

分業体制下における不正競争防止法
2条1項1号・2号の請求権者
—対内関係的アプローチと
対外関係的アプローチの相剋—

田 村 善 之

I 問題の所在

商品等主体混同行為を規律する不正競争防止法2条1項1号に関しては、抽象的な一般論をいうのであれば、周知表示で示される商品等主体が同号違反行為に対する請求権者となると解されているが、その具体的な当てはめに関しては、商品の製造元と販売元が分かれている等、商品や営業の提供に至るまでの過程で分業体制が敷かれている場合、いずれの事業者が請求権者となりうるのかという論点がある。事案としては、グループ企業が分裂したり、OEM契約が解消した後で、分業体制に参画していた企業のうちどの事業者が以降も当該商品等を製造ないし販売することができるのかという形で争われることも少なくない。

この問題に関する裁判例のアプローチは分かれているが¹、大別すれば、実態に即して商品の製造販売の態様を決定する者を商品等主体と認定するものと、どちらかといえば、実態よりは需要者の認識を重視するもの、

¹ 関連裁判例につき、内紛型に焦点を合わせつつ子細に紹介する文献として、参照、才原慶道 [判批] 知的財産法政策学研究18号 (2007年)、網羅的に渉獵する文献として、参照、三山峻司=芹田幸子/小野昌延編『新・注解不正競争防止法 上巻』(第3版・2012年・青林書院) 240～262頁。

あるいは両者を総合衡量するものに分類することができる。判決の多くは不正競争防止法2条1項1号に関するものなので、以下では、それを中心に検討し、最後に不正競争防止法2条1項2号に言及することとしたい。

II 不正競争防止法2条1項1号

1 周知表示が示す商品等主体となる要件に関する一般論

不正競争防止法2条1項1号に基づく請求が成り立つためには、請求をなす者が、「営業上の利益を侵害」される者であることが必要である(不正競争防止法3条1項、4条)。

一般論としては、この問題に対する裁判例の扱いは1993年全面改正前の旧不正競争防止法以来、確立しており、表示がその者の商品ないし営業を示す表示として周知となっている者であって混同の対象となっている者であれば差止めを請求しうるとされている。したがって、不正競争防止法2条1項1号にいう混同の対象となる「他人」であれば、「営業上の利益を侵害されるおそれがある者」に当たると理解することができる。そして、ここでいう「他人」とされるためには、「需要者の間に広く認識されている商品等表示」の主体であると評価されることが必要である²。

² 田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)192～195頁、竹田稔『知的財産権侵害要論』(第3版・発明協会)308頁、三山/小野編・前掲注1・241頁、鈴木将文「不正競争防止法上の請求権者」高林龍＝三村量＝竹中俊子編『現代知的財産法講座I』(2012年・日本評論社)433～434頁(もっとも、同445頁は、2条1項1号には同13号に類似する側面があることを理由に、競業者や需要者にも請求権者を拡大するという発想の下での見直しの可能性を示唆する)。

なお、言葉のうえでは「商品主体」に限らず請求権者となることを認めてよいとされることもあるが(山本庸幸『要説不正競争防止法』(第4版・2006年・発明協会)250頁)、そのような主張がなされる際に典拠として掲げられる裁判例は、そのほとんどが、周知表示が示す商品等主体であるという枠組みの下で包摂しうるのであることにつき、田村・前掲193～195頁の分析を参照(なお、裁判例に関しては、具体的事案に即した判断の必要性を説くものに、竹田・前掲309頁があるが、結局は、統一的に説明できるというのが、田村・前掲193～195頁の立場である)。「表示が差

この理を最上級審判決として明らかにしたのが、最判昭和63.7.19民集42巻6号489頁[アースベルト]である。同判決は、商品の考案者にすぎず、商品の販売は自身が設立した会社がなしていたという者が、会社とともに旧法1条1項1号(現行法2条1項1号に相当する)に基づく差止め等の請求をなしたという事件において、「自ら原告商標を使用して原告製品を販売する等の営業をしている者でないことが明らかであり、被上告人らの被告製品の製造販売及び被告商標の使用等により営業上の利益、信用を害

止請求権者自身の業務を表示するものとして周知であることを要するか否かという要件のたて方は、必ずしも有効ではない」して、利益衡量により請求権者を拡張する試みもあるが(高部眞規子「営業上の利益」牧野利秋＝飯村敏明編『知的財産関係訴訟法』(新・裁判実務体系4・2003年・青林書院)429～433頁)、その結論自体は、裁判例の趨勢と変わるところがないようである。

これに対して、渋谷達紀/豊崎光衛＝松尾和子＝渋谷達紀『特別法コンメンタール 不正競争防止法』(1982年・第一法規)43～44頁は、差止請求の原告適格者たる営業上の利益を侵害されるおそれのある者とは、旧法1条1項1号および2号(現行法2条1項1号)の関係では、表示について固有かつ正当な営業上の利益を有する者と解すべきであると提唱する。そして、「表示の所有者」のほかに、表示について固有かつ正当な利益を有する以上、その「使用権者」「表示譲受人」「商品化権者」なども差止請求を提起できると論じ、その際、表示が「使用権者」等の商品を示すものとして周知となっていることを必要としないと説く。しかし、裁判例においては、差止請求をなした者が混同の対象となる「他人」であれば請求が認められる。渋谷/前掲のような議論をせずとも、フランチャイズ・システムや商品化事業における本部であっても、差止請求が認められることになる。それにもかかわらず、あえて周知表示の「所有者」以外の者も差止めを請求できるかという問題を設定したうえで、これを肯定するために「使用権者」「表示譲受人」「商品化権者」などの法文上ない概念を使用して、いったん狭くした差止請求権者を再度広げていく論法を採用する実益はどこにあるのだろうか。また、明確でない「表示譲受人」なる概念を用いることによって、取引界に無用の混乱を起こせしめるのではないかという問題がある。特に、「表示を譲り受けたと主張するものが数名存在するときは、表示がどの譲受人のものとして周知であるかを問題にするのではなく、法律上、正当と認められる承継人は誰であるかによって差止請求権者を決定すべきである」と説く場合(渋谷/前掲48頁)、「正当と認められる承継人」の意味および法的根拠を明示する必要がある(渋谷達紀「不正競争防止訴訟の当事者」日本工業所有権法学会年報6号(1983年)の評価とともに、田村・前掲195・98～199・206頁を参照)。

されることはない」と判示して、請求を棄却している。この事件では、商品名とともに商品である自動車設置具の形態が商品表示として周知であるか否かが争点となっているから、原告は商品表示の開発者として位置づけることもできるが、このような者は「営業上の利益を侵害されるおそれのある者」とはいえず、請求権者たりえないと判示されたことになる。したがって、商品名を考えたコピー・ライターも、請求権者にはなりえないことになる(同旨の判決として、東京高判昭和57.4.28無体集14巻1号351頁[タイポス書体])。

ただし、混同の対象となっている「他人」は一人の者に限らないから、一つの表示に関し差止め等の請求をなしうる者は一人とは限らない(大阪地判昭和56.1.30無体集13巻1号22頁[ロンシャン図柄])。

この理を最上級審判決として明らかにしたのが、最判昭和59.5.29民集38巻7号920頁[フットボール・シンボルマーク]である。同判決は、ナショナル・フットボール・リーグ・プロパティーズおよびそれと提携してナショナル・フットボール・リーグの各チームの名称とそのヘルメット状のシンボルマークを付した商品の商品化事業を営むソニー企業株式会社の請求を認めている³。他方で、下級審では、ライセンシーについても、日

³ 前掲最判[フットボール・シンボルマーク]は、「広義の混同」の法理を認めた判決であると理解されることもあるが(清永利亮[判解]『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和59年度』(1989年・法曹会)313頁)、厳密に判文を辿るのであれば、「他人には、特定の表示に関する商品化契約によって結束した同表示の使用許諾者、使用権者及び再使用権者のグループのように、同表示の持つ出所識別機能、品質保証機能及び顧客吸引力を保護発展させるという共通の目的のもとに結束しているものと評価することができるようなグループも含まれる」としたうえで、「混同を生ぜしめる行為には、周知の他人の商品表示又は営業表示と同一又は類似のものを使用する者が、自己と右他人とを同一の商品主体又は営業主体と誤信させる行為のみならず、自己と右他人との間に同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存するものと誤信させる行為をも包含」する、と判示しているのだから、この判決は、むしろ一の商品化事業を展開するグループも不正競争防止法上の「他人」になりうるという形で商品等主体のほうを拡張したうえで、そこに属する関係があると誤信する狭義の混同を肯定した判決である(才原慶道[判批]知的財産法政策学研究12号307頁(2006年))。したがって、原告が単独の事業者で、被告はそこからライセンス

本国内における独占的な販売を許諾されているライセンシーの請求を認

を受けたと見られるような誤信があるというだけでは、前掲最判[フットボール・シンボルマーク]の法理が発動されることはない。この判決の論理が適用されるためには、原告のほうで、周知表示の下で他者から識別されている何らかの実体としてのまとめ、判決の言葉を借りれば「グループ」があることが必要である。

