

第3章 商品等主体混同行為

I 制度の趣旨 不正競争防止法2条1項1号

他人の周知な表示と類似の表示を使用して需要者を混同させる行為は、表示に化体した他人の信用にフリーライドする行為です。信用とは good-will と英語では言いますし、日本語でも専門家の間ではグッド・ウィルと片仮名で表現することもあります。これを許容すると、2 つほど問題が起こります。まず 1 つは、他人の信用にフリーライドする行為を許してしまうと、何のために信用を培ってきたのか分からなくなります。信用を培うということは、結局自己の商品ないし営業の質を維持する、あるいは改善するということです。そうした形で信用を化体する努力をなしているわけですが、そのインセンティブが多少あるいは過度に失われるかもしれません。それからもう 1 つは、商標法あるいは商品等表示混同行為に特有の問題かもしれませんが、表示が特定の者を示す機能を失い取引秩序の維持が図れなくなります。表示を誰もが使ってもよいという法制度では、例えば、特定のある人がソニーという表示を見ても、本当にあのソニーのものかどうか分からないことになります。

商標法は後でやりますが、商標権という工業所有権もしくは産業財産権の 1 つとして特許庁に出願して審査を受けた上で排他権を得るという制度が別途用意されています。登録商標制と呼んだりします。登録商標制度との関係は何かというと保護法益はほとんど共通しています。逆に言うと、何で商標登録の制度があるのに、その横で不正競争防止法2条1項1号を設けなければいけないのかということが問題になります。これは、商標登録の方は出願して審査を受け登録を得る必要がありますが、その代わり全国的な保護を得ることができます。それに対して、不正競争防止法というのは、周知の範囲内での保護なので、全国的に周知であれば全国的な保護になりますが、ある特定の地域で周知であればその範囲での保護も受けることができます。そのような違いがあります。そのような違いから、次のような関係の説明ができるだろうということです。

仮に商標登録がないとしても、有意な混同が起こる場合があります。その場合に、表示の保護を否定すれば、需要者の混同が、その地域で放置されてしまうことになります。だからといって、需要者の混同を放置しておいてよいということには、やはりならないだろうとなります。今のは、いわゆる公益的な説明ですが、もう少し私益的な点を考えてみましょう。具体的な信用を保護するという観点からは、例えば、全国的に表示を使う気はない、もう自分は札幌だけで使えばいいとか、あるいは札幌市の中央区だけ使えばよいと思っている方はいらっしゃいます。それから、例えば、ご本人は札幌の中央区だけで長年営業している一方で、九州地区で使用しようと思って同一の商標権を持っている人がいるとします。そういった形で他人に登録商標を取得されているために、商標登録を取ることができない場合に、営業者を保護する必要性もあるでしょうということです。

以上の 2 つが積極的な理由だとすると、次が消極的理由になります。周知性のある範囲で保護するに過ぎませんので、あえて商標登録制度を利用させる必要はないということです。周知性のない地域にまで保護するということになれば公示させる必要はありますが、周知の範囲内であれば、通常同業者は分かるはずで、こういったことで、登録商標制度の横に、不正競争防止法2条1項1号の保護を並走させる意味は大いにありそうだということになります。条約上も、こういった形で登録制度と無関係の保護というのがパリ条約で要求されていますので、その意味でもこの法制度は動かし難いところがあります。

II 要件

条文から、要件は大きく取ると3つ取ることができます。1つ目が、「他人の商品等表示として需要者の間に広く認識されている」という周知性です。2つ目は、「類似の商品等表示を使用し」という類似性です。3つ目が、「混同を生じさせる行為」という混同の恐れです。

問題は周知性です。1993年の改正前は、文言上もう少し広く読める条文が書いてありまして、「本法施行の地域内において、広く認識せらるる」という条文になっていました。教科書59ページに書いてあります。本法施行の地域内、これは戦前の条文なのでこのような形になるのですが、戦後は一貫して、これは日本国内と同じ意味だということになります。普通にこれを読むと、かなり広く知られていないといけないような条文の文言に見えますが、それでよいのかということが問題になります。この点につきましては、裁判例がありまして、それほど広い範囲は要求されていません。

いくつもあるのですが、少しご紹介します。教材に載せましたが、東京地裁の勝れつ庵という事件(東京地判昭和51.3.31判タ344号291頁)があります。勝烈庵は、老舗のトンカツ屋さんだそうで、少なくとも横浜では最初だと言っています。この店は、有名な版画家の棟方志功の版画を店のエンブレムに使っていますので、ご存じの方も少しいるかもしれません。横浜では少なくとも有名なようです。横須賀市の方が、平仮名にした勝れつ庵です。ちなみに申し上げておくと、平仮名にしようが何しようが、これだけ似ていれば類似の範囲内です。ですから、文字が違うことはあまり気にしなくてよいのですが、勝れつ庵という営業表示を使用したので、勝烈庵の方が差止請求したという事件です。裁判所は、この勝烈庵の表示は、横浜市を中心とする、その近傍地域について周知であったと認定いたしました。それだけで請求を認容していますので、少なくともこの判決から分かることは、横浜市とその周辺くらいの広さで足りるということです。

この他にもかなりの数の判決があるので、そんなに広くなくてもよいということが分かっているわけですが、逆に言うと、こんなに狭い範囲で周知であればよいとなると、その保護はどのくらいの範囲なのかということが次に問題になります。つまり、横浜市とその近傍で周知だからといって、日本全国に及ぶ保護を与えられるわけではないでしょう。何となく一定の地域ではないかと考えられるわけですが、実際、裁判例もそのように考えています。

