には、「商標権、特許権等の知的財産権のうち産業財産権に係る出願業務は弁理士(弁理士法第75条)と弁護士(弁護士法第3条第2項)にのみ認められたものです。一方、著作権や種苗法による新品種育成者権などの登録に係る手続きは、逆に弁理士がなし得ない行政書士固有の業務です。このように出願や登録申請等については、業際の明確な排他的な知的財産権関係業務です。」との記載がある。

上記記載から、特許庁が行政書士の行った商標登録出願に対し、商標法77条2項において準用する特許法13条2項の規定に基づく改任命令を行ったことが推測される。

また、本件については弁理士法75条を根拠として特許法13条2項の改任命令がされた可能性が高いのではないかと考えられる。

仮に、弁理士法75条を根拠に特許法13条2項の改任命令を通知したとすれば、特許庁は、審判便覧22-01や23-00に記載されているような未成年者等手続きをする能力が制限されたものと同視したと考えられ、妥当な結論であろう。

確かに、特許法13条の意義を考慮すれば、弁理士法75条に違反したことは、直ちに特許法13条が想定する「適当でない」と認めるときに該当するとはいえない。しかしながら、弁護士と同様に特許庁手続きに対する専門家として弁理士が存在すること、裁判所における手続きと同様に特許庁手続きには専門知識が要求されること、他の法律により能力を制限されたものであること、を考慮すれば、弁理士法75条違反が明白な場合は特許法13条2項の改任命令を通知することは妥当であろう。

## 2 不服2012—12177(特願2007—179033)、 不服2011—10676(特願2005—224664)

特許法13条1項が実際に通知されたケースではないが、拒絶理由通知書において、特許法13条1項に言及されたケースについて検討する。

不服2012—12177(特願2007—179033)では、平成25年6月21日起案の拒絶理由通知書において、「本願に対しては、審査段階を含め、既に何回も拒絶理由通知が通知されているところ、拒絶の理由が解消されない場合は、不成立(拒絶)審決となる。特定の請求人に同様の拒絶理由通知を何度も通知することは、請求

人間の公平の観点から問題があるので、ご理解願いたい。

請求人は、これまでの手続きをみると、特許手続きについて、不慣れなことは明かであり、今後も手続きを行うのであれば、代理人(弁理士)を利用するか、無料相談(例えば、以下参照)等を利用し、手続きを十分理解した上で対応願いたい。

今後、状況によっては、特許法第13条第1項による代理人選任命令もありうる。

### 【参考】無料相談先

日本弁理士会北海道支部 011—736—9331

北海道発明協会 011—747—8256」が記載されている。

また、不服2011—10676(特願2005—224664)では、平成23年11月15日起案の拒絶理由通知において、「本願は、出願時の明細書、図面の範囲内では、特許性の主張は極めて困難と思われる。

また、請求人は、これまでの手続きをみると、特許手続きについて、不慣れなことは明らかであり、今後も手続きを行うのであれば、面接時に手交した無料相談資料も参考にし、手続きを十分理解した上で対応するか、あるいは代理人の利用を検討願いたい。

今後、状況によっては、特許法第13条第1項による代理人選任命令がありうる。」が記載されている。

上記2つの事例は、特許手続きに不慣れな個人が代理人を選任することなく本人出願を行ったケースである。審査段階から手続補正指令が通知され、審判においても審判指令が通知されたケースであり、明らかに事件の迅速な進行に支障が生じており、また、改善の兆しもなかったケースである。このようなケースの場合、特許法13条の意義を踏まえれば、特許法13条1項の代理人選任命令をすることも選択肢の一つとしてはあり得るのではないかと考えられる。なお、本件については、特許となる見込みがなかったものであるため、最終的には特許法13条を通知しなかったものと思われ、合議体の判断は妥当な判断であった。

事件の迅速な進行を促す上で、特許法13条1項が通知されることを示唆することで本人に手続への習熟を促す効果や無料相談を利用する動機となり得ることも考えられるため、拒絶理由通知書等において特許法13条1項に言及することで特許庁における審理がより促進される効果も期待できるのではないかと考えられる。

## 3 平成28年7月14日特許庁ホームページ

平成28年7月14日特許庁ホームページにおいては、

「弁理士又は特許業務法人でない者が、他人の求めに応じ報酬を得て、特許庁における手続の代理行為等を業とすること(いわゆる「非弁行為」)は弁理士法第75条により禁止されております。

特許庁では、弁理士又は特許業務法人でない者により特許庁における手続代理がなされた際には、当該行為が非弁行為に該当するものでないことについて、当該行為を行った代理人に対して確認を求めることがありますので御了承ください。

また、出願人・審判請求人等におかれましては、出願・審判手続等の代理を依頼する際には、適正な代理人であるか事前に確認されることをお勧めします。

なお、非弁行為が確認された際には、特許法第13条第2項に基づき、出願人・審判請求人等へ代理人の改任命令を発する等の必要な措置を講じることがあります。」との記載がある。

上記記載は、弁理士法75条に該当し、いわゆる非弁行為が確認された際は、特許法13条2項の改任命令が通知される可能性があることを示唆しているものである。特許庁における公表資料において、特許法13条2項について言及されているのは、審判便覧23-00における無能力者の場合の取り扱いに関する記載である。

審判便覧23-00の記載を考慮すれば、上記特許庁ホームページにおけるいわゆる非弁行為が確認された場合の記載は、特許庁における手続代理が他の法令で禁止されており、手続をすることができない状況であると特許庁は考えているのではないかと推察される。

確かに、特許法13条の意義を考慮すれば、弁理士法75条違反が直ちに特許法13条1項や2項が規定する「適当でない」と認めるときに該当するとは言いえない。しかしながら、弁理士と同様に特許庁手続に関する専門家として弁理士が存在すること、裁判所における手続と同様に特許庁に対する手続には専門知識が要求されること、他の法律により能力を制限されたものであること、を考慮すれば、弁理士法75条違反が明白な場合は、特許法13条の意義を考慮して特許法13条2項の改任命令をすることは妥当であろう。

なお、特許法13条3項の選任命令を通知したとしても、当該技術分野や商標実務に詳しい弁理士が選任されるとは限らないが、この点については、「Ⅶ 3 ④ 特許法13条を通知する場合の実行性確保について」で言及する。

#### 4 知財高判 平成28・10・27 平成27年(行ケ)第10250号

知財高判 平成28・10・27 平成27年(行ケ)第10250号は、特許法13条に関して争点となっておらず、かつ、審査段階においても特許法13条が通知された事例ではないが、当事者本人による出願であり、特許法13条の通知が検討されるべき事案だったのではないかと推察される。

以下、検討する。

本件事件における当事者の主張は、下記のとおりである。

〔第3 取消理由に対する原告らの主張〕

##### 1 取消事由1(手続補正書(甲12)に関する手続違背)

被告は、平成25年4月30日受付に係る手続補正書(以下「本件手続補正書」という。)に対し、平成25年6月25日付け手続補正指令書(甲15)をもって補正をすべきことを命じた。さらに、被告は、本件手続補正書に係る補正を却下することなく、平成26年2月19日付けで、更に手続補正指令書(甲1。以下「本件文書」という。)を発送し、本件手続補正書に対し2度にわたり手続補正指令書を出してその補正を命じた。このような行為は、意図的に原告らの時間の利益を奪って登録の妨害をするものであり、国家公務員倫理規程1条1号(倫理行動規準)、刑法193条(公務員職権濫用罪)等に該当し、憲法76条にも違反するものである。

##### 2 取消事由2(手続補正の適否に関する判断の誤り)

願書に添付される図面は、発明の技術内容を説明する便宜のために描かれるものであって、設計図面に要求されるような正確性をもって描かれているとは限らない。

当初【図4】にいうバネで構成した突起部8は、本件当初明細書に「球冠状」と説明されているのであって、「球冠状」とは各方向全部が曲面であることを意味するから、本件補正をしない場合であっても、当初【図4】の突起部8が「長手方向に湾曲すると共に、幅方向にも湾曲する」ものであることは、当業者にとって明らかである。それにもかかわらず、当初【図4】の突起部8につき、「帯状の板バネを長手方向に湾曲すると共に、幅方向にも湾曲していない、突起部8を形成した構成」と認定した上、本件補正が補正要件を充足しないとした審決の判断は、当初【図4】の突起部8についての事実誤認を前提とするものであり、違法なものである。

#### 第4 取消事由に対する被告の反論

##### 1 取消事由1(手続補正書(甲12)に関する手続違背)

本件文書は、本件手続補正書に係る手続が却下されるという原告らの不利益を解消することを目的とする事務連絡文書にすぎず、しかも見本(甲1の3及び4頁)まで添付して原告らの便宜を図ったものであるから、もとより意図的に原告らの時間の利益を奪って登録の妨害をするものではない。したがって、本件手続補正書に係る手続に何ら違法なところはなく、原告らの主張は、その前提を欠くものであって、失当である。

##### 2 取消事由2(手続補正の適否に関する判断の誤り)

本件【図4】で追加された突起部8の構成は、長手方向に湾曲するのみならず、幅方向にも湾曲するものであり、幅方向にも湾曲する構成は当初【図4】に記載されていないため、本件補正は新規事項を追加するものである。当該新規事項に係る構成は、芯ありのペーパーをよりスムーズに回転させることができるという点において、新規な技術的意義を有するものであるから、本件補正は、本件当初明細書に記載した事項の範囲内においてした補正とは認められない。したがって、本件補正が特許法17条の2第3項に規定する補正要件を充足しないとした審決の判断に誤りはない。」

上記裁判所における当事者の主張を踏まえると、原告は、特許庁における手続に関する理解が不十分であったことが容易に理解できる。また、被告である特許庁は原告の理解が不十分であることを踏まえて見本まで付けて原告の便宜を図ったにも関わらず、被告の意図が原告には十分伝わらなかったことが推測される。

このような場合は、特許法13条1項の代理人選任命令をするか、又は、先のVI 2の事例のように特許法13条1項の選任命令がされることを拒絶理由通知等で促しながら、無料相談等の利用を勧めることも対策としては考えられたのではないか。

本件については、手続をする者の専門的な知識の不足により、補正要件に関する適確な主張がされず、かつ、方式不備を繰り返すことで手続の進行に大幅な支障が生じている典型的なケースであり、このような状況を改善することこそが特許法13条の意義ではないか。

## VII 特許庁における今後あるべき特許法13条の運用の検討

### 1 弁理士法75条に該当する場合

弁理士法75条に該当する場合の特許庁における特許法13条の運用を以下検討する。

弁理士法75条に該当することが、直ちに特許法13条に規定する「相当でないと認めるべき」に該当するとはいえない。しかしながら、特許庁に対する手続には、特許法・民事訴訟法等の法律知識、特許庁における運用への理解(方式審査便覧・審査基準・審判便覧等)、特許明細書や商品・役務の理解等の専門知識が必要とされるため、それらの知識を有しない者による手続は事件の進行に支障が生じるおそれがあり、特許法13条の意義は上記不利益を防ぐことにあるとすれば、弁理士法75条に該当する場合に特許法13条2項の改任命令を通知することは合理的である。

また、現在、審判便覧(第16版)22—01や23—00において、未成年者に対し特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知する場合があることを想定しているのと同様に、弁理士法75条に該当する場合は未成年者等と同様に他の規定で制限された者による手続であると考えれば、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知することは妥当であろう。

したがって、弁護士と同様に特許庁手続に対する専門家として弁理士が存在すること、裁判所における手続と同様に特許庁手続には専門知識が要求されること、他の法律により能力を制限されたものであること、を考慮すれば、弁理士法75条違反が明白な場合は特許法13条2項の改任命令を通知することは妥当であろう。

なお、適用条文等は異なるが、労働審判における許可の運用も参考となるであろう。労働審判においては、弁護士代理を原則としつつ、その他の者による許可制度を設けながらも、実際には許可されるケースが少ない<sup>(11)</sup>。確かに、特許法においては、弁護士代理を採用しておらず、特許法上は何人も代理人となることはできる。

しかしながら、特許庁に対する手続は、特許法・民事訴訟法等の法律知識、特許庁における運用への理解(方式審査便覧・審査基準・審判便覧等)、特許明細書や商品・役務の理解等の専門知識が必要とされる専門性の高いものであるとともに、特許法の法目的が産業

(11) 前掲10 参照

の発達という公益的な要素が強いことを踏まえれば、特許庁は労働審判における許可の運営よりも積極的に特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知すべきではないか。

もちろん、特許法13条が乱用されれば、かえって事件の迅速な進行が妨げられ、特許法13条の意義が没却される可能性は否定できない。したがって、特許庁においては、特許庁ホームページにおいてその都度特許法13条に関する運用を通知するのではなく、方式審査便覧や審判便覧等において、特許法13条に関する明確な運用方針を明示することが好ましいであろう。運用方針を明示する上では、特許法13条が乱用されることがないように、特許法13条の意義を明示するとともに、審査官・審判官等の判断の指標となるような具体例を弁理士法75条違反や特許法6条・7条以外にもいくつか明示すべきではないか。

## 2 代理人を選任する必要がない場合

出願人又は請求人が法人又は個人である場合に、その代表者又は本人が代理人として手続をするケースが少なからずある(たとえば、特願2009—280987や取消2015—300800等)。このような場合は、法人の代表者又は本人を代理人とすることなく手続をすることができ、代理人を選任する必要はない。弁理士法との関係でいえば、法人の代表者が代理人となることは、弁理士ではない者が報酬を得て業として特許出願等を行ったとして弁理士法75条違反となる可能性もある。

確かに、電子出願をする際に必要とされる電子証明等の手続においては、法人として取得する場合よりも個人で取得した方が手間を省ける場合も想定されうる。

また、当該手続で不利益を被るのは、法人又は本人にしか過ぎず、弁理士法75条で保護すべき利益はないともいえる。

しかしながら、特許法13条の意義が手続の迅速性にあること、特許法の法目的から明らかであるように各規定を解釈する上では公益性に配慮する必要があること、民事訴訟法と異なり権利の帰趨により不利益を被る第三者がおり権利の帰趨を速やかに確定させる要請があること、本来は特許法に規定する手続をする上で不要な手続であること、等を考慮すれば、特許庁は、代理人を選任する必要がない場合も特許法13条2項に基づく改任命令をするべきではないか。

なお、実際に特許庁が上記運用をする際には、特許

法13条2項に基づく改任命令をすることでかえって事件の進行が妨げられることが考えられるため、特許法13条2項に基づく改任命令は、非弁行為の隠れ蓑となることが想定される場合、特許法13条2項に言及した拒絶理由通知書において代理人を選任することを促すことで手続の進行を円滑にする必要がある場合、等抑制的な運用をする必要があろう。

## 3 審査・審判の進行に著しい支障がある場合

特許庁における特許法13条のあるべき運用を考える上で、審査・審判の進行に著しい支障がある場合が考えられる。審査・審判の進行に著しい支障がある場合を特許庁が検討する上で、考慮すべき点としては、どのような場合に著しい支障があるか、当該手続をする者が以前扱った事件も考慮すべきか、弁理士や弁護士も含まれるのか、といった点を考慮すべきである。以下、これらを検討する。

### ① 審査・審判の進行に著しい支障がある場合

審査・審判の進行に著しい支障がある場合としては、実体面にかかる支障ではないとの見解<sup>(12)</sup>がある。理論上は、実体面にかかる支障も含むと考えることも可能であろうが、特許法13条の意義を踏まえれば、実体面にかかる支障は含まれないと解するのが妥当であろう。仮に、弁護士代理と同様の考え方に立つとしても、弁護士代理は、各弁護士間の能力の差異までを担保したのではなく、実体面に係る支障を含むことは妥当とはいえないであろう。

また、仮に、実体面にかかる支障で特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知することとなること、事件ごとに実体面にかかる支障の基準が異なることを防ぎ難く、結果として特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知する基準が不明確となり、かえって特許法13条の意義が没却されることとなる。

したがって、発明を理解する上で必要となる技術的知識の欠如、主張・立証の巧拙等実体面にかかる支障のみでは、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知することができないであろう。

なお、技術的知識の欠如や主張・立証の巧拙等により、審理の対象となる証拠がまったく提出されない場合や特許要件に関する主張がまったくない場合は、そのことにより、事件の迅速な進行が妨げられるとして、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知

(12) 前掲1 97頁

することも考えられるが、極めて限定的な運用とすべきであろう。

よって、実際に、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令が通知されうる場面としては、特許要件に関する主張がまったくない場合、審理の対象となる証拠がまったく提出されない場合、書面の形式的な誤りを繰り返す場合、等方式的な誤りを繰り返すことで迅速な審理が妨げられる場合が想定されるであろう。

