

商標の剥離・抹消行為と商標の機能

—ローラーステッカー事件判決を中心に—

弁理士 外川 英明

要 約

権原のない第三者が行う商標の剥離・抹消行為が商標権侵害等を構成するか否かについては、学説上、長い間議論のあるところである。従来から出所表示機能等が毀損される、あるいは業務上の信用の蓄積を妨害する等の点では一致しながらも、剥離・抹消行為が商標の「使用」に該当するか否か、商標法 25 条、37 条に該当するか否かという点の評価で見解の相違があったといえる。

これに対し、大阪高判令和 4 年 5 月 13 日 [ローラーステッカー事件] は、あくまで傍論としてではあるが、当該行為が商標の「使用」か否かだけでなく、商標の諸機能を毀損するものではなく、「商標法の予定する保護の態様とは異なる」との理由で、商標権侵害は成立しないとするものであった。

本稿では、該ローラーステッカー事件判決を中心に、商標の剥離・抹消に関連すると思われる複数の事件を検討することによって、「商標の剥離・抹消行為と商標の機能」について考えてみた。

目 次

1. はじめに
2. ローラーステッカー事件
 - (1) 事件の概要
 - (2) 控訴審の判決要旨
3. 学説
4. 外国（欧州司法裁判所等）
 - (1) 欧州司法裁判所 Mitsubishi v. Duma Forklifts 事件
 - (2) その他
5. 商標の剥離・抹消に関連すると思われる商標権侵害事例
 - (1) 「小分け」関連事件
 - (2) 「改造」関連事件
 - (3) 「再包装」関連事件
 - (4) 「サンプル品」等関連事件
6. 考察
 - (1) 商標貼付商品の流通
 - (2) 登録商標の剥離・抹消
 - (3) 出願中の商標の剥離・抹消
 - (4) 一般の不法行為の成立
7. おわりに

1. はじめに

商標の剥離・抹消行為とは、商標権者である他人が商標を付して流通過程に置いた商品を、権原のない第三者が市場で購入して、当該他人の商標を剥離・抹消したうえで自己の商標を付し、自己の商品として再度市場に投入する行為をいう。典型的には、「当該他人の商標を剥離・抹消したうえで自己の商標を付」する行為ではあるが、「自己の商標を付」する行為が行われず、単に「当該他人の商標を剥離・抹消」することも、本稿では、商標の剥離・抹消行為に含むものとする。

商標の剥離・抹消行為が商標権侵害を構成するか否かについては、学説上、長い間議論のあるところである。従来は、少なくとも、商標権侵害成立を肯定する積極説が多数説を占めていたものといえるが⁽¹⁾、長期間提唱されてきたにもかかわらず、解釈論にも立法論にも大きな影響を与えてきていない。

積極説は、およそ半世紀前の1977年に発行された網野誠『商標（新版）』で、次のように主張された。

「指定商品に附された登録商標を、その商品が流通している過程において第三者が剥奪抹消し、これに代え自己の商標を使用して流通させる行為も商標権を侵害する行為であると解される。それは他人の登録商標を使用する行為ではないが、他人が流通過程において登録商標を指定商品に独占的に使用する行為を妨げ、その商品標識としての機能を途中で抹殺するものであるから、法36条の侵害行為に該当する。」⁽²⁾。しかも、この見解以前にも西沢茂稔「商標権の消極的侵害について」が「消極的侵害」との用語を用いて商標の剥離・抹消行為について商標権侵害の成立を認める積極説に立っている⁽³⁾。

これに対し、消極説の主張の中核は、商標の自他商品・役務識別機能あるいは出所表示機能等を毀損する行為であることは認めるものの、上記の「他人の登録商標を使用する行為ではない」点に注目し、商標法2条3項の「使用」に該当しない、あるいは商標法25条、37条に該当しない等、これらの条項の文理解釈を根拠として積極説を否定するものが多い⁽⁴⁾。

これらを総合すれば、積極説と消極説は、自他商品役務・識別機能あるいは出所表示機能等に毀損がある、あるいは業務上の信用の蓄積を妨害する等の評価では一致しながらも⁽⁵⁾、商標の剥離・抹消行為が商標法上の「使用」（商標法2条3項）に該当するか否か、商標法25条（商標権の効力）、37条（侵害とみなす行為）に該当するか否か、という点の評価で見解の相違があったといえる。

これに対し、大阪高判令和4年5月13日〔ローラステッカー事件〕⁽⁶⁾は、あくまで傍論としてではあるが、従来の消極説とは若干趣を異にした形で消極の立場を明確にした。該傍論は、商標の剥離・抹消行為が商標の「使用」か否かだけでなく、商標の諸機能⁽⁷⁾を毀損するものではなく、「商標法の予定する保護の態様とは異なる」との理由で、商標権侵害は成立しないとするものであった。

本稿では、該ローラステッカー事件判決を中心に、商標の剥離・抹消に関連すると思われる複数の事件を検討することによって、「商標の剥離・抹消行為と商標の機能」について考えてみたい。

2. ローラステッカー事件

(1) 事件の概要

一審の大阪地判令和3年11月9日⁽⁸⁾は、原告の請求棄却、控訴審の大阪高判令和4年5月13日は控訴棄却、そして最（二小）決令和4年11月18日⁽⁹⁾は、上告不受理で、決着した。以下、控訴審における商標の

(1) 眞島宏明「商標の剥奪抹消と商標権侵害の成否について—商標の冒用以外の行為にも商標権侵害は成立するか—」パテント Vol.61 No.4 120頁（2008年）は、消極説に立つが、要約欄で「商標の剥奪抹消の行為は、商標の『使用』をはじめとする商標の冒用には形式上、該当しないが、商標の機能を害するとして商標権侵害の成立を肯定する見解が多数である。」と分析している。

(2) 網野誠『商標（新版）』634頁（有斐閣、1977年）。なお、同書第6版846頁（2002年）にも、ほぼ同一の記載が維持されている。

(3) 西沢茂稔「商標権の消極的侵害について」特許管理 Vol.14 175頁（1964年）

(4) 眞島・前掲注1）122頁

(5) 消極説に立つ鈴木敬史「商標の剥離抹消と不法行為—大阪高判令和4年5月13日（令和3年（ネ）第2608号）〔ローラステッカー〕を契機として—」富山大学紀要、富大経済論集 69巻1号150頁（2023年）は、「（積極説、消極説等の：筆者注）いずれの見解を採用する論者においても、『剥離抹消行為』が法によって規制されるべきという価値判断は概ね共有しているように思われる。」と指摘する。

(6) 大阪高判令和4年5月13日 判時2573号70頁〔ローラステッカー事件控訴審〕

(7) 商標の機能とは、我が国では、通常、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能の3つを指すと考えられている。欧州では、この3機能の他、コミュニケーション機能、投資機能も列挙されるのが一般的である。

(8) 大阪地判令和3年11月9日 判時2573号77頁〔ローラステッカー事件第一審〕

(9) 最（二小）決令和4年11月18日 LEX/DB25595718〔ローラステッカー事件上告審〕

剥離・抹消に関する傍論に焦点を絞って検討する。

一審原告が車輪付き杖「ローラーステッカー」（原告標章）を製造・販売していたところ、この商品を一審原告から直接又は間接に仕入れた一審被告ら（被告フジホーム、被告サンリビング）が「ハンドレールステッキ」の商品名称（被告標章）で卸売り又は小売り等したことが、原告標章が未登録の前半期間（令和元年8月～令和2年1月7日の商標公報発行）においては、被告2社の共同不法行為を構成する、あるいは原告標章が商標権として成立した後半期間（令和2年1月7日～令和2年3月31日）においては、商標権侵害を構成すると主張して、一審原告が一審被告の「ハンドレールステッキ」の使用差止め⁽¹⁰⁾を求めるとともに、共同不法行為（前半期間）又は商標権侵害（後半期間）を根拠に損害の賠償を請求した事件である。

なお、一審原告の商標「ローラーステッカー」は、令和元年12月6日付で商標登録され、令和2年1月7日付で商標公報が発行された（上記「後半期間」の開始日）。

本事件の争点は、以下の3点である。

- ① 前半期間における共同不法行為の成否
- ② 後半期間における商標権侵害の成否
- ③ 損害の発生及び額

(2) 控訴審の判決要旨

大阪高裁は、控訴棄却の根拠としては「被控訴人らの行為は、そもそも控訴人標章の剥離抹消行為と評価される行為には当たらない」としながらも、あくまで傍論ではあるが、商標の剥離・抹消行為が共同不法行為（前半期間）又は商標権侵害（後半期間）を構成しないと判示した。

① 前半期間における共同不法行為の成否（原告標章は未登録）

本判決は、原審判決を補正しているのので、当てはめると以下の通りである。

「(略) 卸売業者又は小売業者が製造者から商品名を付した商品の譲渡を受けた場合、」「卸売業者あるいは小売業者としては、当初の商品名により販売すべき旨の合意や製造者が譲渡する際に付した条件、あるいは商品の性質上当然そのようにすべき特段の事情や公的規制のない限り、当初の商品名のまま販売することでその顧客吸引力等を生かすこともできれば、より需要者に訴えることのできる商品名に変更したり、あるいはより商品の内容を適切に説明し得る商品名に変更して販売することも許されると解される。」

この2つの文のうち、控訴審は、後者の前にあった一審の「製造者における自他識別や顧客吸引の問題は、製造者から卸売業者あるいは小売業者へ商品が譲渡された段階で一旦目的を達すると考えられるから」との文言を削除補正している。一審のこの文言は、製造者が卸売業者に販売すれば商標は消尽して、それ以降については自己の商標の自他商品識別力や顧客吸引力をコントロールできないとの解釈論を示しているものと思われる。つまり、一審は、製造者から卸売業者等に商品を譲渡した段階で特許法等と同様に商標権は消尽するとの見解を本事件に適用していたと考えられるが、控訴審は上記文言を削除したことによって消尽論を採用しなかったと解することができる。

