

商号をめぐる排他性と現行法規整の問題点

山 本 爲 三 郎

- 一、はじめに
- 二、登記商号の排他的効力の構造
- 三、未登記商号の効力の構造
- 四、商号をめぐる排他性と現行法規整

一、はじめに

商人は商号を自由に選択することができる（商法一六条）。選択した商号を使用できるのは当然である。さらに、選択・使用する商号と同一商号を他人が使用する場合に、他人の使用を排斥しうる法規整が望まれる。そこで商法は、商号を登記できることとした上で登記商号の商業登記上の専用を認める（一九条）。そして、登記商号に一定の排他性を認める（二〇条）。個人商人の商号は任意的登記事項なので、未登記商号を有する商人が多数存在する。未登記商号にも一定の排他性を認めるのが適当なので、昭和十三年に二二条が新設された。商法一九条

(商号登記)・二〇条(登記商号)・二一条(未登記商号)のこのような関係は一見整然としているが、実は相互の関係が截然と整理されているのではないといつてよいであろう。学説・判例でも、各規定の個別の要件の解釈に重点が置かれ、各要件の基本的位置づけ——各規定の関係という構造的な把握については、未だ共通の理解が構築されていないように思われる。それに加えて、不正競争防止法によっても商号に関して排他性が認められることになるので、同法をも視野に置いて考察する必要がある。本稿においては、商号に関する排他性の構造的理理解のために、雑然としたものではあるが、さまざまな問題点のうちの若干につき指摘・検討してみたいと考える。

二、登記商号の排他的効力の構造

商法は原則として商号選択の自由を認めている。したがって、商号を選択しただけでは——商人はその商号を使用することは当然になしうが——、当該商号の他人による使用を絶対的に排斥する効力までをも認めるのは適当ではない。そこで、登記により公示された商号に関して一定の排他性を認めることとされ、商法一九条が規定されている(同条は明治三二年の立法以来実質的な改正を受けていない⁽¹⁾)。しかしながら同条は、同市町村内・同一営業目的⁽³⁾という限定条件の下、同一商号⁽⁴⁾の登記を排除するものである。その結果、一方で、同市町村内・同一営業目的という限定条件を外れる場合には、同一商号の登記を同条によつては排除できない。他方で、商人概念につきいわゆる商行為主義(客観主義)を基調とするわが商法においては(商法四条一項・五〇一条・五〇二条。さらに、同五二条一項参照⁽⁵⁾)、個人商人の商号は登記を強制されていない(任意的登記事項)から、未登記商号による個人営業が適法に存在する。そして、同市町村内・同一営業目的の同一商号であっても、未登記であれば同条による排斥対象とならない——実際の使用を止めることができない。

このように、商法一九条による商号専用はかなり限定的である。繰り返しになるが、同条は同一商号の後登記ができない旨を定めるにすぎない——これを受けて、登記官は同一商号の後登記申請を却下しなければならないとされており（商業登記法二七条・二四条一三号）、それに際して商号既登記者の同意の有無は問題にならない。⁽⁷⁾ 同市町村内においては同一営業目的の同一商号が複数登記されることはないとするものである。⁽⁸⁾ つまり一九条は、登記商号自体の効力を定めているのではない。同条は、他の商人による同一営業目的の同一商号使用に対して、商号登記者に差止や損害賠償請求を認める規定ではないのである。この点は、なされてしまった同一商号後登記につき、商号先登記者は、一九条に基づいて、後登記抹消を商号後登記者に対して私法上請求しうると解しても⁽⁹⁾、同様である。⁽¹⁰⁾

一九条自体は後登記を禁止するもので、前述のように登記商号の効力を定める規定になっていない。この点、明治二三年の旧商法は、「商号ノ登記ヲ請ハントスル者ハ商業登記簿ニ登記ヲ受クルコトヲ得」とする二五条一項前段を受けて、二六条で「商号ハ登記ニ因リ同一営業ニ付キ一地域内ニ於テ其専有ノ権利ヲ取得シ他人之ヲ用ユルコトヲ得ス但本法施行以前ヨリ有スル商号ハ従前ノ営業ヲ変セサルモノニ限り一地域内ニ於テ同一ナルモ妨害ナシ」とし、さらに、三〇条で「既ニ登記シタル他人ノ商号ヲ濫用シタル者……アルトキハ被害者ハ其加害所為ノ停止及ヒ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得」としていた。旧商法においては、同一営業・同一地域内⁽¹¹⁾という制限の中で、登記商号に絶対的排他性を認めていたわけである。これが明治三二年の新商法になると、まず後登記を禁止する一九条が規定されることになる。同条は個々の商号登記者の利益保護を直接の目的とする構造になっていない。しかし、一九条は後述のように二〇条の前提となる規定である。そして、新商法の法案段階での解説によると、新法一九条は新設規定であるが、旧商法二五条一項および二六条と趣旨において異なるところはない、とされている。⁽¹²⁾ したがって一九条は、商業登記上の規整規定であり登記商号に絶対的排他性を認めるものではない

が、商号登記者に商業登記上の商号専用を認める趣旨を有する規定であると把握してよからう。⁽¹³⁾

商業登記は商法・有限会社法が限定的に規定する商業登記事項を公示するものである（商業登記の公示力⁽¹⁴⁾）。商号が登記事項とされているのはこの観点からである。けれども、登記商号に商業登記上の専用を認めるのは、もちろん商号公示の観点からではない。前述の明治三十二年商法の法案解説からも理解されるように、登記商号の排他性確保が目的である。そのために、一九条を受けて二〇条が規定されている。なお、会社商号に関しては、設立登記（商法五七条、有限会社法四条）により商号が必ず登記されるから（商法六四条一項一号「六三条二号」・一九九条一項柱書・一八八条二項一号「一六六条二項二号」、有限会社法一三条二項一号「六条二号」）。なお、商業登記法三四条・二八条および商業登記規則五一（条参照）、商業登記上の専用は同一営業目的・同一商号会社の設立を同市町村内で排除する効果を有する。会社設立排除の意義は大きい⁽¹⁵⁾が、これは設立登記が会社成立要件とされていることによる副次的効果である。

上述のように商法一九条は商法二〇条の前提である。すなわち、登記により商号を公示する商人に、商法二〇条は、同一（類似）商号を使用する者に対する当該商号使用の差止および損害賠償請求を認めている（同条は明治三十二年の立法以来実質的な改正を受けていない⁽¹⁷⁾）。商号の登記による公示と商業登記上の専用とが、他の商人の商号使用排斥に対する相当性を制度上担保しているわけである。もっとも、一九条に基づく登記商号の専用は同市町村内に限定される。一方、二〇条による同一（類似）商号の使用排斥には、一九条のような地域的限定はない。登記商号に認められる商業登記上の専用——商業登記上での絶対的排他性は、同一地域に限定するのが適当だと考えられたの⁽¹⁹⁾に対して、二〇条は地域を限定せず、同一（類似）商号使用者が不正競争目的⁽²⁰⁾を有する場合に差止・損害賠償請求を認めているのである。二〇条は一九条を前提とする規定だから、一九条が同市町村内に限定された規定である以上、二〇条でも同市町村内に限定した上で、不正競争目的の有無にかかわらず差止・損害賠⁽²¹⁾

