

無料配付の「印刷物」と 商品としての「印刷物」

会員 峯 唯夫



1. はじめに

本稿は、「東京メトロ」判決（知的財産高等裁判所平成19年（行ケ）第10008号，平成19年9月27日判決，平成19年7月17日口頭弁論終結）を取り上げて，無料で配付される「印刷物」と商品としての「印刷物」との関係，並びに役務「広告」と「印刷物」との関係を検討しようとするものである。

本判決は，無料で配付される印刷物が商標法上の「商品」であると認定されたことで関心が持たれているが，無料であることが商標法上の商品性を否定する要素にはならないことはかねてより指摘されていたところである^{(1)～(3)}。むしろ，当該「印刷物」が広告のツールとしての「印刷物」ではなく，商品としての「印刷物」であると認定された点に強く関心を抱く次第である。

2. 事案の概要

本件判決は，第16類「新聞，雑誌」を指定商品とする登録第4609287号商標「東京メトロ」に対する不使用取消審判事件における審決取消請求事件であり，原告は商標権者である。

特許庁においては，原告が配布する印刷物は商標法上の商品（新聞，雑誌）に該当しないものとして商標登録を取り消す旨の審決が出され，知財高裁においては商品性が肯定され，審決が取り消された。

3. 審決の概要

判決において審決の概要は以下のとおりのもので記載されている。

「とうきょうメトロ」と題する無料で配布される新聞（以下，「本件新聞」という。）は，本件新聞に掲載された広告の収入により事業展開を行っているものであるから，本件新聞は，無料で配布されたものとみるのが相当である。そうすると，本件新聞は，他人の広告を掲載し，頒布するために用いられる印刷物にすぎないものであって，市場において独立して商取引の対

象として流通に供されたものとは認められないから，本件審判の請求に係る指定商品「新聞，雑誌」のいずれにも含まれない商品というべきである。

4. 判決

(1) 本件新聞の商標法上の「商品」該当性について

判決は以下のように述べている。

ア 商標法には，「商品」を定義した規定はないが，商標法は商標による出所表示機能を保護するものであり（商標法1条），商標登録が認められるのは，自己の業務に係る「商品」又は役務について使用をする商標であり（同法3条1項），また，不使用取消の対象となるのは，指定「商品」について使用がされなかった場合である（同法50条1項）。これらの規定からみれば，商標法上の「商品」といえるためには，商取引の対象であって，出所表示機能を保護する必要のあるものでなければならないと解される。

上記のとおり，商標法上の「商品」は，商取引の対象であるから，商品が売買契約の目的物であるなど，対価と引換えに取引されるのが一般的である。

しかし，「商取引」は，契約の種類が売買契約である場合に限られるものではなく，営利を目的として行われる様々な契約形態による場合が含まれ，対価と引換えに取引されなければ，商標法上の「商品」ではないということとはできない。取引を全体として観察して，「商品」を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りるものと解される。

イ 本件新聞の創刊号は，5段組みの記事部分とその下の2段組み程度のスペースにくらしの友社の広告が掲載されている。記事部分には，世田谷公園のミニSLに関する記事，「せたがやトラスト協会」が実施したフォーラムの報告，世田谷区みどりの基本条例の制定に関する記事などが掲載され，本件新聞の配布地域の話題や環境保全活動の状況が紹介されている（以上につき甲第1号証）。そして，本件新聞の配布形態は，

前記1に認定のとおり、広告依頼主であるくらしの友社に9000部が納品され、その一部は同社社員によって営業活動時に配布されたほか、原告らも世田谷区内の住宅などに配布する方法でそのほとんどが配布された。

ウ 本件新聞のような無料紙は、配布先の読者からは対価を得ていないが、記事とともに掲載される広告については、広告主から広告料を得ており、これにより読者から購読料という対価を得なくても経費を賄い、利益が得られるようにしたビジネスモデルにおいて配布されるものである。したがって、読者との間では対価と引換えでないとしても、無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することによって広告主との間の契約の履行となるのである。現に、本件新聞の創刊号は広告依頼主に商品として納品されているのであり、このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するならば、商取引に供される商品に該当するといえることができる。

