

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 —

会員 眞島 宏明



要 約

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。しかし、商標の冒用以外の行為にも商標権侵害が成立し得るとする構成は明確な法律上の根拠を欠き、商標権の侵害行為が刑事罰の対象となっていることを考えれば、罪刑法定主義に反すると言わざるを得ない。よって否定説が妥当である。商標権侵害の成立を否定する以上、商標権者の差止請求は認められないが、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求は可能である。

目 次

1. はじめに
2. 学説・判例の紹介
 - (1) 肯定説
 - (2) 否定説
3. 検討
 - (1) 商標権侵害の成否
 - (2) 商標権者の救済手段
4. まとめ

1. はじめに

「商標の剥奪抹消」とは、真正商品に付されている他人の商標を、その商品の流過程において無権原の第三者が剥奪抹消することである。剥奪抹消した後は、当該第三者が独自の商標を新たに付して販売する場合や、何ら商標を付さずいわゆるノーブランド商品として販売する場合等がある。

本稿では、この第三者による商標の剥奪抹消の行為に商標権侵害が成立するか否かについて検討を加え、これに関連して商標の冒用以外の行為にも商標権侵害を認めてよいかにも触れた上、商標の剥奪抹消から商標権者はどのような保護を受け得るかについて言及したい。

商標法 25 条は「商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する。」と規定しており、本来の商標権の侵害とは、商標権者が有するこの独占排他的効力を害する行為、すなわち権原なき第三者が登録商標を指定商品又は指定役務に使用することであるというのが通説の見解である。

また、法は商標権の本来の機能が阻害されることを防止するため、37 条 1 号で、登録商標及び指定商品又は指定役務のいわゆる類似範囲における使用を商標権の侵害と擬制し、商標法 25 条及びこの 37 条 1 号において重要な意義を有する「使用」の概念については、2 条 3 項で明確にその内容が定義されている。さらに 37 条 2 号以下では侵害の予備的行為を商標権の侵害と擬制している。

その上で法は、故意による商標権の侵害を刑事罰の対象とし（78 条、刑法 38 条 1 項）、商標権のより強力な保護を図っている。

ここで、2 条 3 項において定義されている「使用」や 37 条 2 号以下の行為は、いずれも商標を付することを基本とするいわゆる商標の冒用行為である（本稿では「商標の冒用行為」の用語に実質的に 37 条 2 号以下の侵害の予備的行為も含めて用いることとする）。

これに対し、商標の剥奪抹消は逆に商標を取り除く行為であって、「使用」として定義されている各行為に該当せず、また 37 条 2 号以下のいずれにも当たらない（すなわち剥奪抹消は商標の冒用行為ではない）。したがって、商標の剥奪抹消の行為は、少なくとも形式的には商標権侵害に該当しないが、実質的に見れば商標の機能を不当に害するものと言うことができ、商標権侵害の成否について見解が対立している。

以下に、まず商標の剥奪抹消に関する学説・判例を紹介し、次いでこれらの検討を通じて私見を述べたい。

なお、商標の剥奪抹消に関連して、真正商品を小分

けて登録商標と同一又は類似の商標を表示するいわゆる商品の小分けの問題がある。小分け行為の過程を子細に観察すれば、真正商品との関係で元の商標を剥奪抹消する行為が介在しており、見方によっては、商品の小分けは商標の剥奪抹消の側面を有していると言える。したがって、関連する範囲で商品の小分け等の問題にも触れることにする。

2. 学説・判例の紹介

商標の剥奪抹消の行為に対し、商標権侵害の成立を肯定する説、否定する説に大別して紹介する。

(1) 肯定説

(1-1 説：学説) まず、商標の剥奪抹消の行為は、商標の本来の機能の発揮を妨げるものであり、商標を専有する権利を侵害するという見解がある(西沢茂稔「商標の消極的侵害について」特許管理 vol.14, 1964年3号31頁以下)。この見解は、他人の商標を無断で使用する行為が積極的な商標権侵害であるのに対し、形に現れた商標の使用がないという点で商標の剥奪抹消の問題を商標権の消極的侵害と位置づけている。

商標の剥奪抹消行為が商標の機能を害することに着目し、これに商標権侵害の成立を認める見解は多数ある⁽¹⁾。

なお、商標の剥奪抹消の行為を、商標の「使用」をはじめとする商標の冒用と解することは文言解釈として無理があるから、これらの見解は商標の冒用以外にも商標権の侵害があり得ることを前提としている⁽²⁾。

