

# 商標法上の商品概念の決定基準について

鷹取 政信<sup>(\*)</sup>

## 目次

- I はじめに
- II 商品論の生成過程
  - 1. 商品論の生成
    - (1) 明治時代
    - (2) 大正時代
    - (3) 昭和時代
    - (4) 平成時代
  - 2. 商品論の内容と発展
    - (1) 商品論の内容
      - ① 指導的な判決
      - ② 判決例に対する評価
      - ③ 支配的な学説
    - (2) 商品論の発展
      - ① 棲分論
      - ② 棲分論への批判
  - 3. 新商品論
    - (1) 新商品論の意義
    - (2) 商標の機能論
    - (3) 新商品論の結論
- III おわりに

## I はじめに

商標法では、「商標とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合(以下「標章」という。)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をいう。」と商品商標について定義している(2条1項)。

商標法で標章について「使用」とは、①商品又は商品の包装に標章を付する行為、②商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為、③商品に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為をいう(2条3項)。

わが国商標法は商標保護の基調として権利主義、登録主義、審査主義を採用し、登録を得る為には、商標登録を受けようとする者が、①商標登録出願人の氏名又は名称及び住所又は居所、②商標登録を受けようとする商標を記載するのほかに③商標の使用をする一又は二以上の商品を指定した指定商品と政令で定める商品の区分を願書に記載して商標ごとに特許庁長官に提出しなければならない(5条1項、2項、6条1項、2項)。

出願された商標が、審査において、自己の業務に係る商品について使用をする商標について、一般的登録要件といわれる自他商品識別力を有する商標であることを自他商品識別力がない商標を法定し、それに該当しないとき、自他商品識別力を有する商標であると推認することとした(3条1項)。すなわち、その商品についての普通名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標、その商品についての慣用商標、その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状(包装の形状を含む)、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標(いわゆる記述的商標という)、ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標、極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識することができない商標を除き、商標登録を受けることができる。しかして、元来、自他商品識別力がない記述的商標、ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標、極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標であっても、商品に使用をされた結果、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識することができるものについては、商標登録を受けることができることを承認している(3条2項)。

この一般的な登録要件を満たしたとしても更に具体的な登録要件として商標権者の私的利益を保護するための私的登録要件及び需要者の利益、社会全体の秩序維持という公益を保護する公益的登録要件(4条1項)

(\*) 国土舘大学大学院総合知的財産法学科 准教授、元日本大学法学部 客員研究員

を満たさない商標は、登録されない。ここでの商標も、前記の定義から標章であって、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である。

出願が競合した場合、すなわち、「同一又は類似の商品について使用をする同一又は類似の商標について異なつた日に二以上の商標登録出願があつたときは、最先の商標登録出願人のみがその商標について商標登録を受けることができる(8条1項)。」、「先願に係る他人の登録商標と指定商品若しくは指定役務と類似関係にある後願は登録することができない(4条1項11号)」とする先願主義が採られている。

かくして登録後に、商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有(25条)し、指定商品若しくは指定役務についての登録商標に類似する商標の使用又は指定商品若しくは指定役務に類似する商品若しくは役務についての登録商標若しくはこれに類似する商標の使用する行為(類似範囲の使用行為)に対しては、当該商標権又は専用使用権を侵害するものとみなす禁止権が与えられている(37条1項)。著名登録商標にかかる非類似の商品と混同を生ずる場合には、防護標章登録を取得することで、混同を生じる非類似の商品に対して登録商標を使用する行為を禁止することができる(67条)。

しかし、わが国商標法は登録主義を採用した弊害を軽減する為、「継続して三年以上日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれもが各指定商品についての登録商標(当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標)の使用をしていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に係る商標登録を取り消すことについて審判を請求することができる(50条)」として商標権者らに使用義務を課している。

このように商標は商品について使用するものであるから、商標法上の商品は出願、審査、審判及び侵害の場面においても核心の一つをなす最も重要な概念である。

法は、このような商品について定義規定を定めていないから、商品の成立要件が何であるかは解釈で決定しなければならないところ、従来、商標の定義と商標法の目的規定(1条)から合目的に解釈して、通常、商品とは、商取引の対象となる交換価値を有するものと

いわれている。

しかし、商品の概念は、それ自体概念的な存在であり、社会の取引変化や変遷により流動的に観念されるものであるため、新しい商品として、不動産、マンション、フリーペーパー、販売促進品、小売サービス、コンピュータプログラム、電子出版物などが登場し、運用や立法により既に解決したものもあるが、未だ、必ずしも統一的な基準が承認されている現状にないと考えられる。

そこで、本稿では、商標法の商品の決定基準について、商標法制定時の解釈を探りつつ、商品概念の生成過程を検証し、サービスマーク登録制度や小売サービス商標登録制度が導入された現代においても、統一的に適用できる統一基準を研究することを目的とする。

## II 商品論の生成過程

### 1. 商品論の生成

#### (1) 明治時代

##### ① 法律の規定

商標法は徳川時代以来の封建制度を改革し、西洋諸国の水準に引き上げ近代国家の仲間入りを目指す明治政府の殖産興業と富国強兵の国策の一環として導入された。それは、明治18年4月18日に公布される「専売特許条例」よりも先立つこと、6ヶ月前の明治17年6月7日太政官布告19号として制定され、明治17年10月1日より施行された全文24ヵ条と附則で構成した「商標条例」である。この明治17年法はわが国の工業所有権法の嚆矢となった<sup>(1)</sup>。この条例によれば、「願書には明細書を添付し、これに商標の説明、用方並びに商品の名目の種類を詳記すること」が定められていた(2条)。商品の類別は65種類を定めていた。その後、全28条からなる明治21年法は商品の類別を66種類と定めた。全文24ヵ条からなる明治32年法は、商品類別を73種類とし後74種類とした(施行細則15条)。全文28ヵ条よりなる明治42年法は、商標を「自己ノ生産、製造、加工、選択、証明、取扱又ハ販売ノ営業に係る商品ナルモノ<sup>(2)</sup>」と解し条文化した。商品分類は樹脂、石鹼、ペンキ、白粉、線香、香水、鉄板、包丁、銀、真珠、漆喰、セメント、土器、

(1) 三宅發士郎 『商標法講和』31頁、早稲田大学出版部 大正11年7月8日発行、網野誠 『商標第6版』21～22頁 有斐閣 平成14年6月30日発行

(2) 明治42年法第1条第1項は旧法第1条「自己の商品を表彰する為商標を専用セントスル者ハ、コノ法律ニヨリ其ノ登録ヲウケベシ」を「自己ノ生産、製造、加工、選択、証明、取扱又ハ販売ノ営業に係る商品ナルモノト表彰スル為商標ヲ専用セントスル者ハ、コノ法律ニヨリ其ノ登録ヲ受クベシ」と改正し、商標概念を明確化した。

鍬、馬車、三味線、繭、生絲、毛糸、綿糸、麻糸、絹糸、絹織物、被服、酢、砂糖、干菓子、飴、茶、煙草、種子、味噌、檜節、乳油、煙袋、色紙、筆、鞆包、油、干鯛、竹、指物、縄、草履、扇子、ランプ、独楽、錦絵、新聞等67種類とした(施行細則20条)。原料材料が多く分類に含まれていた。いずれの法律にも商品に関する定義規定は定められなかった<sup>(3)</sup>。

## ② 学者の解釈

田中鐵二郎先生は「商標ヲ使用スル商品ハ商行為ノ目的物タルコトヲ必要トセス其ノ目的物ハ商人ノ販売スル所ノ物品ナリ其ノ他総テ営業上販売スル所ノ物品ヲ包含スルモノナリ。<sup>(4)</sup>」と説明していた。「商標を使用する商品は、商行為の目的物たることを必要としないこと」を要件としたのは、商品は商人が販売する物品や営業活動で販売する物品という物品の性質や用途などの成り立ちからして明治時代の取引実態として把握できない法律行為を除外せざるを得なかったのではないだろうか。商品の決定基準として販売行為にのみ限定した解釈を示しており、それは明治時代の商業活動が未だ素朴でかつ単純な取引方法が主流であったことが反映したと考えられる。この時代の商品の決定基準は商人が販売する物品や営業活動で販売する物品か否かということになる。

## (2) 大正時代

### ① 法律の規定

大正10年法は、大正10年4月30日に全部改正公布され、大正11年1月11日から施行された。大正10年法は、商標の保護が類似商品にも及ぶものとした(同法2条1項8号～10号・4条・9条・34条)規定などを含み本則38条、附則6条より構成されていた。

商品類別は水枕、大漆塗料、卑金属の合金、鋳物、魚串、金箔、彫鏤品、人造石、火山灰、エボナイト、布ホース、サドル、ピアノ、羽、ナイロン糸、スフ織物、ドロン、ブローチ、味醂、果樹液、アイスクリーム、ココア、人造バター、豆乳、信玄袋、水引、プロッター、キャットガット、セルロイド、火屋、ヘヤ・ピン、庭球具、アルバム、研磨布、電話機等70種類とした(施行規則15条)。しかし、商品の定義は規定されなかった。

### ② 学者の解釈

有馬忠三郎先生は、商標の「区別力ハ商品ガ特定ナ

ル営業主体の商品タルノ関係、即チ特定ノ営業主体ニヨリ生産セラレ製造セラレ加工セラレ選択セラレ取り扱イセラレ販売セラレルモノナルコトヲ表彰スルノ機能アルガタメニ生ス<sup>(5)</sup>」と説明していたから、特定の営業主体により生産させられるもの、特定の営業主体により製造せられるもの、特定の営業主体により加工せられるもの、特定の営業主体により選択せられるもの、特定の営業主体により取り扱いせられるもの、特定の営業主体により販売せられるものが商品であると解していたと考えられる。それゆえに、商品の決定基準は、製造、加工、選択、取扱、販売できるものとして製造から販売までの商取引の全段階において交換できる物品を前提に考えていたと解される。生産の目的物は物の生産過程において必要とされる動産であると解されるから、工業生産の過程で生産される互換性があるねじやボルトなどの工業的な基礎部品等の部材が考えられる。取引の目的物たる動産は、商取引市場における対価交換の対象とされている動産をいうと解される。

三宅發士郎先生は「商品トハ生産又ハ取引ノ目的物タル動産、換言スレバ商工業ノ目的物タル動産ヲ謂ウ。無体物ニ対シテハ物品ノ標識ヲ使用スル由ナク又商標ハ転々スル物品ニ付特ニ其ノ必要ヲ見ルモノナル関係上、各国孰レモ無体物及ビ不動産ハ商品中ニ包含セシメズシテ、之ニ付イテハ商標ト認メナザルヲ例トスル。組立家屋ノ如キハ寧ロ動産ニシテ、ワガ国商標法ハ其ノ施行規則第十五条の商品類別中第七十類「他ノ類ニ属セザル商品」ノ中ニ包含セシムル趣旨デアル。マタ商品ハ営業ノ目的物タル物品ニシテ流通性ヲ有スルコトガ必要トスルヲ以ッテ、自家用ニ供スベキ物品ハ所謂商品ト認メナイ。<sup>(6)</sup>」(下線は筆者加入した。)と説明していた。「商工業ノ目的物」は商業の場で生産される目的物と工業の場で製造される目的物の両方を含めて、「商工業」という用語で表現したものであるといえる。「無体物ニ対シテハ物品ノ標識ヲ使用スル由ナク」と述べ、無体物を商品から除外している。その理由は商標が物品に対する標識だから無体物に対しては標識を用いて区別できないので識別する必要がないことを根拠としている。このことから商品は有体物であると解していたことが理解できる。この時代において既に無体物と不動産は商品中に包含させないと解釈されており、

(3) 特許庁編『特許制度70年史』84頁～94頁 社団法人発明協会 昭和30年11月20日発行

(4) 田中鐵二郎『商標法要論』18頁 巖松堂書店 明治44年9月25日初版発行

(5) 有馬忠三郎『不正競争論』420頁 弘文堂書房 大正11年9月10日発行

(6) 三宅發士郎『商標法講和』67頁 早稲田大学出版部 大正11年7月8日発行

無体物と不動産について商標を付しても商標と認められない例であると説明している。

流通性を有することが商標上の商品を決定する基準として学説上最初に登場している。流通性がなぜ要件とされたかの理由は、「商標ハ転々スル物品ニ付特ニ其ノ必要ヲ見ルモノナル」と説明し、商品は転々する物品であり、移動するものであるから自他識別の必要があるとの理解を示し、「自家用にのみ供し業としな物品」は自家用者の支配内で転々移動しないことを根拠として除外する趣旨であると解されるから他者の支配する場において転々移動する物品と解していると考えられる。このことから、商業上の目的物となる物品は市場において転々として移動するという事実に着目した為ではないだろうか。

三宅發士郎先生の解釈では「其ノ目的物ハ商人ノ販売スル所ノ物品ナリ其ノ他総テ営業上販売スル所ノ物品ヲ包含スルモノ」と解していたが、大正時代には、「商品トハ生産又ハ取引ノ目的物タル動産、換言スレバ商工業ノ目的物タル動産ヲ謂ウ」と定義し、販売の目的物だけでなく、取引形態の拡大を反映した包括的な定義へと変更されていた。大正時代における2学者の学説は、製造、加工、選択、取扱、販売の目的物と商工業の目的物である動産と異なった表現をしているけれども、物品が転々するという点を捉えて流通性を表現したものであるといえよう。

### (3) 昭和時代

#### ① 法律の規定

大正10年法が昭和4年(民訴法改正に伴う)、昭和9年(ヘーグ改正パリ条約加盟に伴う)、昭和13年(ロンドン改正パリ条約批准に伴う)、昭和22年、昭和23年、昭和24年、昭和26年と数次にわたって、その一部が改正され昭和35年4月1日より施行された昭和34年改正法に至った。昭和34年改正法<sup>(7)</sup>は全文85カ条、同施行法は15カ条からなる。

商品区分の法的意味については、新法第6条第1項との関係から、「一出願で同時に指定し得る商品の範囲である」と解釈され、また旧法には明文として定められていなかった、「商品区分」と「商品の類似の範囲」との関係についても、同条第2項において明文の規定が置かれた。

a) 商品類別は、商標の経済的機能を考慮して、市

場における商品取引の実情を主として、材料主義によるところ多い旧法分類を、この観点より再編すること、b)商品類別の世界的統一化の動向にかんがみ、ベルヌ工業所有権保護国際事務局生産物分類表の三十四類別制に歩調をあわせ、分類の数を三十ないし四十程度に再編すること、c)旧法第七〇類『他類に属せざる商品』を廃止し、その中の商品を他の適当な類に吸収すること、d)商品類別の各類に所属すべき具体的商品名を、すべていづれかの類に明確に所属させることを念頭に検討された。その結果、用途主義、販売店主義を従来より強める案に、西欧的取引の系列態様を反映した国際的分類案が答申された。しかし、我が国独自の案を基本とすべきであるとする意見が有力であったことから前者案を基本とする「a第7類、第19類、第21類等の用途主義、販売店主義による類別が新設された反面、原料的商品に対しても配慮して、第34類に基礎原料を置いた。b類別の配列は、「化学品関係、金属機械関係、繊維関係、日用品関係、食料品関係」の5グループに大別配列し、商品の列挙は商品の所属の把握を容易にするため、網羅主義によって列挙し商品数も約3倍に増加し、商品類別を34種類となった<sup>(8)</sup>(令1条、別表)。商品の定義規定は制定されなかった。

#### ② 学者の解釈

##### (イ) 昭和34年法以前

昭和時代に入り、商標法を研究する学者も増え、その中で、永田菊四郎先生は「商標は商品に使用せられるものであつて、商品の混同誤認を防ぐことが其の重要使命である。故に商品を離れて商標なし。而して、ここに商品とは、交換価値を有し、容易に授受し得べき営業又は業務の目的物たる動産を謂ふのである。<sup>(9)</sup>」と解していた。吉原隆次先生も「商品トハ交換価値ヲ有シ容易ニ授受シ得ヘキ営業又ハ業務ノ目的物タル動産ヲ謂ヒ」と永田菊四郎先生の定義と同じに解していた。その説明において、「公正証書、株券、手形の類、発明、不動産、船舶ノ如キハ商品ト認メサルヲ至当トス、商品ハ営業又は業務ノ目的物ナルコトヲ要シ、自己ノ使用ニ供セラルルニ過キナイモノハ商品ニ非ス<sup>(10)</sup>」と説明していた。「商品トハ交換価値ヲ有シ容易ニ授受シ得ヘキ営業又ハ業務ノ目的物タル動産ヲ謂ヒ」との定義は現代の伝統的な定義に接近した定義をしており、「容易ニ授受シ得ヘキ営業又ハ業務ノ目的

(7) 昭和三十四年四月十三日法律第二百二十七号 昭和三十五年四月一日施行

(8) 特許庁編 『工業所有権制度百周年上巻』321頁～322頁 発明協会 昭和59年3月30日発行

(9) 永田菊四郎 『工業所有権概論』260頁 合資会社富山房 昭和25年5月15日発行

(10) 吉原隆次 『商標法詳論』7頁 有斐閣 昭和3年7月20日再版発行

物」との要件を加えていることは、単に交換価値を有するだけではなく現実に物理的に移動できるものに限定する意図が汲みとれる。

三宅發士郎先生は、「商標は營業に係る物品中商品に関し使用せらるるものなるを要す。商品とは生産又は取引の目的物たる流通性を有する有体動産を謂ふ(商二六参照)。』と定義した。その説明では、「無体物に対しては物品の標識を使用するに由なく又商標は転々する物品につき特に其の必要を見るものなる関係上(商二四、特四五、商六、商一二参照)、各國孰れも無体物及不動産は商品中に包含せしめず、之につき商標を認めざるを例とす。組立家屋の如きは現代に於ては寧ろ動産にして商品たり得るものと解せらる。動物の如きは、商品たり得るものにして、我商標法は前記組立家屋と共に、其の施行規則第一五條の商品類別中第七〇類「他類二属セザル商品」の中に之を包含せしむる趣旨である。又商品は營業の目的たる物品にして流通性を有することを必要とする。<sup>(11)</sup>』と述べ、大正時代の定義「商品トハ生産又ハ取引ノ目的物タル動産、換言スレバ商工業ノ目的物タル動産ヲ謂ウ。」から「商品とは生産又は取引の目的物たる流通性を有する有体動産を謂ふ」へと大正時代の定義を変更していた。しかしして大正時代と比較すると、その定義中に、「營業の目的」すなわち「商工業ノ目的物」から「生産又は取引の目的物」への定義変更、流通性の有無の相違、「動産」から「有体動産」への変更がある。大正時代の商品とはその説明において既に、商工業は商業と工業の分野を含む概念であるからこれを明確にする為に「生産又は取引」と変更し、流通性については、既に、商品の説明中に流通性を条件とする説明がなされていたから、これを定義中に取り込む変更をしたのみであり、その実質は変更していないといえる。有体動産という動産に対する限定条件の付加は新たな追加条件である。昭和時代になり化学品関係の中でガス、香水等の新しいものが取引されるようになった背景を受けての変更ではないかと考えられる。

この時代の学説では、永田菊四郎先生と、吉原隆次先生はともに「商品とは、交換価値を有し、容易に授受し得べき營業又は業務の目的物たる動産」を謂うとし、三宅發士郎先生は、「商品とは生産又は取引の目

的物たる流通性を有する有体動産」とし、共通点は、「動産」以外に一見してない。交換価値は、当事者相互の間に役に立つ性質を持つ財が有償で移転することをいうから、取引において相互の目的物となるものである。流通性は財貨が移転することと解されるならば、交換価値に吸収される概念ではないだろうか。

(ロ) 昭和34年法以後

特許庁は「商取引の目的たりべき物、特に動産をいう<sup>(12)</sup>。」と定義し、萼優美先生は「商品とは、一般的にいわれる交換価値である<sup>(13)</sup>』とされる。荒木秀一先生は、「無体物については物品の標識を使用し難いし、また、商標は転流通する代替性ある多様の物品について使用されること及び商品についての経済学的な説明を考え合わせると、商品とは商取引の目的物として流通に向けられた代替的な有体物と解しえられ、したがって、それは交換価値を有すべきものである<sup>(14)</sup>。』とする。網野誠先生は「商品とは商品学上は一般市場で交換することを目的として生産され、かつそれ自体使用価値を有する有体動産を言う。」とする定義を打ち出した。その説明において、「したがって、電気、熱、光、香気のような無体物、工業所有権・著作権等のような無体財産、株券・公債等のような有価証券、不動産、骨董品等は商品ではないとされている。」と述べ、しかしながら、「商品の概念も社会通念上の概念であると同時に、法の目的によって決定されるべき相対的な概念である。商品という以上は、社会通念上、無体物や有価証券は含まれないとせざるを得ないであろう。」と商標法の保護客体が商標の機能と関連していることを考慮した説明をしている。その根拠として具体的な例、「たとえば、無形のものであっても、酸素、水素、塩素等の非金属元素、天然ガス、液化石油ガス等の気体燃料等は、ボンベ等の容器に収めて取引の対象とされる場合は商品である。しかしながら、金融、保険、運輸、倉庫等のサービス業が提供するサービス、無形の商品といわれるが商標法上の商品ではない。」と述べている。そして更に、「商標法上の商品は、同質のものを多数供給することが可能であり、代替性が存在することを要する。<sup>(15)</sup>』と解説している。網野誠先

(11) 三宅發士郎 『日本商標法』七九頁 巖松堂書店 昭和六年発行

(12) 特許庁編 『逐条解説』551頁 発明協会昭和34年8月1日初版発行

(13) 萼優美 『條解工業所有権法増訂版』434頁 博文社 昭和32年7月30日増訂第一版発行

(14) 荒木秀一 『商品の概念』『別冊ジュリスト』12頁-13頁 有斐閣No.14, 1967年

(15) 網野誠先生は昭和39年12月20日発行から平成14年6月30日の第6版まで一貫した定義と説明を記述している。『商標』有斐閣第6版、64頁～66頁、平成14年6月、『商標』有斐閣初版29頁～30頁 昭和39年12月20日発行

