Ⅲ　適用除外

1.　概観

適用除外の条文は 19 条です。19 条 1 項の柱書きで、第 3 条から第 15 条まで、第 21 条と第 22 条の規定は、次の各号に掲げる不正競争の区分に応じて、当該各号に定める行為については、適用しない、ということになっています。

19 条の 1 項の各号に当たると、3 条の差止請求権、4 条の損害賠償あるいは刑事罰等の規定が適用されません。不正競争行為という定義には、一応、法技術的、形式には当たるのですが、結局請求権は発生しないので、結果的に何ら違法ではないということになります。不正競争行為という定義に当たっていること自体は、請求原因と抗弁に書き分けるためだけの法のテクニックですので、あまり意味があるわけではありません。

以下では、適用除外の規定をいくつかご説明していきます。

2.　普通名称・慣用表示（19 条 1 項 1 号）

(1)　具体例

普通名称慣用表示は、19 条 1 項 1 号で規定されています。商品もしくは営業の普通名称若しくは同一若しくは類似の商品若しくは営業について慣用されている商品等表示を普通に用いられる方法で使用し、若しくは表示をし、又は普通名称を普通に用いられる方法で使用し若しくは表示をした商品の取引の行為が適用除外とされています。

裁判例として過去には、トイレットクレンザー事件（東京高判昭和 38.5.23 不正競業判例集 562 頁）やつゆの素事件（名古屋地判昭和 40.8.26 判時 423 号 45 頁）があります。

特に注意が必要なことは、最初は普通名称ではなくても、皆がその名称をその商品一般に使用していると、普通名称化する例があることです。例えば、アメリカでアスピリンというのは、もともとは固有名詞だったのですが、皆が同種の商品にアスピリンという名称を使用した結果、途中で普通名称化してしまいました。同様に、一時期はゼロックスという言葉も、コピー機器が発売された当初はあまりにもコピー機器市場でのゼロックス社のシェアが高かったために、ゼロックスあるいはゼロックスンという形で、複写する行為自体がゼロックスという単語で表されていたこともあったそうです。しかし、このままではゼロックス自体が普通名称化してしまうということで、ゼロックス社はゼロックスという名称は登録商標であることを世間に浸透させる企業努力をした結果、ゼロックスの普通名称化を防止したといわれています。普通名称化を企業努力で防止した例としては、他にコカ・コーラがあります。コカ・コーラ自体は、普通名称の危険性があったことはないと思います。しかし、コークと注文をした場合に、ペプシコーラが出てくるというお店もないわけではないです。そこで、コークと注文をしてもペプシコーラを提供するお店に対して注意を促すことにより、コカ・コーラが出てくるようにしようというキャンペーンをなさっていたこともあるようです。日本では、ウォークマンがその例だといわれています。最初に携帯型ラジカセをソニーが発売したときに、コンセプトとしても素晴らしかったので、大変なヒット商品になりました。すぐ他社が追随しましたが、携帯型ラジカセはウォークマンという印象があまりにも強かったので、携帯型ラジカセ全般をウォークマンと呼ぶ時代がありました。例えば、ウォークマンの売り場を訪ねると、ソニーの製品ではなく東芝の製品が置いてあるというようなお店などもあったということです。そこで、ソニーは自社製品以外の商品についてはウォークマンという名称を用いずに、携帯型ラジカセなどの普通名称を用いるようにお願いをして回ったということもあるようです。

また、地下鉄あるいは電車等で、ウォークマンを使用しないように促す表示があったそうですが、これも携帯型ラジカセというものに改めてもらうように運動していました。

(2) 適用除外の趣旨

それでは、適用除外の趣旨になります。一つは、確認的な規定であるという考え方があります。つまり、リンゴジュースや烏龍茶などの普通名称は皆が使用しており、いくら使用されてもどこの会社の商品かわからないので、周知性を取得することはなく、逆に、他社が普通名称を使用しても、普通名称の部分では識別しませんので、混同することもないという説明をされることもありました。

しかし、そうすると、適用除外の規定はあまり意味がないことになります。もちろんこのような考え方もあり得るのですが、もう少し独自の意味があるのではないかと考えるのが現在の通説だろうと思います。

テリヤキバーガーを例にとって考えてみましょう。テリヤキバーガーという言葉は、モスバーガーが最初に商品を開発したときに使用した言葉です。そうであるからといって、商品を説明するのによい言葉ですので、逆にモスバーガー1 社に、この言葉を独占させてよいのかということです。そうすると次の方は、例えばマヨネーズバーガーという言葉を使用しなければならないということになり、その方もまたそれを独占すると、次の方は違う言葉を使用しなければならないということになり、なかなかその商品を示す言葉が見つからない、普通名称が決まらないということになりかねません。そうだとすると、周知となり混同のおそれがあるとしても、特定の人に使用の独占を認めるべきではない商品名を示す名称があるだろうということになります。この考え方からだと、普通名称を適用除外とする条文は創設的規定ということになります。

