The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ブランド・エクイティと不正競争 : 不正競争防止法2条1項2号の一解釈試論
Author(s)	宮脇, 正晴
Citation	国際公共政策研究. 2000, 4(2), p. 193-208
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/6039
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ブランド・エクイティと不正競争
—不正競争防止法2条1項2号の一解釈試論—

Brand Equity and Unfair Competition; A New Construction of the Famous Mark Protection Provision of Japan's Unfair Competition Prevention Law

宮脇　正晴*

Masaharu MIYAWAKI*

Abstract

The purpose of this article is to put a new construction on Article 2 (2) ii of Unfair Competition Prevention Law based on the view that the interest protected under the provision is "brand equity". The provision was introduced in 1993, designed to protect the value of famous marks apart from their source-identifying role. However, it does not seem to have worked effectively so far.

The article will conclude that a mark is protectable under this provision, (1) where not only the mark is well-known but there exists positive brand equity and (2) where the accused mark is so similar to the mark that the mark is likely to be diluted.

キーワード：不正競争、不正競争防止法、著名表示の保護、稀釈化（ダイリューション）、ブランド・エクイティ

Keywords：unfair competition, Unfair Competition Prevention Law, famous mark protection, dilution, brand equity

* 大阪大学大学院国際公共政策研究科 博士後期課程

はじめに

商標や営業表示などのいわゆる「ブランド」の本来的な機能は出所の表示や商品／サービスの識別である。しかし現代においてある種の「ブランド」は、一定の消費者にとって、単なる識別表示ではなく独自の意味ないし価値を持つものとなっている。例えば、同じような商品であればより好ましいブランドの付されている商品のほうが選好されるということは、日常生活のなかでよくあることである。イギリスのある工場で日立とＧＥが同一モデルのテレビを生産していたが、市場においては日立のテレビの方がＧＥのものよりも高い価格で、しかも二倍も売れたという[1]。両者のテレビの相違点といえば、ブランド名しかなかったのであるから、このような差異を生んだのはブランド名であると考えることができる。つまり、ブランド名そのものが競争優位の源泉となりうるのである。

このように、現代のマーケティングにおけるブランドの役割は、近年ますます重要なものになってきている。経営学や会計学において、ブランドの持つこのような価値は「ブランド・エクイティ（brand equity）」と呼ばれている[2]。ブランド・エクイティが注目されるようになった背景には、大きく二つある。一つには、80年代に欧米で盛んに行われたＭ＆Ａの結果、被買収企業の持つブランドの金銭的評価の問題が注目されるようになったという事情がある[3]。もう一つには、短期的成果を求める経営方式に対する反省がある[4]。つまり、例えば価格プロモーションは短期的には有効であるけれども、長期的にみてそれがブランド・イメージの低下につながるのであれば全体としてマイナスである、というような認識が経営者や広告業者、および研究者の間で高まってきているということである。

競業法の分野においても、商標ないしは営業表示が、保持者による長年の使用や莫大な広告投資などの営業上の努力によって、「広告機能」[5]または「顧客吸引力」[6]を獲得しうることは

1) See Farquhar, "Managing Brand Equity", Journal of Advertising Research, Vol.30 (August/September 1990), RC-7, RC-7-8.

2) ブランド・エクイティの解説書としては、Aaker, Managing Brand Equity (Free Press 1991). が第一に挙げられるべきであろう。同書の発行以来、ブランド研究熱が高まったといわれる。同書は、Ｄ.Ａ.アーカー著・陶山計介・中田善啓・尾崎久仁博・小林哲訳『ブランド・エクイティ戦略』（ダイヤモンド社、1994年）として既に専門研究者によって邦訳されているので、本稿の参考文献としては、こちらの邦訳のほうを採用した。

3) 例えば88年にスイスのネッスル社は、イギリスのローントリー・グループを帳簿上の純資産額の４億ポンドを19億ポンドも上回る23億ポンドで買収したが、この19億ポンドのうちの多くの部分は、ローントリーが所有するキット・カットなどのブランドに対する評価といわれている。猿山義広「財務・会計的視点から見たブランド問題」青木幸弘・小川孔輔・亀井昭宏・田中洋編著『最新ブランド・マネジメント体系』（日経広告研究所、1997年）312頁、314-315頁。

4) 青木幸弘「ブランド・エクイティ研究の現状と課題」商学論究42巻３号39、43-44頁参照。

5) 商標の機能は、一般に出所表示機能、品質保証機能および広告機能の三つであるといわれる。小野昌延『商標法概説〔第２版〕』（有斐閣、1999年）48頁など参照。

6) 満田重昭『不正競業法の研究』（発明協会、1985年）123頁、茶園茂樹「表示の有する価値の不正競争防止法による保護」ジュリ1018号31、32-34頁（1993年）、小野昌延『不正競争防止法概説』（有斐閣、1994年）121頁、田村善之『不正競争法概説』（有斐閣、1994年）180頁など参照。

認識されてきており、これらはブランド・エクイティに相当するものであるといえる。平成5年改正でわが国不正競争防止法（以下、「不競法」とする）に新設された著名表示保護規定（2条1項2号）は、このような価値を直接の保護対象とするものと考えることができる。この規定の目的は、著名表示の冒用者が当該冒用行為によって「自らが本来行うべき営業上の努力を払うことなく著名表示の有している顧客吸引力に『ただのり（フリーライド）』することができる一方で、永年の営業上の努力により高い信用・名声・評判を有するに至った著名表示とそれを本来利用してきた者との結びつきが薄められる」こと（稀釈化）を規制することであるとされ、著名表示の「個別の商品や営業を超えた独自の財産的価値」を保護しようとするものである[7]。

ただし、この「著名表示の財産的価値」が、「ブランド・エクイティ」ほど、競争優位ないし収入の（直接の）源泉としてはっきりと認識されているといえるかどうかははっきりしない。現在この規定が効果的に運用されていない[8]のは、著名表示の価値の認識の曖昧さに一つの原因があるとおもわれる。そこで本稿においては、「ブランド・エクイティ」の考え方を導入し、この規定の保護対象を「競争優位ないし収入の直接の源泉としてのブランド」と捉え、そのような認識を前提としてこの規定の解釈論を展開していきたいとおもう[9]。

