



Title	商標的使用否定の法理（SVA事件）：ブラザー事件との比較検討
Author(s)	吉田, 広志
Citation	知財管理, 57(11), 1743-1753
Issue Date	2007-11-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/32930
Type	article
File Information	SVA.pdf



[Instructions for use](#)

商標的使用否定の法理 (SVA事件)

——ブラザー事件との比較検討——

吉 田 広 志*

抄 録 商標権侵害が問題とされる場面において、しばしば「(被告標章の使用態様は)商標的使用ではない」として侵害が否定されることがある。この商標的使用否定の法理に関して、近時、ブラザー事件(東京地判平成16・6・23)とSVA事件(大阪地判平成17・7・25)というふたつの判決が出現した。前者は商標的使用・商標権侵害を否定したものであり、後者は肯定したものである。本稿は、前者と後者の比較検討を通じて、商標的使用否定の法理の判断基準を明らかにしようと試みるものである。

目 次

1. はじめに
2. 事案の説明
 - 2.1 事案の概要
 - 2.2 争 点
 - 2.3 判 旨
3. 解 説
 - 3.1 はじめに
 - 3.2 従来の裁判例—特にブラザー事件
 - 3.3 本件への当てはめ—ブラザー事件との相違点
 - 3.4 「商標的使用ではない」ことについての証明責任
 - 3.5 商標法26条1項2号・3号との関係
 - 3.6 純正品問題
 - 3.7 証拠資料に触れてみて

1. はじめに

商標権侵害が肯定されるためには、不正競争防止法2条1項1号の場合とは異なり、需要者に混同のおそれが生じていることは要求されない。しかし、およそ混同のおそれが生じようもない態様で商標が使用されていた場合は、「商標的使用ではない」という理由で、例外的に商標権侵害が否定されることがある。

近時、この「商標的使用の否定」に言及した裁判例が2件出現した。本稿では、そのうち大阪地判平成17・7・25判例時報1926号130頁[SVA]について、東京地判平成16・6・23判例時報1872号109頁[ブラザー1審]と対比する形で評釈を行った。今後のこの分野の研究の一助となれば幸いである。

2. 事案の説明

2.1 事案の概要

X(原告)らは、第7類の「動力機械器具(陸上の乗物用のものを除く)、風水力機械器具」を指定商品とする、「SVA」(標準文字;商標登録4710586号)なる文字商標(以下、X商標)にかかる商標権等を有する商標権者である。Y(被告)は、船舶用ポンプに用いられる部品の包装にX商標と同一の標章を付し、これを譲渡し、また、納品書又は請求明細書に付して使用している。

Xの商標権侵害との主張に対し、Yは、Yの

* 北海道大学大学院法学研究科准教授
Hiroshi YOSHIDA

用いる「SVA」は、交換対象のポンプを示す表示であり、東京地判平成16・6・23判例時報1872号109頁【ブラザー1審】を引用しつつ、商標としての使用ではない旨を主張し争った。

2.2 争点

- ① Yによる各標章の使用は、商標としての使用にあたるか。
- ② 本件各商標登録は商標法3条1項3号違反として無効とされるべきものか。
(その他の争点については検討を省略した。)

2.3 判旨

(1) 争点①について

「…被告は、…顧客に対する納品書、請求書に、…商品を入れた袋に貼付するシールに…『型式 SVA-200』のようにして、型式名として被告各標章を表示している…。」

「一般に、商標が有する自他識別機能・出所表示機能とは、その商標が付された商品・役務が、特定の事業者によって製造販売提供等されたものであると、需要者に認識させる機能をいい、商標登録の制度は、登録された商標の使用権を商標権者に独占させることによって、商標権者の業務上の信用の維持と需要者の上記のような信頼を保護することを目的とするものというべきである。

したがって、ある商標が、商品の型式名として使用されている場合であっても、そのこと故に、これが自他識別機能・出所表示機能を有しないというものではない。なぜならば、需要者が、当該型式名の商品について、特定の出所に係る商品であると認識するならば、その型式名すなわち商標が、出所を表示しているということになるのであって、このように、需要者において、型式名に基づいて、特定の出所を認識することは可能だからである。

そして、…被告は、本件各商標（筆者注：X

商標）の指定商品について、被告各標章を、自他識別機能・出所表示機能を有し得る態様で使用しているというべきである。」

「被告は、被告各標章を、被告が製造販売する部品が用いられるべきポンプの規格（型式）を示すものとして、すなわち、部品の用途を示すものとして使用しているのであって、部品の出所を表示するものとして使用しているものではないと主張する。

しかし、『型式』として、自他識別機能・出所表示機能を果たし得るような標章がそのまま表示されている以上、これを商品の出所を表示するものとして使用しているものではないということとはできない。

すなわち、部品の用途を示すものとして型式名を表記する場合に、例えば、型式名の前に『for』、あるいは型式名の後に『用』といった文字列を付し、これらを含めた全体的な表示態様からして、型式名に係る部分が、自他識別機能・出所表示機能を発揮していない場合には、これを商標としての使用ではないということもできようが、…被告の使用方法は、これと同視できるものではない…。」

