



Title	FRED PERRY最高裁判決にみる商標機能論
Author(s)	立花, 市子
Citation	知的財産法政策学研究, 9, 71-95
Issue Date	2005-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43460
Type	departmental bulletin paper
File Information	9_71-95.pdf



FRED PERRY 最高裁判決にみる商標機能論

(民集57巻2号125頁、損害賠償、商標権侵害差止等請求事件)

原審・大阪高裁平成14年3月29日判決

(民集57巻2号185頁参照)

第一審・大阪地裁平成12年12月21日判決

(民集57巻2号144頁参照、判タ1063号248頁)

立花市子

最高裁平成15年2月27日第一小法廷判決

【事案の概要】

X (第1審甲事件被告・乙事件原告、被控訴人、被上告人) は、日本における「FRED PERRY」商標権を有している。また、Xの100%子会社である訴外英国法人フレッドペリー(ホールディングス)リミテッド (F P H社) は、シンガポールや中国を含む世界110カ国の「FRED PERRY」商標権を有している。

Y (第1審甲事件原告・乙事件被告、控訴人、上告人) は、F P H社から「FRED PERRY」商標権を使用するライセンスを受けている訴外シンガポール法人O社¹が製造した「FRED PERRY」商標が付された中国製ポロン

¹ X及びXの子会社FPH社が「FRED PERRY」商標権を取得するに至った経緯等は以下のとおりである。

そもそもは、訴外英国法人フレッドペリー・スポーツウェア・リミテッド (「FPS社」) が、日本、シンガポールを含む世界110カ国について「FRED PERRY」商標権

ヤツ(「本件商品」)を、訴外シンガポール法人V社を通じて購入して日本に輸入し販売した。なお、本件商品は、O社がライセンス契約上の製造地限定条項及び下請禁止条項²⁾に反して中華人民共和国にある工場に下請製造させたものであった。

XはYの本件商品の輸入行為が日本の「FRED PERRY」商標権を侵害するとして輸入差止を申し立てると共に、Yが輸入・販売する本件商品が偽造品である旨の広告を出す等した。これに対し、YはXの行為がYの営業を妨害する等と主張して、民法709条に基づく損害賠償等を求めた(第1審の甲事件)。一方、XもYに対し商標権に基づき本件商品の輸入・販売の差止めや損害賠償等を求めた(第1審の乙事件)。

第1審は、甲事件のYの請求を棄却し、乙事件のXの損害賠償請求の一部を認容した。Yが控訴したが棄却され、上告。

【判旨】 上告棄却。

判旨一 真正商品の並行輸入が違法性を欠くための要件及び本事案に關するあてはめ

を有していた。Xは、従前よりFPS社から日本における「FRED PERRY」商標権の独占的使用許諾を受けていたが、100%子会社であるFPH社を設立し、日本以外の国の商標権をFPH社がFPS社から譲り受けた。譲渡の際、既にFPS社はO社に対してライセンス許諾を行っており、ライセンス対象たる商標権がFPS社からFPH社に譲渡されると共に、ライセンサーとしての地位もFPS社からFPH社に移った。その後、XがFPS社より日本における商標権の譲渡を受けたため、現在では、世界110カ国の「FRED PERRY」商標権は、X及びFPH社に帰属している。

²⁾ 各々の条項の詳細は次のとおり。

製造地限定条項：FPS社は、O社に対し、シンガポール、マレーシア、インドネシア及びブルネイにおいて、FPS社が有するフレッドペリー商標を付したスポーツウェア及びレジャーウェア製品を、FPS社の仕様に従い製造、販売及び頒布することを許諾する(1条、2条。)

下請禁止条項：O社は、本件契約に基づく製品の製造、仕上げ又は梱包の下請につき、FPS社の書面による事前の同意なくいかなる取り決めも行わない。但し、O社が、FPS社に対して下請業者に関する情報提供を行うとともに、仕様・品質基準の遵守等に関するFPS社の監査を受けることへの承諾を下請業者から得た場合は、FPS社の同意が不合理に留保されることはない(4条。)

違法性阻却要件について

「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、もっ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といえることができるからである。」

あてはめ(ライセンサーが製造地条項及び下請禁止条項に違反して製造した商品の真正性について)

「本件商品は、シンガポール共和国外3か国において本件登録商標と同一の商標の使用許諾を受けたO社が、商標権者の同意なく、契約地域外である中華人民共和国にある工場に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商標が付されたものであって、商標の出所表示機能を害するものである。」

また、本件許諾条項中の製造国の制限及び下請の制限は、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。これらの制限に違反して製造され本件商標が付された本件商品は、商標権者による品質管理が及ばず、本件商品とXが本件登録

商標を付して流通に置いた商品とが、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り、商標の品質保証機能が害されるおそれがある。

したがって、このような商品の輸入を認めると、本件登録商標を使用するF P S社及びXが築き上げた、『フレッドペリー』のブランドに対する業務上の信用が損なわれかねない。また、需要者は、いわゆる並行輸入品に対し、商標権者が登録商標を付して流通に置いた商品と出所及び品質において同一の商品を購入することができる旨信頼しているところ、上記各制限に違反した本件商品の輸入を認めると、需要者の信頼に反する結果となるおそれがある。

以上によれば、本件商品の輸入は、いわゆる真正商品の並行輸入と認められないから、実質的違法性を欠くということとはできない。」

判旨二 輸入業者の過失の認定について

「輸入業者は、輸入申告の際に輸入商品の製造地を明らかにする必要があるから（関税法67条、関税法施行令59条1項2号）、外国における商標権者自身ではなく、同人から使用許諾を受けた者が我が国における登録商標と同一の商標を付した商品を輸入する場合には、少なくとも、使用許諾契約上、被許諾者が製造国において当該商品を製造し当該商標を付することができる権原を有することを確認した上で当該商品を輸入すべきである。上記義務を尽くした上で本件商品を輸入したことの立証のないYにつき、過失の推定(商標法39条において準用する特許法103条)を覆すことはできない。」

【評釈】

一 本判決の意義

本判決は、真正商品の並行輸入³が認められるための要件を示した初め

³ 「並行輸入」という用語は、外国企業の商品が日本国内に輸入される場合に、当該外国企業の日本の子会社や総代理店等を通して輸入される「正規」のルートとそれ以外のルート、特に外国企業が海外で販売した商品を現地で購入し代理店等を通さず、直接、日本国内に輸入するルートが並行しているための名称である。しかし、

での最高裁判決である。商標機能論によって商標権侵害の実質的違法性が阻却されることを認めたとうえで、出所表示機能と品質保証機能が⁴害されなければ商標権侵害の違法性が阻却されるとして、違法性阻却要件を示した⁵点に意義がある。また、具体的に、ライセンス契約上の製造地制限条項及び下請禁止条項に違反して製造された商品につき違法性阻却を否定した点が実務に与える影響は大きい。このほか、損害賠償請求における過失の認定にあたり輸入業者の負う調査義務の内容につき判断した点も注目し値する。

