

# 不正競争防止法の保護対象について

## —法理論と実務の乖離を探る—

吉村 公一<sup>(\*)</sup>

知的財産保護に関しては一般不法行為法によるほかに特別法としての特許法、商標法のような産業財産権法や著作権法および不正競争防止法などの周辺法により、知的財産の特性に応じたより強力な保護手段が準備されている。しかし、その周辺法の一つである不正競争防止法の位置づけが一般的には十分に理解されているとはいえない。また知的財産紛争事件に不正競争防止法を適用するのは一体どのような場合なのか、また同法によりどこまで保護されるのか、さらに裁判所での対応など、実務サイドからみた不正競争防止法の位置づけについて考えてみたい。

## I. はじめに

近年、特許や商標などの産業財産権法のほかに、不正競争防止法や著作権法、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律(JAS法)、景品等表示法など周辺法が注目されている。

とくに不正競争防止法は、2007年のミートホープ事件に端を発した一連の食品偽装関連の摘発、あるいは企業の顧客情報流失に関する報道などにより、一躍紙上に取り上げられるようになった。この分野では食品偽装関連だけではなく、商品や営業の他人による模倣行為、顧客名簿や設計図の不法な流出などの営業秘密の漏洩、不正目的での他人の著名なドメイン登録、顧客に対する競業他社の悪口など営業上不利となる事実を反する虚位の事実の告知・流布などの行為を、不公正な取引方法として民事的に規制するものである。不正競争防止法は、知財保護手段としては必ずしも十分とはいえないものの、裁判例をみても近年確実に適用事例が多くなっており、周辺法といえども重要性を増している。

そこで、不正競争防止法による保護対象が具体的に一体どのような分野にまで及ぶのかについて、今回は表示の問題、そして営業秘密の問題に限定したうえで判例なども交えながら考えてみたい。

## II. 不正競争防止法の目的

不正競争防止法の目的については、第1条に【この法律は、事業者間の公正な競争及びこれに関する国際条約の的確な実施を確保するため、不正競争の防止及

び不正競争に係る損害賠償に関する措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。】と規定されている。以下にこの規定の内容の概略を記す。

### 1. 事業者間の公正な競争

事業者間の競争というものは、基本的には他事業者の利益を犠牲にしつつも自己の利益獲得を目的とする行為であるといえる。したがって個々の事業者の競争行為それ自体が何らかの権利(たとえば経営権や営業権など)の行使として認められるというわけではない。不正競争防止法は事業者間の競争行為を制止しようとするのではなく、寧ろ競争行為が多数存在することを奨励しているのである。

しかし一方で「国民経済の健全な発展」をめざすものであるところから、競業事業者サイドの利益ばかりでなく、消費者、さらには公益サイドの保護とのバランスをはかるところに不正競争防止法による保護の対象を求めることができる。

### 2. 不正競争の防止

事業者サイドの私的利益と公益サイドの利益とのバランスをとりつつ国民経済の健全な発展をとげるためには公正な競争を奨励しつつも、一方でかかる公正な競争を妨げる不正競争行為を規制する必要がある。では一体どのような行為が不正競争となるのか。1条の目的規定に照らせば、おおまかに「国民経済の健全な発展を妨げる行為」がこれに該当することになる。不正競争防止法はこれらの不正競争行為について2条1項に具体的な態様を列挙している。

(\*) 弁理士、日本弁理士会不正競争防止法委員会 委員長

### 3. 損害賠償に関する措置等

事業者が他の競業者による不正競争行為により損害を蒙った場合に、不正競争行為の差止請求(3条)のみならず損害賠償の請求(4条・5条)を認めている。これらは不正競争防止法が私人による民事的請求を認めたものであり、同じ不正競争行為の規制手段であっても行政機関である公正取引委員会の介入による行政規制を基本とした独占禁止法とは異なっている。

## Ⅲ. 不正競争防止法の存在意義

一方で不正競争防止法による保護を必要以上に広範に認めすぎると、出願、審査、権利設定による保護を基調とする特許や意匠ならびに商標など産業財産権法との調整が難しくなる。すなわち産業財産権法の分野においては、産業発展に寄与する発明や創作、商標などについて、あらかじめ一定の登録要件を定めておき、権利取得を希望する者の出願行為を待って、この要件を備えるものについてのみ一定の条件・期間のもとに特許や意匠、あるいは商標などの独占的権利を付与するものである。しかしこのような産業財産権法に規定する保護の要件を満たさない内容の技術や創作、商標であっても、その模倣を放置した場合に、寧ろ国民経済の健全な発展ははかれない場合がある。また産業財産権による保護期間が満了した後においては競業者といえども模倣は自由であり、寧ろ権利期間経過後の創作物を模倣させることにより産業の発展をはかることに法目的があるとされている。しかし、権利期間満了後といえども模倣が自由になるのは事業者間の公正な競争の範囲内でのことであり、公正な競争の範囲を逸脱した競争行為は、もはや競業事業者サイドの利益を害するばかりでなく、消費者、さらには公益サイドの利益をも害する不公正な競業行為として許されるべきではない。

ここにおいて産業財産権法とは別な不正競争の規制法が意味をもって来る。

## Ⅳ. 不正競争行為(保護対象)

不正競争防止法が規制対象とするところ、つまり「国民経済の健全な発展」を妨げる行為とは一体どのような行為なのかについてある程度明確にしたのは「天理教豊文教会事件」(最判平18.1.20)である。この判例においては、「不正競争防止法は、営業の自由の保障の下で自由競争が行われる取引社会を前提に経済活

動をおこなう事業者間の競争が、自由競争の範囲を逸脱して濫用的に行われ、あるいは、社会全体の公正な競争秩序を破壊するものである場合に、これを不正競争として防止しようとするものにほかならないと解される。」としている[アンダーラインは筆者(以下同じ)]。

創作活動の各種成果や事業活動上の各種情報あるいは獲得信用(商品・営業表示)など事業活動に有用な技術上・営業上の情報のすべてが知的財産に相当するもの(知的財産基本法)であるとするれば、「創作活動の成果」としては発明や考案、意匠、著作物、商品形態、デジタルコンテンツ、植物新品種などが該当する。また「事業活動上の情報」については営業秘密が、さらに「事業活動上における獲得信用」については商品・役務についての商標、商号、ドメイン名、商品・営業表示、原産地表示などがそれぞれ該当するといえる。

