



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	のれん分けの事業者に対する商標権の行使が権利濫用に該当すると認めた事例
Author(s)	朱, 子音
Citation	知的財産法政策学研究, 61, 141-216
Issue Date	2021-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84889
Type	departmental bulletin paper
File Information	61_06.pdf



のれん分けの事業者に対する商標権の行使が 権利濫用に該当すると認めた事例

東京地判令和 2・1・29平成30(ワ)11046

朱 子 音

第 1 総 説

本件は、商標権侵害訴訟において、のれん分けを受けたと主張する事業者が本店の商号及び標章の使用を継続する行為に対して、本店と同様の商品等表示を使用しており、これらの商品等表示を商標登録し商標権を有する者が商標権を行使することが権利濫用に該当するか否かが争われた事案である。とりわけ、商標権者と被疑侵害者双方が商標登録前に標章の知名度と信用の獲得に寄与していたことが本件の特徴になる。裁判所は、被疑侵害者は本店から使用許諾を得ており、自身も商品等表示に化体する信用に寄与していることに加えて、商標権者が長期にわたり権利行使をすることがなかったという事情を斟酌し、原告の商標権に基づく本件請求は権利濫用に当たると判示した。

第 2 事案の概要

一 当事者及び関係者の関係

Aは、明治17年東京都大田区大森地区において屋号を「守半」として海苔問屋を開業した。Aの二男Bは、遅くとも大正3年7月までに、Aの事業を実質的に承継し、昭和13年Aの死亡後に家督相続した。その後、Bの長男であるCは、さらに事業を承継して、昭和33年Z（補助参

加人)¹を設立した。

Aの婿養子H及びAの長女G（Hと婚姻関係を有する）は、元々Aによる守半本店の事業に従事していたが、その後、Aが開業した守半本店の事業の少なくとも一部を引き継ぐ形で独立した事業主体となり、「守半海苔店」の商号を使用して海苔製品の販売等の事業を行うようになった。HとGの長男Jは当該事業を承継し、昭和16年大森地区において合資会社守半海苔店（昭和37年に解散）を設立することを経て、昭和33年当該合資会社守半海苔店と同じ場所でX（原告）²を設立した。

Dは、大正8年から守半本店で丁稚として働き、昭和2年東京都大田区蒲田地区において「乾海苔問屋守半支店」「守半支店」等「守半」を含む屋号を使用し複数の店舗を経営して、遅くとも昭和39年には蒲田地区に限らず、全国規模で注文を受け付けるようになっていた。その後、Dの長男であるEは、昭和44年Y（被告）³を設立した。

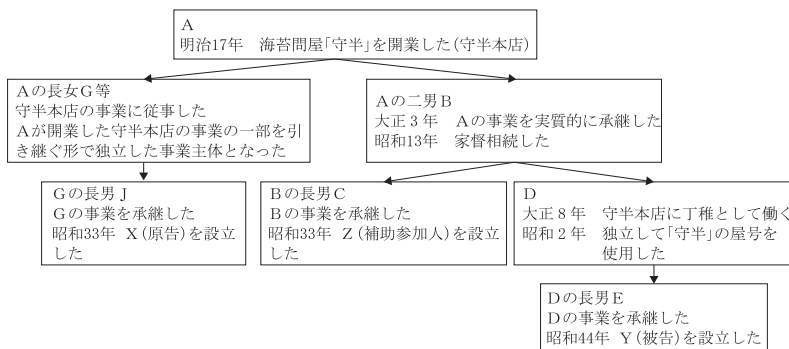


図1 当事者の関係

¹ 補助参加人Zは、大森地区において「株式会社守半本店」の商号で昭和33年12月1日（Xの設立日と同じ）に設立され、平成22年から海苔事業を休止する状況となっている。Zの設立当時、XとZに共通する役員はいなかった。

² 原告Xは、東京都大田区大森地区（以下「大森地区」という）を本店所在地として、「株式会社守半海苔店」の商号で昭和33年12月1日に設立され、海苔等の製造販売等を行う株式会社である。Xは、設立以来、大森地区の1店舗のみにおいて営業を継続している。

³ 被告Yは、東京都大田区蒲田地区（以下「蒲田地区」という）を本店所在地として、「株式会社守半蒲田店」の商号で昭和44年9月1日に設立され、海苔等の販売等を行

二 本件商標及び係る標章

Xは、本件商標（図2）について、昭和51年4月28日に商標登録出願をし、昭和55年5月30日に登録を受けて、本件商標権を有している⁴。Xは、本件商標権を取得する以前から、その製造販売する海苔製品に「守半」の文字を含む標章（本件商標とは書体、色彩、縦書き・横書きの別が異なるものを含む）を付して使用している。

Yは、本件商標の出願より前から、「守半」の文字を含む標章を海苔製品の包装に付すなどして使用していた。また、Yの商号を「株式会社守半總本舗」に変更して以後、「守半」ないし「守半總本舗」の文字を含む標章（以下「被告標章」（図3）という）を使用している。



図2 本件商標

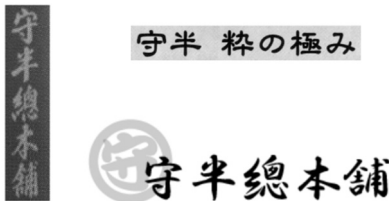


図3 被告標章

う株式会社である。Yは、平成18年5月1日、商号を「株式会社守半總本舗」に変更し、蒲田地区及び大森地区に複数の店舗を有している。

⁴ 元々、Xの前主である合資会社守半海苔店が、「守半」の文字を縦書きにしてなる標章を昭和29年出願したが、商標登録までに至らなかったという経緯がある。

三 本件訴訟に至る経緯

昭和56年、XはYに対して、当時Xが使用していた標章と同様の「守半」の文字の付された包装紙を使用することを中止するように要求したことがあった。これに対して、Yは、直ちには使用を中止せず、その後も相当期間、同様の包装紙の使用を継続した。

平成18年Yの商号変更の頃、XはYに対して「守半」を含む商号や標章等を使用することを抗議したことがある。これに対して、Yは、同年9月頃、Xに対し、「守半」の屋号は守半本店からのれん分けを受けて昭和2年から使用しているものであり、Xの抗議は不当である旨を記載した書面を送付した。Yは、その後も上記商号と被告標章の使用を継続した。

平成29年12月19日、Xは、同月18日付けの通知書によって、Yに対し、被告が「守半」の文字を含む標章を使用することが本件商標権の侵害に当たると主張し、これらの標章を付した商品の販売中止等を求めた。これに対して、Yは、同月から平成30年2月にかけて、本件商標権の侵害の事実を否定するほか、本件商標権の無効等を主張して、Xの主張は認められない旨の回答を行った。

平成30年4月7日、Xは本件訴訟を提起した。

第3 争点及び判旨

本件訴訟では、Yの行為が本件商標権を侵害するとみなされる行為に該当するか（争点1）、Xの本件商標権に基づく本訴請求が権利濫用に該当するか（争点2）、本件商標の商標登録が商標登録無効審判により無効にされるべきものか（争点3）、Yが本件商標権について先使用权を有するか（争点4）及びXの損害（争点5）、という五つの争点が整理された。裁判所は、争点1に関して、商標権侵害に該当するとしたが、争点2に関しては権利濫用に当たると認め、他の争点を判断することなく、Xの主張を退けた。本稿では、争点2を中心に検討したい。

この争点について、Yは、①「守半」の標章のZへの帰属、②Yないしその前主はZからのれん分け（永続的使用許諾）を受けて「守半」の標章を継続的に使用していること、③Xは「守半」の標章の使用について独占

権を有する立場にないこと、④Xの本件商標権の出願自体が不当であること、⑤権利行使態様の悪質性を理由にして、Xの請求が権利濫用に該当すると主張した。

これに対して、Xは、「守半」の標章が元々Aの創業した「守半」の標章であり、XもZと対等な立場での正当な承継者といえ、係る標章や商号の使用権限を有しており、さらにZから承諾を得たうえで本件商標権を出願していること等を理由に、Yの主張に反論した。

裁判所は、守半本店からDに対する商号ないし標章の使用許諾の有無及び守半本店からXへの承継の態様を考慮したうえで、Xの請求が権利濫用に当たると帰結した。

まず、守半本店からDに対する商号ないし標章の使用許諾の有無について、裁判所は以下のように論じて、使用許諾の存在を肯定している。

「Dは、昭和2年頃から、守半本店のある大森地区に近い蒲田地区において、継続的に『守半』を含む商号及び標章を使用して海苔販売等の事業を行い、昭和44年に被告が設立された後は、被告がこれを継続した。また、その間、前記(1)ウのとおり⁵、DないしYと守半本店との間には一定の取引・交流が継続していた。

このような状況の中で、本件全証拠によっても、YないしDによる『守半』を含む商号及び標章の使用に対して、守半本店から異議が述べられた事実は認められないことからすれば、Dの開業に当たっては、守半本店から、これをのれん分けというかはひとまず措くとして、これらの商号及び標章の使用についての許諾があったものと推認するのが相当である。」(下

⁵ 「Dが事業を開始した後、DないしY及びその関係者とZ及びその関係者との間には継続的に一定の交流があり、Yが昭和61年11月に創業60周年記念及び新社屋落成披露の会を開催した際には、Zからも関係者(Cの弟のK)が出席したこと、YとZとの間の取引関係として、少なくとも、昭和50年代頃及び平成13年から平成18年までの期間に『守半』の標章が入ったお茶漬け海苔をZがYに卸売ったことがあり、平成13年から平成14年頃に被告の製品についてZが加工や倉庫での保管を請け負ったことがあったこと、ZとYとが一時期、同じデザインの缶を製品の容器として使用していたことが認められる。」

線部分は筆者による、以下同じ)

そして、守半本店からXへの承継の態様について、裁判所は以下のように論じて、Aの事業の承継に関して、Xの前主がZの前主と同等な立場を有しているわけではないとした。

「Xの設立頃までの事実経過(…)及び弁論の全趣旨からすれば、Aの子であるH及びGは、…Aが開業した守半本店の事業の少なくとも一部を引き継ぐ形で独立した事業主体となり、『守半海苔店』の商号を使用して海苔製品の販売等の事業を行うようになり、当該事業について、Jが承継し、更に、合資会社守半海苔店を経て、最終的にXが承継したものと認めるのが相当である。

……

しかしながら、…Xが主張するAによる事業の分割を裏付ける的確な証拠はない。

また、大正3年頃に、H及びGに対して、Bと対等の立場でAの事業が承継されたという点についても、その時期にHの分家の届出がされているものの(…)、AからHないしGへの大規模な事業用財産等の移転の事実を認めるに足る証拠はなく、Aの有していた資産の多くはその後の家督相続によってBに承継されたと考えられること(…)、大正15年に大森本場乾海苔問屋組合によって発行された『海苔の研究』と題する書籍において、A及びその事業を紹介するに際して、Bについては、15、6年前より同家海苔店を全部引き受けた旨の記載があるのに対して、HやGによる事業については言及がないことも併せて考慮すれば、Aが開業した守半本店の事業を主として承継したのは守半本店(B)であったと認めるのが相当であり、同事業の承継に関し、H及びGが守半本店と同等の立場でこれを承継したと認めるに足る証拠はない。」

以上のように認定したうえ、裁判所は以下の三つの点を論じて、Xの請求が権利濫用に該当すると帰結した。

「X、Y及びZは、本件商標権の出願以前において、それぞれ『守半』を

含む商号及び標章を用いて、海苔の製造販売等の事業を行っていたところ、三者が使用する海苔製造販売事業における『守半』の商号及び標章は、いずれもAが開業した守半本店の事業に由来するものであり、Z及びXは、Aの上記事業を承継した者として、Yは、Zから上記商号及び標章の使用許諾を受けた者として、これらの使用を継続していたものということができる。」

「本件商標権の出願当時の『守半』の標章が一定の知名度と信用を獲得していたこと、『守半』の標章はAの事業に由来するものであり、…その主たる承継者はZであったこと、…Zが昭和40年代には大森地区外の複数店舗で小売販売を行うなどしていたことからすれば、上記の『守半』の標章の知名度と信用の獲得については、これが集中的にXないしその前主に帰属するものであったともいえない。

そして、…Y側の営業の状況を考慮すれば、上記の『守半』の標章の知名度と信用の獲得については、ZやXの他に、YないしDによる寄与もあったものということができる。」

「以上の点に加え、…本件商標権取得後も本訴提起に至る平成29年末以降の時期まで、XがYに対して長期間権利行使をしておらず、XがYによる『守半』の標章の使用に異議を述べたと認められるのは、前記(1)ア(ス)及び(セ)cの機会に留まることも考慮すれば、Xが、Yに対して、『守半』を含むY各標章の使用の中止等を求めて、本件商標権に基づく本訴請求をすることは、権利の濫用に該当するというべきである。」

第4 評 釈

一 本判決の特徴及び問題意識

商標権に基づく権利行使に関しては、権利濫用に当たるとされた裁判例が多数存在し、他の知的財産侵害事件に比べると、商標権の権利濫用という抗弁が認められやすいと指摘されている⁶。商標権は発明や著作等の創

⁶ 光石俊郎「商標法において権利濫用とされた裁判例の再構築(試論)」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産権 法理と提言』(青林書院・2012年)863頁以下、愛知靖之＝

作行為を要することなく権利の成立について登録主義を採用しているので、商標に商標権者の信用が化体されておらず、空疎な権利といえる場合があるところ、商標権を保護する究極的な目的は公正な競争秩序の維持にあるのだから、空疎な商標権の行使により公正な競争秩序が乱されるとなれば、その権利行使を許容することは商標法の目的に矛盾しているといわざるをえない、というのである⁷。

そのようななか、本件はのれん分けをめぐる商標権の行使を濫用に当たると判断した裁判例である。訴外私人から事業を承継した以後「守半」という本件商標を登録したXが、同私人の事業を承継した訴外Zからのれん分けを受けて独立したと主張するZの屋号や標章等を使用するYに対して、Yの標章や商号等が本件商標と類似することを理由に、商標権侵害に該当するとして損害賠償及び差止請求を求めた。裁判所は、XとYの事業の承継の歴史的経緯や、紛争となる標章の知名度と信用の帰属等の事情を斟酌して、権利濫用に該当するとして、原告の請求を退けた。

従来の裁判例では、商標権侵害の事件ではなく、のれん分けやグループ企業の内部分裂に伴って、標章や商号等商品等表示を使用できる事業体はどれかという問題の各々が不正競争防止法（以下「不競法」という）2条1項1号（又は2号）「他人」に該当するか否かという法律上の論点とされており、裁判例や学説に一定の蓄積がある。裁判例には、後述するように、各事業体が商品等主体性が認められる場合、商品等表示の使用行為は「自己の」商品等表示を使用するものであり、「他人」の商品等表示に該当しないという傾向を看取することができるが、学説は分かれている。他方、商標権に関しては、商標権者が登録商標と類似する相手の商品等表示の使用を差し止められるか、そしてどのような判断の枠組みを採用するのかという問題について、研究の蓄積は相対的には十分とはいえない状況にある。とりわけ標章等商品等表示に係る信用の帰属が、どのように商標権侵害の結論を左右するのか（あるいは左右しないのか）について検討する必要がある

前田健＝金子敏哉＝青木大也『知的財産法』（有斐閣・2018年）387頁〔愛知靖之執筆担当〕、高部眞規子編『最新裁判実務大系 知的財産権訴訟Ⅰ』（青林書院・2018年）494頁〔清水知恵子執筆担当〕、西村一路「商標権侵害訴訟における権利濫用の判断」『パテント』72巻3号（2019年）95頁等。

⁷ 高部編・前掲注6・494～495頁〔清水知恵子執筆担当〕。

ある。

本稿では、これについて、不競法に関係する議論を参照しつつ、裁判例及び学説を整理したうえで、自説を展開することにした。

二 裁判例

1 従前の裁判例の整理の仕方について

学説では、権利濫用の成立を認めた裁判例を類型化する試みが散見される。そのうち、関連する裁判例を検討し、斟酌されている要素を列挙するものと、さらに類型化しようとするものの両方がある。

まず、斟酌されている要素を列挙する分析について。

たとえば、関連する裁判例を網羅的に検討し、商標権の取得に不正の意図があったか、権利濫用を主張する者に取引の実情等の面から考慮すべき事情があるか、信用の帰属は商標権者になるか、という3点が権利の濫用の適用において重視されている、と指摘するものがある⁸。しかし、このような整理には、商標権の権利濫用の判断の際に考慮される事情を特定するという意義を認めることができるが、いざ個別具体の事例を前にして権利濫用となるか否かを判断しようとする際に、そこに列挙された要素のうちのどれをどのように重視したり、あるいは重視しなかったりするのかがということが不明確であるという弱みがあると評さざるをえない。

次に、事案類型に応じて裁判例を整理し、考慮されている要素を類型化した分類について。

そのなかでも先駆的な業績は、商標権者側の事情と被疑侵害者側の事情に分けて、以下の四つの事案類型を抽出することができる、とする⁹。A：登録商標に商標権者独自の信用が化体しておらず、正当に標章が帰属すべき第三者が存在する場合（これは、さらに権利取得過程に濫用がある場合（A-1）と、権利行使過程に濫用がある場合（A-2）の2類型に分かれ

⁸ 西村・前掲注6・99、106頁。

⁹ 高部眞規子「商標権の行使と権利の濫用」牧野利秋＝飯村敏明＝三村量一＝末吉互＝大野聖二編『知的財産法の理論と実務(3) 商標法・不正競争防止法』(新日本法規出版・2007年) 115～121頁。

る)、B:商標登録自体に問題がある場合(＝明らかに無効理由が存在する場合)、C:相手方の行為が正当と評価される場合(これは、さらに相手方が正当に標章が帰属すべき第三者から許諾を得た場合(C-1)と、商標法上の抗弁が成立しそうな場合(C-2)という2類型に分かれる)、D:商標権に対する実質的な侵害が存在しない場合(たとえば、登録商標に識別力がない場合)というものである¹⁰。

しかし、この分類は、B類型を除き、類型毎に考慮されるべき事情が明確にされているとはいいい難いように思われる。たとえば、A類型・C-1類型にいう「正当に標章が帰属すべき」とはいかなる場合であるのかが明らかにされておらず、このままでは、標章が帰属すべきとされる者をどのように決めるのかという問題に対する手掛りを見出すことは困難である¹¹。C-2類型に関しても、真実、商標法上の抗弁が認められるのであれば、特に問題はないが(ただし、そもそも権利濫用と主張する必要はないかもしれない)、仮にこの類型が、商標法上の抗弁が成立しない場合にも、比較衡量等の結果、権利濫用に当たると判断される可能性がある類型であるとする、基準の安定性が問題となりうる。Dタイプの裁判例はそこで挙げられている数が乏しく、登録商標に識別力がないとされる場合を除き、実質的な侵害が存在するか否かということを、いかなる事情の下に判断するのかということが明らかにされているとまではいい難い。要するに、この類型

¹⁰ この分類を踏襲するものとして、①登録商標の取得に際し、何らかの濫用的意図があるもの、②グループ関係の解消後の権利行使に際し、何らかの濫用的意図があるもの、③グループ関係の解消後に、被疑侵害者が標章の本来的な主体から許諾を得ていたもの、④登録商標の出所識別力が弱くて、被疑侵害標章の方が継続的に使用され識別力が高いもの、という分類がある(武生昌士「判評」『商標・意匠・不正競争判例百選(第2版)』(有斐閣・2020年)77頁)。そのうち、①ないし③は、順に本文のA-1、A-2、C-1の類型に対応し、④は本文のD類型に属する。

¹¹ たとえば、同じA類型であっても、後述するように、過去に当事者間に何らかの協力的関係があったか否かということや、事前に登録商標に関する取扱いの合意(黙示のものを含む)があったか否かということ次第で、裁判所の着眼点や採用する手法が異なっている。それにもかかわらず、これらを一つのA類型に一括してしまうと、結局、個別具体の事例を前にして「正当に標章が帰属すべき」者をいかに決めるのかという問題に対して、予測可能な具体的な基準を提示することに失敗することになる。

論の下では、商標登録自体問題があるという類型を除き、結局、事案毎に総合的な判断をすることが求められており、類型化の実践的意義に乏しいといわざるをえないように思われる。

同様の理は、商標権の取得経緯に問題がある場合、被告標章を使用する必要性が高い場合、違法状態の作出に商標権者が関与している場合、登録過程や無効審判において意識的に除外した範囲について権利行使しようとする場合等を列挙する類型論¹²や、不正の目的を持って権利を行使する場合、商標が正当に帰属すべき者に対して権利を行使する場合、商標法4条1項10号の周知性を取得した周知商標使用者に対して権利を行使する場合において原則として商標権の濫用が認められるとする類型論¹³にも妥当する。ところが、いずれも、商標権の取得過程に「問題がある」とはどのような場合かであるとか、「不正の目的」、「正当に帰属すべき」とはいかなる意味かなど、最も判断が分かれそうな類型において具体的な基準を提示しえていないからである¹⁴。

