

19 インターネット空間における商標問題 —ドメイン名の差止めを中心として

特別研究員 市政梓

インターネット空間においてアドレスの役割を果たすドメイン名（「example.co.jp」など）が第三者の商標と抵触するといった問題がある。そしてドメイン名紛争の一つとして、パロディに見られるような商標と表現の自由の衝突をはじめとした問題が生じたとき、商標の保護はどこまで認められるのかについては定かではない。

本稿では、アメリカ合衆国法にいうフェアユースを手がかりに、商標保護の在り方をドメイン名紛争から鑑みる。まずは、アメリカ商標法を概観し、アメリカ法にいうフェアユースの法理を検討する。そして、商標問題を取り扱う日本法として、商標法と不正競争防止法を概観し、フェアユースの法理から日本法にいう図利加害目的の判断の示唆を行い、ドメイン名の差止め限定しない救済の提言を行っていく。こうしたドメイン名紛争から、今後の知的財産法の在り方を導いている。

I.はじめに

本稿は、パロディや信用毀損型ドメイン名紛争を契機として、アメリカ法にいうフェアユースを手がかりに、日本法における図利加害目的や知的財産法制について考察するものである。なお、要約においては、読みやすくするために注は省いている。引用については、本文を参照されたい。

1. ドメイン名とは

ドメイン名とはインターネット上の住所のようなものである。本来、インターネットに接続されたコンピュータにアクセスするとき、コンピュータ内部では数字列である IP アドレスを使用する。しかし、人が覚えるには困難であることから、数字列に替わる文字列（英数字など）を指定し、ウェブアドレス（たとえば、<http://www.example.co.jp>）やメールアドレスとして使用している。この文字列をピリオドで区切り、管理単位を表している部分、たとえば「example.co.jp」の部分をもドメイン名といい、DNS（ドメインネームシステム）によって管理を一元化している。ドメイン名の構成は、「example.co.jp」であれば、右から順に、「jp」をトップレベルドメイン（Top level domain 以下 TLD）、「co」を第二レベルドメイン、「example」を第三レベルドメインという。他に「example.com」の場合もまた、右から順に、「com」を TLD、「example」を第二レベルドメインという。ドメイン名の「example」の部分は、登録者が自由に配列できる。

2. 問題の所在

(1) サイバースクワッティング

ドメイン名の登場により、人がウェブページアドレスなどを記憶しやすくなった反面、その文字の羅列がある一定の意味をなす単語若しくは文章となり、他人の商標権などと抵触するといった問題が生じている。これは、ドメイン名が、先願主義であること、登録に際し無審査でだれでも自由にドメイン名を取得できることに原因がある。JPRS は、ドメイン名が、「ドメイン名空間におけるドメイン名の一意性を意味し、これ以外のいかなる意味も有さない」と解し、商標などに抵触しないかどうかのチェック体制を敷いていない。それゆえに、自己の保有する商標、商号、人名をドメイン名として第三者に登録され、商標等の正当な保有者に高価買取請求などをする「サイバースクワッティング」が発生しうる状況にある。

(2) フェアユース

フェアユースとは、いわゆる権利侵害にあたらない一部分のことをいう。アメリカのコモンローにおいて、著作権におけるフェアユースの法理が発展し、商標へと取り入れられた法理である。

ドメイン名紛争の処理規定であるアメリカの反サイバースクワッティング消費者保護法（15 U.S.C. §1125(d)(1)(A)(i)）の要件である「不正の目的」の判断にあたっては、ドメインネームの使用がフェアユースであるなどの合法的な理由が存在する場合には、不正の目的がないとされる。

ドメイン名紛争で適用される不正競争防止法 2 条 1 項 12

号にいう図利加害目的について、経済産業省は「米国法、UDRP 及び JPDRP において例示されている不正の目的 (bad faith) を認定するにあたっての考慮要因や、それらに基づく裁判例、裁定例の判示事項は、改正法の解釈にあたって一つの参考になるものと思われる」との見解を示している。

そこで、フェアユースからドメイン名紛争における「権利のバランス」を考察するため、まずは、アメリカ商標法ならびに商標問題を取扱う日本の商標法・不正競争防止法を概観する。そして、ドメイン名の救済の一つとして「混同防止表示」を加えることを提言していく。さらに、不正競争行為の一般条項、制限規定であるフェアユースについて考察する。

