

証明商標の機能論

齋藤 崇^(*)

現在、わが国における商標制度の議論には、証明商標という特別な商標の導入をめぐる議論がなされている。ところで、商標法の保護客体は商標の機能であると解されているところ、その直接の保護客体たりうるものは、出所表示機能のみだと考えられるが、証明商標はこの考え方と足並みが揃わないものであるともいえる。これは、証明商標の場合は、商標の機能のウェイトやそもそも主として発揮している機能が、出所表示機能と考えるよりは品質保証機能と考えるほうが、より平仄が合いやすいからである。しかし、かりに上記のようなゆえんだとしても、商標法の直接の保護客体は、証明商標であったとしても変わらないように考えられる。そこで、本稿では、特別な商標ともされる証明商標に関して、商標法の基礎理論である商標法の保護客体、すなわち商標の機能の観点を中心とする検討を行う。

《目次》

- I. はじめに
- II. 証明商標の概要
 1. 証明マークの種類と特徴
 2. 証明商標の定義
 - (1) 証明商標の定義
 - (2) 商標の定義にいう「証明」
 3. 証明商標の使用者
- III. 証明商標の機能
 1. 商標の機能
 2. 証明商標の機能
 - (1) 学識経験者の見解
 - (2) 証明商標の品質保証機能
- IV. 証明商標と商標法の直接の保護客体
 1. 出所表示機能の「出所」の概念
 2. 証明商標と商標法の直接の保護客体
- V. おわりに

I. はじめに

現在、わが国における商標制度をめぐる議論には、証明商標という特別な商標の導入をめぐる議論がなされている。たとえば、知的財産研究所から『特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書』として、平成 23 年度には、「商標法における認証・証明マークの保護の在り方に関する調査研究報告書」⁽¹⁾（以下、単に「平成 23 年度報告書」という。）が、平成 28 年度には、「商標の識別性に関する課題（『認証・証明マークの保護』及び『商標の定義』の観点から）についての調査研究報告書」⁽²⁾（以下、単に「平成 28 年度報告書」という。）が出されている。

また、証明商標に関する文献は、主として証明商標を導入するにあたってのその法的論点の整理、証明商標制度と団体商標制度および地域団体商標制度ならびに地理的表示保護制度 (Geographical Indications: GI) との関係、諸外国の証明商標制度の紹介などに関するものが多いようである⁽³⁾。

ところで、商標法の保護客体は商標の機能であると

(*) 日本大学法学部国際知的財産研究所 研究員、洗足学園音楽大学音楽学部 非常勤講師

(1) 知的財産研究所「商標法における認証・証明マークの保護の在り方に関する調査研究報告書」（平成 24 年 2 月）。

(2) 知的財産研究所「商標の識別性に関する課題（『認証・証明マークの保護』及び『商標の定義』の観点から）についての調査研究報告書」（平成 29 年 3 月）。

(3) たとえば、鈴木康司・今村哲也「団体商標、証明商標制度における産地表示保護の比較法的考察」AIPPI Vol. 49 No. 8(2004 年)546-562 頁、丸山亮「地理的表示の保護と団体・証明商標制度」特許研究 No. 38(2004 年)45-55 頁、趙京喜「米国式証明商標の韓国商標法における実効性(1)——日本及び韓国制度との関連において——」早稲田大学大学院法研論集第 132 号(2009 年)259-285 頁、趙京喜「米国式証明商標の韓国商標法における実効性(2・完)——日本及び韓国制度との関連において——」早稲田大学大学院法研論集第 133 号(2010 年)195-216 頁、江幡奈歩「地理的表示の証明商標制度による保護の可能性について——地域団体商標制度との比較の観点から——」知財研フォーラム Vol. 87(2011 年)7-16 頁、巨克昌「我が国における認証・証明マーク(証明商標)保護の考え方と課題点(商標法 2 条における『証明』の考え方及び同条の定義規定との観点から)」商標懇 No. 112(2014 年)8-30 頁などがある。また、加藤暁子「スローガンからなる標章の商標権による保護」外川英明・高松孝行・加藤暁子・藤田晶子編『知的財産法のモルゲンロート——土肥一史先生古稀記念論文集』141-155 頁(中央経済社、2017 年)にも、証明商標について言及している記述がある。

解されているところ、その直接の保護客体たりうるものは、出所表示(出所識別)機能⁽⁴⁾のみだと考えられる。これは、出所表示機能以外の品質保証機能や広告宣伝機能という諸機能は、出所表示機能をもとにして発揮されてくるものだからであり、たとえ品質保証機能とはいえども、出所表示機能に依拠しているものだと考えられるからである⁽⁵⁾。

してみると、証明商標は、この考え方と足並みが揃わないのものであるともいえる。これは、証明商標の場合は、商標の機能のウェイトや、そもそも主として発揮している機能が、出所表示機能と考えるよりは品質保証機能と考えるほうが、より平仄が合いやすいからである。

しかし、かりに上記のようなゆえんだとしても、商標法の直接の保護客体は、証明商標であったとしても変わらないように考えられる。それは、わが国現行商標法の目的規定(1条)の解釈として、「…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の維持という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。」⁽⁶⁾と説明されているところにもよる。そうすると、商標の機能の観点から証明商標について検討することは、商標法の基礎理論に関するものとして有益であろうし、のちの実務における考え方の参考にもなる。

そこで、本稿では、特別な商標ともされる証明商標に関して、商標法の基礎理論である商標法の保護客体、すなわち商標の機能の観点を中心とする検討を行う。証明商標に関する基礎理論的な検討を行うことは、今後、導入されると予測される(であろう)証明商標制度の制度設計をしていくうえで、すべての礎となる重要なものだからである⁽⁷⁾。

