

著名商標のパロディ

早稲田大学法学学術院 教授 上野 達弘

目次

- I はじめに
- II 商標パロディの登録
 - 1 問題の所在
 - 2 従来の裁判例
 - (1) フランク三浦事件
 - (2) KUmA 事件
 - (3) Lamborghini 事件
 - (4) SHI-SA 事件
 - (5) ローリングストーンズマーク事件
 - (6) BOZU 事件
 - 3 検討
 - (1) 「類似」(商標法4条1項10号・11号・19号)
 - (2) 「混同を生ずるおそれ」(商標法4条1項15号)
 - (3) 公序良俗(商標法4条1項7号)
- III 商標パロディによる侵害
 - 1 商標法
 - (1) 問題の所在
 - (2) 検討
 - 2 不正競争防止法
 - (1) 問題の所在
 - (2) 検討
 - 3 著作権法
 - 4 パブリシティ権
 - 5 不法行為法
- IV 若干の検討
 - 1 検討の視点
 - 2 商標パロディ主体の利益
 - 3 著名商標主体の利益
- V おわりに

I はじめに

商標パロディについては10年前にも小稿を認めたことがある⁽¹⁾。当時、商標パロディに関する議論は限られていたのであるが⁽²⁾、この10年間で状況は一変した。すなわち、後に詳しく紹介するように(II 2)、商標パロディの登録に関する裁判例がこの10年間にまとまって登場しただけでなく、学説上も比較法研究

(1) 上野達弘「商標パロディ——ドイツ法およびアメリカ法からの示唆」パテント62巻4号(別冊1号)187頁(2009年)参照。
(2) 例えば、佐藤薫「商標パロディ」国際公共政策研究4巻1号147頁(1999年)参照。また、ドイツ法の紹介として、久々湊伸一「新ドイツ商標法の特質(17)『パロディー』」AIPPI43巻4号220頁(1998年)も参照。

や憲法の観点からの研究を含めて多数の論考が公表されてきたのである⁽³⁾。

本稿は、これらの展開を踏まえつつ、商標パロディをめぐる日本法上の論点を整理した上で、若干の検討を加えるものである。具体的には、商標パロディの登録（Ⅱ）と、商標パロディによる侵害（Ⅲ）に分けて検討する。

Ⅱ 商標パロディの登録

1 問題の所在

わが国商標法は、その4条で「商標登録を受けることができない商標」を定めているものの、商標パロディに関する明文の規定はない。そのため、商標パロディの登録の可否は、商標法4条1項各号に定められた不登録事由——特に、類似（同項10・11・19号）、混同のおそれ（同項15号）、公序良俗（同項7号）——の問題になる。

2 従来 of 裁判例

近時、商標パロディに関する商標法4条1項各号の適否に関する裁判例が増えている。

(1) フランク三浦事件⁽⁴⁾

登録商標「**フランク三浦**」（「浦」に誤字あり）は、スイス高級機械式時計メーカー「FRANCK MULLER」（フランク ミュラー）を想起させる商標パロディである。Xは、インターネット等において、本件商標を付して「FRANCK MULLER」商品の特徴と酷似した時計を販売し、その販売等において、Y商品や引用商標等を著名な高級腕時計ブランドと認めつつ、これを引き合いとして挙げている。Xは、平成24年3月27日に本件登録出願を行い、同年8月24日、指定商品を第14類「時計、宝玉及びその原石並びに宝玉の模造品、キーホルダー、身飾品」とする本件商標の設定登録を受けた（商標登録第5517482号）。

これに対して、「FRANCK MULLER」ブランドの全世界における知的財産を所有・管理しており、「フランク ミュラー」（標準文字）（商標登録第4978655号）等の引用商標（下記）の商標権者であるYは、平成27年4月22日、本件商標の無効審判を請求した。

[引用商標1] フランク ミュラー（標準文字）

[引用商標2] **FRANCK MULLER**

[引用商標3] **FRANCK MULLER REVOLUTION**

特許庁は、平成27年9月8日、本件商標は、商標法4条1項10号、同項11号、同項15号および同項19号に違反して登録されたものであるとして、これを無効とする審決を下した。それぞれの理由は以下の

(3) 大林啓吾「表現概念の視座転換——表現借用観からみる表現の自由と商標保護の調整——」帝京法学26巻1号186頁(2009年)、小島立「商標法におけるフェアユースについて」パテント65巻13号(別冊8号)201頁(2012年)、土肥一史「商標パロディ」『知的財産権 法理と提言』牧野利秋先生傘寿記念論文集(青林書院、2013年)879頁、宮脇正晴「標識法と表現の自由——米国商標法におけるロジャース・テストを題材に」日本工業所有権法学会年報37号173頁(2013年)、金子敏哉「米国商標法における混同と商標的使用」日本工業所有権法学会年報37号95頁(2013年)、安藤和宏「アメリカにおけるパロディ商標の一考察」特許研究59巻3号18頁(2015年)、平澤卓人「商標パロディと商標法4条1項7号及び15号」知的財産法政策学研究44号283頁以下(2014年)、同「表現規制としての標識法とその憲法的統制」(<http://hdl.handle.net/2115/66599>)北海道大学博士論文(2017年)14頁以下等参照。その他、伊藤真「具体的事例から見る日本におけるパロディ問題」パテント66巻6号4頁(2013年)、中川隆太郎「ブランドマネジメントの現場における商標パロディ対応策：フランク三浦事件知財高裁判決を契機として」ビジネスロージャーナル2017年1月号22頁、新井信昭『パクリ商標』(日本経済新聞社、2017年)も参照。

(4) 知財高判平成28年4月12日判時2315号100頁〔フランク三浦事件〕参照。

通りである。

第一に、商標法4条1項11号該当性については、「本件商標は、片仮名と漢字を組み合わせた構成より成るのに対して、引用商標は、片仮名又は欧文字のみの構成より成るものであるから、本件商標と引用商標とを全体的に観察すれば、外観上、区別し得るものである。しかし、本件商標と引用商標の称呼は、それぞれ一連に称呼するときには、全体の語調、語感が近似し、相紛らわしい類似の商標である。さらに、本件商標は、著名ブランドとしての『フランク ミュラー』の観念を想起させる場合があることから、著名ブランドとしての『フランク ミュラー』の観念を生じる引用商標とは、観念上、類似する」として、原決定は、本件商標が商標法4条1項11号に該当するとした。