もつとも、本判決にいう出所表示機能、品質保証機能の意味するところは必ずしも明確とは言えないところがあるようにおもわれる⁶。

外国企業自身又はその子会社やライセンシーにより日本国内で商品が製造・販売される場合や、正規ルートでは流通していない商品が輸入される場合などルートが並行しているとは言えない場合もある。輸入ルートが並行していると言えない後者の場合であっても、前者と同じ議論ができるため、本稿では、正規の輸入ルートが並行していない場合も含めて「真正商品の並行輸入」として論じることとする。

⁴ ただし、二で詳述するように、本判決にいう出所表示機能や品質保証機能の内容は一義的に明らかではない。

⁵ 内外権利者の同一性に関する要件は、既に多くの下級審判決で、日本の商標権者と外国の商標権者の間にライセンス契約が存在している事実により肯定されている(東京地判昭和59・12・7無体集16巻3号760頁[LACOSTE事件]など)。本判決でも、本件商品の製造者であるO社と原告の100%子会社との間のライセンス契約の存在については争いがなく、特に内外権利者の同一性に関しては問題とされなかったため、本稿の検討対象から外している。要否も含めた同一性要件についての議論については、田村善之『商標法概説(第2版)』(弘文堂・2000年)472～477頁、石黒一憲『国境を超える知的財産』(信山社・2005年)49～90頁、同『国際知的財産権』(NTT出版・1998年)183～209頁、石上千哉子「並行輸入と商標権侵害の成否—内外拡布者一体性の要件の射程—」知的財産法政策学研究本号掲載(2005年)を参照のこと。

⁶ 本判決の判例評釈等として、高部真規子「最高裁判所判例解説」法曹時報57巻5号221～268頁(2005年)、同[判解]L&T20号47～58頁(2003年)、同[判解]知財ぶらずむ18号1～13頁(2004年)、同[判解]ジュリスト1251号166～171頁(2003年)、小松陽一郎[判批]L&T22号4～13頁(2004年)、宮脇正晴[判批]立命館法学290号1～41頁(2003年)、茶園成樹[判批]国際私法判例百選98～99頁(2004年)、同[判批]知財ぶらずむ2巻20号20～26頁、鈴木将文[判批]平成15年度重判解(ジュリスト1269号)264～265頁(2004

以下、本判決の判示事項につき順次検討する。

二 判旨一について

1. 商標機能論

(1) 本判決は、真正商品の並行輸入が認められるか否かの判断に当たり、商標機能論を採用した。商標機能論とは、形式的に商標権侵害に該当する行為がなされたとしても、商標法が保護しようとしている商標の機能が害されない場合には商標権侵害の違法性が阻却されるとする考えである⁷。

すでに、大阪地判昭45・2・27無体集2巻1号71頁[PARKER 事件]以来、下級審裁判例は商標機能論に基づいて真正商品の並行輸入を判断していた⁸。本判決は、この下級審裁判例の判断を確認したものと位置付けられる。

そもそも、登録商標制度は、究極的には商標権の有する財産的価値を保護するものではなく、「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し、あわせ

、大野聖二[判批]平成15年度主要民事判例解説(判例タイムズ1154号)180～181頁(2004年)、中村勝彦[判批]AIPI48巻12号928～939頁(2003年)、渋谷達紀[判批]判時1840号(判評540号)182～186頁(2004年)、同[判批]民商129巻4＝5号692～703頁(2004年)、平尾正樹[判批]知財管理53巻7号1095～1104頁(2003年)、堀江亜子[判批]知財管理54巻4号647～651頁(2004年)、高木弘明[判批]Right Now! 2004年8月号62～67頁(2004年)、川瀬幹夫[判批]知財ふりむ7号59～75頁(2003年)、光野文子[判批]時の法令1688号50～56頁(2003年)、栗城利明[判批]法律のひろば58巻1号71～73頁(2005年)、民事法情報200号42～44頁(2003年)。

⁷ 茶園・前掲注6)知財ふりむ23頁は、本判決の立場が商標機能論に一定の限定を加えているという解釈を示唆する。

⁸ 「真正商品の並行輸入」の問題については、東京地判昭40・5・29判タ178号199頁[ネスカフェ事件]で商標権侵害が肯定されていた。その後、大阪地判昭45・2・27無体集2巻1号71頁[PARKER 事件]が、商標機能論を用いて初めて商標権侵害を否定した。その後も、「真正商品の並行輸入」につき、前掲東京地判[LACOSTE 事件]、名古屋地判昭和63・5・25判タ678号183頁[BBS 事件]、東京地判平成2・12・26無体集22巻3号873頁[GUESS 事件]等、多くの下級審判決が商標機能論により商標権侵害の違法性阻却を認めている。

て需要者の利益を保護することを目的」としている(商標法1条)。したがって、この目的が害されない場合にまで商標権侵害を認める必要はない。本判決は、この理に沿った判断をしたものである。^{9 10 11}

⁹ 商標機能論に対する批判として、並行輸入において、商標権に関する処理は商標機能論で対応し、特許権に関する処理はいわゆる承諾擬制説(最三小判平9・7・1判時1198号230頁[BBS 事件]の採用した考え)で対応した場合、商標の付された特許製品の輸入につき、権利ごとに異なる結論となる可能性があるとの不都合が指摘されることがある(美勢克彦・「商標権、特許権、著作権による輸入差止について」小坂志磨夫・松本重敏古希記念『知的財産法・民商法論議』(発明協会・1996年)237頁、村田英幸「並行輸入について～創作法と標識法」工業所有権法研究19～20頁(1996年)。。)しかし、標識法である商標法により保護される商標権と創作法である特許法により保護される特許権では保護法益が異なるため、別途の結論となることが妥当性を欠くとは言いつねないだろう(相澤英孝「並行輸入―知的財産法と通商法」日本工業所有権法学会年報第19号1～19頁(1995年)。。)

¹⁰ 真正商品の並行輸入を肯定する理論としては、商標機能論以外にも消尽(用尽)論が唱えられている。これは、権利者またはその許諾を受けた者により商標が付された製品が拡布された場合、商標権者に一度は権利行使の機会が確保されたのだから、商標権は用尽され消滅するという考え方である。商標権者が少なくとも一回は対価を取得したことを根拠としており、商標権の財産的契機を重視する考えといえよう。消尽論に対しては、①商品の詰め替えなど商標法独自の考慮が必要となる問題に対応できないという適用範囲の狭さが指摘されている。また、並行輸入への適用についても、②外国拡布権者と登録商標権者の同一性が常に必要とされることになるが、それでは不都合が生じることがある、③日本の商標権の効力が及ばない国外における拡布行為によって日本の商標権が用尽する謂はないという批判がなされている(①および②の批判につき、田村・前掲注5)165頁注(7)。(③については、高部・前掲6)法曹時報234頁及びL&T50頁も、「国内消尽と直ちに同列に論ずることはできない。その理由として、(ア)商標権者は、商標を付した地の所在する国において、必ずしもわが国において有する商標権と同一の商標にかかる対応する外国商標権を有するとは限らないこと、(イ)譲渡地の所在する国において有する外国商標を有する場合であっても、わが国において有する商標権と外国商標権とは別個独立の権利であるから、権利行使により直ちに二重の利得を得たということではできないことが挙げられる(最三小判平9・7・1BBS 事件)」とする。)③の批判については、複数の国で、同一の発明、同一の商標などに知的財産を有している場合には、それら複数の権利を同一の発明、同一の商標に関する複数の権利の束と考え、1つの権利を行使すると権利が消尽すると考えることにより解決しうるのではない