被告の主張するように、読者との間で直接対価の授受がなければならぬとする考え方を及ぼすならば、広告主から広告料を得て、視聴者から対価を徴収していない（有料放送でない）いわゆる民間放送において、指定役務を第38類「テレビジョン放送」とするときは、民間放送業者は、放送で商標を使用しても、指定役務についての使用ではないとして商標法上の保護を受けられないことになる。商標法の前記アに述べた趣旨からみれば、商標法が「役務」について上記のような結論を予定していないことは明らかである。

本件新聞のような無料紙は、「商品」と「役務」の違いを除けば、経費負担の面から見て上記の民間放送と同じビジネスモデルであるといえることができるから、商標法上の「商品」も「役務」と同様に、対価と直接交換されるものに限られない。

エ 無料紙の読者は、掲載された広告のみならず、記事にも注目している、あるいは、広告よりもむしろ記事に注目している場合があり、記事によって読者からの人気を得れば、広告が読者の目に止まる機会が増すことになり、広告主との関係でも広告媒体としての当該無料紙の価値が高まる関係にある。

このような関係が成り立つときに、同一又は類似の商標を付した無料紙が現れれば、ある無料紙が築き上げた信用にフリーライドされたり、希釈化されたりする事態も起こり得る。したがって、無料紙においても、

付された商標による出所表示機能を保護する必要性があり、「商品」が読者との間で対価と引換えに交換されないことのみをもって、出所表示機能の保護を否定することはできない。

(2) 本件新聞の第16類「新聞」該当性について

「新聞」とは、一般的には、「社会の出来事の報道・解説・論評を、すばやく、かつ広く伝えるための定期刊行物」（広辞苑第五版）と解されているところ、商標法の趣旨・目的に照らすと、商標法施行令別表第16類の「新聞」についてもおおむね上記と同様の概念と理解するのが相当である。そして、前記1及び2(1)イに認定したところによれば、本件新聞が上記の要件を満たすことは明らかというべきである。

審決は、本件新聞が他人の広告を掲載し、頒布するために用いられる印刷物にすぎないというが、前記2(1)イに認定したとおり、本件新聞には、「社会の出来事の報道・解説・論評」に該当する記事が主要部分を占め、これを誘引力として広告が掲載されているのである（甲第1、第2、第11及び第12号証）から、本件新聞は、単なる「印刷物」ではなく、「新聞」の一種であるといえることができる。

5. 検討

この判決は、「無料紙」の商品性が認められた点に着目されている。無料であることをもって「商品性」を否定すべきでないことは、判決に賛成である。しかしながら、本件「とうきょうメトロ紙」が商標法で保護されるべき商品であったかどうか、ないしは「本件印刷物」に標章「とうきょうメトロ」を表示し配付する行為が、商品「新聞紙」についての商標の使用に該当するものであったかどうかについて、疑問を禁じ得ない。

以下、検討する。

(1) 本件印刷物の概要

本件印刷物の内容を審判記録により確認したところ、以下のようなものであった。

ア) 乙第1号証(審判):とうきょうメトロ[世田谷版]
(発行 05.04.25)

表裏1枚の印刷物であり、

表面は上下6段の内、上5段に記事、6段目(最下段)に商店街理事長名の発刊記念広告

裏面は上下6段の内、上約4.5段に記事、下約1.5段に広告（くらしの友社）

発行部数は8360部であり、内5000部は「営業部員が営業ツール（くらしの友社）としてポスティング」、1000部は「手渡し、ポスティング」、1500部は「ポスティング」80部は「会員（自然保護団体）配付」、250部は「関係者への郵送」であり、残り530部が「店置き」とされている。

イ) 乙第2号証(審判):とうきょうメトロ[世田谷版]
(発行 05.11.20)

表面は上下7段の内、上5段に記事、7段目（最下段）に広告（狛江カルチャー）

裏面は上下6段の内、上4段に記事、下2段に広告（くらしの友社）

また、本件印刷物の配布方法は以下のとおりであった（審判乙第10号証：新聞の配付時期、その部数）。

発行部数は4740部であり、内3500部は「営業部員が営業ツール（くらしの友社）としてポスティング」、500部は「活動宣伝ツールとして顧客配付」、300部は「活動宣伝ツールとしてポスティング」、150部は「イベント及び営業用に使用」、100部は「会員（ドッグランボランティア会）配付」、30部は「営業用に使用」、100部は「関係者への郵送など」、残り60部が町内会長、商店街理事長へ配付され、「店置き」の記載はない。

