

商標法と競争

Trademark Act and Competition

泉 克 幸*

IZUMI Katsuyuki

〔抄録〕

我が国の競争政策の実現を目指す独占禁止法は、その 21 条において、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法または商標法による権利の行使と認められる行為については、独禁法を適用しない旨を規定している。この規定振りからは、商標法が他の知的財産法と同列に扱われていることが分かる。ところで、商標法は、「商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もって産業の発達に寄与」することを目的としている。「産業の発達」を目的とすることから、「文化の発展」を目的とする著作権法とは目的の点で異なっており、「産業の発達」という同じ目的を有する特許法、実用新案法および意匠法と共に産業財産権法の 1 つに数えられている。もっとも、特許法、実用新案法および意匠法は創作法に分類されるのに対し、商標法は標識法の代表的な法律である。創作法とは、独占的利用権を付することで創作者に対する創作意欲を刺激し、新たな知的財産の誕生によって産業の発達（著作権法の場合は文化の発展）という目的を達成しようという法律である。これに対して標識法は、標識について独占的利用権を認めることを通じて、当該標識に化体している事業者の信用を保護することで、産業の発達という目的を達成しようというものである。このように、目的を達成するための基本原理が、商標法は他の知的財産法とは異なっている。

特許法と比較すると、これまで商標法あるいは商標権が関係する独禁法の事例は少なく、また、関連する議論も旺盛とはいえない状況にあった。しかしながら、現実の世界では、事業者は商標（ブランド）を利用した取引や競争を活発に行っているのである。そこで、商標法は競争政策とどのような関係があるのかについて、本稿において論じることとした。その際、商標法の役割、過去の事例、公取委が策定する知的財産ガイドラインなどについて分析を加え、検討を行った。

1. はじめに

独占禁止法（以下、「独禁法」という）はその 21 条において、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」と規定する。商標法は産業財産権法の 1 つ

として、特許法、実用新案法および意匠法（以下、「特許法等」という）と並列的にあるいは同列に位置付けられている。ところで、知的財産法の分類方法の 1 つに、人間の知的・精神的活動の成果である創作物に関する創作法と、事業者が営業活動において用いる標識に関する標識法とに二分する手法がある。両者は創作物また

* 関西大学総合情報学部 教授
Professor, Faculty of Informatics, Kansai University

は営業標識という知的財産について、いずれも独占権を付与するという点では共通するが、創作法の場合は認められた独占権が創作のインセンティブとして機能し、新たな知的財産の創作を促すという基本原理を採用しているのに対し、標識法の場合は、営業活動を通じて事業者の信用が標識に化体していることを前提に、当該信用を保護すると共に、識別力を有する標識について、需要者を誤認混同から守るために独占権が認められるのであって、独占権が付与される意味が大きく異なっている。私的独占や不当な取引制限、不公正な取引方法など競争に悪影響のある行為を禁止することで、公正かつ自由な競争の促進を目的とする独禁法と、発明や著作物、商標等の特定の知的財産に対し、特定の利用行為について独占を認める知的財産法が、その究極の目的の点では大きく異ならないと、一般的には理解されている¹⁾。この意味で、産業財産権法が実現を目指す産業政策と、独禁法が実現を目指す競争政策とは、ほぼ同義ということになる。

もっとも産業財産権法のうち、特許法等の創作法と、標識法である商標法とでは、先に見たように、産業の発達という目的を達成するための基本原理が異なっている。それゆえ、商標法あるいは商標権が関連した行為に対して独禁法を適用する場合、特許法等とは異なる視点、考慮要素、評価の着眼点が必要であると思われる。

本稿は以上のような問題意識を前提に、商標法が独禁法あるいは広く競争とどのような関係にあるのかについて明らかにすることを目的にするものである²⁾。

2. 商標法の目的と競争の促進

商標法1条は「産業の発達」を、「商標を保護することにより、商標の使用する者の業務上の信用の維持を図」ることで実現しようとしている。商標を使用する者とは個人営業主や企業などの事業者を意味している。事業者が使用する商標は、自己の提供する商品や役務（以下、単に「商品」ともいう）と他の事業者の商品とを区別するという役割を超えて、継続的あるいは集中的に使用されることによって、当該商品について一定の品質やイメージを有することになる。各事業者は、可能な限り低価格かつ高品質で³⁾、自己の商品を提供することについて日々努力を積み重ねているが、その企業努力が前述した品質やイメージとして結実し、その品質やイメージが商標に化体するのである^{4), 5)}。企業努力の成果（1条にいう「業務上の信用」）の表徴である商標の無断使用は他者の企業努力の不当なただ乗り（フリーライド）であり、これを容認すれば、前述した商品を低価格かつ高品質で提供するという企業努力が行われなくなってしまう。そこで、商標法は商標について使用者に独占権を付与し他者の使用を禁じることで、企業努力が安心かつ活発に行える環境を保障しているのであり、このことが産業の発達に繋がるという考え方を採用しているのである。このような理解によれば、商標法は市場における不正な競争を排除する役割を有していると考えられる⁶⁾。

商標を保護すること、換言すれば、使用者に対して独占的な使用を認め、他者の使用を禁ずるということは、使用者にとっての利益のみならず、消費者を含む需要者にとっても利便をもたらす。すなわち、商標が適切に保護されてい

れば、以前に購入した商品あるいは広告宣伝等で目や耳にした商品を需要者が選択する際に、商標を手掛かりにして正しい製造元・販売元から提供された当該商品を手にすることが可能となる。商標法1条がいう「需要者の利益の保護」という目的は、かように、商標の保護を通じて達成されることになる。そして、この需要者（特に消費者）の利益の保護という側面は、需要者が市場における重要な取引主体であり、商品の情報を正しく受け取ったうえで自己が欲する商品を誤認混同することなく選択することができるという意味でも、商標法は市場における公正な競争秩序に寄与していると評価できる⁷⁾。

3. 商標権の行使と独禁法の適用 ——知財ガイドラインを基に

(1) 独禁法21条と商標法

公正取引委員会（以下「公取委」）は、知的財産の利用と独禁法の適用に関する一般的な考え方を、「知的財産ガイドライン」（以下「知財ガイドライン」）⁸⁾において明らかにしている。

知財ガイドラインは知的財産の全てではなく、技術に関するもののみを対象としている。具体的には、特許法、実用新案法、半導体チップ保護法、種苗法、著作権法および意匠法によって保護される技術ならびにノウハウとして保護される技術である⁹⁾。知財ガイドラインは、従来の「特許・ノウハウガイドライン」¹⁰⁾（以下「特許等ガイドライン」）から置き換えられたものである。特許等ガイドラインが直接対象としていたのは、そのタイトルが示すように特許（実用新案を含む）とノウハウであったが、それ以外の知的財産権についても、「本指針〔筆者注：特許等ガイドラインのこと〕の考え方がそのまま

適用されるものではないが、これらの権利の排他性には特許又はノウハウの場合と比べて相違がみられることから、その権利の性格に即して可能な範囲内で本指針の考え方が準用される」¹¹⁾との理解を示していた。これに対し、商標やプログラム以外の著作物などの技術に当たらない知的財産は、知財ガイドラインの対象ではないとの考え方が、同ガイドラインの作成担当官から示されている¹²⁾。

知財ガイドラインは、独禁法21条の解釈について以下のような考え方を示している；

「独占禁止法第21条は、『この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。』と規定している。したがって、技術の利用に係る制限行為のうち、そもそも権利の行使とはみられない行為には独占禁止法が適用される。

また、技術に権利を有する者が、他の者にその技術を利用させないようにする行為及び利用できる範囲を限定する行為は、外形上、権利の行使とみられるが、これらの行為についても、実質的に権利の行使とは評価できない場合は、同じく独占禁止法の規定が適用される。すなわち、これら権利の行使とみられる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、上記第21条に規定される『権利の行使と認められる行為』とは評価できず、独占禁止法が適用される。」¹³⁾