第二に、商標法4条1項10号該当性については、「Y使用商標は、商品『時計』について著名な商標である。そして、Y使用商標の構成は、引用商標1及び2と同じく、『フランク ミュラー』及び『FRANCK MULLER』の文字から成るものであるから、前記(3)と同様に、本件商標とY使用商標とは、類似する商標であり、かつ、本件商標の指定商品は、『時計』を含むものである」として、原決定は、本件商標が商標法4条1項10号に該当するとした。

第三に、商標法4条1項15号該当性については、「本件商標は、これをその指定商品について使用した場合には、他人の業務に係る商品と混同を生じるおそれのある商標に該当すると認められるから、仮に本件商標が商標法4条1項10号及び同項11号に該当しないとしても、同項15号に該当する」とした。また、X商品はパロディウォッチに徹しているため、需要者が出所を混同して購入することなど一切ないというXの主張に対して、「X商品は、パロディ商品である旨をその特徴としており、これは、X商品に接した需要者が一見した際に、Y商品並びに引用商標及びY使用商標を想起することを意図していることを示すものであるから、XがYの著名なY使用商標に係る業務上の使用にただ乗り（いわゆるフリーライド）していることは明らかであって、Xの上記主張は採用することができない」とした。

第四に、商標法4条1項19号該当性については、「Xは、Y使用商標がY商品を表示するものとして需要者の間に広く認識されていることや、本件商標がY使用商標のパロディであることを認識しながら、時計等を指定商品等とする本件商標の商標登録出願を行い、実際に本件商標を使用して、Y商品を模した商品を製造、販売しているから、本件商標は、Xが、不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をもって使用をするものと認められ、仮に本件商標が商標法4条1項10号、同項11号及び同項15号に該当しないとしても、同項19号に該当する」とした。

これに対して、Xが審決取消訴訟を提起したところ、知財高裁は、以下のように、本件登録商標は上記各号のいずれにも当たらないとして、本審決を取り消した⁽⁵⁾。

① 商標法4条1項11号該当性

商標法4条1項11号該当性については、「本件商標と引用商標1は、称呼において類似する。他方、本件商標は手書き風の片仮名及び漢字を組み合わせた構成から成るのに対し、引用商標1は片仮名のみの構成から成るものであるから、本件商標と引用商標1は、その外観において明確に区別し得る。さらに、本件商標からは、『フランク三浦』との名ないしは名称を用いる日本人ないしは日本と関係を有する人物との観念が生じるのに対し、引用商標1からは、外国の高級ブランドであるY商品の観念が生じるから、両者は観念において大きく相違する」とした上で、「本件商標と引用商標1は、称呼においては類似するものの、外観において明確に区別し得るものであり、観念においても大きく異なるものである上に、本件商標及び引用商標1の指定商品において、商標の称呼のみで出所が識別されるような実情も認められず、称呼による識別性が、外観及び観念による識別性を上回るともいえないから、本件商標及び引用商標1が同一又は類似の商品

(5) その後、Yは上告および上告受理の申立てをしたが、最高裁は上告を棄却および不受理とした（最決平成29年3月2日（平成28年（行ツ）第275号・平成28年（行ヒ）第319号）参照。

に使用されたとしても、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるとはいえない」などとした。

② 商標法4条1項10号該当性

商標法4条1項10号該当性については、「Y使用商標1は引用商標1と同一又は類似の、Y使用商標2は引用商標2と同一の構成から成るものであるところ、本件商標は、引用商標1及び2のいずれとも類似するとはいえない商標であることは前記1のとおりであるから、本件商標は、Y使用商標のいずれとも類似するとはいえない」とした。

③ 商標法4条1項15号該当性

商標法4条1項15号該当性については、「本件商標の指定商品とY商品とでは、商品の取引者及び需要者は共通する」としながらも、「他方で、本件商標とY使用商標とは、生じる称呼は類似するものの、外観及び観念が相違し、かつ、前記1(3)アのとおり、本件商標の指定商品において、称呼のみによって商標を識別し、商品の出所を判別するものとはいえないものである」などとした上で、「本件商標の指定商品の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準としても、本件商標を上記指定商品に使用したときに、当該商品がY又はYと一定の緊密な営業上の関係若しくはYと同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品であると誤信されるおそれがあるとはいえない」とした。

④ 商標法4条1項19号該当性

商標法4条1項19号該当性については、「本件商標は、Y使用商標のいずれとも類似するとはいえないから、本件商標が不正の目的をもって使用するものに該当するかどうかについて判断するまでもなく、本件商標は商標法4条1項19号に該当するものとは認められない」とした。

(2) KUmA事件⁽⁶⁾

「PUMA」を使用するスポーツ用品メーカーであるYは、平成23年10月12日、Xが有する本件商標（商標登録第4994944号）が商標法4条1項7号および15号に該当すると主張して、登録無効審判を請求した。



特許庁は、平成24年11月27日、本件商標が商標法4条1項7号および15号に該当するとして、これを無効とする審決を下した。

これに対して、Xが審決取消訴訟を提起したが、知財高裁は、以下のように述べて請求を棄却した。

① 商標法4条1項15号該当性

商標法4条1項15号該当性については、「共通する構成から生じる共通の印象から、本件商標と引用商標とは、全体として離隔的に観察した場合には、看者に外観上酷似した印象を与える」などとした上で、「上記事情を総合すると、本件商標をその指定商品について使用する場合には、これに接する取引者、需要者は、顕著に表された独特な欧文字4字と熊のシルエット風図形との組合せ部分に着目し、周知著名となっている引用商標を連想、想起して、当該商品が被告又は被告と経済的、組織的に何らかの関係を有する者の業務に係る商品であるかのように、その出所について混同を生ずるおそれがあるといえる」とした。

(6) 知財高判平成25年6月27日（平成24年（行ケ）第10454号）〔KUmA事件〕参照。

② 商標法4条1項7号該当性

商標法4条1項7号該当性については、「日本観光商事社は引用商標の著名であることを知り、意図的に引用商標と略同様の態様による4個の欧文字を用い、引用商標のピューマの図形を熊の図形に置き換え、全体として引用商標に酷似した構成態様に仕上げることにより、本件商標に接する取引者、需要者に引用商標を連想、想起させ、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力にただ乗り（フリーライド）する不正な目的で採択・出願し登録を受け、原告は上記の事情を知らずながら本件商標の登録を譲り受けたものと認めることができる。そして、本件商標をその指定商品に使用する場合には、引用商標の出所表示機能が希釈化（ダイリューション）され、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力、ひいては被告の業務上の信用を毀損させるおそれがあるといえることができる。そうすると、本件商標は、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力に便乗して不当な利益を得る等の目的をもって引用商標の特徴を模倣して出願し登録を受けたもので、商標を保護することにより、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、需要者の利益を保護するという商標法の目的（商標法1条）に反するものであり、公正な取引秩序を乱し、商道徳に反するものというべきである」とした。

