

広告作品と知的財産権（その1）

梁 瀬 和 男

Abstract

In the deep depression of Japanese Economy, “advertising directly effective for selling” is now desired eagerly in many companies. Moreover, the drastic retrenchment in advertising budget strictly asks its efficiency and effective advertising.

As a result, the efficient accomplishment of advertising purpose may force intellectual property which comes into advertising works belong to advertisers.

It is ideal for advertisers, ad agencies and prouction companies to make an agreement in document which clarifies each right and duty. However, regretfully, making an agreement in document is not a general custom in advertising business in Japan.

And therefore, I want to consider problems of intellecutual property on advertising works legally, before making an agreement in document. Intellecutual property includes such as right of trade-mark, copyright, merchandising-right and right of portrait and so on.

In the first thesis of this series, I would like to introduce the topical cases violating these kinds of rights and explain them from legal point of view.

5 keywords :

- ① advertising works (広告作品)
- ② intellectual property (知的財産権)
- ③ right of trade-mark (商標権)
- ④ copyright (著作権)
- ⑤ right of portrait (肖像権)

目 次

(その1)

1. はじめに
2. 広告作品と知的財産権の概観
3. 知的財産権に関する最近のトピックスとその考察
 - ・ 商標権 ・ 著作権 ・ 肖像権 ・ 不正競争防止法

(その2)

4. 広告作品の著作物性——その歴史と経緯
5. グラフィック制作物と著作権
 - (判例を中心に考察)
6. 映像制作物と著作権
 - (制作実態に基づき考察)
7. 今後の課題

1. はじめに

今なぜ、広告作品と知的財産権か。

とにかくモノが売れない。'98年7月に発足した小渕内閣の経済企画庁長官、堺屋太一はこの現状を「日本列島総不況」¹⁾と表現した。バブルの崩壊後、スーパー・ダイエーを筆頭にPB（プライベート・ブランド）商品や価格破壊が席卷する流通業界の中でPOSデータによる売れ筋商品の微妙な変化を熟視して消費者の真のニーズに対応し、唯一人、好況を続けてきたイトーヨーカ堂にも不安な影が見え始めた。経済戦略会議委員も務めるイトーヨーカ堂の鈴木敏文によれば「安くしてもモノは売れない。消費者は質を重視した買い方をし、欲しい商品がないと、それを代替する商品にも手を出さない。客数はさほど変わらないが、客単価の落ち込みが大きい。」その結果、今年度上期の客単価が前年同期比2%近く下がり、それだけで年間ざっと300億円の減収要因になるとのことである²⁾。

(社)日本マーケティング協会会長の鳥井道夫は、「しょせん、マーケティングは売れてなんぼや」と言っている。また、(社)全日本シーエム放送連盟（略称：ACC）主催の1998年度第38回ACC全日本CMフェスティバルで「郵政大臣賞（グランプリ）」を獲得した(株)サントリーの宣伝事業部長・若林 覚によれば「モノが売れてこそそのアドマン」とのことである³⁾。今や、マーケティング業界や広告業界では「モノを売るための広告」が渴望されている。このテーマは「寄せては引き、引いては寄せる」広告業界の永遠のテーマであり、神経質にのめり込むと底無し沼の観を呈してくる。とはいえ、現実の問題として、「売るための広告」が渴望されており、広告費の削減の中で「広告の効率と効果」が厳しく問われている。その結果、当面のマーケティング目的、広告目的を効率よく達成するために、制作した広告作品に発生