償請求を認めてしかるべきであるようにも思われる⁽²²⁾。

登記商号よりも前から使用されている同一（類似）商号を、登記商号による排斥の対象とするか否かはきわめて立法政策的な問題であろう。二〇条は不正競争目的がある場合のみ排斥対象とするので、原則として既存の先使用商号は排斥対象とならない⁽²³⁾。同市町村内においても、不正競争目的は商号使用の差止・損害賠償要件とされており、不正競争目的が推定されるだけである（商法二〇条二項⁽²⁴⁾）。同市町村外においても登記商号を不正競争目的で使用される商人にはその使用の差止・損害賠償を認めるのが適当であるから、二〇条は同市町村内外を問わずにこれを認める。同市町村内外を問わず、既登記商号の使用自体が排斥の対象となるのではなく、不正競争目的の使用が禁止されているのである。

さらに、二〇条の排斥対象には未登記商号だけでなく登記商号も含まれると解されるので、同市町村内において同一営業目的の同一商号が登記されてしまった場合、当該後登記商号も排斥対象となる。そして、登記商号に対する差止請求の内容として当該登記の抹消請求も認められると解される⁽²⁵⁾。この点、一九条によって後登記抹消請求が許されるとして、それには商号後登記者の不正競争目的は不要である。つまり、商業登記上登記商号の絶対的専用が認められるわけである。これに対して、二〇条でも後登記抹消を請求できると解されるが、その場合には商号後登記者に不正競争目的が必要である（したがって上述のように、先使用商号の場合や商号先登記者から使用許諾を受けている場合には排斥対象とならない）。二〇条による後登記排斥を登記商号の効力だと把握するのであれば、一九条のように不正競争目的は問うべきではなからう（二〇条二項は不正競争目的を推定するが、同条による後登記抹消請求の法的性質を考えるにあたっては本質的要素ではない）。

商法は一九条で登記商号の商業登記上の専用につき定め、それを前提に二〇条で登記商号の排他的効力を定める構造をなしている。しかし、商号を登記すれば、同一営業目的・同市町村内においては一九条により商業登記

上の専用を保証されるが、商業登記外においては、登記商号は絶対的専用を保証されるわけではない。二〇条による商号専用の保護は、登記商号と同一（類似）商号の不正競争目的での使用禁止という方法で図られるのであり、実は登記商号自体の排他的効力から導かれるのではなく（商号の選定・使用さらにその登記により直ちに排他的効力が生じるわけではない）、登記商号により表示される営業の構成要素である信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾）に対する違法な侵害からの保護を規定したものであろう⁽³¹⁾。そして、このような保護は民法の不法行為法の領域に属する問題ともいえようが、民法七〇九条の文言は「権利ヲ侵害」であり、これが「利益ヲ侵害」の意味とする学説・判例の進展を待たなければ、右のような事実上の利益は不法行為法による保護を受けられない⁽³²⁾（信用「顧客吸引力・顧客獲得可能性」利益を権利として構成できれば問題はないが、そのような権利は一般的には認知されていない）。しかも、不法行為の法律効果は基本的に損害賠償請求権の発生であり、不法行為を根拠とする商号使用の差止にはなお慎重な検討が必要であらう⁽³³⁾。そうだとすると、現実に使用されている同一（類似）商号の使用を差し止めることができれば、問題の根本的解決にならないから、明治三二年商法が二〇条を有した意義は大きいといわなければならない。しかし、同条は一九条を前提としながら、登記商号自体の効力を定めた規定ではない⁽³⁴⁾、とともに、一九条を前提として登記商号に関してのみ——つまり商号が登記された場合にのみ信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）の保護を図っている。

商号により表示される営業の構成要素たる信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）が商人の保護されるべき利益であるという点については、一般論としては異論はなからう。そして、これまで述べてきたように、商法二〇条は登記商号を有する者に同一（類似）商号使用の差止を一定の条件下で認めている。一方、商法二一条は未登記商号についても一定の排他性を定めている。また、不正競争防止法も商号に関する保護規定を有する。商号専用についてのこれらの規定はどのような関係にあるのだろうか。

- (1) 昭和一三年改正により表記上の修正がなされている。
- (2) 明治三二年商法施行法一四条では、一九条・二〇条二項にいう市町村は、市制・町村制を施行していない地方ではこれに類する区域、東京・京都・大阪の各市においてはその各区とすると定められた。現在は、昭和一三年商法中改正法律施行法五条により、一九条・二〇条二項の市は、東京都の特別区の存する区域および地方自治法二五二条の一九第一項の指定都市においてはその各区とするとされている。
- (3) 商法一九条の同一営業とは、同種の目的を有する営業の意味であり、主要部分が重複する場合を含むと解するのが通説である（高島正夫・商法総則商行為法（改訂版）（一九八二年）九八頁）。
- (4) 判然区別できない商号も含む（商業登記法二七条参照）と解されている（高島・前掲注（3）九七頁）。大決大正五年一月二九日・民録二二輯号外二三二九頁も、「商法第十九條ノ規定ハ商號登記者ノ權利ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノナルヲ以テ獨リ既登記ノ商號ト全然同一ノ商號ニ止マラス之ニ紛ハシク判然區別スルコト能ハサル類似ノ商號ヲモ禁止スルニ非スンハ斯法ノ目的ヲ貫徹スルコト能ハサルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ」と判示している（既登記商号「新潟新聞社」に関して「新潟新聞」の登記申請が却下された事例）。
- (5) 山本爲三郎・会社法の考え方（二〇〇〇年）四頁参照。
- (6) 商人概念を登記により形式的に確定する必要があるからである。ただし立法論として、商号はすべて登記すべきものとし、登記商号に商業登記上および商業登記外での絶対的排他性を認めるのが適當だと主張がある（松岡誠之助「商号に関する基本問題（一九六一年）商号の研究七六頁、石井照久・新版商法総則（一九六六年）九三、九四頁、田中誠二・全訂商法総則詳論（一九七六年）二五六頁、大隈健一郎・商法総則「新版」（一九七八年）一八九頁・一九三頁注（五）、戸田修三・商法総則・商行為法（一九七九年）一二六頁。なお西原寛一「商號保護と登記との關係——改正法下における登記と排他性との關係の弛緩——」民商法雜誌九卷四号（一九三九年）五六六頁参照）。登記商号の効力拡大問題とともに（他の商人の商号選択に対する制限となる点を考慮しなければならない。商号は氏名や地名、営業の種類などにより選択されることが多いことに注意を要する）、小規模な商人にも商号登記を強制することが立法政策として適當であるかについても慎重な検討が必要であらう（木内宜彦・企業法総論（一九七九年）六九頁は、

小商人を除いて企業規模による区別がなされていない以上、あらゆる商人に商号登記を強制するのは實際上無理である、とされる)。特に、商号登記を商人概念の基準とすることまで考えるのであればなおさらである(鈴木竹雄「商号の侵害」(一九六五年) 商法研究 I 二一六～二一七頁参照)。

