

12 英国、日本及び中国の詐称通用に関する比較研究^(*)

招へい研究者 リ・イェン^(**)

詐称通用（パッシング・オフ）は、被告の商品を原告の商品と偽って通用させる不法行為であり、通常、不実表示手段として原告の表示を用いられる。詐称通用の防止は英国慣習法に起源を有する。しかし、日本や中国など成文法の国において、日本には不正競争防止法が、中国には反不正当竞争法がある。これら二つの成文法には英国の詐称通用と類似した規定がある。この研究においては、英国、日本及び中国について詐称通用の比較研究を行う。これら三か国における詐称通用の原則は共通点と相違点がある。これら三か国では、詐称通用は不正競争行為の一つと考えられている。表示の種類、詐称通用の要素、法的責任、及び詐称通用と商標法との関係という四つの観点と比較することによって、詐称通用に関する英国法と日本の不正競争防止法の詐称通用規定は、極めて類似しており、ビジネス状況の変化を満足しているという結論を得た。しかし、中国の反不正当竞争法の詐称通用規定は発展途上のように思われる。英国、日本及び中国の間の隔たりを埋めるための示唆を行った。

I. 始めに

1. 詐称通用（パッシング・オフ）の定義及び性質

詐称通用法は、英国のコモンロー（普通法）に由来する。詐称通用訴訟は、表示を保護するための最古の訴訟であるとみなすことができる。ハルズベリー判事は、Reddaway v. Banham事件¹⁾において、詐称通用に関する法の基本原則を、更に巧みに表現している。「私としては、法原則というもの極めて平易に説明できると信じており、それは、何人にも、自己の商品を他人の商品であるかのように表示する権利はない、というものである。特定の単語、標識又は画像の使用が、それぞれの特定の事件において私の表明してきた基準に達するかどうかは、常に証拠に照らして決めなければならない、表現が単純なほど、また、販売されている物品の単なる説明に近いほど、証明することはより困難になるものの、証拠により、事実が立証されれば、法的な結果もこれに従うように思われる」。要するに、詐称通用とは、通常は、原告の表示を虚偽表示の手段として利用することで、被告の商品が、原告の商品であるかのように偽って表示する不法行為である。

詐称通用の歴史に、この概念の変遷を見ることができる。詐称通用訴訟が最初に認識されたのは、エリザベス朝時代のJG v. Samford事件²⁾であった。詐称通用に関する法の最新の通説は、Warnink v. Townsend事件³⁾に見られる。この判決の中で、ディップロック判事は、有効な詐称通用訴訟であるための要素を次の五つにまとめた。(i) 虚偽表示、(ii) 商人によって業として行われたこと、(iii) その商人の見込み客か、その商人が供給する商品又はサービスの最終的な顧客を対象としたこと、(iv) 別の商人の事業又は営業上の信用

を損なうよう計算されていること。(v) 訴訟を提起した商取引業者の事業又は営業上の信用に対する現実の損害を引き起こすか、又はその蓋然性が高いこと。Reckitt & Colman v. Borden事件⁴⁾において、オリバー判事は、営業上の信用、虚偽表示及び損害という三つの要素にまとめている。

英国における詐称通用は、詐欺による不法行為であり、侵害者は、自己の商品が他の商人の商品であるかのように消費者に思わせるような虚偽表示により、他の商人の営業上の信用を利用する。英国には、不正競争防止に関する制定法が存在しない。コモンローの法体系では、詐称通用は不正競争行為であるとみなされる。日本や中国は、制定法の国である。日本には不正競争防止法があり、中国には反不正当竞争法がある。この二つの法律における詐称通用に関する規定⁵⁾は、英国における詐称通用法と似ている。この三か国における詐称通用に関する原則には、共通点がある一方、相違点もある。

2. 詐称通用と不正競争

(1) 不正競争の意味

パリ条約10条の2の規定は、不正競争が、工業上又は商業上の慣習における公正という商業的原則に反する一切の行為であると定義し、それにより、全ての加盟国は不正競争行為を防止することを約束している。

(2) 英国、日本及び中国における詐称通用と不正競争

社会にとって、不正競争を防止することには経済的な価値がある。詐称通用の防止がその一例である。詐称通用の防止は、商品及びサービスにつき、消費者の信用を得ている商人が、妨害されることなく営業上の信用を築けるようにする