前半期間では、原告標章は未登録であり、独占権の裏付けがないものである。したがって、商標法以外の不正競争防止法等の問題点を除けば（大阪高裁は、被控訴人らの行為が不正競争防止法の規律に抵触するとの主張が控訴人によって行われていないと指摘している。）、「当初の商品名により販売すべき旨の合意や製造者が譲渡する際に付した条件、あるいは商品の性質上当然そのようにすべき特段の事情や公的規制のない限り、」卸売業者や小売業者の製造者商標の剥離・抹消行為は、自由であると判断しているものといえる。

(10) 一審原告は、損害賠償請求のほか「被告らは、原告の製造販売する別紙商品目録記載の商品を販売するに際し、『ハンドレールステッキ』なる商標を付してはならない。」との請求を行った。

さらに、裁判所は、「製造者が販売を終えた商品について、以後の者が別の商品名により販売したとしても、直ちに製造者の利益が損なわれることにはならないし、ブランドとしての統一を図る等の必要があれば、販売に際しその旨の合意を得れば足りることであるから、そのような合意等のない場合に、卸売業者や小売業者が、常に当初の商品名によらなければならないと解すべき理由はない。」と続け、あたかも特許に関する最高裁 BBS 事件判決⁽¹¹⁾における一種の黙示の許諾論のような傍論を展開している。

② 後半期間における商標権侵害の成否（原告標章は登録商標）

「商標法の目的は、信用化体の対象となる商標が登録された場合に、その登録商標を使用できる権利を商標権者に排他的に与え、商品又は役務の出所の誤認ないし混同を抑止することであり、商標権侵害は、指定商品又は指定役務の同一類似の範囲内で、商標権者以外の者が、登録商標と同一又は類似の商標を使用する場合に成立することが基本である（商標法 25 条、37 条）。すなわち、商標法は、登録商標の付された商品又は役務の出所が当該商標権者であると特定できる関係を確立することによって当該商標の保護を図っているといえることができる。

商標権者が指定商品に付した登録商標を、商標権者から譲渡を受けた卸売業者等が流通過程で剥離抹消し、さらには異なる自己の標章を付して流通させる行為は、登録商標の付された商品に接した取引者や需要者がその商品の出所を誤認混同するおそれを生ぜしめるものではなく、上記行為を抑止することは商標法の予定する保護の態様とは異なるといわざるを得ない。したがって、上記のような登録商標の剥離抹消行為等が、それ自体で商標権侵害を構成するとは認められないといふべきである。」

控訴審は、権原なき第三者が、商標の剥離抹消を行って故意に商品の出所を不明にすることは、商品の出所の誤認混同に含まれない、さらに別の商標を新たに付して市場に商品を提供することも商品の出所を誤認混同することではないと考えているようである。裁判所は、傍論においてはあがあるが、商標の剥離抹消による商標の出所表示機能等の毀損それ自体を認めず、商標権者の「独占使用」のうち、第三者の使用によって「独占」性が毀損されれば商標法が登場するが、独占「使用」のうち、剥離・抹消によって「使用」が根本的に毀損された場合は、商標法は登場しないと、かたくなに消極説を守っているといえる。

なお、事案判断においては、「控訴人標章の剥離抹消行為と評価し得る行為には当たらないと解される。」として次の 2 点を挙げている。

①「控訴人が被控訴人らシール [1] によって覆い隠されたのを問題としているのは、控訴人の屋号であって、控訴人標章ではない。また、被控訴人らの行為によって、本件商品本体に英文字で印字された『Roller Sticker』という標章（称呼及び觀念において控訴人標章と同一のもの）に何らかの変更が加えられたという事実もない（本件商品の品質にも変更はない。）。」つまり、控訴人標章は、被控訴人標章によって、覆い隠されていないと認定した。

②「控訴人標章の剥離抹消行為として問題となり得る行為は、被控訴人フジホームが、控訴人から本件商品を仕入れた際に梱包箱に同梱されていた控訴人説明書を被控訴人説明書に差し替えた行為のみ（被控訴人ら行為 [2] に関する。）であるが、控訴人説明書は、取引によって納入された本件商品の梱包箱の中に、本件商品の使用方法を説明する書面として、本件商品に貼付等されずに単に同梱されていたものにすぎないから、本件商品に標章を付した（商標法 2 条 3 項 1 号）とはいえず、控訴人説明書が取引書類（同項 8 号）に当たると認めるに足りる事情も窺われない。したがって、控訴人説明書に『ローラーステッカー使用説明書』との記載があるのは、控訴人標章を商標として使用したものと認められず、控訴人説明書を差し替えたことが控訴人標章の剥離抹消行為と評価すべきものとは認められない。」つまり、控訴人説明書には、控訴人標章が表示されていたが、当該説明書の標章は商標としての使用ではないので、そもそも商標の剥離抹消の間

(11) 最（三小）判平成 9 年 7 月 1 日 民集 51 卷 6 号 2299 頁、判時 1612 号 3 頁 [BBS 事件]

題ではないと論結している。

③ 損害の発生及び額

共同不法行為も商標権侵害も成立しないとの結論であるから、検討する必要はないとされた。

3. 学説

消極説の代表的学説ともいえる田村善之『商標法概説第2版』⁽¹²⁾は、登録商標の剥離・抹消行為と抹消後に自己の商標を使用する行為につき「たしかに、これらの行為は、登録商標への信用の化体を妨害したり、登録商標に帰せられるべき信用を自己の商標に化体させる行為であり、信用形成のインセンティブとして商標が機能することを妨げる点で、競争法上、違法と目すべきである。」として、信用毀損や機能妨害を認めるとしながらも、「25条、37条に該当するものではない以上、解釈論としてこれらの行為を商標権侵害と構成することには無理がある」と消極説としての結論を導き出している。この消極説の根拠は、商標法25条、37条非該当である。そして、立法論にまで踏み込み、「立法論として考えてみても、商標が登録されているか否かということに拘わらず禁止すべきである。」とし、現行法上も「製造元や販売元を偽る行為として」、不正競争防止法2条1項12号（現行不正競争防止法2条1項20号（品質誤認惹起行為））、又は民法709条に「該当するというべきであろう。」とする。

田村説は、消極説として紹介されることが多いが、登録商標の剥離・抹消行為は、業務上の信用（グッド・ウィル）化体の妨害であり、登録商標の機能を毀損する行為であると認めている。そして、立法論としては、未登録商標であろうと登録商標であろうとその剥離・抹消の禁止に言及している。

また、消極説の中には、商標法2条3項、25条、37条に該当しない行為を商標権侵害と解釈することは、商標権侵害が刑事罰の対象であること（商標法78条）を考えると罪刑法定主義に反するとして「国家権力による恣意的な処罰範囲の拡大の危険を招くことになり到底許されないとわざるを得ない。」とする見解も存在する⁽¹³⁾。

ただ、筆者は、解釈論としては、あくまで民事救済だけを射程とし、厳格に解して刑事罰には及ばないとすれば足りるし、立法論としては、その違法性に鑑み、刑事罰の対象にすることも考えるべきではないかと思う。

また、イギリス法を参考として「イギリス法においては競業者や消費者に対する負の影響を考慮する学説がみられることを参考とするならば、確かに商標の剥離抹消行為は商標の機能を害するとしても、円滑な取引の確保、並びに競業者及び消費者に対する負の影響を考慮すれば、法2条3項にいう『使用』に当たる行為として明文で規定されていない以上は、解釈として商標権侵害とするのは困難といわざるを得ない。」⁽¹⁴⁾との主張も見受けられる。この見解も、商標の機能を害することは認めつつも、文理解釈上は消極説をとらざるを得ないとの立場であると解することができる。

一方で、積極説としては、上記網野説や西沢説の他、小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説第4版』⁽¹⁵⁾がある。同書によると、商標権侵害の意義は商標法の目的から導き出すべきであるとして、商標法1条を明示し、「商標権が保護しようとするものは、商標に係る標章の信用である。したがって、商標権侵害を、単に侵害者が登録商標を無権限で付する行為のみに限定すべきではなからう」と主張する。「優れた新製品の他人商標を取り去って自己の商標を付し、他人の商品を自己が製造した商品と見せかけ、他人の商標の信用を

(12) 田村善之『商標法概説第2版』150頁（弘文堂、2000年）

(13) 眞島・前掲注1）122頁

(14) 末宗達行「商標の剥離抹消行為の規制をめぐる一考察—イギリス法を手がかりとして—」特許研究 No.77 47頁（2024年）

(15) 小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説第4版』315～316頁（青林書院、2025年）。なお、小野昌延『商標法概説第2版』257頁（有斐閣、1999年）も同旨。

無断で利用する行為」を逆パッシング・オフとして商標権侵害の成否を論じている。商標を流通過程前に抹消し削除する行為についても言及している。

第三者が商標法2条3項の「使用」に該当する行為を行っていないことを理由とする消極説に対しては、上記概説は「商標権侵害を、単に侵害者が登録商標を無権限で付する行為のみに限定すると、このような行為は、商標を無権限で付する行為でないから、不当な行為をされ放題かということになる。」と指摘し、「商標冒用以外にも侵害の形態はある。『商標の機能を害する行為』を侵害とする考え方も強い。」と解説している。

