

《判例研究》

第三者の使用により特定の営業主体の営業表示として広く認識されるに至った表示と不正競争防止法一条一項二号（アメックス事件）

五味 由典

（不正競争行為差止請求事件、最高裁平五（オ）一五〇七号、平五・一二・一六第一小法廷判決、上告棄却、判例時報一四八〇号一四六頁）

〈事実〉

原告X（アメリカン・エクスプレス・インターナショナル・インコーポレイテッド、被控訴人、被上告人）は、一八五〇年に設立されたアメリカ合衆国法人である。Xは、アメリカン・エクスプレス事業グループの一員としてクレジットカードサービス及び旅行小切手の発行、取扱等の旅行関連サービスを含む総合的金融サービス事業を展開している。また、大正六年に横浜で事業所を開設して以来、日本国内においても営業活動を展開、昭和五五年以降は、クレジットカードを発行している。昭和六一年頃からは、Xの営業表示として、「AMEX」なる英語表記を含む見出しや「海外と言え、アメックス」、「自由な女性の、アメックス」の見出しのもと「アメリカンエクスプレスカー

ド」(クレジットカード)の広告を行ってきた。(Xの営業表示として広く認識された「アメックス」を以下、「X表示」とする。)

被告Y(控訴人、上告人)は、昭和五五年一月九日に主として広告代理業及び不動産事業を営む目的で、「株式会社アメックス・インターナショナル」との商号で株式会社を設立、商号登記をし、以後「アメックス・インターナショナル」、「アメックス・インターナショナル」及び「アメックス」若しくは「アメックス」の表示(以下、Y会社の商号を含め「Y表示」とする。)のもと営業活動を行っていた。

本件訴訟は、XがYに対しYの行っているY表示とXのX表示とは誤認混同を生ずる虞があるとして、Y表示の使用差止、及び、昭和五五年一月九日にYのなした設立登記中のY商号の抹消登記手続きを求めたものである。

これに対し、Yは、Y設立の昭和五五年からY表示を善意に使用していることを理由に、不正競争防止法二条一項四号(旧法)に基づき旧来表示の善意使用を主張した。

一審及び控訴審は、いづれもX表示とY表示との類似性を認定した。そのうえで、Yの商号登記の段階においてすでに、X表示がXの営業表示である、という認識は一般に広く認識されていたものであるとの事実認定に基き、Y表示使用開始時にYが善意であったとする旧来表示の善意使用の主張を根拠のないものと退け、Xの差止請求を認めた。

そこで、Yは、昭和五五年一月の時点でX表示が一般には広く認識されるものではなかった、ということと争うとともに、Xが自らX表示の使用を開始したのは昭和六一年以降であるということは、それ以前にX表示が広く認識されるものとなったとしても、それは、X自らがX表示を使用していたものではない、と主張。この事実、不正競争防止法一条一項二号の差止には、差止を行うもの自身の使用により、広く認識される、という要件が必要であるにもかかわらず、欠如している、として最高裁に上告したのが本件である。

〈判旨〉

「不正競争防止法一条一項二号にいう広く認識された他人の営業であることを示す表示には、営業主体がこれを使用しないし宣伝した結果、当該営業主体の営業であることを示す表示として広く認識されるに至った表示だけでなく、第三者により特定の営業主体の営業であることを示す表示として用いられ、右表示として広く認識されるに至ったものも含まれるものと解するのが相当である。」としたうえで、Yの表示及びYの商号を使用を開始したのは、「昭和五五年一月九日以降であるが、同五四年末までには「アメックス」の語が、新聞記事等において被告人の略称として使用されたことにより、被告人の営業を示す表示として我が国において広く認識されていたものである、というのであって、右認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯することができる。」と判示。また、「右表示(アメックス)と上告人表示及び上告人の商号(Y表示)とが類似することは明らかであるから、上告人が上告人表示及び上告人商号を使用する行為が不正競争防止法一条一項二号所定の他人の営業活動と混同を生じさせる行為に該当する」とした原審の判断は、これを是認」できる(括弧内筆者)、とした。