¹² 牧野利秋＝飯村敏明＝高部眞規子＝小松陽一郎＝伊原友己編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ 特許法・実用新案法(2)、意匠法、商標法、不正競争防止法』(青林書院・2014年)288～289頁〔西村康夫執筆担当〕。

¹³ 高部編・前掲注6・496～501頁〔清水知恵子執筆担当〕。

¹⁴ このほか、裁判例の分類論に自己の目指すべき解釈を統合する見解であるが、登録商標に信用が形成された状況に着目して、四つの事案類型に分けるものがある(光石・前掲注6・874～878頁)。それによれば、第一に、後述する大阪地判平成15・9・30判時1860号127頁〔極真Ⅰ〕事件のように、登録商標に商標権者の業務上の信用が形成されている場合、商標権者の権利行使は商標法上問題にならず、あとは民法の権利濫用が問題となり事案毎に判断される。第二に、後述する大阪地判平成5・2・25知裁集25巻1号56頁〔ジミーズ〕事件のように、登録商標と類似する範囲で使用されており、登録商標に法律上保護すべき業務上の信用が形成されていない場合には、権利濫用に該当する。第三に、登録商標が使用されておらず、業務上の信用が形成されていない場合、差止請求は事案毎に処理し、損害賠償請求は認められないとすべきである。第四に、登録商標に商標権者以外の第三者が形成した業務上の信用が付着している場合、商標権者が、当該第三者又はそのものから許諾を受けた者に対して、登録商標と同一又は類似の標章を使用する行為につき権利行使することは、登録商標の業務上の信用が実質的に害されていないので、商標権侵害としての実質的違法性を欠くと解すべきである。

まとめると、これまで裁判例を類型化する試みがなかったわけではないが、個別の事案を具体的に判断することに役に立つ明確な基準を提示するものはまだ現れていないといわざるをえない。

2 当事者間の関係次第の類型論の試み

このような状況を打破し、より予測可能な基準を見出すために、本稿は、当事者間の関係に着目して具体的な判断を行う際に考慮されるべき要素を抽出する類型論を提唱する。

従前の裁判例を、商標権者と訴訟相手方側との関係に着目して大別すると、両者の間に何らかの協力的関係もないタイプ（「衝突型」という）と、過去にはライセンス契約やグループ内の同士等関係があったタイプ（「内紛型」という）、という二つの類型を抽出することができる¹⁵。以下それぞれに分けて紹介しよう。

(1) 衝突型

最高裁判所としてはじめて商標権侵害の主張が権利濫用に当たると判断したのは、最判平成2・7・20民集44巻5号876頁の〔ポパイ・マフラー〕事件¹⁶である。事案は、「ポパイ」及び「POPEYE」の文字とポパイの漫画との結合からなる商標につき商標登録を受けた者から譲り受けた原告Xが、漫画の著作権者から許諾を得てマフラー等スポーツ用品に「POPEYE」

このうち、第一の類型の民法上の権利濫用、第三の類型の差止請求の処理は事案毎の判断とされるに止まり、予測可能性のある基準が提示されていない。第四の類型についても、問題はいかなる場合に信用が付着していると評価するかということであろう。第二の類型は、唯一〔ジミーズ〕事件を取り上げて類型化しようとしたものであるが、当該事件における具体的な事情を捨象してなぜそのようにまとめることができるのかは不明である。

¹⁵ この二分類の発想及び呼び名は、小塚莊一郎「会社法8条の『不正の目的』の意義」ジュリスト1388号（2009年）106頁を参照。

¹⁶ 本件の評釈としては、渋谷達紀「判評」法学協会雑誌108巻10号（1991年）1744頁、塩月秀平「商標権侵害の主張が権利の濫用に当たるとされた事例」最高裁判所判例解説民事篇平成2年度（1992年）266頁、潮海久雄「判評」『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣・2007年）68頁、武生・前掲注10・76頁等がある。

の文字を含む標章を付して販売した被告Yに対して、商標権侵害に基づく損害賠償及び差止めを求めたというものであった。

原原審及び原審は、Xの権利行使が権利濫用に当たるとすることはできないと判示し、Xの請求を一部認容した。これに対して、最高裁は、「本件商標登録出願当時既に、連載漫画の主人公『ポパイ』は、…広く大衆の人気を得て世界に知られており、『ポパイ』の人物像は、日本国内を含む全世界に定着していたものということができる。…『POPEYE』の文字からは、『ポパイ』の人物像を直ちに連想するというのが、現在においてはもちろん、本件商標登録出願当時においても一般の理解であったのであり、本件商標も、『ポパイ』の漫画の主人公の人物像の観念、称呼を生じさせる以外の何ものでもない…。以上によれば、本件商標は右人物像の著名性を無償に利用しているものに外ならないというべきであり、客観的に公正な競業秩序を維持することが商標法の法目的の一つとなっていることに照らすと、被上告人が、『ポパイ』の漫画の著作権者の許諾を得て乙標章を付した商品を販売している者に対して本件商標権の侵害を主張するのは、客観的に公正な競業秩序を乱す「ママ」ものとして、正に権利の濫用というほかない。」として、原判決を破棄しXの請求を棄却した。

この事件では、最高裁は、本件商標の出願時、漫画の主人公の「ポパイ」の人物像が世界的に著名であることや本件商標と「ポパイ」の人物像が類似していること等の事情に着目して、本件商標が「ポパイ」の人物像の著名性をフリーライドするものにほかならないと評価しうるとし、本件の商標権侵害の主張は商標権者が不正の目的を持って取得した商標権に基づく権利行使が公正な競業秩序を乱すものとして権利濫用に当たると判示した。

この判決の後、下級審では、最高裁の立場を敷衍し、登録商標の出願時の不正の目的に着目して商標権の行使が許されないとする裁判例が続いている¹⁷。その多くは、商標権者と相手方との間に過去に何らかの関係があった事案であるので、「内紛型」として後述するが、その種の関係がない

¹⁷ [ポパイ・マフラー]事件以前にも、下級審では、(商標の出願ではなく)他者から商標権を譲り受けた過程に濫用的意図があることを理由に権利濫用の成立を認めた判決があった(東京高判昭和30・6・28高民集8巻5号371頁[天の川]事件)。

事件における裁判例としては、たとえば、東京地判平成12・3・23判時1717号132頁〔Juventus〕事件がある。裁判所は、登録商標「Juventus」と類似する著名な外国標章「JUVENTUS」が世界的に知られているイタリアのプロサッカーチーム「JUVENTUS FOOTBALL CLUB」の略称であり、同チームも参加したことがある「トヨタカップ」が東京で開催されたりしているところ、原告Xの代表者はサッカー愛好者であり、度々イタリアに渡航して同国の事情に精通していた等の事実関係を認定したうえで、「新伊和辞典・増補版」等辞書には、「Juventus」がサッカーチーム「JUVENTUS」を表す固有名詞以外の意味を有することを示す記載がないことを斟酌し、「X商標は『JUVENTUS』チームの名称に由来するものといわざるを得ず、Xはこれを知った上でその商標登録出願をしたものというべきである」と論じている。このような経緯に鑑みて、「JUVENTUS」サッカーチームから「JUVENTUS」標章の使用許諾を受けて当該標章を付して製造した商品の輸入販売業者被告Yに対する商標権の行使は権利濫用に該当すると判決されたのである。

もっとも、裁判例のなかには、商標登録の出願の時点では不正の目的があるとはいえない難い事案においても、登録商標の識別力が低く商標権者の信用が化体されていないことと被告標章が全国規模で著名性を獲得していることを斟酌し、そのような被告に対する商標権者の権利行使を権利濫用に該当すると判決する判決が現れている。嚆矢となったのは、東京地判平成11・4・28判時1691号136頁〔ウイルスバスター〕事件¹⁸である。事案は、「ウイルスバスター」という登録商標を有する原告Xが、コンピュータウイルス対策用ソフトウェアを記録した媒体に本件商標と類似する標章を付して製造販売するという被告Yの行為が商標権侵害に該当すると主張して、Yに対して被告標章の使用の差止めを求めたというものである。裁判所は、Yの標章がXの登録商標に類似すると判断したうえで、Xの商標出願時、Y標章は使用開始直後であってまだ周知になっていたとはいえないことを理由に先使用の抗弁の成立を否定したものの、次のように論じて、権利濫用の抗弁を認めXの請求を退けた。そこでは、裁判所は、まず

¹⁸ 本件の評釈としては、蘆立順美「判評」前掲注16『商標・意匠・不正競争判例百選』70～71頁がある。

ワクチンソフト利用者におけるYの「ウイルスバスター95」、「ウイルスバスター Ver. 5」及び「ウイルスバスター POWER PACK」の利用者の合計が約60%に達するというアンケート結果やシェアを56%とする記事、Yの「ウイルスバスター97」が全パソコンソフト中、4位の売上げがあったとの記事がそれぞれ雑誌に公表されていることを斟酌し、「ウイルスバスター」は、コンピュータ利用者の間において、Yの販売するウイルス対策用ディスクを表示する著名な標章であると認められると認定した。他方、Xの商標はコンピュータウイルスを示す「ウイルス」と破壊する人(物)を表す「バスター」から構成されていることから「本件商標は一般的に出所識別力が乏しく」、Xが本件商標を全く使用しておらず、将来にも使用する具体的な計画もないことから本件商標は「Xの信用を化体するものでもなく」ということを指摘する。その結果、「本件商標は一般的に出所識別力が乏しく、Xの信用を化体するものでもなく、そのためYが本件商標に類似するY標章をウイルス対策用ディスクに使用しても本件商標の出所識別機能を害することはほとんどないといえるのに対し、Yは、前記(一)のとおり別紙第三目録記載の標章をXが本件商標の登録出願をする前から継続的に使用しており、現在ではY標章は一般需要者が直ちにY商品であることを認識できるほど著名な商標であるから、本件商標権に基づきY標章の使用の差止めを認めることは、Y標章が現実の取引において果たしている商品の出所識別機能を著しく害し、これに対する一般需要者の信頼を著しく損なうこととなり、商標の出所識別機能の保護を目的とする商標法の趣旨に反する結果を招来するものと認められる」と判断され、XのYに対する本件商標権の行使は権利の濫用として許されないものというべきであるとされた。

同様に、被告標章が全国規模で著名であることを斟酌し、権利濫用に当たると帰結した判決として、大阪地判平成26・8・28判時2269号94頁〔melonkuma〕事件がある。事案は、被告Yが「メロン熊」の名称のキャラクターを創設する前に、原告Xが「melonkuma」という商標を出願登録して、Yが製造販売している商品に「メロン熊」又は「メロンくま」標章を付した行為が商標権侵害に該当し、Yに対して損害賠償を求めたものである。裁判所は、Yが創作した「メロン熊」というキャラクターは、全国的にイベントに参加し、それを使用した商品が全国展開のクレーンゲ

ーム機の景品に採用され、また全国的に受賞したこと等の事情を踏まえて、当該キャラクターが全国的に周知、著名となっているため、「メロン熊」や「メロンくま」というYの標章も、「本件キャラクターを指し示すものとして周知性、著名性を獲得し、…『メロン熊』の標章…は、Yの扱う商品について高い自他識別能力を獲得したもの」である一方、Xの商標が、「上記〔筆者注：Yの〕標章の著名性の獲得に至るまでに、果物のメロンと動物の熊を組み合わせた存在を、具体的なイメージとして考案したと認めるに足る証拠はなく、また、現在までに、Y以外にそのような存在を使用した商品が流通したことを認めるに足る証拠もない」ため自他識別能力が低いので、需要者にとって、Xの商標からYのキャラクターを想起させることになり、Xの商品の出所を誤認混同するおそれは極めて低い、とした。さらに、「もともとY各標章には特段の自他識別能力がある一方、…X商標自体、Xの信用を化体するものでもなく、何らの顧客誘因力も有しているともいえない。そして、X商標とY各標章との間で出所を誤認混同するおそれは極めて低い。それにもかかわらず、Xは、X商標権に基づき損害賠償請求をするものであるが、このような行為は、本件キャラクターが周知性、著名性を獲得し、強い顧客吸引力を得たことを奇貨として、本件の権利行使をするものというべきである」と論じて、Xの権利行使が権利濫用に該当すると帰結した。この「melonkuma」事件では、「ウイルスバスター」事件と異なり、登録商標が出所識別力に乏しいというような事情は認定されていない。その意味で、被告標章が著名であることにより強く依存した権利濫用の判断になっているといえる。

これに対して、被告標章の認知度がそれほど高いとはいえないことを理由に、権利濫用の抗弁を退けた裁判例として、大阪地判平成12・4・11平9(ワ)10750〔ASUKA〕事件、東京地判平成24・9・10平23(ワ)38884〔アイネイル〕事件がある。

前者の〔ASUKA〕事件の事案は、「ASUKA／アスカ」という登録商標権を有する原告が、「ASUKA」標章を使用した被告に対して、商標権侵害を主張したというものであった。被告は、原告による本件商標の使用は、駆込み使用にすぎず、被告は全国規模での営業活動を展開しており、その使用する標章は著名性を有するから、原告の権利行使が権利濫用に該当すると主張した。裁判所は、著名性の必要な程度に関して、「商標権者の権利行

使が権利濫用になるといえるためには、少なくとも、被告標章から被告の出所しか生じないといえる程度に被告標章が著名でなければならないと解される」と判示したうえで、被告標章がそのような著名性を獲得していなかったことを理由に、原告の権利行使は権利濫用に当たらないと帰結した。

後者の「アイネイル」事件の事案は、「アイネイル」という登録商標権を有する原告が、「INAIL」標章を使用する被告に対して商標権侵害であると主張し差止めを求めた、というものであった。被告は、原告商標の出所識別能力が乏しいのに対し、原告店舗が開業した時点では、既に被告複数の店舗は開店しており、被告標章は、専ら被告の営業努力によって、出所識別能力を培ってきたなどとして、原告の権利行使が権利濫用に該当すると主張した。裁判所は、登録商標の出願時には、被告は既に被告標章を使用し2店舗を営業していたと認定し、当該事実を踏まえて、「原告の信用にただ乗りすることなく、被告標章を使用してきたものと認められる。しかしながら、…被告標章は、商標法32条1項の周知性を有するとは認められないものであるし、現時点において需要者の間で認識されている程度も定かではない。／〔筆者注：原文では改行〕そうすると、被告標章の使用において不当な目的がないとしても、原告商標の出所識別能力に比較して、被告標章の出所識別能力が顕著であるとも認められない」と論じて、権利濫用の主張を退けた。

このように、後述する「内紛型」の事案に該当しない、つまり商標権者と相手方に協力関係などの特別な関係があるわけではない「衝突型」の事件では、最高裁は、本来商標権者が出願時に登録商標が国内はおろか世界的に著名であった漫画の主人公名であったことに着目し、そこに不正の目的があると認めて、権利濫用に該当するという帰結を導いている。そこでは、登録商標の出願過程において瑕疵があることが前提とされている。ところが、その後の下級審の裁判例では、出願時においては商標権者に非難に値する事情が存在しなかったとしても、被告標章が被告を示す表示として全国的に著名である反面、登録商標がほとんど使用されておらず信用が化体しているとはいえないという事案において権利濫用を肯定する動きがあることが注目される。他方、登録商標と同一又は類似の被告標章の使用が不正の目的を持っていないとしても、当該標章が相当な著名性を獲得

していない場合には、それに対する商標権の行使が権利濫用に当たらないとされている。

なお、例外的に、登録商標と類似する被告標章（＝米国商標）が日本においてまだ全国的に著名であるとはいえないが、裁判所は、商標権者が以前に米国商標を使用していた第三者に対して商標権不行使の許諾を与えたことがあり、そして商標権者が自ら当該米国商標が付される商品を販売することもある等の事情を斟酌し、被告に対する権利行使が権利濫用として許されないとした裁判例として、大阪地判平成5・2・25知裁集25巻1号56頁〔ジミーズ〕事件がある¹⁹。事案は、「ジミーズ」という登録商標の商標権を有しており、「ジミーズ」の営業表示の下、Tシャツ等を販売している原告Xが、米国法人訴外J社から許諾を受けて「JIMMY'Z」という米国商標が付された商品を輸入して日本で販売している被告Yに対して、被告標章「JIMMY'Z」が登録商標「ジミーズ」と類似することを理由に、商標権侵害を主張したというものであった。本件訴訟以前、同様に訴外J社から許諾を受けて「JIMMY'Z」商標を付した商品を輸入販売していた訴外Aに、Xは本件登録商標権の不行使という合意をしたことがあり、X自身も訴外Aから「JIMMY'Z」商標を付した商品を仕入れ販売することがあった。このような事実を踏まえて、裁判所は、「本件商標権者であるXが、訴外Aと米国商標の使用に関し禁止権不行使合意をして米国商標商品の輸入販売を許諾し、自らも実質的経営の店舗で米国商標商品を販売したことにより、…本件商標に類似する米国商標が、本件商標権者以外の者を信用の主体とする標識として日本国内における相当数の取引者や需要者に認識され、その結果、本件商標の標識としての価値は毀損されて、その有すべき出所表示、品質保証等の諸機能は、米国商標との関係では発揮できない状態になっており」、「Yは、Xが自ら本件商標が米国商標との関係で出所表示、品質保証等の諸機能を害し、各機能を発揮できない状態にした後に、米国商標商品と出所も品質も同一の被告商品を輸入販売したものであり、Xが自ら積極的に招来した状態を質的に超えて本件商標の諸機能を害す

¹⁹ この事件に関して、本文に紹介するように、並行輸入という論点にも関わっているが、紙幅のため、その問題点を割愛する。評釈としては、田村善之「判評」ジュリスト1120号(1997年)124～127頁がある。

るものではない」と論じて、「本訴請求は、本件商標の諸機能が害されることを防ぐためではなく、本件商標権の禁止権を利用して、Yによる米国商標を付したY商品の販売を差止めることにより、我が国における米国商標商品の販売を実質的に独占支配する権能を確保し、本件商標の諸機能を害する行為を継続して利益を得ようとする意図によるものであり、商標法一条所定の目的に反し、登録商標の保護を確実にするために法定された禁止権を、その趣旨と全く逆の目的実現のために利用するものといわざるを得ない」ので、権利濫用に該当すると帰結した。

この事件では、Xが、訴外米国法人J社の「JIMMY'Z」商標を使用している訴外Aに「ジミーズ」登録商標権の不行使の同意をしたことがあったが、同様に「JIMMY'Z」商標を使用しているY又はJ社とXとの間に特に関係はなかったので、本稿の分類論の下では、後述する内紛型ではなく、衝突型の事件に分類される。この事件では、登録商標（「ジミーズ」）そのものではないがそれに類似する商標（＝米国「JIMMY'Z」商標）、商標権者以外の者を信用の主体とする標識として需要者に認識されてはいるが、上記「POPYE」事件を代表とする衝突型において権利濫用を肯定する事件とは異なり、この事件における被告標章（＝米国「JIMMY'Z」商標）は、「POPYE」事件のように全国的に著名とまではいえない事案であるように思われる。それにもかかわらず、裁判所は、X以前の行動、とりわけXは登録商標「ジミーズ」と類似の範囲内において、自分と無関係の商品で需要者に認識された商品に「JIMMY'Z」標章の使用許諾を与えて、さらに自ら「JIMMY'Z」標章を付した商品を販売することがあった、という点に着目して、X自身が「ジミーズ」登録商標の出所識別機能を発揮できない状態を招来してきたので、後にYが同じ商品に「JIMMY'Z」を使用することが「ジミーズ」登録商標の出所識別機能を害するとはいえないとして、Yに対する権利行使が権利濫用に当たると判示した。このように、衝突型事件には、いわゆる「禁反言」を重視して、被告標章が全国的著名になっていないにもかかわらず、権利濫用の該当性を認めた判決が例外的にある²⁰。

²⁰ 注意すべきことは、この事件では、商標権者が過去に自ら使用したり他人に使用許諾を与えていたのは、登録商標そのものではなく、登録商標と類似範囲内の商標にすぎず、裁判所はその点に着目して権利濫用という判断を導いている。したがっ

(2) 内紛型

内紛型の事件は、登録商標の取得時点（あるいは登録商標の出願時点）が紛争勃発の前であるのか後であるのかということに応じて二つの事案類型に大別される。第一のものが、元のグループ事業体が分裂する前に、商標権者が既に登録商標を取得しており、グループ事業体の他の構成員に使用許諾を与えていたのだが、グループ関係解消後に紛争に至ったという事案であり、第二のものが、元のグループ事業体が分裂する前に登録商標は取得されておらず、分裂後に、複数の元構成員のうちの一人が商標登録を受けたうえで、他の構成員に対して権利を行使する事案である。そして、以下の分析の結論を先取りしておく、前者の場合には、裁判所は、まずこの明示ないし黙示の使用許諾契約に着目し、契約の解釈という手法を用いて、当事者間で登録商標をめぐる法律関係がどのように処理されることが予定されていたのかということを追跡し、商標権者の権利行使を認めることがその前提に反する場合に権利濫用に該当すると判断する傾向がある（ただし、例外的に、次の第二の類型と同様の判断手法を採用するものもある）。これに対して、後者の場合には、裁判所は、当事者間に何らかの契約を観念し、その解釈に従って事件を裁くという手法を採用することなく、誰を識別する表示として商標が需要者に認識されているのかという意味での対外的な関係を重視し、商標の取扱いに関する実態、登録商標の出願経緯、被疑侵害商標の使用状況等の対内的な実情を斟酌して（ただし、対内、対外のいずれを重視するのかというその比重の置き方に関して、裁

