

Title	不正競争防止法一条一項二号の差止請求の要件
Sub Title	§ 1 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.3 (1990. 3) ,p.81- 88
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900328-0081">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900328-0081</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 不正競争防止法一条一項二号の差止請求の要件

石川 明

### 一 不正競争防止法一条一項二号の 差止請求に関する新潟地裁判決

一、新潟地裁昭和六三年五月三十一日第二民事部判決（新潟地裁昭六〇（ワ）第六六号、昭六〇（ワ）第六七号、昭六〇（ワ）第六八号、昭六〇（ワ）第六九号、昭六〇（ワ）第七〇号、昭六〇（ワ）第七一号、昭六〇（ワ）第七二号、昭六〇（ワ）第七三号、昭六〇（ワ）第七四号、営業表示撤去等請求要件、判例タイムズ六八三号一八五頁）は、個人タクシーの運転手で構成される協同組合の組合員が、右組合を脱退したことにより右組合から、脱退した元組合員に対し、各自営業車の屋上に設置してある「個人タクシーの表示灯」（通称でんでん虫と呼ばれている表示灯）について、不正競争防止法一条一項二号により、その使用の禁止と取り外しを求める請求を認容している。

二、本件判決の事実関係は以下のとおりである。

本件は、新潟市等を営業区域として、個人タクシー営業を行っている者達が、昭和四五年一月中小企業等協同組合法に基づいて設立された事業協同組合が原告となり、もと原告組合の組合員であった被告ら九名が、昭和四八年四月から同五五年二月までの間に原告組合を脱退した（のち一名は、昭和四七年二月に原告組合を除名されたと主張している）が、原告組合加入当時から原告組合脱退後も営業車上に通称「でんでん虫マーク」といわれる表示灯を、各自の営業車に設置して営業を継続していることは、違法であるとして、その使用の差止と取り外しを求めた事案である。

原告組合が、その表示灯の使用差止とその取外しを求める法的根拠としては、主位的に、四名の被告に対して、原告組合

が作成している運営規約八条により、組合員が組合を脱退した場合には、「組合員たるを証する表示」を返還することとなっている点に求めている。

予備的に、被告全員に対し、被告ら各自が各表示灯を設置して使用する行為は、不正競争防止法一条一項二号に規定する「他人の営業たることを示す表示と同一のものを使用して他人の営業上の施設または活動と混同を生ぜしむる行為」であるとして、同法による被告ら各自の表示灯の使用の差止とその取外しを求めるといっているのである。

本件判示事項との関係からいえば、主位的請求ではなく予備的請求のみが問題になるのであるから、以下、本稿は主として予備的請求に関する判断を紹介し批評することにした。

### 三、本件判決の判旨は以下のとおりである。

1 第一に、主請求については以下のように述べて棄却している。

「右各被告らの設置した表示灯は、各自の費用で設置したものであり、原告組合の運営規約は、原告組合内部において、その組合の構成員に対する私的なしかも自発的な内部規律ではないのであるから、右規定によって、直ちに原告組合として、同組合を脱退した被告らに対して、各自の費用で設置してある表示灯の使用の禁止とその取外しを、求めることはできない。」

2 予備的請求については以下のように判示してこれを認容している。

（1）まず、不正競争防止法一条一項二号の趣旨ならびに要件について以下のように述べている。すなわち、

「ところで、法一条一項二号の趣旨は、周知営業表示と同一または類似の表示を使用した結果、営業の主体について混同を惹き起こすおそれのある場合に、その行為を規制することを目的としているものである。

そして、営業表示を媒体として、他人が企業の実力により結晶させた信用名声を他人の犠牲において勝手に使用し、周知表示により得られる取引上の優越的な地位を不当に横取りし、営業主体の混同を惹起し、もって、公正な自由競争秩序を破壊する行為を禁圧するものである。

そこで、法一条一項二号の適用については、①周知の営業表示があること、②これと類似する表示の使用があること、その結果、③両営業表示の出所である主体に関し、具体的な混同の危険が存すること、そして更に、④それによって請求者の営業上の利益が侵害されるおそれのあることが必要とされるといわれている。」