(1-2 説：学説) 次に、商品が流過程を経る以前と以後に分けて商標の剥奪抹消の問題を考察し、流過程を経る以前の商標の剥奪抹消については、(1-1 説)同様、商標の諸機能の実効化を害する等の理由により商標権侵害の成立を肯定し、流過程を経た以後に関しては、商標は目的達成により用尽されたとして商標の剥奪抹消行為は一般的には不問と解する見解がある(紋谷暢男「他人の表示商標を抹消する行為は侵害となるか」『商標法50講』1975年・有斐閣163頁以下)。

この見解も、流過程を経る以前の商標の剥奪抹消につき商標権侵害の成立を肯定する根拠として、商標の使用以外にも商標権の侵害があり得るとしている。

(1-3 説：判例) 商標の剥奪抹消に関する判例として、明治32年商標法の下での事例であるが倉庫商標回復損害賠償請求事件判決がある(東京控判明治37年4月15日法律新聞207号14頁)。

古い判例で事案の詳細まで知ることができなかったが、倉庫の賃借人が、貸貸人(その倉庫の所有者)に

無断で倉庫前面に掲記されていた貸貸人の商標を塗りつぶして抹消し、自身の商標と商号を掲げたという事案で、貸貸人が賃借人に対し不法行為に基づく損害賠償を請求したものである(貸貸人の商標はもともと掲げられていたものではなく、倉庫を賃借したのち、賃借人に一言の断りもなく貸貸人が掲記したものであるから事案はやや複雑である)。

判決は「倉庫の賃借人は貸貸人の商標を尊重し之を保存す可きの慣習あること明白なり然るに控訴人は右の慣習に背き擅に被控訴人の広告文字を塗抹し自己の商標を掲記したるものなれば其所為たるや被控訴人の権利を侵犯するものにして不法行為たるや論を俟たず」(「控訴人」は賃借人、「被控訴人」は貸貸人)として不法行為に基づく損害賠償請求を認めた。すなわち、賃借人が行った商標塗抹行為は、他人の商標を尊重すべき慣習に反するから権利侵害で不法行為が成立するというものである。

ところで、塗抹された貸貸人の商標が、登録商標であったか未登録商標であったかは、実は詳細な資料を欠いているため明らかではない⁽³⁾。未登録の商標であったのなら、本件は商標権侵害に関するものではなく直接、民法上の不法行為の成立を認めたに止まる判例である。ただ、本判決を商標の剥奪抹消につき商標権侵害を肯定した判例と評価している見解が多いので⁽⁴⁾、本稿においても一応、肯定説の一つとしてここに掲げた。

(1-4 説：判例) 比較的新しい判例で、商標の剥奪抹消の問題に触れたものとして、マグアンプK事件判決がある(大阪地判平成6年2月24日判例時報1522号139頁)。

本件は商品の小分け行為が商標権侵害を構成するかが問題となった事案である。園芸用肥料について商標「MAGAMP」に関する商標権を有する輸入販売業者から当該商品を購入した園芸用資材等の小売業者が、これをビニール小袋に小分けし、当該小袋や陳列用ワゴン台の定価表等に商標を表示して販売した事案で、輸入販売業者が小売業者に対し、商標権侵害に基づく差止請求、損害賠償請求等を求めたものである。

判決は、被告の商標の使用は自他識別機能を果たす態様での使用であるから商標権侵害であり、実質的にみても小分けによって肥料の品質に変化を来すおそれがあり、異物混入も容易であるから、小分け販売行為が許されると商標権者の信用を損ない、需要者の利益をも害する旨を述べ、商標権侵害の成立を認めている⁽⁵⁾。

また、被告の主張に対し、商品の小分け等は流通の

途中で商品から商標を剥奪抹消することであり商標権侵害を構成する旨を述べている⁽⁶⁾。この商標の剥奪抹消に関する部分は、基本的には(1-1説)の「商標の機能を害する行為は商標権侵害である」という考え方と同様であるが、商品の小分け行為から商標の剥奪抹消という側面を取り出して評価した点が特殊である。

