

著名商標と比較広告

学習院大学法学部法学科教授 横山 久芳

目次

1. はじめに
2. 我が国における現在の議論の状況
3. 米欧の状況
 - 3-1. アメリカ
 - 3-2. 欧州
 - 3-3. 小括
4. 検討
 - 4-1. 商標法上保護されるべき商標の機能
 - 4-2. 比較広告の許容性
 - 4-3. 総括

1. はじめに

比較広告とは、「自己の供給する商品又は役務（以下「商品等」という。）について、これと競争関係にある特定の商品等を比較対象商品等として示し、商品等の内容又は取引条件に関して、客観的に測定又は評価することによって比較する広告」をいう⁽¹⁾。比較広告には「批判的比較広告」と「寄生的比較広告」の2種類がある⁽²⁾。「批判的比較広告」とは、商品等の内容について自己の商品等と競業者の商品等を比較し、競業者の商品等を低く評価することによって、自己の商品等に対する評価を相対的に高めることを目的とした広告をいう。一方、「寄生的比較広告」とは、自己の商品等の内容・品質が著名な競業者の商品等と同一であると主張し、自己の商品等に対する評価を高めることを目的とした広告である。

適正な比較広告は、商品等に関する有益な情報を需要者に与え、需要者の合理的な選択に資するとともに、既存の商品等に代替する商品等を開発した者がその特徴を効率的・効果的に宣伝することを可能とし、自由競争を促進する効果を有している⁽³⁾。このような比較広告のメリットに鑑み、我が国では、比較広告そのものは、禁止されていない⁽⁴⁾。

一方、比較広告では、比較の対象となる商品等を特定するために、他人の商標が使用されることが多い。比較の対象となる商品等が著名であればあるほど、比較広告の効果が高まるため、比較広告には著名商標が使用されることがほとんどであろう。本稿は、このような比較広告における著名商標の使用を商標法上どの

-
- (1) 消費者庁「比較広告に関する景品表示法上の考え方」（平成28年4月1日改正）（以下、「比較広告ガイドライン」）1頁。
 - (2) 土肥一史『商標法の研究』（中央経済社・2016年）8、12頁参照。
 - (3) 土肥・前掲注2）12、16頁参照。
 - (4) 前掲・注1）「比較広告ガイドライン」1頁参照。もちろん、虚偽的、誤導的な比較広告は景品表示法5条1号・2号の不当表示ないし不正競争防止法2条1項20号・21号の不正競争として規制される。前掲・注1）「比較広告ガイドライン」1頁は、①実証されていない、又は実証され得ない事項を挙げて比較するもの、②一般消費者の商品選択にとって重要でない事項を重要であるかのように強調して比較するもの及び比較する商品を恣意的に選び出すなど不公正な基準によって比較するもの、③一般消費者に対する具体的な情報提供ではなく、単に競争事業者又はその商品を中傷し又ははばうするものは、景品表示法5条1号・2号の不当表示に当たるおそれがあるとする。また、東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁〔サントリー-黒烏龍茶事件〕は、客観的真実に反する虚偽の内容の比較広告を行ったことが不正競争防止法2条1項14号（現20号）の不正競争に該当すると判断している。

ように評価すべきかについて、具体的な検討を行うものである。

2. 我が国における現在の議論の状況

商標法は「商品若しくは役務に関する広告」に商標を使用する行為を標章の「使用」と定義している（2条3項8号参照）。よって、他人の商標を比較広告に使用する行為も、形式的には商標の「使用」に該当することになる。しかしながら、我が国では、形式的に商標の「使用」に該当する行為であっても、商標が出所識別機能（自他商品識別機能）を果たす態様で使用されていない場合には、商標の使用に当たらず、商標権侵害とならないと解されている（「商標的使用論⁽⁵⁾」）。ゆえに、比較広告における商標の使用が「商標的使用」に当たらない場合には、商標権侵害は成立しないことになる。

一般に、比較広告は、比較の対象となる他人の商品等の出所を示すものとして他人の商標を使用するものであるから、他人の商標は他人の商品等の出所を識別する機能を果たしているといえることができる。したがって、商標権者の商品等を特定するために登録商標を使用する行為が「商標的使用」に含まれると解するならば、比較広告における商標の使用にも商標権の効力が及ぶことになる⁽⁶⁾。しかし、裁判例では、このような解釈は採られていない。

例えば、批判的比較広告における商標の使用が問題となったサントリー黒烏龍茶事件⁽⁷⁾において、裁判所は、「被告は、本件各比較広告において、被告ら商品Bの含有成分の量と原告商品のそれとを比較し、前者の方が優れていることを示すことで、被告ら商品Bの宣伝を行うために、原告商品に付された本件各登録商標を使用したものと認められ、これに接した一般需要者も、そのように認識するのが通常であるといえる」から、被告「による本件各登録商標の使用は、比較の対象である原告商品を示し、その宣伝内容を説明するための記述的表示であって、自他商品の識別機能を果たす態様で使用されたものではないというべきであり、商標として使用されたものとは認められない」と判示し、商標権侵害を否定している。

また、不正競争防止法に関する事件であるが、寄生的比較広告における商標の使用が問題となった香りのタイプ事件⁽⁸⁾において、裁判所は、「被控訴人は、…ただ、自己の商品である香水の香りのタイプ又は調子が、控訴人らのこれに対応する商品のそれと同じであるとしているにすぎ」ず、「被控訴人の商品又は右広告に接する者は、被控訴人の前示の具体的表示とその用い方に徴し、その商品を世界的に著名であるとされる控訴人らの商品（香水）とその香りが似ているとの認識を抱き、その認識のもとに取引に当ることはあつても、被控訴人の商品を控訴人らのそれと誤認し又は誤認するおそれがあるものとは考えられない」から、「被控訴人が不正競争防止法第一条第一項第一号にいう他人たる控訴人らの商品であることを示す表示と同一又は類似のものを使用しその商品と混同を生じさせているものとはいえない」と判示している。これに対し、同じく寄生的比較広告における商標の使用が問題となったシャネル No 5 事件⁽⁹⁾では、裁判所は、「「シャネル

(5) 榎戸道也「商標としての使用」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法』（青林書院・2001年）398頁、西村康夫「商標の使用（1）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系II』（青林書院・2014年）289～293頁、高部眞規子『実務詳説 商標関係訴訟』（金融財政事情研究会・2015年）68頁など参照。

(6) 土肥・前掲注2）215頁は、「比較広告の事例における著名な商標と同一の標章は、著名商標に係る商品の出所を識別しており、「自他商品等識別機能」という意味では商標として使用されている」と述べる。