II. アメリカ合衆国法

アメリカ合衆国（以下アメリカ）は、州レベルでの州商標法が存在し、商標問題が複雑化してきた。こうした問題の解決を図る目的として、1946年にラナム法として実質的な改正が行われた。商標侵害、不正競争、虚偽の出所表示から商標保有者を保護し、混同から消費者を保護することを目的としている。したがって、消費者を混同から保護する目的を有している商標法は、法制において、不正競争の一部をなすものとされている。以下、ラナム法（1946年商標法）につき検討を行い、ドメイン名の取り扱いをかんがみる。

1. ドメイン名の法的位置付け

ドメイン名とは、15 U.S.C. §1127 において、「インターネット上の電子的アドレスの一部として何れかのドメインネーム登録官、ドメインネーム登録所又はその他のドメインネーム登録機関に登録され又はこれらにより割当てられた、英数字による名称をいう」と定義されている。したがって、ドメイン名の登録のみをもって、ドメイン名権などといった、登録商標のような独占排他的権利を認めていない。

2. ドメイン名の対物管轄権

ドメイン名の対物管轄権について、15 U.S.C. §1125(d) (反サイバースクワッティング消費者保護法 (Anticybersquatting Consumer Protection Act) 以下

ACPA) ともいう) では、標章保有者は「ドメインネームに対して対物民事訴訟を提起することができる」(15 U.S.C. §1125(d)(2)) として、ドメイン名に対する対物管轄権を認めている。

3. ラナム法の保護の対象となる商標

商標は、単なる採用によって認められるのではなく、使用によって商標が認められるのである。

そして、表示が、「本来的な自他識別力」、「セカンダリー・ミーニング」を有した場合に保護を受ける。「本来的な自他識別力」とは、ある標章を需要者が出所を認識し、当該標章を他人が使用することにより混同が生じる場合の当該標章の識別力をいう。「セカンダリー・ミーニング」とは、ある標章について本来的な自他識別力はないが、当該標章の使用によって、本来的な自他識別力の識別力を有したものをいう。

4. 15 U.S.C. §1114 及び 15 U.S.C. §1125(a)(1)

15 U.S.C. §1114 では、他人の登録標章を自己の標章として取引上使用し、需要者に誤認混同を生じさせる行為が、商標権侵害にあたる。ただし、未登録標章であったとしても、コモンローの要件を満たせば、侵害訴訟を提起することは可能である。現在は、15 U.S.C. §1125(a)(1)によって、訴訟提起することができる。

15 U.S.C. §1114 と 15 U.S.C. §1125(a)(1)の間には、前者が登録商標を保護し、後者が不正競争から不登録商標を保護することに違いはあるが、同様の要件を有している。その要件とは、保護に値する他人の標章を第三者が①取引上使用し、②「混同のおそれを生ぜしめる表示」として使用した場合に、商標の侵害にあたりとされている。つまり、第三者が、他人の標章を混同のおそれを生じさせるドメイン名を取得し、当該ドメイン名のもとで、取引上使用している場合には同法の保護の対象となる。

しかし、混同のおそれを生じさせない態様での使用は同法の適用外となる。たとえば、第三者が、他人の商標を含んだドメイン名を用い、アダルトサイトを開いている場合には、混同のおそれの要件を満たすことが困難になってくる。そこで、著名標章の持つ価値を保護するために 1995 年連邦商標稀釈化法が制定された。

5. 連邦商標稀釈化法

アメリカでは 1995 年連邦商標稀釈化法（Federal Trademark Dilution Act of 1995 以下 FTDA）を制定された。しかし、FTDA は、2003 年最高裁判決の「Moseley v. V Secret Catalogue 事件」では、原告が実際の稀釈化を証明しなければならぬと判示された。そこで、稀釈化の可能性からの保護のため、商標保有者からの強い要望により、「2006 年商標稀釈化改正法（Trademark Dilution Revision Act of 2006 以下 TDRA）」が 2006 年 10 月に改正された。主な違いとしては、①「実際の稀釈化」から「稀釈化のおそれ」の証明②固有の識別できる標章であるだけでなく、識別性を獲得した標章であること③明確に「識別力の弱化による稀釈化（dilution by blurring）」と「汚損による稀釈化（dilution by tarnishment）」を規定し定義がなされていること④ニッチ著名（niche fame）の概念を除外すること⑤フェアユースの抗弁を広げること、である。TDRA における救済の要件は、①他人の保有する標章（類似性）②顕著な又は本来的に又は顕著性のある③著名標章を④稀釈化させる態様で⑤当該標章を稀釈化する可能性ということとなる。