また、上記Ⅶ 1で検討したように、未成年者等や弁理士法75条等他の規定で手続をすることが制限されている場合も審査・審判における著しい支障がある場合に該当すると解すべきであろう。

## ② 特許法13条に該当するか否かを考慮する上で当該手続をする者が以前扱った事件も考慮することができるのか

特許法13条に該当するか否かを検討する上では、当該事件における手続のみならず、当該手続をする者が以前扱った事件における手続も含むべきである。特許法13条の意義を踏まえれば、当該手続をする者が以前扱った事件における手続を踏まえた上で13条の該当性につき判断する方がより特許法13条を有意義なものとすることができるからである。確かに、当該事件のみとすることで、当該手続をする者が今後扱う事件までには、特許庁に対する手続をする上で十分な法的知識や運用に対する理解を図ることも考えられる。

しかしながら、当該手続をする者が以前扱った事件を考慮することで、当該手続をする者が以前扱った事件と比べれば特許に関する手続の習熟度の向上が本件では確認できる場合も想定でき、そのような場合であれば、今後も手続の迅速な進行が行われる見込みがあるとして特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知しないケースもあり得るのではないかと。このようなケースは、Ⅲ 5の事例2のようなケースが想定されるであろう。

また、当該手続をする者が以前扱った事件を踏まえることで、本件においても全く手続に対する理解が進んでいないことが速やかに確認できるため、本件に対し特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を速やかに通知することができ、特許庁は、事件の迅速な

処理が可能となるであろう。このようなケースは、Ⅲ 5の事例1のようなケースが想定されるであろう。

したがって、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を特許庁が検討する上では、当該手続をする者が以前扱った事件における手続も考慮すべきであろう。

## ③ 弁護士・弁理士であっても特許法13条2項の改任命令の通知対象となるか

弁護士・弁理士であっても特許法13条2項の改任命令の対象となるかについては、弁護士・弁理士であっても、特許法13条2項の改任命令の対象となる説<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup>と対象とならない説<sup>(15)</sup>とがある。

当該適用を考える上では、特許法13条の意義を考慮するとともに、民事訴訟法155条の趣旨が参考となるのではないかと。民事訴訟法155条は、適正な審理を実現する上で、一方当事者が相手方の主張や陳述を理解し、それを前提として適切に弁論を行うことが必要である<sup>(16)</sup>ことを前提に、弁論能力を欠く者に対する措置を定めている。

また、弁論能力を欠く者に対し、弁護士の付き添いを命じることで、適正な処理を目指すものである。なお、民事訴訟法155条の対象としては、弁護士も含むと解されている<sup>(17)</sup>。

そうすると、特許法13条については、上記Ⅶ 3 ①で検討したように、実質的な能力の有無について考慮するものではないが、迅速な審理をする上では、特許法13条の意義を踏まえつつ、民事訴訟法155条の趣旨を参考にすれば、弁理士・弁護士であっても対象とすべきではないかと。

上記のことを考慮すれば、特許法13条の改任命令においては、弁護士・弁理士であっても対象となり得るであろう。特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令においては、上記Ⅶ 3 ①で検討したように、実体面を問わないため、弁護士・弁理士が特許要件に関する主張がまったくない場合、審理の対象となる証拠がまったく提出されない場合、書面の形式的な誤りを繰り返す場合、等方式的な誤りを繰り返し、特許法13条2項の改任命令を通知される事例は考えにくい。

しかしながら、普段は特許に関する手続を行ってい

(13) 前掲1 98頁

(14) 前掲3 45頁

(15) 前掲4 183頁

(16) 前掲8 133頁

(17) 兼子 一 「条解 民事訴訟法 (第2版)」(新堂 幸司 上原 敏夫)弘文堂 2011年 935頁

る弁理士が商標に関する手続を行った場合、普段は裁判所に対する手続を行っている弁護士が特許庁手続を行う場合、技術的な理解不足や商品・役務等に関する理解不足により要件に基づいた主張がまったくできない場合、等は、たとえ、弁護士・弁理士であっても方式上の誤りを繰り返す可能性がないとはいえないであろう。

そうすると、たとえ、弁護士・弁理士であっても方式上の誤りを繰り返す場合は、事件の進行に著しい支障が生じることとなるので、特許庁に対する手続に対する理解を促す上でも特許法13条2項の改任命令の通知がされる運用が好ましいのではないかと。

#### ④ 特許法13条を通知する場合の実効性の確保について

特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知する場合の実行性を確保する上で、どのように通知すべきかと通知された後の代理人の選任を円滑に進めるための方策を検討する必要がある。

まず、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知する上では、特許法13条の意義を十分考慮すべきであろう。つまり、特許法13条の意義が事件の迅速な進行にあることを踏まえれば、まずは拒絶理由通知書や審尋等において、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令が通知されうることを明記するとともに、無料相談や弁理士・弁護士への相談を薦めた上で、方式審査便覧や審判便覧等の理解を促すことが必要であろう。その上で、なお、方式上の誤りを繰り返す場合は、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令に加えて、特許法13条3項の選任命令をすることで、事件の円滑な進行が図られるであろう。

また、特許になる可能性がまったくない場合には、かえって、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令が通知されることで事件の進行に著しい支障が生じることが考えられる。そのような場合においては、特許法13条1項の選任命令や2項の改任命令を通知することなく、審理を進めることも一案であろう。もちろん、審査官・審判官において、特許性がないとの心証だったとしても、手続を十分理解した当事者に主張・立証させることで発明の本質を理解する場合もあるため、慎重な対応が必要となることはいうまでもない。

一方、上記Ⅶ①～③で検討した運用が明確となり、特許法13条3項に定める選任通知がされた場合の実効性が問題となる。つまり、特許庁が積極的に特許法

13条3項に規定する選任命令を通知したとしても、弁理士が代理受任をしなければ、特許法13条の規定は存在しないに等しいものとなるであろう。

ここで、平成26年に改正された弁理士法1条を考慮する必要がある。弁理士法1条では、「弁理士は、知的財産(知的財産基本法(平成十四年法律第百二十二号)第二条第一項に規定する知的財産をいう。以下この条において同じ。)に関する専門家として、知的財産権(同条第二項に規定する知的財産権をいう。)の適正な保護及び利用の促進その他の知的財産に係る制度の適正な運用に寄与し、もって経済及び産業の発展に資することを使命とする。」と規定されており、弁理士は、知的財産権の適正な保護及び利用の促進等に寄与し、もって経済等の発展に資することが使命とされている。すると、弁理士は、特許法13条の意義が事件の迅速な進行にあること、弁理士法1条の規定、を踏まえれば、特許庁の運用に対して積極的に協力をするべきではないかと。

なお、日本弁理士会は、特許法13条3項の選任命令に対して、円滑な対応をする上で、国選弁護のような制度設計を参考とすべきではないかと。確かに、国選弁護の対象となる事件と比べて、特許庁に対する事件は公益性が低いといえるであろう。しかしながら、特許法の法目的が発明者の保護という私益のみならず、産業の発展という公益性を有するものであることを考慮すれば、特許法13条3項の通知に対して、日本弁理士会が国選弁護に似た制度設計を検討すべきであろう。弁理士は、弁理士の使命に謳われているように、公益的な性格を強く有しており、今まで以上に社会貢献をすることが求められているのではないかと。

また、実際に国選弁護に似た制度設計をする上では、特許(現実的には技術分野ごとに代理人を選任することが審理を促進させる上で好ましいであろう)、意匠、商標といった専門分野ごとに弁理士名簿を作成することやそもそも代理人を選任するだけの資力を持たない出願人であっても安心して弁理士が受任できるように代理人費用を国等が補助する制度とすることで、より迅速な審理に貢献することができるであろう。

## Ⅷ おわりに

上記までの検討において、特許庁においてどのように特許法13条を運用すべきかを事例を踏まえながら検討した。現在の特許庁に対する手続においては、時代のニーズにあわせて頻繁に改正される特許法等の法

律のみならず、頻繁に改正される審査基準・方式審査便覧・審判便覧等もあり、その手続に必要とされる専門的知識はかつてないほど膨大となっている。このような、状況においては、特許法13条の意義は立法当時より重要性が増しているのではないか。本件論文においては、事例の収集や検討において不十分な点もあったが今後更なる事例の収集と検討を踏まえ更に研究を深めていきたい。また、当該論文をきっかけに実務家や研究者による特許法13条の更なる活用に向けた研究がされ、有益な提言がされることで、より円滑な特許行政が行われれば幸いである。

なお、今日においては特許庁に対する手続が複雑化していることを踏まえれば、弁護士代理と同様の規定を特許法に設けることを検討すべき時期にあると思われるので、上記の点に関しても今後更なる研究が進むことを期待したい。

以上

## パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性

齋藤 崇<sup>(\*)</sup>・小川 宗一<sup>(\*\*)</sup>

商標は、その使用により業務上の信用が蓄積され、また同時に名声を獲得していくことで、多大な財産的価値を生ずる周知著名商標となる。しかし、そのような財産的価値を生ずる周知著名商標のように、商標が有名になればなるほど、権原のない者による模倣等のリスクに晒されることになるが、単なる模倣という形のみならず、「パロディ商標」という形でフリーライドすることを企図した商標出願が、近時における問題となっている。そこで本稿では、商標法上、周知著名商標を保護するために設けられている不登録事由(4条1項7号、10号、11号、15号および19号)によって、権原のない者による「パロディ商標」の商標登録を排除せしめることの適用可能性について論じた。

## 目次

- I. はじめに
- II. パロディ商標の態様
- III. パロディ商標の不登録事由とその限界
  - 1. パロディ商標と商標法4条1項10号、11号および19号
    - (1) パロディ商標の対象となる商標の周知性
    - (2) パロディ商標とその対象となる周知著名商標との類似性
    - (3) パロディ商標と不正の目的を孕む商標出願
    - (4) パロディ商標に対する商標法4条1項10号、11号および19号の適用可能性
  - 2. パロディ商標と商標法4条1項15号
    - (1) 商標法4条1項15号の立法趣旨と解釈
    - (2) パロディ商標に対する商標法4条1項15号の適用可能性
  - 3. パロディ商標と商標法4条1項7号
    - (1) 商標法における公序良俗規定の意義
    - (2) 公序良俗違反の商標の態様
    - (3) パロディ商標に商標法4条1項7号を適用した裁判例
    - (4) パロディ商標に対する商標法4条1項7号の適用可能性
- IV. おわりに

## I. はじめに

商標は、かつて商標法が商品のみを対象としていた頃は「商品の顔」といわれていたが、後に役務が追加されたことで、現在では「商の顔」といわれるまでに至っている<sup>(1)</sup>。つまり、商標は、当該商標が付された商品または当該商標に係る役務において、商標保有者の信用または名声等を、文字または図形等を通じて体現しているのである。そして、商標は単なる標識を超えて、一つの「財産」として取引の対象にもなる。

商標保有者にとって、商標の使用により自己の商標の業務上の信用が蓄積され、また同時に名声も獲得していくことによって、それが周知著名商標となると、当該商標は極めて多大な財産的価値を生ずるものともなり、当該商標を用いて事業を行う際に、自己に有益な影響を及ぼすこととなる。

しかし、自己の商標が有名になればなるほど、権原のない者による当該商標の模倣のリスク、また先願主義を逆手にとって、自己の知らぬ間に商標出願をされてしまうようなリスク等に晒されることにもなる。これらは、「商標の冒用行為」<sup>(2)</sup>である。

このように、商標保有者にとってこれらのリスクの存在は看過できないであろうが、その一方でまた新たな問題も浮上してきている。それが、「パロディ商標」<sup>(3)</sup>である。もっとも、商標法において、パロディ商標についての規定および定義は存在しないし、また同様に

(\*) 日本大学大学院法学研究科私法学専攻博士後期課程

(\*\*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職)・法学研究科 教授

(1) 小野昌延＝三山峻司「新・商標法概説[第2版]」(青林書院、2013年)7頁。

(2) 商標の冒用行為には、本稿で扱う「パロディ商標」の他に、例えば、「悪意の商標出願」もある。

(3) 主たる文献に、佐藤薫「商標パロディ」国際公共政策研究第4巻第1号(1999年)147～163頁、土肥一史「商標パロディ」『牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権—法理と提言』(青林書院、2012年)879～894頁等がある。

裁判例においても示されているわけではない<sup>(4)</sup>。

さて、商標法上、パロディ商標についての規定および定義は存在しないが、裁判例に鑑みると、商標登録の不登録事由を規定する商標法4条1項各号との関係が問題となる。また近時では、商標法における公序良俗の概念は拡大しているとの指摘<sup>(5)</sup>がある中で、パロディ商標に公序良俗規定である商標法4条1項7号を適用した裁判例も登場している。もっとも、7号はその解釈指針においても、「本号を解釈するにあたっては、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、1号から6号までを考慮して行うべきであろう。」<sup>(6)</sup>と説明されているように、本来的にまたは一般論としても、その適用については慎重でなければならない、と考えられている。そうすると、この7号の射程の一類型として、パロディ商標をどのように取り扱うべきか、を検討することも肝要となろう。

そこで、パロディ商標について、商標法4条1項各号(7号、10号、11号、15号および19号)が規定する商標登録の際における不登録事由とパロディ商標との関係について検討し、その適用の限界を示したうえで、パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性について考察することが、本稿の目的とするところである。

なお、パロディ商標といえども、著作権法の領域にも係る部分(議論)もあろうが<sup>(7)</sup>、本稿における検討および考察は、あくまでも商標法の領域にとどまることとする。

## II. パロディ商標の態様

そもそもパロディとは、辞書的な意味においては、「文学作品の一形式。よく知られた文学作品の文体や韻律を模し、内容を変えて滑稽化・諷刺化した文学。」<sup>(8)</sup>や、「文学などで、広く知られている既成の作品を、その特徴を巧みにとらえて、滑稽化・風刺化の目的で作変えたもの。」<sup>(9)</sup>等と説明されている。つまり、これらの辞書的な意味に鑑みると、パロディとはおよそ

「既存の他人の作品を真似して、そこに何らかの創作性を付加することで、風刺・滑稽さ等を醸し出すもの」といえよう。

では、ある商標がパロディ化されたことによって創作された「パロディ商標」とは何か、である。このパロディ商標の定義を確定させるためには、そもそも商標とは何か、ということについても言及する必要がある。

商標とは、「人の知覚によって認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの」であり(2条1項)、「業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの」(2条1項1号)または「業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの」(2条1項2号)である。商標は、自己の商品または役務と密接に関連するもの、つまり、その商標の使用をする者の商品または役務について使用されるものであり、前述のように、いわば「商の顔」である。

そして、商標がパロディ商標となるためには、当該商標に接した需要者に、あの商標がパロディ化されたものである、と認識される必要がある。したがって、パロディ商標の対象となる商標は、周知著名商標であるということの裏返しとなる。そして、事業者がある商標をパロディ化してパロディ商標として選択する所以は、そのパロディ商標をもって、もとの周知著名商標の名声等にただ乗り(フリーライド)して、それにある種の「茶化し」を加えることによって、それを自己の商品または役務に使用し、利益を得ることを目論むからであろう。

また文献では、パロディ商標とは、「もとの商標に批評等の目的のために茶化しなどの手をくわえた表現形式」<sup>(10)</sup>や、「パロディの対象となる現象を笑い、批評・批判するために商標をそのままあるいは改変を加え自己の商品その他に利用することにより、これに接する者が利用された著名周知商標を連想する、そうし

(4) この点について、知財高判平成22・7・12判タ1387号311頁[第2次SHI-SA]事件では、「・・・『パロディ』なる概念は商標法の定める法概念ではなく、講学上のものであって、法4条1項15号に該当するか否かは、あくまでも法概念である同号該当性の有無により判断すべきである」と述べている。

(5) 山田威一郎「商標法における公序良俗の概念の拡大」『知財管理』51巻12号(2001年)1863～1872頁、石井茂樹「肥大化した『公序良俗』概念」『松田治躬先生古稀記念論文集』(東洋法規出版、2011年)275～296頁等を参照。

(6) 特許庁(編)『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説[第19版]』(発明推進協会、2012年)1286～1287頁。

(7) 土肥・前掲註(4)883頁では、著作権法におけるパロディについては、「著作権パロディの許容性の議論では、パロディの目的が問われることが多い。」と述べている。なお、パロディは、著作権法上、主として複製権侵害(著作権法21条)、翻案権侵害(著作権法27条)、そして同一性保持権侵害(著作権法20条)等が問題になると思われる。

