

不正競争防止法第2条1項1号ないし3号の改正に関する意見書

平成16年11月19日
日本弁護士連合会

第1．総論

1．模倣品対策における水際差止制度が重要であることは一般論として肯定できる。しかし、水際での輸入差止は一時的であっても、権利者側に対し市場において決定的に有利な立場を与える（裁判で言えば、差止めがはじめからなされている状態からスタートできる。）一方、相手方には回復困難な影響を与える場合があるなど社会的・経済的影響は極めて重要である（商品の寿命が極めて短い商品も多く、時機を逸すると壊滅的影響を受ける。）。したがって、水際での差止めは、輸入禁止の対象とする物品の範囲、差止めの条件、認定手続きその他差止めの手続きに係る法的制度を明確に整備して設定することなく、安易に実施されるべきものではない。

模倣品対策は、罰則を強化すればいいというわけではなく、強化されたとしてもそれによって違法行為の減少が必ず達成されるものでもない。税関における現行の差止制度について根本的改善が必要であると思うが、それを行ったとしても、権利の実現は最終的には裁判所の司法判断によることになる。税関と裁判所における連絡体制、並びに両者の意見が異なった場合の法的問題の検討が行なわれるべきであると思われる。また、それにもまして、水際措置の増加を前に、裁判所に対し現行の仮処分手続きの活用を図ることが重要であると考えられる。

2．関税定率法による水際規制の前提として、不正競争防止法の刑罰化を考えるとするならば、本末転倒というべきである。

第1に、関税定率法第21条1項5号が規制対象としている特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、回路配置利用権又は育成者権には、現実に刑罰規定が存在しているが、規制対象とする場合に、保護されるべき権利に関して刑罰規定が存在していることが前提であるという根拠はない。なぜならば、同項や同号の文言はそのような規定振りになっているわけではないし、同項4号も「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」と規定されていて刑法等において刑罰の対象とされる行為と一致しているわけではないからである。

第2に、制度の運用の適正は、法文の形式的整合性によって達成されるのではなく、それぞれの制度の仕組みや運用主体の実態を踏まえたうえで図ら

れるべきものである。刑罰化は、これを担う警察機構を前提としてその適正が目指されるべきであり、水際規制は税関の機能、体制等を抜きにして適正か否かの判断はできない。税関における水際規制については、後述のとおり、それ自体の特性と限界を有するものであるから、不正競争防止法の刑罰化とリンクさせることは方法的に誤りである。

第3に、現実的に考えて、税関はその体制、人員から、判定の複雑な事件を処理するに適していないし、その望むところでもないであろう。無理な運用は、一利はあっても百害を招きかねない（特許権侵害商品に対する水際規制も、外観から明らかな事例で用いられているにすぎず、この辺りは健全な運用がなされているといえる。）。

3. 制度の構築を考える場合、典型的で悪質な例のみ念頭において、一方的な規制にかたよるべきではない。殊に、知的財産法や不正競争防止法のような産業的規制の場合、企業は、攻守いずれの立場にも立ち得るのであり、逆の立場になる場合の検討は当然に必要である。この点も含め、制度設計に当たっては、それが攻守いずれの例に立っても妥当な規制といえるのか、あるいは適度の規制によって市場主義経済の根本にある自由競争による社会的・経済的な効率性自身を失わしめることにならないかについて、精細に調査すべきである。

第2．刑罰化と水際規制についての考え方

1．刑罰化について

- (1) 一般論として、刑罰化の是非に関しては次のような観点から判断すべきである。

刑罰を加えなければならないほど、行為が違法なものであるか。

刑罰化により当該行為を抑制する実効性を期待できるか。

刑罰化による弊害がないか。

行為の違法性と刑罰の厳しさが均衡を保っているか。

刑罰の対象とされる行為が法文上明確に規定されているか。

行為の認定手続きが適正、公平、透明性のあるものといえるか。

- (2) 侵害の有無等の判断において、比較的判断の容易な場合から著しく困難な場合までであるという知的財産法の特徴に照らせば、分野、類型ごとに、また手続きや担当主体の特性に応じて、上記第2．1．(1)の観点から立法の是非が問われるべきである。刑罰化については、産業界を含め国民生活に及ぼす影響の大きさに鑑みれば、大方の同意が得られる類

型から漸進的に検討すべきものである(例えば、安易な法人処罰規定は、開発部隊が上層部の安全を慮りすぎることになりうるのであって、開発をシュリンクさせる可能性がある。)