知財ガイドラインの考え方のポイントは、技術に知的財産権者の行為を、まず、「権利の行使とみられる行為」と「みられない行為」に二分

し、後者については直ちに独禁法上の評価を行い（第1段階の判断）、前者については知的財産制度の趣旨を逸脱または同制度の目的に反する（以下、「制度趣旨逸脱等する」）かという基準に照らして判断を行い、制度趣旨逸脱等する行為であれば21条にいう「権利の行使と認められる行為」には当たらず、やはり、独禁法の適用を受ける（第2段階の判断）というように、2段階で独禁法適用の可能性を判断するというものである（「2段階説」と呼ばれることがある）。知財ガイドラインが用いる技術の制限行為に対して独禁法を適用する際のこうした2段階説は、以下のとおり、商標にも基本的には準用可能である。

21条に該当するかどうかの判断をする第1段階での「外形上、権利行使とみられる行為」の具体的なものとして、ガイドラインは①技術を利用させないようにする行為、②利用できる範囲を限定する行為を指摘している。①の技術を利用させないようにする行為として知財ガイドラインは、ライセンスの拒絶（ライセンスの拒絶と同視できる程度に高額なライセンス料を要求する場合も含む）や、技術を無断利用する事業者に対する差止請求訴訟の提起を具体的に挙げている¹⁴⁾。また、②の利用できる範囲を限定する行為として知財ガイドラインは、(i) 権利の一部の許諾（ライセンス技術の利用を生産、使用、譲渡、輸出等のいずれかに限定するといった区分許諾、利用期間の制限、利用分野の制限）、(ii) 製造に係る制限（製造できる地域の制限、製造数量や使用回数の制限）、(iii) 輸出に係る制限、(iv) サブライセンス先の制限を具体的に挙げている¹⁵⁾。知的財産権の本質的特徴の1つが独占権・排他権であることに鑑みれば、①について「外形上、権利の行使とみられる行

為」として、通常は独禁法上、問題とすべきではないであろう。したがって、登録商標の使用を拒絶したり（ライセンス拒否）、無断使用する事業者に対して差止訴訟を提起することは、「権利の行使とみられる行為」に分類されることになる¹⁶⁾。②について商標法に準用するならば、

(i) 商標権の一部許諾（商標の使用を商品や商品の包装に付する行為、商標の付された商品等を譲渡・引渡し・輸出・輸入等、商標法2条3項に掲げられたいずれかの使用行為に限定するといった区分許諾、使用期間の制限、複数の指定商品のうち使用できる商品を制限する行為）、(ii) 使用地域の制限、(iii) 商標品の製造数量・販売数量の制限、(iv) サブライセンス先の制限、などが想定できる。ただし、少なくとも(ii)の商標の使用地域を制限する行為は、技術を利用した製品の製造地域を制限する行為とは同列に扱えないように思われる。地域内での競争が消滅することが特許製品と商標品とで差はないものの、特許技術のライセンスについては、ライセンシーによって新たな技術が開発される可能性があるからである。

次に、第2段階として、「権利の行使とみられる行為」が知的財産法の制度趣旨逸脱等するかという基準によって評価を行うことになる。技術に関しては「事業者に創意工夫をさせ、技術の活用を図る」という判断基準が、商標法の制度趣旨や目的については、「使用者の業務上の信用を維持すること、需要者の誤認混同を防止すること」というように置き換えることができよう。

(2) 商標の機能

2段階説の第2段階において、商標法については、商標法の「使用者の業務上の信用を維持

すること、需要者の誤認混同を防止すること」という制度の趣旨を逸脱または制度の目的に反すると認められるかを基準に判断するという点は、一般的には妥当といえる。もっとも、適切な結論を導き出すためには、商標法の制度の趣旨や制度の目的について、より明確であることが望ましい。この点に関し参考になるのは、商標法の保護対象である「商標」がどのような役割を果たすか、すなわち、商標の機能に関する議論である¹⁷⁾。

商標の最も基本的な機能は、自己の商品と他者の商品とを区別するという「自他商品識別機能」（以下「商品識別機能」）にある。商品識別機能は識別力とも呼ばれる。この商品識別機能が商標の最も基本的で本質的な機能であることは、商標法3条が、商標登録の要件として商品識別機能（いわゆる特別顕著性）の存在を求めていることから明らかである。商標には、この商品識別機能のほかに、①出所表示機能（商品の製造元や販売元がどこかを示す機能）、②品質保証機能（一定の品質を保証する機能）、および、③広告宣伝機能（出所がどこか、品質がどうかということを超えて、需要者の購買力を刺激する機能（顧客吸引力））の3つの機能が備わっていることが知られている。これら3つの機能は、商品識別機能から派生して生じる。

現実のビジネス社会では、商品の開発・育成において商標の持つ広告宣伝機能が重視されるものの、商標法の世界では保護法益と理解されていない。たとえば、高級万年筆の並行輸入について商標権侵害の成否が争点となった事例において、裁判所は次のように述べている。「商標は、ある特定の営業主の営業にかかる商品を表彰し、その出所の同一性を識別する作用を営むと共に、同一商標の附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。商標法は、商標の出所識別及び品質保証の各機能を保護することを通じて、当該商標の使用により築き上げられた商標権者のグッドウィルを保護すると共に、流通秩序を維持し、需要者をして商品の出所の同一性を識別し、購買にあたって選択を誤ることなく、自己の欲する一定の品質の商品の入手を可能ならしめ、需要者の利益を保護しようとするものである¹⁸⁾。商品が真正品である場合、その譲渡や輸入は出所表示機能および品質保証機能を害しないため、侵害とは認められないという考え方は、「商標機能論」と呼ばれる。最高裁も商標機能論を採用し、商標品の並行輸入を認めている¹⁹⁾。このように、判例は商標の3つの機能のうち、出所表示機能と品質保証機能だけを商標法の保護法益と捉えており、学説も概ねこうした判例の立場を支持している²⁰⁾。

商標の基本機能あるいは商標法の保護法益を出所表示機能と品質保証機能と捉えるならば、これら2つの機能を保護することこそが商標法の制度の趣旨または制度の目的であり、したがって、両機能の保護を隠れ蓑にして競争に悪影響を及ぼす行為やライセンス条項は商標法の制度趣旨逸脱等するものとして、「権利の行使と認められる行為」には当たらないことになる。具体的には、商標品の品質を一定レベルに保つことを目的にライセンス契約の際に挿入する原材料等の購入先の制限は、「権利の行使と認められる行為」ではあるが、当該原材料が品質のレベ

ルとは無関係の場合には、「権利の行使と認められる行為」とは評価されない。

広告宣伝機能は商標の基本機能に含まれないため、高級ブランドのイメージを保護するために、真正の商標品の並行輸入を阻止しようとする行為は、そもそも、権利の行使とみられない行為に当たると評価できよう²¹⁾。他方で、高級ブランドイメージを保護する行為が、独禁法上許されることがある。すなわち、資生堂が行う化粧品の対面販売について最高裁は、「他の商品とは区別された資生堂化粧品に対する顧客の信頼（いわゆるブランドイメージ）を保持しようとするところにあると解されるところ……顧客の信頼を保持することが化粧品市場における競争力に影響することは自明のことであるから、被上告人〔筆者注：資生堂化粧品の販売会社〕が対面販売という方法を採用することにはそれなりの合理性がある」と述べ、不公正な取引方法の拘束条件付取引（一般指定 12 項）には当たらないと判示した²²⁾。本件は、商標権が関与していない事案であるが、商標の広告宣伝機能との関係はどのように捉えることができるであろうか。これまでの検討を踏まえるならば、広告宣伝機能は商標の基本機能ではないと理解できるため、ブランドイメージの保護という目的での対面販売義務は、21 条の解釈としては「権利の行使とみられない行為」に当たり、第 1 段階の判断で独禁法の評価が許されることになるが、独禁法の評価として対面販売義務は「それなりの合理性がある」として違法性が認められないことになると思われる。この点に関し流通・取引慣行ガイドラインでは、「事業者が小売業者に対して、販売方法（販売価格、販売地域及び販売先に関するものは除く）を制限することは、商品の安全性の確保、品質の保持、商標の信用の維持等、