(8) 新村出(編)『広辞苑[第6版]』(岩波書店、2008年)2310頁。

(9) 松村明(監修)『大辞泉[第2版]下巻』(小学館、2012年)2967頁。

(10) 佐藤・前掲註(3)148頁。

た商標<sup>(11)</sup>等といわれている。

したがって、商標法および裁判例においてその明確な定義はないものの、以上に鑑みると、パロディ商標とは、「他人の周知著名商標に、茶化しという創作性を付加することで生じる滑稽さを、自己の商品または役務について使用することで、それに接する需要者に同時にもとの周知著名商標の存在をも知らしめる商標」ということができよう。

### Ⅲ. パロディ商標の不登録事由とその限界

#### 1. パロディ商標と商標法 4 条 1 項 10 号、11 号および 19 号

##### (1) パロディ商標の対象となる商標の周知性

パロディ商標と対象となる他人の商標との関係性においては、その対象となる商標に「周知性」<sup>(12)</sup>があるか否かが問題の一つとなる。パロディ商標に係る不登録事由を検討する際に、条文の文言として「周知性」を要求している規定として、商標法 4 条 1 項 10 号<sup>(13)</sup>および 19 号がある。

しかし、パロディ商標との関係でいえば、この要件が否定されることはまずないと考えられる。なぜなら、ある商標がパロディの対象となること自体、当該商標は周知性または著名性を有していることが一般的といえるからである<sup>(14)</sup>。そうでないと、仮に周知性が否定される可能性がある商標をパロディ化して、当該商標をパロディ商標として選択しても、それはパロディ商標の商標保有者の独自のものとなる可能性があり、

そもそもパロディとしての意味をなさない<sup>(15)</sup>。これは、前述のパロディ商標の定義からも導き出されよう。もっとも、他の 11 号、15 号および 19 号の規定に係るパロディ商標においても、その対象となった商標の周知性は認められている<sup>(16)</sup>。いずれにせよ、パロディ商標の対象となる商標の周知性の程度は、極めて高いと思われる。これは、周知性の程度が低い商標をパロディ化したパロディ商標では、前述のパロディ商標の定義に基づくとき、当該商標に接した需要者が、その対象となったもとの商標の存在を連想できない、ということに由来している。

したがって、パロディ商標に係る問題としては、前述のパロディ商標の定義に鑑みても、当該商標の対象となる商標の「周知性」が問題とされることはなからう。

##### (2) パロディ商標とその対象となる周知著名商標との類似性

前述のように、パロディ商標の対象となる商標の周知性または著名性は否定されないとはいえるが、問題は商標の「類似性」である。なぜなら、商標法 4 条 1 項 10 号、11 号<sup>(17)</sup>および 19 号では、各々の条文の文言において「類似性」が要件とされているからである。

さて、前述のパロディ商標の定義に基づくとき、商標の「類似性」の判断が必要不可欠となる。そして、商標の類似性を判断する際に、その類否判断基準について示した「氷山印」事件最高裁判決<sup>(18)</sup>では、次のように述べている。

「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認

(11) 土肥・前掲註(3)880頁。

(12) なお、周知性の程度について、東京高判昭和 58・6・16 無休集 15 卷 2 号 501 頁、判時 1090 号 164 頁[DCC]事件では、「・・・商標登録出願の時にわたり全国にわたる主要商圏の同種商品取扱業者の間に相当程度認識されているか、あるいは、狭くとも一県の単位にとどまらず、その隣接数県の相当範囲の地域にわたって、少なくともその同種商品取扱業者の半ばに達する程度の層に認識されていることを要するものと解すべきである。」と述べている。また、特許庁(編)『商標審査基準(改訂第 12 版)』(発明推進協会、2016 年)65 頁では、「・・・全国的に認識されている商標のみならず、ある一地方で広く認識されている商標を含む。」と述べている。

(13) 商標法 4 条 1 項 10 号では、「他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であつて、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」については、当該商標の商標登録が受けられない旨が規定されている。

(14) これを裏付けるような事例として、例えば、10 号該当性が争点の一つとされた知財高判平成 24・5・31 判タ 1388 号 300 頁[Lamborghini]事件判決では、「・・・引用商標である[LAMBORGHINI]は、本件商標の出願以前から現在に至るまで、イタリアの高級自動車メーカーである原告又は原告の業務に係る商品『自動車(スーパーカー)』を表示するものとして、日本国内の自動車取引業者や愛好家の間で広く知られているから、他人の業務に係る商品(自動車)を表示するものとして、需要者の間に広く認識されている商標に該当するものと認められる。」と述べている。

(15) この点について、土肥・前掲註(3)880 頁では、「パロディであるためには、2 つの意味的に関連した相異なるメッセージを伝達するものでなければならない。そのため、商標パロディでは、オリジナルは周知著名な商標であることが必要となる。」と述べている。

(16) 知財高判平成 21・2・10 最高裁 HP[第 1 次 SHI-SA]事件、知財高判平成 22・1・13 最高裁 HP[ローリングストーンズベロマーク]事件、知財高判平成 22・7・12 判タ 1387 号 311 頁[第 2 次 SHI-SA]事件、知財高判平成 25・6・27 最高裁 HP[KUMA]事件、知財高判平成 28・4・12 最高裁 HP[フランク三浦]事件を参照。なお、これらの裁判例は、本稿でとりあげている。

(17) 商標法 4 条 1 項 11 号では、「当該商標登録の日前の商標登録出願に係る他人の登録商標又はこれに類似する商標であつて、その商標登録に係る指定商品若しくは指定役務・・・又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」については、当該商標の商標登録が受けられない旨が規定されている。

(18) 最三小判昭和 43・2・27 民集 22 卷 2 号 399 頁、判時 516 号 36 頁、判タ 219 号 91 頁。

図 1



図 2



混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」

この「氷山印」事件最高裁判決が述べたように、商標の類否判断については、商標が付された商品の出所の誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって判断されることを前提としつつも、単に対象となる商標の外観、観念、称呼等のみならず、それらと同時に、当該商標が付された商品の取引の実情も考慮されうることとなる。

それでは、パロディ商標とその対象となる周知著名商標との類似性は具体的にどのようなものであろうか。

例えば、11号該当性を争点とした「第1次 SHI-SA」事件判決(図1)では、上記の類否判断基準に基づき検討した結果、「・・・本件商標における動物図形は、たしかにその向きや基本的姿勢、跳躍の角度、前足・後足の締め具合・伸ばし具合や角度、胸・背中・腹から足にかけての曲線の描き方において・・・『PUMA』ブランドの商標と似ている点があるものの、取引者・

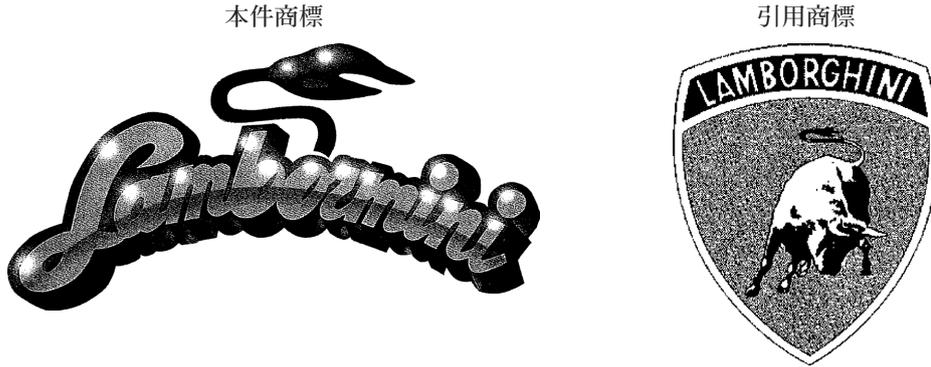
需要者に印象付けられる特徴は『PUMA』ブランドの商標とは異なるものである。・・・そうすると、『PUMA』ブランドのピューマを記憶している取引者・需要者は、本件商標を『PUMA』ブランドの商標とまで誤って認識するおそれはないというべきである。」と類似性を否定する旨を述べて、11号該当性を否定した。なお、本事件はその後、特許庁において審理がやり直され、再び11号で拒絶されたが、「第2次 SHI-SA」事件(図1)において、再び類似性が否定され、そして11号該当性も否定されている。

また、商品の取引の実情との関係でいえば、「フランク三浦」事件判決(図2)では、そもそも商標の類似性を否定しつつ、当該商標が付された商品について、「・・・被告商品は、多くが100万円を超える高級腕時計であるのに対し、・・・原告商品は、その価格が4000円から6000円程度の低価格時計であって、原告代表者自身がインタビューにおいて、『ウチはとことんチープにいくのがコンセプトなので』と発言しているように、被告商品とはその指向性を全く異にするものであって、取引者や需要者が、双方の商品を混同するとは到底考えられない・・・」とも述べて、商品の取引の実情も考慮しつつ、類似性が否定されている<sup>(19)</sup>。

このように、パロディ商標とその対象となる周知著

(19) とはいえその一方で、11号ではなく10号に係る事件ではあるが、「Lamborghini」事件判決(図3)では、上記の類否判断基準に基づき検討された結果として、「・・・本件商標と引用商標は、本件商標の文字部分10文字中9文字が引用商標と共通すること、称呼において、相違する1音が母音構成を同じくする近似音であり類似すること、外観においても、若干の相違があるものの、全体として類似することに加え、・・・原、被告の各商標の使用状況等取引の実情等を総合して判断すると、本件商標と引用商標は、互いに類似する商標であると解される。」と述べて、類似性を肯定した。なお、本事件では、「被告は、本件口頭弁論に出頭せず、答弁書その他の準備書面を提出しないから、請求原因事実を争うことを明らかにしないものと認め、これを自白したものとみな・・・」された。

図 3



名商標との類似性については、当該商標の構成のみ、またそれに加えて、当該商標が商品または役務に使用された場合に、その取引の実情も踏まえて、類似性が否定される可能性が大いにあると思われる。

したがって、パロディ商標に係る問題として、前述のパロディ商標の定義に鑑みると、商標の「類似性」は否定される傾向にあると思われる。これはつまり、需要者が当該商標に接しても誤認混同を起こす可能性が低いと解されているがために、商標の類似性が否定されるということではなかろうか。そして、商標の類似性が否定されるということは、条文の文言として「類似性」を要件とする 11 号該当性のみならず、同様の要件を必要とする 10 号および 19 号該当性も否定されることを意味するのである<sup>(20)</sup>。

### (3) パロディ商標と不正の目的を孕む商標出願

パロディ商標の出願の際に、そこに何らかの「不正の目的」が孕んでいる場合もありうる。このような場合に、不正の目的による商標の商標出願を排除せしめる規定が、商標法 4 条 1 項 19 号<sup>(21)</sup>である。他人の周知商標と同一または類似の商標であつて、当該商標出願に「不正の目的」を孕んでいるものには、19 号が適用されうる。そして 19 号は、平成 8 年の商標法の一部改正の際に導入された規定であり、日本または外国における周知商標の保護を目的としている。

ところで、19 号はその性質上、要件の一つである

「周知性」が問題とされることが多い。なぜなら、たとえ不正の目的を孕んで出願された商標であっても、我が国商標法では登録主義に基づく先願主義が採用されているために、周知性がない未登録商標は商標登録をしない限り、保護されないからである。この問題は、悪意の商標出願が問題とされる際に、明白となる。

しかし、パロディ商標との関係でいえば、前述の定義、そして周知性の観点からも、19 号における「周知性」が特に問題とされないであろうことは、既に述べたところである。

そうすると問題は、19 号該当性のための要件である前述の「類似性」を除くと、この 19 号の特有の文言である「不正の目的」であろう。これは、パロディ商標とどのように関係してくるのであろうか。

19 号にいう「不正の目的」とは、図利目的または加害目的をはじめとする取引上の信義則に反するような目的のことである<sup>(22)</sup>。そして、「不正の目的」があるとして、19 号が適用されうるようなものには、次のようなものがあると説明されている<sup>(23)</sup>。

「(1) 外国において周知な他人の商標と同一又は類似の商標について、我が国において登録されていないことを奇貨として、高額で買い取らせたり、外国の権利者の国内参入を阻止したり、国内代理店契約を強制したりする等の目的で、先取的に出願した場合。

(2) 日本国内で商品・役務の分野を問わず全国的に知られているいわゆる著名商標と同一又は類似の商標に

(20) 実際に、「フランク三浦」事件判決では、商標の類似性が否定されたがために、「・・・本件商標が不正の目的をもって使用するものに該当するかどうかについて判断するまでもなく、本件商標は商標法 4 条 1 項 19 号に該当するものとは認められない。」と述べており、また「第 2 次 SHI-SA」事件判決でも、同旨を述べている。

(21) 商標法 4 条 1 項 19 号では、「他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的(不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。)をもって使用するもの(前各号に掲げるものを除く。)」については、当該商標の商標登録が受けられない旨が規定されている。

(22) 特許庁・前掲註(6)1292 頁。

(23) 特許庁・前掲註(6)1292 頁。

ついて、出所の混同のおそれではなくとも出所表示機能を稀釈化させたり、その名声を毀損させる目的をもって出願した場合。(3)その他日本国内又は外国で周知な商標について信義則に反する不正の目的で出願した場合。]

しかし、パロディ商標と上記の「不正の目的」の想定例との関係でいえば、パロディ商標の定義に鑑みると、例えば、パロディ商標の商標保有者がそのもとになった周知著名商標の商標保有者に対して、当該商標の買取りまたは権利行使等によって損害を与える目的でパロディ商標を有しているとは考えにくいであろうし、またその周知著名商標に化体した信用、名声および顧客吸引力等を毀損させる目的でパロディ商標を選択したともいいがたい。この点について、「第2次 SHISA」事件判決では、そもそも商標の類似性を否定しつつも、19号の「不正の目的」の判断がされており、例えば、「・・・本件商標の跳躍するシルエットの動物図形には、沖縄を象徴するシーサーが沖縄から大きな舞台上に飛び出してほしいという原告の願いが込められていること」等の様々な事情を考慮して、「・・・既に我が国において現に引用商標Cが登録されていることにも鑑みれば、原告の本件商標の使用につき、周知商標が登録されていない状況に乗じて不正の利益を得る目的等や、補助参加人等に損害を与える目的等があるとまで認めることまではできず、原告に法4条1項19号にいう『不正の目的』があったとはいえないというべきである。」と述べている。

とはいえその一方で、「Lamborghini」事件判決のように、「・・・被告は、・・・原告が世界的に著名な自動車メーカーであり、引用商標も原告の業務に係る商品(自動車)を表示するものとして需要者の間に広く認識されていることや、かかる引用商標と本件商標が類似の商標であることを認識しながら、自動車等を指定商品等とする本件商標登録を行い、実際に『Lamborghini』や『ランボルギーニ』との商標を使用して、原告の製造、販売に係る自動車を模したカスタムバギーを製造、販売していることが認められる。そうすると、本件商標は、被告が、不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をもって使用をするものと認められる。」と述べて、「不正の目的」を認定し、19号該当性を肯定したのものもある<sup>(24)</sup>。

このように、パロディ商標の商標出願人が、なにも

え当該商標を選択するのかといえ、それは、周知著名商標の商標保有者に対して、19号が特に想定している当該商標の買取りまたは権利行使等によって、不正に利益を得たり、参入を阻止したりする等といったことを目論むのではなく、あくまでも自己の商品または役務にパロディ商標を使用することで、それに接した需要者に対して、あの商標をパロディ化したものであろう、とその対象になった周知著名商標を連想させることによって、利益を得ようとする目論みにすぎないためである。

したがって、パロディ商標に係る問題として、前述のパロディ商標の定義および上記の点に鑑みると、19号にいう「不正の目的」が認定される可能性は低いように思われる。

#### (4) パロディ商標に対する商標法4条1項10号、11号および19号の適用可能性

ここまで、パロディ商標に係る商標法4条1項10号、11号および19号の問題について述べてきた。

確かに、パロディ商標の対象となる商標は、基本的に周知著名商標であるといえるので、「周知性」の要件が否定されることはなからう。

しかし、10号、11号および19号は、各々要件として「類似性」を要求しているために、パロディ商標とその対象となる周知著名商標では、類似性が否定される可能性が否めない。

また、19号にいう「不正の目的」も、パロディ商標の商標保有者は、自己の商品または役務について当該商標を使用するのみであり、周知著名商標の商標保有者に対して損害を与える等の目的で、パロディ商標を有している可能性も低いと思われる。

したがって、パロディ商標に対して商標法4条1項10号、11号または19号を適用することは、「Lamborghini」事件判決のような場合を除き、いささか困難であると考えられる。

## 2. パロディ商標と商標法4条1項15号

### (1) 商標法4条1項15号の立法趣旨と解釈

パロディ商標に係る不登録事由には前述の規定の他に、商標法4条1項15号がある。商標法4条1項15号では、「他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標(第10号から前号までに掲げる

