

商標使用許諾を受けた当事者による契約解約後の在庫処分と 商標機能論

知財高判令和5年11月1日(令和5年(ネ)第10044号)[Pioneer]

Disposal of Inventory by a Trademark Licensee After License Termination and Trademark Function Theory

鈴木 敬 史*
SUZUKI Takafumi

〔抄録〕

本稿では、「商標使用許諾を受けた当事者による契約解約後の在庫処分」が問題となった裁判例を検討する。当該事例では、商標使用許諾契約の解約後に（当該契約の当事者によって許諾の範囲内で適法に製造された）在庫商品を販売することが商標権侵害を構成するか否かが争われた。この点について、知的財産高等裁判所は、①商標使用許諾契約の解約後は当該契約の効力が失われること、②商標機能論に関する従前の判例・裁判例とは事案が異なることをもって、形式的に商標権侵害の成立を認めた。

しかし、本判決には以下のような問題点がある。まず、①商標使用許諾契約の効力が失われたこと自体は、商標権侵害を認める十分な根拠とはならない。次に、②並行輸入に関する従前の判例・裁判例と本件との相違（渉外的要素の有無、契約当事者性の有無）は、商標機能論に係る既存の判断枠組みの適用を妨げるものではない。したがって、本判決では、形式的に商標権侵害の成立を認めるのではなく、これまで展開されてきた判例・学説上の議論に基づいて、商標の機能が害されるか否かを実質的に検討すべきであった。

このような観点から本判決を再評価すると、以下のように考えられる。本判決の結論を正当化するためには、「商標が適法に付された」ことで足りるとされていたフレッドペリー最判の第1要件を、「商標が付された商品が適法に流通に置かれた」と読み替える必要がある。一方、本判決以前には、「適法に流通に置かれた」かどうかによって結論が左右される事例は存在しなかった。したがって、本判決は、（判決文中からは明らかなでないものの、）新たな判断基準により商標機能論を適用した事例と位置付けることができる。

1. 事案の概要

Y（被告・被控訴人・商標権者）は、日本において、「Pioneer」からなる標章について商標権

（商標第4482310号。以下、「本件商標権」とする）を有している。Yは、次に述べるように、Aとの間で本件商標権に係る使用許諾契約を締結していた。

* 富山大学学術研究部社会科学系 助教

Assistant Professor, Faculty of Social Sciences, Academic Assembly, University of Toyama

すなわち、平成 26 年 11 月 7 日、Y は、A に対し、ホームシアターシステムを含む A の取扱商品並びにこれら関連する付属品、ソフトウェア、アプリケーションおよびサービス（以下、「許諾商品等」とする）につき本件商標権の通常使用権を許諾する契約（以下、「本件使用許諾契約」とする）を締結した。本件使用許諾契約には、製品やサービス、取扱説明書等に本件商標を使用するに当たり、事前に Y の承諾を得なければならないことや、Y がブランド監査の観点から報告、対応、改善等を求めた場合は、これに応じなければならないことなど、A が遵守すべき事項が定められていた¹⁾。

その後、令和 3 年 6 月 21 日、A および Y は、一部の許諾商品等については同年 9 月 8 日、その余の許諾商品等については同年 11 月 3 日をもって、本件使用許諾契約を解約する旨の合意（以下、「本件解約合意」とする）をした。本件解約合意においては、各解約日から 6 か月の間、各解約日時点において現存する在庫（以下、「本件在庫商品」とする）を販売するために合理的な範囲内において、本件使用許諾契約に基づき本件商標の使用を継続することができる旨も合意されていた。

その後、A は、令和 4 年 5 月 13 日、破産手続開始の申立てを行い、同日、X（原告・控訴人）を破産管財人に選任する旨の決定がされた。X は、Y に対して、本件商標が付された本件在庫商品を販売することは本件商標権を侵害するものではないと主張して、Y が X に対して本件商標権に基づき本件在庫商品の販売を差し止める権利を有しないことの確認を求める訴えを提起した（以下、「本件訴訟」とする）。なお、商標の類否、指定商品と使用商品との類否については、いずれも本件訴訟において争われていない。

本件訴訟において、X は、国内における真正商品の流通においても最判平成 15 年 2 月 27 日民集 57 卷 2 号 125 頁[フレッドペリー](以下、「フレッドペリー最判」とする)の射程が及ぶとした上で、本件在庫商品が製造された段階では Y の許諾が得られていた以上、フレッドペリー最判と同様、本件在庫商品の販売も商標権を侵害しないと主張した。これに対して、東京地方裁判所は、本件とフレッドペリー最判とは事案が異なること、商標権者による品質管理の実態に照らせば商標の出所表示機能・品質保証機能が害されていると認められることを指摘して、本件在庫商品の販売は Y の商標権を侵害するとして、X の請求を棄却した（東京地判令和 5 年 3 月 27 日（令和 4 年（ワ）第 18610 号）。以下、「原判決」とする）。

X は、これを受けて、知的財産高等裁判所に控訴したところ、知的財産高等裁判所も同様に、**【判旨】**引用のとおり、X による在庫処分は商標権侵害を構成する旨判示した（以下、「本判決²⁾」とする）。なお、本判決では、原判決の用いた文言がほとんどそのまま引用された一方で、原判決中の「商標権者による品質管理の実態に照らせば商標の出所表示機能・品質保証機能が害されていると認められる」旨の判示は削除された。

2. 判旨

「A は、商標権者である Y との間で、本件商標権の通常使用権を許諾する旨の本件使用許諾契約を締結し、本件在庫商品に本件商標を付したが、その後、Y との間で、本件使用許諾契約を解約し、本件各解約日から 6 か月間、本件各解約日時点に現存する在庫を販売する限りにおいて、引き続き本件商標を使用することができ

る旨の本件解約合意を締結し、上記 6 か月間は既に経過した。

したがって、X が、今後、……本件指定商品と同一又は類似する本件在庫商品に本件商標を付して販売すれば、本件商標を使用することにつき Y の許諾がないから、Y の本件商標権を侵害すると認められる（商標法 25 条、2 条 3 項 2 号、37 条 1 号）。」

「これに対して、X は、本件には平成 15 年最判〔評釈者注：フレッドペリー最判〕の射程が及び、X が本件在庫商品を販売することは、本件商標の出所表示機能及び品質保証機能を害するものではなく、商標権侵害の実質的違法性を欠くと主張する。

しかし、商標法 31 条 2 項は、『通常使用権者は、設定行為で定めた範囲内において、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を有する。』と規定しており、通常使用権の範囲、期間、条件等は使用許諾契約により定められることになるが、前記……のとおり、本件使用許諾契約は既に効力を失っており、在庫商品について例外的に本件商標の使用が許諾された期間も既に経過しているから、本件使用許諾契約が有効である間に本件商標が付された商品であっても、今後、これを販売することは、本件使用許諾契約及び本件解約合意に違反するものである。そうすると、現時点において、通常使用権者であった A の地位を承継した X が、商標権者である Y に対し、本件商標を付した本件在庫商品を販売することは実質的違法性を欠くなどと主張し得ないことは明らかである。

また、平成 15 年最判は、商標権者から商標の使用を許諾された者が使用許諾契約で定める条件に違反して当該商標を付した商品を製造したところ、別の業者が当該商品を海外で仕入れて

日本に輸入する行為、いわゆる並行輸入の違法性が争われた事件に関する判断であるのに対して、本件は、かつて商標の使用を許諾されていた者自身の行為の違法性が問われているから、事案を異にする。X が指摘する他の裁判例についても、同様である。

したがって、X が本件商標を付した本件在庫商品を販売することについて、商標権侵害の実質的違法性を欠くとはいえない。」

3. 評釈

3.1. 本判決の意義

商標法 31 条 2 項は、「通常使用権者は、設定行為で定めた範囲内において、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を有する。」として、商標権者本人でない者であっても商標権者の許諾に基づいて登録商標を使用することができる旨定めている。そして、一般的に、ここでの「設定行為で定めた範囲」には少なくとも「物的範囲（商標使用の対象や態様）・地理的範囲（使用許諾の地域）・時間的範囲（使用許諾の期間）」が含まれると考えられている³⁾。したがって、仮に通常使用権者であったとしても、使用許諾契約が解約された後に商標が付された商品を販売した場合、形式的には商標権を侵害することとなる⁴⁾。

もっとも、わが国の商標法体系は、「形式的に商標権を侵害する」としても、実質的違法性を欠くとして商標権侵害を否定する類型を備えている。すなわち、フレッドペリー最判が示したように、商標の出所表示機能・品質保証機能を害しない方法での商標の使用は商標権を侵害しない、とする「商標機能論」が確立している。これにより、同最判で問題となった並行輸入に

とどまらず、日本国内における商品の転々流通も商標権を侵害することなく自由になし得る。

しかし、この「商標機能論」は、いまだその外延が明確ではない。例えば、並行輸入の適法性を判断するに際してフレッドペリー最判で提示された三要件は常に要求されるべきか否か、商品の改造や商品の詰替えが商標権侵害となるのはどのような場合か、商品流通の途中で契約条項違反が認められたとしても「商標機能論」がなお妥当するのはどのような場合か、さらに言えば、出所表示機能の要となる「真正商品」や「出所」をどのように捉えるかといった根本的な次元においても、固まった見解は得られていない⁵⁾。