さらに同書は、「一般に、商標権侵害は、『登録商標使用の専用を害すること』、すなわち『他人が登録商標を使用すること』と解されるが、これは典型的な商標権侵害例を説明しているにすぎない。登録商標使用を完全に専用させるためには、商標権侵害を商標の無断使用に限定することでは足りない。」とし、登録商標の剥離・抹消は商標権侵害であると論結している。

4. 外国（欧州司法裁判所等）

では、商標の剥離・抹消につき、外国ではどのような法制度・状況になっているのか検討してみる。

(1) 欧州司法裁判所 Mitsubishi v. Duma Forklifts 事件⁽¹⁶⁾

① 事件の概要

原告は、Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd（三菱商事）と Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV（MCFE：三菱キャタピラーフォークリフトヨーロッパ）の2社で、前者が欧州連合商標・ベルギー登録商標の文字商標「MITSUBISHI」及び図形商標「」を所有している。また、後者は、オランダで設立された会社で、三菱のマークで供給される EEA フォークリフトトラックの製造・販売を独占的に許諾されている。これに対し、被告は、Duma Forklifts NV（Duma）と G.S. International BVBA（GSI）で、前者は、ベルギーで設立された会社で、新品・中古のフォークリフトトラックを世界各国で購入して販売している。また、“GSI”、“GS”、“Duma”の商標を付したフォークリフトを販売している。以前は、ベルギーにおける三菱フォークリフトの正式なサブディーラーであった。後者は、ベルギーで設立され、Duma と提携している。

被告2社は、2004年1月1日～2009年11月19日まで、原告らの同意なく「MITSUBISHI」が表示されたフォークリフトを欧州経済領域（European Economic Area:EEA）に並行輸入していた。また、被告らは、2009年11月20日以降、EEA 外で「MITSUBISHI」フォークリフトを入手して EEA 内に持ち込み、通関倉庫手続（a customs warehousing procedure）にかけている。さらに、被告らは、これらのフォークリフトから Mitsubishi マークと同一のすべての記号を剥離し、欧州連合基準にあわせて改造し、識別プレートとシリアルナンバーを独自の記号に付け替えて EEA の内外で販売している。

そこで、原告2社は、ベルギーのブリュッセル商事裁判所（Rechtbank van koophandel te Brussel）に対し、被告の行為の差止めを請求したが、2010年3月17日付判決で棄却されたため、控訴した。ベルギーのブリュッセル控訴裁判所は、並行輸入については原告らの請求を認めたが、商標権者の登録商標を剥離し、自己の商標を付する被告らの行為に対する差止請求事案についてはベルギー国内の裁判手続を停止して、欧州司法裁判所に対して先決裁定を求めた。

欧州司法裁判所は、事件番号 C-129/17 に関し 2018年7月25日付で先決裁定を下した。この審理は、欧州商標指令5条及び欧州商標規則9条に基づき、Duma 等が、EEA 外で取得した三菱フォークリフトに貼付されていた三菱商標を剥離し、新たな標識を貼付することをやめるよう、商標権者が請求することができるかに関してなされたものである。

(16) CJEU, 25 Jul 2018, C-129/17

この事件は、EEA 内外の問題を除けば、第三者が登録商標の剥離・変更を行った場合、商標権侵害を構成するか否かを争点とするものである。

② 先決裁定要旨

「商標権者には、商標の機能を果たすことができることを保証するという特定の利益を保護するために排他的権利が付与されている、したがって、第三者による商標の使用が商標の機能に影響を与えるか、そのおそれがある場合に、権利行使が認められるべきであると、裁判所は、何度も示してきた。」との前提を強調して、商標の機能として我が国で列挙される出所表示（保証）機能、品質保証機能、広告・宣伝機能の他、コミュニケーション機能や投資機能も列挙した。

この先決裁定は、これらの観点から、「取引上の使用」(use in the course of trade) 要件に言及するとともに、商標の本質的機能としての出所表示（保証）機能、さらに品質保証機能、投資機能、広告・宣伝機能が毀損される場合には、商標権侵害が成立するとしている。

「商品に貼付されている他人の商標と同一の商標を剥離し、新しい商標を付することは、当該他人の商標の権利者がその商品の品質価値によって消費者を繋ぎとめておくことを妨害し、本件のように商標の投資機能、宣伝・広告機能に影響を与える。問題の製品は、市場において商標権者の商標のもとで、商標権者又は商標権者の承認を得た者によって販売されていることにならない。商標を付した商品が商標権者によって市場に投入される前に、他人によって市場に同一商品が出されるということは、つまり需要者が商品をその商標と関連付けるより先に商品を知るようになることは、商標権者が需要者を惹きつけて維持するための名声を獲得し、販売促進や営業戦略の手段として商標を使用することを著しく妨害するものである。」

さらに、そのような行為は、商品を最初に EEA 市場に出すことにより得られる経済的価値や、投資価値を商標権者から奪ってしまう。」

「欧州商標指令 2008/95/EC 5 条、及び欧州商標理事会規則 (EC) No 207/2009 9 条の規定により、EEA 市場に置かれていない商品を輸入する目的で、権原なき第三者が、保税倉庫において他人の登録商標と同一の商標を全て剥離し別の標章を貼付する行為を、当該商標権者は阻止することができる」と解釈する必要がある。」

欧州商標指令 2008/95/EC 5 条 3⁽¹⁷⁾ は、以下の通りである。

「3. 特に、以下の行為は、第 1 項および第 2 項の規定に基づき禁止することができる：

- (a) 当該標識を商品またはその包装に付すこと；
- (b) 当該標識の下で商品を提供し、市場に投入し、またはそうした目的のためにこれを保有すること、あるいは同標識の下で役務を提供または供給すること；
- (c) 当該標識の下で商品を輸入し、または輸出すること；
- (d) 当該標識を業務書類や広告に使用すること。」

（条文は、日本貿易振興機構 (JETRO) デュッセルドルフ事務所仮訳による。下線は筆者)

欧州と我が国の違いは、欧州商標指令 2008/95/EC 5 条 3 が「特に」“*inter alia*,” と規定し、例示列挙となっているため、列挙されていない商標の剥離・抹消行為を禁止できると解釈することができるのに対し、我が国商標法 2 条 3 項は、限定列挙と解されていることから、列挙行為以外は「使用」に当たらないとの文理解

(17) 3. The following, *inter alia*, may be prohibited under paragraphs 1 and 2:

- (a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;
- (b) offering the goods, or putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;
- (c) importing or exporting the goods under the sign;
- (d) using the sign on business papers and in advertising.

積を生む余地を残している点である。

(2) その他

中華人民共和国やフランスでも商標の剥離・抹消を商標権侵害と規定している。

① 中華人民共和国

上海浦東新区人民法院 2024 年 2 月 26 日判決⁽¹⁸⁾は、下記の商標法 57 条 (5) 及び損害賠償に関する商標法 63 条 3 項を適用し、被告に対し、原告らの「WESTRONG」等登録商標 35178290 号、27261472 号、25103779 号に関する商標権侵害行為を本判決確定日後、直ちに停止すること、本判決確定日から 10 日以内に原告に損害賠償金 1 元を支払うことを命じた（原告は、損害賠償金として 1 元のみ請求。）。

本事案では、被告が、本件対象製品（「BQ1200 ロボット」（BQ1200 型机器人））に貼付されていた原告商標を抹消して、対象製品と原告の関連を切断したが、被告の商標を当該対象製品に貼付していなかった。しかし、被告の商標を表示した展示会ブースや配付したパンフレット等により、抹消後の当該対象製品と被告とを関連付けることによって商標の変更効果を発揮しているとされた。

中華人民共和国商標法 57 条 (5) (2019 年改正) は、以下のように規定して、商標の剥離・抹消を商標権侵害と構成している。また、他に反不正競争法 (2017 年・2019 年改正) 6 条・8 条 1 項も適用可能性がある。

「商標法第 57 条 次の各号に掲げる行為のいずれかに該当するときは、登録商標専用権を侵害する。

〔(1) ～ (4) 略〕

(5) 商標登録者の許諾を得ずに、その登録商標を変更し、変更した商標を使用する商品を市場に投入すること。

〔(6) 略〕

(7) 他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること。〕

「反不正競争法第 6 条 事業者は、次の各号に掲げる混同行為を実施し、他人の商品である又は他人と特定の関連性があるとの誤認を関連公衆に生じさせてはならない。

〔(1) ～ (3) 略〕

(4) 他人の商品である、又は他人と特定の関連性があるとの誤認を生じさせるその他の混同行為。〕

「反不正競争法第 8 条 1 項 事業者は、その商品の性能、機能、品質、販売状況、ユーザーの評価、受賞歴等を偽り、又は関連公衆に誤解を生じさせる商業宣伝を行い、消費者を欺き、誤った方向に導いてはならない。」

（条文は、日本貿易振興機構（JETRO）訳（JETRO HP）による。）

② フランス知的財産法 L713 条 3-1 (7) (2023 年 4 月 1 日改正)

「特に、次の行為又は使用は、第 L713 条 2 及び第 L713 条 3 に従って禁止される。

(1) 製品又はその包装に標章を付すこと

〔(2) ～ (6) 略〕

(7) 適法に付されている商標を隠滅し又は変更すること〕

（条文は、特許庁法令情報訳による。）

(18) 案件番号：上海浦東新区人民法院 (2023) 上海 0115 民初 65439 号。原告は、Shanghai Weijiang Robot Technology Co., Ltd. 及び Jilin Weijiang Robot Technology Co., Ltd. の 2 社、被告は、Bureau Veritas Quality & Technical Services (Shanghai) Co., Ltd. である。