生は初めて、商品について「同質」の概念を取り込んでいる。

光石士郎先生は、「商標法上の商品とは、交換価値があり、容易に商取引の対象となり得る動産をいう<sup>(16)</sup>。」と定義する。江口俊夫先生は、「商品が商標法上の商品であるかどうかはつぎの要件を全部そなえているかどうかによって決められる。(イ)有形のもの、主として動産であること、(ロ)取引の対象となり得るもの、(ハ)流通過程にのせられるもの、(ニ)ある程度大量生産できるもの。これらの要件を全部、充足していさえすれば、一見、商品でないように見えても商標法上の商品とすることができるが、逆にこの条件のうち一つでも欠除していれば、商品のように思われていても、商標法上の商品ということができないものが少なくない。<sup>(17)</sup>」と説明している。したがって、商標法上の商品とは、取引の対象となり得るある程度大量生産でき流通過程にのせられる有形動産ということになる。

特許庁は、「商品とは、商取引の目的たり得べき物、特に動産をいう。」との定義を逐条解説本を発行した当初から現在まで一貫して採用している。この定義は一般的に広範囲のものを取り込むことが可能な定義である。更に一般的に適用可能な定義が、萼優美先生と荒木秀一先生の「商品とは、一般的にいわれる交換価値である。」との定義である。取引の目的物と交換価値は、価値を交換することが取引であるから目的物自体の性質において共通している。荒木秀一先生は、「商品とは商取引の目的物として流通に向けられた代替的な有体物」と定義し、「流通に向けられた代替的な有体物」を追加し、結論として「交換価値を有すべきもの」が商標上の商品であるとしている。商取引の目的たりうべき物は交換価値を有する物とも言い換えることができる。これを更に限定する追加要件を入れる理由は、交換と代替の意味解釈に求められる。これは等価値の原則が適用されるからである。光石士郎先生は、前記した交換価値と取引の目的物の両方を取り込んだ「商標法上の商品とは、交換価値があり、容易に商取引の対象となり得る動産」という定義に発展している。網野誠先生は「商品とは商品学上は一般市場で交換することを目的として生産され、かつそれ自体使用価値を有する有体動産」とされ、商品学上の定義をしたものと考えられる。市場での交換目的と使用価値を有する

有体動産を要素とするけれども、市場での交換目的は取引の目的物に吸収されるし、使用価値を有する有体動産は交換価値を有する動産と同義に解される。したがって、従来の学者の商標法上の商品は交換価値であるとの見解とほぼ同じと考えられる。江口俊夫先生の見解は、「商標法上の商品はある程度大量生産でき流通過程にのせられ取引対象となる有形動産である。」と置き換えて定義することができる。先に検討した商標法上の定義に対して、更に限定要件として「大量生産可能性」が追加された。しかして、これは商標が同種類の物品が市場に複数存在することを前提としていることから、識別する必要の裏返しと考えられる。「大量生産可能性」は、あえて追加する必要は無いのではなからうか。

#### (4) 平成時代

##### ① 法律の規定

平成3年改正法は、役務商標であるサービスマーク登録制度を導入し、平成6年改正法は、登録後異議申立に改正した。平成8年改正法は、一区分多出願、連合商標制度の廃止、立体商標制度と指定商品書換制度を導入し、団体商標制度を復活した。平成10年改正法は、損害賠償の立証責任に関する民事上の救済手続の一部改正、平成11年改正法は、商標の国際登録に関するプロトコルを履行する為の改正、平成14年改正法は、役務商標の使用行為を改正し、平成15年改正法は、登録料等の改正、平成16年改正法は電子公報発行並びに知的財産高等裁判所設置に伴う改正がされた。平成17年改正法は地域団体商標、平成18年改正法は、小売業等の役務商標がそれぞれ導入された。平成19年は、弁理士法一部改正に伴う修正がなされた。

##### ② 学者の解釈

平成時代は、2002年に決定された知的財産戦略大綱に基づき、現在「知的財産立国」実現に向けた取り組みが強力に行なわれ、「知的財産基本法」が成立し、2002年6月には、「知的財産推進計画2005」が決定され、毎年計画が策定され実行され、平成21年には、自民党から民社党に政権交代が実現したけれども、自民党政権の小泉首相の提唱により始まった知的財産政策は民主党の鳩山政権に引き継がれ、「知的財産推進計画2009」が決定している。このようなプロパテント政策の反映が少ない商標法上の商品議論においても、数多くの判決例が積み重ねられ、新たなものに対す

(16) 光石士郎 『新訂商標法詳説』125頁 帝国地方行政学会昭和46年4月1日発行

(17) 江口俊夫 『わかり易い商標法』23頁から25頁 財団法人通商産業調査会 昭和46年11月1日発行

る解釈も示されるに伴い学者間の議論も新展開を迎えている。

以下に、この流れについて検討する。

## 2. 商品論の内容と発展

### (1) 商品論の内容

判決例の生成過程と発展について、問題となったテーマ毎に調査しつつ検討する。

#### ① 指導的な判決

##### (イ) 販促品(宣伝広告品)

##### i) 趣味の会事件<sup>(18)</sup>

この判決例は、商標法上の商品について判断した昭和時代の最初の事案である。事実関係は次のとおりである。

原告は、昭和二九年一月二三日に設立され、全国銘菓、名物、民芸品、陶器、漆器、色紙、版画、写真等の製造販売等を目的とする会社であり、全国銘菓、名物、民芸品、陶器、漆器、色紙、版画、写真等の販売商品を、趣味の器の部等の七部に分類し、物品購入希望者は、七部のうちの購入希望物品の属する部の会員となって購入できる仕組みを創設し、会員に対しては解約の申入がない限り、継続して毎月各部毎に一個宛商品を配布販売する営業を展開し、その会員の募集、販売商品の配布、販売代金の集金等の事務は支部組織を設けてその支部毎に運営させ原告が統括している事業を展開している。原告は、設立以来販売商品の宣伝、販路の拡大の目的で会員または一般人に対して「趣味の会」(趣味の会)等の標章を印刷したちらし、パンフレット等を商品と共に頒布して商品の説明、宣伝をし、また、有名人の随筆等を記載した月刊パンフレット『月刊趣味の会』を出版し、その販売する印刷物等について「趣味の会」(趣味の会)等の標章の商標登録を受けた商標権者である。

被告は、原告と同様の目的、方法で営業を営むものであり、原告がその販売、頒布する印刷物に「趣味の会」(趣味の会)等の標章を使用していることを知りながら、昭和三一年末から原告と全く同様の目的と方法で「趣味の会」(趣味の会)なる標章を印刷したちらし、パンフレット等を被告の会員、一般人のみならず、原告の会員にまで、配布し、更に原告の発行する「月刊趣味の会」と全く同様の編集方法により、「月刊しゆみ」なる標章を印刷した月刊パンフレットを出版した。これらの行為に対して、原告が被告を商標権侵害で訴

えたものである。

原告は、被告が標章を附しているパンフレットは、ほとんどが会費を納めている被告の会員に配布されているのであるから、広義の対価を得て配布しているものであり、交換価値のないものではない。したがって、商品である。

これに対して、被告は、「仮に、原告がその主張の如き商標権を有するとしても、商標権者が登録商標の使用をする権利を専有するのは、特定の種類の商品についてであり、商品とは交換価値のあるものである。しかるに、被告が配付している印刷物は、所謂ちらしといわれるもので、無料で配付するものであつて、交換価値のないものである。すなわち、被告が配付している印刷物は商品ではないのであるから原告の商標権の効力はこれには及ばない。」と反論していた。

裁判所は「登録商標権の侵害行為は、指定商品(または指定商品に類似する商品)に(またはそれら商品に関して)登録商標(またはそれに類似する商標)を使用することである。したがって、登録商標(またはそれに類似する商標)が指定商品以外の商品(またはそれら商品以外に関して)に使用されても登録商標権の侵害行為とはならない。いわんや商品にあらざる物に登録商標を使用する行為は、商標権侵害行為とはならない。

しかして、商品とは商取引の目的物であつて、その商取引における商品としての交換価値を有するものである。ところで、被告の営業は、全国銘菓、名物…等の工芸品、民芸品の販売である。会員組織による右物品の頒布及び印刷物の配付は、物品販売の方法及びその宣伝方法に過ぎない。すなわち、被告の物品販売行為の目的物は毎月会員に配付される銘菓、名物、工芸品、民芸品である。

被告が会員に配付している『月刊しゆみ』なる月刊パンフレットは、原告の『月刊趣味の会』と同様に、会員の配付商品に対する鑑賞眼並びに趣味の向上に資し、同時に営業の宣伝の目的で配付商品と共に無料で配付されているもので、会員に対するサービスの意味を持つ宣伝文書であつて、その他の宣伝用の印刷物とその目的、効用を一にするものであるから、被告の商取引の目的物とはいいい難い。また、刊行物としての交換価値は認め難い。したがって『月刊しゆみ』は、商品ではない。被告が会員及び一般人に営業の宣伝の目的で配付しているちらし、パンフレット等の宣伝文書が商品といえないことは説明をまたない。してみると、被告

(18) (東京地裁昭和三二年(ワ)第五二七八号, 昭和三六年三月二日判決, 下民集一二卷三号四一〇頁)

が右のような印刷物に原告主張の登録商標またはそれに類似する標章を使用したからといってそれが登録商標権の侵害行為となるものでないことは明白である。」と判決し、原告の商標権侵害の主張を退けた。

ii) BOSS 事件<sup>(19)</sup>

本事案は、販売促進品に関する事例であり、主商品の販売促進用のTシャツが被服について登録商標を有する商標権者から商標権侵害で訴えられた事件である。

事実の概要は次の通りである。原告は、指定商品「第一七類」の被服、布製身回品、寝具類について、本件商標を有し、登録第六九五八六五号の本件商標権を有し、本件商標を使用して衣類の製造、販売を業としていた。被告は、本件商標と同一の標章を付したTシャツ、トレーナー、ジャンパー等の衣類を訴外ジャックマン株式会社に製造させ、被告の取引先を通じて多数の消費者に販売し、又は無償で引渡してきた。

原告は、被告の商標の使用行為により、原告の主力取引先等から本件商標を付した商品についての出所の誤認混同を生じることを理由に取引の停止を通知され、主力取引先への販売が不能となった。そこで、原告は右Tシャツ等は商標法にいうところの「商品」であり、しかも本件商標の指定商品に属するから、被告の右行為は原告の本件商標権を侵害するとして本訴を提起した。

被告は、楽器等の製造販売を業とする会社であるが、その親会社である訴外ローランド株式会社が指定商品第一類、第二四類につき「ボス」「BOSS」の登録商標の商標権を有しており、被告は右ローランド株式会社から右商標の使用許諾を受けていた。

被告は、その製造する楽器類の宣伝広告及び販売促進用の物品(ノベルティ)として、前記BOSSマークを付したTシャツ、トレーナー等を製造させ、これを楽器等の購入者に無料で配付していること、配付衣料は、Tシャツ(一〇〇〇円程度)、トレーナー(二〇〇〇円程度)及びジャンパー(三〇〇〇円ないし四〇〇〇円程度)であり、具体的な配付方法は、①被告製造の楽器に愛用者カードが付けられており、右カードを被告に返送すると、購入楽器の機種によりポイント券が一枚ないし三枚購入者に送付されることになっており、四枚のポイント券を集めればTシャツ、五枚のポイント券を集めればトレーナー、六枚のポイント券を集めればジャンパー各一枚とそれぞれ交換で

きることになっている(ポイント券一枚に相当する機種の販売価額は一万円ないし二万円である。)。②被告製造の楽器DE-二〇〇(デジタル・デイレイ)一台(価額五万九八〇〇円)の購入者に対し、その全員にTシャツ一枚をプレゼントする。③被告製造の楽器マイクロ・ラック・シリーズかコンパクトシリーズの購入者が愛用者カードを被告に返送すると、抽選で毎月五〇〇名の購入者にトレーナーをプレゼントしていたことを述べ、宣伝広告及び販売促進用の物品に商標を附する場合には、商取引の目的物である「商品」は宣伝広告の対象となつている物品を指すものというべきであるから、被告の前記行為は楽器類にBOSSマークの商標を使用したものであつて、本件商標の指定商品である第一七類被服等に使用したものではない。また、被告は、前記の方法でBOSSマーク付きのTシャツ等を被告製造の楽器類の購入者に無料配付しているのであるから、原告製造のTシャツ等の商品との間で出所の誤認混同を生じる虞は全くない。したがつて、被告は原告の本件商標権を侵害していない。」と反論した。

裁判所は「被告は電子楽器等の製造、販売を業とする会社であるが、その製造、販売する電子楽器等に別紙商標目録記載の商標(以下「BOSS商標」という。)を使用しているところ、昭和五四年頃から電子楽器類の宣伝広告及び販売促進用の物品(ノベルティ)として、Tシャツ、トレーナー及びジャンパーにBOSS商標を付したものを、被告の主張のような方法で被告製造の電子楽器の購入者に直接又は販売店を通じて無償で配付してきたこと、右Tシャツ等は被告が訴外ジャックマン株式会社に発注して製造させるものであるが、その価額はTシャツが一〇〇〇円、トレーナーが二〇〇〇円、ジャンパーが三〇〇〇ないし四〇〇〇円程度であること、右Tシャツ等にBOSS商標を付している態様は、Tシャツ及びトレーナーについては胸部中央に大きくBOSS商標が表示され、襟タグにも表示されており、ジャンパーについては左胸部分及び背中中央部に表示されており、右のうちTシャツについては、胸部に表示されたBOSS商標の下にこれより小さい文字で「for sound innovation on stage」と表示され、襟タグのBOSS商標の下にもやはりこれより小さい文字で「a sound innovation」「JAPAN」と二段に表示されていることが認められる。」と認定し、「被告がBOSS商標を付したTシャツ等を電子楽器

(19) 大阪地判昭和62.8.26無休集19巻2号268頁



の購入者に配付している行為が本件商標権の侵害行為となるかどうかを考える。」とし、次の通り判示した。「商標法上商標は商品の標識であるが(商標法二条一項参照)、ここにいう商品とは商品それ自体を指し商品の包装や商品に関する広告等は含まない(同法二条三項参照)。商標権者は登録商標を使用する権利を専有し、これを侵害する者に対し差止請求権及び損害賠償請求権を有するが、それは商品についてである(同法二五条参照)。したがって、商標権者以外の者が正当な事由なくしてある物品に登録商標又は類似商標を使用している場合に、それが商標権の侵害行為となるか否かは、その物品が登録商標の指定商品と同一又は類似の商品であるか否かに関わり、もしその物品が登録商標の指定商品と同一又は類似ではない商品の包装物又は広告媒体等であるにすぎない場合には、商標権の侵害行為とはならない。そして、ある物品がそれ自体独立の商品であるかそれとも他の商品の包装物又は広告媒体等であるにすぎないか否かは、その物品がそれ自体交換価値を有し独立の商取引の目的物とされているものであるか否かによって判定すべきものである。これを本件についてみるに、被告は、…BOSS 商標をその製造、販売する電子楽器の商標として使用しているものであり、前記 BOSS 商標を附した T シャツ等は右楽器に比すれば格段に低価格のものを右楽器の宣伝広告及び販売促進用の物品(ノベルティ)として被告の楽器購入者に限り一定の条件で無償配付をしているにすぎず、右 T シャツ等それ自体を取引の目的としているものではないことが明らかである。また、前記認定の配付方法にかんがみれば、右 T シャツ等はこれを入手する者が限定されており、将来市場で流通する蓋然性も認められない。そうだとすると、右 T シャツ等は、それ自体が独立の商取引の目的物たる商品ではなく、商品たる電子楽器の単なる広告媒体にすぎないものと認めるのが相当であるところ、本件商標の指定商品が第一七類、被服、布製身回品、寝具類であり、電子楽器が右指定商品又はこれに類似する商品といえないことは明らかであるから、被告の前記行為は原告の本件商標権を侵害するものとはいえない。」と判決した。

### iii) 木馬座事件<sup>(20)</sup>

本事案は、原告が、ぬいぐるみ人形劇の興行等を営業目的として、本店所在地を東京都中央区に株式会社劇団木馬座として設立登記されたものあり、被告は、

ぬいぐるみ人形劇の興行等を営業目的として、その商号を株式会社木馬企画として設立登記された株式会社である。原告は、指定商品 第二六類 印刷物、書画、彫刻、写真、これらの附属品について、登録番号 第〇七九〇四七〇号登録商標と、



指定商品 第二六類 印刷物、書画、彫刻、写真、これらの附属品について、登録第〇八五一八三七号の2つの登録商標を有している。

原告は、被告が、本件登録商標に類似する被告標章



を本件物品に印刷するなどして使用し、本件商標権を侵害していると主張して本訴を提起したものである。

裁判所は次の通り判示した。

「原告は本件商標権を有していること、被告は被告標章を本件物品に使用し、劇場入場券、パンフレットを販売していることが認められ、…被告はぬいぐるみ人形劇の企画、制作及び興行をその営業目的としており、主に名古屋以西の各地においてぬいぐるみ人形劇を公演し、被告自身が主催者となって劇場入場券の販売活動をするかあるいは被告自身主催者とならずに他の主催者にぬいぐるみ人形劇を一括販売する方法(以下「売り公演」という)で営業しているところ、本件物品はいずれも被告のぬいぐるみ人形劇の公演のために使用されるものであり、そのうちポスター、ちらしはぬいぐるみ人形劇の宣伝、広告のためのものであり、パンフレット及びプログラムはぬいぐるみ人形劇の案内、解説のためのものであり、また、観劇申込封筒は観劇希望者の観劇申込のために使用されるものであることが認められる。

右事実によれば、被告の行う営業は、ぬいぐるみ人形劇というサービスを提供して、その対価を得ることを内容とするものであり、そのサービス自体はいわば無形の利益であるから、商標法上という商品には該当しないというべきである。そして、その宣伝、広告のためのポスター及びちらし、その観劇申込のための観劇申込封筒、その案内、解説のためのパンフレット及びプログラムは、いずれも右のとおり被告によるぬいぐるみ人形劇の宣伝、案内等の利用に供されているも

(20) 横浜地裁川崎支部判 S63・4・28 S61(ワ)363 最高裁ホームページ(平成21年8月4日ダウンロード)

のであり、それ自体が独自に商取引の対象として流通性を有しているものと認めることはできないから(被告代表者尋問の結果によれば、被告はパンフレットを販売し、利益を得ていたことがうかがわれるが、パンフレットが有償であったとしても、パンフレットそれ自体がぬいぐるみ人形劇の存在を離れて独自に商取引の対象として流通性ないしは交換価値を有していたとは認められない)、これらをもって商標法上という商品ということではできず、商標法二条三項三号にいう商品に関する広告、取引書類ということではできない。また、劇場入場券については、それが被告によって行われるぬいぐるみ人形劇というサービスの給付を目的とする債権を表象していることから、その意味で財産的価値を有し、かつ商取引の対象となる流通性を有する面の存在することは否定できないけれども、本件で問題とされる劇場入場券の経済的価値は印刷物としてのそれではなく、ぬいぐるみ人形劇というサービスの提供を受けるものとしてのものであるから、劇場入場券に使用される標章は観劇入場券それ自体の識別標識としてではなく、劇場入場券によって給付されるサービスについての識別標識として、そのサービスについての出所表示機能、質的保証機能、宣伝広告機能を果たしているものとみるのが相当であるから、被告が販売する観劇入場券それ自体は商標法上の商品とはいえないと解するのが相当である。従って、被告が商標法上の商品とはいえない印刷物である本件物品に、原告主張の第二六類、印刷物等を指定商品とする本件登録商標に類似する標章を付したとしても、これが不正競争防止法違反になるかどうかの点はともかく、本件商標権侵害の問題は生じないというべきであるから、その余の点を判断するまでもなく、本件商標権侵害を理由とする原告の請求は理由がない。」と判断した。

#### (ロ) 不動産

不動産が商標法上の商品に該当するかに関する裁判例は数件存在する。それらのすべての事案の概要を以下に概観する。

##### i) ダイダラザウルス事件<sup>(21)</sup>

本件は、不動産が商標法上の商品に該当するかが争われた最初の事案で仮処分申請事件である。事実関係は次のとおりである。申請人は、第九類に属する産業機械器具、その他本類に属する商品を指定商品とする登録商標「ダイダラザウルス」の商標権者である。申請

人は万国博覧会の準備及び開催並びに運営をなし、もって文化及び産業の発展並びに人類福祉の向上に寄与することを目的として設立された財団法人日本万国博覧会の被申請人に対して、その博覧会の会場東南部の娯楽地区(通称エキスポランド)に娯楽施設として「ダイダラザウルス」と名付けるジェットコースター類似の走行機施設を設置し、施設本体に取り付けた標識板並びに会場内数箇所に存する方角案内ポール及び会場案内図に、それぞれ片仮名及び英文をもって「ダイダラザウルス」、「DAIDARASURUS」なる表示を附し、京阪神急行電鉄株式会社に右走行機施設の運行管理を委託して一人当たり金一〇〇円の乗車料金を徴して一般入場者に該施設を利用させている行為に対して、エキスポランドのジェットコースターに「ダイダラザウルス」の名称使用の禁止を求めた仮処分事件である。

裁判所は、「商標法施行規則、別表第九類に掲げである「遊園地用機械器具」とは、遊園地に設置すべき有体動産たる機械器具を意味すると解すべきである。商標制度は商標法第一条に規定するとおり、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、もって商業の発達に寄与し、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から、商標を附すべき対象物件は、一般取引の対象として流通性を有する代替的な有体動産と解すべきである。もっとも商品は社会通念上の概念であり、社会の取引状況を観察して決すべき相対的な概念であるから、新たに造成された土地、あるいは建売住宅や組立家屋などが定型化し代替性ある商品として取引されるような状況のもとにおいては、このような物件も商標法にいう商品に含ませて差支ないことも考えられる。

しかし、前に認定した事実によれば、本件物件は前記特殊目的のもとに構築された独特のもので、代替性が認められず、右物件が「ダイダラザウルス」の名称によって取引の対象として市場に流通すべき状態に置かれているとは到底認めることができないし、万国博覧会終了と共に本件物件がそのままの状態に他へ売却され移築されるものと認むべき疎明もない。そうすると、本件物件は前記遊園地機械器具その他本件商標権の指定商品にあたらないと解すべきである。

