

## 「ヨーロッパにおける法の統一」(4)

(Rechtseinheit für Europa: Festgabe für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, dargebracht von seinen Mitarbeitern, *Rabels Zeitschrift* 45 Jahrgang 1981 Heft 1-2)

小樽商科大学ヨーロッパ法研究会

前回(36巻2号)に引きつづき今回は「産業上の権利保護」の項目から商標法の統一問題を取ったバルツ論文の紹介を行う。

M. バルツ「商標法におけるパラダイムの転換；ヨーロッパ商標に関する若干の基本問題について」(Manfred Balz, Paradigmenwechsel im Warenzeichenrecht? Zu einigen Grundsatzproblemen der Europamarke, *RabelsZ* 45 (1981) SS 317-332)

### I. 問題の提起

今日ではほとんど共通の認識になっているネオリベラリストの見解によると、個々の経済的決定権限を経済主体に財産権の付与というかたちで割りあてることに対しては、客観法的な、上位に位置するところの競争行動のルールシステムの維持されていなければならない。しかし、このような権利として保護された、(考えられうる最広義での)所有権秩序と経済における客観的な秩序法との間の境界は決して明確ではない。純粹の産業資本主義の世界では、かつては

営業の自由の働きに委ねられていた領域がますます財産権として固定化されてきている。そのことは、たとえば企業秘密あるいは組織され遂行されている営業活動 (eingerichteter und ausübter Gewerbebetrieb) の保護などに見ることができよう。

西ドイツの商標は現在のところ灰色領域にある。それは従来から私法制度の基礎とされてきた2つの対立するパラダイム、すなわち一般的な不法行為法と財産法との間を揺れ動いてきた。元来は不正競争という不法行為を規律する法の一構成要素と考えられていた商標保護は、最近では裁判所により完全な財産権としての特徴をますます与えられつつある。

将来のヨーロッパ商標法は——現在の草案が成立するならば——西ドイツの場合よりも際立ったパラダイムの転換、すなわち不法行為法=市場経済の客観的な行動ルールから所有権法の原理につらぬかれた無体財産権あるいは業績保護権への転換を承認することになるであろう。そして商標法は必然的に不正競争法から離れてゆくことになる。このことは、不正競争法が競争者の保護から消費者の保護へと機能転換を遂げつつある現状においては特に重要な意味をもつ。本稿は商標法のパラダイムの転換およびその経済的、政策的インプリケーションを考察し、最後に消費者法の理念と整合するヨーロッパ商標のあり方を検討する。

## II. 商標法の政治経済学

以上の問題提起は、市場経済の諸条件下においても、私的な財産的地位の形成には独自の政策基準が設定されうるということを示唆している。しかしこのことについては議論の余地がないわけではない。

法の経済分析の立場からすると、財産的地位の形成は純粋に利潤極大化の問題である。商標は福祉経済学という公共財、すなわちそれ自体は自由に使用できる言語あるいはその他のシンボルの、およびはるかに重要なことであるが、それらが付された製品についてなされる宣伝・広告の成果の私有化を可能にする。もし free rider が無償で他人の宣伝・広告の成果の分け前にあずかるこ

とを許すならば、商品の宣伝・広告は全く割に合わないことになる。Demsetzによれば、財産権の創設や形成とはまさに、外部性による市場の失敗の除去、簡単にいえば、効率という市場経済の理念の確立を意味する。

しかしこのような見方には疑問がある。なぜなら財産権の形成や創出は経済効率の最大化だけでなく政策的な価値判断の問題でもあると思うからである。財産権は市場において交換可能な財そのものを構築し、そのことを通じて投資活動に一定の方向を与え、経済の生産構造に影響を及ぼす。このような効果は何が社会的に好ましい生産構造・財構造であるかということに関する政策決定の結果であり、市場経済の論理のみによって根拠づけられうるものではない。

ヨーロッパ商標法の草案を分析する前にまず商標の経済的機能について述べておく。商標の経済的機能は一次的機能と二次的機能に分けることができる。一次的機能は商標権の核心、すなわち商標に対する排他的権利から直接生ずる機能であり、二次的機能は実体法に付随する諸規範（たとえば商標保護の地域主義、商標ライセンスの権利、商標に関する訴訟の危険を分配する費用法など）に固有の機能である。

商標の第一次的経済機能は次のとおりである。

a) 宣伝・広告の成果の私有化ないし内部化 (Internalisierung) これにより商標権は宣伝・広告へのインセンティブとなる。この刺激機能は、広告によって形成された good will が商標の自由な譲渡ないしライセンスによって流通能力ある財に高められる場合には特に重要である。またここでは商標が付された商品の品質保証機能にも言及されるべきであろう。

b) 製品差別化および市場の区分 (Marktsegmentierung) 商標権およびこの権利によって可能となる宣伝・広告は、完全にあるいは重要な部分について同種である商品の差別化の重要な手段である。この製品差別化は、程度の差はあるが、市場の区分をもたらす。差別化された製品は、消費者の目には同種・代替的なものとはうつらない。そのために生産者は、販売条件、とくに価格政策において独占的自由を手にすることが可能になる。このように商標は商品の多様性を促進する。その際の商品間の差異は、主として包装や高度に様式化さ

