

## 判例研究

# インクの詰め替えと商標権侵害の成否 —リソグラフ事件—

田村善之

東京高裁平成16年8月31日判決

(平成15年(ネ)第899号、理想科学工業株式会社対株式会社拓研コーポレーション、コロナ技研工業株式会社、商標権侵害差止等請求控訴事件)

原審・東京地裁平成15年1月21日判決

(平成14年(ワ)第4835号、理想科学工業株式会社対株式会社拓研コーポレーション、コロナ技研工業株式会社、商標権侵害差止等請求事件)

### [事実]

控訴人Xは孔版印刷機及び孔版印刷用インク等の製造販売等を業とする株式会社であり、本件登録商標の商標権者である。

X製造に係る印刷機(「リソグラフ」)においては、孔版印刷用インクの充填されたインクボトルを機器の該当部分に嵌め込んで使用するものであるところ、内容物たるインクを使用し切った場合には、通常は、インクボトルごと新品に交換するものとされている。インクボトルは、印刷機の該当部分に嵌合するために特徴的な形状となっており、本件登録商標が表示されている。

被控訴人Y1、Y2は、控訴人印刷機の利用者から使用済みのインクボトル(空容器)の引渡しを受けて、これに被控訴人インクを充填して販売している。被控訴人らの販売態様は、Y1及びY2の双方が関与する場合と、Y1及びその地域特約店が関与する場合がある。顧客に納品されるインクボトルは、回収されたインクボトルと同一とは限らない。

Xは、当該インクボトルには控訴人の登録商標が表示されていることから、被控訴人らの行為は商標の「使用」(商標法2条3項)、「商品の包装に標章を付する行為」(商標法2条3項1号)に該当し、控訴人の商標権を侵害するとして、Y1Y2に対して、孔版印刷用インクのインクボトルに上記登録商標を付すことの差止め及び同登録商標を付したインクボトルの廃棄並びに商標権の侵害による5000万円の損害賠償を求める訴えを提起した。

これに対し、Y1、Y2は、被控訴人らがそのインクを販売するに当たり容器として用いたインクボトルは、顧客から容器として提供されたものであるから、当該インクボトルに控訴人の登録商標が表示されていたとしても、被控訴人らの行為は商標の「使用」に該当しないものであって、商標権侵害を構成しないと主張して、控訴人の請求を争った。

原判決は以下のように判示して、Xの請求を棄却した。

(1)「被告らの孔版印刷用インクの販売においては、本件登録商標は顧客から被告インクを充填するための容器として提供されたインクボトルに当初から付されていたものであって、本件登録商標とインクボトルの内容物である商品たる被告インクとの間には何らの関連もなく、本件登録商標が商品の出所識別標識としての機能を果たす余地のないことが外形的に明らかであるから、被告らの行為は商標法にいう商標の「使用」に該当しないものというべきである。」

(2)「被告らは、顧客から提出された空インクボトルに独自のロット番号を印字し、提出を受けた顧客の名称を記入するなどして、インクボトルが同一の顧客に対して返還されるように管理していることが認められるものであり、原告の主張はその前提を欠く(なお、付言するに、仮に特定の顧客から回収されたインクボトルが他の顧客に返還される余地があるとしても、顧客としては同一の種類形状のインクボトルが返還されれば、それをもって自己の提出したインクボトルと同一のインクボトルが返還されたものと認識しているものであり、社会的にも同一物が返還されたものと評価されるものであるから、いずれにしても商標の「使用」に該当するものと解することはできない。この点は、例えて言えば、年賀はがきの印刷において顧客が官製年賀はがきを持ち込んだ場合に、顧客に返還される官製はがきが必ずしも同一の番号のはがきとは限らないとしても、社会