このような中、本判決は、次に述べるように、「真正商品」性やフレッドペリー最判における三要件の普遍的妥当性について検討する契機を与える点で意義を有する。

すなわち、本件では、商標使用許諾条件下で適法に製造された商品を、当該許諾の効力が失われた後に当該許諾を受けた当事者本人が販売することの可否が問題となった。後述するように、異なる第三者が介在する場合や製造段階における適法性に疑いがある場合など、一部において類似する状況で商標権侵害の成否が問題となった事例は存在する。しかし、それらは、重要な要素において、本件とは異なっていた。したがって、本件は、相対的に事例の蓄積に乏しい商標機能論に係る裁判例に対して、新たな侵害類型を示したものとして、事例的な意義を有する。

また、本判決は、①使用許諾契約の効力が失われ、かつ、許諾契約の解約合意に反すること、②並行輸入の事例と本件とでは事案が異なることをもって、実質的違法性を欠くとの主張を認

めなかった⁶⁾。しかし、後に検討するように、この論理は、従前の商標機能論に係る裁判例や議論状況から自明ではない⁷⁾。そうすると、本判決の結論を是認するとしても、これを批判するとしても、本件事実関係の下で商標機能論の趣旨が妥当するか否かを再考する必要があるように思われる。

そこで、本稿では、次のように検討を行う。すなわち、まず、従前の在庫管理に関する事例／商標機能論に関するもののうち契約違反等が問題となった事例を整理し、従前の事案に対する本件事案の特徴——すなわち、事実関係上の位置付け——を明確にする(3.2.)。その上で、これら特徴を前提に、商標権侵害を認めた本判決の結論がどのように説明付けられるかを論ずる。特にそこでは、①使用許諾が失われたことを根拠に商標権侵害を認めたこと(3.3.)、②並行輸入に係る実質的違法性阻却の判断枠組みを用いなかったこと(3.4.)にそれぞれ着目して検討し、最後に本判決の理論上の位置付けについて述べる。

3.2. 本件事案の特徴

——従前の事案との対比——

(1) 商品の在庫の管理に関する事例

従前、商標の使用許諾契約が解約された後の在庫処分は、(特許発明の実施許諾契約／著作物の利用許諾契約が解約された後の在庫処分が特許権／著作権を侵害するのと同様に、)当然、商標権を侵害すると考えられていた⁸⁾。そのため、これが直接の争点となる事例は、管見の限り、見られない。もっとも、以下のとおり、「在庫処分」と問題状況が部分的に類似する事案は存在する。

第一に、大阪地判平成7年7月11日判時1544

号 110 頁 [Y's] では、商標権者が流通に置くつもりがなかった「サンプル品・キズ物⁹⁾」の販売だけでなく、旧品——いったんは商標権者が流通に置いたものの、事後的に販売を取りやめた商品——の販売が商標権侵害を構成するか争われた。裁判所は、後者についても、当該商品がシーズン物であるという性質および売れ残りの商品を廃棄する旨の指示がなされていたという事情に鑑み、「[商標権者の] 意思に基づいて流通過程に置かれた」とは評価できないとして、商標権侵害を認めた。このように、[Y's] の事実関係は、商標権者の許諾の下で製造され、かつ、商標権者の意思に基づかないタイミングで流通に置かれたという限度で、[Pioneer] との一致が認められる。

しかし、[Y's] と [Pioneer] とは、次の 3 点において相違する。すなわち、まず、① [Y's] は、商標機能論に係る最高裁判決（フレッドペリー最判）が出る以前の事例である。それゆえに、フレッドペリー最判以降の [Pioneer] においては、商標権侵害に係る判断の前提が異なる可能性がある。加えて、② [Pioneer] では、商標の使用許諾契約が解約され、かつ、販売を継続できる期間を徒過してはいたものの、[Y's] のように在庫の商品を廃棄処分すべきという積極的な作為義務までは認められていなかった。この点において、[Pioneer] の被疑侵害者の方が、[Y's] よりも帰責性が小さいとも評価し得る。しかし他方で、③ [Pioneer] における被疑侵害者は、[Y's] における被疑侵害者——商標権者からの販売許諾を受けていた者ではない第三者——と異なり、ライセンシー本人（の地位を承継した破産管財人）であった。このような相違に鑑みると、（仮に①の点を措いて、[Y's] に先例的価値を認めたとしても、）本件のような事案

で当然に商標権侵害が認められるか否かは判然としない。

一方、また異なる点で本件事案と問題状況が類似する事案として、第二に、東京地判平成 22 年 4 月 23 日（平成 21 年（ワ）第 16809 号、第 33956 号）[genki21] がある。ここでは、原告から製造委託を受け、（OEM 供給として）原告の商品等表示を付した商品を製造し、原告へ納入していた被告会社が、OEM 供給関係が終了した後、在庫商品を他の業者へ横流し、販売させたことが問題となった。裁判所は、当該商品等表示は周知性を有しないとして不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に基づく損害賠償請求を退けたが、他方で、「OEM 商品の横流しともいうべき行為であり、公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な行為と評価できる」として民法上の一般不法行為を構成すると判断した。[Pioneer] も、広義には、原告の許諾の下で製造された在庫商品の「横流し」であるため、[genki21] と事実関係の一部を共有する。

しかし、[genki21] に関しても、[Pioneer] とは異なる部分を有すると評価すべきである。すなわち、[Pioneer] では定型的な判断が求められる商標権侵害が問題となったのに対して、[genki21] では、より多様な考慮要素に基づいて柔軟に判断される一般不法行為責任の成否が問題となったにとどまる¹⁰⁾。そのため、[genki21] では、（判決文からは明らかでないが、）商標法が保護の対象とする商標の出所表示機能・品質保証機能の保護だけではなく、被告の行為の悪質性などといった別異の利益衡量に基づく判断がなされた可能性も否定できない。そうすると、[genki21] の判断に倣ったとしても、[Pioneer] で商標権侵害の帰結が導かれるか否かは明らかでない。

以上の整理によれば、「商品の在庫の管理」という点に着目すると、本件は従前の事案と対応するものではなく、「商標使用許諾期間満了後の在庫処分の可否」という新たな類型を付け加えたものと評価できる。

もっとも、「商品の製造・流通過程において契約違反等が認められた場合に、その後の商品の販売が商標権侵害を構成するか」という点に着目すると、(とりわけ商標機能論が正面から問題となる¹¹⁾ 並行輸入事案において、) また異なる類似事例が認められる。よって、次項では、これら事例と本件との関係について整理する。

(2) 商品の製造・流通過程において契約違反等が認められる事例

周知のとおり、わが国における商標機能論による違法性阻却法理は、国外で販売された商品の国内への輸入という「並行輸入」の文脈で発展してきた。並行輸入は、その性質上、商品の製造過程・流通過程に複数の当事者が関与することが多く、それゆえに、製造・流通過程で契約違反／契約解除による違法な製造・販売がなされることも少なくない。もっとも、次に述べるように、これらのケースの全てにおいて、その後の転々流通が商標権侵害となるわけではなく、一定の限度で、出所表示機能・品質保証機能を害しないとして、商標権侵害としての違法性が阻却されている。本件も、(並行輸入事案ではないが) 契約条件に反する行為が問題となったという点で共通項を有するため、これら先例との位置付けを明らかにすることに意義があるように思われる。

そこで、以下では、「並行輸入と商標権侵害」に関する唯一の最高裁判決(フレッドペリー最判)以降の動きを、事案類型ごとに整理する¹²⁾。

なお、並行輸入という事の性質上、本項で整理する事例は全て、①渉外的要素を含む点、②契約違反者と被疑侵害者とが別の主体となる点で、[Pioneer] と異なる。しかし、この相違が商標権侵害の成否に影響するか否かは後に検討する(3.4.) ため、本項では捨象する¹³⁾。

まず、ライセンス料不払いなどといった付随的な条件違反があったとしても、それは(契約違反の当事者に対しても) 専ら債務不履行責任を生じさせるのみであって、商標権侵害の問題は生じないと考えられている¹⁴⁾。どこまでが「付随的な条件違反」かについては様々な見解が存在する¹⁵⁾ もの、[Pioneer] のように契約が解約された後の販売が「付随的な条件違反」と評価されることはないだろう。

他方、商品の製造が許諾条件下でなされていない場合、当該商品の並行輸入は広く商標権侵害を構成すると考えられている。例えば、商標権者との契約関係をそもそも認定できない場合¹⁶⁾ はもちろん、製造段階で既に商標権者と外国製造・拡布者との契約関係が終了している場合¹⁷⁾、製造地制限条項や下請制限条項に反して商品の製造がなされた場合¹⁸⁾ には、これら商品の並行輸入も商標権侵害となる¹⁹⁾。実際に、フレッドペリー最判では、当該事案において並行輸入が実質的違法性を欠くための要件(第1要件)として、「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」(傍点筆者)ことを求めており、製造時の適法性が特に重要であることが示唆されている²⁰⁾。もっとも、製造時にライセンス条項に違反したからといって直ちに商標権侵害が認められるか否かについては議論があり、実際にも、製造時の適法性に疑いがもたれる場合——例えば最大数量制限条項に違反して製造された

商品の並行輸入の場合——においても商標権侵害を構成するか否か議論が分かれている²¹⁾。この点、学説上は、「問題となる条項が品質管理に関わるものか否か²²⁾」、「ライセンス違反に基づく製造、販売がそれ自体で商標権侵害を構成する、本質的条項違反であるか否か²³⁾」をメルクマールとする見解が見られている。もっとも、これら見解のいずれかに依ったとしても、「何が品質管理に関わる条項か」「何が本質的条項か」という問題が残されており、具体的な事案において、並行輸入の適法性を判断することは容易ではない。もっとも、いずれにせよ、[Pioneer]のように製造時は許諾が得られていた事案は、少なくとも、「製造時の適法性」に着目した事例群とは一線を画すると言えよう。

