The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	商標の機能としての安全性保証機能（二・完）：知的財産法と消費者法の交錯の一場面
Author(s)	勝久, 晴夫
Citation	阪大法学. 2010, 60(1), p. 105-133
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54836
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

商標の機能としての安全性保証機能（二・完）

――知的財産法と消費者法の交錯の一場面――

勝　久　晴　夫

三　商標の機能としての安全性保証機能

1　商標機能の形成の沿革

従来から、商標の機能としては、前述の出所表示機能と品質保証機能に広告機能を加えた三つが挙げられてきた。[67] 広告機能とは、「需要者は商標を記憶し、あるいは、商標自体に一定のイメージを思い浮かべるに至り、更に、その商標を表示した商品・役務に対し愛着を覚えさせるという傾向を持つに至る場合さえありうる」ため、営業上大きな力を有することから、このような作用のことをいう。[68]

まず、ここで商標の機能という場合、商標法上の手続きを経て登録された登録商標の機能という意味ではなく、実定法を離れた社会的事実としての商標の機能を指す。この意味での商標とは、「商品取引社会において、何人かの業務との関係において個性化された商品の同一性を表示するために（自他商品を識別するために）商品について使用される文字、図形、記号等感覚的に把握し得る手段」[69]とされ、要するに商品に付された標章（商品標）を意味

する。商品に標章を付すことにより他の商品との識別が容易になるが、歴史的・沿革的には、この機能を使って、商品の所有権の帰属とその出所を示してきたといわれている[70]。産業の発達とともに商標は出所を表示するために使用されることが多くなり、同一の商標が表示された商品は同一の生産者によるものと消費者が認識するようになった（出所表示機能）。そして、出所を表示するために商標が表示されることが繰り返されると、消費者の側では、同一の商標のもとでは同一の品質を有しているとの期待（信用）のもとで商品を選択するようになる。消費者は一定の品質を期待して商品を購入しており、この品質に関する記憶は、価格・サービスなどについての記憶よりも長く消費者のもとに留まるとすらいわれている[71]。生産者側からもその信用を商標に蓄積するために、同一商標のもとでは、同一の品質の商品を提供する努力がされるに至る（品質保証機能[72]）。

また、商品に商標を表示して流通させると、商標のシンボル性から消費者は特定の商標に特定のイメージを抱くようになり、まだ商品を使用した経験のない消費者に対しても、そのイメージを活用したマーケティングが可能となるといわれている（広告機能）。このような作用は、マスメディアが発達する前から「口コミ」として作用はしてきたものであるが、マスメディアの発達とコマーシャリズムの台頭に伴い、商品コマーシャルが盛んに流されるようになってからは、益々この機能が「ブランド価値」として、重要視されるようになってきた[73]。このように商標が「ブランド」として価値を増していくことによって、商品に付された標章という役割に留まらず、個別の商品からは離れた特定のイメージや価値を持つ財産としての側面を有するようにすらなる[74]。

このように商品に商標を表示することにより、上記のような機能が社会的事実として形成され、かつ、それは時代とともに変遷していくものであるが、この機能を法的に保護するのか、保護するとすればいかなる法律でどのような範囲か、などといったことは立法政策と法解釈の問題となる[75]。この点について、我が国では、商標法一条にい

う商標法の「目的」に関する解釈論として「商標機能論」が、学説及び判例上で活発に議論されている。商標機能論とは、「商標権侵害に形式的に該当する行為であっても、当該行為により商標の本質的機能が害されない場合は、当該行為は実質的違法性を欠くものとして許される」[76]とする法理であり、主に真正商品の並行輸入を巡る争いの中で論じられているが[77]、本稿ではこの機能論自体については必要な範囲での言及に留めることとし、次で、社会的事実としての商標の機能が現在転換期にきていることを確認したい。

2　商標機能の現代的展開

（1）出所表示機能とマーケティング・コンセプトの決定者

前節において、商品に商標を表示して流通させるという行為により、出所表示機能と品質保証機能、広告機能が生じるとされてきた沿革について説明した。いずれの機能も、商標を通じて生産者側の思惑と消費者側が受ける出所情報、信用、イメージなどが相互に反応しあって形成されてきたものである[78]。これら商標の機能については、出所表示機能こそが商標の本質的な機能であり、他の機能は出所表示機能から派生すると捉えるのか、各機能はそれぞれ独立の機能と捉えるのかという点で争いがあるが[79]、少なくとも商標が直接若しくは間接に出所以外の情報を消費者に与えていることは確かであろう[80]。そして、同時に、商標を表示する側においても消費者の側においても、消費経済、産業の変化の中で、上記以外の商標の機能が見出されていくことも、上記三機能の形成過程に照らして明らかなことといい得る。この点に関し、現代の商標には「マーケティング・コンセプト」を誰が決めたのか、その所在を明らかにする作用があることを指摘する見解がある[81]。現代の産業構造の中における生産工程では、一つの製品を一つの会社だけで生産することは少なくなり、製品設計、部品の製造、組み立て、梱包、配送、広告などの

様々な部門に細分化されるとともに、部門ごとで委託、下請け孫請けといった外注が行われることも決して少なくない。中でもプライベートブランド商品は、製造部門全体を外注した「窮極の下請け」ともいうことができる。[82] このように、生産工程が複雑化、複数化すると、商標が指し示す出所と製造業者がイーコールの関係とはならなくなる。そして、商品に誰の商標を表示するかということは、マーケティング上の一つの戦略として位置づけられるようになり、その結果、生産工程に関与していても商品に商標を表示されない者や表示されたとしても目立たない配置となる者などが現れ、また、反対に、その商品の製造に関与していなくても、自らの商標を商品に大きく表示することができる者も現れるようになった。この点を捉え、商品に付された商標の有無や配置等は、商品の製造についての寄与の程度が反映されるのではなく、その商品のマーケティング・コンセプトへの影響力が反映されているとして、現代の商標は、その商品のマーケティング・コンセプトの所在を現していると考える見解である。

この見解は、出所表示機能を「マーケティング・コンセプトの所在」を表示する機能と構成することにより、現代の企業活動の実態に即した商標の機能としての説明を可能にするものということができる。現代では大手のスーパーマーケットなどでもプライベートブランドが積極的に展開されていることなどから、消費者においても商品に付された商標が必ずしも「製造者」のものでないことは経験的に認識されていると思われる。ただ、その商標の指し示す出所が製造業者ではないとしても、消費者は当該製品の製造・流通・販売の過程で、そこが重要な役割を果たしているものであるという認識は持っていると思われる。この「重要な役割」というものが、この論者の言う「マーケティング・コンセプトの所在」という意味であるならば、この見解は、商標の現代的な役割を的確に反映した商標の出所表示機能の捉え方であると評価することができると考える。

