

特集《消尽》

ファッション分野における商標権の消尽についての考察—リメイクを題材に

会員・国際ファッション専門職大学 教授 西村 雅子



要 約

本稿は商標権の消尽について改めて考察する試みであるが、題材として、ファッションの分野で権利侵害がしばしば問題となるリメイクを取り上げる。リメイクのパターンとしては、真正品に装飾を施すなどの付加的加工、真正品の商標の抹消、真正品の部分的使用、真正品とは別の商品へのリメイク、複数ブランドの真正品を部分的に使用してのリメイクなどが考えられる。今日的な問題としては、ブランドの廃棄品の問題、古典的な問題としては真正商品の並行輸入の問題があり、後者についてはファッション関係の商品について再考する。今後の問題としては仮想空間における仮想商品について権利消尽の問題を検討する必要があると出さるだろう。

目次

1. はじめに
2. リメイクのパターン
 2. 1 商品への付加的加工
 2. 2 商標の抹消
 2. 3 商品の部分的使用
 2. 4 別の商品へのリメイク
 2. 5 複数ブランドの結合
 2. 6 廃棄品の再販売
3. 使用権者の使用
4. 真正商品の並行輸入
5. おわりに

1. はじめに

現在、ファッション専門の大学で知的財産の講義を行っている筆者の経験上、学生たちはリメイクについて関心が高い。自分たちのファッションにリメイク品を着用しているということもあるが、デザインの創作にリメイクを用いることがあるからである。商標法上は、業としてではない個人使用であれば問題がないが、創作としての発表については、デザイナーとしての自身や所属組織との関係で、販売しないとしても広告的使用として、商標としての使用になるか微妙な問題となり得る。

商標権者が流通に置いた真正商品の場合、流通過程で改変されない限り、その後の転得者の使用は商標権侵害とはならないと考えられる⁽¹⁾。これを説明するに

については、権利は商標権者の最初の譲渡により消尽⁽²⁾したと考えてもよいが、指定商品と商標とが結合された状態において転々流通する限りは、譲渡される毎に商標権者の意思に従って商標権者のために譲渡人による登録商標の使用がなされるものであると解することができないかとの見解がある⁽³⁾。

譲渡後の他人の行為（商標品の広告、再販売等）が、外形的には2条3項の商標の使用に該当するとしても、商標の出所表示機能（当該商品の出所は再販売者ではなく、商標権者である）及び品質保証機能（当該商品の品質は、商標権者が流通に置いたままの状態であるので、商標権者がその品質に責任を負う）が害されない限りは、商標権侵害としての違法性を欠くと考えられる（商標機能論⁽⁴⁾）。

商標品の流通過程で改変が加えられた場合には、改変後の商品の品質が変更されているにもかかわらず、需要者は当該商標品の本来の品質が改変後のものであると誤認すると、商標権者は改変後の品質について責任を負えないため、商標の品質保証機能が害されることが考えられる。

商標の出所表示機能を同一の商標が付された商品の出所は同一であることを表示する機能、品質保証機能を同一の商標が付された商品の品質は同一であることを保証する機能、と捉えた場合、品質保証機能が害される、という点については上記のように理解することができる。

しかしながら、商標の出所表示機能が害されるとは、どういう場合をいうのかは定型的に判断できない。本稿では、ファッション製品のリメイクにフォーカスして、この問題を改めて考えてみたい。

2. リメイクのパターン

商標権者から適法に入手したファッション製品をリメイクして再販売する場合、一般需要者の感覚としては、正規に購入した商品を、どうリメイクしようと勝手ではないか、と考えると思われる。しかし、商標権は最初の販売により消尽しないとすれば、リメイク品が正規品と品質が異なるものとなっており、リメイク後の商品がなお登録商標の指定商品と同一・類似の商品である場合には、元の商標が付されたままの状態では、商標の機能が害されるとして商標権侵害となることになる。

リメイクの結果、被服の布地でエコバッグを作る場合のように、登録商標の商品とは非類似の商品となり、被服の商標権者がバッグについての権利は持っていない場合には、権利行使できないと考えられる。もちろん、周知又は著名な商標の場合には、商品にかかわらず、不正競争防止法（以下、不競法）による規制が可能である。また、布地の図柄に著作権が認められる場合には、著作権の行使が可能だが、Tシャツの柄の原画に著作物性が認められたTシャツ図柄事件（東京地判昭和56・4・20昭51（ワ）10039無体裁集13巻1号432頁）の判示によれば、商業用に使用するという実用目的のために、美の表現が制限される場合には（ブランド名を入れるためにデザインを変更すること、などが該当すると思われる）、「専ら美の表現を追求したもの」とはいえないので、美術の著作物とは認められない。

JUNKMANIA事件（知財高裁平成30・10・23平30（ネ）10042）では、ルイ・ヴィトンのモノグラム商品のリメイク品を製造販売していた被告が、取引の実情として、「REMAKE」、「VINTAGEのLOUIS VUITTONの生地を…落とし込んだ」、「カスタム」、「CUSTOM」といったウェブ上の記載の存在を主張したが、被告商品から容易に原告著名商標が想起されるとして不競法2条1項2号の不正競争と判断されている⁵⁾。

