

パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性

齋藤 崇^(*)・小川 宗一^(**)

商標は、その使用により業務上の信用が蓄積され、また同時に名声を獲得していくことで、多大な財産的価値を生ずる周知著名商標となる。しかし、そのような財産的価値を生ずる周知著名商標のように、商標が有名になればなるほど、権原のない者による模倣等のリスクに晒されることになるが、単なる模倣という形のみならず、「パロディ商標」という形でフリーライドすることを企図した商標出願が、近時における問題となっている。そこで本稿では、商標法上、周知著名商標を保護するために設けられている不登録事由(4条1項7号、10号、11号、15号および19号)によって、権原のない者による「パロディ商標」の商標登録を排除せしめることの適用可能性について論じた。

目次

- I. はじめに
- II. パロディ商標の態様
- III. パロディ商標の不登録事由とその限界
 - 1. パロディ商標と商標法4条1項10号、11号および19号
 - (1) パロディ商標の対象となる商標の周知性
 - (2) パロディ商標とその対象となる周知著名商標との類似性
 - (3) パロディ商標と不正の目的を孕む商標出願
 - (4) パロディ商標に対する商標法4条1項10号、11号および19号の適用可能性
 - 2. パロディ商標と商標法4条1項15号
 - (1) 商標法4条1項15号の立法趣旨と解釈
 - (2) パロディ商標に対する商標法4条1項15号の適用可能性
 - 3. パロディ商標と商標法4条1項7号
 - (1) 商標法における公序良俗規定の意義
 - (2) 公序良俗違反の商標の態様
 - (3) パロディ商標に商標法4条1項7号を適用した裁判例
 - (4) パロディ商標に対する商標法4条1項7号の適用可能性
- IV. おわりに

I. はじめに

商標は、かつて商標法が商品のみを対象としていた頃は「商品の顔」といわれていたが、後に役務が追加されたことで、現在では「商の顔」といわれるまでに至っている⁽¹⁾。つまり、商標は、当該商標が付された商品または当該商標に係る役務において、商標保有者の信用または名声等を、文字または図形等を通じて体現しているのである。そして、商標は単なる標識を超えて、一つの「財産」として取引の対象にもなる。

商標保有者にとって、商標の使用により自己の商標の業務上の信用が蓄積され、また同時に名声も獲得していくことによって、それが周知著名商標となると、当該商標は極めて多大な財産的価値を生ずるものともなり、当該商標を用いて事業を行う際に、自己に有益な影響を及ぼすこととなる。

しかし、自己の商標が有名になればなるほど、権原のない者による当該商標の模倣のリスク、また先願主義を逆手にとって、自己の知らぬ間に商標出願をされてしまうようなリスク等に晒されることにもなる。これらは、「商標の冒用行為」⁽²⁾である。

このように、商標保有者にとってこれらのリスクの存在は看過できないであろうが、その一方でまた新たな問題も浮上してきている。それが、「パロディ商標」⁽³⁾である。もっとも、商標法において、パロディ商標についての規定および定義は存在しないし、また同様に

(*) 日本大学大学院法学研究科私法学専攻博士後期課程

(**) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職)・法学研究科 教授

(1) 小野昌延＝三山峻司「新・商標法概説[第2版]」(青林書院、2013年)7頁。

(2) 商標の冒用行為には、本稿で扱う「パロディ商標」の他に、例えば、「悪意の商標出願」もある。

(3) 主たる文献に、佐藤薫「商標パロディ」国際公共政策研究第4巻第1号(1999年)147～163頁、土肥一史「商標パロディ」『牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権—法理と提言』(青林書院、2012年)879～894頁等がある。

裁判例においても示されているわけではない⁽⁴⁾。

さて、商標法上、パロディ商標についての規定および定義は存在しないが、裁判例に鑑みると、商標登録の不登録事由を規定する商標法4条1項各号との関係が問題となる。また近時では、商標法における公序良俗の概念は拡大しているとの指摘⁽⁵⁾がある中で、パロディ商標に公序良俗規定である商標法4条1項7号を適用した裁判例も登場している。もっとも、7号はその解釈指針においても、「本号を解釈するにあたっては、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、1号から6号までを考慮して行うべきであろう。」⁽⁶⁾と説明されているように、本来的にまたは一般論としても、その適用については慎重でなければならない、と考えられている。そうすると、この7号の射程の一類型として、パロディ商標をどのように取り扱うべきか、を検討することも肝要となろう。

そこで、パロディ商標について、商標法4条1項各号(7号、10号、11号、15号および19号)が規定する商標登録の際における不登録事由とパロディ商標との関係について検討し、その適用の限界を示したうえで、パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性について考察することが、本稿の目的とするところである。

なお、パロディ商標といえども、著作権法の領域にも係る部分(議論)もあろうが⁽⁷⁾、本稿における検討および考察は、あくまでも商標法の領域にとどまることとする。

II. パロディ商標の態様

そもそもパロディとは、辞書的な意味においては、「文学作品の一形式。よく知られた文学作品の文体や韻律を模し、内容を変えて滑稽化・諷刺化した文学。」⁽⁸⁾や、「文学などで、広く知られている既成の作品を、その特徴を巧みにとらえて、滑稽化・風刺化の目的で作変えたもの。」⁽⁹⁾等と説明されている。つまり、これらの辞書的な意味に鑑みると、パロディとはおよそ

「既存の他人の作品を真似して、そこに何らかの創作性を付加することで、風刺・滑稽さ等を醸し出すもの」といえよう。

では、ある商標がパロディ化されたことによって創作された「パロディ商標」とは何か、である。このパロディ商標の定義を確定させるためには、そもそも商標とは何か、ということについても言及する必要がある。