（2）出所責任機能

現代では企業の社会的責任が強く意識されるようになり、一つの不祥事でこれまで築いてきた社会的信用を一瞬で失っていった企業も少なくない。[83] 商品への消費者の批判は、商標の出所表示機能から、商品に付されている商標を持つ企業へと向かう。企業の社会的責任（CSR：Corporate Social Responsibility）は、近年とくに強く意識されるようになっており、今後も同様の事件が起きれば、同じく企業にとっては存続にかかわる致命的な損失を被ることが予想される。このようなことは、企業実務に携わる立場の方がより敏感に感じ取っており、「企業は、商標を一つの商品・役務に係る自他商品識別のための機能だけではなく、企業そのものが消費者に対し『責任を負うことを伝達するためのもの』として機能させ、一方、消費者からすれば、企業に対し『責任を追求するためのもの』として機能するものとして理解されることによって、ブランド商標は、企業の『社会に対する責任の証』として機能することになる」[84]（原文ママ）として、商標には「出所責任機能」がある旨を指摘する見解が登場した。[85] 論者のいう出所責任機能とは「商標権者（又は商標使用権者）が信用を維持するための責任の所在を黙視的に明記した出所表示及び品質保証をも当然に含むものであり、さらには商標権者（又は商標使用権者）の信用・名声等を含む企業の社会的に意義のある存在として需要者（消費者）から認知されたことを証する機能」であるとされる。[86]

この見解は、論者のいう「責任」の意味について説明がなされていないため、出所表示機能との違いがどこまであるのか不明確であるが、商標を表示することに「責任」が伴うことを指摘し、商標の機能を消費者の立場を重視して構成するなど、消費者重視の近年の傾向を反映するものであるということができる。

（3）安全性保証機能

一九八〇年代以降、企業は国際競争力を高めるためには「ブランド価値」を高めることが必要だとされ、「コーポレート・アイデンティティ」と呼ばれる企業理念の発信のために、個別の商品商標（プロダクト・ブランド）以

外に企業・グループの統一の商標（コーポレート・ブランド）を積極的に展開し、商品のアピールとともに自社の認知度を高める努力をしてきた。[87] また、時期を同じくして、消費者と企業の関係も法的には大きな転換期を迎えていた。製造物責任に対する関心は益々高まり、立法化の動きが現実的になっていったのもこの時期である。[88] 商品を製造する者は、その商品について安全性を確保しておくべき、という社会的規範はすでに形成されていたということができる。消費者が実際に手にする商品は、製造者側が品質や安全性につき検査をした上で出荷しているものと期待されるようになり、企業は商品の安全性に対して今まで以上の十分な配慮をすることを意識するようになった。[89]

他方で、いわゆる「ＤＣブランド」商品の流行などと相まって、商標のライセンス契約による商品販売が一般消費者にも広く浸透し、商品に付されている商標と実際の製造者が必ずしも一致しないことも、周知されるようになった。時に消費者は、その商品に商標（ロゴマーク）が付されていることにこそ、価値を見出すことも少なくない。[90] ただ、このような場合でも、消費者はあくまでも、その表示されている商標の商標権者が、流通の上流にあって、そのライセンシーが商品を販売する際に、一定の関与をしていることを期待しているものと思われる。[91] ここでいう期待の中には、商品の形状・品質・安全性に対する最終的なチェックを、ライセンサーが何らかの形で行ったであろうという期待も当然に含まれよう。[92] ライセンスをすることができる商標というのは、通常それなりの周知性を有する商標であり、一定の顧客吸引力が付着している。そして、その商品に対する消費者の信用は商標の指し示す出所に蓄積されていく。これと同じように、商品の品質、安全性に疑問が生じるようなことがあれば、当然、その非難は商標の指し示す出所へと向かうのであるから、商標を表示する側もこの消費者の期待には応えるべく努力をしている。[93] 商標をライセンスする場合においても、通常、ライセンサーはライセンシーに対し、品質保持条項などを設け、商標の信用を傷つけないように細心の注意を払うとされているのは、このことの表れである。[94] このよう

な、商標を表示する側と消費者側との商標を介した思惑、期待の交錯により、社会的事実として、商標を表示した者はその商品の安全性確保について責任を負うという意味での商標の「安全性保証機能」が形成されたといえるのではないだろうか。[95] 商標から消費者が抱く「信頼」の要素には、品質の同一性への信頼以外にも、商品の安全性確保に対する信頼も存在しており、商品に商標を表示する者は、消費者の信頼を勝ち得るべく、品質の同一性の保証だけでなく、当然、商品の安全性の確保についても努力を重ねてきたのである。

商標を通じた商標を表示する側と消費者側との「コミュニケーション」により、安全性確保による社会的インセンティブと社会的サンクションが生じ、社会的事実の「安全性保証機能」が形成されていたことは、前述の製造物責任の責任主体の根拠論として、「信頼責任」を挙げる多くの論者が指摘した、「消費者の商標への信頼」の説明の中にも見出すことができる。[96] この安全性保証機能により、商標を表示する者は、その商品が流通する前に安全性を検査すべき立場にあるとみなされ、欠陥製品を流通させることは、この安全性検査を怠ったことに基づき、危険を生じせしめたと評価することができる。前述の製造物責任における表示製造業者が責任主体とされる根拠論であった「危険責任」も、このような文脈によって初めて理解ができるものとなる。そして、以上の社会的事実の存在は、製造物責任が各国で法制化される頃にはすでに存在していたからこそ、各国の製造物責任法でも商標を表示した者が責任主体とされていると考えられるのである。[97]

以上のことは、マーケティング・コンセプト論と出所責任機能の説明とも整合する。すなわち、商品を製造販売するに当たって、どの商標を表示するかはマーケティング・コンセプトによって決定され、多数の事業者が商品の製造にかかわっている場合は、商標を表示した事業者が対外的にはマーケティング・コンセプトの決定をした者であると判断される。[98] この表示されるマーケティング・コンセプトの決定者こそ、「出所責任」を担うべき主体であ

り[99]、消費者はこの者が商品の安全性を保証しているものと信頼するのである。このように、消費者保護重視という近年の法を取り巻く潮流と商標の現代的な機能を考えると、商標の機能として安全性保証機能が存在していることを認めることができよう。

3　安全性保証機能の内容と法的位置づけ

（1）安全性について

商標の機能としての安全性保証機能の内容をみるに当たっては、まず、「商品の安全性」という概念について検討をする必要がある。これは、大きく分けて二つに類別することができるのではないだろうか。

一つは商品そのものが本来的に備えておくべき安全性という意味で「基本的安全性」と言えるものである。この基本的安全性は、設計段階ですでに安全性対策に問題があり、その設計通りに製造されても常に危険性を有する製品となってしまうものと、設計上は安全性に問題はないが、製造工程におけるミス等で製品に安全性が欠如したものができてしまういわゆる「不良品」の場合がある。いずれにしても、この基本的安全性は、食品であれば、それを食べた人の健康を害するようなものでないこと、電化製品であれば、漏電や破裂などを起こさないことなど、衣類やアクセサリーであれば、着用した際に人の肌などに炎症等を引き起こすようなことがないことなど、その商品が通常の用途にそって使用されるに当たって具備しておかなければならない安全性である。

