

# 不正競争防止法2条1項1号における「混同」と「営業上の利益」の関係性

学習院大学法学部 教授 横山 久芳

## 要 約

不正競争防止法2条1項1号は、周知表示の冒用行為により「混同」が生じたことを不正競争の成立要件と規定し、1号の不正競争により他の事業者の「営業上の利益」が侵害されることを差止請求及び損害賠償請求の成立要件と規定している。1号の不正競争は「混同」が認定される限り成立するが、「混同」により他の事業者の「営業上の利益」が侵害されなければ、周知表示の冒用行為は同法の規制対象とはならない。ゆえに、1号は、「混同」の防止により事業者の「営業上の利益」の保護を図り、それによって事業者間の公正な競争秩序を維持することを目的とするものと捉えられる。このように、「混同」と「営業上の利益」は密接に関係する要件であり、両要件を通じて1号の最終的な規制範囲が画されることになる。本稿は、両要件の意義と関係性に留意しつつ、両要件に関わる諸問題について具体的な検討を行うものである。

## 目 次

1. はじめに
2. 混同要件の解釈
  - (1) 「広義の混同」の解釈
  - (2) 購買の前後の混同の取扱い
3. 営業上の利益侵害要件の解釈
  - (1) 同要件の利害調整機能
  - (2) 具体例
4. 1号の請求主体性
  - (1) 解釈の現況
  - (2) 周知表示主体の請求主体性
  - (3) 周知表示主体以外の者の請求主体性

## 1. はじめに

不正競争防止法2条1項1号（以下単に「1号」という。）は、他人の周知な商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用等して他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為を不正競争と規定する。また、同法3条は、不正競争によって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は、不正競争行為を行う者又は行うおそれのある者に対して差止請求をすることができることと規定し、同法4条は、故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負うと規定する。このように、「混同」は1号の不正競争の成立要件であるのに対して、「営業上の利益」の侵害は1号の不正競争の成立要件そのものではなく、同号の不正競争に基づく民事的救済の要件であるため、「混同」が認定されれば、「営業上の利益」の侵害の有無にかかわらず、1号の不正競争が成立することになる<sup>(1)</sup>。もっ

(1) なお、3条の「営業上の利益」の侵害については、差止請求権の行使主体を限定する訴訟要件であると解する見解もあるが（豊崎光衛『工業所有権法（新版・増補）』（有斐閣・1980年）478頁参照）、多数説は差止請求権自体の実体要件と解している（東京地判昭和41年8月30日下民集17巻7＝8号729頁〔ヤシカ事件〕、大阪地判昭和55年7月15日無体集

とも、1号の不正競争が成立しても、「営業上の利益」の侵害がなければ、周知表示の冒用行為は差止め等の対象とはならず、同法の規制を受けない<sup>(2)</sup>。ゆえに、1号は、「混同」の防止により事業者の「営業上の利益」の保護を図り、それによって事業者間の公正な競争秩序を維持することを目的とするものと捉えられる。このように、「混同」と「営業上の利益」は密接に関係する要件であり、両要件を通じて1号の最終的な規制範囲が画されることになる。本稿は、両要件の意義と関係性に留意しつつ、両要件に関わる諸問題を検討するものである。具体的には以下の三つの問題を取り上げる。

第一に、混同要件の解釈について検討する。ここでは、1号の保護法益（周知表示主体の営業上の利益）の捉え方が同号の「混同」の解釈に影響を及ぼすことを確認しつつ、同号の適用範囲を適切なものとするためにどのような解釈が必要となるかを明らかにする。

第二に、営業上の利益侵害要件の解釈について検討する。ここでは、「混同」の認定から形式的に1号の規制を発動させることが不適切である場合に、当事者の利害を再調整し、同号の規制の発動に一定の柔軟性を持たせるための要件として、営業上の利益侵害要件を活用することを主張し、その具体例を紹介する。

第三に、1号の請求主体について検討する。ここでは、1号の保護法益や不正競争防止法の法的性格を考慮しつつ、同号で保護される周知表示主体をどのように捉えるべきか、また、周知表示主体以外の者を同号の請求主体に含めるべきかを検討する。

## 2. 混同要件の解釈

### (1) 「広義の混同」の解釈

1号が規制対象とする「混同」は、表示自体の混同ではなく、商品又は営業に関する混同、すなわち出所の混同である。出所の混同には「狭義の混同」と「広義の混同」がある。「狭義の混同」とは、相手方の商品や営業が周知表示主体の商品や営業と誤信されること（出所の同一性の誤信）をいい、「広義の混同」とは、周知表示主体と相手方の間に、親会社・子会社の関係、系列関係などの緊密な営業上の関係があると誤信されること（出所の関連性の誤信）をいう。最判昭和58年10月7日民集37巻8号1082頁〔マンパワー・ジャパン事件〕は、旧法1条1項2号の「混同ヲ生ゼシムル行為」について、「他人の周知の営業表示と同一又は類似のものを使用する者が同人と右他人とを同一営業主体として誤信させる行為のみならず、両者間にいわゆる親会社、子会社の関係や系列関係などの緊密な営業上の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。また、最判平成10年9月10日判時1655号160頁〔スナック・チャンネル事件〕は、前掲〔マンパワー・ジャパン事件〕を先例として引用しつつ、現行法2条1項1号が旧法1条1項2号と趣旨を同じくする規定であることから、同号の「混同を生じさせる行為」についても、「広義の混同惹起行為をも包含するものと解するのが相当である」と判示している。

このように、1号の「混同」に「広義の混同」が含まれることは現在では異論のないところであるが<sup>(3)</sup>、出所の関連性の誤信には、親子会社のような密接な関連があると誤信する場合から、ライセンス関係や金銭的な援助関係等の何らかの関連があると誤信する場合まで様々なものがあり得るから、どのような誤信があれば「広義の混同」を認めるべきかについては議論の余地がある。この点は、1号の保護法益（1号で保護

---

12巻2号321頁〔フットボール・シンボルマーク事件：第一審〕、高部眞規子「営業上の利益」牧野利秋＝飯村敏明編『新裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法』（青林書院・2001年）425頁、田村善之『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣・2003年）192頁、小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説（第3版・下巻）』（青林書院・2020年）194頁参照。

(2) 混同惹起行為は刑事罰の対象ともなっているが（21条2項1号参照）、「不正の目的」が構成要件となっており、「不正の目的」とは「不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的」をいうため（19条1項2号参照）、他の事業者の営業上の利益を侵害するおそれのない行為は刑事罰の対象ともならないであろう。

(3) なお、旧法下の裁判例には、旧法上の「混同」を「狭義の混同」に限定して理解するものもあった。例えば、東京地判昭和40年12月21日（昭和39年（ワ）12580号）〔永大産業事件〕は、営業の混同があるというためには競業関係が必要であり、競業というからにはその営業の内容に共通性・関連性がなければならないと述べている。

されるべき周知表示主体の営業上の利益)をどのように解するかによって立場が分かれることになる。

1号の「混同」の典型は「狭義の混同」である。「狭義の混同」は、相手方の商品等の出所を周知表示主体であると需要者に誤認させ、周知表示主体の信用に基づいて相手方の商品等を需要者に購入させることにより、相手方の商品等に対する需要者の評価を周知表示主体に帰属させ、周知表示主体の信用を害するおそれを生じさせるものである。ゆえに、狭義の混同惹起行為を規制することは、自己の表示(信用)に基づいて自己の商品等が需要者に正しく選択され、自己の商品等の品質に基づいて自己の商品等が需要者に正しく評価されるという周知表示主体の利益を保護することになる。すなわち、「狭義の混同」の規制は、周知表示の出所識別機能及び品質保証機能の保護を目的とするものといえる。

