

# 商標権の品質保証機能と並行輸入

—アメリカ商標法を素材とする比較法的考察—



東京大学教授(先端科学技術研究センター) 玉井 克哉

## 目次

### はじめに一問題の所在

- (1) 「消尽」と並行輸入
- (2) 想定される三つの立場
- (3) 課題についての展望

### 1. アメリカ商標法における並行輸入の取り扱い

#### —基本的な構造と考え方

- (1) 基本的な法制度
- (2) 内外権利者の同一性—関税法 526 条
- (3) 内外品質の実質的差異—商標法による並行輸入の禁止
- (4) 商標権の品質保証機能

### 2. 国境を越える取引と商標権の品質保証機能

- (1) 品質管理 (control of quality) と商標権の機能
- (2) 市場の具体的状況と商標権の機能
- (3) 契約不履行と商品の「実質的差異」
- (4) 並行輸入の取り扱い—まとめ

### 3. 国内における流通と商標権の品質保証機能

- (1) 品質管理システムからの逸脱による商標権侵害
- (2) 再包装・小分け・改造等
- (3) 中古品
- (4) まとめ

### 結びに代えて—わが国商標法への示唆

- (1) 品質保証理論
- (2) 品質保証機能否定論
- (3) 品質保証理論と並行輸入

.....

## はじめに一問題の所在<sup>(1)</sup>

### (1) 「消尽」と並行輸入

商標権者 X が、自己の製品に商標を付して卸売業者 A に販売したとしよう。A は小売業者 B にそれを販売し、B は消費者 C に転売した。日本商標法によれば、A の B への販売、及び B の C への販売はともに商標の「使用」にあたる (2 条 3 項 2 号)。商標の使用権限は商標権者の専有するところであるから (同 25 条)、それらが X の許諾なく行われた場合、ともに商標権の侵害となるかに見える。しかしそのような結果は通常の商慣行に反するものであり、商標法上も許容されていない。それは、「消尽 (用尽; exhaustion; Erschöpfung)」という用語で説明される。X が A に

販売した時点でその商標権はいわば使い尽くされて (exhausted; erschöpft) いるのであり、したがってもはやその後の流通過程で使うことができない。これは、そのようなニュアンスの術語である。

しかしながら、商標商品が機械の場合に B が改造した場合や、商標商品が医薬品である場合に B が小分けした販売した場合は、例外的に X の商標権を侵害したとされる<sup>(2)</sup>。そうした場合、いったん「消尽」したはずの権利が流通過程の販売者の行為によって復活するわけである<sup>(3)</sup>。いかなる場合にそうなるかの判断基準は、「消尽」という表現に内在しているわけではない。「消尽」という用語は X の権利行使不能という事態を比喩的に表現するに過ぎず、それ自体が何らかの判断基準を提供するわけではない。いかなる場合に権利が「消尽」し、いかなる場合にそれが否定されるのか、いかなる場合にいったん「消尽」した権利が復活するのか。それこそが実質的な問題である。

以上を前提にして、本稿が取り扱う問題は、次のようなものである<sup>(4)</sup>。

**【問題】** J 国商標権者 X は、E 国商標権者 X' が E 国内で製造・販売した商品を J 国に輸入し、自らの商標を付して販売している。また E 国では、X' が同一の商標を付した商品を販売している。他方、E 国内で X' が製造販売した製品を Z が買い集め、J 国の輸入業者 Y がそれを輸入して J 国内で販売した。Y の行為は、X の商標権を侵害するか<sup>(5)</sup>。

これを日本商標法に則していえば、商標の「使用」には商標商品の輸入も含まれるから (2 条 3 項 2 号)、Y の行為が文言上 X の権利に触れることは明らかである。しかし、Y の輸入する商品は、単なる海賊品ではない。それを解釈に反映させ、商標権侵害がないと構成することも可能である。即ち、取引が国内のみで完結する場合と同様、X' が E 国内で販売したことにより、X' の権利が E 国内で消尽するだけでなく、そ

れと実質を同じくする X の J 国商標権も消尽しており、Y の行為が X の権利を害しないと解するのである。そう解するならば、Y の取り扱う X' の商品は X の商標権の埒外にあるのであり、したがって、Y はそれらを自由に輸入できることになる。これは、E 国における X' の行為によって他のすべての国での権利が消尽するとの立場であるから「世界消尽論 (universality principle)」または「国際消尽論」と呼ばれている。

他方、X' の行為は権利を E 国内で消尽させるに過ぎず、J 国商標権は無関係である、との立場もむろん可能である。それは国際消尽否定論、または「地域消尽論 (territoriality principle)」と呼ぶことができよう<sup>(6)</sup>。

## (2) 想定される三つの立場

この問題の扱いを、WTO 協定 (TRIPs 協定) は加盟国に委ねている<sup>(7)</sup>。したがって、上記のような枠組で考察するとき、次のように、およそ三つの立場を想定することができる。

第一は、「完全阻止モデル」と呼ぶべきものである。E 国での X' の販売が X の権利を消尽させることはない。したがって、E 国内で X' が販売した商品を J 国に輸入することは常に X の権利に抵触し、その同意を得ない限りは常に違法である。これは X' の供給する「真正商品」とまったくの「海賊商品」の区別を J 国商標法上は認めないものであって、「消尽」の範囲を極限まで縮小するものだと言える。厳格な国際消尽否定論からは、この立場が端的に導かれる。

第二はまったくその逆を行く立場であって、「無制限モデル」と呼ぶべきものである。E 国での X' の販売により J 国での X の権利は常に消尽する。それを J 国に持ち込むことは自由であり、X が販売している商品との規格や品質の違いは問うところではない。のみならず、X' と X の間に特別な関係は必要ない。この立場は、X と直接関わりのない X' の商品を J 国に輸入するのが自由だとするのであるから、まったくの「海賊商品」の輸入を認める立場—それはおよそ商標権というものの効力を認める限り、けっして採りえない立場である<sup>(8)</sup>—と境を接する範囲まで「消尽」の範囲を拡大するものだと言える。

国際消尽論を極限まで突き詰めれば、この第二の立場に行き着く。しかし、従来現実に「国際消尽論」として主張されてきたのは、そうした端的な立場ではな

い。多くは、X' と X の関係について、また E 国から Y が輸入する商品と J 国内で X が販売している商品の差異について一定の要件を設定し、その要件が満たされる場合に—またその場合にのみ—Y の行為が X の権利を侵害する、とする。この第三の立場は制限的のみ X が輸入を阻止することを認める立場であるから、「制限阻止モデル」と呼ぶことができる。

もとより、この第三の立場は、X と X' の関係、Y の輸入する商品と X が販売する商品の関係についてどのような要件を設定するかによって、内容が異なる。それは、完全阻止モデルに近い立場から無制限モデルに近い立場まで、さまざまな立場を包含する。端的に言えば、X と X' の間に同一またはそれに近い関係を厳格に要求し、Y の輸入する商品と X が販売する商品が同一またはそれに近い関係に立つことを要求すれば、制限阻止モデルは完全阻止モデルに近づく。逆に、両者をごく緩く認めれば、無制限モデルに近くなる。その二つの要件を、本稿では、「内外権利者の同一性」及び「内外商品の同一性」と呼ぼう<sup>(9)</sup>。それを要求する程度によって、法制度の内実は大きく異なる。即ち、ある国の法制度が全体として「国際消尽論」を採用としても、そこで課される要件によっては、内実はまったく異なるものでありうる。

## (3) 課題についての展望

周知の通り、かつてのわが国においては、「無制限モデル」に近い制限阻止モデルが裁判例の一般的な傾向であった。たとえば、「ラコステ」商標を付した衣類が問題となった 1984 年の判決で、東京地裁は、「米国及びカリブ海諸国」を仕向地とした真正商品の輸入を適法とした。そこでは、国内で製造・販売にあたる事業者は単なるライセンス (専用使用権者) であり、商標権者とまったくの別会社であった。また商標権者側は、日本向けと米国向けとでは品質や形態の差異があることをも主張していたが、裁判所は、次のように説示してその主張を排斥した。

「ラコステ標章として同一視できる商標の下で、品質、形態等の異なる商品を製造することを許容しているのであるから、右商品の品質、形態の差異は、世界的に著名な原告ラコステを出所源として表示する商品として、その許容された範囲内での差異というべきであり、このことによつて商標

の品質保証機能が損われることはない<sup>(10)</sup>。

内外の商品に物理的な品質の相違があっても、同じ商標を付して販売されている以上は「許容された範囲内での差異」だというのであるから、内外商品の同一性は極めて緩くしか要求されないわけである<sup>(11)</sup>。内外権利者の同一性もほとんど要求しないわけであるから、これは無制限モデルに近いといえることができる。

ところが、やはり衣類に関する「フレッドペリー」商標をめぐる事件で下された2003年の最高裁判決は、大いに注目すべき判断をした<sup>(12)</sup>。その事案は、商標権者Xが訴外A社に対しマレーシア、シンガポールなどに限定した製造販売等を許諾する一方、下請についてはXの書面による事前同意を得ること、その場合でもXによる品質検査を受けさせることを約定していたにもかかわらず、A社が、製造地域の限定と下請制限の条項に反して中国で下請製造をさせた、というものである。最高裁は、「(1) 当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであり、(2) 当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであって、(3) 我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合には、いわゆる真正商品の並行輸入として、商標権侵害としての実質的違法性を欠く」との一般論を述べた後、地域限定に反してAが中国で下請製造させたことが「商標の出所表示機能を害する」としたうえで、次のように説示した。

「本件許諾条項中の製造国の制限及び下請の制限は、商標権者が商品に対する品質を管理して品質保証機能を十全ならしめる上で極めて重要である。これらの制限に違反して製造され本件標章が付された本件商品は、商標権者による品質管理が及ばず、本件商品と被上告人ヒットユニオンが本件登録商標を付して流通に置いた商品とが、本件登録商標が保証する品質において実質的に差異を生ずる可能性があり、商標の品質保証機能が害されるおそれがある」。

この判決以前には、同種の事案において「被許諾者において許諾契約の製造地域制限条項に違反する行為があったとしてもそれは商標権者と被許諾者との間の内部関係というべきであり、許諾契約が解除されない限り、商標権者から許諾を受けた者が製造販売した商品であるという点に変わりはないから、商標の出所表示機能が害されることはない」との見解も見られた<sup>(13)</sup>。最高裁は、これを明確に否定したわけである。

では、わが最高裁判決は何を変え、何を変えなかったのか。事案は製造販売国と下請が契約上制限されており、双方の条件に反して商品が生産された場合であったが、判旨の射程はどこまで及ぶのか。たとえば、契約に生産数量が定められているとき、それを超えて生産された商品を輸入すると、商標権侵害となるのか<sup>(14)</sup>。また、そこで言及された商標権の「品質保証機能」とは何か。それを害するのはどのような場合か。これらの問題は、いずれも商標法の基本に関わる問題である。そうした基本問題の考察を抜きに並行輸入についてのみ検討を進めてみても、適切な解を得ることは難しい。だが、判例というものの性質上当然のことではあるが、最高裁判決の説示だけを見ても、そうした問題への曇りのない指針を導き出すことは難しい。

こうした状況に鑑み、本稿は、アメリカ商標法に材を取り、比較法的な考察を行おうとするものである。もとより、わが国の商標法を考える上では、同じく先進国であるヨーロッパ諸国も比較の対象として重要である。しかし、欧州連合（欧州共同体）は、1989年商標指令<sup>(15)</sup>により、加盟各国の商標法についても一律に「完全阻止モデル」を採用し、それは1998年の欧州裁判所判決<sup>(16)</sup>で確認された<sup>(17)</sup>。即ち、欧州連合加盟国では、およそ国際消尽原則が採用されえないわけである<sup>(18)</sup>。それが国際通商法的見地から有する意味はかつて検討したところであり<sup>(19)</sup>、当時予測したとおり、今日に至るまで基本的な方針に変化は見られない<sup>(20)</sup>。その後の発展を見ても、かつてわが国の裁判例が採用した無制限モデルに近い立場との間には、あまりにも大きな隔りがある<sup>(21)</sup>。他方、アメリカ商標法における並行輸入の取扱いについては、この四半世紀ほどの間に、非常に大きな進展があった。しかもそれは、「制限阻止モデル」の枠内での発展である。しかも、後述する通り、商標権の「品質保証機能」に対する透徹した理解こそがその発展の原動力となった

のであり、フレッドペリー最高裁判決以降のわが国の商標法の発展を考える上で、参考になる点が多い。アメリカ法こそ、今日のわれわれが比較法として選択するに最もふさわしい<sup>(22)</sup>。

本稿の対象について、合衆国最高裁判所の判例は多くない。その多くが半世紀以上前の古い判決である上に、判示された事項も虫食いの的であって、包括的な判例法を形成しているとはとうてい言い難い。したがって、判例は各控訴裁判所の所掌する巡回区 (circuit) ごとに形成され、相互の影響と調和の下に成立した判例法こそ、アメリカ商標法と言うべきものである。そこで本稿においては、各巡回区を所管する 13 の控訴裁判所 (courts of appeals) による過去四半世紀の判決は網羅的に検討する。また、それに加え、地区裁判所 (district courts) の判決も、最近のものを中心に、先例的価値の高いものを選んで検討することとする。他方、それ以外、特に州法に関わる判例や州制定法は、それとして検討の対象とはしない。言うまでもなく、特許法や著作権法とは異なり、アメリカ商標法の基本は州法である。本稿が対象とする判決にも、州のコモン・ローや州制定法による請求を同時に審理対象としているものが多い。とはいえ、本稿の問題については外国との通商や州際通商の関わる部分の比重が圧倒的であり、あえて各州の状況を明らかにする必要に乏しいと考えられる。また、本稿はわが国の法理論から見たアメリカ商標法の現状を明らかにすることに主眼を置くので、その下での学説のあり方には重きを置かないこととする<sup>(23)</sup>。

以下では、まず、アメリカ商標法における並行輸入の取扱いについて、基本的な構造と考え方を摘示し (1.)、次いでその考え方から導かれるさまざまな応用例を挙げ (2.)、さらに、商標権の品質保証機能こそが今日のアメリカ商標法を理解するための鍵となる概念の一つであること、それが単に並行輸入問題を越えて極めて一般的な射程を有することを検討し (3.)、最後にわが国商標法への示唆を議論して、稿を閉じることにする。

## 1. アメリカ商標法における並行輸入の取り扱い — 基本的な構造と考え方

### (1) 基本的な法制度

本稿の問題に関しては、何よりもまず、連邦商標法

(ランハム法) 32 条の次の規定が重要である。

「次の者は、登録商標権者の民事上の訴えにより、〔本法において〕後に定める責に問われる (liable for the remedies) ものとする。

(a) 業として (in commerce) 登録商標権者の許諾なく登録商標を商品又は役務の販売、販売の申出、頒布又は広告宣伝に関して再生 (reproduction) し、模造 (counterfeit) し、模倣 (copy) し又は偽造 (colorable imitation) し、もって混同 (confusion) の虞れを生じさせ、若しくは誤解を惹起し、又は欺罔した者」<sup>(24)</sup>。

この条項そのものは国内で流通が完結する場合も含んだ規定であるが、並行輸入事件においても多用される。また、特に輸入をめぐる場合は、次のランハム法 42 条がある。

「次の商品は、合衆国の税関により輸入を許可されてはならないものとする。

合衆国の商品 (merchandise) 名又は製造者若しくは販売者 (trader) (条約、協定その他の取極によって合衆国国民と同一の権利を与えられている者を含む。) の名前と同一又は類似の名前を使用した製品。

本法の規定に従って登録された商標と同一若しくは類似の〔ものを使用した〕製品又は公衆をして当該製品が合衆国で製造され、若しくは現実に製造された国若しくは地域と異なる国若しくは地域で製造されたものと誤信せしめるような名称若しくは標識を帯びた商品」<sup>(25)</sup>。

この条項は税関による輸入許可について定めるが、商標権者の権利を保護する条文であることに異論はなく、現にしばしば請求の原因とされる。このほか、並行輸入をめぐる訴訟においては、誤認惹起行為に対する民事的制裁を定めた条文<sup>(26)</sup>も、しばしば併用される。

これらの規定の体裁は、以上のように大きく異なる。とはいえ、その間の差異について、われわれは、あまり意識する必要がない。なぜなら、そのいずれを用いる場合にも、判決においては、個々の条文を「構成要件」に分解してそれぞれの概念の外延を確定するという判断手法は採られず、当該形態での並行輸入行為を許容するのが是か非かという見地から包括的な判断がなされるからである<sup>(27)</sup>。多くの判決の説示は、商標法の基本理念に関わるものが中心である。それゆえ、以下

の記述でも、どの条文のどの項目が判決・決定の根拠とされているかということは、明示的には議論の対象としない。

こうしたランハム法の規定とは別に、アメリカ商標法における並行輸入の取り扱いに関しては、通関手続における輸入禁止措置に関する関税法 526 条の次のような定めがあるが、等しく重要である。

「合衆国国民又は合衆国内で設立され若しくは創立された会社若しくは団体が有し、特許商標庁に登録された商標を使用した外国製品（製品のラベル、表示、カタログ、包装、包袋若しくは容器に当該商標を使用する場合を含む。）を合衆国に輸入することは……輸入の時点で商標保有者の書面による同意がない限り、違法とする」<sup>(28)</sup>。

この規定は、わが国の関税定率法と異なり、実質的意義の商標法の一部である。即ち、わが関税定率法が商標権侵害物品を輸入禁制品としつつも、それに対する「水際措置」を専ら税関長に委ねる<sup>(29)</sup>のに対し、合衆国関税法 526 条の規定は、税関 (U.S. Custom) が権限を発動する要件を定めるだけでなく、差止や損害賠償を求める訴権を商標権者に与えているのである<sup>(30)</sup>。したがって、その執行 (enforcement) は、権限の発動を税関当局に求める訴えの形式によることもあれば、輸入者を被告として輸入の差止を求める訴えの形式によることもある<sup>(31)</sup>。また、上記規定に反して輸入された商品に関して、商品そのものの廃棄を含む差止請求及び損害賠償請求の対象となることについても、明文の規定がある<sup>(32)</sup>。

以上の二種類の規定、即ちランハム法と関税法 526 条により与えられる請求権は相互に独立して行使され、一方による訴えの成否が直接的に他方の消長をもたらすことはない<sup>(33)</sup>。したがって、商標権者から見れば、いずれかを根拠に輸入を阻止することができれば、対象物品の合衆国への輸入を阻止することができるわけである。

このことは、判例による法形成に関しても、微妙な影響を及ぼす。並行輸入の差止を求めるため最も簡便な方策は、税関当局に申立を行うことである。税関は自らが定めた規則に従って職権を行使するが、それが関税法の規定に照らして適法か否かは、裁判所によって審査される。そして、税関が今日では国土安全保障省 (Department of Homeland Security) の一

部である<sup>(34)</sup> ため、同省の所在地を管轄する DC 巡回区控訴裁判所 (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) の先例が決定的に重要である<sup>(35)</sup>。他方、ランハム法に基づく訴えを提起する場合はもちろん、関税法 526 条を根拠にする場合<sup>(36)</sup> も、商標権者が輸入者等を相手取って訴えを提起する場合は、各地域ごとの合衆国地方裁判所が管轄を有する。前記の通りこの件に関する最高裁の判決は少ないので、地域的巡回区ごとに分かれて判例が形成されることになる。そして、多くの問題と同様、本稿の対象に関しても、ニューヨーク州を管轄する第 2 巡回区控訴裁判所 (U.S. Court of Appeals for the Second Circuit) 所管下の裁判所が、最も多くの判決例を提供している。もっとも、並行輸入に関しては、隣接する第 1 巡回区・第 3 巡回区の控訴裁判所がリーディング・ケースを提供し、第 2 巡回区控訴裁判所がそれに追随するという現象が見られる。また、これまた多くの問題と同様、カリフォルニア州を含む西海岸に広大な管轄を有する第 9 巡回区控訴裁判所 (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit) の判例にはやや独自の要素が見られるが、本稿の対象に関しては、他の巡回区と歩調を揃えて調和した判例を形成する傾向にある。

以上のほか、重要な条項として、関税法 337 条がある。これは、ランハム法により登録された商標権を侵害する物品の合衆国への輸入及び輸入後の合衆国内での販売等を「違法」だとする<sup>(37)</sup>。その法執行は専ら国際貿易委員会 (International Trade Commission; ITC) が担当するので、実体商標法の解釈を含め、その権限行使に関しては、同委員会の決定に関して排他的な管轄権を持つ<sup>(38)</sup> 連邦巡回区控訴裁判所 (U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit) の判例が、決定的に重要である<sup>(39)</sup>。しかし、その対象たる商標権「侵害」の有無は関税法 526 条とランハム法により定まらるのであり、それは実体商標法を別個に形成するものではない<sup>(40)</sup>。

