

商標の機能に関する基礎的考察 ——出所表示機能一元説の批判的検討——

A Fundamental Study of Trademark Functions: A Critical Examination of the View that the Source-Identifying Function Is the Sole Essential Function

鈴木 敬 史*
SUZUKI Takafumi

〔抄録〕

わが国の判例は、形式的には商標権侵害に該当し得る行為であっても、商標の本質的機能を害しない場合には、実質的違法性を欠くとする商標機能論を採用している。この商標機能論において考慮される本質的機能をめぐっては、品質保証機能を独立の保護対象とせず、品質に関する問題も出所表示機能の判断に還元する「出所表示機能一元説」と、需要者が商標から抱く品質への期待を、出所表示機能とは別個に保護すべきとする「品質保証機能独自説」とが対立している。しかし、両説をめぐる従来の議論は、品質保証機能を独立の保護対象とすべきかという点に集中し、出所表示機能侵害の判断構造は必ずしも明らかにされてこなかった。

このような関心の下、出所表示機能一元説の議論を整理・分析すると、二つの異なる判断構造が抽出される。まず、並行輸入事例では、商標権者に商品の市場投入を決定する機会が保障されたかが重視され、商標権者の意思に基づいて商品が市場へ投入された後は、予定外の地域へ流通しても、品質に対する需要者の期待・認識は原則として考慮されない。これに対して、改造・小分け事例、品質劣化事例では、正常な取引秩序の範囲を逸脱する人為的介入によって商標に対する信用毀損の抽象的可能性が作出・増幅されたか、購入後の混同が生じ得るかが考慮される。

この相違は、使用環境に適合しない地域へ商品を移動させるという同一の設例について、並行輸入事例の論理からは非侵害、改造・小分け事例の論理からは侵害という相反する帰結をもたらす。すなわち、出所表示機能一元説には、両事例類型間の内在的不調和が存在する。この不調和を解消するためには、両事例類型のいずれにおいても、品質に対する需要者の期待・認識を独立の考慮要素として正面から位置付けることが合理的である。そして、このように再構築された出所表示機能一元説は、実質的には品質保証機能独自説に帰一する。

1. はじめに

1.1. 問題の所在

商標法は、商標を使用する者の業務上の信用を維持し、あわせて需要者の利益を保護するこ

とを目的とする（商標法1条）。この目的を一つの根拠として、最判平成15年2月27日¹⁾〔フレッドペリー〕（以下、「フレッドペリー最判」とする）は、形式的には商標権の侵害に該当し得る行為であっても、「商標の機能である出所

* 南山大学法学部 准教授
Associate Professor, Faculty of Law, Nanzan University

表示機能及び品質保証機能を害することがない」場合には、実質的違法性を欠き、商標権侵害を構成しないと判断枠組み——いわゆる「商標機能論」——を示した。以後、この商標機能論は、判例・学説上、確立した考え方となっている。

もっとも、フレッドペリー最判が出所表示機能と品質保証機能の双方に言及したにもかかわらず、商標機能論において考慮される商標の本質的機能、ひいては商標法の保護法益をいかに理解すべきかについては、なお見解の一致をみていない²⁾。一般に、商標が現実果たす機能としては、同一の商標が付された商品・役務の出所は同一であることを示す「出所表示(識別)機能」、同一の商標が付された商品・役務には一定の品質が備わっているという需要者の期待を形成・維持する「品質保証機能」、さらには、商標の有するシンボル性を通じて商品・役務を需要者に訴求する「広告宣伝機能」が挙げられる³⁾。しかし、これらのうち、いずれが商標法上保護されるべき「本質的機能」に当たるのかについては、現在も議論が収束していない⁴⁾。

とりわけ問題となるのが、出所表示機能と品質保証機能との関係である。一方では、商標権者（または、これと同視し得る主体）が品質管理を行った商品であることが示されている限り、商品の具体的な品質に対する期待を出所表示機能と別個に保護する必要がないとする見解⁵⁾がある。本稿では、この見解を「出所表示機能一元説」と呼ぶ。

他方、商標は、単にどの出所に由来するかを示すだけでなく、その商標を付した商品が一定の品質を備えているとの需要者の期待を形成することがある。そして、このような品質に対する需要者の期待は、出所表示機能とは区別して

保護されるべきという見解⁶⁾も存在する。本稿では、これを「品質保証機能独自説」と呼ぶ。

これまで、両説の対立においては、品質保証機能のみが害される場合に、商標権侵害を認めるべきかが、主として問題とされてきた。その典型例として挙げられるのが、「わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にあるが、品質はわが国商標権者の商品より劣る商品」が輸入された場合である⁷⁾。この場合、出所表示機能一元説からは原則として商標権侵害が否定される。一方で、品質保証機能独自説によれば、品質の差異の程度や需要者の認識を考慮した上で商標権侵害が肯定され得る。

これに対して、「出所表示機能を害する」場合には、いずれの立場からでも商標権侵害が肯定される。こうした事情もあいまって、「出所表示機能」を巡る対立は、これまで表面化してこなかった。

しかし、ここでいう「出所表示機能を害する」とは具体的にどのような状態をいうのか——より推し進めていえば、「出所」が具体的に何を意味するのか——は必ずしも明確ではない⁸⁾。たしかに、「〔商標権者〕の品質管理権能が及んでいるかどうかの問題となる⁹⁾」などという形での大まかなコンセンサスは得られている。もっとも、どのような場合に「品質管理権能が及んでいない」と評価されるのか——例えば、商品が適法に製造された後で、かつ、市場において本格的な流通がなされるよりは前に、契約違反が生じ、または、契約が解除された場合、「品質管理権能が及んでいない」と解されるのか／いったん適法に流通した商品に対して何らかの変更を加える行為は、どの限度において、「品質管理権能が及んでいる」と評価されるのか¹⁰⁾——について諸局面の事例を統一的に説明

するためには、なおも検討の余地が残されている¹¹⁾。

そこで、本稿は、「出所表示機能」に着目して、学説上の議論——とりわけ、出所表示機能一元説——を整理し、出所表示機能侵害の判断構造を探る。具体的には、商標機能論が問題となり得る複数の事例類型を対照することにより、出所表示機能一元説が「出所表示機能を害する／害しない」かを判断する際に、いかなる事情を考慮し、反対に、いかなる事情を考慮していないのかを明らかにする。その際には、同説が明示的に掲げる判断要素だけでなく、個々の結論の背後にある、必ずしも明示されていない価値判断にも着目する。これが本稿の第一次的な目的である。

なお、結論を先に述べると、上記検討により、以下の暫定的結論が導かれる。すなわち、出所表示機能一元説は、並行輸入事例（第2章）と改造・小分け事例（第3章）とで、異なる考慮要素・価値判断に立脚するものと評価できる。その上で、本稿は、そこから生じる内在的不調和を明らかにした上で、並行輸入事例と改造・小分け事例の双方について整合的かつ妥当な解決を図るためには、品質に対する需要者の期待を独立の考慮要素として正面から位置付ける必要があること、したがって品質保証機能独自説を採用すべきことを論ずる。これが本稿の第二の目的である。

1.2. 検討方法と本稿の構成

上述したように、本稿の最終到達点は、出所表示機能一元説を批判し、品質保証機能独自説を支持することにある。ただし、本稿が試みるのは、品質保証機能を保護すべきであるとの価値判断を外部から持ち込むことによって、出所

表示機能一元説を批判することではない。出所表示機能一元説の論理構造を整理・分析することにより、一貫した説明が困難になる事例類型が存在することを指摘する、というものである。

そして、このような検討を進めるために、本稿では、複数の設例を示しつつ、各事例に対して出所表示機能一元説から導かれる結論を確認し、その結論を基礎付ける一般的命題を抽出する。そして、各事例類型から抽出された命題・具体的帰結が別の事例類型から抽出された命題・具体的帰結と調和的であるか否かを検討する。これにより、同説の判断構造が一貫しているかを検証する。

具体的には、第2章では、真正商品に何らの変更がなされていないとの前提の下で、並行輸入事例における「出所表示機能」の外延を明らかにする。そこでは、まず、適法に商品が製造された後に販売許諾契約が終了したことが問題となった二つの事例／国内商標権者が意図しない品質の真正商品が日本国内に輸入された事例に対する出所表示一元説論者の議論を整理する。これにより、並行輸入事例において「出所表示機能を害する」とは何を意味するのかに関するテーゼⅠを提示し、そこから非侵害例Aを導出する。その上で、このことは涉外要素が含まれない事例でも同様に妥当する（テーゼⅡ）として、非侵害例Aを基にした非侵害例A'を提示する。

第3章では、検討の局面を、真正商品の改造・小分け・詰替えへと移す（以下、「改造・小分け事例」とする）。ここでも、出所表示機能一元説が、改造・小分け事例について、どのような論理で商標権侵害——つまりは、出所表示機能の侵害——を認めてきたかを整理する。あわせて、小分け等がなされたにもかかわらず例外

的に商標権侵害が否定される事例や品質劣化事例との比較を通じて、そこでの考慮要素を抽出する。その上で、改造・小分け事例における出所表示機能侵害の判断構造をテーゼⅢという形で提示し、そこから侵害例 B を導出する。

第 4 章では、第 2 章・第 3 章で示された非侵害例 A' と侵害例 B との対比を通じて、並行輸入事例と改造・小分け事例との間に評価矛盾（内在的不調和）が認められることを論ずる。そして、この不調和を解消するためには、並行輸入事例においても「品質に対する需要者の期待・認識」を正面から考慮する——すなわち、（程度の差こそあれ）実質的に品質保証機能独自説へと転向する——必要がある旨論ずる。第 5 章では、補論として、品質保証機能独自説に対してなされてきた批判の検討を通じて、品質保証機能独自説を採用することの許容性を示す。

2. 並行輸入と商標機能論

2.1. 問題の所在

(1) 本章の目的

既述の通り、本章では、並行輸入を中心として展開されてきた出所表示機能一元説の議論に依拠しつつ、「出所表示機能を害する」とはいかなる状態を意味するのかを検討する。

そしてここでは、まず、①並行輸入（またはこれに類する商品流通）において、商標権侵害を肯定した裁判例と否定した裁判例とを対照し、出所表示機能の侵害を判断するための一つのメルクマールを抽出する（2.2）。次に、②国内外の商品に品質差がある場合をめぐる裁判例・学説を検討し、出所表示機能一元説の下では、品質に対する需要者の期待・認識が、出所表示機能侵害の判断に原則として影響しないことを示

す（2.3）。そしてその上で、①②の結論を踏まえ、並行輸入事例における出所表示機能侵害の判断構造を一つの命題（テーゼⅠ）として提示する。また、第 4 章での検討の素材とするために、テーゼⅠによれば商標権侵害が否定されることとなる具体例（非侵害例 A）を示す。

本章では、検討対象を明確にするため、次の三つの前提を置く。第一に、渉外事例では、日本と外国の商標権者が完全に同一の主体であるものとする。したがって、内外商標権者の同一性（後述するフレッドペリー最判の第 2 要件）は問題とならない。第二に、商品は、商標権者自身またはライセンシーによって適法に製造され、適法に商標を付されたものとする。したがって、同最判の第 1 要件を文言どおりに解する限り、これを充足する。第三に、商品の製造後、かつ、日本国内で販売されるまでの間に、改造、小分け、詰替え、経年劣化等による品質の変化は生じていないものとする。

したがって、本章の検討対象は、「商標権者自身またはライセンシーによって適法に製造された真正商品が、その内容に変更を受けることなく、商標権者の予定しない形で流通した」場合に、出所表示機能の侵害を認め得るか、というものである。流通過程で商品に何らかの変化が加えられた場合については、第 3 章で改めて検討する。

(2) フレッドペリー最判の 3 要件

ところで、本章が対象とする「真正商品の並行輸入と商標権侵害との関係」について、フレッドペリー最判は、次の判断枠組みを示した¹²⁾。以下の検討に先立ち、その一般論と当てはめを確認する。

同最判は、従来の下級審裁判例¹³⁾が踏襲して

きた商標機能論の考え方を採用し、並行輸入が出所表示機能および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、次のように判示した。

「商標権者以外の者が、我が国における商標権の指定商品と同一の商品につき、その登録商標と同一の商標を付したものを輸入する行為は、許諾を受けない限り、商標権を侵害する（商標法2条3項、25条）。しかし、そのような商品の輸入であっても、（1）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ものであり、（2）当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであって、（3）我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合には、いわゆる真正商品の並行輸入として、商標権侵害としての実質的違法性を欠くものと解するのが相当である。けだし、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、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする』ものであるところ（同法1条）、上記各要件を満たすいわゆる真正商品の並行輸入は、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害することがなく、商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なわず、実質的に違法性がないことができるからである。」