したがって、同法は、著名性を有していない標章については、適用除外となる。FTDA は、ドメイン名の販売やアダルトサイトなどにおいて著名商標を第三者がドメイン名として使用することによる稀釈化に関しては有効であったが、当該商標が著名性を欠く場合には、適用は困難となる。そこで、サイバースクワッティング行為に対応するため、いわゆる反サイバースクワッティング消費者保護法が制定された。

6. 反サイバースクワッティング消費者保護法

いわゆる反サイバースクワッティング消費者保護法（Anticybersquatting Consumer Protection Act 以下 ACPA）が 1999 年 11 月に成立した。ACPA は、サイバースクワット行為による諸問題から、消費者を守り、オンラインのブランド名の保護すること、そして、標章として保護されている個人名を含めたサイバースクワット行為の規制を目的として制定された法である。

ACPA（15 U.S.C. §1125(d)）は、①不正の目的（bad faith intent）で②ドメイン名を登録し、取引し又は使用する者に、当該ドメイン名が、③出所識別機能を有する標章又は

著名な標章と、④同一か又は混同のおそれを生ずる程に類似しているもの、又は著名標章を稀釈化せしめるなどの標章、言葉、又は名称のものとなる場合、その責めを負うものとしている。

7. フェアユース

フェアユースとは、いわゆる権利侵害にあたらぬ一部分のことをいう。アメリカのコモンローにおいて、著作権におけるフェアユースの法理が発展し、商標へと取り入れられた法理である。まず、著作権法上のフェアユースの取り扱いを観て、ラナム法にいうフェアユースを検討する。

(1) 著作権法

「伝統的なフェア・ユースの概念とは、ある著作物を無許諾で 2 番目の作者が利用した場合でも、それがもとの著作物の現存する、ないし潜在的な経済的価値を本質的に損ねることなく、かつ何らかの意味で公共の利益を増進させるような使い方」をしている場合に、「無許諾の利用も合理的なものとして許される」ものである。

そこで、「150 年以上に渡る判例の蓄積をもって」、「それまで明文の根拠なく衡平法判例によって形成されてきた」フェアユースの準則を、1976 年著作権法 107 条（17 U.S.C. §107）で成分化されたものである。

そもそもフェアユース理論は、無許可の使用を認め、適切なバランスを取ることにある。著作権上、創作者への報酬はセカンダリーなものであるが、報酬がなければ創作を減少させることとなる。そこで、フェアユースによって、個々の創作者の競合利権とその社会のバランスを図っているのである。

(2) ラナム法

TDRA が商標保有者に有利に改正されたために、稀釈化のおそれだけで同法が適用されることに対し、多くの言論の自由擁護グループが、商標保有者の標章や製品の批評やパロディなどをさせないようにすることをおそれて、異議を唱えた。そこで、「議会は、…『標章の非商業的使用』は…ダイリューションを構成しない」とし、同法の適用除外となるさらに具体的なフェアユースの規定 15 U.S.C. §1125(c)(3) が設けられた。

15 U.S.C. §1125(c)(3)では、「次の事項は、識別力の弱化に

よる希釈化又は汚損による希釈化であるとして起訴することができない。(A)他人による商品若しくはサービスの出所表示として以外に著名標章の名目的若しくは記述的フェアユース又はフェアユースの活用で以下に関連したいかなるフェアユースを含む(i)消費者に商品若しくはサービスを比較させる広告若しくはプロモーション；又は(ii)著名商標保有者又は著名商標保有者の商品若しくはサービスについて識別し、かつ、パロディ、批判、若しくは批評すること、(B)すべての形式のニュース報道及びニュース論評、(C)いかなる非商業的な標章の使用(筆者仮訳)と規定している。

フェアユースには、大きく分けて記述的フェアユースと名目的フェアユースがある。記述的フェアユースはいわゆる伝統的なフェアユースとして知られている。記述的フェアユースは、記述的使用が侵害行為にあたらぬとする抗弁として用いられる。名目的フェアユースは、混同を生じない使用によって、侵害行為にあたらぬとする抗弁として用いられる。