すなわち、本件物件は商標法にいう商品ではなく、万国博覧会入場者の娯楽に供するための施設たる土地の定着物であり、不可動物とみるべきである。そして

(21) 昭和四五年五月二〇日大阪地裁決定(昭和四五年(ヨ)第一二一九号仮処分命令申請事件)判例集未掲載—申請却下。判例不正競争法 発明協会 101頁～108頁

本件娯楽施設及び会場内の方角案内ポール、案内図等になされている「ダイダラザウルス」ならびにそのローマ字表示は、商標が有する出所表示機能、品質保証機能を果たしているわけではなく、その使用の態様からみて本件施設による娯楽の役務(サービス)についての呼称、ないしはサービスマークともいうべきものと解するのが相当である。

申請人は、被申請人が現に本件物件を一人当たり金一〇〇円の料金を取って入場者に利用せしめているから、本件物件は商品であることを否定できない旨主張するけれども右乗車料金が本件物件そのものの代価でないのはいうまでもなく、被申請人が本件物件につき有料で役務を提供しているとの事実は本件物件を取引の流通に置いているかどうかとは別の問題であって、前者の事実があるからといって、直ちに後者の問題を肯定しなければならないものではない。」と判示した。

ii) ハーモナイザーズ八尾事件<sup>(22)</sup>

本事案は、大阪地裁が、分譲マンションの販売の営業を役務と認定するとともに、登録商標の指定商品である家具等と当該役務は密接な関係があるから類似するとして、分譲マンションの販売の営業について登録商標に類似する商標を使用する行為を商標権侵害と認定した。

iii) ヴィラージュ事件(原審<sup>(23)</sup>)

本事案は、平成時代になり、マンションの売買等が商品の売買と解されるかが争点となった最初の事例である。事実関係は次のとおりである。原告は、「土地の売買、建物の売買」を指定役務とする「ヴィラージュ」及「Village」の本件登録商標の商標権者である。被告は、不動産の売買、賃貸、仲介、管理等を業とする会社であり、平成9年6月頃から「ヴィラージュ白山」(影付き文字)および「VILLAGE」の各標章(以下、これらを「被告標章」と総称する)を、東京都文京区白山所在のマンションの名称として使用し(営業表示は別の標章)、これを分譲販売したものである。その際、被告は、本件マンションの階段入り口部分の表示板に被告標章を付するとともに、被告標章または「ヴィラージュ白山」という文字から成る標章を付した立て看板、垂れ幕等を本件マンションの外壁またはその周辺地域に掲示したり、右各標章を付したチラシ、パンフレットを配布したりして、その宣伝広告を行った。そこで、「土地の売買、建物の売買」を指定役務とする

登録商標の商標権者である原告が、登録商標と類似するマンションの名称を付してマンションを販売した被告に対し、土地の売買、建物の売買の指定役務と商品のマンションは類似するとしてその商標権侵害を理由に、当該名称等の使用の差止め及び損害賠償を求めた事案である。

裁判所が判示した要旨は次の3点についてである。

- (a) 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物とマンションとの関係について、「商標法二条三項三号、四号は、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物(譲渡し、又は貸し渡す物を含む。)」に標章を付する行為をもって、役務についての標章の使用とするが、右各号にいう「役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物(譲渡し、又は貸し渡す物を含む。)」とは、例えば、ホテル・旅館における寝具、洗面用具、浴衣、レストランにおける食器、ナプキン、タクシー会社における自動車、銀行における預金通帳など、役務提供の手段として用いられる物品であり、顧客に提供される役務との関係で付随的なものである。そして、顧客の支払う金銭との関係からいえば、これと対価関係に立つのは役務であり、右物品自体が対価関係に立つものではない。これに対して、本件においては、本件マンションないし本件各住居は顧客が支払う金銭と直接の対価関係に立つものであって、本件各住居の所有権こそが被告と顧客との間の契約の対象であり、本件売買において、本件各住居の所有権移転の外に顧客に対して提供されるべき役務は存在しない。したがって、被告による被告標章の使用は、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物(譲渡し、又は貸し渡す物を含む。)」に標章を付する行為に該当するとはいえない。また、前記認定事実によれば、被告標章は本件マンションという被告の販売する個別の建物に付されているものであって、被告の不動産売買の営業一般について付されたものと認めることもできない。」
- (b) 被告標章を使用したマンションは、次の条件を満たす場合、代替性と識別必要性があり商標法上の「商品」と認定した。「商標法によって保護される『商品』とは、譲渡、引渡し、展示又は輸入の対

(22) 判例未搭載(大阪地判平10・8・27[平7(ワ)11111]) 岡村信一著「不動産」『最新判例からみる商標法の実務』94頁 青林書院 平成18年8月31日発行

(23) 東京地判平11・10・21[平11(ワ)483] 最高裁ホームページ(平成21年8月4日最終検索)

象となるもの、すなわち、市場において流通に供されることを予定して生産され、又は市場において取引される有体物であり、これに標章が付されることによってその出所が表示されるという性質を有するものをいうと解するのが相当である。そして、不動産のうち、土地については、その存在する場所によって特定されるもので、同一の地番により表示される土地が複数存在することはあり得ないものではあるが、造成宅地等においては、立地条件、面積等のほぼ等のものの中で代替性が認められる上、どの業者により宅地の造成工事が施工され販売されるかは、業者の設計施工能力、瑕疵修補能力、損害賠償能力等の点から購入者にとって重要な関心事であって、取引上、広告等において施工・販売業者が顧客に対して表示されるのが通常であるし、注文建築による住宅等についても、具体的な個別の住宅は注文主と施工業者との間の請負契約により建築されるものであるが、代替性が認められ、施工業者は建築材料・工法等においてそれぞれ特徴を備えており、いわゆるモデルハウスや広告等において施工業者が顧客に対して表示されているものであって、この点は仕立服等の場合と異なるところはない。また、分譲マンションや建売住宅は、地理的利便性、間取り等においてほぼ同等の条件を備えた、互いに競合するものが多数供給され得るものである。このように造成地、建物等の不動産であっても、市場における販売に供されることを予定して生産され、市場において取引される有体物であると認めることができるものであって、これに付された標章によってその出所が表示されるという性質を備えていると解することができるから、これらもまた商標法によって保護されるべき「商品」に該当するものと判断するのが相当である。」

(c) 裁判所は「建物の売買」という役務と「建物」という商品とは、両者は類似すると判示した。

『「建物の売買」という役務と『建物』という商品との間では、一般的に右役務提供の主体たる事業者は『建物』という商品の販売主体となるものであり、需要者も一致するから、役務と商品との間において出所の混同を招くおそれがあるものと認められる。』と判示した。

iii) ヴィラージュ事件(控訴審<sup>(24)</sup>)

本事案は、ヴィラージュ事件原審被告の控訴人が、商標法上の商品性が肯定されるためには、「反覆して取引の対象となり得る運搬可能な有体動産であって、大量生産されるもの」であることが必要であるとして、分譲マンションの各住居は、運搬性がなく、有体動産でもないし、大量生産にもなじまず、代替性がないから、商標法上の商品とはいえないと主張し、原審原告の被控訴人は、当審においても、①被告標章は本件登録商標の指定役務である「建物の売買」に使用したものである主張を維持し、②被告標章の使用は、本件登録商標の指定役務である「建物の売買」に使用したものであると主張した。

この点について、裁判所の判決要旨は次の通りである。「一般に、マンションの住居の分譲販売に当たって、分譲販売業者は、売買という契約成立ないしその履行に至るまでの間に、販売の勧誘や売買交渉過程において、購入希望者等に対し、マンションの特徴、住居部分の間取り、内装設備、周辺地域の状況、販売価格の合理性、管理形態、さらには住宅ローンの内容など様々な説明を行い、モデルルームの展示をするほか、当然のことながら工事中のマンションあるいは完成後のマンションの内外部を案内するのが実態であり、また、購入予定者に対する住宅ローンの斡旋などを行うこともあり、行政規制としては、宅地建物取引業法三五条の重要事項の説明が必要となっていることは、当裁判所に顕著な事実である。これらの分譲販売業者の行為は、マンションの分譲販売に際して行われるものとして、建物の売買という役務に属する行為であるというべきである。

この間に、マンションの建物の名称が使用される機会が多く、マンションの建物自体や、モデルルーム、定価表、取引書類その他の売買関係書類、あるいは、看板、のぼり、チラシ、パンフレット、新聞広告などの広告にも建物の名称も使用されるものであろうことは、おのずと推認されるところである。

本件においても、(中略)これら被告標章を付した行為は、マンションの分譲販売に際して行われる役務提供の際になされたものであり、被告標章は、建物の販売の役務の提供に当たり、販売の役務の提供を受ける者、すなわちマンション購入希望者が購入予定物件の内容の案内を受けるなどの際に使用されたものであって、これが、本件登録商標の指定役務である『建物の売買』についての使用に該当することは明らかであ

(24) 東京高判平12・9・28(平11(ネ)5876)(控訴審)[判タ1056号275頁]

る。]

iv) 住宅公園事件<sup>(25)</sup>

本事案は、登録無効の審決取消訴訟の事案であり、審判請求人の原告と商標権者の被告との間で登録の有効性が争われた。事実関係は次のとおりである。被告は、登録第 3197526 号商標(「住宅公園」の文字を書してなり、第 35 類「商品の販売に関する情報の提供、建築物における来訪者の受付及び案内」を指定役務として、出願し、登録を得た商標権者である。原告は、本件商標につき登録無効の審判請求をしたところ、「本件審判請求は、成り立たない。」との審決があり、その審決取消を求めて本訴訟を提起した。審決の理由の要点は「本件商標は、商標法第 3 条第 1 項第 2 号又は同第 6 号、同法第 4 条第 1 項第 10 号又は同第 15 号に該当し、同法第 46 条第 1 項の規定により、その登録は無効とされるべきである。」というものである。

前記無効理由中の商標法第 3 条第 1 項第 2 号又は同第 6 号について、請求人は本件商標が、その出願日以前に多くの同業他社によって同一の役務に一般的に使用されたものであること、商標法第 3 条第 1 項第 2 号の慣用商標に該当すること、そして、被告が永年にわたって使用してきたという住宅展示場の名称は、「○○住宅公園」ではなく、そのほとんどが「ABCハウジング○○住宅公園」であり、これは、単なる「住宅公園」では「住宅展示場」と同じ概念あるいは同義語となるので、その「住宅公園」の前に「ABCハウジング」を冠したサービスマークを使用することにより、初めて特別顕著性が生じ、需要者に認識されるものと判断して使用を開始したものといわざるを得ないこと、また、原告が出願した商標「ハウジングパーク」は「住宅公園」のような意味合いを派生し、住宅展示場を示すものとして一般に使用されていることから、これをその指定役務に使用しても、需要者が何人の業務に係る役務であるかを認識することができないとされ、最終的に商標法第 3 条第 1 項第 6 号に該当するとして拒絶されていることを理由として、商標法第 3 条第 1 項第 2 号又は同第 6 号の該当性を主張した。

これに対して、被告(被請求人)は、商標法第 3 条第 1 項第 2 号又は同第 6 号について、いわゆる住宅展示業という営業に係るサービスは、(ア)住宅展示用土地の貸与、(イ)建築物における来訪者の受付及び案内、(ウ)商品(主としてプレハブ住宅等)の販売に関する情報の提供を主内容とし、本件商標の指定役務は、この

うちの(イ)及び(ウ)に該当する。そして、(ウ)の「商品販売情報の提供」でいう「商品」の内容は、動産に限られる必要はなく、取引通念に従って定められるべきものであるから、不動産の一つである住宅(建物)も「商品」中に含まれるものと解されること、原告の提出に係る「住宅展示場に関する実態調査レポート」分析結果によると、被告以外の者が住宅展示場の名称の一部として「住宅公園」を使用している割合は極めて小さく、この分析結果等から判断すると、本件商標の「住宅公園」は、その登録時においても慣用商標化していないこと、原告は、過去の拒絶例の引用に係る商標「ハウジングパーク」と本件商標「住宅公園」とは全く別個の商標であり、また、「住宅公園」なる名称は「住宅展示場」と同義語として一般に認識されているものではない。むしろ、被告自身が、昭和 53 年より現在に至るまで「住宅公園」の名称をサービスマークとして使用し、住宅展示場の主催・企画運営を全国的規模で展開してきたところであるから、本件商標は、その登録時においても、需要者が何人かの業務に係る役務であることを認識することができたものであることを反論した。

審決は「商標法第 3 条第 1 項第 2 号又は同第 6 号について、商標法上の役務とは、他人のためにする労務又は便益であって、独立して商取引の目的たりうべきものと解すべきであり、本件商標の指定役務「商品の販売に関する情報の提供、建築物における来訪者の受付及び案内」も、当然、そのような内容の役務を指すものである。

そして、「商品及び役務の区分」の省令別表をみると、本件商標の指定役務中の「商品の販売に関する情報の提供」は、第 35 類に属する役務として掲載されているのに対し、同区分の第 36 類には、「建物又は土地の売買」等の不動産の取引に関する役務とともに「建物又は土地の情報の提供」が掲載されていることからすると、第 35 類の「商品の販売に関する情報の提供」にいう「商品」には、不動産としての建物(住宅等)や土地は含まれていないと解するのが相当であること、「住宅公園」ないし「○○住宅公園」の名称の使用に係る役務は、…商標法上の役務の内容及び政令で定める「商品および役務の区分」上の役務の取扱いを踏まえると、いずれも本件商標の指定役務である「商品の販売に関する情報の提供、建築物における来訪者の受付及び案内」に係る役務ではなく、不動産としての住宅の販売促進を目的とする、いわゆる広告の範疇に属する「複

(25) (東京高判平 13・10・11[平 12(行ケ)349]最高裁ホームページ(平成 21 年 8 月 4 日タウンロード))

数の住宅メーカー等の出展による住宅展示場の企画・運営・開催」(以下「住宅展示場の企画・運営・開催」という。)に係る役務と認められるものである。…本件商標は、商標法第3条第1項第2号、同第6号…の規定に違反して登録されたものということではできないから、同法第46条第1項の規定により、その登録は無効とすることができない。」と審決した。

原告は、商標法第3条第1項第2号又は同第6号の適用に関して、取消理由を審決は、「第35類の「商品の販売に関する情報の提供」にいう「商品」には、不動産としての建物(住宅等)や土地は含まれていない」と判断したが、これも恣意的であるとの商品概念の解釈の誤りを主張し、被告は、第35類の役務「商品の販売に関する情報の提供」における「商品」には、住宅メーカーが販売する、不動産としての住宅が含まれるべきである。そうすると、審決が、「商品の販売に関する情報の提供」における「商品」には、不動産としての住宅は含まれてはならず、不動産としての住宅はむしろ第36類の「建物又は土地の情報の提供」に含めて考えるべきであるとした点は誤りである。しかし、その点は審決の結論に影響を及ぼさないと反論した。

裁判所は「住宅展示場用に関する情報を提供するカタログ、チラシ等によれば、住宅展示場は、複数の住宅メーカー等の展示モデルハウスを集めて消費者に見学してもらって、モデルハウスの材質、構造、工法、間取り設計、扉、棚などの内装品、設備品の検討、商談を勧誘する場所を意味するものであることが認められる。本件指定役務である「商品の販売に関する情報の提供、建築物における来訪者の受付及び案内」に即してみると、展示モデルハウスを始めとして、内装、設備品の販売を企図する業者の販売活動に関する情報を消費者に提供するという役務と同時に、展示場のモデルハウス等に来訪する消費者に対する受付、案内の役務が、住宅展示場に関して展開されているものである。審決は、第36類の指定役務中に「建物又は土地の情報の提供」が規定されていることとの対比から、第35類の「商品の販売に関する情報の提供」にいう「商品」には、不動産としての建物(住宅等)や土地は含まれていないと解している。しかしながら、住宅展示場のモデルハウスは、建築を受注する可能性のある建物

の見本として並べられているものであり、不動産たる建物が商標法上の商品概念に含めて考えるか否かは別として、住宅展示場のモデルハウスが、本件指定役務の定義中において「販売に関する情報」の販売の対象となる「商品」に含まれないと解すべき根拠はないといわなければならない。」と判示し、住宅展示場のモデルハウスを役務「商品の販売に関する情報の提供」の商品と認定した。

v) ラ・ヴォーグ南青山事件<sup>(26)</sup>

これは不正競争防止法に関する事案である。東京地裁は「不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」とは、人の業務にかかる氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。ここにいう「商品」は、競争が行われることを前提としていることから、市場における流通が予定され、それ自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている、主として動産をいうものである。もっとも、不動産であっても、大量生産ないし大量供給が行われるマンション等の建築物は、実際に本件マンションも投資目的での購入を勧誘しているように、一般に市場における流通が予定されており、マンション自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている。よって、マンションは、商取引の目的となって市場における流通が予定され、それ自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている物として、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品」に該当するものと解される。

また、被告は、平成15年5月30日、「ラ・ヴォーグ南青山」につき第36類(建物の売買、建物の売買の代理又は媒介等)を指定役務として商標登録を受けている。被告は、他のマンションの名称についても商標登録を受け、また、大手の不動産業者がマンションの名称を同様に商標登録していることからしても、マンションの名称が商品等表示に該当しないとする理由はない。したがって、マンションの名称も商品等表示に該当し、マンションの名称として使用されている被告標章は、いずれも商品等表示に該当する。」と判示した。

(ハ) フリーペーパー(無料印刷物)

無料で配布される印刷物について最近では、R25事件<sup>(27)</sup>のように、当該雑誌の表紙及び裏表紙に本願商

(26) 東京地判平16・7・2[平15(ワ)27434]最高裁ホームページ(平成21年8月4日ダウンロード)

(27) R25事件は、拒絶査定不服審判の審決(不服2005-14225平成18年11月28日確定)であり、「R25」の表示を無料配布の雑誌に使用した事例である。無料雑誌は、「その収益が、広告収入で賄われていることから見れば、広告媒体としても機能し、請求人は、本願商標をその指定役務「広告」に使用しているとも認め得るものである。」と認定し、本願商標は、「その指定商品又は指定役務について、永年盛大に使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるに至ったものというのが相当である。」と判断され、使用結果による識別力発生を認められ登録された。

標と書体を含め同一の構成からなる商標「R 25」が表示され、本願商標が、本件雑誌の名称(題号)として表記されて使用されていると把握されるものであって、当該雑誌は、政治情報、ビジネス情報、スポーツ情報、芸能情報、商品販売情報、TV番組情報などのありとあらゆる情報の掲載に加え、著名人のインタビュー、著名作家による連載小説やエッセイ、漫画等々と広告記事から構成され、全体として、毎号50頁程度に編纂されており、掲載されている内容は、市販されている雑誌とおおむね同様のもので、無料配布の雑誌で、いわゆるフリーペーパーといわれているものが登場してきた。このようなものが商標法上の商品といえるかを問う事件も現れている。

i) 日曜夕刊事件<sup>(28)</sup>

本事案は不使用取消審判の審決取消訴訟の事件である。原告は、「日曜夕刊」の漢字を左から右に横書きして成り、第二六類「新聞」を指定商品とする登録第七三二二六七号の商標につき、その商標権者たる被告を被請求人として、不使用を理由とする商標登録取消の審判を請求したところ、特許庁は請求が成り立たない旨の審決をした。その審決理由は次の通りに要約できる。

「審判請求人(本件原告)の請求の理由は、本件登録商標は、継続して三年以上日本国内において、商標権者、専用使用権者及び通常使用権者のいずれによっても、その指定商品について使用されていないから、旧商標法第五〇条第一項の規定により、その登録を取消されるべきであるというにあるが、右商標不使用の事実については、その立証の責任がある請求人においてなんら挙証するところがなく、これを認めることができない。」

これに対して、裁判所は「被告は、東京都杉並区に店舗を設け、同区、世田谷区及び渋谷区の各一部の購読者を対象として朝日新聞の取次販売業を営むものであるが、本件商標の登録出願中の昭和四一年四月頃から登録後の昭和四四年九月半頃までの間、時には中断したりしながらも、概ね月三回位一般日刊紙の夕刊がない日曜日に、顧客に対するサービスのため、「朝日新聞和泉町専売所」の肩書を付した被告の発行名義をもつて、「日曜夕刊」と題し、既刊の朝日新聞に掲載された記事の中から再度読者に知らせたい事実を抜き出し、または、近所の面白いニュースを取り上げて記事とし、わら半紙の片面に謄写版刷りにした印刷物を毎

回五〇〇部位宛作製したうえ、店頭の新聞販売用スタンドに入れて置き、不特定多数の希望者に自由に取らせて無料で配布した。しかし、被告がその他に右商標を使用したことはない。また、被告は、右商標権について、昭和四四年九月一六日Bに対し、期間同日から昭和四七年八月末日まで、地域関東地域一円、対価一か月金五万円毎月一五日前払の約で専用使用権を設定したが、それは、夕刊日曜株式会社が「夕刊日曜」だんち版という名称の新聞を発行するについて本件商標権者たる被告から類似商標の使用として苦情が出ることを恐れ、その役員Bに依頼してその個人の資格で、専用使用権を取得させたものである。なお、同人はその後三回位にわたり株式会社サンデープレスから本件商標使用の対価名義で金二〇万円宛の支払を受けたが、それは、夕刊日曜株式会社の関係者の一部により設立された株式会社サンデープレスが同様に「夕刊日曜」だんち版という名称の新聞を発行するについて、本件商標権者たる被告から類似商標使用といわれたことを回避しようとしたものであること、そのような事情のため、夕刊日曜株式会社、株式会社サンデープレスは、両社とも「夕刊日曜」という名称の新聞を発行した事実はあるが、「日曜夕刊」という名の新聞を発行した事実はないこと、そして以上の他、本件商標権につき専用使用権者または通常使用権者は存在しないことを認めることができる。