このように、フレッドペリー最判は、並行輸入が

商標権侵害としての実質的違法性を欠くための3つの要件を提示した。同最判の担当調査官の解説によれば、第1要件（適法性・真正商品性）・第2要件（内外商標権者の同一人性）は出所表示機能に、第3要件（品質管理可能性）は品質保証機能に対応する¹⁴⁾。

その上で、同最判は、外国商標権者と製造業者との間のライセンス契約で定められた製造地域制限条項・下請制限条項に違反して商品が製造されたという事実関係について、次のように判断した。すなわち、第一に、本件商品は、商標権者の同意を得ることなく、契約上の製造地域外にある工場へ下請製造させたものであり、

「本件契約の本件許諾条項に定められた許諾の範囲を逸脱して製造され本件標章が付された」ものであるから、商標の出所表示機能が害されるとした。第二に、製造地域制限条項・下請制限条項は、「商標権者が商品に対する品質を管理して品質保証機能を十全ならしめる上で極めて重要」であるとした。その上で、これらの制限に違反して製造された商品には商標権者の品質管理が及ばず、国内の正規商品との間に「本件登録商標が保証する品質において実質的に差異を生ずる可能性」があるため、品質保証機能が害されるおそれがあると判断した。

もっとも、フレッドペリー最判が直接明らかにしたのは、商標品の製造段階において（「品質保証機能を十全ならしめる上で極めて重要な」）ライセンス契約違反が認められる場合、その商品の輸入が商標権侵害を構成する、ということである¹⁵⁾。そのため、（後述するように、）契約を解除された当事者が契約解除前に製造された商品を販売した場合や、適法に製造された商品を販売地域制限条項に違反して流通に置いた場合についてまで、同最判が直接の回答を与

えたわけではない。

そこで次に、適法な製造後に契約が終了し、または販売に関する契約条項に違反して商品が流通した事例について、裁判例の判断を確認するとともに、出所表示機能一元説からどのような評価が与えられてきたかを整理する。

2.2. 契約の終了時期と出所表示機能への影響

(1) 問題状況の整理

適法に製造された商標品について、どのような事情が認められれば「出所表示機能を害する」と評価されるかを考える上で、2UNDR 事件¹⁶⁾と Pioneer 事件¹⁷⁾の対比が有用である。

2UNDR 事件では、次のような事実関係が問題となった。まず、外国の販売代理店が、外国商標権者自らによって製造された商品を、当該商標権者から直接取得した。その後、当該（元）販売代理店が代理店契約終了後に当該商品を販売し、これを取得した輸入業者が日本へ輸入した。知財高裁は、外国商標権者から販売代理店への譲渡によって商品の所有権が移転し、同代理店が商品を処分し得る地位にあったことなどを重視して、商標権侵害を否定した。

これに対して、Pioneer 事件では、商標権者から製造・販売の許諾を受けた者が、契約期間中に商標品を適法に製造・販売していたものの、その一部は在庫として保有したままにしていた。契約終了後¹⁸⁾に当該在庫商品を販売することが商標権を侵害するか否か争われたところ、知財高裁は商標権侵害を認めた。

両事件は、「商品が商標権者の管理の下で適法に製造された点」「契約終了時までに消費者へ販売されていなかった商品を契約終了後に流通させることが問題となった点」で共通する。

それにもかかわらず、2UNDR 事件では非侵害、Pioneer 事件では侵害という異なる結論が導かれた。この相違を、出所表示機能の観点からどのように説明すべきであろうか。

(2) 所有権による説明の限界と「第一流通」による説明の不十分性

2UNDR 事件判決は、外国商標権者が販売代理店に商品を譲渡し、同代理店が処分権限（所有権）を取得したことを重視している¹⁹⁾。しかし、被疑侵害者側が商品の所有権を有するという事実だけでは、2UNDR 事件と Pioneer 事件とを区別できない。Pioneer 事件でも、在庫保有者は、適法に製造した商品について所有権を有していたからである。したがって、両判決の結論を是とするのであれば、所有権の帰属は、出所表示機能侵害を判断するための決定的な要素とならないはずである。

一方で、両事件の相違を、商品が既に「第一流通」に置かれていたかによって説明することも考えられる。しかし、「流通に置かれた」という概念自体が規範的であり、その意味内容は明確でない^{20), 21)}。

例えば、消費者への販売を「第一流通」と捉えるならば、2UNDR 事件の商品も、契約終了時にはまだ流通に置かれていなかったことになる。反対に、第三者へ販売し得る状態に置かれたことを重視するならば、Pioneer 事件の在庫保有者も、少なくとも契約期間中は在庫商品を販売し得る地位にあった（少なくとも、一部商品は実際に販売されていた）以上、既に流通段階に入っていたと評価する余地がある。すなわち、「第一流通」の有無を形式的に問うだけでは、両事件の結論の相違を十分に説明できない。したがって、いかなる状況で商品が「流通に置かれた」

と評価すべきかを明らかにする必要がある。

(3) 市場投入決定権

この点について、筆者はかつて、「市場へ投入される商品の数量」のコントロールという観点から、両事例（および後述するボディグロヴ事件）を整合的に説明できると論じた²²⁾。

すなわち、2UNDR 事件では、外国商標権者自身が商品の製造・販売数量を決定し、これを販売代理店へ譲渡していた。そのため、市場へ流通し得る商品の総量は、商標権者の意思決定に服していた。また、後述するボディグロヴ事件では、販売地域制限に違反する流通が行われたものの、「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²³⁾」していた。

これに対し、Pioneer 事件で商標品を製造していたのは、商標権者ではなく在庫保有者である。契約終了後の在庫販売を無制限に認めれば、許諾期間終了前に在庫を大量に製造・確保した上で、許諾期間終了後に販売し続けることさえも可能となってしまう。このとき、商標権者は、どの程度の商標品が市場へ供給されるかをコントロールできなくなる。このような市場投入量に対するコントロールの有無が、両事件の結論を分けた一因と考えられる²⁴⁾。

一方で、出所表示機能一元説の主唱者である田村善之は、形式的に「販売」というプロセスを経由したか否かを重視する。すなわち、田村は、「2UNDR 事件では商標権者が被告に販売済みであり、その意味で一旦市場に置かれた商品」が問題となったのに対し、Pioneer 事件の在庫品は「商標権者の許諾の下に流通に置かれたことは一度もない代物」に過ぎないと説明する。さ

らに、後者については、「商標権者は表示製造業者（製造物責任法 2 条 3 項 2 号）として製造物責任を負うこともないというべき」として、Pioneer 事件における在庫商品の販売は「商標の出所表示機能を害すると言わざるを得ない」と論ずる²⁵⁾。

もっとも、先に述べたように、「流通に置かれた」という概念は規範的である。この点について、田村の見解は、一般的な消費者による取得可能性の有無ではなく、（海外の）商標権者による主観的意思決定を基準として「流通」を捉えたものと理解すべきであろう。すなわち、ここで重視されるのは、問題となった商品それ自体を商標権者自身の管理領域から市場へと開放する決定が商標権者自身によってなされたか否か——換言すると、市場投入に係る最終決定権を行使する機会が商標権者に保障されていたか否か——といえよう。そして、その反面、次のような需要者の認識に基づく考慮は排除される。例えば、「代理店を経由しなければ、事実上、消費者は商品を購入することができないため、代理店への販売段階では『流通』とはいえない」や、「ライセンシーが適法に製造し、現に販売し得る——すなわち、消費者が購入し得る——状況にあった在庫品は、実質的に『流通』段階にあった」といった需要者の認識を基礎とした考慮は、出所表示機能を害するか否かに影響しないこととなる。

この理解によれば、2UNDR 事件と Pioneer 事件との結論の相違を整合的に説明できる。すなわち、2UNDR 事件では、商標権者から販売代理店への譲渡という行為によって、商標権者が当該商品を市場へ投入することを積極的に承認（決定）したと評価できる。これに対し、Pioneer 事件では、契約期間中は商品が適法に製造・販

売されていたものの、あくまで、ライセンシーの販売と商標権者への報告・許諾料の支払いというプロセスを通じて、事後的な承認が都度なされていたにとどまる。そうすると、契約終了後に当該在庫品を市場へ投入することについてまでは、商標権者が最終的に決定する地位になかったと評価できる。このように、最初の市場投入について商標権者が最終的に決定する権限——以下「市場投入決定権」という——が侵されたか否かが、「出所表示機能を害する」ことのメルクマールとなるように思われる²⁶⁾。

ただし、ここで明らかになったのは、市場投入決定権の侵害が出所表示機能侵害の十分条件となる、ということにとどまる。商標権者が市場投入を決定しており、かつ、流通過程で商品に物理的変化が生じていない場合であっても、その他の事情によって出所表示機能が害される可能性は、なお否定できない。

そこで次に、「出所表示機能を害する」か否かの判断基準として、市場投入決定権以外にいかなる要素を取り込んでいるか／あるいは、取り込んでいないのかについて検討する。ここでは特に、国内の需要者の認識と関わる要素である、内外品質の差異が生じる事例について、出所表示機能一元説の議論を整理・分析する。

2.3. 出所表示機能侵害の判断における「品質」の位置付け

(1) 品質保証機能の出所表示機能への還元

田村によれば、品質保証機能が害される典型的な場合には、そもそも商標権者の品質管理が当該商品に及んでいないため、同時に出所表示機能も害される。したがって、品質保証機能を出所表示機能から独立して検討する実益は乏しい、とされる²⁷⁾。例えば、流通の途中で商品の

品質に変更が加えられた場合には、その（変更後）商品の「出所」は商標権者ではなくなっているため、敢えて品質保証機能を持ち出すことなく、「出所表示機能を害する」と捉えればよい（このような改造・小分け事例について詳細には、第3章参照）。

その上で、田村は、出所表示機能に還元されない「品質に対する需要者の期待」は商標法上保護されるものではないと論ずる（その実質的根拠については、後述する）²⁸⁾。この見解を徹底すれば、輸入品と国内商品との間に現実の品質差が存在しても、それ自体は商標権侵害の理由とならない。

(2) 従前の裁判例と出所表示機能一元説

ボディグロウヴ事件²⁹⁾では、販売地域に関する制限への違反と、「USA APPROVED」と記載されたタグの存在が問題となった³⁰⁾。この事案において、裁判所は、いずれも商標権侵害を基礎付けるものではないと判断した。すなわち、仮に販売地域制限条項に違反していたとしても、その制限は商品の製造や品質管理に関するものではなく、販売政策に関する制約にすぎない。したがって、同条項違反があったとしても、出所表示機能を害することはない。また、「USA APPROVED」とのタグが契約に反して付されたとしても、商標が示す商品の本来の出所を変更するものではない。したがって、（特に後者について）「米国で承認された」という需要者の認識を（誤って）形成するものであっても、出所表示機能を害することはない。

また、Swimava 事件³¹⁾では、外国向け商品と日本向け商品との間で、警告表示・日本語による説明の有無といった点で販売態様に違いがあった。裁判所は、商品の安全性、説明書の内容、

販売時の情報提供等を具体的に検討した上で、商標の保証する品質に実質的な差異はないと判断した。この判断は、品質保証機能が商標法上独立して保護され得ることを前提に、国内需要者の認識を踏まえて、品質保証機能が害される程の差異はないと評価したものといえよう³²⁾。

これに対して、出所表示機能一元説の立場からは、日本語の表示・説明が欠けていることは、（具体的な取引の実情や需要者の認識を考慮するまでもなく）そもそも商標の機能を害するものではない、と評される。同説の下では、内外商品の品質差が出所表示機能の侵害に結び付くのは、国内商標権者が「我が国の商標権の独占権能を活用して、〔外国商標権者の出所とは独立して〕自己の出所に係る商品独自の品質又は信用の維持を図ってきたという実績がある³³⁾」などして、実質的に内外権利者が別主体と評価できる場合に限られる^{34), 35)}。本稿のように、内外の商標権者を完全に同一の主体と仮定する場合には、この例外が認められる余地はほとんどない。