では、「製造時の適法性」は疑いなく認められた上で、その後の契約条項違反が問題となった事案では、どのような結論が導かれているだろうか？

まず、商標権者が定めた販売地域制限に違反して販売されたものであっても、その並行輸入自体は商標権侵害を構成しないと考えられている²⁴⁾。もし仮に、これを「適法に製造された商品を、許諾のない状況で販売した」事案とまで抽象化することができるのであれば、本件事案を包摂することができる。しかし、世界中のどこかの国で流通させることは（積極的に）認められていたケースと、少なくとも商標権者の意思に基づく流通は世界中のどこでも認められていなかった[Pioneer]とでは、その問題状況が異なると評価できよう²⁵⁾。

他方、[Pioneer]の事実関係との近接性がより高い事例として、知財高判令和3年5月19日（令和2年（ネ）第10062号）[2UNDR]がある。この事案では、本件事案と同じく、（販売代

理店としての）契約の効力が失われた後の商品の販売が問題となった。すなわち、[2UNDR]においては、（日本商標権者と実質的に同一主体である）国外の商標権者自ら商品を製造し、海外代理店契約を結んでいた訴外 M ゴルフ社に商品を販売していたところ、M ゴルフ社は、代理店契約を解除された後に、その在庫を被告へ販売した。知財高裁は、このような事実関係の下、

「製造時の適法性」（第1要件充足）は疑いないと判断した上で、仮に「流通時の適法性」を要求する見解に立ったとしても、同じく第1要件を充足すると判断し、商標権侵害を否定した。すなわち、[2UNDR]で問題となった商品は、一旦は商標権者から M ゴルフ社へ適法に流通したものであって、その処分権限（所有権）は既に商標権者へは帰属していないとして、出所表示機能を害しない旨判断した。同判決は、あくまで形式上は傍論であるものの、「商標権者の管理支配下にある（＝処分権限が商標権者に帰属する）時点での適法性」をメルクマールとして、出所表示機能を害するか否か判断した事例と評価できる²⁶⁾。

一見すると、[Pioneer]は、これと同種の事案であって、[2UNDR]に倣って商標権侵害は成立しないとの結論を導き出すことができるように思われる。もっとも、両者の間には、なお異なる事実関係が存在する。すなわち、[Pioneer]で問題となった商品は、[2UNDR]のものとは異なり、商標権者ではなく破産会社 A が製造を行っていた。それゆえに、本件は、「本件在庫商品の処分権限が最初から商標権者に帰属していなかった——換言すると、商品の流通について商標権者にイニシアティブがなかった——」事案である。この相違は、商標の出所表示機能において仮に「流通時の適法性」を考慮するので

あれば、少なくとも無視はできない事情であろう。

以上を要するに、従前の並行輸入関連事案との関係で本件を位置付けると、次のように整理できる。すなわち、本件で問題となった「被疑侵害者が製造した本件在庫商品の契約解約後の処分」という事情は、商標権侵害を肯定した類型（製造時の契約条項違反）よりも商標の出所表示機能に影響を及ぼす程度は小さく、他方で、商標権侵害を否定した類型（製造地域制限条項違反、商標権者から海外代理店への流通後の契約解除）よりも商標の出所表示機能へ影響を及ぼす程度が大きい。すなわち、従前の裁判例の傾向を踏まえると、侵害の成否が不明確な領域に属する事例と位置付けることができる。

このような中、商標権侵害を肯定するという判断を示した点で、本判決は、（その当否は別論、）事例的な意義を有するようと思われる。

3.3. 契約の効力の有無と商標機能論

(1) 問題の所在

以上見たように、本件事案は、従前の事例とは異なる特徴を有するものであり、商標機能論に基づく違法性阻却の可否について、重要な意義を有すると考えられる。しかし、本判決は、商標使用許諾契約の効力が既に失われていることを指摘するにとどまり、続けて商標の機能に害するか否かの実質的判断を行わなかった。さらに言えば、原判決で示されていた「商標権者による品質管理の実態に照らせば商標の出所表示機能・品質保証機能が害されていると認められる」旨の判示が、本判決では削除された。これらのことからすると、本判決の判示は、「商標使用許諾契約が解約され、契約の効力が失われた後の販売である」ことのみをもって形式的に

商標権侵害を認めたように理解できる。

しかし、以下述べるとおり、結論はともかく、このような論理構成は妥当でない。すなわち、①本判決の論理を採用すると先例との関係で整合的な説明を付けることができず、かつ、②実質的にも商標権侵害を否定するための十分な説明となり得ない。本節では、これらについて、それぞれ論ずる。その上で、本判決を善解するのであれば、前節（3.2.）で確認した特殊性が商標機能論に係る判断に影響を及ぼしていると考えられる旨指摘する。

(2) 先例との不整合性

まず、本判決の論理——商標使用許諾契約が解約され、契約の効力が失われた後の販売であるために、当然に商標権侵害となる——を是とした場合、これを先例と整合的に説明できるだろうか？

この点に関し、はじめに、特に本判決と事実関係が近接する前掲知財高判令和3年5月19日〔2UNDR〕について検討する。〔2UNDR〕の事案の概要は以下のとおりである。

日本の商標権者と実質的に同一主体である外国商標権者（ランピオン社）と契約した外国代理店（Mゴルフ社）が、ランピオン社の製造した商品の納入を受け、シンガポールでの当該商品の販売を行うことになっていた。しかし、Mゴルフ社は、代理店としての活動をほとんどしていなかったため、契約を解除された。なお、これに付随して、同事案では、契約解除後の販売禁止特約も付されていた。しかし、被告は、ランピオン社とMゴルフ社との間の契約が解除された後すぐにMゴルフ社の在庫商品を買取り、日本へ輸入・販売した。既述のとおり、このような事実関係の下、裁判所は、被告の並

行輸入は日本の商標権を侵害するものではない旨の判断をした。

ここでいま、契約の効力が終了したという一事をもって商標権侵害を肯定する立場に立つと、[2UNDR]において商標権侵害不成立の帰結を導き出すのが困難となる。すなわち、上記のとおり、M ゴルフ社から被告への商品の販売はランピオン社との代理店契約解除後であるために、契約の効力の存否をメルクマールとすると、被告が取得した商品は商標権侵害物品となる——すなわち、真正商品ではなくなる。そうすると、その非真正商品の並行輸入については、当然、商標権侵害としての違法性は阻却されないため、結論として、被告の行為は商標権侵害となるはずである。

たしかに、上記の検討にもかかわらず、なお[2UNDR]と[Pioneer]の上記論理とを整合的に解することは（困難ではあっても）不可能とまでは言えない。すなわち、[2UNDR]では、ランピオン社による製造がなされ、かつ、ランピオン社から M ゴルフ社への販売が既になされていたことから、そもそも契約の本質は販売委託契約であって、商標使用許諾契約ではなかった——すなわち、商品の品質を変容させるなどしない限り商標権侵害の問題は発生し得ず、債務不履行責任が問題となり得るのみであった——と考えることもできる²⁷⁾。しかしながら、仮にこうした相違が商標権侵害の成否にとって重要なものであったとしても、ただちに「本件のように、契約の効力の有無によって形式的に商標権侵害を判断してよい」との論理を採用するためには、なお説明が不十分である。次項では、この点について詳論する。

(3) 商標機能論に係る議論との非連続性

そもそも、フレッドペリー最判で確立された商標機能論とは、「(商標権者との契約違反があり、又は、そもそも契約関係がないために) 訴訟当事者の商標の使用が形式的には日本の商標権侵害を構成するとしても、出所表示機能・品質保証機能を害しない場合には、商標権の保護法益に対する侵害はないため、違法性が阻却される」と一般化される。そして、この抽象的な考え方自体は、並行輸入に関するものではなく、国内における商品流通の事例でも用いられている²⁸⁾。

これを要するに、商標機能論とは、商標権侵害の責任を問うためには「契約において許諾された使用ではない」ということだけでは足りず、これに加えて、出所表示機能・品質保証機能のいずれかが害されることを要求するものである。そうすると、ある行為が「契約の効力の範囲外」であることのみをもって、ただちに商標権侵害が認められると帰結することはできない。換言すると、「本件で問題となった契約解約後の在庫処分が、出所表示機能・品質保証機能のいずれかを当然に害する」という論理的必然性が求められる。以下、こうした「論理的必然性」があるのかについて検討する。

もっとも、これを検討するにあたっては、出所表示機能・品質保証機能のいずれについても、その理解を巡って議論の対立がある、という事実を認識する必要がある。

すなわち、第一に、出所表示機能——とりわけ真正商品性——に関しては、(A) フレッドペリー最判で示された第 1 要件に基づき、「商標が適法に付された」ものであれば十分とする見解と、(B)「商品が適法に流通に置かれた」ことまで要求する見解とが対立している²⁹⁾。もっと

も、この点が裁判例として問題となる事案は稀であり、両者の対立が結論に相違をもたらすことは多くなかった。既述のとおり、近時の前掲知財高判令和3年5月19日[2UNDR]では「流通時の適法性」の有無も争点となっていたが、

(A)(B)いずれの見解をとっても同一の結論が導かれていたことから、「流通時の適法性」の判断はあくまで傍論にとどまる。

他方、[Pioneer]において問題となった本件在庫商品の販売は、(A)(B)のいずれの見解を採用するかによって、結論が大きく異なるものであった。すなわち、本件在庫商品が製造された段階では商標使用許諾契約が効力を有していたため、