勝烈庵に関しては、もう1つ有名な事件があって、横浜地裁の昭和58年の事件(横浜地判昭和58.12.9無体集15巻3号802頁[かつれつあん])があります。これも原告は同じですが、被告は、鎌倉市大船の勝烈庵と静岡県富士市のかつれつあんです。たまたま一緒に訴えられただけですが、請求経緯を同じくすることで共同被告になりました。原告が被告らに対して差止の請求をしたという事件です。

原告の表示は、鎌倉市大船においては、横浜のすぐ隣だということで、周知だと認定されました。これに対して、静岡県富士市に関しては、周知だとは認められませんでした。その結果、大船のかつれつ庵に対する請求は認容されましたが、富士市のかつれつあんに対する請求は棄却されたという事件があります。

他にもいくつか判決があるのですが、これほど請求認容と棄却に分かれたケースはこれ以外にはありません。そうすると次に、では一体どの範囲で周知であることを主張、立証する必要があるのかということ、これは簡単に答えが出てきます。つまり、静岡県富士市において営業している被告に対して訴え、そこで勝つためには、静岡県富士市で有名かどうかが大事です。静岡県富士市で周知であれば、請求は認容される可能性が出てきます。少なくとも、周知性はクリアします。他方で、静岡県富士市で周知でなければ、他のどこで周知だろうが関係ないということになります。つまり、類似表示使用者の地域で周知である必要が

あるということになります。

肝要なことは、1993年改正の、「本法施行の地域内において広く認識せらるる」と書かれていた時代から、実は周知と認定しなければいけない範囲内は、実は裁判例の法令によって、類似表示の使用者の営業地域における周知性を認定すればよいということになっていたことです。

次に、今までは地域的な範囲でしたが、ほとんど同じようなことが顧客層についても言うことができます。つまり、老若男女、津津浦浦まで知られていなければいけないのかという問題です。

裁判例は分かれていると言われていたこともありましたが、例えば、東京地裁の昭和49年の判決（東京地判昭和49.1.30無体集6巻1号1頁[ユアサ]）です。これは、原告も被告も総合商社でした。その場合に、取引者において広く認識されているということを認定するだけで請求を認容した判決があります。それから、東京地裁のアマンド事件（東京地判昭和42.9.27判タ218号236頁）、あるいは、東京地裁のサッポロラーメンどさん子事件（東京地判昭和47.11.27無体集4巻2号635頁）というのは、これは一般消費者における周知性を認定して、請求を認容しています。

裁判の扱いが分かれているように言われていたこともあるのですが、そんなことはありません。つまり、前者の事件では、取引者を相手にする企業同士の争いでした。原告も被告も商社ですので、直接消費者を相手にしていないので、一般消費者にはユアサという名前はあまり知られていないかもしれません。ですが、消費者において知られていないからといって放置すると、取引者において周知であるにもかかわらず放置されることとなります。結局、取引者間における混同は放置されたままになってしまいます。問題は、取引者間の混同にあります。そこで、取引者らには広く認識されているのであれば、混同を放置する必要はなくこれは請求を認めてよいでしょうということになります。逆にアマンド事件とかは、消費者を直接相手にしているわけですから、消費者における混同が問題となっています。そうすると消費者に対する周知性が必要でしょう。ですから、先ほどと同じ意味で、類似表示の使用者が使用しているところで周知である必要があるだろうということですが、

ともすると、より狭い範囲で周知かどうかの問題になる場合もあります。例えば、札幌地裁の昭和59年のコンピューターランド北海道という事件（札幌地判昭和59.3.28判タ536号284頁）では、まだパソコン等があまり普及していなかった時代ですが、そういった時代で、被告がパソコン等の小売販売をなしている場合には、メーカーや販売業者と、パソコンを購入しようとする者の間で原告の表示が広く認識されているということを認定するだけで請求を認容した判決があります。また、モノフィラメント製造装置の機械製造販売業をなしていた被告の事件（名古屋地判昭和51.4.27判時842号95頁[中部機会商事]）では商社ですけれども、ものすごく狭い商社で、総合商社ではありませんでした。そのときに、名古屋地裁は取引者全体ではなくて、機械の取引に関与する商社や、機械を使用するプラスチック加工業者の間で広く認識されているということを認定するだけで請求を認容しました。逆に、大阪高裁の松前屋の事件（大阪高判昭和38.2.28判時335号43頁）では、京都市内において高級昆布の製造販売業を営む原告の商号「松前屋」は、一部好事家を除いて大衆向けの昆布の販売業を営む被告の営業地域である大阪市においては、一般大衆に広く認識されているわけではないとして請求を棄却しました。ただ、これは古い時代ですから、今では大阪と京都の近さだとかはならないかもしれません。この事件の1つの決め手は、原告が同じ昆布であるにもかかわらず高級昆布だったということです。逆に言うと、これは一部好事家に分かっているのだから、被告の方が高級昆布で一部好事家を相手にしていたのであれば、おそらくは請求が認容されたのではないかという気がいたします。

ともあれ、こういった形で、顧客層においても周知性を認定する必要があるのは、類似表示の使用者の顧客層だということになります。結論を申し上げますと、周知性という要件は、実は昔の旧法の時代から、類似表示使用者の商品または営業の需要者の間で、他人の商品または営業表示が広く知られていることを要する要件として機能していたということになります。

実は、私はこの改正参議に携わっていたので、そういった論文も書きました。改正参議の中で出して、そのときは「本法施行の地域内で広く認識される」というのは、あまりにも広すぎるから、類似表示使用者の需要者の間で広く認識されるということにいたしましよと提案をした次第です。結局、「類似表示使用者の」というところは採用されませんでした。そのようなことであれば需要者ということにしようということで、現在の条文「需要者の間で広く認識されている」という条文に変化したのです。ですから私の理解だと、類似表示使用者の商品ないし営業の需要者のことだということになります。これは、誰も反対しないのですが、どう考えても通説ではないかと今では思っています。