当該商品の適切な販売のためのそれなりの合理的な理由が認められ、かつ、他の小売業者に対しても同等の条件が課せられている場合には、それ自体は独占禁止法上問題となるものではない²³⁾」との考え方を示している。最高裁がいう「顧客の信頼（いわゆるブランドイメージ）」をガイドラインにある「品質の保持、商標の信用の維持」と捉えるならば、独禁法は商標が有するブランドイメージを手段とする競争を一定の範囲で容認しているといえよう。ただし、流通・取引慣行ガイドラインは、販売価格、競争品の取扱い、販売地域、取引先等についての制限を行っている場合には、独禁法違反（2 条 9 項 4 号（再販売価格の拘束）、一般指定 11 項（排他条件付取引）または 12 項（拘束条件付取引））に当たる可能性を指摘しているため²⁴⁾、たとえブランドイメージ保護する目的であっても、商標品の安売りを禁止することなどは違法と判断されることになる²⁵⁾。

（3）ライセンス技術利用製品の販売と商標の使用義務

前記（1）で触れたように、現行の知財ガイドラインは商標の使用について、基本的には、その適用範囲から除外している。技術取引に関連した商標の使用について記述している唯一の項目が「販売に係る制限」である。すなわち、「ライセンサーがライセンシーに対し、ライセンス技術を用いた製品（プログラム著作物の複製物を含む）の販売に関し……商標を制限する行為」は、「ライセンシーの事業活動の拘束に当たる」と述べたうえで、「ライセンサーがライセンシーに対し、特定の商標の使用を義務付ける行為は、商標が重要な競争手段であり、かつ、ライセンシーが他の商標を併用することを禁止する場合

を除き、競争を減殺するおそれは小さいと考えられるので、原則として不公正な取引方法に該当しない²⁶⁾と評価している。知財ガイドラインにおける商標の使用義務という制限行為は、特許等ガイドラインさらには運用基準にあった同様の制限行為を引き継いだものである。特許等ガイドラインは「商標等²⁷⁾の使用義務」について、以下のような考え方を示していた²⁸⁾。

- (ア) 特許ライセンス契約において、ライセンサーがライセンシーに対して、特許製品についてライセンサーが指定する商標等を使用する義務を課すことは、特許のライセンスに併せて商標等についても自己又は自己の指定する者からライセンスを受けるよう強制することによって、ライセンシーの商標等の選択の自由が制限され、市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある場合（注）には、不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定第 10 項（抱き合わせ販売等）又は一般指定第 13 項〔筆者注：現 12 項〕（拘束条件付取引）に該当）。
- (イ) ノウハウライセンス契約についても(ア)と同様である。

（注）この場合においては、ライセンシーが特許製品に自己の製造に係るものである旨表示することが制限されているかどうか等の事情も考慮される。

特許等ガイドライン、運用基準それぞれの作成担当官の手になる解説書によれば、「商標等の使用義務」には、①特許等のライセンス契約において、ライセンサーが指定する商標等をライセンシーが使用することを義務付ける場合と、②任意に締結された商標等のライセンス契約に

基づき、ライセンシーはライセンサーの商標等を使用していない特許製品等は販売しない旨を内容するもの、があるとされる²⁹⁾。知財ガイドラインが述べる「特定の商標を義務付ける行為」も、①や②の行為を前提としていると推測される。

上記行為のうち、行為②については、商標が付される商品の品質を保証するのが商標の基本機能であるから、商標が付された商品と付されていない商品との品質で同一であれば当該商標の品質保証機能は弱体化することになる。したがって、こうした事態を回避するために、ライセンサーが指定する商標を使用していない特許製品の販売等を禁止することは合理的であり、通常は独禁法違反とならないであろう。また、ライセンシーの方も、こうした制限を承知し、納得の上で特許ライセンス契約を締結しているものと思われる³⁰⁾。

特許等ガイドラインは、「特許ライセンス契約において……商標等についても……ライセンスを受けるよう強制することによって、ライセンシーの商標等の選択の自由が制限され、市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある場合」には、不公正な取引方法（一般指定 10 項（抱き合わせ販売等）または一般指定 13 項〔現 12 項〕（拘束条件付取引））に該当すると述べる。「商標等についても…ライセンスを受けるよう強制する」とは、典型的には上記の行為①のようなケースが当てはまる。違法類型として「抱き合わせ販売等」が明示されている。抱き合わせ販売等の公正競争阻害性には（i）自由競争の減殺と、（ii）競争手段の不公正さ、の 2 つがあると理解されているが、「選択の自由が制限」と記述されていることから、「競争手段の不公正さ」を想定しているのであろう。他方で、「拘束

条件付取引」の公正競争阻害性は「競争の減殺」の観点から認められるのであるが、これはライセンサーが求める商標が付された商品が、ライセンサーの商品として既に市場に存在しており、当該市場における競争事業者（ライセンシーも含まれる）の商標の使用を排除し、自己が求める商標の使用を義務付けることで、ライセンサーの当該市場における市場支配力が強化または維持されるおそれにつながる、というのが典型的なストーリーであろう。

特定の商標の使用義務については、特許等ガイドラインおよび運用基準ではいわゆる灰条項に分類されていたが、知財ガイドラインでは白条項に変更されている³¹⁾。この点に関し、特許等ガイドラインの解説書では以下のような考え方が示されている。「本制限が公正競争阻害性を阻害する場合は、特許等のライセンスに商標等のライセンスが強制されることによって、市場に悪影響を及ぼす場合であるが、実際にこのようなケースはあまりないのではないと思われる。〔中略〕当事者間の自主的な交渉の結果、ライセンシーがライセンサーの指定する商標等を付すことを選択し、ライセンサーからそのライセンスを受けたような場合は、商標等を使用していない特許製品等の販売が制限されたとしても、特に問題となることは少ないであろう」³²⁾。こうした考え方から明らかなように、商標の使用義務は、従来、灰条項に分類されていたものの、白に近い灰色であると評価されていたことが窺い知れる。そのため、知財ガイドラインでは白条項に分類が変更されたのであろう。

知財ガイドラインは、例外的に公正競争阻害性が認められる場合として、「商標が重要な競争手段であり、かつ、ライセンシーが他の商標を併用することを禁止する場合」を挙げる。「商標

が重要な競争手段であり」というのは、商品の性質上から、そのようなケースもあり得るであろう³³⁾、また、ライセンサーの求める商標の付された商品が当該市場で高いブランドイメージを既に構築しているような場合も当てはまる。そして、そのような場合に、「他の商標を併用することを禁止」すれば、ライセンシーを含む競争事業者が排除され、市場におけるライセンサーの地位が維持・強化されることになるので、こうした事態を許さない旨を、知財ガイドラインの記述は示しているものと考えることができる。

4. 具体的事例の検討

(1) 北海道新聞事件³⁴⁾

(i) 事案の概要

本件は北海道地区において「北海道新聞」を発行する北海道新聞社（以下「道新社」）が、函館新聞社（以下「函新社」）の参入を妨害する目的で行った一連の行為が、私的独占に当たると判断された事例である。道新社が行った行為の1つに、「新聞題字対策」が含まれていた。すなわち、道新社は、函館地区に新設される新聞社に使用させない意図の下に、自ら使用する具体的な計画がないにもかかわらず、函館地区で新聞を発行する場合に使用されると目される新聞題字の選定を行い、「函館新聞」など9つの新聞題字について、商標登録出願を特許庁に対して行った。その後、道新社は、商標登録出願中の新聞題字のうち「函館新聞」を函新社が使用することが明らかとなったことから、計5回にわたり、函新社に対して商標登録出願中の新聞題字「函館新聞」の使用中止を求めることなどを内容とする文書を送達した。