(A)の見解によれば、出所表示機能を害しないと評価できる。他方、本件在庫商品は、製造されて以来、商標権者の意思に基づいて流通に置かれたとは評価できないため、(B)の見解によった場合、出所表示機能を害することとなる。したがって、本判決を善解する方法としては、まず(B)の立場を暗黙裡に採用したと理解するという考え方があり得よう。しかし、従前の裁判例のほとんどは、一般論として(A)の立場を示した上で事案を解決してきた。そうであれば、これと異なる(B)の立場を採用するにあたっては、それ相応の一般論や説明を付す必要があったように思われる。

もっとも、従前の裁判例と同じく(A)の見解を前提にしつつも、「別途、品質保証機能が当然に害されるために、特段の説明を付すことなく、商標権侵害を認めた」とする理解も、論理的にはあり得よう³⁰⁾。しかし、商標権者の意図した(＝商標使用許諾をしていた)時期に販売されていないからといって、ただちに品質保証機能が害されるとは言えない。すなわち、製造時から販売までの間に品質劣化のおそれがあったり、

在庫管理の方法により品質が維持されていない可能性があるなどといった事情のない限り、品質保証機能は害されない。そして、本件で問題となった商品はオーディオ機器類であり³¹⁾、通常の管理方法によれば、品質の劣化は考えにくい。さらに、本件の商標権者自体、契約解約後も半年の間は在庫処分を認めていたことに鑑みると、その期間を過ぎた後の販売であるからといって、品質保証機能が当然に害されることとなるとは言えないように思われる。

以上の次第により、商標機能論に係る従前の議論との連続性という観点からも、使用許諾契約の効力が失われているからといって、形式的に商標権侵害を認めるといった論理は、少なくとも説明不足と評価せざるを得ない。したがって、本判決を善解するのであれば、前節(3.2.)で確認した本件事案の特殊性に起因して、商標の機能を害されたと考える必要がある。すなわち、本件は並行輸入が問題となった事案ではないこと——本件における商品の流通は国内で完結していること³²⁾、本件被疑侵害者はライセンサー本人であって、ライセンサーとは異なる輸入業者の責任が問われた事案ではないこと——、又は、本件在庫商品の処分権限は製造時からずっと被疑侵害者に帰属していたこと——商標権者の意思に基づく流通が認められないこと——のいずれかが、商標機能論による違法性阻却法理に影響をもたらしたと考えることになる。次節では、その当否について検討する。

3.4. 商品の製造者による国内流通と商標機能論

(1)問題の所在

既述のとおり、本判決は、商標使用許諾契約が解約された後の在庫処分が商標の機能を害す

るか否かについて、(少なくとも判決文中では)十分に検討しなかった³³⁾。もっとも、商標機能論に関する判例・裁判例をはじめから等閑視したというわけではない。すなわち、本判決は、契約の効力が失われた後の在庫処分であることを理由に商標権侵害を認めたことに続けて、従前の商標機能論に関する(並行輸入の適法性が争われた)判例・裁判例と本件とでは事案が異なる旨指摘する。これを具体的に言えば、並行輸入に関する先例は、被疑侵害者とは別の外国ライセンシーが契約に違反して製造・販売した商品の輸入・販売が問題となったものであるのに対し、本件では「かつて商標の使用を許諾されていた者自身の行為の違法性が問われている」として、その他に特段の理由を付することなく、商標権侵害を肯定した。

たしかに、裁判所の述べるとおり、並行輸入に関する諸裁判例と本件とで事案が異なることは疑いない。しかし、そのことを理由に、商標の機能を害するか否かの判断過程を示すことなく、結論を導くことが正当化し得るのだろうか?より進めて言えば、商標機能論の文脈で(国内で完結する事案であっても)踏襲され、あるいは、微修正されてきた、フレッドペリー最判における三つの要件(以下、これを「三要件テスト」とする)を用いて、商標の機能を害するか否かを判断する必要はなかったのだろうか?

先述したように、出所表示機能・品質保証機能のいずれについても、その外延はいまだ不明確であり、これら機能を害するか否かを直截に判断することは困難である。そうであれば、仮に、従前の並行輸入に関する事例と本件との相違が三要件テストの援用を妨げる程のものでないのであれば、長きにわたって構築されてきた三要件テストを基礎としつつ、事案に応じた修

正を加え、商標権侵害の成否を判断する指標とすることが、(最善ではないとしても)次善の策であったように思われる。

このような問題意識の下、本節では、まず「本件の事実関係において、『三要件テスト』又は『修正された三要件テスト』を援用することが妨げられるのか」を検討する。結論を先に述べれば、商標機能論の趣旨に鑑みると、並行輸入に関する事案ではないことそれ自体は、三要件テストの援用を妨げるものではない。その上で、三要件テスト(又はその修正)の下で本判決の結論を正当化するためには、どのような論理付けが考えられるかを検討する。

(2) 商標権侵害の判断枠組み

——三要件テストの不採用の可否——

本件において三要件テストを採用し得なかったのかを検討する前提として、まず、フレッドペリー最判の理論的位置付けを明確にする。

既述のとおり、フレッドペリー最判は、商品の並行輸入は形式的には商標権侵害となり得るものの、商標の出所表示機能・品質保証機能を害しない場合には、商標権侵害としての実質的違法性を欠くとして、侵害が否定される旨の一般論を提示した。その上で、当該事案において商標の出所表示機能・品質保証機能を害しないための要件として、次の三要件(三要件テスト)を提示した。すなわち、真正商品の並行輸入が商標権を侵害しないと言えるためには、①商標が適法に付されたこと、②内外権利者が経済的に同一主体と同視し得ること、③国内権利者による品質管理が直接的又は間接的に及ぶことにより、実際の品質の差異がないと評価されることが求められる。(フレッドペリー最判直後の事例は別論、)近時の裁判例の多くは、この三要件

テストをそのまま引用し、適用している³⁴⁾。また、事案に応じて各要件を修正する裁判例も複数存在し³⁵⁾、学説上も、積極的な評価を受けている³⁶⁾。もちろん、並行輸入に関する全ての事例が三要件テストを用いているわけではない。すなわち、真正商品でないことや実際の品質の差異があることが容易に認定できるために出所表示機能・品質保証機能を当然害すると評価できる事案においては、三要件テストを引用しないものもある³⁷⁾。もっとも、ここまで検討してきたように、従前の裁判例との対比によれば、本件は侵害の成否が不明確な領域に属する事例と位置付けられ（3.2. (2) 参照）、かつ、実質的にも、商標の機能を害するか否かは判然としない（3.3. (3) 参照）。したがって、三要件テスト（あるいは、これを修正したもの）か、それに類する新たな具体的判断基準が提示されることが望ましい。

もちろん、先に述べたように、本件と従前の並行輸入に関する事案との相違が三要件テストを採用することを妨げる程のものであれば、このような考え方は採り得ない。しかし、次に論ずるように、本件事案の下でも、三要件テストを修正した基準を適用することは可能なように思われる。すなわち、並行輸入に関する典型的な事案と本件との相違点として重要なものとしては、①涉外要素を含むか／国内で完結しているか、②被疑侵害者とライセンシーとが異なる主体であるか／同一主体であるか³⁸⁾、が挙げられるところ、以下見るように、これらは三要件テストの採用を妨げる理由とならない。

まず、①については、フレッドペリー最判の第1要件における「外国における」という要素が除かれる／第2要件が問題とならなくなる、という限度で三要件テストを変動させるものの、

第1要件・第3要件で要求される真正商品性・品質管理可能性には影響をもたらさない。このことは、実際に、国内で完結する商標権侵害事例でも同様の考え方が採用されていることから明らかである³⁹⁾。

次に、②についても、三要件テストを揺るがすものではないように思われる。

たしかに、並行輸入のように被疑侵害者がライセンシー本人ではない場合、商品を購入し、輸入する段階では、過去にライセンス条項違反があったか否かを認識し難いこともある。その場合、商品流通過程で細かなライセンス条項違反があったことを根拠に（適法であると信じて販売したにもかかわらず）商標権侵害の責任を負わされるのは、善意の転得者にとって酷とも評価し得る。一方で、本件のように、過去のライセンシーと被疑侵害者が同一主体であれば、あらゆるライセンス条項違反について、それを回避する法的責任は当然に帰属する。したがって、上述した懸念は生じない。なるほど、そうすると、前者については、多くの場合、商標権侵害に基づく責任帰属の可能性を低下させる必要がある。翻って、本件のような事案では、三要件テストが適用される場合よりも広範に商標権侵害の責任を問う、という考え方もあり得ないではない。

もっとも、このように「ライセンス条項違反の事実を知り得る状態にあるか否か」という観点からの調整がなされるのは、（とりわけ、一般不法行為とは異なり、違法性が認められる範囲（＝権利侵害）が客観的に定まりやすい知的財産権侵害のケースにおいては、）有責性の次元ではないか。このことは、並行輸入の事案において、同種の考慮が「過失」の問題として扱われていることによって裏付けられる。すなわち、

「フレッドペリー」では、製造地制限条項・下請条項に違反して製造された商品であることを被告（輸入業者）は知らなかった旨の主張がなされていた。これに対して、最高裁判所は、関税法の規定に基づき、輸入業者には製造地の確認義務が発生する旨の個別具体的な事情を考慮し、過失の推定が覆滅されないことを認定している。以上の事実を鑑みれば、被疑侵害者の主観を基礎とする取扱いの相違は、有責性で議論されるべきである。