こうした状況を踏まえ、以下では、関税法 526 条とランハム法のそれぞれにつき、並行輸入の許容性を左右する要件を検討する。

## (2) 内外権利者の同一性—関税法 526 条

関税法 526 条の規定は、もともと、1921 年の控訴裁判所判決をきっかけに制定されたものである。その

事案は、合衆国会社 X がフランスの化粧品メーカーから合衆国内での営業すべてを買収し、従前と同一の商標を用いて営業を継続したのに対し、別の会社 Y がフランスのメーカーから同一商標の付された商品を輸入して国内で販売した、というものだった。控訴裁判所は、商標というものは、特許とは異なり、「それが標識となった商品の出所 (origin)」を期限の定めなく表示するもので、フランスのメーカーが商品に付した商標は正しくその出所を表示しているから、それを輸入する行為は合衆国商標権の侵害とならない、と判決した。これに対し、合衆国最高裁は、商標というものが「多大の価値を有しうる反面で非常に壊れやすいものであるから、相当の注意を払って保護せねばならない」とし、X の商標は合衆国限りのものだという理由で差戻しを行った<sup>(41)</sup>。だがそれを待たず、議会が立法に動いて制定したのが今日の 526 条である。その規定には「輸入禁止措置 (importation prohibited)」というタイトルが付され、先に見たとおり、「外国製品 (merchandise of foreign manufacture)」を合衆国に輸入することについて、合衆国の市民や会社などが有する商標が付されているときは、「不法 (unlawful)」であるとした。そうした経緯で「深夜の改正 (midnight amendment)」と評されたほど急な作業で起案されたため、その文言は十分に煮詰まったものとは言えない<sup>(42)</sup>。しかし 1988 年の合衆国最高裁判決により、基本的な内容は確定している<sup>(43)</sup>。

まず第一に、商標権者たる合衆国会社（または合衆国民）と外国の商標権者が同一であるときは、「外国製品」とは言えないので輸入禁止措置を執らないというのが、税関当局の伝統的な取扱いである。

それと同様、第二に、合衆国商標権者が外国の商標権者の親会社や子会社であるときなど共通の所有下にある場合や、統合経営 (common control) 下にある場合も、やはり輸入禁止措置を執らないのが原則である<sup>(44)</sup>。「外国製品」というのが単に外国で製造された製品を指すのか外国会社によって製造された製品を指すのかは法律の文言上明白ではなく、後者だとする税関当局の解釈も許容されるというのが、合衆国最高裁の判断である<sup>(45)</sup>。

しかしながら、第三に、合衆国商標権者が外国製品に商標を使用することを許諾 (authorize) したに過ぎないときは、商標権者は輸入禁止を求めることができ

る。1980 年代末まで、合衆国税関当局は、そうした場合も輸入禁止措置を執らないとの実務を確立していた<sup>(46)</sup>。しかしそれは法律の明白な文言に反するとして、合衆国最高裁により覆された<sup>(47)</sup>。そのため、単なるライセンスによって製造された物品は、たとえそれ自体としていわゆる真正商品であっても、水際措置の対象となるのである。

したがって、実務上最も重要な問題は、「統合経営 (common control)」下にあるというのがいかなる場合か、である。関税当局の定めた行政規則によれば、それは、「経営方針と実務に関する実効的なコントロールを指し、必ずしも共通の所有下にあることと同義ではない」とされる<sup>(48)</sup>。その文言のみを見れば、単なるライセンス関係<sup>(49)</sup>よりも緊密な取引関係があり、一個の商標に関する事業価値とリスクを恒常的に相互分担するような関係があれば足りるように見える。だが、そうした語感と比較して、判例の認める例外はきわめて狭い。たとえば、イタリアを原産国とする自転車用タイヤをめぐる事件で、外国商標権者と国内商標権者が (1) デザイン、宣伝、販売について協力関係にあり、(2) 「どのような範囲の商品を製造するか」を共同で決定し、(3) 外国商標権者が国内需用者に製品を直接販売しており、(4) 国内商標権者の広告宣伝費の相当部分を外国商標権者が支払う一方、広告宣伝の方針についてコントロールの手段を有しており、(5) どの商品を国内で販売するかを専ら外国商標権者が決定し、(6) 顧客から寄せられたクレームに関しては外国商標権者がほとんどの費用を負担し、(7) 外国商標権者のカタログには国内商標権者が「アメリカ正規代理店 (U.S. distributor)」と記載され、さらに (8) 外国商標権者の CEO が国内商標権者やその子会社の従業員について決定を行っているといった事情があるとしても、それだけでは「統合経営」があるとは言えないとされ、並行輸入の禁止を求める訴えが認容された。それらは単に「緊密な事業上の関係」を示すに過ぎず、「統合経営」とは言えない、というのがその理由である<sup>(50)</sup>。

このように厳格な判断は、巡回区を問わずほぼ一貫している。内外の商標権者間にある程度の資本関係があっても、また両者間に極めて緊密な事業上の結合関係があっても、それだけでは「統合経営」があるとは言えない、とされる。著名な腕時計“ROLEX”をめ

ぐる事件では、(a) 製造を担当する“Manufacture des Montres Rolex S.A. Bienne”社 (Bienne) が本国スイスでの“ROLEX”商標権を保有する一方、(b) 全世界での販売を担当する“Montres Rolex S.A.”社 (Geneve) にロレックス・クラウンやオイスター・パーペチュアルを含む多数の商標権を保有することを許容し、(c) “Montres Rolex S.A.”と合衆国での販売を担当する“Rolex Watch USA”社は経済的に一体であった。しかし、裁判所は、(1) Bienne と Geneve の間にほとんど資本関係がなく、(2) 両社の役員構成が共通しているということもなく、(3) 単に両社が共同出資した会社が保有するビルにともに入居しているに過ぎないとして、「統合経営」がないと判断した。そうした「緊密で有益な事業上の関係 (close and profitable business relationship)」があるだけでは足りないというのである<sup>(51)</sup>。

かくして、「統合経営」ありと認められるためのハードルは、かなり高い。完全な親子会社<sup>(52)</sup>や兄弟会社でない場合は、ある程度の資本関係があっても単に「緊密な事業上の協力関係」しかない場合はこの例外に当たらないとされる<sup>(53)</sup>。即ち、一般に、共通の「統合経営」に服すると言えるためには、「親会社が子会社に対して行使し、または共通のオーナーが双方に対して行使するような」支配がなければならぬ<sup>(54)</sup>。それはたとえば、資本関係が希薄ではあるが、両社の役員が大幅に共通しており、実質的に一体的な経営判断がなされていることが外形的にも明らかだといった場合である。

以上のように、関税法 526 条により税関当局に法執行を求める場合、及び同条に基づき輸入業者等に対して訴えを提起する場合には、商標権者と共通の「統合経営」に服する者以外の事業者が商品に商標を付したことを要件として、輸入の差止がなされることとなる。これ以外に同条による請求が成り立たないか否かには議論の余地があるが<sup>(55)</sup>、少なくとも、内外の権利者が「統合経営」下でない場合は、並行輸入された商品の品質などを問うことなく、差止を求めることができるわけである<sup>(56)</sup>。

### (3) 内外商品の実質的差異—商標法による並行輸入の禁止

フランスのメーカーからアメリカ国内での事業を買

収した事業者の有する商標権の価値を守るという制定趣旨が示すように、関税法 526 条は、もともと国内の商標権者を保護する目的を有する。これに対し、商標権の一般的な効力を定めるのは、言うまでもなく、合衆国商標法 (ランハム法) である。

並行輸入を論じたリーディング・ケースで<sup>(57)</sup>、第 1 巡回区控訴裁判所は「一般に、商標権は、それを登録した (あるいは承認する) 主権の範囲によって限界を画されると述べる<sup>(58)</sup>。商標権は国ごとに別々である。もとより、たとえ外国においてであれ真正商品 (genuine goods) として通用している商品と単なる偽造品や模造品とでは、扱いを変えるべきである。ランハム法の関係規定の文言からは明確ではないが、同法は「欺罔を根絶し消費者の混同を極小にする」ことを目的としているから、それに照らした解釈が必要だからである。しかし他方、「単に外国での製造を許諾したということから、当該物品を合衆国に輸入することに同意したと直ちに推認することはできない」のであり、「無許諾での輸入は、そうでなければ『真正』な製品を『偽造』品に変える」ことがありうる<sup>(59)</sup>。即ち、そこでは、先に挙げた完全阻止モデルも無制限モデルも否定されており、制限阻止モデルが採られているわけである。

では、いかなる事情があれば真正商品の並行輸入が商標権侵害となるのか。それは、「真正だが権利者の同意を得ない輸入品が、国内市場での販売について権利者から同意を得た正規の商品と実質的に差異がある (materially different) とき」だと、同裁判所はいう<sup>(60)</sup>。もとより実質的差異というのは不確定な概念であるが、並行輸入製品に関しては、ごく微妙な差異 (subtle difference) で足りる、と同裁判所はいう。それは常にケース・バイ・ケースでの判断とならざるをえないが、「いかなる場合であれ、[権利侵害と判断されるための] 格差 (threshold) は、常に極めて低い (quite low)」<sup>(61)</sup>。こうした厳格な一般論は、先例のあるすべての巡回区では是認されている<sup>(62)</sup>。

「実質的差異」として最もわかりやすいのは、製品そのものの規格や品質が物理的に異なる (physically different) 場合である。たとえば、日本の水田用に設計されたトラクターは、大量の土や岩石を運搬し密生した下草を刈り取るようデザインされたアメリカ仕様とは、まったく異なる。実際問題としても、日本で流

通している中古のトラクターを購入してアメリカで販売するのを認めると、顧客の期待を損うばかりか、修理などアフター・サービスの要求にも応えられず、正規の販売業者に酷である。かくして裁判所は、輸入品が中古であることが並行輸入に関する判断に影響しないことを前提に、日本メーカー現地法人の商標権を侵害することを認めた<sup>(63)</sup>。また、化粧石鹸などに関わる事件で、アメリカと英国とでは消費者の嗜好が違おうとして商標権者が香りや成分を変えている場合、英国向け製品を無許諾で輸入することは商標権侵害にあたる、とされた<sup>(64)</sup>。同様、シャンプーやヘア・スプレーなどの成分がカナダ向け製品ではアメリカ向けと異なる場合、両者は実質的な差異がある、という<sup>(65)</sup>。さらに、イタリアで生産され贈答などに使われる高級チョコレートについて、ベネズエラで現地生産された製品が使用しているカカオ豆の産地、ナッツや砂糖の質、さらにミルクの含有率も異なるときは、その並行輸入は商標権侵害にあたる<sup>(66)</sup>。外国向けミントキャンディー (breath mint) のカロリーが少し多いこと<sup>(67)</sup> や、外国向けクッキーがビタミン・ミネラル強化粉 (enriched flour) を使用していないこと<sup>(68)</sup> も、「実質的差異」にあたることとされた。

並行輸入品と正規品が物理的に品質が異なるときはそれだけで商標権侵害となるのであり、並行品の品質が劣っていることは必要でない。伝統あるハンガリーの高級陶器「ヘレンド (Herend)」をめぐる事件で、合衆国内で流通していない絵柄や彩色の陶器を輸入する行為が商標権を侵害するとされた<sup>(69)</sup>。薬用石鹸をめぐる事件で、外国向け製品と国内向け製品との間に成分の相違があれば商標権侵害となりうるとした判決もある<sup>(70)</sup>。

「実質的差異」は物理的差異に留まらない。並行輸入品そのものが正規品と物理的に同じであっても、添付品や付随的サービスの相違によって「実質的差異」ありとされることがある。玩具「キャベツ畑人形 (CABBAGE PATCH KIDS)」をめぐるケースで、商標権者は、専門店や高級デパートに設けられた「養子縁組センター」を通じて商品を供給していた。顧客は「出生証明書」を受け取り、「養子縁組証書」に必要事項を記入して返送すると、一年後に「バースディ・カード」が送られる仕組みであった。それが人気を博し、事業として成功するのにその仕組が大いに貢献したと認定

されている<sup>(71)</sup>。他方、並行輸入品はもともとスペイン、アンドラ等で製造販売されたものであったため、「出生証明書」や説明書もスペイン語で表記されており、「養子縁組証書」の返送先もスペイン国内であった。そのため、並行輸入品を購入した顧客は「養子縁組手続」を遂行できない。そうした事案で、裁判所は、たとえ人形そのものに物理的差異がなくても、並行輸入品の流通は商標権者の信用 (good will) を毀損するとし、その間の相違はまさに「実質的」だとした<sup>(72)</sup>。

商品本体に物理的差異がなくても「実質的差異」にあたることとされる典型的なケースとして、法律上要求された表示や添付文書が欠けている場合がある。判決例から拾うと、シャンプーなどのヘア・ケア製品<sup>(73)</sup>、クッキー<sup>(74)</sup> や清涼飲料水<sup>(75)</sup> などの食品、また獣医薬品<sup>(76)</sup> には、連邦法によって成分表示などが義務づけられており、外国向け製品にそれが欠けるときは、「実質的差異」にあたる、とされる。違法な表示を帯びた商品が流通していると製造元に返品や回収の要求が出たり業務上の信用を失ったりすることがあるので、そうした判断そのものは首肯できるであろう。

だが、商品に付された表示がスペイン語であることが「実質的差異」とされるばかりか<sup>(77)</sup>、アメリカ英語でなく英国式英語表記が用いられていること<sup>(78)</sup> までそれにあたることとされていることは、納得が得にくいであろう。商標権者が自社製タバコに「マイル」を付し、累積すれば種々の景品と交換するというサービスを展開している場合に、並行品では顧客がそのような「マイル」を得られないことをもって「実質的差異」にあたる<sup>(79)</sup> とする判断には、いっそう納得感が少ない。タバコのような嗜好品に優待サービスをつけるのはメーカーが任意になしうるところである。それをも実質的差異だというのであれば、多くの商品について、実質的な差異を任意に与えうることになるであろう。

したがって、合衆国の裁判所がしばしば用いるこうした判断基準は、おそらくそれだけを取り上げるべきものではない。そこには、ほとんど常に一つの指摘が伴っている。それは、並行輸入を放任してしまうと商標権者が品質を管理することが不可能になる、との指摘である<sup>(80)</sup>。メキシコ向けペプシ・コーラに関わる事件で、裁判所は、「メキシコ産〔並行〕品を輸入することには不確実性や遅延がつきものなのであるから、瓶からの漏洩、炭酸の蒸発、品質の劣化といった



危険が避けられない。かくては、ペプシコ社が品質管理に払う努力が無駄になる可能性がある」と述べる<sup>(81)</sup>。食品やタバコのような商品は、どうしても時を追って品質が変化する。それに対処するには、短い消費期限を設定し、その期限内の品質管理に努力を傾注する必要がある。食品関連規制法規などで要求された表示はその要請に部分的に応えるものであるし、顧客優待サービスを導入する理由の一つは、販売経路を管理下に置くためであろう。品質の管理は販売経路の管理を伴う。品質の「実質的差異」を並行輸入の可否の基準とすることは、並行品に対抗して販売経路を統制することを、商標権者に正面から認めることを意味する。このことは、「実質的差異」が否定された数少ない事例を検討することによって、いっそう明らかとなるであろう。款を改め、その点の検討に立ち入ろう。

#### (4) 商標権の品質保証機能

石鹸や洗剤などの日用品について並行輸入が商標権侵害となることを否定した判決で、第3巡回区控訴裁判所は、次のように述べる。

「実質的差異の基準を立てる目的は、商標権者が商標商品について築き上げた業務上の信用 (good will) を疑義侵害物品が毀損する危険性を判断することにある。《引用略》疑義侵害者の販売する物品と商標権者の物品が同一の標識を備えているにもかかわらず内実が実質上相違するとき、その品質や性状について需用者が混同する危険が高い。《引用略》商標権者の商品と異なる疑義侵害商品の性質は、商標権者の物品に関する需用者の選好に影響する可能性が高いのである。《引用略》そうした場合、疑義侵害物品は商標の『顧客吸引力 (commercial magnetism)』を損ない、ひいては商標権者を害することになる」<sup>(82)</sup>。

具体的にはどういうことか。スペインの高級陶器リヤドロ (LLADRO) の並行輸入が商標権を侵害しないとした判決では、同じ第3巡回区控訴裁判所が、事件の具体的事情の下で並行品と正規品の間に差異が全くないことを指摘し、こう述べていた。

「Y が輸入したリヤドロの陶器を購入した消費者は、自分が購入しようとしたまさにそのものを手にするのである。同じ理由で、〔輸入総代理店である〕X が行った商標への投資とその資産

価値 (sponsorship) は、何ら害されるところがない。なぜなら、製品の背後にある業務上の信用 (goodwill) が質の低い商品との関係づけられることで損なわれることがないからである」<sup>(83)</sup>。

このように裁判所が述べる背景にあるのは、品質に関わる商標の機能には二つの側面がある、という認識である。一つは、商標の付された商品に対する需用者の期待を損なわないということである。コーラを飲む者は、常に同じ、自らの舌になじんだ味を期待する。流通の途中で日光に当たって変質したり、炭酸が抜けていたりする事態は、想定していない。だが、そのような事態に遭遇しないことを消費者自らが確認するのは難しい。コーラが冷えているかどうかくらいであれば、瓶に触れれば判断ができる。だが、炭酸が抜けていないかどうかは栓を抜かないとわからない。本来それは、購入しなければ確認しようがないのである。だが、店頭の商品に「ペプシ」のマークがついていれば、そのような事態に遭遇しないことを、かなり高い確率で期待できる。

いま一つ、なぜそのような状況が実現するかといえ、商標を安定的に使用すればするほど確乎たる「業務上の信用 (good will)」が構築され、それが商標権者の利益となるからである。食品のように品質の損なわれやすい商品を供給する者は、流通の末端に至るまで品質や鮮度が維持されることに気を配る。古典的意義での消尽論やファースト・セール・ドクトリンが想定しているような、卸売業者に販売した時点で「能事畢る」といった態度はとらない。そして、商標権者のそうした努力は、消費者が安定した品質や性状を商品に期待し、それによって競合商品に優る選好を与えることによって報いられる。「ペプシ」の顧客は、常に同じ味覚と爽快感が得られることがわかっているからこそ、ほかならぬペプシを買う<sup>(84)</sup>。流通の末端に至るまで品質を保証することは費用を要するが、そうした利益が期待できるために、商標権者は投資を惜しまないわけである。

以上の二つの側面の相互の循環、即ち流通の末端に至るまでの品質を保証する商標権者の努力と、それに対する需要者の信頼の間の好循環こそが、商標の「品質保証機能」と呼ばれるものの内実だと考えられる<sup>(85)</sup>。したがって、たとえ並行品であっても、流通の末端で消費者が手にする商品がまったく同一 (identical) な

のであれば、商標制度のこのような機能はいずれも害されない。消費者は「自分が購入しようとしたまさにそのもの」を入手するから期待を裏切られないし、商標権者の「業務上の信用 (good will)」も損なわれなからである。高級陶器「リヤドロ」のケースでは、並行品と正規品の間は何ら実質的な差異の認められなかったことが決定的であった<sup>(86)</sup>。同様に、対象がコンピュータ・チップ<sup>(87)</sup>や回路遮断機 (circuit breaker)<sup>(88)</sup>、さらにボール・ベアリング<sup>(89)</sup>について、内外の商品がまったく同一 (identical) と認められたケースでは、並行輸入が許容されるべきであり、商標権侵害とはならないとされた。そうした場合には、前記のような意味での商標の品質保証機能に障害がないからである。

## 2. 国境を越える取引と商標権の品質保証機能

### (1) 品質管理 (control of quality) と商標権の機能

このような品質保証機能を商標権の中核的な機能と認めることは、商標法の解釈にとって大きな意味がある。まず何よりも、商標権者が品質管理にいかにも努力を傾けてみても、その管理の及ばない物品が並行輸入され、独自に流通したのでは、商標の機能は害される。先に見たコーラの事例でもそのことが指摘されていたし、一般に食品については流過程における品質保証の役割が大きいと言えよう。たとえば、先に挙げたチョコレートに関する事件で、正規品が本国イタリアから冷蔵コンテナで運搬され、上陸後直ちに検査を経て冷蔵倉庫に搬入され、製造日を検査したうえ不良とされた製品を廃棄し、良品のみを冷涼な早朝に販売店へ配送するという品質管理体制を敷いていたのに対し、並行輸入品がヴェネズエラから普通貨物便で運搬され、午後の時間帯に冷蔵倉庫に移し、溶けていないかを翌日ランダムに検査するのみで、製造日を確認したこともなかったということを指摘し、裁判所は、「Xが商品が消費者に届くまでの全期間を通じてその品質を監視することができないということこそ、ランダム法違反があるか否かを考慮する上で決定的に重要である」とした<sup>(90)</sup>。ヘルス・ケア製品や美容品に関する事例でも、すべての製品を検査する「厳格な品質管理プログラム」によって商標権者が国内の品質を水準通り維持しようとしている場合に、その枠外に立つ並行輸入品を流通させることは、商標に関する品質保証の所在 (sponsorship) を混乱させるから商標権侵害にあ