(*) これは特許庁委託平成21年度産業財産権研究推進事業(平成21～23年度)報告書の英文要約を和訳したものである。和訳文の表現、記載の誤りについては、すべて(財)知的財産研究所の責任である。和訳文が不明確な場合は、原英文が優先するものとする。

(**) 中国、西北政法大学副教授

ために、そのような商人を保護するためのものである。また、詐称通用の防止は、出所を誤認させる表示によって公衆が損害を受けることのないよう、公益を保護することでもある。

英国において、不正競争という概念は、詐称通用という呼称で発展し、その範囲は、詐称通用の範囲に等しい。しかしながら、詐称通用の範囲は限定されておらず、新しい環境に適応するための新しい方法を吸収してきた。

詐称通用という言葉は、英国で使われ始めたものの、日本の不正競争防止法にも、これと似たような規制が存在する。日本では、詐称通用が、「最も古く最も重要な不正競争行為」⁶であるとみなされている。その場合、ある商人が、他の商取引業者であると誤解される必要がある。

中国の反不正競争法には、詐称通用に関する規定⁷が一つだけ存在し、詐称通用を詳細に規制する中国の最高人民法院の司法解釈も存在する。また、中国における詐称通用は、重要な不正競争行為であり、実務上も、詐称通用に関する多くの事例がある。しかしながら、詐称通用の要素が十分に明確ではなく、法的な責任が国際的なすう勢に従っておらず、詐称通用と商標法との関係が曖昧であるなど、幾つかの理論上の問題も存在する。したがって、不正競争行為から保護するためには、中国における詐称通用の概念を完成させる必要がある。

II. 詐称通用法における表示

1. 識別性

(1) 詐称通用法における識別性の意味

識別性は、詐称通用法における法律用語である。原告の商品が、他の商人の商品を排除できると認められる場合、その商品に付された商標、名称又は表装 (get-up) には識別性があるとみなされる。最も重要な点は、関連する公衆が、商標と商品とを関連付けられることである。関連する公衆が、商標と商品とを関連付けることができない場合、標章が、どれほど独創的で、印象的かつ特別なものであっても、その標章に商標としての機能がないので、法的な意味における識別性はない。逆に、標章それ自体に新規性がない場合でも、法的な意味における識別性を持ち得る。重要なポイントは、標章の独自性よりも、むしろ標章の機能である。

(2) 識別性の要素

商標は、その使用により識別性を獲得するものの、詐称通用訴訟を提起するに足る使用の程度について規律するような法原則は存在しない。関連する公衆の一定割合にとって商標に識別性があることが重要なポイントである。一般に、原告は、商標を長期間かつ大規模に使用しているため、原告の方が優位である。しかしながら、この二つの要素は根本的

ではない。被告の事業分野が原告のものとはわずかに異なり、原告がその商標を十分に使用していない場合には、通常、原告が敗訴する蓋然性が高い。

2. 英国における表示の種類

(1) 記述的及び一般的な名称

記述的及び一般的な名称、単語及び語句は、派生的な意味を獲得したことを原告が証明して初めて保護される。

(2) 地名及び人名

有名であるか無名であるかにかかわらず、地名は、識別性を持ち得る。その名称により、商品及びサービスの出所を認識できるという事実のみが主な問題である。人名は、識別性を持つ場合が多く、企業の商号又は商品に付した商標の場合もある。

(3) イニシャル

判例は、イニシャル又は文字の恣意的な組合せが識別性を持ち得ること及び混同を引き起こす程に類似する文字の使用が禁止されることを示している。

(4) 題名

新聞、雑誌その他の定期刊行物の題名は、商標とみなすことができる。同一又は類似の題名を使用すれば、詐称通用に関する法的責任が生じ兼ねない。

(5) 表装 (Get-up)

表装とは、物品それ自体に対する恣意的な追加—色彩、形状又は包装紙又はそれに類似するいかなるものを意味する⁸。原告は、識別性を有する表装の特徴が混同を引き起こすことを証明しなければならない。

