

早稲田大学 博士論文概要書

周知・著名商標の顧客誘引力の利用行為について

～アンブッシュ・マーケティング規制を参考に～

早稲田大学大学院法学研究科

足 立 勝

博士論文概要書

周知・著名商標の顧客誘引力の利用行為について ～アンブッシュ・マーケティング規制を参考に～

I. 本稿の目的

ビジネスにおいて、ブランドが担う役割が大きくなっていることは否定できない。このブランドとは、ブランドを用いて事業等を行う側からの見ると、自社商品・サービスを需要者に選択してもらう目的のために、需要者の心の中に自社商品・サービスが提供する価値を連想させる道具であり、需要者側から見ると、購入のための目印にとどまらずに、提供される価値への共感や安心感など、商品・サービス購入の際の重要な選択根拠のひとつということになる。ブランドのこうした機能を発揮させるために、様々なブランド要素が使用される。

こうしたなかで、広告の中で、広告主のものではない有名なブランド要素（ブランドロゴ・シンボルなど）すなわち商標を目にすることがある。有名なブランド要素の顧客誘引力に期待しての利用である。よく例に挙げられる事例としては、ウイスキーの広告で、ロールス・ロイスの車体が使われたという事例（ドイツ連邦通常裁判所 1982 年 12 月 9 月判決 [Rolls-Royce 事件] (ICC Vol.15 pp240-242)) がある。我が国においても、これから建設される分譲マンションの広告に、マンションの完成予想図とともに、高級自動車メーカーの有名なロゴ・シンボルが付された自動車をコンピューターグラフィックで描いていた事案等が存在する。

これらはいずれも、広告をしている者の商品やサービスそのものに、他人のブランドロゴ・シンボルを使用しているわけではなく、顧客誘引力を利用しているものである。我が国において、これらの使用について、商標としての使用又は商品等表示としての使用に該当しない限り、すなわち出所表示機能を果たす態様での使用に該当しない限り、法的には規制されておらず、周知・著名商標を有するブランド保有者は保護が得られないように思える。それははたして適切であるのか疑問に思われることから、本稿にて研究する。

また、本稿では、個別のイベントについてアンブッシュ・マーケティングと呼ばれる活動を規制する法が各国で制定されており、これらの法を参考にしつつ論を進める¹。

¹ 拙稿「著名商標の保護について—アンブッシュ・マーケティング規制の検討を中心に」日本大学知財ジャーナル 6 号 33 頁 (2013 年 3 月)、同「2020 年東京オリンピック開催決定と知財法業界への新たな課題」早稲田大学知的財産法制研究センター・ウェブサイト(<http://www.rclip.jp> 2013 年 9 月)、同「オリンピック開催とアンブッシュ・マーケティング規制法」日本知財学会誌 11 巻 1 号 (2014 年 9 月) は、主として、大規模イベントのためにアンブッシュ・マーケティングを規制する法律の一部を紹介し、我が国の現状と課題を述べてきている。本稿は、既に発表した内容を発展させるとともに、海外各国でのアンブッシュ・マーケティングを規制する法制定の経緯及び背景を検証したうえで、我が国の法体系におけるあるべき姿に向けての提言を行うことを意図している。

なお、この「出所」の意味するところを検討し、その上で、実際の使用態様に基づいて出所表示機能を果たす態様であるのか否かを判断するというのも、ひとつの方法であるが、この点については別途検討しており²、本稿では対象としない。

II. 本稿の意義

周知・著名商標の顧客誘引力の利用行為について、アンブッシュ・マーケティング行為を規制する法を参考に検討した論考は存在しないと思われる。

また、個別のイベントのアンブッシュ・マーケティング活動を規制する法律を紹介する論考は存在し、我が国においても最近現れているものの、そのほとんどは一大会に関する法を紹介するものであり、包括的に分析しようと試みたものは本稿が初めてのものと思われる。さらに、本稿ではこうした個別のイベントに関連して制定されるに到っている背景・経緯、また制定の許容性について分析している。これらの分析を通じて、我が国において開催が決定した 2020 年東京オリンピックのための同様の法を制定する基礎があるか検証している。