《評釈》

一、昭和一〇年制定の不正競争防止法（以下、「旧法」とする。）一条一項二号には、「広く認識セラルル他人ノ氏名、商号、標章其ノ他他人ノ營業タルコトヲ示ス表示ト同一又ハ類似ノモノヲ使用シテ他人ノ營業上ノ施設又ハ活動ト混同ヲ生ゼシムル行為」を不正競争行為として認定したうえで、その行為によって、營業上の利益が害される虞がある場合には、差止請求が認められる（同項柱書）。同項二号は、營業表示を保護するものとして、一般に、「營業主体混同行為」として、商品表示保護を目的とする同項一号の「商品主体混同行為」と並び称されている。両者の相違は、保護客体の相違からくる条文上の文言の相違にすぎず、不正競争行為の認定要件及び効果に差異はない。

旧法一条一項柱書によって差止請求が認められるためには、①「本法施行ノ地域内ニ於テ広く認識セラルル」（周知性）、②「同一又ハ類似」（類似性）、③「混同ヲ生ゼシムル行為」（行為）の三つの要件が必要とされる。本判決は、これらの要件の内特に、第一の要件である周知性を具備するに至る段階で周知性を獲得した營業表示は、營業主体者自らによって積極的に使用された結果としてのものでなければならぬのか、が争われた事件である。最高裁は、この点について、「第三者により特定の營業主体の營業であることを示す表示として用いられ、右表示として広く認識されるに至ったものも含まれるものと解するのが相当である。」と判断した。本判決を、周知性さえあれば、第三者であっても良い、と読むとすれば、周知性獲得のみが重要な問題と言え、周知性要件のみが主張立証の対象となる。第三者による周知性でも良い、というのであれば、「第三者」の範囲をどの程度とするか、という問題も生じるであろう。以下、これらのことも加味しながら最高裁判断について若干の考察を試みたい。しかし、不正競争行為

の認定に関する争いにおいては、類似性の認定をはじめ事実認定の果たす役割が大きく、この点から、適宜、控訴審判決にも言及することにした。

旧法は、何度かの改正を経て、平成五年五月に、全面改正が行われ新法（以下、単に「新法」という。）は、平成六年五月一日から施行されている。本件で問題となった旧法一条一項一号と同項二号とは、新法では包摂され、「他人の商品等表示として需要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」（新法二条一項一号）と規定されている。商品表示と營業表示は、「商品等表示」として包括され、「本法施行ノ地域内ニ於テ広く認識セラルル」という文言は、「需要者の間に広く認識されている」との表現に言い換えられている。これらは従来の判例の考え方を明文化したにすぎない。前者は、両概念の区別の必要性から、後者は、不用意に条文上あった「本法施行ノ地域内」との文言を削除し、混同を起す主体者として「需要者」を明示した⁽¹⁾。これらの事情から、本件判決は新法（二条一項一号）においてもその意義を有する。

二、まず始めに、本件において、周知性獲得への過程に營業主体の積極的な関与がなされる必要性の有無、という問題がなぜ浮上したのか、ということに触れたうえで、本判決の意図するところを考えてみたい。

本件の訴訟の背景には、時間的な特殊事情がある。Yの商号登記が昭和五四年一月であったが、Xが自らの營業表示として、X表示を使用開始したのは昭和六一年、その間約六年間、營業表示としての混同状態が起り得る状態にあった、ということが言える。このことが本件においてYをして、旧來表示の善意使用の主張を行わせる根拠となつて

いる。しかし、Xとしては、Y設立時にYのY表示使用に細心の注意を払い、その商号登記及び行使を差止めようと
しても、周知性獲得段階で自らの使用が要件とされたとしたなら、手の打ちようがない。それどころか、Yの商号登
記以後、XがX表示を使用すれば、逆にYの先使用权が認められ、Xの敗訴になりかねない場合もあろう。このよう
な事情のもと、最高裁が、「第三者により特定の営業主体に営業であることを示す表示として用いられ、右表示とし
て広く認識されるに至ったものも含まれる」という本件判断を下したところの意義は大きい。本判決はまさに、Y商
号登記前の「昭和五四年末まで」に周知性を有していたとの認定を是認することになり、Xの勝訴を導いた。この判
決の考え方は、おそらく、差止請求をする際に、周知表示を主張するものは、自己使用を要件とせずに、専ら、自然
発生的に周知となっていた、ということのみを主張立証すればよい、という結論も導くのであろう。