リメイクには、以下のように、いくつかのパターンがあるので、各パターンについて検討する。いずれの場合も自己使用でのカスタマイズ等については商標法

上は問題とならず、リメイクした商品を業として販売する場合に問題視される可能性があるものである。

2. 1 商品への付加的加工

既存の商品（正規に購入したもの）に加工を施すもので、元の商品の原型は保っており、元の商品ブランドの商標はそのまま残っている場合である。

例えば、人気のリュックに刺繍を施す加工である⁶⁾。被服の場合は、既製のボタンを変えたり、レースを付けて装飾したりする、本体デザインの形状は変更せずに要素を付加する変更である。

この場合、元のブランドの権利者が問題視すれば、商標権侵害あるいは不正競争の係争となる。係争となった事例として、after diamond事件（東京地判平成17・12・20平17（ワ）8928判時1932号135頁）では、商標権者が販売した商標「CARTIER」を付した腕時計にダイヤモンドを付すなどの加工をして「after diamond」と表示して販売する行為が、当該商標の出所表示機能及び品質保証機能を害するので商標権侵害と判断された。この事例では、被告からの積極的な反論がなかったが、真正品の加工であることから消尽を主張することも考えられる。

需要者が、商標品が流通過程で加工されており、加工品の出所は、商標権者ではなく再販売者であると正しく認識する場合には、当該商標の出所表示機能は害されないといえる。また、需要者が、本体の品質については当該商標の商標権者が責任を負い、加工された部分の品質については、再販売者が責任を負う、と正しく認識していれば、品質保証機能も害されることはないといえる。（その場合も、商標権者は、当該商標が希釈化あるいは汚染されたと考えるかもしれないが。）

また、購入した商品を加工して再販売することは一般に行われているところ、最初の販売で当該商標の商標権は消尽したと考えないと、その後の取引の安全を害するとも考えられる。加工が予定されている素材商品であるか否かも判断基準となると考える。

例えば、真っ白なTシャツであれば、前面に何らかのプリントを施す加工をして販売することについて、販売者の想定内の使用であって、Tシャツのブランドの出所表示機能や品質保証機能が害されることは通常ないだろう。例外としては、Tシャツの形状自体に特異性があり、形状が出所表示機能を果たしてお

り、元のブランドが形状で訴求するため全く模様を付さないことをコンセプトとしているので、そのイメージを壊されたくない、といった場合だろうか。

一方、襟ネームのみにブランド名（登録商標）が表示されている無地のTシャツ（真正品）の前面に、再販売者において、そのブランド名を前面にプリントする加工をして販売する行為は、他人が商品に登録商標を付する行為及び付したものを譲渡する行為（2条3号1号及び2号）に当たるので、改変された商品について商標権侵害が成立すると考えられる。元のブランド権利者としては、ブランド名をあえて表示しないブランド戦略を採っている場合には、意に反する改変が行われたといえる。

役務区分第40類の役務として「加工」があるが、特許庁の分類上は、加工又は変形に係る標章は、当該加工又は変形を他の者の依頼により行う場合のみサービスマークとみなされる。物品の加工又は変形を行った者がこれらを第三者に販売する場合には、通常はサービスとはみなされず、当該物品の加工又は変形に係る標章は商品商標とみなされる⁽⁷⁾。

よって、加工したものを業として販売した場合には商標権侵害となり得る。2003年頃に問題となった著名ブランドの商品包装用紙袋にビニールコーティングして耐久性のあるバッグに加工する行為、あるいは、著名ブランドの包装用リボンを携帯ストラップに加工する行為などについて、個人が紙袋やリボンを持ち込んで、持ち込んだもの自体を加工してもらうことについては、個人使用のためであり、商標権侵害の問題はないと考えられる。ここで、持ち込んだものがそのまま返される関係にあるかどうかが問題となる（RISOインクボトル事件参照⁽⁸⁾）。何でもよいのでブランド物の紙袋を持ち込めば加工した紙袋を買えるということになると、その対価は加工料金という名目であっても、実質的にはリメイク品の販売価格と考えられる。よって、加工業者は業として当該ブランドの改変された商品を販売していることになり、商標権侵害となる。紙袋が商品なのかという問題もあるが、私見としては、商品は包装も含めた全体が商品であり、包装の改変も商品の改変に当たると考える。

カスタマイズ品、リメイク品に、元の商標が残されるのは、そのブランドの顧客吸引力が見込まれるためである。すなわち、加工品について、元の商標の出所表示機能及び品質保証機能が発揮されており、これが

発揮されている限り、これら機能が害されるという理由により商標権侵害が認められ得る。

元の商品の商標がそのまま残っている場合、購入者は出所を誤認しないとしても、購入者以外の者が当該商品に接した場合の購入後の混同⁽⁹⁾が生じ得る。例えば、ナイキの正規品の人気シューズ Air Max を他のブランドが大量に買って、それを改造して販売するような場合である⁽¹⁰⁾。特に改造の仕方が元のブランドのコンセプトに合わない場合、ブランドイメージを傷つける場合には商標権侵害等の係争となる。

2.2 商標の抹消

既存の商品（正規に購入したもの）に加工を施すので、元の商品の原型は保っているが、元の商品ブランドの商標が抹消されている場合である。

例えば、正規品のTシャツから襟ネームを取り去って、再販売者のブランド名の襟ネームを付したり、再販売者のブランドを前面にプリントして販売した場合であるが、通常は商標権侵害には該当しないと考える。但し、襟ネームを取り去ってもなお、元のブランド特有のデザインやシャツの内側に縫い付けられたタブの表示などから、元のブランドがどこかを需要者が認識でき、改変された商品の出所がなお元のブランドの商標権者と認識する可能性がある、といった事情があれば別である。