一方、「広義の混同」も「狭義の混同」と同様の観点から1号の規制対象に含まれると解することは可能である。需要者が周知表示主体と相手方の間に緊密な営業上の関係があると誤信する場合には、需要者が周知表示主体の信用に基づいて相手方の商品等を購入する可能性があり、それによって相手方の商品等に対する需要者の評価が周知表示主体に帰せられ、周知表示主体の信用が害されるおそれがあるからである<sup>(4)</sup>。もっとも、このように「広義の混同」の規制根拠を「狭義の混同」の延長線上に捉えるならば、「広義の混同」が認められるのは、周知表示主体と相手方の間に相当程度密接な営業上の関係があると誤信される場合に限られることになる。なぜなら、両者の間に何らかの関係があるとの誤信が生じただけで、周知表示主体の信用に基づいて相手方の商品等が購入されるとは考え難いからである。例えば、ライセンス関係の誤信が「広義の混同」に含まれるかという議論がある。周知表示主体が表示の使用について相手方にライセンスを与えていると需要者が誤信したとしても、それだけで相手方の商品等への信頼が生じ、相手方の商品等が選択されることになるとは思われなから、1号の保護法益を出所識別機能及び品質保証機能の保護に求めるならば、単なるライセンス関係の誤信は「広義の混同」に含まれないと解することになろう<sup>(5)</sup>。ライセンス関係の誤信を機に「広義の混同」を認めるためには、周知表示主体がライセンスを通じて相手方の商品等の品質管理を行っているとの誤信されるなど、単なるライセンス関係を越えた密接な営業上の関係があるとの誤信を生じることが必要になると解される<sup>(6)</sup>。

一方、裁判例に目を転じると、1号の保護法益に周知表示の希釈化やフリーライドの防止を含めて解することにより、「広義の混同」を緩やかに認定するものが見受けられる。例えば、東京地判平成10年3月13日判時1639号115頁〔高知東急事件〕は、原告の周知な営業表示である「東急」を含む「高知東急」という芸名を使用して芸能活動を行う被告の行為が1号の不正競争に該当するか否かが争われた事案において、「1号は、周知表示の主体が長期間にわたり多額の費用を投じ、不断の努力によって築き上げた周知表示の信用、名声を何らの対価を払うことなく自己のために利用し、周知表示の希釈化をもたらすような行為を防止する趣旨も含むもの」であるから、「類似表示の使用者が周知表示の主体に所属している、又は類似表示の使用者の活動が周知表示の主体によって支持され若しくは類似表示の使用を許諾されているという関係や、類似表示の使用者が周知表示の主体の資金的援助を受けているといった関係」を有するものと誤信する場合も「広義の混同」に含まれると述べ、被告の行為は、原告・被告間に何らかの密接な関係があるとの誤信を生じさせる蓋然性が高いとして1号の不正競争に該当すると判断している。芸能人の芸名が既存の周知

(4) 平嶋竜太=宮脇正晴=蘆立順美『入門知的財産法(第3版)』(有斐閣・2023年)290頁〔宮脇正晴〕参照。

(5) 単なるライセンス関係の誤信は1号の「混同」に含まれないと解する見解として、小塚莊一郎〔判批〕ジュリスト1132号(1998年)154頁、田村・前掲注1)89頁、才原慶道〔判批〕知的財産法政策学研究21号(2006年)315~316頁、宮脇正晴「著名商標の保護」日本工業所有権法学会年報31号(2007年)106頁参照。東京高判平成8年7月24日判時1597号129頁〔泉岳寺事件〕は、寺院(泉岳寺)の名称が鉄道の駅名(泉岳寺駅)に使用された事案において、駅名の使用について寺院の明示又は黙示の許可、許諾があったものと誤信する可能性があるとしても、駅名の使用についての許諾があるものと誤認するおそれがあることが、直ちに営業の混同をもたらすものとは解されないとして、混同のおそれを否定している。

(6) ライセンス関係の誤信により周知表示主体が相手方の商品等の品質管理を行っているという誤信を生じる場合に「広義の混同」を認めるべきと解する見解として、茶園成樹「混同要件」高林龍ほか編『現代知的財産法講座I 知的財産法の理論的探究』(日本評論社・2012年)423~424頁、上野達弘「混同の意味」別冊特許8号(2012年)25頁参照。

表示と類似しているため、周知表示主体が芸名の使用について芸能人にライセンスを与えたり、芸能人に金銭的な援助を行ったりしているとの誤信が生じたとしても、周知表示主体が芸能人の活動に実質的に関与しているとは通常考えられないし、芸能人の活動に対する評価が周知表示主体に向かうとも思われなため、1号の保護法益を出所識別機能や品質保証機能の保護に求める限り、このようなケースで「広義の混同」を認定するのは困難であろう<sup>(7)</sup>。そこで、本判決は、「広義の混同」の認定を正当化するために、希釈化やフリーライドの防止が1号の趣旨に含まれると判示したものとされる<sup>(8)</sup>。

希釈化やフリーライドは、出所の混同の有無に関わりなく、周知表示を想起させるほどに類似する表示が使用されれば生じ得るものである。ゆえに、希釈化やフリーライドの防止が1号の趣旨に含まれるならば、そもそも混同要件を厳密に検討する必要はないといえる。実際、従前の裁判例では、混同の有無を実質的に検討することなく、企業経営の多角化等の一般論から直ちに「広義の混同」を認定するものが少なくない。例えば、前掲〔スナック・シャネル事件〕は、世界的に著名な原告表示である「シャネル」と類似する「スナックシャネル」という名称を用いて零細な飲食店を営業する被告の行為について、ファッション関連業界における経営の多角化傾向等を理由に、「一般の消費者が、被上告人とシャネル・グループの企業との間に緊密な営業上の関係又は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と誤信するおそれがある」として「広義の混同」を認めている。しかし、原告と被告の事業内容や事業規模の相違を考慮すれば、両者の間に営業上の関連があるとの誤信が生じるとは考え難いため、判決は、希釈化やフリーライドの防止を意識しつつ、「広義の混同」を極めて抽象的、観念的に認定したものであるといえる<sup>(9)</sup>。また、旧法下の裁判例には、周知表示と同一又は類似の表示が風俗産業等に使用された場合にも「広義の混同」を認めるものが多いが<sup>(10)</sup>、いかに経営の多角化傾向があるとはいえ、周知表示主体が風俗産業等に進出するとはおよそ考え難いため、これらの裁判例も、汚染化の防止を図るために、かなり強引に「広義の混同」を認定したものと解することができる。

このように、従前の裁判例が希釈化やフリーライドの防止を念頭に置いて「広義の混同」を緩やかに解釈してきたことには時代的な背景もある。旧法は商品等表示の保護に関して周知表示の混同惹起行為のみを規制していたため（同法1条1項1号・2号参照）、旧法の下で希釈化やフリーライドに対処するためには、

(7) 宮脇・前掲注5) 106頁、茶園・前掲注6) 424頁参照。

(8) 裁判例では早くから「広義の混同」を規制すべき理由として、希釈化やフリーライドの防止の観点意識されていた。「広義の混同」を認める嚆矢となった前掲注1)〔ヤシカ事件〕は、旧法1条1項柱書の「営業上ノ利益ヲ害セラルル虞アル者」に該当するか否かの判断において、被告の混同惹起行為により原告表示の顧客吸引力、広告力の減殺が生じていることを指摘している。また、旧法1条1項2号の「混同」に「広義の混同」が含まれると判断した前掲〔マンパワージャパン事件〕は、「著名表示の顧客吸引力に便乗しようとする新しいタイプの不正競争行為に対処するためアメリカで案出されたフリーライド理論、ダイリューション理論を『混同』概念の拡大解釈によって実質的に導入」する意図があったとされている（石井彦尋〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇（昭和58年度）』（法曹会・1988年）407頁参照）。もっとも、これらの裁判例は、あくまで混同により希釈化やフリーライドが生じることを問題視するものであり、混同のおそれがない場合にまで希釈化やフリーライドを規制すべきであると考ええるものではない（宮脇・前掲注5) 105頁、真辺朋子「周知な商品等表示主体の混同行為における混同のおそれについて—マンパワー事件、アメリカンフットボール事件、スナックシャネル事件、ミシュラン事件及びVOGUE事件等を題材として—」高部真規子裁判官退官記念論文編集委員会編『知的財産権訴訟の煌めき—高部真規子裁判官退官記念論文集』（金融財政事情研究会・2021年）491頁参照）。