もう一つは、その商品の使用、保管、運搬などに当たって危険を生じせしめるおそれのある取り扱い情報などを提供しておくべきという意味で「付随的安全性」と言えるものである。操作の複雑な工具を取扱説明書なしで流通させれば、たとえその工具自体が基本的安全性を備えたものであっても、消費者が実際に使用する際に操作方法を

誤り、危険が生じたという場合には、その商品は安全性が確保されていなかったと評価される。[100]

基本的安全性については、いかなる商品においても必ず一定の水準をもって要求されるものである。これに対し、付随的安全性は、利用者の特性に応じて要求される水準も異なる。医療器具のような専門的用途に特化した製品に、一般消費者にも理解できるような説明書を付属させることまでは要求されない。ここでいう水準とは、その商品の安全性基準を意味するが、これは商品類型ごとに行政法的規制や業界団体による自主規制により数値化されている場合がある。[101] しかし、商標の機能としての安全性保証機能のコンテクストで取り上げるべき安全性基準とは、あくまでも商標を表示して商品を流通させる側と商品を購入し利用する側との間で事実上設けられる規範としての安全性基準である。商標使用者側は利用者が望んでいる安全性基準を考慮し、コスト計算を経た上で、できる限りの水準をもって安全性基準を設定し、利用者側もそれを信頼して商品を購入するのである。

（2）保証概念について

次に、安全性保証機能にいう「保証」概念であるが、これは品質保証機能と同様、「保証」といっても、安全性を消費者に対して法律上保証しているというものではない。すなわち、消費者は安全性に欠陥のある商品を購入させられたとしても、そのことのみをもって商標使用者に損害賠償等の法的責任を追及することはできない。[102] また、安全性を確保できなかった場合のサンクションとして登録商標の取消しなどを定めた商標法の規定も存在しない。

ただ、商標法上法的責任を追及できないとはいえ、安全性に問題のある商品を製造し流通させたのであれば、それは消費者の期待を裏切ったとの評価は避けられず、なお、法的な分析の対象となると考える。消費者問題では、消費者の「損害」の発生の有無だけを検討するのではなく、「損害」には至らない消費者「被害」という観点からの検討も必要だと考えられるからである。[103] ここで消費者被害とは、「事業者との取引にさいして商品・サービスの

取引条件や取引方法について消費者がもつ合理的な期待と現実との間に不相当な不一致がある状態」をいう。[104] 損害に至らない「被害」を被った場合、被害救済のために消費者に何らかの請求権のような権利が発生することは通常はないが、公法的な規制はこの「被害」段階であっても及んでくる場合がある。[105] その典型的なものが、消費者生活用製品安全法や食品衛生法におけるリコール制度などである。また、その他にも消費者庁の発足と同時に施行された消費者安全法は、「消費安全性」という新しい概念を設け、消費者の安全確保のためのいくつかの措置を講じており、注目される。[106] ただ、ここではこのような製造者に対する公法的な規制とは別に、商標を表示した者と「保証」との関係でこの消費者被害を考える必要がある。

安全性保証機能は、商標使用者が商標を表示して流通させた製品については、消費者はその商標の指し示す出所が、その製品の安全性を確認しているであろうと期待している。この期待を裏切る結果、即ち消費者被害を引き起こしたことへの制裁は、保証機能との関係では「ブランド価値」の低下に他ならない。個別具体的な被害者が法的な保証により救済されるわけではないが、この保証機能によるブランド価値の低下を回避するため、企業はより確実な安全対策をとるように努力をするのであり、その結果、消費者一般の安全が守られるという関係にある。商標を表示する者は法的に責任を追及されないとしても、この消費者の信頼を裏切ることはできないのである。[107] そして、このような商標を表示する側と消費者側の間に信頼関係が形成されると、前述の安全性基準を一つの指標とした「商標を表示する者はその商品の安全性を確保し、消費者被害を防止すべき」という社会的規範が成立する。企業にとってこの規範を遵守することはコストのかかることだが、この安全性に対するコストは価格にも転嫁可能であり、保証体制も含めた安全性への取り組みについて、商標を通じて発信（シグナリング）することにより、充分なメリットが得られることから、この社会的規範は広く受け入れられていると考えられる。[108] 安全性保証機能にいう

「保証」とは、まさにこの社会的規範を商標を表示した者が遵守していることを保証しているという意味である。なお、商標法一条は「商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」と規定しており、商標が公益的目的を有していることを伺うことができる。それゆえ、消費者被害の防止という高度に公益的な役割を果たす商標のこの機能は、商標法上も保護に値すると考えられることから、商標を使用する者の安全性確保義務あるいは安全性管理権という形で検討をする余地はあると考えられるが、この点については、機会を改めて検討したい。

4　商標法における安全性保証機能と他の機能との比較

商標には、出所表示機能、品質保証機能、広告機能という三つの機能があるとされていることはすでに触れたが、ここでは、これらの機能と安全性保証機能の商標法上の位置づけにおける相違について検討する。

安全性保証機能も、従前からの三機能と同様に、社会的事実として形成されてきたという点において共通するものである。ただ、これまでの機能は、商標権者の保護という方向で発展してきたのに対し、安全性保証機能は、消費者保護の方向から商標を捉える形で形成されてきたものであるという違いがある。これは、従前からの三機能に関しては商標権者の「権利」を基礎づける機能として議論が展開されるが、安全性保証機能に関しては商標権者の「義務」を基礎づける機能という形で議論が進むことに繋がっていく。この方向性の違いは、商標法の規定にも現れている。商標の保護を目的とする商標法においては、出所表示機能を害する行為は商標権侵害（法二五条）であると考えられており、登録商標の保護とは、商標の指し示す出所の信用保護にあるとされている。[109] 品質保証機能についても、五一条や五三条において、これと関係すると解することのできる規定が設けられている。これに対し、

安全性保証機能に関しては、前述の通り現行商標法上、直接これに触れた規定は存在していない。それゆえ、安全性を損なわせる行為が、商標権侵害とされることはなく、安全性を確保しなかった商標権者の登録商標が取り消されることもない。しかし、商標法の目的には需要者の利益保護も含まれているのであるから、商標法の趣旨と安全性保証機能が相容れない関係にあるというわけではないことに鑑みれば、前述の通り、安全性保証機能に関する規定が設けられることも検討に値するかも知れない。

また、安全性保証機能が現行商標法上は「無視」された存在であるとしても、その機能保護についてのエンフォースメントは、製造物責任法によって他の機能よりも強力なものになっている。これは、安全性保証機能が国民の安全という極めて高い公益性を有することに起因する。公益性という点では、品質保証機能も今日ではその公益性が認識されている。[110] しかし、各種消費者法等による品質表示規制は、品質の適正な表示という点を要請するものであって、品質の同一性保持を要請する規制ではない。[111] 商標法の議論でも、商標権者は品質の同一性を保持する義務はないと考えられている。[112]

