

# 誤認惹起行為と損害額の推定規定 ～『氷見うどん事件』を通じて\*～



平成 21 年度 不正競争防止法委員会 委員 藤森 裕司

1. はじめに
2. 法 5 条の規定と従来意見の整理
3. 「氷見うどん事件」の考察
4. 誤認惹起行為の不正性と法 5 条の立法趣旨からの考察
5. おわりに（展望）

## 1. はじめに

不正競争防止法（以下、単に「法」とする。）は、法 2 条 1 項 13 号で「商品若しくは役務若しくはその広告若しくは取引に用いる書類若しくは通信に、その商品の原産地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量若しくはその役務の質、内容、用途若しくは数量について誤認させるような表示をし、又はその表示をした商品を譲渡するなどし、若しくはその表示をして役務を提供する行為」（以下、「誤認惹起行為」という。）と規定し、誤認惹起行為を不正競争として規制している。

誤認惹起行為は、差止請求及び損害賠償請求、さらには、刑事罰の対象にもなる。

本稿では、誤認惹起行為について、特に法 5 条 2 項（損害額の推定規定）の適用の可否に焦点をあてて、条文及び従来意見の整理をする。

また、近年高額な損害額が認められた「氷見うどん」事件（富山地裁平成 18 年 11 月 10 日判決・名古屋高裁平成 19 年 10 月 24 日判決）で採用された法 5 条 2 項の適用の認定手法について考察する。

さらに、誤認惹起行為及び法 5 条 2 項の本質論について言及する。

最後に、誤認惹起行為に係る法 5 条 2 項の適用についての今後の展望について述べる。

## 2. 法 5 条の規定と従来意見の整理

### (1) 条文の整理

不正競争行為に対する損害賠償請求事件においては、他の知的財産権侵害訴訟（商標権侵害訴訟等）における損害賠償請求事件と同様、侵害行為により受けた損害額の立証が極めて困難であることから、損害額の推定等の規定（法 5 条）が規定されている。この法 5 条は、裁判実務上において活用されている。

しかしながら、逸失利益の立証容易化を図ろうとする法 5 条 1 項は、「第二条第一項第一号から第九号まで又は第十五号に掲げる不正競争（同項第四号から第九号までに掲げるものにあつては、技術上の秘密（秘密として管理されている生産方法その他の事業活動に有用な技術上の情報であつて公然と知られていないものをいう。）に関するものに限る。）によって」と規定し、適用される不正競争の類型を限定列挙している。

また、使用許諾料相当額の請求を認める法 5 条 3 項も、「第二条第一項第一号から第九号まで、第十二号又は第十五号に掲げる不正競争によって」と規定し、適用される不正競争の類型を限定列挙している。

したがって、誤認惹起行為は、限定列挙された不正競争に該当しないため、これら条文を活用して損害額の算定をすることはできない。この点については、条文上明白であり、議論の少ないところであろう。

これに対して、損害額の推定規定である法 5 条 2 項は、不正競争行為を限定せずに広く「不正競争によって」と規定されていることから、誤認惹起行為も、当然「不正競争」である以上、条文上適用されて然るべきということとなる。

ところが、条文上は「不正競争によって」と規定されているとしても、誤認惹起行為を行った者（以下、「侵害者」という。）と誤認惹起行為により営業上の利

\* 氷見うどん事件  
富山地裁平成 18 年 11 月 10 日判決  
名古屋高裁平成 19 年 10 月 24 日判決

益を侵害された者（以下、「被侵害者」という。）との間には、法5条2項が想定する「侵害者の利益額＝被侵害者の損害額」という構図が成立するものであるかという議論がなされている。

## (2) 従来意見の整理

まず、立法過程の議論を整理すると、最終的には具体的な適用の可否については具体的な事案における裁判所の判断に委ねることとされたものの<sup>(1)</sup>、平成4年12月14日に産業構造審議会知的財産政策部会が公表した「不正競争防止法の見直しの方向」によると、誤認惹起行為について推定規定を認めることについて消極論であったようである<sup>(2)</sup>。