他方で、三要件テストの役割は、最判の理論的位置付けからも明らかなように、あくまで違法性の問題である。実際に、三要件テストにおいては、いずれも被疑侵害者の主観や行為態様に関する要素が見られない。要するに、「まず、三要件テストによって権利侵害を判断するにあたっては、被疑侵害者の主観といった有責性に係る事情は捨象される。これら主観的事情は、損害賠償請求が認められるか否かという段階ではじめて個別的に考慮される」と理解することが相当である。そうすると、上記述べたような、②被疑侵害者とライセンシーとが異なる主体であるか／同一主体であるかという有責性に関わる事情の異同をもって、三要件テストの採用が妨げられるということはない。

以上によれば、並行輸入に関する事例と本件とで事案が異なるからといって、フレッドペリー最判が示した「三要件テスト」又は「修正された三要件テスト」を採用できないということはない⁴⁰⁾。もちろん、このことは、三要件テストとは全く異なる、国内事案特有の判断基準を用いることを否定するものではない。しかし、先述したように、出所表示機能・品質保証機能を害するか否かの直接的な判断基準が他に得られていない以上、まずは従前の裁判例で確立さ

れた三要件テスト（に適宜修正を加えたもの）に基づく検討が有益であろう。

次項では、このような理解を前提に、本判決の結論を説明付けるためにはどのような判断基準が用いられるのか——三要件テストをそのまま用いることは可能か。仮にそれができないうしたら、どのように三要件テストを修正すべきか——、そのような判断基準は理論的に正当化し得るものなのか、について検討する。

(3) 商標権侵害の判断基準の再構成

本項では、以下のとおり、本判決について検討する。すなわち、①もし仮に、フレッドペリー最判で提示された三要件テスト（のうち渉外的要素を除いたもの）をそのまま用いた場合、本判決と同様の帰結が導かれるか／導かれないとしたらどの要件が問題となるかを明らかにし、②三要件テストをどのように修正したら本判決の結論を説明付けることができるか示し、③その修正が（積極的に支持できるか否かはともかくとして、）理論的に正当化し得るものかを論ずる。

○判断基準に係る仮説の提示

そこで、まず①について検討すると、三要件テストをそのまま用いるのでは、本判決の結論を導くことができない。すなわち、既に述べてきたとおり、第1要件（「当該商標が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⁴¹⁾」）は、製造が適法になされたことで足りると解されており、本件と問題状況の一部を共有する「2UNDR」も、製造が適法になされたことをもって三要件テストの第1要件充足を認めている⁴²⁾。加えて、第3要件についても、（少なくとも出所表示機能との関係では）

第1要件・第2要件が具備されれば直ちに「(狭義の)品質管理可能性」を認める見解が多数である⁴³⁾。さらに、3.3.(3)でも論じたように、本件で品質保証機能が害される——第3要件に即して言えば、「実際の品質の差異」が認められる——ことを基礎付ける事実は認定されていない。そうすると、本件に三要件テストをそのまま用いると、本判決とは異なり、商標権侵害が否定されることとなる。したがって、素の三要件テストは、本判決の結論を説明する論理として適当でない。

これに対して、「適法に付された」を規範的に解釈し、本件のような事実関係の下では「実質的には適法に付されていない」と認定するのであれば、三要件テストを維持しても問題はないと考えられる⁴⁴⁾。しかし、「どのような場合に出所表示機能を害するか」を判断するための(比較的)明確な基準に対して、このように文言の素直な理解から離れたあてはめをすることは妥当であろうか?既に論じたように、三要件テストの修正の可能性は認められている以上、敢えて三要件テストを維持する必要はなく、修正された三要件テストを採用すれば足りるように思われる。

②そうすると、本判決の結論を説明付けるためには、少なくとも第1要件を修正する必要がある。そして、修正方法の一つの候補として、第1要件の「適法に付された」の部分「適法に流通に置かれた」と修正するものが考えられる。このように考えれば、本件では、商標権者又は商標権者の許諾の下で「適法に流通に置かれた」事実が認められないため、第1要件不充足として、商標権侵害成立の結論を導き出すことができる。

○判断基準の理論的正当性

③もっとも、結論を説明できることと、その基準が理論的に正当化し得ることは別問題である。これを考えるにあたっては、(A)本件のような事案において、三要件テストを修正して商標権侵害を認める積極的な理由を提示できるか(必要性)、(B)上記のような修正をすることによる弊害は発生しないか(許容性)を検討する必要がある。

まず、(A)について、そもそも「三要件テストをそのまま適用し、本件のような事案で商標権侵害を否定する」と結論付けてはいけないのだろうか?換言すると、商標権者のライセンス条件下で製造された商品について、(品質劣化のおそれなどが無い限り、)その後の流通は自由になされるべきとする帰結は、果たして妥当性を欠いているのだろうか?

この帰結については、本判決が導き出した結論と同じく、「妥当でない」と評価することも可能であろう。すなわち、上記のような帰結を容認した場合、許諾期間終了前に在庫を大量に確保した上で、許諾期間終了後に販売し続けることが可能となってしまう。これにより、商標権者が「出所」となることを意図した範囲を超えて、大量の商品が市場へ流通するのを許容することとなる⁴⁵⁾。(製造数量や製造された商品の管理についてのコントロールが及んでいるか否かにも依存する(前注(1)参照)が、)最大数量制限条項に違反して製造された商品は「真正商品」ではないとする見解が比較的多数を占めること⁴⁶⁾、本件在庫商品は販売後のアフターサービス需要が認められる商品であることに鑑みると、商標権者による商品の品質管理体制を侵す(=商標の出所表示機能を害する)ものとして、商標権侵害を肯定すべきと考えることにも理が

あると言えよう⁴⁷⁾。そして、このような立場に立つのであれば、(A) 三要件テストを修正して商標権侵害を肯定することの必要性は認められる。

もっとも、上記懸念については、「商標権侵害を認めなくても、債務不履行による救済が認められるため、問題は生じない」旨の反論が考えられる。すなわち、そもそも契約解釈の問題として「契約関係が終了した後は商品の販売をしない」という債務が認められる。それゆえに、契約が解約された後に商品を販売した元ライセンサーに対しては、その商品を販売しないという不作为債務に違反するとして、商品の販売の停止や（既に販売したものについては）損害賠償を請求することができる。このように、商標権侵害を認めた場合と同様の帰結が導かれるのであるから、三要件テストを修正までして商標権侵害を認める必要はない、という反論である。たしかに、[Pioneer]における被疑侵害者は上記債務を負っている元ライセンサーであるため、本件事案の解決としては、敢えて商標権侵害を認めなくてもよいと帰結することは可能であろう。しかし、これを一般論として考えると、複数の問題を指摘することができる。すなわち、第一に、債務不履行構成で救済を図る場合には、損害額の推定規定を（少なくとも直接適用という形では）用いることができなくなる。第二に、債務不履行に基づく救済では善意の転得者による商品の転々流通を妨げることができず、結果として、商標の出所表示機能を損ねる商品が市場に流通し続けるという問題が発生し得る。したがって、(そもそも商標の機能を害しないとする批判は別論、)債務不履行が認められることを根拠とする主張は、商標権侵害を否定する論理として十分ではない。

以上のとおり、(A) 本件のような事案で三要件テストを修正することの必要性は、一応認められる。他方で、(B) 第1要件を「適法に流通に置かれた」と修正することによる弊害は許容し得るものだろうか？

ここで検討されるべき弊害の内容としては、次の2つのものが考えられる。すなわち、第一に、どのような場合に「適法に流通に置かれた」と修正されるべきかが示されなければ、「商標は適法に付されたものの、当該商品は適法に流通に置かれてはいない」事案——すなわち、三要件テストをそのまま用いれば第1要件充足が認められる事案——で商標権侵害が認められるか否かが明らかでないという問題（基準修正面の不明確性）、そして第二に、「適法に流通に置かれた」という基準は「適法に付された」よりも幅のある規範的な概念であるために、個別具体的な事例における該当性判断の結果が明らかでないという問題（基準適用面の不明確性）が考えられる。そして、これらの不明確性により、紛争当事者となり得る者の予測可能性を欠くという弊害が生じてしまう。しかし、「必要性」に関する議論に鑑みて基準の修正・基準の適用を行えば、これらの弊害はいずれも解消可能である。

まず、基準修正面の不明確性に関しては、次のような対応が可能である。すなわち、「本件のような事案においてなぜ三要件テストを修正すべきか」という根拠に立ち返り、「同様の根拠が当てはまる事案では、等しく『適法に流通に置かれた』と基準を修正する」とすればよい。具体的に言えば、本件では、商標の製造時から販売時までの間の契約違反（本件解約合意に反する本件在庫商品の処分）が争われており、「適法に付された」という基準をそのまま用いたので

は商標の出所表示機能を害する状況を排除できないことが問題となっていた。これと同じように、商品の製造時には適法であったものの、販売までの間に契約違反事由が発生したケース一般について、三要件テストを修正した「適法に流通に置かれた」基準を用いると解すれば⁴⁸⁾、明確な線引きをすることができ、基準修正面の不明確性という弊害を解消できる⁴⁹⁾。

もっとも、このような線引きは明確である一方、「適法に流通に置かれた」基準を用いるべき事案類型を増大させる。それゆえに、こうした対応は、基準適用面の不明確性という弊害をより深刻なものとさせ得る。