2. 水際規制について

従来の水際規制制度を前提とした場合、以下の特性を十分に勘案しなければならない。

先にも述べた点であるが、裁判であれば、本案訴訟や仮処分手続で権利者が勝訴して、初めて差止め(や損害賠償)が執行できる。しかし、関税定率法による規制は、許可があるまで輸入ができないので、実質的效果が逆転しており、権利者にとっては極めて強力な手段になりうる反面、相手方にとっては販売機会を失うなど回復不能な影響を蒙る可能性がある。

知的財産の訴訟では、判断が容易な事件は別として、本案訴訟のみならず、仮処分手続でも慎重な審理がなされている。近時、裁判の迅速化が実現しているが、手続きや準備に費やされる裁判所、当事者、弁護士、弁理士等の労力は多大であり提出される資料の量も膨大であることが多い。このことは、権利者側であれ、相手方であれ、知的財産紛争の帰趨が企業活動に及ぼす影響が大きいということや、判断が困難であることを示している。

裁判所において判断が困難であり慎重な審理がなされている事件を、税関においては容易、迅速かつ適正な判断がなされるという理由はない。判断が困難な類型の事件では、司法的な手続きが不可欠である。ここで司法的な手続きとは、税関の処分により利益を受ける権利者だけでなく、不利益を受ける相手方を手続きに参加させて防御を尽くさせ、その攻防の中に真実を発見するのが正しいという対審構造を意味する。

権利者は自らの権利を相手方の製品が侵害しているという自己目的に従って行動するものであり、制度の側からそれ以上公平に振舞うということを期待すべきではない。例えば、キルビー事件最高裁判決後、侵害訴訟において、先行技術により明らかに新規性、進歩性がないと認められるときは権利濫用として権利行使できないとされている。そこで、権利者だけが参加する手続きでは、権利者が自己に不利益な先行技術を積極的に探し出し提出するということは構造上考えにくく、相手方こそが自己の利益のために適切な先行技術を見つけ審判者に提出することができる。このことは、特許権関係事件だけでなく、不正競争防止法事件にも妥当する。そして、判断者としては、知的財産の裁判を担当する裁

判所(官)と同様な証拠評価ができる能力や経験がなければならない(とも
もに国の機関として判断に一定の整合性が要求される。)

以上により、法律的に容易でない事件を仮に水際規制するのであれば、司
法的手続、すなわち 対審構造(相手方の手続きへの参加を保証すること)
司法的判断者の確保、さらに 技術的事項の専門的判断の導入が必要であ
るといえる。

第3．不正競争防止法第2条1項1ないし3号に関する各論

1．不正競争防止法において、特に刑事的保護の強化及び水際差止の対象とし
ては、次の類型のものが現在考慮の対象となっている。以下この順序で述べ
ることとする。

第2条1項1号・・・周知商品等表示の混同招来行為

第2条1項2号・・・著名商品等表示の無断使用行為

第2条1項3号・・・商品形態の模倣行為

なお、営業秘密及びデータベースの保護などについては、不正競争行為
の類型が異なるので、別途意見を述べる。

2．不正競争防止法第2条1項1号

(1) 法律要件について

周知性の地域的範囲

1号において保護対象となるのは「他人の周知商品等表示である」。周知性の地域的範囲は、必ずしも「全国的」である必要はなく、周知商品等表示主体と違法使用者とされる者(以下単に「違法使用者」という。)の営業活動の拡がり重複する地域で足りるとする解釈が学説判例上確立している。国内市場に関する限り、その解釈は妥当であり、民事・刑事において変更する必要をみない。

しかし、水際措置の段階においては、当該商品等表示は一地域における周知性では不十分であり、「全国的」である必要があると考える。その理由は、輸入されてきた場所が、当該商品の上述した意味での「営業活動の拡がり重複する地域」とは限らないからであり、当該周知性要件を充たす「重複する地域」を水際段階で確定することは事実上できないからである。

混同の存在

混同については講学上いわゆる狭義の混同と広義の混同が存在する。一般に、広義の混同とは、混同の具体的蓋然性がある場合とされている

が、その概念は次第に拡大され、周知商品等表示主体と違法使用者との間に経済的、法的、組織的、さらにはイメージ的に何らかの関係があると誤認される場合を広く含むとする考え方が承認されている。しかし、その理論の具体的適用に当たっては、事案及び裁判所により範囲の広狭があり、一様ではない（例えば、国内市場のみに係るが、マンションは「商品」であるとし、高級マンション名「ラ ヴォーグ南青山」とアメリカの雑誌「VOGUE」との間にファッション性の関連性があるとして、不正競争防止法第2条1項1号の適用を認めた最近の判決がある（東京地判平成16・7・2）。これは、広義の「混同のおそれ」につき明確な判断要素が確立されていないことによるものである。