これらは各種の特別法によりそれぞれ保護されるものであるが、そのうち不正競争防止法が規制対象とするのは主として商品形態、商品・営業表示、営業秘密であり、またドメイン名、原産地表示やデジタルコンテンツの一部(技術的制限手段の無効化行為)、商号などについても対象となる場合がある。不正競争防止法に違反する行為の態様については同法2条1項に具体的に限定列挙されている。以下において、そのうち実務上において主要となる表示および形態保護、そして営業秘密保護を中心に、それぞれについての概略を説明する。

### 1. 表示および形態保護について、

「表示」については「周知な商品等表示による混同惹起(1号)」と、「著名表示の冒用(2号)」がある。

「周知な商品等表示による混同惹起」とは、

【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。)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を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為】(1号)

であり、不正競争事件で最も多い行為態様である。この1号の行為態様に該当するためには、①商品等表示性、②周知性、③類似性、④混同のおそれ、が必要とされる。

①については1号括弧書きに規定されている通り、

「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」である。条文上には「その他の」となっているところから上記の氏名や商号等は例示と解される。

②また「著名表示の冒用」とは、

【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を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供する行為】(2号)

である。

#### (1) 「商品等表示」

1号および2号を通じ、まずここで「商品等表示」とは、具体的にどのようなものを意味するのかについておさえておく必要がある。1号の規定ぶりからみると「商品表示」あるいは「営業表示」をさすものと考えられるが、「商品」および「表示」そのものの意味合いが必ずしも明らかではない。ここでいう「商品」の概念が、商標法上における商品と同一と考えるべきかについては大いに疑問がある。不正競争防止法の目的が公正な競争秩序の維持をはかるところにあること、そしてここでいう「表示」が「人の業務に係る」ものである必要があることを考慮すると、原・被告両者間に競争関係が存在することを原則的前提とし、しかも「自他識別力」あるいは「出所識別力」を備えている「表示」であることが必要となると解される。したがって商品や営業についての普通名称や単なる機能あるいは効能などをあらわした表示などが用いられている場合においては商品等表示に該当しないが、商標法における「指定商品」の概念よりは広そうである。

また営業表示としては、過去にみられる多くの判例において、「営業」とは、必ずしも営利を目的とした事業に限られるものではなく、広く経済上その収支決算の上に立って行われるべき事業を含むものと解し、営業の範囲を広範に認めているものが多い。

例えば東京において「青山学院大学」などの学校を運営する学校法人が、広島県呉市において中高一貫教育をめざす「呉青山学院中学校」の名称を用いて運営する学校法人に対して「呉青山学院中学校」の名称の使用差止めを求めた事件(東京地判平13年7月19日判決)において、

不正競争防止法にいう「営業」とは、「広く経済的対価を得ることを目的とする事業を指し、…私立学校の経営もこれに含まれる。」とし、さらに「不正競争防止

法にいう営業とは、単に営利を目的とする場合のみならず、広く経済収支計算の上に立って行われる事業をも含むものであって、それが国や地方公共団体からの補助金収入をも含んだ収支計算であっても営業に該当する旨の判断を妨げるものではない。」とされる。

さらに最高裁の判例では既述した「天理教」事件(最高裁平成18年1月20日第二小法廷判決)がある。判旨は「不正競争防止法は、営業の自由の保障の下で自由競争が行われる取引社会を前提に、経済活動を行う事業者間の競争が自由競争の範囲を逸脱して濫用的に行われ、あるいは社会全体の公正な競争秩序を破壊するものである場合に、これを不正競争として防止しようとするものにほかならないと解される。そうすると、同法の適用は、上記のような意味での競争秩序を維持すべき分野に広く認める必要があり、社会通念上営利事業といえないものであるからといって、当然に同法の適用を免れるものではないが、他方、そもそも取引社会における事業活動と評価することができないようなものについてまで、同法による規律が及ぶものではないというべきである。」とし、宗教法人の宗教儀礼の執行や教義の普及伝導活動などについて、営業の自由の保障の下で自由競争が行われる取引社会を前提とするものではなく、不正競争防止法の対象とする競争秩序の維持を觀念することができないものであるから、取引社会における事業活動とは評価することができず、同法の適用対象外であると解するのが相当である、としている。

また同判決においては、「不正競争防止法2条1項1号、2号…にいう「営業」の意義は、取引社会における競争関係を前提とするものとして解釈されるべきであり、したがって上記「営業」は、宗教法人の本来的な宗教活動及びこれと密接不可分の関係にある事業を含まないと解するのが相当である。Yが「天理教豊文教会」の名称を使用して実際に行っている活動が、朝夕の勤行、月次例祭等の年中行事などの本来的な宗教活動にとどまっており、Yは現在収益事業を行っておらず、近い将来これをおこなう予定もない…から上記名称は、不正競争防止法2条1項1号、2号にいう「商品等表示」に当たるとはいえず、上記名称を使用するYの行為は同号所定の不正競争には当たらないものというべきである。」としている。

「商品」「営業」の表示に関してさらに判例ではどうみているのか。以下において特殊な事例をとりあげてみる。

[商品等表示を認めた例]

・「ラ・ヴォーグ南青山」事件（東京地判平16年7月2日判決）

「1号にいう「商品等表示」とは、人の業務にかかる氏名、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。ここにいう「商品」は、競争がおこなわれていることを前提としていることから、市場における流通が予定され、それ自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている、主として動産をいうものである。もっとも、不動産であっても、大量生産ないし大量供給がおこなわれるマンション等の建築物は、実際に本件マンションも投資目的での購入を勧誘しているように、一般に市場における流通が予定されており、マンション自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている。よってマンションは、商取引の目的となって市場における流通が予定され、それ自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている物として、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品」に該当するものと解される。」

・「iMac」事件（東京地決平11.9.20）

「iMac」は一体型のコンピュータにおいて、全体に曲線を多く用いた丸みを帯びたデザインであり、外装に、半透明の白色と半透明の青色のツートンカラーのプラスチック素材が使用されているなどにより、アップルコンピュータの商品表示として需要者の間に広く認識されているものであるのに対しソーテックの「e-one」の形態はこれと類似し、アップルコンピュータとの混同のおそれがある。（1号適用）

・「全国共通図書券」事件（東京地判平14年1月24日判決）

全国共通図書券の発行・販売を行っていたXは、中古書籍・CD等の販売等を業とし、その運営する店内において「図書券の利用が可能」との掲示をし、同内容のチラシを商圏内において配布し、顧客の持参する全国共通図書券と図書との引換えを行っていたYに対し、全国共通図書券と図書との引換えの差し止め等を求めたのに対し、

「Xは遅くとも平成6年ころには一般消費者の間で、全国の多数の新刊図書を扱う書店において図書券を用いて図書を購入することが可能であること及びこれらの書店は図書券による代金決済を可能とする組織の加盟店であることが、広く認識されていたものと認めることができ…新聞広告等において、X加盟店において図書券の利用が可能である旨の表示がされ、また、X

