

## 詐称通用（パッシングオフ）と不正競争： 競争法における対立とコンバージェンス

Mary LaFrance<sup>1</sup>

矢野 敏樹（訳）

### はじめに

登録されている商標と登録されていない商標の双方に関して、法制度間の明確な文化的相違が存在する。すなわち、一方の法制度は消費者に対する詐欺を防止するための方策に一次的な価値を見出す。他方の法制度は消費者詐欺の防止を競争規制という、より広い目的の中に包摂されるものと捉える。コモンローの国々においては、ほとんどの場合、より狭い目標である消費者保護が優位を占める。他方、大陸法の国々は、不正競争<sup>2</sup>という広い概念を重視して考えている。ただ、競争規制に対するアプローチの差は、今述べた相違よりも、もっと微妙なものである。上記の二分類は、

---

<sup>1</sup> IGT Professor of Intellectual Property Law, William S. Boyd School of Law, University of Nevada, Las Vegas. この論文は、2011年8月18日から20日にかけて北海道大学法学研究科において開催された *Conference on Law and Multi-Agential Governance: An Impact of Law on Market, Competition and/or Innovation* における発表を元にしての。筆者は、この会合に参加した全ての出席者に対し、寛大なご意見を賜ったことに感謝する。とりわけ、田村善之教授、Branislav Hazucha、Adi Ayal、Antonina Bakardjieva Engelbrekt、林秀弥、小島立、Matthias Leistner、大木良子、鈴木将文、柳川範之の各氏に感謝の意を表したい。

<sup>2</sup> ここで用いている「不正競争」の語は、大陸法における広い概念を指している。大陸法における不正競争の概念は、たとえ消費者による混同が生じないとしても規制対象とする。しかし米国においては、「不正競争」の語はパッシングオフと同義で用いられるのが通例である。

文化的な対立を単純化し過ぎるきらいがある。コモンローと大陸法の分野において様々なアプローチの仕方があり、幾つかのコモンローの法域においては、不正競争法の考え方の全てを取り込むとまでいかないものの、コモンローにおけるパッシングオフの考え方をより広く解釈してきている。

一般的に言って、大陸法の国々のアプローチにおいては、競争よりも公正さ(フェアネス)が目指すものに重きを置く。そして、それ故に大陸法は反競争的であるとの批判に晒されている。これに対し、コモンローのアプローチは競争を確保することに主眼を置き、公正さについては、競争者の行為が特に極端であると認められる場合に限り考慮されるものとしている。そうした極端な行為であると認められる場合とは、例えば、競争者のとった行動によって消費者が商品の性質や出所について誤認又は混同する可能性がある場合である。そうした極端な行動がない場合、コモンローのアプローチは、市場における行動が当該標章の「グッドウイル(goodwill)」一関連付けられた商品やサービスに消費者を引き付ける標章の力を指す一を損なうおそれがある場合においてのみ、法的救済を与える。

コモンロー及び大陸法いずれのアプローチも消費者及び競争者の利益に配慮しているものであるが、コモンローのアプローチにおいては、概して、消費者の利益が最も重視されてきている。対照的に、大陸法における不正競争の議論においては、消費者の利益についてコモンローほどに重視されず、市場における競争者の「公正且つ誠実な」行為という、概して不明確な概念に焦点を当てる傾向がある。幾つかの例においては、不正競争法の広範な解釈が、商標の保護を厚くし、著作者人格権に近いような権利として扱う場合を示している。英国の Laddie 判事は、不正競争の広範な法原則とコモンロー上の不法行為であるパッシングオフとの間の緊張関係につき、*Hodgkinson & Corby Ltd. v. Wards Mobility Services Ltd.* において次のように述べている。

「この不法行為は欺瞞行為の取締りの範囲を僅かでも越えたことはない。もしそうなれば誠実な競争の確保という領域に入ることとなり、詐欺行為以外の何らかの理由で違法を宣言することとなる。そのよう

にしなければならない理由があるとは私には思えない。そのようなことは競争を阻害するだけであろう<sup>3</sup>。」

パッシングオフと不正競争の文化的衝突は、最も近時においては一連の比較広告に関する事件に現れているが、そうした衝突は、キャラクターや著名人の商品化をめぐるものでも見ることができる。似たような衝突はキーワード広告の文脈においても現れているように見受けられる。これらの例に見られるパッシングオフと不正競争法のアプローチの相違は、米国やその他の地域において、商品やサービスの国境を越えた取引に関与したいと考えている全ての商標権者が考慮に入れなければならない事柄である。

パッシングオフと不正競争法の重大な差異は残ったままであるものの、両者のギャップは狭まってきている。コモンローの国々における判例法は、拡大を続ける商取引活動に適用するために、パッシングオフの概念を少しずつ広げてきている<sup>4</sup>。欧州連合(EU)内においては、これらの法原則の対立に光が当てられ、欧州司法裁判所(ECJ)の判決を通じてその収束化が急がれている。すなわち、これらの判決において、ECJは幾つかの欧州指令を広範な概念である不正競争と合致する方法で解釈し、英国に対し、「パッシングオフ」について、元の意味とはかけ離れた解釈をとるよう圧力をかけている。EUの政策に拘束されないコモンローの国々においては、商標権者たちは、立法者に対し、伝統的なパッシングオフの主張の要件である消費者に対する欺瞞行為の要件の適用を空文化し、商標(登録商標及び登録されていない商標双方)の保護の範囲を拡大し続けるために影響力を行使している。そして、そうした活動は、希釈化(dilution)<sup>5</sup>やサイバースクワッティング<sup>6</sup>に関する立法的対応に結び付いている。そうした立法の適用がない場合でも、商標権者たちは、パッシングオフの概念の範囲を

<sup>3</sup> [1994] 1 WLR 1564, [1995] FSR 169.

<sup>4</sup> Hazel Carty, *Character Merchandising and the Limits of Passing Off*, 13 Legal Stud. 289, 290 (1993).

<sup>5</sup> See 15 U.S.C. § 1125 (c); see *infra* notes 124-27 and accompanying text.

<sup>6</sup> See *id.* § 1125 (d).

拡大し続けるよう裁判所を説得することにしばしば成功している。

こうした傾向が続けば、パッシングオフと不正競争制度との間の多くの相違点は、最終的には消え去ることになるであろう。

## I. パッシングオフに関する伝統的な観念と拡大された観念

パッシングオフの概念は、コモンローの国々における商標保護システムの中核に位置する。その起源は、コモンローにおける詐欺行為の規制にある。本来、欺罔の意図のあることが法律上の要件であったが、パッシングオフが消費者に与える影響に焦点を合わせるようになったため、この要件はもはや必要とされない。この不法行為の成立範囲が時を経て拡大され、その「変幻自在な性質<sup>7</sup>」が指摘される一方、それはヨーロッパ大陸における不正競争法の概念にまで未だ近付いてはいない。なぜなら、パッシングオフは、標章の無形の価値に関する不正目的使用 (misappropriation) に対する一般的な法的アクションではないからである<sup>8</sup>。

伝統的なパッシングオフの主張における本質的要件は以下のとおりである (しばしば「古典的な三種の神器 (classic trinity)」と呼ばれる)。(1) グッドウイール (標章との結び付きによって商品を購入しようとする消費者の欲求について述べる不明確な用語である)、(2) 出所に関する不実表示、(3) 不実表示の結果としてグッドウイールが損害を受ける可能性、である<sup>9</sup>。古典的な枠組みにおいては、パッシングオフは、商人が、競争者の顧客を騙し又は混乱させ、嘘のラベルが付された商品を購入させるために、競争者の商標を商品やサービスに付す場合において成立することとなる。

<sup>7</sup> Carty, *supra* note 4, at 289.

<sup>8</sup> Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law* 711 (3d ed. 2008).

<sup>9</sup> See Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull) Ltd., [1979] AC 731, 742 (HL); Reckitt & Colman Ltd. v. Borden, Inc., [1990] RPC 341; BMW Canada, Inc. v. Nissan Canada, Inc., [2007] FCJ No. 991, ¶ 30.

しかし、別のコモンローの法域においては、伝統的不法行為であるパッシングオフを多様な方法で拡張している。これら拡張されたパッシングオフは、不正競争に関する一般法と言うことはできないものの、幾つかの事例において、不当利得やただ乗り (フリーライディング) のような類似の法原理の影響を受けているように見受けられる。

英国において、「拡張されたパッシングオフ」の概念は、商品の特性や品質に関する不実表示に対して適用される<sup>10</sup>。そこでは、パッシングオフの概念は、特定の商人の商品を保護するというものを越えている。その代わりに、パッシングオフは、特定のカテゴリーに属する商品を特定する言葉や言い回しを、被告が誤解を招くような用い方をした場合において、その特定のカテゴリーの商品を生産する全ての商人を保護するのである。それ故に、混同の可能性はここでもなお必要とされる。しかしながら、問題とされるグッドウイールは、商標と結び付いているものではなく、単一の商人に属しているものでもない。グッドウイールは、そのカテゴリーに特有の品質を有している商品を販売している全ての商人に (集団的に) 属しているのである。この形式のパッシングオフは、少数の事例においてのみ扱われているが、「アドボカート (advocaat)<sup>11</sup>」、「シャンパン (champagne)<sup>12</sup>」、「シェリー (sherry)<sup>13</sup>」、「スコッチ ウイスキー (Scotch whisky)<sup>14</sup>」、「ハリス ツweed (Harris tweed)<sup>15</sup>」、「スイス チョコレート (Swiss chocolate)<sup>16</sup>」、

<sup>10</sup> この概念はカナダでも認められている。See John McKeown, *Vodka, Champagne and Passing Off*, [http://www.casselsbrock.com/Doc/Vodka\\_Champagne\\_and\\_Passing\\_Off](http://www.casselsbrock.com/Doc/Vodka_Champagne_and_Passing_Off).

<sup>11</sup> Erven Warnink BV v. J Townsend & Sons, (Hull) Ltd., [1979] AC 731, 742 (HL).

