



商標権者が自ら製造した商品の並行輸入と商標機能
論 : 知財高判令和3年5月19日 (令和2年 (ネ) 第
10062号) [2UNDR]

鈴木, 敬史

(Citation)

六甲台論集. 法学政治学篇, 68(2):67-84

(Issue Date)

2022-03-31

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCOI)

<https://doi.org/10.24546/81013145>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81013145>



商標権者が自ら製造した商品の並行輸入と 商標機能論

—知財高判令和3年5月19日 (令和2年(ネ)第10062号) [2UNDR]—

鈴木敬史

一 事案の概要

X1(原告・控訴人)は、日本を含む複数の国において、「2UNDR」という標準文字からなる標章について、指定商品を男性用下着等とする商標権⁽¹⁾(本件商標権)を有するカナダ法人である。X2(原告・控訴人)は、日本における本件商標権について独占的通常使用権の設定を受け、上記標章が付された2UNDR商品の販売を行っている(以下、X1とX2を併せて「Xら」とする)。

平成27年1月より、X1は、(所在地及び代表者等がX1と同一であることから実質的にX1と同視し得る)訴外Aを通じて、シンガポール法人である訴外Bとの間でシンガポール国内における2UNDR商品の販売代理店契約(本件代理店契約)を締結していた。そして、平成27年2月および同年6月には、本件代理店契約に基づき、Aの製造した2UNDR商品がBへと販売された。しかし、Bは、その後、2UNDR商品を注文せず、売上げ等の報告もしなかった。そこで、Aは、Bが販売代理店として活動していないことを理由として、平成28年5月上旬、本件代理店契約を解除する旨のメールを送信し、本件代理店契約が解除された。なお、本件代理店契約において、販売後の商品の管理や在庫の処分等に関する定めは存在しなかったが、代理店契約が解除された後には製品の販売を中止しなければならない旨の条項(販売

(1) 商標第5696029号。

禁止等条項)が明示又は黙示の合意によって適用されていたと認められる⁽²⁾。

Y(被告・被控訴人)は、本件代理店契約が解除された後にBより紹介を受け、平成28年5月27日以降、3度にわたって2UNDR商品(本件商品)を購入し、日本国内へ輸入した(本件輸入行為)。その後、Yは、オンラインショッピングサイトおよび日本国内の実店舗において、本件商品を販売した(本件販売行為)。なお、本件販売行為は、Bから本件商品を購入した状態(箱形のパッケージに包装された状態)のまま行われていた。

Xらは、本件輸入行為、本件販売行為が日本における本件商標権を侵害するとして、Yに対して本件商品の販売差止めおよび損害賠償を求め、訴えを提起した。これに対して、東京地方裁判所は、Bに商品を販売した後の管理内容等に照らして、出所表示機能、品質保証機能が害されるとはいえないと判断し、請求を棄却した(原判決)⁽³⁾。Xらは、これを受けて、知的財産高等裁判所に控訴した。

本件控訴において、Xらは、最判平成15年2月27日⁽⁴⁾[フレッドベリー](以下、「フレッドベリー最判」とは事案が異なることを強調し、本件商品は適法に「流通」に置かれていないのだから出所表示機能を害するなど主張した。これに対して、知的財産高等裁判所は、【判旨】引用の通り、Xらの主張するように「適法に流通に置かれた」ことまで要求するとしても、本件各行為は商標権侵害としての実質的違法性を欠くとして控訴を棄却した(本判決)。

二 判旨

1. 一般論

「同判決〔評釈者注：フレッドベリー最判〕は、いわゆる真正商品の並行輸入について、それが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(以下「第1要件」という。)、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(以下「第2要件」という。)、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

(2) これに加えて、本件では、販売地域をシンガポールに限定する旨の条項(地域制限条項)が定められていた。もっとも、本稿では、紙幅の都合上、この点を割愛し、専ら販売禁止等条項に違反して販売されたことが商標権侵害の成否にどう影響するかに関する判旨のみを取り扱う。

(3) 東京地判令和2年10月22日(平成30年(ワ)第35053号)。

(4) 民集57巻2号125頁。

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（以下「第3要件」という。）には、商標権侵害としての実質的違法性を欠くと判断した。

この判決は、商標権者から商標の使用許諾を受けた上で、当該商標を付した商品を製造販売した者から、当該事件の被告が商品を輸入したという事案に関するものであった。これに対し、本件の事案は、商標権者が自ら商品を製造してこれを販売代理店に売却し、その販売代理店からYが商品を輸入したという事案であり、製品が商標権者自らの手によって製造されていたかどうかという点において、重大な違いがある。このため、後述の通り、上記の3要件をベースとしてYによる輸入行為が実質的に違法性を欠くものであるかどうかを判断すべきであると解されるので、以下、各要件について判断する。」

2. 第1要件について

「…第1要件は、当該商標が当該商標権者によって適法に付されたものであるかどうかを問題とするのに止まるから、この要件をそのまま適用する限り、商標権者が製造した本件商品の輸入が問題となっている本件においては（…）、第1要件が満たされることは明らかであるし、本件代理店契約の解除…などといったXら主張の事情は、この判断に何ら影響を及ぼすものではないということになる。」

「これに対し、Xらは、本件事案においては、第1要件は、単に適法に商標が付されたことだけではなく、適法に商標が付された商品が、商標権者の意思に基づいて流通に置かれたことまで要求するものとして理解すべきであると主張する。