以上のように、安全性保証機能は、その形成過程と公益性の高さの違いにより、他の機能とは異なる特質を有しているものとみることができる。もちろん、現時点ではこのような相違が認められたとしても、商標の機能は常に社会的経済的要請を受けて変遷していくものであるから、今後、安全性保証機能と他の機能の性質や位置づけが近接したものとなっていくこともあり得よう。特に品質保証機能への消費者の期待はますます大きくなっていくであろうから、両者により多くの共通性がみられるようになるものと思われる。

四　製造物責任法との関係

1　製造物責任法と商標の安全性保証機能

商標の機能としての安全性保証機能は、消費者被害防止という高度に公益的な性質を有することから、この機能について商標法において議論すれば足りるというわけではない。

製造物責任法では、表示製造業者として商標を表示した者に製造物責任を課している（法二条三項二号）。これは、社会規範として成立していた「商標を表示する者はその商品の安全性を確保し、消費者被害を防止すべき」という規範に対し、一定の範囲で国家がエンフォースメントを付与したものと考えることができる。[113] 一定の範囲とは、製造物責任法は欠陥製品から生じた「損害」に対し、損害賠償請求を無過失でも認めるというものであるが、前述の消費者「被害」への救済までをエンフォースメントしたものではないことを意味する。ただし、「損害」に対する製造物責任を商標を表示した者に課せば、安全確保義務はエンフォースメントされるため、商標の安全性保証機能がこの範囲において法的に保護されることとなった。[114] このことは、商標を他人にライセンスする場合などに、商標権者が安全性に関与する根拠を与えるものとなる。商標を表示する者はこの規定をもって、消費者被害防止のための方策をとることが、これまで以上に強く消費者から期待されるようになるであろう。商標の安全性保証機能は、製造物責任法の制定により、これまで以上に重要な機能としてその役割を果たすことになる。[115]

以下では、商標の安全性保証機能に基づいて表示製造業者の根拠論を説明するとともに、安全性保証機能を中心に表示製造業者の製造物責任を考えた場合に生じる従来の解釈論との相違の例として、実質的製造業者の範囲と商標権侵害事例における商標権者の製造物責任について検討する。

2　二号の表示製造業者

表示製造業者の責任根拠論に関して、従来の議論が商標と消費者の関係について、実質的な説明をすることなく結びつけていたことは、すでに批判した。ここでは、なぜ、商標を表示した者が、表示製造業者として製造物責任を負うのかを、商標の安全性保証機能に基づいて説明をする。

まず、二号前段の「自ら」「製造業者として」商標を表示する場合とは、いかなる意味かを確認する。「自ら」とは、自らの意思に基づいてという意味で、ライセンス契約に基づいて他人が商標を使用している場合は、商標権者（ライセンサー）が「自ら」表示したといえるが、他人が勝手に商標を表示した場合などは「自ら」表示したとはいえない。[116]「製造業者」とは、同条同項一号より、製造物を業として製造、加工又は輸入した者を指す。「製造業者として」か否かは、商標を表示した者の主観ではなく、表示等の外観によって判断されるため、商標の表示と合わせて、製造業者である旨の何らかの表示（肩書き）がなされていることが必要とされている。[117]この前段の趣旨は、「製造業者」という肩書きと合わせて商標を表示するという表示態様から、消費者は当然その者が「製造業者」であると認識し、その者が安全性を確認したことを期待すると同時に、商標を表示した者においても、その製品の安全性に問題があれば、商標の出所表示機能により、その非難は自分の方へ向けられることは、十分予想しているので、法は「製造業者として」商標を表示した者を一律に表示製造業者として製造物責任の責任主体としたものと考えられる。

製造物責任についてその商品の製造に関与した者のうち誰が負担するかを、あらかじめ契約等により内部的に決めておくということがよく行われており、その効力が問題となることがあるが、このような内部的な契約の効力は当然当事者にのみ及ぶにすぎない。[118]また、契約等により製造物責任を負うこととなっていても、そのことをもって

直ちにその者が製造業者となるわけでもない。[119] 安全性保証義務は契約によって生じるものではなく、商標の表示を媒介とした消費者との信頼関係によって生じるものであるため、内部的な契約関係によってその義務の消長が左右される性質のものではないと考えられるからである。

次に後段についてであるが、ここでは「製造業者」と誤信されたことが要件とされているわけではなく、「誤信させるような外観」を表示したことが要件となっている。それゆえ、「誤信させる」か否かについても、表示の態様から客観的に判断されることになる。この規定については、以下のように理解することができるであろう。企業にとって商品に商標を表示するか否か、表示するとすればどのような商標をどのように表示するかは、マーケティング戦略の問題である。[120] それゆえ、商標を媒介として消費者にどのようなイメージを与えていくかなどは充分に考慮されている。[121] そして、このような考慮に基づいて商品に製造業者を連想させるような形で商標を表示するということは、対外的に自分がマーケティング・コンセプトの決定者であると表明することに他ならず、[122] このような表示をしている者に安全性保証義務を課し、その商品の欠陥から生じた損害に対して製造物責任を負わせても、不測の不利益を課したことにはならないであろう。また、消費者も客観的に製造業者と誤信させるような表示を見れば、その者がこの商品についての安全性に責任を負う者だと認識し期待するであろう。この消費者の期待を裏切り、安全性確保を怠った結果、消費者に損害を与えたのであれば、その者は責任を負うべきであると考えられる。法が後段の誤認表示製造業者を製造物責任の責任主体とする規定を設けた趣旨はここにあると理解するのである。

このような趣旨からは、製造業者であると連想させるような肩書きが付されている場合はもちろん、商品に何の肩書きもなく商標が表示されている場合も、通常はその出所表示機能により、消費者はその商標を表示した者が製造者であると認識するため、その者に安全性確保を期待することから、「誤信させるような」に該当すると思われ

る。[123] ただ、最近では一つの商品に複数の商標が表示されている場合も少なからず存在しており、かつ、いずれも肩書きなく商標が表示されていることがある。[124] このような場合は、肩書きなく商標を表示したとしても、直ちに「誤認させるような」に該当することにはならず、商標の表示されている位置や大きさといった外観などから、消費者にその者がマーケティング・コンセプトの決定者であると認識させ、安全性確保への期待を生じさせるような表示であったか否かで客観的に判断されることになる。なお、従来の学説では、一つの商品に複数の商標が表示されている場合、二号では責任主体とされるのは一つの商標についてだけであると解されているようであるが、[125] 表示製造業者の責任根拠を安全性保証機能からの安全性確保義務違反に求める私見からは、必ずしも表示製造業者とされる者が一人であるとする必要はないと考えられる。