Ⅱ. 証明商標の概要

1. 証明マークの種類と特徴

証明商標⁽⁸⁾というものに該当するものとして紹介されるマーク(認証・証明マーク)には、たとえば次のようなものがある⁽⁹⁾。

- JIS マーク(認証機関は、JIS 登録機関である。)
- ST マーク(認証機関は、社団法人日本玩具協会である。商標登録第 1049493 号)
- BAA マーク(認証機関は、社団法人日本自転車協会である。商標登録第 4759448 号)
- ウールマーク(認証機関は、ザ・ウールマーク・カンパニーであるが、商標権者は、アイ・ダブリュー・エス・ノミニー・コンパニー・リミテッドである。商標登録第 700584 号)
- エコマーク(認証機関は、財団法人日本環境協会エコマーク事務局である。)

これらのマークの特徴は、「…その性質上、認証・証明を受け、実際にマークを使用する個々の事業者が登録することになじまず、むしろ、認証・証明の業務を行っている者が登録することになるものとされる。」⁽¹⁰⁾と説明されている。

なお、これらのマークのなかには、関係する認証機関等が単に所有しているだけでなく、上記のように、通常の商標と同様に商標登録がされているものもある⁽¹¹⁾。

2. 証明商標の定義

(1) 証明商標の定義

証明商標とは何か、という定義について、たとえば報告書や学説では、次のように定義づけがされている。

「認証・証明マークとは、商取引上、商品又はサービスについて、商品の原産地、材料若しくは製造方法

(4) 文献(裁判例を含む)には、出所表示機能ではなく出所識別機能という用語の使い方をしているものもある。なお、本稿では、多くの文献の例に従って、出所表示機能と表記する。

(5) この点に関する筆者の考え方につき、齋藤崇「品質保証機能は商標法の直接の保護客体たりうるのか」日本大学大学院法学研究年報第 48 号(平成 30 年)260-225 頁を参照。

(6) 特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説』1258 頁(発明推進協会、第 19 版、2012 年)。

(7) 本稿の議論の前提としては、証明商標が商標法に導入された場合を念頭に置いている。したがって、証明商標が商標法に導入されるのではなく、別の法律として制定されるような場合は、また別の議論になろう。

(8) 証明商標は、「認証・証明商標」とも称されるが、本稿では「証明商標」と一括りに称する。

(9) ここで採りあげたものは、平成 23 年度報告書 15-17 頁より引用し抜粋している。なお、同報告書同頁には、ほかにもさまざまな認証・証明マークの例が紹介されている。

(10) 平成 23 年度報告書 1 頁。

(11) 且・前掲註(3)9 頁。

又はサービスの提供、品質、正確さその他の特徴との関係を証明されたものを、そのような証明がされてない他の商品又はサービスと区別するために使用される又は使用が意図されたマークをいう。』⁽¹²⁾

「…ある商品又は役務(サービス)について、その原産地、品質、その他の特徴が、認証機関等の特定の者により認証・証明されたものであることを表示するためのマークのこと」⁽¹³⁾

「…商品の品質(又は役務の質)等を証明したものを、証明されていない他の商品(又は役務)と区別するために使用される標識は、証明商標(あるいは証明標章)と呼ばれる」⁽¹⁴⁾

証明商標の定義は、国際的に確立したものはない、との見解⁽¹⁵⁾も示されているが、証明商標の定義については、上記のような説明(とくに、平成23年度報告書のもの)でおおよそ妥当でしょう。

(2) 商標の定義にいう「証明」

そもそも商標とは、「人の知覚によつて認識することができるもののうち、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、音その他政令で定めるもの…であ」って、「業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの」および「業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの」をいうと規定されている(2条1項)。

さて、商標法の商標の定義(2条1項)をみると、商品についての使用の場合も役務についての使用の場合も、その文言中に「証明」という文言がある。

この2条1項各号にいう「証明」とは、「主として商品の品質又は役務の質を保証する場合である。」⁽¹⁶⁾と説明されている。ほかに、商品の「証明」について、「『証明』とは商品を検査して品位・品質等を保証する

ことをいう。』⁽¹⁷⁾と説明されており、役務の「証明」については、「『証明』とは、特定のサービスを提供する者によって構成される団体等が、あるサービスがその構成員の提供するものであることや、そのサービスの質が一定の基準に該当するものであることを保証することであり、『証明する者』とは、これを業として行う団体等をいう。』⁽¹⁸⁾と説明されている。

3. 証明商標の使用者

前述のことに関連して、証明商標の使用者に関する問題がある。たとえば、次の説明は、この問題について述べている。

「商品の証明とは、商品を検査してその品質等を保証や証明することである。商品の品質(又は役務の質)等を証明したものを、証明されていない他の商品(又は役務)と区別するために使用される標識は、証明商標(あるいは証明標章)と呼ばれるが、そのような証明商標は、証明の対象である商品(又は役務)について、通常、証明する者が自ら使用するものではなく、他人にその使用を許諾するものである。よって、わが国商標法は、『証明』という語を含んでいるが、証明商標を一般的に保護しておらず、証明する者が自ら使用する場合(特に、2条3項1号の『商品又は商品の包装に標章を付する行為』)に『商標』にあたるとして保護していることになる」⁽¹⁹⁾

この説明については、平成23年度報告書において、関連する見解が紹介されている。

「江幡委員[筆者註：弁護士の江幡奈歩委員]の報告の中で、…証明商標の使用については、特に、証明商標の使用者として、商標の使用許諾を受けた者が使用をする商標であると理解されるべきであり、現行の通常使用権者の規定(商標法第31条)で足りるとの報告がなされた。」⁽²⁰⁾

(12) 平成23年度報告書2頁。なお、平成28年度報告書7頁においても、証明商標についての説明がされているが、基本的には同様のニュアンスであるといえよう。

(13) 且・前掲註(3)9頁。

(14) 小野昌延・三山峻司編「新・注解 商標法【上巻】」98頁(青林書院、2016年)〔茶園成樹執筆箇所〕。

(15) 且・前掲註(3)9頁脚註(1)、平成28年度報告書7頁。

(16) 特許庁・前掲註(6)1266頁。

(17) 茶園成樹編「商標法」22頁(有斐閣、第2版、2018年)〔陳思勤執筆箇所〕。

(18) 茶園・前掲註(17)22頁〔陳思勤執筆箇所〕。同文献同頁では、その例として、「…宝石の鑑定士の団体、フランチャイジーのサービスの質や品位等を取引者・需要者に対して保証し又は証明することを業として行うフランチャイザーのほか、宿泊施設の安全証明や料理の質の証明を業として行う者」があげられている。