もっとも、この「グループ」となるための要件はそれほど高いハードルではない(肯定例として、以下に紹介する裁判例のほか、傍論ながら、大阪地判平成17.6.21平成16(ネ)3846[エニイワイヤ]、否定例として、東京地判昭和51.4.28無体集8巻1号144頁[仮面ライダー]、大阪地判平成4.1.30知裁集24巻1号70頁[糶袋]、大阪高判平成5.7.20知裁集25巻2号249頁[同])。前掲最判[フットボール・シンボルマーク]と、東京地判平成2.2.19無体集22巻1号34頁[ポパイⅠ]、東京高判平成4.5.14知裁集24巻2号385頁[同]、東京地判平成6.10.17判時1520号130頁[ポパイⅡ]は、一業種一社のライセンシーを選定してライセンスをなしているという程度の管理をなしていることをもって足りるとしている(業者選定や品質管理につき明示的に言及することなく、商品化事業の総本山である管理者が他人に当たるということを認めた判決として、東京地判平成2.2.28判時1345号116頁[ミッキーマウスのキャラクター])。デザインの承認手続、知的財産権の管理、ライセンスの譲渡およびサブライセンスの禁止、ライセンス商品の販売方法の制約等を記載した標準商品化契約書を作成し、また、原告商品化事業を行うに当たって、イメージの統一性を維持するための冊子(スタイルブック)を作成するなどの措置が講じてられていることを認定したうえで、「原告は、多くのライセンシーとライセンス契約を締結し、それらのライセンシーは統一された表示…を用いている上、商品イメージを統一するための管理等もされているから、原告表示に係る商品化事業に関してライセンス契約を締結しているライセンシーで構成されるグループ(原告グループ)が存するものと認められる」と帰結する判決として、東京地判平成14.12.27判タ1136号237頁[ビーターラビット]、東京高判平成16.3.15平成15(ネ)831[同]があり、一見すると、厳格な基準を採用しているかのように見えるが、そこに掲げられている事項を記した契約書の様式を用意しておけば充足できる要件でしかない(以上につき、田村善之「パブリシティ権の侵害行為」同『ライブ講義知的財産法』(2012年・弘文堂)562～566頁)。さらに、原告ホテル以外にも「RITZ」表示を付したホテルは複数あるが、いずれも(単なるフリー・ライダーを除けば)原告と同じくセザール・リッツの関与により設立されたか、原告から表示の使用を許諾されているものである場合には、周知性が否定されることはない旨を説く判決もある(大阪高判平成11.12.16判不競810ノ351頁[ホテル・ゴーフル・リッツ])。同旨、東京地判平成4.4.27判タ819号178頁[THE RITZ SHOP]。

めた裁判例がある(日本国内で実際に販売をなしていた以上、周知表示が示す「他人」に該当すると認めうる事案で、大阪地決平成8.3.29知裁集28巻1号140頁[ホーキンスサンダル]、ほかに、京都地判平成10.7.16判不競874ノ560頁[STUSSY]、傍論ながら、大阪地判平成7.9.28判タ901号245頁[BIRKIN 7]、2条1項2号事件で、東京地判平成10.2.27判不競1162ノ2ノ12頁[MOSCHINO CAMERIO ITALY])。両者を合わせれば、商品化事業において、ライセンサーとライセンシーがそれぞれ不正競争防止法2条1項1号の請求権者たりうることになる⁴。

これらの場合、商品等主体の名前が需要者に知られている必要はない、とされている。もちろん、混同が起こりうるためには、少なくとも表示がある特定の者の商品や営業を他の者の商品や営業から識別するものとして知られている必要があるが、それ以上に識別された商品や営業の主体の名称までもが周知である必要はないのである(前掲大阪地判[ロンシャン図柄]⁵、東京高判平成3.11.28判不競220ノ661頁[キーホルダー]⁶、傍論な

⁴ 他方、ライセンス関係があるとの誤信をも広義の混同として不正競争防止法2条1項1号の規律に服せしめることができるのかという論点に関しては、否定説の立場から、才原/前掲注3、田村/前掲注3・566～568頁、肯定説の立場から、茶園成樹「混同要件」高林ほか編・前掲注2・421～424頁を参照。

分業体制が敷かれている事例において広義の混同を肯定する際に、ライセンス関係があるとの誤信に言及した裁判例として、ファッション雑誌「VOGUE」誌のアメリカ合衆国の発行元(共同原告の一人)、同誌の日本版「VOGUE NIPPON」の発行元(共同原告の一人)、アメリカ発行元の関連会社であり標章「VOGUE」「ヴォーグ」に関する日本の登録商標権者の三社を、『VOGUE』誌の発行によって原告標章1[筆者注:『VOGUE』]の持つ出所表示機能、品質保証機能及び顧客吸引力を保護発展させるという共通の目的のもとに結束した企業グループ」であると評価したうえで、「本件マンションが『VOGUE』誌及び『VOGUE NIPPON』誌の高級でファッションナブルなイメージと同じイメージで販売されていること等を総合的に考慮すれば、被告標章[筆者注:『La Vogue Minamiaoyama』『ラ ヴォーグ南青山』等]は、これに接した需要者に対し、原告標章を連想させ、原告らと同一の商品化事業を営むグループに属する関係又は原告らから使用許諾を受けている関係が存するものと誤信させるものと認められる」と判示した東京地判平成16.7.2判時1890号127頁[ラヴォーグ南青山]ある。

⁵ 「(一個の商品表示は必ず一個の出所を表示する機能しか持ちえないと解さなけ

がら、大阪地判平成14.12.19平成13(ワ)1059[天津甘栗チョコレート]⁷。たとえば、かなり以前から(現在のマツダ株式会社の社名が東洋工業株式会社であった過去の時代の話となるが)、「マツダ」がある者の商品の表示であることが知られていれば、それ以上に「マツダ」が東洋工業の商品であることまで知られている必要はない、と説かれていた⁸。商品等主体の名称が知られていなくとも混同は起こりうるのであるから、この解釈が妥当である⁹。

ればならない合理的な理由はない。また、周知表示によつて認識される出所は必ずしも正確な名一例えば『株式会社藤田商店』とか『有限責任会社ジャン・カセグラン社』というように一で認識されていなければならないものでもない。)と述べた判決である。

⁶ 「不正競争防止法第一条第一項第一号にいう『他人ノ商品タルコトヲ示ス表示』は、その商品が、他の出所とは区別された特定の出所からの商品であることを認識し得るような表示であれば十分であつて、右特定の出所の具体的名称まで認識できなければならないものではない。」と述べた判決である。

⁷ ただし、原告会社の製造にかかる商品であるにもかかわらず、他社の信用を利用するために他社名を前面に出して販売されていたために、需要者が原告製品を当該他社の製品と認識していたところ、その後、原告が当該他社とは独立して原告製品の製造販売を開始したという場合には別論が成り立つ。需要者には、かつての原告製品は(それが実態に沿わない虚偽のものであったとしても)原告の製品として認識されていないのだから、原告製品が他社とは無関係のものとして周知性を得るためには、別途、独自に需要者の認識を得る必要があるからである(商品形態の商品等表示該当性が主張された事件で、大阪地判平成6.9.29判不競224ノ27頁[ヘルシーマット]、大阪高判平成7.11.30判不競224ノ188ノ6頁[同]。大阪地判昭和63.12.27無体集20巻3号656頁[かにロール包装]も参照)。

⁸ 小野昌延『註解不正競争防止法』(1961年・有信堂)75頁。

⁹ 小野昌延『不正競争防止法概説』(1994年・有斐閣)83頁、松尾和子/豊崎ほか・前掲注2・130頁、佐藤治隆/牧野利秋編『工業所有権訴訟法』(裁判実務大系9・1985年・青林書院)473頁。

2 分業体制が敷かれている事例に対する当てはめ

以上の理を、商品や営業の提供に際し分業体制が敷かれている事例に当てはめるとどうなるか。この点に関する裁判例のアプローチは、二つに大別することができる。

① 実態に即して商品等の提供の態様を決定する者を商品等主体と認定するアプローチ(「対内関係のアプローチ」)をとる裁判例

上述した一般論をそのまま当てはめるのであれば、商品等主体の正式な名称が需要者に知られている必要はないのだから、製造元である製造業者等の名が消費者に知られていることは必要ではなく、ゆえに、商品等主体が誰であるかという判断は実際に商品を製造販売し営業を提供している者は誰かという実態に即して、商品等の提供の態様を決定する責任を有する者を商品等主体であると判断すべきであるように思われる。以下、この手法を便宜上、「対内関係のアプローチ」と呼ぶことにしよう。

裁判例でも、この立場に与していると目される判決として、東京地判平成14.11.14平成13(ワ)15594 [ファイアーエムブレム]がある。

判旨は、不正競争防止法上の商品等主体に関して、以下のような一般論を提示する。「不正競争防止法2条1項1号、2号の規定は、商品表示についていえば、他人の商品との混同を生じさせる行為等を防止することによって、当該商品表示に化体された商品主体の信用の冒用、毀損を防止し、もって、公正な競争秩序の維持、形成を図ろうとするものであると解されるから、この規定によって保護されるべき者は、商品に関する信用の保持者たる主体、すなわち当該商品の製造、販売等の業務に主体的に関与する事業主体に限られるものというべきであり、これを具体的にいえば、原則として、当該表示を付した商品について、その品質等を管理し、販売価格や販売数量を自ら決定する者が、これに該当するものと解するのが相当である。」