(2) 否定説

(2-1説:学説) 商標法の保護対象は業務上の信用という無形的利益であるから、商標を抹消する行為自体が商標権侵害になることはなく、また商標法は特定の商標の付された商品(役務)は特定の出所であるという出所秩序の維持によって業務上の信用という無形的利益を保護しようとしているので、出所秩序の破壊以外による無形的利益の損傷行為(業務上の信用の発揮の妨害行為)を商標権侵害とは言わないとして、商標の剥奪抹消行為に対する商標権侵害の成立を否定する見解がある(平尾正樹『商標法<第1次改訂版>』2006年・学陽書房295頁)。

(2-2説:学説) 次に、商標の剥奪抹消行為は、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、競争法上、違法と目すべきであるとしつつ、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する見解がある(田村善之『商標法概説〔第2版〕』2000年・弘文堂150頁)。

ただし、この見解は、商標を抹消して自己の商標等、他の商標を付する行為は、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13号)に該当するとしている。

3. 検討

(1) 商標権侵害の成否

まず、肯定説(1-2説:学説)は、流通過程を経た以後の商標の剥奪抹消行為は、用尽理論に基づいて一般的に不問としているが、同理論は真正商品がそのままの形で転々流通する過程の各行為の適法性を根拠づけるための理論であり、商標の剥奪抹消は同理論の範囲外の問題であると思われる。

すなわち、商標は特許発明製品や意匠製品とは異なり、流通の各段階で商標が機能を発揮し、当該商標に法の保護対象たる業務上の信用が化体するものであるから、無権原の他人が流通過程の途中で商標の機能を抹殺する行為に出たときは、もはや用尽理論によって

適法性を根拠づける意義は失われており、商標法独自の観点から剥奪抹消行為の違法性が問題とされなければならない。したがって、流通過程を経る前後の区別なく、商標の剥奪抹消行為についての商標権侵害の成否を検討すべきである⁽⁷⁾。

その上で肯定説を検討するに、商標の剥奪抹消は流通過程の途中で商標の機能を抹殺する行為であり、商標権者の利益を不当に害していることは確かに否定できない。しかし、商標の剥奪抹消の行為は、25条、37条の冒用行為に該当せず、また、商標の冒用以外にも商標権侵害があり得るという解釈も法律上、明瞭な根拠を欠く。

結局、商標の剥奪抹消行為につき、商標権侵害の成立を認めるか否かは、商標法における保護の実質を目指すのか、法律上の規定に忠実な解釈を優先するかの問題である。否定説(2-1説:学説)が主な論拠とするところも、剥奪抹消行為が商標法の規定に該当しないことを、当該規定の趣旨にまで立ちかえって言い換えたものと解される。

結論としては否定説が妥当であり、商標の冒用以外の行為に商標権侵害を認めることについても消極に解すべきである。

その根拠としては、商標法の規定の解釈として無理がある点のほか、看過してはならないのが罪刑法定主義との関係である。同主義は、一定の行為を犯罪とし、これに刑罰を科するためには、予め成文の法律によってこれらが明確に規定されていることを要するという近代刑法の基本原則であり、日本国憲法も31条、39条前段によって同原則を宣言し、さらに73条6号但書によってこれを徹底している⁽⁸⁾。

商標法は商標権の侵害について侵害罪(78条)を規定しているのであるから、2条3項、25条、37条各号(及び67条)は刑法上の構成要件としての役割も担っており、したがって同主義の支配が及ぶ。法律上、明示された規定によらずに商標権侵害の成立を認めることは、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。

(2-2説:学説)は、商標を抹消して他の商標を付する行為は、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13号)に該当するとしているが、当該行為が「その商品の原産地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量…について誤認させるような表示をし」に該当するとするのは文言解釈上、無

理があり（同旨、前掲平尾正樹『商標法＜第1次改訂版＞』295頁）、また同規定に該当する行為も刑事罰の対象になっていることから（21条2項1号・4号）、罪刑法定主義との関係で問題を生じよう。

なお、肯定説（14説：判例）は、小分けした商品に商標を使用した行為をとらえて、形式的にも実質的にも「使用」に該当することのみを根拠にすれば足りたはずであり、商標権侵害の成立の根拠を、商標の剥奪抹消の行為にまで及んで展開した点は失当であろう。なお、商品の小分けに関して商標権侵害に基づく刑事責任を肯定した判例があるが、商標の剥奪抹消行為については一切触れていない⁽⁹⁾。正当である。