<sup>12</sup> See Bollinger v. Costa Brava Wine, [1960] RPC 16 (被告は「スパニッシュ・シャンパン (Spanish champagne)」の名をスパークリング・ワインに用いることはできない。なぜなら、そのような名称は、消費者をしてそれがフランスのシャンパーニュ地方で生産されたものであると誤解させるからである、とした)。

<sup>13</sup> Vine Prods. Ltd. v. Mackenzie & Co., Ltd., [1969] RPC 1.

<sup>14</sup> John Walker & Sons v. Douglas McGibbon, 1972 SLT 128.

<sup>15</sup> Argyllshire Weavers Ltd. v. A Macaulay Tweeds Ltd., 1965 SLT 21.

<sup>16</sup> Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd., [1998] RPC 117, *aff'd*, [1999] RPC 826.

といった語の不実表示の事例について原告側は勝利している。近時、ヴォトカ(vodka)の製造者が、「VODOKAT」(アルコール飲料だが、ヨーロッパの下ではヴォトカとして販売する法律上の基準を満たしていない)の製造者に対し、同様の主張をして勝訴した<sup>17</sup>。VODOKATの語は、ヴォトカの特定のブランドで使用されている商標に類似していたわけではなく、したがって、伝統的なパッシングオフの理論によって対応できる事例ではなかった。それにもかかわらず、その表示が単に黙示的に製品の品質について不実表示していたという理由で、拡張された理論の下で法的対応が可能なものとしたのである。VODOKAT事件は、拡張されたパッシングオフの理論が、一流品や高級品に限って適用されるものではないことを明らかにした最初の事件として特筆に値する。裁判所の見解によれば、たとえヴォトカといった一般名称であっても、グッドウイルを生じるのに十分な信用力を有する。Rix 判事(Lord Justice Rix)は、別記された意見において、拡張されたパッシングオフは、従前、一流品(シャンパン)、高度に特殊化した製品(アドボカート)、又は特別の地理的な起源を持つ製品(シャンパンやスイスチョコレート)に適用されてきたものであり、これをヴォトカのような一般的な製品に適用することは、裁判所が不適切にこの法原則を拡大したこととなるとの懸念を表明した<sup>18</sup>。Rix 判事の考えによれば、パッシングオフは「拡張に拡張を重ねることで、本分であるグッドウイルの保護という領域を越えて、不正競争という守備範囲外の領域に踏み込むべきではない<sup>19</sup>」。他の判事の中には、英国法におけるパッシングオフが、その伝統的な目的である標章を出所表示として保護することから離れ、一般的な法である不正競争の領域に向かっているという文化的シフトが起きていることについて懸念を表明している者もいる。Rix 判事の関心事は、こうした懸念と軌を一にしている。

拡張されたパッシングオフは、米国では認知されていない。その代わり、

<sup>17</sup> Diageo North America Inc. v. Intercontinental Brands (IBC) Ltd., [2010] EWCA Civ. 920, [2010] EWHC 17 (30 July 2010).

<sup>18</sup> Diageo, [2010] EWCA Civ. 920, at ¶ 76.

<sup>19</sup> *Id.*

ランナム法には「虚偽広告(false advertising)」に関する条項が置かれており、そこでは、競争者の虚偽の説明(競争者の商品に関する虚偽説明及び当該商人の商品に関する虚偽説明双方を含む)により損害を被った商人に対し、連邦法上の救済措置が定められている<sup>20</sup>。しかし、ランナム法における虚偽広告の主張は、競争者の説明が文字どおり虚偽であるか又は消費者を混乱させ、騙すことになる可能性がある場合に限られる<sup>21</sup>。仮に競争者の述べていることが虚偽でない場合、原告は消費者が現実に誤導されたことを証明しなければならない<sup>22</sup>。

それ故に、虚偽広告に関する規定は、カリフォルニア産のスパークリングワインを「シャンパン」(米国の消費者はこれを一般名称と認識している)として売ることについては、それがフランス産であると明示され、又は強く示唆されたというのでない限り、適用されるものではない。同様に、VODOKAT マークについても、その名称が相当数の消費者をして100%のヴォトカであると信じさせるものであると立証されるのでない限り、虚偽広告として法的措置をとることはできない。

もう1つのパッシングオフから派生した法理—虚偽保証(false endorsement)として知られている—は、米国、英国及びオーストラリアで認知されている。伝統的なパッシングオフは、被告が無許諾で出所表示を使用することで、消費者が、被告が販売している商品又はサービスの出所が原告であると信じる可能性がある場合に成立する。これに対し、虚偽保証は、原告が被告の商品又はサービスを保証し、承認し又は何らかの提携関係を有していると消費者が信じる可能性がある場合に成立し得るものである。米国で認められているパブリシティ権に対する英国の拒絶反応にもかかわらず、英国では、虚偽保証の法理は、一部の著名人がその肖像や名前が無許諾で商業的に使用されることを防止するために用いられる<sup>23</sup>。米

<sup>20</sup> 15 U.S.C. § 1125 (a)(1)(B).

<sup>21</sup> Lipton v. Nature Co., 71 F.3d 464, 474 (2d Cir. 1995).

<sup>22</sup> Clorox Co. v. Procter & Gamble Comm. Co., 228 F.3d 24 (1<sup>st</sup> Cir. 2000); United Indus. Corp. v. Clorox Co., 140 F.3d 1175, 1182 (8<sup>th</sup> Cir. 1998).

<sup>23</sup> Irvine v. Talksport, Ltd., [2002] FSR 60, *aff'd*, [2003] EWCA Civ. 423.

国においては、虚偽保証の主張はパブリシティ権の侵害と結び付けて主張され得る。しかし、虚偽保証の主張は、名称や肖像以外の出所表示—例えば無登録商標—を使用した無許諾商業活動を防止するためにも用いられ得る。虚偽保証の概念の問題点の1つは、裁判所が、原告と被告との間の関係性についての消費者の認識とは何か、ということ定義付けることに困難があるという点である<sup>24</sup>。例えば英国においては、Sir Michael Kerr は、公衆が、原告と被告のビジネスとを何らかの形で混同することで十分であると唆している<sup>25</sup>。これと対照的に、Millett 判事 (Lord Justice Millett) は、公衆が、被告の商品の品質について原告が責任を持つということを認識しなければならないということを提示しており、経済的な協力関係が認識されるだけでは足りないとしている<sup>26</sup>。オーストラリアの裁判所は、*Hogan v. Koala Dundee* 及びこれに続く幾つかの事例において、同様の問題点に関し明確な解決策を見付けられないまま、これを解決しようと努力を重ねている<sup>27</sup>。しかしながら、商品又はサービスが類似しない場合においても虚偽保証の責任が成立する、という点については明らかである<sup>28</sup>。次第に、裁判所は、公衆が販売促進活動に親しんでいることを虚偽保証による混同の可能性の認定の支えとするようになってきている。例えば、1991年、英国の裁判所は、ライセンスなしで被告がティーンエイジ・ミュタント・ニンジャ・タートルズ (Teenage Mutant Ninja Turtles) のイメージを(衣服に)無断で使用した行為にパッシングオフの成立を認めた。この事例において、裁判所は、キャラクターグッズの生産には一般的にライセンスが必要とされることを公衆の相当数が知っていることから、公衆が、被告のグッズがライセンスを受けているものと誤信する可能性がある、とした<sup>29</sup>。

<sup>24</sup> Hazel Carty, *An Analysis of the Economic Torts* 194 (2001).

<sup>25</sup> *Ewing v. Buttercup Margarine*, 34 RPC 232, 237 (1917); Carty, *supra* note 24, at 194.

<sup>26</sup> *Harrods v. Harroldian School*, [1996] RPC 697; Carty, *supra* note 24, at 194.

<sup>27</sup> 12 IPR 508 (1988); *see infra* notes 106-12 and accompanying text.

<sup>28</sup> Carty, *supra* note 24, at 195.

<sup>29</sup> *Mirage Studios v. Counter-Feat Clothing Co., Ltd.*, [1991] FSR 145.

パッシングオフは、原告の商品の品質に関する不実表示についても適用が拡張されている。例えば、英国の裁判所は、原告製造者が基準を満たしていないとして捨てた商品を、原告の新たに改良された製品であると称して被告が販売していた事案について、パッシングオフの成立を認めた<sup>30</sup>。この事例において、商品の出所が原告であるという表示をした点においては被告に虚偽はなかった。しかし、被告の表示は、当該商品が一級の品質ではないことを開示していなかったという点で不実であった。こうしたパッシングオフの法理の適用は、米国でも同様に受け入れられている<sup>31</sup>。米国では、こうしたパッシングオフの適用は、グレイ・マーケット商品の輸入を防止するためにも用いられている<sup>32</sup>。

伝統的なパッシングオフのもう1つの拡張として、幾つかのコモンローの法域において認められているのが、「逆パッシングオフ (reverse passing off, inverse passing off, upside down passing off)」として知られている概念である。この概念は、被告が、公衆に対し、原告の商品を被告独自の商品であると虚偽に表示し、又は被告がその商品の品質について、原告の商品の品質に関する説明を流用する場合(例えば、原告の商品の写真やサンプルを用い、又は原告の商品に関する購買者の感想を被告商品に関して引用する場合)に認められる<sup>33</sup>。英国の裁判所は、この不法行為を認めることに積極的ではなく<sup>34</sup>、米国においてより頻繁にこの不法行為が適用されている<sup>35</sup>。しかしながら、英国及び米国双方において、最も一般的にこの不

<sup>30</sup> *Spalding v. Gamage*, [1915] RPC 273 (HL); Carty, *supra* note 24, at 191.

<sup>31</sup> *See, e.g., Davidoff & Cie, S.A. v. PLD Int'l Corp.*, 263 F.3d 1297, 1301-02 (11<sup>th</sup> Cir. 2001).

<sup>32</sup> *See, e.g., Societe des Produits Nestle, S.A. v. Casa Helvetia, Inc.*, 982 F.2d 633, 644 (1<sup>st</sup> Cir. 1992).

<sup>33</sup> Carty, *supra* note 24, at 195-96.

