Ⅲ　登録商標の保護範囲

商標登録については多くの要件を説明してきましたが、審査に時間がかかるのではないですか、という質問がありまして、実際に審査には時間がかかります。時間がかかりますが、商標については特許ほどではないと言われていて、だいたい出願から 1 年ぐらいで登録されるようです。

今まで講義でお話ししてきたことは、問題のある商標登録出願だけですので、通常の出願は問題ないのです。法律は何でもそうですが、99.9%はうまくいっているのです。商標はそこまでは確率は高くないですが。残りの 0.1%でうまくいかなかった例を、大きく取り上げて議論しているというのが法学の世界です。

現在では、コンピューター・データベースで、似たような名前はないか、類似の商品、役務で登録はないかといったことを、だいたい調べられるので、かなり省力化が図られているようです。私も、掛け持ちでコンピューター・データベースのサーチャーをしばらくしていましたが、特許や商標の審査については、コンピューター・データベースが貢献した割合が非常に高く、今ではかなり効率的な審査が行われています。コンピューターやワードプロセッサーは特許庁に早い時期に入っており、そのような面において、特許庁というのは、先進的なお役所といえます。

では、36 ページの最後に少し残りがありましたので、そのあたりからお話ししていきます。前回で商標出願登録の要件は終わりまして、これでめでたく他人に対する排他権が手に入りましたということです。これからは、侵害の場面のお話をしていくことになります。

排他権についての条文は、25 条と 37 条です。他人が、登録商標に類似する商標を指定商品、役務に類似する範囲で使用すると、侵害になるということです。マークの類似性と指定商品、役務の類似性の 2 つを合わせて類似性というくくりになります。

他人の商標の使用を排斥する権利だということは繰り返しお話ししております。侵害が成立する要件は、1 つは類似性、もう 1 つが商標の使用です。ここには 3 要件と書いてありますが、マークの方の類似性と商品、役務の類似性を分ければ 3 つ、分けなければ 2 つということになります。

大事なことは、具体的混同の有無は問いませんというところです。商標の最初の講義で、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号との違いを確認しましたが、侵害とするために混同が生じていることを要求しないというのが、商標権の 1 つの利点です。

ですから、後で話しますが、使用というのはそれほど問題になることもありませんので、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と比べると、商標の方は、類似性が認められるだけで侵害、つまり他者の使用を排除できるということになっています。周知性はもちろん要らないですし、混同も要りません。それを考えると、2 条 1 項 1 号に比べるとかなり強力です。この点は、今までお話ししてきたように、商標法は審査主義を採っておりますので、保護を強くしておかないと、誰も商標制度を使わないということになってしまうことから、不正競争防止法とのバランスがとられているのです。

類似性に入ります。まず、商品、役務ではなく、商標の方の類似性をみていきましょう。すでに商標の類似性については、前回の前半に話した 4 条 1 項 11 号のところで、似たようなお話をしました。4 条 1 項 11 号というのは、他人のすでに登録されている商標に類似している商標は、これから出願しても登録されませんということを定めていました。

本日は、似たような商標が使われると相手を排斥できるというところで、類似という文言が出てきていますので、4 条 1 項 11 号との比較という観点で見てほしいと思います。もう 1 つの比較の観点は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の侵害の場面です。この 2 つと比較をしながら、商標権侵害を考えていくということ

になります。

教材 37 ページにいきます。まず、商標の類似性はどうなっているのかということです。1 つのテーマが、4 条 1 項 11 号との比較と言いましたが、4 条 1 項 11 号では、類似性の判断に具体的な取引事情を考慮すると申し上げました。先週、4 条 1 項 11 号において、取引事情を考慮して類似性の範囲を広げる場合はよい（ただし、本当は 15 号の問題）が、取引事情を考慮して狭くする場合は、後で取引事情が変わった場合に困るので、いけませんというお話をしたと思います。

いずれにしても、4 条 1 項 11 号では取引事情を考慮するということでした。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号でも、もちろん取引事情を考慮するという話でしたが、さて、商標権侵害の場面ではどうなのかということが問題になります。

結論から言うと、商標権侵害の場面では、片方だけ取引事情を考慮するという結論になります。片方だけというのは、具体的には、被告 Y の方だけ取引事情を考慮するということです。

では、もう少し細かい話をしていきましょう。侵害訴訟の場合、原告の登録商標に対して、被告が実際に使用している標章を対比すべきと書いてあります。商標権侵害の場面では何と何が対比されるかということをしっかり違いを把握していないと、訳が分からないということになります。

対比されるのは、登録商標と実際に使用されている商標です。通常は、前者が X で、後者が Y になります。これは何が言いたいかというと、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の場面とは違うということです。比較の対象は、登録商標と実際に使用されている商標で、登録商標ということは、日本の商標権制度は登録主義ですので、使われていない場合があります。

他方、2 条 1 項 1 号は周知の要件がありますので、絶対に使用していなければいけないのです。使用していなければ、周知になることはあり得ませんから、X が使用している表示と Y が使用している表示の争いでした。

商標権侵害は違います。Y の方は同じですが、X の方は使用しているとは限りません。それは登録主義から来ているものです。使用主義であれば、このようなことはあり得ないのですが、登録主義だとこのようなことがあり得ます。それを考慮していかなければいけません。