たとされ、タバコに関する事例でも同様の判断がなされている<sup>(91)</sup>。

そうした判断は、需用者の手に渡るまでの段階に限らず、商品を供給した後のアフター・サービスについても、同様に妥当する。プロ級カメラマンを顧客とする高級カメラについて、保証や修理といったアフター・サービスを専ら正規品の輸入者が提供しているとき、並行輸入を野放しにするとそうした保証抜きの流通をもたらす、国内商標権者独自の業務上の信用を損うことになるので、商標権侵害にあたるとされた<sup>(92)</sup>。また、電子辞書について何らのサポート体制を敷かず並行品を販売したことは商標権侵害にあたり<sup>(93)</sup>、万年筆など高級筆記具に関して、シリアル番号などを除去した商品は不良品が出た場合の回収などが困難であるから正規品と「実質的差異」があるとされた<sup>(94)</sup>。

このように、商標権者が厳格な品質保証システムを構築しているとき、それを潜脱 (circumvent) する並行品の流通は、商標権侵害となる。そして、そこで重要なのは、正規品と並行品の間にも現実に品質の差異があることまでは要求されない、ということである。第3巡回区控訴裁判所は、石鹸や洗剤など日用品に関する判決で、「品質管理体制によってもたらされる品質の差異が微妙 (subtle) で、数値的に計測するのが困難だということもありうるが、それでもその差異は消費者にとって重要かもしれない。したがって、検査対象となった商品の品質がそうでない商品と比較して計測可能なほどに高いということ、商標権者が裁判の場で証明する必要はない」という<sup>(95)</sup>。なぜなら、一般に、「ランダム法の与える保護の中で最も重要で価値があるものの一つは、権利者の商標を付して製造販売される商品の品質をコントロールすることにほかならない」からである。そして、そうである以上、「商品の実際の品質を問うことには大きな意味がない」<sup>(96)</sup>。商標権者は自ら商品の品質をコントロールする権能を有するのであって、たとえ現実には同程度の品質のものが供給されたとしても、それが偶然の結果に過ぎないのであれば、既にその権能は害されているのである。並行輸入に関しては微妙な (subtle) 違いでも「実質的差異」にあたるとか、その閾値 (threshold) が常に低いとかいった一般的な説示には、そうした意味も含まれている<sup>(97)</sup>。

このことは、並行輸入行為が権利侵害になるかどうか

かは、輸入者自身の行為態様のみならず、商標権者の品質保証体制いかんによっても左右される、ということをも意味している<sup>(98)</sup>。商標権の品質保証機能というのは、「それを唱えさえすれば商標権者に必ず勝訴判決をもたらすような、魔法の呪文 (talisman) なのではない」<sup>(99)</sup>。第3巡回区控訴裁判所は、先に挙げた判決でこう述べ、品質保証体制が不十分な場合に、商標権侵害を否定した。そこでは、商標権者の検品が原則として「外見上明らかな」損傷に限られており、外箱が損傷している場合などのほかは、単にランダム・サンプリングを行うのみであり、「何らかの異常」が発見されたときに物品を肉眼視したりにおいを嗅いだりするのがせいぜいで、検査基準も確立されておらず、商標権を取得して以来商品の製造工程を学ぶことすらなかった。その程度の品質保証体制では、「実質的差異」を根拠づけることにはならない<sup>(99-1)</sup>。外箱を見て損傷の明らかな商品をあえて供給しないといった程度では、商品に差異をもたらす品質保証システムがあるとは言えない。たとえ並行輸入業者であれ、その程度のことは誰もが遂行する。したがってそこには品質保証システムの潜脱 (circumvention) がそもそも存在しないのである。先に述べた商標権の品質保証機能に照らしても、このような説示は妥当だとされている<sup>(100)</sup>。したがって、たとえば、並行輸入されたタバコが商標権者の品質保証システムを潜脱し、そのゆえに正規品と実質的な差異があるというためには、少なくとも、検品の頻度と程度、また種々の商品ごとの消費期限について事実認定が必要である<sup>(101)</sup>。

このように、商標権侵害の成否は、並行品と正規品とを商品それ自体として客観的に比較するだけでは決まらない。両者の「実質的差異」は、品質保証システムの整備やそれに対する需用者の期待といった、市場参加者の心理を踏まえた実情に応じて、異なることになるからである。たとえば、一見同じようなヘア・ケア製品についても、顧客の必要に適切に応えるよう払った多大の努力が並行品の流入により無になる場合<sup>(102)</sup>や、品質管理上不可欠な製品管理コード (batch code) が除去されるなどした場合<sup>(103)</sup>には、非正規品の販売は商標権侵害となる。しかし、これに対し、正規品と品質の変わらない商品を並行ルートで販売するに過ぎず、ただ単に商標権者の奨励する対面販売の方法を採らない場合<sup>(104)</sup>には、商標権侵害ではないとさ

れるのである。

## (2) 市場の具体的状況と商標権の機能

こうした考え方を一貫すれば、国ごとに市場が異なる以上は、たとえ物理的には同じ商品であり、なおかつ販売後の品質管理に関して有意な差がなくとも、国内市場で独特のイメージを確立した商品については、それをも「業務上の信用 (good will)」として扱うべきである、ということになる。

事実、高級陶器「ヘレンド (Herend)」をめぐる事件では、まさにこうした観点から、「リヤドロ」と正反対の結論が導き出された。そこで事案を分けたのは、並行輸入品の中にアメリカ国内では未発売の絵柄や描画パタンの施された陶器が混入していたことであった。これについて、第5巡回区控訴裁判所は、まず、「こうした非常に芸術的で豪華な品物」については「消費者の選択はまったく各自の芸術的な好みに基づくのであり、およそ主観的なもの、単なる気まぐれ (fanciful) とさえ言えるものである」ということを説明して、次のように述べる。

「こうした〔贅沢〕品のマーケティングをこの国で成功させるには、……理論 (science) ではなく、技能 (skill) が必要である。そこでは、何らかの客観的あるいは理論的な意義での『品質』が商品に備わっているだけでは足りない。そうした品物が稀少で、収集の対象となり、エレガントでシックで、何にせよ持つのがとても素晴らしいものだという考え方を、国内の顧客に植え付ける能力を要する。……ほかならぬヘレンドにとっても、商標に結び着いた業務上の信用 (goodwill) を維持することは、商品を販売する店〔の構えや雰囲気〕、広告宣伝活動、さらには数千種もの陶器の中からこの国の市場に適した品物を選択すること、その他諸々のファクターにかかっているということがありうる」<sup>(105)</sup>。

アメリカ向けとハンガリー本国など他国向けとで、工場出荷時点での「ヘレンド」陶器の品質そのものが物理的に異なるとは考えにくい。事実、そのようなことは認定されていない。また、出荷以降の品質保証についても、欠損や褪色などがあれば需用者が容易に判別できるし、購買以降のアフター・サービスに至っては、少しでも破損すれば商品の寿命はそれまでで、いっ

たん破損した商品を修理して再使用するといったこと自体が想定できない。それが、高級陶器における商品の流通実態だと考えられる<sup>(106)</sup>。だとすれば、「リヤドロ」の場合と同じく、「消費者は、自分が購入しようとしたまさにそのものを手にする」のだと言い切っても差し支えないように見える。だがそれは、たとえ需用者の期待という面ではほとんど何の問題もないとしても、商標権者の業務上の信用 (goodwill) という観点からは問題である。国内で販売されていないはずの商品が出回ることは、商標権者の統一的なイメージ戦略を損う。「ヘレンド」に関して裁判所はそのように考えたのであり<sup>(107)</sup>、それこそが「リヤドロ」の並行輸入を認めた判決との分水嶺であった。

同様の理由で、通常ならばほとんど問題とならないような物理的な品質の差が「実質的差異」をもたらすとされることがある。アメリカ国内で流通しているミント・キャンディ (breath mint) が 1.5 カロリーしか含有していないのに対し、英国向けが 2 カロリーであるから両者は実質的な差異があるとした判断で、裁判所はこう述べる。

「Xは、1.5カロリーの含有しないミント・キャンディについて、成功裡にブランド・イメージを構築した。そこに2カロリーの製品が流通し、ラベルや成分表示が一致しないことになると、少なくとも潜在的には、需用者や販売事業者が無視できない混乱を生ずるおそれがある」。

こうした判断の前提として、裁判所は、Xが70年代の末に子供向けのマーケティングをやめて大人向けに転換し、砂糖が入っているのに1.5カロリーしかないとして、砂糖を使わぬ競合製品より優れていることを前面に押し出す戦略で成功したことを指摘している。一個あたり0.5カロリーというのは一見わずかな差ではあるが、そうした戦略で商標権者が業務上の信用 (good will) を構築したことに照らせば、その差を無視することはできない。少しでもカロリーの高い商品が同じようなパッケージで流通することは、成功したマーケティングの努力を損う可能性がある。「カロリーの少なさがもてはやされ、カロリーの高い他の製品に対し確実に競争上の優位が得られるようなスリム志向社会 (weight-conscious society) では、特にそう言える」<sup>(108)</sup>。少しでもカロリーを少なくすることで競争している商品にとっては、絶対値ではわずかとはいえ比率では

33%も多い商品が同一商標で出回るとは、致命的な打撃となりかねない、というわけである。

このように、並行輸入を阻止しうる要件としての内外商品の「実質的差異」には、国内の需用者に合わせたマーケティング要素についての相違を含む。そして、これもまた、アメリカ商標法における一般的な考え方と合致する。スイス製の香水が対象となった事件で、最近の判決は、次のように述べる。

「しかしながら、香水のマーケティングにおいては、売手は、単に瓶の中身だけを売るのではなく、それと同時に、香水瓶に付着した商標の『顧客吸引力 (commercial magnetism)』を売っているのである。《先例引用省略》商標と結び着いた製品の外見こそ、そうしたイメージを確立するために重要である。それゆえに、香水瓶の外見は、消費者の購買決定 [を左右するほど] に実質的 [に重要] である」<sup>(109)</sup>。

この考え方の背景にあるのは、商品というものは単なる物理的存在ではなく社会的意味を帯びた存在であり、購買の対象となるのも単なる裸の商品ではなく、そうした意味の束 (bundle of special characteristics) にほかならない、という発想である<sup>(110)</sup>。そして、社会的に定着した商標は、そのような意味の束を表象する。DC巡回区の表現を借りれば、英国で“beer”を注文すると“bitter”と呼ばれる種類が出てきて、アメリカ人の期待は外れる。アメリカで「ビール」と呼ばれるものを英国で飲もうと思えば、“lager”を注文せねばならない。同様に、英国で真正品として通用している商品をアメリカに持ち込んでも、商標が示す意味は異なっている<sup>(111)</sup>。社会的意味を異にする商品、即ち「実質的差異」がある商品に同じ商標を付することを許容すれば、顧客には意味の混乱を、商標権者には構築した業務上の信用 (goodwill) の毀損をもたらす。そのような結果を回避することこそ、商標権の主要な機能の一つだというわけである。

### (3) 契約不履行と商品の「実質的差異」

以上のような意味での商標権の品質保証機能を認めることは、フレッドペリー事件をめぐるさまざまな解決が試みられた次のような課題に対しても、対処の指針を与えるものである。

【設例1】J国商標権者Xは、商品の製造をE

国内の事業者 Z に委託し、それを J 国に輸入し、自らの商標を付して販売している。Z に契約違反があったため、Z の製造した商品の引き取りを X が拒んだところ、Z は余った商品を J 国の輸入業者 Y に売渡し、Y がそれを J 国内で販売した。Y の行為は、X の商標権を侵害するか。

前記のようなアメリカ商標法の考え方からすれば、この Y の行為が X の商標権を侵害するかどうかは、Z の契約違反の内容によって異なる。商標権者 X がブラジルの製造業者 Z に靴の製造を委託し、①期日までに一定数量を引き渡すこと、②代金の支払いは X の代理人が検品を済ませてから行うことという内容であったところ、Z が期日までに満足な品質の製品を供給しないので X が発注を取り消し、引き取りを拒んだ、という事例で、第 2 巡回区控訴裁判所は、注文によって製造された商品を Z から買い取って合衆国内で販売した Y の行為が商標権侵害だとして、次のように述べる。

「商標権者は、X がそうしたように、品質を保障するため自己またはその代理人の検査を経ることなしに商品が販売されることのないよう要求することができる。本件においては、X は、そうした検品の権利を放棄していないだけでなく、検品証明書を取得することをもって〔代金支払の前提である〕信用状を Z が獲得する条件にしていた。……本件においては、検品証明書を要求することは、X による品質管理の不可欠の要素である」。たとえ X が発注を取り消した理由が供給の遅延であり、製品の品質が劣ることでもなかったとしても、検品を経ることは、製品に自己の商標を付して販売できるかどうかを決定するための、不可欠の要素であった。にもかかわらず、本件製品が「真正」商品であるとなし、その輸入を X が阻止できないとすることは、商標法の役割について狭きに失する考え方である。「ただ単に商標を付した商品の製造を発注したというだけでは、商標権者は、製品〔の品質〕と商標を管理する権利を、奪われるものではない」<sup>(112)</sup>。

これに対し、商標権者 X が韓国の製造業者 Y に男性用シャツの製造を委託したが、合衆国到着時にクリスマス・セールに間に合わせられないとの理由で発注を取り消したところ、Y の国内現地法人 Y' が X の商

標の載ったラベルなどを付したままディスカウント卸業者に合衆国内で販売した、という事案で、第 9 巡回区控訴裁判所は、次のように説示して、商標に関する州法上の権利侵害を否定した。

「こうした事案では、製品の性状についての欺罔 (deception) ということは問題にならない。製品の購入者は、製品がどのような経路で販売者の手中に帰したかについては誤解をするかもしれないが、自らが取引の対象としたまさにそのものを入手することには変わりはない。……商標権侵害の訴訟によって救済さるべき損害とは、商品の出所に関する公衆の混同である。《引用省略》だが、そうした意義での混同というのは、本件では存在しえない。Y' が販売した商品は X のシャツの模造品 (imitation) ではなく、真正商品であり、X が企画し、保証を与え、将来の販売のため契約に基づいて製造させたのである。……その出所は、X にほかならない……」<sup>(113)</sup>。

この両者は、一見矛盾するように見えるが、そうではない。靴の事案では自らの要求する品質を確保する機会が商標権者になかったのに対し、シャツの事案では、製品の品質は X の正規品と同一で、流通させるのに何の問題もなかった<sup>(114)</sup>。実際、後の裁判例でも二つの巡回区控訴裁判決に齟齬があるとはされておらず、商標権者の品質管理の権能が害されるか否かが、結論を左右する分水嶺だとされている<sup>(115)</sup>。

このような観点は、しばしば難問とされる次のような事例にも、解決の端緒を与える。

【設例 2】J 国商標権者 X は、商品の製造を E 国内の事業者 Z に委託し、それを J 国に輸入し、自らの商標を付して販売している。ところが Z は X から委託された数量を超える数量を生産し、余剰分を J 国の輸入業者 Y に売渡し、Y がそれを J 国内で販売した。Y の行為は、X の商標権を侵害するか。

これに正面から答えているのが、2005 年 2 月 16 日のオハイオ南地区裁判所 (第 6 巡回区管内) 判決である。その事案は、こうである。商標権者 X は、“Abercrombie & Fitch”, “A&F” 等の商標を付して、主として高校生・大学生向けの高級衣料品を販売する事業者である。X は数多くの海外事業者に製造を委託していたが、X の検査に合格した商品のみを自社系列

の店舗で販売し、他は納品を拒否する扱いであった。ただ、納品を拒んだ商品については、ブランド名を切除するか黒線で消すかすれば合衆国外では販売してよい、という契約になっていた。ところが X はディスカウント衣料店 Y の店頭で自らの品質基準に合致しない商品を多数発見したので、販売の差止を求めて訴えを提起した<sup>(116)</sup>。

裁判所は、納品を拒んだ商品について X は海外での販売を許諾したのであるから、それらは並行品 (gray goods) と呼ぶべきであるとし、X が「外見と品質に関する基準を堅持している」ことから、その品質管理を経ない並行品には正規品に比して「実質的差異」があり、商標権侵害とされるべきだとした<sup>(117)</sup>。そこで、品質が劣るという理由で X が納品を拒んだ場合と、納品の遅延を理由にしていた場合とで、扱いを変えていない。さらに、そうした商品のみならず、X との契約数量を超えて海外で生産された商品も Y が販売した中に含まれていた可能性を指摘し、そのような非正規品 (unauthorized machandize) も商標権を侵害すると判断した<sup>(118)</sup>。

このように判断する際、裁判所は、契約数量を超えて生産された商品が X の正規品と同等の品質管理プログラムに服していないことには言及していない。しかしそれは別の箇所認定されているし、「ランハム法の与える保護の中で最も重要で価値があるものの一つは、権利者の商標を付して製造販売される商品の品質をコントロールすることにほかならない」との第 2 巡回区の先例に依拠することも鮮明にしている<sup>(119)</sup>。

他方、裁判例には、海外事業者が生産させた商品を検品をせずに商標権者 X が流通させているとき、合衆国に到着した商品が、到着後に契約上付された販売条件に反して出荷されたとしても商標権侵害にはならないとした例や<sup>(120)</sup>、継続的供給契約を解除した際に売れ残った商品を商標権者 X が引き取らないとき、製造者が X の商標を付したままそれを流通に置いても商標権侵害品となるわけではないとした例もある<sup>(121)</sup>。これらはすべて、非正規品といえどももともとは商標権者が正規品と同等の品質管理システムの下で製造させたものだということを認定している<sup>(122)</sup>。

してみると、商標権者の指示した数量を超過して商品を製作したり、商標権者が商品の引き取りを拒んだりしたため商標を付したまま第三者に引き渡したとい

う事例では、商標権者の品質管理を経ているか否かが決定的である。即ち、指示した数量を超過した部分は契約に反して生産された商品ではあるが、それを輸入することが一律に商標権侵害となるのではない。商標権者による検品・検査を潜脱した場合など国内で構築した品質管理システムの機能を損なう場合には侵害となるが、商標権者が生產品の品質管理を専ら下請生産者に委ね、自らは管理にあたっていないような場合は、その品質が正規品と同一 (identical) だということがありうる。そうした場合は、商標権侵害とはならないのである<sup>(123)</sup>。

#### (4) 並行輸入の取り扱い—まとめ

アメリカ商標法における並行輸入の取り扱いを要約すると、次の通りである。

##### (I) 内外権利者の同一性

(i) 並行輸入にかかる商品につき外国で許諾を与えた権利者と国内商標権者が同一でない場合には、商標権者は、商標権に基づき輸入の禁止・差止を求めることができる。

(ii) 内外権利者の「同一」とは、親子会社・兄弟会社など資本関係に基づいて共通の経営方針に服している場合のほか、経営陣が共通するなどの事情で統合経営 (common control) の実態がある場合も含む。

(iii) 他方、内外権利者が単なるライセンス関係に立つに過ぎない場合はもとより、その商標商品の営業に専念する輸入総代理店など、たとえ経済的に極めて緊密な関係があっても、それだけでは内外権利者が「同一」ということはできず、商標権者による輸入禁止や差止が妨げられることはない。

##### (II) 内外商品の同一性

(i) 並行輸入品と国内で流通する正規品の間に「実質的差異」がある場合には、並行品の輸入は商標権侵害となる。

(ii) 「実質的差異」の判断基準は極めて厳格であり、商品の仕様や成分が異なるなど物理的差異がある場合は、実質的差異が認められる。

(iii) 商品そのものが物理的には同一であっても、添付文書や成分表示などが異なる場合は、多くの場合「実質的差異」が認められる。

(iv) 厳格な品質管理システムが商標商品のため構築されている場合、それに乗らない商品には、現実に品

質の相違があると否とにかかわらず、「実質的差異」があるとされる。

(v) 商品の品質に物理的優劣がなく品質管理システム上も問題がない場合であっても、国内市場独自の条件に合わせた業務上の信用 (goodwill) を商標権者が構築しており、並行品の流入がその円滑な発展を阻害する場合には、やはり「実質的差異」がある。典型的には、コレクションの対象となるような贅沢品について、商標権者が国内で流通させていないモデルを並行輸入する行為が、それにあたる。

(vi) 商標権者が商品を海外で下請生産させている場合、海外の下請生産者が商標権者との契約に反して生産した商品を輸入する行為が商標権侵害となるか否かは、上記各原則の応用問題である。即ち、そうした商品が①国内で流通する商品の品質と物理的差異がある場合、②物理的差異がないが添付文書やパッケージなど国内市場に合わせた容器包装に重要な差異がある場合、③商標権者が国内で流通する商品について品質管理システムを構築しているのに、そこに乗らない場合、または④国内市場独自の仕様に合わせた業務上の信用と齟齬を生ずる場合には、正規品と実質的差異があるので、商標権侵害となる。他方、たとえば特定の金融機関から融資を受けることを条件にライセンスしていた場合<sup>(124)</sup>など、商品の実質的差異をもたらさないような契約違反があっても、商標権侵害とはならないことになる。