(7) 東京地判平成20年12月26日・前掲注4）。事案は、被告がティーバックタイプの黒濃烏龍茶を販売するに際して、原告の販売する容器入り烏龍茶を引合いに出し、「烏龍茶ポリフェノール含有量2070mg 約70倍 サントリーなんかまだうすい！」と表示し、原告商標（「サントリー」）を使用したことが商標権侵害となるか否かが争われたというものである。

(8) 東京高判昭和56年2月25日無体集13巻1号134頁。事案は、被控訴人が自社の香水（「SWEET LOVER No.〇〇」）の販売に際して、「この香りは、世界の名香のタイプでいえば…」との表題の下に、自社の香水に対応させて控訴人らの著名な香水名（「Miss Dior」, 「Chanel No.5」）を掲げ、また、価格表にも被控訴人の各香水に対応する控訴人らの各香水を掲げていたため、旧不正競争防止法1条1項1号（現2条1項1号）に該当するか否かが争われたというものである。

(9) 東京地判平成5年3月24日判時1457号137頁。事案は、被告が原告の著名商標（「シャネル」）を含む「シャネル No 5 タイプ」との表示を付したスティック型香水を販売する行為が商標権侵害となるか否かが争われたというものである。

No5」がシャネル・グループの製造販売する香水の商品表示として著名であることが当裁判所に顕著であることからすれば、「シャネル No5 タイプ」の内「シャネル No5」の部分（被告標章）をもって、被告商品の出所を表示する標章と理解する需要者も決して少なくないものと認められる」とし、「「シャネルの販売するシャネル五番の香水ではない」ことをわかりやすい表現で明瞭に記載してあればともかく、右のような表示では多数の需要者の中には「タイプ」の意味するところを理解できず、あるいは不注意から「タイプ」の意味するところを深く考えないままに、被告標章をもって、被告商品の出所を表示する標章と理解する需要者が少なくないと認める妨げにはならない」と述べ、被告商品に被告標章を付すことは商標的使用にあたり、商標権侵害を構成すると判断している。

「香りのタイプ事件」と「シャネル No5 事件」とで「商標的使用」の判断が異なっているのは、前者においては、被告広告に使用された原告の商品等表示が原告の商品の出所を特定するものとして需要者に認識されると判断されたのに対して、後者においては、登録商標と類似する被告標章が被告の出所を示すものと需要者に誤認されるおそれがあると判断されたことによるものである⁽¹⁰⁾。すなわち、裁判例では、登録商標が被疑侵害者の商品等の出所を識別する機能を果たしている場合に限り「商標的使用」が認められ、商標権の効力が及ぶものとされているのである。このような「商標的使用」の理解は、商標法上保護されるべき商標の機能を出所識別機能に求める考え方と深く結びついている。登録商標が被疑侵害者の商品等の出所を示すものとして使用されない限り、出所の混同が生じることはなく、登録商標の出所識別機能は何ら害されないため、出所識別機能の保護を念頭に置く限り、第三者の登録商標の使用を禁止する必要がないからである⁽¹¹⁾。

これに対し、学説では、比較広告において商標権者の商品等を特定するために登録商標を使用する行為も「商標的使用」に当たると解釈し、出所識別機能以外の商標の重要な機能が害されるおそれがある場合には、商標権の行使を認めるべきであるとする見解も主張されている。

例えば、土肥教授は、商標法が専用権（25条）と禁止権（37条）を分けて規定していることに鑑み、禁止権の範囲における「商標的使用」の概念は、商標の類否が出所の混同を基準に判断されることから出所識別機能が毀損されたか否かの観点から捉えることが妥当であるが、専用権の範囲を画する「商標的使用」の概念は、出所識別機能に限らず、品質保証機能、宣伝広告機能、投資機能、コミュニケーション機能等の商標の機能を果たす態様での使用を想定すれば足りるとし⁽¹²⁾、比較広告における商標の使用が商標権者のブランド・イメージを毀損し又は不当に利用するものである場合には、商標権を行使する余地を認めるべきであるとしている⁽¹³⁾。また、大西弁理士も、商標の機能の重要性が出所表示機能から品質保証機能、宣伝広告機能へと移ってきているという現実を踏まえ、商標権の保護については、商品又は役務の出所表示機能を発揮する態様での使用か否かを問題とせず、商標の機能に影響するおそれがある使用か否かを検討し、かかるおそれのある第三者の登録商標と同一又は類似の標章の使用に商標権の効力を及ぼすべきであると述べている⁽¹⁴⁾。

このように、我が国においては、比較広告における商標の使用は出所の混同を生じない限り、商標権侵害とならないと解する見解が一般的であるが、学説では、比較広告における商標の使用が出所の混同を生じない場合にも、商標の重要な機能が害される場合には、商標権の行使の余地を認めるべきとする見解が主張されている状況にある。

(10) 両判決の分析につき詳しくは、中川隆太郎「著名商標と「～風」「～タイプ」問題—日本の裁判例とフランス商標法」骨董通り法律事務所コラム（2017年9月20日）参照。

(11) 田村善之『商標法概説 [第2版]』（弘文堂・2000年）5～6頁参照。

(12) 土肥・前掲注2）35～36頁参照。

(13) 土肥・前掲注2）29～30頁、218～219頁。

(14) 大西育子『商標権侵害と商標的使用』（信山社・2011年）250～251、259～260頁参照。

3. 米欧の状況

3-1. アメリカ

アメリカでは、比較広告は、消費者の利益に寄与し、また、競争促進効果があることから、一般に推奨されるべきものであり⁽¹⁵⁾、正当な比較のために他人の商標を使用する行為は、混同のおそれを生じない限り、広く認められるべきであるとされている⁽¹⁶⁾。

例えば、批判的比較広告における商標の使用が問題となった *Storck v. Nabisco* 事件⁽¹⁷⁾ において、連邦第7巡回区控訴裁判所は、被告商品における原告商標の使用は、被告商品が原告商品と異なり、より優れていることを述べるためのものであり、被告商品に原告商品が含まれているとか、原告商品と何らかの関係を有するものであることを示唆するものではないとし、さらに、商標は商品の出所や品質を指し示すものであり、出所や品質についての混同を生じない競業者の商標の使用は需要者の利益に寄与するものであり、許容されると判示している⁽¹⁸⁾。

また、寄生的比較広告における商標の使用が問題となった *Smith v. Chanel* 事件⁽¹⁹⁾ において、連邦第9巡回区控訴裁判所は、被告は特許されていない原告商品を模倣する権利を有しており、模倣は競争を促進する効果を持つものであるから、被告が原告商品を模倣することは公共の利益にも合致するとしてうえて、事業者が需要者に対し自己の商品が他人の商品と品質が同等で価格が安いことを伝えるためには、他人の商標を使用することが必要であり、他人の商標の使用を禁じることは、模倣品の提供を困難なものとし、ひいては商品自体の独占をもたらすことになりかねない⁽²⁰⁾ と述べ、出所やスポンサーシップについて誤認や混同がない場合には、販売者が自己の商品の販売を促進するために、他人の商品の特定を目的として他人の商標を使用することは許されると判示している⁽²¹⁾。

一方、アメリカにおいても、比較広告における商標の使用が混同のおそれを生じる場合には、商標権侵害が認められている。

(15) 16 C.F.R. § 14.15(c).

