

商標権の権利濫用の抗弁

一家元制度下の組織及びのれん分けの内紛について―

石 井 美 緒

第 1 総説

商標法は、不登録事由として公序良俗違反（4条1項7号）、周知商標（同10号）、先願商標（同11号）、混同商標（同15号）、国内外での周知商標の不正目的での出願（同19号）等を挙げている。このうち公序良俗違反について、筆者は他人の商標の先駆け出願を同号違反として登録拒絶することの適否について研究し、その中で以下のとおり述べた¹。私人間の問題について7号を適用することは、法的安定性及び他の登録拒絶要件の具体的規定（特に同19号）との関係等々の観点から、謙抑的であるべきと解する。そして、先駆け出願等に対する対応策としては、7号に代わり他の具体的登録要件の文言の柔軟な解釈、契約当事者間の問題であれば契約上の義務違反や抗弁（先使用・権利濫用）等によって解決を図るのが妥当であると考える。このうち権利濫用の抗弁については、4条の規定とは異なり出願時のみならず権利行使時に至るまで、商標権者側及び商標の使用者（被疑侵害者）側の事情等、様々な事情を考慮することができる。一方で、権利濫用の要素が不明確であれば、公序良俗違反の認定と同様に法的安定性を害するため、権利濫用の抗弁の類型化を図ることが必要である。

当該類型化に関しては様々な学説があるが²、これらの学説の評価及び

¹ 拙著「悪意の商標出願」知財研フォーラム95号（2013）76-87頁、同「商標の登録要件としての公序良俗」商学集志90巻1号（2020）111頁以下。

² 裁判例を商標権者側の事情と被疑侵害者側の事情に基づき4類型に分類する見解がある。同見解は、①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

類型化に関する私見については別稿で論述してきており、私見として以下

章が帰属すべき第三者が存在する場合、②商標登録自体に問題がある場合（無効理由が明白である）、③相手方の行為が正当と評価される場合（相手方が正当に標章が帰属すべき第三者から許諾を得ている場合や商標法上の抗弁が成立しそうな場合）、④商標権に対する実質的な侵害が存在しない場合に権利濫用の成立を認めるものである（高部真規子「商標権の行使と権利の濫用」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第3巻〔商標法・不正競争防止法〕』（新日本法規出版、2007）115-123頁。同旨を含むものとして、林いつみ「商標権侵害訴訟における権利濫用の抗弁」高部真規子裁判官退官記念論文編集委員会編『知的財産権訴訟の煌めき』（きんざい、2021）412頁以下）。

これらの考慮が必要という点では妥当な見解であるが、無効理由がない場合における正当に商標が帰属すべき者や商標権者独自の信用が化体していないことの認定は具体的にどのように行われるのか、また裁判所の利益衡量の中で何が「要素」で何が「付加事情」であるかを検討することが必要と思われる。

また、無効理由のある商標権行使の他に、①長期間不使用の登録商標に基づく権利行使、②使用者が築いた既得利益を害する権利行使、③悪意の出願により取得した商標権の行使、④代理関係消滅後の元代理人による権利行使等は権利濫用に該当するという見解もあるが（渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第2版〕』（有斐閣、2008）478-484頁）、やはり「使用者が築いた既得利益」や「悪意の出願」の認定方法等の類型化等が必要であろう。

一方、現時点（差止請求の場合。損害賠償請求であれば問題の過去の行為の時点）において商標権者以外の者の商品や営業を示すものとして全国的に知られている表示に対する商標権者の請求は、権利の濫用として棄却すべきであり、また著名に至っていないときでも禁反言が認められる場合には権利濫用の抗弁が認められるという見解がある（田村善之『商標法概説〔第2版〕』（弘文堂、2000）89-91頁、朱子音【判批】知的財産法政策学研究61号（2021）199-200頁）。筆者は、明確性と実質的理由により同見解に賛同する。

なお、この他の主な学説としては以下のものがある。網野誠『商標法の諸問題』（東京布井出版、1978）120頁以下、三山峻司＝松村信夫編『最新 商標権関係判例と実務』（民事法研究会、2012）190頁以下、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）」中山信弘＝斉藤博＝飯村敏明編『牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権 法理と提言』（青林書院、2013）863頁以下、重富貴光「商標と周知・著名表示－商標権の権利濫用法理に焦点を当てて」伊藤真ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』（商事法務、2013）1242頁以下、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）95頁以下、武生昌士【判評】商標・意匠・不正競争判例百選（別冊ジュリスト248号）（2020）77頁。

のような類型化を示した³。

第1に、権利行使時点において商標使用者(Y)側を示す表示として著名である場合

第2に、商標権者(X)の登録出願時点において、登録商標の由来がY側にある場合⁴

第3に、Xの出願時点においてX側とY側との間に特別な関係がある場合⁵

第4に、X側の行為が禁反言に該当等する場合

である。

ただし、当該別稿では、のれん分けや組織の内部分裂に関する事案については検討の対象外としており、今後の研究課題とした。そのため、上記第3の類型については、「特別な関係がある場合」のうち、Y側とX側との間で独占販売契約が締結されているなどの事例、すなわちYの商品等表示として当該標章が使用されており、当初は当該商品や知的財産権についての独占販売契約やライセンス契約等に基づき、X側がY製品等を販売していたことに関する裁判例の分析及び権利濫用の要素の検討に絞っている。

本稿では、「特別な関係がある場合」の中で今後の検討課題としたもののうち、ビジネスライクな契約関係がある場合ではなく、人的信頼関係が強い組織での内紛の一部に関する類型化を試みる次第である。私見としては、人的信頼関係が強い組織においては、家元等や創業者等の意向が当該組織・グループの在り方や運営の基本方針等、重要事項を決定する強い権限を有していると考える。そして、当該重要事項の中には、当該組織で扱う商品や役務の出所を示す商標も含まれるところ、強力な権限等を持つこれらの者が生前等に示した標識の取扱いに関する意向に基づき、当該組織

³ 拙著「商標権の権利濫用の抗弁の類型化に関する若干の考察」日本工業所有権法学会年報45号(2022)1頁以下。

⁴ 拙著・前掲注3で紹介した以降の第2類型に該当する裁判例として、東京地判令和3・10・29令和元年(ワ)15716号【ギャラリーアートポイント】。

⁵ 拙著・前掲注3で紹介した以降の第3類型に準ずる裁判例として、東京地判令和4・10・25平成31年(ワ)2614号【芸術センター】。

の信用力の獲得・発展やブランド戦略面での体制が決せられる。したがって、これらの者が逝去するなどにより、同人の当該組織の構成員やグループ関係にある組織等に対する直接の統制が効かなくなったり、長期間の時の経過により人的関係が変化したりしたことから内紛が生じた場合でも、当該構成員やグループ関係にある組織のうち、当該組織自体やその長を示す名称を誰が使用できるか、内紛が生じた組織内やグループ事業者間での商標権の行使が権利濫用に該当するか否かについては、当該家元や創業者等の生前の意向を強く反映させるべきであると考えられる。

この私見を確認するために、本稿では2つの組織における内紛、すなわち家元制度下の組織での後継者争い及びのれん分けにおけるのれん元等とのれん分け先等の争いについて、組織構造の相違に着目してこれを行うものとする。これら2つを取り上げるのは、裁判例の集積があること及び伝統的に制度が確立していると認められるからである。

商標権者と被疑侵害者との関係に着目して詳細に検討している先行文献としては、前掲注2・朱141頁以下があり、以下のような類型化が示されている。すなわち、両者の関係に着目して、両者の間に何らの協力的関係もないタイプ（「衝突型」）と、過去にはライセンス契約やグループの構成員同士等の関係があったタイプ（「内紛型」）という2つの類型を抽出し、内紛型については、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⁶とグループが分裂した後に商標権者が初めて登録商標権を取得する場合⁷とに分類の上、検討されている。

このうち衝突型については、筆者は前掲注3拙稿で第1・2及び第4類型として論じてきた。内紛型については、同拙稿の第3類型でも検討してきたが、本稿では、商標権取得の前後では区別せず、上記のとおり、伝統芸能の家元制度下での争いか、のれん分けでの争いかといった組織に分類して検討するものである。商標権者側と被疑侵害者側との間に特別な関係がある場合でも、事案ごとに取引関係や組織の構造等が異なっている。そこで、できる限りこれらを類型化し、類型ごとの権利濫用の要素を抽出していきたい。ただし、上記のとおり本稿で検討するのは内紛類型のごく

⁶ 前掲注2・朱161頁以下。

⁷ 前掲注2・朱172頁以下。

一部にすぎず、それ以外の類型については今後の研究課題としたい。

以下、裁判例について類型ごとの権利濫用の抗弁の要素の抽出を試みる次第である。

なお、以下では、いずれが原告か被告に関わらず、商標権者(側)をX(側)、商標使用者及び当該使用者から使用許諾を得ている先等をY(側)とする。

第2 特別な人的関係に基づく組織の内紛の類型化

1. 家元制度等の下で継承者1名だけが芸名等を使用することが想定されているもの

伝統芸能の流派その他の組織の先代が後継者を指名しないまま逝去したり引退したりして、当該流派等の組織の一部の者(X)が商標権者となった場合、当該商標権の行使が権利濫用に該当するかが問題となる。

(1) 家元制度における後継者認定の意義及び認定手法

伝統芸能の家元制度は他の組織とは異なる特質、すなわち堅固なピラミッド構造から成り立っているという性質がある。

裁判例では、「一般に、家元制度の基本構造は、①固有の技能、芸能等の型を保存し、技術水準を保持することを存立の基礎とし、②師匠と弟子との主従関係(師弟関係)の連鎖によってピラミッド型の階層集団(家元を頂点とする技芸集団)を構成すること、③家元が、対内的には当該技芸集団を統率し、対外的には当該技芸集団を代表することにあるものと解される。そうすると、家元制度を採用する流派における家元は、対内的には当該流派を統率する権限を有し、対外的には当該流派を代表する権限を有するものであるから、家元たる地位は法律上の地位であるというのが相当である」とされている(大阪高判平成18・9・20平成17年(ネ)3088号【華道専正池坊控訴審】)⁸。

