

周知・著名商標に対する アンブッシュ・マーケティング

—アンブッシュ広告を中心に—

米国ニューヨーク州弁護士 足立 勝

目次

1. はじめに
 1. 1 我が国におけるアンブッシュ・マーケティングに関する認識
 1. 2 アンブッシュ・マーケティングの定義
 1. 3 周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティングの類型
2. 海外におけるイベントに関するアンブッシュ・マーケティングに関する事例
 2. 1 アメリカ合衆国
 2. 2 カナダ
 2. 3 オーストラリア
 2. 4 小括
3. 海外の法制度
 3. 1 アメリカ合衆国
 3. 2 ヨーロッパ
 3. 3 中国
 3. 4 韓国
 3. 5 小括
4. 現行法適用についての検討
 4. 1 商標法・不正競争防止法
 4. 2 不法行為法, その他の法令
 4. 3 広告業界による自主規制
5. 終わりに
 5. 1 議論が必要な事項
 5. 2 表現の自由との関係

1. はじめに

1. 1 我が国におけるアンブッシュ・マーケティングに関する認識

2020年に東京オリンピックが開催されることが決まり、それにもなつてアンブッシュ・マーケティングについての関心が増してきている⁽¹⁾。これは、東京都がオリンピック招致にあたり国際オリンピック委員会 (IOC) が要求する事項を遵守することを確約してきたこと、及びオリンピック開催都市契約書に明確にアンブッシュ・マーケティング規制をすることが求められていることにもよる⁽²⁾。

-
- (1) 足立勝『アンブッシュ・マーケティング規制法 著名商標の顧客誘引力を利用する行為の規制』(2016 創耕舎) 同書では、2020年東京オリンピックに向けての対応についても検討し、提案している。同「2020年東京オリンピックとアンブッシュ・マーケティング規制」知財管理66巻11号1381頁(2016)
 - (2) 足立勝「我が国におけるアンブッシュ・マーケティング規制の可能性」パテント71巻1号34頁(2018)、同「2020年東京オリンピック開催都市契約が改めて提起する課題」早稲田大学知的財産法制研究所 (RCLIP) ウェブページ (2017)

一方で、やや古いデータであるがオリンピックについて米国、英国、スペイン、オーストラリア、ブラジル、中国、マレーシア、南アフリカでの調査（1997年8月公表）において⁽³⁾、「オリンピックスポンサーだけが、広告においてオリンピックに関するメッセージを使用すべきか」との質問に対して、全体平均で81%がYesとの回答のなか、日本は調査国中最低の49%しかYesと回答しておらず⁽⁴⁾、同じく「オリンピックに関する権利に対して対価を支払わないことは悪いことと考えるか」との質問に対しても、全体平均で68%がYesとの回答のなか、日本は調査国中最低の38%しかYesと回答していないというデータがある⁽⁵⁾。

最近も、オリンピックを「日本全体の祭典」と称することで、便乗行為を許容するように求めているようにも感じられる意見表明も出されている⁽⁶⁾。国会における動きにおいても、ラグビーワールドカップが2019年日本で開催されるが、その大会のために法整備をするといった動きも特段にはなく⁽⁷⁾、2020年東京オリンピックに向けても⁽⁸⁾、大きな動きにはなっていないように思われる⁽⁹⁾。

こうした動向をみると、オリンピックは民間イベントであり、その運営はIOC及びその指揮下にある組織委員会により行われる事実、自治体や政府が当該イベント招致の副産物である地域再開発や観光客の誘致等のために招致したものであるといった事実（開催が決定した際には、競技場等を建設することなどもイベント招致にあたり約束している）を理解していないか又は意図的に目を背けているようにも感じられる⁽¹⁰⁾。

こうした傾向は、後述の1.3での実際の例をみると、周知・著名商標に対しても同様の認識ではないかと思われる。

そこで、本稿では、周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティング、とりわけそれが広告において行われる場合（「アンブッシュ広告」という。定義は、後述の1.3を参照）を検討の対象とする。まず、周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティングについて、その類型及び例を紹介する。次に、海外での状況を把握するために、イベントに関するアンブッシュ・マーケティング事例及び海外における法制度

(3) Marketing Matters, Olympic Marketing Newsletter 11 (Aug, 1997), 調査は1996年8月に行われ、サンプル総数は4500

(4) 各国の回答は、米国87%、英国86%、スペイン81%、オーストラリア91%、ブラジル81%、中国88%、マレーシア78%、南アフリカ84%である。

(5) 各国の回答は、米国78%、英国79%、スペイン64%、オーストラリア83%、ブラジル68%、中国72%、マレーシア63%、南アフリカ68%である。

(6) 2018年3月14日日本商工会議所、東京商工会議所による表明は、「2020年大会の招致が決定して以降、各地の商工会議所や会員企業から、大会を契機とした地域振興・経済活性化に向けた活動や機運盛り上げについて、主体的に取り組みたいとの声が多く寄せられたものの、大会エンブレムや五輪マークの使用、『オリンピック、パラリンピック』の名称およびそれらを連想させる表現が使用できないことから、具体的な活動を行うことが困難な状況となった」と不満を述べるとともに、「国民のため」のオリンピック・パラリンピックになるようにと、アンブッシュ・マーケティング規制に対して反対している。

こうした表明は、1980年以前のオリンピック開催において運営責任のある組織委員会が破産し、開催都市及び国が税金を投入せざるを得なくなったことから、開催方法を完全に変更している事実や、そもそもオリンピックが民間イベントである事実を理解していないことにも原因があると思われる。

(7) その次の2023年ラグビーワールドカップ開催に立候補していたアイルランドは、運営管理を担うラグビーワールドカップリミテッドに対して提出しなければならない様々な確約書（Undertakings）に交通観光スポーツを管掌する大臣が署名をする権限などを定めた法律を、2017年7月に成立させている。なお、2023年ラグビーワールドカップの開催には、アイルランド以外に、フランス、南アフリカが立候補しており、2017年11月15日に開催国がフランスに決定された。

(8) 日本旅行業協会（JATA）が、東京オリンピック・パラリンピック組織委員会に法整備について要望書を出したとの報道、東京オリンピック・パラリンピック組織委員会が、政府及び超党派のスポーツ議員連盟に、アンブッシュ・マーケティングを規制する法整備を正式に要請したとの報道はあった。それぞれ、2017年8月7日 Travel Vision (<http://www.travelvision.jp/news-jpn/detail.php?id=78777>), 2017年8月31日共同通信、同日読売新聞オンラインニュースより。

(9) 2018年3月3日読売オンラインニュースによると、「政府や超党派のスポーツ議員連盟（会長・麻生副総理兼財務相）は「必要以上の法規制は、大会の盛り上げりに水を差す」として、特別措置法の制定を見送る方針を固めた」との報道がされている。

(10) 我が国のメディアが、i) オリンピックが民間イベントであることに言及せず、むしろ政府機関によるイベントであるかのように伝えてきていること、ii) 1984年開催以降のオリンピックについて、運営方法を変更していることや運営方法を変更せざるを得なくなっている原因について全く把握、説明してきていないこと、iii) IOCや大会組織委員会が便乗者の活動への中止を要請した際に、スポンサーに対して「スポンサーのエゴ」と称した批判を繰り返してきたこと、などにも起因すると考えられる。

の状況を確認する。そのうえで、我が国の現行法での適用を検討し、最後に提言を述べることとする。

1. 2 アンブッシュ・マーケティングの定義

アンブッシュ・マーケティングについての一般的な定義としては、「プロパティ所有者に権利金を支払わずに、そのプロパティとの結びつきを作ろうとする計画的活動⁽¹¹⁾」と理解されている。この定義で「プロパティ（資産）」と表現されているとおり、アンブッシュ・マーケティングのターゲットとなるのは、イベントが多いことは間違いがないが、イベントに限定されるものではなく、周知・著名なブランドも含まれることは明らかである⁽¹²⁾。

また、その行為に該当するかどうかを判断するにあたり、周知・著名商標と同一・類似のマークを使用することは要件にはなっておらず、出所表示機能を果たす態様の使用であるか否かといったことも全く関係がない。この点について、IOC や国際サッカー連盟（FIFA）によるアンブッシュ・マーケティングの定義においても同様である。

1. 3 周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティングの類型

イベントの場合を参考に考えた場合⁽¹³⁾、周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティングの類型は概ね以下の通りと考えられる。

- I. 周知・著名商標と同一・類似のマークを使用する行為
- II. 周知・著名商標と同一・類似のマークは使用しないが、当該周知・著名ブランドやその保有者を想起させる用語等を使用して、需要者に当該ブランド又はその保有者と関係があるように誤認させる行為
- III. 周知・著名商標保有者の活動拠点・シンボルとなるものの付近での販売・サンプリング行為

イベントなどで分類されている方法に従うと、I 及び II が、関連させることによるアンブッシュ・マーケティング（Ambush Marketing by Association）、III が侵入によるアンブッシュ・マーケティング（Ambush Marketing by Intrusion）に相当する⁽¹⁴⁾。