しかし、商標機能論と言っても一義的ではない。商標法1条との関係で商標法が保護しようとしている機能をどのように捉えるかにより、幾つかに分かれる。具体的には、商標法が究極的に保護しているのは出所表示機能のみであるとする考え¹²や、出所表示機能及び品質保証機能が商標法上保護された機能であるとする考え¹³の他、出所表示機能及び品質保証機能に加え、広告宣伝機能も保護対象とする考え¹⁴、更には商標の有するイメージそれ自体をも保護の対象とする考え¹⁵までも主張されている。さらに言えば、出所表示機能、品質保証機能の意味するところ自体も多義的である。

(2) では、どのように解すべきであろうか。

商標が事実上果たしている機能として、出所識別機能、品質保証機能、広告宣伝機能の3つがあることは争いのないところである¹⁶。そして、

かとの指摘がある(相澤・前掲注8)16頁注21)。なお、欧州共同体の商標に関する域内消尽論の確立およびその背景事情を紹介する文献として、玉井克哉「ヨーロッパ商標法における並行輸入法理の転換(上)(下)」NBL651号6～12頁、同652号40～50頁(1998年)、さらに、域内消尽論とWTO協定との整合性につき問題があることを指摘する文献として、鈴木将文「自由貿易体制における知的財産制度に関する一考察」名古屋大学法政論集205号45～48頁(2004年)。

¹¹ ちなみに、美勢・前掲注8)は、原則として、同一商品についての内外価格差維持目的のための商標権に基づく差止等を権利濫用として否定するが、商品の品質差が大きく、そのことを原因として価格差が生じている場合の差止等は権利濫用には該当しないと主張する。しかし、内外価格差維持目的という主観的要件の認定が困難であることや大きな品質差を設けることで市場分割をなすことが許されうることなどの問題点があり、容易に首肯し難いものがある。

¹² 田村・前掲注5)478頁。

¹³ 本判決他、裁判例の採る考え。

¹⁴ 玉井・前掲注9)(下)参照。なお、玉井克哉「商標権と並行輸入」CIPICジャーナル164号1頁～29頁(2005年)は、商標法においては品質保障機能を中核として捉えるべきとする。

¹⁵ 相澤・前掲注8)。

¹⁶ 田村・前掲注5)4頁、豊崎光衛『工業所有権法(新版・増補)』(1980年・有斐閣)、小野昌延『商標法概説(第2版)』(1999年・有斐閣)4～6頁、土肥一史『知的財産法入門(第8版)』(2005年・中央経済社)46～49頁、網野誠『商標(第6版)』(2002

これら3つの機能の関係は、次のように解される¹⁷。標章を実際に使用して商品や役務を提供することにより出所表示機能が発生し、その結果、一般的には権利者は信用を蓄積するために自らの出所を表示する商標を付した商品・営業の質の維持・向上に努めることから品質保証機能が生じる。更には、商標そのものから商品・営業を連想させるという広告宣伝機能を有するに至る商標も生じうる。

商標が、上記のような事実上の機能を有していると言っても、それらすべての機能が商標法の保護の対象であるとは考えられない。

商標法により登録商標の保護が図られる結果、排他権を背景に権利者による商標の使用が促進され、商標により商品・役務の出所を正しく識別することが保証される一方で、商標法が、登録商標をどのような商品等に使うかについて商標権者に任せている以上、商標法が究極的に保護の対象としている機能は出所表示機能のみであると解される。需要者の間に登録商標が付された商品等が特定の質を有しているのだという期待感が生じることや、その期待感に応じて商標権者が自らの商品等の品質の維持に努めることにより、事実上、商標が特定の質を保証すると考えられるようになったとしても、それは法的に保護されるものではない^{18 19}。

また、商標法が、商標の「使用」という定義を設けることで、商標の有する財産的価値にただ乗りする行為の全てを商標権侵害とはしていないことからして、広告宣伝機能を保護の対象としているとは言い難い

年・有斐閣)73～84頁、平尾正樹『商標法』(2002年・学陽書房)5～9頁。出所表示機能とは別に自他識別機能を定義する場合もあるが(豊崎、土肥、平尾)、出所識別機能と区別する実益は見出せない。

¹⁷ 田村・前掲注5)4頁。

¹⁸ 田村・前掲注5)5頁、478頁。

¹⁹ この考えに対しては、商標法51条1項や53条1項の取消審判の存在を理由とする批判が加えられている(土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」『知的財産法と現代社会』牧野利明退官・1999年・信山社517頁)が、これらの審判は、4条1項16号の規定が潜脱されることを防ぐために設けられたものであり、商標権者自身が品質を変更した場合や使用者の品質が異なる場合に逐一、登録商標を取り消す制度ではないと理解され(田村・前掲注5)4～5頁)、批判はあたらないであろう。

であろう²⁰。

(3) 以上のように、商標法が究極的に保護の対象としている機能は出所表示機能のみであるとおもわれる(1元論)が、ライセンス契約に基づきライセンシーが商標を付する場合は格別の考慮が必要となる。ライセンシーが製造した商品等が商標権者を出所とするとされるのは、商標権者の品質管理が及んでいることにより、商標権者自身が当該商品を製造し商標を付したと評価できることによる。したがって、ライセンス商品に関して出所表示機能が害されないというためには、商標権者の品質管理が及んでいることが要求されることになる²¹。そして、通常、商標権者のライセンス品に対する品質管理は、ライセンス契約上の品質管理に関する条項を通じてなされるから²²、商品等の品質管理に関する条項が遵守されていることが、ライセンス商品につき出所表示機能が害されていないというための要件となる²³。²⁴

なお、商標法の保護の対象は出所表示機能及び品質保証機能である(2元論)と解する立場に立っても、品質保証機能の内容を商標権者による品質管理がなされていることと捉えるのであれば、両者の対立はそれほど先鋭的なものとはならない。共に、品質の差異でなく品質の管理の有無が真正商品の並行輸入の認否に影響を与える、と解することとなる。

