

商標法上の「商品」概念に関する判断

平成19年9月27日 知的財産高等裁判所 平成19年（行ケ）第10008号 審決取消請求事件
東京メトロ商標不使用取消事件

関西特許研究会（KTK）

担当：弁理士 垣木 晴彦

目次

- 1 はじめに
- 2 事案の概要
- 3 当事者の主張
 - (1)原告の主張
 - (2)被告の主張
- 4 裁判所の判断
- 5 考察
 - (1)商標法上の「商品」概念等について
 - (2)本判決について
 - (3)「商品の販売又は飲食物の提供などの役務の提供に関する情報の提供」について
- 6 おわりに

1 はじめに

商標法では、その保護客体である「商標」について第2条第1項に定義規定が設けられているが、その「商標」を使用する対象である「商品」については定義規定を設けていない。

これは、「商品」については時代の変遷によって様々な「商品」が表れて来ることが考えられることから、その時代の社会通念に基づく解釈に委ねられたものと考えられる。諸外国においても、「商品」について定義規定が設けられていない国が多いようである。

従来の裁判例や文献では、一般に、商標法上の「商品」とは「独立して商取引の対象となる流通性のある有体動産である。」と説明されており、「有償性」及び「流通性」が必要であると考えら

れて来た。

しかし、現在では従来にはなかった様々なビジネスモデルに基づく商取引が展開されており、単純に交換価値を有する物が有償で授受されて転々と流通するという観点だけでは、商標法上の「商品」の解釈としては社会実情に合致しなくなっていることを筆者は実務を通じて肌で感じていた。

本判決は、商標法上の「商品」の解釈に関して、これらの実務上の感覚と一致する現在の社会実情に合致した判断をした判決だと考え、以下に紹介することとした。

2 事案の概要

(1)原告Xの有する商標登録第4609287号「東京メトロ（標準文字）」指定商品：第16類「新聞、雑誌」に対し、被告東京地下鉄株式会社が平成17年10月26日に不使用取消審判を請求し、取消2005-31299号事件として審理された結果、以下の(2)の審決の理由の要旨によって前記商標登録を取り消すとの審決がなされた。

原告Xは、この審決を不服として、本件審決取消訴訟を知的財産高等裁判所に提起した。

(2)審決の理由の要旨

1)『原告は、平成17年4月29日から5月にかけて、世田谷区内において、「とうきょうメトロ」創刊号（証拠略）を約8400部無料で配布したこと（以下「使用事実1」という。）及び同年11月18日から12月上旬に、世田谷区内に

において、「とうきょうメトロ」第2号（証拠略）を約5000部無料で配布したこと（以下、「使用事実2」という。）を主張するが、いずれも客観的に証明する証拠が提出されていないから、原告の主張を採用することはできない。』

2)『「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。』

（証拠については省略しており、下線はすべて筆者による。）

3 当事者の主張

(1)原告の主張の要旨（取消事由1及び同2）

1)取消事由1

原告は、『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。本件新聞の創刊号は、平成17年4月25日創刊のもの、下記のとおり合計8360部が配布されている（証拠略）。』と主張した。

2)取消事由2

原告は、『審決のいう「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」るために、必ずしも読者から直接対価を獲得する必要はない。本件新聞は、読者からは対価を得ていないが、本件新聞に広告を掲載する広告主からは対価を得ている。また、本件新聞の配布対象は、不特定かつ多数であり、本件新聞は、親睦団体における会報等とは性格を異にし、営利性もあるから、「商標の使用」に当たる。商標の機能の観点からみても、出所表示機能と対価をだれから得ているかとは関係がない。』と主張した。

(2)被告の主張の要旨

1)取消事由1に対し、被告は、『本件の証拠によっても、使用事実1を認めるに足りるものではない。』と反論した。

2)取消事由2に対し、被告は、『商標法1条及び2条1項1号等の規定からみれば、商標法上の「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されることを目的として生産され、又は取引される有体物をいうと解すべきである。本件新聞は、これに掲載する広告収入で経済的収支が成り立つもので、読者には無償で配布されているチラシの類というべきものであって、交換価値を有する商取引の目的物として一般市場の流通に向けられたものではないから、商標法上の「商品」には該当せず、指定商品としての「新聞」とはいえない。商標法50条の適用において、「商標の使用」に当たするためには、商標を付す対象が商標法上の「商品」であることが前提であり、その商品について同法2条3項所定の行為が不特定多数の者に対してされて初めて「商標の使用」であるといえることができる。この場合において、必ずしもその商品が有償である必要はないが、本件新聞は無料で配布されるから、商取引の目的物として一般市場で流通に供されるものとはいえず、企業や商品等を宣伝・広告する単なるチラシの類にすぎないものとなるから、本件新聞が商標法上の商品である「新聞」として認められるためには、有償であることが重要な要素となる。以上のとおり、本件商標は、指定商品である「新聞、雑誌」に使用されているものではなく、「広告」の役務に使用されているものである。』と反論した。