加盟店の各店舗においても当該店舗において図書券の利用が可能であることを表示したポスターなどが掲示されていたことを併せ考慮すれば、「図書券の利用が可能である」旨の表示は、遅くとも平成6年ころにはX加盟店を示す表示として一般消費者の間に広く認識されていたものというべきである。…すなわち、特定の種類の商品券、プリペイドカードやクレジットカードを利用しての商品の購入が、当該商品券等の代金決済システムを行う特定の組織に加盟する店舗においてのみ可能であるような場合には、ある店舗において当該商品券等の利用が可能であることを表示することは当該店舗が当該組織の加盟店であることを顧客に示すものであり、このような場合には、当該商品券等の利用が可能であることを表示することが、特定の組織に属する店舗の営業であることの表示となるものである。この場合には、そのような特定の商品券等による代金決済を行う組織の加盟店であることが、当該店舗の社会的な信用を高めることも少なくないのであって、このような点を考慮すれば、当該商品券等の利用が特定の組織に属する店舗のみにおいて可能であることが需要者の間に広く認識されている場合には、当該商品券等の利用が可能である旨の表示が不正競争防止法2条1項1号にいう周知の「商品等表示」に該当し得るものというべきである。」として店舗内の掲示の差し止めおよび当該掲示の廃棄ならびに損害賠償の一部を認容した。

・「長崎タンメン」事件（東京高判昭45年4月28日判決）

「長崎タンメン」は商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示したにすぎない標章であるから商標法上の登録要件を満たすものではないが、不正競争防止法上という「商標」には該当する。

・「動くかに看板」事件（大判昭62.5.27）

かに料理店（かに道楽）店頭に設置された動くかに看板が商品等表示であると認定され、それを模倣した看板を掲げる行為が、不正競争防止法2条1項1号の不正競争（周知表示混同惹起行為）に該当するとして、看板の使用禁止および損害賠償の請求を認めた。

[商品等表示を認めなかった例]

・「カプセル色彩」事件（東京地判平18年2月10日判決）

キャップが概ね緑色で、ボディが概ね白色に構成された医薬品カプセルとこれを収容する表面及び裏面ともに銀色地の原告PTPシートの原告色彩構成と類似した薬剤を販売する被告に対して販売差し止め等を求めた事案において、医薬品のカプセルやPTPシートは、

一般論としては不正競争防止法2条1項1号の「商品の容器若しくは包装」に当たるから、同法にいう「商品等表示」に当りうる、としつつも、不正競争防止法は、カプセルやPTPシートの色彩自体を独占させることを目的とするものではなく、カプセルやPTPシートの色彩自体が上記の「商品等表示」に該当し、当該色彩を有するカプセルやPTPシートを使用した商品の販売行為が同号に該当するものとする、カプセルやPTPシートについて、当該色彩の使用そのものが禁止されることになり、結果的に本来は何人も自由に選択使用可能な色彩を使用したカプセルやPTPシートを用いた同種の商品の販売が禁じられるとともに第三者の市場参入を阻害しつつ特定の者に独占させる結果となる。

したがって、色彩自体が2条1項1号にいう「商品等表示」に該当するためには、①カプセルやPTPシートの色彩が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており、②かつそのカプセルやPTPシートの色彩が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、又はきわめて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により、需要者においてその色彩を有するカプセルやPTPシートが特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていることを要すると解するのが相当である。

・「アメ横」事件（名古屋地判・平成2年3月16日判決）

「アメ横」なる名称は原告X（アメ横商店街連合会）の営業表示ではない。これは、本件地域（上野から御徒町地域）内の通りないし地区の通称であって「アメヤ横丁」が略称されたものである。周知性を有する営業表示と認めるためには営業とともに名称を承継することが前提である。本件地域の商店群は個々の商店ごとに各別に営業を行うもので、この商店群を一つの営業主体ということはできない。商店群全体の通称である「アメ横」なる名称は営業の表示ではない。また、本件地域の個々の商店の営業を表示するものではない。また有償で「アメ横」という名称の使用許諾したこと、無断使用者に警告・仮処分を求めたことは、事実上管理したものにすぎない。原告Xが「アメ横」という名称の周知性を高めたとしても、X自身の営業表示として広く知られたのではない。また「アメ横」という名称ないし表示は、不正競争防止法1条1項2号にいう「広く認識せらるる他人ノ営業タルコトヲ示ス表示」であるとは認められない。

商標法においては商標を付すべき対象としての商品が、取引の対象となる動産に限られる。しかし不正競争防止法では、上記したように「商品」や「営業」について、自由な競争がおこなわれることを前提としているから、市場における流通が予定され、またそれ自体に表示を使用して出所識別性を備えるものであれば不動産や無体財産なども対象となり商標法に比べれば保護対象が広い。しかし社会の多様なニーズによって経済取引の対象も刻々変化していくものであることも事実である。したがって不正競争防止法にいう「商品等表示」の具体的な内容は常に流動的であり、これをあらかじめ明確化することは得策とはいえず、営業の自由競争を前提とした取引社会において、事業者間の競争が自由競争の範囲を逸脱して濫用的におこなわれ、あるいは社会全体の公正な競争秩序を破壊するような不公正な取引対象と目される限りにおいて将来多くの予期せぬ保護対象が出現することであろう。

## （2）周知性

②の周知性については、1号において「需要者の間に広く認識されているもの」と規定されているのにとどまり、具体的な範囲が示されていない。この規定ぶりからみると商標法4条1項10号における「周知」とは同一とみるべきであろうか。

商標法は権利法規であり、日本国内全域に効力を及ぼす唯一の商標権を付与するものであるのに対し、不正競争防止法では公正な競争を促進する立場から、特定の商品等表示が格別知られていない地域においてまで保護されるわけではないので必ずしも商標法上の周知の概念とは一致するものではないとの見方もできよう。

しかし商標法も不正競争防止法も、ともに公正な競争（産業の発展）を目的とする側面で重なり合う規制手段であるところからみれば、両法にいう「周知」の概念が相違するのはいかにもおかしいということになるであろう。またこの場合の「周知」の概念は意匠法上の「公知」とは大きく異なることはいうまでもない。

商品の形態が不正競争防止法による保護対象となるとして、特定の商品形態が競業者によって模倣されたような場合に、その商品形態について意匠登録をうけていれば意匠権侵害を主張することができるが、意匠登録をうけていない場合には意匠権侵害を主張することができない。また商標権についても商標登録をうけていないと商標権侵害を主張できない。