### (Ⅲ) 厳格な制限的阻止モデル

以上のいずれにも該当しない場合、即ち内外権利者に同一性が認められ、かつ内外商品に実質的な差異がない (identical) 場合には、真正商品の並行輸入は自由である。だが、そのような事例はごく少ない。したがって、アメリカ合衆国は、完全阻止モデルに近い制限阻止モデルを採用していることができる。

このような扱いになるのは、アメリカ商標法が、品質保証機能を商標権の中核的な機能とし、かつ国内市場が国外市場と異なることを自明の前提としているからである。ある商標を付した商品が国内市場で製造販売されているとき、その同一性 (identity) を保つのが商標権者の最重要の権能である。「実質的差異」がある商品に同じ商標が付されて販売されれば、商品の同一性は保たれない。逆に、商品の同一性を損わないのであれば、他者が商品を流通させることは妨げられ

ない。したがって、商標権侵害の範囲は、商品の同一性保持のため権利者が傾注した努力とその効果によって、変動することになる。

## 3. 国内における流通と商標権の品質保証機能

商標権の品質保証機能を正面から是認することは、商標法の基本的な理解に関わる。それゆえそれは、商品の流通が国内に留まる事例についても、再考を促すものである。本稿の直接の対象ではないが、行論に必要な範囲で議論の素材を提供する。

### (1) 品質管理システムからの逸脱による商標権侵害

考えておくべき問題の一つは、商標権者の構築した品質管理システムから逸脱した並行輸入品の販売が商標権侵害となるなら、もともと国内で流通していた商品の販売も同様の理由で商標権侵害となりうるのではないか、ということである。ビールの商標“Coors”についての1980年の判決は、まさにその問題に先駆的に取り組み、今日に至るまで先例的価値を認められている。そこでは、コロラド州などで買い集めたビールを本来の販売地域外であるメリーランド等で売り捌いた行為につき、裁判所は、次のように述べて商標権の侵害だとした。

「本件においては、Yはビールを意図的に変質させようとしたのではない。だが、YがCoorsビールを搬送し販売したという事実から、Coors商標が本来の高い品質を表現しない結果が生じてしまった。即ち、Yは、品質の劣る商品の販売に関与したのである。Yの行為は高級ビールCoorsの業務上の信用にマイナスの影響をもたらし、その社会的評価に回復し難い損害と損失を与えたのである……」<sup>(125)</sup>。

この事件で、クアーズ社は、自社のビールは出荷後60日しか小売店の店頭に並んでいてはならないとし、それを過ぎたビールは撤去した上で廃棄するよう、卸売事業者に求めていた。Yが売り捌いた商品はそのような配慮を欠いていたが、その品質が現実には正規品より劣っていると認定されたわけではない。消費期限を遵守することや可能な限り冷蔵庫に保管することなど、クアーズ社がしていたような品質保持の努力を怠っただけである<sup>(126)</sup>。Yの行為は、単に市場で流通している商品を買って別の地域で販売したに過ぎな

い。それは、対象が機械装置などであれば当然に商標権が「消尽」していると扱われるような行為であろう。だが、対象が食品で、しかも商標権者が厳格な品質管理システムを構築している場合には、商標権侵害となるとされるわけである。

## (2) 再包装・小分け・改造等

こうした見地からは、これまで単なる「消尽」の例外と考えられてきた詰め替えや改造に関する事例にも、新たな光を当てることができる。即ち、いったん商標権が「消尽」したとされるにもかかわらず、流通過程で詰め替えや改造が施されると改めて商標権が「復活」し、その侵害となるのは、商標権の品質保証機能を害するからだ、ということである。

これについては、1991年の第4巡回区控訴裁判所判決が重要である。その事案は、こうである。Xは、大型トラック向けのモーター・オイルを“Rotella”や“Shell Rotella T”といった商標の下に供給している。その貯蔵・運搬・供給に関してXは卸業者に厳格な品質管理義務を課しており、たとえば、専用のチューブ、タンク、ポンプ、オイルを使い、タンクローリーで運搬するときは事前に蒸気洗浄する、といった具合であった。さもないと、タンクなどに残存した古いオイルなどで容易に汚染してしまうからである。他方、Yは、独立系の石油類販売業者であり、Xの正規代理店からモーター・オイルを購入し、再販売している。Yは独自の品質管理基準を有してはいるが、Xのものほどには厳格ではない。たとえばYは、ディーゼル燃料を運搬したタンクローリーを特に洗浄することなくモーター・オイルの運搬に用いている<sup>(127)</sup>。こうした事案の下で、裁判所は、「商標権者は、ランハム法により、自らの商標の下で製造販売される商品の品質を管理する権利を与えられている」との原則的な立場を明らかにしたあと、「大容量で流通し商標によって識別 (identify) されるXの商品については、その品質管理〔に服すること〕が商標の不可分の構成要素である」という<sup>(128)</sup>。Xの基準で品質を管理されていなければ、それは既に別の商品、即ち実質的差異のある商品だというわけである。即ち、「Xの商標を使用するということは、製造者〔たるX〕が要求する品質管理基準をすべて遵守していることを示すのである」<sup>(128-1)</sup>。したがって、Yの行為はX商標権の侵害である。

通常詰め替えの事案と異なり、この事件では、流通過程での一種の詰め替えがもともと予定されていた。したがって、単に詰め替えを行ったというだけでは商標権侵害とは言いにくい事案であった。しかしそれだけに、詰め替えが何故に商標権侵害とされるべきなのかが、端的に示されている。それは、商標権者が品質管理に傾注する努力を無にするからである。香水や化粧品のようにデリケートな商品<sup>(129)</sup>や砂糖のような粉末状の商品を小分けすれば、もともとのパッケージでは維持できた品質が維持できなくなる。それが理由だとすれば、そうした事案で詰め替えを商標権侵害とする判断の背後には、実は商標権の品質保証機能が伏在していることになる<sup>(130)</sup>。

改造をめぐるケースについても、同様に考えてよい。それには、“Intel”のプロセッサをめぐる第9巡回区控訴裁判所の判決が好材料を提供する。

事案は、こうである。Intel社(X)はコプロセッサと呼ばれる補助演算処理装置を製造販売しているが、そこには、“Intel”のロゴのほかにも287-10とか387-25とかいった型番が表示されており、末尾2桁の数字がクロック周波数を表していて、同じタイプのコプロセッサ同士では、それが大きいほど性能が高く(「速く」)、かつ高価であった。Yは、市場で流通している同社のコプロセッサを入手し、“Intel”のロゴはそのままに、“287-6”という表示を“287-10”に変えるなどして、多数再販売していた<sup>(131)</sup>。つまり、商標の指示する出所は正しく、ただ性能を表示する部分のみが改変されているという事案であった。

これについて、やはり「ランハム法の与える保護の中で最も重要で価値があるものの一つは、権利者の商標を付して製造販売される商品の品質をコントロールすることにほかならない」との第2巡回区の先例を引用<sup>(132)</sup>した後、裁判所は、こう述べる。

「Yは、Intelという商品の出所については誤認混同が生じないから商標権侵害とはならないと主張する。……だがそれは、当裁判所の見解とは異なる。そうしたランハム法の解釈は、商標の出所識別機能 (identification function) にのみ着目したもので、特定商標に付着した業務上の信用 (good will)、社会的評価 (reputation)、それに消費者の保護機能を見捨てる点で、不適切である。……〔Yが〕変更を加えたコプロセッサは、より速く



高価なモデルの模造品（counterfeit copy）にはかからない。かかる製品を正規の X 製コプロセッサとして流通させることにより、Y は、X の社会的評価と業務上の信用を危殆に陥らせ、〔より速く高価な〕正規のコプロセッサを購入しているのだと信ずる消費者を欺いた（deceive）のである。……X の付した表示が廃棄され書き換えられてしまった以上は、X がそのチップを製作したとは言えても、X が販売された製品の出所だとは言えなくなってしまった。〔あるいは、こうも言えよう。〕もしそのように言うのであれば、それは、エーテルの如く稀薄な意味でしかないであろう、だが、商標法はエーテルの〔存在をめぐる仮象の〕問題などではない、それは、大量の情報をごく小さな象徴を用いて搬送するための、極めて具体的な方法に関わるのだ〔、と〕<sup>(133)</sup>。

食品などと異なり、半導体チップには賞味期限などないし、鮮度管理に神経質になる必要もない。だが、その型番・性能表示を貼り替える行為は、品質の劣る製品を高品質の正規品であるかのように装うという点で、あたかも鮮度の低いビールを厳格な鮮度管理を経た正規品同様に売るのに等しいということができよう。判決もいうように、インテル製チップに“80287-10”と表示されていれば顧客は 10 メガヘルツで動作すると信頼するのであり、まさか 6 メガヘルツが上限だなどとは考えない<sup>(134)</sup>。そしてそれは、インテルだからこそ得られる品質への信頼なのである。“80287-6”とあるべきところをそのように改変する行為を放置すれば、需用者の信頼を損なって混乱の危険が生じるし、商標権者の業務上の信用も破壊される。その意味で商標権の品質保証機能を害するのであり、それゆえにこそ、権利侵害とされるべきなのである。

### (3) 中古品

さらに進んで検討すべき問題群は、中古品である。自動車に典型を見るように、ある種の商品については中古品にもとの商標を付して販売することが当然とされている。その際、需要者は、新品と同じ品質や耐久性は期待しないが、それでも元来の商標を購買の参考にする。また、ある程度の不具合が補修されていることは取引における当然の前提となっている。では、中古品の販売事業者には何が許され何が許されないの

か。これは、詰め替え・改造と境界を接する問題である。

この件に関しては、約半世紀前の合衆国最高裁判決が依然としてリーディング・ケースを提供する。その事案では、Y は使用済みの点火プラグ（spark plug）を買い集め、X の商標を付したまま、しかし「再生品（renewed）」であることを明示して販売した<sup>(135)</sup>。それが商標権侵害だとの X の主張を容れた第一審・第二審を覆して、ダグラス裁判官の法廷意見はこう述べる。

「プラグを修理し調整するのは、何も新たなデザインを与えるわけではない。それは可能な限りで本来の状態に戻すことに過ぎない。……たしかに、再生されたプラグが点火レンジ（heat range）その他の点で〔新品より〕劣るのは証拠上明らかである。だが、たいていの中古品というものは品質が劣るものなのである。……商品が新品ではなく修理・調整品だということがはっきりと明確に表示されている限り、品質が劣ることは問題ではない」<sup>(136)</sup>。

この判決は今日なお判例として生きており、まさにその延長上で判断される事案もある。たとえば、著名な商標“TITLEIST”などを付したゴルフボールに関する 2003 年の判決が、それである。そこでは、単に洗浄しワックスを塗った程度の中古品だけでなく、擦り傷や汚損の付着したものについて、塗装のベース・コートやクリア・コート層を剥がし、クリア・コートや塗装をし直したようなものも含まれていた。しかも、塗装を剥がすと表面の商標などもいったん消えることになるので、再塗装の過程で再度入れ直していた。その予防的差止を権利者が訴求した事件で、連邦巡回区控訴裁判所は、中古品・再生品だということが明示されていたことを踏まえ、「中古品、再生品については、顧客の期待は自ずと異なる」として、予防的差止命令の発給を拒否した第一審の判断を是認した<sup>(137)</sup>。

とはいえ、この判決には、次のように厳しい反対意見が付された。

「商品に切れ目が入り、傷ができ、跡がつき、色が変わり、しかも凹んでいるため、『中古品』として売るにもまずもってそうした傷を隠さねばならない。〔それほどに変質している〕にもかかわらず、何の許諾も受けない者が〔傷を直した後で〕商標を付け直してしまう。そんなことを〔こともあろうに〕法が許容してしまうのと比べて、

いったい何があれば有名な商標の価値がより大きく損われるのか。私にはとても想像がつかない」<sup>(138)</sup>。

もとより、多数意見とともに、ゴルフにおいてはロス・ボールの発生がつきものであるし、それが給源となって中古品が出回ることも周知であるから、需用者たるゴルファーが中古品に過大な期待を抱く可能性は少ない、と考えることもできよう。しかし、表面の商標が元通りに再生されていれば、いったん塗装を剥がして再塗装したようには見えない。かなり新品に近い中古品だと需用者が誤解し、期待通りの性能を發揮しないことによって商標への信頼が揺らぐ、ということもありそうである。他方で、前記の古い最高裁判決でダグラス裁判官が述べていたように、「バルブを研磨し直したりピストン・リングを交換したりした中古車を売るときに、フォードやシボレーの名前をはずさねばならないとは、誰も考えない」<sup>(139)</sup>。とすれば、中古品に商標を付したままにしておいてよいかどうかは、当該市場における需要者の認識に依存する。中古ゴルフボールについていえば、需要者たるゴルファーが中古品・再生品がどの程度新品当時の品質を引き継いでいると期待するかによる、ということになる。

このことは、“Rolex”など高級腕時計の中古品に純正部品でない部品を装着して販売したという事件と対比すれば、いっそう明らかだと思われる。文字盤にダイヤを加える、バンドを交換する、ベゼルを交換する、といった事案では、商標権侵害が繰り返し認められている。ケースはもとより、文字盤、バンド、ベゼルといった部品はいずれも腕時計の「不可欠の要素 (necessary and integral part)」であり、それを交換してなお同一商標の下に販売することは許されない、というのである<sup>(140)</sup>。高級腕時計の特性を考えてみると、一方で、宝飾品同様に中古品の流通が避けられないので、日常的な手入れは当然のこととされよう。しかし他方、高級であればあるほど独自の部品を使う傾向にあり、汎用品を用いる度合は自動車と比較して少ない。その結果、長い商品寿命の最後に至るまで、ブランドが通用力を持つ。「ロレックス」はいつまでも「ロレックス」である。中古品だから著しく品質が劣化してよいとは多くの人が考えない。そして、機械としての機能そのものは比較的単純であるから、かえってそれぞれの時計の個性が文字盤やベゼルといった部品のデザインにまで貫かれることとなる。そのため、たとえばスピー

ド・メーターの表示部分を取り替えても、あるいはシートを全面的に張り替えてさえ依然として「フォード」車と呼んで差し支えないのに、腕時計の文字盤の表示部分を取り替えれば、それだけでもはや「ロレックス」とはいえない、ということがありうる。高級腕時計に関しては、ムーブメントを交換することはもとより、文字盤やベゼルの交換であっても、自動車であればエンジンの交換に匹敵するような意味を持つといえよう。

もともと、先の古い最高裁判決でも、ダグラス裁判官は、一般論として「修理や調整が大々的であったり抜本的であったりするために、商品を元の名前で呼ぶことが間違い (misnomer) となり、『中古』とか『修理済み』とつけただけではとても足りないような場合も、想定できなくはない」と述べていた<sup>(141)</sup>。最近の判決にも、病院などから注文を受けて医療用の硬性内視鏡 (rigid endoscope) が壊れた場合に修理するサービスにつき、主要な部品を交換するなどその程度が甚だしい上、元の商標が付せられたままでは流過程の「川下」にあたる現場の医師などが事情を誤解し、修理後の商品の品質について商標権者に責任があると判断する可能性があるのも、商標権侵害となりうるとしたものがある<sup>(142)</sup>。同種の事件については特許権の消尽に関して大きな問題となっているが<sup>(143)</sup>、商標権に関しては、もとよりおのずと視覚が異なる。たとえ中古品であっても、そこに商標が付されていれば、弱められた限定的な形であれ、商標権の品質保証機能は及ぶ。即ち、需要者は当該商標のついた高い品質の商品に通常の経年劣化が加わった程度の期待を寄せるであろうし、それはやはり、商標権者にとって長年の努力で構築した業務上の信用の一環である。アメリカ商標法の考え方に照らせば、そうした機能を損うような場合に、中古品の販売もやはり商標権侵害となるのである。

#### (4) まとめ

以上を総合してみると、次のようにいうことができよう。

(a) 同様に、商品に対する品質管理の意味を失わせるような詰め替えや改造は、商標権侵害となる。

(b) 商標権者による品質管理がなされているとき、当該商標を付したまま、そのコントロールの及ばない物品を販売することは、たとえ商品自体には何の変更

も加えられていなくとも、商標権侵害となりうる。

(c) 中古品については、商標権者による品質管理の及ばないことが明らかであるから、中古品、再生品等と表示されていれば、元の商標を付していても直ちに商標権侵害とはならない。しかし、中古品であっても、商標が付されていれば限定的であれ商標権の品質保証機能は及んでおり、商標に対して需要者が寄せる期待に背き、商標権者が構築した業務上の信用を損うような場合には、やはり商標権侵害となる。

こうした判断のあり方は、並行輸入に関する前記のような判例と手を携えて、この四半世紀間に発展してきた。アメリカ商標法は、流通が国内に留まる場合についても、品質保証機能が商標権の最も重要な機能だということを前提に、発展してきているわけである。

## 結びに代えて一わが国商標法への示唆

### (1) 品質保証理論

以上に見てきたように、アメリカ商標法の判例理論は、品質保証機能を商標権の中核的な役割とする方向で、この四半世紀間に大きな発展を遂げている。それは、(i) 商標権者が流通の末端に至る過程で自己の商品の品質を管理する、(ii) その管理が円滑に機能すればするほど、需要者の側では、商品の品質に対する信頼を厚くする、(iii) そのようにして定着した需要者の信頼は商標権者にとって大きな価値のある業務上の信用であり、その維持保全に努めようとするから、品質管理に努力を払うようになる、という循環が成立することを期待するのである。

もともと、そのような業務上の信用が形成されると、それは市場価格に反映し、そうした業務上の信用が蓄積されていない状態、即ちいわば裸の商品のみが流通している状態と比較して、均衡価格が高まる。そうすると、それを利して利潤を追求する動機が高まり、同じ商標を付してはいるがそのような品質管理の努力がなされておらず、したがって安価に取得できる商品を取得して販売し、利ざやを獲得する事業者が現れることとなる。もしそのような事業者の行動を放置するならば、需要者は、商標権者による品質管理がなされていないにもかかわらずそれと誤信して商品を購入することとなり、その期待は裏切られ、市場の機能は阻害される。またそれは、永年の努力により蓄積した業務上の信用を損う結果につながるから、商標権者にとつ

て経済的な損失である。したがって、そうした行動を防止する動機は、もともと商標権者に備わっている。そして、商標権の品質保証機能を認めるのは、そうした行動を禁圧する権限を法的に認め、上記のような循環を促進することにほかならない。品質保証機能を商標権という制度の最重要の要素と認める立場は、既にわが国の裁判例にも現れている<sup>(144)</sup>。それを認め、しかもその機能を阻害することを端的に商標権侵害とする立場を、ここでは「品質保証理論」と呼ぼう<sup>(145)</sup>。

品質保証理論は、「自分が購入しようとしたまさにそのもの」<sup>(146)</sup>が需要者の手に渡ることを、可能な限り保障しようという考え方である。それは、次のような考え方に基づいている。

「商標の究極の機能とは、顧客にとっての商品やサービスの同一性を保つということである。そして、同一性とは、商品やサービスが真に一貫した品質を有するということが、即ち真に同一の商品やサービスだということを確実にするための、ねばり強い相互補完的な努力を含むのである」<sup>(147)</sup>。

食品など傷みやすいものについて商標権者が品質保障の努力をしているとき、需要者は、それをも期待して商品を購入するであろう。電気製品の型番と性能が同じでも、取扱説明書が英語やスペイン語で書かれているなどということは予測していないであろう。高級陶器や衣類、化粧品など、趣味や嗜好を色濃く反映する商品であれば、商標権者が市場にふさわしいとして選択したテイストを信頼して購買行動に出る。「香水のマーケティングにおいては、売手は、単に瓶の中身だけを売っているのではない」<sup>(148)</sup>。高度消費社会においては、単に裸の商品そのものではなく、イメージなどの付随的な部分を含めて、商品の同一性を語らねばならない。否むしろ、そうした一見「付随的」と見える部分こそ、商品の価値を生み出しているのである。今日の先進国においては、市場における競争は、単に良質で廉価な商品を提供することをめぐって行われるのではなく、そうした意味での価値の創造をめぐって行われている。これが、品質保証理論の根底にある認識である。そしてそれは、つとに「イメージ」の保護を商標制度の一環としているヨーロッパ商標法<sup>(149)</sup>のみならず、アメリカ商標法においても、基本的な認識になっているのである。

## (2) 品質保証機能否定論

これに対し、商標権には出所表示機能しかない、あるいは「法的には」出所表示機能しか保護されていないという考え方も、伝統的には有力であった<sup>(150)</sup>。わが国の裁判例が無制限モデルに近い制限阻止モデルを採っていたこと背景にも、そうした考え方があると見られる<sup>(151)</sup>。しかしそこには、多くの問題があると思われる。