裁判例では、鹿児島地裁の黒酢という事件があります（鹿児島地判昭和 61.10.14 判タ 626 号 208 頁）。現在では黒酢は、テレビ等でいろいろと広告されているので、皆様はご存じかもしれませんが、もともと昔からあった天然の米酢です。以前より販売されていた商品ですが、X という会社が、昭和 50 年代の最初に訪れた健康食品ブームのときに、色にちなんで黒酢と名付けました。昭和 51 年から、坂本の黒酢もしくは薩摩黒酢の商品名で製造販売したところ、好調な売り上げを記録しました。そこで、ほかの会社も追随して、本黒酢、九州玄米黒酢や薩摩玄米黒酢等々の商品名で、同じく米を原料とする醸造酢を販売しました。そこで、これらの会社を被申請人として、X が仮処分を申請した事件であります。

この黒酢という言葉自身は、X が考えた言葉です。実際には、天然の米酢にどのくらい効能があるかということを実験していただいた九州の大学の先生が思い付いたということだそうですが、とにかく従来はなかった言葉です。

しかし、裁判所は、言語構成上、性状品質機能を説明的に表示するものは、誰が最初にそれを使用し始めたかを問わず、普通名称と認めるべきであると説示した上で、黒酢という呼称は、黒みを帯びた食酢の性状を表現する普通名称であると認定しました。下級審とはいえ、この判決によって、19 条 1 項 1 号には独自の意味があるということが、裁判例としても明らかになりました。私もこれで構わないだろうと思っているところです。

3. 自己氏名使用（19 条 1 項 2 号）

次に、自己氏名使用の 19 条 1 項 2 号について説明します。自己の氏名を不正の目的でなく使用し、又は自己の氏名を不正でなく使用した商品を取引におく行為が、適用除外になっています。例えば、スーパーのイケダというチェーン店が仮に大変有名になっていたとします。そのときに池田さんという方が、

自分の名前で池田八百屋店とか、池田商店を経営したときには、適用除外を受けることができます。

適用除外の趣旨ですが、2 つほど挙げることができます。第一は、取引の便宜ということで、狭い範囲の顧客の間で、あそこで池田さんが八百屋店を経営しているということで、取引上識別に便利だということがもちろんあります。第二は、自然人の氏名であれば、人格権の発露だといえます。

論点は、「自己の氏名」に、法人の名称が入るのかということです。

例えば大変著名な A という会社があったとします。他方、A とは全く関係のない者が、A という名で商号の登記をしたとします。商号登記自体は法務省が形式審査しかしませんので、同一の住所でない限り A という登記が認められます。ただし、後に、不正競争防止法で著名な A の方が請求をしてくると商号は抹消される運命にありますが、ともあれ登記は可能です。これは特許庁が実体審査をすることとは異なります。そのときに商号というのは、商人の自分の名称です。そこで、著名な A からの請求に対して、19 条 1 項 2 号の適用除外を主張することができるのかということが問題になります。条文上は定かではないところがありますが、ただしこの場合でも、適用除外の抗弁を出しても、不正の目的での使用があるといえるので、おそらくは認められません。しかし、最初から不正の目的で勝負することなく、そもそもカテゴリカルに、自己の氏名、法人の名称に当たらないと考えられています。理由はいくつかあります。第一に、法人の名称は、生まれながらのもので自分で選択できない自然人の氏名と異なり、自ら選択して決定するものです。したがって、法人の場合は、違う名称も選べたはずなのに、わざわざその著名な名称で混同のおそれがある名称を使用させる必要がないからです。第二に、こういった自ら選択して決定することができる状況で、適用除外を認めてしまうと、周知表示と類似する名称を持った法人の設立が多発する可能性があるからです。先ほど申し上げたように、不正の目的があれば適用除外を受けられないのだから、妥当な解決を結局図ることができ問題はないのではないかとの主張も考えられます。しかし、そうすると、企業同士の企業名の争いですと、常に不正の目的の認定が必要になり、主観的要件を問うことなく、不正競争行為と認めることにした 2 条 1 項 1 号本体の方の趣旨が潜脱されることになってしまいかねません。以上から、19 条 1 項 2 号の「自己の氏名」とは、自然人の氏名に限り法人の名称は入らないといわれています。

ただし、次のような事例はどう考えるかという問題があります。具体的な事件の方を、先に説明しましょう。山葉楽器事件があります（静岡地判浜松支判昭和 29.9.16 下民 5 巻 9 号 1531 頁）。原告は、当時の日本楽器製造株式会社です。現在はヤマハという商号で名乗っていると思いますが、当時は日本楽器というものでした。ただし、当時から日本楽器は、創業者の氏であるヤマハを営業表示に使うことが多くヤマハの名称は周知でした。他方、被告はその創業者の長男である山葉良雄さんが代表取締役に就任している会社です。山葉良雄さんが日本楽器から独立した経緯はよくわかりませんが、もしかすると経営権をめぐった紛争があったのかもしれません。原告は、被告の山葉という名称の使用は、ヤマハ楽器と類似し、混同の恐れもあるということで、旧不正競争防止法 1 条 1 項 2 号に基づき差し止め等の請求をしたという事件です。この事件で、裁判所は、現在の通説である、法人の名称は不正競争防止法の適用除外を受けられないということを理由に、この山葉という名称を使用することは、氏名権行使とはいえないとして、適用除外に該当しないと帰結し、原告の請求を認容しています。