(9) 宮脇・前掲注5) 106～107頁、茶園・前掲注6) 411頁参照。なお、商標法に関するものであるが、最判平成12年7月11日民集54巻6号1848頁〔ルール・デュ・タン事件〕は、同法4条1項15号の「混同」に「広義の混同」が含まれるとし、その根拠として、「周知表示又は著名表示へのただ乗り（いわゆるフリーライド）及び当該表示の希釈化（いわゆるダイリューション）」の防止を挙げている。

(10) 例えば、消費者金融の営業表示として使用された事案（東京地判平成5年2月24日判時1455号143頁〔ワールド事件〕）、ポルノショップの営業表示として使用された事案（東京高判昭和57年10月28日無体集14巻3号759頁〔ヨドバシポルノ事件〕）、東京地判昭和59年1月18日判時1101号110頁〔ポルノランドディズニー事件〕、ノーパン喫茶の営業表示として使用された事案（東京地八王子支判昭和59年1月13日判時1101号109頁〔喫茶ニナ・リッチ事件〕）、ラブホテルの営業表示として使用された事案（神戸地判昭和62年3月25日無体集19巻1号72頁〔ホテルシャネル事件〕）、パチンコ店の営業表示として使用された事案（福岡地判平成2年4月2日判時1389号132頁〔西日本ディズニー事件〕）などがある。

混同要件を緩やかに解釈するほかなかつたからである。しかし、現行法は、周知表示の混同惹起行為とは別に、著名表示の冒用行為を規制する規定（2条1項2号。以下単に「2号」という。）を設けているため、現行法の下では、著名表示に関する限り、2号の下で、「混同」の認定を要することなく、希釈化やフリーライドに対処することが可能となっている<sup>(11)</sup>。そこで、2号の創設を機に、1号の「混同」をいかに解釈すべきかが改めて問われることになる。

前掲〔スナック・チャンネル事件〕は、「新たに設けられた新法2条1項2号の規定は、他人の著名な営業表示の保護を旧法よりも徹底しようとするもので、この規定が新設されたからといって、周知の営業表示が保護されるべき場合を限定的に解すべき理由とはならない」と述べており、2号創設後も、従前の緩やかな「混同」の解釈が妥当する余地を示唆している<sup>(12)</sup>。一方、学説では、2号創設後は従前の「混同」の解釈を改めて具体的な混同のおそれを問題とすべきであるとする見解<sup>(13)</sup>と、2号創設後も従前の緩やかな「混同」の解釈を維持すべきであるという見解<sup>(14)</sup>が対立している。前者は、混同惹起行為を規制する1号と希釈化やフリーライドを規制する2号との役割分担を徹底する立場といえる。他方、後者は、希釈化やフリーライドの問題は著名性を満たさない周知表示にも同様に生じるにもかかわらず、2号は著名表示にしか保護を与えていないため、著名性を満たさない周知表示を希釈化やフリーライドから保護するために、従前の「混同」の解釈を堅持すべきであると考えられるものである。

2号創設の目的や経緯に鑑みれば、2号創設後は、混同がない場合の希釈化やフリーライドの規制は2号に委ね、1号は混同の規制に特化し、混同要件の充足性は具体的、実質的に判断するのが妥当であろう。確かに、著名性を満たさない周知表示についても希釈化やフリーライドが生じることはあるが、2号が著名性要件を定めたということは、著名性を満たさない周知表示に対する希釈化やフリーライドは基本的に同法の規制対象とはしないとの立法上の判断がなされたものといえる。ゆえに、混同のおそれが具体的に認定できない場合に、希釈化やフリーライドの防止を理由に1号の適用を認めることは2号の趣旨に反することにもなる。

もっとも、単なる希釈化やフリーライドとは異なり、汚染化は表示主体に重大な不利益をもたらすおそれがあるため、著名性を満たさない周知表示であっても、汚染化に対する保護の必要性は否定することができない<sup>(15)</sup>。汚染化に対する周知表示の保護は、本来、立法で明確に規定されるべきであるが、現行法にその種の規定がない以上、解釈論で対処せざるを得ない。解釈の方向性としては、混同要件を緩やかに解釈して1号の適用を認める立場と、著名性要件を緩やかに解釈して2号の適用を認める立場があり得るが<sup>(16)</sup>、汚染化の防止が本来2号の役割であることに鑑みると、後者の立場が妥当であろう。すなわち、2号の著名性は問題となる表示の冒用行為の内容や性質に応じて相対的に判断されるべきであり、単なる希釈化のケースでは高度な著名性が必要となるが、汚染化のケースでは1号の周知性の程度でも著名性を充足し、2号の適用

(11) 旧法下の裁判例に対しては、事案の解決としては妥当であるものの、解釈論的な限界を超えているとの指摘がなされていた。そこで、現行法では、「混同」を要件とせずに著名表示の冒用行為を規制する規定（2号）が導入されることとなった（経済産業省知的財産政策室編『逐条解説・不正競争防止法（第2版）』（商事法務・2019年）75～76頁参照）。

(12) もっとも、前掲〔スナック・チャンネル事件〕は、被告が現行法施行前から被告名称を使用していたため、経過措置との関係で2号を適用することができず（附則3条1号参照）、被告名称の使用の差止めを認めるためには、混同要件を緩やかに解釈し、1号の適用を認めざるを得なかった事案に関するものである。上野・前掲注6）22頁は、このような事案の特殊性に鑑み、同最判の射程を限定的に捉えるべきであると指摘する。

(13) 茶園・前掲注6）411頁参照。

(14) 大野聖二「周知表示と被告表示の類似・混同について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務（第3巻）』（新日本法規出版・2007年）276頁参照。

(15) 例えば、前掲注10）〔ヨドバシボルノ事件〕は、周知な原告商号と類似する表示がボルノショップの営業に使用されていた事案において、「広義の混同」を認定し、旧法1条1項2号の適用を認めている。判決の認定によれば、原告商号は「少なくとも東京都及びその周辺県において、原告の営業たることを示す表示として広く認識せられる」程度であるため、全国的に著名とまでは言い難いが、汚染化による原告の不利益の大きさに鑑みれば、保護の必要性があることは否定できない（田村・前掲注1）243頁、大野・前掲注14）276頁参照）。

