

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——

Should Removing Trademarks Be Restricted? A Comparative Study between Japan and the UK

末宗 達行*
SUEMUNE Tatsuyuki

〔抄録〕

他人が市場においた商品を仕入れ、他人の標章を剥離抹消し、自らの標章を付したうえで、自らの商品として再度市場におく行為（以下、この行為を「剥離抹消行為」という。）は、商標法2条3項にいう「使用」に掲げられる各種の行為に該当しないために、商標法上は問題ないと考えうる一方で、商標が有する出所識別機能や品質保証機能等の商標の機能を害するものであり、違法とすべきと考えることもできる。剥離抹消行為の商標権侵害該当性について、近時の裁判例の立場は、いずれも傍論ではあるが、肯定説と否定説に分かれているものとみられる。学説も、肯定説と否定説に分かれている状況にある。

ここで外国に目を転じるならば、イギリスにおいては「逆パッシングオフ」の不法行為該当性が議論されている。もっとも、先行研究でも指摘される通り、アメリカと比較して、イギリスでの逆パッシングオフの議論はそれほど盛んではない。しかし、アメリカにおける逆パッシングオフの理論の展開とは対照的に、イギリスの裁判所は逆パッシングオフの承認に否定的な態度をとっていることから、その背景を分析することにより、逆パッシングオフを違法な行為とすべきか、ひいては、これに類似する行為としての剥離抹消行為を違法とすべきか、そしてその根拠は何かという点に示唆を得ることができるのではないだろうか。

そこで、本稿は、イギリスにおける議論を参照しつつ、商標の剥離抹消行為を違法と考えるべきか否かを明らかにすることを目的とする。検討の対象について、日本法については、剥離抹消行為の商標権侵害該当性を否定する立場も不正競争防止法2条1項20号や不法行為による救済の可能性を容認するものが多くみられることから、不競法2条1項20号も対象とする。これに対応して、イギリス法については、商標法のみならず、パッシングオフの不法行為のもとでの「逆パッシングオフ」の議論も含めることとしたい。

1. はじめに

商標法上、商標権者は、他人による、同一又

は類似の指定商品又は役務についての登録商標又はそれに類似する商標の使用を排除することができる（商標法25条本文、37条1号。以下、

* 金城学院大学生活環境学部 准教授
Associate Professor, College of Human Life and Environment, Kinjo Gakuin University

単に「法」というときは、商標法を指す。)。
そして、「使用」については、法2条3項に定義規定がおかれている。商標権者が排除することのできる「商標の使用」は、少なくとも法2条3項にいう「使用」に当たるものを含むと解される。そして、法2条3項にいう「使用」に該当する行為は、商品等に標章を付す行為を中心としているものといえる¹⁾。他方で、例えば、信用の蓄積や実績の積み上げなどを意図して、他人が市場においた商品を仕入れ、他人の標章を剝離抹消し、自らの標章を付したうえで、自らの商品として再度市場におく行為は、時折見受けられる。こうした他人が市場においた商品を仕入れ、他人の標章を剝離抹消し、自らの標章を付したうえで、自らの商品として再度市場におく行為(以下、この行為を「剝離抹消行為」という。)は、法2条3項にいう「使用」に掲げられる各種の行為に該当しないために、商標法上は問題ないと考えうる一方で、商標が有する出所識別機能や品質保証機能等の商標の機能を害するものであり、違法とすべきと考えることもできる。

剝離抹消行為の商標権侵害該当性について、近時の裁判例の立場は、いずれも傍論ではあるが、肯定説と否定説に分かれているものとみられる。また、学説も、肯定説と否定説に分かれている状況にある。

ここで外国に目を転じるならば、イギリスにおいては「原告が信用を獲得すべき商品又は役務が実のところ被告の商品又は役務であると主張することにより、より直接的でない方法で被告が原告の評判を利用する状況²⁾」を、「逆パッシングオフ」と呼び、その不法行為該当性が議論されている。もっとも、先行研究でも指摘される通り、アメリカと比較して、イギリス

での逆パッシングオフの議論はそれほど盛んではない³⁾。しかし、イギリスの裁判所は逆パッシングオフの承認に否定的な態度をとっているがゆえに、その背景を分析することにより、逆パッシングオフを違法な行為とすべきか、ひいては、これに類似する行為としての剝離抹消行為を違法とすべきか、そしてその根拠は何かという点に示唆を得ることができるのではないだろうか。

そこで、本稿は、イギリスにおける議論を参照しつつ、商標の剝離抹消行為を違法と考えるべきか否かを明らかにすることを目的とする。検討の対象について、日本法では、剝離抹消行為の商標権侵害該当性を否定する立場も不正競争防止法2条1項20号(以下、不正競争防止法を単に「不競法」ということがある。)などによる救済の可能性を容認するものが多くみられることから、商標法のみならず、不競法2条1項20号も対象とする。これに対応して、イギリス法について参照する対象は、1994年商標法における商標の剝離抹消の裁判例及び、パッシングオフの不法行為のもとでの「逆パッシングオフ」としたい。

2. 日本法

2.1 商標法

前述した通り、商標権者は、他人による、同一又は類似の指定商品又は役務についての登録商標又はそれに類似する商標の使用を排除することができ(法25条本文, 37条1号)、ここにいう「商標の使用」は、少なくとも法2条3項にいう「使用」に当たるものを含むと解される。剝離抹消行為は、法2条3項にいう「使用」に掲げられる各種の行為に該当しない。仮に当

該行為を商標権侵害と評価するためには、少なくとも、形式的な問題として、法2条3項にいう「使用」に当たる行為でないものであったとしても商標権侵害と評価しうるかどうか、そして実質的な問題として、なぜ剝離抹消行為を商標権侵害として禁圧しなければならないのか、を検討しなければならないだろう。

2.1.1 従来 of 裁判例

傍論における説示を含めたとしても、剝離抹消行為が商標権侵害に当たるかに言及した裁判例は、多くはない。

商品の小分け再包装が行われれば、元の商標を剝離抹消する行為が介在するために、剝離抹消行為が商標権侵害に該当するかどうかが問題となると考えられそうである。しかし、小分け再包装したものに商標を付す行為を捉えるのみで、商標権侵害は成立すると考えられ⁴⁾、実際に、商品の小分け再包装の裁判例では、剝離抹消行為を独立して取り上げて、商標権侵害の成否が検討されることは少ない⁵⁾。刑事事件ではあるが、＜ヴァンホーテン＞事件判決⁶⁾は、業務用大袋入りココアを登録商標「HERSHEY'S」、後者の登録商標「VANHOUTEN」と同一の標章を付した袋に小分け再包装した事案において、商標権侵害を肯定した。＜STP＞事件決定⁷⁾は、ドラム缶入りのオイルトリートメントを登録商標と同一の標章を付した小型容器に小分けして再度販売した事案で、商標権侵害が成立する旨の判断を示しているが、剝離抹消行為には言及がない。

また、商標の剝離抹消行為があったと評価しうる事実が認められるとしても、剝離抹消行為が行われた後においても、依然としてもとの商標が使用されているといえるかという側面から

のみ商標権侵害の成否が争われ、剝離抹消行為それ自体の商標権侵害の成否を判断していない事例も見受けられる。こうした類型に当たるものとして、＜卑弥呼＞事件判決⁸⁾と＜ノンアルコールビール＞事件判決⁹⁾がある¹⁰⁾。

以上のように、剝離抹消行為が商標権侵害に当たるかを問題としなかった裁判例に対して、傍論における説示を含め、これについて判断を示したといわれる裁判例としては、明治時代の判決である＜倉庫商標抹消＞事件判決¹¹⁾のほか、比較的近時のものとして＜マグアンプ K＞事件判決¹²⁾、＜ローラーステッカー事件控訴審＞判決¹³⁾がある。

＜倉庫商標抹消＞事件判決の事案の概要は、Y（控訴人）がX（被控訴人）から倉庫を借り受けている間に、倉庫前面に表記されていたXの広告文字を無断で塗抹し、Yの商号を掲げたというものである。Y側は、貯蔵の場所としてではなく建物として借り受けたのであり、建物として借り受けた以上はXが設けた広告文字を抹消してY自らの商号を掲げることは不当ではない旨の主張を行ったものの、裁判所は、「倉庫の賃借人は賃貸人の商標を尊重し之を保存すべきの慣習あること明白なり然るに控訴人〔Y〕は右の慣習に背き擅に被控訴人〔X〕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〔Y〕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」（注：引用に際して旧字体を新字体に直した。）と述べた。本判決については、管見の限り、その資料が法律新聞207号14-15頁及び兼子一＝染野義信編著『判例工業所有権法5』（第一法規出版）856-857頁に限られるようであり、詳細が必ずしも明らかではなく、問題となった商標が登録商標であったかどうか不明¹⁴⁾。この点