この事件は、どのように考えるべきでしょうか。当時は、株式会社を容易に設立することが可能で、法人格を取得するほうが税率の点で有利でした。また、見栄えがよいということで、多くの個人商店が株式会社を名乗っていました。例えば、スーパーのイケダが有名になった後、個人経営者の池田さんという方が、節税対策や見栄えをよくするために、株式会社池田八百屋店なるものを、設立したという状況を考えまし

ょう。こういった状況下で静岡地裁の立場だと、カテゴリカルに株式会社にした途端に、池田八百屋店は氏名権の行使ではないということになって、適用除外を受けられなくなりますが、それでよいのかということです。

私自身は、次のように考えています。確かに例えばその八百屋店の有体物としての店舗や八百屋店の在庫等がどちらに帰属するかとか、あるいは池田八百屋店が仕入れたのに、問屋に対して商品の代金を支払わなかった場合に関しては、法人格というのは重要で、法人格が自然人とは別個の人格である以上、池田八百屋店だけが責任を負うことになります。しかし、その話と適用除外の話は違えて考えるべきであります。なぜなら、周知、類似、混同の恐れというのは、やはり事実の問題として、そのような行為を誰がやっていると評価するかという問題です。したがって、仮に法人格としては別個であても、実体として池田八百屋店は池田さん個人が経営していることと変わらない状況であるならば、氏名権の行使として認めてよい場合があるのではないかというのが、私の理解です。したがって、私はこの判決には反対で、これは山葉良雄さんの人格権行使と認めるべき場合があるだろうということです。その場合は、個人経営と同視できることが前提ですので、例えば 100%出資をしているような場合ですと、氏名権の行使と認めてよく、不正の目的の有無で判断すべきです。具体的に不正の目的を認定するときには、あえて混同を起こさせるような態様で使用しているかを考える必要があります。例えば、ヤマハという名称をわざわざカタカナにしているかとか、そのようなことなどを勘案して、漢字で山葉楽器と使っている場合には、氏名権の行使で、かつ不正の目的でないと認めてよい場合があるような気がしています。

条文の解釈としては、「自己」に法人が当たらないと考えておけば十分です。つまり、自己は自然人である必要がありますが、自然人の氏名がたまたま法人格として設立した会社の名称としても使用されている場合でも、あくまでも自己の自然人の氏名の行使と認められる場合には、適用除外を受けられると考えるべきではないかと、私は思っているところです。

(3) 混同防止付加表示請求（19 条 2 項）

続いては、混同防止付加表示請求で、19 条 2 項ということになります。適用除外にあたる場合でも、完全に何ら請求ができなくなるというわけではなくて、普通名称の場合は別ですが、自己氏名使用あるいは次に述べる先使用のときには、19 条 2 項で、前項第 2 号または第 3 号に掲げる行為によって、営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれのある者は、次の各号の掲げる行為の区分に応じて、当該各号に定めるものに対し、自己の商品または営業との混同を防ぐのに適当な表示を付すべきことを請求できる、とされています。

先ほどから挙げている例では、スーパーのイケダは池田八百屋店に対して、池田八百屋店が仮に氏名権の行使とされた場合でも、別途 19 条 2 項で混同防止表示付加請求をすることができます。ただし、これがどのような表示になるのかについては、まだよく分かっていません。これまでに請求された例がなく、認容例もないということです。弁護士の方も、自己氏名表示、自己氏名使用などの抗弁が主張された場合、抗弁を否定するための立証活動は熱心に行いますが、もし抗弁が認められた場合のことを考えて、混同防止付加表示請求をすることはないようです。

なお、当然ですが、混同を完全に防ぐために、完全に類似しない、あるいは完全に混同を防ぐような表示を請求することができることになると、適用除外を認めた趣旨に反しますので、ある程度の混同は折り込み済みです。そうすると例えば、店舗の看板は池田八百屋店と掲げたままで、別途お店のどこかに、スー

パーのイケダ店とは異なる旨の表示などを掲げさせることになると思います。

また、民事執行法の問題ですが、混同防止付加表示は原告が特定するのか、あるいはむしろ被告が特定すべきなのかという問題があります。騒音防止措置をどちらが特定するのかと同様の問題があるといわれていますが、まだよく分からないという状況です。

4. 先使用（19 条 1 項 3 号）

続いては、先使用について説明します。19 条 1 項 3 号で、他人の商品等表示が、需要者の間に広く認識される前から、その商品等表示と類似の商品等表示を使用する者、又はその業務を承継したものがその商品等表示を不正の目的でなく使用し又は使用した商品の取引の行為が、適用除外と規定されています。簡単に言えば、教材 18 ページに書いてある通りで、周知表示が出現する以前から継続して表示を使用している者が保護されるということです。

