

不正競争防止法2条1項3号の 不正競争に対する請求権者

宮 脇 正 晴*

目 次

- I はじめに
- II これまでの議論状況
- III 検 討
- IV おわりに

I はじめに

不正競争防止法（以下、「不競法」という。）2条1項3号（以下、単に「3号」という。）は、「他人の商品の形態（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を譲渡……する行為」を不正競争とし、これにより営業上の利益を害された者又はそのおそれのある者は、当該不正競争行為者に対して差止め等の請求をなしうる（不競法3条及び4条）。本稿で検討したいのは、この3号の不正競争に対する請求権者に該当するのはどのような者なのか、という問題である。

一般論として、上記の「営業上の利益」は、問題となる不正競争が規制される趣旨に対応したものである必要がある¹⁾。3号の趣旨は、「他人が商品化のために資金、労力を投下した成果を他に選択肢があるにもかかわらず

* みやわき・まさはる 立命館大学法学部教授

1) 鈴木將文「不正競争防止法上の請求権者」高林龍他編『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』432頁（日本評論社、2012年）参照。

ずことさら完全に模倣して、何らの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し、その他人と競争する行為」を禁圧し、新規な商品形態にかかる市場先行者の利益を確保することにある²⁾。この趣旨自体に争いはないといえるが、どのような者を請求権者にすることが上記趣旨に沿うことになるのかについては争いがある。筆者は20年近く前に、この問題について私見を公表したが³⁾ (以下、この業績を「宮脇 (2006)」として言及する。)、その後も様々な学説が登場しており、定見といえるものが存在しない。

そこで本稿においては、宮脇 (2006) の内容と、その後の学説・裁判例について紹介した上で、この問題について改めて考察することとしたい。

II これまでの議論状況

1 不競法の請求権者についての基本的理解

不競法は、2条1項各号において同法上「不正競争」となる行為を列挙しており、それら各不正競争によって「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」が不正競争行為者に対し差止請求 (3条) や損害賠償請求 (4条1項) の請求権者となる。この「営業上の利益」要件は訴訟要件ではなく、実体法上の要件と解されており、今日ではこの点に争いはない⁴⁾。

権利付与型の知的財産法である特許法や商標法においては、権利が付与

2) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法 令和6年4月1日施行版』
(<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/Chikujo.pdf> (2025年8月21日
確認)) 88頁。

3) 宮脇正晴「判批」判評567号37頁 (2006年)。

4) 高部真規子「営業上の利益」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 知的財産関係
訴訟法』425頁 (青林書院、2001年) など参照。反対説として、豊崎光衛「商号と商標の保
護の交錯」学習院大学法学部研究年報1号70頁 (1964年) など。鈴木前掲注1・427頁は、
通説を正当としつつも、「営業上の利益の要件によって救済対象が狭められることは不当で
あるとの反対説の意図は正当であり、通説の立場からの解釈においてもその点に考慮すべ
きである」とする。

される主体について定める一連の規定があり、侵害者に対して差止請求をなしうるのは特許権者又は専用実施権者（商標権の場合は商標権者又は専用使用権者）であると明確に限定されている（特許法100条1項、商標法36条1項）。また、これらの権利は譲渡、相続や質権設定が可能であり、そのための効力発生要件や対抗要件などについての規定がある。これに対し、不競法においては、不正競争行為があつてはじめて差止め等の請求権が発生するにすぎない。また、同法上の請求権者たる地位の移転等については同法に何ら定めがなく、通説的見解は契約それ自体に基づく地位の移転を認めていない⁵⁾。不正競争防止法における請求権者は、あくまでも上記「営業上の利益」要件を充足するか否かで決められるものであるもので、そのような営業上の利益を本来有する者とどのような契約をしていようと、自らがそのような営業上の利益を有しているといえる実態がない場合には、請求権者とはならない。

以上述べたことは、不競法の請求権者についての基本的理解であり、本稿における検討もこのことを前提に行う。

2 宮脇（2006）の概要

(1) 宮脇（2006）の背景

宮脇（2006）以前においては、3号の不正競争に対する請求権者を、問題となる商品の商品化のための資本投下をし、当該商品を市場に置いた者（以下「先行者」とする）に限定されとする説（以下これを「先行者限定説」とする）が多数を占めていた。先行者限定説の根拠は、冒頭に紹介した3号の趣旨に求められるが、このほかの根拠として「権利関係の錯綜防止」も、挙げられている。すなわち、先行者でない者も請求権者になりうるとする

5) 中山信弘『特許法〔第5版〕』（弘文堂、2023年）17頁。なお、2条1項1号の不正競争に対する請求権者の地位の移転可能性の問題は、「周知表示の承継」の問題として語られることがあったが、そのような論点設定が適切でないことにつき、田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）198-199頁参照。

と、問題となる形態を有する商品の販売等について先行者からライセンスを受けた者であっても、他の請求権者から差止請求を受けてしまうことから、結局、ライセンスされたものが利用されない可能性があるところ、このような事態を避け、商品形態についてのライセンス取引を円滑化するためには、保護主体を明確化単純化する必要があるというのである⁶⁾。

