

飲食店内にて提供される料理に附した標章と商標権侵害
中納言事件

田村善之

[*113]

大阪地裁昭和 61 年 12 月 25 日判決

(昭和 59 年(ワ)第 5703 号, 株式会社う越市外 3 名対渡辺ユリ子, 差止等請求事件)

無体例集 18 巻 3 号 599 頁, 判例時報 1223 号 130 頁, 判例タイムズ 630 号 202 頁

(参照条文) 商標法 36 条・37 条 1 項 1 号, 不正競争防止法 1 条 1 項 1 号・2 号, 商法 20 条 1 項

(事実) 原告 X₁ 会社は昭和 49 年 10 月以来, 大阪にて伊勢海老料理専門店「中納言」を出店経営。その後, X₁ 会社みずからが経営する, あるいは X₁ 会社が筆頭株主であり代表者を同一とする別法人 X₂ 会社, X₃ 会社, X₄ 会社が経営する店舗として, 昭和 50 年 10 月から昭和 56 年 5 月にかけて, 神戸, 大阪に四店舗を開き, それぞれ「中納言」という名称を営業表示として用いている。また, X₁ 会社は, 昭和 56 年 10 月に, 指定商品を 32 類(食肉, 卵, 食用水産物, 野菜, 果実, 加工食料品)とする登録商標「中納言」の設定を受け, その商標権者となり, 現在に至っている。他方, Y は, 昭和 56 年 5 月以来, 福岡にて「はかた中納言」の商号で料理飲食業を営み, 「中納言」の標章を看板, 箸袋に使用しているほか, 「中納言」の名称を含んだ名称(「中納言会席」「中納言弁当」等)を料理の名称として使用し, 定価表に記載している。X₁ 会社は自己の前記商標権を侵害することを理由に, また, X₁ 会社らは不正競争防止法 1 条 1 項 1 号に基づき, Y が「中納言」を料理の名称として使用している行為に対して, 差止および損害賠償を請求した。また, X₁ 会社らは不正競争防止法 1 条 1 項 2 号に基づき, また X₂ 会社は昭和 53 年 6 月の設立の際に登記した自己の商号権「中納言」を侵害すると主張して商法 20 条 1 項に基づき, Y が「中納言」を営業表示として用いていることに対して, 差止および損害賠償を請求した。

(判旨) 請求棄却。

一 まず, X₁ 会社の商標権侵害を理由とする請求について。

「問題は, Y が前記名称を付して店内で提供している料理が商標法にいう『商品』であり, 前記看板等が『商品』に関する広告または定価表といえるか否かにある。

商標法は『商品』の概念については特に定義してはいないけれども, 商標は元来複数の出所からの商品の存在が予定される場において自己の商品を他から識別させるためのものであり, 商標法は商標の有するこの商品識別機能を保護することによつて商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図りもって産業の発達に寄与しあわせて需要者の利益を保護することを目的とするものであるから(商標法 1 条参照), 商標法上の『商品』は本来的に流通性を

有するものであることを予定しているものと解しなければならない。

ところが、店内で飲食に供され即時に消費される料理は、提供者自身の支配する場屋内で提供されるものであるため、出所との結びつきは直接且つ明白であって、そこには他人のものとの識別を必要とする場は存在しないのであって、流通性は全くないものというべきである。

したがって、飲食店内で顧客に提供される料理は商標法上の『商品』には該当しないものと解するのが相当である。」

二 X₁ 会社らの不正競争防止法 1 条 1 項 1 号に基づく請求について。

「不正競争防止法も『商品』の概念を定義していないけれども、同法 1 条 1 項 1 号も周知の出所表示が有する商品識別機能を保護することによって右出所表示の主体の営業上の信用を保護するとともに一般需要者の利益をも保護して公正な競争秩序を維持することを目的とするものと解されるから、同法 1 条 1 項 1 号にいう『商品』も流通性を有するものであ[*114]ることを要するものと解すべく飲食店内で顧客に提供される料理は不正競争防止法 1 条 1 項 1 号にいう『商品』には該当しないものと解するのが相当である。」

三 この他、X₁ 会社らの不正競争防止法 1 条 1 項 2 号に基づく請求について、判旨は、X₁ 会社らは、Y の営業地である福岡市はもとより九州地方、中国地方には出店しておらず、X₁ 会社らの「中納言」という営業表示がこれらの地域で周知であったとは認め難いから、X₁ 会社らの営業と Y の営業につき、一般需要者間に営業の帰属主体の混同や営業上密接な関係があるものとの誤信が生ずるものとも認めがたいと認定し、同号の適用を否定した。