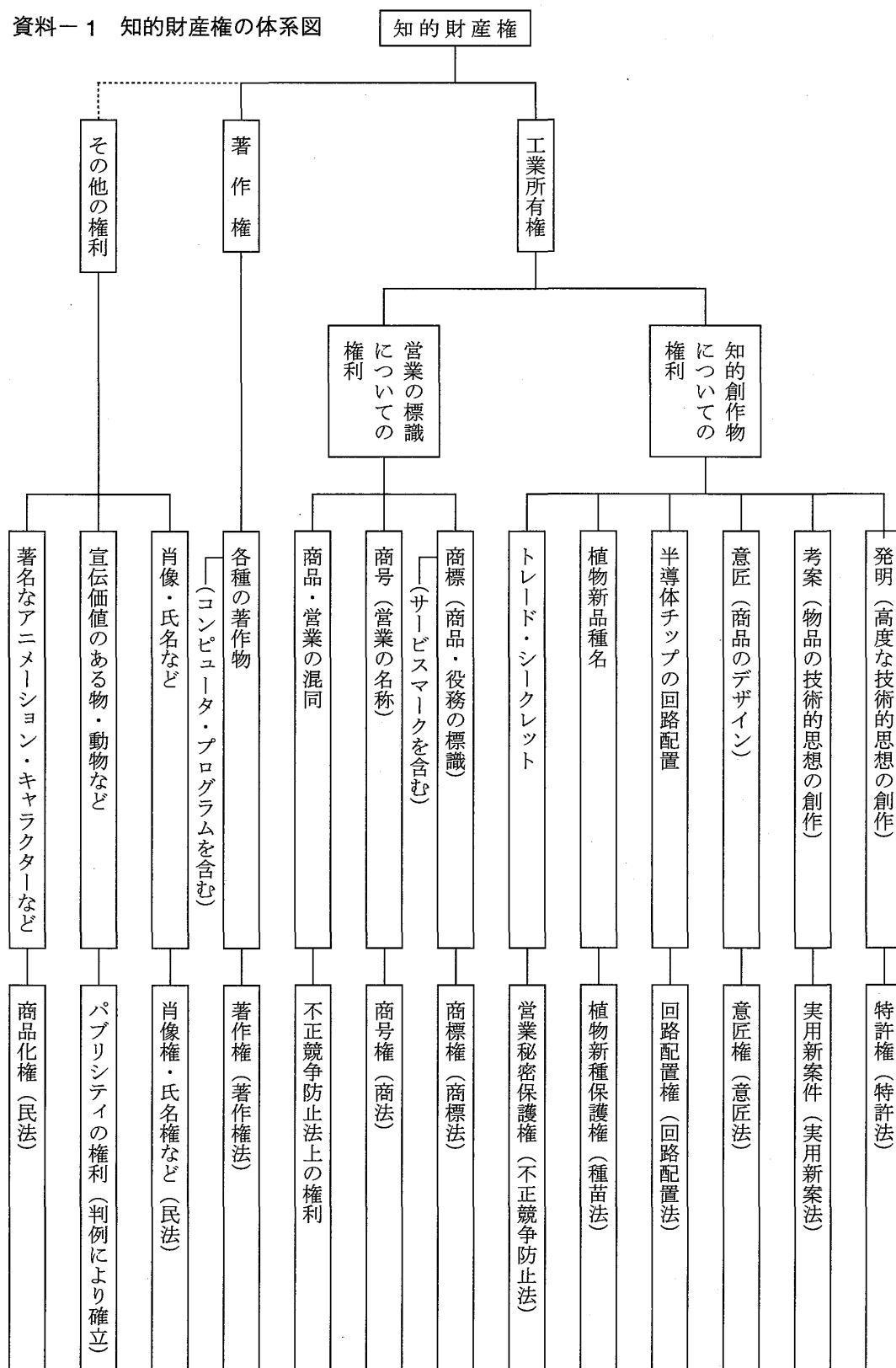
すると思われる種々の知的財産権を無理矢理、広告主側に帰属させるという事態が予測される。広告主、広告会社、制作プロダクションなどの当事者が契約の文書化により権利処理関係を明確にしておくことが理想であるが、実際の広告取引においては余り実現していない。折しも、公正取引委員会は我が国経済のサービス部門における主要な役務の委託取引における問題点を把握するため、ソフトウェア開発業やテレビ番組制作業など14業種を対象に業種横断的な実態調査を実施した⁴⁾。企業取引研究会（座長 佐藤芳雄 豊橋創造大学学長）は、平成9年6月19日これらの報告書を公表し、それを受けて公正取引委員会は関係各方面から広く意見を求めた上で、平成10年3月17日「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」を公表した。まさに、「委託者による優越的地位の濫用行為とは何か」が大きくクローズアップされてきた。それだけに、現段階において、制作された広告作品と知的財産権の関係について、広告制作現場の実態を見据えながら関係法規や判例を参考に法的考察を加えることが重要であると考えらる。

2. 広告作品と知的財産権の概観

まずはじめに、知的財産権と知的所有権の用語について考察してみたい。知的所有権という用語は、“Intellectual Property”の訳語として使われることが多いが、それは国連の専門機関である“World Intellectual Property Organization”（WIPO）の公定語として所轄官庁である特許庁が「世界知的所有権機関」という語を用いているからであろう。確かに Webster's The New Collegiate Dictionary によれば Property の定義として、(2. b) The exclusive right to possess, enjoy, and dispose of a thing と原義している。しかしながら、わが国の民法によれば、「所有権」とは有体物に対する支配権原であり⁵⁾、一方、“Property”とは民法上の「所有権」の対象（有体物）よりも広い、無体の財貨を含む財産一般を指すものである。したがって、現在の法体系のもとでは、“Intellectual Property”を「知的所有権」と訳すのは適切ではなく「知的財産権」と訳す方が適切であろう。ちなみに、マスコミでは従来ほとんど知的所有権の語が使用されていたが、最近は知的財産権という用語も多く使用されるようになってきた⁶⁾。上記理由から当拙論では知的財産権という用語を使用する。「知的財産権」とは、産業、文化の領域における知的創作物の結果を保護するすべての権利をいう。従来、「無体財産権」と呼ばれていたもので、工業所有権、すなわち、特許権、実用新案権、意匠権、商標権の四種類と著作権で構成されていたものである。しかし、最近、技術のハイテク化、ソフト化などにより、コンピュータ・プログラム、創作性のあるデータベース、半導体回路配置、植物新品種バイオ関連など従来の枠組みを超えた保護客体が出現し、これらをすべて包括する権利が「知的財産権」と呼ばれるようになった⁷⁾。また、広告関係者には、著名人の肖像、氏名など顧客吸引力、すなわち、財産的価値を有するものを保護する「パブリシティの権利」、さらに著名なアニメーションや漫画キャラクターの「商品化権」（マーチャンダイジング・ライト）など

