

商標機能論の具体的内容についての一考察

フレッドペリー事件上告審判決の検討を中心に

宮 脇 正 晴

- 1 ま え お き
- 2 一 連 の 判 決
- 3 出 所 表 示 機 能
- 4 品 質 保 証 機 能
- 5 ま と め と 課 題

1 ま え お き

1-1 本稿の趣旨

2003年2月27日、フレッドペリー大阪事件上告審判決が出された。FRED PERRY 商標のいわゆる並行輸入に関連する一連の事件については、東京と大阪で争われており、後に紹介する計6つの下級審判決が存在し、いずれの判決も、問題となった輸入行為の商標法上の拒否を判断する際の理論構成として商標機能論を採用しているにもかかわらず、その具体的な判断内容は様ではなく、結論についても並行輸入を許容するものとそうでないものに分かれていた。大阪事件上告審判決も商標機能論を採用したが、そこで示された具体的な判断内容は、興味深いことに、上記6つの下級審判決のいずれとも異なるものであった。

一連の事件（以下、一連の事件のすべてを指して「本件」ということがある。）の主要な争点は、「外国において、外国商標権者とのライセンス契約に違反して製造された商品の輸入、販売行為が商標権侵害の実質的違法

性を欠くものとして許されるか」というものであった。商標機能論は、その大枠自体はこれまでの通説、裁判例で支持されてきたといえるが、その具体的な内容については必ずしも統一的理解があるわけではなく、不明確な部分も多い。今回のような前例のない事件によって、そのような部分が明るみにさらされたということである。

本稿は、並行輸入を商標法上許容する要件として大阪事件上告審の示した3要件およびそれに対応する判断部分が、商標機能論の具体的内容として適切なものであるかについて、関連する一連の下級審の判断内容なども参酌しつつ、検討しようとするものである。

1-2 並行輸入と商標機能論

いわゆる「並行輸入」とは、典型的には、外国で製造された商品が、わが国の総代理店等を通して輸入、販売されているという実態がある場合に、そのような総代理店等以外の者が、外国の市場で権利者により適法に流通に置かれた商品（いわゆる「真正商品」）を現地で購入し、そのような総代理店等を経ることなくわが国に輸入する行為をいうものである。並行輸入については、知的財産法でしばしば問題となるが、このような事例において多くの知的財産法各法の解釈論で共通の出発点となるのは、問題となる輸入行為が形式的には法の定める侵害の要件を満たしている、という点であろう¹⁾。にもかかわらず、いずれの法分野においても、杓子定規に侵害を肯定することはせず²⁾、かえって、一定の場合については何らかの理論構成をもって非侵害とするという解釈論上の努力がなされている。そのような理論構成として、商標法においては、「商標機能論」と呼ばれるものが下級審により採用されてきていた³⁾。

商標機能論とは、商標権侵害の実質的違法性を構成するのは商標の機能を害することであるとする考え方であり、この理論の下においては、形式的に商標権侵害に該当する行為であっても、この機能を害さない行為は実質的違法性を欠くものとして侵害が否定されることとなる。このような考

え方は、パーカー事件⁴⁾において初めて打ち出されたものであり、解釈論の根拠は商標法1条に求められている。

その他の理論構成として、権利の国際消尽（用尽，消耗）理論⁵⁾⁶⁾や、権利濫用論⁷⁾が挙げられるが、本稿の関心はあくまで商標機能論の具体的内容にあるので、これらの理論構成の妥当性などの議論については、別の機会に行うこととしたい。

1-3 商標の機能

商標の機能は、一般に、出所表示機能、品質保証機能、（宣伝）広告機能の3つであるとされている⁸⁾。これらのうち、裁判例は一貫して、出所表示機能および品質保証機能を商標法の保護対象とし、従って、これらの機能を害することが商標機能論の下で商標権侵害の実質的違法性を構成するという立場をとっている。ただし、品質保証機能が商標法の保護対象であるかどうかについては、学説上はこれを否定する見解が存在している⁹⁾。（これについては後述。）広告機能については、商標法の保護対象でないとする説が有力と思われる¹⁰⁾。（広告機能については本稿では議論しない。）

出所表示機能とは、同一の商標の付された商品の出所が同一であることを示す機能であり、パーカー判決においては、「出所の同一性を識別する作用」として説明されている。ここでいう「出所」というのは具体的な場所である必要はなく、また、その出所表示の主体自体について消費者が知っていなくとも良いとされる（出所の匿名化）¹¹⁾。

品質保証機能とは、同じ商標の付された商品の品質が同一であることを示す機能である¹²⁾。パーカー事件において品質保証機能は、「同一商標の附された商品の品位及び性質の同等性を保証する作用」として説明されている。学説にはこれとは異なる理解を示すものもあるが¹³⁾、多くの学説は品質保証機能を品質の同一性を示す機能であることを前提に議論しているものと思われる¹⁴⁾。（現代において商標の品質保証機能とは、これよりも広い意味に解して良いのではないかと筆者はかねてより主張しているが¹⁵⁾、

本稿の論点とは直接関係がないと思われるので、この説明については割愛したい。)

両機能について、以上のような理解に基づいて本稿の検討を進めることとする。

2 一連の判決

2-1 あらまし

具体的な検討に移る前に、まず、関連する判決について、以下に簡単に紹介しておくこととする。

2-1-1 東京 事件

乙事件原告：ヒットユニオン株式会社（以下，“X”とする）

乙事件被告：株式会社ナヴィコ 他5社（以下，“Y_T”とする）

Y_TがFRED PERRY 標章（本件商標）の付された商品（品番 M1200 および M3000 のポロシャツ；以下、「本件商品」とする）をシンガポールから輸入して日本国内で販売したところ、本件商標の日本国内における商標権者である X が、本件商品が偽造品である旨を業界紙において広告し、また、本件商品を扱う小売店に対してその販売中止を求める文書を送付した。Y_TはXの行為が不正競争防止法2条1項11号（現行14号；虚偽事実の告知流布）に該当するとして、差止め等を求めた（甲事件）。これに対し、Xは、Y_Tの行為が商標権侵害等に該当するとして差止め等の請求を行った（乙事件）。

一審¹⁶⁾は、Y_Tの請求を一部認容し、Xの請求を棄却した。

Xは控訴したが、二審¹⁷⁾は、原判決の差止めを認めた部分につき一部修正したほかは、原判決を維持した。

Xは上告受理申し立てをしたが、不受理の決定が下され、二審判決が確定した。

2-1-2 東京 事件

原告：株式会社ナヴィコ 他2社（以下“ Y_T' ”とする）

被告：X

Y_T' が、X の前記広告行為により、 Y_T' の本件商品の個別具体的な取引について実際に生じた逸失利益の賠償（甲事件で請求した損害賠償は一般的・抽象的な営業上の信用毀損についてのもの）を不正競争防止法2条1項13号（現行14号；虚偽事実の告知流布）に基づき請求した。

一審¹⁸⁾は、 Y_T' の請求を一部認容した。

X は控訴し、二審¹⁹⁾は控訴を認容した。

2-1-3 大阪事件

乙事件原告：X

乙事件被告：株式会社スリーエム（以下“ Y_O ”とする）

Y_O が本件商品（品番 M1200 のボロシャツ）を輸入して日本国内で販売したところ、X は本件商品が偽造品である旨を業界紙において広告し、また、奈良県警に商標権侵害の告訴を行うなどした。 Y_O は X の行為が営業妨害行為または信用毀損行為に該当するとして、民法709条に基づき損害賠償等を求めた（甲事件）。これに対し、X は、 Y_O の行為が商標権侵害に該当するとして差止め等の請求を行った（乙事件）。

一審²⁰⁾は、X の請求を一部認容し、 Y_O の請求を棄却した。

Y_O は控訴したが、二審²¹⁾は控訴を棄却した。

Y_O は上告したが、上告審²²⁾は上告を棄却した。

2-2 重要な事実

次に、一連の事件において重要と思われる事実について紹介しておきたい。それは、次のようなものである。

本件商標を含む一連の FRED PERRY 商標については、英国法人フレッド・ペリー・スポーツウエア・リミテッド（以下「FPS 社」という）が、

わが国を含む110カ国において商標権を有していた。

X の100%子会社である英国法人フレッドベリー（ホールディングス）リミテッド（以下「FPH 社」という）は、平成7年11月29日、FPS 社が有するわが国以外のすべてのフレッドベリー商標についての商標権を承継した。わが国においては、平成8年1月25日、それまで専用使用権者であった X が FPS 社から本件商標権の譲渡を受け、同年5月27日、その登録を了して商標権者となった。

本件商品は、シンガポール法人オシア・インターナショナル・ピーティーイー・リミテッド（以下「オシア社」という）が、中国にある工場に下請け製造させたものである。

オシア社と FPS 社との間で結ばれた本件商標の使用許諾契約（以下、「本件ライセンス契約」という）には、製造地域をシンガポール、マレーシア、ブルネイ及びインドネシアに限定する旨定めた条項（製造地制限条項）、および許諾者の事前の同意なく契約品の製造等の下請けにつき取り決めをなすことを禁ずる旨定めた条項（製造者制限条項）があった（平成7年11月29日以降は契約上の許諾者の地位は FPH 社に移転）。よって、中国の工場に本件商品を製造させたオシア社の行為はこれら条項に違反する。（ただし、東京 事件、事件のいずれにおいても、製造者制限条項違反については争われていない。）

2-3 一連の判決の結論

上記の一連の7つの判決は、いずれも商標機能論を採用するものである点で共通する。よって、いずれの判決も、「製造地制限条項（および製造者制限条項）に違反して製造された本件商品の輸入、販売行為は、本件商標の出所表示機能ないし品質保証機能を害するものであるか」という論点为中心的に検討されている。このような問題は従来の裁判例でほとんど争点となっておらず、学説上もあまり議論がなされてきていない。そのためか、この一連のフレッドベリー事件の各判決の結論や具体的な理論構成は

【表：一連の判決の結論と商標機能論上の評価一覧】

事 件	審 級	結 論	商 標 機 能 論
東京 事件	一審	非侵害	いずれの機能も害しない
	二審		
東京 事件	一審	侵害	品質保証機能を害する
	二審		出所表示機能を害する (品質保証機能については判断なし)
大阪 事件	一審		侵害
	二審		
	上告審		

一様ではない。具体的には、東京 事件の一審、二審判決と、東京 事件の一審判決は非侵害、すなわちいずれの機能も害しないと判断しているし（ただし 事件の一審については傍論）、東京 事件の二審判決は品質保証機能を害するので侵害であるとしている。更に大阪事件においては、3判決とも侵害という結論で一致しているものの、一審、二審判決は出所表示機能が害されたことを理由としているが、上告審判決は両機能とも害されているとしている。（表参照。）

以上からいえるのは、商標機能論において、「出所表示機能が害される」ということや、「品質保証機能が害される」ということが具体的にどういふことなのか意外に明らかでなかった、ということがこれら一連の判決により示されたということであろう²³⁾。