ところで、「第三者」であつてもよい、とする理由付けについては、本判決では触れられていない。この点からだ
け考察すれば、とにかく、周知でありさえすれば「第三者」であれ、誰でもよい、という趣旨の判断と読めよう。営
業表示等の周知性を保護するのは、当該営業表示等とその出所についての社会的事実に対する取引者や需要者の認識
ないし判断、言い換えれば、当該営業表示等によって表象されたグッドウィルの保護である、と言われている⁽²⁾。その
ように言えば、両者を結び付ける媒介者が如何なるものであつても何等問題はないであろう。この点についての本件
控訴審の立場は、若干異なったものに思える。控訴審判決では、「『広く認識セラルル』状態は、その状態の形成が
不法な手段で行われた場合を除き、もっぱら客観的に観察されるべき事柄であるから、営業主体が特定の営業表示を
周知するよう特段の努力をした結果、その営業表示が広く認識されるに至った場合のみならず、ある表示の自然発生

的に特定の営業主体の営業を示す表示として広く認識されるに至った場合」を含む、と判示する。控訴審は、周知性
取得の過程に視点を置くゆえに、第三者においても除外される範囲があることを示唆しているように読める。上告審
において余りにも広範囲になった「第三者」（と言うより、むしろ過程自体にはウェイトを置かないということだろ
うが）が果して妥当であるか、疑問無しとしない。というのも、営業主体があまり好まない営業表示（もちろん、愛
称・略称等）で周知となったものについて、いざ営業主体混同行為が行われ、差止請求をする場合には、その営業表
示の使用について積極的に「第三者」使用の事実に基づき主張できる、というの⁽³⁾も些かおかしい気がする。また、第
三者の無責任さ、という意味においても、疑問が残る。略称化して使用された結果、略称化される前にあつた当該営
業表示行為に関連する信頼が減少した場合や、略称化の結果、他表示との混同が生じた、という場合である⁽⁴⁾。さら
に、競争関係にある会社の比較広告や競争関係にない会社、テレビドラマなどによって、偶然にも愛称・略称等が周
知となった場合も含まれるのであろうか。本件上告審は、このような事態を想定していないのは勿論のこと、専ら周
知性に執着するだけなのであろう。

三、次に、本件におけるX表示の周知性に関する問題に考察を加えることにする。周知性を有するという点につい
ての認定は、前述のように専ら事実認定の問題であるが、上告審判決は、この点を踏まえたくえでのものなので、こ
こで検討する⁽⁵⁾。

ある一定の商品や営業に愛称や略称の類が付せられることは、ごく一般的なものとなっているし、特に、わが国に

おける最近の傾向として、略称化の傾向は著しい。略称自体も、営業表示機能を営み識別力を有する以上は、旧法の「営業タルコトヲ示ス表示」(法一条一項二号)に該当し、保護されることには、何等問題はない。⁽⁶⁾ それゆえ、本件の争いは、「アメックス」なる表示が、Xの略称としても昭和六一年以降は使用されていたという事実もあり、当該略称としての営業表示が「広く認識」されている、という周知性の判断に帰一する。

一般に周知性認定については、第一に周知性の主体について、第二に営業等取引の実情を立証することが要求せられ、その範囲についてはなんらの制約もない。具体的には、宣伝広告の種類、方法、頻度及び費用や営業に関する第三者の記事、評価などが効果的資料と言われている。⁽⁷⁾ 本件に関しては、Xにより、Xの営業活動に関する一般新聞の報道記事等、「最新英語情報辞典」における「AMEX」の項に記された意味及びXの広告宣伝費用等について提出された証拠に基づいて、周知性が認定されている。その中でも特に、昭和五一年九月二二日付け日経産業新聞から昭和五四年末までの一般紙の記事としての「アメックス」表示に周知性を認定するか、が争点となった。結論として、控訴審も、「専門誌のみならず、広く一般人に読まれている新聞二紙や広い読者層を想定している雑誌でも、原告を指す名称として原告表示が使用され」「それらの記事を読んだ読者において、原告表示が原告を指す名称であると認識したものと推認できるばかりではなく、各記事が掲載された時期に、各記事を執筆した我が国の大新聞社二社の複数の記者のみではなく、閲読、編集した複数の編集担当者も、原告表示が原告を指す名称として、相当数の読者に了解されていると認識する状況にあったものと推認することができる。」との一審判決を是認し、周知性の根拠足りうることを認定した。⁽⁸⁾

本件上告審の趣旨に従えば、Xから提出された資料における控訴審の事実認定は、昭和五四年末までのものが周知性そのものを、それ以降、特に昭和六一年からの資料は、周知性継続をそれぞれ認定していると考えられよう。そのように解せば、事実認定の段階で、周知性継続の必要性も暗黙の内に認定されたといえる。⁽⁹⁾