被告が「日曜夕刊」なる印刷物を無料で配付したのは、被告の朝日新聞取次販売営業の顧客に対するサービスたるにすぎず、もとより、商取引としてなされたものとはいえず、したがって、右印刷物は商標法第二条にいう商品というに足りないから、これに本件商標の「日曜夕刊」という標章が附されたとはいえ、その配布をもつて右商標について右規定のいう「使用」に該当するものということとはできない。」と説示した。

本事案は、商標権者である新聞取次店では、夕刊のない日曜日に、顧客に対するサービスのために、過去のトピック記事や近所のニュースなどを掲載した新聞「日曜夕刊」を、謄写版で毎回500部程度印刷し、店頭スタンドに入れて無料で配布したというケースであり、裁判所は、無料で配布した印刷物は、「商品」とはいえないと判示した。フリーペーパーの魁のケースである。

(28) 東京高判昭和52.8.24 S50(行ケ)154 無体集9巻2号572頁

ii) 東京メトロ事件<sup>(29)</sup>

商標法50条1項に規定する商標登録取消審判事件である。原告は、「東京メトロ」の文字を標準文字で書してなり、平成14年1月18日に登録出願、第16類「新聞、雑誌」を指定商品として、同年10月4日に設定登録された登録第4609287号商標(以下、審決と同様に「本件商標」という。)の商標権者である。原告は、平成17年4月29日から5月にかけて、世田谷区内において、「とうきょうメトロ」創刊号を約8400部を無料で配布したこと(以下「使用事実1」という。)及び同年11月18日から12月上旬に、世田谷区内において、「とうきょうメトロ」第2号を約5000部を無料で配布した。「とうきょうメトロ」と題する無料で配布される新聞(以下、「本件新聞」という。)は、本件新聞に掲載された広告の収入により事業展開を行っているものであるから、本件新聞は、無料で配布されたものとみるのが相当である。そうすると、本件新聞は、他人の広告を掲載し、頒布するために用いられる印刷物にすぎないものであって、市場において独立して商取引の対象として流通に供されたものとは認められないから、本件審判の請求に係る指定商品「新聞、雑誌」のいずれにも含まれない商品というべきである。

被告は「商標法1条及び2条1項1号等の規定からみれば、商標法上の「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されることを目的として生産され、又は取引される有体物をいうと解すべきである。

本件新聞は、これに掲載する広告収入で経済的収支が成り立つもので、読者には無償で配布されているチラシの類というべきものであって、交換価値を有する商取引の目的物として一般市場の流通に向けられたものではないから、商標法上の「商品」には該当せず、指定商品としての「新聞」とはいえない。

商標法50条の適用において、「商標の使用」に当たするためには、商標を付す対象が商標法上の「商品」であることが前提であり、その商品について同法2条3項所定の行為が不特定多数の者に対してされて初めて「商標の使用」であるといえることができる。この場合において、必ずしもその商品が有償である必要はないが、本件新聞は無料で配布されるから、商取引の目的物として一般市場で流通に供されるものとはいえず、企業や商品等を宣伝・広告する単なるチラシの類にすぎないものとなるから、本件新聞が商標法上の商品である

「新聞」として認められるためには、有償であることが重要な要素となる。以上のとおり、本件商標は、指定商品である「新聞、雑誌」に使用されているのではなく、「広告」の役務に使用されているものである。」と反論した。

裁判所は「商標法には、「商品」を定義した規定はないが、商標法は商標による出所表示機能を保護するものであり(商標法1条)、商標登録が認められるのは、自己の業務に係る「商品」又は役務について使用する商標であり(同法3条1項)、また、不使用取消の対象となるのは、指定「商品」について使用がされなかった場合である(同法50条1項)。これらの規定からみれば、商標法上の「商品」といえるためには、商取引の対象であって、出所表示機能を保護する必要のあるものでなければならないと解される。上記のとおり、商標法上の「商品」は、商取引の対象であるから、商品が売買契約の目的物であるなど、対価と引換えに取引されるのが一般的である。しかし、「商取引」は、契約の種類が売買契約である場合に限られるものではなく、営利を目的として行われる様々な契約形態による場合が含まれ、対価と引換えに取引されなければ、商標法上の「商品」ではないということできない。取引を全体として観察して、「商品」を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りるものと解される。本件新聞のような無料紙は、配布先の読者からは対価を得ていないが、記事とともに掲載される広告については、広告主から広告料を得ており、これにより読者から購読料という対価を得なくても経費を賄い、利益が得られるようにしたビジネスモデルにおいて配布されるものである。したがって、読者との間では対価と引換えでないとしても、無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することによって広告主との間の契約の履行となるのである。現に、本件新聞の創刊号は広告依頼主に商品として納品されているのであり、このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するならば、商取引に供される商品に該当するといえることができる。商標法上の「商品」も「役務」と同様に、対価と直接交換されるものに限られない。無料紙の読者は、掲載された広告のみならず、記事にも注目している、あるいは、広告よりもむしろ記事に注目している場合があり、記事によって読者からの人気を得れば、広告が読者の目に止まる機会が増すことになり、広告主との関係でも広告媒体としての当該無料紙の価

(29) 東京高裁 平成19年(行ケ)第10008号 平成19年9月27日判決(最高裁ホームページ(平成21年8月4日ダウンロード))



値が高まる関係にある。このような関係が成り立つときに、同一又は類似の商標を付した無料紙が現れれば、ある無料紙が築き上げた信用にフリーライドされたり、希釈化されたりする事態も起こり得る。したがって、無料紙においても、付された商標による出所表示機能を保護する必要性があり、「商品」が読者との間で対価と引換えに交換されないことのみをもって、出所表示機能の保護を否定することはできない。本件新聞のような無料紙であっても、商取引の対象である商品であって、出所表示機能を保護する必要があるものといえることができるから、商標法上の「商品」に該当するといえることができる。したがって、記事とともに広告を掲載した無料紙に商標を付し、広告料収入によって経費を賄い、読者には無料で配布する行為は、「新聞」という指定商品についての商標の使用であるといえる。」と判示した。

iii) 十五屋事件<sup>(30)</sup>

本事案は、商品券について、商品の該当性が争われた事件であり、商品券が有価証券の一種であり、有価証券が商標法上の商品でないことが定説となりつつある中で、それとは反対の解釈を示した判決例である。

事実の概要は次の通りである。原告は、商号を「株式会社十五屋」として設立された婦人服ならびに附属雑貨の製作および販売等を業とする会社であり、指定商品を第三六類被服、手巾、釦鈕および装身用ピンの類として、「十五屋」なる商標の登録出願し、登録第四一九五三六号として登録された。

被告は、岐阜地方で商号を「合資会社十五屋洋品店」として設立された会社で、婦人服の販売を主たる業とし、被告は婦人服の販売について、店頭看板に「十五屋」「JUGOYA」の各標章を、フレンドサービスのサービス券・商品券およびレシートに「十五屋」の標章を、正札・領収書・包装紙・包装袋および包装箱に「JUGOYA」の標章をそれぞれ附し、右各標章を商標として使用している。

被告の販売している婦人服は原告の本件登録商標の指定商品の被服に含まれるものである。そして、被告が原告の本件登録商標の指定商品の販売について使用している右「十五屋」「JUGOYA」の各標章は、本件登録商標といずれも呼称、観念が同一であり、「十五屋」の標章は外観も類似しているから、被告の右各標章の使用は、商標法三七条の類似商標の使用に該当し、原告の商標権を侵害しているため、原告は同法三六条に

より被告に対しその使用の差止を請求した。

争点の一つは、被告が婦人服の販売について、「十五屋」「JUGOYA」の各標章を使用しているフレンドサービスのサービス券・商品券が、商品であるかという点である。

裁判所は、次の通りに判示した。

被告が昭和三二年七月二六日設立登記された会社であり、婦人服の販売を主たる業とするものであることおよび被告が、店頭看板に「十五屋」「JUGOYA」の各標章を、フレンドサービスと題するサービス券、商品券、レシートに「十五屋」の標章を、正札、領収書、包装紙、包装袋、包装箱に「JUGOYA」の標章をそれぞれ付している」…略…各表示を、被告方で婦人服を購入した消費者に対して交付するレシートに表示を、「フレンドサービス」と題するサービス券の表面に表示、右券の裏面に表示を、包装袋に各表示を、包装箱に表示を、正札に各表示を、包装紙に表示を、領収書に各表示を、被告の発行する商品券に表示を、それぞれ付している。」…「ところで、法二条一項は、「この法律で『商標』とは、文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合(以下「標章」という。)であつて、業として商品を生産し加工し証明し又は譲渡する者がその商品について使用するものをいう」と規定し、同条三項は、「この法律で標章について『使用』とは、次に掲げる行為をいう。商品又は商品の包装に標章を附する行為、商品又は商品の包装に標章を附したものを譲渡し引き渡し譲渡若しくは引渡のために展示し又は輸入する行為、商品に関する広告、定価表又は取引書類に標章を附して展示し、又は頒布する行為」と規定している。右各規定に照らすと看板、商品券、サービス券を除くその余のイ号標章は、法二条一項の標章に該当し、被告がこれらイ号標章を付する行為は同条三項にいう標章の使用に該当することは明らかである。」と説示し、「そこで、店頭正面看板、店頭蛍光灯看板、商品券、サービス券にイ号標章を付する所為について考えるに、商品券は、被告商品の購入券であり、被告の商品そのものではないが、被告商品を購入しうる権利が化体されたものであり、その意味において、商品券は同条にいう商品に包含されると解するのが相当である。してみると、商品券にイ号標章を付することは、同条三項一にいう標章の使用にあたり、したがって、商品券に付されたイ号標章は商標に該当すると解すべきである。」と説示し、「つぎに、

(30) 名古屋地判 S58・1・31S54(ワ)988(最高裁ホームページ(平成21年8月4日タウンロード))

サービス券は、被告商品を五〇〇〇円以上購入した者に対し交付される抽せん券であることが認められ、商品そのものではないが、被告商品購入者に対し、再度の購入を動機づけさせる目的を有することは明らかであるから、商品に対する広告的色彩を帯有していることは否定できず、したがって、右サービス券は同条三項三号の「商品に関する広告」にあたるものと解するのが相当である。してみると、右サービス券にイ号標章を付することは、同条三項三号所定の標章の使用に該当し、したがって、また右サービス券に付されたイ号標章は商標に該当すると解すべきである。」と判示した。

## (二) 飲食物

店内で提供され即時に消費される料理が商標法上の商品に該当するかを争点とした判決例を調査した。

### i) 流通性を欠くことを理由に商品該当性を否定した判決例

#### a) 中納言判決<sup>(31)</sup>

原告は、第32類、食肉、卵、食用水産物、野菜、果実、加工食料品について、商公昭55-56325号「中納言」の商標の商標権を有している。被告は昭和五六年五月から本件登録商標である「中納言」の名称を自己の営業の看板、料理、印刷物等に使用して営業していることに対して、原告は、商標権侵害として本訴を提起した。

裁判所は「商標法は「商品」の概念については特に定義してはいないけれども、商標は元来複数の出所からの商品の存在が予定される場において自己の商品を他から識別させるためのものであり、商標法は商標の有するこの商品識別機能を保護することによって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から(商標法一条参照)、商標法上の「商品」は本来的に流通性を有するものであることを予定しているものと解しなければならない。ところが、店内で飲食に供され即時に消費される料理は、提供者自身の支配する場屋内で提供されるものであるため、出所との結びつきは直接且つ明白であって、そこには他人のものとの識別を必要とする場は存在しないのであって、流通性は全くないものというべきである。したがって、飲食店内で顧客に提供される料理は商標法上の「商品」には該当しないものと解するのが相当である。」と判示した。

本事例は、料理店の店内で提供される料理は、出所との結びつきが直接かつ明白であり、他人のものとの識別を必要とする場はなく、流通性はないとの理由で「商品」に該当しないと判断した。

#### b) 後楽一審事件<sup>(32)</sup>

事実の概要は次の通りである。原告は、指定商品第三二類、うどんめん、そばめん、中華そばめんについて、漢字で縦に「後楽」と書き、「コウラク」と称呼する文字商標の商標権者である。被告は、中華そばを製造し、これを被告直営の食堂(以下、直営店という。)において食用に供しうる状態にして販売し、又被告とフランチャイズ加盟契約を締結したチェーン店に生そばを販売する会社であるが、本件登録商標の指定商品に該当する為中華そばの販売に関し、被告中華そば製造工場の看板、被告直営店の看板及びのれん、被告中華そば運搬用車輻の車体、その他被告の製造、販売する中華そばに関する広告、並びに被告直営店の定価表、被告とチェーン店との間の取引に関する納品書、請求書、受取証、契約書その他の取引書類に(イ)ないし(ニ)号標章を附して展示又は頒布する行為をし、又チェーン店に対し看板のれん、定価表に右(イ)ないし(ニ)号標章を附して展示、頒布することを推奨している。(イ)ないし(ニ)号標章は、原告の保有する本件登録商標と類似する。そして、被告が中華そばを製造し、これを被告の直営店において食用に供しうる状態にして販売し、右中華そばに関し(ニ)号標章を使用していること、被告とフランチャイズ加盟契約を締結したチェーン店に対し、その販売する中華店舗での右提供には建物設備のサービスや味付も加わるが、結局は中心となる飲食物の売買に主目的があるから、飲食店舗における商標使用も、そばの販売についての商標使用とみるべきものである。」と主張した。

裁判所は「被告は従来家具販売業等を事業目的としていたが、昭和四〇年一二月ころ岡山市下之町のすわきビル新築落成を機に、右ビル地階において後楽そばまたはすわき後楽そばの名称により中華そば飲食店の営業を開始し、昭和四四年一月ころまでに訴外有限会社富士麵業より生麵を仕入れて右営業を行ってきたこと、被告は同年に至り直営店の外、独立採算により、被告中華そばの飲食販売を希望する者を募集し、被告において選考の上加入を認めた者との間にフランチャイズ加盟契約を締結し、被告本部において営業、サー

(31) 大阪地判昭和61・12・25無休集18巻3号599頁

(32) 岡山地判昭和56・6・11昭48(ワ)第24号昭56.6.11判決判例不正競争法2502/160/2頁

ビス方法等の指導を行い、統一した商号、サービス、マーク等及びこれらの入った器具を使用し、統一した店舗イメージによりチェーン店を展開する、所謂フランチャイズ・チェーンシステムを採用し、右事業の拡大を計ったこと。即ち被告は、チェーン店に対し、開店に当り被告中華そばの調理技術、サービス、営業方法について一定期間の研修を行ない、品質規格の統一をはかるとともに、チェーン店が中華そばを調理、販売するのに必要な材料である、麺、スープ、たれ、焼肉、支那竹等(以下、単に中華そば材料という。)を、各前日までの注文食数に応じて(本部玉柏工場(昭和四六年以降は吉備工場)で製造の上、セットで一括供給、(麺玉の数量を基準にしてそれに相応する分量のたれ、スープ[これらは一食当り月何ccと定められている。]焼肉、支那竹[これらは一食当り何グラムと定められている。])を供給)し、チェーン店は、全て店頭で「すわき後楽中華そば〇〇店」の名称を表示することを義務づけられ、かつ被告から購入した中華そば材料を調理・加工して販売することに専念し、麺だけを売るなど材料のまま他に転売したり、また出前をすることも品質維持の観点から原則的に禁止され、被告もフランチャイズ契約の趣旨から、直営店及びチェーン店以外に中華そば材料の供給をしないこと。広告、宣伝についても被告は、チェーン店の統一イメージの維持のため、加盟店と共同し、被告本部において行なうのを原則としたこと。そこで被告本部は、直営店及びチェーン店の看板のれん、定価表に(イ)ないし(ニ)号標章を、吉備工場の看板にすわき後楽中華そば岡山吉備本部工場と表示して(ニ)号標章を、右工場から直営店及びチェーン店への運搬車両に(ニ)号標章(中華そば材料等はもろぶたや袋等に詰めて運搬車で運ばれたが、右もろぶたや袋には(イ)ないし(ニ)号標章等は附されていない。)をそれぞれ附させる他、被告とチェーン店との契約書、納品書にもすわき後楽中華そばフランチャイズチェーン、または同本部と表示し、その外領収書にも同様に(ニ)号標章(請求書に(イ)ないし(ニ)号標章が附されていたことを認めるに足る証拠はない。)を、並びに直営店及びチェーン店名を連鎖状に表示した新聞広告に(ハ)及び(ニ)号標章をそれぞれ附していること。」との事実を認定して、「被告及びチェーン店の各標章使用行為が本件商標権の侵害に当るか否かを検討する。

ところで、商標は商品について使用される標章であって(商標法二条一項)、自他商品の識別機能をその本質とし、右商標保護の本質的は商品取引秩序の維持

を図ることにあるから、右商品とは商取引の対象となるものであつて、かつそれ自体流過程にのせられ、転々流通するものであることを要し、食堂における飲食物の提供のように、右店舗において消費されるものについては商標法上の商品には当たらないと解するを相当とする。これを本件についてみるに、被告の直営店及びチェーン店が営む中華そばの販売は、右店舗において、麺にスープ、たれ、焼肉、支那竹等を調理し、直ちに食しうる状態にして来客の飲食に供し、右材料を個別に来客に販売することも行なわれていないから、飲食物が直接提供者から需要者に供給、消費されるものであつて、右商品とは云い難い。従って、直営店及びチェーン店ののれん看板、その他の広告(相場新聞広告は直営店、チェーン店の飲食店としての広告をなすものと認められる。)または定価表に(イ)ないし(ニ)号標章を附して展示し、もつて使用しても、これは商標の使用には当たらないから、まず原告主張の、被告の右各標章使用及びチェーン店に対する右推奨行為につき本件商標権に基づく差止請求が理由のないことは明らかである。特許庁工業所有権相談所の回答は、原告代理人の、中華そばを商品として販売することを前提とする、右商品区分の照会に対するものであるから、何ら右認定の支障となるものではない。)

そこで被告のその余の各標章使用行為について検討をすすめるに、…証人秋山佳宏、同諸岡文晴の各証言を総合すると、被告は前掲昭和四〇年の飲食店開業時より営業所の名称、屋号または商号としてすわき後楽そばの表示により営業許可を得ており、被告フランチャイズチェーンについてもすわき後楽中華そばの名称を冠していること、同四八年二月にすわき後楽中華そばの商号登記をなしたことが認められ、他に右認定に反する証拠はない。そして前掲認定の直営店及びチェーン店は自己店舗において使用する中華そば材料のすべてにつき、被告本社工場より供給を受け、他からの購入は一切許されず、一方被告も右各店舗からの注文食数により、毎日必要な数量の右材料等を製造、供給するのみで、直営店及びチェーン店以外の一般店舗への右材料の販売は行わず、右工場はいわば、被告フランチャイズチェーン組織内の自己消費用の中華そば材料等の製造、販売を行っているに過ぎない事実及び後述の事実を合わせて考えると、まず契約書、納品書等に附されている(ニ)号標章は、前記被告の飲食店開業時より屋号に準ずるものとして使用、順次形成された、すわき後楽中華そばの呼称を冠して、被告フランチャイズチェーンの名称とし、同契約書(乙第一二号

証)に同フランチャイズチェーン加盟契約等と表示し、納品書(甲第一五号証目録(チ)には同フランチャイズチェーン本部と表示するなど右は被告会社事業主体を表示しているものと解すべく、原告の本件登録商標の指定商品たる中華そば麵に関しその商品標として使用されたものと解することはできない。

さらに被告は、吉備工場の看板及び運搬車両に(ニ)号標章を附して展示しているところ、…証人諸岡文晴の証言によると、被告直営店、チェーン店の各店頭には前掲各標章と合わせ、被告フランチャイズチェーンの統一店舗イメージを表現するため、本部指定の仕様規格により掲示がされている、中国服の子供が中華そばの入ったどんぶりを両手に抱えた所謂後楽坊やと称する人形のマスコット及び「味で勝負する!」との宣伝文句が常に記載、表示されているところ、右看板及び車体にも(ニ)号標章の外、右マスコット人形及び宣伝文句が同一形式により表示されていることが認められ、右はまさに被告直営店、チェーン店において飲食提供される中華そばの広告のため使用されているとみざるを得ず(吉備工場看板については同岡山吉備本部工場であることも表示するもの)、そうだとすると前記説示のとおり右標章の使用は商品についての使用とはいえないものである。以上の次第で、被告の(イ)ないし(ニ)号標章の使用及び右推奨行為はいずれの観点からみても本件商標権に抵触するものではなく、従って何ら侵害行為に当たらないというべきである。」と判示した。

c) この範疇に属するその他の判決例はつぎのものがある。

(1) 天一一审事件 東京地判昭和62・4・27無体集19巻1号116頁

(2) 天一二審事件 東京高判昭和63・3・29無体集20巻1号98頁

(3) POWER STATION 一審事件 東京地判平成5・6・23判工所[2期]7007の7頁

(4) POWER STATION 二審事件 東京高判平成6・10・26判工所[2期]7007の17頁

ii) 店舗で飲食した顧客からの注文で持ち帰り用として提供される折詰の商品該当性を否定した判決例

(a) 天一一审事件<sup>(33)</sup>

原告は、指定商品旧第四五類他類に属せざる資料及び加味品について「天一」の文字を縦書きに墨書した本件登録商標の商標権者である。

被告は、天ぷら及び折詰料理の容器に「天一」、同紙

袋に被告標章「天一」、同箸袋に被告標章「天一/Tenichi」を附して、天ぷら及び折詰料理を、その店舗において提供し若しくは持帰り用として、これを販売し、又は販売のため展示していた。被告は被告標章を附した天ぷら及び折詰料理の容器、包装紙、箸袋、広告を所有しており、これらは本件登録商標と称呼、觀念において同一であった。しかし、指定商品については、議論があり、原告は、「被告が販売している天ぷら及び折詰料理は、本件商標権の指定商品に属する。」と主張し、その理由を次のように述べた。

