

早稲田大学大学院法学研究科

2015年2月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 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～

申請者氏名 足立 勝

主査 早稲田大学教授  
副査 早稲田大学教授  
早稲田大学教授  
早稲田大学客員教授

高林 龍  
江泉芳信  
上野達弘  
富岡英次

早稲田大学大学院法学研究科博士後期学生足立勝氏は、早稲田大学大学院学則第7条に基づき、2014年10月18日、その論文「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～」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士（法学）（早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2015年2月6日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

## 1 本論文の構成と内容

### （1）本論文の目的と構成

#### 本論文の目的

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等、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。このような状況下において、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・シンボル等）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日判決 [Rolls-Royce 事件]）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、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であっても、特段の保護は得られない。

本論文は、それははたして適切であるのかとの疑問を出発点として、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いることを参照しつつ、研究したものである。

## 本論文の構成

本論文は次の6章で構成されている。

1. はじめに
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」
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
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
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
6. 結語

## (2) 本論文の内容

各章の概要は、以下のとおりである。

第1章では、上述した本論文の目的で例示した事例について、我が国の法制度における確認をしたうえで、検討の進め方を述べている。

まず、我が国の法制度における確認として、複数の判例から考えると出所表示機能を果たす態様の使用でない限り、商標法及び不正競争防止法2条1項1号・2号はいずれも適用されることは考えられないことを述べる。さらに、最高裁平成16年2月13日判決（民集第58巻2号311頁 ギャロップレーサー事件）及び最高裁平成23年12月8日判決（民集65巻9号3275頁 北朝鮮映画著作権事件）から、不法行為とされる可能性もかなり限定的であるとする。

そこで、本論文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と述べる。

この「アンブッシュ・マーケティング」とは、第2章で詳述しているが、例えば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等の活動である。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する。

また、2020年に東京オリンピックが開催されることが2013年9月に決定したことからも、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する。

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、個別のイベントのために各国で制定されている法律を分析する。

アンブッシュ・マーケティングの定義として、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」) による定義も言及したうえで、「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」(仁科貞文=田中洋=丸岡吉人著『広告心理』(電通 2007) 271 頁) とのアンブッシュ・マーケティングの一般的な定義を確認する。そして、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うこと、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と述べる。

アンブッシュ・マーケティング活動の主なタイプについて、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、以下のとおり分類している。

- 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. イベント及びその関連行事で使用される標章 (以下、「イベント関連の標章」という) 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

次に、個別のイベントのために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」について、どのような活動が規制されているか分析している。なお、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はなく、入国管理等イベント運営上の特別な事項等も含めた法律もあるが、本論文では、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」としている。

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り、オリンピック開催にあわせて大会毎に制定されているとして、オーストラリア、中国、カナダ、英国、ロシア、ブラジルそれぞれの法を条文まで確認している。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とブラジルで制定され、条文も確認している。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や英国の法、イベント主催者とは無関係に制定された法として米国の Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act やニュージーランドの Major Events Management Act 2007、他にもオーストラリアにおける自動車レース等のための複数の州法、米国の NFL (National Football League) スーパーボウル開催のための条例等が制定されている。こうした法令は、*Sui Generis Protection* (特別な保護) と呼ばれることもある。これらの法それぞれについて、

保護される標章、第三者に対する制限の内容、使用差止等の請求権者等を中心に分析している。

そのうえで、分析の纏めとして、すべてのタイプのアンブッシュ・マーケティング活動を一斉に規制す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を商業的に使用する活動（A.及び B.のタイプの活動）の規制は共通し、イベント関連の標章を使用しないが、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限定列挙するものから、条文上に例示列挙して規制するようになってきていると指摘する。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とする。

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している。

まず、必要性的観点から、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等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及びその内容を明らかにしている。これは、2020年開催が決まった東京オリンピックについても同様であるとする。

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している。すなわち、イベントでの大きな収入源は、大きく分けて①イベントのチケット販売、②TV等の放映権料、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つであると解説する。このうち①～③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時間を要するとしたら（例えば、イベントが終了してからやっと差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と指摘する。

次に、本章のもうひとつの視点として、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している。オリンピック等の個別の民間イベントの為にアンブッシュ・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等の理由に基づき、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）だけで法律を

