

## 2 1 欧州商標制度における権利範囲と商標の機能

長期派遣研究員 蘆立 順美

商標が市場において果たしている機能については、古くから出所識別機能以外にも、いわゆる品質保証機能や宣伝広告機能等が指摘されてきたところであるが、出所識別機能以外の機能に関しては、商標法上の保護の対象とすべきかどうかにつき議論があった。わが国においても、近時、並行輸入に関する最高裁判例において品質保証機能に関する言及がなされるなど、法律上保護の対象とされる商標の機能の範囲について再検討されているところである。本報告では、欧州商標制度を素材として、商標権の保護範囲の解釈において現れた商標の機能に関わる議論について、類型ごとに学説や裁判例を紹介し、商標の機能に関する理解や位置づけ等についての整理、分析を行いたい。

### 1. 報告書の目的

現在、市場において商標の果たす役割が多様化し、企業価値を計る手段として、「ブランド価値指標」と呼ばれる資産評価方法も存在するようになるなど、商標そのものの経済的価値が高まっている。こうした背景を受けて、商標が、市場において果たしている実質的機能の法的保護の必要性や、企業のマーケティング戦略、経営手法を支援するような保護範囲の確定等を望む見解が生じている。

わが国では、商標の保護範囲を解釈するにあたって商標の経済的機能や価値を考慮することの可否に関して、商標法により保護される「商標の機能」をいかに捉えるかという問題と関連して論じられることが多い。従来、商標の機能としては、主に、いわゆる出所識別機能、品質保証機能、広告宣伝機能が挙げられていたところであるが、これらの機能のうち、出所識別機能については保護対象となると解することについて争いが無いものの、その他の機能が商標法における保護対象であるのかという点、さらには、それぞれの機能は具体的にどのような内容を示すものであるのかという点については、必ずしも見解が一致していない状況にある。

欧州においては、1988年に商標制度の統一に関する欧州共同体指令(商標に関する構成国の法律を近似させるための理事会第1回指令、以下、欧州商標指令とする)<sup>(\*)1</sup>、1993年に商標に関する共同体理事会規則<sup>(\*\*)</sup>(共同体商標に関する理事会規則、以下、欧州商標規則とする)が採択された。いずれも共同体域内の単一市場の確立と経済的発展を図るために、各国における商標保護の統一を目的として策定されたものであり、いくつかの点で、従来の多くの加盟国において付与されていた保護範囲が変更されることとなった。

文献の中には、商標指令および商標規則制定の理由の1つとして、加盟国の商標法が市場の実態に即していないとの問題意識があったことを指摘するものがある。すなわち、商標に化体される経済的な価値は、製品やサービスの商業上の出所(origin)を示すという基本的な役割にとどまるものではなく、それを超えて存在しうることから、商標の保護は、もはや出所の表示の機能に限定されないというのである。そうした意図は、欧州商標指令及び商標規則において、非類似の商品・役務への使用にも保護を及ぼしていること、および営業譲渡を伴わない商標権の譲渡が可能となっていること等に具体的に表れているという。指令の解釈に関わる裁判例等においては、商標権の保護範囲や保護の対象となる商標の機能を拡大して解釈する可能性を示唆するものも存在し、現代における商標の機能の多様化と財産的な価値の増大に適合した保護のあり方を模索した結果であるとして評価する見解もある。

そこで、本報告書では、欧州商標制度の設立の経緯や、欧州司法裁判所の商標の保護範囲に関する判断について概観、分析することにより、保護範囲の解釈の背景として、商標法の保護対象となる「商標の機能」に関するいかなる理解が存在するのかを明らかにすることを目的とする。もっとも、商標の機能の理解は、商標法の全体に関わる問題であるため、それが関連する問題は広範なものとなるが、商標の機能の理解が大きく影響を与えうるとされるいくつかの侵害類型を取り上げて検討をすすめる。

第1は、まず、商標権の保護範囲に関わる「混同のおそれ」と「連想のおそれ」の概念の解釈の問題について取り上げる。第2に、わが国においても議論が再燃している並行輸入をめぐる議論を検討対象とする。欧州商標制度においては、並行輸入

(\*)1 First Council Directive 89/104 EEC of 21 Dec. 1988 to approximate the laws of Member States relating to trade marks, OJL 040 11/02/1989 p.0001.