しかし、基準適用面の不明確性に関しても、(A)の議論から演繹的に考えれば、解消可能である。すなわち、そこで商標の出所表示機能を害するのではないかと問題視された要素は、「商標権者が『出所』となることを意図した範囲を超えて、大量の商品が市場へ流通する」ということであった。このことに鑑みれば、商標権者が「出所」となることを容認した範囲内で市場に流通した商品は、その販売行為がライセンス条項に違反するものであったとしても、「適法に流通に置かれた」と評価される。

そして、このように考えれば、「(適法に流通に置かれた)基準を用いるべきと考えられる)

[ボディグロヴ]における販売地域制限条項違反は商標権侵害にならないのに対し、

[Pioneer]における許諾期間終了後の販売は商標権侵害を構成する、という結論の相違も説明可能である。すなわち、販売地域制限条項に違反するライセンシーであっても、当該条項に違反しない地域では商品の販売が可能である。換言すると、商標権者が、自らの意思に基づいて、ライセンシーによる商品の（どこかの地域にお

ける）市場への流通を積極的に許諾している。それゆえに、市場に流通する商品の総量に関して商標権者の意図した範囲を超えたとは評価されない。他方、[Pioneer]で問題となった商標使用許諾期間が終了した後の製造業者本人による販売については、商標権者の意思に基づく市場への流通が認められず、市場に流通する商品の総量に関して商標権者のコントロールが全く効かなくなっている⁵⁰⁾。

また、これと同様の考え方に基づくと、契約解除後の販売が問題となり、かつ、商標権侵害を否定した[2UNDR]との関係も、説明付けることができる。すなわち、[2UNDR]においては、[Pioneer]と異なり、商品の製造は外国商標権者が行っていた。それゆえに、市場に流通する商品総量のコントロールは、外国商標権者によってなされていた。他方、[Pioneer]では、商品の製造もライセンシーが行っており、市場に流通させる商品の総量に係る商標権者の意思決定の機会が保障されていない。要するに、「商標権者が『出所』となることを意図した範囲を超えて、大量の商品が市場へ流通する」ことを重要視するのであれば、[ボディグロヴ][2UNDR]と[Pioneer]とは、商標の出所表示機能に影響を及ぼす要素において、事案が異なると評価できる。

以上をより一般化すると、上記各事例の相違は、「商標権者の積極的意思に基づいて、商品の製造主体（又はそれと同視し得る主体）から別の主体へと商品の処分権限が移転した」か否かという点に求めることができる。そして、この相違点は比較的明確であるために、これを「適法に流通に置かれた」か否か判断するためのメルクマールとして用いれば、基準適用面の不明確という弊害も解消できる⁵¹⁾。

○本判決の理論的位置付け

本項の議論をまとめると、次のように表すことができる。まず、本件のような「商品の製造時には適法であったものの、販売までの間に契約違反事由が発生した」事案において商標権侵害との結論を導き出すためには、三要件テストをそのまま用いることはできず、第1要件を「適法に流通に置かれた」と修正することが相当である。また、この「適法に流通に置かれた」に該当するか否かは、「商標権者の積極的意思に基づいて、商品の製造主体（又はそれと同視し得る主体）から別の主体へと商品の処分権限が移転した」を基準に判断することで、結論の予測可能性・法的安定性が担保される。そして、上記のような考え方によれば、事案が類似する[ボディグローヴ][2UNDR]では商標権侵害が否定されたにもかかわらず、本判決では商標権侵害との結論が導かれたことについて、一貫した説明をすることができる。

なお、このように理解した場合、本判決は、[2UNDR]に対して、次のような理論的意義を有すると評価できる。すなわち、[2UNDR]は、三要件テストを修正する余地を示し、特に第1要件を「適法に流通に置かれた」こととした点で画期的であった一方で、事案としては「適法に付された」という要件でも同一の結論を導き出すことができる事案——すなわち、「流通時の適法性」への修正はあくまで傍論と評価されるもの——であった⁵²⁾。他方、[Pioneer]は、「適法に流通に置かれた」という修正された三要件テストに基づかなければ、商標権侵害との結論を導き出すことができない事案である。したがって、本判決は、判旨における言及は欠いているものの、(上記判決の理解が正当である限り、)フレッドペリー最判以来、はじめて「流通時の

適法性」を要求した事例として位置付けることができる。

先に述べたように、(少なくとも[2UNDR]以前においては、)真正商品性について「製造時の適法性」で十分とする見解が多数を占めていた⁵³⁾。そのような中で「流通時の適法性」を要求したと解し得る本判決は、商標機能論の外延を再考するための一つの契機となるのではないか。

4. むすびにかえて ——今後の展望——

以上論じてきたように、商標使用許諾契約が解約された後の在庫販売が商標権を侵害するかどうかを判断するにあたって、使用許諾契約の効力が失われていること／並行輸入に関する先例とは事案が異なることに基づいてただちに商標権侵害を認めることは、妥当でない。しかし、結論として商標権侵害を認めたことについては、商標機能論の観点から、理論的な説明を付けることが可能である。

最後に、この検討から派生して、2点、今後の課題を指摘しておきたい。

第一に、商標権の効力範囲や商標使用許諾契約の効力が及ぶ範囲を、商標機能論の観点から再考する必要があるという点である。従前、商標使用許諾契約において、「物的範囲・地理的範囲・時間的範囲」について限定を付すことができる——換言すると、これら限定に反した商標の使用は当然に商標権侵害を構成する——と考えられていた。しかし、3.4.(2)で検討したように、並行輸入であるか／国内での使用許諾を受けた当事者による行為であるかという相違は、(違法性に関する限り)商標権侵害の評価に影響をもたらさない。したがって、国内のライセ

ンシーによる使用であったとしても、商標機能論の観点から、一貫して侵害判断がされるべきである⁵⁴⁾。そして、このような前提に立つと、物的範囲は別論、「地理的範囲・(販売の) 時間的範囲」にかかる限定に反したとしても、必ずしも商標権を侵害するとは限らない。例えば、(国外ではあるが) 販売地域制限条項に違反して流通した商品は、商標の出所表示機能を害しない「真正商品」と理解されることが一般的であることに鑑みると、日本国内で完結する商標使用許諾契約においても、「東日本での販売しか許諾していないから、ライセンスによる西日本での販売は商標権を侵害する」と単純に帰結することはできないのではないかと⁵⁵⁾。今後、このような視点から、商標の機能への影響を考慮しつつ、どのような契約違反が商標権侵害を構成し／どのような契約違反は単なる債務不履行が問題となるにとどまるのかについて検討を進めていく必要があるように思われる。

第二に、商標法における「出所」の意義に関するものである。本稿では、3.4. (3) において、市場に流通する商品の総量について商標権者のコントロールが及ぶべきと考えれば、本判決の結論を理論的に正当化する余地がある旨論じてきた。しかし、こうした論理が積極的に支持できるものであるか否かについては、私見を留保

したい。先述したように、商標機能論は、並行輸入や商品の詰替え・改造などといった実質的違法性の有無に関するものだけではなく、商標の使用許諾契約の範囲や商標権の効力範囲にも影響を及ぼし得る、商標法の根幹——特に「出所」をどのように理解するか——に関わる概念である⁵⁶⁾。したがって、(本稿のように) 並行輸入・在庫処分といった商標権侵害の一側面に着目して商標機能論や「出所」の外延を描き出そうとするのは相当でなく、登録局面や取消審判、商標の移転、商標的使用の有無や権利濫用の抗弁の成否、商標権侵害に基づく「損害」の捉え方など、商標法上のあらゆる側面を視野に入れた総合的な検討が必要となる⁵⁷⁾。本稿の議論がその一つの足掛かりとなれば幸いである。

[付記] 本研究は、日本学術振興会国際共同研究事業英国との国際共同研究プログラム (JRP-LEAD with UKRI) JPJSJRP20211703, JSPS 科研費 JP22K20095, JP23K12398 の助成を受けたものである。また、草稿について、阿部冬星先生、阿部光利先生、謝徳堃先生、杉本優太先生、園部正人先生、高野慧太先生、橘雄介先生、森綾香先生および山本真祐子先生(五十音順) からご意見をいただいた。記して感謝申し上げる。

注)

- 1) ただし、ここでいう「事前の承諾」や「報告、対応、改善」が具体的にどの程度のものか、どのような頻度で行われることを想定したものかなどは、判決文および閲覧可能な訴訟記録から明らかでない。
- 2) その後、X は最高裁判所に上告受理申立てをしたところ、令和 6 年 4 月 18 日付で不受理決定(令和 6 年(受)第 356 号) がなされ、本判決は確定した。
- 3) 小野昌延=三山峻司編『新・注解商標法(上巻)』960 頁(青林書院, 2016) [南川博茂], 小野昌延=三山峻司『新・商標法概説』286 頁(青林書院, 第 3 版, 2021), 平尾正樹『商標法』446 頁(学陽書房, 第 3 版, 2022), 金

井重彦=鈴木将文=松嶋隆弘編著『商標法コンメンタール』527 頁(勁草書房, 新版, 2022) [松井宏記] など参照。これら文献においては、(半ば当然のことと考えているためか) 上記各範囲に反する使用がなされたとき商標権侵害が認められるか否かについて、記述がない。これに対して、高部真規子『実務詳説 商標関係訴訟』356 頁(きんざい, 第 2 版, 2023) は、契約違反が商標権侵害を構成するか否かは契約条項の個別的な解釈によって判断されるべきとする。