商標とは、「人の知覚によって認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの」であり(2条1項)、「業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの」(2条1項1号)または「業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの」(2条1項2号)である。商標は、自己の商品または役務と密接に関連するもの、つまり、その商標の使用をする者の商品または役務について使用されるものであり、前述のように、いわば「商の顔」である。

そして、商標がパロディ商標となるためには、当該商標に接した需要者に、あの商標がパロディ化されたものである、と認識される必要がある。したがって、パロディ商標の対象となる商標は、周知著名商標であるということの裏返しとなる。そして、事業者がある商標をパロディ化してパロディ商標として選択する所以は、そのパロディ商標をもって、もとの周知著名商標の名声等にただ乗り(フリーライド)して、それにある種の「茶化し」を加えることによって、それを自己の商品または役務に使用し、利益を得ることを目論むからであろう。

また文献では、パロディ商標とは、「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」⁽¹⁰⁾や、「パロディの対象となる現象を笑い、批評・批判するために商標をそのままあるいは改変を加え自己の商品その他に利用することにより、これに接する者が利用された著名周知商標を連想する、そうし

(4) この点について、知財高判平成22・7・12判タ1387号311頁[第2次SHI-SA]事件では、「・・・『パロディ』なる概念は商標法の定める法概念ではなく、講学上のものであって、法4条1項15号に該当するか否かは、あくまでも法概念である同号該当性の有無により判断すべきである」と述べている。

(5) 山田威一郎「商標法における公序良俗の概念の拡大」『知財管理』51巻12号(2001年)1863～1872頁、石井茂樹「肥大化した『公序良俗』概念」『松田治躬先生古稀記念論文集』(東洋法規出版、2011年)275～296頁等を参照。

(6) 特許庁(編)『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説[第19版]』(発明推進協会、2012年)1286～1287頁。

(7) 土肥・前掲註(4)883頁では、著作権法におけるパロディについては、「著作権パロディの許容性の議論では、パロディの目的が問われることが多い。」と述べている。なお、パロディは、著作権法上、主として複製権侵害(著作権法21条)、翻案権侵害(著作権法27条)、そして同一性保持権侵害(著作権法20条)等が問題になると思われる。

(8) 新村出(編)『広辞苑[第6版]』(岩波書店、2008年)2310頁。

(9) 松村明(監修)『大辞泉[第2版]下巻』(小学館、2012年)2967頁。

(10) 佐藤・前掲註(3)148頁。

た商標」⁽¹¹⁾等といわれている。

したがって、商標法および裁判例においてその明確な定義はないものの、以上に鑑みると、パロディ商標とは、「他人の周知著名商標に、茶化しという創作性を付加することで生じる滑稽さを、自己の商品または役務について使用することで、それに接する需要者に同時にもとの周知著名商標の存在をも知らしめる商標」ということができよう。

Ⅲ. パロディ商標の不登録事由とその限界

1. パロディ商標と商標法 4 条 1 項 10 号、11 号および 19 号

(1) パロディ商標の対象となる商標の周知性

パロディ商標と対象となる他人の商標との関係性においては、その対象となる商標に「周知性」⁽¹²⁾があるか否かが問題の一つとなる。パロディ商標に係る不登録事由を検討する際に、条文の文言として「周知性」を要求している規定として、商標法 4 条 1 項 10 号⁽¹³⁾および 19 号がある。

しかし、パロディ商標との関係でいえば、この要件が否定されることはまずないと考えられる。なぜなら、ある商標がパロディの対象となること自体、当該商標は周知性または著名性を有していることが一般的といえるからである⁽¹⁴⁾。そうでないと、仮に周知性が否定される可能性がある商標をパロディ化して、当該商標をパロディ商標として選択しても、それはパロディ商標の商標保有者の独自のものとなる可能性があり、

そもそもパロディとしての意味をなさない⁽¹⁵⁾。これは、前述のパロディ商標の定義からも導き出されよう。もっとも、他の 11 号、15 号および 19 号の規定に係るパロディ商標においても、その対象となった商標の周知性は認められている⁽¹⁶⁾。いずれにせよ、パロディ商標の対象となる商標の周知性の程度は、極めて高いと思われる。これは、周知性の程度が低い商標をパロディ化したパロディ商標では、前述のパロディ商標の定義に基づくとき、当該商標に接した需要者が、その対象となったもとの商標の存在を連想できない、ということに由来している。

したがって、パロディ商標に係る問題としては、前述のパロディ商標の定義に鑑みても、当該商標の対象となる商標の「周知性」が問題とされることはなからう。

(2) パロディ商標とその対象となる周知著名商標との類似性

前述のように、パロディ商標の対象となる商標の周知性または著名性は否定されないといえるが、問題は商標の「類似性」である。なぜなら、商標法 4 条 1 項 10 号、11 号⁽¹⁷⁾および 19 号では、各々の条文の文言において「類似性」が要件とされているからである。

さて、前述のパロディ商標の定義に基づくとき、商標の「類似性」の判断が必要不可欠となる。そして、商標の類似性を判断する際に、その類否判断基準について示した「氷山印」事件最高裁判決⁽¹⁸⁾では、次のように述べている。