(2) 無料である点

判決は、「商標法上の「商品」といえるためには、商取引の対象であって、出所表示機能を保護する必要があるものでなければならぬと解される。」としたうえで、「「商取引」は、契約の種類が売買契約である場合に限られるものではなく、営利を目的として行われる様々な契約形態による場合が含まれ、対価と引換えに取引されなければ、商標法上の「商品」ではないということはできない。取引を全体として観察して、「商品」を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りるものと解される。」という。このような前提に立ち「読者との間では対価と引換えでないとしても、無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することによって広告主との間の契約の履行となるのである。現に、本件新聞の創刊号は広告依頼主に商品として納品されているのであり、このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するなら

ば、商取引に供される商品に該当するといえることができる。」と認定する。

商標法上の「商品」であるというために必ずしも対価と引き替えに取引されることは要求されないという立場は妥当であろう。そして、本事案において何らかの「商取引」が存在することは疑問の余地がない。しかし、それが「商品」についての商取引であるという認定には疑問がある。

この点において、審決における「広告の収入により事業展開を行っているものである」という認定は裁判所も同じ認定であるが、「無料で配付されたものとみるのが相当である」という点に裁判所との差異が存在する。尤も、審決において「無料で配付」の点をどの程度重視しているのかは読み取ることができない。審決中「無料で配付」の部分が無くとも、同じ結論を導くことができると思われるところである。

以上によれば、本件における審決と判決との相違は、無料か否か、という点にあるのではなく、「商品の定義」「商取引」並びに「記事の内容」に対する認識の相違にあると思われる。

(3) 商品の定義

「商品の定義」に関しては、審決では「市場において独立して商取引の対象として流通に供されるもの」と解しているものと思われる。他方判決は、「商取引の対象であって、出所表示機能を保護する必要があるものでなければならぬと解される。」とする。

すなわち、判決では「独立性」に触れられず、「出所表示機能」の保護の必要性が要求されている。

従来判決例では、商標法上の商品の定義ないしは商標法上の商品としての要件として、独立取引性、独立流通性、交換価値の存在、有体物性などが示されている。いずれも、商標が市場における出所識別標識であることから、市場の存在を前提としていると思われる。そして、市場における「商標」による出所識別の可能性ないしは必要性の観点から、独立取引性、独立流通性の要件が導かれ、交換価値がなければ取引の対象となり得ないことから交換価値の存在の要件が導かれているといえる。有体物性の要件は、サービスマーク制度が導入された現在においては、サービスマーク登録の対象となる「役務」との切り分けの要件として位置付けられることとなる。

そうすると、判決で示されている出所表示機能の保

護の必要性の要件は、格別新しい指摘ではなく、従前の判決例で独立取引性、独立流通性という概念で示されていた商品要件を、商標の機能の根底に戻って統一的に示したものと一応理解することができよう。このように考えると、商品の定義において審決と判決とは、少なくとも本事案に関しては実質的な差異はないということもできる。

しかしながら、後の検討によればそのようには理解できないようである。

(4) 商取引について

「商取引」に関しては、審決では発行者と頒布を受ける者との関係に着目し、判決では、「読者との間では対価と引換えてないとしても、無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することによって広告主との間の契約の履行となるのである。現に、本件新聞の創刊号は広告依頼主に商品として納品されているのであり、このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するならば、商取引に供される商品に該当するということができる。」というように、頒布を受ける者との関係に加えて広告主との関係に着目している。

ア) 発行者と広告主

審決では、広告依頼者との関係には触れられておらず、発行者と広告依頼者との関係は「本件新聞」の「商取引」には含まれていないものと考えられる。他方判決ではこの関係も「本件新聞」の「商取引」に含めて検討されている。

ところで、本件新聞における、発行者と広告依頼者との「取引」は商品としての「本件新聞」の「商取引」なのだろうか。

商標法上の商品であるために、必ずしも有償で需要者に提供される必要はないことは判決が指摘するとおりであり、「本件新聞」を発行し配付する事業において、広告収入を含めて収支が計算されていれば「無償」であっても「商品」たり得ると考える。しかしながら、本件における発行者から広告依頼者に「本件新聞」を納品した行為が、商標法における「商取引」といえるのであろうか。

