1　商品等主体混同行為（1号）について－前半

弁護士　小原 路絵

Q1－1　商品等主体混同行為について

不正競争防止法（以下「不競法」といいます。）2条1項1号の商品等主体混同行為とは何でしょうか。またそれに該当するとどうなるのでしょうか。

A1－1

他人の周知な商品表示・営業表示と同一又は類似のものを使用するなどして、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為をいいます。

商品等主体混同行為は不正競争の一類型で、これに該当すると、差止請求や損害賠償請求ができることになります（不競法3条及び4条）。

解説

他人の商品表示や営業表示を無断で使用して、他人の信用にフリーライドする行為は、商品や営業の質の向上により信用を獲得しようとするインセンティブや、表示の自他識別機能・出所表示機能を失わせ、取引秩序や事業者間の公正な競争を阻害する。そこで、不競法2条1項は「不正競争」にあたるものを定義付け、同項1号で、周知な商品等表示について、混同のおそれを生じる使用を不正競争に該当することとし、保護を与えた。

まず、同項1号の「商品等表示」は、「商品表示」と「営業表示」を含む。前者に対する混同行為は、他人の「商品表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品を表示するもの）」として需用者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品表示を使用し、又はその商品表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品と混同を生じさせる行為をいう[1]。後者は、上記の「商品表示」を「営業表示」に置換し、対象を商品から営業と広く捉え、他人の営業活動や施設と混同を生じさせる行為をいう。

同一の表示でも、具体的な使用態様によって、前者か後者か判断され、両者にまたがることもある。

Q1－2　商品等表示について

不競法で保護される商品表示・営業表示には、具体的にどのようなものがあるのでしょうか。

A1－2

不競法2条1項1号は商品等表示として「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品を表示するもの」を例示しています。略称や雅号やペンネーム、グループ名や店名、未登録の商標やサービスマークも含まれ、その他、立体的形状、影像及びその変化の態様、ドメイン名、タイプフェイス（書体）、書籍の題号及び番組・映画タイトル等があります。ただ、不競法で保護されるためには、これらが表示として他人と識別されるものであることや、周知性を有していることが必要となります。

解説

まず、「商品」とは、有体物に限定されず、その経済的価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされている場合には無体物も含むと解されている。

次に、「営業」とは、経済的対価を得ることを目的とする事業をいうと解されるが、不競法における概念は広く解されている（非営利事業も含み、法人格の有無も問わないなど）。

そして、これら商品・営業が不競法で保護される「表示」となりうるには、上記A1－2の通り、識別性や周知性が要求される。例えば、単に商品の特徴・使用方法・効能を説明するだけの表示は、商品の個別識別機能を有さず、表示性が否定される（大阪地判昭和49年9月10日無体集6巻2号217頁「チャコピー事件」、京都地判昭和57年4月2日判タ499号210頁「餅つき機『つきたて』事件」）。また、一般的によく知られた容器や包装であっても、同様の色や文字標章で構成される容器や包装を用いた業者が多数存在する場合には、識別性を有さず、表示性が否定される（大阪高判平成19年10月11日判時1986号132頁「正露丸包装事件」）。

また、商品の形態については後記Q2－1を参照されたい。

なお、不競法は19条1項1号で普通名称・慣用表示、2号で自己の氏名の使用を適用除外としている。3号の先使用については後記Q2－3を参照されたい。

Q1－3　周知性について

私は「天一」という名前で天ぷら料理の専門店を営んでおり、東京を中心に多数店舗を有しています。最近、群馬県で同じ名前の天ぷら料理専門店が開店した

のですが、この群馬県の相手方に対し「天一」という営業表示の使用差止を請求できますでしょうか。

A1－3

「天一」が日本全国に知られている必要はありませんが、群馬県で広く知られている必要があります。あなたが、群馬県でも「天一」という名前をテレビやラジオなどで宣伝しているのでもない限り、相手方の群馬県での使用に対し、差止請求は難しいでしょう。

解説

周知性(「需用者の間に広く認識されている」)の地域的範囲としては、日本全国で広く認識されていることは必要なく、一地方において広く認識されていればよい(最判昭和34年5月20日刑集13巻5号755頁)。ただし、自己の営業地域だけでなく、相手方の営業地域においても周知であることが必要となる。

相手方の営業地域において周知というには、現実に相手方地域で営業を行う必要はないが、広告などによって周知性が形成される必要がある。本事例で参考にした東京地判昭和62年4月27日判時1229号138頁(控訴審東京高判昭和63年3月29日判時1276号124頁も同旨)は、原告の営業形態、広告、宣伝の態様から、内外の著名人に広く利用されていても、被告店舗付近の居住者に広く知られていることにならないと周知性を否定した。