(16) 前者の立場として、大野・前掲注14）276頁、後者の立場として、田村・前掲注1）243頁参照。

が認められると解すべきである。そしてこのように2号の著名性要件を柔軟に解釈することができるならば、1号の混同要件を無理に緩やかに解する必要はないことになる。

もっとも、2号の著名性は一般に1号の周知性よりも高度なものが必要であると解されているから<sup>(17)</sup>、周知表示に2号の適用を認めることは困難かもしれない。そうだとすると、周知表示の汚染化のケースには1号で対処せざるを得ず、従前の「混同」の解釈が維持されるべきことになる。とはいえ、ただ単に混同要件を緩やかに解するだけでは、単なる希釈化やフリーライドのケースにも1号が適用されることになり、2号とのバランスを失する結果となる。ゆえに、混同要件を緩やかに解する場合には、その他の要件において実質的な利害調整を行う必要があるといえよう。例えば、周知性要件は、一般に「一地方であっても保護すべき事実状態が形成されていればその限りで保護される」と緩やかに解されているが<sup>(18)</sup>、求められる周知性の程度は、問題となる表示の冒用行為の内容や性質に応じて相対的に判断されるべきであり、「狭義の混同」や強い「広義の混同」（密接な関連性の誤信）が問題となるケースでは上述の緩やかな周知性で足りるが、弱い「広義の混同」（緩やかな関連性の誤信）や単なる希釈化、フリーライドが問題となるケースでは通常の周知性よりも高度なもの（2号の著名性に準ずる周知性）が必要になると解すべきである<sup>(19)</sup>。また、「混同」が認定されても、事案の諸事情に鑑み、周知表示主体が被る不利益が小さいと解される場合には、後述するように、営業上の利益を害するおそれがないとして差止請求を棄却することも検討されるべきであろう。

## （2）購買の前後の混同の取扱い

1号の保護法益をどう捉えるかは混同要件の時的基準に関する問題<sup>(20)</sup>とも関わっている。

1号の「混同」の典型は、商品等の購買時に生じる混同である。これを「購買時の混同（point-of-sale confusion）」という。「購買時の混同」は、周知表示主体の信用を利用して需要者に相手方の商品等を選択させるおそれを生じさせるため、1号の規制対象とされている。これは、1号の保護法益を周知表示の出所識別機能の保護に求める考え方と符合する。

一方、「混同」は、購買時に限らず、購買の前後でも生じ得る。購買の初期段階で生じ、購買時点で解消されている混同を「購買前の混同（initial interest confusion）」という。例えば、周知表示と同一又は類似の表示がメタタグや検索連動型広告に使用されたために、需要者が周知表示をキーワードとして検索を行った場合に相手方のウェブサイトが検索結果に表示され、需要者が相手方のウェブサイトを周知表示主体のウェブサイトと誤信してアクセスした後に、その内容などから、購買時までに相手方と周知表示主体が無関係であると認識できた場合がこれに当たる。また、購買後に購買者以外の者が相手方表示の付された商品等に接することにより生じる混同を「購買後の混同（post-sale confusion）」という。例えば、商品の購買者

(17) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注11) 78頁は、「全国的に知られているようなものを想定している」と述べる。また、大阪地判令和2年8月27日判時2521号99頁〔京都芸術大学事件〕は、「『著名』な商品等表示といえるためには、当該商品等表示が、単に広く認識されているという程度にとどまらず、全国又は特定の地域を超えた相当広範囲の地域において、取引者及び一般消費者いずれにとっても高い知名度を有するものであることを要する」と述べる。

(18) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注11) 68頁参照。最決昭和34年5月20日刑集13巻5号755頁〔ニューアマモト事件〕も、「旧法1条1項1号の『本法施行ノ地域内ニ於テ広く認識セラルル』とは、本邦全般にわたり広く知られることを要するという趣旨ではなく、一地方において広く知られている場合をも含む」との原審の解釈を正当とする。

(19) 森崎英二「混同惹起行為」高部眞規子編著『知的財産権訴訟Ⅱ』（青林書院・2018年）811頁は、1号の周知性について、問題となる混同の種類（「狭義の混同」か「広義の混同」か）に応じて求められる周知性の程度に差を設けるべきである（「広義の混同」が認められるためには、より高度の周知性が必要となる）と指摘する。

(20) 詳細は、井上由里子『「購買後の混同（post-purchase confusion）」と不正競争防止法上の混同概念－アメリカでの議論を手がかりに』相澤英孝ほか編『中山信弘先生還暦記念論文集・知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂・2005年）417頁、牧野利秋監修＝飯村敏明編集『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』（青林書院・2005年）60～65頁、龍村全「不正競争防止法における『混同』概念の客観化－わが国におけるポスト・セール・コンフュージョンについての解釈論的対応」渋谷達紀ほか編『知財年報2006』（商事法務・2006年）297頁、小嶋崇弘「米国商標法における混同概念の拡張について」知財研紀要21号（2012年）23-1頁、田村善之＝小嶋崇弘「商標法上の混同概念の時的拡張とその限界」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『「ブランド」と「法」』（商事法務・2010年）235頁参照。

と使用者が別人であり、購買者に混同は生じないが、購買の経緯を知らない使用者に混同が生じる場合や、偽物のブランド品の所有者は偽物だと分かっているが、周りの者がそれを本物だと思い込む場合などがこれに当たる。1号は混同要件の判断基準時を定めていないため、これら購買の前後で生じる混同が1号の「混同」に含まれるかということが問題となる。

1号の保護法益を商品等表示の出所識別機能の保護に求めるならば、表示（信用）に基づく需要者の適正な選択を確保することが同号の目的と捉えられるため、購買の前後の混同が同号の「混同」に該当するというためには、当該混同を契機として需要者の選択が不合理に歪められたと評価し得ることが必要となるであろう。そうすると、「購買前の混同」については、購買時に混同が解消している以上、需要者が購買前の混同を機に相手方の商品等を選択したとしても、それは需要者の自由意思に基づくものであり、需要者の選択が不合理に歪められたとはいえないから、1号の適用は原則として否定されることになる。例えば、周知表示と同一又は類似の表示がメタタグ等に使用されたために、需要者が相手方のウェブサイトへ誘導されても、混同が解消された時点で、需要者が相手方の商品等に関心がなければ、周知表示主体のウェブサイトへ移動することは容易であるから、需要者がそのまま相手方の商品等を購入したとしても、需要者の選択に何ら問題はなく、1号の適用は否定されることになる<sup>(21)</sup>。もっとも、需要者が購買前の混同を機に相応の取引コストを負担したために、混同が解消された時点で、相手方との取引を停止して周知表示主体との取引に切り替えることが事実上困難な場合には、購買前の混同により需要者の選択が不合理に歪められたと評価し得るため、1号の適用を認める余地があるであろう<sup>(22)</sup>。一方、「購買後の混同」については、直接の購買者との関係で混同が生じていないとしても、購買者以外の者に混同が生じることを契機として、将来の商品等の選択に不合理な影響が及ぶおそれがあれば、1号の適用が認められることになる。例えば、商品の使用者は潜在的な需要者であり、その評価は将来の商品の選択に影響を及ぼし得るから、購買者に混同が生じていなくても、使用者に混同が生じていれば、1号の適用が認められるべきである<sup>(23)</sup>。また、偽物のブランド品の所有者が偽物だと認識している場合も、当該商品が流通性の高いものであり、直接の購買者が混同しないとしても、将来、転得者の下で混同を生じることが一般に想定されるならば、当該商品を販売することは、将来の商品の選択に不合理な影響を生じるものといえるため、1号の適用が認められることになる<sup>(24)</sup>。他方で、商品の購入に直接関係しない第三者(ex. 通りすがりの者)がたまたま当該商品に接して混同するおそれがあるというだけでは、将来の商品の選択に不合理な影響を生じるとはいえないため、1号の適用は否定されることになる<sup>(25)</sup>。

これに対して、1号の保護法益に希釈化やフリーライドの防止が含まれると解するならば、購買の前後の混同に広く1号の適用を認める余地が生じ得る。「購買前の混同」は、周知表示主体の信用にフリーライドして需要者を相手方の商品等に誘引するものであるし、「購買後の混同」は、表示を付した商品等を市場に広く流通させることにより、表示の希釈化をもたらすものであるからである<sup>(26)</sup>。しかし、前節で述べたように、希釈化やフリーライドの防止は本来2号の役割であるから、これらを1号の保護法益に含めて購買の前