て、この事件と事案を異にし、過去に使用したり許諾したりしていたものが登録商標そのものであった場合には、判決の理屈を前提とする限り、権利濫用とはならないはずである。このような区別は、登録商標そのものに関しては独占的に使用する権利（いわゆる積極的効力）があるが、類似範囲の商標に関しては単なる禁止権しか有しない（いわゆる消極的効力）とされていることに關わる。本件でいうと、仮に商標権者が自ら製造する商品に登録商標「ジミーズ」と類似する「JIMMY'Z」商標を付していたとすれば、他者の商品と混同を生じるおそれがあったという場合には、登録商標は商標法51条1項による取消しの対象となる。登録商標そのものとは異なり、類似の範囲内では自己使用を含めて、商標法は商標権者に厳格な態度を示している。この事件の裁判所の論法は、そうした商標法の構造に鑑みたものであるといえよう。この点に関して、田村・前掲注19・126頁、同旨、田村善之『ライブ講義知的財産法』（弘文堂・2012年）116～117頁を参照。

判例間で相違が認められる)、権利濫用の成否を判断する傾向が認められる該当性を決しているように見受けられる。

ア グループが分裂する前に商標権者が登録商標権を取得していた場合

このタイプの事件において主流派と目される裁判例は、商標の出願経緯やその後の使用状況、また当事者事業の実態等の事情を斟酌して、当事者間に事前に商標に関する取扱いの合意があったと解釈し、その合意に基づき紛争を処理している。その例として、東京地判昭和59・5・30判タ536号398頁〔トロイ・ブロスⅡ〕事件、大阪地判平成12・10・12平10(ワ)9655〔和田八〕事件、大阪高判平成13・3・22平12(ネ)3740〔同2審〕事件、大阪地判平成15・4・22平14(ワ)3309〔スーパーベース〕事件、東京地判平成29・11・8平27(ワ)28491〔ART〕事件を挙げることができる。

このうち、まず〔トロイ・ブロスⅡ〕事件では、商標権者Xは、A社から日本国内においてXの商品にA社の商標(「トロイ」)等を付して販売するライセンスを受けたが、日本に商標出願する際に、「トロイ」が既に第三者によって登録されていたため、XはA社の「トロイ」商標を変形した標章(「トロイ・ブロス」)と自ら創案した標章(「パイプ」)を出願登録し、それらをXの商品に使用した。Xは、顧客や取引先等に対して、これらの商標を使用した商品がA社からのライセンス商品であるとして舶来品イメージを強調する形で宣伝広告に努力していた。その後、XとA社に上記二つの商標の帰属をめぐる対立が生じ、結局、ライセンス契約は終了した。Yらは、元々Xとの間にライセンス契約があり、Xの二つの商標を使用していたが、ライセンス契約を解約したうえでA社からライセンスを受けて使用を続けている。XはYらの使用行為が商標権侵害に該当すると主張した。

裁判所は、「トロイ・ブロス」商標に関して、「トロイ・ブロス商標は、第三者の登録商標が既に存在していたため、A社のトロイ商標をそのままの形で使用することができずに同商標の変形として…創案された商標であり、その字体もA社のトロイ商標の字体に類似していること、Xは、昭和四四年以来トロイ・ライセンス表示によりA社からライセンスを受けていることを公然と明示し…その商品の宣伝においても外国企業からライセンスされた商品であることを強調してきたのであり、A社もXがトロ

イ・ブロス商標をライセンス表示の下に使用していることを承認していたこと」等の事情を踏まえて、「トロイ・ブロス商標は本件ライセンス契約に基づきA社がXに対しその使用を許諾し、A社の右商標についての権利を保全するためにX名義で商標権の登録を受けさせていたものであるから、Xは本件ライセンス契約が解約された以上、同契約に基づき、A社に対し同商標についての本件第一商標権〔筆者注：トロイ・ブロス商標〕の使用を中止する義務及びこれを返還すべき義務を負担していることとなる」ので、「A社からトロイ・ブロス商標につきライセンスを得て同商標を使用している…〔筆者注：Yら〕に対し、その商標の使用の差止を求めるものであり、XのYらに対する右差止請求権の行使は、権利の濫用として許されないものというべきである」と判示した。

これに対して、「パイプ」商標に関して、Xは「パイプ商標をトロイ・ブロス商標とともにその商品について使用し、その商品宣伝の際も外国企業からのライセンス商品であることを強調し」たが、裁判所は、「A社はトロイ商標は使用しているものの、パイプ商標又はその類似、変形商標は一切使用していないこと、A社は元々原告がパイプ商標を本件商品につき使用することに批判的」であること等の事情を斟酌して、「パイプ商標は原告が米国トロイのライセンス商品に使用するため、A社に報告しその一応の了解を得て日本でのみ使用したX独自の商標とみるのが相当であり、A社が本件ライセンス契約によってその商標としてXに対しライセンスした商標であると認めることはできない」と論じて、「パイプ」の商標権に基づく権利行使を認めた。

この事件で、裁判所は、「トロイ・ブロス」商標については、A社の「トロイ」商標の変形であって、字体が類似していること、A社が「トロイ」商標を使用していることを理由に、XがA社からライセンスを受けて出願登録した商標であると判断している。他方、「パイプ」商標はXが自ら創案したものであり、A社が「パイプ」商標と同一又は類似する標章を使用することがなかったことや、A社自身もXが「パイプ」商標を使用することに対して異議があることを理由に、「トロイ」商標とは異なり、X独自の商標であるとしている。このように、裁判所は、問題の状況を当事者間で商標をめぐるライセンス契約の有無の問題に還元し、XがA社からライセンスを受けていると判断された商標については、Xは使用を停止し、登録商

標をAに返還しなければならないものである以上、そのようなXがAに対して権利行使をなすことは、商標権の濫用に該当すると判断している²¹。

次に、〔和田八〕事件では、訴外Aは蒲鉾、練製品その他食料品等の製造販売会社Z（「株式会社和田八」）を設立した。Aの死亡後、Aの長男BがZの代表者になり、Zから製造部門を独立させた原告X（「和田八蒲鉾製造株式会社」）を設立し、Xは本件登録商標「和田八」の商標権を有している。被告Y（「和田八物産株式会社」）は、Bを代表取締役として設立された会社であり、設立当時は民芸品の輸入を行っていたが、事業開始の初年度から平成3年まで休業していた。平成3年、Bの依頼を受けてYの代表取締役がYの現在の代表者となった。Yは、Xから材料のすり身を仕入れてスーパー等における実演販売を行うとともに、X商品を購入してスーパー等

²¹ 本件に関連する別件訴訟として、本訴の訴外A社が、商標権者Xに対して、本訴の二つの登録商標（「トロイ・ブロス」と「パイプ」）を含む四つの登録商標の商標権移転登録を求めたという事件がある（大阪地判昭和55・11・28無体集12巻2号683頁〔トロイ・ブロスI〕事件、大阪高判昭和60・12・20無体集17巻3号614頁〔同2審〕事件）。ライセンス名義で登録された商標権につき、ライセンス契約終了後はライセンサーに帰属すべきか否かということが争点となった。裁判所は、商標権の帰属に関するライセンス契約の解釈（当該ライセンス契約において、いかなる商標につきライセンスがなされたかが具体的に特定されておらず、またライセンス契約の終了後における商標権の帰属についても明確となっていなかった）に力点を置いて、「トロイ・ブロス」商標はA社の商標であり、ライセンス契約の終了後に、A社に返還されるべきであるのに対し、「パイプ」商標はA社からライセンスされた商標ではなく、X独自の商標とみるのが相当である、と判示している。

この別訴の評釈として、白石忠志「判評」ジュリスト914号（1988年）184頁、古沢博「判評」村林隆一先生還暦記念『判例商標法』（発明協会・1991年）355頁がある。二つの評釈の見解は、契約解釈の方法に関し異なっている。白石・前掲は、まず商標法の条文の趣旨により契約条項の表示の客観的意味（e.g. 当該事件のA社がいかなる法的根拠のもとにライセンス契約をしたのか）を確定し、商標法の精神に鑑みて合理的な特段の内心の意思の合致が当事者間に存在する場合に、それを用いて上記客観的意味を修正する方法が提唱されている。これに対して、古沢・前掲は、「商標法の条文の趣旨により契約条項の表示の客観的意味を先に確定する」という方法が形式的すぎて、また「商標法の精神からみて合理的な特段の内心の意思」がどの範囲の修正を認めるのか不明である、ということを指摘し、商標権の帰属に関する契約であっても通常の契約解釈と手法を違えるべきではないと説く。

に販売を行うという旨の契約をXと締結したが、その後、XとYの間に商品の価格に関してトラブルを生じ、Xは、Yに対して、催促のうえ、契約を解除し、原告と被告との間の取引は途絶した。Xが、Yに対してYが「和田八物産」という標章を使用する行為が商標権侵害に当たると主張して本訴に及んだ。YはXの商標権の行使が権利濫用に該当すると主張した。

裁判所は、Yは「当時のZの代表者…が主体となって設立したものであることは推認し得るものの、設立の理由も定かではなく、また設立当初の事業内容は蒲鉾の製造、販売とは全く無関係なものであり、役員関係や本店所在地も全くつながりがなく、さらに設立直後から一五年以上も休業状態となっていたのであって、『和田八』の表示が周知となった時点においては、およそ原告らと営業上のグループを形成していたと認めることはできない」と認定したうえで、「Yは…営業活動を再開し、…当時の原告の代表取締役…と連絡、相談しながら進めており、…Xとの間でXの製造に係る蒲鉾等の売買が行われていたのであるから、Xは、Yが『和田八物産株式会社』の商号を使用して営業活動を行うことを承諾していたと推認するのが相当である」、また「Xは…、Yに対して被告標章2の使用許諾を与えていたものと見られる」と判示した。しかし、「Yが営業活動を再開した時点では、『和田八』の表示はXらの営業表示として周知性を獲得するに至っていたから」、商号も標章も、「全くの無条件でYに使用許諾をしていたとは到底考えられない」、「それはYがXらのグループの一員としてX商品の販売の拡大に努める関係にあったことが前提であり、Yが右グループから離脱し、Y商品を製造、販売して原告らと競争関係に立つに至ったことによって、解除条件が成就し、右使用許諾は効力を失ったというべきであり、また、被告が右グループから離脱した経緯をもって、必ずしも本件請求が権利の濫用になるともいえない」と論じて、権利濫用の抗弁を退けた。

そして、〔ART〕事件では、被告Yは、原告Xの関連会社として設立された会社であり（両者の代表者は設立当時同一人物であった）、XとYは独立採算を敷いているものの、X各商標（「ART」に関する一連の商標）を共通の標章として用いて活動を行っていた。その後、Xは訴外A社から出資を受けたことに伴い、代表者が交代し、生産拠点の効率化などが進められた結果、XとYの間に、ART製品について、Yから直接販売していた顧客に対する販路をX経由へと変更し、Yは海外市場の開拓に力を入れ、海外

向けメンテナンス製品としてX各商標を付した商品を販売する事業を展開する、という協議が整った。しかし、平成6年に、YはXに対してグループから独立する旨の意思を表明し、これを受けて平成7年と9年に、XはYに対し、X各商標の使用について警告をした。その後、平成23年度をもってXからYに対するX商品の製造委託に関する取引は終了している。平成25年に、XはYが登録商標と類似する標章「HART」を使用する行為が商標権侵害に該当するとして、Yに本件警告書を送付し、さらに本件訴訟に及んだ。

裁判所は、XとYとの間に、X各商標について無償の使用許諾契約（本件使用許諾契約）が成立しており、当該使用許諾契約の締結の経緯、内容、性質等を考慮すると、XがYの同意なく同契約を一方的に解約するには、XとYとの間の信頼関係が取引関係を継続することができない程度に損なわれ、その修復が困難であることなど、その解約を正当とする理由が必要であると解すべきであると論じたうえで、本件警告書の送付の「時点においては、XとYとの間の信頼関係は取引関係を継続することができない程度に損なわれ、その修復が困難である状態にあったと認めるのが相当である」ので、本件使用許諾は解約されたこととなり、その時点「以降にX各商標を付してYが製品を販売等したことについて、XがX各商標に基づいて損害賠償等を請求することが権利濫用に当たるということはできない」と帰結した。

さらに、[スーパーベース] 事件では、原告Xは、昭和58年に「スーパーベース」という商標を出願し、平成8年に商標登録を受けて登録商標権を有しており、本件商標登録出願以前から、「スーパーベース」の商品名を付した基礎鉄筋ユニットを製造販売している。訴外A（AとXの代表者が同一）は、木造住宅基礎構築用筋枠という実用新案権（以下「本件考案」という）を有しており、昭和59年に日本スーパーベース協会を設立した。Aは同協会の会員と実施契約を締結し本件考案の使用許諾を与えたが、Xは会員に「スーパーベース」標章を商標出願していたことを伝えなかった。当該実施契約は平成8年に終了した。被告Yは平成8年に同協会に加入し、本件標章（「スーパーベース」）を付した商品を製造販売している。その後XはYの本件標章の使用行為が商標権侵害に該当すると主張し、Yに対して差止めを求めた。これに対して、Yは、Xが協会の会員に本件標章

の使用許諾をなしていたことを理由に、Xの権利行使は権利濫用に該当すると主張した。

裁判所は、「Aは、日本スーパーベース協会の会員による本件考案の実施を許諾するに際し、…『スーパーベース』という標章を使用することを予定していたということはできる」が、「…『スーパーベース』という標章は、…もともとX又はAが自ら製造する商品の商品名として、以前から使用されてきたものであって、X又はAとしては、…わざわざ自己の商品に係る標章を商標登録出願することにより、その権利保全を意図していたのであるから、Yの主張するような、対価を無償とし、契約期間を無限定とするに等しい使用許諾の意思があったと推認するには足り」ず、「Xとしては、せいぜい本件考案に関する実施契約が存続する限度において、本件標章の使用を許諾する意思があったと推認し得るにすぎ」ない、「確かに、日本スーパーベース協会の諸活動により本件標章が一般に広く普及したことは否定できない。しかし、…本件考案に関する実施契約が継続する限りにおける使用許諾があったことを前提とする以上」、契約終了後に、Xの権利行使をして権利濫用であると評価することはできない、と帰結した。

これらの三つの事件はともに、商標権者が商標登録を受けて、関連会社又は協会の会員に使用許諾を与えたが、当事者間に紛争が生じて、協力的関係が解消された後に、商標権者が元の関連会社又は元の会員に対して商標権侵害を主張した事案である。紛争前から使用されていた商標について登録商標が取得されていたのであるから、その時点でそこには何らかの使用許諾に関する契約が（場合によっては黙示的に）存在しているはずである。そして、この三つの事件にあっては、裁判所は、そのような使用許諾契約があると認めたうえで、当該契約がなされた経緯や商標の状況等の事情を踏まえて、商標権者は無条件で使用許諾を与えたわけではなく、対象者がグループを離脱した場合（〔和田八〕事件）、当事者間の信頼関係が取引関係を継続することができない程度に損なわれた場合（〔ART〕事件）、又は商品に関連して当事者間に存在していた実用新案の実施契約が終了している場合（〔スーパーベース〕事件）には、それぞれ使用許諾は効力を失っていると解し、そのような場合には、商標権者が権利行使をなしたとしても当然には権利濫用になるものではないと判示した。

以上のように、この類型の裁判例では、多くの場合、関係者間の分裂前の契約の(黙示)解釈により紛争を処理する考え方が示されている。もっとも、契約の解釈ではなく、当事者間の関係や商標の使用状況を重視しつつ、需要者の認識として商標が誰の商品を示すものであるのかという点も総合的に衡量して、商標権者の権利行使を権利濫用として許さないと判断した裁判例も少なくはない²²。大阪高判昭和40・1・22昭32(ネ)29〔梅花堂2審〕事件²³、大阪地判平成25・1・17平23(ワ)3460〔日本漢字能力検定協会〕事件がその例である。

前者の〔梅花堂2審〕事件では、Aは、大阪で「梅花堂」の商号及び標章を使用して羊羹を製造販売する事業を訴外Nから承継した。Aは、昭和7年に、(Nの承諾のもとに)神戸で「梅花堂神戸支店」の商号及び「梅花堂」の標章を使用して羊羹を製造販売する事業を訴外Tから譲渡されたBに対して、「梅花堂」の商号及び標章の使用の許諾を与えた。Aは昭和10年に「梅花堂」の標章を出願して商標登録を受けた後、A及びBを含む計7名の会員により結成せられた梅花堂会の各会員に対して、それぞれが平等の権利を持つ登録商標を使用しうることを承諾した。Aは昭和19年に営業をやめた後、昭和24年にBが設立した羊羹を製造販売する被告Y社に入社し、昭和27年に退社した後、原告X社を設立して従前の営業を再開するとともに、登録商標をXに移転した。その後、XはYに対してその登録商標の使用行為は商標権侵害に該当すると主張し、本件訴訟に及んだ。Yは先使用権の抗弁と権利濫用の抗弁を主張した。

裁判所は、先使用権の抗弁を退けたが、「Aは…Bに対し同人が昭和七年Tより営業を譲受けたときこれを斡旋したのを始めとし以来約15年間にわたり同人が『梅花堂』商標を使用して羊羹の製造販売をすることを承諾し(…)、BがYを設立するやこれに入社し同社が『梅花堂』商標を使用して販路の拡張をすることに協力をした」ことや、「AがYを退社した当時においてはすでに同社の製造、販売にかかる羊羹は広く取引者並びに需要者の間に…『梅花堂』の商標は被控訴会社の商号表示と並んで同羊羹が

²² このような判断枠組みは、後述する不競法2条1項1号に関する学説の分類に例えば、「総合衡量アプローチ」に属するといえよう。

²³ 原審判決は公表されていなかったようである。評釈として、紋谷暢男「判評」ジュリスト390号(1968年)140頁がある。

同会社の製品であることを示すものとして広く知れわたっていたことが認められる」こと等の事情を踏まえて、「外部に対する関係においては同会社の商標はAの製品を示すものとしてではなく正しく同会社の製品を示すものとして使用され一般からもまたそのように認識されていたこともまた明らかなことである」と認定した。そして、仮に商標権の特性たる独占的機能を除外して本件を考えると、「A及びその承継人たるXはB及びその承継人たるYに対しBが多年にわたって築き上げた『梅花堂』商標使用について有する利益（既得権的地位）を承認」するべきであり、たとえ上記独占的機能を念頭においても「自由競争の公正を確保するため需要者に対して商品の出所（旧法）乃至品質（新法）の識別を可能ならしめようとするのが同権利の認められたそもそもの所以であるといえるから、その有する独占的機能も他の通常の権利と同じく内在的な制約を免れないもの」であると論じて、Xは特段の事情がない限り、「単に商標権者であるというのみの理由にもとづき、…Yに対しその従来使用してきた商標の使用を禁止しうるとすることは余りにも商標権の独占的効力のみを重視して商標の有する出所乃至品質の表示機能及び他の法的諸要請を無視するものといわなければならないからである」ということを理由に、Xの請求を退けた。

この事件のYは、商標権者Aの許諾の下で登録商標を使用し事業を展開していたが、上記三つの裁判例とは異なり、裁判所は権利行使の時点で、対外的関係、つまり需要者の認識として本件商標がYの商品を示すことを重視して、商標権者Xの権利行使を許さなかった。しかし、この事件では、商標権者AはB又はYに許諾を与えただけではなく、自身は廃業したうえで、Yに入社し本件商標を使用したY商品の販売に協力していた。こうした対内的な特段の事情を踏まえれば、本件の商標権者Xは、衝突型の〔ジミーズ〕事件の商標権者と同様に、登録商標（ただし、〔ジミーズ〕事件では登録商標そのものではなく類似商標であった）をして相手方の商品の出所識別機能を果たすものとする状態を招来してしまったといえることができる。それがゆえに、商標権者の権利行使が許されなかったと評価すべき