たしかに、最高裁平成15年判決〔評釈者注：フレッドベリー最判。判旨において、以下同じ〕の事案は、商標が、商標権者自身ではなく、商標権者から使用許諾を受けた者によって付された事案であったため、使用許諾権者がその権原に基づいて商標を付したのかどうかという意味において、商標が適法に付されたのかどうか問題となる余地があったのに対し、本件事案のように、商標権者自身が商品を製造販売している事案では、この要件が問題になることはほとんど考えられず、果たして、商標が適法に付されたかどうかのみを単独の要件とする意味があるのかという点が問題となり得る。この点や、…『適法に流通に置いたこと』を要件とすることは、非正規のルートで入手された商品が並行輸入された場合を排除するという意味を持ち得るものであることを併せ考えると、最高裁平成15年判決とは事案が異なる本件においては、商標が適法に付されたかどうかだけではなく、それが適法に流通に置かれた（あるいは、商標権者の意思に基づいて流通に置かれた。以下、同じ。）かどうか問題とする必要があるという見解もあり得るものと考えられる。その意味で、Xらの主張にはもっともなところがあるといえる。

しかし、仮にそのように考えとしても、本件において、Bは、Aから正規に本件商品を

購入したのであるから、この時点において、本件商品が『適法に流通に置かれた』ことは明らかである。そして、本件代理店契約の解除…といったXら主張の事情は、上記の判断を左右するに足りるものではないと考えられる。その理由は、次のとおりである。』

「…本件代理店契約解除との関係について検討すると、…Bは、上記解除によって本件商品を販売してはならない義務を負うと解する余地はある。しかし、このような条項〔評釈者注：販売禁止等条項〕があるからといって、Bが本件商品の処分権限を失うわけではない（本件代理店契約解除によって、直ちにBの本件商品に対する所有権が失われるものではないことはXら自身が自認しているところである…）。そうであるとする、Bが、本件代理店契約解除後に本件商品を売却したとしても、それは、Aとの間で債務不履行という問題を生じさせるだけで、本件商品が『適法に流通に置かれた』という評価を覆すまでのものではないというべきである。実質的に見ても、Bが正規に購入した商品を、本件代理店契約解除後に他に売却したからといって、直ちに商標の出所表示機能が害されるとはいえないのであって、この点からしても、第1要件該当性を否定する理由はない。」

「以上の次第で、第1要件の内容を最高裁平成15年判決の判断どおりとみた場合でも、それに『適法に流通に置かれたこと』との要件を加えたものとして理解したとしても、いずれにせよ、同要件は満たされるといえるべきである。」

3. 第2要件について

「本件においては、X1が我が国における商標権者であると同時に外国における商標権者でもあるから、本件商品に付された商標と我が国の登録商標（原告商標）とが同一の出所を表示するものであることは明らかである。」

4. 第3要件について

「最高裁平成15年判決における第3要件は、『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』であることというものである。」

ところで、最高裁平成15年判決の事案は、商標権者自身ではなく、商標の使用許諾権者が商品を製造したという事案であった。そこで、商品に係る商品の品質保証のため、商標権者が、商標使用許諾権者（…）の行為に対して、直接的又は間接的に品質管理を行い得る立場にあったかどうかが重要な問題になり得たものである。これに対し、本件のように、商標権者自身が商品を製造している場合には、商品の品質は、商標権者自身が商品を製造したという事実によって保証されており、後は、その品質が維持されていれば品質保証機能に欠けることはないといえる。そして、本件商品は男性用下着であって、常識的な期間内で流通

している限り、その過程で経年劣化等をきたす恐れはないし、商標権者自身が品質管理のために施した工夫（商品のパッケージ等）がそのまま維持されていれば、商品そのものに対する汚染等が生じるおそれもないといえる。

そうであるとする、少なくとも、本件のように商標権者自身が商品を製造している事案であって、その商品自体の性質からして、経年劣化のおそれ等、品質管理に特段の配慮をしなければ商品の品質保証機能に疑念が生じるおそれもないような場合には、商標権者自身が品質管理のために施した工夫（商品のパッケージ等）がそのまま維持されていれば、商標権者による直接的又は間接的な品質管理が及んでいると解するのが相当である。」

「そこで、以上の観点から、第3要件が満たされているかどうかを検討するに、本件商品と2UNDR商品の日本における販売代理店が販売する商品とが、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いえることは、原判決⁽⁵⁾…に記載のとおりである。そして、商品のパッケージ等はそのまま維持されていたものと推認できるから、『我が国の商標権者等が直接的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』との要件も、満たされているものといつてよい。」

「以上の次第で、本件において、第1要件ないし第3要件は、いずれも満たされているというべきであるから、Yによる本件商品の輸入行為は、実質的な違法性を欠くというべきである。」

三 評釈⁽⁶⁾

1. 本判決の意義

本件は、外国において拡布された商標品を我が国に輸入し、販売したことが日本の商標権を侵害するか否か争われた事案である。我が国では、このような「真正商品の並行輸入」に

-
- (5) 原判決では、Bの在庫に対してA又はX1による管理、指示がなされていなかったこと、日本で販売される2UNDR商品と外国で販売される2UNDR商品との間で品質を区別して管理する等の事情が認められないこと、本件商品の特性に照らせば流通の過程で品質が劣化するおそれが認められないことを認定した上で、これら事情によれば「原告商標の品質保証機能が害されることになるとはいえない」として、「我が国の商標権者であるX1は、直接的又は少なくともAを通じて本件商品の品質管理を行い得る立場にあって、本件商品と2UNDR商品の日本における販売代理店が販売する商品とは登録商標の保証する品質において実質的に差異がない」と結論付けた。
- (6) 本判決に係る評釈として、生田哲郎=寺島英輔「判批」発明118巻9号47頁（2021）がある。また、原判決に係る評釈、論文として、生田哲郎=寺島英輔「判批」発明118巻1号41頁（2021）、江頭あがさ「ファッションローと並行輸入・個人輸入—2UNDR事件および法改正を考える—」発明118巻4号48頁（2021）がある。