を詳細には論ぜずに、商標の剥離抹消行為を商標権侵害とした事例であると位置づける見解も複数みられる¹⁵⁾。しかし、「倉庫の賃借人は賃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」としたうえで、Yの行為がこの慣習に違背することを理由に不法行為に該当するとの判決の言い回しに鑑みれば、商標権侵害事件と断定することは難しく¹⁶⁾、慣習の存在を介在させつつも一般不法行為の問題として判断が示された¹⁷⁾とみる方が妥当ではないかと思われる。

既に述べた通り、小分け販売の事案であるくマガンプ K> 事件判決でも、小分け販売の過程で行われる商標の剥離抹消行為が商標権侵害に当たるか否かに言及がなされている。事案の概要は、おおよそ次の通りである。「MAGAMP」からなる登録商標の商標権者である X は、訴外アメリカ法人との間で日本における独占販売契約を締結して、「MAGAMP」との商標が付された大袋詰め園芸用肥料（以下、本判決の紹介の限りで「本件商品」という）を日本に輸入し、卸売するなどしていた。園芸生物及び園芸資材の小売業を営む Y は、訴外 A より本件商品を小分けして透明のビニール小袋に詰め替えられた商品を買受け、あるいは、自ら購入した本件商品を小分けした商品（以下、訴外 A による小分け商品及び Y 自ら小分けした商品をあわせて、本判決の紹介の限りで「Y 小分け品」という）を、Y 店舗において店頭で販売していた。Y 小分け品の販売に際して、X からの複数回にわたる警告書の受領の前後により、X が商標権を有する登録商標と呼称において類似する標章を表示したシールを貼付した被告分け品を訴外 A から仕入れたり、同様の標章を直接ビニール袋に手書きしたりするなどして、X の許諾なく原告

が商標権を有する登録商標と類似の標章を使用していた。

裁判所は、「Y は、〔X〕商標と類似する……標章を、指定商品（肥料）と同一の商品である Y 小分け品について、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 Y 小分け品が X 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、Y が〔X 商標と類似する〕……標章を Y 小分け品に使用する行為はいずれも〔X が有する〕……商標権を侵害するものといわざるを得ない。」とした。そして、Y が X 商標と類似する標章を Y 小分け品に使用する行為が形式的に「使用」に当たるとしても実質的な違法性を欠く旨、そして、Y の Y 小分け品販売行為によって商標のいずれの機能も害されることはない旨の、Y の主張に対して、裁判所は「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。」と述べている。

裁判所は、登録商標と類似の標章を使用する側面を捉えて、Yによる小分け販売行為が商標権侵害にあると結論付けているとみられる。他方で、＜マグアンプ K＞事件判決が特徴的であるのは、傍論とはいえ¹⁸⁾、Yの主張に対する応答を行う中で、小分け販売行為の中から、商標の剝離抹消行為を切り出して、それ自体で商標権侵害にあると評価した点にある¹⁹⁾。判決によれば、商標の剝離抹消行為を禁圧する理由として、「商品標識としての機能を途中で抹殺」し、「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」を挙げており、商標の機能や品質や信用に関する欺瞞の防止などの実質的な理由付けであるように見受けられる²⁰⁾。もっとも、形式的な問題として、法2条3項にいう「使用」に当たる行為でないものであったとしても商標権侵害と評価しうるかどうかという点が問題として残る。裁判所は、法2条3項にいう「使用」に当たる行為でないものであったとしても商標権侵害と評価しうるとの立場を採用しているのではないかと考えられる。

これに対して、商標の剝離抹消行為が商標権侵害に当たらないとする旨の説示を行った裁判例として、＜ローラーステッカー事件控訴審＞判決がある。事案の概要は、商標の剝離抹消行為にかかわる部分のみ取り上げるならば、おおよそ次の通りである。Xは、台湾のメーカーに委託して製造した「ローラーステッカー」の商品名（以下、本判決の紹介の限りで「X標章」という。）の車輪付き杖（以下、本判決の紹介

の限りで「本件商品」という）を販売している。のちに、X標章について商標登録を受けた。介護用品の開発・販売等を目的とする株式会社である被告Y₁は、Xに本件商品を卸売りしてほしい旨を申し入れ、原告との間で契約を締結した。Y₁は、Xから納入された本件商品について、梱包箱側面の原告の屋号が記載された箇所の上に「ハンドレールステッキ 販売元 Y₁」と印字されたシール（以下、本判決の紹介の限りで「Yらシール1」という。）を貼付するなどして販売した。なお、XからY₁に納入された本件商品の軸体部正面には「Roller Sticker」と金色の英文字が印字されていたが、これに変更は加えられなかった。また、その後、XはY₁に対して取引の停止を通告したことから、取引停止以前よりY₁より本件商品を仕入れていた被告Y₂は、Xに直接取引を申し入れ、Xから本件商品の納入を受けるようになった。Y₂は、本件商品の梱包箱上面に「ハンドレールステッキ」を商品名として印字したシール（以下、本判決の紹介の限りで「Yらシール2」という。）を貼付し、訴外Aに納品した。もっとも、Yらシール2によって梱包箱のXの屋号が記載されている個所が隠れることはなく、本件商品の「Roller Sticker」と金色の英文字には変更は加えられなかった。

控訴審は「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剝離抹消し、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えない。したがって、上記のような登録商標の剝離抹消行為等が、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うべきである。」とする。本件については、そもそも X 標章は梱包箱の外側に表示されておらず、Y らシール 1 によってこれを覆い隠されていないこと、本件商品の「Roller Sticker」と金色の英文字部分には何らの変更も加えられていないことなどから、Y らの行為は剥離抹消行為とそもそも評価しえないとして、商標権侵害を否定した。

控訴審は、本件において Y らの行為を剥離抹消行為と評価しえないとしているため、傍論ではあるものの²¹⁾、一般論として商標の剥離抹消行為を商標権侵害行為とは認められないとしており、<マグアンプ K>事件判決と対照をなす。法 2 条 3 項にいう「使用」に当たる行為でないものであったとしても商標権侵害と評価しうるかどうかについて、裁判所は「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）」としていることから、少なくとも、法 2 条 3 項にいう「使用」に当たる行為でないものを商標権とすることには慎重な態度を示しているとみられる。また、剥離抹消行為を「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い」として、実質的にも商標法で禁圧すべき行為とはいえないとしているようである。

2.1.2 従来の学説

剥離抹消行為に関する従来の学説は、既に先行研究において整理されているが²²⁾、本稿においても重複をいとわず、その概観を試みたい。

剥離抹消行為を商標権侵害とすることを肯定する立場から、「同一商標を使用した商品は同

一人から出たものであつて、品質についてどの程度に信用し得るか」という需要者における予期が商標権者にとって重要なものであり、「商標権利者が信用を積重ねて行つて、これを商標に化体させようと努力している過程において、自己の商標が他人の行為によつて需要者の目に入らないようにされたら、折角信用を増大させようとする努力と商標とのつながりが断ち切られてしまうことになる」として、剥離抹消行為は商標の機能を害するとみる見解がある²³⁾。これを引用して、剥離抹消行為を商標権侵害とする立場をとる見解もみられる²⁴⁾。剥離抹消行為が信用形成の努力を途中で断ち切る意味で商標の機能を害するという点については、剥離抹消行為を商標権侵害とみるべきではないとする反対の立場をとる見解も、これを認めている²⁵⁾。実質的な問題としての、なぜ剥離抹消行為を商標権侵害として禁圧しなければならないのかという点については応答されているとして、他方で、形式的な問題としての、法 2 条 3 項にいう「使用」に当たる行為でないものであったとしても商標権侵害と評価しうるかどうか、という点についてはどうか。剥離抹消行為を商標権侵害とすることを肯定する立場の見解は、侵害者等に対する差止請求を認める法 36 条に直接該当するとの見解²⁶⁾を含め、法 2 条 3 項にいう「使用」に当たる行為に商標権侵害が限定されるものではないとの理解を前提としている²⁷⁾。

これに対して、剥離抹消行為は商標権侵害としないとする立場も有力に主張されている。この立場は、形式的な問題としての法 2 条 3 項にいう「使用」に当たる行為でないものを商標権侵害と評価することは困難であることを重視しているように見受けられる。すなわち、法 25 条、37 条に該当しないために解釈論として剥離

抹消行為を商標権侵害とはしえないこと²⁸⁾、そして、これとの関係で特に明文の規定のない行為に商標権侵害の成立を認めることとなり罪刑法定主義との関係で問題があること²⁹⁾が理由として挙げられる³⁰⁾。これらは、法2条3項にいう「使用」に当たらない行為については、商標権侵害の成立を認めることに無理があるとの立場と整理できよう。実質的な理由としてのなぜ剥離抹消行為を商標権侵害として禁圧しなければならないのかという点については、剥離抹消行為によって、蓄積されるはずであった信用が失われるとしても、せいぜい出所表示機能ではなく、直接の商標法の保護法益ではない宣伝広告機能を害しているに過ぎないとする見解³¹⁾がみられる³²⁾。