(\*\*)2 Council Regulation(EEC) No.40/94 of 20 Dec 1993 on the community trade mark, OJL 011, 14/01/1994 p.0001.

の問題は、商標権の消尽の問題として位置づけられていることから、まず、国際消尽理論の採用の可否に関する議論について触れる。続いて、消尽理論の適用の可否が問題となりうる事例、すなわち、商標が付された商品の再包装や広告への商標の使用に関する事例を検討の対象とする。

## 2. 欧州商標制度の概要

1988年に採択された欧州商標指令と1993年に採択された欧州商標規則は、前者が加盟国の商標法の統一を図るものであるのに対し、後者は域内で統一的な効力を有する単一の商標権の確立を可能とするものである。もっとも、両者における保護範囲や商標権の制限に関する規定では、ほぼ同様の文言が採用されており、手続きや権利の地理的な効力範囲は異なるものの、その保護の実質には大きな差異は存在しないと考えられる。

商標規則9条および商標指令5条は、次の3つの類型に属する表示を取引において使用する行為が侵害を構成することを規定する。

a) 登録商品役務と同一の商品役務に使用される登録商標と同一の標識

b) 登録商標と同一または類似する標識で、共同体商標によってカバーされる製品またはサービスと同一または類似のものに使用されることにより、公衆の一部において混同のおそれ(likelihood of confusion)を生じさせる標識。この混同のおそれには、標識と商標の関連のおそれ(likelihood of association)が含まれる。

c) 登録商標と同一または類似であるが、登録された商品又は役務とは類似しない商品または役務について使用される標識で、当該登録商標が共同体内(加盟国内)において名声(reputation)を有している場合に、その標識の使用が正当な理由なく(without due cause)行われ、かつ、当該商標の識別力や名声から不当な利益を得るものである場合、またはそれらを害するものである場合。

伝統的な商標権の保護範囲との比較において、注目されるのは、上記b)にあるように、混同のおそれの概念に、連想のおそれも含むということが明記された点であり、この概念がいかにか解されるのかにより、商標権の保護範囲は大きく異なることとなる。そして、c)にあるように、商品役務の類似性を欠く場合であっても、名声を有する商標に対する保護を認めた点である。

そこで、報告書では、連想のおそれの概念に関する議論と欧

州司法裁判所の判断について検討を行った。

## 3. 混同のおそれと連想のおそれの関係

商標指令5条1(b)に定められた「連想のおそれ(the likelihood of association)」という概念はベネルクス商標法から生じたものであるといわれ、欧州商標制度における連想のおそれに関する文言は、制度制定の交渉過程におけるベネルクス諸国の主張により組み入れられたという経緯が多く文献で指摘されている。

ベネルクスにおいて、「連想のおそれ」とは、混同のおそれの内容において言及される、広義の混同においていわれるところの、ライセンスや提携関係などの関連があるのではないかという疑念を生じさせる意味としては使用されていない。連想のおそれは、非出所関係(non-origin association)として説明されるように、表示が付された商品等の出所に関して問題とするのではなく、侵害とされる表示を見た際に、登録商標を想起するかどうか、という概念として理解されている。

したがって、連想のおそれとは、広義の混同のおそれ(標識の主体に何らかの経済的な関連があるとの誤認)よりも広い概念であると解されており、商標権の侵害の成立には、混同のおそれは必要とされず、連想のおそれが立証されれば十分と解されてきたといわれる。このように、ベネルクス商標法は、商標について、単なる出所を識別させる表示としてだけでなく、商標が継続的に公衆の意識にあり、それによって商品の出所や起源・品質とは独立して信用を獲得しているという機能を認め、商標の顧客吸引力を保護してきたといわれている。