(19) 小野ほか・前掲註(14)98頁〔茶園成樹執筆箇所〕。なお、同文献99頁では、「役務の証明」についても、同様に説明されている。

(20) 平成23年度報告書99頁。

また、これらの見解について、付言する見解も示されている。

「証明商標の場合には、商標権自身は商標を使用することは予定されていないから、基本的には第三者への通常使用権の設定を行い、当該第三者が証明対象となった商品や役務に使用することとなると考えられる。」⁽²¹⁾

反対に、証明商標の使用者に関する問題としては、上記とは異なる観点の見解も示されている。

「将来的に我が国において諸外国型の証明商標制度の導入、あるいは地域団体商標制度の拡充等により、認証・証明マーク保護制度を拡充する場合には、商標法第2条第3項の『使用』の定義規定の改正を併せて検討し、例えば、認証機関等が認証・証明した製品等に認証・証明マークを付す行為、認証機関等が認証・証明した製品等を製造する会社等に認証・証明マークを交付(譲渡)する行為、企業が交付(譲渡)された認証・証明マークを製品等に付して需要者等に譲渡する行為等までを同項中の『使用』行為として明示的に含めることを検討することも有意義かと思われる。

認証機関等が認証・証明マークについて『証明』する行為を使用行為に該当するとする考え方であり、具体的には現行の商標法第2条第3項第4号の証明商標版の如き条文の創設が考えられる。そうすれば、被証明者の商品及び役務の提供物への認証・証明マークの貼付行為等を認証機関等の直接的な使用とすることができるのではないか。

しかしながら、商標法の定義規定について、認証・証明マークであるからという理由により『使用』行為の拡充がされ得るのかは慎重な検討が必要と考える。」⁽²²⁾

この見解についても、平成23年度報告書において、関連する見解が紹介されている。

「…第3回委員会における法的論点の議論の際に、認証・証明業務を行う認証機関が認証・証明マークの権利者であるが、この権利者も『自己の業務に係る商品又は役務について使用を』していると理解すべきではないか、また、それは旧商標法(大正10年法)における整理にも沿うのではないかとする意見もあった。」⁽²³⁾

このように、双方の見解をみると、わが国現行商標法2条1項各号にいう「証明」と証明商標とは、必ずしも同義とはいえないようであるし、証明商標の使用者に関する問題も、二分化しているようである。

ともあれ、やはりわが国現行商標法に証明商標制度はないといわれている以上⁽²⁴⁾、国内の需要⁽²⁵⁾やマドリッド協定議定書(マドプロ)による出願への対応⁽²⁶⁾を踏まえると、たとえば商標法に証明商標の定義を規定する等⁽²⁷⁾を通じて、この制度は(何らかのかたちで)導入されてくるのがうかがえよう。

Ⅲ. 証明商標の機能

1. 商標の機能

商標法が保護するのは「商標」であるが(1条)、その「商標」は2条1項が定義する形式的な商標ではなく、実質的には商標の機能であると解されている。商標法の保護客体は、商標の機能である、という理解については、判例⁽²⁸⁾・裁判例⁽²⁹⁾や学説⁽³⁰⁾ともに、共通の理解になっているといえよう。

この商標の機能には、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能があるという整理が一般的にされている。なお、これらに加えて、そもそもの商標の本質を自他

(21) 江幡・前掲註(3)13頁。

(22) 巨・前掲註(3)18頁。

(23) 平成23年度報告書99頁。

(24) 平成23年度報告書1頁。

(25) たとえば、平成23年度報告書37-38頁、平成28年度報告書43-45頁を参照。

(26) 平成23年度報告書1頁、後述する平成28年度報告書65-66頁[学識経験者「A」の見解]。

(27) 後述する平成28年度報告書58頁[学識経験者「D」の見解]。

(28) 最一小平成15・2・27民集57巻2号125頁[フレッドベリー事件最高裁判決]。

(29) 大阪地判昭和45・2・27無体裁集2巻1号71頁[パーカー事件判決]。

(30) たとえば、宮脇正晴「商標の機能と商標法の目的」大阪大学大学院国際公共政策研究第5巻1号(2000年)276-277頁、田村善之「商標法概説」4-9頁(弘文堂、第2版、平成15年)、土肥一史「標章を商標たらしめるものはなにか」土肥一史「商標法の研究」24頁(中央経済社、2016年)などを参照。

商品役務識別機能として捉え、そこから派生する機能が上記のものである、という旨の見解⁽³¹⁾で説く論者もいる。

これらの商標の諸機能のうち、商標法が直接の保護客体としているものは何か、という基礎理論的な議論は、いまなお絶えない。具体的には、商標法は、出所表示機能のみしかその直接の保護客体としていない、という旨の見解⁽³²⁾や、これに加えて、出所表示機能だけでなく、品質保証機能も独立してそれ単独で商標法の直接の保護客体たりうるのだ、という旨の見解⁽³³⁾が対立しており、その多くは品質保証機能への考え方をめぐるものである⁽³⁴⁾。

さて、それでは、商標の機能という品質保証機能とは何か、である。品質保証機能については、次のように説明されている。

「品質保証機能とは、同一の商標が使用されている商品・役務の品質が同一であることを示す機能である。需要者は、いったん購入した商品・役務に使用された商標と同一の商標が使用された商品・役務は、質的に同一であることを期待し、営業者は、その営業上の信用を維持し発展させるために、この需要者の期待に応えるように努力することから、商標はこのような機能を発揮することとなる。」⁽³⁵⁾