(3) Lamborghini 事件⁽⁷⁾

高級スポーツカーを製造販売するXは、平成22年10月28日、Yが商標権を有する登録商標（商標登録第5256629号）の無効審判請求を行った。

【本件商標】



【引用商標】



特許庁は、平成23年8月24日、商標法4条1項7号、10号、15号、19号のいずれにも違反して登録されたものではないとして、不成立審決を下した。

これに対して、Xが審決取消訴訟を提起したところ、知財高裁は、以下のように述べて、本件審決を取り消した。

① 類似性

本件商標と引用商標との類似性については、「本件商標と引用商標は、本件商標の文字部分10文字中9文字が引用商標と共通すること、称呼において、相違する1音が母音構成を同じくする近似音であり類似すること、外観においても、若干の相違があるものの、全体として類似することに加え、前記原、被告の各商標の使用状況等取引の実情等を総合して判断すると、本件商標と引用商標は、互いに類似する商標である」とした。

② 商標法4条1項10号該当性

商標法4条1項10号該当性については、「本件商標は、他人の業務に係る商品（自動車）を表示するものとして、需要者の間に広く認識されている商標に類似する商標であって、その商品（自動車）に使用をするものに該当すると認められる」とした。

(7) 知財高判平成24年5月31日判タ1388号300頁〔Lamborghini事件〕参照。

③ 商標法4条1項15号該当性

商標法4条1項15号該当性については、「本件商標は、他人の業務に係る商品と混同を生ずるおそれのある商標に該当する」とした。

④ 商標法4条1項19号該当性

商標法4条1項19号該当性については、「Yは、……Xが世界的に著名な自動車メーカーであり、引用商標もXの業務に係る商品（自動車）を表示するものとして需要者の間に広く認識されていることや、かかる引用商標と本件商標が類似の商標であることを認識しながら、自動車等を指定商品等とする本件商標登録を行い、実際に『Lamborghini』や『ランボルギーニ』との商標を使用して、Xの製造、販売に係る自動車を模したカスタムバギーを製造、販売していることが認められる。そうすると、本件商標は、Yが、不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をもって使用をするものと認められる」とした。

(4) SHI-SA事件⁽⁸⁾

Xが商標権を有する本件商標（商標登録第5040036号）について、補助参加人プーマ社が商標登録異議の申立てを行ったところ、特許庁は、平成20年7月2日、本件商標が引用商標Cと類似するとして上で、商標法4条1項11号に違反するとして本件商標登録を取り消す決定を行った。これに対して、Xが審決取消訴訟を提起したところ、知財高裁は、平成21年2月10日、当該決定を取り消す判決（原判決）を行った⁽⁹⁾。その後、特許庁は、平成21年10月29日、本件商標は、①引用商標Aとの関係で類似する（商標法4条1項11号）、②引用商標Cとの関係で商品の出所の混同を生ずるおそれがある（同項15号）または③不正の目的で使用するもの（同項19号）として、本件商標の登録を取り消すとの決定（原決定）を行った。

これに対して、Xが原決定に関する審決取消訴訟を提起したところ、知財高裁は、以下のように述べて、原決定を取り消した。

① 商標法4条1項11号該当性

商標法4条1項11号該当性については、本件商標と引用商標Aとの類似性として、「両者の外観は著しく異なるものであり、とりわけ、本件商標では中央に配された『SHI-SA』の文字列が強調され、その右方に動物図形部分がシルエットで配されているが、引用商標Aではこのような外観を有しない点が大きく異なるものである」などとした上で、「上記の外観の著しい相違により、本件商標と引用商標Aとが類似するとまではいえないというべきである」として、「法4条1項11号に基づき引用商標Aと類似することを理由として本件商標の登録を取り消すとした原決定は誤りである」とした。

② 商標法4条1項15号該当性

商標法4条1項15号該当性については、「本件商標の指定商品たるTシャツ、帽子の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準としても、本件商標を上記指定商品に使用したときに、当該商品が補助参加人又は補助参加人と一定の緊密な営業上の関係若しくは補助参加人と同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品であると誤信されるおそれがあるとはいえない」とされ、「本件商標登録には、法4条1項15号にいう『混同を生ずるおそれ』があるとはいえず、これに反する原決定の判断は誤りであるというべきである」とした。

③ 商標法4条1項19号該当性

商標法4条1項19号該当性については、「本件商標と引用商標Cとは、生じる称呼及び観念が相違し、外観も必ずしも類似するとはいえないから、両商標は類似しないというべきものである。そうすると、本件商標は法4条1項19号にいう『類似の商標』に当たらないことになる」とした。

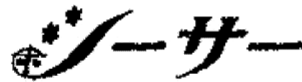
(8) 知財高判平成22年7月12日判タ1387号311頁〔SHI-SA事件〕参照。

(9) 知財高判平成21年2月10日（平成20年（行ケ）第10311号）参照。

【本件商標】



【引用商標 A】



【引用商標 C】

(5) ローリングストーンズマーク事件⁽¹⁰⁾

Xが商標権を有する本件商標に係る登録異議の申立てについて、特許庁は、商標法4条1項15号違反を理由に本件商標登録を取消した。これに対して、Xがその取消しを求めたところ、知財高裁は、商標法4条1項15号該当性について、「本件商標と引用商標とは、称呼及び觀念の共通性がないことに加え、外観においても、本件商標では正面方向から見た平面的な図形であるのに対して、引用商標ではやや右斜め方向から見た立体的な図形である点でかなり印象を異にするものである点」等の「事情を総合考慮すると、引用商標に係る商品又は役務は本件商標に係る本件指定商品等に含まれるものであるとしても、本件商標の登録出願時及び登録査定時において、本件商標を本件指定商品等に使用した場合、これに接する取引者・需要者が、著名な商標である引用商標を連想・想起して、本件指定商品等がローリングストーンズ若しくはローリングストーンズとの間に緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある者の業務に係る商品又は役務であると誤信するおそれがあるものと認めることはできないといわざるを得ない」と述べて、本件決定における商標登録の取消しに関する部分を取り消した。

