OUKA
Osaka University Knowledge Archive

Title	商標パロディ
Author(s)	佐藤, 薫
Citation	国際公共政策研究. 1999, 4(1), p. 147-163
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/12705
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

Osaka University

商標パロディ

On the Protection of Trademark Parody in Japan

佐藤　薫*

Kaoru SATO*

Abstract

This paper argues on the protection of trademark parody. There is the peculiar problem in trademark parody. Therefore I consider the two doctrines of trademark protection. The two doctrines are namely confusion doctrine and dilution doctrine. Further this paper also considers resolution by copyright law's doctrines in the case where trademark parody was made by using part of work (as having copyrightability) of original mark. However these doctrines are insufficient to satisfy parodist's constitutional interest. Finally I conclude that freedom of expression resolves the conflict between the trademark owner's interest and the parodist's interest by accommodating those.

キーワード：商標パロディ、表現の自由、混同、稀釈化、同一性保持権

Keywords：trademark parody, freedom of expression, confusion, dilution, right of preserving the integrity

* 海上保安大学校 助教授

一 はじめに

本稿は、商標パロディの保護について考察するものである。ここで商標パロディとは、もとの商標に批評等の目的のために茶化しなどの手をくわえた表現形式をいうものとし、これがわが国において保護される表現かどうか検討するものである。

商標パロディは、絵画や写真といった著作物を利用した、いわば通常のパロディと、その意味において異なるところはない。しかし、利用される対象が商品や役務を表す標識たる他人の商標であるという点において、通常のパロディとは性質を異にする。通常のパロディであれば、著作権法を考慮すればよいわけであるが、商標パロディにいたっては、商標法や不正競争防止法等について検討を加える必要があり、ましてや、もとの商標が著作物としての性質をも有する場合においては、著作権法に関しても検討を加える必要が生じる。

かつて、贋作事件（大阪地判平成8.1.31）鑑定において、パロディであるとの相手の主張に対し、不競法上の「混同」や「ダイリューション（稀釈化）」に似た現象が生じるおそれがある、と述べたことがあるが、かような問題は、商標パロディにおいてはとくに無視することができない。それゆえ、「混同」や「ダイリューション」の法理を踏まえたうえで、商標パロディについて、検討を試みることにする。

ところで、商標パロディは、表現者たるパロディストが有する思想などを外に向かって表明する行為であることに鑑みれば、憲法21条1項が保障するところの表現の自由の保障対象となる表現形式であるともみられる。したがって、商標法や不競法等によって、パロディとしての表現が否定される場合には、最終的に、表現の自由による考察が必要になるものと考える。

なお、商標パロディの例がわが国においては見当たらないので、アメリカ合衆国の裁判例を挙げながら検討を加えることとする。

二 商標パロディの意義と分類

パロディの定義に関しては文学に属するものとしたり、音楽に属するものとしたりするなど、一様ではないが、パロディという言葉が、一般的に、かなり広い意味において用いられていることから、その意味において変遷が生じたものと考えられる。それゆえ、ここでパロディとは、美術であれ、文学であれ、分野のいかんを問わず、ある作品を用いることにより、その原作品を感知させながら、風刺、滑稽化した表現形式をいうものとする[1)]。

もちろんこの定義は、商標パロディにおいても異なるものではない。しかし、それは概念

のうえだけでのことであって、美術や文学に属する原作品を利用したパロディとは異なる特有の問題がある。すなわち、商標パロディが他のオリジナルな商標を利用して成るものであることに起因する特有の問題である。

なお、商標パロディの保護について検討するまえに、当該パロディについて一応の分類を試みることにする。

（1） まず第一の類型として、商標パロディの使用の態様からみた分類ができよう。この観点からすればつぎのようになる。

a 商標としての使用ではない形での商標パロディ[2)]

商標パロディを単に画用紙やキャンバスに描いて使用する場合などが考えられる[3)]。たとえばパロディストが菓子グリコの商標であるランナーの絵を利用し、顔の部分と、胸部に付された文字を、それぞれ自己の顔や名に置き換えるなどした作品を自己の個展で展示する場合が挙げられる。

b 商標としての使用がなされた商標パロディ

たとえば、シャツやパッケージなど元の商標の指定商品に使用された場合である。

なお、商標パロディそのものが営利的（商業的）言論 “Commercial Speech” である場合も考慮しておく必要がある。商業広告として利用する例としては前述のグリコのパロディ作品をデパートの広告に使用することが挙げられる。このような場合には営利的表現の観点からの検討が必要になるであろう。

（2） つぎにパロディに利用された客体たる元の商標の性質による分類である。

a 純粋に商標をパロディ化した場合の商標パロディ

この場合には商標法や不正競争防止法だけが問題となる。

b 商標がパロディ化された場合のその元の商標が著作物でもあった場合

この場合には著作権法の検討も必要となるものと考える。

この類型に関しては商標としての標章（不正競争防止法２条２項３項、商標法２条１項）それ自体の種類との関係でさらにつぎのように分かつことができよう。

a′ 文字のみから成る商標（文字商標）のパロディ

---

1) Linda Hutcheon 著 “A THEORY OF PARODY” (Methuen, 1985, p.30.) には、「文学作品または他の芸術的な対象の、通常、滑稽さをもって主張される表現をいう。」と定義されている。拙著「知的財産権と知的創造物法入門」オーム社、1998、49-58頁。