8. 小括

(1) 表現の自由

フェアユースの制限規定の原則の一つに、商標保有者の権利の拡張により、表現の自由の公益が損なわれることを避け、消費者の混同を避ける公益によって、バランスを図ることである。それは間違った情報を拡散するための表現の自由ではない。二つ目として、商標保有者は、公人のように公の関心事であって、パロディなどで嘲笑されることは受け入れなければならないことが挙げられる。

表現の自由とは、民主主義社会において基本的な権利である。ときには、それは私人間の紛争においても積極的な保護が必要であることがいえよう。批判やニュースなどが商標法などの法によって制限されることは、表現の自由が制限されることとなる。著作権や商標と修正1条のバランスは、フェアユースによって図られる。他人の商標を自身のために商品又は役務を自他識別する手段としての使用としてではなく、たとえばパロディにおける思想の表現は、「憲法上非営業上の言論について付与される手厚い保護の範囲内にある」ことが多い。商標保有者に対する言論に過ぎないなどと解釈される場合には「反ダイリューション法」は適用されない。ただし、誤認混同する行為にはその限りで

はない。

したがって、「〇〇sucks」ドメイン名のもとの批判サイトの開設、ならびに、「sucks」などの文言をインターネット上で使用し商標保有者を批判することは、誤認混同がない限りにおいて、表現の自由として認められよう。

(2) フェアユース

著名標章であったとしても、その保護の度合いは、「強い標章」であるか、「弱い標章」であるかを考慮することが重要である。そもそも、アメリカ法の 15 U.S.C. §1114 と 15 U.S.C. §1125(a)(1)における「混同のおそれ」についてのファクターが用意されており、同法下での標章の保護範囲は広いといえる。さらに、FTDA では、「衡平法の原則」に従い、裁判官が、保護が必要と認められる希釈化に対し差止めが認められる。それもかかわらず、さらなる希釈化の可能性にまで保護を拡大する必要があったかは疑問の残るところである。

1995年 FTDA の 2006年改正によって、希釈化の可能性が要件となった。それにより、著名標章権者はより強力な自己標章の保護を実現することができるようになった。しかし、同時に、フェアユースの適用除外規定も具体的なものとなったことは注目されることである。

なお、著作権分野において、フェアユースの経済的効果があるようである。また、現在、知的財産保護とは反対の、いわゆるアンチ・パテントの動きがあり、「ある分野においては、情報を共有しあい、契約により、お互いに自由利用の世界を作ろうというコモンズという考え方(例えば OSS = オープン・ソース・ソフトウェアや、スタンフォード大学のレッグ教授の提唱にかかる CC = クリエイティブ・コモンズ)が出現」している。このような権利保護から離れた活動が活発化しており、このような動きは、今までにない知の活用を生み出している。

これは、商標の分野にも同様のことがいえよう。たとえば、商標保有者は批判などによって、ブランド価値が下がることを懸念するかもしれない。しかし、批判やパロディがなされるということは、注目を浴びていることの証左であり、そこから当該商標の認知が拡大するともいえる。そして、商標保有者は、批判やパロディから学ぶものがあるかもしれない。つまり、それは、ブランド価値を更なる高みへと引き上げてくれる材料となりうるであろう。

日本法には、フェアユースの規定はみあたらないが、フェアユースの法理が、日本法にも参考になるものと考えられる。

Ⅲ.日本法

1. 商標法と不正競争防止法

日本では、商標問題に対応する法として、商標法と不正競争防止法がある。商標法が国家による商標権の設定を行うという違いはあるものの、不正な競業者による混同を生ぜしめるような不正な行為に対応するために、不正競争防止法と商標法が存在している。

一定の取引秩序を維持することにより、産業の発展に寄与し、消費者の利益を保護することとなる。商標法というのは、競争法の一部といえる。

2. ドメイン名の法的位置付け

不正競争防止法 2 条 9 項において、ドメイン名は、「インターネットにおいて、個々の電子計算機を識別するために割り当てられる番号、記号又は文字の組合せに対応する文字、番号、記号その他の符号又はこれらの結合をいう」と定義されている。

したがって、ドメイン名登録者との間に債権債務関係が発生するのみであって、ドメイン名登録者は、「ドメイン名権」といった商標権のような排他的使用権はない。

3. 商標法

商標法は、未使用の表示であっても排他権を与える登録主義を採用しており、当該登録商標の業務上の信用の保護と混同の防止となる登録商標制度を採っている。商標権は、特許庁への商標の設定登録によって発生する(同法 18 条)。侵害とみなす行為として、同法 37 条 1 項 1 号の要件としては、登録商標と同一類似の商標が、指定商品・役務に同一類似する商品・役務について使用されていることであって、混同のおそれを主張、立証する必要はない。