折詰料理が食料品及び加味品に属するか否かの点について、「本件商標権の指定商品である「旧第四五類他類に属せざる食料品及び加味品」の類似商品例集の「寿司、弁当」については、昭和三一年の改定により「料理の折詰を含む」との括弧書が加えられており、折詰料理が右指定商品に属することは明らかであり、被告が持帰り用に販売している天ぷらは加工食品として右指定食品に属する。」とし、天ぷら料理については、「被告がその店舗において提供する天ぷら料理は、無形のサービスではなく、ショーウィンドーに陳列され、あるいは価格表に表示されて特定された有形の物品であり、それは交換を目的として生産され、それ自身使用価値を有する有体動産、すなわち商品である。したがって被告の店舗において提供、販売される天ぷら料理も右指定商品に属する。」ことを根拠とした。これらを理由として「原告は、被告に対し、これらの行為が本件商標権の侵害となるとして本訴を提起した」事案である。

これに対して、裁判所は、「被告は、群馬県太田市の和食料理店又はその宴会場において顧客に対し和食料理を提供しているが、同店舗の看板には被告標章(2)、及び同標章(3)中の「天一」を縦書きに墨書した部分を附し、その箸袋には被告標章(4)を、サービスマッチには同標章(3)を附していること、また、被告は右店舗において飲食した顧客から特に注文された場合、例外的に和食料理を一人前ないし数人前折り箱に詰めて持帰り用として有償で提供したり、宴会での料理の残り物を折り箱に入れて顧客に持ち帰らせることが時折あるが、その際に使用する折り箱に被告標章(1)、(2)を、紙袋に被告標章(3)を附していることが認められる。しかしながら、右以外の態様での販売、例えば折詰料理を店頭で継続的又は反復的に販売する等の行為を業として行なっていることを認める

(33) 東京地判昭和62・4・27無体集19巻1号116頁

に足りる証拠はない。

ところで、商標法における商品とは、一般市場で交換されることを目的として生産される有体動産等をいうと解されるところ、和食料理店又はその宴会場において有償で提供される料理及び同料理店で顧客の注文により持帰り用に有償で提供される料理の折詰、更に宴会料理の残り物を入れた折詰は、いずれも市場において交換することを目的として生産されるものではないことは明らかであるから、商標法にいう商品には当たらない。してみれば、被告が前記の態様で包装容器、広告に被告標章を附しているとしても、それはいずれも被告の営業表示としての使用であり、商品についての使用ということとはできない。よつて、原告の本件商標権に基づく請求はその余の点について判断するまでもなく理由がない。」として原告の主張を退けた。

本事案の控訴審においても店舗で飲食した顧客からの注文で持ち帰り用として提供される折詰の商品該当性が否定された<sup>(34)</sup>。

iii) 飲食店内提供の料理と来店一般客に店頭販売される料理の商品該当性を肯定した判決例

(a) 東天紅一審事件<sup>(35)</sup>

原告は指定商品第三二類食肉、卵、食用水産物、野菜、果実、加工食料品(他の類に属するものを除く)について、「東天紅」の本件商標の商標権者である。被告は、昭和四七年に設立され、肩書地において中華料理の飲食業を営みこれに附帯して、「ぎょうざ」「しゅうまい」等の中華食料品の本件商品を右店舗において販売している有限会社である。被告は、遅くとも昭和五九年四月から本件商品を、紙製の包装箱に入れ「東天紅」の標章を印刷したレツテルを貼付して、販売しており、また、東天紅本店標章を付した本件商品に関する広告用チラシを印刷し、遅くとも昭和五九年四月から、被告店舗等において、顧客に頒布している。被告は、昭和四七年ころから、右被告肩書地所在の店舗において本件商品、おせち料理を販売しているが、右店舗の二階部分に宮殿を模した広告塔を設置し、これに「東天紅」なる文字からなる別紙図面の文字板を付したうえ、「東天紅」なる文字を付した同図面の文字看板を掲げ、さらに同店舗の同図面ひさし型テント部分には「東天紅本店」の文字を付している。これらの「東天紅」の標章を被告が使用する行為が、原告の商標の使用行為に該当し、原告の商標権を侵害するとして本訴

が提起された事案である。

裁判所は「商標法三七条一号にいう商標の使用とは、商品の同一性を表示するための識別標識(標章)を、商品又は商品の包装に附し、これを譲渡若しくは、引渡し、又は譲渡若しくは引渡しのために展示又は輸入し、商品に関する広告、定価表又は取引書類に右標章を附して展示し又は頒布する行為を指称するものと解され(商標法二条三項)、商人が自己を表示するために用いる商号であっても、右の商品の同一性を表示するための識別標識(標章)として右態様にて用いられる場合は、これを商標の使用というべきである。」と説示し、そこで、前記…各行為についてこれをみると、「本件商品を紙製の包装箱に入れイ一号標章を印刷したレツテルを貼付して販売する行為及びイ二号標章を附した本件商品に関する広告用チラシを印刷し顧客に頒布する行為がイ一号標章、イ二号標章を商標として使用するものであることは明らかであり、また被告肩書地所在の店舗(本件商品、おせち料理を右店舗において販売している。)の二階部分に宮殿を模した広告塔を設置し、これに「東天紅」なる文字からなる別紙図面(2)の文字板を付し、「東天紅」なる文字を付した同図面(1)の文字看板を掲げ、同店舗の同図面(3)のひさし型テント部分に「東天紅本店」の文字を付する行為(前記2(三)の行為)は、右店舗において本件商品を販売している以上、右「東天紅」及び「東天紅本店」なる文字が、いずれも本件商品の同一性を表示するための識別標識(標章)としての機能を有するものと認めるのが相当であるから、右は、本件商品に関する広告に標章を付して展示した行為(商標法二条三項三号)に当たり、これも商標の使用に該当するものというべきである。」と判示した。この判決は直接、商標法上の商品の該当性を審理していないが、侵害の成否の結論を判断する前提として、飲食店内提供の料理と来店一般客に店頭販売される料理の商品該当性を肯定したというべき事例である。

(b) 同様な範疇に属する事例として次の判決例がある。

- (1) 東天紅二審事件 名古屋高判昭和61・5・14 無体集18巻2号129頁〔同二審〕
- (2) 廻る元禄寿司事件 大阪地判平成1・10・29 無体集21巻3号776頁
- (3) 祇園平八一審事件 東京高判平成2・3・28判

(34) 天一二審事件 東京高判昭和63・3・29 無体集20巻1号98頁)

(35) 名古屋地判昭和60・7・26 無体集17巻2号333頁

時 1358 号 132 頁

(4) 祇園平八 最高裁事件 最判平成 4・6・26 判工所[2期]8491 の 114 頁維持

(5) 祇園平八東京高判事件 平成 3・8・20 判工所[2期]8491 の 108 頁

iv) 店内で即時消費の中華そばの原材料に類似商標が付された事案で、指定商品である中華そば麵にも使用されていると評価して、商標権侵害を肯定した判決例。

(a) 後楽二審事件<sup>(36)</sup>

店内で提供され即時に消費される中華そばに類似商標が付されており、類似商標は原材料であり指定商品である中華そば麵にも使用されていると認定して、商標権侵害を肯定した判決である。

(b) 後楽最高裁事件<sup>(37)</sup>

最高裁は「店舗内の飲食のための中華そばが標章によって特色を表示するに至っている場合には、指定商品たる「中華そばめん」についての商標の使用に当たるとした控訴審の判断は、その適法に確定した事実関係のもとにおいて正当として是認することができる」とし、控訴審判決を支持した。

v) その他の事例

(a) マイスター・バーガー袋事件<sup>(38)</sup>

第 30 類「菓子、パン」についての登録商標「マイスター/MEISTER」に対する不使用審判審決において、焼き立てパンを入れて販売したと主張したハンバーガー、ホットドッグを入れるバーガー袋と称される紙袋への本件商標の表示が、指定商品についての使用にはならないとして当該登録商標を取り消した審決に対する取消訴訟事件である。いわゆる「ハンバーガーなどの店」において、販売される菓子、パンが店内で飲食される場合にも商品に該当する、とされた。

(b) 平八事件<sup>(39)</sup>

本件は不使用取消審判の審決取消訴訟事件である。被告商標権者は「料理店「祇園平八」本店の「持ち帰りコーナー」において、昭和 54 年秋ごろから昭和 56 年 10 月頃までの間「うどんめん」を折り箱あるいはへぎに詰めたものが持ち帰り商品として一般の顧客に販売されていた。その結果、商品についての使用があったと認定された。

しかし、料理店で持帰り用に有償で提供されるものについて流通性の観点からの判断はなされていない。

(c) パワーステーション事件<sup>(40)</sup>

第 32 類「食肉、卵・食用水産物、野菜、果実、加工食料品(他の類に属するものを除く)」に「パワーステーション」の登録商標を有し、石油販売、レジャーライフショップを営むものが、「POWER STATION」の名称で音楽レストランを経営し「POWER STATION」の文字を含む標章を付した容器に入れたホットドッグ、ハンバーガー等を提供していた者に対し、商標権侵害を主張した事件である。

裁判所は、「被告の本件レストランに入場した客が本件食料品を購入しようとする場合、B1 フロアー、B2 フロアーのカウンターで、自己の希望するものを注文し、店員から、…標章を付した透明なプラスチック製の容器又は紙箱に入った本件食料品を受け取って代金を払う。被告らは、本件レストランにチケットを買って入場した客以外には、本件食料品を売らず、客が、本件食料品を持ち帰ることを予定していないので、そのための紙袋や包装袋も用意してなく、また、店員が客の注文を聞く際に、客に持ち帰りかその場で食べるかを確認することもしていない。客が購入した本件食料品を持ち帰ることは禁止していないが、ほとんど全ての客が本件レストラン内において本件食料品を喫食しており、店外に持ち出すもの皆無に近いのが実情である。

コンサートのチケットを買って入場した客が、その場で食べて消費するものとして調理し、販売しているものは、一般市場で流通に供されることを目的として販売されるものではないから、本条 3 項にいう「商品」には該当しない。」と判示した。

(ホ) 印刷物

i) タケダ折り紙事件<sup>(41)</sup>

「紙製品」を指定商品とし、タケダのウロコマークとして知られる図形登録商標の更新登録出願の際に提出された折り紙の商品性が争われた事案である。

商標権者の武田薬品工業(株)は、「当該商標権について通常使用権を許諾し、使用権者が折り紙を製造し、タケダ会の登録薬局に対して有償で販売しているので、折り紙は商品である。」と主張した。判決は、「商標法

(36) 広島高岡山支判昭和 61・6・18 判例不正競争法 2502/330 頁

(37) 最判昭和 62・6・18 判工所 2853 の 204 頁[同上告審]維持

(38) 東京高判平成 1・8・16 判時 1333 号 151 頁、上告審は最判平成 2・7・3 判工所[2期]8491 の 84 頁

(39) 東高裁平 3(行ケ)44 号 平成 3 年 8 月 20 日判決 判例時報 1358 号 132 頁

(40) 東京地裁平 3(ワ)6944 号 平成 5 年 6 月 23 日判決 判工所[2期]7007 の 7-16 頁

(41) 拒絶審決取消請求事件 東京高判 H1(行ケ)139 平成 1.11.7 無体集 21 巻 3 号 832 頁

上の「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち一般市場で流通に供されることを目的として生産され、取引される有体物である、と定義した。その上で、「原告折り紙は、タケダ会の登録薬局という特定の者に対して、薬品等の販売とともに顧客に無償配布されるという特定目的のもとに引き渡されるのであって、一般市場で流通に供することを目的とした有体物ではない。」と判示した。

ii) テキストブック事件<sup>(42)</sup>

本件は商標権更新登録制度が存在していた時代の事案であり、使用証明書の提出としてテキストブックが商品に当たるか争点となった。

裁判所は「商標法において商標とは…中略…使用される自己の特定の商品を他の商品から識別する、すなわち、商標の付された商品の出所を表示するためのものである。…中略…商標法における『商品』とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されることを目的として生産され又は取引される有体物をいい、…中略…本件テキストブックが本文僅か B4 版 1 枚の発行年月日、発行者(又は販売者)、価格等が全く記載されていない前記認定内容の印刷物であることからすれば、これが一般市場で流通に供されていることを目的として生産され又は取引されたと認めることができる特別な事情がない限り、本件テキストブックを商標法上の商品ということとはできない。」と判示した。

iii) ビックサクセス事件<sup>(43)</sup>

「印刷物」を指定商品とする登録商標「ビックサクセス」に対して不使用取消審判が請求された事案である。原告商標権者は、使用証拠として「スポー吹矢ダーツ乙セット」として販売されている「ガイドブック」を提出した。判決は、本件ガイドブックは、「スポー吹矢ダーツ・セット」(定価 29,732 円)の一部として販売されているが、他の商品とセットで販売されていたとしても、原告が販売している以上「印刷物」という「商品」である、ガイドブックの奥付には、発行日、発行者、印刷会社、定価 300 円の記載がある。」として原告商標の使用の事実を認めた。

iv) 天道礼儀図形事件<sup>(44)</sup>

「印刷物」を指定商品とする図形登録商標に対して不使用取消審判が請求された事案である。

判決は、「使用証拠として提出された宗教団体の信者を対象とする解説書ないし教材は、一般書店において販売されるものでなくとも、信者以外に興味をもった不特定多数の者に、インターネット等の通信販売などの経路を通じて譲渡の対象となり得るものは「商品」である。」と判示し、登録を維持する審決を支持した。

商品性については常識的な結論と考えられる。しかし、「商標の使用態様に関して、本件登録商標が、解説書の表表紙ではなく、裏表紙のみに表示されているところ、裏表紙の中央に明瞭に表示されて居り、本件商標が本件各冊子を発行する者の自他商品識別標識として使用されている。」と判断した点は、注目すべきであろう。

v) TOTALENGLISH 事件<sup>(45)</sup>

「新聞、雑誌」を指定商品とする登録商標「TOTALENGLISH」に対して不使用取消審判が請求された事案である。被告商標権者が使用証拠として提出した印刷物に関して判決は、「本件刊行物は中学用英語教科書を採用している教師を対象に、事実上無償で配布される指導用資料であり、一般の書店で市販はされていないものの、出版社の営業部員に電話等で直接購入することが可能であるので、「商品」である。なお、裏表紙には、発行所の住所名称、営業部の電話番号、定価 100 円と表示され、定期的に刊行されている雑誌である。」と認定し登録を維持する審決を支持している。

② 判決例に対する評価

販促品に関し、趣味の会事件では、商品とは商取引の目的物であって、その商取引における商品としての交換価値を有するものである。物品の頒布及び印刷物の配付は、物品販売の方法及びその宣伝方法に過ぎず、交換価値が認められない。商取引の目的物と交換価値の有無を基準として判断し、パンフレットなどの無償配布品が商品ではないと解した。

BOSS 事件においては、宣伝広告及び販売促進用の物品に商標を附する場合には、商取引の目的物である「商品」は宣伝広告の対象となっている物品を指すものというべきである。商品とは商品それ自体を指し商品の包装や商品に関する広告等は含まない。ある物品がそれ自体独立の商品であるか、それとも他の商品の包装物又は広告媒体等であるにすぎないか否かは、そ

(42) 商標権更新出願拒絶審判取消請求事件 東高平 2 (行ケ) 第 272 号 平 3.3.28. 判決

(43) 不使用取消審決 東高判 H12・4・27H11 (行ケ) 183 最高裁ホームページ (最終検索) 平成 21 年 8 月 25 日

(44) 東高判 H15・5・20 H15 (行ケ) 14 最高裁ホームページ (最終検索) 平成 21 年 8 月 25 日

(45) 東高判 H14・6・20 H14 (行ケ) 43 最高裁ホームページ (最終検索) 平成 21 年 8 月 25 日

の物品がそれ自体交換価値を有し独立の商取引の目的物とされているものであるか否かによって判定すべきものである。この基準は趣味の会事件と同じである。そして、右Tシャツ等は、それ自体が独立の商取引の目的物たる商品ではなく、商品たる電子楽器の単なる広告媒体にすぎないものと認めるのが相当であると判断し、主商品の電子ギターなどの楽器は、本件商標の指定商品が第一七類、被服、布製身回品、寝具類であるから、商標権に係る指定商品又はこれに類似する商品といえないと判断した。

木馬座事件では、「被告の行う営業は、ぬいぐるみ人形劇というサービスを提供して、その対価を得ることを内容とするものであり、そのサービス自体はいわば無形の利益であるから、商標法上という商品には該当しないというべきである。」とし、「その宣伝、広告のためのポスター及びちらし、その観劇申込のための観劇申込封筒、その案内、解説のためのパンフレット及びプログラムは、いずれも右のとおり被告によるぬいぐるみ人形劇の宣伝、案内等の利用に供されているものであり、それ自体が独自に商取引の対象として流通性を有しているものと認めることはできない。」とした。商標法上の商品は、無償のものは成立せず、それ自体が独自に商取引の対象として流通性を有することを基準とした。

不動産に関するダイダラザウルス事件において、判決は、「商品は社会通念上の概念であり、社会の取引状況を観察して決すべき相対的な概念であるから、新たに造成された土地、あるいは建売住宅や組立家屋などが定型化し代替性ある商品として取引されるような状況のもとにおいては、このような物件も商標法にいう商品に含ませて差支ないことも考えられる。」との判示部分は不動産も商標上の商品と解し得るとのはじめての解釈を示したものであり、商品論の初期の議論として注目すべきことである。しながらも、その上で裁判所は「商標を附すべき対象物件、すなわち商品とは、「一般取引の対象として流通性を有する代替的な有体動産と解すべきである。」と述べた。流通性は代替性があれば充足すると判断したものである。有体動産は従来から不動産を排除する基準として採用したと考えられる。この基準からすれば、ジェットコースター類似の走行機施設は、万国博覧会入場者の娯楽に供するための施設たる土地の定着物であり、不可動物とみるべきであること、特殊目的のもとに構築された独特のもので、代替性が認められず、「ダイダラザウルス」の名称によって取引の対象として市場に流通すべき状態に

置かれているとは到底認めることができないから商標法にいう商品ではないと判断する結論を導いた。

ハーモナイザーズ八尾事件は、指定商品である家具等の商品と分譲マンションの販売の役務とが類似すると商品と役務の類似関係が成立することを認定した最初の事案である。

ヴィラージュ事件では、「本件マンションないし本件各住居は顧客が支払う金銭と直接の対価関係に立つものであって、本件各住居の所有権こそが被告と顧客との間の契約の対象であり、本件売買において、本件各住居の所有権移転の外に顧客に対して提供されるべき役務は存在しない。分譲マンションや建売住宅は、地理的利便性、間取り等においてほぼ同等の条件を備えた、互いに競合するものが多数供給され得るものである。このように造成地、建物等の不動産であっても、市場における販売に供されることを予定して生産され、市場において取引される有体物であると認めることができるものであって、これに付された標章によってその出所が表示されるという性質を備えていると解することができるから、これらもまた商標法によって保護されるべき「商品」に該当するものと判断した。この判断は、ダイダラザウルス事件の判断と真逆となった。しかし、それは、認定事実の相異に基づく結果に過ぎないと考えられる。

ヴィラージュ事件一審事件では不動産の商品性が肯定されたけれども、ヴィラージュ控訴審事件ではマンションの商品性の判断を回避し、「マンションの販売は建物の売買という役務に該当する。」としたのは不動産が商品に該当する否かについての商標法上の商品概念の議論に決着をもたらすことができなかった。

住宅公園事件では、「不動産たる建物が商標法上の商品概念に含めて考えるか否かは別として、住宅展示場のモデルハウスが、本件指定役務の定義中であって「販売に関する情報」の販売の対象となる「商品」に含まれないと解すべき根拠はないといわなければならない。」と解し、不動産たる建物が販売の対象となる「商品」に含まれる。」と判示した。しかし、建物の売買という役務の対象となる不動産は商標法の商品の決定基準に直接適用できないと解される。

ラ・ヴォーグ南青山事件では、「商品は、市場における流通が予定され、それ自体に表示を使用してその出所が識別される性質を備えている、主として動産をいうものである。」とし、出所の識別機能を備えていることを初めて採用した点は評価できる。その上で、マンションは、流通予定されているものであり、不動産



も、大量生産ないし大量供給がなされ、表示によって、出所が識別される性質備えている物である。」と判断したことは、不動産が商品に該当するとの肯定説を支持するものである。

フリーペーパー(無料印刷物)に関し、日曜夕刊事件では、被告が「日曜夕刊」なる印刷物を無料で配付したのは、被告の朝日新聞取次販売営業の顧客に対するサービスたるにすぎず、もとより、商取引としてなされたものとはいえず、商品というに足りない。」として、無償配布を理由に商品性を否定し、商品成立には有償であることを示した。

東京メトロ事件は、「商標法上の「商品」といえるためには、商取引の対象であって、出所表示機能を保護する必要のあるものでなければならぬと解される。」とし、出所表示機能を保護する必要のあるものという要件を不正競争防止法の事件ではなく、商標法の事件において初めて採用したことは評価したい。その上で、商標法上の「商品」は、商取引の対象であるから、取引を全体として観察して、「商品」を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りると解し、商取引の態様を精査し、「本件新聞のような無料紙は、配布先の読者からは対価を得ていないが、記事とともに掲載される広告については、広告主から広告料を得ており、これにより読者から購読料という対価を得なくても経費を賄い、利益が得られるようにしたビジネスモデルにおいて配布されるものである。したがって、読者との間では対価と引換えでないとしても、無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することによって広告主との間の契約の履行となるのである。このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するならば、商取引に供される商品に該当する」と判示した。商標法上の「商品」が対価と間接に交換される場合も成立することを認め、直接交換されるものに限られないと判示したことは新しい判断であった。

十五屋事件では、商品券は、商品の購入券であり、商品そのものではないが、被告商品を購入しうる権利が化体されたものであり、商品を購入しうるという意味において、商品券は同条にいう商品に包含されると解するのが相当であると解したのではないだろうか。サービス券は、抽せん券であり商品購入者に対し、再度の購入を動機づけさせる目的を有するから、商品に対する広告的色彩を帯有しているから「商品に関する広告」にあたり商品性を否定したと解する。