「また、被告は、異なるメーカーが、アルファベット2文字ないし3文字からなる同一の組合せを、それぞれが製造するポンプの型式として使用していることに照らせば、同様にアルファベット3文字ないし4文字の組合せからなる本件各商標についても、自他商品を識別する標識ないし出所を表示する標識として使用されおらず、原告らもそのように使用していないことが明らかであると主張する。

しかし、本件の全証拠によっても、本件各商標について、これらをそれぞれの商標権者である原告ら以外の者が使用してポンプを製造販売しているとも、原告らにおいて、本件各商標を、自他商品を識別する標識ないし出所を表示する標識として使用していないとも認めることはで

きない。」

(2) 争点②について

「被告は、本件各商標は、船舶用ポンプの品質、効能、用途あるいは形状を意味するアルファベットを組み合わせたものにすぎず、商品の特性の記述的な表示であると主張する。しかし、本件各商標が、具体的に、船舶用ポンプのどのような品質、効能、用途あるいは形状を現しているか、直ちにこれを感じ得ることはできないし、被告自身も、どのような品質、効能、用途あるいは形状を現すものか、具体的に主張しない。

また、被告は、各々のアルファベットの文字に品質、形状等の意味がないとしても、本件各商標は、船舶用ポンプの型式を表示したにすぎないから、記述的な表示であると主張する。しかし、本件各商標が、船舶用ポンプの型式を表示したものであるからといって、これを記述的な表示ということもできない。」

3. 解説

3.1 はじめに

商標法の目的は、自他商品役務識別機能を発揮する商標を保護することで商標に化体する信用を保護し、出所の混同を防止して需要者の利益を保護するところにある（商標法1条）。登録商標制度は、現に市場に存在する表示への信用形成という事業者のインセンティブを、禁止権を付与する形で支援する制度だと考えられている¹⁾。

ところでわが国は、商品等表示の保護法制として、商標法とは別に不正競争防止法2条1項1号・2号を有している。同1号は、自己の商品等表示が周知であって、被疑侵害表示と類似し、それが使用されることで自他商品等の出所の混同が生じることを保護の要件としている。同2号は1号と異なり、自己の商品等表示が著

名であり、被疑侵害表示と類似していれば、出所の混同が生じることは求められない。不正競争防止法上の保護を受けるためには、商標法のように出願・審査・登録等の手続きを要することはない。

一方商標法では、禁止権行使のためには、自己の登録商標と被疑侵害標章の類似関係、自己の指定商品役務と被疑侵害標章が使用されている商品役務との類似関係、および、被疑侵害者の行為が商標法上の「使用」（商標法2条3項各号）にあたるかが問題とされ（同法25条、37条1号）、不正競争防止法2条1項1号のように周知性や混同、同2号のように著名性が求められるわけではない。登録商標と類似する標章が権原なく使用されている限り、条文上は需要者に混同が生じるかどうかに関わらず、原則として禁止権が肯定されるのである²⁾。そして商標法上の禁止権の保護を受けるためには、出願・審査・登録等の手続きを要する。

しかし、禁止権行使の要件として具体的な出所の混同を求めない商標法といえども、法目的に照らせば、出所の混同とまったく無関係に登録商標を保護すべきと考えているわけではない。商標法が権利行使の要件として具体的な出所の混同を求めない理由は、第1に、他者の商品等表示の排除のために事前の権利設定が不要な不正競争防止法との住み分けを図るため、第2に、商標の発展助成のために未使用商標をも保護する法制（登録主義）を採用したためと考えるべきである³⁾。したがって、商標法では類似性が認められる範囲で使用されることをもって出所の混同が生じるといわば擬制し、不正競争防止法2条1項1号と比べて緩和された要件の下での権利行使を認め、商標登録へのインセンティブを高めているのである。

このような考えの下では、類似性が肯定され、かつ外形的には登録商標の「使用」（たとえば、商品の包装に標章を付する行為（商標法2条3

号1号))に該当したとしても、需要者においておよそ出所の混同が生じようもない場合は、例外的に商標権の行使を否定したとしても商標権者の保護が過小ということにはならない(商標的使用否定の法理)^{4)・5)}。商標法の保護法益は、商標それ自体にあるわけではないからである。

3.2 従来の裁判例—特にブラザー事件

ところで、商標的使用ではないとして権利行使を否定された裁判例は少なくない。たとえば、東京地判昭和55・7・11無体集12巻2号304頁【テレビまんが1審】は、アニメ(=テレビ漫画)「一休さん」のキャラクターが描かれたカルタ札に小さく「テレビまんが」と記す行為は、当該表記が自他商品識別機能を果たす態様で使用されていないとして、娯楽用具等を指定商品とする登録商標「テレビマンガ」の禁止権は及ばないと判決している⁶⁾。