また、X₂ 会社の商法 20 条 1 項に基づく商号権侵害を理由とする請求についても、Y が X₂ 会社の営業形態をそっくりそのまま模倣したとまでは認めることができないこと、X₂ 会社の「中納言」の表示が、少なくとも Y が営業を開始した昭和 56 年 5 月当時においては Y の店舗の存する福岡市内においては周知であったとは認めがたいこと、Y は昭和 59 年 4 月当時からすでにレストランとしてそれなりの独自の名声を獲得していることなどを考慮して、商法 20 条 1 項にいう不正競争の目的があったとは認めることができないと判示した。

〔評釈〕 判旨の結論に賛成したいが、理論構成が問題となる。

一 本判決が商標権侵害を否定した点について。

1 商標法は、登録主義の関係上、あるいは、権利関係の明確性の観点から、商標権の権利範囲として、商標および商品の同一ないし類似の範囲を措定しており、誤認混同のおそれを具体的に問わない法制を敷く。しかし、このような法制においても、自他商品の識別標識として商標を機能させることを目的としていることは異論のないところであろう。それならば、本判決の認定のように、本件の料理に標章を附する行為が、出所との結びつきが直接かつ明白であるために、他人のものとの識別を要しないものに標章を附したにすぎないということであれば、これを商標権の侵害とする必要はないようにも思われる。

したがって、自他商品識別が不要であることを認定して、商標権の侵害を否定した本判決の結論には、その意を汲まなければならないところがあると考えられるが、問題は、その理論

構成であろう。本判決は、流通性を欠く場合には商標法上の商品に該当しないと論じることで正当化を試みている。

2 従前から、文献においても、商標法上の商品たりうるには、流通性を有することが必要であると説かれることが多く、その立場から、飲食店にて提供される料理の商品該当性が否定されることが少なくなかった(江口俊夫・新商標法解説(改訂版・1979年・専工業所有権研究所)28-29頁, 小野昌延「商標法上の商品について」企業法研究 209 輯(1972年)22頁, 竹田稔「商標の使用, 商標及び商品の類似について」発明 87 巻 8 号(1990年)79頁, 網野誠・商標(新版増補・1989年・有斐閣)33頁(但, 同書 68 の 1 頁))。しかし、なにゆえ流通性が要件とされるのかは、従来、必ずしも明確になされていなかったといえよう。その点、本判決は、商標法が、複数の出所からの商品の存在が予定される場において商品を識別するという商標の機能を保護するものであるということを理由に、商標法上の商品は本来的に流通性を有するものであることを予定していると解釈し、その上で、店内で供され即時に消費される料理は、出所との結びつきが直接且つ明白であって、そこに他人のものとの識別を必要とする場は存在せず、流通性は全くないと判示している。自他商品識別の必要の有無という観点から、流通性という要件を導いており、商標法の目的と絡ませた議論として注目される。

3 しかし、標章による自他商品識別が不要であるということと、流通性がないということとは、本判決の説示のように、果たしてイコールで結ぶことができる問題なのであろうか。この点を吟味するために、関連する判決例を俯瞰しておこう。

店内で提供され即時に消費される料理に関して、本判決同様、流通性を欠くことを理由に商品該当性を否定するものとして、岡山地裁昭和 61 年 6 月 18 日判決判例不正競争法 2502 の 330(後楽事件第一審)、東京地裁昭和 62 年 4 月 27 日判決無体集 19 巻 1 号 116 頁判例時報 1229 号 138 頁(天一事件第一審)(一般市場における交換性を要件とする)、東京高裁昭和 63 年 3 月 29 日判決無体集 20 巻 1 号 98 頁(天一事件第二審)がある。ただし、飲食店にて提供される料理ではあっても、これが店頭販売もなされているような場合には、商標法上の商品性を肯定して、商標権侵害と帰結する判決がある(名古屋地裁昭和 60 年 7 月 26 日判決無体集 17 巻 2 号 333 頁(東天紅事件第一審)、名古屋高裁昭和 61 年 5 月 14 日判決無体集 18 巻 2 号 129 頁(東天紅事件第二審)、大阪地裁平成元年 10 月 9 日判決無体集 21 巻 3 号 776 頁(元禄寿司事件)、東京高裁平成 2 年 3 月 28 日判決判例時報 1358 号 132 頁(祇園平八事件)。なお、店舗で飲食した顧客からの注文で例外的に持帰り用として提供される折詰について、判決は、商品該当性を否定する)。