(24) もっとも、本事件は、そもそも「類似性」が肯定されたことによって、同時に不正の目的も認定されうる結果になったのではないかとも思われる。

ものを除く。)]については、当該商標の商標登録が認められない旨が規定されている。これは、いわば「出所の混同」を生ずるおそれがある商標を、商標登録から排除せしめる規定である<sup>(25)</sup>。

15号では、カッコ書きで「第10号から前号(14号)までに掲げるものを除く。」と規定されており、これは、15号がそれら各号以外の場合にも適用されうるといふ意味を有している、いわば「総括規定(条項)」であると解されている<sup>(26)</sup>。なぜなら、混同を生ずるおそれがある商標には、10号ないし14号の規定以外の場合もありうるからである。そのような所以から、15号はカッコ書きのような文言となっている。

さらに15号では、商標が類似していること、また商標に係る指定商品または指定役務が類似していること等のように、例えば11号の要件の一つである「類似性」は、要求されていない<sup>(27)</sup>。なぜなら、15号に該当するか否かについて判断する際には、商標それ自体の出所の混同のみならず、取引社会の具体的事情も考慮され、その取引の実情から他人の業務に係る商品または役務との混同を生ずるおそれがあるか否かのみで決せられるからでもある<sup>(28)</sup>。

したがって、たとえ商標が非類似であっても、出所の混同が生ずるおそれがある商標の場合には、15号が適用されうるのである<sup>(29)</sup>。

ところで、15号には2種類の混同があるとされるが、その解釈について示した「ルールデュタン」事件最高裁判決<sup>(30)</sup>では、次のように述べている。

「商標法4条1項15号にいう『他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標』には、当該商標がその指定商品又は指定役務(以下『指定商品等』という。)に使用したときに、当該商品等が他人の商品又は役務(以下『商品等』という。)に係るものであると誤信されるおそれがある商標のみならず、当該商品等が右他人との間にいわゆる親子会社や系列会社等の緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品等であると誤信されるおそれ(以下『広義の混同を生ずるおそれ』という。)がある商標を含むものと

解するのが相当である。けだし、同号の規定は、周知表示又は著名表示へのただ乗り(いわゆるフリーライド)及び当該表示の希釈化(いわゆるダイリューション)を防止し、商標の自他識別機能を保護することによって、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、需要者の利益を保護することを目的とするものであるところ、その趣旨からすれば、企業経営の多角化、同一の表示による商品化事業を通して結束する企業グループの形成、有名ブランドの成立等、企業や市場の変化に応じて、周知又は著名な商品等の表示をする者の正当な利益を保護するためには、広義の混同を生ずるおそれがある商標をも商標登録を受けることができないものとすべきであるからである。そして、『混同を生ずるおそれ』の有無は、当該商標と他人の表示との類似性の程度、他人の表示の周知著名性及び独創性の程度や、当該商標の指定商品等と他人の業務に係る商品等との間の性質、用途又は目的における関連性の程度並びに商品等の取引者及び需要者の共通性その他取引の実情などに照らし、当該商標の指定商品等の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準として、総合的に判断されるべきである。』

このように、「ルールデュタン」事件最高裁判決では、15号には他人によって商標出願された商標が指定商品または指定役務に使用されると、その指定商品または指定役務の出所を誤認するという「狭義の混同」を生ずるおそれがある商標のみならず、商品または役務の出所の誤認混同はなくとも、他人によって商標出願された商標に係る指定商品または指定役務が、当該他人と緊密な営業上の関係またはグループ関係にある者の業務に係る商品または役務であると誤認するという「広義の混同」を生ずるおそれがある商標にも、その適用があると述べている。

## (2) パロディ商標に対する商標法4条1項15号の適用可能性

前述のように、商標法4条1項15号は、10号ないし14号の総括規定(条項)であり、これら以外の混同について規定したものである。そして、15号にいう

(25) 小野昌延=三山峻司(編)『新・注解商標法[上巻]』(青林書院、2016年)473頁(工藤莞司=樋口豊治)。

(26) 特許庁・前掲註(6)1289頁。

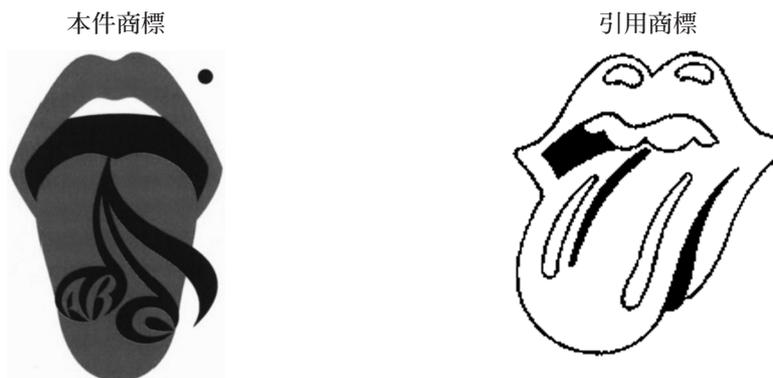
(27) 茶園成樹(編)『商標法』(有斐閣、2014年)68頁(村上画里)。

(28) 金井重彦=鈴木将文=松嶋隆弘(編)『商標法コンメンタール』(レクスネクス・ジャパン、2015年)145~146頁(藤田晶子)。

(29) なお、土肥一史「商標法4条1項15号にいう『混同を生ずるおそれがある商標』—ルールデュタン事件—」小野昌延先生喜寿記念刊行事務局(編)『知的財産法最高裁判例評釈体系Ⅱ』(青林書院、2009年)456頁では、「表示による混同であるから商標間の類似性は必須である」とも述べている。

(30) 最一小判平成12・7・11民集54巻6号1848頁、判時1271号141頁、判タ1040号125頁。

図 4



「混同を生ずるおそれがある商標」には、「狭義の混同」の他に「広義の混同」が含まれる。

では、パロディ商標と「混同を生ずるおそれがある商標」の商標登録を排除せしめる 15 号は、どのように関係してくるのであろうか。

前述のパロディ商標の定義に鑑みると、周知著名商標をパロディ化した商標を、それに接した需要者が、あの周知著名商標をパロディ化したものであろう、と認識できるような場合、つまり、需要者が互いの商標の外観等の相違点から、出所が異なることを認識できるような場合には、誤認混同が生じるおそれは限りなく低くなる。

とはいえ、前述のように、15 号にいう「混同を生ずるおそれ」には、狭義の混同に加えて、広義の混同が含まれる。広義の混同の場合、周知著名商標と当該商標をパロディ化した商標とを、需要者がそのようなパロディ商標が使用された商品または役務に接した際に、当該商標の出所の誤認混同はなくとも、(商品または役務について)あの会社に関係のある会社(例えば、子会社等があげられる)が販売(または提供)しているものであろう、と捉える可能性を否定できるわけでもない<sup>(31)</sup>。

しかし、この点について、「ローリングストーンズベロマーク」事件判決(図 4)では、「・・・本件商標を本件指定商品等に使用した場合、これに接する取引者・需要者が、著名な商標である引用商標を連想・想起して、本件指定商品等がローリングストーンズ若しくはローリングストーンズとの間に緊密な営業上の関

係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある者の業務に係る商品又は役務であると誤信するおそれがあるものと認めることはできないといわざるを得ない。」と述べている。

以上に鑑みると、いくなれば、パロディ商標の対象となった周知著名商標については、それが 15 号該当性を争点としている以上、明らかに有名なものであるために、それに接した需要者が出所の混同を生ずるとはいえない、ということの裏返しであるように思われる。これは、前述のパロディ商標の定義に鑑みると、まさにそうであろう。

そして、パロディ商標と広義の混同の場合に関連して、そもそも周知著名商標の商標保有者が自ら自己の商標をパロディ化して、親子会社もしくは系列会社等またはグループ会社等に対して、当該商標をライセンスすることも通常考えにくいのではなかろうか<sup>(32)</sup>。パロディ商標が、風刺のような「揶揄または批判」の態様であれば格別、滑稽さのような「茶化し」の態様であっても、その可能性はないと考えられる。

したがって、パロディ商標に対して 15 号を適用することにも、一定の限界があると考えられる。

### 3. パロディ商標と商標法 4 条 1 項 7 号

#### (1) 商標法における公序良俗規定の意義

前述のように、パロディ商標には、商標法 4 条 1 項 10 号、11 号、15 号または 19 号該当性が争点とされてきたが、その一方で、これらに該当しないような場合にも商標法 4 条 1 項 7 号の適用の余地がありうる。

(31) 泉克幸「判批」京女法学第 6 号(2014 年)129 頁では、「・・・パロディ商標に接した需要者が、それが付された商品の出所自体を X と誤認混同する蓋然性は高くないかもしれないが、X が正にそうしたパロディ商品の販売を他の企業に許諾しているとの誤解は十分に生ずるのであろう。」と述べており、同様の見解をうかがわせる。

(32) 平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究第 44 号(2014 年)316 頁でも、同旨を述べている。

商標法4条1項7号では、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」については、当該商標の商標登録を受けることができない旨が規定されている。商標法における公序良俗規定の意義は、社会の秩序および道徳的秩序を考慮し、これらに反する商標の商標登録を排除せしめようとするものである<sup>(33)</sup>。したがって、ある商標が公序良俗に反するものと判断されると、たとえ商標法3条1項各号の要件(積極的登録要件)を満たしていたとしても、当該商標の商標登録は、至極当然のごとく認められないこととなる。

しかし、どのような商標が公序良俗違反となりうるかについての判断は必ずしも一義的ではない。なぜなら、7号という公序良俗規定では、どのような商標が公序良俗違反となりうるかについては具体的に定められておらず、もっぱら解釈に委ねられているからである。さらに、その解釈指針において、「本号を解釈するにあたっては、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、1号から6号までを考慮して行うべきであろう。」<sup>(34)</sup>と説明されているにとどまり、その射程がどこまで及ぶかについての明白さを欠いているからでもある。

結局のところ、そもそも公序良俗という概念自体が、時代または社会情勢等によって多様に変化する性質を有していることに由来している<sup>(35)</sup>。なお、教科書的にしばしば説明される有名な例としては、例えば「征露丸」<sup>(36)</sup>があるが、この商標は、かつては公序良俗違反の商標ではないと判断されていた時期もあったが、現在では公序良俗違反の商標という認識が一般的となっている。

## (2) 公序良俗違反の商標の態様

さて、それでは現在では、どのような商標の態様が公序良俗違反の商標と判断されるのであろうか。この点については、特許庁の商標審査基準および裁判例が参考となろう。

まず、特許庁の商標審査基準<sup>(37)</sup>に基づく公序良俗違反の商標については、次のように説明されている。

第1に、「・・・その構成自体がきょう激、卑わい、

差別的若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合並びに商標の構成自体がそうでなくとも、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、又は社会の一般的道徳観念に反するような場合」である。

第2に、「他の法律によって、その使用等が禁止されている商標、特定の国若しくはその国民を侮辱する商標又は一般に国際信義に反する商標」である。

そして、裁判例<sup>(38)</sup>に基づくと、公序良俗違反の商標については、次のようなものがあると一般論として述べている。

「・・・〔1〕その構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、矯激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字又は図形である場合、〔2〕当該商標の構成自体がそのようなものでなくとも、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合、〔3〕他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合、〔4〕特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合、〔5〕当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合」

以上が、特許庁の商標審査基準および裁判例において示されている公序良俗違反の商標の態様である。

それでは、現在の7号の射程に基づいて、公序良俗違反の商標に該当しうるとされた商標について、若干紹介する。

例えば、前述の「征露丸」のように、現在では国際信義違反でもあり、そして商標の構成自体から公序良俗違反をうかがわせるような商標、また商標の構成自体等に問題はなくとも、「ごまの蠅」<sup>(39)</sup>または「Old Smuggler」<sup>(40)</sup>のように、当該商標を指定商品に使用することが社会公共の利益に反するような商標がある。そして、「特許管理士」事件<sup>(41)</sup>のように国家資格等と誤認せしめる商標のように、他の法律によってそもそ

(33) 小野ほか・前掲註(25)287頁〔小野昌延＝小松陽一郎〕。

(34) 特許庁・前掲註(6)1286～1287頁。

(35) 小野ほか・前掲註(25)287頁〔小野昌延＝小松陽一郎〕。

(36) 大判大正15・6・28審決公報大審院判決集号外3号187頁。

(37) 特許庁・前掲註(12)62頁。

(38) 知財高判平成18・9・20最高裁HP「赤毛のアン」事件。

(39) 特許庁審決昭和31・10・9昭和29年抗告審判第825号。

(40) 特許庁審決昭和32・4・10昭和30年抗告審判第15号。

(41) 東京高判平成11・11・30判時1713号108頁。また、他に想定される事例としては、例えば、銀行法6条2項において「銀行でない者は、その名称又は商号中に銀行であることを示す文字を使用してはならない。」と規定されており、このような違反態様の商標も含まれる。

図5



もその名称等の使用が禁止されているような商標がある。さらに、「COMEX」事件<sup>(42)</sup>または「Asrock」事件<sup>(43)</sup>等の「悪意の商標出願」ように、商標出願の経緯に社会的相当性を欠き、商標登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するとして到底容認し得ないようなものにも、7号の射程が及ぶとされている。

このように、現在の7号の射程は、商標の構成等に問題がある本来のもの等に加えて、商標出願の経緯に社会的相当性を欠くようなものにまで及ぶことがうかがえる。もっとも、これは前述のように、公序良俗の概念自体が時代または社会情勢等に左右されるために、未だにその方向性が定まっていなかったことこの裏返しでもあろう<sup>(44)</sup>。そして問題は、また新たな一類型とでもいうべきパロディ商標が、これらの射程内に収まりうるものであるか否かということである。

### (3) パロディ商標に商標法4条1項7号を適用した裁判例

前述のように、パロディ商標では、主として商標法4条1項10号、11号、15号、または19号に該当するか否かが裁判例における争点とされてきた。

その一方で、近時の「KUMA」事件<sup>(45)</sup> (図5)では、15号該当性<sup>(46)</sup>に加えて、公序良俗違反の商標の商標登録を排除せしめる7号に該当するか否かも争点の一つとされた点に特徴があり、この点について次のように述べている。

「・・・日本観光商事社は引用商標の著名であるこ

とを知り、意図的に引用商標と略同様の態様による4個の欧文字を用い、引用商標のピューマの図形を熊の図形に置き換え、全体として引用商標に酷似した構成態様に仕上げることににより、本件商標に接する取引者、需要者に引用商標を連想、想起させ、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力にただ乗り(フリーライド)する不正な目的で採択・出願し登録を受け、原告は上記の事情を知りながら本件商標の登録を譲り受けたものと認めることができる。・・・そして、本件商標をその指定商品に使用する場合には、引用商標の出所表示機能が希釈化(ダイリューション)され、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力、ひいては被告の業務上の信用を毀損させるおそれがあるというべきである。・・・そうすると、本件商標は、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力に便乗して不当な利益を得る等の目的をもって引用商標の特徴を模倣して出願し登録を受けたもので、商標を保護することにより、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、需要者の利益を保護するという商標法の目的(商標法1条)に反するものであり、公正な取引秩序を乱し、商道徳に反するものというべきである。」

このように、「KUMA」事件では、周知著名商標にただ乗り(フリーライド)をすることによって、当該商標を模倣(ここでは、パロディ化)することは、当該商標の出所表示機能が希釈化(ダイリューション)され、当該商標に化体した信用、名声および顧客吸引力に便乗し、不当な利益を得る目的で商標出願をするもので

(42) 知財高判平成17・1・31最高裁HPを参照。

(43) 知財高判平成22・8・19最高裁HPを参照。

(44) 小野ほか・前掲註(1)147頁。

(45) 本事件の評釈としては、小泉直樹「判批」ジュリスト1458号(有斐閣、2013年)6~7頁、平澤・前掲註(32)283~334頁、泉・前掲註(31)117~133頁等がある。

(46) なお、本事件における15号該当性について、裁判所では、様々な事情を考慮しつつ、「・・・本件商標をその指定商品について使用する場合には、これに接する取引者、需要者は、顕著に表された独特な欧文字4字と熊のシルエット風図形との組合せ部分に着目し、周知著名となっている引用商標を連想、想起して、当該商品が被告又は被告と経済的、組織的に何らかの関係の有する者の業務に係る商品であるかのように、その出所について混同を生ずるおそれがあるといえる。」と述べて、15号該当性を肯定している。これはまさに「広義の混同」に基づく「出所の混同」であろう。