この事件の事案は、「ファイアーエムブレム 暗黒竜と光の剣」その他一連のゲームソフトに関して、著作権者である原告イズが、その製造販売業者である原告任天堂とともに、ゲームソフト「エムブレムサーガ」を製造販売する被告に対して、不正競争防止法2条1項1号違反等を主張してその製造販売等の差止めを求めたというものであった。原告イズが不正競争

防止法違反に基づく請求をなすのかということが一つの争点となったが、裁判所は上記一般論の下で、原告イズと原告任天堂間のライセンス契約書の諸条項を子細に吟味したうえで、以下のように判示して、原告イズの請求主体性を否定した。

「原告イズは、単に原告ゲームの著作権者として、原告任天堂に対してその独占的使用についての許諾を与え、その対価として、契約に定められたロイヤリティを受領しているにすぎないものであって、商品としての原告ゲームの製造、販売等の業務に主体的に関与する事業主体ということとはできない。すなわち、原告イズの受領すべきロイヤリティについては、原告ゲーム1本当たりの所定額とされており、その販売数量の増大に応じてロイヤリティの額も増大するように定められているものであるが、売れ残りの在庫等による債務の危険を負担するものではなく、かえって、ロイヤリティのうちの相当の額(例えば『暗黒竜と光の剣』では10万個、『紋章の謎』では30万個の販売に相当する額)については販売数量の多寡にかかわらず原告任天堂からその支払を保証されている。他方、原告ゲームの販売価格、製造・販売の数量等はすべて原告任天堂において決定しており、また、その商品化事業においても、専ら原告任天堂が再使用許諾権に基づいて、原告ゲームの登場人物のキャラクター等に関し、再使用許諾先の業者に対して、その使用態様や商品の品質等についての管理統制を行っているものであって、原告イズは、商品としての原告ゲームの販売価格や販売数量の決定に何ら関与しておらず、また、商品化事業の展開について原告任天堂や再使用許諾先の業者に対して管理統制を行う立場にもないものである。」¹⁰

需要者が誰を商品の製造販売主体として認識しているのかということではなく、実態として、原告イズと原告任天堂のどちらが品質等を管理し、販売価格や販売数量を決定しているのかということに焦点を当てている点が特徴的であり、対内関係のアプローチを採用していると評することができる。

¹⁰ 他方、原告任天堂からの請求に対しては、表示の類似性を否定して請求を棄却している。

OEM契約に基づいて製造元と販売元が分かれている事例においてこのアプローチを踏襲した裁判例として、東京地判平成15.1.30平成13(ワ)14488 [チェンジリテーナー]がある。

事案はOEM契約に基づき原告製品を製造して訴外デイトンに納入し、デイトンがこれに「チェンジリテーナー」という標章を付して販売しているというものであった。

裁判所は一般論として、前掲東京地判 [ファイアーエムブレム]と同旨を説いたうえで、本件では、「原告は、単にOEM契約に基づき原告製品を製造して、これをデイトンに納入し、デイトンにおいてこれに『チェンジリテーナー』という標章を付して販売しているものであるから、原告が、本件標章の付された原告製品について、その製造、販売等の業務に主体的に関与する事業主体ということとはできない。」「原告が商品としての原告製品の販売価格や販売数量の決定に関与しているなどの事実を認めるに足りる証拠はない」と判示している。やはり需要者の認識を問題とすることなく、商品の販売価格や数量という販売態様を決定する者をして商品等主体であると評価しているところが特徴的である。

東京地判平成16.12.15判時1928号126頁 [撃]、知財高判平成17.9.15平成17(ネ)10022 [同]が、同様の手法を採用している。事案は、原告の代表者Aからオリジナル饅頭の製造販売を提案された被告が、「撃GEKI」という標章包装に付した饅頭の製造を原告に発注し、自衛隊の売店等で販売していたが、その後、被告が同様の標章を包装に付した饅頭、せんべいの販売を独自に始めたために、原告が被告に対して同標章の使用差止め等を求めたというものである。

東京地裁は、絵柄のデザイン、パッケージのデザイン、商品名を決定したのが被告であり、被告が注文した数量のみが製造されすべて被告を通じて販売されたこと、販売当初Aが送付した売場用ポスターに販売元が被告であると記載されていたこと等を斟酌して、「本件饅頭は被告の商品として企画され、その製造が光洋商事又は原告に委託されたものと認めるのが相当であるから、本件標章は、被告の商品であることを示す商品等表示であると解するのが相当である」と帰結し、請求を棄却した。その際、「被告は原告の独占的な販売代理店にすぎず、本件饅頭は原告の商品である」とする原告の主張に対しては、「被告は、本件饅頭の製造に当たり、饅頭

本体の絵柄や包装紙のデザインの検討を主導的に進め、最終的に被告の提案に係る部分が多く採用されていることから、被告は商品内容自体を決定する立場にあったといえる」ということを理由に、これを退けている。需要者の認識とは無関係に、「商品内容自体を決定する立場」にあった者を商品等表示の主体と評価しているところが特徴的である(前掲知財高判 [撃]も、原判決の判文を引用しながら、原告の控訴を棄却している)。

時期は前後するが、東京地判平成12.10.31判時1750号143頁 [麗姿]も、対内関係的アプローチを採用した裁判例である。

この事件の原告会社は、霊芝等を練り込んだ石鹸を製造し、「和漢ドゥサボン」の名称で株式会社「あみゅーれ」、後に「ちえの輪」を販売総代理店として、代理店方式を利用した連鎖的な販売方法の販売元により消費者に販売していたところ、被告会社からの強い申し入れによって、被告会社が同じ石鹸を「サボン麗姿」の名称で通信販売することになった。しかし、その後、被告会社が「サボン麗姿」等の製造元を切り換えたことから、原告が被告に対して「麗姿」等の標章を付した石鹸、化粧品等の製造、販売等の差止めを求めた。

東京地裁は、原被告間の取引基本契約において、原告は被告が指定する化粧品を製造し全量を被告に納入する義務があるとされていること、広告等には「総発売元」として被告を示す表示が付されていること等を斟酌して、原告と被告間の契約は、被告が自己のブランドを付して販売する化粧品類について原告がその中身を製造するOEM契約と認めるのが相当であるから、「麗姿」は、被告のブランドすなわち被告の商品表示というべきであり、原告の商品表示であるということとはできない旨を判示した。

この判決は、後述するように(3)、括弧書きでかりに需要者等の間で原告が製造元であるという認識が広がっているとしても、総発売元が被告である以上、互いに「他人の」商品等表示に該当しないことを理由に請求を棄却する旨も付言しているが、そもそも商品等主体を被告であると認定するところでは(この判決の言葉遣いでは「被告の商品等表示」と認定するところでは)、そのような需要者の認識とは無関係に、取引基本契約と外部に対して問い合わせ先として責任をとるべき主体は誰とされているのかという実態に基づいて商品等主体を決定しようとしているところが特徴的である(控訴審の東京高判平成13.5.15平成12(ネ)5798 [麗姿]も、不

正競争防止法違反に関しては、原判決が説示するところを超えて特に判断を加えるべき点はないと述べて、原告の控訴を棄却している)。

また、同じく対内関係のアプローチを採用しつつ、需要者の認識を基準とした原判決と結論を違えた点で重要な判決として、東京高判平成17.3.16平成16(ネ)2000 [アザレ化粧品Ⅱ]¹¹がある。

この事件の原告株式会社アザレインターナショナルと被告は、従前は、被告共和化粧品工業株式会社を製造元、原告を発売元として、「アザレ」の表示を付した化粧品等を訪問販売により販売していた。実際に訪問販売に携わる者は、アザレ化粧品以外の商品の販売を禁止されていた「本舗」と呼ばれる販売店の販売員であったが、創業者Aの死後、原告と被告が分裂したことに伴い、販売店も原告と被告側に分かれ、それぞれが「アザレ」の表示を付した化粧品等の製造販売を開始した。そこで、原告が、被告と被告製品を取り扱う他の被告を相手取って不正競争防止法2条1項1号に基づき差止め等を請求した。後述するように、原判決は消費者の認識を基準として発売元である被告が商品等主体であると認めた。しかし、控訴審は、アザレ化粧品は、創業者Aが、ジュポン社時代の化粧品製造業者や販売業者の強い要請を受けて、それまでの経験と見識に基づいて培った自然派化粧品という基本的な理念に則り、製造技術者の協力の下に商品化したものであること、「アザレ」という名もAの考案によって商標登録を受けるに至ったものであることを斟酌して、「形式的にも実質的にも、Aのブランドということが出来る」と認定。そのうえで、創業者がアザレ化粧品の事業を始めるに当たり、販売部門についてはA側が、製造部門については訴外Cがそれぞれ分担し協力していくことを前提として、全国各地に販売担当の本舗を置いてその事業展開をしていくこととしたものであり、その結果、総発売元は原告会社、製造元は当初Cが経営する被告共和化粧品、後にCが中心となって設立した被告アザレプロダクツが担当することになったという経緯に言及する。そのうえで、アザレ化粧品の外箱、瓶底のシール等に、発売元として「株式会社アザレインターナショナル」、製造元として「アザレプロダクツ株式会社(その設立前は共和化粧品工業株式会社)」と表示されていたことや、各本舗のほとんどが商号に「アザレ」