（2）次に、当該マークが他人の商標登録はあるが、法一条一項二号にいうサービスマークであることについては以下のように述べている。すなわち、

「原告組合は、本件（一）の表示灯については、原告組

合が加入している中央の組織である全個連の代表者個人の商標として認められるが、本件においては、右の登録された商標権による保護を求めるものではなく、本件(一)(二)の各表示灯は、法一条一項二号で保護の対象としている自他サービスの識別標識であるサービスマークとして営業表示をしているとして、それにより同法一条一項二号による救済を求めているものである。」

「原告組合は、本件(二)の表示灯は、いわゆる標章であり、それは、営業の主体として利用する場合には、不正競争防止法一条一項二号にいう原告組合の営業用の標章であると主張するが、前示認定の各事実によると、本件(一)の表示灯は法一条一項二号にいう原告組合の営業用の標章と認めることができ、更に、原告組合の各構成員らを含めた各自の営業内容からいうと、右の標章は、講学上のいわゆるサービスマークと認めるのが相当である。」

そこで、更に付言するとサービスマークは、わが国の法律上承認されている用語ではなく、一般に、経済社会において、他人の提供するサービスから識別されるべき自己のサービスの同一性を表示する標識であると解されている。

そして、右にいうサービスマークとは、本件においては、個人タクシーとして、旅客の運送などの役務をいい、それは無形物であるが、商品と同様に取引の対象となるということができる。

しかし、わが国の現段階においてはいわゆるサービスマークの登録制度を持っていない。しかしながら、問題となるサービスマークが法一条一項二号の要件を充足する場合には、同条によって、当然保護の対象となるものというべきであるといわれている。当裁判所も、右の見解に左袒する。」

(3)協同組合が営業表示の主体である点については以下のよう

に述べている。  
「ところで、原告組合は、組合自体として、いわゆる営業を行うものではない。本件における保護の対象として、不正競争防止法による救済を求めるものは、原告組合の構成員の各自の営業である。すなわち、街中や駐車場の客の求めに応じて乗車させる営業用自動車(いわゆるタクシー)を保有して、個人で営業を行っており(いわゆるタクシー営業)、それらの各営業は、同法が保護しようとする営業にあたることは明らかである。」

そして原告組合の各構成員のタクシー営業は、いわゆるサービスマークである。

そうすると、原告組合は、個人でタクシー営業を行う構成員によって、中小企業等協同組合法によって設立された法人であり、同法の目的とする「協同して事業を行うために必要な組織」として作用することからすると、各構成員の利益保護のため、各構成員を代表して、本件においては

不正競争防止法の保護を受けうる営業主体と解するのを相当とする。」

（4）最後に、本件判決は本件標章の周知性及び混同についても判示し、いずれもこれを肯定している。

## 二 研 究

判旨に基本的に賛成であるが、理由の一部には批判的である。一、不正競争防止法（以下単に「法」という）一条一項二号の趣旨は、以下の点に求められる。すなわち、

「周知営業表示と同一または類似の表示を使用した結果、営業の主体につき混同を惹き起こすおそれのある行為を抑制することにある。そして、その対象は営業表示であるとされている。営業表示を媒体として、他人が企業の努力により結晶させた信用名声を他人の犠牲において勝手に使用し、周知表示により得られる取引上の優越的な地位を不当に横取りし、営業主体の混同を惹起し、もって、公正な自由競争秩序を破壊する行為を禁圧するのである。」（豊崎＝松尾＝渋谷・不正競争防止法一五九頁参照）とされている。

本件の表示灯は、昭和四七年八月ごろ、個人タクシー業者者の全国的な組織である「全国個人タクシー連合会」の代表者であった者により、当初は個人で商標として登録されたが、昭和五八年一二月には、東京都個人タクシー協同組合として商標の登録が特許庁に対してなされていたものであった。そこで、本

件表示灯は、商標としての意味をもつものである。本件判決は、本件表示灯が商標であると同時にいわゆるサービス標であるとして、不正競争防止法一条一項二号の保護の対象となるとしている。

