

ビジネスにおけるパロディ利用の現在地

——企業によるパロディと著作権・商標権・不正競争・パブリシティ権——

福 井 健 策*
中 川 隆 太 郎**

抄 録 ビジネスの領域にも数多くのパロディが存在するが、その内容がバリエーションに富むこともあり、様々な角度からの法的検討が要請される。著作物のパロディは、フェアユースやパロディ規定など、正面から扱う規定を欠く中、既存の枠組み内で解釈上の工夫も蓄積されているが、統一の判断基準を見るに至っていない。ブランドイメージとパロディについては商標法及び不正競争防止法が主戦場となる。現状は、主に混同のおそれをメルクマールとしており、その棲み分けにも合理性があるが、混同のおそれを要件としないダイリユーションについては更なる議論の深化が必要となろう。肖像等のパロディはパブリシティ権が問題となるが、ピンク・レディー事件最高裁判決から日が浅くまだまだ議論の蓄積が十分とは言えないため、今後一段と議論の活性化が期待される。ビジネス利用の際は、パロディと知的財産権の幸福な共存のため、各要素の丁寧な検討が求められよう。

目 次

1. はじめにーパロディのビジネス利用
2. 著作物のパロディ
 2. 1 著作物のパロディの5類型
 2. 2 米 国
 2. 3 フランス
 2. 4 日本の現状
 2. 5 小 括
3. ブランドイメージとパロディー商標・不正競争
 3. 1 米 国
 3. 2 日本の現状
4. 肖像とパロディーパブリシティ権
 4. 1 米 国
 4. 2 日本の現状
5. パロディのビジネス利用時の注意点
 5. 1 写真、イラスト等の作品
 5. 2 キャッチコピー、フレーズ
 5. 3 ブランド名、ロゴ、商品名、パッケージ、商品外観
 5. 4 著名人の肖像・氏名
6. おわりに

1. はじめにーパロディのビジネス利用

「パロディ」という言葉からは、アート作品や、アニメ・マンガの二次創作を想起する方が多いであろうが、実はビジネスの世界にも、様々なタイプの「パロディ」が溢れている。典型的には、イラストなどの「著作物」を借用したパロディグッズやパロディ広告である。図1と図2をご覧頂きたい。図1は、フォルクスワーゲンの英国での広告である。「Small but tough, Polo」のコピーと共に、銃撃戦の中、警官たちがこぞってPoloを盾にするとの場面設定により、同車の頑丈さをコミカルに表現する傑作で、2004年のカンヌ国際広告祭のプレス部門で最優秀賞を受賞した。これに対し、日産自動車フランスで図1に細部まで似せたパロディ広告と

* 弁護士・ニューヨーク州弁護士、日本大学芸術学部客員教授 Kensaku FUKUI

** 弁護士 Ryutaro NAKAGAWA

して世に出したのが図2である。図1と異なり、フェアレディZの美しさゆえに、警官たちがむしろ前を出て同車を守ろうとする様子を描き、その高いデザイン性をユーモラスにアピールするものである。



図1 原広告



図2 パロディ広告

また、著名ブランドの「商標」や人気商品の「パッケージ」を利用したパロディもそう稀ではないであろう。2012年、本家「白い恋人」から訴えられて話題となった吉本興業の「面白い恋人¹⁾」のように、人気商品の商品名やパッケージをジョークによりパロディ化した商品もあれば、図3のイヴ・サンローランのパロディTシャツ²⁾のように、メッセージ性を持つパロディ商品（エディ・スリマンによる「サンローラン・パリ」へのブランド名変更に対する批判や皮肉の意が込められている）も見受けられる。

さらに、風刺を利かせつつ著名人の肖像をデフォルメしたイラストや、タレントやミュージシャンのものまねなどのように、「氏名」や「肖像」を利用したパロディまである。



図3 パロディTシャツ

このように、ビジネスの分野でもパロディコンテンツは豊かなバリエーションを持ち、そこでは、著作権のみならず、商標権や不正競争、そしてパブリシティ権に関する多角的な検討が不可欠となる。しかし、パロディは、原作品やその関係者などを批判したり、茶化したりするものであるという性質上、権利者の許諾を得るのが難しいケースが多い。そのため、企画中のパロディが、どういった工夫により（あるいは現状のまま）許諾なしで実現できるのかという検討が重みを持つ。そこで本稿では、パロディの法的取扱いについて、それぞれの法分野毎に米国やフランスの法制度、さらには日本における議論の現状を紹介した上で、企業がパロディコンテンツをビジネスで利用する際、どのような点に注意すべきか解説を試みたい。

2. 著作物のパロディ

2.1 著作物のパロディの5類型³⁾

本来「パロディ」とは、狭い意味では、他人の作品の批評・論評を目的として原作品の表現やスタイルをモチーフに原作品自体を茶化したり、ひねりを加えるなどして新たに創作された作品を指す言葉である（「ターゲット型」）。もっとも、一般には、より広い意味を持つ言葉と

して用いられることも少なくない。例えば、原作品の批評を直接の目的とせず、別の対象（社会問題など）を批評・論評するために他人の作品に手を加えて滑稽に仕上げた作品（「ウェポン型」）や、より広く、批評・論評を離れ、観る者を笑わせることを主な目的とした作品（「ユーモア型」）や原作品に敬意を表しつつ作風を真似たオマージュ作品（「オマージュ型」）を含む言葉として使われることも多い。さらに、日本においては、純粋に既存作品への愛情の表れとして作り出された続編やアナザーストーリーなどの二次創作全般（「二次創作型」）まで含めて、広く「パロディ」と呼ぶこともある。表1に整理した通り、様々な「顔」を持つ言葉といえよう。

表1 著作物のパロディ5類型

類型	目的・動機
ターゲット型	原作品に対する批評・論評
ウェポン型	原作品と別の対象に対する批評
ユーモア型	笑い・ユーモア
オマージュ型	原作品や原作者に対するリスペクト
二次創作型	原作品に対する愛情

2.2 米 国⁴⁾

米国著作権法には、権利制限に関する一般規定（フェアユース）がある。そこでは、①利用の目的・性質、②利用される著作物の性質、③利用部分の量・実質性、そして④利用される著作物の潜在的市場に与える影響の4要素を考慮し、「公正な利用」と認められる場合には著作権侵害とならない旨規定されており（107条）、判例法上、一定のパロディはフェアユースとして認められている。

まずは、リーディングケースである1994年のCampbell事件連邦最高裁判決⁵⁾を紹介しよう。この事件では、映画の主題歌としても有名なRoy Orbisonのヒット曲“*Oh, Pretty Woman*”

をベースとして、ヒップホップ・アーティストである2 Live Crewが作ったラップ調のパロディ作品について、その制作・販売がフェアユースに該当するかどうか争われた。

判決の最大のポイントは、第1要素の検討において、「新しい表現や意味、主張によって原作品を変化させ、さらなる目的や異なる性質と共に原作品に何かを付加したかどうか（下線は筆者らによる。以下同様。）」という考慮（判決は、新しい作品がこのような性質を有することを“transformative”（変容的）と表現した）を中心に据え、transformativeかどうかを重視する方針を明確にした点にあるだろう。

また判決は、原作品を批評の対象とするパロディと、原作品以外のものを批評の対象とするsatire（風刺）とを区別した上で、原作品を真似る必要があるパロディは表現を借用する理由があるが、satireは表現の借用について正当化が必要とした⁶⁾。

そして、被告作品は原作品を批評するパロディに該当し、transformativeであると認定した上で、原作品の潜在的市場を害しない（第4要素）などの理由でフェアユースの成立を認めた。

この連邦最高裁判決の影響により、その後の裁判例においては、原作品を利用した創作物がtransformativeであるか否かが重要になっており、transformativeだと認められれば、フェアユースにより適法となる見込みが相当程度高い状況にある⁷⁾。