¹¹ 評釈として、才原/前掲注1。

の語を用い、パンフレットなど様々な形でアザレの名称等を用いて消費者に対する販売活動を行っていたという事情を斟酌して、結論として、「一審原告、一審被告アザレプロダクツ(その設立前は一審被告共和化粧品)及び各本舗等は、アザレ化粧品の販売普及という共通の目的の下に、発売元、製造元及び販売店として、それぞれの役割を分担し合いながら結合した一つのグループを形成し、対外的にもそのような結合関係にあることを表示していたものとみるのが相当である」と判示した。

この判決は、ここまで紹介した説示に続けて、最後に「消費者にとってみれば、アザレ化粧品は、そのようなアザレグループが提供する化粧品であり、『アザレ』の表示は、上記グループ全体の営業あるいは商品を示すものとして認識されていたものとみるのが自然であって、本件各表示は、そのようなグループ共通の商品等表示として、消費者の信頼を獲得し、周知になっていったものと認めるのが相当である」と述べている。この説示は、一見すると、需要者の認識を基準とするアプローチを採用しているかのように読めなくもない。しかし、既に見たように、決め手となっているのは、消費者が具体的に誰を商品等主体と認識していたかということではなく、アザレ化粧品は実際に誰が製造し販売していたのかということなのである。そのような文脈の下で、消費者の認識に言及する説示部分を理解するのであれば、消費者にとってのアザレ化粧品は、このような実際にアザレ化粧品を製造し販売しているアザレグループが提供する商品でなければ消費者の信頼を裏切ることになるという意味で使われているに止まることがわかる。還元すれば、消費者の認識は表示が誰を指しているかに関するものではなく、「アザレ」が示している商品は何の商品なのか(被告単独で製造する商品なのか、原告単独で製造する商品なのか、はたまたグループが製造する商品なのか)ということ特定するために用いられているにすぎない。

なお、一連のアザレ化粧品の事件に関する、大阪地判平成15.5.1平成12(ワ)5120 [アザレ化粧品Ⅰ]、大阪高判平成17.6.21平成15(ネ)1823 [同]も、当該表示が識別していると消費者に認識されている商品について、その提供について重要な地位を占めており、周知性、著名性獲得に貢献した者を商品等表示の主体とする手法を採用している。

営業の提供に関しても、「FAI WORLD GRAND PRIX OF AEROBATICS '98 アエロパティックス日本グランプリ」等の名称で実施された曲技飛行競技会の平成10年大会、平成11年大会等に関与していた原告が、平成12年大会、平成13年大会と事業から外されたので、被告に対して、「FWGPA」、「アエロパティックス」、「AEROBATICS」、「ウイングマーク」の標章を使用した行為が不正競争防止法2条1項1号に該当すると主張して、損害賠償を請求したという事件に関する東京地判平成16.1.19判時1858号144頁[FWGPA]がある。東京地裁は、原告は、平成10年大会等において、必要とされる航空法等の各種許可の取得、FAIとの調整、大会における飛行の運行計画、飛行管制、競技運営の統括等の業務を担当していたが、大会の主管は国際航空連盟(FAI)等であり、主催は被告株式会社ツインリンクもてぎが主催とされていたことを理由に、該表示は、原告の実施する曲技飛行競技会を表示するものではなく、かえって、国際航空連盟(FAI)が実施する曲技飛行競技会、同連盟から委託を受けた訴外人または同訴外人の運営する会社(FWGPA)が実施する曲技飛行競技会を表示するものと解すべきであると判断し、原告の請求を棄却している。実体に着目して商品等主体を判断した判決の一つと位置づけることができる¹²。

¹² 裁判所は、各種大会において、国際航空連盟(FAI)、FWGPAが大会を主管すること等が明示されている反面、大会の主催が原告であるとの表記が示されたことはないことにも言及しているが、これらの事実は、当該表記によって需要者が誰を商品等主体であると認識していたのかということを確認するために用いられているわけではなく、むしろ、当事者間の関係として、誰が主催者とされていたのかということを確認するために斟酌されているように読める。なお、この事情の下では、法律構成としては、当事者間の契約関係として、主催や主管として表記されていたFAI等が表示の使用の可否を決定しうる者であること、ひいては、原告が事業から外れた場合にはもはや当該表示の使用を継続したり、ましてやFAI等に対してその使用を停止することを求めることはできない関係にあることが前提とされていたとして処理することも可能であったように思われる。

なお、本件の控訴審である東京高判平成16.5.27平成16(ネ)833[FWGPA]は、原判決と比べると、各大会における対外的な表示に関する子細な認定を前面に押し出したうえで、「FAIが大会を主管する旨の表示がされている一方、控訴人が大会を主管する旨の表示は一切ない」ということを控訴人(原告)の請求を棄却する決め手と

その他、比較的早期の裁判例で、対内関係のアプローチをとっていると目されるものとして、需要者の認識に言及することなく、孫請けとして製造工程の一部に関与していたにすぎないことを理由に、周知表示が示す商品の製造販売主体であるとは認めず、製造販売元から元下請けに対する不正競争防止法2条1項1号の請求を棄却した判決として、東京地判平成7.2.27裁集27巻1号137頁[ローズ形チョコレート]がある¹³。

しているもので、一見すると、本文で後述する需要者の認識を基準とする裁判例のほかに位置づけることができそうであるが、他方で「また、各大会の開催に際して締結された契約上も、被控訴人がFAIないしこれを代表するBから許諾を受けて各大会を主催し、控訴人が、『国際航空連盟・曲技飛行競技部門日本代表部』として、被控訴人の委託を受けてその運営等を業務として担当することが規定されている」という当事者間の内部関係にも言及したうえで、「これらの事情に鑑みれば、平成10年大会及び平成11年大会において、控訴人が上記(イ)の業務を担当しているも、そのことをもって、本件営業表示が、控訴人の実施する役務(曲技飛行競技会)を表示するものとは到底いえず、かえって、本件営業表示は、[1]国際航空連盟(FAI)が実施する役務(曲技飛行競技会)ないし[2]同連盟から委託を受けたB又はBの運営する会社が実施する役務(曲技飛行競技会)を表示するものと解すべきである」と帰結しており、鶴的である。

¹³ 大阪地判平成19.2.15平成18(ワ)1080[イーグル]も、以下のように、売上げやパンフレット、カタログの配布数などの事実を根拠に、原告表示の周知性を肯定しつつ、それが誰の商品等表示として周知であるのかということに関しては、需要者の認識とは無関係に、原告と訴外株式会社イーグル・オサダ(以下の判文内では「オサダ」)の従前の関係(本文3において後述)に関する事実認定に基づき、「原告商品の商品表示たる本件表示は、オサダと原告の両者の出所を示すものとして使用されていた」ということを理由に、原告とオサダが共同して商品等主体であるという判断を示しているから、対内関係のアプローチを採用していると看取することが許されよう。

特に関連する判文は以下のとおりである。

「原告商品は、本件市場において、業種によっては4割から8、9割といっても大仰とは言い切れないような数の業者を取引先とし、原告はこれら取引先に対し、少なくとも年間5億円前後、個数にして5000個以上の商品プレート付きの商品を10年近くにわたって販売しており、これら業者より更に相当多くの業者にパンフレット、カタログが配布されているのであるから、本件表示は、被告が設立された平成17年6月7日までに、本件市場において、原告商品の商品表示として周知性を有してお

② 需要者の認識を基準とするアプローチ(「対外関係的アプローチ」)を採用する裁判例

他方で、裁判例のなかには、需要者から見て誰が商品の出所と判断されるのかということを決め手として、商品等主体は誰かということを決断する判決もある。以下、この需要者の認識を基準とするアプローチのことを、便宜上、「対外関係的アプローチ」と呼ぶことにしよう。

代表的な裁判例として、東京高判平成16.11.24平成14(ネ)6311〔ファイアーエムブレム〕がある。前述した東京地判平成14.11.14平成13(ワ)15594〔ファイアーエムブレム〕の控訴審判決であり、結論は原判決と同じく、原告(控訴人)イズにつき商品等主体と認めなかったのであるが、その理由づけは、原判決のように実態としての商品の製造販売の態様を決定する者は誰かということに焦点を当てるのではなく、需要者の認識を基準にして商品等主体を確定する手法を採用した点に特徴がある。

まず、一般論として、控訴審判決は次のようにいう。不正競争防止法2条1項1号の『他人』とはあくまで商品等の表示主体を指すのであるから、『他人』に該当するかどうかは、商品等表示についていえば、当該商品等表示の内容や態様、当該商品の広告・宣伝の規模や内容、品質保証表示のあり方などに照らし、当該商品等表示が何人のものであるとして需要者に認識されているかによって定めるのが相当である。」

そのうえで、原判決ではほとんど顧みられることがなかった商品パッケージ、テレビコマーシャル、チラシ、ゲーム雑誌における紹介記事や広告における発売元の表記に着目し¹⁴、以下のように論じて、原告イズの商品

り、その周知性は現在まで継続していると認められる。そして、前示のとおり、原告商品の商品表示たる本件表示は、オサダと原告の両者の出所を示すものとして使用されていたから、本件表示は、オサダと原告の商品等表示として需要者の間に広く認識されているものというべきである。」