公取委は、「道新社は、函新社の参入を妨害しその事業活動を困難にする目的で講じた函新社が使用すると目される複数の新聞題字の商標登録の出願等の函館対策と称する一連の行為によって、同社の事業活動を排除することにより、公共の利益に反して、函館地区における一般日刊新聞の発行分野における競争を実質的に制限しているものであり、これは、独占禁止法第 2 条第 5 項に規定する私的独占に該当し、独占禁止法第 3 条の規定に違反する」と判断し、「函新社に使用させないために行った商標登録出願をすべて取り下げること」を含む、排除措置を命じた。

道新社の新聞題字対策は、以下のように特許庁の側でも対応がとられた。すなわち、道新社の商標登録出願（以下「本願」）に対し函新社は異議申し立てを行ったところ³⁵⁾、特許庁は、本願商標は商標法 4 条 1 項 7 号に規定する「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれのある商標」に該当することを理由にこれを認め、本願を拒絶した（原拒絶査定）。道新社はこれを不服として、原査定の取消しを求める審判を特許庁に請求した。しかしながら、特許庁は本願商標が 4 条 1 項 7 号に当たると再度判断し、道新社の商標登録出願を認めなかった（本件審決）。本件審決において特許庁が行った商標法 4 条 1 項 7 号の解釈は次のとおりである；

「商標法第 4 条第 1 項第 7 号は、『公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標』は商標登録を受けることができない旨の規定である。ここでいう公の秩序とは国家社会の一般的利益をいい、善良な風俗とは社会の一般的道德観念をいうが、本号は、その時代の一般的な社会的通念からして、社会の一般的秩序を乱すおそれのある商標登録を認めない趣旨と解される。

すなわち、具体的には、矯激、卑わいなものであって社会秩序や風俗を乱すおそれがある場合だけでなく、商標の構成自体はそのようなものでなくても、その商標を特定の商品または役務に使用する事が社会公共の利益に反したり、社会一般の道德観念に反するような場合、さらには、商標法の趣旨、目的からみて登録することが社会的妥当性を欠くこととなるような場合（たとえば、第三者の営業行為を不当に制限するような出願）に、その登録を拒絶すべきことを定めているものと解される。

そこで、本願商標はその構成自体が公の秩序または善良な風俗を害するおそれがないものであることは明らかであるので、本願にかかる出願行為等に商標法の目的を逸脱し社会的妥当性を欠くところがあったかどうかについて検討する。

本願についての出願の経緯や出願当時の状況、新聞業界における新聞発行の実状等からみて、本願にかかる請求人〔筆者注：道新社〕の多数の出願は、小笠原金悦〔同：函新社代表者〕による新聞創刊構想に対抗し同人の題字選択行動や事業活動を阻害することが主要な動機になっており、ひいては商標法に定める先願主義を濫用するものと認めざるをえないものであり、事実上申立人の新聞題字の選択を著しく制限しているという事実も認められることに加えて、請求人自身が出願時に商標として使用する意思があったとする主張にしても、実際に使用されているとするのは、新聞の中に折り込みに表示するもので商標の使用とはとうてい認められないものであり、その表示とても、申立人からの登録異議申し立てを受けて急遽開始したこと等を総合すると、本願の出願行為に係る商標は、適正な商道德にも反するものであって、社会的妥

当性を欠くものであり、このようなものを登録することは実際上の使用により形成される業務上の信用の保護を目的とする商標法の期待に反するものと認めざるをえない。

してみると、本願商標は、公の秩序又は善良な風俗を害するおそれがある商標であると言わなければならない。³⁶⁾

(ii) 検討

本件全体の特徴としてまず指摘すべき点は、登録出願という商標法に関連する行為について、独禁法はもとより、商標法の側においても競争政策的考慮がなされ、当該登録出願が拒絶されたことである。本件を一般化すれば、知的財産法に関連する行為のうち、競争政策に照らし問題があるものについては、知的財産法の解釈を通じて解決を図ることが可能であり、しかも、場合によっては、独禁法との協働によって競争の回復が実現され得るということである。このことは、知的財産法と独禁法あるいは競争政策との関係を考える際に重要であろう。

函新社の新規参入を妨害するための一連の対策には新聞題字対策のほか、通信社対策、広告集稿対策およびテレビコマーシャル対策の計4つが含まれていたが、公取委はそれぞれの行為が単独で私的独占を構成するかどうか（特に行為要件の「排除」に当たるか）は判断しておらず、4つの行為が一緒になって「排除」が認定されたと理解されている³⁷⁾。とはいえ、新聞題字対策が独禁法上、否定的な評価を受けることは間違いない。なお、排除型私的独占の事例の多くは、問題となった排除行為が不公正な取引方法として違法になる可能性のある類型である。この点で、形式的には商標法上に規定のある適法な行為に当たる商標登録出願が、排除行為の

一部として評価されたことも特徴的である。公取委は独禁法21条との関係について論じていないが、あえて付け加えるならば、道新社の商標登録出願は「権利の行使とみられる行為」に当たるが、商標法の制度趣旨逸脱等するため、「権利の行使と認められる行為」には該当せず、独禁法の適用が免除されないものであるということになる。

本件特許庁審決は、「商標法の趣旨、目的からみて登録することが社会的妥当性を欠くこととなるような場合」を4条1項7号に当たる商標の1つであるとの一般的な解釈を示したうえで、「本願の出願行為に係る商標は、適正な商道德にも反するものであって、社会的妥当性を欠くものであり、このようなものを登録することは実際上の使用により形成される業務上の信用の保護を目的とする商標法の期待に反するものと認めざるをえない」と判断している。現行の審査基準は、本号に含まれる商標として、①商標の構成自体が非道德的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合、②商標の構成自体が上記①でなくても、指定商品または指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道德観念に反する場合、③他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合、④特定の国もしくはその国民を侮辱し、または一般に国際信義に反する場合、⑤当該商標の出願の経緯に社会的相当性を欠くものがある等、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ない場合³⁸⁾、を挙げている。特許庁審決が示した「商標法の趣旨、目的からみて登録することが社会的妥当性を欠くこととなるような場合」と

は、②および⑤の類型に含まれるものと評価できる。したがって、本件特許庁審決の判断は、現在においても妥当するものといえる³⁹⁾。

なお、本件は商標登録出願の事例であったため、公序良俗違反のおそれのある商標の登録を認めない旨の7号の解釈を通じて本願商標の登録を拒絶することができた。では、同様の規定のない特許等の登録出願の場合は、どのような対処が可能であろうか。新技術を開発し、これを特許登録する場合には、競争上、問題となることはほぼなく、むしろ積極的に推奨されるものである。しかしながら、他者の特許権を取得してこれを移転登録する場面では、競争上の問題が含まれることがあり得る。たとえば、知財ガイドラインは、事業者が、競争者が利用する可能性のある技術に関する権利を網羅的に集積し、自身では利用せず、これらの競争者に対してライセンスを拒絶することにより、当該技術を使わせないようにする行為は、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する場合がある（買い集め行為）として、私的独占の可能性を示している⁴⁰⁾。このようなケースに当たる場合には、当該事業者が行う移転登録は公序良俗違反（民法90条）を理由に拒絶するか、もしくは、登録後の特許権の行使を権利濫用（民法1条3項）に当たるとして、これを認めないといった処理が可能であると思われる⁴¹⁾。

（2）味一ねぎ事件⁴²⁾

（i）事案の概要

大分県農協は、大分県内において農業を営む者等を組合員として、組合員の生産する農産物の販売その他の経済事業等を行っている者である。味一ねぎ部会は、大分県中津市、宇佐市ほか5市においてこねぎの生産を行っている大分