本稿においては、これら一連の事件において、これら2機能と何をもってそれらが（並行輸入が問題となる場面において）「害されている」といふべきなのかについて、上告審の判断を中心に検討していくこととする。

2-4 大阪事件上告審の判旨

章を改めて具体的な検討に移る前に、大阪事件上告審の判旨を紹介しておきたい。（他の関連する下級審判決については、紙幅の関係上省略す

る。)

大阪事件上告審は、並行輸入が許容される要件として、「(1) 当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであり、(2) 当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであって、(3) 我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合」を挙げている。

そして、本件においては、[a]「本件商品は、シンガポール共和国外3か国において本件登録商標と同一の商標の使用許諾を受けたオシア社が、商標権者の同意なく、契約地域外である中華人民共和国にある工場に下請製造させたものであり、本件契約の本件許諾条項に定められた許諾の範囲を逸脱して製造され本件標章が付されたものであって、商標の出所表示機能を害するものである」とし、更に [b]「本件許諾条項中の製造国の制限及び下請の制限は、商標権者が商品に対する品質を管理して品質保証機能を十全ならしめる上で極めて重要である。これらの制限に違反して製造され本件標章が付された本件商品は、商標権者による品質管理が及ばず、本件商品と被上告人ヒットユニオンが本件登録商標を付して流通に置いた商品とが、本件登録商標が保証する品質において実質的に差異を生ずる可能性があり、商標の品質保証機能が害されるおそれがある」として、商標権侵害を肯定した。

3 出所表示機能

3-1 判断の構造

上告審判決の示す要件のうち、出所表示機能に関係すると考えられるの

が、要件（1）（「当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであること」）および（2）（「当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであること」）である²⁴）。

これら各要件の具体的な内容については次節以下で検討するが、まずこの判断の全体の構造について確認しておきたい。

一見、商標の表示する出所の同一性（要件(2)）さえ示せば、同機能は害されていないように思われるが、出所表示機能は、あくまで商標の付された商品の出所の同一性を示す機能であるので、要件(2)のみ検討するのは不十分であろう。従って、外国商標の付された輸入品の現実の出所について判断することが必要となり、要件(1)はこの役割を担っているものと考えられる。つまり、上告審判決の採用する出所表示機能についての判断構造は、輸入品の出所を外国商標権者等と評価してよいかまず検討し（要件(1)）、それが肯定されるならば、外国商標と内国商標の表示する具体的な出所が同一かどうか検討する（要件(2)）、という2段階で出所表示機能が害されているかを判断しようとするものであると理解できる。

原審である大阪事件二審は、並行輸入が許容されるための要件として「 [輸入品] に付された商標が表示する出所と、商標権者の使用する商標が表示する出所が、実質的に同一であり、 当該商標が外国の許諾権者等により適法に付されたものであって、 その商品の品質が、商標権者が商標を使用することによって形成している商品の品質に対する信用を損なわないものである」と述べており、このうち と が出所表示機能に関係するものと考えられる²⁵）。

このように、輸入品に付された商標と、わが国登録商標の表示する出所が同一であること（上告審判決の要件(2)、大阪事件二審判決の要件 ）と、輸入品に付された商標が外国商標権者等によって適法に付されたものであ

ること(上告審判決の要件⁽¹⁾、大阪事件二審判決の要件)の2点について問うという大枠自体は変わらないといえるが、上告審と原審とでは、具体的な判断内容において大きく異なるものである。

3-2 適法性

並行輸入を許容する要件として、外国商標権者等によって商標が適法に付されたことを挙げる裁判例は、従来から存在した²⁶⁾。本件に関連する一連の下級審判決も、東京事件二審を除いて、この「適法性」要件を挙げている²⁷⁾。ここでいう「適法」とは、外国法上適法かどうかという意味に解すべきではないであろう。商標機能論が問題とするのはわが国において商標の機能が害されるかどうかであるので、商標が適法に付されたかどうかは、専らわが国の商標法上の評価の問題とすべきであろう²⁸⁾。従って、この「適法性」要件は、わが国商標法上、問題の輸入品を外国商標権者の商品と評価してよいか、ということ我问うものであると考えられる²⁹⁾。このように考えると、結局、本件でこの「適法性」要件で問題となるのは、わが国での問題として考えた場合に、ライセンサーが製造地および製造者制限条項に違反して製造された商品の出所をライセンサーである登録商標権者と評価してよいか、という問題と変わらないこととなる。

一般に、ライセンサーがライセンス契約に何ら違反することなく、ライセンスにかかる商標を付した商品を製造・販売する行為がライセンサーの商標権を侵害するものではないことは明白であろう。逆に、ライセンス契約が存在しないならば、いくら本物と同等の商品に商標が付されたものであっても、侵害を免れない。このように、ライセンス契約が守られている場合は侵害は否定され、ライセンス契約が存在しない場合は肯定される、ということのはっきりしているのであるが、ではその中間はどうか、という問題が本件の呈示する問題のひとつである。つまり許諾の範囲を少しでも逸脱すると、出所表示機能が害されていることになるのか、それとも許される場合があるのか、ということである。

3-2-1 東京 事件一審

この問題につき、東京 事件の一、二審と、事件の一審は、本件契約の製造地制限条項違反は出所表示機能を害さない、と結論している（ただし 事件の一審については傍論）。これらの判決によると、本件条項違反のような問題は商標権者と被許諾者の内部関係に過ぎず、契約自体が有効である以上、商標権侵害の実質的違法性の判断に影響しない、ということである。このような解釈を採ったとしても、商標権者が契約違反を問えることに変わりはないので別段不利益を与えることはないし、逆に侵害を認める方が「商品の流通の自由を害し、取引者、需要者の利益を著しく害することになり」、かえって商標法の目的に反するという趣旨の判断が 事件の一審判決では示されている。

この判決の立場は、契約が有効である間はいかなる条項違反であっても出所表示機能を害しないとするもののように見える³⁰⁾。そうであるとすると、このような考えは支持できない。

仮にポロシャツにしかフレッドペリー商標の使用許諾がないといった場合に、ライセンサーがスニーカーを作ってそれにフレッドペリー商標をつけたとする。そのスニーカーがいくら国内で販売されているフレッドペリーのスニーカーと全く同じ品質のものであろうと、これをライセンス契約が有効である間は商標権侵害ではないとは言いがたいのではないかと思われる³¹⁾。別種の商品が製造された場合と、製造地制限条項違反の場合とは別次元の問題のように直感されるが、いずれもライセンス契約の個別の条項違反であることに変わりはない。スニーカーの場合が侵害になるとすると、その理由は「靴については許諾していない」という点に求めるほかない。しかしそれならば製造地制限違反の場合にも「中国の製造については許諾していない」といえることとなり、この両者に差があるとすれば、やはりすべての契約条項違反を同列に扱うのには無理があるということになるのではないかと思われる。

ただし、東京 事件一審が本当にこのような立場であったかどうかは明

らかでない。実際、判決を良く見ると、製造地制限条項の違反程度では内部関係以上の問題にならないと述べているだけで、単なる内部関係としては片付けられないような違反もあることが示唆されているかのように読めなくもない。しかしそうだとすると、なぜ本件条項違反が単なる内部関係として片付けられるのかについての説明がほとんど無いということが問題となる³²⁾。

3-2-2 大阪事件二審

これに対し、大阪事件の一審、二審はともに、本件条項違反の位置付けについて比較的詳細な検討を加えた上で、「適法性」を否定する結論を引き出している。大阪事件一審は、ライセンサーは「商品製造技術、品質管理の水準及び商品の原材料の調達³³⁾の難易その他諸般の事情を勘案して、どのような条件で製造された商品であれば、第三者が製造した商品であっても、自己の出所を示す商標を付して流通に置いてもよいかを検討、決定の上」、第三者に対して製造地や製造者に関する条項をその内容に含む許諾をしているという見解を示した上で、当該条項に違反して製造された商品が流通する場合に「その商標が表示する出所が出所表示主体にあることを容認しなければならないということはできない」としている。

二審によると、要するにライセンサーの製造にかかる商品が商標権侵害とならないのは、ライセンス契約を通じて商標権者の「品質管理権能」が及んでいるということが前提となっているところ、本件条項はそのような権能を及ぼすために重要な条項であり、この違反によって品質管理権能が実質的に排除されて製造された本件商品の輸入は侵害となる、としている。

この二審判決の注目すべき点は、一般にライセンサーの製造にかかる商品が商標権侵害とならないことの根拠を、ライセンス契約の有効性そのものではなく、(有効な)ライセンス契約を通じてライセンサーの「品質管理権能」が及んでいることに求められるということ³⁴⁾を明確に述べた点であろう。ライセンス契約違反と商標権侵害の関係については、違反の種類ご

とに判断すべきであるということは学説上主張されてきたところであるが³³⁾、この二審判決はその判断基準として「品質管理権能の実質的排除」という基準を打ち出したものといえる。

確かに、実際に製造された商品の品質に問題がないとしても、その製造者が本来あるはずの品質管理に服していないのであれば、ライセンサーの信用は常に危険にさらされていることとなるので、このような基準は正当であると思われる³⁴⁾。このように、信用が害されることのいわば抽象的な危険のみをもって侵害を肯定するというのは、「事案ごとに具体的な事実関係に即して認定判断する」³⁵⁾ことが要求される実質的違法性の判断にあつて、あまりに形式的な判断に過ぎるという批判も考えられるが、それに対しては次のような反論が可能であろう。すなわち、そもそも商標法の条文上は、商標権侵害かどうかを問う場面において、問題となる商標の付された商品の具体的な品質は一切問題とならない。このことは、保護対象である商標権者の「信用」が現実に害されている場合だけでなく、害される抽象的な危険があるという、いわば上流の段階で保護することを認めるという法の意思と解される³⁶⁾。そうであるとすると、実質的違法性の判断にあつても、このような法の意思を汲んで、抽象的なおそれをもって「害されている」と判断するとしても背理ではないであろう³⁷⁾。

3-2-3 上告審判決

上告審判決には、一、二審のように「出所」の意義について判断する部分は見られず、出所表示機能が害されているかどうかについては、判断部分[a]を見る限り、「商標権者の許諾の範囲を逸脱して商標が付されたかどうか」という、より形式的な判断に依ることとしたように思われる。ただし、だからといって、いかなる契約違反も許されないということにはならないように思われる。ここで問題とされているのはあくまで適法に「付された」かどうかであるので、商標が付された以後の違反については「適法性」要件との関係では問題とならないように読めるからである³⁸⁾。なぜ商

標が付される前後で許諾範囲の逸脱の扱いが変わるのかということについての根拠は示されていないが、商標が付された³⁹⁾後になされた違反行為については、商品の品質に関係するものとは考えられない(従って商標権者の信用に関係するものとも考えられない)ので、適法性の判断の対象から定型的に排除しても問題はないように思われる。