よって、現に不正競争防止法第2条1項1号につき同法第14条の罰則規定があるからといって、一般的に広義の混同が認められる事例まで水際措置で対処するのは疑問であり、これを承認するまでの社会的要求があるとは思えない。また、この判断の具体的妥当性を税関の裁量に任せるべきではない。そこで、例えば税関による水際の差止めでは、広義の混同の中でも、具体的混同事実の疎明がある場合に限るといった制限が、法律上、設けられるべきであると考え（例えば、多くの1号事案では「・・・広義の混同が生じるものと推認される。」ということで、混同の具体例の存在を要求していない。しかし、上の例で、本件マンションの購入者が、マンションの経営者は雑誌VOGUEと同一であるから、信用できると信じて購入したという具体的事実が疎明されることが必要であると考え。）。

現行第14条に定める「不正の目的をもって」はもとより必要である（なお、この不正の目的については同法第12条1項2号同様「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」ことを明確にすべきと考える。）。

（2）水際措置に関する対処方法

税関における差止めを可能とするには、関税定率法第21条の2に、不正競争防止法第2条1項1号に定める不正競争行為を組成する貨物を輸入禁制品として追加することになる。この場合、不正競争防止法の当該条文については、上に述べた法律問題があるが、それだからといって、現行不正競争防止法の規定を、水際問題のために変更する必要はなく、またそのような目先の問題で法律を、今、改正することは適切でない。法の解釈・運用は、歴史を背負って進展してきた学説・判例の議論、展開に任せた方がよい。

しかし、水際措置に当たり商品等表示の全国的周知性及び具体的混同事実の疎明がある場合にのみ差止めが行われ得ることを法的に明確にし、これを法的に担保する必要がある。そのために最良の方法は、おそらく、関税込率法第21条の2の前段に「政令で定めるところにより」とあるのを受けて、政令において、不正競争防止法の条文に基づいて輸入差止措置を行うときの追加的二条件（全国的周知性並びに具体的混同事実の疎明）を明定することではないかと思われる。なお、現在政令として「不当廉売関税に関する政令」等があるが、この種の政令により、水際における法律要件の有無に関する法的判断制度の確立、営業秘密等秘密情報を含む審理の方法、当事者の意見を公平に聴取する制度の設計及び判断手続きの整備、透明化、公平化をはかることが必要であると考えられる。

さらに、水際における迅速な行政手続きの特殊性を考慮すると、輸入差止貨物の没収のみが行われ得るという限定が必要なのもかもしれないが、この点については引き続き検討すべきものと考えられる。

3. 不正競争防止法第2条1項2号

(1) 法律要件について

著名性の程度について

周知性より当然高い認知度が要求され、1号との関係においても全国的著名性を要求すべきである。

主観的要件について

不正競争防止法第14条1項1号にかかる刑事罰の規定では「不正の目的をもって」という主観的要件が課されているが、2号についても「不正の目的をもって」で足りるか。

この点については、2号では「不正の目的をもって」という要件では足りないと考える。何故なら、「混同」という競争秩序を維持する1号の趣旨と2号の趣旨は異なるから、2号に「不正の目的」を設けても、その意味は同一ではあり得ない。他方、1号と異なり、2号は、特に異業種間で有効に機能する規定であるところ（すなわち「混同」を要しない。）法律の文言からは、立法趣旨が明瞭でないから「不正の目的」の要件のみでは、内容・実体が明確でない。

2号の違法性は、一般に「表示の優れた顧客吸引力（高い評判、名声、信用、表示の顕著な識別力、良いイメージ）を減損（ダイリューション）すること、又は他人の表示の優れた顧客吸引力を自己の利益に不当に利用すること」であると解されるから、この趣旨が端的に反映される文言が必要であると解される。刑事罰の条文としては、「著名商品表示等の優

れた顧客吸引力を減損する目的をもって、又は、当該優れた顧客吸引力を不当に自己の利益に利用する目的をもって」とすることを提案する。

民事の規定について

立法趣旨はもとより、民事規定について同様である。しかし、民事的救済については、ようやく、判例が出されてきており、議論も活発になっているので、ここで上記立法趣旨を明確にするための法律改正をする必要はないと考える。ただし不正競争防止法第2条1項3号について、要件の明確化のための改正をするというのであれば、2号についても明確化が必要であり、条文間のバランスを考慮すべきものと考え。この場合には、例えば、現行の条文の末尾に「・・・電気通信回線を通じて提供し、表示の優れた顧客吸引力を減損し、又は顧客吸引力を自己の利益に利用する行為」と加えることとなる。