ここで注目されるのは、結論としては剥離抹消行為は商標権侵害と評価できないとの立場をとるもののなかには、実質的な理由としての禁圧の必要性を認めつつも、形式的な問題としての解釈における困難を乗り越えられないとして、現行の商標法の解釈以外の方法に解決を求めるものがあることである。すなわち、解釈論としては既存の不正競争防止法や一般不法行為による解決を示唆する見解³³⁾や、あるいは、立法的解決を図ることを主張する見解がある^{34)・35)}。

2.2 不競法2条1項20号

既にみた通り、剥離抹消行為が商標権侵害には当たらないとする学説の中には、「〔剥離抹消のうえで〕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」不競法2条1項20号に該当する³⁶⁾とし、剥離抹消行為の規制の根拠を同号に求める立場³⁷⁾がある。他方で、これに反対する立場³⁸⁾もみられる。ここで、不競法2条1項20号について、裁判例を中心に状況を

整理することとしたい。

不競法2条1項20号は商品やその広告などに「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」をする行為などを不正競争の一つとしている。同号の前身の一つであり、商品の品質、内容等の誤認惹起行為を対象とする旧不競法1条1項5号を設けた理由については、改正当時において、品質、内容等について誤認を惹起する表示がなされた商品がみうけられたことから、消費者保護や国際的信用の確保の観点からのものであると説明されていた³⁹⁾。平成5年改正により、役務を対象とし、旧不競法1条1項3号及び4号との関係を整理して、当時の不競法2条1項10号(現20号)が成立する⁴⁰⁾。同改正に際しての産業構造審議会知的財産政策部会報告書⁴¹⁾や、改正後の裁判例⁴²⁾は、同号の趣旨について、商品などの原産地、品質、内容等を偽り、需要者に誤認を与えるような表示を行うことは、需要者の需要を不当に喚起し、適正な表示を行う事業者を不当に劣位に立たせて顧客を奪うこととなり、ひいては公正な競争秩序を阻害することとなる旨を述べる。

同号の規制対象として規定されている対象については、厳格な限定列举であると理解する向きもあるが⁴³⁾、限定列举としつつも個々の対象に関連するものを含ませる形で緩やかに解釈する理解⁴⁴⁾が一般的ではないかとみられる。規定されているもののうち「品質」「内容」は、商品や役務の性質、実質や属性をいう⁴⁵⁾とされているが、解釈の余地が比較的大きいことが指摘⁴⁶⁾される。〈八ッ橋事件控訴審〉判決⁴⁷⁾では、「品質」「内容」を間接的に示唆するものが含まれる場合がありうるとしても「具体的な取引の実情の下において、需要者が当該表示を商品の品

質や内容等に関わるものと明確に認識し、それによって、20号所定の本来的な品質等表示と同程度に商品選択の重要な基準となるものである場合」でなければならないとして、需要者の明確な認識や、規定されている対象と同程度に商品選択の重要な基準であることを求める点で、適用範囲を限定的なものとしたとも解しうる⁴⁸⁾判断もみられる。剝離抹消行為との関係では、出所を偽ることも品質を誤認させることとなりうるもの⁴⁹⁾、少なくとも特定の品質に結びついている場合でなければならない⁵⁰⁾と指摘される。この場合、出所を偽ることが品質を間接的に示唆することになるから、「明確に認識」されるべきかどうかは措くとしても、このことが需要者の間で品質を示す表示であると一般に認識されていること⁵¹⁾は少なくとも求められることになるであろう。＜ローラーステッカー事件控訴審＞判決では、X標章について商標登録を受ける以前の期間における、Yらによる梱包箱側面のXの屋号が記載された箇所の上にYらシール1等を貼付するなどの行為が未登録であるX標章に化体する信用や出所表示機能を毀損する不法行為に該当するかどうかという争点についての判断において、控訴審が引用した原審判決は、「本件事案において、Yらが本件商品をYら標章により販売することにより、X標章により販売されている本件商品よりも優れたものであることを表示したとすれば、需要者をして品質を誤認させる表示をしたということができるかもしれないが、本件はそのような事案ではな [い] 」と述べていた。この言及をどのように解するかについては議論があるものの⁵²⁾、不競法2条1項20号を示唆していると理解する見解⁵³⁾がある。同判決が、仮に同号を示唆しているとするならば、剝離抹消行為の同号該当

性を肯定するには、一定の品質を示す表示であることを前提としているものと解される。

次に、品質、内容について「誤認させるような表示」にあたるかについて、剝離抹消行為の場合には何が「誤認させるような表示」にあたるのかも検討する必要がある。「誤認させるような」ものにあたるか否かについて、科学的証明になじまない品質にかかわる表現の場合、従来の裁判例の検討プロセスとしては「まず、需要者が当該表現から商品の具体的な品質等についてどのような認識を有するかを想定し、次に商品の実際の品質等が当該需要者の認識に合致するものであるか否かを評価し、品質誤認惹起行為の該当性を判断する判例が多い⁵⁴⁾」ことが指摘される。また、「表示」については、その種類には限定はなく、商品形態であってもこれに該当すると解されている⁵⁵⁾。しかし、あくまで「表示」でなければならない、表示の除去によっても誤認は生じうるとも考えられるが、同号の規制対象とはならない⁵⁶⁾。＜マグアンプK＞事件判決では、小分け販売の事案において、小分け品に特段の標章を付さずに販売した場合には、需要者に小分け品がY又は第三者の製造販売する商品であるとの誤認を生じさせるために、旧不競法1条1項5号にいう品質誤認表示に当たるとのXの主張に対して、裁判所は、次のように述べて、その主張を斥けた。すなわち、「Y小分け品は被告ないしその関係者がX販売の大袋（本件商品）から小分けしたものであるため割安となり安値で販売される旨を広告宣伝し、かつ、そのことを顧客が認識できるような状態で販売し、顧客もそのことを十分認識したうえで代金の安いY小分け品を購入しているものであり、また、本件商品（大袋）から小分けした被告小分け品の内容物が本件商品の内容物と品

質・内容量等において実質的な差異があることを認めるに足りる証拠もないから、YのY小分け品販売行為が商品の品質・内容等の誤認的表示行為に該当する旨のXの主張も採用できないとした。ここでは、表示の除去が20号にいう「表示」にあたるかは判断されず、他方で、「誤認」の有無について、需要者たる顧客の品質に関する認識を考慮したうえで、その認識との実質的な差異がないとしたものと考えられ、これに関する従来との判断と同様のものと思われる。

他人が市場においた商品を仕入れ、他人の標章を剝離抹消し、自らの標章を付したうえで、自らの商品として再度市場におく行為（剝離抹消行為）そのものではないが、これに類似する行為として、他人の商品を自らの商品の見本と示して、実際には自らの商品を販売する行為（不当表示誘引）を想定しうる⁵⁷⁾。＜酸素カプセル＞事件判決⁵⁸⁾は、不競法2条1項20号にかかわる部分のみとりあげるならば、事案の概要としては以下のようなものである。Xは、Yから購入した高・低気圧酸素チャンバー製品（以下、「Y製品」という。）等を販売していたが、Yからの仕入れを終了し、外注先に委託して製造した酸素カプセル、酸素ルーム等の販売を始めた。Xのウェブページ中の「導入実績」のページにおいて、Xの独自の名称を付して、その製品の納入先とともに、Y製品の画像等を掲載していることについて、Yとの取引が終了して以降も、Xが実際には取り扱っていないYの製品を販売するかのように見せることで需要者等をして、商品の内容、数量等を誤認させるものであるとYは主張した。裁判所は、結論として、同号該当性を否定した。このなかで、裁判所は「被告は、Xが、Xウェブページに掲載されたY製品にX独自の名称を付して販売していることを問

題にするが、XはYの代理店として……Y製品の納入を受けて販売しており、本件販売契約には、Xが独自の名称やステッカーを付してY製品を販売することを禁ずる条項は存在しないのであるから、XがY製品にX独自の名称を付したとしても、その行為自体が不正競争行為に当たらないものではない。」とし、「また……Y製品の形態が周知であるとは認められないことに照らすと、需要者等が、Xが販売する製品の名称から、XがY製品の販売にとどまらず、製造も行っていると誤認するとは考えられず、それをもって、需要者等が、Xが酸素ルーム等のメーカーとして長年の実績があると誤認するとは考え難い。」とした。Yはその主張の中で、X独自の名称はXが第三者に外注させて製造させている製品の名称であり、X独自の名称を付したY製品の画像におけるX独自の名称をクリックすると、Xの製品の広告に画面が遷移する仕様となっていることも含めて、製造元の誤認による同号該当性を主張していた。しかし、裁判所はあくまで「Xウェブページ上のY製品の画像等にX独自の名称を付す行為」のみを取り上げて、同号該当性を否定している。仮にYの主張の内容が事実であるとするならば、需要者はY製品の画像を見てこれを入手することができるという認識があるにもかかわらず、実際にはXの製品を購入するように誘引されてしまうこととなり、こうした行為は禁圧すべきことのようにも思われる。少なくとも、Y製品の画像におけるX独自の名称をクリックした際の画面遷移とその先の広告について、同号該当性を判断するに際して考慮に入れるべきであったように思われる。

