

## 商標機能の現代的考察

——商標による情報伝達経路の構築——

堤 信 夫\*

**抄 録** 商標とは、出所を表示し、かつ品質を保証するための機能を備えた自他商品を識別するための標識として、自社製品に付されることが常識であった。しかし、多くの企業が、独自の商標を自ら「ブランド」と呼び、企業価値を上げ維持できる最も貴重で永続的な無体財産権とみなすに至った今日では、商標に対する価値・認識も変わってきた。そこで、本稿は、商標からブランドという概念で捉えられている現状を明らかにし、このブランドに期待された企業のマーケティング戦略と、それに並行して消費者に対して負うべき企業の社会的責任を商標の広告機能を中心に展開して考察することにより、商標によって構築される情報伝達経路を見出し、これまでの商標の機能説（出所表示機能、品質保証機能、広告機能）だけでは説明できない新しい商標の現代的機能として、出所責任機能及びコミュニケーション機能を提言し、その保護について考察する。

### 目 次

1. はじめに
2. ブランドとしての現代の商標
3. 商標の機能
  3. 1 並行輸入事件からみた機能論
  3. 2 商標の機能論
4. 商標の機能の現代的考察と提言
  4. 1 現行商標法の運用の改善
  4. 2 商標法の改正
5. おわりに

### 1. はじめに

マス・マーケティング、マス・メディア及び情報技術（IT）産業の急速な発達、並びに経済のグローバル化の渦の中で、現代取引の実情は、僅か数年前と比べても驚くべき速さで変貌し、取引の手段やマーケティングの様子も大きく変化した。知的財産の一つである商標の分野では、「ブランド戦略」と呼ばれるマーケティング戦略が脚光を浴び、これは今後も間違いなく盛んになり、企業の経営のために継続して行われる経

営戦略の中核の一つとなろう。

これまでの企業経営戦略において、商標とは、出所を表示し、かつ品質を保証するための機能を備えた自他商品を識別するための標識として、自社製品に付されることが常識であった。しかし、多くの企業が、独自の商標を自ら「ブランド」と呼び、企業価値を上げ維持できる最も貴重で永続的な無体財産権とみなすに至った今日では、商標に対する価値・認識も変わってきた。国際的な動向からみれば、すでに欧州共同体は、企業が共同体の規模においてその活動ができるような法的条件の創設を唱え、国境に関係なく企業の商品及び役務を識別することができる商標の保護強化のために、標章及び標識と商品若しくは役務間の類似性（広義の混同）についても適用される共同体商標規則<sup>1)</sup>を施行させている。しかしながら、日本の商標法は、第2条に規定されているように、商標の定義と使用とが不可分の関係にあり、使用される標章が商標で

\* 久光製薬株式会社 法務部長 Nobuo TSUTSUMI

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

あるという世界的においても特異な「法技術的」概念による定義を導入したことを問題視する声<sup>2)</sup>も聞かれるほど、商標法の各条文もいろいろな角度から如何様にも解釈できる固有の法律を維持し続けており、国際的な動向に必ずしも合致できてはいない。

このような背景にあって、ブランド戦略という手法でこれからのマーケティング及び経営、並びに企業の評価を行っていくためには、まず、商標法によって保護される商標の制度について改めて評価・見直し、さらに、現代社会におけるブランドの果たす役割の拡大現象を把握することが必要である。企業の価値をブランドの価値から評価しようとする「ブランド価値評価」という資産評価方法も生み出されるほど、ブランドという概念は固定化しつつあるものの、一方でこの資産評価は、ブランドは商標法で保護されてから初めてその無体財産的価値が生まれることを考慮されていないばかりか無視されている節がある。

そこで本稿では、このブランド理論に知的財産権(商標権)を融合させることによって、現代商標の適切な保護の方向性を明らかにし、そのための商標の現代的機能を提言することとする。

## 2. ブランドとしての現代の商標

商標法は、「商標保護の直接の対象を商標の機能にあるとし、これを保護することによって商標権者の利益のみならず公共の利益をあわせて保護しようとするもの」との考えに立ち、「他人の商標を使用しても、商標の機能を害さなければ商標権侵害には当たらない<sup>3)</sup>とする解釈が一般化されてきた。この識別力を有する商標の機能については、出所表示機能、品質保証機能及び広告機能の三つの機能が存在すると言われており、従来の取引実情においても、保護対象となる機能とそれらの関係などが学説、判例上でも数多く議論されてきた。上述したとおり、

従来の商標の概念が大きく変革している実情では、保護されるべき商標の機能も相互の因果関係も変化し、その位置付け、ウェイトも変わってきているはずであるし、また、今までになかった新しい機能が生まれている可能性も否めない。

商標をこれまでの出所表示機能、品質保証機能、広告機能に限定して見るのか、マーケティング戦略の手段と見るのか、知的財産権という権利意識で見るのか、あるいは企業そのものの象徴として見るのか、この見方や考え方によって、これからの市場競争、ひいては企業間競争の勝敗はおのずと決まり、企業の価値は消費者から評価され、企業の将来性を左右することにもなりかねない。最早、商標は、単なる一商品を識別させるための標識ではなく、商標に期待される枠を大きくしたブランドという概念において、企業そのものを評価できる価値ある財産としての地位を獲得していると言えるのではなからうか。そのために、企業は、ブランドを情報源として、あらゆる広告の手段を用いて発信し、企業の社会的責任を有することを消費者に対しアピールし、さらに消費者からはブランドに込められた企業への信頼感に基づき社会的責任を企業に対し求めているのである。

なお、「ブランド」という概念には、商標権だけでなく、不正競争防止法が「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するもの」と第2条1項1号に定義する「商品等表示」も広く含まれようが、本稿では商標法で保護されるブランドとしての商標(ブランド商標)の機能について焦点を絞った。なぜならば、ブランドは企業が提供する商品又は役務の信用を担うものであり、独占的排他権があってこそブランドとしての価値が生じるものと考えているので、不正競争防止法の「商品等表示」という広い概念下ではなく、商標法上で保護される