制定するのは、たとえそれが時限法であっても、かなり困難である。この点、個別のイベントのための法律を制定するうえで、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指摘する。そのうえで、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として、オーストラリア競争法、ロシア競争法、パッシングオフの法理、アメリカ商標法、アメリカ統一欺瞞的取引慣行法、カナダ商標法、不正商業行為に関する欧州指令、フランス不正競争法、ドイツ不正競争防止法、中国反不正当竞争法、ブラジル産業財産法、及びパリ条約について、検証している。

その検証の結果として、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、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、制定されているとする。オーストラリア及びロシア以外の国においても、本論文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、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として、裁判例や基礎となる法の関連条文を指摘する。

さらに、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ことを指摘する。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こと、さらにはドイツ不正競争防止法、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とを明らかにしている。

こうした基礎になる法理や法が存在するが故に、それを明確にするため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」の法を制定することは、難しいことではなかったと考えられ、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する。

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どうかについて、基礎となる可能性のある法について検討している。

まず、標識法と分類される商標法・不正競争防止法2条1項1号及び2号、同法17条について検討している。これらは、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十分な基礎にはならないとする。

次に、不正競争防止法2条1項13号（誤認惹起行為）について検討している。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」（山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』（発明協会2006）210頁）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、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」（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頁）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」（同書同頁）にとどまり、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とする。さらに、改正前の旧不正競争防止法1条1項5号は、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)項が規定されているなかで、(3)項3号が新設されたとの制定経緯を指摘したうえで、(3)項3号と趣旨を同じくする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、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述べる。

第3に、景品表示法について検討している。景品表示法の制定理由として「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」（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）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（1962）39頁）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号と同様難しいとする。また、景品表示法4条1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する。

最後に、独占禁止法に基づく不公正な取引方法について確認している。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する。しかしながら、該当する可能性のある不公正な取引方法の欺瞞的顧客誘引（公正取引委員会告示第 15 号指定第 8 項）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」にも該当しないとす。さらに、不公正な取引方法の不当な利益による顧客誘引（公正取引委員会告示第 15 号指定第 9 項）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とす。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と述べる。

以上から、第 4 章のまとめとして、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状態と考えざるを得ないと結論づける。

第 5 章で、我が国におけるアンブッシュ・マーケティング規制法を制定する場合の内容や留意すべき点について述べている。本章では、まず、我が国がおかれている現状を改めて確認し、次に、その現状のなかでアンブッシュ・マーケティング規制法について立法を検討する場合の順序について検討し、そのうえで 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、普遍的に適用される法それぞれについて検討している。

まず、我が国がおかれている現状を改めて確認している。すなわち、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等の基礎が存在しており、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。それに対して、第 4 章で検討した通り、我が国は、イベント等と関連があるかのように誤認を与えるおそれのある活動、例えば後援・承認等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と得ないとす。そのようななか、2020 年東京オリンピック開催のために、IOC がアンブッシュ・マーケティング規制法を制定することを要請しているのに対して、これに応える約束をしている状態にあることを確認する。

次に、その現状のなかで、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場合の順序について検討している。そのなかで、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、赤十字標章等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）が存在していること、また、アンブッシュ・マーケティング活動を直接規制する基礎となる法が存在していないからといって、全く規制なく自由に利用して構わないとまでは一般には理解されておらず、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される場合もあることを指摘する。さらに、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ともあわせると、要件を明確にすることで、立法することについて大きな問題が生じることはないとする。この点から、オリンピック等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、まず普遍的に適用される法令を制定することが適切であり、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のが、本来とるべき順序であるとする。

しかしながら、現実的には、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等、対外的な約束を既に行っているなか、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を立法するという順序では、時間を要すると考えられる。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懸念される。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、次に普遍に適用される法の順で検討する必要があるとする。

2020 年東京オリンピックのための法についての検討としては、以下の事項を提言する。

まず、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・運営者の権利を侵すものとするのではなく、行為規制とすべきであるとする。

次に、我が国の不正競争防止法等に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見ても、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、不正競争行為として要件を明確にしていくことが必要であるとする。そして、アンブッシュ・マーケティングとは、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 等が定義した活動を規制してきているという点から行為規制の要件を考えると、規制すべき行為としては、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とし、この要件を付すことで、IOC やオリンピックに言及する活動すべてが行えなくなる事態は避けられると述べる。