²⁰ 田村・前掲注5)6頁。

²¹ 商標権者自身が商標を使用する場合には、常に品質管理が及んでいると評価できるため、この点を意識的に取り上げる必要は生じない。商標権者自身が製造した商品であれば、品質が異なっている場合であっても、商標権者の管理の下で、その責任において製造されていることから、出所表示機能は害されていないと言えるのである。

²² 何ら品質管理に関する条項を有しないライセンス契約を締結した場合は、当該ライセンシーを選んだこと自体が管理ということになる。

²³ なお、この理解の下では、商標法1条にいう「需要者の利益」とは、需要者の有する、商標が付されている商品等には商標権者による品質管理が及んでいるとの信頼を意味することになる。

²⁴ 宮脇・前掲注6)21頁は、このような考え方につき、「結局のところ、出所表示機能を、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捉えるものであるといえよう。」としている。同13頁も参照。

もつとも、2元論を採ったうえで、さらに品質の同一性を品質保証機能の内容として要求するのであれば、品質に差異がある場合には真正商品の並行輸入を認めないこととなり²⁵、1元論を採った場合と結論が異なることとなる。

ともあれ、結局のところ、1元論であれ2元論であれ、ライセンシーが製造した商品の並行輸入の事案において、品質の差異や品質管理の有無を問題とせざるを得ないことには変わりない。肝要なことは、具体的事例における商標権侵害の成否につき、品質の差異や品質管理の有無がどのように影響するのかということである。

そこで、実際の裁判例を見てみることにする。

2. 裁判例における商標機能論—品質の差異と品質管理の有無の影響

商標権のライセンスがなされていた事案で、品質に相違があることで出所表示機能や品質保証機能が害されるか否かが争点となった裁判例として東京地判昭和59・12・7無体集16巻3号760頁[LACOSTE事件]が挙げられる。

[LACOSTE事件]は、世界的に著名な「LACOSTE」商標を有するラコステ社とその日本における専用使用権者が、類似する「LACOSTE」標章をワンポイントマークとして付したスポーツシャツ等を米国から輸入し日本国内で販売している業者を商標権侵害等で訴えたものである。業者側は、当該スポーツシャツ等は、ラコステ社に由来する「真正商品の並行輸入」であるから商標機能論により実質的違法性を欠くと主張した。

裁判所は、品質保証機能を害するかという判断において、ラコステ社は資本的なつながりにより支配を及ぼすことのできるライセンス管理会社を通じて、米国でライセンシーが製造販売する商品の品質管理を厳格に行っていると認められるから、日本における専用使用権者の商品と輸入商品との間に品質・形態の差異があっても、ラコステ社を出所源とする商品として許容された範囲内での差異に過ぎず、品質保証機能が損なわれることはないとした。

上記判示については、2通りの解釈が主張されている。その1つは、同

²⁵ ただし、この場合であっても、品質が全く同一であることを要求するのか、実質的同一性があればよいとして一定の品質の差異は認めるのか等により、真正商品の並行輸入が認められる範囲が異なってくることに注意。

判決は、ライセンス契約により許容された製品である限り、いかに品質に差異があったとしても商標権侵害は成立しないという考えを採用したと解釈するものである²⁶。もう一つは、品質が著しく異なる場合は判決の射程に含まれておらず、同判決も品質の差異が商標権侵害の成否に影響を与えることを否定していないと解釈するものである²⁷。

1元論や、品質保証機能の内容を品質管理が及んでいることで足りると解する2元論によれば、前者のような解釈を採ることとなる。一方、品質保証機能の内容を品質そのものの保証と解する2元論によれば、後者の解釈となろう。

3. 本判決における商標機能論—品質の差異と品質管理の有無の影響

続いて、本判決が商標の機能との関係で品質の差異や品質管理の有無をどのように捉えているかを、本判決の下級審（それぞれ、「本件第1審」、「本件控訴審」²⁸）及び本判決と同じ「FRED PERRY」商標権に基づき異なる輸入業者との間で提起された2つの訴訟（「東京第1事件」及び「東京第2事件」²⁹）³⁰の地裁・高裁の判決と比べながら見ていきたい。³¹

²⁶ 田村・前掲注5) 477～479頁。

²⁷ 野間昭男『並行輸入と商標』中山信弘編著「知的財産権研究 I」（東京布井出版・1990年）74～75頁。

²⁸ 本件控訴審に関する判例評釈等として、茶園成樹[判批]発明100巻2号96頁（2003年）、的場朝子[判批]ジュリスト1251号200頁（2003年）。

²⁹ 東京第1事件は、本件と同じく、Xの警告行為等と輸入業者の輸入行為が問題とされたものである。東京第2事件は、東京第1事件第1審での勝訴を背景に、輸入業者側がXに対して更なる損害賠償を請求したものである。

東京第1事件の地裁判決が、東京地判平11・1・28判時1670号75頁（東京第1事件第1審）、その控訴審が、東京高判平12・4・19平成11（ネ）1164（東京第1事件控訴審）である。

東京第2事件の地裁判決が、東京地判平13・10・25判時1786号142頁（東京第2事件第1審）、その控訴審が、東京高判平14・12・24判時1816号1282頁（東京第2事件控訴審）である。

なお、東京第1事件および第2事件、共に上告されたが、上告不受理決定で終了している。（東京第1事件の上告審＝最決平12・10・13判例集未掲載、東京第2事件の上告審＝最決平15・6・27判例集未掲載）

³⁰ 東京第1事件第1審に関する判例評釈等として、小野昌延[判批]判時1685号（判

(1) 一連のフレッドペリー下級審判決は、品質管理という概念を商標の機能に導入したか否かで以下の2つに分けることができる³²。

第1群は、品質管理という概念を導入していない判決群である（東京第1事件第1審³³、東京第1事件控訴審。東京第2事件第1審も傍論ではあるものの同旨を述べていると解される³⁴）。この判決群は、出所表示機

例評釈489号44～51頁）230～237頁（1999年）、愛知靖之[判批]商事法務1631号42～46頁（2002年）、田中豊[判批]NBL677号16～19頁、678号50～58頁（1999年）、長谷川俊明[判批]国際商事法務27巻7号839頁（1999年）、八木正夫[判批]CIPIC ジャーナル92号37～40頁（1999年）。また、東京第1事件第1審、同控訴審および大阪事件第1審に関する判例評釈等として、松尾和子[判批]特許ニュース10699号1～5頁、10700号1～6頁（2001年）。東京第1事件第1審、同控訴審、東京第2事件第1審および大阪事件第1審に関する判例評釈等として、小泉直樹 [判批] CIPIC ジャーナル124号16～23頁（2002年）。東京第2事件第1審に関する判例評釈等として、土肥一史[判批]知財管理53巻7号1157～1161頁（2003年）。