【本件商標】



【引用商標】

(6) BOZU 事件⁽¹¹⁾

本件登録商標（商標登録第4093734号）は、第25類「被服」を指定商品として、平成9年12月19日に設定登録されたものである。これに対する異議申立について、特許庁は、「本件商標は、使用に広く認識されるに至った引用商標中の『BOSS COFFEE』の『BOSS』の文字を単に『BOZU』の文字に置き換えたにすぎず、かつ、マドロスパイプをくわえた男性の図形は頭髪部分を除けば顔の向き及び表情等が引用商標とほとんど同一といえるものであるから、前記したことよりして、これに接する取引者・需要者に容易に引用商標及び申立人を想起させるものである。してみれば、本件商標は、これをその指定商品（被服）に使用した場合、申立人の業務に係る商品、若しくは、申立人と経済的又は組織的に何等かの関係を有する者の業務に係る商品であるかの如く、その商品の出所について混同を生ずるおそれがあるものといわなければならないから、本件商標は、商標法第4条第1項第15号の規定に違反して登録されたものである」と述べて、本件商標登録を取り消した。

(10) 知財高判平成22年1月13日（平成21年（行ケ）第10274号）〔ローリングストーンズマーク事件〕参照。

(11) 特許庁審決平成10年10月27日（平成10年異議第90851号）参照。

【本件商標】



【引用商標】



3 検討

以上のように、商標パロディの登録をめぐることは、商標法4条1項各号該当性に関連して、特に、類似（同項10・11・19号）、混同のおそれ（同項15号）、公序良俗（同項7号）が問題となる。以下、それぞれについて若干の検討を加えておく。

(1) 「類似」（商標法4条1項10号・11号・19号）

① 一般論

一般論として、商標の「類似」は、「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断する」とされる（最判昭和43年2月27日民集22巻2号399頁〔しょうごん事件〕）。そして、「取引の事情」については、「商標の類否判断に当たり考慮することのできる取引の実情とは、その指定商品全般についての一般的、恒常的なそれを指す」とされる（最判昭和49年4月25日〔昭和47年（行ツ）第33号〕〔保土谷化学工業事件〕）。

② 商標パロディについて

商標パロディに関する近時の裁判例では、この点で結論が分かれている。すなわち、KUmA事件およびLamborghini事件においては類似性が肯定され、他方、SHI-SA事件およびフランク三浦事件においては類似性が否定された。

とりわけ注目されるのが、フランク三浦事件において、知財高裁判決と特許庁審決が結論を異にした点である。いろいろな見方があり得るが、この両者には、特に「観念」の評価に関して相違があるように思われる。というのも、特許庁が「著名ブランドとしての『フランク ミュラー』の観念を想起させる場合があることから、著名ブランドとしての『フランク ミュラー』の観念を生じる引用商標とは、観念上、類似する」としたのに対して、知財高裁は、「本件商標からは、『フランク三浦』との名ないしは名称を用いる日本人ないしは日本と関係を有する人物との観念が生じるのに対し、引用商標1からは、外国の高級ブランドであるY商品の観念が生じるから、両者は観念において大きく相違する」と判示したからである。

結局のところ、本件登録商標が維持されたのは、このように「三浦」という日本語の印象が強いことに加えて、数十万円以上する本家フランク・ミュラーの高級時計と数千円で販売されている「フランク三浦」の時計とでは需要者層の違いが大きいことなどが影響したように思われる。学説上は、本件登録商標を維持した知財高裁の結論を支持する見解が多いように見えるが⁽¹²⁾、説明として十分かどうかについてはさらなる

(12) 茶園成樹「パロディ商標と商標法4条1項10号、11号、15号及び19号」判例評論706号20頁（2017年）（「パロディ商標は、他人の周知著名な商標を連想させつつ、風刺や滑稽という意味を付加して、当該商標とは別個のものと認識さ

検討を要しよう。

(2) 「混同を生ずるおそれ」(商標法4条1項15号)

① 一般論

一般論として、商標法4条1項15号にいう「混同を生ずるおそれ」については、「当該商標をその指定商品又は指定役務（以下『指定商品等』という。）に使用したときに、当該商品等が他人の商品又は役務（以下『商品等』という。）に係るものであると誤信されるおそれがある商標のみならず、当該商品等が右他人との間にいわゆる親子会社や系列会社等の緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品等であると誤信されるおそれ（以下『広義の混同を生ずるおそれ』という。）がある商標を含む」とされ、「『混同を生ずるおそれ』の有無は、当該商標と他人の表示との類似性の程度、他人の表示の周知著名性及び独創性の程度や、当該商標の指定商品等と他人の業務に係る商品等との間の性質、用途又は目的における関連性の程度並びに商品等の取引者及び需要者の共通性その他取引の実情などに照らし、当該商標の指定商品等の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準として、総合的に判断されるべき」とされる（最判平成12年7月11日民集54巻6号1848頁〔ルールデュタン事件〕⁽¹³⁾）。

② 商標パロディについて

商標パロディに関する近時の裁判例では、この点で結論が分かれている。すなわち、KUmA事件およびLamborghini事件においては混同のおそれが肯定され、他方、SHI-SA事件およびフランク三浦事件においては混同のおそれが否定された。

フランク三浦事件において、特許庁審決は、「X商品は、パロディ商品である旨をその特徴としており、これは、X商品に接した需要者が一見した際に、Y商品並びに引用商標及びY使用商標を想起することを意図していることを示すものであるから、XがYの著名なY使用商標に係る業務上の使用にただ乗り（いわゆるフリーライド）していることは明らかである」として、「他人の業務に係る商品と混同を生じるおそれのある商標に該当する」とした。このことからすれば、当該審決は、著名商標を「想起」させることを意図していることや、フリーライドしていることを理由に、商標法4条1項15号該当性を肯定する立場のようにも見える。

これに対して、知財高裁判決は、「確かに商標法4条1項15号の規定は、周知表示又は著名表示へのただ乗り（いわゆるフリーライド）及び当該表示の希釈化（いわゆるダイリューション）を防止し、商標の自他識別機能を保護することによって、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、需要者の利益を保護することを目的とするものではあるものの、飽くまで同号に該当する商標の登録を許さないことにより、上記の目的を達するものであって、ただ乗りと評価されるような商標の登録を一般的に禁止する根拠となるものではない」として、混同のおそれを否定した。これによると、当該判決は、商標法4条1項15号は、フリーライド（ただ乗り）またはダイリューション（希釈化）の防止を目的とはするものの、あくまで混同のおそれがある場合のみを対象としているため、フリーライドやダイリューションのみを根拠として同号該当性を肯定するわけではないという立場と理解できよう。このように見てくると、知財高裁判決と特許庁審決とが結論を

ることを目的とするものであるからである。このような性質から、パロディ商標の場合は、類似の観念が生じることはないであろう」とする）、泉克幸「周知商標をパロディ的に利用した商標の登録可能性（フランク三浦事件）」『新・判例解説 Watch』20号279頁（2017年）参照。