<sup>34</sup> Carty, *supra* note 24, at 196; *see Matthew Gloag & Son Ltd. v. Welsh Distilleries Ltd.*, [1998] FSR 718, 724; *John Roberts Powers School v. Tessensohn*, [1995] FSR 947; *Bristol Conservatories Ltd. v. Conservatories Custom Built Ltd.*, [1989] RPC 455.

<sup>35</sup> 米国の多くの裁判所がこの法理を適用しているが、仔細に検討すると、これらのケースでは、実際には虚偽広告が問題となっている。*See Mary LaFrance, When You*

法行為の成立が認められるのは、被告の名の下に原告商品が現実に販売されている場合ではない。そうではなく、寧ろ被告の商品の品質を偽る虚偽広告の一種の場合であることが多い。この場合において、原告のグッドウィルは全く利用されていない。なぜなら、原告の商標や商号について何ら言及してないからである。おそらく、この形態はパッシングオフには全くあてはまらないものである<sup>36</sup>。逆パッシングオフの概念は、不正競争の主張により近いと思われる。なぜなら、盗用されているのは原告のグッドウィルではなく(なぜなら被告は原告を商品の出所として参照することさえしていない)、原告の高品質の商品を生み出す創造性と努力だからである。これは、コモンローの法制が概してあまり認めたがらなかった不正目的使用(misappropriation)の主張に等しいものである<sup>37</sup>。他方、消費者に対する欺瞞行為を防止するという点では、逆パッシングオフの考え方は、パッシングオフの一般的な目的と合致している。

## II. 不正競争 (Unfair Competition)

工業所有権の保護に関するパリ条約第10条の2は、同盟国に不正競争に対する保護を求めており、そこでは「工業上又は商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為」が不正競争行為であると定義されている<sup>38</sup>。同10条の2が明確に示している唯一の行為は、競争者のビジネスとの混同を生じさせる行為、競争者のビジネスの信用を害する行為、競争者の商品の性質について公衆を誤らせる行為、である。これら3つの行為は、コモンローの法域におけるパッシングオフの基礎となる詐欺行為を含んでいる<sup>39</sup>。

---

*Wish Upon Dastar: Creative Provenance and the Lanham Act*, 23 *Cardozo Arts & Ent. L. Rev.* 197, 207-09 (2005).

<sup>36</sup> Bently and Sherman, *supra* note 8, at 755.

<sup>37</sup> 米国においては、不正目的使用の不法行為の成立が認められるのは、*International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) の事実関係に基づいて、概して「ホットニュース」の場合に限定されている。

<sup>38</sup> Art. 10bis (1)-(2).

<sup>39</sup> See Tom Alkin, *Should There Be a Tort of 'Unfair Competition' in English Law?*, 3 *J.*

これまでのところ、ほとんどの大陸法の法域においては、詐欺行為を含んでいない多くの行為を含むように不正競争を解釈している。欧州司法裁判所(ECJ)によれば、EC商標指令(EC Trade Marks Directive)で再現されている「工業上又は商業上の公正な慣習」の要件とは<sup>40</sup>、「商標権者の合法的な利益に関して公正に行動する義務」を含意するとされているが<sup>41</sup>、多くの解釈の余地を残しており、また、「循環論法である」と批判されている<sup>42</sup>。なおECJは、原告と被告との間の商業的結び付きを誤認させるような使用の場合だけを「不公正」と認定するのではない。同裁判所は、製品を商標権者の製品の「模倣やレプリカ」であるとしたり<sup>43</sup>、標章の信用を傷付けたり中傷する場合、標章の「特有の性質や名声に関する不公正な利益」を得るような使用の場合もまた「不公正」としている。

「フリーライディング (free riding)」の語は、不正競争を構成し得る非欺瞞的行為の類を表わすのに用いられてきている。世界知的所有権機関(WIPO)は、フリーライディングを「競争者やその他の市場参加者が、他者の工業上又は商業上の成果を、そのオリジナルの成果から大きく外れることなしに、自らのビジネス上の目的のために直接的に利用する全ての行為」と定義している<sup>44</sup>。

大陸法の法域は、不正競争の法理を異なるメカニズムで発達させている。幾つかの国々では、民法の一般条項の司法解釈を通じて不正競争法を発展させた(例えば、フランス、イタリア及びオランダ)<sup>45</sup>。他の国々では、不正競争の法理は特別の立法に基づいており(オーストラリア、ベルギー、

---

*Intell. Prop. L. & Prac.* 48 (2008).

<sup>40</sup> First Council Directive 89/104/EEC (Dec. 21, 1988).

<sup>41</sup> *Gillette Co. v. L-A Laboratories Oy*, [2005] FSR 37, 2005 ECJ EUR-Lex LEXIS 41; 2005 ECR I-02337 (Mar. 17, 2005).

<sup>42</sup> Alkin, *supra* note 39, at 49.

<sup>43</sup> *Gillette*, [2005] FSR at 37.

<sup>44</sup> WIPO, *Protection Against Unfair Competition* 55 (1994) (WIPO Pub. No. 725(E)).

<sup>45</sup> Anselm Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law* 23 (1997).

デンマーク、フィンランド、ドイツ、日本、ルクセンブルグ、ペルー、韓国、スペイン、スウェーデン及びスイス)、あるいは広範な立法中の特定の条項に基づいている(ボリビア、ブラジル、ブルガリア、カナダ、コロンビア、ハンガリー、メキシコ、ペルー、ルーマニア及びベネズエラ)<sup>46</sup>。

フランスでは、不正競争は、フランス民法1382条の一般不法行為から派生したものである。次の2つのカテゴリーの不正競争が認められている。すなわち、(1) *concurrency deloyale* (不公正競争)、及び(2) *concurrency parasitaire* (フリーライディング)である。*concurrency deloyale* (不公正競争)は一般に混同の要件を必要とする。しかし、競争関係にあることは必要でない<sup>47</sup>。*concurrency parasitaire* (フリーライディング)においては混同の要件さえ必要とされない<sup>48</sup>。例えば、フランスの裁判所は、あるキャンディ会社が、市場の42パーセントをシェアしている原告が既に使用している外観と同じ300グラムバー3パックのキャンディバーの販売を開始した場合に、不公正競争の成立を認める。この場合、ブランド名やトレードドレスの類似性による混同の認定をすることなしに、裁判所は、不当利得の法理に依拠して、被告が不正に原告の「成功から利益を得ている」とするのである<sup>49</sup>。

フランスの裁判例が示すように、大抵の大陸法の法制の下では、不正競争の主張をするために詐欺の要件や混同の要件は必要とされない。実際、幾つかの大陸法の法域では、製品の特徴の「完全な模倣(*slavish imitation*)」は、それが知的財産法で保護されるかどうか、又は模倣が消費者の混同を

招くかどうかにかかわらず、不正競争として法的措置をとることが可能である<sup>50</sup>。例えば、ドイツでは、ファッションデザインについて、たとえそれが特定の知的財産法によって保護されないとしても、不正競争法によってこれを保護している<sup>51</sup>。こうした他の法律では保護されない模倣について不正競争法を適用するということは、模倣者は他者の創造的な投資による利益を不適切に(通常は最低限のコスト負担や労力で)利用しているという認識に基づいていると思われる<sup>52</sup>。スペインでは、模倣はそれが「システムチックに」行われ、また「市場における通常の反応」を超えて競争者を阻害する場合には、違法とされる<sup>53</sup>。当然ながら、合法的な模倣と違法な模倣との間の線引きは、しばしば困難を伴う<sup>54</sup>。

### Ⅲ. 対立とコンバージェンス：3つの事例の研究

EU内では、コモンローにおけるより狭いパッシングオフの概念と不正競争法におけるより広範な規制との間で文化的な衝突が起きている。この衝突は、英国のJacob判事(Lord Justice Jacob)をして「欧州の商標法はだれもが道に迷う判例法の森となる危機に陥っている」と嘆かせている<sup>55</sup>。後に議論するとおり、3つの訴訟分野が、パッシングオフ制度と不正競争制度の間の対立と「取<sup>コンバージェンス</sup>束」について有益な検討の場を提供している—それらは(1)模倣品(*copycat products*)と比較広告(*comparative advertising*)、(2)商品化(*merchandising*)、及び(3)キーワード広告(*keyword advertising*)、である。

<sup>46</sup> *Id.* フランスでの法律は Art. 1382 of the Civil Code である。イタリアでは Art. 2598 of the 1942 Civil Code である。

<sup>47</sup> Sanders, *supra* note 45, at 24-27.

<sup>48</sup> Judgment of October 20, 1993, Cour d'appel, Versailles, [1994] R.J.D.A., No. 751, *discussed in* 1-9 Doing Business in France § 9.04[3].

<sup>49</sup> Societe Mars Alimentaire v. Societe Aegean Trade Cy and Istanbul Gida Dis Ticaret As, Paris 17.5.1993, [1993] PIBD no. 550 III-522; [1993] EIPR D-282. この事件について述べる文献として A.W.J. Kamperman Sanders, Unjust Enrichment, The New Paradigm for Unfair Competition Law? 15-18 (The Intellectual Property Institute 1996) がある。

<sup>50</sup> Sanders, *supra* note 45, at 27, 39, 49; Christopher Heath, The Law of Unfair Competition in Japan 120-40 (2001) (ヨーロッパと日本における完全模倣への対処の仕方について比較検討している)。

<sup>51</sup> Heath, *supra* note 50, at 122-23.

<sup>52</sup> *Id.* at 122-23.

<sup>53</sup> *Id.* at 123 (citing § 11 of Spain's Unfair Competition Act 3/1991).

<sup>54</sup> *Id.* at 128-29, 136-40.

<sup>55</sup> O2 Holdings Ltd. v. Hutchison 3G UK Ltd., [2006] EWCA Civ. 1656, [2007] RPC 407, ¶ 35 (Jacob, L.J.).