³¹ 真正商品の並行輸入の抗弁が争点となった裁判例の中で、国内商標権者由来の商品と並行輸入品との品質の差異が問題となったケースは、一連のフレッドペリー判決を除くと[LACOSTE 判決]のみであったため、それらを検討の対象とした。なお、大阪地判平8・5・30判時1591号99頁[Crocodile 事件]や東京地判平11・1・18判タ997号262頁[ellesse 事件]においても、商品の品質や形態の差異が指摘されているが、共にそもそも内外権利者の同一性が否定されている事案であり、日本の商標権者の品質管理が及んでいることが肯定できない事例であるため、本稿では取り上げない。

³² 一連のフレッドペリー判決においては、実際の品質の差異は認定されていない。商標権者の代理人弁護士が書いた文献によると、実際、品質の非同一性の証明がかなり困難な事案で、著しいと言えるほどの差異はなかったようである（小松・前掲注6）12頁）。

³³ 東京第1事件第1審判決における違法性阻却要件は、①当該標章が輸出元国における商標権者または商標権者から契約等によって使用を許諾された者等によって適法に付されたものであり（適法性要件）、②我が国の商標権者と輸出元国における商標権者が同一人であるかまたは法律もしくは経済的に見て一体といえる関係にあって実質的に同一人であると認められ（同一性要件）、③商品の品質が実質的に同一であるといえること（品質要件）、とされている。

³⁴ 東京第2事件第1審は、傍論としてではあるが、製造地制限条項違反は商標権者と被許諾者との間の内部関係というべきで、許諾契約が解除されない限り、商標権者から許諾を受けた者が製造販売した商品であるという点に変わりはないから、商

能を商品の出所が商標権者に由来していることを示す機能と捉え、ライセンスが製造したものである限りいかなる契約違反があっても契約が解除されない限り出所表示機能等が害されることはないとする。共に、品質保証機能について出所表示機能に伴う従属的な機能と捉え、ライセンスが製造したという事実により実質的同一性が認められるとして品質保証機能が害されることもないとする(東京第1事件第1審)か、さらに一歩進んで品質保証機能の独自性を重視して品質自体の実質的同一性の有無を検討している(東京第1事件控訴審³⁵)。

第2群は、品質管理という概念を導入し、品質管理が及んでいなければ商標法が保護しようとする機能が害されるとする判決群である。この判決群は、さらに品質管理を出所表示機能と結び付ける判決(本件第1審³⁶、本件控訴審³⁷)、と品質管理機能と結び付ける判決(東京第2事件

標の出所表示機能が害されることはなく、並行輸入として商標権侵害の実質的違法性を欠くとした。品質保証機能を害するか否かについては、何ら言及がなされていない。

³⁵ 東京第1事件控訴審は、原審を認容しつつも、控訴審で新たに出示された証拠に基づき品質の実質的同一性を欠くか否かを再度検討したという点で、品質保証機能の独自性を一審より重視した判決といえるが、品質管理という概念を導入してはいない。

³⁶ 本件第1審は、商標の出所表示主体以外の第三者が当該商標を付する場合に「適法性要件」が満たされたといえるためには、商標の出所表示主体が第三者に与えた許諾のうち商標を付する際の約定に定められた範囲内で商標が付される必要があるとするのみであるが、約定の範囲を超えて付された商標がなぜ適法に付された商標と言えないかを突き詰めてみれば、品質管理が及ばないからであるという理由に辿り着くとおもわれる。高部・前掲注6)L&T49頁にも、大阪事件第1審、控訴審とも、出所表示主体の品質管理機能が実質的には当該商品から排除されていると認められるときは、ライセンスによってなされたものであっても適法に商標が付されたということとはできないと判示している、との指摘がある。

³⁷ 本件控訴審では、「当該商品の由来を示す限りにおいて出所表示(自他識別)機能が維持されているようにみえる場合でも、出所表示主体の品質管理機能が実質的には当該商品から排除されていると認められるときは、そのような商品に商標を付する行為は、たとえ、それがライセンスによってなされたものであるとしても、適法に商標が付されたものということとはできない。」としており、品質管理が及んでい

控訴審³⁸)に分けられる。

(2) 本判決は、第2群と同じく、品質管理の概念を商標機能論に導入したものである。

具体的には、「(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(「適法性要件」)、(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(「同一性要件」)、(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(「品質要件」)「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ということが出来る」と判示している。

上記判示から、品質要件において、明示的に品質管理の概念を導入していることが認められる。つまり、本判決は、品質保証機能に品質管理の概念を導入したものである。

ることが出所表示機能が害されないために必要であるとされた。理由として、「商標が、その本来の機能を発揮する上では、当該商品に付された商標により出所として明示された者の品質管理機能がその商品に及んでいることが不可欠というべきであるから、当該商品の由来を示す限りにおいて出所表示(自他識別)機能が維持されているようにみえる場合でも、出所表示主体の品質管理機能が実質的には当該商品から排除されていると認められるときは、そのような商品に商標を付する行為は、たとえ、それがライセンスによってなされたものであるとしても、適法に商標が付されたものということとはできない。」と述べられている。

³⁸ 東京第2事件控訴審は、真正製品の並行輸入が実質的違法性を欠くと評価しうる根拠は、その製造主体と我が国の商標権者との間に親子会社関係ないしライセンス契約関係などを通じ、直接的あるいは間接的にその商品の品質を管理することができることから、当該商標権の出所表示機能を害さないだけでなく品質保証機能も害さない(下線は筆者)、と考えられるべきことに求められるべきである、と述べているが、あてはめにおいては品質保証を害するという認定しか行っていない。

また、適法性要件³⁹は規範的であるため、具体的な当てはめを参酌してその意味を解釈することとなるが、本判決は、「単にライセンス契約があるだけでなく、当該契約の範囲内での製造であることが適法性が害されないためには必要である」としている。これだけでは、一見した場合、出所表示機能に品質管理という概念は導入されていないようにもおもわれる。しかし、許諾の範囲を逸脱しないで製造されるということは、商標権者の品質管理が及んだ状態で製造されるということと重なるため、出所表示機能の判断の際にあたっては、品質管理の概念が導入されていると解することが可能である。

4. 本判決の評価

(1) 本判決が品質管理という概念を用いて品質保証機能が害されるか否かを判断したことは妥当であろう。

品質保証機能を害するか否かの要件としては、品質の同一性そのものを問題とすべきであったとの指摘もある⁴⁰。⁴¹確かに、商標法により保護

³⁹ 高部・前掲注6)解説254～255、266頁(注16)は、適法性の要件は単なるライセンス条項違反を論じるものでなく、真正商品性を論じるもの、つまり、製造国において商標権を侵害していないことを要求するものであり、そもそも商標を付された国において商標権侵害を構成する違法なものは並行輸入が許容される対象とはならないとする。そして、製造地制限条項違反につき、「製造地制限条項違反を単なる許諾契約違反ととらえるのではなく、『許諾された製造国以外の国における製造』という観点からとらえると、属地主義の原則に照らし、許諾されていない国における製造販売は、許諾を受けない製造販売であって、当該国における商標権侵害を構成する。」という(高部・前掲注6) L&T55頁、57頁、知財ぶりずむ8頁、11頁。)