周知性が認められるかどうかの限界を画するのは難しく、東京地判平成5年6月23日特企293号55頁は、原告が埼玉県内に3軒のパワーステーションという名のガソリンスタンドを有していたが、被告店舗のある東京では営業していなかった事例で、求人広告紙に合計410回の広告をし、登録顧客が10万人いても、求人広告を見るのは求職者に限られ、固定客も埼玉県の店舗近辺と推認されるなどとして、東京での周知性を否定しており、参考になる。この裁判例では、周知性の要件のうち、人的範囲も問題にされたと考えられる。この点、人的範囲で問題とされる需用者とは、使用者と第三者の商品やサービスを市場において混同しうる人たちをいい、流通体系によって検討され、専門業者のみの取引で一般消費者が介入しない商品の場合、専門業者間の周知性が問題となる。また、年齢や性別など顧客層が特定されていれば、需用者の範囲もその顧客層に限定される。

さらに、周知性の地理的範囲は、混同惹起行為に対し、差止や損害賠償請求を行うことができる地理的範囲を確定する機能もあり、判決主文で地域を限定して営業表示の使用差止を認容した裁判例もある。

周知性の主張・立証については後記Q2－2を参照されたい。

Q1－4　類似性について

当社は「ヨドバシカメラ」という店名を商標登録し、電化製品販売業を営んでいます。最近、「ヨドバシポルノ」「ヨドバシ百貨店」という店を見つけたのですが、当社の営業表示と類似といえますでしょうか。

A1－4

御社の「ヨドバシカメラ」という営業表示が広く認識される過程で、これに伴う企業イメージによっては、「ポルノ」と「百貨店」の部分が異なりますが、類似の関係にあるといえる場合もあります。

解説

同一とは文字通り同一である場合だが、類似とは、取引の実情において、取引者又は需用者が両表示の外観、呼称又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おそれがあるかどうかで判断される(最判昭和58年10月7日民集37巻8号1082頁、判タ513号145頁)。類似の判断においては、混同のおそれの有無も考慮されるが、この判例は、類似性に混同のおそれとは別要件としての趣旨を持たせたと解されている。

具体的には外観・呼称・観念を対比することになるが、その方法として、隔離的観察(単に並べて見比べるだけでなく、離れた場所で、時間的間隔を置いて個別に観察)、全体的観察と要部観察(働きかけの強い部分に重点をおいて観察)がある。

不競法と同様に、商標法においても類似の判断が必要となるが、商標における類似の判断と、不競法における類似の判断は似ているが(最判昭和43年2月27日は、商標の類似判断について、「商標の外観、観念、呼称が取引者に与える印象、記憶、連想等を総合的に考察し、消費の具体的な取引状況に基づいて判断すべき」と判示している。)、全く同一ではない。まず、商標法では、保護される商標は登録が要件とされており、登録商標には商品・役務が指定されていることから、ここから外れる商品・役務に対して商標権者は商標権侵害を主張することができない。他方、不競法では、このような登録や指定商品・役務という制限はない(不競法は、上記Q1－2の表示性やQ1－3の周知性や混同のおそれという要件による制限を受ける。)。特許庁は、商標の類似に関して審査基準を定めている

が、商標法の類否は登録段階での判断基準であるところ、未使用の商標でも登録が認められることなどから、比較的抽象的かつ画一的なものと考えられている。他方で、不競法における類似は、現実の使用状況での混同惹起の手段の表現であり、より弾力的に判断される（商標法でも侵害場面では不競法の類似判断とより近くなると考えられる。）。この弾力的判断については、不競法の類似の判断の方が、商標法の場合よりも広くなることもあるし、狭くなる場合もあると考えられる[2]。

本事例で参考にした東京高判昭和57年10月28日無体集14巻3号759頁は、営業表示が広く認識される過程で、これに不可分一体として伴われる営業主体の企業活動を反映する観念ないしイメージも類似判断で考慮するとした。なお、この原審（東京地判昭和56年10月26日無体集14巻3号768頁）は、「ヨドバシ」の部分が共通でも、「カメラ」と「ポルノ」「百貨店」とでは類似しないと判断していた。

また、旧法の商品表示の例であるが、大阪地判平成4年9月22日知的集24巻3号607頁は、原告の「mikiHOUSE」と被告の「mikiSPORTS」について、商品の誤認混同は商標の類似の問題に帰着し、非類似であるという被告の主張に対し、原告商品の書体の独自性や配置や色彩から周知性を認め、被告の商標の使用状態その他の取引の実情を考慮して、全体的観察から類似、混同を肯定した。

1　不正競争防止法2条1項1号「他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。以下同じ。）として需用者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」

2　芹田幸子著「Ⅵ　同一若しくは類似の商品等表示」芹田幸子・三山峻司著「第2条第1項第1号〔商品等主体混同惹起行為〕」小野昌延編著『新・注解　不正競争防止法【第三版】上巻』 318頁（株式会社青林書院、2012年）

【参考文献】
・芹田幸子・三山峻司著「第2条第1項第1号〔商品等主体混同惹起行為〕」小野昌延編著『新・注解　不正競争防止法【第三版】上巻』95頁（株式会社青林書院、2012年）
・小野昌延・松村信夫著『新・不正競争防止法概説』（株式会社青林書院、2011年）
・小野昌延・山上和則編『不正競争の法律相談』（株式会社青林書院、2010年）