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

商標の機能論を展開することを本稿の目的にしているからである。

### 3. 商標の機能

#### 3. 1 並行輸入事件からみた機能論

##### (1) 日本の並行輸入事件

これまで多くは、真正商品の並行輸入の認否を判断する根拠として商標の機能論が論じられてきた<sup>4)</sup>。真正商品の並行輸入における商標の使用は、権利消尽の理論より商標権侵害には当たらないというのが、昭和45年のパーカー事件判決<sup>5)</sup>以降、判例上確立されているところである<sup>6)</sup>。これは、商標の使用であっても、実質的には、商標の出所表示機能を害しない場合には、違法性を有しないという理由による。パーカー事件は、「商標は、ある特定の営業主の営業にかかる商品を標章し、その出所の同一性を識別する作用を営むと共に、同一商標の付された商品の品位及び性質の同等性を保証する作用を営むものであり、商標法が商標権者に登録商標使用の独占的権利を与えているのは、第三者のなす指定商品又は類似商品についての同一又は類似商標の使用により当該登録商標の営む出所表示作用及び品質保証作用が阻害されるのを防止するにあるものと解される。」と判示し、商標の機能として、出所表示機能及び品質保証機能を挙げている。そして、真正商品であるパーカー製品の輸入販売行為は、これら商標の機能を害するものではないとして、商標権侵害を否定した。また、ポパイ事件<sup>7)</sup>では、「商標は、自己の営業に係る商品を他の商品と区別するための「目じるし」として、すなわち、自他商品を識別することを直接の目的として商品に付されるものであり、本来の商標の経済的機能として、出所表示のほか、品質保証機能、広告宣伝機能がある」ことを認め、「商標法における商標の保護とは、本来の商標が指定商品についての商品の

出所表示等の機能等を発揮するのを違法に妨害する行為から法的に保護することを意味するものである」と判示し、自他商品識別機能にも言及している。さらに、ポパイのワンポイントマーク事件<sup>8)</sup>では、商標の機能として、出所表示機能と品質保証機能が挙げられている。しかし、最近になって、それがたとえ真正商品と同じ製品であっても、ライセンス契約の下、品質を管理する上で極めて重要な条項である製造地制限条項及び下請け制限条項違反によって製造された製品は、商標が機能するための基礎を失うため、それは真正商品とはいえないとして、当該並行輸入行為が違反であるとした最高裁判決が下された<sup>9),10)</sup>。このフレッドペリー事件は、ライセンス契約の違反という前提があるものの、出所表示機能の他、商標が品質保証機能（商標権者の「品質管理権能」<sup>11)</sup>）を有することを認めた極めて興味深い判決である。さらにこの判決の中で特に注目すべき点は、商標権者には直接的又は間接的に当該商品の「品質管理を行い得る立場」にあり、ライセンス契約地域外では商標権者が品質を管理することができないため、結果的には品質保証機能を害することになると判示している点である<sup>12)</sup>。このことは、商標には品質保証機能が出所表示機能とは別に独立したものであるとして存在することを示唆し、また、商標権者には商標を付した商品の品質管理権限及び品質保証責任があることをも明確に示したものとみることができないだろうか<sup>13),14)</sup>。すでに以前から桑田氏は、内外の商品間における「品質上の相違」の問題に関して、商品の国際的差別化はより強力な標章の差別化と共に並行輸入阻止のための手段となることを唱え、出所表示機能のみをもって商標の唯一の本質的な機能と考えるか（単一機能説）、それとも「品質保証機能」もそれに含ませるのか（二重機能説）、又は「品質保証機能」を重視するのか、これは、近時の並行輸入問題の中心的課題であると提言してい



## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

たが<sup>15)</sup>、フレッドペリー事件の判決は「品質保証重視説」をも認めたと言えよう。

国際的取引上の並行輸入であっても、他の諸国では類のない「域内における商品の自由流通」を原則とした EU では、商標の機能をどのように判断しているのか。次項では、EU 域内の並行輸入事件をもとに EU の商標の機能論について考察してみたい。

### (2) EU 域内の並行輸入事件

EU 域内の真正商品の並行輸入については、ローマ条約第30条（物品流通の自由）と第36条（知的財産権の保護）の平衡（1997年10月2日アムステルダム条約によって、ローマ条約第30条は第28条に、同第36条は第30条に訂正されているが、以下、第30条及び第36条と称する<sup>16)</sup>。）をとり<sup>17)</sup>、知的財産権者自身あるいは同意の下で知的財産権商品が一旦 EU 域内の流通に置かれたときは、その知的財産権は消尽し、EU 域内での並行輸入は知的財産権の権利行使によっては阻止できないという「域内消尽理論」が、欧州裁判所（ECJ：European Court of Justice）の判例によって確立されている<sup>18),19)</sup>。この EU の域内消尽理論は、知的財産権の種別を問わず適用され、商標に関しては商標の機能論、特許に関しては黙示同意論と、知的財産権ごとに個別的なアプローチをとっている日本とは対照的である。

商標に関する域内消尽理論は、EU 加盟国の国内法レベルの商標法の齊一化を目的とした「商標に関する加盟国法の近似化のための1989年12月21日 第1理事会指令」（以下、「商標法指令」という。）において条文化された<sup>20)</sup>。この商標法指令において、第7条(1)には、「商標権は権利者又はその同意の下に当該商標を付して域内の流通に置かれた商品に関する当該商標の使用を禁止する権利を付与するものではない」と規定され、第7条(2)には、「(1)項は、商品が流通