例えば、販売地制限条項違反については、これが商品の品質と無関係であることを理由として、学説は商標権侵害を否定している⁴⁰⁾。裁判例を見ても、ラコステ事件⁴¹⁾のほか、本件上告審判決後に出されたボディグローヴ事件⁴²⁾においても、傍論ながら、販売地域制限条項違反が商標権侵害を構成しないとの見解が示されている。本件上告審の立場によっても、販売地域制限条項違反行為は、商標が付された時点より後の時点でなされるものと考えられるから、「適法性」は肯定されることとなると思われる。

問題は、付された時点以前の違反の扱いである。原審の場合は「品質管理権能の実質的排除」という基準を設けたのであるが、許諾の範囲の逸脱のみを問題とする上告審の判断は適切なものといえるのであろうか。

例えば最高数量制限違反の場合は、商標権侵害を主張する学説が有力であるように思われる⁴³⁾が、最高裁の立場による場合も「適法性」が否定されることとなると思われる。最高数量が100個に設定されていた場合、101個目に商標を付した時点で許諾の範囲を逸脱していると考えられるからである⁴⁴⁾。

このように上告審の判断によっても問題のなさそうな例が考えられる一方で、そうでないものも考えられる。例えば、ライセンスの条件に特定の金融機関から融資を受けることが含まれていた場合に⁴⁵⁾、当該機関とは別の機関から融資を受けて商標が付された場合は、最高裁の立場によれば「適法性」要件を充足しない可能性がある。このように商品の品質に無関係な違反を侵害とすることによって保護される利益は、「信用」や「需要者の利益」ではなく、商標権者の金銭的な利益に過ぎない。出所表示機能の保護は、商標権者の私益の保護という側面を有すること⁴⁶⁾は否定しえな

いが、このような違反に対して、ライセンシーの契約違反を問うという以上の手段を商標権者に与える必要は無いように思われる⁴⁷⁾。また、商標が付された後の違反については問題としていないこととのバランスを欠くとの批判も妥当でしょう。原審の判断基準による場合は、商標が付される時点以前の違反であっても、商品の品質に無関係な違反が商標権侵害を構成することはないであろう。

以上のように、この要件(1)（「適法性」要件）自体は適切であるとしても、これに対応する判断部分[b]で示された最高裁の判断は適切ではなく、原審の示した判断のほうが優れていたものと考えられる。

3-3 同一人性

3-3-1 背景

要件(2)は、外国商標権者とわが国登録商標権者が同一人といえる関係であることを要求するものである。パーカー事件においてはこのような要件は挙げられていないが、同事件後に出された大蔵省関税局通達⁴⁸⁾で初めて採用されたものである。このような要件が設けられたことの経緯は明らかではないが⁴⁹⁾、マーキュリー事件⁵⁰⁾以来、多くの裁判例においてこの「同一人性」要件は採用されてきている⁵¹⁾。しかし、大阪事件の下級審判決はいずれも、この要件は採用せず、代わりに、「[輸入品]に付された商標が表示する出所と、商標権者の使用する商標が表示する出所が実質的に同一」であることという要件を設けている。（そして、両判決とも、本件商品に付された商標と、Xの使用する商標の表示する出所は、いずれもFPH社らを中心とするフレッドペリーグループであると認定して、この要件を充足すると判断している。）

今回の上告審判決の要件(2)は、一、二審のこのようなアプローチを採用せず、従来の裁判例どおり「同一人性」を要求するものとなっている。上告審は、この要件についての具体的判断は示していないが、判断されたたるとすると、本件の事実関係の下においては同一人性は肯定されていたも

のと思われる⁵²⁾。よって、原審の採用する「商標の表示する出所の実質的同一性」要件であろうが、「同一人性」要件であろうが、本件の結論には影響を及ぼさないが、最高裁があえて「同一人性」要件を採用したのは、従来の裁判例や税関実務への配慮があったものと考えられる⁵³⁾。

3-3-2 内外権利者が無関係である場合

確かに、外国の商標権者とわが国の商標権者との間に何らの関係も認められないのであれば、各商標の付された商品の出所はそれぞれ別のものであると評価されるのが普通であろう。しかし、例えば外国の商標権者の商標が世界的に著名で、わが国の商標権者のほうは、その外国権利者の商標の付された商品を輸入販売する限りにおいて登録商標を使用しているに過ぎない場合を考えた場合、「同一人性」が充足されないからといって、侵害が肯定されるのは不当に思われる⁵⁴⁾。この場合、わが国登録商標の識別する出所は外国権利者のほうであり⁵⁵⁾、輸入品の出所と一致しているので、出所表示機能が害されているとはいえないはずだからである。このような例を考えると、商標機能論の立場からは、「同一人性」は出所表示機能が害されていることの必要条件ではないことがわかる⁵⁶⁾。

ただし、上記のような例は、パーカー事件のような、並行輸入の典型例とされるものとは異なり、そもそもそのような者に商標権を認めること自体が疑問視されるような例であるという点には注意すべきであろう。このような例でまず想起されるのが、わが国の商標権者が、外国で周知な商標がわが国で登録されていないことを奇貨として当該商標を登録したものである場合であるが、そのような場合、商標法4条1項7号または同19号に該当するのでそもそも登録が許されないはずである⁵⁷⁾。(わが国内においても周知である場合は4条1項10号や15号の適用も考えられる⁵⁸⁾。)また、仮に誤って登録されたとしても、無効審判が提起されることとなろう。4条1項7号の場合⁵⁹⁾、登録時に上記のような不正な目的が存在していなかった場合であっても、登録後に同号該当事由が備わった場合には、46条

1項5号により無効審判請求が認められると解される⁶⁰⁾（例えば、登録時には外国商標権者の代理店であったが、代理店契約解消後⁶¹⁾に、当該外国商標権者の商品の輸入・販売行為に対して商標権を行使しようとする場合などが考えられる）。

侵害訴訟においては、少なくとも当該外国商標権者の商品の輸入・販売行為に対する権利行使については⁶²⁾、権利濫用を認めることが可能であろう。たとえば最近の例としては、スポーツ衣類にかかる商標としてスペインの周知商標“KELME”の正規販売代理店である被告に対して、日本の登録商標権者から輸入販売の差止等が求められた事件であるケレメ事件⁶³⁾においては、原告が自らもスペインの周知商標“KELME”の付された商品を輸入販売したことがあり、また、同商品の「わが国への輸入を阻止し、KELME商標に類似した商標を付した商品を独占的に販売するという不当な目的のため」に、既に第三者により設定登録されていた本件商標権を譲り受けたこと等の事実認定の下、本件商標権の行使が公正な競争秩序を乱すものとして、権利の濫用に当たるとされている⁶⁴⁾。また、最近の裁判例の中には、わが国登録商標権者が、外国商標と類似する当該商標を不正な利益を得る目的で出願したものであるとの事実認定の下、特許権についてキルビー特許事件上告審⁶⁵⁾の示した権利濫用の法理に基づき、本件商標権の行使は商標法4条1項7号に該当する無効理由が存在することが明らかなる商標権に基づくものであり、権利の濫用に当たるとしたものもある⁶⁶⁾。

このように、「同一人性」要件を採る場合、この要件を充足しないケースについては一律に侵害を肯定することとなるわけではなく、権利濫用論による解決に委ねられるということとなろう。確かに、わが国商標権者の商標の使用が外国商標権者の商標の付された商品の輸入、販売に限られている場合については、商標機能論で妥当な解決が導かれるものと考えられるが、他方、わが国商標権者がその商標を不正の目的で剽窃的に出願・登録したが、その商標を自ら製造販売する商品に使用しているような場合には、商標機能論に基づき侵害を否定することは困難であるように思われる。

(そして、このような場合に常に侵害を肯定すべきと結論するのは躊躇される⁶⁷⁾。)他方、権利濫用論であれば、(登録商標の機能が害されているかという判断要素に加えて)過去における当該商標権の取得経緯や、国際信義などのより多彩な要素につき勘案して利益衡量を行うことが許されよう。

そうすると、「同一人性」要件は、商標機能論の適用範囲を、問題となる登録商標が有効であることに疑問がないようなケースに限定するという機能を有するものと解されよう。このような権利濫用論との役割分担が念頭に置かれているものと考えれば、「同一人性」という限定を付するというのは、ひとつの割り切りかたとして是認しうるようにも思われる⁶⁸⁾。

3-3-3 わが国商標権者が独自の信用を形成している場合

「同一人性」要件を批判するもうひとつの有力な根拠として、同一人性が認められる場合であっても、わが国商標権者が独自のグッドウィルを築いている場合にも侵害が認められないこととなってしまう、とするものがある⁶⁹⁾。確かに、商標法が保護するのはわが国登録商標権者の信用(グッドウィル)⁷⁰⁾であるので、商標権者がわが国で独自の信用を築いている場合に外国商標権者の商品の輸入を認めると、その信用が脅かされることとなるので、その場合に侵害を肯定すべきとする判断は正当である⁷¹⁾。ただし、同一人性が充足されたからといって、即侵害を免れるということとはならない。「独自のグッドウィル」がある場合には他の要件(具体的には、品質保証機能が害されているかどうかの要件)を充足しないというのであれば、同一人性を肯定したところで実際上問題は生じないであろう。

これまでに、わが国商標権者の「独自のグッドウィル」を根拠の一つとして侵害を肯定したものとして、クロコダイル事件⁷²⁾がある。この事件は、わが国登録商標権者(原告)のCrocodile商標と実質的に同一といえるほど類似している商標の付されたシャツ(被告商品)を、この商標のマレーシアにおける権利者より輸入して、日本国内で販売する行為が商標権侵害となるかが争われた事件である。なお、原告はシンガポールの会社より

Crocodile 商標にかかる商標権を譲り受けたものである。この判決は、マレーシアの商標権者と原告との同一人性を否定し、加えて、被告会社が被告商品の輸入を開始した当时には既に、原告は上記シンガポール会社等の外国企業に依存することなく、Crocodile 商標について「独自のグッドウィルを形成していたものであり、被告商品は原告が本件登録商標を付して販売している商品と品質、形態等において差異があるから」、被告の行為は出所表示機能、品質保証機能を害するものであるとして侵害が肯定されている。判決のいう「独自のグッドウィル」が、出所表示機能、品質保証機能のいずれにかかわるものとして述べられているのか（あるいはいずれにもかかわるものと考えているのか）は明らかではないが「独自のグッドウィル」を認めるに当たっては、原告が「本件登録商標を付した商品の開発から、デザイン、原材料、縫製メーカー、販売方法、広告宣伝方法まですべて独自に決定し、素材メーカーに対しても注文をつけて」おり、現実に商品の品質に差異があるとの事実認定が重要な役割を果たしたものと考えられる⁷³⁾。実際、これらのような具体的な品質管理方法が異なるなどの事実に基づいて、現実の商品の差異が認められないならば、わが国内で独自の信用が確立されていることを具体的に示すのは困難であろう。