(13) また、最判平成13年7月6日判時1762号130頁〔PALM SPRINGS POLO CLUB事件〕は、「本願商標は、これに接した取引者及び需要者に対し引用商標を連想させて商品の出所につき誤認を生じさせるものであり、その商標登録を認めた場合には、引用商標の持つ顧客吸引力へのただ乗り（いわゆるフリーライド）やその希釈化（いわゆるダイリューション）を招くという結果を生じ兼ねないと考えられる。そうすると、本願商標は、本号にいう『混同を生ずるおそれがある商標』に当たると判断するのが相当」としている。

異にしたのは、著名商標へのフリーライドというものに関する評価の相違に基づくものと考えられる⁽¹⁴⁾。

これに対して、KUmA 事件においては、知財高裁判決が混同のおそれを認めて商標法 4 条 1 項 15 号該当性を肯定したが、学説上は、同事件のような商標パロディであれば混同のおそれはないという指摘も見られる⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。

(3) 公序良俗（商標法 4 条 1 項 7 号）

最近では、KUmA 事件および面白い恋人事件のように、商標パロディについて、公序良俗違反（商標法 4 条 1 項 7 号）に当たるとする裁判例が見られる⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。

特に、KUmA 事件の判決は、「本件商標に接する取引者、需要者に引用商標を連想、想起させ、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力にただ乗り（フリーライド）する不正な目的で採択・出願し登録を受け、原告は上記の事情を知らながら本件商標の登録を譲り受けたものと認めることができる。そして、本件商標をその指定商品に使用する場合には、引用商標の出所表示機能が希釈化（ダイリューション）され、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力、ひいては被告の業務上の信用を毀損させるおそれがある」とした上で、「本件商標は、引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力に便乗して不当な利益を得る等の目的をもって引用商標の特徴を模倣して出願し登録を受けたもので、商標を保護することにより、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、需要者の利益を保護するという商標法の目的（商標法 1 条）に反するものであり、公正な取引秩序を乱し、商道徳に反する」としている。

もし同判決が、ある商標パロディが、他人の著名商標を「想起」させることによって、その顧客吸引力にフリーライドする目的があり、当該著名商標の出所表示機能が希釈化するおそれがある場合は、常に商標法 4 条 1 項 7 号該当性が肯定されて、商標登録が否定されることになるという趣旨であれば、その妥当性が問われることになる。

(14) 同判決の結論を支持するものとして、茶園・前掲注 (12) 20 頁、小林利明「判批〔知財高判平成 28 年 4 月 12 日〕」ジュリスト 1496 号 9 頁 (2016 年)、泉・前掲注 (12) 280 頁参照。これに対して、松村信夫・赤松俊治「パロディ商標と商標の登録要件」知財管理 67 卷 2 号 232 頁 (2017 年) は、「周知又は著名商標へのフリーライドやダイリューションが生じるおそれがあることは 15 号においても重要な考慮要素となりえるだろう」とする。

(15) 平澤・前掲注 (3)「商標パロディと商標法 4 条 1 項 7 号及び 15 号」317 頁は、「原告商標によって本当に混同のおそれが生じるのであろうか。多くの者は、原告商標が被告商標のパロディであると認識できるのであり、パロディであると認識できれば原告商標の付された商品が被告の製造したものと誤信する可能性は低いと思われる。パロディの場合に、他の事案よりも広く類似する標章の使用が許されると解することは不要であると思われるが、少なくとも本件は、前掲最判「レールデュタン」の摘示した要素によって判断したとしても、混同のおそれを否定できる事案ではなかったかと思われる」とする。

(16) なお、「混同」にライセンス関係の誤信が含まれるかどうかとも問題となり得るが（不競法 2 条 1 項 1 号に関する議論として、上野達弘「混同の意味」別冊特許 8 号 23 頁以下〔2012 年〕参照）、商標パロディの場合、ライセンス関係は通常あり得ないと指摘するものとして、齋藤崇・小川宗一「パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性」日本大学知財ジャーナル 10 号 110 頁 (2017 年)、平澤・前掲注 (3)「商標パロディと商標法 4 条 1 項 7 号及び 15 号」316 頁以下参照。

(17) また、西村雅子「『面白い恋人』事件のご紹介」(<http://onm-tm.jp/news/>「面白い恋人」事件) は、「『面白い恋人』は吉本興業の関連会社である株式会社吉本倶楽部により出願されていたが（商願 2010-66954）、4 条 1 項 7 号（公序良俗）違反で拒絶査定されている。拒絶理由通知では、4 条 1 項 11 号及び 15 号も拒絶理由として挙げられていたが、特許庁で最終的には、類似も出所混同のおそれも適用に無理があると判断されたと考えられる。拒絶査定における 7 号該当の理由は、『出願人が本願商標を採択、使用することは、商品名称や商品パッケージにユーモアを加えるというよりは、前記「白い恋人」の名声や顧客吸引力に便乗するものと推認されるものであって、更に商標登録することによって、その名声や顧客吸引力の希釈化を進めるおそれがあるというべきであり、結局、公正な取引秩序を乱し、公の秩序を害するおそれがある』というものである」とする。

(18) なお、フランク三浦事件では、訴訟において商標法 4 条 1 項 7 号の適否が争われていないが、Y としては同号違反を問題にする余地もあつたのではなかろうか。

この点、商標パロディについて同号該当性を肯定することに批判的な見解がある反面⁽¹⁹⁾、これに比較的積極的な見解もある⁽²⁰⁾。

たしかに、一般論としては、商標法4条1項7号にいう「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」かどうかの判断においては、商標自体の内容に問題がある場合のみならず、商標出願の経緯に社会的相当性を欠く事情がある場合も含むとされるところである⁽²¹⁾。もっとも、商標パロディの場合は、それがたとえ著名商標の稀釈化と汚染を招くとしても、それは基本的に私益に関わる問題に過ぎない。そうすると、このことをもって「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれ」を肯定すべきかどうかという点は残された課題となろう。

Ⅲ 商標パロディによる侵害

商標パロディの使用は、他人の商標権その他の権利侵害に当たる場合が考えられる。

1 商標法

(1) 問題の所在

商標権者は、指定商品また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（商標法25条本文）と共に、指定商品もしくは指定役務についての登録商標に類似する商標の使用または指定商品もしくは指定役務に類似する商品もしくは役務についての登録商標もしくはこれに類似する商標の使用は侵害とみなされる（同法37条1号）⁽²²⁾。

もっとも、出所表示機能を有しない態様での使用は「商標的使用」に当たらないとして商標権侵害が否定される。そして、平成26年改正後の商標法26条1項6号は、「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」に商標権の効力が及ばないと規定している。