(3) 小括

そして、以上の議論を前提にする限り、「商標権者自らによる国内外での品質区別事例」において、品質に対する国内の需要者の期待を害することがあったとしても、出所表示機能侵害はおおよそ認められない。ボディグロウヴ事件のように「USA APPROVED」というタグが違法に付され、かつ、販売地域制限条項にも違反した商品流通がなされた場合でさえ出所表示機能が害されないとするならば、より強く商標権者のコントロールが効いた状況下で市場投入決定権が行使された商品については、なおさら出所表示機能侵害を肯定するわけにいかない。

これをより一般化すれば、出所表示機能一元説の立場からは、（本稿が設定した、内外権利者同一という前提の下では、）内外商品で品質差が存在するといった事情や、その品質差によって国内需要者の期待を害するという事情は、「出所表示機能を害する」か否かの判断に影響を及ぼさない、ということができよう。

2.4. 検討——並行輸入事例における出所表示機能侵害の判断構造

(1) 市場投入決定権と出所表示機能

本章の検討から、出所表示機能一元説の判断構造は、次のように整理することができる。

まず、Pioneer 事件のように、商品が適法に製造されていても、商標権者の市場投入決定権が保障されていないければ、出所表示機能は害される。これに対し、代理店への譲渡などを通じて、当該商品の市場投入決定権を行使する機会が与えられていた場合には、その後、販売地域・販売時期に関する契約違反が生じてても、出所表示機能は原則として害されない（2.2.）。

一方で、商標権者が商品を適法に市場へ投入し、流通過程で商品に変更が加えられていない場合には、「品質に対する需要者の期待」を害するという事実が認められたとしても、出所表示機能を害しない（2.3.）。

そして、以上をまとめると、次の命題（以下、「テーゼⅠ」とする）が導かれる³⁶⁾。すなわち、

商品が適法に製造され、内外の商標権者が同一であり、かつ、流通過程で商品自体に変更が加えられていない限り、「出所表示機能が害される」ためには「商標権者の市場投入決定権が侵されていること」があれば足り、「品質に対する需要者の期待・認識」は考慮されない。

そして、このテーゼ I に基づくと、次の各事例では、品質に対する需要者の期待や商標権者の信用に影響が生じ得るとしても、商標権侵害は否定される³⁷⁾。以下、これらを「非侵害例 A」とする（より具体的に、A (1) , A (2) などと表記することもある）。

A (1) 日本語の取扱説明書・警告表示の欠如

非侵害例として第一に、日本語の取扱説明書・警告表示が付されておらず、日本の需要者が使用方法や危険性を十分に理解できない場合が挙げられる。表示の欠如によって安全性・使用可能性に実質的な差が生じるとしても、商品が商標権者の品質管理の下で製造され、かつ、外国市場への投入が商標権者によって承認されている限り、出所表示機能の侵害は認められない。

A (2) 気候・使用環境に応じた品質区別

加えて、A (1) と同様の問題を発生させる事例として、各国の気候や安全規格に応じて商品の仕様を区別している場合も考えられる。例えば、乾燥地域向けの電子機器を日本の高湿度環境で使用すると、故障・事故の危険が高まるため、商標権者が当該仕様の商品を日本では販売していないとする。当該商品が日本へ輸入されれば、国内需要者の安全性に対する期待と実際の性能との間に重大なズレが生じ得る³⁸⁾。

それでも、A (1) と同様に、商標権者の許諾条件の下で当該商品が製造され、外国市場へ適法に投入された以上、他の法令による安全規制等とはともかく、（需要者の認識を考慮に入れない）出所表示機能一元説からは商標権侵害を導くことができない。さらには、テーゼ I からは、そうした輸入をする者が、日本での使用に適合しない商品であることを知り、かつ、その旨を

示さなかったことにより、品質に対する需要者の期待を損ねた場合であったとしても、上記結論は左右されない。

(2) 涉外要素を含まない商品流通と出所表示機能

以上では、真正商品の並行輸入を中心に、出所表示機能一元説の判断構造を検討してきた。これは、わが国の商標機能論が、主として並行輸入をめぐる裁判例の中で形成されてきたためである³⁹⁾。他方、（次章で見る）商品の改造、小分け等の国内事例においても、商標の出所表示機能または品質保証機能が害されるか否かが検討されてきた⁴⁰⁾。すなわち、商標機能論は、並行輸入事例にとどまらず、広く一般的に妥当することが前提とされている⁴¹⁾。

この点に関して、筆者も、涉外要素の有無は商標機能論それ自体の適用を左右するものではないと論じてきた⁴²⁾。そのため、例えば、販売地域制限条項に違反する並行輸入品であっても出所表示機能を害しないと解するのであれば、国内の使用許諾契約において「東日本でのみ販売する」との制限に違反して西日本で販売した場合にも出所表示機能の侵害を認めることはできない——すなわち、このような国内での契約違反は、あくまで債務不履行責任を生じさせるにとどまる⁴³⁾。

もちろん、「真正商品の並行輸入」という涉外要素を含む事例では、国際的な競争政策に関する政策的考慮も働き得る⁴⁴⁾。そのため、涉外要素の有無によって、最終的な商標権の効力範囲が異なる可能性は、一概に否定できない⁴⁵⁾。

しかし、ここでは、二つの問題を区別する必要がある。第一は、国境を越えたことによって、商標が表示する出所・品質等に関する情報が変

化し、新たに「商標の本質的機能」が害されることとなるかという問題である。第二は、「商標の機能」の侵害とは別に、自由流通や競争政策等の観点から、外在的に商標権の効力を制限または拡張すべきかという問題である。先に示した政策的考慮は、後者に属する。したがって、最終的な商標権侵害の成否は別論、「出所表示機能が害される」か否かという本稿の検討課題においては、国内事例か涉外事例かという形式的な相違それ自体は影響しない。以下、ここで得られた最終的な命題を「テーゼⅡ」とする。

そして、前述した非侵害例 A にテーゼⅡを適用すると、以下述べるように、国内版の「非侵害例 A'」を導き出すことができる。

A' (1) 販売地域の常識を前提とする説明の欠如

ある地域では、特有の匂いや外観を有する発酵食品が広く食され、その地域の需要者は、それが腐敗や品質劣化によるものではないと理解しているため、商品に特段の説明が付されていないとする。一方、この食文化を共有しない地域へと二次流通した場合、品質管理に不備があると需要者が誤認し、商標権者の信用が低下する可能性がある。しかし、商品の出所は変化しておらず、市場投入決定権も侵されていないため、出所表示機能の侵害は認められない。

A' (2) 気候・使用環境に応じた仕様区別

第二に、テーゼⅡと非侵害例 A (2) からは、気候・使用環境に応じて商品仕様が区別されている場合にも、出所表示機能を害しない、との評価がなされる。

例えば、商標権者 S が、降雪量の少ない地域向けには通常の雨天使用を想定したブーツを、豪雪地域向けには防滑・断熱性能を高めたブー

ツを、同一商標の下で販売しているとする。前者商品が豪雪地域である青森県で販売されれば、需要者が積雪環境に適した防滑性能を(誤って)期待し、転倒等の事故が生じる可能性がある。したがって、第三者がこうした事情を隠して地域を跨いだ流通を行った場合には、その結果として、「S 商標が付された商品は、(真に豪雪地域向けのものであっても) 雪国で安全に使用できない」との否定的評価が、青森県内の需要者から S に対して与えられる可能性がある。しかし、この場合においても、商品それ自体はその品質管理の下で適法に製造され、市場へ投入されたものである。したがって、予定外の地域で販売されたというだけでは出所は変化せず、出所表示機能の侵害は否定される⁴⁶⁾。

3. 流通後の品質変更(改造・小分け・品質劣化)と商標機能論

3.1. 問題の所在

前章では、「商標権者自身またはライセンシーによって適法に製造された真正商品が、その内容に変更を受けることなく、商標権者の予定しない形で流通した」場合を検討した。これに対して、本章では、商標品が市場へ投入された後、その流通過程において第三者による改造、小分けその他の変更を受けた場合を検討する。

このような変更によって「品質に対する需要者の期待」を害する程度の品質差が実際に生じている場合、(少なくとも)品質保証機能は害される。したがって、品質保証機能独自説によれば、商標権侵害が肯定される。一方で、出所表示機能一元説も、次に述べるように、品質保証機能を独立して検討することなく、商標権侵害を肯定する。

その（出所表示機能一元説の）論理を大要すると、次のように整理できる。そもそも、商標は、単にその商品を最初に製造・販売した主体を表示するだけでなく、現に市場で流通している商品それ自体について最終的な品質管理を行った主体（出所）をも表示する機能（出所表示機能）を有する。そして、第三者が商品を改造し、または詰め替えたとき、「最終的な品質管理を行った主体（出所）」は当該改造・詰め替えを行った者となる。このような場合に当初の商標を付したまま流通させられると、商標が表示する出所と、最終的な品質管理を行った主体とが一致なくなり、出所表示機能が害される⁴⁷⁾。出所表示機能一元説論者は、このように、「最終的な品質管理を行った主体」という中間項を設けることで、改造・小分け事例に対して妥当な解決を図ろうとするものということができる。そして、このような説明は、品質保証機能独自説論者から、「品質保証機能が損なわれる抽象的な危険を排除する手段」として出所表示機能の保護を捉えるものと評されている⁴⁸⁾。

もっとも、以上の説明のみでは、どのような行為によって「商標が表示する出所と、最終的な品質管理を行った主体とが一致しなくな[る]」のかが明らかにならない。例えば、商品の中身を変更した場合／価格を変更して販売した場合には、それぞれ、これに当たる／当たらないことが明確である。一方、多くの中間的な事例で出所表示機能を害するか否かの基準は、そこから導き出すことができない。そこで、本章では、改造・小分け事例および品質劣化事例に対する出所表示機能一元説の議論を整理し、その背後に存する価値判断をテーゼⅢという形で抽出する。

3.2. 改造・小分け事例における需要者認識の考慮

(1) 改造・小分けと出所表示機能

先述したように、商標権者が製造・販売した商品について、第三者が改造・小分けを行いつつも、従前の商標を残したまま販売した場合、出所表示機能一元説は、原則として出所表示機能の侵害を認める。すなわち、田村によれば、真正商品であっても、流通過程で商標権者以外の者による変更が加えられた商品は「もはや商標権者が販売した商品」ではないため、なおも元の商標を付したまま取引に置かれている場合、出所表示機能を害することとなる⁴⁹⁾。この説明において重要なのは、現実には品質が低下したことまでは要求されていない、ということである。第三者の介入により、変更後の状態について商標権者の品質管理が及ばなくなり、もって、商標に対する信用毀損の抽象的可能性が生じれば足りる。

例えば、STP 事件⁵⁰⁾では、ドラム罐入りのオイルトリートメントを 10 オンス入り罐へと小分けしたことが問題となった。そこでは、具体的に品質が低下したという事実やその蓋然性について疎明されていないにもかかわらず、裁判所は、商標の機能として「出所表示機能あるいは生産源を示すとの機能」を掲げた——一方で、品質保証機能には言及しなかった——上で、「前記行為により本件登録商標に対する信頼感が害され混乱を来たしていることが推認される」として商標権侵害を肯定した。

また、一般には、商標権侵害を認めるために、現在の購入者において「信頼感が害され」ていることも必要ない。例えば、Nintendo 事件⁵¹⁾では、任天堂が製造・販売したゲーム機本体・コントローラーの内部構造を改造し、「Nintendo」

の商標を残したまま、「HACKER JUNIOR」との表示を付して販売した行為が問題となった。裁判所は、「改造後の原告商品である被告商品に原告の本件登録商標が付されていると、改造後の商品が原告により販売されたとの誤認を生ずるおそれがあるとして出所表示機能が害されるおそれがあると判断した⁵²⁾。「HACKER JUNIOR」という表示が付され、かつ、改造品であると知ってこれを購入する需要者は、「改造後の商品が原告により販売されたとの誤認」をしないにもかかわらず、である。

この点について、田村は、「購入後の混同」理論⁵³⁾によって Nintendo 事件の帰結を説明付ける。すなわち、直接の購入者が改造の事実を知っていても、実際の使用者や後の譲受人がこれを知らず、不具合を商標権者の責任と評価する可能性がある、というのである⁵⁴⁾。そして、この理解によれば、購入時の直接の需要者の認識がどうあれ、幅広く出所表示機能の侵害が認められることとなる。すなわち、「再度の流通局面を含め、変更後の商品に接した将来の（潜在的）需要者が、変更後の商品に対する信用を商標権者に帰属させる」可能性があれば、出所表示機能を害するのに十分と評価される。