なお、この要件は本来の著名表示の保護に係る欧州及び米国などの立法とも一致するものである。

(2) 水際措置について

主観的要件の内容は、関税込率法の政令において、より具体化して、例えば、「表示の優れた顧客吸引力（高い評判、名声、信用、表示の顕著な識別力、良いイメージ）を減損（ダイリューション）する目的又は当該優れた顧客吸引力を自己の利益に不当に利用する目的」である旨明文で規定することが望まれる。

この主観的要件は以上のように内容を明確にしたとしても、なお判断は複雑であり、容易ではない。当該条文が濫用されないように要望して欲しい。

4. 不正競争防止法第2条1項3号

(1) 法律要件について

3号について、平成5年の改正によって導入された制度であり、いまだ解釈上問題になるところが多々存在する。同号は当初デッドコピー規制法として、適用範囲も限定されていたところから、簡単な条文を設けたものが、予想以上に利用されてきたことに一因があるであろう。今、民事規定をどの程度修正するかは、疑問であり、法の運用解釈に任せる方が、適切であるように思われる。しかし、刑事罰を設ける際には、以下の点を考慮して構成要件を明確にされたい。

保護開始の始期について

始期については、商品の販売前であっても、商品販売のための見本市

における展示、カタログの頒布などにより、商品形態が第三者に確認できる状態になった時をいうと解する見解もある。しかし、このような条文は、解釈・運用を複雑にする。条文上、始期は、「国内における販売の時」である旨単純明快に規定するのが良いと考える。このような「明確化」は、端的にデッドコピーを違法とした立法趣旨にも合致すると考える。

保護期間の終期及び期間の延長について

保護期間の終期については、条文の文言どおり、「最初に販売された日から起算して三年間」でよいと考える。ただし、販売について「国の内外を問わず」とすると、法律要件は現在より明確になる。国の「外」がどこまで広がるかについては、国内市場を基準として事案毎に具体的に判断するほかないので、判例に任せるのが良い。

保護期間の現行3年については短すぎるとする意見が一部にある。しかし、もともと「3年」は、実用新案権の存続期間、意匠権の取得期間、商品の市場生命期間等を考慮して採用されている。商品形態の保護について、現在特許庁は意匠法の改正を検討中であり、その案では審査登録と未審査登録の意匠権を考え、未審査でも意匠権であれば、差止請求権・刑罰規定もあるとしている。

3号では、保護のために創作性も要求されないのであって、知的財産法全体からみれば意匠法等の補完的役割を担っているにすぎない。したがって、意匠法等とのバランスを考慮せずに不正競争防止法のみを性急に改正すべきではないと考える。

保護されるべき「商品形態」の意義について

商品の組合せ、平面の形態、画面上のデザイン、部品などであっても、「商品」の形態として把握できるものについて保護を否定する理由はないと考える。しかし、商品の「内部構造」については特に注意が必要であって、外部から視認できるものに限定すべきものとする。すなわち、外部から把握できる内部構造に限って保護の対象としているからこそ、3年という短期保護期間の設定、模倣という明確な禁圧要件が合理的に説明できるというべきである。純粋な内部構造は「技術的必要性」に基づく場合が多く、その保護は、本来特許権、実用新案権により行われるべきであり、また、仮に内部構造を商品形態に包含されうるとしても、結局は、技術的形態除外説により、検討の結果保護を拒否される場合が多いと解される。

「模倣」の意義（程度）について

現在、模倣とは、主観面における他人の商品形態についての行為者の

認識並びに客観面における他人の商品形態と同一又は実質的同一性を必要とするものと解釈されている。実質的同一性を類似性にまで拡大する意見が一部にあるが、不正競争防止法では不当に競争秩序を害する行為を排除すれば足りるのであり、同法第2条1項1号は他人の周知な商品形態についてその形態に類似する商品形態まで含んで禁止しており、他方、特許権、実用新案権、意匠権、著作権という排他権によっても事実上商品の形態が保護されることがある。よって、知的財産法全体の体系を考えると、不正競争防止法における商品形態一般について「模倣」を超えて類似まで広く拡大して禁圧する必要はないと考える。特に意匠法の改正が現在議論中であるから、安易に3号の形態模倣の要件を拡大すべきではないと考える。