あり、この行為は商標法の目的(1条)に反するとして、7号該当性を肯定した<sup>(47)</sup>。この論理展開は、現在の7号の射程の一つである、当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合、に該当するものであるといえよう。

#### (4) パロディ商標に対する商標法4条1項7号の適用可能性

さて、前述の「KUMA」事件に鑑みると、パロディ商標に7号該当性を認めるか否かという問題は、パロディ商標が、その対象とした周知著名商標に対して、「商標法の予定する法秩序」、つまり商標法の目的でもある「産業の発達に寄与」することから導き出される「公正な競争秩序・流通秩序の維持形成(公正な取引秩序)」<sup>(48)</sup>を害することになるか否かということであろう。

パロディ商標が対象とするような商標は、一般的に周知性または著名性を有しており、これは周知著名商標の商標保有者の長年にわたる当該商標の使用により、信用、名声および顧客吸引力を得て、それを維持するための投資等といった辛労の賜物である。そして、我が国商標法では、先願主義が採用されているものの、周知著名商標の商標保有者が、自己防衛のために自己の当該商標がパロディ化されることを見越して、自ら様々なパロディ化を予測してパロディ商標として商標出願することは、通常考えにくいと思われる。

また、商標法の目的である「産業の発達に寄与」すること、つまり「公正な競争秩序・流通秩序の維持形成」は、いわば「公益」とも考えられよう。そして、これは、個々の企業の私益の集合体としての側面を有している場合も多い、という見解もある<sup>(49)</sup>。そうすると、商標の冒用行為の一つでもあるパロディ商標は、それを野放しにしておく、ひいては「産業の発達」の阻害要因になる可能性は否定できないのではなかろうか。いずれにせよ、これは、我が国商標制度の根幹に係る問

題といえよう。

したがって、以上のように考えるとすれば、周知著名商標の保護という観点に立ち返って、商標法の目的にさえ悖る可能性があるパロディ商標から周知著名商標を保護するために7号を適用することも、少なくとも現行法上は、誤りとはいえないのではなかろうか。

とはいえ、パロディ商標に7号該当性を肯定するか否かについては、結局のところは、周知著名商標の保護ということになるだろうが、たとえ7号が時代または社会情勢等でその概念が変わりゆくものであるにしても、その射程は無制限ではない。これは、前述の解釈指針においても説明されているところに鑑みることができよう。そうすると、現行法上、新たな一類型として7号の射程にパロディ商標を含めるのは、公序良俗の概念のさらなる拡大を招来することになる可能性が否めないことも、また事実であろう。たとえパロディ商標に7号を適用しようとしても、それはすべてのパロディ商標に対して及ぶものでもないと思われる。

もっとも、パロディ商標に対して7号の適用可能性を検討するのは、様々な事情を考慮したうえでの終局的なものであり、他の4条1項各号の規定(10号、11号、15号または19号)の適用可能性があるのであれば、そちらに委ねるのが、商標法における不登録事由の原則でもともとと考えられる。

## IV. おわりに

以上、パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性について述べてきた。本稿で扱った「パロディ商標」とは、「他人の周知著名商標に、茶化しという創作性を付加することで生じる滑稽さを、自己の商品または役務について使用することで、それに接する需要者に同時にもとの周知著名商標の存在をも知らしめる商標」である。

パロディ商標は、商標法4条1項各号(7号、10号、

(47) もっとも、本事件においては、そもそも15号該当性が肯定されていたにもかかわらず、7号該当性も重畳適用したことには、疑念が残る。とはいえ、泉・前掲註(31)133頁では、手続的な側面に注目して、「7号には15号と異なり無効審判請求の除斥期間がなく(47条)、さらには、15号は査定時のみならず出願時点においても該当することが必要(4条3項)」という点で7号と15号は相違しており、手続的な面からも両者を重畳適用することには意味があると考えられる。」とも述べている。また、小泉・前掲註(45)7頁でも、同旨を述べている。

(48) 網野誠『商標(第6版)』(有斐閣、2002年)112頁では、「商標法は、社会的事実としての商標中、商標としての機能を有するものを独占排他権として認め、法の力によりその機能を保護し、強化・育成することにより、第1には、経済取引における能率的かつ公正なる競争秩序を維持し、不正競争の防止を図り、第2に、これによって取引者・消費者の利益を保護するとともに、第3に、商標に化体されるべき経済的利益を財産権として保護し、商標使用者の業務上の信用の維持を図ろうとするものである。商標法1条は、以上の3つの目的が有機的に関連し、かつ、統一されたものとして同法の目的を定めているものであり、同条に「産業の発達に寄与し」というのも、つまり「公正な競争秩序・流通秩序の維持形成を図り」という意味に理解すべきである」と述べている。

(49) 泉・前掲註(31)132頁。

11号、15号および19号)の不登録事由との関係性が問題とされるわけであるが、特に「類似性」または「混同を生ずるおそれ」の観点から、パロディ商標の定義に鑑みると、10号、11号、15号または19号該当性には一定の限界があるといえよう。そして、最終的に7号にその法的根拠を求めるにしても、すべてのパロディ商標に対して7号該当性を肯定することは、公序良俗の概念のさらなる拡大につながるおそれがあるがために、望ましいことであるとは思えない。

したがって、現行法における不登録事由は、各々の規定の特性に鑑みて、その各々に限界がある以上、パロディ商標に対して有効とはいえないと思われる。

なお、そもそもパロディ商標のもとになった周知著名商標がなければ、パロディ商標は存在し得なかったはずである。また、パロディ商標は、周知著名商標の商標保有者の長年にわたる当該商標の使用により、信用、名声および顧客吸引力を得て、それを維持するための投資等といった辛勞に反するものであろう。そうすると、たとえ周知著名商標の商標保有者に対して損害を与える等の目的はないにしても、パロディ商標は当然に許されるものではない。

いずれにせよ、現在の商標法4条1項各号の不登録事由では、パロディ商標に対する有効な規定がないとも考えられる以上、後は立法によって解決することが望ましいのではないかと思われる。そして、そのためには、商標制度全体と平仄を合わせるように制度設計を考える必要があるだろう。なお、紙幅の都合上、この制度設計ならびにパロディ商標と商標権侵害についての検討および考察は、別稿で扱うこととしたい。

[追記]本論文は、齋藤崇の単独研究・単独執筆によるものであり、指導教員である小川宗一は、求めに応じて必要なアドバイスをしたに止まる。

## 若手社長の酒造にみる日本酒のブランド向上と輸出に関する考察

田中 良恵<sup>(\*)</sup>

平成 25 年 6 月に閣議決定された「日本再興戦略」において、日本の農産物の海外輸出促進がうたわれ、日本酒も輸出促進の品目の一つとなっている。日本酒は国内においては消費量が減少しているものの、海外への輸出は増加しており、更なる輸出拡大が見込まれている。

このような状況下で、これまでのターゲット層とは異なる国内外における新たな顧客の開拓と新しい製品開発等を積極的に行っている若手醸造家へのヒアリングを通じて、日本酒のブランド向上と輸出に対して考察した。考察の結果、日本酒を含む生鮮食品を輸出産業とするには、これまでの第二次産業の推進と同様に官民がそれぞれの得意分野において十分な役割を担って協力することが急務であることが分かった。第一次産業を輸出産業として育成するには、産学官が一体となって支援することが望まれる。

## 目次

- I はじめに
- II 日本酒業界の現状と政府の取り組み
  - (1) 日本酒業界の現状
  - (2) 日本酒の海外への輸出の現状
  - (3) 日本酒に対する政府の取り組み
  - (4) 日本酒に対する民間の取り組み
- III 若手醸造家に対するヒアリングとヒアリングから見た課題
  - (1) 新政酒造株式会社、平和酒造株式会社へのヒアリング
  - (2) ヒアリング結果から見た課題と解決のための提案
- IV 総括  
(別記)

## I はじめに

日本産農林水産物・食品の輸出については、平成 25 年 6 月に閣議決定された「日本再興戦略」<sup>(1)</sup>において、国別・品目別輸出戦略を策定し、2012 年に約 4,500 億円であった輸出額を 2020 年までに 1 兆円にすることが目標となった。この目標達成のために、品目別輸出団体の設立を推進し、ジャパンプランドを確立することが推進されている。

日本酒については、全日本コメ・コメ関連食品輸出促進協議会が平成 26 年 11 月に立ち上げられ、オー

ル・ジャパンの輸出体制が整備されている。

日本酒業界は斜陽産業といわれ低迷を続けている。しかし、これまでのターゲット層とは異なる国内外における新たな顧客の開拓と新しい製品開発等、新しい動きが出てきている。

今回、新しい動きをしている若手醸造家のうち「革命児」と呼ばれている、秋田県にある老舗蔵元新政酒造株式会社と和歌山県にある平和酒造株式会社に対するヒアリングを行うことができた。日本酒のブランド化や輸出に対する研究は数多くあるが、本件は若手新鋭醸造家が進める取り組みをもとに、日本酒のブランド向上と輸出について考察するものである。

## II 日本酒業界の現状と政府の取り組み

## (1) 日本酒業界の現状

酒類の製造業者数のうち清酒を製造している業者数は、平成 26 年度には平成 19 年よりも 1 割減少している(図表 1)。出荷量と消費量を見ると、日本酒<sup>(2)</sup>は出荷量、消費量ともに減少を続けているが、リキュールは大幅に増加しており、消費者の嗜好の変化がみられる(図表 2, 図表 3)。成人一人当たりの酒類消費数量

図表 1 酒類製造業数

平成	清酒	焼酎	果実酒	ビール	その他
19 年度	1845	374	239	212	480
26 年度	1634	363	286	173	640

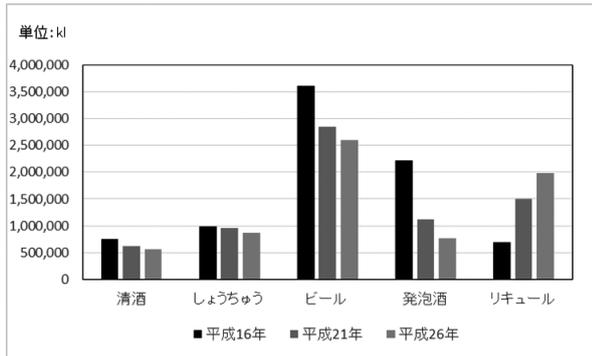
出所：国税庁 平成 28 年酒のしおり

(\*) 校友、国立研究開発法人宇宙航空研究開発機構 新事業促進部

(1) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/kettei.html>

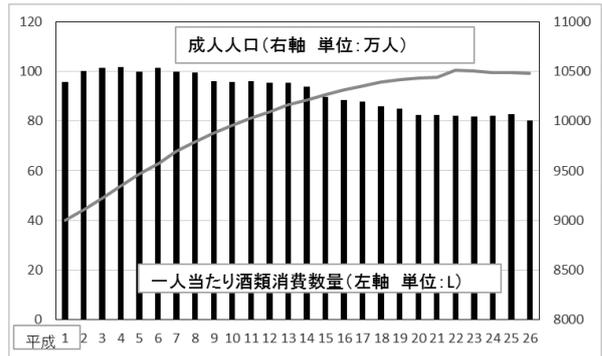
(2) 日本酒は酒税法第 3 条 7 号に規定されている、原料が米で、「こす」という工程を必ず入れることを特徴とする。清酒は酒税法上アルコール度数 22 度未満(合成清酒の場合は 16 度未満)の日本酒のこと。

図表2 酒類販売(消費)数量の推移



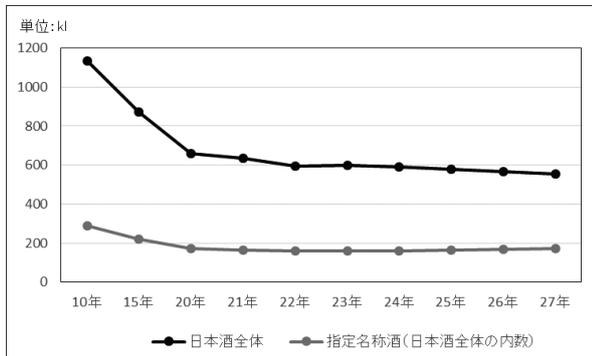
出所：国税庁 平成28年酒のしおり

図表4 成人一人当たり酒類消費数量



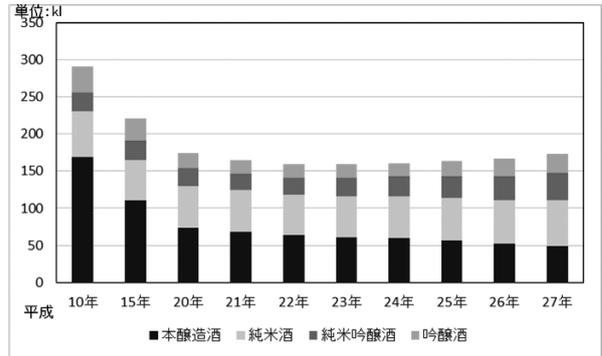
出所：国税庁 平成28年酒のしおり

図表3 日本酒の出荷量の推移



日本酒造中央会資料(平成27年は概算値)

図表5 指定名称酒の種類別出荷量の推移



日本酒造中央会資料(平成27年は概算値)

は平成4年度の101.8リットルをピークに平成26年度には80.3リットルまで減少している(図表4)。

日本酒のうち、指定名称酒<sup>(3)</sup>(吟醸酒、純米酒等)については平成22年を底に出荷量が増えており(図表3)、中でも本醸造酒や吟醸酒の増加が目立っている(図表5)。

飲酒習慣のある者は男女ともに30歳代から大幅に増加し、70歳以上で減少する傾向があり、人口減少に伴い酒類の消費に影響を与えられ(図表6)。

酒類の販売場所も大きく変化しており、酒類販売業免許場数<sup>(4)</sup>を見ると、これまでの卸売りから、コンビニエンスストアやスーパーマーケット等、多様な販路が展開されている(図表7)。

日本政策投資銀行は2013年に作成した報告書「清酒業界の現状と成長戦略」<sup>(5)</sup>で、酒類全体及び清酒単体の需要が長期的に低下している原因として、次の要素を挙げている。

図表6 飲酒習慣のある者の割合  
性・年齢階級別(週3日以上飲酒する者の割合)

	男性	女性
総数	43.7%	15.2%
20歳代	16.4%	7.4%
30歳代	36.4%	16.2%
40歳代	46.6%	22.9%
50歳代	55.5%	21.8%
60歳代	54.9%	16.0%
70歳代	46.2%	9.7%

出所：厚生労働省 国民生活基礎調査

図表7 酒類小売業免許場の業態別構成比

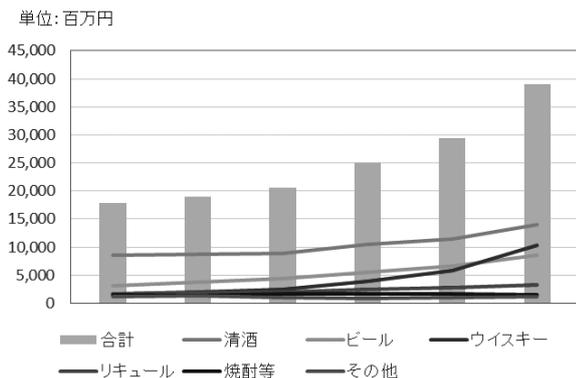
	一般酒販店	コンビニエンスストア	スーパーマーケット	ホームセンター ドラッグストア	その他
平成7年度	78.8%	11.8%	4.7%		
平成17年度	49.3%	25.4%	11.4%	2.1%	11.8%
平成25年度	31.3%	32.6%	12.5%	6.4%	17.2%

出所：国税庁 平成28年酒のしおり

(3) 指定名称酒 吟醸酒、純米酒、本醸造酒等のこと。  
 (4) 酒類販売業を行うには、酒類販売免許を販売場ごとに取得する必要があり、税務署が人的要件等の審査を経て免許を付与している。  
 (5) <http://www.dbj.jp/investigate/etc/index.html> 12 ページ 2 行目～19 行目要約

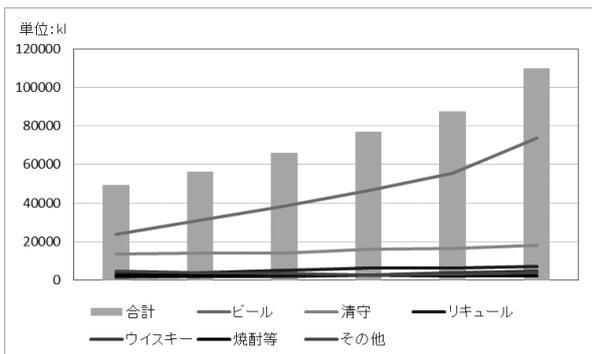
- ① これまで清酒を飲んできた世代が高齢化すると同時に飲酒可能な人口が減少したこと。
- ② 食生活やライフスタイルの洋風化に伴い生活習慣が変化するとともに、低アルコール商品が好まれるといった嗜好の変化。
- ③ ビールを始め、焼酎、ワイン等多種多様な代替品があふれていること。
- ④ ワイン・ウイスキー等洋酒はカッコいいイメージがあるが、反面清酒にはおやじくさいといったマイナスのイメージが漂うと同時に、パック酒など低価格商品の増加によって清酒全体のイメージが低下していること。
- ⑤ 他の酒類と比較して業界のマーケティング力が弱いこと。