(16) 16 C.F.R. § 14.15(b); J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, § 25.52, 25-187 (5th ed. 2017).

(17) *August Storck K.G. v. Nabisco, Inc.*, 59 F.3d 616 (7th Cir. 1995). 原告 (Storck) ・被告 (Nabisco) とともにキャンディの製造・販売業者であり、被告が原告商品 (“Werther’s Original®”) と成分の異なるキャンディ (“Life Savers® Delites”) を販売する際に、パッケージに、“25 % LOWER IN CALORIES THAN WERTHER’S® ORIGINAL CANDY” という記載をしたことが原告商標権の侵害となるか否かが争われた。

(18) *Id.*, at 618.

(19) *Smith v. Chanel, Inc.*, 402 F. 2d 562 (9th Cir.1968). 原告 (Chanel) は著名な高級香水の製造・販売業者、被告 (Smith) は原告香水の模倣品の販売業者であり、被告が原告商標を使用して、被告商品が原告商品の廉価な模倣品であることを宣伝し、両商品を対応させた比較リスト付きの注文書を頒布したことが原告商標権の侵害となるかが争われた。原告が両香水の品質の同一性を争わなかったことから、判決は、両香水の品質が同一であることを前提に判断を行っている。

(20) 判決は、このような考え方を説くにあたって、*Saxlehner v. Wagner* 事件の連邦最高裁判決の説示 (216 U.S.375,380 (1910)) を引用している。同事件は、被告が原告の販売する天然水を模倣した人工水を販売するに際して、両者が等品質であることを宣伝するために原告の商標を用いたことが不正競争に当たるか否かが争われたというものである。同事件で法廷意見を執筆したホルムズ判事は、次のように述べている。「我々は、不正競争も虚偽行為も存しないという下級審裁判所の事実認定を破棄する理由を見出すことができない。原告の請求の真の意図は、他の製造業者が公衆に対し何を模倣し、何を売ろうとしているのかをわかりやすく伝えることを妨げることにより、商標の独占を、原告の硫酸水と同種のそれを独占することにまで拡張することにあると思われる。しかし、原告は、その水に対し特許権を有していないから、被告らは、可能な限り近似したものを復元する権利を有している。また、被告らは、公衆に対し、彼らが何をしているのかを伝え、彼らが同種の商品を作ろうとし、それに成功したと思っていることを宣伝することによって、原告商品の人気から生じる分け前に与ることができる。もし、被告らが原告の商品を販売しようとしていることを伝えることができなければ、原告商品が著名な名前を有する場合には、被告らはその商標を使用して、自分たちが模倣したものが何かを説明する権利を有しないことになる。しかし、被告らは、そうすることによって、商標のグッドウィルを取得しようとしているのではなく、商品自体のグッドウィルを取得しようとしているにすぎない」。この連邦最高裁判決の考え方は、今日の裁判例にもそのまま受け継がれている (*McCarthy, supra* note 16, § 25.52, 25-188)。

(21) *Smith v. Chanel, supra* note 19, at 567-569. 同様の観点から、寄生的批判広告における商標の使用を適法と判断した裁判例として、*Societe Comptoir de l’Industrie Cotonniere Etablissements Boussac. v. Alexander’s Department Stores, Inc.*, 299 F.2d 33 (2nd.1962) ; *Calvin Klein Cosmetics Corp. v. Lenox Laboratories, Inc.*, 815 F.2d 500 (8th Cir.1987) など参照。

例えば、“If you like (原告商品), you'll love (被告商品)” という表示を用いた寄生的比較広告が問題となった事案⁽²²⁾において、連邦第2巡回区控訴裁判所は、上記表示は被告商品が原告商品と同じ出所に由来するものであるとの認識を需要者に生じさせるものであり、被告商品が原告と無関係であることを示すディスクレーマが一応は存在するものの、需要者の混同を解消するのに十分なものとはいえないとして、商標権侵害を認めている⁽²³⁾。この判決は、我が国のシャネル No5 事件判決と同様、寄生的比較広告に他人の商標を使用する場合には、自己の商品が他人の商品の模倣品であることを明確に示す必要があることを示唆するものといえる。

アメリカでは、商標権侵害の要件となる「混同」には、出所の同一性の誤信のみならず、出所の関連性（商標権者による後援・連携・容認の示唆）の誤信が含まれるため、比較広告における商標の使用が出所の関連性を誤信させる場合にも、商標権侵害が成立する。例えば、Pebble Beach v. Tour 18 I 事件⁽²⁴⁾では、被告が原告らの経営する著名なゴルフコースのデザインを模倣し、原告らの商標を被告の販促物に利用していたことが原告らの商標権を侵害するか否かが争われた。被告は、原告商標の使用が原告らのデザインを参照したことを示すための「指示的使用（nominative use）」に当たると主張したが、第5巡回区控訴裁判所は、「指示的使用」の抗弁を主張するためには、(1) 商品又は役務を特定するのに必要な限度で商標を使用していること、及び、(2) 商標権者による後援、連携、承認を示唆する行為をしていないことが必要であると述べたうえで、被告が原告らの商標を自社の宣伝活動に目立つ態様で使用してきたことを踏まえ、被告の使用態様は、原告らによる連携、後援、容認を示唆するものであるとして、指示的使用の抗弁を否定し、商標権侵害を認めている⁽²⁵⁾。

なお、アメリカでは、1996年に、連邦商標希釈化法（Federal Trademark Dilution Act）が施行され、著名商標の保有者は、混同のおそれの有無にかかわらず、著名商標の希釈化（不鮮明化・汚染化）を生じるおそれのある商標の使用行為を禁止することが可能となった⁽²⁶⁾（同法43条(c)(1)参照）。しかしながら、同法は、「需要者が商品又は役務を比較できるようにするための広告若しくは販売促進活動」のための商標の使用行為を「フェア・ユース」と認め、同法の適用を除外しているため（同法43条(c)(3)(A)(i)参照）、同法の施行後も、適正な比較広告における商標の使用が希釈化を理由に禁止されることはないといえよう。