## A. 模倣品と比較広告

商標法の模倣(コピーキャット)製品及び比較広告への適用は、大陸法において広く用いられているアプローチの仕方と、英米法のアプローチの相違を照らし出している。パッシングオフの制度は、誤導の場合を除いて、割合に自由な比較広告を認める傾向にある。またパッシングオフ制度は、他者製品の模倣についても、それが誤導するものでなく(例えば、商品の出所について消費者を誤らせるような方法での競争者のトレードドレスの模倣でなく)、また著作権法や特許法で保護されている他者の権利を侵害するのではない限り、これといった規制をしない。

米国において、比較広告は、商業的言論の自由の一類型として高い価値を有するものとされる。保護を受けるための唯一の要件は、広告内容が真実であること—あるいは、少なくとも事実の主張に明らかな虚偽が含まれていないこと—である。「誇大広告(puffery)」—特段の事実の裏付けを伴わないで、ある製品が他より優れていると漠然と主張すること—に対する高い寛容が存在する。多くの場合において、他者製品をけなすことは許される。ただし、この場合にも明白な虚偽事実の主張がないことが条件である<sup>56</sup>。真実に基づく比較広告においては、競争者のことを商標によって特定することが許されるのである。こうした考え方は、その広告における主張が、ある者の商品が他の製品より優れていると主張するものであるか、また製品が類似するものであると主張するものであるかを問わず、一貫して適用される。また、事実についての不実の表示がない限りにおいて、競争者の製品を貶めたり、愚弄したりすることも許される。スーパーボウル

<sup>56</sup> Deere & Co. v. MTD Products, 41 F.3d 39 (2d Cir. 1994) は、おそらくこのルールに関する例外的な事案である。この事件は、被告の広告が原告の商標の躍動する鹿(running deer)を貶めて表現した(競争者の製品に怯えた怖がりのトナカイとした)ものであるが、第二巡回区控訴裁判所は、希釈化(ダイリューション)の主張を認めた。裁判所の判断は、一般的な不正競争やパッシングオフの法理というよりもダイリューションの法理に基づくものであった。この裁判所の判断は激しい批判を浴びたものであり、米国における一般的なダイリューションの思考方法を示すものではない。

の放送中に流されたテレビ広告において、コーラ(Coke)とペプシ(Pepsi)、ミラー(Miller)とアンハイザーブッシュ(Anheuser-Busch)は、しばしば彼らの競争者の製品(時には競争者の顧客)を嘲笑した。長期間放映されているポピュラーな連続テレビ広告において、アップルコンピュータは、マイクロソフトの製品(及び暗にその忠実な顧客)を古臭く、重過ぎ、平凡でつまらないものとステレオタイプ化した。

模倣(コピーキャット)製品は、それが知的財産権(特許権、著作権、トレードドレス、トレードシークレット)を侵害しない限り、米国では許容される。ある業者が、有名ブランドの製品と瓜二つであるが知的財産権を侵害しない製品を販売した場合において、その有名ブランドを商標によって特定し、そのブランド品の類似品であると広告することは許される。それ故に、例えば、ジェネリック又は「ハウスブランド(house brand)」の医薬品において、その医薬品がブランド医薬品を販売している競争者の製品と同じ有効成分を含んでいる場合、これを、そのような製品であるとして広告することは許される。この考え方は「コピーキャット」香水についても同様に適用される。したがって、コピーキャット香水を販売する場合に、その広告又は他の販売促進資料やラベルにおいて、模倣の対象である有名な香水を特定することは合法なのである。しかし、比較広告を行う権利は、商標権侵害に関する法の背後にあるパッシングオフの概念によって制限される。すなわち、有名な製造業者の商標を、消費者をしてコピーキャット製品の出所を誤認させるような方法で用いてはならない。もし有名な「シャネルナンバーファイブ(Chanel No.5)」の商標が、コピーキャット香水のボトルに余りに目立つような態様で用いられた場合、これは消費者の一部をして、模倣された製品と本物のシャネルナンバーファイブが同じ製造業者から販売されていると誤信させることがあり得る。故に、こうした場合には、古典的なパッシングオフに該当することとなる。

大陸法の法制度においては、比較広告に対して歴史的に高い規律が加え



られており、時に完全に禁止されている<sup>57</sup>。例えば、ドイツは、伝統的に「実質的に、全ての形態の比較広告は、たとえそれが真実を表わすものであっても、不正競争に該当する一考え方としては、新規参入者は、他者の確立された名声に便乗してはならない、ということである」との立場に立っている<sup>58</sup>。フランスにおいては、事実即した比較広告は、それが、当該製品の代表的な特徴について、必要且つ適切に、立証可能な範囲で客観的に比較されている場合に限り、許容される<sup>59</sup>。すなわち、被告の広告が、たとえ真実であったとしても、それが原告に対する主観的な攻撃を加え、あるいはこれを見下すものであった場合には、不正競争の主張を受けることがあり得る<sup>60</sup>。

しかしながら、最近のEUのトレンドは、自由化に向かってきている<sup>61</sup>。このトレンドは、1997年の比較広告指令(Comparative Advertising Directive, CAD)において最高潮に達した。この指令は、加盟国に対し、特定の条件の下で比較広告を許可するよう命じている<sup>62</sup>。これら条件の幾つかは、商品又はサービスの性質や出所に関する消費者の混同を防ぐというより狭い目的に向けられており、それ故にパッシングオフの法制度と完全に合致する<sup>63</sup>。しかし、他の条件は、上記の消費者の混同を防止するという目的を更に越えたもので、不正競争法の価値観を反映している。特筆すべきは、CAD第4条が以下の条件で比較広告を許容していることである。

<sup>57</sup> See 2-31 The Law of Advertising § 31.04 (2011).

<sup>58</sup> O2 Holdings Ltd. v. Hutchison 3G UK Ltd., [2006] EWCA Civ. 1656, [2007] RPC 407, ¶ 41 (Jacob, L.J.).

<sup>59</sup> Consumer Code Art. L. 121-8.

<sup>60</sup> Judgment of March 23, 1999, Cass. Com. No. 96-22.334; Judgment of May 31, 1996, TGI Paris, Europe 1 Telecompagnie v. NR, *discussed in* 1-9 Doing Business in France § 9.04[4] (2010).

<sup>61</sup> 2-31 The Law of Advertising § 31.04 (2011).

<sup>62</sup> Directive 97/55/EC (amending Directive 84/450/EEC). 1997年指令は、2006年に2006/114/EC(以下CADと言う)に差し替えられた。本文で述べた比較広告に関する定めは2006年版の指令でも残されている。

<sup>63</sup> CAD, Art. 4 (a), (h).

- (c) 商品やサービスの、1つ又はそれ以上の、重要で、関連性があり、証明可能で、且つ代表的な性質を客観的に比較するものであること；
- (d) 競争者の商標、商号、その他の識別マーク、商品、サービス、活動又は業務上の事情を誹謗又は中傷するものでないこと；
- …
- (f) 競争者の商標、商号又はその他の識別マーク又は競合製品の出所表示が有する評判から不正に利を得るものでないこと；[及び]
- (g) 商品又はサービスが、保護されている商標や商号を付した商品又はサービスの模倣品や複製品として表示されるものでないこと。<sup>64</sup>

最近まで、英国は、比較広告について米国と同様のアプローチをとっていた。すなわち、そうした広告を基本的には競争を促進するものとして奨励していた。そうしたアプローチは、*L'Oreal SA v. Bellure NV*の前までとられていた。この事件における論点は、コピーキャット香水の製造者が、どの被告製品が著名な香水に対応する製品であるかを消費者に説明するための比較リストにおいて、模倣の対象である著名な香水の名称を上げることができるかということであった。イングランド・ウェールズ控訴院は、ECの商標指令(この指令では、商標を中傷し又はその社会的信用から「不正に利を得る」者に対する広範な商標保護を認めている)とCADとの間の精確な関係に関する幾つかの疑問点について、欧州司法裁判所(ECJ)へ付託した<sup>65</sup>。また、消費者の混同が生じる可能性はないため、パッシングオフは成立しないとされた<sup>66</sup>。

ECJは、比較広告における競争者の商標の使用は、たとえ消費者を誤導

<sup>64</sup> *Id.* Art. 4 (c), (d), (f), (g).

<sup>65</sup> *L'Oreal SA v. Bellure NV*, [2007] EWCA Civ. 968, ¶ 164 (Oct. 10, 2007).

<sup>66</sup> 「消費者は愚かではない。消費者は安物のコピー商品が、オリジナルと同じ品質を有するとは捉えない。消費者はコピー商品はコピー商品として認識し、それ以上の物とは考えない。」

するものではなく、又は混同を生じさせる可能性がないとしても、その本質上、競争者の商標について「不正な利」を得るものであるから、偽造品の場合だけでなく、「いかなる模倣、複製」の場合であっても許されないとした<sup>67</sup>。裁判所は、EU 商標法の考え方は、商標が持つ全ての機能を保護するものであると指摘した—その機能とは、出所表示機能及び商品の品質保証機能だけでなく、「コミュニケーション、投資や広告としての」機能を含む<sup>68</sup>。

この ECJ の判断は、英国において好意的に受け止められなかった。Jacob 判事 (Lord Justice Jacob) は、ECJ の判断は合法的な競争行為を阻害し、また被告の言論の自由を侵害し、消費者が競合商品についての情報を受け取る権利を損なうものであると主張した<sup>69</sup>。更に同判事は、ECJ の考え方は反競争的であると評価した<sup>70</sup>。特に、彼は「競争法に対する健全な態度をとる米国のような国では、真実に即した広告を抑圧するために商標法を用いることはなく、また完全に合法的な製品を市場から排除するようなことはない」とした<sup>71</sup>。彼は、ECJ が「不正な」利を得るとは何かということをも明らかにせず、裁判所の被告のビジネスに対する反感を判断に影響させたことを非難した。

「私は、本件において、ECJ がいわゆる『人気に便乗』することの競争的側面について論じなかったことを残念に思う。こうした非難めいた比喩的な表現（「ただ乗り」との表現もまたそうである）は、被告の取引行為について明白な反感を含んでいるものであるが、そうした表現は取引者に対し、何をすることができ、何をすることができな

<sup>67</sup> L'Oreal SA v. Bellure NV, C-487/07 (June 18, 2009), ¶¶ 73-74, 79.