図表 8 酒類の輸出金額の推移



資料：財務省貿易統計

図表 9 酒類の輸出数量の推移



資料：財務省貿易統計

## (2) 日本酒の海外への輸出の現状

海外への輸出を見ると、国内とは異なり右肩上がりで伸びている(図表 8、図表 9)。主な輸出国は、米国、韓国、台湾、香港である(図表 10)。

## (3) 日本酒に対する政府の取り組み

前述したように、人口減少に直面している日本が国家を挙げて推進しようとしている農産物の輸出品の中に、日本酒も含まれている(平成 25 年 6 月閣議決定「日本再興戦略」)。

「日本経済再生に向けた緊急経済政策」<sup>(6)</sup>(平成 25 年 1 月閣議決定)では、「地域の特色を活かした地域活性化」の中で、「地域の魅力の発信、観光の振興」に向けた方策として、「農林水産物の輸出の拡大及び日本食・食文化発信緊急対策」「日本産酒類の総合的な輸出環境整備」が位置づけられた。

農林水産省では、地方の農林水産分野における知財戦略の推進に向け、平成 27 年に、近年の農林水産業及び食品産業のグローバル化を踏まえたビジネスモデルの構築とそれを支える知財マネジメントの重要性を強調した「農林水産省知的財産戦略 2020」<sup>(7)</sup>を策定した。これに基づき、地域の活性化と国際的な産業競争力の強化につなげるため、地理的表示(GI)保護制度<sup>(8)</sup>の活用等による地域ブランドの発掘・創造・活用やブランド価値の向上を推進している。更には、食料産業における世界的にも有益な研究成果の保護に取り組むなど、農林水産分野を取り巻く環境の変化に対応した機動的な知財戦略が実施されている。

図表 10 清酒・焼酎の主な輸出先

国(地域)	金額(百万円)	輸出全体に占める割合(%)	数量(KL)	輸出全体に占める割合(%)
アメリカ合衆国	4,997	35.7	4,780	26.3
香港	2,282	16.3	1,745	9.6
大韓民国	1,364	9.7	3,367	18.5
中華人民共和国	1,172	8.4	1,576	8.7
台湾	890	6.3	2,112	11.6
シンガポール	526	3.8	437	2.4
カナダ	345	2.5	553	3
オーストラリア	310	2.2	358	2
英国	260	1.9	252	1.4
ベトナム	248	1.8	339	1.9
合計	14,011	100	18,180	100

出所：国税庁 平成 28 年 酒のしおり

(6) <http://www5.cao.go.jp/keizai1/keizaitaisaku/keizaitaisaku.html>

(7) <http://www.maff.go.jp/j/press/shokusan/sosyutu/150528.html>

(8) 生産地の特性により高い品質と評価を獲得するに至った産品の名称を知的財産として保護する制度。

国税庁は、日本産酒類のブランド価値向上に向け、酒類のGIの更なる活用を図るため、GIの指定を受けるための要件の明確化、消費者に分かりやすい統一的な表示のルール化等の制度改正を行っている(内閣府「知的財産推進計画2016」<sup>(9)</sup>)。

日本貿易振興機構(JETRO)は、貿易・投資の促進を通じ、日本企業の国際展開の支援を行っている。政府目標である「2020年までに農林水産物・食品の輸出額1兆円」の実現と、政府が推進する地方創生に貢献していくため、国内外のネットワークを最大限活用し、品目別輸出団体等と連携して、関係省庁とともにオール・ジャパンでの農林水産物・食品の輸出拡大に取り組んでいる。一方で、全国に輸出相談窓口を設置し、ワンストップで情報提供するのみならず、海外見本市や国内外の商談会等実施し、日本企業の輸出を支援している。清酒に関しては、輸出支援として、見本市への出展、日本食レストラン、ホテルにおける試飲会の開催などを行っている。

#### (4) 日本酒に対する民間の取り組み

日本酒造組合中央会は、日本酒と本格焼酎・泡盛について、「日本の食文化に粋をなす世界に誇る伝統民族酒」であることを確認、2010年に「國酒」を商標登録した。この「國酒」として保護される商品は日本酒であり、海外輸出に対して商標面からの支援策の一つであ

る。

輸出に対する取り組みとして、日本酒製造青年協議会<sup>(10)</sup>と平出淑恵氏(現IWC<sup>(11)</sup>アンバサダー)とマスター・オブ・ワイン<sup>(12)</sup>の一人であるサム・ハロップ氏の活動で、IWCに清酒を対象としたSAKE部門が2007年に設立された。IWCで表彰されることは、生産者の技能が世界的に認められ、販売促進の大きな機会をなると意味し、海外進出する酒造業者にとっては魅力的なものとなっている。

### Ⅲ 若手醸造家に対するヒアリングとヒアリングから見た課題

#### (1) 新政酒造株式会社、平和酒造株式会社へのヒアリング

日本酒を取り巻く現状は厳しいが、品質にこだわり、ポリシーを持って日本酒作りに取り組んでいる若者も多い。そのような若手醸造家のうち、「革命児」と呼ばれている新政酒造株式会社(秋田県)と平和酒造株式会社(和歌山県)に対してヒアリングを行うことができた(ヒアリング結果は別記にまとめた)。ヒアリングの結果から、雇用形態の改善、品質に対するこだわり、自分の足で販路を拡大する等、新しい動きをしていることが分かった。

ブランドや輸出をテーマに両社に対するヒアリング

図表 11 新政酒造株式会社、平和酒造株式会社 平成 28 年 10 月ヒアリング結果まとめ

	新政酒造株式会社	平和酒造株式会社
キーワード	①六号酵母 ②無添加	①徹底的な品質の追求 ②伝統とものづくりにこだわる ③品質の数値化と応用
酒作りに対するポリシー	・江戸時代の製法を守り、六号酵母を使用する。 ・材料へのこだわり。	・日本酒作りを通じた伝統や文化の発信。 ・材料へのこだわり。
商品ブランドに対するポリシー	・売り場を含めたトータルブランディング ・BtoB, BtoC に対するブランド向上のための活動の実施	
ブランド維持のための取り組み	①製造過程での品質管理 ②商品名、ラベルへのこだわり ③品質管理ができる販売先の確保	
コラボレーション	NEXT5	若手の夜明け
日本酒周知のための取り組み	他業種とのコラボ・レーションによる PR	他業種とのコラボ・レーションによる PR 正しい日本酒の知識普及のための勉強会の開催
政府に期待する支援策	海外展開を含めた営業支援	海外進出に対するワンストップサービスの提供。 商標の侵害対策の強化。

執筆者によるまとめ。詳細は別記記載。

(9) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/>

(10) 42 都道府県の酒造青年団体を会員としており、各青年団体の会員総数は約 800 名(うち女性が 30 名)。

(11) インターナショナル・ワイン・チャレンジ。1984 年設立の世界規模・最高権威に評価されるワイン・コンベンション。

(12) 14 世紀に設立されたワイン商組合「Vintners Company」が 1955 年に設立した「Institute of Masters of Wine」が認定したワインの専門家。認定者は全世界で 300 名。

結果を図表 11 にまとめた。

ヒアリングの結果、企業による日本酒のブランド維持・向上に対する取り組みについて、次の特徴が見えてきた。

- ① 商品の品質及び品質管理に徹底的にこだわる。
- ② 商品の売り場、ラベル、商品名全てを含んだトータルブランディングを行っている。
- ③ 日本酒へ親しみを持たせること、イメージ向上を目的として、他業種とも積極的にコラボレーションを行う。
- ④ 一社単体ではなく、同じ立場の若手醸造家と協力して日本酒のブランド向上の活動を実施している。
- ⑤ 雇用形態や条件を安定化することで、品質のいい日本酒作りに専念させ、結果として味・品質ともに秀でた商品が出荷でき、ブランド向上に寄与している。

## (2) ヒアリング結果から見た課題と解決のための提案

新政酒造株式会社と平和酒造株式会社へのヒアリングの中で、輸出相手国の食生活と嗜好に沿った商品の開発と、品質を保ったまま海外の消費者へ提供することが企業自身の課題として挙げられた。他にも、輸出にあたって法律や税制などが相手国ごとに異なり、各種輸出手続きの煩雑さ等が、中小企業が多くを占める日本酒製造業者にとって高い障壁となっていることが浮かびあがってきた。日本酒のブランド向上と輸出に関し、ヒアリングをもとに課題をまとめた(図表 12)。

この課題を解決するためには、行政機関と民間企業がお互いの領域で活動を行うだけでなく、連携して活動を行っていくことが重要だと考える。例えば、行政機関は輸出相手国の法律・税制を始め各種情報収集を行うだけにとどまらず、日本酒を海外へ輸出する際

図表 12 ヒアリング結果から見た課題

日本酒のブランド向上に対する課題
・日本酒に対する正しい情報が少なく、啓蒙活動が不足している。
・イメージ向上のための PR 活動が不足している。
海外への輸出に関する課題
・日本国として輸出相手国ごとの嗜好や慣習に基づいた輸出戦略が明確化されていない。
・輸出先の法制度の違い(知財、税制、容量等の規格)。
・ラベル裏面への情報記載が統一されていないため、ワインのように消費者が味や品質を推定できない。
・ラベルが日本表示のみで、海外の消費者が理解できない。
・日本酒に対する正しい情報が少なく、啓蒙活動が不足している。

に障壁になると思われる法規制等を国家間で調整するように働きかけることや、商標侵害を含め、日本酒のブランド力を下げる侵害が発生した時の対応を強化する等、日本企業が輸出しやすい環境を整備することが大きな役割ではないだろうか。

一方、輸出当事者である民間企業は輸出相手国の消費者を対象としたマーケット調査を行い、消費者の嗜好にあった商品を提供することが役割ではないだろうか。日本酒に係る団体は、行政機関と民間企業の役割を結びつける役割を担い、行政機関と民間企業が単体で活動するだけでなく、お互いの情報を共有し、連携して活動を推進できるように仲介することが課題を解決する一つの手段ではないだろうか。

言い換えると、行政機関は法律関係や各国との調整を担い、民間企業は戦略を担う等、お互いの得意分野を共同で推進していくことで課題が解決できると考える。

以上をもとに、課題に対する解決策として、私案をまとめてみた(図表 13)。

日本酒を海外展開する際に関税が付加されることを考慮すると、国内よりも高価格帯商品が主な商品群となる可能性が高い。高額商品としての日本酒ブランドを構築して維持するには、世界中に高級ブランドを展開しているラグジュアリーブランドのブランド戦略が参考になると思われる。

世界規模でブランドを展開しているシャネルやグッチといったラグジュアリーブランドを擁する企業では、企業全体でブランドイメージの保持に力を注いでいる。例えば、企業としてそのブランドがどうありたいか、どうあるべきかという「ビジョン」と「ブランドアイデンティティ」を策定し、それらと消費者・市場からそのブランドがどう認知されているかという状況を示す「ブランドイメージ」のかい離を無くすための活動を行い、ブランドの維持を図っている。

日本酒業界においても、このようなトータルブランディングを行うことで、消費者への訴求が高まるのではないかと。特に海外への進出を目指す企業においては、アパレル業界の取り組みは参考になると考える。

他にも、ワインやチーズのように品質に関する「AOC(アペラシオン・ドリジューヌ・コントレ 原産地統制呼称)」といった、その地域の伝統にのっとった製法や材料などの条件をクリアした農産物に対して品質を保証する制度を、日本酒でも定めることも考えられる。このような制度があれば、消費者が商品を選択する際の目安となり、輸出の促進にも繋がると思われる

図表 13 課題に対する解決策(私案)

<p>日本酒のブランド向上に対する支援</p> <p>① 行政機関に期待される支援</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・各種法制度(知的財産法, 税法)のアドバイス</li> <li>・日本酒に対する啓蒙活動</li> </ul> <p>② 民間企業や日本酒関連団体に期待される支援</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・トータルブランディングサービスの提供</li> <li>・経営戦略を含むコンサルティングサービスの提供</li> <li>・他業種とのコラボレーション機会の提供</li> <li>・日本酒に対する啓蒙活動を含む PR 活動への支援</li> </ul>
<p>日本酒の輸出に対する支援</p> <p>① 行政機関に期待される支援</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・輸出国における各種法制度(知的財産法, 税法, 衛生管理法, ラベルへの規制等)の情報収集と提供。特にワンストップサービスの提供</li> <li>・酒類に対する輸出国における慣習・商慣習に関する情報収集と提供</li> <li>・日本酒に対する啓蒙活動(正しい保管方法, 性質等)</li> <li>・日本酒周知とブランド力向上のための支援, PR 活動への支援</li> <li>・日本食レストランの展開支援</li> </ul> <p>② 民間企業や日本酒関連団体に期待される支援</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・トータルブランディングサービスの提供</li> <li>・輸出戦略を含むコンサルティングサービスの提供</li> <li>・品質保持のため, 鮮度を保った状態で輸出できるコンテナを含めた輸送サービスの確立</li> <li>・輸出国における適切な流通経路と保管場所の確保</li> <li>・品質保持のための適切な店舗管理のサポート</li> </ul>

路だけでなく、相手国での保存方法まで考慮することが重要である。そのためには、長期保管に適した包装、倉庫といった面だけでなく、現地でのマネジメントを行えるような現地人材の育成も必要であろう。

特に、日本酒を含む生鮮食品を輸出産業とするには、これまでの第二次産業の推進と同様に官民がそれぞれの得意分野において十分な役割を担って協力することが急務だと考える。

第一次産業を輸出産業として育成するには、産学官が一体となって支援することが望まれる。

以上

る。

海外輸出先で日本酒を正しく理解してもらうために外国人を対象にした日本版ソムリエ養成制度を検討する動きもある<sup>(13)</sup>。

このような活動を通じて、消費者が日本酒を正確に理解し、結果として日本酒のブランド向上と輸出促進につながっていくのではないだろうか。

## IV 総括

2016年の知的財産推進計画(内閣府)で知財人材の育成、産学連携関連人材の育成とあるが、農業分野における知財人材の育成、知財マネージャーの育成が急務と考える。我が国が農業を輸出産業として推進するには、海外市場におけるマーケティング、税制を含む各種法律関係だけにとどまらず、消費者の手元に届くまでの適切な流通経路の確保を含めた、複合的に支援する知的財産コンサルタントの存在が必要不可欠ではないだろうか。

農産物の品質を保持したまま輸出するには、流通経

(13) 日本経済新聞 平成 28 年 10 月 14 日 夕刊 第 2 面。

(別記)

ヒアリングまとめ(会社概要はホームページから転記)

- ・実施時期：平成 28 年 10 月
- ・ヒアリング対象者：新政酒造株式会社 佐藤力哉  
(代表取締役社長実弟)  
平和酒造株式会社 山本典正  
(代表取締役専務)

## I. 新政酒造株式会社

### (1) 会社概要

名称：新政酒造株式会社  
代表者：代表取締役会長 佐藤卯兵衛，  
代表取締役社長 佐藤祐輔  
所在地：秋田県秋田市大町 6 丁目 2 番 35 号  
事業内容：日本酒の醸造および販売  
創業：嘉永五年(1852 年)  
資本金：1500 万円  
売上高：5 億円  
ホームページ：<http://www.aramasa.jp/>

### (2) 経営理念と製品に対するポリシー

- ・江戸時代の製法を守り、六号酵母を使用する。
- ・キーワード：①六号酵母，②無添加
- ・ポリシー：地元秋田県産米を使用し、生酏純米造りにより六号酵母によって醸す。酒質管理の観点から、基本的に容量 720ml の瓶(四合瓶)で出荷。
- ・語録：「日本酒にはストーリーがある」「酒作りは幸せを与える仕事」

### (3) 主要製品

- ・No.6 シリーズ
- ・Colors シリーズ  
(生成，瑠璃，天鷲絨，秋櫻など)
- ・Private Lab シリーズ  
(陽乃鳥，亜麻猫，天蛙など)