商標を付した商品から商標を剥奪抹消⁽¹¹⁾することが商標権侵害に当たるかという論点がある。外形的には、2条3項及び37条各号の行為に該当しないので、商標権侵害は成立しないと考えるのが素直である⁽¹²⁾。商標権侵害に当たるという考えもあるが⁽¹³⁾、商標法の条項にない行為を侵害行為とするのは無理がある。ローラーステッカー事件（大阪高判令和4・5・13令3（ネ）2608）では以下のように否定されている。

「商標権者が指定商品に付した登録商標を、商標権者から譲渡を受けた卸売業者等が流過程で剥離抹消し、さらには異なる自己の標章を付して流通させる行為は、登録商標の付された商品に接した取引者や需要者がその商品の出所を誤認混同するおそれを生ぜしめるものではなく、上記行為を抑止することは商標法の予定する保護の態様とは異なるといわざるを得ない。したがって、上記のような登録商標の剥離抹消行為等が、それ自体で商標権侵害を構成するとは認められないというべきである。」

一方、侵害行為は2条3項及び37条に規定する使用行為に限定されないとの趣旨の判示がある⁽¹⁴⁾。あるいは、何らかの損害が生じた場合には、民法709条の不法行為として構成すべきとの考えもある⁽¹⁵⁾。

2. 3 商品の部分的使用

既存の商品（正規に購入したもの）の一部を切り取って別の商品に使用するリメイクで、元の商品とは別の商品となるものである。

例えば、著名商標であるNIKEの「SWOOSH（スウッシュ）」⁽¹⁶⁾ロゴを切り取ってペット用の衣服に縫い付けるような場合である。個人使用であれば問題ないといえるが、ブランド側としては、ペット用商品など、自らが販売していない商品について業として販売されることを阻止するために、防護標章登録を活用しているところである。

地模様がある被服の一部をエプロン、バッグ、クッションなどに加工する場合はどうだろうか。これも個人使用であれば問題ないといえるが、業としての販売であって地模様が出所表示機能を果たす場合に問題となり得る。

デザイナーとしては、ブランドロゴが連続するパターンやブランドアイコンとなる特徴的な図柄を保護するため「織物地」等として意匠登録することが考えられるが、保護期間が登録から一定期間（現行法で意匠登録出願日から最長25年）に限られているので、長期にわたって権利を維持することができない。また商標については、上下左右に連続するとして模様を特定できる意匠と異なり、輪郭のない色彩商標と同様の

「輪郭のない地模様」という商標は現行法では登録できないため、使用態様とは異なる四角等の形状に区切った形で登録する必要がある。図1は日本のデザイナー⁽¹⁷⁾の地模様の商標登録の例である。

加工された商品の地模様が、需要者から見て、なお出所表示機能を果たしている場合には、元のブランドがこんな商品を販売しているのか、という誤認が生じ、商標の機能が害される可能性があるといえる。模倣品が多く出回ったため、地模様について使用による識別力の獲得（3条2項適用）⁽¹⁸⁾により商標登録した先駆的例として、ルイ・ヴィトンのエピライン（商標登録第4459738号、東京高判平成12・8・10平11（行ケ）80）がある。

ここで、不競法事件であれば、輪郭のない地模様の使用でも商品等表示性が認められるとしても⁽¹⁹⁾、商標法上、被告が図1の使用態様で表示した場合に登録商標との同一性が認められるかが問題となり得る。私見としては、商標として同一の機能を発揮している類似商標として登録商標による権利行使が可能と考える。

2. 4 別の商品へのリメイク

真正品の一部を、本来の用途とは違ったものに加工する場合、例えば、中古のシャネルスーツのボタンをペンダントなどのアクセサリーに加工するなどのリメイクである。やはり、需要者の認識次第と考えるが、ネット上のフリーマーケットで、同種の加工品が多数販売されている状況となっており、元のブランド自身が販売しているという誤認が生じない状況であれば、商標の機能は害されないといえるだろう。しかし、元