これら分析・検証を通じて、我が国において、周知・著名商標の顧客誘引力利用行為に対する規制を立法化し、それを基礎として個別のイベントのために法を制定することが本来の順序であると指摘する。ただ、2020 年東京オリンピック開催招致に向けてイベント主催者から条件とされていること、それに対し政府保証が提出されていることに鑑みて、まずは 2020 年東京オリンピックのためのアンブッシュ・マーケティング活動を規制する法がどうあるべきかを示し、その基礎となるべき普遍的な法はどうあるべきかを提言する。

これらの点に本稿の意義があるものとする。

III. 本稿各章の概要

各章の概要は、以下のとおりである。

1. はじめに

上述した本稿の目的を検討するにあたり、最近各国で制定されている法、すなわちオリンピックや FIFA ワールドカップをはじめとした大規模スポーツイベントの為に「アンブッシュ・マーケティング」を規制する法を参照しつつ、検討することを述べる。

この「アンブッシュ・マーケティング」とは、本稿第 2 章で詳述するが、イベントのマークを使用していない場合でも当該イベントと関係するかのように表示することなどの活動をも含む活動である。これは、大規模スポーツイベントの有する顧客誘引力を利用する行為である。こうした「アンブッシュ・マーケティング」を規制する海外の法令及びその制定の

² 拙稿「知財視点のブランド・マネジメント—商標法・不正競争防止法で保護されるための『出所』表示—」田中洋編『ブランド戦略全書』(有斐閣 2014 年 11 月発行予定)。これは、修士学位论文(2012 年 1 月提出)の一部を再構成したものである。

経緯・背景を検証することで、我が国の法体系のなかであるべき姿につき示唆を得ることができると考える。

また、2020年に東京オリンピックが開催されることが昨年2013年9月に決定したことから、2020年東京オリンピック開催に向けて、海外の法令を検証することは意味があると考えられる。

2. 各国で制定されている「アンブッシュ・マーケティング規制法」

第2章では、アンブッシュ・マーケティングの定義や主な活動のタイプを確認し、各国で制定されている法律を分析する。

(1) アンブッシュ・マーケティングとは

国際オリンピック委員会（International Olympic Committee 以下「IOC」という）や国際サッカー連盟（Fédération Internationale de Football Association 以下、「FIFA」）による定義も含め、アンブッシュ・マーケティングの定義を「プロパティ所有者に権利金を支払わずに、そのプロパティとの結びつきを作ろうとする計画的活動³」と確認し、その活動は、必ずしもイベントを対象とするものに限定されるものではなく、需要者にとって周知・著名なものであれば、ターゲットになり得るといふこと⁴、また、イベント関連の標章と同一・類似のマークを使用していない場合も存在する。

なお、アンブッシュ・マーケティング活動とは、詳細は本稿2.1.2で述べているが、イベントだけに発生するものではないが、各国で制定されている法が個別のイベントに関するものであることから、イベントにおける活動に対する規制を中心に参考とする。主なものとして、以下の4つのタイプが考えられる。

- A. イベントのスポンサーである旨の虚偽の表示をする行為、
- B. イベント関連の標章（イベント及びその関連行事で使用される標章）と同一・類似のマークを使用する行為、
- C. イベント関連の標章と同一・類似のマークは使用しないが、イベントと関連があるかのような表示をする行為、
- D. イベント関連の標章と同一・類似のマークは使用しないが、イベント開催会場・競技場やその付近で、広告物の掲出や販売活動を行う行為

(2) アンブッシュ・マーケティング規制法

世界的な規模のイベントに関連して最初に制定されたものとしては、2000年シドニーオリンピックにあわせて制定されたものである。オリンピック開催にあわせて制定されたアンブッシュ・マーケティング活動を規制する法は、2000年以降に開催された大会のための