先行者限定説は、それまでの裁判例で明示的に採用されてきていた。そのうちのひとつである、東京地判平11・1・28判時1677号127頁〔キャディバッグ〕は、「〔3号〕の趣旨につき考察するに、他人が資金・労力を投下して開発・商品化した商品の形態につき、他に選択肢があるにもかかわらずことさらこれを模倣して自らの商品として市場に置くことは、先行者の築いた開発成果にいわばただ乗りする行為であって、競争上不公平な行為と評価されるべきものであり、また、このような行為により模倣者が商品形態開発のための費用・労力を要することなく先行者と市場において競合することを許容するときは、新商品の開発に対する社会的意欲を減殺することとなる。このような観点から、模倣者の右のような行為を不正競争として規制することによって、先行者の開発利益を模倣者から保護することとしたのが、右規定の趣旨と解するのが相当である」と述べたうえで、3号の請求権者に先行者の商品の独占的販売権者（原告）は含まれないと判示している。

これに対し、3号の請求権者を先行者に限定しない説も存在していた（以下、これらの説を総じて「非限定説」という。）。これらの説の内容は一様ではなく、その具体的な内容が明らかでないものもあるが、結論として、独占的販売権者を請求権者としてよいとする点では一致していたものと思われる⁷⁾。非限定説の代表的論者のひとり、独占的販売権者を請求権者に含め

6) 田村前掲注5・319-320頁。

7) 先行者非限定説を採るものとして、牧野利秋監修＝飯村敏明編『不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』（青林書院、2005年）136頁〔土肥一史発言〕、藤田典彦「判批」知財管理55巻7号939、944頁（2005年）、堀江亜以子「判批」発明102巻10号92-93頁（2005年）、

るべき理由として、① 商品形態が周知となった場合に、2条1項1号に基づく請求と結論を異にするのはバランスを欠くこと、② 外国で先に販売されていた商品をわが国に輸入販売する場合に、3号の保護期間の起算点をわが国で最初に販売された時点とする、当時の2条1項3号の解釈とも整合的であること⁸⁾、③ 商品の新規な形態を保護し、デッドコピーを許さないという法の目的にも適うこと、の3点を挙げている⁹⁾。この見解は、先行者の商品の単なる販売業者については、請求権者とはならないとしているが、非限定説の中にはこれとは異なる主張をする説もあった。その説は、「商品の形態を使用することにつき固有かつ正当な利益を有する者」が3号の請求権者となると主張し、この基準によれば先行者の商品の単なる販売者も含まれるとしていた¹⁰⁾（以下、この見解を「最広義説」といい、非限定説の中でも単なる販売業者の請求権者該当性を否定する見解を「中間説」という¹¹⁾）。

裁判例の中では、「ヌーブラ」の形態に関する大阪地判平16・9・13判時1899号142頁〔ヌーブラⅠ〕、大阪地判平18・1・23平成15（ワ）13847〔ヌーブラⅡ〕及び大阪地判平18・3・30平成16（ワ）1671〔ヌーブラⅢ〕のみが、非限定説（中間説）を採用していた。このうち、大阪地判〔ヌーブラⅠ〕は、「先行者から独占的な販売権を与えられている者（独占の販売権者）のように、

渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』50頁（有斐閣、2005年）97頁、高部前掲注4・434頁、日本知的財産協会フェアトレード委員会「商品の形態模倣行為に対し不正競争防止法に基づき差止及び損害賠償を請求し得る主体について」知財管理50巻6号807、810頁（2000年）。

8) この説が公表された当時の3号は、「他人の商品（最初に販売された日から起算して3年を経過したものを除く。）……」と規定しており、この括弧書きにおける「最初に販売された日」が、わが国において最初に販売された日を指すのか、外国も含めて最初に販売された日を指すのが明らかでないという問題があった。この点については、平成17年改正によって明確化が図られ、わが国での最初の販売から3年間であることが19条1項6号イにおいて明示されるに至っている。

9) 高部前掲注4・434頁。なお、高部は現在では独占的でない販売業者に請求主体性を認める可能性を否定しない立場になっている。高部真規子『実務詳説 不正競争防止法〔第2版〕』（金融財政事情研究会、2025年）206-207頁。

10) 渋谷前掲注7・97頁。

11) この分類は、鈴木前掲注1・436-437頁に従った。

自己の利益を守るために、模倣による不正競争を阻止して先行者の商品形態の独占を維持することが必要であり、商品形態の独占について強い利害関係を有する者も、3号による保護の主体となり得ると解するのが相当である」として、独占的販売権者が3号の請求権者にあたることを認めた。その後の大阪地判〔ヌーブラⅡ〕及び大阪地判〔ヌーブラⅢ〕は、独占的販売権者の独占的地位ないし利益につき、「3号が保護しようとした開発者の独占的地位に基礎を有し、いわばその一部が分与されたものということが出来るから、第三者との関係でも法的に保護されるべきものというべきである。」として、大阪地判〔ヌーブラⅠ〕とは異なった理由付けにより独占的販売権者が請求権者であることを肯定した。