関連する事案として「おりがみ事件」と「がんばれニッポン事件」を参照する。

[おりがみ事件] 東京高判平成1年11月7日⁽⁴⁾

本事案は更新登録拒絶査定不服審判に対する審決取消訴訟事件であり、裁判所は「いわゆる商標法上の商品であるか否かは、その商品がそれ自体交換価値を有し、独立の商取引の目的物であって、かつ、流通過程にのせられ得るものであるか否かによって決められるべきである。」とした上で、「このように取引者、需要者が限定され、かつ、原告おりがみを購入した登録薬局は、これを顧客に宣伝サービス品として無償で配布するものであることからすれば、同訴外会社と登録薬局との間では原告おりがみが有償で取引されるものであっても、これが商標法上の商品に当たるものとはいえない。」と判示する。

裁判所は、商品の要件として交換価値、取引性、流通性を掲げていることから、「無償で配付されるもの」という認定には重きがないものと思われる。おりがみは有償で取引されるものではあるが、特定の登録薬局との取引であって市場に流通するものではないことが重視されたものであろう。

市場に流通しない、ということは商標によって出所を識別する必要性がないということである。このことを本件判決の用語に倣うならば「出所表示機能を保護する必要性」に欠けることになるろう。

[がんばれニッポン事件] 東京高判平成16年11月30日⁽⁵⁾

本事案は不使用取消審判に対する審決取消訴訟事件であり、裁判所は「商標法50条における商品とは、市場において独立して商取引の対象として流通に供される物でなければならないと解すべきである。」とした上で、「本件会報の一般人に対する販売が行われた事実もこれを認めるに足りないことが明らかであり、「本件会報は、原告の個人的色彩が極めて強い本件団体の開催する会合に参加した、本件団体会員等の参加者（その数は定かでない。）に対し、本件団体ないし原告の行う政治的・学術的活動等の宣伝、広告を兼ねたサービスの一環として無償で配布された印刷物にすぎないというべきであり、それ以上に、市場において独立して商取引の対象として流通に供された物とは認められない。」と認定する。

この事案も、本件判決の用語に倣うならば「出所表示機能を保護する必要性」に欠けることになるろう。

翻って本件判決を見ると、本件判決は「無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することに

よって広告主との間の契約の履行となるのである。]「現に、本件新聞の創刊号は広告依頼主に商品として納品されているのであり」と認定する。しかしながら、広告主への納品は「おりがみ事件」における販売者と特定薬局との間の取引に相当する特定者間での取引であって、市場における取引と位置付けることはできないというべきであろう。この取引において、本件商標が商品の出所識別標識として機能しているとは考えがたいことである。そうすると、係る取引において印刷物に表示されている標章「とうきょうメトロ」は商品としての「印刷物」出所標識ではなく、判決が商品の要件として掲げる「出所表示機能を保する必要性」に欠けるものということになる。

広告主への「納品」が「本件新聞」に係る契約の履行であることと、「商品」の「頒布・譲渡」とは別の問題というべきである。

すなわち、発行主と広告主の間では「商品としての印刷物」の取引は存在しないというべきであろう。

イ) 発行者と読者

本件印刷物の配布状況は5(1)に記したとおりであるが、整理すると以下のとおりである。

とうきょうメトロ1号は、発行部数8360部中、ポスティング・手渡し7500部、会員・関係者向け330部、店置き530部。とうきょうメトロ2号は、発行部数4740部、ポスティング・営業用が4480部、会員・関係者など200部、町内会長など60部であり店置きはない。

このような配付状況に基づき判決は「本件新聞の配布形態は、前記1に認定のとおり、広告依頼主であるくらしの友社に9000部が納品され、その一部は同社社員によって営業活動時に配布されたほか、原告らも世田谷区内の住宅などに配布する方法でそのほとんどが配布された。」と認定する。

この事実認定に誤りはない。しかしながら、上記中くらしの友社への納品が商標法上「商品としての印刷物」にあたらないことは既に示したところである。では、「住宅などに配付」した行為はどうかであろうか。