飲食物に関する中納言判決等においては有償性がある料理が流通性を欠くことを理由に商品該当性を否定

した。天一一審事件等では、店舗で飲食した顧客からの注文で持ち帰り用として提供される有償の折詰の料理品は商品該当性が否定された。東天紅一審事件等では、飲食店内で提供された料理と来店した一般客に店頭で販売される有償の料理について、その商品該当性が肯定された。いずれも1991年の役務商標登録制度の導入以前の事件であるから、役務商標登録制度の導入された現在では、役務商標として登録すれば、料理を商品商標として登録する必要はない。しかして、料理に関して商品性の議論は不要なのであろうか。

印刷物に関して、タケダ折り紙事件では、「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち一般市場で流通に供されることを目的として生産され、取引される有体物であり、折り紙は、無償配布されるという特定目的のもとに引き渡されるのであって、一般市場で流通に供することを目的とした有体物ではない。

テキストブック事件では、「商標法における「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されることを目的として生産され又は取引される有体物をいう。本件テキストブックが本文僅かB4版1枚の発行年月日、発行者(又は販売者)、価格等が全く記載されていないから特別の事情がない限り、本件テキストブックを商標法上の商品ということとはできない。」とし、商取引目的物、流通性、有体物を判断基準としている。ピクサクセス事件では、「ガイドブック」の奥付には、発行日、発行者、印刷会社、定価300円の記載があり、原告が販売している以上「印刷物」という「商品」である。」とし、販売を基準とした。天道礼儀図形事件では、「宗教団体の信者を対象とする解説書ないし教材は譲渡の対象となり得るものであるから「商品」である。」とし、譲渡を基準とした。

TOTALENGLISH事件は、「無償で配布される指導用資料は、裏表紙には、発行所の住所名称、営業部の電話番号、定価100円と表示され、定期的に刊行されている雑誌である。一般の書店で市販はされていないものの、出版社の営業部員に電話等で直接購入することが可能であるので、「商品」である。」とし、直接購入可能性を基準とした。このように印刷物に関して、印刷物自体が取引の目的物としての体をなしているか否かと有償譲渡ができるものか否かが重要な基準となっていたことが理解できる。

### ③ 支配的な学説

現在における支配的で伝統的な学説を検討する。

明治時代から昭和時代にわたって長らく支持されてきた商品の理論構成は、商標が自己の業務にかかるものに標章を使用するものであることから、商標と商品を個別独立に考察し、議論していたことが推察できる。商品自体の属性・性質や用途機能といった自然科学的商品学の従来の研究テーマの対象として重要性があったようである。このような視点から商品を考察すれば、商品の組成や原料、材料、用途などの特徴に強く影響され、商取引の目的物となりえる物品と解することになる。

商品学においては、市場における需要と供給の関係から商品価値を決定する経済学的商品学も存在する。これによれば、商品の価値は、商品自体の属性などにより決定されるものではなくマーケティングや需要と供給のバランスなどの要素等を重視する経済的評価によって決定されることになる。このような要素を商標法上の商品に盛り込むと、商品とは、有償性や流通性を要素として取り込むことになる。

特許庁が、「商品とは、商取引の目的たり得べき物、特に動産をいう。」との定義を当初から現在まで一貫して採用していることは現在においても、支配的な基準となっていることは否定できない。萼優美先生や荒木秀一先生が「商品とは、一般的にいわれる交換価値である。」との定義しているが、これのみを支持する者は少ないようである。あまりにも広すぎるからであろう。これらの基準のみでは解決できないものが出現した為に、販促品、不動産、料理、無料紙、印刷部などについて裁判が提起されてきた。これらのものを如何に決定するかの方策として商標法上の商品決定の基準として、有償性、流通性や代替性、量産可能性、有体性等の要件が追加されてきた。そして、「商品」とは「取引の対象として流通する有体物」であり、有償性、流通性、有体動産であることが要件となるとの学説が支配的である。

平尾正樹先生は、商品の概念につき、有体物であること、動産であること、流通性があること、商取引の対象となっていることを掲げて理解している<sup>(46)</sup>。したがって、商標法上の商品とは、商取引の対象となる流通性を有する有体物である動産をいうと定義構成することができる。網野誠先生は「商品とは商品学上は一般市場で交換することを目的として生産され、かつそれ自体使用価値を有する有体動産」<sup>(47)</sup>とされ、最

初に発表した「商標」と題する本から今日までその定義を堅持している。流通性の有無において、平尾正樹先生の見解と相違しているようであるが、一般市場で交換を予定している生産品や一般市場で交換を予定している使用価値を有する有体動産であるならば、当然に流通性を含めて解していると考えられる。

しかしてこれらの学説において、なぜこれらを要件として取り入れなければならないかの理由を説明する者は少ない。そのような中で、最近において、特に、販促品や料理品等の商品性に関して、商標法上の特有の問題が取り上げられてきた。

宣伝広告媒体のように商取引の目的物でもなく交換価値もない物品は商標法上の「商品」でないとの判決例が出てきたからである。ポスターやカレンダーでも、印刷業者にとってみれば、それが「商品」である。販促品のポケットティッシュも、ティッシュ製造業者にとってみれば、それが「商品」である。これらのものが宣伝広告用に利用された場合、利用した者は主商品の宣伝のために利用したのであり、主商品として利用したのではない。

このような対象について、商標法上の特有の問題として取り上げる理論構成が顕れてきた。それが「商品」と「商標の使用」とに棲み分けて理論構成しようとするものである。更に商品該当性について商標権侵害段階と、登録段階や不使用段階とは商品概念を区別して適用すべきであるとする。次にこの理論について検討する。

## (2) 商品論の発展

### ① 棲分論

#### (1) 学説の生成と発展

##### (i) 渋谷説<sup>(48)</sup>

「商標の表示対象物が商品であるか否かという問題は、本質的には商標登録の要件として問題となる事柄であって、商標権の侵害の次元では、これを問題とすべき論理的必然性の乏しい事柄である。商標登録が「商品」を指定する場合しか許されないことは、商標法三条の規定に照らして明らかである。同条は、「自己の業務にかかる商品について使用をする商標については…商標登録を受けることができる」と定めている。ここにいう「商品」をノベルティにまで拡張して解釈することは、商標権の保護客体を非商品の一部にまで拡大することを意味する。このような解釈は、解釈論の

(46) 平尾正樹 『商標法 第一次改訂版』20 頁～28 頁 学陽書房 平成 19 年 3 月 24 日発行

(47) 網野 前掲注 14

(48) 渋谷達紀 『判例時報 1269 号』『判例評論 352 号』201-205 頁

許容範囲を超えるものであろう。したがって、商標登録の次元では、かりに例外的にはあっても、「商品」がノベルティを含むと解することは、おそらく妥当でない。

これに対して、商標を非商品たるノベルティに使用する行為を商標権の侵害とみなすことは、商標の保護範囲を拡大するものではあっても、商標権の保護客体を追加するという問題ではない。商標の保護範囲の拡大は、商品の出所の混同を防止するという商標法の目的を外れないものである限り、解釈上許されないことではない。」と説き、最初に棲み分け論の自説を展開した。

また、「たとえ役務商標としての保護が可能だからといって、侵害場面において飲食店で提供される料理につき、およそ常に商品商標権の権利範囲外であると帰結する必要はなく、また妥当ではない<sup>(49)</sup>。」とも指摘している。

この渋谷説に追隨する考えを一步進めたのが井上説である。

(ii) 井上説<sup>(50)</sup>

「商標法上の商品とは、商標使用者が取引市場において他識別を必要とする交換価値を有するものをいう。」としながらも、「同じ物品であっても、標章の付された態様によってあるときには「商品」であり別のときには「商品」でない、とするのは不自然であることも否めないであろう。」と疑問を投げかけ、「他商品識別機能がない場合に侵害が否定されるべきであるとの結論を導くために、商標法上の「商品」に該当しない、とする理論構成を採ることが妥当か否かは別途検討する必要がある。」と指摘して次のように展開する。

「たしかに、宣伝広告媒体のように商取引の目的物でもなく交換価値もない物品は商標法上の「商品」でない、とする本判決<sup>(51)</sup>や先に挙げた先例が直観的にはそれほど不自然に感じられないのも事実である。しかし、本件のようなポスターでも、印刷業者にとってみれば、まさに「商品」であろうし、販促用のポケットティッシュであっても、ティッシュ製造業者にとってみれば疑いなく「商品」なはずである。」として、「ポスターの裏に小さく「木馬企画印刷」といった表示がなされていたとしよう。その場合には、印刷業者が付した印刷物自体の出所表示として認識される可能性があり、

まさに印刷物についての他商品識別機能が害されることとなるから商標権侵害を肯定すべきである。」と仮想事例を示し、「こうした様々な仮想事例を考えると、裁判所は、独り物品の性格のみに着目して、たとえば宣伝広告媒体であるというそれだけの理由で「商品」でない、としているのではないことがわかる。具体的な取引事情を勘案した上で、果して指定商品自体についての他商品識別機能があるかどうかを判断し、はじめて結論に到達しえたと考えられる。」と理解し、「そして、商標法上の「商品」に該当するか否かを問題とする裁判例を離れ少し視野を広げてみると、見やすい位置に大きく「巨峰」と表示したぶどう出荷用の段ボール箱を被申請人が販売していた行為に対して、包装容器について登録商標を有する原告が商標権侵害として訴えた巨峰事件事案を取り出し、「指定商品に該当する物品に登録商標と同一の標章が付されているが、当該標章は別のものを表示しており指定商品自体の出所表示として機能していない、という点で、巨峰事件判決も、本件やその先例と事案を一にしている。」と指摘する。そして、「では、「商標としての使用」でないとする構成と、「商品」でないとする構成とでは、いずれがより妥当であろうか。」と命題を提示し、「先に示した通り、そして巨峰事件の判旨にも如実に現れているように、ある標章が物理的に貼付された物品の出所を指し示すものなのかそれともそれ以外の機能を持つものなのかを分析するためには、「交換価値」や「商取引の目的物」といった当該物品自体の用途や性質のみに着目するだけでは十分でない。具体的な取引事情を相関的に考慮してはじめて明らかにすることができるのである。」と力説する。そして、商品概念について次のように考察している。「ところが「商品」概念は、ごく素直に考えると、用語上の制約からせいぜい物品そのものの用途・性質しか包含できない。標識がいかなる構成からなっているのか、需要者にいかなる意味を持つものとしてのどの程度知られているのか、いかなる物品にいかなる態様で付されているのか、いかなる方法で頒布されているのかまで、具体的な取引事情も含めて勘案した上で結論を導いておきながら、その判断構造をおよそ反映しえない「商品」概念に後から便宜的に結論を嵌め込むのでは法解釈論上好ましいとはいえない。」と批判した。その上で、「同じ物品であっても、標章の付され

(49) 渋谷達紀 「登録商標のサービス・マーク的使用」『工業所有権法学会年報13号』46～50頁(1990年)

(50) 井上由里子 「商品概念の理論的検討(木馬座事件)中山信弘編『知的財産権研究Ⅲ』(1995年・東京布井出版)145頁(1)。

(51) 前掲注(20)

た態様によってあるときには「商品」であり別のときには「商品」でない、とするのは不自然であることも否めないであろう。これに対して、「商標としての使用」の概念であれば、こうした様々な事情を勘案するという判断過程の特性を包含するに不足はない。まずこの点で後者に分があるといえる。本件も含め、先に挙げたような判決例のような事案では、「商標としての使用」の概念で扱った方が、法解釈論上妥当なのではあるまいか。」と展開した。

この説は、ある標章が物理的に貼付された物品の出所を指し示すものなのか、それ以外の機能を持つものなのかを分析するためには、「交換価値」や「商取引の目的物」といった当該物品自体の用途や性質のみに着目すると共に商品自体についての自他商品識別機能の働きがあるかどうかを考慮すべきである。そのような場合には、「商品」概念は、用語上の制約からせいぜい物品そのものの用途・性質しか包含できないから、「商標としての使用」の概念について判断すれば、同じ物品について、標章の付された態様によってあるときには「商品」であり、別のときには「商品」でない、とする不自然な判断を回避でき、正当な結論を導くことができるのではないかと説くものであると考えられる。

(iii) 田村説<sup>(51)</sup>

(a) 有償性に関して検討し、次のように理論構成する。

商標「BOSS」を付した電子楽器を販売するボス社が、電子楽器の購入者に、「BOSS」標章を付したTシャツ、トレーナー、ジャンパーを配付した行為に対して、被服等を指定商品とする登録商標「BOSS」の商標権者が商標権侵害を主張した事案<sup>(52)</sup>を取り上げて、この事件の裁判所は、商品の要件として有償性が商標法上の商品の要件であることを明らかにした判決を下したと理解し、「結局、これらの事件も、「商品」ではなく、当該商標がいったい何を識別しているのかという商標の「使用」の問題として処理するのに適している。」と結論付け、商品概念論と商標使用論を分けて解釈することを主張する。

そして、解釈の場面で用語の解釈を使い分けるべきであると主張する。すなわち、「商標権侵害訴訟において侵害者と主張された者のノヴェルティについて侵害の成否が問題となったBOSS事件と異なり、商標権者の側のノヴェルティに関して商標の使用の有無が問題となる本件のような事件(タケダ折り紙事件)にお

いては、この点を深く考慮する必要はない。」と侵害場面と不使用の場面とは分けて考えるべきであるとする。

その理由は、「不使用のチェックの場面では、商標権を付与するに値する商標の使用が行われているかどうかということの問題にすべきであって、ノヴェルティに商標を付したことしかないような者に、商標権の維持を認めるべきではないと考えるからである。」と主張するのである。

顧客に対するサービスとして配付されたにすぎず、商取引としてなされたものとはいえない無料の「日曜夕刊」は取次店の顧客ばかりではなく、不特定多数に配布されており、出所が明白であるとはいいがたく、混同が起こる可能性がないとはいえないから、商標権侵害を肯定して然るべきであろう。」が、「商標権者側の使用の存否に関する限り、無償で配布される印刷物にのみ商標を付しているに過ぎない者に商標権を維持する必要はない。」と断定する。同じ商品に商標が使用されている場面において、侵害局面においては自他識別力が発揮され出所表示機能が維持されているか否かにより判断し、不使用の局面では、登録というコストをかけ、他者の商標選定の自由を害してまで商標登録を維持する必要があるか否かで棲み分けるべきであると主張する。

同一の概念を法律解釈として異なった意味内容として解釈することが妥当であろうか。この点田村説は次のように、論陣を張る。「不使用取消審判で問題とされる商標権者側の商標の使用の存否に関しては、概念の相対性と割り切り、この場面に限っては有償性を指定「商品」の要件と解する説明の仕方も一つの方策ではある。しかし、同じ概念の相対性としても、排他権を認めるべき商標の「使用」が行われたか否かというところで考え、侵害者となるべき「使用」の要件よりもより高いバーを設定することで処理する方が、より一般的な法理である「形式的使用」の法理の一貫として考えることができる点で優れている。」と主張するのである。

(b) 流通性について

流通性の要件は、「顧客にとって出所が明白である場合に侵害を否定するために持ち出されたのだから、実際に流通するか否かではなく、顧客にとって流通するものに見えるか否かということの問題にしなければならないはずである。」と仮定し、飲食店において料理が持ち帰り可能であったという事案であるにも拘わら

(51) 田村善之『商品概念「有償性・流通性」』『商標法概説』227頁～242頁 株式会社弘文堂 平成10年11月15日発行

(52) BOSS事件 大阪地判昭和62・8・26無体集19巻2号268頁

ず、商標権侵害を否定している判決例を取り上げて、否定理由とされた流通性につき、「流通性云々ということよりも、むしろ当該料理が、その飲食店において料理されたものであることを知っている飲食者に対してのみ提供されるがゆえに、有体物の出所という点では自他商品識別を必要とする場が未だ存在していない、という問題設定を行うべきであろう。」とし、「商標権者が、指定商品を飲食物(ex. そば麺)とする登録商標を、自店舗内で提供される料理(ex. 中華そば)の材料としてのみ使用しているにすぎない場合にも、商品商標の登録を維持することを認めるべきではない。商標権侵害訴訟において被告が自店舗内で提供する料理に類似商標を付している場合には、指定商品と類似する役務について使用するものと解して商標権侵害を肯定すべきであるが、かといって、この理は商標権者側の使用態様が問題となる場面において商標登録を維持すべきであるという結論を導くものではない。商標権者としては役務商標の登録を受けるべきであるところ、市場において流通する商品に使用していない以上、商品商標の登録を維持することは認められないと解される。」と説く。

商標法上の商品に該当するためには、「流通性を有し、取引の対象となりうる有体物」であれば足りる。そして、商標登録が問題となる場面においては、真に保護すべき実体があるかどうかを吟味すべく、現実に流通し、取引の対象となるものに使用する意思があること、もしくは使用していることが必要となるが、商標権侵害の場面においては、保護すべき実体ではなく顧客に対するみかけが問題なのであるから、実際に流通していたり、取引の対象となっていることは必要ではなく、そのような性質を有している物品に標章が使用されていれば「商品」というに十分である、と解される。」と結論付ける。

#### (iv) 名越説<sup>(53)</sup>

商品概念の決定基準について、「商品」の定義について、従来、「独立性」「流通性」「交換価値性」「有償性」「量産可能性」「有体物性」などが要素とされてきた。しかし厳密な意味で使用主義をとらない日本の商標制度の下では、商標法における「商品」の定義は、最小限「ある程度量産可能な有体物及びダウンロード可能なプログラム及びデータ」というものでよく、これで商品のすべてをカバーしている。」と述べ、その上で、

「流通性」「交換価値性」「有償性」などは、「独立性」の要素の中で検討されれば足り、この「独立性」は、商標の自他商品識別機能に関係するものであるから、「商標としての使用」の概念との棲み分けからして、「商標としての使用」か否かの場面で判断されるべきである。」と断定し、「ある程度量産可能な有体物及びダウンロード可能なプログラム及びデータ」かの要素以外の要素は、全て「商標の使用」の概念で取り込み棲み分けるべきであると主張するものである。

#### ② 棲分論への批判

##### (イ) 小野説

商標法上の商品について<sup>(54)</sup>

小野昌延先生は、「商品の原型は、取引の目的たりうる可動的有体物であるが、それには、取引の対象であること、流通過程にのりうるものであること、出所標識の対象のうらがえしとしての大量性のあることなどが必要であり、逆に、それがあることにより、その基本は変更することなく、原型が変形されていることがわかった。即ち、商品とは、商取引の対象としての流通におかれるべき動産(可動的有体物)とでも云うべきであろうか。」と定義し、「商標法において、商品であるかどうかの問題となる際には、商品であるかどうかの分析と共に、それ以上、標章と関係し、表象されているのは何かという標章の対象を分析することか重要である。」と商標と商品の関係を分析すること及び表象されているのはなにかという商標の機能との関係を分析することが肝要であると指摘している。

それは「云いかえれば、商標法においては、標章概念は、それ自体で存在するのではない。また、商品概念は、それ自体で存在するのではないということが重要である。」とその結論として、「商標法が、純粹の「機能保護」を目的とする法であること、即ち、商標法的視点からは、商品のみでもなく、標章のみでもなく、標章と商品の関係に着眼すべきものであることが、問題解決の決の手ではなからうか。」と商標法上の商品概念決定の統一的な基準の設定に、きわめて意義深い示唆を与えている。それに続き、「平板的な概念構成では、決して「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」(商標法一条)という商標法の目的に合致した概念構成にはならない。」と述べている。この立場は、明らかに

(53) 名越秀夫 弁護士・弁理士、「商標法上の商品・役務概念の検討」、『パテント』2009 別冊 No.1 第 62 巻第 4 号通巻第 705 号(第 62 巻別冊第 1 号)、第 58 頁～66 頁 日本弁理士会 平成 21 年 3 月 30 日発行

(54) 小野昌延 商標法上の商品について『企業法研究』10 月号第 209 輯 18 頁～22 頁 昭和 32 年 9 月 24 日

棲み分け論を意味するものではなく、むしろ独自に、商標法上の商品概念決定の統一的な基準を設定すべきであるとの立場を前提となる主張と理解できる。

(ロ) 紋谷説<sup>(55)</sup>

紋谷暢男先生は、「商品の概念は、一般的に商標制度の目的と関連して、流通経済上自己のものと他人のものとの識別されることを有意義ならしむる対象で、経済社会の通念たる取引の実情にてらして決められるべきであろう。してみると、商品は反覆して取引の対象となりうる有体物であって、運搬可能なものと解せられる。」として独自の定義を打ち出している。そして次のようにそれらの内容を解説している。

「(1) 有体物であって運搬可能なもの

まず、商品は有体物でなければならない。したがって、無体物たる電力・熱・牽引力等のごとき物理的エネルギーや磁力等は、それ自体では商品ではない。また、無形の商品といわれる運送業・放送業などのサービスも除かれる。しかし、有体物であることから、空気・天然ガスのような気体は容器に入れられ次の③の要件をも満しうるので商品に含まれる。動産および不動産は、共に有体物ではあるが、現在の経済社会の通念からすれば、商品は運搬可能性を有するものでなければならないと解される。したがって、動産は一般的に商品たりうるが、不動産の中でも、組立家屋、移動便所、移動店舗等は商品に含まれる。また、エレベーター、エスカレーター、鉄道レール、窓框等不動産の一部を構成するものであっても、単独分離し次の(2)の要件を満しうる限り商品である。なお、有価証券は動産としての性格もあり(民八六条三項)、次の(2)の要件をも有してはいるが、元来商標に、よって自他識別されることを有意義ならしむる対象物ではないので、ここで商品に含まれないと解される。

(2) 反覆して取引の対象となりうるもの

次に、商品は反覆して取引の対象となりうるものでなければならない。したがって、名画、骨董品等は、取引の対象となり、一般的意味においては商品ではあっても、その取引に反復性が希有であることから商標を付すべき商品に含まれない。これに反し、名画、骨董品等の複製物は反覆して取引の対象となりうるも

のとして商品に含まれる。」

そして、ノベルティ品について、次のように反論している。「特定商品の広告宣伝のために配られるパンフレット、ちらし等の宣伝文書は、取引の目的物とはいいい難く、交換価値もないので商品に含まれないとする判例もあり(東京地判昭和三六年三月二日下民集二一卷三号四一〇頁)、同様の理由から広告宣伝のために配られるマッチ、石けん、タオル、手帳等も商品でないとする見解もある。