小説の「続編もの」については、『風と共に去りぬ』を批判する続編についてtransformativeと認めた裁判例⁸⁾がある一方、『ライ麦畑でつかまえて』の続編については、批評・批判を見出せず、原作品の読者を喜ばせるために原作品を利用しているだけだとしてフェアユースの成立を否定している⁹⁾。原作品への批評が伴えば「ターゲット型」としてフェアユースが肯定されやすいが、これが伴わない続編は純粋な

「二次創作型」となり、フェアユースを肯定するのが難しい傾向にあるようだ。

もっとも、最近の裁判例では、transformativeの概念が拡大していると指摘されている¹⁰⁾。例えば、Cariou v. Richard Prince事件連邦第2巡回区控訴裁判決¹¹⁾では、フォト・コラージュにつき、transformativeであるためには必ずしも原作品に対する論評は必要なく、新しい作品がtransformativeである（新たな要素を付加し、原作品を異なる性質へと変化させている）と「合理的に受け取られる」かどうかの問題だとされた。そして、図4¹²⁾などのPatrick Cariouの写真を利用してRichard Princeが創作した図5¹³⁾などの多くのコラージュについて、新たな表現を加えたことでCariouの作品とは別物になっており、transformativeであると判断され、フェアユースの成立が認められた。



図4 原作品



図5 コラージュ作品

このように、米国では、transformativeと判断されればフェアユースにより適法となる可能

性が相当程度見込まれる傾向にある中、メルクマールとしてやや曖昧な“transformative”の概念が広がりを見せている結果、奥邨教授の表現¹⁴⁾を借りれば、まさに「transformative無双」ともいべき状況になっている。

2.3 フランス¹⁵⁾

欧州のパロディ大国フランスでは、著作物の「パロディ(もじり)、パステイッシュ(模作)、カリカチュア(戯画)」が禁止することのできない行為として規定されており（ただし「当該分野の決まりを考慮」するものとされている）、パロディが権利制限の対象となる旨明文で規定¹⁶⁾されている（フランス知的財産権法典L.122-5条4項）。条文の規定は相当に曖昧だが、解釈上、①ユーモアを意図していること（笑わせる目的）、②原作品と混同するおそれがないこと、③過度な誹謗中傷を行わないことの3点が、適法なパロディとして認められるための基本的な要件と考えられている。もっとも、最近では、①ユーモアの意図は緩やかに解される傾向にあり、主目的が批評やオマージュであって笑いが前面に出ていなくても、何らかのユーモアが認められればよいとされている¹⁷⁾。

ここで、例として、もう一度冒頭の図1, 2を見てみよう。図2のユーモアの意図は明らかであり、フォルクスワーゲンやPoloを過度に誹謗中傷するものでもない。では混同のおそれはどうか。ポイントは「原作品と表現が大きく異なるかどうか¹⁸⁾」であり、「(原作品を)本質的に変更することが必要¹⁹⁾」とのことであるから、本件では、車種や警官の立ち位置の違いを大きな本質的変更と見るかどうか1つの焦点となるうか。

2.4 日本の現状

(1) パロディに関する特別規定の不存在

わが国の著作権法には、パロディについて直

接規定する条文はない。2010年度に日本版フェアユースの導入が検討された際にも組上に載せられたが、「個別権利制限規定の改正又は創設により対応することが基本的には適当」とされた²⁰。その後、2012年度に専門のワーキングチームにより改めて検討がなされたが、一定のパロディについて適法であると線引きすることによって、かえってそれ以外のパロディについて形式的には侵害に当たることが強調されるのではないかといった懸念などを理由に、パロディ規定の創設は時期尚早との結論が出されている²¹。そのため、パロディをめぐる著作権法上の議論は、現在もすべて解釈に委ねられている状況が続いている。

(2) パロディの抗弁

前記の通りパロディに関する特別の規定を持たない現行法において、憲法上の表現の自由²²を理由に、パロディ利用は非侵害であるとの主張が認められるか。この点が直接争点となった「チーズはどこへ消えた？」事件東京地裁決定（東京地決平13・12・19）では、「パロディーという表現形式が文学において許されているといっても、そこには自ずから限界があり、パロディーの表現によりもとの著作物についての著作権を侵害することは許されず、「表現の自由といえども公共の福祉との関係、本件でいえば他者の著作権との関係での制約を免れることはでき」ないと判断された。「著作権侵害だがパロディだから許してほしい」という主張ではなく、「パロディという確立された文章・芸術表現であるから著作権侵害ではない」と主張されたことをふまえると、いささかはぐらかされたような違和感が残る²³。同決定はまた、「著作権を侵害することなく本件著作物の内容を風刺、批判する著作物を著作することもできた」と述べる。しかし、パロディ作品を創作する上で原作品を利用する必然性がある場合や、他の

作品では代替できない事情がある場合にはどう考えるのか、この点でも疑問が残った。

(3) 引用

そこで、既存の条文の解釈論の中で、パロディを救う道が模索されることになるが、パロディを適法化しうる規定としてこれまで最も多く議論されてきたのが「引用」である。

そして、この議論において従来より大きな影響力を持つ裁判例として、マッド・アマノ事件最高裁判決（最判昭55・3・28）がある。これは旧著作権法に関する判決だが、パロディと著作権の問題について論じた最初の、そして今のところ唯一の最高裁判決ということもあり、今なお強い影響を及ぼしている²⁴。

本件は、写真家・白川義員氏が撮影した、雪山をスキーヤーがシュプールを描きながら滑り降りる写真（図6）について、パロディストであるマッド・アマノ氏がシュプールの跡をタイヤの溝に見立ててモンタージュ（図7）を作成した事件である。判決は、適法引用（旧著作権法の節録引用）と認められるためには、「引用する側と引用される側が明瞭に区別されていること」と「引用する側が主、引用される側が従となる関係が成立すること」が必要だと述べた。

そして、旧法に関する解釈であるにもかかわらず、この二要件は、その後、現行著作権法の引用の解釈基準ともされてきた²⁵。しかし、パロディを利用する者には厳しい判断基準といえよう。パロディには、原作品の表現を取り込んで新たな表現と一体としてパロディ作品とする場合（「取込型」）が多く、明瞭区別性の要件が高いハードルとなるからである。

もっとも、上記二要件には有力な批判もある。すなわち、旧著作権法の節録引用に関する規定と異なり、公正な慣行に合致し、目的上正当な利用の範囲内で引用して利用することを認める現行著作権法32条の文言と「主従関係」要件との

関連性が乏しい²⁶⁾上、「主従関係」という名の下に極めて多様な考慮要素が詰め込まれ、「主従関係」概念がパンク状態にあると批判された²⁷⁾。この点をふまえ、近時は32条の文言に忠実に、公正な慣行に合致し目的上正当な利用の範囲内といえるかどうかを要件とする見解も有力であり²⁸⁾、実際に、マッド・アマノ判決の「呪縛」を離れ、32条の文言にのみに基づいて判断する裁判例も次第に見られるようになってきている²⁹⁾。

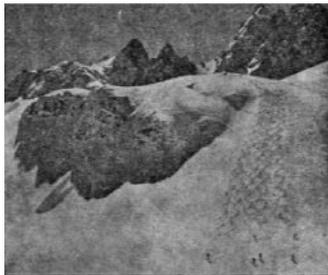


図6 原作品



図7 モンタージュ作品

このほか、典型的な批評・論評型の引用については上記最高裁の二要件を支持しつつ、パロディのような取込型引用については、これとは別の判断基準を採用すべきとする見解もある。例えば、田村教授は、①他の代替措置によることのできない必然性、②必要最小限の引用、そして③著作権者に与える経済的な不利益が僅少、との三要件を満たせば取込型引用も32条により適法とすべきとされる³⁰⁾。また、筆者(福井)

もかねてより、原作品を取り込むパロディやアプロプリエーション(流用芸術)について、⑦原作品が明らかであるか、少なくとも何らかの既存作品が利用されていることが合理的に感得できること、⑧原作品の表現を異なる視点をもって変容させていること、⑨原作品の代替性の低さ、⑩目的上必要な範囲内の借用、⑪原作品及び二次作品への経済的打撃が相当に限定的であることを要件に、適法引用と認めるべきとの見解を述べてきた^{31), 32)}。