しかし、意匠登録や商標登録をうけていない場合であっても、実際に商品を発売した結果、不正競争防止

法2条1項1号に定める要件を満たす場合には保護を受けることができる。つまり商品形態が需要者の間に広く認識されて周知となった商品等表示にあたる場合は、同一または類似の商品形態の商品を譲渡するなどにより、他人の商品と混同を生じさせる行為に対しては1号の適用が可能になる。

この場合に「周知」といえるためには商品自体に個性的な特徴を有するとか、長期間独占使用し、一定の販売実績があり、十分な広告宣伝の事実があるなどにより、もはや需要者間においてはその形態を備えた商品について、特定の事業者の商品であるという認識が十分に存在することが必要である。さらに「広く認識されている」とは誰を対象としているのか、意匠法など創作法の立場からみれば認識の目線が創作者サイドの方向に向く場合もあるであろうが、経済取引の市場規制法である不正競争防止法では他人の商品や営業表示の使用、又はその表示を使用した商品の不正な取引を規制するのであるから必然的に需要者サイドが対象となるために、1項では周知性有無の判断基準として「需要者の間に」と規定している。

では「広く」とは一体どの程度の範囲なのか。

この点に関しては、周知の地域について「必ずしも日本全国である必要はなく、少なくとも一地方において広く認識されていれば足りる」（最判昭34年5月20日判決）との古くからの考え方が現在でも通説である。しかし、不正競争防止法は不正な競争関係の存在を前提とするものであるところから、「表示等」が自己の取引販売エリアで周知であれば足りるというのではなく、相手方の営業領域においても周知である必要があるとみるべきである。

「周知性」の具体例について判例をみると以下の特徴的な事例を挙げることができる。

・「折りたたみコンテナ」事件（東京地判平5.12.22）

「不正競争防止法における周知商品表示と認められるためには、…需要者が一見して特定の営業主体の商品であることを理解することができる程度の識別力を備えた独自の意匠的特徴を有する形態であることが必要というべきである。」

・「アメックス」事件（最判平5年12月16日判決）

「不正競争防止法一条一項二号(旧法)にいう広く認識された他人の営業であることを示す表示には、営業主体がこれを使用ないし宣伝した結果、当該営業主体の営業であることを示す表示として広く認識されるに至った表示だけでなく、第三者により特定の営業主体の営業であることを示す表示として用いられ、右表示

として広く認識されるに至ったものも含まれるものと解するのが相当である。」

・「ギブソンギター」事件（東京地判平10.2.27判決）

X(ギブソン・ギター・コーポレーション=原告・控訴人)製品は、遅くとも昭和48年(1973年)ころには、我が国のロック音楽のファンの中で、エレクトリックギターにおける著名な名器としての地位を確立し、それとともに、X製品の形態も、Xの商品であることを示す表示として周知となったものと認められる。…しかしこのようにしていったん獲得されたX製品の形態の出所表示性は、その後現在に至るまで20年以上にわたってY(日本の楽器メーカーである株式会社フルナンデス=被告・被控訴人)をはじめとした10社以上の国内楽器製造業者による類似形態の商品が出回り続けた事実があり、しかもこの間にXによって何らの対抗措置を執られていなかったのであるから需要者にとって、商品形態を見ただけで当該商品の出所を識別することは不可能な状況にあり、したがって、需要者が商品形態により特定の出所を想起することもあり得ないものといわざるを得ないから、遅くとも平成5年より前までには、事実経過により既に(周知性が)消滅したものというほかない。

・「かつれつ庵」事件（横浜地判昭58.12.9）

横浜市内においてある程度多くの人々に知られた豚カツ店「勝烈庵」(原告)が同じ神奈川県鎌倉市大船に店舗を構える「かつれつ庵」、と静岡県富士市に店舗を構える「かつれつ庵」に対して「かつれつ庵」の使用差止め請求をおこなった事件である。判決では鎌倉市大船では原告の営業表示「勝烈庵」を周知の表示と認めたが、静岡県富士市においては周知ではないとし、大船の「かつれつ庵」に対しては営業表示の使用差止めを認容し、富士市の「かつれつ庵」に対する営業表示の使用差止めを認めなかった。

〔周知性を認めなかった判例〕

・「シェ・ピエール」事件（東地判平成21年5月14日判決）

原告(東京乃木坂のフランス料理店)「シェ・ピエール」は、レストランの顧客に「シェ・ピエール/Chez Pierre」などのブランドを付したワインの提供をおこなっていたところ、被告(サントリーワインインターナショナル)が「シェ・ピエール」「Chez Pierre」などの表示を付したワインを全国販売したため、2条1項1号により表示の使用差止め等を請求したが、原告表示に接する者の範囲はきわめて限定されており、各原告表示が被告商品の需要者である全国的な一般消費者

の間に広く認識されているものであるとはいえない、  
として周知性が否定された。

上記の諸判例からみると、周知とするための営業努力の必要性については必ずしも必要ではなく、クチコミなど周囲から自然発生的に周知となった場合も保護対象に含まれることになる。また表示について一旦周知性を獲得したとしても、周知性の状態というものは流動的であり、その後周知性を失う場合もある。さらに表示についての周知性は、特定の地域だけでも成立するが、周知性を獲得した地域外での他人による表示の使用について規制することはできない、ということになる。

### (3) 類似性

③の類似性に関しては、表示が類似するかどうかについては「取引の実情のもとにおいて、取引者または需要者が両表示の外観、呼称または観念に基づく印象、記憶、連想等から両表示を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準にする」（最判昭58.10.7）との判例がある。基本的には商標の類似と同様に考えてよいものと思う。

### (4) 混同のおそれ

④の混同に関して、表示について「混同」とは、要するにある者の商品・営業を、他の者(表示所有者)の商品・営業と錯誤することである。この場合に現に混同の結果がなくとも、混同のおそれがあれば足りるとするのが一般的である。

ここで「混同する」とは一体何が混同することを意味するのか。1号の趣旨から考えると商品または営業の「出所」について相紛らわしい場合をいうものと解せられる。また混同するかどうかについては混同の可能性の前提として社会情勢の変動も考慮する必要があるであろう。とくに現代社会における経済活動のグローバル化が著しい時代においては「混同のおそれ」がおきる可能性はより拡大されているといつてよい。

したがって「混同」とは、

- a. A社の商品と誤認してB社の商品・営業を購入すること(狭義の混同)のみならず、
- b. B社がA社の系列企業ではないかと誤認してB社の商品・営業を購入すること(広義の混同)も含まれることになる。

