The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | 商標の機能と商標法の目的 |
| Author(s) | 宮脇, 正晴 |
| Citation | 国際公共政策研究. 2000, 5(1), p. 275-290 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://hdl.handle.net/11094/6583 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# 商標の機能と商標法の目的

# Trademark Functions and the Purpose of Japan's Trademark Law

宮脇　正晴*

Masaharu MIYAWAKI*

Abstract

This article tries to analyze trademark functions and the purpose of Japan's Trademark Law. The article will conclude that the functions directly protected under the Trademark Law are the source-identifying function and the guarantee function (including "the guarantee function in broader sense"), that the contribution to the industrial progress, which is one of two ultimate purposes of the law, is to be done with the protection of the source-identifying function, and that the protection of the interest of consumers, which is the other ultimate purpose, is to be done with the protection of the guarantee function.

キーワード：商標の機能、商標法の目的、出所表示機能、品質保証機能

Keywords：trademark functions, purpose of Trademark Law, source-identifying function, guarantee function

* 大阪大学大学院国際公共政策研究科 博士後期課程

## はじめに

現代マーケティングのキーワードのひとつは、「ブランド」である。近年のブランドに対する企業の認識の高まりに伴い、ブランドの価値を構築するための様々な新しい試みが始まっている。トヨタ、アサヒビール、松下、花王等が共同ブランド「WiLL」を付した製品を次々と市場に送り込んでいることもその一つであろう。また、「関サバ」が商標登録されるなど、従来は考えられなかったような商品もブランド化されつつある。

このような企業のブランド戦略を基礎付けているのは、主として商標権である。企業は、商標権を利用することで、ブランドを強化または保護することができるのである[1]。現行商標法が導入されてから40年以上が経過しているが、今日のブランド隆盛は、企業が商標法の下における商標保護システムをフルに活用している結果ととることができよう。

他方、企業側のこのような行動の結果、商標使用者の私益保護という商標法の側面ばかりが目立ち、商標制度の本質が見えにくくなっているようにも感じられる。そこで本稿においては、現代における商標の諸機能と、これらと商標法1条にいう同法の目的とのかかわりについて検討してみたい。

真正商品の並行輸入を初めて認めた事例として名高い、いわゆるパーカー事件判決[2]において大阪地裁は、「商標保護の直接の対象は、商標の機能であり、これを保護することによって窮極的には商標権者の利益のみならず公共の利益をあわせて保護しようとするものであ」るとしている。つまり、たとえ商標法36条または37条1項の規定する商標権侵害行為に形式的に該当する行為であっても、商標の機能を阻害する効果をもたらさないのであれば、その行為は実質的違法性を欠いており、侵害を構成するものではないということである。このような考え方を指して「商標機能論」という[3),4)]。商標法1条は、同法の目的を「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」と規定するが、商標機能論の見地からは、この「商標を保護することにより」という部分は、「商標の機能を保護することにより」とい

1) この他、広く「商品等表示」(商標を含む営業上の標識一般)については不正競争防止法、商号に関しては商法による保護等が考えられる。
2) 大阪地判昭和45・2・27判時625号75頁。
3) 桑田三郎『国際商標法の研究－並行輸入論－』(中央大学出版部、1973年)115頁以下など参照。ただし、田村善之『商標法概説』(1998年、弘文堂)153頁には、商標機能論を「登録商標制度の存在意義を出所識別機能に求める考え方」であると説明しているかのような記述が見られる。
4) このようなアプローチに批判的な論者もある。磯長昌利〔パーカー事件判批〕村林隆一還暦記念『判例商標法』(発明協会、1991年)761頁以下、756頁は、「…商標の真の機能であるところの“Individualization”は複雑な性格を有しているのであって、これを一般にいわれているような要素に分析して説明されるべきではない」と、述べる。商標の機能が複雑であることはもちろんであるが、そのうちから法的に保護されるべき側面を抽出・検討しようという商標機能論のアプローチは有意義であると筆者は考える。

う意味に解することができる。

そこで問題となるのが、商標の機能のうち、どのようなものが商標法の保護対象であるのかということである。商標を商標として機能させしめる基礎となるのは、商標の自他識別力である[5]。そしてその自他識別力から生じる商標の機能は、一般に出所表示機能、品質保証機能、広告機能の３つであるといわれる[6]。このうち、出所表示機能が同法の保護対象であることに争いはない。一方で、品質保証機能がそうであるかどうかについては、学説上、争いがある。すなわち、出所表示機能のみが同法の保護対象であるとする説（単一機能説）と、出所表示機能と品質保証機能の両方が保護対象であるとする説（二重機能説）とに分かれているのである[7]。本稿は、基本的には後者の立場を支持するものであるが、事業者の信用に関わる重要な機能である「広義の品質保証機能」も保護対象であることを主張する。広告機能については、これが商標法上の保護対象でないことにほぼ争いはないといえ、商標機能論において問題となることは少ない。

以下、Ⅰ章においては出所表示機能について概観し、これらが商標法上の保護対象であるかどうかを同法１条に掲げられた個々の目的（とりわけ、「信用の維持」）を斟酌しつつ検討する。Ⅱ章においては、品質保証機能および広義の品質保証機能について同様のことを試みる。Ⅲ章でそのまとめとしてまず商標法１条の掲げる３つの目的一つ一つについて商標機能論の立場から意味付けを行い、次にこれら３つがどのような関係にあるのかについて論じる。最後にⅣ章において、広告機能の問題について概観し、これが商標法上の保護対象でないことを確認しておくこととする。