(6) 視覚的商標

ラベル及び画像が全体として識別性を持つ場合もある。また、記号、図案及びロゴも識別性を持つ場合がある。

(7) その他

数字、電話番号及び取引方法、取引方法全体など、訴訟において詐称通用を構成すると判断された表示は他にも存在する。英国における表示の範囲は、全体として極めて広く、曖昧である。

3. 日本における表示の種類

不正競争防止法によれば、日本における表示には、「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」⁹が含まれる。この規定は二つの部分を含んでいる。つまり、一つの部分は、氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装などの種類の表示を例示している。もう一つの部分は、人の商品又は営業に関するその他の表示という形で曖昧な意味を持たせている。そして、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等して、他人の商品又は

営業と混同を生じさせる行為は、詐称通用になる。

しかしながら、例外も存在する。例えば、色彩だけが際立った特徴でしかないときには、これには識別性がない。色彩に関係する事件¹⁰では、原告が、何年にもわたって大学生向けに家電製品と家具を提供していた。製品の色彩は全て濃紺色だった。被告が家電製品にこれと同じ濃紺色を使用したとき、原告が詐称通用を理由に提訴した。大阪高裁は、一つの色彩を1社で独占することはできないとの理由で、この使用は詐称通用を構成しないと判示した。

4. 中国における表示の種類

(1) 特有の名称、包装、装飾

中国の反不正当竞争法5条2項及び5条3項の規定によれば、詐称通用訴訟に使われる表示が幾つか存在する。それは、周知商品特有の名称、包装、装飾商号及び人名である。特有の名称とは、周知商品に排他的に使用される名称をいう。しかし、登録された名称は除外されている。反不正当竞争法における意味での包装は、商業的表示を構成し得るものの、包装の機能は保護されない。「装飾」とは、商品を識別し、美化するために、商品又はサービスに付した単語、図柄、色彩又は以上の組合せである。ここでは、識別性と装飾機能が統合されている。実際のところ、反不正当竞争法の原則によれば、装飾には商品を識別する意味しかないはずである。

(2) 中国企業と外国企業の商号

中国の最高人民法院司法解釈では、「商号は、行政当局において登録された会社名及び中国で営業する外国企業の商号であると定義される」¹¹。したがって、中国では、中国の商号と外国の商号の両方が保護される。

(3) 人名

人名に商品の出所を識別する機能がある場合、反不正当竞争法5条3項¹²により保護される。

5. 評価

詐称通用法において、詐称通用の手段として同一又は類似の表示を使うことが最も一般的である。その表示は、第一に、識別性のあるものでなければならない。詐称通用法の法原則によれば、この識別性は、商品に関係するものでなければならない。使用によってのみ、識別性を獲得できる。表示の独創性それ自体は、識別性を獲得するための前提条件ではないため、記述的単語であっても商品又はサービスの出所を示す場合には、識別性を持ち得る。詐称通用法によってどのような表示が保護されようとも、識別性の要件を満たさなければならない。表示の範囲は、3カ国で異なる。英国における表示の範囲は極めて広い。日本における表示の範囲も広い。日本の不正競争防止法では、幾つかの表示が例示されているが、表示の種類は限定されていない。これらに

比べて、中国における表示の範囲は英国及び日本よりも狭く、一部の表示は、詐称通用法により保護されない。実際には、裁判所は、一定の表示を保護するためには、理由付けの範囲を広げなければならない。したがって、中国は、日本及び英国を模範とし、中国の詐称通用に関する法律及び規則において、これまでよりも広い範囲の表示を規制すべきである。

III. 詐称通用の要素

1. 英国における詐称通用の要素

英国における詐称通用の要素とは、営業上の信用、虚偽表示及び損害であり、これらの要素は、一般に、古典的三位一体と呼ばれる。古典的三位一体の優位点は、詐称通用の焦点が三つの要素間の不可分な関係にあることである。詐称通用の実際の事例では、三つの要素が相互作用する。営業上の信用は虚偽表示の判断に必要である。虚偽表示は、営業上の信用に対する損害を引き起こすか、又は引き起こすおそれがある。営業上の信用に対する損害は訴因の中核をなす。営業上の信用それ自体は、取引活動から生じ、これは、通常、名声の源である。しかし、名声を得ているからといって、営業上の信用が自動的に確立されるわけではない。