適用除外の趣旨は、第一に、類似表示使用者の予測可能性を確保する必要があることです。第二に、類似表示使用者にも顧客が存在しますから、ある日突然名前が変わってしまうと、やや混乱するといえ、類似使用者の商品・営業の需要者の混乱を防止する必要があることです。

問題は、先使用の意味です。裁判例では、少林寺拳法という事件があります（大阪高判昭和 59.3.23 無体集 16 巻 1 号 164 頁）。原告は、香川県の多度津で昭和 22 年頃から拳法指南事業に少林寺拳法の名称を使用していた者です。少林寺拳法という表示は、テレビ番組などで使用された結果、昭和 31 年末には全国的に周知になったということです。一方、被告は、昭和 27 年ごろから大阪市内で不動尊少林寺拳法という表示を使用していました。

では、先使用の意味をどのように解すべきでしょうか。条文の読みによっては、原告の表示はおそらく香川県多度津市では昭和 22 年直後から周知になっていたでしょうから、それより後に被告は使用していると考えれば、先使用にはなりません。他方で、原告は多度津では昭和 22 年から周知だが、大阪市においては周知になったのが昭和 31 年だとすると、その地域では被告の方が先に使用しており、先使用ということになります。したがって、原告被告いずれの営業地域で周知であることを要求するのか、あるいは地域で考える必要がそもそもあるのかということが問題になります。

この判決では、大阪市内を含んで全国的に周知になった昭和 31 年より前から、つまり原告の表示が大阪を含んだ地域で周知になる以前から、被告は不動尊少林寺拳法を使用してきたということを認定して、適用除外を認めています。結局、これは原告の表示が、被告の地域において周知になるより前から使用していればよいということです。2 条 1 項 1 号と同様であるといえます。適用除外の趣旨から考えても、類似表示使用者の予測可能性を確保する必要があります。相手方が周知になるより前であれば、まだ使用してよいはずだったわけですし、不動尊少林寺拳法の周囲の需要者の便宜を考えても、それでよいだろうということになります。

では、教材 19 頁に掲載した〔問題〕について考えてみましょう。A が大阪、B が東京で、「甲」という名称で営業していたところ、それぞれが全国的に周知になった場合はどうなるのかです。そのときに、A が大阪で甲を使用できるか、あるいは B が東京で甲を使用できるかについてどのように考えるべきでしょうか。常識的には、使用することができそうです。逆に、A が東京で甲を使用できるか、あるいは B が大阪で甲を使用することができるかについてはどうでしょうか。常識的に使用することができなさそうです。では、名古屋ではどちらかが使用できるでしょうか。

一つの考え方としては、条文では明示されていないから、A に何か積極的に使用する権利があるのかと考えて、A がより有名だと使用する権利がありそうで、そうすると条理で A の請求を認めるべきであるとの主張がありえるでしょう。しかし、A が使用できるかどうかは、A に権利があるかどうかという考え方をするべきではないです。ではどのように考えるかというと、A が使用できるかどうかは、結局 A が誰かにより使用を止められないかどうかと考えます。誰も止める権利がなければ、別に自分に権利があろうがなかろうが事実上は使えるわけです。重要なことは、A に対して誰か請求権を持つかどうかで決まります。そうすると、結局 B が A に対して、請求権を持つかどうかを考えればよいだけになります。

この場合は、まず B が周知かどうかを考えてみます。そして、B が周知だったときには、類似で混同のおそれがあるか、A が先使用かどうかで考えます。そうすると、この 2 つの条件を当てはめていくと、例えば大阪で A が使用することができるかというのは、単純に分かります。A が大阪で有名だから使用できるのではなくて、B がまだ大阪で有名ではない場合、そもそも適用除外の話をする前に、B は大阪で周知でないから請求棄却です。仮に B が大阪でも有名になっていた場合は、A の先使用の抗弁が成り立つかで決まります。この例だと成り立ちそうです。あとは、不正の目的があるかどうかで決まります。

問題は、名古屋でどちらが使用できるかです。どちらか有名かで決める説だと頓挫してしまいます。しかし、請求原因で考えていけば十分です。例えば名古屋でどちらも有名としましょう。そうだとすると、この場合はどちらも使用できません。なぜなら、どちらも有名ですから、B から A に対する請求は 2 条 1 項 1 号の周知性、他の要件を満たすので、請求原因が立ちます。先使用の抗弁はこれから使用しようとしているのですから成り立ちません。逆に、A から B への請求も、同様に考えることができます。この結論は、どちらが使用しても、名古屋では混同が起きることを理由に正当化することができます。その状況は大阪と東京と変わりませんが、先使用者の予測可能性を確保するために、仕方なく先使用を認めることになります。

(3) 不正競争の目的のないこと

先使用にあたった場合でも、必ず適用除外を受けることができるわけではなくて、不正の目的がある場合には適用除外にはなりません。

前述した少林寺拳法の事件では、被告は、別に原告の少林寺拳法を見て思い付いたわけではなくて、戦前に山奥で修行をしていたときに不動尊少林寺拳法と名乗る山伏に出会って教わったと主張し証拠としてお守りを提出しました。そして裁判所は被告の主張を認め不正の目的もないとしました。

