

# 知財アレルギーへの レクイエム


the requiem for people with an allergy to intellectual property



Lesson12 : 混同惹起行為(2)


中川 淨宗


## 5. 第3の要件

 皆さんこんにちは。9月に入り  
秋の風が吹いてきました。


知的財産の「永遠の ジョングール吟遊詩人(!)」  
こと弁理士の中川きよむね淨宗です。

さて、7月号の本稿では、「不正競争防止法」が2条1項1号で「不正競争」として規制する「混同惹起行為」について、規定の趣旨とこの行為が成立するための5つの要件のうち、2つ目までをお話しました。


 中川先生、確か、X社が「夏雲」の商品名でアイスの製造販売を行っており、関東地方で有名になっている場合に、Y社が「なつぐも」の商品名でアイスを製造販売して、X社が提供するアイスであるかのように購入者に間違えさせる行為が、混同惹起行為に当たるのでしたね。

 さすがは「夢見る10代」、記憶力も確かですな、知明ちあきさん。


そして、混同惹起行為は、第1の要件が他人の商品等表示であること、第2の要件は需要者の間に広く認識されていることでした。


 さすがは「体脂肪率が気になる50代」ですな、法雄のりおさん。

それでは先生、混同惹起行為の残り3つの要件を教えてください。


 第3の要件は、侵害者の商品等表示が他人のそれと「同一若しくは類似」であることです。

混同惹起行為をめぐる訴訟では、当事者の商品等表示が類似するか否かの判断（類否判断）が非常に重要です。


 最判昭和58年10月7日「日本ウーマン・パワー事件」は、「取引の実情のもとにおいて、取引者、需要者が、両者の外観、称呼、又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者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する」としていますな。

 そうすると、まず、その商品や営業の取引者または需要者が有する通常の注意力が、類否判断の主體的な基準になります。


冒頭の例でいえば、アイスは子どもも買いますから、子どもの注意力のレベルを考慮する必要がありますね。

 次に、その商品等表示の全体を見て判断する「全体観察」が基本的な手法ですが、特徴的な部分を抜き出して判断する「要部観察」も補完的な手法として用いられます。


例えば、Y社の商品名が「SUPERなつぐも」だった場合、SUPERは「一流の」といった意味の形容詞ですから、特徴的な部分とはいえませんな。

 よって、このような場合は、X社の「夏雲」と、Y社のSUPERを除いた特徴的な部分である「なつぐも」を比較して判断するわけです。

最後に、同時に同じ場所で見比べることを想定する「対比的観察」ではなく、時間と場所を異にして見比べることを想定する「離隔的観察」を行います。


 確かに、アイスなどの各種の商品は、今日はスーパーPで購入しても、明日はコンビニQで購入するといったことが多いです。

そういう実態からすると、細かな相違点の有無を重視する対比的観察よりも、全体的な共通点の有無を重視する離隔的観察を行うのが適切ですね。


 それでは、「夏雲」と「なつぐも」の類否判断をしてみます。


「夏雲」と「なつぐも」は、**外観**（見た目）が異なっていますが、**称呼**（呼び方）と**観念**（意味）は同じです。

そうすると、両者は類似の商品等表示であるといえるでしょう。ハハハ、まるで私と知明さんのようすな！


 ハァ！？ 外観、称呼、観念のいずれにおいても共通しないので、絶対に非類似ですよ(怒)。


## 6. 第4の要件♪

 お2人の類似性はともかく、第4の要件は、侵害者が「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」することです。


 まず、ここでいう使用とは、他人の商品等表示を商品または営業に用いることですな。

冒頭の例でいえば、Y社が「なつぐも」のシールをアイスの包装箱に貼り付ける行為が該当するでしょう。

 そして、「なつぐも」のシールを付けたアイスを販売したり（譲渡）、倉庫に預けたり（引き渡し）、店頭で広告を表示したり（展示）、外国へと運び出したり（輸出）、逆に日本に運び入れる行為（輸入）も、混同惹起行為として規制されますね。


 それに混同惹起行為でいうところの商品にはソフトウェアなどの電子情報財も含まれますな。

ですから、X社がソフトウェアに「夏雲」の商品名を使用していた場合、これに目を付けたY社がソフトウェアに「なつぐも」と表示して、インターネットで送信する行為（電気通信回線を通じて提供）も規制されます。