- 4) 他方、ライセンス料の不払いは、商標使用許諾契約の本質的条項に違反するものではないとして、商標権侵害とはならず、単に債務不履行責任を生じさせるにと

どまると考えられている（高部・前掲注（3）357頁参照）。

- 5) 後注（20）参照。
- 6) 原判決では、本文に述べた根拠のほか、「商標使用許諾条件下にない状態での販売は正規の流通ではなく、かつ、商標権者による品質管理が及ばないため、出所表示機能・品質保証機能を害する」旨の判示もしていた。しかし、本判決においては、この部分の判示は削除された。
- 7) 小松陽一郎「並行輸入と商標権の侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『新商標法の論点』281頁、312-313頁（商事法務，2007）は、商品の製造後に商標使用許諾契約が解約されたという類型について問題を提起するが、具体的な回答はなされていない。
- 8) 岡伸浩ほか編著『破産管財人の財産換価』440頁（商事法務，第2版，2019）（「……破産管財人がOEM生産品の在庫を委託者の同意なく第三者に売却し得るのは、商品の外観や品質等を損なわずに委託者の商標を取り除けるような例外的な場合（委託者の商標がシールで貼付されていて容易に取り外せる場合など）に限られ、そのような事情がなければ、換価は断念し廃棄することもやむを得ないと思われる。」）〔柴田義人=玉城光博〕参照。また、こうした解釈を前提に、契約が解約された場合には在庫商品の引渡し、廃棄を義務付ける条項を定める例が多いとされる（大阪弁護士会知的財産法実務研究会編『知的財産契約の実務 理論と書式——意匠・商標・著作権編』137頁（商事法務，2022）参照。また、知的財産権一般に関する記述であるが、齋藤浩貴『ライセンス契約の理論と実務——新時代ビジネスの知財活用戦略』11頁（青林書院，2024）も同旨）。
- 9) 並行輸入の文脈ではあるが、流通に置くつもりがなかった不良品の輸入販売につき、商標権侵害を認めた事例として、東京地判平成22年8月31日（平成21年（ワ）第123号）〔カルティエ〕参照。
- 10) なお、〔genki21〕は、著作権侵害が否定された後の一般不法行為責任を広く否定した（と解される）最判平成23年12月8日民集65巻9号1569頁〔北朝鮮映画〕より前の事例である。それでは、これが〔北朝鮮映画〕以降に生じた事例だった場合、どのように考えられるだろうか？周知のとおり、知的財産権非侵害行為に対する一般不法行為法上の補充的保護が〔北朝鮮映画〕によって制限されるのはどのような場合かについては、様々な議論がある（島並良「知的財産法の規律対象——判例の統合的理解に向けて」『知的財産紛争の最前線（L&T別冊）』5号41頁（2019），上野達弘『知的財産法と不法行為法』の現在地）日本工業所有権法学会年報45号190頁（2021）など参照）。もっとも、従前の裁判例の傾向に鑑みれば、〔genki21〕においては、（不正競争防止法2条1項1号が対象とする法益とは区別して）重大な悪質性が認められない限り、一般不法行為法による保護は認められないこととなろう。なお、この論点に関する私見につき、拙稿「判批〔ローラーステッカー〕」富大経済論集69巻1号137頁、154-172頁（2023）参照。
- 11) 並行輸入という涉外的要素が含まれない国内事案において、フレッドペリー最判以降、違法性阻却自由としての商標機能論が直接の争点となった事例は、管見の限

り、商品の詰替えや改造に関するものを除いて存在しない。したがって、本項では、並行輸入に関する事例のみを整理する。

- 12) 本項の整理は、拙稿「判批〔2UNDR〕」六甲台論集法学政治学篇68巻2号67頁、75-77頁（2022）に基づきつつ、本件の事実関係に照らして再構成したものである。
 - 13) なお、並行輸入が商標権侵害となるか否かを争点とする事例は、本項に掲げるもののほかにも複数存在する。すなわち、内外権利者が実質的に同一の主体と認められるか否かが問題となった事例や、外国と日本とで品質管理やブランド戦略に隔たりがあるため品質保証機能を害するとした事例である。これらは、（本稿が特に焦点を当てる）フレッドペリー最判の第1要件ではなく、それぞれ第2要件・第3要件が問題となった事例と位置付けることができる。
 - 14) フレッドペリー最判以前の事例であるが、東京高判平成14年12月24日判時1816号128頁〔フレッドペリーII〕。
 - 15) 高部真規子「判解〔フレッドペリー〕」最判解民事篇平成15年度74頁、113-115頁（2006），廣田美穂「判批〔2UNDR〕」知財管理72巻7号839頁、851-853頁（2022）など参照。
 - 16) 東京高判平成15年9月25日（平成14年（ネ）第1747号，平成15年（ネ）第891号）〔OP〕，東京地判平成18年12月26日判時1963号143頁〔BURBERRY〕，東京地判平成22年3月16日（平成19年（ワ）第28855号）〔BVLGARI〕，東京地判平成22年11月10日（平成20年（ワ）第22305号）〔Champion〕，東京地判平成29年3月30日（平成28年（ワ）第12829号）〔セラコト〕。
 - 17) 東京地判平成15年12月18日判時1852号140頁〔puma〕。
 - 18) 最判平成15年2月27日民集57巻2号125頁〔フレッドペリー〕。
 - 19) なお、日本における商標権者と外国代理店との契約関係が終了した後に製造、販売された商品の並行輸入について、フレッドペリー最判が示した第1要件該当性には言及せず、第2要件（同一人性）を欠くとして商標権侵害を認めた事例として、東京地判平成15年5月28日（平成14年（ワ）第6889号）〔Canadian Maple Syrup〕参照。
 - 20) このような観点から、「真正商品」か否かの判断では「製造時の適法性」のみが問題となり、製造後の契約違反は問題とならないとする見解として、高部・前掲注（15）110-111頁，宮脇正晴「判批〔フレッドペリー〕」立命館法学290号877頁、890頁（2003），板倉集一「判批〔ボディグロウヴ〕」知財管理54巻9号1353頁、1357頁（2004），立花市子「判批〔フレッドペリー〕」知的財産法政策学研究9号71頁、89-91頁（2005），堀江亜以子「判批〔NEONERO〕」判評722号28頁、30頁（2019），永田早苗「並行輸入——フレッドペリー事件最高裁判決の意義と残された課題——」高部真規子裁判官退官記念論文集『知的財産権訴訟の煌めき』298頁、302頁（きんざい，2021）など参照。
- 他方、比較的、少数説ではあるが、「出所表示主体」との関係で「真正商品」を把握すると、商標が付された

- 後の「流通の許容性も含めた総合的判断」が必要となる
とする見解として、田村善之『商標法概説』158頁（弘
文堂，第2版，2000），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頁，20-21頁（2002），渋谷達紀「判
批〔フレッドペリー〕」判評540号20頁，22頁（2004）
参照（もっとも，このうち田村教授，小泉教授の見解は，
フレッドペリー最判の第1要件の文脈ではなく，「真正
商品」性の文脈において論じられたものである）参照。
- 21) 侵害を肯定するものとして，高部・前掲注(15)114頁，
小泉・前掲注(20)22頁，宮脇・前掲注(20)890頁な
ど参照。一方，侵害を否定するものとして，堀江亜以子
「判批〔フレッドペリー〕」知財管理54巻4号647頁，
650頁（2004）参照。
- 22) 田村・前掲注(20)158頁，堀江・前掲注(21)650頁，
茶園成樹「判批〔フレッドペリー〕」知財ふりずむ2巻
20号20頁，25頁（2004），宮脇正晴「判批」中山信弘
ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』72頁，73頁
（有斐閣，2007），廣田美穂「判批〔Converse〕」知財管
理60巻6号949頁，959-960頁（2010）など参照。
- 23) 高部・前掲注(15)113-114頁，中村秀雄「製造ライセ
ンス契約に違反して作られた商品の並行輸入可否の基
準」知財管理55巻7号903頁，912頁（2005），岡本芳
太郎「判批〔フレッドペリー〕」経営と経済85巻3-4号
561頁，570-571頁（2006）参照。
- 24) 東京地判平成15年6月30日判時1831号149頁〔ボ
ディグロウヴ〕，知財高判令和3年5月19日（令和2
年（ネ）第10062号）〔2UNDR〕。
- 25) 例えば，堀江・前掲注(21)650頁は，販売地制限条
項違反の場合にも商標権侵害が否定され，かつ，最大数
量制限に違反した商品の製造が認められても商標権侵
害は否定されるとの見解を示しつつ，その一方で，「製
造許諾のみで販売権を与えられていない業者が数量制
限を超えて製造した商品を横流しする場合には当然に
商標権侵害となる」と述べる。この記述から，販売の権
限を有するか否かを，商標権侵害の成立を左右する重
要な要素として捉えていることが分かる。
- 26) 拙稿・前掲注(12)80頁参照。
- 27) 実際に，〔2UNDR〕において裁判所は，「しかし，こ
のような条項〔評釈者注：販売禁止等条項〕があるからと
いって，M ゴルフ社が本件商品の処分権限を失うわけ
ではない（……）。そうであるとする，M ゴルフ社が，
本件代理店契約解除後に本件商品を売却したとしても，
それは，M ゴルフ社との間で債務不履行という問題を
生じさせるだけで，本件商品が『適法に流通に置かれた』
という評価を覆すまでのものではないというべきであ
る。」（傍点筆者）と判示した。すなわち，そこでは，並
行輸入だけでなく，代理店契約解除が終了した後の被
告への販売行為についても，商標権侵害の問題は発生
しないことが前提にされている。
- 28) いずれも中古での商品の販売，商標が付された商品の
改造に関する事案であるが，大阪地判平成15年3月20
日（平成14年（ワ）第10309号）〔ヘルストロン〕，東
京地判平成17年12月20日判時1932号135頁〔アフ
ターダイヤモンド〕，名古屋高判平成25年1月29日