3. イギリス法

3.1 商標法

イギリスではかつて、Boehringer 事件控訴院判決⁵⁹⁾において、商標権者の権利に関する規定である 1988 年 EC 商標指令⁶⁰⁾5 条を国内実施した 1994 年商標法 10 条について、そのもととなる規定である 1988 年 EC 商標指令 5 条の解釈として、商標を完全に剥離抹消する行為（同判決においては“total de-branding”）は、実質的にみても損害は生じず、また商標の使用が存在しない以上、商標権侵害にはあたらないとする判断を示していた⁶¹⁾。もっとも、部分的な剥離抹消については、その態様によっては商標のイメージ等に損害を生じさせることから、商標権侵害にあたる余地を認めているとみられる⁶²⁾。こうした判例の立場は、学説においても支持されているように見受けられる⁶³⁾。

しかしながら、Mitsubishi 事件 CJEU 判決⁶⁴⁾は、1988 年 EC 商標指令を改正した 2008 年 EU 商標指令⁶⁵⁾5 条の解釈として、その商品が販売される以前に、商品に付された商標を剥離抹消する行為が商標権侵害にあたりうるとの判断を示している⁶⁶⁾。2008 年 EU 商標指令 5 条は、1988 年 EC 商標指令 5 条に対応するため、イギリス国内法における 1994 年商標法 10 条に対応すると理解できる。事案の概要⁶⁷⁾としては、フォークリフトトラックなどを指定商品とする EU 商標等の商標権者である X₁、及び、当該商標を付したフォークリフトトラックを欧州経済領域（EEA）域内で製造販売する許諾を受けた X₂ は、Y₁ らが EEA 域外で当該商標が付されたフォークリフトトラックを入手したうえで当該商標を剥離抹消し自らの標章を付して輸入し EEA の領域内外で販売した行為の差止めを求

めて、ベルギーの国内裁判所に出訴したというものである⁶⁸⁾。付託裁判所であるブリュッセル控訴院は、Y₁ らの行為が商標権者であれば禁じうる使用行為に該当するかどうかについて、2008 年 EU 商標指令の解釈に関する先決問題を CJEU に付託した⁶⁹⁾。CJEU は、結論として、2008 年 EU 商標指令 5 条を「商標権者は、本件のように、その同意なく、第三者が、上市されていない EEA において輸入し又は取引する目的で、商標と同一の全ての標識を剥離抹消し、保税倉庫に置かれた製品にその他の標識を付すことを阻止する権利を持つことを意味するものとして解釈されなければならない⁷⁰⁾」と判示した。その根拠として、①商標の剥離抹消が商標の付された商品の EEA 域内における最初の上市をコントロールする利益を奪うこと⁷¹⁾、②商標の出所表示機能のみならず、投資広告機能をも害すること⁷²⁾、③歪曲されない競争を確保する目的に反すること⁷³⁾、④EEA 領域内への輸入や販売といった経済的利益のための商業的活動の一環として行われることから第三者の積極的行為を含むため、取引の過程における使用とみなしうること⁷⁴⁾の 4 つの理由を挙げている。

Mitsubishi 事件 CJEU 判決は、並行輸入の問題も関係するものの、商品に付された他人の商標を抹消し、自らの商標を付す行為について判断がなされたものと考えられる⁷⁵⁾。同判決に対しては、特にイギリスの学説は批判的であるように見受けられる。CJEU の理由付けの④について、どのように秘密裏に商標を剥奪する行為が取引の過程における商標の使用にあたるのか理解することは極めて難しく、①②については、そもそも Y₁ らは登録商標と同一の標章を全く使用していないことから、理解が極めて困難であり、「ほぼ確実に誤り」といいうるとする見解⁷⁶⁾

もみられる。取引の過程における使用にかかる④の理由付けについて、「使用」は、商品又は役務との関係での使用でなければならず、関連する公衆の目で商品又は役務を識別する目的での使用でなければならぬところ、商標の抹消はこの意味での「使用」にあたらないとより詳細に批判を加えるものもある⁷⁷⁾。そして、同判決の考え方を採用した際の影響について、「使用が逆説的に不使用 (non-use) を含むという結論となり、競業者や消費者がたびたび犠牲となって、商標権者に対して同一市場、近接市場又は下流の市場においてはるかにより大きな影響力を与えることとなる⁷⁸⁾」と述べる見解もある。

こうした見解は、商標の使用が存在することを重視している点で、Bochringer 事件控訴院判決において示されていた「使用なくして侵害なし⁷⁹⁾」という考え方と共通しており、イギリスにおいて根強い考え方であることが示唆される。他の剥離抹消行為の類型についての同判決の射程に関しては議論があるものの⁸⁰⁾、学説には、射程を限定して理解すべきと主張したうえで、将来においては EU 脱退後に裁判所に与えられた権限を用いて本判決に従わないことすら示唆するものもある⁸¹⁾。また、商標の剥離抹消行為は、商標法ではなく、不正競争法での対応がなされるべきことを示唆するものもある⁸²⁾。

3.2 逆パッシングオフ

3.2.1 概況

イギリスにおいては、アメリカとは異なり、不正競争の一般不法行為は存在せず、経済的不法行為といわれる複数の不法行為によって不正競争を規律している⁸³⁾。イギリスにおける不正競争としての商標の剥離抹消行為の規制は、「原告が信用を獲得すべき商品又は役務が実のと

ころ被告の商品又は役務であると主張することにより、より直接的でない方法で被告が原告の評判を利用する状況⁸⁴⁾」を指す「逆パッシングオフ (inverse passing off / reverse passing off)」という概念で論じられる。もっとも、それ自体で不法行為となっているわけではなく、不法行為である (通常の) 「パッシングオフ」の原則が適用される虚偽表示の一例として位置づけられている⁸⁵⁾。

既に述べた通り、先行研究においては、アメリカと比較して、イギリスでの逆パッシングオフの議論はそれほど盛んではないことが指摘されている⁸⁶⁾。また、パッシングオフを不正使用や不正競争にまで拡張することを拒絶してきたことから、イギリスの裁判所は、伝統的に逆パッシングオフの概念に対して否定的な態度をとっているとみられることが指摘される⁸⁷⁾。こうした状況からイギリス法を参照する意義が問われると考えられるが、本稿は次の理由から、参照する意義があると考えられる。

ひとつには、イギリスの裁判所は逆パッシングオフの承認に否定的な態度をとっていることから、その背景を分析することにより、逆パッシングオフを違法な行為とすべきか、ひいては、これに類似する行為としての剥離抹消行為を違法とすべきか、そしてその根拠は何かという点に示唆を得ることができると考えられる点である。もうひとつには、イギリスにおいては、パッシングオフ訴訟の現代におけるあり方を形作ったとされる AG Spalding & Bros v AW Gamage Ltd 事件貴族院判決⁸⁸⁾ が示す通り、パッシングオフが出所の虚偽表示のみならず、劣後する品質の商品を原告の優れた品質のものであるとして販売するなど品質に関する虚偽表示をも対象としていることから⁸⁹⁾、通常、パッシングオフ

が日本法と比較検討される対象は不競法 2 条 1 項 1 号ではあるものの⁹⁰⁾、同 20 号による商標の剥離抹消行為の規制についても、比較検討を行う素地があるものと考えられる。

3.2.2 逆パッシングオフに関する判例

そもそも、パッシングオフの不法行為の定義としては、Jif Lemon 事件貴族院判決での Oliver 裁判官の意見において宣明された、「グッドウィル」、「虚偽表示」、及び「損害」の 3 つの要素からなる「典型三要素 (classic trinity)」と呼ばれる定義⁹¹⁾がしばしば用いられる⁹²⁾。前述したとおり、逆パッシングオフは、それ自体で不法行為となっているわけではなく、不法行為である（通常の）パッシングオフの原則が適用する虚偽表示の一例として位置づけられており、不法行為の成否の判断基準も変わるところがない⁹³⁾。

初期の逆パッシングオフに関する事案としては、Tallerman v. Dowsing 事件判決⁹⁴⁾、Cambridge University Press 事件判決⁹⁵⁾が挙げられ、イギリスの裁判所の逆パッシングオフの規制に対するかつての消極姿勢が示されていたといわれる⁹⁶⁾。Tallerman v. Dowsing 事件判決は、原告が発明した治療システムに関する説明と具体的な症例への適用について述べる第三者の論文について、被告がパンフレットに被告のシステムについての論文であるとして掲載した行為が問題となった事案であるところ⁹⁷⁾、請求が棄却された⁹⁸⁾。また、Cambridge University Press v University Tutorial Press 事件判決は、実際には指定されていたのは原告の書籍であったにもかかわらず、被告が自らの書籍をロンドン大学の試験の「指定版」書籍である旨を表示して出版販売していた行為がパッシングオフにあたるかが争われた事案であるところ⁹⁹⁾、結論としてパッシングオフ