また、同法 67 条 1 項 1 号は、「指定商品又は指定役務についての登録防護標章の使用」をしたときも商標権侵害とみなすと規定している。

ドメイン名と商標権侵害が争われた事例としては、「CarrerJapan」事件がある。本件では、ドメイン名が商

標としての使用であるかどうか、登録商標に類似するかどうか、指定役務に類似するかどうか争点となった。これらは認められたが、先使用の抗弁が認められた事件である。商標法は、商標の稀釈化などについてはその対象外となっている。したがって、同一類似の登録商標と類似するドメイン名であったとしても、アダルトサイトが開設された場合には、そもそも同一類似の商品又は役務の提供がないとされ、商標法の対象とはならない。そこで、同一類似の商品役務にかかわらず、商標を含む商品等表示の混同惹起行為、著名表示冒用行為を対象としている不正競争防止法をかんがみる。

4. 不正競争防止法 2 条 1 項 1 号・2 号

不正競争防止法(以下不競法) 2 条 1 項 1 号及び 2 号の「不正競争」にあたるか否かを判断する際には①「商品等表示」の該当性、②「周知性」(1 号)若しくは「著名性」(2 号)の有無、③「商品等表示の使用」(1 号)若しくは「自己の商品等表示の使用」(2 号)の該当性、④「商品等表示」の類否を判断する必要がある。

ドメイン名は、その使用の態様によって商品等表示に該当し、商品等表示の使用に該当することとなる。しかし、1 号では、アダルトサイトが開設されている場合には、1 号にいう混同の要件を満たすことは困難となってくる。そこで、2 号をみても、著名性を有していることが要件となっていることから、著名性を有していない表示には適用外となる。また、ドメイン名を登録するのみで、当該ドメイン名の買取請求をするようなサイバースクワッティング行為は、1 号・2 号の適用外となる。

こうした問題に対応すべく不競法 2 条 1 項 12 号にドメイン名における不正行為が規定された。

5. 不正競争防止法 2 条 1 項 12 号

不競法 2 条 1 項 12 号にいう「不正競争」行為というためには、①不正の利益を得る目的(いわゆる図利目的)若しくは他人に損害を与える目的(いわゆる加害目的)を有していること、②他人の特定商品等表示と同一若しくは類似すること、③ドメイン名を使用する権利を取得、保有、使用する行為であること、という三要件を充たさなくてはならない。不競法 2 条 1 項 12 号によって、いわゆるサイバースクワッティング行為である①他人の商標などと類似す

るドメイン名を登録しアダルトサイトの運営に使用すること、②他人の商標をドメイン名登録し当該ドメイン名の買収を商標保有者に行うこと、といった行為は、図利加害目的が認められ、本号の適用がなされることとなる。その救済には、同法3条の差止請求、4条、5条に基づく損害賠償請求が設けられている。

しかし、残された問題としては、いわゆるサイバースクワッティングに当てはまらないようなドメイン名紛争、たとえば「〇〇sucks」ドメイン名のような事件が生じたとき、不競法2条1項12号の解釈が問題となってくるであろう。具体的には、そもそも表示が類似するの否か、図利加害目的が認められるの否かについて、更なる判例の蓄積が必要となる。

6. 小括

(1) 図利加害目的判断への示唆

インターネットの出現において、すべての人が表現者となることができるようになった。それに伴い、様々な権利の衝突が生まれ、その一つとして、商標と表現の自由がある。現在、日本では、アメリカにみられるような「〇〇sucks」「fuck〇〇」などのドメイン名紛争は見られない。しかし、このようなドメイン名が出てきたとき、果たして図利加害目的に該当するの否かが問題となってくる。

たとえば、「Xsucks」ドメイン名のときに、①X社のみの批判サイトであるとき、②X社を含めたその他の会社の批判サイトであるとき、③その他の会社のみ批判サイトであるときが想定される。①の場合には、フェアユースの法理から表現の自由として当該ドメイン名の使用が認められそうである。しかし、②や③の場合に、図利加害目的の判断として、X社への図利加害目的なのか、その他の会社への図利加害目的のかが明らかではない。その他の会社に対する批判をX社が行っているとインターネットユーザーが信じるかも知れないとして、X社への図利加害目的であることが認められるかもしれない。このような問題に対処するため、アメリカ法というフェアユースの法理を図利加害目的の判断の中に取り入れることが、その判断の一助となるといえる。