---

5）自他識別力を有しない商標は、商標登録を受けることができない（商標法３条１項６号）。また、商標権者が、その登録商標と同一または類似の標章を使用する者に対して、その者の行為が商標権の侵害に当たるとして当該標章の差止めないし損害賠償を求めるには、当該標章が単に形式的に商品等に付されているというだけでは足りず、それが自己と他人の商品とを区別するための標識としての機能を果たす態様で用いられていることを要する。東京地判平成10・７・16判タ983号264頁他、多数の裁判例がある。

6）小野昌延『商標法概説〔第２版〕』（有斐閣、1999年）48頁など参照。ただし田村善之『商標法概説』（1998年、弘文堂）４頁は、これらを商標「法」の機能であるとする。また、網野誠『商標〔第５版〕』（有斐閣、1999年）73頁は、この３機能に「商品識別の機能」を加えた４つを商標の機能として説明している。通説が商品識別機能（自他識別力）を（社会的事実としての）商標の成立要件としている（商品識別機能のない標章は、社会的にも商標とは認められない）のに対して、網野説は、同機能のない標章も商標でありうるとして、これを商標の「機能」であるとする。ただ、どちらの説を採っても、商品識別機能（自他識別力）が商標の機能の根源であり、それから出所表示機能、品質保証機能および広告機能の３機能が派生するという点に違いはない。結局この問題は、「識別力のない標章が社会において一般に商標と呼ばれているものであるかどうかの事実の認識いかんの問題にすぎ」ず（同75頁）、「これをいかに解するとも、それによって商標の本質や機能についての考え方が左右されるものではない」（同）ので、本稿においては通説的見解に従い、自他識別力を商標が社会において商標と認知されるための前提条件とし、その識別力の具体的な内容として、商標の諸機能を述べてゆくこととする。

7）単一機能説を採るものに、木棚照一『国際工業所有権法の研究』（日本評論社、1989年）303-304頁、田村前掲注３）４、416頁、二重機能説を採ると考えられるものに、関谷巌「真正商品の並行輸入と商標権の侵害」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾大学法学部法学科開設百年記念論文集　三田法曹会篇』（慶應義塾大学法学部、1989年）325頁以下、340頁、小野昌延「商品の輸入と商標権侵害」日本工業所有権法学会年報８号24頁以下、55-56頁（1985年）がある。この問題の比較法的研究については、桑田前掲注３）115頁以下参照。どちらの見解を採るかによって、出所表示機能は害されていないが、品質保証機能は害されているような場合に、侵害を構成しうるか、という問題（より具体的には、真正商品の並行輸入の事例において、その並行輸入品と、国内で販売されている商品との間に品質の差がある場合に、国内商標権者の権利行使を認めるべきかどうかという問題）の結論が変わる。

なお、商標機能論は、並行輸入の文脈で論じられるのが常であるが、本稿の関心は商標権侵害の実質的違法性の判断基準としての商標機能論（および商標法1条の解釈）という一般的な問題にあり、並行輸入の問題それ自体を論じようとするものではない。また、本稿においては、主に商品に係る商標を念頭において議論を進め、役務に係る商標、いわゆるサービスマークについては、特には議論しない。

## Ⅰ　出所表示（識別）機能とその意義

### 1．消費者との関係

消費者は、商品の「出所」をそれに付された商標によって判別する。ただし、商品の製造過程の分業化・国際化が進んでいる現代においては、この「出所」について、消費者が具体的なことを全く知らないということも珍しくない。多くの商品について、消費者はその具体的な製造過程や流通過程を知らないであろうし、少なくとも商標からはそのような情報は得られない。結局、現代において商標の出所表示機能とは、同一の商標が付された商品について「どこかは知らないが、どこか同じところから来ている」という程度（ないしそれ以上）の認識を消費者に与える機能であるといえる[8]。

このようないわゆる「出所の匿名化」が進んでいる背景には、時代の変化に伴い、商標が出所表示としてよりも、品質表示として認識されるようになりつつあることも挙げられよう。つまり、特定の品質が特定の出所を通じてしか得られなかった時代においては、消費者は商標をまず出所の標識として認識し、それにより一定の品質の商品を選り分けるという習慣であったが、今日においては、特定の品質の商品が特定の企業からのみでなくとも容易に期待しうるものであることを消費者もよく認識している、ということである[9]。

### 2．企業との関係

出所表示機能には別の側面がある。商標法の下において、事業者は同種の製品に異なる商標をつけても構わない。例えば花王は、ハミガキの商標として、「ガードハロー」、「クリアクリーン」、という商標を有している。これらの商標がそれぞれ付された2種のハミガキがスーパーの棚に並んでいるとすると、それを見た消費者は、（少なくともその商標のみから

8）小野前掲注6）49頁など参照。
9）網野誠「商標の法的保護をめぐって」原増司判事退官記念『工業所有権の基本的課題（下）』（有斐閣、1972年）855頁以下、859頁参照。もともと大衆の関心は特定の出所ではなく特定の品質である。今日において、出所の如何を問わず一定の品質の商品が期待しうるものとすれば、大衆は商標を直接商品の品質の標識として認識しさえすればよい。同859頁。

判断すると）これらの「出所」を別であると認識するかもしれない。同様に、異種の商品に同じ商標を付すこと（ライセンスすることも含む）も商標権者の自由である。自転車と靴下とは、明らかにその製造過程を異にしているが、その両方ともに「無印良品」のマークが付されているならば、消費者はこれらの「出所」を同一と判断するであろう[10]。そして、そもそも商標法は商品に商標を付すことを義務づけるものではないので、「商標を付さない」ということ（すなわち「出所」を隠すということ）もマーケティング戦略の一つの選択肢としてありうる[11]。