「混同」に関する具体的な判例をみると、以下のものがみられる。

・「ヤシカ」事件（東京地判昭41.8.30）

大衆向けの低廉なカメラにつき「ヤシカ」という商品

表示を用いて株式会社ヤシカが、化粧品およびその営業について「ヤシカ」「ヤシカ化粧品会社」などの表示を用いている企業に対し、「原告の商品分野と被告の商品分野が異なるが、ヤシカが著名商標であるということ等を理由に、被告の商品は原告の製品か少なくとも原告の系列会社の製品であるとの印象を一般に与える」とし、原告の差止請求を認めた。

・「日本ウーマン・パワー」事件（最判昭58.10.7）

「混同を生ぜしめる行為は、同一営業主体として誤信する行為のみならず、親会社・子会社の関係や系列関係などの緊密な営業上の関係が存すると誤信させる行為をも包含する」

・「フットボール・シンボルマーク」事件（最判昭59.5.29）

「混同を生ぜしめる行為には、同一の商品主体または営業主体と誤信させる行為のみならず、同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存するものと誤信させる行為をも包含する」

・「高知東急」事件（東京地判平10年3月13日判決）

「高知東急」の芸名で年に数本のテレビ番組と映画に出演するほか、雑誌や宣伝パンフレットに掲載されるなどの芸能活動をおこなっている被告に対し、原告の社名である「東京急行電鉄株式会社」およびそのグループ企業の一般的略称である周知・著名な「東急」の表示を用いたものであり、東急グループは、文化施設「Bunnkamura」における音楽、演劇、美術、映像などの催しや、広報活動としてのコンサートなど、芸能に関する催しを広く行っているところ、原告および東急グループの営業表示である「東急」と、被告の芸名「高知東急」とは類似している。また原告の営業表示の周知著名の程度、被告の芸名の使用状況、類似性の程度、原告の事業内容との関連等の事実を鑑みれば、被告が「高知東急」の芸名を使用して芸能活動をおこなうことは、原告又は東急グループと被告との間に、被告が原告又は東急グループに所属している、ないし被告の芸能活動が原告又は東急グループによって支持され若しくは被告の芸名の使用が原告又は東急グループによって許諾されているといった組織的關係や、被告が原告又は東急グループの資金的援助を受けてるといった経済的な関係など、何らかの密接な関係があるとの誤信を生じさせる蓋然性が高いというべきであり、したがって混同のおそれがあるものと認められる。

・「ヤンマーラーメン」事件（神戸地姫路支判昭43年2月8日判決）

被申請人が商品名として「ヤンマーラーメン」の標記

のほかに、「伊藤の」「イトーの」と付記して自己の製造に係る商品であることを明示したとされる事案について、申請人の周知表示である「ヤンマー」とは混同しない、とした。

#### (5) 周知性・類似性・混同の判断基準

以上を総合すると、その形態を有する商品が特定の事業者の商品であるとの認識が一定の地域内全般にわたり一般的に浸透していることが必要であるということになる。

そして、周知性の有無についての一般的な判断は、商品等表示の独創性、販売数量、販売期間、広告宣伝量、取引態様などを総合的に考慮してなされる。

また、類似性の判断にあたっては、取引の実情のもとにおいて、取引者または需要者が両表示の外観、称呼または観念に基づく印象、記憶、連想などから両表示を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断される。なお、混同は現実が生じていることは必要ないが、混同が生じる恐れがあることが必要であることは既述したとおりである。

#### (6) 著名性について

また2号に該当するための要件としては上記した商品等表示について「著名性」の獲得が必要である。

2号ではこの「著名性」の存在が確認されれば1号のような「混同のおそれ」を必要としない。「著名性」について、2号では単に「著名な」としているだけで、具体的に示していない。一般論として「著名」とは「周知」に比べて認知度が、より一層強度のものであることは明らかであるが、その具体的な程度については必ずしも明らかではない。多くの場合「周知・著名」とされることが多く、「周知」と「著名」とを明確に峻別した記録もあまり見当たらない。では「周知」の一般的レベルを超えれば「著名」といえるのかということ、必ずしもそうでもない。「周知」の程度がさらに高まった場合に「著名」となるが、どの程度高まったら著名となるのかについては、「全国規模で広く認識されるに至った」場合（たとえば「j-phone事件」東京高判平13.9.11）であるとするのが一般的であり、全国規模にまで至らない場合には未だ周知の領域を出ないと考えるべきである。

#### (7) 形態保護

3号が規制対象とするのは「他人の商品の形態」である。

商品の形態に関しては、意匠法、著作権法でも保護の対象としている。また近時立体商標の登録も一定の要件のもとに可能となっている。

これらの法律はいずれも究極において国民経済の発

展に寄与することを目的とするものであるが、不正競争防止法における3号の保護趣旨としては、先行者が新商品の開発に費やした時間や労力および費用を、先行者としての有利な立場において回収させることに狙いがあるのであるから、意匠法等と必ずしも保護の要件を共通にするものではなく、意匠法等と不正競争防止法の3号による形態保護とが重畳適用される場合も理論上は考えられる。

しかし意匠法等により保護対象となっている商品については、意匠法等による保護の意義を希釈させないためにも不正競争防止法による保護態様については、意匠法等によっては必ずしも十分な保護がはかることができない分野に限るべきであり、しかも先行者が新商品の開発に費やした時間や労力および費用を、先行者としての有利な立場において回収させるのに十分な範囲に限るべきであるとするのが一般的な見解である。

このような見地から、3号においては他人の商品の形態の「模倣」による開発費用や時間、労力の節減により先行者に与える先行者としてのインセンティブの低減をなくすために必要かつ十分な限度で保護すれば足りるのであって、保護要件を大まかに纏めれば、意匠法のように「類似」の概念を取り入れることなく他人の商品のデッド・コピーであることを要件とし、しかも日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過する以前までをもって保護期間と定めている。

## 2. 営業秘密保護について、

もうひとつ営業秘密の保護がある。

### (1) 営業秘密の概念

営業秘密とは、【秘密として管理されている生産方法、販売方法、その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう】（2条6項）

すなわち「事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」であれば、それが公然と知られていない限り不正競争防止法での保護対象となるのである。

したがって機械の設計図や製造に関する技術、実験データ、開発過程の記録、ノウハウ、顧客名簿、販売に関するマニュアルなども含まれると解される。不正競争防止法の理念に照らせば「営業秘密」の範囲も時代の推移により次第に内容が変化する概念であると考えられる。