ただし、仮に原告の表示を知っていたからといって直ちに不正の目的があるといえるかどうかは別の話です。例えば、山口県萩市で A という名前のお店があり、北海道の方が萩市に行ったときに A というのを良い名前だと思って、A にちなんで勝手に札幌市の中央区で A という居酒屋を営んだとします。たまたま 15 年後、20 年後に、山口県萩市のオーナーが変わって、居酒屋 A を全国展開したときに、札幌の A に不正の目的といえるかというと、やはり予測可能性を確保するという観点から不正の目的はないとすべきでしょう。他方で、北海道の表示使用者が、山口県の萩市の A はまだ札幌には進出していないが全国展開をしているということを知っていたのであれば、あえて使う必要がないような気がします。したがって、不正の目的は、単に他の者が使用していることについての悪意ではなくて、自己の取引圏内において将来周知となるべき類似表示が出現することについての悪意ではないかと、私は思っています。

虫食い穴問題というのが実はあります。前述のように先使用は地域ごとに考えます。それから、単純悪

意では不正競争の目的とは認められないことになると、先使用が認められやすくなりそうです。

そうすると、地域的に限定して先使用が認められる結果、全国的に同じ商標を独占的に使用したいという企業の利益が後退するわけです。独占的に使用できない地域ができるし、さらに悪いことには、自分も使用できなくなる地域が出るということが問題です。B が各地に進出しようとしたときに、A も大阪で使用している、名古屋でも既に誰かが使用していることになると、先使用は認められてしまいます。さらに、B が東京で使用し周知になっていると、全国展開をしている A は、東京では後使用であるから B を止めることができないばかりか、A からの請求を受けてしまうということで、東京では違う表示を使用しければならないという問題が生じます。これを虫食い穴と呼んでいます。

これは不競法では解決することができないので、こういったことを処理するためにこそ商標登録があります。全国展開しようとする方は、周知になってから保護される不競法に頼ることなく、最初から商標登録を得て全国展開すべきです。商標登録の場合には、地域限定はありません。商標登録さえ受けることができれば、使用していない地域も含めて全国的に排他権を取得できます。

それから、商標法の話になりますが、商標権の行使ということで、使用の抗弁を出せるというのが多数説です。登録商標を取得しているので、正当な権利として権利濫用がない限りは、先使用が成立しない場合でも、全国で使用することができることになると解釈されています。

なお、混同防止付加表示請求については、先ほどの話と同じなので、省略します。

Ⅳ　効果

1.　概観

続いて、効果についてご説明します。3 条で差止請求権、4 条で損害賠償請求権、そして 5 条で損害額の推定を規定しています。色々な知的財産権の一般に共通する話しなので、差止めと損害賠償についての役割分担のお話をしておきましょう。

両者はどの時点の行為を対象とするかについて相違しています。すなわち、差止請求が停止請求と予防請求に分類されることからもわかるように、差止請求の対象としている行為は、現在行われている侵害行為と将来の侵害行為です。一方、損害賠償請求の行為の対象は、既に行なわれた過去の行為です。したがって、差止請求権は現在及び将来の侵害行為を防止する役割を果たすのに対し、損害賠償請求権は過去の侵害行為に対する損害の回復を目的とします。この役割分担がある結果、要件にも違いがあります。それは、差止請求は一般的には主観的要件を不要とする場合が多いのに対し、損害賠償請求は一般的に故意・過失が必要となることです。ただし、差止請求についてはすでに説明したように、適用除外の抗弁が成立するときには不正の目的なく使用を開始したことなどが要件になっていますから例外はあります。差止請求の際に故意・過失が不要となる理由は、差止めは、現在と将来の行為を対象とするので、ある行為が違法であることが判決の時点で確定すれば、それ以降は故意、また例外的に公示送達などの例で故意がない場合でも過失は少なくとも備わるといえ、故意・過失を要求する意味はないからです。仮に主観的要件を要求する場合でも、過去のある時点における主観的要件を要求しているのが一般的です。先ほど述べた適用除外の抗弁の場合でも、不正の目的の有無は使用等の行為時を基準として判断されます。これに対して損害賠償請求際に故意・過失必要となる理由は、まだある行為が違法か否かはっきりとした判決が出される前の行為に対する損害の回復ですから、まだルールが明確でない場合もあり得ないわけではないので、予測可能性を確保するために故意または過失が必要となります。

以前は、差止請求権は絶対権であるから、故意・過失は不要であるとの循環論法的な説明をなされることもありましたが、現在では上記のような機能的な説明が民法でも一般的になっています。以上が、全体の要件です。