また、いわゆるプライベートブランド商品などは、製造委託者である流通・販売業者の商標のみが商品に表示され、製造業者の商標は表示されないことが多いため、この後段により製造物責任を問われることになろう。[126] さらに、ライセンス契約により当該製造物に商標の使用を許諾したライセンサーも、製造業者ではないことを意味する肩書き（ライセンス契約に基づき使用されている商標である旨の記載やイラストやデザインをした者である旨の表示など）と合わせて商標が表示されておらず、何らの肩書きも付されていなければ、消費者はその商標が指し示す出所であるライセンサーに安全性確保を期待するため、この後段により製造物責任を負うことがあり得よう。[127]

以上のように安全性保証機能から二号の表示製造業者の責任主体性を説明する私見には、製造物責任法二条三項は二号と三号で、「製造業者として」商標を表示しているか否かで別異の取り扱いをしていることと整合していないとの批判も考えられる。しかし、製造業者としての表示というのは、安全性保証機能を生じさせるもっとも典型的な表示であり、このような表示をした者は当然に安全性確保義務を負うことになるのであるから、これを製造業

者でない者がしたとしても、その者が製造業者と同じ安全性確保義務を負っているとみなされることになるということを、二号は規定したものと考えることによって説明ができると思われる。

このように、責任主体の根拠を商標の安全性保証機能から導かれる消費者の信頼と商標使用者の安全性確保義務に求めることにより、「マジックワード」と批判されてきた「信頼」の実質を明確化することができるのである。

3　実質的製造業者の範囲

製造物責任法二条三項三号は、「当該製造物の製造、加工、輸入又は販売に係る形態その他の事情からみて、当該製造物にその実質的な製造業者と認めることができる氏名等の表示をした者」を製造物責任の責任主体としている。この実質的製造業者が責任主体とされる根拠は二号と同様、商標の安全性保証機能に基づく消費者の信頼にあるが、ここでは、二号と異なり、「製造業者として」商標を表示することは要件とされていない。これは、消費者は「誰が製造業者であるか」よりも「誰の商品か」すなわち「誰のマーケティング・コンセプトによる商品か」に関心があり、販売業者や流通業者としての商標の表示であっても、その者に安全性確保の期待を寄せることは多いと考えられるからである。[128]

製造物責任法が制定される以前の裁判例においては、販売業者などに対して「流通の出発点」であることや製品の源泉供給など流通への関与を強調する形で製造物責任を認めた事例が多くみられた。[129] しかし、これらの裁判例も、流通への関与の度合いを手掛かりとしながら、結果的にマーケティング・コンセプトを決定した者を求めていたものと考えられ、ここまで述べてきた私見と結論において相違は生じないものと思われる。

この三号は「製造業者」以外の肩書きを付して商標を表示した者にも、製造物責任を認めるものであるが、「実

質的」という要件の解釈如何によっては、商標を表示したことをもって直ちに製造物責任を肯定する方向に行くおそれがある。多くの学説も製造物責任法の消費者法的役割を重視し、被害者救済のために「実質的」という要件を比較的緩やかに解釈する傾向にある。[130] 被害者救済の拡大・強化を図ることに何ら異論を述べるつもりはないが、実質的製造業者であるかどうかについては、あくまでも商標の安全性保証機能を担う立場にあったか否かを基準に判断すべきである。[131] 安全性保証機能を担う立場にあるということは、その商標を通じた消費者とのコミュニケーションにより、消費者に対して一定の信頼を与えているということを意味する。この消費者との信頼関係を築くことができれば、それは顧客吸引力となり企業にも充分なメリットが生じるのであるから、企業は費用をかけて商品の品質や安全性を向上させるための努力をしているのであり、また、このような費用は最終的には商品価格に反映されている。このように安全性保証機能を通じて「実質的な製造業者」を理解すると、その具体的な判断基準としては、製品（Product）を製造することに重要な関与した者のほか、その製品を市場で流通・販売する「商品（Goods）」としての価値を高めるような関与をした者を指すと考えるべきであろう。

実質的製造業者を上記のように解すると、商標をライセンス契約により表示しているライセンサーが、「実質的な製造業者」に該当するかが、一つの重要な争点となる。ライセンサーの商標が、前述の「製造業者として」であることの「打ち消し表示」と合わせて表示されていたとしても、通常は、消費者にとってはその商品にライセンサーの商標が表示されていることが、商品選択の際の大きな判断要素となるのであり、それはまさにその商標の有する顧客吸引力であり、消費者の信頼でもある。消費者はそのライセンサーがその商品を直接製造しているとは思わない場合であっても、商品が市場に流通する前に、ライセンサーが何らかの形でその商品の安全性等をチェックしているであろうという期待をする場合がある。このような場合、商標のライセンサーとして当該製造物に商標を

表示している者は、その商標により商品の価値を高めたものと評価でき、「実質的製造業者」に該当すると判断される可能性が高くなると考えられよう。[132]

4　商標権侵害事案における商標権者の製造物責任

表示製造業者の責任根拠について、「表示に対する信頼」という点を重視する論者の多くは、商標を冒用された場合も、商標権者がそれを知りながら長期間放置し、黙認していた場合などは表示製造業者として製造物責任を負わせることを主張する。現在、このような見解が、我が国の多数説的な地位を占めているものと思われる。[133] この主張は、虚偽の外観作出への帰責性等を根拠に、通謀のない事実と異なる意思表示の効果を権利者に帰属させる民法九四条二項の類推適用と同じように、商標権者自身が当該製造物に商標を表示した場合でなくても、製造物責任法二条三項二号、三号の適用ないしは類推適用を認めようとするものである。

しかし、実質的製造業者を含む表示製造業者の責任根拠を、商標を表示する者の安全性確保義務違反に求める私見からは、このような解釈は支持できない。製造物責任という重い責任を負わせる根拠は、その者が製造物の安全性を確保すべきであったにもかかわらずこれを怠ったことに求められるのであるから、そのような立場になかった冒用事例における商標権者に、製造物責任法上の製造物責任を負わせることはできない。

また、上記解釈によると、製造物責任は消費者側の主観的事情を考慮することなく成立するため、商標が冒用された商品の購入者が、その購入した商品がいわゆる「偽ブランド」であることを知りつつ購入した場合[134]であっても、商標権者が製造物責任を追及されることとなり、バランスを欠いた結論となるのではないだろうか。加えて、現実問題として冒用事例というのは、特定の著名な商標について集中的に被害が発生し、これを行う者は違法行為であ

ることを認識しているため、秘密裏に短期間に行なわれたり、泡沫的に行われたりされることが多く、しかも、その多くが海外で製造されて我が国に入ってくるのである。[135] そのため、商標権者は、商標権侵害事実を認識したとしても、侵害者や販売ルートまで把握することは難しく、法的処置を採ろうにも相手の所在さえわからないことが少なくない。また、商標権者が何らかの対策を採ったとしても、侵害製品は消費者の手元に残ったままであるから、製造物責任の期間制限内（法五条）に製品事故が発生することもありえよう。このような事情に鑑みれば、商標権者が侵害を知りながら現実には何もしなかった事実を「商標権侵害の事実を知りながら長期間放置・黙認した」と評価し、商標権者に製造物責任を課すのであれば、その結論には疑問が抱かざるを得ない。おそらく、多数説も「黙認した」といえるためには、積極的な商標権者の関与を要求することになるであろうが、そのような事情があれば、商標権の使用許諾についての黙示の合意を認め、冒用としてではなくライセンサーの責任として端的に二条三項二号ないしは三号の適用を模索した方が実態に即した解釈となるのではないだろうか。[136]