(2) 検討

ある商標パロディの使用が、他人の登録商標の商標的使用に当たると評価される場合は商標権侵害に当たり得ることになる⁽²³⁾。

(19) 平澤・前掲注(3)「商標パロディと商標法4条1項7号及び15号」324頁以下、同・前掲注(3)「表現規制としての標識法とその憲法的統制」195頁（「パロディ商標については、他の商標と類似し又は混同のおそれがある場合に問題が生じることからすれば、4条1項11号や15号による利害調整を行うことが妥当である。商標法4条1項7号では、類似性や混同のおそれが要件となるわけではないため、裁判官の恣意的な判断に陥りかねないという問題はあろう」とする）、茶園・前掲注(12)22頁注22（「パロディ商標は他人の周知著名な商標を対象とするものであるから、19号を無意味なものとしないうちに、7号の適用は控えるべきであると思われる」とする）参照。

(20) 松村・赤松・前掲注(14)234頁（「パロディ商標が公序良俗に反するか否かの判断にあたって、このような表現の自由を前提とするパロディ商標の登録や使用の自由が、上記のような商標法の目的を犠牲にしても保護すべき必要性があるか、また、パロディ商標の構成やその使用の態様が前記のようなパロディ商標を使用する必要性に照らして合理的か否かを考慮することも可能である。換言すれば、筆者らも審査官、審判官、裁判官が7号を通じこのような異なる公益的価値の間の調整を適切に行うことを前提として、パロディ商標の登録についても7号適用の可能性に関する検討が深化されることを期待しているのである」とする）、齋藤・小川・前掲注(16)113頁（「商標の冒用行為の一つでもあるパロディ商標は、それを野放しにしておくと、ひいては『産業の発達』の阻害要因になる可能性は否定できないのではなからうか。いずれにせよ、これは、我が国商標制度の根幹に係る問題といえよう。したがって、以上のように考えるとすれば、周知著名商標の保護という観点に立ち返って、商標法の目的にさえ悖る可能性があるパロディ商標から周知著名商標を保護するために7号を適用することも、少なくとも現行法上は、誤りとはいえないのではなからうか」とする）参照。

(21) 中村仁「商標法4条1項7号、8号及び19号と周知・著名性」（本誌掲載）も参照。

(22) また、著名な登録商標について防護標章登録を受けた場合、その指定商品または指定役務についての登録防護標章の使用は侵害とみなされる（商標法67条1号）。

したがって、商標パロディの使用が商標的使用に当たらない場合は商標権侵害に当たらない。また、一品制作的な商標パロディ作品を制作して自己の個展で展示する場合（例：岡本光博氏の作品「バッタもん」〔図1⁽²⁴⁾〕）のように、「商品」に該当しないという理由で商標権侵害が否定される場合もあろう。

その上で、ある商標パロディの使用が、たとえ他人の登録商標の商標的使用に当たる場合でも、商標パロディの使用が憲法上の基本権としての表現の自由（憲法21条1項）によって保障されるべきものと捉える観点から、解釈上、商標権の効力を制約すべきかどうかという点は、残された課題となる⁽²⁵⁾。



図1

2 不正競争防止法

(1) 問題の所在

不正競争防止法は、周知の商品等表示と同一または類似の商品等表示を使用等して他人の商品または営業と混同を生じさせる行為（不競法2条1項1号）、著名な商品等表示と同一または類似のものを自己の商品等表示として使用等する行為（同項2号）等を不正競争行為としている。ここにいう「商品等表示」は、「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう」と定義されているため（同項1号）、商標自体のみならず、商品の形態や包装等が対象になる。

(2) 検討

商標パロディについて不競法が問題になる場合は、商標のみならず、商品の形態全体が問題になる（例：「フランク三浦」の時計〔図2⁽²⁶⁾〕）。

その結果、商標パロディを用いた商品等が、周知の商品等表示と同一または類似の商品等表示を使用等して他人の商品等と混同を生じさせる場合は、不競法2条1項1号の不正競争行為に当たることになる⁽²⁷⁾。また、商標パロディは著名商標について行われるのが一般的であるため、商標パロディを用いた商品等が、他人の著名な商品等表示と同一または類似するものを自己の商品等表示として使用していると評価される場合は、たとえ混同のおそれがなくても不競法2条1項2号の不正競争に当たることになる⁽²⁸⁾。



図2

ただ、わが国不競法2条1項1号・2号は「自己の商品等表示として」の使用を対象と

(23) なお、土肥・前掲注(3)は、「出所表示機能を果たす使用の態様だけがこれに含まれ、品質保証機能、宣伝広告機能、投資機能といった他の経済的機能を果たす態様での使用が商標的使用の態様に含まれないとする積極的理由はない」(891頁)という考えに基づき、「商標制度の目的から商標の投資保護機能を導くことができ、商標パロディでの商標の使用がこの機能を損なうと評価できれば、商標権の効力はこの商標パロディに及び得るように思われる」(892頁)とする。

(24) 岡本光博氏のウェブサイト (<http://okamotomitsuhiro.com/page/w/battamon/BATTAmoms.htm>) より引用。

(25) 平澤・前掲注(3)「表現規制としての標識法とその憲法的統制」185頁以下は、「事業者の投資により生じた価値を全て商標権者が回収しなければならないわけではない。それゆえ、単なる投資の保護というのみでは、表現の自由に対する制約の正当化根拠としては不十分であると思われる。……パロディ商標の場合でも、商標権又は不正競争防止法2条1項2号に基づく権利行使については、これを営利的言論と解してもなお憲法21条に反する余地はある」とする。これに対して、土肥・前掲注(3)893頁以下は、「わが国の制度上の理解として考えても、商標パロディが表現の自由（芸術の自由）を追求するものであっても、公益性の観点からこの利益と需要者を混同から守る利益とを比較したとき、前者が後者よりも当然に優位するとは思えない。パロディの名の下に許されるのは、商標自体の混同は格別、出所の混同を生ずるおそれがなく、著名商標の識別力ないし信用価値の毀損が認められない場合に限るべきである。他人の財産権を公共のために用いる場合であっても、その行為は、無制限ではない」とする。

(26) 「フランク三浦」のウェブサイト (<http://tensaitokeishi.jp/shopdetail/00000000131/ct3/page1/order/>) より引用。