すなわち、いわゆるサービス業で提供されるサービスは、商品と同様に、経済社会において取引の対象とされる、自他商品の識別標識は商標として一号の適用を受けるほか、商標法により登録され保護される。自他サービスの識別標識であるサービスマーク（またはサービス標）は登録制度を持っていないが、不正競争防止法の二号の規定によれば、サービスマークは営業表示として保護されるとしている。

右の判決の理論は、法一条一項二号の前記趣旨からすれば正当である。同項の趣旨は、たとえ商標法の保護をうけなくてもサービスマークの混同による不正競争を回避しようとするものであるから、当該サービスマークが商標権として保護をうけるか否かと関係がないと考えるべきなのである。

また、本件サービスマークについて原告組合とは別人格が商標権をもっているという点も原告組合につき差止請求権を認めることの障害にはならないというべきである。本件の原告組合は、本件認定事実関係からみれば、商標権者から契約上の通常利用権に基づき本件サービスマークの使用を認められているとすれば、被告らに対して使用差止請求権をもつものと解されるからである。仮りに一步譲って原告による本件サービスマ

クの使用が商標権の侵害になる場合であっても、原告は商標のあるサービスマークをいわば準占有している状態にあり、準占有権からして不正競争防止法上の保護をうけるものと考えるべきであらう。

二、不競法一条一項一号または二号に基づく差止請求の要件を考える場合、商品主体または営業主体を「混同」させる行為の存在と、差止請求をする者が、一条一項柱書の「営業上ノ利益ヲ害セラルル虞アル者」との関係をどう考えるかという点が問題になる。

この柱書の要件の意義については、「わが不競法の私法的性格を反映し、ドイツ、スイスなどの立法と異なり、業者団体と消費者に差止請求権を認めないという意味で差止請求権を行使できる資格、すなわち訴訟適格を定めているにすぎず、営業上の利害関係のある者だけが差止を請求できるという趣旨」と解し、実体的な要証事実ではないとする少数説がある(豊崎光衛・工業所有権法(三訂版)四七八頁。同旨の見解として、中山信弘「商号をめぐる商法と不正競争防止法の交錯」鈴木竹雄先生古稀記念・現代商法学の課題(中)六二八頁参照)。

これに対して、通説は、「営業上ノ利益ヲ害セラルル虞」の要件を厳格に解すると、その立証は必ずしも容易ではないので、この要件の立証の緩和を図り、混同の事実が認定されるような場合には、特段の事情がないかぎり、営業上の利益が害される

おそれがあるといつてよい、とか、誤認混同があれば営業上の利益を害されるおそれのあることは推定されるとして、差止請求権自体の実体的法律要件と解している(四宮和夫「不正競争と権利保護手段」法律時報三二巻二号一五七頁、赤堀光子「営業の利益を害するおそれ」商標・商号・不正競争判例百選一八五頁、小野昌延・不正競争防止法概説一一七頁、和仁亮裕「商事判例研究」ジュリスト七一号一五三頁、豊崎||松尾||渋谷・不正競争防止法三八頁など)。

下級審判決は通説の立場にたつものが多い。例えば、誤認混同と営業上の利益を害するおそれを一括して認定したものは(静岡地浜松支判昭和二九・九・一六下民集五巻九号一五三二頁など)、不正競争行為がなされたという事実から利益侵害のあったことを推認するもの(大阪高判昭和三八・八・二七下民集一四巻八号一六一〇頁など)、特段の事情のないかぎり利益侵害のおそれが認められるとするもの(東京地判昭和三七・一一・二八下民集二三巻一一号二二九五頁など)、混同により利益侵害のおそれのあることは明らかであるとするもの(東京地判昭和三六・一一・一五下民集一二巻一一号二七三七頁、東京地判昭和四八・三・九判時七〇五号七六頁など)に分けられるが、いずれも、営業上の利益侵害のおそれの立証を緩和するものである。さらには、大阪地判昭和五五年七月一五日無体集一二巻二二三二頁によれば、不競法一条一項柱書は、「無限定な民衆訴訟を認めず、右要件に該当する者のみが訴提起の法律上の利益を有することを定めた特別訴訟要件規定である」と考える余地もないが、同法の定めた条