県農協の組合員によって構成されている。同部会は、大分県農協の事業推進組織であり、大分県農協から経費の助成を受けている。「味一ねぎ」（後述）は大分県内で生産されるこねぎの中で最も生産量が多く、国、大分県等によって生産者育成支援がなされている。大分県農協は、「味一ねぎ」について、商標登録を受けている。

大分県農協は、国、大分県等から補助金の交付を受けて調整場およびパッケージセンター（以下「集出荷施設」という）を設置し、組合員に利用させる事業を行っている（「集出荷に係る利用事業」）。集出荷施設では、こねぎの出荷に必要な調整作業や出荷前作業が行われる。大分県農協は、組合員がパッケージセンターに出荷したこねぎのうち、味一ねぎ部会と協議の上で定めた出荷規格を満たすものについて、組合員から販売を受託し、当該こねぎを「味一ねぎ」の銘柄で出荷している。大分県農協は、農産物等の販売方法、取扱品目、精算方法等を定めた販売業務規程に基づき、全国農業協同組合連合会に販売を再委託するなどして、共同販売の方法により、味一ねぎに係る販売事業を行っている（「味一ねぎに係る販売事業」）。

味一ねぎ部会は、部会員が味一ねぎ部会の承認を得ずに行う個人出荷を認めず、当該個人出荷を行った部会員を除名することができる旨の規定を置いていた。大分県農協の組合員5名は味一ねぎの販売価格の下落に伴って大分県農協から支払われる対価が減少し、大分県農協に対するこねぎの販売委託だけで採算をとることが困難な状況になったことから、大分県農協に対する販売委託に加え、商系業者に対して個人出荷を行うようになった。味一ねぎ部会は、当該承認を得ずに個人出荷を続けていることを理由に5名を除名した。

大分県農協は、味一ねぎ部会による除名の措置を受け、5 名が出荷するこねぎを「味一ねぎ」の銘柄で販売せず、別の新たな銘柄で販売する方針を決定し、5 名に対し、当該方針を通知した。5 名は、大分県農協に対し、5 名が出荷するこねぎを引き続き「味一ねぎ」の銘柄で販売するよう要請した。しかし、大分県農協は、同要請を拒否し、その後も 5 名に対して「味一ねぎ」とは別の新たな銘柄での販売を検討するよう繰り返し求めた。なお、5 名を代表して大分県農協と交渉を行っていた 1 名は、5 名の要請が認められないため、大分県農協に対するこねぎの販売委託を取りやめた。残りの 4 名は、味一ねぎに係る販売事業の利用を諦めざるを得なくなり、4 名が出荷するこねぎの販売に係る新たな銘柄の決定を大分県農協に一任した。大分県農協は、4 名に対し、4 名のこねぎについて、出荷場所をパッケージセンターから他の施設に変更すること等を通知した。これに伴い、4 名は、大分県農協に出荷するこねぎについて、集出荷施設を利用することができなくなった。大分県農協は、4 名から販売を受託するこねぎについて出荷前作業を行わず、無銘柄のこねぎとして共同販売するようになった。4 名は、共同販売では販売単価が低く、採算が合わなかったこと等から、順次、大分県農協に対するこねぎの販売委託を取りやめた。

公取委は、「こねぎの販売受託に関し、個人出荷を理由として味一ねぎ部会を除名された 5 名に対して、味一ねぎに係る販売事業等を利用させない行為を行っており、この行為は、大分県農協が、不当に、ある事業者に対し取引の条件について不利な取扱いをしているものであって、不公正な取引方法の第 4 項に該当」するとして、大分県農協に対して排除措置命令を行った。

（ii）検討

本件は、大分県農協が、味一ねぎ部会を除名された 5 名（除名後は元組合員）に対し、味一ねぎに係る販売事業および集出荷施設に係る利用事業（以下、合わせて「販売事業等」という）の利用を拒絶したことが、取引条件等の差別的取扱い（一般指定 4 項）に当たるとされた事案である。差別的取扱いの行為要件は、取引相手方によって異なる取引条件を設定することであるが、本件の場合、一般の組合員には利用を認めていた販売事業等を、個人出荷をした非組合員 5 名には認めなかったことがこれに該当する。公正競争阻害性がいずれの観点から認定されたのか排除措置命令書からは分かりにくい⁴³⁾、公取委職員の解説⁴⁴⁾によれば、①組合員の自由かつ自主的な取引を阻害し、生産者間の競争を減殺するおそれ、②大分県農協の競争者事業者（商系事業者）の取引機会を減少させるおそれ、といういずれも自由競争減殺の観点から判断されたようである。

前記公取委職員解説では、大分県農協が販売事業等の利用を拒否する行為を「味一ねぎ」商標のライセンス拒絶に伴うものだと考えた場合、商標ライセンスの拒絶は商標権の行使として独禁法 21 条の適用を受けるため、大分県農協の利用拒否行為も独禁法の適用が免除されるとの理解を指摘する⁴⁵⁾。解説は、「仮にそのようにみても……不当な取扱いとして行われたものであり、いずれにせよ、正当な権利行使として、同条の規定により、同法の適用が除外されることはない」と判断されたもの⁴⁶⁾と説明している。「仮にそのようにみても」とあるので、同解説が前述の理解をとっているわけではないと思われるが、21 条によって独禁法の適用が除外されるという結論に至る論理過程がやや不明

確である。「味一ねぎ」商標のライセンス拒否は、外形的には「権利の行使とみられる行為」であるが、商標法の制度趣旨逸脱等する行為なので「権利の行使と認められる行為」には該当しないとの理解もあり得る。ただし、商標法の制度趣旨を出所表示機能および品質保証機能の保護だと考えた場合、大分県農協の販売事業等を利用していないこねぎに「味一ねぎ」商標を付し販売する行為は、出所表示機能を保護するという点からはもちろん、「味一ねぎ部会と協議の上で定めた出荷規格を満たすものについて、組合員から販売を受託し」ていること（排除措置命令の認定事実）を踏まえるならば、大分県農協の品質管理が及んでおらず、品質保証機能の保護の点からも問題である⁴⁷⁾。それゆえ、販売事業等を利用していないこねぎに対して「味一ねぎ」商標を付することを拒否しても、「商標法の制度趣旨逸脱等する行為」には当たらないことになる。本件の理解としては、そもそも商標ライセンスの側面はなく、換言すれば、大分県農協の商標法に基づく、あるいは、関連する行為が存在しないため、21条の解釈は不要である、と解するのが妥当であろう⁴⁸⁾。

(3) 相談事例⁴⁹⁾

(i) 商標権取得等による競争事業者の排除⁵⁰⁾

本件は、消費財である甲製品のメーカーAが、競争事業者Bの使用しているXブランドの商標権（本商標権はBがCから使用許諾を受けたもの）を取得等することにより、Bが当該商標を使用できなくなることは、独禁法上開題となると回答した事例である。本件には、①甲製品はブランド名が消費者の製品選択に大きな影響を及ぼしており、ブランド名を消費者にPRすることが重要な競争手段であること、②甲製品

市場のシェアは、A社が50%弱、B社が15%強、その他のメーカーはいずれも10%を下回っていること、③が販売している甲製品はXブランドのみであり、Bは引き続きXブランドを使用することを予定していること、といった事実が存在していた。

公取委は、Aによる商標権の取得はBの事業活動を「排除」するものであり、甲製品市場における競争を実質的に制限するとの判断を示している。この判断に至った理由について公取委は、前記①と②に関連して、BがXブランドを失えば、「Bが新たに自社ブランドの開発を行って甲製品を販売するためには、新たな広告宣伝費や小売店に対する営業活動等が必要となるのに加え……Aは……現行の50%弱のシェアをさらに伸ばし、市場における地位を強めることになるから、B社が甲製品市場において事業活動を行うことは困難になるおそれがある」と述べている。