条文をみていただくと、3 条で故意・過失は必要とされていませんが、4 条で故意・過失が必要とされています。さらに細かく見ていくと、3 条 1 項は停止または予防請求で、2 項はそれに加えて、侵害の行為を組成したものの廃棄や、侵害の行為に供した設備の除去、その他の侵害の停止または予防に必要な行為ができることを規定しており、看板の撤去などは 3 条 2 項で請求ができることになります。したがって、3 条 1 項は間接強制を、2 項は積極的に代替執行等での執行を規定していることになります。損害賠償については、4 条が請求原因の規定ですが、損害額の特則について、5 条に規定があります。教材の 20 ページに書きましたが、1 項は逸失利益額を侵害者の侵害物譲渡数に利益額を乗じた額と推定する規定で、2 項が逆に侵害者側の利益額を損害額と推定する規定で、3 項がライセンス料相当額の損害額の規定ですが、これらについては特許法で詳しく解説をします。

さらに、刑事罰も重要で、21 条 2 項に規定されています。21 条 1 項が前述した営業秘密で、2 項がほかの号の不正競争行為に対する刑事罰になっています。2 条 1 項 1 号関係では、21 条 2 項 1 号に条文があります。刑事罰の場合は不正の目的が必要とされており、2 条 1 項 1 号よりも要件が加重されていることになります。例えば、ライセンス関係があると誤信したような場合であれば、刑事罰は適用されないこともあり得るかと思います。さらに、22 条が、法人重課になっています。具体的には、従業者が不正競争行為を働いた場合には、その直接の行為者を罰するほか、法人に対しても罰金刑を科すが、額が 3 億円以下ということで、自然人の 500 万円に対して高額になっています。これを法人併課というよりは法人重課と呼んでいます。この種の規定は、最初に証券取引法で導入されたのですが、2 番目に導入されたのが、独禁法か不正競争防止法ということになります。現在では、様々な法で導入されています、法人に対しては自然人と同額では抑止効果がほとんどないといえるため、かなり高額にしているといえます。

2. 請求権者

(1) 営業上の利益の侵害　差止めや損害賠償請求の要件

続いて、民事上の請求権者の話になります。条文を見ていただければ、3 条 1 項の差止請求権者は、「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」です。4 条の損害賠償請求も、条文上で必ずしもそのような形式になっていませんが、通常の読み方だと、営業上の利益を侵害された他人が請求権者になりそうです。このように、3 条、4 条で、営業上の利益を侵害された者が損害賠償の請求権者であり、営業上の利益を侵害されているかされるおそれがある者が差止めの請求権者であると規定されているといえます。単に被害を受けたことや、損害を受けまたは損害を受けるおそれがあるだけではなく、営業上の利益という特別の要件が課されていることになります。

では、教材 20 ページの〔論点 1〕について考えて見ましょう。ソニーと松下と日立の、3 社の小売店が競争をしている地域に、別途無断でソニーの看板を掲げた小売店が進出をしてきたときに、これに対して請求ができるのは誰かという問題です。経済的な被害の因果関係は、ソニーという看板を掲げて参入してきたことにより、ソニーだけでなく、日立や松下などの小売店にも認められそうです。特に新規参入者が一定の品質の商品を販売する場合には、それなりの損害を被る可能性があります。そこで、日立や松下は自社の損害を理由に訴えることができるかが問題となります。これは、通説だと思っていただいてよろしい

のですが、ソニーだけが訴えることができ、松下や日立は、営業上の利益を侵害されたとは考えません。したがって、「営業上の利益」は、法的保護に値する営業上の利益ということになります。この場合、条文上は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の「他人」の要件が、周知の商品等表示の主体であることを意味すると解します。ソニーという看板を掲げている類似表示の使用者から見て、周知な他人になるのはソニー本体であり、松下、日立は、周知な表示のソニーを使用しているわけではないので、訴えることができないです。これは常識的な結論であるといえます。結局、ソニーは、不正競争行為者に表示を使用させてもさせなくてもよい権限を得ることになります。仮に、松下、日立が訴えることができるとした場合、ソニーが類似表示使用者との間で和解するとか、あるいはライセンスをするなどしても、日立や松下が類似使用者の使用を禁止することができることになるので、ソニーは自分の有している財産的な利益を処分することができなくなります。逆に、ソニーが承諾するならば松下、日立は訴えることができないという程度の権利は、あえて与えなくてもいいだろうということになります。

しかし、これは、不正競争防止法の二つの趣旨に緊張関係を生じさせます。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の趣旨を、表示主体に信用の蓄積というインセンティヴを与えるためであることに求めた場合、ソニーに、ライセンス料を取るか取らないかなどどのように表示の財産的な価値を換価するかについて決定させたほうがよいところになりますので、この帰結でいいことになります。他方で、不正競争防止法のもう 1 つの趣旨である、取引上の秩序を守ることや混同を防ぐということを考えると、ソニーが承諾する場合には仕方がないとしても、ソニーがただ放置をしているときには、松下、日立、あるいは一般の消費者でさえも、訴権を与えるべきであるとの帰結もちろんあり得ます。したがって、周知営業等表示主体のみに訴権を認める立場は、財産的な価値をソニーが処理する権利を認めてもよいだろうという判断が、背後にあるということになります。