最も大きな理論的問題は、需要者が市場で得られるべき情報は多ければ多いほどよいのに、出所表示機能しか認めない立場では、商標から得られる情報が法的には単なる「出所」に限られる、ということである。需要者は、どのメーカーの工場を出た製品かを知ることができても、流通過程で自己の手元に届くまでに適正な品質管理がなされたか否かを知ることができない。そのような状態と、たとえば輸入ビール「ハイネケン」が常に新鮮だと期待できる状態とでは、需要者が商標から得られる情報に、格段の相違がある<sup>(152)</sup>。

これに対しては、そのような情報は賞味期限表示その他で得られればよく、商標から得る必要はない、という考え方もあるかもしれない。しかしながら、もともと商標というものは、そのような表示をいちいち見るのを省略できるようにすることで、需要者の購買行動を促進する役割を有する。別言すれば、需要者が商標から得られる情報が多ければ多いほど、購買行動に関わる情報収集のコストは低減し、市場は活発化する。「賞味期限表示を見ればよい」というのは、そのような商標の役割を無視するものである。しかも、賞味期限表示や成分表示のような客観的な指標で表すことのできる情報には、限りがある。冷蔵コンテナで運搬し、冷涼な朝にのみ配送を行い、可能な限り振動を少なくし、検品で不良品が発見されれば同じカートンの商品はすべて廃棄するといった品質管理体制を抜きにして、工場出荷時の状態から賞味期限表示のみを論じてみても、ほとんど意味がない。それらは、数値化できる品質だけでなく、風味、テイストといったものにも関わる。現代の市場は、バザールで製造者が自ら製品を販売する市場（いちば）とは違う。いつも飲み慣れた「あの」ビール、「あの」チョコレートを顧客の手が届けるには、流通過程での多大な努力を必要とする。

こうした事情は、何も食品に限るわけではない。風味やテイストは、陶器、靴、衣類、喫煙具、馬具、化

粧品、装身具等々、さまざまなものに付着している。商標さえ見ればそのいちいちを確かめることなく「いつもの、あの商品」を購入できるということこそ、需要者の購買行動を裏づけ、市場の機能を高める、商標の基本的な機能である<sup>(153)</sup>。商標というのは、「大量の情報をごく小さな象徴を用いて搬送するための、極めて具体的な方法」<sup>(154)</sup>として、情報化社会のはるか以前から人類が構築してきた社会的制度である。そこで搬送される情報をわざわざ少なくしようとする試みは、あまり賢明とはいえないように思われる。

いま一つ、品質保証理論に対しては、そのようなものを認めない方が価格が下落する、あるいは「内外価格差」の解消に役立つとの理由での反対がありうる。これに対しては、まず、価格の下落ないし「内外価格差」の解消が必ずしも市場全体における経済的厚生改善に役立つわけではない、と指摘すべきであろう。並行輸入とは経済学でいう「裁定」の一種であるから、それによって短期的に価格が低下するのは当然である。だが、仮にそれによって価格が低下したとしても、もともと外国での価格より高い価格で均衡していた国内市場における価格を下落させることが、全体としての経済的厚生を損うということは、大いにありうる<sup>(155)</sup>。価格低下がそれ自体善だという議論は、裁定が常に厚生増大をもたらすという、極めてラフな経済モデルに基づいた主張である。

そうした議論の問題は、それだけではない。より根本的な問題は、知的財産権というものの存在理由に関わる。並行輸入を容認すれば「内外価格差」が解消するというのは、詰まるところ、商標権を弱めることによって短期的な経済的厚生を改善するという主張である。だが、そうした議論は、すべての知的財産権のすべての効果についてあてはまる。たとえば、およそ特許権の効果認めない方が、均等論を認めず保護範囲を狭める方が、あるいは損害賠償額算定のルールを変えて賠償額を可能な限り低くする方が、現在の市場における短期的な競争は促進される。革新的な技術を誰もが使えるようになった方が、社会全体として生産関数は改善するだろう。特許制度というものは、そうした仕組みを理解しつつ、それでもなお、長期的な技術革新をもたらす手段として、発明者に独占権を与えるのである。同様のことが、商標制度についても言える。品質保証理論は、前記のような循環が成立するの

を促進すること、即ち前記のような意味での業務上の信用を商標権者が構築する努力にインセンティブをつけることを目指す。それは、それぞれの高度消費社会における価値の創造である。価値の創造を促進するのがなぜいけないのか、筆者には理解することができない<sup>(156)</sup>。それが「安売り」に反するからだというのであれば、それは、知的財産権制度そのものの廃止につながる立場である。そのような単純な立場より、「円滑な競争市場において商標がその最も重要な役割を果たすためには、商標を付された商品やサービスの品質に責任を負う単一の経営体のコントロールの下にそれらが製造販売されるのだという保障が商標により与えられるのでなければならない<sup>(157)</sup>」という欧州裁判所の説示の方が、よほど思慮深く含蓄に満ちたものであるように、筆者には思われる<sup>(158)</sup>。

### (3) 品質保証理論と並行輸入

このように考えられるとするならば、品質保証理論を採用し、その下で並行輸入が許容される要件を考えるのが、わが国の今後の方向としてふさわしいと思われる。即ち、次のように考えるのである<sup>(159)</sup>。

(I) 内外の権利者が同一でないときは、国内で流通している商品は海外とは異なる品質管理体制に服しているのが通常だと見られるので、例外的な事情がない限り、並行輸入は商標権侵害となる<sup>(160)</sup>。

内外の権利者が同一だとは、親子会社・兄弟会社など共通の経営支配に服しているか、共通の指導の下で現に経営的に一体として統合されているため共通の経営支配があるときに準ずるとして扱ってよいことをいい、営業譲渡や商標権の譲渡により内外権利者が別になった場合や、経営的に別個の主体に対して単なるライセンス供与がある場合は含まない。

(II) 内外の商品に実質的な差異があるときは、並行輸入は商標権侵害となる。

「実質的な差異」とは、(i) 商品の品質に物理的な差異がある場合<sup>(161)</sup>のほか、(ii) 添付文書やパッケージなど国内市場に合わせた容器包装に重要な差異がある場合や、(iii) 商標権者が国内で流通する商品について品質管理システムを構築しているのに、そこに乗らない場合を含む。また、(iv) 国内市場独自の仕様や趣味嗜好に合わせたマーケティングを展開しているときにそれと齟齬を生ずる場合も、同様に扱うべきである。

さらに、(v) 海外の下請等が契約に反して生産した商品についても、(i)-(iv) に準ずるような事情が生ずる場合は、並行輸入は商標権侵害となると解すべきである。たとえば、(v-1) 生産地・原料・労働者の訓練・資質・機器機械の整備など、当然に商品の品質に影響する契約違反、(v-2) 重要な容器やパッケージに関する契約違反、(v-3) 検査・検品の妨害や予定数量を超えた生産物の横流しなど、商標権者が構築した品質管理システムの潜脱をもたらす契約違反などがそれにあたる<sup>(162)</sup>。また、(v-4) 海外生産者に対し販売地域から日本を除外する旨の条項についても、日本国内で流通する商品と実質的差異を設ける趣旨で設けられた場合には、特段の事情がない限り、その違反は商標権侵害となると解すべきである<sup>(163)</sup>。

(III) 内外の商品に実質的な差異がない (identical) ときは、並行輸入は権利侵害とならない<sup>(164)</sup>。ただし、実質的な差異がないとは、現実に物理的品質が相違することを権利者が証明できないことをいうのではない。権利者が構築した厳格な品質管理体制から対象商品が逸脱していること (前記 (iii))、あるいは海外市場と国内市場に条件の相違があり、国内の市場に合わせたマーケティングを展開しているのに対象商品の流通がそれと齟齬を来すこと (前記 (iv)) など、前記 (ii)-(v) に相当する事実を権利者が証明した場合にも、商標権侵害とすべきである。さらに、商品や市場の特質によっては、内外市場に条件の相違があることを裁判所に顕著な事実として扱ってよい。

この見地から、フレッドペリー事件最高裁判決は、是認されるべきである<sup>(165)</sup>。

もっとも、これに対し、内外商品に実質的差異があっても、並行輸入品であることなどの表示を義務づければ、商標の使用を認めてよい、との立場もある<sup>(166)</sup>。しかし、商標というのは、それだけを見れば商品の同一性を容易に把握できるように工夫された道具である。同じ商標に二種類も三種類も異なるものがあり、そのどれであるかをいちいち見なければならないというのは、需要者に不便であるだけでなく、細心の注意を払う者でなければ誤解する可能性がある。それは、法的に言えばまさに混同 (confusion) の虞れであり、経済的に言えば情報収集のコストが高まることである。そのような混乱を避ける最善の方策は、商標の使用を認めないことである<sup>(167)</sup>。

たとえば、アメリカと日本で品質の異なる化粧水が販売されているとき、アメリカ向け製品が並行輸入されれば、たとえそこに「アメリカ向け」「並行輸入品」と表示されていても、消費者は混乱する。海外生活経験者などには両者の区別に明るい者もいるかもしれないが、それはごく一部に過ぎない。同じ商標が付されていれば、両者を区別できないのがむしろ通常であろう。とすると、消費者は、その商標のついた化粧水を注意して買わなければならない、さもないと、違った (materially different) 商品を手の中にする事になりかねない。それでは、商標の顧客吸引力が低下することは避けられない。即ちそれは、商標権者が構築した業務上の信用 (商標法1条参照) の破壊である。そのようなことを認めねばならない理由は、何もない<sup>(168)</sup>。

もっとも、法的な議論とは別に、そのようにして内外商品を「競争」させることが市場の活性化につながるのだ、と主張されることもある<sup>(169)</sup>。だがそれは、一見経済学的に正当であるかのような外見とは裏腹に、経済学理論が前提とする市場というものについての、極めて粗雑な前提に基づく議論であるように、筆者には思われる。上記の例でいえば、アメリカ向けのシャンプーを輸入すること自体は、禁止されていないわけである。そして日本市場では、いずれにしても多数の種類の手洗剤が販売され、事業者が競争している。アメリカから輸入されるシャンプーも、別の商標を付けさえすれば、市場への参入に何の支障もない。それこそが公正 (fair) な競争である。にもかかわらず既に日本市場で販売されている別の商品と同じ名称、同じ外観で販売しようとするのは、本来得てはならない競争上の優位 (advantage) を得ようとするものである。なぜなら、同じ商標が付せられているために日本向け製品と混同 (confuse) して購買する消費者がいた場合、それによる需要は、本来ならば存在しなかったはずのものだからである。その消費者の嗜好は日本向け製品に向けられていたのであり、似た顔だが実は相違のあるアメリカ向け製品には向いてはなかった。「並行輸入品」などというラベルが添付されていると否とに拘らず、同じ商標がついているという事実は、消費者に商品が同じ (identical) だというメッセージを発する<sup>(170)</sup>。そのような誤ったメッセージによって、本来存在してはならない需要を発生させることは、とりもなおさず、市場の機能を歪めるものであ

る。かくして、そのような「経済学的」な理由で並行輸入を自由化しようとする考え方も、採るを得ないものである。

出所表示機能ではなく品質保証機能こそが商標権にとって本質的だとする本稿の立場は、日本における議論の現状に慣れた目には、奇異に映るかもしれない。だが、それは単なる思考実験ではない<sup>(171)</sup>。わが国の最も重要な貿易相手国であり知識基盤経済への転換を遂げることで世界経済をリードする国における、紛れもない現実である。そのことが理解されれば、やや手間暇のかかった本稿の分析も、目的を達したことになる<sup>(172)</sup>。

## 注

(1) 本稿執筆の最終段階で立命館大学助教授堀田秀吾氏に有益なご示唆を頂戴した。また、前東京大学客員教授堺屋太一氏からは、本稿の背景となる時代理解や経済認識に関して、折に触れ貴重なご教示を賜った。文責はもとよりすべて筆者にあるが、この場を借りて厚く感謝申し上げる。資料収集につき東京大学特任助手杉山慶子氏にご尽力をいただいた。なお、本稿第1節の要旨は、2003年5月24日の日本知財学会第1回学術研究発表会において報告した。(同学会予稿集参照。)

本稿が文献や判決や引用する際、「」内は原則として逐語的な引用であるが、その中で〔〕は筆者が補った箇所、……は中略箇所、《引用省略》とあるのは、原文では判例などの典拠が引用されているのを省略した箇所である。また、文章の冒頭や末尾では、煩を避けるため……をも省略することがある。さらに、慣行に従い、当事者の名前や名称は、X、Y、Aなどと変えることがある。その際本稿では、Xとあるのは権利者、Yとあるのは疑義侵害者である。したがって、消極的な宣言判決 (確認判決) を求める場合などは、それぞれXが被告、Yが原告となることがある。

(2) 詰め替え (小分け販売) につき、「オイルトリートメント」に関する大阪地決昭和51年8月4日無体裁集8巻2号324頁〔STP〕、薬剤の輸入に関する東京地判平成14年3月26日平成12(ワ)13904号・20905号〔バイアグラ〕、改造につき、家庭用ビデオゲーム機に関する東京地判平成4年5月27日知的裁集24巻2号412頁〔ファミリーコンピュータ〕、ゴルフクラブに関する東京地判平成10年12月25日判時1680号112頁〔キャラウェイゴルフ〕などがある。

アメリカ商標法に関しては後述するので、ここでは欧州の状況を紹介する。まず、後述の商標指令 (註(15)参照) 7条2項は、「商品が流通に置かれた後にその状態が変化したり損なわれたりするなど、商品の転々流通に反対す

る正当な理由を商標権者が有する場合には、[権利の消尽について定めた]前項の規定は、適用しない」としている。欧州裁判所の判例は同指令制定前から流通過程で包装替え (repackaging) があつた場合に消尽を否定することは正当化されるとしていた (ECJ, 23 May 1978, ECR1139, 1164 [7] -*Hoffmann-La Roche/Centrafarm*; ECJ, 3 Dec. 1981, ECR2913, 2926 [8-9] -*Pfizer/Eurim-Pharm*)。そして、その要件に関する判例は、同指令を解釈するための基準となる (ECJ, 11 July 1996, C-436/93, ECR 3457, para. 40-41 - *Bristol-Myers Squibb and Others*; ECJ, 23 April 2002, C-143/00, ECR I -3759, para.18 -*Boehringer Ingelheim and Others*)。

消尽が原則である以上、中古品の販売がそれだけで消尽を否定する「正当な理由」たりえないことはもちろんである。それゆえ、特定メーカー製自動車を専門に扱う中古ディーラーだということを表現するため商標を使うことは、単なる記述的使用 (informative use) に過ぎないから許容される。しかし他方、当該メーカーと特別な関係にあるとかその正規販売系列に属しているなどといった誤信を公衆に与えるような広告宣伝を行うことに対しては、商標権行使が正当化される (ECJ, 23 February 1999, C-63/97, ECR I -905, para.50-55 -*BMW*)。

いわゆるブランド物など高級品、贅沢品に関しては、その高級イメージが損なわれることは、消尽を否定し商標権行使を容認する「正当な理由」となる。即ち、「同種の製品を販売してはいるがそれらが必ずしも同程度の品質ではないというのが通常」の販売事業者が高級品を販売すること自体は差し支えないが、その高級感や独特の魅力 (allure) を損なうような広告宣伝活動をしてはならない。たとえば、その高級感を損なうようなチラシを撒くような行為がそれにあたる。ECJ, 29 April 1997, C-337/95, ECR I-6013, para.43-48 -*Parfums Christian Dior v Evora*。

医薬品に関しては、やや特別な事情がある。即ち、一方で、包装替えの目的が専ら商標による営業上の利点を保持しようとするものであるときは、商標権侵害となるとされる (ECJ, *Boehringer Ingelheim and Others*, para. 47)。しかし他方、元の包装のままでは移入国の法制や実務と合致しないためそもそも流通に置くことが不可能なときや、疾病保険の規則上医療費の払い戻しのため特定の包装が要求されているとき (ECJ, *Bristol-Myers Squibb*, para. 53-54; *Boehringer Ingelheim and Others*, para. 47)、さらに包装替えをしないと市場全体やその相当部分に事業者がアクセスできないほど元の包装について需要者の抵抗感が大きいとき (ECJ, 23 April 2002, ECR I -3703, para. 34 -*Merck, Sharp & Dohme*) などは、包装替えが正当化される (ECJ, *Bristol-Myers Squibb*, para. 53-54; *Boehringer Ingelheim and Others*, para. 47)。なお、こうした判決の前提となった事案に関しては、参照、鞠子公男「EUにおける並行輸入と商標(下)」国際商事法務 32巻5号(2004年)600頁, 603頁以下。

(3) このような結果は「消尽」の語感に合わないが、現在では TRIPS 協定 (世界貿易機関を設立するマラケシュ協定付属書一C) 6条の表題となっており、既に実定法上の用語となっているので、解釈や立法は消尽の成否という形で論じるほかはない。

(4) 本稿においては、この X の販売する商品を「正規品」、Y の販売する商品を「並行 (輸入) 品」、X とも X' とも無関係に製造販売される商品を「海賊品」と呼ぶこととする。

(5) この問題の本質が、本文とは少し異なる次のような設例においても同じであることは、明らかである。

【問題】J国商標権者 X は、J国内で製造した商品に自らの商標を付して販売している。また E 国では、E 国商標権者 X' が同一の商標を付した商品を販売している。他方、E 国内で X' が製造販売した製品を Z が買い集め、J 国の輸入業者 Y がそれを輸入して J 国内で販売した。Y の行為は、X の商標権を侵害するか。

このような場合、正規ルートの輸入行為がないので、Y の行為を「並行」輸入という呼ぶのは、本来適切でない。実際、アメリカ商標法においては、「灰色商品 (gray market goods; gray goods)」の呼称で問題状況を表現するのが普通である (参照、原秋彦「米国におけるグレー・マーケット問題 (上)」NBL345号6頁, 6頁 (1986年)、荒木秀文「グレーマーケット問題における商標の品質保証機能の考察—米国グレーマーケット論を手がかりに」立命館法政論集2号 (2004年) 151頁)。しかし、並行輸入が灰色商品問題の中心であることは合衆国でもよく認識されているし (See, *Am. Circuit Breaker Corp. v. Or. Breakers, Inc.*, 406 F.3d 577, 578, 581 (9th Cir. 2005); *Jerome Gilson*, 2-5 Trademark Protection and Practice § 5.10A (2005))、わが国では問題の表現として定着しているので、本稿もそれをタイトルとしている。

なお、並行輸入の問題を論ずるに際し、「商標権独立の原則」や「国際消尽論」が独立の論拠を提供するかのようにならねることがあったが、問題の実質は国際消尽を認めるか否か、認めるとすればいかなる要件を設定するかにある。それを論ずる際に「国際消尽説」を唱えることが意味をなさない (同語反復になる) ことは明らかであるし、「独立の原則」が論拠となり得ないことは言い尽くされた感がある。これらについては、田中豊「並行輸入と商標権侵害—いわゆるグレーマーケット商品を中心とし (上)」NBL677号 (1999年) 16頁, 18-19頁。

(6) 一般的には、アメリカの判例は *A. Bourjois & Co. v. Katzel*, 260 U.S. 689 (1923) とその前後の諸判決によって territoriality principle に転換した、と説明される。Restat 3d of Unfair Competition, § 24 f; *Lever Bros. Co. v. United States*, 877 F.2d 101, 106-08 (D.C. Cir. 1989) (*Lever I*)。しかし実際にそれが理論化され境界線が明確になったのは、本稿の見通り、この四半世紀の判例によってである。