(7) 高鳥・前掲注(3) 九七頁。

(8) もっとも、支店における商号の登記は、会社の場合には登記が強制されているので(商法六四条二項・一四七条・一八八条三項、有限会社法一三条三項)、同市町村内で同一営業目的の同一商号が既に登記されていても、一九条にかかわらず登記しうる。個人商人についても同様に解すべきであろう(高鳥・前掲注(3) 九八頁)。また、明治二三年の旧商法施行前から使用されている商号には一九条の適用はないから(商法施行法一三条一項)、右同様である。行政区画変更により同一営業目的の同一商号が同市町村内に属することになった場合も、一九条は適用されないと解すべきである(高鳥・前掲注(3) 九八頁)。

(9) 商業登記法一〇九条一項の登記抹消事由は限定列举であり、列举事由以外の事由により登記抹消を申請することはできない。そして、同条項には同法二四条一三号に掲げる事由が列举されていないので、同法二七条に反して同一商号が登記されてしまっても、それは同法一〇九条の登記抹消事由にあたらない(味村治・新訂詳解商業登記「上巻」(一九九六年) 二九二～二九三頁)。そこで、同法二七条違反の後登記に関して、同法一一四条の三に定める審査を請求できるかが問題となる。判例は次のように否定的に解している。「登記の申請が商業登記法(以下「法」という。)二四条各号の一に該当する場合には、登記官は決定をもって当該申請を却下すべきことは同条の規定するところであるけれども、かかる申請もこれが受理されて登記が完了したのちにおいては、登記官は、法一一〇条一項により、法一一〇九条一項各号に該当する事由が存する場合にのみ職権による抹消手続をとることができるのであるから、登記官の登記した処分に対し、法一一〇九条所定の審査請求により当該登記の抹消を求めることができるのは、右登記につき登記官による職権抹消事由が存することを理由とする場合に限られるものと解するのが相当である。……(中略)……登記申請が商法一九条の規定に反するものである場合には、登記することができない商号の登記を目的とするものとして法二四条一三号、二七条により登記官は当該申請を却下すべきものであるが、このような場合であつても、既に登記が完了したときには、右規定違背が法一一〇九条一項二号所定の事由に該当しないことは明らかというべ

- きであるから、かかる登記官の処分に対しては審査請求をすることは許されないものといわなければならない。」（最判昭和六〇年二月二一日・金融・商事判例七一八号三頁。なお、右判決当時の商業登記法一一四条は現在の一一四条の三である）。多数説もこれを支持している（中山信弘「瑕疵ある商号登記抹消の審査請求の可否」商法（総則・商行為）判例百選（第三版）（一九九四年）三四頁）。以上のように、後登記抹消申請も不服審査請求もできないとすると、商号先登記者としては商号後登記者に対して商号登記抹消を請求して、確定勝訴判決を得て抹消申請する方法を採る以外に後登記を排除することはできないが、この請求が商法一九条に基づいてなせるかが問題とされるのである。
- (10) 鈴木・前掲注（6）二〇八頁、古瀬村邦夫「商号」経営法大全集7特許等管理（一九六六年）三四八頁、田中（誠）・前掲注（6）二五七頁・二六〇頁、木内・前掲注（6）七四頁、紋谷暢男「商号の保護―商法と不正競争防止法との関係―」民事研修二六九号（一九七九年）一一頁、服部栄三・商法総則「第三版」（一九八三年）一九九頁、近藤龍司・商法総則・商行為法概説「改訂版」（一九八八年）一〇一頁、豊岳信昭・栗田和彦編・要説商法総則・商行為法（一九九〇年）七四〇七五頁、庄子良男「商号権と商号登記の効力」酒巻俊雄・柿崎栄治編・基本問題セミナー商法3総則・商行為法（一九九二年）八〇頁、永井和之・今井薫ほか・現代商法I総則・商行為法・改訂版（一九九六年）七四頁、神崎克郎・商法総則・商行為法通論「新訂版」（一九九九年）九三頁、喜多了祐・吉田直・商法の要説「五訂版」（一九九九年）四〇〇四一頁、鴻常夫・商法総則・新訂第五版（一九九九年）二一八頁、田邊光政・商法総則・商行為法・第2版（一九九九年）八五頁。
- (11) 明治二三年商法施行条例一条一項によると、旧商法二六条の「一地域トハ各市町村ノ一区域ヲ謂ヒ市町村制ヲ行ハサル地方ニ在テハ従来ノ宿駅町村等ノ一区域ヲ謂フ」。
- (12) 商法修正案理由書（一八九八年、博文館蔵版）一七頁。
- (13) 商法一九条に私法上の効果——商号後登記者に対する登記抹消の請求を商号先登記者に認めて差し支えない（前掲注（10）参照）。これは商業登記手続上後登記を抹消できないので（前掲注（9）参照）、登記商号の商業登記上の専有が害されることによるものであり（商法二〇条による登記抹消には商号後登記者に不正競争目的が必要なので「二〇条は一九条と異なり、本文後述のように、商人の信用保護の規定である」、同条によっては後登記抹消を常に請求できるわけではない）、後登記についての同意権を認めるわけではない。したがって、商号登記者に私法上の権利

(後登記抹消請求権) を肯定しながら後登記に対する同意権を否定するのは矛盾だとの批判(竹田省・商法總則(一九三二年)一三〇頁、大隅・前掲注(6)一九一頁)は、私法上の権利を認めれば同意権も内容に含まなければならないということを当然の前提とするもので論理に飛躍がある。なお、後掲注(34)参照。

(14) 山本爲三郎「商業登記の効力と外觀信賴者保護規定」受驗新報五〇卷二号(二〇〇〇年)二〇頁参照。

(15) 昭和十三年改正前商法四五条は、会社の設立は本店所在地で登記しなければ第三者に対抗できない、と定めていた。設立登記は会社の成立要件ではなく對抗要件にすぎなかったのであるが、登記しなければ会社設立を第三者に対抗できないのであるから(さらに、昭和十三年改正前商法四六条は「会社ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ開業ノ準備ニ着手スルコトヲ得ス」としていた)、一三年改正前においても、一九条による登記商号の専効効に伴って同一營業目的・同一商号会社の設立は事実上排除されていたことになる。

(16) ここでの商号使用の方法は、自己の商号としての使用に限られず、營業取引において自己の表示として使用、看板や広告においての事実上の使用などを含み、特に制限はない(高鳥・前掲注(3)九九頁)。大判昭和一〇年四月二六日・民集一四卷八号七〇七頁は、「商法第二十條ニ所謂不正競争ノ目的ヲ以テスル他人ノ商號ノ使用トハ同一又ハ類似商號ヲ自己ノ商號ト標榜シテ使用スル場合ノミナラス他人ノ商號ト同一又ハ類似ノ表示ヲ何等カノ方法ニ於テ使用シ以テ世人ヲシテ或ハ該使用者ハ恰モ之ヲ其商號トスルモノノ如ク誤認セシメ或ハ該使用者ノ製造販賣ニ係ル商品ハ右ノ他人ノソレナルカ如ク誤認混同セシムル場合ヲモ指稱スルモノト解セサル可ラス夫ノ不正競争防止法第一條第一號ハ畢竟此法意ニ基キ之ヲ他ノ場合ニマテ擴張シタルモノニ外ナラス」と判示している。