ここで言われる商標権侵害は、製造国で成立している商標権の侵害のことだと思われるが、ライセンス以外の方が当該国で当該商標に関する商標権を有している場合にも、適法性の要件を否定して、わが国の商標権の侵害を肯定する考えであれば疑問である(本件では、ライセンスの子会社が中国における商標権を有していた)。

外国において適法か否かが問題なのではないとする、茶園・前掲注6)知財ぶりずむ25頁や宮脇・前掲注6)10頁が妥当であろう。

⁴⁰ 川瀬・前掲注6) 74～75頁。

⁴¹ 反対に、品質保証機能の保護主体は、あくまで我が国の商標権者であり、取引者、需要者は反射的利益の主体であることを考えると、結果的に品質に差があるかどうか

されるべき需要者の利益に品質の同一性への期待が含まれると解すれば、品質管理の有無ではなく実際の品質の差異を問題とすべきかもしれない。しかし、既に二、1(2)で述べたとおり、需要者の品質の同一性への期待は法的に保護される利益ではない。一方で、商標権者による品質の管理に対する需要者の期待は法的保護に値する。言い換えれば、需要者がいちいち商品の品質を確認することなしに、商標権が付された商品を選択することが可能なのは、商標権が有する出所表示機能により商標権者の管理が当該商品に及んでいることが保証されるため、需要者が当該商標権者の信用を当てにすることが出来るからであり、このような需要者の利益は法的に守られるべきである。そして、二、1(3)で述べた二元論の下で当該利益を保護するためには、商標権者の品質管理が及んでいない商品については、品質保証機能に対する抽象的危険が存在するとして、品質の差異を問わずに商標権侵害を肯定することとなる⁴²。さらに言えば、実際の品質の差異と言っても、まったく同じ商品以外は真正商品とはみなさないとする考えに拠るのでなければ、実質的な品質の同一性の有無を判断することになるだろうが、実質的な品質の同一性の判断は非常に困難であるうえ⁴³、日本に輸入されていない商品の場合には品質の比較対象たる商品がないということにもなりかねない。品質管理の有無のほうを基準として明確であるといえよう。さらに、品質自体を問題とした場合、意図的に品質を違えることによる市場分割を許すことにつながりかねないという危険性もある。

(2) また、本判決が、ライセンス製造品に関して出所表示機能が害されるか否かを判断するにあたり、単に許諾の有無を問題とするのではなく、許諾内容の遵守を要求することによって品質管理という概念を導入した⁴⁴ことも正当であろう⁴⁵。なぜなら、ライセンス契約で許諾の内容とさ

かではなく、商標権者の品質管理に関するコントロールが及んでいるかどうかを問題にするのは当然であるとするのは、大野・前掲注6)181頁。

⁴² 宮脇・前掲注6)13頁。

⁴³ 品質の相違は外形的に不明確であるとの指摘につき、片山英二「並行輸入」『新・裁判実務大系4知的財産関係訴訟法』(青林書院・2001年)133～157頁、156頁。

⁴⁴ 同様に解するものとして、茶園・前掲注6)国際私法判例百選99頁、同知財ぶりず

れていない行為には品質管理は及んでいないという意味で、許諾範囲外の行為は無権限者による行為と変わらず、ライセンス契約において出所表示機能を支える前提である商標権者の行為と同一視できるという要素を欠くからである⁴⁶。⁴⁷

(3) ここで、本判決が、出所表示機能(適法性要件)と品質保証機能(品質要件)の双方に品質管理という概念を導入したことによる重なり合いについてどう考えるべきかが問題となる⁴⁸。

1つの解釈として、品質要件(「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な差異がないと評価される場合」)の後半部分に意味を持たせ、品質管理が行われていても品質に実質的な差異がある場合には品質保証機能を害すると考えることができる⁴⁹。他方、やはり、前半の品質管理可能性に重点があり、品質管理が及んでいなければ、たとえ品質が全く同一であっても品質保証機能が害される⁵⁰一方、品質管理が及んでいる場合は、品質にどのような差異があっても品質保証機能

む25頁。

⁴⁵ 反対、渋谷・前掲注6)民商雑誌129巻697頁～、同・前掲注6)判時183頁～。

⁴⁶ もちろん、後述の如く、使用許諾契約のいかなる違反も直ちに出所表示機能を害するという訳ではない。

⁴⁷ なお、品質管理の有無を真正商品性を決する要素として考慮する考え(本判決、本稿の立場)に対しては、ライセンス契約の存在をもって真正商品性を肯定する考え(東京第1事件第1審や東京第2事件第1審)から、流通の自由を阻害し、ライセンスの選択を誤ったライセンサー(商標権者)を過度に保護する結果となるとの批判がありえよう。しかしながら、ライセンス品にはライセンサー(商標権者)の品質管理が及んでいることを信用している需要者を無視すれば、商標権制度自体への信頼が揺らぐこととなるのであり、品質管理が及んでいるか否かを考慮することはやむをえないと考える。

⁴⁸ 同様の指摘につき茶園・前掲注6)国際私法判例百選99頁。

⁴⁹ 宮脇・前掲注6)25～28頁。

⁵⁰ 高部・前掲注6)L&T20号54頁。高部・前掲注6)解説251頁。

は害されないと解することも可能である⁵¹。そして、本判決が原審の要件を取って変更し、品質保証機能に品質管理可能性という概念を持ち込んだこと自体が、品質保証機能を出所表示機能から独立した機能ではなく、出所表示機能に従属し、商標権者の管理が及んでいることにより保証される反射的な機能⁵²だと捉えていることを示しているようにおもわれる。出所表示機能に関する判断だけでなく品質保証機能についても判断の対象とした⁵³ことも、そのような文脈で捉えると理解しやすい。つまり、本判決は、保護すべき商標の機能の関係にも鑑みて事案を総合的に考慮⁵⁴したうえで違法性が阻却されるか否かを認定したため、出所表示機能に関する適法性要件を満たさないとするだけではなく、品質保証機能を害するおそれにも言及したようにおもわれるのである。⁵⁵

5. 本判決の射程

(1) ライセンス契約違反

本判決は、「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」たこと、つまり契約条項違反を出所表示機能が害される根拠としている。

しかし、どのような契約違反があった場合でも、出所表示機能が害されると考えているわけではあるまい。⁵⁶この点、本判決は、製造に関する

⁵¹ 茶園・前掲注6)国際私法判例百選99頁、知財ふりずむ22～23頁。

⁵² 大野・前掲注6)180頁は、両者は密接不可分に結びついており、両者を截然と区別する実益はないと指摘する。

⁵³ 本事案においては出所表示機能は害されておらず、品質保証機能が害されるおそれがあることのみを認定して上告を棄却すべきであったという指摘がある(渋谷・前掲注6)判時1840号184頁、同・民商697頁。)