1　ブランド・エクイティと稀釈化

1　「ブランド・エクイティ」とは何か

ブランドは、ある売り手あるいは売り手のグループからの財（商品）またはサービスを識別し、競争業者のそれから差別化しようとする特有の名前かつまたはシンボルであると定義される[10]。エクイティとは、この場合は会計用語であって、「持分」ないしは「資産マイナス負債」のことであり、純資産を指すものである。つまり、ブランド・エクイティとはある商品にブランドが付されている場合と、そうでない場合との価値の差のことである。冒頭で挙げたテレビの例を思い浮かべると理解しやすいであろう。この分野の代表的研究者であるア

7）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、1994年）33頁。
8）本稿執筆時（1999年11月）までに、2条1項2号が適用された事例はほとんど報告されていない。わずかに、東京地判平11・2・19判タ1004号246頁（1999年）、大阪地判平11・9・16（1999年11月現在、http://courtdomino.courts.go.jp/chiteki.nsf/caa027de696a3bd349256795007fb825/b1b8c41a65ac19ad492567ef001be428? OpenDocument に掲載）等が散見される程度である。
9）ブランド・エクイティ保護のために実際上最も活用されるのは商標法であろう。しかし、商標法自体は広告機能そのものを保護する制度を採用していない。網野誠『商標〔第5版〕』（有斐閣、1999年）81頁など参照。同法で得られる保護範囲の最大のものは、著名商標の防護標章登録制度の下で得られるが、それとても「混同のおそれ」の範囲内における保護に留まるものである（商標法64条）。本稿は、広告機能を直接保護するものであるとみられる不競法2条1項2号に焦点を当てるものであるので、商標法に関する問題については、論じないこととする。
10）アーカー・前掲注2）9頁。

ーカー（Aaker）教授によると、ブランド・エクイティとは「ブランド、その名前やシンボルと結びついたブランドの資産と負債の集合」であり、「企業かつまたは企業の顧客への製品やサービスの価値を増やすか、または減少させる」ものである[11]。同教授は、ブランド・エクイティを構成するものとして、ブランド・ロイヤリティ、ブランド認知、知覚品質、ブランド連想等を挙げている[12]。

ここでいう「ブランドの資産」とは無形の資産を指しているが、その中核をなすのは、企業側の持つ工業所有権やノウハウなどではなく、需要者の頭のなかに形成および蓄積された記憶や連想・イメージである。よってブランド・エクイティは、「知覚された」価値ともいわれる[13]。本稿が焦点を当てているのはブランド・エクイティのこのような側面であるので、本稿で「ブランド・エクイティ」というときにはこの需要者の知覚レベルで形成されている価値を指すものとする。

2 ブランド拡張の失敗と「稀釈化」という損害

高度なブランド・エクイティは市場の参入障壁であると同時に、「ブランド拡張」を行うことによって別の市場への参入手段ともなりうる。ブランド拡張とは、ある製品クラスにおいて確立されたブランド・ネームを他の製品クラスに参入するために使用することである[14]。ブランド拡張のメリットは、新たなブランド名を付与した場合よりも新製品の導入費用やリスクを軽減するところにある。

ただし、このような拡張がかならずしも成功するとは限らない。ブランド拡張の失敗は、単にその新製品が売れなかったという事態にとどまらず、元々そのブランドが付されていた製品の売上やシェアの減少という事態を招くこともある[15]。その原因は、ブランド拡張によって創出された新たなブランド連想にある。例えば、アメリカにおいてミラー・ハイ・ライフというビールの売上高が1980年代に大きく減少した理由の一つに、ミラー・ライトといういわゆるライト・ビールの登場が挙げられる。ミラーの名前は、ハイ・ライフを飲む人達に「瓶詰めビールのシャンパン」という連想をもたらしていたが、ミラー・ライトがこの連想に（水っぽい）「低カロリーの味」という連想を付け加えたのである[16]。また、イタリアの高級ブランドのグッチは、時計や眼鏡などの様々な製品分野に進出した結果、高級品としての

11) アーカー・前掲注2)20-21頁。
12) これら「構成次元」(asset categories) の説明については、アーカー・前掲注2)21頁を参照。
13) 陶山計介「ブランド・エクイティとは何か」青木幸弘・陶山計介・中田善啓編著『戦略的ブランド管理の展開』（中央経済社、1996年）36頁、38頁参照。
14) Aaker & Keller, "Consumer Evaluations of Brand Extentions", Journal of Marketing, Vol.54 (January 1990), 27.
15) むしろ長期的には、悪い結果をもたらすことのほうがブランド拡張には多いという。小川孔輔・金澤良昭・田中洋「ブランド拡張の成功条件」青木・小川・亀井・田中・前掲注3)174頁、178頁。
16) アーカー・前掲注2)309頁参照。See also, Keller, Conseptualizing, Measuring, and Managing Customer-Based Brand Equity, Journal of Marketing, Vol.57 (January 1993), 1, 16.

ブランド・イメージを損ない、一時期重大な経営危機に陥ってしまったという[17]。

このようなブランド拡張の負の波及効果は、「稀釈化効果（dilution effect）」、ないし「ブランド・エクイティが稀釈化される（diluted）こと」と呼ばれることがある[18]。つまり、拡張によって元のブランド連想が薄められたという意味である。稀釈化効果には様々なタイプがある。全く異種の製品への拡張によって、特定の製品カテゴリーと結びついたブランド連想が弱まることもあれば、低価格や低品質の製品への拡張によって、ブランド・イメージが低下することもある[19]。アーカーは、（拡張の失敗の結果として）ブランドネームが被る損害の態様として、望ましくない属性の連想の創出、既存のブランド連想が弱められること、および知覚品質（ブランドが付された製品の優位性についての顧客の総合的評価）への影響、等を挙げている[20]。

3　競業法学にいう「稀釈化」との符合

競業法学においても、上で述べたのと同種の損害が、（表示の）「稀釈化（dilution）」と呼ばれてきている。法学においては、「稀釈化」は他人によってもたらされる損害である。つまり、例えば、ウォークマンという（あるいはそれに似た名前の）キャンディが他人によって市場に送り出されたような場合に、「稀釈化」が問題とされる。