(17) 注(1)参照。

(18) もっとも、登記された事項につき登記所がなすべき公告は(商法一一一条一項)、当分の間行わない(法務局及び地方法務局設置に伴う關係法律の整理等に関する法律附則九項但書)。一般的公示(公示方法は右附則九項本文によれば当分の間官報で行う)が停止されており、登記による公示を他の商人の商号排斥の根拠として挙げる事ができるかどうか疑問があることは確かである。この点、商号の登記にも商法一二条が適用されると解し、かつ登記事項につき第三者の悪意を擬制するのが同条の効果だとする所説に立てば別であろうが、少なくとも悪意擬制説には疑問がある(山本爲三郎「共同代表と表見代表取締役」会社判例百選「第六版」(一九九八年)九五頁、同・前掲注(14))

二〇～二三頁参照)。

(19) 営業所所在地を管轄する登記所に備えられた商業登記簿に登記する制度を前提すると、同市町村内は実際的な限定であったと思われる。もっともこれは技術的な問題であり、すでに、烏賀陽然良¹¹大橋光雄¹²大森忠夫「商法改正法案を評す(二)」法学論叢三四卷二号(一九三六年)二七六頁は、同市町村内に限るのは狭すぎる。商号専用権の地域的範囲拡大は現時(一九三六年当時)の緊要事である、とされていた(同旨、鈴木・前掲注(6)二二〇頁、中山信弘「商号をめぐる商法と不正競争防止法の交錯」鈴木竹雄先生古稀記念・現代商法学の課題・中(一九七五年)六三四頁)。商号を営業と関連づけて把握すると、大企業と小企業とでは営業活動の範囲が異なるから統一基準で規整するか否か自体が問題となろう。名称としての商号に(商業登記上の)排他性を認めるのであれば、その範囲を限定づけない立法(この排他性を規定する商法の施行地域内全般での排他性)が相当であるように思われる。

(20) 二〇条の「不正ノ競争ノ目的」とは、一般公衆をして自己の営業と商号登記者の営業を混同・誤認させ、商号登記者の信用を自己の営業に利用しようとする意図だと解するのが、通説である(高鳥・前掲注(3)九九頁)。

(21) なお、商法一九条は同一営業であることを要件として明示しているが、二〇条一項でも、不正競争目的が要件とされているから競争がなければならず、同条項も同一営業のために商号が使用される場合についての規定だと解する所説がある(竹田・前掲注(13)一三二～一三三頁、稲田俊信「商号権の保護と現行法」日本法学三八卷三号(一九七三年)一一二頁、田中(誠)・前掲注(6)二六五頁、大隅・前掲注(6)一九四頁、戸田・前掲注(6)一二九頁、近藤(龍)・前掲注(10)一〇三頁、神崎・前掲注(10)九五頁、近藤光男・商法総則・商行為法「第3版」(一九九九年)七七～七八頁、鴻・前掲注(10)二二二頁、田邊・前掲注(10)八七頁、坂口光男・商法総則・商行為法(二〇〇〇年)七二頁)。しかしながら、本文後述のように、二〇条の保護法益は商号登記者の信用(顧客吸引力・顧客獲得可能性)であり、同一営業に限らなければならない理由はない(豊崎光衛「商号と商標の保護の交錯」学習院大学法学部研究年報1(一九六五年)六〇頁、中山・前掲注(19)六二六～六二七頁、服部・前掲注(10)二〇二～二〇三頁、紋谷・前掲注(10)一二頁、米津昭子・高鳥正夫編・商法1(総則・商行為法)(一九八一年)八一頁、高鳥・前掲注(3)一〇二頁注(8)、西尾幸夫「商号の専用権と登記商号」志村治美編・総合判例研究・商業登記(一九九一年)二六八頁、庄子・前掲注(10)八三頁)。同一営業であれば不正競争目的が認定されやすいだけである

う。

(22) 烏賀陽ほか・前掲注(19)二七八頁、豊崎・前掲注(21)八五頁参照。

(23) 商法施行法一三条二項は、商号登記者であっても、明治二三年の旧商法施行前から同一(類似)商号を使用する者に対しては、商法二〇条に定めた権利を行使できない旨規定する。このような場合には不正競争目的がないのであれば当然であるが(大隅・前掲注(6)一九四頁参照)、不正競争目的がある場合にも適用対象外とする特別措置であらう。

(24) 前掲注(2)参照。

(25) なお、二〇条二項の文言からは明確ではないが、登記商号と同一商号のほか類似商号が使用されている場合にも二項の推定は及ぶ、と解するのが通説(田中(誠)・前掲注(6)二六四頁、大隅・前掲注(6)一九六頁注(一一)、高鳥・前掲注(3)一〇〇頁、小橋一郎・商法総則(一九八五年)一五三頁、豊岳・前掲注(10)七五頁)である。

(26) 商法修正案理由書・前掲注(12)一八頁参照。

(27) 大隅・前掲注(6)一九五頁、永井・前掲注(10)七六頁。大判大正七年一月二六日・民録二四輯四卷一六一頁。

(28) 高鳥・前掲注(3)九九頁。大判大正七年一月二六日・前掲注(27)。

(29) 営業秘訣、得意先関係、仕入元関係、創業年代、営業の名声、経営組織、地理的關係、販売機会など、将来における営業上の収益を約する事実上の関係も、物権、債権、債務や無体財産権などと並んで営業の構成要素である(竹田・前掲注(13)八三頁、田中耕太郎・改正商法總則概論(一九三八年)三三二、三三三頁、田中(誠)・前掲注(6)二二四頁、大隅・前掲注(6)二九〇、二九二頁、高鳥・前掲注(3)七七頁)。

(30) 商号そのものが信用なのではなく、信用(顧客吸引力・顧客獲得可能性)は商号により表示される営業上の商人の利益である。その商人の名称が商号なので、商号は特定の営業と密接な関連を有することになる。商法二四条一項が商号の譲渡を営業とともにあるいは営業廃止の場合に制限するのは、商号が譲渡性を有することを前提に、第三者による営業主体の誤認を防止しようとする趣旨からである(司法省民事局編纂・商法中改正法律案理由書(總則・會社)(一九三七年)一六頁)。信用そのものと商号とは異なるからこのような規則が必要となるのである。

(31) 松岡・前掲注(6)四八〇四九頁、稲田・前掲注(21)九〇頁、中山・前掲注(19)六二三頁参照。

(32) なお、不正競争行為に関する不法行為法上の評価につき、高島正夫「不正競争について」法学研究二三巻七号(一九五〇年)一頁以下(特に一五頁以下)参照。

(33) 不法行為と差止に關しては、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為・下巻(一九八五年)四七七〇四八二頁参照。

(34) このように、一九条と二〇条とは内容が異なる。この点、一九条によつて私法上の後登記抹消請求を認めると、同じく商号権の内容をなすのに登記外の使用差止請求(二〇条)と一九条による後登記抹消請求とで要件が異なることになり理解できないとの批判(竹田・前掲注(13)一三〇頁、大隅・前掲注(6)一九一頁)は、異なる観点から認められる排他性を同じく「商号権」の枠内で把握することによる批判である。なお、前掲注(13)参照。