れた商品の個性にあり、客観的な品質・特性に求められることは少ない。生産者は暗示的の広告——これは経済的には情報提供的の広告よりもはるかに重要な役割を果たす——を繰り返すことにより、消費者に商品の個性を主張することに努める。今日産業界では、商品につけられた空想的な名称（製品商標）を営業商標（ハウスマーク）として用いる傾向が強まっており、そのために商標の出所表示機能——これは商標権の法的に重要な機能とされている——はますます弱められつつある。出所表示機能が言及されるのは商標の所有者あるいは実施権者についてであって、特定の生産者についてではない。

c) 競争に及ぼす影響　この影響はプラスとマイナスの側面を有している。広告および高い評価を得ている商標は重大な参入障壁となる。そのため高い広告宣伝費を支出している産業は通常高度に集中化されている。このことは商標権および広告が集中促進的であることを示している。

他方で、寡占市場においては、広告および製品差別化は残された競争の唯一の形態であることが多い。商標はそのような残された競争を活発化することにより、場合によっては、硬直化した価格水準を崩壊させることに貢献できるかもしれない。

d) 販売段階に及ぼす影響　商標と広告によって生産者は消費者とじかに接触することができる。逆に販売業者には単なる分配機能しか残されなくなる。商標は販売を合理化し新しい販売形態を生み出す。

商標の二次的機能は次のようなものである。

a) 同じ商標の使用による地域的な市場分割　これは商標保護の地域性から生ずる。もとの所有者を同じくする商標を使用する場合にはEC裁判所は共同市場におけるこのような慣行を禁止してきた。

b) 商標の実施許諾によるカルテルおよび再販売価格維持の隠蔽

c) 積極的な権利防禦措置による市場支配的地位の形成および強化（独占化）

### III. 共同体商標法の草案<sup>注)</sup>について

ヨーロッパ商標についての準備作業は1958年に遡る。各国の領土内においてのみ効力をもつ商標権の並存が、構成国ごとの市場の分断を可能にし、自由な商品流通という共同市場の理念に反することは一様に認識されていた。しかしながら1964年に最初の準備草案が公表されて以来、ほとんど10年間はヨーロッパ商標に関する作業が停止したままであった。新たな動きは70年代になって、E C裁判所が、商標権による市場分断を、E E C条約の競争法規定(条約85条以下)および自由な商品流通に関する規定(同30条以下)に依拠しつつ批判的にとりあげることによって生み出された。

本稿の検討の対象である1978年の共同体商標のための委員会規則草案は、商標保護の地域性を排除することによって、商標権の核心およびそれと結びついた第一次的機能をこれ以上の空洞化から保護することを目的としている。その際草案は、国内商標を共同体商標に移しかえるという第一に考えられる方法を採用しなかった。むしろ各国内商標と共同体商標の共存を認めている。しかし共同体商標が十分な存在意義を持つためには、できる限り多くの登録者が共同体への登録を国内登録に優先させることが必要である。したがって共同体商標はできる限り魅力のある商標として形成されなければならない。この点が草案における重要な原則である。ヨーロッパ商標の魅力は草案の次のような諸規定のなかにみられる。

① 商標保護を最大限拡大していること。とくに保護の対象を団体標章およびサーヴィスマークにまで拡げている点が注目される(第1条)。

② 商標の自由な譲渡可能性の承認(第20条)。共同市場において増幅されると思われる商品又はサーヴィスの性質、品質、産出地等に関する混同のおそれに関して、草案では、それが権利移転に関する書類から明白に認められる場

注) 草案の翻訳、解説は「外国商標制度(10, (11) 特許管理 Vol. 33, No. 7, 8; 「E C (欧州共同体)に関する新商標システム(I)～(IV)」AIPPI Vol. 26, No. 11, 12, Vol. 27, No. 1, 2 参照(但しこれらは1980年草案を対象としている)。

合に共同体商標庁により当該移転の登録が拒否されると規定するに止まっている。

③ 商標のライセンスの明白な承認（第23条）。これには共同市場の地域的分断をもたらすおそれのあるようなライセンスの承認も含まれている。混同から消費者を保護するために、実施許諾者は商品の形状や品質の同一性を監視する義務のみを負うとされている。

④ 登録後における元の権利の保有者による異議申立てを認めない点。

#### IV. 評価と結論

草案は次の2つの点で批判をうける余地を残している。

① 1つは欺瞞的広告からの保護の程度に関して。

② 第二に商標の第一次的機能の評価の点において。

a) 商標の譲渡とライセンスに関して述べたように、草案では商標およびそこに投資された財産の流動化に重点がおかれ、出所に関する欺瞞行為からの消費者の保護の観点から、西ドイツ法と比較して、後退している。さらに、各国の商標法と不正競争法の調和をはかることよりもヨーロッパ商標法の形成を優先するというEC委員会の方針は、商標を不正競争法の適用から原則として免れさせるという結果をもたらす。

b) 消費者保護の問題は出所に関する欺瞞からの保護に尽きるわけではない。商標の第一次機能も消費者の利益に関連する。ヨーロッパ商標は、西ドイツの場合より経済的価値が高められているが、ここではいくつかの問題が設定される。