### (4) 社長佐藤祐輔氏の取り組み

- ・経歴：1974 年生まれ。東京大学文学部卒業後、ライターとして活躍。仕事で改めて日本酒に触れ、広島醸造試験場で 2 年間に渡って学ぶ。その後 2007 年に実家の酒蔵に入る。「亜麻猫」「No.6」などの斬新な日本酒を研究し続け発売し、全国から注文が耐えない人気の酒造にした。地元酒蔵の若手経営者 5 人で「NEXT5」を結成し、技術や経営の情報交換などを行い、共同開発の日本酒を販売。2012 年から 8 代目として代表取締役社長に就任した。

### ・これまでの取り組み

日本酒が衰退し、会社の経営も悪化していた中で、現社長は、「現在世の中でありふれている日本酒は、本来の日本酒の姿ではないのではないか。」との思いから、本来の日本酒のかたちと蔵の伝統を求めて、製造方法を大きく変更した。2009 年からは 6 号酵母のみを使用、2010 年に地域貢献やトレーサビリティの観点から原料米を秋田県産米に限定した。2012 年に全商品、純米造りの体制に移行が終了し、2014 年から天然由来の乳酸菌によって造る「生酏系酒母」のみに製法を限定し、2015 年より、「生酏純米蔵」となった。

### (5) 経営戦略と事業展開

- ① 組織革新：製造方法の変更にも伴い、2008 年度から雇用形態を見直し、製造部の杜氏や蔵人に代わって、年間を通じた正規雇用社員を採用する一方で、長時間労働を減少するよう取り組みも行った。経営の変化に伴い、退職する社員も出たが、正社員化に伴い品質に対する士気は上がった。社員の平均年齢は 30 代中盤。
- ② 販売経路：地元の既存取引先との関係を維持すると同時に、東京への出荷量を増加させている。東京への出荷量は多いが、特に生酒や吟醸酒等の厳重な酒質管理が求められる商品が多く、マーケティングは行っていないことから、やみくもに販路を拡大するのではなく、商品に合った酒質管理を適切に行って頂ける店に出荷している。  
和食に限らず、様々な国の料理とも一緒に日本酒を楽しんで欲しいという思いがあり、フレンチレストランやイタリアンレストラン等の洋食レストラン系に根強い人気がある。
- ③ 海外展開：海外への販売は現在わずかであるが、今後推進していきたいと考えている。ワインと異なり、酸化防止剤を用いることができないため、輸出の大きな課題として、品質管理(温度管理)と流通経路の壁が挙げられ、輸出コストと販売価格の問題があり、高額でも販売できるブランド戦略が求められる。
- ④ ブランド戦略：経営・製造方法の改革とともに、マルチなブランディングを行う。個々の商品名やラベルへのこだわりも強く、プロダクトブランドに注力しつつも、経営ポリシーに呼応し、コーポレートブランドの維持に努めている。

商品名等は、基本的に商標登録をして、権利保護をしている。

商品は、瓶、ラベル、包装を含めたアート作品であり、既存の日本酒に対する先入観なく楽しんでもらうために、こだわりを持っている。

音楽やレストランとのコラボレーションを行っている。

- ⑤ 仲間作り：NEXT5 若手酒造家による技術交流グループを結成している。
- ⑥ 酒造業界に対する展望：全体の底上げのためには、オープン化が大切。
- ⑦ 政府に期待する支援策：海外展開を含めた営業支援。

## II. 平和酒造株式会社

### (1) 会社概要

名称：平和酒造株式会社

代表者：代表取締役 山本文男、

代表取締役専務 山本典正

所在地：和歌山県海南市溝ノ口119番地

事業内容：酒類製造業

創業：昭和3年

(株式会社設立昭和27年12月29日)

資本金：1000万円

ホームページ：<http://www.heiwashuzou.co.jp/>

### (2) 経営理念と製品に対するポリシー

・日本酒作りを通じた伝統や文化の発信。

材料の米と梅を自社で栽培。

・キーワード：①徹底的な品質の追求、②伝統とものづくりにこだわる、③品質の数値化

・語録：「常に進化を続ける日本一チャレンジングな会社」

「日本酒はカッコいい飲み物」

「文化としての日本酒」

### (3) 主要製品

・紀土

・鶴梅

・紀土は2014年、2015年にIWC(インターナショナル ワイン チャレンジ)吟醸・大吟醸酒部門で2年連続金賞を受賞。

### (4) 専務山本正則氏の取り組み

・経歴：1978年生まれ。京都大学卒業後、東京のベンチャー企業を経て、2004年に実家の酒蔵に入る。

・これまでの取り組み

家業を継承した後、これまでの紙パック商品からの脱却を図るために、高付加価値の自社ブランドの開発に着手した。徹底的に味本位を追求し、「ひたすらおいしい梅酒」作りから開始し、2005年に鶴梅シリーズを、2006年から「紀土」を販売開始した。

2016年春にクラフトビール販売を開始し、日本酒以外の製品を展開。春は梅酒、夏はビール、秋～冬は日本酒と四季醸造体制を整え、経営基盤の強化を図っている。

いいお酒をすることでお客様からの支持を得る、その結果いいものを作るといった好循環を目指している。

### (5) 経営戦略と事業展開

① 組織革新：労働雇用から通年雇用へ切り替え、労働基準法にしたがって休暇を取れるようにした。杜氏以外の社員は全員蔵人。平均年齢30歳と業界内では若い。蔵人1人につき1本のタンクを管理し、酒造りの全行程に係る体制を整えた。マネジメントできる杜氏の育成を目標としている。

② 販売経路：これまでの流通経路(卸問屋→小売店→消費者)を見直し、直接小売店と取引を行う。小売店は日本酒を売る大事なパートナーであり、小売店を通じて商品の価値を正しく消費者に伝えるルートを確認。

③ 海外展開：いいモノを、いい状態で届けることを目標としている。海外への輸出は、日本酒だけでなく、日本食とともに「日本文化の伝承」を行うもの、言い換えると、「固有の文化にオリジナリティを付与すること」であり、「文化を輸出すること」になると考えている。

輸出は、現地の流通との組み方、流通経路を含めて課題だと感じている。JETROの商談会はターゲットを絞って出展でき、効果があった。見本市も出展の価値がある。品質保持の意識から、現地生産も視野に入れている。

日本からの輸出商品は高額品が該当し、日常生活で楽しんでもらえると思われる低・中価格商品は現地生産でも可能と思うが、お水と麹の品質管理が重要になってくる。

④ ブランド戦略：ブランドの中心は、「文化としての日本酒」「商品の心」。

質の良さを伝達するには、品質の裏付けとなるブランドが必要であり、これまで他業種がやってきたマーケット戦略を日本酒でやることで、新しい日本酒のブランド化が推進できると感じている。そのためにも、他業態とのコラボレーションを積極的に行い、ブランド力向上を図っている。

ラベルと商品名は、商品を手取るまでの入口であり、ブランドの根幹となるものであり、デザイン性も品質の一部だと考えている。

ブランドとは、どの売り場で誰の手元に届くか、所品知識がある、劣化を防ぐように取り扱うことができる販売先で販売すること、つまりは品質管理まで含むことがブランドである。一定の質を保つために、販売先を定期的に訪問して確認している。

商品名は、一度で覚えらえる名前であることにこだわっている。

ラベルは、鶴梅は女性が手に取りやすいもの、紀土は若者がテーブルで飲んでも違和感がないシンプルなものとして採用した。

日本酒は嗜好品であるため、商品価値向上のためには、材料である米や日本酒自体を知るための教育、啓蒙活動が必要であり、セミナー等を実施している。

国内外で音楽等のイベントで試飲会を開催するなど、プロモーション活動に力を入れている。

- ⑤ 仲間作り：若い蔵元と「若手の夜明け」と題した試飲会を実施して、仲間と一緒にPR活動を行っている。試飲会のターゲット層は20代、30代の若者。次世代の日本酒ファンを作ること、日本酒はおいしく、日本にしかない製造方法で作られている酒であることに気付いてもらうことを目的としている。他にも音楽と日本酒の融合と題して、和歌山のロックフェスティバルやライブハウスで日本酒を提供している。
- ⑥ 酒造業界に対する展望：健康志向の高まりへ対応することで、嗜好品としてのお酒のポジショニングが変化している。生活の質と比例して、嗜好品に対するニーズが多様化しており、今後量の拡大はないと思っている。
- ⑦ 政府に期待する支援策：省庁ごとに相談窓口が異なり、使い勝手が悪い。ワンストップサービスを提供して欲しい。特に中小企業が輸出するとき、日本国内にワンストップサービス

がないことが参入障壁になっている。世界各国の知財情報だけでなく、お酒に関する税制、法律、輸出申請等、一か所ですべてが対応できる支援ステーションが欲しい。

商標登録では、漢字を利用する中国が特に問題である。侵害対策に取り組んでほしい。

以上



# 商標をとりまく国際情勢 ～海外における模倣品被害の実態と対策について～

網谷 麻里子<sup>(\*)</sup>

## 1. 特許庁とは

特許庁の設立は、1885年、専売登録所として設立されました。現在では経済産業省設置法第14条に基づいて、経済産業省の外局として、特許庁、資源エネルギー庁及び中小企業庁が設置されています。特許庁の主な業務は、発明、実用新案、意匠及び商標に関する事務を行うことを通じて経済及び産業の発展をはかることを任務としています。庁内の体制は、庁の施策整備・法整備等を担当する「総務部」、出願書類の方式審査及び商標審査を担当する「審査業務部」、意匠審査及び特許審査を担当する部署が「審査第一部」、「審査第二部」、「審査第三部」及び「審査第四部」と別れており、特許・実用・意匠・商標の審判を担当する「審判部」、そして公報の閲覧、対外情報サービス J-Plat-Pat の運営、人材育成及び研修等を行う「独立行政法人工業所有権情報・研修館 (INPIT)」です。人員は、平成28年度では特・実審査官が1702人、意匠審査官が48人、商標審査官が137人、審判官が383人、事務官が534人の合計2804人が働いています。

## 2. 商標とは

商標権とは、商品やサービスと、文字やマークがセットで1つの権利となっています。例えば、「スマートフォン(携帯電話)」に「リンゴのマーク」、「ビール」に「★のマーク」というように必ずセットで出願することになっています。

商標というのは、特許庁に出願され登録が認められて初めて効力を得ることになります。大きなメリットを2点挙げると、1点目は「自分が登録商標を独占的に使用する権利」を得ることができること。そして2点目は、「他人の使用を排除できる権利」を得ることができるということです。

0. 商標ってなに～商標権の効力～



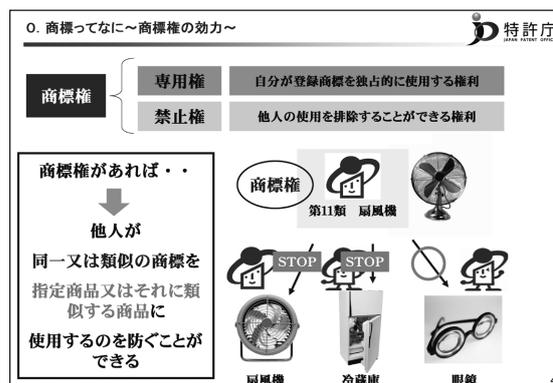
商標権	専用権	自分が登録商標を独占的に使用する権利
	禁止権	他人の使用を排除することができる権利

商標権の効力が及ぶ範囲		指定商品又は役務		
		同一	類似	非類似
商標	同一	専用権	禁止権	×
	類似	禁止権	禁止権	×
	非類似	×	×	×

3

同一の商標・同一の商品又は役務については、専用して使用する権利が発生し、商標が似ていて、かつ、商品も似ている場合には他人の使用を排除できるということです。



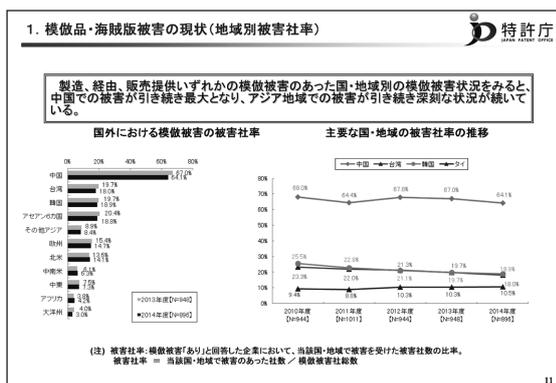
例えば、扇風機に付されているマークが登録されていた場合、他の人が扇風機に同じマークを使っていたら「やめてください」と言えます。扇風機と冷蔵庫は特許庁では類似の商品だと分類されていますので、他人が冷蔵庫にこれと似たマークを使うことも「やめてください」と言えます。しかし、非類似の商品であるメガネに、類似のマークを使ったとしても、「やめてください」と言える権利はありません。

(\*) 特許庁総務部国際協力課 商標政策班長

### 3. 模倣品海賊版被害の現状

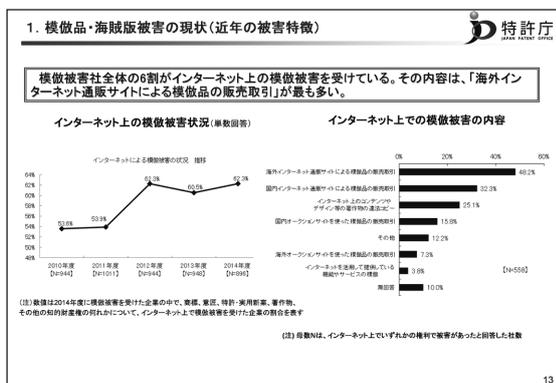
特許庁は模倣品被害の実態を把握するため、1996年から毎年、国内外での模倣被害に関するアンケート調査を実施しています。

2015年に行った「2015年度模倣被害実態調査」では、回答社数4090社のうち、模倣被害があったと回答した企業は896社、模倣被害率は21.9%でした。



これは、地域別被害社率に関する資料です。

上のグラフは2014年度に模倣被害にあった企業が、どこの国や地域で被害があったのかを表したものです。国・地域ごとの被害社率をみると、中国での被害が最も多く64.1%となっています。



近年の模倣被害の2点の特徴が挙げられます。1点目は、インターネット上での被害が挙げられます。インターネット上の被害とは、インターネット通販サイトやオークションサイトを使った模倣品の販売取引等を指します。模倣被害を受けた企業896社のうち、インターネット上の模倣被害を受けた企業の割合は6割以上となっております。

インターネット上での模倣被害の内容は、「海外イ

ンターネット通販サイトによる模倣品の販売取引」が最も多い結果となっています。そして、2点目は、模倣手口において中国でも巧妙化が進んでいるということです。具体的な手口として「見た目はそっくりに作り、商標を付けずに販売」、「中身と、包装やロゴシールなどを別々の場所で製造し、販売時に合わせる」等があり、多様な手口が存在しています。

模倣被害調査では、企業が実施している模倣品対策についても調査しています。何らかの模倣被害対策の実施率は、51.6%であって、前年度の41.7%と比べ増加しました。模倣被害対策の内容は、「国内外での知的財産権の取得」(79.5%)の回答が最も多く、次いで「専門家(弁理士・弁護士)への相談」(35.2%)「模倣品の製造業者・販売業者への警告」(24.7%)、「製造業者の調査」(18.6%)が続いています。

### 4. 模倣品問題に対する取組

内閣府が2014年10月に実施した知的財産に関する特別世論調査によると、「本物よりも価格が安い」や、「公然と売っているから」という理由により、模倣品・海賊版の購入を容認するとした回答者の割合が4割を超える結果となりました。このことから、模倣品・海賊版撲滅に向けた普及啓発活動等を通じて、消費者意識の改善を図る必要があるといえます。

そのため、特許庁では、「模倣品・海賊版を購入しない、容認しない」という消費者意識を醸成するべく、知的財産戦略本部をはじめ関係省庁の協力のもと、ポスター、新聞・雑誌広告、特設ウェブサイト、インターネットバナー等の様々な広報媒体を用いた啓発活動「模倣品・海賊版撲滅キャンペーン」を実施しており、2003年度より毎年行っています。

2. 模倣品問題に対する取組 (普及啓発)

<2015年度キャンペーンイメージ>

「あなたと社会に、ニセモノは悪です。」

「ちょっと待って! いま入れた商品は本モノ?」

「消費者になる前に購買責任の矛とをその財源方法をチェック!」

「あなたと社会に、ニセモノは悪です。」

「我々は偽物をインターネットで販売し、不正に利益を得る犯罪組織。」

「インターネットは国境を越えて世界中に届く。偽物をインターネットで販売し、不正に利益を得る犯罪組織。それは、あなたの財布を盗むのと同じです。偽物をインターネットで販売し、不正に利益を得る犯罪組織。それは、あなたの財布を盗むのと同じです。偽物をインターネットで販売し、不正に利益を得る犯罪組織。それは、あなたの財布を盗むのと同じです。」