2) 標章のうち商品や役務（不正競争防止法には役務の定義がないが商標法２条１項２号の「他人のために行なう労務又は便益であって、独立して商取引の目的たりうべきものをいう」。）について使用するものでないときは商標ではない（商標法２条）。

3) もちろん、画用紙等がもとの商標の指定商品であって、商標としての使用であるとみられる場合は除く。なお、商標法上の使用につき異なる判断がくだされた事例として、ポパイシャツ事件がある。（大阪地判昭和51・２・24、東京地判昭和49・４・18）

Coca ⟶ Cocaine (346 F, Supp.1183.)
クレジット・カードに関するものとして、
VISA ⟶ VISTA (追憶、回想)、MASTER ⟶ WASTER (浪費者)
AMERICAN EXPRESS ⟶ AMERICAN EXCESS (超過)
by the USA Today, 27.Sept.1988.

b′ 図案化、図形化された商標 (図形商標) のパロディ
前記グリコマークの例

c′ 仮名やアルファベットをモノグラム化するなどして利用した商標 (記号商標) のパロディ

このうち b′ に関してはパロディ化された商標が著作物であるかどうかについても考慮すべきである。また、c′ に関しても、毛筆書体が著作物と認められた例もあることから、場合によっては著作権法の検討も必要になることが予想される。

以上のような分類が商標パロディには可能であると考える。

三 商標特有の問題

商標パロディの場合には、前述のように、著作物だけを利用したパロディの場合と異なり、商標特有の問題がある。それは商標法や不正競争防止法に由来するものであるが、そのまえに、これらの法に触れる行為について記すことにする。

不正競争防止法において、商標パロディが問題となるのは、周知 (需要者の間に広く認識されている) 商標の利用に関してである。すなわち、同法が禁じているのは、周知な商標等と同一または類似の商標等を使用し、または使用した商品を譲渡等して、他人の商品または営業と混同を生じさせる行為であるから、ただ単に商標パロディが類似しているからといって、利用された他人の商標が周知なものでなければ混同惹起行為とはならない。すなわち、他人の商品または営業と誤認混同を生じる状況のもとでのみ商標パロディが問題となるわけであり、本稿はかような状況を前提としていることはいうまでもない[4]。

他方、商標法では、登録商標に類似する商標の使用や、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登録商標に類似する商標の使用、あるいは、指定商品等に類似する商品やその包装に登録商標に類似する商標を付したものを譲渡などするために所持する行為等が問題とされることに注意を要する (商標法37条各号。67条。)。なお、これらの行為の差止請求には出所の混同が生じていることを立証する必要はないが、「混同」について検

4) 不競法2条1項1号。なお、商品の形態を模することによるパロディも考えられるが、これについてはあえて省略する。同法同条項3号。

討することは、不競法上、とくに重要である。

1 混同（confusion）

著作物たる元の作品をパロディ化した場合には、元の作品とそれにもとづいて制作されたパロディ作品との間の混同については、それを見る者にはそれぞれ別個の表現物であるということがわかっているものであるとの前提から、しかも、そこにパロディとしての価値が見出されるものと考えられることから、あえて混同（当然不競法上のものではない）について検討する必要はないともいえる。[5] しかし、少なくとも、商標パロディに関しては、商標が有する機能との関係で、まず混同について検討することの必要性は否定できないであろう。

他の商品または役務とを区別する標識のなかでもいわゆる識別力の強い商標（Starke Zeichen）のようなものはべつとして、一般に商標それ自体がその機能を有するまでには長い歳月と努力が必要であることはいうまでもない。それゆえ、商品または役務の出所について混同が生じるかどうかという点については、取引過程における現象であることから、「商標のみを対比的に観察しただけでは判断され得ないことも」[6] 当然予想されることであり、このことは商標パロディでの『混同』のおそれの有無について検討するにあたって無視することはできない。

そもそも『混同』とは、「商品または役務につき出所が同一であると誤認させ、あるいはその営業につき主体が同一であると誤認させること」[7] をいい、さらに他人の業務にかかる商品や役務と『混同を生ずるおそれのある商標』とは、役務に関していえば、取引者が役務の提供者等であると誤って認識する商標であり、商品に関しては、取引者や消費者が、商品の生産者、販売者等であると誤って認識する商標をいうわけである。

それゆえ、商標パロディがパロディである限りにおいて果してこのような『混同』が生じるものといえるのか、また、『混同を生ずるおそれのある商標』に該当するものといえるのか、といった点について検討しなければならない。前述のように、パロディは、元の作品を感得しつつ、元の作品とは区別されてこそ、パロディとして認識されるものといえる。ところが、実際には、オリジナルな商標と異なるものであっても『混同』が生じることもあり得るのであり、そのことは商標パロディに関してまったく無縁であるとはいえまい。

この点についてビクターの商標に関する審決例がある（審決昭和33年11月7日、昭和32年（抗）179。）。犬が蓄音機の前に座ってスピーカーから聞こえる主人の声に耳を傾けている図と文字（His Master's Voice）からなる標章はビクターの商標であることは有名であるが、こ