ついて、商標機能論の観点から、その違法性の有無が議論されてきた。すなわち、後述するように、この問題に関する我が国の最高裁判例（フレッドベリー最判）は、3つの要件を提示した上で、その要件を充足する場合には、出所表示機能及び品質保証機能を害しないため、商標権侵害としての実質的違法性を欠くと判示した。しかし、当該最判は、各要件の文言に対応したあてはめを行ったわけではない。それゆえ、いかなる場合に各要件を充足するかについて、現在もなお、議論が続いている。

とりわけ、本件事案は、外国における商標品の製造者（本件では商標権者と同視し得る者）と外国代理店とが異なる主体である点に特徴を有する。フレッドベリー最判以降、商標機能論との関係でこの点が争われた事例は過去に存在しなかったため、本判決のような事実関係において、フレッドベリー最判の規範をどのように適用すべきかについては議論の余地がある。この点、本判決は、まずはフレッドベリー最判の3つの要件を引用しつつも、上記の事情に鑑みて異なる要件を設定し、また、異なるあてはめ手法を採用した。

具体的には、本判決は、第1要件（「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」＝真正商品性）について、「適法に流通に置いた」という要件を付加した上で、具体的な事情に照らした判断をした。この意味で、本判決は、従前なされてきた議論よりも実質的な考慮に基づいて、「真正商品」と評価される商品の範囲を画したものと位置付けられる。後述の通り、「真正商品」性については、学説上、争いがあるところ、本判決の第1要件に係る判旨は、裁判例として一つの回答を示したという意義がある。

また、本判決は、第3要件（「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」）の判断において、商標権者自身が商標品を製造しているという事案に鑑み、新たな判断基準を示した。従前の裁判例に、同様の判断基準を採用したものは見られないため、本判決の第3要件に関する判旨は、同要件の具体的意義（特に「実際の品質の差異」を考慮すべきか否か）を検討するための素材となり得る。

したがって、以下では、第1要件、第3要件について順に検討する。次項ではそれに先立ち、両者に共通する前提として、フレッドベリー最判を確認する⁽⁷⁾。

(7) なお、本判決は、並行輸入品の販売に係る広告中の商標の使用（本件広告行為）について、近時の先例（知財高判平成30年2月7日判時2371号99頁〔NEONERO控訴審〕）と異なるアプローチを採用したものであって、一定の意義が認められる。しかし、議論の分散を避けるため、本稿では、本件広告行為の違法性について扱わない。

2. フレッドベリー最判

真正商品の並行輸入が商標権を侵害するか否かに関して、フレッドベリー最判は、従来の下級審裁判例⁽⁸⁾が踏襲してきた商標機能論の考え方を採用し、次のように、出所表示機能及び品質保証機能を害しない場合には商標権侵害としての実質的違法性を欠くと判示した。

「商標権者以外の者が、我が国における商標権の指定商品と同一の商品につき、その登録商標と同一の商標を付したものを輸入する行為は、許諾を受けない限り、商標権を侵害する（商標法2条3項、25条）。しかし、そのような商品の輸入であっても、(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ものと解するのが相当である。けだし、商標法は、『商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする』ものであるところ（同法1条）、上記各要件を満たすいわゆる真正商品の並行輸入は、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害することがなく、商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なわず、実質的に違法性がないといえることができるからである。」

以上の通り、フレッドベリー最判は、「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」ための3つの要件を提示した。担当調査官によれば、そのうち第1要件（真正商品性／適法性）、第2要件（同一人性）は出所表示機能に関する要件として、第3要件（品質管理可能性）は品質保証機能に関する要件として説明される⁽⁹⁾。もともと、同判決は、個別に各要件へのあてはめの検討をしたわけではなく、それゆえに各要件の具体的内実が明確ではない。その結果、上記3つの要件がいかなる相互関係を有するか、実質的な品質の差異を考慮すべきか否か等、様々な論点について現在まで議論が続いている⁽¹⁰⁾。

後に詳論する通り、本判決も、フレッドベリー最判の3つの要件をベースとした上で、第1要件、第2要件の判断において「出所表示機能」を害しないことを、第3要件の判断にお

(8) 大阪地判昭和45年2月27日無体集2巻1号71頁 [PARKER]、東京地判昭和59年12月7日無体集16巻3号760頁 [LACOSTE] など参照。

(9) 高部眞規子「判解 [フレッドベリー]」最判解民事篇平成15年度74頁、103頁（2006）。

(10) 蘆立順美「商標機能論の検討」日本工業所有権法学会年報42号95頁、98頁（2018）など参照。

いて「品質保証機能」を害しないことを検討した。このような各要件の理解は、先に述べたフレッドペリー最判の担当調査官による説明と符合する。したがって、本判決が採った「真正商品の並行輸入」に対する基本的な論理それ自体は、上記判例と整合的である。もっとも、本判決は、次の点において、フレッドペリー最判と異なる事案として位置づけられる。

そもそも、フレッドペリー最判は、外国商標権者と製造業者との間で結ばれたライセンス契約における2つの制限条項（下請制限条項、製造地域制限条項）に違反して製造された商品の日本への輸入が商標権を侵害すると判断したものであって、あらゆるライセンス条項違反が関わる事案で同様の帰結が導かれると判断したものではない⁽¹¹⁾。そのため、上記3つの要件に係る（フレッドペリー最判の）判旨の直接の射程は限定的であり、学説上も、「(出所表示機能、品質保証機能を害しない場合、商標権侵害としての実質的違法性を欠く)」という一般的な規範は別論、) その判断基準としてどのような要件が設定されるかについては、事案に応じて修正され得る旨指摘されている⁽¹²⁾。とりわけ、本件には、外国代理店が本件商品の製造を行っていない点、外国代理店の販売が契約解除後であった点において、フレッドペリー最判には存在しなかった事情が存在する。したがって、上記各要件を文言通りあてはめてよいか議論の余地がある。