¹⁴ たとえば、次のような認定がある。「ファイアーエムブレム・シリーズ第1作ないし第4作の商品パッケージ、テレビコマーシャル、チラシ、ゲーム雑誌における紹介記事や広告には、発売元として控訴人任天堂の名前のみが表示されており、第5作であるトラキアの商品パッケージ、取扱説明書、ゲームカセット、チラシ、ゲーム雑誌における紹介記事や広告には、その最下段ないしそれに近い部分に★マークを付した控訴人イズの名前が控訴人任天堂の名前と並んで小さく表示されてい

等主体該当性を否定した。「一般に、ゲームソフトの需要者は、店頭にある商品に実際に接し、あるいは広告媒体を通じて、その商品主体を認識すると考えられるところ、…ファイアーエムブレム・シリーズ各作品の商品パッケージには発売元として控訴人任天堂の名前のみが表示され、ゲーム雑誌やテレビコマーシャルなどを通じて継続的かつ頻繁になされた同作品の広告においても、発売元として控訴人任天堂の名前のみが表示されていたというのであるから、これらの表示に接した需要者は、控訴人任天堂を控訴人ゲームの商品等表示主体と認識していたと推認するのが相当である。控訴人らは、控訴人イズが商品等表示主体と認められるべき根拠として、トラキアの商品パッケージなどに『☆』マークを付した控訴人イズの名前が表示されていることを指摘するが、これは控訴人イズが著作権者であることを示すにすぎず、それをもって需要者が控訴人イズを商品等表示主体と認識するとは考えられない。また、控訴人らは、控訴人イズが控訴人ゲームの表示主体であることを具体的に表示している例として他のゲーム雑誌…も挙げるが、これらは、控訴人イズを被控訴人Aの所属先…、ゲームの開発元…として紹介しているのみで、控訴人イズを控訴人ゲームの商品等表示主体としているものということとはできない。」

このような需要者の認識を基準とする対外関係的アプローチを、比較的早期に、製造元と販売元が分かれている事例において採用していた判決として、大阪地判平成6.3.24平成3(ワ)6924〔HAND BOXER〕、大阪高判平成7.12.21判不競504ノ34ノ8頁〔同〕がある¹⁵。

るものの、発売元としては控訴人任天堂のみが表示されている」。なお、原告イズと原告(控訴人)任天堂の間のライセンス契約についても言及がなされていないわけではないが、需要者の認識を基準として商品等主体を原告任天堂と決定したうえで、ライセンス契約の仕組みやその他の実例に照らしても、商品等主体に原告イズも加わっていると評価することはできない(「控訴人イズが、控訴人任天堂とともに商品化事業を行い、それを通じて需要者に対し控訴人ゲームの品質保証表示を行ったと認めることはできない)、という形で修正原理として用いられているに止まる。¹⁵ このほか、厳密には傍論であるが、より早く、大阪地判平成12.2.8平成8(ワ)9425〔セラル300 CERAL〕は、「ある商品表示が誰の商品を表示するものとして使用され、周知性を獲得するに至ったかを判断するに当たっては、取引界において当該商品表示が誰の出所を表示するものとして通用していたかという客観的事情を重視

すべきものである」旨を説き、マンションのバルコニー用のジョイントタイルの販売に協力した被告会社が、名称の考案を含めて商品化に大きな寄与をしていたとしても、主にチラシ、宣伝広告における表記の有無などを斟酌したうえで、「マンション関係業者の間では、本件商品はロックウエストの商品として通用し、本件表示は、右ロックウエストの商品であることを示す商品表示として周知性を獲得したと認めるのが相当であり、被告が本件商品を販売する際にも、本件表示を自己の商品を表示する商品表示として使用していたと見ることはできない」と判示し、該表示は維持製造元(一時期から他者に製造委託)であった訴外ロックウエストの商品等表示として周知であったと判断した。もっとも、事案の解決としては、この訴外ロックウエスト(原告代表者の個人営業の屋号を有し、被告が保有していた株式を原告代表者に譲渡する等した後は原告代表者の一人会社)と原告とは別会社であって、ロックウエストが本件商品を製造し、原告がロックウエストから本件商品を仕入れて受注販売するという区分が明確になされていたところ、ロックウエストの営業を原告に承継したとまでは認められないことを理由に、原告はロックウエストとは独自に周知性を獲得する必要がある旨が説かれ、原告の請求は棄却されている。

位置づけがやや難しいのが、大阪地判昭和56.1.30無体集13巻1号22頁「ロンシャン図柄」である。ハンドバッグの図柄により識別される「他人」には、外国の製造業者とともに、販売努力により図柄を国内において周知のものとするのに寄与した独占的輸入販売業者も該当するから、この者も差止めを請求しようと帰結した判決であるが、その際に、「原告がつとに昭和四三年頃以降独占的に右図柄の付された商品を輸入販売してきたのであつて(昭和五二年三月には原告と右フランス法人との間で右図柄の付された商品の全世界的独占的販売権を原告に付与することについての了解もなされている点も参照。…)、原告の販売努力が右図柄を我が国において著名なものとするにあずかつて力があつたことが明らかであるから、我が国においては原告主張の頃には右図柄の付された商品といえはほかでもない原告の販売する商品であることが、少くともハンドバッグ取扱業者間において、広く認識されていたと認めるに何らの妨げはない」と説示しており、一見すると、需要者の認識を基準とするアプローチを採用しているかの如くである。しかし、結論としては、周知性の認定としては、原告の商品等表示が「我国の取引者、需要者間に広く認識されるに至っているものである」との原告主張にかかる請求原因事実をそのまま肯認することができることと説示しており、原告の販売する商品であることを広く認識していたとされた「ハンドバッグ取扱業者」を超えて、取引者ではない需要者についても、原告の商品等表示の周知性を肯定している。また、括弧書きで、「(一個の商品表示は必ず一個の出所を表示する機能しか持ちえないと解さなければならない合理的な理由は無い。また、周知表示によつて認識される出所は必ずしも正確

事案は、「BOXER」商標を付した封緘機を輸入していた三井物産株式会社が、輸入品では価格競争に勝ち抜くことが困難となったために、国内生産品をもって当てることとして、旧会社に製造を委託することで「BOXER」商標の封緘機の販売を継続したということに端を発する。その後、旧会社が労働争議の結果、解散すると、旧会社と株主、役員構成、代表取締役を同じくする原告が設立され、「HAND BOXER」等の標章を付して封緘機の製造を続けているという事案である。原告は、旧会社から周知表示を承継したと主張して、別途、「HAND BOXER」標章の下で封緘機を製造している被告に対して、旧不正競争防止法1条1項1号(現行法2条1項1号に相当)に基づいて差止め等を請求したので、「BOXER」表示が旧会社を示す表示として周知であるか否かということが争点となった。しかし、裁判所は、1、2審とも、実際の製造者である旧会社の名前は外部に対して表示されていなかったため、需要者ないし取引者の間では、実際の製造者である旧会社ではなく、総販売元である三井物産株式会社が本件封緘機の商品の出所であると認識されていたことを理由に、本件標章が旧会社の商品表示として周知性を獲得したことはないと帰結して、原告の請求を棄却している。

具体的な当てはめの場面では、宣伝広告パンフレットに総販売元の記載が大きく表示されているのに対し、製造業者の名前は封緘機全体ではなく封緘針の製造元であることを示す表示(「SSK ゴールドステーブル」)が記されているに止まるという事情(前掲大阪地判[HAND BOXER]、前掲大阪高判[同])、封緘機に付された「HAND BOXER」なる商品表示ラベルとともに「SUGIMOTO SHINSEN ATSUEN KOGYOSHOU CO. LTD.」と製造業者名が表示されているが、貼付部分が需要者が常日頃から目にすることがない封緘機の腹側であるという事情(前掲大阪高判[HAND BOXER])などが、製造元の商品等主体性を否定する方向に斟酌されている。

な名一例え『株式会社藤田商店』とか『有限責任会社ジャン・カセグラン社』というように一で認識されていなければならないものでもない。)と付言していることも合わせ考慮すると、結局、せいぜい恣意的なアプローチか、もしくは決め手を内部関係に置いている判決のように読める。

東京地判平成23.7.20平成21(ワ)40693〔常温快冷枕 ゆーみん〕も、「常温快冷枕 ゆーみん」等の商品名の枕につき原告製造業者と被告販売業者の間で紛争となったという事件で、商品のパッケージには販売業者である被告の表記はあるものの、原告の表記はなかったことに着目して、需要者の間において、本件各商品表示に化体された信用の主体と認識されるのは、被告であると認めている。判旨は、抽象論としては、「自らの判断と責任において主体的に」商品を市場に置いた者という文言も用いており、また製造元である原告のパッケージ作成に関する貢献が協力に止まること等をも斟酌しているので鵠的などころがあるが、製造という貢献に関しては言及がなく、パッケージの表記を重視している点が対内関係的アプローチをとる裁判例とは一線を画すものとなっており、あえて分類するとすれば、相対的に対外関係的アプローチのタイプに属するといつてよいだろう。

既述したアザレ化粧品事件の原審の東京地判平成16.3.11平成13(ワ)2187〔アザレ化粧品Ⅱ〕も、同様に鵠的な説示の下、発売元と製造元との契約はOEM契約であり、発売元である原告が製造量を決定して各本舗を通じて販売を管理していたことに加えて、化粧品容器や広告には発売元として常に原告が表示されていたことを理由に、発売元である原告を商品等表示の主体と認めている(同様の判決として、別途、周知性も否定しているが、東京地判平成22.4.23平成21(ワ)16809ほか〔元気健康本舗genki〕)。