以上が、地域と顧客層の範囲です。では、今度はその類似表示使用者の需要者の間でどのくらいの程度知られている必要があるのかについて説明いたします。これも、やはり数字を書くのはみんな怖いので、あまり文献がありません。一部の文献では、5割以上、半ば以上などといわれることもあります。裁判でもあまり言いません。私は前から、10%ぐらいでいいのではないかなと実は思っていました。なぜ10%ぐらいでいいかというと、例えば、今皆さんに、札幌のラーメン店で有名なところを聞いてアンケートを採っていくと、だいたい6位か7位くらいのお店くらいから10%近くに落ちてきます。「すみれ」とか「てつや」ぐらいだと、7~8割手を上げるでしょうけど、だんだん落ちてきます。そうすると、例えば札幌のラーメン店なんかで、札幌で保護されるのが5店舗とか6店舗でよいのかという問題があるので、もう少し下げてもいいだろうと思っている次第です。今1~2割と思っています。

東京地裁の平成12年の判決(東京地判平12.6.28判時1713号115頁[LEVI'S弓形ステッチ])があります。これはリーバイスという事件ですが、この事件で初めて数字がきちんと出ました。もちろん、裁判官がためらっていたという以前に、そもそも数字が具体的な事実で普通は出てこないのですが、この事件はアンケートが使われたので数字が出たということです。この事件では、リーバイスのジーンズの後ろに付いている弓形のステッチとそっくりそのままの物を被告が使ったというケースです。501という型番もかなり有名だそうで、おそらく皆さんご存じなのでしょう。被告は505というのを使ったというケースです。それで、その501という標章を示されて、出所をリーバイスと答えた者の割合が16.6%という調査結果がありました。また、弓形ステッチを見せられて、出所をリーバイスと答えたのが、18.3%。そのくらいあったというケースです。私が偉いなど思ったのは、原告の弁護士さんは、よくこの数字でアンケート結果を出しましたよね。僕だと怖くてちょっと出せないです。16.6%とかがってそんなに高い数字ではないので、よく出したなど。このような事件です。それで裁判所は、16.6%も18.3%も、どちらも周知と認めました。ただし、教材には書いてありませんが16.6%の方が傍論です。なぜ傍論かと言うと、この後、501の周知性は認めたのですが、被告の表示との類似性を否定したのです。501と505はすごく似ているような気もしますが、数字ですから、選択の範囲を一般の類似表示使用者に残しておこうという考え方が働いたのではないかと思います。

ともあれ、16.6%という数字で十分とされているのは、非常に重要だと思いますし、私はこれでよいだろうと思っています。10%を超える程度で、1割か2割程度で十分だろうということです。ただ、この判決に続く判決はまだありませんので、安心かどうかはよく分からないところがあります。

次に行きましょう。そのようなことで周知性に関しては、実は新法に移行する際には、こんな厳しい要件

はやめてしまえということでは削除すべきだという立法論も少なくありませんでした。ただ、私は、そんなにみんなが思っているほど厳しい要件ではないのではないかなと思っていました。例えば学会とかでは、ガソリンスタンドがある所にできて、次の週にそこから100メートル近くに同じ名前の別のガソリンスタンドができたとします。でも、先行したガソリンスタンドのお名前がまだ周知ではないということで請求が棄却されるのはおかしいだろう、だから、周知性はやめましょうという意見が言われたりしたのですが、おそらくそうはならないのではないと思っています。例えば、札幌市、北大の近くで、いくつか大衆食堂があります。そういったところで、いつも例に出して、教科書にも似たような名前が挙げられているのですが、銀星食堂さんというのがあります。銀星食堂を知っている方はどのくらいいますか。学部生だと長くいるので、分かる人が多いのですが、ロースクールではぎりぎりですね。でも、これは皆さん北大にいるから、ぎりぎりのこの数字が出たので、ちょっとでも地域をずらせば、もう無理なのではないかと思います。ですので、この銀星食堂さんは、おそらくこのくらいの範囲で周知ではないかと思っています。

そのときに、被告の営業している範囲内で周知であれば足りるというふうには動いているわけですから、ここまで狭かった例はまだないのですけれども、でも、理屈から言うと、例えばこの地域で被告が営業すると、同じ銀星食堂という名前だと、やはり止めることができるのではないかと思っています。また、逆に止めてしかるべきだと思います。銀星食堂さんの親戚でも始めたのかなと思って、1回は食べてみたりするかもしれません。味が違ったり、中身が分かって違う店だったなど分かるかもしれませんが、中には、勘違いする人がどうしても出てくるでしょうから、やはり保護すべきでしょう。そのくらい保護を認めても、この地域を外れば保護されないわけですから、全然大丈夫だろうと思っています。

ですから、有意な混同が生じているにもかかわらず、周知性がないために請求が否定されることはないのではないかと思っています。言われているほど、条文の当時の文言から想像できるような厳しい要件ではないのではないかと思ったわけです。

