

知的財産機能消尽論

～広告制作物利用の機能消尽論による問題提起～

大学院生の部



川 上 正 隆

青山学院大学大学院
法学研究科
博士後期課程

1. 本研究の概要

本研究は、本来は「広告制作物の著作権についての検討および機能消尽論による問題提起」であり、基礎研究としてテレビCMの著作権問題を中心とした「受発注作業における広告制作物の著作権についての検討」および応用研究として「広告制作物利用の機能消尽論による問題提起」で構成される予定であった。しかし、「テレビCM 原版事件」（知財高判平成24年10月25日）にてテレビCMは映画の著作物であるとして、著作権法29条の規定から広告主への権利帰属を認めたものである。本判決については上告されていないため最高裁判例ではないが、知的財産に特化した知財高裁の判断であり、その内容は極めて妥当である。また、判例評釈その他で批判がされているものではない。つまり従来明確ではなかったテレビCMの著作権者について、一応の結論が出たものと考えられる。広告会社では、テレビCMの著作権が広告主に帰属することを争わないとする動きが主流である。今後は、契約等によりテレビCMのみならず広告制作物全般の著作権が広告主に帰属するようになる動きになっていくと思われる。したがって、基礎研究予定であった広告制作物の権利帰属問題について一定の判断および潮流が形成されている。また、それについて明確に否定・批判をする合理的理由もないため、研究内容については修正をせざるを得ない。

そのため応用研究の「知的財産機能消尽論」を主題とし、機能消尽論による広告制作物の自由利用についての問題提起を行う構成とした。

2. 知的財産機能消尽論

(1) 概要

知的財産の中で、商標には使用により機能が生ずることが従前より論じられている。そして、その機能の着目し、商標権の権利侵害を商標の機能への侵害の有無により判断するという「商標機能論」が判例、学説で定着している。しかし、機能は商標に原始的に生ずるものであり、商標権は人為的な規律である。法による商標権が規定される以前から商標の機能は存在していた。つまり機能は商標の本質であり、商標権はその機能の保護するための規律にすぎない。そこで従来の商標機能論とは逆の視点での「商標機能消尽論」の立論を行う。権利侵害の判断に機能を検討するのではなく、機能侵害の有無による商標侵害の検討である。商標の本質は権利ではなく機能であり、権利侵害はなくとも機能侵害は生ずる、というものである。逆に言えば、使用をしていないために機能が生じない、あるいは使用をやめたために機能を滅した商標には機能侵害は成り立たないのである。

商標侵害について機能を論じることは、不正競争防止法の商品等表示に係る判例にもみることができる。不正競争防止法で規定する「商品等表示」は「商標」も含むが、商標以外の商品等表示にも機能が存在するとは判例でも認められている。このことから、保護客体の本質がわかる。不正競争防止法は行為規制法であり権利付与法ではないため、機能を論じても権利侵害を論じることにはならない。判例が機能を論じるのは、商品等表示（商標を含む）の本質は機能であり、機能への侵害の有無が不正競争行為の判断となるからである。つまり仮に商標機能論を商品等表示機能論と置き換えると、不正競争防止法では成り立たないのである。そのため、商標機能論は商標権の範囲での議論にしかならず、商品等表示への展開がなされなかった。しかし、商標機能消尽論を商標等機能消尽論と置き換えると、商品等表示でも成立するのである。

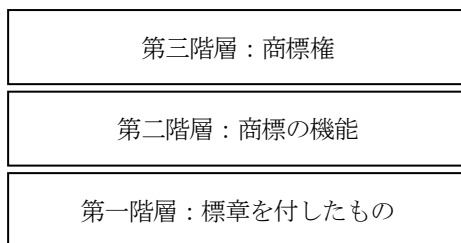
そして第二の立論として、商標機能消尽論を知的財産領域全体に展開するという「知的財産機能消尽論」である。なぜならば、商標あるいは商品等表示という知的財産が使用により機能を生ずるといっているのであれば、他の知的財産も使用により機能が生ずるとも考えられるからである。それは、意匠や著作物の領