しかし、より本件に近い事例としては、本件のYが援用している東京地判平成16・6・23判例時報1872号109頁【ブラザー1審】と、その控訴審である東京高判平成17・1・13平成16(ネ)3751最高裁WP【ブラザー2審】が挙げられる。そこで本稿では、本件をこれらの先行事例と対比する形で議論を進めていく。

ここで、簡単に前掲【ブラザー1審】を紹介しておこう。前掲【ブラザー1審】は、ファクシミリの交換用インクリボン製造する被告が、当該交換用インクリボンが用いられるファクシミリの製造者を示す目的で、「For brother」「ブラザー用」「新ブラザー用」との表示を用いたところ、指定商品として印字用インクリボン(第16類)を含む、「brother」「ブラザー」(これらはロゴ化されている)なる登録商標を有する原告から商標権侵害に問われたという事件である。

判決は、被告が用いたこれら「brother」等の標章は、①製品の内容を表わす「インクリボ

ン」との表示や用途を示す表示と比べて小さく記載されていること、②多くの場合「For～」「～用」といった何かに用いるための物という意味の接頭語(接尾語)を伴っていること、③適合機種を示す「対応表」においてはこのような接頭語(接尾語)を伴っていないが、需要者はファクシミリ自体の製造者を示すものとして理解すると認められること、④被告の名称や連絡先が記載され、これはインクリボンの製造者ないし販売者を示すと認められること、⑤このような消耗品は適合機種名を明らかにしないと消費者が誤って製品を購入するおそれがあり、適合機種を示すことは通常行われていることを挙げた上で、被告の使用は商標的使用ではないと説いた。この判断は前掲【ブラザー2審】でも維持されている。すなわち判旨は、かかる標章はインクリボンの出所を示す表示として機能していないと判断したのである。

前掲【ブラザー1審】の正当性は、被告製品の特徴や取引態様が具体的に総合考慮された点に求められる。すなわち、被告製品はその性質上母体製品(ファクシミリ)に装着されて初めて用をなす物である。したがって、装着される母体製品を何らかの方法で製品に明示しなければ需要者は安心して取引ができない。インクリボン等の消耗品の規格は、メーカー毎に異なっているという実情が存するからである。インクリボンのような交換部品に接した需要者が、そこに母体製品メーカーの標章が小さく、それ自体特徴的ではなく、かつ「For」などの接頭語が付されて表示されている場合、それは装着されるべき母体製品の製造者ないし機種を表示するものだと考えることはごく自然なことである。この場合、需要者は当該標章から商品(インクリボン)の出所を認識していない。そうであれば、この局面で商標権の行使を認めれば、需要者が交換機種を知り得ないという不都合ばかりが残ってしまうのである。

前掲【ブラザー1審】の理論に従えば、母体製品を製造している製造者名(たとえばbrother)だけではなく、母体製品の型番(たとえばFAX-1000VCL)はもちろんのこと、ブランド名(たとえばPIXUS)であっても、出所識別機能を発揮しない態様であれば自由に使用が可能だと考えられる。

3.3 本件への当てはめ—ブラザー事件との相違点

さて本件はどのように考えるべきか。本件紛争の構造は、(必ずしも事実認定されたわけではないが)Xが販売する完成品たる船舶用ポンプの修理に用いられる部品について、Yが、適用対象たるX販売の完成品の製品名を記載した納品書等を添付して販売したというものである。

Yが前掲【ブラザー1審】を援用して主張していることもあり、本件の裁判所が前掲【ブラザー1審】をどのように評価しているかが窺える。本件の裁判所は、「部品の用途を示すものとして型式名を表記する場合に、例えば、型式名の前に「for」、あるいは型式名の後に「用」といった文字列を付し、これらを含めた全体的な表示態様からして、型式名に係る部分が、自他識別機能・出所表示機能を発揮していない場合」は商標的使用とはいえないがゆえ、侵害が否定され得ると述べている。したがって、本件と前掲【ブラザー1審】の結論が分かれたのはこの点である。

すなわち判決の言葉を借りれば、商標的使用が否定されるためには、需要者が「ある商標が、商品の型式名として使用されている」と認識できることが必要なのではなく、「型式名に係る部分が、自他識別機能・出所表示機能を発揮していない」と認識できなければならないのである。すなわち商標的使用でないと認められるためには、問題の標章が何を示しているかということではなく、需要者がその標章から出所を識

別していないという状況でなければならないのである⁷⁾。この点を明確に区別した本件の理論には賛成できる。

たしかに、裁判所の認定事実のみから判断する限り、問題の表示を見て、需要者が当該部品も完成品メーカーが製造した、いわゆる「純正部品」だと判断する可能性は否定しきれないように思われる(純正品問題については後述)。本件では、部品の型式が「SVA-200」とされているが、たとえば、母体製品の型式が「SVA」というように、完成品とそれに用いられる部品で型番の一部を共有することはあり得るからである。判旨は正当であろう。