3-2. 欧州

欧州の商標制度は、商標指令⁽²⁷⁾及び共同体商標規則⁽²⁸⁾により規律されているが、比較広告における商標の使用については、別途、比較広告指令⁽²⁹⁾に定めがある。比較広告指令は、比較広告に関する各国の規制を調和し、国境を跨いだ広告活動を容易にすることで、域内の商品等の自由流通を促進することを目的としたものである（第6リサイタル参照）。同指令は、適正な比較広告が自己の商品の利点を消費者に伝えるための正当な手段であることを認めつつ（第8リサイタル参照）、虚偽的・誤導的な比較広告を規制する必要があることから（第9リサイタル参照）、比較広告が許容される要件を具体的に定めている（同指令4条(a)～(h)参照）。欧州司法裁判所は、比較広告が競争を促進し、消費者の利益に寄与するものであることに鑑み、同

(22) Charles of the Ritz Group Ltd. v. Quality King Distributors, Inc., 832 F.2d. 1317 (2nd Cir. 1987).

(23) *Id.*, at 1323-1324.

(24) Pebble Beach Co. v. Tour 18 I, 155 F.3d 526 (5th Cir.1998).

(25) *Id.*, at 545-546.

(26) 同法の内容について詳しくは、佐藤俊司研究員の論稿を参照されたい。

(27) Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States Relating to trademarks, O.J. L 336, 23.12.2015, p.1.

(28) Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, O.J. L154, 16.6.2017, p.1.

(29) Directive 2006/114/EC of European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, O.J. L376, 27.12.2006, p.21.

指令の許容要件は比較広告に最も有利な形で解釈すべきであると判示し⁽³⁰⁾、比較広告に好意的な態度を採っている。

比較広告を効果的なものとするためには、競業者が商標権を有する商標を使用して競業者の商品等を特定することが必要となる場合がある（第14リサイタル参照）。このことを踏まえ、比較広告指令の許容要件には、商標の使用に関する事項が含まれている。具体的には、競業者の商標を毀損・中傷するものでないこと（4条(d)）、競業者の商標の評判を不当に利用するものでないこと（4条(f)）、保護される商標の付された商品等の模倣品やレプリカとして商品等を提示するものでないこと（4条(g)）、取引者間、広告者・競業者間、又は両者の商標の間で、混同を生じるものでないこと（4条(h)）が要件となっている。これらを見れば明らかかなように、比較広告指令の許容要件は商標指令及び共同体商標規則における商標権の効力規定（同指令10条2項(a)～(c)、同規則9条2項(a)～(c)）の内容にも対応したものとなっている。それゆえ、比較広告における商標の使用が同指令の許容要件を充たす場合には、商標権の侵害とならないとされている（第15リサイタル参照⁽³¹⁾）。

一方、比較広告における商標の使用が同指令の定める許容要件を充たさない場合には、商標指令ないし共同体商標規則に基づき、商標権者は商標権を行使することが可能となる（同指令10条3項(f)、同規則9条3項(f)）。上述の通り、比較広告指令の許容要件は商標指令及び商標規則における商標権の効力規定に対応したものとなっているため、比較広告における商標の使用が比較広告指令の許容要件を充たさない場合には、商標指令及び共同体商標規則上も商標権の行使を認めるべき場合が多いと思われる。

比較広告の問題を考えるうえで欧州に特徴的な点として、以下の二点を指摘することができる。

第一に、欧州では、比較広告における商標の使用が混同のおそれを生じない場合でも、商標権の行使が認められる余地があるということである。

欧州でも、商標権侵害が成立するためには、登録商標が自他商品識別機能を果たす態様で使用されることが必要であると解されているが⁽³²⁾、自他商品識別機能を果たす態様での使用か否かは、我が国と比べて、相当程度緩やかに解釈されている⁽³³⁾。例えば、批判的比較広告における商標の使用が問題となったO2 v. H3G事件⁽³⁴⁾において、欧州司法裁判所は、比較広告は広告者自身の商品・役務の販売促進を目的としたものであり、自己の商品・役務の特徴を競業者の商品・役務と比較することにより、自己の商品・役務を識別しようとするものといえるから、競業者の商品・役務を特定するために競業者の商標を使用する場合でも、旧商標指令の目的での広告者自身の商品・役務の使用とみなし得ると述べ、旧商標指令の要件を充たす限り、商標権の行使が認められると判断している⁽³⁵⁾。

(30) Case C-112/99, Toshiba Europe GmbH v Katun Germany GmbH, 25.10. 2001, [2001] E.C.R.I-7945, [37]; Case C-487/07, L'Oréal SA v Bellure NV, 18.6.2009, [2009] E.C.R. I-5185, [69].

(31) 欧州司法裁判所も、比較広告が旧広告指令の許容要件（3a条1項）を充たす場合には、商標権者は旧商標指令5条1項又は2項に基づいて商標の使用を差し止める権限を有しないと判断している（Case C-533/06, O2 Holdings Ltd v Hutchison 3G UK Ltd, 12.6.2008 [2008] I-04231, [38]-[39], [45]）。

(32) 商標指令前文第18リサイタルは、「商標の侵害は、侵害となる商標又は標識が取引上商品若しくは役務を識別する目的で使用されることが認定される場合にのみ、立証できることを規定することは適切である」と述べる。

(33) 大西・前掲注14) 174頁参照。

(34) Case C-533/06, *supra* note 31. 原告（O2）・被告（H 3G）ともに携帯電話サービス会社であり、原告が泡の図形商標について通信機器及び通信サービスを指定商品とする英国商標権を有していたところ、被告が自社の料金と原告の料金を比較するテレビのキャンペーン広告において、泡の図形商標に類似するモノクロの泡の動画を使用したため、被告の行為が原告の英国商標権を侵害するか否かが争われた。同事件では、「事業者が自己の商品・役務の広告において、自己の商品・役務の特徴と競業者の商品・役務の特徴を比較するために競業者の登録商標を使用する場合において、混同が生じず、出所表示としての商標の本質的機能を害さないとき、その使用は、旧商標指令5条1項(a)・(b)の範囲に含まれるか」という質問が欧州司法裁判所に付託された。

(35) *Id.* at [35]-[37]. ただし、本件では登録商標と類似する商標の使用が問題となっているため、旧指令5条1項(a)は適用されず、旧指令5条1項(b)の適用が問題となり、旧指令5条1項(b)の下では、第三者の使用が混同のおそれを生じない限り、商標権者は第三者の使用を禁止することができないと判断された。