ドメイン名登録者は、他人の商標を使用するとき、その商標を使用する必要性を考え、何を表現したいのかを明確にする必要がある。ドメイン名登録者は、何らかの表現行

為をするときには、その表現の受け手に誤認混同をなすような表現行為は表現の自由として認められないといえるだろう。

民法1条2項では権利の行使は信義誠実に行わなければならないと規定し、3項では、「権利の濫用は、これを許さない」とある。これらの法理から、商標権として権利を有している者も、表現者として表現の自由を有している者も、その権利の行使にあたっては、信義則に従い、また権利濫用をしてはならないといえるであろう。

「〇〇sucks」ドメイン名にみられる批判サイト、あるいは非商業的使用、名目的・記述的使用は、当該ドメイン名を商標権者に販売しようなどといった図利加害目的がなければ、日本においても認められるといえる。ただ単に商標の使用の仕方が気に食わないなどの理由で差し止めることは認められない。

(2) 日本法への提言

ドメイン名紛争の救済として、差止めが認められている。しかし、差止めは、商標保有者にとっては強力な保護であるが、差止めを認めるまでもないような事例も考えられる。たとえば「〇〇sucks」ドメイン名などといった、図利加害目的を認めることさえ困難な事例もでてくるであろう。そこで、救済手段として、差止めではなく、混同防止表示を救済手段の一つに加えることが、権利のバランスを図ることのできる手段となろう。並行輸入（海外で安く販売されている真正商品を日本で販売されている価格よりも安く販売するなど）の問題も同様のことがいえる。並行輸入は、海外から安い商品が入ってくることにより、それまでの高価格のブランド・イメージが崩れるなどといったことを防ぐ手段として、商標権が用いられることがある。こうした並行輸入に対し、商標機能論の考えがある。商標機能論とは、出所を偽るものでなく、真正商品であれば、商標権者に対価が支払われなくとも商標権侵害とはならないという考え方である。商標の機能である、出所識別機能を害し、混同をきたすものでなければ、商標権の効力（商標法25条）も、不正競争行為（不競法2条1項1号）も認められないと解すべきであろう。このとき、並行輸入商品に、たとえば「日本の商標保有者から拡布されたものではない」などといった消費者にとって商品選択の際に知りたい情報を表示することができれば、消費者の利益となる。それが

混同防止表示の目指すところである。

商標機能論からも導きだせるように、結果的に消費者の誤認混同防止を果たす、換言すれば、消費者の保護となる権利のバランスを図る必要があるといえよう。

そのためには、不正競争防止法のもとでも消費者訴権が認められることが求められる。現在、不正競争防止法は消費者の訴権を認めていない。しかし、不正競争行為によって実際に損害を受けるのは消費者なのである。したがって、消費者（団体）訴権を認めることが、「アンフェア」な行為を差し止めることとなり、「営業の秩序について公共的な立場に立って活用される」こととなりうるであろう。

混同防止表示、消費者訴権の法制度については、ドメイン名紛争のみに限らず、不正競争防止法全体にいえよう。

また、商標法において、アメリカ商標法の使用主義に対し、日本の商標法は、未使用の表示であっても、当該登録商標の業務上の信用の保護と混同の防止となる登録商標制度を採っている。使用しておらず、商標に業務上の信用が蓄積していない標章を登録したときというのは、登録標章といえるが、商標権という権利で保護を与えることは権利を与え過ぎてしまっていないだろうか。更なる検討が必要であろう。

IV. おわりに

Jeremy Bentham（イギリスの哲学者）は、「最大多数の最大幸福」の原理（テーゼ）（幸福最大原理）を発展させた。これは、「幸福の総計を最大化しようとする社会」をいう。Bentham のいう法とは「個々人自らが善く生きることの概念を形成し、追及することができる私的不可侵性の範囲を区切ることによって社会的相互作用の基本的な枠組を提供する」ことをいう。つまり、最大幸福は、望ましからざる結果を基に産出されるものではなく、法や制度を乗り越えて可能な範囲における最大幸福をいう。自由な競争社会は、企業が消費者のニーズに応えようとする中で、様々な製品が生まれ、「消費者にとって選択の機会が豊富」となる。それは、消費者の幸福につながり、経済の最大多数である消費者の幸福の総計によって、幸福の最大化がなされた社会といえよう。自由競争のなかで事業者が利潤を得るのは簡単ではないからこそ、市場に参加する者すべてがフェアプレイでなければならない。