<sup>68</sup> *Id.* at ¶ 58.

<sup>69</sup> L'Oreal SA v. Bellure NV, [2010] EWCA Civ. 535, [2010] RPC 23 (May 21, 2010) ¶¶ 7-15.

<sup>70</sup> *Id.* at ¶ 16-19.

<sup>71</sup> *Id.* at ¶ 20.

いかについて明確な準則を示していないという点で問題がある。」<sup>72</sup>

最後に、彼は、ECJ が、出所表示機能とは明らかに異なる標章の「コミュニケーション、投資又は広告」機能について、法により保護すべきであるとの見解を示したことについて疑問を呈した。Jacob 判事は、これらの機能保護に関する立法上の基礎は見当たらないとし、「曖昧で不明確である」とした<sup>73</sup>。彼はまた、比較広告指令において、合法的な複製品を偽造品と同様に扱うべきであるとした ECJ の判旨には「何ら合理的根拠がない」ともした<sup>74</sup>。

ECJ の判断は、マックス・プランク研究所の研究者により即座の批判を受けた。その研究者は「フランスの裁判所は判示に驚かないであろうが、英国の裁判官にとっては納得し難い内容である」として、裁判所による真実の商業的言論への規制について批判した<sup>75</sup>。あるマックス・プランク研究所の研究者は、CAD 第 4 条 (g) の廃止を主張した<sup>76</sup>。Jacob 判事が指摘したとおり、ECJ の法廷意見は他の方面でも同様に厳しく批判されている<sup>77</sup>。

## B. 商品化権 (Merchandising Rights)

無許諾の商品化に関する議論の分析において、不正競争の広い概念とパ

<sup>72</sup> *Id.* at ¶ 17.

<sup>73</sup> *Id.* at ¶¶ 29-30.

<sup>74</sup> *Id.* at ¶ 39.

<sup>75</sup> Annette Kur, Lionel A.F. Bently, Ansgar Ohly, *Sweet Smells and a Sour Taste – The ECJ's L'Oreal Decision*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09-12, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 10/01 (Aug. 17, 2009).

<sup>76</sup> Annette Kur, *The Future of the Advertising Function* (Max Planck Institute Mar. 23, 2011).

<sup>77</sup> See, e.g., Darren Meale & Joel Smith, *Enforcing a Trade Mark When Nobody's Confused: Where the Law Stands after L'Oreal and Intel*, 5 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 96, 103 (2010); Dev Gangjee & Robert Burrell, *Because You're Worth It: L'Oreal and the Prohibition on Free Riding*, 73 (2) *Modern Law Review* 282 (2010).

ッシングオフの狭いアプローチの間に、類似の緊張関係が存在する。しかし、幾つかのコモンローの法域において、パッシングオフの概念は、より不正競争法に近付いた方向に拡大している。

一般的に言って、商品化(merchandising)の概念においては、商品の出所を特定することよりも、消費者が標章に注意を向けることを利用することに特に重点がある。商品化においては、あるポピュラーな標章を、その標章を有名にしている商品とは別の商品に付すことがしばしば行われる。例えば、Tシャツにフェラーリの標章を付すが如くである。商品化権は、登録された標章又は登録されていない数多くの標章に関して主張される。例えば、映画やテレビ番組、ビデオゲームのタイトルが如くである。その他にも、運動選手、芸能人、その他の著名人の肖像や名前があり、架空の人物の名前や肖像の場合もある。幾つかの事例においては、無許諾の商品化において著作権のある画(例えば、ミッキーマウスのような架空のキャラクターの画を用いた場合)が問題になることがあり、そのような場合においては、著作権と商標権の双方が問題となり得る。しかし、ここでは、無許諾の商品化により生じる商標権(登録され又は登録されていないもの)の問題に関してのみ、焦点を当てることとする。

EUにおける大陸法のアプローチの下では、商標、著名人や架空の人物の名前又は肖像の無許諾の使用は、たとえ消費者が当該使用にライセンスやその他の裏付けがあると信じることはないとしても、権利侵害として主張することが可能であることが多い。なぜなら不正競争法の下においては、こうした行為は標章の保有者や著名人の評判にフリーライドするものだからである。フランスにおいては、たとえ両当事者間に競合が存在しないとしても、無許諾の商品化は「寄生行為(agissements parasitaires)」の法理の下で処理される<sup>78</sup>。ドイツにおいては、登録された標章と登録されていない標章のいずれも、それらが優越的な価値を有する場合には、その評判

<sup>78</sup> Patrick Martowicz, *France*, in Heijo Ruisenaars, *Character Merchandising in Europe* 121 (2003).

を搾取する行為から保護される<sup>79</sup>。無許諾の商品化に対する救済措置は、オーストリアにおいて特に強力である。英国サッカークラブのエンブレムが無許諾で商品化に用いられた事案において、オーストリアの最高裁判所は、クラブのイメージと評判を寄生的に搾取したことについて、被告は法律上の責任を負うとした。その際、同裁判所は、当該エンブレムが消費者にとって魅力的である理由は、エンブレムがクラブの偉業を表わすものだからであり、そして、その偉業の達成は、クラブの努力と支出による結果であることを強調した<sup>80</sup>。最高裁は、競合関係にない商品やサービスについても、同様の努力/支出/達成の理論を一貫して適用している<sup>81</sup>。

しかし、確立された名声を持つ標章に強力な保護を与えている大陸法の国々においても、例外が存在する。2010年、ドイツの連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof)は、被告が、グリル部にオペル(Opel)のロゴ(登録商標である)を付したオペル・アストラのリモコン自動車を販売した事例において、「不正な利益」の取得又は混同の可能性のいずれについても認められないとした<sup>82</sup>。すなわち、連邦通常裁判所は、ドイツにおいて19世紀末からレプリカ自動車の市場が存在したことを考慮し、たとえオペルが自動車と玩具について登録商標を有しているとしても、ドイツの消費者は、当該標章は、オペル・アストラの正確な複製をするために必要な装飾の一部に過ぎないと認識すると結論付けた。しかし、あるヨーロッパの判例評釈では、「(玩具の)自動車に関する見方や、『地域の』慣習を考慮に入れた場合」、他の大陸法の法域においては、同じ事実関係において別の結論が下され得ることを指摘している<sup>83</sup>。

<sup>79</sup> Christian Schertz & Susanne Bergmann, *Germany*, in Ruisenaars, *supra* note 78, at 136-37.

<sup>80</sup> Reinhard Schanda, *Austria*, in Ruisenaars, *supra* note 78, at 23 (discussing OGH 17.9.1996 – Football Association – OBI 1997, 83).

<sup>81</sup> *Id.* at 23-24 (collecting cases).

<sup>82</sup> Adam Opel AG v. Autec AG, Case 48/05, 2007 ECJ EUR-Lex LEXIS 1972; 2007 ECR I-01017 (Jan. 25, 2007); Opel-Blitz II, Case 1 ZR 88/08, Bundesgerichtshof (Jan. 14, 2010).

<sup>83</sup> Birgit Clark, *Bundesgerichtshof decides in the Opel/Autec car case*, 5 J. Intell. Prop. L.

幾つかの大陸法系の国々においては、無許諾の商品化の事例全てに不正競争法を及ぼすものではない。なぜなら、法律上、当事者間の競争関係が要求されたり、又はセカンダリーミーニング (secondary meaning) の要件が課されたりするからである<sup>84</sup>。国際知的財産保護協会 (AIPPI) は、これらの要件の縛りを解くため、これらの国々に対し、不正競争法の規律範囲を拡大するよう強く働きかけている<sup>85</sup>。

英国のパッシングオフの法理においては、商標は、それが商品又はサービスの出所を偽るために用いられたのでない限り、侵害されたことにならない。1970年代における一連の判例法は、無許諾の商品化は、標章が商品出所を表わすことなしに消費者を引き付ける場合なので、パッシングオフにあたらないということを確認した。すなわち、パッシングオフは、当該標章を許諾した当事者によって品質管理がなされていると消費者が推測する場合でない限り成立しない<sup>86</sup>。米国とは異なり、英国ではパブリシティの権利は認められていない。それ故に、英国の裁判所は、著名人の名前や肖像の無許諾の商業的利用について、法律上の権利行使を一般的に認めず、たとえ原告が「虚偽保証 (false endorsement)」の一種であるかのように装って主張したとしても、概してこれを認めない。例えば、アーセナル・フットボールクラブの名称とエンブレムは、忠誠を示すバッジとして衣服に用いられたとしても侵害されない。裁判所は、消費者が商品の製造についてアーセナルが責任を負うものと認識することはないと捉えている<sup>87</sup>。同様の理由で、音楽グループのアバ (Abba) は、彼らのイメージがTシャツやその他の製品に使われることを防止することができな

& Prac. 213-214 (2010).

<sup>84</sup> Ruijsenaars, *supra* note 78, at 8.

<sup>85</sup> *Id.* at 9.

<sup>86</sup> *Taverner Rutledge v. Trexpalm*, [1977] RPC 275; *Lyngstad v. Anabas*, [1977] FSR 62; *Wombles Ltd. v. Sombles Skips Ltd.*, [1977] RPC 99.