⁵⁴ 本件及びその下級審においては、製造地制限条項及び下請禁止条項違反が問題とされたが、東京第1、第2事件においては下請禁止条項違反については取り上げられていない。

⁵⁵ 反対に、宮脇・前掲注6)28頁は、品質管理が及んでいると認められる場合であっても、次の段階として品質の差異について検討する趣旨であると解釈することが適当であることを示唆する。

⁵⁶ 高部・前掲注6)解説250頁も、「使用許諾契約にはさまざまな条件が付されているのが通常であり、例えば、ある商品については許諾を受けた者であっても、当該

る許諾の範囲内か否かという表現をしている。したがって、まず、製造に関係しない条項、たとえば、ライセンス料不払いによっては出所表示機能が害されることはなく、適法性要件は否定されない(傍論ではあるが、東京第2事件控訴審。)。他にも、製造後の事情である販売地条項に関する許諾違反によっても適法性要件は否定されないと解すべきであり⁵⁷、実際に本事案では販売地制限条項違反もあったが特に問題とされていない。本判決後に出された東京地判平成15・6・30平成15(ワ)3396[BODY GLOVE 事件]⁵⁸も、傍論ではあるが、ライセンシーが販売地条項に反して販売した商品の輸入を真正商品の並行輸入として認めている⁵⁹。

商標を付した商品について許諾を得ていない場合…また、ある国における使用許諾を受けた者であっても、許諾を得ていない国における製造行為は、当該国における商標権侵害を構成する可能性があり、『適法に』付されたとはいえない…」が、「このことは、使用許諾契約違反が直ちに適法性を欠くという趣旨をいうものではない。」とする(同・前掲注6) L&T58頁、ジュリ171頁)。

⁵⁷ 田中・前掲注30) 678号52頁は、商品の生産と標章の付着が「ライセンス契約に基づいてされた」ということができるためには、ライセンス契約における商品の生産および標章の付着に関する本質的条項に従ってされたことを要するものと解すべきであるとし、①製造地制限条項、②許諾する商品の種類についての条項は本質的条項、③使用料の支払に関する条項、④販売地制限条項は本質的条項とはいえないとしている。ほとんどの場合、品質管理に関する条項＝本質的条項という関係が認められるため、結論としては、私見と重なる部分が多い。

⁵⁸ [BODY GLOVE 事件]の事案の概要は、以下のとおりである。

原告が、マレーシアにおいてライセンシーにより製造・販売された「BODY GLOVE」商標付きのティーシャツやポロシャツを日本に輸入するにあたり、「BODY GLOVE」商標の日本における専用使用権者である被告に対し、輸入差止請求権不存在確認の訴えを起したのが同事件である。マレーシア及び日本の商標権者は同一人であり、また、原告輸入品には、「USA APPROVED」との表示が商品下げ札のプログラムシールになされていた。被告は、マレーシアにおけるライセンス契約上、販売地域制限条項があること、特約により「USA APPROVED」との表示が禁じられているとの主張をしたが、事実としては認定されなかった。

⁵⁹ 「BODY GLOVE 事件」は、真正商品の並行輸入として違法性を欠くための要件について、原則として「登録商標と同一又は類似の商標を付した商品を輸入する行為

では、製造に関する条項であれば、常に出所表示機能・品質保証機能を害するのであろうか。本判決が、許諾の範囲を逸脱して製造されたか否かという概念を導入した背後には、製造に関する許諾の範囲内であれば商標権者による品質管理が及んでいるはずであるという考えがあるとおもわれる。出所表示機能というのは、商品の責任主体を明確にするという意味を有するからである。そうであるならば、製造に関する条項であっても、商標権者による品質管理に関連する条項に違反しない限り、出所表示機能は害されることはないであろう。一般的には製造に関する条項は品質管理と密接に関連するため、出所表示機能が害されると判断される場合が多いとは言えようが、判断にあたっては、具体的な条項を吟味して結論を出すべきであるとおもわれる。

たとえば、ライセンス対象品に関する許諾条項違反(ハイヒールの製造・販売の許諾を与えられたに過ぎない場合に、長靴を製造・販売した場合等)があった場合は、許諾対象外の製品について商標権者の品質管理が及ぶとは言い難いため、出所表示機能が害されるのは当然である。一方、製造に関する制限条項ではあるが、最低数量制限条項は、ほとんどの場合ライセンス料確保の目的で設けられたもので品質管理との関連はないため、違反しても基本的には出所表示機能は害されないとおもわれる。最高数量制限条項違反は、その条項が当該ライセンス契約で設けられた理由が品質管理とどのように関連しているかにより結論が異なってくるのではないだろうか⁶⁰。このほか、裁判例に現れたものとし

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って付されたものであり、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視できるような関係があればよいが、その場合であっても「我が国の商標権者が自己の出所に係る商品の品質ないし信用の維持を図ってきたという実績があり、外国における商標権者の出所にかかる商品が輸入されることによって、そのような品質ないし信用の維持を害する結果が現に生じたといえる特段の事情があるとき」は商標権侵害が肯定されるとしている。FRED PERRY 最高裁判決の要件をそのまま踏襲しているわけではない点に注意を要する。なお、田村善之「国際的な知的財産権侵害事件に関する裁判例の動向」CIPIC ジャーナル155号1～12、12頁(2004年)参照。

⁶⁰ たとえば、細かな作業を必要とする製品であるため、品質保持のために一日の製

て、前掲東京地判[BODY GLOVE 事件]は、ライセンス契約上、許諾商標に「USA APPROVED」と付加することが禁止されていたとしても、品質を管理するために何らかの意味のある合意と解することはできないから、その違反により出所表示機能が害されることはないとしている。

以上述べたとおり、本判決の射程は、ライセンス契約上の製造地制限条項及び下請制限条項に違反して製造された商品に及ぶに過ぎず、それ以外の条項違反については、品質管理が及んでいるか否かを個別に判断して決することになる。⁶¹

(2) 品質管理の主体

本判決は、品質要件に関して、「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」と述べているが、品質管理主体はわが国の商標権者である必要があるのだろうか。たとえば、外国における商標権者が商品の製造を行っており、日本の商標権者が輸入総代理店である場合には、品質管理を行っているのは外国の商標権者であり日本の商標権者ではない。しかし、この場合も、並行輸入品に外国の商標権者による品質管理が及んでいれば、輸入総代理店が扱う製品と並行輸入品の出所は同一であると評価され、何ら別異に解すべき理由はないとおもわれる⁶²。本判決の定立した要件の下では、真正商品の並行輸入として違法性を阻却されるのは、内外権利者が同一であるかまたは同視できる場合だからである。品質管理の主体としては、当該商標が表示する出所であれば足りるであろう。