経営学でいう「稀釈化」が、ブランドの保持者たる企業の経営の失敗によってもたらされるのに対して、こちらは他人によるものという状況の違いはある。しかし、ウォークマンというキャンディが売られているのを目にしたソニーの顧客（潜在的な顧客も含む）は、たとえそのキャンディーの製造元がソニーでなくとも、ウォークマンというブランド名から、これまでの連想に加えてキャンディーも連想するようになるかもしれない。その結果、これまでヘッドホン・ステレオと強く結びついていたウォークマンのブランド連想が弱められるということも考えられる。つまり、損害の本質は同じなのである。

ただ、このような「他人」は、本来のブランド保持者よりもはるかに規模の小さい企業であることがほとんどであるので、この行為が実際に本来のブランドの売上を低下させるまでに至ることはまずない。よって、法学において「稀釈化」はより潜在的な、あまり具体的でない損害として認識されているとはいえよう。それでも、このような行為を放置することは、また別の他人による同じような行為を許すこととなる。そのようにして類似ブランドが蔓延した場合、最終的には本来のブランド保持者のブランド・エクイティに深刻な打撃を与える

17）恩蔵直人「ブランド資産を考慮したブランド戦略」青木・小川・亀井・田中・前掲注3）133頁、136頁。
18）See Farquhar, supra note 1, at RC-10; Keller, supra note 16, at 16; Loken & John, "Diluting Brand Beliefs: When Do Brand Extensions Have a Negative Impact?", Journal of Marketing, Vol.57 (July 1993) 71.
19）See Keller, supra note 16, at 16.; Loken & John, supra note 18, at 73.
20）アーカー・前掲注2）308頁。

こととなるかもしれない[21]。

ブランド連想や知覚品質への打撃がより分かりやすい例もある。もし後発表示／ブランドが好ましくない対象（ポルノショップなど）について、または好ましくない態様ないし状況で使用されたとすれば、先行表示／ブランドのイメージが害されることは想像に難くない。例えば、「ディズニー」と類似する表示がポルノショップに使用された事例が実際にある[22]。このような損害は特に「イメージ毀損」、「汚染」ないし「ポリューション」などといわれる[23]。

法学における稀釈化理論のユニークな点は、出所に関する顧客の混同のおそれが存在しない場合であっても、「稀釈化のおそれ」から本来のブランド保持者を保護しようとするところにある。この理論の保護対象となるのは、表示／ブランドの「広告機能」、「指標力」ないし「顧客吸引力」などといわれている[24]。これらはいずれも表示／ブランドの付与された製品の物理的属性や出所にではなく、顧客のブランド知識・連想に関わる利益であり、ブランド・エクイティの概念に相当するものであると考えられる[25]。

II ブランド・エクイティの保護を前提とした、不競法2条1項2号（および3条1項、4条）の解釈論

不競法2条1項2号の下で不正競争行為とされる行為は、①自己の表示として他人の「著名な」表示と②「同一若しくは類似のものを」使用する行為であり、そのような行為に対する差止請求等が認容されるためには、請求者が③「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」であることが必要である（同法3条1項、4条）。現在この法が機能して

21) 稀釈化が「癌のような腫瘍 (a canser-like growth)」といわれるゆえんである。See Allied Maintenance Corp. v. Allied Mechanical Trades, Inc., 42 N.Y.2d 538, 544, 399 N.Y.S.2d 628, 632. 江口順一「アメリカ商標法における最近の稀釈化(dilution)判例について」阪大法学47巻4・5号743、745頁（1997年）も参照。

22) 東京地判昭和59・1・18判時1101号110頁。

23) 江口順一「現行不正競争防止法の基本問題」日本工業所有権学会年報8号133頁（1985年）、玉井克哉「フリー・ライドとダイリューション」ジュリ1018号37、40頁（1993年）、茶園・前掲注6)32頁、小野・前掲注6)122頁、田村・前掲注6)186頁、渋谷達紀「著名表示冒用行為に対する不正競争防止法上の規制」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、1995年）781頁、788頁、青山紘一編著『最新不正競争防止法—不正競業の事例・判例—』（通商産業調査会出版部、1998年）55頁など参照。

これらの論文にあるように、イメージ毀損は通常の稀釈化とはタイプを異にする損害である。しかし、原表示の想起をきっかけとしてブランド・エクイティにもたらされる損害であるという点に変わりはない。本稿では「稀釈化」をブランド・エクイティへの侵害としてとらえているので、本稿で「稀釈化」というときには、イメージ毀損をも含むものとする。

24) 注5)および前注で挙げたもののほか、江口順一「不正競業法の比較研究(4)」JCA ジャーナル38巻4号13、19頁(1991年)、小泉直樹「ダイリューション」ジュリ1005号29頁（1992年）など参照。

25) アメリカ商標法上の保護対象としてブランド・エクイティを扱った論文に、Swann & Davis, Dilution, An Idea Whose Time Has Gone; Brand Equity As Protectible Property, The New/Old Paradigm, 84 TMR 267 (1994) および Hartman, Brand Equity Impairment-The Meaning of Dilution, 87 TMR 418 (1997) がある。前者は、ブランド・エクイティの概念を用いて商標の財産性を強調して、商標権の範囲を「稀釈化」の範囲よりも更に拡大すべきであると説くものであり、本稿の主張とは直接的には関係していない。後者は、商標の「稀釈化」をブランド・エクイティの侵害として説明するもので、その点では本稿の立場に近いといえるものの、本稿のように「著名性」要件とブランド・エクイティを関連づけて論ずるものではない。

いるといえないのは、混同概念の拡大[26]により、類似表示の使用行為のほとんどは2条1項1号で規制されうる[27]ということに加えて、「著名性」概念の曖昧さが原因であると考えられる。本章においては、著名性要件の解釈にブランド・エクイティの概念を取り入れることで、この規定の望ましい解釈論について検討する。なお、①の要件は更に「自己の表示として」という要件と「著名性」の要件とに分けることができるが、前者は特殊な場合にのみ問題となるものであるので、枚数の制約上、この問題については論じないこととする。