後述する通り、本判決は、事案の特殊性に鑑みて、第1要件を修正し、かつ、第3要件該当性に新たな解釈を与えたものである。これに対して、従前の裁判例の多くは、（フレッドペリー最判とは事案が異なると評価し得るものであっても、）フレッドペリー最判の各要件をそのまま引用し、適用している⁽¹³⁾。本判決は、（その適否は措くとしても、）少なくとも、フレッドペリー最判の各要件が絶対的なものではなく、事案に応じて修正可能な点を示した裁判例として特徴づけられる。

(11) 高部・前掲注(9) 107頁参照。

(12) 青木大也「判批 [ZOLLANVARI]」L&T79号45頁、48頁(2018)参照。実際、前掲知財高判平成30年2月7日 [NEONERO控訴審] では、並行輸入品を国内販売する際の広告での商標使用について、第1要件を修正して適用している。

(13) 東京地判平成15年12月18日判時1852号140頁 [puma]、大阪地判平成16年11月30日判時1902号140頁 [ダンロップ]、東京地判平成18年12月26日判時1963号143頁 [BURBERRY]、東京地判平成21年7月23日(平成18年(ワ)第26725号、平成19年(ワ)第15580号) [Converse第一審]、知財高判平成22年4月27日(平成21年(ネ)第10058号、第10072号) [Converse控訴審]、大阪地判平成28年12月15日(平成27年(ワ)第5578号) [ZOLLANVARI第一審]、大阪高判平成29年9月21日(平成29年(ネ)第245号) [ZOLLANVARI控訴審]、東京地判平成29年9月27日(平成27年(ワ)第32055号) [Swimava]、前掲知財高判平成30年2月7日 [NEONERO控訴審]。

3. 代理店契約解除後に拡布された商品の真正商品性（第1要件）

(1). 問題の所在

第1要件については、出所表示機能の要となる「真正商品」概念をどのように捉えるかによって射程が変わり得る旨指摘されている⁽¹⁴⁾。すなわち、「単に商標を付する主体」に着目して「真正商品」性を把握すると、当該第1要件では、「商標が付された時点での適法性」のみが問題となる⁽¹⁵⁾。この考え方によれば、外国の商標権者又は当該商標権者から許諾を受けた者によって商標が付された後の違反行為は、（少なくとも第1要件との関係では）何ら影響を及ぼさない。これに対して、「出所と認識される主体」という観点から「真正商品」性を把握すると、商標が付された後の「流通の許容性も含めた総合的判断」が必要となる⁽¹⁶⁾。この考え方によれば、商標が適法に付された後であっても、流通の態様によっては、第1要件を充足しないことがある。

本件で問題となった商標品は、外国商標権者と同視し得るAによって適法に製造され、代理店契約に基づいて外国代理店Bに販売されたが、当該代理店契約が解除（され、販売が禁止）された後に被告へと販売された商品である。すなわち、本件においては、商標が付された（＝商品が製造された）時点での適法性は疑いない。このような事案においては、「真正商品」性をどのように捉えるかによって、本件輸入行為の違法性の判断過程および結論が左右される。

(2). 外国代理店の契約違反等に関する裁判例

フレッドベリー最判でも問題となっていたように、外国代理店が商標権者との許諾条項に違反して（あるいは契約が終了した後に）製造または販売した商品の並行輸入が商標権侵害を構成するか否かは、複数の裁判例で主たる争点となってきた。

例えば、①商品の製造段階で、商標権者と外国製造・拡布者との契約関係が終了している

(14) 蘆立順美「フレッドベリー最高裁判法における商標機能論の検討」パテント64巻5号11頁、14頁（2011）参照。

(15) このような考え方をとる見解として、高部・前掲注（9）110-111頁、宮脇正晴「判批【フレッドベリー】」立命館法学290号877頁、890頁（2003）、板倉集一「判批【ボディーグローヴ】」知財管理54巻9号1353頁、1357頁（2004）、立花市子「判批【フレッドベリー】」知的財産法政策学研究9号71頁、89-91頁（2005）、堀江亜以子「判批【NEONERO】」判評722号28頁、30頁（2019）参照。

(16) このような考え方をとる見解として、田村善之『商標法概説』158頁（弘文堂、第2版、2000）、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」CIPICジャーナル124号16頁、20-21頁（2002）、渋谷達紀「判批【フレッドベリー】」判評540号20頁、22頁（2004）参照（もともと、このうち田村教授、小泉教授の見解は、フレッドベリー最判の第1要件の文脈ではなく、「真正商品」性の文脈において論じられたものである）。

場合には、その商品の輸入行為は疑いなく商標権侵害を構成する⁽¹⁷⁾。すなわち、何ら許諾関係にない状態において製造された商品は、そもそも商標が付された段階の適法性すら欠くために、フレッドペリー最判の第 1 要件を充足しない。同様に、②製造地制限条項、下請制限条項に違反して商品が製造された場合にも、商標権侵害が肯定されることに異論は見られない。このような事実は、まさしくフレッドペリー最判で問題となったものであるからである。

一方、③許諾に基づいて適法に製造された商品が販売地制限条項を違反して販売された場合には、商標権侵害が否定されている⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。そこでは、フレッドペリー最判の各要件が用いられたわけではないが、「商品の品質ないし信用の維持を害する結果が生じたということとはできない」として、商標権侵害を認めなかった。同じく、④ライセンス料不払いの当事者によって商品が製造、販売された場合においても、商標権侵害が否定されている⁽²⁰⁾。このような違反は、商標の機能には影響を及ぼさないため、債務不履行が問題となるに過ぎないという。