もちろん、「ある商標が、商品の型式名として使用されている」と、「型式名に係る部分が、自他識別機能・出所表示機能を発揮していない」とは相関関係にある。したがって理論上はともかく実際の紛争場面では微妙な判断を強いられよう。

すなわち、本件はその他の事実が認定されれば、結論が逆になっていてもおかしくない事例であったということもできる。たとえば、問題となった本件の納品書等に、部品の出所がYである旨の表示が大書きされている等の事実があれば、相対的な意味で、問題の標章から需要者が、部品の出所を誤って識別する可能性は低くなる。

この点、前掲【ブラザー1審】では、商標的使用が否定された理由の一つとして、被疑侵害者の名称や連絡先がパッケージに記載されていたことを挙げている。あるいは、船舶用ポンプの業界では、一般的に完成品メーカーと保守・部品メーカーが厳然と区別されており、部品に付されている「SVA」を見れば、当然に部品メーカーが適合機種を示すものとして用いたと認識されるという事情があるとすると、この需要者は「SVA」から出所を識別しない可能性もある。

もちろん、このような事情が認定されていな

い本件は「商標的使用である」といわれてもやむを得なかったであろうが、やや事実認定が粗い気がしなくもない。本件は、事実関係次第で商標的使用が否定されてもおかしくなく、限界線に近い事例であったといえよう。

3. 4 「商標的使用ではない」ことについての証明責任

なお、「商標的使用ではない」ことに関する証明責任はどう考えるべきだろうか。学説では商標権者側に課すもの⁸⁾、被疑侵害者側に課すもの⁹⁾に分かれているが、被疑侵害者側に課せられると解すべきだろう。

商標権者側に証明責任を課すとなると、そのために「商標的使用である」ことを証明することになるが、これは結局混同の有無を証明することになりかねず、不正競争防止法との住み分けのために具体的混同を問うことなく、類似の範囲で使用されていれば禁止権を認める商標法の趣旨にそぐわないからである。

加えて、後述するように商標的使用が否定されるのは商標法26条1項2号・3号に該当する場合に限られない。両号は商標権侵害という主張に対する抗弁と考えられているが、両号に該当するか、それとも「商標的使用ではない」というか、区別は必ずしも容易ではないと思われる。にもかかわらず、「商標的使用である」という証明を商標権者に課すとなると、両号に該当する場合は被疑侵害者に証明責任が課され、「商標的使用」については商標権者に課されることとなり、証明責任の所在が錯綜してしまう。好ましい結論とは思えない。

3. 5 商標法26条1項2号・3号との関係

ところで本件では、Yは商標法3条1項3号違反として商標権の無効(同法39条で準用する特許法104条の3)を主張しているが斥けられている。しかしYとしては、商標法3条1項3

号違反を指摘するよりは、同法26条1項2号を主張したほうが有利ではなかったか。

商標法26条1項2号は、当該商品の普通名称および記述的表示は普通に用いられる限り商標権侵害を免れると規定する。同法26条は、登録阻却の場面で用いられる同法3条1項3号とは異なって他者の禁止権行使を妨げる抗弁であり、問題となる標章の使用態様や取引事情を具体的に参酌し、事案に応じて適用することが可能であって¹⁰⁾、商標的使用否定の法理との関係は極めて近い¹¹⁾。

したがって、「用途」に該当するか否かにつき、審査の場面で抽象的に登録の可否を判断する商標法3条1項3号と判断を違えてよいはずであり、審査の場面で同法3条1項3号に該当しないとして登録された商標であっても、使用される態様によっては、同法26条1項2号に該当するとして権利の行使を否定すべき場面はあり得ることになる。同法3条1項3号に該当しても、登録査定時に同法3条2項に該当すれば登録が認められることにも注意しなくてはならない¹²⁾。

たとえば、本件で問題となった「SVA」との表示は、商標法26条1項2号の意味において、商品(船舶用ポンプの部品)の用途(部品を適合させる完成品)に該当すると考えることも不可能ではない。同号に該当するというためには、このような記述的表示の情報伝達機能がどの程度発揮されているかという観点から問題となる標章を具体的に見ていかななくてはならない¹³⁾。もちろん本件では主張されていないが、このような事情もまた認定されてはいないが、少なくとも、同法3条1項3号違反を主張するよりは幾分かYに有利だったのではないか。

ただし、商標法26条1項2号の主張は、本件よりはむしろ前掲【ブラザー1審】のように、被疑侵害標章がメーカー名やブランド名を指し示す事例により適合的だといえる。

3. 6 純正品問題

ところで、問題となっている表示について、部品(船舶用ポンプの部品)や消耗品(インクリボン)が、適合ないし装着されるべき母体製品(船舶用ポンプやファクシミリ)の製造者ないし機種種の表示だと需要者が認識したとしても、それだけで直ちに「商標的使用ではない」と断ずることができない場合があり得る。

たとえば、それ自体識別力の強い名称(たとえばPIXUS)が綺麗にレタリングされた商標がそのままインクリボンの包装に用いられているならば、そのインクリボンもかかる母体製品の製造者が製造した、いわゆる純正品と誤解する者が出る可能性は低くないからである。