逆に、だったらあってもなくてもよい意味がない要件なのかということ、そうではないありません。この例でもいいのですが、例えば、山口県と北海道とで、たまたま同じ表示の大衆食堂があるとします。よほど迂闊な人のような気もしますが、もう少し広げて、例えば北海道でやっている大衆食堂は少しチェーン店化しているとします。山口県の方に行ってみたら、同じ名前でも、若干似ているような感じのイメージのお店があったので、勘違いする人が、もしかしたら若干、1年に1人くらいいるかもしれません。そのような意味では混同の可能性、混同の恐れという要件が後ろの方にありますけど、混同の恐れだけの要件だと、保護されるのかどうかというのが問題になります。もちろん、混同の恐れといっても、ある一定割合以上の混同の恐れがなければいけないと考えますから、これは刑法の構成要件みたいなもので、あらかじめ周知でなければ他の要件を調べなくてよい、その段階で区切る、請求を棄却できるという形にしておくことで、保護されるべき混同の可能性を判別するためのバーをあらかじめ設定しておくという機能がやはりあるだろうと思います。これは非常に分かりやすい機能なので、混同の恐れのある範囲内で保護されますというよりは、あなたの表示は少なくとも周知の地域外では保護されません。逆に言えば、周知の地域内でしか保護される可能性はありません、と考えた方が、予測可能性は高いだろうと思いますので、そういった機能があるのではないかと思っています。刑法の構成要件に似たような機能があるのではないかという気がしているので、廃止すべきではないぞと私は考えまして、それが一応通って、廃止はされなかったということです。

次に行きましょう。今までが1つ目の要件です。2つ目の要件は、類似性の要件です。いくつか、そこに

判決を挙げています。実際の例ですが、「ORIGINS」と「ORIGISON」、「フシマン」と「K.K. Fushiman VALVE」とか、「中部化学機械」と「中部機械商社」、次もすごいですね。「マクドナルド」と「マックバーガー」って、今では信じられないかもしれませんが、堂々と売られていたこともあります。マルシンフーズという、かなりそれで有名なところが被告です。何でこんなことが起きたのかというと、マクドナルドが初めて日本に進出しようとした直後に、やはりすごく脅威なわけですね、ファストフードなるものがまだ日本になかった時代に急に来ました。そのときに、一番最初のマクドナルド 1 号店は、わざわざ銀座三越に構えたのです。ファストフードの悪いイメージを払しょくするためだと思います。すぐに撤退しましたが、1 号店銀座三越という、やはりニュースでもそこが映りますから。それで三越で開店したのです。そうすると、即席のハンバーガーを売っている会社なんかにとっては脅威なので、ちょっと嫌がらせをしようと、むしろ先に使ってしまうということで、日本で周知でないかどうかの争いになったのです。マックバーガーで使い出したり、あるいはマックバーガーで商標登録したりとか、いろいろな事件が起きたのです。そのケースで、マクドナルドも訴えて、使用開始直後ですけれども、世界的に著名だし、日本でももう周知になっているということで、請求が認められたケースがあります。

次もすごいです。「ASAHIBEMBERG」と「Asoni Banbarq」って、これは真剣になって読めば、間違えませんかよね(笑)。間違える方もどうかという気もするけど、間違える人もたまにはいるのでしょうね。あとは、「NESCAFE INSTANT COFFEE」と「NEWCASTLE INSTANT COFFEE」。これも間違えそうにないのですが、これだけではなくてラベルの図案も似ていたというケースで類似を肯定しているのもあります。以上がほしい、類似していると思われるようなケースですが、判断基準はどのようなものなのかと考えようということです。

最高裁判決があります。日本ウーマン・パワー事件(最判昭和 58.10.7 民集 37 卷 8 号 1082 頁)という事件なのですが、原告の方はご存じの方も多かもしれません。人材派遣会社で、あとアルバイトなんかも扱っていますから、皆さんの中でも登録なさったりしたことがある方がいるかもしれませんが、このマンパワー・ジャパンが原告です。これに対して、被告の方は、日本ウーマン・パワー株式会社というのです。最高裁は、これは類似性があると認定しました。別に類似性を肯定するのは全然構わないと思いますが、問題はそこで言った判断基準です。一応、最高裁が言ったことなので、一応これは、裁判官の方が判決を書くときには必ず引用します。本当にそう思っているかどうか分からないところがあるのですが、「取引の実情の下において、取引者、需要者が、両者の外観、呼称、または観念に基づく印象、記憶、連想等から、両者を全体的に類似のものとして受け取る恐れがあるか否か」という判断基準です。ですが、これは結構読みようによっては厳しくて「両者を全体的に類似のものとして受け取る恐れがあるかどうか」というのは、最終的に、何かはっきりしないところがあります。この説示だけではよく分からないところはあるのですが、具体的に当てはめてみると、「マンという英語は人をも意味し」、「ウーマンを包含することしかない」と厳しい意見を述べています。昔のスタートレックのオリジナルシリーズは、Where No man has gone before. というようなキャッチフレーズが番組の冒頭に流れていたのですが、ニュージェネレーション、スタートレックの新しいやつからは、Where No one has gone before. に替わったりしているので、結構外国の方は気を付けたいと思いますが、当時の日本ですから、あまり気にしなかったのかもしれませんが。ともあれ、事実としてそうだということです。よく考えると、そうかもしれません。マンは、人間を指すこともあるからウーマンを含むかな、と思うかもしれませんが。でも、英語圏でもないの、そこまで皆さんが思うかどうかはよく分からないところがありますが、「両者の需要者層においては、右マンパワーとウーマン・パワーは、いずれも、人の能力、