「他人の商品」について

3号の立法趣旨について、現在、自らの労力、時間、費用において新商品市場を開発した者に対し市場先行の利益というインセンティブを法的に保障するものであることのコンセンサスがある。しかし、その趣旨は条文上表明されていない。そこで「他人の商品」の意義に関しても自らの労力と費用により開発した者の商品に限られるか、他人が開発した商品を単に流通市場に置いただけの者の商品でもよいか、見解が分かっている。

しかし今、ここに立法趣旨を変更して拡大する必要はないから、上記立法趣旨を条文上も明確に表現するのが良いと考える。すなわち、3号の冒頭の「他人の商品」を「他人が（相当な）労力、費用、時間等をかけて開発した商品」と明確化すべきものとする。「開発」は、商品について、いわゆる新規性ないし創作性を問題とするものではなく、保護を求める者が自分で額に汗したことを指すものである。

「通常有する形態」の明確化について

「商品形態」の保護は、商品の外観的形狀全体の特徴がどこにあるかを確定し、そこに模倣があるか否かを問題とすることになる。陳腐な形状、単純な形状、普遍的な形状のみから商品の外観が形成されているなら、保護されるべき商品の開発もなく、模倣もなく、したがって、3号の規制対象外である。3号の括弧書きは、この種のことを「通常有する形態」としただけであるか否か明確ではない。裁判例には、原告商品に創作的要素に近いものを要求した事例や、事案の審理を括弧内の要件該当性からはじめるため時間を要した事例もみられる。いずれにしても、「通常有する形態」の要件を明確化する必要がある。

しかしながら、上記の陳腐な形状等以外に何を明記するのが、明確化

に資することになるか。たとえば、「機能的形態除外」を明文化する見解もあるが疑問である。何故なら、「機能的形態除外」についてわが国では意見の一致がなく、また、機能的形態の意義は、米国等では非常に広い意味で使用され、技術的、経済的側面からの判断がなされており、判断が容易でない。また、これを狭義に、機能的形態と解するなら、それが商品の全体的形状を構成することは極めて稀であり、結局、商品形態の模倣の判断を複雑化する。「互換性に必要な形態」や「統一規格に基く形態」除外を明記する案もあるが賛成できない。それは、このような形態と、当該商品の全体形状との関係（配置、機能その他相互関係など）が明確でなく、具体的にどのように考慮すべきか裁判例もなく、抽象的議論の域を脱していないからである。

いずれにしても上記のような種々の見解が出ることからみても、「当該他人の商品と同種の商品が通常有する形態」の意味は不明確であり、かつ分かり難い。よって刑事規定においては、すくなくとも、立法当初から承認されている要因、すなわち、「商品の形態（ありふれた形状、機能及び効用を確保するために不可欠な形状を除く。）」としてはどうか。なお、「機能及び効能」は現在の括弧書きに使用されている文言であるが、商標法第4条1項18号の文言と合わせて、「及び効用」を削除する方が好ましいと考える。

「形態模造」類型について

3号の2などとして、3号のほかに「形態模造」類型とその刑罰化の案があるようだが、「形態模造」の観念が不明確であり、殊に3号といかなる関係になるかも不明である。このような未成熟な観念により、その効果も弊害も判然としない段階での導入は控えるべきである。

模造という概念は、刑法の通貨に関する罪で、偽造と対比して用いられている。この関係で模造とは、「模造も偽造もともに真正を偽るものであるが、真正のものだという印象を与える程度のものであるときは偽造と言ひ、その程度に至らないときは模造という」（「新法律学辞典」・第3版）と観念されている。この観念が「形態模造」にも押し及ばされるとすれば、3号本来の場合でさえ、創作性も要求されていないものにつき、一層広く、あいまいな保護を認めることになり、賛成できない。

「発売前販売罪」について

「発売前販売罪」に関しては、営業秘密の保護や著作権による図面等の保護、さらには金型の保護など、従来規制からすれば行為態様を異にするものが混在しているように思われる。現行の3号の解釈論としても、保護に値する労力、費用の投下は終了している時点から保護が開始

されるという学説もあり、この説によれば、金型が完成している場合は3号に当たると解釈されることになるとと思われる。この点を明確にしたのであれば、金型に関してのみ新たな立法を考えるべきであり、現行の商品形態の保護とは区別するべきである。

(2) 水際措置について

上記のように、構成要件を明確化するならば、水際措置について3号を適用することについて問題は生じないと思われる。

以上