(2) 宮脇 (2006) の主張の概要

以上のような従来の説に対して、宮脇 (2006) は、いずれの説にも問題があると主張した。まず、先行者限定説に対しては、① 先行者の商品化した商品に関する事業の譲渡を受け、当該商品の製造・販売を行う者、及び② 相応の対価の支払いの下、先行者に今後当該商品の製造・販売をしないことを約束させた上で、当該商品の製造・販売を行う者、のいずれもが同説の下では請求権者とならず、しかもこれらのケースでは先行者ももはや営業上の利益を有していないので¹²⁾、結論として3号の請求をできる者が存在しなくなる、という問題点を指摘した。

また、非限定説に対しては、請求権者該当性の有効な判断基準を示していない、という問題点を指摘した。非限定説の中には、上記のとおり「固有かつ正当」という基準を挙げるもの(最広義説)があるが、これに対しては、このようなあいまいな基準が有効に機能しえるのか疑問である上、そのような基準の下で単なる販売者が請求権者となる帰結も、権利関係の錯

12) もっとも、②のケースでは、当該商品の売り上げに応じて継続的に対価が先行者に支払われているのであれば、先行者は営業上の利益を有しているといえる。この点は後に検討する。

綜防止の観点から妥当ではない（この点の詳細は後述する）、との批判をした。

そのうえで、宮脇（2006）は、「投下資本回収の危険を負担している者か否か」という、請求権者該当性の新たな判断基準を提示し、その根拠として、次のように主張した。第一に、不競法上の「営業上の利益」は、問題の不正競争の時点において存在している必要があるから、それより過去の時点において資本投下をして商品を流通させたということそれ自体（先行者であるという地位それ自体）は請求権の直接の根拠とはならない。第二に、先行者が請求権者になることの理由は、市場における自由かつ公正な競争の中でなされるべき投下資本の回収活動が不正競争により脅かされているからということに求められる。以上の2点から、3号の不正競争がなされている時点で、その商品形態に投下された資本を自由競争の中で回収する役目を負っているのは誰かという観点から請求権者を決定すべきである。

上記の「投下資本回収の危険負担」基準を適用した帰結として、宮脇（2006）は、独占的販売権者については、危険を負って投下資本の回収活動をしていると評しうるから請求権者となるが、他方で、単なる販売者については、「仕入れた商品が売れない」という、販売者の通常負うべき危険しか負っていないので請求権者にならない、と述べた。

このほか、宮脇（2006）は、権利関係の錯綜問題についても述べているが、この点は後述する。

3 宮脇（2006）以降の学説・裁判例

(1) 先行者限定説

宮脇（2006）以降も、先行者限定説に立つ学説は複数登場しているが、そのうちで従来の先行者限定説とは異なる理由付けをするものとしては、「取引コスト」の観点から先行者限定説を正当化するもの¹³⁾と、他の知的財産

13) 井上由里子「不正競争防止法上の請求権者」日本工業所有権法学会年報29号141頁（2006年）。これを支持するものとして、三村量一「商品の形態模倣について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 3 商標法・不正競争防止法』301頁（新日本法規、2007年）。

法とのバランスを重視して同説に立つものが挙げられる。前者の説は、① 先行者に原始的に請求権を帰属せしめることで、成果（形態）が最大限に活用されること（仮に請求権者の地位自体を譲渡可能であると解するとしても権利移転の取引コストが大きいこと）、② 対外的な成果取引の接点となる先行者に請求権を帰属せしめることで、外部者が権原の所在確認にかかるコストを削減できること、及び③ 複数の請求権者を併存せしめると、ライセンス交渉等にかかる取引コストが増大するから、請求権者の数はなるべく少ない方がよいこと、を主張している。また、同説は、独占的販売権者については、先行者とはならないものの、債権者代位構成によって、3号の不正競争を行う者に対して差止請求が可能である旨を述べており、更に、包括承継や事業部門全体の営業譲渡がなされた場合には、請求権の「譲渡」が認められる余地があることを示唆している。

後者の説は、3号は成果開発のインセンティブの促進という面で、特許法等の創作法と共通性を有するところ、特許法等他の知的財産法が、権利関係の安定性や明確化の観点から請求主体を明確に限定しているにもかかわらず、3号のみ請求権者の範囲を拡張するのはバランスを欠く、という趣旨のものである¹⁴⁾。

また、厳密には先行者限定説ではないが、先行者と同様の固有かつ正当の利益を有する者という「極めて限定した範囲に限って」請求権者の範囲を広げるべきとする説¹⁵⁾もある。この説は、宮脇（2006）が指摘したような事業譲渡のようなケースに限って請求権者の地位を認めようとするものであり、そのように限定する主な理由としては、他の知的財産権とのバラ

14) 横山久芳「判批」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2007年）186-187頁。西井志織「判批」ジュリ1341号182頁（2007年）も同旨と思われる。

15) 松田俊治「不正競争防止法2条1項3号の請求主体性について——同号の請求主体について、『商品を自ら開発、商品化した者又はこれと同様の固有かつ正当な利益を有する者』と述べた裁判例を契機として——」AIPPI58巻7号10頁（2013年）。同「判批」茶園成樹ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2020年）100頁。