ちなみに、この基準の下ではあくまでも需要者の認識が決め手となるのであって、販売に携わっているために需要者の面前に立っている者が商品等主体と認められるわけではないことには注意を要する。不正競争防止法2条1項2号に関するものであるが、輸入代理店が国内に輸入販売していた商品に付された表示は輸入元のメーカーを示すものとして取引者、需要者に知られていたものであって、輸入代理店の商品であることを示す表示として知られていたわけではないことを理由に、輸入代理店を不正競争防止法上の請求の主体とは認めなかった判決(東京地判平成12.7.18判時1729号116頁〔LISE CHARME〕)、「海外旅行者向けおみやげ宅配カタログ販売」で販売する輸入土産物として原告が開発した「天津甘栗チョコレート」につき(従前は一般市場にも存在しなかった)、「海外旅行者向けおみやげ宅配カタログ販売」は、あくまで海外旅行の土産物として一般需要者に販売されるものであるから、日本国内でその商品を開発した者や輸入業者は、

海外旅行者向けのカatalog販売の段階で表面に現れることはない(catalog、商品自体には原告の名称は記載されておらず、一部外箱に製造委託先名と販売代理店名が記されているものの原告の名は、外箱を包んだフィルムに貼付された輸入者シールに「輸入元(又は輸入者):二和貿易株式会社」と記載されているにすぎない)という事実認定の下、原告が商品を中国から独占的に輸入している業者であることをcatalog販売において表面に出すこともなく、そのような宣伝広告をしてきた事実も認められないから、輸入業者である原告が原告商品の商品表示の出所として周知性を獲得したとは認められないと帰結した判決(大阪地判平成14.12.19平成13(ワ)1059〔天津甘栗チョコレート〕)がある¹⁶。

3 両者がともに商品等主体と認められる場合の処理

商品等主体が2で述べた基準に基づいて製造元と販売元のどちらか一人の者に帰属することになれば、その者のみが不正競争防止法2条1項1号の請求をなするのであって、他の者は、周知表示を使用して混同のおそれを招来する行為をなすことは許されないことになる。しかし、かりに両者ともに商品等主体であると認められる場合には如何様に解すべきであろうか。

裁判例において優勢となっている取扱いは、「自己の」商品等表示を使用するものである以上、「他人の」商品等表示には該当しないから、不正競争防止法2条1項1号に違反することはないという論理により、一律に請求を棄却するというものである。

嚆矢となったのは、先に紹介した東京地判平成12.10.31判時1750号143頁〔麗姿〕であり、製造元である原告の商品表示ではないと帰結しつつ、尚書きで「(なお、テレビ番組、雑誌広告等において、原告が『サボン麗

¹⁶ その他、いずれのアプローチを採用しているか俄かには決しがたいが、輸入業者として商品等表示を使用した商品を輸入販売していたにすぎない者は請求主体になりえないとする判決として、東京地判平成21.7.23平成18(ワ)26725ほか〔CONVERSE〕、知財高判平成22.4.27平成21(ネ)10058ほか〔同〕(原判決の判文を援用)がある。

姿』『サボン麗姿ゴールド』の製造元として取引者・需要者の間で広く認識されるに至っているとしても、その総発売元である被告との間では、互いに『他人の』商品等表示に当たらず、原告が被告の行為を不正競争行為と主張することはできないというべきである。）」と付言した。

その後の裁判例でもこの考え方が踏襲されている。たとえば、先に紹介した東京高判平成17.3.16平成16(ネ)2000 [アザレ化粧品Ⅱ] は、「一審原告と一審被告アザレプロダクツとの間においては、その商品等表示、すなわち本件各表示は、互いに不正競争防止法2条1項1号所定の『他人の』商品等表示には当たらないというべきであり、グループ分裂後にその商品等表示を使用することについて、互いにこれを不正競争行為ということとはできないと解すべきである」¹⁷と説く。同様に、大阪地判平成15.5.1平成12(ワ)5120 [アザレ化粧品Ⅰ]、大阪高判平成17.6.21平成15(ネ)1823 [同] も、発売元である原告ばかりでなく、製造元である被告も周知表示の主体であると認定し、ゆえに被告との関係では本件表示は「他人の」表示とはいえないことを理由に、不正競争防止法2条1項1号該当性を否定している¹⁸。

¹⁷ 裁判所は、その理由を以下のように述べる。

「なぜなら、不正競争防止法2条1項1号の規定は、他人の周知な商品等表示と同一又は類似する表示を使用して需要者を混同させることにより、当該表示に化体した他人の信用にただのりして顧客を獲得する行為を、不正競争行為として禁止し、もって公正な競争秩序の維持、形成を図ろうとするものであるところ、本件のように、販売部門と製造部門を分担し合い、ともにグループの中核的企業として本件各表示の周知性の獲得に貢献してきた一審原告と一審被告アザレプロダクツは、いずれもが当該表示により形成された信用の主体として認識される者であり、グループの分裂によっても、それぞれに帰属していた本件各表示による信用が失われることになるわけではなく、互いに他人の信用にただのりするものとはいえないからである」

¹⁸ 裁判例のなかには、「超時空要塞マクロス」等の表示は、テレビアニメ、劇場版アニメに関連する商品化事業にかかる商品等表示に該当するとしても、同事業は、債権者株式会社竜の子プロダクション、債務者補助参加人株式会社ビックウエスト、株式会社スタジオぬえ等の共同事業にかかるものである以上、それはこれらの共同事業体を主体とする商品等表示というべきである旨を説き、ゆえに債務者補助参加人から許諾を受けてアニメーションDVDソフトを販売している債務者バンダイビジュアル株式会社に対して、債権者が単独で当該表示を自己の商品等表示と主張することはできないと論じて、債権者の申請を却下した決定がある。共同事業者がそ

他方で、裁判例のなかには反旗を翻すものもないわけではない。大阪地判平成19.2.15平成18(ワ)1080 [イーグル] を見てみよう。

本件の原告株式会社イーグル・イトガは、株式会社イーグル・オサダが製造する特殊皮革素材の婦人用高級ハンドバッグを仕入れ、「イーグル」等の表示を付してこれを販売していたところ、平成17年になって設立された被告株式会社イーグル・イチハラも、上記オサダが製造するハンドバッグの販売を開始したので、不正競争防止法2条1項1号に基づき、被告商号の抹消登記手続等を求めて本訴に及んだ。

原告がオサダ製品を取り扱うようになった経緯は以下のとおりである。原告株式会社イーグル・イトガの代表者は、昭和58年頃までオサダ製品の販売業者の社員であったが、品質の優れているオサダ製品を国産ブランド商品に育て上げようと考え、昭和58年にオサダの商号の一部と自身の氏を併記した株式会社イーグル・イトガを商号として、原告を設立した。原告の販売するバッグは、約1%を除き、すべてオサダ製品である。その一部は、原告がオサダにサンプルを作製させ、そのなかから取扱商品を選び、これを「止め型」商品¹⁹として「イーグル」ブランドで販売していたものであった。「イーグル」ブランドは、少なくとも平成4年以降被告が設立されるまでは、オサダが製造し原告が販売しているものに限られていた。そして、原告のパンフレット、カタログおよび原告商品において、オサダの社名は、全く表示されておらず、オサダは、自ら「イーグル」の営業表示を用いたこともなく、原告が「EAGLE」等の表示を使用することを容認していた。

裁判所は、以上のような事実認定の下、『イーグル』ブランド商品、すなわち商品表示である『EAGLE』『イーグル』(本件表示)は、原告商品の

それぞれ単独で「自己の」商品等表示と主張することは許されない旨を説いた判決であるが、少なくとも各共同事業者の間か、各共同事業者から許諾を受けた者との間では、互いに差止め等を請求することはできないという帰結をとっていることに変わりはなく、理由づけはともかく、結論としては裁判例の趨勢に反するものではないと評価することができる。

¹⁹ ファッション業界において、販売業者の「止め型」商品については、製造業者は、他の販売業者に対してこれを販売することはないものとされている。

メーカーであるオサダと、販売者である原告の共同の商品表示として使用されていたものというべきである」と判示したうえで、オサダのみから本件の商品を仕入れて、「株式会社イーグル・イチハラ」等の表示の下でこれを販売することは、以下のような意味で混同を生じさせるおそれがあると判示する。「本件表示の主体が、オサダと原告の製造販売共同体である(両者が別々に使用することはできない)のか、両者それぞれであるのか(両者が別々に使用する余地がある)はさておき、そのいずれであるにしても、被告がこれに類似する表示を使用した場合に、被告の営業と、オサダあるいは原告の営業との混同(本訴において問題は原告の営業との混同)を生じさせる。すなわち、被告が販売している被告商品は、オサダ製品であっても、その営業主体である被告は、オサダあるいは原告と関係があるわけではなく、単にオサダから製品を仕入れて販売しているにすぎないのに、営業主体間に関係があるという誤認混同が生じるおそれがあるのである。」