アンブッシュ・マーケティングの例としては、以下のような事例が考えられる。

I のカテゴリーの例としては、いわゆる模倣品の製造・販売行為に加えて、広告における典型例としては、ドイツ連邦通常最高裁判所 1982 年 12 月 9 日判決 [Rolls-Royce 事件] (ICC Vol.15 pp240-242) の事案がある⁽¹⁵⁾。また、我が国における実例として、アパレル製品の広告に著名コーラ製品のガラスボトルのイラスト（文字表記なし）を使用したり、写真用フィルムの広告に破壊したガラスボトル入り著名コーラ製品を使用したり、リサイクルガラス什器製品の広告に著名コーラ製品のガラスボトルを使用したりといった広告の事案が存在する。他にも、特定のプロ野球チームが勝つとビールを割引価格で提供する旨の居酒屋の広告、特定のプロチームが優勝したことで優勝記念セールを行っている旨の商店街各店舗の広告、コカ・コーラで

(11) 仁科貞文 = 田中洋 = 丸岡吉人著『広告心理』（電通 2007）271 頁

(12) 拙著・前掲注 1）15 頁

(13) 足立勝「オリンピック開催とアンブッシュ・マーケティング規制法」日本知財学会誌 11 巻 1 号 6 頁（2014）、拙著・前掲注 1）16 頁

(14) いかにビジネスでアンブッシュ・マーケティングを行うか指南する書籍も販売されている。例えば、Kim Skildum-Reid, THE AMBUSH MARKETING TOOLKIT, 2007 など。

(15) 「広告はグラフ全頁大で、車のフェンダー上にテキサス風に装った男 2 人が座り、その傍ら別の 3 人が立っているという図柄を背景とし、前景にはウイスキーの瓶と二つのグラスが際立つように配されていた。車は前方から撮られていたため、フロント・グリルの模様、特有のラジュエーター・マーク、そして「RR」のエンブレムから、原告生産車であることは明らかであった」（玉井克哉「フリー・ライドとダイリューション」ジュリスト 1018 号（1993）38 頁）

はないコーラ製品で割った飲料を「コークハイ」と表示する飲食店の広告など、現実によく見受けられる⁽¹⁶⁾。景品として著名商標が付された商品や役務をプレゼントするとの企画も同様である。マリカー事件判決（東京地判平成30年9月27日⁽¹⁷⁾）の事業も該当する。

さらには、芸術家が自らのネームバリューアップ等のために、自らの絵画や制作作品に著名商標のロゴを使用したり、内容には関係がないにもかかわらず小説等の作品のタイトルに著名商標を付したりといったこともある。

Ⅱのカテゴリーの例としては、著名ブランドのデザインと一見すると見間違ふおそれのあるパッケージデザインを付した商品の販売、赤地に白抜の波型デザインとともにコーラと記載した商品の商品パッケージや広告物、これから建設されるマンションの完成予想のグラフィックデザインに特定の有名高級自動車に駐車しているように描いた広告などが実際に存在する。また、サッカーブラジル代表の特徴的な色使い（黄色と緑）を強調しつつ、6回目の優勝があれば保証期間を6年にする旨の告知をした自動車会社の広告（ブラジルの優勝回数は過去5回で、2014年ブラジル大会では6回目の優勝が非常に期待されていたことを利用したもので、その会社はブラジルサッカーチームのスポンサーではなかった）は話題になった。他にも、有名ブランドとのつながりを印象付けるかのように「世界最大の飲料ブランド」や「世界的なサッカーの大会と深くかかわるスポーツブランド」といった表記を付した広告などがある。

Ⅲのカテゴリーの例としては、著名ブランド保有会社本社前での当該ブランドと同一カテゴリーの商品のサンプリングをしたり（例えば、コカ・コーラ社の社屋前の歩道で無名の飲料会社がソフトドリンク新製品の配布をしたり、宝塚大劇場の前の道路で化粧品等のサンプリングをしたり）といったことが考えられる。

本稿で主に対象とするアンブッシュ広告は、上記の周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティングのうち、Ⅰ及びⅡのカテゴリーで、かつ広告として行われる行為となる。なお、商標登録の場面については、拒絶する根拠条文は用意されているように思われることから⁽¹⁸⁾、本稿での検討の対象とはしない。

一方、アンブッシュ広告に思えるが、許容されるべきと思われるものがある。例えば、スーパーマーケットのチラシで、食料品の周知・著名商標が表記される場合、インターネット上で商品売買の場を提供の際に様々な商品のブランド名が表記される場合、中古車自動車をはじめ中古品の販売広告、中古品の買取をする旨の広告等がある。また、周知・著名商標権者が同意している場合も、当然許容される⁽¹⁹⁾。これらを規制しようという意図ではないことは、予め明確にしておく。

「広告会社（被告）がアメリカのウイスキー「Jim Beam」の広告を雑誌に全面カラーで掲載。その際、ウイスキーの背景にロールス・ロイスを置いたため、ロールス・ロイスのメルクマールである「Flying Lady」, 「RR」のエンブレム、ギリシャ神殿のようなラジエター・グリルも写真に写った。そこでロールス・ロイスの製造会社が、不競法1条等に基づいて、広告会社に差し止めを求めた。地裁は差し止め容認。連邦通常裁判所は、被告の跳躍上告を棄却。自己の商品を売り込むために他人の名声を利用することは、競争関係の有無にかかわらず、不競法1条の意味における良俗違反であると、判示した。」（経済産業省商務情報政策局文化情報関連産業課「平成15年度経済的価値に着目した肖像の保護と利用に関する研究報告書」（2004）69頁〔渡邊修執筆〕）

(16) 最近では、DMM.com社（育成シミュレーションゲーム「艦隊これくしょん—艦これ—」を配信）が、他者のゲーム（アズールレーン）の広告放送において、自社が有する登録商標「艦娘（かんむす）」が使用されたことを受けて、当該登録商標は自社のものである旨のプレスリリースを出した旨の報道があった（2018年6月1日2018年6月1日IT media News）。

(17) 平成29年(ワ)6293号

(18) 但し、オリンピックの字句等を含む登録は存在しており、条文の適用上の問題は存在する。オリンピックの字句を含む商標登録の時系列による整理や考察等については、橋本正洋「オリンピック・パラリンピックと商標」日本知財学会誌11巻1号14-24頁（2014）

(19) 他にも、電気用品等のディスカウントストアで買い物時に購入者が受け取る袋に電気機器関連の有名ブランドが列記されているといったものもある。

2. 海外におけるイベントに関するアンブッシュ・マーケティングに関する事例

必ずしも網羅するものではないが、海外の状況を把握する目的で、まず海外におけるイベントに関するアンブッシュ・マーケティングに関する事例を確認する。

2. 1 アメリカ合衆国

1992年のフランスアルペールビルオリンピックの時期に、American Express社は、冬の楽しみ及び大会のために (for winter fun and games) フランスアルプス地方に行くにあたり、銀行カード (bank cards) により提供されるサービスよりも、アメリカンエクスプレスははるかによいサービスを提供する旨の広告を米国内で行った。そのため、IOCや組織委員会は、American Express社がアルペールビルオリンピックのスポンサーであるかのような表示をしているとして、提訴する動きがとられていた⁽²⁰⁾。

また、2002年ソルトレイクシティ・オリンピックの際に、1999年から2001年の間で700件に及ぶ事案が知的財産権侵害事案としてアメリカオリンピック委員会 (USOC) で調査されて、約半数は2001年末までにUSOCに有利に和解が成立した。侵害事案の30%が広告及び販売促進に関するものであったとの情報がある⁽²¹⁾。

2002年ソルトレイクシティ・オリンピックに際してUSOCがアクションを取った具体的なものとして以下に4例あげる。

ひとつめは、Discount Tire Company社が、広告看板にオリンピック・シンボルの構成でタイヤを描き、その下に、大会 (Games) への来訪者を歓迎する言葉を複数の言語で記載していた事案 (USOC v. Discount Tire Company (no.2-02ev17, D Utah 2002)) がある。USOCは、この看板は、オリンピック大会及びオリンピックムーブメントとの商業的な関連を示唆するために、オリンピックの用語及びイメージを使用する意図を示していると主張したが、Discount Tire社はUSOCと合意したとおりに撤去しなかったため、USOCが提訴に至ったものである⁽²²⁾。

ふたつめは、ソルトレイクシティ近郊のBrightonスキリゾートが5つのつながった雪片のロゴをつくるとともに、自社ウェブサイト上の広告キャンペーンの中で「Games」との言葉を用いた事案 (USOC v. Brighton Ski Resort) である。当該ウェブサイト上では、「オリンピックイベントの一つも行わないことを誇りに思う (Proud host of Zero Olympic events)」との記載もあった。USOCからの警告がされ、最終的に警告通りに、これらの表示はすべて削除された⁽²³⁾。

