

欧州共同体は、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、1988年に商標制度の統一に関する欧州共同体指令(以下、指令とする)、1993年に共同体商標に関する理事会規則(以下、規則とする)を採択した。

いずれの制度においても、登録商標と同一の表示をその指定商品・役務に使用する行為(商標指令5条(1)(a)、規則9条(1)(a))、および、登録商標と類似する表示を指定商品・役務に類似する商品役務に使用し、混同の恐れを生じさせる行為(指令5条(1)(b)、規則9条(1)(b))を商標権の侵害行為とし、商標の「使用」には、当該表示の商品やその包装への添付の他、当該表示のもとでの商品の提供や輸出入、広告への商標の表示が含まれることを定めている(指令5条(3)、規則9条(2))。したがって、商標権者が適法に商標を付して流通においた商品であっても、その後の流通における譲渡や輸出・輸入手続きは、形式的には商標権の侵害を構成することとなる。

もっともわが国の裁判例においては、適法に商標が付され、海外の市場におかれた商品の日本への並行輸入の可否につき、商標の機能を害するかどうかという問題設定のもとで侵害の成否が判断されており、近時、保護の対象となる商標の機能を、出所識別機能以外の機能(たとえば、品質保証機能や宣伝広告機能)に拡大することの可否について議論が生じている。他方、欧州商標制度においては、商標権の内容として、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権利は含まれないことが明文で規定され(指令7条(1)、規則13条(1))、権利消尽法理による解決を図ることで統一が図られている。

もっとも、欧州商標制度においては、「共同体内の(in the Community)」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定められており、文言を素直に理解すれば、共同体外の市場に適法に置かれた商品については権利消尽規定の適用はなく、商標権侵害が成立するため、商品の並行輸入は商標権により禁止され得ることとなる。しかし、欧州商標制度創設以前の欧州加盟国には、国際消尽法理(最初に商品が市場に置かれた地域がどこであっても、適法に市場に置かれた場合には権利の消尽を認める)を採用する国が少なくなかった。また、従来、欧州司法裁判所は、商標の主要な機能は、商標が付された商品を、異なる出所を有する商品から識別することを可能とすることにより、需要者や最終購入者に商品の出所の同一性の保証を与えることであると捉えた上で、こうした出所の同一性の保証機能(出所識別機能)を害さない商標の使用については保護の必要性がないことを理由として、権利消尽法理の採用を説いていた。こうした理解に基づくならば、共同体外の市場におかれた商品であったとしても、商品の出所の同一性が害されない限り、権利消尽法理の適用は否定されないと帰結が導かれることになりそうである。しかし、指令の文言から、指令の国内法化後において、各国国内法の解釈として国際消尽法理を採用し得るのかにつき疑義が生じることとなった。

この点についての解決は、欧州司法裁判所のシルエット事件に関する先行判決(Silhouette International Schmied v. Hartlauer Handelsgesellschaft, Case C-355/96)によって図られた。裁判所は、適法に域外で市場に置かれた商品に関し、商標権の消尽を予定した国内法規定は、商標指令7条1項に反するとして、国際消尽理論の採用を否定し

たのである。

裁判所がその理由としているのは、第 1 に、「共同体内において」という文言が付されている以上、文言の解釈および立法経緯から消尽の範囲は共同体内に限定されると解すべきであること、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ことになるということであり、従来の裁判例とは異なって商標の本質的機能との関係については言及されていない。

また、「共同体内において」という文言が付加された立法経緯を見る限り、国際消尽法理の統一的採用を見送ったことは明らかであるものの、国際消尽法理の放棄に関する合意の存在やその根拠については明らかにされていない。

そのため学説においては、シルエット判決は欧州商標制度の文言解釈としては妥当であるとしながらも、商標の機能からの考察を欠く帰結につき批判を加えるものも少なくない。もっとも、こうした批判は、商標の機能を出所識別機能に求めるという伝統的理解に基づく場合に妥当するものであって、シルエット判決が、現在の商標の経済的価値に着目した商標の機能の柔軟な解釈（たとえば、共同体内で確立している当該商標の高級感のあるイメージやオーラといった宣伝広告機能の保護）を示唆していると解する可能性は残されている。

たしかに、欧州司法裁判所は、再包装した商品に新たに当該商品の商標を付して輸入する行為や、欧州加盟国からの並行輸入品の広告・宣伝における商標の使用の可否が争われた事案において、そうした商標の使用により商標の名声が悪化しないかどうか、という要素を侵害成否の判断の際に用いており、少なくとも、商標が有する顧客吸引力自体（いわゆる宣伝広告機能）を商標権の保護対象として捉えているとの見方が可能であるのかもしれない。

もっとも、こうした理解については、欧州商標制度が、わが国とは異なり、共同体内において名声を取得した登録商標につき、指定商品役務との類似性を問題とせずに保護を与えていること（指令 5 条 (2)、規則 9 条 (1) (c)）がその前提となっていると理解される。そこでは、当該商標が名声を獲得していることや、権利者への著しい損害の発生など、いくつかの要件が課されており、原則としては、こうした要件を満たすケースに限って商標の有するイメージ等の保護が認められると解すべきであろう。実際に、一般論として商標のイメージの保護を明言する裁判例においても、具体的な判断においては慎重な検討がなされており、商標権侵害のすべての類型において、こうした広範な保護が付与されていると理解するのは適切ではないように思われる。さらに、これらの裁判例の具体的事案を見ると、伝統的な商標の機能の理解に基づいたとしても、出所識別機能の内容をより精緻に考えることによって同様の帰結を導くことが可能なものも多い。

品質保証機能や宣伝広告機能をに関しては、商標の経済的価値の保護を重視する立場から、それらの保護を肯定する意見も存在するが、こうした保護は商品の自由流通を疎外するという問題も存することから、商標の本質的機能の拡大については更なる慎重な検討を要するといえよう。