ンスや、権利関係の錯綜問題が挙げられている¹⁶⁾。

裁判例についてみると、明示的に先行者限定説を採用するものが存在するが¹⁷⁾、その理由づけは、前掲東京地判〔キャディバッグ〕と同様のものとなっている。

(2) 非限定説

非限定説についても、複数登場しており、この中には、ほぼ明示的に中間説¹⁸⁾を採用するもの、少なくとも独占的販売権者は請求権者となる旨を述べて、請求権者の範囲の外延までは明示しないもの¹⁹⁾、独占的販売権者の中でも、先行者が海外に存在して迅速な権利行使が期待できないような例外的なケースで、「模倣商品の国内での流通を阻止するについて正当な利益を有する者」が請求権者となるとするもの²⁰⁾及び明示的に最広義説を採用するもの²¹⁾がある。

このうち、最広義説に属するものは、先行者限定説を批判する文脈では宮脇（2006）を肯定的に引用する一方で、宮脇（2006）が単なる販売者に請

16) 松田・前掲注15・9-10頁。

17) 東京地判平18・4・26判時1964号134頁〔ショルダー・ヒップバッグ兼用鞆〕、東京地判平23・7・20平成21（ワ）40693〔常温快冷枕〕（ただし、この判決は、3号の「他人」に該当するのが先行者に限られる旨述べるものであって、請求権者該当性自体には直接言及していない）、東京地判令4・8・26令和3（ワ）3418〔シーリングライト〕。

18) 熊倉禎男「判批」判批」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2007年）185頁（高部・前掲注4を支持）、小野昌延編『新・注解 不正競争防止法（新版）（上巻）』（青林書院、2007年）489-490頁〔泉克幸〕（前掲大阪地判〔ヌープラ I〕を支持しつつ、その判示するところに加えて、「ライセンス促進効果が期待でき、また、模倣者を迅速・確実に排除できるという点で」独占的販売権者に請求権を認める方が好ましいとする）。

19) 古城春美「不正競争防止法2条1項3号の形態模倣と先行者の地位」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅱ 知的財産法の実務的発展』（日本評論社、2012年）371-378頁。

20) 小野昌延＝松村信夫『最新 不正競争防止法概説【上巻】』（青林書院、2025年）328頁。

21) 牧野利秋「形態模倣行為に対する請求の主体」『松田治躬先生古稀記念論文集』（東洋法規、2011年）29頁、鈴木將文「不正競争防止法上の請求権者」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』425頁（日本評論社、2012年）、牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ ――特許法・実用新案法（2）、意匠法、商標法、不正競争防止法』（青林書院、2014年）435頁〔西田昌吾〕。

求権を認めていない点については批判している。すなわち、宮脇（2006）は、権利関係の錯綜の観点から単なる販売者に請求権を認めるのでは妥当ではないとしており、具体的には、次のように主張していた。「……先行者の商品を販売しているというだけで、先行者の全く預かり知らないところで、一般の小売店など無数の者が〔請求権者〕となりえてしまうこととなるという帰結は妥当ではない。このような解釈論の下では、例えば先行者の商品と同一の形態の商品を製造した者が、先行者のライセンスを受けてその販売を行う場合であっても、先行者以外に多数存在する単なる販売者からこれに対する差止請求等を受けてしまうおそれがあり、先行者限定説の論者の指摘するように、権利関係が解決困難なまでに錯綜することとなろう」。これに対し、最広義説の論者は、上記の先行者からライセンスを受けて販売される商品は、「真正商品であって模倣商品ではないから」その販売行為に対して「単なる販売者に限らず、何人からも差止請求を受ける法律上の理由はない」として、このようなケースで権利関係の錯綜問題は生じないとしている²²⁾。

最広義説の論者によれば、3号の請求権者としての地位は単なる販売者にも認められるものの、商品形態についてライセンスをなしうる者（3号にいう「他人」）は先行者に限定されており、このような解釈によって権利関係の錯綜は防止できるとのことである²³⁾。このほか、最広義説の論者は、「事実的状态の保護にすぎない……不競法において、契約上の独占にかかる条件に決定的な意味を認める根拠が薄弱である」²⁴⁾、として中間説を批判している。

裁判例に目を向けると、前掲大阪地判〔ヌーブラⅠ〕と同様の、「強い利害関係」基準により独占的販売権者である原告の請求主体性を肯定した、大

22) 牧野・前掲注16・43頁。

23) 牧野・前掲注16・43-46頁、鈴木・前掲注16・437-438頁。

24) 鈴木・前掲注16・438頁。

阪地判平23・10・3平成22（ワ）9684〔水切りざる〕²⁵⁾があるほか、3号の請求権者に、先行者のほか「これと同様の固有かつ正当な利益を有する者」が含まれるとの一般論を示す、東京地判平24・3・28平成21（ワ）43952〔フルーツジュース〕（控訴棄却：知財高判平24・9・19平成24年（ネ）10038）がある。この判決は、「固有かつ正当」という基準を用いている点で最広義説を想起させるが、あくまでも先行者と「同様の固有かつ正当な利益」と述べており、この基準のあてはめの部分においても、原告が費用・労力をかけて商品開発をしたものではないとして、原告が先行者であることのみならず「これと同様の固有かつ正当な利益を有する者」であることも否定していることからすると、この判決の基準の下で請求権者となる範囲は決して広いものではないと考えられる。