三、未登記商号の効力の構造

前述のように、商法二〇条によれば、商号を登記した者は、不正競争目的での同一(類似)商号使用者に対して当該商号の差止・損害賠償を求めることができる。これは不正競争目的がある場合にのみ認められているから、同一(類似)商号であっても既存の先使用商号は差止・損害賠償の対象にならない(二〇条二項は登記商号と同一町村内での同一営業の場合に不正競争目的を推定するが、先使用抗弁によりこの推定は覆される)。これは商号権の内容と把握され、商人はその選択・使用する商号について(登記・未登記を問わず)商号使用权を有すると説明される。⁽³⁵⁾ もつとも、そもそも商法二〇条は不正競争目的がない場合を始めから差止・損害賠償の対象としていないのであり、同条は商号使用权の範囲や内容を定めるものではない——先使用の場合は不正競争目的を欠くので二〇条が適用されないだけである。商人は選択した商号につき、それを登記しなくても、他人に妨げられずに自

由に使用することができ、その使用を違法に妨害した者に対して不法行為の責任（民法七〇九条）を問うことができる。これも商号使用権の内容と把握されている。⁽³⁶⁾ もっとも、これについても、禁止されていない限り自己が選択した商号を使用できるのは当然であり（使用するために商号を選択する）、民法七〇九条が商号使用権を根拠づけるわけではない。

商法二一条は、不正目的⁽³⁷⁾でもってなす他人の営業と誤認させるような商号の使用を⁽³⁸⁾禁止し、違反行為により利益を害されるおそれのある者に当該商号の使用差止・損害賠償請求を認めている。この規定により、未登記商号にも商号専用権があると解するのが通説である。⁽⁴⁰⁾ もっとも、二一条は、他人の営業と誤認させるような商号の使用を禁止している。その趣旨から、他の商人の（登記・未登記）商号に限られず、非商人の氏名を含めて広く他人名称の冒用が禁止の対象となると解されている。⁽⁴¹⁾ つまり、同条は商号独自の排他性を定めるのではない。しかも、商号自由原則のもと、他人の名称を自己の商号とすることは一般に禁止されていないから、名称そのものの排他的支配性が定められているわけではない。

二一条は昭和一三年の商法改正により新設された規定であるが、昭和六年の商法改正要綱第五では、一項「商人ハ他人ヲシテ其営業ノ主体ヲ誤認セシムル目的ヲ以テ商号ヲ選定スルコトヲ得サル旨ノ規定ヲ設クルコト」、二項「前項ノ商号ヲ使用シタル者ヲ千円以下ノ過料ニ処スルモノトスルコト」とされていた。そして、右要綱の代表的な解説は、「商號の選定に付ては我商法は所謂商號自由主義を採り、商人は其氏、氏名以外に自由に其他の名稱を商號とすることを認めて居る（商法一六條）。其結果故意に信用ある人の氏名等を商號に冒用して一般公衆を欺くものあるの弊を免れ得ない。仍つて制裁を課して是等の行為を禁止しやうとするのである。」⁽⁴²⁾ とする。一般公衆保護の観点からの規整提言であつたようである。これが改正法案に至って、要綱第五は一項が法案二一条一項（現行二一条一項と同じ）、第五の二項が法案二一条（現行二一条と異なるのは過料の額のみ。なお、要綱では

言及されていなかったが、二二条では同時に二〇条の場合も過料の対象とされることになった」と分離され、さらに、法案二一条に二項（現行二二条二項と同じ）が新たに付加された。この点、法案の代表的解説は、法案二一条二項につき、「被害者に對し私法的救済を與へることは必要である。本條第二項は要綱にはなかりしも新に之を認むるものにして、大いに正當である。」、法案二二条につき、「商號の法制は、一般公衆に利害關係あること勿論なるも、元來は私法法規であるから私法的救済を先きにし、私法的救済の訴求があつた時に附帶して過料の制裁にも及ぶべきでなからうか。」とする。二二条二項による私法的救済はもとより正當である旨評價されているが、一方で、二二条二項と二二条の關係がすでに指摘されている。要綱と法案（現行法）とで規整の基本的性質（趣旨）が變化したように思われる。

この点につき、二二条二項は法案起草の際付加されたにすぎず、このような付加がなされても、同条の狙いが根本的に変わったとみるのは行きすぎである、との見解がある。⁽⁴¹⁾ 實際、過料による制裁が削除されたわけではない。したがって、營業主体誤認のおそれがある一般公衆の保護が規整目的に含まれることは確かである。けれども差止・損害賠償請求権は、一般公衆や公的機関ではなく、利益を侵害されるおそれがある名称被冒用者に認められたわけであるから、二二条の主たる目的は名称被冒用者の利益保護（不正目的での他人名称冒用者と名称被冒用者との利益調整）にあるというべきであろう。⁽⁴²⁾ 同じく一般公衆の利益が害されないよう予防する制度に商法一八条がある。⁽⁴³⁾ 商法が定める特殊な企業形態である会社であるかを商号により表示させる法制度のもとで、一八条は過料の制裁を規定している。これと二二条とを比較してみると両者は利益状況が異なる——名称被冒用者には商号使用差止を認める必要があるのに対して、一八条違反行為により被害を受けた者に差止を認める必要性はない。このように、二二条は名称を不法目的で冒用された者の保護を図る規定であり、さらに、二二条により一般公衆保護のために過料の制裁が規定されているわけである（二二条は二〇条の場合も対象としている）。

昭和十三年改正法の代表的解説も、「何か不正の目的を以て、其の者自身が營業をやつて居るといふ風に他人が考へないで、或る他の者が營業をやつて居るのだといふ風に他人が誤解するやうな商號を使ふことは、或る特定の人間を害することになるから、さういふことはさせない方がよい。……（名称被冒用者）がそれに依つて迷惑をすれば、是は其の商號の使用を禁止しても差支ない。それは單に使はれる方の者が迷惑に感ずるだけでなく、世間一般もやはり迷惑を感ずる。……（名称冒用者は名称被冒用者）の信用を背景に儲けるといふやうなことになるわけであるから、さういふ事はさせない方がよいといふことになる。」⁽⁴⁷⁾としてゐる。名称被冒用者の利益保護を中心に二一条が解説されている。

もつとも、二一条では名称被冒用者の利益が保護法益とされているのであり、商号独自の排他性が規定されているのではない（名称の冒用は被冒用者の信用・名声の冒用にほかならない⁽⁴⁸⁾）。しかも、商号自由原則のもと、商号自体に排他性は認められない（前述のように登記商号にも認められていない）。二一条は、不正目的でなされる名称の冒用行為につき、被冒用者に右違法行為の差止および損害賠償を認める規定である——したがって、民法上の不法行為も成立しうる。自己が選定した商号を他人が使用（商号冒用）すること自体に対して——名称冒用者に不正目的があるか否かにかかわらず——差止・損害賠償を認めるものではない。

需要者間に広く認識されている他人の商号を冒用（同一または類似の商号の無斷使用）してその他の人の營業と混同を生じさせる行為（營業主体混同惹起行為）や他人の著名な商号を冒用（同一または類似の商号の無斷使用）する行為（著名商号冒用行為）は、不正競争防止法上、不正競争とされる⁽⁴⁹⁾（不正競争防止法二条一項一号二号）。これにより營業上の利益を侵害されまたは侵害されるおそれがある者は、商号冒用行為の差止を認められ（不正競争防止法三条）、營業利益を侵害された者は、故意または過失により不正競争を行った者に対して損害賠償を請求でき（不正競争防止法四条）、營業上の信用を害された者は、故意または過失により不正競争を行った者に対して裁