(7) TRIPS 協定 6 条。参照、尾島明『逐条解説 TRIPS 協定』(1999年) 48 頁以下、田村次朗「TRIPS 協定における並

- 行輸入問題」法学研究(慶應義塾大学)73巻9号(2000年)19頁,23頁。もっとも、滝川敏明「並行輸入を巡る知的財産権・WTO協定・独禁法」貿易と関税2000年1月号64頁,69頁は、国内法で国際消尽を否定するとWTO協定(GATT)違反になるとする。理解し難い主張である。
- (8) この意味での海賊品であることを理由に輸入が禁止されるとした例として、東京地判昭和53年5月31日昭和52(ワ)739号,その控訴審東京高判昭和56年12月22日昭和53(ネ)1637号[テクノス],大阪地判平成5年7月20日平成03(ワ)8439号[ドン・ペリニオン],東京地判平成14年1月30日平成13(ワ)4981号[エレッセ],東京地判平成14年2月25日平成12(ワ)21175号[オーシャン・パンフィック],東京地判平成15年12月18日平成14(ワ)28242号[プーマ]がある。なお当然ながら、使用許諾は対象商品に与えられる必要がある。E国でXが二種の商品a,bを販売していたところ、Yが、aに付せられた商標をbに付してJ国に輸入した、といった事例では、当該商品には一度もaという商標が付せられたことはなかったのであるから、そもそもそれは並行輸入品(gray goods)に当たらないとした。*Hoechst Celanese Corp. v. Nylon Eng'g Resins*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 16339, \*\*13-14 (M.D. Fla. August 14, 1997).
- (9) アメリカ商標法の判例においては、こうした二つの要件、特に後者が否定されると、実質的差異のある商品もはや真正(genuine)な商品ではない、という表現の仕方では商標権者側の請求が認容されるのが通常である(4 *McCarthy* § 29.51.2)。しかしわが国では、ともかく外国でであれ流通に置くことを権利者が承諾した商品は真正商品と呼び、海賊商品と区別するのが通例であるので、本稿ではわが国の用語法に従うこととする。なお、後出註(59)とその本文をも参照。
- (10) 東京地判昭和59年12月7日昭和54(ワ)8489号無体裁集16巻3号760頁[ラコステ]。多くの学説もこれに好意的であった。代表的な例として、田村善之『商標法概説[第二版]』(2000年)477頁。石黒一憲『国際知的財産権』(1998年)193頁も「至極もっともな」判決だとする。また、辰巳直彦「商標の機能と商標権の権利構成についての一考察」F・K・バイヤー教授古稀記念『知的財産と競争法の理論』(1996年)207頁,218頁は、内外品質の差異については品質誤認惹起行為として不正競争防止法(2条1項10号)違反に問えば足りるとする。
- (11) フレッドペリー事件以前の裁判例と学説の動向については、参照、片山英二「並行輸入」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法』(2001年)133頁,150頁以下。
- (12) 最判平成15年2月27日平成14(受)1100号民事57巻2号125頁[フレッドペリー]。この判決に関しては、高部眞規子・解説・ジュリスト1251号166頁のほか、参照、宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察—フレッドペリー事件上告審判決の検討を中心に」立命館法学290号(2003年)877頁,特に896頁以下、渋谷達紀・判批・民商法雑誌129巻4=5号692頁。
- (13) 東京地判平成13年10月25日平成11(ワ)6024号[フレッドペリー東京]。
- (14) 問題を指摘するものとして、参照、小野昌延・判批・判評489号(1999年)44頁50頁,小泉直樹「製造地域等制限条項に違反した輸入品は『真正商品』にあたるか—フレッドペリー事件」CIPICジャーナル124号(2002年)16頁。なお、高部・前掲は、「契約違反を一律に取り扱うことは相当でない」とする。
- (15) First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1), as amended by the Agreement on the European Economic Area of 2 May 1992 (OJ 1994 L 1, p. 3).
- (16) ECJ, 16. July 1998, C-355/96, ECR I-4799 *Silhouette*.
- (17) 拙稿「ヨーロッパ商標法における並行輸入法理の転換—国際消尽原則を最終的に放棄した欧州裁判所判決をめぐって」NBL651号6-12頁,652号40-50頁(1998年)参照。
- (18) 中山信弘「並行輸入の認められた一事例」村林隆一先生還暦記念『判例商標法』(1991年)761頁,766頁は、「経済のグローバル化」を理由に「現在では、商標権を根拠にあらゆる並行輸入を差し止めることができるという極論は存在しなくなった、との認識を示している。まさにそのような「極論」が1989年の商標指令で欧州共同体加盟国全域に通用する実定法として採用されたことに鑑みれば、そこには何らかの誤解があるのではないかと考えられる。
- (19) かつて筆者は、次のように説いた。(拙稿・前掲NBL652号47-48頁。)
- 欧州連合が国際消尽原則を完全に放棄した結果、欧州企業P社は、将来の経済発展が極めて有望な途上国、たとえば中国の市場において、自社ブランドの強味を生かし、思い切った低価格戦略を採ることができることとなった。なぜなら、中国で自社製品をいくら安価に供給したとしても、それが自国の市場に流入することは商標権によって禁圧できるので、中国での戦略的な価格が自国市場に反映しないことが、法的に保障されているからである。現実には並行輸入をほとんど認めないアメリカ合衆国の企業Qにとっても、ほぼ同様のことが言え、C国の市場で低価格戦略を採るのにやはり大きな障害はない。なぜなら、途上国で供給される製品と自国で供給される製品との間には何らかの品質格差が存するのが普通であるし、内外で品質の格差を設けるのも容易だからである。
- ところが、同様の状況下で日本のみが無制限モデルに近い法政策を採り続けるならば、日本企業Rにとって、有望な途上国の市場で同業他社PやQと競争するのが、困難になる。たとえば、中国市場で低価格戦略が有効だとしても、そこで自社ブランドを用いると、R社は並行輸入による自国市場への打撃を覚悟せねばならない。それを避けるためにはブランドを変えるほかはないが、そのこと自体、PやQに対して競争上の不利益である。そ



して、このような考え方は、けっして筆者の脳裡のみにあるのではなく、欧州連合が国際消尽原則を完全に放棄する際の、一つの基本的動機となったものである。

こうした状況下で、国際通商の将来像として「ボーダーレス・エコノミー」を掲げ、そのために自国のみが国際消尽原則に固執するというのは、賢明ではない。なぜなら、わが国がそのような政策をとり続ける限り、欧州やアメリカの企業にとっては途上国市場との関係で有利な状況が継続するわけであるから、両国が自らの政策を改める動機は存在しないからである。国際的な法の斉一化は、互酬性 (reciprocity) のもとでのみよく遂行される。仮に「ボーダーレス・エコノミー」なる理念が正しいとしても、それを実現するには、わが国はまず国際消尽原則を放棄し、その後に欧州連合や合衆国と交渉を開始せねばならない。

この見解は今日でもまったく変わらない。したがって本稿では、新たにこれについて論ずることはしない。ただ、高部・前掲 170 頁において、契約に反し商標権者の品質管理体制を潜脱する形で生産された物品の輸入がわが国が商標法上適法だと解すると、主要先進国ではわが国のみがその種物品の輸入を許容することとなって国際通商上一方的に不利になることが最高裁判決を支える論拠の一つとされていることを指摘するに留める。

(20) 1998 年の *Silhouette* 判決以降、舞台は欧州立法のレベルに移り、いくつかの加盟国を含んだ激しい議論がなされた。その一端は、Exhaustion of trademark rights: Commission organises meetings with Member States and interested parties (30 April 1999) に伺うことができる。しかし欧州レベルの立法が感情論や単なる思い込み（「消費者の利益」を含む）ではなく冷静で理性的な議論に立脚して行われなければならないとの志向は一貫しており、経済系シンクタンクによる綿密な調査に基づいた報告が提出され、それを踏まえた議論が続く、という経緯をたどった。Trade Mark exhaustion—Study on the economic consequences of alternative regimes (25 February 1999); Exhaustion of trademark rights: Commission organises meetings with Member States and interested parties (30 April 1999); Exhaustion of Trade Mark Rights—Working document from the Commission Services (9 December 1999); Michael Hassemer, Bericht Erschöpfung der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts aus rechtsvergleichender Sicht—Diskussionsbericht über die Arbeitssitzung der Fachgruppe für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf der Tagung für Rechtsvergleichung am 24. September 1999 in Freiburg i. Br., GRUR Int. 2000, S.624-627.

その中で最新の調査報告が、Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper—Possible abuses of trade mark rights within the EU in the context of Community exhaustion (21 May 2003) である。その結論部分はこう述べる。

「[諮問に応えた経済系シンクタンクである] NERA の調査によれば大きな効果ではないことが示唆されているとはいえ、[域内のみの消尽原則をやめ] 国際消尽原則を導入した場合と比較すれば、[現状では] いくつかのブランド品の価格が高くなっているということがあるかもしれない。しかしながら、[いずれにせよ、] そのような価格設定が、EC 条約 82 条、86 条 1 項の意味での優越的地位の濫用 (abuse of dominant position) にあたるとは、およそ考えられない。

本報告をまとめるにあたって行われたさまざまな調査の結果、欧州委員会としては、[域内のみでの消尽原則を採る] 現在の法制度の下での EU 域内での商標権の濫用に関しては、何らの欠陥も見出すことができなかった」(pp.17-18)。

これらは、[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/indprop/tm/index.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/tm/index.htm) ですべて入手することができる。また、こうした検討と並行して制定された著作権等斉一化指令においても、頒布権 (Distribution right) について域内のみでの消尽が改めて明記された (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ L 167 22.06.2001 p. 10), Article 4.2 & Preamble (28))。なお、こうした動きに関するまったくの誤解を示す文献として、石黒一憲「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 145」貿易と関税 2003 年 7 月号 56 頁、61 頁以下がある。

(21) 1998 年のシルエット判決 (前出註 (15)) 以降の判例は、次のように発展している。まず、欧州経済圏域内で商標権が消尽するとされるためには、権利者の同意の下に域内で流通に置くことが要件となっているところ (Article 7 (1), Directive 89/104/EEC), 域内での独占権を放棄するという重大な結果に照らせば、そのような同意は、「そうした権利を放棄する趣旨を議論の余地なく示す程度に」明示される必要がある (ECJ, 20 Nov. 2001, ECR I-8691—Davidoff/Levi Strauss)。また、その同意は個々の特定された商品に対してなされる必要があり、そうでない商品については商標権が消尽しない。したがって、たとえそれが消尽した商品と同一 (identical) のものであっても、域外からの並行輸入を阻止できる (ECJ, 1 July 1999, ECR I-4103, para.18-22—Sebago)。このような基準によれば、製造地制限や下請制限の条項に反する場合はもとより、単に予定生産量を超えて生産された商品についても、実質的差異の有無を問わず、輸入についての同意がなく、商標権侵害だとされよう。というより、権利者の管理下にある流通ルートを通じて輸入される場合以外には、商標商品の輸入は法的にほぼ不可能ということになるであろう。これらについても、参照、鞠子・前出註 (2) 602 頁以下。

(22) 高部・前出註 (12) 169-170 頁は、フレッド・ペリー最高裁判決が「米国の品質管理の考え方と同様、品質に対する商標権者のコントロール (品質管理) という観点から

- 強調している」とする（強調は筆者）。なお、アメリカ商標法に学んだ本稿の先行業績として、伊藤和生「商標権と並行輸入—商標権者と消費者の利益較量を中心として」中央大学大学院研究年報 33 号（2004 年）209 頁がある。
- (23) ただし、J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2005) はしばしば判決文中に引用されるので、Jerome Gilson, *Trademark Protection and Practice* (2005) とともに、“McCarthy”, “Gilson-Trademark” として該当箇所を挙げる。
- (24) 15 U.S.C. § 1114 (1) (a) (2005).
- (25) 15 U.S.C. § 1124 (2005). 原文は一文で書かれているが、訳文は段落を区切ってある。なお、この条項の適用をめぐっては、see, 4 McCarthy § 29.50.
- (26) 15 U.S.C. § 1125 (a) (1) (A) (2005).
- (27) その典型として、*Societe Des Produits Nestle, S.A. v. Casa Helvetia, Inc.*, 982 F.2d 633, 640 (1st Cir. 1992) を挙げることができる。この判決は、前記の 3 つの条文を挙げつつ、「本件においては、すべての道はローマに通ずる。X の主張の支点が〔ランハム法〕 32 条 1 項にありと 42 条 1 項 (a) にありと、またまた 43 条 (a) にありと、責任の有無は、需用者に混同を起こさせるような実質的差異がその種商品にあったか否かに帰する」とする。即ち、そのいずれに拠るとしても結局は後述の「実質的差異」の有無が決め手になる、としたものである。また、*Lever I*, 877 F.2d at 109 も、32 条による判断を導く主要な考慮要素が 42 条についても重要だと説いている。
- (28) 19 U.S.C. § 1526 (a) (2005).
- (29) 関税定率法 21 条 1 項 5 号、同条 2 項以下。商標権侵害物品につき商標権者は申立権限を有するが (21 条の 2 第 1 項)、それに対する不受理 (同 2 項)、認定手続後の通知 (21 条 8 項) 等はいずれも行政処分であって、それに対する不服は、あくまで税関長に職権発動を促す行政事件訴訟となる。(それに関しては、拙稿「関税定率法による知的財産権の保護」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系 27 知的財産関係訴訟法』(1997 年) 618-644 頁参照。) これらの条項が私人間の請求権の根拠となるとは考えられていない。
- (30) *Vivitar Corp. v. U. S.*, 761 F.2d 1552, 1569 (Fed. Cir. 1985)
- (31) 合衆国最高裁の古い判決に、理由を示さず二種の権利行使が可能だとしたものがある。*A. Bourjois & Co. v. Aldridge*, 263 U.S. 675 (1923); 292 F. 1013, 1014 (2d Cir. 1922). しかし今日までこの結論は異論なく認められており、実際にも二種の訴訟を進行した実例がある。即ち、X は、まず、輸入事業者を相手とする訴訟の根拠として関税法 526 条を挙げ、「統合経営」がある場合には水際措置を執らないとする関税規則は私人間の請求権の存否についても適用されるとの理由で敗訴した。*Yamaha Corp. of Am. v. ABC Int'l Traders Corp.*, 703 F. Supp. 1398, 1403-04 (C.D. Cal. 1988), *aff'd in part, rev'd in part on other grounds*, 1991 U.S. App. LEXIS 17882, \*4 (9th Cir. July 30, 1991) (unpublished), *cert. denied*, 502 U.S. 1097 (1992). しかしその後、そのような関税規則は関税法及びランハム法に照らして無効だとして関税当局の職権発動を求め、再度訴えを提起した。後訴裁判所は、X の主張に理解を示しつつも、前訴判決の争点効 (issue preclusion; collateral estoppel) によりその主張を排斥した。*Yamaha Corp. of America v. United States*, 745 F. Supp. 730, 732, 745 F., Supp. 734, 737 (D.D.C. 1990), *aff'd*, 961 F.2d 245, 256 & n.12, *cert. denied*, 506 U.S. 1078 (1993).
- (32) 19 U.S.C. § 1526 (c) (2005).
- (33) 「統合経営」ありとして関税法 526 条による請求権が成立しない場合に商標法による訴えを認めた例として、*Duracell Inc. v. Global Imports, Inc.*, 1989 U.S. Dist. LEXIS 7649, \*5 (S.D.N.Y. July 10, 1989). なお、関連事件につき、参照、原・前出註 (5) 14 頁。
- (34) 2003 年 2 月までは、財務省 ((Treasury Department) の一部であった。*Gilson*, 1 Trademark, § 4.05[1][a] (2005).
- (35) *Lever Bros. Co. v. U. S.*, 981 F.2d 1330 (D.C. Cir. 1993) (*Lever II*) は、関税当局が定めた施行規則 (関税規則) がランハム法 42 条に反し、そのため商標権者に不利な方向で運用されているとした。これを受け、関係規則が改正された。See, 64 Fed. Reg. 9058 (Feb. 24, 1999); 19 CFR § 133.23 (a) (3) (2005); 4 McCarthy § 29.50. その内容については、後出註 (43) をも参照。なお、高部・前出註 (12) 169 頁は、後出の *Shell Oil* 判決 (註 (96)) を受けて改正されたとするが、やや不正確である。
- (36) *K Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 485 U.S. 176, 189-191 (1988). 国際貿易裁判所 (Court of International Trade) が排他的な管轄を持つとの主張を排斥した。
- (37) 19 U.S.C. § 1337 (a) (1) (C) (2005).
- (38) 28 USC § 1295 (a) (6) (2005).
- (39) その例として、*In the Matter of Certain Bearings and Packaging thereof*, 2004 ITC LEXIS 473, \*\*35-39 (Int'l Trade Comm'n June 30, 2004) がある。これは、並行輸入に関する「実質的差異」が物理的な差異のある場合に限るのか否かにつき各巡回区控訴裁判所の先例を慎重に比較検討した上、連邦巡回控訴裁判所の判例 (*Gamut Trading Co. v. ITC*, 200 F.3d 775 (Fed. Cir. 1999)) に従って、物理的な差異がある場合に限らないとの判断を行ったものである。See, *SKF USA Inc. v. ITC*, 423 F.3d 1307, 1312 (Fed. Cir. Sep 14, 2005)
- (40) 民事的請求の他の根拠については、see, 2-5 *Gilson - Trademark* § 5.10A [1][a]. 参照、原・前掲論文 (下) (前出註 (5)) NBL351 号 22 頁, 25 頁。
- (41) *A. Bourjois & Co. v. Katzel*, 275 F. 539, 543 (2d Cir. 1921), *rev'd*, 260 U.S. 689, 692 (1923).
- (42) *K Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 486 U.S. 281, 303 (1988) (Brennan, J., concurring) (*K Mart II*).
- (43) 以下の本文の記述は関税法 526 条に基づく請求権についてであり、その基礎は 1988 年の合衆国最高裁 *K Mart II* 判決 (*id.*) である。もっとも、同判決は同条に関する

税関当局の解釈の当否を判断しただけであり、ランハム法 42 条が重畳的に税関当局の判断余地を狭めるか否かについては判断していなかった (*id.* at 290 n.3; *Lever I*, 877 F.2d at 108; *Lever II*, 981 F.2d at 1332 n.4; see, 4 McCarthy §§ 29.40; 29.49), しかし DC 巡回区控訴裁判所は、税関の水際措置に際してはランハム法 42 条をも適用すべきであり、内外商品に「実質的差異」のある場合は輸入を認めるべきでない、とした (*id.* at 1338)。この判決を受けて税関規則が改正され、今日では、たとえ「統合経営」がある場合でも内外商品に「実質的差異」のある場合は輸入規制品として扱われている（その経緯については前出註 (35) 参照）。ただし、実質的差異があり合衆国商標権者の許諾を得ていない旨を「明瞭かつ読み易く」表示することで解放される余地を認めている (19 CFR § 133.23 (d) (3), (e) (2005)) 点で、依然として判例の趣旨が徹底していない。しかしそれは、ランハム法の問題である。

(44) 19 CFR § 133.23 (a) (2) (2005).

(45) *K Mart II*, 486 U.S. at 292-93, quoting *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-843 (1984); *Board of Governors, FRS v. Dimension Financial Corp.*, 474 U.S. 361, 368 (1986). 行政機関に権限を与えた法律の解釈に際しては、(1) 議会が明確な意味を与えているときはそれによる、(2) しかしそれが不明確な場合は行政解釈を尊重するというのが *Chevron* 判決の樹立した準則であり、(2) を強調するのが *Board of Governors* 判決である。

(46) 19 CFR § 133.21 (c) (3) (1987).

(47) *K Mart II*, 486 U.S. at 293-94.

(48) 19 CFR 133.2(d)(2) (2005). なお、「共通の所有下にある」とは、個別にまたは総体的に過半の資本を掌握していることである (19 CFR 133.2 (d) (1) (2005)).

(49) *United States v. Eighty-Nine (89) Bottles of "Eau de Joy"*, 797 F.2d 767, 772 (9th Cir. 1986); *J. Atkins Holdings Ltd. v. English Discounts, Inc.*, 729 F. Supp. 945, 953 (S.D.N.Y. 1990); *Ahava (USA) Inc. v. JWG Ltd.*, 250 F.Supp. 366, 371 (S.D.N.Y. 2003).

(50) *Vittoria N. Am. L.L.C. v. Euro-Asia Imports, Inc.*, 278 F.3d 1076, 1084-85 (10th Cir. 2001). 自転車用タイヤについての商標“Vittoria”に関わる事案。

(51) *United States v. Eighty-Three Rolex Watches*, 992 F.2d 508, 510, 516 (5th Cir. 1993).

(52) *Weil Ceramics & Glass v. Dash*, 878 F.2d 659, 662 (3d Cir.1989); *Yamaha Corp. of America v. ABC Intern. Traders, Inc.*, 1991 U.S. App. LEXIS 17882, \*4 (9th Cir. April 2, 1991) (unpublished).

(53) *Osawa & Co. v. B&H Photo*, 589 F. Supp. 1163 (S.D.N.Y. 1984) では、30%の出資では足りないとされた。

(54) *Eighty-Nine (89) Bottles of "Eau de Joy"*, 797 F.2d at 771; *Vittoria N. Am. L.L.C.*, 278 F.3d at 1084.

(55) 関税法 526 条についての税関当局の解釈を表した施行規則の規定は、法執行 (enforcement) にあたる行政

機関としての解釈を示しただけであり、同条に基づく私権の限界を画するものではない。第 2 巡回区控訴裁判所などは、この旨を明言する。*Vivitar Corp. v. United States*, 761 F.2d 1552, 1569 (Fed. Cir. 1985); *Olympus Corp. v. United States*, 792 F.2d 315, 320 (2d Cir. 1986); *Original Appalachian Artworks, Inc. v. Granada Electronics, Inc.*, 816 F.2d 68, 71 (2d Cir. 1987); *Dial Corp. v. Encina Corp.*, 643 F. Supp. 951, 955-56 (S.D. Fla. 1986). 合衆国最高裁 *K Mart II* 判決も、法執行当局としての税関の解釈が *Chevron* 原則の下では一定限度で許容できるとしたのみであり（前出註 (45) 参照）、私権の限界には触れていない。*Yamaha Corp. of Am. v. United States*, 961 F.2d 245, 256 n.12 (D.C. Cir. 1992). 少なくとも、ランハム法に基づく私権の限界が関税規則によって左右されるものでないことは、*Lever I*; *Lever II* により先例となっている。（この点については、前出註(35)(43)参照。*Restat 3d of Unfair Competition*, § 24 e) それゆえ、1999 年の関税規則改正によって「政策が転換した」という荒木・前出註 (5) 172 頁の理解は、当を得ないものである。*Chevron* 原則の文脈からすれば当然のことであるが、最近の合衆国裁判所はいずれも関税規則とは無関係に法解釈を遂行しており、関係条項が判決文で引用されることもない（後出註 (62) の諸判決を参照）。国際貿易委員会ですら、関税規則如きには頓着しない（前出註 (39) 所掲の決定を参照。）しかも、関税規則はランハム法 32 条には関わらないから、その意味でも、同規則は単に一斑に過ぎず、アメリカ商標法という全豹を示すには遠いものである。

(56) 内外の権利者間にそうした関係のないことから関税法 526 条に基づく請求を簡単に認めた最近の例として、*Ahava*, 250 F.Supp. at 370-71.