このような中、美術鑑定書事件知財高裁判決(知財高判平22・10・13)が、「引用としての利用に当たるか否かの判断においては、①他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、②その方法や態様、③利用される著作物の種類や性質、④当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」との解釈を示し、前記最高裁の二要件に言及することなく32条の文言に基づいて引用の成立を肯定した。このような柔軟な解釈は、従前の二要件を完全に排斥することなく、一定の取込型パロディについても引用の成立を認める余地を残す「懐の深さ」をあわせ持つもので、魅力的である。また、本判決の掲げた①～④の要素は、米国フェアユースの4要素と多くの部分で重なり合うのみならず、(フェアユースをふまえた)田村教授や筆者(福井)の取込型引用をめぐる解釈論における考慮要素とも広く重なり合うものであり、こういった解釈論を取り込む上位規範として位置付けることも十分に可能であろう(なお、上記④については、二要件説を採用した従来の裁判例ではあまり正面から考慮されなかったが、保護と利用の適切なバランスを図る上で④を考慮する必要性は高いであろう。現行著作権法32条のベースとなったベルヌ条約10条(1)の「公正な慣行に合致し」につき、「新しい著作物が以前からの著作物と競合し、後者の販売ならびに流通を妨げる場合は、その

程度などの問題を検討することになるのは明らか」とするWIPOの解説も参考になる³³⁾。)

もっとも、美術鑑定書事件の上告が不受理となったため、引用の要件論は、確定的な統一見解が存在しない不安定な状況が続いている。

(4) 翻案

条文解釈によりパロディを救う第二の道として、翻案権の解釈によるアプローチも提唱されている。

翻案に関するリーディングケースは、江差追分事件最高裁判決（最判平13・6・28）である。同判決は、翻案について次のように説く。翻案とは「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為」をいい（以下「基準①」という）、「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらない」（以下「基準②」という）。この解釈については、次の2つの有力な見解が対立しており、決着を見ていない。

当初より有力な解釈として広く支持されているのは、表現上の本質的な特徴とは創作的表現にほかならず、他人の創作的表現に自らの創作的表現を付加する行為が翻案であり、基準①と②はいわば同じ事柄の表裏であるとの解釈である（「創作的表現説³⁴⁾」）。この解釈によれば、一部でも創作的表現が共通していれば翻案に当たり、それ以上全体を比較することは不要とされる。

これに対し、江差追分事件最高裁判決の調査

官であった高部判事により、原作品の創作的表現を利用していても、他の表現に埋没し、その表現上の本質的な特徴を直接感得できない場合があり（色あせ論）、その場合には基準②からは翻案だが①を充たさず、翻案に該当しないとの解釈（「直接感得性説³⁵⁾」）が提唱され、こちらでも支持を広げている³⁶⁾。この解釈によれば、一部において創作的表現が共通していても、全体ないし1つのまとまりにおいて、表現上の本質的な特徴が色あせて感得できない場合があり得ることから、まとまり全体で比較すべきとされる。裁判例においても、近時、釣りゲータウン2事件知財高裁判決（知財高判平24・8・8）や大熱狂!!プロ野球カード事件東京地裁判決（東京地判平25・11・29）が相次いでこの立場から全体比較を行っていると思われ、注目される（特に後者は明確に色あせ論を採用している）。

いずれの解釈を採用した場合でも、「創作的表現自体を借用していない場合は翻案に当たらない」との結論は共通する。違いが現れるのは、創作的表現を借用している場合に、なお翻案に当たらないとする余地を認めるか否かである。そしてこの違いは、パロディを考える上で大きな差となりうる。

創作的表現説によれば、原作品の創作的表現を借用している以上、権利制限などにより正当化されない限り、原則として著作権侵害となる。パロディを救うためには、別途、引用などに関して、前記のような解釈上の工夫が必要となる。これに対し、直接感得性説に立てば、翻案の解釈の中で一定のパロディを救うことも可能となる。同見解によれば、パロディ化する際の工夫により、たとえ表現を借用していても、パロディ作品に接する者が、もはや原作品の本質的な特徴を直接感得できなくなっている場合には、翻案権侵害でないと解釈する余地があるからである³⁷⁾。直接感得性説には、この柔軟性の

点で魅力を感じる部分もある。もっとも、本質的特徴が直接感得されるか否かの線引きをどこで行うか、そしてそれをどのようにして客観化できるか、全体比較の際の「まとめり」とは何か³⁸⁾等の課題³⁹⁾がある。加えて、翻案の解釈で一定のパロディを救う場合、原作品の権利者へ与える経済的影響の程度等を考慮する余地は限定されるため、通常の翻案と同じ基準で果たして許容されるべきパロディの範囲を適切に画定できるかという特有の課題もあり、今後もさらに議論を深める必要があるだろう。

(5) 同一性保持権

また、パロディにおいて原作品の創作的表現を利用する場合、ほぼすべてのケースにおいて元の表現を改変しているであろう。そのため、同一性保持権も問題となる。

この点、雑誌諸君！事件最高裁判決（最判平10・7・17）は、「他人の著作物を素材として利用しても、その表現形式上の本質的な特徴を感得させないような態様においてこれを利用する行為は、原著物の同一性保持権を侵害しない」とする。したがって、翻案に関して前述の直接感得性説に立てば、原作品の創作的表現を利用していても、色あせてその本質的特徴を直接感得できなくなっている場合、翻案に該当しないのと同時に、同一性保持権侵害にも該当しないことになろうか。他方、創作的表現説から本判決を理解すれば、形式的には同一性保持権侵害に該当しそうであり、20条2項4号の「やむを得ない改変」に該当するか否かを検討することになるのだろう。

この点、20条2項4号については、立法当時の議論などを前提に厳格に解する見解⁴⁰⁾が従来通説的見解であった。しかし、近時は、上野教授の論文⁴¹⁾などを嚆矢として、同号において著作者の利益と利用者の利益を衡量することでこれを柔軟に解する方向性が支持を広げている⁴²⁾。

パロディにおいても、同号を柔軟に解釈して「やむを得ない改変」とし⁴³⁾、同一性保持権も侵害とならないと解するのが妥当であろう⁴⁴⁾。

2.5 小 括

ここまでの議論から、著作物のパロディに関する各国の傾向をごくラフにまとめると、下記の表2のように整理できよう（ただし、①アイデアの利用にとどまるものや、②黙示の許諾が認められる可能性は除外している）。なお、表中適法となる余地の広いものは○、難しいと思われるものは×、その中間は△とした。

表2 日米仏における判断傾向

	ターゲット型	ウェポン型	ユーモア型	オマージュ型	二次創作型
日	△ ^{*1}	×	×	×	×
米	○	△ ^{*2}	×	×	×
仏	○ ^{*3}	○ ^{*3}	○	○ ^{*3}	△

※1：マッド・アマノ最高裁判決に従えば×だが、近年の動向に照らし、△と分類した。

※2：前掲注7)参照。

※3：批評やオマージュが主目的でも何らかのユーモアがあり、混同のおそれがなく、誹謗中傷でなければ基本的に適法とされるようである。

3. ブランドイメージとパロディー商標・不正競争

3.1 米 国⁴⁵⁾

米国商標法には、様々な侵害類型に関する規定が用意されているが、ここでは、通常の商標権侵害（登録商標を指定商品・役務に関して商標的に使用し、誤認混同のおそれを生じさせる行為等）に加えて、パロディの対象になりやすい著名商標の保護制度である希釈化⁴⁶⁾（ダイリューション）に関する規定を紹介したい。