による救済を否定した¹⁰⁰⁾。

他方で、Plomien Fuel Economiser 事件判決¹⁰¹⁾、Copydex 事件判決¹⁰²⁾などの逆パッシングオフとみられる事案において救済を認めた判決も一部みられたが¹⁰³⁾、これらの判決であっても逆パッシングオフそれ自体を承認したものはないことが指摘される¹⁰⁴⁾。Plomien Fuel Economiser 事件判決では、原告の販売代理店として被告が活動していたものの、のちに両者の関係が破綻して、被告は自らの製品を販売するようになったところ、被告は自らの製品が原告のものと同じのものであると示した行為について、パッシングオフの成立が認められた¹⁰⁵⁾。また、Copydex 事件判決では、商品名に言及されないままに原告商品がテレビで紹介されたところ、被告の販売員がテレビで紹介された製品があたかも被告商品であるかのように述べるなどした行為について、明確にパッシングオフにあたるかすらも示さず、詳細な理由付けがないままに差止命令が発給された¹⁰⁶⁾。

イギリスにおける逆パッシングオフに関する判例として参照される代表的な裁判例として、Bristol Conservatories 事件判決¹⁰⁷⁾がある。もっとも、事案としては逆パッシングオフの事例であるとみられるが、逆パッシングオフがパッシングオフの不法行為に含まれるかは正面から議論されず、あくまでも既存のパッシングオフの判断枠組みの中で規制の対象となる行為かが判断されたことには留意する必要がある¹⁰⁸⁾。同事件において、温室の設計、製造及び施工を行う原告 X は、X の元セールスマンであった被告 Y₂ が被告 Y₁ 会社のセールスマンとして働き始めて以降、Y₂ が販売において用いていた写真集において、X の設計製造する温室の写真が含まれているにもかかわらず、写真集では X に全

く言及はなく、かつ写真集に写る温室は Y₁ 会社が設計又施工したものではないことの言及すらなくとして、Y₂、被告 Y₃ 及びその他のセールスマンが原告により設計等された温室の写真を Y₁ が建設した温室であると詐称通用させたと主張した。Gibson 裁判官は、Plomien Fuel Economiser 事件判決における Greene 裁判官の意見¹⁰⁹⁾を引用して、「〔Y₁ 会社〕は、その虚偽表示により、購買者が、写真に示される温室を設計し、施工した商業上の出所から温室を入手するために〔Y₁ 会社〕から温室を購入するように誘導しようとしていた。このことが、写真を示し、そこに示される温室を設計し製造したと主張することについての〔Y₁ 会社〕の目的であった。もし顧客が虚偽表示への反応として〔Y₁ 会社〕に温室を注文したならば……〔Y₁ 会社〕は、表示した商業上の出所ではなく、自らの製造に係る温室を供給するであろう。Greene 裁判官は、これはパッシングオフにあたるであろうと考えた。敬意を表しつつ、私も同じように考える。¹¹⁰⁾」と述べる。さらに、写真に接した者が X の存在を知らないとしてもパッシングオフの成立は揺るがないとするなかで、「〔X の存在を知らないこと〕は、〔X〕の事業またはグッドウィルにおける財産権について損害を被ることを止められなかった。写真に示された温室を何らかの方法で〔X〕と結びつけるものが写真に何も存在していなかったとしても、それは問題ではないだろう。」とし、混同の主張がなされていないことも問題ではないとする中で「本件における顧客となりうる者は類似するといわれる 2 つの製品の相違を認識することもままならず、〔X〕の実績、能力及び評判の証拠を示している温室を〔Y₁〕が設計し施工した旨を簡単にかつ事実と反して伝えられるのである。」とした¹¹¹⁾。

Bristol Conservatories 事件判決の位置づけについて、イギリスの裁判所の逆パッシングオフの規制に対するかつての消極姿勢を示していた Tallerman v. Dowsing 事件判決、Cambridge University Press 事件判決について、Bristol Conservatories 事件判決の Gibson 裁判官自身が、裁判所を拘束する先例となる判例ではないとしている¹¹²⁾。前述したとおり、この判決は、既存のパッシングオフの判断枠組みの中で規制の対象となる行為かどうかを判断したが、潜在的な顧客が原告の存在を知らないことや混同の主張がなされていないことは、典型三要素における虚偽表示が不存在であることを根拠づけるものとも考えられる。これについて、学説では、典型三要素により逆パッシングオフの状況を規制する際には、「裁判所が、事実関係に基づいて、こうした虚偽の記載が、消費者の選択に影響を与え、原告のグッドウィルを害する実質的な虚偽表示であると確認していることが条件」となるとして、Bristol Conservatories 事件判決の事案では、被告が写真を提示することで「原告の温室を被告自らのものと虚偽表示し、それにより原告から取引を転換させた」ものと理解するものがある¹¹³⁾。この理解によれば、「顧客が原告の存在に気づいていなかったことは重要ではない」こととなる¹¹⁴⁾。他方で、顧客が原告の存在に気づいてさえいない状況においては、原告のグッドウィルとの関連性をみいだすことは困難であると指摘し、Bristol Conservatories 事件判決はこうした理屈の上での困難をオーソドックスなものとはいえない初期の判例に依拠して乗り越えようとしたとの指摘を行うものもある¹¹⁵⁾。この指摘は、グッドウィルに対する毀損、損害が生じているかどうかについて疑義を呈するものと整理できると思われる。同様に、Bristol Conservatories 事

件判決の事案においては、虚偽表示は存在していたとはいえ、顧客が原告の商品に気づいていない場合には、品質の虚偽表示が販売の喪失につながるなどの損害を生じさせるとは思い難いとの指摘をする見解もある¹¹⁶⁾。このように学説には、顧客となりうる者が原告の存在に気づいていない場合には、品質の虚偽表示があったとしても、グッドウィルに対する損害が発生せず、典型三要素を充足しないことからパッシングオフの成立は否定されると考えられるのではないかと批判はみられる。しかし、判例法理としては、（顧客となりうる者が原告の存在に気づいているか否かにかかわらず）顧客となりうる者の購買意思決定に影響を与える目的で虚偽表示を行い、購買の判断がなされた場合には、表示した出所とは異なる出所に由来する商品を供給するのであれば、原告のグッドウィルに対する毀損、損害が生じるとしてパッシングオフを肯定する考え方が採用されたと考えられる。

その後、スコッチウイスキーの製造業者である原告らが、被告製品の広告等で「ウェルシュウイスキー」との製品説明を用いているにもかかわらず、実際にはスコッチウイスキーを入手し、瓶詰したうえで、ウェルシュウイスキーとして販売等した事案¹¹⁷⁾である *Matthew Gloag & Son* 事件判決¹¹⁸⁾ は、次のように述べて *Bristol Conservatories* 事件判決とは事案を異にするとして、パッシングオフの成立を否定した。すなわち、第一に、*Bristol Conservatories* 事件判決の類型では、原告の商品が有する品質等を被告が有している旨を偽って表示し、注文をした顧客は入手すると考えていた商品とは異なるものと入手するが、本件では顧客は代替品を入手するわけではなく、製品がスコッチウイスキーであると信じることはないこと¹¹⁹⁾、第二に、*Bristol*

Conservatories 事件判決の類型では、「被告は、事実上『我々の製品は、市場に既に存在しているこれらの製品と同じである』と述べ、結果として、既存製品の名もなき権利者はその商品における評判を直接に奪われてしまう」が、本件では、被告はむしろ「ウェルシュウイスキー」の名称を使用してスコッチウイスキーとの違いを明らかにしており、原告の評判が冒用されたわけでも、損害を被ったわけでもないこと¹²⁰⁾を指摘した。

3.2.3 小括

イギリスの裁判所が逆パッシングオフの規制に消極姿勢を示していたこと、そして現在でも逆パッシングオフそれ自体で不法行為と認めていないことの背景には、パッシングオフの不法行為の生成期において競争促進的な姿勢を堅持し、不正使用や不正競争の不法行為へとパッシングオフを拡張していくことに否定的な考えがあったとみられる¹²¹⁾。すると通常のパッシングオフの不法行為により、逆パッシングオフに対応することとなる。これがリーディングケースである *Bristol Conservatories* 事件判決が、既存のパッシングオフの判断枠組みの中で規制の対象となる行為かどうかを判断したことの背景ということになる。

「グッドウィル」の観点からは、パッシングオフが品質に関する虚偽表示をも対象としており、出所に関連しない虚偽表示である逆パッシングオフにも対応する道が開かれていることとなる¹²²⁾。他方で、「虚偽表示」や「損害」要素については、逆パッシングオフに対応するにはハードルがある。「虚偽表示」についていえば、他者の商品を再販売しても、新たな標章を付すか否かにかかわらず、通常これは虚偽表示にあ