5. 商標の剥離・抹消に関連すると思われる商標権侵害事例

欧州司法裁判所は、Mitsubishi v. Duma Forklifts 事件において商標の機能の毀損を前面に出して、商標権侵害の成立を認めた。機能毀損がどれだけ重大な問題かを検討するために、我が国の商標の剥離・抹消に関連すると思われる商標権侵害事例を検討してみる。

(1) 「小分け」関連事件

商標権者以外の者が、真正品（下記のマグアンプ K 事件では大袋の園芸用化学肥料）を小分けして、小分けした商品のそれぞれに真正品の登録商標と類似する商標を付して売るケースにつき、大阪地判平成 6 年 2 月 24 日 [マグアンプ K 事件]⁽¹⁹⁾は、出所表示機能及び品質保証機能等の自他商品識別機能を毀損するおそれを理由に商標権侵害の成立を認めた。両機能毀損のおそれ惹起は、商標権者の持つ専用権の侵害であるとの理論である。

「商標権者以外の者が権限なく登録商標に類似する商標を、指定商品と同一の商品それ自体に直接付することは勿論、商品それ自体に直接付さなくとも、商品との具体的関連において、商標としての出所表示機能及び品質表示機能（ママ）等の自他識別機能を果たす態様で『使用』することは、たとえば当該商品が商標権者の販売にかかる真正商品であったとしても、商標権者の登録商標の使用権の専有を侵すことになる。」

「登録商標は権利者により適法に使用されてはじめてその出所表示機能及び品質保証機能等の自他商品識別機能を発揮し得るからであり、権利者以外の無権限の者に登録商標の使用を許すと、権利者の信用が権限なき者の手に委ねられ、その結果、登録商標に対する信頼の基礎が失われ、抽象的には常に権利者の信用が毀損のおそれに晒されることになって、登録商標の右機能を発揮し得ないことが明らかであるからである。」

さらに、裁判所は「商標権者が登録商標を付して適法に拡布した商品を、その流通の過程で商標権者の許諾を得ずに小分けし小袋に詰め替え再包装し、これを登録商標と同一又は類似の商標を使用して再度流通に置くことは、商標権者が適法に指定商品と結合された状態で転々流通に置いた登録商標を、その流通の途中で当該指定商品から故なく剥奪抹消することにはかならず、商標権者が登録商標を指定商品に独占的に使用する行為を妨げ、その商品標識としての機能を途中で抹殺するものであって、商品の品質と信用の維持向上に努める商標権者の利益を害し、ひいては商品の品質と販売者の信用に関して公衆を欺瞞し、需要者の利益をも害する結果を招来するおそれがあるから、当該商標権の侵害を構成するものといわなければならない。」と断じている。

本事件は、登録商標の剥離・抹消をした後、小分け商品に当該原商品の登録商標と同一又は類似の商標を付しても、結局は商標権者の専用権を侵害し、登録商標の品質保証機能等を毀損するおそれを肯定するもので、上記ローラーステッカー事件のように剥離・抹消後に別の商標を付するケースに比して、元の登録商標と同一・類似の商標を小分け商品に付しても、登録商標の剥離・抹消行為を独立して評価して商標の機能の毀損になる旨、明確にした判決といえることができる。

この事件の他、「小分け」関連事件は、下記の通り幾つかあるが、主に、小分け商品に原商品の商標（類似を含む）を付す行為の違法性について検討しているだけであるといえる。

ココアの小分け商品に「HERSHEY'S」や「VANHOUTEN」を付した福岡高判昭和 41 年 3 月 4 日 [HERSHEY'S 事件（刑事事件）]⁽²⁰⁾、ドラム缶入りオイルトリートメントの小分けに関する大阪地決昭和 51 年 8 月 4 日 [STP 事件]⁽²¹⁾、紅茶のティーバッグの並行輸入に関する東京地判平成 28 年 11 月 24 日 [TWG 事件]⁽²²⁾等

(19) 大阪地判平成 6 年 2 月 24 日 判時 1522 号 139 頁 [マグアンプ K 事件]。「小分け」関連事件については、川瀬幹夫「商標の改造と商標の使用—マグアンプ事件から—」パテント Vol.62 No.4（別冊パテント No.1）44 頁（2009 年）、土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」牧野利秋判事退官記念論文集『知的財産法と現代社会』 513 頁（信山社、1999 年）参照。

(20) 福岡高判昭和 41 年 3 月 4 日 下刑集 8 卷 3 号 371 頁 [HERSHEY'S 事件（刑事事件）]

(21) 大阪地決昭和 51 年 8 月 4 日 無体裁集 8 卷 2 号 324 頁 [STP 事件]

(22) 東京地判平成 28 年 11 月 24 日 LEX/DB25448325 [TWG 事件]

が参考となる。

(2) 「改造」関連事件

真正品を加工・改変し、その改造した商品に真正品の登録商標を付して売るケースにつき、東京地判平成17年12月20日〔アフターダイヤモンド事件〕⁽²³⁾がある。この事件では、登録商標「CARTIER」を付した真正品の腕時計に、ダイヤモンドを付すなどの加工・改変をして、広告に「アフターダイヤ」と表示して販売する被告の行為が、真正品商標の出所表示機能及び品質保証機能を害するので商標権侵害と判断された。なお、この事件で被告は、弁論準備手続に欠席する等して積極的な反論をしていない。

「被告製品は、原告製品を加工したものであるが、以下のとおり、原告製品の品質にも影響を及ぼす改変を施したものであり、原告商標の出所表示機能及び品質保証機能を害するものといわざるを得ない」

この事件に類似する「改造」関連事件は、ゲーム機本体とコントローラーの改変を行った東京地判平成4年5月27日〔Nintendo事件〕⁽²⁴⁾、ゴルフクラブのシャフト等の改変を行った東京地判平成10年12月25日〔キャラウェイゴルフクラブ事件〕⁽²⁵⁾、スマートフォンのOSに改変を行った千葉地判平成29年5月18日〔脱獄iPhone事件（刑事事件）〕⁽²⁶⁾等が参考になる。なお、消費者の使用済みインクボトルを入手してインクを再充填した商品を販売した事件として東京高判平成16年8月31日〔インクボトル事件〕⁽²⁷⁾があるが、商標権侵害が成立するとされた。

(3) 「再包装」関連事件

商標権者以外の者が、既に販売された真正品を回収して、再包装後、新品として販売するケースとして最(三小)決昭和46年7月20日〔ハイ・ミー事件（刑事事件）〕⁽²⁸⁾がある。

本件は、パチンコ遊戯業者から景品である調味料「ハイ・ミー」を買い集めて、新しい段ボール箱に入れて、古い調味料をあたかも新品であるかのように装って販売する目的で所持したことが商標権侵害か否かが争点となった事件である。一審千葉地裁が商標権侵害を認定し有罪（罰金刑）を言い渡し、東京高裁が控訴棄却、最高裁が上告棄却で、本事件は確定した。

最高裁は、上告趣意は適法な上告理由に当たらないとしながらも、カッコ書きで「正当な権限がないのに指定商品の包装に登録商標を付したものを販売する目的で所持する場合、その中身が商標権者自身の製品でしかも新品であることは商標法37条2号、商標法78条の罪の成立になんら影響を及ぼさない…」とし、商標権侵害の成立を認めた。控訴審判決もおおむね同旨である。

この判決に対しては、「商品の包装が解かれていない以上、商品の品質に対する最終的な判断をなした者は未だに商標権者であることに変わりはない。したがって、出所を偽るものではないから、商標権侵害とはならないと解すべきであろう（後略）」⁽²⁹⁾との批判があるが、いずれにしても商標の機能の毀損の有無を商標権侵害成立の判断基準としているといえる。

(23) 東京地判平成17年12月20日 判時1932号135頁〔アフターダイヤモンド事件〕

(24) 東京地判平成4年5月27日 知的裁集24巻2号412頁〔Nintendo事件〕

(25) 東京地判平成10年12月25日 判時1680号112頁〔キャラウェイゴルフクラブ事件〕

(26) 千葉地判平成29年5月18日 判時2365号118頁〔脱獄iPhone事件（刑事事件）〕

(27) 東京高判平成16年8月31日 判時1883号87頁〔インクボトル事件〕

(28) 最(三小)決昭和46年7月20日 刑集25巻5号739頁、判時641号102頁〔ハイ・ミー事件（刑事事件）〕、控訴審：東京高判昭和44年9月22日 刑集25巻5号751頁、一審：千葉地判昭和44年4月2日 刑集25巻5号746頁。

(29) 田村・前掲注12)161頁。なお、高部真規子『実務詳説 商標関係訴訟第2版』121頁（金融財政事情研究会、2023年）は、ハイ・ミー事件最高裁決定につき「確かに、出所表示機能が害されているとはいえないかもしれないが、品質保証機能について、商標権者がコントロールできるか否かという観点を中心とみると（最一小判平成15・2・27民集57巻2号125頁〔フレッドペリー事件〕参照）、実質的違法性を欠くという抗弁を認めるには、躊躇を覚える。」とする。

(4) 「サンプル品」等関連事件

商標権者が流通させる意思のない商品（サンプル品、キズ物、売れ残り品（旧品）、廃棄予定品）が、商標権者以外の者によって流通に供されたケースとして大阪地判平成7年7月11日[Y's事件]⁽³⁰⁾がある。