結論から言いますと、Y については取引事情を考慮しますが、X については取引事情を考慮しません。商標の類似性を判断するときに、Y がどのような商標を使用しているかということは、取引事情を考慮して決めるけれども、X についてはそもそも使用を要求されていないので、取引事情を考慮しないということです。

まず、Y の方から話をしていきます。被告の使用する商標の確定ですから、これは Y 側、被疑侵害者側で、こちらは取引事情を考慮するということになっています。そのことが『日経ギフト』という事件で現れております（東京高判平成 3.11.12 知裁集 24 巻 1 号 1 頁［日経ギフト］）。これはどのような事件かというと、日経新聞の子会社の『日経ギフト』という雑誌があったようです。『日経エンタテインメント！』など、「日経」という名のつく雑誌は多くあります。他方、原告の登録商標は、英語での「GIFT」と片仮名の「ギフト」でした。

この判決では、被告の方の標章である雑誌の『日経ギフト』をどのように確定したかといいますと、日経という語は広く知られており、日経新聞は日経と名の付く雑誌をたくさん出版しているので、『日経ギフト』という雑誌は、一般に『日経ギフト』と一連に称呼されるとしています。つまり、「ギフト」とは称呼されないということです。『日経ギフト』について皆さんが、ギフトにこんな記事が載っていたよ、とは言わないというこ

とです。『日経ギフト』にあんな特集があったよ、という言い方を皆さんはするということです。

そうだとすると、被告側が使用している標章は『日経ギフト』であり、ギフトではないので、『日経ギフト』対「ギフト」となり、この裁判例では、似ていないという結論になったわけです。

つまりここでは、被告の方の標章が、取引においてどのように称呼されているかということが考慮されたのです。考慮された結果、これはギフトと称されるのではなくて、『日経ギフト』と称されていると認めら、似ていないと判断されました。

ゆえに、例えば『日経ギフト』が、商品が流通していくうちに、いつの間にか皆さんにギフトと「ギフト」と呼ばれるというような事情になれば、そのときから侵害になるということも意味しているわけです。取引事情の変化によって、侵害になったりならなかったりするのです。これでよいと言われています。

他方、4 条 1 項 11 号では、取引事情は、原則、考慮しません。

それはどうしてかといいますと、4 条 1 項 11 号の判断というのは、査定審決時に決めるものです。ゆえに、後で取引事情が変わったからといって、今から 4 条 1 項 11 号に該当するようになりましたからと言って、登録を無効にしたり、あるいは取引事情の頭が再度変わったので復活させるということは予定されていないのです。

ですから、4 条 1 項 11 号では、取引事情は、原則考慮しない、する場合には広げる場合だけということになりましたが、侵害の場面では、Y について取引事情を考慮するということになります。

侵害の場面というのは、要するに類似になった時点で、再度訴えを提起すればいいわけです。ギフトの事件では、原告は負けてしまいましたが、『日経ギフト』がギフトと称されるようになった時点で再度訴えを提起すれば、勝てるということになるわけです。前訴の口頭弁論終結時から事情が変わったということで、前の判決の効力は及びませんので、再度訴えを提起すれば勝つ可能性があるということになります。再チャレンジができる侵害の場面と、再チャレンジが予定されていない登録の場面では、同じには考えられないということです。

ギフトの例では取引事情を考慮して、類似性を否定する方向に判断されましたが、逆に取引事情を考慮して、類似性を肯定する方向に判断されることも、もちろんあります。それが大森林事件です（最判平成 4.9.22 判時 1437 号 139 頁［木林森］）。

大森林と木林森です。前者が X、後者が被疑侵害商標 Y です。「大森林」の商品は何だと思いますか。これは育毛剤です。被疑侵害商標は、モクリンシンか、キハヤシモリか、どちらかわかりませんが、行書でした。

この事件は、抽象論ではありますが、被告側の取引の具体的な認定が足りないということで、原審に差し戻されました。実際に大森林と木林森が似ているとまで言われた例ではないのですが、被告の「木林森」の取引事情をもう少し考慮しなさいと、最高裁が原審に差し戻したという事件です。これは、取引事情が、類似性を広く考える方に働いた裁判例だと言っていいと思います。

さて、次は X の方です。X の方は何度も言っている通り、使用しているかもしれないが、使用していないかもしれません。使用している場合もあるし、使用していない場合もあるので、ここでは X の方は、仮にその商標を使用していたとしても、取引の事情を考慮しないとレジュメに書いてあります。

使用している場合は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に委ねれば足りると書いてあります。Y はもちろん使用しているわけですから、もし X が使用している場合は、何も商標制度に頼らなくても、2 条 1 項 1 号でも対処できます。この場合は、商標権侵害でもあるし、2 条 1 項 1 号違反でもあるわけです。

どちらでも対処することができ、かつ、2 条 1 項 1 号の方には混同や周知という要件があるので、むしろ取引事情を十分考えて柔軟に対処するには、不正競争防止法に委ねておけば足りることになります。他方、商標の方は、不正競争防止法で考慮するのでしたら、取引事情は別に考慮する必要はないことになります。

逆に、取引事情を考慮してはいけないという理由が何かあるかといいますと、一つには公示の問題があります。登録商標制度は公示がある制度ですが、登録主義ですので使用しているとは限らないため、商標についてどのような使用をしているかという点についての公示はないのです。