そうすると、品質保証機能を商標法の保護対象とする立場からは、同機能が「害されている」ということの解釈によっては、「独自のグッドウィル」が存在する場合に侵害を肯定すること自体は可能であろう。すなわち、具体的な品質管理の方法が異なるのであれば、現実に商品の品質に差異が現れるであろうから、これらの場合に品質保証機能が害されていると評価することは可能であると考えられる⁷⁴⁾。ただし、後述するように、本件上告審の示した要件⁽³⁾とそれに対応する判断部分からは、この点は必ずしも明らかではない。

4 品質保証機能

4-1 商標法の保護対象としての品質保証機能

大阪事件上告審において、最高裁は品質保証機能が商標法の保護対象であることを示した。この点については、従来の裁判例や税関実務⁷⁵⁾において一貫して認められていたことを承認したものに過ぎない⁷⁶⁾が、既に述べたように、学説上は争いのあった点であることから、学説には影響するものと思われる。

既に述べたとおり、品質保証機能の理解としては、同一の商標の付された商品の同質性を示す機能であるとするものが一般的である。そもそもマーク(標章)というものは、同じマークがついた商品は同質であるということを示すためにつけられるものである⁷⁷⁾。また、商標法1条は、その目的のひとつとして「信用の維持」を掲げているが、商標権の保護が何故「信用の維持」に結びつくのかというと、これによって商品の同質性を示す機能が保たれるからであろう⁷⁸⁾。つまり、他人が無断で商標を使用する場合に、商標権者の信用が現実に傷つけられる場合として商標法が想定しているのは、同じ商標が付された商品であるのに、品質が元々その商標が付されていた商品より劣っていた、という場合であろう。“SONY”の商標のついたテレビが実はニセモノで、その品質が劣悪なものであったなら、ニセモノと知らずに購入した消費者の不満は“SONY”商標により出所として示されているソニーに向けられることとなるであろう。他方、本物の“SONY”商品と同じぐらい高品質であった場合は、そのテレビの出所をソニーであると消費者が思ったままであっても、ソニーの信用は傷つかない。品質の同一性さえ保たれているならば、信用は現実に毀損されないと考えられるのである。よって、品質保証機能を商標法の保護対象と捉えることは正当であると思われる。

品質保証機能を商標法の保護対象でないとする論者にしても、信用が維

持されない場合として商標法が想定しているのが、品質の同一性が保たれない場合であるということ自体には異論はないものと思われる⁷⁹⁾。例えば、そのような論者である田村教授は、真正商品の包装替えや小分けの事例⁸⁰⁾において、そのような行為によって、「包装された商品の品質について最終的な判断をなした者」が商標権者であるとはいえなくなることから、出所表示機能が害されたことを理由として、当該包装替えないし小分けによって実際に品質が変化したかを問うことなく侵害を肯定すべきであるとす⁸¹⁾。そして、このような解釈を採ることによって、「需要者は具体的な品質を詮索することなく、商標権者の信用を当てにして商品を購入することができるのである⁸²⁾」としている。このような解釈は、大阪事件二審の「品質管理機能」理論と同じく⁸³⁾、上流で品質の同一性を確保するためのものであり、結局のところ、出所表示機能の保護を、品質保証機能が損なわれる抽象的な危険を排除する手段として捉えるものであるといえよう。

このような上流のレベルでの品質の同一性の保護を肯定するのであれば、実際に品質に差異があるのであればなおさら侵害が肯定されるべきであるように思えるが、品質保証機能を商標法の保護対象でないとする論者は、商標権者がその商標にかかる商品の品質の同一性を維持する義務を商標法上負っていないということから⁸⁴⁾、品質保証機能単独では商標法上保護されないと結論している⁸⁵⁾。同機能が保護されるとしても、それは専ら出所表示機能の保護によって達せられるべきものと解しているであろう。

しかしながら、商標権者自身の行為について商標法が沈黙しているからといって、他者によって品質保証機能が害される行為までもが同法上許されているということにはならないように思われる⁸⁶⁾。すなわち、並行輸入に関する事例について考えてみると、「商標権者がその商標にかかる商品の品質の同一性を維持する義務を商標法上負っていない」ということから確実に導き出されうるのは、「商標権者自身が、その商標にかかる商品について、国内で流通しているものと品質において差異がある商品を輸入したとしても、商標法上問題とならない」ということまでであろう。侵害訴

訟において直接問題となる行為は、いうまでもなく他者による輸入行為である。確かに問題の輸入品の品質を決定したのは商標権者（またはこれと同視される外国商標権者）であるかもしれないが、そもそも商標法が問題としているのは、品質の決定それ自体ではなく、あくまで商標の「使用」行為である。そして、「輸入」行為が単独で商標の「使用」に該当することが条文上示されている（商標法2条3項2号）以上、このような他者の行為を商標権者自身の行為と同視すべき理由は無いと考える⁸⁷⁾。（機能論の立場からは、このような行為はあくまでも他者の行為と捉えた上で、それが商標の機能を害するものであるかどうかで、侵害かどうかを決すべきであろう。）

以上より、商標権者自身が上記の義務を商標法上負うものではないということは、品質保証機能が商標法の保護対象で無いとすることの根拠としては疑問であるといわざるを得ず、むしろ、上述のように「信用の維持」が商標法の目的となっていることからすると、同機能を保護対象と考えるほうが自然であるように思われ、この点に関する上告審の判断は正当であると考えられる。

4-2 品質保証機能が「害されていること」の従来の捉え方

要件(3)は、上述のように、品質保証機能が商標法上の保護対象であることを示したものであるが、そこで考慮されている内容は、従来の学説・裁判例とは大きく異なるものである。

品質保証機能の一般的な理解に基づくと、同機能が「害されている」状態とは、並行輸入の文脈においては、問題の輸入品と、国内で既に流通している商標権者の商品との品質が異なっている状態をいうこととなる。例えばパーカー事件においては、国内の代理店の商品と並行輸入品との間に品質の差がないことが認定されており、これにより品質保証機能を害しないとの結論に至ったものと考えられる。

今回の一連の判決において、具体的な品質の差異について述べる部分は

あまり見られないが、東京 事件の二審においては、X 商品と Y_T の商品の品質が実質的同一性を欠くとまでは認められないという理由で、両商品の品質に顕著な差異があるとの X の主張が排斥されている。

大阪事件の一審、二審のいずれも「輸入に係る商品の品質が、商標権者が商標を使用することによって形成している商品の品質に対する信用を損なわないものであること」との要件論を採用している。（いずれの判決も他の理由で侵害を認めため実際にこの要件についての判断はなされていない。）この立場は、完全に品質が同一でなくとも、それによって信用が損なわれるとまでいえない程度の差異であるならば、侵害を否定する余地を認めるものであると考えられるものであり、品質の同一性についてより緩やかな解釈となっている点が特徴的であるが、ここでも問題とされているのはあくまでも商品の実際の品質であろう。

4-3 「おそれ」の意味

ところが、上告審判決は、要件(3)を、「当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合」との文言で締めくくりつつも、それに対応する判断部分である（と思われる）[b]において、本件商品の実際の品質について何ら言及がない。判断部分[b]は、本件契約違反によって、商標権者の品質管理が及んでいないことにより、X 商品と本件商品との品質に実質的に差異が生ずる「可能性」があり、「商標の品質保証機能が害されるおそれがある」としている。また、東京 事件二審も、本件商品の具体的な品質を問うことなく、製造地制限条項違反によってライセンサーの品質管理が及ばなくなるということをもって、（出所表示機能は害されていないものの）品質保証機能が害されたと判断している。両判決とも、同機能が害されるおそれがあるだけの場合も、同機能が「害されている」と評価しうるとしたものと考えられる⁸⁸⁾。

ただし、ここでいう「おそれ」とは、例えば、本件商品がわが国内を流

通する過程において品質保証機能が害される「おそれ」や、今後 Y_T' なり Y_O なりが同様の商品を輸入・販売することで生じる「おそれ」といった、具体的な事実関係に基づく具体的な「おそれ」ではないことは明らかであろう。仮に前者のような「おそれ」であれば、本件商品の実際の品質についての判断や輸入品の流通態様などの事情が検討されるべきであろうが、既に述べたとおり、両判決とも、このような事情に関する事実認定を前提として、上記の結論に至ったわけではない⁸⁹⁾。また、仮に後者のような「おそれ」とすれば、上告審判決の原審および東京 事件二審⁹⁰⁾において、FPH 社が既に本件ライセンス契約を解除していることが認定されており⁹¹⁾、この事実認定との関係の説明に窮することとなろう。本件ライセンス契約が解除されているのならば、そのような事実にもかかわらずオシア社が本件商標を付したポロシャツを製造し続けていることや、将来そうしうることについての事実認定が必要であり（両判決とも、そのような事実認定を前提としていない）、少なくとも、もはや有効でない契約の条項違反それのみをもって具体的な「おそれ」が根拠付けられるとは考えがたいからである。

両判決の問題とする「おそれ」というものは、本件契約違反により、ライセンスの品質管理が排除されたことそれ自体による抽象的な「おそれ」であろう。このような「おそれ」は、大阪事件の一、二審が出所表示機能の問題として捉えたものと同じであろう。

ただし、大阪事件の下級審においては、適法性要件の問題、すなわち本件商品の出所を外国商標権者と（わが国商標法上）評価してよいかという問題、の検討に際して外国商標権者の品質管理が問題となったという点には注意を要する。つまり、下級審の場合は、本件契約違反によって外国商標権者の信用が外国において害される抽象的なおそれを問題としており、仮にわが国内の問題として考えた場合にこのようなおそれがある場合はわが国商標法上そのような商品の出所を商標権者であると評価できないので、本件商品は外国商標権者によって適法に商標が付されたとは評価できないと

結論しているが、このような検討は、わが国内において品質保証機能が害されたかという問題の検討とは別のものでなされていることは明らかである。これに対し、上告審の場合は、本件契約違反をダイレクトに（わが国内において）品質保証機能が害されたかという問題に結び付けている。確かに、本件商品は、わが国商標権者と同視しうる外国商標権者の品質管理が排除されて商標が付されたものであるから、わが国においてわが国商標権者の信用が害される抽象的なおそれがあるといえよう。また、品質保証機能が商標法の保護対象とする立場からは、このような抽象的なおそれをもって、同機能が害されていると評価するとしても、それ自体は別段問題ないように思われる⁹²⁾。

しかしながら、上告審判決の要件(3)の具体的内容およびその判断部分 [b]については、次のような疑問がある。

4-4 実際の品質の差異

要件(3)は、「当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合」としているが、これは、たとえ実際の品質が同一であっても、実質的には品質が同一と評価されない場合があることを表すものである。このことは、上告審判決が本件商品の実際の品質を問題としていないことから明らかである。

では、現実に品質に差異がある場合はどうであろうか。

つまり、現実に外国商標権者の商品とわが国商標権者の商品の品質に現実に差異が見られる場合、そのことの証明があれば、それをもって要件(3)が充足されるのか、それとも、いまだ「実質的に差異がないと評価される」余地があるのであるのか、という問題である。