⁸ 商標権侵害事件ではないが、家元制度について同旨のものとして大阪地判平成元・4・12判時1306号105頁【若柳流】。本件は、後継者争いの事案でなく、日本舞踊の流

このように、流派の強力な統制権が一手に集中するところの家元の地位は、一般的に単身で担うことが前提とされている。そのため、家元の名称も同人のみが使用することが想定されており、その性質上、原則として並立しての使用は認められない（そして、その流派に属する者は、家元から流派に因んだ名称の使用を認められる関係にあることも少なくない）。

当該家元の地位は代々の後継者指名（襲名）により承継していくことが想定され（大阪地判平成7・9・28判時1557号124頁【音羽流1審】、大阪高判平成9・3・25判時1626号133頁【同控訴審】、東京地判令和2・3・25平成30年(ワ)27155号【望月流1審】、知財高判令和3・1・26令和2年(ネ)10030号【同控訴審】）、後継者が家元として活動する以上、先代の出所識別力も家元事業とともに承継され、その後の活動によりこれが維持される（【音羽流1審】、【同控訴審】もこれを支持。【望月流1審】）。

家元はこのような強力かつ唯一無二の統制権を有し、弟子等の需要者も

派であり伝統的な家元制度をとる若柳流の宗家(家元)が、破門にした元内弟子で名取であった者に対して、同人が退流後も「若柳」姓を使用して舞踊活動を行っていたため「若柳」名称の使用差止めを求めた事案であり、家元は規約と不正競争防止法違反に基づいて提訴している。裁判所は、家元制度が家元主張のような構造と特質を有するものであり、同人が、若柳流の宗家(家元)として当該構造と特質に由来する統制権を有し、これにより同流を統率していることを認めている。ここにいう家元の主張は、家元制度の基本的構造として、【華道専正池坊控訴審】の②と同様に、師匠と弟子との主従関係を要素とし、当該主従関係の連鎖によってヒエラルキーの派閥集団を構成すること、及び、その集団が「家元」の家父長的権力(包括的で不定量的な権力)によって統率されることにあり、家元は統制権、すなわち「当該家元集団に固有な技能、芸能等の型を保存し、技術水準を保持して、流名の保全を図るため、『家元』という地位に基づき、家元集団の全構成員に対し必要な処置をとる権力」の実効性を保障するため、流名使用許諾の権限を一手に掌握し、その統制権に服しない者に対しては破門、退流等の処分を行う処分権を持っているというものであった。同判決は、この家元制度の構造と特質に照らすと、名取の資格については、「家元集団の活動分野で活動する際に使用すべき『氏名』を与えられる(貸与される)と同時に、『家元』に対し、当該家元集団の構成員として当該家元の統制権に服することを誓約することを意味」し、これは一種の契約関係であるとみることができるとしている。のみならず、本件の場合、若柳流におけるXの統制権の内容を明文化したものといえる規約が制定され、しかも、その内容は若柳流における家元制度の実態に即したものであるとしている。

当該流派の家元たる名称は家元1名に帰する(その上で、名取等、当該組織に属する者のうち一部の者は流派名や家元名に因んだ名称の使用を許諾される)という認識の下で、家元に直接的間接的に師事しその統制権に服する以上、正当な後継者の認定については厳格に行う必要がある。そして後継者争いが争点となった場合、当該指名の有無が攻防の中心になる(規約等に家元の選定について規定が定められている場合にはそれに従って認定されることになるが、その場合でも家父長的な家元制度であれば、家元の意向に沿った規約等になっていることが一般的であろう)。一般的には、家父長的な強力な統制権を有していた先代の意思が最重視されるべきであり、当該先代の明確な指名により後継者を決定すべきであるからである(先代からXへの承継につき神戸地判平成17・9・29平成15年(ワ)3075号【華道専正池坊1審】参照、【同控訴審】、東京地判平成21・3・12平成20年(ワ)3023号【真磨琴会】)。当該家元の意思が明確でない場合に、間接事実の積み重ね等により黙示の後継者指名の意思表示等を認定することは、法的安定性の確保の点から妥当ではなく、また、後継者指名を保留したと解するのが家元の合理的意思に合致するであろう。家元制度下では、家元の明確な指名がなければピラミッド構造の頂点としての後継者争いが発生し、ひいては当該流派の存続の危機に陥るなど多大な混乱が生じるおそれがあることが容易に予測できるにも拘わらず、家元があえて後継者を指名しなかった事実を重視すべきだからである。

裁判例においても、芸能等の流派等については、前家元等の明確で有効な後継者指名の意思表示を要し、間接事実の積み重ね等だけでは後継者であることは認められていない。前記のとおり家元が強力な権限を有すること及び当該権限の承継者の確定は、流派の存立を含めた流派全体に極めて大きな影響を及ぼすことから、流派を率いる家元の明確な意思表示の有無によって後継者の認否を確定するのが合理的であり、裁判例の判断は妥当であると考えられる。

例えば【真磨琴会】は、X・Yがともに箏曲家であり、山田流箏曲の家元である重要文化財保持者(人間国宝)の二代目U1〇真佐喜(A)の養子となっているところ、Aの逝去後にXが商標登録を出願して商標権者となり、Yに対し使用差止めを請求した事案である。裁判所は、Aの生前に同人による明確な後継者指名も襲名等もなされていないこと、X及びYは

互いに先代（家元）の芸名である「U1〇真佐喜」又は「U1〇眞佐喜」を長期間継続して使用していることなどを認定しているが⁹、XとYはそれぞれ以下のような事情を有している。結論として裁判所は、X及びYともに後継者であるとは認定していない。

Yは、真磨琴会と同じ山田流箏曲の家元の二男として出生しており、Aが88歳の時（平成3年）にAの養子となり、その1年余り後（平成5年）にAによりYの披露目会が催されたり、同時期発行の専門誌にAの後継者等として紹介されたりしており、Aは、少なくともYを養子縁組した当時は、同人を後継者として想定していた可能性が高いと推測される事実が認定されている。しかし、それから3年余り経過してAが92歳で逝去（平成8年）した直後の「真磨琴会 全国大会」におけるAの「ご挨拶」にはYに関する言及はなく、AがYを後継者とすることを逡巡していたと思われる事実も認定されている。

他方、Xについては、Yとの年齢差（A逝去時にXは84歳、Yは35歳）、養子縁組の時期がかなり異なること（Xは昭和48年（Aが69歳、Xが58歳）に、Yは上記のとおりAが高齢になっていた平成3年に養子縁組をした）など、Xに不利に働きうる事実がある。一方で、Xが山田流箏曲協会の主流派ないし多数派的な立場にあることや、X・Y間には伝統・組織としての団結性等に関する軽重の差も見られ、Xに有利に働きうる事実も認定されている（もっとも、家元制度がピラミッド構造であり、また後継者指名について規定等が設けられていない以上、多数派か否かは後継者確定には少なくとも大きくは影響しないであろう。また、後述のとおり、後継者認定については箏曲の実質的内容も関係がない）。

このように、単に養子同士であるだけでなく、間接事実を積み重ねたとしても、裁判所が、「Aとの関係においては、XとYとは、ほぼ同等の立場である」として、いずれをも後継者と認定しなかった点は、結論として妥当である。もっとも、私見としては、仮に【真磨琴会】のように、X・Y

⁹ Yは、家庭裁判所の氏名変更の許可を得ている。当該許可は商標としての出所識別力の獲得とは異なるが、通称として長年使用してきたため、「Yが上記芸名を氏名とする社会的な必要性や相当な理由があることが肯定されたことから」戸籍上の「氏と名の変更が許可されたものであるということが出来る。」

それぞれに有利・不利な事情が拮抗するような間接事実がなかったとしても、Aがいずれをも後継者として指名していない以上、逝去までに指名できなかったことについてやむをえない特別な事情等がない限り、Aの意思としては後継者指名を保留にしたままであると認定するのが妥当である(その法的な意義については(2)で後述)。

一方、先代の後継者指名の意思表示が明確であるなどにより後継者が認定された場合、他の者が当該後継者指名以外の諸事実を根拠に自己が後継者であると主張することは、極めて難しいと考える。

この点、不競法違反に関する裁判例において、「家元の地位の承継は当該流派の内部的手続に従ってされれば足りるというべきであり、その効力を舞踊の実質的内容にかからせる理由はない」とされている(同旨のものとして【華道専正池坊控訴審】¹⁰⁾)。そして裁判所は結論として、初代家元の甥である原告が、二代目から家元の地位を譲り受け三代目を襲名して三代目家元になっており、同家元の地位の承継に伴い、日本舞踊の流派である「音羽流」「音羽」の表示が原告の営業表示として承継されていると認定した(【音羽流1審】¹¹⁾、【同控訴審】もこれを支持)。

(2) 商標登録の有効性及び権利濫用の成否

上記(1)により後継者指名があったと認められた場合、当該後継者が商標権を有していれば、流派内外問わず第三者の使用に対する商標権行使は権利濫用には該当しないと考える。家元の名称については、その性質から他の構成員の使用の正当性が認められない以上、後継家元に使用

¹⁰⁾ 裁判所は、これに続いて「そもそも、(中略) YはXの四代目家元就任を認めていたのであるから、Yの上記主張は採用することができない」と述べているが、これがなくとも本文理由のみでもYの主張は認められなかったと考えるのが妥当である。

¹¹⁾ 本件では、被告は「舞踊そのものも、初代音羽菊蔵の独特の舞踊である『振り』と『手』を継承しているのは二代目音羽菊蔵までであり、原告は音羽流を名乗っているとはいえ、その間には法的同一性はなく、新たな流派を創流したものとみるのが相当であると主張」したが、裁判所は、本文で引用した判示により被告の主張を認めなかった。

の事実又は使用の意思があり出願していれば¹²、原則どおり発展助成機能¹³を促進させるために商標権行使を認める必要性が高い¹⁴。

この点、【華道専正池坊1審】は権利濫用を認めているが、これを認めなかった【同控訴審】の結論が妥当であると考ええる。

同事件は、華道流派である「華道専正池坊」及び煎茶道流派の「日本礼道小笠原流」（これらを併せて「本件流派」）の四代目家元のXが、Yに対し、同人が本件流派の五代目家元と称し本件流派の名称等を使用しているとして訴えた事案である。