このように解すれば、結局、残された冒用事例の場合というのは、商標権者も被害者なのであるから、[137] 製造物責任として論ずべき事例ではなく、一般不法行為法（民法七〇九条）で対処し、商標権者側の放置の期間や対応は過失要件で考慮しつつ不法行為の成否を検討し、消費者側が偽ブランド品であることを認識していたか否かなどの事情も過失相殺（同七二二条二項）で考慮するというのが、最も妥当な解釈であると考える。[138]

また、同じく商標の無許諾使用の場合でも、近年増えている態様として、ライセンシーがライセンス契約によって定められた製造数量を超過して製造し、超過分をライセンサーたる商標権者に無断で市場に流通させるという態様がある。[139] この点、学説上は商標権侵害として論じる見解とライセンス契約違反に留まり商標権侵害の事例ではないとする見解があり対立しているが、[140] 本稿との関係では、このような場合でもライセンサーたる商標権者が、製造

物責任を負うか否かが問題となる。冒用事例における多数説的な立場に立つ論者からこの問題に言及されたものは見当たらなかったが、冒用事例と比較して、商標権者と無許諾使用者との関係ははるかに近いため、商標権者の「虚偽の外観作出への帰責性」が認定しやすくなり、製造物責任が肯定される場合が多くなるものと思われる。安全性保証機能から商標権者の製造物責任を捉える私見からは、ライセンス契約によりライセンシーに対してライセンサーの安全性管理が及んでいたか否か、及んでいたといえる場合にライセンシーによる数量制限違反という事実が、ライセンサーの安全性確保義務違反を基礎付けるものとなるかという視点から検討すべきものと考える。[141]

五　安全性保証機能の今後の展望

本稿では、安全性保証機能が商標に認められることを指摘し、分析してきたが、最後に、この機能が果たすべき今後の役割について検討したい。

製品の安全性に対する要求は今後もますます強くなるであろう。このような状況の中で、消費者被害を防止するために商標も一つの役割を担って行くことが求められる。商標は製造業者側と消費者のコミュニケーションツールとして機能することから、製造者側は自社の製品の安全性を積極的に発信し、消費者側もこれを監視することが重要であろう。もちろん、消費者個々人の安全性に対する監視には、能力的にも限界があることから、消費者団体、特に適格消費者団体[142]の活動に期待が寄せられる。[143]また、本稿では製造物責任法との関係を論じたため検討できなかったが、商標には「役務」を対象とするサービスマークもあることから、役務と安全性の関係にも注目していかなければならない。

次に、商標の機能として安全性保証機能が認められるとして、商標法において、この機能がどこまで保護される

かについて考えていく必要がある。この点で参考となるのが、品質保証機能をめぐる議論である。品質保証機能については、これまで主に並行輸入をめぐって議論がされてきたが、近年では、品質保証機能こそが商標の中核機能であるとして、商標機能論の「パラダイム転換」が進行しているとの主張がある。[144] この主張は、商品の品質をコントロールすることこそ、商標の中核的な機能であり、品質保持のための努力を無にするような行為について商標権侵害を認めようとするものであるが、[145] 品質のコントロールということが、一定の公益性を背景に主張されているのであれば、同じく公益性を有する安全性保証機能に関して、「安全性のコントロール」を構想することは不可能ではないように思われる。先に言及した商標権者の安全性管理権との関係も含めて今後の検討課題としたい。

(67) 小野・前掲注(8)四八頁など参照。
(68) 同五一頁参照。
(69) 網野・前掲注(7)六四頁。
(70) 同七八頁。
(71) 三浦一著『購買者行動論』(千倉書房 一九八一) 一一五頁参照。また、北川善太郎「企業取引と品質―その現実と法―」法学論叢八三巻六号五頁 (一九六八) 参照。
(72) 網野・前掲注(7)八〇頁、小野・前掲注(2)二〇頁参照。
(73) 網野「商標の法的保護をめぐって」・前掲注(66)三一七頁、豊崎光衛『工業所有権法 [新版・増補]』(有斐閣 一九八〇) 一四頁、鶴本・前掲注(5)三九八頁参照。
(74) *See* Mark A. Lemley, *SYMPOSIUM: The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 Yale L. J. 1687 at 1705-1709 (1999). また、商標の財産的価値は租税法分野においても当然関心を集めることとなる。岩崎政明「ブランド価値評価・使用料と租税法の対応」ジュリスト一二四二号一二〇頁 (二〇〇三) 参照。
(75) 商標の機能を保護する法としては、我が国では、商標法の他に不正競争防止法が重要な役割を果たしている。
(76) 宮脇正晴「商標機能論の再検討―品質保証機能に関する問題を中心に―」日本工業所有権法学会年報 (知的財産法の

現状と課題）第三〇号五頁（二〇〇七）。

(77) 同九頁、田村善之『商標法概説第二版』（弘文堂 二〇〇〇）四七七頁参照。特に現在では、最判平成一五年二月二七日民集五七巻二号一二五頁（FRED PERRY 事件）及び原審・大阪高判平成一四年三月二九日民集五七巻二号一八五頁（平成一三年（ネ）第四二五号）にいう「品質管理」概念の位置づけを巡っても、見解が分かれている。茶園成樹「ライセンス契約における製造地・製造者制限条項の違反と並行輸入の許否」発明一〇〇巻二号九六頁（二〇〇三）、立花市子「FRED PERRY 最高裁判決にみる商標機能論」知的財産法政策学研究九号八一頁、宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察」立命館法学二九〇号八九六頁（二〇〇三）、玉井・前掲注(66)三五頁など参照。

(78) この点、堤・前掲注(14)六二四頁は、Schreiner の学説を引用し商標のコミュニケーション機能を提唱する。

(79) 桑田三郎『国際商標法の諸問題』（中央大学出版部 一九九二）二九四頁参照。

(80) 玉井克哉「商標権と並行輸入」CIPIC ジャーナル一六四号二七頁（二〇〇五）参照。

(81) 小塚・前掲注(10)九五頁参照。また、宮脇「商標の機能と商標法の目的」・前掲注(73)二八三頁参照。

(82) 小塚・前掲注(10)九五頁参照。

(83) 二〇〇〇年の雪印集団食中毒事件や二〇〇七年の船場吉兆の産地偽装事件は記憶に新しい。

(84) 堤・前掲注(14)六二六頁。

(85) 同。

(86) 同六二七頁。

(87) 首藤明敏「マーケティング部門は法務のコンサルティングを求めている」Business Law Journal 一三号六六頁参照。

(88) 升田・前掲注(15)一二一頁参照。

(89) 「ブランド価値評価研究会報告書」・前掲注(4)一二八頁は、二〇〇二年の調査であるため、当時の意識とは異なるが、この調査では、企業が求めるブランドイメージの構成要素というアンケートに対し、一〇点満点で安全性が八・五ポイントと信頼性、高品質に次いで高いという結果が出ている。また、顧客が実際に選考しているブランドイメージというアンケートでは、安全性を「重要」とするものが五九・七パーセントもあったと報告されている。

(90) *See* Graneme W. Austin, *Trademarks and the Burdened Imagination*, 69 Brooklyn L. Rev. 827 at 899-901 (2004).