³ 仁科貞文=田中洋=丸岡吉人著『広告心理』（電通2007）271頁

⁴ 例えば、取引関係がないにもかかわらず、ある会社の会社案内・ホームページ等で、その会社の主要取引先として周知・著名な会社が表記されるといったこと

ものであり、ほぼ大会毎に制定されている⁵。FIFA ワールドカップの場合も、大会開催にあわせて、南アフリカ（2010年開催）とブラジル（2014年開催）で、それぞれの大会のための法が制定されている⁶。他にも、英連邦における総合競技大会であるコモンウェルスゲーム（Commonwealth Games）開催にあわせて制定されたオーストラリア法や英国法、イベント主催者とは無関係に制定された法として米国法⁷やニュージーランド法⁸、他にもオーストラリアにおける自動車レース等の州法、米国のNFL（National Football League）スーパーボウル開催のための条例などが制定されている。

大きなイベントの開催にあわせてアンブッシュ・マーケティングを防止できるよう、各国で「アンブッシュ・マーケティング規制法⁹」が制定されている。こうした法が定めについて、*Sui Generis Protection*（特別な保護）と呼ばれることもある¹⁰。

本章において、これらの法については、それぞれ保護される標章、第三者に対する制限の内容及び使用差止等の請求権者を中心に分析する。

分析の結果、すべてのタイプのアンブッシュ・マーケティング活動に対して一斉に規制されるようになったものではないことを確認する。すなわち、イベント関連の標章すなわちイベントにおいて使用される標章を商業的に使用する活動（A.及びB.のタイプの活動）への規制は共通する。次に、イベントと関連があると合理的に想起させる表現を使用する活動（C.のタイプの活動）の規制については、誤認するおそれがある表示を保護される標章として法に限定列挙するものから、条文上の規定は例示列挙して規制するようになってきていると理解することができる。さらには、そのイベントそのものが現実に顧客誘引力を発揮したひとつの結果であるイベント来場者に対する活動（D.のタイプの活動）についても、規制されるようになってきている。

3. 各国の「アンブッシュ・マーケティング規制法」制定の背景

第3章では、大規模スポーツイベントの為にアンブッシュ・マーケティング規制法が各国で制定されていることについて、その必要性和その許容性を分析する。

⁵ 拙稿「著名商標の保護について—アンブッシュマーケティング規制の検討を中心に—」日本大学知財ジャーナル6号（2013年3月）38-40頁参照。なお、2002年に米国ソルトレイクシティで冬季オリンピックが開催されているが、米国ではTed Stevens Olympic and Amateur Sports Act（1978年（1998年に一部改正））が制定されているが、本稿であわせて検討する。

⁶ 拙稿・前掲注5）40-41頁参照。2002年に日本とともに開催国であった韓国では、自国内で著名であることが不正競争防止法の適用要件であったため、自国内ではまだ著名ではなかったFIFAワールドカップの標章を不正競争防止法にて保護するための特別法を制定した。また、2006年開催国のドイツでは、不正競争防止法の一般条項が存在する。

⁷ Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act

⁸ Major Events Management Act 2007

⁹ 各国で制定されている法は、アンブッシュ・マーケティングを規制するだけでなく、入国管理などイベント運営上の特別な事項なども含めた法律もあるが、本稿では、それらの法においてもアンブッシュ・マーケティング規制に関連する部分を、「アンブッシュ・マーケティング規制法」という

¹⁰ 例えば、Phillip Johnson, *AMBUSH MARKETING AND BRAND PROTECTION* 2nd ed. (2011) p20, Andrew M. Louw, *AMBUSH MARKETING AND THE MEGA-EVENT MONOPOLY* (2012) pp169-171

(1) 「アンブッシュ・マーケティング規制法」制定の必要性

まず、オリンピック、FIFA ワールドカップ、コモンウェルスゲーム、NFL スーパーボウルを開催するための条件として、IOC や FIFA などの各イベント主催者が法令・条例の制定を要求している事実・内容を明確にする。