(21) 小嶋・前掲注20) 23-7頁参照。

(22) 田村＝小嶋・前掲注20) 280頁は、高速道路の脇に競業他社の表示を付した看板を設置し、競業他社の店舗を探している需要者を看板の案内に従って自己の店舗に誘導するという事例(Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp., 174 F.3d 1036, 1064 (9th Cir. 1999))で言及された設例を取り上げ、「購買時の混同と同視しうる不利益が需要者に生じているケースであり、…不競法2条1項1号を類推するということもありえる」と述べている。

(23) 井上・前掲注20) 427～428頁、小嶋・前掲注20) 23-6頁、田村＝小嶋・前掲注20) 259～260頁参照。なお、東京高判平成16年8月31日判時1883号87頁〔リソグラフ事件〕は、商品の購買者と使用者が異なる場合に、購買者と使用者の双方に混同のおそれが生じることを理由に商標権侵害の成立を認めている。

(24) 井上・前掲注20) 430頁、田村＝小嶋・前掲注20) 266頁参照。

(25) 小嶋・前掲注20) 23-6頁参照。

(26) 井上・前掲注20) 431～432頁、小嶋・前掲注20) 23-6頁、田村＝小嶋・前掲注20) 268頁参照。なお、商標権侵害に関するものであるが、東京地判平成19年5月16日(平成18年(ワ)4029号)〔ELLE GARDEN事件：第一審〕は、商標の類否判断において、「購買前の混同」と「購買後の混同」のおそれがあることを取引の実情として考慮し、商標権侵害の成立を認めている(ただし、控訴審(知財高判平成20年3月19日判時2033号77頁)は侵害を否定している)。

後の混同に直ちに1号の規制を及ぼすことは妥当とはいえないであろう<sup>(27)</sup>。購買の前後の混同により周知表示主体に何らかの不利益が生じるとしても、商品等の選択が適正に行われる限り、需要者の選択の利益や需要者の選択を可能とする相手方の営業の自由にも配慮する必要があるため、購買の前後の混同を一律に規制すべきであるということにはならないと解される。したがって、仮に希釈化やフリーライドの防止の観点から購買の前後の混同を1号の「混同」に広く含めて解する場合には、前節で論じたように、周知性要件や営業上の利益侵害要件の柔軟な解釈を通じて実質的な利害調整を行う必要があると思われる。

### 3. 営業上の利益侵害要件の解釈

#### (1) 同要件の利害調整機能

「混同」が認定され、1号の不正競争が成立しても、当該不正競争行為により被侵害者の「営業上の利益」が害されるおそれがないければ、差止請求や損害賠償請求は認められない(3条、4条参照)。営業上の利益侵害要件の主張立証責任は、本来、被侵害者である原告にあるが<sup>(28)</sup>、最判昭和56年10月13日民集35巻7号1129頁〔マクドナルド事件〕は、「不正競争防止法1条1項1号(現2条1項1号：筆者注)にいう商品の混同の事実が認められる場合には特段の事情がない限り営業上の利益を害されるおそれがあるものというべきであ」と判示し、1号の不正競争については、相手方である被告が被侵害者の営業上の利益が害されるおそれがないことを抗弁として主張立証すべきものとしている<sup>(29)</sup>。

一般に、混同惹起行為は被侵害者の営業上の利益を害する蓋然性の高い行為であり、その停止を求めることは需要者の利益に資する面もあることから、混同が認定されれば、原則として差止請求を認めることには合理性があるといえよう。もっとも、混同が認定された場合でも、混同の種類や内容によって被侵害者が被る不利益の程度は様々であるし、「広義の混同」の場合は、需要者の利益にほとんど影響が生じないこともある。他方で、相手方の表示の使用がフリーライドの意図によるものではなく、正当な理由に基づいている場合もあり、双方の表示の周知性の程度、双方の事業の競合性、相手方表示の使用態様等を考慮すれば、「混同」による被侵害者の不利益は小さく、「混同」のみを理由に相手方表示の使用を一律に禁じることが妥当でないと解されることもある。このことを踏まえると、「混同」が認定された場合には、営業上の利益侵害が肯定されることを原則としつつも、相手方が自己の表示使用の必要性和許容性を主張立証した場合には、営業上の利益侵害を否定し、相手方表示の使用を認めるのが妥当であると思われる。その際には、相手方が適切な混同防止措置を講じていることを条件として、営業上の利益侵害を否定することも考えられるであろう。このように解するならば、営業上の利益侵害要件は、「混同」の認定から1号の規制を形式的に発動させることが不適切と思料される場合に、当事者の利害を再調整し、同号の規制の発動に一定の柔軟性を持たせるための要件として捉えることができるであろう<sup>(30)</sup>。

傍論であるが、そのような観点から営業上の利益侵害要件を活用した例として、仙台地判平成7年7月28日判時1547号121頁〔東北アイチ事件〕がある。事案は、被告が原告と同一の営業地域内で原告商号と同一の商号(株式会社東北アイチ)を用いて営業を行っていることから、旧法1条1項2号に基づき被告商号の使用の差止めを請求したというものである。判決は、原告商号の周知性自体を否定しつつ、仮に原告商号に周知性が認められるとしても、原告と被告の営業内容は全く異なったものであり(原告は椅子・机等の

(27) 井上・前掲注20)434～435頁、小嶋・前掲注20)23-6、7頁、田村=小嶋・前掲注20)268～270頁参照。

(28) 高部・前掲注1)51頁参照。

(29) 大阪地判平成4年7月23日判時1438号131頁〔無線操縦用模型飛行機事件〕は、「被告が原告商品と競合する被告商品に原告商品の前記周知商品表示をそのまま使用して原告商品と誤認混同を生ぜしめるおそれのある行為を継続する以上、他に特段の事情が主張・立証されない限り、原告にはこのことにより営業上の利益を害せられるおそれがあるというべきであ」と述べている。

(30) 2号との関係で、営業上の利益侵害要件に利害調整機能を認める見解として、田村・前掲注1)248～250頁参照。田村教授は、1号との関係では、同号の公益的な性格に鑑み、同要件に利害調整機能を持たせることに否定的である。

製造販売等を業とするのに対し、被告は特殊車両の販売・修理等を業とする)、取引の相手方もほとんど重なっておらず、競争関係が生じないため、被告商号が使用されても原告に売上減少等が生じる可能性は想定し難いこと、被告の親会社(株式会社アイチコーポレーション)は東京証券取引所一部上場の大企業であり、高所作業車製造に関しては日本の最大手として圧倒的なシェアを占めていることなどを考慮すれば、「被告において、いわゆるただ乗りを画策した事実を認めることはできないし、将来にわたってただ乗りをして不当な利益を取得しようとする意図を認めることもできない」とし、原告が旧不正競争防止法1条1項柱書にいう「営業上ノ利益ヲ害セラルル虞アル者」に当たるといふことはできないと判断している。被告は著名企業であって全国的に同一の商号を用いて営業活動を行う必要があり、被告が原告の営業地域で被告商号を使用したのはフリーライドの意図に出たものではない。また、原告と被告の間には具体的な競争関係がないことから、被告が原告の営業地域で原告と同一の商号を用いて営業活動を行っても、有意な混同が生じる可能性は小さく<sup>(31)</sup>、また、原告商号の周知度を考慮すれば、希釈化による不利益が原告に生じるともいえない。これらの事情を総合的に考慮すれば、被告商号の使用を禁止する必要があるほどの不利益が原告に生じるとはいえないため、営業上の利益侵害要件の充足を否定した判決の結論は妥当であるといえよう。