的には顧客の持ち込んだはがきに印刷がされるものと評価され、はがきの売買と評価されないのと同様である。)」

(3)「また原告は、原告印刷機を使用している顧客(事業所等)においては、購買部門と使用部門とが異なるので、実際に被告インクを使用する者はインクボトルに被告インクが充填されていることは知らず、インクボトルに表示されている本件登録商標を見てインクボトルには原告のインクが充填されていると誤認する旨を主張する。

しかしながら、顧客が法人である場合には、当該顧客の第三者との間の取引については当該取引を担当する従業員(取引の権限を授けられた代理人)を基準としてその認識を検討すべきであり(民法101条1項参照)、被控訴人インクの購入後にこれを使用する従業員がインクボトルと内容たるインクとの関係を知らないとしても、単に商品購入後の購入者内部における事情にすぎず、これを理由に本件登録商標が出所表示機能を果たしていると認めることはできない。原告の主張は、法人が取引主体となった場合における法律関係の基本的理解を欠くものといわざるを得ず、到底採用できない。」

これに対し、XがY1、Y2らを相手に控訴をしたのが本件である。

#### 【判旨】

「認定事実によれば、①被控訴人らは、顧客から使用済みの空インクボトルの引渡しを受けて、同形のインクボトル(引渡しを受けた当該インクボトルに限らない。)に被控訴人インクを充填して販売する態様の行為のみならず、顧客が空インクボトルを提供することを前提とせず、空インクボトルに充填された被控訴人インクを販売する態様の行為をも行っており、②被控訴人Y1は、同Y2及び多数の地域特約店を通じて、約1500もの顧客(販売先)と取引をしており、その取引規模は、個人的な小規模取引のようなものとは全く異なる大規模なものであり、③被控訴人らが被控訴人インクの販売の際に使用するパンフレット、注文書等には、控訴人印刷機やこれに対応したインクカートリッジの名称がそのまま使用されている反面、上記パンフレットには、『被控訴人インクが控訴人と無関係に製造されたものである』旨のいわゆる打ち消し表示もされておらず、むしろ

被控訴人インクが控訴人の純正インクであるかの如き誤解を招く記載もあり、④被控訴人らが顧客に納品する、被控訴人インクの充填されたインクボトルにも、本件登録商標が付されたままであり、いわゆる打ち消し表示もされておらず、⑤被控訴人らの顧客において、実際にインクを使用する者のみならず、購買担当者も、被控訴人インクが控訴人とは無関係に製造されたものである点について正確な理解をしていない事例があり、⑥孔版印刷用インクについては、購入後に再譲渡されることも一般に行われている、というのである。

これらの事情によれば、被控訴人らの被控訴人インクの販売行為が、市場における取引者、需要者の間に、「本件登録商標が付されたインクボトルに充填されたインクが控訴人を出所とするものである」との誤認混同のおそれを生じさせていることは明らかであるから、本件登録商標は、商品(インク)の取引において出所識別機能を果たしているものであって、被控訴人らの行為は、実質的にも本件登録商標の「使用」に該当し、本件商標権を侵害するものというべきである。」

結論として、本件登録商標にかかる標章が付されたインクボトルを用いた孔版印刷用インクの販売の差止と当該インクボトルの廃棄、2188万円余りに遅延利息を付した損害金の支払請求が認容されている。

## [評釈]

### 1 問題の所在

本件で問題とされた被控訴人の行為は、判決の認定によると、控訴人の製造に係る孔版印刷機の利用者から使用済みのインクボトルの空容器の引渡しを受け、これに自ら製造するインクを充填して販売するというものである。当該容器には、「印刷インキ、謄写版インキ等」を指定商品として控訴人が有する本件登録商標と同一の商標が付されたままであったので、商標権侵害の成否が問題となった<sup>(1)</sup>。

本件のインクボトルに登録商標を付したのは登録商標権者である控訴人であり、また、被控訴人は不特定の者にインクを販売しているわけではなく、本件のインクボトルをインクの詰め替えを希望する利用者に引き渡