加えて、イベント主催者がこれらの法令・条例制定を要求する背景を分析する。すなわち、イベントの大きな収入源は、大きく分けて①イベントのチケット販売、②TV などの放映権料、③ライセンス商品の販売による収益、④スポンサー料の4つである¹¹。

このうち①乃至③については、イベント主催者による敷地や建物の管理占有権又は商標権に基づいて、第三者がイベント主催者の収益を脅かす行為に対して、対抗措置が取れる。つまり、特別に法令・条例が制定されなくても、イベント主催者は①～③による収益を確保することができる。

しかしながら、最後の④スポンサー料については、イベント主催者がスポンサーと認めていない者が、イベントに関する標章を使用することやイベントのスポンサーであるかのように消費者等に誤認させる表示を使用することを制限できない場合には、スポンサーに対しての交渉力が著しく低減してしまい、その結果主催者が望む金額のスポンサー料を得られなくなってしまうという大きな問題を招くことになる。さらにイベント開催期間は確定していることから、そういった表示行為の差し止めに長期の時間を要するとしたら（例えば、イベントが終了してから長く時間が経ってから、やっと差し止めが認められるとしたら）、イベント主催者にとっては何ら実効性がないことになるのである。

(2) 「アンブッシュ・マーケティング規制法」制定の許容性

次に、アンブッシュ・マーケティング規制法制定の許容性について分析する。

個別の民間イベントの為のアンブッシュ・マーケティング規制法について、イベント主催者から制定を要請されたなどの理由に基づきイベントを開催するにあたり必要であるからという必要性（政策的な目的）だけで、個別の民間イベントのための法律を制定するのは、たとえそれが限時法であっても、かなり困難であると思われる。

この点、個別のイベントのための法律を制定する上で、基礎となる法理あるいは法律があれば、いわば明確化するだけの立法化であるとして個別の民間イベントのための法律を制定することは可能であると考え、各国のアンブッシュ・マーケティング規制法制定の背景、すなわち基礎となる法理又は法律について検証する。

2000年シドニーオリンピックを開催したオーストラリア及び2014年ソチオリンピックを開催したロシアにおいては、民間イベントであるオリンピックのためにアンブッシュ・マーケティング規制法は、競争法にて「誤認を生じやすい又はぎまんの若しくは誤認を生じさ

¹¹ 1998年長野オリンピックの際に、長野オリンピック組織委員会が配布したパンフレット 拙稿・前掲注5) 44-45頁及び拙稿「アンブッシュ・マーケティングの法的問題」ビジネスロージャーナル 76号 79頁（2014）参照

せ又はぎまんのとなるおそれのある行為」や「誤った、不正確な又は歪んだ情報を広めること」を規制する条文が基礎となって、制定されていると考える¹²。

オーストラリア及びロシア以外の国においても、本稿で取り上げたアンブッシュ・マーケティング規制法が制定されている国（英国、カナダ、米国、ニュージーランド、中国、ブラジル）においても、引き続き詳細な検証をしていく必要があるものの、コモンロー上のパッシングオフの法理、パッシングオフの法理が取り込まれた商標法、又は不正な商業行為への規制といった基礎が存在することを確認できる。

アンブッシュ・マーケティング規制法は、一見知的財産法の観点から制定されているように思えるが、アメリカ商標法やカナダ商標法にも内在しているパッシングオフの法理を含めた不正競争の概念が基礎になっていると考える。上述したオーストラリアやロシアにおける競争法における規制は、それぞれの競争法のなかでは、不公正取引行為、不正競争の禁止と分類されている。加えて、よく知られているドイツ不正競争防止法に限らず、オーストラリア競争法、ロシア競争法、中国反不正当竞争法にも、不正競争に関する一般条項又は一般条項に相当する条項が存在する。

こうした基礎になる法理、法が存在するが故に、それを明確にする又は迅速な解決のため、個別のイベントのための「アンブッシュ・マーケティング規制」の法が制定することは、難しいことではなかったと考えられる。そして、このことは、オリンピックに限らず、FIFA ワールドカップや他のイベントのための法が制定されていることについても、同様の説明が当てはまるものと考えられる。