 しかし、お2人とも前回の話を思い出してください！


そもそも商品等表示というためには、自分の商品や営業を他人の商品や営業から区別できる力（**自他識別力**）を備えていることが必要でした。

したがって、他人の商品等表示を使用したとしても、それが自他識別力を発揮できる態様でなければ、混同惹起行為に当たらないわけです。


 確か、関連する判例として、東京地判平成12年6月29日「ベレッタ事件」がありましたね。

この事件では、原告拳銃の外観を忠実に再現したモデルガンである被告商品の製造販売が混同惹起行為に該当するか否かが争われました。


原告拳銃の形状のような商品の形態も商品等表示になり得ます。また、被告商品は原告拳銃のモデルガンなので、両者の形状は類似しています。


 しかし、原告拳銃と同じような形状のモデルガンは、被告商品以外にも多数販売されていますな。

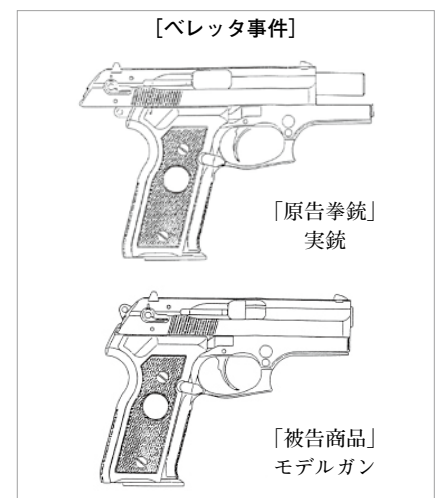
そうすると、モデルガンの取引者や需要者は、モデルガンの形状ではなく、むしろその製造者を示すブランドなどで区別して、自分が欲しいモデルガンを購入すると考えられます。


 ですから、被告商品の形状は、**自他識別力を発揮する態様**で原告拳銃の形状を使用するものではないので、その製造販売は混同惹起行為に当たらないとされたわけですね。

## 7. 第5の要件♪


 さて、いよいよ最後の第5の要件は、侵害者が上記のような商品等表示の使用などを行って、「他人の商品又は営業と混同を生じさせる」ことです。


 「**混同**」とは、冒頭の例でいえば、アイスの取引者や最終消費者に、Y社の「なつぐも」のアイスをX社の「夏雲」のアイスであると間違えさせることをいいますな。





 混同には、狭義の混同と広義の混同の2つがありますね。


「狭義の混同」とは、冒頭の例のように、侵害者であるY社と周知な商品等表示の主体であるX社を同一人であると誤認させることをいいます。

 これに対し、「広義の混同」とは、親子会社や系列会社であるといった緊密な営業上の関係、あるいは同じ表示を利用した商品化事業を営む企業グループに属する関係があるなどと誤認させることをいいます。


 例えば、最判平成10年9月10日「スナックシャネル事件」では、高級婦人服などのブランドであるシャネルと、スナックの名称であるスナックシャネルの間には、広義の混同が生じるとされています。

 そのとおりです。シャネルの周知性は極めて高いですし、シャネルが属するファッション関連業界の企業でもその経営が多角化する傾向にありますから、広義の混同が生じるおそれがあります。