であるかもしれない²⁴。

後者の〔日本漢字能力検定協会〕事件では、商標権者原告Xは、漢字教室を開設し漢字の学習法や教材の開発を進めるとともに、内部に「日本漢字教育振興会」及び「日本漢字能力検定協会」を組織して「日本漢字能力検定」と称する漢字の検定試験を開始した。その後、Xの代表取締役を設立代表者及び理事長として被告Yが設立され、Xの内部組織「日本漢字教育振興会」及び「日本漢字能力検定協会」の事業を承継した。Yが設立された後、Xは、本件各商標を含め、「日本漢字能力検定」など被告の事業に関係する商標の登録を出願し商標権を取得した。YはXから無償で本件各商標権の専用使用権の設定を受けるとい地位にとどまり、本件訴訟に至るまで本件各商標の使用を継続している。前記Y理事長（Xの代表取締役と同一人物）は、自身が役員を務める企業との利益相反取引などが問題視され、理事長を辞任した。YはXに本件各商標権を譲渡するよう申し入れたが、Xはこの申入れに応じなかった。その後、Yは、前記Y理事長がY理事会の承認を経ないままXなどと利益相反取引を行い、Yに損害を与えたなどとして、退任した前記Y元理事長やXなどを被告として損害賠償等請求訴訟を提起した。これに対して、Xは、Yから提起された訴訟等への対抗策として、本件各商標権に基づきYによる本件各商標の使用差止めを求めるという本件訴訟を提起した。

裁判所は、「Yは、Xの内部組織であった、…その中心的な事業は『日本漢字能力検定』である。本件商標1〔筆者注：『日本漢字能力検定』〕は、上記事業の役務の主体を意味するものであり、Yの名称から『財団法人』を除いたものに過ぎない。また、本件商標2〔筆者注：『漢検』〕は、上記『日本漢字能力検定』あるいは本件商標1の略称であり、…。これらの事情によると、本件各商標は、いずれもYの役務を表示する基幹となる商標…

²⁴ ただし、既述したように、〔ジミーズ〕事件の判決は、理屈のうえでは、仮に商標権者が、ジミーズ事件の事案と異なり、登録商標そのものについて他者に許諾を与えていたという場合には、登録商標が商標権者以外の者と認識されているとしても、権利濫用に該当するわけではないと理解できる論理を用いた。ところが、この〔梅花堂〕事件の裁判所は、商標権者が被告に登録商標そのものの使用許諾を与えた事案であるということに拘泥することなく、需要者の認識を重視して、当事者間の事情に着目して、商標権の行使を権利濫用に該当すると判示している。

であり、本来、Yが出願し、その商標権者となるべきであるといえる」と論じて、本件商標に関してX及びYの使用状況、つまり「Xは、…Xのみが本件各商標を使用することは全く想定されていない」ことに対して、「本件各商標は、その商標登録から現在に至るまで、Yの事業の中心である『日本漢字能力検定』の事業を表すもの…として使用されてきた商標であり…受検者の増加に伴い、その旨一般にも広く認識されてきたといえる」という事情を踏まえて、「Xの請求は、本件各商標権が本来帰属すべき主体であるYの事業継続を危うくさせるものでしかなく、しかも、商標本来の機能とは関わりなく、Yからの損害賠償請求等への対抗策として本件各商標権を利用しているというのであるから、そこにもはや何らの正当性はなく、権利濫用に当たるといえる」と判示した。

この事件では、元々Xの内部組織としてYが「日本漢字能力検定」の事業を続けており、Yの設立以後は、Xが自ら「日本漢字能力検定」の事業を行うことがなくなっていたにもかかわらず、当該事業を表示する商標を出願し登録したということになる。裁判所は、このような事情を踏まえて、本件各商標権が本来帰属すべき主体はYになることやXのみが本件各商標を使用することは全く想定していないこと等を斟酌し、また一般需要者にとっては、商標登録から現在に至るまで、当該商標はXではなくYの事業を表すものであるという点、つまり商標が現実には果たしている出所識別機能に着目して、XのYに対する権利行使が権利濫用に当たると判示した。

この二つの裁判例が採用した手法は、紛争前に登録商標権が取得されていたという事案類型で他の裁判例がとっている契約解釈の手法と異なり、需要者の認識を重視している点で様相を異にする。したがって、一見すると、この事案類型における裁判例は分かれていると評してよいように思われる。しかし、この二つの事件に共通する特段の事情に着目するのであれば、以下に述べるように、これとは別の見方もありうるかもしれない。

仮に、これらの二つの事件において、裁判所が、他の裁判例と同様の手法、つまり登録商標の使用に関する契約を観念し、その解釈によって事案を決するという手法を採用した場合、とりわけ商標権者の意思としては、登録商標に関する使用許諾は、あくまでも被疑侵害者と協力的関係が存続していること、あるいは商標権者の管理のもとで事業が展開されているこ

とを前提としていると解釈される可能性が高いように思われる。この見立てが正しいのだとすると、訴訟にまで至った段階では、もはやこのような前提は成り立つものではなく、ゆえに使用許諾はその効力を失っており、商標権者が権利を行使することに何も支障はない、と帰結することも十二分にありうるところである。しかし、この二つの事件における商標権者は、一度廃業して被疑侵害者の内部の一員として登録商標を使用した被疑侵害商品の販売に協力したり（〔梅花堂〕事件）、自ら登録商標を使用することは全く想定されておらず、その代表者が被疑侵害者の代表として商標の使用に関与した（〔日本漢字能力検定協会〕事件）という特段の事情が存在していた。こうした商標権者が登録商標を全く使用しておらず、しかも、自らかその代表者が被疑侵害者側に参与していたという関係にあり、その結果、需要者の認識としては登録商標は被疑侵害者の商品を示しているという状況に到達していた。このように商標権者の商標権があまりにも形式的な権利に墮している状況下で、他の裁判例と同様の手法を用いて、商標権者の権利行使を認めるという帰結を採用することに躊躇いを感じた裁判所が採用した手法が、事実の認定として、対内関係的な事情があることを挙げ連ねたうえで、対外関係的な視点（＝需要者の認識）を提示することで、商標権者の権利行使を権利濫用に該当するという結論に導くという説示であったと評しても、あながち間違いとまではいえないのかもしれない。

イ グループが分裂した後に商標権者がはじめて登録商標権を取得する場合

この類型の内紛型の事例に関する裁判例には、二つの流れがあるように見受けられる。一方では、商標が識別している実際に商品を製造販売したり役務を提供している者は誰かという実態に即して判断し、その者が被疑侵害者であった場合には、そのような者に対する商標権の行使を権利濫用とする裁判例がある（不競法上の商品等主体混同行為に関する講学上の「対内関係的アプローチ」²⁵に相当する）。他方には、その種の対内関係的な

²⁵ 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」知的財産法政策学研究40号(2012年)82頁。

事情ばかりでなく、需要者が問題の商標によって被疑侵害者の商品等を認識していたという事情が認められた場合に、それをも考慮に入れて、そのような被疑侵害者に対する権利行使を権利濫用とする裁判例がある（不競法上の商品等主体混同行為に関する「総合衡量アプローチ」²⁶⁾に相当する）。なお、管見の限り、専ら需要者の認識を決め手とする裁判例（不競法上の商品等主体混同行為に関する「対外関係的アプローチ」²⁷⁾に相当する）は存在しなかった。

第一に、需要者の認識に言及することなく、内部的な商標権者と相手方間の商標の取扱いに関する経緯に鑑みて、登録商標が誰の商品等を示しているのかということを判断の決め手とする対内関係的アプローチを採用する裁判例としては、東京地判平成14・5・31判タ1109号235頁〔ぼくは航空管制官〕事件、東京地判平成15・6・30平14(ワ)6884〔KELME〕事件、東京高判平成15・11・27平15(ネ)4087〔同2審〕事件、東京地判平成21・3・12平20(ワ)3023〔真磨琴会〕事件がある。

まず、〔ぼくは航空管制官〕事件では、航空管制官の業務に関するシミュレーションゲームである「ぼくは航空管制官」パソコン版（以下「PC版」という）が訴外A社により開発され、約3年の間に、シリーズゲームとして合計15タイトル余りを発売するほどの人気を博し大ヒット商品となった。原告XはA社から許諾を受けて、「ぼくは航空管制官」プレイステーション版（以下「PS版」という）を開発販売した。A社は、Xが「PS版」を発売するに当たり、ゲーム内容を監修し、登場キャラクターについてチェックを行い、また一部キャラクターを変更した。その後、A社は、Xに対してゲームボーイアドバンス版「ぼくは航空管制官」（以下「GBA版」という）の製作等の許諾を受ける意向があるかについて打診したが、Xが許諾を受ける意思がない旨回答したため、被告Yに対して許諾することになった。Xは、Yが制作する「GBA版」の発売公表を知った直後に、出願した「ぼくは航空管制官」に係る登録商標権に基づき、Yがその商品に「ぼくは航空管制官」を使用する行為が商標権侵害に該当すると主張した。

裁判所は、「[1] 同標章〔筆者注：ぼくは航空管制官〕は、訴外A社が、

²⁶⁾ 村井麻衣子「判評」前掲注10『商標・意匠・不正競争判例百選（第2版）』173頁。

²⁷⁾ 田村・前掲注25・90頁。

航空管制官の業務についてのシミュレーションゲームである訴外A社ソフトとして開発、販売し、大ヒット商品となった結果、訴外A社ソフトを示す標章として周知となったこと、[2] これに対し、Xは、プレイステーション版『ぼくは航空管制官』の開発・販売について、訴外A社から非独占的に許諾を受けたライセンシーにすぎず、…上記プレイステーション版ソフトの開発、製作、販売に限られていること、[3] A社は、自ら開発したゲームソフトである『ぼくは航空管制官』について、各種のゲーム機等に対応する各種のソフトの開発、製造、販売を他社に許諾することも自由にできること、[4] Yは、…A社から、Yソフトを販売することについて、正当に許諾を受けていること」等の事情を斟酌して、『ぼくは航空管制官』の標章は、A社の商品（又は同社の許諾を受けた商品）であることを示す標章と解すべきであり、Xの独自の商品を示す標章ということではできない」と論じて、「ぼくは航空管制官」の標章はA社に由来するものと判示した。さらに、Xの商標の出願や審査の経緯、つまり「[1] Xは、Yが平成12年8月24日に、Yソフトの…発売予定を知った直後の平成12年10月12日、A社の許諾を得ずに、本件商標の出願手続を行ったこと、[2] Xは、Yソフトが平成13年春発売予定であることを理由として、早期審査の請求をしていること」等の事情に照らして、「Xが本件商標を出願し、登録を受けた本件商標権に基づき本訴請求をしたのは、A社から実施許諾を得て、Yソフトを製造、販売するYの行為を不法に妨げる目的でされたものとみるのが相当である」と論じて、「Xの本件商標権に基づく請求は、公正な動機に基づくものとはいえない」と判示した。その結果、「XのYに対する本件商標権に基づく請求は、Yソフトの製造について許諾を与えたA社の標章と同一の標章を自ら商標登録した上、本件商標権に基づいて権利行使されたものであり、また、その目的も、A社のライセンシーの製造、販売を妨げるためにされたものと解されるから」、本件Xの権利行使が権利の濫用に当たると帰結した。

この事件では、「ぼくは航空管制官」という紛争となる標章は、元々A社が自ら開発した大ヒット商品となるPC版ゲームに使用しているものである。XはA社から許諾を受けてPC版を原本にしてA社の監修のもとでPS版ゲームを開発する際に、当該標章を使用していたが、PS版とPC版との関連性を考えると、PS版ゲームはXの独自の商品と考えにくく、ゆえに当

該標章はXの独自の商品を示すものとして受け止められるものではない。それにもかかわらず、Xが当該標章を出願して商標登録を受けて、A社から許諾を受けて当該標章を使用しGBA版ゲームを開発販売するYに対して、商標権侵害を主張した。このような事情を踏まえて、裁判所は、Xが商標を取得し、Yに対し権利行使をすることには濫用的意図があると帰結した。

次に、〔KELME〕事件では、訴外A社はスペインの法人であり、スペインにおいて「KELME」等登録商標権を有しており、A社グループは、世界中で1万店を超える販売店を有している。原告Xは、A社グループから、KELME商品を輸入し日本で販売していた。Xは、KELME商品を輸入販売するに際し、日本には「KELME」商標が既に訴外Tの名義で登録されていたので、XはTから本件商標についての専用使用権の設定を受けて、また複数の本件商標と類似する商標を出願した（取引終了後に商標登録を受けた）。その後、A社は、XがA社の許諾なく、中国でKELME商品の製造を発注していたことを発見したため、A社グループとXとの間の取引はなくなった。このような取引終了後に、XはTから本件商標を譲り受けて、A社グループから許諾を得て日本におけるA社グループの唯一の正規販売代理店である被告Yが、A社グループから輸入販売しているKELME商品を含めて被告商品に本件商標と同一ないし類似した標章を使用する行為が、商標権侵害に当たると主張した。

裁判所は、上記XとA社グループ間の取引及びXのKELME商標に係る商標権の取得の経緯を斟酌し、「Xは、自らも平成6年から7年にかけて輸入・販売し、また、世界各国に輸出・販売されている、スペインの周知商標（KELME商標）の付されたKELME商品について、わが国への輸入を阻止し、KELME商標に類似した商標を付した商品を独占的に販売するという不当な目的のために、既にタイセイにより設定登録されていた本件商標権を同社から譲り受けたものと認めるのが相当である。他方、Yは、A社グループの日本における正規販売代理店であり、Y商品は、YがA社グループから輸入したKELMEである」と論じて、Xの本件商標権に基づく請求が、正当な権利の行使とはいえず、公正な競争秩序を乱すものとして、権利の濫用に当たると判示した。

そして、〔真磨琴会〕事件では、原告Xと被告Yは、ともに箏曲の家元A

の養子であり、家元の死亡後に、家元の芸名（「U1〇真佐喜」：公表されている判文の表記（本件に関して以下同じ））を商標として出願し、登録を受けたXが、家庭裁判所の許可を得て上記家元の芸名と1文字違いの戸籍上の氏名（「U1〇眞佐喜」）に変更したYに対して、Yの氏名と同一の標章を使用することが商標権侵害に該当すると主張し差止請求を求めた、という事案であった。Yは、Xによる本件商標の登録について、遺族であるYの承諾を得ることなしに本件商標を出願し、Yが遺族であった事実を特許庁に秘匿して登録を得たものであり、著名なAの名声に便乗し、指定役務についての本件商標の使用の独占により、その名声、名誉を傷つけるおそれがあるから、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」に該当するので、Xは本件商標権を行使することができないと主張した。

これに対して、裁判所は、「Xによる本件商標の登録については、Aの逝去により、山田流U1〇会（…）としては、『U1〇真佐喜』の芸名を受け継ぐ家元が不在の状態のまま、X個人において、本件商標の出願、登録がされたこと」になり、「Aの逝去という事態の下で、いわば『U1〇真佐喜』の芸名が宙に浮くことを防ぎ、併せて、…Aと受け継がれた山田流U1〇会（真磨琴会）としての芸風を維持する上で、本件商標をその関係者の名義において登録することについては、一定の合理的な理由があるものというべきである」と論じて、「遺族であるYの承諾を得ることなしにされているものの、直ちに『公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標』（…）に該当するということとはできず、商標無効審判により無効にされるべきもの（…）と認めることはできない」として、Yの主張を認めなかった。

しかし、裁判所は、「Aとの関係においてXとYとはほぼ同等の立場であって、Xが唯一の『正当な地位』を有する本件商標の出願人として、その登録を許されたとまでは認め難いこと、Yは、Xと同じくAと由縁があり…一貫して芸名として『U1〇真佐喜』を使用して演奏会活動等を行っていることに鑑みるならば、Xが本件商標権に基づき、『U1〇真佐喜』の商標の独占を主張して、Yに対し、その提供する箏曲の演奏、箏曲の技芸の教授という役務について、本件商標と実質的に同一であると認められるY標章を使用することの差止めを求めることは、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たるものというべきである」と論じて、当該事件では特段

の事情があるとは認められないので、Xの請求は権利濫用に該当すると帰結した。

以上の三つの裁判例では、裁判所は、需要者の認識を問わず、専ら内部的な商標権者と相手方間の商標の取扱いに関する実態、登録商標の出願経緯、また被告標章の使用状況等の実情に鑑み、登録商標が訴訟相手方の商品を示すことや商標権者と相手方が同等の立場しか有しないことを理由に、当該相手方に対する商標権の行使は権利の濫用に該当すると帰結している。

第二に、これらの対内関係的な事情に加えて、需要者が登録商標を通じて、商標権者と被疑侵害者のどちらの商品を認識しているのか、あるいは双方を認識しているのかという対内関係的な事情も考慮する総合衡量型のアプローチをとる裁判例として、東京地判平成11・5・31判タ1006号244頁〔KING COBRA〕事件、東京地判平成29・3・28平28(ワ)8475〔OKTAL〕事件、大阪地判平成15・9・30判時1860号127頁〔極真 I〕事件、大阪高判平成16・9・29平15(ネ)3283〔同2審〕事件²⁸がある。

まず、〔KING COBRA〕事件では、被告Yの前主Y'は、訴外A社の子会社であり、一連のコブラ商標（その代表例として図4参照）を付したコブラ製品を販売しており、後に「KInG COBRa」を図案化した商標等について登録商標権（図5参照）を有している原告Xから特別注文品としてX用クラブを製造する依頼を受けて、両者の間に当該製品の名称を「KING COBRA」とし、一連のキングコブラ商標（その代表例として図6参照）を付すことを合意した（しかし当時、商標出願はなされていなかった）。同時期、XはY'の販売代理店として、Y'の商品を販売していた。その後、契約関係が解除され、Y'はXに対して「COBRA」の文字を含む商標の使用を停止するよう通知した。このような状況で、Xは前記「KInG COBRa」を図案化した商標を出願し登録を得た。Yは当該商標登録を譲渡するようXに申し入れたが、Xはこれを拒否した。その後も、XはYからキングコブラ商標に係る製品を含むYやY'が製造するコブラ製品を購入し販売することがあったものの、両者の間にライセンス契約は締結されていなかった。XがYに対して、登録商標と類似する標章を付したゴルフクラブ製品

²⁸ 評釈としては、佐藤祐介「判評」発明114巻12号（2017年）40～45頁がある。

の差止めを求め、本訴に及んだ。

裁判所は、以上の事実に加えて、「Xは、従来から、ゴルフ用品について、自らは製造を行わず、専ら販売を行い、内外の数多くのメーカーの製品を扱っている。…コブラクラブ2〔筆者注：Y〕からキングコブラ製品を輸入し、販売していたが、その宣伝広告において、…キングコブラ製品をコブラ製品の一シリーズ品として扱ってきた」ことや、「キングコブラ商標は、コブラ商標における『COBRA』の文字…が共通している」こと等の事情を斟酌し、「キングコブラ商標は…Yが、自己の商品表示ないし営業表示として使用していたコブラ商標を基礎にして案出された商標であり、商標相互の、使用態様、類似性等に照らして、一般需用〔ママ〕者は、キングコブラ商標をコブラ商標と何らかの関連のある商標であると認識すると考えられ」、また「キングコブラ製品は、そもそも、Yが、…特別に依頼を受けて製造したゴルフクラブであり、コブラ製品の一シリーズと考えるのが自然」であり、Xと「Y」との間の交渉経緯に照らすと、Xが、キングコブラ商標を、自己商品の標章と考えていたとは認め難く、むしろ、Xも、キングコブラ製品をコブラ製品の一つとして認識していたと解するのが相当」であり、さらに、「Y」は、終始一貫して、キングコブラ商標をコブラ製品に関する商標の一つと考えて行動していた」と論じて、これらの諸事情を総合考慮して、Xが無断で、「コブラ製品の一シリーズとして考えられていたキングコブラ製品のためのキングコブラ商標について、本件商標登録出願したことは、信義則に反した行為というべきである」とした。そのうえで、Xが「右出願を行った後も、…Y又はYから購入したキングコブラ製品をコブラ製品の一シリーズとして宣伝広告、販売していたこと」を斟酌し、「信義則に反して取得した本件商標権に基づき、Y標章の使用の差止め等を請求することは権利濫用に該当すると解するのが相当である」と判示した。

この事件では、XはYの代理店としてYが製造したコブラ商標が付された商品を販売しており、またキングコブラ商標が付された商品の製造をYないしYに依頼しており、自身は専ら販売を行っているに止まる。そして、Xの営業宣伝広告には、キングコブラ商標を付した商品はYやYが製造するコブラ製品の一シリーズ品として扱われてきた。これらの事情を踏まえて、裁判所は、対内的関係に関して、商標権者X及び被疑侵害者側Y

双方がキングコブラ商標をX商品の標章と考えているわけではなく、むしろキングコブラ製品をコブラ製品のひとつとして認識していると判断した。また、対外的関係に関して、キングコブラ商標とコブラ商標との類似性や使用態様等の事情を斟酌し、需要者にとって、二つの商標の間に何らかの関連があると認識されると判示した。このように、対内関係的にも、対外関係的にも、キングコブラ商標はX独自の標章と認識されるとは考えにくく、ゆえにXが後にキングコブラ商標を出願し登録することは信義則に反する行為と評価されたといえるだろう。