しかし、これらの物品が単独で取引の対象となりえないと解すること自体取引の実情に反するのみならず、広告宣伝用に配られる右物品の品質如何によっては、右物品を製造販売する業者の商標との関係で、取引秩序を混乱させる結果を招来することになる。したがって、右物品も商標を付すべき商品に含まれると解すべきである。」と指摘する。そして、巨峰事件で問題となった商品の包装についても次のように反論する。「商品の包装等も、商標法二条三項が商品と区別して観念していることから商品でないとする見解もあるが、包装等自体も商標を付すべき商品であり、ただその場合商標の表示方法がその内容物たる商品の表示商標と混乱を生ぜしめないように取引の経験則にしたがってなされることを要するに過ぎない(福岡地飯塚支判昭和四六年九月一七日無体財産例集三卷二号三一七頁参照)」との見解も直接棲分論に対する批判として述べられた見解ではない。しかし、この見解は明らかに独自の解釈を発展していることから棲分論に組みするものではないと解される。

不正競争防止法上の商品に関する解釈ではあるが、「工業所有権の保護に関するパリ条約(以下パリ条約と略す)一〇条の二の二項は、「工業上または商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は不正競争行為を構成する」と規定の趣旨からみれば、商品の概念を広く解するべきであり、無体物であっても反覆して取引の対象となりうる限り商品に含まれる<sup>(56)</sup>。」と反論している。更に、木柵照一先生は、この解釈を支持している<sup>(57)</sup>。

(ハ) 牧野説<sup>(58)</sup>

牧野利秋先生は、商標法上の商品について独自解釈の立場を前提として理解し、次のように述べている。

(55) 紋谷暢男 「第6講商標を付すべき商品について述べよ」有斐閣双書『商標法50講』19頁～21頁 株式会社有斐閣 昭和50年11月30日初版第1刷発行

(56) 紋谷暢男・判例批評・『ジュリスト八四九号』109頁

(57) 木柵照一 「確かに、前述のパリ条約の規定からみて、商品の意義を従来の判例のように狭く解するべきかどうか疑問ある。」(木柵照一 商標法および不正競争防止法上の「商品」の意義と不正競争防止法上の周知性、『判例不正競争法』34頁 小野昌延還暦記念論文集刊行会編集 発明協会 平成4年6月25日初版発行)。

(58) 牧野利秋 商標法という商品及び役務について説明せよ。『特許・意匠・商標の基礎知識』345～349頁第四版青林書院 平成15年3月発行

「従来、商標法上の商品とは、市場で取引の対象となりうる流通性・代替性のある有体物であると考えられていた。しかし、IT化に伴いネットワーク上での電子情報財の流通が広く行われるようになり、また、ネットワークを通じたサービスの提供も多様化してきており、商品を有体物に限るとすることは現代の社会状況に適しなくなった。ニース協定第一条で規定する国際分類第八版にも、電子情報財やインターネット関連サービスが商品・役務の例示として多数追加された。このような状況を踏まえると、ネットワークを含めた市場で取引の対象となりうる流通性・代替性のある電子情報財等の無体物も、商標法上、有体物と並んで、商品として取り扱うべき実体を備えるものとなったといえよう。」とわが国の取引実体の変化を認めており、そして、「我が国においても、商標法施行規則別表の商品分類第九類に「電子計算機用プログラム」(一六(五))及び「電子出版物」(二九)が追加された(平成一三年経済産業省令二〇二号平成一四年一月一日施行)。」の事実を指摘する。その結果として、商標法上の商品について「今日において、商標法上の商品とは、市場で取引の対象となりうる流通性・代替性のある「物」ということができる。「物」には「有体物と無体物を含む。」と解する。」と定義した。

その定義の根拠として「特許法においても、「物」はプログラム等の無体物を含むものとされたことを根拠とする(平成一四年法律第二四号による改正後の特二条三項一号)。」を挙げている。そして、物についての解釈を次のように説明した。「有体物」には、「有体物とは、空間の一部を占める有形的存在をいう。」と定義し、民法上、有体物は動産と不動産に区別され、動産とは、不動産すなわち土地及びその定着物以外の物であり、…不動産が商品に含まれるかについては、争いがある。肯定説は、「移動の不可能な不動産であっても、建売住宅や造成された宅地のように、流通の対象となり代替性が認められ、取引上、広告等において商標により自他の供給品を識別するようになれば、商標法上の商品として取扱う実益も生ずるであろう。」と説かれる。

しかし、「不動産は建売住宅・造成宅地は、建築一式工事又は土木一式工事という役務の提供に当たり、その提供を受ける者に譲渡する物(商標二条三項三号参照)と理解すべきであろう。」とし、不動産について

は否定説を採用する立場を表明している。つぎに、無体物に対して新しい解釈を示している。「無体物には、従来は、無体である役務と区別するために、商品を有体物に限っていた。電子出版物や電算機用プログラムなどの電子情報財も、それがCD-ROMに収録された状態を捉えて有体物としていたが、これらがネットワーク上で直接取引され、ダウンロードされるようになると、それは役務の提供ではなく、それ自体が独立して商取引の対象となっていると捉える方が実態に即した見方ということになる。この観点から、無体物であってもダウンロード可能な電子出版物・プログラムはそれ自体が独立して商取引の対象となるものとして商品と取り扱われることになった。これに対し、オンラインによる図書の供覧・ゲームの提供などのサービスは役務であると観念されることになる。」と説く。

上記した各諸説は、伝統的な商品の成立性決定の基準を求めようとしていると解される立場にあると考えられる。その立場から、一元的に商品の成立基準について思索を深め洞察した上で、一貫した基軸を前提として、若干の修正を提案しているものと考えられる。

### 3. 新商品論

#### (1) 新商品論の意義

伝統的な商品論、特に牧野先生は、商標法上の商品の決定基準として、裁判例でも取り上げられている「流通性・代替性」についても解釈を進め、「「流通性・代替性」は商標が商品の出所を表示し、自他商品の識別標章として機能することからすれば、商標法上の商品は、それ自体が流過程に置かれる代替性のあるものであることを要すると解すべきである。<sup>(59)</sup>」と述べており、これらの要素は必要なものであることを述べ、飲食店の料理についても、次のように解している。

「飲食店の料理も、これが店内での飲食客の持ちかえり用としてのみではなく、店頭で一般客にもパック詰めなどして販売されている場合は、流通性・代替性を備えるものとして商品性が肯定される。取引の対象となりうる物」とは、交換価値を有することであり、…有償であるのが通常であるが、無償であっても商品性に欠けるものではない。他の商品の販売促進用あるいはある営業の宣伝広告用として無償でパンフレットや品物(販促品、ノベルティ)を配付することはよく行われていることである<sup>(60)</sup>」と指摘し、商標法上の商

(59) 牧野 前掲注(58)347頁

(60) 牧野 前掲注(58)347～348頁

品を独自に判断する立場を打ち出そうとしている。

但し、この無償で配付される物品につき、他からの商標権侵害の請求を退けるため、これらの物品は無償で配付されているのであり、独立の商取引の目的物ではないことを理由付けとした判決<sup>(61)</sup>に対して、その本意は、「当該標章は、その物品(パンフレット、販促品であるTシャツ等)の識別標章として使用されているのではなく、販売促進、宣伝広告の客体である他の商品あるいは営業を示す標章として使用されていることを述べていると解すべきである。<sup>(62)</sup>」と分析し、商品の問題として考えているのではなく、商標の使用の問題として考えていると解釈すべきであるとも理解できる。この見解は棲み分け論を肯定するものとは直ちに考えられない。

棲み分け論により商品論の議論は意義を失ったか。あるいは、依然として成立要件を論ずる意義があるかを検討する必要があると考えるものである。

棲み分け論は同一の商品を侵害場面と不使用場面や登録要件の場面と分けて、概念の相対性と割り切り、場面、場面によって使い分けようとするものである。そして、侵害論において商品成立性と商標の使用とを切り分けて、商品論を使用論の中にすり替えるものであると解される。

そして、同じ概念の相対性として、排他権を認めるべき商標の「使用」が行われたか否かという不使用の場面や商標登録の場面では、商標権の保護客体である指定商品の非商品の一部にまで拡大することを意味する解釈は、解釈論の許容範囲を超えるものであるから許されないと考えている。

そして、「侵害者となるべき「使用」の要件よりもより高いバーを設定することで処理する方が、登録主義を採用した我が商標法において、より一般的な法理である「形式的使用」の法理の一貫として考えることができる点で優れている<sup>(63)</sup>。」と主張する。

「侵害場面では、商標を非商品たるノベルティに使用する行為を商標権の侵害とみなすことは、商標の保護範囲を拡大するものではあっても、商標権の保護客体を追加するという問題ではないから、商標の保護範囲の拡大は、商品の出所の混同を防止するという商標法の目的を外れないものである限り、解釈上許されるべきである<sup>(64)</sup>。」ことを根拠としている。

## (2) 商標の機能論

このような理論構成が正しいものであろうか。検討に先立ち、商標法上の商品も商標の使用も商標の機能との関わりを検討すべき問題であるから、商標の機能について考察することとする。

商標の機能の本質は自他商品識別機能であり、同種類の商品が多数存在する取引市場において、識別力を有する表示を採択し、使用を継続することにより、商標によって自他を識別し続けてゆく情報が発信され続けることになる。この自他商品識別の情報の発信機能が商標のコミュニケーション機能である<sup>(65)</sup>。この機能が発揮されるためには、商標に自他識別力が備わっていなければならない。自他識別力は標識の構成により強弱があり、またその強弱は使用状態により変化するものである。通常の識別力を有する標識を自己の商品に付することにより、他者との区別や差別化が可能となり、識別力を持つ標識を自己の商品に付して使用し続けられれば、自己の商品であることを他者に示し続けてゆくことができ、商品の同一性を同業他社の供給者に対して訴求できるようになり、そのように状態を維持するとき、識別力を有するがゆえにその標識はそれが付された商品の源を同種の複数ある商品群から区別し同一の源から常に自己の商品の源を示し続けることになり、商品の出所を指し示す働きが生じる。これが出所表示機能である。取引市場において同種類の複数の商品群から自己の商品であることという商品の出所を指し示す働きが他社の商品と区別し自社の商品の取引を明確且つ速やかに遂行できるように貢献する。これにより自社の商品の商取引を活性化させ多数の取引を成功へと導く。

一方、識別力が強ければ強いほどある商標が自他を識別させることができるから、自他を識別し続けてゆく情報に接した需要者は、容易に自己の所望の商品を市場におかれた同種類の多数の商品群から選択できるようになり、常に同一の源から提供されている商品を他者のものと誤認することなく入手できるようになる。ここに商品を供給する側と商品を購入する側が一つの結びつきを持つことになる。これは商品流通のルートとも言うべきものである。

商品の供給側は自社の商品が売れる為には信頼できる品質を備えた商品を製造販売し続けなければならない

(61) 東京地判昭三六・三・二下民集二一卷三号四一〇頁、大阪地判昭六二・八・二六無体集一九巻二号二六八頁

(62) 牧野 前掲注(58)348頁

(63) 田村 前掲注(50)231頁

(64) 渋谷 前掲注(47)203頁

(65) 土井一史 「知的財産法入門第11版」50頁 中央経済社 平成21年3月10日発行



い。商品の品質については、製造する側がその情報を独占しており、いかに自社の商品の品質が他者よりも優れているかを監視し管理しなければならない。なぜならば、少なくとも、需要者が一回の商品購入体験から得た商品に関する情報は、次の購買行動に反映され、一度評価された商品の品質について、先の購買時に得た評価の情報をもとに同一の品質の商品を提供してくれるのではないかと期待するからである。この品質に対する期待に応えるために商品供給側は、自社の商品について常に一定の品質を維持するように努力して行かなければならない。一度でも需要者の期待に反する商品を供給すると、需要者が抱いていた期待が裏切られてしまうからである。需要側の期待を裏切った商品は、多くの支持者を失うことになる。この場合、企業は需要者に向かって一方的に情報を発信し続けなければならない存在であるから、需要者側から積極的な改善要求などは入手ではないのが通例だからである。

かくして、常に同一の品質を備えた商品に自他を識別する識別力ある標識が付され続けて行くとその標識自体に、それが付された商品は常に一定の品質を備えているという保証を需要者に与えるようになる。ここに標識を介して、需要者は一回の購買時に得た商品に対する情報からその商品の品質等に満足すれば、次の購買時に同一の標識が付された商品を購入すれば、また先に得た品質の商品を入手できるのではないかと期待するのである。企業もこの期待に応じる為に自己の商品の品質に対して常に一定以上の品質を維持向上に努める品質管理努力を行うことになる。ここにおいて、商品供給側と商品需要側との間に期待と品質管理努力と満足との良好な循環メカニズムが生まれる。この期待と満足の良い循環が繰り返されることにより両者間に信頼が生まれ、それがさらに、商品に自他を識別する識別力ある標識が付され続けて行くとその標識自体に、商品取引の信用へと強化され、商標自体に業務上の信用として化体してゆくのである。これを Good Will という。

この信用が自己の商品に使用された自他を識別する識別力ある標識に化体し蓄積されてゆくにつれて、信用の表象としての情報を形成し、発信し続けてゆく。このような情報が標識により人から人へと伝わってゆき伝播してゆくと、商標が意味、観念、信頼、評判等の良好なイメージを形成するようになる。そうすると、以前に一度も購入した体験がない者も、標識に築かれた信用を頼りとして商品を購入するようになる。すると、このようになった標識が人々に広く浸透してゆく

ようになり、需要者間で広く認識されるようになってゆく。すなわち、商品供給側は信用の表象としての情報を一人でも多くの人知ってもらおうと情報発信を広告宣伝などの媒体を通じて頻繁化しかつ大量化に努力し、商品供給側の情報発信努力に比例して、より需要者間で広く認識されるようになってゆくのである。このような現象が生まれることにより、現実に営業活動をしなくても、商標自体が姿なきセールスマンとして、需要者を獲得するようになる。かくして、商標を認識してくれる需要者が増加すれば、その数に比例して商品を購入してくれる需要者も増加してゆくことになり、それは商品の市場シェアの拡大へと発展してゆく。その結果、商品供給側は自他を識別する識別力ある標識を自社商品に付し続けて行くことにより定期的に商品から利益を得ることができるようになるロイヤリティー・インカムと、また、商品に付加価値を込める事で高い品質評価を需要者側から得ることができた場合には、非常に高額でも購入してもらえるプレミアム・インカムとを得ることができるようになる。これにより商標を使用する者は、商標を介して商品の売上げと需要を拡大し、需要の拡大に比例して市場シェアを拡大し、大きな利益を獲得するようになる。

商標は叙述のような経済的な利益に貢献する機能を営むことから経済活動において重要なツールの一つとなっているものである。

一方、商標がその経済的な価値を増すにつれて、競争他者から、先行企業の努力によって築かれた信用をなんらの企業努力もすることなく他人の信用を剽窃し、横取り又は掠め取るなどの不正な行為が行われるようになる。それは、先行企業の使用している商標の識別力に対して、あやかりとうとする行為や接近して成り済ませようとする行為等として商標の構成から生じる自他識別力がある部分の外観、称呼、観念などと相紛らわしい表示を採用して同種類の商品に付して使用する等の行為となって現れる。自他識別力がある部分が他者により外観、称呼、観念などと相紛らわしい表示で同種類の商品に付して使用されるとき、需要者は、過去に認識していた商標の記憶、印象、連想、イメージ等において誤認、誤導、誤読などが生じ、正規の商標使用者のものと見誤って他者の商品を購入させられてしまう。このような場合、正規の商標使用者の築いた信用がなんらの努力も費用もかけない競争他者に只で盗まれてしまう信用の只乗り行為が生じる。さらに、識別力は複数の相紛らわしい表示の出現により相対的に識別力が弱められ、強かった識別力は市場において

唯一の存在として君臨した位置が引き摺り下ろされ歪められ稀釈化される。また、強い識別力を有する表示が異なる者により正規使用者の事業内容から想像もできないような異業態の事業に使用されるとき、強い識別力とそれに化体した信用により、あたかも本人が使用しているかの如くの錯覚や誤導を需要者に惹き起し、自己の築いたブランドイメージ、名声、評判、良好な企業イメージなどが著しく異なった予想もできない業種、業態に係る表示として使用されたとき、著しいイメージ汚染を招くこともありうる。

そして、最も重要な現象は、識別力が相対的に弱められることによる出所源の混乱を招くことである。商品出所の同一性と、商品の同一性は需要者にとって、信頼の拠り所であり、この期待が裏切られたとき、供給者と需要者との間の信頼は一気に崩壊する。

商品出所の同一性は商標使用者の問題として重要であり、商品の同一性は需要者の問題として重要である。それらは、前者が、識別力の相対的な稀釈化により商標の出所表示機能と係りがあり、出所の誤認混同行為となって現れ、後者が、識別力の只乗りにより商標の品質保証機能と関わりがあり、品質誤認行為となって現れるからである。前者は、商標の使用する者の私的な利益と直結することであるが、後者は、需要者の利益が害される公益と直結する行為となって現れる。

商標制度は、このような自他識別力がある部分の外観、称呼、観念が共通した標識を競合他社に使用させないように禁止し、自他識別力が持続的に確立し維持できるように保証するため、独占排他権を付与し、自他識別の情報発信機能を維持し、それに基づき派生する出所識別機能、品質保証機能や宣伝広告機能も保護し、標識に化体した信用の維持を通じて、もって商品流通秩序の維持を図り、産業の発達に寄与しようとするものである<sup>(66)</sup>。需要者の期待と満足のメカニズムを維持するためにも自他識別力の維持が不可欠であるから、自他識別力への攻撃を排除すべく、需要者の利益保護のために商品の品質誤認・質誤認規制をする制度である。

このように商標制度を解した場合には、識別の対象となるものは、商標と商品・役務であり、商標権の客体となり得るものでなければならない。それは、商標のみに関する解釈でも、商品のみに関する解釈であってはならず、商標が自他商品識別標識であるという本質から商標と商品の相互関係を考察しつつ解釈すべき

である。

然るに、棲み分け論は、商標法上の商品について、それが何かという問題と、商標法上の商品に何が属するのかという問題を整理する必要があると考える。

前者は正に、商標権の客体として成立するか否かの問題であり、成立する為の要件は何か議論の対象となるべきであり、それは、成立要件の設定が中心議論となる。

後者は、前者の問題が解決した後に、どのようなものが商品範囲に含まれるかの属否の問題であり、商品と言っても、それは概念的な存在であるから、概念決定の問題である。両者の相異を混同してはならないと考える。

棲み分け論はこれらの問題を侵害論においては、侵害成否の結論の導き方の問題とし、商品決定基準への適合の有無を検討する代わりに「商標の使用」に該当するか否かにより検討しようとする。

しかし、「商標の使用」行為は、商標が商品にどのような態様で付されているかを明らかにしなければならないから、具体的な使用態様のみを検討したのみでは不十分であり、商標法上の商品決定基準への適合の有無を先決問題として判断すべきである。

その限りでは、現在でも商品論を議論する意義は存在すると考えるものである。

更に、一つの用語を、概念の相対性で割り切り、異なった解釈を導くことは、法による支配の原則からして予測可能性を否定するものであり、すべての国民に対して平等な法の適用を放棄するものである。このような不測の事態を回避する為には法を改正して対処すべきであると考えられる。

### (3) 新商品論の結論

#### ① 「商品」に関する定義の検討

前述した伝統的な学説は、有償性を商品の要件とする説や反復取引の対象となりうる有体物であって運搬可能なものとする説、一般市場で流通に供されることを目的として生産される有体物とする説、流通過程にのせられ得るものとする説等である。必ずしも統一した定義を与えているものではなく、商品とは、独立した商取引の対象としての流通性ないし交換価値を有するものと定義するのが従来通説といえよう。

かようにして、多くの要件が案出されている商品の定義について、判例、学説が、下記のような要素を考慮して総合判断しようとする傾向にある。

(66) 土井一史 前掲注(61)49～50頁

(a)独立性、(b)流通性、(c)交換価値性(代替性)、(d)有償性、(e)量産可能性、(f)有体物性。

サービスマークについての役務に関する登録制度が平成3年に導入され、平成4年に国際分類を採用し、無体物のコンピュータプログラムや電子出版物が商品として認定され登録できるようになり、小売等役務商標も登録されるようになった現在、これらの事実を踏まえて、下記の要素を検討することにする。

#### (イ) 独立性

独立性の要件は、独立の商取引の目的物となるものであることを要求する要件である。それは、主商品の付随物や付属物などを排除する趣旨であると解される。独立とは商品それ自体が経済的な個性を有しそれ自体で単独に取引されるものであることをいう。したがって、それ自体独立して経済的な価値がないもの、例えば、物品の部分、物品販売に伴い配布される付随のものなどは、商標上の商品として成立しない。否定する根拠は無償で配布されることに求める考え方が多い。無償か有償かで判断することは、価値の有無を評価して区別しているから、交換価値の概念に吸収されると解することができる。

しかしながら、識別が必要とされるものは無償・有償で区別されることと関係なく必要なものは必要となることが知られている。例えば、主商品、ギターについて使用される登録商標Aを有する商標権者Xが、主商品の宣伝広告用に無償で配布されるティシューペーパーにAを付していた場合、ティシューペーパーは商標法上の商品ではない。しかしながら、ティシューペーパーについて著名な登録商標Aを有する商標権者Zからすれば、商標権者XがティシューペーパーにAを付して使用する行為は、まさに、Zのティシューペーパーについて登録商標Aを使用する行為であり、ティシューペーパーについて著名な登録商標Aであれば、あるほど、ZとAとの間に混同が生ずる可能性を否定できない。そこには自己の商品と他者の商品とを識別する必要が客観的に認められるからである。このように解すれば、商標権者Zが無償で配布するティシューペーパーであっても、商標権者Xから見ればティシューペーパーは商品そのものであると評価できるのではないだろうか。そうだとすれば、無償か有償かは有効な判断基準となりえない。