ですから、X の商標がどのような取引をされているかということを考慮してしまうと、Y 側に不意打ちの問題が生じます。X がどんな対応で使用しているか知らない場合、例えば、自分は九州の業者で X は北海道の業者だ、という場合には困るわけです。

2 条 1 項 1 号の方でどうしてそれが困らないかというと、周知性があるからです。今の例で言えば、X が使用しているのは北海道ですので、北海道で周知です。九州の業者はそんなことは知らないのですが、周知性が及んでいないのだから、九州の業者は使えるわけです。したがいまして、周知性の問題というのは、取引事情を考慮していいかどうかという問題と同じことです。

商標権侵害の場合は、X 側は取引の事情を考慮する必要はありません。取引されていない場合もありますからね。取引されていないのはもちろん考慮できないのですが、実際に使われている場合でも、取引事情は考慮しないということになります。

以前商標の例として、コンサドーレのドーレくんをお見せしました。ドーレくんは札幌ドームで踊っているときもありますが、その踊っている格好などは考慮しないということです。登録された絵だけを見て決めます。相手側の偽ドーレくんがどのように取引されているかというのは、それはもちろん考慮するということになります。

X 側の方、コンサドーレで本物のドーレくんがどのように踊っているかというのは、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の方で考慮すればよいということになるわけです。X の方は請求権が 2 本ありますので、有利な方を選択することができることになります。

ですから、まとめますと、商標類似の判断基準というのは、侵害訴訟の場面でも、商標自体が取引において取り違えられるおそれがあるほど似ていることを要すると考えるべきであり、これはすなわち混同ではないということです。

このような類否における対比は、X 側は登録商標、つまり商標公報の絵だけを見て決めるということです。Y の方は、実際の使用態様を見て、Y の標章は何かということを決めるのです。決めた上で、取り違えられるおそれがあるほど似ているかどうかという基準で判断をすることになります。

商標制度は、侵害かどうかをかなり形式的、固定的に決めます。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号は具体的に柔軟に決めます。それはいろいろなことから説明できます。一番簡単なのは、先ほど申し上げた公示の問題です。登録商標制度は公示があるので、使用していなくても全国的に排他権が及びます。しかし取引事情は公示されないので、公示されていない事情は考慮できません。

他方、2 条 1 項 1 号は周知性が要求されています。周知性というのは、要するに公示の代わりです。ですから、周知性というのは地域的な範囲で足りるということですので、その範囲で保護するということであれば、取引事情を考慮していいだろうということです。ですからここでも、登録商標制度と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号というのは、お互いを補い合う関係になっています。

これで本日の山の 1 つ目がだいたい終わります。38 ページにいきまして、独占適応性の問題があります。独占させるべきでないところが要部ではないところになるわけです。

アルバイトニュース対アルバイト情報と書いてあります（大阪高判昭和 50.10.24 無体集 7 巻 2 号 391 頁［アルバイト情報］）。行の関係で「アルバイト情報」になっていますが、これは、実際は「アルバイト・パートタイマー情報」でした。この事件ではどのように判断されたかといいますと、「アルバイト」という言葉は独占適応性が低く、独占させるべきではないとされました。これはもともと両方ともアルバイト情報が載っている雑誌ですから、それに「アルバイト」という言葉を使えないのは困る、使える人が有利になって、使えない人が非常に不利になるということです。みんなが使う必要がある語ですから、「アルバイト」という部分は、要部ではないことになります。

ですので、ここで問題になるのは「ニュース」対「情報」です。ニュースと情報だから、これは取り違えるおそれはないので非侵害という結論が出ています。

レジュメ 38 ページの続き、「3　商標の使用」というところに参ります。最初に、商標権侵害のためには類似性と使用という 2 つの要件が必要だと申し上げましたが、そのうちの 1 つ、使用の方です。X の方は使用している必要はないので、当然、使用と言うからには Y の方で、Y がどのような態様であれば、この「使用」に当たるのかというお話です。使用の定義というのは、商標法ですと 2 条 3 項にあります。

工業所有権、産業財産権は、2 条が全部定義規定です。2 条 3 項は、今 8 号まであります。最初の 2 つが商品商標に対する使用です。3 号以降は役務（サービス）において使用は何かということが書いてあります。

1 号は、包装に標章を付する行為です。包装に標章を付したものを譲渡、引渡し、取引する行為です。電気通信回線というのはインターネットのことです。役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供するものに標章を付する行為。これは、ラーメン屋さんでラーメンのどんぶりにラーメン屋の屋号を書くという行為です。これは全部ラーメン屋で説明ができます。4 号は、このラーメンのどんぶりを使用してラーメンを提供する行為です。

これが使用の定義規定です。意義のところに書いてありますが、「1.　不使用取消を免れるための使用の範囲」というのは後でお話し致します。

そのあとは侵害の範囲を決定するということで、この使用に該当すると侵害になるわけです。もう 1 つは 37 条 2 号から 8 号という条文もあります。これは侵害と見なす行為です。

例えば 37 条の 2 号は所持です。商標が付された物を取引の目的で所持する、取引目的所持です。3 号も所持ですが、一般用語としては使用とは言えないかもしれないが、使用に直結しそうな行為がここに並んでいます。この行為に該当しても、使用に該当するということです。