ベネルクス商標法で使用されてきたこうした概念を、欧州商標指令および欧州商標制度にとり入れたことにより、同制度のもとでも、出所表示機能の保護にはとどまらない商標権の保護範囲が付与されたのであると理解する見解が現れるのは当然のことともいえる。

しかしながら、「連想のおそれ」の文言が付加された理由や経緯については必ずしも明らかではなく、各国の妥協の産物といわれていることもあり、特にイギリスにおいては、裁判例、学説とも、こうした広範な保護を認めることに対する批判が強く主張されていた。

たとえば、イギリスの裁判例においては、欧州商標指令の規定が混同のおそれという文言をわざわざ規定していることから、連想のおそれのみで侵害が成立するという解釈には文言上の根拠がないこと、加えて実質的には、連想のおそれのみで保

護を認めるという解釈は、権利者の取引とは関係を有しない領域にまで独占権を創出し、商標それ自体に独占権を認めることとなるという問題を生じさせるということに言及し、あくまでも混同のおそれが要求されるとの解釈を採用していた。

欧州司法裁判所においては、この問題につき、Sabel 判決において判断が下されることとなった。同判決が述べた以下の解釈は、その後の欧州司法裁判所の裁判例において踏襲されており、同判決によって一定の解決を見たといつてよい。

同事件において裁判所は、「連想のおそれ」とは、1) 直接の出所の混同（いわゆる狭義の混同）、2) 間接的出所の混同（いわゆる広義の混同）、3) 混同は生じていないが、消費者が2つの標識を関連させる場合、の3つに分類できるとした。しかし、欧州商標指令の文言からは、この連想のおそれの要件は、混同のおそれと選択的に存在するのではなく、混同の可能性の下位概念にあると解すべきであり、侵害の成立にはあくまでも混同のおそれが必要であるとの見解を明らかにした。

連想のおそれの解釈は、商標のイメージや顧客吸引力の利用について、商標法が救済を認め得るのかという問題としても捉えることができるが、上記の欧州司法裁判所の判断に対しては、現在の商標の価値における宣伝広告機能の重要性を無視したものであるとの批判が存在する。また、宣伝価値の利用に対しては、欧州商標指令5条(2)が著名性を有する商標について、商品の類似が存在しない場合についても、一定の保護を認めていることとの関係から、商品の類似性が認められる5条1(b)の事例においても、商標の名声を保護すべきであるとの意見も存在している。

しかし、欧州司法裁判所は、連想のおそれのみでは侵害を構成するに不十分であるとの見解を一貫して述べている。こうした見解とこの判断を支持する学説の前提には、商標の法的に保護される機能とは、「権利者のみが表示を添付することによって製品の識別を与えうる」という、出所表示機能の確保の機能であるとの理解が存在しており、この基本的機能から、付随的な効果として、品質に対する需要者の期待や、宣伝広告価値といった商標の経済的価値に対して、法的な保護が付与されるに過ぎないとの考えが存在している。さらに、仮に、こうした保護の必要性が肯定されるとしても、欧州商標指令の条文の文言からは、宣伝広告機能の保護については、5条(2)が著名性などの要件を定めた上で保護を認めており、こうした要件を明記していない5条1(b)において、同様の広範な保護を認めることについては、批判的な意見が出されている。

#### 4. 商標権の国際消尽

商標指令5条1項および商標規則9条1項において禁止される行為については、指令5条3項(規則9条2項も同様)が、(a)当該標識を商品またはその包装に付すこと、(b)当該標識の下に、商品を提供し、その商品を市場に出す、もしくはその目的のために保持し、またはサービスを提供すること、(c)その標識の下に商品を輸入または輸出すること、(d)取引書類や広告において当該標識を使用すること、という4類型を定めている。