(1) 通常の商標権侵害とパロディ

1) 混同のおそれ

米国商標法では、通常の商標権侵害に関し、パロディに関する規定はない（他方、後述の通り著名商標の希釈化についてはパロディ規定が存在する）。もっとも、混同のおそれ要件の1つとされており（32条(1)(a)(b)）、その判断において、パロディであることを混同のおそれを否定する方向で考慮する例も多い⁴⁷⁾（なお、混同のおそれの有無を判断するにあたり統一された判断基準は存在しないが、裁判所は、様々な要素を総合考慮して判断するマルチ・ファクターテストを採用することが多く⁴⁸⁾、中でもPolaroidファクター（①原告商標の識別力の強さ、②両標章の類似性、③商品・役務の類似性、④具体的混同の有無、⑤被告の善意等）がよく用いられる⁴⁹⁾。

2) Rogersテスト

また、混同のおそれの有無にかかわらず、パロディを含む芸術的表現（artistic expression）や表現作品（expressive works）において商標を使用する場合、商標権と表現の自由との調整のため、「Rogersテスト」⁵⁰⁾と呼ばれる基準が用いられる。これは、消費者の混同を避ける公益が表現の自由における公益に対して優越する場合のみ芸術的表現や表現作品における使用が商標権侵害となりうるとする判断基準である。具体的には①商標の使用が、当該作品との芸術的関連性を有しない場合、又は②商標の使用が当該作品との芸術的関連性をある程度有する

が、誤認混同を招くおそれが明白である場合を除き、当該使用は商標権侵害とならないとされる。これまでに、書籍の表紙のパロディ（図8・9）⁵¹⁾のほか、映画や音楽の題名、テレビゲーム上の表現などについてもRogersテストが適用されている。

(2) 著名商標の希釈化とパロディ

一般に、希釈化（ダイリューション）とは、著名商標と同一又は類似の標章を他人が商品・役務に使用し、当該著名商標と本来の表示主体（商標権者等）との結びつき（識別力）を弱める行為をいい、①単にこれまでの商品・役務と異なる商品・役務に当該著名商標を付してイメージを不鮮明にする「不鮮明化による希釈化」（例：「ソニーチョコレート」）と、②世間一般に好ましくない印象を持たれている商品・役務（例：ポルノ関連商品）などに使用して商標のイメージを積極的に害する「汚染による希釈化」に分類される⁵²⁾。

米国商標法でも、1995年及び2006年の法改正を経て、①不鮮明化による希釈化と②汚染による希釈化の2類型に分けて著名商標を希釈化から保護しているが、パロディについて、フェアユースとして希釈化による保護の例外となる旨、明文で定められている（43条(c)(3)(A)(ii)）。もっとも、条文上、「希釈化による規制の例外」となるパロディの範囲が以下の2つの点で限定されている。第一に、⑦出所識別機能を有するパロディ（商標として使用されるパロディ）は「例外の例外」とされており、希釈化による制限の対象となりうる（43条(3)(A)）。ただし、出所識別機能を有する場合も、同規定の適用がないだけで、「敗者復活」はありうる。Louis Vuitton Malletier v. Haute Diggity Dog, 507 F.3d 252 (4th Cir. 2007) は、ルイ・ヴィトンのモノグラムをパロディ化したペット用玩具（図10）につき、出所識別機能を有するが、パ

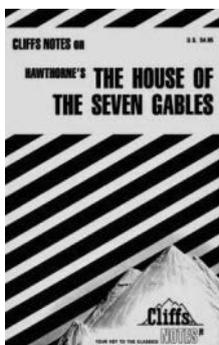


図8 原表紙



図9 パロディ表紙

ロディとして成功しており希釈化していないと判断した。第二に、①パロディの対象は著名商標の権利者又はその商品・役務に限定されているため(43条(c)(3)(A)(ii))、社会問題など、権利者らとは別の対象を批判・論評するパロディについては、同規定の適用はない(実際に、この点を理由に同規定の適用を否定した連邦地裁判決も見られる(Louis Vuitton Malletier v. Hyundai Motor America, 1481510, S.D.N.Y., 2012))。



図10 パロディ化したペット用玩具

していた経営者が「商標法違反の容疑で書類送検」されたと報道されたスター・バー事件などもあるが、起訴や判決に関する報道は見当たらない。

もっとも、商標権侵害に該当するには、原則として、①商標の類似性、②商品・役務の類似性、③商標的使用(出所表示機能を果たす態様での使用)の3点が要件となる。そして、最高裁⁵⁵⁾は、商標の類否は、具体的な取引状況下で「使用された商標が外観、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」した上で「商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否か」で判断するとの基準を採用している。ここでの「混同」はいわゆる狭義の混同であり、商品・役務の出所が同一の営業主体であると誤認混同することを指す。

この点、パロディとして成功していれば、少なくともこの意味での誤認混同のおそれはなく、商標の類似性(要件①)が否定され、商標権侵害とならない場合も多いであろう⁵⁶⁾。実際

3. 2 日本の現状

(1) 商標法

日本の商標法上、パロディに関して直接規定する条文はなく、商標のパロディ利用が商標権侵害となるかについて、正面から判断した裁判例は見当たらない。提訴後和解で終了したケースとして前記の面白い恋人事件などがあるほか、スターバックスの商標(図11)⁵³⁾をパロディ化し、ガールズバーの看板(図12)⁵⁴⁾に利用



図13 原商標



図14 パロディ商標1



図11 原商標



図12 パロディ看板



図15 パロディ商標2

に、登録無効に関する裁判例であるが、知財高判平21・2・10（SHI-SA事件）⁵⁷⁾では、PUMAの登録商標（第3324304号、図13）と、そのパロディ商標であるSHI-SA商標（第5040036号、図14）の類似性が否定されている（他方、知財高判平25・6・27（KUMA事件）⁵⁸⁾では、同じくPUMA商標のパロディであるKUMA商標（図15）につき類似性が肯定された）。

また、『面白い恋人』事件は、称呼はおそらく類似するが観念は明らかに非類似であり、外観をどう評価するかで判断が分かれうる微妙な事案であった⁵⁹⁾。例えば、「面白い恋人」のパッケージが大阪らしくもう少し「こてこて」であれば、より非類似の可能性が高まったであろう。他方、前記スター・バー事件は、パロディとして成功しているとは言い難く、出所の誤認混同を生じさせるおそれが肯定される可能性も高いだろう。

(2) 不正競争防止法

1) 周知表示（2条1項1号）

周知表示の冒用（以下「1号侵害」という）については、⑦周知性のある④他人の表示と⑤同一又は類似した表示を⑥使用する等の行為により、④他人の商品又は営業と混同を生じさせることの5つが要件となっている。パロディの対象に選ばれるくらいであるから、⑦周知性は満たす場合がほとんどであろう。ポイントは⑤類似性と④混同である。そして、両者の関係性については、後者に統合されるという見解と前者にも独自の意義を見出す見解とに分かれるが⁶⁰⁾、1号侵害の結論に決定的な差異は生じないため、ここでは後者に絞って紹介したい。

④の混同の意味するところについては、スナックチャンネル事件最高裁判決（最判平10・9・10）により、「(本来の表示主体と利用者の間に) いわゆる親会社、子会社の関係や系列関係などの緊密な営業上の関係又は同一の表示の商品化

事業を営むグループに属する関係が存すると誤信させる行為」を含むとされており（広義の混同）、1号侵害は混同のおそれが認められやすい傾向にある⁶¹⁾。

もっとも、周知表示の主体やその商品・役務を批評・揶揄するような商標パロディであれば、周知表示の主体はもちろん、上記のような関連団体を取り扱うとも考えにくい。したがって、そのような商標パロディにつき出所を誤認混同するおそれ（広義の混同）は小さく、直ちに1号侵害となる可能性は高くはないであろう。

2) 著名表示の希釈化（2条1項2号）

著名表示の冒用（以下「2号侵害」という）は、④著名性のある④他人の表示と⑤同一又は類似の表示を、⑥自己の表示として使用すること、の4点が要件とされており、誤認混同のおそれが要件とされていない。⑥自己の表示としての使用に該当しないケースはもとより、ここでは⑤表示の類否（類似性）が重要となる。