「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

(11) 土肥・前掲註(3)880頁。

(12) なお、周知性の程度について、東京高判昭和 58・6・16 無休集 15 卷 2 号 501 頁、判時 1090 号 164 頁[DCC]事件では、「・・・商標登録出願の時にわたり全国にわたる主要商圏の同種商品取扱業者の間に相当程度認識されているか、あるいは、狭くとも一県の単位にとどまらず、その隣接数県の相当範囲の地域にわたって、少なくともその同種商品取扱業者の半ばに達する程度の層に認識されていることを要するものと解すべきである。」と述べている。また、特許庁(編)『商標審査基準(改訂第 12 版)』(発明推進協会、2016 年)65 頁では、「・・・全国的に認識されている商標のみならず、ある一地方で広く認識されている商標を含む。」と述べている。

(13) 商標法 4 条 1 項 10 号では、「他人の業務に係る商品若しくは役務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又はこれに類似する商標であつて、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」については、当該商標の商標登録が受けられない旨が規定されている。

(14) これを裏付けるような事例として、例えば、10 号該当性が争点の一つとされた知財高判平成 24・5・31 判タ 1388 号 300 頁[Lamborghini]事件判決では、「・・・引用商標である[LAMBORGHINI]は、本件商標の出願以前から現在に至るまで、イタリアの高級自動車メーカーである原告又は原告の業務に係る商品『自動車(スーパーカー)』を表示するものとして、日本国内の自動車取引業者や愛好家の間で広く知られているから、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該当するものと認められる。」と述べている。

(15) この点について、土肥・前掲註(3)880頁では、「パロディであるためには、2つの意味的に関連した相異なるメッセージを伝達するものでなければならない。そのため、商標パロディでは、オリジナルは周知著名な商標であることが必要となる。」と述べている。

(16) 知財高判平成 21・2・10 最高裁 HP[第 1 次 SHI-SA]事件、知財高判平成 22・1・13 最高裁 HP[ローリングストーンズベロマーク]事件、知財高判平成 22・7・12 判タ 1387 号 311 頁[第 2 次 SHI-SA]事件、知財高判平成 25・6・27 最高裁 HP[KUMA]事件、知財高判平成 28・4・12 最高裁 HP[フランク三浦]事件を参照。なお、これらの裁判例は、本稿でとりあげている。

(17) 商標法 4 条 1 項 11 号では、「当該商標登録の日前の商標登録出願に係る他人の登録商標又はこれに類似する商標であつて、その商標登録に係る指定商品若しくは指定役務・・・又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」については、当該商標の商標登録が受けられない旨が規定されている。

(18) 最三小判昭和 43・2・27 民集 22 卷 2 号 399 頁、判時 516 号 36 頁、判タ 219 号 91 頁。

図 1



図 2



混同を生ずるおそれがあるか否かによっ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、称呼等によっ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のを相当とする。」

この「氷山印」事件最高裁判決が述べたように、商標の類否判断については、商標が付された商品の出所の誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって判断されることを前提としつつも、単に対象となる商標の外観、観念、称呼等のみならず、それらと同時に、当該商標が付された商品の取引の実情も考慮されうることとなる。

それでは、パロディ商標とその対象となる周知著名商標との類似性は具体的にどのようなものであろうか。

例えば、11号該当性を争点とした「第1次 SHI-SA」事件判決(図1)では、上記の類否判断基準に基づき検討した結果、「・・・本件商標における動物図形は、たしかにその向きや基本的姿勢、跳躍の角度、前足・後足の締め具合・伸ばし具合や角度、胸・背中・腹から足にかけての曲線の描き方において・・・『PUMA』ブランドの商標と似ている点があるものの、取引者・

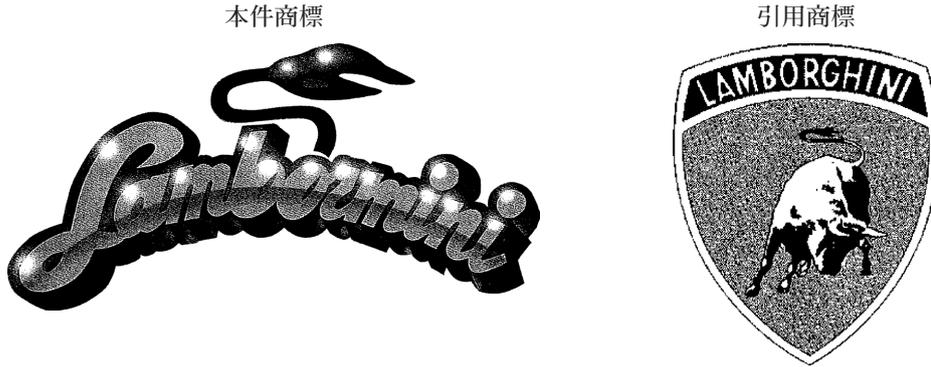
需要者に印象付けられる特徴は『PUMA』ブランドの商標とは異なるものである。・・・そうすると、『PUMA』ブランドのピューマを記憶している取引者・需要者は、本件商標を『PUMA』ブランドの商標とまで誤って認識するおそれはないというべきである。」と類似性を否定する旨を述べて、11号該当性を否定した。なお、本事件はその後、特許庁において審理がやり直され、再び11号で拒絶されたが、「第2次 SHI-SA」事件(図1)において、再び類似性が否定され、そして11号該当性も否定されている。

また、商品の取引の実情との関係でいえば、「フランク三浦」事件判決(図2)では、そもそも商標の類似性を否定しつつ、当該商標が付された商品について、「・・・被告商品は、多くが100万円を超える高級腕時計であるのに対し、・・・原告商品は、その価格が4000円から6000円程度の低価格時計であって、原告代表者自身がインタビューにおいて、『ウチはとことんチープにいくのがコンセプトなので』と発言しているように、被告商品とはその指向性を全く異にするものであって、取引者や需要者が、双方の商品を混同するとは到底考えられない・・・」とも述べて、商品の取引の実情も考慮しつつ、類似性が否定されている⁽¹⁹⁾。