### (2) 保護される営業秘密の態様

不正競争防止法で保護が可能な営業秘密の不正な取得・使用等の具体的な行為態様については4号から9

号に具体的に規定されている。なお4号から6号は不正取得行為態様といわれ、また7号から9号は信義則違反行為ともいわれている。

### (3) 保護の要件

不正競争防止法で保護される営業秘密に該当するためには、既述したように2条6項の要件を満たす必要がある。具体的には

第1に有用性、

第2に秘密管理性、

第3に非公知性 の3つの要件が必要とされている。

第1の「有用性」とは何か。2条6項には「生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」とある。発明や考案などの技術的な内容ばかりでなく機械設計図や実験データ、顧客情報などをはじめとし公正な事業活動を営むうえで有益な情報は殆ど該当することになる。

逆に言えば不正競争防止法上において認められる事業活動において有用ではない情報を除き、それが公序良俗に反する内容である等の事情がないかぎりここでいう営業秘密に該当する可能性があるのである。具体的には、当該情報が事業活動に利用または使用され、あるいは利用・使用によって費用の節約や経営効率の改善等に役立つものであれば営業秘密に該当するといえる。

因みに判例では、例えば「墓石販売顧客名簿」事件(東京地判平12.11.13)がある。これは同一顧客への再三にわたる電話での勧誘や事情調査を経て得られた顧客情報であって、①全く無反応の者、②何らかの反応があり、中、長期間にわたり勧誘すれば、成約に至る可能性のある者、③好反応があり、短期間のうちに成約に至る可能性がある者、かどうかの情報を記した「暫定顧客名簿(電話帳抜粋)」、および成約見込み客に定期的に電話して得られた購入計画状況等に関する情報が含まれた「お客様情報」等についての「有用性」が争われた事件において、「X(原告)において、無差別に行った電話帳による顧客勧誘の成約率は、約0.015パーセントと極めて低い。したがって、右各資料に含まれる成約可能性に関する顧客情報は、効率的な事業活動をするに当たって有用な情報といえる。」として営業秘密としての有用性を肯定している。

第2の「秘密管理性」とは、秘密として管理されることが客観的に認められる状態をいう。また当該情報にアクセスした者が、当該情報が営業秘密であることを認識できる程度に秘密性が明確にされていること

を要するものとする。

判例をみると、

「秘密管理されているといえるためには、当該情報の保有者に秘密に管理する意思があり、当該情報について対外的に漏出させないための客観的に認識できる程度の管理がなされている必要がある」(東京地判平11.9.14)

とされる。

第3の「非公知性」とは何か。

一般的には、当該情報が公の刊行物等に記載されたことがなく、また保有者の管理下以外では入手できない状況下にあることをいうものとされる。特許法上の新規性の概念とは同じではない。

## VII. 不正競争防止法における保護対象の課題について

以上に記した不正競争防止法による保護対象のうち、「表示」および「営業秘密」に関して実務上でのいくつかの疑問点を指摘したい。

### 1. 周知性の認定基準

さきに商品等表示を認めた判例として「ラ・ヴォーグ南青山」事件(東京地判平6年7月2日判決)をとりあげた。同判決では「マンションは、商取引の目的となって市場における流通が予定され、それ自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている物として、不正競争防止法2条1項1号にいう『商品』に該当する」旨判示している。同判決でもいうように、「不動産であっても、大量生産ないし大量供給がおこなわれ」たものかどうかは疑問であるものの分譲マンションについても不正競争防止法上の商品足り得ることに関してはそれほど異論はないものと思われる。同事件では米国のファッション雑誌「VOGUE」との広義の混同が問題とされたもので、ファッション雑誌「VOGUE」が高級ブランドイメージを有するものであるとともに、その知名度の高さを評価し、雑誌とマンションという互いに異なる商品ではあるものの、「デザイナーズマンション」と銘打ったマンションの販売との間に広義の混同のおそれがあることを認めたものである。

すると「VOGUE/ヴォーグ」の表示について、これを例えばホテルやレストラン、スーパーマーケット、ゲームセンター、学校、病院、その他、ほかにどのような商品又は営業の表示として使用の規制が可能なの

か、という問題が出てくる。

結論的にはファッション雑誌「VOGUE」の知名度の高さととの関係で個別・具体的に混同のおそれがあるかどうかによって規制対象となるか否かを決すべき問題であるといえそうであるが、ここで「知名度の高さ」を正確に測る手段がなく、広告や宣伝、販売数量その他多くの資料を提出したうえで抽象的に判断を仰ぐしかない。もちろん提出した証拠について、裁判所側からこれで十分である、等の示唆はないのであるから、実務上においては周知性有無についての立証について、両当事者がどうしてもかなり余分目の主張・立証をおこなう必要が欠かせないところから、訴訟経済の観点より見た場合においては商標権侵害事件に比べると、敗訴のリスクが比較的高くまた費用対効果の点でもそれほど有効な規制手段であるともいえないことが多い。

## 2. 飲食店内で提供される料理についての商品等表示性をどう考えるべきか。

とくにフランチャイズ化された多数の飲食店舗内において、例えば「○○牛丼」「○○餃子」などの表示をした場合に、表示の混同のおそれはないのかが問題となる。そもそも飲食店舗内において提供される料理は「商品」に該当しないと見る見解もある。また過去の判例においてこのような場合に他人の物との識別性を必要とする場合は存在しないとして流通性を否定し、商品等表示性を否定した判例(大阪地判昭61.12.25)もある。

仮に飲食店舗内において提供される料理が「商品」に該当しないとしても、「営業」には該当するから両者を区別する実質的意義はあまりないともいえるが、フランチャイズ店舗内で用いられる表示についても、これに関係のない他店で使用された場合に混同のおそれがあることは間違いなさであろう。

そのような場合においても商品の流通性を否定して保護をしないとすれば競業者間の不正な競争を防止することを意図する不正競争防止法の目的にそぐわないことになる。したがって飲食店舗内において提供される料理に対する表示についても商品の流通性を問わずに混同のおそれが認められるのであれば商品等表示性を認めるべきである。

## 3. 「…タイプ」の表示について、

最近「…風」あるいは「…タイプ」の表示が2号に該当するのかが問題とされることが多い。著名標章を半ば利用する行為とでもいうべきか。この問題に関しては比較的古くからの判例がある。所謂「香りのタイプ」事件

(東京地判昭55.1.28/同二審東京高判昭56.2.25)である。概要を述べると、知名度のない香水について「シャネルNo.5」などの世界的に有名な香水と香りのタイプが同じである旨の広告をして訪問販売する行為の不正競争行為該当性が争われたものである。

地裁では旧法1条1項5号(現2条1項13号)該当性が争われたが、「香りのタイプ」は「香りそのものが同一だといっているわけではない」として請求棄却、また高裁では旧1条1項1号(現2条1項1号)の表示の混同が争われたものの、被告が「自己の表示として用いているわけではない」、としてやはり請求棄却となった。