Ⅲ 検 討

1 先行者限定説の問題点

(1) 取引コスト論

上述のような、宮脇（2006）以降に新たに登場した主張に対して、以下では反論を試みることにしたい。

先行者限定説の新たな主張のうち、「取引コスト」論による説明については、そもそも「取引コスト」のみに依拠すること自体に無理があるように思われる。確かに、取引コストを小さくして、成果物たる商品形態が可能な限り大きな価値を発揮させることが望ましいということ自体に異論はなく、「取引コスト」論（従来からある権利関係の錯綜論もこれに含まれる）は、請求権者の範囲を限定すべき有力な根拠を提供するものである。しかし、「取引コスト」論は、そもそも3号該当行為が不正競争として差止請求の対象となるべき根拠を提供するものではない。それどころか、商品形態につい

25) ただし、この判決においては、原告が先行者である旨の認定もなされている点に注意が必要であろう。

て取引コストが生ずるのは3号があるからであり、3号のような規定がなければ、他人の開発した商品の形態の利用を欲する者は取引コストを要さずして自由に利用できるであろう²⁶⁾。つまり、3号は取引コストという社会的不利益を発生させてもなお、特定の商品形態については保護すべき積極的理由があるから存在しているのであり、したがって、その請求権者の範囲はその「積極的理由」がまずもって考慮されるべきであるように思われる。要するに、「取引コストの削減」自体は請求権者の範囲を画定する消極的理由にしかならず、これ単独で先行者限定説が採用されるべき決定的な理由を提供しうるものではない、ということである。

また、「取引コスト」論の論者は、上述のとおり、営業譲渡等の一定の場合において、請求権者の地位が移転することを示唆している。おそらくは、宮脇（2006）が指摘したような、先行者限定説によれば営業譲渡等の場合に請求権者が存在しなくなってしまうという不都合を解消するために主張されたものであると思われるが、既に述べたとおり、請求権者が「営業上の利益」要件の解釈で定まるのは不競法の構造上の要請であり、請求権者の地位自体が承継可能であるという発想には無理があるように思われる。先行者から事業譲渡を受けた者が、3号の不正競争を行う者に対して差止等の請求を行うことができるのであれば、その理由は請求権者の地位の承継にではなく、その者が「営業上の利益」を害されるおそれがあるからということに求められなければならない。

(2) 他の知的財産法とのバランス論

他の知的財産法とのバランスを考慮すべきという主張についても、先行

26) この点は創作保護にかかる知的財産法全般に当てはまるように思われる。すなわち、知的財産法は、公共財である情報の利用行為を制限することで、特定の情報が取引対象となるような条件を整備して、もって当該情報についての取引コストを発生させているという側面を持つように思われる。取引費用と特許制度との関係について、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究36号 177-178頁（2011年）など参照。

者限定説を支える根拠としては薄弱であるといわざるを得ない。そもそも不競法は利益侵害をされた者に差止請求権を認めるという規定ぶりになっており、その点が、他の知的財産法と決定的に異なっている。このように不競法が他の知的財産法と異なった構造になっているのにもかかわらず、請求権者の範囲の解釈の帰結を他の知的財産法の場合と異ならないものにすべき理由は、上記主張をする先行者限定説の論者からは示されていないように思われる。もちろん、他の知的財産法が、差止請求権者を明確に限定している背景には、上述の権利関係の錯綜防止（取引コストの削減）などの要素が考慮されているものと考えられ、このような要素が不競法の解釈論においても軽視されるべきではないことはたしかであろう。しかし、そのことから導き出されるべきなのは、請求権者を先行者に限定すべきとの主張ではなく、あくまでも不競法上の請求権者の範囲の画定にあたってもそのような要素が考慮されるべきという主張なのではないかと思われる。

(3) 債権者代位構成

上述の通り、先行者限定説の論者の中には、独占的販売権者については先行者の差止請求権の代位行使が認められるケースがあり、その限度で保護される旨を説くものがある。そのような論者は、他の知的財産権の独占的ライセンシーによる差止請求権の代位行使の可否に関する裁判例や学説を参照しているが²⁷⁾、そのような手法の適切性について疑問がある。

知的財産権の独占的なライセンシーは、ライセンス契約によって知的財産権の対象となる行為を行うことができるようになるだけでなく、市場で競合する他者が当該行為を行うことが法的にはできなくなると期待されることから、知的財産権の保有者と類似の状態になり、そのような意味での

27) 井上・前掲注13・153-154頁、松田・前掲注15（AIPPI）・10-13頁など。知的財産権のライセンシーによる差止請求権の代位行使の可否に関する議論状況については、村井麻衣子「特許権の独占的通常実施権者による差止請求の可否」パテント65巻9号46頁（2012年）など参照。