知財ガイドラインには、「ある技術が一定の製品市場における有力な技術と認められ、多数の事業者が現に事業活動において、これを利用している場合に、これらの事業者の一部の者が、当該技術に関する権利を権利者から取得した上で、他の事業者に対してライセンスを拒絶することにより当該技術を使わせないようにする行為は、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する場合がある。（横取り行為）」⁵¹⁾との記述がある。本件のXブランド商標は、ここで知財ガイドラインがいう「技術」に、ほぼそのまま読み替えることができる。本相談事例における公取委の判断とその理由は、妥当なものといえよう。

(ii) 文具メーカーによる事務機器用の消耗品の認識設定⁵²⁾

本件は、事務機器 A のメーカー X が新たな事務機器を開発するに当たって、同機器に使用する消耗品の材質を自社の商標（マーク）により認識する仕組みを用いることについて、独禁法上問題となるものではないと回答した事例である。本件には、①事務機器 A の販売分野における X のシェアは約 35%（第 1 位）であること、②事務機器 A は複数のメーカーが製造しているが、メーカーによって消耗品の形状等が異なることから消耗品に互換性はないこと、③消耗品を専門に製造する事業者（「独立系事業者」）は現在のところ存在しないこと、④X は消耗品について新たな材質による商品化を複数進めており、材質ごとに異なるマークで商標登録する予定であること、⑤X は新たな材質での消耗品の商品化に合わせ、現行の材質に加え、新たな材質の消耗品にも一台で対応できる事務機器 A（以下、「新型機」という）を開発中であること、⑥X は、新型機に消耗品の材質を自動的に判別する機能を持たせるため、消耗品に付したマークの読み取りにより材質を認識する仕組みを検討していること、⑦自動判別機能とは別に、ユーザーによる簡易な手動設定によっても認識できるように検討していること、といった事情が存在していた。

公取委は、X の行為が競争者に対する取引妨害（不公正な取引方法・一般指定 14 項）に当たる可能性について検討した。この場合、妨害の対象となる「競争者の取引」とは、潜在的な独立系事業者と消耗品のユーザーの取引を想定している。公取委は、「独立系事業者は当該商標を使用できないが、消耗品の材質の認識はユーザーによる簡易な手動設定の方法によっても可能

になっており、認識方法の違いが、新型機の使用に必要な動作変更機能自体に直接影響を与えるものではないことから、独立系事業者とユーザーとの取引を不当に妨害するとはいえず、独占禁止法上問題となるものではない」と回答している。新型機において、独立系事業者の消耗品も純正品とほぼ同様に使用できるのであることに鑑みれば、公取委の判断は妥当であろう。

しかし、独立系事業者は、自らが製造販売する消耗品について、X が権利を持つ商標を付したとしても、そもそも商標権侵害に当たらない可能性が高いと思われる。なぜなら、そうした使用は、新型機の自動判別機能との関係で付されたものであり、消耗品の出所表示機能を果たしておらず、商標的使用論の観点から侵害が否定されるからである（商標法 26 条 1 項 6 号が適用される）。

(iii) ライセンシーに対する安売り広告の禁止⁵³⁾

本件は、製造販売業者を組合員とする団体である組合 X が、商標権を有する商標 α の使用を組合員に対して許諾するに際し、商標を付した製品 A の製造販売業者（組合員）に対して安売り広告を禁止することは、独禁法上問題となると回答した事例である。X が安売り広告を禁止するに至ったのは、組合員の一部が商標 α を付して製品 A を販売する際、店頭、インターネット販売サイト等において「特価」、「セール」といった表現を用いて安売り広告を行い、製品 A を安値で販売しており、これを放置すれば、商標 α のブランドイメージが損なわれるとの懸念からである。そこで X は、商標 α のライセンス契約の更新時に安売り広告を行わないことを組合員に求め、これに同意しない組合員とはライセンス契約を更新しないこととしたものである。

公取委は知財ガイドラインにある 21 条の考え方および流通・取引慣行ガイドラインにある小売業者の販売方法に関する考え方⁵⁴⁾を参照したうえで、「X が、商標 α のライセンス契約を更新しないことは、外形上、商標法による権利の行使とみられる行為である。しかし、X が、商標 α を付した製品 A の安売り広告を行わないことをライセンス契約の更新のための条件とすることは、これによって、商標 α を付した製品 A の製造販売業者間の価格競争が阻害され、商標 α を付した製品 A の販売価格が維持されるおそれのある行為であり、独占禁止法第 21 条に規定される『権利の行使と認められる行為』とは評価できない」と判断した。そして、本件は、拘束条件付取引（不公正な取引方法・一般指定 12 項）に該当し、独禁法上問題となる旨の回答をした。

ライセンス拒絶は、商標権の特性が排他性にあることに鑑みれば、権利の行使とみられる行為である。本稿 3. (2) で検討したように、ブランドイメージは小売業者の販売方法（対面販売など）に関する制限において一定の範囲で保護が認められる。しかしながら、価格制限は競争に及ぼす影響が直接かつ重大であり、基本的には違法と評価されるものである。したがって、公取委の回答は妥当なものといえよう。

(iv) 農業協同組合による商標権の行使⁵⁵⁾

本件は、P 地域における農業者で組織する農業協同組合 X が組合員との出荷規定において、X が商標権を有する商標 α を付した農産物 A を出荷する場合には、X への全量出荷とする旨を明示することについて、独禁法上問題となるものではないと回答した事例である。

本件の特徴としては、X は組合員に商標 α の

使用そのものを許諾するのではなく、 α が印刷された出荷用の資材（パック）をあらかじめ組合員に配布したうえで、農産物 A の出荷を望む組合員は当該資材に農産物 A を入れて X の選果場に持ち込むという方式を採用していたことである（なお、出荷のためには、選果場で職員が実施する全数検査に合格する必要がある）。X が組合員に対し、商標 α を付した農産物 A を出荷する際、X のみにするように求めた背景としては、組合員があらかじめ配布された資材に農産物 A を入れ、これを、X を通すことなく商系業者等に出荷する可能性が生じ、このことを放置すると、商標 α が付された農産物 A の信頼度やブランド力が低下するとの懸念からである。

公取委は知財ガイドラインにおける 21 条の解釈および農協ガイドラインにおける単位農協の行為に対する考え方を参照したうえで⁵⁶⁾、抱き合わせ販売等（一般指定 10 項）、排他条件付取引（同 11 項）または拘束条件付取引（同 12 項）の可能性を指摘した。しかしながら、農産物 A に商標 α を付す場合に X のみへの出荷を求めることは、①X による商標法に基づく権利の行使であると考えられること、②農産物 A に商標 α を付して出荷するかどうかは組合員の自由意思に委ねられており、商標 α を付さない農産物 A を商系業者等に自由に出荷することが可能であること、③X の競争者である商系業者等は、商標 α を付さない農産物 A を組合員等から調達することができ、農産物 A の調達市場から排除されないこと、組合員の自由かつ自主的な取引が阻害されることはなく、X 協同組合の競争者である商系業者等の組合員との取引の機会が減少することにはならないと考えられるとして、公取委は独禁法上問題となしとの判断をした。

①に関して 21 条との関係で若干の検討を加

えると、組合員がXを通さずに商標 α の付した A の出荷を認めることは、選果場における全数検査を受けない A を α ブランドとして販売することを容認する結果となってしまう。これは、X の品質管理が及んでいないという意味で、商標の基本機能である品質保証機能を害する行為である。また、商標 α が付された資材に農産物 A を入れて商系業者等に販売することは商標の「使用」に当たり（商標 2 条 3 項 2 号）したがって、これを商標権者 X の許諾なく行うことは商標権侵害を構成すると思われる。これらのことに鑑みれば、X の行為は、そもそも「権利の行使とみられる行為」であり、商標法の制度趣旨逸脱等しないので「権利の行使と認められる行為」に当たると解されることになる。