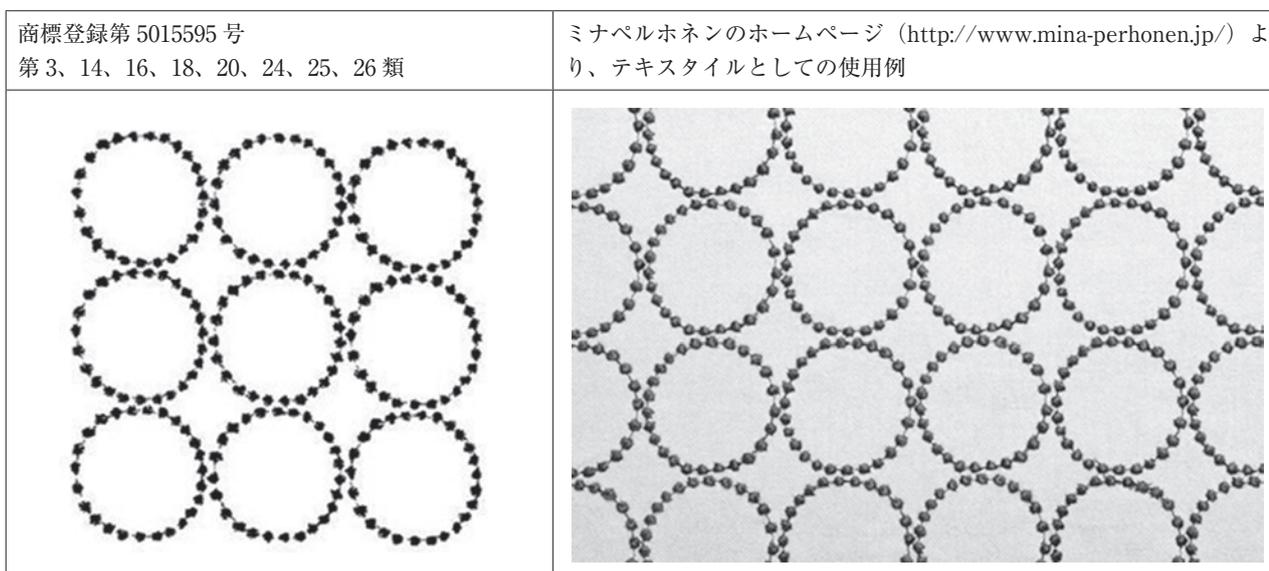


図1 地模様の登録商標及び使用例

のブランドが問題視する場合には、商標権でも不競法でも規制は可能と考えられる。

2. 5 複数ブランドの結合

複数のブランドの商品の一部をつなぎ合わせて一つの商品にする、アップサイクルとも呼ばれるリメイクであり、若い世代のトレンドファッションとして支持されている。使用ブランドの商標やロゴが残っているので、問題がないのかという疑問も呈されるところである。通常であれば廃棄される中古の服の使える部分をつなぎ合わせてのリメイクは、SDGsの観点からは推奨されるべきものかもしれない⁽²⁰⁾。しかし、使用ブランドのコラボ商品であるかのごとき誤認が需要者に生じた場合には、商標の機能を害するといえるだろう。

2. 6 廃棄品の再販売

商標権者が商標を付した商品であっても、商標権者の意思に基づいて流通過程に置かれたものではない場合には、真正品ではないと判断され得る。ワイズ事件（大阪地判平成7・7・11平5（ワ）11287判時1544号110頁）は、シーズン終了後に売れ残った旧品（いわゆるキャリー物）については、ブランド戦略によってはブランド価値を維持するために安売りをせずに廃棄する方針を採るところ、そのような商品が商標権者の意思に反して流通に置かれた事例であるが、需要者から見て、外観的に商標権者が販売しており、そのような品質のものを流通に置いたと見られることによって、当該商標の出所表示機能、品質保証機能が害されるといえる。

この事例で被告は商標権の消尽を主張したが、「被告商品が、原告によって適法に被告使用標章を付されたものであり、かつ、原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものであれば、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害するものではなく、一般消費者に損害を及ぼすおそれもないから、商標権侵害としての違法性を欠く」ところ、被告商品は、当初から原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものではないサンプル品及びキズ物、及び、いったんは原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものの、回収されて廃棄処分の対象となったものであり、それらを販売する行為は商標権侵害にあたる、と判断された。

一方、現在、SDGsの観点から衣料品の大量廃棄が

問題視されるようになり⁽²¹⁾、特に有名ブランドがブランド価値が低下する在庫品の再販売はせずに廃棄することが批判されるようになっている⁽²²⁾。衣服の廃棄品をリサイクルできる仕組み作りが進んでいるところであり、有名ブランドが参加する「BRING（ブリング）」⁽²³⁾が一つの試みである。素材のリサイクルについては、商標権の問題は起きないと考えられるが、タグに服の履歴を表示する「DNA Tシャツ」が開発されているとのことで⁽²⁴⁾、この場合には出所表示に関連して再び商標の問題となるかもしれない。

3. 使用権者の使用

商標権者から使用権を許諾された使用権者が譲渡した商品についても、真正品として流通する限りは、商標権者の意思に従って登録商標の使用がされているので、その後の譲渡について商標権者が権利行使することはできない⁽²⁵⁾。

先使用権者が流通に置いた当該商標に係る商品について、その後商標権者からの権利行使を免れるか（すなわち先使用権を援用できるのか）について、当然免れると考えられるのだが、その理論構成は明確ではない⁽²⁶⁾。

特許法においては、先使用権が条文上「先使用による通常使用権」と規定されていることから、消尽理論による説明が可能なようでもあるが、一般に先使用権が抗弁として理解されていることから、消尽よりも援用という理論構成がなじむ、との見方がある⁽²⁷⁾。

商標法においても、転得者は先使用権を援用できると考えてもよいが、援用できる者の範囲、援用できる内容について明確ではない。先使用権が認められる地域に限定されるとすれば⁽²⁸⁾、転売先の保護としては不十分な場合があると考えられる。

BATTUE CLOTH（バチュークロス）事件（東京高判平成5・3・31平3（ネ）4645、原審・東京地判平成3・12・16平1（ワ）4610）では、輸入総代理店である被告による「BATTUE」標章の使用が、訴外ハンティング・ワールド社の先使用権の範囲に属する行為として、同社から当該標章に係るバッグ類を輸入し国内の店舗においてこれを販売することについて当該標章を使用する権原を有し、これをもって原告に対抗できる、と判断された。

4. 真正商品の並行輸入

真正商品の並行輸入を許容する根拠としては、外国商標権者による商標品の拡布により内国商標権に基づく輸入禁止権は既に消尽しているという国際的消尽論⁽²⁹⁾、外国商標権者は商標品の譲渡により既に対価を得ているので並行輸入に対する商標権の行使を認めて重複して利得を与えるべきではないという重複利得機会論⁽³⁰⁾、外国商標権者は商標品を譲渡した際に譲受人及びその後の転得者に対して内国商標権の制限を受けないで商標品を支配する権利を黙示的に授与したとする黙示的同意論⁽³¹⁾などがあるが、判例はパーカー事件（大阪地判昭和45・2・27昭43（ワ）7003判時625号75頁、商品輸入販売差止請求権不存在確認請求事件）以来、商標機能論（並行輸入品により商標の品質保証機能等が害されない限り、並行輸入は実質的違法性を欠くとする）によっており、フレッドペリー事件最高裁判決最判平成15・2・27平14（受）1100民集57巻2号125頁）でも踏襲されている。