項全体を通覧すると、同法はいわゆる不正競争行為を規制する実体法規定であると解するのが素直な見方であり、いま前記要件部分のみを訴訟法規定と解さなければならぬ実益は特段見当たらない」とされている。

最高裁第三小法廷昭和五六年一〇月一三日判決（判時一〇二〇号一五頁以下、判タ四五号八三頁以下）は、不正競争防止法に基づく差止請求に関するいわゆるマクドナルド事件の判決である。同判決は、法一条一項一号または二号による差止の要件に関して最高裁判所が通説の立場をとり下級審の裁判例を追認することを明らかにしたものである。すなわち、右判決は、不競法一条一項にいう「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る」としたのであるが、特段の事情としては、商品の販売形態も対象とする市場もまったく異にするために営業利益を侵害しない場合が考えられる。

私見も通説に賛成するものであって、少数説には賛成できない。ただし、混同があるが何ら営業上の利益を害するおそれのない場合には差止請求権を認める必要がないからである。したがって、混同が差止請求権の要件であって営業上の利益を害するおそれの請求適格の制限とみることに疑問があると考えるからである。保護法益はあくまでも営業上の利益なのである。したがって、わが法のもとでは混同のおそれがあっても営業上の利益が害されるおそれがない場合、本法を適用しないと

判例が多く存在している。一例を挙げれば、いわゆる「ヤンマー事件（大阪高判昭和四七・二・二九無体裁集一号六六頁、原審神戸地姫支判昭和四三・二・二八判タ二一九号二三〇頁、原審支持）」がこれである。現実に混同を生じている場合だけではなく、混同のおそれがある場合、すなわちその危険性が具体化している場合をも含むとして広義の混同概念を採用しつつ、本件ではヤンマーディーゼル会社がヤンマーラーメン会社と同様のラーメンを製造している証拠がないので、またイトーのヤンマーラーメンという特別の出所を表示しているので、営業上の利益を害されるおそれがないと判示している。つまり、需要者が、当該ラーメンが有名なヤンマーディーゼル会社と傍系ないし親子会社の製造物であると混同する危険があっても、ディーゼル会社がラーメン製造をしていないので実損がないと判示し、同ディーゼル会社の営業上の利益が保護されなかった。

そこで、法一条一項柱書と同項二号の混同との関係を以下のように考えるべきである。差止請求権の成立要件は、混同による営業上の利益侵害のおそれが存在するということである。したがって、混同も営業上の利益の侵害のおそれともに差止請求権の要件である。混同があっても既述のように営業上の利益の侵害のおそれがない場合は差止の利益がないから実体法上差止請求権が発生しないものと考えることができる。そして通常は混同があれば営業上の利益の侵害のおそれが発生することは蓋然性の高い経験則であるから、前者から後者を事実上推定で

## 不正競争防止法1条1項2号の差止請求の要件

きる。混同は営業上の利益を害するおそれの推定事由と考えるならば、後者のみが差止請求権の実的要件であると考えるべきであるともいえそうであるが、そのような説明は正当ではない。けだし、営業上の利益を害するおそれは混同によって生じるものでなければならぬからである。

いずれにしても、本判決は通説・判例の立場にたつものと考えられ、この点で賛成できる。

三、中小企業協同組合法による組合が不正競争防止法上の営業主体たりうるかという点については、いわゆるコードプロテクター事件に関する大阪地裁昭和六〇年三月二〇日判決（判タ五六六号二八六頁以下）がある。

一般に、不正競争防止法上の保護の対象となる「営業」は、商人および商行為から捉えられる商法上のそれよりは広く、経済上その収支計算の上になつて行われる事業を包括するものとされているが、右判決は、その新しい一事例を加えるものとして意義があるものと考えられる。すなわち、右判決は以下のよう述べているのである。

「ところで、債権者は組合法に基づく組合であり、その事業も前記のように「組合員のためにする」ものであり、中小企業等協同組合法五条一項一号に「組合又は会員の相互扶助を目的とする」と規定されており、直接に利益の獲得を目的とするものではない。しかし、組合である債権者もその事業を持続