域をも商品等表示として機能の存在を認めた不正競争防止法の判例が示唆している。知的財産機能消尽論が成立するのであれば、知的財産への侵害は機能侵害の有無で判断されることになる。そのため、商標機能論は商標権侵害だけの判断基準であったように各々の知的財産（権）における個々の異なる判断基準が法の安定運用の支障となっていたのに対し、統一的な判断が可能となるのである。

（２）商標機能消尽論

商標とは「もの」、「機能」、「権利」の三重構造で構成されていると考えられる。すなわち、①第一階層：商標とは商標法の定義にあるように、商品や役務を表示する標章として使用するものである。しかし、標章を付す対象である「もの」すなわち商品・役務が存在しなければ、標章の使用は不可能である。つまり商標の第一階層とは、標章が付されて使用ができる状態である「もの」（商品・役務）の存在である。第二階層：商標には自己と他者を識別する「自他識別機能」の基本的な機能に加え、自他識別機能から派生した機能として、「出所表示機能」、「品質保証機能」、「広告宣伝機能」の三大機能があると解されている。第一階層「もの」が「正当に使用」された結果、これらの「機能」が自然発生する。これが第二階層である。第三階層：商標に人為的に権利を付与したものが独占排他権という絶対権を有する「商標権」である。商標の機能とは異なり、自然発生したものではなく、商標法という規律による人為的取り決めである。

このように、商標は標章が付された「もの」（第一階層）と「機能」（第二階層）との二重構造から成っており、さらに場合により「権利」（第三階層）が付与された三重構造から成り立っている。このうち、第二階層までが知的財産であり、第三階層まで含めると知的財産権となるのである。



（図：商標の三層構造モデル）

この中で、第二階層こそが商標の本質的部分である。なぜならば、「侵害」という軸軸でみると、第一階層である「もの」への侵害は例えば、商品という有体物の場合は当該物の搾取など物理的な侵害、財産権の侵害である。しかし、それは物（第一階層）に対する侵害であり商標に対する侵害ではない。

商標の侵害とは、使用により商標の機能が生じた「もの」に対して他者がそれと同一・類似の標章を付した「もの」を使用し、その機能を侵害する、つまり第二階層への侵害である。その侵害行為のため本来の使用により生じた商標の機能が著しく害され、先行する本来の標章使用者の機能構築努力が破壊される。第二階層への侵害に対しては、一般不法行為（民法 709 条）という規律が存在する。しかしながらこの二つの規律だけでは商標を十分に保護できないことは従前から論じられている。すなわち不法行為は損害賠償請求が原則であり、不法行為を排除できる差止請求は条文上規定されていない。それ故に、侵害から商標を保護するためには、絶対権である商標権を人為的な規律として付与することによる排他権が必要なものであり、第三階層は第二階層の保護のための補完的規律である。したがって、商標権侵害は商標機能侵害を基底としていると言える。

そして商標の機能と侵害について、従来は商標の機能への侵害の有無を商標権侵害の判断要素とする商標機能論者が通説である。これは、第三階層に対する侵害の可否の判断として第二階層の検討を行うものである。しかし、第二階層（機能）に対する侵害が成立すれば商標侵害は成立する。その時点で不法行為が成立し得る。そしてその商標に権利が付与されている場合には、第三階層（権利）に対する侵害つまり商標権侵害となるのである。この構造からすると、侵害の上位概念は商標侵害であり、商標権侵害は商標侵害に含まれる概念である。つまり、権利侵害が生じなくても商標侵害は成立するが、機能侵害が生じなければ権利侵害は成立しないのである。商標および商標権の侵害成立要件を構成する第二階層の機能こそ、商標の本質的部分なのである。