ところで、本稿で中心的に取り扱った商標の剥奪抹消の問題のほか、①真正商品の小分け・加工・改変行為、②真正商品の詰め替え・再包装行為、③廃棄された真正商品の販売行為等も商標の機能が害されることを根拠に商標権侵害が成立すると言われることがある⁽¹⁰⁾。

しかし、これら①～③のすべては、商標の剥奪抹消の場合とは異なり、実質的に商品に登録商標（又は類似する商標）を付する行為の存在が認められるのであるから、25条又は37条1号の規定に解釈上該当するとして処理することができるはずであり、同規定から離れてあえて商標の機能侵害という構成を持ち出す必要はない。

なお、形式的に商標権侵害に該当する行為につき、逆に商標の機能侵害という観点から、実質的に商標権侵害は成立しないと解釈することは認められる⁽¹¹⁾。これは侵害罪の成立を限定するものであり、行為者に有利な解釈であるから罪刑法定主義との関係でも問題は生じない。

(2) 商標権者の救済手段

商標の剥奪抹消に対し、商標権侵害の成立が否定されると解するのであるから、商標権者の差止請求（商標法36条）は認められない。剥奪抹消した後、いわゆるノーブランド商品として販売する場合はもちろん、他人が独自の商標を新たに付して販売する行為に着目したとしても、当該行為が登録商標の冒用に当たらないことは明らかであるから、結論としては同様である。

商標の機能を阻害する不当な行為に対し、最も直接的で有効な救済手段は、現在又は将来に向けての不当な行為を排除する差止請求であり、これが認められないということは商標保護が不十分になることは否めない。

しかし、商標権侵害が刑事罰の対象であり、罪刑法

定主義の支配を受ける以上、やむを得ないということになる。この点については立法的解決に委ねるほかないであろう⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

これに対し、過去の商標の剥奪抹消行為については、不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）が認められる。

不法行為に関し、古い判例は709条が規定する「他人ノ権利ヲ侵害シタル」につき、権利として保護されないものは「権利侵害」の要件を満たさず、不法行為は成立しないとしていた（雲右衛門事件判決⁽¹⁴⁾）。この判例の理屈を前提にし、権利侵害が成立しないときは不法行為も成立しないと解すれば、商標権侵害が成立しないと結論づけられる商標の剥奪抹消行為は不法行為を構成しないということになる。

しかし、この判例は比較的短い期間をおいた後、変更され、709条の「権利」とは必ずしも法律上権利として認められているものに限らず、法律上保護される利益で足るとされた（大学湯事件判決⁽¹⁵⁾）。これらの判例を経て、「権利侵害」の要件を巡る学説は違法性論へと発展し、さらに違法性の判断基準を定型化する相関関係説が登場して、この相関関係と故意・過失要件との関連の理論的処理が行われる等、進化を見せる⁽¹⁶⁾。

これらの学説の展開を背景に、2004年の民法改正において、709条の「他人ノ権利」は「他人の権利又は法律上保護される利益」と改められた。このため、現在では権利侵害が成立しないときであっても、法律上保護される利益が侵害された場合に不法行為が成立し得ることが規定上も明らかにされている。

そして、商品商標の財産的価値は、商品の流通過程の各段階において、商品に付された商標が需要者に認識されてその機能を発揮し、当該商標に業務上の信用が化体することの集積によって増大するものである。よって、商標が付されたそのままの状態で流通過程を経ることこそが商標権者に利益をもたらすのであり、商標法はこの商標権者の利益を保護せんとする。したがって、商標の剥奪抹消は、商標に業務上の信用が化体する機会を奪う行為であり、商標権者の利益を侵害するのであるから、「法律上保護される利益」が侵害されたとして商標権者は剥奪抹消行為を行った者に対し損害賠償を請求することができる。

なお、商標が需要者に認識されることによってその機能を発揮し、業務上の信用が化体する点は登録商標であると未登録の商標であるとを問わないから、登録商標についてのみならず、未登録の商標が剥奪抹消さ

れた場合にも、不法行為の成立を認めることができるであろう。

4. まとめ

商標法が規定している商標権の侵害行為は、商標を付することを基本とするいわゆる商標の冒用行為であり、商標の剥奪抹消は想定されていない。商標の剥奪抹消が規制されていない点は不正競争防止法においても同様である。