つまり、今や事業者は、商標を通じて消費者の出所認識をある程度操ることができるのである。「操る」という表現が悪ければ、「事業者は、特定の商標を付すこと、あるいは付さないことによって、消費者に出所に関する一定のメッセージを伝えることができる」と言い換えることもできよう。ここでいう「メッセージ」とは、「マーケティング・コンセプト」に関するものに他ならない[12]。事業者は、マーケティング・コンセプトに応じて、商標を選択するのである。従って、事業者サイドから見れば、出所表示機能は、「マーケティング・コンセプトの所在」を消費者に指し示す機能であるといえよう[13]。

### 3．商標法における出所表示機能

上記のような「マーケティング・コンセプトの所在」に消費者の信用は蓄積されることとなる。「信用の維持」という商標法の目的からすると、商標法上、出所表示機能とは、このような「信用の蓄積先」としての「出所」を指し示す機能であると考えられる[14]。出所表示

10）「無印良品」によって指示される「商品集合群」が、一緒に集まって同じ売り場に存在することの根拠となるのは、ただ「無印良品」というブランドがあるからという理由だけである。「無印良品」という言葉がなくなれば、これらの製品群が一所に寄り集まる理由は一瞬にしてなくなる。石井淳蔵『ブランド　価値の創造』（岩波書店、1999年）71頁。

11）例えば資生堂は、2001年3月をめどに、店頭スタッフが商品説明やカウンセリングを行わない「セルフ化粧品」等の低価格製品の容器前面から「SHISEIDO」の社名をはずし、「SHISEIDO」ブランドを高級な化粧品などに限定することが報じられている。日本経済新聞2000年3月6日朝刊13面参照。

12）小塚荘一郎「商標ライセンサーの製造物責任」千葉大学法学論集11巻1号85頁以下、96頁（1996年）。

13）商標の使用者は、自己のコントロールの下にある商品に同一の商標を付することによって、商品の品質の同一性を保持し宣伝広告によりその商標のイメージを大衆の脳裏に浸透させ、自己の市場販路を確保し拡充していくことに、商標の機能の効果を期待しているのであって、商品の出所を表示することそれ自体を期待しているのではない。網野前掲注9）858頁。紋谷暢男編『商標法50講〔改訂版〕』（有斐閣、1979年）7頁［中山信弘］、網野前掲注6）79頁、小野前掲注6）49頁も参照。

14）これに対し、登録商標が表示する出所は、商標法の法律形式上、登録商標権者であるとする見解がある。渋谷達紀「登録商標の出所表示機能－並行輸入との関連において－」日本工業所有権法学会年報11号77頁以下、78頁（1988年）参照。同論文は、「商標登録制度、特に登録主義立法の下における商標登録制度とは、商標権の行使により保護される商品出所の所在を登録の帰属先によって決する制度にほかならないともいえる。だからこそ、登録商標権者は、みずから商標品を製造販売していなくても、無権限で商標を使用するものに対して、商標権の侵害、すなわち商標の出所表示機能が害されたことを理由として、その行為の差止等を求めることができるのである」とするが、納得がいかない。登録の帰属先よりも信用の蓄積先を出所と捉えるほうが、信用の維持を目的とする商標法の趣旨にむしろ沿っているのではないであろうか。本稿の立場と、この渋谷説との違いが顕在化するのは、並行輸入の場合で問題となるように、世界的著名商標の保持者（外国企業）と日本国内の登録者とが異なる場合である（同論文もこのような場面を想定して議論を展開している）。この場合、公衆によって認識されている「出所」、すなわち信用の蓄積先が外国企業のほうである場合であっても、わが国商標法上、他人による商標の無断使用に対して差止め

機能が果たされていない場合というのは、それぞれ別々のマーケティング・コンセプトの下にあるはずの複数の商標が、信用の蓄積先として、あるいは信用の毀損先として同じマーケティング・コンセプトの所在を指し示している場合であろう。出所表示機能が正しく機能していないと、他人の商標によって信用が害されるおそれが常に存在することとなる。

出所表示機能が確保されているということは、その商標が付された商品についての購入者側の不満も、その出所に正しく蓄積されるということを意味する。つまり、出所表示機能保護システムの下においては、商標を付すことによって、質の良い商品を製造した、ないし流通させた者は信用を獲得して、競争上優位にたつことができ、他方、質の悪い商品に商標を付した者はその商標のせいで競争上不利になることとなる（そして、商標を付さない者は、悪評を得ることがない代わりに、信用の獲得も出来ない）。品質という次元において、自由競争を有効に機能させるための手段としても、出所表示機能の保護は重要な意義を持つのである[15]。

従って、1条にいう、「産業の発達に寄与」することとは、「品質競争の確保に寄与すること」という意味に解すことができる[16]。もし商標法その他の法により品質競争が確保されなければ、既存の製品の改良や技術革新による新製品の登場は期待できず[17]、「産業の発達」は望めないことになるからである[18]。

---

等請求権を行使しうるのは国内の登録者のほうである。しかし、このことは当該国内登録者が「出所」として同法上保護されていることを意味するものではない。保護されるべき登録者の信用が独自のものではないならば（すなわち、信用の一体性が認められるならば）、登録先が国内の登録者のほうであるという事実は、登録によって発生する権利が当該登録者に帰属するものであることを示すものに過ぎず、当該登録者が出所であることが法律上示されているということまで示すものではないと解すべきであろう。そして、当該登録者は、外国企業の信用と一体の信用が脅かされる限りにおいて、つまり、信用の蓄積先としての「出所」を表示する機能が害されている限りにおいて、差止め等の請求権を行使しうるのである。