それは商標の機能および権利と侵害との関係を類型化すると明確になる。

	第 1 類型	第 2 類型	第 3 類型	第 4 類型
機能	無	有	無	有
権利	無	無	有	有
侵害	不成立	成立	不成立	成立

第1類型は、機能も権利も存在していないため、機能侵害、権利侵害がともに生じていない場合である。これはそもそも何らの侵害がないために商標の侵害とはならない。つまり「機能侵害無+権利侵害無=商標侵害不成立」という構図である。

第2類型は、機能が発動しているが権利を有していない場合である。商標の機能が発動しているが商標権が設定されていない場合、あるいは更新申請をしないなどの正当な理由により商標権が消滅した場合である。この場合、商標権の設定がなくとも、機能に対する侵害は、機能を法律上保護すべき利益として不法行為が成立し得る。また、商標法13条の2(設定登録前の金銭的請求権)のように、商標法でも商標権を有しない商標の保護を規定している。つまり「機能侵害有+権利侵害無=商標侵害成立」という構図である。一方、商標の不使用や不正使用により商標権が消滅した場合には、保護すべき機能が存在しないか、あるいは不正使用により生じた機能であれば保護法益はないのである。

第3類型は、商標の機能は発動していないが権利が存在している場合、すなわち商標の機能への侵害が生じないが、権利侵害が生じている場合である。例えば既に商標として使用していないか、あるいは何らかの理由で商標の機能が消滅している状態である。ところが商標権が存在するのであれば、それに対する侵害は商標権侵害である、との帰結はしない。保護を受けるのは、正当に継続して使用した結果機能を発動した商標であることは既に述べたとおりである。権利濫用の抗弁あるいは不使用取消審判により商標権を無効とされる場合もある。また主体ではない者が使用した結果、商標が普通名称化して本来の機能を喪失すれば、侵害とはならないこともある。つまり「機能侵害無+権利侵害有=商標(権)不成立」という構図である。

第4類型は、機能が発動し権利を有しており、機能侵害および権利侵害がともに生じている場合である。これは知的財産侵害であり知的財産権侵害でもある。つまり「機能侵害有+権利侵害有=商標(権)侵害成立」という構図である。

この類型をみると、従前の商標機能論とは第3類型および第4類型のことを論じているに過ぎないことがわかる。すなわち権利が存在しているのは第3類型および第4類型であるが、商標機能論では「形式的に商標権侵害に該当する」が機能を侵害していない場合は第3類型となる。第4類型では権利を実質的に侵害しているのである。

このように商標権侵害ではなく商標侵害という観点で4類型をみると、商標侵害の成立には機能侵害が必要要件であるが、権利侵害は充分要件に過ぎないことがわかる。つまり機能が存するか否かにより商標（権）侵害の可否が定まるのである。機能が侵害されれば、権利が存しなければ不法行為が成立し、権利が存すれば商標権侵害となる。そのため商標権にも適用される権利消尽論が商標機能論で判断をしていたのに対し、「商標機能消尽論」と称することとする。「客体に従属する機能が消滅すれば商標（権）侵害は成立しない」という考え方である。

（3）知的財産機能消尽論

商標機能消尽は商標の三層構造モデルから導き出されたものである。ところで従前、自他識別機能およびそれに付随する三大機能はもっぱら商標についてのみ論じられており、他の知的財産ではほとんど論じられていない。例えば不正競争防止法をみると、商標を含む概念の商品等表示に係る判例で、機能による判断を行っている事案がある。つまり商品等表示も機能を有していることが認められている。さらにその事案は商品形態やゲーム画面のように、意匠や著作物などの領域にも及んでいる。とすると創作法の領域である発明や著作物などにも同様の機能が存在するのではないか。各々に客体が異なる知的財産であっても機能という本質が共通するのであれば、知的財産の本質論を論じることが可能である。言わば「知的財産機能消尽」という仮説である。

創作法領域にも「使用」により「機能」が生ずるとすると、知的財産全体が三階層構造モデルでの説明が可能である。すなわち第一階層「もの」は発明や著作物などの知的に創られたものである。発明の場合は「物」や「方法」であり、著作物の場合は「思想又は感情を創作的に表現したもの」と言える。第二階層は、その「もの」が「使用」により「機能」が発生する。発明の場合は「実施」であり、著作物の場合は「利用」である。機能が生ずることで、「もの」が「知的財産」となる。この段階で不法行為法による保護あるいは不正競争防止法による保護が可能となる。そして一定の条件の下、第三階層である「権利」が付与される。特許権あるいは著作権である。