このように、パロディ商標とその対象となる周知著

(19) とはいえその一方で、11号ではなく10号に係る事件ではあるが、「Lamborghini」事件判決(図3)では、上記の類否判断基準に基づき検討された結果として、「・・・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、・・・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解される。」と述べて、類似性を肯定した。なお、本事件では、「被告は、本件口頭弁論に出頭せず、答弁書その他の準備書面を提出しないから、請求原因事実を争うことを明らかにしないものと認め、これを自白したものとみな・・・」された。

図 3



名商標との類似性については、当該商標の構成のみ、またそれに加えて、当該商標が商品または役務に使用された場合に、その取引の実情も踏まえて、類似性が否定される可能性が大いにあると思われる。

したがって、パロディ商標に係る問題として、前述のパロディ商標の定義に鑑みると、商標の「類似性」は否定される傾向にあると思われる。これはつまり、需要者が当該商標に接しても誤認混同を起こす可能性が低いと解されているがために、商標の類似性が否定されるということではなかろうか。そして、商標の類似性が否定されるということは、条文の文言として「類似性」を要件とする 11 号該当性のみならず、同様の要件を必要とする 10 号および 19 号該当性も否定されることを意味するのである⁽²⁰⁾。

(3) パロディ商標と不正の目的を孕む商標出願

パロディ商標の出願の際に、そこに何らかの「不正の目的」が孕んでいる場合もありうる。このような場合に、不正の目的による商標の商標出願を排除せしめる規定が、商標法 4 条 1 項 19 号⁽²¹⁾である。他人の周知商標と同一または類似の商標であつて、当該商標出願に「不正の目的」を孕んでいるものには、19 号が適用されうる。そして 19 号は、平成 8 年の商標法の一部改正の際に導入された規定であり、日本または外国における周知商標の保護を目的としている。

ところで、19 号はその性質上、要件の一つである

「周知性」が問題とされることが多い。なぜなら、たとえ不正の目的を孕んで出願された商標であっても、我が国商標法では登録主義に基づく先願主義が採用されているために、周知性がない未登録商標は商標登録をしない限り、保護されないからである。この問題は、悪意の商標出願が問題とされる際に、明白となる。

しかし、パロディ商標との関係でいえば、前述の定義、そして周知性の観点からも、19 号における「周知性」が特に問題とされないであろうことは、既に述べたところである。

そうすると問題は、19 号該当性のための要件である前述の「類似性」を除くと、この 19 号の特有の文言である「不正の目的」であろう。これは、パロディ商標とどのように関係してくるのであろうか。

19 号にいう「不正の目的」とは、図利目的または加害目的をはじめとする取引上の信義則に反するような目的のことである⁽²²⁾。そして、「不正の目的」があるとして、19 号が適用されうるようなものには、次のようなものがあると説明されている⁽²³⁾。

「(1)外国において周知な他人の商標と同一又は類似の商標について、我が国において登録されていないことを奇貨として、高額で買い取らせたり、外国の権利者の国内参入を阻止したり、国内代理店契約を強制したりする等の目的で、先取的に出願した場合。

(2)日本国内で商品・役務の分野を問わず全国的に知られているいわゆる著名商標と同一又は類似の商標に

(20) 実際に、「フランク三浦」事件判決では、商標の類似性が否定されたがために、「・・・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。」と述べており、また「第 2 次 SHI-SA」事件判決でも、同旨を述べている。

(21) 商標法 4 条 1 項 19 号では、「他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的(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いう。以下同じ。)をもって使用するもの(前各号に掲げるものを除く。)」については、当該商標の商標登録が受けられない旨が規定されている。

(22) 特許庁・前掲註(6)1292 頁。

(23) 特許庁・前掲註(6)1292 頁。

ついて、出所の混同のおそれではなくとも出所表示機能を稀釈化させたり、その名声を毀損させる目的をもって出願した場合。(3)その他日本国内又は外国で周知な商標について信義則に反する不正の目的で出願した場合。]

しかし、パロディ商標と上記の「不正の目的」の想定例との関係でいえば、パロディ商標の定義に鑑みると、例えば、パロディ商標の商標保有者がそのもとになった周知著名商標の商標保有者に対して、当該商標の買取りまたは権利行使等によって損害を与える目的でパロディ商標を有しているとは考えにくいであろうし、またその周知著名商標に化体した信用、名声および顧客吸引力等を毀損させる目的でパロディ商標を選択したともいいがたい。この点について、「第2次 SHISA」事件判決では、そもそも商標の類似性を否定しつつも、19号の「不正の目的」の判断がされており、例えば、「・・・本件商標の跳躍するシルエットの動物図形には、沖縄を象徴するシーサーが沖縄から大きな舞台上に飛び出してほしいという原告の願いが込められていること」等の様々な事情を考慮して、「・・・既に我が国において現に引用商標Cが登録されていることにも鑑みれば、原告の本件商標の使用につき、周知商標が登録されていない状況に乗じて不正の利益を得る目的等や、補助参加人等に損害を与える目的等があるとまで認めることまではできず、原告に法4条1項19号にいう『不正の目的』があったとはいえないというべきである。」と述べている。

とはいえその一方で、「Lamborghini」事件判決のように、「・・・被告は、・・・原告が世界的に著名な自動車メーカーであり、引用商標も原告の業務に係る商品(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、原告の製造、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、被告が、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。」と述べて、「不正の目的」を認定し、19号該当性を肯定したものもある⁽²⁴⁾。