この場合、当該業界において一般的に、純正品が製造販売されているという事情は商標権侵害を肯定する一事情として参酌されるだろう(もっとも、非純正品が販売されている、ないし販売されていないという事情も同様に参酌され得るが)。問題となる標章を使用する者(消耗品製造者)には、需要者に対して適合機種を示すために最低限の情報の使用を許せば十分なのであって、この例の場合では美しいレタリングまで再現させる必要はなく、商品名(たとえばPIXUS)を通常の手体で記載させる以上の態様を許す必要はない¹⁴⁾。

たとえば前掲東京地判【ブラザー1審】の判旨は、適合機種を明らかにする必要性を商標的使用ではないことの理由の1つとして挙げるが、これだけでは商標権の行使を否定する理由としては不十分である。消耗品には適合機種を明記する必要があるといっても、需要者が純正品と誤解する可能性があるとして評価できる場合は、なお商標権の行使を許すべきである。そこには、商標制度が本来防止すべき出所の混同が生じているからである。

一方本件では、登録商標が標準文字のアルフ

ァベット3字からなる「SVA」であって、被疑侵害標章も特段に意匠的な細工は施されていないようであるから、この問題は顕在化していない。しかし、であればそれだけ、商標権行使を免れるためには、問題となる表示が適合機種を示しているというだけではなく、その部品自体の出所が正しく識別されるよう、部品の出所が明らかになっているという何らかの事情が求められるよう。

すなわち、商標権者の製品に適合するという情報だけでなく、出所が商標権者ではない(ないし、部品・消耗品製造者である)と需要者が認識できなければ、純正品という可能性があるのだから、なお出所の混同のおそれが残る場合はあり得るのである¹⁵⁾。この点、前掲東京地判【ブラザー1審】ではインクリボン自体の出所が表示されていたが、他方、本件ではそのような事実は認定されていない。したがって本件では、船舶用ポンプの需要者が、Y製品(納品書等に『型式SVA-200』と記載されたポンプ用部品)はXの純正品であると認識する可能性が残っており、侵害が肯定されたのはこの点からも止むを得ないものと思われる。

3. 7 証拠資料に触れてみて

筆者は、本件訴訟で提出された証拠資料を入手することができたので、実際にそれを見て評価してみることにする。資料は原告代理人たる松本司弁護士よりご提供いただいた。なお、事件の評釈としては判決文のみを前提として議論するのが筋であろうから、筆者のここでの評価はあくまで「参考意見」として受け取っていただきたい。

まず図1は、Yから顧客への納品書(控)である。同書中ほどの「型式」の欄の最上部に、「SVA-300M」と記載してある。その左側には「品名」として「MAIN COOL'S.W. PUMP」(以下、「PUMP」)と記載してあり、その右側

の「数量」以下は「金額」を含めて空欄である。

したがって、実際には「PUMP」自体が取引の対象なのではなく、「PUMP」の下欄に記載されている「IMPELLER KEY」その他が取引の対象だということがわかる。「IMPELLER KEY」その他の「数量」、「単価」欄には具体的な数値が記載されているからである。そうだとすると、この「SVA-300M」は、それ自体が実際の取引対象なのではなく、その左側に位置する「品名」欄の「PUMP」の型式を指し示しているということがわかる。

ところが、「IMPELLER KEY」その他が「PUMP」を構成する部品であることは推察できるとしても、それ以上に、「PUMP」が、一見して「IMPELLER KEY」その他の部品が適合する第三者の商品を指すものと認識することはできない。だとすれば、この「SVA-300M」は、それをを用いているY自身の商標として「PUMP」の出所を表示する機能を発揮してしまっており、商標的使用を否定することはできそうもない。Yにとっては惜しいことに、一言、「…社製；SVA-300M」と記載してさえいれば、侵害は否定されただろう。あるいは、品名のほうに、「PUMP (…社製)」と記載されていても侵害は否定されたかもしれない。

次に図2は、実際の取引対象たる部品である。(なお、ラベル部分が見づらいきらいがあるので、別の部品にかかるものではあるが接写したものを掲げておく。図3・図4参照。)この部品の袋に貼ってあるシールには、やはり「型式」として「SVA-125M」と記載されている。この部品自体の製品名は、「品名」欄記載のとおりであろうが、「型式」の上に「名称」として「PUMP」と記載されており、「SVA-125M」は、Yの商標としてこの「PUMP」の製品名を示していると理解されてしまうことは否定できないように思う。

しかし、これらの資料を眺めてみても、やは

り本件は判断が微妙な事例だと思われる。すなわち、以下のように考えて出所表示機能を否定することもできなくはないからである。

たとえば納品書というものは、すでに商品選択を終えた相手方に送付するものであり、そこに記載してある表示を見て改めて出所を識別するということは考えにくい。相手方(ここでは納品書上部左に欄がある「得意先名」)は、おそらく、「SVA-300M」はYの商標ではないと理解しているかもしれない。だとすれば、出所の混同は生じ得ない。