商標法、不正競争防止法とも、競争秩序を維持するための法であるにもかかわらず、競争上、不当な商標の剥奪抹消行為を結果として放置することは法目的に沿わない。罪刑法定主義との関係からいって、解釈的努力により現行法の規定で対処することも許されないのであるから、立法的な解決が強く望まれる。

注

- (1) 網野誠『商標〔第6版〕』2002年・有斐閣 846頁、小野昌延『商標法概説〔第2版〕』1999年・有斐閣 258頁・259頁、吉井参也=小池豊「第36条（差止請求権）」『注解商標法〔新版〕下巻』2005年・青林書院 865頁、前掲紋谷暢男「他人の表示商標を抹消する行為は侵害となるか」『商標法50講』163～164頁、芹田幸子「商標権侵害」『商標の法律相談〔改訂版〕』2002年・青林書院 447頁以下。
- (2) 前掲多数の見解のほか、満田重昭「商標の使用とその保護の範囲の関係を述べよ」『商標法50講』1975年・有斐閣 162～163頁。
- (3) 筒井四満治「他人の商標抹消行為」『別冊ジュリスト第14号、商標・商号・不正競争判例百選』1967年・有斐閣 118頁以下も、倉庫商標回復損害賠償請求事件判決につき「本事件に対する詳細な資料がないため具体的にいかなる商標が問題になったのか、慣習に関する鑑定人の証言がいかなるものであったのか、本件の商標が登録されたいわゆる商標権であったのかどうか等の点は判然としない」、「本判旨においては少なくとも商標権の侵害とはいっていない。よって、登録された商標、すなわち、独占的使用権のある商標なのか、未登録の商標なのかも明らかでない。」、「この判決において慣習を唯一の理由としているとはいえ、結局民法第709条による権利侵害としてこれを不法行為と断定したことは、おそらくは、商標を使用することの利益を一つの財産権とみてこれを一つの権利とした上でのものともみられ、この点古い明治時代の昔においても

既に商標保護に関する進歩的考え方が存在していたものと思われ興味深いものがある」としている。

- (4) 前掲西沢茂稔「商標の消極的侵害について」特許管理 14巻3号 173頁、前掲紋谷暢男「他人の表示商標を抹消する行為は侵害となるか」『商標法50講』164頁、前掲網野誠『商標〔第6版〕』846頁、前掲小野昌延『商標法概説〔第2版〕』258頁。
- (5) マグアンプK事件判決は、「被告は、本件商標と類似するイ号標章を、指定商品（肥料）と同一の商品である被告小分け商品について、その出所表示機能及び品質表示機能等の自他識別機能を果たす態様で使用しているものと認められる。たとえ被告小分け品が原告販売にかかる本件商品（大袋）を開披してその内容物を詰め替えただけのものであったとしても、被告がイ号標章を被告小分け品に使用する行為はいずれも本件商標権を侵害するものといわざるを得ない。また、実質的にみても、本件商品のような化成肥料は、その組成、化学的性質及び製造方法に関する知識を有する原告や製造者以外の者がこれを小分けし詰め替え包装し直すことによって品質に変化を来すおそれが多分にあり、その際異物を混入することも容易であるから、被告の被告小分け品販売行為が許されるとすると、商標権者たる原告の信用を損い、ひいては需要者の利益をも害するおそれがあるので、被告の被告小分け品販売行為は本件商標権を侵害するものといわざるを得ない。」としている。
- (6) マグアンプK事件判決は、被告の主張に対し「当該商品が真正なものであるか否かを問わず、また、小分け等によって当該商品の品質に変化を来すおそれがあるか否かを問わず、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ほかならず、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。」としている。
- (7) この見解は、流通過程を経た以後の商標の剥奪抹消

行為を適法としなければならない例として、他人の商標が附されている容器等の中に同一又は類似の商品を入れ直して販売する場合を挙げ、この場合、他人の商標を抹消しなければ商標権の侵害になってしまうからこの剥奪抹消は認められるべきとする（前掲紋谷暢男「他人の表示商標を抹消する行為は侵害となるか」『商標法 50 講』（→ 1-2 説）164 頁）。しかし、商品を入れ直して販売するのであれば、流通過程において「真正商品」から商標を剥奪抹消したとはいえず、この例は、自己の商品に他人の商標を使用したという通常の商標権侵害の問題であるから（同旨、前掲西沢茂稔「商標の消極的侵害について」特許管理 32 頁）、想定する場面が異なると思われる。