しているに過ぎない。これらのことが商標権侵害を否定する方向に働くのか、ということが問題となる<sup>(2)</sup>。

### 2 登録商標を付したのが商標権者である控訴人自身であることについて

被控訴人は、商標権者である控訴人が登録商標を付したものを流通させている。このことに着目して、商標権侵害が否定されるべきであるという議論が援用される可能性がないわけではない。

本件のインクボトルに登録商標を付したのは被控訴人ではないが、少なくとも商標法の条文上は、そのことが商標権侵害の成否に影響することはない。被控訴人の行為をインクの販売行為であると評価すれば、指定商品に含まれるインクの包装に登録商標を付した物を譲渡する行為に該当する(商標法2条3項2号)。仮にインクの詰め替えサービスであると評価したとしても、指定商品と類似する役務について登録商標を使用した行為に該当するから、商標権の権利範囲に含まれることに変わりはない(37条1号、2条3項4号)<sup>(3)</sup>。

もともと、商標法の条文上は、商品が転々流通する度に商標の「使用」に該当するとされているにも拘わらず、従来の裁判例や学説では、商標権者自身かその許諾の下で登録商標が付されて流通に置かれた商品(=真正商品)は、以降、転々、流通したとしても、商標権侵害にならないという理解されているので、それと本件との関係が問題になる。

この理論の趣旨はというと、商標権者(e.g.パーカー社)自身が登録商標(e.g.「PARKER」)を付して販売した商品(e.g.万年筆)が転々、流通したとしても、商品に付された商標は、個々の取引者(e.g.デパート、文具店)ではなく、販売元である商標権者(ex.パーカー社)を識別していると一般に認識されるであろう。そうだとすれば、付された商標は、各取引者ではなく、正しく商標権者を識別しているのであるから、出所について混同が起きるものではないことが明らかである。したがって、各取引者が商標が付された商品を譲渡したとしても、商標権侵害にはならないと解すべきである、というものである<sup>(4)</sup>。真正商品の並行輸入に関して商標権侵害を否定した大阪地判昭和45・2・27無休集2巻1号71頁[PARKER]を

嚆矢として、多くの裁判例がこの理論を採用している（東京地判昭和59・12・7 無体集16巻3号760頁 [LACOSTE]、名古屋地判昭和63・3・25判時1277号146頁 [BBS]、東京地判平成11・1・28判時1670号75頁 [FRED PERRY一審]）<sup>(5)</sup>。

もっとも、このような理由で商標権侵害が否定されるのは、商標権者自身かその許諾の下で当該商標が付されて流通に置かれた商品に関して当該商標が使用等される場合に限られる。当初は真正商品であったとしても、商標権者かその許諾を得た者以外の者が改変を加えた商品は、もはや商標権者が販売した商品ではなくなっているから、それに元の商標を付したまま取引に置く行為は出所識別機能を害し、商標権侵害となると解すべきである（東京地判平成10・12・25判時1680号112頁 [Callaway]）。

たとえば、ゲーム機本体およびコントローラーに改変を加えた商品に登録商標を付したまま販売した場合、改変後の商品が控訴人により販売されたとの誤認を生じ、登録商標の出所表示機能が害されるおそれがあるとともに、改変後の商品の品質につき控訴人が責任を負うことができないので、品質表示機能が害されるおそれもあるということを理由に、商標権侵害を肯定する判決がある（東京地判平成4・5・27知裁集24巻2号412頁 [Nintendo]）。この場合、販売態様等のために改変商品を購入する者が間違えないとしても、その者が商品を利用する際に、類似商標に接する第三者（当該商品の需要者層に含まれる必要はあろう）のところで混同が生ずるおそれを払拭しえない以上、侵害は否定されないと解される。