したがって、欧州商標制度の下でも、適法に市場におかれた真正商品の流通や輸入行為に対して、形式的には商標権が及ぶということとなるが、欧州商標制度においては、商標権の制限を定める商標指令7条(および商標規則13条)において、商標権の消尽法理につき明文で定めている。すなわち、同条1項は、「商標は、その権利者により、または権利者の同意に基づいて、当該商標の下で共同体内の市場に置かれた商品に関して、その商標の使用を禁止することを権利者に付与するものではない」ことを規定する。他方、同条2項においては、権利消尽の範囲外となる場合として、「権利者がその商品の更なる流通を禁止するに正当な理由が存在する場合、特に、商品の状態が変更され、または損なわれた場合」を規定する。

1項においては、適法に「共同体内の」市場に置かれた商品に関して権利消尽を認めるとの文言が採用されているが(いわゆる「共同体内消尽」)、共同体外の市場において最初に市場に置かれた商品に対して、国際消尽を認めることが可能かどうかについては、欧州商標制度以前の国内法において、国際消尽を採用する加盟国も少なくなかったことから、必ずしも明らかではなかった。

この点について、いわゆる Silhouette 判決として著名な裁判例において、1998年に欧州司法裁判所が、各加盟国の国内法において国際消尽法理を採用することは欧州商標指令の規定に違反すると述べたことにより解決をみた。判決が述べた理由は、第1に、商標指令において、「共同体内において」という文言が付されている以上、文言の解釈として、またその文言が付された立法の経緯を見ても、消尽の範囲は共同体内に限定されると解すべきであるということ、第2に、欧州指令の目的は、共同体内の保護を統一することによって域内市場の機能を確立するということにあることから、加盟国に消尽問題についての裁量を与えた場合、各国の対応が異なることによって、結果として域内市場における自由な商品の流通が害されるとい

うことになり、こうした解釈は容認できないというものであった。

もっとも、この判断については、学説において、以下の3つの批判がなされている。第1に、Silhouette 判決の事案は、当該商品の最初の販売が EEA 域内で行われたと考えるべきものであり、商標指令7条1項に該当するものであるから、共同体外消尽（国際消尽）が問題となる事例として扱うことにつき、問題があるというもの、第2に、立法経緯に基づいて、消尽理論の適用範囲に関して、一定の立法上の判断がなされたと理解することに対する疑問、そして第3に、商標権の権利範囲の理解という消尽理論の核心については何らの説明がなされていない点である。

そこで報告書では、第2の批判を検証するために、商標指令および商標規則の消尽原則規定に関する立法経緯について検討を行った。1980年に公表された商標指令第1案においては、「商標は権利者に対して、権利者又はその同意に基づき商標を付して市場に置かれた製品について、その使用を禁止する権限を与えるものではない」との文言が規定され、覚書における説明からも国際消尽が採用されていたことが明らかであった。そして、この権利消尽の法理は、「出所表示としての商標の機能」から直接に導かれる結果であるということ、このことから、最初にその商品が置かれた市場がどこであるかということはこの点から重要ではないということも明言されていたのである。しかし、1984年には欧州議会の反対を受けて、条文に「共同体内の」市場に置かれた、との要件が追加された。この修正の理由については、公には、国際消尽法理の導入することを差し控え、共同体域内消尽のルールを創設することを決定したと述べられるのみであり、必ずしも明確ではなく、一般には、国際消尽法理の採用に反対する産業界からの圧力をつけて、経済政策上の選択によるものであったと理解されている。そのため、商標の機能との関係から決せられたものではない。その後、Silhouette 判決を踏襲し、国際消尽を否定した Sebago 事件においても、並行輸入商品における商標の使用が、何ら当該商品の商標に対する出所表示機能や品質保証機能を害するものとはいえない事案であったにもかかわらず、欧州商標指令の規定から国際消尽は認められないとの判断が下されており、商標の機能とは切り離された問題として扱われていることは明らかである。そして、こうした判断は、商標権を、EU（および EEA）内の市場において最初に商品を置くことについてのコントロール権と理解したものであると位置づける見解を導いている。