続いて、〔論点 2〕です。〔論点 1〕でご説明したように、周知営業等表示主体が訴権を有するのですが、この場合に被ることがある不利益はどの程度のものである必要があるかという問題があります。具体的に競業関係がある場合には、顧客を奪われるおそれがあるので、認定しやすいと思います。では、教科書 74 ページに書いてあるように、実際に競業関係がない場合はどうなるかが問題となります。裁判例では、はとバスという事件があります（名古屋地判昭和 39.6.16 下民集 15 巻 6 号 1426 頁）。この事件は、東京ではとバスの表示で営業をしていた原告が、名古屋ではとバスという表示で営業をする被告を訴えた事件です。原告は名古屋ではまだ営業していなかったので具体的に顧客が奪われるという関係がない状況下で、何か不利益が発生しているのか、営業上の利益を侵害されたといえるのかが問題になります。

判決はあまり詳しくは語っていませんが、原告の信用に影響が生じるという不利益があることから、営業上の利益を侵害されるおそれを肯定しました。具体的には、名古屋のはとバスのサービスが悪い等した場合、名古屋のはとバスが東京のはとバスと同一経営主体または系列店であると誤解した顧客が、東京のはとバスも行くのをやめようと思うおそれがあります。したがって、競争で顧客が奪われるわけではないが、信用に影響があるという形で顧客を奪われるという可能性もやはりあるからです。

しかし、こういった理由付けをした場合、類似表示使用者の販売する商品が粗悪品でない場合や、立派な営業あるいは完全に同じ営業だった場合に、どうなるのかという問題があります。具体的な事件では、最終的な判決にまでは至りませんでしたが、昭和 30 年代に、ソニーチョコレート事件というのがあって、それが 1 つの契機になりました。ソニーが大変有名になったので、ソニーチョコレートを、許可なく販売した者がいました。チョコレートに関しては、まだソニーは商標登録を持っていなかったので、不競法で差止め

ることができるのかということが問題になりました。

この場合、混同が起きるか、また、混同が起きたとしても、営業上の利益を侵害されたといえるのかということを考える必要があります。混同のほうは、依然お話ししたように、ソニーが系列会社で食品事業を始めたのではないかと思われかねないということで、広義の混同が認められるでしょう。では、営業上の不利益があるでしょうか。

そこで用いられたのが、教材 20 ページに記載している、ダイリューションという、ドイツやアメリカで主張されていた理論です。ダイリューションは、希釈化と表現されることもあります。希釈化は、商品と表示の 1 対 1 対応が崩れるという不利益です。希釈化は薄めるという意味ですから、表示の出所識別力が薄れる、そのような不利益のことを指します。簡単に説明すると、ソニーチョコレートがなければ、ソニーという看板やCMを見た需要者は、全員がソニーを思い浮かべるでしょう。したがって、1億円の宣伝広告費をかけると、もしかすると 1 億 5,000 万円くらいがソニーの利益になるでしょう。しかし、ソニーチョコレートあるいはソニーという表示を付した形でいろいろなタイプの商品が世の中に蔓延すると、ソニーという看板や商品を見たとしても、何人かの需要者は類似表示使用者のことも思い浮かべてしまう、あるいはそちらだけ思い浮かべてしまうという人が増えることが考えられます。そうすると 1 億 5,000 万円の効果がすべて跳ね返ってこないで、いくぶん吸収されてしまいます。1 対 1 対応が崩れて、1 対 2 対応、1 対 3 対応、1 対 4 対応になると、1 対 1 対応だったときよりは、出所識別力が弱まります。顧客吸引力も、多少弱まるかもしれません。他方で、類似表示使用者は、1,000 万円あるいは 2,000 万円も、宣伝広告費を節約でき、圧倒的に有利になっています。この程度の不利益をもって、営業上の利益を害されるおそれがあるといえるかどうかに関しては、裁判例は既に肯定をしています。

最高裁の判決では、フットボールシンボルマーク事件があります（最判昭和 59.5.29 民集 38 巻 7 号 920 頁）。この事件は、被告は原告と類似の表示を使用してロッカーを販売していましたが、原告の商品化事業のグループには、ロッカーを販売している者はいなかったというものです。最高裁は明確にダイリューションとは述べませんでしたが、商品の出所識別機能、品質保証機能および顧客吸引力を害されるおそれがあるものに含まれると明示して、本件でも営業上の利益を害されるおそれを肯定しています。したがって、出所識別機能、顧客吸引力が害されるとして本件を肯定するには、ダイリューション理論が背後に控えていると、普通は理解します。

そして、判例の考え方でよいだろうと思います。なぜなら、混同のおそれがある限りは、やはりこれを放置すべきではないからです。確かに原告の不利益は微々たるもの、あくまで理論的なもの、怪しげなもののような気もします。しかし、他方で被告は多大に利益を得ており、表示を使用する正当な理由もなく、適用除外も受けていないですから、混同を放置すべきではないでしょう。したがって、希釈化理論は、混同のおそれがあれば常に不利益を典型的に認めることができる理論ですから、具体的に混同のおそれがある場合には営業上の利益要件を無にすることできる理論であるといえます。一般にも希釈化理論は正当であると考えられています。