改変とまではいかずとも、流通の過程で包装が解かれ、商品が詰め替えられていた場合に、商標権侵害となるのか否かということも問題とされている。

日本の商標権者自身がアメリカで販売したドラム缶入りのオイルトリートメントを輸入し販売する並行輸入業者が、商標権者が用いる10オンス入り缶とほぼ同じ外観の缶（登録商標が付されている）を製造させたうえ、並行輸入したトリートメントをドラム缶からこの10オンス入り缶に小分けしたという事件で、商標権侵害を肯定する判決がある（大阪地判昭和51・8・4無体集8巻2号324頁 [STP]）。真正商品であっても、何人でも自由に登録商標を付し得るとするならば、登録商標に対する信頼の基礎は失われ、登録商標の機能を発揮しえないことになる、というのである。同様

に、流通業者が業務用大袋入りココアを小分けして、登録商標と同一の標章を付した罐入り、ポリエチレン袋入りココアとして、製造、販売したという行為に、登録商標権侵害罪（78条）を適用する判決がある（福岡高判昭和41・3・4下刑集8巻3号371頁 [HERSHEY'S]）。判旨は、ココアのような商品は包装し直すことによって品質が変化することがあり、その際、他の物を混入することも容易であるから、商標権者の信用を害し、ひいては需要者の利益を害することになるので、商標権を侵害すると説いている<sup>(6)</sup>。

本件についていえば、被控訴人は、商標権者である控訴人の販売に係るインクを単に詰め替えているのではなく、自らの製造に係るインクを充填している。従来裁判例の下では、商標権者の製造販売している商品を単に再包装したり、入れ換えたりした場合でも、商標権侵害が肯定されていたのであるから、本件のように商標権者以外の商品に入れ換える行為は、他に何らかの特段の事情がない限り、商標権侵害が肯定されることになろう。理論的に考えても、本件登録商標を付されたインクボトルのなかに商標権者自身かその許諾の下に製造販売されたものではないインクが充填されているのだから、本件は、そもそも真正商品の流通例ではないといえる。利用者のところで出所の混同が起きるおそれがないと認めるべき特段の事情が示されない限り、商標権侵害を否定すべきではない。

### 3 本件の登録商標が出所識別機能を果たしているのかということについて

それでは、本件において、このような原則論を覆すに足りる特段の事情が存するのか、検討してみよう。

この点に関しては、本件の被控訴人の行為は、真正商品にかかるものではないとはいえ、インクの詰め替えを希望する利用者から空容器を預かって、それにインクを充填しているに過ぎないから、利用者のところで出所の混同のおそれがない、ゆえに、インクボトルに付されている登録商標は出所を識別する機能を果たしていないので商標権侵害は否定されるべきであるという議論が成り立つのか、ということが問題となる。原判決が商標権侵害を否定した理由もここにある<sup>(7)</sup>。

しかし、孔版印刷機を会社や大学等で使用する場合、購買を決定する者

と実際に利用するユーザーは異なることが通例なのではなかろうか<sup>9)</sup>。登録商標が付されたインクボトルに入っているインクが、控訴人以外の者が詰め替えたものであることは、購買を決定する者は認識しようとしても、直接のユーザーが容易に伺い知ることのできる事情ではない。仮に、インクが原因で印刷にムラが出るなどの不具合が生じたとすれば、直接のユーザーは登録商標を手掛かりに、控訴人の製造販売に係るインクに問題があると考えらる。これを放置する場合には、控訴人(の商品)の信用に影響が生じかねない。そうだとすれば、登録商標は出所識別機能を発揮していることになる。この種の混同のことを、「購入後の混同」という<sup>9)</sup>。

この点に関し、原判決は、民法101条1項を引き合いに出して、登録商標が出所の識別機能を発揮しているか否かということは、取引を担当する従業員の認識を基準にして検討すべきであり、購入後にインクを利用する従業員が子細を知らないとしても、商品購入後の購入者内部の事情に過ぎない旨を説く。しかし、意思表示の瑕疵の有無を代理人と本人のどちらについて判断すべきであるかという問題と、商標権侵害の成否を決する際に、出所の識別機能をどこで判断すべきかということは全く別個の問題である。購入後の混同を引き起こすに止まる場合にも、出所の識別に影響する以上、商標権侵害を肯定すべきであることに変わりはない。