知力を連想させ、観念において類似のものとして受け取られる恐れもあるというべきだ」というふうに述べたということです。ですから、最高裁の言っていることを真に受けると、これは観念類似だと言っているのです。マンという言葉があったときに、何となくろ覚えにマンというのを覚えて、人だなと思って、ウーマンって見たときに、あ、あのマンパワー、名前忘れちゃったけどあれかな、と思ったりする。そういった形の混同ですね。マンパワーと日本ウーマン・パワー自体を取り違えるという、そのような混同を想定しているようにも読めなくもありません。実は、この基準は後でやりますが、商標と同じ基準なのです。商標権の方では、具体的に、表示を取り違えるくらい似ているかどうかで考えます。同じ事件はありませんが、最近は裁判例もだいぶ揺らいできて、だいぶ柔軟化してしまったのですが、おそらくは商標の方、少なくとも特許庁のクラスですとマンパワーと日本ウーマン・パワーと非類似だと言うと思います。商標の方はそれで構わないのです。商標は、形式的に有名でないものも有名なものも含めて、画一的に法が決めます。ですから、比較的安定感のある画一的な権利範囲でいいと私は思います。それに対して、不競法の方は、そのように考える必要があるのかなと思います。むしろ、登録はないけれど有名なものだけは保護するのですから、混同の恐れのある範囲で保護した方がいいと思うので、商標と同じ基準を取る必要はないのではないかなと思っています次第です。

少し先に行きます。教材の16ページ。混同の恐れ要件は混同にもいくつか考えられて、他人の表示と自己の表示が混同される、そのような意味での混同であるとか、あるいは表示自体は混同されなくても、他人の商品や営業と自己の商品や営業が混同されるという意味での混同もあれば、出所の混同、商品や営業が混同されないとしても、その出所が同一であるというような混同もあります。例えば、ウォークマンというのが出ていて、そのウォークマンが、携帯型ラジカセではなくて、今度はCDとかMDの携帯に使われるとか、あるいはDVDの携帯なんかに仮に使われたとすると商品は混同しないけれど、あ、あの会社ももう1回出したなという意味での混同が起きるかもしれません。さらに、出所の混同は広義と書きましたが、別個の出所だけでも、関連するところから出ていると誤信する場合があります。例えばマンパワー・ジャパンと日本ウーマン・パワー、ジャパンとで、日本のところは何となくろ覚えになってしまうでしょうから、マンパワーとウーマン・パワーという言葉を見たときに、別な名前なので別会社だと分かります。けれども、例えば、マンパワーの婦人部門が独立したのかなとか、あるいは、マンパワーの婦人部門が、まだ独立していないけれども別の営業表示を用いているのかなと思うかもしれません。あるいは、ウーマン・パワーはマンパワーが何か100%か、かなりお金を出している関連の子会社ではないかなとか、そのような形での混同もあり得えます。そういった形で何らかの関係があるというのも、あ、あのマンパワーの関連会社なら大丈夫だろうという形での安心感を需要者に誘うので、こういった混同も防がなければいけないと言われています。不正競争防止法上の混同の恐れには、こういった広義の混同も含まれるとされています。そうだとすると、15ページの類似性の問題についても、広義の混同を引き起こす程度に似ているだけで十分なのではないかなと思います。例えば、「玉盛シンセン」と「強力シンセン」、「株式会社明治屋」と「株式会社池袋明治屋」、「新阪急ホテル」と「東阪急ホテル」と書きました。新阪急ホテルと東阪急ホテルというのがあるとしても、その区別はつくと思います。けれども、あの新阪急ホテルが今度、東にもう1回、同じ会社が出したのかなとか、あるいは、明治屋さんがついに池袋に進出してきたのかなとか、そういった形での誤解をおそらく生じさせるのではないかなということ。そうすると、表示自体の区別はついて、共通部分がある程度あるために誤解する恐れが出てきますから、広義の混同を引き起こす恐れがあります。その程度似ているものを類似と言っているのではないかなと思います。

そうだとすると、最高裁の説示する(ii)は結局、全体的に類似の解釈次第なので何も言っていないのに等しいので(ii)はともかく、(iii)の当てはめはこんなに苦勞する必要はないのではないかなと思います。マンという言葉がウーマンを包含しようがしまいが、関連する言葉だと認識されれば十分なわけです。別の意味だけど、関連する言葉だと受け取れる、その結果、婦人部門の営業表示かな、あるいは子会社かな、などという形での、広義の混同を引き起こす恐れがある程度に似ているので類似性を満たす、とえばよかつたのではないかなと思っています。裁判例も、最高裁の判決に従いますので、抽象論としては、必ず(ii)を言うのですが、具体的な類似性の認定では、私の理解では商標より広く認定していると思っています。だけど、最近、商標の方が動いてきているので、何とも言えないところがありますが、少なくとも不競法はそんなに狭くはないということです。

次にいきましょう。ということで、類似性の要件はかなり広いということが分かりました。そうすると今度は、逆に、類似性の要件を別個に置く意味があるのかということが問題になります。構成要件的機能とか言えばいいのですが、もう少し別な独自の意味があるだろうと私は思っています。裁判所の方は、はっきり独自の意味とは言いませんが、明らかに独自の意味を持って運用していることが分かります。16 ページに掲げられているような表示が、過去に非類似とされています。例えば「潮見温泉旅館」と「潮見観光ホテル」、「火の国観光ホテル」と「ニュー火の国ホテル」、「日本印相学会と日本印相協会」、「日本放送」と「ラジオ日本」、「柏皮膚科」と「柏東口皮膚科・内科」です。これらのケースでは一部では混同が起きているのです。例えば、日本放送の事件ですと日本放送がラジオ日本を訴えたのですが、例えば運動会の当日に朝 6 時の日本放送の天気予報を聞いてきてください、と言ったらラジオ日本を聞いてきてしまったということがありました。あとは、郵便物の誤配もすごく多かつたようですし、宛名の書き間違いも多かつたようです。