なお、このような並行輸入の問題における「信用の一体性」の問題については、川島富士夫〔ＢＢＳ事件判批〕ジュリ992号134頁以下、137-138頁（1991年）など参照。

15) Rogers, The Lanham Act and the Social Function of Trademarks, 14 Law & Contemporary Problem 173, 180 (1949) は、適切にも、次のように述べている。「自由競争の理念全体…の基となっているのは、商標、トレード・ネームやブランドにより証明される製造者のアイデンティティと、彼が自分の売る商品に対して負う私的責任の重要性である。…商標やブランド・ネームは、すべての製造業者が…最も良い商品を製造することのインセンティブが与えられるように、保護されるべきである。競争関係にある商品を識別し、それらの中から選択を行うことが不可能なのであれば、競争は成立しえない」。

16) 三宅正雄『商標法雑感』（冨山房、1973年）13頁は、「商標の保護を持って、産業の発達に寄与することを目的とするのは、いささかオーバーの感を免れない」として、1条の「産業の発達に寄与し」という部分は、「流通秩序の確立を図り」という意味に理解されるべきであるとする。同旨：網野前掲注6）112頁。しかし、品質競争の確保の重要性を考えると、決して「オーバー」ではないようにおもえる。

17) たとえ特許などの他の工業所有権が保証されている場合であっても、商標の出所表示機能が保障されていなければ、技術革新に投入した資本を回収することが非常に困難となる。商標の保護は、他の工業所有権制度を有効に機能させしめるためにも重要なのである。

18) 資本主義のエンジンを起動せしめ、その運動を継続せしめる基本的衝動は、資本主義的企業の創造にかかる新消費財、新生産方法ないし新輸送方法、新市場、新産業形態からもたらされるものである。中山伊知郎＝東畑精一訳・シュムペーター『資本主義・社会主義・民主主義〔新装版〕』（東洋経済新報社、1995年）129頁。

## II　品質表示としての商標：狭義の品質保証機能と広義の品質保証機能

商標は、それが付された商品の質について伝える機能も有する。このうち、最も基本的なのは品質保証（保障）機能である。加えて、一部の商標には、品質に関してもっと別のメッセージを含むものがある。このようなメッセージを伝える機能を、ここでは「広義の品質保証機能」と呼ぶこととする。以下、この2機能について説明していきたい。

### 1．（狭義の）品質保証機能

消費者は、同一の商標が付された商品には、同一の品質を期待する。事業者がこの期待に応えているとき、その商標は品質保証機能を果たしていることになる。品質保証機能はこのように説明されることがある[19]が、これは逆ではないだろうか。「同一の商標が付された商品の品質は同一である」というのは、事業者側が商標に託した最も基本的なメッセージであり、消費者はこれを「期待する」というよりも、むしろ当然のこととしてうけとめているといったほうが適切であろう。同一の品質の商品に付すのでなければ（後述する信用拡張的な使用の場合は除く）、商標を用いることのメリットが存在しないからである。購入するたびに品質が異なるのであれば、その商標の付された商品を消費者は購入しようとしなくなるであろう。このような場合、商標が付されていることがかえってマイナスに作用している。合理的な事業者であれば、このような行動はとらないものと考えられる。従って、品質保証機能は、商標がほとんど本来的に備えている機能であるといってよい。

商標の品質保証機能の保障は、商標法の目的（のひとつ）である「商標を使用する者の業務上の信用の維持」に直接係わるものである。A商標が他人によってAに無断で、A商品と同種の商品に使用されることを許すと、当該商標の付された商品の品質の同一性が確保されない。そして、このような商品の出所がAであることが商標によって示されているので、Aの信用が脅かされることとなるのである。A商標と類似の商標が、A商品と同種の商品に使用された場合も同様である。この場合も、A商品と類似商標を付された商品間の品質の同一性は確保されない。類似商標を付された商品の出所がAであると、消費者がその類似商標から判断するならば、Aの信用は脅かされる[20]。商標法はこのような他人の行為を規制することで、商標の品質保証機能を保護しているのである。

そしてこのことは、「需要者の利益を保護すること」（1条）にもつながる。以前購入したのと同一の商標が付された商品の品質が、商標によって保証されないのであれば、商品選択

19）例えば、小野前掲注6）49頁参照。
20）ただし、商標法における商標の類似性の解釈については、争いがある。田村前掲注3）103頁以下参照。

の基準として商標が機能しえないことになり、商標によって取引を簡便・円滑に行うことが不可能となるからである。品質保証機能は、公益的見地からも重要な機能なのである[21)]。

商標使用者自身は同一商標の付された商品の品質の同一性を維持する義務（以下、品質保証義務とする）を負っていないということを根拠に、商標法は商標の品質保証機能を直接の保護対象とするものではなく、同法が保護するのは出所表示機能のみであるとする見解がある[22)]。しかし、既に述べたように、商標使用者は品質保証のために商標を使用するのであり、同一商標を付した商品の品質を維持しない場合というのは、後述のような、改良品に従来品に付されていたのと同一の商標を付す場合のような、「信用拡張」のために行う場合に限られよう。改悪品に同一商標を付すことは、自らの信用を落としめることとなるからである。仮にこのようなことを行う事業者がいたとしても、そのような者（あるいは「信用拡張」に失敗した事業者）は、法が規制せずとも、市場システムにより淘汰されてゆくこととなる。また、品質保証義務を商標使用者に負わせるとなると、使用者自身による「信用拡張」的な使用までもが制限され、商標の柔軟な使用が妨げられるという弊害を招くこととなり、かえって自由な競争を阻害する結果となろう。従って、商標法としては、品質保証機能の損害行為については、他人によるそれのみを射程に捉えていれば良いこととなる。