三つ目の例は、Nabisco社のNewtonクッキー (いちじく味) の広告で、競技用円盤を投げる古代オリンピック選手を描き、「古代オリンピック選手は、イチジクを崇拜し、トレーニングの際にエネルギーのために使用しました (The ancient Olympians worshipped the fig and used it for energy during training)」との文言が続く広告を流した事案である。USOCは提訴し、その後和解により、Nabisco社は当該広告を取りやめた⁽²⁴⁾。

四つ目の例は、Quicksilver社が、許諾なくソルトレイクシティの店舗で、会社のロゴをオリンピック・シンボルに似た5つの輪の中に描くとともに、「Salt Lake City—Winter 2002」と表示したアパレル商品を販売した事案である⁽²⁵⁾。

FIFAのイベントにおいても、2003年に米国で開催の2003 FIFA Women's World Cup (2003年9月20

(20) Los Angeles Times 1992年2月6日記事 なお、同時期にVISA社とAmerican Express社は、互いのTV広告について誤認を招くものとして、別途争っていたことはよく知られている。

(21) Stephen McKelvey & John Grady, *An Analysis of the Ongoing Global Effort to Combat Ambush Marketing: Will Corporate Marketers "Take" the Gold in Greece?*, Journal of Legal Aspect of Sport Vol 14.2, p204

(22) 前掲注21) pp205-206

(23) 前掲注21) p206

(24) 前掲注21) pp206-207

(25) 前掲注21) p207

日から同年10月12日まで開催)の開催直前時期から、NIKE社が「USA 03」との表示を用い出したことに対して、FIFAが、アメリカ商標法(Lanham Act)その他の法に基づき、当該大会の期間中にNIKE社がウェブサイト並びにサッカーに関連する商品及びサービスに「USA 03」との語句を用いることの暫定的差止命令(Temporary Restraining Order)を求めた事案(FIFA v. Nike (285F. Supp.2d 64 (2003)))がある。なお、この事案では、FIFAが用いているという「USA 2003」について、「USA 2003」は登録はされておらず、有効な商標として保護を得るために使用によって識別力を獲得していることについて十分な証拠を提示できていないとして、FIFAの主張は認められなかった。

他にも、2016年リオオリンピック大会の際の事案として、当該大会期間中は、アメリカ代表チームのスポンサーを除き、企業のソーシャルメディアアカウントで、オリンピック大会に関する掲出はしてはならないとするブランドガイドラインをUSOCが定めていたことに対して、ある会社が自社のソーシャルメディアアカウントでオリンピック大会のことを議論しても、USOCの商標権を侵害することのないことの宣言を求めて、USOCに対して提訴した事案もある(HSK LLC d/b/a Zerorez MN. v. USOC (16-ev-2641 (WMW/KMM)⁽²⁶⁾)。USOCは、ガイドラインで、ハッシュタグとして「#RIO2016」「#TeamUSA」を使用することも禁じていたほか、USOCの明文の書面による同意なく、商業目的でUSOCの商標、イメージ及び用語を使用する者に対して、USOCは訴訟提起をすることが連邦法上許されていると記していた。この訴訟では、USOCによる両者間に紛争は生じていないとして訴えを却下するよう申し立て(Motion to Dismiss for lack of subject-matter jurisdiction)、裁判所は、2017年4月4日にUSOCの当該申立を認め、訴えを却下した。

2.2 カナダ

2014年2月に、カナダオリンピック委員会(COC)が、North Face社に対して、オリンピックの商標を侵害する行為及び同社がオリンピックソチ大会と公式に関係があると消費者に誤認を生じさせる行為であるとして、提訴した事案がある⁽²⁷⁾。この事案では、同年2月のロシアでのソチオリンピックの期間中に、同社が販売した一連の商品「Village wear」のなかには、カナダ国旗を含む様々な国のチームカラー及び国旗があしらわれていたもの、「RU 14」とのエンブレムが付されていたもの、ソチが所在する場所に赤い星を付した世界地図を表示したもの、「07.02.2014⁽²⁸⁾」との日付を付したものなどがあつた。さらに、販促物には「Men's Sochi Full Zip Hoodie」と記載されたものもあり、カタログにはその商品ラインが「captures the international spirit of the Olympic Games」とうたっていたというものである⁽²⁹⁾。

他にも、カナダオリンピック委員会は、2014年2月にバドワイザー社による広告で、ホッケーの試合で、カナダ代表チームがロシア代表から得点を挙げたシーンを含む広告、さらには同社のカナダ各都市で飛ばしている飛行船が、カナダ代表チームが得点するたびにライトアップすることに対して、公に懸念を表明したという事案もある⁽³⁰⁾。

なお、カナダでは、2010年開催のバンクーバーオリンピックに備えて、2007年にOlympic and Paralympic Marks Actが制定され、様々な保護される標章(当時合計53種類)を定めるとともに、それら保護される標章や一定の言葉の組み合わせを使用することを制限することを定めていた⁽³¹⁾。この法は、当初はバンクーバーオリンピックが開催された2010年末(2010年12月31日)までの限時法であったが、その後改正され引き続き効力を有している。ただし、使用が制限される言葉の組み合わせを定めた別表は失

(26) District Court of Minnesota, April 4, 2017

(27) The Canadian Press 2014年2月5日記事

(28) ソチオリンピックの開会式は2014年2月7日である。

(29) カナダでは、2010年のバンクーバーオリンピックに先立ち、2007年にOlympic and Paralympic Marks Actが制定されており、同法に基づくアクションであった。

(30) The Globe and Mail 2014年2月9日記事

(31) 拙著・前掲注1) 26-27頁

効し、保護される標章も 39 種類になっている。

2. 3 オーストラリア

オーストラリアでは、2015年にオーストラリアオリンピック委員会（AOC）とのスポンサーシップ契約を解消した Telstra 社が、2016年8月5日に始まるリオオリンピック直前時期に自らのアプリケーションソフトの販促用広告で「I go to Rio」とのキャンペーンを行ったという事案がある。この事案では、AOC から警告を受けた後、Telstra 社は当該広告を一旦中止したが、リオ大会や AOC と関連がない旨の Disclaimer 表示を付したうえで、再度販促広告を用いたため、AOC が 2016年7月に提訴した⁽³²⁾。この広告では、歌手 Peter Allen による往年のヒット曲 I go to Rio（1976年発売で、その後複数の映画でサウンドトラックとして使用されている）を用いており、そのことが問題となった。

2. 4 小括

以上の事例をみると、“5つの輪”の形状が用いられていた事案はもちろん、文章中にオリンピックの文言が使用されている事案（米国 Nabisco 事件やカナダ North Face 事件）、イベントの名称やロゴに類似したマークが全く使用されていない事案（米国 AMEX 事件、カナダバドワイザー事案、オーストラリア「I go to Rio」事件）をみると、IOC、各国のオリンピック委員会や FIFA は、イベントの名称やロゴに類似したマークが使用されているか否かを問わず、積極的にアクションを起こしていることが窺える。

また、イベントのためのアンブッシュ・マーケティング規制法の制定は 2000年のシドニーオリンピック大会に向けてのものであるが、米国では 1990年代からアクションが起こされていること、さらには、自国でのイベント開催後も継続的にアクションが起こされていること（カナダ、オーストラリア）がわかる。

さらに、イベント主催者がアクションを起こすきっかけになった表示方法が、開催国でのアンブッシュ・マーケティング規制の中で盛り込まれるようになってきていることも見て取れる。例えば、イベント名を用いずに「Games」と称したこと（Discount Tire 事件、Brighton Ski Resort 事件）、開催都市（開催国）と西暦の結合表示がされたこと（Quicksilver 社による「Salt Lake City—Winter 2002」、Nike 社による「USA03」の表示、カナダ North Face 事件の「RU 14」）への対応として、その後の法の中で規制されていることがわかる。

3. 海外の法制度

オリンピック大会や FIFA ワールドカップといった個別の自国で開催されるイベントのためのアンブッシュ・マーケティング規制法が制定されている背景には、イベントを招致するにあたってイベント主催者から法制定を要求されているという事情だけでなく⁽³³⁾、基礎になる法制度や法理が存在していることを以前述べているので⁽³⁴⁾、繰り返さない。

ここでは、アメリカ合衆国、ヨーロッパ、中国、韓国における比較的最近の状況について確認する。

3. 1 アメリカ合衆国

(1) 比較的最近の裁判例

2008年の裁判例（Board of Supervisors for LSU v. Smack Apparel (550 F3d 465 (5th Cir. 2008))）を紹介する。この事案は、Louisiana State Univ. (LSU), Univ. of Oklahoma (OU), Ohio State Univ. (OSU),