1　著名性とは

この規定の下においては著名表示と類似する表示[28]の使用であれば不正競争行為に該当する。「混同のおそれ」の有無に関わりなく保護が与えられることとなるので、「著名性」のハードルは、1号の「周知性」のハードルよりも高いものでなければならない。では、この著名性は、周知性とどの様に区別されるべきかということが問題となる。「著名な」という言葉の辞書的な意味は、「多くの人に知られている」といったものであり、「周知である」という言葉と差異はない。とするとこの要件は、程度の差はあるかもしれないが、周知性要件と同様、「知られている」範囲すなわち「ブランド認知」の範囲を問うものとすべきであろうか。

この規定の趣旨は著名表示の顧客吸引力の保護である。つまり、いくら有名な表示であっても、それが顧客吸引力を伴うものでなければこの規定の下で保護するに値しない（そもそも保護されるべき価値を有していない）ということである。「顧客吸引力」をブランド・エクイティを指すものと考えれば、著名表示はブランド・エクイティを伴うものでなければならない。しかし、ブランド認知はブランド・エクイティの構成次元の一つではあるものの、それだけではブランド・エクイティの存在を示す十分な証拠とはいえない。ブランド認知は、

26) 2条1項1号（平成5年改正前においては1条1項1号および同2号）における混同概念については、徳永幸藏「不正競争防止法上の混同概念」判タ574号4頁（1986年）、満田重昭「混同概念」判タ793号20頁、小野・前掲注6)119頁以下、田村・前掲注6)69頁以下など参照。

27) 平成5年改正前不競法下においては、「混同のおそれ」を認定することにより、著名表示を稀釈化から（間接的に）保護する、という解決がなされていた。そのため、現実に混同が生じているかどうかは疑わしいと考えられる事案においても、「混同のおそれ」が認定されるという裁判例が少なからず出現することとなった。例として、東京高判昭和57・10・28無体集14巻3号759頁。このような判例の結論は、具体的事案の解決としては妥当なものと評価されているが、混同を認定した点については解釈論の限界を超えるのではないかとの指摘がなされていた。通商産業省知的財産政策室・前掲注7)33頁。平成5年改正によって著名表示の保護規定が導入された背景にはこのような事情がある。

ただし、この改正法の付則3条1号は、改正前に開始された2条1項2号該当行為については、同1号に該当しない限り、同法による規制を受けない旨を規定している。よって、将来、経過規定が問題とならなくなるときまで、著名表示に与えられる保護水準を保つために、少なくとも過渡的には、改正法の下においても改正前と同じ解釈を維持することには合理性を認める余地がある。小塚荘一郎「著名な企業の名称を用いた芸名と不正競争—東急芸名訴訟判決」ジュリ1158号119頁、121頁（1999年）。

28) 不競法にいう「商品等表示」に商品形態が含まれるのは勿論のことであるが、だからといって直ちにこれを2号の適用対象にしてよいとするのは問題があると思われる。商品形態がいかなる広告機能を持ちうるのか、本号が業種の全く異なる商品間の形態の類似をも規制する結果となってよいのか、など、商品形態に2号を適用することに関して、未解決の問題は多い。商品形態の問題はもっぱら1号と3号に委ねるべきではないか、というのが筆者の目下の考えであるが、この問題についての記述はこの程度にとどめ、本稿では形態の問題は論じないこととする。

当該ブランドが購入の際に検討されるブランド群に含められる可能性を高めるものであるが、そのブランドが選好されるかどうかにはブランド連想の好ましさ、強さおよび独自性が重要な役割を果たすからである[29]。よって、専らブランド認知の問題として著名性要件を解釈すると、ブランド・エクイティを伴わない表示と類似する表示の使用までも、2条1項2号該当の不正競争行為となってしまうおそれがある。そうすると顧客吸引力＝ブランド・エクイティの問題は、3条1項または4条の営業上の利益の要件の判断の際に考慮されて、保護に絞りがかけられることとなろうが、そもそも顧客吸引力を害しない行為が「不正競争行為」に該当してしまうところに問題がある[30]。

そこで、辞書的意味からは少し外れるかもしれないが、「著名性」にブランド・エクイティの概念を織り込んで、著名表示を「広く知られているだけでなく、需要者がその表示自体に価値を認めているような表示」と定義してはどうだろうか[31]。この定義のメリットは、ブランド認知のみに着目することの弊害を避けることができるところにある[32]。このような著名性の解釈と、後に述べるような類似性要件の解釈の下では、請求者のブランド・エクイティを侵害するおそれのない行為が2号に該当することはない。

2 著名性の範囲

著名性の地理的範囲は全国的なものでなくはならないのかという問題がある。これについて学説は分かれている[33]。筆者としては、地理的範囲については周知性と同様に柔軟に解し

29) See Keller, supra note 16, at 3.

30) 同旨：小野・前掲注6)294頁。

31) 小野・前掲注6)294頁、および同「不正競争防止法上の問題点」パテント47巻5号19、23頁（1994年）は、「著名」という概念に表示の独自性や広告力などを包含させるのはある程度以上は無理があるとして、形式的に2号に該当しても不正競業性のない行為は、違法性がないものとするのが妥当であるとしている。また、松村信夫『不正競争争訟の上手な対処法〔新訂版〕』（民事法研究会、1998年）182頁［以下、松村・対処法として引用］、松村信夫・三山俊司共著『実務に役立つ知的財産権法の解説』（新日本法規、1996年）403頁および松村信夫「不正競争防止法と工業所有権法」パテント51巻2号23、39頁注(11)は、「著名表示の表示価値の侵害ないし、そのおそれ」を隠れた構成要件要素として読み込むことによって、「著名表示の信用力の冒用」や「著名表示の表示価値の侵害」が生じないような類似表示の使用は、そもそも不正競争行為に該当しないと解すべきとしている。

本稿のような解釈をした場合も、結果的には上記の小野説や松村説と同じになるであろう。しかし小野説や松村説では実際の文言上の要件である「著名性」や「類似性」が形骸化してしまうのが気掛かりである。法の趣旨を考えれば、また、混同行為と著名表示冒用行為との性質の違いを明確に示すという意味でも、表示価値自体を直接に「著名性」と関連づけた方がよいと筆者は考えている。