(57) 以下に紹介する *Nestle* 判決は、今日では、この件に関する画期的判決と呼ばれる。2-5 *Gilson - Trademark* § 5.10A [3].

(58) *Nestle*, 982 F.2d at 636.

(59) *Id.* at 638-39, citing *Lever I*, 877 F.2d at 109-10（「単にそうした〔内外商標権者が同一であるという〕両社の関係から権利侵害がないと推認することは、合衆国商標権者が外国で製造を許諾したことから国内への輸入に同意したと推認するのと同様、当を得ない……」）.

(60) *Nestle*, 982 F.2d at 638.

(61) *Id.* at 641.

(62) *Original Appalachian Artworks*, 816 F.2d at 73 (2d Cir.); *Martin's Herend Imports v. Diamond & Gem Trading USA*, 112 F.3d 1296, 1301-02 (5th Cir. 1997); *Iberia Foods Corp. v. Romeo*, 150 F.3d 298, 302-03 (3rd Cir. 1998); *Gamut Trading Co. v. ITC*, 200 F.3d 775, 779-80 (Fed. Cir. 1999); *Davidoff & Cie, S.A. v. PLD Int'l Corp.*, 263 F.3d 1297, 1302 (11th Cir. 2001).

控訴裁判所自身に適切な先例がない場合も、以下のように、管内の地区裁判所がこれを認めるのが一般的である。  
< 6th Cir. >

*Abercrombie & Fitch v. Fashion Shops of Kentucky, Inc.*, 363 F. Supp. 2d 952, 963-64 (S.D. Ohio 2005)  
< 7th Cir. >

*PepsiCo, Inc. v. Nostalgia Products Corp.*, 1990 U.S. Dist. LEXIS 18990, \*7 (N.D. Ill. 1990); *Philip Morris, Inc. v. Allen Distribs., Inc.*, 48 F. Supp. 2d 844, 852-53 (S.D. Ind. 1999)

< 9th Cir. >

*Summit Tech. v. High-Line Medical Instruments Co.*, 922 F. Supp. 299, 309-10 (C.D. Cal. 1996) (*dictum*); *PepsiCo, Inc. v. Pacific Produce, Ltd.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12085, \*\*6-7 (D.Nev. May 4, 2000); *PepsiCo, Inc. v. Reyes*, 70 F. Supp. 2d 1057, 1059 (C.D. Cal. 1999); *Grupo Gamesa S.A. De C.V. v. Dulceria El Molino*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 13193, \*\*5-6 (C.D. Cal. Apr. 9, 1996).

< 10th Cir. >

*Pepsico, Inc. v. Longmont Packing, Inc.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 12811, \*\*5-6 (D. Colo. July 30, 1999); *Bayer Healthcare LLC v. Nagrom, Inc.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 19454 (D. Kan. Sept. 7, 2004)

リステイトメントも、次のように述べてこの基準が普遍的だとする。

「外国商品と国内商品に実質的差異があるという事実は、国内商標権者に〔独自の〕業務上の信用 (good will) があり、それは外国の生産者のとは異なるということを示すものである。それゆえ、そのような並行品 (gray market goods) を輸入することは、国内商標権者の権利を侵害する」Restat 3d of Unfair Competition, § 24 f.

- (63) *Gamut Trading*, 200 F.3d at 777, 781-82. 「クボタ」のトラクターに関する事案。
- (64) *Lever II*, 981 F.2d at 1331-32.
- (65) *Helene Curtis, Inc. v. National Wholesale Liquidators*, 890 F. Supp. 152, 159-60 (E.D.N.Y. 1995).
- (66) *Nestle*, 982 F.2d at 643. それ以外にパッケージや品質管理について相違のあることも認定されている。後者については後述。
- (67) *Ferrero U.S.A., Inc. v. Ozak Trading, Inc.*, 753 F. Supp. 1240, 1244, 1247 (D. N.J. 1991), *aff'd without opinion*, 935 F.2d 1281 (3d Cir. 1991).
- (68) *Grupo Gamesa*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 13193 at \*\*6-7.
- (69) *Martin's Herend*, 112 F.3d at 1302.
- (70) *Dial Corp. v. Encina Corp.*, 643 F. Supp. at 954-55 (S.D. Fla. 1986). Y 側の略式判決手続申立を排斥。
- (71) *Original Appalachian Artworks, Inc. v. Granada Electronics, Inc.*, 640 F.Supp. 928, 929-30 (S.D.N.Y. 1986), *aff'd*, 816 F.2d at 70.
- (72) *Original Appalachian Artworks*, 816 F.2d at 73.
- (73) *Helene Curtis*, 890 F. Supp. at 159.
- (74) *Grupo Gamesa*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 13193 at \*8.
- (75) *PepsiCo v. Reyes*, 70 F. Supp. 2d at 1059; *PepsiCo v. Pacific*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12085 at \*\*7-8; *Pepsico v.*

*Longmont*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 12811 at \*7.

- (76) *Bayer Corp. v. Custom Sch. Frames, LLC*, 259 F. Supp. 2d 503, 504-05 (E.D. La. 2003); *Bayer Healthcare LLC*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 19454 at \*3; *Novartis Animal Health US, Inc. v. Abbeyvet Exp. Ltd.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 14264, \*\*6-8 (S.D.N.Y. July 12, 2005). いずれも、英国向け動物用ノミ取り薬 (animal flea control preparations) をウェブ・サイト上でアメリカ向けに販売した事案。
- (77) *PepsiCo v. Nostalgia*, 1990 U.S. Dist. LEXIS 18990 at \*4; *PepsiCo v. Reyes*, 70 F. Supp. 2d at 1059; *Pepsico v. Longmont*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 12811 at \*8; *PepsiCo v. Pacific*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12085 at \*8.
- (78) *Bayer Corp.*, 259 F. Supp. 2d at 509; *Bayer Healthcare LLC*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 19454 at \*13.
- (79) *Philip Morris v. Allen*, 48 F. Supp. 2d at 848, 853
- (80) *Philip Morris v. Allen*, 48 F. Supp. 2d at 853; *Grupo Gamesa*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 13193 at \*8-9; *PepsiCo v. Pacific*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12085 at \*8; *Bayer Corp.*, 259 F. Supp. 2d at 508-09; *Bayer Healthcare LLC*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 19454 at \*13.
- (81) *PepsiCo v. Nostalgia*, 1990 U.S. Dist. LEXIS 18990 at \*4.
- (82) *Iberia Foods*, 150 F.3d at 303. なお、この事件での輸出地はプエル・トリコであり、「並行輸入」に関する事件に分類できるか否かには問題がある。しかし、判決自身、同じ基準が並行輸入品に限らず純粋な国内流通品にも適用されるべきだとの立場であり (Id. at 302), このように引用することに問題はないと思われる。
- (83) *Weil Ceramics*, 878 F.2d at 672.
- (84) もちろん、流通経路の途上で生産者がどのような方法で品質保持を図っているかを知る顧客は少ないであろうし、そもそもそのような努力を生産者が払っているということ自体、多くの顧客は知らないかもしれない。しかし、それはここでの立論とは関係がない。「商品がどのような経路をたどってスーパーの棚に到達したのか、消費者は正確に知らないかもしれない。だが、侵害疑義物品に正規の商標が付されているというまさにその事実が、その性状や品質を厳密に指し示すものとなるのである」。*Iberia Foods*, 150 F.3d at 303.
- (85) *Davidoff*, 263 F.3d at 1301.
- (86) 「X は、Y の輸入した陶器が自らの輸入する陶器と比較して等級や品質において劣るから実質的差異があるのだと当審で主張する。もしそうであったならば、商標権侵害という X の主張に強力な論拠が提供されたであろう。《引用省略》だが、記録によればそのような事実は認められないのであり、当裁判所は、Y が輸入した陶器には X の輸入した陶器と何ら大きな違いがない (essentially identical) との推認に基づいて判決するほかはない」(強調は筆者)。*Weil Ceramics & Glass*, 878 F.2d at 668 n.11.
- (87) *NEC Electronics v. CAL Circuit Abco*, 810 F.2d 1506, 1508-09 (9th Cir. 1987). 「たとえ同一の製品を国内価格より安い値で外国で売ったとしても、その選択は X の自由

- (its business) である。だが、合衆国の市場を外国から隔離したり国際貿易の機能を喪失させたりするようなことを、合衆国商標法に期待してはならない」。 *Id.* at 1511.
- (88) *Am. Circuit Breaker*, 406 F.3d at 578, 580. X 製品が黒、Y 製品がグレーだったほかは、まったく相違がなかった事案。「本件における大量の訴訟記録は、Y の販売した回路遮断機の性質に関わる……。延々としたやり取りのあげく、両当事者は、[X の] 黒の遮断機と [Y の] グレーの遮断機の間で事質的相違がない、……との訴訟上の合意に達した。……かくて XY 間の訴訟上の合意の結論は、Y から遮断機を購入する消費者は [X が供給するのと] まったく同じ経路遮断機を得るのであり、仕様においても品質においても、X から購入する場合と選ぶところがない、ということである。……混同を来すどころか、グレーの STAB-LOK マークの回路遮断機を購入する消費者は、自らが期待したまさにその通りのものを手にすることになる。…… [それゆえ] 本件において欠けているのは、X の業務上の信用 (goodwill) を損い、消費者に『法的意義での混同』を惹起させるような、権利侵害の証拠である」。 *Id.* at 585-86 quoting *Iberia Foods*, 150 F.3d at 303; *Nestle*, 982 F.2d at 637.
- (89) *SKF USA Inc. v. ITC*, 423 F.3d at 1315.
- (90) *Nestle*, 982 F.2d at 642-43.
- (91) *Ahava*, 250 F.Supp. at 368, 370 (ウェブ・サイトを通じて販売した事案); *Philip Morris v. Allen*, 48 F. Supp. 2d at 848-53.
- (92) *Bell & Howell : Mamiya Co. v. Masel Supply Co.*, 548 F. Supp. 1063, 1079 (E.D.N.Y. 1982), *vacated on other grounds*, 719 F.2d 42 (2d Cir. 1983). 「この国で MAMIYA マークが指し示すのは、[本国の商標権者ではなく] まさに X による保証と品質保障である」。
- (93) *Goldic Elec., Inc. v. Loto Corp.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 18594, \*\*15-17 (S.D.N.Y. Dec. 27, 2000). 中国語の電子辞書に関する事件。X の主張によれば、X はユーザ・サポートのため技術者を養成し正規販売店に配置していたが、Y はそうした技術者を雇わず、顧客から修理依頼やクレームがあると正規代理店に行くよう指示していた。そのような事実があれば差止命令発給の可能性があると、Y の略式判決手続申立を却下。
- (94) *Montblanc-Simplo GmbH v. Staples, Inc.*, 172 F. Supp. 2d 231, 239, 241 (D. Mass. 2001).
- (95) *Iberia Foods*, 150 F.3d at 304.
- (96) *El Greco Leather Products Co. v. Shoe World, Inc.*, 806 F.2d 392, 395 (2d Cir. 1986); *Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc.*, 928 F.2d 104, 107 (4th Cir. 1991). これは、既に一般的に認められたアメリカ商標法の基本原則だと言ってよい。事案の解決に不可欠な説示のみを捨っても、多くの巡回区で異論なく認められている。*Polymer Technology Corp. v. Mimran*, 975 F.2d 58, 62 (2d Cir. 1992); *Warner-Lambert Co. v. Northside Dev. Corp.*, 86 F.3d 3, 6-7 (2d Cir. 1996); *Nestle*, 982 F.2d at 643; *Ford Motor Co. v. Cook*, 1995 U.S. App. LEXIS 10133, \*3 (7th Cir. May 3, 1995); *United States v. Farmer*, 370 F.3d 435, 441 (4th Cir. 2004); *3M v. Rauh Rubber*, 943 F. Supp. 1117, 1128-29 (D. Minn. 1996); *Ford Motor Company v. Lloyd Design Corp.*, 184 F.Supp.2d 665, 676-77 (E.D. Mich. 2002); *Too, Inc. v. TJX Companies, Inc.*, 229 F.Supp.2d 825, 832 (S.D. Ohio 2002). 抽象論として賛同するものを加えれば、この原則は、判断の機会があったすべての巡回区で認められていると言える。*Weil Ceramics & Glass*, 878 F.2d at 668 n.11; *Rey v. Lafferty*, 990 F.2d 1379, 1392 n.10 (1st Cir. 1993); *Intel Corp. v. Terabyte Int'l*, 6 F.3d 614, 618 (9th Cir. 1993); *Enesco Corp. v. Price/Costco Inc.*, 146 F.3d 1083, 1087 (9th Cir. Cal. 1998).
- (97) *Nestle*, 982 F.2d at 641; *Gamut Trading*, 200 F.3d at 779-80; *Philip Morris v. Allen*, 48 F. Supp. 2d at 852-53; *Montblanc-Simplo*, 172 F. Supp. 2d at 239-40; *Bayer Corp.*, 259 F. Supp. 2d at 508-09; *Bayer Healthcare LLC*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 19454 at \*\*11-13; *Abercrombie & Fitch*, 363 F. Supp. 2d at 964-65.
- (98) したがって、品質管理システムから漏れ出る商品を商標権者自ら相当数供給したような場合は、保護範囲が縮減する。See *SKF USA Inc. v. ITC*, 423 F.3d at 1315.
- (99) *Iberia Foods*, 150 F.3d at 304; *R. J. Reynolds Tobacco Co. v. Premium Tobacco Stores Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 19546, \*8 (N.D. Ill. Nov. 15, 2000).
- (99-1) *Iberia Foods*, 150 F.3d at 304-05.
- (100) *Polymer Technology Corp. v. Mimran*, 975 F.2d at 80-81 は、コンタクト・レンズ用液 (contact lens solution) に関する事件で、商標権者が販売過程での品質基準の遵守を監視していない場合は、正規代理店と非正規店の販売商品の間に「実質的差異」があるとはいえないとした。*Warner-Lambert*, 86 F.3d at 6-7 は、咳止めドロップ “HALLS” につき、18 ヶ月の消費期限を過ぎた商品を Y が供給しているかどうかは事実審理により決すべき問題だとして、予防的差止命令の発給を拒否した第一審判決を破棄した。
- (101) *R. J. Reynolds Tobacco Co. v. Premium Tobacco Stores Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 19546 at \*10. X の開示制限命令 (protective order) 申立てに対し、少なくともそれらの事項については Y による開示手続 (discovery) の遂行が許容されるべきだとした。
- (102) *Helene Curtis*, 890 F. Supp. at 157-58. イスラエル (死海) 産のビューティ・ケア、ヘルス・ケア製品に関して、並行品が商標権者の品質管理システムに乗らないことから商標権侵害としたものとして、*Ahava*, 250 F.Supp. at 368, 370.
- (103) *John Paul Mitchell Sys. v. Pete-N-Larry's*, 862 F. Supp. 1020, 1026-27 (W.D.N.Y. 1994). 並行輸入ではない国内流通のみの事案 (*id.* at 1024).
- (104) *Matrix Essentials, Inc. v. Emporium Drug Mart, Inc.*, 988 F.2d 587, 591-92 (5th Cir. 1993). X は、シャンプー

などヘア・ケア製品を自社の教育を受けた専門販売員 (cosmetologist) の常駐する店舗を通じてのみ販売するとの方針で、その教育などに多額の投資もしていたが、Y は流通過程で購入した X 製品を専門販売員のいないスーパーなどに卸売した。裁判所は、専門販売員の常駐する店でも顧客はその助言などを受けずに自由に購入することができるようになっていたから、専門販売員による助言が正規品の不可欠の要素になっているとはいえないとして、Y を勝訴させた原判決を是認した。なおこれは並行輸入の事例ではないが、*NEC, El Greco* などを頻繁に引用しており、判断基準は同一と見られる。同一原告の多くの類似事件で同様の結論が出されているが (e.g., *Matrix Essentials v. Cosmetic Gallery*, 870 F. Supp. 1237, 1251-53 (D. N.J. 1994)), 被告側の略式判決手続 (summary judgement) の申立てを排斥したのもある (*Matrix Essentials, Inc. v. Karol*, 1992 U.S. Dist. LEXIS 8699, \*\*14-16 (N.D. Ill. June 17, 1992))。

(105) *Martin's Herend*, 112 F.3d at 1302.

(106) 事実、高級陶器製人形の国内での流通につき、パッケージを変えただけでは商品そのものが変わったわけではないから「実質的差異」が生じたことにはならず、破損に対する耐久性に劣ることになったとしても需用者の認識に照らせば結論を左右しないとされた。*Enesco*, 146 F.3d at 1087.

(107) 「[Y 代表者] A の証言録取書によれば、『われわれが売るもののうち少なくとも半分は彼ら〔正規代理店〕が売っていないものだ』というのである。〔事実、〕販売品のいくつか、たとえばホロホロチョウとウサギをかたどった置物などは、X が販売している物品とまったく異なる。他にも、X が用意しているのと異なる描画パターンや色遣いをしたものがある」。 *Martin's Herend*, 112 F.3d at 1302.

(108) *Ferrero*, 753 F. Supp. at 1242, 1247.

(109) *Davidoff*, 263 F.3d at 1303-04. Y の入手経路が認定されていないため外国で購入したのか否かが不明であり、並行輸入と言えるかどうか微妙な事案だが、同判決は、並行輸入であってもなくても考え方を変える必要はない、との立場である (*Id.* at 1303 n.5)。

(110) *Nestle*, 982 F.2d at 636; *Davidoff*, 263 F.3d at 1301; *Montblanc-Simplo*, 172 F. Supp. 2d at 235; *Helene Curtis*, 890 F. Supp. at 158.

(111) *Lever I*, 877 F.2d at 108.

(112) *El Greco Leather Products*, 806 F.2d at 395-96.

(113) *Monte Carlo Shirt, Inc. v. Daewoo Intern.*, 707 F.2d 1054, 1057-58 (9th Cir. 1982). カリフォルニア州法による未登録商標権に関する事案だが、ランダム法上の商標権を含め、商標権の効力一般を論ずる際にしばしば引用される。

(114) X による品質確保のための措置は製造工程の監視で尽きており、Y が出荷した製品は X や消費者の手に触れることなくポリバッグに包装された状態で消費者の手許に届くのが通常であるうえ、Y' 販売品に対して需用者から苦情が寄せられたこともなかった。 *Id.* at 1058 n.5.

(115) *Holford USA v. Cherokee, Inc.*, 864 F. Supp. 364, 373-74 (S.D.N.Y. 1994). 製造を委託した商標権者が生産者に対する発注を取り消したことが契約違反に当たるか否かが争われた事例で、先決問題としての商標権侵害の成否について判断事案。製品の品質に問題のなかったことを商標権者も認めていることから、第2巡回区控訴裁判所ではなく第9巡回区控訴裁判所の先例によるべきだとした。第2巡回区控訴裁判所自身、後の事件でこれを一般論として認め、並行輸入が問題とならない事案において、商標権者の品質管理権と無関係な場合には商標を付して物品を販売することに問題はなく、ただ単に商標権者の正規販売組織網 (authorized sales network) の一員であるかのような誤解を与えないようにすれば足りる、とする。 *H.L. Hayden Co. v. Siemens Medical Systems, Inc.*, 879 F.2d 1005, 1023-24 (2d Cir. 1989) citing *Monte Carlo Shirt*, 707 F.2d at 1058.

(116) *Abercrombie & Fitch v. Fashion Shops*, 363 F. Supp. 2d at 954.

(117) *Id.* at 966.

(118) *Id.* at 962-63.

(119) *Id.* at 959-61 repeatedly citing *El Greco Leather Products*, 806 F.2d at 393-96.