①



King COBRA



②

COBRA

図4 コブラ商標

図5 原告登録商標

図6 キンコブラ商標

次に、〔OKTAL〕事件では、訴外フランス・オクタルA社は、「OKTAL」を商号としてフランスで設立された会社であり、自動車向けのドライビングシミュレーターソフトウェアであるフランス版スキャナーを販売しており、フランスにおいて「OKTAL」と「SCANeR」の商標権を有している。原告Xは、A社から出資を受けて、A社の日本における販売代理店として設立されており、「OKTAL」と「SCANeR」の商標が付されたフランス版スキャナーの輸入販売等を行っていた。その後、A社との資本関係が解消されたが、Xは、日本国内の顧客の要望に応じ、フランス版スキャナーを基に日本の道路や天候のデータ等を取り込むなどしてその機能を拡張した日本版スキャナーに「OKTAL」、「SCANeR」商標を付し、これを販売した。その間、Xのウェブサイト等にはA社及びフランス版スキャナーとの関係を示す表示や記述が継続して掲載されていた。被告Yは、元はXと日本版スキャナーに関して取引をすることがあったが、XとYの間で費用負担等をめぐるトラブルが生じ、XとA社との関係も悪化するに至った。このようなトラブルのさなか、Xは日本において「OKTAL」、「SCANeR」の商標登録出願をした。他方、YはA社の日本における販売代理店となった。X

は、Yが販売しているフランス版スキャナーにXの登録商標と同一標章を使用する行為が商標権侵害に該当すると主張し、差止請求を求めた。

裁判所は、上記の事実、つまり「[1]『OKTAL』はフランス・オクトル社の商号であり、『SCANeR』は同社の商品名であること [2] Xはこれらの商標をA社の販売代理店の立場でフランス版スキャナーの販売のために使用していたこと、[3] Xは、A社との資本関係が解消された後も、同社との関係を示して日本版スキャナーの販売を続けたこと、[4] XがA社との関係が悪化した時期に本件登録商標…の商標登録出願をしたこと、[5] YはA社の販売代理店としてフランス版スキャナーの輸入販売を行っていること」を斟酌して、『SCANeR』及び『OKTAL』の商標は商品の出所がA社に由来することを示すものとして取引者及び需要者に認識されていると認められるから、かつての販売代理店であったXが、現在の販売代理店であるYに対して本件各商標権を行使することは、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、需要者の利益を保護するという商標法の目的に反し、権利の濫用に当たると判断するのが相当である」と判示した。

さらに、日本版とフランス版は全くの別製品であり、日本において「OKTAL」はXを表示するものと認識されており、Xには商標登録を受ける正当な理由がある、というXの主張に対して、裁判所は、「Xは、独自の研究や営業努力によって日本の道路事情や天候に適応した日本版スキャナーを製造し、その販売に努めてきたことが認められる。しかし、日本版スキャナーはフランス版スキャナーを基にして日本の道路シーン等のデータを付加するなどしたものであり…Xが日本版スキャナー販売に当たりA社及びフランス版スキャナーと関係していると対外的に示していること…からすれば、日本版スキャナーはフランス版スキャナーを日本の顧客の要望に応じてカスタマイズしたものであって、Xが日本版スキャナーに使用する『OKTAL』及び『SCANeR』はその基となったフランス版スキャナーないしA社を表示するものとして需要者に認識されていると解される。」と論じて、Xの主張を採用しなかった。

この事件では、Xは、訴外A社の資本関係が解消された以後、A社が開発した商品を改良し、それにA社の商号でもありフランスで商標登録を受けた標章を付して販売していた。A社との関係が悪化した後、Xは日本において当該商標を出願し、商標登録を受けた。裁判所は、これらの経緯を

踏まえて、日本版スキャナーの開発に関してXの努力を認めたものの、それがフランス版スキャナーを基にして改良されたものであり、Xが当該日本版スキャナーを販売する際にA社及びフランス版スキャナーと関係していると対外的に示したことがあるので、一般需要者にとって、「OKTAL」と「SCANeR」商標がA社の商品を示すものであると認識されていると判示している。このような判断に基づき、Xがそれを商標出願してA社からライセンスを受けたYに対して権利を行使することは、A社の信用の維持を図り、需要者の利益を保護するという商標法の目的に反し、権利濫用に当たるとというのが、裁判所の採用した論法である。

さらに、〔極真Ⅰ〕事件では、訴外Aは、極真空手を創設したうえで、国際空手道連盟極真会館（以下「極真会館」という）を設立した。Aが死亡した時点では、「極真会館」という標章が業界では広く知られており、Aの存命中、極真会館の構成員に対して「極真会館」等標章の使用に特段の制限は設けられていなかった。Aの死亡により、極真会館は複数の派に分裂した状態になったが、そのなかでYが「極真会館」等の商標を出願し登録を得てしまった。他の元構成員であるXらは、本件商標は訴外Aに由来し、Aが運営していた団体に帰属するものであり、団体が分裂した後に当該団体の構成員全体に帰属するべきであり、Xらが団体の著名性獲得に貢献してきたことを理由に、YがXらに対して商標権に基づき「極真会館」の商標使用の差止めを求めることは権利濫用に当たるとして、係る差止めを求める権利の不存在確認等を求めて本件訴訟に及んだ。

原審は、一般論として、「複数の事業者から構成されるグループが特定の役務を表す主体として需要者の間で認識されている場合、その中の特定の者が、当該表示の独占的な表示主体であるといえるためには、需要者に対する関係又はグループ内部における関係において、その表示の周知性・著名性の獲得がほとんどその特定の者に集中して帰属しており、グループ内の他の者は、その者からの使用許諾を得て初めて当該表示を使用できるという関係にあることを要するものと解される。そして、そのような関係が認められない場合には、グループ内の者が商標権を取得したとしても、グループ内の他の者に対して当該表示の独占的な表示主体として商標権に基づく権利行使を行うことは、権利濫用になるというべきである」と論じて、事実関係により本件商標の周知性・著名性の獲得が集中していたと

いえるのはYではなく訴外Aであると認定し、「Yは、極真会館の後継者であることの根拠が存在しない以上、Yは、対外的（極真会館の外部の者に対する関係）にはともかくとして、極真会館内部の構成員に対する関係では、自己が商標登録を取得して、商標権者として行動できる正当な根拠はないのである」と判示した。控訴審は、具体的な当てはめに関して、「Yが、本件商標に関し、上記のような者〔筆者注：訴外A〕の了承を得ることもなく、自己名義で商標登録を受けたとしても、極真会館の外部の者に対する関係ではともかく、本件商標の周知性・著名性〔ママ〕の形成に共に寄与してきた団体内部の者に対する関係では、少なくとも本件商標の使用に関する従来の規制の範囲を超えて権限を行使することは不当であるというべきであり、被告による本件商標権のそのような行使は、権利の濫用に当たり許されないものと解するのが相当である」と補足した。

この事件では、裁判所は、グループが分裂し、商品等表示の周知性・著名性の獲得が特定の者に集中し帰属するわけではない場合には、たとえあるグループ内の者が商標登録をしたとしても、他のグループ内の同士は依然として係る表示を使用することができる、という抽象論を提示した。そのうえで、具体的な当てはめとして、商標権者Yも、対象者であるXらも、元団体の一構成員であり同等な地位を有しつつ、本件表示の周知性・著名性の獲得に貢献してきており、当該表示の周知性・著名性の獲得がどちらにも集中して帰属するとはいえないので、Yが商標権を有するにもかかわらず、Xらに権利を行使することはできないとした。

上記の三つの裁判例では、裁判所は、〔梅花堂2審〕事件と〔日本漢字能力検定協会〕事件と同様の手法、つまり対外関係の視点と対内関係の視点を両方斟酌する総合衡量型の手法を用いて、登録商標は当事者間の誰の商品等を示すものであるのということを判断した。そして、登録商標が商標権者よりむしろ訴訟相手方の商品あるいは双方の商品を示すとした場合には、当該訴訟相手方に対する商標権の行使が権利濫用に該当すると考えられる。

ウ 事案類型と結論との関係

以上は、事案類型毎に裁判例が採用している手法に関する分類であったが、いかなる手法を採用するかという問題とは別に、紛争において対立し

ている当事者間の関係に着目して、事案と結論との対応関係だけで裁判例を分類していくと、次のような傾向があるように見受けられる。

当事者間に事業の遂行に関して上下関係のある「親子関係」がある類型（たとえば当事者間にかつて親会社と子会社の関係や、本人と販売代理店の関係がある場合）では、元「子」から元「親」（「親」から標章の使用許諾を受けた者を含む）に対する商標権の行使は権利濫用に該当すると判断されている（〔トロイ・ブロスⅡ〕事件、〔ぼくは航空管制官〕事件、〔KING COBRA〕事件、〔KELME〕事件、〔OKTAL〕事件）。他方、元「親」から元「子」に対する商標権の行使は、原則として、権利濫用にはならないとされている（〔和田八〕事件、〔スーパーベース〕事件、〔ART〕事件）。もっとも、後者には例外があり、商標権者が登録商標を使用しておらず、専ら相手方が使用しており、しかも商標権者がその使用に関わっていたという特段の事情がある場合には、原則が妥当せず、「親」から「子」に対する請求であっても、権利濫用が認められる（〔梅花堂〕事件、〔日本漢字能力検定協会〕事件）。

これに対して、両者が商標をめぐる事業の遂行に関して対等の立場で関与する「兄弟関係」類型（たとえば、同一グループ内の事業者同士の関係）では、兄弟内での商標権の行使は権利濫用に当たると判断されている（〔極真Ⅰ〕事件、〔真磨琴会〕事件）。

（3）まとめ

商標権者の権利行使が権利濫用に該当するか否かを判断する際に、裁判所は、商標権者と訴訟相手方側との関係次第で斟酌する要素を違えている。

当事者の間に協力関係などの特別な関係があるわけではない「衝突型」の事件においては、裁判所は、商標を登録又は取得する時点で不正の目的があるか否か、ということに焦点を当てる。その際、被告標章の著名性は、この不正の目的を判断する際の一考慮要素に止まり、権利濫用の該当性の判断に対して決め手となっているとまではいい難い。もっとも、近時の裁判例では、たとえ商標の登録や取得の時点で不正の目的に該当する事情がないとしても、侵害の成立が問題となる時点で被告標章が全国的に著名になっているならば、権利濫用を肯定するものが現れている。また、被告標

章が全国的に著名になっているとはいえない事案であっても、例外的に、商標権者が禁反言的な行動をとった場合、権利濫用が肯定されることがある。

これに対して、当事者の間に過去には何らかの協力関係があった「内紛型」事件において、権利行使の相手方の被疑侵害商標章が全国的に著名であることが権利濫用に該当するための要件となることはない。

この類型では、第一に、グループ分裂前に商標権者が商標権を取得していた（あるいは登録商標が出願中である）事案では、裁判所は当事者間に商標に関する明示ないし黙示の契約を観念し、その解釈により、協力関係が解消したとすれば、登録商標が商標権者と相手方のいずれに帰属すると解されるかということを基準に、前者の場合には商標権者の権利行使を認め、後者の場合には商標権者の権利行使を権利濫用とする、という傾向がある。ただし、商標権者が登録商標を使用しておらず、専ら相手方が使用しており、しかも商標権者がその使用に関わっていたという特段の事情があるという事案で、需要者が登録商標により相手方の商品や役務を認識することを理由として、そのような相手方に対する商標権者の権利行使を権利濫用に当たると帰結した裁判例がある。

第二に、グループ分裂以後に商標権者が登録商標権を取得したという事案では、裁判所は、内部的な商標権者と相手方間の商標の取扱い方を重視し、あるいはそれに加えて需要者の認識をも斟酌して、登録商標が誰の商品を示しているのかという判断を行う。その結果、登録商標が相手方側の商品又は少なくとも相手方を含む双方の商品を示していると判断されれば、ほぼ例外なく²⁹、当該相手方に対する権利行使は権利濫用に該当する

²⁹ ただし、登録商標が相手方をも示していると思料される事案であるにもかかわらず、商標権者が元グループ企業の構成員に対して商標権に基づき求めた損害賠償請求を認容した裁判例として、東京地判平成25・3・22平22(ワ)44788〔とんかつ和幸〕事件がある。しかし、下記に述べるように、この事件には、単純にグループ間で商標権の請求を認めた事例とはいえない特殊な事情があるように思われる。

事案は、原告X、被告Y及び訴外Aの3社が「とんかつ和幸」の名称又は「和幸」の文字を含む名称で豚カツ料理店を経営してきており、元々3社が人的経営的に緊密な協調関係があったが、出店数が増えるにつれ、競争が顕在化するようになった、

とされる。

3 不競法2条1項1号における複数商品等表示の主体間の紛争の処理

ところで、内紛型の事案類型では、紛争当事者がともに地域や分野を同じくする範囲で事業を遂行していることが多く、当該地域や分野の範囲内で表示が商品や営業を示す商品等表示として周知となっているために、商標権取得の有無にかかわらず、不競法2条1項1号の請求の成否が問題となることが少なくなく、そこでは裁判例や学説に一定の蓄積が認められ

というものである。「とんかつ和幸」につき登録商標権を有しているXが、被告に対して、「とんかつ和幸」の名称使用禁止等を求める訴訟を提起したが、この事件は、被告が被告の営業する豚カツ屋の表示である「とんかつ和幸」に冠を付する等、原告の表示である「とんかつ和幸」と明確に区別できる表示に変更する、という旨の和解の成立により終了した。その後、Yは「和幸食堂」等の標章を使用しレストラン及び売店を営業した。これに対して、Xは「とんかつ和幸」の商標権に基づき損害賠償を求めて本件訴訟に及んだ。

この事件の判決文には、「これらの紹介記事のほとんどにおいて、本件3社を区別したり明示したりすることなく『とんかつ和幸』ないし『和幸』の紹介がなされ」、また「原告ら及び被告を含む本件3社が、いずれも長きにわたって『とんかつ和幸』の名称又は『和幸』の文字を含む名称で豚カツ料理店を経営してきており、それぞれその知名度を高めるべく経営努力を重ねてきた結果、現在では幅広い地域において有名な豚カツ料理チェーン店として認知されるに至ったと認められる」という記述があった。こうした事実認定に基づけば、3社は同等の立場で周知性・著名性を獲得しているように思われるが、裁判所は、他の裁判例と異なり、「とんかつ和幸」等標章の周知性・著名性の獲得が3社のうちXに集中して帰属しているか否かということ来判断することなく、Xの「とんかつ和幸」という登録商標に基づくYに対する権利行使を認めている。

一見したところ、裁判所は、本文に紹介する〔極真Ⅰ〕事件及び〔真磨琴会〕事件と正反対の立場をとっているように思われないでもない(ただし、商標権の行使が権利濫用に該当するか否かということは争点とはされていないことに留意する必要がある)。しかし、この事件で、本件の訴訟に先立つ別件訴訟を解決するために、被告が「とんかつ和幸」等の標章を使用しない旨の和解があったからこそ、被告は権利濫用を主張せず、また裁判所も権利濫用の該当性に立ち入らなかったのではないだろうか。したがって、この裁判例を単純なグループ同士の間で商標権の請求を認めた事例として位置付けるべきではないと考える。

る。そこで、以下では参考のためにこれら不競法における周知表示の保護に関する事例も俯瞰しておく。

(1) 商品等表示の主体の認定基準

周知表示の下で複数の者が共同して事業を遂行している場合、誰が商品等表示の主体になるのか、という問題に関して、裁判例では、商品等の提供の態様を決定するものを商品等主体と認定するアプローチ（「対内関係的アプローチ」という）と、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」という）、そして、対外関係と対内関係の両方を考慮する折衷的なアプローチ（「総合衡量アプローチ」という）、という三つの判断基準が存在している³⁰。

第一の対内関係的アプローチは、実際に誰が商品を製造販売し、商品等の提供を決定する責任を有することに着目して、商品等表示の主体を判断するアプローチである。この理を明言する判決として、内紛型ではなく、外部の者に対して誰が商品等主体となり請求をなしうるかということが問題とされた裁判例であるが、東京地判平成14・11・14平13(ワ)15594〔ファイアーエムブレム〕事件がある。事案は、ゲームソフト「ファイアーエムブレム」の著作権者とゲームの製造販売業者が、被告ゲーム「エムブレムサーガ」を製造販売する被告に対して、不競法2条1項1号違反等を主張し差止請求を求めたというものであった。原審は、一般論として「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

³⁰ 「対内関係的アプローチ」と「対外関係的アプローチ」という分類は、田村・前掲注25・75～95頁の提唱にかかる。両者のハイブリッド版ともいうべき「折衷的アプローチ」（宮脇正晴「判評」L&T 69号（2015年）88頁）又は「総合衡量アプローチ」（村井・前掲注26・173頁）と名付けている。

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」と論じ、講学上の対内関係的アプローチを採用することを明言した。そのうえで、事案への当てはめとしても、商品の販売価格や販売数量の決定に関しても、キャラクターの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うなどの商品化事業の展開に関しても、著作権者は何ら関与しておらず、ゲームの製造販売者のみがなしているので、著作権者は商品等表示の主体にはならないと判示した。そこでは、需要者の認識が問われることなく、商品の品質等を管理し、商品の提供態様を決定する者が商品等表示の主体になるとされていることが特徴的である。

第二の対外関係的アプローチは、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に着目して商品等表示の主体を判断するアプローチである。この理を明言する判決として、上記〔ファイアーエムブレム〕事件の控訴審である、東京高判平成16・11・24平14(ネ)6311〔同2審〕事件がある。東京高裁は、一般論として、不競法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」と論じ、講学上の対内関係的アプローチを採用することを明言する。そのうえで、事案への当てはめとしては、本件商品等表示を使用する商品自体にも、当該商品に関する記事や広告にも、ゲームの製造販売業者の名前のみが表示されている、という事情を斟酌して、需要者にとってはゲームの製造販売業者のみが本件商品等表示の主体になる、と帰結した。このように、控訴審は、原審の結論を維持したが、理由付けを異にし、専ら需要者の認識を基準にして商品等表示の主体を確定する手法を採用している点が特徴的である。

第三の総合衡量アプローチは、上記の対外関係的アプローチと対内関係的アプローチ、という二つの観点を併せて検討する手法である。代表例として、内紛型の事例である東京地判平成26・1・20平25(ワ)3832〔FUKI〕

事件がある³¹。この事件の原告Xの代表者と被告Yの創業者は兄弟である。被告Yは「FUKI」等標章が付される鍵を製造販売する会社であり、原告Xは、Yの了承の下、Yから納入を受けた「FUKI」鍵を販売する会社であり、両者は30年以上にわたり、Yが製造、Xが販売にそれぞれ特化するという分業体制を続けていた。その後、XとY間にトラブルが生じた結果、XがYに対し不競法2条1項1号に基づき商品等表示の差止めを求めた。裁判所は、「…ある者が、同号〔筆者注：不競法2条1項1号〕における商品等表示の帰属主体に当たるか否か（当該商品等表示が誰に帰属するものであるか）は、当該商品の性質、流通形態、当該商品等表示の内容や態様、当該商品の宣伝広告の規模や内容等を考慮した上で、当該商品等の出所、品質等について信用を蓄積してきた主体は誰であるかという観点と、当該商品の取引者・需要者において、当該表示が何人のものであるとして認識されているかという観点を併せて検討するのが相当である」と論じ、講学上の総合衡量アプローチを採用することを明言した。そのうえで、当てはめとしては、まさに諸事情を斟酌し、販売元Xと製造元Y双方が商品等表示の主体になると帰結した。

以上、内紛型に限らず、複数の者が共同して事業を遂行している場合の不競法上の商品等表示の主体の認定において、裁判所のアプローチが三つに分かれていることを説明した。そして、内紛型においても、この状況に変わるところはない。

第一に、対内関係のアプローチを採用する裁判例として、大阪地判平成元・9・13無体集21巻3号677頁〔森田ゴルフ〕事件、大阪高判平成3・5・31判不競874ノ354ノ11頁〔同2審〕事件、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〕事件、東京地判平成12・10・31判時1750号143頁〔麗姿〕事件、大阪地判平成16・2・19平15(ワ)7208〔自由軒〕事件、東京地判平成16・12・15判時1928号126頁〔撃〕事件、知財高判平成17・9・15平17(ネ)10022〔同2審〕事件、東京高判平成17・3・16平16(ネ)2000〔アザレ化粧品Ⅱ2審〕事件がある。

³¹ 評釈として、宮脇・前掲注30・82頁、村井・前掲注26・172頁がある。同じ基準を示した裁判例としては、東京地判平成23・7・20平21(ワ)40693〔常温快冷枕〕事件がある。

第二に、対外関係的アプローチを採用する裁判例として、大阪地判平成12・2・28平8(ワ)9425〔セラル〕事件がある³²。

第三に、総合衡量アプローチを採用する裁判例として、〔FUKI〕事件のほか、東京地判平成16・3・11平13(ワ)2187〔アザレ化粧品Ⅱ〕事件、大阪地判平成15・5・1平12(ワ)5120〔アザレ化粧品Ⅰ〕事件、大阪高判平成17・6・21平15(ネ)1823〔同2審〕事件、東京地判平成23・7・20平21(ワ)40693〔常温快冷枕〕事件がある。