(32) Mumbrella Asia 2016年7月15日記事

(33) 拙著・前掲注1) 68-84頁

(34) 拙著・前掲注1) 85-107頁

Univ. of Southern California (USC) 及びこれら大学のためのライセンスエージェントである Collegiate Licensing Company が、これら大学それぞれを表す特定の色 (LSU:紫と金, OU:クリムゾンとクリーム色, OSU:スカーレットとグレイ, USC:カーディナルと金) と一定の文言を付したアパレル商品を販売していた被告 (Smack Apparel) に対して、アメリカ商標法 (Lanham Act) に基づいて提訴したものである。なお、これらの大学は、いずれも色について登録商標は有していなかった。

販売されていたアパレルとは、例えば、LSUに関するものでは、「Beat Oklahoma」「And Bring it Back to the Bayou!」「2003 College Football National Championship」との表記がされていたり、別のデザインでは、表側に「2003 College Football National Champions」とともに試合のスコアを特定の色で記載、裏には「2003 College Football National Champions」「Sweet as Sugar」との表示がされたりしていた。これらのシャツは、2004年に開催された Sugar Bowl (OU v. LSU) を想起させるものであったが、各大学の名称やロゴ等は使用されてはいなかった。

第5巡回区控訴裁判所は、色の組み合わせ、ロゴだけでなく被告商品に付されたデザインについて、各大学やその実績について識別力を獲得したものであるとし、また商品の出所 (Source)、関連 (Affiliation) もしくは後援 (Sponsorship) について混同のおそれがあるとした第一審判決を支持した。

この判決はアメリカ商標法を適用したものであり、過去にも同様の裁判例は存在する。例えば、Dallas Cowboys Cheerleaders v. Pussycat Cinema (604 F.2d 200 (2nd Cir. 1979)), National Football League Properties Inc. & Seattle Professional Football Club v Wichita Falls Sportswear Inc. (532 F. Supp 651 (1982)), University of Georgia Athletic Association, etc. v. Bill Laite (756 F.2d. 1535 (11th Cir. 1985)) が存在する。これらは、権利者が後援 (sponsorship) している又は承認している (approval) と需要者が考えることも、混同のおそれの要件を充足する旨を判示するものである。

(2) アメリカ商標法に関する若干の分析⁽³⁵⁾

アメリカ商標法 43 条 (a) により上記のような解決が図られる根拠は、アメリカ商標法がコモンローにも根拠があることによる。その関係を説示した判決 (Schlotzsky's Ltd. v. Sterling Purchasing and National Distribution Inc. (520 F.3d 393 (5th Cir. 2008))) も存在する。そこでは、「アメリカ商標法は、1946年制定以降何度かの改正を通じて、不正競争に関するコモンロー及び商標保護を法典化し一体化したものである⁽³⁶⁾」と、最高裁判決 (Inwood Laboratories, Inc. et al v. Ives Laboratories (456 US 844 (1982))) を引用し、説明している。さらに、同じ判決で、別の最高裁判決 (Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp. et al (539 US 23 (2003))) を引用したうえで、「(アメリカ商標法) 43 条 (a) は、商標保護を超えた条項のひとつである⁽³⁷⁾」と説示している。

1989年の最高裁判決 (Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats Inc. (489 U.S.141 (1989))) では、「43 条 (a) は、出所についての虚偽表示、又は記述若しくは表示している単語やその他のシンボルを含む、いかなる虚偽の記述や表示に対する連邦法上の救済をするものである。議会は、不正競争という州法の不法行為に横たわる懸念の多くに、連邦法上の認識をしてきたものである⁽³⁸⁾」とも説示している。

(35) 足立勝「知財視点のブランド・マネジメント—商標法・不正競争防止法で保護されるための『出所』表示」田中洋編『ブランド戦略全書』(有斐閣 2014) 195-197 頁

(36) “The Lanham Act codified and unified the common law on unfair competition and trademark protection, and through several amendments since its adoption in 1946, remains the principal statutory protection of trademarks”

(37) “Although the specific language of Section 43 (a) at issue in Dastar was ‘origin of goods’, the Court explained that Section 43 (a) is ‘one of the few provisions that goes beyond trademark protection.’”

(38) “Section 43 (a) of the Lanham Act, 60 Stat. 441, 15 U.S.C. 1125 (a) , creates a federal remedy for making ‘a false designation of origin, or any false description or representation, including words or other symbols tending falsely to describe or represent the same…’ Congress has thus given federal recognition to many of the concerns that underlie the state tort of unfair competition”

そうしたなかで、アメリカ商標法において「出所」は、43条(a)についての判例を通じて柔軟に理解されるようになり、同じ商標を付したすべての商品はその提供元と何らかの関連があるかその提供元に後援されている、と購入者が想定することが許されると考えられるようになった⁽³⁹⁾。すなわち、商標の二次的な出所(secondary source)として、特定のものによる後援(sponsorship)や承認(approval)を示すことがあると理解されるようになってきたのである⁽⁴⁰⁾。

さらに、1988年改正により、1988年改正前のアメリカ商標法43条(a)に定める「Origin」は、「実際の製造者だけでなく、物理的な商品の製造に責任を有する商標保有者も含む⁽⁴¹⁾」と解釈されていたが、「出所(Origin)についてだけでなく、後援(Sponsorship)や承認(Approval)について混同のおそれがあれば⁽⁴²⁾」、差止請求等の対象となると条文化された。その結果、「この改正により、出所(Origin)について拡張した解釈をしなければならなかったものが、その必要性がなくなった⁽⁴³⁾」(いずれも *Daster Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp. et al* (539 US 23 (2003)))。この改正は、「裁判所にて、不正競争法として広く解釈されていた⁽⁴⁴⁾」事項を、条文にしたものであると説明されている⁽⁴⁵⁾。

3.2 ヨーロッパ

コモンローの法理やそれぞれの国における不正競争に関する法が、前述の1.3で取り上げた事例に対応できるものであると考えるが⁽⁴⁶⁾、ここではより広くヨーロッパをカバーするものとして2つの欧州指令について確認する。あわせて、英国における広告自主規制も取り上げる。

(1) 商標指令

ヨーロッパでは、商標の機能を損なう場合に商標権侵害となる。その商標の機能には、出所表示機能に限定されない。「商標の本質的な機能である出所表示機能を害しない場合であっても、商標の他の機能が毀損されあるいは毀損されるおそれがあるときは、その使用を禁止することが出来る⁽⁴⁷⁾」(*L'Oreal SA v. Bellure NV Case C-487/07* (2009))⁽⁴⁸⁾。そして、商標の機能については、「商標の本質的な機能(essential function)すなわち商品・役務の出所を保証する機能だけではなく、商品・役務の品質を保証する機能、あるいはコミュニケーション機能、投資機能または広告機能のような他の機能も含まれる⁽⁴⁹⁾」とする。

それに加えて、出所表示であるとする範囲も広いように思われる。例えば、BMW事件判決(1999年2月23日 C-63/97)は、被告のBMWの標章の使用を、出所表示であると認定した上で⁽⁵⁰⁾、「商標権者の許

(39) J. Thomas McCarthy, *TRADEMARK AND UNFAIR COMPETITION* second edition vol.1 (1984) p111

(40) J. Thomas McCarthy, *TRADEMARK AND UNFAIR COMPETITION* second edition vol.1 (1984) p106

“Trademarks can also serve to identify and distinguish a “secondary source” in the sense of indicating sponsorship or authorization by a recognized entity.”

(41) “to include not only the actual producer, but also the trademark owner who commissioned or assumed responsibility for (‘stood behind’) production of the physical product”

(42) “is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to affiliation, connection, or association of such person with another person, as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person”

(43) “This stretching of the concept ‘origin of goods’ is seemingly no longer needed”

(44) S. Rep. no. 515, 100th Cng., 2d Sess (1988) “Since its enactment in 1946, however, it has been widely interpreted as creating, in essence, a federal law of unfair competition law”, “the committee expects the courts to continue interpret the section.”

(45) Barrett, Margreth, *A Cause of Action for “Passing Off/Associational Marketing”*, *IP Theory: Vol. 1: Iss. 1* (2010) p17.