このように、パロディ商標の商標出願人が、なにも

え当該商標を選択するのかといえ、それは、周知著名商標の商標保有者に対して、19号が特に想定している当該商標の買取りまたは権利行使等によって、不正に利益を得たり、参入を阻止したりする等といったことを目論むのではなく、あくまでも自己の商品または役務にパロディ商標を使用することで、それに接した需要者に対して、あの商標をパロディ化したものであろう、とその対象になった周知著名商標を連想させることによって、利益を得ようとする目論みにすぎないためである。

したがって、パロディ商標に係る問題として、前述のパロディ商標の定義および上記の点に鑑みると、19号にいう「不正の目的」が認定される可能性は低いように思われる。

(4) パロディ商標に対する商標法4条1項10号、11号および19号の適用可能性

ここまで、パロディ商標に係る商標法4条1項10号、11号および19号の問題について述べてきた。

確かに、パロディ商標の対象となる商標は、基本的に周知著名商標であるといえるので、「周知性」の要件が否定されることはなからう。

しかし、10号、11号および19号は、各々要件として「類似性」を要求しているために、パロディ商標とその対象となる周知著名商標では、類似性が否定される可能性が否めない。

また、19号にいう「不正の目的」も、パロディ商標の商標保有者は、自己の商品または役務について当該商標を使用するのみであり、周知著名商標の商標保有者に対して損害を与える等の目的で、パロディ商標を有している可能性も低いと思われる。

したがって、パロディ商標に対して商標法4条1項10号、11号または19号を適用することは、「Lamborghini」事件判決のような場合を除き、いささか困難であると考えられる。

2. パロディ商標と商標法4条1項15号

(1) 商標法4条1項15号の立法趣旨と解釈

パロディ商標に係る不登録事由には前述の規定の他に、商標法4条1項15号がある。商標法4条1項15号では、「他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標(第10号から前号までに掲げる

(24) もっとも、本事件は、そもそも「類似性」が肯定されたことによって、同時に不正の目的も認定されうる結果になったのではないかとも思われる。

ものを除く。)]については、当該商標の商標登録が認められない旨が規定されている。これは、いわば「出所の混同」を生ずるおそれがある商標を、商標登録から排除せしめる規定である⁽²⁵⁾。

15号では、カッコ書きで「第10号から前号(14号)までに掲げるものを除く。」と規定されており、これは、15号がそれら各号以外の場合にも適用されうるといふ意味を有している、いわば「総括規定(条項)」であると解されている⁽²⁶⁾。なぜなら、混同を生ずるおそれがある商標には、10号ないし14号の規定以外の場合もありうるからである。そのような所以から、15号はカッコ書きのような文言となっている。

さらに15号では、商標が類似していること、また商標に係る指定商品または指定役務が類似していること等のように、例えば11号の要件の一つである「類似性」は、要求されていない⁽²⁷⁾。なぜなら、15号に該当するか否かについて判断する際には、商標それ自体の出所の混同のみならず、取引社会の具体的事情も考慮され、その取引の実情から他人の業務に係る商品または役務との混同を生ずるおそれがあるか否かのみで決せられるからでもある⁽²⁸⁾。

したがって、たとえ商標が非類似であっても、出所の混同が生ずるおそれがある商標の場合には、15号が適用されうるのである⁽²⁹⁾。

ところで、15号には2種類の混同があるとされるが、その解釈について示した「ルールデュタン」事件最高裁判決⁽³⁰⁾では、次のように述べている。

「商標法4条1項15号にいう『他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標』には、当該商標が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。)がある商標を含むものと

解するのが相当である。けだし、同号の規定は、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あるところ、その趣旨からすれば、企業経営の多角化、同一の表示による商品化事業を通して結束する企業グループの形成、有名ブランドの成立等、企業や市場の変化に応じて、周知又は著名な商品等の表示をする者の正当な利益を保護するためには、広義の混同を生ずるおそれがある商標をも商標登録を受けることができないものとすべきであるからである。そして、『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である。』

このように、「ルールデュタン」事件最高裁判決では、15号には他人によって商標出願された商標が指定商品または指定役務に使用されると、その指定商品または指定役務の出所を誤認するという「狭義の混同」を生ずるおそれがある商標のみならず、商品または役務の出所の誤認混同はなくとも、他人によって商標出願された商標に係る指定商品または指定役務が、当該他人と緊密な営業上の関係またはグループ関係にある者の業務に係る商品または役務であると誤認するという「広義の混同」を生ずるおそれがある商標にも、その適用があると述べている。