2. 日本における詐称通用の要素

(1) 周知性の要件

裁判所は、その地域における認知度を、認知の地理的範囲であるとみなしている。しかし、原告と被告の市場が異なるか、隣接していない場合、被告には、混同を生じさせ得る表示を継続して使用できる場合もある。法律によれば、表示が周知であるかどうかの認知度は、需要者によるものであるべきであるが、裁判所は、この言葉を広く解釈している。日本の裁判所は、認知度を判断するための詳細な判決を行っておらず、収益の数値、潜在的な顧客数、個別の取引における顧客、商品の価格、さらに、新聞・テレビにおける広告の分量などの関連する状況を例示しているにすぎない。また、日本の裁判所では、調査データも証拠の一つとして受け入れられる場合がある。

(2) 混同の要件

原告は、混同を証明するために、二つの側面を示さなければならない。第一に、原告は、自己の表示が需要者の間に広く認識されているものであって、被告の表示が、自己の表示と同一又は類似であることを示さなければならない。第二に、原告は、自己の商品又は営業に関して、他人の商品又は営業と混同が生じていることを示さなければならない。つまり、被告の行動が原告の営業上の信用を不正使用して

いることである。

(3) 識別性

詐称通用訴訟により表示を保護したい場合には、その表示に識別性がなければならない。したがって、日本では、識別性が詐称通用の一つの要素である。詐称通用訴訟において、不正競争防止法によれば、周知性は使用により獲得される。

(4) 要素の相互依存関係

一般に、商品が広く認識され、公衆が商品と出所とを関連付けることができる場合には、一般的な形状の商品又は記述的な表示でさえ保護される。第二に、表示又は商品の形状若しくは包装に識別性を持たせるだけでは、保護に値せず、さらに、その営業について公衆に知らせるための販売努力が必要である。識別性及び周知性は混同の概念に影響を及ぼす。

3. 中国における詐称通用の要素

中国の反不正競争法5条2項及び3項の規定により、中国における詐称通用の要素は次の四つである。

(1) 周知性

中国の規則によれば、周知商品とは、中国国内の一定区域で知られており、関連する公衆にとってなじみのある商品をいう。商品の名称、包装及び装飾は、中国で知られていればよく、中国法によって保護され得る。関連する公衆の間でのみ周知であればよく、全ての公衆によって又は全ての市場において知られている必要はない。

中国では、企業名を行政当局において登録しなければならないものの、これは、行政区域、商号、営業分野の特徴等で構成される。これらの要因のうち、商号が最も強い識別性を有する。したがって、会社名をめぐる紛争は、常に商号をめぐる争いである。したがって、不正競争に関する司法解釈6条1項は、「関連する公衆に知られている商号は、反不正競争法の5条3項に規定される会社名であるものとみなされる」と述べている。

商号の略称であって、その市場で周知であり、関連する公衆に知られているものは、商号であると見なすことができる。

(2) 識別性

反不正競争法における識別性とは、商標の識別性をいい、使用が必要とされる。これには、二つの意味が含まれるが、一つは、それ自体が識別性を備えている標章が出所表示のために使用されるということであり、もう一つは、使用する過程で標章が派生的な意味を獲得するということである。

(3) 混同

混同に関する中国の判断には、二つの側面がある。主観的な側面では、消費者は、商品又はサービスに一般的な注意しか払わない場合において、同一の商品又はサービスに

付された侵害者の表示と被侵害者の表示に混同させられると感じる。客観的な側面では、侵害者の表示と被侵害者の表示が同一又は類似である。全体的な比較法と個別的な比較法は、表示の類似性について判定するための優れた方法である。

(4) 心理状態一意図

反不正競争法5条2項及び5条3項における「許可なく」は、自分に権限のない行為をしていることを意味する。二つの規定が、他人の名称、商品の包装若しくは装飾又は商号を使う意図が侵害者にあることを意味しているのは明らかであるため、被告の心理状態は故意である。