また、寄生的比較広告における商標の使用が問題となった L'Oréal v Bellure 事件⁽³⁶⁾において、欧州司法裁判所は、旧商標指令 5 条 1 項(a)が問題となる場合（第三者が登録商標と同一の標章を指定商品等と同一の商品等に使用している場合）は、同指令 5 条 1 項(b)が問題となる場合（第三者が登録商標と同一又は類似の標章を指定商品等と同一又は類似の商品等に使用し、混同のおそれを生じる場合）と異なり、出所識別機能のみならず、その他の機能、すなわち、品質保証機能や情報伝達機能、投資機能⁽³⁷⁾、宣伝機能が害されるおそれがある場合にも、商標権を行使することが認められるとし⁽³⁸⁾、寄生的比較広告における商標の使用が旧広告指令の許容要件を充たさず、かつ、出所識別機能を害さないとしても、商標の機能の一つを害するおそれがある場合には、商標権者は広告者の商標の使用を禁止できると判示している⁽³⁹⁾。

このように、欧州では、比較広告において、他人の商品等を特定するために他人の商標を使用することも「商標的使用」に該当するとされ、第三者が登録商標と同一の商標を指定商品等と同一の商品等に使用している場合には、混同の有無にかかわらず、商標の機能の一つが害されるおそれがある限り、商標権の行使が認められることになる⁽⁴⁰⁾。

第二に、欧州では、寄生的比較広告に著名商標を使用することが一般に禁止されているということである。前述の通り、比較広告指令は、自己の商品を他人の商品の模倣品やレプリカとして公衆に提示するために他人の商標を使用する行為を一律に禁止しているため（同指令 4 条(g)参照）、寄生的比較広告は、その内容が適正なものであっても、同指令の許容要件を充たさないことになる⁽⁴¹⁾。一方、商標指令及び商標規則は、正当な理由なく「著名商標の名声を不正に利用する（take unfair advantage of the *repute* of the trade mark）」場合に商標権の効力が及ぶことを定めているが（同指令 10 条 2 項(c)、同規則 9 条 2 項(c)参照）、「著名商標の名声を不正に利用する（take unfair advantage of the *reputation* of a trade mark）」ものでないことは比較広告の許容要件にもなっているため（同指令 4 条(f)参照）、比較広告が「著名商標の名声を不正に利用する」ものである場合には、比較広告指令の許容要件を充たさず、かつ、商標指令及び共同体商標規則に照らして商標権の行使が認められることになる。前述の通り、一般に、欧州司法裁判所は、比較広告の有用性に鑑み、比較広告指令の許容要件を比較広告に最も有利に解釈すべきであるとの方針を採っており、同指令 4 条(f)についても、著名商標を比較広告に使用することが関連市場における効果的な競争に必要な場合には、著名商標に化体した名声を不正に利用していると解釈されるべきでないとして判示している⁽⁴²⁾。しかしながら、寄生的比較広告については、旧広告指令が商標の使用を一律に禁止していることに鑑み、「著名商標の名声を不正に利用する」ものと解釈すべきであると⁽⁴³⁾、さらに、旧商標指令における「著名商標の名声を不正に利用する」場合についても旧広告指令と基本的に同様の解釈を行うべきであると判示してい

(36) Case C-487/07, *supra* note 30. 原告（L'Oréal）は著名な高級香水の製造・販売業者、被告ら（Bellure 他）は原告香水の模倣品のセット商品の製造・販売業者であり、原告が香水に係る文字商標（「Trésor」等）につき英国商標権を有していたところ、被告らが原告香水の模倣品のセット商品を販売する際に、原告香水と被告香水とを対応させた比較リストを小売業者に頒布していたため、被告らの行為が英国商標権の侵害となるか否かが争われた。同事件では、「第三者が比較広告において登録商標と同一の商標を指定商品・役務と同一の商品・役務に使用したとしても、商品又は役務の出所を示すという商標の本質的機能が害されない場合に、商標権者は旧商標指令 5 条 1 項(a)又は(b)に基づき、第三者による使用を差し止める権限を有するか」という質問が欧州司法裁判所に付託された。

(37) 商標の投資機能とは、「消費者を惹き付け、その忠誠心を保持する名声を獲得し、維持する機能」をいう（Case C-323/09, *Interflora Inc., v Marks & Spencer plc*, 22.9.2011, [2011] E.C.R.I-8625, [60]）。

(38) Case C-487/07, *supra* note 30, at [58]-[59].

(39) *Id.* at [65].

(40) なお、旧商標指令 5 条 1 項(a)は商標一般に適用される規定であるから、同項における出所識別機能以外の機能の保護は必ずしも著名商標に限られるものではない（*Id.* at [40]）。

(41) 欧州司法裁判所は、旧広告指令 3a 条 1 項(h)の「保護される商標が付された商品又は役務の模倣品として商品又は役務を提示する」とは、海賊品のみならず、全ての模倣品に適用されるものであり、比較広告が誤導的ないし混同のおそれを生じるものであることを必要とするものではないと述べている（*Id.* at [73]-[74]）。

(42) Case C-112/99, *supra* note 30, at [54].

(43) Case C-487/07, *supra* note 30, at [80].

るため⁽⁴⁴⁾、寄生的比較広告に著名商標を使用する行為は一般に「著名商標の名声を不当に利用する」場合に該当し、商標権の行使が認められることになると思われる⁽⁴⁵⁾。

3-3. 小括

アメリカも欧州も、適正な比較広告が正当な競争の手段として認知され、適正な比較広告に他人の商標を使用することを一般に許容している点に変わりはないが、寄生的比較広告の取り扱いに大きな違いがみられる。すなわち、アメリカでは、寄生的比較広告についても、その内容が適正なものであって、混同のおそれを生じない限り、著名商標を使用することが許されるのに対して、欧州では、寄生的比較広告は内容が適正なものであっても、それに著名商標を使用することは著名商標の名声を不正に利用するものとして一般に禁止されている（他人の商標が著名でない場合でも、商標の機能を害する態様で使用する行為は禁止される）。

アメリカでは、特許等で保護されない商品等の模倣の自由、及びそれによってもたらされる社会的利益が重視されるのに対して、欧州では、著名商標の財産的価値の保護が重視されているといえる⁽⁴⁶⁾。