(2) パロディ商標に対する商標法4条1項15号の適用可能性

前述のように、商標法4条1項15号は、10号ないし14号の総括規定(条項)であり、これら以外の混同について規定したものである。そして、15号にいう

(25) 小野昌延=三山峻司(編)『新・注解商標法[上巻]』(青林書院、2016年)473頁(工藤莞司=樋口豊治)。

(26) 特許庁・前掲註(6)1289頁。

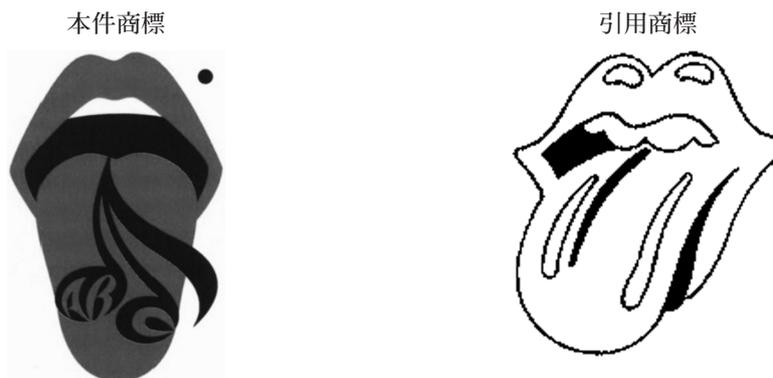
(27) 茶園成樹(編)『商標法』(有斐閣、2014年)68頁(村上画里)。

(28) 金井重彦=鈴木将文=松嶋隆弘(編)『商標法コンメンタール』(レクスネクス・ジャパン、2015年)145~146頁(藤田晶子)。

(29) なお、土肥一史「商標法4条1項15号にいう『混同を生ずるおそれがある商標』—ルールデュタン事件—」小野昌延先生喜寿記念刊行事務局(編)『知的財産法最高裁判例評釈体系Ⅱ』(青林書院、2009年)456頁では、「表示による混同であるから商標間の類似性は必須である」とも述べている。

(30) 最一小判平成12・7・11民集54巻6号1848頁、判時1271号141頁、判タ1040号125頁。

図 4



「混同を生ずるおそれがある商標」には、「狭義の混同」の他に「広義の混同」が含まれる。

では、パロディ商標と「混同を生ずるおそれがある商標」の商標登録を排除せしめる 15 号は、どのように関係してくるのであろうか。

前述のパロディ商標の定義に鑑みると、周知著名商標をパロディ化した商標を、それに接した需要者が、あの周知著名商標をパロディ化したものであろう、と認識できるような場合、つまり、需要者が互いの商標の外観等の相違点から、出所が異なることを認識できるような場合には、誤認混同が生じるおそれは限りなく低くなる。

とはいえ、前述のように、15 号にいう「混同を生ずるおそれ」には、狭義の混同に加えて、広義の混同が含まれる。広義の混同の場合、周知著名商標と当該商標をパロディ化した商標とを、需要者がそのようなパロディ商標が使用された商品または役務に接した際に、当該商標の出所の誤認混同はなくとも、(商品または役務について)あの会社に関係のある会社(例えば、子会社等があげられる)が販売(または提供)しているものであろう、と捉える可能性を否定できるわけでもない⁽³¹⁾。

しかし、この点について、「ローリングストーンズベロマーク」事件判決(図 4)では、「・・・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。」と述べている。

以上に鑑みると、いくなれば、パロディ商標の対象となった周知著名商標については、それが 15 号該当性を争点としている以上、明らかに有名なものであるために、それに接した需要者が出所の混同を生ずるとはいえない、ということの裏返しであるように思われる。これは、前述のパロディ商標の定義に鑑みると、まさにそうであろう。

そして、パロディ商標と広義の混同の場合に関連して、そもそも周知著名商標の商標保有者が自ら自己の商標をパロディ化して、親子会社もしくは系列会社等またはグループ会社等に対して、当該商標をライセンスすることも通常考えにくいのではなかろうか⁽³²⁾。パロディ商標が、風刺のような「揶揄または批判」の態様であれば格別、滑稽さのような「茶化し」の態様であっても、その可能性はないと考えられる。

したがって、パロディ商標に対して 15 号を適用することにも、一定の限界があると考えられる。

3. パロディ商標と商標法 4 条 1 項 7 号

(1) 商標法における公序良俗規定の意義

前述のように、パロディ商標には、商標法 4 条 1 項 10 号、11 号、15 号または 19 号該当性が争点とされてきたが、その一方で、これらに該当しないような場合にも商標法 4 条 1 項 7 号の適用の余地がありうる。

(31) 泉克幸「判批」京女法学第 6 号(2014 年)129 頁では、「・・・パロディ商標に接した需要者が、それが付された商品の出所自体を X と誤認混同する蓋然性は高くないかもしれないが、X が正にそうしたパロディ商品の販売を他の企業に許諾しているとの誤解は十分に生ずるのであろう。」と述べており、同様の見解をうかがわせる。

(32) 平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究第 44 号(2014 年)316 頁でも、同旨を述べている。

商標法4条1項7号では、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」については、当該商標の商標登録を受けることができない旨が規定されている。商標法における公序良俗規定の意義は、社会の秩序および道徳的秩序を考慮し、これらに反する商標の商標登録を排除せしめようとするものである⁽³³⁾。したがって、ある商標が公序良俗に反するものと判断されると、たとえ商標法3条1項各号の要件(積極的登録要件)を満たしていたとしても、当該商標の商標登録は、至極当然のごとく認められないこととなる。

しかし、どのような商標が公序良俗違反となりうるかについての判断は必ずしも一義的ではない。なぜなら、7号という公序良俗規定では、どのような商標が公序良俗違反となりうるかについては具体的に定められておらず、もっぱら解釈に委ねられているからである。さらに、その解釈指針において、「本号を解釈するにあたっては、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、1号から6号までを考慮して行うべきであろう。」⁽³⁴⁾と説明されているにとどまり、その射程がどこまで及ぶかについての明白さを欠いているからでもある。

結局のところ、そもそも公序良俗という概念自体が、時代または社会情勢等によって多様に変化する性質を有していることに由来している⁽³⁵⁾。なお、教科書的にしばしば説明される有名な例としては、例えば「征露丸」⁽³⁶⁾があるが、この商標は、かつては公序良俗違反の商標ではないと判断されていた時期もあったが、現在では公序良俗違反の商標という認識が一般的となっている。