造量を限定している場合と、価格維持のために製造量を限定している場合では、最高数量制限の意味は異なるだろう。

⁶¹ 高部・前掲注6)解説259～262頁。なお、具体的には、①許諾商品の種類に関する条項に違反した場合は商標権侵害となるが、②ライセンス料が不払いであるが契約が解除されていない場合は商標権侵害とならないとする。また、③販売地に関する許諾条項違反、④原材料の品質指定・購入先の指定条項違反については、商標権侵害を肯定する考えを示唆しているようである。⑤最高数量制限条項違反、⑥商品下げ札の特定の表記を禁じた条項違反に関しては、品質管理と密接な関係を有するか否かにより、具体的な事案によっては商標権侵害を肯定する余地があると述べている。

⁶² 宮脇・前掲注6)28～29頁。

(3) 品質の実質的同一性の要否

本判決は、品質の実質的同一性については、判断の対象としていない。

品質要件の後半部分に意味を求め、「実質的に差異」があれば品質保証機能が害されるとするものだと捉えることができる一方、前半部分の「品質管理を行い得る立場にある」という点を重視して、品質管理が及んでいれば実質的差異が生じることはないと解釈することも不可能ではない。

品質の実質的同一性が、真正商品の並行輸入を肯定するために要求されるか否かは、本判決によっても明らかにはされていない。

(4) 流通後の行為について

本判決は、ライセンス契約違反があった場合の一事例につき判断を下したものであり、それを超えて、製品流通後に製品が小分けされたり、製品に新たな加工がなされたりした場合に商標権侵害の違法性が阻却されるための要件につき明らかにしたものではない。

しかしながら、本判決が出されたことにより、上記のような場合においても、一旦は及んでいた商標権者の品質管理が、事後的に阻害されたと言えるか否かという観点からの検討がなされ、商標権侵害の違法性が阻却されるか否かの結論がだされるのではないかと予想される。なお、名古屋地判昭63・3・25判時1277号146頁[BBS 事件 I]では、流通後に製品に付されていたシリアルナンバーが抹消されたが、商標権侵害は否定された。シリアルナンバーが抹消されることによりアフターケアが受けられないことはあるかもしれないが⁶³、製品の品質自体が変わるわけではなく、商標権者の品質管理が事後的に阻害されたとは言えないため、本判決の判示事項と整合的である。

⁶³ 並行輸入品であることを理由に修理を拒絶することは、場合によっては不公正な取引方法(一般指定15項)に該当し、独禁法上の問題を生じさせる(田村・前掲5)479～480頁参照)。公正取引委員会作成「流通・取引慣行に関する独禁法ガイドライン」http://hrsk.jftc.go.jp/dk/View_HTML.asp「第三、並行輸入の不当阻害」も参照のこと)

三 判旨二(過失の認定)について

本判決は、輸入業者の損害賠償責任を基礎付ける過失の認定にあたって商標法39条による過失の推定(特許法103条の準用)を及ぼしている。

この過失の推定は、商標登録の内容や商標権者は商標公報に掲載されるため、その範囲については侵害者側に調査義務を負わせても酷ではないという衡量を前提としている⁶⁴。そして、この趣旨からすると、並行輸入品が、商標権者またはそれと同視しうる者により製造されたという事実(本件では、ライセンス契約の存在)については、輸入業者側に証明責任を負わせるのが妥当であろう。日本における商標権の存在については商標法39条により調査義務が負わされることに加え、並行輸入には、偽造商品を輸入する危険が常にあり、並行輸入業者としては、偽造品の輸入をしないため、仕入先の信用状況を十分調査し、偽造品でないかを厳重に検査すべき注意義務があるというべきだからである(大阪地判平5・7・20地裁集25巻2号261頁[MOET et CHANDON I事件]、東京地八王子支判平9・2・5判タ968号242頁[GIORGIO ARMANI 事件])。

しかしながら、本判決が、ライセンス契約の存在のみならず、ライセンス契約の内容についてまで調査義務を負わせ、義務を尽くしたことの立証のない輸入業者に商標法39条の過失の推定を及ぼしたことは、条文の趣旨を超えるであろう⁶⁵。並行輸入業者に、商標公報により確認できないライセンス契約の内容についてまで調査義務を負わせることとなるからである。また、商標権者はライセンス契約の締結を強制されているわけではなく、自らの意思によりライセンスの相手方を選択し、契約の締結によりライセンス収入を得たり販路を拡大するなどの利益を得ていることからすれば、並行輸入業者に一方的にリスクを負わせることは、利益衡量上も輸入業者に酷に過ぎると考える。品質管理に影響を与えるような重大な契約違反があった場合には、やはり商標権者はすみやかに契約を解除する等の対応を取る必要があるのであって、そのような対応をしない場合(ライセンス契約は有効に存続中)にまで、ライセンス条項違反につき故意または重過失のない輸入業者に対し損害賠償義務を負わせる必要はないである

⁶⁴ 田村・前掲注5)336頁、網野・前掲注15)861頁。

⁶⁵ 渋谷・前掲注6)判時186頁、同・民商701頁。

う。商標権者が被った損害に関しては、ライセンシーに対して契約上の責任を追及することで救済としては十分であり、ライセンシーが無資力であるリスクを、ライセンシーを選択した商標権者に負わせることは酷に過ぎるとは言えないと考える⁶⁶。

また、確かに、本判決の言うように、輸入業者は輸入申告の際に輸入商品の製造地を明らかにする必要があるが(関税法67条、関税法施行令59条1項2号)、製造地(原産地)を明らかにすることとライセンシーが当該製造地で製造を行う許諾を得ていたか(=ライセンス契約の内容)を明らかにすることは同じではない。ライセンス契約上、契約内容に守秘義務が課されていることも少なくないことや特に販売地制限が課されているような場合には、ライセンシーが直接の購入契約の相手方とはならない事情からすると、後者の確認は前者の比にならないほど困難ではなからうか。

本判決が並行輸入業者の過失を認め、損害賠償を肯定したことには疑問がある。並行輸入業者の調査義務については、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付されたものであること、②当該外国における商標権者とわが国の商標権者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うるような関係があること、の②点を立証すれば、商標が適法に付されたこととわが国の商標権者の直接的又は間接的な品質管理が商品に及んでいるとの一応、推定が働き、商標権者の側で、輸入業者の故意又は重過失を立証する必要があると考える。

ただし、本判決に関して言えば、本件第1審および本件控訴審において被告が直接ライセンシーと交渉したことが認定されており、実際にはライセンシーに対し確認が可能な事案であったことが結論に影響を与えているのかもしれない。

以上

⁶⁶ 品質の異なる商品の流通を防止することが需要者の利益にも資するとの指摘については、原産地や並行輸入品である旨を表示することにより需要者の品質に関する誤解を避けることができ、その利益を害せず済むのではないかと考える。

なお、需要者における製造地についての関心が、品質との関係からのみでなく、商品の希少性の観点から及ぶ場合もある、という指摘もなされており(前掲注6)堀江651頁)、並行輸入を肯定することによる新たな需要者の利益が予想される。