そういった混同の恐れがあると言ってもいいようなケースであるにも拘わらず非類似としてこれらは全部セーフになっています。どう考えるかということですが、これでよいと思っています。まだ札幌に来たばかりの方は、あまり行かないかもしれませんが定山溪へ行くと、定山溪グランドとか定山溪ビューとか、定山溪ホテルという2語を使った上に、グランドとかビューとか、色々なそういった類の言葉を入れているホテルが、わんさかあります。皆さんは、ビューとかグランドで区別しているのです。それは、しょうがない部分があります。その地域で営業しているホテルですよと言うためには、定山溪のホテルはやはり逃せません。ということなので、火の国観光ホテルというのは熊本でしょけれど、熊本でホテルをやっているのだから、火の国のホテルって、みんな使いたがります。そのときに、火の国観光ホテルというところが、あるところが一番最初に使ってある程度周知になったからといって、この人以外は火の国ホテルを使ってはいけないというわけにはいかないだろうということです。

似たような機能を果たすものとしては、次の 17 ページに書いてある普通名称というのがあります。普通名称に該当すると適用除外になって請求棄却になります。例えば、リンゴジュースとか、コンピューターとか、あるいはウーロン茶もそうですが、そういった言葉は、誰も独占することができません。では普通名称でいけばいいのではないかと、そうでもないのです。つまり、定山溪グランドホテルというのが例えばあるとしたら、同じ定山溪グランドホテル、あるいは、グランド定山溪ホテルくらいまでは、おそらく止める気があるのです。しかし、ニュー定山溪ホテルは止める気がないと思います。という形で、まったく保護しないわけではないのです。ほとんど同一の表示については保護を認める気です。普通名称にしてしまうと、みんなセーフになってしまいますから、そうではなくて、ある一定の範囲でしか保護しないという意味で、

まさにそれは類似性、保護の範囲、保護すべき範囲を絞っているのです。

その意味では、乱立する可能性がある言葉については、ある程度は消費者の方にも注意が要求されているということです。以上が、類似性の要件の話です。

引き続き、混同の恐れのお話をします。混同の恐れは先ほど申し上げた通り、いくつか可能性があります。しかし、広義の混同といっても、他人の信用を利用することには変わりはないので、広義の混同を含むと解すべきでしょう。

今でこそ当然のように思われていますが、裁判例の蓄積で明らかになってきたことです。例えば、東京地裁の昭和41年のヤシカ事件(東京地判昭和41.8.30 下民17巻7=8号729頁)が、割りと知られている判決であります。我々の世代では、ヤシカは著名商標です。大衆向けの低廉なカメラについて、ヤシカというのがあって、バレーボールのチームですごく強いチームがあったのです。とにかくヤシカというのは、昔は有名だったのです。それで、そのヤシカが原告で、被告は、化粧品とかその営業についてヤシカという言葉を使っていたのです。企業名は、ヤシカという企業名ではなかったのですが、表示が、ヤシカ化粧品会社といていたということです。それで、原告が差止請求を提起した事件で、ヤシカが著名だったことを理由に、被告の商品は少なくとも原告の系列会社の製品のようにヤシカ化粧品というふうにいわれてしまうと主張しました。確かに、ヤシカのカメラの別会社のような気がするけれども、系列会社という印象を一般に与えるということを理由に請求を認容したものがああります。

それから、ウーマン・パワーの最高裁判決も、「混同を生ぜしめる行為は、同一営業主体として誤信する行為のみならず、親会社子会社の関係や系列関係など、緊密な営業上の関係が存在すると誤信させる行為をも包含する」というふうに判示しています。

それから、直後に出た、フットボールチーム・シンボルマーク事件(最判昭59.5.29 民集38巻7号920頁)というのも、少しまた範囲を広げました。この事件は、NFLと、そのNFLの商品を日本で独占的にフランチャイズ事業をすることを許された当時のCBSソニーの関連会社です。今は、CBSソニー自体が、ソニーリミテッドか何かになっていますが、そのような会社が原告になりました。原告は、フットボールのNFL所属のチームのヘルメットをあしらったキャラクターグッズを、スポーツ用品とか文具にたくさん許諾していました。一連のフランチャイズのシステムの下で、いろいろな会社はそのキャラクターグッズを販売していたといいます。現在では一般によく見られるキャラクターのマーチャンダイジングの運営をしていた事業体が原告です。

それに対して、被告の方はロッカーを販売して、ロッカーにこのフットボールのマークを付したのです。被告はロッカーなのですが、原告の方にロッカーを販売しているものがまだなかったというケースです。そういったケースで、最高裁は「同一の商品主体または営業主体と誤信させる行為のみならず」と説示しました。これは、実は言わざるを得ない説示です。キャラクターグッズというのはいろいろな会社で売っているとみんな知っています。ですから別会社と思っても同一とは思っていなくても、同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存在すると誤信させる行為も包含すると判示しました。NFL ぐらいのことは分かるのではないかと思います。その下にソニーの関連会社があって、この方がライセンスを募って、文房具のノートについては例えばコクヨさんとか、鉛筆については例えばどこどことか、下敷きはことか、同じところになるかもしれませんが、あるいはタオルはことか、靴はことか、こういった形で事業を展開しています。そのときに、このアンケートで言いたいことは、これ全部を1つのグループと考える。1つの商品化事業を営んでいるグループと考えましょうということです。このグループを示す表示として、フットボールの

ヘルメットのシンボルマークがいくつもあるのですが、商品に付された表示というか、どちらかという模様です。この模様を見ると、皆さんは、あ、たくさんいろいろなところが出している、一部コクヨさんを出しているし、あと、自分は名前が分からないけどタオルも出ていたな、というような形でいろいろなことを連想します。とにかく、ロッカーにこのようなものが付されていると、このロッカーもこの軍団の一部だなという誤信も混同に含まれるといったという事件です。