判所が信用回復措置を命じることを請求できる（不正競争防止法七条）。これをもって、商号専用権の内容とする所説⁽⁵⁰⁾も多い。確かに右のような他人商号の冒用も含まれているが、不正競争防止法上は他人の業務に係る氏名、商号などの表示の冒用が不正競争とされているのである（同法二条一項一号二号）。商号独自の排他性が定められているのではない。しかも商号自由原則のもと、他人の業務に係る氏名、商号などの表示を自己の商号に選定することは一般に禁止されていないから、このような表示そのものの絶対的排他性が定められているのではない。

不正競争防止法は、営業の自由を前提に、事業者間の公正な競争確保のために、不正競争により営業上の利益を侵害されまたは侵害されるおそれがある者に、上述のような侵害停止・予防請求、損害賠償請求、信用回復措置請求を認めるものである。同法は、事業者の営業上の利益を直接の保護法益とする構造を有しているわけである（個別の経済主体間の利益調整という点で商法と同質性がある）。もともと、不正競争防止法の目的は公正な競争秩序の維持——不正競争の抑制である（営業譲渡人の競業避止義務のように契約当事者の意思が根拠となる⁽⁵¹⁾のではなく、公正な競争秩序の維持という観点から不正競争の概念が定められている）。つまり、不正競争防止法によって業務に係る表示に排他性が認められているようであっても、それは不正競争抑制の結果であって、表示の排他性が不正競争を結論づけるのではない。

営業主体混同惹起行為は、名称被冒用者の信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）に対する侵害行為である。混同惹起行為の延長線上に把握される著名商号冒用行為は、商号被冒用者の信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）を無断使用することが不正競争とされるものである。これらは被冒用商号の所有者である事業者が長年の努力の結果獲得した信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）を（したがって周知性や著名性が求められる）、自ら同様の努力を行うことなく冒用するもので、そのような営業方法自体が公正な競争秩序を破壊する不正競争と規定されているわけである。なお、昭和二五年の改正までは不正競争行為者の不正競争目的が不正競争に対する差止要件として規定

されていた(同年改正前不正競争防止法一条一項柱書「不正ノ競争ノ目的ヲ以テ左ノ各号ノ一二該当スル行為ヲ為シタル者ハ被害者ニ対シ損害賠償ノ責ニ任ズ」、同条二項「前項ノ行為ヲ為シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ行為ノ差止ヲ命ズルコトヲ得」。すなわち、同年改正によって利益侵害者の主観的要件が差止要件から外され、不正競争概念が客観化されたのである。前述のように、現在の不正競争防止法も利益侵害者と被害者間の利益調整法の構造を有しているが、昭和二五年改正以降は、公正競争秩序確保の観点からより強く認識されるべきことになったといえよう。

(35) 竹田・前掲注(13) 一二〇〜一二三頁、石井・前掲注(6) 九二頁、松岡誠之助「商号権」鴻常夫ほか編・演習商法(総則・商行為)「演習法律学大系7」(一九七一年) 一四二頁、弥永真生・リーガルマインド商法総則・商行為法(一九九八年) 三八頁注(5)・四〇頁、近藤(光)・前掲注(21) 七三頁、喜多「吉田・前掲注(10) 四〇頁、鴻・前掲注(10) 二二五頁・二二四頁、坂口・前掲注(21) 七三頁。

(36) 松岡・前掲注(35) 一四二頁、倉沢康一郎「未登記商号権者の地位」戸田修三編・セミナー法学全集6 商法I(一九七四年) 一六二〜一六三頁、大隅・前掲注(6) 一九七頁、永井・前掲注(10) 七七頁、弥永・前掲注(35) 四〇頁、近藤(光)・前掲注(21) 七三頁、喜多「吉田・前掲注(10) 四〇頁、鴻・前掲注(10) 二一五〜二一六頁・二二四頁、坂口・前掲注(21) 七三頁。

(37) 二二条の「不正ノ目的」とは、他人の名称を自己の営業に使用することによって、一般人をして、自己の営業をその名称によって表示される他人の営業と混同、誤認させようとする目的だと解するのが、通説である(高鳥・前掲注(3) 九一頁)。

(38) 商号使用の方法については特に制限はない。前掲注(16) 参照。

(39) 商法二二条による使用差止にも登記抹消が含まれる(豊崎・前掲注(21) 七二頁、稲田・前掲注(21) 一一一頁、木内・前掲注(6) 七二頁、高鳥・前掲注(3) 九一頁、服部・前掲注(10) 二〇八頁、西尾・前掲注(21) 二五〇頁、庄子・前掲注(10) 七八頁)。

(40) 西原・前掲注(6) 五六二頁・五六四頁、松岡・前掲注(35) 一四二頁、大隅・前掲注(6) 一九七〜一九八頁、木内・前掲注(6) 七二〜七三頁、弥永・前掲注(35) 四〇頁・四七頁。

(41) 高島・前掲注(3) 九一頁。

(42) 松本系治「商法改正要綱解説(二)」法学協会雑誌四九卷九号(一九三二年) 一一三〜一一四頁。

(43) 烏賀陽ほか・前掲注(19) 二八〇頁・二八一頁。

(44) 鈴木・前掲注(6) 二二一〜二二二頁。

(45) 司法省民事局編纂・前掲注(30) 一五頁では、二二条につき「第一項掲記ノ如キ商號ヲ禁止スベキハ當然ニシテ之ニ付何等ノ規定ヲ設ケザリシ現行法ハ不備ノ譏ヲ免レス、本條ハ之ヲ補足スルモノナリ」とし、二二条については「第二十條第一項及前條第一項ノ禁止ニ違反シタル者ニ對シ過料ノ制裁ヲ以テ臨ムベキ旨ヲ定メ右各規定ニ依ル差止請求ト相俟ツテ不正ヲ防止シ取引ノ安固ヲ圖ラムトスルモノナリ」としている。立法段階においては、二二条が名称被冒用者の利益保護規定の構造をなす点の意識が希薄であつたように思われる。一方で、二〇条一項と二二条を同性質のものともみているようでもある。

(46) 同条は一般公衆が会社でない者を会社と誤認するのを防止するために設けられた規定である(大隅・前掲注(6) 一八五頁)。

(47) 田中耕太郎・改正商法及有限會社法概説(一九三九年) 六九頁。

(48) したがって、二二条は周知性ある名称が冒用された場合の規定である(松岡・前掲注(35) 一四六頁、稻田・前掲注(21) 一〇九頁、田中(誠)・前掲注(6) 二七二頁、西尾・前掲注(21) 二六三頁、弥永・前掲注(35) 四七頁)。この点につき、中山・前掲注(19) 六三〇頁注(13) は、二二条一項は競争関係を前提とした規定ではないから周知性は要件ではない、とされる(同旨、近藤(光)・前掲注(21) 六〇頁、鴻・前掲注(10) 一一〇二頁)。確かに(非商人の名称の冒用も含まれる)二二条は競争関係を要件としないが、他人名称の冒用そのものが禁止されているのではなく、一般人をして営業主体を誤認させるような冒用が禁止されているのであるから、周知性は必要であらう。もっとも、周知性を不要とする主張も、「不正目的」要件認定にあたって考慮されるべき要素として周知性を位置づけるのであれば(豊崎・前掲注(21) 五九頁)、具体的事例における二二条の適用については、周知性の要否に關す