5. おわりに

商標法と独禁法の関係についての議論は、特許法と独禁法のそれに比較すると、これまで少

なかった。しかしながら、商品の流通およびサービスの提供は市場における取引を通じて行われる。また、市場における取引は、事業者間の競争の具体的側面の 1 つともいえる。このような取引あるいは競争の秩序維持に対して知的財産法も一定の役割を負っているというのが今日の一般的な理解であるが、知的財産法のうち、需要者の商品選択にとって強く影響を及ぼすブランド（商標）に関する商標法は、そうした取引秩序や競争秩序を維持する機能が最も高いと思われる。また、特許権等の他の産業財産権や著作権とは異なり、商標権は一度登録が認められると更新を繰り返すことにより、半永久的に存続が可能な強力な権利である。

以上のことに鑑みれば、商標法と独禁法あるいは競争政策に関する問題が今後新たに生じ⁵⁷⁾、必要な議論が求められることが予想される。

【付記】本研究は JSPS 科研費 24K04680 の助成を受けたものである。

注)

- 1) 中山信弘『特許法〔第 5 版〕』（弘文堂，2023 年）24-26 頁，根岸哲＝舟田正之『独占禁止法〔第 5 版〕』（有斐閣，2015 年）394-395 頁など。
- 2) 独禁法と商標法の関係について論じるものは少ないが、林いづみ「独禁法と商標ライセンス」パテント 73 巻 15 号（別冊 25 号）113 頁（2020 年）や、渋谷達紀「工業所有権法と独占禁止法」現代経済法講座 7『新技術開発と法』（三省堂，1993 年）59 頁，126 頁以下，同「商標ライセンスと独占禁止法」特許研究 1 号 25 頁（1986 年）などの論稿がある。
- 3) 「低価格かつ高品質」というのは競争の一般原則を述べたのであって、同種の他の商品と比較して高価格な商品が存在することは事実である。こうした商品は価格競争よりも品質競争を重視していると思われるが、そこに注力された企業努力が商標に化体することには違いがない。
- 4) 小野昌延＝三山峻司編『新・注解 商標法〔上〕』（青林書院，2016 年）87 頁〔小野〕も、「商標には、企業が品質を高め価格を安くしようとしている努力

- のすべてが化体され、蓄積されている」と述べる。
- 5) なお、商標に化体する品質やイメージは個別の商品に係るものである。他方で、商標法 1 条にいう「業務上の信用」とは、それら個別の商品の品質やイメージに投下された企業努力の総体ということができる。
- 6) 商標法の代表的なコンメンタールも、事業者は「絶えず自己の商品……に使用される商標にたいして細心の注意を払い、不正な競業者が自己の商標と紛らわしい商標を使用して自己の商品……と混同を生ぜしめるような行為を排除しようとする。そのように不正な競業者の不正な行為に対する法規として不正競争防止法及び商標法が存在するのである」とする（特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第 22 版〕』（発明推進協会，2022 年）1519 頁）。
- 7) 特許庁編・前掲注（6）1520 頁も、「一定の商標を使用した商品又は役務は一定の出所から提供されるという取引秩序を維持することは、消費者等の利益を保護することになると同時に、商品及び役務の取

引秩序を維持することを通じて産業の発達にも貢献することとなるのである」と、ほぼ同旨を述べる。

- 8) 「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(公取委, 平成 19 年 9 月策定・同 28 年 1 月最終改正)
- 9) 「知財ガイドライン」第 1・2 (1)。
- 10) 「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」(公取委, 平成 11 年 7 月)。知的財産と独禁法の関係について公取委の考え方を示すものとしては, 特許等ガイドライン以前には, 「特許・ノウハウライセンス契約における不公正な取引方法の規制に関する運用基準」(公取委, 平成元年 2 月)(以下, 「運用基準」), 「国際的技術導入契約に関する認定基準」(公取委, 昭和 43 年 5 月)」(以下, 「認定基準」)が策定されていた。
- 11) 「特許等ガイドライン」第 1・3 (1)。
- 12) 高橋省三「『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の概要」公正取引 684 号 (2007 年) 4 頁, 5 頁。
- 13) 「知財ガイドライン」第 2・1。
- 14) 「知財ガイドライン」第 3・1 (1), 第 4・(2)。
- 15) 「知財ガイドライン」第 4・3 (1) ~ (4))。利用範囲の制限が権利行使の範囲とみられる行為に当たるとする考え方には, 特許権者等が発明等に有する権能の一部分を他者に分与したに過ぎないのであるから, 競争に与える影響は分与の前後で変化はなく, それゆえそうした分与行為は基本的に独禁法違反には当たらないという基本思想があるように思われる。渋谷・講座・前掲注 (2) 80 頁は, こうした考え方を「使用権分与説」と呼んでいる。
- 16) 2 段階説が唱えられる以前であるが, 渋谷・講座・前掲注 (2) 137 頁は, 「独占禁止法 23 条〔筆者注: 現 21 条〕は, 商標権者が原始的に取得した登録商標にもとづく排他権の行使に対しては同法の適用がないことを確認した規定と解される。換言すれば, 同条という『商標法による権利の行使と認められる行為』とは, かかる排他権の行使行為をいうものと解される。このように解しないと, 商標が営む諸機能の補償制度としての商標制度自体が成り立ちえないからである」と述べている。
- 17) 渋谷・講座・前掲注 (2) 79 頁は, 知的財産のライセンス契約における一定のライセンス条項に対して独禁法の適用を考える際に, 他の取引の場合とは異なり, 特別の考慮を加えるべきとの諸見解をまとめて「特別配慮説」と呼んでいる。前掲注 (15) で指摘した「使用権分与説」はその 1 つである。これに対し, 各知的財産法制度が保障する機能に着目して独禁法の適用が消極的に解される範囲を考えようという理解を「制度機能保障説」と呼んでいる。
- 18) 大阪地判昭和 45 年 2 月 27 日無体裁集 2 巻 1 号 71 頁〔パーカー事件〕。
- 19) 最判平成 15 年 2 月 27 日民集 57 巻 2 号 125 頁〔フレッドペリー事件〕。最高裁は並行輸入が認められる基準として, (i) 適法性の要件, (ii) 同一人性の要件, (iii) 品質管理性の要件, という 3 つの要件を提示しており, 同最判の調査官解説によれば, 適法性の要件と同一人性の要件は出所表示機能に,