## (2) 具体例

営業上の利益侵害要件を以上のように捉えるとすると、1号の規制の発動に際して、「混同」の観点のみならず、相手方の表示使用の目的や性質を考慮することが適切な事案では、同要件を活用して妥当な解決を図ることが期待できることになる。以下では、具体例として、(a) 被告事業の営業該当性が争われる場合と、(b) 複数の事業者が内部分裂後に同一の表示を使用する場合を取り上げて検討することとしたい。

### (a) 被告事業の営業該当性が争われる場合

1号は、他人の周知な「商品等表示」と同一又は類似の「商品等表示」を使用して商品又は営業の混同を生じさせる行為を不正競争と規定しているから、1号の不正競争が成立するためには、周知表示と相手方表示の双方が「商品等表示」に該当する必要がある。「商品等表示」とは、商品表示又は営業表示であり、いずれも事業者の営業活動に使用される表示である<sup>(32)</sup>。ゆえに、営業活動に使用されない表示は「商品等表示」に該当せず、そのような表示が複数併存することにより何らかの混同が生じたとしても、1号の適用は認められないことになる。

不正競争防止法上の「営業」概念は判例上緩やかに解釈されており、営利目的の事業に限らず、経済上その収支計算の上に立って行われるべき事業(ex. 病院、学校経営)を広く含むものとされているが<sup>(33)</sup>、他方で、宗教法人の本来の宗教活動やそれと密接不可分の関係にある事業のように、取引社会における事業活動と評価することができないものは「営業」に当たらないとされている<sup>(34)</sup>。不正競争防止法は、営業の自由の保障の下で自由競争が行われる取引社会を前提にその競争秩序の維持を図るものであり、宗教法人の本来的

(31) 前掲〔マクドナルド事件〕の調査官解説(篠田省二〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇昭和56年度』(法曹会・1986年)570頁)は、「商品の販売形態も対象とする市場も全く異なるために営業利益を侵害しない場合」を、営業上の利益を侵害するおそれがない「特段の事情」の例として挙げている。

(32) 商品表示は営業表示と異なり、必ずしも営業と絡めて理解する必要はないものの、公正な競争秩序を確保し、事業者の「営業上の利益」を保護するという不正競争防止法の目的に鑑みれば、商品表示も営業活動に使用される表示であることが必要と解すべきである(茶園成樹〔判批〕『商標意匠不正競争判例百選(第2版)』(2020年)171頁参照)。

(33) 東京地判昭和37年11月28日下民集13巻11号2395頁〔京橋中央病院事件〕、大阪高決昭和54年8月29日判タ396号138頁〔都山流尺八事件〕、大阪地判昭和55年3月18日無体集12巻1号65頁〔少林寺拳法事件〕、大阪地決昭和56年3月30日無体集13巻1号507頁〔花柳流名取事件〕、大阪地判平成10年2月26日(平成8年(ワ)10947号)〔ひまわり園事件〕、東京地判平成13年7月19日判時1815号148頁〔呉青山学院事件〕、前掲注17)〔京都芸術大学事件〕など参照。

(34) 最判平成18年1月20日民集60巻1号137頁〔天理教豊文教会事件〕。

な宗教活動のように、取引社会における競争を前提としない活動は同法の規律になじまないためである<sup>(35)</sup>。したがって、1号の不正競争の成立を主張する者は、周知表示と相手方表示の双方が「商品等表示」に該当する前提として、周知表示主体の事業と相手方の事業の双方が取引社会における事業活動と評価し得るものであることを主張立証する必要がある。もっとも、相手方の事業の内容や性質は相手方が最もよく熟知しているから、相手方が自己の事業の営業該当性を争う場合には、相手方に実質的な主張立証責任を負担させるのが当事者の公平に資するといえよう<sup>(36)</sup>。そうだとすると、相手方の事業が営業に該当しないことが明らかかな場合を除いて、相手方表示が商品等表示に該当することを前提に混同のおそれがある限り、1号の不正競争の成立を認めた上で、相手方において、自己の事業の営業的性格が希薄であり、自己の表示使用に同号の規制を及ぼすべきでないことを具体的に主張立証できた場合に、営業上の利益侵害を否定し、表示の使用を認めるのが妥当であると思われる。

#### (b) 複数の事業者が内部分裂後に同一の表示を使用する場合

複数の事業者が商品等の製造販売を協力して行い、その商品等表示を周知とした後に、協力関係を解消し、各々独立に営業活動を行うようになった場合に、各自が分裂前の表示と同一のものをそのまま使用することができるかという問題がある。

裁判例は、分裂前の表示は各自がその周知性の獲得に貢献したものであり、分裂後に同一の表示を使用してもフリーライドの意図に出たものとはいえないから、分裂後に各自が使用する表示は「他人」の商品等表示に該当しないとして1号の適用を否定するものが多い<sup>(37)</sup>。これによれば、各自は分裂後もそれぞれ表示の使用を継続することが可能となる。一方、学説では、分裂後に各自がそれぞれ独立に従前の表示を使用した場合には、互いに混同を生じるおそれがあることから、各自の使用する表示はいずれも「他人」の商品等表示に該当し、1号が適用されるとする見解<sup>(38)</sup>や、混同を防ぎつつ、表示の財産的価値を生かすために、需要者の信頼が一般に向けられる旧発売元のみ表示の使用を認めるべきとする見解<sup>(39)</sup>、各自の使用する表示は「他人」の商品等表示に該当するものの、分裂前と実質的に同一の品質管理に服した商品等を販売等している者については、需要者の期待を害しておらず、混同を生じていないことから、1号の適用が否定されるとする見解<sup>(40)</sup>などが主張されている。

分裂前の周知表示は、複数の者の共同事業体としての信用を化体したものであり、分裂後は各自が互いに独立の無関係な事業体として営業活動を行うのであるから、各自が分裂後に従前の表示を使用すれば、その表示は「他人」の商品等表示に該当するというべきである。また、各自が独立の無関係な事業体である以上、各自の表示が併存すれば、混同のおそれが生じることは否定できないため、1号の混同惹起行為に該当するというべきである。もっとも、各自が使用する表示の周知性は、分裂前の各自の努力によって獲得されたものであり、分裂後に各自が従前と同様の事業に従前と同様の表示を使用することは、通常、フリーライドの意図に出たも

(35) 宗教活動等は信教の自由（憲法20条）等の競争的価値に還元されない固有の価値や利益を体現するものであるから、それをめぐる争いについては、多面的な利益衡量を可能とする一般民事法の枠組みで事案に即した柔軟な解決を図っていくことが妥当であると解される（宮坂昌利〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇（平成18年度）』（法曹会・2009年）142頁、鈴木将文〔判批〕『平成18年度重要判例解説』（2007年）266頁参照）。

(36) 高部真規子『実務詳説 不正競争防止法』（金融財政事情研究会・2020年）113頁は、取引社会における事業活動と評価し得ないものは「営業」に該当しないという判例の考え方は、「本来は、例えば、被告側の表示の使用が、『取引社会における事業活動と評価することができないようなもの』においては、不正競争行為とは評価しないといった、抗弁のような形で用いる場合に限り、是認できる」と述べている。

(37) 東京地判平成12年10月31日判時1750号143頁〔麗姿事件〕、大阪地判平成15年5月1日（平成12年（ワ）5120号）〔アザレⅠ事件：第一審〕、大阪高判平成17年6月21日（平成15年（ネ）1823号）〔アザレⅠ事件：控訴審〕、東京地判平成16年7月1日（平成15年（ワ）19435号）〔マクロス事件〕、東京高判平成17年3月16日（平成16年（ネ）2000号）〔アザレⅡ事件〕、東京地判平成26年1月20日（平成25年（ワ）3832号）〔FUKI事件〕参照。