この事件後、「…タイプ」あるいは「…風」系の表示は使用しても大丈夫との風評が高まった。

しかしその後、再び「シャネルタイプ」事件(東京地判平5.3.24)が発生し、今度は著名商標権者の商標権を侵害するかどうか争われた。概要は日本の香水販売会社が商品パッケージ上における数行にわたる英文の説明書きの途中に、ひときわ大きく目立つ態様で「CHANEL No.5」の文字を表記したことが問題となった。

判決では「CHANEL No.5」の著名性を認定したうえで、英語の文章全体の意味を理解できない需要者は少なくないこと、そのなかで「CHANEL No.5」の文字がひときわ目立つこと、などを理由に商標としての使用にあたるとしてシャネルグループの請求を認容した。

したがって、不正競争防止法には触れないとしても、表示の使用の態様如何によっては商標権侵害となる場合があることも考慮する必要がある。このような「…タイプ」や「…風」の表示は、他人の著名な表示に便乗したただ乗りの行為に該当する側面があるにもかかわらず不正競争防止法の2号では正面からの規制が難しいところがある。しかし表示の使用のしかた如何によっては不公正な競争行為となりうる場合も考えられるところから、行為規制方法としてはまさに不正競争防止法の範疇においての保護に適しているといえる。では具体的にどの条項で規制できるのかということ、現状の2号では適用が困難であることは既述したとおりであり、2号自体を改正するか、それとも別条項を追加したいところと考える。

## 4. 商品形態の保護について、

商品の形態とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外

部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう(2条4項)。

日本国内において最初に販売された日から3年を経過しない他人の商品の形態を模倣することは禁じられているが、実務上においては形態模倣といえるのかどうか問題となることが多い。また商品が単一ではない場合、例えば「宅配寿司」事件(東京地判12(ワ)17401号)では、1つの容器に盛り付けられた1セット毎に電話等で注文を受けて宅配として提供するセットものの寿司の配列形態について、請求は棄却されたものの、裁判所は『容器の形状やこれに詰められた複数の鮎の組合せ・配置に、従来の宅配鮎に見られないような独自の特徴が存するような場合には、不正競争防止法による保護の対象たる「商品の形態」になり得るものと解される』とし、全体の形態について3号の商品該当性は認めた。

また「小熊タオルセット」事件(大阪地判平10.9.10)では、小熊の人形、タオルハンガー、小熊の絵が描かれたタオルおよび籐カゴの組合せからなるタオルセットを、赤・白・青の三色からなる包装箱に詰めて販売した商品についての形態模倣が争われた事件では、「原告商品及び被告商品は、いずれも包装箱又は籐カゴに収納された状態で展示され、購入されるのであるから、その形態は、右収納状態のものを中心にとらえるのが相当」として3号の商品該当性を認めている。したがってこれらの所謂セット物についても3号の形態模倣行為規制がおよぶのである。

さらに3号の場合、意匠法では権利範囲が物品の類似にまで及ぶので不正競争防止法でも類似形態を「模倣」に含めるべきかが問題となる。しかし、一般的には模倣者は後ろめたさもあってか「一見して同一商品」とみられるリスクを避けるために商品のどこか一部を意図的に違えて敢えて紛らわしい形態として販売することが多い。3号では意匠法と同様の意味での類似形態についても含むべきなのか。しかし既述したように3号の規定の趣旨は、先行者が新商品の開発に費やした時間や労力および費用を、先行者としての有利な立場において回収させることに狙いがあり、また意匠法等産業財産権法による保護の意義を希釈させないためにも不正競争防止法による保護態様については、産業財産権法による保護が必ずしも十分ではない分野に限られるべきであるとすれば、類似の範疇にまで保護する必要はないものといえる。しかし、だからといって全く完全同一の形態に限られるとすれば、あまりにも市場先行者の立場が無視されることになるので、商品

形態として両者を対比した場合に実質的に同一(酷似)の範囲と目される形態をもって所謂「デッド・コピー」として保護すれば足りると考える。

ここでもうひとつ問題なのは、保護期間が一律3年間という点である。模倣者は、他人が販売した商品の販売動向を注視し、少なくとも3ヶ月から半年以上経過した時点で先行商品が市場において高い購買力を確保した時点で模倣に踏み切ることになるのであるから、模倣品が出回りはじめた後、直ちに対応しないとたちまち1年や1年半が経過してしまう。訴訟に持ち込んでも商品販売開始時点より2年以上経過してしまうと仮に勝訴判決を得たとしても、残りの保護されるべき期間があまりにも短すぎて訴訟等にかけた費用に見合わない結果となりがちであり、実務家サイドより見た場合に19条1項5号イの規定には疑問を感じざるを得ない。

## 5. 3年経過後の商品形態保護について

ところで3号の保護対象であった商品が、最初に販売された日から3年を経過してしまった後に、今度は1号でも保護されるのかという問題がある。1号は「商品の容器、若しくは包装」を含んでいるから当然に1号でも保護されるとするのが従来より一般的な見解であるが、実務上においては難しい問題を含んである。

1号では周知性や混同のおそれが生じている必要があるため、これらの要件事実が発生していれば理論上は保護されることになる。しかし一般的に3号での保護対象であった形態商品については周知性との関係で、ある商品形態が人気を博するとたちまち市場において同種の似たような形態の商品が複数の競業者から発売されて競合することが多い。そのため最初の販売者として市場において周知性を獲得するのはきわめて困難であるといわざるを得ない。

この場合には、よほど商品自体に個性的な特徴を有するとか、あるいは短期間であっても十分な広告宣伝の事実があり、また長期間独占販売の事実があり、また一定の販売実績があることなどの幸運な事情がないかぎり、商品等表示性はあったにしても1号や2号による保護をうけるのは困難である。

## 6. 「表示」と商標法について

不正競争防止法は1号・2号により「表示」の保護をはかっているが、「表示」は商標法における保護対象でもある。しかし商標法は権利法規であるために、保護すべき内容、すなわち表示である標章を使用できる

商品や役務の保護範囲があらかじめ登録によって明確にされている必要がある。しかしそれらの内容は広告・宣伝活動、営業活動をはじめとした企業努力や社会的需要の増減如何により逐次変動する可能性があり、商品又は役務の類似範囲を超えて非類似の商品・役務についても取引市場や需要者間での混同を生じることがある。

登録商標の使用が、あらかじめ登録された商品・役務の範囲を超えて非類似の商品・役務に使用する場合にも混同を生じるおそれが認められるのであれば防護標章登録をうけることができる(商標法64条)。