四、最後に、本件判決においてはあまり問題とされなかったが、周知性取得態様について述べておく。

まず、周知性取得の時期については、周知性取得の成否を論ずることによって、議論の余地のないものとして処理できる場合が多い。最高裁が、商品表示について出したものによれば、「甲が、これと類似の商品表示の使用等をする乙に対してその差止等を請求するには、甲の商品表示は、不正競争行為と目される乙の行為が甲の請求との関係で問題となる時点、すなわち、差止請求については現在(事実審の口頭弁論終結時)、(中略)周知性を備えていることを要し、かつ、これをもって足りる」⁽¹⁰⁾とする。営業表示についても、コンピューターランド事件において、「債権者の本件営業表示たる『コンピューターランド』と言う名称は、少なくとも本件口頭弁論の終結時である昭和五九年一月には、(中略)需要者間にも、債権者の営業活動であることを示す表示として、広く認識され、周知となっていたものと解するのが相当」⁽¹¹⁾と、判示されており、口頭弁論終結時説が判例の立場である。これに対して、周知性の存在は、「類似する表示を使用した時点において認められなければならない」⁽¹²⁾と使用時説も存する。前者は、後者より保護が広がるとされている。⁽¹³⁾

しかし、本件での口頭弁論終結は、平成四年六月二九日(第一審判決日)と平成五年四月二八日(控訴審判決日)

との間であるにも関わらず、「昭和五四年末」には周知性があつた、ということをも首肯する事によって、使用時説を採ったというより、周知性取得時期の問題を回避しているように思われる。取得時期として回避はしたものそのこには、Yの商号登記行為に「悪意」を認定させるものとしての効果を生じさせている。本件はむしろ、Yから旧来表示の善意使用（旧法二条一項四号、新法一条一項三号）が主張されていることを併せ考えた結果の「悪意」ともいえるであろう。そのように考えると、本件控訴審（ひいては上告審）の判断は、いかにYの旧来表示の善意使用を認めないようにするか、という視点に基づいていると言えるかもしれない。⁽¹⁴⁾

周知性を招くにいたる過程には、「悪意」を有するとするのが通説・判例であり、本件第一審、控訴審いずれにおいても、「Yが善意であったことを認めるに足りる証拠はない」と判断している。近時、原告と被告の両者が「悪意」の場合に通説・判例の考え方では対応上不合理な点が現れることから、「原告が周知性を取得する際の諸事情は原則として参酌すべきではな（い）」⁽¹⁶⁾との不要説もある。それ故、上告審のかかる日付の判断は、設立登記の時期において周知性を有する場合は、「悪意」とみなされる、という趣旨を示したものと言えよう。

五、以上、本件事例を種々検討してきた。結論としては正当であるといえるが、今後、具体的にどのような場合の第三者まで含めるのか、第三者による表示と自己の営業表示としての使用の継続性といった問題については、具体的な判例の集積を待つしかないようである。さらに、営業表示の希釈化に関する問題についても、その理論構成の問題を含め、検討が必要であろう。

(1) 旧法時代の周知性に関連する問題点としては、周知性の地域的範囲画定についての争いが多かった。この点について、ニユーアマモト事件の最高裁判断（最判昭三四年五月二〇日 刑集一三卷五号七五五頁）は、「本邦全域にわたり広く知られていることを要するという趣旨ではなく、一地方において広く知られている場合をも含む」と、一定地域における周知性で足りる、と判示している。また、「本法施行ノ地域内」の文言は、外国で既に周知性を帯びた商品を輸出する場合に、かなり無理な解釈、運用が行われたことも加味され、新法は、「需要者の間」との文言に改められている（大阪地判昭五九年六月二八日判タ五三六号二六六頁参照）。又、周知性要件の要否についても議論がなされている。削除論者からは、周知性獲得以前のフリーライドに対応できないとか、諸外国の法制、特に英米法では *passing-off* などとの関係から、我が国においても「混同」にウェイトを置いて、周知性は混同を判断する一つの要素でしかない、といった主張がなされている（紋谷暢男「商号の保護」民事研修二六九号、土肥一史「不正競争防止法における周知性」ジュリスト一〇〇五号二七頁、小野昌延編著『注解不正競争防止法』青林書院、平二、一六七頁参照）。新法でも削除が検討されたようだが、「登録されていない標章を保護するものであるから、保護に値する一定の事実状態を形成している場合に初めて保護の対象とすることが適切」と、一定の基準を設けなければ、保護の限度を示せない、という点から残された。詳細は、通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説不正競争防止法』有斐閣、平六、二八頁以下参照。次項も参照。