5) A.Lucas, H.J.Lucas, "Traité de la Propriété Littéraire & Artistique" Eléments de la Parodie (321), Litec, 1994, p.274.
6) 網野誠 『商標［新版］』有斐閣、1980、301頁。
7) 山本庸幸『要説 新不正競争防止法』発明協会、1993、82頁。

の商標と構成を同じくする、熊が蓄音機の前に座っている図形からなる商標があり、これにつき、出所の混同を生じるものとした。これはパロディについてのものではないが、「犬」と「熊」とでは明らかに異なるにもかかわらずかような審決がなされたということは、i　類似商標でなくとも著名（需要者、取引者以外にも広く知られている）な他人の商標と出所の混同を生じる場合がある[8]ことの証であり、したがって商標パロディにおいても当然『混同』が生じることが予想される。

さらに、『混同』が生じ得る場合の他の考えられる例としては、ii　登録商標や防護商標の登録を受けられるような著名な他人の商標と類似している商標パロディが、その他人の商標にかかる指定商品とは無関係な商品に使用される場合であるとか、iii　著名商標を一部だけ含んだ商標パロディ[9]などが挙げられよう。

以上のことから商標パロディに関しても『混同』の問題が生じる余地があり、これとパロディストが有する利益との調整が必要になるものと考える。

商標パロディにおいて混同が生じまたは生じるおそれがあったとしても、前述のiである場合と、iiおよびiiiの場合とは区別されるべきである。なぜならiiとiiiの場合は、いずれも類似な商標であるのに対し、iにおいては非類似な商標だからである。とはいえ、iiiについては、商標パロディでは、iと区別し難いケースもあり得るであろうし、著名商標と同一のものがパロディ作品のなかに取り入れられることで「類似」とみて差し支えない場合が考えられる。

そこで、ケースiにおいては、一応、パロディストが有する利益（批評、思想等を表出することに関しての）が優先されるとの推定が働くものとみることはできまいか。さらに、このことに関しては、商標パロディが付された商品がその元の著名商標の指定商品と同一または類似であることからくる出所の混同か、あるいは、発想が同じことからくる出所の混同かといった点についても考慮する必要があるものと考える。すなわち、後者の場合にはパロディストに有利になるように考慮し、前者の場合にはパロディストの行為に違法性があるとの推定が働くとみることにより解決をはかることができないであろうか。もちろん、その場合にはパロディストの意図といった主観も重要な要素となるであろう。そして、その根拠となるものが憲法21条1項であると考える。

ところで「混同」が問題にされたアメリカの例として、Coca-Cola Co.v.Gemini Rising. Inc.[10]事件がある。事実はつぎのとおりである。第一審での被告が、原告であるコカ・コーラ社の著名な商標 “Enjoy Coca-Cola” に色彩も構成もよく似せて、“Enjoy Cocaine” という

8）網野、前掲書、305頁。
9）パロディではないが、顔料に使用される「JOCKEY　CLUB」なる商標は、クリームなどの化粧品に使用される「CLUB」と出所の混同を生じる。網野、前掲書302から306頁。
10）346 F.Supp.p.1183 (E.D.N.Y.1972).

ロゴを用いたポスターを制作し、販売した。裁判所は、双方の相違点は被告のロゴには「Cola」という文字がなく「Coca」の語尾に「ine」という文字が付されている点だけで、あとは同一である、との判断に達し、さらに混同のおそれについて検討している。つまり、両当事者は市場において全く異なっているのではあるが、独特かつ広く知られた商標のグラフィック・ディスプレイによって両当事者それぞれの商品につき公衆の注意を引きつけたり、客からのひきたてといったものを狙っていることに着目して、この点について、それぞれ共通部分が存するとの判断に達した[11]。

さらに、一般消費者は、買い物をする場合において、無知な者、軽率な者、軽信する者を含む広い範囲の群衆から成り立っており、こういった、大衆のいわばはしこさ（astuteness）の欠如に乗じて、オリジナルな商標に類似した商標パロディを使用することは、混同のおそれがあるものといえる、としている[12]。

ところが、裁判所はその意見において、“Cocaine”という薬物がもつイメージからして、たとえ第一審での原告と被告のポスターとは無関係であることがあきらかであったとしても、清涼飲料水市場において原告の立場が不利になることは、“Cocaine”から“Coca-Cola”を連想することから、容易に推定できるとしている。そして、「この場合において、たとえ商品の混同が生じないとしても、……被告の使用により、いわば工夫された図案を販売するのと同じほどの、原告の標章の損傷を明らかに示すことができる。」とし、結局、混同理論を検討しつつも、原告の標章に対するダイリューション（稀釈化）現象が問題になるとの見解を示している。[13]

2　ダイリューション＝稀釈化（Dilution, Verwasserung）

ダイリューションは、高い信用、名声をともなう著名表示が有する財産的価値に対する侵害や、冒用者の意図や認識といった主観的な面ではなく、客観的な面が問題の中心となる概念であり、混同とは本質的に異なるものである。つまり、ダイリューションは、商標等がもつ顧客吸引力を、表示力、広告力の拡散等により、稀釈化させる行為をいい、ダイリューションの法理は当該行為に違法性の根拠を求め、出所の混同のおそれがなくとも営業上の利益侵害を認め、著名商標等が有する顧客吸引力を保護するものをいう[14]が、出所の混同を生じるおそれがない商標パロディについてはなおさら検討しておく必要がある。