これまで、輸入品と国内で流通している商標権者の商品との間に品質の相違があったにもかかわらず、商標機能論の下で侵害が否定された例として、前記ラコステ事件⁹³⁾がある。この事件においては、LACOSTE 商

標の米国における商標権者であり原告ラコステの子会社に当たるラコステ・アリゲーター社のライセンシーであるアイゾツド社の製造する商品(被告商品)の輸入、販売が商標権侵害に当たるかが争われた。被告商品は国内で製造、販売されている原告商品とは品質において若干異なるものであった。判決は、原告商品、被告商品とも、原告ラコステの直接または間接的な厳格な品質管理の下で製造されたものであると認定した上、「原告商品と被告商品との間に……品質、形態の差異があるとしても」、「原告ラコステが、日本におけるライセンシーである原告三共生興と、原告ラコステと資本的なつながりを通じて支配を及ぼすことのできるラコステ・アリゲーター社の米国におけるライセンシーであるアイゾツド社に、ラコステ標章として同一視できる商標の下で、品質、形態等の異なる商品を製造することを許容しているのであるから、右商品の品質、形態の差異は、世界的に著名な原告ラコステを出所源として表示する商品として、その許容された範囲内での差異というべきものであり、このことによつて商標の品質保証機能が損われることはないというべきである」として侵害を否定している。

この理由付けによると、輸入品および国内で流通している商標権者の商品それぞれが商標権者の直接的または間接的な品質管理の下に製造されたものであるならば、実際の品質の差異があつたとしても、品質保証機能が害されていないこととなる。大阪事件上告審判決の要件⁽³⁾も、品質管理の内容まで同一であることまでは必要としていない。それどころか、品質が実質的に同一であるといえるためには、あくまで「我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にある」ことを要求するのみであるので、実際に商標権者が品質管理を行っていることすら必要としていないようである。そうであるならば、ラコステ事件のように、品質管理の内容が輸入品と国内で流通している商標権者の商品とで異なっていた(そして現実に商品の品質も異なっていた)場合であっても、要件⁽³⁾は充足されると解しうる。例えば本件の場合、FPH社はXの100%子

会社であるので、オシア社と直接の契約関係になくとも、X は FPH 社を通じて間接的に品質管理を行いうると解されるので、オシア社が何らの契約違反もしていなかったとすると、仮に本件商品が異なった品質のものであったとしても、上告審判決の判断枠組みの下では、侵害は否定されることとなったと考えるのが自然に思える。

しかしながら、既に述べたとおり、商標機能論はわが国において商標の機能が害されたかどうかを問題とするものである⁹⁴⁾。品質保証機能が商標法の保護対象であるということは、わが国の商標権者がわが国内で築いた信用や、その商標の付された商品の品質が一定のものであるとの需要者の期待も保護されることを意味しよう。外国での品質管理と、わが国内において品質保証機能が害されるかどうかというのは、別問題である⁹⁵⁾。被告商品が外国でいかに厳格な品質管理の下で製造されたとしても、それは国内で製造、販売されている商標権者の商品が服していたものと実質的に同内容と評価されるような品質管理でない限りは、品質の差が生じるはずである。そのような場合に、わが国需要者の上記のような期待が裏切られる危険について検討することなく、商標権者が外国でそのような製品が製造されることを「許容」していること（しかもわが国内で流通することについては「許容」していないと考えられる）や⁹⁶⁾、わが国商標権者が「品質管理を行い得る立場にある」ということのみをもって、品質保証機能が害されていないとすべきではないと思われる。

要件(3)について、上記のように、実際の品質の差異がある場合にも侵害を否定するものであるという解釈が成り立ちうる一方、それに対応する判断部分である [b] をみると、「品質保証機能が害されるおそれがある」となっている。これが「商標の付された商品の品質の同一性が維持されないおそれがある」という意味であるとする、現に商品の品質が同一でない場合に何故侵害が否定されなければならないのかという疑問が生じる⁹⁷⁾。また、判決は更に「需要者は、いわゆる並行輸入品に対し、商標権者が登録商標を付して流通に置いた商品と出所及び品質において同一の商品を購

入することができる旨信頼しているところ、上記各制限に違反した本件商品の輸入を認めると、需要者の信頼に反する結果となるおそれがある」(傍点は筆者)とも述べている。そうすると、[b]の記述からは、実際に品質の差異がみられる場合には侵害が肯定されることとなるもののように読める。

このように、実際の品質の差異がある場合に対しての最高裁の態度は明らかではないが、わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にあることが認められる場合は、その次の段階として現実の品質の差異について検討すべきであるということが、この[b]の記述により示唆されていると解することもできよう。実際、そのように解さないことには、「わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にないが、品質はわが国商標権者の商品と同一である商品」が侵害となる一方で、「わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にあるが、品質はわが国商標権者の商品より劣る商品」が非侵害となってしまうこととなり、著しくバランスを欠くこととなろう。(前者は結果的には商標権者の信用を害さない商品であるが、後者は信用を害するおそれが多分にある商品である。)品質保証機能が商標法の保護対象であることを認める以上、このような解釈を採るべきではないと思われる。後者のような場合については、品質保証機能が害されているかどうかは、実際の商品の品質を比較することによって、「実質的に差異がない」かどうかが決せられるべきであろう。そして、このように解することで、前述の「独自のグッドウィル」の問題も、品質保証機能の問題として扱うことでカバーされるものと思われる。

4-5 品質管理の主体

要件(3)には、これとは別の問題もある。

要件(3)は「我が国の商標権者が」品質管理を行いうる立場であることを要求している。本件で、上の場合と同じく、オシア社がライセンス契約を遵守していたと仮定する。この場合、仮に X が FPH 社の代理店で、同社

から日本におけるフレッドペリー商品の輸入・販売を任されているに過ぎないものであったとすると、X が外国の FPH 社のライセンシーの製造する商品の品質管理を行いうるとは考えがたいので、要件(3)によると、侵害が肯定されるということとなる。しかし、X ではなく FPH 社が商標権者であれば、この場合でも侵害は否定されることとなるが、そうすると商標権者が代理店と外国会社のどちらであるかで、結論が変わることとなる。

他方、要件(1)や(2)の下では、代理店と外国会社のどちらが登録商標権者であろうと、他の条件が同じならば結論は変わらない。代理店が（わが国の）登録商標権者である場合に、要件(2)で、外国商標権者と登録商標権者を同視する一方で、要件(3)においては両者を同視せずに、登録商標権者の品質管理のみを問題とすることを合理的に説明するのは困難であるように思える⁹⁸⁾。また、上記の例のような場合、登録商標権者である代理店の輸入する商品と、問題となる輸入品とは、同一人（外国商標権者）の同一内容の品質管理に服して製造されたものである場合すら考えられる。そのような場合、品質管理主体が登録商標権者でなくとも、品質保証機能が害されるおそれは抽象的な意味においてもないはずである。

よって、要件(3)において「我が国の商標権者」であることを要求するのは適切ではないものと思われる。今後の裁判例においてこの要件(3)が維持されるのであれば、解釈論としては、我が国の商標権者が実際に品質管理を行っておらず、その商標の付された商品が専ら他者（外国会社）の品質管理に服するものであるような場合は、品質管理主体である当該他者を我が国の商標権者と同視するべきであろう。

5 まとめと課題

以上において、大阪事件上告審の示した判断が、並行輸入を許容する際の商標機能論の具体的内容としてふさわしいものであるかについて中心的に検討した。適法性要件については、この要件を設けること自体は適切と

評価しうるが、それに対する最高裁の判断部分[a]については、原審の示した「品質管理権能」理論のほうが優れていたものと思われる。

同一人性要件は、多くの学説が主張するように、商標機能論においては不可欠な要件ではない。ただし、同一人性が否定されるケースにおいては、権利濫用論に委ねるといふ趣旨と解すれば、この要件を設けることに一定の合理性はあるように思われる。他方、同一人性が肯定される場合で、わが国商標権者が独自の信用を構築している場合については、品質保証機能が「害されている」ことの解釈によりカバーすること自体は可能であるが、この点についての最高裁の態度は明らかではない。

品質保証機能に関する最高裁の判断は問題が多い。判決は品質保証機能が商標法の保護対象に含まれることを明言しており、それ自体は評価できる。しかしながら、同機能が害されているかの判断に当たっては、既に見たような検討を行ったため、現実に品質の差異がみられる場合についての扱いが不明確となった。結局、品質保証機能が商標法の保護対象であるとする立場とそうでない立場との対立点は、品質の差異がみられる場合に（出所表示機能が害されていないにもかかわらず）侵害を肯定しうるか、という点であるから、この点については今後も実務上も争う余地があるように思われる。更に、品質保証機能を商標法の保護対象とする立場であっても、少しでも品質に実際に差異があれば侵害を認めるのか、それとも、大阪事件の一、二審の示した判断のようにある程度幅を認めるのか、という部分も未解決であり、今後の課題であろう⁹⁹⁾。

このように、商標機能論については、その具体的内容についていまだ不明確な部分がある。本稿においては、あくまで並行輸入が問題となる場面における商標機能論の適用の問題に絞って検討を行ったが¹⁰⁰⁾、商標機能論は並行輸入の場面だけでなく、包装替えや小分け、流通過程における商標権者以外の者による品質改変行為などのケースにおいても適用される。このような場面における商標機能論の具体的内容についても別途検討が必要であろう。商標機能論は、登録商標制度の本質の考察につながる重