本件判決では、「被告商品が、原告を含むワイズグループによって適法に被告使用標章を付されたものであり、かつ、原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものであれば、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害するものではなく、一般消費者に損害を及ぼすおそれもないから、商標権侵害としての違法性を欠くものというべきである。」との基準を示した後、「被告商品は、いずれもワイズグループが製造し、適法に被告使用標章を付したものであるが、被告商品のうち、本件サンプル品を含むサンプル品及び本件キズ物を含むキズ物は、当初から原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものとは認められず、その他の相当数の商品は、いったんは原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものの、回収されて本件旧品の一部として廃棄処分の対象となったものであり、その後再び原告の意思に基づいて流通過程に置かれたものと認めるに足りる証拠はないから、結局、被告が被告商品のうち相当数の本件サンプル品を含むサンプル品、本件キズ物を含むキズ物、本件旧品をゼンモール外二、三社にいったん売却し消費者に小売りした行為は、適法とはいえず、原告の別紙第一物件目録一、三及び六記載の商標に係る商標権を侵害する不法行為を構成するものといわなければならない」と商標権侵害の成立を認めた。

この事件に類似する以下の「サンプル品」等関連事件においては、商標の剥離・抹消行為があったとされる場合でも、剥離・抹消後に原商品の商標が使用されているといえるかという観点からのみ商標権侵害の成否が争われ、原商品の商標の剥離・抹消行為そのものの判断は行われていない。

原告が被告に瑕疵を理由に返品した婦人靴に表示されていた原告商標「elegance 卑弥呼」を被告が中敷きを接着剤で貼付して見えないようにして販売した事例につき商標権侵害の成立を否定した東京地判平成23年7月22日[卑弥呼事件]⁽³¹⁾、原告が訴外ドイツ企業からの納品を拒否したノンアルコールビールを被告が仕入れて原告商標「PANAVAC」にシールを貼付して視認できないようにした事例につき商標権侵害成立を否定した大阪地判平成26年3月27日[ノンアルコールビール事件]⁽³²⁾が参考となる。

これらの事件は、上記の通りいずれも「原告（商標権者：筆者注）の意思に基づいて流通過程に置かれたものと認められ」ない商品であるから、冒頭で記載した「剥離・抹消」の定義中「他人が標章を付して流通過程に置いた商品を市場で購入」したものとはいえない。これらの事件では、原商標を剥離・抹消することが商標権者の意思に沿うものであり、本稿でいう商標の剥離・抹消とは関係のない問題である。したがって、裁判所が商標の剥離・抹消行為を違法性の観点から判断していないのは当然といえる⁽³³⁾。

(1) ないし(4)のケースでは、いずれも商標の機能を毀損する行為か否かを商標権侵害判断の基準としている。この基準に従えば、商標の剥離・抹消行為も商標の機能を毀損する行為であることに変わりはないといえるのではないだろうか。

6. 考察

(1) 商標貼付商品の流通

世の中に出回っている商品のほとんどには、商品本体かその包装等にいわゆるペットネーム、レンジブラ

(30) 大阪地判平成7年7月11日 判時1544号110頁[Y's事件]

(31) 東京地判平成23年7月22日 LEX/DB25443611 [卑弥呼事件]

(32) 大阪地判平成26年3月27日 判時2240号135頁[ノンアルコールビール事件]。本事件では、原告商標「PANAVAC」以外の2つの商標については商標権侵害が認められているが、商標の剥離・抹消とは関係がないので割愛する。

(33) 小野昌延＝三山峻司編『新・注解商標法【下巻】』1070頁（青林書院、2016年）[小池豊＝町田健一]は、以下のように分析する。「一見、被告行為の違法性を否定したかのように読めるが、商標の冒用行為の有無という観点からの判断であり、一般的に商標権者の商標の上から被告商標のシールを貼付することを合法としているものではないと思われる。」

ンド（ファミリーネーム）又は少なくともハウスマークが貼付されている。これらの商標は、下請け製造による販売者商標の貼付である場合以外には、製造者の貼付した製造者商標であることが多い。商品の種類（例えば菓子と白物家電等）により若干の程度の差はあるものと思われるが、少なくとも需要者は、通常、製造者商標であると認識しているといえることができる。製造者商標は、多くの場合登録商標ではあるが、発売時点や販売中でも、出願中の未登録商標である場合も多い。

製造者商標は、製造者が商標を付した商品を流通に置いた後、当該商品が転々流通し、最終的には需要者に到達するまで、その役割を發揮し続ける。一方で、需要者は購買するか否かについて商標を重要な目印とする。すなわち市場における継続的使用を当然の前提として商標が付されているといえる。商標は、商品が転々流通する過程で、自他商品・役務識別力に基づいて出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能を發揮し、業務上の信用、すなわちグッド・ウイユを蓄積するのである。そして、同時に需要者の利益等の流通取引における公共の利益をも保護しているのである。

換言すれば、流通している商品に貼付されている商標が商標権者以外によって抹消されたら、それ以降、当該商標は商標の本質的諸機能を發揮することができないうし、業務上の信用も蓄積できない。創作保護法ではなくそれ自体に創作的価値のない商標の保護制度の存在意義をすべて崩壊させる最も効果的な手段が、継続的使用を遮断すること、すなわち商標の剥離・抹消といえることができる。商標制度の社会性、公益性の崩壊をも意味するといえるのである。

商標法は、転々流通する商品に係る「商標を保護」し、商標使用者の「業務上の信用の維持を図り」「産業の発達に寄与し」、そして「需要者の利益を保護」するのである（商標法1条）。商標法が需要者に向けての標識法である所以である。標識は、商品の流通を当然の前提とする⁽³⁴⁾。

(2) 登録商標の剥離・抹消

我が国の裁判例は、大阪地判昭和45年2月27日 [PARKER事件]⁽³⁵⁾以来、商標権侵害の成否について消尽論ではなく商標機能論によって判断してきたといえる。

大阪地裁は次のように述べた。「商標法は、商標の出所識別及び品質保証の各機能を保護することを通じて、当該商標の使用により築き上げられた商標権者のグッドウイユを保護すると共に、流通秩序を維持し、需要者をして商品の出所の同一性を識別し、購買にあつて選択を誤ることなく、自己の欲する一定の品質の商品の入手を可能ならしめ、需要者の利益を保護しようとするものである。右にみたように、商標保護の直接の対象は、商標の機能であり、(略)」⁽³⁶⁾

「商標権の侵害否定の根拠は、一般的に、消尽論ではなく、いわゆる商標機能論に求められている。」⁽³⁷⁾のである。

(34) 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説 第22版』1519頁（発明推進協会、2022年）は、この理を商標法1条の趣旨部分において次のように説明する。「商標を使用する者は商品や役務の提供に係る物品等に一定の商標を継続的に使用することによって業務上の信用を獲得するものであるが、この信用は有形の財産と同様に経済的価値を有する。全く同様の質を有する商品又は役務が、それに使用される商標の相違によってその市場価格を異にしていることは通常みられる現象である。」

(35) 大阪地判昭和45年2月27日 無体裁集2巻1号71頁 [PARKER事件]。この判決は、大江健次郎裁判長の判決である。控訴審は、大阪高判昭和46年8月6日 判タ267号242頁。

(36) 大阪地判昭和45年2月27日 [PARKER事件] は、本文の引用文の後に次のように続けている。「右にみたように、商標保護の直接の対象は、商標の機能であり、これを保護することによつて窮極的には商標権者の利益のみならず公共の利益をあわせて保護しようとするもので、この点において、商標権は他の工業所有権と比べて極めて社会性、公益性の強い権利であるといえることができるのであつて登録主義の建前のもとでは、商標権が基本的には私的財産権の性質を有するとしても、その保護範囲は必然的に社会的な制約を受けることを免れないのは勿論であり、商標権属地主義の妥当する範囲も、商標保護の精神に照らし商標の機能に対する侵害の有無を重視して合理的に決定しなければならない。」

(37) 茶園成樹編『商標法第3版』238頁（有斐閣、2025年）

家庭用テレビゲーム機を巡る刑事事件、名古屋高判平成 25 年 1 月 29 日 [Wii 事件 (刑事事件)]⁽³⁸⁾ は、商標法における消尽論と商標機能論の関係を以下の通り、整理した。

「所論 (当審弁論を含む。以下同じ。) は、同様の結論を導く根拠を、当該商品について 商標権者により一度は商標権が行使され、これが用い尽くされていることにより消滅しているという、いわゆる消尽論に求めているが、上記判例 (最 (一小) 判平成 15 年 2 月 27 日 [フレッドベリー事件]⁽³⁹⁾ : 筆者注) 及び現在の商標権に関する裁判実務は、そのような解釈を採用していないから、これにくみすることはできない。」「当初は、商標権者又はその許諾を得た者により、適法に商標が付され、かつ、流通に置かれた真正商品であっても、それら以外の者によって改変が加えられ、かつ、その改変の程度が上記出所表示機能及び品質保証機能を損なう程度に至っているときには、これを転売等して付されている商標を使用することにつき、実質的違法性を欠くといえる根拠が失われていることも自明である。」「所論のうち、これと異なる見解に立って原判決の法令解釈適用を論難している点は、いずれも前提を誤るものであり、採用することができない。」

ここで商標機能論とは、「判例は、商標品の譲渡後における他人による商標の使用がこれらの機能を阻害するものでなければ、その使用は、形式的には権利侵害行為であっても、実質的違法性に欠けるとして、これを許容する。この解釈は、判例学説上、定説といってよい地位を占めている。」(渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ第 2 版』)⁽⁴⁰⁾つまり、商標機能論は、構成要件該当性を狭める一種の違法性阻却論であるといえることができる。

ローラーステッカー事件控訴審は、判例の流れに沿って商標機能論を採用したといえる。そして、商標機能論の下で、商標の剥離・抹消は「製造者が販売を終えた商品について、以後の者が別の商品名により販売したとしても、直ちに製造者の利益が損なわれることにはならないし、…」、さらに「取引者や需要者がその商品の出所を誤認混同するおそれを生ぜしめるものではなく、上記行為を抑止することは商標法の予定する保護の態様とは異なるといわざるを得ない。」と論結している。