しかし、国内権利者の独自の営業努力により、需要者が、当該商品の出所を外国商標権者とは別個のものと認識する場合はどうだろうか。また、商品自体の品質に差異がないとしても、品揃えや修理等のアフターサービスに差異がある場合、需要者が並行輸入品よりも国内正規代理店の商品の方が、「モノ＋サービス」としてみれば品質が高いと認識する場合はどうだろうか。

昨今では、商品を購入した需要者が、インターネット上で会員登録することにより、一定のサービスを受けられるというシステムは普通であるが、更に、例えば、「ランニングシューズ」を購入した需要者が、インターネット上でランニングの記録管理のソフトウェアをダウンロードすることにより、商品と一体となったサービスを受けるといった場合には、モノとサービスが連動して一つの商品となっているといえる。製造業についてもモノを売るだけではなく、モノの販売にまつわるサービスも商品の一部として一体として捉えて顧客に提供することが普通となっている。すなわち、「モノ＋サービス＝商品」であって、製造業者も、モノの生産、販売を伴うサービス業とも捉えられる。その理由は、生産技術が高度化し供給過剰である一方、需要者の消費意欲は低いという成熟社会にあっては、需要者は一定の機能を果たすモノというだけでは購買に至らず、小売業についても、需要者が満足する「顧

客に対する便益の提供」があつて初めて購入に至るからである。

並行輸入品が真正品であれば、国内の正規代理店で買うのと商品自体は同じである。需要者が、同じものさえ手に入ればよい、安ければ安いほどよい、と考えるのであれば、並行輸入品は、国内権利者たる正規代理店が販売する真正品と同じ商品、つまり品質に差がないということになる。しかし、正規代理店の高級感ある店内の雰囲気、気持ちのよい接客、上客として扱われる優越感、知識のある店員からの情報収集など、商品をそういった購買体験（コト）を含めた総体（更に、充実したアフターサービス、交換・修理部品の品揃え、上客に与えられる会員サービス、など、購買後の体験も含まれる。）として捉えるならば、並行輸入品と正規代理店が販売する商品とは品質が違う、とも考えられるのではない。

国内権利者が独自の接客サービス、アフターサービス等の営業努力により、海外権利者とは別個の信用を需要者から獲得し、別個の出所と認識されるに至っている場合には、需要者にとっての当該商標により表示される商品の出所は海外権利者ではなく、国内権利者ということになる。当該商標が保証する商品の品質も、海外権利者の商品ではなく、国内権利者が販売する商品についての品質保証となる。すなわち、その商品はモノとしては海外権利者の商品と同一であっても、商品（モノ＋サービス＋コト）としては別物という考えもできる。

国内権利者の独自のグッドウィルが認められ、真正商品の並行輸入として違法性の阻却が認められなかった裁判例としてクロコダイル事件（大阪地判平成8・5・30平5（ワ）7078判時1591号99頁）があり、原告は、外国権利者に依拠することなく、「本件登録商標について独自のグッドウィルを形成していたものであり、被告商品は、原告が本件登録商標を付して販売している商品と品質、形態等において差異があるから、被告会社が被告商品を日本国内に輸入して販売した行為は、本件登録商標の出所表示機能、品質保証機能を害するものであり、…真正商品の並行輸入として違法性を阻却されるものでないことは明らかである。」と判断されている。

しかしながら、国内権利者の独自のグッドウィル⁽³²⁾については、「グッドウィルがどのような事実又は概念を指すかは、必ずしも明確でない」との指摘もある。

コンバース事件（知財高判平成 22・4・27 平 21（ネ）10058 等）では、被告が、コンバース商標が世界的著名商標であるといった特段の事情から、原告（国内商標権者）が独自のグッドウィルを獲得していることが保護の要件となると主張したのに対し、我が国の商標法の構造に照らすと、商標法によって保護されるべき出所は登録商標権者である原告と解すべきであって、特段の事情があることにより、商標法が保護する出所として取り扱うために独自のグッドウィルの構築が必要になるとはいえない、と判示している。

国内権利者の商品と品質に差異がない真正商品と認められるかについて、近年のファッション関係の裁判例では以下がある。

2UNDER 事件（知財高判令和 3・5・19 令 2（ネ）10062）では、男性用下着について、「商標権者自身が商品を製造している事案であって、その商品自体の性質からして、経年劣化のおそれ等、品質管理に特段の配慮をしなければ商標の品質保証機能に疑念が生じるおそれもないような場合には、商標権者自身が品質管理のために施した工夫（商品のパッケージ等）がそのまま維持されていれば、商標権者による直接的又は間接的な品質管理が及んでいると解するのが相当」であり、パッケージ等に一部汚損がみられるとしても内部にまで影響を及ぼしていたことをうかがわせる証拠もないとして、品質において実質的に差異がないと判断されている。