これはいくつか重要な点があって、よくこれは勘違いされることがあるのですが、正確には広義の混同の事件ではありません。これは、実は狭義の混同の事件です。では何が違うかというと、周知の認定の方がすごく広がっているのです。この会社とか、この会社とここが、何らかの関係があるぞという誤信、例えば、ライセンスを受けているぞという誤信を、混同と言っているのではないです。そうではなくて、通常このようなグループのことを同一の企業体とは言いません。でも、これをソニーが、一定の品質を持つものに対してだけ許諾して、粗悪品だったりすると解除する権限を持っています。そのように選別してやっているの、一応それなりに安心感のある商品群になっています。そのときに、マークが付してあるから大丈夫だろうと思う方も何人かいるかもしれません。そういった形での誤解をやはり防いだ方がいいだろうと最高裁も考えていました。その意味では、グループの方が広がっているの、広義の混同という必要があるのですが、そのグループの一員と思うという混同をも広義の混同と言うと考えたという判決です。

この最高裁判決で、もう一つ重要なことはグループを表示する表示でもよいと言ったということにあります。例えば、原告であるソニーが日本で事業を展開しているなんて、ほとんどの人は普通知らないですし、ソニーの関連会社のことを知らないです。それでも、周知と見なすのです。こここのところが匿名でもいいのです。例えば、札幌でいきますと、ケンタッキーフライドチキンなんていうのは、ケンタッキーの直営店もありますが、もう1つの系列で、札幌では、建設会社の伊藤組が運営しているところもあります。だけど、みんなそんなこと、知らないでしょう？これを誰がやっているか分からなくても、このマークを見ると、消費者は、あ、この商品、あるいはケンタッキーを伊藤組のお店でも買った消費者は、あ、この味、というふうに、ある一定の品質とか、ある一定の商品を、やはり想起できますよね。肝要なことは、誰のものかということが明確に分かっている必要はないということです。その意味で、厳格にこの主体は誰がやっているかという名称なんかを知る必要はありません。だけど、まともには認識する必要があります。そのまともが認識されている限りは、周知性を満たすと言ったという意味では、この最高裁の判決は、非常に重要だということになります。

これは、よく勘違いして引用されたりします。裁判官の方は、もちろん絶対間違えませんが、弁護士さんなんかは弁論するときに、準備書面なんかで結構間違えて主張したりします。広義の混同で考えてしまう。このように、一応ご注意ということです。

以上のように、広義の混同がすごく広がっているのですが、裁判例ではこの広義の混同が、限界線を超えて広がっているのではないかというところがあります。例えば、東京地裁の方を先にやります。下の方の、東京地裁の高知東急(たかちのぼる)事件(東京地判平成 10.3.13 判示 1639 号 115 頁)。この方は、「高知東急」という字で最初、芸名を使っていたのです。これに対して東急グループがわざわざ高知東急を訴えた事件です。この事件では、東急グループの中に東急文化村の事業があることを理由に、所属タレントと誤認すると主張がなされました。私はしないだろうと思いましたが、誤認するという判示がなされています。ですから、結構広く捉えられているのです。

最高裁でも、ばかにならないすごいのがありまして、それはスナックシャネル事件(最判平成 10.9.10 判

時 1655 号 160 頁)です。スナックシャネル事件というのはどんなケースかといいますと、被告は、柏駅の駅前で、9.8 平米と言ったかな、9.8 平米ということは、2メートル×5メートルとか、そのくらいの広さのスナック、想像できますよね。だいたい、駅前の普通のスナックってそんな感じですよ。それを、シャネルさんが訴えたというケースです。実は、このほかにも、この手の類のはいくつもあって、少し先になりますが 25 ページで、西日本ディズニー事件(福岡地判平 2.4.2 判タ 750 号 238 頁)とありますが、これはパチンコ屋ディズニー事件といってパチンコ店でディズニーという表示が使われたという事件です。