また、専ら「商標を使用する者の業務上の信用の維持」という観点からすると、出所表示機能の保護それ自体は、直接にこれと結びつくものではない。つまり、A商標の他人による無断使用がなされていたとして、その場合に、何故Aの信用が脅かされているといえるのかということの説明として、「A商標の出所表示機能が害されているから」では不十分である、ということである。「A商標の出所表示機能が害されている結果、同商標の付された商品の品質の同一性が保証されない」というところまで説明されてはじめて、「Aの信用が脅かされる」という結論に繋がりうるのである。つまり、品質保証機能の保護に結びつくからこそ、出所表示機能が保護されるのである。従って、商標法は出所表示機能の保護（のみ）のための制度であり、品質保証機能はその結果として保護されているにすぎないという見解は、本末転倒であるようにおもわれる[23)]。

以上より、商標法が商標使用者に品質保証義務を負わせていないということは、このような自らの信用を落としめるような行為については商標法は関知しないということを示しているにすぎず、商標の品質保証機能の保護は同法の直接の（他人による侵害からの）保護対象であると結論できる[24)]。

---

21）網野前掲注6）80頁参照。

22）木棚前掲注7）304頁、田村前掲注3）4、416頁。この見解を疑問視するものに、石黒一憲「知的財産権と並行輸入－ＢＢＳ事件控訴審逆転判決を契機として（下）」貿易と関税43巻8号44頁以下、50頁、59頁注（102）（1995年）がある。

23）出所表示機能は公衆と企業者とをいわば形式的に結びつけるものであるが、実質的な品質保証機能の裏付けがなくては空虚なものとなるであろう。豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』（有斐閣、1980年）13頁。

## 2．広義の品質保証機能

時として商標は、それが付された商品の質について、上で論じた意味での品質保証とは別の何かを語る。事業者は、ある商品によって獲得した信用を、それに付したのと同じ商標を別の商品（新商品）に付すことによって、当該別の商品にも及ぼすことが可能となる。定評を得た商品と同じ商標を新商品にも使用することで、事業者はその新商品の品質の良さを伝えようとするのである。このとき、その新商品に付された商標のメッセージは、「品質保証」では説明しきれない。

例えば、新型の「ウォークマン」と従来の「ウォークマン」とが同一の品質であるとは誰も思わない。10年前に発売された「霧ケ峰」はクーラーであったが、現在の「霧が峰」はエアコンである。勿論、その新型の「ウォークマン」や「霧ケ峰」同士の品質は同一であり、その意味で品質保証機能が果たされていることに間違いはないのであるが、それだけの効果ならば、「ウォークマン」や「霧ケ峰」でなく全く別の商標が付されていたとしても得られる。従来の商品と同じ商標が用いられていることで、品質保証とは別の、品質に関するメッセージが明らかに加えられている。それは具体的には、「この商品は従来品よりも品質が優れている」といったものであろう。このような商標の使用を、前の製品で得た「信用」を新製品にも拡張して及ぼすという意味で、「信用拡張」（ないし単に「拡張」）と呼び、このようなメッセージを伝える機能を、「広義の品質保証機能」と呼ぶこととする[25),26)]。この機能のおかげで、しばしば商標は商品より長寿となる。新製品が開発されたことによって、元の製品が生産されなくなる場合がそうである。新製品に付されることによって、商標だけが生き残るのである。

上記の例は商標が個別の商品ごとに用いられるいわゆる「商品商標」である場合であったが、商品には、商品商標のほかに、いわゆる「全体商標」ないし「ハウス・マーク」（「東芝」、「花王」等）も付されていることが多い。出所表示の観点からすると、商品商標はその商品固有のマーケティング・コンセプトが存在することを示し、全体商標はそれを含むより大きなマーケティング・コンセプトの所在を示すものであると説明できる。定評を得た商品に全体商標も付されていたのであれば、これを用いて異種製品にも信用を拡張することが可能と

24) 紋谷暢男『無体財産権法概論〔第8版〕』（有斐閣、1999年）19頁は、品質保証機能を「事業者に期待された、いわば事実上の機能」であると説明する。同機能は商標法上の保護対象ではないという意味であろうか。そうであるとすると、本文に掲げたような理由で、賛成できない。

25) 牧野利秋編『特許・意匠・商標の基礎知識〔第3版〕』（青林書院、1999年）284頁［土肥一史］は、商標の品質保証機能により「商品提供者は自己のグッド・ウィルを他の商品へ拡張できるようになるのである」と説いており、グッド・ウィルないし信用の拡張を商標の「機能」としてではなく、単に品質保証機能の効果として捉えているようである。しかし、本文で後述するように、このような「効果」も商標法の保護対象となりうることから、本稿ではこれをひとつの「機能」として捉えている。

26) このように、品質保証機能を緩やかに捉えて、需要者の期待に合理的に応える程度の意味に品質保証を解するという見解は存在している。関矢前掲注7）340頁参照。

なる。定評を得た商品と同じ全体商標が付されていれば、商品商標を異にする異種の製品（新製品）であっても、両者の「出所」が同じである（より大きなマーケティング・コンセプトが一致している）ことが示されている。このとき、その全体商標に託されたメッセージは、「この商品の品質は悪くありませんよ」といったものとなろうし、消費者側も当該新製品が一定の品質を有していることを期待する（例：「○○の製品なのだから、品質が悪くはないだろう」）ものと考えられる。