しかしその場合に登録をうけることができるのは登録商標と同一の商標に限られるばかりでなく、10年の間にすくなくとも一部の地域では著名性を失って、本来の権利の実態とかけ離れた保護態様となることもありうる。また防護標章登録件数や出願件数からみると、わが国においてそれほど多く利用されている状況ではない。防護標章登録制度そのものの存在意義に疑問がないわけではないが、周知・著名性において流動的な表示の保護の視点から見た場合においては、このような商標権自体の保護が及ばない防護標章登録の対象範囲については、保護範囲確定の権利法規ではなく、寧ろ状態規制法である不正競争防止法の適用が適しているように思う。

## 7. 営業秘密に関する問題

営業秘密の問題では、すでに述べたように「有用性」「秘密管理性」「非公知性」の3要件を備えることが必要であるが、当面問題となるのは「有用性」を備えた情報といえるのかどうか問われることが多い。過去の判例や参考書などでは、発明や考案などの技術的な内容ばかりでなく機械設計図や実験データ、顧客情報等を典型例としているが、実務の現場に持ち込まれる相談では、社員教育マニュアル、代理店管理マニュアル、ゲームセンターのクレーンゲーム等における人気グッズランキング情報、カラオケスタジオの会員勧誘法、ライブハウス利用規約など、これまでの想定外のものも判断の対象となる。

しかし、そのいずれについても多くの判例で示されているように、職業選択自由の枠内において、それらが公序良俗に反しない正当な事業活動のために有用とみられる情報であるかぎり営業秘密としての有用性を認めることができるのであり、また有用な情報の保有者の努力のもとにその成果として集積された情報であるのであれば、その情報を利用・開示しようとする者

にとっても、同様の情報を自らの努力により獲得することに比べれば、それだけ時間的にも経済的にも有益なものであるから財産的価値のある情報であり広く営業秘密としての有用性を認めるのが法の趣旨に合致するものとする。

## 8. 特許制度と営業秘密保護

4号から9号にいう営業秘密にはもちろん特許法により保護をうけられる技術的情報も含まれている。したがって特定の技術情報について特許権を取得するとともに、さらに不正競争防止法上の保護も受けられる場合もあるものと思われる。

しかし特許権を取得しているのであれば、侵害者に対しては保護されるべき地位をすでに獲得している特許権侵害を主位的に主張したほうが侵害排除対策としてはより確実である。つまり不正競争防止法をもって侵害者を排除しようとするのは、特許要件を欠くか、少なくともその要件充足に不安があり、また方法の発明のように特許権を得たとしても侵害の事実を見出すのが困難である場合のような、不確定要素を抱えることが多いために、必然的に訴訟リスクが高まるのはやむを得ない。しかしたとえ特許要件を欠く技術情報であっても事業活動に有用である情報はいくらかでもある。これらの技術情報を営業秘密として保護することによって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ことが不正競争防止法の究極の目的とするところである以上は、訴訟リスクが高いとしても不正競争防止法2号～9号の規制規範としての存在意義は十分にあるとみることができる。

## VIII. おわりに

代理人あるいは補佐人として各種の知財事件を処理する場合に、発明者が自分のなした発明が絶対的であると考えがちであるのと同様に、係争依頼者というものは殆どの場合、相手方に対して過剰なまでの悪感情を抱いていることが多く、また冷静さを欠く場合が多い。したがってこのような状態において依頼者サイドの落ち度を指摘しようものなら、怒りの鋒先がこちらにも向きかねない状況になることがある。しかしここで大切なのは、最終的には依頼者のために最良の結果を引き出すことができる途を選択することである。勝算が少ないのに訴訟に持ち込んでも意味がない。また勝算が十分にあったとしても差止め請求による高い効果、あるいは少なくともは損害賠償額の請求の見込み

がないのに争ってみても仕方がない。

また訴訟提起のみが解決策ではない。相手方との話し合いによる解決、ADR 仲裁による解決、また訴訟上の和解など、種々の解決の途がある。要するに費用対効果を見比べたうえで依頼者の納得が得られる解決の途を探ることが大事である。

また不競法関連で具体的な事案の相談を受けた場合に、過去の判例に照らし、例えば2条1項1号あるいは3号に該当しそうな事案であっても、実際に訴訟に発展した場合、裁判所においては必ずしも同様の判断がなされるとは限らない。

裁判所においては訴訟指揮をとる裁判長の考え方如何で、事実の立証が不十分とされ、また突如和解の勧告をうけたりするなど、おもわぬ方向へと展開することも多い。それは特許法などの権利法規による侵害訴訟とは異なった規制法である不競法特有の現象とも考えられる。

さらに2006年から2008年の3年間における東京地裁及び大阪地裁の特許侵害訴訟の判決で特許権者側(原告)が勝訴した割合(原告勝訴率)は概ね30%未満とされる。また判決で特許無効の認定がなされたのも50%前後ともいわれている。つまり大まかにいえば特許権者側(原告)敗訴率がなんと70%を超えるということであり、また裁判所において原告の特許権が無効と判断される確立は50%近いのである。知財高裁ホームページをみても提訴件数については第一審(全国地方裁判所)で1999年(平成11年)を境に暫減傾向にあり、また第二審(高等裁判所)でも2000年(平成12年)を境に暫減傾向にあることがわかる。これは取引市場における侵害事案が減少しているからではなく、提訴しても割が合わないということなのである。原告勝訴率がきわめて低くなった原因については、例の2000年のキルビー最高裁判決の影響によるところが少なくないとされる。つまり特許法104条の3(特許無効の抗弁)により裁判所が独自に特許の有効性についての判断をすることができることになったため、特許権者側は侵害訴訟を提起すると、裁判所による訴訟と、特許庁による無効審判の両方で特許の有効性を認めてもらえないかぎり最終的に勝訴できないということ。逆にいえば現在の特許訴訟制度は侵害者(被告)に有利な制度ということになっている。

また特許有効性について最大の争点となる「進歩性」についてのハードルも高くなってきており、侵害者(被告)側有利の度合いはますます高まっていると見てよい。そうすると、特許権があるからといって権利

行使する者も、より一層減少することになり、次第に特許制度の果たす機能自体が疑問視される傾向にあるのである。

このように特許制度の果たすべき機能が次第に疑問視されるなか、不正競争防止法では「表示」の問題にしても「営業秘密」にしても、保護の要件として特許法のような「進歩性」の有無を問われることはない。そのような意味で、特許制度が現状のまま推移する限りにおいては、寧ろ不正競争防止法による保護のほうが、原・被告間の公平という観点からみて知財保護には向いているのではないかと思う。