また、代表的な意見を整理してみても、誤認惹起行為に対する法5条2項の適用については消極論が目立つ。

例えば、「原告が違法行為により損害を受けたことと違法行為者の得た利益を立証できれば、被告の反証のない限り、原告の市場におけるシェアにより、被告の利益の中に占める原告の損失の割合を算出して損害賠償額を定めるような弾力的な運用をしない限り、利益推定規定を適用する余地がないように思える。」<sup>(3)</sup>、「不正競争行為者がそれによって利益を得ている場合があるとしても、特定の者との間で損害額の推定規定が働く場合があるのかという点は疑問でして、ほとんどの場合、推定が覆るのではないかと思います。」<sup>(4)</sup>、「一般的には、推定に合理性を認めることが困難であり、推定の覆滅を認めざるをえない場合も多いだろう」<sup>(5)</sup>などの意見である。

他方、「平成5年度の不正競争法の大改正以後、被侵害者からの損害賠償請求が容易になっている。典型的な事例が『氷見うどん』事件である。侵害行為のあった過去8年分につき、侵害者の営業利益に被侵害者の市場占有率を乗じて損害額の算定が行われた。法5条に損害額の推定規定が設けられたことにより、損害額の推定が容易になったので、法5条の意義は大きい。民法の不法行為法の特別法が不正防止競争法との位置づけともなっているが、実務上は、民法の損害請求権に加えて、新たに差止請求権を付与し、さらには損害額の立証転換によって被侵害者の救済に大きく貢献したことである。業者は不正競争防止法を順守しないと、『氷見うどん』事件のような高額な損害賠償請求事件に発展する可能性がある。」<sup>(6)</sup>と指摘する意見も見られる。この意見は、法5条2項の適用について積極論

と受け取れるものである。なお、この意見は、「京の柿茶」事件（東京地判平成6年11月30日判決・東京高判平成8年1月18日判決）や「本みりんタイプ調味料」事件（京都地裁平成2年4月25日判決）について、現行法の下において、法5条2項の適用が期待できた事案であるとの指摘をしている。

上記のとおり、立法時の議論及び従来意見であるが、誤認惹起行為に係る法5条2項の適用の可否については、消極論が目立つように思える。

しかしながら、法5条2項の文言に反してまで、利益推定規定を適用できないとする議論にどの程度意味があることかは、極めて疑問である。

もちろん、法5条2項の適用がなくとも、裁判所は、相当な損害額の認定について規定する法9条を活用して、被侵害者を救済することは可能ではあるが、法9条のみでは、被侵害者の利益を回復することは困難である。

むしろ、条文に素直に法5条2項を解釈し、最終的な損害額の計算にあたって、市場の占有状況や、被侵害者の周知性の寄与度などを詳細に認定するなど、弾力的な運用をすれば足りるのではないかと考える。

## 3. 「氷見うどん事件」の考察

### (1) 事件の概要及び判示の内容

ここで、法5条2項の適用にあたって弾力的な運用をし、高額な損害額の損害賠償請求を認めた事案として「氷見うどん事件」を紹介する。

この事案は、控訴審において富山県氷見市において製造されていないうどんについて「氷見うどん」等の表示を付するなどして販売した業者に対して、誤認惹起行為に該当し、かつ、法5条2項の規定を適用して高額な損害賠償額（約2億4千万円）を認めたものである。

まず、「被控訴人及び控訴人会社はいずれも氷見市を営業の本拠として麺類の販売等を業とする」「被控訴人が販売する商品及び控訴人会社が販売する本件該当商品は、いずれもいわゆる氷見うどん（その製造地ないし原材料生産地が氷見市内ないしその周辺であることを標榜するうどん）（乾麺）という同種の商品に属し、その販売価格も同様価格帯に属し、販売先・販売形態も同様であり、現に、各種販売施設において両者の商品が並列して販売されることも少なくないことが認められ」「被控訴人会社は、平成16年9月まで、実