(2) 事案類型と結論との関係

以上のように、商品等表示の主体を認定する際にいかなる判断基準を採用するかという問題とは別に、当事者間の関係に着目して事案と結論との対応関係だけで裁判例を分類していくと、前述した商標に関する裁判例と同様に、以下のように、「兄弟関係」と「親子関係」という二つの事案類型に応じて取扱いが異なるという傾向があるように見える。

第一に、当事者間に事業の遂行に関して上下関係のある「親子関係」の類型の事件では、裁判所は、「親」から「子」に対して請求がなされた場合には、これを認容する（その場合、対内関係的アプローチが採用されている）が、他方で、「子」から「親」に対して請求がなされた場合にはこれを認めないという傾向があることを看取できる（もっとも、いずれについても例外がある）。

まず、前者の「親」から「子」に対する請求事件では、たとえば、〔森田ゴルフ〕事件、〔同2審〕事件の裁判所は、「子」である事業者が「親」の事業との関連性を薄めていき、「親」との取引も全くなり、その結果、「子」の営業は「親」との関連性を想起させる表示をそのまま用いるべき実体を失っている等の事情を斟酌し、「子」は表示の帰属主体ではないと解することにより、「親」の差止請求を認容している。同様の手法を採用した裁判例として、〔自由軒〕事件がある。

他方で、「子」から「親」に対する請求の場合には、たとえば、前述した〔森田ゴルフ〕事件、〔同2審〕事件では、裁判所は、「子」が表示の帰属主

³² ただし、同事件では、事業の承継も関わっていたため、結局、原告Xと被告Yの双方とも商品等表示の主体であるとは認定されなかった。

体ではないと解したうえで、「子」から「親」に対する請求は棄却している。また、〔自由軒〕事件では、裁判所は、「自由軒」という商品等表示が「親」であるYの営業表示として認識されているとして、「子」であるXが「親」であるYから独立していると評価して、Xの請求を退けた。また、信義則により「子」の請求を棄却した裁判例として、宮崎地判昭和48・9・17無体集5巻2号301頁〔村上屋〕事件がある³³。

³³ 例外的に、「親」から「子」への請求が認められなかった裁判例として、前掲〔三田屋〕事件がある。

この事件では、原告X(株式会社丸優食品)は、長男Aが中心となり、兄弟五人が協力し営業していた同族会社であり、設立当時、畜産物の製造及び販売を目的としていたが、四男Dの提案でハムの製造販売を開始した。Xは、昭和52年2月頃までに、既に「三田屋」という屋号を使用して「三田屋の手造りハム」を製造販売しており、同年8月頃まで建物を新築してそこで「三田屋」という屋号でレストラン(以下「レストラン三田屋」という)を開業しDを店長とするとともに、ハムの製造に関する一部の工程をレストランに移転した。Dはレストラン三田屋の営業を個人のものにすべく、Xから独立しようとした。その結果、XとDの間で互いにハム等の取引を継続し、互いに「三田屋」の表示を用いて営業を継続することとなった。昭和54年、Dはレストラン三田屋の所在地を本店とし、被告Y会社(株式会社三田屋本店)を設立した。その後、XとY間の競争が徐々に激しくなり、互いに「三田屋」という表示の使用の差止めを求めて本件訴訟に及んだ。

裁判所は、「三田屋」の屋号を使用し始めたのはXであったと認めたものの、上記の事実を踏まえて、「三田屋」を有名にしたのはDであり、Dが周知とされたYの「三田屋」という表示と別個に原告の「三田屋」という表示が周知となっているとは認め難いことを理由に、Xの請求を棄却した。ところが、Yの請求について、裁判所は、YがXから独立したものであり、元々DひいてはYにおいて「三田屋」という呼称を使用できるのは、Xの代表取締役であったAが暗然のうちに使用を容認したからであるという事情を斟酌し、「たとえ現時点においてYの『三田屋』という屋号が…周知性を得ていたとしても」、YがXに対して「一般的な差止請求を求めることは信義則違反にもとり許されず、棄却を免れない」と判示した。周知性の獲得に寄与する主体がYであるという点に着目して、「親」から「子」への請求を認めなかったと解することができよう(才原慶道「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)189頁、田村・前掲注25・102頁)。

なお、同事件では、「子」から「親」への請求も、信義則違反を理由に棄却された。また、この事件に関連する別訴神戸地判平成9・10・22判不競1328ノ78頁〔はざま湖

第二に、両者が事業の遂行に関して対等の立場で関与する「兄弟関係」の類型の事件では、当事者間の請求が認められるか否かは、以下に俯瞰するように、裁判所が採用する商品等表示の主体の判断アプローチによって左右されているといえる。

まず、対外関係的アプローチは、この兄弟関係類型では、管見の限り、採用する裁判例はない。

次に、対内関係的アプローチに関しては、事業遂行の内部の事情次第で、一方当事者のみが単独で商品等表示の主体と認定される場合と、当事者双方がともに商品等表示の主体と認定される場合に分かれる。このうち、一方当事者が商品等表示の主体と認められた事案では、論理的に、商品等表示の主体であると認められた者から認められなかった者に対する請求が認容されることになり、反対に、商品等表示の主体とは認められなかった者から認められた者への請求は棄却されることになる（いずれも後者の例であるが、〔麗姿〕事件、〔撃〕事件、〔同2審〕事件³⁴）。他方、当事者双方ともに商品等表示の主体と認められた事案では、裁判所は、どちらも他人の信用にただ乗りとはいえないので、いずれの当事者からの請求も認められないと帰結している（〔アザレ化粧品Ⅱ2審〕事件³⁵）。

畔三田屋総本家〕事件では、裁判所は「子」から「親」への請求を認めたが、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という事情が重視されたからであった（「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家」に変更したというケースで、先使用権の成立が否定された）。もっとも控訴審では、逆転して、先使用権の抗弁が容れられ、「子」から「親」への請求は退けられている（大阪高判平成13・6・28平9（ネ）3089〔同2審〕事件）。

³⁴ もっとも、注意を要するのは、これら二つの裁判例は、いずれも裁判所の認定によると、当事者間の契約が「OEM」契約であった、ということである。つまり、一方当事者は他方当事者からの発注を受けて商品の中身を製造し、当該他方当事者に納入する、という関係にある。二つの事件とも、裁判所は、商品を発注する側だけが商品等表示の主体になると認定しているが、これらの事件を純粋な「兄弟関係」と断じることには躊躇いも覚えるところがある。

³⁵ 裁判所は、「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

最後に、総合衡量アプローチが採用された場合、ほとんどの裁判例では、対内関係的事情も対外関係的事情も斟酌される結果、当事者双方がともに商品等表示の主体と認定されている。そのような場合には、一方の商品等表示の主体から他方の商品等表示の主体に対する請求は許されないとする〔アザレ化粧品Ⅱ 2 審〕事件の法理がほぼ例外なく用いられる結果³⁶、請求が棄却されることになる（〔アザレ化粧品事件Ⅰ〕事件、〔同 2 審〕事件³⁷、〔常温快冷枕〕事件、〔FUKI〕事件³⁸）。

いずれにせよ、「兄弟関係」の事件では、一方当事者のみが商品等表示の主体になると判断される場合には、当該商品等表示の主体になる者から他方当事者に対する請求が認められ、反対に、商品等表示の主体にならない者から他方当事者に対する請求は認められない。また、当事者双方が商品等表示の主体に該当すると判断される場合には、互いに条文の文言にいう「他人」に該当しないことを理由に、不正競争行為とは認められないとさ

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者とは言えない」ことを理由に、「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、互いにこれを不正競争行為ということはできないと解すべきである」と説く。

³⁶ もっとも、裁判例の趨勢に反して、商品等表示の帰属主体同士であっても不正競争が成立しうるとの立場を採用した判決として、大阪地判平成 19・2・15 平 18(ワ)1080〔イーグル〕事件の存在を指摘するものがある（田村・前掲注 25・97～98 頁）。

³⁷ 裁判所は、一般論として、「対外的及び対内的関係において、当該商品等表示の周知性、著名性の獲得が、グループ内の複数の者の行為に基づいており、当該商品等表示に対する信用が、グループ内の特定の事業者に集中して帰属しているとはいえず、グループ内の複数の事業者と共に帰属しているような場合には、それらの事業者の間では、相互に他の事業者からの使用許諾を得た上で当該商品等表示を使用しなければ、当該商品等表示に対する信用にただ乗りすることとなる関係にはならない」と論じている。この説示は、商標の事案に関する〔極真Ⅰ〕事件における裁判所が説くこととほぼ一致する。

³⁸ 例外的に、総合衡量アプローチを採用しつつ、需要者の認識という側面をより重視して、製造元と販売元のうち、需要者に直接接するのは販売元のみであることを理由に、販売元が単独の商品等表示の主体になると認定し、その結果、販売元から製造元に対する請求を認容した裁判例として、〔アザレ化粧品Ⅱ〕事件がある。

れている（こうした見解は「他人否該当説」と呼ばれている³⁹⁾）。

(3) 商標権に関する裁判例との比較

このような内紛型に関する不競法2条1項1号に関する裁判例を、同じく内紛型の商標権に関する裁判例と比較すると、以下の四点に帰結することができる。

第一に、当事者間の合意（黙示のものを含む）により紛争を処理する方法が、商標権に関する裁判例では採用されているが、不競法に関する裁判例ではほとんど見当たらない。

第二に、登録商標が誰の商品等を示しているのかという問題に関する判断手法は、商品等表示の主体の判断手法とほぼ同様である。管見の限り、商標権に関する裁判例では、例外なく、「対内関係的アプローチ」あるいは「総合衡量アプローチ」を採用しており、不競法に関する裁判例でも、「対外関係的アプローチ」を採用するものは一件しかない。

第三に、登録商標が一方の当事者の商品等を示すと認定される場合、それが商標権者の商品等を示すのであれば、商標権者から被疑侵害者への権利行使は権利濫用とはならない、とされる。他方、それが被疑侵害者側の商品等を示すのであれば、そのような者に対する商標権者の権利行使は権利濫用に該当する、とされる。同様に、不競法に関する裁判例でも、一方の当事者のみが商品等表示の主体と認定される場合には、商品等表示の主体になる者から他方当事者への請求が認められるが、他方、商品等表示の主体にならない者から他方当事者への請求は認められない、とされている。

第四に、登録商標が当事者双方の商品等を示すと認定される場合、商標権者から被疑侵害者に対する商標権の行使は権利濫用に当たり、その結果、被疑侵害者が被疑侵害標章の使用を継続しうる、とされる。同様に、不競法に関する裁判例でも、当事者双方が商品等表示の主体と認定される場合には、当事者間での相手方に対する請求は認められず、その結果、当事者双方が商品等表示の使用を継続しうる、とされる。

要するに、当事者間の合意（黙示のものを含む）により紛争を処理する

³⁹⁾ 呼び名について、宮脇・前掲注30・88頁を参照、なお、著者は「他人非該当説」と呼ぶ。

手法が商標権に関する裁判例に見られる点を除き、商標権に関する裁判例と不競法に関する裁判例において、判断手法やいずれの者を勝たせるのかという結論に変わりはないようである。つまり、商標権の存在は、被疑侵害者が被疑侵害標章の使用を継続しうるか否かという判断を左右しえない、というのが裁判所の立場であると分析しうる。

三 学説

学説では、商標権の権利濫用、とりわけ内紛型の事件の取扱いに関しては、前述したように、裁判例の整理を試みるものはあっても、現状認識を超えて、当為の問題として、いかなる場合に権利濫用と認めるべきのかということが本格的に検討されることはほとんどなかったように見受けられる。これとは対照的に、不競法2条1項1号に関しては、周知の商品等表示の示す商品等主体の認定基準や、そのような基準の下で複数の者が商品等主体と認定された場合、各主体間の内部で他方の相手方に対して不競法上の請求をなしうるのか、つまり各主体がその商品等表示の使用を継続しうるのかという論点に関して、諸説が登場している⁴⁰。商標権の権利濫用に関する判断基準を検討するうえで参考になるので、以下、紹介する。

既述したように、不競法2条1項1号に関する裁判例は、「対内関係的アプローチ」、「対外関係的アプローチ」「総合衡量アプローチ」に分かれているのであるが、この問題を論じる学説では、「対内関係的アプローチ」が支持されている⁴¹。同説は、出所の混同を防ぐという不競法2条1項1号の趣旨を実現するためには、同号の周知性の要件は、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り、また現にそのように解されている、ということを議論の出発点とする。当該周知表示の下で提供されている商品や営業が、従前とは異なる出所から提供されるのであれば、需要者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競法2条1項1号違反を肯定しなければならない、

⁴⁰ 村井・前掲注26・173頁。

⁴¹ 田村・前掲注25・98～100頁、宮脇・前掲注30・86～88頁。

というのである。そして、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、いったい誰がその周知表示で示される出所の主体であったのかということ来判断する段階では、当該表示の使用態様を決定する権限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べきであるということになる、と帰結する^{42 43}。

このように、この問題に関する学説は、数は少ないながらも「対内関係的アプローチ」一色に染まっているといってもよい状況であるが、他方で、同じ「対内関係的アプローチ」をとる見解であっても、同アプローチの下で一つの商品等表示について商品等表示の主体を共同して形成している者が複数存在すると認められる場合には、そのうちいずれかの者が単独で商品等表示を使って商品等を提供することが許されるかという論点に関しては、鮮明な対立がある。

一方の極には、「他人該当説」と称される見解がある⁴⁴。単独で商品等が提供される場合には、当該商品等表示の下で需要者が認識した商品等主体とは内実を異にするのであるから、そこで提供される商品等が同一の品質であるという保障がなくなるということに着目し⁴⁵、そこに混同のおそれ

⁴² 田村・前掲注25・99頁、宮脇・前掲注30・87～88頁。

⁴³ なお、この見解に与しつつ、需要者の商品等表示の主体の認識は、一定程度、責任の所在や、信用の蓄積への貢献度等を反映しうるものといえるので、それらが商品等表示の主体の判断において参考となりうる、と補足する見解もある(村井・前掲注26・173頁)。

⁴⁴ 宮脇・前掲注30・88頁。

⁴⁵ そもそもこの他人該当説は、商品等主体の認定の際に、単に商品等表示に化体する信用にある程度寄与すること(たとえば販売元の宣伝行為等)だけで商品等主体になると認めるのではなく、商品等の提供の態様を決定する責任を有する者のみが商品等主体と認定されるべきである、ということを前提にして展開されている。このような認定手法の下で、商品表示の示す商品等主体が複数の者からなると判断されるということは、そのうちいずれかの者だけが単独で商品の提供態様を決めることができないということを意味しており、それがゆえに、商品の出所は、いずれか

が生じる以上、これを止める必要があるというのである。同説は、それがゆえに、商品主体を形成する者の間では、相互に他方の相手方に対して不競法2条1項1号に基づく請求をなすことが認められるべきであるとして、前述した「他人非該当説」をとる裁判例の立場を批判する⁴⁶。

これに対して、不競法2条1項1号の趣旨のうち、他人に帰属する信用へのフリーライドを抑止するという側面も含まれており、裁判例から示した他人非該当説はまさにそれを重視するものであると評価し⁴⁷、仮に信用へのただ乗りとまではいえないにもかかわらず、複数の商品等主体に誰でも当該商品等表示を使用できなくなると、信用が蓄積された表示の財産的価値が無になってしまうという疑問を呈する見解が主張されている⁴⁸。同説は、表示の財産的価値を生かしながら、出所の混同を抑止するという私益保護の側面と公益保護の側面とを調和する方策として、商品等主体となりうる内部者同士の争いにあつては、内部者のうち誰か一人の者に請求権を認めることが望ましいと主張する⁴⁹。

さらに折衷説とでも呼ぶべき見解も提唱されている。同説も、同様に、私益保護の側面と公益保護の側面とのバランスを追求するが、ただし、「他人性」ではなく、むしろ需要者が関心を寄せる商品の品質（＝分裂前に販売されていた商品と実質的に同一の品質管理に服しているか否か）に着眼

の主体が単独でこれに該当するものではなく、複数の商品等表示の主体が共同して一つの出所を形成していると理解する。したがって、単独での使用の場合と所定の分業体制での使用の場合とでは、出所は一致しておらず、出所の混同のおそれがあるといわざるをえない、と説くのである。

⁴⁶ 田村・前掲注25・100～101頁。ただし、この説の下でも、互いに先使用等の抗弁が認められる可能性があることに加えて、たとえば、親子関係や本店支店関係等、商品等主体になる経緯に鑑みて、契約の解釈や黙示の許諾の問題として、たとえば、分裂後は親や本店だけが商品等表示を使用できるという結論を導くことができる（同101～102頁）。

⁴⁷ 才原・前掲注33・195頁。

⁴⁸ 才原・前掲注33・197頁。

⁴⁹ 才原・前掲注33・198頁。注意すべきは、この見解は、全く関係ない第三者が類似表示を使用している場合には、複数の主体は（誰か一人ではなく）誰でも単独で請求することを認めるということである。

して、「混同要件」を柔軟に操作することにより課題を解決しようとする⁵⁰。それによると、分裂により複数の商品等主体が存在する以上、もはや以前の元の品質管理の主体とはいえないので、原則として混同のおそれが生じると認め、商品等主体全員の合意がない限り、互いに相手方に対して不競法2条1項1号に基づく請求をなしうると解すべきであるが（その意味では、「他人該当説」に分類しうる）、そのうちある商品等主体が元の商品と同一の品質管理に服した商品を販売している場合には、混同のおそれの要件が否定される結果、当該者に対する請求が否定されると説く^{51 52}。

⁵⁰ 宮脇・前掲注30・89頁。

⁵¹ 宮脇・前掲注30・89頁。

⁵² 以上は、複数の商品等主体が存在すると認められる場合に、それぞれの商品等主体の間で一方から他方の商品等主体に対する請求が認容されるのかという論点を紹介したが、関連する問題として、複数の商品等主体の一方から使用許諾を受けている場合に、他方の者はこの被許諾者に対して請求しうるかという論点がある。

この論点に関する裁判例としては、わずかに大阪地判平成19・2・15平18(ワ)1080〔イーグル〕事件を数えるに止まる。裁判所は、傍論ながら商品等表示の主体が複数の者にある場合、たとえそのうち一つの商品等主体から使用許諾を受けるとしても、他の商品等主体の同意がなければ、当該許諾は、他の商品等主体に対抗できない、ということを説いているように読める。

学説も皆無に近い。「他人該当説」を採用する立場の下では、商品等主体の間ですら互いに他者の使用行為を止めることを請求できるのであるから、一方の主体から許諾を受けた者の使用行為を他方の者が止めることはいわば当然であり、言及するほどのこともないといえようが、「他人非該当説」や「折衷説」の下でどのようなのかということが一義的に決まるものではないだろう。商品等表示の問題ではなく、不競法2条1項3号の商品形態の模倣行為に目を転じれば、その請求主体をめぐって、共同開発の場合、契約で別段の定めがない限り、第三者は共同開発者全員から許諾を取得なければ、形態模倣の商品を製造販売することができない見解（田村善之『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣・2003年）319～321頁。交渉を促すという観点から賛意を表するものに、井上由里子「不正競争防止法上の請求権者—成果開発と成果活用の促進の観点から—」日本工業所有権法学会年報29号（2005年）156～157頁）と、一方開発者から許諾を得た場合には他方の開発者から請求を許される筋合いにないとする見解（牧野利秋「形態模倣行為に対する請求の主体」『松田治躬先生古稀記念論文集』（東洋法規出版・2011年）42頁）の対立がある。とはいっても、不競法2条1項3号の保護は、創作行為に対する適度のインセンティブを

四 本判決の位置付け

本件で裁判所は、「守半」標章がAの事業に由来するものであることや、本件商標権の出願当時の「守半」標章の使用状況、とりわけZ（Aの事業の主たる承継者）の開店状況等の事実を踏まえて、「守半」標章の知名度と信用がXないしその前主に集中的に帰属していたわけではないこと、そして、「守半」標章の知名度と信用の獲得に関してYないしその前主も寄与していたこと、という実情を合わせ考慮して、本件商標権に基づくXのYに対する請求が権利濫用に該当すると判断した。一見すると、本判決では、信用が商標権者に集中的に帰属しているわけではない以上、商標権者は、

与えることを目的としているのに対し、同項1号の周知表示の保護は、標識法として需要者を出所の混同から保護することを目的としており、両者を同列に論じることとはできない。

混同の防止という公益的な側面から見ると、「他人該当説」と同様の理由で、第三者への使用許諾は、許諾に同意していない商品等主体に対抗できないと解すべきである。信用に対するただ乗りの禁止という私益的側面から見ても、ただ乗りの抑止は、商品等主体に商品等の質を維持、向上させようとする努力のインセンティブを与えるために、商品等表示の主体が当該表示の財産的価値に由来する収益の享受を保障するための手段といえる。そうだとすると、複数の商品等表示の主体が存在する以上、商品等表示に化体する信用は全員に共有されているのであるから、商品等主体全員の合意がないにもかかわらず、第三者の商品等表示の使用が許されるとなると、許諾をなしていない商品等主体にとっては、享受しえなはずの利益が減少しかねないことを意味しており、インセンティブ上、問題が生じないとはいえないだろう。よって「イーグル」事件の立場をもって是とすべきである。