(46) 拙著・前掲注1) 88-91, 100-101頁

(47) *L'Oreal* 事件判決 (2009年6月18日 C-487/07) Para65

(48) *Google* 事件 (2010年3月23日 C-236/08-238/08) *Interflora* 事件 (2011年9月22日 C-323/09) でも同様の判示。

(49) 前掲注47) Para58 後段 なお、*L'Oreal* 事件の欧州司法裁判所判決の分析は、古城春実「商標の識別力の利用と比較広告 —2つの事例から—」*パテント* 64巻5号 (2011) 145頁に詳しい。

(50) *BMW* 事件 (1999年2月23日 C-63/97) Para39

諾なく、当該商標によりカバーされる商品についての修理やメンテナンスを他の事業者が行うこと又は他の事業者が当該商品の専門家であることを公衆に伝える目的で、標章を使用することは、商標指令（89/104）5条1項（a）の意味する商標の使用に該当する⁽⁵¹⁾」と判示している。すなわち、商標によりカバーされる商品についての専門家であることを公衆に伝える目的で標章を使用することが、出所表示に該当すると判断されていると考えられる。

（2）不正商業行為に関する欧州指令（2005/29/EC（11 May, 2005））

次に、ヨーロッパの状況を把握するものとして、不正商業行為に関する欧州指令（Unfair Commercial Practice Directive 2005/29/EC（11 May, 2005））を概観する⁽⁵²⁾。

ヨーロッパでは、2005年に不正商業行為に関する欧州指令（Unfair Commercial Practice Directive 2005/29/EC（11 May, 2005））が発効している。この欧州指令は、誤認広告に関する1984年指令（84/450/EEC）及び関連する指令（97/7/EC⁽⁵³⁾、98/27/EC⁽⁵⁴⁾及び2002/65/EC⁽⁵⁵⁾）を改正するものである⁽⁵⁶⁾。この2005年指令は、消費者の保護を直接の目的とするものであるが、間接的に正当に事業を行っている者も保護するものである⁽⁵⁷⁾。

この2005年指令では、第5条1項で不正な商業行為は禁止である旨定め、同条4項で第6条以下に規定する誤認を招くもの等も不正なものであると規定している。そして、第6条にどういった行為が誤認を招くものであるかを規定し、同条第1項柱書には「虚偽の情報を含み真実でないものである場合、又は、たとえ以下の要素の一つ又は複数に関して情報が事実上正しいものであったとしても、説明全体を含めていかなる方法であれ、平均的な消費者を惑わす若しくは惑わしそうなものである場合、そして、そのいずれの場合でも、その商業行為がなければ行わなかったであろう取引を、消費者に行わせるか行わせようとするとき、その商業行為は誤認を招くものとみなされる。⁽⁵⁸⁾」と定め、そのひとつの要素として6条1項（f）は、「（f）取引者又はその代理人の状態、属性及び権利、例えば、その身元や資産、資格、地位、承認、関連又は関係、産業上、商業上若しくは知的財産上の権利の保有、又は賞や栄誉⁽⁵⁹⁾（下線は報告者による）」と規定している。すなわち、承認、関連又は関係（approval, affiliation or connection）についての情報提供についても、誤認を招くもの、すなわち不正な商業行為に該当するとおり得ると明記している。

さらに、11条では、不正な商業行為があった際のエンフォースメントについての定めがあり、そこでは、

(51) 前掲注50) Para42

(52) 拙著・前掲注1) 98-99頁

(53) 遠隔地における契約における消費者保護に関する指令

(54) 消費者利益保護のための差し止めに関する指令

(55) 消費者ファイナンスサービスの遠隔マーケティングに関する指令

(56) 知的財産研究所『平成3年度知的財産政策に関する調査研究委託研究結果報告書 不正競争防止法に関する調査研究』（1992）180-196頁（江口順一執筆）によると、欺瞞的広告に関する指令として、1978年草案、1984年草案、1991年草案が作成されている。

(57) 2005年に不正商業行為に関する欧州指令（Unfair Commercial Practice Directive 2005/29/EC（11 May, 2005））前文6、8。同前文6は、この指令は、競争者の利益を保護する各国法を制限するものではないと明記している。また、ジャック・ラリー（松川正毅訳）「不正競争と民事責任」阪大法学63巻2号620-621頁（2013）によると、この2005年指令に基づくフランス消費者法典L121条の1は、不正競争の訴えに用いられ、商人間の争いにも直接適用される。

(58) “Article 6 Misleading actions

1. A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct in relation to one or more of the following elements, and in either case causes or is likely to cause him a transactional decision that he would not have taken otherwise:”

(59) 英文は以下のとおり

“(f) the nature, attributes and rights of the trader or his agent, such as his identity and assets, his qualifications, status, approval, affiliation or connection and ownership of industrial, commercial or intellectual property rights or his awards and distinctions;”

正当な利害を有する者（競合会社も含む）が法的なアクションを起こせる法を用意することを各国に課している。

（3）英国での広告自主規制

2012年ロンドンオリンピック（2005年7月のロンドンでの開催が決定）、2015年ラグビーワールドカップ（2009年7月にイングランドでの決定）と立て続けに大規模スポーツイベントが開催された英国であるが、アンブッシュ・マーケティング規制のアプローチは異なるものであった⁽⁶⁰⁾。

2012年ロンドンオリンピックのためには特別な法（Olympic Symbol etc. (Protection) Act 1995及びLondon Olympic Games and Paralympic Games Act 2006）が制定されたが、2015年ラグビーワールドカップでは、そのような法制定はされなかった。その理由としては、少なくとも英国において、商標法やパッシングオフなどのコモンローといった既存の法体系によってアンブッシュ・マーケティングは防止できるとの考えがあった。それに加えて、広告自主規制が整っていることもあり、主催者であるワールドラグビーがそれを受け入れたと言われている⁽⁶¹⁾。

イギリスの広告自主規制として、The CAP Code（The UK Code of Non-broadcast Advertising and Direct & Promotional Marketing、現在のものは2010年改定のEdition 12）が存在し、広告や販売促進等を行う事業者の自主規制団体であるCommittee of Advertising Practice（CAP）が、このCodeを制定、運用及び行使している。このCodeは、全部で122頁にわたり詳細な規定が定められている。

その中には、「3.43 マーケティングコミュニケーションは、競合他社の商標、商号または他の特徴的なマークの名声や競合商品の出所の表示を、不当に利用してはならない⁽⁶²⁾（下線は報告者による）」「3.50 マーケティングコミュニケーションは、必要な承認なしに、トラストマーク（有名であると政府が認めたマーク）、品質マークまたは同等のものを表示してはならない。マーケティングコミュニケーションは、販売者（またはそこで言及されている他の組織）、マーケティングコミュニケーション、または宣伝されている製品が、承認（approval）、支持（endorsement）、または承諾（authorisation）されていない又はそれらの条件に合致していない場合に、公的機関または他の団体によって、承認（approval）、支持（endorsement）、または承諾（authorisation）された旨を伝えてはならない⁽⁶³⁾（下線は報告者による）」といった定めもある。

この自主規制団体CAPが、広告や販促活動について、このCodeに照らして合致しているか調査し判断している。

放送広告については、2010年にThe CAP Codeに定められていたものを独立させて、The BCAP Code（The UK Code of Broadcasting Advertising）Edition 1が制定されている。ここでも、CAP Codeと同様の規則が定められており、同様に運用されている。

これらの自主規制は、不正商業行為に関する欧州指令（Unfair Commercial Practice Directive 2005/29/EC（11May, 2005））とも整合している。

(60) 2014年にグラスゴーで開催のコモンウェルスゲームには、アンブッシュ・マーケティング規制のための法及び当該法に基づく命令（Order）が制定されている。拙著・前掲注1）41-43頁参照

(61) Ambush Marketing and the legal issues to consider at the RWC2015 and EURO2020. (www.lawinsport.com 2017年6月28日確認)

Ambush Marketing strikes again at Rugby World Cup (www.sportslawnews.worldpress.com 2017年7月7日確認)

(62) “Marketing communications must not take unfair advantage of the reputation of a competitor's trade mark, trade name or other distinguishing mark or of the designation of origin of a competing product.”

(63) “Marketing communications must not display a trust mark, quality mark or equivalent without the necessary authorisation. Marketing communications must not claim that the marketer (or any other entity referred to), the marketing communication or the advertised product has been approved, endorsed or authorised by any public or other body if it has not or without complying with the terms of the approval, endorsement or authorisation”

3. 3 中国

中国の不正競争防止法である反不正当竞争法（1993年制定⁽⁶⁴⁾）は、制定以来長らく改正されることもない状態であったが、制定後24年間で行政が同法に基づき処理した件数は70万件とされている⁽⁶⁵⁾。また、民事事件は2015年以降、年間で2000件を超え、従来から積極的に適用されてきたようである。その法が、2017年11月に改正（2018年1月1日施行）されるとともに、「新しい反不正当竞争法を積極的に宣伝・徹底する業務に関する通知」（国家工商行政管理総局、2017年11月7日公布）が出されている。

この反不正当竞争法は、従来から第2条に一般条項として「経営者は、市場取引において、自由意思、平等、公平、誠実信用の原則に従い、広く認められている商業道徳を遵守しなければならない⁽⁶⁶⁾」と定めるとともに、不正競争行為を第5条以下に定めていた⁽⁶⁷⁾。今回の改正で、第2条の一般条項において「経営者は、生産経営活動において、自由意思、平等、公平、誠実信用の原則に従い、法律および商業道徳を遵守しなければならない。本法において不正競争行為とは、経営者が生産経営活動において、本法の規定に違反し、市場競争秩序を攪乱し、ほかの経営者または消費者の適法な権益を損なう行為をいう⁽⁶⁸⁾」とし、権益を損なう客体が事業者だけでなく、消費者も含まれることを明確にし、さらに第6条に「他人と特定の関係にあるものと誤認させてはならない」と明文化した。