に置かれた後にその状態が変化したとか低下したという場合には適用しない」と特定主題の観点からの例外が規定された。すなわち、第7条(2)の規定は、商標の機能（品質保証機能）を害する行為には、たとえ自由流通の原則があっても、商標権の行使が可能となることを明確にしている。このことは、EU 域内において適法下に流通に置かれた商品を再包装した場合の ECJ 判決によって実際にみることができ、商標法指令が制定される前は、ローマ条約第30条及び第36条の解釈の下で論じられた Hoffman-La Roche v. CentraPharm 事件<sup>21)</sup>及び Pfizer v. Eurim-Pharm 事件<sup>22)</sup>、そして、商標法指令制定後には、Bristol-Myers Squibb v. Paranova 事件<sup>23)</sup>などでみることができる<sup>24)</sup>。これらの判決をみると、ECJ は、EU 域内における商品の再包装の行為自体は、商標法指令第7条(1)に基づき違法ではないが、但しこれが商標の基本的機能である出所の保証を害する行為であれば、第7条(2)に基づき結果として違法（商標権侵害）となる、との一貫した考え方に立っていると言えよう。

したがって、EU の判例からみた商標の機能は、商標法指令第7条とローマ条約30条及び第36条とを調和した解釈がなされており<sup>25)</sup>、まず、商標権者又はその同意の下に商標が付された商品が流通に置かれること（出所表示機能）、さらに、商品の有する品質が需要者に提供できること（品質保証機能）が商標の有する機能として保障されているのである。

上述は、EU 域内における並行輸入事件の判決から示唆される EU 域内の商標の機能論であるが、EU 域外からの並行輸入による商標の機能論については、Silhouette 判決<sup>26)</sup>によっても明らかにはされなかった。この Silhouette 判決で、ECJ は、商標法指令の制定趣旨である域内市場の「自由流通の保護」と「機能発揮を擁護する」ことを理由にし<sup>27),28)</sup>、「EU 域外で商標権

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

者により、又はその同意の下に商標を付して流通に置かれた商品に関して商標権の消尽を認める国内法は、商標法指令第7条に違反するとして、域外からの並行輸入は、商標法指令によって禁止されている」との見解を示したにすぎなかった。同様に、Levi's 事件<sup>29)</sup>においても、「欧州経済圏 (EEA : European Economic Area) 外で商標権者が製造し商標を付した商品を並行輸入業者が EEA 内に並行輸入する行為は、権利消尽せず商標権侵害となる。」と判示したに留まった。ECJ のこれらの判決は、「EEA における商標保護の調和」という商標法指令の目的を重視した内容となっており、EU における商標の価値評価は、「商標権の伝統的な出所表示機能、品質保証機能を害されるか否かで商標の価値を判断する」というよりも、「第三者に譲渡可能な財産権として商標の価値を判断すべきである」ことを明示していると言えよう。

### 3. 2 商標の機能論

#### (1) 三つの機能

商標の機能論は、自他商品識別機能を本来の機能とし、それから三つの機能が派生するとして一般的には解されている。出所表示機能は顧客吸引力を確保する機能を有し、品質保証機能は同一の商標の付された商品 (役務) の品質は一樣であるという保証機能を有し、そして、広告機能は商標から商品 (役務) イメージを連想させる機能であるというこの考え方で特に異論もなく、一応は理解されているようである<sup>30)</sup>。その中で小野氏は、今日では、商標ライセンス又は企業提携を行う際には、広告機能は、商標の財産的価値が評価されるほど、財産性のある大きなものであることを認めている<sup>31)</sup>。しかし他方では、これら三つの機能は、商品に付されることによりその出所を表し、品質を保証することを通じて需要者にその商品を印象付け、さらに他の需要者にその出所、品質を伝える広告を

可能にする、という因果関係の流れに沿って発揮されるものの、現行の日本の商標法が商標の機能が出所表示機能ばかりではなく、品質保証機能、広告機能といったものをも直接保障しているものではないとして、品質保証機能と広告機能の直接的かつ独立した存在を否定している見解もある<sup>32)</sup>。また、広告機能は、出所表示機能又は品質保証機能が害される場合において、商標法上保護されるに過ぎず、よって広告機能のみを害する行為は、商標法による規制の対象ではなく、これを保護するのが不正競争防止法第2条1項2号の規定であるとする見解もある<sup>33)</sup>。ドイツにおいても、商標法は、広告機能を保護するものではなく、広告機能は不正競争防止法の適用によって比較的容易に保護できるとする Henning-Bodewig 氏と Kur 氏の見解がある。

#### (2) 不正競争防止法による商標の機能の保護

ドイツの Henning-Bodewig 氏と Kur 氏<sup>34)</sup> は、ドイツ商標法下における商標の機能論は経済的な機能若しくは実際の機能に付随することを出発点とした上で、商標の機能は、自他商品識別機能、出所表示機能、品質保証機能及び広告機能にあると認めながらも、ドイツの商標法自体が、出所表示機能のみを保護する法律であり、また、出所表示機能を保護すれば品質保証もそれに包含されているため、品質保証機能を商標法上で直接保護する理由はなく、必要であれば不正競争防止法で保護されればそれで足りるという見解を述べている。さらに、広告機能についても、商標の機能としての価値を認めながらも、他の法律 (民法典、不正競争防止法など) で保護されるべきであるとしている<sup>35)</sup>。

しかし、この不正競争防止法の適用によって、商標法の品質保証機能の不十分な保護を補おうとすることは、消費者の品質に対する期待を保護する観点からすれば、商標法ばかりではなく、不正競争防止法によっても保護されない、とい

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

った説明しかできないことになり、結果的には商標に結び付いた消費者の利益を過小評価することになるであろう。なぜならば、ドイツの不正競争防止法の立法趣旨は、競争事業者の利益を保護することであり<sup>36),37)</sup>、消費者の利益はこの競争事業者が保護されることの反射として、間接的にその利益が保護されるにすぎないため、商標法ではできない消費者の利益保護を不正競争防止法で補うことは土台無理な話だからである。また、日本においても、商標法は、業務上の信用維持と需要者の利益保護を目的として、客体に権利を付与するという方法により知的財産の保護を図るものであるのに対し（商標法第1条）、不正競争防止法は、不正競争行為を規制するという方法により国民経済の健全な発展に寄与することを目的として知的財産を保護し、独占禁止法と共に公正な競争秩序の維持を図る法律<sup>38)</sup>であって（不正競争防止法第1条）、不正競争防止法は、商標法で保護されないことを保護するという補完的な法律ではないのである。商標に起因する事業者及び需要者の保護は、商標を規定した商標法で保護されなければ商標法の立法趣旨に反するというべきである。不正競争防止法は、標章以外のものであっても、それが営業活動の主体を識別する標識であれば、「その他の営業表示」としてこれを保護するものであり<sup>39)</sup>、したがって、商標の機能論は商標法上での議論であり、商標は、商標法によって保護されるべきである。なお、理由は異なるが、ECJのF. G. Jacobs 法務官も、Davidoff v. Gofkid 事件 (Case C-292/00) の2002年3月21日付意見書で、「著名商標は商標登録されていることが必要であり、EUにおける著名商標の保護は、商標法に依拠すべきであり、不正競争防止法は適用できない」旨の見解を述べている<sup>40)</sup>。