際には氷見市において製造されていないにもかかわらず、一般消費者に氷見市において製造されているとの誤認を生じさせる表示をした本件該当商品を販売するという原産地誤認惹起行為を行っていたものであるから、被控訴人会社の上記原産地誤認惹起行為（以下「本件原産地誤認惹起行為」という。）により被控訴人は営業上の利益を侵害され、損害を被ったものと推認することができ、同推定を覆すに足る証拠はない」「よって、控訴人会社が本件誤認惹起行為により得た利益額は、推定を覆すべき特段の事情が認められない限り、被控訴人の損害額であると推定されることになる（不正競争防止法5条2項）」と判示した（なお、下線部は筆者加筆部分）。

次に、「被控訴人の市場占有率は7割を超え、被控訴人と控訴人会社の市場占有率を合計すると9割弱にも及ぶものであるから、このような市場占有率を踏まえれば、控訴人会社の本件原産地誤認惹起行為に係る…利益のうち、被控訴人の市場占有率に応じた部分については、不正競争防止法5条2項を適用して、…寄与度を考慮した上で、被控訴人の損害と推定することを妨げる事情はないというべきである」「本件該当商品の販売による控訴人会社の利益中、被控訴人会社の…周知性が寄与した部分は3割とするのが相当であり、したがって、同寄与部分については、不正競争防止法5条2項の推定は覆されるというべきである」と判示した（なお、…部は、筆者省略部分。下線部は筆者加筆部分）。

## (2) 判示の内容から読み取れる裁判所の認定手法

上記「氷見うどん」事件から裁判所は、法5条2項の適用の可否を下記の認定手法を用いて決しているものと推測される。

まず、市場において競合する商品を競合する地域で販売している状況下においては、侵害者の誤認惹起行為により、被侵害者の営業上の利益が侵害され、被侵害者は損害を被ったものと推定する。ここで損害の不発生は、侵害者の抗弁事由として捉えているものと目される。よって、侵害者の側で、全く市場において競合する可能性がゼロであるなどを主張・立証できた場合には、損害の発生について推定が覆る余地がある。

この損害の発生についての認定手法は、商標権侵害訴訟の事案ではあるが「侵害者は、損害の発生があり得ないことを抗弁として主張立証して、損害賠償の責めを免れることができるものと解するのが相当であ

る。けだし、商標法三八条二項は、同条一項とともに、不法行為に基づく損害賠償請求において損害に関する被害者の主張立証責任を軽減する趣旨の規定であって、損害の発生していないことが明らかな場合にまで侵害者に損害賠償義務があるとするのは、不法行為法の基本的枠組みを超えるものというほかなく、同条二項の解釈として採り得ないからである。」と判示した「小僧寿し事件」（最高裁平成9年3月11日）にも馴染むものである（なお、下線部は筆者）。

次に、損害の発生を覆すに足る証拠がない場合には、法5条2項を素直に読み、侵害者が誤認惹起行為により得た利益額は、推定を覆すべき特段の事情が認められない限り被侵害者の損害額であると推定する。ここで推定を覆すべき特段の事情は、侵害者の抗弁事由として捉えるものと目される。

最後に、市場占有率や侵害者の寄与度を把握した上で、推定を覆すべき特段の事情の有無を検討し、最終的な損害額を算出する。

## (3) 採用された認定手法の妥当性

「氷見うどん」事件の法5条2項の認定手法は、これまで裁判実務が採用してきた損害不発生についての理論及び条文の文言から無理のない解釈であり、また、市場占有率や侵害者の寄与度などを具体的に整理し、事案に即して弾力的に損害額を算定できるものとして非常に優れたものと思われる。

したがって、誤認惹起行為に対する法5条2項の適用については、上記「氷見うどん」事件の認定手法は、大いに参考にされるべきであり、今後の裁判実務においても定着するものであると予想される。