NEONERO 事件（知財高判平成 30・2・7 平 28（ネ）10104 判時 2371 号 99 頁）では、原告（本件商標の商標権者）、被告とも、各々の仕様で同じイタリアのジュエリーブランド（PVZ 社）が製造した商品を販売しているところ、原告が、PVZ 社とは独自に原告の商品の品質又は信用の維持を図ってきたという実績があるとまで認められず、両者の商品は本件商標の保証する品質において実質的に差異がないと判断されている。

国外商標権利者が、商標品を全世界的にテリトリー分けして管理し、テリトリーごとに品質を変えて、各テリトリーでの品質及び販売量をコントロールすることを意図する場合、他のテリトリー向けの商品が我が国に流入することは阻止したいところである。ファッション製品について、各テリトリー向けのデザインが異なるとしても、生地や縫製といった実質的な品質において差異はない場合でも、前掲コンバース事件判示⁽³³⁾によれば、品質管理基準が異なる場合には、品

質が異なると主張できる余地がある。

5. おわりに

最後に、他の知的財産権との関係だが、図①の使用例のような地模様は仮に著作権が認められるとした場合、当該柄の被服が権利者から販売された場合の購入者は、著作権の譲渡権は消尽するので（著作権法 26 条の 2 第 2 項第 1 号）、その被服をリメイクして何を作って販売しようが著作権法上は問題がないが、商標権を行使される可能性はあるといえる。もし権利者が、リメイクした物品（例えば、ポーチ）について意匠権も所有している場合には、リメイク物品の製造は意匠権侵害になる可能性がある⁽³⁴⁾。

次に、今日的な問題として、著作権についてデジタル消尽が議論されているが⁽³⁵⁾、商標権についても、既に商品に「電子情報財」⁽³⁶⁾（ダウンロード可能なソフトウェア等）が含まれることから無体物も商品に含まれている。「ネットワークを通じた電子情報財の流通行為が商品商標の使用行為に含まれること」⁽³⁷⁾が明確にされているので（2 条 3 項 2 号）、例えばバーチャル空間で販売される画像も「商品」といえる⁽³⁸⁾。よって、商標権が著作権とともに消尽するのかといった問題が生じ得る。

更に、仮想空間における仮想商品の商標権の消尽が問題となってくる可能性がある。特許庁の 2022 年現在の商標審査基準では「仮想商品」の指定は認められていないが、「仮想商品」を意図した国際分類第 9 類のデジタル商品とリアル商品の類似関係や混同のおそれについては、直近の問題となりそうである。NFT（非代替性トークン）を購入するとリアル商品も入手できるというハイブリッド商品も出ており⁽³⁹⁾、両者の関係性は急速に密接となってきた。そこで、仮想商品についての改変ないしリメイクについても、リアル商品と同様に考えられるのか、商標権者はどこまで権利を及ぼすことができるのか、検討が必要となってくるだろう。

(注)

- (1) 中山信弘「著作権法 第 3 版」有斐閣（2020）333 頁「消尽とは、各種知的財産法領域において一般的に認められている原則で、権利の対象となっている知的財産権が化体している「物」に関しては、第一譲渡により、その物に関してはもはや権利行使を認めないというドクトリンであり、条文上の根拠はなくとも、流通の確保という観点から当然のことと理