2号の類似性については裁判例と学説に乖離がある。学説では「希釈化から著名表示を保護する」という条文の趣旨⁶²⁾を考慮し、「容易に著名表示を想起させる程度に似ていれば足りる」との考えも有力である⁶³⁾。これによれば、元の著名商標を想起させる商標パロディであれば類似性が肯定されるため、ほとんどのケースにおいて類似性ありとされよう。これに対し、裁判例は、概ね周知表示に関する類似性の判断と同じ基準（外観、称呼、観念に基づく印象、記憶、連想等から全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否か）を採用している⁶⁴⁾。

なお、黒烏龍茶事件東京地裁判決（東京地判平20・12・26）は、黒烏龍茶のパッケージの類似性に関して、前記有力説に従い、「著名…表示とそれを有する著名な事業主との一対一の対応関係を崩し、希釈化を引き起こすような程度に類似しているような表示か否か、すなわち、

容易に著名…表示を想起させるほど類似しているような表示か否かを検討すべき」との判断基準を採用した数少ない（おそらく今のところ唯一の）裁判例だが、同時に「両者の類否判断は、その趣旨に対応した基準で行われるにすぎず、同項2号の場合において、常に広く類似性が肯定されるわけではない」と述べ、2号の類似性を安易に肯定するものではないという慎重な姿勢を見せる。

このように、現時点の趨勢では、裁判になれば1号と同じ基準により判断される可能性がやや高い。この場合、成功した商標パロディについては、類似性が肯定される可能性は高くはないであろう。

一方、商標パロディにつき2号の類似性が認められた場合に、パロディとして適法となる余地は全くないのだろうか。まだ議論が十分には成熟していないポイントだが、参考となる見解もある。ここでは、それらをまとめておくにとどめたい。

まず、田村教授は、「営業上の利益を侵害されるおそれ」（不競法3条1項）の解釈においてこの問題の打開を図り、著名表示側とこれを利用するパロディ側の利益を衡量した上でなお前者を保護すべき利益があるといえるか検討すべき、とされる。そして、「面白い恋人」事件について、「白い恋人」を希釈化しているといえず本家「白い恋人」側に不利益が生じないことや、「面白い恋人」がパロディ商品として社会に便益をもたらす独自の価値を有することなどを理由に、利益衡量は吉本興業側に傾き、「面白い恋人」が商標パロディとして許容されることを示唆されている⁶⁵⁾。

また、宮脇教授は、希釈化のうち不鮮明化について、すべての不鮮明化を2号侵害とすると第三者の営業活動の自由を不当に制限することを理由に、対象となる著名表示の識別力が強い場合（その表示から連想される商品等がほぼ本

来の表示主体のもので占められる場合）に限って2号の類似性を認め、識別力が弱い場合には類似性を否定し、2号侵害に該当しないとすべきとされる⁶⁶⁾。

なお、上野教授も、パロディが表現の自由により保障されるものであることを理由に、形式的には2号侵害に該当するとしてもなおそれを許容する解釈論を検討する必要性を説く⁶⁷⁾。

(3) 小括—検討手法の整理

ここまで紹介したブランドイメージの保護の要件を表3にラフにまとめてみた。

この点、前記の通り、パロディ化の対象として選ばれる商標・表示は周知性又は著名性を有する人が多いであろう。そこで実際に商標パロディにつき許諾の要否を判断するには、次の順序で検討することが効率的だろう。①まず、商標／商品等表示としての使用から確認。これに該当しなければ、その他の検討を行うまでもなく許諾は不要である。②次に、著名性が優に認められる事案であれば、まず2号の類似性を検討。これが肯定されれば、その時点で表示主体の許諾が必要となる可能性が高い（ただし、それでもなお類似性等を争う余地について、前記の議論参照）。③また、著名性が否定される（又は認められるか不明の）場合でも、周知性を有

表3 ブランドイメージの保護要件

	商標法	不競法	
		2条1項1号	2条1項2号
対象	登録商標	周知表示	著名表示
類似	類似性＝ 混同のおそれ (狭義の混同)	外観・観念・ 称等呼等を 総合考慮して 類否判断※	争いあり (3.2(2) 2 参照)
混同		広義の混同	不要
使用	商標的使用	商品等表示 として使用	自己の商品等 表示として 使用

※類似性と混同のおそれの関係は前記の通り

していれば、広義の混同のおそれ（1号）を検討。同様に、これが肯定されれば、やはり表示主体の許諾が必要となる可能性が高いといえよう。もし広義の混同のおそれが否定されると、狭義の混同のおそれも否定されるため、商標についての検討も不要となる。④他方、やや想定しにくいのが、パロディ化の対象が周知性も著名性もない場合、商標登録（立体商標含む）の有無及び指定商品・役務を確認することになる。

4. 肖像とパロディーパブリシティ権

4.1 米 国

米国では、連邦法としてパブリシティ権を明文で定めた法律はなく、各州毎に個別の保護が図られている⁶⁸⁾。もっとも、1995年に全米法律協会がまとめた不正競争法リステイメント（第三次）（以下「リステイメント」という）⁶⁹⁾では、46条から49条にかけて各州におけるパブリシティ権に関する準則がまとめられており、「米国の通説的見解を示すものとして参考となる」⁷⁰⁾とされている。そこでは、氏名や肖像など本人を識別できる情報（以下「肖像等」という）を取引目的で同意なく使用して営業上の価値を利用する行為、具体的には①広告利用、②製品に付しての利用、③提供役務に関する利用につき、時事報道、批評、娯楽、フィクション若しくはノンフィクション作品又はこれらの使用に付随する広告における使用を除き、肖像本人のパブリシティ権を侵害すると整理されている（リステイメント46条・47条）。

ここで、連邦レベルで①広告利用に関してパブリシティ権とパロディの問題が争点となった裁判例として、Vanna White事件連邦控訴裁判決⁷¹⁾を紹介しておこう。1988年、米サムスン・エレクトロニクス社は、Vanna Whiteが司会の人気ゲーム番組“Wheel of Fortune”をパロデ

ィ化した広告（図16・抜粋）を掲出した。当時から約24年後の2012年の世界を舞台に、上記番組がなお「最長寿」のゲーム番組として続いており、Vannaもロボット化して出演し続けているという設定である。そして、2012年になっても米サムスン社のビデオレコーダーで録画しているとの「オチ」であった。



図16 パロディ広告

ここでは、Vannaの氏名や肖像写真は用いられていないが、裁判所は、ゲーム番組のセットや髪型、衣装などによりパロディの対象がVannaだと認識できたと認定した上で、パロディの抗弁に対し、Vannaや同番組への「もじり」は従属的なもので「米サムスン社のビデオレコーダーを購入せよ」との広告の主要なメッセージとわずかに関係するにすぎないと述べ、パブリシティ権侵害を認めた。

もっとも、リステイメントではパブリシティ権と表現の自由等との調整に関し、「著作権法におけるフェアユースの判断と類似の分析に取り組む」裁判例があり⁷²⁾、そこでは「利用の実質性及び市場への影響が…分析されている」と紹介されている（47条コメントd）。その後、パブリシティ権と表現の自由の調整に関し、著作権に関するフェアユースを参考にしつつ、パブリシティ権に適した要素として、「transformativeか否か」に絞って判断基準とするtransformative useテストを採用する裁判例が現れ

た (Comedy III Production v. Gary Sanderup, 21 P.3d 797 (Cal. Ct. App. 2001))。同判決は、その際の考慮要素として、①新たな表現等により原作を変更し、新しい目的や異なる性格を加えて新たなものを創出すること、②原作の模倣を超える重要な表現が付加されたこと、③創出された作品の市場価値が、著名人の名声によるものではなく作品の創作性、技能、作者の評判によることなど7つの要素を挙げる⁷³⁾。