Xは、三代目家元から次代家元に就任するよう求められ四代目家元に就任した。三代目家元は、「華道専正」（生け花の教授、造作の教授、花の展示会の企画・運営又は開催を指定役務とする）他2つの商標登録の出願をし、これらの商標権を有していた。本件流派は、免状の申請代・年会費等により運営が成り立っており、免状の発行等の事務手続は、華道専正池坊事務局や日本礼道小笠原流事務局（併せて「本件事務局」）等によって行われており、初代家元の娘婿が事務局トップになり、その後は同人の息子、さらにその息子（Y）が事務局長等になっていた。XはYに対し、同人が本件流派の五代目家元と称し、本件流派の名称等を使用しているとして、商標権及び不競法等に基づき差止め・損害賠償を請求した。

1審は、本件流派の活動の本質的部分を免状発行手続と解し、同手続に家元が関与することがなく事務局長によって行われていることや同流派の経理処理も同人個人名義で行われていることなどの活動実態があったとして、本件流派の名称が普及し認識されるに至ったのは、同局長の努力

¹² 家元Xの商標権行使を認めた【華道専正池坊控訴審】は、判決中でX側の周知性も認定しているが、これは不正競争防止法違反も主張したために必要であり、権利濫用を否定する要素ではないと考える。

¹³ 渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版会、1973）24-26・251-252頁、網野誠「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いについて」同『商標法の諸問題』（東京布井出版、1978）95-96頁、前掲注2・田村1頁。

¹⁴ 【華道専正池坊控訴審】も、「Xの上記差止請求権の行使が権利の濫用であるとすると、同一名称の華道団体及び煎茶道団体が併存し、Yが『華道専正華道専正池坊』・『日本礼道小笠原流』の家元と称して本件流派と同じ事業活動を行うこととなり、その結果、Xは、Y主宰の組織が同一名称を使用することによる混乱に伴う不利益を被ることとなる」と述べている。

貢献によるところが大きいものであるなどを理由に、権利濫用の抗弁を認めた。一方、控訴審は、家元は本件流派の事務処理及び紛争処理を本件事務局(本件事務局長)に委任してただけであり、本件事務局長であるYが家元と同等視できる地位にあり本件流派の事業活動の実質的な主体であったとまではいえないとして、Xの権利行使を認めており、控訴審の結論が妥当であろう。

これとは異なり、後継者指名があったと認められない事案でも、商標権者について、血縁関係等により家元の後継候補者又は預かり元としての正当性が客観的に認められる場合には、商標権の取得自体は認められると考える。当該流派の名称が宙に浮くこと、すなわち由縁のない第三者の使用を阻止し¹⁵、併せて流派固有の技能・芸能等の型を保存したり、一時的断続後の将来的復興を見据えたりして、緊急避難的に本件商標を上記のような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

¹⁵ このように後継者が明らかでない場合には不競法違反に基づく差止め等の請求は難しいという点でも、商標権を取得することには、より一層合理的理由がある。たとえ先代の家元の際に当該名称が周知性を獲得していても(【真磨琴会】では、二代目家元は重要無形文化財保持者(人間国宝)であり、第200回記念披露目会には700名以上の演奏者が出演し、その中には同じく人間国宝が複数人参加するなどしており、これらの事実からも、相当程度の知名度があることが窺われるが)、家元業の承継を受けておらず、先代からの周知性を主張することはできない可能性がある(家元制度における家元と名取との関係をフランチャイズ契約と類似と考えれば、流派名等については周知性を主張できる可能性もあるであろう。しかし、フランチャイズと異なり、家元名称単体は貸与されず家元指名も受けていないため、流派名ではなく家元名称が第三者に使用された場合には、家元以外には周知性を主張できないと考えられる)。一方で、後継者候補が家元名を使用し自己の表示として周知性を獲得していれば周知性を主張できるが、先代が現役の間は後継者候補であっても家元以外は当該名称を使用することはできないため、先代逝去後少なくともしばらくの間は、後継者争いの当事者いずれも独自の出所識別力を有することはできない。これらのことから、第三者や後継者争いの相手方に対し周知役務表示(不競法2条1項1号違反)により第三者の使用を差し止めることができない可能性が高い。

そのため、後継者争いをしている場合には、流派と無関係な第三者や単なる弟子による使用を阻止しつつ、自己独自の標章として信用を化体させていくために、まずは商標権を取得することが重要な意義を有する。

あるものというべきである（【真磨琴会】）¹⁶。

そしてこの場合、流派外部の第三者に対してはもとより、組織内部のうち家元候補者でない者の使用に対しても、当該商標権を行使することが認められると解される。商標権者が後継者指名をされていない場合であっても、当該流派と無関係の第三者のみならず、ヒエラルキー構造の下で家元名自体は自己の名称として使用することが許されていないことが明らかな弟子等が当該標章を使用することを阻止できないとすると、当該構造が成り立たず当該伝統芸能の維持・発展が困難になってしまう。このような事態が生じると、上記登録の目的に反し商標の発展助成機能を害するからである¹⁷。

¹⁶ 川島武宜「家元制度」同『川島武宜著作集 第十巻』（岩波書店、1983）70頁は、「家元たる地位は、現実にか家元たる人間がいないため空位になっている場合においても、何びとかがこれを『預かる』ことによって、観念的に存続し、将来家元となる人間があらわれて一度絶えた家元を再興する場合に、ふたたび現実的なものとなることが認められている。この意味において、家元権は『株』と呼ばれる。家元の相続人がない場合に家元権を『預かる』のは、通常は、最後の家元の未亡人、未亡人もない場合には（未亡人が相続人なしに死亡した場合を含む）最後の家元の有力な後援者である」とする。【真磨琴会】では、XもYもAの養子であり相続人であるが、いずれも後継者指名を受けていないため、両者が家元権を預かっているという見方もありうるだろう。

¹⁷ 一方、家元が弟子に家元姓を冠した名取名を許与しており、これを弟子が使用していることに対して、家元の後継候補者が商標権を行使することは、当該家元と弟子との間の名取をめぐる契約に違反する。したがって、当該契約を締結している家元と一定の関係にあり商標登録が認められている後継候補者が、当該名取に対して商標権を行使することは、権利濫用に該当するであろう。因みに、家元制度について、フランチャイズ・システムと同様であるとするものとして、紋谷暢男【判評】ジュリスト810号（1984）108-109頁、今村成和ほか編『注解 経済法【下巻】』（青林書院、1985）848頁【満田重昭執筆部分】。ただし、同見解は両者の違いとして、古典的な家族的関係にあるか、近代的な債権関係にあるかという点では異なるということを前置きとして述べている。

なお、家元から破門された元名取の名取名使用に対する権利行使等については、本稿のテーマから外れるため、以下に若干紹介するに留め、詳細は別稿に委ねる。日本舞踊の流派の名取として活動していた者が、家元として活動していた者から除

これに対して、単なる弟子ではなく、血縁関係にあるなどにより¹⁸家元と特別な関係がある者すなわち後継者となりうる者同士の間では、同じく伝統芸能の保存・復興という観点から、原則として相互に使用権の独占を主張できないと考える。この場合に一方の商標権行使を認めることは、後継者の可能性があった他の者が当該標章を使用して芸風を保存しようとするのを阻止するものであり、家元が後継者指名を保留にしていた趣旨を潜脱するものであるし、却って上記商標登録の合理的な目的に反するといえよう。先代との関係で対等な当事者同士の間では、商標権の発展助成機能による出所識別力の獲得を図るよりも、双方の使用による出所識別力の優位的獲得による解決を図るのが妥当であると考え。したがって、例えば、家元逝去後に会派の規約を会員の多数決で改正し、どちらか片方や第三者を新たな家元や代表者として定めたとしても、上記の(ほぼ)対等な当事者間では、家元逝去・引退後に相互に当該商標の使用を継続し出所識別力を獲得しようとしている限り¹⁹、原則として権利濫用に該当すると考える。

名処分を受けたため、当該処分の無効を理由に名取等の地位の確認を求めた事案において、当該処分は裁量権の範囲を超えて重きに失するもので無効であると判断したものとして、東京地判平成28・5・25判時2359号17頁【花柳流1審】、東京高判平成28・12・16同号12頁【同控訴審】もこれを支持。家元と名取の関係に関する紛争解決に当たっては、家元制度の存立目的等を尊重しつつも、事案によっては公序良俗等の観点から私的自治の原則を修正する余地を残すことを示唆するものとして、鈴木薫「家元制度と不正競争防止法に関する若干の考察—音羽流事件を題材として—」パテント63巻6号(2010)11頁。

¹⁸ 家元制度の身分階層組織性の1つとして、家元との血縁関係の有無による身分序列を家元の地位の特性とし、家元権の世襲制(養子制度が世襲制のための欠くことのできない手段であった)を挙げるものとして、前掲注16・川島62-63・69-70頁。

¹⁹ 【真磨琴会】は、Y標章の商標的使用の有無に関する争点においてであるが(したがって、当該争点との関係ではYに不利な認定ではあるが)、Yは、箏曲の演奏団体の会主として権威的な中心となる存在であり、また、各種演奏会の開催者であることが明らかである旨述べている。

因みに、Yが請求人となっている平成21・6・25取消2008-301075商標不使用取消の審決(請求不成立)の認定によると、X(「真磨琴会」の代表者3名のうちの1名)は、商標権登録後に、同会の他の代表者に「U1 真佐喜」の使用を許諾し使用していた。しかし、令和元年8月に当該商標権は存続期間が満了し、更新登録の申請も

ただし、家元が後継者指名はしない一方で、自身と特別な関係にあり後継候補者たりうる地位にある複数名のうち特定の者を後継候補から除外する旨の明確な意思表示をしている場合には、同人はもはや後継者たりうる者に該当しないため、このような者に対する権利行使は権利濫用に該当しないであろう²⁰。