この構造モデルが成り立つには、第二階層の二つの要素について、一つは「創作法の領域においても「正当な使用」が求められる」であり今一つは「創作法の領域においても使用により標識法と同様か共通する機能が発生する」という

点の検討が必要である。

「機能」についてであるが、創作法領域において、例えば発明や著作物も機能を有すると考えられる。知的財産の創作者が、それをパブリックドメインとはせず自分だけのものとして使用できるのであれば、自他識別機能が発生するのである。なぜならば、創作者は費用や時間をかけて、既存の発明と同じものやありふれた著作物を創作するものではなく、必ず他者が成した創作物とは異なるものを創作する。この時点で創作物には自他識別機能が内在することとなる。そしてそこ生ずる機能のうち、創作法領域でも共通する重要な機能は「品質保証機能」であると考えられる。出所表示機能あるいは広告宣伝機能とは、標識として表示された結果として生ずるものである。もちろん、発明の名称や著作物の題号など、創作物の表示はある。しかし、製造過程の中間処理方法や機械内部に搭載されたコンピュータプログラムのように、それらが市場の表面には登場しない場合が多々ある。であれば出所表示機能や広告宣伝機能は発動しない。それに対して品質保証機能を共通機能とするのは、品質保証機能こそが知的財産に差止請求という排他性を求める根拠と思われるからである。なぜならば侵害者は特許製品や著作物の偽物の模倣を安易・安価に試みるため、侵害品は真正品に比して粗悪であることが大多数であり、侵害品が真正品よりも優れるような場合は皆無であろう。そして知的財産を使用する保有者にとって、侵害者による粗悪品の流通は自社の真正品に対する信用の失墜のみならず、市場そのものを縮小する恐れがある。したがって、市場から粗悪品（侵害品）を排除する、それが差止請求の効果であり、その根拠は、真正品の「品質保証機能」によるのである。であるならば、商品等表示の構造モデルで、機能が発動した第二階層において権利付与法ではない不正競争防止法による差止請求が認められる説明も可能である。知的財産権侵害は知的財産機能侵害を基底としており、第二階層において品質保証機能による差止請求が認められれば、権利を付与した第三階層では差止請求が当然に認められるのである。

「正当な使用」であるが、商標は登録主義・使用主義と言われているが、創作法領域において使用主義は論じられてはいない。しかし、産業の発達あるいは文化の発展という知的財産法の法目的を達成するためには、客体である知的財産の使用（発明の実施や著作物の公表など）が伴わなければならないのである。社会にとって有益な知的財産となるためには、社会において何らかの使用が必要である。使用をしていない権利行使では権利濫用やパテントロールの間

題となる。さらに創作法は、場合により権利者よりも正当使用者を保護することもある。すなわち特許法では79条（先使用権）、80条（中用権）、176条（後用権）である。さらに権利者が使用をしていない場合は、83条（不実施の場合の裁定実施権）、93条（公益上必要な場合の裁定実施権）などの規定である。著作権法にはこのような規定はないが、そもそも著作権の場合は正当に創作すれば同一・類似の複数の権利が混在して各々に利用ができ得るという相対的な権利なのである。

以上論じてきたとおり、商標のみならず知的財産法領域全体で、商標と同様の三層構造モデルが確認できる。第一階層は「知的なもの」であり、第二階層は知的なものが「正当な使用」により「機能が生じた」知的財産であり、そして第三階層は人為的に権利された「知的財産権」である。

そして、知的財産の本質が第二階層の機能であることも同様である。機能が生じなければ知的財産は法による保護の対象とはならない、すなわち第二階層に対する侵害は知的財産への侵害が成立するが、第三階層に侵害が成立し第二階層に侵害が成立しない。第二階層が知的財産の実質的保護法益であり、第三階層は形式的規律だからである。