(2) 不正競争防止法上の差止請求をなす地位を移転できるか

不正競争防止法上の請求権者となり得る地位を移転できるかという論点があります。商標権では現在では法律で認められているのでできるのですが、不正競争防止法でできるのかについて条文上は何も書かれていません。否定説が、通説に近い多数説とされています。具体的にそれを明示した判決として、バ

ター飴容器事件（札幌高決昭和 56.1.31 無体集 13 巻 1 号 36 頁）があります。

この事件は、以下のような事件でした。北誉という会社が牛乳をいれる缶に形を似せた缶を使用して、バター飴を入れて販売していました。ところが、北誉が倒産して、その結果、ロマンス製菓と浜塚製菓が、法律用語として不正確ですが、管財人から意匠なるものを譲り受けました。意匠なるものは意味がよく分かりませんが、デザインなど何らかの権限になるものを譲り受けたということです。他方で、北誉が倒産した直後に、ナシオという会社が似たような、しかしやや底が浅い牛乳の形をした缶に、バター飴を入れて販売を開始しました。そこで、ロマンス製菓、浜塚製菓が譲り受けた意匠なるものに基づいて、不正競争防止法に基づいて訴えました。

札幌高裁は厳格な判断を示し、ロマンス製菓、浜塚製菓の販売直後にナシオが販売を始始めたので、まだバター飴の容器は、ロマンス製菓、浜塚製菓のものとしては、周知ではないと認定しました。その上で、契約で不正競争防止法の地位を承継することはできないと判断をしまして、仮処分の申請を却下しました。

他方で、営業譲渡があったようなときには、あるいは個人企業が法人成りした場合、例えば池田八百屋店が後に個人から株式会社になった場合には、承継を認める判決もありました。これをどう考えるかということが、問題になっています。

現在は、まだ少数ですが学説にはより広く周知性の表示の承継というものを認める見解もあります。しかし、多数説はこれに反対し否定説に立っています。なぜなら、対抗要件などの法規制がないので、二重譲渡をどのように処理するかがわからないからです。逆に、対抗要件がないということは、そもそも法は、やはり不正競争防止法の地位だけを移転することを考えていないだろうということです。

ある表示の移転について登録を効力要件としている制度に商標法があります。商標権は財産権として移転できますが、不正競争防止法上でそのような法制度を使用していないということは、むしろ事実状態として自分を示す表示として信用があるもの・周知なものだけを保護していると解すべきです。このように解さないと、商標権の移転の効力要件として登録を要求している意味がなくなります。また、デザインの保護を受けたいのであれば意匠権を取得すべきです。

では、山形屋（東京地判昭和 40.2.2 不正競業法判例集 718 頁）や花ころも（東京高判昭和 48.10.9 無体集 5 巻 2 号 381 頁）の事件は、どのように説明すべきでしょうか。これは以下のように考えるべきです。すなわち、周知性の意味は、ある者が当該表示を使用していることまで周知である必要はありません。名前は分からないけれど、その商品かと思ったというだけで混同が起きるからです。例えばフットボールマークの事件ですと、その NFL のフットボールのシンボルマークを日本で管理をしている者をきちんと正確に認識している必要がないわけです。また、正確に日本楽器と分からなくても、ヤマハという表示を見たときに、品質のよいピアノを販売している表示であるという印象を受けます。そういったものでも、不競法上は保護に値する混同です。したがって、周知性は、ある表示が一定の物やサービスを示していることについて周知であれば足りることになります。そうすると、営業譲渡の場合は、表示とともに物やサービスを提供するための設備なども譲渡される結果、譲渡された表示がある一定の物やサービスを示していることは変更されないので、不正競争防止法で保護すべき表示に対する事実上の信用がそのまま移転しているから、譲受人が事実上の信用の主体となるといえます。具体的には、消費者が山形屋のマークをみたとき、山形屋という名の下にある工場で従業員により生産されるのりを思い浮かべます。そうすると、この営業が A から B へ譲渡をされた場合、営業譲渡の前後を通じて、山形屋という表示は、この工場から生産されてい

るのりを指していることになります。つまり、営業譲渡を受けた時点で、B はこの表示が指している営業主体になります。したがって、営業譲渡があった場合、譲受人は営業譲受直後でも同一類似表示使用者を訴えることができます。これは、個人企業の法人成りの場合も同様に考えることができます。その場合には、商品等主体に譲渡をされたというのではなくて、入っていくというイメージです。

これに対して、バター飴容器事件は、実は営業譲渡ではなかったので、仕方がなかったケースと言えなくもありません。しかし、この事件は、先ほど説明を少し省略しましたが、ロマンス製菓、浜塚製菓は、従来バター飴を製造して、北誉に卸していました。北誉がそのバター飴を購入して、これを缶に詰めて売っていました。そうすると、このケースは請求を認めた方がよかったといえます。なぜなら、北誉が破産したことによって、自分で缶に入れるようになっただけで、この缶は北誉の倒産の前後を通じて、同じバター飴を指しているといえるからです。したがって、営業譲渡を受ける必要もなく、同じバター飴を製造販売していたというケースなので、例外的に請求を認めてもよかったのではないかという気がします。