この点、【真磨琴会】では、裁判所は「Xをもって本件商標の権利者とするることについては、山田流箏曲協会における主流的ないし多数的な立場を反映したものと推認することができ」としており、商標登録自体の正当性は認めている。一方で、XのYに対する商標権行使は権利濫用に該当するとしている。裁判所は、X側が、家元の生前に定められた真磨琴会の規定を改定し、同会の代表者として、Yの今後の芸の修練等を条件に真磨琴会の代表として推薦することを提案するなど、Yに対し一定の歩み寄りを示しているのに対し、Yがそれに応じないなどの事情が認められ、「Yが山田流箏曲協会やX」ら「3名を代表者とする真磨琴会との間に自ら距離を置き、以後、関わりを避ける意思を有していたものと読み取ることができる」と認定しており、このことからすれば、上記主流的ないし多数的な立場は、Yの本件商標の使用を認めない意向であると解される可能性が高い。それにも拘わらず裁判所は、当該標章（芸名）の由来、先代が後継者指名をしないまま逝去し、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及び登録がされたこと及びXとYは先代との関係において「ほぼ同等」であること、X・Yともに同人に由縁すること及びYの使用状況等から、商標権者XのYに対する商標権行使について権利濫用を認めている。上記のとおり、私見としては、当該結論は妥当であると考ええる。

(3) 小括

以上のとおり、伝統的に強力なヒエラルキー構造となっている家元制度

されなかった。一方、Yは令和元年5月に「U1 真佐喜」の商標登録を出願し、同2年6月に登録を受けている。

²⁰ 【真磨琴会】は「特段の事情がない限り」権利濫用に該当すると判示しつつ、当該特段の事情について何ら例示していないが、本文に私見として述べたような後継者から除外する旨の意思表示もこれに含まれると考える。

下の組織においては、家元としての名称は家元のみしか使用できない。この点でも、後継者の認定は、当該流派の存亡がかかる極めて重要なものである。そして、上記のとおりピラミッド構造下で家元に組織に関する権限が集中していることから、当該認定は家元的意思にかかっており、同人の明確な意思表示が要求されると解される。当該指名が明確であれば当該被指名者のみが商標登録の正当性を有するし、使用権限も同人のみにあるため、家元が家元名称の商標権を有している場合、第三者による当該標章の使用に対する商標権行使は正当なものと認められる。

一方、家元によって明確な後継者指名がされていない場合、同人の意思は保留であると認められる。この場合、後継者でなくとも、家元と血縁関係等の強い人的関係があり後継者候補あるいは預かり元たりうる地位にある者による商標登録出願は、伝統芸能の保存の必要性の観点から緊急避難的に行われるのであれば、正当なものと認められる。ただし、商標権行使については、流派外の第三者や単なる弟子に対しては格別、家元との人的関係で（ほぼ）対等であり家元候補者たりうる立場にある者に対しては、家元の後継者指名保留の意思に反するし上記商標登録の趣旨を逸脱するため権利濫用に該当する。先代家元の存命中は後継者候補であっても当該家元の名称は使用できず、一般的には同人の逝去後に初めて家元候補者たりうる者が当該名称の使用を開始する。家元逝去後に複数の後継候補者が使用をしている場合、当該家元としての出所の帰趨は、芸風の維持・発展をかけての使用による優位性に委ねる事柄であると考ええる。

2. のれん分け

(1) のれん元が商標権者であることの意義、のれん元とのれん分け先との関係及び使用許諾の有無・範囲の認定

のれん分けは、例えば店主等の事業者とその店に長年勤務してきた従業員等との特別な信頼関係に基づき、店主等が当該従業員等の独立に当たり、功労に報いる意味も含めて店名（のれん）等の標章の使用を許諾するものである。そして、基本的には、のれん分け先（元従業員等）がのれん元（店主等）とともに当該標章を使用し続けることにより、のれんという信用力を維持・発展させていくことを目的とするものである。裁判例にお

いても、のれん分けは「老舗の営業主が、永年勤続して功勞があり、技術的にも人格的にも信賴のおける使用人に対し、自己と同一又は類似の商号や標章を使用して、自己と同一又は類似の商品を製造販売することを許容し、これを許された者は、のれん分けを受けて独立した後も本店と相携えて、取り扱う商品の品質の維持及び商号や標章の名声の向上のために協力、尽力するといった意味合いのものと解され」とされている（東京地判平成10・5・29平成6年(ワ)13147号【重盛の人形焼】）。

このようなのれん分けにおいて、由来元の事業者あるいはその承継者といったのれん元が商標登録出願をすること自体は、何ら問題がない。むしろ、現に使用して自らの商標として一定の出所識別力を有している商標を登録出願することは、発展助成機能を促進させる点で、まさに商標制度に合致すると考えられる。また、のれん分けを受けた事業者にとっても、のれん（由来）元が第三者の当該商標の使用に対して差止請求等ができることは、自己が使用しているのれんが守られるため、望ましいことといえよう。

それでは、創業者等ののれん元（同人からの主たる事業承継者を含む）や、創業者等から事業の一部を承継したり同人からのれん分けを受けたりしている者が、商標権を取得して（他の）のれん分け先に権利を行使することは、正当な権利行使と認められるか。当該権利行使が認められるかを検討するに当たっては、まず、①のれん分け等による使用許諾の有無及びその範囲が争点となる。加えて、②東京地判令和2・1・29平成30年(ワ)11046号【守半1審】のように、そもそも、のれん分けをした者に（単独で）のれん分けをする権限があったか否か（同事件では、海苔の小売業を営むY側としては、当該小売業の正当なのれん元としてXの同意が必要だったのか）が問題となることもある（ただし、裁判所は「のれん分け」という名称での認定については保留している）。

このうち、上記①（のれん分け等による使用許諾の有無及びその範囲）については、使用許諾契約書を交わしていれば明らかになることが多いが²¹、契約書を交わさないことも少なくないであろう。この場合には、間接事実の積み重ねによりのれん分けによる使用許諾が認められると思わ

²¹ のれん分けに関する規約書があるものとして【重森の人形焼】。

れる。すなわち、当該商標の由来元との関係（店主と長年勤めてきた従業員や親族関係等）、のれん元からの事業主体としての独立性、当該開業後の両者の関係（一定期間の取引関係等良好な関係の有無）、当該商標の使用を継続していることについての由来元の事業者からの異議の有無等である。

また、当該間接事実は、使用許諾の有無のみならず、使用許諾の範囲等の条件（使用態様や地域等）の認定の際にも判断材料とされる。このうち使用態様に関して述べると、のれん元と同一の商標の使用は禁止されており、出所混同を防止するためののれん分け先が特定の名称を付加するなどが必要であるのか、あるいは反対に、同一の商標の使用に限定されるのが問題となる。この点については、当該特約があることその他特段の事情がない限り、のれん分け先は一定程度の幅をもって許諾されていると考えられるだろう。ただし、後記のとおり、両者の信頼関係に基づくのれん分けの一般的な趣旨を逸脱した使用態様については、許諾の範囲内とは言い難いであろう。

このような見解は、上記ののれん分けの趣旨に基づくものであり、また伝統的なのれん分けの実態にも合致するであろう。のれん分けは、同じ使用許諾でもビジネスライクな一般的なライセンスに比して、上記のとおり人的信頼関係に基づく使用許諾の面が大きい。そのため、のれん分け先の使用については、抽象的にのれんを傷つけることがない限り²²、使用期間は半永久的であり、使用態様や使用地域等もその目的実現の範囲を逸脱しない限りのれん分け先に広い裁量があると解される²³。のれん元は、のれ

²² 【重森の人形焼】では、規約書において「登録商標の名誉を毀損したと認めたる場合は何時たりとも取消すこと」と規定されている。

²³ 東京高判昭和47・7・28判タ282号192頁【銀座風月堂】は以下のように述べている。「本家と分店とはあくまでも別会計の独立した企業であり、一つの企業における本店と支店の関係とは異なること、『のれん分け』に際して、のれんを傷つけるような不都合がないよう注意があるといつても、それは単に本家の主人が一場の精神訓話を垂れるという程度のもので、分店を法的に拘束するような約束をしたり、それを書面に記載して取り交わしたりするまでの一般的な慣行があるわけではなく、本件においても、Xの先々代とAとの間に、如何なる約束があったかは一切不明であること、Xの先々代以来『のれん分け』は数多く行われたが、分店に不都合があったとの理由でのれんを取り上げた事例は皆無である」。

ん分けの際に、自己の商品等との出所混同を避けるためにのれん分け先に対する使用態様を限定することができるし、自己の商圏内では当該商標の使用を独占したいのであれば使用地域を限定することもできる²⁴。のれん分けの際にこれらを定めておかなかつたのであれば、のれん分け先が、当該標章と同一のみならず類似する標章についてもある程度広範囲にわたり使用する可能性も想定されることから、一定程度広く使用を認める趣旨と考えられる。

家元制度の後継者指名とのれん分けは、人的信頼関係が強く、かつ、一旦、当該商標の使用を認めると、当該使用許諾は半永久的なものと認められる点で共通する。一方、家元制度の後継者指名と異なり、のれん分けの場合、使用許諾の有無及び許諾の範囲は黙示によるものであっても認めら

²⁴ 不競法違反事件である大阪地判平成16・2・19平成15年(ワ)7208号・7993号【自由軒】は、洋食店「自由軒」について、第1事件原告(第2事件被告)が独立して営業する際の使用標章について条件の明示の存在は認定されていない。しかし、それまで洋食店とは無関係の仕事をしていたJ(創業者とその後妻との間の子の子孫)が中心となって「本店」(裁判所は第1事件被告がその営業を承継したと認定)から独立して第1事件原告を設立し、「第1事件原告は『本町自由軒』として洋食店の営業を開始したことが認められるところであり、その店舗が、第1事件被告の店舗と同じく大阪市内に所在すること、第1事件原告店舗の開店時に同被告は協力しており、同被告から贈った花輪にも『本町自由軒』との文言があることをも考慮すれば、むしろ、同被告の店舗との区別のために、同原告の営業する店舗の名称に『本町』の表示を付すことが、同原告・被告間で了解されていたと推認するのが相当である」とした。そしてXが「本町自由軒」だけでなく「せんば自由軒」ないし「船場自由軒」との表示を用いることについても、同被告の営業と区別できるという意味では、同被告の許諾の範囲内と解することができるとしている。裁判所は、「ただし、同原告の営業と同被告の営業との混同を防止するためには、少なくとも、…『本町』又は『せんば』もしくは『船場』の表示部分は、『自由軒』の表示部分に比して、その字の縦横双方の大きさ及び字の太さのそれぞれにおいて、同等程度、少なくとも、70パーセント以上の比重を有することが必要であると認めるのが相当であり、これを満たさない表示は、混同を防止するのに足りないといわざるを得ない」としている。