本判決は、X及びZはAの事業を承継した者として、YはZから使用許諾を受けた者として、それぞれ本件商品等表示の使用を継続できることを、権利濫用に該当する理由の一つとして論じている。一見すると、Xの同意があるか否かを問わず、YがZから使用許諾を受けた以上、Yが本件商品等表示の使用を続けることができる、という立場に与しているようにも読める。本判決をして、他の商品等表示の主体の同意がないとしても、第三者は当該主体に対して使用許諾に対抗できるという立場をとっているとの理解が今後、主張されることになるかもしれない。しかしながら、この説示は、あくまでも本件商標権の権利濫用の該当性を判断する際に一つの考慮要素として挙げられたものであり、直接に上記論点に関する立場を示すものではないように考えられる。

信用の蓄積に寄与するところがあった他方の当事者に対して、権利を行使することは許されない、という立場は、〔極真Ⅰ〕事件を踏襲するものといえるかもしれない⁵³。

もっとも、本件の事案は、商標権者と被疑侵害者の関係に関して従前の内紛型の裁判例に見られなかった特徴があるように思われる。既に整理したように、従来の裁判例では、ほぼ例外なく、当事者間に直接「親子関係」あるいは「兄弟関係」のどちらかの関係があるものばかりであった。これに対して、本判決では、XがAの事業の一部を引き継ぎ事業を展開し「守半」標章を使用する一方で、YもAの事業の主たる承継者Zから許諾を受けて「守半」標章を使用していたという事情がある。このような経緯に鑑みると、XとYとの間には、親子や兄弟と目される直接の関係はなく、強いていえば両者は、間接的にXの兄、Yの父に当たるAを起点とする「叔父と甥」の関係にあると考えられる。もちろん、重要となるのは、抽象的にどのような関係にあるかということではなく、当事者がどのような体制の下「守半」標章を使用して商品を提供していたのか、ということである。しかし、裁判所の事実認定によると、YはZから独立後もZとの間では交流があり、業務上ある程度連携していたといえる関係があったが、Xとの間に何の関連もなかった。つまり、元々XとYが共同して「守半」標章を使用する商品を決定したことはなく、そうすると、そもそも「守半」標章を使用する商品はXとYの共同の品質管理の下で市場で流通したことはなかったのであるから、Yが相変わらずXとは無関係に「守半」標章を使用した商品を提供し続けたからといって、同標章に対する需要者の期待を裏切ったことにはならないように思われる。仮に、これが本件の事案と異なり、XとZがAの共同の承継人としてAの事業を続けていたのであれば、YはZとの関係を通してXとの間にも内部的な共同関係があるといえるかもしれない。しかし、裁判所は、「Aが開業した守半本店の事業を主として承継したのは守半本店（B）であったと認めるのが相当であり、同事業の承継に関し、H及びGが守半本店と同等の立場でこれを承継したと認

⁵³ なお、前述したように、〔極真Ⅰ〕事件は、単純な「対内関係的アプローチ」ではなく、「総合衡量アプローチ」を採用している点において、需要者の認識に関する言及はなかった本件と相違するところがある。

めるに足り証拠はない」と評価している。これは、Yの前主Dにかなる事業を展開するかを統制しうるのは、Zの前主Bであって、Xの前主H及びGはそれに関与しうる立場にないと理解していることを示すものといえよう。そうだとすれば、XとYの間には何ら協力関係が存在せず、両者の事業は当初から全く別物と理解せざるをえないように思われる。

以上のように、本判決の事案は、形式的には内紛型の事件とはいえるが、当事者間の特殊な関係があり、従前の裁判例の事案類型に属しない新たな事例に対するものであり、このような事案に関する限りにおいて、XからYに対する商標権の行使を認めなかった本判決の結論は首肯しうるものといえる。

もつとも、この理屈を正当化するために裁判所が用いた理由付けは、従前の裁判例を踏襲し、登録商標が商標権者と被侵害者双方の商品を示している場合、当事者双方が登録商標の信用の蓄積に寄与することを理由に商標権者の権利行使を認めないとするものであって、本件の事案に限らず射程が広く及ぶものであった。そこで、以下では、本判決の事案を離れて、この一般的な手法の採否を論じることにした。

まず、衝突型の事件に関していえば、商標法が、たとえ出願時点において登録商標に商標権者独自の信用が化体していないとしても、原則として、商標権の取得を認める登録主義を採用していることを踏まえる必要がある。登録主義の合理性は、未使用の段階から商標権の排他的保護を与えることにより信用の化体を促すところにある(登録商標の発展助成機能)⁵⁴。

⁵⁴ 渋谷達紀『商標法の理論』(東京大学出版会・1973年)24～26、251～252頁、綱野誠「抵触する登録商標と周知商標が並存する場合の法的取扱について」同『商標法の諸問題』(東京布井出版・1978年)95～96頁、田村善之『商標法概説(第2版)』(弘文堂・2000年)1頁、愛知ほか・前掲注6・345頁[前田健執筆担当]。未使用であっても、禁止権の保護を享受することができる、という点は商標権の保護と不競法2条1項1号における商品等主体混同行為に対する規律との相違点の一つである(田村・前掲3頁)。先使用を登録の要件とする使用主義の下では、予め登録商標を取得できるかどうか分からない状態で商標の使用を開始しなければならず、商標の使用開始前の調査や、使用直後の宣伝広告等費用が無駄になってしまう危険性を払拭することができない。これに対して登録主義の下では、商標登録の庇護の下、商標の使用を開始することができるので(同11頁)、商標に対する信用の蓄積がより容易なものとなる。

そうだとすると、登録商標に商標権者独自の信用がまだ蓄積されていないとしても、原則として、その権利行使を認める必要がある（被疑侵害者の独自の信用の保護は先使用权の問題として処理すれば足りる）。もっとも、被疑侵害者の標章が全国的に著名になっている場合は、もはや商標権者独自の信用を化体する余地はなくなっており、かえって商標権者の権利行使が認められると、逆に商品の出所に関して混乱を生じることになる。したがって、全国的に著名となっている被疑侵害者に対する権利行使は、例外的に権利濫用に該当すると解すべきである⁵⁵。裁判例がこのような事案において権利濫用を認めていることは、正当な処理をなしていると評価できる。

次に、内紛型の事件では、とりわけ、商標権者がグループ分裂前に登録商標権を取得していたという事案では、裁判所は、第一義的に、当事者間に何らかの契約を観念しその解釈に従って事件を裁く、という傾向がある。これに対して、学説では、不競法に関するものであるが、紛争が顕在化した場合の処理に関して当事者がどのように取り決めていたのかということとはよく分からないことのほうが多いのではないかとすることを理由に、そのような場合に契約の解釈の名の下に裁判所の裁量の範囲が広くなりすぎるとして、これを問題視するものがある⁵⁶。たしかに、不競法2条1項1号に関していえば、同号の保護を享受しうる状態になっていることを当事者が明確に意識していない場合が少なくなく、また、仮に意識しているとしてもその主体は誰なのかということに関しては、既述したように微妙な判断を必要とする（しかも裁判例の扱いは分かれている）のだから、そのような請求権の処理について当事者の意思が明確とはいいい難い事案が多いように思われる。不競法に関する従前の裁判例で契約的な解決を志向するものがほとんど見当たらなかったのは、こうした事情に与るところも大きかったのではと推察される。ところが、登録商標権の場合には、権利の有無、権利者の所在がともに登録により明確化されており、それがゆえに、当事者間の意思も明らかであるか、少なくとも合理的に推認しうる場合が多いのではないかと予想される。まさにそれがゆえに、裁判例にお

⁵⁵ 田村・前掲注54・90～91頁。

⁵⁶ 才原・前掲注33・197～198頁。

いても、不競法と異なり、商標権の場合には当事者間の契約を観念しその解釈に基づき紛争を処理する手法を採用するものが多いのではないかとと思われる。そして、学説では、やはり不競法に関するものであるが、当事者が予定した分業体制を崩し、その予測可能性を剥奪することのないよう、黙示のものを含めた当事者間の分裂前の契約の解釈によって内紛型の事件を処理するという手法を推奨するものがある⁵⁷。商標権においてはなおさら賛同すべき見解といえよう。もともと、契約を観念してその解釈により処理するという手法に関しては、裁判所は、そのような枠組みの下でも、結局は、商標権者と相手方間の商標の取扱いに関する諸事情を考慮しているところ、商標権者がグループ分裂後に登録商標権を取得した事案の処理と実質的に変わるところはなく、そうであれば本稿のように、あえて登録商標権の取得時期により事案を類型化する意義に乏しいのではないかという疑問が抱かれるかもしれない。しかし、契約の解釈を優先するという判断手法を示すことで、関係当事者間に契約による処理を意識させ、もって登録商標の帰属や使用等に関して、当事者間でより明確な事前の交渉を促進することを期待しうるというメリットがあるように思われる。

他方、内紛型の事例で、商標権者がグループ分裂後に登録商標権を取得した事案に関しては、既述したように、商標権に関する裁判例と不競法に関する裁判例において、判断手法や、いずれの者を勝たせるのかという結論に変わりはないように見受けられる。そして、登録商標が被疑侵害者側の商品を示すのであれば、被疑侵害者に対する商標権の行使は許されない、というのが裁判所の立場である。「対内関係的アプローチ」あるいは「総合衡量アプローチ」という基準の着眼点に照らすと、登録商標が被疑侵害者側の商品を示している、ということは、本来の標章を使用した商品が被疑侵害者の品質管理の下で市場に流通されていた、ということを意味している。だとすれば、たとえグループが分裂した後で商標権者が商標登録を受けたとしても、被疑侵害者が製造販売する商品は元の商品と品質や出所等が同一である以上、需要者に出所の混同が生じることにはならな

⁵⁷ そのように解することは、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い旨も指摘しつつ、田村・前掲注52・72～74頁、同・前掲注25・101～102頁。

い。したがって、単に事後に商標登録を受けたという一事をもって、被疑侵害者の標章を使用する行為を禁じるべきではない。逆に、登録商標が商標権者の商品を示すのであれば、本来の標章を使用した商品は商標権者の品質管理の下で市場に流通している。そうすると、グループ分裂後に被疑侵害者が生産販売する商品はもはや商標権者の品質管理から離脱しており、元の商品の品質や出所とは異なるといわざるをえない。その意味で需要者に出所の混同のおそれが生じる以上、被疑侵害者の標章を使用する行為を放置すべきではない。よって、前者の場合には、商標権者の権利行使は権利濫用に該当すると評価すべきであるが、後者の場合には、商標権者の権利行使は正当と評価すべきである。

問題は、登録商標が商標権者と被疑侵害者双方の商品を示していると認定される場合に、どのように処理すべきかということである。

前述したように、不競法に関する裁判例から示された「他人非該当説」は私益保護の側面を重視する考え方（＝各主体が互いに他人の信用にただ乗りする者ではないので、他人の同意が必要なく商品等表示を使用することは不正競争に該当しないとする考え方）であった。それに対して、学説では、公益保護という側面を放置してしまうという批判がなされ、たとえ他人の信用へのただ乗りではないとしても、需要者間に混同を生じるおそれがある以上、各主体相互間であっても不正競争が依然として成立するという「他人該当説」が提唱されている。

登録商標が当事者双方の商品を示しているのであれば、登録商標を使用する商品が当事者双方の管理のもとで市場に提供されているので、グループが分裂した以後、いずれか一方当事者が単独で標章を使用して商品・役務を提供し続ける場合には、従前の商品・役務とは提供主体が異なるといわざるをえず、その意味で需要者に出所の混同が生じる。これを防ぐためには、当事者双方が互いにその標章の使用を差し止めることができると解すべきであろう⁵⁸。この理は、不競法2条1項1号の規定に基づく請求と、

⁵⁸ 学説では、〔極真I〕事件や〔真磨琴会〕事件及び〔梅花堂〕事件を整理して、裁判所の論法は正当であるとする見解がある（佐藤・前掲注28・43～44頁）。その理由としては、グループが分裂したとしても、それぞれの構成員が従前どおりグループの標章を使用して同じ品質の商品・役務を提供し続けている場合には、需要者にと

商標権に基づく請求のいずれにも妥当すると考えられる⁵⁹。ところが、この点に関する裁判例は、被疑侵害者が登録商標に化体する信用に寄与することがあることを理由に商標権の行使を権利濫用に該当すると判断しており、被疑侵害者が単独で商品等表示の使用を継続しうる帰結であり、出所の混同を招来することになるので、採用しえない見解であるといえよう。

第5 補論—長期にわたり権利を行使しないこと（権利失効）について

一 問題の所在

本判決は、長期にわたり商標権が行使されていないという事情を権利濫用に該当する方向に斟酌している点も注目に値する。

一般論をいえば、特段の規定⁶⁰がない限り、侵害行為が継続する以上、

って、分裂前後を通じて変わりはなくて、出所表示・品質保証の機能も損なわれるわけではない、ということである。商標権を有する構成員がその商標権に基づいて他の構成員の使用を禁止しようとすることは、需要者には単なる「内輪もめ」としか映らず重要なことではない、また、商標権を有しない構成員も、自身の信用がグループ標章に蓄積しているといえるのであるから、単に商標権によって、その使用を禁じられる理由もない、と指摘されている(同45頁)。しかし、グループが分裂する前に、各構成員が共同して商品・役務の品質等を管理し責任を有していたのであれば、分裂以後、それぞれが生産販売する商品しか責任を負わないとすると、たとえ同じ標章を使用しても、もはや従前の商品・役務の品質と同じものといえるのか、疑問を禁じえない。

⁵⁹ もちろん、一方の当事者が商標権を取得しても、他方当事者が不競法2条1項1号の規定に基づき差止請求を求める際に、商標権者が登録商標権の存在を理由にして元の商品等表示を継続的に使用することもできない。また、特に理由付けが示されているわけではないが、裁判所の論法に賛意を表するものに、高部・前掲注9・119～120頁、同『実務詳説 商標関係訴訟』(きんざい・2015年)86頁。

⁶⁰ 不競法2条1項4号ないし9号の営業秘密を使用する行為、及び同項11号ないし16号の限定データを使用する行為に対する差止請求権は時効により消滅する(不競法15条)。

それに対する差止請求権も日々継続し発生しているのであるから、侵害行為が開始されてから何年経とうとも、時効により消滅することはないとされている⁶¹。しかし、例外的に、長期間権利を行使しないことにより、相手方当事者に侵害と問責されないであろうという信頼が生じていると認められる場合には、信義則（民法1条2項）に由来する権利失効の原則により権利行使が認められないという最高裁の判例法理が存在している。

この「権利失効」の判例法理が商標権にも適用されるのかということに関しては、抽象論としてその可能性を認める裁判例がないわけではなかったが、具体的な結論として、この原則により商標権者の請求を棄却したものはないようである。その意味で、多様に考慮されている事情の一要素であるとはいえ、商標権者が長期間権利行使をしていないということを権利の濫用を肯定する方向に斟酌した本判決は注目に値するものといえよう。

二 最高裁判例及び学説見解

権利失効の原則を扱った最初の公式判例集登載判決は、賃貸借契約解除権の行使に関する最判昭和30・11・22民集9巻12号1781頁である。事案は、地主から承諾を得ずに土地の賃借権を第三者に無断譲渡した上告人が、その後地主から土地を賃借して建物を新築した被上告人に対して、建物収去・土地明渡を求めたというものであった。本案訴訟の仮処分申請の段階（＝無断譲渡発生後の7年）で、地主が上告人の前記賃借権の無断譲渡を理由として上告人に対して行使する賃貸借解除の意思表示が有効か否かが争われた。

裁判所は、傍論ながら⁶²、一般論として「権利の行使は、信義誠実にこれをなすことを要し、その濫用の許されないことはいうまでもないので、解除権を有するものが、久しきに亘りこれを行使せず、相手方においてその権利はもはや行使せられないものと信頼すべき正当の事由を有するに至つたため、その後これを行使することが信義誠実に反すると認められ

⁶¹ 田村・前掲注54・317頁。

⁶² 土井王明・最高裁判所判例解説民事篇昭和30年度220頁、星野英一「判評」法学協会雑誌83巻1号（1966年）62頁。

のような特段の事由がある場合には、もはや右解除は許されないものと解するのを相当とする」と論じたうえで、当該事件には「原審判示の一切の事実関係を考慮すると、いまだ相手方たる上告人において右解除権がもはや行使せられないものと信頼すべき正当の事由を有し、本件解除権の行使が信義誠実に反するものと認むべき特段の事由があつたとは認めることができない」として、本件解除を有効と判断した原審を維持した。

二番目の公式判例集登載判決は、代物弁済予約完結権の行使に関する最判昭和40・4・6民集19巻3号564頁である。事案は、債権担保のための代物弁済予約完結権の仮登記のある目的不動産を譲り受けた第三取得者が、その後に債権・抵当権・予約完結権を譲り受け、債務者の承諾を受けた者に対して当該完結権の行使をなすことが許されるか否かが争われた、というものであった。上告人は、この事件における土地を目的とする代物弁済予約に基づく完結権を行使しうるときから約15年間、完結の意思表示がなされていなかったため、前掲昭和30年最判が提示した権利失効の原則が適用されると主張した。

これに対して、最高裁は、上告を棄却した。原告の権利（代物弁済予約完結権）が不動産登記簿の仮登記により公示されている以上、たとえ長期間行使されていないとしても、被告はこの権利がいずれ行使されるかもしれないことを予想すべきであるとした。このような場合、権利を行使しなかったということは、被告にとって代物弁済予約完結権が「もはや行使されないものと信頼すべき正当の理由」には当たらない、というのである⁶³。最高裁判決の文言には「権利失効」の文字は見当たらないが、この事件の調査官解説は、当該事件は、抽象論として失効の原則の法理が存在するこ

⁶³ 「右確定事実によれば、前記代物弁済予約完結権の行使は、通常予想される期間を遙かに経過した後に行使されたものということができるが、本件土地については右予約完結による所有権移転請求権保全の仮登記が依然として登記簿上存在していたのであるから、上告人A工業株式会社としては、本件土地の所有権取得に際し、右登記簿によって公示された代物弁済予約完結権がいずれ行使されるかも知れないことを予想すべきであつたのであり、他に特段の事情の認められない前示事実関係の下においては、上告人において右代物弁済予約完結権がもはや行使されないものと信頼すべき正当の理由があるとはいえない。」

と自体を前提としていると解している⁶⁴ 65。

以上、両判決とも、権利失効の原則を適用するために肝要となるのは、権利者が長期にわたり権利行使をしないことだけではなく、相手方が当該権利が「もはや行使されないものと信頼すべき正当の事由を有し」たか否か（前掲昭和30年最判では、さらにその結果権利の行使が「信義誠実に反すると認められるような特段の事由」があるか否か）を問題としている、と指摘されている⁶⁶。

学説では、消滅時効の制度を無意義なものとするを理由とする否定説はあるものの⁶⁷、一般論としては、失効の原則を肯定する見解が多数といえよう⁶⁸。ただし、ニュアンスには差異がある。一方の極には、権利不行使の期間が長期にわたっていることをもって原則としてこの法理の適用を肯定し、ただ権利者のほうに信義則上、権利の行使を許すべき特段の事情がある場合には別論となるとする積極説⁶⁹があるのに対して、権利不行使の期間の長さに加えて、権利を行使されないという信頼が法的保護に値するものであることを要求する中間的な立場⁷⁰も提唱されており、他方の極には、失効の原則が適用されることが妥当な場合があることは否定しないが、権利存在の外観があるのになおその不行使に対する信頼を保護するべきであるのは例外的な場合であり、その適用は慎重であるべきことを要するという消極的な立場が混在している⁷¹。

⁶⁴ 坂井芳雄「最高裁判所判例解説」法曹時報17巻6号（1965年）66頁。

⁶⁵ これに対して、論理的には、仮に失効の原則が認められるとしてもなおそれに当たらないとした判決と理解することが可能である、と指摘するものとして、星野・前掲注62・62頁。

⁶⁶ 星野・前掲注62・63頁。

⁶⁷ 川島武宜『民法総則』（有斐閣・1965年）435頁。

⁶⁸ 以下に紹介する諸説のほか、染野義信「法範疇としての信義則と *Verwirkung*」日本法学22巻1号（1956年）47頁、山下末人「判評」民商法雑誌34巻3号（1956年）159頁。

⁶⁹ 成富信夫『権利の自壊による失効の原則（再版）』（有斐閣・1964年）332～333頁。

⁷⁰ 田中實「判評」民商法雑誌53巻5号（1966年）83頁。

⁷¹ 星野・前掲注62・64頁。

三 商標権に関する裁判例と学説見解

商標に関する裁判例でも、抽象論として、失効の原則が適用される場合には、商標権に基づく権利は許されないことになる旨を説く判決はそれなりの数に上るが、具体的に結論として侵害を否定したものは存在しないようである。否定例を類型化すると以下ようになる。