具体的な規制におけるポイントとしては、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）を規制することとする。ただし、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と提言する。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）に対する規制については、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ことを提案する。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ができ、規制行為について予測可能性が高まるとする。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等の例外的な場合に消費者保護の観点から景品表示法に基づいて行政による対応も考えられるものの、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時限法とすることを提言する。

普遍的に適用される法令については、以下のとおり提言する。

他国で存在する一般条項と同様の条項を不正競争行為の規制として導入することは、これまでの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思われる。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時限法として検討したことが概ね同じとなるとする。

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。

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号と類似するが、次の点で異なるとする。一つめは、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。ただし、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。二つめの違いは、現行法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せることを規制するものである。これは不正競争防止法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、そのため必要以上に営業活動を萎縮させることにはならないとする。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、既に基礎となる法にて規制対象になっている行為であると述べる。

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、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とし、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指摘する。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とする。

この普遍的に適用される法令が制定されれば、不正競争行為を禁止する趣旨として「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あるもの」と説示した最高裁昭和35年4月6日判決（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）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とする。

第6章では、本論文全体の考察を踏まえて、筆者の提言を整理している。その提言を改めて短くまとめると、以下のとおりである。

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ついては、行為規制として、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を規制する。これにより、A.及びB.のタイプの活動だけでなく、オリンピックの標章と同一・類似のマークを使用しないC.のタイプの活動に関して

も対応することとする。ただし、過剰な規制にならないように、C.のタイプの活動について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と、D.のタイプの活動については、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とする。

普遍的に適用される法については、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べきであるとする。そして、周知・著名な商標と同一・類似のマークを使用しない活動（C.及びD.のタイプの活動）については、不正競争行為としての規制対象にしないとしている。この普遍的に適用される法令が制定されれば、本論文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と本論文を結んでいる。

## 2 本論文の評価

### (1) 章ごとの評価

第1章は、アンブッシュ・マーケティングという新しいマーケティング手法についてその内容を明らかにするとともに、そもそもこれを規制すべきか、規制するとした場合にいかなる規制を行うべきかという筆者の問題関心を明らかにする。いくつかの国・地域においては、近年、オリンピックゲームや FIFA ワールドカップに代表されるスポーツイベントにおいてアンブッシュ・マーケティングを規制する立法が行われており、我が国においても 2020 年のオリンピック開催を前に、同種の規制の検討が求められている。筆者は、我が国においては、現状では商標法・不正競争防止法による規制、不法行為の構成による規制が考えられるが、これらの手法では必ずしも十分とはいえないとの観点から、先行する諸国・地域の法規制を検討することにより、我が国の参考となる理論的枠組みを提供することをめざしている。新しい問題について、体系的な検討を試みるものであり、今後、2020 年のオリンピックを前にして、多方面で必要とされるきわめて貴重な論証であるといえる。

第2章は、諸外国・地域で制定されているアンブッシュ・マーケティング規制法を紹介して分析する。1984年のロサンゼルスオリンピックを契機として始まったとされるアンブッシュ・マーケティングには、様々な類型があり、それをオリンピック、FIFA ワールドカップ、英連邦諸国のコモンウェルスゲーム、さらには NFL スーパーボウルのようないくつかのビッグイベントについて行われた規制立法を詳細に分析している。分析においては、入念な調査を行って個々の具体的な立法を逐一参照し、入念な検討を加えている様子がうかがわれ、今後の我が国における規制の検討を行ううえで、本章で引用した外国・地域の立法資料は、この後の我が国における立法作業において貴重な資料を提供することになるものと思われる。