(2) 改造・小分けがあっても出所表示機能を害しないと評される事例

もっとも、出所表示機能一元説の立場からも、「こうした抽象的危険の存在があれば直ちに出所表示機能を害する」という結論を導き出すわけではない。例えば、田村は、次に述べるように、詰替え・小分けがなされたハイミー事件⁵⁵⁾やマグアンプ事件⁵⁶⁾について、いずれも商標権侵害を否定すべきだった旨論ずる⁵⁷⁾。

第一に、ハイミー事件では、いったんパチン

コの景品として適法に流通した調味料を買い集め、登録商標を付した段ボール箱にこれを詰め直し、販売する目的で所持した行為が問題となった。最高裁は、「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 条の罪の成立になんら影響を及ぼさない」として商標権侵害を肯定した。このように、同決定は、かなり形式的に侵害を認めたものと評価できよう。

しかし、田村は、「商品の包装が解かれていない以上、商品の品質に対する最終的な判断をなした者は未だに商標権者であることに変わりはない。したがって、出所を偽るものではない」として、同決定を批判する⁵⁸⁾。このことから、出所表示機能一元説は、（たとえ抽象的なものであっても）第三者の変更行為による「商品の品質に対する影響」を考慮しているというべきである⁵⁹⁾。

もっとも、「商品の品質に対する影響」が生じ得る販売態様であったとしても、「出所表示機能を害しない」と評価される事例も存在する。マグアンプ事件である。

そこでは、商標権者が大袋で販売した肥料を、第三者が透明なビニール袋へと小分けし、割安な価格で販売した行為が問題となった。元の商品の包装を解き、ビニール袋へ小分けした以上、「商品の品質に対する影響」は否定できない。実際に、裁判所は、本件において商標権侵害を肯定した。

一方で、田村は、マグアンプ事件では侵害を否定すべきであったと論ずる⁶⁰⁾。透明で簡易な包装、価格、販売態様等から、小分け主体が商標権者でないことは需要者に明らかであり、かつ、「小分け品はほぼ全てが最終消費者にわたっている」からである⁶¹⁾。換言すると、前述し

た「購入後の混同」がおよそ生じないケースであるから、直接の購入者において出所を誤って認識しなければ、実質的には出所表示機能を害しない、という考え方である。

(3) 小括——暫定的命題と課題の提示

これらの議論からは、次の暫定的命題(以下、「テーゼⅢ—0」とする)を導出できる。すなわち、

- (i) 市場投入決定権が適法に行使された後に、商標に対する信用毀損の抽象的可能性が生じ、かつ、
 - (ii) 購入時の混同、または、将来的な使用時・二次流通時における「購入後の混同」が生じるおそれがある場合、
- 当該商品に従前の商標を付して流通させる行為は、出所表示機能を害する。

しかし、「商標に対する信用毀損の抽象的可能性が生じ〔る〕」のがどのような場合かは、なお明らかでない。すなわち、従前の裁判例とそれに対する出所表示機能一元説論者の評価から、商品に物理的改造が加えられた場合や「商品の包装が解かれて」いる場合には「信用毀損の抽象的可能性が生じる」ものと評価される。一方で、ハイミー事件のような単なる詰替えの場合や、シリアルナンバーが除去される場合(修理等のアフターサービスが不可能となる例外的な場合を除く)⁶²⁾には、「信用毀損の抽象的可能性が生じ〔ない〕」と評価されている。しかし、耐用期限を過ぎて流通に置かれた場合や適切な使用態様を示されないような状態で流通に置かれる場合など、物理的な変更が加えられたわけではないが、必ずしも「信用毀損の抽象的可能性が生じ〔ない〕」とはいえない場合の処

理は明確とならない。

そこで、次節では、境界線上の事例である品質劣化事例を題材として、出所表示機能一元説論者の評価とその背後の価値判断を抽出する。その上で、上記テーゼⅢ—0を再定義して、改造・小分け事例における出所表示機能侵害の判断基準を明確化する。

3.3. 品質劣化事例が示す限界

(1) 改造・小分け事例と品質劣化事例との不整合

2UNDR 事件⁶³⁾において、裁判所は、並行輸入品(男性用下着)が「常識的な期間内」で流通し、商標権者が施した包装等が維持されている限り、経年劣化等のおそれはなく、商標権者の品質管理が及んでいるとして侵害を否定した⁶⁴⁾。これに対し、田村は、「商標品であるからといって、『常識的な期間』内に流通しているとの理解が保障されるわけではない」、「需要者は、販売年月日や製造年月日の表示など、商標以外の表示に依存して必要な情報の摂取に努めている」として、仮に「常識的な期間」を超えた商標品の流通が認められたとしても、商標権侵害を認めるべきではない、と結論付ける⁶⁵⁾。

しかし、この説明は、先に見た改造・小分け事例と整合するだろうか。すなわち、Nintendo 事件では「HACKER JUNIOR」という明確な追加表示があっても、一部の需要者または将来の譲受人の認識を問題として、出所表示機能が害されると評価した。その一方で、品質劣化事例では、需要者が製造年月日を確認するはずであるとして、出所表示機能の毀損を否定する。

たしかに、外観上、劣化の程度がわかりやすい衣料品や、賞味・消費期限が重要な要素となる食料品については、通常、需要者が購買決定に際して製造年月日を重視することも想像に難

くない。しかし、例えば、長期間保管されたモバイルバッテリーには発火等の現実的な危険が認められるところ、（自身が過去に購入したものであっても、リユース品であっても、）その外観や給電性能に異常がなければ、需要者が常に製造年月日を確認するとは限らない。少なくとも、「HACKER JUNIOR」という表示がされ、改造が施されたゲーム機よりも、「購入時／購入後の混同」のおそれは大きい。それにもかかわらず、品質劣化事例でのみ「需要者の（相対的に高度な）注意力」を期待するというのは、一貫性を欠いているように思われる。そうすると、仮に品質劣化事例で商標権侵害を否定するのであれば、また異なる説明が求められる。

(2) 自然的劣化と人為的な危険の作出

もちろん、筆者も、経年劣化の可能性がある商品の再流通について、すべて Nintendo 事件と同等の水準で「購入後の混同」判断を行い、広く侵害品とすべきである、と論ずるわけではない。というのも、あらゆる商品は時間の経過によって劣化するからである。仮に、品質劣化事例でもその品質に対する「需要者の混同」があれば出所表示機能侵害を認めるとすれば、中古の真正商品を転売する場合であっても、将来のいずれかの時点をもって「購入後の混同」が生じる以上、幅広く商標権侵害が認められることとなる。さらに極論すれば、新品の転々流通であっても、いつか品質が劣化したタイミングで「購入後の混同」を引き起こす可能性が認められる以上、劣化前商品の再販売ですら商標権侵害となりかねない。これは、商標権者の許諾によらない流通を包括的に禁止し、取引の安全を著しく害する、というにほかならない。この帰結が妥当でないことはいうまでもない。したが

って、購入した商品をそのまま転々流通に置くことそれ自体には、仮に品質劣化のおそれがあったとしても、軽々に商標権侵害を認めるべきではない。

一方で、改造・小分け事例のように、第三者が商品の品質について何らかの作用をもたらした場合が別論である。通常の流通に必然的に伴う自然的劣化の場合と異なり、通常の流通秩序では予定されていない人為的な介入を行い、商品の品質に対する新たな危険を作出した場合には、その行為者の取引の安全を保障する必要性が相対的に低下する。換言すると、正常な取引秩序の範囲を逸脱するような人為性⁶⁶⁾が認められる場合には、商標権による一定の行為規制を及ぼしてもよい、との判断はあり得よう⁶⁷⁾。

そして、この理解に基づけば、（通常の自然的劣化のみが問題となる）品質劣化事例では出所表示機能侵害をあまねく否定し、しかし、その一方で、改造・小分け事例では（直接の需要者の誤認がおよそ発生しないとしても）「購入後の混同」の可能性が認められれば出所表示機能の侵害を認める、という出所表示機能一元説からの帰結を整合的に説明できる。もちろん、なおも基準として曖昧にすぎるとの批判はあり得ようが、「商標に対する信用毀損の抽象的可能性が生じ」たか否か／確認の可能性があったか否かという基準によって生じる「改造・小分け事例と品質劣化事例との不整合」（3.3. (1) 参照）を解消し得るものと評価できよう。

3.4. 検討——改造・小分け事例における出所表示機能侵害の判断構造

以上を踏まえると、テーゼⅢ—0 は次のように修正される（この修正後の命題を「テーゼⅢ」とする）。

- (i) 市場投入決定権が適法に行使された後に、正常な取引秩序の範囲を逸脱するような人為的介入により商標に対する信用毀損の抽象的可能性が新たに作出・増幅され、かつ、
- (ii) 購入時の混同、または、将来的な使用時・二次流通時における「購入後の混同」が生じるおそれがある場合、当該商品に従前の商標を付して流通させる行為は、出所表示機能を害する。

通常の時間経過による自然的劣化は、原則として (i) を満たさないため、テーゼⅢによれば出所表示機能を害しないこととなる。一方、Nintendo 事件のような改造事例では、第三者による内部改造（人為的介入）によって信用毀損の抽象的可能性が新たに作出されるため、(i) を満たす。そのため、(ii) 「購入後の混同」のおそれがある場合には、出所表示機能侵害が認められる。

他方、マグアンプ事件に関していえば、小分け行為による (i) は認められるものの、最終消費者への直接販売としか考えられない取引態様であったがゆえに、(ii) が否定される。もっとも、これはおよそ例外的な事実関係に依存するものであって、(ii) の判断においては、「需要者の高度な注意力」は求められず、幅広く「購入後の混同」が認められる（Nintendo 事件など参照）。商標以外の情報を頼りにして購買決定をする可能性が認められるからといって、そのこと自体をもって、軽々に出所表示機能侵害を否定することはできない。

そして、以上のテーゼⅢからは、商品の物理的変更に限られない、次の侵害例 B を導くこと

ができる。

B (1) 製造年月日の偽造または著しく不適切な管理

第一の侵害例として、製造年月日の偽造をした場合を挙げることができる。例えば、長期間保管されたモバイルバッテリーの製造年月日を改ざんし、製造後間もない商品のようにして再販売する場合は、単なる自然的劣化の場合とは異なる。年月日の改ざんという人為的作用が加えられたことによって、（商品の品質自体は単なる劣化品と同一であったとしても）当該事業者の取引の安全を保障する必要が小さくなる。さらにいえば、需要者が劣化可能性を判断するための情報が遮断され、危険な状態の品質から生じる否定的評価を商標権者へ帰属させる可能性が新たに作出される。実質的に見ても、商品の小分け事例に比べて、商標権者の信用に与える影響が大きく、かつ、取引の安全を保障する必要性が小さいことは、疑いない。

同様に、著しく不適切な商品管理をしている——例えば、温度管理が品質維持に不可欠であることを認識しながら、これを逸脱する環境で商品を保管している——にもかかわらず、何らの説明もなく販売した場合も、信用毀損の可能性が人為的に作出されたと評価し得る。改造・小分けほど直接的な変更を加えたものではないが、品質に直接影響し得る品質管理体制を人為的に侵したことによって、改造と同程度に「商標に対する信用毀損の抽象的可能性」を生ぜしめたものと評価できよう。

B (2) 気候・使用環境に適しない地域への二次流通

この論理をさらに進めれば、商品自体には手

を加えていなくても、安全かつ適切に使用できない地域へと商品を二次流通させた場合には、出所表示機能を害すると考えられる。

例えば、商標権者 T が、降雪量の少ない地域向けには通常の雨天使用を想定したブーツを、豪雪地域向けには防滑・断熱性能を高めたブーツを、同一商標の下で販売しているとする。加えて、前者の販売に当たっては、これを豪雪地域で使用すると危険である旨の表示が付されていることとしよう。このとき、第三者が、前者のブーツが豪雪地域では安全に使用できないことを知りながら、何ら説明せずに豪雪地域（青森県）で販売した場合、テーゼⅢからは、出所表示機能を害するとの結論が導かれ得る。

たしかに、商品に物理的な変更は加えられていない。しかし、その商品が適切な「品質」を発揮するか否かは、使用方法や使用環境に依存する。ある環境では安全な商品も、不適合な環境へ移動させれば、安全性・有用性を失い得る。その意味で、使用環境に適合しない地域への意図的な流通は、（B（1）で示した）著しく不適切な保管と同様に、信用毀損の可能性を新たに作出・増幅させる人為的行為と評価すべきであろう——少なくとも、単なる品質劣化事例とは区別すべきである。