そして2013年、パロディが問題となったケースではないが、パブリシティ権と営利的表現の自由の利益衡量を巡り、興味深い連邦控訴裁判決が2件⁷⁴⁾ 相次いだのでご紹介しよう。これらはいずれもアメリカンフットボールの大学リーグの元人気選手が、氏名を除き、容貌や身体的特徴、所属大学や背番号などをそのままテレビゲームに無断で利用されたケース (図17⁷⁵⁾・18⁷⁶⁾) だが、目を引くのは、パブリシティ権と表現の自由の調整に関する判断基準を巡り、商標法に由来す



図17 Samuel Keller氏



図18 ゲーム画像

る前記Rogersテストと、著作権法に由来する前記のtransformative useテストのいずれを採用するかが直接争点となった点である。そして、Rogersテストは消費者の混同を避ける公益と表現の自由の調整に関する基準であるが、パブリシティ権は消費者の混同を防ぐことを主目的とするものではないことなどを理由に、いずれもtransformative useテストを採用した⁷⁷⁾。

したがって、今後もこの傾向 (そして前記の「transformative無双」) が続けば、著作権分野ではパロディがtransformativeと認められやすいことを考慮すると、肖像等のパロディについても、パブリシティ権侵害も否定されやすくなる可能性があるだろう。

4. 2 日本の現状

日本ではパブリシティ権に関する明文の規定はないが、ピンク・レディー事件最高裁判決 (最判平24・2・2) において「肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合」にパブリシティ権侵害となるとの判断が示された。そして、同判決ではパブリシティ権とパロディに関して直接判示されていないが、同判決の調査官解説では、第一類型につき、パロディは、肖像の滑稽化・諷刺化によって新たに創作された批判、笑いなどを鑑賞の中心とするものであり、肖像「それ自体」を独立した鑑賞対象とする使用ではないことから、パブリシティ権侵害に当たらないとされており参考になる⁷⁸⁾。ここでは、第二類型 (キャラクター商品型)・第三類型 (広告利用型) のパロディについての記述が慎重に回避されている (ただし、認められないとも述べていない)。しかし、表現の自由の価値、そして前記のよう

な近時の米国裁判例の動向もふまえながら⁷⁹⁾、例えば、①新たな表現によって異なる視点をもって当該著名人の肖像を変容させ、②当該肖像を利用する必然性があり代替性が低く、③利用範囲も正当な範囲内にとどまり、④当該著名人への経済的打撃が限定的であるような広告利用などであれば、「専ら顧客吸引力の利用を目的とした広告利用といえず、パブリシティ権侵害に該当しない」等とする解釈も、検討に値するであろう⁸⁰⁾。まだ国内における議論の蓄積の少ない分野であるが、今後の議論の高まりに期待すると共に、筆者らも引き続き検討していきたい。

5. パロディのビジネス利用時の注意点

上記の内容をふまえ、企業がビジネスにおいてパロディを利用する際に検討すべき内容は、概ね次のようにまとめることができよう。すなわち、(1) まず、想定されるビジネス利用を構成するパロディ化要素 (①写真、イラスト等の作品、②キャッチコピー、決め台詞などのフレーズ、③ブランド名、ロゴ、④商品名、⑤パッケージ、⑥著名人の肖像・氏名など) を要素毎に分解し、(2) 当該要素毎に、パロディ利用に関する許諾の要否を個別に検討する必要がある。

例えば、『面白い恋人』のように、既存の人気商品をパロディ利用する場合、商品名 (④) も似たものになる場合が多く、パッケージ (⑤) も同系統のものになるケースが少なくないだろう。あるいは、映画やドラマの著名な役柄をベースにしたパロディグッズを検討する際には、当該役柄を演じる著名人の肖像や氏名 (⑥)、さらには決め台詞 (②) などをパロディ化することもあろう。このように要素毎に細分化した上で、以下のように個別に検討することになる。

5. 1 写真、イラスト等の作品

(1) 著作権法

パロディ商品が、原作品のアイデアを利用するとどまり、原作品の表現と類似しない内容であれば、たとえ原作品を想起させても、翻案も同一性保持も問題とならない。許諾を得ずに既存のコンテンツのコンセプトや登場する役柄をパロディ利用することを望む場合、具体的表現に落とし込む段階で表現の借用を避けることを試みることも有益だろう。他方、原作品の本質的特徴が感得できる場合、パロディや引用の抗弁が認められない限り著作権侵害となる可能性が高い。しかし、ビジネス利用では、批評目的での利用ではなくユーモア型が多いであろうから、許容されるパロディ商品は、前記2.3のような解釈上の工夫によっても相当程度限定されよう。そのため、そのようなパロディ利用を希望する場合には、許諾を得ることを検討する必要のある場合も多いだろう。

(2) 商標法・不正競争防止法

イラストなどが著名なキャラクターなど特定のビジネス主体を出所として示す場合、別途商標法・不競法に基づく検討が必要となるが、その際の検討方法は前記3.2(3)の通りである。

5. 2 キャッチコピー、フレーズ

(1) 著作権法

著名なキャッチフレーズや映画、マンガなどの決め台詞のパロディ化については、ある程度の長さになる場合には著作権についても検討しておく必要がある。一般に、ごく短い文章については著作物性が認められない場合も多いが、「ボク安心ママの膝よりチャイルドシート」という18文字でも著作物性が肯定された裁判例もあるので注意が必要である (東京地判平13・5・30)。

(2) 商標法・不正競争防止法

また、パロディ化するフレーズが特定の企業などの事業主体を示す場合、やはり前記3.2(3)の手法により別途商標・不競法について検討する必要がある。なお、商標／商品等表示としての使用を検討する際には、「オールウェイズ」につき、キャンペーンのキャッチフレーズとして認識されることなどを理由に商標的使用を否定した裁判例⁸¹⁾(東京高判平11・4・22)や、「塾なのに家庭教師」というスローガンのチラシへの掲載につき、役務の特徴を記述した宣伝文句として認識されるため商標的使用に当たらないとした裁判例⁸²⁾(東京地判平22・11・25)があることも参考になろう。

5.3 ブランド名、ロゴ、商品名、パッケージ、商品外観

商標法や不競法が正面から問題となるケースであり、前記3.2(3)の手法による検討が不可欠となろう。また、外観に関し、商品の立体的形状が特徴的である場合、立体商標の登録の有無もあわせて確認しておく必要がある。

5.4 著名人の肖像・氏名

肖像写真や氏名をパロディ化してビジネス利用する場合、パブリシティ権が問題となる。このうち、出版物やウェブ上などでパロディ化したイラストを掲載するような場合は、それが本人等への批判や笑いを鑑賞対象とする場合が多いであろうから、前記4.2の通り、パブリシティ権侵害に当たらない可能性が高い。他方、それを超えてキャラクター商品化したり、広告で利用する場合には、前記4.2のような解釈の余地もあると考えたいが、現状では、パブリシティ権侵害に該当する可能性も低くはないであろう。その他、既存の肖像写真、肖像イラストを利用する場合、パブリシティ権侵害に加えて、これらの著作権についても別途前記5.1のよう

な検討が必要となる。

6. おわりに

これまで見てきたように、「パロディ」をめぐるのは、著作権をはじめ、商標や不競法、パブリシティ権など、様々な法的問題が多層的に重なり合っている。さらに、より本質的な問題として、一定のパロディは許容すべきとのコンセンサスは得られているにもかかわらず、これを許容するための解釈論・判断基準が確立されていない。それどころか、まだまだ十分に議論が成熟していない点もあり、「視界良好」とは言い難い状況にある。

それゆえ、やはり日本版フェアユースを導入することや一定の許されるパロディについて権利制限規定を設けることなども引き続き視野に入れつつ、解釈論の深化と蓄積により、時代に応じたコンテンツの保護とパロディ利用の適切なバランスを目指した再調整も重要な課題となろう。本稿がその1つのきっかけとなれば望外の喜びである。