しかし、学説では、商標の機能に関する考慮を欠いた国際消尽の可否の判断および立法については、批判的な見解が少なくない。これらの見解に共通するのは、いずれも、商標の法的に保護される機能のもっとも基本となるものは、出所の同一性の確保にある、との理解であり、こうした機能を無視した商標制度の妥当性に疑問を投げているという点である。こうした観点は、EU内で商品を市場に置く際のコントロール権と捉える見解についても、そうしたコントロール権を認めることによっていかなる機能を保護しているのか、という点を検討する必要性を示唆しているように思われる。市場への最初の流通に対するコントロール権が果たしうる役割は多様であり、品質保証の維持や、価格の維持、または宣伝広告価値の維持といった様々なものが考えられるため、その実質的な内容を検討する必要があることが明らかとなる。

## 5. 権利消尽の適用範囲

他方で、共同体内消尽の採用については、欧州商標指令7条1項（欧州商標規則13条1項）から明らかである。もっとも、同項の要件と満たし、商標権が消尽する場合であっても、同7条2項（欧州商標規則13条2項）によって、例外的に権利行使が認められる場合が存在する。同項は、権利者がその商品の更なる流通を禁止するに正当な理由が存在する場合、特に、商品の状態が変更され、または損なわれた場合には、権利の消尽を定める7条1項が適用されないことを規定しており、製品の物理的な状態が変更された場合には、正当な理由が存在するケースに該当すると考えられている。これは、一般に、商標の出所表示機能を保護するために認められるものと理解されている。

もっとも、「正当な理由」を有するかどうかの判断は、商品が物理的に改変され、または損なわれた場合にのみ限定されるものではなく、様々な事例において問題となっている。裁判例においては、近時、商標の出所識別機能への影響だけでなく、商標の名声が害されるかどうか、という要素についても、その判断において言及するものが現れている。そこで、正当な理由該当性が争われた事件について、事案の類型ごとに分類の上、分析を行った。

まず、商品の再包装に関する事案については、特に医薬品を他の加盟国に輸入するにあたって、商品を再包装し、新たな包装に商標を付す行為に対する権利行使の可否が裁判例上、問題とされてきた。

同様の問題については、欧州商標制度設立以前からも欧州司

法裁判所において判断が下されてきたが、これらは、EC条約30条および36条の解釈の問題として判断が下されたものである。しかし、欧州指令制定後の裁判例においては、同条の解釈と指令7条とは、いずれも商標権の保護における根本的利益と、共同市場における商品の自由流通における根本的利益との調整を意図したものであって、同じ結論を追及するものであるから、同様に解釈されなくてはならないとの立場が一貫して述べられている。そのため、この問題については、欧州商標制度の設立前後においても変わらない分析が行われているといつてよい。すなわちEC条約36条が輸出入の制限を認めている、工業所有権で付与される権利の「特別の対象物 (special subject matter)」の保護のために必要な場合に該当するかどうか、つまり、商標権の「特別の対象物」とは何か、という観点からの判断がなされている。そして、その際に、商標の本質的機能とは何か、という問題が扱われてきた。

欧州商標制度制定後の欧州司法裁判所においても、従来の裁判例が採用してきた商標の本質的機能の理解が維持されている。すなわち、商標の本質的機能とは、「需要者やエンドユーザーに対し、当該商品を、他の出所を有する製品から混同のおそれなく識別することを保証することにより、当該商標が付された商品の出所の同一性を確保すること」にあるというのである。