上記の通り、現在の商標機能論は、構成要件該当性を狭めるだけの違法性阻却論といえる。しかしながら、筆者としては、PARKER 判決において大阪地裁が指摘したように「商標保護の直接の対象は、商標の機能」であると考えるので、商標権侵害において、侵害者の「使用」が重要なのではなく、侵害者の行為によって商標の諸機能が毀損されるか否かの実質的違法性を判断すべきであると考え。そして、実質的違法性の判断であれば、構成要件該当性を狭めるだけではなく、実質的に柔軟にとらえることも検討すべきではないかと思うのである。

企業は、多くの労力・資金をかけて製品を企画、設計、量産して商標貼付商品を市場に投入している。にもかかわらず、競業他社等がこれらの製品を市場で購入し、商標を剥離・抹消して自己の商標を貼付し、自社の製品として製造者と同じ市場に競合製品として投入する、こんなことが商標権侵害不成立で許されるとすれば、商標法はその役目を自ら放棄したと言わざるを得ない。ローラーステッカー事件において大阪高裁は、商標権侵害について「商標権者以外の者が、登録商標と同一又は類似の商標を使用する場合に成立することが基本である (商標法 25 条、37 条)」と述べているが、この基本を堅固に維持する必要性はどこにあるのであろうか。

さらに裁判所は、「上記行為を抑止することは商標法の予定する保護の態様とは異なるといわざるを得ない。」とするが、同じ市場で、同一製品が全く別の商標で販売されており、一方が他方の商標を剥離・抹消し自己の商標を貼付して販売しているという状況を商標法がその射程に含まないとすれば、商標制度の根幹を揺るがす深刻な大問題である。このような行為は、模倣品等の単なる商標権侵害事件よりも違法性の高い

(38) 名古屋高判平成 25 年 1 月 29 日 LEX/DB25445307 [Wii 事件 (刑事事件)]

(39) 最 (一小) 判平成 15 年 2 月 27 日 民集 57 卷 2 号 125 頁 [フレッドベリー事件]

(40) 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ第 2 版』495 頁 (有斐閣、2008 年)

行為であると考える。

しかも、裁判所は「取引者や需要者がその商品の出所を誤認混同するおそれを生ぜしめるものではなく…」とするが、この部分の根拠が不明である。

上記4. で検討した通り、Mitsubishi v. Duma Forklifts 事件において欧州商標指令 2008/95/EC 5 条 3 の規定ぶりが我が国商標法 2 条 3 項と異なるとはいえ、欧州司法裁判所は、商標の機能の観点から商標の剥離・抹消行為を違法と強く認める先決裁定を下している。また、5. 商標の剥離・抹消に関連すると思われる商標権侵害事例で検討した通り、我が国の裁判例でも出所表示機能や品質保証機能等の毀損の有無を指標として商標権侵害成立の可否を判断しているといえるのである。

(3) 出願中の商標の剥離・抹消

企業は、一般的には、まず商標調査を行い、侵害のおそれがある第三者の登録商標の不存在を確認すると、出願済みではあるが未だ登録を受けていない段階の商標を付した商品を市場に流通させることがある。未登録商標であっても、流通過程に乗っている間に、商標の本質的機能である自他商品・役務識別力を蓄積し、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能を立派に発揮する商標となり、知的財産としての価値を高めていくこととなる。ただし、商標登録によって付与される独占性が未登録商標に付帯しない以上、商標権侵害を問えないのは当然である。

商標法 13 条の 2 は、設定の登録前の金銭的請求権を規定している。マドリッドプロトコル（マドリッド協定議定書）加入のために、主にマドリッドプロトコル 4 条 (1) (a) との整合を図るため平成 11 年改正で導入されたものである。

平成 11 年の工業所有権審議会商標小委員会報告書⁽⁴¹⁾は、「商標の早期保護の必要性」と題して、以下のよう述べた。

「近年における商品・サービスのライフサイクルが短縮している等の経済的環境の下では、広告等企業の経済活動を通じて商標が有する信用力、顧客吸引力等については、商標権の設定登録前に発生するケースが増えており、そのような場合においては出願段階においても商標に一定程度の保護を与える必要があると考えられる。特に、商標はその対象がいわゆるマーク（標章）からなるものに過ぎず、模倣等が容易であることから、商標を取り巻く経済環境の変化に鑑みれば、商標に化体した信用力の毀損等に対しては迅速な保護が得られる制度の構築の必要性が高い。

そうした早期保護の必要性の観点を踏まえれば、法定の登録要件を具備しているか否かについて事後的にチェックすることを前提として、商標権の設定の登録前の時点であっても商標法上何等かの保護を与えることが必要と考えられる。」

出願中の商標の業務上の信用蓄積を法的に守る必要性から新設された商標法 13 条の 2 第 1 項は、次の 5 要件を規定している。

- ① 商標登録出願がなされていること、
- ② 商標登録出願人が、出願内容を記載した書面を提示して警告したこと、
- ③ 第三者が、警告後設定登録前に、その商標を指定商品・役務に使用したこと、
- ④ 第三者の使用により、出願人に業務上の損失が発生したこと、
- ⑤ 当該出願に係る商標が設定登録されたこと、

出願中の商標の剥離・抹消については、登録商標の剥離・抹消と同様に③の要件の第三者の「使用」を充足するか否かが問題となるが、登録商標の剥離・抹消と同様、商標機能論から柔軟に対応すべきものと思う。したがって、流通する商品に貼付されている出願中の商標の剥離・抹消について、他の①②④⑤の要件を充

(41) 工業所有権審議会商標小委員会報告（平成 11 年） 特許庁 HP

足することを条件に、商標登録出願人は金銭的請求権を行使することができる考える。

(4) 一般の不法行為の成立

以上、商標の剥離・抹消については、登録商標の場合は商標権侵害が成立し、出願中の使用商標の場合は、設定登録後に金銭的請求権の行使が可能であるとする。ただし、百歩譲って、仮にローラーステッカー事件の傍論がいう商標の剥離・抹消は商標法の枠の外であるとする見解に立ったとしても、他人が使用中の商標を剥離・抹消して自己の商標を貼付するなどという違法な行為を自由競争の範囲であるとすることはできない。少なくとも一般の不法行為（民法 709 条）が成立すると思われるべきである。

① 最（一小）判平成 23 年 12 月 8 日 [北朝鮮映画事件]⁽⁴²⁾の「特段の事情」

かつては、東京高判平成 3 年 12 月 17 日 [木目化粧紙事件]⁽⁴³⁾、東京地判平成 13 年 5 月 25 日 [スーパーフロントマン事件]⁽⁴⁴⁾、知財高判平成 17 年 10 月 6 日 [ヨミウリ・オンライン見出し事件]⁽⁴⁵⁾等、著作物性が認められない場合でも一般不法行為の成立を認める裁判例があったが、最（一小）判平成 23 年 12 月 8 日 [北朝鮮映画事件] が下されたことによって、その後の下級審判決が一般不法行為の成立に慎重になったという現実がある⁽⁴⁶⁾。

この北朝鮮映画事件最高裁判決は、著作権保護との関係で一般不法行為の成立を認めないものであるから、その射程を、著作権法、あるいは不正競争防止法関係に限定する考え方もあり得るが、一般には、商標法を含む知的財産法と一般不法行為の関係としてとらえられているので、ここで検討することとする⁽⁴⁷⁾。

この最高裁判決は、以下のように述べた。

「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法 6 条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」

この事件は、我が国が、国として承認していない北朝鮮の映画は、著作権法「により保護を受ける著作物の範囲を定める」著作権法 6 条に該当しないので、我が国は当該映画を保護すべき条約上の義務を負わないとした事件である。「その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨」とは、著作権の独

(42) 最（一小）判平成 23 年 12 月 8 日 民集 65 卷 9 号 3275 頁 [北朝鮮映画事件]。なお、一審は東京地判平成 19 年 12 月 14 日 民集 65 卷 9 号 3329 頁、控訴審は知財高判平成 20 年 12 月 24 日 民集 65 卷 9 号 3363 頁。また、最（二小）判平成 16 年 2 月 13 日 民集 58 卷 2 号 311 頁 [ギャロップレーサー事件]、外川英明「物のパブリシティの権利について - 二つの馬名訴訟 -」中央知的財産研究所研究報告 12 号 143 頁（2004 年）も参照。

(43) 東京高判平成 3 年 12 月 17 日 判時 1418 号 120 頁 [木目化粧紙事件]

(44) 東京地判平成 13 年 5 月 25 日 判時 1774 号 132 頁、判タ 1081 号 267 頁 [スーパーフロントマン事件]

(45) 知財高判平成 17 年 10 月 6 日 LEX/DB28102000 [ヨミウリ・オンライン見出し事件]。他に、京都地判平成元年 6 月 15 日 判時 1327 号 123 頁、判タ 715 号 233 頁 [佐賀錦袋帯事件] 等も参照。

(46) 例えば、知財高判平成 24 年 8 月 8 日 判時 2165 号 42 頁、判タ 1403 号 271 頁 [魚釣りゲーム事件] は、北朝鮮映画最高裁判決をなぞる形で趣旨を述べた後、「著作権法や不正競争防止法が規律の対象とする著作物や周知商品等表示の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」として著作物性否定を前提とした一般不法行為成立の主張を否定した。

(47) 上野達弘『『知的財産法と不法行為法』の現在地』日本工業所有権法学会年報 45 号 190 頁（2022 年）、上野達弘「民法不法行為による不正競争の補完性—『知的財産法と不法行為法』をめぐる議論の到達点—」*パテント* Vol.76 No.12（別冊パテント No.29）15 頁（2023 年）