そして、このメッセージの効果ないし消費者の期待の大きさは、元の製品で勝ち得た「信用」の大きさに左右される。また、当然、「拡張」先の新製品の品質が悪かった場合、商標に化体された事業者の信用も低下する。広義の品質保証機能が損なわれるとは、このようなことを指すものとする。逆に、拡張先の新製品も定評を得た場合は、事業者の信用も増大することとなる。かくして事業者は、商標の広義の品質保証機能を利用することによって、自らの信用を維持、拡大しようとするのである[27]。

ただ、異種製品の場合、元の製品で勝ち得た信用がそのまま当該製品に及ぶとは限らない。例えばフロッピーディスクに「花王」商標が付されていても、それからそのフロッピーディスクの品質に関して何らかのメッセージを読み取るのは困難であろうし、消費者側の期待も小さいであろう。もしかすると、出所の同一性を疑う者すらあるかもしれない。このような場合、シャンプーや洗剤等で獲得した「信用」がそのままフロッピーディスクに及んでいるとはいい難い。一般に、製品の種類がある程度近似していないと、拡張先にまで一定の信用を及ぼすことはできないといえよう。

広義の品質保証機能は、現代において商標が持つ重要な機能であり、事業者の信用に大きくかかわるものであって、品質保証機能と同様、商標法の保護対象であると考えられる[28]。このように考える根拠は、商標法が商標権の範囲を類似商品にまで及ぼしているというところにある。

他人が類似商品に商標を使用することによって、事業者の信用が害される過程を簡単に検証してみよう。Aの商標（A商標）が他人によってAに無断で、Aがその商標を使用している商品（A商品）と別種の商品であるB商品に使用されたとする。この場合、A商標の品質保証機能が害されるとは考えがたい。B商品がA商品とは別種の商品であることが明らかであれば、両商品に同じ商標が付されているからといって、これらの品質が同一であるとは誰

27) 特にわが国においてはこのような傾向は顕著なようである。例えば、P&G社は、米国においては「P&G」という社名とは切り離した形で、多くのブランドを有してきた。日本においても、1973年の進出以来、「チアー」や「パンパース」など多くのブランドを個々に訴求していたが、結局日本の状況になじまず、その後はP&Gの名前も強調した訴求に切り替えているという。青木幸弘＝小川孔輔＝亀井昭宏＝田中洋編著『最新ブランド・マネジメント体系』（日経広告研究所、1997年）21頁［池尾恭一］参照。

28) 関矢前掲注26）も、前注のように広く品質保証機能を解しつつ、同機能を商標の「本質的機能」として位置付けている。本稿と同じ立場ということであろうか。

も思わない。従って、A商標の示すA商品の品質の同一性がこれにより脅かされることはなく、A商標の品質保証機能はこの限りで果たされているといえる。しかし、そうであるからといってAの信用が害されるおそれがないとはいえない。B商品の品質が劣悪なものであって、B商品の出所がAであることが商標によって示されているならば、A商品で築いたAの信用は害されることとなる。商標法が類似商品にまで商標権が及ぶことを定めているのは、このような信用毀損の過程が想定されているからであろう。この場合、損なわれているのはA商標の広義の品質保証機能であって、従ってこの機能は商標法の保護対象であるということができよう（出所表示機能も損なわれていることはいうまでもないが、既に述べたように、広義の品質保証機能の損害にも言及することなくして、出所表示機能の損害が「信用の維持」にかかわる問題であることを説明することはできない）。

なお、この広義の品質保証機能の商標法上の保護は、狭義の品質保証機能のそれと同じく、他人による侵害に対する保護に限られる。商標法は、事業者に信用拡張的な商標の使用を自由に認める代わりに、拡張に失敗して自らの信用を失墜させる行為については一切関知しないこととして、この評価を市場に委ねているものと解することができよう。そしてもちろん、このことをもって広義の品質保証機能が商標法の保護対象ではないと断ずるのは、狭義のそれの場合と同様、誤りであろう。自らの失敗により信用を失うことと、他人に勝手に「拡張」されて信用を脅かされることとは全くの別問題であるからである。

## III　商標法1条を解する

これまでの議論で、出所表示機能と品質保証機能（この章から、単に「品質保証機能」というときには、狭義の品質保証機能と広義の品質保証機能の両方を指すものとする）の意義と、それらが商標法の保護対象であることが述べられた。この章においては、以上のような認識の下、商標法1条の文言がどのように解されるべきかについてもう少し詳しく論じていくこととする。

### 1．商標法の3つの目的

商標法1条は、「この法律は、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」と規定する。よって、「商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図」ること、「産業の発達に寄与」すること、および「需要者の利益を保護すること」の3つの目的が商標法にはあることが分かる。以下、これら3つが、それぞれ商標機能論からどのように説明されうるのかを、これまでの議論のまとめも兼ねて、説明していくこととする。

業務上の信用の維持は、既に見たように、直接的には、商標の品質保証機能が保護されることにより、達成される。そしてこのことは、ほとんど全ての場合、出所表示機能の保護によって、自動的になされる。出所表示機能が害されている場合、必ず品質保証機能が害されるおそれが存在するからである[29]。

例えば、A商品に係るA商標があったとして、それと同種の商品であるB商品に係る類似商標（B商標）が登場したとする。A商品とB商品との品質に差異がある場合は、品質保証機能が明らかに害されている。A商品とB商品が品質を同じくするものであった場合は、目下のところ品質保証機能が害されていないが、将来、B商品が改悪されるか、A商品が改良された場合に害されるおそれが常に生じている。そして、一旦害された信用の「回復は容易ではない」ことから、「保護の万全を図」る必要がある[30]。商標侵害行為を規定するにあたって、問題となる商標が付されている商品の質を商標法が問うていないのは、このためであろう。従って、商標法は、外形上、商標の出所表示機能のみを保護するものであるかのように見えることとなるが、「業務上の信用の維持」の観点からは、品質保証機能の保護こそが主たる目的なのである。