発展させていくために剰余金を必要とし、かかる剰余金の配当を組合員にでき（組合法五条一項四号）、しかも債権者の行っているワイヤプロテクターの販売は他の営利企業の販売行為と外観上何ら変わることもなく、また競争関係にたつことがあり、かかる場合に不競法上の保護を与えない場合は、公正な流通経済の秩序維持ひいては一般消費者の保護を十分に果たしえない結果になるのであるから、債権者の事業も経済上その収支計算の上になつて行われる事業と認めるのが相当であり、したがって、債権者の本件各商品の販売行為は不競法一条一項柱書の「営業」に該当するといふことができる。」としているのである。

因みに、右判決に関しては、東京地判昭和三七・一一・二八（京橋中央事件―判タ一三九号二三三頁）、大阪高決昭和五四・八・二九（都山流尺八団体事件抗告審―判タ三九六号一三八頁）、大阪地判昭和五五・三・一八（少林寺拳法事件―無体集二巻一五六頁）、大阪高決昭和五六・六・二六（花柳流名取事件―無体集二三巻一号五〇三頁）、東京地判昭和五八・二・一六（桐杏学園系列校事件―特企一七二号四一頁）などの先例を参照の上検討してもらいたいことをおことわりしておく。

コードプロテクター事件の判決は、①組合もその事業を持続発展させるために剰余金を必要とする点、②組合によるコードプロテクターの販売は他の営利企業の販売行為と外観上何ら異ならず、競争関係にたつことがあること、及び③その事業も経済上その収支計算の上になつて行われる事業と認めることが相当



であることの三点を組合が営利企業性をもつ根拠として指摘している。

ところで、営利を目的とするか否かという問題と剰余金を必要とするか否かという問題とは切離して考えることができよう。営利を目的としない団体であっても剰余金を考える余地がないわけではないからである。他の営利企業と競争関係に立つことと営利性は必ずしも同一のものではない。営利性がなくても他の営利企業と競争関係に立つことは考えられるからである。かように考えると、コードプロテクター事件の判決が示した営業主体性の判断基準①は本質的なものではなく、重要なものは②であるといえよう。

③ 営業上の利益を営利事業を営む商人の利益のみならず、広く経済上その収支計算の上になつて行われるべき事業を営む者の利益を含むと判示したものに、東京地判昭和三七・一一・二八（判時三三三三三二六頁）がある。

これに反して、本件判決は、原告組合を中小企業協同組合法の目的とする「協同して事業を行うために必要な組織」であることを理由に営業主体性を認めているが、経済上その収支計算の上になつて行われるべき事業の主体という命題からみれば、これだけでは原告組合の営業主体性を認めるには不十分である。本件判決が原告組合が「各構成員の利益保護のため、各構成員を代表して」といつているのは、第三者の（任意的）訴訟担当を認める根拠にはなりえても、差止請求権の主体たる営業主体

とみる根拠にはなりえないのではないかと思われる。むしろ原告組合に営業主体性を認めるためにはその根拠を、それが経済上の収支計算の上になつて行われるべき事業を営むものであると解することに求めることのほうがより適切であると考える。この意味で、本件判決が原告組合に営業主体性を肯定したことは結論的に正当であるが、しかし、その理由には必ずしも納得できないと考える。

このように本件協同組合に営業主体性を認めることはできるのであるが、若干問題になるのは、本件の場合右協同組合がタクシー営業の主体ではないという点である。たしかに右協同組合は直接タクシーを運行しているわけではないが、組合加入の個人タクシー業者のタクシー営業の一部を代行しているのだから、この意味で部分的営業主体といえることができる。かように解するならば、右の疑問も解消するであろう。

〔後記〕

本稿は、本来本件判決の判例批評として執筆されたものであるが、本誌にこれを収録すべき適当な欄がないので、研究ノートとして掲載していただくことにした。

また、本件については、駿河台大学の清水幸雄氏が平成元年五月一三日の工業所有権法判例研究会における報告（発明一九八九年七月号一〇三頁以下）があり、本稿は右報告に啓発されたところが多い。