以上のように、フレッドペリー最判以降、契約違反等により製造又は販売された商品の並行輸入について違法性の有無が検討された裁判例は、複数見られる。もっとも、これら裁判例の事実関係を見る限り、いずれも、「外国商標権者と同視し得る A によって適法に製造され、代理店契約に基づいて外国代理店 B に販売された商品が、当該代理店契約が解除（され、販売が禁止）された後に被告へと販売された」という本件の事実関係⁽²¹⁾とは区別される。すなわち、確かに契約が解除された後の行為が問題となったという点においては、①と共通するが、本件では契約解除後に違法に製造されたわけではない点で事案が異なる。他方、適法に製造された後に契約違反等をしたという点に着目すれば、③と類似の事案と見ることもできる。しかし、③ではいずれかの国で販売が許諾されていたのに対し、本件では、もはや世界中のどこでも販売することができなくなっていた点で事案が異なる。以上の通り、一部に共通項を有する先例はあるものの、いずれも重要な点で相違した事案と位置付けることが相当である。それゆえ、本件の事案を解決するためには、より根本的な出所表示機能の趣旨

(17) 前掲東京地判平成 15 年 12 月 18 日 [puma] (傍論)。

(18) 東京地判平成 15 年 6 月 30 日判時 1831 号 149 頁 [ボディーグロウヴ]。

(19) ただし、学説上は、「許諾を受けていない地域における販売行為は、当該国における商標権侵害を構成するのであるから、真正商品性を欠き、結果として商標権侵害を肯定する」旨論ずるものも見られる（高部・前掲注 (9) 113-114 頁参照）。

(20) フレッドペリー最判以前の裁判例ではあるが、東京高判平成 14 年 12 月 24 日判時 1816 号 128 頁 [第二次フレッドペリー] (傍論)。

(21) なお、本件では、これとは別に、「B が、シンガポール国内のみでしか販売の許諾を得ていなかったにもかかわらず、日本の事業者である Y に販売した」という事実も問題になっている（前注 (2) 参照）。このような販売地制限条項違反に係る商品の並行輸入については、上記の通り、商標権侵害を否定した先例（③の裁判例）がある。本件もこれと同様に、商標権侵害を否定した。

に立ち返った検討が必要になる。

なお、以上の裁判例はどれも、商標を付した時点の適法性を欠くことで第1要件該当性を否定した①の裁判例を除き、出所表示機能を害するか否かをどのように判断しているのか明確でない。すなわち、フレッドベリー最判（②）は、先にも簡単に触れたように、個別的に要件の文言へのあてはめをしたものではなく、「本件契約の本件許諾条項に定められた許諾の範囲を逸脱して製造され本件標章が付されたものであって、商標の出所表示機能を害する」と包括的な判断をしたものである。そして、ここでいう「許諾の範囲を逸脱して」が何を意味するのか不明確であるため、結果として、出所表示機能を害するか否かの判断基準が定まっていない。加えて、③④の裁判例は、いずれもフレッドベリー最判の第1要件を引用しておらず、より広範な視点から商標の機能を害するか判断し、違法性を欠くことを認めたものである。以上のように、従前の裁判例からは、外国代理店の契約違反等が出所表示機能の維持に影響するか否かを決定づける明確な線引きは見出しがたい。後述する通り、本判決は、従前の裁判例で（少なくとも明示的には）示されてこなかった考慮要素をもって、比較的明確な基準を提示したものと理解し得る。

(3). 本判決の検討

(a). フレッドベリー最判第1要件の修正

本判決は、まずはフレッドベリー最判の3要件を提示しつつも、フレッドベリー最判の事案と本件では、「製品が商標権者自らの手によって製造されていたかどうかという点において、重要な違いがある」として、要件を修正し、「実質的に違法性を欠くものであるかどうかを判断」した。とりわけ、第1要件については、次の2つの理由に基づき、「適法に商標が付された商品が、商標権者の意思に基づいて流通におかれたことまで要求」すべきというXらの主張を受け入れている⁽²²⁾。

すなわち、本判決は、①仮に第1要件を「商標が適法に付されたこと」で足りるとするならば、本件のように製造者＝商標権者の事案では、同要件が問題となることはほとんど考えられず、よって、これを単独の要件とした意義が失われること、②「適法に流通に置いたこと」を要件とすれば、非正規のルートで入手された商品の並行輸入を排除するという意味を

(22) もっとも、裁判所は、このような要件の修正に関して、「Xらの主張にはもっともなところがあるといえる」というにとどまり、基準として積極的に採用したわけではない。すなわち、あくまで予備的に、Xらが主張する要件に基づく認定判断もした、という可能性も否定できない（このことは、本判決が、「第1要件の内容を最高裁平成15年判決の判断どおりとみた場合でも、それに『適法に流通に置かれたこと』との要件を加えたものとして理解したとしても、いずれにせよ、同要件は満たされるというべきである」と表現したことからもうかがわれる）。

持たせることができることを「併せ考え」て、上記Xらの主張を「もっともなところがある」とした。以下、これら2つの理由について検討する。

まず、論述の便宜のため、理由②から検討すると、次に述べるように、実質的な観点から第1要件の役割に適合的な要件を検討し、修正の必要性を説いたものと理解することができる。すなわち、第1要件は、一般に出所表示機能に関する要件と位置付けられているところ、出所の同一性を損ねる「非正規のルートで入手された商品」の並行輸入が出所表示機能害することには疑いない。そして、「非正規のルートで入手された商品」を排除するために「適法に流通に置いたこと」が常に必要になるわけではないが、逆に、「商標が適法に付され」かつ「適法に流通に置かれた」商品は、必然的に「非正規のルートで入手された商品」ではなくなる。このように考えれば、理由②は、出所表示機能をより実効的に保つためには、「流通の適法性」を要求することが理に適っている旨論じたものと評価できる。このような考え方は、先述した「真正商品」概念に係る見解の対立に則して言えば、後者の『出所と認識される主体』という観点から『真正商品』性を把握する」見解に親和的な立場を採ったものといえよう。