前述のように商標パロディにおいても『混同』概念をまったく無視することはできないであろうし、かといって、混同がない場合といえどもダイリューションの問題が生じることが

11) Id.p.1188.
12) Id.p.1190.
13) Id.p.1190-1191.Robert J.Shaughnessy, “Trademark Parody”, Virginia L.Rev.1986, p.1094-1095.
14) 青山紘一「最新不正競争防止法」通商産業調査会、1998、54頁。

予想されることはいうまでもない。この点、アメリカ合衆国では、営業上の名声が傷つけられたり（この場合には広告力の稀釈化が問題となるであろう。）、標識の独自性につき稀釈化のおそれがある場合にはたとえ競争関係がない、あるいは、商品もしくは役務に関し出所の混同が生じていなくても救済手段としての仮差止命令の根拠となる、「稀釈化防止法（anti-dilution）」条項が存する[15]。

現にアメリカでは、前述の "Coca-Cola" 事件での意見も然る事ながら、商標パロディ事件である、Pillsbury co.v.Milky Way Productions, Inc.[16]事件において、ダイリューションにもとづく判断が下されている。

事実の概要はつぎのとおりである。

被告は原告の商標登録されたキャラクターである "Poppin Fresh" および "Poppie Fresh" を利用して、性的な表現に置き換えたパロディ画を作成し、このきわどい（off-color）パロディを載せた雑誌を出版したというものである[17]。

当該裁判所は、パロディかどうかが直接争われたものではないが、つぎのように判断している。つまり、被告の表現にかかる意図は、「楽しいひとときを過ごす（have a good time）」ことと当該キャラクターを「からかう（make fun of）」ことにあった、というものである。そこで、ジョージア州の稀釈化防止法（The Georgia anti-dillution statute）にもとづいて、つぎのような結論に達している。商標所有者は、他人の無許諾使用の結果として、商標の価値が減少するのをただ傍観すべきではなく、ここでダイリューション理論を考慮すれば、原告が有する商標の特徴がもたらす弁別性（distinctiveness）が減少する可能性があり、したがって被告の行為は侵害を構成するものである[18]。

なお、前述の "Coca-Cola" 事件も含めて、これは "pollution（汚染）" についても検討すべき事例であったとも思われる。たとえば、"Coca-Cola" 事件での見解については、"Coca-Cola" という表示が有する取引通引性を稀釈化するものとの観点からして、当然、稀釈化（ダイリューション）が検討されるべきであって異論の余地がないにせよ、"Cocaine" ということばにより "Coca-Cola" のイメージが悪くなるというのであれば、pollution 現象の観点からも検討すべき事例であったともいえよう[19]。

以上が、アメリカでのダイリューションと商標パロディに関する事柄であるが、わが国に

15) 1940年代の終わり頃からおよそ半分の州が Model State Trademark Bill Section 12 に記載された「稀釈化防止法（anti-dilution）」条項にならった規定を設けている。Shaughnessy, supra note13, p.1087. なお、名声が傷つけられる点に関しては、商標法39条、特許法106条、不競法7条参照。
16) 215 U.S.P.Q.（BNA）124 .(N.D.Ga.1981).
17) Id.p.125.
18) Id.p.135.
19) pollution が問題となったわが国の事例としては、パチンコ店名に「西日本ディズニー」というように「ディズニー」が付されたもの（福岡地判平成2年4月2日）や、いかがわしい喫茶店の名に「ニナ・リッチ」という高級ブランド名が付されたもの（東京地裁八王子支部昭和59年1月13日）などがある。商標法39条、特許法106条、不競法7条。

おいても、著名な他人の商標と類似の標章たるパロディ標章を使用する場合において、その他人の登録商標にかかる指定商品または役務と異なるときはダイリューションが問題となることがあり得ることを当然考慮しておく必要があろう（これは混同（confusion）の項で述べたiiの例にあたる。）。つまり自他識別力や広告力の稀釈化現象である[20]。

しかし、たとえ「混同」もしくは「稀釈化」といった現象が生じる形態での商標パロディの利用行為が存したとしても、いかなる場合においても、まったく完全に商標パロディが認められないというのであれば、表現の自由の観点から問題が生じることが少なからず予想される。それゆえ、以下、表現の自由について考察することにより、商標パロディの可能性について検討していくことにする。

四　表現の自由と商標パロディ

商標パロディであるという、ただ単にそのことをもって、憲法上保障された表現形式から除外されるいわれはないものと考える。商標パロディには、芸術作品として、あるいは、政治的言論の類のものとしてみられるものなど、その表現目的からして、様々な態様のものを想定することができるが、たとえそれが商業広告であったとしても保障の程度に若干の差がありこそすれ憲法上の保障の範囲内にあるものといえる。それゆえ、表現の自由の制約の観点から商標パロディについて考察する必要が生じる。