また、【重盛の人形焼】は、登録商標規約書において「登録商標看板は小売店に限る」ことや「各分支店の一軒以内に支店を設置する場合は総本店及び近接の分店支店の承認を得ること」が定められている。

れうると解するのは、両者間に以下のような違いがあるからである。家元の名称の場合、承継者に当該組織に関する権限が集中し、それ故に家元の名称は家元しか使用できず、後継者争いが生じた場合には、当該家元の名称の使用を含めた流派のあらゆる権限の行使について、食うか食われるかの関係にあり、後継者の決定が当該組織の帰趨を決するという意味がある。これに対して、のれん分けとは、のれん元がその長年の功労をたたえて独立後はともにのれんを発展させる事業者として見込んだ使用者や親族等に、店舗の名称等の標章の使用を許諾するものである。そして、のれん元とのれん分け先は、「のれんグループ」としてともに当該標章を由来とする標章を使用し、当該グループの維持・発展を目的とするものであり、食うか食われるかの関係にはない。また、「のれんグループ」という点についても、のれん分けは、上記のとおり独立に当たっての報奨的な要素も強いいため、独立後に何らかの具体的な規律を遵守させることまで予定していないことが一般的であると考えられる。のれん元とのれん分け先は本店と支店の関係にあるのではなく、あくまでも独立した関係にあり、特段の事情や条件提示がない限り、のれん分け前と同様の強固な関係を維持することまでは想定していないであろう。その場合、「のれんグループ」の意味するところは、当該標章の由来（元従業者等であり独立したという関係）を示すという程度の抽象的あるいは緩やかな関係であると考えられる²⁵。以上の理由により、家元制度下での後継者指名とは異なり、明示のみならず黙示の意思表示によっても使用許諾が認められると考える²⁶。ただし、上記のとおり、のれん分け先は、あくまでも使用許諾を受けた側であるにすぎず、例えば、元従業者等ではなく、あたかもそのれん元であるかのような標章を使用することは、もはやのれん分けの趣旨の範囲内とは言い難く、このような使用態様はのれん分けの想定外であると考えられるため、認められな

²⁵ さらに、その関係についても、前記のとおり抽象的とはいえ出所識別を同一とする場合と、のれん分け後は両者間で出所識別力を別個にする意図があり出所混同防止表示を付させることを条件とする場合がある。

²⁶ 一方で、家元と名取等の弟子に対する使用許諾の範囲は、のれん分けと比して厳格に制限されると考えられる。これらの違いは、家元の後継者指名について述べたとおり、家元制度がヒエラルキー制度によるのに対し、のれん分けは長年の功労をたたえて独立を認めて使用を許諾する面が強いという相違に基づくのであろう。

いであろう。

なお、長期間の権利不行使は、この類型の場合、上記のとおり使用許諾があったこと及びその範囲について、当事者の合理的意思を解釈する際の間接事実に該当すると思われる（後記第3で再述）。

以上により、従業者等が店主等の事業主（標章の由来元）から当該標章の使用許諾を受けたと認められ、かつ、その範囲内において使用を継続している場合、のれん元（その承継者を含む）がのれん分け先に商標権を行使することは、のれん分けという使用許諾の合意に違反するものである。また、のれん分け先としては、このような営業上の安定した法的地位を確保して、信用力の維持・発展に努めているのにも拘わらず、のれん元から商標権を行使されるのであれば、同人に多大な損害が生じてしまう。したがって、当該権利行使は権利濫用に該当すると考える。

この点、大阪高判昭和40・1・22昭和32年(ネ)29号【梅花堂】は、X側（Xの代表者A）がのれん元であり、Aの先代時に奉公した後に独立したCからY側（Yの代表者B、同人はA家方の元店員である）が営業及び商号・標章を譲り受けたが、当該譲受をA自ら斡旋・了解していたこと、C及びBはA家方から独立して経営・営業を行っていたこと、Aはその後営業を廃止し、Yに入社しBとともに代表取締役を務めていたことなどにより、権利濫用の成立を認めており²⁷、結論として妥当であろう²⁸。

また、【守半1審】及び知財高判令和4・11・30令和2年(ネ)10017号【守半控訴審】ものれん分け先の使用（ただし、同控訴審は使用の一部に限り）に対する商標権行使を権利濫用であると認めている。同事件の事案は、以下のとおりである。

海苔問屋業等を営む「守半」の創始者Aには複数の子がいたところ、家督相続を受けた二男B（守半本店側）ではなく、Aの他の相続人でありA

²⁷ Yは先使用の抗弁も提出していたが、裁判所は、BはAの出願前から使用していないこと及び周知性が認められないことから先使用権の成立は認めなかった。

²⁸ 本件は、Aが自らYに入社し代表取締役として営業に努めておきながら、Bとの関係が悪化しYを退社し、Xという同業の株式会社を設立して営業を再開し商標権をXに譲渡した上で、Yに対し権利行使をしたという事案である。そのため、禁反言による解決（前掲注3・拙稿の第4類型）も可能な事案であるが、のれん分けに関する紛争の観点からすれば、当該事情はあくまでも付加的理由といえよう。

から一部事業を引き継いだ長女G及び婿養子Hの子孫側の会社(X)が、「守半」(指定商品は焼き海苔、お茶漬け海苔等)の商標登録出願を行い、登録を受けた(以下当該登録商標を「本件商標」)。一方、Bからのれん分けを受けたY側(D)は、上記Xの出願の約50年前より「守半」の文字を含む標章(以下「本件標章」)を使用していたところ、XがYに対し商標権を行使した事案であるが²⁹、より具体的には以下のとおりである。

創業者Aは、明治17年、大森地区において海苔問屋業の「守半」(「守半本店」)を開業し、その後、焼き海苔等の製造販売を開始した。

Xは、創業者の長女G及び同人と婚姻した婿養子Hとの間の長男を代表者とする会社が前身であるところ、同社は昭和16年に設立された。そして、昭和33年(後記補助参加人Zの設立と同日)、同人を代表取締役として焼き海苔加工販売等を目的とするXが設立された。上記前身及びXは、昭和16年以来、「守半」や「守半海苔店」といった標章を用いて大森地区の一品舗のみにおいて海苔等の製造・販売等をしており、昭和51年、上記出願を行い、昭和55年に上記商標が登録された。その際に、Yには何ら説明をしなかった。

一方、創業者の二男Bは、「守半本店」の事業の全部又は一部を承継し、小売店を設けて「守半本店」等の標章を用いて海苔の小売業を行っていた。その後、Bの長男Cを代表取締役として、乾海苔加工販売等を目的とするZが設立され、Zが守半本店の事業を承継した。Zは、「株式会社守半本店」の商号の下、大森地区の店舗で小売販売をし、また、昭和40年代頃には、日本橋の百貨店、東京駅名店街及び横浜駅ビルにおいて小売販売をしていたが、平成22年に海苔に係る事業を休止した。

²⁹ ただし、Bの子側Z(非商標権者)は本訴訟でX側に補助参加している。このように本件は、創始者Aにまで遡ってみたとき、その主要な承継者からのれん分けを受けた側(Y)と一部事業承継者側(X)との争いではあるが、これに留まらず、その背後には、のれん元の承継者とのれん分け先側という実質的な当事者(YとBの子側)間の争いという様相も含んでいる(もっとも、Zは平成22年頃から休業しており、現在はYとの間で営業上の競業関係はない。その点を考慮すると、ZはXとの間では、代表者同士に親族関係があり、現在に至るまで継続的に一定の人的交流があることから、営業目的というより人的関係により訴訟に協力していると考えられるであろう)。

一方、Eは、守半本店において丁稚として働いた後、昭和2年頃、蒲田地区において「守半」を含む屋号を使用し、守半本店の事業とは別に海苔の加工・販売等の事業を開始した。その後も「乾海苔問屋守半支店」、「守半支店」といった屋号を使用して蒲田地区で複数の店舗を経営するようになり、戦災による店舗消失を経て再び蒲田地区で店舗を設け「守半海苔店蒲田支店」、「守半海苔茶店」「守半海苔店」といった屋号を使用していた。Eは、遅くとも昭和39年頃には蒲田地区に限らず、全国規模で海苔の販売をするようになっていた。その後、Eの長男を代表取締役として商号を「株式会社守半蒲田店」とするYが設立され、YがEの事業を承継した。Yは、当該事業について「守半」を含む標章を引き続き使用し、蒲田地区に店舗を設ける他、平成17年には大森地区に3店舗を開業した。Yは、平成18年2月、「守半總本舗」の商標について商標出願をしたが、本件商標との関係で商標法4条1項11号に該当すると拒絶査定を受けた。Yは、出願後の同年5月付けで、その商号を「株式会社守半蒲田店」から「株式会社守半總本舗」に変更し、X及びYら所属の地元の乾海苔問屋協同組合に対し、名義を上記商号に変更する旨の名義変更願を提出した。上記商号変更に際して、Zからは特に異議が述べられなかったが、XはYに対して異議を述べた。

その後、XはYに対し、商標権侵害に基づき差止め・損害賠償請求をした。

1 審裁判所は、Y側（D）が、X側の先々代A（創始者）の主たる承継者B（上記のとおり創業者AからAの二男Bへ、BからBの長男Cへと承継されている）の丁稚として働いた後に独立して本件商標を使用し始めたこと、独立後も当初は同承継者と一定の取引・交流が継続していたこと、Y側の標章使用について長期間にわたり異議が述べられなかったことなどにより、「のれん分けというかはひとまず措くとして商号及び標章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」としている。さらに、Y側は蒲田地区のみならずこれに近い大森地区（X側の営業地域）に複数の店舗を有しており、また商号も「株式会社守半蒲田店」から「株式会社守半總本舗」に変更しているが、裁判所は当該使用も使用許諾の範囲内として認めた上で、XのYに対する商標権行使は権利濫用に該当するとして