第3章では、前章において検討された各国におけるアンブッシュ・マーケティング規制法の背景に焦点が当てられる。そこでは、諸外国における規制の背景について、必要性和許容性の観点から検討が進められる。まず、必要性については、各国において、大規模スポーツイベントのためにアンブッシュ・マーケティング規制法が制定されていることが具体的に検討される。そこでは、なぜイベント主催者がアンブッシュ・マーケティング規制法を要求するのかという背景について考察され、イベント主催者の収入源のうち特にスポンサー料というものが、アンブッシュ・マーケティング規制法が求められる重要な要素になっていると指摘される。次に、許容性については、アンブッシュ・マーケティング規制法を設けることが許容される正当化根拠について検討が進められる。そこでは、各国におけるアンブッシュ・マーケティング規制法の背景を、競争法、パッシングオフの法理、不正な商業行為に対する規制といった形で、分析的に類型化した上で、アンブッシュ・マーケティング規制法が、しばしば（狭義の）知的財産法の観点から制定されているように認識されてきたことに対して、不正競争の概念が基礎になるとの指摘が行われる。そして、そうした諸国においては、もともと不正競争に関する法理が存在したがために、アンブッシュ・マーケティング規制法を制定することに大きな障害がなかったと指摘されているのである。本章におけるこうした検討は、本論文が外国におけるアンブッシュ・マーケティング規制法を形式的に紹介し、これを日本に導入することを主張するというものにとどまらず、諸外国におけるアンブッシュ・マーケティング規制法の背景にまで踏み込んで、なぜそのようなものが必要とされ、なぜ許容されるのかという正当化根拠を、諸外国と我が国との基本的な相違点をも踏まえながら具体的かつ分析的に探求しているものといえ、これは比較法研究の一般的な在り方としても高く評価されるべきものと考えられる。

第4章では、前章で検討したように各国のアンブッシュ・マーケティング規制法制定の背景にある歴史的に形成されてきた法的な素地が我が国にも存在しているか否かについて、現行法でのアンブッシュ・マーケティングへの対応の可否の観点から検討を加えている。商標法や不正競争防止法2条1項1号、2号については、商品等表示が商標的すなわち出所表示機能を果たす態様で使用される場合にのみ適用可能であるが、この場合の「出所」の概念をある程度広く解釈してその商品等の品質を証明するものまでも含ませることができるとする知見は、筆者が修士論文として検討して得た成果を発展させて活用したものであるが、広い解釈とはいえ限界があり、A.類型やB.類型の一部に適用が可能であるにすぎないとの結論に至っている。また不正競争防止法2条1項13号についても、その制定や改正の経緯とパリ条約の条項との関係等を辿ることにより、対象は間接的にではあれ商品等の品質や内容を誤認させる表示に限定されることから、極めて限定された場面でC.類型に適用が可能であるにすぎないとの結論に至っている。これらの検討は、実際の裁判例や学説、立法経緯等を参照した上でのものであって、筆者の修士課程以来の研究成果と長

年にわたる実務経験が発揮されているといえる。また、実際の事例等は存在しない景品表示法や独占禁止法にまで検討対象を広げ、その活用の可否を、法定された規制対象、規制主体、規制手段の観点から検討を加えた。結論として可能性は否定しているが、この章における丹念な検討は、立法提言に至る次章以降の論の展開に説得力を持たせるものといえることができる。

第5章では、それまでの章における調査、分析結果を踏まえて、我が国における望ましい「アンブッシュ・マーケティング規制法」の制定について検討している。

その手法として、まず、国際的、政治的な制定の必要性、従来の裁判例、立法に基づいた規制の許容性、権利構成か、行為規制かという法の枠組み、規制対象行為、請求権者、その他の要件、適用除外事由、刑事罰の可否について、個別に慎重に判断してゆくものであり、正当な方法といえる。また、東京オリンピックの開催のために当面必要な立法について、場当たりに検討することなく、普遍的に適用される法令の制定をすることを第一義とし、次いで、当該開催のために特別に必要な立法措置を、時限立法によって解決しようとしている。そのため、不正競争防止法等の従来の規制法との相違点を分析し、新たな規制の趣旨、規制対象行為の定め方、法律要件、バランスをとるための適用除外事由（この種の規制に著作権法上の著作権の制限を参考にしていると思われる点は独自である。）等について具体的に検討している。この検討の試みは、従来、裁判例等が、不正競争防止法等の解釈においてかなり広い文言解釈をして、妥当な解決を図ってきた一部の事項について、この機会に、新たな立法によって解決の道筋を具体的に示そうとしたものとして、評価することができる。なお、筆者も意識しているところではあるが、上記普遍的に適用される法令についての提言は、これまで、表現・営業の自由といった憲法上の問題、市場における自由競争維持の要請等から、不正競争防止法等においては困難とされていた範囲にまで、規制を広げようとするものであり、この法分野における難問に挑むものであることに鑑みれば、その本格的な立法を議論するためには、さらに、従来の法令解釈の限界、規制範囲を拡張する必要性と危険性、妥当な規制範囲と規制方法等について、より具体的かつ詳細に分析、予測、検証することが必要になろう。筆者には、本論文を踏まえ、今後、それらの研究をさらに深めていくことを期待したい。以上のように、本論文は、アンブッシュ・マーケティングに関して、当面の東京オリンピックのための立法に役立つことはもちろんのこと、その後にも適用可能な普遍的な法令の制定、従来の不正競争法等による規制の再検討を具体的に提言するものとして、学界に貢献することができるものと思料する。