るどちらの立場でも結論は同じになるように思われる。

(49) なお、営業主体混同惹起行為は昭和一三年改正により、著名商号冒用行為は平成五年の全面改正により、不正競争防止法上の不正競争に追加された行為である。

(50) 西原・前掲注(6) 五六二～五六三頁、松岡・前掲注(35) 一四二頁、庄子・前掲注(10) 七九頁。

(51) 山本爲三郎「営業譲渡と競争禁止義務」法学研究七三卷二号(二〇〇〇年) 八九頁以下参照。

四、商号をめぐる排他性と現行法規整

前節、前々節で検討してきたように、商法一九条は登記商号に商業登記上で同一市町村内・同一営業目的に限定された絶対的排他性を認めている。けれども、商法二〇条は一九条を前提としながら、登記商号そのものの効力を定めているのではなく、商号登記者の営業上の信用(顧客吸引力・顧客獲得可能性)に対する違法な侵害からの保護に関する規定である。商法二一条も(登記・未登記)商号そのものの排他性を定めているのではなく、名称被冒用者の信用・名声の無断使用から名称被冒用者を保護しようとする規定である。不正競争防止法はまさに公正競争秩序確保の観点から、事業者が蓄積してきた信用(顧客吸引力・顧客獲得可能性)を冒用する行為(営業主体混同惹起行為・著名商号冒用行為)を不正競争として右信用を保護している。⁽⁵²⁾

商人が商号を選定・使用すると当該商号につき商号権を取得すると一般に説明される⁽⁵³⁾。そして、その商号権の内容として商号使用権と商号専用権が挙げられる。商法二一条で商号専用権が認められ、さらに、不正競争防止法に基づく排他的効力も商号専用権の内容とされる。登記の有無にかかわらずこのような専用権が認められるのである、商法二〇条が特別の権利を生み出しているわけではない。同条の意義は二項の推定規定にある⁽⁵⁴⁾。多数説⁽⁵⁵⁾

は以上のように解している。説明の便宜上、商法や不正競争防止法で定められた商号に関する排斥力を、商号專用権という用語を用いて説明しても差し支えはない。しかし、商号専用権の内容をなす利益が商号所有者の営業上の信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）であることを明確に認識しなければ、各条文相互の構造的な理解は十分になしえないと思われる。

商号それ自体に絶対的排他的効力を認めると、複数の同一商号が存する場合にどの商号が排他的に認められるのが問題となる。商号自由原則のもとではなおさらである。商法は商号の登記を基準とした。前述（二）のように、明治三年の旧商法は同一営業・同一地域内という限定条件下で、登記商号に絶対的排他的効力を認めていた。旧商法においても個人商人の商号は登記を強制されていなかったから、先使用商号の扱いが問題になるが、旧商法施行以前から使用されている商号については排斥対象外とされた。明治三年の新商法は、商号の登記を基準としながら登記商号自体の専用を商業登記外では認めず、商号登記者の営業上の信用（顧客吸引力・顧客獲得可能性）に対する違法な侵害からの保護の範囲内で、登記商号に関して排他性を規定した。このような違法な利益侵害に対しては、不法行為法あるいは事業者間の競争の方法に違法性が認められる場合を不正競争としてその抑制を図る不正競争防止法によって、信用利益を害される者を保護するのが筋であり、登記商号の効力であるかのような条文構成は適当ではない。⁽⁵⁷⁾

もっとも、少なくとも明治三二年当時は、不法行為法理論も未だ硬直的であり、また不正競争防止法が制定されたのは昭和九年である。したがって、商法二〇条は、その位置づけはともかく意義の大きい規定であったといえよう。⁽⁵⁸⁾しかし、不正競争防止法が拡充された現在、商法二〇条で保護される利益は不正競争防止法によって完全に保護の対象となる。この点、不正競争防止法の営業主体混同惹起行為の差止要件と二〇条一項の要件とは、主観的要件のほかに周知性要件が異なるようであるが、二〇条の保護法益が商号登記者の信用（顧客吸引

力・顧客獲得可能性)である以上、二〇条においても周知性は要件となると解される。⁽⁵⁹⁾ また、二〇条の保護を受ける者は登記商号被冒用者であるが、不正競争防止法上差止請求をなすのは営業上の利益を侵害されまたは侵害されるおそれがある者である(不正競争防止法三条)。不正競争防止法の要件の方が制約されているようであるが、これは不正競争防止法が事業者の営業上の利益を直接の保護法益とする構造だからであり、同法の目的である公正競争秩序確保の観点からは、営業主体混同惹起行為においても著名商号冒用行為においてもそれらの行為自体に営業利益侵害性が認められると解さなければならぬ、⁽⁶⁰⁾ といえよう。したがって、現在の不正競争防止法のもとにおいては商法二〇条はその使命を終えている。

商法二一条による保護も、不法行為法あるいは不正競争防止法により図るのが筋であろう——前述(三)のよう、昭和六年の商法改正要綱の段階では商号選定を制約する改正提案であったが、昭和一三年改正二一条は営業に関してなされる他人名称の不正使用に対して名称被冒用者を保護する規定とされたのである。もともと、事業者でない者の利益をも保護する点において、二一条は不正競争防止法よりも保護範囲が広い。この部分を不正競争防止法に取り込むべきか否かは問題とされようが、⁽⁶²⁾ 少なくともそれは商号そのものの問題ではない。⁽⁶³⁾

商号自体に排他性を認めるとすると、明治二三年の旧商法におけるように登記商号に絶対的排他性を認める立法が考えられる。しかし、現行商法はそのような構造になっていない。この点、明治二三年新商法の法案段階での二〇条の解説によると、明治二三年旧商法では登記商号には同一営業・同一地域内において専有権を有するとされていたが(旧商法二六条。前述(二)参照)、「未タ以テ不正ノ競争ノ目的ノ爲メ類似ノ商號ヲ使用スルコトヲ禁スルニ足ラス故ニ本案ハ之ヲ改メ本條第一項ノ規定ヲ設ケタリ」と⁽⁶⁴⁾とされている。旧商法と新商法とでは登記商号の排他性に関する構造自体が異なっているのに、排他性の拡大という観点でのみ把握しているようである(一方で、同市町村内では旧商法よりも排他性は縮小されている)。

いずれにせよ、現行法の構造は現行条文の理解から始めるべきであり、条文以前に「商号の排他性」があるわけではない。⁽⁶⁵⁾そして、商法および不正競争防止法が商号に関連して定める排他的効力は商号そのものの排他性ではない——これらの法条で認められる商号に関する排他性の集積を「商号権」と呼ぶかどうかは本質的な事柄ではない。

商法二〇条は不正競争防止法と重複し、その本質から不正競争防止法による規整で対処するのが立法の筋である。商法一九条は二〇条の前提となる規定であるが、実質的にはそうなっていない。一九条は同市町村内においては同一営業目的の同一商号が複数登記されることはないとするものである。その結果、既成立の会社は同一営業目的・同一商号の他会社設立を同市町村内で排除できる——絶対的な排除であり、実質的な利益侵害を要件としない。実際には一九条の意義はこの点にあるといってもよいであろう。もともと、これは副次的効果であり、他会社設立排除であれば商法五七条に二項を設けて規定すればよい。