4. 我が国における「アンブッシュ・マーケティング規制法」制定の可能性

第4章では、我が国で2020年東京オリンピックが開催されることから、アンブッシュ・マーケティング規制法を、我が国で制定する基礎があるかを検討する。

(1) 商標法・不正競争防止法2条1項1号及び2号、同法17条

商標法・不正競争防止法2条1項1号及び2号、同法17条は、イベントにて使用される標章を使用しないアンブッシュ・マーケティング活動については無力である。また、それらの規制の対象が、いずれも商標としての使用又は商品等表示としての表示、すなわち出所表示機能を果たす態様の使用に限定されることから、イベントにて使用される標章を商業的に使用することの規制の基礎にはならない。

(2) 不正競争防止法2条1項13号（誤認惹起行為）

次に、不正競争防止法2条1項13号（誤認惹起行為）について検討する。同号の規定する「内容」について「その商品又は役務の実質や属性をいう¹³」とし、そして他社の売れ筋商品又は役務に便乗して自己の商品又は役務の内容、品質について優良誤認を惹起せしめ

¹² 拙稿「オリンピック開催とアンブッシュ・マーケティング規制法」日本知財学会誌11巻1号9-11頁（2014）

¹³ 山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』（発明協会2006）210頁

る寄生的広告行為は、同号に該当する可能性があるとするが¹⁴、一方で「同号はあらゆる表示の誤認惹起を規制するものではなく、同号の誤認惹起表示に該当するためには、同号に列挙された事実に関する誤認を惹起させるような表示でなければならない¹⁵」とする。これらの意味するところは、同号における誤認させる表示とは「同号に列挙された事実を直接誤認させる表示をしていなくても、間接的に品質、内容等を誤認させるような表示であれば、誤認惹起行為に該当しうる¹⁶」にとどまる。条文の文言を離れて、その表示を信じた需要者の需要を不当に喚起するような表示について、商品の内容、品質についての標記と理解することはできない。

改正前の旧不正競争防止法 1 条 1 項 5 号の制定は、パリ条約 10 条の 2 は、(2) 項に一般条項があり、例示としての (3) 項がある規定であるにも拘わらず、(3) 項 3 号が新設されることによる¹⁷。現行不正競争防止法 2 条 1 項 13 号が旧不正競争防止法 1 条 1 項 5 号が追加された (昭和 25 年改正) 当時から大きく変更されていないことから考えると、その文言を広く解釈し、イベントと関連があるかのような表示 (イベント使用される標章と同一・類似のマークを使用し、又はイベントに使用される標章と同一・類似のマークを使うことなく、イベント等と関係があるかのように誤認を招く表示) の規制のために、適用することは難しいと考える。

(3) 景品表示法

さらに、景品表示法について検討する。その制定理由として「違反行為の類型を明確化し、具体的にしなければ、迅速な手続きを取ることが不可能¹⁸」として制定された景品表示法において、行政的な措置や適格消費者団体による差止請求権の行使にあたり、イベントと関連があるかのような表示は、景品表示法 4 条 1 項 1 号の「商品又は役務の品質、規格その他の内容」という場合の「内容」に含まれると考えることは、不正競争防止法 2 条 1 項 13 号と同様、難しい。

また、同項 2 号の「商品又は役務の価格その他の取引条件」や同項 3 号の「商品又は役務の取引に関する事項」には明らかに該当しないと思われる。

(4) 独占禁止法に基づく不公正な取引方法

独占禁止法に基づく不公正な取引方法についても確認する。景品表示法が独占禁止法の特別法であった際の理解としては (景品表示法の平成 21 年改正前)、専ら景品表示法が一般消費者向けの行為については適用対象となっていたが、景品表示法が独占禁止法から独立した法になったことから、不公正な取引方法の欺瞞的顧客誘引や不当な利益による顧客

¹⁴ 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法平成 23・24 年改正版』(有斐閣 2012) 100-101 頁