### (3) コミュニケーション機能

さて、新しい商標の機能として、Schreiner 氏

は、商標が様々な種類の情報を発信できることに着目し、コミュニケーション機能（情報伝達機能）を唱えている<sup>41)</sup>。Schreiner 氏は、その理由を、商標を企業経営者及び消費者の間に存在する情報伝達の経路を介して情報伝達能として使用すれば、さまざまな通知及び情報を伝達することができ、これらの情報は、出所表示、合理的あるいは非合理的ないしは暗示的な広告内容、品質表示、又は単に簡単な識別標識から成るすべての情報に関係なく、商標は情報伝達能を責務として、第三者の商標権侵害から保護されることができるとしている。しかしながら、Schreiner 氏は、どのような範囲でコミュニケーション機能が保護を受けるのか、といった問題をここで明確にはしていない。

我が国の商標法が商標の定義において、主観的及び客観的な識別機能を捨象したことは、経済事情の変遷を見越して、取引の実情に応じた弾力的な運用を期待したものだったか否かはさておき、現在の商標法の規定において、自他商品を識別することのできないような商標は、登録商標として保護されないという趣旨は明らかに規定されている。しかし、その出所表示以外の目的で、例えば需要者の購買意欲をそそる目的で商品に商標を付した場合には、商標権の効力外であることは規定されていない。したがって、品質保証なり広告機能なりの出所表示以外の商標機能も、当然、商標の機能が変遷している中では保護されるべきであろうし、また、その時々の変遷に伴った新しい機能が生じていることも否定できない。

これまでの商標法はそもそも商品商標を中心に組み立てられたものであり、時代の変遷に伴い、役務の提供、IT 産業等が発展した結果、商取引の形態も大きく様変わりした。これに伴い商標法は幾度も改正され、インターネット関連の商品・役務の登場に対応して商品・役務区分の国際分類（ニース協定）の改訂もなされ<sup>42)</sup>、ま



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

た、商標法第2条3項7号及び同8号にみられる商標の定義の規定追加など、商標の保護されるべき範囲は大きく見直されてきた。さらに今後は、商品の概念が再確認されることは当然のことながら、商標法の保護すべき商標の機能についても再検討され、そのウェイト及び位置付けも見直さなければならない。

#### (4) 商標による情報伝達経路の構築

企業が商品を世の中に提供する中で、製品に付される商標は、商品一つに限定された機能だけでは決してなく、また、非類似商品にまで幅広く使用されるため、類似商品ばかりではなく、商品提供者である企業全体として信用及び責任を持った優良な企業のイメージを表示・伝達する企業の象徴として機能しているのである。商標（ブランド）は、需要者に企業の力と信用をイメージとして創造させるものであり、一方、企業にとっては、企業責任を保證する象徴でもある。また、企業が「広告」という方法を駆使してこの商標を通じ情報発信することによって、需要者は、商品一つの価値（出所表示、品質保証）どころか、社会にとってその企業が必要な存在か否か、企業そのものの存在価値を評価することになるのである。如何にして自らを良き企業市民としての存在価値を高めていくか。そのためには、その企業が全生命を賭けた製品に、消費者との接点となる商標を付し、「広告」というコミュニケーション手段によって、企業の情報を発信しなければならないのである。これは、これまでの商標の機能論にはなかった企業の情報の発信をも包括した「広義の広告機能」とも言えるかもしれない。例えば、米国 Microsoft 社が新商品を発売する時、代表者である Bill Gates 氏自らが何よりも先にグローバル市場を駆け回り、その新作商品を発表（宣伝広告）するのはなぜか。その光景を見れば、それは容易に理解することができる。今や商標の広告機能

は、出所表示、品質保証、広告機能への因果の流れの関係は勿論のこと、独立した広告機能としての概念ですら説明できない幅の広さと深い奥行きを持った商標にとって必要不可欠な機能として大きく成長したのである。

我々は、日本国内外における企業の多くの不正事件によって、その企業のブランド・イメージが大きく崩れ落ちることを学んだ。この経験から我々は、商標には「企業の象徴」、「イメージ伝達」、「出所責任」、といったキーワード等を含む新しい機能が生まれ存在していることを実感している。これらを保護することが商標法の本来の目的である商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図ることになり、あわせて需要者の利益を保護することに繋がるのである。最早、商標は、ブランドとして、従来の機能論では集約できないダイナミックかつグローバルな大きなスケールの取引社会の中で、従来の出所表示、品質保証、広告の各機能だけでは説明できない企業と消費者との関係性を高めるための重要な役割を担い、かつ、企業と消費者を結ぶ接点（連結点）として機能しているのである。これらのことを総じて考えてみると、「広義の広告機能」は、「コミュニケーション機能」と呼ぶ方が適切であろう。前述の Schreiner 氏の商標のコミュニケーション機能は、様々な種類の情報を発信できることのみに着目した提言にしかすぎず、その根拠が明らかにはされなかったが、商標（ブランド）を企業責任の象徴として位置付け、かつ広告機能の重要性の増大及び広告実態の変容などを現代取引の実情から見出すことによって、その意義と根拠が明らかになったと言えよう。