判決は、さらに、「本件表示について、オサダ又は原告の一方が、他方の承諾なしに、第三者に対してライセンスする権原があるとは認めたいが、オサダからのライセンスについての主張はされていないから、この点についての認定の必要はない」と続けている。この判文からは、かりに共同して商品等表示の主体の一とされたオサダから被告がライセンスを受けていたとしても、そのようなライセンスをなす権原が原告との関係でオサダに認められない以上、混同のおそれを払拭しえないという立場を看取することができる。つまり、共同して商品等主体とされたうちの一方が使用を許諾したとしても、なお不正競争防止法2条1項1号の商品等主体混同行為に該当するという立場を採用していることが明らかである。共同主体のうちの一であれば、単独で表示を使用することができることを当然の理とする他の裁判例とは一線を画していると評価する所以である。

4 検討

第一に、商品等主体の認定に際して、対内関係のアプローチと対外関係のアプローチのいずれをとるべきなのかという点について。

不正競争防止法2条1項1号の趣旨は、周知表示と類似の表示に基づいて需要者に混同のおそれが生じることを抑止し、もって周知表示に化体し

た信用を保護するところにある。商品等表示自体は、法文上、「需要者の間に広く認識されている」ことが要求されている。周知性の要件が、規制の発動を正当化するに足りるほどの有意な混同のおそれが生じているか否かということを目録し、もって保護の要否、保護の範囲を画するために設けられていること²⁰に鑑みれば、商品等表示が特定の者の商品ないし営業を識別するものとして需要者の間に一定程度知られている必要があると解される²¹。

しかし、前述したように(1)、その際に、商品等主体の正式な名称が需要者に知られている必要はないと解すべきであり、現にそのように解されていた。たしかに、出所の混同を防ぐという不正競争防止法2条1項1号の趣旨を実現するためには、周知性の要件は、背後の資本関係や提携関係の子細を需要者が知ることがなくとも、とにかく表示が特定の商品や営業を示すものとして知られていれば充足すると解すべきである。その場合、当該周知表示の下で提供されている商品が、従前とは異なる出所から提供されるのであれば、需要の信頼を裏切ることになるのであるから、混同のおそれありとして不正競争防止法2条1項1号違反を肯定しなければならない。この理を商品や営業が分業体制下で提供されている場合に当てはめるのであれば、当該表示が特定の商品や営業を識別していると需要者に認識される必要はあるとしても、いったんそのようにして商品等表示が周知とされた暁において、いったい誰が当該表示に基づく混同行為を規制する請求権者となれるのかということを目録する段階では、当該表示の使用態様を決定する権原を有する者は誰なのかという観点から、実際にどのような体制の下で商品や営業が提供されていたのかということを決め手として商品等主体を判別する手法を採用すべきであろう。商品等主体が誰であるかという判断は、実際に商品や役務を提供している者は誰かという実態に即して、商品や役務の提供の態様を決定する責任を有する者を商品等主体であると判断すべきであるように思われる²²。したがって、商品等主

²⁰ 田村・前掲注2・47～48頁。

²¹ 裁判例につき、田村・前掲注2・37～46頁。

²² そのようなアプローチを採用したうえで、当事者間の争いに関しては契約の解釈による処理を志向するものとして、田村・前掲注2・72～74頁。

体を決定する際には、裁判例において看取される二つの傾向のうち、需要者の認識を基準とする対外関係のアプローチではなく、実態に即して商品等の提供の態様を決定する者を商品等主体と認定する対内関係のアプローチに軍配を上げるべきこととなる²³。

第二に、周知の商品等表示の示す商品等主体が複数の者と認定された場合に、そのいずれもが他の商品等主体の承諾を得ることなく当該周知表示を使用することができるか、それとも、そのいずれもが他者の許諾なしには当該周知表示を使用することはできないと解すべきかという論点について。

不正競争防止法2条1項1号の趣旨が、需要者の混同を防ぐというところにあるのだとすると、周知表示が示す商品や営業が複数の事業者の分業にかかるものである場合、当該分業体制とは異なる体制の下で商品や営業が提供されるとすると、(分業の有無やその子細についてまでは認識を欠くとしても、それはともあれ) 需要者が当該表示の下で認識していた体制＝商品等主体と異なる者から商品や営業が提供されることになるから、そ

²³ このように商品等主体の認定のところで対内関係的アプローチを採用したところで、別途、周知性の認定のところで需要者の認識が問題とされることには変わりはないから、たとえばOEM契約の下で同一の製造元から複数の販売者に提供されている商品に関して、その形態が周知表示に該当すると主張されたとしても、社名や商品名その他販売者の商品等表示が記されている状況下で、商品の形態をもって複数の販売元を覆う何らかのまとまりを示す表示であると認識することがなければ、それゆえをもって、周知性ないし特定性を欠く結果、対内的な商品等主体を確定する作業に至るまでもなく、請求は棄却されることになる。

裁判例では、籾袋の形態について商品等表示該当性が主張された事件で、原告から実用新案権等の実施許諾を受けた各社が製造した商品には各販売業者の名称や商標が大きく付されており、最終需要者である農家にとって実施許諾を受けた者のグループとしての特定の統一企業体群の商品であると広く認識されているとはいえないとする判決(大阪地判平成4.1.30知裁集24巻1号70頁[籾袋]、大阪高判平成5.7.20知裁集25巻2号249頁[同])、原告自身がOEM契約に基づき各社の製品を製造していたとしても、OEM供給を受けた各社が自社製品として宣伝広告している場合に、周知性を否定する判決(傍論で、東京地判平成5.1.29判不競676ノ101頁[トレンチャー])がある。背後に特定の製造業者が存するか、製造業者のグループが形成されていると需要者に認識される必要があるということになる。

こには出所の混同が生じるといわざるをえない。そうだとすれば、複数の商品等主体のうち、いずれかの者が所定の分業をなすことなく単独で類似の商品等表示を使用する場合には、他の商品等主体にそのような類似表示使用者の混同行為を差し止める権能を認め、出所の混同を防ぐのが不正競争防止法2条1項1号の趣旨に適う取扱いであるといえよう。

このことは、不正競争防止法2条1項1号に対して、裁判例の趨勢のように、類似表示が同時に「自己(類似表示使用者)の」商品ないし営業を示す表示として周知であった場合には同号に基づく請求が棄却されるというような、条文の文言にない要件を付加する必要はない。換言すれば、不正競争防止法2条1項1号の請求が認められるためには、条文の文言どおり「他人の」商品ないし営業を示す表示として周知であれば足りるということであると考えべきことを意味している。表示が複数の商品等主体を示すものとして周知である場合には、当該主体間で相互に請求が認められることが原則であり、そのように取り扱うことで、混同行為が防止されることになろう。あとは12条1項3号の先使用の問題として処理されることとなる²⁴。

このような解決が親子会社関係や本店支店関係あるいはフランチャイズ契約等、同一の表示の下で複数の主体が示されるようになった経緯に鑑みて適当ではないという場合には、黙示のものを含めた契約解釈(必要とあれば信義則)により適宜調整すれば足りるように考えられる²⁵。その結果、複数の主体に請求権を認めたとしても、「親」から独立を図った「子」が「親」に対して差止め等を請求すること²⁶や、フランチャイジーが独立し

²⁴ 田村・前掲注2・73頁。

²⁵ 田村・前掲注2・73～74・200～202頁。

他方で、才原/前掲注1・197～198頁は、契約できちんと処理されていない場合に契約の解釈の名の下に裁判所の裁量で事案を処理することを問題視し、需要者の混同を防ぐためにはなるべく主体を一人とすべきところ、商品を需要者の手にわたる市場に乗せるかどうか最終的に判断をなす発売元のみを商品等主体とすべきである旨を説く(もともと第三者に対しては製造元その他の関係者にも請求権を認めてよいと論じる)。

²⁶ この場合、裁判例では、「子」が表示の帰属主体ではないと解するか(大阪地判平成元.9.13無体集21巻3号677頁[森田ゴルフ]、大阪高判平成3.5.31判不競874ノ

てフランチャイザーを訴えるとか、ライセンサーがライセンス関係終了後にライセンサーを提訴するなどといった行為に及んでも、その請求が認められるという事態は防ぐことができ、その意味で当事者が予定していた分業体制を崩し、その予測可能性を剥奪するようなことにはならないと解される。そして、かく解することは、当初予定されていた分業体制の企図どおりに表示が使用されるようにしているに止まるから、その意味で需要者の認識を裏切るものではなく、混同が生じることを理由に商品等主体の相互間に請求を認めるべきとした前記結論と矛盾するものではないのである。

354ノ11頁[同]、当然の理とするか(大阪地判平成16.2.19平成15(ワ)7208[自由軒]、信義則により処理する(宮崎地判昭和48.9.17無体集5巻2号301頁[村上屋]、神戸地伊丹支判平成7.1.23判不競1250ノ172ノ220ノ1頁[三田屋])などの方策がとられている。例外的に、請求が認められることがあるが、それは「親」のほうが「子」の表示に不必要にすりよる形で変更した表示を用いた場合である(子の「三田屋総本店」(本店所在地:はざま湖畔)に対し、親の子会社が「株式会社丸優三田屋」から「はざま湖畔三田屋本店株式会社」さらには現商号「株式会社はざま湖畔三田屋総本店」に変更したというケースで先使用権の成立を否定しつつ(神戸地判平成9.10.22判不競1328の78頁[はざま湖畔三田屋総本店])、もっとも控訴審で、逆転して、先使用権の抗弁を容れた判決として、大阪高判平成13.6.28平成9(ネ)3089[同])。