(2) 公序良俗違反の商標の態様

さて、それでは現在では、どのような商標の態様が公序良俗違反の商標と判断されるのであろうか。この点については、特許庁の商標審査基準および裁判例が参考となろう。

まず、特許庁の商標審査基準⁽³⁷⁾に基づく公序良俗違反の商標については、次のように説明されている。

第1に、「・・・その構成自体がきょう激、卑わい、

差別的若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合並びに商標の構成自体がそうでなくとも、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、又は社会の一般的道徳観念に反するような場合」である。

第2に、「他の法律によって、その使用等が禁止されている商標、特定の国若しくはその国民を侮辱する商標又は一般に国際信義に反する商標」である。

そして、裁判例⁽³⁸⁾に基づくと、公序良俗違反の商標については、次のようなものがあると一般論として述べている。

「・・・〔1〕その構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、矯激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字又は図形である場合、〔2〕当該商標の構成自体がそのようなものでなくとも、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合、〔3〕他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合、〔4〕特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合、〔5〕当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合」

以上が、特許庁の商標審査基準および裁判例において示されている公序良俗違反の商標の態様である。

それでは、現在の7号の射程に基づいて、公序良俗違反の商標に該当しうるとされた商標について、若干紹介する。

例えば、前述の「征露丸」のように、現在では国際信義違反でもあり、そして商標の構成自体から公序良俗違反をうかがわせるような商標、また商標の構成自体等に問題はなくとも、「ごまの蠅」⁽³⁹⁾または「Old Smuggler」⁽⁴⁰⁾のように、当該商標を指定商品に使用することが社会公共の利益に反するような商標がある。そして、「特許管理士」事件⁽⁴¹⁾のように国家資格等と誤認せしめる商標のように、他の法律によってそもそ

(33) 小野ほか・前掲註(25)287頁〔小野昌延＝小松陽一郎〕。

(34) 特許庁・前掲註(6)1286～1287頁。

(35) 小野ほか・前掲註(25)287頁〔小野昌延＝小松陽一郎〕。

(36) 大判大正15・6・28審決公報大審院判決集号外3号187頁。

(37) 特許庁・前掲註(12)62頁。

(38) 知財高判平成18・9・20最高裁HP「赤毛のアン」事件。

(39) 特許庁審決昭和31・10・9昭和29年抗告審判第825号。

(40) 特許庁審決昭和32・4・10昭和30年抗告審判第15号。

(41) 東京高判平成11・11・30判時1713号108頁。また、他に想定される事例としては、例えば、銀行法6条2項において「銀行でない者は、その名称又は商号中に銀行であることを示す文字を使用してはならない。」と規定されており、このような違反態様の商標も含まれる。

図5



もその名称等の使用が禁止されているような商標がある。さらに、「COMEX」事件⁽⁴²⁾または「Asrock」事件⁽⁴³⁾等の「悪意の商標出願」ように、商標出願の経緯に社会的相当性を欠き、商標登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するとして到底容認し得ないようなものにも、7号の射程が及ぶとされている。

このように、現在の7号の射程は、商標の構成等に問題がある本来のもの等に加えて、商標出願の経緯に社会的相当性を欠くようなものにまで及ぶことがうかがえる。もっとも、これは前述のように、公序良俗の概念自体が時代または社会情勢等に左右されるために、未だにその方向性が定まっていなかったことこの裏返しでもあろう⁽⁴⁴⁾。そして問題は、また新たな一類型とでもいうべきパロディ商標が、これらの射程内に収まりうるものであるか否かということである。

(3) パロディ商標に商標法4条1項7号を適用した裁判例

前述のように、パロディ商標では、主として商標法4条1項10号、11号、15号、または19号に該当するか否かが裁判例における争点とされてきた。

その一方で、近時の「KUMA」事件⁽⁴⁵⁾ (図5)では、15号該当性⁽⁴⁶⁾に加えて、公序良俗違反の商標の商標登録を排除せしめる7号に該当するか否かも争点の一つとされた点に特徴があり、この点について次のように述べている。

「・・・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り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うべきである。・・・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。」

このように、「KUMA」事件では、周知著名商標にただ乗り(フリーライド)をすることによって、当該商標を模倣(ここでは、パロディ化)することは、当該商標の出所表示機能が希釈化(ダイリューション)され、当該商標に化体した信用、名声および顧客吸引力に便乗し、不当な利益を得る目的で商標出願をするもので

(42) 知財高判平成17・1・31最高裁HPを参照。

(43) 知財高判平成22・8・19最高裁HPを参照。

(44) 小野ほか・前掲註(1)147頁。

(45) 本事件の評釈としては、小泉直樹「判批」ジュリスト1458号(有斐閣、2013年)6~7頁、平澤・前掲註(32)283~334頁、泉・前掲註(31)117~133頁等がある。

(46) なお、本事件における15号該当性について、裁判所では、様々な事情を考慮しつつ、「・・・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の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。」と述べて、15号該当性を肯定している。これはまさに「広義の混同」に基づく「出所の混同」であろう。

あり、この行為は商標法の目的(1条)に反するとして、7号該当性を肯定した⁽⁴⁷⁾。この論理展開は、現在の7号の射程の一つである、当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合、に該当するものであるといえよう。