#### (5) 出所責任機能

一旦、企業自身の象徴である独自のブランドを付して商品や役務を提供したからには、消費者のニーズに合った良品質、高付加価値のある

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

商品を継続かつ適切な価格で供給する社会的責任が半永久的に企業には発生する。企業は、商標を一つの商品・役務に係る自他商品識別のための機能だけではなく、企業そのものが消費者に対し「責任を負うことを伝達するためのもの」として機能させ、一方、消費者からすれば、企業に対し「責任を追求するためのもの」として機能するものとして理解されることによって、ブランド商標は、企業の「社会に対する責任の証」として機能することになる。

すでにある商標が良品質・高付加価値のあるブランドとして確立された状況下で、そのブランド商標を付した新たな商品を第三者に製造委託し、これを商標権者が販売する場合、それがたとえ当該第三者の製造（出所）であっても、商標権者自らの商品として出所表示されることになり（商標権者にとっては自らの意思による商標の使用であって何ら問題はないが）、結果として消費者は出所（製造者）を混同してしまうことになる。また、品質についても同様に、商標権者自らが製造し、ブランドとしての品質を保証しているとの誤認を生じることになる。その他のケースとしては、例えば、複数の企業が共同ブランドで各々独自の商品を展開する場合、又は、第三者が製造した商品に当該第三者の商標と販売者の商標を併せて付す場合（この場合、販売者が自らの企業及びブランドのイメージを情報伝達する場合もあろうし、製造者である第三者と販売者の両方の企業及びブランドのイメージを情報伝達する場合もあろう。）等においても、同様に消費者に誤認混同を惹起させることになる<sup>43)</sup>。

これまでの商標の機能論は、商標そのもの又は商標を使用する企業側の視点に立った議論が中心であったが、最早ブランドという概念下で使用されるようになった現代の商標を保護しようとするのであれば、消費者の視点に立った議論もなされなければ消費者の利益の保護も含め

た商標の保護はできないのである。このことは、前述のフレッドペリー事件において、商標そのものにある品質保証機能に加えて、商標権者には消費者に対する品質保証責任（品質管理権能）があることが判示されたことから明らかである。同様の論理によれば、商標には出所表示機能に加え、商標権者の出所表示責任（出所表示管理権能）もあって然るべきである。つまり、今日のブランド概念下における商標は、商標を使用する商標権者（又は商標使用権者）が期待する出所表示機能や品質保証機能だけではなく、消費者が商標権者（又は商標使用権者）に期待する出所表示責任や品質保証責任をも包括した機能、いわゆる「出所責任機能」が存在しているのである。フレッドペリー事件で判示された商標権者にある「品質管理権能」について、茶園氏は、出所表示主体の品質ないし品質管理に関する意思と同じものであり、出所表示機能の発揮に不可欠なものにすぎないとの評釈をしているが<sup>44)</sup>、この「品質管理権能」とは、商標権者に課せられた品質を保証する責務のことであり、出所責任機能に含まれる因子のうちの一つとして捉えれば、茶園氏のこの評釈は容易に解決できるのである。

よって、商標は、従来の出所を表示するという機能だけではなく、社会に対し、良品質の商品を責任をもって安定供給するための出所責任という機能を持った企業の中核的無体財産権であり、決して公益的な識別手段ではなく、企業経営にとって必要不可欠な社会的存在価値を評価されるための財産権として位置付けられなければならないのである。

#### (6) 出所責任機能とコミュニケーション機能の位置付け

商標は、自他商品（役務）識別機能を有することを前提とするが、その背景にあるのは、企業には安心した商品・役務の提供を行う義務が



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

あることは言うまでもなく、まずは、企業がブランドを使用するためにはその企業が社会に必要とされる存在でなければならないことを出発点としたブランドとしての商標の機能論を展開しなければならない。これまでも企業の過失、ずさんな経営から不利益を被ることがないよう消費者保護の視点に立って、製造物責任法、消費者保護基本法などが立法化されており、企業にとって品質を保証した商品・役務を消費者に安定供給することは、当然の責務であるし、企業の信用や経営維持のためには必要不可欠なことである。企業と消費者の情報伝達経路の連結点である商標には、出所を識別させ、さらに自己の評判を汚さぬように商品（役務）の質の維持・改善に努める結果、顧客吸引力が付き、そして広告の意義が生まれる因果の関係があるといった古典的な考え方では十分に説明ができなくなり、さらに、出所表示、品質保証、広告機能が独自に機能する考え方でも現実の取引の実態に鑑みると説明できないのである。

商標を保護する目的は、商標法第1条に規定されているように、「業務上の信用の維持を図ることで、需要者の利益を保護するため」であり、この商標法を適切に適用することが、最終的には企業を取り巻く産業界の発展へと導くのである、という考え方に立てば、商標が持つ本質的な機能である自他商品（役務）識別機能は、TRIPS協定が定義する「広義の商品（又は役務）との識別表示機能」という表現に置き換えて解釈すべきであろう<sup>45)</sup>。したがって、企業再編等により多角化経営を行うようになった現代のコングロマリット時代において、類似商品（役務）に限定した商標の保護だけでは不十分であり、少なくとも著名商標であれば「広義の商品（役務）」（非類似商品・役務）にまでその保護範囲を拡げられなければならないのである。このように、商標を「広義の商品（又は役務）との識別表示機能」として定義付けすることにより、

商標法と不正競争防止法が保護すべき方向性が一致することになる。その方向の先には、企業そのものがあり、かつ、企業が果たすべき社会的責任が存在しているのである。

したがって、今日の商標の機能は、自他商品（役務）識別機能（広義の商品・役務との識別機能）を基礎若しくは前提とし<sup>46)</sup>、その上に、出所責任機能とコミュニケーション機能とが共存しているという位置付けにあるのである。すなわち、出所責任機能は、商標権者（又は商標使用権者）が信用を維持するための責任の所在を默視的に明記した出所表示及び品質保証をも当然含むものであり、さらには商標権者（又は商標使用権者）の信用・名声等を含む企業の社会的に意義ある存在として需要者（消費者）から認知されたことを証する機能でもあり、また、コミュニケーション機能は、従来の単なる商品（役務）の宣伝のための広告の役割とはその意義・内容を異にし、企業の持つ社会的責任情報をブランドに託し又は置き換えて発信するための役割を持ち「如何にそのブランドの責任機能の存在を需要者（消費者）に発信し、需要者（消費者）の反応を受信するか」というもっと大きなスケールでの情報伝達経路を構築する役割を担っていると言うことができよう<sup>47)</sup>。これら出所責任機能とコミュニケーション機能の二つの機能が均衡を保つ関係にあるとき、商標は本来の機能を発揮することになるのである。