1　表現の自由の制限

表現の自由を代表とする精神的自由権はこわれやすく傷つきやすい権利であるといわれる。それゆえ、表現の自由を制約するには細心の注意が必要になるであろう。しかし、表現の自由といえどもまったく無制限に認められるものでないことはいうまでもなく、その制限に関する問題がここに生じる。

表現の自由が、「公共の福祉」によって制約されるか、あるいは、「内在的制約」による制約に服するかについては、それぞれの概念が不明瞭であることからさまざまな批判、検討がなされている。とはいえ、憲法自体「公共の福祉」による制約を前提としていることから、当該概念をもって表現の自由を制約しうると解することに異論はない。

そこで、表現の自由の制約について検討するに、当初、最高裁は、和歌山教組事件（最大判昭40・7・14。民集19・5・1198）において、公共の福祉と他の価値とを比較衡量したわけであるが、その後の全逓東京中郵事件（最大判昭41・10・2。刑集20・8・901）では、公共の福祉という概念を用いずに、表現の自由を保障することによる価値とそれを制約するこ

20）商標の広告的機能については“passing-off”についても考慮すべき場合も考えられる。

とによって得られる価値とを比較衡量することで制限の可否について判断している。これは「公共の福祉」という概念が抽象的であることからくる危険性を排除するためであるが、このことから、当該概念は、人権を公平かつ実質的に保障する原理（公平に権利を享有させる原理）であって、権利と権利とが抵触した場合に、これを調節する機能を営むものである、と解する[21]。

2 表現の自由の保護原則と商標パロディ

表現の自由制約の基準というものが数多く提唱されているが、そのなかでも、制約基準というよりは、表現の自由の保護原則というべきものが存する。優越的地位の原則、事前抑制の禁止原則、明確性の原則といわれるものがそれである。とくに前二者に関してふれるならば、たとえば、優越的地位の原則から二重の基準論[22]が提唱されるが、もし仮に、商標パロディを制約する規定を設けた法律があるとすれば、その合憲性を判断するうえで有用である。なぜなら、パロディによる表現の規制は表現の自由に対する規制となることから、それが合憲か否かの判断は、厳格な基準によってなされることになるからである。したがって、かような規制立法があるとすれば、これに対しては違憲性の推定がはたらくことになり、その結果として、挙証責任の転換がはかられることになることから、パロディストに有利になる。

つぎに事前抑制の禁止についてであるが、いかなる場合においても、パロディであるというただそのことをもってすべて、事前に公表が禁止される場合に考慮されることになるであろう。実際には、商標パロディが公表される前に、仮処分として、裁判所の決定により差止められる場合が想定される。なお、利用される対象が商標であるということから、プライヴァシーの公表の場合とは異なった扱いが必要になるものと考える[23]。

3 商標パロディと比較衡量テスト

表現の自由は公表という、外に向けられた精神活動の自由であるため、商標パロディの場合には、当該パロディの作成に用いられたオリジナルの商標の権利者との間で問題が生じることは繰り返し述べていることである。たとえばいかなる場合においても商標パロディが認

---

21) 伊藤 公一『憲法概要［改訂版］』法律文化社、1994、55頁。

22) 実際には、小市民の世界からブルジョワのそれへと移行するにつれ、経済力を有する者に対して、その財産的基盤にもとづき、財産権のみならず精神的自由権は、有利にはたらくことになったという経路があるにせよ［渡辺 洋三『現代資本主義と基本的人権』(東京大学社会科学研究所編 基本的人権1総論) 東京大学出版会、1991 227頁。］、二重の基準論については、思想の自由市場は真理の探究において不可欠であり至上の自然権であること（思想の自由市場というものが実際存在するのか、また、精神的自由は経済的自由に比し優越的地位を有するのかといった点については、ここではあえて触れない。）、さらに、代表民主制において表現の自由は不可欠の要素であることから別格の扱いがなされるべきである、といったことをもって、これが支持される根拠となるであろう（小林 直樹『新版 憲法講義(上)』東京大学出版会、1989、392頁。）。

23) 榎原猛、土居靖美、伊藤公一、佐伯宣親編著『論考 憲法学II（人権論）』嵯峨野書院、1996、257～261頁（拙者執筆担当）。

められないというのであれば、表現の自由が、民主主義の発展に不可欠な存在であり、「人間の精神活動の自由の実際的・象徴的基盤であるとともに…（筆者中略）…自由の体系を維持する最も基本的な条件」[24]であることから、適用違憲の問題ないしは違憲性の推定原則を考慮すべき可能性をはらんでいるといっても過言ではあるまい。それゆえ、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。

たとえば、パロディ事件ではないが、アメリカではかつて、連邦憲法修正第一条項（the First Amendment）において保障される表現の自由と演技にかかる財産権との抵触について判断された事例として、Zacchini 事件があり、無体財産権である商標権との抵触について検討するうえで参考になると思われる。事実の概要はつぎのとおりである[25]。

第一審での原告である Zacchini は「人間弾丸（Human Cannonball）」の実演家であるところ、ある日のこと、被告が11時のニュース（Eleven O'clock news）という番組で原告のことを取り上げ、その演技を15秒間放送した。そこで Zacchini は、自己が有する職業上の財産権（Professional Property）（これはパブリシティ（Publicity）の権利を意味する。）を無断利用されたことで侵害されたとして、被告に対してその賠償を請求すべく訴を提起した。これに対して被告は修正第一条にもとづき自己の報道活動は正当であると抗弁したのが本件であり、連邦最高裁判所にまでおよんでいる。