そして、たとえば、Bristol 判決においては、再包装に関して、商標の機能を害することがないため権利行使が認められない場合の要件として、権利者の権利行使が人工的な市場分割とならないこと（市場への効率的なアクセス、および再包装の必要性を考慮）、製品の元の状況が再包装により影響を受け得ないこと、新しいパッケージを誰が再包装したのかが明確になっていること、商品の提示が当該商標やその権利者の名声を害さないものであること、輸入者が事前に市場化の意図を商標権者に通知していること、という要件が明示された。もっとも、これらの要件については、後の裁判例において具体的な内容やその妥当性について検討され、様々な修正が加えられており、必ずしも確立したものとはなっていない。特に、これらの要件については、医薬品の事案に特有の事情を考慮したものであるとの理解が多数であり、こうした事情を有しない事案においては、これらの5要件の全てが維持されているわけではない。

次に、商標の張替えに関するいくつかの事件が存在する。

ここでいう張替えとは、商標権者が、輸出国、輸入国それぞれ

異なる商標を使用しているという状況において、輸入業者が真正商品を輸入する際に、当該商品に付されていた輸出国の商標を当該輸入国において使用されている商標に変更する場合をさす。

こうした張替えが問題となった裁判例の中には、再包装の事例と本件の事例とを区別し、異なる基準のもとで判断を下すものも存在する。ここでは、商標の本質的機能である「出所の確保」とは、表示を付すことによって、権利者がその製品に対する同一性を与えることのみを意味するとし、第三者による商標の張替えを許容する場合には、たとえ、それが商標権者のオリジナルの製品であったとしても、出所の確保機能は害されるのだと述べられており、再包装の事案と比べると、商標の保護が厳格に図られているようにも思われる。他方で、再包装の事例との間に実質的差異はないとの立場をとり、前述のBristol 判決の判断を適用する裁判例もある。

第3の類型としては、広告における商標の使用に関する事例がある。

これらのケースでは、適法に共同体市場におかれた商品の流通が合法とされる場合には、商標をその流通において公衆の注意を引くために利用することも自由であるとの一般論が確認されている。しかし、中古品の販売業に関する広告の使用の事案においては、そうした商標の使用が、中古車販売者と権利者の間に商業的な関係があるとの印象を与えるような態様で使用されている場合には、権利行使の正当な理由が存在すると述べられている。もっとも、こうした理解は、伝統的な商標の機能である出所の同一性確保の機能から導き出されるものと位置づけられるだろう。

注目すべきは、Dior 判決において、商標の名声を毀損するような広告への商標の使用行為が、原則として7条2項にいう「正当な理由」を認定しようと判断された点である。商標の名声を保護対象と認めるとする立場は、前述のBristol 判決をはじめとする医薬品の再包装の一連の事件において、としてあげた要件にも現れている。Dior 判決は、次のように述べることによって、商標のイメージの保護を明示した点で注目された。すなわち、本件で問題とされた商品が、名声の高い高級商品である場合、再販売者は、不正に権利者の利益を害してはならず、その商品や表示の高級な雰囲気、問題となっている商品の魅力や高級なイメージを減じさせることによって、結果として商標の価値に影響を与えるような広告については、商標法上の禁止権の対象となると述べたのである。

以上の3類型に関する裁判例の判断からは、出所の同一性の確保が商標の本質的機能であることを前提としつつ、商標が高級感や著名性を獲得した場合については、そうした雰囲気やイメージを保護することを認めているといえそうである。たしかに、商標指令5条2項(商標規則9条1項(c))においては、名声(reputation)を獲得した商標について、当該商標の識別力や名声を害する使用行為について保護を認めており、商標の宣伝広告価値を商標の保護対象を理解することは、こうした規定とも一致すると考えられる。