あるいは、原判決に与する立場から、直接、インクを利用する従業員が購入後の混同を引き起こしたとしても、購買担当の者は当該インクが控訴人ではなく被控訴人のものであることを正しく認識しているのであるから、たとえば直接のユーザーから不具合があること等を告げられたとしても、被控訴人の商品を買わなくなるだけであって、控訴人の信用に影響することはない、という意見が主張されるかもしれない。しかし、不具合に遭遇した直接のユーザーは、(購買担当者から子細を告げられない限り)控訴人の商品一般について懸念を抱き<sup>10)</sup>、以降、家庭や他の職場等で控訴人の商品を購入するか否かを決定する際に一定の予断を持つことになるだろう。そうだとすれば、やはり登録商標が付されていることが契機となって控訴人の信用に影響が生じていることになる。登録商標は出所を識別する機能を発揮しているといえるから、商標権侵害を肯定すべきなのである。

この点に関し、控訴審判決は、原判決を取消し、商標権侵害を肯定した。控訴審判決が本件登録商標が出所識別機能を果たしているという結論を

採用するにいたった理由は、事実認定の問題として、原判決と異なり、購買担当者も出所について正確な理解を欠いていることがあると認定されたことが大きいといえようが(この事実認定の下では、購入後の混同を否定する原判決の理論を採用したとしても、商標権侵害が肯定される)、他方で、実際にインクを使用する者にも誤解があることも考慮事情の一つとして掲げられている。判旨中の「取引者、需要者の間に」誤認混同のおそれを生じさせるとの文言に鑑みても、控訴審判決は購入後の混同の理論を前提としていると評価してもうがちすぎとはいえないようにおもわれる。

#### 4 むすびにかえて—商標権の財産権的契機—

以上、登録商標制度の存在意義につき、出所の識別機能を重視する筆者の基本的な立場を前提にして、本件における商標権侵害の成否を検討してきたが、理論的には、より商標権者に有利な発想を採ることもありうるところである。

一般に商標権によって保護される商標の機能として、出所識別機能、品質保障機能、宣伝広告機能があると説かれている<sup>11)</sup>。商標権が財産権であることを直視し、最後の宣伝広告機能を重視する発想を採用する場合には、筆者の立場より広く商標権侵害が肯定されることになる。

なぜならば、商標権の財産権的契機を重視する立場の下では、とにかく商標権者自身、あるいはその許諾を受けた者の手によって商標が付された商品が拡布されたということに転売、並行輸入許容の根拠を求めることになるからである。当該商品については、とにかく一度商標権は行使されたのであるから、商標権は使い尽くされたことにより消滅するという考え方である(用尽論)。この見解によると、個別商品についてとにかく一回は商標権者に対価が還流することになる。そして、真正商品に関するものとはいえ新たに商標を付す行為は、それに対価が払われていない以上、再包装の事例に限らず、たとえば箱詰めの事例に対しても商標権の効力が及び、商標を用いた広告も原則として許さないということになる。

従来の裁判例でも、この考え方に立っているのではないかと推測されるものがある。たとえば、小分けしたことを明示するとともに、小分け品自体には標章を付さず、それを陳列する際に手書きで商標を定価表に付す行

為についてまで、商標権侵害を肯定した判決（大阪地判平成6・2・24判時1522号139頁 [マグアンプ K]）や、パチンコ遊戯者から買い集めた調味料「ハイ・ミー」につき、古物としてさばくよりも有利に処分しようと考えて、「ハイ・ミー」商標を印刷した新しいダンボール包装箱に入れたという行為について、「その中身が商標権者自身の製品でしかも新品であることは商標法37条2号、78条の罪の成立になら影響を及ぼさない」と説いて、商標権侵害を肯定した判決（最決昭和46・7・20刑集25巻5号739頁 [ハイ・ミー]）などは、いずれも出所の混同がおきるおそれがないと推察されるにも拘わらず、そのことを問題とすることなく、商標権侵害を肯定している<sup>(12)</sup>。