32) 表示の認知以外の要素を著名性に織り込んで解釈しようとするものに、田村善之「改正不正競争防止法の論点(2)」JCA ジャーナル42巻6号6、7頁（著名性の要件に「特別顕著性」という要件を読み込むことを主張）、渋谷・前掲注23)794-804頁、および同「商品等表示の周知性と著名性の異同」斉藤博・牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』（青林書院、1997年）597頁、599-600頁（違法性の根拠が稀釈化、顧客吸引力への只乗り、良質感の汚染である場合をそれぞれ分けて、稀釈化の場合は知名性のほかに表示が備えている顧客吸引力や識別力が、只乗りの場合は知名性のほかに表示の顧客吸引力が、良質感の汚染の場合は知名性のほかに表示の良質感が著名性の要素となると説く）。

33) 全国あるいはそれに近い範囲での著名性を要求するものに、玉井・前掲注23)42頁、小野・前掲注6)294頁、および同「著名表示の保護における問題点」日本工業所有権法学会年報18号93、105頁（1994年）、通商産業省知的財産政策室・前掲注7)35頁、山本庸平『要説・新不正競争防止法〔第2版〕』（発明協会、1997年）101、104-105頁、一地方に留まるものでよいとするものに、田村・前掲注6)189-191頁、および同「改正不正競争防止法の論点(1)」JCA ジャーナル42巻5号2、4-5頁（1995年）、渋谷・前掲注23)798頁、および同・前掲注35)603頁、神谷巌「『著名』の地域性と立証の程度」小野昌延・山上和則編『不正競争の法律相談』（青林書院、1997）194頁、196頁、松村・対

てよいのではないかと考えている。

1号の周知性要件の場合、重要なのは混同のおそれが生じるかどうかであるので、一地方に留まるものであっても認められうる。著名性の場合もこれと同様に、冒用者とされる者（以下、被告とする）の営業範囲を考慮して、ブランド・エクイティへが打撃を受けるおそれ（稀釈化のおそれ）のある範囲内で、たとえ一地方に留まるものであっても認められてもよいのではないだろうか。もちろん、ブランド・エクイティが打撃を受けるおそれは、需要者の重なりがない場合は生じえないので、2号の下で請求を行う者（以下、原告とする）と被告の営業地域が重なっていない場合は著名性は否定されるべきであろう[34]。具体的な重なりの度合いは、原告の営業地域が被告の主要地域に及んでいることとするのが妥当であろう[35]。このような見解は、「ブランド・エクイティを有する表示は、それを有している範囲内において保護される資格を有する」という認識に基づくものである。

なお、原告の営業地域（現実に原告の商品の流通や営業活動が及んでいる地域）を越える範囲で（単にその広告の効果が及んでいるだけの地域を含めて）著名性を認定するのは、次のような理由から、適当でないであろう。すなわち、いかに好ましい連想や知覚品質を伴う表示であろうとも、それが付された商品／サービスが現実に購入されなければ、その表示主体が実際に利益を得ることはない。現実のないし潜在的な顧客、需要者の記憶・心理にあるブランド連想が「稀釈化」されてはじめて、売上の低下などの不利益が表示主体に発生するおそれが生じる。逆に、原告の商品／サービスを購入できる地域に住んでいない者は、原告に実際に利益を与える可能性が極めて低く、よってそのような者の心理状態の変化が原告に実際に損害を与える可能性もまた、極めて低いということである。そう考えると、広告の効果のみが及んでいる地域にまで2号の保護範囲を及ぼすのは行き過ぎであるように思える。そのような地域おける類似の後発表示については、専ら1号の問題とするほうが妥当ではないだろうか[36, 37]。

以上のような地方説を取ったときに問題となるのは、一地方でのみ著名なある表示があったとして、その表示は、別の地方で類似表示を使用して営業していた者がその地方の市場へ参入することを妨げるものとなるのかということである。具体例としてあげられるのは、「関東地方のみを営業エリアとする家電量販店があり、他方大阪府吹田市でのみ著名な豆腐屋があったとして、同じ商号を使っていたとすると、関東の家電量販店が全国展開を図る場合、

処法175頁がある。

34）前注に掲げた、著名性は一地方に留まるものでよいとする諸論文と同旨である。

35）同旨：渋谷・前掲注23）797頁。

36）1号の保護範囲は、表示が周知である範囲である。横浜地判昭和58・12・9無体集15巻3号802頁参照。小野・前掲注6）115頁、田村・前掲注6）35頁も参照。

営業地域外にまで差止めの範囲を及ぼしたいのであれば、1号の下で請求を行えばよいであろう。混同のおそれが存しないならば、営業地域外に保護範囲を及ぼす根拠は、本文にみるように、ほとんど見当たらない。

37）このように解すると、日本で営業活動を行っていない外国事業者の著名表示の問題も1号に委ねられることになる。

吹田に出店する場合だけは別の名を選ばねばならない、とするのが適当だろうか」ということである[38]。これは非常に微妙なケースであり一概にはいえないが、この場合でももし豆腐屋の側にブランド・エクイティが存在するのならば、著名性は認定してもよいのではないだろうか。ブランド・エクイティが存在するということは豆腐屋がその商号を使用することで金銭的利益を得ている（例えば、価格プレミアムが生じている、店名を変更すると売上が落ちるなど）ということであるので、このような「獲得された地位」の保護を、単にその地理的範囲の狭さのみに着目して（つまり、単に営業規模の大小のみを問題として）これを否定するのは適当ではない[39]。後述する類似性の要件が満たされるのであれば、このブランド・エクイティが脅かされていることとなるからである。それでもこの場合に保護が否定されるとすれば、その理由は保護を認めることが市場や競争秩序にとって全体的にマイナスとなると評価できるからとするほうが、より説得的におもえる。

つまりこの場合、後述のように、営業上の利益の要件の判断の際に比較衡量を行うことによって、具体的事例に即して解決するのが適当なのではないだろうか[40]。豆腐屋側に関して考慮されるべき要素としては、その営業地域の広さやブランド・エクイティの高さが挙げられる。営業地域が広いほど、あるいはブランド・エクイティが高いほど、これらは豆腐屋に有利な要素となろう。他方、関東の家電量販店側に有利な要素としては、事業の全国展開を図る際に、一地方の異業種の表示までも考慮しなければならないのでは予測可能性の点で問題があること、および同一の商品・営業につき同一の表示を使用することを全国的に認めたほうが、流通の円滑化や消費者の便宜などに資すること、等が考えられる。