一九条が同一営業目的を要件とする点も考察しなければならない。商号は商人の名称であるが、社会的・経済的には商人の営業の同一性を表示する名称として作用する。⁽⁶⁶⁾したがって、商業登記上の登記商号の排他性もそれによって示される営業に限定されるのは当然ともいえる。しかし一九条がそのように規定することによって、同条も商号として選択された名称をそのものとして対象とするのではなく、その背後の営業に視点を置いていることが分かる。一方で、一般公衆が営業主体を混同・誤認するのを防止するという観点からは、登記営業への限定は一応意味を有するが、一般公衆による混同・誤認は同一営業でなくても生じる（同一営業の場合には混同・誤認が生じやすいだけである）。他方で、商号登記者が商号とともに登記した営業目的以外の営業に関して同一商号が使用されていても、その同一商号は一九条による排斥対象にならない。登記された営業についてのみ排他性が認められるのは、商号は商人の名称であるから、排他性の制約といえる。このような排他性の制限には、商号と

営業の事実上の関連性および他の商人の商号選択自由との均衡の考慮があると思われるが、立法論としては再検討の余地がある。

(52) 中山・前掲注(19) 六二三頁参照。

(53) 大隅・前掲注(6) 二〇三頁、服部・前掲注(10) 一九五頁、近藤(龍)・前掲注(10) 一〇五頁。

(54) 二〇条一項との関係でのみ二項を把握すると、主観的要件であるためその証明が困難と考えられる不正競争目的について証明責任を転換する規定であり、まさしくその点に二項の意義がある(商法修正案理由書・前掲注(12) 一八頁)。昭和九年の不正競争防止法も昭和一三年商法改正により新設された二条も主観的要件を含むので、これらとの関係においても二項の意義は変わらない。ところが、前述(二)のように、昭和二五年改正により不正競争防止法上の差止請求については主観的要件が削除された。したがって、この点に関しては、商法二〇条一項よりも不正競争防止法の方が保護が厚くなったわけであり、二〇条二項による不正競争目的推定の意義は減退したことになる(鈴木・前掲注(6) 二〇九頁、中山・前掲注(19) 六二四頁。なお、中山・前掲注(19) 六二九、六三〇頁注(8)は、商法二〇条「登記商号の保護規定」との関係で一般法にあたる不正競争防止法「標識一般の保護法」が不正競争目的を要件としていない以上「不正競争目的の証明は不要」、二〇条二項が不正競争目的に関する証明責任転換規定だということとはできない、とされる)。

(55) 西原・前掲注(6) 五五五頁、小橋・前掲注(25) 一五六頁、庄子・前掲注(10) 八一、八二頁、弥永・前掲注(35) 四七頁。

(56) したがって、商号専用権とは、商人がその商号につき、他人が同一(類似)商号を不正に使用することを排斥する権利だと定義するのが一般的である(大隅・前掲注(6) 一九七頁)。商法二〇条・二一条、不正競争防止法により与えられた権利であるから、このように定義づけられるのは当然であるが、当該商号を独占的に使用できる絶対的排他性を有する権利が右法条以前に発生し、それが右法条により制約を受けるのではないのである。

(57) なお、鈴木・前掲注(6) 二一八頁は、「商号の保護を登記に結びつける商法よりも、取引上広く認識されているという事実関係に結びつける不正競争防止法の立場の方が、より基本的なものといえるのではなからうか。」と

主張されている。

(58) 鳥賀陽ほか・前掲注(19)二七九頁は、不正競争防止法が将来発達すれば商法二〇条は無用に帰するが、現在(一九三六年当時)のところは不正競争防止法の適用範囲が狭小だから、二〇条(二一条も同様)の存置は必要だとされていた。

(59) 松岡・前掲注(35)一四六頁、稲田・前掲注(21)一一三頁、中山・前掲注(19)六二五頁、西尾・前掲注(21)二六三頁(なお、矢沢惇「商法二二条の「不正の目的」商標・商号・不正競争判例百選(一九六七年)一六一頁参照)。反対、田中(誠)・前掲注(6)二七二頁(ただし、二六四―二六五頁)、大隅・前掲注(6)一九八頁、庄子・前掲注(10)八二―八三頁、弥永・前掲注(35)四七頁。反対説は二〇条の保護利益の検討が不十分であるように思われるが、この点、紋谷・前掲注(10)一二頁は、「将来大衆受けするであろう他人の登記商号を、現在未知なるを奇貨として使用する場合にも」、商法二〇条の「不正競争の目的の存在は肯定され」、同条によって登記商号が「有しうる顧客吸引力」も保護される、と主張されている(なお、鈴木・前掲注(6)二〇九―二一〇頁参照)。けれども、未周知商号との誤認は理解しづらい。また、「登記商号が有しうる顧客吸引力」の概念は可能性の上に立つ可能性であり、それはもはや顧客吸引力の保護ではなく名称としての商号の保護の主張にほかならず、二〇条の枠組みからはみ出ているのではなからうか(この点、稲田・前掲注(21)一一五頁参照)。

(60) 豊崎・前掲注(21)六九―七〇頁、赤堀光子「営業の利益を害するおそれ」商標・商号・不正競争判例百選(一九六七年)一八五頁、中山・前掲注(19)六二八頁、最判昭和五六年一〇月一三日・民集三五巻七号一一二九頁(平成五年改正前)「不正競争防止法二条一項一号にいう商品の混同の事実が認められる場合には特段の事情がない限り営業上の利益を害されるおそれがあるものというべきであ」る参照。なお、昭和二五年に、不正競争防止法上の差止請求権者が、「被害者」(改正前一条二項)から「営業上ノ利益ヲ害セラルル虞アル者」(改正一条柱書)に改正されている。現実には被害を被らなくても請求できる趣旨を明確化するための改正である(通商産業省知的財産政策監修・逐条解説不正競争防止法(一九九四年)六頁)。

(61) 松岡・前掲注(6)七一頁参照。

(62) 中山・前掲注(19)六三五頁参照。

- (63) この点、西尾幸夫「未登記商号の保護―商法二一条と不正競争防止法一条二号の関係―」龍谷法字二三卷一
号(一九九〇年)七一―七二頁は、「そもそも氏名権等の人格権を商法上保護する必要はないし必然性がない以上、
この点に商法二一条の積極的意義を見いだすことは困難だと思われる。」とされ、さらに、「商法二一条の積極的意義
が見いだせない以上は、商法二一条の存在意義は乏しいといえよう。」と主張される。なお、喜多・吉田・前掲注
(10) 四四頁は、二一条については不正目的推定の規定がないので同条の実用性は乏しく判例もほとんどない、と指
摘される。重要な指摘であるが、推定規定の存否以前に、二一条の位置づけ・意義が問題である。
- (64) 商法修正案理由書・前掲注(12) 一八頁。
- (65) この点につき、古瀬村・前掲注(10) 三四八頁は、「商号を登記した場合に認められる右商法一九条の効力は、
やはり商号権の存在とその排斥力を前提として認められたものではあるまいか。」とされるが、疑問である。
- (66) 高鳥・前掲注(3) 八八頁。