品質保証機能とは何か、との説明は、上記のようなもので妥当すると考えられるところ、品質保証機能に関してある論者は次のように説く。

「商標法は、登録商標をどのような商品等に使うのかということを示す商標権者に任せている。同じ品質の商品や役務にしか登録商標を使用することができないとすると、商標権者は、登録商標に化体した信用を活かしつつ、時代、流行に合わせて商品や役務の品質を変化させていくという柔軟な営業政策を採用することが

できなくなるからである。需要者の間に、登録商標が付された商品や役務が特定の質を有しているのだという期待感が生じたとしても、そのような期待は商標法上、直接、保障されているわけではない。早晩、需要者の期待に反して商標権者は登録商標を付した商品や役務の質を変更するかもしれないが、商標法はかかる変更をも放任しているからである。」⁽³⁶⁾

これらの見解が指摘するように、品質保証機能は出所表示機能に由来する、いわば需要者側の商品・役務の品質等に対する期待感に基づくものであろう。ちなみに、ほかの学説では、「…出所表示機能が営業者の側から眺める商標の機能であるのに対し、品質保証機能は購買者の側から眺めた場合の商標の機能である」⁽³⁷⁾という見解や、そもそも品質保証機能と出所表示機能は同じものではないか、という旨の見解⁽³⁸⁾もある。

したがって、品質保証機能はそもそも出所表示機能に依拠するものであろうし、出所表示機能を保護すれば、同時に品質保証機能も保護されるのだから、商標法としての直接の保護客体は出所表示機能のみでたり、という考え方も妥当すると考えられるのである⁽³⁹⁾。

2. 証明商標の機能

(1) 学識経験者の見解

しかし、どうやら証明商標の場合は、そうだともいえない。というのも、証明商標は、当該商標が付された商品・役務の出所を表示することよりも、むしろ品質等を保証していることにウェイトが置かれているように感得されるものだからである⁽⁴⁰⁾。つまり、通常の商標と比較しても、証明商標の機能としては、品質保証がより際立っているとみえよう。

確かに、一般的に考えてみれば、証明商標の機能としては、商標権者の出所を表示するものというよりは、むしろ当該商標が付された商品・役務の品質等を保証

(31) 網野誠「商標」109頁(有斐閣、第6版、平成14年)脚註(3)は、「これまで、商標の機能は、出所表示、品質保証、宣伝広告の3つの機能であるとされてきた。これに対し筆者は、商標とは自他商品を識別するために使用されるものをいうとの前提の下に、このほかにこれらの機能を派生させる本質的な機能として商品識別機能を挙げた」と述べている。

(32) 田村・前掲註(30)4-9頁、田村善之「〈公開講座〉商標法の保護法益」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編「新商標法の論点」53-96頁(商事法務、2007年)などを参照。

(33) 土肥・前掲註(30)14-15頁などを参照。

(34) ちなみに、さまざまな見解が説かれているにせよ、筆者としては、商標法がその直接の保護客体としているものは、出所表示機能のみであり、これを保護すれば、品質保証機能も保護されるものである、と考えている。この点に関しては、齋藤・前掲註(5)260-225頁を参照。

(35) 茶園・前掲註(17)4頁〔茶園成樹執筆箇所〕。

(36) 田村・前掲註(30)4頁。

(37) 小野ほか・前掲註(14)24頁〔小野昌延執筆箇所〕。

(38) 三宅正雄「商標——本質とその周辺」74頁(発明協会、昭和59年)。

(39) たとえば、田村・前掲註(32)53-96頁などを参照。

(40) 江幡・前掲註(3)12頁、後述する平成28年度報告書59頁〔学識経験者「G」の見解〕を参照。

している、すなわち商標の機能のうち品質保証機能を保護するものである、という考え方のほうが腑に落ちやすいであろう。

しかし、上記のようにも解することができる証明商標とはいえども、商標法が本当に保護すべきものは何か、という基礎理論的な論点で議論をするのであれば、話は変わってくるように思われる。

そこで、この点に関して、平成28年度報告書では、各々の学識経験者から次のような見解が示されているので、この点についての各々の見解を紹介し整理する⁽⁴¹⁾。

- 証明商標の機能は、通常の商標の主たる機能である出所表示機能とは異なる機能である、という見解⁽⁴²⁾について。

「証明商標の保護対象は、狭い意味での出所表示機能ではない何かである。その対象は、従来の『品質保証機能』（出所に付随して期待される品質）という言葉で表現されるものとも異なる機能なので、『品質保証機能』という単語は使わないほうがよいのではないか。したがって、証明商標は、識別性及び商標機能が従来の商標と異なる商標であるといえる（なお、地域団体商標も、本当はそうではないかとも思われるが、公式には出所表示であるという説明がなされている）。」⁽⁴³⁾

「基本的には、ある一定の品質基準をクリアしたものとそうでないものとを識別できること、及び、そのような商品を生産している団体とそうでない団体（あるいはグループのようなもの）を識別できることが、証明商標の識別性である。但し、商標権者からの出所ではないため、通常商標の『出所表示機能』とは異なる機能である。」⁽⁴⁴⁾

- 証明商標の機能は、通常の商標と同じ（出所表示機能）と考えてよい、という見解⁽⁴⁵⁾について。

「その商品が、単なる品質、原産地を有するという

ことを示しているだけでは、証明商標とはいえない。すなわち、その商品がある品質を持っているというだけではならず、誰かがそのことを証明していることが必要であると考えべきで、その誰か（証明する者）についての出所識別がされているのと現実的には同じことになる。したがって、証明商標の保護対象（商標の機能）は、通常の商標と同じく、出所識別にあるとあってよいのではないか。証明商標として機能するには、需要者が証明商標を見たときに、何らかの証明団体の存在を認識している必要がある。団体商標において、構成員が『その団体』の構成員であるということ認識させる必要があるのと同じ理屈である。証明のソースを認識させることが必要という点で、通常の商標で出所のソースを認識させる必要があるのと、広い意味では同じといえる。また、需要者に対してこの人が証明している、ということ認識させるからこそ、権利が認められる、といえる。その意味でもその機能は出所表示といえる。」⁽⁴⁶⁾