4. 検討

4-1. 商標法上保護されるべき商標の機能

比較広告における商標の使用を商標法上どのように取り扱うかは、商標法上保護されるべき商標の機能をどう捉えるかということと密接に関連している。既述の通り、現在の我が国の通説は、商標の出所識別機能の保護に重点を置くため、比較広告における商標の使用は、出所の混同を生じるものでない限り、商標権侵害とならないとする。しかし、欧州の例にみられるように、商標法上保護されるべき商標の機能を出所識別機能に限定しない立場に立てば、比較広告における商標の使用が出所の混同を生じない場合でも、商標権者の信用を毀損し又は不当に利用するような場合には、商標権侵害を認めるべきであるということになる。

商標の最も基本的な機能が出所識別機能にあり、現行商標法が出所識別機能の保護を中心に制度設計されていることは確かであろう。また、現行商標法は、登録主義を採用し、未使用商標など未だ十分に信用が蓄積されていない商標をも保護対象としていることから、商標法の保護のベースラインを出所識別機能の保護に求めることは妥当なものといえることができる。しかし他方で、商標法は、商標使用者の業務上の信用の維持を図ることによって「産業の発達」に寄与することを目的としたものであるから（1条）、登録商標が著名化し、商標に化体した信用が宣伝広告機能などの出所識別機能以外の様々な価値を生み出している場合には、「産業の発達」に寄与するとの政策的見地から、一般の商標に比して著名商標の保護を拡大するということもあり得るものといえよう。商標に化体した信用（グッドウィル）は、商標権者が良質な商品やサービスを市場に提供し、需要者から名声・評判を得た結果として獲得されるものであるから、著名商標の保護を拡大することは、商標権者に良質な事業活動を維持・継続するインセンティブを与え、産業の発達に寄与するとの商標法の目的をよりよく達成することにもなるであろう。その意味で、著名商標について、出所識別

(44) *Id.* at [77].

(45) なお、商標指令10条2項(c)及び共同体商標規則9条2項(c)は、比較広告指令と異なり、「正当な理由 (without due course)」なく著名商標を使用する場合のみを禁止の対象としているが、欧州司法裁判所は、検索連動型広告 (Google のアドワーズ広告) に著名商標を使用することが旧商標指令5条2項及び旧共同体商標規則9条1項(c) (現指令10条2項(c)、現規則9条2項(c)) の「正当な理由」に基づく使用といえるかが問題となった事案において、「問題となる広告が、商標権者の商品又は役務の単なる模倣品を提供するものではなく、また、希釈化、汚染化その他の商標の機能を害することなく、著名商標の商標権者の商品又は役務の代替品を提供するものである場合には、そのような使用は、問題となる商品又は役務の分野における公正な競争の範囲内であり、旧商標指令5条2項の「正当な理由」のない商標の使用に当たらない」と判示しており、商標権者の商品等の単なる模倣品を提供するために著名商標を使用する行為が「正当な理由」に基づかないことを前提とした判断を行っている (Case C-323/09, *supra* note 37, at [91])。

(46) Lazaros G. Grigoriadis, Comparing the Trademark Protections in Comparative and Keyword Advertising in the United States and European Union, 44 Cal.W.Int'l L.J.149, 166-167 (2014).

機能の保護を超えた特別の保護を与えることにも合理性があるといえることができる。

現行商標法は、商標法上保護されるべき商標の機能を特に定義しておらず、「商標的使用」の意義も専ら解釈に委ねられているから、現行法の解釈として、著名商標に拡張的な保護を認めることは必ずしも不可能ではない⁽⁴⁷⁾。しかし、著名商標の拡張的な保護は、保護範囲の適正化、明確化を期する観点から、立法論として検討することが望ましいと思われる。著名商標の保護範囲は、基本的に、第三者による著名商標の使用が商標権者の業務上の信用に及ぼす影響・不利益の程度と、著名商標の使用に伴う第三者及び社会公共の利益とを比較衡量して決定されるべきものであるが、その判断には多分に政策的な要素が含まれるため、「商標的使用」の解釈問題として全てを司法府の判断に委ねることは妥当とはいえないであろう。また、現行商標法には、著名商標の商標権者と競業者及び社会一般の利益との比較衡量を行うための指針が何ら存在しないため、現行法の解釈として、著名商標の拡張的な保護を認めることが許されるとすれば、商標権の保護範囲が不明瞭となり、競業者の予測可能性を過度に害するおそれもある。ゆえに、著名商標の保護を拡張する場合には、抽象的なものであれ、拡張的に商標権の効力が及ぶ使用行為類型を条文上明記するとともに、競業者や社会公共の利益との調整の観点から、商標権の行使を認めるべきでないことが明らかな使用行為類型を商標権の効力が及ばない行為として条文上明記することが望ましいと思われる⁽⁴⁸⁾。

以下では、上述した問題意識に基づき、比較広告における著名商標の使用が商標的使用に当たるということを前提としたうえで、どのような比較広告が許容され、禁止されるべきかを、商標権者、広告者、消費者の三者の利益バランスに配慮しつつ、具体的に検討してみることとしたい。

4-2. 比較広告の許容性

まず、シャネル No 5 事件のように、比較広告における著名商標の使用が出所の混同を生じる場合には、商標権侵害を認めるべきであろう。このことは、現在の通説においても認められているところである。ただし、我が国では、一般に、商標の類否は、狭義の混同（出所の同一性の誤信）を基準に判断されるとされているが⁽⁴⁹⁾、広義の混同（出所の関連性の誤信）が生じる場合にも、登録商標の出所識別機能が害されることには変わりはないから、広義の混同のおそれが認められる場合にも、商標権侵害を認めるべきであろう⁽⁵⁰⁾。例えば、寄生的比較広告において、商標権者自身が模倣品を提供していないことは明らかだが、商標権者が模倣品を推奨しているとの誤認を生じる態様で商標が使用されている場合にも、商標権の行使を認めるべきであろう。

また、比較広告における著名商標の使用が出所の混同のおそれを生じない場合でも、サントリー黒烏龍茶事件のように、広告の内容が虚偽的・誤導的なものであり、商標権者の商品等の内容・品質について需要者に誤った認識が生じるおそれがある場合にも、商標権の行使を認めるべきであろう。このような行為は、消

(47) 平成 26 年の商標法改正により、「商標的使用論」を明文化する規定（26 条 1 項 6 号）が設けられたが、それは「需要者が何人かの業務にかか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ことを確認したものにすぎないため、需要者が商標権者の業務に係る商品等であると認識する態様で商標を使用した場合に商標権の効力が及ぶかどうかは未だ解釈に委ねられている。