- 解されている。]
- (2) 拙稿「商標権の消尽についての考察」知財管理 Vol.61 No.1 (2011年1月)参照。商標権の国内消尽という論点について判断した事例として、アステカ事件(東京地判平成14・2・14平12(ワ)26233判時1817号143頁)。原告商品の中古品を改造して作り替えた被告商品は、もはや原告商品と同一性を有するものとはいえず、別個の商品というべきであるから、消尽論を適用する余地はない、とした。
- (3) 網野誠「商標〔第6版〕」有斐閣(2002)847頁。
- (4) 「商標品の譲渡後における他人による商標の使用がこれらの機能を阻害するものでなければ、その使用は、構成要件的には権利侵害行為であっても、実質的違法性が欠けるとして、これを許容するが、そうでなければ、その使用は実質的にも違法であって、商標権を侵害するとの解釈」(商標機能論・違法性阻却論が定説) 渋谷達紀「知的財産法講義Ⅲ不正競争防止法・独占禁止法上の私人による差止請求制度・商標法・半導体集積回路配置法(第2版)」有斐閣(2008)280頁。
- (5) JUNKMANIA事件控訴審判決では、著名表示(ルイ・ヴィトンのモノグラム)の「汚染」に明示的に言及している。「控訴人による不正競争行為は、被控訴人が長年の企業努力により獲得した原告標章の著名性及びそれにより得られる顧客誘引力を不当に利用して利得するものであり、被控訴人の企業努力の成果を実質的に減殺するものであって、著名な原告標章を希釈化するのみならず、これを汚染するものというべきである。」
- (6) フェールラーベン(FJALLRAVEN)のリュックKankenに刺繍を施す加工。「世界にひとつだけのオリジナルカンケンはいかがですか?」「こちらの商品はフェールラーベン社のカバンにオリジナルの「刺繍」を施した商品になっています。公式が出しているものをそのまま転売しているわけではありません。」Ricommendホームページ <https://ricommend.base.shop/items/35738841> 2022年10月10日閲覧。
- (7) 特許庁商標課編「商品及び役務の区分解説〔国際分類第11-2022版対応〕」発明協会(2022)199頁。
- (8) この1対1の関係が第一審(東京地判平成15・1・21平14(ワ)4835判時1883号96頁)では肯定された。「個別の取引において、買主から商品の容器又は包装紙等が提供され、売主が商品を当該容器に収納し、あるいは当該包装紙等により包装して、買主に引き渡す場合には、当該容器ないし包装紙等に商標が表示されていたとしても、商標法上の商標の「使用」には該当しない。けだし、この場合には、容器ないし包装に付された商標とその内容物である商品との間には何らの関連もなく、当該商標が商品の出所を識別するものとして機能していないことが外形的に明らかだからである(例えば、顧客が酒店に空瓶を持参して、酒を量り売りで購入する場合や、顧客が鍋等の容器を豆腐店に持参して豆腐等を購入する場合と、同様である。)」しかし、控訴審(東京高判平成16・8・31判時1883号87頁)では、被告は、「顧客から使用済みの空インクボトルの引渡しを受けて、同形のインクボトル(引渡しを受けた当該インクボトルに限らな
- い。)に被告インクを充填して販売する態様の行為のみならず、顧客が空インクボトルを提供することを前提とせず、空インクボトルに充填された被告インクを販売する態様の行為をも行って」いるとして、否定された。
- (9) ELLEGARDEN事件第一審判決(東京地判平成19・5・16平18(ワ)4029)「ポスト・セールス・コンフュージョン」(Post Sales Confusion 購買後の混同)として、被告のロックバンド関連の商品について、「仮に購入者自身は、被告ウェブサイト中の説明内容により、被告商品を本件ロックバンドに関連するものであるということ認識できたとしても、当該商品を身に付けた者を更に他の第三者が見ることも当然あり得るところであり、そのような第三者は、当該商品が本件ロックバンドに関連するものであるとの認識を有することができず、当該商品の出所が原告であると誤認するおそれがあると認められる。」と判示。(控訴審では否定された。)BAO BAO 鞆不正競争事件(東京地判令和元・6・18平29(ワ)31572)では、被告商品形態との類否判断において、中に物を入れた状態の使用態様も勘案されているが、使用態様については、購買者以外の者が原告商品と誤認する購買後の混同のおそれがあるとの主張につながると考える。
- (10) “Nike Air Max 97 “Jesus Shoes” filled with holy water are selling for \$4,000-CBS News” CBS NEWS, October 11, 2019, <https://www.cbsnews.com/news/nike-air-max-97-jesus-shoes-filled-with-holy-water-selling-for-4000-2019-10-11/> 2022年10月10日閲覧。米国での係争事例だが、その後和解したもようである。「ナイキとミスターフのサタンシューズをめぐる法廷闘争が和解成立へ」HYPEBEAST, JP (2021年4月13日) <https://hypebeast.com/jp/2021/4/mschf-nike-settle-lil-nas-x-air-max-97-satan-shoes-lawsuit> 2022年10月10日閲覧。
- (11) 単に剥奪抹消ではなく商標を付け替えた行為について登録商標の「剥奪抹消」と判示された事例として、後掲マグアンプK事件。商品のシリアルナンバーが抹消されていることは真正商品の並行輸入の問題とは関連しないとして侵害を否定した事例としてBBS事件(名古屋地判昭和63・3・25昭60(ワ)1833)。
- (12) 原告登録商標の一つについて侵害を否定した事例として、ピュアアンドフリー事件参照(大阪地判平成2・3・27平24(ワ)13709)「被告が被告商品を販売する際には、同標章部分にシールが貼付され、需要者が視認することはできない状態にあったのであるから、シールを貼付した後は、同標章を使用したとはいえない。」
- (13) 前掲網野「商標」846頁「指定商品に付された登録商標を、その商品が流通している過程において第三者が剥奪抹消し、これに代え自己の商標を使用して流通させる行為も商標権を侵害する行為であると解される。それは他人の登録商標を使用する行為ではないが、他人が流過程において登録商標を指定商品に独占的に使用する行為を妨げ、その商品標識としての機能を途中で抹消するものであるから、(旧)36条の侵害行為に該当する。」
- 小野昌延編「新・注解商標法 下」青林書院(2016)小池