比較的最近の裁判例で、映画に関するものであるが、アンブッシュ・マーケティングを規制する判決であるとして注目を集めたものが2つあるので紹介する。

ひとつめの事案は、被告のホラー映画「筆仙惊魂Ⅲ（The death is Here Ⅲ）」が、3か月前にリリースされた原告の映画の題名「筆仙（Bunshinsaba）」を含むものであり、被告の販促物には、被告映画「筆仙惊魂Ⅲ（The death is Here Ⅲ）」は、原告映画「筆仙（Bunshinsaba）」をUPGRADEしたホラーである旨の記載がされていたというものである⁽⁶⁹⁾。2014年7月4日、北京第三中級人民法院（Beijing No.3 Intermediate People's court）に、聴衆は被告の映画が原告によるものと誤認するとして、被告の行為は信義（Good Faith）及びビジネス倫理（Business ethics）に反するものであり、不正競争に該当すると判示した。裁判所は、判決確定後30日以内の原告への公の謝罪告知、及び50万元（約82,000USD）の損害賠償を認めた⁽⁷⁰⁾。

ふたつめの事案は、北京高等人民法院は、被告のコメディ映画（Lost in Thailand's（2012））は、原告の映画（Lost on Journey's（2010））に対する不正競争に該当するとして、500万元の損害賠償も認めた事案である。被告映画は、主演俳優も同じであり、類似した題名、筋書、ストーリー、テーマ及び掛け合いであり、さらに被告の販促物には、被告映画は、原告映画の続編である旨の記載がされていたものである⁽⁷¹⁾。

3. 4 韓国

韓国の不正競争防止法は、日本同様、不正競争行為を限定列挙するものであった。2013年7月30日改正において、新たな類型の不正競争行為を規制するうえで、立法方式では新しく多様な類型の不正競争行為に対応が困難であることから、従来から列記されていた9つの類型に加えて、一般条項を新たに制定している⁽⁷²⁾。同様の定めは、パリ条約第10条の2、ドイツ不競法3条、スイス不競法2条、フランス消費者法L.122-11

(64) 1993年9月2日公布 1993年12月1日施行

(65) 谷口由記「中国不正競争防止法の改正について」知財ぶりずむ186号27頁（2018）

(66) 日本貿易振興機構（ジェトロ）北京事務所（2017年11月）による日本語訳

(67) 拙著・前掲注1）101-102頁

(68) 前掲注66）

(69) Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP, 2014年11月20日記事

(70) 被告は、人民最高法院への上訴を決めたとの情報がある。

(71) 前掲注69）

(72) 「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律一部改正法律案説明資料」韓国特許庁産業財産保護チーム

条にもあることを、改正法律案の説明資料で紹介している⁽⁷³⁾。

新たに制定された一般条項（2条1項（ヌ））では「その他に競争者の相当な投資又は努力によって作られた成果等を、公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法で、自己の営業のために無断で使用することで、競争者の経済的な利益を侵害する行為⁽⁷⁴⁾」が不正競争行為であると定められている。そして、江崎グリコ v. ロッテ製菓事件など適用例が既に複数見られる。

韓国では、2018年冬季オリンピック・パラリンピックのための特別法（Special Act on support for 2018 PyeongChang Olympic and Paralympic Winter Games（英訳））を2012年1月26日に制定し、その後何度も改正されてきていた。スポーツに関する基本的な法である国民体育振興法（National Sports Promotion Act（英訳））とともに⁽⁷⁵⁾、上記の不正競争防止法が実質的にIOCに要求を満たすことに機能し、上記特別法の改正の際にも基礎となりえたと考えることができる。

3.5 小括

海外の法制度の状況に基づいて、前記1.3で掲げた周知・著名商標に対するアンブッシュ・マーケティングの類型、特にI及びIIの類型について、それぞれの国、地域における適用を検討してみる。

アメリカ合衆国の場合、アメリカ商標法において、商標としての使用は要件ではないこと、及び混同のおそれの範囲が出所（Origin）の混同に限定されず後援（Sponsorship）や承認（Approval）について混同のおそれも対象になること、さらにはBoard of Supervisors for LSU v. Smack Apparel（550 F3d 465（5th Cir. 2008））の裁判例を見る限り、IのカテゴリーはもちろんIIのカテゴリーについても、規制可能性は相当あるものと考えられる。

ヨーロッパの場合、欧州商標指令に基づく商標権侵害の範囲、不正商業行為に関する指令を見る限り、やはりIのカテゴリーはもちろんIIのカテゴリーについても、規制可能性は相当あるように思われる。また、イギリスの広告に関する自主規制からも、I及びIIのカテゴリーについて、広告業界としての規制が機能することが多いように思われる。

中国の場合、反不正当竞争法において従来から存在していた一般条項の存在、2017年の改正で、不正競争行為により権益を損なう客体が事業者だけでなく消費者も含まれることを明確にしたこと、さらに第6条に「他人と特定の関係にあるものと誤認させてはならない」と明文化したから、やはりIのカテゴリーはもちろんIIのカテゴリーについても、規制可能性は相当あるように思われる。

韓国の場合も、以前は不正競争行為が限定列挙だったが、立法による対応では新しく多様な類型の不正競争行為に対応が困難であるとして、一般条項を新たに制定した経緯からも、やはりIのカテゴリーはもちろんIIのカテゴリーについても、規制可能性は相当あろう。

もちろん、実際の具体的な事案に基づいて適用が検討され、社会的に許容されるべき事案であると判断されるものも存在するはずであるが、概ね上記のように纏めることはできよう。

4. 現行法適用についての検討

以上を踏まえて、日本法において周知・著名商標のアンブッシュ広告に関して、論点になりそうな事項について検討する。

(73) ditto

(74) “any other acts of infringing on other persons’ economic interests by using the outcomes, etc. achieved by him/her through substantial investment or efforts, for one’s own business without permission, in a manner contrary to fair commercial practices or competition order.”（Korea Legislation Research Institute, Seoul Korea）

(75) 拙稿・前掲注2）（2018）38-39頁 なお、同法は1962年9月17日に制定されており、2007年4月11日に全面改正、その後も改正が繰り返されている。

4. 1 商標法・不正競争防止法

現行の商標法・不正競争防止法の適用を考えた場合、アンブッシュ広告のうち、前記1.3で掲げたⅠの категорияにおける使用についての検討が中心になる。というのも、Ⅱの categoriaの著名なブランドやその保有者を想起させる用語等は、事前に商標登録されていたり、ブランドオーナー側が使用している商品等表示に該当したりということは考えにくく、またⅢの categoriaは、これらの法の射程には入ってこないことによる。

4. 1. 1 指定商品・指定役務についての使用

極めて有名な商標がその顧客吸引力を利用されたアンブッシュ広告の場合でも、当該商標の登録指定商品・役務でないものについて使用された場合、商標権侵害は問えない（参考：石けん百科事件（大阪地判平成28年5月9日平成26年(ワ)8187、大阪高判平成29年4月20日平成28年(ネ)1737)）。どんなに有名な商標であっても、その商標権行使の範囲は、通常の商標と禁止権の範囲に違いはない。この点は、アメリカ商標法43条(a)や、欧州商標指令第10条2項(c)、欧州商標規則9条2項(c)に定められていることと、大きく異なる。

よって、有名な商標であっても、登録されている指定商品・役務と異なるものに使用された場合、不正競争防止法に基づく対応が必要になる。

4. 1. 2 商標としての使用・商品等表示としての使用

商標としての使用・商品等表示としての使用（出所表示機能を果たす態様での使用）に該当するかどうか、ひとつの大きなポイントになる。

(1) 商標としての使用

まず、商標としての使用について検討する。

Ⅰの categoriaにおけるアンブッシュ広告の場合には、①第三者が、周知・著名商標と同一・類似の標章を、自らの商標等と結合等させることなく、文章中に使用するものでもなく、広告中に単独で使用した場合、②イベントとイベントスポンサーのロゴがコンポジットロゴで表示されているものと同様の方法で、周知・著名商標を使用した場合、③広告の中での文章において、周知・著名商標との関係があるかのように記載していたり、周知又は著名な図形商標をそれとなく地模様として使用したりした場合、の3種類が考えられる。

この①の使用方法の場合、出所表示機能を果たす態様の使用に該当しないとされた裁判例を見るかぎり、概ね商品・役務の属性・内容・由来・用途が表示されている態様、又は被告商品・役務の使用場面においてありふれた表現が記されている場合であると纏めることができるように思われる⁽⁷⁶⁾。よって、①での使用の場合に、商標としての使用ではない・商品等表示としての使用ではないと判断される可能性は低いように思われる。

次に②の使用方法の場合、この使用態様はイベントとイベントスポンサーのロゴがコンポジットロゴで表示されているもの（例えば、下の例⁽⁷⁷⁾）と同様の方法で、周知・著名商標を使用した場合である。この場合、イベント等とスポンサーのロゴが併記されているのを需要者は見慣れていると思われることから、使用者側は、その使用は出所表示機能を果たす態様ではないとの主張が考えられるが、上記①と同様に考えることができる。