つまりこの使用に該当すれば、すべて侵害です。ですから何度も申しますが、混同は要求されません。確かに似ている商標を、2 条 3 項による使用をしているが、誰が見ても混同しないではないか、という抗弁は原則として立たないということです。

なぜならば、X の方が使用していない場合がありますので、X が使用していなければ混同ということはあり得ないわけです。ですから侵害の場面で混同要件として要求してしまうと、登録主義にそぐわないということになってしまうわけです。

形式的判断の例外に参ります。

今も話しました通り、似ている商標を使用していれば侵害です。原則、2 条 3 項に定義した行為をして

いれば、それ以上の具体的な事情を問うことなく侵害とします。ここでも、商標権のこの形式的な性格が出ていると思います。具体的な事情は、原則として考慮しないのです。

ですが、ここでも少し調整をしなければいけません。商標制度というのは、最初にお話しました通り、マークのデザイン性を保護する制度ではなく、2 条 1 項 1 号と同様に、マークが使われることで、そこに付着する信用を保護する制度です。

ですから、ここでも形式的判断の例外と書いてありますように、確かに類似している商標について 2 条 3 項の使用に該当する行為をしているけれども、100 人が 100 人混同しないだろうという場合は、形式的判断を貫徹させる必要はないということになります。ですから、これからお話しすることは、商標権侵害の形式的判断の例外です。原則は使用してさえいれば侵害になるけれども、使用に該当するが例外的に非侵害になる事例です。

侵害の成否については、原則は混同を必要としません。必要としないけれども、守りたいのは信用ですから、混同すると信用が破壊されるわけですので、本当に守りたいのはそこだということです。

ですから、形式的には使用に該当すれば侵害ですが、でも例外的に非侵害になる事例をここでは類型論的にお話しすることになります。まずは、指定商品を識別する商標として使用しているのでない場合、すなわち、被告のマークが、およそ出所の識別機能を果たしていないことが明らかである場合です。出所の識別機能は、もうすでに何度か出てきていますが、出所の識別機能が破壊されると、出所が混同します。ということは、出所の識別機能が十分機能しているということは、混同しないなということです。

逆に言えば、出所の識別機能を発揮していない、果たされていないとはどのようなことかと申しますと、例を見ていただくのが早いと思います。教材 123 ページ、テレビマンガ『一休さん』です（東京地判昭和 55.7.11 無体集 12 巻 2 号 304 頁［テレビまんが 1 審］）。私が子供のころに大流行したアニメです。『一休さん』は皆さんも何となくは知っていると思いますけど、実在の人物です。天皇陛下の子供ですが、嫡流でないからお寺に預けられてお坊さんになり、とんちが得意だという話ですが、本当かどうかは知りません。本当の一休さんはけんかばかりしていたようです。

この事件は何が問題になっているかというと、原告の方は片仮名の「テレビマンガ」という商標を持っていて、その指定商品は何と娯楽遊具だったのです。

他方 Y、被告は、このテレビマンガ一休さんのカルタを出したのです。何と、「テレビまんが」と書いてあります。テレビまんがというのは要するにアニメのことですが、カルタの箱にも一休さんのところに「テレビまんが」と書いてあるし、カルタ札にも、左側の隅のところに「テレビまんが一休さん」と書いてあります。

X が言うには、自分は娯楽遊具について、テレビマンガという商標を持っている。テレビマンガは、平仮名になっているだけで、類似しているだろう。カルタは娯楽遊具だ。だからこれは侵害だ、と主張したのです。

これは裁判所でどのように判断されたかといいますと、カルタ札のところに書いてある「テレビまんが」というのは、一休さんのキャラクターがアニメに由来するものであることを表示するにすぎなくて、出所の識別機能を果たしているわけではないとされました。つまり、このカルタ札を出しているセイカという会社が、ブランドネームとしてテレビまんがという言葉を使用しているわけではないでしょう、誰が見てもそうでしょうということで、侵害を否定しました。

言われてみれば、ごくまっとうです。このテレビまんがを見て、これは「テレビまんが」というブランドネームの商品だと思う人は、さすがにいないだろうということです。これが、被告のカルタ札に書いてある「テレ

ビまんが」という言葉が、およそ出所の識別機能を果たしていないことが明らかであるという場合です。このような一般用語として使う言葉、一般の会話で使う言葉は、どちらかというと、造語に比べてこのように言われる可能性が高いです。

造語というのは、そのブランドネームを指し示すときにしか使われないのに対して、一般的な言葉というのは日常会話に登場するものですから、そこで使われる可能性はあるということです。ですから、テレビまんがはそのいい例です。これはごくまっとうな判断と言っていいと思います。これがカルタ札のブランドネームだと思う人は誰もいません。だれもいないということは、混同はしないということです。どう考えても混同はしないということですので、これは非侵害にしていいだろうという事件です。以上が一休さんの事件です。

教材 39 ページに参ります。次に、「被告商標が物理的に付されている物品 A が他の商品 B に使用されたものであることが明らかな場合」です。これも例を見た方が早いです。レジュメにはありませんので、教科書 130 ページの絵を見てください。巨峰事件です（福岡地飯塚支判昭和 46.9.17 無体集 3 巻 2 号 317 頁［巨峰］）。巨峰と言えば、あのブドウのブランドネームですが、何とこの事件では、段ボールについて巨峰という商標がとられていました。