では商標と同じくあらためて知的財産の機能と侵害との関係を整理する。

	第1類型	第2類型	第3類型	第4類型
機能	無	有	無	有
権利	無	無	有	有
侵害	不成立	成立	不成立	成立

第1類型は、機能も権利も存在していないため、機能侵害、権利侵害がともに生じていない場合である。これはそもそも何らの侵害がないために知的財産の侵害とはならない。つまり「機能侵害無+権利侵害無=知的財産侵害不成立」という構図である。

第2類型は、機能が発動しているが権利を有していない場合である。まず不正競争防止法がこの類型に該当する。特許であれば出願前に秘密保持管理下で実施している発明である。また、著作者の死亡により著作者人格権が消滅した著作物も該当する。機能が存在すれば権利がなくても侵害が成立することは既にみてきたとおりである。すなわち「機能侵害有+権利侵害無=知的財産侵害成立」である。

第3類型は、知的財産の機能は発動していないが権利が存在している場合、つまり形式的権利が存在している場合である。著作権が顕著であったように、権利が存在しているにもかかわらず使用していないためアクセス可能性（依拠性）がないために重畳的に権利が発生しても権利侵害が成り立たない。その他にも権利濫用や信義則違反の場合が相当する。「機能侵害無+権利侵害有=知的財産侵害不成立」の類型である。

第4類型は、機能が発動し権利を有しており、機能侵害および権利侵害がともに生じている場合である。これは知的財産侵害であり知的財産権侵害でもある。つまり「機能侵害+権利侵害=知的財産（権）侵害成立」という構図である。

このように、客体に従属した機能により侵害を判断する知的財産機能消尽論が、知的財産法領域における一元化された侵害判断基準となるのである。

3. 知的財産機能消尽論の広告制作物への展開

知的財産機能消尽論の展開として、広告制作物の自由利用についての検討を行う。前述のように、広告制作物の著作権は広告主とするのが現在の潮流である。もちろん広告主が自社の広告を自由に使用することは当然である。しかし、権利がどこに帰属しようとも、例えばテレビCMを過去のアーカイブとしてライブラリーやテレビ番組内で紹介しようとする場合の弊害、すなわちテレビCM自体の著作権使用許諾だけでなく、テレビCMを構成する個々の著作物の著作権使用許諾を得ることの煩雑さのために、過去の優れたテレビCMが利用しにくい問題があった。

しかしここで重要なことは、広告主が広告制作物の著作権を享有しているとしても、当該広告制作物を使用しなければ、著作物に対する機能が発生しない、すなわち機能が減していれば他者が当該広告制作物を使用しても、侵害行為とはならないのである。知的財産機能消尽論の発動である。確かに現在広告として使用しているテレビCMを当該主以外の者が使用するならば、権利処理を行うことは必要である。使用しているということは機能が生じているために、第三者がそのテレビCMを無断で使用すれば機能を侵害する可能性がある。そのような場合は、第三者が不法・不当な目的で使用する蓋然性が高く、その不正な使用により不正使用者側にも機能が生ずるためであり、当該テレビCMの広告主が曖昧不明となり混同が生ずるによる自他識別機能を始め、著作権以外の知的財

産が有する機能(例えば広告されている商品名の出所表示機能や品質保証機能)の侵害や、そもそも第三者が勝手に広告として使用すれば広告宣伝機能も侵害する。

しかしアーカイブとして、使用されていない古いテレビCMを使用するのであれば、当該テレビCMが機能を減しているために機能侵害は生じないのである。機能侵害がなければ侵害とならないことは知的財産機能消尽論からの帰結である。

このように知的財産機能消尽論は使用していない古い広告制作物の自由利用の根拠となり、ひいては広告制作物に限らず知的財産物全体の自由利用にもつながるのである。そのため、今後、知的財産機能消尽論の更なる検討と精査が必要である。

以上