もともと、フレッドペリー最判が「商標が適法に付されたこと」を基準として示している以上、同基準で十分に出所表示機能が担保される場合にも「流通の適法性」という要素を取り込むことは、過剰な立証負担を課すこととなり得る⁽²³⁾。加えて、「流通に置く」ことは、「商標を付す」ことに比べて幅のある概念であり、その適法性を判断するには一定の規範的評価が含まれる⁽²⁴⁾ため、常に「流通の適法性」を要求すると、法的安定性を害するという問題が生じ得る。以上のことから、「商標が適法に付されたこと」という要件（及び第2要件）だけでは出所表示機能害するケースを排除しきれない場合に限り、「適法に流通に置かれたこと」という要件を導入することが相当である。

そうであれば、理由①は、理由②の前提として、本件のような事案では、「商標が適法に付されたこと」という要件が出所表示機能を担保するために十分機能していないことを述べたものと解することができる。すなわち、本件のように商標権者あるいはそれと同視し得る者が自ら商品を製造した場合には、「商標が適法に付されたこと」が明らかな反面、その後、（並行輸入業者へ商品が流通する過程で彼ら以外の第三者が介在するなどして、）非正規の

(23) ある商品が適法に流通したことは、（単に適法に製造されたこと以上に）直接の取引者ではない輸入業者には判別しがたいことがある。それゆえに、適法な並行輸入を行うにあたって常に「流通の適法性」の立証を求めることは、商標権の及ぶ範囲を事実上拡張することにもなり得る。

(24) 例えば、田村・前掲注(16)158頁は、「商標品としての品質に責任を負うという決定」を基準にこれを判断するのに対して、渋谷・前掲注(16)22頁は、（商標品を流通に置くときの名義などといった）より広範な「流通過程への支配」を問題とするなど、論者によっても捉え方にばらつきがある。

ルートでこれが入手される可能性を排除できない⁽²⁵⁾。本判決は、このような状況では「商標が付された」時点の適法性が出所表示機能を担保する役割を果たしきれないため、上記の理由②に従って、「流通に置いた」時点の適法性を要件とすべきとしたものと理解し得る。判旨において用いられた、理由①と理由②とを「併せ考える」という表現は、この趣旨を反映したものといえよう。

上記の通り理解するならば、本件判旨は、事案の解決にとって必要十分な修正をフレッドベリー最判の第1要件に施したのものとして、肯定的に評価できる。もっとも、上述した通り、「流通に置いたこと」は「商標が適法に付されたこと」に比べて相対的な概念であって、そのあてはめにもある種の規範的な評価が含まれる。したがって、事案の解決が適切であるかを判断するには、出所表示機能を害しないという趣旨に適ったあてはめがなされているかが問題となる。次項では、この是非を検討する。

(b). 修正後の要件へのあてはめ

上記の通り、フレッドベリー最判の示した第1要件を修正したのは、「商標が適法に付された」という要件だけでは、製造主体と外国代理店とが異なる本件のような事案で「非正規のルートで入手された商品」を排除することができないことがあるからである。そうすると、BからYへと販売された商品が正規品であることが担保されるのに必要十分な形式で第1要件へのあてはめがなされるのであれば、フレッドベリー最判の趣旨に適った判断と評価することができる。

この点、本判決は、「適法に流通に置かれた」という修正を加えた第1要件該当性を判断するにあたって、次の2段階のプロセスを採用した。すなわち、①外国における商標権者と同視し得るAからBへ正規に本件商品が販売されたことから、「適法に流通に置かれた」ことが明らかであると判断し、②本件代理店契約解除という事情によって①の判断が左右されることはなく、実質的に見ても、出所表示機能が害されるとはいえないと判断した。

このうち、①の判断は、形式的・客観的な観点から、本件商品が正規品（真正商品）であるか否か判断したものと考えられる。すなわち、商標権者とは異なる主体に対して適法に販売されたという一事をもって、さしあたり「適法に流通に置かれた」と判断したのである。

もっとも、商品の販売をもって外形的に「流通に置かれた」としても、実質的にその商品の拡布に対するコントロール権限が商標権者に留保されている場合には、それに反して拡布された商品を「正規品」と評価できるか疑問が生じる。本判決が上記②において、本件代理店契約解除という事情を考慮して、改めて第1要件該当性を検討したのは、このような場合

(25) 具体的には、適法に製造した商品が盗み出され、流通に置かれた場合などが想定される。

を想定したためと考えられる。

本判決は、具体的に、上記②において、本件商品に係る処分権限（所有権）がBにあることに基づき、「〔販売禁止等条項に違反して本件商品が販売されたとしても、〕本件商品が『適法に流通に置かれた』という評価を覆すまでのものではない」と判断した。これは、上記の非正規品排除という趣旨との関係では、（少なくとも）「商標権者の管理支配下にある（＝処分権限が商標権者に帰属する）時点での適法性」が認められれば、その商品は正規品（＝真正商品）と評価されるというという考えに立ったものとして、整合的に解される。

従前の裁判例においても、（第1要件にあてはめたものではないが、）商標が付された時点での適法性を認めた上で、進んで商標権者による管理権限を侵すかという観点から出所表示機能を害するか否かを判断するものがある⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾。本判決は、こうした従前の裁判例の考え方を取り入れた上で、「処分権限」というより明確で安定的な指針を示したものとして評価することができよう⁽²⁸⁾。

(26) 販売地制限条項を違反して販売された商品の並行輸入について商標権侵害を否定した前掲東京地判平成15年6月30日〔ボディーグローヴ〕、ライセンス料不払いの当事者によって製造、販売された商品の並行輸入について商標権侵害を否定した前掲東京高判平成14年12月24日〔第二次フレッドベリー〕（傍論）は、いずれも商標権者による「品質管理」を侵すか否かという観点から、出所表示機能、品質保証機能を害するか検討し、結論を導き出している。