<sup>87</sup> *Arsenal Football Club v. Reed*, [2000] RPC 46; *see also* *BBC Worldwide v. Pally Screen Printing*, [1998] FSR 665, 674 (Tシャツにテレタビーズ (Teletubbies) のイメージを付したとしても、消費者は出所の表示や保証と受け取ることはないと認定)。

った<sup>88</sup>。またスパイスガールズ (the Spice Girls) も、被告が彼女たちの肖像をフィーチャーしたステッカーを製造したことをパッシングオフに問うことができなかった<sup>89</sup>。しかし、ある著名なレーシングカーのドライバーは、あるラジオ局が、その広告においてそのドライバーの肖像を用い、彼がそのラジオ局を支持していると暗に示した場合において、パッシングオフの責任を問うことに成功している。裁判所は、消費者が、そのドライバーが当該放送局を支持していると実際に信じるであろうとして、パッシングオフの一種である虚偽保証の理論を用いたのである<sup>90</sup>。これらのケースが示すように、虚偽保証と「単なる」商業上の利用との間の線引きは難しい。しかし、近時の1999年のケースにおいて、英国裁判所は、著名人の肖像の商品化権に関する主張について拒絶を続けている<sup>91</sup>。

一般的に言って、英国の裁判所は、架空のキャラクターの商品化権を認めるためにパッシングオフの法理を拡張することに消極的である<sup>92</sup>。著名人の名前や肖像を用いることは、ある製品の保証に結び付く場合もあろう

<sup>88</sup> *Lyngstad v. Anabas Prods., Ltd.*, [1977] RPC 275.

<sup>89</sup> *See Halliwell v. Panini (Lightman, J.)* (June 6, 1997) (unreported); *BBC Worldwide Ltd. v. Pally Screen Printing*, [1998] FSR 665 (当該ステッカーに「無許諾」と表記しなかったことは、許諾を受けた商品であるとの黙示の不実表示をしたことにはならないとした)。

<sup>90</sup> *Irvine v. Talksport, Ltd.*, [2002] FSR 60, *aff'd*, [2003] EWCA Civ. 423; *see* *M. Learnmouth, Eddie, Are You OK? Product Endorsement and Passing Off*, [2002] IPQ 306.

<sup>91</sup> *Elvis Presley Enters., Inc. v. Sid Shaw Elvisly Yours*, [1999] RPC 567, 597-98. 香港の裁判所は、*Lau Tak Andy v. Hang Seng Bank Ltd.*, [2000] 1 HKC 280 において類似のルールに従っている。このケースでは、クレジットカード上に著名人のイメージを用いることについての差止めが認められなかった。その理由として、この場合は、当該著名人がそのカードを支持し又はライセンスしていることを公衆に提示したことにならないからであるとされている。

<sup>92</sup> 多くの事例中パッシングオフの成立を否定したものとして以下がある: *McCulloch v. May* [1948] 65 RPC 58 (radio character); *Conan Doyle v. London Mystery Magazine, Ltd.* [1949] 66 RPC 312 (Sherlock Holmes); *Wombles v. Womble Skip* [1977] RPC 99 (Wombles of Wimbledon); *Lyngstad v. Anabas*, [1977] FSR 62 (ABBA group); *BBC Worldwide v. Pally Screen Printing*, [1998] FSR 665 (Teletubbies)。

が、そうした議論は、架空のキャラクターの名前や肖像が用いられた場合には、より難しくなる。なぜなら、そうしたキャラクターは架空の存在であり、架空であるが故に、製品を文字どおりに「保証」することは不可能だからである<sup>93</sup>。長い間、英国の裁判所は、原告と被告が「共通の活動の場」を有していないとして、キャラクターの商品化に関する権利主張を拒絶してきた<sup>94</sup>。より最近になり、英国の裁判所は「共通の活動の場」の規制を緩めてきている。しかし、被告が、例えば当該商品は「公式」な商品であると表示するなどの方法でキャラクター利用について許諾を受けていることを積極的に表示しない限り、裁判所はなお不実表示の主張を退けている<sup>95</sup>。しかし、こうした態度も変化を見せつつある。1991年の *Mirage Studios v. Counter-Feat Clothing Co., Ltd.* において、英国裁判所は、ティーンエイジ・ミュータント・ニンジャ・タートルズ (the Teenage Mutant Ninja Turtles) を衣服に無許諾で用いた場合に、パッシングオフが成立すると判断した。裁判所は、公衆の大部分は、キャラクター商品の生産には一般的にライセンス関係が存在することを認識しており、それ故に、たとえ当時キャラクターの権利者が英国でライセンス活動を行っていなかったとしても、被告商品はライセンスを受けているものと公衆が信じる可能性がある、とした<sup>96</sup>。判例評釈においては、キャラクターを出所表示として用いていることと、キャラクターを単なる製品の装飾として用いることの区別が困難であることが指摘されている<sup>97</sup>。これは前記の虚偽保証と著名人の肖像の単なる商業上の利用との間の区別が困難であることと同様である<sup>98</sup>。

<sup>93</sup> See Carty, *supra* note 4, at 291.

<sup>94</sup> See *id.* at 294-95 (collecting cases).

<sup>95</sup> Elvis Presley Trade Marks, [1997] RPC 543, 558 (Laddie, J.); *Wilkie v. McCulloch*, [1823] 2 S. 413; *Arsenal FC plc v. Reed*, [2001] RPC 922 (Laddie, J.) (被告はその商品がアーセナルのオフィシャルグッズでないことを明らかにしていたので、パッシングオフは成立しない); see Hector MacQueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy* 779 (2011).

<sup>96</sup> *Mirage Studios v. Counter-Feat Clothing Co., Ltd.*, [1991] FSR 145.

<sup>97</sup> Carty, *supra* note 4, at 293.

<sup>98</sup> 英国は、EU 商標指令の第5条(2)を遵守するために、商品化権の保護を広げなければならぬだろうと指摘されていた。第5条(2)は、加盟国は、一定の場合に、

米国において通用している、よりリベラルなパッシングオフの考え方は、無許諾の商品化行為において、たとえ消費者が被告商品の実際の出所は商標権者(又は著名人)であると信じる可能性がないとしても、虚偽保証の理論の下で法律上の主張をすることが、一般的に可能であるとする。こうした最も広範なパッシングオフの適用を認めたのは、大学が無許諾の商品において特定の色彩及び記章を用いることを禁じることができるとした第5巡回区控訴裁判所である。裁判所は、消費者が、購入した当該商品が公式に大学からライセンスを受けているかどうか気にかけないであろうことを認めながらも、消費者が当該商品はライセンスを受けていると現に信じるであろうとした。裁判所が「ただ乗り (free riding)」について言及したことは、パッシングオフに関する広い観念が、不正競争の概念の影響を強く受けていることを示唆する。

「被告が当該大学のカラーと記章を使用した行為は、大学と関係があるかのような錯覚を生じさせるためのものである。そして、そうした行為は、大学フットボールチームへの支持やチームとの関係性を示したいと望んでいるファンにおいて混同を生じさせ、つまるところ、その混同にただ乗りして利益を得るものと言える。消費者の頭の中で、Tシャツと大学との間に関連付けをさせ、そこから直接に利益を得ようとする場合には、『疑いようのない欺瞞のオーラ』が存在し、混同の可能性を帰結する。」<sup>99</sup>

たとえ非類似の商品であっても登録された標章の使用を禁じることができるとしている。その要件は、(1) 当該標章が社会的評価を有していること、及び(2) 当該標章の使用が「不正な利を得るものであり、又は商標の名声や特有の性質に損害を与える」ものであること、である。Carty, *supra* note 4, at 292. しかしながら、この文言は、加盟国にそうした扱いの義務を負わせるのではなく、そうした扱いを許容するというものであり、また、登録された標章にのみ適用されるという点に注意すべきである。

<sup>99</sup> *Louisiana State Univ. v. Smack Apparel*, 550 F.3d 465, 484-85 (5<sup>th</sup> Cir. 2008). この言い回しは、同裁判所において先だって判断された一節と同様である。その先例とは、*Boston Professional Hockey Ass'n v. Dallas Cap & Emblem Mfg.*, 510 F.2d 1004 (5<sup>th</sup> Cir. 1975) である。この事件において裁判所は、パッチに他者の商標を付して販売する

しかしながら、連邦裁判所の間においても、幾つかの解釈の相違が生じている。多くの裁判所においては、これらの事件において、混同の可能性を推定しているが<sup>100</sup>、別の裁判所においては、消費者が当該標章を単なる装飾やチームへの忠誠を表わすバッジとして認識するであろう場合には、侵害にはならないとしている。幾つかの裁判所では、標章の「機能的」使用の例外を適用し<sup>101</sup>、あるいは出所ないし後援名義の混同の可能性がないことを認定して、同様の結論を導いている<sup>102</sup>。

オーストラリアは、パッシングオフの厳格な解釈と柔軟な解釈のいずれ

---

ことは、たとえ当該バッジが他の商品に既に付されているものでなくとも、商標権侵害となるとした。裁判所は、バッジ自体が侵害品なのであり、よって消費者がバッジの出所について混同するかどうかは「無関係」であるとした。「チームに由来する商標がエンブレムの販売を可能とするものである場合において、消費者の混同はエンブレム自体の製造元について生じるものでなければならないとの議論は説得力がない。」*Smack Apparel*, 510 F.2d at 1012. *Accord*, *Boston Athletic Ass'n v. Sullivan*, 867 F.2d 22 (1st Cir. 1989).

<sup>100</sup> *Smack Apparel*, 550 F.3d at 484-85; *Boston Athletic Ass'n v. Sullivan*, 867 F.2d 22 (1st Cir. 1989); *University of Georgia Athletic Ass'n v. Laite*, 756 F.2d 1535 (11th Cir. 1985); *Boston Professional Hockey Ass'n v. Dallas Cap & Emblem Mfg.*, 510 F.2d 1004 (5th Cir. 1975).

<sup>101</sup> *See, e.g.*, *International Organization of Job's Daughters v. Lindenburg and Co.*, 633 F.2d 912, 917-19 (9th Cir. 1980); *University of Pittsburgh v. Champion Prods., Inc.*, 566 F. Supp. 711, 720-21 (C.D. Pa. 1983). 第9巡回区控訴裁判所は、当初、*Job's Daughters*の分析手法を用いて、*Fleischer Studios, Inc. v. A.V.E.L.A., Inc.*, 636 F.3d 1115 (9th Cir. 2011)における“Betty Boop”のキャラクターを用いた商品化権侵害の主張を退けていた。しかし、後に理由を明らかにしないままこの部分の意見を撤回している。*Fleischer Studios, Inc. v. A.V.E.L.A., Inc.*, 2011 U.S. App. LEXIS 17220 (Aug. 19, 2011). *Fleischer Studios*における撤回された意見は、パブリックドメインに属するキャラクターのイメージの商品化にまで商標の保護を及ぼすことは、著作権保護期間による保護の限定を回避することになるであろうということについても警告していた。*Fleischer Studios*, 636 F.3d at 1124.