いる³⁰。このうちYの「守半總本舗」の標章の使用を認めた点以外については結論として妥当であろう³¹。

【守半控訴審】は、以下のように述べた。「X及びY又はそれぞれの前身が、どのような経緯で、『守半』を含む商号や標章を使用することになったのかについては、いわゆる『のれん分け』の有無も含め、証拠上、必ずしも明らかではないものの、(中略)三者の経営者の親族関係、人間関係及び(中略)XやYの守半本店(Z)との交流の状況並びに守半本店がこれまでXやYによる『守半』標章の使用について何ら異議を述べていなかったことからすると、Xの前身やEが、『守半』の商号や標章を使用することについては、守半本店の許諾があったものと推認できる。」「そうすると、前記(A)のおよりの客観的事情があり(筆者注：X、Y及びZは、いずれもAの開業した『守半』と何らかの関わりを有する事業者であり、前身を含めると、いずれも大森近く又は蒲田地区を中心として、Xが本件商標権を取得

³⁰ 因みに、Yは先使用の抗弁も主張したが、【守半1審】は同抗弁には言及せずに権利濫用の抗弁を検討し成立を認め、「Xの本訴請求は、その余について判断するまでもなく、いずれも理由がない」としている。一方、【同控訴審】は、本件出願がされた昭和51年当時のYの商品・役務を表示するものとしての周知性を認めず、また、「守半」と平成18年から新たに使用が開始された「守半總本舗」は社会通念上、同一のものとはいえない点からも、先使用权は成立しないとした。

³¹ 当該標章の使用許諾権限は守半本店(A側)にあるため、間接事実としては守半本店の異議がなかったことだけで足り、「守半總本舗」の標章は別として、「守半」の標章についてはXの異議の有無は使用許諾の範囲とは関係がないと解される。この点、裁判所は、他の事情に加えて、XがYに対して長期間権利行使をしておらず、XがYに異議を述べたと認められるのは昭和56年と、平成18年にYが商号を「株式会社守半蒲田店」から「株式会社守半總本舗」に変更した頃(これに対してYが、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のでXの抗議は不当である旨の書面を送付して、その後も同商号等の使用を継続している)に留まることを考慮すれば、権利濫用に該当するとしている。「守半」の標章については結論としては妥当であるが、私見では、裁判所が述べるように守半本店及びXは、いずれも守半本店を開業したAの事業を承継した者として、Y側は、主な事業承継者である側の守半本店から「守半」の商号及び標章の使用許諾を受けた者として、その使用を継続していたものであるところ、「守半」の標章については守半本店のY側に対する使用許諾の有無及び範囲が問題であり、その範囲内での使用である限り、特段の事情のない限り、権利濫用に該当すると考えられる。

するより相当以前から長年にわたって、『守半』を含む商号や標章を使用し、海苔の製造販売等に係る事業を行ってきた者である)、かつ前記(イ)のとおり、それを認識しながら、長年にわたり本件商標権を行使してこなかったXが、本件商標権の取得以前から正当に行われてきた『守半』標章の使用行為と同一又は社会通念上同一といえるYによるY標章(中略)の使用行為に対し、本件商標権を行使することは、権利の濫用に該当するというべきである」とした。

一方、控訴審は、1審とは異なり、Yが平成18年から新たに「守半總本舗」という商号及び標章を使用するようになったことについては、『『總本舗』とは、『ある特定の商品を生産・販売するおおもとの店』を意味する語であり、そのような語を『守半』に結合させた『守半總本舗』は、従前、EやYがしていた『守半』の商号や標章の使用とはその意味合いを異にする」として、権利濫用の抗弁を認めなかった。控訴審は、「従前、Xら及びYの三者間では、守半本店(Z)が『本店』という中心的な地位を占める屋号、商号を一貫して用いており、X及びYもそれを是認してきたということができる。しかし、Yが上記のような意味合いを持つ『總本舗』を『守半』に結合させた『守半總本舗』の商号や標章を用いた場合、取引者、需要者に対し、あたかもYが三者の中で新たに『本店』としての地位を獲得したかのような印象を与えることとなり、平成18年以前に長年にわたって構築されていた三者の関係性を変質させるものといえる。」「そうすると、Yによって平成18年以降、開始された『守半總本舗』の商号・標章の使用は、本件商標権の取得以前から、長年にわたってEやYによって行われてきた『守半』標章の使用とは、社会通念上同一に考えることはできない」とした。その上で、Zから当該商号や標章の使用の承諾を得たというYの主張を認めず、また、「Zが異議を述べなかったことから直ちに承諾があったと認めることはできない」としている。私見としても、当該結論は妥当であると考えられる。

確かに、控訴審が認定するとおり、Xが単独で雑誌等に取り上げられることが多数あったものと認められるものの、「Yも、『守半』を含む標章を長年使用しており、しかも、三者の中では、近時、最も多い店舗数を有して営業していたものであるから、『守半』標章を全体として見た場合に、その知名度と信用の獲得には、Yも相当に寄与していると認められる。」し

かし、そのことと、控訴審の上記判旨のとおり「おおもとの店」(由来)を示す標章を使用することが認められるかは別問題であり、当該使用を認めることは前記ののれん分けの趣旨及びのれん分けグループ内で想定する使用範囲を逸脱するであろう³²。

次に上記②(そもそも、のれん元として(単独で)のれん分けをする権限があったか否か)について述べると、主たる承継者が否かの認定は、間接事実の認定によって行うことも可能であると考ええる。裁判例でも黙示の事業譲渡の意思表示による認定を行っており、妥当である。

例えば、海苔問屋等の営業に関する【守半】では、Xは、Y側(D)が、

³² 【守半控訴審】は上記理由付けに加えて、「仮に、『守半總本店』の使用についてZの承諾があったとしても、そのことから直ちに、Yによる『守半總本舗』の使用に対する本件商標権の行使が権利濫用になるということとはできない」としており、この点についても首肯する。

裁判所は、これに続いて「平成18年当時、三者の中でZがそのような特別な権限(筆者注：X、Y、Z三者内において『守半』標章の使用許諾をする法的権限)を持っていたというためには、その時点において、『守半』標章の知名度や信用が、需要者や取引者から見て、Zにのみ集中的に帰属するような状況にあったか、三者間でZがそのような権限を持つことが明示又は黙示的に合意されていたか、X及びYが、Zが『守半』標章の使用を第三者に許諾することに同意していたなどの事情を要するものと解されるどころ、上記当時、これらの事情があったと認めるに足る証拠はない」としている。当該判旨の前半部分は、商標権行使の権利濫用の抗弁に関する大阪地判平成15・9・30平成14年(ワ)1018号【極真会館(大阪)1審】や分業体制の内部分裂に関する不競法違反事件である大阪高判平成17・6・21平成15年(ネ)1823号【アザレ化粧品(大阪)】の判旨を想起させるものである。当該判旨部分についても以下のような趣旨と捉えるのであれば、妥当であると考ええる。すなわち、当該標章を程度の差こそあれ使用しているのれんグループ内の事業者において、のれん元(由来)を意味する「總本舗」という標章をのれん元以外の者が使用することは、のれん分けの趣旨を大きく逸脱する(本文中引用した判旨における『守半』標章の使用とは、社会通念上一同一に考えることはできない」というのは、「のれん分けの趣旨を大きく逸脱している」という意味にも解せられよう)。したがって、当該グループ内の一部の事業者の間で当該標章の使用の可否を決せられることではなく、極めて特段の事情がない限り、これを認めることはできないであろう(ただし、仮にのれんたる標章を使用しているグループ全員の許諾・同意があれば認められるとしても、その場合の許諾・同意は原則として明示であることが必要ではないだろうか)。

当該標章の由来元A（創業者）の家督相続人Bのみからのれん分けを受けたことについて、Aから一部事業を譲り受けた者側（創始者の長女G及び婿養子H側（X側））の許諾がないことを主張した。裁判所は、のれん分けを受けた時点でX側が「独立の事業主体として守半本店と同列の立場にあったことを裏付ける的確な証拠はなく、Dによる『守半』の商号及び標章の使用に対して、Hが異議を述べることをうかがわせる証拠もないことからすれば、Dへの許諾がHの許諾をも要するものであったとは認められない」としている。X側がB側と同列の立場にあったか、すなわち、創業者Aが卸売業と小売業に分割し、実子であるB（卸売業）と長女G及び婿養子H（小売業）に対等な立場で事業を承継させたか否かという争点について、同判決では、これに関するAの明示の譲渡の意思表示までは認定されていない。しかし、Bは先代の実子（二男であるが長男は逝去しており本家に当たる）側であるのに対し、Yは先代の婿養子側（分家）であること、A生前にBが事業を実質的に承継したこと、家督相続という制度があったこと、時代背景等（Aは昭和13年に死亡）及びBも卸売業のみならず小売販売業も行っていたなどの間接事実の積み重ねにより、Aの事業を主として承継したのはBであったと認めるのが相当であるとしている。

また、不競法違反事件であるが、【自由軒】も間接事実の積み重ねにより創業者の後継者を認定している。同事件の事案の概要は以下のとおりである（前掲注24も参照）。本件の第1事件及び第2事件は、ともに同一の商号で、「自由軒」等の営業表示等を用いて洋食店を営む原告と被告の間における不競法等違反等に関するものである。このうち第1事件では、被告がその取引先に対して、原告の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知したことにより、原告の営業上の利益が侵害されたとして原告が被告に対し、不競法2条1項14号（現21号）違反を主張し差止め及び損害賠償請求をした。また、被告がその店舗で提供する役務に「自由軒」の営業表示を使用することは同法2条1項1号の不正競争に当たると主張して、その使用差止めを求めた。これに対し、第2事件では、第1事件原告による「自由軒」の商品等表示としての使用等が不競法2条1項1号の不正競争に当たるなどと主張して、第1事件被告が同原告に対して差止め等を請求した。

裁判所は、第1事件原告は、「自由軒」を承継して営業していた第1事件被告から独立したと認定した。そして、同原告は、その独立元である同被

告に対し、単なる「自由軒」を営業表示として用いることの差止めを求めることはできず、また、同原告が、同被告の営業表示として周知である単なる「自由軒」の表示をもって製品を製造販売する行為は不正競争に該当するなどとして、同原告の第1事件の請求を棄却し、同被告の第2事件の請求を認容した。