また、当該地域で同一商標を付した（地域に適合する）商品が販売されていれば、需要者は、その商標が付された商品は全て当該地域の使用環境に適合するとの期待を抱きやすい。そうすると、いざ不適合商品による事故が生じた場合、「T 商標が付された商品は、（真に豪雪地域向けのものであっても）雪国で安全に使用できない」という否定的評価が、青森県内の需要者から T に対して与えられる可能性がある。したがって、改造・小分け事例における論理を一貫し

て適用するならば、（4.4.で指摘するような）十分な打消し表示が明確になされない限り、この事例についても出所表示機能の侵害を認めることが適切といえよう⁶⁸⁾。

なお、これに対して、（上記の事実関係を修正して）商標権者自身が「地域限定」または「積雪地域では使用不可」と表示していなかった場合には、それを怠った商標権者にも落ち度があるのだから、地域不適合商品による否定的評価は甘受すべきである（＝商標権侵害とすべきでない）と考えられるだろうか。たしかに、このような考え方には一理あるが、次に述べるように、なお商標権侵害を認めるべきであろう。すなわち、そもそも改造・小分け事例でも、商標権者があらかじめ「改変禁止」「小分け前」など表示していたわけではない。それにもかかわらず、改造・小分けという人為的作用を与えた被疑侵害者は、商標権侵害の責任を問われたのである。そうすると、地域不適合を知りながら何らの説明をしないで転売した被疑侵害者に対しても同じく侵害責任を問わなければ、バランスを欠くように思われる（ただし、商標権者による上記各表示があった場合となかった場合とでは、「人為性」の評価に違いが出る、という限度で結論には影響し得る）。

ところで、以上のテーゼⅢと侵害例 B で重要なのは、商標に対する信用毀損が現実に生じている必要も、直接の購入者が誤認している必要もない、ということである。将来の（潜在的）譲受人において、正常な取引秩序の範囲内では考え難いような「信用毀損の抽象的可能性」が新たに作出されており、かつ、購入した（する）商品から生じる評価を商標権者に帰属させる潜在的可能性が認められれば足りる。もっとも、

この判断においては、単なる「品質管理権能」に還元できない要素が考慮されている。すなわち、現に流通する商品に内外商標権者の品質管理が及んでいるかという専ら商標権者側の事情だけでなく、その具体的な取引態様（販売態様や直接の取引者の属性、需要者の認識）も考慮される。そして、ここでは、そこから生じる「品質に対する需要者の期待・認識」と被疑侵害者が販売する商品の品質とのズレをも考慮して、「商標に対する信用毀損の抽象的可能性」「商標権者への評価帰属の潜在的可能性」が判断されるのである⁶⁹⁾。以上によれば、改造・小分け事例に関する出所表示機能一元説を整合的に説明付ける判断構造においては、「品質に対する需要者の期待・認識」という考慮要素が「出所表示機能を害する」か否かの判断構造の一部に取り込まれることとなる⁷⁰⁾。

4. まとめと検討——出所表示機能一元説の内在的不調和

4.1. 本章の目的

前章までの検討によれば、出所表示機能一元説は、商標品の流通が問題となる局面に応じて、異なる判断構造（テーゼⅠ・テーゼⅡとテーゼⅢ）を用いている。

第2章で検討した並行輸入事例では、商品が商標権者によって適法に製造され、その意思に基づいて市場へ投入されたこと——市場投入決定権を行使する機会が保障されていること——が重視される。一方で、その決定が適法になされた後は、商品が予定外の地域へ流通して、「品質に対する需要者の期待・認識」が害されたとしても、出所表示機能は害されない。

これに対し、第3章で検討した改造・小分け

事例では、当初の市場投入の適法性だけでなく、第三者が人為的作用によって商標に対する信用毀損の抽象的可能性を新たに作出・増幅し、かつ、「購入後の混同」の可能性が認められる場合には、出所表示機能を害すると判断される。そして、侵害例Bからもうかがえるように、そこからは、変更後の「品質に対する需要者の期待・認識」と被疑侵害者が販売する商品の品質とのズレが生じているかが重要な考慮要素となる。商標権者が適法に市場へ投入した商品であっても、「〔商標権者がした〕商品の品質に対する最終的な判断⁷¹⁾」として需要者が期待・認識する品質と実際の品質とが異なる状態が人為的に作出されれば、出所表示機能の侵害が肯定されるのである。

その結果、以下論ずるように、出所表示機能一元説において、内在的不調和が生じる。すなわち、上記二つの判断構造が、同一の事実関係に相矛盾する帰結を導き出してしまうのである。本章では、第2章で示した非侵害例A' (2) と第3章で示した侵害例B (2) とを対比することにより、これを明らかにする。

4.2. 不適切地域における流通——非侵害例A' (2)と侵害例B(2)の同一性

A' (2) とB (2) は、いずれも、次のような共通の設例に関するものである。

商標権者Xは、同一の登録商標を付した商品について、使用される地域の気候、地形その他の環境条件に応じ、異なる規格の商品を製造・販売している。甲地域向け商品は、甲地域の環境では安全に使用できるが、乙地域の環境で使用すると、安全上の重大な問題を生じさせる。そこで、乙地域では、当該環境に適合した別規格の商品が、同じ商標の下で販売されている。

流通業者 Y は、X が甲地域向けとして適法に製造し、同地域の市場へ投入した商品を購入した。その後、これが乙地域に適合しないため安全上の問題を生じさせ得ることを認識しつつも、その商品に物理的な変更を加えることなく乙地域へ移動させ、規格の違いや乙地域の環境に適合しないことを明示せずに販売した。乙地域の需要者は、同一商標の下で乙地域に適合する商品が販売されていることから、当該商品も同地域の使用環境に適合すると認識する可能性がある。そして、その結果、不具合や事故が生じれば、その否定的評価が Y ではなく X に向けられることとなる。

既述のとおり、商品自体は、X が適法に製造し、（甲地域における）市場投入を決定した状態から変化していない。他方、Y による人為的な地域間流通によって、甲地域では存在しなかった信用毀損の可能性が乙地域で新たに作出され、それに伴う否定的評価が X に帰属する潜在的可能性も生じている。

第 2 章で非侵害例 A' (2) として示したように、並行輸入事例から導かれたテーゼ I, II によれば、上記設例では商標権侵害が否定される。そこでは、「出所表示機能を害する」ためには「市場投入決定権の侵害」が決定的な要素となり、「品質に対する需要者の期待・認識」は考慮されないからである。

一方で、第 3 章で示したテーゼ III によれば、これは侵害例 B (2) に当たるとして、商標権侵害が認められ得る。というのも、たしかに物理的な品質変更がなされたわけではないが、正常な取引秩序の範囲を逸脱するような人為的介入により信用毀損の可能性が新たに作出され、かつ、需要者の誤認に基づく否定的評価が商標権

者に与えられることとなるからである。

このように、「不適切地域における流通」という同一の事実関係であっても、並行輸入事例の延長線上の議論として把握されるか、改造・小分け事例の延長線上の議論として把握されるかによって、反対の結論が導かれる。このことから、出所表示機能一元説は、並行輸入事例と改造・小分け事例との間で内在的不調和を抱えていることが分かる⁷²⁾。

4.3. 内在的不調和の解消に向けて

以上の不調和は、「品質に対する需要者の期待・認識」が、並行輸入事例では考慮されない一方、改造・小分け事例では「出所表示機能を害する」か否かの判断構造内部に取り込まれていることに起因する。つまり、状況に応じて、「出所表示機能」概念の内容が拡張しているのである。

そうすると、この不調和を解消する方策を検討するためには、「出所表示機能」概念を統一したものと捉え、各事例における判断構造を再構築すればよい。そのための主だった解決策としては、次の 2 つのアプローチが考えられる⁷³⁾。

(1) 市場投入決定権への純化

第一は、出所表示機能の侵害を市場投入決定権の侵害に純化するアプローチである。そして、市場投入決定権は、(2.2. (3) における 2UNDR 事件と Pioneer 事件との比較で示されたように、) 需要者の認識ではなく、商標権者の主観的決定を重視するものである。その結果、品質に対する需要者の期待・認識は考慮されなくなる。

そして、このアプローチからすれば、A (2) や A' (2) はもちろん、侵害例 B (2) も、商標権侵害を否定することとなる。商標に対する信

用毀損の抽象的可能性が作出され、かつ、需要者が誤認することで商標権者の信用への影響が潜在的に生じ得るとしても、これら商品は商標権者の市場投入決定権を侵すことなく流通したものにほかならないからである。

しかし、この立場を徹底すると、改造・小分け事例について従来の出所表示機能一元説が採用してきた説明を維持できない。改造・小分け後も、当初の市場投入は適法に行われているからである。それでも侵害を肯定するためには、改造・小分け後の販売を「新たな市場投入」と評価する必要がある。しかし、この理解によれば、（需要者の認識を考慮した上で商標権侵害を否定すべきと考えられていた）マグアンプ事件や大学祭の模擬店でのコーラの小分け販売⁷⁴⁾についても、「新たな市場」に対する商標権者の投入決定がなされていない以上、侵害を肯定しなければならない。結局のところ、出所表示機能一元説を維持しつつ、出所表示機能を市場投入決定権に純化するアプローチは、改造・小分け事例を広く非侵害とするか、需要者の認識とは無関係に広く侵害とするかのいずれかを選ばざるを得ない。

(2) 品質に対する需要者の期待・認識の保護

いま一つのアプローチは、改造・小分け事例で考慮されている「品質に対する需要者の期待・認識」を、並行輸入事例でも正面から考慮する、というものである。

この立場でも、商標権者による市場投入決定権は重要な考慮要素となる。しかし、仮に市場投入決定権が侵害されていないとしても、それだけで出所表示機能を害しないとの判断がなされるわけではない。これに加えて、被疑侵害者の行為が人為的に信用毀損のおそれを作成・増

幅するものと評価され、かつ、「品質に対する（潜在的）需要者の期待・認識」が害されているか否かを検討する必要がある。

もちろん、このような判断を経由したからといって、非侵害例 A および A' のすべてが侵害となるわけではない。正常な取引秩序の範囲内で行われる商品流通と評価される場合（テーゼ III (i) を満たさない）、潜在的な需要者も商標権者がその品質の商品を自ら販売したとは期待しない場合（テーゼ III (ii) を満たさない）には、出所表示機能の侵害を否定できる。他方、日本では安全に使用できない外国向け商品を、その違いが需要者に分からない状態にしたまま輸入する場合（A (2)）や、地域向け規格の相違を無視した二次流通により重大な危険を生じさせつつ、その差異について何らの説明もしない場合（A' (2)）には、出所表示機能の侵害を認め得る。

(3) 小括

以上のとおり、「不適切地域における流通」事例から明らかになった出所表示機能一元説の内在的不調和は、二つのアプローチによって解消し得る。

しかし、第一のアプローチ（市場投入決定権への純化）によると、改造・小分け事例について画一的な判断をしなければならない、といった問題が新たに発生する。さらにいえば、そもそも商標法が「商標の使用をする者の業務上の信用の維持」を図ることを目的に掲げていることに鑑みると、柔軟に「商標権者の信用」維持を達成できる第二のアプローチの方が合理的である。

もっとも、この第二のアプローチは、「出所表示機能一元説」という建前を維持しつつも、

その実質は、品質保証機能に係る関心を考慮して「出所表示機能を害する」か否かを判断する見解と整理できる⁷⁵⁾。しかも、この関心は、必ずしも「出所の同一性」（市場投入決定権）に従属するわけではなく、それとは独立した考慮要素である。そうすると、（もちろん、「品質」に対する関心をどの程度考慮するのかは、現在の品質保証機能独自説論者と異なる部分もあるが、）第二のアプローチによって出所表示機能一元説に伴う内在的不調和を解決することは、実質的に、品質保証機能独自説へ転向することを意味する、というべきである⁷⁶⁾。

4.4. 市場分割に関する批判の検討

もっとも、出所表示機能一元説の論者が批判するように、品質保証機能独自説にも問題点がある。その主だったものを挙げると、①商標権者が国ごとに商品の品質を区別することにより、商標権を用いた市場分割を実現できてしまう⁷⁷⁾、②商標権者には品質維持義務がなく、自由に品質を変更できる以上、「品質に対する需要者の期待」保護機能は商標の本質的機能ではない⁷⁸⁾、という批判がなされてきた。本項では、このうち①について検討する（②の批判については、次章において、補論として応接する）。なお、①で指摘される「市場分割」の問題が絶対的に解消されるべき問題かという点については、政策論的な観点からの反論⁷⁹⁾がある。あるいは、本稿の立場からも、安全基準などとは独立してなされた市場分割目的（例えば、価格差別目的）の品質区別の場合においては、海外で販売された真正商品を日本国内に輸入したとしても、「正常な取引秩序の範囲を逸脱する人為性」があるとは認められないため、いずれにしても商標権侵害が否定される、という反論も可能である。