(27) 学説上も、（第1要件の枠組みで検討すべきか否かには異論があるが、）「外国代理店のライセンス違反が商標権者による品質管理を侵すものか」という観点から出所表示機能を害するか否かを判断するものが多数である（田村・前掲注（16）158頁、茶園成樹「判批」知財管理54巻4号647頁、650頁（2004）、宮脇正晴「判批」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』72頁、73頁（有斐閣、2007）、廣田美穂「判批」[Converse]知財管理60巻6号949頁、959-960頁（2010）など参照）。一方で、「ライセンス違反に基づく製造、販売がそれ自体で商標権侵害を構成する、本質的条項違反であるか否か」という観点からこれを判断する見解も存在する（高部・前掲注（9）113-114頁、中村秀雄「製造ライセンス契約に違反して作られた商品の並行輸入可否の基準」知財管理55巻7号903頁、912頁（2005）、岡本芳太郎「判批」[フレッドベリー]経営と経済85巻3-4号561頁、570-571頁（2006）参照）

(28) 本件の事案からは離れるが、以上検討してきた本判決の論理によれば、「製品が商標権者自らの手によって製造されて」いない場合であっても、「適法に商標が付された」ことに加えて、「適法に流通に置かれた」ことが求められることがあるように思われる。例えば、商標権者が下請業者（ α ）に製造させた商品を全て買い戻し、他の外国代理店（ β ）へ販売することとしている場合には、 α によって「適法に商標が付された」としても、当該商品が β に販売するまで実質的な処分権限は商標権者に留保され、 β を経由せずに市場に置かれた（＝不適法に流通に置かれた）商品は「非正規のルートで入手された商品」と評価される。つまり、このとき、「適法に商標が付された」ことだけでは出所表示機能が担保されないため、「適法に流通に置いた」という要件を加える必要が生ずるのである。このように考えると、本件判旨（1.）の言う「商標権者自らの手によって」とは、「商標権者の支配管

4. 商標権者が製造した商品に係る品質管理可能性（第3要件）

(1). 問題の所在

フレッドベリー最判の第3要件については、その前半（＝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）（以下、「狭義の品質管理可能性」とする）と、後半（＝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〔こと〕）との関係が明瞭でない⁽²⁹⁾。そのため、第3要件を充足するためには、狭義の品質管理可能性のみで十分なのか、それに加えて「実際の品質の差異」がないことまで求められるのが問題となる。

とりわけ、本判決でも言及されているように、（日本と外国とで商標権者が同一人と評価され、）商標権者又はそれと同視される者が自ら商品を製造し、かつ、外国代理店へと自ら販売した事案では、商品の製造、販売時点で商標権者の品質管理が及んでいる（＝狭義の品質管理可能性が認められる）ことは言うまでもない。そうすると、第3要件が狭義の品質管理可能性のみで完結すべきか、一歩進んで実際の品質に対する関心まで検討すべきかが、結論に大きく影響する。

(2). 「実際の品質の差異」に関する裁判例

上記のように第3要件の意義が不明確となったのは、フレッドベリー最判の事案が第3要件全体について判断せずとも結論を導き出すことができしてしまったことに起因する。すなわち、同最判は、製造地制限条項および下請条項に違反して製造された商品には商標権者の品質管理が及ばないこと（＝狭義の品質管理可能性がないこと）をもって、具体的な品質に差異があったか否かについて言及することなく、同要件該当性を否定している。そのため、最高裁が、後者の判断を必要とするか否かについてどのように考えているかが明確でないという解釈上の問題が生じたのである。

このような状況のもと、その後の下級審裁判例の態度は、統一されているとは言い難い。すなわち、単なる狭義の品質管理可能性の判断に終わらず、具体的な商品の品質に差異があるか否かを考慮して同要件該当性を判断した裁判例がある⁽³⁰⁾。一方、（一定程度の）品質の差

理下において」と読み替えて理解することが相当なように思われる（そもそも、本件商品を製造したのも、厳密には「商標権者自身」ではなく、「商標権者と同視し得る訴外A」であった）。

(29) 宮脇・前掲注(27) 73頁など参照。

(30) 東京高判平成15年3月19日（平成13年（ネ）第5605号、平成14年（ネ）第5060号）[MiQi]、福岡高判平成27年6月17日民集71巻2号285頁[EemaX控訴審]、東京地判平成28年10月20日判時2371号106頁[NEONERO第一審]、前掲大阪地判平成28年12月15日[ZOLLANVARI第一審]参照。

異があるにもかかわらず同要件該当性を認めた裁判例もある⁽³¹⁾。もっとも、後者の事例においても、一般的に「実際の品質の差異」を考慮すべきでないといまで論じているわけではない。

これに対して、近時の知財高裁判決⁽³²⁾（〔NEONERO〕）は明確に、出所表示機能が害されないと認められたときには、原則として第3要件も充足すると判断手法を採用した点で、注目される。すなわち、同判決は、原告商標が付されたアクセサリーの並行輸入について、外国と日本とでは一部仕様が異なることを根拠に第3要件該当性を否定した原判決⁽³³⁾に対し、次のように判示して第3要件該当性を認めた。

「第3要件は、我が国の商標権者の品質管理可能性についていうものであるところ、外国の商標権者と我が国の商標権者とが法律的又は経済的に同一視できる場合には、原則として、外国の商標権者の品質管理可能性と我が国の商標権者の品質管理可能性は同一に帰すべきものであるといえる。」

これを見ると、同判決は、（日本の商標権者が独自の信用維持を図ってきた場合には例外的にその利益が保護されるとするものの、）出所表示機能に係る要件である第2要件を充足すれば、原則、第3要件も充足するという態度を取ったものと理解できる。すなわち、同判決によれば、第3要件は基本的に出所表示機能の判断で完結するのであって、極めて限定的な場合にのみ、品質保証機能に関する要素が考慮されるにとどまる。もとより、狭義の品質管理可能性は、商標権者の管理下で商品が製造、販売されたこと一つまり、出所表示機能を担保するにすぎないと理解されていたこともあり⁽³⁴⁾、学説上も、第3要件を出所表示機能に関する要件と連動的に解する同判決に肯定的な見解⁽³⁵⁾が多くみられる⁽³⁶⁾。