本件では、第1事件の被告の経営者(洋食店自由軒の創業者Dと先妻Eとの間の子の子孫)がDの後継者であり、同事件の原告にのれん分けをしたのか、あるいは同被告は、Dが代表社員であった合名会社自由軒からのれん分けを受けたにすぎず、同原告の経営者(Dとその後妻との間の子の子孫)と同一の立場(すなわち、ともにD側からのれん分けを受けた者同士)にすぎないのかが争われた。裁判所は、「合名会社自由軒の代表社員であり、実際にも事業活動の中心を担っていたH(筆者注:DとEの間の二男)が中心となって同被告が設立されたこと、その直後に洋食店『自由軒』の店舗建物を建て替えた際の登記が同被告名義でなされたこと、現在では、合名会社自由軒は洋食店の営業をしていないことから、同店の営業は同被告の設立に伴い、当該設立から約2か月後の遅くとも店舗建物の建て替えに伴って、合名会社から同被告に承継されたものと認めるのが相当であるとしている。したがって、それより後に同原告が設立された時点では、同店の営業は同被告に承継されていたものであるから、同原告が独立する元となったのは、同合名会社ではなく同被告であったというべきである」としており、妥当であると考えられる。

家元の後継者指名に関しては、【真磨琴会】では先代の明確な後継者指名の意思表示を要するべきとしていると思われるところ(筆者も前記のとおりこれに賛同する)、同判決と【守半】や【自由軒】との相違は、家元制度下の伝統芸能の統率者の地位の承継と営業の承継との違いや、組織規模の大小による関係者への影響力の違い³³、当該種類の組織における代表者の地位承継の実態等の違いによると考えられる。のれん分けは、【守半】や【自由軒】のように、一般的には小中規模の食品・飲食業で行われることが

³³ 守半は明治17年に海苔問屋等として創業されているが、営業地域的には大田区大森地区に留まる。また、自由軒は明治43年に洋食店として創業されたが、創業者Dの逝去時は大阪市内に店舗が1点あるのみだった。

多く上記のような実態が認められるであろうが、仮にそのような業種・規模ではないのれん分けでありかつ後継者指名の実態も異なるなどであれば、後継者指名及びその範囲(複数の者が承継する場合、その棲み分け等)について別異に解する余地があるといえよう。

次に【守半】のように主たる承継者と一部事業の承継者という関係があると認められた場合、かつ少なくとも先代が商標権を取得していなかった場合には、一部承継者は自ら当該標章を使用することはできるが、第三者に使用許諾等ができるのは主たる事業の承継者のみであると解するのが先代の合理的意思に合致すると考える³⁴。そうすると、Aは守半等について商標権を取得しておらず、またX側がBと同等の立場ではなく一部事業を創業者Aから承継したにすぎない以上、事業を主に承継した者は、事業の一部を引き継いだだけの他の者(Xの先代)の同意を得なくとも、第三者(Y)に対して、Aに由来するものとしての標章「守半」の使用を許諾できる立場であった。以上より、【守半1審】及び【同控訴審】の結論は妥当である。

(2) 当該商標の由来元から一部事業の譲渡を受けた者と、当該由来元からのれん分けを受けた者との関係

次に、上記のようなのれん分けの当事者間だけでなく、【守半】のように、同じ事業者(A)を出所元としてAの主たる事業承継者からのれん分けを受けた者と、Aからの一部事業の承継者との関係について検討する。

両者はその使用する当該商標の由来が同一(A)であり、A又はその主たる承継者の意思によりそれぞれ一部事業譲渡やのれん分けを受けて使用している以上、それぞれに正当な使用権限を認めるべきだろう。したがって、事業の一部を承継したりのれん分けされたりして当該標章を使用しているにすぎない者が、商標権を取得し、主たる承継者や(他の)のれん分け先等に権利を行使する場合にも、原則として権利濫用が成立すると考える。この場合は、上記(1)で述べたのとは異なり、のれん分けの当事者

³⁴ 因みに、本事例とは異なり商標権を共有している場合は、各共有者は、持分割合の多寡に関わらず他の共有者の同意を得なければ当該商標権の通常実施権を許諾することができない(商標法35条、特許法73条3項)。

間での紛争ではないため紛争当事者間での使用許諾はないものの、当該権利行使を認めることは、当該標章の由来元等によるのれん分けの趣旨に著しく反するし、のれん分け先にとって多大な不利益になるからである。

また、のれん分け先がのれん元の承諾なくのれん元に由来する標章の商標登録を出願することは、原則としてのれん分けの趣旨に反すると考える。確かに、ともに当該のれんを維持・発展させていくという関係にあるという点では、当該出願を認めても商標の発展助成機能に反しないとも考えられる。しかし、のれん元としては、当該標章の由来元として自ら使用し続けることが通常は想定されており、また、信頼関係が構築された従業者等の由来元が見込んだ他の者にものれん分けをして功労をたたえつつ、のれんグループを発展させる意向を有する余地も大いにある。その場合、特定ののれん分け先が商標権者となっているとすると、のれん元や他ののれん分け先に権利を行使するおそれがあり、当該事態はのれん分けの趣旨や当該発展助成機能に反することになる。この点、のれん分け先による商標登録を認めた上で、他ののれん分け先等に権利濫用の抗弁を認めるという解決策もありうるかもしれないが、特定ののれん分け先が商標権を有しているということは、他ののれん分け先ひいてはのれん分けすること自体に対する萎縮効果を生じさせてしまう。このような事態はのれん分けの趣旨に反するものであるため、のれん分けの際に明示されていなくとも、原則としてのれん分け先による商標登録出願は認められないと考える。もっとも、例えば、のれんグループとは無関係の第三者が商標登録出願をするおそれがあったり、他ののれん分け先がのれん分けの趣旨を逸脱した使用をしたりすることにより、のれんグループに多大な不利益を生じさせるおそれがあるなどの状況下において、のれん分け先が緊急避難的に商標登録出願をした場合には、当該出願はのれん分けの趣旨の範囲内のものであり正当なものと認められるであろう。

これに対して、【守半】の事案から離れて、Aからの主要な事業承継者が商標権を有している場合、仮にAからの一部事業承継者がのれん分けをしていたときには、当該のれん分け先は当該のれん分けによる使用であることを主張するだけでは、商標使用の正当性は認められ難いであろう。由来元であるAとしては、第三者に使用を許諾するか否か及びその範囲を主要な事業承継者に委ねたと考えられるからである。

(3) 混同防止表示義務

上記のとおり、Yの出所識別力については、裁判所は、Y独自のものとするもの（【梅花堂】）と、X及びY等で同一の出所とするもの（【守半】）とがある。これは、1つには、のれん分けの趣旨として、（緩やかな）関係によりグループとして1つの出所識別力を獲得・発展させるものなのか、【自由軒】のように、由来は同じであるがそれぞれ独自の出所識別力を獲得させていくか（そのために、混同防止表示義務を課しておく）によることもありうるだろう。もっとも、のれん元としては、出所識別力に関する当該相違を特に明確に意識することなくのれん分けをする場合も少なくないと考えられ、その場合は、その後の両当事者の取引・人的関係や当該商標の使用形態等により判断されることになると考える。

この点、【梅花堂】は、Xの代表者Aが、訴外CからYの代表取締役Bへの営業譲渡を斡旋したのみならず、A・Bを含む計7名により結成された梅花堂会の会員は各平等の権利をもって「梅花堂」商標を使用しうることとなっており、斡旋当初はAの出所とY側（B）の出所は同一であることを念頭に置いていたと推測される。しかし、Aは上記斡旋から約12年後に営業を廃止し、さらにそれから約5年後にYに入社しBとともに代表取締役を務めたが、その後、AとBとの関係が悪化し入社して約3年で退社し、直ちにXを設立し営業を再開している。このように当初、Aが、間接的のれん分けともいえる営業譲渡の斡旋をした際には、同一の出所を想定していたものの、Aが廃業（約8年間）している間にYが独自の出所識別力を獲得し（一方、Aの出所識別力は大きく減殺されたと推測される）、その後Aが営業を再開したため、AとYは別個の出所識別力を有するに至ったと認められる。Y在籍時のAとBの関係の悪化はAの待遇に関するトラブルによるものであり、Bがのれんを傷つけたなど、間接的のれん分けの趣旨に反することが原因ではない。このような事情に端を発しX（代表者A）とYが別個の出所識別力を獲得するに至った場合、出所混同に関する損害をXがYに主張するのは不合理であり、出所混同の防止を望むのであれば、X側が行うべきである。この点において、裁判所は、「X主張（筆者注：X商品とY商品との誤認混同により、Xは多大な信用上の損害を被っているとの主張）のごとき事態はXにおいてYの前記既得権的地位を容認せざるをえない関係にある以上やむをえない結果であるというべ」きであるとし

しており、この点については妥当である。しかし、これに続いて「このような場合Xは新法第三二条第二項の規定に準じYに対し混同を防ぐため適当な表示を附すべきことを請求しうることは格別」としている点では疑問が残る。確かに、X側(A)は、営業譲渡の斡旋当初は、のれん元側(A側)とのれん分け先側(B側)の関係の悪化は想定していなかったであろう。しかし、のれん分けの目的は、前記のとおり、元来の特殊な人的関係に基づきつつ、営業表示の信用を維持・発展させていくものである。そうであれば、のれん分け先のY側が当該のれんの信用を毀損せず、実際に当該信用力の維持・発展に寄与している以上、事後の両者の関係悪化による出所識別力の分立による損害については、のれん分けの際に条件を付さなかったのれん元において、自らが混同防止表示措置等をとることで対応すべきである。したがって、上記判決のような混同防止表示請求権は認められないと考える。