占性とパブリック・ドメインとしての自由利用とのバランスを図るべく、著作物ではあるが我が国著作権法の保護は及ばないし、一般不法行為も成立しないとした比較的珍しい事例である。著作権法不適用の点は、第一審と控訴審も同旨である。

本最高裁判決は、例外的に「特段の事情」があれば、不法行為を構成することもあり得る、そして「特段の事情」の具体的例示として「同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害する」例を提示するとともに、「など」を挿入して、この例の他にも「特段の事情」はあり得る旨明確にしている。

一方で、北朝鮮映画事件最高裁判決の後であるにもかかわらず、東京高判令和6年6月19日〔バンドスコア事件〕⁽⁴⁸⁾、大阪高判令和7年1月30日〔将棋棋譜情報動画配信事件〕⁽⁴⁹⁾は、一般不法行為の成立を認めた。

バンドスコア事件控訴審では、著作物性がもともとないのであるから、北朝鮮映画事件最高裁判決と無関係に、民法709条の適用を判断してもよいのではないかと思われるが、裁判所は、北朝鮮映画事件最高裁判決の射程に入るという前提で「特段の事情」に該当すると論結して一般不法行為の成立を認めている。

裁判所は、「バンドスコアを制作するには、バンドミュージックの楽曲の演奏を聴音してそれを楽譜に書き起こす『採譜』という作業が必要である。」「この採譜という作業には多大な時間、労力及び費用を要し、また、採譜という高度かつ特殊な技能の修得にも多大な時間、労力及び費用を要する。(略)バンドスコアの制作者が採譜にかけた時間、労力及び費用についてフリーライドすることが許されるとしたら、その反面、制作者が販売するバンドスコアの売上げが減少し、採譜によるバンドスコアの制作への投資を十分に回収できなくなり、採譜によってバンドスコアを制作し販売する事業者は壊滅的な打撃を被ることになって、自ら時間、労力及び費用を投じて採譜によりバンドスコアを制作しようとするインセンティブは大きく損なわれ、採譜によりバンドスコアを制作し出版しようとする者がいなくなるから、音楽の演奏を趣味・職業とする者等から一定の需要が見込めるにもかかわらず、採譜によるバンドスコアの供給が閉ざされる結果になりかねない。」

「高度な技術を身に着けて苦勞して採譜した成果物についてフリーライドが許されるとしたら、多大な時間、労力及び費用を投じて採譜の技術を修得しようとする者がいなくなり、ひいては、バンドスコアに限らず、採譜によって制作される全ての楽譜が制作されなくなって、音楽出版業界そのものが衰退し、音楽文化の発展を阻害する結果になりかねない。」

「(略) 営利の目的をもって、公正かつ自由な競争秩序を害する手段・態様を用いて市場における競合行為に及ぶものであると同時に、害意をもって顧客を奪取するという営業妨害により他人の営業上の利益を損なう行為であって、著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するものということができるから、最高裁平成23年判決のいう特段の事情が認められるというべきである。」

本判決は、行為態様が「害意をもって顧客を奪取する」等、いかに悪質か、そして「音楽出版業界そのものが衰退し、音楽文化の発展を阻害する結果になりかねない。」とまで述べて、被侵害利益がいかに重大か、を検討し、一般不法行為の「違法性」要件を充足すると論結しており、被侵害利益の種類、性質と行為態様の相関的衡量で違法性を判断する通常の一般不法行為の判断手法⁽⁵⁰⁾を用いているものと思われるが、それ

(48) 東京高判令和6年6月19日 LEX/DB25620933〔バンドスコア事件〕。栗田昌裕「バンドスコアの模倣による不法行為の成否」234頁『令和6年度重要判例解説』(有斐閣、2025年)、伊藤雅浩「バンドスコアの模倣が不法行為に該当するとされた事例」著作権研究50号291頁(2025年)

(49) 大阪高判令和7年1月30日 LEX/DB25574069〔将棋棋譜情報動画配信事件〕。一審は、大阪地判令和6年1月16日 LEX/DB25573294。控訴審は、原判決中控訴人(一審被告)敗訴部分を取り消す旨の判決を下し、一審を覆した。

(50) 藤岡康宏＝磯村保＝浦川道太郎＝松本恒雄『民法Ⅳ債権各論〔第5版〕』292・293頁(有斐閣、2023年)は、一般不法行為の「違法性」判断につき次のように述べている。「違法性の有無は、被侵害利益の種類、性質と、侵害行為の態様とを相関関係的に衡量して判断すべきものとする考え方である。(略)相関関係説と呼ばれ、違法性の判断基準に関する通説の到達点とされている。」「相関関係説がめざしているのは、被侵害利益の保護を侵害行為の態様との関係で相関的にとらえる一種の利益衡量論であり、相関関係説を通じて不法行為法は、その基本の構造において、きわめて柔軟な性格を与えられることになった。」

は、結局、最高裁判決の「特段の事情」を充足すると判断している。「特段の事情」の柔軟な解釈が確保されたと評価できる。

また、将棋棋譜情報動画配信事件控訴審では、将棋の棋譜情報の無断流用配信につき一般不法行為の成立を認めている。この事件は、将棋の実況中継から得た棋譜情報を被控訴人（一審原告）が無断で動画配信した行為に関し、実況中継運営者（控訴人：一審被告）がYouTube等の運営者に対し著作権侵害動画の削除申請を出し配信が停止したことが不正競争防止法2条1項21号に係る営業誹謗行為に当たるか否かを争点とする。

「(前略) 日本将棋連盟がリアルタイムの棋戦の放送・配信につき、このようなビジネスモデルを採用する理由は、同連盟の目的を達成するための事業をする上で、将棋はスポーツ競技のように大きな会場を用意して入場者から入場料を徴収することで開催・運営費用等を賄うことができないことから、会場を用意する主催者として物理的に独占できるリアルタイムの棋譜情報を、控訴人のような放送配信事業者を介して将棋ファンに提供することで、将棋ファンから上記放送配信事業者を介して対価を徴収し、これにより開催・運営費用等を賄うとともに利益を上げ、もって将棋文化の向上発展に寄与しようとしているものと考えられる。そして、放送配信事業者である控訴人の収益構造も、このようなビジネスモデルに組み込まれたものということができる。」

「(前略) 被控訴人による本件動画の配信は、対価を支払って控訴人から配信を受ける将棋ファンを減少させるものであって、このことによって控訴人に対して直接的に損害を生じさせるものであるし、また、このような行為が多数の動画配信者によって繰り返されるなら、控訴人の収益構造でもある日本将棋連盟がよって立つ上記ビジネスモデルの成立が阻害され、ひいては現状のような規模での棋戦を存続させていくことを危うくしかねないものといえる。」

「(前略) 本件動画を将棋ファンに無料で配信し視聴させることが、その反射として控訴人から有料で配信を受けていたはずの将棋ファンを減少させ、その結果が控訴人に損害を与えることも認識していたと認められる。そればかりか、被控訴人が、本件動画の配信前からリアルタイムの棋譜情報を提供する動画配信をしており、かつ、これを禁じようとする日本将棋連盟のビジネスモデルの在り方を批判し、本件動画の配信を適法とすることで、そのビジネスモデルが崩壊してもやむを得ないような主張すらしていることからすると、被控訴人は、上記のような動画配信をすることで日本将棋連盟及びそのビジネスモデルに組み込まれた控訴人を害する目的すらあったことさえうかがえる。」

「(前略) 一視聴者としての費用を負担するのみでリアルタイムの棋譜情報を取得し、これを動画配信において利用することで視聴者にアピールして収益を上げ、しかも、これにより控訴人に対して故意に損害を与えている被控訴人による本件動画配信は、明らかに上記競争の枠外の行為をしているものといえることができる。」

将棋棋譜情報動画配信事件は、営業誹謗行為事件であったため、被控訴人（一審原告）の「営業上の利益」（不正競争防止法3条・4条）の存在の有無判断の関連で、被控訴人（一審原告）の棋譜流用動画配信行為の不法行為性が判断された。棋譜情報等につき第一審が「有償で配信されたものとはいえ、公表された客観的事実であり、原則として自由利用の範疇に属する情報であると解される。」と述べたのに対し、控訴審は「少なくとも控訴人が棋戦をリアルタイムで配信するまさにそのときになされた被控訴人による本件動画の配信は、自由競争の範囲を逸脱して控訴人の営業上の利益を侵害するものとして違法性を有し、不法行為を構成するといふべきである。」と述べ、パブリック・ドメインとしての自由利用の範囲を逸脱しているとして、一般不法行為の成立を認めた。

結局、控訴人（一審被告）側の日本将棋連盟のビジネスモデルの崩壊等、被侵害利益がいかに重大か、被控訴人（一審原告）の棋譜流用動画配信行為の態様が、「控訴人を害する目的すらあった」、「控訴人に対し

て故意に損害を与えている」等、いかに悪質かを検討し、一般不法行為の「違法性」要件を充足すると論結している。なお、控訴裁判所は、棋譜の著作物性についての判断を行わずに⁽⁵¹⁾、被控訴人（一審原告）の動画配信は一般不法行為を構成するとした。しかも北朝鮮映画事件最高裁判決の「特段の事情」には言及していない。

② 商標の剥離・抹消

商標の剥離・抹消は、その行為の違法性に鑑み、上記の通り、少なくとも一般不法行為を構成すると考える。また、北朝鮮映画事件最高裁判決の射程が及ぶとすれば、当該判決の「特段の事情」を充足する。