(31) 前掲東京地判平成29年9月27日〔Swimava〕、前掲大阪高判平成29年9月21日〔ZOLLANVARI控訴審〕参照。

(32) 前掲知財高判平成30年2月7日。

(33) 前掲東京地判平成28年10月20日。

(34) 立花・前掲注(15)86頁、大野聖二「判批〔フレッドベリー〕」判タ1154号180頁、181頁(2004)、宮脇正晴「商標機能論の再検討―品質保証機能に関する問題を中心に―」日本工業所有権法学会年報30号5頁、15頁(2006)、田村善之「商標法の保護法益」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『新商標法の論点』53頁、85頁(商事法務、2007)など参照。

(35) 堀江・前掲注(15)33頁、永田早苗「並行輸入」高部眞規子編『最新裁判実務大系 知的財産訴訟Ⅰ』472頁、492-493頁(青林書院、2018)参照など参照。

(36) 一方、フレッドベリー最判が品質保証機能も保護されるべき機能として明示していることを根拠に、第3要件の判断においては、（出所表示機能を目的とする）狭義の品質管理可能性が認められた場合、進んで（第3要件の後半部分にあたる）「実際の品質の差異」を検討すべきとする見解も存在する（宮脇・前掲注(34)17-18頁、川瀬幹夫「判批〔フレッドベリー〕」知財ぷりずむ7号59頁、74-75頁(2003)など参照。また、より一般的に品質保証機能が独立して保護の対象となると論ずるものに、玉井克哉「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」

これに対して、本判決は、第3要件該当性を認めるという結論や第3要件が一定程度出所表示機能に係る要件と連動するという考え方こそ同一であるものの、その具体的な判断基準が異なり、少なからず品質保証機能に関する要素を考慮していると解釈できる点で特徴を有する。

(3). 本判決の検討

本判決は、まず、第3要件該当性について、「商標権者自身が商品を製造している場合には、商品の品質は、商標権者自身が商品を製造したという事実によって保証されており、後は、その品質が維持されていれば品質保証機能に欠けるところはないといえる」と判示した。先に見たように、近時の知財高裁判決において、出所表示機能と第3要件とを連動させて考える判示がなされており、学説上も一定の支持を得ている。本判決も、形は違えど、商標権者自身が商品を製造しているという出所表示機能に関する事柄（より詳しく言えば、真正商品性に関する事柄）を前提に、第3要件該当性を判断している点で、上述した[NEONERO]や近時の有力説と類似した思想に立ったものと評価することができる。既述の通り、狭義の品質管理可能性が商標権者の管理下で商品が製造、販売されたことを担保するにすぎないと解するのであれば、商標権者が商品の製造に関与したという事実を有する本判決でこのような判断がなされるのもうなずける。

もっとも、以下論ずるように、本判決において考慮された事情は[NEONERO]のそれと異なり、少なからず「実際の品質の差異」（品質保証機能）に関する要素と解釈し得る。すなわち、本判決は、男性用下着という本件商品自体の性質に照らし、「[流通過程での]経年劣化のおそれ等、品質管理に特段の配慮をしなければ商品の品質保証機能に疑念が生じるおそれ」がないことから、「品質が維持されている」ことを認めたものである。そして、ここで言及された「流通過程での経年劣化のおそれ」という考慮要素は、単に商標権者の品質管理が及んでいるかという従前の（狭義の）品質管理可能性要件の判断に還元することができない。従前は「外国での拡布」（＝訴外外国代理店の行為）に品質管理が及んでいることを問題としているのに対して、本判決では「運送」（＝輸入者である被告の行為）で品質を損ねるおそれがないかという、より実質的な要素が検討されているからである。仮に本判決の判断枠組みに従えば、食料品のように品質劣化のおそれが認められやすい商品については、「特段の配慮」を働かせない限り、第3要件を充足しない可能性が生ずる⁽³⁷⁾。この点で、本判

パテント58巻11号17頁、35-38頁（2005）など参照。

(37) 類似の指摘をするものとして、生田=寺島「判批 [2UNDR 控訴審]・前掲注 (6) 49頁（「仮に本件が、飲食物品など経年劣化しやすい商品を正規に輸入した後、相当期間を過ぎてから販売したという事案であった場合には反対の結論が導かれた可能性もあ[る]」）参照。

決は、少なくとも従前の品質管理可能性要件の理解よりは踏み込んで、商品の品質に対する関心を考慮したものと評価できる⁽³⁸⁾。とりわけ、国内で独自の品質管理、信用維持がなされているか否かしか例外事情として示さなかった [NEONERO] とは根本的に異なる判断基準を採用したものと考えることが相当である。

なお、このような本判決の理解については、一点留保を付しておかなければならない。本判決が、上記判断をするに際して、「少なくとも」という文言を用いている点についてである。すなわち、本判決でなされた「流通過程での経年劣化のおそれ」という商品の品質に対する関心の考慮は、(判決理由を導き出すために必ずしも必要ではない) 予備的なものという可能性が残されている。同じく予備的なものと解し得る第1要件の判断⁽³⁹⁾も含めて、今後の裁判例の展開に期待したい。

(38) もっとも、本判決で考慮された「商品の特性に照らした運送中の品質劣化のおそれ」は、厳密な意味での「実際の品質の差異」とも異なる。本判決は、実際に輸入された本件商品と日本国内で販売されている2UNDR商品とを比較し、その品質に差異があるか否か具体的に判断したものではなく、より抽象的な商品群という次元で「実際の品質の差異」が生じる可能性について判断したに過ぎないからである。

(39) 前注(22)参照。

※脱稿後に、泉克幸教授による本判決の研究報告(株式会社商事法務主催の知的財産判例研究会)に接した。