(2) 豊崎Ⅱ松尾Ⅱ渋谷『不正競争防止法』第一法規、昭五七、一〇四—一〇六頁。なお、小野編著・前掲書（一六六—一六七頁）では、周知性がグッドウィルの保護にあるという点に関し、「保護の対象となる表示は多くのグッドウィルが蓄積されたと評価できるほどに広く知られているはずであるという意味で『周知性』要件が挿入された」と考えられるが、沿革上の理由は定かでない、とする。さらに、「保護に値する財産的価値と周知性の程度は必ずしも比例するものではない。」と、グッドウィルを唯一の根拠とする考えに疑問を投げかけている。

(3) このことは、例えば、ある営業主体が、一般に使用されている愛称・略称等に（マイナスイメージを感じさせるなどの理由から）常日頃、好感を持たず、かたくなに正式名称表示での営業行為を行ったり、愛称・略称等の使用に際し、表示者に異

議を述べたりしていたにもかかわらず、かかる愛称・略称等が周知性を帯びたというようにことを想定する。著作権法のように、著作者人格権（同一性保持権）があれば問題はないだろうが、かかる人格的権利がない商号のような場合、愛称・略称等の使用に際し法的手段は採りにくいであろう。

(4) 例えば、ある全国紙が、「マック」との見出しを出した場合、果して「マクドナルド」の略称であるのか、「マッキントッシュ」の略称であるのか、といった誤認も生じかねない事態も起ろう。もちろん、このような場合に、新聞記事等詳細に内容を読めば混同は生じないかもしれないが、宙刷り広告や、見出しだけが強調されるいう広告形態が、社会において一般化されてしまうと、誤認混同の生じる余地は大きくなってくる。勿論、かかる事態は、営業等表示の希釈化（ダイリューション）と言う問題とも切り離せないことも指摘できよう（小野編著・前掲書、二〇三頁参照）。事実、本件Xの営業活動とYのそれとでは、ほとんど共通性がない。

(5) 差止を認める二番目の要件であるところの類似性の判断については、本件に関する限りあまり問題視されないであろう。Xの「アメックス」なる略称とYの「アメックス」の類似性は、明らかである。類似性の判断基準とされている「外観、称呼又は觀念」（最判昭五八年一〇月七日 民集三七卷八号一〇八二頁）の内、「外観においてきわめて類似し」「称呼において同一」と認定している。

(6) 豊崎・前掲書、一一三頁。

(7) 同、一〇一—一〇二頁。

(8) この点についての認定には、最初に周知性を獲得したと言う段階から、訴訟提起までの間の周知性が継続しているとの推定も及ぼすのか、継続性は別途立証（本件ではされているが）の必要性があるのかは、明らかでない。

(9) 「周知性は、その保護を主張する時点において必要であるが、本号（一条一項二号）が周知表示の営業活動の誤認混同を防止する規定であることから周知性の継続は必要である（括弧内筆者）」とされる（小野編著・前掲書、一六九頁）。なお、商品表示については、東地判昭三四年六月二九日（是はうまい事件）で、「継続性」は要件として既に認められている。

(10) 最判昭六三年七月一九日 民集四二卷六号四八九頁。

(11) 札幌地判昭五九年三月二八日 判タ五三六号二八四頁。

(12) 豊崎・前掲書、九六頁。

(13) 小野編著・前掲書、一六九頁。

(14) 旧法二条一項四号の「善意」とは、不正競争の目的のないことと言うのが通説である（小野編著・前掲書、三八五頁）が、旧法一条一項二号に要求される「善意」は、さらに広く解するものもあり、定かでない。後者で要求されるところの「悪意」が周知性取得を争うものの障害事由としてだけ意味を有するのであれば、本判決の意味も、周知性取得の一連の問題と言えよう（同、一七二頁参照）。

(15) 小野編著・前掲書、七七頁以下。豊崎・前掲書一〇七頁。

(16) 田村善之『不正競争防止法概説』有斐閣、平六、四八頁。

完了