上記裁判例のように、行為態様と被侵害利益との相関的衡量で一般不法行為の違法性を判断するとすれば、商標の剥離・抹消行為は、商標の出所表示機能等を発揮する機会を遮断し、製造者商標にグッド・ウィルが蓄積する機会を奪うものである。そして、新たに自己の商標を貼付することによって、本来、他人の商標に化すべきグッド・ウィルを自己の商標に化体させる詐欺的横取り行為であり、流通秩序を破壊する極めて違法性の高い行為といえる。まさに、バンドスコア事件判決がいう「営利の目的をもって、公正かつ自由な競争秩序を害する手段・態様を用いて市場における競合行為に及ぶものであると同時に、害意をもって顧客を奪取するという営業妨害により他人の営業上の利益を損なう行為」が商標の剥離・抹消行為であるといえるのである。

しかも、被侵害利益も極めて重大であるといえる。

ローラステッカー事件判決がいうように、別段の合意がない以上、商標の剥離・抹消を商取引において自由に行い得るとすれば、製造者は自己の商品の顔を失い、目印を失う、そして商品のイメージの蓄積手段を失い、ブランド化をあきらめることとなる。これによって製造者は、需要者・消費者を繋ぎとめておくことができないこととなる。一方、需要者は、商品を購入するときの目印を失い、どの商品の品質が優れているか等の判断手段を失う。商標の剥離・抹消が自由であるとすれば、製造者は商品に商標を付する動機を見出すことができなくなり、需要者は市場において商品選択の手段を持つことができなくなる。これは、商標制度の崩壊である。

ローラステッカー事件控訴審は、商標「ローラステッカー」が未登録の期間において、「ブランドとしての統一を図る等の必要があれば」、製造者は最初の卸売業者と商標の剥離・抹消をしないとの合意等を「得れば足りる」としているが、「ブランドとしての統一を図る等の必要」は、常にあるのである。原則と例外が逆転しているといえる。

この論理でいくと、製造者商標が登録商標であろうが未登録商標であろうが関係なく、原則は卸売業者、小売業者は、商標の剥離・変更は自由であり、これを製造業者が止めるためには、卸売りの際に商標を剥離・変更してはならない、あるいは製造業者の商標を使用しなければならないとの合意が必要ということになる。しかも、登録商標の場合でも、ローラステッカー事件判決によれば商標権侵害は成立しないのであるから、製造者商標の維持は、法的強制力がなく、製造者と卸売業者、小売業者との間では単に契約自由の原則で解決されることとなる。

現に、本事件の一審原告と思われる企業「バイコロ技研」は展示会「ウエルフェア 2023 企業紹介」で以下のお願いの表示を行っている。

(51) 棋譜情報の著作物性について控訴審は、立場を明確にしていない。ただし、控訴人が、本件動画の配信が著作権侵害には該当しないことを認識しながら、YouTube等の削除申請をしたことが、不当であると被控訴人が主張したのに対し、「棋譜が著作物ではないとする確定判例は未だないし、棋譜が著作物であるとする学説（略）が存在することは被控訴人も否定していない以上、本件削除申請当時、本件動画の配信が著作権侵害には該当しないことを控訴人が認識していたとは断定できない。」と述べた。学説については、著作物性を肯定する少数説（加戸守行『著作権法逐条講義七訂新版』126頁（著作権情報センター、2021年））もあるが、否定説が多数説（例えば、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ第2版』24頁（有斐閣、2007年））と思われる。

「主な商談対象 杖として登録されている、楽杖（日本名）、ローラステッカー（英名）は変えないで下さい。」（2024年3月25日確認）⁽⁵²⁾

一審原告が、判決がいう「合意・条件」等を実践したのかもしれない。

しかし、商品は転々流通するものである。最初の卸売業者に上記合意をとっても、その後の小売業者等は、製造業者と契約関係にない。本事件で例えば、控訴人（一審原告）が卸売業者のフジホームとの間で商標の剥離・変更を契約上で禁止したとしても、フジホームから仕入れた小売業者のサンリビングに対して控訴人は、直接の契約関係を構築しない限りは、控訴人商標の剥離・変更をコントロールできないこととなる⁽⁵³⁾。

IoT時代の商品の販売、商品の流通形態は多様であり、例えばインターネット上では商標の剥離・抹消は極めて容易である。このような時代に製造業者が自己の商標を維持し続けるためには、換言すれば、商標の本質的機能を流通過程で維持するためには、いちいち上記合意を行わなければならないというのは、非現実的である。商標は、商品の流通過程において、自他商品・役務識別力を発揮し、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能を発揮するものである。

7. おわりに

以上、商標の剥離・抹消は、商標権侵害の成立、金銭的請求権行使の対象となると考える。少なくとも、一般不法行為の成立さえ認めないとすれば、商標の諸機能の保護を理不尽にも全うできないことになってしまふ。「商標保護の直接の対象は、商標の機能（略）」（上記PARKER事件判決）なのである。

再度、従来からの議論を思い起こしてみる。従来の消極説が積極説にくみしないポイントは、他人の登録商標を剥離・抹消する者が、文理解釈上では商標法2条3項の「使用」を行っていないことである。商標法2条3項が、限定列举と解されているために、本項は、法改正により「使用」行為の定義を拡張し続けている。例えば、平成3年改正（平成4年4月1日施行）では、「役務」商標導入に対応するため、平成14年改正（平成14年9月1日施行）では、IT時代対応のための「電磁的方法」関係の法改正を行った。さらに、平成26年改正（平成27年4月1日施行）では、新タイプ商標、特に「音の商標」導入に対応するために改正された。また、令和3年改正（令和4年10月1日施行）では、税関における個人使用目的の主張に対応するために「使用」のうち「輸入」の内容を拡張するため2条7項を追加する改正も行われている。

第三者が「使用」することを商標権侵害の厳格な要件と解釈するのは、IoT時代、SNS時代にそぐわない視点であるといっても、言い過ぎではないように思う。知財高判平成24年2月14日 [Chupa Chups事件] は、インターネット上の商標権侵害に関し、現行法の解釈論として柔軟な姿勢を示している⁽⁵⁴⁾。立法論としては、商標の剥離・抹消行為を2条3項に追加するか、欧州商標指令のように例示規定と解される規定ぶりとするか、検討を要する。

満田重昭「第45講 商標の使用とその保護の範囲の関係を述べよ」（紋谷暢男編『商標法50講』⁽⁵⁵⁾は、

(52) ウェルフェア2023企業紹介（介護ロボット展、出展者プレゼンテーション 小間番号：W06）<https://www.nagoya-trade-expo.jp-welfare-search-detail.phpid=6>

(53) 特許製品の並行輸入に関する最（三小）判平成9年7月1日 [BBS事件上告審]（注11参照）において傍論で提示された一種の黙示の許諾論では、特許製品が転々流通することを前提に明示の不許諾（合意）の他に、特許製品にこの合意を明確に表示することを要求しているが、本件控訴審はこの点を要求していない。

(54) 外川英明「インターネット上における商標的使用—商標の使用と権利侵害—」日本工業所有権法学会年報37号113頁（2013年）参照。ここで引用している知財高判平成24年2月14日 判時2161号86頁 [Chupa Chups事件] は、一審東京地判平成22年8月31日 判時2127号87頁が、ウェブページの運営者の行為の商標法2条3項2号該当性に関し、商標貼付商品の譲渡の主体は出店者であって、上記運営者は侵害の主体になり得ないとして原告の請求を棄却したのに対し、「侵害者が商標法2条3項に規定する『使用』をしている場合に限らず、社会的・経済的な観点から行為の主体を検討することも可能というべきであり、商標法が、間接侵害に関する上記明文規定（同法37条）を置いているからといって、商標権侵害となるのは上記明文規定に該当する場合に限られるとまで解する必要はないというべきである。」と述べた。

(55) 満田重昭「第45講 商標の使用とその保護の範囲の関係を述べよ」紋谷暢男編『商標法50講』162～163頁（有斐閣、1975年）。なお、同旨、満田重昭『不正競争法の研究』36頁（発明協会、1985年）

かつて次のように主張した。

「商標権の支配対象は指定商品についての登録商標であるから、本来の商標権侵害は他人が登録商標を指定商品につき使用することにほかならないとする通説の発想そのものが、そもそも疑問の余地がある。所有権と対比して考えてみても、他人が所有物の占有を奪ってみずから使用する場合は、所有者の所有物利用を妨害する行為がすでに所有権の侵害になることは明らかで、商標が一定の目的のためにその機能を発揮することによって利用されるものである以上、商標の機能を害する他人の行為は、みずから使用するかどうかにかかわらず侵害といつてよいのではあるまいか。」

商標権と所有権を対比することには慎重でなければならないが、満田教授は商標法の下での差止請求権と民法上の所有権に基づく物権的請求権（物上請求権）の比較を教示されているものと思われる⁽⁵⁶⁾。満田教授の提示する所有権との関係は、所有権に基づく物権的請求権（物上請求権）が、① 返還請求権 ② 妨害排除請求権 ③ 妨害予防請求権から構成されるのに対し、商標の剥離・抹消行為を商標法上で差止めることができないとすれば、いわば①返還請求権は認められるのに②③の一部の妨害排除はできないといっているに等しい。第三者が製造者商標を「使用」しているか否かに関係なく妨害を排除できる必要があるとの見解と思われる。

商標の剥離・抹消行為の違法性が高いにもかかわらず、満田教授が約半世紀前に提示したこの主張は、解釈論はもとより立法論としても、現在も実現されていない。

以上

(56) 趙東敏「差止請求権の理論根拠に対する検討」日本大学知財ジャーナル1巻121頁（2008年）参照。