- 証明商標の識別性は、通常の商標の「抽象的識別性」（商品・役務を識別する）に含まれる概念である、という見解⁽⁴⁷⁾について。

「証明商標の識別性は、概念的には商標の『抽象的識別性』に含まれるものである。確認規定として、証明商標の定義（『証明商標とは』という文）を念のため入れておけばよい。欧州連合（EU）の規定では、EU certification mark は trade mark であることが明記されており、さらに、その識別性は、通常の商標とは若干異なり、ある人が証明したところの商品・役務を、他のものと識別するものとして規定している（Article 74a(1)）。つまり、EU certification mark は、通常の trade mark の概念の範疇（商品・役務を識別することがその本来機能）に入るものという説明になっており、日本でも同様の説明をすればよい。証明商標が商標の概念に入るのであれば、商標法の中に証明商標を入れるという説明も成り立つため、新たな法律を立てる必要もない。」⁽⁴⁸⁾

(41) ここで紹介する内容は、平成28年度報告書57-60頁より引用したものである。なお、学識経験者の見解の前で各々の見解をまとめて整理し記述した箇所は、同文献同頁より引用している。

(42) 平成28年度報告書57頁。

(43) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「B」の見解]。

(44) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「C」の見解]。

(45) 平成28年度報告書57頁。

(46) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「E」の見解]。

(47) 平成28年度報告書58頁。

(48) 平成28年度報告書58頁[学識経験者「D」の見解]。

- 証明商標の機能は、基本的には出所表示機能と考えるよりも、通常の商標の出所表示機能と若干異なるものである、という見解⁽⁴⁹⁾について。

「例えば、実際にどのようになされているのかということは承知していないが、米国のように、証明商標の分類が通常商標と異なるのは、前述したように、両者の出所識別機能の仕方が異なっていると解釈しているためであると推測される。そうでないと両者の併存について混乱が生じる。しかしながら、証明商標の識別性も基本的には出所表示に基づく識別性であり、品質のみに基づく識別性のような全く異質な識別性ではない、と考える。品質が同じであれば、出所識別機能が害されないということはない。

品質が同じであっても所定の審査機関により正規に認証されていないのであれば証明商標権侵害となるからである。つまり、証明商標章は、認証されているか否かということを示すものであり、認証されている商品、役務と、認証されていない商品、役務を識別しているという意味で、品質ではなく出所を識別しているのである。」⁽⁵⁰⁾

「証明商標の識別性も、基本的には出所表示機能に基づくものである。但し、現実には、証明商標が理想的に機能している場合には、一つの出所というより、商品群に対して使われるものであり、また、その主体もグループ若しくはより広い概念からの出所を示すようになる(地域団体商標における出所識別の把握の仕方や、不正競争防止法の下でのフランチャイズ、商品化事業における出所識別の把握の仕方に似る)。その場合、証明商標的使用は、通常の商標的使用とは異なるものとなる。」⁽⁵¹⁾

- 証明商標の機能は、その対象とする需要者が消費者である場合と事業者である場合には機能が変わってくる、すなわち前者の場合は、通常の商標とは異なる「特定の品質を担保する機能」が発揮されることが期待され、後者の場合は、出所表示機能が強く表れると考えるべきである、という見解⁽⁵²⁾について。

「認証・証明マークは、事業者と需要者との間の『情報の非対称性』の存在という市場の構造に対して、需要者に情報を与えることにより、市場における適切な判断をできるようにする機能を有すると捉えることができる。認証・証明に関しては、少なくとも商標法以外の法規制においては、情報の非対称性という状況の下、消費者保護という観点で、設けられているという側面もある。そのため、単に『需要者』とひとくくりにしてしまうと、需要者のなかでも、消費者と事業者の立場の違いをうまく区別できないことになる。また、このことから、通常の商標とは異なる特有の識別性の考え方が必要になる。認証・証明マークは、事業者と需要者との間の『情報の非対称性』の存在という市場の構造に対して、需要者に情報を与えることにより、市場における適切な判断をできるようにする機能を有すると捉えることができる。」⁽⁵³⁾

「証明商標の機能として期待されているのは、品質等保証機能である。そのように捉えた場合、需要者側(特に消費者である場合)に、証明に関する自他識別力(出所表示機能に基づく識別性)の獲得を期待することは、ある意味でナンセンスである。なお、ここでいう品質保証機能は、従来の品質保証機能(出所に付随する一定の品質)ではない別の機能であり、特定の品質を担保する機能のようなものである。

証明されている品質がある一定の基準以上であることにより、その製品の品質を誰かがコントロールしている、ということを知ることが必要である。需要者が認識できるようなものであれば、その証明商標について、識別力があると考えてよいのではないか。」⁽⁵⁴⁾

「出所表示機能を全く有しないとしてしまうと、現在の商標とは全く別のものになり、商標法での保護が難しくなると考えられる。地域団体商標と同じく出所表示機能も有するものとして考えるべきである。証明主体自体が識別力(出所表示)を獲得する場合以外に、その証明商標を識別力があるものとして認めていくには、『地域としての識別性』、『地域を出所』とする考え方[ママ]のような、新たな概念を導入する必要があるのではないか。

(49) 平成 28 年度報告書 58 頁。

(50) 平成 28 年度報告書 58 頁[学識経験者「A」の見解]。

(51) 平成 28 年度報告書 58 頁[学識経験者「A」の見解]。

(52) 平成 28 年度報告書 59 頁。

(53) 平成 28 年度報告書 59 頁[学識経験者「G」の見解]。

(54) 平成 28 年度報告書 59 頁[学識経験者「G」の見解]。

他方、ある商品・役務に関して、認証・証明市場が存在し、そこでの需要者が情報の非対称性のない当事者であるとするならば(事業者であることが多いと推測される)、証明主体の識別ということは考えられる。その場合、証明商標の機能にも出所表示としての機能が強く見られることになる。』⁽⁵⁵⁾

- 証明商標制度がまだわが国にない制度であるため、その機能・識別性については、どのような制度を導入するのかという政策的判断を議論する必要がある、という見解⁽⁵⁶⁾について。