注 記

- 1) 田村教授のコラム『「白い恋人」vs.「面白い恋人」事件』(<http://www.westlawjapan.com/column-law/2013/130415/>) (以下「田村コラム」)、及び筆者(福井)も出演したNHKクローズアップ現代『パロディは文化?それとも違法?』(2013年2月19日放送。内容につきhttp://www.nhk.or.jp/gendai/kiroku/detail02_3312_all.html) 参照。
- 2) <http://www.wwdjapan.com/fashion/2013/10/26/00007703.html>より(写真: Kuba Dabrowski)。
- 3) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会パロディワーキングチーム『パロディワーキングチーム報告書』27頁(2013)参照。
- 4) 米国における著作権とパロディの問題について、奥邨弘司「米国著作権法におけるParody」著作権研究37号13頁(2010)(以下「奥邨パロディ」)、山本隆司・奥邨弘司「フェア・ユースの考え方」123頁(太田出版, 2010)(以下「山本・奥邨」)、

- 三菱UFJリサーチ&コンサルティング『海外における著作物のパロディの取り扱いに関する調査研究報告書』（以下「海外パロディ報告書」）4頁（2012）〔野口祐子執筆部分〕参照。
- 5) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994) 同判決につき前掲注4) 山本・奥邨126頁〔奥邨弘司執筆部分〕
 - 6) もっとも、前掲注4) 山本・奥邨134頁〔奥邨弘司執筆部分〕は、この区別がフェアユースの判断に与える影響は本判決からは明らかでないとし、その後の裁判例が、風刺につきフェアユースの成立を否定するものと肯定するものの2系統存在することを指摘する（同139頁）。
 - 7) Neil Netanel “Making Sense of Fair Use” 15 Lewis & Clark L. Rev. 715 (2011) によれば、2006～2010年の間にフェアユースにつき判断した68の米国裁判例において、transformativeか否かの判断はフェアユースか否かの判断と極めて高い相関関係にあるとされている。
 - 8) Suntrust Bank v. Houghton Mifflin, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)
 - 9) Salinger v. Jon Doe, 78 PTCJ 282 (S.D.N.Y.2009)
 - 10) 奥邨弘司「フェア・ユース再考」コピーライト629号14頁（2013）
 - 11) Cariou v. Richard Prince, Docket No. 11-1197-cv (2d Cir. 2013)
 - 12) Patrick Cariou “Yes Rasta” 83～84頁 (<http://www.ca2.uscourts.gov/docs/opn1197/11-1197apx.html>より)
 - 13) Richard Prince “Back to the Garden” (<http://www.ca2.uscourts.gov/docs/opn1197/11-1197apx.html>より)
 - 14) 例えば、<https://twitter.com/OKMRKJ/status/400940214039769089>など。
 - 15) フランスにおける著作権とパロディの問題について、前掲注4) 海外パロディ報告書46頁〔駒田泰土執筆部分〕、モンルワ幸希・Guylène Kiesel「フランスの知的財産制度におけるパロディ」パテント66巻6号18頁（2013）、長塚真琴「フランス著作権法におけるパロディ」著作権研究37号60頁（2010）、財田寛子「米・仏・英における著作権法上のパロディの保護」コピーライト611号19頁（2012）。
 - 16) なお、本稿執筆時点では、英国がフェアディールリングの一部としてパロディ規定の導入を予定しており（<http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111112717>）、同様にカリカチュア、パロディ及びパステイッシュが列挙されている（但し、当初の予定（2014年6月）より導入が遅れている）。
 - 17) 前掲注15) 長塚67～69頁
 - 18) 前掲注15) 長塚64～65頁
 - 19) 前掲注15) モンルワ・Kiesel 20頁
 - 20) 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書』51～52頁（2011）
 - 21) 前掲注3) パロディワーキングチーム報告書29頁
 - 22) このほか、最も直截的な主張として、権利濫用の抗弁も考えられる。この点、TMI総合法律事務所編『著作権の法律相談』506頁（青林書院、第2版、2005）〔水戸重之執筆部分〕も、パロディについて権利濫用の抗弁を適用する余地もあるのではないかと指摘する。これに対し、伊藤真「具体的事例から見る日本におけるパロディ問題」パテント66巻6号4頁（2013）は、「著作者に何らの帰責原因もない中で、権利濫用の法理の適用を根拠づけるのは困難」とする。
 - 23) 福井健策『著作権とは何か—文化と想像のゆくえ』154頁（集英社、2005）
 - 24) 影響の一因として、マッド・アマノ事件最高裁判決の調査官解説が「本判決は、法（旧著作権法）についてのものであるが、現行の著作権法の解釈についてもそのまま参考になる」と論じる点がしばしば指摘される（小酒禮「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和55年度149頁）。
 - 25) 現行32条の引用につき、明瞭区別性と主従関係を要件とした代表的な裁判例として、東京高判昭60・10・17（藤田嗣絵絵画事件）がある。
 - 26) 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91頁（1999）
 - 27) 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念307頁（法学書院、2003）
 - 28) 従前の裁判例及び学説の整理について、山内貴博「引用」ジュリスト1449号73頁（2013）
 - 29) 東京地判平13・6・1、東京高判平14・4・11、東京地判平15・2・26、東京高判平16・11・29等
 - 30) 田村善之『著作権法概説』243頁（有斐閣、第2版、2003）（以下「田村著作権法」）
 - 31) 福井健策「パロディ及びアプロプリエーション」別冊NBL106号242頁（2005）
 - 32) このほか、横山教授も、(a) 原作品を風刺、批

- 評等する目的で表現を利用したことがパロディ作品それ自体から客観的に明白であり、(b) 原作品が公表著作物であり、(c) パロディ利用の方法、態様が社会的相当性を有し、(d) その利用がパロディの目的上正当な範囲内にあることを条件に、32条1項の類推適用によりパロディを認める(横山久芳「著作権の制限(2)」法学教室342号115~116頁(2009))。
- 33) WIPO “Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)” (1978), 邦訳につき、黒川徳太郎訳『ベルヌ条約逐条解説』66頁(著作権資料協会, 1979)
- 34) 前掲注30) 田村著作権法58~61頁, 駒田泰土「著作物と作品概念の異同について」知的財産法政策学研究(以下「知研」)11号148頁(2006), 上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的特徴の直接感得』論の再構成」著作権研究34号44頁(2008)
- 35) 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号20頁(2008)
- 36) 小泉直樹「表現の自由, パロディ, 著作権」ジュリスト1395号149号(2010), 横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」コピーライト609号2頁(2012)
- 37) 作花文雄『詳解著作権法』863頁(ぎょうせい, 第4版, 2010)も同趣旨か。
- 38) 横山教授は「『まとまりのある著作物』の範囲は, 被告作品に接する者(需要者)の認識に基づき, 原告・被告作品の共通部分を起点として, 当該共通部分と直接的に関連し, 通常一体的に認識・感得される範囲の表現を特定するという手法」により, ある程度客観的に判断可能とされる(横山久芳「判批」判時2190号174頁)。
- 39) これらの課題を厳しく指摘するものとして, 田村善之「判批(1)」知研41号79頁(2013), 駒田泰土「判批」知研43号109頁(2013)。
- 40) 加戸守行『著作権法逐条講義』178頁(著作権情報センター, 六訂新版, 2013)は, 20条2項各号について「本項各号の規定は, 極めて厳格に解釈運用されるべき」とする。
- 41) 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察」民商法雑誌120巻4=5号748頁, 同6号925頁(1999)
- 42) 中山信弘『著作権法』401~405頁(有斐閣, 2007), 高林龍『標準著作権法』228頁(有斐閣, 第2版, 2013), 三村量一・上野達弘・富岡英次・前田哲男「著作者人格権をめぐる現代的諸問題(パネルディスカッション)」高林龍編『著作権ビジネスの理論と実践Ⅲ』213頁(RISOH, 2013)
- 43) 前掲注42) 中山316頁
- 44) 奥邨教授は, 上品でないパロディでも通常は名誉・声望を害さないとの共通理解が必要となることを前提に, 「パロディを認める以上, 一定程度の改変は認められるべきであり, その限度としては名誉・声望を害すか否かが一つの目安であろう」とされる(前掲注4)奥邨パロディ36頁)。
- 45) 米国における商標とパロディの問題について, Thomas McCarthy “McCarthy on Trademarks and Unfair Competition” (4th Ed.) (以下「McCarthy on Trademarks」) § 24 : 126, § 31 : 153~31 : 156, ジョン・マックダーモット(鈴木信也訳)「米国商標のフェアユースの法理」知財管理60巻5号799頁, 同6号977頁(2010), 上野達弘「商標パロディ」パテント62巻4号187頁(2009)(以下「上野商標パロディ」), 平澤卓人「判批」知研44号283頁(2014)(以下「平澤①」)。
- 46) 米国商標法における著名商標の希釈化全般に関して, 前掲注45) McCarthy on Trademarks § 24 : 67~ § 24 : 75, 知的財産研究所『各国における商標権侵害行為類型に関する調査研究報告書』16頁(2007)[宮脇正晴執筆部分], 中山健一「米国におけるダイリューションに対する標章の保護」パテント56巻3号21頁(2003), 林いづみ「商標の希釈化と混同のないところにおける著名商標の保護」パテント65巻13号31頁(2012)
- 47) 前掲注45) 平澤①309頁(他方, 文字の構成やデザインが酷似したパロディについては混同のそれが肯定されているという)。後掲注49) ホーウィッツ261頁も, (米国商標法に関し)他人の標章をパロディ化した標章は混同を生じさせるものではないとする。
- 48) 小嶋崇弘「米国商標法における混同概念の拡張について」知財研紀要21号23-1頁(2012)
- 49) David Hill(竹中俊子訳)「商標権侵害—出所混同の立証」ワシントン大学ロースクール先端知的財産研究センター編『国際知的財産紛争処理の法律相談』471頁(青林書院, 2006), イーサン・ホーウィッツ(荒井俊行訳)『英和対訳アメリカ商標法とその実務』261頁(雄松堂出版, 2005)