(27) 周知の通り、同号にいう混同のおそれは広義の混同を含むと解されている（上野・前掲注(16)12頁参照）。

(28) もっとも、金井重彦「登録されたパロディ商標と無効事由の有無」ビジネスロージャーナル2017年9月号110頁は、「混同がない以上、高級時計のフランクミュラーの商標としての価値を希釈もしないし、毀損もしない。パロディが、パロディの対象となった商標を希釈化も汚染もしていない場合にまで差止めを認めるのが妥当か、表現の自由の観点からも、不正競争法2条1項1号・2号の適用は要件をくれぐれも慎重に検討されなければならない」とする。

しているため⁽²⁹⁾、たとえ形式的には他人の著名商標を使用するものであっても、それが出所識別機能を果たしていないような場合には「商品等表示として」の使用に当たらないという理由で同号に当たらないことになる。

その上で、ある商標パロディの使用が、たとえ不競法2条1項1号・2号の要件を満たすとしても、商標パロディという手段による表現の自由を確保する観点から、解釈上、これを制約すべきかどうかという点は、残された課題となる。

3 著作権法

商標パロディの中には、それが著作物（著作権法2条1項1号）に当たるものもあると考えられ、その場合は、著作権法上の権利の問題にもなる（例：「STARBAR」の看板〔図3⁽³⁰⁾〕）。

もっとも、わが国著作権法にはパロディに関する明文の規定はないため⁽³¹⁾、商標パロディという手段による表現の自由を確保する観点から、解釈上、著作権および著作者人格権の効力を制約すべきかどうかという点は、残された課題となる⁽³²⁾。



図3

4 パブリシティ権

芸能人の氏名や肖像のように、人の氏名・肖像等が、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合、そのような顧客吸引力を排他的に利用する権利として「パブリシティ権」が、最高裁判決によって認められている⁽³³⁾。

同判決によれば、「〔1〕肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、〔2〕商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、〔3〕肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合」には、パブリシティ権の侵害に当たるとされる。

そうすると、例えば、ある著名商標が顧客吸引力を有する者の氏名・肖像等を含むものである場合（例：「フランク・ミュラー」）、その著名商標を用いた商標パロディが何らかの商品等に付す行為が、専ら当該氏名・肖像等の顧客吸引力の利用を目的とするものと評価され、たとえ商標権侵害や不競法違反に当たらなくても、パブリシティ権侵害に当たり得ることになる。

5 不法行為法

最後に、他人の著名商標にフリーライドする商標パロディが、たとえ商標権侵害や不競法違反など個別の知的財産法違反に当たらない場合であっても、民法上の不法行為（民法709条）に当たるとされる可能性が問題となる。

この点、かつては、知的財産法（著作権法、特許法、実用新案法、意匠法、商標法、不正競争防止法等）

(29) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法（平成23・24年改正版）』（有斐閣、2012年）58頁は、1号について、「『使用』とは、他人の商品等表示を商品または営業に用いることを指すものである。……他人の商品等表示を自己識別機能又は出所識別機能を果たす態様で使用していない場合には、商品等表示の『使用』には該当しない」とする。また、同62頁は、2号について、「本号の対象となるのは、著名な商品等表示を自己の商品等表示として使用した場合に限られる」とする。

(30) 「STARBAR（スターバー）」という名称のガールズバーで看板を掲げたことについて、2013年3月8日、商標法違反容疑で千葉地検八日市場支部に書類送検されたという（千葉日報2013年3月9日参照）。画像は同記事（<https://www.chibanippo.co.jp/news/national/126498>）より引用。

(31) 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ事件：第一次上告審〕も参照。

(32) 学説上は、パロディが適法引用（著作権法32条1項）として許容される可能性を認める見解も有力である（例えば、田村善之『著作権法概説』〔有斐閣、第2版、2001年〕242頁以下、中山信弘『著作権法』〔有斐閣、第2版、2014年〕408頁以下参照）。

(33) 最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁〔ピンク・レディー事件：上告審〕参照。

やパブリシティ権による保護を受けない場合に不法行為の成立を認めた裁判例が、特に平成20年頃まで多数見られたところであるが、北朝鮮事件の最高裁判決が、著作権法6条3号に該当しないとされた北朝鮮の著作物について、「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」と判示して以降⁽³⁴⁾、その後の下級審裁判例においては、著作権法のみならず、不競法に関する事案においても、北朝鮮事件の最高裁判決を広く一般化したようなフレーズが繰り返されており⁽³⁵⁾、結論として不法行為の成立を認めた裁判例は公開されている限り存在しない。

ただ、本来であれば、北朝鮮事件の最高裁判決は、「著作権法6条各号所定の著作物に該当しない著作物」という極めて稀なケースを直接の射程として判示されたものであり、「著作物」でないもの（例：創作性のないデータベース、タイプフェイス）に関しては、他人が多大な費用や労力を投下して作成した大量の情報をデッドコピーして安価で販売して競業するような行為が不法行為に当たる余地は、なお残されているようにも思われる⁽³⁶⁾。そうすると、他人が多大な費用や労力を投下して顧客吸引力を獲得した著名商標を用いた商標パロディが、不法行為に当たる可能性も完全には否定できないように思われる⁽³⁷⁾。

IV 若干の検討

1 検討の視点

上記の検討を踏まえて、商標パロディについて若干の検討を加えておく。

商標パロディをめぐるのは、①著名商標主体の利益（例：顧客吸引力、稀釈化・汚染からの保護）および②商標パロディ主体の利益（例：表現の自由、意見表明・芸術の自由、商標選択の自由）の利益調整が問題になっているように思われる。以下、それぞれについて課題を指摘しておきたい。

2 商標パロディ主体の利益

第一に、商標パロディを使用する者の利益については、商標パロディの使用が、表現の自由、芸術の自由、政治的意見表明の自由などによって保障されるべきものと考えられるかどうか、もしそのように考えるとして、現行法は十分かどうか問題となる。

この点は諸説あり得るが、最近では、商標パロディを表現の自由によって保障されるものと位置づける見解が増えつつある⁽³⁸⁾。もちろん、商標パロディだというだけで、直ちにすべての商標パロディがパロディで

(34) 最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮事件：上告審〕参照。

(35) 例えば、知財高判平成28年3月8日（平成27年（ネ）第10118号）〔インタープライズ・コンサルティング事件：控訴審〕は、「不競法に定める不正競争行為が存しない場合に不法行為が成立する可能性があるか否かに関しては、市場における競争は本来自由であるべきところ、一定の範囲の行為についてのみ不正競争行為としてこれを規制する不競法の趣旨に照らせば、同法において規制の対象とならない行為については、当該行為が自由競争の範囲を逸脱し、ことさら相手方に損害を与えることのみを目的として行われたなど、同法が規律の対象とす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存在しない限り、一般不法行為を構成することはないというべきである」（第一審判決〔東京地判平成27年9月11日〕引用部分）としている。