しかし、ここでは、これらの反論が可能であることを措いたとしても、①の問題点は解消可能であることを論ずる。

品質保証機能独自説の主唱者である宮脇正晴は、品質保証機能の侵害を、「商品の品質の評価が、同一商標品全体の品質の評価とされることで、需要者の利益や商標権者の信用を害するおそれがある」と述べる⁸⁰⁾。そして、その上で、こうしたおそれが排除されている場合——「適切な表示を付加すること（ラベリング）」により、当該表示を付された商品が、当該表示を付されていない同一商標品と異なる品質であることが需要者にとって明らか」な場合——には、品質保証機能が害されていない、と論ずる⁸¹⁾。例えば、商標権者または流通業者が（品質区別のされた）真正商品を流通させるにあたって、それが「甲地域向け商品であること」や「乙地域の環境には適合しないこと」を明瞭に表示すれば、品質保証機能を害することはないため、自由流通を確保できる。

この見解によれば、国・地域ごとの品質区別によって生じる「商標権による市場分割」のおそれは、相当程度軽減できる。

もちろん、ラベリングを求めること自体も、流通業者にとっては追加的な負担となる。もっとも、ラベリングをしなくても常に商標権侵害を否定する——つまり、出所表示機能一元説を維持する——ことによる商標権者・需要者の不利益と比較すると、ラベリングが強制されるという流通業者の不利益は、相対的に軽微である。つまり、政策論的な観点からも、「市場分割の抽象的可能性を認めつつ、ラベリングでこれを容易に回避できるようにする」というアプローチの方が、「品質差を考慮しないことにより、商標権による市場分割を完全に防ぐ」というア

プローチよりも望ましいと考えられる⁸²⁾。

5. 補論——品質保証機能独自説の許容性

5.1. 問題の所在

前章まででは、並行輸入事例と改造・小分け事例とを対比すると、出所表示機能一元説には内在的不調和が認められること／その不調和を合理的に解決するためには（実質的に）品質保証機能独自説へと帰一することを論じてきた。

もっとも、このことをもって、品質保証機能独自説が直ちに正当化されるわけではない。すなわち、品質保証機能独自説が商標法の構造と整合しないのであれば、出所表示機能一元説に問題があるとしても、なお後者を採用すべきとの結論が導かれる。したがって、品質保証機能独自説を積極的に正当化するためには、その許容性についても検討する必要がある。

そして、特に検討すべき課題として挙げられるのが、商標権者に品質維持義務が課されていないこととの整合性⁸³⁾である。

商標法は、「商標権者が、同一商標を使用しながら、当該商標が付された商品の品質を自ら変更すること」を禁止していない。したがって、需要者が従来の商品と同等の品質を期待していたとしても、商標権者はその「品質に対する需要者の期待」を裏切ることができる。そして、そのような制度を採用している以上、「品質に対する需要者の期待」は商標法上の保護法益と評価できない——つまり、品質保証機能を商標の本質的機能と認めることはできない——という批判⁸⁴⁾である。

この批判に対して、宮脇は、商標権者自身による品質低下は自らの信用を損なうため市場に

よる淘汰に委ねればよいこと／品質維持義務を課せば商標の柔軟な使用を妨げ、かえって自由競争を阻害することを指摘して、品質保証機能の毀損については第三者による行為のみを規律すればよいと論ずる⁸⁵⁾。

この説明は、品質維持義務を否定するための政策的根拠と捉えるのであれば正当である⁸⁶⁾。しかし、品質保証機能が「需要者の利益」を保護する⁸⁷⁾ものである以上、その利益が害されるか否かという（保護法益内在的な）評価を、商標権者の行為か第三者の行為かによって分けることには、なお説明が求められるように思われる⁸⁸⁾。

そこで、本章では、宮脇による反論とは異なる観点から上記批判に応えることにより、品質保証機能独自説の許容性を示すこととする。

5.2. 品質保証機能の侵害と違法性

(1) 商標権者による品質変更と品質保証機能への影響

まず前提として、筆者は、商標権者が自ら商品の品質を変更した場合であっても「品質保証機能が害される」と考える。

例えば、長期間にわたり高い耐久性を特徴として販売されてきた商品について、商標権者が素材を変更して耐久性を大幅に低下させたにもかかわらず、その変更を告知せず、従来と同一の商標の下で販売したとする。需要者は過去の使用経験に基づいて従前と同程度の耐久性を期待するため、変更後の商品を購入すれば、その期待は裏切られる。この状況において、需要者の利害は、第三者によって品質の異なる外国向け商品が輸入された場合と異ならない。品質保証機能を「品質に対する需要者の期待」に着目して把握する以上、商標権者自身による品質変

更についても、品質保証機能が害されると評価すべきである。上記行為によって商標権者が淘汰され得るという事実は、仮に市場動向を適切に記述するものであったとしても、品質保証機能によって保護される需要者利益という社会的法益を害するか否かを左右する要素とはならない、というべきである（前注（88）も参照）。

もっとも、このような前提を採用した場合には、次の批判が考えられる。すなわち、品質保証機能によって保護される利益が商標権者の個人的法益に尽きないのであれば、その毀損には刑事罰や行政処分が設けられるべきである。一方で、現にそのような規制——以下「品質変更禁止ルール」とする——が存在しないということは、品質保証機能が保護法益でないことの証左である、という批判である。

しかし、①商標法上保護されるべき商標の機能が害されたかという問いと、②商標の機能を害した場合にいかなる法的効果が発生するかという問いとを区別して検討することにより、この批判に応答できる。すなわち、商標の本質的機能たる品質保証機能が害された（①）としても、その行為を直ちに違法とし、差止め、刑罰または行政処分の対象とする——品質変更禁止ルールを設ける——必要はない、と考えるのである。そして、この考え方は、保護法益外在的な政策的考慮に基づき、商標権者には品質変更禁止ルールを設定しないことが正当化され得ること（次項参照）に基礎づけられる。

（2）品質変更禁止ルールを否定する政策的根拠

そもそも、商品の品質変更には、単なる品質低下だけでなく、技術革新、原材料の変更、価格調整、需要の変化への対応も含まれる。したがって、品質変更禁止ルールを採用すると、商

標権者の商品開発や事業転換という「営業の自由」を過度に制約する。こうした弊害を回避するためには、政策的観点から、品質変更禁止ルールを設けないことが望ましい。

また、仮に品質変更禁止ルールに伴う品質維持義務が商標登録を契機に発生するとしたら、ブランド価値を高め、需要者に商品選択上有用な情報を与える事業者ほど、営業上の制約を強く受けることとなる。そうすると、商標登録や信用形成へのインセンティブが低下してしまう。さらに、それによって出所識別標識としての商標の役割が十分に機能しなくなると、社会一般に対する不利益も生じ得る。すなわち、仮に品質維持義務を考慮して商標登録がなされなくなると、同一・類似の商標が社会に氾濫することとなる。こうした帰結は、需要者のサーチコストを削減するという商標法の目的⁸⁹⁾に悖るものというべきである。以上のように、品質保証機能（需要者の利益）を保護するために品質変更禁止ルールを設けた結果、かえって「需要者の利益」を低下させることとなりかねない。

そして、以上の政策的考慮——商標権者の営業の自由や品質変更禁止ルールによる経済非効率性——に基づき、「品質保証機能が害されているとしても、商標権者による品質変更を違法とまでは評価しない」という政策判断が正当化され得る。

（3）商標権者による品質保証機能の侵害に対する制裁的規律

もっとも、このことは、「商標権者による品質変更——すなわち、品質保証機能の侵害——」が常に許されることまで意味するものではない。「違法とまでは評価しない——つまり、品質変更禁止ルールを設けない——」ものの、より緩

やかな規制が認められる余地はなお残されている。例えば、営業活動を直接制約するわけではない「排他権を消滅させる」という規制手法を採用すれば、営業活動を直接制約することなく、「品質に対する需要者の期待」を一定程度保護できるのではないか。

実際に、商標権者が「商品の品質若しくは役務の質の誤認又は他人の業務に係る商品若しくは役務と混同を生ずる〔使用〕」をし、あるいは、専用使用権者・通常使用権者にこれをさせた場合には、何人も、当該商標の取消審判を請求することができる（商標法51条および53条。ただし、前者においては、指定商品・役務についての登録商標の使用であれば、仮に誤認・混同を生じさせても取消事由にあたらない⁹⁰⁾）。そして、これら規定による取消しが認められた場合、当該商標権者は、取消審決確定の日から5年間、同一・類似の商品・役務について、同一・類似の商標の登録を受けることができない（51条2項、53条2項参照）。こうした特徴を有する不正使用商標取消審判制度は、不使用商標取消審判制度（50条）とは異なり、品質誤認表示に対する制裁（規制）という色彩を有する⁹¹⁾。換言すると、商標法は、このような形で、品質保証機能を自ら害する一定の行為に対して（営業の自由との調整（前注（90）も参照）をした上で）「より緩やかな規制」をしている、と解することができる。

そして、このような制度が実際に導入されていることは、先に論じた「商標権者が自ら商品の品質を変更した場合であっても『品質保証機能が害される』」という主張を基礎付けるものである。すなわち、商標法は、品質保証機能の侵害と営業の自由との調整を図るという観点から、（a）第三者による品質保証機能侵害につい

ては、商標権者に禁止権を与える（25条、37条1号）、（b）ライセンシーによる品質保証機能侵害については、継続的な商標使用それ自体は認める一方で、排他権は取り消すこととする（53条）、（c）商標権者本人による品質保証機能侵害については、継続的な商標使用を認める一方で、（専用権が及ばない範囲の使用という）限定的な品質保証機能侵害行為の場合に限って、排他権を取り消すこととする（51条）、という段階的な規制を課し、「品質保証機能の保護」を実現しようとしている、と整合的に理解することができる⁹²⁾。

5.3. 小括

本章で述べた構造を一般化すれば、次のように整理できる。

第一に、「品質保証機能」とは「品質に対する需要者の期待・認識」を保護するものであるから、商標権者が自らした品質変更であっても、（第三者が行うのと同様に）品質保証機能を害する、と評価すべきである。第二に、「商標権者に対する品質変更禁止ルールを設けない——品質変更を伴う営業活動を違法とは評価しない——こと」が、商標法外在的な観点（営業の自由）から、あるいは、商標法に内在する政策的考慮という観点から、導かれる。第三に、商標権者自ら惹起した「品質保証機能の毀損」に対しては、営業活動を直接妨げることがない程度の「より緩やかな規制」が設けられるべきである。そうしたところ、我が国の商標法は、（それが十分かどうかは議論があり得るだろうが、）商標権の制裁的取消しによって、この「より緩やかな規制」を実現している。

そして、このような理解に基づけば、「品質維持義務が存在しないため、品質保証機能は商

標の本質的機能でない」という品質保証機能独自説に対する批判に応答することができる——換言すると、品質保証機能独自説を採用することの許容性が認められる。

6. おわりに

本稿は、出所表示機能一元説が、並行輸入事例と改造・小分け事例とで異なる判断構造を採用していることを明らかにした。その主張を要約すると、次のように表される。

すなわち、並行輸入事例に対する議論からは、「出所表示機能を害する」ためには「商標権者の市場投入決定権が侵されていること」で十分であり、「品質に対する需要者の期待・認識」は考慮されない、との判断構造を抽出できる。この判断構造によれば、国内外の品質差や需要者の認識は、原則として侵害判断を左右しない。他方で、改造・小分け事例、品質劣化事例に対する議論からは、市場投入決定権のみならず、人為的な信用毀損の抽象的可能性の作出／購入後の混同の有無をもって「出所表示機能を害する」かどうか判断する、という判断構造を抽出できる。そして、そこでは、実質的に、具体的な取引態様やそこから生じる「品質に対する需要者の期待・認識」も考慮される。

そして、以上によれば、「不適切地域における流通」という同一の設例において、これを並行輸入事例の延長線上の事例と捉えるか／改

造・小分け事例の延長線上の事例と捉えるかにより、異なる結論が導かれてしまう。このことから、出所表示機能一元説には、並行輸入事例と改造・小分け事例との間で内在的不調和があることが示される。