（証拠については省略しており、下線はすべて筆者による。）

4 裁判所の判断

(1)結論

裁判所は、以下の(2)及び(3)の理由により、『本件新聞のような無料紙であっても、商取引の対象である商品であって、出所表示機能を保護する必要のあるものといえることができるから、商標法

上の「商品」に該当するということができる。したがって、記事とともに広告を掲載した無料紙に商標を付し、広告料収入によって経費を賄い、読者には無料で配布する行為は、「新聞」という指定商品についての商標の使用であるということができる。本件商標については、前記1のとおり、使用事実1が認められるから、本件予告登録前3年以内に日本国内において、指定商品につき本件商標を使用したことが認められ、商標法50条1項の要件は満たされていない。』と判示した。

(2) 取消事由1について

『本件新聞の創刊号（証拠略）は、現に9000部が印刷され、平成17年4月29日ころ、そのほとんどが不特定多数の者に配布された事実を認めることができる。したがって、これらの証拠からすれば、本件新聞の頒布の数量、範囲が不明確であるとして、使用事実1が認められないとした審決の事実認定は誤りである。』

(2) 取消事由2について

1) 商標法上の「商品」の解釈について

『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ならない、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。』

2) 本件新聞の創刊号の内容について

『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（証拠略）。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。』

3) 本件新聞の無料紙としてのビジネスモデルについて

『本件新聞のような無料紙は、配布先の読者から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うことができる。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ない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。』

4) 無料紙に関する出所表示機能について

『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。』

(証拠については省略しており、下線はすべて筆者による。)

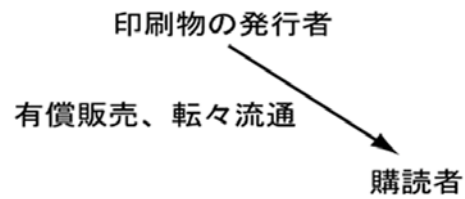
5 考察

(1) 商標法上の「商品」概念等について

1) 商標法上の「商品」については、従来の裁判例及び文献では、一般に、「独立して商取引の対象となる流通性のある有体動産である。」と説明され、「有償性」及び「流通性」を基準として商標法上の「商品」に該当するか否かが判断されて来た。^{*1}

確かに、これまでの商取引市場では、図1に示されるように、「商品」とは、同種のものを多量に生産し、それ自体に交換価値があり、転々と流通して行くものである有体動産として捉えておけば十分であった。

図1



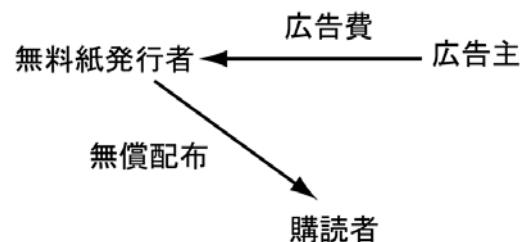
2) しかし、現在では、商取引が従来よりも複雑化・高度化して来ており、前記のように定義された「商品」概念では、社会実情に合致しなくなっているように思われる。

すなわち、最近、駅の構内やコンビニエンスストア前等に置かれている、無料紙であるいわゆるフリーペーパーや個々のホームページにおいて飲食店の情報を検索できると共に、飲食店に関連する様々なバナー広告等が掲載されているサイト等という従来にないビジネスモデルを用いた無料の「商品」の配布又は「役務」の提供がなされている。

これらの新しいビジネスモデルに使用される商標の権利化の場面では、どのような「商品」又は「役務」で権利を取得し、また権利の取得後に不使用取消審判の請求による取消から逃れることができるかを十分に検討することが重要である。

3) 例えば、図2に示される新規なビジネスモデルである前記フリーペーパーにおいては、そのフリーペーパーの名称が、役務「広告」に関する商標として使用されていることは明らかであると思われるが、その他いずれの「商品」又は「役務」の使用といえるかについては、明確に特定の「商品」又は「役務」に使用しているとは言いきれない場合もある。