証拠によれば、本件新聞は広告主又は発行者による住宅などへの配付、すなわち「ポスティング」によって配付されていたものようである。

ポスティングはいわゆる投げ込み広告の手法であって、ポスティングする者が予め決定した住居のポスト

に印刷物などの広告媒体を投げ込むことによって配付するものである⁽⁶⁾。ポスティングを受ける者は広告媒体の受領を申し込んでも許諾してない。

「商取引」の中には、相手方の不作為により成立する態様があるとしても、商標法が前提とする商取引は、商標が市場における出所識別標識であるという前提に立てば、需要者による選択の場が必要であろう。需要者が商品を主体的に選択する場においてこそ、出所識別標識が必要なのである。

受け取る者の意思と無関係に配付された「物品」に関する判決例を参照する。

[BOSS事件] 大阪地判昭和62年8月26日⁽⁷⁾

この事案は、楽器購入者へのノベルティとして配付されたTシャツに付された標章「BOSS」が登録商標「BOSS」(指定商品:被服)の使用に該当するかが争われた事案である。裁判所は「被告は、前記のとおり、BOSS商標をその製造、販売する電子楽器の商標として使用しているものであり、前記BOSS商標を付したTシャツ等は右楽器に比すれば格段に低価格のものを右楽器の宣伝広告及び販売促進用の物品(ノベルティ)として被告の楽器購入者に限り一定の条件で無償配付をしているにすぎず、右Tシャツ等それ自体を取引の目的としているものではないことが明らかである。また、前記認定の配付方法にかんがみれば、右Tシャツ等はこれを入手する者が限定されており、将来市場で流通する蓋然性も認められない。」

そうだとすると、「右Tシャツ等は、それ自体が独立の商取引の目的物たる商品ではなく、商品たる電子楽器の単なる広告媒体にすぎないものと認めるのが相当であるところ本件商標の指定商品が第17類、被服、布製身回品、寝具類であり、電子楽器が右指定商品又はこれに類似する商品といえないことは明らかであるから、被告の前記行為は原告の本件商標権を侵害するものとはいえない。」と判示した。

この判決は、配付行為があるとしても、配付された物品が「取引の目的」でない場合があること、そして配付された物品が「取引の目的」でなければ商標法上の「商品」でないものと判断していると思われる。

要は、当該「Tシャツ」に付された標章は「Tシャツ」という商品の出所識別機能を果たしていないということであり、本件判決に倣うならば「出所識別標識とし

ての保護の必要性」に欠けるということと理解できる。

本件においてポスティングという手法によって頒布された印刷物は、需要者によって選択されるものではなく、商取引の目的物とはいえない。ポスティングによる配付をもって、商標法における「取引」があったということとはできない。加えて、「需要」とは「もとも、いりよう。」のことであるから（広辞苑第6版）、「需要者」とは「もとめる者」と理解できるところ、ポスティングを受ける者は本件印刷物を求めてはいないのであり、「需要者」ともいいがたいのではあるまいか。

判決が認定する契約（商取引）は、具体的には、広告主から依頼を受けた発行者が本件新聞を発行し、一部は広告主に納品し、一部は自らポスティングの手法により頒布する、という契約であって、その契約の実態は「商品販売契約」ではなく、「広告請負契約」であったものと思われる。

「本件新聞には、広告主から依頼された広告が掲載されており、広告が読者に閲覧される必要があるから、印刷をして配布しないまま在庫として抱えることはあり得ない。」という原告の主張は、まさに「本件新聞」に係る原告と広告主との契約が「広告請負契約」であったこと、そして「本件新聞」が「広告物」であったことを示しているように思われる。商品としての「新聞紙」であれば、在庫を抱えることは発行者のリスクに過ぎず、これにより広告主との契約が不履行になることは一般的でないであろう。

(5) 記事の内容

「記事の内容」に関しては、審決では触れられていないが判決では「本件新聞には、「社会の出来事の報道・解説・論評」に該当する記事が主要部分を占め、これを誘引力として広告が掲載されているのである（甲第1、第2、第11及び第12号証）から、本件新聞は、単なる「印刷物」ではなく、「新聞」の一種であるといえることができる。」と認定している。