## 4. 商標の機能の現代的考察と提言

### 4.1 現行商標法の運用の改善

出所責任機能は、コミュニケーション機能と表裏一体かつ連鎖的な関係にある。したがって、出所の混同又は質の誤認等が生じるということは、出所責任機能が害されたばかりでなく、企業（商標権者又は商標使用権者）と消費者との情報伝達経路として機能するコミュニケーショ

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ン機能も害されたことになる。これを別の表現で言うと、企業と消費者間の情報伝達経路が害されると、出所責任機能及び／又はコミュニケーション機能が害されることになるのである。

コミュニケーション機能を害する行為には、偽りの情報発信により、真の発信者(商標権者)として見せかけ混同させる行為や商標権者の社会的信用を喪失させるような行為(例えば、ブランドの培った品質を汚すような欠陥商品の提供及び長年のブランド戦略によって培ってきたブランド・イメージを崩すような類似商品や異分野商品の提供など、企業の象徴であるブランドの信用を失墜させるあらゆる行為)が含まれることになろう。したがって、商標を保護するためには、企業と消費者間の安定した情報伝達経路を築くことができるよう経済的な視点から保護することを重視しなければならないのである。なぜならば、企業のドメイン名や登録商標と同一若しくは類似の商標を第三者が使用することによって、偽りの情報が伝達された結果、ブランドのイメージが崩れるばかりか企業自体の信用までなくし、消費者も責任が保証されない商品を購入し多額の損害(不利益)を被るからである。したがって、コミュニケーション機能を害する行為を一言でいうと、同一又は類似する商標の使用によって情報伝達が妨害されることによって商標権者(商標使用権者)の信用・名声を著しく損なう行為が該当することになる。コミュニケーション機能を保護することは、商標法第1条の目的とするところであり<sup>48)</sup>、商標法第37条の「侵害とみなす行為(擬制侵害)」に該当するという解釈がなされるべきである。また、この第37条の規定を有効に解釈し適用するためには、商品の取引の実情を考慮し、商標の「広義の商品(又は役務)との識別表示」としての機能を害するか否かの判断をしなければならない。最終的には裁判所の判断に委ねることになろうが、まずは特許庁において取引の実情に

合った類似商標・類似商品等の審査基準の見直しも必要となる。平成15年5月22日東京高裁判決の「カミゲン事件」<sup>49)</sup>では、特許庁が商品・役務審査基準<sup>50),51)</sup>で類似商品としていない指定商品においても、取引の実情、商業登記簿上の営業の目的等からみて商品の類似性がある商品であると判示した。今後は、昨日まではなかった新規商品が多数市場に提供される時代でもあり、従来の商品の類否判断基準にとらわれることなく、特許庁は、社会情勢、取引の現状、企業再編等による多角化経営の現状、商品の属性や特徴、そして当該企業(商標権者)の社会におけるイメージ(指定商品の提供可能性、企業の社会的認知度等)等まで考慮した商品の類否判断を行うことが要求される場所である。

しかしながら、広義の商品(役務)における混同を防ぐため、類似商品(役務)の幅をどこまで拡げて解釈するかという判断は、非常に難しい。なぜならば、コミュニケーション機能によって商品(役務)のイメージや企業のイメージが広く的確に伝達されることを考えれば、類似商品(役務)の幅は、ブランドによっては無限に広いものとなるからである。したがって、日本の現行商標法の改正案の一つとして「防護標章制度の廃止論」<sup>52)</sup>もあるが、多角化経営を行う企業の商標(ブランド)のコミュニケーション機能を保護するためには、「広義の商品(役務)」の保護範囲が明示できるようになるまで、少なくともこの防護標章制度は残すべきであると考えられる。このことは、商標の保護範囲が継続的に拡大している世界的動向からみても言えることである。

## 4. 2 商標法の改正

また、企業が企業生命を懸けて責任を保証し長年の継続によって、需用者(消費者)が何人かの業務に係る商品(役務)であることを認識することに至った商標は、第3条1項第3号か

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ら第5号までに該当する商標であっても、商標法第3条2項の規定により商標登録を受けることができるが、特許庁の審査においてこれを認定するための基準は明確には定められてはいない。商標の有するコミュニケーション機能の存在と広告の重要性及び情報発信媒体の多様化が理解されれば、現行の商標の広告的使用の概念とその販売実績（商品の販売量、販売年数、広告量等）を目安に著名性を感覚的に判断している現状よりも、より多くの著名化した商標がこの第3条2項の規定によって保護されることになろうし、それによって商標権という財産権が確立することでもう一つの機能である出所責任機能も効果を発揮できることになる。その結果、第1条の商標法の目的の一つである需要者の利益保護も達成されることになるのである。さらに、これを援護するためには、商標法第4条1項第15号及び第19号の各規定を的確に適用し、他人の業務に係る商品（役務）と混同を生ずるおそれがある商標の登録出願、及び日本国内又は国外で著名商標と同一又は類似の商標であって不正の目的をもって使用する登録出願は必ず拒絶される必要があろう。

したがって、需要者の利益を保護するための出所責任機能と商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図るためのコミュニケーション機能とが、商標法第1条（商標法の目的）から読み取ることができるのであり、言い換えれば、出所責任機能とコミュニケーション機能が商標にはあるからこそ、商標を保護することを目的とする商標法が必要なのである。

## 5. おわりに

商標は、その時代に見合った様々な機能に変容し続けていることを我々は決して忘れてはならない。商標は、自他商品（役務）識別機能だけでなく、出所責任機能とコミュニケーション機能の二つの機能が商標法で保護されるから