- 50) 前掲注45) 平澤①307頁, 大林啓吾「表現概念の視座転換」帝京法学26巻1号163頁(2009)
- 51) Cliffs Notes, v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, 886 F.2d 490 (2nd Cir. 1989). 著名文学作品を教育用に廉価販売するシリーズで知られるCliffs Notesの表紙デザイン(図8はあくまで一例)をBantamがパロディ化したもので(図9), 図9では赤字で5ヶ所に「SATIRE」(風刺)と書かれているほか, 図8の山頂のイラストをマンハッタンのイラストに置き換えるなどしている。
- 52) 宮脇正晴「著名商標の保護」日本工業所有権法学会年報31号99頁
- 53) スターバックス社の商標登録第4148795号
- 54) スター・バーが使用したとされる商標 (<http://sankei.jp.msn.com/images/news/130308/chb13030812270000-p1.jpg> より)。
- 55) 最判昭43・2・27(氷山印事件), 最判平9・3・11(小僧寿し事件)
- 56) 他方, 土肥一史「商標パロディ」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産権 法理と提言』892頁(青林書院, 2013)は, 原商標とパロディ商標自体では混同が生じない場合でも, 「出所混同のおそれまでないとはいえない」とし, 慎重な姿勢を見せる。
- 57) 平澤卓人「判批」知研25号235頁(2009)(以下「平澤②」)
- 58) 小泉直樹「判批」ジュリスト1458号6頁(2013), 前掲注45) 平澤①
- 59) 前掲注1) 田村コラムは, 観念が明らかに異なる点などを考慮し, 結論として非類似とする。
- 60) 田村善之『不正競争法概説』76頁(有斐閣, 第2版, 2003)(以下「田村不競法」)
- 61) 上野達弘「混同の意味」別冊パテント8号12頁(2012)
- 62) 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法(平成23・24年改正版)』62頁(有斐閣, 2012)は, 本号の趣旨はフリーライドと希釈化を防ぐことにあり, 著名表示を冒用する行為が著名表示の顧客吸引力にフリーライドし, 著名表示とそれを本来使用してきた者との結びつきが薄められたり(希釈化), 汚染されるものと評価される場合に初めて本号の対象となるとする。
- 63) 前掲注60) 田村不競法246頁, 小野昌延・松村信夫『新・不正競争防止法概説』225頁(青林書院, 2011), 宮脇正晴「不正競争防止法2条1項2号における『類似』要件」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』271頁(弘文堂, 2013)(以下「宮脇類似」)
- 64) 同様の指摘として, 金井重彦ほか編『不正競争防止法コンメンタール』51頁[高橋淳](レクシスネクシス・ジャパン, 2004), 前掲注57) 平澤②292頁
- 65) 前掲注1) 田村コラム
- 66) 前掲注63) 宮脇類似271頁
- 67) 前掲注45) 上野商標パロディ195頁
- 68) 米国におけるパブリシティ権の状況については, Thomas McCarthy “The Rights of Publicity and Privacy” (2012 Ed.), 内藤篤・田代貞之『パブリシティ権概説』(木鐸社, 第2版, 2005), 奥邨弘司「米国におけるパブリシティ権」別冊NBL136号177頁(2010)(以下「奥邨パブリシティ」), 大日方信治「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号55頁(2013)参照。
- 69) 前掲注68) 奥邨パブリシティ, 前掲注68) 大日方, 茶園成樹・小泉直樹「アメリカ不正競争法リステイメント試訳(六・完)」民商法雑誌112巻3号114頁(1995)。以下, 条文の邦語訳は同試訳に基づく。
- 70) 中島基至「判解」法曹時報65巻5号151頁(2013)(以下「中島判解」), 前掲注68) 奥邨パブリシティ。
- 71) White v. Samsung Electronics America, 971 F.2d 1395 (9th Cir.1992) なお, 同判決について, 豊田彰「パブリシティの権利」157頁(日本評論社, 2000), 前掲注68) 田代・内藤242頁, 375頁参照。
- 72) 前掲注68) McCarthy (Publicity) §8:121は, 演劇的エンタテインメントに関する「パロディなのでパブリシティ権侵害責任を負わない」との主張については, 著作権のパロディ事例が適切なアナロジーだと述べる。また, 前掲注68) 田代・内藤370頁は, 米国ではフェアユースの考え方はパブリシティ権についても妥当するものと考えられているとする。
- 73) 前掲注68) 大日方102頁参照。
- 74) Hart v. Electronic Arts, 717 F.3d 141 (3rd Cir. 2013), Keller v. Electronic Arts, 724 F.3d 1268 (9th Cir. 2013)
- 75) http://www.cbssports.com/collegefootball/gametracker/recap/NCAAF_20050901_TEMP

@AZSTより。

- 76) <http://julielevitt.wordpress.com/2011/03/03/case-study-2-keller-v-electronic-arts/>より。
- 77) 他方、類似事案として、Brown v. Electronic Arts, 724 F.3d 1235 (9th Cir. 2013) があるが、本件では、肖像利用につき米国商標法に基づく混同のおそれなどが主張されたため、上記2件とは異なり、Rogersテストが採用されている。
- 78) 前掲注70) 中島判解173頁
- 79) 前掲注70) 中島判解169頁は、「我が国のパブリシティ権を検討する上でも、多種多様な事例の蓄積がある米国の判例法理は、今後も重要な意義を有するものといえよう」とする。
- 80) なお、前掲注68) 田代・内藤370頁は、米国著作権法における、4つの考慮要素を軸とするフェ

アユースの考え方について「我が国におけるパブリシティ権を考察する際にも、それへの合理的な制約因子として、十分に移植可能な考え方であろう」とする。

- 81) 上野達弘「キャッチフレーズと商標的使用」別冊パテント1号22頁(2009)
- 82) 同裁判例が商標的使用を否定した点を批判するものとして、前田健「判批」ジュリスト1446号106頁(2012)参照。

(引用したWebサイトの最終参照日はすべて2014年5月28日)

(原稿受領日 2014年4月26日)