連邦最高裁判所は、抵触するこれらの利益は利益衡量による解決が図られるべきであるとして、その場合の3つの要件について考慮している。つまり、1　送り手に当該財産権の利用が認められた場合における権利者たる Zacchini の損害の性質ならびに程度、2　送り手自身を表現するために当該財産権を使用する場合の送り手の利益、3　送り手に当該財産権を使用させることを認めた場合における公の利益（Public Interest）である[25]。

さらに最高裁は、パブリシティの権利が有する機能を検討したうえで、Zacchini の主張するパブリシティ権を認めても、送り手である Scripps-Howard が Zacchini の行為を取り巻く事実を報道することを妨げることにはならないし、情報の自由な流れにもとづく活動は最小限のものとなるであろうと述べ、第一修正は「演技者の全体の行為をその同意を得ずに放送するなどのメディアによる報道を免責するものではないと我々は確信する」[26]との判断に達している。

この判決では、Zacchini の演技に関して、その報道は事実の伝達に必要かつ最小限度の範囲内のものでなければならないことを明言した判決であり、商標パロディに関しても参考に

24）佐藤幸治『憲法（新版）』青林書院、1990、455頁。
25）Zacchini v.Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S., p.574-575.
26）Shaughnessy, supra note13, p.1112. Zacchini, 433 U.S., p.569-575.

なることはいうまでもない。しかし、この判決で問題となったものは「演技」であり、別になんら改変を加えることなく、ありのままの「演技」を報道することが問題となった事例であって、商標パロディとは性質を根本から異にするものであることに注意を要する。つまり、商標パロディは元の商標を感得させつつパロディストの思想を表現するものであり、かような意味において、元のものを利用することの「必要性」の度合いがかなりかわってくるのではないかと思われるからである。

それゆえ、Zacchini 事件での連邦最高裁の衡量テストをそのまま商標パロディに採用するならば、かなりパロディストにとっては不利な結果をもたらすことになるであろう。

「もしあるパロディが、商標所有者がそれ（商標パロディ〔筆者注記〕）をスポンサーしているものと、消費者において信じるおそれを生ずるものであるとするならば、そのパロディを禁止することは憲法上の原理に反することにならず、この立場からすれば、商標所有者に対する潜在的な損害は実質的なものとなる。」[27]からである。これは具体的には、パロディによりかなりの消費者がその商品に対する購買意欲をそがれる結果を招来する可能性があり、結局、当該パロディにおいて伝達された思想についてはその商標所有者の責に帰せしめられることになり[28]、さらに、「混同のおそれが生じるような商標パロディは、パロディストや公衆の利益を助長することはほとんどないものといえ、パロディストの表現力というものはパロディとその対象との間のコントラスト（対比）より導き出されるものであるところ、もしパロディの出所（sponsorship）に関して混同を生じるおそれが存するとすれば、見聞きする者（audience）はこのコントラストを感知することはないし、しかもパロディストの企画倒れに終わることになる」[29]ことを意味している。

この点について、注意力をもった消費者に対しては混同のおそれはまず生じ得ないであろうことから、実際には、商標所有者の権利とパロディストの表現の自由との間の深刻な抵触が問題になるのは、ダイリューションの法理が採用される場合であって、ここに至って、利益衡量が必要になるものと考えられるとの見解があるが[30]、「混同」に関して利益衡量がまったく問題にならないということを意味するものであると解することはできない。

ところで、ドイツではすでに、商標パロディというべきいくつかの事案について裁判所による判断がなされている。たとえば、ドイツ国内において「Marlbolo」という名称のたばこを販売している業者の懸賞募集ポスター（1972年）に手を加え、「Mordolo［mord（殺人行為）と dolos（故意の、悪意の）という語彙の合成か］」という表題と「一等賞胃潰瘍」などと記載された作品が、禁煙を推進する公益団体の「1981年　非喫煙者カレンダー」に採用され、

27) Shaughnessy Id.
28) Shaughnessy Id.
29) Shaughnessy Id.
30) Shaughnessy Id.p.1113.