第一に、被疑侵害者の侵害行為がそれなりに長期となっているとしても、商標権者がそれを認識したのは大分後になってからであり、気付いてから長期間経過することなく権利行使に及んだという事情に着目して、権利濫用の主張を退ける一連の裁判例がある⁷²。

この類型の代表例として、大阪地判昭和59・2・28判タ536号425頁〔千鳥屋〕事件を紹介する。

寛永7年(1630年)以来、佐賀県で和菓子を製造・販売しており、「千鳥屋」なる登録商標権(昭和25年出願、昭和27年登録)を取得していた原告が、大阪で「千鳥屋」なる表示を使用し和洋菓子の販売を業としている被告に対して、商標権侵害を理由とする損害賠償及び差止めを求めたという事案である。被告は、侵害に係る行為が昭和33年からなされており、約20年間にわたり原告からの異議がなかったことを理由に、本件商標権に基づく権利行使は、失効の原則により、あるいは権利濫用に当たり許されないと主張した。

当該被告の主張に対して、裁判所は「およそ、権利の行使は信義誠実になすことを要し、その濫用は許されないので、差止請求権を有する者が長期間これを行使せず、相手方においてその権利は最早行使されないものと信頼すべき正当の事由を有するに至つたため、その後これを行使することが信義誠実に反すると認められるような特段の事由がある場合には、右禁止権の行使は許されないと解するのが相当である」と述べて、商標の事件においても、抽象論として失効の原則が適用されうることを認めた。

しかしながら、具体的な当てはめとしては、以下のように論じて、被告

⁷² 他の権利侵害の事実を知って権利行使を行ったことを理由に、失効の原則の適用を否定する裁判例としては、東京地判昭和41・8・23判不競889頁〔不二コロンパン〕事件、大阪地判昭和59・12・20無体集16巻3号832頁〔浜千鳥〕事件、横浜地判昭和60・10・25判時1172号134頁〔浜っ子〕事件等がある。

の主張を退けた。

「被告は昭和三三年十一月から昭和五七年五月原告ツユ名義の警告書を受けるまでの間、原告らからの異議なく被告標章を商品表示として、『千鳥屋』の表示を営業表示として使用し続け、それによつて三軒の店舗を持ち相応の利益をあげ、菓子業界における信用も得たこと、しかしながら他方原告らは、『千鳥屋』の商号、本件商標を寛永七年（一六三〇年）以来九州北部にて使用し続け、同地方において多数の店舗を有する発展を遂げたが、…昭和五七年までの間原告らは被告店舗の所在を知らず放置していたわけではなく、同年初めにその所在が明らかになるや直ちに警告書の発送、本訴提起に及んでいるなどの事情に鑑みると、原告らの本件商標権の行使は、自己の正当な営業上の利益擁護のためになされたもので、専ら相手方の営業を妨害する為になされているわけでないことが明白であり且つ原告らが被告に対し、被告が被告標章を使用する事実を知らず、その禁止権行使をしないとの信頼を抱かせるに足る外形事実を認めることもできない。

したがつて、右のように被告が平穩に比較的長期にわたり被告標章を使用して営業上の利益と信用を得ていたからといつて、本件商標権の禁止権等の行使が信義誠実の原則に反するということはできず、また、権利濫用となるものではない。」

この判決は、抽象論として失効の原則により商標権の行使が許されない場合があることを認めつつ、事案に対する具体的な当てはめとしては、前掲昭和30年最判と同様に、長期間、権利行使をしなかったことだけではなく、それにより相手方に当該権利行使をされないという信頼を抱かせるに至り、もつてそのような相手方に対する権利の行使が「信義誠実に反すると認められるような特段の事由」があることが必要であると論じている。そして、具体的な事案としても、被告が原告から20年以上異議を受けることなく標章を利用し続けているということを摘示しつつ、原告が被告の行為に気付いて直ちに警告状を送ったことや本訴提起等の事情を考慮し、原告の請求が権利濫用に当たらないと帰結した。

要するに、権利を有する者が権利を行使しなかった理由が侵害行為の存在

を知らなかったことであれば、たとえ侵害行為に気付くまで長期にわたっても、侵害者にとっては必須要件となる信頼が生じるとはいえず、権利者にとっては権利の行使が信義誠実の原則に反しないので、失効の原則の適用は認められない。

第二に、商標権者が侵害行為の存在を認識していたか否かを問うことなく、長期間権利を行使しなかったという一事をもって権利濫用となることはないとする裁判例もないわけではない⁷³。

たとえば、大阪地判平成17・5・26平15(ワ)13639〔愛眼〕事件の事案は、「メガネの愛眼」という商標の商標権者である原告Xが、被告Yらが被告店舗の壁面、看板にX登録商標と類似する標章を付して展示することが商標権侵害になると主張し、Y標章の使用の差止めを求めた、というものであった。本件訴訟以前、XとYの間に同商標をめぐる紛争が起きたことがあり、和解で解決されていた。そこで、本件において、Yは、Y標章の長年の使用実績に対し、Xは前件和解後、約20年以上にわたって使用差止請求をすることもなく経過してきたことを理由に、Xの本件請求が信義則に反し、権利濫用に該当すると主張した。

裁判所は、「前件和解においては、X及びYが、X登録商標1、2又はそれらに類似した標章を使用できないことを前提としていた…また商標法及び不正競争防止法においては、商標権者又は周知商品等表示の保有者以外の者が従来築いてきた信用については、先使用权等の制度による実定法の規定に基づく保護が存在するのであって、これに該当しないものについて、長年特定の地方で使用してきた事実が存在するからといって、そのことから、直ちに商標権や不正競争防止法に基づく請求が、権利濫用や信義則違反となるものではない」と論じて、被告の主張を退けた。

同様に、大阪地判平成元・10・9無体集21巻3号776頁〔廻る元禄寿司〕事件、大阪地判平成28・2・8平26(ワ)6310〔でき太の会〕事件では、裁判所は、商標権者が被疑侵害行為の存在を認識していたにもかかわらず、6

⁷³ 以下に紹介する裁判例のほか、著作権に関する事件であるが、この類型に属すると理解しうる裁判例として、東京高判平成13・5・30平12(ネ)7〔キューピー〕事件がある。裁判所は、傍論として、長年において著作権の行使をしなかったという一事だけでは、権利の失効という法理の適用により著作権の行使の否定ないし権利の消滅を根拠付けるに足りる事情ということとはできないと述べている。

年間（〔廻る元禄寿司〕事件）又は9年間（〔でき太の会〕事件）、被疑侵害者に対し何らの請求もなされなかったとしても、被疑侵害者が商標権者から請求を受けることはないと正当な信頼を有するに至る特段の事情は認められない、と論じて権利失効の抗弁を否定した。

このほかの例として、東京地判平成12・7・18平11(ワ)12627〔日通〕事件がある。事案は、商品等表示「日通」の下で需要者の間に広く知られている原告Xが、被告Yが使用している「日通サービス」という標章がXの登録商標と類似することを理由に、Yに対して不競法2条1項1号に基づき、Y標章の使用の差止めを求めた、というものであった。Yは、訴外AがY標章の使用についてXから許諾を受けており、YがさらにAから当該標章の使用許諾を受けたことや、Xが長期にわたり被告標章の使用差止めを請求しなかったことから、XからY標章の使用の差止めを求められることはないものと信頼したことなどを理由に、Xの権利行使が信義則に反するものであって、権利の濫用に当たるか、あるいは、長年の権利不行使によりその権利が失効するに至っていると主張した⁷⁴。

裁判所は、「商標の使用許諾契約は、原則として当該契約上予定された者…が使用する限りにおいてこれを許すものにすぎず、使用主体がこれと異なる者に変更された場合にまで当然に許諾の効力が及ぶものではない。本件においては、…仮にXとAとの間にAによる被告標章の使用を許諾する旨の契約があったとしても…、それがYに対する再許諾の権限を含むものではない以上、Aが自分の運送業務にY標章を使用していることについて差止めの請求がされなかったことから、直ちにAから運送業務を引き継いだYにおいてもその使用が許されることになるというものではない。Yが『信頼』と主張しているものは、合理的な根拠を伴わない単なる思い込みにすぎず、何ら保護に値しない」、そして「Yは、Y標章を用いた広告を掲載していた間、Y標識の有する顧客吸引力による効果を自らの営業において享受していたものであるから、むしろ、Xの信用にただ乗りすること

⁷⁴ 原告は登録商標権侵害を理由とする請求もなしていたが、裁判所は不競法2条1項1号に基づく請求を認容しており、商標権侵害については判断していない。もっとも、権利濫用ないし権利不行使の抗弁に関しては、判文上は、不競法2条1項1号に基づく請求に限定されておらず、論理的には商標権侵害に関する説示と読むことが可能な文章となっている。

により広告投資の額に比して過大の利益を上げていたというべきであり、また、仮に広告投資について何らかの損害が生じ得るとしても、前記のとおり、Yは、何らの合理的根拠もなく、単にXから被告標章の使用の差止めを求められることはないものと思い込んだにすぎないものであるから、自らの思い込みによって生じ得る損害について、その責任を何の根拠もなく原告に転嫁しようとしているにすぎない」と論じて、Yの主張を退けた。

学説では、前述したように、商標権侵害訴訟における権利濫用の抗弁に關しては一定の蓄積があるが、権利失効あるいは侵害放置型の権利濫用に焦点を当てるものは少ない。例外的に論じるもののなかでは、前述した権利失効の原則に関する一般的な理解と同様、たとえば、権利侵害の事実を知りつつ極めて長期にわたって権利行使せず、侵害者に権利行使がなされないとの信頼を形成させかつ標章に多大の信用が蓄積しており、権利行使を認めると著しい不利益を与えるときには、権利濫用の一類型である権利失効の原則によって是正されるべきと提唱するものがある(以下「積極説」という)^{75 76}。

他方、消極説も有力に主張されている。たとえば、上述のような権利者側と侵害者側の利益を比較するという、いわば当事者間の利益衡量に焦点を当てて判断することに対して疑問を投げかけ、商標権の行使には商標権者の私益保護という側面だけではなく、需要者の混同を抑止するという側面もあることを重視し、黙示の許諾や禁反言等の信義則違反等、特段の事情がない限り、失効の原則を振りかざすことは慎重となるべきであるという指摘がなされている⁷⁷。同様に、需要者の観点に着目して、侵害行為を放置すること自体ではなく、侵害行為を放置することによって需要者の利

⁷⁵ 玉井克哉「商標権と周知表示」特許研究18号(1994年)17頁。

⁷⁶ このほか、ドイツの状況に言及する箇所であるが、単なる権利の不行使ということを超えて、登録商標を全く使用していない権利者が、他者が商標を「流通」させ一種の占有状態なり信頼関係なりを成立させた後に権利行使をするという事情がある場合には、登録という形式的な権利を、「流通」(商標を使用し一般に通用させることという程度の意味で用いているのではないかと推察される)という実質的な事実優先させてよいのかということが問題となるという見識を披露するものに、我妻栄「行使を怠ることによる権利の失効」ジュリスト99号(1956年)3頁。

⁷⁷ 田村・前掲注54・318頁。

益が害されることがあるか否か、ということを権利濫用の一考慮要素として掲げる見解もある⁷⁸。

ところが、最近では、権利者側と侵害者側の利益を比較するだけでなく、需要者の利益も念頭に置いて考慮すると、結果的には、権利の失効をより積極的に認める余地があると説く見解が現れた⁷⁹。同説は、商標権が公示されているから、長期間権利不行使の状態が継続しても侵害者に商標の使用に対する正当な信頼が生じることはないとはいいい切れないこと（たとえば、被疑侵害者が類否の判断を誤り商標権侵害にならないと誤信する場合）、また、侵害商標が長期間使用された段階では、侵害商標を前提とした法律関係や取引秩序が形成されている可能性があり、その場合に商標権の行使を認めると、かえって市場の混乱を招き、需要者の利益が害されるおそれがあること、という二点を指摘する。したがって権利失効の法理は現状よりも積極的に是認すべきであるが、しかし、信義則に基づく権利失効の法理は商標権者の長期にわたる権利不行使によって生じた関係当事者の利益状況を総合的に考慮するというものであり、結論に対する予測可能性が低いという問題があり、また権利濫用論とは独立して論じる実益も乏しい旨を説く。結論として、同説は、(1) 一般の商標について現状の範囲で失効を認めるルールと、(2) 広知商標についてより広い範囲で失効を認めるルールを法律上具体的に規定すべきであると提案している（以下同説を「法律上の権利失効説」という）⁸⁰。より子細にいうと、一般の商標に関して、商標権者が被疑侵害行為を認識したにもかかわらず、自らの意思により長期間侵害行為を黙認ないし放置した場合には、原則として、現状の範囲で誠実に侵害商標を使用している者に対して権利を行使することは許されないというべきであり、なお、現状の範囲を超えて侵害商標が使用された場合又は被疑侵害商標の使用地域や使用規模がかなり限定されている場合には、権利の失効が否定される余地がある⁸¹。これに対して、広知商標（＝地理的範囲において、隣接数県にわたって知られており、その浸透度において、相当程度の取引者、需要者に知られている商標をいう）

⁷⁸ 高部・前掲注9・123頁。

⁷⁹ 横山久芳「権利の失効」パテント別冊25号（2020年）71頁。

⁸⁰ 横山・前掲注79・71～72頁。

⁸¹ 横山・前掲注79・73頁。

に関して、広知商標といえる以上、競業者である商標権者も被疑侵害行為の存在を当然に把握しておくべきと推定できるので、商標権者が長期間侵害行為を黙認ないし放置した場合には、原則として、権利の失効を認めるべきであり、また、その際に、不正競争の目的がない限り、さらに現状の範囲を超えて侵害商標が使用された場合でも、権利の失効を認めるべきである⁸²、とする⁸³。

この法律上の権利失効説は、積極説が権利者側と被疑侵害者側の利益衡量にのみ焦点を当てるのに対して、被疑侵害標章が継続的に使用されている場合、その者に対する商標権の行使を認めることがかえって市場の混乱を招き、需要者の利益が害されるおそれがある、という公益側面に着目している点が特徴的である。そして、積極説が信義則に基づき事案毎の総合考慮により権利失効の成否を決するのに対して、立法論とはいえ、より明確なルールを設けようとしている点も、評価に値する特徴といえる。

しかしながら、法律上の権利失効説が提唱する立法論が商標法全体の制度の枠組みに即したものだといえるのかということは更なる検討を要する。前述したように、商標法が登録主義を採用した趣旨は、登録商標の発展助成機能を保障するところにある。たしかに、商標法は標章が出願時点において（４条３項）登録商標の出願人以外の者を示すものとして広知となっている場合には、もはや出願人に登録商標の発展助成機能を保障すべきではないと判断し、その商標登録を認めない（４条１項10号）。法律上の権利失効説は、この商標法の判断を商標登録後にも及ぼし、他人の商標がそこまで広く知られるに至った場合には原則として権利の失効を認めるとすべきであるというのであろう。しかし、このような規律の下では、商標が登録されており、しかも出願時までには他人の標章が広知ではなく、ゆえに商標登録に瑕疵がないために、こうした登録後に商標が広く知られるに至った事態はまさに登録商標権の侵害により形成されたものであるという事情が全くネガティブに斟酌されないことになる。これでは何のために登録商標権を認め発展助成機能を保障しようとしたか分らない。法律上の

⁸² 横山・前掲注79・74頁。

⁸³ 注意を要するのは、この「一般商標」及び「広知商標」は、商標権者の登録商標ではなく、被疑侵害標章を指すということである。

権利失効説は、登録商標が認められたという事実を評価せず、出願と登録の前後で同じ広知性でもって他人の保護の要否を決する点で、立法論としても疑問がある。商標法は他人の商標の保護に関しては先使用权の制度を置いているのであるから（32条1項）、出願時点で周知でない標章については商標権の侵害となるということを原則としているということも斟酌しなければならない。法律上の権利失効説の下では、被疑侵害標章への保護が厚くなるが、その反面、登録商標権への保護は侵食され、登録商標の発展助成機能も相応に損なうことになる。

結論として、本稿が先に論じたように、被疑侵害標章が全国的に著名になっているために、登録商標権者独自の信用が化体する余地がなく、ゆえに発展助成機能を保障すべきではない場合か、又は商標権者が自ら独自に信用を化体することなく、（全国的に著名とはいえないが）信用を培いつつある他人の商標に乗っかって商標を使用していながら、後に態度を変更したというような禁反言的な行動をとった場合（これもまた登録主義の悪い側面が顕在化したものといえる）を除き、原則として、被疑侵害者に対する商標権者の権利行使を認めるべきであろう。

四 本判決の位置付け

ここで、従来の裁判例と比較した場合の本件の特徴を明らかにしておきたい。

本件訴訟に至るまでの経緯という点では、商標権者が本件商標権を取得したのは昭和55年であり、その翌年の昭和56年には、被告標章を付した包装紙の使用を中止するように要求しており、さらに、平成18年の被疑侵害者の商号変更の際にも、そのような商号と標章を利用しないように抗議したことがあった。これに対して、本件訴訟につながる警告状を送付したのは平成29年、訴訟提起は平成30年である。〔千鳥屋〕事件等と比較すると、商標権の取得の一年後の時点で既に被疑侵害標章の使用を知っているにもかかわらず、長年にわたり被疑侵害者に異議を述べるに止まり訴訟にまで至らなかったというところが、最大の相違点であるといえる。

〔千鳥屋〕事件を典型例とする一連の裁判例では、当該事件において実際に商標権者が権利を行使していないとしても、その理由は商標権者が単

に侵害の事実を知らないにすぎなかったという場合には、侵害行為の放置を意味しているわけではないので、被疑侵害者にとって商標権者の権利が「もはや行使せられないものと信頼すべき正当の事由」とはいえず、ゆえに、商標権者の権利の行使が信義則に反するわけではないと判断されていた。正鵠を射た判断といえよう。

これに対して、本件では、商標権者は被疑侵害者の使用行為を知っていたにもかかわらず訴訟を提起しなかった期間が長期にわたるので、それがゆえに、権利が「もはや行使せられないものと信頼すべき正当の事由」が被疑侵害者に備わるのかということが問題となる⁸⁴。

前掲昭和40年最判では、最高裁は、原告が有する権利の行使は通常予想される期間を経過した後に行使されてはいるものの、仮登記により権利が公示されている以上、被告にとって当該権利がいずれ行使されるかもしれないことを予想すべきであつたので、長期にわたり権利を行使しないことは「もはや行使せられないものと信頼すべき正当の事由」に該当しない、と判示した。

本判決では、被疑侵害者が商標権者から申し立てられた要求や警告等によって本件登録商標権の存在を知っているはずであり、被疑侵害者は、本件商標と類似の標章を使用している限り、商標権の侵害訴訟に巻き込まれてしまう可能性があると予想できるといえよう。こうした事情は、自己の不動産に仮登記が付されていたという前掲昭和40年最判の事案と同列に論じることが許されないにしても、権利がもはや行使されないものと被疑侵害者が信頼すべき正当の事由はいまだ備わっていないと判断する方向に斟酌することが許されよう。

もっとも、本判決は、単に商標権者が長期にわたり権利を行使しなかったという一事をもって直ちに権利濫用と帰結したわけではなく、被疑侵害者が訴外本店から使用許諾を受けていたことや、被疑侵害者が登録商標に

⁸⁴ もっとも、本件訴訟に至るまで原告が被告に対して権利を主張することがないわけではない。たしかに裁判上の請求ではないが、しかし、訴訟以外の方法、たとえば本件でいうと、標章を使用しない要求や抗議等が、そもそも権利の行使として認められないのかについて見解が分かれるかもしれない。本稿では、この問題を脇において、判決文の文言に従って、「原告が被告に対して長期間権利行使をしておらず」という判断を前提にして、検討を進めた。

化体する信用の蓄積に寄与していたこと等の事情を合わせ考慮したうえで、権利濫用該当性を認めている。このような判断手法は、〔愛眼〕事件等にも共通するものであり、首肯すべきものである。ただ、そもそも本判決に示されたこれらの事情により権利濫用に該当すると認めてよいかということは、既述したように、また別論となる。

【付記】本稿は、2021年5月15日開催のパブリック・ドメイン研究会（兼東京大学知的財産法研究会、北海道大学知的財産法研究会）で行った報告原稿を加筆修正したものです。参加者の皆様から貴重なお教示をいただき、考察を深めることができました。本稿の作成に当たり、指導教官の田村善之先生から懇切丁寧なご指導を賜りました。また、校正の段階では、北海道大学大学院法学研究科の高橋直子特任助手に日本語の添削を通じて大変お世話になりました。この場をお借りして改めてお礼申し上げます。本研究は中国政府奨学金 CSC201706100181の助成を受けたものです。