たしかに、誌面の構成としては、広告以外の記事が大部分を占めており、「新聞」としての体裁は備えていたといえるものであろう。しかし、誌面構成が「新聞」としての体裁を備えていることをもって、「本件印刷物」が商標法上の商品「新聞」に該当するということとはできない。上掲「BOSS事件」においても、配付された「Tシャツ」は疑う余地のない物品「Tシャツ」である。

記事の内容に言及された判決として「日曜夕刊事件」を参照する。

[日曜夕刊事件] 東京高判昭和52年8月24日⁽⁸⁾

本事案は不使用取消審判における請求棄却審決に対する審決取消訴訟事件であり、裁判所は「被告は、東京都杉並区和泉町に店舗を設け、同区、世田谷区及び渋谷区の各一部の購読者を対象として朝日新聞の取次販売業を営むものであるが、本件商標の登録出願中の昭和四一年四月頃から登録後の昭和四四年九月半頃までの間、時には中断したりしながらも、概ね月三回位一般日刊紙の夕刊がない日曜日に、顧客に対するサービスのため、「朝日新聞和泉町専売所」の肩書を付した被告の発行名義をもって、「日曜夕刊」と題し、既刊の朝日新聞に掲載された記事の中から再度読者に知らせたい事実を抜き出し、または、近所の面白いニュースを取上げて記事とし、わら半紙の片面に謄写版刷りにした印刷物を毎回五〇〇部位宛作製したうえ、店頭の新開販売用スタンドに入れて置き、不特定多数の希望者に自由に取らせて無料で配布した」という事実に基づき、「被告が「日曜夕刊」なる印刷物を無料で配付したのは、被告の朝日新聞次販売営業の顧客に対するサービスたるにすぎず、もとより、商取引としてなされたものとはいえず、したがって、右印刷物は商標法第二条にいう商品というに足りないから、これに本件商標の「日曜夕刊」という標章が附されたとはいえ、その配布をもつて右商標について右規定のいう「使用」に該当するものということとはできない。」と判示している。

この事案において、印刷物「日曜夕刊」には新聞掲載記事などが掲載されていたものであり、しかもスタンドに置き希望者に自由に取らせる、という配付方法であるから商品性が認められてよかったのではないと思われる事案である。裁判所は商品の要件を示しておらず、無料であるから商取引ではないというロジックのように読める判決である。

(6) 保護の必要性

判決は、「このような関係が成り立つときに、同一又は類似の商標を付した無料紙が現れれば、ある無料紙が築き上げた信用にフリーライドされたり、希釈化されたりする事態も起こり得る。」として保護の必要性を認定する。

思うに、本件判決は係る「保護の必要性」を前提として「商取引」の拡大解釈を行い、実質的に「広告請負契約」というべきものを「商品取引」と認定したのではあるまいか。

たしかに、判決が言うように「本件新聞」が記事によって読者からの人気を得れば、広告が読者の目に止まる機会が増すことになり、広告主との関係でも広告媒体としての当該無料紙の価値が高まる関係にあることはあり得よう。しかしそれが「広告媒体」としての価値であることは判決も認めている。商品としての「新聞」の価値ではない。

現実、商品「雑誌」や「新聞」において、そのビジネスモデルが広告料収入を如何に高めるか、如何に広告媒体としての価値を高めるか、という点にあるものが多数存在することは事実であり、その点に着目した判決の立場は評価する。しかし、商標法における「商品」として「印刷物」を考える場合、その評価の観点も購読者（需要者）にとっての価値であって、広告主との関係ではないはずである。

もし、裁判所が危惧するような「無料紙が築き上げた信用にフリーライドされたり、希釈化されたりする事態」が生じた場合は、別途不正競争防止法などで対応することができるのであり、殊更商品概念を拡大して将来に備える必要もないだろう。

以下、判決のいう「ビジネスモデル」について若干のコメントを付すこととする。

(7) ビジネスモデル

(ア) テレビ放送との違い

判決は、「本件新聞」に係るビジネスモデルを、広告主から対価を得て無料で提供する点において民間放送と同じであると認定する。

しかしながら、民間テレビジョン放送は、視聴者が自らの意思によってチャンネルを選択して視聴するものである。視聴者は番組表によって視聴を望む番組を選択し、当該番組を放映するテレビ局をテレビ局名によって選択して視聴する。そこにはテレビ局名が放送局を選択するための識別標識として機能しているのであり、テレビ局名は出所識別標識であり、商標法上「放送」という役務についての「商標」ということになる。