「最終的には、どのようなものを証明商標として保護したいかによって、証明商標の識別性についての考え方を決めるしかない。政策的な必要性から、このような商標は証明商標として保護すると決めて、そのようなものは識別力があるものとして扱うようにすればよい。』⁽⁵⁷⁾

「現実の世界において証明商標として通用しているものの出所識別機能に、通常の商標と違うものがあることに疑いはない。それを商標法が受け止めて、通常商標における出所表示機能とは異なる新たな出所表示機能として手当てをするか否かは、政策的判断による。』⁽⁵⁸⁾

証明商標に関するこれらの学識経験者の見解に鑑みると、基本的には証明商標とはいえども、商標法として保護すべきものは出所表示機能だという見解⁽⁵⁹⁾が多いようである。ただし、出所表示機能を保護するのだとはいっても、証明商標の場合は、商標権者となる認証機関等が実際に商品を製造したり役務を提供したりするわけではないことに由来するためか、通常の商標の出所表示機能とは異なる、という旨の見解⁽⁶⁰⁾もあり、これも証明商標の特徴としてみられるものである。

もっとも、前述の平成28年度報告書のなかにおいて指摘されているように、証明商標は、通常の商標と比較しても、発揮されることが期待されている機能は品質保証機能のようであるし⁽⁶¹⁾、どのような機能を保護していくのかは、政策的判断に委ねるほかないであろう⁽⁶²⁾。

(2) 証明商標の品質保証機能

ところで、前述の学識経験者のなかには、現在、品質保証機能と呼ばれている商標の機能と証明商標の品質保証機能とは、そもそも別物ではないか、という旨の見解⁽⁶³⁾も示されている。

このような見解がでてくるのは、証明商標は、ある商品・役務について特定の品質等を保証しているとされるからであろうが⁽⁶⁴⁾、そうとはいえども、そもそも商標法は、ある商品・役務が特定の品質等を有しているのだという需要者の期待を直接保護しているわけではない⁽⁶⁵⁾。そうすると、わが国現行商標法の品質保証機能に対する考え方と証明商標の品質保証機能に対する考え方では、齟齬が生じる。

品質保証機能と証明商標の品質保証機能の違いについて、これらの見解に鑑みると、証明商標の機能、すなわち証明商標による商品・役務の品質等の保証というのは、証明商標を所有する認証機関等が定める認証基準等によるところが大きいであろう。この認証基準等に対して、証明商標の適用を受けようとする商品・役務の品質等自体が、その認証基準等に適合するものでなければならないからである。

このようにみえてくると、証明商標の品質保証機能というのは、平成28年度報告書において学識経験者らが指摘⁽⁶⁶⁾するように、現在、商標の機能の1つとしてある品質保証機能とはその含意が異なるようにも思われるし、さらに、先に紹介した証明商標の定義⁽⁶⁷⁾に鑑みても、従前、品質保証機能と呼ばれてきたものとは、やはり幾ばくかその性質が異なるようにも思える。

(55) 平成28年度報告書59頁[学識経験者「G」の見解]。

(56) 平成28年度報告書59-60頁。なお、同報告書60頁では、学識経験者「A」の見解として、そもそものこの証明商標に関する問題を議論するスタンスを決める必要がある、という旨の見解も示されている。

(57) 平成28年度報告書60頁[学識経験者「C」の見解]。

(58) 平成28年度報告書60頁[学識経験者「A」の見解]。

(59) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「E」の見解]、同報告書58頁[学識経験者「A」の見解]。

(60) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「B」と「C」の見解]、同報告書58頁[学識経験者「A」の見解]。

(61) 平成28年度報告書59頁[学識経験者「G」の見解]。

(62) 平成28年度報告書60頁[学識経験者「A」と「C」の見解]。

(63) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「B」の見解]、同報告書59頁[学識経験者「G」の見解]。

(64) 平成28年度報告書59頁[学識経験者「G」の見解]。

(65) 田村・前掲註(30)4頁。

(66) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「B」と「G」の見解]を参照。

(67) 平成23年度報告書2頁。

とすれば、却ってこの議論を突き詰めていくと、詰まるところこれは出所表示機能の議論になっていくのではないかと考えられる。というのも、その品質等を保証する認証基準等を示してくれるところについて考慮すべきことも肝要だからであり、証明商標とはいえども、考えるべきことは証明商標の商標権者の「出所」であり、すなわち、その商標が付された商品・役務の品質等を保証してくれているところは誰(どこ)なのか、ということである⁽⁶⁸⁾。

そこで、次に上記の論点から、証明商標と出所表示機能の「出所」の概念について検討する。

Ⅳ. 証明商標と商標法の直接の保護客体

1. 出所表示機能の「出所」の概念

商標法が直接の保護客体とする出所表示(出所識別)機能とは、およそ次のような説明で理解されているといえよう。

「出所表示機能とは、同一の商標が使用されている商品・役務の出所が同一であることを表示する機能である。出所とは、商品の製造業者や役務の提供事業者が典型であるが、これらに限らず、商品の販売業者等も含まれる。」⁽⁶⁹⁾

ただ、わが国現行商標法には、商標権の自由譲渡が認められているため、その商標権者が商品の製造業者や役務の提供者と異なったり、また、商標の使用許諾制度が置かれているため(30条, 31条)、商標について商標権者と使用者の双方が存在したりすることともなる⁽⁷⁰⁾。

しかし、これらの場合、出所表示機能よりも品質保証機能のほうにそのウェイトが置かれている旨説明されているが⁽⁷¹⁾、かりにそうとはいえども、商標法としては出所表示機能のみしかその直接の保護客体としていない、と考えられる⁽⁷²⁾。

また、真正商品の並行輸入、小分け、再包装、改造などの行為は、商標権侵害の事案として扱われており、無権原者によるこれらの諸行為は、出所表示機能よりも品質保証機能を害する行為なのだから、品質保証機能が出所表示機能から独立してそれ単独で保護されるものである、という旨の見解⁽⁷³⁾も示されている。