そして、この不調和を解消するためには、並行輸入事例においても「品質に対する需要者の期待・認識」を正面から考慮することが合理的である。これは、実質的には、品質保証機能独自説を採用することが望ましい、という主張と言い換えることもできる。

もともと、本稿は、あくまで「出所表示機能一元説を維持しようとしても、結果として品質保証機能に関する判断をすることとなる」ことを示したにとどまり、「品質保証機能として保護される『品質に対する需要者の期待』がどの程度のものであって、どのような範囲で保護されるべきか」については、なお結論が得られていない⁹³⁾。今後は、需要者の期待の合理性、品質差の重要性、表示による誤認解消の可能性等を踏まえ、出所表示機能のみならず、品質保証機能の具体的内容についても検討を深めていく必要があるように思われる。

[付記] 本研究は、JSPS 科研費 JP23K12398, JP25K21888, 2026 年度南山大学パッヘ研究奨励金 I-A-2 の助成を受けたものである。

注)

¹⁾ 民集 57 卷 2 号 125 頁。

²⁾ 後述する出所表示機能一元説と品質保証機能独自説との対立のほか、大西育子『商標権侵害と商標的使用』(信山社, 2011) は、市場において商標が果たす役割が時代とともに変化しているとして、出所表示機能・品質保証

機能に還元されない多様な機能を視野に入れつつ、取引秩序や消費者利益にも配慮した上で、商標法体系(商標機能論だけでなく、商標の使用論、商標権の効力制限規定、「使用」の定義など)を構築し直すべきと論ずる。

³⁾ 小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説』(青林書院, 第 4 版, 2025) 47-50 頁など参照。

- 4) 例えば、近時に公表された茶園成樹「並行輸入と商標権——フレッドペリー事件最判が述べた3要件の検討」民商法雑誌 160 巻 6 号 (2025) 909 頁, 933 頁も、「[品質保証機能を保護するか否かに強く依存する] 実際の品質の差異をどのように取り扱うかは、[フレッドペリー] 最判が下された直後から議論され続けている問題であり、本稿でも明確な結論を示すことができなかった。」とする。
- 5) 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 (2005) 71 頁, 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』(商事法務, 2007) 53 頁, 平尾正樹『商標法』(学陽書房, 第3次改訂版, 2022) 422 頁など参照。
- 6) 川瀬幹夫「判批 [フレッドペリー]」知財ふりずむ 7 号 (2003) 59 頁, 渋谷達紀「判批 [フレッドペリー]」判評 540 号 (2004) 20 頁, 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 (2007) 5 頁, 玉井克哉「商標権の品質保証機能と並行輸入——アメリカ商標法を素材とする比較法的考察」パテント 58 巻 11 号 (2005) 17 頁など参照。
- 7) 宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察——フレッドペリー上告審判決の検討を中心に」立命館法学 290 号 (2003) 877 頁, 904 頁。
- 8) 同様の問題意識を提示するものとして、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 (2002) 16 頁, 20 頁, 鈴木将文「判批 [フレッドペリー]」重判解平成 15 年度 (2004) 263 頁, 264 頁, 蘆立順美「フレッドペリー最高裁判決における商標機能論の検討」パテント 64 巻 5 号 (2011) 11 頁, 13-14 頁など参照。また、鈴木敬史「判批 [Sushi Zanmai: 控訴審]」重判解令和 7 年度 (2026) 233 頁, 234 頁も参照。
- 9) 茶園・前掲注 (4) 929 頁。また、田村善之『商標法概説』(弘文堂, 第2版, 2000) 158 頁, 堀江亜以子「判批 [フレッドペリー]」知財管理 54 巻 4 号 (2004) 647 頁, 650 頁, 立花・前掲注 (5) 80 頁なども参照。
- 10) なお、この点について、茶園・前掲注 (4) 927 頁注 43 は、「[フレッドペリー最判の] 3 要件とは無関係に商標の機能が害されるかどうかを検討されるべき」とする。
- 11) この点について、出所表示機能一元説の立場から並行輸入に関する従前の裁判例の整理・検討を試みるものとして、田村善之「並行輸入と商標権」『令和 6 年度知的財産に関する日中共同研究調査報告書』(2025) 66 頁。
- 12) 最判平成 15 年 2 月 27 日民集 57 巻 2 号 125 頁。
- 13) 大阪地判昭和 45 年 2 月 27 日無体集 2 巻 1 号 71 頁 [PARKER], 東京地判昭和 59 年 12 月 7 日無体集 16 巻 3 号 760 頁 [LACOSTE] など参照。
- 14) 高部眞規子「判解 [フレッドペリー]」最判解民事篇平成 15 年度 (2006) 74 頁, 103 頁。
- 15) 高部・前掲注 (14) 107 頁など参照。
- 16) 知財高判令和 3 年 5 月 19 日 (令和 2 年 (ネ) 第 10062 号)。2UNDR 事件控訴審判決については、2.2.および 3.3 で引用するもののほか、泉克幸「判批」L&T97 号 (2022) 50 頁, 廣田美穂「判批」知財管理 72 巻 7 号 (2022) 839 頁も参照。
- 17) 知財高判令和 5 年 11 月 1 日 (令和 5 年 (ネ) 第 10044 号)。
- 18) 正確には、契約終了後に設けられた 6 か月間の在庫処分の猶予期間も経過した後である。
- 19) 「[海外販売代理店は、代理店契約の] 解除によって本件商品を販売してはならない義務を負うと解する余地はある。しかし、このような条項 [販売禁止等条項] があるからといって、[海外販売代理店] が本件商品の処分権限を失うわけではない (本件代理店契約解除によって、直ちに [海外販売代理店] の本件商品に対する所有権が失われるものではないこと [日本商標権者ら] 自身が自認しているところである……。)」(下線筆者) なお、この点については、鈴木敬史「判批 [2UNDR]」六甲台論集法学政治学篇 68 巻 2 号 (2022) 67 頁, 77-80 頁も参照。
- 20) 例えば、鈴木・前掲注 (19) 79-80 頁, 鈴木敬史「判批 [Pioneer]」特許研究 78 号 (2024) 83 頁, 97-98 頁参照。
- 21) 田村・前掲注 (9) 158 頁は、「商標品としての品質に責任を負うという決定」を基準にこれを判断するのに対して、渋谷・前掲注 (6) 22 頁は、(商標品を流通に置くときの名義などといった) より広範な「流通過程への支配」を問題とするなど、論者によっても捉え方にばらつきがある。
- 22) 鈴木・前掲注 (20) 96-98 頁参照。
- 23) 鈴木・前掲注 (20) 98 頁。なお、「積極的に許諾」していることの重要性については、同 103 頁注 50 参照。
- 24) 鈴木・前掲注 (20) 98-102 頁参照。
- 25) 田村・前掲注 (11) 80 頁。
- 26) なお、筆者が指摘した市場投入量のコントロールも、一種の市場投入決定権に含まれるものと理解できる。
- 27) 田村・前掲注 (11) 71 頁参照。田村善之＝清水紀子『特許法講義』(弘文堂, 2024) 461-462 頁, 465-466 頁も参照。
- 28) 田村・前掲注 (11) 76-77 頁。
- 29) 東京地判平成 15 年 6 月 30 日判時 1831 号 149 頁。
- 30) もっとも、判決では、契約上そのような表示や販売を禁止する合意があったという事実が認定されなかった。したがって、本文記載の判断は、厳密には傍論である。
- 31) 東京地判平成 29 年 9 月 27 日 (平成 27 年 (ワ) 第 32055 号)。
- 32) 田村・前掲注 (11) 75 頁も、最終的にはこうした考慮を否定するものの、Swimava 事件を「品質保証機能の独自性説に親和的な裁判例」と位置付けている。
- 33) 前掲東京地判平成 15 年 6 月 30 日 [ボディグロウヴ], 知財高判平成 30 年 2 月 7 日判時 2371 号 99 頁 [NEONERO 控訴審]。
- 34) 品質保証機能に関して示されたこの判断基準が、実質的に「内外権利者の同一人性」という出所表示機能に関する判断でもあることを指摘するものとして、茶園・前掲注 (4) 931-932 頁参照。また、田村・前掲注 (11) 72 頁, 蘆立順美「商標機能論の検討」日本工業所有権法学会年報 42 号 (2019) 95 頁, 107-108 頁も参照。
- 35) なお、蘆立・前掲注 (8) 22-23 頁は、品質保証機能は「あくまでも商標の信用の蓄積に影響を及ぼす程の品

質基準の差異が存在する」か否かという限度で考慮される——したがって、ほとんどの場合は、前注(34)で示したように、出所表示機能の問題に還元される——ものとしつつも、「内外権利者が同一であるという〔第2要件が当然に充足される〕事案」において、独立に第3要件(品質保証機能)が意義を有すると論ずる。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』(商事法務, 2011) 619頁, 630頁も同旨。

- 36) もっとも、このテーゼは、最高裁判決や出所表示機能一元説論者が明示的に提示した命題ではない。あくまで、本章で設定した前提の下で、出所表示機能一元説の各事例に対する評価を整合的に説明するために、本稿が抽出した命題である。
- 37) 他方で、品質保証機能独自説の立場からすれば、このような場合には、品質保証機能が害され、商標権侵害を認める余地がある。例えば、宮脇・前掲注(7) 903頁は、「商標権者が外国でそのような製品〔筆者注：国内で製造、販売されているものとは異なる品質管理の下で製造された製品〕が製造されることを『許容』していること(しかもわが国内で流通することについては『許容』していないと考えられる)や、わが国商標権者が『品質管理を行い得る立場にある』ということのみをもって、品質保証機能が害されていないとすべきではない」と論ずる。
- 38) この点について、福岡高判平成27年6月17日民集71巻2号285頁[EemaX控訴審]は、米国から並行輸入された電気瞬間湯沸かし器が日本国内で流通するものと異なる規格に基づいているという「実際の品質の差異」を認定して、商標権侵害を肯定した(もっとも、そもそも品質管理可能性も害されていると判断されている)。
- 39) 例えば、『最高裁判所判例解説』を見ても、「商標機能論」について言及するのは、前掲フレッドベリー最判の調査官解説(高部・前掲注(14))と、ピンク・レディー事件最判(最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁)の調査官解説(中島基至「判解」最判解民事篇平成24年度(2015)18頁, 75-76頁)だけである。しかも、いずれにおいても、商標機能論が指摘されているのは、(前者は当然であるが、後者についても)並行輸入の可否を論ずる文脈であった。
- 40) 例えば、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として、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頁[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]参照。
- 41) 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例と商品の改変・小分け事例とを一貫して説明しようと試みるものとして、蘆立・前掲注(35)など参照。
- 42) 鈴木・前掲注(20) 91頁, 94頁参照。なお、このこと