要な問題であり、今後の更なる議論の発展が待たれるところである。本稿の議論がその一助となれば幸いである。

- 1) 著作権法の場合は、譲渡権については同法26条の2第2項4号により、条文中侵害とならない。また、不正競争防止法2条1項1号および2号の場合は、条文的解釈により侵害を否定することが可能であろう。1号につき、田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）96頁注3）参照。
- 2) かつては杓子定規に侵害の成立を認める裁判例があった。東京地判昭40・5・29判タ128号199頁〔ネスカフェ事件〕
- 3) 本文および後注26）、51）などに掲げる各裁判例を参照。
- 4) 大阪地判昭45・2・27無体集2巻1号71頁、判時625号74頁。
- 5) 消尽による理論構成を主張するものとして、辰巳直彦「商標の機能と商標権の権利構成についての一考察」バイヤー教授古希記念『知的財産と競争法の理論』（第一法規、1996年）207、217頁以下、木棚照一『国際工業所有権法の研究』（日本評論社、1989）298頁など。経済産業省の公表する「電子商取引等に関する準則」（平成15年6月13日）<http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0004141/0/030613denshishotorihiki.pdf> 116頁も、消尽による理論構成を採っているが、そもそもパーカー事件自体を消尽が認められた例として位置づけているようである。
- 6) 著作権法26条の2第2項4号は、譲渡権の国際消尽を認める規定である。特許法については、最判平9・7・1民集51巻6号2299頁〔BBS 上告審〕において、国際消尽論を正面から採用することはせず、「特許権者が留保を付さないまま特許製品を国外において譲渡した場合には、譲受人及びその後の転得者に対して、我が国において譲渡人の有する特許権の制限を受けないで当該製品を支配する権利を黙示的に授与したものと解すべきである」などとして侵害を否定している。
- 7) 権利濫用論による理論構成を主張するものとして、美勢克彦「商標権、特許権、著作権による輸入差止について」小坂志磨夫・松本重敏古希記念『知的財産権法・民商法論叢』（発明協会、1996年）225頁、畑郁夫「権利濫用法理の新しい適用場面」河合判事退官・古稀記念『会社法・金融取引法の理論と実務』（商事法務、2002年）253、273-274頁。また、桑田三郎『工業所有権法における国際的消耗論』（中央大学出版部、1999年）302-303頁は、商標機能論を権利濫用論によるものと理解しているようである。
- 8) 小野昌延『商標法概説〔第2版〕』（有斐閣、1999年）など参照。
- 9) 木棚前掲注5）304-305頁、村田英幸「並行輸入について～創作法と標識法」工業所有権法研究116号8、23頁（1996年）、田村善之『商標法概説〔第2版〕』（弘文堂、2000年）478頁、平尾正樹『商標法』（学陽書房、2002年）369頁参照。また、田中豊「並行輸入と商標権侵害（下）」NBL 678号50頁、55-56頁（1999年）は、品質保証機能を、並行輸入につき「実質的違法性なしとの評価を導くためのひとつの要素」であるとして、「これが欠ければ当然に実質的違法性なしとの評価が導かれえないというものではない」としている。
- 10) 田村前掲注5）5頁以下、拙稿「商標の機能と商標法の目的」国際公共政策研究5巻1号

275, 288-289頁(2000年)参照。牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務体系 知的財産関係訴訟法』(青林書院, 2001年)155-156頁[片山英二]も参照。ただし, 小野前掲注8)259頁は, 広告機能が害されることをもって商標権侵害を肯定することは解釈論上可能であるとの見解を示す。相澤英孝「並行輸入」日本工業所有権法学会年報19号1, 10頁(1995年)は, 広告機能を商標法の保護対象と主張しているかのように読める。また, 玉井克哉「ヨーロッパ商標法における並行輸入法理の転換(下)」NBL 652号40, 50頁注89)(1998年)は, 「品質保証機能・広告宣伝機能を商標の主要機能として認め, それを害する場合には消尽を認めないという方向での理論」は, わが国においても将来的にはありうることを示唆する。

- 11) 小野前掲注8)49頁, 土肥一史『知的財産法入門 第6版』(中央経済社, 2003年)41頁など参照。「出所の匿名化」については, 小塚荘一郎「商標ライセンサーの製造物責任」千葉大学法学論集11巻1号85, 88頁注2)(1996年)を参照。
- 12) 小野前掲注8)49頁, 網野誠『商標(第6版)』(有斐閣, 2002年)79頁, 平尾前掲注9)8頁, 土肥前掲注11)41頁など参照。
- 13) 辰巳直彦〔クロコダイル事件判批〕知財管理47巻12号1841, 1847頁(1997年)は, 品質保証機能を「商標権者が同一の品質と観念した限りにおいて, その商標によって保証される品質を表示する機能」(強調省略)に過ぎないとする。また, 井上由里子「パブリシティの権利の再構成」筑波大学大学院企業法学専攻10周年記念『現代企業法学の研究』(信山社, 2001)148頁は, 品質保証機能を「出所たる営業者が商品の品質を決定していること」を需要者に示す機能と捉えているようである。(もっとも, この論文は商標法ではなく主として不正競争防止法2条1項1号について論ずるものであることには注意を要する。)
- 14) 前注12)の諸文献参照。品質保証機能を商標法の保護対象ではないとする論者も, 同機能が品質の同一性を示す機能であることを前提に議論を展開している。例えば, 木村前掲注5)303頁以下参照。
- 15) 拙稿前掲注10)283頁以下において, 商品・役務の良質感を需要者に伝える機能を「広義の品質保証機能」として, これも商標法の保護対象であると主張した。(類似商品について商標を使用する行為にまで商標権が及ぶことを商標法が認めているという点を論拠としている。)
 このように品質保証機能を広く捉えて, 商標法の保護対象に含まれるとする見解は存在している。関谷巖「真正商品の並行輸入と商標権の侵害」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾大学法学部法学科開設百周年記念論文集 三田法曹会篇』(慶應義塾大学法学部, 1989年)325, 340頁参照。
- 16) 東京地判平11・1・28判時1670号75頁[東京 事件一審]
- 17) 東京高判平12・4・19平成11(ネ)1464[東京 事件二審] なお, 本稿で掲げる裁判例で, 事件番号が表記してあるものは, (紙媒体の)判例集未搭載のものであり, かつ最高裁判所ホームページ <http://courtdomino2.courts.go.jp/home.nsf> の「知的財産権裁判例集」より, 検索・閲覧が可能なることを示す。
- 18) 東京地判平13・10・25判時1786号143頁[東京 事件一審]

商標機能論の具体的内容についての一考察（宮脇）

- 19) 東京高判平14・12・24平成13(ネ)5931 [東京 事件二審]
- 20) 大阪地判平12・12・21民集57巻2号144頁, 判タ1063号248頁 [大阪事件一審]
- 21) 大阪高判平14・3・29民集57巻2号185頁 [大阪事件二審]
- 22) 最判平15・2・27民集57巻2号125頁, 判時1817号33頁, 判タ1117号216頁 [大阪事件上告審]
- 23) 角田政芳 = 辰巳直彦 『知的財産法〔第2版〕』（有斐閣, 2003年）403頁は、このような状況を指して、「商標機能論の限界を示しているように思われる」とする。
- 24) 高部真規子 [大阪事件上告審判批] ジュリ1251号166, 169-170頁（2003年）, 同 L & T 20号47, 53頁（2003年）参照。
- 25) 茶園成樹 [大阪事件二審判批] 発明100巻2号96, 102頁（2003年）参照。なお、同論文102頁以下は、適法性を独立の要件とする必要はなく、本判決のように「出所表示主体の品質管理機能が及んでいない場合に違法性が阻却されないと判断するのであれば、……その判断は出所の同一性の要件において行うべきである」とする。本判決のような段階を踏む必要はなく、単に、商標権者の商標の付された商品の出所と本件商品の出所とが実質的に同一であるかどうかについて検討すればよいという趣旨であろう。
- 26) 東京高判昭56・12・22無体集13巻2号969頁 [テクノス事件], 大阪地判平5・7・20知裁集25巻2号261頁, 判時1481号154頁, 判タ834号204頁 [モエ エ シャンドン事件], 大阪高判平8・5・8判例工業所有権法[2期]8151の132頁 [リーバイス事件], 京都地判平13・5・24 平成11(ワ)2574号 [西川事件], 東京地判平14・1・30平成13(ワ)4981号 [しまむら事件], 東京地判平14・2・25平成12(ワ)21175号 [オーシャンパシフィック事件]。本件上告審判決後のものとして、東京地判平15・6・30判時1831号149頁 [ポディグロウヴ事件]
- 27) ただし、東京 事件一審判決は適法性要件に明示的に言及していない。しかし、「先行事件の判決と同様の認定・判断を行うものである」としているところからすると、「適法性」を要件としていたと考えてよいであろう。
- 28) 美勢前掲注7)229頁, 茶園前掲注25)101頁。
- 29) すなわち外国で発生した事実（輸入品に外国商標が付された経緯）を、わが国の商標法上どのように評価するかという問題なのであり、これが独立の原則や属地主義の原則に反しないことはいうまでもない。このような考え方につき、例えば、中山信弘「特許製品の並行輸入問題における基本的視座」ジュリ1094号59, 59頁（1996年）など参照。
- 30) 愛知靖之 [東京 事件一審判批] 商事法務1631号42, 45-46頁（2002年）。
- 31) 野間昭男「並行輸入と商標」中山信弘編『知的財産権研究』（東京布井出版, 1990年）63, 77-78頁, 田中前掲注9)54頁注12), 愛知前掲注30)45頁。木柵照一「並行輸入品と知的財産権に関する若干の問題」CIPIC ジャーナル122号1, 22頁は、製造地制限条項違反の問題はライセンサーとライセンシーの内部関係に過ぎないとしつつも、違反の結果「許諾された商品と本質的にみて全く異なるものになってしまうような場合には、例外的に侵害が成立することとなるとしているので、許諾外の商品に商標が付された場合には、この論者の立場からも侵害は肯定されることとなると思われる。
- 32) 松尾和子「フレッド ベリー事件解説（下）」特許ニュース10700号1, 4頁（2001年）

は、本件契約条項違反が「重大な事項の違反か、瑣末的なのかについて本当に検討したのか疑問を感じる」とする。

- 33) 野間前掲注31)78頁, 田中前掲注9)52頁, 愛知前掲注30)45頁, 小泉直樹「製造地域等制限条項に違反した輸入品は『真正商品』にあたるか」CIPIC ジャーナル124号16, 22頁(2002年)

同様の問題の特許法上の議論につき, 小泉直樹「数量制限違反の特許法上の評価」牧野判事退官記念『知的財産法と現代社会』(信山社, 1999年)347, 353頁以下, 同「競争秩序維持における特許法の役割」経済法学会年報20号93, 107頁(1999年)以下を参照。

- 34) 茶園前掲注25)101頁。的場朝子〔大阪事件二審判批〕ジュリ1251号200, 202頁(2003年)も, この基準を支持する。

- 35) 司法研究報告書41輯1号『工業所有権関係民事事件の処理に関する諸問題』(司法研修所, 1995年)192頁〔小松一雄〕

- 36) 田村前掲注9)160-161頁は, 商品の包装替えや小分けの事例において, そのような行為によって, 「包装された商品の品質について最終的な判断をなした者」が商標権者であるとはいえなくなることから, 出所表示機能が害されたことを理由として, 当該包装替えないし小分けによって実際に品質が変化したかを問うことなく侵害を肯定すべきであるとする。そして, そのような解釈の根拠として, 「商標法が, 品質の差異を云々することなく, 登録商標権者以外の者が類似の範囲内で商標を付する行為であれば…ただちに商標権侵害となると判断している, その趣旨をふまえる必要があろう」とする。

- 37) ただし, このような基準をもってしても, 製造地制限条項違反が常に侵害となるかどうかは微妙である。大阪事件においては, 製造者制限条項の違反も認定されている。許諾外の者が製造する場合は, その者そもそもライセンサーの品質管理に服する対象となっていない者なのであるから, 品質管理機能が排除されているとの結論は導きやすいであろう。他方, 製造地制限条項の場合, 品質管理とどの程度密接に関係しているのかは, 製造される製品の種類などによっても異なるものであると考えられ, 一概には言えないのではないかとと思われる。品質管理に関連する他の条項が遵守されているのであれば, 場合によっては依然として品質管理機能は及んでいるとの評価も可能であろう。