## 4. 誤認惹起行為の不正性と法5条2項の立法趣旨からの考察

### (1) 誤認惹起行為の不正性と損害の発生

ここからは、上記「氷見うどん」事件を離れて、誤認惹起行為の不正性と損害の発生について考察する。

まず、損害を被る者、すなわち「誤認惹起行為の直接の被侵害者は誰か」という問題を検討する。

「ある表示を見てその品質などを誤って購入した」という商品購入のプロセスを捉えると、誤認惹起行為の直接の被侵害者は、「一般消費者」である（不当景品類及び不当表示防止法においては、まさに一般消費者の観点から法の違反が検討される。）。

しかしながら、誤認惹起行為の直接の被侵害者を「一般消費者」とすると、誤認惹起行為に対する損害賠償請求者である「適正な表示を行う事業者」と、被侵害者である「一般消費者」が一致しないため、損害賠償請求者である適正な表示を行う事業者には損害は発生することではなく、法5条2項の適用の可否を検討する以前に不法行為法の基本的枠組みを超える解釈となる。

したがって、誤認惹起行為に対して「適正な表示を行う事業者」に損害賠償請求を認める不正競争防止法の枠組みにおいては、被侵害者を「一般消費者」と解釈することはできず、被侵害者は「適正な表示を行う事業者」であることは明白である。

次に、誤認惹起行為により被侵害者である「適正な表示を行う事業者」が受けた損害とは如何なる損害であるのか検討する。

結論から述べると、誤認惹起行為の損害は、誤認惹起行為の不正性から説明できる。

すなわち、誤認惹起行為の不正性は、原産地等を偽り、需要者の誤認惹起表示をすることにより、適正な表示を行う他の事業者より競争上不当に優位に立ち、需要者（一般消費者や取引者を含む。以下、同じ。）の需要を不当に喚起し、適正な表示を行う誠実な事業者は、競争上不当に劣位に立たされる点にあり、このような不正な競争の状況が作出された事実こそ損害であると説明できるのである。

したがって、誤認惹起行為があれば、適正な表示を行う事業者に、誤認惹起行為による損害は発生していることは当然であり、誤認惹起行為に該当するにもかかわらず、被侵害者に全く損害が発生していないと反論することは、よほどの特殊な事情がない限り、困難であろう。

なお、現実の裁判所の判断を整理すると、誤認惹起行為の該当性を肯定しつつ、損害賠償を認めないとする裁判例も散見するが（「ヘアピン事件」大阪地裁平成8年9月26日判決等）、これら事案はいずれも原告側で損害の発生についての主張・立証が十分にできていたか再検討する必要がある、例外的と捉えるべきかもしれない。

## (2) 法5条2項の立法趣旨

仮に損害の発生が観念できたとして、誤認惹起行為には、その規定の性質上、原則として法5条2項は適用されることが困難であり、「競業者の商品市場ない

し役務市場におけるシェアが高い場合」<sup>(3)</sup>など特殊な事案にのみ適用すべきであるという運用も考え得るため、法5条2項の適用をどのように考えるか、法5条2項の立法趣旨も踏まえて、検討したい（なお、先に整理した従前の意見のうちの消極論は、概ね特殊な事案に限って適用を認めるべきとし、一般的に法5条2項の適用は困難であるというものである。）。

まず、法5条2項は、「不正競争によって営業上の利益を侵害された者が故意又は過失により自己の営業上の利益を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、その営業上の利益を侵害された者が受けた損害の額と推定する」と規定し、被侵害者は、①不正競争によって営業上の利益を侵害されたこと、②侵害者の行為が故意又は過失によりなされたこと、③その侵害により自己が受けた損害が発生したこと、④侵害者が誤認惹起行為により受けた利益の額、を被侵害者が主張・立証できれば、侵害者が推定を覆さない限り、損害の額は推定されるとしている。

上記のように規定された背景には、得べかりし利益の損失による損害（逸失利益）額の算定について、因果関係の存在等の立証が困難であることから、不正競争行為により得た利益の額をもって被侵害者の逸失利益と推定することによって、被侵害者の損害証明の方法の選択肢を増やして被侵害者の救済を図るとともに、不正競争行為者に推定覆滅のための証明をする余地を残して、被侵害者に客観的に妥当な逸失利益の回復を得させる必要性にあった（「わんぱくシャベル事件」東京地裁平成9年2月21日判決参照）。