(48) 商標法上保護すべき商標の機能を拡張的に捉える学説は、同時に商標権の効力の制限規定の見直しを主張している。例えば、土肥・前掲注 2) 37 頁は、「商標制度は、商標権者の業務上の信用の維持だけでなく、他の事業者の利益と需要者の利益をもバランスよく保護するものでなければならない」から、「適正な事業活動や、言論表現の自由を確保する効力の制限規定や解釈を同時に用意する必要がある」と述べる。また、大西・前掲注 14) 260 頁も、「商標法の目的（1 条）に照らして、商標の保護範囲を拡張するだけでは不十分であり、商標権者以外の取引者や消費者の利益にも配慮する必要がある」とし、「商標権の効力の制限規定（26 条 1 項）の見直し、具体的には、表示の自由使用の確保という同規定の趣旨に照らして、商標権の効力の対象となる商標の範囲を適切に規定するよう見直す必要がある」と述べる。

(49) 裁判例の分析として、金子敏哉「商標法と混同を巡る問題状況」パテント 65 巻 13 号（2012 別冊パテント第 8 号）1 頁参照。

(50) 商標の類否判断において広義の混同を考慮すべきであると主張するものとして、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第 2 版〕』（有斐閣・2005 年）466 頁、横山久芳「商標の類否判断の基準と手法（1）」民商法雑誌 153 巻 5 号 620 頁（2017 年）参照。

費者の利益を害し、公正な競争秩序を害するものとして景品表示法や不正競争防止法の規制対象となるものであるが、同時に、商標に化体した商標権者の業務上の信用を毀損するものであるから、商標法上も規制対象とすることが妥当であると思われる⁽⁵¹⁾。

さらに、虚偽的、誤導的とまではいえないものの、客観的、合理的な裏付けを欠く比較広告に著名商標を使用する行為についても、商標権を行使する余地を認めるべきである。客観的、合理的な裏付けを欠く比較広告は、商品等に関する有益な情報を需要者に伝達し、需要者の合理的な選択に寄与するものとは言い難いため、著名商標の使用を認める必要性が存しない⁽⁵²⁾。その反面、このような比較広告に他人の著名商標が使用されれば、商標の著名性が希釈化、汚染化されるなど、登録商標に化体した商標権者の業務上の信用が害され、商標権者のインセンティブが減退するおそれがある。ゆえに、商標権の行使を認めることが適切であるといえる⁽⁵³⁾。

例えば、香りのタイプ事件⁽⁵⁴⁾では、被告が自社の販売する香水と対応させて著名な原告の香水名を掲げたうえ、これらは「香りの調子又は香りのタイプ」が同じであるなどと表示したことが旧不正競争防止法1条1項5号（現2条1項20号）の品質誤認行為に該当するか否かが争われた。判決は、被告の表示は両香水が「香りの調子又は香りのタイプの点において同じであるとの趣旨を表現しているにすぎず、両者の香りそのものが同一であるとまで断じているわけではない」から、「これに接する需要者が、直ちに原告らのいう商品の内容に関する誤認、すなわち、被告の各香水とこれに対応して掲げられた原告らの各香水とが同一の香りを有するとの認識をするとは経験則上到底考えることができない」として、原告の請求を棄却している。確かに、被告の表示は虚偽的、誤導的とまではいえないかもしれない。しかしそうであるとしても、被告の広告に接する需要者が漠然とであれ両香水の香りが似ているとの認識を抱き、その認識のもとに被告香水を購入することは明らかである。にもかかわらず、被告は、被告香水が原告香水と香りが似ていることを示す客観的、合理的な根拠を何ら示していない。被告は、原告香水と等価な模倣品を低コストで開発し、それを安価に販売するために原告の商標を使用しているのではなく、被告の香水があたかも原告の香水と同じような優れたものであるという印象を需要者に植え付けるために原告商標を使用しているにすぎない。ゆえに、被告に原告商標の使用を認めたとしても、需要者の合理的な選択に寄与することはないし、香水市場における公正な価格競争を促進することにもならない。その一方で、被告による原告商標の使用が認められれば、原告商標の著名性が希釈化・汚染化され、原告の業務上の信用が害されるおそれがあることは否定できない。したがって、香りのタイプ事件のようなケースにおいては、商標権の行使を認めることが妥当であると思われる。

これに対し、客観的、合理的な裏付けのある比較広告に著名商標を使用する行為については、商標権の行使を否定すべきであろう。冒頭で述べたように、このような比較広告は、商品等に関する有益な情報を需要者に伝え、需要者の合理的な選択に寄与するとともに、既存の商品等の代替品の供給を促し、競争促進効果を有するものであるからである。このような比較広告によって、商標権者の商品等の売りに影響が生じたとしても、それは自由競争の結果として商標権者が甘受すべきものといえよう。

この点、既にみたように、欧州では、寄生的比較広告については、内容が適正なものであっても、著名商

(51) この点に関し、本研究会においても、宮脇正晴研究員から、比較広告における商標の使用も「商標的使用」に当たると解すべきであり、虚偽的・誤導的な比較広告に登録商標が使用された場合には、商標の品質保証機能が害されるため、商標権侵害と解すべきであるとの意見が出されていた。

(52) 土肥・前掲注2) 16頁は、著名商標の広告上の使用を規制すべき場合の一つとして、「需要者が当該広告情報から実質的説明利益を有しない場合」を挙げる。

(53) Tim W.Dornis & Thomas Wein, Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations : An Untold Story of Law and Economics, Penn State Law Review, Vol.121, No.2, 421, 467 は、寄生的比較広告の許容性は、商品・役務に関する有益な情報が増加するという利益と、登録商標の余剰信用を創出し維持するインセンティブが減少するという費用とを比較して決定すべきであると述べる。

(54) 東京地判昭和55年1月28日無体集12巻1号1頁。

標を使用することが一般に禁止されている。しかしながら、アメリカの裁判例で説かれているように、特許等で保護されていない商標権者の商品等を模倣することは、本来自由であり、実際に商標権者の商品等と等価な商品を低コストで開発し、安価に提供できる者がそのことを伝えるために寄生的比較広告を行うことは、自由競争の観点からみて望ましいものといえる⁽⁵⁵⁾。また、寄生的比較広告は、消費者の多様なニーズに応え、消費者の利益を全体的に増進させるものである。寄生的比較広告が行われても、ブランド品を真に愛好する者は、正規品をそのまま買い続けるであろうし、現在は正規品を購入しているものの、模倣品が安く買えるなら、それに越したことはないと考える者や、ブランド品に興味はあるが、正規の価格で商品を購入することに躊躇する者は、寄生的比較広告により、廉価な模倣品を購入することが可能となるであろう⁽⁵⁶⁾。このように、寄生的比較広告も、批判的比較広告と同様に、消費者の利益に寄与し、競争促進効果を持つものであるから、両者を区別する必要はない。寄生的比較広告についても、客観的、合理的な裏付けがあるものについては、著名商標の使用が認められるべきである。例えば、問題となる広告において、商標権者の商品等との同質性や類似性を示す客観的なデータが提示されている場合や、社会通念上妥当な調査方法により、取引者・需要者の多くが商標権者の商品等との同質性・類似性を肯定していることが摘示されている場合などは、商標の使用を許容してよいと思われる。