2015年度は、模倣被害を受けた日本企業の約6割

がインターネット上で被害を受けている状況を踏まえ、インターネットサイトを利用する消費者を重点ターゲットとし、「あなたと社会に、ニセモノは悪です。」をキャッチコピーに、12月1日からキャンペーンを展開しました。

具体的には、特許庁ホームページ内にキャンペーンウェブサイトを開設。悪質業者の犯罪手口を紹介する動画の配信のほか、模倣品の見分け方や怪しいサイトの見分け方、怪しい通販サイトでの手口の傾向と対策を分かりやすく紹介しています。ネット通販サイトでは、さまざまな販売店が来店しています。通販サイトの審査を通過した中にも模倣品業者が紛れていたりすることもあります。また「スーパーコピー」や「アウトレット」「型落ち品」といった表現で模倣品を売っている偽物専門サイトや、商品すら送らずにお金や個人情報抜き取りだけの悪質業者もいます。さらに、価格比較サイトからリンクされている通販サイトにも偽物販売サイトが含まれている可能性があるため、価格の安さに飛びつかず、きちんと調べた上で安全なネットショッピングを楽しんでほしいと考えます。特に、若い世代の方はインターネットで買い物をすることが多いことから購入する前に1度当該サイト<sup>(1)</sup>を確認いただきたいと考えます。

2. 模倣品問題に対する取組(普及啓発)



・WIPO日本事務所は「ホンモノ(模倣品対策)漫画コンテストを開催。本漫画コンテストは日本国外務省、日本国特許庁の後援を受け、開催された。

・本漫画コンテストは、模倣品購入に関連した健康面や安全性のリスクを訴える独創的な漫画を制作するため、日本人の漫画家を公募。

・現在、日本語、英語、アラビア語、中国語、フランス語、ロシア語、スペイン語に翻訳され、世界中に公表されています。

特許庁

20

また、特許庁では知的財産に関する国連の専門機関WIPOの外部事務所の一つであるWIPO日本事務所と連携し、WIPO ジャパンファンドの予算のもと、「ホンモノ」(模倣品対策)漫画コンテストを開催しました。この漫画コンテストは、模倣品購入に関連した健康面や安全性のリスクを訴える独創的な漫画を制作するため、日本人の漫画家を公募しました。上記に掲載されているものが実際の優勝作品となります。この漫画は、

現在、日本語、英語、アラビア語、中国語、フランス語、ロシア語、スペイン語に翻訳され、世界中に公表されています。漫画の内容は、店員の若者が騙されて模倣品を購入してしまい、やがて模倣品が招く深刻な被害に遭うといった事件に、どのように対処していくかを描いた物語となっています。

その他にも特許庁は、知的財産権の保護に関する意識向上や執行能力の向上を目的として、新興国における人材育成協力を実施しています。現地での権利取得、そしてその保護のためには各国における知的財産権保護に携わる人材の育成が非常に重要であると考え、積極的に受入を行っています。1996年度から2014年度までに、アジアを中心に4,661名の研修生を受け入れ、また、568名の専門家を派遣、現地の税関職員や警察職員などの執行機関職員は、2014年度までに22ヶ国、397名を招致しました。

政府レベルで経済連携協定(EPA)を締結する際、その中に知的財産の問題解決に関する条項を盛り込むことが多くなってきています。相手の国で知財を守ろうとする場合、法律や運用に問題があり、知的財産が十分に守れないといった場合、EPAの仕組みは効果的です。

EPAに関する、具体的な例は、「十分な知財保護の確保の観点」から、特許に関して、我が国の審査結果を利用して迅速・的確に権利付与されることがシンガポール、マレーシア、タイで実現しています。商標に関して、我が国で周知の商標が相手国で保護されることが、インドネシア、マレーシア、タイで実現しています。エンフォースメントの強化の観点からは、税関差し止め対象権利の拡大や刑事罰対象権利の拡大などが、インドネシア、フィリピン、タイで実現しています。その他、権利取得手続きの容易化、将来的な懸念事項を話し合う知財委員会などの設置を約束しています。

「環太平洋経済連携協定」(TPP)については、知的財産分野の交渉における主な要求事項の1つとして「知的財産権の権利行使の強化」として、模倣品・海賊版対策強化として(著作権侵害や不正商標の疑いのある物品の輸出入の職権での差止め権限の付与、政府当局による著作権侵害物品や不正商標商品の没収・廃棄権限の付与、商標権を侵害しているラベルやパッケージの使用に対する刑事罰の導入の義務化などが挙げられています。

(1) <http://www.jpo.go.jp/mohouhin/27fy/campaign/>

次に、日本企業に対する模倣品問題の相談対応・情報提供を紹介します。海外における日本企業の活動を支援するため、海外事務所(JETRO)、に調査員(知財専門家)を派遣し、現地において調査活動や相談対応を行っています。現在、米国・欧州・タイ・シンガポール・中国・韓国・インド・UAE・台湾・サンパウロに調査員を派遣しています。また、現地の知財情報をメルマガやウェブサイトでスピーディーに関係者へ配信するなど、現地駐在の調査員を活用して、情報収集や情報提供をしています。さらに、模倣被害の多発する国・地域における知的財産法制度や対策方法に関する有益な情報を取りまとめた「模倣対策マニュアル」を作成し、公表・配布しているほか、国内外の日系企業を対象としたセミナーの開催等も行っています。

次に、商標権の侵害について、取り上げます。商標法において侵害とみなす行為は、商標法第37条では専用権を侵害する行為として「一 指定商品若しくは指定役務についての登録商標に類似する商標の使用又は指定商品若しくは指定役務に類似する商品若しくは役務についての登録商標若しくはこれに類似する商標の使用」として規定しています。次に、商標法第70条では類似する商標等について、第25条を引用し「『登録商標』には、その登録商標に類似する商標であって、色彩を登録商標と同一にするものとするれば登録商標と同一の商標であると認められるものを含むものとする。」と規定しています。そして、直接侵害は、商標法第78条において「商標権又は専用使用権を侵害した者は、10年以下の懲役もしくは千万円以下の罰金(併科あり)」及び間接侵害は、商標法第78条の2として「商標権又は専用使用権を侵害する行為とみなされる行為を行った者は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金(併科あり)」と規定されています。しかし、特許庁ではそれを取り締まる権限がないことから、警察・税関をはじめとする取締機関との連携が、模倣品を取り締まる重要なポイントとなっております。例を挙げると特許庁では国内における模倣品取締のため、産業財産権侵害に関する警察・税関からの照会に逐次対応しています。具体的には、特許庁に登録されている登録原簿の照会や、模倣品に使用されている商標と登録されている商標が同一又は類似するか否かに関する照会を受け付けています。その数は1200件以上です。税関との連携については、知的財産権の執行強化に向けて、模倣品対策における税関と特許庁の連携について合意書を作成し、それに基づき、協力しています。具体的には「関税法に基づく税関長から特許庁

長官への意見照会制度」として、特許権、実用新案権又は意匠権について、認定手続が開始された場合、権利者又は輸入者は、一定期間内であれば、税関長に対し技術的範囲等(特許発明・実用新案の技術的範囲又は登録意匠及びこれに類似する意匠)に属するか否かに関し、特許庁長官の意見を聴くことを求めることができます。また税関長は、権利者又は輸入者の求めがなくても、必要と認めるときは技術的範囲等に関し、特許庁長官に意見照会することができる制度です。そして、その意見照会への回答書の作成は、特許庁審判部が担当し、事案に習熟した3名以下の審判官を担当官として指名して、判断がなされることとなります。次に、「関税法に基づく犯則調査協力」とは、知的財産侵害物品等の密輸入などの関税法の罰則に該当する違反事件(犯則事件)について、その事実を明らかにし、犯則行為者に対する刑事責任を追及するため、犯罪捜査に準ずる方法で行う、税関職員が行う調査です。そして、その犯則調査への特許庁の対応は、権利の存続の確認、商標の同一又は類似の判断を文書で回答しています。の産業財産権を侵害していると思われる商品について、商標が類似するか否か等について、文書で回答しています。最後に「税関職員の能力向上のため、産業財産権に関する研修に協力」については、税関及び特許庁は、相互の制度について理解を深めるため、各々の研修機関が実施する職員への関税法、産業財産権関係法令及び双方の業務等に関する研修に相互の職員を講師として派遣するなど協力を図っています。

## 5. まとめ

まとめとして、模倣品を世の中からなくすことは容易なことではありません。しかしながら、模倣品は社会的不安を招く一要素となり、犯罪の一助となり、ひいては国民のモラルの低下を招く一要素となります。それらを防ぐために、特許庁では関係省庁と連携をして、普及啓発、人材育成、企業支援、国際調和、執行機関との連携を図っています。

本セミナーにご参加された皆様におかれては、模倣品を目にする機会がありましたら、決して購入することのないようにしていただけたらと考えます。

# 2016年度 事業報告

## 国際知財研究所研究会

### (第1回例会)

- ・ 法学部 10号館 1081 講堂
- ・ 平成 28 年 6 月 15 日(水) 午後 6 時 30 分から
- ・ テーマ及び講演者  
商標をとりまく国際情勢～海外における模倣品被害の実態と対策について～  
特許庁総務部国際協力課 課長補佐(商標政策班長) 網谷麻里子

### (第2回例会)

- ・ 法学部 10号館 1081 講堂
- ・ 平成 28 年 7 月 13 日(水) 午後 6 時 30 分から
- ・ テーマ及び講演者  
Honda の知的財産戦略  
本田技研工業株式会社 知的財産部長 別所 弘和

### (第3回例会)

- ・ 法学部 10号館 1081 講堂
- ・ 平成 28 年 11 月 16 日(水) 午後 6 時 30 分から
- ・ テーマ及び講演者  
クールジャパンに関する政府の取組み  
クールジャパン機構 経営企画部 兼 広報戦略部 担当部長 馳平 憲一

### (第4回例会)

- ・ 法学部 10号館 1081 講堂
- ・ 平成 28 年 12 月 21 日(水) 午後 6 時 30 分から
- ・ テーマ及び講演者  
テレビと著作権  
(株)TBS テレビ 総務局 法務マネジメントセンター ビジネス法務部 担当局次長  
日向 央



# Journal of Intellectual Property

## CONTENTS

### 【ARTICLES】

Kiyotaka Oda, *The Criminal Justice System and Infringements of Intellectual Property Rights*

Soichi Ogawa, *Coverage of Section 4(1)(xix) and (vii) of the Trademark Law:  
Concerning Bad Faith Trademark Filing*

Masataka Sugano, Yoshie Tanaka, Yoshihiro Kanazawa, *A Study on Intellectual Property and Industrial  
Activities*

Hideaki Togawa, *Non-use Trademark Cancellation Trials and Trademark Use:  
Focusing on the Trademark Case of "LE MANS"*

Toru Ogawa, *The Multifaceted Protection of Fashion Products*

Kazufumi Yasuda, *A Study Concerning the Use of Others' Trademarks in Metatag or Search Advertising*

Shinya Suzuki, *Announcement or Dissemination of an Intellectual Property Infringement and  
Degradation of Business Reputation: An Analysis of Recent Precedents*

Katsu Nishiguchi, *A Consideration on the Operation of the Japan Patent Office Concerning the  
Appointment and Replacement of an Agent in Article 13 of the Patent Law*

Takashi Saito, Soichi Ogawa, *Applicability of Non-registration Reasons regarding Parody Trademarks*

### 【CASE STUDY】

Yoshie Tanaka, *A Consideration of the Brand Improvement and Exports of Sake from Breweries Owned  
by Young Company Presidents*

### 【LECTURE RECORD】

Mariko Amiya, *The International Status of Trademarks: The State of Countermeasures against  
Counterfeiting Overseas*

# 『日本大学知財ジャーナル』執筆要項

平成 24 年 10 月 25 日国際知的財産研究所運営委員会決定

## 1 文章・表現

原則として常用漢字，現代仮名遣いを用いる。学術上，必要な限度において，他の漢字を用いるものとする。

## 2 体裁

- ① A4判(縦)にて横書きとし，論説は，20,000字前後を標準とする。  
判例研究等は，10,000字前後も可とする。
- ② フォントの設定は，明朝体の10.5ポイントを基本とする。
- ③ 見出しの数字は，一番大きいものから，Ⅰ → 1 → (1) → ① とする。
- ④ 図表は，各一点を600字とみなす。
- ⑤ 内容は，知的財産に関わる研究であり，原則として，未発表，未投稿のものとする。(研究領域の具体例としては，知的財産法・制度，知的財産政策，知的財産判例研究，知的財産会計・経営，知的財産国際問題，産業技術と知的財産，知的財産人材育成などがあげられる。)
- ⑥ 法令の条数(条・項・号)の記載は，ローマ数字表記とし，条数の前に「第」を記載しないこと。ただし，「1条の2第1項」という場合は除く。同一法令を並べるときは「・」(ナカグロ)で，他の法令の乗数を並べるときは「，」(カンマ)でつなぐ。〔例〕 憲法13条・14条，民法90条
- ⑦ 論説には要旨(400字以内)を付すものとする。

## 3 文献の引用と表記

本文の該当箇所の上部分に <sup>(7)</sup> のように注記番号を付して，本文末にまとめて，引用文献・資料等を表示する。

### ① 雑誌論文

執筆者名「論文名」雑誌名 巻 号(発行年) 頁

〔例〕 甲野太郎「●●●●●●●●」日本知財学会誌〇〇巻〇〇号(20XX年)100頁以下

### ② 単行本

執筆者名『書名』 頁(発行所名，版表示，発行年)

〔例〕 乙野次郎『知財学』250頁(〇〇出版，第4版，20XX年)

・シリーズ名，サブタイトルは必要に応じて入れる

・書名に改訂版，新版等が表示されている場合は，書名の一部として表示し，書名にそれぞれが表示されていない場合は( )内に入れる。版表示については，初版本については入れない。

・共著者の場合は，執筆者「論文名」共著者『書名』頁(発行所，発行年)または，共著者名『書名』頁〔執筆者〕(発行所，発行年)とする。

〔例〕 丙野三郎「●●●●●●」丁野四郎，戊野五郎『知財法』350頁(〇〇出版，20XX年)

丙野三郎ほか『知財法』350頁以下〔丙野〕(〇〇出版，20XX年)

③ 判例研究等

雑誌の場合；執筆者名「判批」雑誌名 巻 号(発行年) 頁

「判例批評」「判例研究」等の判例研究は、原則として表題を掲げずに「判批」「判研」とする。判例百選等の判例解説ものについても「判批」として扱う。ただし「判例解説」(最高裁調査官解説)の場合は「判解」とする。

単行本の場合；執筆者名『書名』事件または 頁(発行所名, 発行年)

④ 判 例

裁判所名→判決・決定→元号年月日→判例集名→ 巻 号 頁

〔例〕最三小判平成 15・10・7 刑集 57 巻 9 号 1002 頁

知財高判昭和 55・12・24 判時 994 号 51 頁

東京地判平成 10・5・28 判タ 1016 号 121 頁

大阪地判昭和 59・10・30 判タ 543 号 263 頁(手提袋の提手事件)

福岡地大牟田支判昭和 45・2・27 判タ 253 号 302 頁

⑤ 先例, 通達

〔例〕昭 41・6・8 民甲 1213 号民事局長回答

以 上



## 執筆者紹介(掲載順)

尾田清貴	日本大学法学部教授
小川宗一	日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授
菅野政孝	日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授
田中良恵	校友, 国立研究開発法人宇宙航空研究開発機構 新事業促進部
金澤良弘	日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授
外川英明	日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 非常勤講師, 外川特許事務所, 弁理士
小川徹	校友, MARK STYLER 株式会社管理本部法務部課長, 津田塾大学非常勤講師
安田和史	校友, 株式会社スズキアンドアソシエイツ取締役, 東京理科大学非常勤講師
鈴木信也	校友, 株式会社沖データ 知的財産室, 弁理士, ニューヨーク州弁護士
西口克	校友, 特許庁審判部 審・判決調査員, 弁理士
齋藤崇	日本大学大学院法学研究科博士後期課程
網谷麻里子	特許庁総務部国際協力課 商標政策班長

## 編集委員

加藤 浩  
中村 進  
友岡 史仁  
益井 公司  
光田 賢  
若林 広二  
臼井 哲也  
岡西 賢治

---

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)紀要

## 日本大学知財ジャーナル

Vol.10 2017.3

平成 29 年 3 月 24 日 発行

編集・発行 日本大学法学部国際知的財産研究所  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)  
〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

印刷 株式会社メディアオ

---