すなわち、法5条2項は、「『不正競争』によって営業上の利益を侵害された者が、侵害者に損害賠償の請求を行う場合、侵害者が侵害行為によって受けた利益を損害の額と推定することを規定し」「『不正競争』によって営業上の利益を侵害された者が、その損害の額を立証することは必ずしも容易ではなく、実務上は損害賠償を断念するなど、十分な賠償を受けられないことにかんがみ、特許法、商標法（現行特許法第102条第2項、同商標法第38条第2項）等にならぬ、立証の負担を軽減するために平成5年改正時に設けられた」<sup>(7)</sup>のである。

そうすると、法5条2項の適用は、営業上の利益の侵害を受けた被侵害者が、侵害行為による侵害者の利

益の額を主張・立証に成功すれば、侵害者により推定を覆す特段の事情（以下、「推定覆滅事由」という。）の反証がない限り、その利益の額が損害の額と推定されると解釈するのが法の構造及び立法趣旨から自然であり、これを超えて行為類型ごとに適用の難易を変えることは正当な法の運用とはいえないものである。

したがって、法5条2項は、条文に素直に解釈するのが、法が期待する解釈であり、誤認惹起行為に係る損害賠償請求事件においては、被侵害者により、侵害者が誤認惹起行為により得た利益の額を主張・立証できた場合には、当該利益の額を被侵害者の損害の額と推定し、あとは、侵害者側の「推定覆滅事由」の主張・立証を待って、最終的な法5条2項の適否を決すべきが妥当な運用であろう。この考え方は、先に紹介した「氷見うどん」事件の認定方法と概ね一致するところである。

## 5. おわりに（展望）

以上の次第で、従来の意見において消極論が目立つ中、誤認惹起行為に対する法5条2項の適用のあり方を探って見たが、結局は、具体的な事案の下において、抽象的な法5条2項の条文を、具体的事案及び法の立法趣旨等を踏まえて、どこまで深く解釈できるか、という点に尽きるように思える。

昨今の原産地等の誤認表示への制裁の強化及び損害賠償請求訴訟における損害額の推定規定等の積極的活用という時代的背景の中、本稿で紹介した「氷見うどん」事件において誤認惹起行為に対する高額な損害額が認められたことは、決して偶然ではないようにも思える。

近年の弁理士法の改正により、誤認惹起行為（但し、商標に関するものに限る。）は、「特定不正競争」に該

当するものになり、特定不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟は、「特定侵害訴訟」の範囲に入っている（弁理士法2条4項及び同法5条）。

特定侵害訴訟においては弁理士が関与する機会が従来以上に増加することが予想される。

法5条2項を積極的に活用し、高額な損害賠償請求を認めることは、将来発生するであろう誤認惹起行為を抑制し、ひいては事業者間の公正な競争の確保を目的とする不正競争防止法の法目的とも合致するものである。

## <引用・参考文献>

- (1)株式会社有斐閣発行・経済産業省知的財産政策室編「逐条解説 不正競争防止法（平成18年改正版）」109頁
- (2)平成4年12月14日産業構造審議会知的財産政策部会公表「不正競争防止法の見直しの方向」
- (3)株式会社有斐閣発行「改正不正競争防止法をめぐる諸問題 日本工業所有権法学会年報18号」・松尾和子「新不正競争防止法の問題点－損害額の推定等の規定の導入について」
- (4)株式会社商事法務発行「不正競争防止法の新論点」178頁及び179頁・三村量一「不正競争防止法違反による損害賠償」
- (5)株式会社有斐閣発行・田村善之「不正競争法概説第2版」427頁
- (6)長岡大学地域研究センター発行「地域研究第7号<通巻17号>」61頁ないし65頁・長岡大学教授吉盛一郎「論稿 不正競争防止法の混同惹起行為」
- (7)株式会社有斐閣発行・経済産業省知的財産政策室編「逐条解説 不正競争防止法（平成18年改正版）」108頁  
(原稿受領2010.2.23)