「独占」に要保護性が認められるのであろう²⁸⁾。

これに対し、先行者の商品を販売することが認められているに過ぎない独占的販売権者は、3号該当行為について「独占」状態にあるわけではない。3号に該当するためには、「模倣」商品の販売等であることが必要であるが、先行者の商品形態は「模倣」の結果作成されたものではないから、先行者の商品は「模倣」商品とはいえず、従ってその商品の販売行為は3号に該当しない。つまり、先行者の商品の販売行為自体はそもそも（差止請求権の不行使約束という意味での）「ライセンス」の対象たりえず、独占的販売契約は、単に先行者がその商品を他者に販売しないことを定めるものであるにすぎない。知的財産権の独占的ライセンシーに関しては、他者にライセンスしないという不作為請求権であっても、これを被保全債権として差止請求権の代位行使を認める立場があるが²⁹⁾、仮にそれが妥当であるとしても、それと単に他者に商品を販売しないという不作為請求権とを同列に考えるのは無理であろう。後者の場合、先行者の商品販売の独占が維持されている以上は、先行者に対する債権の満足が妨げられているとはいえず、したがって、債権者代位によって保全しなければならない債権は存在しないように思われる。

もちろん、独占的販売契約に先行者が「模倣」商品の販売を他者に許諾せず、かつ、3号の不正競争に対して先行者が排除する義務を負うという条項があるような場合に、その不正競争排除請求権を被保全債権として独占的販売権者が差止請求権を代位行使できるということ自体は否定するものではない。しかし、一般的に独占的販売契約がそのような条項を含んで

28) 中山信弘『著作権法 [第4版]』（有斐閣、2023年）759頁は、著作物の利用について事実上の市場の独占状態があれば、ライセンス契約に侵害排除義務の条項があるか否かに関わらず債権者代位を認めようとする。

29) 田村善之『著作権法概説 [第2版]』（有斐閣、2001年）485頁。従来の裁判例・学説が被保全債権をどのように捉えているのかについては、才原慶道「知的財産権の独占的な利用の許諾を受けた者の差止請求」商学討究61巻1号141頁（2010年）を参照。

いるケースは限定的であろうし³⁰⁾、そもそも債権者代位構成では宮脇（2006）が指摘したような、事業譲渡等で先行者がもはや関連事業を行っていないような場合には対応できないという問題があるため、債権者代位構成が可能であることによって、限定説のデメリットが軽減されることはほほないように思われる。

2 最広義説の問題点

最広義説に対しては、依然として請求権者の判断基準が不明確であるという問題がある。最広義説は、「固有かつ正当」という基準を採用しており、それによれば模倣品を販売する者は含まれないが、「真正商品」の販売者は含まれるとしている。ここでいう「真正商品」が、「先行者によって製造販売された商品」という意味であるとして、このような意味での「真正商品」の販売者であれば、最広義説の下では請求権者であることが（「固有かつ正当」基準の下で）常に肯定されることとなるのであろうか。例えば、問題の不正競争行為者と営業地域が競合していない者や、競合していても「真正商品」をごく少数しか扱っていない者は、同説の下で請求権者となりうるのであろうか。

この点につき、最広義説を採るある論者は、販売業者が請求権者となりうるとしても「実際には、形態模倣行為と営業上の利益の侵害との間の因果関係の立証が困難な場合」があるとしつつ、「小売業者が真正商品の販売に努力して商品の評判を上げ売上げの増加が見込まれた矢先、この評判に便乗して同じ商圈内の競業他者が模倣商品を安価に売り出したため、真正商品の売上げが止まってしまった又は著しく低下したというような侵害行為と被害の間の因果関係が明白な場合」には請求を認めるべきであると主

30) 牧野・前掲注21・34頁によれば、先行者が外国企業である場合には、独占的販売契約において侵害（不正競争）排除義務を負う旨を約することは稀であり、かえって独占的販売権者である日本企業のほうに侵害排除義務を負わせる例もみられるとのことである。

張している³¹⁾。おそらくこの主張によれば、単なる販売業者が請求権者となるためには、当該業者の売上げ減少と相手方の不正競争との具体的な因果関係を証明する必要がある、営業地域の競合がないなどの理由で、因果関係が証明できないのであれば、請求権者とはならないということとなるであろう。しかし、このような因果関係は、3条で差止請求をする場合に、通常必要とされない³²⁾。少なくとも、先行者が差止請求をする場合に、相手方の不正競争と売上げ減少の因果関係を証明しない限り、請求を認めないという解釈論は、先行者に大きな負担を与え、不正競争を結果的に放置することとなりかねないものであり、採用すべきではないであろう。あるいは、この論者の主張は、先行者が請求する場合には不正競争と利益侵害の因果関係の証明は不要であるものの、単なる販売業者の場合にはその証明を要するということなのかもしれない³³⁾。しかし、そうであるとする、このようなダブル・スタンダードを採用すべき理由が示されるべきであろう。

他方で、この論者は、前述の通り、権利関係の錯綜について論ずる文脈において、3号の請求権者としての地位は単なる販売者にも認められるものの、商品形態についてライセンスをなしうる者は先行者に限られる旨述べている³⁴⁾。仮にそうであるならば、模倣商品の販売が不正競争になるかは先行者の判断にかかっていることになるから、そのような権限を有しない小売業者は、3号違反の不正競争それ自体によって法律上保護される利益を侵害されたとはいえないのではなからうか。知的財産権の独占的でな

31) 牧野・前掲注21・46頁。

32) 不競争法2条1項1号の不正競争に関しては、同号の不正競争が認められれば、特段の事情がない限り営業上の利益侵害を肯定するのが判例（最判昭56・10・13民集35巻7号1129頁 [マックバーガー]）である。