逆に「親」から「子」への請求は認容されるのが原則であるが(大阪地判平成元.9.13無体集21巻3号677頁[森田ゴルフ]、大阪高判平成3.5.31判不競874ノ354ノ11頁[同]、表示が相応に区別がつく場合(「森田ゴルフ」に対する「マッシーモリタゴルフ」を非類似としつつ、前掲大阪地判[森田ゴルフ]、前掲大阪高判[同]、あるいは、周知性の獲得がもたら「子」の貢献によるものである場合(「三田屋」の屋号を使用し始めたのは原告会社であったが、それを有名にしたのは後に被告会社を設立した訴外Aであったという同族会社内の紛争に端を発する事件で、前掲神戸地伊丹支判[三田屋])である(以上につき、才原/前掲注1・188～192頁)。

Ⅲ 不正競争防止法2条1項2号

1 著名表示が示す商品等主体となる要件に関する一般論

不正競争防止法2条1項2号違反行為に対しても、同法3条1項や4条に基づき差止めや損害賠償を請求しうるのは、不正競争防止法2条1項1号と同様、著名表示が示す主体であると解されている²⁷。

2 分業体制が敷かれている事例に対する当てはめ

そのうえで、製造元と販売元が分かれている場合に関しても、裁判例の数は少ないながらも、2条1項1号と同様、二つのアプローチが存在することを認めることができる。

たとえば、不正競争防止法2条1項1号に関して、実際に商品や役務の仕様態様を決しているのは誰かということを含味する対内関係的アプローチをとった判決として紹介した、大阪地判平成15.5.1平成12(ワ)5120[アザレ化粧品I]、大阪高判平成17.6.21平成15(ネ)1823[同]では、合わせて不正競争防止法2条1項2号の請求もなされていたのだが、裁判所は

²⁷ 田村・前掲注2・257頁、鈴木/前掲注2・433～434頁、小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』(2011年・青林書院)230頁。

これに対して、渋谷達紀「著名表示冒用行為に対する不正競争防止法上の規制」落合誠一＝江頭憲治郎＝山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望』(鴻常夫古稀・1995年・商事法務研究会)792～793頁は、著名表示にフリー・ライドすることで(著名表示の主体に対してではなく)競争関係にある同業他社に対して有利となるという点に、著名表示冒用行為の違法性の根拠を求める発想(同787頁)に立脚して、原告適格を同業他社にまで拡大する見解を提唱する。そのほうが不正競争行為を効果的に抑止しうるとも主張するが(同793頁)、支持は少ない。そもそもフリー・ライドというだけで不正競争行為であると評価すべきではなく、フリー・ライドにより著名表示の主体に不利益が生じ、商品やサービスの質を向上させ出所表示に信用を化体させようとするインセンティブが減退することになりかねないという判断があつて初めて著名表示冒用行為を規制することが正当化されるのである。ゆえに、著名表示の主体に請求権を認めておけば法の趣旨は達成されるといえよう。

2条1項1号と2号の主体の問題をまとめて扱っており、ゆえに商品の提供について重要な地位を占めており、周知性、著名性獲得に貢献した者が著名表示の主体であると認められた。

他方、需要者の認識を基準とする対外的アプローチをとったものとして、不正競争防止法2条1項2号について、フランスの婦人用下着メーカーの製造する「LISE CHARME」標章が付された下着を輸入代理店契約に基づいて日本に輸入販売していた業者について、取引者、需要者の認識を基準に、当該標章が同輸入代理店を示す表示として知られていたものではないということを理由に、同代理店を不正競争防止法2条1項2号の請求の主体とは認めなかった判決がある(東京地判平成12.7.18判時1729号116頁[LISE CHARME])²⁸。

3 両者がともに商品等主体と認められる場合の処理

不正競争防止法2条1項2号に関しても、複数の者が著名表示の商品等主体であると認められた場合の取扱いが問題となる。

裁判例の趨勢は、不正競争防止法2条1項1号と同様に、互いに自己の商品等表示であって「他人の」商品等表示とはいえないということを理由に2条1項2号該当性を否定するというものである(大阪地判平成15.5.1平成12(ワ)5120[アザレ化粧品I]、大阪高判平成17.6.21平成15(ネ)1823[同])。その理由は、(一部とはいえ)著名性の獲得に貢献した以上、フリー・ライドとはいいがたいというところに求められている。

4 検討

第一に、不正競争防止法2条1項2号は、需要者における混同の抑止を目的とする2条1項1号と異なり、著名表示に信用を化体するために商品や営業の質を維持、向上させようとする企業の努力のインセンティブを保障するために、表示に化体された信用に対するフリー・ライド等を抑止す

²⁸ 川合弘造[判批]中山信弘=大淵哲也=茶園成樹=田村善之編『商標・意匠・不正競争判例百選』(2007年・有斐閣)。

ることを目的とする。そのような、2条1項2号にあっては、表示の共存による需要者の混同のおそれというものを勘案する必要はないのだから、いったん表示が特定の出所を示すものとして著名とされて保護に値する財産的な利益がそこに存すると認められた場合には、そのような財産的な利益を作出した体制を保護することが同号の趣旨に適うものであるように思われる。ゆえに、理由づけは異なるが、結論としては、不正競争防止法2条1項1号と同様、対内的アプローチを採用して、商品や営業の提供の態様を決定する責任を有していた者を商品等主体と認定すべきであると解される。

第二に、このような手法の下、複数の事業者が商品等主体と認定される場合の取扱いに関しては、一方では、2条1項2号にあっては、表示の共存による需要者の混同のおそれというものを勘案する必要はないのだから、個々の事業者に単独での使用を認めることに差し障りはない、ゆえに、商品等主体とされた事業者のうち、いずれかが類似表示を使用したとしても、残る他の事業者はこの類似表示の使用者に対して、不正競争防止法2条1項2号に基づく請求をなしえないという考え方もありえるだろう。このように解する場合には、この論点に関する裁判例の取扱いの趨勢を支持することになる。

しかし、このように解してしまうと、結局、分業体制の下で表示の著名性の獲得に寄与してきた個々の事業者は、各自が独自に著名表示の財産的な価値に由来する収益の獲得を享受することができることになる。表示が著名性を獲得するに至るまでの貢献の仕方やその程度に関しては多種多様なものがあるのだから、各自勝手な利益回収を認めてしまえば、著名表示に関する企業の努力に相応する見返りを与えることに失敗することになり、信用の化体を促すことでより良い商品や営業の役務の提供を促そうとした2条1項2号の趣旨²⁹に悖ることになりかねない。したがって、この場合、むしろ互いに「他人の」商品等表示に該当すると解して、当事者間の契約による利益配分の調整を促すために、契約が締結されない限り

²⁹ 田村善之『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣)15・16・89頁。

はペナルティ・デフォルト³⁰として互いに差止請求ができると解釈するほうが、同号の趣旨に適った取扱いとなるように思われる。

IV 結論

不正競争防止法2条1項1号、2条1項2号の双方ともに、周知表示ないし著名表示が示す商品や営業の主体のみが、各号の違反行為に対する請求権者となる。

この場合、商品等主体を特定する基準に関しては、実際に商品や営業の態様を決定する責任を有している者を商品等主体であるとする対内関係的アプローチと、需要者が商品や営業の提供主体であると認識している者を商品等主体であるとする対外関係的アプローチがある。裁判例ではかつては、前者の対内関係的アプローチが主流を占めていたが、後者の対外関係的アプローチをとるものもあり、近時は鵠的に両者を総合衡量するものも少なくない。しかし、不正競争防止法2条1項1号にあっては需要者の混同を防ぐために、同2号にあっては表示の著名性の獲得に寄与した者を保護するために、いずれも対内関係的アプローチを採用することが望まれる。

また、複数の者が商品等主体であるとされた場合の取扱いについては、裁判例の趨勢は、当該表示は相互に「自己の」表示であるから「他人の」表示ではなく、ゆえに双方ともに単独で使用できる、としているが、不正

³⁰ ペナルティ・デフォルトにいうデフォルトとは、デフォルト・ルール、すなわち任意規定のことである。当事者が契約しないときに適用される任意規定は、通常、両当事者が望みそうなことを規定するのかもしれない。しかし、ここでのペナルティ・デフォルトは、当事者が契約しなければ両すくみで誰も使えないというものであって、当事者が望まないものであるかもしれないが、しかしあえてそのようなデフォルトを与えることによって、当事者の契約による解決を促そうとしているのである。肝要なことは、その前提として、貢献の度合いやそれに応じた見返りのあり方、将来的な表示の適切な利用の仕方などの制度設計は、裁判所には馴染まず、当事者による解決が望まれるという発想が存在する。Cf. DOUGLAS BAIRD, ROBERT GERTNER AND RANDEL PICKER, GAME THEORY AND LAW 147-153 (1994). 邦語文献では、藤田友敬「情報、インセンティブ、法制度」成蹊法学43号91～98頁(1996年)。

競争防止法2条1項1号にあっては需要者の混同を防ぐために、同2号にあっては当事者間の契約による処理を促すために、単独での使用は、契約により別段の処理がなされていない限りは、原則として、不正競争防止法2条1項1号、2号に該当する不正競争行為として規律されるべきものと考えられる。