¹⁵ 経済産業省知的財産政策室・前掲注 14) 100 頁

¹⁶ 経済産業省知的財産政策室・前掲注 14) 100 頁

¹⁷ 1958 年リスボン会議 (第七回改正会議) では、(3) 項 3 号の規定が追加された。

¹⁸ 来生新「独占禁止法体系の整備と消費者保護法としての独占禁止法の確立」正田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂 1999) 31-32 頁 利部脩二「不当景品類及び不当表示防止法について」公正取引 142 号 39 頁(1962)も同趣旨を述べる。

誘引は、一般消費者に向けての行為についても不公正な取引方法と捉えることが可能であると考えられる。

しかしながら、該当する可能性のある不公正な取引方法(公正取引委員会告示第 15 号)指定 8 項(欺瞞的顧客誘引)の対象となるためには、イベントと関連があるかのような表示が、欺瞞的顧客誘引の「商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項」のいずれかにあてはまらなければならないが、「商品又は役務の内容」に含まれると考えることは難しく、「取引条件」や「取引に関する事項」にも該当しないと思われる。

さらに、不公正な取引方法(公正取引委員会告示第 15 号)指定 9 号(不当な利益による顧客誘引)にいう「不当な利益」に、イベントと関連があるかのような表示が該当すると考えることも、困難といわざると得ない。

独占禁止法は私人による差止請求の規定が整備されたが、同法にて規制している行為の対象は見直しされてはならず、アンブッシュ・マーケティング規制の基礎となるとは考えにくい。

(5) 小括

以上からすると、我が国において、個別のイベントのためのアンブッシュ・マーケティング規制する法を制定する基礎となる素地は、十分に存在していないと考えざるを得ない。

5. 我が国における「アンブッシュ・マーケティング規制法」制定の検討

(1) 「アンブッシュ・マーケティング規制法」について立法を検討する順序

第 3 章での分析から、個別のイベントについてアンブッシュ・マーケティング規制法が制定されている他国においては、競争法、パッシングオフの法理やパッシングオフの法理を取り込んだ法、不正な商業行為に対する規制などの基礎が存在している。その基礎に基づいて、明確化するかたちで個別のイベントのための法律が制定されていると考えることができる。

それに対して、第 4 章で検討の通り、我が国は、例えば後援・承認などを得ていないのに得たかのような印象を消費者・需要者に与える活動について直接規制する法は存在せず、不正競争防止法や独占禁止法上の規制行為が限定的に列挙されている状態であり、アンブッシュ・マーケティング活動を規制する基礎となる法は明確には存在しない状態といわざるを得ない。そのようななか 2020 年東京オリンピック開催のために、対外的な合意をした状態といえる。

一方で、日本赤十字社(昭和 27 年日本赤十字社法に基づいて設立された特殊法人)の許諾なく、赤十字標章などを使用することを禁止する「赤十字標章及び名称等の使用の制限に関する法律」(昭和 22 年法律第 159 号)¹⁹が存在している。また、アンブッシュ・マーケテ

¹⁹ 赤十字の標章及び名称等の使用の制限に関する法律(昭和 22 年法律第 159 号)は、刑事罰により使用の制限(第 4 条)するもので、民事的な対応(使用差し止め、損害賠償請求)は予定されていない。また、第三者が、赤十字の標章及び名称等と同一又は類似の商標登録はできない(商標法 4 条 1 項 4 号)。

イング活動を規制する基礎となる法が存在しないからといって、全く規制なく自由に利用して構わないとまでは一般に理解されておらず、第三者が作り上げたものについて、当該第三者が守ることについて十分な努力をしている場合には、法律上保護される利益として保護される場合もあると考えられる。他にも、一部の活動については、商標法や不正競争防止法の規制対象になることも確認できる。これらからすると、要件を明確にすることで、大きな問題が生じることはないものとする。