(4) 小括

のれん分けは、のれん元とのれん分け先との使用許諾契約を意味する。しかし、当該契約はビジネスライクな契約とは異なり、のれん元が、信用できる使用人等の長年の功労に報いる趣旨で、当該人的信頼関係に基づき、自己ののれんの使用を許諾し独立を支援し、ともに当該のれんの信用を維持・発展させることを目的とするものである。このように人的信頼関係が強かつ報奨的要素を含む契約関係においては、当該許諾の条件等についても信頼関係等に基づき判断される。したがって、特段の意思表示等がない限り、原則としてのれん分け先の裁量は広く、のれんを傷つけるなどのれん分けの趣旨に反しない限り使用を認めるべきである。のれん元側がのれん分けの際の事情や将来の両者の関係悪化の可能性も想定しつつ、使用許諾の範囲を限定する意向があるのであれば、のれん元によるその旨の意思表示が必要となる。したがって、そのような意思表示がない限り、のれん元からのれん分け先に対する商標権の行使は権利濫用に該当すると考える。

のみならず、のれんグループ(創業者、その主たる事業の承継者、これらの者からのれん分け先及び一部の事業承継者)内においては、のれん分けの趣旨及び商標の発展助成機能との関係から相互に使用の正当性が

認められるべきであり、同グループ内における商標権行使は権利濫用に該当すると考える。

ただし、のれん分け先があたかものれん元であるかのような標章を使用するなど、のれん分けの趣旨を逸脱した使用をした場合には、商標権行使は権利濫用に該当しないと考える。

第3 長期間の権利不行使

本稿で取り上げているX側とY側との間に特別な関係がある事例を離れて一般論としては、長期にわたり商標権を行使していない場合であっても、XのYの商標使用に関する認識の有無に関わらず、原則として権利は失効しないと考える（大阪地判昭和59・2・28判タ536号425頁【千鳥屋】、横浜地判昭和60・10・25判時1172号134頁【浜っ子】等）。なぜなら、商標権は商標の発展助成機能を目的として付与されるどころ、物権としての商標権が付与された以上、後記の例外的な2類型及び不使用取消審判制度（商標法51条）以外に、特別な明文規定なく権利を失効させることは、上記機能を十分に確保することができないからである。

この点、商標権が公示されているとしても、侵害者が商標の類否や商標的使用など常に的確に商標権侵害の判断をなしうるとは限らず、実際に裁判にならない限り侵害の成否が明らかにならないケースが少なくないことや、商標は使用が進めば進むほど、商標を事後的に変更することは困難となるため、侵害商標の使用の可否はなるべく早い段階で確定させるに越したことはないなどを理由に権利失効をより積極的に認める余地があるのではないかと考える見解もある³⁵。しかし、Y側の商標がXの商標登録出願時点において商標法4条1項10号の周知性を備えておらず商標登録が認められたにも拘わらず、また後記のように登録後にY側が当該商標を使用し著名に至るまで、Xが権利行使をしなかったのであれば格別、そうでない場合にも長期間の権利不行使を理由に権利行使が認められないというのは、上記商標法の目的に鑑みて妥当ではないと考えられる³⁶。Y側

³⁵ 横山久芳「権利の失効」パテント73巻15号（別冊25号）（2020）71頁以下。

³⁶ 前掲注2・朱213-214頁。大阪地判平成17・5・26平成15年（ワ）13639号【愛眼】は、

(被疑侵害者となりうる者)が法的に安定した継続的使用を欲するのであれば、Y側において、商標権者(X)を被告として損害賠償請求権や差止請求権の不存在確認請求訴訟を提起して、自己の使用が商標権侵害に該当するか否かを明確にすればよいと思われる。

ただし、以下の2類型については、長期間の権利不行使が権利濫用の抗弁に関係してくると考える。

1つ目は、長期間権利行使をしなかったがためにXの権利行使時点でY側の標章として著名になった場合である(前掲注3・拙稿における第1類型)。このように商標権を取得しておきながら、長期間権利を行使せずその発展助成機能を活かさなかったXは、Yの著名商標の保護の必要性に比

YらがXの長期間の権利不行使を理由に権利濫用の抗弁を提出しているが、これを認めなかった。事案は、眼鏡のフランチャイズ契約違反をめぐる、フランチャイザー(X)・フランチャイジー(Y4)間で訴訟になり、裁判上の和解を成立させているところ、その後も、YらがX登録商標と類似の商標を使用していたため、XがYに対し、差止め・損害賠償を請求したというものである。このように、本件は、X・Y4間に以前には契約関係があったが、裁判上の和解という合意により、明確に契約を解消している事案である。裁判所は、上記和解条項は、フランチャイズ契約の解除によりY4がフランチャイザーであるXの登録商標又は類似商標を使用できないことを前提としていたと認めた。その上で、XがYに対して当該和解後、約20年以上にわたって使用差止請求をすることなく経過してきたことを理由に、Yらは、XのYらに対する商標権行使が権利濫用に該当すると主張したのに対し、裁判所は、「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、先使用権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」とした。

同様に、XとYとの間に、当該登録商標の使用に関する直接の権利関係の成立やXのYに対する同商標使用の承認を認めるに足りる証拠はないとした上で、「失効の原則は、単なる権利の長期間にわたる不行使をもって、侵害者は権利者の権利行使を受けないとするものではない。その適用のためには、さらに侵害者たる被告らにおいて、侵害行為が黙認され差止請求権の行使を受けることがないものと信頼すべき正当の事由を有するに至つたとの特段の事情の存することを要するところ、本件では被告らにそのような特段の事情はない」というXの主張を認めたものとして、大阪地判平成元・10・9無体集21巻3号776頁【廻る元禄寿司】。

して、商標制度の庇護のもとに保護する必要性が低いと、権利濫用の抗弁が成立する（もっとも、短期間でもY側の標章として著名になっていれば、X側の権利不行使の有無に関わらず、権利濫用の抗弁は成立すると考える）³⁷。

2つ目は、本稿及び上記拙稿で取り上げたようなX側とY側とが特別な関係にある場合である。業務提携契約等の一定の取引関係にあり、しかも、専らY側がこれを使用していたり、Y側の標章として使用していたりした場合、あるいはのれん分けが問題となるような事例等では、XはYの使用を容易に認識できることが多い。それにも拘わらずYに対して長期にわたり権利行使をしなかったことは、それが自己（だけの）の標章でないことを自認していたこと、あるいは使用許諾をしていたことの間接事実の1つとなるであろう（【守半1審】、一部商標につき【同控訴審】、大阪地判平成31・3・19平成29年(ワ)6460号【ゼフィールアイラッシュ】、商標権者（X）がYに対して商標使用以来数年間、本件商標の使用に関して異議を述べなかったことなどの事実認定をした上で、XのYに対する商標の使用許諾は無期限無制限のものであったことを認定するものとして、東京地判平成15・2・13平成13年(ワ)11393号【PAPIA 1審】、知財高判平成15・7・17平成15年(ネ)1327号【同控訴審】）³⁸。このように解することが、Xと一定の取引関係等を有し、長期間にわたりXの異議を受けることなく当該標章を使用してきたYの期待の保護にも資する。もっとも、これは権利濫用の要素ではなく、付加的事情であるだろう。

この点、【守半】では、前述のとおり、XとYとの関係は、のれん元とのれん分け先との関係ではなく、創業者からの一部事業承継者側と主たる事

³⁷ 同旨のものとして、前掲注2・朱214頁。同見解は、これに、全国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ながら、禁反言的な行動をとった場合を権利行使が認められないとしているが、当該ケースは、長期間の権利不行使か否かに関係なく権利濫用に該当するという趣旨において、筆者も賛同する。

³⁸ 【ゼフィールアイラッシュ】は契約（業務提携等）関係にあったY側が、関係解消後もX登録商標を使用しているも、数か月間Xがこれに異議を述べた事実が存しないことを（あくまでも一要素であるし、もともとYが業務提携前から使用していた商標であるが）権利濫用認定の一要素とした。

業承継者側からののれん分け先との関係にある。Xは、昭和56年、Yに対して、当時Xが使用していたものと同様の「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が、Yは直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ている。このことからXも、Yを創始者Aを由来元としてののれんを使用するグループとして認識していたことが窺われる。

のみならず、そもそも本件では、上記のとおり、守半本店(Z)側のY側に対する使用許諾の範囲内であれば、仮にXがYに対して適時に継続して異議を述べていたとしても、結論に影響しなかったであろう。

この点、前記のとおり、Zの当時の代表者は、Yによる商号変更の事実を認識した際(平成18年5月から数か月以内)又はその後も、Yに対して、異議を述べることはなかったと認定されており、【守半1審】ではこの点からもYの商号変更はZの使用許諾の範囲内と認定されたのであろう。しかし、前記のとおり、のれん分け先が「總本舗」を付すことはのれん分けの趣旨の範囲外であると考えられること及び長期間の権利不行使は権利濫用の要素ではなく付加的事情であることから、当該結論は妥当ではなく、前記のとおり【守半控訴審】の判断が妥当である。

第4 結語

以上のとおり、本稿では、商標権者と商標使用者が特別な関係にあるもののうち、家元制度やのれん分けに関する組織の内紛という、内紛の中でも人的関係の強い類型の一部に限定して、商標権行使に対する権利濫用の抗弁の裁判例を検討した。

このうち、ヒエラルキー構造にある家元制度下の組織の後継者争いについては、家元の指名により後継者が決定する体制がとられている場合には、当該指名の有無を厳格に認定し後継者たる家元が決せられるべきである。そして、当該指名がない場合には、家元候補者あるいは家元預かりたりうる地位にある者であれば、当該家元の名称が宙に浮かないようにするなどの目的がある限り、商標権者となること自体には問題がない。しかし、当該地位にある、(ほぼ)対等な当事者間での商標権行使については、原則として権利濫用に該当する。この場合、家元存命中には次期家元候補者は当

該標章を使用できず、それにも拘わらず商標権の有無で使用の可否が決められると、実質上商標権の有無で家元の地位が決められることになり、商標の発展助成機能とは合致しないからである。

他方、のれん分けの場合、のれん元側、のれん分け先側とともに創始者等から事業の一部譲渡を受けた者及びのれん分け先間を含めて、当該のれんの信用力を築く関係にあるグループを形成した場合、当該グループ内の者の当該商標の使用は、いずれも原則としてのれん分けの趣旨に合致するため、そのうちの一事業者から他の事業者に対する商標権の行使は権利濫用に該当すると考える。

【付記】本稿の作成に当たり、田村善之先生から数々の貴重なご助言を賜りました。この場をお借りして深謝申し上げます。