たらないと考えられている¹²³⁾。「損害」についていえば、すでに一旦商品が市場に置かれている場合には、損害も観念することが難しい¹²⁴⁾。

Bristol Conservatories 事件判決の判例法理は、一定の場合において、これらの困難を乗り越える解釈を示したものとして意義があるとみられる。

そして、アメリカにおいては、「他人の商標を除去した他人の商品に自己の商標を付し、それを自己の商品の見本として展示した上で、客に自己の商品を販売する場合」を典型例とする不当表示誘引と、「他人の商品に付された他人の商標の除去・差替えの後、当該商品をそのまま販売する場合」を典型例とする狭義の逆パッシングオフとに分類して論ずべきとの見解が有力化しているといわれる¹²⁵⁾。まさに、同判決の判例法理が念頭に置く行為は、ここにいう不当表示誘引にあたることとなろう¹²⁶⁾。パッシングオフの枠組みを守るイギリスの裁判所の姿勢が、まさにここにアメリカ法とのルールの差異として顕在化したと考えられる。

ただし、不当表示誘引の類型であれば、通常のパッシングオフの原則で自ずと対応できるというわけではなく、Bristol Conservatories 事件判決の事案においては、学説が指摘する通り、顧客となりうる者が原告の存在に気づいていない場合には、品質の虚偽表示があったとしても、グッドウィルに対する損害が発生せず、典型三要素を充足しないことからパッシングオフの成立は否定されとも考えられる。これに対して、判例法理は、品質の虚偽表示により、顧客の取引を転換する形で損害がもたらされているとして、典型三要素を充足するとしていた。既存のパッシングオフの原則の枠内においては、不当表示誘引の類型でさえも、一定の踏み込んだ判断を行うことによって、ようやくパッシングオ

フの成立を認めうるということとなろう。

4. 若干の検討

現状では Mitsubishi 事件 CJEU 判決はイギリス法の一部をなすものと考えられるものの、学説や従来判例に基づくイギリス法の従来からの考え方によれば、商標の剥離抹消行為は、「使用なくして侵害なし」という考え方が根強く、商標権侵害として規制することには消極的であることが示唆される。日本においても、法2条3項にいう「使用」に当たる行為でないものを商標権侵害と評価することは困難であることを重視していると見受けられる剥離抹消行為の商標権侵害該当性を否定する立場がみられ、これと軌を一にする。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¹²⁷⁾、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えない。

仮に商標の剥離抹消行為を規制するにしても、商標法ではなく、不正競争法での対応がなされるべきことを示唆する見解があることもまた、日本法の議論と共通する。剥離抹消行為が、日本の不競法2条1項20号に該当するかについて、少なくとも「品質、内容……について」のものか、そしてそれらについて「誤認させるような表示」にあたるかが問題となるところ、品質に関する虚偽表示がパッシングオフにより対応しうることに鑑みれば、「典型三要素」と呼ばれる定義に当てはまるか否かの判断と共通点

をみだしうるように思われる。もっとも、イギリス法においては、「虚偽表示」についていえば、他者の商品を再販売しても、新たな標章を付すか否かにかかわらず、通常これは虚偽表示にあたらないと考えられているとみられる。不正使用や不正競争の不法行為へとパッシングオフを拡張、展開していくことに否定的であったことによるものであるが、その背景には、裁判所が競争促進的な姿勢を堅持していたことが指摘される。翻って日本の不競法2条1項20号に目を向けるならば、いったん市場に置かれた商品に新たな標章を付して再販売する行為は、しばしば市場でみられる行為であり需要者もその事実を認識していることから、通常は「誤認させるような表示」にあたらないと解される。制度趣旨からしても、こうした行為は「需要者の需要を不当に喚起し」ているとはいいがたく、公正な競争秩序を阻害する行為であるとはいえず、これを規制すべきとはいいがたい。

他方で、類似する行為として観念しうる、他人の商品を自らの商品の見本と示して、実際には自らの商品を販売する行為（不当表示誘引）については、不競法2条1項20号による規制の余地はあるのではなからうか。イギリス法においては、顧客となりうる者が原告の存在に気づいているか否かにかかわらず、顧客となりうる者の購買意思決定に影響を与える目的で虚偽表示を行い、購買の判断がなされた場合には、

表示した出所とは異なる出所に由来する商品を供給するのであれば、原告のグッドウィルに対する毀損、損害が生じるとしてパッシングオフを肯定する考え方がとられているとみられる。不競法2条1項20号の場合、「品質、内容……について」の表示かどうかという点で、出所を偽ることも品質を誤認させることとなりうるものの、一定の品質に結びついていなければならないという理解を前提とすれば、需要者が原告の存在に気づいていない場合においては、これを満たすことは難しい。しかし、イギリス法の理解を参考にすれば、出所を偽る行為があれば、もはやそれは品質に関する表示となることを前提にして¹²⁸⁾、問題となっている表示から客観的に需要者が認識するであろう出所元、製造元を認定し、そのうえで、現実にはそれと異なる出所元、製造元に由来する商品が供給されたのであれば、同号の規制対象としてよいのではないかと思われる。もっとも、需要者が原告の存在に気づいていないとしても、市場に既に存在しているものと同様であると解される表示をしている必要はあり、市場に既に存在しているものとの差異を十分に示し、需要者を誤認させるものとはいえない場合には規制の対象とはならないこととなろう。

【付記】本稿は、科学研究費補助金（課題番号：21K01274, 22K13318）による成果の一部である。

注)

- 1) 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』（有斐閣，第2版，2008年）441頁。
- 2) 後掲注（84）参照。
- 3) 長谷川遼「Reverse passing offについて」飯村敏明先生退官記念『現代知的財産法 実務と課題』（発明推進協会，2015年）1001頁注5。

- 4) 東京高判昭和44年9月22日刑集25巻5号751頁<ハイ・ミー事件第2次高裁>は、一旦パチンコ業者に卸売された調味料を買い集め、登録商標「ハイ・ミー」を付した段ボール包装箱に詰替えるなどして新品のように装って販売する目的で所持した行為について、商標法違反を肯定した（なお、最決昭和46年7月20日刑集25巻5号739頁は、上告を棄却し、高裁の判断を維