そうだとすると、オリンピックなどの個別のイベント等のためのアンブッシュ・マーケティング規制法制定を検討するよりは、普遍的に適用される法令を制定することが適切である。その上で、よりスムーズな運営又は迅速な問題解決のために、必要に応じて個別のイベント等（例えば、2020年東京オリンピック）のための法令を制定するといった順序であるべきであろう。

しかしながら、既に2020年東京オリンピック開催のために、アンブッシュ・マーケティングの規制に関して政府保証を提出しているなど、対外的な約束を既にしたなか、普遍に適用される法を制定し、2020年東京オリンピックのためのアンブッシュ・マーケティング規制法に考えるという順序では、時間を要することが考えられる。そのため、結果として、いわば押し付けのかたちでIOCが要求する内容をそのまま法文化せざるをえないことも可能性としてはあり得る。そこで、日本の法体系を考慮に入れたうえで、普遍に適用される法を整備することを意識しつつ、2020年東京オリンピックのためのアンブッシュ・マーケティング規制法を検討する。そのうえで、普遍に適用される法を検討する。

(2) 2020年東京オリンピックのための法

2020年東京オリンピックのための法として、アンブッシュ・マーケティングの一定の行為について、法により特定の私人に権利を付与することは適切ではないことから、イベント主催・運営者の権利を犯すものとするのではなく、行為規制とすべきである。

我が国の不正競争防止法などで一般条項が存在しないなか、これまでの不正競争防止法の改正の状況をみても、個別イベントのために不正競争防止として一般条項を有する法を制定することは困難であると思われる。その点からも、想定されるアンブッシュ・マーケティング活動を規制するにあたり、要件を明確にしていくことが必要となる。

アンブッシュ・マーケティングとは、その定義から、そのイベントと結びつきを作ろうとする行為であり、各国においてはIOCやFIFAなどが定義した活動を規制してきている。この点から、行為規制の要件を考えると、規制する行為としては、単に商業的に使用する行為ということではなく、一般消費者・需要者が、IOC又はオリンピックから承認されている、後援されているか又は関係があるかのように誤認されるおそれのある表示や行為ということになる。この要件を付すことで、IOCやオリンピックに言及するすべての活動が行えなくなる事態は避けられる。

まず、イベントで使用される標章を使用するアンブッシュ・マーケティングに関連して、許諾なくオリンピックの標章と同一・類似のマークを商業目的に使用する活動（A.及びB.

のタイプの活動)を規制するが、その規制にあたって公正な使用については、規制除外事項となるよう例示する必要があることを提言する。規制除外事項としては、例えば、映像やポスター等を作成する場合にわずかに写りこむだけの場合、オリンピックについての報道・評論・批判、オリンピックを舞台にした小説・漫画等である。

オリンピックの標章と同一・類似のマークを使用しない活動(C.のタイプの活動)に関しては、上記要件だけでなく、どのようなマークを使用したら規制されるのかを明確にする必要がある。これにより、C.のタイプの活動の規制を、オリンピックに関する標章を使用したB.のタイプの活動の規制にできるだけ近づけることにより、規制行為について予測可能性が高まる。

イベント開催会場・競技場やその付近で、広告物の掲出や販売活動(D.のタイプの活動)を規制については、イベント主催者が自ら有する権原に基づき対処すべきであり、来場者の安全な通行やテロ等の防止(公共安全)の観点又は美観の観点から必要な範囲で別に規制される場合を除き、アンブッシュ・マーケティングとしての規制は適切でないとする。

他のポイントとして、非常に多くの国民に被害が生じる場合等の例外的な場合に消費者保護の観点から景表法に基づいて規制し救済することが考えられるものの、原則として、救済方法として私人による差止め請求・損害賠償請求を基本とすること、刑事罰を適用することは時期尚早であること、2020年東京オリンピックのための限時法とすることを提言する。

(3) 普遍的に適用される法令

他国で存在する一般条項と同様の条項を、不正競争行為を規制するために導入することは、不正競争防止法制定・改正の経緯に鑑みると、やはり容易ではないとする。そうすると、普遍的に適用される法令においても、2020年東京オリンピックのための限時法として検討したことと同じとなる。