(76) 詳細な分析は、平澤卓人「商標的使用論の機能的考察(1)(2)」知的財産法政策学研究48号(2016)、49号(2017)、金久美子「商標としての使用—侵害訴訟における解釈及びその問題点について—」知財研紀要(2010)が参考になる。

(77) なお、IOCやFIFAは、運営イベントのマークの使用にあたっては、使用する媒体(商品パッケージも含む)や場面について個別に申請させて、その都度承認するしくみを取っており、スポンサーが自由に使用できるということではない。

コンポジットロゴの例：



最後に③の使用方法の場合、広告の中での文章において、周知・著名商標との何らかの関係があるかのよ
うに又は誤認を招くおそれのある記載をしていたとしても、それは出所表示機能を果たす態様ではないとの
主張が考えられる。例えば、『XX チームが勝利したら、ビール〇〇円』、『XX チーム優勝記念セール』、『当
社は、YY（著名な商標のブランド）を応援しています』、『当社は、YY 大好き企業です』などの使用方法
である。

これらの使用方法について、不競法の事案であるが図書券事件などを考えると、上記の例のような文章で
使用したからといって、直ちに出所表示機能を果たす態様ではないとは言えない（参考：図書券事件（東京
地判平成 14 年 1 月 24 日⁽⁷⁸⁾）。但し、「商標としての使用」の要件の当てはめ方あるいは商標法 26 条 1 条 6
項の定めを見る限り、出所が何を意味するか又は需要者が実際の表示をどのように認識しているかではなく、
その使用態様を主に問うものであることから、これらの使用態様について、商標権侵害とするのは限定的で
あるように思われる⁽⁷⁹⁾。（参考：ロックオン事件（大阪高判平成 29 年 11 月 30 日⁽⁸⁰⁾）、食ベログ事件（札幌
地判平成 26 年 9 月 4 日⁽⁸¹⁾、札幌高判平成 27 年 6 月 23 日⁽⁸²⁾）

（2）商品等表示としての使用

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の条文には「商品等表示としての使用」との要件にはなっていないことを、
当事者が正面から主張した Sapix 事件（東京地判平成 30 年 5 月 11 日⁽⁸³⁾）がある。判決は、「同号にいう「使
用」というためには、単に他人の周知の商品等表示と同一又は類似の表示を商品等に付しているのみならず、
その表示が商品等の出所を表示し、自他商品等を識別する機能を果たす態様で用いられていることを要する」
として、その主張を簡単に退けているとおり、同条の 1 項 2 号の場合だけでなく、1 号についても、「商品
等表示としての使用」が必要と裁判例は示している。（参考：ベレッタ事件第一審（東京地判平成 12 年 6 月
29 日⁽⁸⁴⁾）

上記（1）の場合分けしたうえでの「商標としての使用」についての当てはめは、不正競争防止法での商
品等表示としての使用にあたるかどうかにも、基本的に該当すると考えられる⁽⁸⁵⁾。

(78) 平成 13 年(ワ)11044 号 判時 1814 号 145 頁 判決は、「『図書券の利用が可能である』旨の表示は、遅くとも平成 6 年
ころには原告加盟店を示す表示として一般消費者の間に広く認識されていたものというべき」であるとした。

(79) 商標法 26 条 1 項 6 号の創設は、特許庁総務部総務課制度審議室編『平成 26 年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』
（発明推進協会 2014）181 頁によると「裁判例の積み重ねを明文化」したとされているが、必ずしも「商標としての使用」
で問題となる場面のすべてを包摂していないように思われる。

なお、視認性の観点から商標としての使用の範囲の狭さを指摘するものとして、土肥一史「ネットワーク社会と商標」
ジュリスト 1227 号（2002）30 頁、島並良「html ファイルへのメタタグ記述と商標としての使用」小松陽一郎還暦記念『最
新判例知財法』（青林書院 2008）373 頁がある。

(80) 平成 29 年(ネ)1579 号

(81) 平成 25 年(ワ)886 号

(82) 平成 26 年(ネ)365 号

(83) 平成 28 年(ワ)30183 号 その後の控訴審判決（知財高判平成 30 年 12 月 6 日、平成 30 年(ネ)10050 号）も原審を支持。

(84) 平成 10 年(ワ)21508 号 判例時報 1728 号 101 頁

(85) 東京地判平成 30 年 7 月 26 日（平成 29 年(ワ)14637 号）でも、文章中にある字句について商品等表示に該当しない旨の
判示をしている。

4. 1. 3 混同のおそれ

不正競争防止法2条1項1号の適用を考えた際に、「商品等表示としての使用」に続いて「混同のおそれ」が問題となる。上記の4.1.2で挙げたうちの①及び②では、混同の恐れありとすることに大きな困難はなく、認定することができるように思われる。

しかしながら、上記4.1.2で挙げたうちの③については、混同のおそれを認定することは必ずしも簡単ではないように思われる。これは、混同のおそれについて、広義の混同であっても、「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であると誤信されるおそれ」(NFLヘルメット事件(最判昭和59年5月29日⁽⁸⁶⁾))であり、周知・著名商標保有者が表示をしている者に対して関係がある、或いは後援しているといった範囲まで包含しているようには思われなからである。

4. 1. 4 商標権侵害・不正競争行為とならない場合

商標権侵害とならない場合としては、商標としての使用ではない・商標法26条1項6号適用以外に、違法性の阻却、商標権者の許諾(黙示のものを含めて)が考えられる。

違法性の阻却とは、並行輸入の場合に限らず、国内での再販売行為及びそのための広告、需要者に販売された商品について修理・メンテナンス用部品の販売、中古車をはじめとした中古商品の買取・販売行為が該当する(参考:ヘルストロン事件(大阪地判平成15年3月20日⁽⁸⁷⁾))。

また、不正競争行為とならない場合としては、商品等表示としての使用でないとき以外に、「混同のおそれ」がないときが考えられる(参考:ヘルストロン事件(大阪地判平成15年3月20日))。

4. 2 不法行為法, その他の法令

前記1.3で掲げたIの категорияについては、その一部については商標法又は不正競争防止法を適用できる可能性はある。しかしながら、IIやIIIの categoriaについては、商標法又は不正競争防止法を適用できると考えるのは現実的であるとは思えない。

そこで検討することになるのが、不法行為法の適用である。北朝鮮映画著作権事件(最判平成23年12月8日⁽⁸⁸⁾)に基づけば、i)商標法や不競法が規律する対象とは異なること、ii)許諾なく、第三者の著名商標が有する顧客誘引力を利用することが、誠実な取引慣行に反すると、社会において認識が十分に存在すること、この2つの要件を満たせば、可能性はあるように思われる。そして、その場面として考え得るのは、典型的には、大規模スポーツイベントのように、スポンサーである旨の表記であることが一般に認識されている場合(著名イベントのスポンサー表記スタイル(コンポジットロゴのスタイル)が周知になっている場合)、非スポンサーが自らのマークとともに、著名イベントのスポンサー表記スタイルを表記したような場合が想定される。ただ、ギャロップレーサー事件(最判平成16年2月13日⁽⁸⁹⁾)を考えると、かなり限定的ではないかと思われる⁽⁹⁰⁾。

また、適用できた場合でも、差止請求の対象にはならないという問題が残る。すなわち、裁判での判決までに解決に時間を要するなか、時間の経過とともに需要者に誤った認識を与えたり、誤認状態を継続させてしまったりすることにもあり得る。さらには、将来に向けても、一定の金額(損害賠償金)を支払えばそのまま使用できることを事実上許すことにもなりかねないと危惧する。

(86) 民集第38巻7号920頁

(87) 平成14年(ワ)10309号

(88) 民集65巻9号3275頁

(89) 民集58巻2号311頁

(90) 拙著・前掲注1)6-7頁、拙稿・前掲注2)40-41頁

その他、景品表示法や独占禁止法に基づく不公正な取引方法による規制ということも可能性はなくはないが、その適用には一層の厳しさがあると言わざるを得ない⁽⁹¹⁾。

4. 3 広告業界による自主規制

現行の法の適用が難しく、新たな法規制の立法措置には時間的にもハードルが高いことから、英国のような広告業界による自主規制という方法があるのではないかと議論もありうる。

そこで、いくつかの広告業界の自主規制について確認をしてみた。具体的には、一般社団法人日本広告業協会が定めている『広告倫理綱領』（昭和46年5月25日制定、平成16年5月28日改定）⁽⁹²⁾、一般社団法人日本新聞協会の広告倫理綱領（1958（昭和33）年10月7日制定、1976（昭和51）年5月19日改正）及び新聞広告掲載基準（1976（昭和51）年5月19日制定・1991（平成3）年3月20日一部改正）⁽⁹³⁾、一般社団法人インタラクティブ広告協会の「インターネット広告倫理綱領及び掲載基準ガイドライン」（2000年制定、2015年3月改定）⁽⁹⁴⁾、広告主の団体である公益社団法人日本アドバイザーズ協会の倫理綱領（平成19年2月28日制定）⁽⁹⁵⁾である。