(36) 詳しくは、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為——北朝鮮事件——」AIPPI57巻9号17頁以下（2012年）、同「著作権法による自由」法学教室426号40頁（2016年）参照。

(37) この点、平澤卓人「日本法における商標パロディの可能性——SHI-SA事件——」知的財産法政策学研究25号295頁以下（2009年）は、「そこで、パロディの適法性を判断するにあたっては、意見表明の場合に準じて、原則としてはこれを自由と解しつつ、そこでパロディされる表示の主体について何らかの事実があるものと誤認させ、それが表示の主体の名誉や信用を毀損するものである場合には、原則として不法行為が成立するとして、公共の利害に関する事実に係り、その目的が専ら公益を図ることにあり、かつその事実が真実であるか、表現主体が真実であると誤認したことについて相当である場合に限り、これを適法と考えるべきであろう。また、公共の利害に関する事実に係り、その目的が専ら公益を図ることという要件については、パロディ表現の性質上、表現の自由の重要性に鑑みて緩やかに考えてよい」とする。

(38) 平澤・前掲注(3)「表現規制としての標識法とその憲法的統制」参照。すでに、佐藤・前掲注(2)157頁は、「商標パロディに関してパロディストが有する利益と商標の権利者の利益とが抵触しあう場合には、最終的には、憲法21条1項が保障する権利との抵触問題として扱うことが妥当である」と考える」とする。

あることを理由に許容されるわけではないが、表現の自由として保障されるべき商標パロディがあるとすれば、その自由を実質的に確保するための解釈論および立法論が求められることになる。この点は今後の課題とせざるを得ないが、本稿では以下の点のみ指摘しておきたい。

1つ目に、パロディの自由を確保するといっても、商標登録の場面と商標権侵害の場面の関係をどのように考えるかという点である。

というのも、ある商標パロディについて商標登録を認めるからといって、その使用行為の適法性を保障するものではなく⁽³⁹⁾、他方で、ある商標パロディについて商標登録を認めないからといって、当該商標の使用を禁ずることにはならないという考えに基づくならば、商標パロディの商標登録は緩やかに認めてもよいとの考え方も成り立ち得るように思われるからである。むしろ商標パロディの商標登録を認めない場合、まったくの第三者が、当該商標パロディのグッズの偽物（例：「面白い恋人」の偽物）を無断販売しても、商標パロディ主体がこれを差し止めることができないことになりかねない。もちろん、商標登録を受けるということ自体は憲法上の表現の自由に関わるものではないとも考えられるなど⁽⁴⁰⁾、さらに検討すべき点があるものの、商標パロディの自由確保に当たっては、商標登録の場面と商標権侵害の場面の関係をどのように考えるかが課題となる。

2つ目に、パロディの自由を確保するといっても、商標権侵害の問題と著作権法上の権利侵害の問題の関係をどのように考えるかという点である。

というのも、著作権法の世界におけるパロディは、一般に「表現」と評価しやすいと考えられるものが多いのに対して、商標パロディは「表現」とは距離があるものが少なくないと考えられる。もちろん、商標パロディにも様々なものがあり得るなど、さらに検討すべき点があるものの、商標パロディの自由確保に当たっては、著作権パロディと商標パロディの関係をどのように考えるかが課題となる。

3 著名商標主体の利益

第二に、パロディされる側の著名商標の主体の利益については、わが国商標法に基づく商標権の効力が「商標的使用」に限られ、また、不競法2条1項1号・2号では「商品等表示として」の行為のみが対象になっているため、それが著名商標の財産的価値の保護として十分かどうか問題となる。

著名商標の保護を拡大する立法論としては、例えば、商標法において著名商標の保護を検討するという方向性⁽⁴¹⁾、不競法において、「自己の商品等表示として」でない使用についても、著名表示を稀釈化する行為を不正競争行為とするというような方向性が見られる。ただ、著名表示の財産的価値にフリーライドする行為と言えるものには様々なものが含まれ得るため（例：ブランド商品のCM利用）、著名商標の保護拡大については慎重な検討が必要となる⁽⁴²⁾。

(39) この点に関連して、いわゆる「登録商標使用の抗弁」の是非が問題になる。ただ、「全国的な統一化機能」を理由に同抗弁に積極的な見解（田村善之『不正競争法概説』〔有斐閣、第2版、2003年〕229頁参照）に立っても、商標パロディの場合は、すでに著名商標が存在しているため、たとえパロディ商標の登録を認めても、同抗弁が認められない場合が多いと考えられよう。実際のところ、東京地判平成30年9月27日（平成29年（ワ）第6293号）〔マリカー事件〕は、被告から主張された登録商標の抗弁について、被告が「マリカー」の商標登録出願をした時点ですでに原告文字表示マリカーは周知性を具備していたことを理由として、「原告に対して、被告会社が本件商標に係る権利を有すると主張することは権利の濫用として許されない」と判示した。他方、本山雅弘「パロディ商標」小野昌延ほか編『商標の法律相談Ⅰ』（青林書院、2017年）329頁は、不競法2条1項1号に関連して、「基本的には、パロディの登録商標の使用に対するオリジナル商標の商標権侵害の主張は、いわゆる登録商標の使用の抗弁により排斥されると解されます」とする。

(40) 平澤・前掲注(3)「表現規制としての標識法とその憲法的統制」194頁以下も参照。

(41) 例えば、『各国における商標権侵害行為類型に関する調査研究報告書』（知的財産研究所、2007年）（<http://warp.dandl.go.jp/info.ndljp/pid/998256/www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/chousa/pdf/zaisanken/180101honnpen.pdf>）6頁以下参照。

(42) 例えば、田村・前掲注(39)253頁以下は、著名表示を自己の商品等表示として用いないフリーライド行為を不正競争行為として規律することに対して消極的な見解を示している。また、外川英明「著名商標のダイリューションからの特別保護」（本誌掲載）も参照。

V おわりに

商標パロディに関するこの10年間の議論の発展はめざましいものがある。そこでは、パロディされる側の著名商標主体の利益のみならず、商標パロディを使用する者の利益にも焦点が当てられ、両者の利益調整という観点からこの問題が検討されている。今後もこのような視点は重要と言えよう。

他方で、商標パロディについては、解釈論・立法論ともに残された課題がある。そして、今後は、新しいタイプの商標（例：音、色彩、動き、位置）についても、商標パロディの問題が登場する可能性がある。さらに、これまでわが国では事例が乏しかった商標パロディによる侵害の成否が問題となる裁判例も登場するかも知れない。これから先、次の10年における議論の発展を期待しつつ、この小稿を閉じることにしよう。