これが販売されようとしたことについて、これは基本法5条1項が規定する表現の自由保障の範囲内であるとし、さらに、喫煙の害に関する公の討論は公の利益に属するから、売れ行き低下のおそれがあっても甘受されるべきである、としている[31]。また、ドイツの通信会社である「Deutsche Telekom」社の目立つように工夫された「Telekom」なる文字を、全く同じ手法で「Teurer（(料金が) 高い)」なる表示をはがきに刷って販売したことにつき、競業関係を認めるとしても混同のおそれなしとし、「かかる突出して周知の企業の価格政策についての公の討議に寄与することは表現の自由の領域内にある」[32]としている。以上のことから、両者が相互に抵触する場合においては、利益衡量テストがもっとも適切に調整をはかるための基準となるものと考える。利益衡量テストは、もともと工業所有権法や著作権法上の利益衡量を主眼としたテストではないにしても、事件別衡量テスト (ad hoc balancing test. 個別的衡量テストともいう。) および限界確定衡量テスト (finitional balancing test) のいずれの方法も妥当するものと考える。しかし、前者の衡量テストでは、個々の言論の利益と当該商標所有者の利益の損害の程度とを計量するのに対して、後者では、言論一般の利益と商標権等が保障する利益一般を計量することになる[33]。このことから、後者、すなわち限界確定衡量テストによれば、Nimmer が述べるように、「利益の計量をもう一度する必要はなく、将来の事件に適用することができるルールが出てくるのであり」[34]、究極的には、「ある程度の確実性を与え」、表現の抑制を最小にすることになる[35]。さらに Nimmer が指摘するように、事件別衡量テストでは、「衡量される利益のみがあって、適用されるべきルールがなく」[36]、「利益の衡量が、言論の自由に対立する側を重視する結果になった」[37]ものが多かったこと、そして、「裁判所は利益の衡量において立法部の判断に動かされる可能性がある」[38]ことなどの難点を考慮すると、若干の問題が存在するとしても[39]、工業所有権法や著作権法上の利益との衡量テストにおいては、限界確定衡量テストがもっとも妥当するものと考えるのである。

五　広告としての商標パロディ

商標パロディが広告としてのものであるならば、他の表現とは違った制約がなされること

31) 久々湊伸一　「パロディ」新ドイツ商標法の特質(17)、AIPPI (1998) Vol.43 No.4, 36-37. 頁。BGH GRUR 1984, p.684 以下.
32) 久々湊、前掲、40頁。KG GRUR 1997, p.295　以下.
33) 榎原猛「表現権における限界確定衡量（類型別衡量）テストの役割」阪大法学120号32頁。
34) 榎原、前掲、32頁。Melville B.Nimmer, The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy, 56 Calif.L.Rev.935 (1968). p.944.
35) 榎原、前掲、32頁。Nimmer, Id.p.944.
36) 榎原、前掲、29-30頁。Nimmer, Id.p.935.
37) 榎原、前掲、29-30頁。Nimmer, Id.
38) 榎原、前掲、29-30頁。Nimmer, Id.
39) 榎原、前掲、66頁。

になる。もともと、アメリカでは営利的言論 “Commercial Speech” は修正第一条の保障から除外されるものとされていたが、1970年代になされた諸々の判決において、他の表現とは保障の程度において差こそあれ、第一修正上の保護の対象となる表現であると認められるようになった[40]。

わが国においても、同様に、解すべきであり、現に、消費者としての国民は広告によって諸々の情報を受けることになり、日常の経済生活に影響するわけであるから、表現の自由の内容の一部をなすものと考えられるまでになっている。

そこで、広告としての商標パロディについてみるに、商標パロディが広告であるからには、商業広告特有の制約基準が考慮されるべきであるところ、ここでアメリカでの考え方が参考になるので若干例をあげることにする。それは「表現内容のテスト」と前述の「利益衡量」である。まず前者は、営利的表現が第一修正による保護を受けるためには、同条に内包される価値を促進、充足するものでなければならないとする説である[41]。そこで、広告としての商標パロディに置き換えてこれをあてはめるならば、送り手たるパロディストもさることながら、消費者などの受け手の側の利益が考慮されることになる。そう考えるならば、営利的表現の制限は、受け手の利益と意思の伝達過程に対する制限となり、非営利的な表現の自由に対するのと同様に、厳格な基準が求められることになるのである[42]。ただし、この説は商標パロディ広告など一定の内容の営利的表現を規制する法がある場合に意義があるものといえよう。

かようなことから、当該商標パロディの制限に関しても比較衡量テストがもっとも妥当であるといえる[43]。

比較衡量テストはもともと、人権を制約する場合の合憲性の判断基準となるものであった。営利的表現に関してアメリカではしばしば、広告の公共的機能と政府の利益とが衡量され[44]、結局のところ、州法の合憲性判断の基準として用いられてきたわけである。

しかし、私人間においてそれぞれの利益が抵触する場合においても当然有効であることはいうまでもなく、これは広告的表現としての商標パロディに関しても有効であり、「商標パロディと比較衡量テスト」の項で述べた事柄がここでもあてはまるものと考える。

---

40) 1970年代始めのものとして、Pittsburgh Press company v. Pittsburgh Commision on Human Relations, 413 U. S. 376 (1973). があり、当該年代の終わりのものとしては、Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) がある。なお、Rome and Roberts, “Corporate and Commercial Free Speech”, Quorum Books, 1985, p.1-7. 参照。

41) 土居 靖美「アメリカにおける商業広告による表現の保護基準」愛媛法学会雑誌11巻2号20頁。

42) 土居、前掲、20-21頁。

43) Rome and Roberts, supra note40, p.126-128.