ただ、だからといって、この目的が品質保証機能の保護のみを意味するものであるとまではいえない。1条の文言が業務上の信用維持を「もって産業の発達に寄与し」としているところからすると、業務上の信用維持が出所表示機能が保護されることの効果としても位置付けられていると見るべきであろう。産業の発達への寄与は、品質競争の保障への寄与と解されるべきであり（これも既述した）、その達成のためには、出所表示機能の保護が不可欠である。出所表示機能が保障されていないと、企業はその商標の付された商品（特に、技術革新の結果開発された新製品）に投下した資本を正当に回収することが出来ないこととなり、品質競争が期待できなくなるからである。従って、業務上の信用維持は、出所表示機能および品質保証機能の両方の保護によって達成されるべきものと解せられる。

1条にいう「需要者の利益」とは、何を指すのであろうか。商標の付された商品の品質に対して需要者が抱く期待そのものではないことは明らかである。品質保証機能が商標法の直接の保護対象ではないとする論者の指摘するように、商標使用者は、品質保証義務を負うものではなく、従って、需要者の期待に反するような品質変更を行うことも自由であるからである[31]。

従って、ここでいう「需要者の利益」とは、そのような短期的な利益ではなく、商品選択

29) ただし、逆に、品質保証機能が害されている場合に、必ず出所表示機能が害されるおそれが存在するとはいえない。真正商品の並行輸入の事例において、その並行輸入品と、国内で販売されている商品との間に品質の差がある場合、品質保証機能は害されているが、出所表示機能は害されていない。商標法の保護対象を出所表示機能のみとする立場と、品質保証機能も含まれるとする立場との違いは、このような場面で顕在化する。
30) 特許庁編『工業所有権法逐条解説〔第15版〕』（発明協会、1999年）1100頁。
31) 注22）に掲げる諸文献参照。

の基準として商標が機能しつづけることから得られる、より長期的な利益を指しているのであろう。ある商標が付された商品を購入した需要者は、その商品に満足したならば、次から同じ商標を付されたものを購入すればよく、不満であったならば（以前購入したとき満足な品質であったから再び購入したのに、その商品が改悪されていて期待を裏切られたような場合も含む）、その商標を付された商品を購入しなければよい。このように、商標が商品選択の基準として機能していくためには、品質保証機能の保護が不可欠である。出所表示機能の保護と言い換えても結果的には同じなのかもしれないが、現代において、需要者の関心は商品の「出所」よりも品質にあると考えられるので[32]、この目的のために保護されなければならないのは、品質保証機能であるとしたほうが適当であろう。

## 2．3つの目的の関係

商標法の3つの目的は、それぞれ以上のように解すことができる。それでは、これら3つは、互いにどのような関係にあるのであろうか。とりわけ「需要者の利益」の保護の位置付けが問題となる。文理上、1条には「あわせて」という語をどう解するかによって、2通りの読み方が可能であるといわれる[33]。つまり、商標法は商標の保護により、商標使用者の業務上の信用維持と「あわせて」需要者の利益保護を目的とし、さらに、業務上の信用の維持を図ることをもって、産業の発達への寄与をも目的とするものである、とする読み方と、同法は商標の保護により、商標使用者の業務上の信用維持を目的とし、さらに、そのことをもって、産業の発達への寄与と「あわせて」需要者の利益保護をも目的とするものである、とする読み方である[34]。

商標使用者の業務上の信用維持が需要者の利益保護につながるとは考えにくいという理由から、前者の読み方を支持する見解がある[35]が、日本語としては、後者のほうが自然におもえる。確かに、商標使用者の業務上の信用維持が需要者の利益保護につながるとは考えにくいかもしれないが、後者を「商品選択基準として商標が機能しつづけることの保障」と解せ

32）注9）参照。
33）三宅前掲注16）8頁参照。
34）網野誠「商標法の目的規定をめぐって－商標法あれこれ－」パテント37巻5号2頁以下、4頁（1984年）は、この2通りの読み方に加えて、「商標を保護することにより」という文言を需要者の利益と切り離して、「この法律は、需要者の利益を保護することを目的とする」とする読み方も考えられるとし、さらにこの読み方が正しい読み方である旨、主張している。同11頁。同論文が需要者の利益保護は品質保証機能を保護することを通じて達成されうる旨の主張をしているところからして（同11頁参照）、「商標を保護することにより」という文言を「商標の出所表示機能を保護することにより」と解しているのではないであろうか。そのように解した場合、確かにこの説は正当である。本稿においては、「商標を保護することにより」という文言を「商標の出所表示機能および品質保証機能を保護することにより」という意味に解しており、結果的には本稿の立場とこの網野説とはあまり変わらないようにもおもわれる。つまり、本稿のように解せば、「商標を保護することにより」という文言を需要者の利益とわざわざ切り離すという不自然な読み方をせずともよい訳であるので、この第3の読み方については、あえて本文での議論の対象としない。
35）三宅前掲注16）9頁は、このような見解を採る。

ば、前者と後者は品質保証機能が保護されることのそれぞれ短期的な効果と長期的な効果を表していることとなり、それほど不自然ではなくなるようにおもわれる。

つまり、「商標を保護することにより」という部分であるが、これは上述したような商標機能論の観点からは、「商標の出所表示機能および品質保証機能を保護することにより」という意味に解することができる[36]。商標使用者の業務上の信用維持は、このような両機能の保護の結果、短期的に達成されうる目的である。そして、産業の発達への寄与（品質競争の保障への寄与）は、両機能のうち、とりわけ出所表示機能が保護される結果、需要者の利益保護（商品選択基準として商標が機能しつづけること）についてはとりわけ品質保証機能が保護される結果、達成されうるより長期的な目的である、ということである。