① 商標のもつ広告へのインセンティブが強化されるのであれば、それは情報提供的広告のみならず暗示的広告についてもあてはまるのか。

② 広告という競争形態は、価格、品質、技術革新などの競争形態と比較して法的に優遇されるべきか。

③ 国民経済上浪費的な製品差別化は、成長の速度が減退している状況下でさらに促進されるべきか。

④ 広告の集中促進効果に関連して、広告費のこれ以上の増大は我々の競争政策上の風土と合致するか。

これらの問題はかなりの根拠をもって否定される。西ドイツは世界的にみて上位に位置する広告費支出国であるし、秩序政策的には商標保護の強化への要請は全く存在しない。

以上のような消費者保護政策上の欠点は、先にのべたEC委員会の採用した統一化方針が直接の原因となっている。調和が達成されていない各国の商標法と共同体商標法との共存のためには、ヨーロッパ商標の魅力、いいかえれば各構成国の法による保護以上の保護を必要とすることになるからである。

したがってここでもう一度問題を問い直してみる必要がある。

まず自由な商品流通を妨げるような抵触商標は實際上それほど多くはなく、またそれらはほとんど地域的な意義しかもたない。このような抵触事例は、国内法の領域における措置——たとえば調和化措置——によって、あるいはEC裁判所の判例によって克服されるであろう。

次にしかし、ヨーロッパ商標の必要性があくまでも肯定されるのであれば、国内商標法とヨーロッパ商標法の共存の原則自体が改めて検討されなければならない。検討の結果が共存を避けることができないというのであれば、ヨーロッパ商標はあと回しにして、まず第一に国内商標法の調和を推進すべきであろう。さらに、ヨーロッパ商標に関する作業は、不公正かつ欺瞞的な広告を禁止する法の調和を成し遂げることによって国内不正競争法をヨーロッパ商標の所有者にも適用する可能性が開かれた場合にはじめて——ただしそれによってヨーロッパ商標法の統一化が妨げられてはならない——遂行することができるということに十分考慮を払うべきである。

## V. 代替的アプローチ：消費者法としての商標法

不正競争法においては重要なパラダイムの転換が起こりつつある。不正競争法は企業と最終消費者間の商品交換過程をますます考慮に入れるようになった。国内の商標法と不正競争法の調和が達成されるまでヨーロッパ商標の形成

が延期されるならば、ヨーロッパ商標法も当然消費者法としての性格を与えられるであろう。その際次の3つの目標が設定される。

- ① 商標および広告の情報内容を高めること。
- ② 明らかに濫用的な製品差別化を抑制すること。
- ③ 商標の品質保証機能に法的な意義を与えること。

a) 商標・広告の情報内容を高めることに関しては、空想的言語によって構成されている製品商標については生産者を表示する場合に限って登録を認め、さらにはそのような表示を広告の場合にも要求することが考えられる。よりゆるやかな措置としては、営業商標（ハウスマーク）を製品商標よりも実体法上も手続的にも明確に優利に取り扱う方法もある。その他、異なった商品に対し同一の製品商標を使用することは、商標法のなかで禁止されるべきである。

b) 濫用的な製品差別化は、生産者が単独であるいは共同して、同一のものしくは機能的に同種の商品に対し異なった商標を使用する場合に認められる。その典型的な例は医薬品である。これに対するサンクションとしては、差別化が共謀によって集団的になされた場合には、当該商標を失効させるということが考えられる。包装、容量等によってのみもたらされた差別化については販売の段階での再包装、商標の再貼布によって対処すべきである。

c) 従来は商標のもつ事実上の機能にすぎないとされていた品質保証機能は、たとえば、一定の要件を規範化し、それが満たされれば、商標の使用自体が当該商標について広告で主張されている特性を売買法上保証しているとみなすというルールを形成することによって法的な意義を与えられるであろう。さらに商標品に向けられた広告内容とは無関係に、消費者にとって予期できない品質低下は原則としてすべて品質保証違反とみなし、最終消費者に契約解除権あるいは損害賠償請求権を付与することも可能であろう。このようなルールを確立することができれば、西ドイツにおいて考慮中の欺瞞的広告に対する損害賠償請求権および契約解除請求権の導入にとって有力な補強材料となろう。

最後にイギリスおよびアイルランドで採用されているいわゆる保証標章（Gewährleistungs- oder Garantiemarken）の導入が考えられよう。この

標章の使用者は、詳細に定められた製品品質の保証を引き受けなければならない。

委員会草案に対し反対提案をすることは本稿の課題ではなく、ここではただ現行の草案によって打ち出された方向転換を指摘することのみにとどめておく。この方向のもとでのヨーロッパ商標法の統一は消費者政策にかなりの犠牲を強いることになる。他方でヨーロッパ商標は、多くの利点を、とくに手続的側面において生み出すことは明らかであり、この点は改めて強調するまでもないであろう。共同体商標法はもはや後戻りすることはできない。国内商標法はおそかれ早かれそれと調和させられなければならないであろう。〈和田健夫〉