(38) 田村善之「分業体制下における不正競争防止法2条1項1号・2号の請求権者一対内関係のアプローチと対外関係のアプローチの相剋—」知的財産法政策学研究40号（2012年）100～101頁参照。

(39) 才原慶道「内部分裂と不正競争防止法2条1項1号の請求権者」知的財産法政策学研究18号（2007年）198頁参照。

(40) 宮脇正晴〔判批〕L & T69号（2015年）89頁参照。

のではなく、正当な理由に基づくものといえる。また、各自が従前と変わりなく当該表示が付された商品等の品質の保持に努める限り、商品等の品質に関する需要者の期待が害されることはなく、当該表示に化体した信用が毀損されるおそれはないため、各自の表示の併存を認めても、互いの営業上の利益が実質的に害されることにはならないと解される。ゆえに、各自が分裂後に従前と同様の表示を使用する場合には、互いの行為が1号に該当することを前提としつつ、自らの表示使用の正当性（従前と同様の事業に従前と同様の表示を誠実に使用していること）を主張立証できた場合に、営業上の利益侵害要件の充足を否定し、表示の使用を認めるのが妥当である<sup>(41)</sup>。これによれば、全ての者が自らの表示使用の正当性を主張立証できれば、全ての者が表示を使用することが可能となり、一部の者のみが自らの表示使用の正当性を主張立証できれば、その者に限って表示の使用が認められ、いずれの者も自らの表示使用の正当性を主張立証できなければ、誰も表示を使用することができないことになる。

#### 4. 1号の請求主体性

##### (1) 解釈の現況

1号を理由とする差止請求の主体は、1号の不正競争により営業上の利益を侵害される者である。1号の混同惹起行為は、事業者の利益のみならず、消費者の利益をも害するものであるが、不正競争防止法上の請求主体は「営業上の利益」を侵害される者に限定されているため、消費者や消費者団体は1号の請求主体とはならない<sup>(42)</sup>。

1号の請求主体は単一の事業者に限られない。裁判例では、複数の事業者が共通の表示を用いた事業に関与している場合に、どの範囲の者に請求主体性が認められるかが問題となることが多い。請求主体性が認められた例として、①共通の表示を使用する企業グループや系列に属する複数の事業者<sup>(43)</sup>、②フランチャイズ事業におけるフランチャイザーとフランチャイジー<sup>(44)</sup>、③表示の商品化事業を管理する本部と本部から再許諾権を付与されたライセンシー<sup>(45)</sup>、④表示の付された商品の独占的販売権者<sup>(46)</sup>があり、請求主体性が否定された例として、⑤表示が付された商品等の非独占的な販売権者<sup>(47)</sup>、⑥商品等の開発を行ったが、商品等の営業活動には関与していない者<sup>(48)</sup>がある。

(41) 分裂後の表示の取扱いは、本来、当事者の契約により決定されることが望ましく（宮脇・前掲注40）88～89頁参照）、当事者間の自律的な交渉を促進するためにも、契約がない場合のデフォルトルールとしては、当事者にとって最低限必要となる範囲で表示の使用を認めるにとどめるべきである。そのような観点からは、各自が従前と同様の事業に従前と同様の表示を誠実に使用している場合に限って、表示の使用を認めるのが妥当であろう。

(42) 高部・前掲注1）427頁、山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』（発明協会・2006年）249頁、小野＝松村・前掲注1）194頁参照。

(43) 大阪高判昭和41年4月5日高民集19巻3号215頁〔三菱建設事件〕、大阪地判昭和46年6月28日無体集3巻1号245頁〔積水開発事件〕、千葉地判昭和62年10月16日（昭和62年（ワ）68号）〔東急グループ事件〕、東京地判平成22年1月29日（平成21年（ワ）9129号）〔三菱信販事件〕、東京地判平成25年7月12日（平成25年（ワ）5595号）〔三菱エステート事件〕参照。

(44) フランチャイザーにつき、東京地判昭和47年11月27日無体集4巻2号635頁〔札幌どさん子事件〕、金沢地小松支判昭和48年10月30日無体集5巻2号416頁〔8番ラーメン事件〕、札幌地判昭和59年3月28日判タ536号284頁〔コンピュータランド北海道事件〕、東京地判昭和59年5月30日判タ536号264頁〔こがね弁当事件〕、フランチャイジーにつき、福岡高宮崎支判昭和59年1月30日判タ530号225頁〔ほっかほか亭事件〕、前掲〔8番ラーメン事件〕参照。

(45) 最判昭和59年5月29日民集38巻7号920頁〔フットボール・シンボルマーク事件：上告審〕、東京地判平成2年2月28日判時1345号116頁〔ミッキーマウスキャラクター事件〕、東京地判平成2年2月19日無体集22巻1号34頁〔ポパイⅠ事件〕、東京地判平成6年10月17日判時1520号130頁〔ポパイⅡ事件〕、東京地判平成14年12月27日判タ1136号237頁〔ピーターラビット事件〕参照。

(46) 大阪地判昭和56年1月30日無体集13巻1号22頁〔ロンシャン図柄事件〕、大阪地決平成8年3月29日知的裁集28巻1号140頁〔ホーキンスサンダル事件〕、京都地判平成10年7月16日（平成9年（ワ）1802号・780号）〔STUSSY事件〕参照。

(47) 東京地判平成12年7月18日判時1729号116頁〔リズシャルメル事件〕参照。

(48) 東京高判昭和57年4月28日無体集14巻1号351頁〔タイボス事件〕、最判昭和63年7月19日民集42巻6号489頁〔アースベルト事件〕、東京高判平成16年11月24日（平成14年（ネ）6311号）〔ファイアーエムプレム事件：控訴審〕参照。

## (2) 周知表示主体の請求主体性

1号は周知な「他人」の商品等表示を保護するものであるから、同号の「他人」、すなわち周知表示主体が1号の請求主体となることに異論はない。周知表示主体については、自ら周知表示を使用した商品の製造販売や役務の提供を行う者と限定的に捉えられることもあるが<sup>(49)</sup>、1号は周知表示に化体した業務上の信用の保護を図るものであるから、周知表示主体とは、表示を使用する営業の在り方を主体的に決定する者をいうと解するべきであろう。このような観点からは、自ら商品の製造販売等を行わない者も、商品等の品質管理や表示の使用態様等を決定し、表示を用いた営業活動を主体的に行っていると評価できれば、周知表示主体と解するのが妥当である。そして、周知表示主体をこのような意味で理解するならば、裁判例が1号の請求主体性を認めた者の多くは周知表示主体であると解することができるであろう<sup>(50)</sup>。例えば、グループ企業の場合、各企業はそれぞれ独立の事業体として共通の表示を使用して営業活動を行っており、各企業の営業活動の集積としてグループ企業としての周知性が獲得されるのであるから、各企業はそれぞれ周知表示主体になると解するのが妥当である。また、フランチャイズ契約におけるフランチャイザー及び地区フランチャイジー（フランチャイザーと契約を締結したフランチャイジーであり、特定地区におけるフランチャイザーとして傘下の加盟店を有するもの）や、商品化事業における本部及び本部から再許諾権を付与されたライセンサーは、自ら商品の製造販売等を行わないとしても、表示が付される商品等の内容、品質を決定し、フランチャイジー（加盟店）や再使用権者の営業活動を統制しており、それによって共通の事業を営むグループとしての周知性が獲得されるのであるから、いずれも周知表示主体と解することが可能である。これに対して、単なるフランチャイジーやライセンサーは、フランチャイザーやライセンサーの統制下で表示を用いて商品の販売や役務の提供を行っているにすぎず、表示を用いた営業の在り方を主体的に決定しているとはいえないため、通常は周知表示主体とはならないと解される。また、表示が付される商品等を開発した者であっても、表示を用いた営業活動に実質的に関与していなければ、周知表示主体といえないのは当然である。