- (8) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』1990年・創文社 41 頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）（第3版）』1997年・有斐閣 52 頁以下、大谷實『刑法講義総論（第4版補訂版）』1996年・成文堂 58 頁以下等。
- (9) 福岡高判昭和 41 年 3 月 4 日下刑集 8 卷 3 号 371 頁（「HERSHEY'S・VANHOUTEN」ココア事件）。
- (10) 前掲芹田幸子「商標権侵害」『商標の法律相談〔改訂版〕』447 頁以下等。
- (11) 土肥一史「商品の加工行為と商標権の効力－キャラウェイゴルフクラブ事件－」『発明 Vol.97（2000-5）』125 頁も、「絶対的な前提としなければならないことは、商標権侵害が成立するということが、商標法 25 条との関係を満足させるものでなければならない。しばしば、商標機能論が侵害との関係でいわれるが、それは形式的には侵害が成立するが、機能論的には成立しないという場面においていわれる必要がある。機能論的に侵害だという構成には疑問を感じざるを得ない」としている。
- (12) 産業構造審議会知的財産政策部会のもとで平成 15 年 6 月に設置された商標制度小委員会による平成 18 年 2 月の報告書において、商標の「使用」の定義に関し、「小委員会では、標章の「使用」の定義について、より包括的に規定することについて検討を行った。また、この際、①罪刑法定主義の観点から刑事罰の対象として十分に明確化しておく必要性、②「使用」の定義が関連する条文が多岐に及ぶことから、個々の条文への影響を検証すべきこと、③音声による使用を使用に含めるべきか否か等の論点について検討を行った。小委員会の検討においては、現行の定義規定の立法経緯・内容等を十分に検証しつつ包括的な規定の方法について検討すべきではないか、そもそも「使用」の定義としてではなく、侵害行為として規定する方が適切ではな
- いか等の意見があった。」点が報告されている。
- (13) 商標の剥奪抹消の行為については、商標法上の間接侵害のようなみなし規定を設けることや、前掲商標制度小委員会による平成 18 年 2 月の報告書において述べられているように、商標法上「使用」の定義としてではなく侵害行為の定義規定を設け、この中に剥奪抹消行為を含めることなどの立法的解決が考えられよう。
- もっとも、商標法上の侵害行為概念の大幅な変更は混乱を招くおそれもあるから、不正競争防止法上の不正競争行為の一類型として商標の剥奪抹消の行為そのものを明記するのが妥当ではないであろうか。
- 土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」『知的財産法と現代社会－牧野利秋判事退官記念－』1999年・信山社 513 頁も、商標を剥離して別の商標を許諾なく付することにつき「この問題は、商標法による問題解決よりも不正競争防止法ないし民法の不法行為による解決が適当なのかもしれない」としている。
- (14) 大判大正 3 年 7 月 4 日刑録 20-1360（雲右衛門事件）は、著名な浪曲師（桃中軒雲右衛門）の浪曲レコードを販売していたレコード制作会社が、これを権原なく複製販売した者に対して損害賠償請求した事案で、不法行為の成立が争われたが、判決は、浪曲のような瞬間創作芸は著作物とはいえず、著作権としての保護を受けないから「権利侵害の要件」を満たさず不法行為は成立しないとした。
- (15) 大判大正 14 年 11 月 28 日民集 4-670（大学湯事件）は、風呂屋の賃借人が「大学湯」という老舗を営業していたところ、賃貸借契約の合意解除時に、賃貸人（風呂屋の所有者）が他人に賃貸して「大学湯」を営業させてしまったので、賃借人が賃貸人らに対して損害賠償請求した事案で、原審は「老舗」は権利ではないから不法行為による保護は受けられないとしたが、大審院は「権利侵害」の権利概念を「吾人の法律観念上其の侵害に対し不法行為に基づく救済を与ふることを必要とすと思惟する一の利益」と広く解釈し、賃貸人らは「法規違反の行為」によって賃借人の老舗売却による「得べかりし利益」を失わせたものであるから不法行為になるとした。
- (16) 幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』1993年・有斐閣 59 頁以下・110 頁以下、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻』1983年・1985年 395 頁以下、窪田充見『不法行為法』2007年・有斐閣 80 頁以下等。

（原稿受領 2007.7.26）