では、著名性の範囲が一定の需要者層あるいは一定の業界内に留まるものである場合はどうであろうか。この場合も、需要者の重なる場合は著名性は肯定して差し支えないとおもわれる。ただし、保護される範囲はその需要者層ないし業界内に限られる[41]。この見解も地理的範囲の場合と同様、「ブランド・エクイティを有する表示は、それを有している範囲内において保護される資格を有する」という認識に立つものである。

ただし、業界によってはそもそもブランド・エクイティが発生しない場合がある。例えば、企業が取引相手である生産財は、品質と価格のみに着目されて取引されるものがほとんどである。この場合表示が価値を形成するとは考えにくく、同じ品質であれば、表示に関わりなく安いほうの製品が選好されることとなる可能性が高い。このような市場においていくら有

38) 玉井・前掲注23)42頁。この具体例をめぐる議論に、田村・前掲注6)189-191頁、および同・前掲注33) 4－6頁、小野・前掲注33)106-109頁がある。

39) 著名表示の保護に関しては、なんらかの混同を排除することが問題なのではなく、ある獲得された地位を侵害から保護することが問題となる。土肥一史「他人の信用・名声の利用と不正競争防止法」特許研究4号12、15頁（1987年）。

40) 比較衡量を行う点については、田村・前掲注33) 6頁および同・前掲注32) 7－9頁と同旨であるが、具体的内容については、後述のように、若干の違いがある。

41) 同旨：田村・前掲注33) 5頁。

名な表示であっても、そもそも「競争優位源泉としてのブランド」が存在しているとはいえないので、著名性は否定されるべきであろう[42, 43]。

この他、一定の需要者層あるいは一定の業界内に著名性を認定した際に場合に生じる問題は、前述の豆腐屋の例と同じように、著名性の問題ではなく、営業上の利益の要件の判断の際に考慮されるべきであろう。需要者層や業界層の問題も、地理的範囲の問題と本質的には変わるところはない[44]。

3 著名性の立証

著名表示を、「広く知られているだけでなく、需要者がその表示自体に価値を認めているような表示」と定義した場合、最大のポイントとなるのは、いかにして「需要者がその表示自体に価値を認めている」ということを立証するかということである。ソニーやコカ・コーラなどの一部の巨大ブランドの著名性については、裁判所に顕著な事実として立証が不要となる場合もあるかもしれないが[45]、そうでない表示については当然、立証が必要である。

著名性の証拠としては、「新聞、雑誌、テレビなどの媒体による広告そのもの・媒体業者の出稿証明・パブリシティ記事（unsolicited advertising）・宣伝広告費高・商品のシェア率・同業関連業者の説明書・需要者の証明書・販売実績証明書・ヒット商品の受賞歴・公的機関の証明書・防護標章登録の事実」[46]等が挙げられている。この際注意しなければならないのは、これらが単なるブランド認知のみを示す資料とならないようにすることである。「需要者がその表示自体に価値を認めている」ことが、これらの資料から総合的に推認されるように

42) 玉井・前掲注23)45頁注(45)には、「各企業の経理担当者のみ著名な帳票システムがあったとすると、たまたま同じ標章を用いてオフィス家具を販売しているメーカーは、経理部に納入するときに限っては別の商標を使わねばならないことになる」という具体例が挙げられている。ここでいう「著名」とは知名度が高いという意味で使われていると考えられる。このような帳票システムが企業に納入されるか否かを決定付ける要素は、その品質や価格のような物理的な属性やその企業固有の事情であって、それに付された標章の好ましさや独自性であるとは考えにくい。よって、本稿のような「著名」解釈によればこのような事例においてはそもそも著名性が認定されない可能性が高い。

43) このような考え方は、業界を越えて有名な表示であっても妥当しうる。つまり、たとえ全国的に有名な表示であっても、その対象市場がそもそもブランド・エクイティを発生させえないような市場であるならば、著名性を否定するべきではないだろうか。例えば、「神戸製鋼」、あるいは「神鋼」という表示は業界を越えて知られているが、一般に鉄の取引にブランドが介在する余地はほとんどないと思われる。もしそうであるならば、このような表示に識別表示としての保護以上のものを与える根拠は薄弱であろう。

44) ただし、渋谷・前掲注35)602-603頁は、著名性の地域的範囲を一地方でよいとしながらも、識別力の希釈化を違法性の根拠とした場合は、識別力が冒用者の分野に及んでいるだけの表示であっても、「冒用行為を不法行為と見なすには、その解釈に説得力を持たせるため、より広い範囲に及ぶ大きな識別力の存在を条件とする必要があると思われる」としている。筆者としては、需要者が重なっている時点で十分に説得力があり、また、それとは関係ない分野での著名性を立証を要求することは、原告にとって過度の負担でこそあれ、解釈をより説得的にするものとは思えない。

45) 「著名」を「裁判所に顕著な事実」とする解釈もある。牛木理一「新不正競争防止法と意匠の保護」パテント46巻5号27、29頁（1993年）。しかし、このような解釈は保護される表示の幅を著しく狭めるものであり、不当であろう。
ただ、確かに一部の巨大ブランドの著名性については、訴訟の進行中に、裁判所が「裁判所に顕著な事実」との心証を表明するほうが、訴訟の進行上望ましいであろう。小野・前掲注6)151頁、三山峻司「不正競争防止法における著名表示と周知表示の関係」パテント51巻5号15、21頁、神谷・前掲注36)197-198頁参照。

46) 三山・前掲21頁。また、同21-22頁にはこの他にアンケート調査による立証も提案されている。

しなければならない。そのためにはこの他、ブランドの年数や業界への参入順位、累積広告量、業界における現在の広告シェア[47]、ブランド拡張が成功しているという事実、あるいは一定のブランド連想を保持することに努めてきた広告実績等も有効な立証資料となろう[48]。

4 類似性

著名性が立証されたとしても、被告が当該著名表示と「同一又は類似の」表示を使用していることが立証されなければ、2条1項2号該当行為とはならない。両表示が全く同一である場合は当然にこの要件は満たされるが、この号にいう「類似」とはどの程度の類似を指すのであろうか。