X は、「巨峰」という標章について、段ボールに限らず包装容器について巨峰という商標を取っていたのです。被告の方は、この「巨峰」と書いてある箱にブドウを詰めて売っていたわけです。ですから、段ボール箱に俺の商標の巨峰を使用しているだろうという主張です。しかし、段ボール箱に書いてある「巨峰」は、中に入っているブドウが巨峰ですよということを示しているわけですよね。これが、物理的に付されている物品 A とは異なる商品 B に使用されていることが明らかである場合、という意味です。つまり、ここでは物品 A が段ボール箱、商品 B がブドウになるわけです。

段ボール箱について巨峰という商標を取得するということは、このような事例を狙い打ちにしているだろうというのは明らかですが、そこで権利の濫用などをもちださず、被告が使った「巨峰」という表示は、段ボールのブランドネームとして使用しているわけではなく、中に何が入っているのかということを示しているにすぎないということで、非侵害だということにしたのです。

一休さんの事件にしても、この巨峰の事件にしても、確かに 2 条 3 項に言う使用には該当しています。包装に標章を付する行為も 2 条 3 号に該当しています。しかし、やはりこのような事例では、侵害というのはいい過ぎですよね。なぜなら、信用や出所の混同などとは全く無関係ですから。

出所表示との関係で言えば、この「巨峰」というのは、段ボール箱の出所を示す目的で使われているわけではないです。カルタ札も同じです。基本的には形式判断なので、使用に該当すれば侵害ですが、このように具体的な事情を考慮して非侵害にする場合が、例外的にはあり得るということです。ですから、もちろん境界領域はあいまいです。ここで出した例は、明らかな例ですが、境界領域で悩むということはどんな法律でも同じです。

他には、BOSS という事件もありました（大阪地判昭和 62.8.26 無体集 19 巻 2 号 268 頁［BOSS］）。ノベルティグッズというのはおまけで、販売促進用のグッズです。「BOSS」という電子楽器、ギターか何かを買った人に、「BOSS」というマークを付した T シャツを配ったという場合でも、指定商品を被服とする「BOSS」という登録商標権を侵害するものではないとした例です。判決趣旨は、ノベルティは商品に該当しないということを理由としておりまして、そのような方向で説明している教科書もありますが、ここでは「被告商標が物理的に付されている物品 A とは異なる商品 B に使用されたものであることが明らかな場合」の例とし

て紹介をしておきます。

以上が、明らかに出所混同表示として使われているのではない場合です。Y が明らかに出所を表示するものとして使用しているわけではないので、全体的に非侵害にする事例です。

その次が、「出所識別機能を害さない場合」です。これは、Y は X の商標を確かに使用しているけれども、Y が使ったからといって、出所表示は害されない場合です。つまり、Y が商標を使用しているけれども、取引をしている人は皆、これは X の商標だと思って取引をしているということです。そうだとすれば、出所の混同は起こらないですね。

具体的に言いますと、これは商品が転々流通する場合の話です。流通業者のところでは侵害にしないということです。

もう少し説明しましょう。実際の事件をモデルにして考えてみます。商標権者であるパーカーが万年筆を販売しています。パーカー社自身が、登録商標「PARKER」を付して販売した商品です。このような商品を真正品と言います。侵害品との対比において、権利者が標章を指定商品に付して流通するものを、真正品と言います。偽物ではなく、本物ということです。

転々流通する場合は、パーカー社が直売りするのではなく、例えば、大丸などのデパートに卸す場合があります。そうすると、大丸に「PARKER」と付された万年筆が並んでいることになります。大丸も、我々一般消費者と取引をしています。

ここでは、万年筆に「PARKER」と付したものを大丸が取引をしているので、形式上は、2 条 3 項 2 号の「商品に商標を付したものを譲渡し」、という文言に該当しますので、大丸は商標を使用しているだろうということになります。これは同一の商標ですが、大丸は「PARKER」というブランドが付いた万年筆を取引しているから、大丸は侵害に該当すると言う人は誰もいません。流通というのはそのようなものだからです。

ここでは、どうして出所の混同が生じていないかというと、大丸に並んでいる万年筆に「PARKER」と書いてある場合、大丸が「PARKER」と付けたのではない、と誰しもが思うわけです。大丸が「PARKER」という商標を付したのではなくて、もともと万年筆を作った人が、「PARKER」という標章を付したのだということを、100 人が 100 人分かっています。

そうであるとすると、我々は出所を正確に識別しています。大丸ではなく、万年筆を作った人が「PARKER」と付した、というのは事実です。

事実を正確に認識しているということは、出所識別機能が害されていないということになります。「PARKER」というマークを付けたのは誰かということを、正確に我々は認識したということになります。だとすれば、出所の混同というのは生じようがありません。ですから、このように真正品が転々流通する場合は、例え形式的には商標の使用に当たったとしても、非侵害にするということです。

パーカーは権利者だからいいのですが、大丸は商標を使用しているけれども非侵害だということです。これは、流通業者であれば全て非侵害になるという意味ではありません。それは、これが真正品だからです。違うのは侵害品の場合です。R という会社が「PARKER」という名前を付して、大丸や、需要者という取引をしたら場合は、この R 社が「PARKER」と付ける行為が侵害になるのは当たり前です。当たり前ですが、この場合は大丸も侵害になります。ですから、大丸としてはパーカーであると思って R 社の万年筆を買ったかもしれませんが、R 社の万年筆をパーカーだと思って買ったということは、ここですでに混同が生じています。