33) 牧野ほか編・前掲注21・435頁〔西田〕は、単なる流通業者の場合には具体的な営業上の利益侵害についての主張立証を要すると述べているが、理由は示されていないように思われる。

34) 牧野・前掲注21・46頁。ただし、何故先行者のみが「許諾権限」を有しているかということの根拠としては、「先行者であるから」という以上の説明はなされていないように思われる。

いライセンサーが侵害行為に対して不法行為に基づく損害賠償請求をできないことについては今日においては異論はなく³⁵⁾、上述のように小売業者はライセンサーですらない。先行者のみに「許諾権限」を認めつつ、3号の不正競争の場合にのみ小売業者に不競法上の「営業上の利益」を侵害された者として請求権を認めるというのは無理があるように思われる。

おそらく、最広義説の発想の根底には、3号は本来民法上の不法行為となりうる行為を不正競争として規定したものであるという認識があるのではないかと思われる³⁶⁾。3号にそのような側面があるのは確かであるが、一般に商品形態のデッドコピーが不法行為となるためには、競合する市場での営業活動であるなど、被害者の具体的な利益侵害を裏付けるような事情が必要である³⁷⁾。3号においてはそのような事情の一部を捨象して不正競争の要件が設計され、具体的な利益侵害を要さずして、民法上の不法行為では通常認められない差止請求が認められており、その点では同号は他の知的財産権と同じく、特定の政策目的の実現のために設けられたものといえる。3号の政策目的とは先行者の保護であり、同号の請求権者の範囲もこの趣旨に沿って決められるべきであろう。自由競争を逸脱する模倣商品販売業者の行為によって「真正商品」販売業者の具体的な利益が侵害されるようなケースについては、一般不法行為法³⁸⁾に委ねるほかにないように思われる。

35) 金子敏哉「特許権の侵害者に対する独占的通常実施権者の損害賠償請求権」知的財産法政策学研究21号219-220頁（2008年）など参照。

36) 牧野・前掲注21・36頁の記述は、不競法3条1項にいう「営業上の利益」と民法709条にいう「法律上保護される利益」とは一致しているとの理解を示すもののように読める。牧野ほか編・前掲注21・434-435頁〔西田〕も同旨と思われる。

37) 3号の導入より前に、商品形態のデッドコピーを不法行為とした例として東京高判平3・12・17判時1418号120頁〔木目化粧紙〕があるが、同判決は不法行為の成立を肯定するにあたり、相手方の行為が先行者と競合する地域での廉価販売であることなども勘案している。

38) 最近の裁判例として、不正競争防止法2条1項1号の不正競争を否定しつつも、被控訴人（被告）の販売態様が「自由競争の範囲を逸脱した違法な販売態様で控訴人の顧客を奪っているものといえる」ことを理由に、不法行為に該当すると判示した、大阪高判令6・5・31令和5（ネ）2172〔フンスプーン〕がある。

3 宮脇（2006）の問題点とその修正

(1) 権利関係の錯綜問題

以上みたように、宮脇（2006）以降にみられた新たな主張には、いずれも疑問がある。ただし、新たな主張、とりわけ最広義説の主張を検討する過程において、権利関係の錯綜問題に関する宮脇（2006）の主張が妥当ではなかったと考えるに至った。その主張とは、以下のものである。すなわち、ライセンス契約によって結束しているグループがある場合、そのグループ全体を「他人」と解し、その構成員同士はお互いに「他人」という関係にならないと解すれば、権利関係の錯綜問題は解決可能である、との主張である。この主張によれば、先行者とライセンス契約を結んで、先行者のグループの一員となった者は、当該グループの構成員とは「他人」の関係にはならない故に、当該構成員からの差止請求を受けることがなくなる。

しかし、このような解釈を採ったところで、いかなる場合に「結束したグループ」の構成員であることを認定できるのか、という問題は残る。宮脇（2006）は、「ライセンス契約を望む者はグループの頂点にいる主体（通常は先行者）とのみ契約すればよい」と述べているが、このような解釈は、上記の最広義説の論者と同様、先行者にのみ「許諾権」を認めているに等しく、請求主体性とは別に先行者にそのような地位が認められるべきことの根拠が薄弱であった。

また、「（先行者の）グループの構成員」と、「投下資本の回収の危険を負担している者」との関係という問題も生じうる。前者であることの証明（例えば、ライセンス契約を通じて、先行者のグループに属しているということの証明）があれば、後者を検討することなく請求権者として認められるというのであれば、後者のような基準を立てて請求権者の範囲の明確化をする意義が失われる。他方、後者の基準を満たさないと前者たりえないというのであれば、あえて「グループの構成員か否か」という論点を設定せずとも、「投下資本の回収の危険負担」基準を充足する者同士の間でも互いに差止請求

が可能であることを前提として³⁹⁾、各請求権者間の契約による解決に委ねれば足り、そちらの方が明快であるように思われる。

(2) 宮脇（2006）の修正

宮脇（2006）については上記のような問題はあるものの、その基本的な主張である、「投下資本回収の危険負担」基準自体を変更すべき必要性は見出せない。先行者限定説も、非限定説も、この基準よりも説得的な基準を提示することができていないように思われる⁴⁰⁾。「投下資本回収の危険負担」基準のより詳細な内容としては、以下のようなものとなろう。