学説でも、真正商品に付された商標をそのままにして販売するというような消極的な行為は商標権侵害となることはないが、そうではなくて、真正商品に関するものとはいえ、新たに商標を使用して広告をなすなどの積極的な行為は商標権侵害となると説く見解がある<sup>(13)</sup>。

評者のように、登録商標制度の存在意義を出所識別機能に求める考え方からは、商標権者に対価が還流していないとしても、出所を偽るものでなければ商標権侵害が否定されることになり、ゆえに、真正商品に関する限り箱詰めや広告も許されることになる（商標機能論）。商標権の財産権的契機はその分、後退することになる<sup>(14)</sup>。評者の立場は、その意味では商標権者である控訴人に不利なものなのであるが、そのような立場に立脚したとしても、購入後の混同のおそれがある本件では、商標権侵害を肯定すべきことには変わりはないことを指摘して、本稿の結びに代えることにしたい。

(1) 被控訴人が、特定の利用者から引渡しを受けた特定のインクボトルにインクを充填し、同一の利用者に返還しているのか、それとも他の利用者から引渡しを受けたインクボトルにインクを充填したものを販売することもあるのか、という点については、当事者間に争いがある（判決の認定は後者）。しかし、本稿の立場の下では、いずれにしても利用者のところで後述する「購入後の混同」が起こるおそれがあることに変わりはなく、商標権侵害の結論が変わるところはない。

なお、仮に本件が、インクボトルを被控訴人に引き渡したことがなく、そのため詰め替え品であることを認識しえない者にまで、被控訴人が詰め替えたインクボ

トルを販売していたという事案であったとすれば、購入後の混同の理論を採用しなかったとしても、出所の混同があることは明らかであり、商標権侵害が肯定されることになる。

(2) なお、損害額の算定については、商標法38条2項の「侵害者が侵害行為から受けている利益」の算定につき、「侵害行為のために要した費用(侵害行為と相当因果関係が認められる費用)」のみを控除するという立場が採用されているが、この点に関する評釈は割愛する。

(3) 空容器は、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物」（2条3項6号）に該当するが（田村善之『商標法概説』（第2版・2000年・弘文堂）146頁参照）、この「役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物」については「標章を付する行為」が商標の使用に当たると定義されているに止まる（2条3項6号）。本件の被控訴人は、空容器に積極的に標章を付しているのではなく、ただ標章が付されたものを引き渡しているに止まるから、商標の使用に該当しないとおもわれる向きがあるかもしれない。

しかし、商標法上は、「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物」であれば、それに標章を付したものをを用いて役務を提供する行為一般が使用に当たるとされている（2条3項4号）。「役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物」に限って、2条3項6号が、標章を付する段階で、換言すれば、いまだ役務を提供しない段階で商標の使用があると定義したのは、役務の提供を受ける者が所有する物に標章が付されれば、当該者に標章が示された蓋然性が高いので、その段階で商標の使用があるとみなして、不使用による取消しを免れさせるところにある（田村・前掲146～147頁参照）。したがって、2条3項6号は、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物」について商標の使用の範囲を拡大する意図で規定されているものであり、この物について2条3項4号の適用を排除する趣旨はないと解すべきである。ゆえに、2条3項6号の「役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物」も、同4号の「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物」に含まれると考える。