大丸が間違えて買ってしまったものを需要者に売っても、大丸は独立して商標権侵害の侵害者になり

ます。真正品の場合のみ、非侵害になりますので、流通業者は常に商標権侵害に問われないという意味ではありません。侵害品については、何人業者が入っても同じで、侵害品は、侵害品である限り、流通業者は全員独立して侵害者になります。

当然、過失がない場合もあり得ますが、過失がない場合は損害賠償が免除されるだけで、原告は差止請求をすることはできます。ですから侵害だという結論は変わりません。あるいは善意でも構いません。全く知らなかった場合、だまされた場合、調査をし、注意義務は十分に果たしたけれども、偽物をつかまされてしまったという場合も、独立して侵害者になります。

知財の場合、民法と異なり、流通業者は、通常これは全て侵害になります。流通業者が非侵害になるのは、真正品の場合だけです。知的財産の侵害の場合は、商標停止の権利行使がし易いようになっており、権利者はどこへ差止め請求をしても、差し止めが認容されます。どこかに差止めを請求すれば、そこで取引が切断されるので、一般の使用には流れないということになります。

これは、国内だけではなく、国境をまたぐ場合も同じです。これがよく言われる、真正品の並行輸入問題です。真正品である限りは、並行輸入も全て適法です。

どのようなことかというと、例えば、BBS のタイヤの商標権者がアメリカにいて、日本にタイヤを輸出したとします。日本人は海外のブランドが大好きですから、日本人は一本 2 万円で BBS のタイヤを買います。実際には、BBS はアメリカでは 1 万円で売っています。

例えば、A さんがアメリカで 1 万円で買うという場合、A さんは何を考えたかというと、どうもこのタイヤは日本では 2 万円で売れるらしいということで、1 万 5,000 円で売ります。このような内外価格差を利用した商売を、並行輸入と言います。

真正品の場合は、並行輸入の商標権侵害のもとにありません。BBS から A により日本に入るルートは、BBS が作ったものですから真正品です。

BBS としては面白くないわけです。これはアメリカでは 1 万円しか値段が付かないけど、日本で 2 万円付くのだから、アメリカで 1 万円、日本で 2 万円というのが、BBS のビジネスモデルです。でも A さんは、そのようなビジネスモデルを破壊しているわけです。1 万円で買ったものが 15,000 円で売れるので、5,000 円もうかるのです。

日本人はどちらを買うかというと、正規品をありがたがる人もいますが、15,000 円で買う人もいます。ですので、BBS としては、需要が逃げてしまったように見えます。

ですが、出所の混同というところからいいますと、どちらも正規品であり、真正品です。ですので、商標権侵害の問題を生じないということです。商標権侵害の問題は、真正品である限りは生じません。

真正でないものは侵害です。出所が BBS であり、正規品であるから、並行輸入が認められるわけです。ここを間違えないでください。流通業者が全て非侵害にするという法理ではありません。真正品だから非侵害になるわけです。真正品である限りは、国境をまたいでも非侵害です。

日本で買った人は、BBS の標章を見て何を思うかというと、アメリカの BBS 社が作ったものだなと思うわけです。それは事実としては正しいです。侵害品はどうしてだめかというと、BBS というものを見て、この BBS が作ったのだなと需要者は思うけれども、実は全く関係ない B が作っていたというのは、本当は B の出所なのに、BBS を出所と思ってしまったので、ここで出所の混同が生じているということです。

正規品の場合は、並行輸入は非侵害です。これをされると海外のブランドメーカーはなかなか苦しいので、あの手この手を使ってこの並行輸入を侵害にしようとしています。

例えば、少し物を変えていることがよくあります。私は去年ドイツに行ったときに、リモアというアルミ製に見えるようなスーツケースを買ってきたのですが、ドイツで買うと、日本で 15 万円ぐらいする商品が半額の 7 万円くらいで買えます。私はスーツケースを 2 個抱えて帰ってきました。1 個は空で、1 個は入っている方です。

半額でリモアのスーツケースをドイツで買ってきたのですが、日本のバージョンと少し違います。日本のバージョンは転がす持ち手のところが金属になっていますが、ドイツで売っている商品は持ち手のところがプラスチックになっています。少しだけ違います。でもプラスチックで作られているからといって、リモアでないことはありません。きちんとリモアが作っています。

リモアは日本輸出バージョンと国内バージョンを少しだけ変えているのです。そのようにすると、私みたいにドイツで買ってきた商品は、日本でわざわざ日本物を買った人から見ると、正規品ではない商品を買っているように見えるわけです。ですからリモアの中でもブランド力のようなものに格差を付けるのです。あの手この手でこのような並行輸入をやめさせようとしているのですが、少なくとも商標法上の問題はないということになります。ただし何度も強調しますが、真正品である必要があります。

真正品かどうか微妙な事例というのが、レジュメに書いてあるフレッドペリーという 2 つ目の裁判例です（最判平成 15.2.27 民集 57 巻 2 号 125 頁［FRED PERRY］）。これは最高裁までいった有名な事件です。フレッドペリーというのは、ポロシャツであったと思います。この事件は、真正品でないということを理由として、並行輸入を商標権侵害に当たるとした例です。