たしかに、部品の受け取り担当者や、実際の修理に携わる技師等からしてみれば、「SVA」という表示が納品書や部品の入った袋に記載されていれば、それを見て、部品も完成品の製造者から供給されたものと誤解する者もいないとはいえない。だとすれば、出所表示機能を発揮し、商標的使用は否定できないというべきだろう。しかしこれらの者は、本件では商標法上の需要者だとは言えないように思う。

このように、実際の証拠資料に触れてみて、本件は限界線上の事例だという思いをいっそう強くした。

なお本文中にも触れたとおり、証拠資料は、関西法律特許事務所・松本司弁護士にご提供いただいた。資料の提供に快く応じていただいた松本弁護士、ならびに仲介の労をとっていただいた北海道大学大学院法学研究科・田村善之教授には、この場を借りて御礼申し上げたい。

注記

- 1) 田村善之『知的財産法』[第4版](2006年・有斐閣)10~15頁。
- 2) 榎戸道也「商標としての使用」牧野利秋/飯村敏明『新・裁判実務大系4・知的財産関係訴訟法』398頁(2001年・青林書院)。
- 3) 田村善之『商標法概説』[第2版](2000年・弘文堂)3頁。

4) 前掲注3) 田村『商標法概説』151頁、網野誠『商標』[第6版](2002年・有斐閣)849頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』(2005年・有斐閣)257~258頁。渋谷達紀「登録商標権の保護範囲」『無体財産法と商法の諸問題』(豊崎追悼・1981年・有斐閣)390~395頁、豊崎光衛『工業所有権法』[新版増補](1980年・有斐閣)395~396頁も参照。

また、「商標的使用ではない」かどうか争われた裁判例の評釈(渋谷達紀「テレビまんが」判例時報992号(判例評論266号)162頁(1981年)、満田重昭「POS」判例時報1312号(判例評論366号)218頁(1989年)、板倉集一「中古車の110番」判例時報1953号(判例評論577号)215~216頁(2007年))も同旨。

5) なお、商標の使用が否定されるような態様で被疑侵害標章が用いられる場合、不正競争防止法2条1項1号の下では、混同のおそれが否定されることになると考えられる。

6) その他の裁判例も含め、前掲注3) 田村『商標法概説』152~155頁、前掲注4) 網野『商標』849~852頁、竹田稔『知的財産権侵害要論 特許・意匠・商標編』[第4版](2003年・発明協会)659~663頁、小野昌延編『注解 商標法』[新版](2005年・青林書院)865~872頁。

もっとも、判決の理由が「商標的使用ではない」というものであったとしても、事件の構図は一樣ではなく、さまざまな類型があり得る。類型的整理を行ったものとして、前掲注2) 榎戸『新・裁判実務大系4・知的財産関係訴訟法』401~409頁、青木博通「商標権侵害の基準『商標の使用態様』」CIPICジャーナル155号18~26頁(2004年)、網野誠「『商標の使用』の概念をめぐって」、前掲注4)『無体財産法と商法の諸問題』356~364頁も参照。

商標的使用でないという結論を導く理論構成もさまざまである(前掲注2) 榎戸『新・裁判実務大系4・知的財産関係訴訟法』398~400頁)。もっとも、理論構成の差異は説明の問題に過ぎないかもしれない(前掲注4) 渋谷[判批]164頁)。また、やや古い時代の裁判例は「商標的使用ではない」という理由よりも被疑侵害標章の使用態様などを商標の類似性に反映させ、保護範囲の問題として処理していたという傾向を指摘する研究がある(前掲注4) 渋谷『無体財産法と商法の諸

問題』392~393頁、前掲注4) 渋谷[判批]163頁、前掲注4) 満田[判批]218~219頁)。

しかし、類似性の問題として考えると、被疑侵害標章と登録商標との間に何らかの外観上の差異があればよいが、完全に、ないしはほぼ同一の商標が使用されていた場合(たとえば登録商標「テレビまんが」に対して被疑侵害標章「テレビまんが」)に、これを「非類似である」というのは違和感を覚える。類似性は法的評価とはいえ、「類似」という語の語感からはかけ離れている。理論としては「商標的使用ではない」とする法理のほうが優れているように思う。

7) 前掲注4) 田村『商標法概説』153~154頁も、東京地判昭和51・10・20判例タイムズ353号245頁【清水次郎長】や東京地判昭和62・8・28無体集19巻2号277頁【通行手形】を引き合いに出し、言葉が大書きされているとか、意匠的に使用されているかどうかという点がポイントではなく、出所を表示していないことが需要者にとって明らかであることがこれらの判決の正当性を支えていると述べる。

8) 田中俊次「商標権侵害訴訟の要件事実」西田美昭/熊倉禎男/青柳吟子編『民事弁護と裁判実務』(1998年・ぎょうせい)468頁、前掲注2) 榎戸『新・裁判実務大系4・知的財産関係訴訟法』400~401頁。