この類似性要件は、1号の類似性要件とは別に解されるべきである。1号の関心は「混同のおそれが生じるか否か」にあるので、類似性の判断もこれを基準として行われる。他方、2号における関心は「稀釈化（ブランド・エクイティへの打撃）のおそれが生じるか否か」にあると解せられるので、類似性の判断もこれを基準として行われるべきである。すなわち、当該著名表示を容易に想起させるほどに類似している表示が、2号にいう類似表示となる[49]。これを念頭に置いて、表示自体の近似度以外の要素を含めて総合的に判断することが必要となる。

そのような要素として具体的には、両当事者の業種の近接性と当該著名表示の「強さ」が挙げられる。一般に、両当事者の業種が近ければ近いほど当該著名標示が想起される可能性は高まるといえるので[50]、前者の要素はそれを問うものである。後者の要素は当該表示が独自性の高いいわゆる「強いマーク」（反対に、「さくら」、「朝日」など一般に選択されやすい表示は「弱いマーク」と呼ばれる）であるかどうかを問うものである[51]。当該著名表示の独自性が高ければ高いほど、稀釈化のおそれも高まる。逆に弱いマークであればあるほど、当該著名表示のみが想起されることは難しくなるので、稀釈化のおそれは弱まる[52]。

---

47) 一般にブランド・エクイティは、対象市場の大きさ、対象市場の潜在性、市場シェア、ブランドの年数、業界への参入順位、累積広告量、業界における現在の広告シェア、国際性などを加味して算定される。恩蔵直人「ブランド資産とブランド戦略」マーケティング・ジャーナル51号46、48頁（1993年）。

48) この他、もっと直接的に専門家にブランド・エクイティの測定を依頼する方法も考えられる。ブランド・エクイティの測定方法は、特に広告会社などによって、現在様々な測定方法が開発されている。青木・小川・亀井・田中・前掲注3)327頁以下参照。ただし、これには証拠法上の問題や、どのような測定法が採用されるべきか等さまざまな問題が付きまとう。枚数の制約上、この問題の議論は別の機会に譲ることとする。

49) 小野・前掲注6)165頁、田村・前掲注6)192頁、通商産業省知的財産政策室・前掲注7)35頁、松村・対処法178-180頁参照。

50) 小野・前掲注6)165頁参照。

51) 強いマーク・弱いマーク理論は、アメリカ商標法において発展した理論である。詳細については、江口順一「アメリカ商標法における強い（strong）マーク・弱い（weak）マークの法理について」大阪大学法学部創立30周年記念論文集『法と政治の現代的課題』（大阪大学法学部、1982年）217頁を参照。

52) 弱いマークはそもそも最初から稀釈化されているといえる。江口・前掲234頁。また、アメリカ不正競争法リステイトメントの稀釈化に関する規定である25条のコメントeは、次のような具体例を挙げている。「KODAK という商標は、その単語がカメラと共に呈示されているのか、あるいは単にその単語だけが示されているのかにかかわりなく、この標章の下で販売されるカメラと結びついた連想を喚起する。他方、ALPHA という表示がカメラの商標として

これらの二要素と表示自体の近似度とは互いに次のような関係にあるといえるだろう。つまり、両当事者の業種が遠ければ遠いほど、(類似性要件を満たすために) 要求される表示自体の近似度は高くなり、また、当該著名表示が弱いマークであればあるほど、要求される表示自体の近似度は高くなる、という関係である。そして両当事者の業種の近接性と当該著名表示の「強さ」との関係は、両当事者の業種が遠ければ遠いほど、要求される当該著名表示の「強さ」の程度は高くなる、というものになろう。

5 営業上の利益を侵害されるおそれ

著名性と類似性の要件が満たされると、被告の行為は不競法にいう不正競争行為に当たることとなる。そして、そのような行為によって③「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」に差止等の請求を行う権利が認められる（3条1項、4条)。

本稿のような解釈の下で2条1項2号の要件を満たす行為は、原則として、原告の営業上の利益を侵害するおそれがあるといえる。著名性の要件において原告の表示がそもそも稀釈化の損害を受けるだけの価値（ブランド.エクイティという「営業上の利益」）の有無が判断され、類似性の要件において稀釈化を生じうるような状況であるかどうかが判断されることとなるからである。

しかし、不競法で「営業上の利益」が保護されるのは、そのことで「公正な競争」が確保されるからであるので（1条)、保護を認めることが市場や競争秩序に別の不利益を生むおそれがある場合は、2条1項2号該当行為であるからといって、直ちにこの営業上の利益の要件が満たされるとすべきではない。満たされるかどうかは、保護によって得られる利益と不利益とを比較衡量することによって判断されるべきであろう。1号の場合と異なり、2号の場合のみこのような比較衡量が必要となるのには、次のような理由がある。

確かに、同じ不正競争行為であっても1号該当行為の場合は、混同のおそれが認定されるとほぼ自動的に営業上の利益の要件が満たされるという裁判実務が示しているように[53]、このような比較衡量はなされない。これは、混同行為すなわち需要者に誤った認識を与える行為を差止めることの公的な利益が、いかなる場合でも優先されるからと考えることができよう[54]。

保護されるに十分な顕著性を獲得しえたとしても、この語を単独で使用することは、ギリシャ文字の第一番目のものにすぎないといったものを含む、様々な別種の連想を依然として喚起しうるであろう」Restatement of the Law, Unfair Competition (1994) § 25, comment e.

53) 最判昭和56・10・13民集35巻7号1129頁他多数の判例がある。

54) 2号該当行為とは異なり、1号該当行為が刑事罰の対象となっている（13条）というところからも、混同行為が公益を著しく侵害するものとしてとらえられていることが窺える。通商産業省知的財産政策室・前掲注7) 104-105頁参照。最高裁は、菊屋刑事上告事件判決（最判昭和35・4・6刑集14巻5号525頁）において、混同行為を「ただに被害者たる他の営業者に対する不法な行為であるに止まらず、業界に混乱を来たし、ひいて経済生活一般を不安ならしめるおそれがある」ものとしている。