## （2）評価の総括

本論文は大きく分類するならば次の3点で高く評価することができる。一つ目は、これまでに各国で採用されてきたアンブッシュ・マーケティング規制法を原文に遡って網羅的に収集し、その規制の実態にまで踏み込んで紹介している点である。これは、2020年東

京オリンピック開催が決定され、アンブッシュ・マーケティングの規制を求める声が高くなる以前から、筆者が地道に調査を重ねてきた、先見性に満ちた研究の成果であり、各国の規制状況を知るうえで現時点での唯一の資料といてよく、我が国での規制方法を検討する際の参考資料として常に参照されるべき貴重な資料といえるものであるという点である。二つ目は、各国のアンブッシュ・マーケティング規制を正当化する要請とその正当化根拠を理論的に探り、我が国においても同様の正当化根拠を見出そうとしている点である。我が国では既に存在する商標法や不正競争防止法が出所表示機能を果たす標章等を保護することを第一義とすることから、知的財産法にその正当化根拠を求めるほかにないよう考えられがちであるが、諸外国に目を転じるならば、英国におけるパッシングオフの法理や競争法的な規制に根拠を置いている例が多いことを見出し、これらの歴史的背景や知見を踏まえて、我が国の現行の不正競争防止法等の諸法ではカバーしきれない行為であっても規制の対象とすることに理論的にもまた国民的にも違和感のないだろう閾値を見出そうとしている点である。そして最後には、これら検討を踏まえて我が国における2020年東京オリンピック対応の時限立法のほかに不正競争防止法への普遍的な規制条項導入の立法提言を行っている点である。その許容範囲は現行法における出所表示機能を超えて周知・著名商標の顧客誘引力の利用行為の規制を認めるものであるが、従来の裁判例や学説が超えるのに躊躇していた境を、諸外国の規制法等を参照しつつ、かつ権利制限規定等にも目配りをしたうえで、「事業主体との間に後援、支援又は承認の関係にあるかのような誤認を生じさせる」顧客誘引力の利用行為にまでその一步を踏み出したものといえる。2020年東京オリンピックの成功のためには広範なアンブッシュ・マーケティング規制止むなしの風潮が醸成されつつある現状において、あくまで比較法的かつ歴史的・理論的な分析を加えたうえでの理性的な提言として、貴重である。

ただし第5章の評価の項でも触れたが、従来の裁判例や学説が超えるのに躊躇していた境を一步踏み越えるに当たっては、生じるだろう具体的な行為態様を提示しながら、その規制の可否や権利制限規定の適用可能性等を具体的かつ詳細に分析、予測、検証する作業が必要になろうと思われ、本論文がそこに至っていない点は残念であり、今後の立法動向等をも踏まえて、筆者においてそれらの点の研究をさらに深めていくことが期待される。

以上のように本論文にはさらなる研究を期待させる部分はあるものの、これも本論文の総合的評価を何ら損なうものではない。周知・著名商標の顧客誘引力の利用行為への規制の限界を、アンブッシュ・マーケティング規制を視野に入れつつ探った本論文は、時期を得た貴重な論考として高く評価することができる。

### 3 結論

以上の審査の結果、後記の審査員は、全員一致をもって、本論文の提出者が課程による博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2015年2月6日

審査員

主査	早稲田大学教授	高林 龍(知的財産法)
副査	早稲田大学教授	江泉芳信(国際私法)
	早稲田大学教授	上野達弘(知的財産法)
	早稲田大学客員教授	富岡英次(知的財産法)