しかし、上記の諸行為は、いずれも品質保証機能を害するものとなるが、その前提として出所表示機能を害するものであると解される⁽⁷⁴⁾。

そのゆえんは、品質管理権能という考え方をを用いて、フレッドベリー事件大阪高裁判決⁽⁷⁵⁾が次のように説く。

「…商標法は、商標権者に対し、商標の使用権の専有を認めるとともに、商標の本来の機能である出所表示(自他識別)機能が侵害され又は侵害されるおそれが生じた場合には、これを排除する権限を付与しているところ、商標法がこのように商標の出所表示(自他識別)機能の維持に努めるゆえんは、そうすることによって、当該商標により出所として表示された者に対して、当該商標の下に業務上の信用(グッドウィル)を形成、維持するための努力を促すとともに、築き上げたグッドウィルが他の者によって不法に侵害されないよう保障するためである。そして、商標の付された商品に出所表示主体の品質管理権能が及んでいるということが、商標法の当然の前提となっているものと解される。けだし、商品のグッドウィルを維持するためにはその品質の管理が不可欠であるところ、当該商品に、これに付された商標により出所として表示された者の品質管理権能が及んでいることが前提とならなければ、商標法が意図するように、商標の出所表示(自他識別)機能を維持することを介して、商品の品質、ひいては当該商標により出所として表示された者のグッドウィルを維持することはできないし、また、需要者にとっても、そのような前提があつて初めて、商品に付された商標に依拠して、購入すべき商品を適切に選別することが可能となり、その結果、産業の発

(68) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

(69) 茶園・前掲註(17)4頁[茶園成樹執筆箇所]。

(70) ちなみに、土肥・前掲註(30)14頁は、これらの制度があるために、「…現行法の下では、出所表示機能は稀釈化されるおそれがある」と述べている。

(71) 特許庁・前掲註(6)1366頁, 1383-1384頁を参照。

(72) 齋藤崇・小川宗一「商標の自由譲渡及び使用許諾と商標の機能」日本大学知財ジャーナル Vol.11(平成30年)69-79頁を参照。

(73) 土肥・前掲註(30)14-15頁。

(74) 土肥一史・大西育子「商標権者の品質管理権能と商標機能論」知的財産法研究 Vol.45-3 No.132(平成16年)1-6頁。

(75) 大阪高判平成14年3月29日民集57巻2号185頁[フレッドベリー事件大阪高裁判決]。真正商品の並行輸入の可否に関し判示されたフレッドベリー事件は、最高裁まで争われている。なお、前掲註(28)の最高裁判決においても、品質管理権能のことが説かれているが、原審の大阪高裁判決の判示した品質管理権能について説いたもののほうがより明確なので、ここでは大阪高裁判決の判示事項を引用している。

達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護しようとした商標法の究極的な目的が達成され得るものと解されるからである。]

要するに、商標権者は商品・役務に商標を付すことによって、その商品・役務を保証する出所を表示し、また同時に、品質を管理している主体として、品質管理権能を及ぼしているのである。フレッドペリー事件大阪高裁判決が説くように、このような前提があるからこそ、商品・役務のグッドウィル(Good Will)が維持され、結果的に商標法の目的規定(1条)にもある、「産業の発達」や「需要者の利益」に資することができるのである。

したがって、出所表示機能にいう「出所」の概念は、単なる出所の表示という意味だけでなく、そこに品質管理主体という意味においての出所の表示も含めて考えるべきであろう⁽⁷⁶⁾。

そこで、このような品質管理権能という考え方に基づけば、証明商標の場合であっても同様に考えることができるゆえんについて、次において述べていく。

2. 証明商標と商標法の直接の保護客体

前提として留意しなければならないのは、一般的に、証明商標の商標権者というのは、あくまでも認証機関等であるから、品質等の保証の対象となる商品を製造したり役務を提供したりするわけではないので、通常、当該商品・役務についての「出所」とはいいがたいことである。

とはいえども、先にも紹介したように、証明商標といわれる商標は、現在でも通常の商標と同じように商標登録がされているものもあり⁽⁷⁷⁾、このことが意味するのは、当該商標は出所表示機能を有するのだということである。

また、先に紹介した証明商標の定義⁽⁷⁸⁾や平成28年度報告書におけるある学識経験者の見解⁽⁷⁹⁾に鑑みても、証明商標を付してある商品・役務の品質等を保証

しているところは存在しているわけである。

証明商標の商標権者は、通常、認証機関等であるとされるので、先に述べたように、たとえば自己の商品・役務について証明商標による保証(いわゆるお墨付き)を受けたいと考える事業者に対して、認証機関等は自己が定める認証基準等に従って、それに適合するものについて証明商標を付すこととなる。このような経緯によって、証明商標としての役割が果たされることとなる。

したがって、証明商標の商標権者は、自己が所有する証明商標により保証するという、品質保証の主体となるわけである⁽⁸⁰⁾。それゆえ、証明商標の使用人は、証明商標を付されることによって、実際に商品を製造したり役務を提供したりする者ではなく、証明商標の商標権者自身になるとも考えられる⁽⁸¹⁾。

この考え方のもとでは、証明商標の商標権者が、ある商品・役務についての品質等を保証する「出所」だという意味において、商標法によって直接保護されるべきものは、まさに出所表示機能だと解することができる⁽⁸²⁾。したがって、通常の商標の場合は、当該商品・役務の製造業者や提供者がその「出所」となり、証明商標の場合は、証明商標が付された商品・役務の品質保証主体として、証明商標の商標権者がその「出所」となる、という構図になる⁽⁸³⁾。

また、前述のある論者が説くように、商標法は、ある商品・役務が特定の品質を有しているのだという需要者の期待を直接保護しているわけではない、と解されているが⁽⁸⁴⁾、前述の証明商標に関するある学識経験者の見解によれば、証明商標の場合は反対に、ある商品・役務の特定の品質等を担保しているものだと考えられている⁽⁸⁵⁾。