- （平成24年（う）第125号）〔Wii〕，東京高判平成29
年3月10日判タ1446号169号〔Photoshop〕，千葉地判
平成29年5月18日（平成28年（わ）第1791号）〔脱
獄 iPhone〕，長野地判平成29年8月10日（平成27年
（ワ）第36号）〔マイクロソフト〕。
- 29) 前注(20)参照。さらに言えば，「商品が適法に流通に
置かれた」ことを要求する見解の中には，何をもって
「流通」とするかで議論が分かれている。拙稿・前掲注
(12)78頁（特に脚注24）参照。
- 30) もっとも，品質保証機能が商標法の保護法益であるか
否かについては，有力な異論がある（田村善之「商標法
の保護法益」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編
『新商標法の論点』53頁（商事法務，2007）など参照。
- 31) 訴状における原告の主張によれば，在庫のほとんどは
イヤホン・ヘッドホンであった。
- 32) なお，本件在庫商品は香港の事業者が所有する香港の
倉庫に保管されているため，厳密に言えば「国内で完結」
していない。しかし，当該事業者は，あくまで，原告と
の倉庫寄託契約に基づいて本件在庫商品を保管してい
るに過ぎない。したがって，本稿においては，「国内で
完結」したものとして取り扱う。
- 33) これに対して，本件第一審において裁判所から示され
た和解案においては，フレッドペリー最判とは事案が
異なるためその射程に含まれないとしつつも，続けて，
「……本件使用許諾契約は，解約日までに本件商標を
付した商品であっても，猶予期間満了日以降は本件商
標を使用してはならないとするものである。そうする
と，現時点では，本件在庫商品について，本件商標が適
法に付されたとはいえず，本件商標の付された本件在
庫商品が取引されることは，商標権者である被告の意
図するところではないから，本件商標の出所表示機能
が害されるといえる。／また，被告は直接的又は間接的
に本件在庫商品の品質管理を行う立場にはないから，
原告が本件在庫商品を販売することにより，本件商標
の品質保証機能も害されるといえる。」（「／」は改行部
分）として，フレッドペリー最判の第1要件，第3要
件へのあてはめを行っているようにも読み取れる。
- 34) 大阪地判平成28年12月15日（平成27年（ワ）第
5578号）〔ZOLLANVARI 第一審〕，大阪高判平成29年
9月21日（平成29年（ネ）第245号）〔ZOLLANVARI
控訴審〕，東京地判平成29年9月27日（平成27年（ワ）
第32055号）〔Swimava〕，東京地判令和2年10月22日
（平成30年（ワ）第35053号）〔2UNDR 第一審〕など
参照。
- 35) 前掲知財高判平成30年2月7日〔NEONERO〕，前掲
知財高判令和3年5月19日〔2UNDR〕。
- 36) 拙稿・前掲注(12)74頁，77-79頁，青木大也「判批
〔ZOLLANVARI〕」L&T79号45頁，48頁（2018），黒
田薫「判批〔NEONERO〕」ジュリスト1520号8頁，9
頁（2018），泉克幸「判批〔2UNDR〕」L&T97号50頁，
57頁（2022）参照。
- 37) 例えば，品質の実際の差異を認定し，三要件テストを
引用することなく商標権侵害を認めた事例として，福
岡高判平成27年6月17日民集71巻2号285頁〔Eemax
控訴審〕，東京地判平成28年10月20日判時2371号
106頁〔NEONERO 第一審〕参照。

- 38) 判決文や本件第一審において裁判所から提示された和解案（「フレッドペリー事件判決は、商標の使用を許諾された者が製造した商品を仕入れて輸入する行為の違法性が争われた事件であり、本件のように、直接の契約当事者であるライセンサーとライセンシーとの関係について判断したものではない。」）の記述に鑑みると、裁判所も、この②の相違が、フレッドペリー最判を含む並行輸入に関する事例と本件との決定的な相違であると考えているようである。
- 39) 前注（28）および同注に係る本文参照。
- 40) 実際に、フレッドペリー最判の理由付けにおいて、並行輸入が涉外取引に関するものであることや、被疑侵害者が直接の取引者ではないことは、理由として掲げられていない。これは、同じく真正商品の並行輸入が問題となった最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁[BBS]では、日本特許権の侵害が否定される場合があることの理由として「国際取引における商品の流通」という事情を考慮しているのと対照的である。他方、高部・前掲注（15）101-102頁は、[フレッドペリー]においても、「真正商品の並行輸入」を適法とした背景に「円滑な国際取引の保護」の要請がある旨論ずる。
- 41) フレッドペリー最判で示された第1要件は、「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り適法に付された」（下線筆者）である。しかし、上述したとおり、本件は専ら日本国内の事案であるため、この「外国における」という要素（および第2要件（内外権利者の同一人性））を考慮しない。
- 42) 実際に、本件においてXは、[フレッドペリー][2UNDR]を引用し、それと同様の判断基準（三要件テスト）に基づいて非侵害を主張していた。
- 43) 拙稿・前掲注（12）83頁、立花・前掲注（20）86頁、堀江・前掲注（20）33頁、田村・前掲注（30）85頁、大野聖二「判批[フレッドペリー]」判タ1154号180頁、181頁（2004）、宮脇正晴「商標機能論の再検討——品質保証機能に関する問題を中心に——」日本工業所有権法学会年報30号5頁、15頁（2006）など参照。
- 44) 本件第一審に係属中に裁判所から提示された和解案は、この趣旨を述べるものと考えられる。前注（33）参照。
- 45) 加えて、製造が適法になされた場合、理論上、許諾のない状態で商標を広告に使用するといった状態が永続し得る。というのも、真正商品の販売に伴う広告・宣伝についても、商標権侵害は否定される傾向にある（それぞれ理由付けは異なるが、前掲知財高判平成30年2月7日[NEONERO]、前掲知財高判令和3年5月19日[2UNDR]参照）からである。
- 46) 前注（21）参照。
- 47) 明確ではないが、同様の問題意識を有すると理解できるものに、平尾・前掲注（3）323頁（「商標権者が流通に置かない意思であった商品を、商標を付したまま流通に置く行為は商標権侵害とみます。この場合は、商標権者が、その意思によって、自己が責任を負う商品として流通においておらず、そのような商品が商標権者の商品であると誤認されることは、商標権者並びに需要者の利益を害するからです。」）参照。
- 48) これに対して、第1要件との関係では「商標が付された」時点での適法性で十分とする見解として、宮脇・前掲注（20）891頁（「商標が付された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〔評釈者注：第1要件の意〕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。」）など参照。
- 49) 拙稿・前掲注（12）78頁（「……『商標が適法に付されたこと』という要件（および第2要件）だけでは出所表示機能を害するケースを排除しきれない場合に限って、『適法に流通に置かれたこと』という要件を導入することが相当である。」）も参照。
- 50) これに対しては、商標権が取得されていない国における販売は法的に禁止し得ないのであるから「（どこかの地域における）市場への流通」は後者の場合もあり得る、との批判が考えられる。しかし、両者の間に認められる「市場に流通させるという商標権者の積極的な意思（使用許諾）があるか否か」という相違は、商標法が目的とする商標の信用の形成・維持にとって無視できないように思われる（関連して、著作権法・特許法とは異なり、商標法については、「ライセンス」と「権利不行使」とで性質が異なることを指摘するものに、三山峻司編集代表『知財紛争“和解”の実務』175頁（中央経済社、2024）[矢倉雄太]）。
- 51) こうした基準によると、例えば、価格制限条項に違反して（適法に製造された）商品が販売された場合には、商品の処分権限を移転させる（＝市場に流通させる）ことに関する商標権者の積極的な意思は認められるため、「適法に流通に置かれた」と評価できよう。
- 52) 拙稿・前掲注（12）77頁注22。
- 53) 前注（20）参照。
- 54) 関連して、国内／国外を問わず、商標機能論の観点から並行輸入事案と商品の改変・小分け事案とを一貫して説明しようと試みるものとして、蘆立順美「商標が付された商品の流通と商標機能論」関俊彦先生古稀記念『変革期の企業法』619頁（商事法務、2011）、同「商標機能論の検討」日本工業所有権法学会年報42号95頁（2018）参照。
- 55) この意味で、高部・前掲注（15）113-114頁の示した、「販売地域制限条項に違反してなされた商品の販売は商標権侵害を構成するため、その商品の並行輸入も商標権侵害である」旨の見解は、（結論は正反対であるものの、）理論的に一貫したものと評価できる。
- 56) 商標機能論の考え方が商標法上の様々な論点において拡張的に展開される旨論ずるものとして、大塚理彦「商標機能論の拡張」パテント73巻5号15頁（2020）参照。
- 57) 例えば、商標権の移転可能性という論点と商標の機能とを関連付けて議論する必要性を提示するものとして、洲麻依子「取引の対象としての商標——商標の機能を考える手がかりとして」神戸法学雑誌72巻3号33頁（2022）参照。また、商標権侵害事例における権利濫用法理を商標機能論の観点から再構成しようと試みるものとして、高野雄史「商標法における権利濫用法理と商標機能論」九州国際大学法学論集30巻1-2号1頁（2024）参照。