 そうすると、混同の「おそれ」さえあれば十分であって、現実には混同が生じている必要はないということになりますね。

 また、冒頭のX社のアイスとY社のアイスのように、商品同士または営業同士の関係で混同が生じることもあります。商品と営業の関係でも混同は生じるでしょう。


例えば、Y社が「なつぐも」の名称でアイスパラーの営業を営んでいる場合も、X社のアイスとの間で混同が生じる可能性があると思います。

 一方、混同を生じさせるか否かと、商品または営業が類似するか否かは直接関係ありません。


ですから、アイスとアイスパラーの営業が非類似の関係であったとしても、混同は生じ得るわけです。

 ナルホド、商標権は指定商品などと同一または類似の商品などについてその効力が及ぶとされているので（商25条、37条1号）、この点は商標権と異なるわけですね。


## 8. 適用除外♪


 このような混同惹起行為を行った侵害者は、差止請求などの各種の権利行使の対象になります。

また、「不正の目的」をもって混同惹起行為を行った場合は、刑罰の対象にもなります（21条、22条）。


 でも先生、形の上では混同惹起行為に該当しても、権利行使や刑罰の対象にはならないという「適用除外」があるんですよね。

### ① 普通名称・慣用表示の使用


 まず、商品または営業の「普通名称」や「慣用されている商品等表示」を普通に用いられる方法で使用する行為は、権利行使などの対象になりません（19条1項1号）。

 アイスに対する「アイス」のような普通名称、日本酒に対する「正宗」のような慣用表示は、皆が使いたい表示です。誰かが独占してしまうのは適切ではないからですね。

おや、スナックや日本酒の話をしたら、酒が飲みたくなってきましたね。


 人間ドックも近いので、飲み過ぎには注意してください……。

しかし、普通名称などを「普通に用いられる方法」で使用しないと、適用除外にならない点に注意が必要です。

 例えば、大阪地判平成12年12月14日「Dフラクション事件」では、「Dフラクション」という表示自体は、マイタケから抽出される物質の普通名称であるとされています。


でも、下図のように「Dフラクション」をロゴとして使用する行為は、適用除外にならないとされていますね。

### ② 自己の氏名の使用


 次に、「自己の氏名」を不正の目的でなく使用する行為も、権利行使などの対象にならないと規定されています（19条1項2号）。






 冒頭の例でいえば、「夏雲」さんという名前の方が、自分の名前をアイスに使用しても、X社から権利行使を受けないということです。


自分の氏名なのに自由に使用できないとすれば、人格権を保護する観点からも問題があるためですな。


 でも、夏雲さんがX社の周知性に便しようといった不正の目的を持っている場合は、X社から権利行使を受けてしまいますよ。


「不正の目的」とは、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のことですね。


### ③ 先使用者による使用

 最後に、他人の商品等表示が周知になる前からそれと同一または類似の商品等表示を使用する者が不正の目的でなく使用する行為も、権利行使の対象外です（19条1項3号）。


 冒頭の例でいえば、X社の「夏雲」のアイスが関東地方で有名になる前から、Y社が「なつぐも」をアイスに使用している場合は、X社から権利行使を受けないわけですか。


 Y社が先に「なつぐも」を使い始めたのに、X社の「夏雲」が有名になったためにY社が「なつぐも」を使えないとなれば、Y社の既得権が損なわれてしまうからですね。

 この場合、Y社が書体や大きさを変更して「なつぐも」を使用しても、構わないのでしょうか？

 う〜ん。原則として、先使用者が商品等表示を変更してしまうと、適用除外は認められません。


ただ、今のお話のようにわずかな変更すぎず、実質的に同じであれば、適用除外は認められるでしょう。


 関連する質問ですが、アイスが売れない冬になったので、Y社がアイスの製造販売を中止した場合、翌年の夏にY社は「なつぐも」の使用を再開できるのでしょうか？

 原則として、先使用者が商品等表示の使用を中止してしまうと、適用除外は認められません。

しかし、今の例のように一時的または季節的な中断にすぎない場合は、適用除外が認められる余地があります。

### ④ 混同防止表示請求


 しかし先生、このような適用除外によって、Y社がアイスに「なつぐも」を使用すれば、X社の「夏雲」のアイスとの間で、混同が生じてしまうのではないですか？

 それを防止すべく、X社はY社に対して、「混同を防ぐのに適当な表示」を付するように請求できると規定されています（19条2項）。


具体的には、「Y社のなつぐも」のように商号を付けること、または「横浜のなつぐも」のように事業を展開する地名を付けることを請求できます。


もっとも、「非類似の商品等表示にしろ！」とまでは請求できません。

## 9. おわりに♪


 不正競争防止法は混同惹起行為を規制することで、有名なブランドへのタダ乗りの防止、公正な競争秩序の維持、そして出所の混同の防止を図っているわけですか。


アレッ、逆に出所の混同が起きなければ、他人の有名なブランドを使用しても構わないということですか？

 いいえ法雄さん、不正競争防止法は、たとえ出所の混同が起きなくても、他人の著名な商品等表示を不正に使用することを「著名表示冒用行為」として規制しています。

 では、今回は混同惹起行為の延長にある著名表示冒用行為を説明していただけるんですね。

アイスの話をしていたら、何だかアイスが食べたくなってきましたよ。

 知明さん、夏が終わったからといって、食べ過ぎてお腹がポッコリしないように注意ですな！

 法雄さんこそ、人間ドックのとき、飲み過ぎで体脂肪率にギククリしないように注意ですな！

中川 淨宗 (Kiyomune Nakagawa)

中川特許事務所 所長/弁理士

2006年に弁理士試験合格後、特許事務所を開業。知的財産の実務に携わりながら、専修大学および東海大学の講師も務める。先日モーツァルトのオペラ魔笛を鑑賞した。夜の女王の aria は難曲であるが見せ場なので、ソプラノ歌手はさぞ大変だろうと思う。

〒231-0006 神奈川県横浜市中央区南仲通3-35 横浜エクセレントⅢ TEL.045-651-0236  
URL : <http://www.ipagent.jp/>  
E-mail : [customer@ipagent.jp](mailto:customer@ipagent.jp)