<sup>102</sup> *Board of Governors of Univ. of North Carolina v. Helpingstine*, 714 F. Supp. 167, 173 (M.D.N.C. 1989); *University of Pittsburgh v. Champion Prods., Inc.*, 566 F. Supp. 711, 719-20 (C.D. Pa. 1983).

を採用するか未だ決めていない。無許諾の商品化については、幾つかの相反する判例法が存在する。そのうちの幾つかの事例においては、裁判所は大陸法のアプローチに近い方法を採用している。すなわち、それらのケースでは、たとえ消費者が原告と被告との間に商業上の取決めが存在すると信じることがないとしても、消費者が被告の商品と標章の保有者との間に何らかの関連付けをする場合には、権利者が法的措置を求めることができるとしている<sup>103</sup>。

しかしながら、消費者が認識すべき関連付けの性質について、オーストラリアの裁判所間で意見の一致が未だ見られない。1960年の事件である*Henderson v. Radio Corp. Pty. Ltd.*<sup>104</sup>において、ニューサウスウェールズ最高裁判所は、レコードジャケットに2人のダンサーのイメージを無許諾で用いたことについては、消費者がダンサーたちがレコーディングについて承認し、又はこれを支持したと受け取ることになるから、パッシングオフとなつた。しかし、この事件で裁判所は更にもう一步進めた判断をした。すなわち、ダンサーの評判が不法に流用されたとしたのである。この「不法な流用の法理」は、米国で認められているパブリシティ権に相当するものであり、更に不正競争制度における「不当利得」や「フリーライディング」の法理を彷彿とさせるものである。しかし、これより後の事例においては、無許諾のキャラクターのイメージや映画の有名なシーンを無許諾で商品化した場合において、消費者をしてライセンス合意が存在すると誤信させる可能性があるという、より狭い虚偽保証の論理が用いられている<sup>105</sup>。

---

<sup>103</sup> *See Hogan v. Koala Dundee*, 12 IPR 508 (1988) (映画「クロコダイルダンディー (Crocodile Dundee)」でポール・ホーガン (Paul Hogan) が演じたキャラクターに密接に関係していたアイテムを模倣した店内装飾 (トレードドレス) について虚偽保証の成立を認めた; *Pacific Dunlop v. Hogan*, 87 ALR 14 (1987) (クロコダイルダンディーのシーンを真似た広告につき、商業上の出所の不実表示が成立するとした); *Henderson v. Radio Corp. Pty., Ltd.*, [1960] SR (NSW) 576 (レコードのジャケットにダンサーの肖像が用いられた事例において、虚偽保証の成立を認めた).

<sup>104</sup> [1960] SR (NSW) 576 (「共通の活動の場」の要件を否定).

<sup>105</sup> *See, e.g.*, *Children's Television Workshop Inc. v. Woolworths (NSW) Ltd.* [1981] 1 NSWLR 273 (「セサミストリート (Sesame Street)」のキャラクターを無許諾で玩具

映画「クロコダイルダンディー (Crocodile Dundee)」の商品化権に関する1988年の裁判において、オーストラリア連邦裁判所は、虚偽保証の法理を「技巧的」として批判し、また商品化に関する法について公衆の認識（又は誤った認識）に過度に依存する状況に置くものであるとした<sup>106</sup>。

「(キャラクター及び著名人の商品化をめぐる) 不法な行為の本質的部分は…原告と被告との間にライセンスやスポンサー合意があるとの不実表示にあるのではない。本質は、Henderson 事件において述べられた第二の段階にある。すなわち、その本質は、名声の不法な流用であり、又は、より広く捉えて、原告に正当に帰属するイメージと商品との間の不法な関連付けをしたということである。」<sup>107</sup>

「関連付け」の強調は、『品質又は保証』以外の関連性を導き得る<sup>108</sup>。裁判所は、被告が使用した名前やイメージは「第一被告又は同被告が販売する商品は、映画『クロコダイルダンディー』又は劇中で原告ポール・ホーガンが演じたキャラクターと関連したものであると公衆が信じるよう仕組まれた」ものであるとして、それらの使用の差止めを命じた<sup>109</sup>。その僅か1年後、「クロコダイルダンディー」の有名なナイフのシーンを真似

---

に用いた場合、消費者をしてライセンス合意が存在するものと誤信させる可能性があるとした); see also *Moorgate Tobacco Co. Ltd. v. Philip Morris Ltd.*, 156 CLR 414 (1984) (商品に関する「関連性、品質又は保証」を示唆する表示の無許諾使用について、不正競争に関する一般不法行為が成立しないとしても、パッシングオフの成立を妨げるものではない)。

<sup>106</sup> *Hogan v. Koala Dundee Pty Ltd.*, 83 ALR 187 (Federal Court of Australia 1988). Christopher Wadlow は、オーストラリアの商品化に関する法の状態は以下のとおりであるとしている。「不実表示の存在が示されなければならない。そして、不実表示は、公衆が、原告と被告との間に、はっきりしないが何らかの商業上の合意が存在すると考える場合に認められる。」Christopher Wadlow, *The Law of Passing Off* 298-99 (2d ed. 1995).

<sup>107</sup> *Hogan*, 83 ALR 187.

<sup>108</sup> *Id.* (citing *Moorgate Tobacco*, 156 CLR 414).

<sup>109</sup> *Id.*

たテレビ広告に関してパッシングオフが問題となった事例において、同じ裁判所において深い意見の相違を見ることとなった。Sheppard 判事は、視聴者は「ホーガン氏がその広告について承諾し又は許諾したとは合理的に結論しない」から、パッシングオフの主張は認められないとした<sup>110</sup>。他の2名の裁判官は、事実審裁判所がパッシングオフの成立を認めたことを支持したが、異なる論理付けを用いた。Beaumont 判事は、下級審が、相当多数の視聴者が「第一被告と原告との間で、第一被告が広告に同意していたとの商業上の合意形成ができていた」と信じるであろうと結論付けたことについては合理性があると考えた<sup>111</sup>。これと対照的に、Burchett 判事は、不正競争の考え方に近い広い論理を適用した。同判事は、「論点は、メッセージの曖昧さがパッシングオフの法理の適用を妨げるかどうかということである」とした。彼の見解によれば、視聴者が当事者間で商業ライセンスの合意があると信じたか否かにかかわらず、パッシングオフは成立する。

「私の考えでは、本件における示唆が曖昧であるからと言って、責任をまぬがれるものではない。ある商売人があからさまの不実表示を行った場合にだけ法が適用され、完全な欺瞞を成功させる、より洗練された示唆の方法を用いた者が大手を振るとするのは不合理である。私は、虚偽である一定の推測を基礎にして、商売人やその製品に有利なように見込み客に影響を与えるようデザインされた説得の手法の導入は、誤導的で、欺瞞的であり、また52条に定める誤導又は欺瞞の可能性のあるものであって、パッシングオフが成立し得ると考える。」<sup>112</sup>

これらのケースからわかることは、オーストラリアは、米国で発展を見せている理論と同様の、商品化権を保護するためのリベラルなパッシングオフの法理の適用におそらく向かっているということである。そして、それ故に、欺瞞行為をベースとする保護と、不正競争の法制の下で発展した

---

<sup>110</sup> *Hogan v. Pacific Dunlop Ltd.*, 14 IPR 398 (Federal Court of Australia 1989).

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> *Id.*

反フリーライディングの概念との間の境界線が曖昧になっている。

### C. 将来の論争の場？キーワード広告

ヨーロッパにおけるパッシングオフと不正競争の法制度の間の不調和は、キーワード広告の文脈において再び脚光を浴びた。フランスの下級裁判所は、(1つの例外を除いて) 広告主とグーグルは、商標を無許諾でキーワードとして用いること (adwords, アドワーズ) について責任を負う、とした<sup>113</sup>。上記の例外の案件において、ストラスブール裁判所は商標権侵害を認めなかった。しかし、同裁判所は、アドワーズの使用は1382条の不正競争を構成するとした<sup>114</sup>。

これと対照的に、ドイツのBGHは、広告主が競争者の企業名をアドワードとして使用したことに関する商標権侵害と不正競争の主張を認めなかった<sup>115</sup>。裁判所が出所についての混同の可能性がないとしたため、商標権侵害の主張は通らなかったのである。不正競争の主張は、2つの主張に基礎を置いていた。すなわち、(1) 被告が当該標章の信用力を不正に利用したこと、更に(2) 被告の標章使用により原告の顧客が引き付けられたこと、である。BGHはいずれの主張も否定した。すなわち裁判所は、(1) インターネットユーザーが、アドワードに関連付けられサーチ対象としているもののクオリティを、被告広告主が提供するもので代替することは考え難いこと、(2) 原告は顧客基盤を維持するための保護に値する権利を有しているわけではないこと、を指摘した。アドワーズが関係する他の案件はECJに付託されたが、その案件は商標権侵害だけが争点とされており、不正競争は争点ではなかった<sup>116</sup>。

<sup>113</sup> See AdWords Lawsuits in France – Trademarks as Keywords Illegal?, <http://www.linksandlaw.com/adwords-google-keyword-lawsuit-france.htm> (collecting cases); Google's Ad Words Lawsuits Worldwide, <http://www.linksandlaw.com/adwords-pendinglawsuits.htm>.

<sup>114</sup> Atrya v. Google and K par K/Techni Feneres (Trib. de Grand Instance de Strasbourg, 1ere Ch. Civile, July 20, 2007).

<sup>115</sup> The Beta Layout case, Bundesgerichtshof, Case 1 ZR 30/07 (Jan. 22, 2009).

<sup>116</sup> Eis.de GmbH v. BBY Vertriebsgesellschaft mbH (the “Banababay” case), Bundesgerichtshof, Case 1 ZR 125/07 (Jan. 22, 2009).