(120) *Sasson Jeans, Inc. v. Sasson Jeans, L.A., Inc.*, 632 F. Supp. 1525, 1526, 1528-29, n.2 (S.D.N.Y. 1986). 商標権者 X は、製造事業者 Y との間の衣類 (ジーンズ) の継続的供給契約を解消したが、その際、既に生産済みで合衆国内に到着していた製品、及び海外で生産中の製品につき、X 側の書面による同意がなければ出荷してはならないとしていたにもかかわらず Y が無断で出荷したとして提起した訴え。裁判所は、契約解消時の合意によれば海外生産品に X の商標を付して合衆国内で販売すること自体は許容されており、たとえそれが流通したとしても「商標の同一性や評価を損なうことにはならない」として、X は Y の販売行為につき契約違反を追及することはできても商品の存在自体について商標権侵害を問うことはできない、とした。

(121) *Diamond Supply Co. v. Prudential Paper Products Co.*, 589 F.Supp. 470, 475 (S.D.N.Y. 1984). ノートやタイプ紙など紙製品に関する事案。Y が流通させた商品は X の正規品と同一であるか品質の面で同等だ (either identical or qualitatively equivalent) との認定が前提になっている。

(122) 海外下請業者が数量を超えて生産した衣類が並行輸入された事案で、商標権者の品質管理システムから漏れていたことを認定して商標権侵害だとした事例として、 *Liz Claiborne, Inc. v. Mademoiselle Knitwear*, 13 F. Supp. 2d 430, 444-45 (S.D.N.Y. 1998).

(123) このほか、 *Ballet Makers, Inc. v. United States Shoe Corp.*, 633 F.Supp. 1328, 1335 (S.D.N.Y. 1986) は、二重ライセンスの事案で、契約上商標権者が品質を管理することになっていたことを理由に、第一ライセンサーから第二ライセンサーに対する商標権侵害の主張を排斥する。

- (124) 特許についての学説を参考に宮脇・前出註 (12) 890 頁が挙げる例である。
- (125) *Adolph Coors Co. v. A. Genderson & Sons, Inc.*, 486 F.Supp. 131, 136 (D. Colo. 1980).
- (126) *Id.* at 132-34.
- (127) *Shell Oil v. Commercial Petroleum*, 928 F.2d at 106, n.1, n.2.
- (128) *Id.* at 107 repeatedly citing *El Greco Leather Products*, 806 F.2d at 392, 395-96.
- (128-1) *Id.* at 108.
- (129) *Prestonettes, Inc. v. Coty*, 264 U.S. 359, 368-69 (1924). ただし具体的事案との関係では、Y の製品であり Y は X と無関係なことが明示され、商標が単に記述的に用いられているに過ぎないとして、商標権侵害を認めた原判決を破棄差戻。
- (130) 以上につき, see, 4 McCarthy § 25.42.
- (131) *Intel v. Terabyte*, 6 F.3d at 616. 正確には、そのように改変を加えられた製品を第三者から購入して販売していた、と Y は主張している。
- (132) *Id.* at 618 citing *El Greco Leather Products*, 806 F.2d at 395; *Shell Oil v. Commercial Petroleum*, 928 F.2d at 107.
- (133) *Intel v. Terabyte*, 6 F.3d at 619-20.
- (134) *Id.* at 620.
- (135) *Champion Spark Plug Co. v. Sanders*, 331 U.S. 125, 126 (1947).
- (136) *Id.* at 129-30.
- (137) *Nitro Leisure Prods., L.L.C. v. Acushnet Co.*, 341 F.3d 1356, 1358, 1362 (Fed. Cir. 2003).
- (138) *Id.* at 1366. (Newman, J., dissenting).
- (139) *Champion Spark Plug*, 331 U.S. at 129.
- (140) *Rolex Watch USA, Inc. v. Meece*, 158 F.3d 816, 825 (5th Cir. 1998); *Rolex Watch, U.S.A., Inc. v. Michel Co.*, 179 F.3d 704, 709-10 (9th Cir. 1999); *Cartier v. Symbolix, Inc.*, 386 F.Supp.2d 354, 359 (S.D.N.Y. June 1, 2005). 第 9 巡回区控訴裁判所は、たとえ補修品、再生品といった表示を付加しても商標権侵害の廉を免れない程度に至っていると断言する。なお、やや古いのが、時計のケースまで交換したという事案で、それはもはや別の製品であって、単にムーブメントが共通しているだけである、とした判決がある。*Bulova Watch Co. v. Allerton Co.*, 328 F.2d 20, 23 (7th Cir. 1964).
- (141) *Champion Spark Plug*, 331 U.S. at 129. この件については、see, 4 McCarthy § 25.40.
- (142) *Karl Storz Endoscopy-Am., Inc. v. Surgical Techs., Inc.*, 285 F.3d 848, 856 (9th Cir. 2002). 略式判決手続 (summary judgement) により Y を勝訴させた原判決を破棄差戻。
- (143) これに関しては、拙稿「アメリカ特許法における権利消尽の法理 (1) (2)」*パテント* 54 巻 10 号 19-26 頁, 11 号 31-42 頁 (2001 年), 及び拙稿「日本国内における特許権の消尽」*牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系 4 知的財産関係訴訟法』* (2001 年) 233-256 頁参照。
- (144) 大阪高判平成 14 年 3 月 29 日平成 13 (ネ) 425 号 [フレッ

ドペリー大阪] は、「商標法がこのように商標の出所表示 (自他識別) 機能の維持に努めるゆえんは、そうすることによって、当該商標により出所として表示された者に対して、当該商標の下に業務上の信用 (グッドウィル) を形成、維持するための努力を促すとともに、築き上げたグッドウィルが他の者によって不法に侵害されないよう保障するためである」と説いている。品質保証機能こそが重要であり、出所表示機能はそれ十全たらしめるための手段だというのであって、品質保証理論の立場からは、極めて正しい説示だというべきである。なお、同判決が次のように説示する部分も、あたかもアメリカの判例を見るが如く思わしめるものがある。

「商標の付された商品に出所表示主体の品質管理機能が及んでいるということが、商標法の当然の前提となっているものと解される。ただし、商品のグッドウィルを維持するためにはその品質の管理が不可欠であるところ、当該商品に、これに付された商標により出所として表示された者の品質管理機能が及んでいることが前提となっているのでなければ、商標法が意図するように、商標の出所表示 (自他識別) 機能を維持することを介して、商品の品質、ひいては当該商標により出所として表示された者のグッドウィルを維持することはできないし、また、需要者にとっても、そのような前提があつて初めて、商品に付された商標に依拠して、購入すべき商品を適切に選別することが可能となり、その結果、産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護しようとした商標法の究極的な目的が達成され得るものと解されるからである。……

以上のように、商標が、その本来の機能を発揮する上では、当該商品に付された商標により出所として明示された者の品質管理機能がその商品に及んでいることが不可欠というべきであるから、当該商品の由来を示す限りにおいて出所表示 (自他識別) 機能が維持されているようにみえる場合でも、出所表示主体の品質管理機能が実質的には当該商品から排除されていると認められるときは、そのような商品に商標を付する行為は、たとえ、それがライセンスシーによってなされたものであるとしても、適法に商標が付されたものということとはできない。……

本件商品は、単に本件ライセンス契約上の債務不履行に係る商品というだけでなく、これに付された商標の出所表示主体の品質管理機能を実質的に排除して製造されたものといわざるを得ない。そして、需要者の観点からみても、そのような商品に付された商標を見て、当該商標が付された商品は出所表示主体が責任をもって製造した (させた) 商品であると誤解してしまうおそれがあるのであるから、かかる商品の流通を防止することは、需要者の利益にもつながるものといえる。

時代の変化に応じた司法的な叡智が洋の東西を問わず同時並行的に発展する現象の一つと見ることができよう。

なお、契約違反を単に内部関係とする見解とも契約違反があれば直ちに商標権侵害とする見解とも異なり、この判決が事案に即応した適切な解決を可能にすることを評価するものとして、参照、的場朝子・本件判批・ジュリスト 1251 号 (2003 年) 200 頁, 202 頁。

- (145) こうした意味での品質保証機能が商標権に内在すること自体は、わが商標法理論でかなり早くから意識されていた。たとえば次の記述を参照。

「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」(網野誠「商標の法的保護をめぐって」(初出 1972 年) 同『商標法の諸問題』(1978 年) 309 頁, 311 頁)。

しかし、近年ではその認識が混乱していること、ましてその法的効果については現に様々な立場があることについては、宮脇・前出註 (12) 879 頁以下、特に 896 頁以下参照。

- (146) *Weil Ceramics*, 878 F.2d at 672. 前出註 (83) に対応する本文を参照。
- (147) *Gorenstein Enterprises v. Quality Care-USA*, 874 F.2d 431, 435 (7th Cir. 1989).
- (148) *Davidoff*, 263 F.3d at 1303. 前出註 (105) と (109) に対応する本文を参照。
- (149) これは、品質保証理論と少し異なり、業務上の信用を一種の財産的権利と見る立場だと言ってよい。欧州連合に関しては、前出註 (2) 所掲の判決のほか、次の説示をも参照。「本件において、……[本訴での審理にあたる] 加盟国裁判所は、X が自らの商品について豪華なイメージ (luxury image) を有しており、相当の声望評価 (reputation) を享受しているのであって、そこには重大な利害関係があるのだということを、考慮に入れなければならない」。ECJ, 11. November 1997, C-349/95, ECR I-6227, para.33 -Loendersloot. なお、相澤英孝「並行輸入—知的財産法と通商法」日本工業所有権法学会年報 19 号 (1995 年) 1 頁, 10 頁以下。
- (150) ヨーロッパのみならずわが国の商標法理論にも多大の影響を及ぼしたバイヤーは、国際消尽原則を説いた 1968 年の論文で、次のように述べていた (Friedrich-Karl Beier, *Territorialität des Markenrechts und internationaler Wirtschaftsverkehr*, in: ders., *Markenrechtliche Abhandlungen*, Köln/Berlin/Bonn/München 1986, S.31-57, S.49, zuerst veröffentlicht 1968. なお、同書に関しては、参照、桑田三郎『国際商標法の諸問題』(1992 年) 408 頁以下)。

「ドイツ、スイス及びオランダの最上級の裁判所は、商標法の目的というものが出所混同 (Herkunftstäuschung) の禁圧にあるということを確認するに留まらず、さらに踏み込んだ説示を行っている。即ち、商標権者が商

標商品の独自の地位 (Alleinvertrieb) を末端の消費者に至るまで保持することなど商標制度の目的ではないのであり、とりわけ関係市場 Absatzmarkte を分割し価格差別を導入することなどは商標権者には許されていないのだ、ということである」(強調は原文)。

その影響下にあるわが国の学説としては、たとえば木棚照一『国際工業所有権法の研究』(1989 年) 303 頁, 桑田三郎「真正商品の並行輸入と商標権の属地性」ジュリスト 500 号 (1972 年) 477 頁, 581 頁参照。

- (151) 東京地判平成 13 年 10 月 15 日 (前出註 (13)) にも、「品質保証機能」への言及がない。
- (152) フレッドペリー事件の事案や流通過程での小分けや改造の事案の処理を「出所表示機能」の阻害という観点で解決しようとする立場もある。そうした行為があると、品質に責任を負うべき「出所表示の主体」を正しく表示できなくなるから商標権侵害に問うことができるのだ、とするのである (参照、田村善之・前掲書註 (10) 158, 471 頁, 小泉・前出註 (14) 21 頁, 茶園成樹・判批・発明 2003 年 2 月号 96 頁, 101 頁)。しかしそのような立場からは、疑義侵害者が小分けや改造といった積極的な作爲に出ない場合、たとえば外国で賞味期限切れのビールを買い集めて並行輸入する行為は、商標権侵害には問えないことになろう。この点では、土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』(1999 年) 503 頁, 512 頁も同旨と見られる。他方、渋谷・前出註 (12) 699 頁以下は、フレッドペリー事件を専ら品質保証機能を害するケースととらえた上で、それに関する最高裁の判旨に賛成する。
- (153) 伊藤・前出註 (22) 217 頁は、『品質』とは何も商品の使用に限ったものではなく、商品に付随する保証条件等のサービスを含めてよい」と正しく指摘する。
- (154) *Intel v. Terabyte*, 6 F.3d at 620.
- (155) 参照、N・グレゴリー・マンキュー (足立等訳)『マンキュー経済学 I ミクロ編』(2000 年) 437 頁。同じ内容を日常言語で平易に説くものとして、参照、原・前掲論文 (中) (前出註 (5)) NBL349 号 19 頁, 27 頁。
- (156) 参照、原・前註所掲 NBL349 号 24 頁。
- (157) この言明は繰り返し何度も判決文に表れており、確定判例の一部と言ってよい。ECJ, 29 September 1998, C-39/97, ECR I-5507, para.28 -*Canon*; 18 June 2002, C-299/99, ECR I-5475, para.30 -*Philips*; 12 November 2002, C-206/01, ECR I-273, para.48 -*Arsenal*; 30 Nov. 2004, C16/03, ECR —, para.38 -*Peak Holding*.
- (158) 辰巳・前出註 215-216 頁は、「近代私法体系が前提としている市場原則の貫徹」の見地から、一度商標権者によりその自由な意思決定において個々の商品が流通に置かれた以上、転々流通する個々の商品そのものの転々流通に係る他人の行為は排除できない、とする。それが本稿のいう品質保証理論を認めないという趣旨だとすれば、アメリカ商標法は、そして本稿では主題的に論じなかったが欧州連合諸国の商標法も、「近代私法体系が前提とし



- ている市場原則」を採っていないことになる。賛成できない。
- (159) フレッドペリー最高裁判決以前に同様の見解を表明していたものとして、参照、的場・前出註(144) 203頁。
- (160) その例として、大阪地判平成8年5月30日判時1591号99頁〔クロコダイル〕がある。また、営業譲渡の例として、大阪地判平成16年11月30日平成15(ワ)11200号〔ダンロップ〕がある。
- (161) 宮脇・前出註(12) 901頁以下は、実際に品質の相違がある場合の最高裁判決の射程が明確でないとするが、この点は当然の前提となっていると見られる。
- (162) 小野・前出註(14) 50-51頁参照。田中・前掲論文(下)(前出註(5)) NBL678号52頁以下も、第一審段階で事案を分析し、つとに同様の結論を下していた。
- (163) 東京地判平成15年6月30日平成15(ワ)3396号〔ボディーグローヴ〕は、仮定的判断として、販売地域制限条項が「通常、商標権者の販売政策上の理由でされたにすぎず、商品に対する品質を管理して品質を保持する目的と何らかの関係があるとは解されない」とするが、そのような経験則があるとは思われない。むしろ、その事案のように、日本国内全域を対象地域とする専用実施権が設定されているような場合には、海外と国内で実質的差異を設けるのが一般的だと思われる。
- (164) 並行輸入問題の嚆矢となったパーカー事件(大阪地判昭和45年2月27日無体裁集2巻1号71頁)は、「パーカー社が米国の市場で拡布している製品と、日本向けあるいは香港向けに輸出している製品とは、仕向け地の消費者の好みに応じた仕様の差異があるわけではなく、また、商品の性質上、保管取扱方法の如何による変質のおそれ等は常識的にまず考えられず、従つて、Yが香港経由で輸入しようとするパーカー社の製品とXが米国から輸入している同社の製品とは、その品質において全く同一である」ことを根拠に並行輸入行為が商標権侵害となるとしているのであつて、本稿の観点からも首肯しうるものである。
- しばしば問題とされるロビンソン・ヘリコプター事件(大阪地判平成2年10月9日無体裁集22巻3号651頁)の事案も、この観点から解決すべきものだったと思われる。即ち、Xの使用許諾の下に実施権者Aが輸入していたヘリコプターの仕様等とYが輸入しようとしたヘリコプターに実質的に差異がないのであれば、商標権侵害とならない。また、Xによる権利行使が使用意思欠缺による権利濫用(参照、拙稿「商標権と周知表示」特許研究18号(1994年)4頁、15頁)となるのであれば、やはり請求が棄却されるべきである。
- (165) その際、注意すべきは、本文で縷説したように、品質保証理論に基づいて商標権の保護範囲を定めると、商標権者側の努力、特に品質管理体制の内実によって、同じような並行輸入であっても権利侵害となったりならなかったりする、ということである。これを疑問視する立場もありうるが、そもそも権利者の努力によって商標権に強弱が生じ、権利範囲が伸縮するのは少しもおかしなことではない。アメリカ商標法の基本的な考え方は、混乱の虞れ(likelihood of confusion)の有無によって権利範囲を画するものであり、それは商標権者の努力によって伸縮する。一般的な解釈論としてわが国がそうした立場を採るべきことを主張するものとして、島並良「登録商標権の物的保護範囲(2・完)」法学協会雑誌114巻5号6号(1997年)956頁以下。
- (166) 中山・前出註(18) 772頁、荒木・前出註179頁以下。後者のアメリカ法理解が当を得ないことについては、前出註(55)参照。
- (167) これに対し、中山信弘「特許製品の並行輸入問題における基本的視座」ジュリスト1094号(1996年)59頁、71頁は、次のように説いている。
- 「商標は自由に選択できるものであり、同じ商品には、世界中で同じ商標を付さなければならない理由はない。アメリカと日本とで、消費者に対して異なったイメージを与えたいのであれば、異なった商標を使用すべきであり、あえて同じ商標で国際戦略を展開している以上、並行輸入によって国ごとの商標のイメージ差が希釈されてしまうことは甘受しなければならない。
- しかしながら、内外で実質的差異がある商品を区別する方策として、商標権者が国内の商標を変えるというのは、唯一の策ではない。並行輸入業者が別の商標をつける方が、はるかに簡便である。商標を変えたところで、市場での競争が妨げられるわけではない。そして、並行輸入業者は当該商標に関して何の投資もしておらず、業務上の信用をまったく蓄積していないのが通常であるから、商標を変えたところで大きな負担ではない。これに対し、内国商標権者に商標を変更する負担を課すのは、当該権利者のみならず、社会経済的にも大きな損失である。
- 実際、アメリカには、そのような例もある。たとえば、互換部品を自らの商標の下に製造販売するのであれば、それは自らの業務上の信用を構築しようとするのであるから、何ら差し支えない。Mueller Co. v. United States Pipe & Foundry Co., 351 F. Supp. 2d 1, 3 (D. N.H. 2005)は、この点を決定的な理由に、並行輸入に関する他の先例と当該事件の事案を識別(distinguish)する。
- (168) アメリカでは、並行品について特別な表示が州法で義務づけられていることがある(e.g., NY CLS Gen Bus § 218-aa(2005); Cal Civ Code § 1797.81 (2005))。しかしそれらは、当然のことながら、連邦法たる関税法526条やランハム法に優先して適用されるものではない。商標権者などが自ら並行輸入品の排除を訴求しないときでも輸入者等に一定の表示義務を課した、消費者保護のための規定である(2-5 Gilson-Trademark § 5.10A [4])。なお、関税規則により並行輸入品に課されている表示義務がランハム法上の権利に影響しないことにつき、前出註(35)(43)(55)参照。
- (169) これを逆の面から「商標権を根拠に、並行輸入の差止めを認めるならば、世界の市場を有効に分割支配するこ

とも可能となる」と言われることもある(中山・前出註(18) 766頁)。しかし、高級陶器の市場、ビールの市場というものはあっても、「ヘレンド」の市場、「クアーズ」の市場というものはない。海外でも国内でもヘレンドは「アウガルテン」や「ニュンフェンブルク」と競争し、クアーズは「ハイネケン」や「ベック」と競争している。内外価格差を設けることによって、たとえば高級陶器の市場をヘレンドが「分割支配」することはできない。商標権による並行輸入の禁止によって経済学的な意味での「世界市場」の分割が可能となるのは、世界市場が特定商標権者の独占下にあるかそれに近いような、ごく例外的な場合に限られる。少なくとも、本稿が取り上げた日米欧のあまたの事例に、そのような例外的なケースは存在しない(伊藤・前出註(22) 219頁は正当にこれを指摘する)。現にほとんど事例の見られない例外的なケースを想定して一般理論に及ぼすのは、生産的でない。そうした事例が生じた場合にのみ権利濫用や独禁法などの手段で個別に対処する方が(参照、田村次朗・前出註(7) 27頁)、全体として適切な法理を構築することができよう。

(170) こうした事例で、アメリカ向けシャンプーが日本国内向けとまったく異なるものであれば消費者は多大の注意を払うから、むしろ混乱は少ない。しかしその差異が微

妙であればあるほど、識別のコストは高まり、その混乱はかえって大きくなる。実質的差異があれば並行輸入が商標権侵害だとのアメリカ商標法の考え方(前出註(97)とその本文参照)は、そうした認識に基づいている。このような品質保証理論の考え方からすれば、「並行輸入品」といった識別表示を付させることで解決しようとするのは、まさにごく微妙な差異を標識に設けることで満足するもので、基本的な方向を誤ったものである。

(171) つとに網野博士は、「商標法による商標の法的保護とは、主として商標の機能を保護することであり、商標法はそれによって法目的を達成するよう規定されていなければならない。商標の機能が変化すれば、在来の規定のままでは商標法の目的を十分に満たすことができなくなる」との一般的認識の下に、「商標の品質保証の機能の保持は一般大衆のため公益上必要であるが、出所表示の機能については、専ら商標を使用する者の利益を考え、すなわち私益的な見地からその保護について配慮すればよいということになる」と述べていた(前掲註(145) 312頁)。

(172) 本稿の内容の一部を一般向けに要約したものとして、拙稿「商標権と並行輸入」CIPIC ジャーナル 164号(2005年) 1頁がある。

(原稿受領 2005.9.25)