そこで、わが国現行商標法の商標の機能に対する立場と証明商標の特徴ゆえに生じてくる、この解釈の齟齬に関しては、次のように考えることができるのではないか。

ある証明商標について特定の認証機関等が所有し使

(76) この点に関する詳細な検討は、本稿の証明商標の機能論だけでなく、商標法の基礎理論全体に資するものであるが、紙幅の都合上、別稿で扱うこととしたい。

(77) 且・前掲註(3)9頁。

(78) 平成23年度報告書2頁。

(79) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

(80) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

(81) 平成23年度報告書99頁(弁護士の江幡奈歩委員ではない委員の見解)、且・前掲註(3)18頁。

(82) 平成28年度報告書57頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

(83) この場合、ある商品・役務について、商標が通常の商標と証明商標の2つが付されることになるが、これはとくにおかしいことではない。たとえば、地域団体商標(7条の2)も、証明商標と同様の使用態様になる。

(84) 田村・前掲註(30)4頁。

(85) 平成28年度報告書59頁[学識経験者「G」の見解]。

用しているものだからこそ、特定の品質等が保証されているといえよう⁽⁸⁶⁾。確かに、前述のように、わが国現行商標法の立場としては、特定の品質を有しているのだという需要者の期待は直接保護されるわけではない、と解されているが⁽⁸⁷⁾、翻ってみれば、その認証機関等を品質等の証明の「出所」として、すなわち品質保証主体として捉えることによって、出所表示機能のことをいっているのだと解することができよう⁽⁸⁸⁾。

このように考えることによって、この解釈の齟齬は解消されうるのではないであろうか。

さらに、証明商標の場合も、証明商標の商標権者がある商品・役務について証明商標を付すときには、認証基準等を定めておくことによって、証明商標による保証を受けようとするある事業者の商品・役務について、証明商標の商標権者は品質管理権能を及ぼすことができるようになる。

したがって、実質的には同じような商品・役務であり、しかも品質等も同質のものであっても、証明商標について無権原者が証明商標を使用すれば、認証機関等が証明していないものとして商標権侵害となろう⁽⁸⁹⁾。また、証明商標の識別力について、「…証明されている品質がある一定の基準以上であることにより、その製品の品質を誰かがコントロールしている、ということを知ることができるようなものであれば、その証明商標について、識別力があると考えてよいのではないか。」⁽⁹⁰⁾という見解が示されているが、ここでいう識別力も、品質等のその前段階にある「出所」に基づく識別力、すなわち出所表示機能に基づくものであると解すべきである⁽⁹¹⁾。証明商標の商標権者が、ある商品・役務についての品質等をコントロールすることができない(しているわけではない)のであれば、証明商標の商標権者は、証明商標の商標権者としての、換言すれば品質保証主体としての品質管理権能を及ぼすことができず、出所表示機能が害される、と考えられるからである。

上記のことに鑑みると、証明商標の商標権侵害が生じるのは、証明商標の場合であっても、出所表示機能が害されているからなのだと解することができよう。無権原者が証明商標を使用した場合、品質保証主体として表示されるはずの証明商標の商標権者の品質管理権能が及んでおらず、出所表示機能が害されることになるからである。

なお、証明商標の商標権侵害を判断するにあたっては、前述のような考え方に基づいて、証明商標の商標権侵害の構成要件に該当するの否かを判断要素にしていくことになると思われる⁽⁹²⁾。

V. おわりに

通常の商標とは異なるとされる、特別な商標である証明商標とはいえども、商標法がその直接の保護客体とするものは、通常の商標の場合と同様に出所表示機能だと考えてもよいといえよう。

確かに、通常の商標と比較しても、証明商標が主として発揮する機能は出所表示機能というよりも、むしろ品質保証機能のほうであろうから、やはり品質保証機能のほうにそのウェイトが置かれているということは否めない。

しかし、通常の商標の場合、商標権者は、商品・役務について出所表示主体として品質管理権能を有しており、このことは証明商標の場合であっても、同様のことだと考えられる。

したがって、証明商標とはいえども、その商標が付された商品・役務の品質等を保証しているところは誰(どこ)なのかということ⁽⁹³⁾、つまり、まずは「出所」について考えるべきであろう。証明商標による品質保証主体という「出所」の保護、すなわち出所表示機能を保護することによって、冒頭で述べた「…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

(86) 平成 28 年度報告書 57 頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

(87) 田村・前掲註(30)4 頁。

(88) 平成 28 年度報告書 57 頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

(89) 平成 28 年度報告書 58 頁[学識経験者「A」の見解]。

(90) 平成 28 年度報告書 59 頁[学識経験者「G」の見解]。なお、同報告書同頁によれば、学識経験者「G」は、証明商標の機能として期待されている機能は、品質保証等機能である、と述べている。

(91) 平成 28 年度報告書 57 頁[学識経験者「E」の見解]、同報告書 58 頁[学識経験者「A」の見解]。

(92) この点に関して、平成 28 年度報告書 63 頁[学識経験者「A」の見解]は、証明商標の商標権侵害について、「例えば、商品に大きく「エコ」と表示されている場合は、個別の商品についての通常の商標権侵害となり、商品に小さく「エコ」と表示されていて証明商標に見えるときには、証明商標権の侵害とすべきである。」と述べており、さらに、「同じ品質の商品であっても、認証を受けていないものに証明商標的にしようしているのであれば、それは侵害とすべきである。」とも述べている。この見解に鑑みると、証明商標の商標的使用というのも、新たに商標的使用論の枠組みのなかに入ってくるものなのかもしれない。もちろん、商標権侵害を判断するにあたっては、証明商標の場合であっても、商標的使用(26 条 1 項 6 号)なのか否か、という商標的使用論の考え方が肝要となろう。

(93) 平成 28 年度報告書 57 頁[学識経験者「E」の見解]を参照。

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の維持という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。」⁽⁹⁴⁾という、商標法の目的規定(1条)の解釈とも平仄が合うものとなるからである。

(94) 特許庁・前掲註(6)1258頁。