2010年3月、ECJは、広告主によるアドワーズの使用は商標的使用にあたる(それ故に当該使用が混同を引き起こす可能性がある場合には侵害となる可能性がある)との意見を公表した。しかし、グーグルによるアドワーズの使用は商標的使用ではないとした<sup>117</sup>。ただし、ECJに付託された(フランス、オーストリア及びドイツから付託) これらのケースは、不正競争に関する案件ではなかった。ECJに付託された4つ目のケースは、オランダのHoge Raadが、「当該商標の信用性や識別性を害し、又は不正に利を得る」キーワード広告を州が禁止することができるかどうかについて、暫定的な判断を求めたものである<sup>118</sup>。しかし、2010年7月、ECJは、他の争点について下した処分には照らし、当該争点について判断する必要はないとした。

キーワード広告に対し不正競争の法理を用いることの可能性は、英国の事件である *Interflora, Inc. v. Marks & Spencer* において再度問題とされた(現在、ECJに係属中である)。2008年5月以来、検索エンジンのグーグルは、英国及びアイルランドにおけるキーワード広告について、ヨーロッパ大陸におけるよりも積極的なポリシーを採用してきた。これは、明らかに商標保護に関するコモンローと大陸法のアプローチの差異に基づくもの

<sup>117</sup> Google Fr. SARL v. Louis Vuitton Malletier SA (23 March 2010), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0236:EN:HTML>, 2010 ECJ EUR-Lex LEXIS 119 (joined cases C-236/08 to C-238/08) (referred by the French Court of Cassation); Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH v. Günter Guni (25 March 2010), Case C-278/08, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0278:EN:HTML>, 2010 ECJ EUR-Lex LEXIS 124 (referred by Austria's Oberster Gerichtshof); Eis.de GmbH v. BBY Vertriebsgesellschaft mbH (26 March 2010), Case C-91/09, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009O0091:FR:HTM>, 2010 ECJ EUR-Lex LEXIS 490 (referred by German BGH). For a detailed discussion of these rulings, see Tyson Smith, *Googling a Trademark: A Comparative Look at Keyword Use in Internet Advertising*, 46 Texas Int. L.J. 232, 238-42 (2010).

<sup>118</sup> Portakabin Ltd. v. Primakabin (8 July 2010), <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79899291C19080558&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>.



であった。英国の裁判所は、2009年に、この議論を ECJ に付託した<sup>119</sup>。EU 法務官 (Advocate General of the EU) は、2011年に予備的意見を提出し、アドワーズについて、仮にスポンサーリンクが商標について言及していた場合、次なる問題は「フリーライディングに関する論点とは、それが合法的な比較広告なのか、又はこれとは逆に商標の保有者の信用にただ乗りしているのか、ということである」とした<sup>120</sup>。そして、商標保有者は、以下の場合にスポンサーリンクにおける商標使用を差し止める権利を有するものとした。すなわち、(1) 当該標章が当該商品又はサービスを表わす一般用語 (generic term) として用いられているか、又は (2) 広告主が、当該標章の持つ魅力、信用力や名声から利益を得たり、商標保有者が支出した市場開発の努力を搾取しようとしている場合、である<sup>121</sup>。したがって、この法務官の *Interflora* におけるアプローチの下では、不正競争の法理は、EU における将来のアドワーズに関する案件の結論に影響を及ぼす可能性があると言える。

米国の連邦裁判所においては、キーワード広告が「商標的使用」にあたるかどうかについて全くコンセンサスが得られていない<sup>122</sup>。また、商標が単に広告を導くために用いられたか、又は商標が検索結果広告に現実に表示されたかが関連するののかについても、コンセンサスを見えていない<sup>123</sup>。

<sup>119</sup> *Interflora, Inc. v. Marks & Spencer PLC Flowers Direct Online Limited*, [2009] EWHC 1095 (Ch).

<sup>120</sup> *Case C-323/09, Opinion of Advocate General Jaaskinen* (Mar. 24, 2011).

<sup>121</sup> *Id.*

<sup>122</sup> しかし、トレンドとしては、キーワード広告を商標としての使用であると認める傾向にある。See *Network Automation, Inc. v. Advanced System Concepts*, 638 F.3d 1137, 1145 (9<sup>th</sup> Cir. 2011); *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.*, 562 F.3d 123, 128-29 (2d Cir. 2009).

<sup>123</sup> See *Hamzik v. Zale Corp./Delaware*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 28981, at \*3 (N.D.N.Y. Apr. 19, 2007) (スポンサーリンクが商標的使用でないとしても、標章を表示することが商標としての使用と認められる可能性を示唆); see also *Tiffany, Inc. v. eBay, Inc.*, 576 F. Supp. 2d 463 (S.D.N.Y. 2008) (*Hamzik* 事件判示への賛同を示唆)。

## IV. 結 論

英国のコモンローは、欺瞞行為に基礎を置くパッシングオフの概念を放棄し、広範な概念である不正競争の法理を重視せよ、との大きな圧力の下にある。しかし、英国の裁判所は、ヨーロッパの大陸法の下で普及している広範な不正競争の概念を全面的に支持することについては、態度を慎重に留保することを表明している。その主たる理由は、「公正 (フェアネス)」の追求が、「競争 (コンペティション)」が目指すものを脅かすからである。英国の裁判所が示すこうした懸念が、EUの他の国々の考え方に影響するかどうかについては、今後の観察が必要である。

EUの政策と一致するこれらの圧力から自由である米国においては、高度に規制された市場や、公正さや「フリーライディング」という曖昧な概念よりも、自由競争の確保が重視され続けている。そして、それ故にパッシングオフの制度が今後も支持されていくであろう。しかしながら、米国においてさえ、商標権者の積極的な訴訟活動によって、登録されている商標と登録されていないものの双方において、パッシングオフの法理のかなりの拡張が導かれている。そして、今日、「虚偽保証」の概念は、不正目的使用 (misappropriation) とほとんど同義のものとして広く解釈されている。オーストラリアは、米国のこうした解釈と同じ道をたどっているように見える。

幾つかのコモンローの国々においては、立法により、商標法における伝統的な欺瞞や混同の要件が浸食されてもいる。この側面における最も重要な立法上の進展は、商標の希釈化 (dilution) である。希釈化は、特定の状況下における混同の要件を不要とするものである。米国では、ランハム法の43条(c)において、混同が関係しない2種類の侵害に対し、「著名な」商標だけを保護している。不鮮明化 (blurring) と汚損 (tarnishment) である<sup>124</sup>。英国においては、1994年商標法 (登録された商標だけに適用される) の10

<sup>124</sup> 15 U.S.C. § 1125 (c).

条(3)<sup>125</sup>が、「信用力のある」標章につき、「合理的な理由なくして、不法に不当な利益を得、又は当該標章の名声や特徴について害を与える」いかなる使用からも保護している。信用力があると言えるためには、当該商標が、問題となっている商品やサービスのタイプに結び付けられて、消費者の相当数によって知られていなければならない<sup>126</sup>。希釈化に関する法律は、商標権者が、混同を生じさせない標章使用に対し、相当程度広くコントロールを及ぼすことを可能にしている。たとえそうした法律が一部の標章にしか適用されないとしても、これらの法は、コモンローの法制度に広範な不正競争の概念を持ち込む効果を有することは明白である。しかし、希釈化法においても、一般的に、当該標章のグッドウィルや社会的信用に損害を与えること(又は損害を与える可能性)に関する一定の証拠による裏付けを要請している。それ故に、単なる「フリーライディング」があっただけでは十分ではない<sup>127</sup>。

コモンローの法制度の下においては、パッシングオフは、欺瞞行為に関する規制からますます離れてきている。活発な競争に高い価値を置く国々は、こうした傾向に対し、パッシングオフの主張に対する認容の度合いを様々にすることで抵抗している。コピーキャット製品及び比較広告の文脈においては、そうした国々の抵抗は特に強い。しかしながら、英国におい

ては、他の EU 加盟国に対し、より緩やかな規制下の競争環境が妥当であると説得しない限り、抵抗を続けることは難しい。米国における商品化権の一見したところ止むことのない成長は、英国におけるそうした権利を認めることへの拒絶と非常に対照的である。しかし、英国のそうした抵抗には、たとえ EU からの圧力がなくても、変化が見られる。すなわち、虚偽保証とフリーライディングとの間の区別が次第に不明瞭となっているのである。そうした変化は、オーストラリアにおいても明らかである。商標保護に関するアプローチの相違は、法制度の文化的な大きな相違(すなわち、ブランド保有者の投資保護を優先する法制度と消費者保護に主眼を置く法制度の相違)を今後も反映していくものである。その一方で、法理上の収斂に向けた動きを受けて、商標権者は、国境に関係なく、ますます積極的にそのブランドのアイデンティティを拡大することを求める動きを見せることになるだろう。

<sup>125</sup> § 10 (3), Trade Marks Act of 1994.

<sup>126</sup> *General Motors v. Yplon*, [1999] All ER (EC) 865; *see Alkin, supra note 39*, at 52. カナダにおいては、希釈化からの保護は登録商標についてのみ認められる。*See Trademarks Act, § 22* (登録された商標につき、「化体されたグッドウィルの価値を損なういかなる使用も禁じられる」)。加えて、カナダの最高裁判所は § 22 を狭く解釈している。*See Veuve Clicquot Ponsardin, Maison Fondée en 1772 v. Boutiques Cliquot Ltee*, [2006] 1 RCS 824, 2006 CSC 23.

<sup>127</sup> *See Intel v. CPM*, Case C-252/07, [2009] ETMR 13, ¶¶ 29, 68, 77; *see also* Darren Meale and Joel Smith, *Enforcing a Trade Mark When Nobody's Confused: Where the Law Stands After L'Oreal and Intel*, 5 J. Intell. L. & Prac. 101-102 (2010); Mary LaFrance, *Identical Cousins? On the Road with Dilution and the Right of Publicity*, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 669-671 (2007-08) (カナダの希釈化法について議論している)。