44) 土居、前掲、16-17頁。

六　著作物を利用した商標パロディ

元の商標のなかには著作物であるものも当然予想されるわけであり、このような商標を利用してパロディ化した場合には、著作権法についても検討しなければならない。表現をかえるならば、商標パロディが著作物をも利用してなる場合には商標法や不正競争防止法のほかに著作権法をもあわせて考察する必要が生じる（民法の不法行為の要件を充足していればそれについても考慮すべきことはいうまでもない。）。

著作権法上考慮すべき権利としては、著作権と著作者人格権ということになろう。つまり、著作権では複製権、変形権、二次的著作物の利用に関する原著作者の権利が、そして著作者人格権（氏名表示権等についてはあえてふれない）では同一性保持権がとくに問題となるが、ここでは大まかな検討を試みることにする[45]。

まず、著作物を利用することに関しては、引用についての検討が必要になる（著作権法32条１項）。著作物の引用は、「公正な慣行に合致するもの」であること、および、「……批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるもの」であることの要件をすべて満たしていれば著作権侵害を構成しないことになる。だが、絵画のようなものになると、全部引用に関して問題が生じる。つまり、資料的な意味における引用ではなく、鑑賞用に利用される場合には公正な慣行に合致しないことになる、との見解が存するからである[46]。しかし、パロディの場合、もちろん商標パロディも含めて、批評といった目的のために元の作品を利用するわけであるから、ただ単にそっくりそのまま利用するのとは異なる。そうなると、改変利用ということで、改変権の問題も当然生じるわけではあるが、それはさておき、文章による批評においてはそのために必要な他の文章の引用が認められる。それと同じように、絵による批評を加えるために他の絵画たる作品を利用するわけであり、ただ文章による場合と異なることは、絵や図の性質として大部分の利用が必要になるということである。それゆえ、商標パロディが絵による批評の一形態として考えることができることから、パロディストの思想等を表現するのにどうしても必要な量であるならば、批評等の目的からして正当な範囲内とみられる可能性があるものといえる[47]。さらにまた、絵による批評の場合には性質上、必然的に「改変」による利用が不可欠なものとなり、同一性保持権との関係においても検討しなければならない。なお、文字のみから成る商標パロディの場合、元の文字商標自体、非常に短いものであることから、絵画と同じことがいえるであろう。それゆえ、著作権法の「引

45）拙稿「著作権法第20条２項４号の解釈と表現の自由」著作権研究17号、有斐閣、123頁-145頁。
46）加戸守行『著作権法逐条講義（新版）』著作権情報センター、1991、193頁。
47）加戸、前掲書、194頁。

用」の規定を類推できる可能性があるものと考えられないであろうか。

つぎに、商標パロディは原著作物を改変利用することになるから、前述のとおり、同一性保持権について考察する必要がある。著作権法20条2項4号は、「……著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」は同一性保持権の侵害とはならない旨、規定しているため、とくに、パロディといった、改変による利用に対して考慮されるべき規定である。しかし、いわゆるモンタージュ事件での最高裁が述べるように[48]、「他人の許諾なくして利用することが許されるのは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴をそれ自体として直接感得させないような態様においてこれを利用する場合に限られる」のであれば、もはやパロディ表現はわが国においてすべて許されないことになるであろう。いかなる場合においてもパロディ表現が許されないのであれば、これは適用上違憲の問題として考慮すべき事柄ではないかと思われる。さらにまた、同条項にもとづいてもパロディが著作者人格権侵害となるのであれば、同条項自体に文面上違憲もしくは全面違憲の理論[49]の問題が生じるものではないとしても、表現の萎縮的効果が生じるおそれがあり、憲法上、非常に大きな問題をはらんでいるものといえよう。

七 むすび

商標パロディは、思想を表明するための一手段であることを思えば、表現の自由の保障の範囲内にあるものと考えられる。ただ、商標パロディは他のオリジナルな商標を利用し、そこに改変を加えることから、当該商標の権利者の利益とパロディストの利益との間で抵触が生じることは避けられない。その場合において、商標特有の問題としての「混同」であるとか「稀釈化」といった事柄について検討する必要があることはいうまでもない。しかし、それが政治的言論に属するものであるとか、あるいは、公害問題に対する警鐘といった類のものであるならば、混同が生じるおそれ等があったとしても、商標パロディを認めざるを得ない場合が当然予想される。そして、その場合には、パロディストの意図といったものが考慮されなければならない。しかし、稀釈化現象に関しては客観的な面だけが問題とされ、パロディストの意図といったものは無視されるおそれがある。このことは、商標パロディが公の利益に関するものであったとしても、パロディストが有する利益を満足させることが不可能となることを意味する。

それゆえ、最終的には、憲法が保障するところの、表現の自由を考慮する必要が生じることになるであろう。しかし、表現の自由といえどもまったく無制限に保障されるものでない

48) 最（小）判昭和55・3・28。
49) 高橋和之『憲法判断の方法』有斐閣、1995、144頁。

ことはいうまでもない。そこで、私人間における利益の抵触について、そのもっとも有効な基準となるものとして、利益衡量があげられる。

ところで、利益衡量には、事件別衡量テストと限界確定衡量テストとがあり、いずれの基準もかようような抵触を解決する手段としては妥当であると考えるが、前者が個々の利益を個別に衡量するのに対して、後者は、一定のルールといったものを導き出す点において優れているといえよう。なぜなら、ルールができれば、将来も生じるであろう同様のケースにおいて当該ルールが適用されることになり、ひいては、パロディスト自らが萎縮的効果により商標パロディという表現を差し控えるという危険性を回避できると思われるからである。