(91) *See id.*

(92) ここでいう最終チェックとは、ライセンサー自身が必ず安全性を検査するという意味ではなく、ライセンシーに検査をした上で出荷する義務を契約上課すことなども含むものである。

(93) 商標法五三条も、ライセンシー（使用権者）が、商品の品質の誤認・混同を生じる使用をする場合に、ライセンサー（商標権者）への制裁として、商標登録の取消しをする旨の規定を定めている。

(94) 浅井敏夫「商標使用許諾契約のドラフティング」パテント五七巻二号四三頁参照。

(95) この安全性保証機能という言葉は、突飛な印象を与えるかも知れない。しかし、商標ライセンサーが商品の安全性につき、何らかの責任を負うことを指摘する見解はこれまでにも存在していた。例えば、小塚・前掲注(10)九五頁は、ジミスティの学説を引用しながら、商標ライセンサーが「危険防止義務」を負うことを指摘する。また、商標ライセンサーは黙示的にライセンス商品の安全性に責任を負うと主張する見解として、David J. Franklyn, *The Apparent Manufacturer Doctrine, Trademark Licensors and the Third Restatement of Torts*, 49 Case W. Res. 671 at 714 (1999) がある。

(96) 本稿一2(4)参照。

(97) EU、英国、フランス、ドイツの立法例については、二〇〇六年七月の内閣府国民生活局「製造物責任法の運用状況等に関する実態調査　報告書」・前掲注(26)九七頁に、一覧表となってまとめられている。

(98) 小塚・前掲注(10)九五頁参照。

(99) 堤・前掲注(14)六二六参照。

(100) なお、製造物責任において、製造物の「欠陥」概念は、通常、設計段階における欠陥である設計欠陥、製造段階における欠陥である製造欠陥、表示・警告上の欠陥の三類型に分けて論じられている。升田・前掲注(15)四〇三頁等参照。

(101) 法律による規制として代表的なもの、消費生活用製品安全法（昭和四八年法律第三一号）、電気用品安全法（昭和三六年法律第二三四号）、ガス事業法（昭和二九年法律第五一号）、液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律（昭和四二年法律第一四九号）の「製品安全四法」がある。また、工業標準化法（昭和二四年法律第一八五号）は、国により登録された民間機関の認証を受けることによりJISマークを付すことができる制度を設けている。

(102) このような場合は、売買契約の瑕疵担保責任として直接の売り主に瑕疵担保責任を追及するか「保証書」などによる

保証契約・保証義務が存在していれば、それに基づく保証責任を追及できる。しかし、これらが商標の法的効果として認められるものでないことは品質保証機能と同じである。小野・前掲注(8)五〇頁参照。

(103) 北川善太郎「消費者被害試論」上柳克郎＝川又良也＝龍田節編集代表『企業法の研究（大隅健一郎先生古稀記念論文集）』（有斐閣 一九七七）六〇一頁参照。

(104) 同六〇三頁。

(105) 同六〇四頁は、消費者被害をさらに分類し、消費者取引が成立し具体的な消費者被害が発生している「具体的消費者被害」と具体的な消費者取引とは別に消費者一般に生じている被害（危険と思われる商品の生産、販売、法令違反の不当表示など）を「抽象的消費者被害」と呼び、後者は主に公法上の救済が問題となる旨指摘している。

(106) 消費者安全法（平成二一年法律第五〇号）。「消費者安全性」とは、「商品等（事業者がその事業として供給する商品若しくは製品又は事業者がその事業のために提供し、利用に供し、若しくは事業者がその事業として若しくはその事業のために提供する役務に使用する物品、施設若しくは工作物をいう。以下同じ。）又は役務（事業者がその事業として又はその事業のために提供するものに限る。以下同じ。）の特性、それらの通常予見される使用（飲食を含む。）又は利用（以下「使用等」という。）の形態その他の商品等又は役務に係る事情を考慮して、それらの消費者による使用等が行われる時においてそれらの通常有すべき安全性をいう。」（法二条四項参照）。

(107) *See* Irene Calboli, *THE SUNSET OF "QUALITY CONTROL" IN MODERN TRADEMARK LICENSING*, 57 Am. U.L. Rev. 341 at 400.

(108) 藤田友敬＝松村敏弘「社会規範の法と経済―その理論的展望」ソフトロー研究一号六二頁（二〇〇四）参照。

(109) 小野・前掲注(8)一七一頁、工藤・前掲注(53)三一頁等参照。

(110) 網野・前掲注(7)八〇頁参照。

(111) 品質表示に関する法律としては、例えば、家庭用品品質表示法や農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（昭和二五年法律第百七五号）などが挙げられる。

(112) 田村・前掲注(77)四頁参照。ただし、この点については、五一条・五三条との関係で異論があり得よう。また、すでに触れたが、アメリカにおいては、商標権者には品質管理義務がある。

(113) 社会的規範の国家によるエンフォースメントについて、藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント：商慣習・取引慣行を素材として」ソフトロー研究六号八頁（二〇〇六）参照。

(114) 製造物責任自体が製品安全性保証機能を有することについては、升田・前掲注(15)四五頁参照。

(115) これは Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum 判決が「品質コントロール権」について述べたことと同じ趣旨である。前掲注(46)参照。

(116) 升田・前掲注(15)五五九頁参照。また、本章4参照。

(117) 升田・前掲注(15)五七六頁参照。

(118) 松島成多「製造物責任関する契約例の検討」金融法務事情一四三〇号五七頁参照。なお、製造に関与した者内部の関係は、求償関係としても大きな論点となるが、本稿では立ち入ることができなかった。製造物責任につき複数の責任主体がある場合、対外的には不真正連帯債務になるとするのが通説とされている。本田・前掲注(31)四一頁参照。また、山野目章夫「16　製造業者等と求償」升田純編集『現代裁判法体系8［製造物責任］』（新日本法規　一九九八）二〇七頁以下参照。

(119) 知財高判平成二〇年九月三〇日（平成二〇年（ネ）第一〇〇四七号）参照。

(120) 首藤・前掲注(87)九五頁参照。

(121) 青木＝恩蔵・前掲注(3)一一七頁参照。

(122) 小塚・前掲注(10)一〇一頁参照。

(123) 従来からの学説も結論を同じくする。『逐条解説』・前掲注(33)八二頁、山上・前掲注(15)三四八頁参照。

(124) 「共同開発」や「ダブルネーム」商品として、この点を強調するものだけでなく、パソコンや携帯電話などでは通常の商品自体に複数の商標が表示されている場合が少なくない。