他方、ポスティングにはポスティングを受ける者の意思は介在せず、「本件新聞」の商標が商品選択の機

能を果たす余地がない。特に本事案においては、ポスティングを受けた者が、「とうきょうメトロ」をまた読みたい、と希望しても「とうきょうメトロ」は市場には存在しない（第2号で「店置き」は0部である。）。

両者の相違は、商品・役務の出所識別標識であり需要者が商品・役務を選択する際の日印である「商標」を論ずるにあたり無視することのできない違いである。

両者を同じビジネスモデルと断じた本件判決に同意することはできない。

(イ) 無料誌との違い

近年、「R25」を初めとして、有料誌であった「住宅情報」が無料化されるなど、「無料誌」が多数発行されている。

これら「無料誌」のビジネスモデルは、広告料収入により利益を得るものであって、購読者は無料で雑誌を取得できる。広告料収入に依存する点、無料で印刷物を取得できる点ではこれら「無料誌」と「本件新聞」とは共通する。しかしながら、「R25」や「住宅情報」等の「無料誌」は、駅構内のラックなどに置かれて、希望者が取得するものである。ポスティングによる配付ではない。両者を同列に論じることはできない

駅構内のラックに置かれるということは取引の対象として市場に流通しているということであり、希望者すなわち主体的に当該印刷物を読むことを求めている者が取得する。このことは、希望者は無料誌の「商標」によって希望する無料誌を選択するというのである。

すなわち、そこでは、「商標」が選択の日印として機能している。

しかも、各無料誌はそれぞれ「雑誌」としての編集体制をもって編集されており、読者は各無料誌の「記事」を目的として選択するのであって、「交換価値」も備えている。記事は決して広告の付随物ではない。記事の位置付けは「本件新聞」のような「無料紙の読者は、掲載された広告のみならず、記事にも注目している、あるいは、広告よりもむしろ記事に注目している場合があり」(本件判決)という程度のものではない。「無料誌」において、需要者は記事を読むことを目的として「ラック」などから希望する雑誌を取得するのである。

また、「雑誌」や「新聞」の頒布に関しては、発行者が責任をもつべきものであり、広告主が関与するも

のではない。雑誌や新聞の広告料は発行部数などを勘案して決定されるものであるが、発行部数全量を頒布すべき責任を発行者が負うことはない。

以上を総合すると、「R25」などの「無料誌」のビジネスモデルこそ民間放送のビジネスモデルと同じものなのであり、需要者が主体的に関わることのない「本件新聞」をこれと同視することはできない。

6. むすび

以上を総合すると、「本件新聞」は編集内容においては「新聞」と認定し得るものであったと思われる。しかしながら、その取引において、発行者と配付を受けた者との関係では「ポスティング」による配付もしくは特定団体への一方的な配付であって、両者の間に「商標」を媒介とした商品の選択が存在したものとは思われない。

本件判決は、発行者と発注者の間の取引を商標法上の商品取引と認定した点、ポスティングを商標法上の商品取引と認定した点、発行者と広告主との間の事実上「広告請負契約」と思われる「商取引」を商標法上

の商品に係る「商取引」に含むものと認定した点において、商標法の解釈適用に誤りがあったものとする次第である。

注

- (1) 商品性の関する判決例として、例えば 東京地判昭 36・3・2 下民集 12 卷 3 号 410 頁「趣味の会」
- (2) 田村善之『商標法概説・第 2 版』（弘文堂、2000 年）251 頁
- (3) 名越秀夫「商標法上の商品・役務概念の検討」『パテント』2009 年別冊第 1 号
- (4) 無体集 21 卷 3 号 832 頁，判時 1340 号 128 頁
- (5) 最高裁ホームページ
- (6) 例えば <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%83%9D%E3%82%B9%E3%83%86%E3%82%A3%E3%83%B3%E3%82%B0> 参照
- (7) 無体集 19 卷 2 号 268 頁，判時 1251 号 129 頁，判タ 654 号 238 頁
- (8) 無体集 9 卷 2 号 572 頁，判タ 359 号 297 頁

(原稿受領 2009. 6. 8)