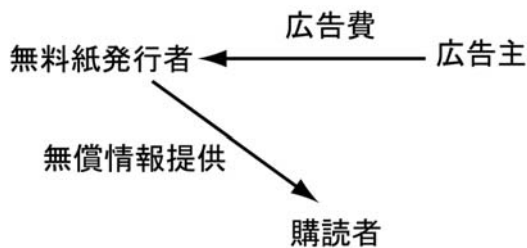
図2



すなわち、このフリーペーパーには記事及び広

告等の各種商品又は役務の提供に関する情報が掲載されており、本判決でも問題となった「新聞」等の「印刷物」と捉えられうるばかりでなく、図3に示されるようにその無料紙に掲載された特定の「商品」の販売又は「役務」の提供に関する情報の提供との捉え方もできる余地があるように思われる。

図3



4) 筆者は、このような場合に、商標法上の「商品」又は「役務」をどのように解釈するかが実務上の問題となっていたものと考える。

(2) 本判決について

このような状況の中で、無料紙である「新聞」(以下、「本件新聞」という。)について、本判決がなされたのである。

1) 本件事案では、原告が商標法上の「商品」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」るために、必ずしも読者から直接対価を獲得する必要はない。』と主張したのに対し、

被告が『商標法上の「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されることを目的として生産され、又は取引される有体物をいうと解すべきである。』と、従来からの商標法上の「商品」概念に基づいて本件新聞が商標法上の「商品」に該当しないと主張した。

2) この争点に関して、裁判所は、商標法上の「商品」について、『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ぬと解される。』と判示して、従来からの概念とは異なる概念を明確に定義した。

この定義によれば、従来とは、「商取引の対象」であることは同様であるが、特に「有償性」及び

「流通性」を問題にすることなく、「出所表示機能を保護する必要のあるもの」であることのみを要求している点で大きく異なっている。

また、商標法上の「商品」は、一般的には、対価と引き換えに取引されるものであるとしつつも、これに限られるのではなく、様々な契約形態があることから、『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。』と判断しており、これは商品自体が交換価値を有することやその商品が転々流通することについては必ずしも必要でないと判断したものと読める。

それでは、前記の「出所表示機能を保護する必要のあるもの」とは、どのような場合を意味しているのだろうか。これについて、裁判所は、『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。』と認定しているように、無料紙に付されている商標が他の無料紙との関係で広告主に対して自他商品識別力を発揮していることを認定しており、本件では保護すべき出所表示機能を有していると認定している。

3) この裁判所の認定において少し気になる部分がある。それは、裁判所が、商取引の対象となるか否かを具体的に判断する場合に、『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。』と認定している部分である。

すなわち、前記の言い回しからすると、仮に無料紙を広告主に納品している事実がなかったと

した場合には商標法上の「商品」に該当しないと
の判断がなされたように思われる。そうであると
すれば、無料紙の発行者が無料紙を広告代金の対
価として譲り渡している事実を重く見ていると
考えられ、このような事実がない場合には商標法
上の「商品」に該当しないと判断されることにな
るものと考えられるので、実務上は注意が必要と
ある。

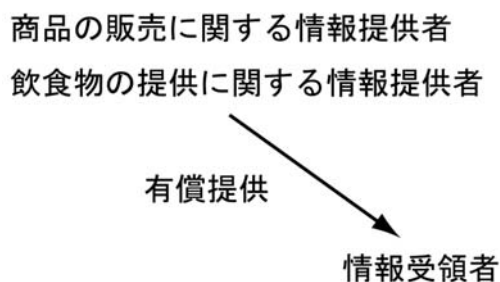
4) 現在の新しいビジネスモデルは複雑化・高
度化して来ており、従来からの商標法上の「商品」
概念に基づく「有償性」及び「流通性」を主とし
た判断では、現在の社会実情に合致した妥当な判
断ができなくなっていること、商標法によって保
護される法益は第一義的には当該商標によって
発揮される出所表示機能であると考えられること
、登録商標を実際に使用しているとの理解の下
に商標権を取得した商標権者の利益を不当に害
してしまうことを回避する必要があると考えら
れることから、筆者は本判決に同意する。