しかし、こうした理解については、次のような疑問が生じる。

第1に、上記で概観してきた裁判例のように、並行輸入が問題となるケースでは、その適用条文は商標指令5条の2項ではなく、同5条の1項のいずれかの類型が問題となっており、5条1項の適用が問題となる事例においても、名声の保護を認めるということをここから導き出すことの妥当性が問われる必要があるのではないかと、という点である。あるいは、名声の保護を認める裁判例は、その事案を見る限り、商標指令5条2項の要件を充たしうるものだと前提があるものだと考えることも可能である。

第2に、裁判例の事案との関係から、多くの裁判例は、出所保証機能を保護対象と考えた場合であっても、同様の結論を導くことが可能であるように思われる。すなわち、商標権者は、その商品を最初に市場に置くにあたっては、その商品にいかなる包装を付し、どのような説明書を付加するのかという点について、排他的に決定する権利を有している。それにより、商標権者は、自己の商品に対する責任を負うことを受容できるのであり、その表示に蓄積される信用を享受できる。第三者の再包装行為によって、商標権者に関連しない部分にまで責任を負わされる可能性がある場合には、出所の保証の機能が害されることを理由として説明が可能であるように思われる。

次に、Dior事件は、名声が保護されることが明確にされた事件として捉えられることが多い。というのは、一部の学説は、商標権者が望むような雰囲気の中での販売行為というものを保護する、つまり、商標権者に、適法に市場におかれた商品に対してまでも、商品の販売方法についてのコントロール権を認めたものと理解しているからである。

こうした理解については、次の点が指摘しうる。まず、裁判所の判旨からは、名声を害する場合として念頭においている態

様はいかなるものであるのか、という点が明確にされていない。Dior判決は、被告の使用が習慣的なものかどうかを考慮要素としており、商標権者が望むのと同程度の雰囲気等において広告・販売すべきことは要求していない。そのため、同判決は、商標権者に自己が望ましいと思う態様での広告や宣伝を維持する権利を認めているわけではなく、同判決が保護の対象とした「名声」というものが、いかなる内容を有するのかは必ずしも明らかではない。

## 6. おわりに

以上のように、欧州商標制度において、商標の機能に関する解釈問題につき、欧州司法裁判所の判断を中心にみてきた。

第1に、連想のおそれの解釈については、連想のおそれのみで商標権の侵害を肯定することは、裁判例において明確に否定されている。また、第2に、権利の国際消尽については、商標法上の理論というよりも、経済政策上の理由のみに基づいた解釈であり、並行輸入に関して、権利消尽理論を採用せず、法律上に条項を有しないわが国においては、立法論は別にしても、解釈論として取り入れることは困難であるように思われる。最後に、消尽を否定する「正当な理由」に関する裁判例においては、出所の保証とは何ら関連を有しない状況において、商標に付された評判やイメージを保護することを認めたものと解する可能性も残されてはいるが、その正当化にあたっては、欧州商標制度が著名性を有する表示に対する保護を規定している点を無視できず、そうした規定を有しないわが国の商標法における採用は困難であろう。

したがって、欧州商標制度において、品質保証機能や宣伝広告機能の保護が一般論として認められていると理解することは、现阶段では不可能であろうと思われる。

なお、欧州の裁判例を見ても明らかのように、法的に保護される商標の機能について、出所保証機能とは異なる商標の機能の保護が主張される場合に、前提として念頭におかれている具体的な状況には様々なものが存在している。同じ機能の保護が要求されているように見える場合であっても、そこで保護が必要とされている具体的な利益は様々な異なっており、価格維持や独占的頒布ルート維持のために、商標権を使用していると思われる事案もないわけではなく、こうした商標権の行使を認めることについては批判もある<sup>(\*)</sup>。今後、わが国における同様の

(\*) Stamatoudi and Torrenans, supra note 90, at 140; Beier, Territoriality of Trademark Law and International Trade, 1 IIC 48(1970).

議論について検討を行なうにあたっては、それぞれの機能の保護が問題となる場面を具体化した上で、いかなる具体的な利益が問題となっているのかを詳細に分類した上で検討を進めることが必要であるとする。