自体は、とりたてて新規な考え方ではない。例えば、茶園成樹「判批[フレッドベリー]」知財ぷりずむ2巻20号(2004)20頁, 22頁など参照。

- 43) 鈴木・前掲注(20) 99頁参照。
- 44) 高部・前掲注(14) 101-102頁参照。また、より一般的に、政策論的観点から商標の機能について検討するものとして、玉井・前掲注(6)参照。
- 45) 実際に、EUにおいては、「(「商標機能論」という判断枠組みをそもそも採用していないものの、)域内市場の統合という政策的考慮に基づき、欧州経済領域内で最初に市場に置かれたか/域外で最初に市場に置かれたかにより、商標品の二次流通に対して商標権を行使できるか否かが異なっている(この点については、蘆立順美「商標権の保護範囲と商標の機能——欧州における並行輸入に関する議論を参考として」日本工業所有権法学会年報32号(2008)19頁, 20-32頁が詳しい)。
- 46) 田村・前掲注(9) 479頁も参照。
- 47) 田村・前掲注(9) 160-161頁参照。
- 48) 宮脇・前掲注(7) 897頁参照。
- 49) 田村・前掲注(9) 159頁。
- 50) 大阪地決昭和51年8月4日無休集8巻2号324頁。
- 51) 東京地判平成4年5月27日知裁集24巻2号412頁。
- 52) なお、裁判所は、あわせて品質保証機能が害されるおそれがあることも認めている。もっとも、本章の検討対象は出所表示機能であるため、この点は省略する。
- 53) 「購入後の混同」理論については、例えば、井上由里子「『購入後の混同(post-purchase confusion)』と不正競争法上の混同概念——アメリカでの議論を手がかりに」中山信弘先生還暦記念論文集『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂, 2005) 417頁、田村善之=小嶋崇弘「商標法上の混同概念の時的拡張とその限界」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『「ブランド」と「法」』(商事法務, 2010) 235頁, 247-270頁など参照。
- 54) 田村・前掲注(5) 88-94頁参照。
- 55) 最決昭和46年7月20日刑集25巻5号739頁。
- 56) 大阪地判平成6年2月24日判時1522号139頁。
- 57) 田村・前掲注(9) 160-162頁参照。マグアンプ事件については、田村・前掲注(5) 93-94頁、田村=小嶋・前掲注(53) 264-266頁も参照。
- 58) 田村・前掲注(9) 161-162頁参照。
- 59) 「品質保証機能に独自の保護を与える」という前提で判断したものと解されるが、東京地判平成28年11月24日(平成27年(ワ)第29586号)[TWG]は、「商品の品質に対する影響」を考慮して、小分け販売行為の商標権侵害を否定した。そこでは、200個のティーバッグが箱詰めされた段ボールを開封し、透明のビニール袋(1袋あたり20個)に詰め替えたという事実関係が問題となったところ、裁判所は、「商品それ自体には改変を加えていないから、その包装方法によって紅茶の品質が直ちに影響するとは考え難い」として、商標権侵害を否定した。もっとも、同事案では「商品の包装が解かれて」いる以上、抽象的な次元では「商品の品質に対する影響」は生じている。したがって、田村の理解によれば、「(購入後の混同)を否定できる例外的な事情がない限り」商標権侵害を肯定することとなろう(実際に、

- 田村は、ドラム罐入りのオイルトリートメントを 10 オンス入り罐へと小分けした事例（前掲大阪地決昭和 51 年 8 月 4 日 [STP]），業務用大袋入りココアをポリエチレン袋入りココアとして小分けした事例（福岡高判昭和 41 年 3 月 4 日下刑集 8 巻 3 号 371 頁 [HERSHEY'S]）について、それぞれ商標権侵害を肯定した裁判所の判断を支持している（田村・前掲注 (9) 160-161 頁参照）。
- 60) 同旨を述べるものとして、土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」同『商標法の研究』（中央経済社、2016）192 頁，203 頁〔初出 1999〕も参照。
- 61) 田村・前掲注 (5) 94 頁参照。
- 62) 田村・前掲注 (9) 479-480 頁参照。
- 63) 前掲知財高判令和 3 年 5 月 19 日。
- 64) この点について、筆者は、この判断が単なる商標権者の品質管理可能性を超えて、商品の性質に応じた実質的な品質劣化の可能性を考慮したものであると評価した（鈴木・前掲注 (19) 83-84 頁）。生田哲郎＝寺島英輔「判批」発明 118 巻 9 号 (2021) 47 頁，49 頁も参照。
- 65) 田村・前掲注 (11) 79 頁。これに対して、玉井・前掲注 (6) 36 頁（「もともと商標というものは、そのような表示をいちいち見るのを省略できるようにすることで、需要者の購買行動を促進する役割を有する」）参照。
- 66) なお、ここでは、独占禁止法 2 条 5 項の排除行為該当性判断において用いられるフレーズ（「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」（最判平成 22 年 12 月 17 日民集 64 巻 8 号 2067 頁 [NTT 東日本]，最判平成 27 年 4 月 28 日民集 69 巻 3 号 518 頁 [JASRAC] 参照））を想起させる表現を用いた。もっとも、独占禁止法上の議論と同一に解するべきである、という規範的主張まで含むものではない。
- 67) 具体的な評価は異なるが、同じく取引の安全という観点から「考慮の対象となる『品質』」を限定するものとして、蘆立・前掲注 (34) 113 頁参照。そこでは、「商品取引や商品の自由な流通の確保に対する配慮」という観点から、「その商品の流通にかかる事項のすべて」を「考慮の対象となる『品質』」とすることを否定し、「商標権者が市場に頒布する段階で、コントロールを及ぼすことができる範囲に限定して解釈すべき」と論ずる。
- 68) 商品の不適合性が外観上明白である場合や、商品自体に規格表示が明瞭に付されている場合、あるいは、地域適合性について需要者が商標とは無関係に判断するのが通常であるといった取引の実情が認められる場合は別論である。このような場合には、少なくとも被疑侵害者が販売する商品に関する限り、「購入後の混同」を否定できる。すなわち、テーゼ III (ii) を満たさないため、出所表示機能を害しない、と評価し得る。
- 69) 実際に、田村も、改造・小分け事例に出所表示機能侵害を認めるために援用した「購入後の混同」理論について、「容易に転々流通した先で混同を起こすような態様か否か」という需要者の認識を基礎においた考慮要素を「基準」とする（田村＝小嶋・前掲注 (53) 266 頁）。
- 70) 蘆立・前掲注 (35) 658 頁も、改造・小分け事例について検討した後に、そこでは「具体的な需要者の認識が考慮される」とする。

- 71) 田村・前掲注 (9) 161 頁。
- 72) 問題状況は異なるが、（並行輸入の文脈において）出所表示機能一元説では据わりの悪い結論が導き出されること自体は、既に品質保証機能独自説論者から指摘がなされていた。宮脇・前掲注 (7) 904 頁（「『現実の品質の差異について検討しないこととすると、』『わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にないが、品質はわが国商標権者の商品と同一である商品』が侵害となる一方で、『わが国商標権者が品質管理を行い得る立場にあるが、品質はわが国商標権者の商品より劣る商品』が非侵害となってしまうこととなり、著しくバランスを欠くこととなろう。」）参照。
- 73) もっとも、このことは、「不調和解消策としては、本文記載の 2 つのアプローチ以外あり得ない」ということまで主張するものではない。
- 74) 田村・前掲注 (5) 94 頁が挙げる例による。
- 75) 蘆立・前掲注 (45) 36 頁は、「現実に品質の維持、およびそれに基づくより高い信用の創出に資するものである場合には、考慮の対象となることを否定することは、信用の蓄積を促進するという法の目的からは難しい」として、一定の場合に「品質に対する需要者の期待」を保護する旨論じたものと解される。もっとも、蘆立は、あわせて「これを品質保証機能とよぶか、出所識別機能とよぶかは用語の問題にすぎない」とも述べる（同 42-43 頁注 50）。
- 76) なお、仮に「出所表示機能一元説を採用した上で品質に対する需要者の期待・認識も保護する」ことと、「品質保証機能独自説を採用する」ことが実質的に同一であるとすれば、「品質保証機能独自説」のように具体的機能の次元で判断プロセスを分けた方が、判断の透明性の確保という点で望ましいように思われる。
- 77) 立花・前掲注 (5) 87 頁，田村・前掲注 (9) 478-479 頁など参照。
- 78) 立花・前掲注 (5) 79 頁，田村・前掲注 (11) 76-77 頁など参照。
- 79) 玉井・前掲注 (6) 36-37 頁，宮脇・前掲注 (6) 11-12 頁参照。
- 80) 宮脇・前掲注 (6) 19 頁。
- 81) 宮脇・前掲注 (6) 19 頁。なお、同 20-21 頁によれば、ラベリングによる侵害否定の理論は、あくまで品質保証機能に関するものである。したがって、「完全な偽ブランド品にニセモノである旨をいうラベル（打ち消し表示）を貼った」という事例においては、なお商標権侵害は認められる。
- 82) 特許法上の判断ではあるが、BBS 事件最高裁判決（最判平成 9 年 7 月 1 日民集 51 巻 6 号 2299 頁）は、「国際経済取引が極めて広範囲、かつ、高度に進展しつつある状況」に照らして「輸入を含めた商品の流通の自由は最大限尊重することが要請されている」としつつも、特許権による市場分割を全面的に否定したわけではない。すなわち、同判決によれば、特許権者が国外で特許製品を譲渡する際に、「〔特許〕製品について販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人との間で合意した場合」など、一定の場合に、並行輸入品に対する特許権行使を認めている。
- したがって、市場分割という産業政策の観点に限っ

ていえば、本文記載のようなラベリングによる侵害回避措置を前提とする品質保証機能独自説は、BBS 事件最判よりも真正商品の自由流通を広く確保し得る。すなわち、BBS 事件最判の法理によれば、日本を販売先・使用地域から除外する合意と表示があれば、輸入業者がいかなる措置を講じて、特許権による並行輸入の阻止が可能となる。これに対し、品質保証機能独自説の下では、内外商品の品質差や日本を販売先・使用地域から除外する合意と表示があったとしても、ラベリングによって誤認のおそれを排除していれば、自由な輸入が認められる。このように、品質保証機能独自説を採用したことによる市場分割の問題点は、相対的に軽微というべきである。

⁸³⁾ 前注 (78) 参照。

⁸⁴⁾ 田村・前掲注 (11) 76-77 頁など参照。

⁸⁵⁾ 宮脇正晴「商標の機能と商標法の目的」国際公共政策研究 5 巻 1 号 (2000) 275 頁, 282 頁。また、宮脇・前掲注 (6) 10-11 頁も参照。

⁸⁶⁾ 後述するように、筆者も、「営業の自由」や政策的考慮という外在的要素に基づいて、「品質保証機能を害する」行為に対する規制を広く制限する、という立場を採用する (5.2.参照)。

⁸⁷⁾ フレッドペリー最判は、「商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なわ[ない]」場合に実質的違法性を欠くと判示した (傍点筆者)。

⁸⁸⁾ これに対して、宮脇・前掲注 (6) 11 頁は、「商標権侵害は、当然ながら、権利者以外の者によってなされる。権利者であれば許される行為が、他人であれば許されないというのは当然あり得ることであって、これをもって品質保証機能が保護対象ではないとはいえないように思われる。」と論ずる。しかし、品質保証機能がもっぱら個人的法益に帰するのであればともかく、(少なくとも一部には) 社会的法益を含んでいる以上、商標権という私権の行使がなされないことを根拠に、品質保証機能が害されない (法益侵害がない) と結論付けることは妥当でない。なお、宮脇も「商標の本質的機能が害されている状態が権利者自身により作出されたものと評価できる」状態があることを承認している (同 12 頁参照) が、これは、上記宮脇説の説明に基づけば存在し

得ないはずである。

⁸⁹⁾ サーチコスト理論については、宮脇正晴「標識法におけるサーチコスト理論——Landes & Posner の業績とその評価を中心に」知的財産法政策学研究 37 号 (2012) 196 頁など参照。

一方、近時の米国には、サーチコスト理論の課題を指摘して、「混同理論」を主張する議論が展開されているという。この点、詳細な紹介と検討を行うものに、小嶋崇弘「米国商標法におけるサーチコスト理論の受容と混同概念の拡張」日本工業所有権法学会年報 48 号 (2025) 123 頁参照。もっとも、「サーチコスト理論」を商標法上の主たる正当化理論とするか否かはともかく、サーチコスト削減という機能が商標法にとって重要な地位を占めること自体は、疑いない。

⁹⁰⁾ 出所表示機能一元説は、この点を強調して、品質保証機能はなおも商標法上の本質的機能ではないと論ずる (田村・前掲注 (11) 76 頁参照)。もっとも、このような専用権が及ぶ範囲での自己使用については、排他権の取消しという「緩やかな規制」より、なおも営業の自由の要請が優先される、との評価はなし得よう。

⁹¹⁾ 小野昌延＝三山峻司『新・注解商標法 (下巻)』(青林書院, 2016) 1512 頁, 1529 頁 [古関宏], 金井重彦ほか編著『商標法コンメンタール』(勁草書房, 新版, 2022) 843 頁, 854 頁, 861 頁 [石井美緒] 参照。なお、51 条に関して、最判昭和 61 年 4 月 22 日判時 1207 号 114 頁 [ユーハイム] (「商標法 51 条 1 項の規定は、本来商標の不当な使用によって一般公衆の利益が害されるような事態を防止し、かつ、そのような場合に当該商標権者に制裁を課す趣旨のものであり、需要者一般を保護するという公益的性格を有する」(下線筆者)) も参照。

⁹²⁾ また、これに加えて、品質誤認の態様によっては、不正競争防止法 2 条 1 項 20 号による品質等誤認表示規制や景品表示法等による規律を及ぼすことも考えられる。

⁹³⁾ 蘆立・前掲注 (34) 104 頁は、「品質保証機能の具体的内容については、従来から、学説において様々な理解が示されていたところであり、必ずしも見解の一致がない」とする。