これはライセンスの条件違反でした。詳しく説明している時間はありませんが、真正品かどうかが微妙な場合があります。特に下請け業者に作らせている場合、下請け業者が本社の言う通りにきちんと作ったものは真正品ですが、少し手を抜いたとか、この工場で造りなさいと言ったのに、もう少し人件費の安い違う工場で造ってしまったというようなときに、真正品かどうかということ自体が争われることがあります。非常に微妙な問題を含んでいます。

もう少しこの変形を考えていきます。流通の過程で改変を加えた場合は、出所識別機能を害するので商標権侵害になるというのが、レジュメのただし書きに書いてあることです。

この例は、任天堂（東京地判平成 4.5.27 知裁集 24 巻 2 号 412 頁［Nintendo］）やシャープ（大阪高判平成 8.2.13 判時 1574 号 144 頁［SHARP］）に関するものです。任天堂の事件は、ゲーム機のファミコンを任天堂から買ってきて、改造した上で再販売していました。ボタンを押しっ放しにすると連射になるといったような改造をしたのでしょう。残念ながら、任天堂の登録商標である任天堂のロゴがそのまま残っていたのです。

ここでの考え方は、改造したところでもう任天堂の商品ではない、すでに任天堂からリリースした商品とは言えなくなっているというものです。それなのに任天堂という商標が残っていたので、何も知らずに買った人は、任天堂はデフォルトで連射機能が付いている新しいファミコンを出したのかと思います。でも本当は、連射機能を付加したのはその中間にいた人なので、出所を誤って認識させたということになります。シャープの事件もほとんど同じです。こちらはパチンコのロゴだったようです。

次に、流通の過程で商品が詰め替えられていた事例です。これはハーシーズというココアの事例です（福岡高判昭和 41.3.4 下級刑集 8 巻 3 号 371 頁［HERSHEY'S］）。これはハーシーズの名前の付いた業務用の大袋入りのココアを業者が買って、それを小分けして、ハーシーズという名前を付けて、缶入りココアとして売ったのです。

実際にこのココアを作ったのはハーシーなので、そのような意味ではもしかしたら真正品と言えるのかもしれませんが、ここでは途中の流通業者が大袋入りのココアを開いて、缶に詰めなおしたというところが問題になっているわけです。きっと最初から缶入りココアを売るよりも、大袋を小分けにした方が安く売れたのでしょう。この事件では商標権侵害が認められ、真正品ではないと言われました。

どう考えるかですが、これは大袋入り用のココアを開いたということですので、開いた過程で異物が混入するとか、傷がつくということは、ココアではあり得ませんが、外気に触れて変質する可能性があります。大袋のままで転々流通すれば、そのようなことはあり得ませんが、途中で開けてしまうと、商品の品質が異なる可能性があるということで、侵害にしているわけです。

ですから、ここで言っているのは、ハーシーというブランドネームを付けたということは、その商標権者がその商品の品質を保証しているということになります。もし、虫が入っていたなど、何か品質に異常があれば、ハーシーズの表示を付けた人のところに連絡をするということは、ハーシーがこの品質についてはお墨付きを与えたということを示しているというわけです。

途中で開けてしまうと、それが切断されます。ハーシーという人が品質を保証したのに、中間に入った人がその品質を変えてしまう可能性があります。変えてしまったにもかかわらず、ハーシーズのブランドネームが残っているということは、ハーシーが保証した品質が損なわれている、切断されていると言うことができるわけです。それを問題視したのがこの事件です。

そもそも信用とはどのようなものかというと、例えば、ハーシーズというロゴを見れば、だいたいあの味のココアだろう、品質に間違いはないだろうと、我々消費者は、そのような期待を持っているわけです。物を買うときに、品質のチェックをしてからでなければ商品が買えないというのでは、取引が重くなってしまいますので、我々の生活に支障を来たすことは明らかです。

そのようなことを省略できるというのが信用です。ソニーが造ったものであれば間違いないだろう、ハーシーズと書いてあれば間違いなくあの味だ、ということが信用です。

ですから信用というのは、期待した品質のものが手に入るということです。その信用を、商標が作った人と需要者の間を架橋しているということになります。

ですが、途中で開けられてしまったり、あるいは改造されてしまったりすると、それが切断されてしまいます。ハーシーズというココアを買ったはずなのに、最終的な品質はハーシーがお墨付きを与えたものではなくて、変わっているかもしれないとなります。ゆえに、商標を介した需要者とメーカーの間の信用関係が切断されてしまうということを問題視して商標権侵害を認めたのが、このハーシーズの事件です。

問題は、ココアは開けたかもしれないけれども、実際には異物が混入していないように慎重に開けて丁寧に再包装し、詰め替えをしたので、実際には品質に差異は生じていなかったという場合にはどう考えるかということです。その場合でも、商標権侵害は肯定するべきだというのが、論点の 1 つ目です。ですからここで言っている品質の保証というのは、実際に同じ品質のものであるかどうかということではなくて、抽象的な意味での品質の保証です。

商標の機能が出所識別機能であるという点は、議論の余地がないですが、商標の機能として、品質保証機能というのを商標権の保護利益に入れるかどうかという議論があります。出所識別機能が第 1 の機能であり、出所識別機能が害されると商標権侵害になるというのは、学者の間に争いがないのですが、品質保証機能を入れるかどうかというのは、実は争いがあります。