最後に、著名商標をパロディ化して比較広告に使用する行為をどう評価すべきかについて検討しておくことにしよう⁽⁵⁷⁾。批判的比較広告においては、自己の商品・役務の優秀性ないし商標権者の商品・役務の劣位性を印象付けるために、登録商標をパロディ化して使用するということがあり得るからである。

比較広告は自己の商品等の販売促進を目的として行われるものであり、純粋な表現行為とは言い難いこと、また、商品等の比較を目的とするのであれば、必ずしも商標をパロディ化して使用する必要はなく、商標のパロディ化により、著名商標の持つ良好なイメージが希釈化、汚染化されるおそれがあることを重視すれば、商標をパロディ化して使用することは認めるべきではないとする立場もあり得るであろう。アメリカの裁判例であるが、著名商標を改変して利用した批判的比較広告がニューヨーク州の反希釈化法に違反するか否かが争われた事件⁽⁵⁸⁾において、連邦第2巡回区控訴裁判所は、競業者が著名商標の好ましい特徴を減じる意図をもって、かつ、実質的な改変を伴わずにその商品の販売促進を行う十分な機会が存在する場合において、著名商標の販売力を毀損する改変を行った場合には、反希釈化法により禁止されることがあり得ると述べたうえで、被告による原告商標の改変は、消費者が原告商標に好ましくない印象を持ち、原告商標から質の低い商品・役務を連想するリスクを生じさせるものであるから、原告商標を希釈化するおそれのあるものといえると判示している⁽⁵⁹⁾。

これに対し、一般に営利的言論も憲法上の表現の自由の保護に値すると考えられていること⁽⁶⁰⁾、また、商標をパロディ化することにより、消費者の印象、記憶に残りやすい効果的な広告を行うことが可能になる

(55) 例えば、Grigoriadis, *supra* note 46, at 205 は、アメリカのアプローチは、商標権者の利益を尊重しつつも、欧州のアプローチと比べてはるかに競争の自由や消費者の利益を支持するものであり、欧州のアプローチよりも優れていると評している。

(56) Dornis & Wein, *supra* note 53, at 466 は、「寄生的比較広告は、模倣品の提供を通じて消費者余剰を増大させるとともに、商標権者の商品の消費による期待余剰がまやかしかつたことを需要者に認識させることによる利益を生み出すものである。これらの効果は、市場の失敗を治癒するものであって、商標権者を実質的に害するものと評価すべきではない」と述べる。

(57) 著名商標とパロディの問題について詳しくは、上野達弘研究員の論稿を参照されたい。

(58) Deere & Company. v. MTD Products Inc., 41 F.3d 39 (2nd Cir. 1994). 原告 (Deere)・被告 (MTD) とともに農工具の製造・販売業者であり、被告商品が原告商品と同品質で安価であることを宣伝する被告のテレビ用コマーシャルにおいて、原告商標の誇り高い威厳に満ちた鹿のデザインが臆病な怯えた様子のイラストに改変されて利用されていたために、被告による原告商標の使用がニューヨーク州の反希釈化法に違反するか否かが争われた。

(59) *Id.* at 45.

(60) 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 (第6版)』(岩波書店・2015年) 193頁は、「広告のような営利的な表現活動であっても、国民一般が、消費者として、広告を通じてさまざまな情報を受け取ることの重要性にかんがみ、学説では一般に表現の自由の保護に値すると考えられている」と述べる。

ことを考慮すれば、比較広告における商標のパロディ化も許容すべきであるという考え方もあり得よう。例えば、アメリカの改正連邦商標希釈化法（Trademark Dilution Revision Act）は、商業的利用であるか否かを問わず、「著名商標保有者又は著名商標保有者の商品若しくは役務を特定し、これについてのパロディ、批判又は批評を行うこと」を「フェア・ユース」と認め、同法の適用を除外しているため（43条(c)(3)(A)(ii)参照）、連邦法上は、商標をパロディ化した比較広告も許容されることになる⁽⁶¹⁾。

筆者自身は、後者の立場を採り、殊更に商標権者やその商品等を誹謗・中傷する目的で登録商標を改変して利用する場合⁽⁶²⁾を除き、商標をパロディ化して使用する行為も認められるべきであると考えている。

4-3. 総括

企業のブランド戦略が重視される今日では、広告宣伝機能などの出所識別機能以外の商標の機能も重視されるようになってきている。このことを踏まえると、著名商標について出所識別機能の保護を超えた特別な保護を与えることにも合理性があると思われる。しかし、著名商標の保護を拡張する場合には、保護範囲の適正化、明確化を図る見地から、抽象的にであれ、著名商標について拡張的に商標権の効力が及ぶ使用行為類型を条文上明記するとともに、競業者及び社会一般の利益との調整を図る見地から商標権の効力を及ぼすべきでないことが明らかな使用行為類型を商標権の効力が及ばない行為として条文上明記すべきである。比較広告についても、出所の混同を伴わない著名商標の使用行為に商標権の保護を及ぼすことはあり得ると思われるが、そのためには、正当な比較広告が萎縮することのないように、商標権者の商品等との比較を目的とし、かつ、その内容が客観的、合理的な根拠に基づく比較広告は、混同のおそれ（広義の混同を含む）を生じない限り、商標権の効力が及ばないことが条文上明記されるべきであろう。

(61) Mary LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 3rd ed. 2016, 278 は、このパロディの適用除外規定により、比較広告において競業者の著名商標を風刺することが認められるため、前述の Deere 事件の事実によれば、被告は、連邦商標希釈化法に基づく主張に対して、このパロディの適用除外規定で対抗することがおそらく可能となるであろうと述べている。

(62) このような行為は、そもそも景品表示法や不正競争防止法の規制対象となるものである。例えば、前掲・注1)「比較広告ガイドライン」1頁は、「一般消費者に対する具体的な情報提供ではなく、単に競争事業者又はその商品の中傷し又はひぼうする」比較広告は、「商品の特徴を適切に比較することを妨げ、一般消費者の適正な商品選択を阻害し、不当表示に該当するおそれがある」としている。