#### (ロ) 流通性

流通性とは、何か。解釈として次の3つの見解がある。

##### i) 市場で取引されるとの意味と解する見解<sup>(67)</sup>。

木棚照一先生は「流通性というのは、流過程において必ずしも、第三者の介入によって転々移転される性質のものでなければならないとする必要がないようにも思われる。転々移転されるものでなくとも、出所の混同は生じ得るからである」と述べている。峯唯夫先生は、「市場で取引されるという意味での流通性は要求されるものと考えるが、「転々流通」という要件は不用であろう。」と述べ、「中納言事件判決を捉えて、「特定の飲食店において注文品を選択する需要者にとって、その注文品の出所は当該飲食店であることが明らかであり、当該飲食店内においては他人の「商品」を選択する余地がない、という背景のもとに理解すべきものであろう。「転々流通」を要求したものではないと考える。「商品」の要件として市場で流通することに加えて「転々流通」を課すことは妥当でないと考える。」と述べ、さらに、「不動産は、彼此選択の余地のある市場で取引され、取引されるという意味で流通性を満たしており、転々流通の要件まで不要である。販売者の所在地とマンションの所在地とは異なるのが通常であり、出所との結びつきは自己調理の料理を店頭販売する場合に比べて弱いから流通性を満たしている。」と解している。これらの見解は、市場で取引されている不動産も「流通性」の要件を満たしているから不動産の商品性を肯定することになろう。

##### ii) 物理的に転々移動すると解する見解<sup>(68)</sup>。

流通とは、実際に生産者から最終消費者に直接取引して物理的に移動することをいう。この見解では流通性が物理的に移動できない不動産を排除する概念として位置づけられる。「実際に生産者から中間流通業者を転々移動して流過程に乗り最終消費者に辿り着くことをいう。」と解する見解である。したがって、流通とは、「商品が取引市場を転々と流通することや、必ずしも譲渡行為のみに限らない取引形態で転々と位置を変転する現象をいう。」と解く。そして、「動産性とは、一個のまとまった全体として概念されるものについてなのである。「動かせるもの」「運搬可能なもの」といった性質が基本にあるべきであろう。そうすると、

(67) 峰唯夫 マンションの商品性について 知財管理 Vol.50No.5 682頁～683頁 日本知的財産協会 2000発行  
木棚照一 前掲注(57) 31頁～32頁

(68) 山上和則 商標法上の商品概念と不動産 111頁～113頁 小野昌延暦選暦記念論文集刊行会編集「判例不正競争法」発明協会 平成4年6月25日初版発行

いくら大きくても、動くもの(船舶や航空機)は動産であるし(商標法施行規則, 別表第一二類参照), また, 組み立てられた状態で運搬することが可能なもの(運搬されることを常態とする必要はない。)は動産, 運搬できないものは不動産とすべきであろう。」と説明する。

不動産は「一個限り, 一回だけの取引であるから商標法の目的とする good will の保護は問題となりえず, 同質のものを多数供給するという「大量生産」が可能なものでなければならないからである。」とし, 「不動産説が例示する建売住宅や分譲宅地も大量生産の要件を満たしうるといえそうである。しかし, 建売住宅や分譲宅地の場合, せいぜい何百のオーダー(それも低い方の数字)であり, 何千ということはない。しかも, 土地そのものである分譲宅地や, 土地と密接不可分の建売住宅の場合, 場所により採光の具合, 眺望, 湿度, 角地かどうか, 地形, 隣地(家)の所有者はだれか, 交通の便といった諸要素が時には微妙に, 時には大きく異なっているため, 動産におけるような意味での「同質性」があるのか,」という疑問もある。

さらに言えば, 通常人にとって一生のうちでもっとも高額な買物である建売住宅や分譲宅地などの場合, 買主は施行業者の信用度を調べ, 担保権などの法的負担や物的瑕疵の有無などを調査するのが一般であり, 商標に頼らずとも, 商標制度の二大機能である「出所表示機能」, 「品質保証機能」は実際問題として十分に達成されているといえるから, 前述の同質性に関する疑問に目をつぶってまで無理に商品概念を拡大する必要はない。」とする。

iii) 顧客にとってイメージとして物が流通するものに見えることと解する見解<sup>(69)</sup>。

この見解は, 「顧客にとって出所が明白である場合に商標権侵害を否定するために持ち出されているのが流通性の要件なのである」と断定し, そして, 「実際に流通するものかどうかではなく, 顧客にとって流通するものに見えるかどうかということの問題としなければならない」ことを根拠とする。そして, 物理的に移動する見解を次の理由により否定する。「かりに実際に流通するものであることを要する立場」を採用した場合には, 「自家製の清涼飲料に「コカコーラ」などと付して顧客に提供する行為についても」実際に移動しないから「商標権侵害を肯定することができなくなる。」。そして, 商標権侵害において, 「商標権侵害の場面においては, 保護すべき実体ではなく顧客に対す

るみかけが問題なのであるから, 実際に流通していたり, 取引の対象となっていることは必要ではなく, そのような性質を有している物品に標章が使用されていれば「商品」というに十分である。」と解する見解である。

上記した3つの見解は, 商品が取引市場において, どのように取り扱われ, どのように認識されているかを観察し, 具体的な現象から抽象的な現象までに亙りかなりの隔りがある解釈が主張されていることを示している。

生産者(小売店であれば取扱商品の選択者)と最終需要者とが直接取引を行い, 「商品」が転々流通しない場合であっても, 市場において他の「商品」との選択の余地が認められる以上, 商品性ないしは商標の使用が肯定されている。常識的な解釈として, 具体的な現象から抽象的な現象においてその中間的な捉え方が妥当ではないかと考えるものである。したがって, 流通性は, 取引市場で取引されるという意味に解する見解に賛成する。商標は同種類の商品が複数業者により提供されている自由競争市場を前提として, 商標は元来複数の出所から商品が市場に提供され多数の存在が予定される場において, 自他の商品を識別する標識として生まれたものである。したがって, 自他を識別する必要性がない場における物品に対して商標は必要ではない。ある判決例が, 「商標法上の『商品』は本来的に流通性を有するものであることを予定しているものと解しなければならない。」と判示するのは, 商標が元来複数の出所から商品が市場に提供されて多数が存在することを予定されているから複数の出所の中から特定の出所から流出していることを他の流出経路と区別し差別化する必要性があることを予定しているからに他ならないのである。この流通経路を経る為には交換価値による相互の商取引が介在し, 商品が製造者から末端の消費者までに渡るまで流通経路を経てこなければならない。したがって, 現代商取引社会の下において生活する者は, 物資を入手するため必然的に商標を必要とするのである。このように, 流通性の要件は, 「取引市場において取引されている」という意味で商標使用者と消費者(需要者)とを仲立ちし介在するものとして考えられるものである。

次に, 飲食店における流通性の検討を行う。

a) 全国で一店舗内のみで営業している飲食店の場合, 確かに店内で飲食に供され即時に消費される料理は, 提供者自身の支配する場屋内で提供されるも

(69) 田村 前掲注(51)227頁~242頁

のであるため、出所との結びつきは直接かつ明白であって、そこには他人のものとの識別を必要とする場合は存在しないのであって、流通性は全くないというべきである。したがって、飲食店内で顧客に提供される料理は商標法上の「商品」には該当しないものと解するのが相当である。」といえよう。しかし、この場合にも取引市場の場で取引されていると解されないのではないだろうか。

- b) 一店舗内のみで営業している飲食店の場合であっても、持ち帰品又は折詰品を販売していた場合には1)で述べたように解することは必ずしもできないであろう。なぜならば、持ち帰品又は折詰品が市場における交換を目的とし自他識別の必要があったか否かによって、結論が異なってくると考えられるからである。
- c) 多数の同一店舗で同一の飲食物がフランチャイズ契約やライセンス契約のもとに販売するビジネスモデルにおいて飲食物が販売される場合、同様な競合形態の同業者のビジネスモデルから販売される料理とは識別の必要性が生じるであろう。

しかしながら、このような料理に付された商標が使用され場合、一般市場で流通している中食品や材料、他の飲食店で提供される同種料理品との混同を生むおそれがあるから、その限りでは、未だ商標による自他商品の識別の必要性は失われていない。飲食店で提供される飲食物が、一般市場においても流通しているスーパーなどの中食品の料理品となっている場合には、物品の性質としても流通性を有していると判断することもできる。また、主材料の料理品が問題となる場合、その原材料のみに使用されており、流通性を有する商品に使用されていると評価することにより、商標権侵害を肯定することも不可能ではない。その限りでは流通性の要件は、未だ選別概念として機能しているといえよう。

しかしながら、流通性は商標が自己の業務に係る商品を他社の業務にかかる商品と区別する為に使用するものであるから、自他識別の対象となる必要性を前提とした概念である。そうだとすれば、機能面からも商品の要件を規定すると共に商品の属性・用途効能との関係も考慮して総合的に自他識別の必要となるものであるか否かを考慮の方がより優れているのではないかと考える。

#### (ハ) 交換価値性(代替性)

商標法上の商品は、同質のものを多数供給することが可能であり、代替性が存在することを要する<sup>(70)</sup>。代替性の要件は商標に業務上の信用が化体するための「反復使用」という観点と商標による識別の必要性という二つの側面の観点がある<sup>(71)</sup>。反復使用の観点は、1回限りの使用によって、商標に業務上の信用が化体することは通常考えられないから、同質のものがある程度大量に市場に供給され、商標が反復して使用されることが必要である。商標法は、市場における商品の識別標識である商標を使用することにより商標に化体した業務上の信用を保護するものである。商標が識別機能を発揮する場面は、需要者にとって選択の対象となる商品、すなわち代替性のある商品が複数存在している場面を考慮しなければならない。そして、識別の必要性の観点は、代替性が代替物に購入者の購入に際して購入品の個性が優先する場合には、その個性の同質性が認められるならば、代替性があると言えるべきである。反復使用の観点と識別の必要性の観点の双方からみて、商標法上の商品の交換価値が認められる場合には、それを肯定すべきである。

それは、現代の資本主義経済体制の下でその基盤は、憲法にあり、個人意思の尊重、自己責任の原則、さらに基本的人権として、私有財産権の保障、職業選択の自由に含まれる移転の自由、そして表現の自由により営業の自由が保障されている。自由かつ公正な競争による営業活動が保障されているのである。この営業活動において、市場における商品交換は等価交換の原則に基づく営業活動を価値的調和により実現される。交換価値は対等価値の交換であり、商品を金銭価値に換価した場合に商品と金銭が交換される双方の価値が質的に等しいことを意味する。顧客の支払う金銭との関係からいえば、物品自体が質的に対価関係に立つものでなければならない。等しい金銭で等しい商品価値と交換が可能であるならば、商品が異なったものであっても代替的価値が認められる。もし、そうであるならば、それは交換価値として質的に等しいと評価されるであろう。しかし、厳密な意味では、交換価値性と代替性とは相違がある。特に商品は同一種類の商品は大量に生産されるので、同一の金銭価値で常に同一の商品と交換可能である。しかし、不動産は同一金銭価値で同一の不動産と交換できない。異なった不動産を評

(70) 網野誠 前掲注(15)65頁

(71) 峰唯夫 前掲注(64)683頁

価し、質的に同質のものと金銭的価値に置き換えて代替可能な価値において対等な価値があるか、評価することができるか否かが問われるのである。この意味で商品の成立要件として明治時代の学者から平成時代の学者まで交換価値を重要な概念として考えてきた。今日においてもなお、この交換価値は必須の要件であると考えられる。

## (二) 有償性

有償性は取引に際して物品の交換価値物としての対価があることをいう。これは、無償配布品を排除するための要件である。収支計算に立って遂行される事業において対価が支払われていれば、需要者に無償配布されたものであっても有償性の要件を満たすと解される場合がある。すなわち、営業に際して物品の対価が支払われることであり、それは直接的な対価である場合はもちろん、間接的な対価である場合も含まれると解すべきである。有償性要件は、宣伝広告用や販売促進用に無償で配付される販促品(ノヴェルティ)に関し、商品該当性を判定する要件として論じられている。一方、無償で配付される販促品に商標を付する行為は商品該当性よりも商標の使用の問題としても論じられるべきであるとの見解も有力である。商標の使用の問題として処理すれば、商品該当性の議論は不要であり除外できるからである。商品の該当性について、前述した通り無償、有償は問うべきではないと考える。無償のものであっても自他商品を識別する機能が発揮される場合がありうる限り、自他識別の必要な場の存在という実質的な要素を把握すべきであると考えられるからである。

## (ホ) 量産可能性

「量産可能性」とは、その商品が、不動産や一点物などではなく、同一物が製造過程により量産されることをいう。したがって、不動産を商品から排除する要件である。しかしながら、最近では、マンション分譲、戸建住宅譲渡、建物販売という役務がサービスマークとして登録できるのであるから、これらの役務の対象である不動産を商品に含めるべき実益があるだろうか。不動産のうち、土地については、その存在する場所によって特定されるもので、同一の地番により表示される土地が複数存在することはあり得るし、造成宅地等においては、立地条件、面積等のほぼ等のものの中で代替性が認められる上、どの業者により宅地の造成工事が施工され販売されるかは、業者の設計施工能力、瑕疵修補能力、損害賠償能力等の点から購入者にとって重要な関心事であって、取引上、広告等において施

工・販売業者が顧客に対して表示されるのが通常であるし、注文建築による住宅等についても、具体的な個別の住宅は注文主と施工業者との間の請負契約により建築されるものである。けれども、代替性が認められ、施工業者は建築材料・工法等においてそれぞれ特徴を備えており、いわゆるモデルハウスや広告等において施工業者が顧客に対して表示されているもので注文服の事業と同じである。また、分譲マンションや建売住宅は、地理的利便性、間取り等においてほぼ同等の条件を備えた、互いに競合するものが多数供給され得るものである。このように造成地、建物等の不動産であっても、市場における販売に供されることを予定して生産され、市場において取引される有体物であると認めることができるものであって、これに付された標章によってその出所が表示されるという性質を備えていると客観的に認められるならば、そこには識別の必要が存在するから、このような不動産も商標法によって保護されるべき「商品」に該当するとすべきであろう。

全ての不動産が商標上の商品に該当すると解することはできないけれども、少なくとも上記したような条件が備わっている場合には市場において取引されている交換価値があるものとして不動産の商品性を認めても良いのではないだろうか。

## (ハ) 有体物性

有体物性とは物理的な形すなわち、人の器官により空間を仕切る輪郭を認識できる性質をいう。商標法は商標について平面的な標章と立体的な標章を定義し、その他の対象を認めていないから、原則として、商標が使用される対象も同様に有体であることが必要であるといえる。「無体物」には、従来は、無体である役務と区別するために、商品を有体物に限っていた。

検討を要するものに、債権や証券、ガスなどの気体、電気などのエネルギー、コンピュータプログラムなどの電子情報がある。ガスなどの気体は封入容器により取引できるし、コンピュータプログラムなどの電子情報は平成13年8月8日よりインターネット普及に伴う国際分類への追加としてコンピュータプログラムなどが商品と役務と認められた。さらに平成19年1月1日施行の国際分類第9版から類似商品・役務審査基準における第9類の例示商品に「インターネットを利用して受信し、及び保存することができる画像ファイル」が追加された。これらはそれ自体が独立して取引されるものでなく、その複製物が利用許諾されているものである。その電子情報材は無体物であるけれども、複製物が単独で取引される経済材として交換価値を有

していると理解できるからである。

債権などの有価証券は、原則として商品ではないと解される。しかし、次のような判決例がある。「商品券は、被告商品の購入券であり、被告の商品そのものではないが、被告商品を購入しうる権利が化体されたものであり、その意味において、商品券は同条にいう商品に包含されると解すべきである。」。実に示唆に富む一事例である。

ところで、我が国においても、商標法施行規則別表の商品分類第九類に「電子計算機用プログラム」及び「電子出版物」が追加された(平成一三年経済産業省令二〇二号平成一四年一月一日施行)。「物」には、特許法においても、「物」はプログラム等の無体物を含むものとする(平成一四年法律第二四号による改正後の特許法二条三項一号)。」とされたから「有体物と無体物を含む。」と解する。

電子出版物や電算機用プログラムなどの電子情報財も、それがCD-ROMに収録された状態を捉えて有体物としていたが、これらがネットワーク上で直接取引され、ダウンロードされるようになると、それは役務の提供ではなく、それ自体が独立して商取引の対象となっていると捉える方が実態に即した解釈である。無体物であってもダウンロード可能な電子出版物・プログラムはそれ自体が独立して商取引の対象となるものとして商品と取り扱われている。

以上従来の基準を検討してきたが、結局、商標上の商品の概念決定基準は、従来の多くの提案された要件が限定要件であり、狭く解釈する道具概念であると言える。そのように厳格に解するのではなくなるべく柔軟に解釈できるようにすべきである。もっとも重要なものは取引市場において取引されている対象をいうことであり、それは交換価値があればよいと考えられる。

### Ⅲ おわりに

伝統的な商品論に対して近時主張されるようになった棲み分け論の二つの立場がある。前者が商品自体に比重を置いて商標との関係から結論を導き出そうとしているのに対して、後者は、商標の使用態様に比重を置いて商標との関係をより重視した考察をして結論を導き出そうとしている。その結果、後者は商標の使用の議論を持ち出している。そこで、商品論と商標の使用論の適用に関する考え方を整理しておこうと思う。

#### 1 商品論と商標の使用論の適用に関する考え方

商品論と商標の使用の適用に関する考え方について

検討する。

(1) 商品の成立要件該当性を検討することなく、商標の使用の該当性を検討し、それに該当すると判定したとき商標権侵害と判断するとの理論構成。

形式的に商標の使用に該当する場合に、商品の成立要件該当性を検討しても商標の使用に該当すると判定したとき商標権侵害と判断するとの理論構成を採用した場合、商標の使用は原則として商品について標章を付する行為であるから、必ず商品とは何か問われる場面が生じうる。商標法の規定する形式的な使用行為に該当する場合であっても、商標の機能が発揮されない態様で標章が用いられる場合もあり得る。すべての事案が商標の使用の成否のみで判断できない。したがって、一律に、この理論構成は採用できないであろう。

訴訟技術の見地から考察しても、論点を「商標の使用」があったか否かに争点を絞ることになる。しかし、商標の使用とは基本的には商品に標章を付する行為であり、標章が付される対象が商品で無い場合には使用とは言えない。

(2) 商品の成立要件をまず検討し、該当する場合に初めて商標の使用に該当するかを検討し侵害の成否を決定する理論構成。

商品の成立要件をまず検討し、該当する場合であっても商標の機能を害する使用方法または使用態様で使用しているか否かを検討し、商標の機能を害する行為が認定された場合には、商標権侵害を構成するとの理論構成は、商標法的視点からは、商品のみでもなく、標章のみでもなく、標章と商品の関係に着眼して解釈するものであるので、もっとも妥当であると解する。

(3) 商品の該当性をまず、判断しその成立要件を検討し、そのすべてが具備した場合に商標権侵害を肯定する理論構成。

この理論構成は商品の成立要件の一つでも該当しないとき、直ちに商標権侵害を否定すると判定すべきとすることになる。この方式は従来の裁判例に多く取り上げられてきた。しかし、商品自体相対的で時代の変化や変遷により流動的に変化するものであり、商品該当性は不動のものでないからナンセンスである。商標は自他商品識別標識であり、これを保護することによりそれが使用されることによって業務上の信用が化体し商品流通秩序が形成され、公正な秩序維持を通じて産業の発達に寄与するという経済的な機能を発揮するものである。

このような機能を考慮すれば、上記の理論構成の中から選択するとすれば、2の理論構成を採用したい。その意味で、今なお、商品商標の商品性に関する議論は意義を失っていないと考えるからである。

## 2 統一的定義の提案

商標法において、商品であるかどうかの問題を考察する際には、商品であるかどうかの分析と共に、それ以上、標章と関係し、表象されているのは何かという標章の対象を分析することが重要である。すなわち、商標法においては、商標概念は、定義規定にある如く、標章を商品について使用するものである(商標法2条1項)から、標章それ自体で存在するのではないし、商品概念も、それ自体で存在するのではない。それらは、密接な関係があり、自他識別という機能において結びついているものである。したがって、「商標法が、純粹の「機能保護」を目的とする法であり、商標法的視点からは、商品のみでもなく、標章のみでもなく、標章と商品の関係に視点を当てて、解釈すべきである<sup>(72)</sup>。

以上検討したとおり、従来の商品成立の決定基準は、(a)独立性、(b)流通性、(c)交換価値性(代替性)、(d)有償性、(e)量産可能性、(f)有体物性についての検討結果より、独立性は流通性に吸収され、流通性は交換価値に吸収されるべきである。商標法は商標の機能保護法であることから、事業者が自己の業務に係るものを他者のものと識別する必要があるかどうかを客観的に判断するべきである。この識別機能が発揮されているならば、有償・無償は問われるべきではないし、量産可能性の要件は識別機能の発揮されていることの裏返しと解する事ができるから、あえて要件として残す必要はない。有体物性も、不動産やコンピュータプログラムを排除する趣旨のようであると解される。しかし、これらも、商取引の対象となっている商取引の実態を考慮すれば、要件化してこれらのものを排除するまでもないと考える。したがって、商標法上の商品は、それ自体が流過程に置かれる代替性のあるものであると解されるところ、流通性は取引市場で取引されていることを言うことと解し、代替性は、交換価値に吸収されるから、標章と商品は自他識別という機能において結びついていることを考慮して「商標法上の商品とは取引市場において事業者(商標使用者)が自己の業務に係るものを他者のものと識別する必要がある交換価値があるものをいう。」という定義で統一すべきである。

伝統的な商品論は商品自体の属性や用途機能などを重視するものであるのに対し、棲み分け論は商標の機能を使用面で重視するものであり、どちらも、商品と商標の関係に苦心しているが、両者を総合的に把握する傾向が弱い感じがする。そこで、両方の要素を公平に考慮する第三の立場として、この定義を、伝統的な商品論と先鋭的な最近の商品論の折衷説とも言うべきものとして提案するものである。

以上

平成21年12月25日脱稿

---

(72) 小野昌延 前掲注(54)22頁