日本の広告業界の自主規制はいずれも、団体加入企業それぞれの判断にゆだねられており、またその倫理規定の適用対象は限定的である。さらには、事前に業界団体内で、既定の解釈など各社の見解を統一するといった機関や方法は存在していない。また、広告主や広告業者で構成される公益社団法人日本広告審査機構（JARO）は、事後的に広告に関する苦情や問い合わせ（嘘・大げさ・紛らわしい）の処理として、広告主やメディアに注意をする組織であるが、本稿で取り上げた事柄についてJAROのチェック範囲が及ぶものかはっきりしない⁽⁹⁶⁾、また、対象とされた場合でも、その解決方法は広告者に注意するのみで、非常に限定的と言わざるを得ない。

加えて、我が国において、広告業界の代表である広告代理店は、一方ではメディア等広告媒体を売る側の代理をし、他方では広告を制作し掲出する広告主の代理をしており、一つの組織の中で利害が相反することが多い。

このような状況のなか、根拠となる法律が存在しなければ、自主規制に期待することは難しい。

5. 終わりに

5. 1 議論が必要な事項

本稿で取り上げた前記1.3で掲げた事例について、不正競争防止法も含めた知的財産法で検討すべきは、I及びIIのカテゴリーであろう。事業者が様々な投資や事業活動の結果創出した成果について、その冒用行為をどう考えるのか。需要者・消費者に誤認を与える可能性もあるとともに、競争行為として適切なものであるのか、真剣に検討すべきである。また、その成果を第三者に使用許諾等することは当該事業者の裁量であるので、行政的な対応ではなく、事業者どうしが紛争解決をするしくみが適切であろう⁽⁹⁷⁾。

一方で、IIIのカテゴリーについては、必要に応じて交通規制、美観等の規制で足り、知的財産法の出番ではないように思われる。それは、IIIのカテゴリーは、場所を使用しているのであり、事業者が創出した成果を冒用しているわけではないからである。その場所が重要であるのならば、周知・著名商標保有者が使用・

(91) 拙著・前掲注1) 130-137頁では、イベントに関するアンブッシュ・マーケティング規制の基礎になり得るかとの観点で検討している。

(92) 一般社団法人日本広告業協会 HP (<http://www.jaaa.ne.jp>)

(93) 一般社団法人日本新聞協会 HP (<http://www.pressnet.or.jp>)

(94) 一般社団法人インタラクティブ広告協会 (<http://www.jiaa.org>)

(95) 公益社団法人日本アドバイザーズ協会 HP (<http://www.jaa.or.jp>)

(96) なお、オリンピックについては、Q&Aなどを掲出し、ある程度対応しようとしているように思われる。

(97) 拙著・前掲注1) 151-152, 157-158頁

管理権限の確保するなどにより対処すべきように思われる。

そのうえで、周知・著名商標の保護について、現状の商標法・不正競争防止法における課題を纏めると、商標法上、著名商標を特に保護する規定はなく、他の通常の商標と同じ扱いであること、及び保護が得られる場合が、商標としての使用・商品等表示としての使用（出所表示機能を果たす態様での使用）に限定されること、がある。

特に、商標としての使用・商品等表示としての使用について、使用の「態様」を問題にするが、「出所」の意味を追求する必要はないのか、商標法2条1項1号及び2号には「(商品の)生産」「(商品の)譲渡」「(役務の)提供」とともに、「証明」するために使用することが定められている。この「証明」の意味する範囲は必ずしも明確ではない⁽⁹⁸⁾。また、不使用取り消し審判での場面も含め実際の市場での使用状況を考えて承認、認定、後援する者も含める必要があると考える⁽⁹⁹⁾。

次に、不正競争防止法特有の課題として、「混同のおそれ」の範囲は、広義の混同でも、「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」に留まる。アメリカの混同のおそれの範囲には、Sponsorship や Endorsement, Affiliation が含まれる。ヨーロッパでも、需要者に対する保護の観点から、存在しないにもかかわらず、承認、関連又は関係 (approval, affiliation or connection) が存在するような表示、並びに存在しないにもかかわらず、承認 (approval), 支持 (endorsement), または承諾 (authorization) されているかのような行為は、規制されている。混同のおそれについて、今のままでいいのか。承認、支持、承諾されている等の特別な関係があると誤認させるおそれまで含める検討が必要である⁽¹⁰⁰⁾。

さらに、不正競争防止法の課題として、中国や韓国の不正競争防止法（反不正当竞争法）で制定されているような一般条項を制定することは、日本ではできないのか⁽¹⁰¹⁾。直ちに、一般条項の制定ができないとした場合でも、他人の周知・著名な表示を使用して、「承認、支持、承諾されている等の特別な関係があると誤認させるおそれのある表示をする行為」を不正競争行為として新たに定める必要があるのではないのか⁽¹⁰²⁾。

なお、現行の商標法や不正競争防止法でも、形式的には侵害行為・不正競争行為に該当するよう見える場合にも対象とならない使用があるように、上記の提案が実現する場合でも規制対象外になる使用は当然あると考えられる⁽¹⁰³⁾。

5. 2 表現の自由との関係⁽¹⁰⁴⁾

なお、米国において、表現の自由との関係で一般に知財法の適用について疑問を投げかける議論があることから、イベントにおけるアンブッシュ・マーケティング規制や本稿で検討している規制に対して、表現の自由を侵害するとの意見もあるかもしれないので、付言しておく。

確かに、米国で合衆国憲法修正一条（表現の自由）の保護が及ぶかどうかという議論があり、それは

(98) 小野昌延・三山峻司編『新注解商標法（上巻）』（2016 青林書院）98頁（茶園成樹）は、「我が国の商標法は、『証明』という語を含んでいるが、証明商標を一般には保護しておらず」と指摘する。

(99) 拙稿・前注35) 195-197頁

(100) 拙著・前掲注1) 144-159頁

(101) 拙著・前掲注1) 139頁では、歴史的な経緯を含め分析を試みている。

(102) 拙稿・前注35) 195-197頁

(103) 例えば、拙著・前掲注1) 164頁に記載したように、わずかな写り込みの場合、報道・評論・批判の場合、当該商標が付される5ブランドを中心的に描く小説などの場合である。自らを商業的にPRするためといった目的でないことが一つの条件になろう。

(104) 2018年6月9日（土）に京都大学で日本工業所有権法学会2018年度研究会が開催され、午後のシンポジウムで平澤卓人「表現の自由の観点からの商標法の権利制限」が報告された。非常に興味深く拝聴していたが、残念ながら所用のために途中退席をせざるを得なかったため、最後まで報告を伺うことはできず、その後の討論・質疑応答も拝聴できていない。他に、大日方信春「商標と表現の自由（一）」熊本法学136号71頁（2016）、同「知的財産権と表現の自由」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か—理論的視座と現況への問い』（2017法律文化社）158頁も参照した。

Commercial Speech（営利的言論）についても保護が及ぶ場合があるが、その際には、セントラル・ハドソン・テストの4要件について検討する必要がある（Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission (447 US 557 (1980))）。その要件とは、i) その表現が合法的行為に関するものであり、情報の受け手に誤認させる（Misleading）のおそれをもたらすものでないことを前提として、ii) 政府が規制するうえで主張する利益が実質的なものであること、iii) 政府による規制が、その利益を直接的に推進するものであるかどうか、iv) 政府による規制がその利益達成のために必要以上に広汎なものでないかどうか、の4つである。

アメリカにおける裁判例（例えば、Michael Jordan v. Jewel Store (Case #. 12-1992, 7th Cir. 2014)）を参考にしても、アンブッシュ広告は、Commercial Speechであり、また誤認（Misleading）のおそれをもたらすものであるか否かが焦点になる事案であることを考えると、表現の自由を持ち出して議論する必要性はないと考える。表現の自由の議論を持ち出す以前に、誤認のおそれ（出所の誤認に限らない）をもたらすとして規制されるべきという前提部分の問題である。

表現の自由で問題になるような典型的な場面は、アメリカ合衆国内で、MLBのオールスターゲームやNFLのスーパーボウル等の開催都市になるためには、開催希望都市が、MLBやNFLが指定する条件に基づく条例の制定のような場面である。すなわち、大会開催期間（競技が実際に行われる日の前後一定の日数を含む）、競技場から一定の範囲内（例えば、競技場から半径1マイルの地域）において、MLB、NFLらの競技会主催者の了解なく、一切の広告物の掲出や販売活動はできないとする規制に対して議論になっているものである。

以上

本稿は、2018年6月25日に日本弁理士会中央知的財産研究所「周知・著名商標の保護」第10回研究部会で行った研究報告を基礎としている。

なお、本稿は、個人の見解に基づくものであり、筆者の所属する団体・組織の見解ではない。

(2018年8月31日 足立 勝)