こそ企業のブランド戦略も可能となり、また、ブランド理論に商標権という知的財産権が融合することによってはじめて企業価値を計る尺度にするブランド評価論も正当化されるのである。

## 注 記

- 1) 商標に関する1993年12月20日のEC理事会規則No.40/94（1994年3月15日施行）
- 2) 松尾和子「商標法の改正と商標の定義について」、パテント、Vol.48, No.9, 2～14頁（1995年）
- 3) 真正商品の並行輸入を日本で初めて認めたいいわゆる「パーカー事件」（大阪地裁 昭和43年（ワ）第7003号）。判例時報，625号，75頁
- 4) 桑田三郎「工業所有権法における国際的消耗論」，298頁以下，中央大学出版部（平成11年）
- 5) 大阪地裁 昭和43年（ワ）第7003号。判例時報，625号，75頁
- 6) それ以前には、同様のパーカー事件において、第三者による真正商品の並行輸入行為に対し、専用使用者にその差止めを認めた仮処分決定がある（東京地裁，昭和39年（ヨ）第2339号。別冊ジュリスト，No.14，130頁，有斐閣）。
- 7) 昭和51年2月24日 大阪地裁判決，昭和49年（ワ）第393号。無体裁集，8巻，1号，102頁
- 8) 昭和59年9月28日 大阪地裁判決，昭和58年（ワ）第27号。無体裁集，6巻，1号，138頁
- 9) 「フレッドペリー事件」：平成15年2月27日 最高裁判決，平成14年（受）第1100号（原審，大阪高裁平成13年（ネ）第425号）（<http://www.courts.go.jp>より入手可能。）
- 10) 平尾正樹「品質の同一性は真正商品の要件かーフレッドペリー事件最高裁判決ー」知財管理，Vol.53, No.7, 1095～1104頁（2003年7月）
- 11) 茶園成樹「ライセンス契約における製造地・製造者制限条項の違反と並行輸入の拒否」，発明，Vol.100, No.2, 96～103頁（2003年2月）。茶園氏は、「品質管理権能」という言葉自体は唐突な印象を与えるが、それは出所表示主体の品質ないし品質管理に関する意思と同じものであり、したがって、品質管理権能は出所表示機能の発揮に不可欠なものにすぎないと評釈している。
- 12) 土肥一史「並行輸入商品「フレッドペリー」東京第2次訴訟事件」知財管理，Vol.53, No.7, 1157～1161頁（2003年7月）。土肥氏は、本事件の下級



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

審（平成13年10月25日 東京地判（平成11年（ワ）第6024号）の判例研究において、商標の機能論から商標の保護には、出所の同一性の要件において判断すればよく、ライセンス契約の適法性の要件は必要ないという茶園説（茶園・前掲注11））に対し、立証の容易性と機動性を考慮した上で適法性の要件の必要性を主張している。

- 13) 公正取引委員会のライセンス契約のガイドライン「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（平成11年7月）では、商標の使用許諾の際に、当該商標を付する商品の原料の購入先などを制限することを認めている。このことは、独占禁止法の立場からも商標権者には品質管理権限及び品質保証責任があることを認めていると言える。
- 14) 小野昌延「商標法概説〔第2版〕」, 50頁, 有斐閣(1999年)。小野氏は、品質保証という保証は、債務保証の意味ではなく、その商標を付した商品は同一であるという期待を需要者にもたらしめるという意味である、としている。
- 15) 桑田三郎「国際商標法の諸問題」, 292～296頁, 中央大学出版部(1992年)
- 16) <http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/selected/livre550.html> を参照。
- 17) Dr. Friedrich-Karl Beier (桑田三郎訳)「EC域内市場及び第三国との取引における工業所有権と自由な商品流通(II)」, AIPPI, Vol.35, No.9, 434～448頁(1990年)
- 18) 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(上)」, 国際商事法務, No.651, 6～12頁(1998年)
- 19) 第5回海外調査団「第3章 EUにおける知的財産権と並行輸入」, リーガルマインドー医法研第5回海外調査団報告書一, 別冊(12), 61～81頁(1996年)
- 20) Directive 89/104/EEC of 21 December 1988: the First Council Directive to approximate the Laws of the Member States relating to trade marks, OJ 1989 L 40/1
- 21) Case 102/77, [1978] ECR 1139.
- 22) Case 1/81, [1981] ECR 2913.
- 23) Joined Case 427/93, Case 429/93, Case 436/93, [1996] ECR I -3457.
- 24) 品質保証が求められる医薬品を並行輸入しようとする場合、並行輸入業者は、商品の包装やラベ

ルを輸入国の薬事法規に従って変更しなければならず、添付文書についても輸入国の言語に変更する必要がある。また、再包装することにより、医薬品の品質が変化又は低下するおそれがある。このため、かかる行為が真正商品の商標権を侵害しないかという問題が生じる。商標権に関する医薬品の並行輸入の争点は、こうした再包装をなしたうえで販売する行為が商標権を侵害するか否かということに言い換えられる。