- 38) 原審判決についてであるが, 茶園前掲注25)101頁。

- 39) 何をもちて「付された」と評価するか, という問題はあるかもしれないが, 商標法の条文を見る限りでは, 物理的に標章が「付された」として解してよいようである。

- 40) 美勢前掲注7)261頁注七, 茶園前掲注25)101頁, 的場前掲注34)202頁。ただし, 野間前掲注31)78頁は「実質的に見て妥当であるかは疑問であると思う」とする。

筆者としても, 販売地制限条項違反それ自体は, 商標権侵害を構成しないと考える。ただし, 例えば販売地域制限によって専ら途上国で流通することを予定して, わが国内で流通している商品よりは品質において劣る商品に同一の商標を付したものがわが国に輸入される場合には, 品質保証機能を害するものとして侵害が肯定されることはあると考える。

- 41) 東京地判昭59・12・7無体集22巻3号873頁。

- 42) 前掲注26)。

- 43) 小野昌延〔東京事件一審判批〕判評489号44, 50頁(1999年), 小泉前掲注33)[CIPIC

- ジャーナル] 22頁。反対：松尾前掲注32) 6頁注8，田村善之「国境を越える取引と商標権」日本商標協会誌47号3，19頁（2002年）。
- 44) 原審の判断基準による場合，101個目以降は品質管理権能が排除されていると評価すべきかは困難な問題となろう。最低数量制限違反の場合は，少なくとも商標を付した時点においては許諾の範囲を逸脱しておらず，また，品質管理権能が排除されていないことも明らかであろう。なお，特許権のライセンス契約の場合について，最低数量制限違反は特許権侵害を構成しないとするとするものとして，小泉前掲注33)[日本経済法学会年報]107頁および小泉前掲注33)[牧野判事退官記念]353頁。
- 45) 小泉前掲注33)[日本経済法学会年報]107頁および小泉前掲注33)[牧野判事退官記念]353頁において，特許権のライセンス契約違反の例として挙げられているものである。
- 46) 網野前掲注12)79頁，紋谷暢男『無体財産権法概論〔第9版補訂第2版〕』（有斐閣，2003年）23頁。
- 47) 商標権よりもより私益保護の色彩の強い特許権の場合ですら，このような契約違反は侵害を構成しない，との立場が有力であると思われる。小泉前掲注33)[日本経済法学会年報]107頁および小泉前掲注33)[牧野判事退官記念]353頁参照。
- 48) 昭和47年8月25日蔵関1443号。現行の通達である「知的財産権侵害物品の取締りについて」（平成6年12月28日蔵関1492号）においても「同一人性」要件は維持されている。
- 49) この要件のルーツについて考察するものとして，石黒一憲「真正商品の並行輸入の適法性要件としての『内外権利者の一体性の要件』について」財団研究報告書『国際商取引に伴う法的諸問題（11）』（財団法人トラスト60，2003年）1頁。
- また，同一人性要件を国際消尽論の影響で設けられたものであると分析するものとして，木棚前掲注9)301頁以下，および川島富士雄〔BBS事件判批〕ジュリ992号134，137頁（1991年）参照。
- 50) 東京地判昭48・8・31無体集5巻2号261頁。
- 51) マーキュリー事件のほか，テクノス事件（前掲注26），名古屋地判昭63・3・25判時1277号146頁，判タ678号183頁〔BBS事件〕，大阪地決平2・1・22審決取消訴訟判決集（25）604頁〔ダンサー事件〕，大阪地判平2・10・9無体集22巻3号651頁〔ロビンソン事件〕，大阪地判平8・5・30判時1591号99頁〔クロコダイル事件〕，東京地判平11・1・18判時1687号136頁〔エレッセ事件〕，東京地判平13・10・31判時1776号101頁〔メーブルシロップ事件一審〕，東京高判平14・9・26平成13(ネ)6316号〔同二審〕，しまむら事件（前掲注26），オーシャンパシフィック事件（前掲注26）。本件上告審判決後のものとして，東京地判平15・5・28平成14(ワ)6889号〔メーブルシロップ事件〕，ポディグローヴ事件（前掲注26）。
- 52) 土肥一史〔東京事件一審判批〕知財管理53巻7号1157，1159頁（2003年）。
- 53) なお，高部前掲注24)[L & T]53頁（2003年）は，BBS事件上告審にも同様の要件（「我が国の特許権者又はこれと同視し得る者」）が見られることを指摘する。しかし，この判決の場合と，商標機能論を採用する本件上告審判決の場合とでは，この要件の位置づけは大幅に異なるという点には注意が必要であろう。BBS事件上告審の場合，内外の特許権者を同視できないのであれば，外国特許権者がその製品を外国で流通に置くことを許

諾したことをもって、わが国特許権者の黙示の許諾があったとすることは不合理であるので、この判決の理論構成にとっては、同一人性は不可欠である。これに対し、商標機能論の場合は、本文に見るように同一人性は不可欠な要件とはならない。

- 54) 中山信弘〔BBS 事件判批〕村林隆一遺曆記念『判例商標法』(発明協会, 1991年)761, 770頁, 田村前掲注9)474頁, 茶園前掲注25)100頁, 土肥前掲注52)1159頁など参照。
- 55) これに対し, 登録商標が表示する出所は, 商標法の法律形式上, 登録商標権者であるとする見解がある。渋谷達紀「登録商標の出所表示機能」日本工業所有権法学会年報11号77, 78頁。しかし, 登録先よりも, 商標の使用によって形成される信用の蓄積先を出所と捉えるほうが, 信用の維持を目的とする商標法の趣旨にむしろ沿うものと考えられる。拙稿前掲注10)279-280頁注14)参照。茶園前掲注25)100頁も参照。
- 56) 商標機能論の立場からは「同一人性」は不可欠なものではないとするものとして, 木棚前掲注5)302頁, 川島富士雄〔BBS 事件判批〕ジュリ992号134, 137頁(1991年), 関谷前掲注15)341-343頁, 茶園前掲注25)100頁。
- 57) 小泉直樹「並行輸入の国際経済的規制」日本国際経済法学会年報6号45, 58頁(1997年)参照。
- 58) また, 東京高判平13・7・8判時1761号114頁〔カルフル事件〕の示す法解釈に従うならば, 当該商標が外国会社の名称であって, 当該国の法令上の正式名称とされているものと一致するものである場合は, 4条1項8号の適用も考えられよう。
- 59) ただし, 平成8年改正の内容に照らすと, 19号の事由について, 旧法4条1項7号に規定されていた公序良俗違反の一類型であると解することは相当でないとするものとして, 東京高判平13・5・30判時1797号150頁〔キュービー事件〕
- 60) 田村前掲注9)108頁参照。後発的無効事由の場合は, 無効事由の生じた時点より前まではさかのぼって無効とならないが(46条の2第1項), 少なくとも外国権利者に商標権を行使しようとしている時点では無効事由が発生していると考えられるので, 別段問題はないであろう。

なお, 4条1項19号の場合は, 出願時と登録時の両方の時点で同号該当事由が備わっていることを要する(4条3項)。また, 同号は後発的無効事由とはされていない。

- 61) 問題の輸入行為の時点で代理店契約解消後であれば, 「同一人性」は充足されないのであろう。田村前掲注9)475-476頁参照。メーブルシロップ 事件一審(前掲注51)), 同二審(同), 同 事件(同)においては, 商標権者がその商標の使用を許諾していた外国会社との取引終了後は同一人性は充足されないとする。
- 62) 東京高判平13・3・22平成12(ネ)5927〔フィリブソン事件二審〕においては, 商標権者(被控訴人/原告)が, 米国の「フィリブソン社の釣り竿が獲得していた周知性を, 同社(その承継者を含む。)の意思とは無関係に, 何らかの形で自己のために利用して利益を得ようとして本件商標権を取得したものである」ことを認定し, 本件商標権がそのようなものである以上, 「フィリブソン社(その承継者を含む)の釣り竿そのものを同社の意思に基づいて輸入・販売等する者に対して」本件商標権を行使することは権利濫用に該当することになる可能性が大きいとしつつも, 本件のように控訴人(被告)商品がフィリブソン社の真正品でなく, 複製品にすぎない場合には, 本件商標権の行使を直ちに権利濫用とは

いえないなどとして、控訴人の権利濫用の主張は排斥されている。

- 63) 東京地判平15・6・30平成14(ワ)6884。
- 64) わが国で未登録の外国周知商標を剽窃的に出願し権利取得した者の権利行使が権利濫用とされたその他の事例として、神戸地判昭57・12・21無体集14巻3号813頁【ドロテビス事件】、東京地判平11・5・31判時1692号122頁、判タ1006号244頁【キングコブラ事件】など。
また、大ヒットゲームソフト「僕は航空管制官」を開発、販売したテクノブレイン社から非独占的に許諾を受けたライセンシーに過ぎない原告が、「僕は航空管制官」標章を商標登録し、テクノブレイン社から同ソフトの販売許諾を受けている被告に対して商標権を行使することが権利濫用とされた事例として、東京地判平14・5・31判時1800号145頁【「僕は航空管制官」事件】。
- 65) 最判平12・4・11民集54巻4号1368頁、判時1710号68頁。
- 66) 東京高判平15・7・16平成14(ネ)1555【アダムス事件二審】。
このほか、キルビー特許事件上告審で示された理論を商標権に関する事例において適用するものとして、東京地判平13・2・15平成12(ワ)15732【カンショウ乳酸事件一審】、東京高判平13・10・31平成13(ネ)1221【同二審】、東京高判平14・4・25平成13(ネ)5748号【モズライト事件二審】など。
- 67) 例えば、わが国登録商標権者がその商標（外国商標と同一の商標を剽窃的に出願、登録したもの）を自ら製造、販売する商品に付することで、国内の需要者に一定の認知を得た後に、外国商標がわが国内で著名となったような場合、当該外国商標権者に対する権利行使が許されるかについて、商標の機能だけを問題として判断するわけにはいかにないと思われる。
- 68) このほか、大阪地判平5・2・25知裁集25巻1号56頁【ジミーズ事件】は、衣類にかかる登録商標「ジミーズ」の商標権者が、米国商標“JIMMY'Z”を付され、米国内で拡布されわが国に輸入された衣類を販売する被告に対して差止等を求めた事例であるが、判決は、原告が使用料を得て“JIMMY'Z”商品の輸入販売を他の業者に許諾し、自らも実質的経営の店舗で米国商標商品を販売したことにより、米国商標が、商標権者以外の者を信用の主体とする標識として取引者や需要者に認識されていることをもって、原告のこのような行為を「本件商標の出所表示機能等の諸機能を自ら毀損し、商標を商品選択の指標とする需要者の利益をも害する行為であって、商標法一条所定の目的や、同法が登録商標の保護を確実にするために類似範囲に対する禁止権を定めた趣旨に明らかに反するものである」などとして、原告の請求を権利濫用として退けている。
また、「同一人性」が認められない場合であるが、権利濫用論に基づき侵害が否定されるべきであった事例として、大阪地判平2・10・9無体集22巻3号651頁、判時1392号117頁【ロビンソン事件】が挙げられる。田村前掲注9)472頁など参照。（ただし、この事件の背景には、本件商標が旧商品分類下において認められていたいわゆる全類指定で登録されていたので、本来使用する意思のなかったヘリコプターまでが指定商品に含められることとなったという事情がある。田村前掲注43)15頁参照。小野前掲注8)362頁も参照。全類指定は現在では認められないので、このような事件は、現在においては起こる可能性は少ないと思われる。）