- 持した。)。これについて、商品の包装はそのままにさらに大きな箱に詰め替える行為であり、「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」として非侵害とすべきであるとの見解もある(田村・後掲注(25)161頁。大友信秀「判批」茶園成樹ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選〔第2版〕』別冊ジュリスト248号(2020年)75頁も同旨)。
- 5) 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』61巻4号(2008年)123頁(後掲・福岡高判昭和41年3月4日<ヴァンホーテン>を引用しつつ)、川瀬幹夫「商品の改造と商標の使用——マグアンプ事件から——」『パテント』62巻4号(2009年)52頁、今田早紀「判批」知財ぷりずむ240号(2022年)28頁。
- 6) 福岡高判昭和41年3月4日下刑集8巻3号371頁。
- 7) 大阪地決昭和51年8月4日無体裁集8巻2号324頁。
- 8) 東京地判平成23年7月22日(平成21年(ワ)第24540号)。
- 9) 大阪地判平成26年3月27日判時2240号135頁。
- 10) 大阪高判令和4年5月13日判時2573号70頁<ローラーステッカー>に係る判例時報2573号72頁に登載の匿名コメント参照。鈴木・後掲注(18)148頁もおおむね同旨。反対:小野昌延=三山峻司『新・商標法概説』(青林書院,第3版,2021年)309-310頁(<ノンアルコールビール>事件判決が剥離抹消行為の商標権侵害該当性を否定したものと位置づけ。)、青木博通「判批」『判批』120巻1号(2023年)55頁(「被告商品に付された原告商標を剥離抹消したことにより、商標権侵害を認めなかった裁判例」と整理している。)。なお、<ノンアルコールビール>事件判決について、小野昌延=三山峻司編『新・注解商標法【下巻】』(青林書院,2016年)1070頁〔小池豊=町田健一〕も参照。
- 11) 東京控判明治37年4月15日(明治37年(子)第222号)法律新聞207号14頁。
- 12) 大阪地判平成6年2月24日判時1522号139頁。
- 13) 前掲・大阪高判令和4年5月13日(原審:大阪地判令和3年11月9日(令和2年(ワ)第3646号)<ローラーステッカー事件一審>)。
- 14) 筒井四満治「判批」別冊ジュリスト14号(1967年)118頁、眞島・前掲注(5)121頁。
- 15) 西沢茂稔「商標権の消極的侵害について」特許管理14巻3号(1964年)174頁、紋谷暢男編『商標法50講』(有斐閣,改訂版,1979年)164頁〔紋谷〕、網野誠『商標』(有斐閣,第6版,2002年)846頁、小野=三山『新・商標法概説』・前掲注(10)310頁。
- 16) 大西育子『商標権侵害と商標的使用』(信山社,2011年)206頁注840。未登録商標に関する事案であったとみる見解として、川瀬・前掲注(5)52頁。
- 17) 筒井・前掲注(14)119頁は、「〔仮に問題の商標が登録商標ではない場合〕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、結局民法第七〇九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うえでのものとみられ〔る〕」と述べる。
- 18) 長谷川・前掲注(3)1002頁、生田哲郎=寺島英輔「判批」『判批』119巻6号(2022年)39頁、鈴木敬史「判批」『富大経済論集』69巻1号(2023年)147頁。
- 19) 眞島・前掲注(5)122頁、川瀬・前掲注(5)50頁、今田・前掲注(5)34頁。
- 20) なお、判決文中において、剥離抹消行為がなぜ「商品標識としての機能を途中で抹殺」するのかの説明がなされていない旨を指摘する見解として、鈴木・前掲注(18)147頁。
- 21) 青木・前掲注(10)56頁。
- 22) 特に、眞島・前掲注(5)120頁以下に詳しい。
- 23) 西沢・前掲注(15)175頁。
- 24) 網野・前掲注(15)846頁。また、川瀬・前掲注(5)51頁も同旨といえよう(川瀬幹夫「判批」知財ぷりずむ57号(2007年)92頁も同じ。)
- 25) 田村善之『商標法概説』(弘文堂,第2版,2000年)150頁。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『知的財産法と現代社会』(信山社,1999年)513頁は、同じく商標権侵害とみるべきでないとする立場をとりつつ、剥離抹消行為が出所表示機能を害することを認める。大西・前掲注(16)205頁、206頁注840も、これを引用して同旨。
- 26) 網野・前掲注(15)846頁、小野=三山『新・商標法概説』・前掲注(10)310頁。
- 27) 小野昌延『商標法概説』(有斐閣,第2版,1999年)258頁、小野昌延=小松陽一郎編『商標の法律相談【改訂版】』(青林書院,2002年)445-446頁〔芹田幸子〕、川瀬・前掲注(5)51-52頁。商標権侵害の成立が法2条3項にいう「使用」に当たる行為に限定されないとする理解を示す見解としては、満田重昭『不正競争法の研究』(発明協会,1985年)36頁。
- 28) 田村・前掲注(25)150頁、今田・前掲注(5)34頁、青木・前掲注(10)57頁。
- 29) 眞島・前掲注(5)122頁。
- 30) これらの理由のいずれも指摘するものとして、鈴木・前掲注(18)151頁参照。
- 31) 鈴木・前掲注(18)153頁。
- 32) ほかに「業務上の信用の発揮の妨害行為」があっても商標権侵害とはならないとする見解として、平尾正樹『商標法』(学陽書房,第3次改訂版,2022年)320-321頁。
- 33) 土肥・前掲注(25)513頁、田村・前掲注(25)150頁、竹田稔=服部誠『知的財産権訴訟要論〔不正競争・商標編〕』(発明推進協会,第4版,2018年)514頁。
- 34) 眞島・前掲注(5)125頁注13、青木・前掲注(10)57頁。
- 35) そのほかに、商標権侵害が成立するのは法2条3項にいう「使用」に該当するものに限られないとの立場をとりつつ、商標が付された商品が流通過程を経る以前と以後で分け、流通過程を経る以前における抹消行為は商標権侵害とすべきとする一方で、流通過程を経た後の商品の商標の抹消行為は「目的達成により用い尽くされ消滅したものと解される」として商標権侵害とならないと主張するものとして、紋谷編・前掲注(15)164頁〔紋谷〕。ただし、この見解に対しては、剥離抹消行為は用尽理論の範囲外であり、流通過程を経る前後での区別は意味をなさないとの批判がある(眞島・前掲注(5)122頁)。
- 36) 田村・前掲注(25)150頁。
- 37) 竹田=服部・前掲注(33)514頁も同旨。
- 38) 眞島・前掲注(5)122-123頁、鈴木・前掲注(18)154

- 頁注 30。
- 39) 第 7 回国会衆議院通商産業委員会議録第 17 号 (昭和 25 年 3 月 11 日) 4 頁 [池田勇人通商産業大臣答弁] 参照。リスボン改正に先立つ改正であったが、「現在ではパリ条約 10 条の 2 第 3 項 3 号の規定を受けたものとみることができる」との指摘もある (後藤晴男『パリ条約講話』 (発明協会, 第 13 版, 2007 年) 487 頁)。
- 40) 経済産業省 知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法 [令和元年 7 月 1 日施行版]』 142 頁。
- 41) 産業構造審議会知的財産政策部会『不正競争防止法の見直しの方向』 (1992 年 12 月) 13 頁。
- 42) 大阪地判平成 19 年 1 月 30 日判時 1984 号 86 頁 <ピーターラビット著作権表示> (控訴審の大阪高判平成 19 年 10 月 2 日判タ 1258 号 310 頁もこれを引用。)。 「需要者の需要が不当に喚起され、公正な競争秩序が阻害されることとなることを防止するため」とするものとして、東京地判平成 25 年 12 月 6 日 (平成 24 年 (ワ) 第 14492 号) <株式投資本> (控訴審の知財高判平成 26 年 5 月 29 日 (平成 26 年 (ネ) 第 10006 号) もこれを引用。), 東京地判平成 26 年 5 月 16 日 (平成 23 年 (ワ) 第 40428 号・平成 24 年 (ワ) 第 5243 号) がある。
- 43) 価格についての表示に関して、前橋地判平成 16 年 5 月 7 日判時 1904 号 139 頁 <ヤマダさんより安くします!!> (控訴審: 東京高判平成 16 年 10 月 19 日判時 1904 号 128 頁も、現 20 号の判断についてこれを引用)。
- 44) 裁判例では、東京地判平成 11 年 4 月 28 日 (平成 3 年 (ワ) 第 13300 号) <スーパーセブン>, 前掲・東京地判平成 25 年 12 月 6 日 <株式投資本>, 大阪高判令和 3 年 3 月 11 日判時 2491 号 69 頁 <ハッ橋事件控訴審>。学説では、小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法 (上巻)』 (青林書院, 第 3 版, 2012 年) 735 頁 [小松陽一郎] 735 頁, 渋谷達紀『不正競争防止法』 (発明推進協会, 2014 年) 215 頁, 茶園成樹編『不正競争防止法』 (有斐閣, 第 2 版, 2019 年) 119 頁 [勝久晴夫], 経済産業省 知的財産政策室編・前掲注 (40) 147 頁など。
- 45) 小松一雄編『不正競争訴訟の実務』 (新日本法規出版, 2005 年) 369 頁 [安永武央], 諏訪野大「判批」法学研究 (慶應義塾大学) 78 巻 6 号 (2005 年) 83 頁, 山本庸幸『要説不正競争防止法』 (発明協会, 第 4 版, 2006 年) 210 頁。
- 46) 宮脇正晴「判批」L&T 79 号 (2018 年) 39 頁, 足立勝「品質等誤認惹起表示の救済について——景品表示法, 独占禁止法における類似規定との対比も含めて——」パテント 76 巻 12 号 (別冊パテント 29 号) (2023 年) 153 頁。
- 47) 前掲・大阪高判令和 3 年 3 月 11 日。
- 48) 田村善之=張唯瑜「判批」知的財産法政策学研究 62 号 (2022 年) 95-96 頁。足立・前掲注 (46) 158 頁も「従来よりも適用範囲が狭くなったとの印象がある」とする。
- 49) 小野昌延=松村信夫『新・不正競争防止法概説【下巻】』 (青林書院, 第 3 版, 2020 年) 66 頁。
- 50) 田村善之『不正競争防止法概説』 (有斐閣, 第 2 版, 2003 年) 424 頁。
- 51) 大阪地判平成 29 年 3 月 16 日判時 2392 号 71 頁 <工樂松右衛門>。
- 52) 不法行為成立の可能性を認めたと理解する見解として、生田=寺島・前掲注 (18) 39 頁, 今田・前掲注 (5) 35 頁。ただし、最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 巻 9 号 3275 頁 <北朝鮮映画事件上告審> の判旨に照らして、不法行為の成立を認めることに慎重な姿勢を示すものとして、青木・前掲注 (10) 57 頁。
- 53) 小泉直樹「判批」ジュリスト 1577 号 (2022 年) 9 頁。
- 54) 石井美緒「品質誤認惹起表示の判断要素と規制目的に関する序論的考察」商学集志 89 巻 2 号 (2019 年) 4 頁。松村信夫=永田貴久「判批」知財管理 65 巻 5 号 (2015 年) 663 頁, 岩瀬吉和「不正競争防止法 2 条 1 項 20 号による品質等誤認惹起行為の規制について」知財ぶり 252 号 (2023 年) 95 頁も同旨。
- 55) 山本・前掲注 (45) 207 頁。
- 56) 渋谷・前掲注 (44) 220 頁。
- 57) 長谷川・前掲注 (3) 1005 頁は、アメリカにおける逆パッシングオフについて、これを分類する軸として、不当表示誘引と狭義の逆パッシングオフに分類する考え方があることを指摘している。
- 58) 東京地判令和元年 11 月 22 日 (平成 29 年 (ワ) 第 34974 号・平成 30 年 (ワ) 第 2463 号)。
- 59) *Boehringer Ingelheim KG & Anor v Swingward Ltd* [2008] EWCA Civ 83 (CA)。
- 60) Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [1989] OJ L40/1.
- 61) *Boehringer* (n 59) [51]-[52] (Jacob J). See Case C-129/17 *Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd, Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV v Duma Forklifts NV, G.S. International BVBA* ECLI:EU:C:2018:292, Opinion of AG CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, para 62. 邦語文献では、青木・前掲注 (10) 56 頁も参照。
- 62) *Boehringer* (n 59) [54] (Jacob J).
- 63) James Mellor and others, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names* (17th edn, Sweet & Maxwell 2024) para 18-143; Robin Jacob and Lynne Chave, 'Registered trade marks - a system in crisis and what's to be done?' [2022] I.P.Q. 169, 174.
- 64) Case C-129/17 *Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd, Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV v Duma Forklifts NV, G.S. International BVBA* ECLI:EU:C:2018:594.
- 65) Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2008] OJ L299/25.
- 66) Lionel Bently and others, *Intellectual Property* (6th edn, OUP 2022) 1130.
- 67) 邦語での詳細な紹介として、高田雄一郎「欧州商標判例『Mitsubishi v Duma Forklifts』事件 (商標の剥奪行為)」ユアサハラ法律事務所 HP (<https://www.yuasa-hara.co.jp/lawinfo/3605/>) (最終確認: 2024 年 2 月 4 日)。
- 68) *Mitsubishi* (n 64) [11], [12], [15]-[17].
- 69) *Mitsubishi* (n 64) [20], [21].
- 70) *Mitsubishi* (n 64) [52].
- 71) *Mitsubishi* (n 64) [42].
- 72) *Mitsubishi* (n 64) [44]-[46].
- 73) *Mitsubishi* (n 64) [47].
- 74) *Mitsubishi* (n 64) [48].
- 75) Shehan Parimalam, 'Trade mark infringement or unfair commercial conduct? The complications of case C-129/17 "Mitsubishi"' (2021) 2 Qu. M.L.J. 184, 186.
- 76) Mellor and others (n 63) para 18-143, 151.
- 77) Charles Gielen, 'Debranding: a form of trademark infringement? A discussion of the CJEU decision in