## (3) 周知表示主体以外の者の請求主体性

周知表示主体といえない者であっても、自己の営業地域で第三者による混同惹起行為がなされれば、商品

(49) 佐藤治隆「営業上の利益を害されるおそれある者」牧野利秋編『裁判実務大系9 工業所有権関係訴訟法』（青林書院・1985年）468頁参照。前掲注48）〔タイボス事件〕は、旧法1条1項1号の規定によって保護されるべき者は、「信用の保護者たる商品主体、すなわち、商品の製造、加工、販売、輸出入等の商品取扱業務に従事する業務主体に限られる」と述べる。

(50) 田村・前掲注1）195頁、鈴木將文「不正競争防止法上の請求権者」高林龍ほか編『現代知的財産法講座I 知的財産法の理論的探究』（日本評論社・2012年）433頁参照。なお、裁判例における周知表示主体の判断手法には3種類あることが指摘されている（田村・前掲注38）82～95頁、宮脇・前掲注40）86～87頁、高部・前掲注36）125～126頁参照）。第一に、実態に即して商品等の提供の態様を決定する者を周知表示主体と認定する「対内関係のアプローチ」（東京地判平成14年11月14日（平成13年（ワ）15594号）〔ファイアーエムブレム事件：第一審〕参照）、第二に、需要者から見て商品等の出所と認識される者を周知表示主体と認定する「対外関係のアプローチ」（前掲注48）〔ファイアーエムブレム事件：控訴審〕参照）、第三に、両アプローチを併用する「折衷的アプローチ」（前掲注37）〔アザレⅡ事件〕参照）である。1号が周知表示に化体した業務上の信用の保護を目的としていることに鑑みれば、周知表示主体の判断手法としては、本来、「対内関係のアプローチ」が適切であると考えられる（田村・前掲注38）99～100頁、宮脇・前掲注40）87～88頁参照）。もっとも、需要者から見て商品等の出所として認識される者は、商品等に対する需要者の評価が自己に帰属する者であるから、通常は、自らの信用を保持するために、表示が付される商品等の品質管理を行うなど表示を用いた営業活動に主体的に関与しているはずであり、需要者がその者を商品等の出所として認識するのも、そのような主体的な営業活動の結果であると考えられる。その意味で、需要者に商品等の出所として認識される者を原則として周知表示主体と取り扱うことには合理性があると思われる（村井麻衣子〔判批〕『商標意匠不正競争判例百選（第2版）』（2020年）173頁参照）。もちろん、需要者に商品等の出所として認識される者が実際には表示を用いた営業活動に主体的に関与していない場合には、周知表示主体とならないと解すべきであるが、そのような例外的な事情はその者が周知表示主体であることを争う者が主張立証すべきである。また、周知表示主体は複数存在することがあり得るから、需要者から見て商品等の出所として認識される者が周知表示主体となる場合でも、表示を用いた営業活動に主体的に関与した者が他にいれば、その者も周知表示主体となる。このように解するならば、「対内関係のアプローチ」と「対外関係のアプローチ」を相互に排斥的なものと捉える必要はないであろう。

等の売上げが減少するなどの不利益を被ることになる。そこで、周知表示主体以外の者が1号の請求主体となり得るかということが問題となる。この点は、3条の「営業上の利益」をどう理解するかによって立場が分かれることになる。3条の「営業上の利益」を1号の保護法益に対応するものと解するならば、1号の請求主体は周知表示主体に限定されることになる<sup>(51)</sup>。これに対して、3条の「営業上の利益」を1号の保護法益と切り離して考えるならば、周知表示主体に限らず、1号の混同惹起行為により法的保護に値する「営業上の利益」を害される者を広く1号の請求主体と捉えることが可能となる<sup>(52)</sup>。

この問題は、不正競争防止法の法的性格をどのように理解するかに深く関わっている。不正競争防止法の工業所有権（産業財産権）法的な性格を重視するならば、周知表示の保護を通じて信用形成のインセンティブを与えることが1号の目的と捉えられるため、差止請求権の行使は基本的に周知表示主体の裁量に委ねられることになる<sup>(53)</sup>。すなわち、周知表示主体はもともと誰にどのようなライセンスを与えてどのように信用形成を図るかを自由に決定できるのであるから、誰がどのような態様で表示を使用している場合に差止請求権を行使するかも、周知表示主体が自らの営業戦略に応じて自由に決定できると解することになる。これは、商標権侵害の場合の差止請求権の行使が商標権者及び専用使用権者に限定されているのと同様の取扱いである（同法36条1項参照）<sup>(54)</sup>。これに対して、不正競争防止法の競争法的な性格を重視するならば、公正な競争秩序の確保や被害者の救済の充実化が1号の目的と捉えられるため、不正競争により法的保護に値する利益が害される者に広く差止請求権の行使を認めるべきであるということになる。具体的にどの範囲の者に請求主体性を認めるかは議論の余地があるが、競争法的観点を推し進めれば、ライセンシーやフランチャイジーはもちろん、周知表示主体と取引関係にない一般競業者も請求主体と捉え得る。また、立法論としては、営業上の利益侵害要件を撤廃して、消費者団体等に差止請求権の行使を認めることも考え得ることになる<sup>(55)</sup>。

筆者は、不正競争防止法が伝統的に工業所有権法の一つと位置付けられてきたことに鑑み（パリ条約1条2項、TRIPs協定前文参照）、さしあたり現行法の解釈としては、1号の請求主体は周知表示主体—ただしその範囲は柔軟に解釈すべきである—に限定されると解するのが妥当であると考えている。立法論としては、不正競争防止法の競争法的な性格を重視し、1号の請求主体の範囲を拡張することも検討に値するが<sup>(56)</sup>、その場合は、周知表示主体の円滑な権利行使や、被侵害者の要保護性、相手方の応訴の負担等との兼ね合いで、どの範囲の者に請求主体性を認めるべきかについて慎重な検討が行われるべきであろう<sup>(57)</sup>。

(51) 鈴木・前掲注50) 432頁参照。

(52) 鈴木・前掲注50) 432頁。例えば、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）43頁は、「周知表示の使用につき、固有一款正当な利益を有する者」が1号の請求主体になるとする。その他、周知表示主体以外の者が請求主体となることを認める見解として、山本・前掲注42) 250頁、高部・前掲注1) 431～432頁、西田昌吾「請求主体」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』（青林書院・2014年）430頁参照。

(53) 田村・前掲注1) 195頁は、請求主体を周知表示主体に限定することは、周知表示主体が他者へのライセンス付与を排他的に決定することを可能とし、ライセンスによる対価の還流を容易とするため、信用形成のインセンティブが増大するメリットがあるとする。

(54) ライセンシー等の保護は、基本的に周知表示主体の権利行使に委ねられることになるが、契約上周知表示主体に侵害排除義務が認められる場合には、ライセンシー等に差止請求権の代位行使（民法423条1項参照）が認められる余地もある。

(55) 鈴木・前掲注50) 445頁参照。

(56) 鈴木・前掲注50) 446～447頁は、EUにおいて不正競争防止法が消費者保護や競争法の調和と拡充のために重要な役割を果たしていることなどを踏まえ、我が国においても、知的財産法を超えて、より広い観点から不正競争防止法の活用可能性について検討する必要性を示唆している。

(57) 現行法の解釈論であるが、高部・前掲注1) 431～432頁は、非独占的なライセンシーやフランチャイジーに一般的に差止請求権を認めることに疑問を呈しつつ、顧客の喪失や売上げの減少等の具体的な営業上の利益の侵害が認められる場合には、差止請求権を認める余地があるとする。