(4) パロディ商標に対する商標法4条1項7号の適用可能性

さて、前述の「KUMA」事件に鑑みると、パロディ商標に7号該当性を認めるか否かという問題は、パロディ商標が、その対象とした周知著名商標に対して、「商標法の予定する法秩序」、つまり商標法の目的でもある「産業の発達に寄与」することから導き出される「公正な競争秩序・流通秩序の維持形成(公正な取引秩序)」⁽⁴⁸⁾を害することになるか否かということであろう。

パロディ商標が対象とするような商標は、一般的に周知性または著名性を有しており、これは周知著名商標の商標保有者の長年にわたる当該商標の使用により、信用、名声および顧客吸引力を得て、それを維持するための投資等といった辛労の賜物である。そして、我が国商標法では、先願主義が採用されているものの、周知著名商標の商標保有者が、自己防衛のために自己の当該商標がパロディ化されることを見越して、自ら様々なパロディ化を予測してパロディ商標として商標出願することは、通常考えにくいと思われる。

また、商標法の目的である「産業の発達に寄与」すること、つまり「公正な競争秩序・流通秩序の維持形成」は、いわば「公益」とも考えられよう。そして、これは、個々の企業の私益の集合体としての側面を有している場合も多い、という見解もある⁽⁴⁹⁾。そうすると、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、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ろうか。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ろうか。

とはいえ、パロディ商標に7号該当性を肯定するか否かについては、結局のところは、周知著名商標の保護ということになるだろうが、たとえ7号が時代または社会情勢等でその概念が変わりゆくものであるにしても、その射程は無制限ではない。これは、前述の解釈指針においても説明されているところに鑑みることができよう。そうすると、現行法上、新たな一類型として7号の射程にパロディ商標を含めるのは、公序良俗の概念のさらなる拡大を招来することになる可能性が否めないことも、また事実であろう。たとえパロディ商標に7号を適用しようとしても、それはすべてのパロディ商標に対して及ぶものでもないと思われる。

もっとも、パロディ商標に対して7号の適用可能性を検討するのは、様々な事情を考慮したうえでの終局的なものであり、他の4条1項各号の規定(10号、11号、15号または19号)の適用可能性があるのであれば、そちらに委ねるのが、商標法における不登録事由の原則でもともとと考えられる。

IV. おわりに

以上、パロディ商標に対する不登録事由の適用可能性について述べてきた。本稿で扱った「パロディ商標」とは、「他人の周知著名商標に、茶化しという創作性を付加することで生じる滑稽さを、自己の商品または役務について使用することで、それに接する需要者に同時にもとの周知著名商標の存在をも知らしめる商標」である。

パロディ商標は、商標法4条1項各号(7号、10号、

(47) もっとも、本事件においては、そもそも15号該当性が肯定されていたにもかかわらず、7号該当性も重畳適用したことには、疑念が残る。とはいえ、泉・前掲註(31)133頁では、手続的な側面に注目して、「7号には15号と異なり無効審判請求の除斥期間がなく(47条)、さらには、15号は査定時のみならず出願時点においても該当することが必要(4条3項)」という点で7号と15号は相違しており、手続的な面からも両者を重畳適用することには意味があると考えられる。」とも述べている。また、小泉・前掲註(45)7頁でも、同旨を述べている。

(48) 網野誠『商標(第6版)』(有斐閣、2002年)112頁では、「商標法は、社会的事実としての商標中、商標としての機能を有するものを独占排他権として認め、法の力によりその機能を保護し、強化・育成することにより、第1には、経済取引における能率的かつ公正なる競争秩序を維持し、不正競争の防止を図り、第2に、これによって取引者・消費者の利益を保護するとともに、第3に、商標に化体されるべき経済的利益を財産権として保護し、商標使用者の業務上の信用の維持を図ろうとするものである。商標法1条は、以上の3つの目的が有機的に関連し、かつ、統一されたものとして同法の目的を定めているものであり、同条に「産業の発達に寄与し」というのも、つまり「公正な競争秩序・流通秩序の維持形成を図り」という意味に理解すべきである」と述べている。

(49) 泉・前掲註(31)132頁。

11号、15号および19号)の不登録事由との関係性が問題とされるわけであるが、特に「類似性」または「混同を生ずるおそれ」の観点から、パロディ商標の定義に鑑みると、10号、11号、15号または19号該当性には一定の限界があるといえよう。そして、最終的に7号にその法的根拠を求めるにしても、すべてのパロディ商標に対して7号該当性を肯定することは、公序良俗の概念のさらなる拡大につながるおそれがあるがために、望ましいことであるとは思えない。

したがって、現行法における不登録事由は、各々の規定の特性に鑑みて、その各々に限界がある以上、パロディ商標に対して有効とはいえないと思われる。

なお、そもそもパロディ商標のもとになった周知著名商標がなければ、パロディ商標は存在し得なかったはずである。また、パロディ商標は、周知著名商標の商標保有者の長年にわたる当該商標の使用により、信用、名声および顧客吸引力を得て、それを維持するための投資等といった辛勞に反するものであろう。そうすると、たとえ周知著名商標の商標保有者に対して損害を与える等の目的はないにしても、パロディ商標は当然に許されるものではない。

いずれにせよ、現在の商標法4条1項各号の不登録事由では、パロディ商標に対する有効な規定がないとも考えられる以上、後は立法によって解決することが望ましいのではないかと思われる。そして、そのためには、商標制度全体と平仄を合わせるように制度設計を考える必要があるだろう。なお、紙幅の都合上、この制度設計ならびにパロディ商標と商標権侵害についての検討および考察は、別稿で扱うこととしたい。

[追記]本論文は、齋藤崇の単独研究・単独執筆によるものであり、指導教員である小川宗一は、求めに応じて必要なアドバイスをしたに止まる。