品質管理性の要件は品質保証機能に関する要件として位置付けられる(高部眞規子「判解」最判解民事篇平成 15 年度(上)(2006 年)74 頁, 103 頁)。

- 20) なお, 知財ガイドラインは 21 条の解釈に関して, 「権利の行使と認められるかどうかの判断に当たっては権利の消尽にも留意する必要がある」と述べ, 特許製品が特許権者によって拡布された後は, 「他の者がそれを我が国の市場で取引する行為は, 当該権利の侵害を生じるものではない(特許権等の国内消尽)」と説明する(「知財ガイドライン」第 2・1)。商標品が拡布(第一譲渡)された後の流通の合法性については, 特許権のように権利消尽ではなく商標機能論に, その根拠を求めるのが通常である。したがって, 上記知財ガイドラインの説明は, 商標品の取引については, 商標機能論を考慮することになる。また, 知財ガイドラインの説明は国内消尽を前提とするものである。特許権については国際消尽を最高裁は否定しているものの(最判平成 9 年 7 月 1 日民集 51 巻 6 号 2299 頁〔BBS 事件〕), 商標品の並行輸入については, すでにみたようにフレッドペリー事件において商標機能論を採用し, 最高裁は侵害を構成しないと判断している。このように, 商標品については国内流通のみならず, 我が国の輸入あるいは我が国からの輸出にも商標権が適用されることはなく, 一般の商品と同様の理解に従って, 独禁法が適用されることになる。
- 21) 並行輸入の阻害が真正商品の場合も含めて独禁法違反(不公正な取引方法・一般指定 12 項または 14 項)に当たり得ることについては, 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(公取委事務総局, 平成 3 年 7 月策定・平成 29 年 6 月最終改正)(以下, 「流通・取引慣行ガイドライン」)第 3 部第 2 参照。
- 22) 最判平成 10 年 12 月 18 日民集 52 巻 9 号 1866 頁〔資生堂東京販売事件〕。最判平成 10 年 12 月 18 日判時 1664 号 14 頁〔花王化粧品販売事件〕も同旨。
- 23) 「流通・取引慣行ガイドライン」第 1 部第 2・6 (2)。
- 24) 「流通・取引慣行ガイドライン」第 1 部第 2・6 (2)。
- 25) ヤクルト事件(公取委昭和 40 年 9 月 13 日勧告審決・審決集 13 巻 72 頁)では, 発酵乳の製法について特許権および「生菌ヤクルト」について商標権を有する事業者が, 小売価格を守る小売業者にのみ販売を認めたり, 小売業者に対して小売価格を守らせたりするような内容を含む契約を, 加工業者との間で締結したことが, 特許法または商標法による権利の行使とは認められないと判断され, 不公正な取引方法の拘束条件付取引(現行一般指定 12 項)に当たるとされた。本件を検討するものとして, 泉克幸「判批」山上和則先生還暦記念『判例ライセンス法』(発明協会, 2000 年)469 頁。
- 26) 「知財ガイドライン」第 4・4 (2) 柱書およびウ。
- 27) 「商標等」には登録商標と未登録商標の両者が含まれる(「特許等ガイドライン」第 4・(5) 注 2。登録, 未登録の区別は, 商標権の有無という法的効力の点で大きな違いがあることは間違いないが, このことが独禁法上の評価においてどのような相違があるのかは(まず, 最初に思い浮かぶのは, 独禁法 21

条との関係である。商標権は明確に同条の対象であるが、著名性・周知性を有し不競法上の保護を受ける未登録商標は 21 条の適用を受けるのかという問題である), 個別の場面ごとに検討が必要となろう。

28) 「特許等ガイドライン」第 4・5 (3) エ。

29) 特許等ガイドラインにつき、山木康孝編著『Q&A 特許ライセンスと独占禁止法』(別冊 NBL59 号) (2000 年) 281 頁、運用基準につき、上杉秋則編著『Q&A 特許・ノウハウライセンス契約と共同研究開発』(商事法務, 1993 年) 198-199 頁。

30) 運用基準の解説も、ライセンシーに対してライセンサーの商標等を使用していない製品の販売を制限するケースや、特許製品以外にはライセンサーの商標等の使用を禁止する条項も、実務上、数多くみられると述べる(上杉・前掲注 (29) 199 頁)。

31) 特許等ガイドラインでは制限条項を、①「原則として不公正な取引方法に該当し、違法となる」黒条項、②「……の場合、不公正な取引方法に該当し、違法となる」灰条項、③「原則として不公正な取引方法に該当しない」白条項の 3 種類に分類していた。運用基準でも黒条項、灰条項、白条項の 3 分類形式を採用していたが、記述の仕方は異なっている(詳しくは、山木・前掲注 (29) 74-76 頁)。また、知財ガイドラインは 3 分類を明示的に採用していないが、「原則として不公正な取引方法に該当しない」、「公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する」または「原則として不公正な取引方法に該当しない」との文言を使い分けることで、実質的には 3 分類の手法を用いているといえる。

32) 山木・前掲注 (29) 281 頁。運用基準についても同様の解説がなされている(上杉・前掲注 (29) 199 頁)。

33) たとえば、品質や味の違いが分かりにくく、消費者がブランド(=商標)のイメージに魅かれて商品を選択する場合。

34) 公取委平成 12 年 2 月 28 日同意審決・審決集 46 巻 144 頁〔北海道新聞事件〕。本件を公取委の判断と特許庁の判断の両面から紹介し、議論するものとして、白石忠志「函館新聞とアンプル生地管」法学教室 244 号 87 頁 (2001 年)。

35) 商標法平成 8 年改正以前は、登録査定前に一般公衆に異議を申し立てる機会を認めるという、いわゆる付与前異議申立制度が存在していた。

36) 特許庁審決平成 11 年 3 月 10 日・平成 9 年審判 20756 ~20759 号。

37) 白石・前掲注 (34) 88 頁、同「新聞社の商標出願等による新規参入の排除」メディア判例百選 (別冊ジュリ 179 号) (2005 年) 82 頁、83 頁。

38) 特許庁編『商標審査基準〔改訂第 16 版〕』(2024 年 2 月) 第 3 六 1。

39) たとえば、zhiiyun 事件(知財高判令和 5 年 1 月 19 日・令和 4 年(行ケ)第 10073 号)は、剽窃的な大量の商標登録出願について、公正な取引秩序そのものにかかわる重大な違反があることを理由に、そうした登録は公序良俗に反すると判断している。

40) 「知財ガイドライン」第 3・1 (1) ウ。

41) 商標権の濫用についてはポパイ・マフラー事件(最判平成 2 年 7 月 20 日民集 44 巻 5 号 876 頁)がある。本最判は、公正な競争秩序の維持が商標法の目的の 1 つであることを前提に、これを乱すような商標権侵害の主張は権利の濫用であると判示している。

42) 公取委平成 30 年 2 月 23 日排除措置命令・審決集 64 巻 291 頁。

43) 中川寛子「本件判批」重判平成 30 年度(ジュリ臨増 1531 号) (2019 年) 248 頁も、「本件については、全般に事実認定が不明瞭であり、自由競争減殺を認めうるか疑問がないわけではない」と指摘する。

44) 古川博一=幸屋健太郎「大分県農業協同組合に対する排除措置命令について」公正取引 816 号 85 頁 (2018 年)。

45) 古川=幸屋・前掲注 (44) 89 頁。

46) 古川=幸屋・前掲注 (44) 89 頁。

47) フレッドベリー事件最判が、品質保証機能を、商標権者による品質の管理可能性の要件によって判断していることにつき、前掲注 (19) 参照。

48) 本件の商標についての検討は、中川・前掲注 (43) 249 頁も参照。

49) 以下で取り上げた事例のほか、農作物の品種の開発事業者が、農業協同組合の非組合員に対し、自社で開発した品種の育成者権について通常利用権の設定を行うに当たり、既に通常利用権の設定を行っている農業協同組合からラベル(商標権の対象)を購入し添付すること等を義務付けることは、独占禁止法上問題となるものではないと回答した事例(「独占禁止法に関する相談事例集(平成 23 年度)」(公取委, 平成 24 年 7 月)事例 4)がある。本件を検討するものとして、泉克幸「知的財産と競争政策——ライセンス契約に関する最近の公取委相談事例を中心に」特許研究 56 号 (2013 年) 51 頁, 57 頁。

50) 「平成 13 年相談事例集」(公取委, 平成 14 年 3 月)事例 4。

51) 「知財ガイドライン」第 3・1 (1) イ。

52) 「独占禁止法に関する相談事例集(平成 25 年度)」(公取委, 平成 26 年 6 月)事例 7。

53) 「独占禁止法に関する相談事例集(平成 27 年度)」(公取委, 平成 28 年 6 月)事例 3。

54) 「知財ガイドライン」第 2・1 および「流通・取引慣行ガイドライン」第 1 部第 2・6 (2)。

55) 「独占禁止法に関する相談事例集(平成 29 年)」(公取委, 平成 30 年 6 月)事例 13。

56) 「知財ガイドライン」第 2・1 および「農業協同組合の活動に関する独占禁止法上の指針」(公取委, 平成 19 年策定・平成 30 年最終改定)第 2 部 3。

57) たとえば、「音楽・放送番組等の分野の実演家と芸能事務所との取引等に関する実態調査報告書」(公取委, 令和 6 年 12 月)第 4・5 (3) イでは、「芸能事務所が退所する実演家等の芸名等を商標登録し、退所後の実演家に芸名等の使用を制限する行為」について、独禁法 21 条の「権利の行使と認められる行為」とは評価できず、独禁法が適用されるとの記述がみられる。