まず、先行者を確定することが必要となる。先行者であり、かつ問題となる商品形態を備えた商品に関する事業を行なっているのであれば、その者は請求権者となる。ここでいう「事業」とは、典型的には当該商品の製造販売であるが、製造販売を他者に許諾して継続的にライセンス料を得ることも含まれる。先行者が現存しないか、現存していてももはや当該商品形態に関する事業を行っていないのであれば、先行者と取引して、当該当該商品の市場における売り上げから投下資本を回収する危険を引き受けたといえる者が請求権者となる。宮脇（2006）で述べたとおり、このような者を請求権者として保護することは、先行者の商品開発のインセンティブを確保するという観点から正当化される。

39) ただし、実務においては共同開発のケースで先行者が複数存在する場合には、互いに「他人」の関係とならないため、一方の行為が他方に対して3号の不正競争となることはない³⁾とされている。東京地判令3・12・23令和1年（ワ）18374〔リングペン〕など。これを支持する学説（高部・前掲注9・205頁など）もあるが、反対説（田村・前掲注5・321頁）も有力に主張されている。2条1項1号の不正競争が問題となる場合でも、実務上は周知表示の主体同士はお互いに不正競争にならないとの立場が有力であるが（東京高判平17・3・16平成16（ネ）2000〔アザレ化粧品Ⅱ〕など）、筆者はこれに反対している（宮脇正晴「判批」L & T69号89頁（2015年））。3号の不正競争が問題となる場合も同様に解すべきと考えているが、紙幅の関係上、この点の検討は別稿に譲る。

40) そもそも、先行者限定説に立つ論文において、「投下資本回収の危険負担」基準について具体的に批判するものは見当たらない。

先行者が請求権者となりうる場合であっても、先行者以外の者が請求主体となることはありうる。ただし、そのような者については、先行者と単なる売買契約とは異なる契約関係にあることが少なくとも求められるべきである。商品形態を開発して市場先行の利益を得ることのインセンティブを確保するという3号の趣旨からは、先行者のコントロールの及ばない者に請求主体性を認めることは正当化できないからである⁴¹⁾。前述のとおり、最広義説の論者は、「契約上の独占に係る条件に決定的な意味を認める理論的根拠が薄弱」として中間説を批判するが⁴²⁾、契約に基づいて他者をコントロールして投下資本回収の危険の負担軽減を図る場合にはその他者の活動も含めて先行者の投下資本回収活動と評価できるが、契約が存在しない場合にはそのような評価ができないという点でこの差は決定的であると思われる。むしろ、先行者と契約関係にない者に請求主体性を認める根拠の方が薄弱であるとすらいえよう。

先行者と契約関係にある者のうち、その契約に基づいて先行者の投下資本回収の危険負担を軽減するような事業活動をしている者が請求権者となる。独占的販売権者は、先行者と契約を結んで、それに基づいて先行者の商品を一手に引き受けて販路の開拓や宣伝広告等、商品の販売のために本来先行者が行う活動の一部又は全部を行なうことで先行者の危険負担を軽減しているため、請求権者となる。

請求権者が複数存在する場合、権利関係の錯綜問題が生じうるが、このような問題は利益侵害を受けた者に差止め等の請求権を認める不競法の構造上必然的に生ずる問題であり、完全に解決することは不可能である。上述の通り、各請求権者が差止請求をなしうることを前提に、当事者間の契約によって解決すべきであろう。本稿の解釈論によれば、先行者と契約を

41) 宮脇(2006)は、この点を明示しておらず、単なる小売業者に請求主体性を認めない理由としては権利関係の錯綜を挙げていたが、権利関係の錯綜ではなく、本文のように3号の趣旨から説明すべきであった。

42) 鈴木・前掲注16・438頁。

していない者が請求主体になることはないのであるから、先行者としては自らの投下資本の回収の危険負担を軽減するための契約を結ぶ際に、相手方が請求権者となりうることを前提に、第三者への許諾を禁止する等の取り決めをすることで、将来のトラブルを防止することが可能であろう。

IV おわりに

本稿では、不競法2条1項3号に基づく不正競争に対する請求権者の範囲をめぐる学説・判例の展開を整理し、改めて自説を提示した。先行者限定説も最広義説のいずれも妥当ではなく、「投下資本回収の危険負担」を基準として請求権者を決定すべきである。このこと自体は従前の主張と変わらないが、①独占的販売権者等の先行者とは異なる者の請求主体性に関して、先行者との契約に基づいて先行者の投下資本回収の危険負担を軽減する活動をしていることを明示した点、および、②従来の「他人」性に関する解釈を改め、請求権者間の差止請求を認めることで当事者の契約による解決に委ねることとした点、の2点が本稿で新たに主張した主なものである。

今後は、裁判例の集積と学説の深化を通じて、請求権者の範囲をより具体的に明らかにしていくことが求められる。本稿の提示した修正案が、3号の趣旨に即した合理的な解釈の確立に向けて一定の貢献をなし得ることを期待したい。