そのフェアプレイの一助となるのが、不正競争防止法となる。現在、不正競争防止法では、一般条項を設けることが盛んにいわれている。この一般条項は、安定した経済活動ができないとの反論も多いところである。何が不正で何が公正であるかは、そのときの情勢などによって変わるからだ。また、裁判官の負担や判決に時間がかかることにもつながることも挙げられる。しかし、市場参加者全員にフェアプレイをさせることこそ、「最大多数の最大幸福」につながると考えれば、この一般条項を採り入れることは、世の中の目まぐるしい変化の中では、必要不可欠なことといえるだろう。最大多数とは、諸制度に「参加する主体」であって、「考慮されるべき対象」である「人民」である。経済における「人民」とは、商品・サービスの選択を行う「消費者」ということができる。一般条項の運用は、「国民一般の法意識であり、国民一般の直接・間接の支持ないし協力」からなるのであって、ひとりの裁判官に重責を負わせることではない。パリ条約 10 条の 2(2)にいう「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は」を不正競争行為とする一般条項を設け、フェアプレイを促進することが世界の動きからも求められているといえよう。不正競争行為の一つの指標としては、消費者の商品・サービスの選択の目を曇らせるような、信義誠実ではない競争行為をすること、換言すれば、消費者を欺瞞させんとするような行為、他人の成果物（努力）にただ乗りするような行為は不正競争行為ということがいえるだろう。そして、事業者は、最大幸福を「利潤を得る」ということに見出すのではなく、最大多数の最大幸福となるには「消費者の幸福のために」行動しなければならないといえるだろう。

消費者もまた、このようなフェアプレイに参加しなければならない。フェアプレイではない商品、たとえば偽ブランドを購入するといったことはフェアプレイを阻害することとなる。そして、結果として「よいものを、安く」手に入る社会が保たれなくなるということは、常に認識しておかなければならない。市場参加者には、消費者も含まれおり、法はフェアプレイをさせる一制度でしかなく、フェアプレイをさせる社会を創るには消費者の志が大きな力となることはとどめ置かなければならない。守るべき権利は守る、競争させるべきは競争させる。フェアプレイのために、知的財産法のみならず独占禁止法や消費者基本法を含めた議論をすることこそ、今後の日本の知的財産保護における

課題といえる。

世界の動向に目を向けてみれば、スウェーデン法は、不正競争防止法から日本語ではマーケティング法といえるような「Marknadsföringslagen（市場取引慣行法）」へと変更された。その中身は、「市場行動基準法ともいえるような方向に、非常に不正競争防止法システムを普遍化」させているのである。同法は、第1条で、「事業者による商品・役務等のマーケティングに関連して消費者の利益を増進し、消費者又は事業者の利益に反する不当なマーケティングを防止すること」を目的としている。スウェーデン法のみならず、北欧型の法システムも、不正競争防止法というものをまさに経済基本法としてとらえており、「現代型の市場経済システムも含めた…市場行動基準法の方向へと」進んでいる。経済の「最大多数」である「消費者」の公益を前提とするフェアでグローバルな法システムの完成に、北欧モデルを参考に進めることが望ましいといえる。

不正競争防止法は、平成に入ってからというものほぼ毎年のように改正がなされている。そして、インターネットの出現は、著しい環境の変化をもたらした。インターネットというグローバルなサイバースペースにおける秩序を保つには、もはや限定列举では太刀打ちできず、不正競争として一般条項が必要といえよう。そして、不正競争防止法に一般条項を設けるにあたっては、適用除外規定の整理として、「いわゆる表現の自由を始めフェア・ユースとしての利用については明確に除外しておく必要がある」との説もある。著作権法においても、権利制限規定の一般条項であるフェアユースの議論が活発になってきている。本報告書は、ドメイン名を中心としたものではあるが、図利加害目的とフェアユースの検討が、一般条項への一助となるものと考えられる。

「最大多数の最大幸福」は、グローバル化した現代に、国境を越え、人種を超えた「最大幸福」を求めているのではないだろうか。今後の検討課題としたい。