他方、東京高裁平成元年 8 月 16 日判例時報 1333 号 151 頁(マイスター事件)は、店内で焼き上げられるパンに関して、店内飲食の場合と持帰りの場合のい[*115]ずれにおいても、商品該当性を肯定する(ただし、不使用取消審判の事例)。また、被告が店内にて提供され即時に消費される中華そばに標章を付していた事案で、広島高裁岡山支部昭和 61 年 6 月 18 日判決判例不正競争法 2502 の 330(後楽事件第二審)は、当該標章は、原材料であり、原告の指定商品である中華そば麵に関しても使用されていると認めることにより、商標権侵

害を肯定している(最高裁昭和62年6月18日判決判例工業所有権法2853ノ204〔後楽事件上告審〕によって維持される)。

飲食店内にて提供される料理が店頭でも販売されている()などはともかくとして、の店内飲食の分や、(), ()に関しては、ここに流通性を見出すことは困難であろう。なるほど、このような事例の中には、一方で、本判決のように、標章が自他商品識別標識として機能しないと認定すべき事例もあろう。しかし、他方で、()のように、その主材料が一般に流通しているものである事例、あるいは、が示唆するように、チェーン店化が進んでいるために同一の料理品が個別の店舗を超えて流布している分野の事例などでは、料理に附された標章が契機となって、他の飲食店において提供される同種料理との誤認混同を生む恐れがある。

すなわち、たとえ完成品としての料理自体に流通性がなく、その提供者が個々の飲食店であることは明らかである場合であっても、他店舗の提供する料理と同じ料理であるという誤認混同が起こる可能性があるがために、いまだ標章による自他商品の識別の必要性は失われていないとみるべき事例があることに留意しなければならない。もちろん、流通性を要件とする立場からも、被告の飲食店内にて提供され即時に消費されている飲食物であっても、一般市場にても流通している飲食物である場合には、「本来的には」流通性を有している(本判決の説示を参照)と認定して、商標権侵害を肯定することは可能であろう。また、主材料が問題となる場合につき、判決は、流通性の観点からは商品性を基礎づけえない中華そばに関する被告標章をして、原材料である中華そば麵に関する商標の使用であると認定する迂路を辿って、商標権侵害を肯定した(既にこの点を指摘するとともに、端的に中華そばをして指定商品たる中華そば麵の「類似商品」とであると認定すれば足りたと論じるものとして、網野誠・商標法あれこれ(1989年・東京布井出版)189~192頁)。だが、これで全てをカバーできるものではなからうし、そこまでして流通性にこだわらなければならないものなのだろうか。この他、店内で提供される料理が持ちかえり可能であったという事案で、判決が ~ 判決と異なる結論を採用して商標権侵害を否定しているが、ここにおいては、流通性云々ということよりは、むしろ当該料理が、店舗外に持ち出されるにしても、店舗で飲食した顧客にのみ例外的に提供されるが故に、自他商品識別を必要とする場が未だ存在していないのではないかという問題設定を行うべきなのではなからうか(なお、本判旨は、流通性以外にも、「出所との結びつきの直接性、明白性」の有無と自他商品識別の必要性の有無を連結させており、そこにいう「出所」ないし「直接性、明白性」の意味如何が興味深い。また無形物であるサービスの誤認混同と商品の誤認混同との意味の異同も今後問題となろう)。

4 飲食店内にて提供される料理につき、流通性をその要件と解することによって商品性を否定した従来の見解の背後には、単なる一店舗内にて提供される料理について、全国的に効力を有することとなる商標権の登録を許容するべきではないという価値判断が存在する可能性がある。現行商標法が、商標と商品との連結を要求することで、サービス・マークの保護を否定していることも、合わせ考えなければならない。しかし、このよう[*116]な判断から、商