- 25) 土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」『知的財産法と社会－牧野利秋退官記念－(中山信弘編)』, 509～511頁, 信山社(1999年)
- 26) Case 355/96, [1998] ECR I -4799, “Silhouette International Schmied GmbH Co KG v. Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH”.
- 27) 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)」, 国際商事法務, No.652, 40～50頁(1998年)
- 28) 河合千明「シルエット判決, その後の英国における展開」, パテント, Vol.54, No.1, 33～36頁(2001年)
- 29) Case 414/99, Case 415/99, Case 416/99, Zino Davidoff SA v. A&G Imports; Levi Strauss & Co and Anor v. Tesco Stores; Tesco plc and Costco Hholesale UK Ltd., 20th November, 2001, XII(11), 76
- 30) ①小野・前掲注14), 11～12頁, ②紋谷暢男「商標法50講〔紋谷暢男編〕」, 163頁, 有斐閣(1979年), ③中山信弘「商標法50講〔紋谷暢男編〕」, 5頁, 有斐閣(1979年), ④竹田稔「知的財産権侵害要論(特許・意匠・商標編)〔第4版〕」, 585～588頁, 発明協会(2003年), ⑤松尾・前掲注2)などを参照。
- 31) 小野・前掲注14), 51頁
- 32) 田村善之「商標法概説〔第2版〕」, 4頁, 弘文堂(2002年)。商標の三つの機能は、商標が正しく商品(役務)を識別するという状態になれば、需要者にとって商標をみることでその出所を識別し得ることになるばかりでなく、自己の評判を汚さぬように商品(役務)の質の維持、改善に努める結果、商標には一定の信用が化体し、個々の商品(役務)を離れて、その商標自体に独自の顧客吸引力が付着し、一定の財産的価値を有することになるといった因果の流れにあると田村氏は述べている。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 33) 宮脇正晴「商標の機能と商標法の目的」, 国際公共政策研究, 第5巻, 第1号, 275頁以下, 大阪大学大学院(2000年)。宮脇氏は, 商標法の保護対象はあくまで「信用」であり, 広告によって創出された連想がいかにかましいものであろうと, これを「信用」に含めるのには無理があるため, 広告機能のみを害する行為は商標法による規制の対象とはならない, としている。
- 34) Frauke Henning-Bodewig & Annette Kur, Marke und Verbraucher-Funktionen der Marke in der Marktwirtschaft-(Band I: Grundlagen), 221頁以下, VCH (1988年)
- 35) 渋谷達紀「西ドイツにおける不正競争防止法の改正問題」『日本工業所有権法学会年報第2号「ヨーロッパ工業所有権法の諸問題」』, 1~23頁, 有斐閣(1978年)。渋谷氏は, 不正競争行為とドイツ民法第823条の損害賠償請求の関係及び解釈論について詳細に論じている。
- 36) 満田重昭「不正競争法の研究」, 427~445頁, 発明協会 (昭和60年)
- 37) 渋谷・前掲注35), 1~23頁
- 38) 経済産業省知的財産政策室「逐条解説 不正競争防止法(平成13年改正版)」, 16~17頁, 有斐閣(2002年)
- 39) 竹田稔「商品表示と営業表示の保護②-不正競争防止法の保護法益としての営業表示-」, 発明, Vol.90, No.1, 118~120頁(1993年)
- 40) EUにおける著名商標の保護については, 商標法指令第5条(2)にその規定があるが, 本条項は「著名商標の同一又は類似商標を第三者が非類似商品(役務)に使用するとき著名商標への権利侵害になる。」と文理解釈されていた。しかし, 2003年1月9日, 「Davidoff v. Gofkid 事件」において, ECJは, 「著名商標の保護範囲は同一又は類似商品(役務)にまで及ぶこと, さらに, 混同の証明は不要であること」を判示した。なお, 判決文等は, [http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search\\_case.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_case.html) より入手可能。
- 41) Schreiner, Die Dienstleistungsmarke, München, 1983, S.451
- 42) 特許庁 商標課編「商品及び役務の区分」に基づく類似商品・役務審査基準[国際分類第8版対応][改訂第9版]』, 発明協会(2001年12月)。この改訂によって, 「ダウンロード可能な電子出版物」, 「ダウンロード可能なプログラム」が商品分類第9類(電子応用機械器具等)に含まれる商品の例示として追加された。
- 43) 品質(効能効果, 安全性)が特に重要視される医薬品でさえ製造販売のための規制が緩和され第三者に製造を委託しやすくなった状況を考えると, 製造委受託される商品は各分野で今後益々増えるものと予想される。
- 44) 茶園成樹「ライセンス契約における製造地・製造者制限条項の違反と並行輸入の拒否」, 発明, Vol.100, No.2, 96~103頁(2003年2月)
- 45) 1995年1月1日発効のTRIPS協定(知的所有権の貿易関連の側面に関する協定)では, 商標を「ある事業に係る商品若しくは役務を他の事業に係る商品若しくは役務から識別することができる標識又はその組合せ」と定義しており(第15条1項), 日本の商標法で定義する「自他商品(又は役務)の識別表示」とも表現が異なっている。
- 46) 商標は, 商品が店頭で陳列された場合には, 自他商品を識別するために機能するが, 現代のグローバル市場においては, 国内から国外へ又は国外から国内へ代理店等を通じて輸出入される商品も年々増加している。その際(製造者と代理店間の直接取引)には, 商標は自他商品の識別のための機能は必要ではなく, 自自商品を確認するためだけの標識的な機能があればよいことになる。したがって, 商標が必ずしも自他商品識別機能を有するという考え方は最早通用しないのかもしれない。このことについては, 今後の研究に委ねたい。
- 47) 筆者のいうコミュニケーション機能とは, Schreiner氏(前掲注41)が唱えるコミュニケーション機能に近似した考え方ではあるが, さらに出所責任の存在を明確にし, それを前提に企業のイメージ・社会的信用を伝達するために, 商標(ブランド)を接点として商品だけではなく, 企業広告を行うことを含むものである。
- 48) コミュニケーション機能は, 商標法第1条で規定する商標法の目的の一つである「商標を使用する者の業務上の信用の維持を図る」ためには欠かせない機能なのである。
- 49) 平成14年(行ケ)第555号審決取消請求事件(判決文は, <http://www.courts.go.jp> より入手可能。)
- 50) 特許庁商標課編「商品及び役務の区分解説[国際分類第8版対応](改訂第4版)」, 発明協会(2001年)

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 51) 特許庁 商標課編・前掲注 42)
- 52) 企業や地域におけるブランド・イメージ構築に向けたブランド戦略の展開を支える基盤を整備する観点から商標制度を見直すため、経済産業省の産業構造審議会 知的財産政策部会の下に「商標制度小委員会」(土肥一史委員長)が設立され、平

成15年6月26日から審議が開始されている。なお、特許庁ホームページ(<http://www.jpo.go.jp/indexj.htm>)に議事録等が公表されている。

(原稿受領日 2003年11月19日)