(4) 田村・前掲158頁。

(5) ライセンシーが製造販売地に関するライセンス契約の条件に違反して、許容された国以外の国で製造した商品について、それでも真正商品の並行輸入として商標権侵害を否定することができるのかということが問題となった事案で、商標権侵害を肯定した最判平成15・2・27 民集57巻2号125頁 [FRED PERRY 上告審] も、抽象論として、この理論の下で侵害が否定されることを認めた。

(6) その正当性ととも詳細は、田村・前掲160～161頁。

(7) 判旨に賛成するものに、石井茂樹[判批]時の法令1696号58～59頁(2003年)。

(8) インク（ボトル）が頻繁に取り替えられているが、インクの購入を決定するのは会計担当部署であり、直接の利用者である職員や学生等はインクがなくなったことを会計担当部署に告げるだけで、それ以上に、取引の実態は知らされていないとすることがありえよう。そうだとすれば、本件商標がふされたままであることよって混同が起こるおそれは払拭しえないことになる。すなわち、本件登録商標は出所識別機能を失っていないことになる。

(9) アメリカ合衆国の法制につき、島並良「登録商標の物的保護範囲(2)」法学協会雑誌114巻8号941頁(1997年)参照。

たとえば、偽ブランド品などで、別途、陳列の際の付記表示等で本物ではないことが分かるように販売されているために、直接の購入者が出所を見誤ることがないと思料される事案であっても、商品自体に打ち消し表示が施されていないとすると、購入者が当該商品を利用したり他人に贈呈したりする際に、類似商標に接する第三者のところで誤認混同が生ずるおそれがあることは否めない(不正競争防止法上の混同のおそれを認定する際に、購入後の商品が他の需要者の間を転々することを斟酌する判決として、京都地判昭和50・11・21刑裁月報7巻11=12号960頁〔龍村製〕、商標権侵害を否定することには慎重であつて然るべきであろう。まして、購入者が転売を意図している業者である場合には、商品が転売されたところで混同が生ずるおそれがあり、そのような商品を譲渡することにより混同の危険性を生ぜしめている以上、商標権侵害に問われることは当然であろう。ゆえに、その際、転売を意図している者に、偽物だから商標権者の商品として処分することはできない旨、告げていたとしても、侵害を免れることはないというべきである(大阪高判昭和63・9・20判時1306号135頁〔SUNTORY〕)。

(10) 直接のユーザーが多数存在するのに比して、担当の掛の者がごく少数である場合には、不具合があることが担当者に告知されること自体、少なく、仮に不具合が告知されたとしても、子細について担当者との間で情報の交換が行われることは滅多にないともかもしれない。その場合、本件の商標が手掛かりとなって混同のおそれが起こる可能性は、やはり否定しえず、結局、本件登録商標が出所識別機能を発揮している事態に変わりないことになる。

(11) 豊崎光衛『工業所有権法』(新版増補・1980年)12～14頁。

(12) 詳細な検討は、田村・前掲161～162頁に譲る。

(13) 満田重昭「真正商品の包装替えと商標権の侵害」『無体財産法と商法の諸問題』(豊崎光衛追悼・1981年)646頁、桑田三郎「並行輸入品をめぐる広告方法について」同『国際商標法の諸問題』(1992年・中央大学出版部)183頁)。

(14) 田村・前掲4～9・163～164頁。

本稿の下敷きとなったのは、本件の控訴審に筆者が提出した鑑定意見書である。その後、21世紀 COE プログラムの一環として筆者が主宰する北海道大学法学研究科の知的財産法研究会において、弁理士の倉内義朗先生(現吉備国際大学政策マネジメント学部知的財産マネジメント学科教授)にご報告をいただいた際に、同意見書を元にして綿密な打合せを行った。倉内先生の手になる原判決の判例評釈がパテント第57巻4号43頁(2004年)に掲載されているので、合わせてご参照いただければ幸いである。

また、鑑定意見書を本稿のような判例評釈に変更するに際しては、北海道大学法学研究科 COE 研究員の津幡笑さんの御尽力を仰いだ。記して感謝申し上げます。