このケースでは、普通は、パチンコ店でディズニーと使われていても、混同しないと思うのですが、高級感があるパチンコ店だったというわけです。ですから、通常は混同しない、あの天下のディズニーがパチンコ店まで経営するとは、あるいはパチンコ店経営に関連するとは、通常は考えないかもしれませんが、本件に限っては、高級感があるパチンコであること等を理由に混同のおそれを肯定しています。こうやって広く認定されたケースが、スナックシャネルの前にあるわけです。それから、もっとすごいヨドバシポルノ事件(東京高判昭 57.10.28 無体集 14 巻 3 号 759 頁)があります。これは、ヨドバシカメラですね。新宿の淀橋でポルノやったら、ヨドバシポルノで何が悪いという気もしないではないですが、場所が若干ずれていたようで、しかも片仮名にする必要もないケースですが、ヨドバシカメラがヨドバシポルノを訴えました。これも面白い事件で、ヨドバシカメラさんの方が、身を切って、自分は低廉な大衆商品を扱っているし、それから、ヨドバシカメラの商品の中にはヌード写真の時計もあったと主張しました。しかし、それでも勘違いしないと思います。とにかく裁判所がこれらを混同すると認定したケースがありました。それから、もっとすごいのは、これは結果的に法改正を促す契機になった大事件ですが、ポルノランドディズニー、あるいは、ポルノランドティズニー事件(東京地判昭 59.1.18 判時 1101 号 109 頁)というのがある、これは大人のおもちゃ屋さんです。それが被告なのですが、原告の方が、もちろん、天下のディズニーランドさんです。それで、裁判所はどうしたかという、これは、大人の夢判決と俗に言われる有名判決で、原告の代理人が考えたのです。今では、後で申し上げるように少し法改正していますが、とにかく混同の恐れを認定してもらわないことには、当時は勝てなかったの、原告の代理人は、東京ディズニーランドは子供に夢を売っているのと同様に、大人のおもちゃ屋さんの方は、大人に夢を売っているとして、夢という観念が共通しているから、混同すると主張しました。それで、裁判所はどうしようと思ったかという、すごく裁判官にとって幸いだったのは、欠席判決だったのです。被告の方が出てきませんでした。面倒くさかったのでしょう。要するに、負けたら看板を変えればいだけの話なので、被告が出てこなかったのです。でも、民事訴訟法に詳しい人は分かるのではないかと思います、欠席判決でも、欠席判決だと擬制自白が成立します。擬制自白が成立するのは、請求認諾ではないわけで、擬制自白で成立した事実に基づいて法解釈しなければいけないのです。ですから、その当該擬制自白に基づいても、法の適用で、まだ請求経緯が全部そろわないのだったら、やはり請求棄却になります。ですので、その擬制自白に基づいて請求をどうするかを考えなければいけなかったのです。ですが、この裁判所の裁判官は、理由の中に、原告の代理人は大人の夢と主張しており、被告は出てこないの、擬制自白が成立するとし、よって、混同の恐れがある、と書いたのです。お気持ちは分かりますが、俺が言ったのではないと言いたかったのでしょう。すごくご苦労がしのばれる判決です。そこまでするのだったら、笑って許せばいいような気もするのですが、裁判所の価値判断としては、やはりこういった行為は許すべきではないだろうというのがおありになって、このような判決が出たと思われまます。

この判決が出た結果、現在では、2条1項2号という条文ができていまして、「著名であれば、混同の恐

れが必要ない」となりました。ですから、こういった2条1項2号がなくて、2条1項1号だけだった過渡期の時代に、かなり出されました。こういった、過渡期の判決はすべて下級審だったのですが、それが最高裁まで行ったのが、ようやく元に戻りまして、16ページのスナックチャンネル事件です。

このスナックチャンネル事件は、1998年の事件ですが、不正競争防止法の経過措置が適用されています。つまり、2条1項2号が、1993年改正でできましたので、施行日は確か1994年5月1日でしたので経過措置があります。不正競争防止法の附則2条です。「新法3条、4条、本文および5条の規定は、この法律の施行前に開始した次に掲げる行為を継続する行為については、適用しないとあります。新法2条1項2号に掲げる行為に該当するもの(同項第1号に掲げる行為に該当するものを除く)」。1994年5月1日より前からスナックチャンネルを継続している被告には、適用がないのです。ですから、あくまでも、新法ができたのだけれども、2条1項1号でいかなければいけなかったという事案です。

ただ、ここで裁判所としては、いくつか立場があります。1つの考えは、2条1項2号ができたのだから、今までの過渡期のやりかたはやめる、経過措置の関係でしばらくこういった行為が放置されるかもしれないが、そこは法令を建前として考える立場です。実は、スナックチャンネル事件の原審が、混同の恐れがないとして請求を棄却しているのです。ですから、その裁判で転換があったのです。そのような立場もあり得ます。もう1つの考えは最高裁の採用するものです。最高裁は、混同の恐れを肯定しました。とはいえ、本当に事実の問題として考えると、柏駅の前で9.8坪を営業しているスナックが、天下のチャンネルの関連する会社だということを、最高裁は言っているわけですが、そう思う方はおそらくいないのではないかと思います。

ですから、そのような意味では、最高裁はいろいろと批判はできます。でも、とにかく大事なことは、ここに来て、少なくとも、著名で、かつポリューションと呼んでいますが、著名表示があつて、片やまったくイメージの違うものに使われている、こういったケースでは、裁判実務あるいは判例として、規範の問題として保護が肯定される、すなわち混同の恐れが肯定されるということがこの最高裁判決で明らかになりました。経過措置と言っていますが、経過措置って1994年5月1日前から営業しているお店であれば、ずっと続きます。ですから、かなりの間、この最高裁判決は、かなり重みがあります。混同の恐れと条文に書いてありますが、今の著名商標で、かつポリューション型、著名商標とまったく違う業態に用いられているケースでは、保護が肯定されるのだろうかということがスナックチャンネル事件で分かりました。ですから、混同の恐れとここで言ったのは、規範的なものに変化しているわけです。被告も頑張つて、最高裁まで行ったのですが、残念ながら負けてしまったということです。この最高裁判決は、非常に重要です。

では、どこまでもいくのかというと、限界は一応あつて、混同の恐れが否定されることもあります。さすがにこれは、というのが泉岳寺事件(東京地判平成 6.10.28 判時 1512 号 11 頁[泉岳寺]、東京高判平成 8.7.24 判示 1597 号 129 頁[同控訴審])です。これもすごいケースで、東京都港区の有名な泉岳寺です。かなり有名なお寺が原告です。被告は、東京都です。都営浅草線の泉岳寺駅があるので、使うなといって訴えたというケースです。裁判所は、さすがに都営であるということはみんな分かっているので、泉岳寺、お寺が地下鉄事業に参画するということはあるまいだろうということを言いまして、混同の恐れを否定しました。否定しましたが、結構裁判所も厳しくて、傍論中の傍論になりますが、判決の唯一の判断では、「仮に、例えば泉岳寺マンションなどは別として」と書いてあるのです。ですから、裁判官は、泉岳寺マンションなら止める気であるのかもしれませんが、混同の恐れは比較的広がっているということです。