- 69) 中山前掲注54)770頁参照。田村前掲注9)474-475頁,茶園前掲注25)100頁。
- 70) 「グッドウィル (goodwill)」という語は多義的であるが、本稿では「信用」と同義に解している。(そもそも、「信用」という言葉に置き換えられないものであるならば、何故商標法1条に言及のない「グッドウィル」が商標法の保護対象として論じられなければならないのか、疑問が生じよう。)このように「グッドウィル」を「信用」と同義に解するものとして、中山信弘『マルチメディアと著作権』(岩波書店,1996年)5頁,小野前掲注8)48頁,田村前掲注9)1頁。
- 71) 中山前掲注54)770頁参照。小泉前掲注57)58頁も参照。反対:石黒前掲注49)16頁以下。
- 72) 大阪地判平8・5・30判時1591号99頁。
- 73) ただし、木棚照一〔クロコダイル事件判批〕判評497号45,47頁(2000年)は、衣料については国によって品質・形態等が異なることはまれではないので、それだけでは「独自のグッドウィルの存在」を認めるに不充分であるとする。
- 74) もちろん、出所表示機能が害されていると評価することも可能である。また、辰巳前掲注13)1845頁は、「同一人性」要件を「資本関係やライセンス関係を通じて国境を越えて経済的な一体関係を形成し、統一的な意思により商標の付せられるべき商品とその商品の品質が決定され、その商標によって表示されるべき出所の主体のもとに同一のグッドウィルの担い手と認められるような関係として理解されるべきである」とする(強調省略)。このような解釈の下では同一人性が否定されることとなろう。
- 75) 「知的財産権侵害物品の取締りについて」(平成6年12月28日蔵関1492号)参照。
- 76) 高部前掲注24)〔ジュリ〕168頁,同〔L&T〕51頁参照。
- 77) 商標の使用者は、自己のコントロールの下にある商品に同一の商標を付することによって、商品の品質の同一性を保持し宣伝広告によりその商標のイメージを大衆の脳裏に滲透させ、自己の市場販路を確保し拡充していくことに、商標の機能の効果を期待しているのであって、商品の出所を表示することそれ自体を期待しているのではない。網野誠「商標の保護をめぐって」原増司判事退官記念『工業所有権法の基本的課題(下)』(有斐閣,1972年)855,858頁。紋谷暢男編『商標法50講〔改訂版〕』(有斐閣,1979年)7頁〔中山信弘〕,小野前掲注8)49頁,網野前掲注12)79-81頁も参照。
- 78) 拙稿前掲注15)282頁。
- 79) 例えば、田村前掲注9)1頁。
- 80) そのような例として、福岡高判昭41・3・4下刑集8巻3号371頁〔HERSHEY'S事件〕,大阪地決昭51・8・4無体集8巻2号324頁,判タ353号267頁〔STP事件〕,大阪地判平6・2・24判時1522号139頁〔マグアンプK事件〕。
- 81) 田村前掲注9)160-161頁。ただし、マグアンプK事件については、需要者が小分けの主体を登録商標権者と考えうる可能性がないことから、例外的に侵害を否定すべきであったとする。
- 82) 同161頁。
- 83) 的場前掲注34)202-203頁も、田村教授のこのような解釈を、大阪事件二審の「品質管理権能」理論と「同一線上的ものと考えられる」とする。
- 84) 木棚前掲注5)304-305頁,田村前掲注9)478頁。

- 85) もっとも、流通過程で商品に改変が加えられるような場合については、このような改変者を当該改変後の商品の出所と捉えて、出所表示機能が害されているとする理論構成により、品質保証機能を商標法の保護対象としない立場からも侵害は肯定される。田村前掲注9)159頁参照。横山久芳〔キャラウェイゴルフ事件判批〕ジュリ1194号130, 131頁（2001年）も参照。
- 86) 商標権者がその商標にかかる商品の品質の同一性を維持する義務を商標法上負っていないということは、商標法は商標権者自身の行為についてはその評価をマーケットに委ねているということを示すに過ぎない。拙稿前掲10)282頁参照。
- 87) 少なくとも、商標法上商標権者がその商標にかかる商品の品質を維持する義務を負うものではないということから当然に成り立ちうる解釈ではないであろう。なお、田村前掲注9)478頁以下は、品質保証機能を保護する場合には、外国産品と国内産品とに品質の差異を設けることによって容易に市場分割を行わしめることとなるので、政策的に考えても望ましくないとする。（桑田三郎「国際商標法における消耗理論とその適用形態」同『国際商標法の諸問題』（中央大学出版部、1992年）128頁を参照。）このような政策論が常に妥当であるとは限らないであろうが（玉井前掲注10)47頁以下の議論を見よ。）、品質保証機能を保護対象とする立場とそうでないとする立場の違いで、商標法の下での輸入行為の許否について結論が分かれる場面はこのような場面に実際上ほぼ限られることからすると、このような経済効果についての価値判断のレベルでの議論も必要であろう。（ただし、この点については本稿では検討の対象とせず、今後の課題としたい。）
- 88) 東京 事件二審について、茶園前掲注25)103頁〔追記〕
- 89) これまでに、品質保証機能が害されるおそれをもって商標権侵害を肯定したとみられる例としては、東京地判平4・5・27知裁集24巻2号412頁〔ハッカージュニア事件〕が挙げられる。この事件においては、原告商品（ファミリーコンピュータ）の本体及びコントローラーの各内部構造を改造した商品を、原告商品に付された原告登録商標をそのまま使用したうえ、“HACKER JUNIOR”の表示を付して販売した行為が商標権侵害に該当するかが争われた。判決は、「改造後の商品については、原告がその品質につき責任を負うことができないところ、それにもかかわらずこれに原告の本件登録商標が付されていると、当該商標の持つ品質表示機能が害されるおそれがある」ということを理由の一つとして（出所表示機能が害されるおそれがあることも同時に認められている）、侵害を肯定している。ここでいう「おそれ」とは、当該商品の流通する過程で生じうる「おそれ」（改造後の商品に原告の商標もそのまま維持されていることにより、改造後の商品が原告商品であると混同される「おそれ」）であり、被告による改造行為により実際に品質が改変されたことが前提となっているものと考えられ、本文の両判決のいう「おそれ」とは異なるものであろう。
- 90) 東京 事件一審においては、本件ライセンス契約が平成8年6月17日に解除された旨の認定がある。二審においては、契約の解除の具体的な時期については東京 事件二審判決が「FPH社はオシア社との間の本件ライセンス契約を平成8年6月17日に解除したものの、同日以前に同社が販売し、被控訴人らが取得した本件商品が適時的に本件商標権侵害の違法性を有することとなるものではない、と判示し」たことを述べているのみであるが、

判断理由中に「ライセンサーとしては、そのような重大な契約違反の事実を知った段階で、本件のように速やかにライセンス契約を解除することになるであろう」(傍点は筆者)と述べる部分がある。

- 91) 大阪事件の一審、二審とも、 Y_0 が既に輸入した本件商品をすべて販売済みであること、および、本件ライセンス契約が既に解除されているので、 Y_0 が今後、本件商品を輸入するおそれがあるとも認められないとして、 X の差止請求が棄却されている。
- 92) 土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」牧野退官記念前掲注33)503, 512頁は、品質保証機能が商標法上保護される理由を、「商標権者が需要者に対して提供する商品の品質を決定できなければならない」ということにあると説明する。このような立場は、品質保証機能が害される抽象的なおそれがある場合についても、品質保証機能が害されると)評価するという立場に近いものと思われる。
- 93) 前掲注41)。
- 94) 前注7)参照。
- 95) 野間前掲注31)74-75頁参照。
- 96) ラコステ事件においては、アイゾッド社はライセンス契約上、販売地域を米国及びカリブ海諸国に限定され、これ以外の地域に輸出すること、輸出会社にこれを販売することを禁じられていた。そうすると、ラコステ社の「許容」は、このような販売地域制限により、日本国内で被告商品が拡布されないことを前提としての「許容」であろう。しかるに、判決はこのような販売地域制限については、商標権侵害の実質的違法性の判断に当たって「考慮すべき事実とはならない」としている。品質保証機能が害されていないことの根拠を「許容」という商標権者の意思に求める一方で、同じく商標権者の意思であり、しかも当該「許容」の前提となっていると考えられる販売地域制限については無視する、というのは一貫した態度とは思われない。
- 97) 商標権者の品質管理に服しているのであれば実際の品質の同一性を問わなくてもよい、というのは、品質保証機能が商標法上の保護対象でないとする論者の主張である。しかし、本件上告審は品質保証機能を商標法上の保護対象であるとしていることは明らかである。仮に品質保証機能を「商標の付された商品が商標権者の品質管理の下で製造されたものであることを示す機能」というようにでも理解するならば、同機能を商標法上の保護対象としつつも、現実の品質の同一性を問題としないことは可能かもしれないが、品質保証機能がそのような意味ならば、判断部分[b]は、品質保証機能が「害されるおそれがある」ではなく「害されている」でなければならない。
- 98) 登録商標権者が誰か、という問題は、これまでは出所表示機能の問題として議論されていた。前注55)参照。
- 99) 大阪事件上告審後に出されたボディグロウヴ事件(前掲注26))においては、「登録商標と同一又は類似の商標を付した商品を輸入する行為は、当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者によって付されたものであり、当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一視できるような関係があれば、原則として、商標権侵害としての実質的な違法性を欠くといえる」としつつ、「上記のような場合であったとしても、我が国の商標権者が、自己の出所に係る商品の品質ないし信用の維持を図って

商標機能論の具体的内容についての一考察（宮脇）

きたという実績があり、外国における商標権者の出所に係る商品が輸入されることによって、そのような品質ないし信用の維持を害する結果が現に生じたといえる特段の事情があるときは、商標権侵害を構成する」とする要件論を採用しており、このような「特段の事情」については商標権者側で証明すべき問題としているようにも読め、注目される。

- 100) また、大阪事件上告審判決は、輸入業者の調査義務について、これを商標機能論の問題とせず、損害賠償の場面における過失の問題としている点でも注目される。高部前掲注24) [ジュリ] 170頁，同 [L & T] 56頁以下参照。重要な論点であるが、紙幅の関係から本稿では議論を割愛した。