以上の議論を整理すると、商標法は商標の出所表示機能を保護することで商標使用者の業務上の信用維持を図り、これをもって産業の発達に寄与することを目的とするものであると同時に、品質保証機能を保護することで商標使用者の業務上の信用維持を図り、これをもって需要者の利益を保護することを目的とするものである、といえる。

## Ⅳ　品質そのものとしての商標：広告機能

最後に、広告機能について概観し、これが商標法の保護対象でないことを簡単に述べておくこととする。

商標は、現代広告と密接な関係を有している。そもそも商標を用いないで、自らの製造・販売に係る商品を広告することは至難である。広告の歴史は、商標を付された大量生産品の登場に大きく影響を受けている[37]。そして商標の側も、広告の影響によって大きく変化してきている。広告を中心とした事業者のマーケティングの結果、広告機能と呼ばれる商標の機能が生まれる。広告機能を厳密に定義することは難しいが、ここでは、主に広告によって生み出された（と考えられる）、商標の諸機能を総じてこう呼ぶこととする。

広告機能の中心は、おそらく、商標を見る者の脳裏に一定の連想を喚起せしめる機能である。広告機能が損なわれるとは、他人による商標使用の結果、商標から喚起されていた一定の連想が薄められることによって、商標それ自体の財産的価値が減殺されることを指す。このような損害は稀釈化（ダイリューション）と呼ばれる[38]。事業者、とりわけ著名商標を保持する事業者にとって、この稀釈化による損害のおそれは無視できない。他人による商標使

36）「商標」の定義自体の解釈の問題については、本稿では立ち入らない。

37）19世紀末から20世紀初頭にわたりアメリカの広告の変容を著しく促進した大きな要因は、大規模製造業者が、商標をつけた標準品のために全国的市場を発達させたことにあるという。伊藤長正＝大坪壇監修・監訳・ダニエル・ポープ『説得のビジネス－現代広告の誕生－』（電通、1986年）4頁。

38）稀釈化については、宮脇正晴「ブランド・エクイティと不正競争－不正競争防止法2条1項2号の一解釈試論－」国際公共政策研究4巻2号193頁以下、197-198頁（2000年）およびそこに掲げる諸文献参照。

用によって、事業者の信用が害される過程と、広告機能が害される過程とを比較してみよう。A商品に係るA商標と同一ないし類似の商標（B商標）がBによってB商品に使用されたことによって、Aの信用が実際に害される場合というのは、①B商品の品質が劣悪なものであり、②B商品の出所がAであることがB商標から判断され、③B商品が実際に購入され、かつ④その購入者が購入後（使用後）もB商品の出所がAであると信じ続ける場合であろう。これに対し、B商標の登場によって、A商標から喚起されていた連想群に新たなものが加わるだけで、B商品の出所についての混同の有無とはかかわりなく、A商標の広告機能は害される。つまり、他人による商標使用の時点で損害が発生しうるのである[39]。

ただし、このような損害から広告機能を保護することが商標法上予定されているとはいえない。たとえ現代において商標それ自体が資産ないし直接の収入源として大きな役割を担っているとしても、商標法はそのような財産的価値そのものを保護するものではない[40]。広告機能の損害のみをもって商標権侵害を構成するというような解釈論は、文理上は不可能ではないのかもしれないが[41]、現行法の目的になじまない。商標法の保護対象はあくまで「信用」であり、広告によって創出された連想がいかに好ましいものであろうと、これを「信用」に含めるのには無理があろう。従って、広告機能は、出所表示機能または品質保証機能が害されている限りにおいて、商標法上保護されるに過ぎず、この機能のみを害する行為は、商標法による規制の対象とはならない。

商標を含む、営業上の標識の広告機能を保護対象とする（少なくともそう考えられる）規制には、既に不正競争防止法2条1項2号が存在する。広告機能のみを侵害する行為については、この規定を活用することで、十分対処できるとおもわれる[42]。

## おわりに

以上において、出所表示機能と品質保証機能が商標法上の保護対象であること（同時に、広告機能がそうではないこと）を示し、商標法の目的規定の解釈を行った。本稿で特に行いたかったのは、出所表示機能の再評価である。同機能が商標の本質的機能であることに争いはないが、何のためにこれが保護されるのか、あるいはこれが保護されることで競争秩序にどのようなメリットがもたらされるのかについては、これまであまり深く議論されてこなかったようにおもわれる。出所表示機能の保護の先には品質保証機能の保護、ないし品質競争

39) See Swann & Davis, Dilution, An Idea Whose Time Has Gone; Brand Equity As Protectible Property, The New/Old Paradigm, 84 TMR 267, 274 (1994).
40) 田村前掲注3）5頁参照。
41) 小野前掲注6）259頁は「いわゆる商標権の希釈化を侵害としてとらえることは、いわゆる著名な強い標章に関する商標権では解釈上可能であろう」としている。
42) 具体的な解釈論については、宮脇前掲注38）参照。

の保障への寄与がある。つまり品質表示として商標を有効に機能させしめるためにこそ、出所表示機能が保護されなければならないのである。そのような視点を欠けば、同機能の保護は単なる私益保護を意味するものでしかなくなる。

冒頭に挙げたような、ブランドの価値に対する企業側の意識の高まりに伴い、商標を巡る紛争も増加・多様化することとなるであろう。このような中で、商標の機能や商標法の目的の再評価を試みることの意義は、決して小さくないと考える。