4. 評価

英国と日本では、詐称通用の要素が似ているものの、要素の名称については違いが見られる。周知性及び識別性の要件は、商人が営業上の信用を獲得した場合にのみ、満たされる。混同の要件は、ある種の虚偽表示である。したがって、日本における詐称通用規定は、虚偽表示によって損なわれる営業上の信用の保護でもある。中国における周知性、識別性及び混同の要素は、日本と同じである。

英国及び日本では、意図が、詐称通用の要素の一つとして要求されていない。したがって、中国における詐称通用の要素から、意図を除外し、周知性、識別性及び混同を詐称通用の要素とすべきである。

IV. 法的責任

1. 英国における法的責任

英国における詐称通用訴訟において、原告に与えられる救済は、差止め、利益計算又は損害の調査である。被告の行為が、消費者に対して、商品及びサービスの出所を混同させ、被告の商品又はサービスが原告のものであると消費者がみなし、かつ、商品に関する原告の標章の識別性が極めて高い場合には、差止めが認められるであろう。原告が、詐称通用訴訟に勝訴した場合、損害賠償を請求するのが一般的である。原告に損害が生じている可能性が極めて小さい場合には、損害の調査を命ずるかどうかは、裁判所の判断にかかっている。英国の詐称通用訴訟において、刑事責任及び行政責任を認めた例はない。したがって、詐称通用訴訟では、民事責任のみが適用される。

2. 日本における法的責任

不正競争防止法では、五種類の法的責任を規定している。これは、差止め、損害賠償、侵害品の廃棄等、信用回復並びに刑事制裁である。

3. 中国における法的責任

中国の反不正競争法では、詐称通用による損害に対する救済として、民事責任が規定されている。反不正競争法21条が規定する詐称通用による行政責任は、違法行為の停止、違法所得の没収、情状により、違法所得の2倍以上3倍以下の科料、情状が重い場合において、営業許可を取り消すことである。したがって、詐称通用訴訟の場合、少なくとも4種類の行政責任がある。反不正競争法21条は、刑事責任について明瞭に定めておらず、「虚偽又は品質の劣る商品を販売して犯罪を構成する場合、法により刑事責任を追及する」と述べる。

4. 評価

英国における法的責任は、ケース・バイ・ケースで決定される。英国において、被告には民事責任しかなく、裁判所が行政責任や刑事責任を認めることはない。民事責任については、差止めが、原告にとって最も重要な救済方法であり、裁判手続きにおいては、通常、これが利用される。原告が損失を回復する上では、損害賠償も重要であるものの、これを数量化することは困難である。日本法では、民事上の救済を法的責任の主な手段としており、刑事罰を補助的な手段とする一方、中国法では、行政責任を主な手段としており、民事責任は、法的責任に対する補助的な手段である。したがって、中国は、民事上の救済が主な措置とされ、行政上の法的措置及び刑事責任が補助的な措置になるように変更すべきである。

V. 詐称通用及び商標法

1. 英国における詐称通用及び商標法

詐称通用法は、常に柔軟であり、商取引環境における状況の変化に対応しやすい。表示は、まず、詐称通用訴訟において採用され、次に、これが商標法に吸収されてきた。1994年商標法は、それまで詐称通用訴訟によってしか保護されなかった多くの表示を吸収した。したがって、詐称通用法は、商標法による表示保護の先例であるとみなすことができる。原告は、自己の商標を登録している場合において、商標侵害訴訟を提起できるのと同様に、詐称通用訴訟も提起できる。

2. 日本における詐称通用及び商標法

日本における詐称通用は、極めて重要な不正競争行為の一つである。したがって、不正競争防止法と商標法は、公正な競争秩序を維持するための車の両輪に例えることができる¹³。日本の学説によれば、商標侵害は、不正競争行為の一種である。すなわち、商標法は、広義の不正競争防止法の

一部であって、不正競争防止法の詐称通用に関するルールの多くが、商標侵害に関するルールに似ている。不正競争防止法によって保護される表示の範囲は、商標法によって保護される商標の範囲よりも広い。