- 豊＝町田健一「第36条（差止請求権）」1069頁に、登録商標の無断剥離についての各説がまとめられている。
- (14) Chupa Chups 事件（知財高判平成24・2・14判時2161号86頁）「侵害者が商標法2条3項に規定する「使用」をしている場合に限らず、社会的・経済的な観点から行為の主体を検討すること可能というべきであり、商標法が、間接侵害に関する上記文規定（同法37条）を置いているからといって、商標権侵害となるのは上記明文規定に該当する場合に限られると解する必要はないというべきである。」
- (15) 筒井四満治「他人の商標抹消行為」「商標・商号・不正競争判例百選」別冊ジュリスト第14号、有斐閣（1967）118頁以下参照。前掲ローラーステッカー事件では、原告から被告の行為が不法行為に当たるとの主張もされたが、そもそも原告商標を剥離抹消したと評価される行為に当たらないと否定されている。
- (16) 「SWOOSH」「スウッシュ」の文字自体が、登録商標第4256037号ほかで保護されている。
- (17) 皆川明、商標権者は株式会社ミナ。地模様登録例については、単なる円の連続ではなく円を形成するドットの態様に識別力が認められるポイントがあると考えられる。
- (18) かばん類については認められたが、被服等については認められていない（東京高判平成12・8・10平11（行ケ）79）。
- (19) ルイ・ヴィトン図柄事件（大阪地判昭和62・3・18無体裁集19巻1号66頁）参照。
- (20) 環境省「サステナブルファッション」（env.go.jp）参照。
- (21) 織朱實「衣料廃棄物について考える」国民生活2021.4 https://www.kokusen.go.jp/wko/pdf/wko-202104_06.pdf 2022年10月10日閲覧。
- (22) 「英バーバリー、売れ残り品の焼却処分取りやめ 毛皮使用も中止」ロイター（2018年9月7日） <https://jp.reuters.com/article/burberry-idJPKCN1LM3EJ> 2022年10月10日閲覧。
- (23) 「服の回収とリサイクル」BRING ホームページ <https://bring.org/pages/recycle> 2022年10月10日閲覧。「服から服をつくる 私たちは古着の回収を行い、その一部をもう一度服の原料にまでケミカルリサイクルしています」
- (24) 渡辺豪「「服は資源」服から服への水平リサイクル技術 アパレル各社の意識高まり回収広がる」AERA2022年6月6日号
- (25) 真正品である限り、商標権者の意思に基づいて転売されることを考えないと、不使用取消審判（50条）において、使用権者が流通に置いた商品が、その後転々流通するについて、転得者（流通業者）の販売を商標権者の使用とみなすことはできない。ファッションウォーカー事件（知財高判平成25・3・25平24（行ケ）10310判時1412号159頁）参照。
- (26) 実用新案についての事例だが、実用新案権仮処分申請事件（東京地判昭和39・5・30昭38（ヨ）2387）は、債務者がその先使用による通常実施権に基づき適法に製造した製品を他の債務者が使用等しても、債権者において、これらの行為を差し止めることはできないものといわざるをえない、と判示するが、その理由付けは特でない。
- (27) 村井麻衣子「特許侵害訴訟において先使用権を援用しえる者の範囲—移載装置事件—」『知的財産法政策学』13号（2006）227頁、注22。
- 同稿は、名古屋地判平成17年4月28日、平成16年（ワ）第1307号（特許権侵害差止等請求事件）の評釈であるが、同判決では、以下のように判示されている。
- 「ある発明について先使用権を有している製造業者が、先使用権の範囲内の製品を製造して販売業者に販売し、当該販売業者が同製品を販売（転売）するような場合においては、当該販売業者について先使用権の発生要件の具備を問うまでもなく、当該販売業者は製造業者の有する先使用権を援用することができる」と解するのが相当である。なぜなら、そのように考えないと、販売業者が製造業者から同製品を購入することが事実上困難となり、ひいては先使用権者たる製造業者の利益保護も不十分となって、公平の見地から先使用権を認めた趣旨が没却されるからである。
- もっとも、先使用権者たる製造業者の利益保護のためには、販売業者による同製品の販売行為が特許権の侵害にならないという効果を与えれば足りるのであって、製造業者が先使用権を有しているという一事をもって、販売業者にも製造業者と同一の先使用権を認めるのは、販売業者に過大な権利を与えるものとして、これまた、先使用権制度の趣旨に反することが明らかである。」
- 「知的財産と先使用権」日本工業所有権法学会年報第26号（2003）有斐閣、参照。
- (28) 田村善之「商標法概説〔第2版〕」弘文堂（2000）86頁「先使用の抗弁が認められる地域外で販売等をなした場合には、そもそも先使用の抗弁自体が成立しないから、商標権侵害は否定されない。」
- (29) 小野昌延編「注解商標法〔新版〕上」青林書院（2005）桑田三郎「並行輸入」117頁「国際的消耗説」参照。
- (30) 前掲渋谷「知的財産法講義Ⅲ」504頁参照。
- (31) BBS（特許）並行輸入事件参照、最判平成9・7・1民集51巻6号2299頁。商品の流通の自由ないし取引の安全が勘案されている。
- (32) 独自のグッドウィルの成否についての検討として、廣田美穂「並行輸入と商標権侵害—「真正商品性の要件」の読み替えと「品質管理性の要件」におけるグッドウィルの成否—」『知財管理』Vol.68 No.11（2018）1600-1613頁。
- (33) 「被告商品は、原告伊藤忠の品質管理の下にあると認めることはできないから、被告による被告商品の輸入販売は、真正商品の並行輸入として違法性が阻却されるとはいえない。」
- (34) 意匠権に係る物品が権利者の意思で流通に置かれた真正品である場合には、国内消尽論が特許権同様に当てはまるとするのが一般的な理解である。寒河江孝允・峯唯夫・金井重彦「〔新版〕意匠法コンメンタール」勁草書房（2022）五味飛鳥「第2条 定義等」117頁参照。
- (35) 栗田昌裕「デジタルコンテンツの流通と消尽原則—EU法及びドイツ法を中心とした考察」『総務省学術雑誌「情報通信政策研究」第5巻第1号、I-49-76頁参照。

(36)「経済社会のIT化に伴う商品・サービス、広告の多様化、商品に関する国際的な認識の変化等を踏まえ、電子出版物や電子計算機用プログラム等の電子情報財については、インターネット等の発達によりそれ自体が独立して商取引の対象となり得るようになったことを重視して、商標法上の商品と扱うこととし」ている。特許庁編「工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第22版）」（2022）1526頁。

(37) 同上 1526頁。

(38) 例えば、商品区分第9類「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」（downloadable

image files）。

(39)「【業界初】NFTを購入するとフィジカル（物理的）な商品が【真贋証明付き】でお手元に届くという史上初の特許取得済みハイブリッドNFTマーケットプレイス（β版）をローンチ！」cryptomall japan 株式会社のプレスリリース（prtimes.jp）2022年2月25日

<https://prtimes.jp/main/html/rd/p/000000070.000044818.html>

2022年10月10日閲覧。

（原稿受領 2022.10.11）