イベントに限らず、周知・著名な商標と同一・類似のマークを使用し、又はその使用した商品を販売等したり、その使用した役務を提供したりし、当該周知・著名な商標が付されている商品、役務又はその事業運営主体との間に後援、支援又は承認の関係があるかのように誤認されるおそれがある行為を不正競争行為として規制することを提言する。これは、イベントで使用される標章を使用するアンブッシュ・マーケティング(A.及びB.のタイプの活動)の規制を、イベントに限定せず定型化したものである²⁰。

この新たな不正競争行為は、現行の不正競争防止法2条1項1号と類似するものと考えられるが、次の点で異なる。ひとつ目は、現行法が出所表示行為のみを規制するのに対し、新たな不正競争行為では、出所表示行為に限定しないということである。但し、公正な使用については、規制除外事項となるよう例示する必要がある。例えば、映像やポスター等を

²⁰ この行為規制は、イベントスポンサーであるが、出場チームとのスポンサー契約関係がないにも関わらず、当該出場チームとスポンサー契約関係にあるかのような行為をすることについても、規制することが可能である。さらに、出場選手とスポンサー契約があるかのような行為をすることも同様に規制可能である。この場合、選手からはパブリシティ権に基づく請求も可能である。

作成する場合に写りこむだけの場合や報道・評論・批判の場合等である。ふたつ目の違いは、商品又は営業と混同を生じさせることを規制しているのに対し、新たな不正競争行為では、商品、役務又はその事業運営主体との間に後援、支援又は承認の関係があるかのよう誤認させることを規制するものである。2条1項1号の混同の要件が存在するのと同様に考えることができる。これによって、必要以上に営業活動を萎縮させることにはならないものとする。この行為規制は、個別のイベントについてのアンブッシュ・マーケティング規制法を制定している各国において、法体系は違っても既に規制対象になっている行為である。

なお、C.のタイプの活動の規制は、B.のタイプの行為規制の派生と考えることができる。オリンピックをはじめとする大規模イベントのように、当該イベントを指す表現の仕方が数多く考えられるような場合を除き、C.のタイプの規制は必要とは思われない。該当するイベントの開催があるときにあわせて必要な時限立法をすることで十分ではないかと考える。また、D.のタイプの活動の規制は、2020年東京オリンピックのための法についての検討と同様、来場者の安全な通行やテロ等の防止（公共の安全）の観点又は美観の観点から、必要な範囲で別に規制されるべきである。

この普遍的に適用される法令が制定されれば、本稿の冒頭で取り上げた周知・著名商標の顧客誘引行為の利用行為に対して、適切な範囲で行為規制になるものとする。これは、不正競争行為を禁止する趣旨として、「被害者たる他の業者に対する不法な行為であるに止まらず、業界に混乱を来し、ひいては経済生活一般を不安ならしめるおそれがある」「必要な規制を加え、その違反者を処罰することは、公共の福祉を維持するために必要であるもの」と説示した最高裁²¹（最判昭35年4月6日 昭和33（あ）342 刑集14巻5号525頁）、及びこの最高裁判決を引用しつつ『混同を生じさせる行為』が、周知表示の出所表示機能を破壊し、営業上の利益を害するのみならず、一般取引者及び需要者を害し、ひいては取引秩序を混乱破壊するものである」とした知財高裁平成19年11月28日判決（平成19年（ネ）10055 オービックス事件²²）の指摘するとおり、周知・著名商標に化体して形成された信用を冒用することを規制し、一般取引者及び需要者を害することのないよう公正な競争秩序を形成することにつながるものとする。

6. 結語

本稿各章で述べたことをまとめ、結語とする。

以上

²¹ 旧不競法1条1号又は2号に該当する行為が禁止され、かつ刑事罰の対象となる理由を述べたもの

²² 裁判所ウェブサイト 原審は、東京地裁平成19年5月31日判決 平成18年（ワ）17357