これに対して2号は、需要者の混同の有無にかかわらず、著名表示主体を他人による類似表示使用によってもたらされる競争力の減殺から保護しようとするものであるので、この規定が競争秩序のなかで果たす役割は、専ら営業者同士の関係を規律することであるといえる。とすると、常に混同という需要者側の不利益が生じている1号の場合とは違って、著名表示主体側の不利益よりも、他人側の営業の自由や、保護を認めた場合の公的不利益のほうが重視されなければならないこともあるだろう。そしてもし営業上の利益の要件でこのような比較衡量を行うことが許されるのであれば、先に挙げた豆腐屋の例のような特殊な事例において、より柔軟な解決が可能となるのである。つまり、この例で豆腐屋への保護が否定されるにしても、著名性や類似性が否定されたわけではないので、営業地域がその地方に留まるような冒用に対しては保護が認められる余地を残すことができるのである（比較衡量の具体的要素については2節を参照）。

比較衡量の際に主に表示の「強さ」が考慮されるべきであるという見解がある。つまり、「弱い」表示（「純」、「WORLD」など）に対して広範な保護を与えると、他者の表示選定の自由が害されるので、これと著名表示主体が被る不利益の状況とが比較衡量されなければならない、というものである[55]。2号においては、辞書的な意味で（「強さ」・「弱さ」にかかわりなく）「著名」な表示と（これも辞書的な意味で）「類似」するあらゆる表示の使用が外形上「不正競争行為」となってしまうような文言が採用されているので、当該著名表示が弱いマークである場合、この規定の下に与えられる保護が著名表示主体による「表示の独占」をもたらすことにならないようにどこかで調節する必要がある。そこで、営業上の利益の要件の判断の際に、問題となる表示が独占に適するものであるかどうかを考慮することで、弱い表示の保護範囲を限定しようというのが、このような解釈の趣旨であると考えられる[56]。確かに、「他者の表示選定の自由」の観点から、弱いマークへの保護範囲を絞らなければならない場合もありうる。ただし、本稿の解釈の下においては、このような場合は極めて例外的である。

本稿の解釈の下においては、稀釈化を生じない行為は「不正競争行為」に該当しない。ただ単に異業種に弱いマークが使用されているだけで、稀釈化のおそれがないような場合には、類似性要件を満たさないからである。また、ブランド・エクイティを有する著名表示が「弱い」表示であった場合、そもそも稀釈化が生じうる範囲が非常に限られ[57]、よって類似性が認められて不正競争行為に該当する範囲もその範囲に留まるので、これに保護を認めることが「多大な一般の不利益」を与えることとはならない[58]。たとえ辞書的意味で類似の表示で

55）田村・前掲注32）8頁参照。
56）田村・前掲注32）8頁参照。
57）注52）参照。
58）田村・前掲注32）8頁は、「…弱いマーク、たとえば「純」などはたとえば焼酎の標章として著名なものとなったと

あっても、稀釈化を生じないような表示選定は依然として自由であるからである。

よって、稀釈化が生じうるような状況があるかどうか（本稿にいう「類似性」）の判断がなされて、稀釈化のおそれが肯定された後に、それでも保護を与えることが躊躇されるような場合に初めて、「他者の表示選定の自由」が問題となる。具体的な状況としては、問題となる著名表示が比較的弱いマークである場合に、被告の使用行為が著名表示主体の分野や地域を越える広い範囲に及んでいるというような状況が挙げられる。確かにこのような場合には、稀釈化のおそれが存在するとしても、被告の表示選択の自由も尊重されるべきであろう[59]。

おわりに

以上においては、「ブランド・エクイティ」が不競法上保護さるべき「営業上の利益」であるという見解を基にして議論を進めてきた。だが、このような見解を採ることについて全く疑問がないわけではない。冒頭に挙げたテレビの例のように、同質の製品であってもあるブランドが付されているほうが高く、あるいはよく売れるというような場合、そのブランドによって消費者の合理的な商品選択が歪められているのであり、著名表示の保護をブランド・エクイティに関連付けることは、そのような「歪み」を保護することに他ならない、というような主張も説得的であるようにおもえる。

しかし一方で、このようなブランドは商品の物理的な属性やサービスと同様に、それ自体消費者に一定の効用を与えるものであると取ることも可能である。「著名性」を単に知名度の高さであると解すると、このような効用を与えていないような表示までもが保護対象となるおそれがある。

また、このような規制を必要とするに至った現実の社会背景も無視しえない。そもそも「ブランドそれ自体の価値」の存在には、広告をはじめとする現代のマーケティング、ひいては現代社会そのものが大きく寄与しているのである。しばしば「広告」が文化や芸術のひとつ

しても、それだけで何人も家具に使えなくなってよいのか、チョコレイトで「純」という商品を販売することができなくなってよいのか、という問題がある…特に著名表示が示す商品や営業主体に認められる不利益が希釈化という程度の不利益である場合には、多大な一般の不利益を考えると、はたして一般の犠牲の下で保護しなければならないほど希釈化という著名表示主体の不利益は大きいものなのかという疑問が生じる」と述べている。このような議論の前に、そもそも例に示されているような状況が稀釈化を生じうるような状況であるのかを考える必要があると思われる。焼酎の「純」のような表示にブランド・エクイティが認められるとしても、問題となる表示が焼酎の「純」を容易に想起させるものであるといえるためには、表示自体の近似度、業種の近接度が共に相当に高いようなものでなければならない。一般的にいって、このような表示に稀釈化をもたらすような類似表示の範囲は、焼酎と関連する業界のものに留まると思われる。ただ確かに、家具に使用された場合であっても、外観、称呼共に同一であるならば類似性を否定することはできないので、例外的にこれが2号該当行為となる場合も考えられなくはない。その際にどうしても保護が躊躇される場合に初めて、比較衡量の問題となる。そしてたとえこれに保護が認められたとしても、「焼酎の『純』と外観、称呼共に同一の表示は、（この焼酎と需要者が重なる範囲内においては）使用できない」ということであって、「純」という言葉そのものの使用が禁じられるわけではない。外観（書体）が異なるならば、異業種でのこの言葉の使用は依然として自由とすべきであろう。

59）渋谷・前掲注23）798頁参照。

ととらえられるような昨今にあっては、著名表示を単なる識別表示としてのみ扱うことは困難な場合もあろう。結局のところ、時に著名表示は識別手段ではなく、製品属性そのものとなりうるということを事実として受け入れるよりないのではないだろうか。

ブランド研究は今後も、認知心理学や経営学の分野で発展を続けるであろう。これらの分野との交流を深め、情報を収集・消化して、実際の法規制に反映させることも法学者の仕事のひとつであろう。