9) 宇井正一「商標としての使用」牧野利秋編『裁判実務大系9・工業所有権訴訟法』(1985年・青林書院)434頁、前掲注4) 田村『商標法概説』156頁。

10) 前掲注4) 田村『商標法概説』196~197頁、兼子一/染野義信『工業所有権法』[改訂版](1968年・日本評論社)787頁、前掲注4) 豊崎『工業所有権法』416頁、前掲注4) 網野『商標』764~766頁。

11) 商標の使用否定の法理と同号の関係について、大阪地判昭和51・2・24無体集8巻1号102頁【POPEYE II】(ただし、前掲田村『商標法概説』153頁)、東京地判平成7・2・22知裁集27巻1号109頁【UNDER THE SUN】(ただし、前掲注4) 田村『商標法概説』231頁)は、商標的使用が否定される類型は、同項各号に規定される場合に限られないという。また、前掲注4) 渋谷[判批]162~163頁もこの見解を支持している。

12) なお前掲注4) 田村『商標法概説』203~204頁参照。

13) 前掲注4) 田村『商標法概説』202頁。

14) 商標法26条1項2号・3号との関係では、「普通に用いられる方法」の要件で調整することになる。

15) なお、前掲注4) 田村『商標法概説』155~156頁参照。

納品書(控)

2002年4月11日

伝票No. 121825

得意先名 [REDACTED] 御中

船名 [REDACTED]

造船所 [REDACTED]

受注書No. 14-1255

船番 [REDACTED] 取区 01.売上 請区 1 今回請求 担当者 [REDACTED]

行	CODE	品名	型式	数量	単位	単価	金額	摘要
1	116	MAIN COOL SW PUMP	(SVA3300M) PMS					
2	1403	IMPELLER KEY	P/19	1	pc	2600	102600	
3	1126	COUPLING KEY	P/20	1	pc	800	58800	
4	1919	SLEEVE RING	P/22A	1	pc	18000	118000	
5	1405	IMPELLER NUT	P/27	1	pc	4000	4000	
6	2200	WASHER FOR IMP' NUT	P/30A	3	pc	540	1620	
7	1758	PACKING	P/31	3	pc	80	240	
8	1124	COUP' B. N. WASHER	P/373	6	ST	900	5400	
9	500	LINE BEARING	P/41	2	pc	20000	40000	
10	1603	MECHA SEAL COMP'	P/54-7	2	ST	26400	52800	
当地抜店						対象額	125460	消費税
備考						税別	荷造個数	0
						合計	125460	