(3) 「商品の販売又は飲食物の提供などの役務
の提供に関する情報の提供」について

なお、本判決からは少し拡大した話になるかも
しれないが、無料紙による各種の商品又は役務に
関する無料の情報の提供を「商品の販売又は飲食
物の提供などの役務の提供に関する情報の提供」
と捉えることができるか否かについて以下に若
干言及する。

「商品の販売又は飲食物の提供などの役務に
関する情報の提供」について、特許庁では、図4
に示されるように、情報提供者から情報受領者
に対して提供される情報の対価が支払われる場
合を典型例として考えているものと推測される。

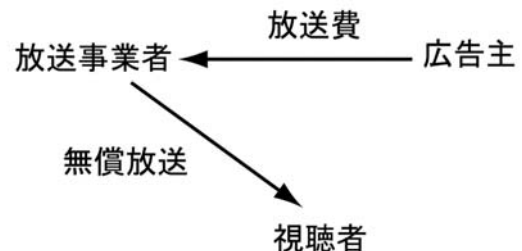
図4



一方、本判決で示される無料紙では、図3に示
されるように、情報提供者から情報受領者に対し
て提供される情報に対する直接の対価は支払わ
れていないが、広告主から情報提供者たる無料紙
発行者に対価が支払われている。

そこで本判決を見ると、本件新聞が商標法上の
「商品」に該当するという場合に、役務の例とし
て、第38類「テレビジョン放送」のビジネスモ
デルについて、図5に示されるようなモデルを想
定し、『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。』と認
定されている。

図5



この認定に基づくと、無料紙において広告主か
らの依頼により特定の商品又は役務に関する情
報を掲載することは、読者との関係では無料であ
り、直接対価を得ている訳ではないが、広告主か
ら対価を得ており、前記「テレビジョン放送」と
同様に考え、「商品の販売又は飲食物の提供など
の役務に関する情報の提供」も商標法上の「役務」
に該当するとは言えないだろうか。このような場
合に、具体的にどのような判断がなされるかが待
たれるところである。

6 おわりに

本判決は不使用取消審判の請求に係る事案で
あり、実務上どのように判断されるかが微妙な事
案であったが、従来からの商標法上の「商品」概

念とは異なった概念が定義されたことにより、少なくとも商標の権利化及び不使用取消審判の場面でどのように考えるべきであるかの一つの指針が示されたように思われる。

なお、商標権の侵害の場面でも同様に商標法上の「商品」に該当するか否かが問題となるが、この場面では、当該商標の商品又は役務への使用によって混同するおそれがあるか否かとの観点から判断されるべきであることから、不使用取消審判の場面とは異なる観点からの判断が必要であるように思われる。本誌では、紙面の関係上、詳しくは言及できなかつたが、機会があればこの点についても言及したいものである。

以上

*1

商標法概説第2版(著者:小野昌延)23頁では、『「・・・商標法における「商品」とは、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されていることを目的として生産され又は取引される有体物である。」とする。このような考え方が、最近の判決例や最近の特許庁の見解と言える。』とされている。

商標法概説第2版(著者:田村善之)240頁では、『裁判例や文献では「商品」とは、「取引の対象として流通する有体物」であり、有償性、流通性、有体動産であることが要件となると説かれることが多い。』とされている。

注解商標法新版上巻(編者:小野昌延)86頁では、『商標法においては、取引市場において提供され、それぞれが代替性を有する多数の同種の対象物の中から、所望の対象物を目印、すなわち商標によって選択し入手するという行為が存在するかぎりにおいては、その対象物は商標法上「商品」として保護するのが法の目的に沿うものであろう。』とされている。

不使用取消審決に関する審決取消訴訟では、例えば、平成元年(行ケ)第139号(平成元年11月7日判決)において、『・・・商標法上の商品は、それ自体使用価値・交換価値を有し、取引市場において貨幣と交換することを目的として流通する有体動産であると解するのが妥当である。』と判示されている。

また、比較的新しい裁判例として、平成16年(行ケ)第337号(平成16年11月30日判決)でも、『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されるものでなければならないと介すべきである。』と判示されている。

[著者略歴]

垣木 晴彦(かきぎ はるひこ)

1987年3月立命館大学法学部卒業

1987年4月朝日奈特許事務所入所

1991年8月三協国際特許事務所入所

2003年12月弁理士登録

2005年3月特定侵害訴訟代理付記登録

2006年1月アルカディア知財事務所共同設立

専門分野:国内外商標・国内外意匠・著作権・特定不正競争