- Mitsubishi/Duma' (2019) 41 E.I.P.R. 605, 606. See also Parimalam (n 75) 191.
- 78) Bently and others (n 66) 1131.
- 79) *Boehringer* (n 59) [52] (Jacob J).
- 80) Gielen (n 77) 607; Mellor and others (n 63) para 18-152.
- 81) Bently and others (n 66) 1131.
- 82) Gielen (n 77) 607; Parimalam (n 75) 194.
- 83) Hazel Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd edn, OUP 2010) 2. 邦語では、有泉亨「イギリスの不正競争法」比較法研究 19号 (1959年) 7頁、松本恒雄「イギリスの不正競争法制と消費者保護 自主規制と刑事規制のはざま」一橋論叢 107巻 1号 (1992年) 22頁参照。
- 84) Christopher Wadlow, *Wadlow on the Law of Passing off* (6th edn, Sweet & Maxwell 2021) para 7-355. See Carty (n 83) 244; *Matthew Gloag & Son Ltd v Welsh Distillers Ltd* [1998] F.S.R. 718 (Ch) [15] (Laddie J).
- 85) Wadlow (n 84) para 7-355.
- 86) 長谷川・前掲注 (3) 1001 頁注 5。
- 87) Hazel Carty, 'Inverse passing off: a suitable addition to passing off?' (1993) 15 E.I.P.R. 370, 370-371.
- 88) [1914-15] All E.R. Rep. 147; (1915) 32 R.P.C. 273; (1915) 84 L.J. Ch. 449 (HL).
- 89) Carty (n 87) 370.
- 90) さしあたり、拙稿「イギリス・パッシングオフ (Passing off) による商品形態保護——機能的特徴の扱いに焦点をあてて——」日本工業所有権法学会年報 46号 (2023年) 27頁以下参照。
- 91) *Reckitt & Colman Products Ltd v Borden Inc. (No.3)* [1990] 1 W.L.R. 491 (HL) 499 (Jif Lemon case) (Lord Oliver); *Starbucks (HK) Ltd v British Sky Broadcasting Group Plc* [2015] UKSC 31, [2015] F.S.R. 29 [15] (Lord Neuberger).
- 92) 詳細は、拙稿・前掲注 (90) 31-32頁を参照。
- 93) Wadlow (n 84) para 7-355.
- 94) *Tallerman v. Dowsing Radiant Heat Company* [1900] 1 Ch. 1 (1899) (CA).
- 95) *Cambridge University Press v University Tutorial Press* (1928) 45 RPC 335 (Ch).
- 96) Carty (n 87) 370; Carty (n 83) 244-245.
- 97) *Tallerman* (n 94) 2-3.
- 98) 控訴院は、「本件は、被告が自らの治療や器具を原告のものとして、あるいは原告のためにつかませようとしたという事案であるとは認められない。被告のパンフレットに原告の事業に関する虚偽の言及が含まれているとも、虚偽の言及が被告の事業に関連しているともいうことはできない。」とした。*Tallerman* (n 94) 5 (Stirling J).
- 99) *Cambridge University Press* (n 95) 339-340, 344-345 (Maugham J).
- 100) 裁判所は、パッシングオフによる救済が認められるかは、あくまで「その特定の状況において、購買者が被告の書籍を入手した際に、原告のものを手に入れたと信じるように誘導されたことを原告が立証できたかどうか」が問題であるとして、試験のために指定された書籍であると表示することによって、購買者がその書籍が原告により出版されたなどと信じるように誘導されたとは考えられないとした。*Cambridge University Press* (n 95) 345 (Maugham J).
- 101) *Plomien Fuel Economiser Co. Ltd v National School of Salesmanship Ltd* (1943) 60 RPC 209 (CA).
- 102) *Copydex Ltd v Noso Products Ltd* (1952) 69 RPC 38 (Ch).
- 103) Carty (n 83) 245.
- 104) Wadlow (n 84) para 7-356.
- 105) *Plomien Fuel Economiser* (n 101) 213, 216 (Lord Greene MR).
- 106) *Copydex* (n 102) 39 (Vaisey J). 詳細な理由付けがされていないことを強調する学説として、Carty (n 87) 371.
- 107) *Bristol Conservatories Ltd v Conservatories Custom Built Ltd* [1989] R.P.C. 455 (CA).
- 108) Carty (n 87) 372; Carty (n 83) 245; Mellor and others (n 63) para 20-121, See Wadlow (n 84) para 7-356. 判決においても、Gibson 裁判官自身、「我々は、合理的な訴訟原因が主張されているかどうかを判断することに関心を有しているのであって、本件の事実関係につき一般的な文脈においてパッシングオフの不法行為の正確な限界を判断することに関心を有しているのではない。」と述べている (*Bristol Conservatories* (n 107) 460)。
- 109) *Plomien Fuel Economiser* (n 101) 214 (Lord Greene MR).
- 110) *Bristol Conservatories* (n 107) 463 (Gibson J).
- 111) *Bristol Conservatories* (n 107) 464-465 (Gibson J).
- 112) *Bristol Conservatories* (n 107) 464 (Gibson J).
- 113) Hazel Carty, 'Passing off: frameworks of liability debated' [2012] I.P.Q. 106, 110.
- 114) Carty (n 113) 110 fn.54.
- 115) Jonathan Griffiths, 'Misattribution and misrepresentation - the claim for reverse passing off as "paternity" right' [2006] I.P.Q. 34, 44.
- 116) Jennifer Davis, 'Why the United Kingdom should have a law against misappropriation' (2010) 69 C.L.J. 561, 572 fn.53.
- 117) *Matthew Gloag & Son* (n 118) [1]-[4].
- 118) *Matthew Gloag & Son Ltd v Welsh Distillers Ltd* [1998] F.S.R. 718 (Ch).
- 119) *Matthew Gloag & Son* (n 118) [15] (Laddie J).
- 120) *Matthew Gloag & Son* (n 118) [16] (Laddie J).
- 121) Carty (n 87) 371.
- 122) Christopher Wadlow 'Goodwill in passing-off: NOW, then, and for how much longer?' [2021] I.P.Q. 80, 106. See also David Llewelyn and Tanya Aplin, *Cornish, Llewelyn & Aplin Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (9th edn, Sweet & Maxwell 2019) para 17-037.
- 123) Bently and others (n 66) 904.
- 124) Bently and others. (n 66) 904.
- 125) 長谷川・前掲注 (3) 1005 頁。
- 126) 長谷川・前掲注 (3) 1001 頁注 5 は、「英国の裁判例は、後述の不当表示誘引の類型に当たるものが多い」と言及する。
- 127) 商標の剝離抹消行為が商標の機能のうちいかなる機能を害するかについて、出所表示機能ではなく、直接の商標法の保護法益ではない宣伝広告機能を害しているに過ぎないとする見解 (鈴木・前掲注 (18) 153 頁) もみられたが、宣伝広告機能が害されているとの指摘は正鵠を射ているとしても、やはり信用が蓄積されるはずであったのにその機会を失わせる行為であることを考えれば、出所表示機能が害されていることを積極的に否定する必要はないであろう。
- 128) 田村・前掲注 (25) 150 頁も同様の考え方を前提にしていると解しうる。