図1

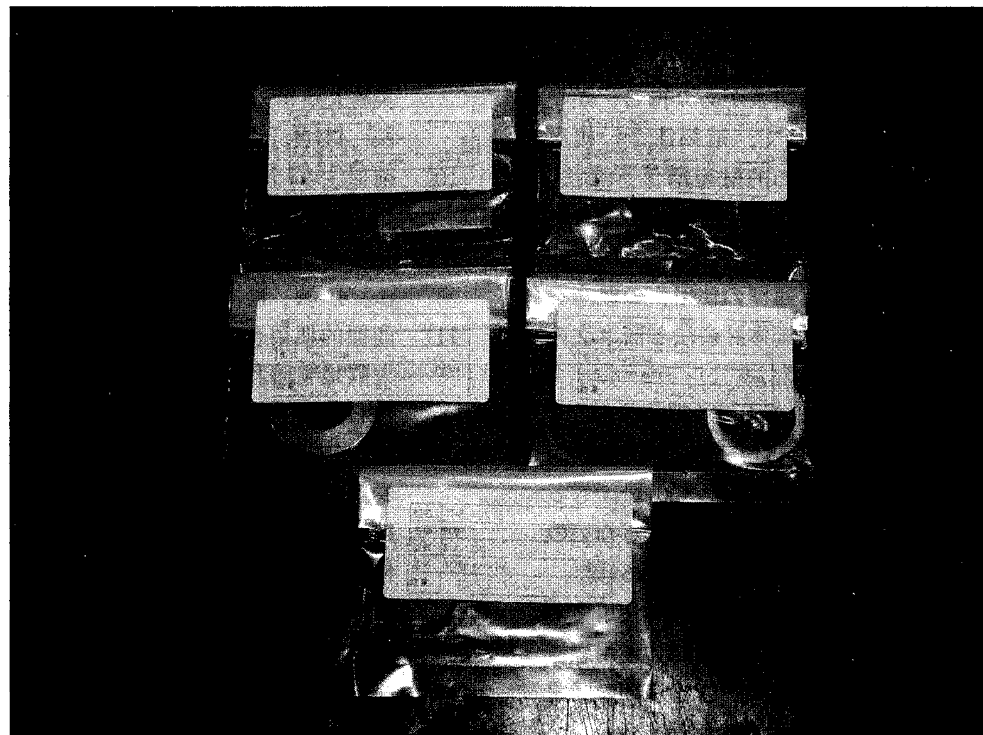


図2

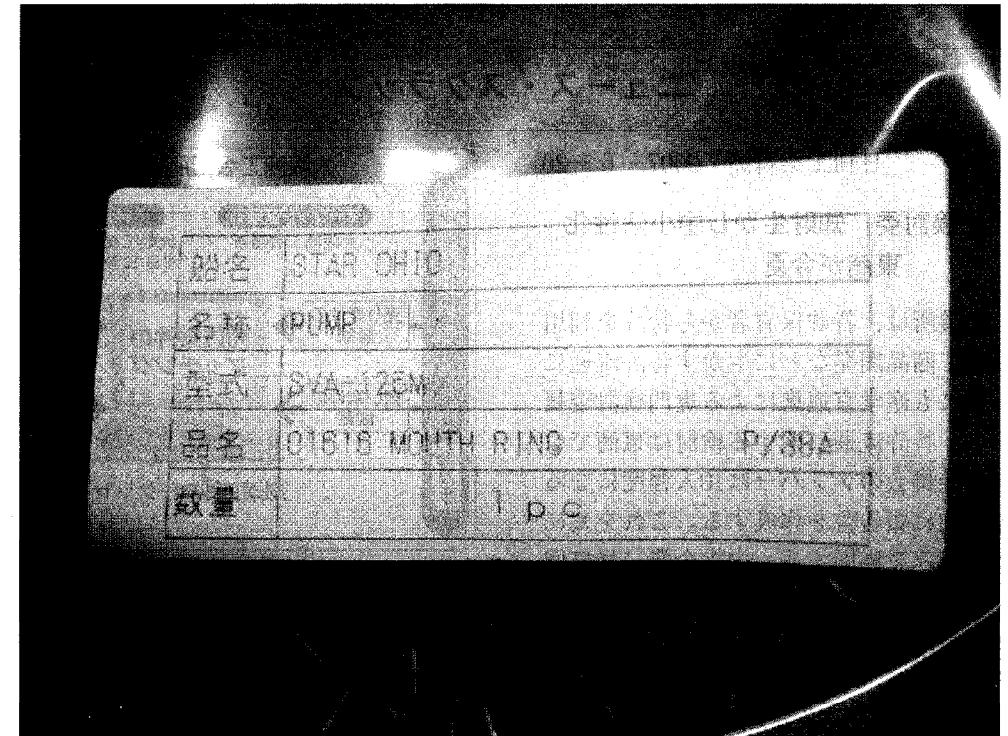


図3

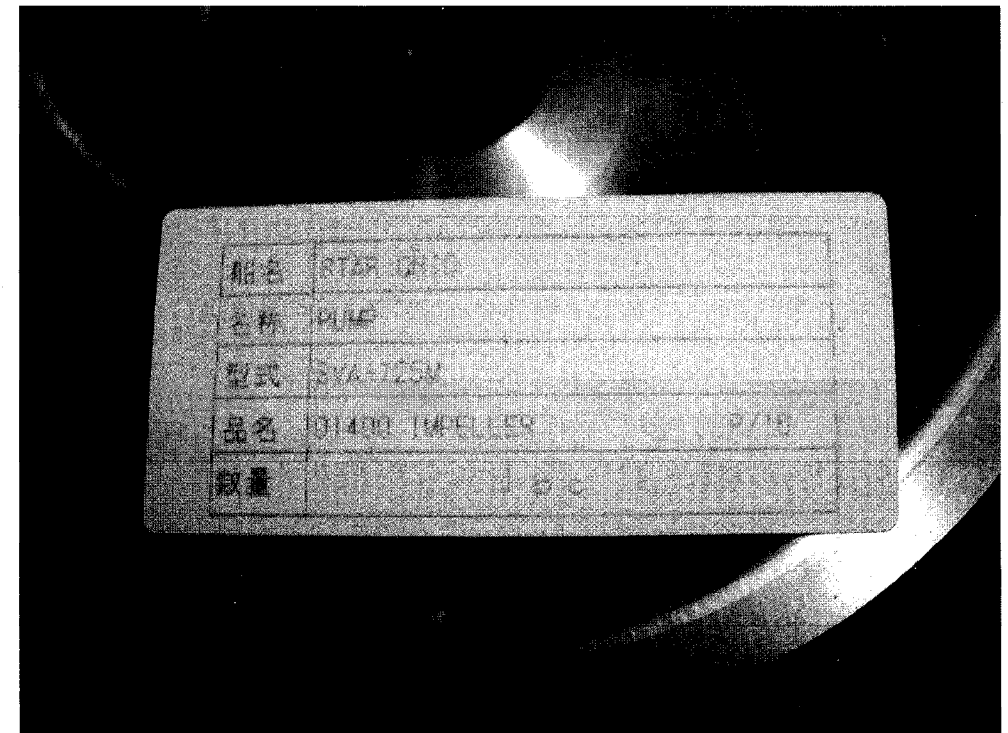


図4

(原稿受領日 2007年7月27日)