田村先生の教科書では、この品質保証機能は商標の保護対象ではないとしています。保護される場

合がほとんどですが、それはあくまで反射的、付随的に保護されるというだけであり、商標権の機能の本質ではないというのが、田村先生の採っている立場です。

品質保証機能というのは、品質が害された場合に商標権侵害とする考え方です。それがうまくいかないのは、商標権者が品質の劣るものを作ったとしても、それは品質保証の問題、場合によっては不正競争防止法の品質誤認真正品の問題であって、商標権の問題ではないからです。

ただ、出所識別機能は抽象的な意味で品質保証機能を果たしています。そもそも出所の識別機能は、このマークを付した人が作った商品であるということを示すからです。当然、このメーカーが作ればこれくらいの品質のものが手に入るであろうという期待は、需要者の皆さんが持っています。

ですから出所識別機能というのは、抽象的な意味で品質保証機能も兼ねています。例えばハーシーズの場合も、ココアの袋を開けたら品質が変わるかもしれないのですから、この立場から考えると、品質保証機能が害されているわけです。ですが、品質保証機能を商標の保護対象としないという考えでも、やはりハーシーズの事件は侵害です。なぜなら、出所の識別というのは抽象的な意味での品質の期待を保護しているからです。

そうだとすると、論点 1 のところで、実際には、結果論として品質に差異を生じていないとしても、抽象的な意味で、つまりお墨付きを与えたものかどうかというところで言えば、やはり切断されていると言わざるを得ないです。ゆえに、侵害を肯定するべきという結論が出てきます。もしも品質保証機能を独立した機能だと考えるのであれば、結果的に品質に差がないのであれば、非侵害でもいいのではないかという結論が出てくるのかもしれません。

これは非常に難しく、かつ微妙なところですが、考えていくと面白い問題です。田村先生の教科書では、出所識別力、出所表示機能、それだけが商標法の商標権の保護の対象であって、ほかは付随的あるいは反射的な理屈にすぎないという立場を採っています。

その立場からすると、論点 2 の問題については、商標権侵害を否定することになってしまいます。これはマグアンプ K という事件です（大阪地判平成 6.2.24 判時 1522 号 139 頁［マグアンプ K］）。マグアンプ K は肥料です。家庭菜園か何かの肥料でしょう。これが、ホーマックなどで売られていたのです。マグアンプというのは、アメリカかどこかの有名な肥料会社のブランド肥料でした。しかし、業務用なので、10 キロ入りなどで、大きいのです。

日曜園芸に使うために、10 キロも買えませんので、1 キロくらいに小分けする必要があります。ですので、ホーマックのようなところが何をしたかというと、10 キロ入りの商品を買ってきて、1 キロ入りに小分けして売っていました。その方が売れるのです。10 キでは多くて買えないという人も、1 キロであれば買っていくかという話になります。

それで小分けをしたのです。そうだとすると、肥料を開封した時点で品質が変わるおそれがあるので、侵害になりそうです。実際に裁判例では侵害になったのですが、田村先生の考えでは、これは非侵害でいいだろうということになります。

どうしてかといいますと、小分けした例において、このマグアンプ K という表示は実際には手書きだったようです。小分けした袋に、マグアンプ K とマジックか何かで書いてあった例のようです。もちろん本物のマグアンプ K は、マジックで書かれておらず、きちんとした印刷で、きれいなロゴが付されていたのでしょう。

そうだとすると、ホーマックで小分けのマグアンプを買う人は、これはホーマックの人がマジックで書いた

表示だというのは分かるわけです。さすがにこのマグアンプ K は、アメリカからマジックで袋に直接書いてあるようなものが輸入されてくるわけがないのだから、これは小分けしたのだということが、ほとんどの需要者に分かる場合だというような事情があったようです。

それでしたら、買った人は、このマグアンプ K と書いたのはホーマックだということが分かります。マグアンプ K を作ったところではないなというのは分かるというわけです。そうだとしたら、出所の識別は誤っていない。需要者は、このマグアンプ K というのを見て、これはホーマックが書いたということが分かり、実際事実としてそうなのですから、誤っていません。それならば非侵害でいいのではないかというのが、この論点です。

論点 3 として、包装はそのままで、さらに大きなものに箱詰めした場合はどうかという問題があります。この点についてはハイ・ミーという事件がありました（最決昭和 46.7.20 刑集 25 巻 5 号 739 頁［ハイ・ミー］）。ハイ・ミーは調味料です。裁判例では侵害を肯定されたようですが、侵害否定でいいだろうということが教科書やレジュメに書いてあります。これはハイ・ミーという調味料ですので、包装は解いていません。小分けを大まとめにしたという例です。マグアンプの逆です。

小分けを大くくりにしたという例なので、箱は開けていません。箱は開けていないので、品質は害されていません。品質が害されていないということは、出所も害されていないということですので、非侵害でいいだろうということが書いてあります。

以上のように、本日は出所表示の考え方に触れてほしいと思います。出所表示や信用と言っているのは、何かということです。逐一品質を個別にチェックすることなく、安心して買うことができるというのが信用です。そこが切断されているかどうかというのが、このハーシーズなどの一連の事件で問われていることです。