標権の侵害の場面における流通性を要求する商品概念の定義を導出することには、論理の飛躍があるようにおもわれる。

商品概念は、まず、商標の登録の際に、あるいは、不使用取消審判等の場面に、要件として機能する。出願された商標が、出願人の業務に係る「商品」について使用するものであることが必要とされており(商標法3条1項)、出願人は商標を使用する商品を指定しなければならない(6条1項)。また、「指定商品」について商標権者等が継続して3年以上登録商標を使用していない場合には、不使用取消審判に服することになり(50条)、存続期間の更新登録をする際にも同様の規制がある(19条)。他方で、商品概念は、侵害者の側の商標の使用態様の問題として、指定商品に「同一ないし類似する商品」に使われているか否かという形で、商標権侵害の成否を決する要件となる(25条、36条1項、37条1号)。しかし、同じ言葉が使われているとしても、前者の場面の問題と、後者の場面の問題とでは、帰結がどうなるかはともあれ、アプローチの仕方としては必ずから異なったものを探る必要がある(本稿とは異なる見解を採るものの、両者の問題を分けて考察することを提唱するものに、網野・前掲・商標法あれこれ190~192頁)。本件は、右のうち後者の商標権の侵害者の側の問題でしかなく、ここにおける商品概念の問題が、ただちに前者の「指定商品」の問題に影響するものではないとの立場を採ることも決して不可能ではない。さらにいえば、前者の場面においても、商品概念のところで流通性を要件とするよりは、むしろ、果たして独占権を付与するに値する標章の使用を商標権者がなしているかどうかという観点から、要件としてより高いバーを設けるべきではなかろうか(参照、網野誠・商標法の諸問題(1978年・東京布井出版)126頁)。

二 不正競争防止法1条1項1号の商品表示の誤認混同を否定した点について。

判旨は、不正競争防止法1条1項1号の「商品」概念についても、流通性を要件とすると述べているが、登録の場面が問題とならない不正競争防止法にあっては、なおのこと、かかる要件を鼎立する必要はなく、端的に被告の行為が同号の「混同ヲ生ゼシムル行為」に該当するか否かを問えばよい。結論としては、2号の営業表示の請求に関して、周知性ないし誤認混同の虞が否定される以上、それと平仄を合わせることになる。

三 不正競争防止法1条1項2号の営業表示の誤認混同、および商法20条1項の商号権侵害を否定した点について。

前者に関し、判旨は、原告の営業表示が被告の営業地域周辺にて周知となったものと認めがたいことを理由に、誤認混同の恐れを否定した。従来の裁判例をみても、被告の営業地域において原告の営業表示が周知でない場合には、原告の請求は棄却されており(大阪地裁昭和38年2月28日判決判例時報335号43頁〔松前屋事件〕、大阪地裁昭和58年2月25日判決判例タイムズ499号184頁〔紙なべ事件〕、横浜地判昭和58年12月9日判決無体例集15巻3号802頁〔勝烈庵事件〕、判決〔天一事件第一審〕、判決〔天一事件第二審〕)、本判決は一事例を付加したものに過ぎない(なお、判旨は、この問題を、2号の要件中、周知性および誤認混同のおそれの問題として扱う)。

このような帰結は、チェーン店網を有する原告にとって、自己が未だ店舗網を拡大してい

ない地域に関して、不正競争防止法の保護を受け難いということの意味する。この点、商号を登記した場合の商法 20 条 1 項の保護が注目されることになろう。しかし同項は、「不正ノ競争ノ目的」という不正競争防止法にない要件を付加している。過去の裁判例をみると、他の要素も包含された上で「不正ノ競争ノ目的」の有無が総合判断されるとはいえ、原告の営業表示が被告の営業地域において周知性を獲得していないという事実は、不正競争の目的を否定する方向に働く傾向がある（（株）エヌエスエス、（株）エヌエスエス 判決）。本判決も、被告の営業形態が原告の営業形態を完全に模倣したとは認め難いこと、および、被告が一定時点から独自の名声を得ていることをも理由としつつ、不正競争の目的を否定しており、右の裁判例の流れに追随している。商号に関する現在の商法の法規制は取引の実情に適合せず、立法論としては、商号登記により、不正競争の目的を問うことなくより広範な地域において保護を与えるべきとの指摘が夙になされているところである（中山信弘「商号をめぐる商法と不正競争防止法の交錯」現代商法学の課題（中）（鈴木竹雄先生古稀記念論文集・1974 年・有斐閣）634 頁）。ただし、サーヴィス・マークの登録制度が立法化された場合には、これを利用することにより保護を受けることが可能となろう。