(125) 例えば、本田・前掲注(31)四〇頁参照。

(126) 朝見・前掲注(34)一四七頁。

(127) 製造業者ではない旨の「打ち消し表示」となりうる表示があっても、三号の実質的製造業者として製造物責任を問われることがあり得ることは勿論である。

(128) 藤村・前掲注(31)一五〇頁は、「消費者等は実際には製造業者が誰であるかに関心を持つというより、仮に単なる流通業者や販売業者としての表示であっても商品に表示されたブランド名から品質、安全性等を信頼して購入を決めることも多いのが実情であろう。」と指摘する。

(129) 北陸スモン事件・前掲注(43)、クロロキン薬害事件・前掲注(44)参照。

(130) 升田・前掲注(15)五八二頁、朝見・前掲注(34)一四八頁、田島・前掲注(36)一九〇頁等参照。

(131) この点、朝見・前掲注(34)一四九頁では、「製品特許や製法特許を有している特許権者についても、製造物に特許権者としての表示が付されている限り、実質的製造業者と認めることができる」と主張するが、特許権者であるとの表示をもってマーケティング・コンセプトの決定権の所在表示であると判断することはできないであろう。いかなる肩書きであれば実質的製造業者となるかを画一的に考えるべきではない。

(132) 我が国では、商標ライセンサーの製造物責任が正面から扱われた判例はまだ存在しないが、アメリカにおいてはいくつか存在する。特に、Richard Kennedy et al. v. Guess, Inc. et al., 806 N.E.2d 776 (Indiana Sup.Ct. 2004) は、本稿にとって示唆に富むものである。事案は、ファッションブランドとして有名な Guess の腕時計を購入した際の景品として贈られた Guess のロゴの入った傘に欠陥があったため、ケガをした原告らが Guess と傘の製造業者に損害賠償を求めたものであるが、インディアナ州最高裁は、インディアナ州のコモンローは、商標ライセンサーを、流通に置かれた欠陥製品に対して責任を負う立場にあるものとして扱うが、この責任は、設計、広告、製造、販売保証（distribution warrants）といった大きな流れの中での商標ライセンサーの関与の度合いに応じたものとすべきであるとした上で、消費者は、「Guess」のようなロゴの付された商品が、それを付した者による何らかの監督を受けていると期待するが、現代の商取引において、彼らが購入した製品が実際には商標権者以外の者によって製造されていることも十分に想像ができると判示し、落ち度（fault）の有無等を陪審で判断させるため、原告側の請求を棄却した原審を破棄する判決を言い渡している。

(133) 田島・前掲注(36)一八六頁、藤村・前掲注(31)一四八頁参照。また、升田・前掲注(15)五五九頁、山上・前掲注(10)三四七頁参照。

(134) 内閣府が二〇〇八年一〇月に公表した「知的財産に関する特別世論調査」によると、偽ブランド品や海賊版などを「ニセモノ」であるとわかった上で購入しているのを見聞きしたことが「ある」とする回答が三四・二%、「ニセモノ」

と承知した上で購入することについて「正規品よりも安いので、購入するのは仕方がないと思う」が二七・三％となっている。この世論調査の結果は内閣府のウェブサイトで公表されている。〈http://www8.cao.go.jp/survey/tokubetu/index-h20.html〉

(135) 財務省が公表した「平成二〇年の税関による知的財産侵害物品の差止状況」によると、平成二〇年の税関における知的財産侵害物品の輸入差止件数は二六四一五件で、このうち商標権侵害物品が全体の九八・七％であった。輸入差止件数は中国から輸出されたものが全体の八一・五％である。差止件数は過去最高であるが、一件あたりの平均輸入点数は約三六件で、前年の四六点、前々年の五〇件と比較しても小口化が進んでいるという。これらのデータについては、下記の財務省のウェブサイトで公表されている。〈http://www.mof.go.jp/jouhou/kanzei/chizai/ka210306a.htm〉

(136) 商標権の使用許諾契約について、黙示の合意を認めた判例として、東京地判平成二〇年四月二五日（平成一八年（ワ）第二八六一六号、平成一九年（ワ）第三二〇五二号）参照。

(137) 偽ブランド品を陳列の際に本物でないことがわかるようにして販売し、購入者もそれを承知で購入しているとしても、その購入者が他人に転売したり贈呈したりすることが考えられ、その時に誤認混同の生じるおそれがあることから、このような場合にも商標権侵害となると考えられている。田村・前掲注(77)一五六頁参照。

(138) なお、製造物責任法六条により、製造物責任についても民法七二二条一項を適用ないし類推適用し過失相殺を肯定する見解が通説だと思われる。和根崎直樹「23　製造物責任と過失相殺」塩崎勤＝羽成守編『裁判実務大系第三〇巻　製造物責任関係訴訟法』（青林書院　一九九六）二六二頁参照。しかし、製造物責任としての過失相殺という場合は、通常は消費者側の誤使用など製造物の安全性に直接かかわる行為等について論じられるものであり、偽ブランドであると認識していたという主観的な事情をここで論じるのは相応しいとは思われない。

(139) この他にも許諾を受けた製品以外の製品にもライセンサーの商標を表示して無断で流通させるという態様もある。

(140) この問題は主に特許権の実施許諾契約における製造数量制限として論じられているが、商標権の使用許諾契約においてもほぼ同じ議論が成り立つものと思われる。特許実施契約における製造販売数量制限について論じた文献として、小泉直樹「17　数量制限違反の特許法上の評価」中山信弘編集代表『知的財産法と現代社会―牧野利秋判事退官記念―』（信山社出版　一九九九）三四七頁、平島竜太「XI　特許ライセンス契約違反と特許権侵害の調整法理に関する一考察」相澤

英孝＝大淵哲夫＝小泉直樹＝田村善之編集代表『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂　二〇〇五）二三三頁などがある。また、数量制限条項については、独占禁法二一条の適用除外との関係でも議論があるが、本稿では立ち入ることができなかった。なお、数量制限条項の有効性が争われた裁判例として、大阪地判平成一八年一月一六日判例時報一九四七号一〇八頁参照。

(141) この点については別稿において改めて論じる予定である。

(142) 「適格消費者団体」とは、「不特定かつ多数の消費者の利益のためにこの法律の規定による差止請求権を行使するのに必要な適格性を有する法人である消費者団体（消費者基本法（昭和四十三年法律第七十八号）第八条の消費者団体をいう。以下同じ。）として第十三条の定めるところにより内閣総理大臣の認定を受けた者をいう。」（消費者契約法二条四項）。

(143) 消費者被害防止の責任を行政も負うべきことはもちろん当然である。

(144) 玉井・前掲注(80)二五頁参照。

(145) 同。