3. 中国における詐称通用及び商標法

中国において、反不正競争法5条の規定では、詐称通用と商標法との関係が十分に明瞭ではない。反不正競争法5条1項の規定は、登録商標の詐称通用が、詐称通用の一種であることを示している。すなわち、登録商標は、商標法と同時に、反不正競争法でも規制できる。登録商標の詐称通用は、商標法の下での商標侵害に相当する。したがって、登録商標の詐称通用に関する基準を、商標侵害に関する基準と同一にすべきである。しかし、現実には、両者にはかなり大きな違いがある。商標侵害の場合には、商標法において、混同は侵害の要素であると規定されていない。逆に、登録商標の詐称通用の場合と同様に、混同を詐称通用の要素とすべきである。人の商品が他人の商品であるとみなされることが詐称通用であり、それは、混同が生じていなければならないことを意味するからである。

4. 評価

英国及び日本において、詐称通用と商標法とは、密接な関係にある。表示は、大体において、まず詐称通用法によって保護され、次に商標法に組み込まれる。しかし、中国では事情が異なり、この両者の関係が明瞭ではない。

VI. 結論及び提案

1. 結論及び中国への提案

英国の詐称通用法と日本の不正競争防止法の詐称通用規定とは全体的にかなり類似しており、商取引をめぐる状況の変化に対応できる。しかしながら、中国の反不正競争法の詐称通用規定は、未発達のように思える。英国及び日本と比べ、中国法では、表示の種類に関する次の四つの側面を明確に規定すべきである。すなわち、表示の範囲を広げること。主観的な心理状態、つまり意図を詐称通用の要素とするのを修正すること。法律上の行政責任が主な手段になっている状況から、法律上の民事責任が主な手段であり、法律上の行政責任及び刑事責任が、補助的手段とされるように転換すること。商標法が広義における反不正競争法の一部であるとみなすこと及び詐称通用規定を商標法の推進方法として規定すること。中国は、全体として、詐称通用について、英国及び日本から、有益な原則を学ぶべきである。

2. 日本の商標法に関する提案

上述のように、日本では、詐称通用規定がかなり発達している。日本において、不正競争防止法の詐称通用規定は、産業財産権分野に含まれないものの、これらの規定は、産業財産権分野の、特に商標法にとって十分に参考になる。

第一に、混同は、詐称通用の一つの要素である。商標権侵害は、不正競争行為の一つであるとみなすことができるため、不正競争法に基づいた詐称通用判断をめぐる多くのルールが商標権侵害の場合と類似である。しかしながら、混同は、裁判所が商標権侵害について判断を下す場合にしか使われず、商標権侵害について判断を下すための基準として商標法に規定されていない。したがって、商標法でも、混同について、商標権侵害について判断を下すための基準の一つとして規定すべきである。

第二に、不正競争防止法によって保護される表示の範囲は、商標法により保護される商標の範囲よりも広い。三次元の標章は、1997年まで、不正競争防止法でしか保護できなかった。不正競争防止法の方が商業上の状況変化に対応し易いため、今後、何らかの表示が新たに登場した場合、まず、不正競争防止法の詐称通用規定により保護できる可能性がある。その後、これを商標法に採用することができる。不正競争防止法の詐称通用規定によって、商標法の発展を助長することができる。

¹ (1896) 13 R.P.C. 218 at 224 (HL).

² *Southern v. How* (1617) Cro Jac 468, 79 E.R. 400において判例として最初に引用された。

³ (1979) A.C. 731.

⁴ (1990) 1 W.L.R. 491, (1990) 1 All E.R.873.

⁵ 日本の不正競争防止法2条1項1号及び中国の反不正当竞争法5条。

⁶ Christopher Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*, Kluwer Law International, 2001, p. 81.

⁷ 反不正当竞争法5条。

⁸ *J B Williams & Co v. Bronnley & Co Ltd*, (1909) 26 R.P.C. 765 (CA).

⁹ 不正競争防止法2条1項1号。

¹⁰ 大阪高判平成9年3月27日 [It'sシリーズ事件]

¹¹ 不正競争に関する司法解釈6条1項。

¹² 5条3項。営業者は、市場において取引を行うために、次の不正な手段を採用し、競争者に損害を引き起こしてはならない。すなわち、他の者の許可なく、その者の営業名又は人名を自らの商品に使用し、自らの商品を他の者の商品であると人々に誤認させること。

¹³ 森林稔「商標法と不正競争防止法における先使用权」日本工業所有権法学会年報26号(2003)93頁。