知的財産権に近接する諸権利も重要である。これらの知的財産権を体系的にまとめると「資料-1」のようになる。また、その保護客体を中心に一覧表にまとめると「資料-2」のよう

資料-1 知的財産権の体系図

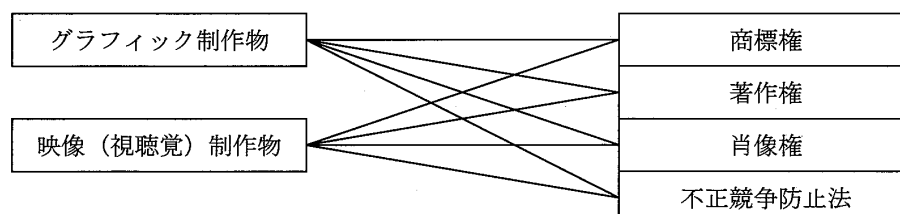


資料－2 知的財産権などの保護客体

権 利		保 護 客 体	保 護 期 間	保護法（主要）
工業 所 有 権	特 許 権	発明「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」 （特許法第2条）	出願の日から20年 （特許法第67条）	特許法 不正競争防止法
	実用新案権	考案「自然法則を利用した技術的思想の創作」 （実用新案法第2条）	出願の日から6年 （実用新案法第15条）	実用新案法 不正競争防止法
	意 匠 権	意匠「物品の形状、模様もしくは色彩又はこれらの結合で、視覚を通じて美観を起こさせるもの」 （意匠法第2条）	登録の日から15年 （意匠法第21条）	意匠法 不正競争防止法
	商 標 権	商標「文字・図形・記号もしくは立体的形状もしくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合で、商品やサービスに使用するもの」 （商標法第2条）	登録の日から10年、 更新ができる （商標法第19条）	商標法 不正競争防止法
著 作 権		著作物「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」 （著作権法第2条）	創作したときから死 後50年 （著作権法第51条）	著作権法 不正競争防止法
肖 像 権		肖像（容姿、姿態）、氏名など 「プライバシーの権利」 承諾なしに、撮影されたり他人の目にさらされない権利 「パブリシティの権利」 顧客誘引力を有する肖像、氏名などを、対価を得て第三者に利用させる権利	故人の肖像権については日本ではまだ定説がない。 ドイツ、オランダ他 アメリカの10余州では認めているが、保護期間は様々である。	判例（民法）
営 業 表 示 権		商号（文字で表示された営業表示） （商法第16条）（他人の営業混同行為の禁止） （不正競争防止法第2条）		商法 不正競争防止法

になる。次に、広告作品の種類を大別すると、グラフィック制作物と映像（視聴覚）制作物に2分類できる。グラフィック制作物には、カタログ、ポスター、新聞・雑誌広告、POP広告、PR誌、ホームページ&バナー広告（インターネット）などが含まれる。また、映像（視聴覚）制作物には、テレビCM、ラジオCM、インフォーマティブ・アド番組、劇場CM、PR用ビデオソフトなどが含まれる。これらの広告作品に関係してくる主な知的財産権には、商標権、著作権、肖像権（氏名権、音声権など）、不正競争防止法による保護などが考えられる。そして、相互の関係を簡単にまとめると、「資料－3」のようになる。

資料－3 広告作品と知的財産権



3. 知的財産権に関する最近のトピックスとその考察

技術のソフト化、ハイテク化、特にデジタル化、ネットワーク化の影響から、最近、マスコミでも知的財産権関係のニュースを度々見かけるようになった。広告制作の現場からみて特に興味のあるものをトピックス的に紹介し、法的考察を加えると次のとおりである。

3-1. 商標権関係

(1)「立体商標の保護，特許庁第一号認定」（不二家のペコちゃんなど5種）⁸⁾（資料－4 参照）

商標法の改正により、平成9年4月1日から「立体的形状」も保護対象となり、施行後1年間で約1,500件の出願がなされた。その中から特許庁は平成10年5月31日までに次の5件を立体商標第一号として登録を認めた。

- ・大隈重信像（早稲田大学）
- ・ペコちゃん（不二家）
- ・ポコちゃん（不二家）
- ・カーネル・サンダース（ケンタッキー・フライドチキン）
- ・ソニック（セガ・エンタープライゼス）

これらの5件は立像看板的なものであるが、今後、各種の広告看板やPOP広告（購買時点広告）、店頭ディスプレイなどの立体商標がどのように処理されるか注目されるところである。さらに、欧米で認められている「商品の形態」（例えば、和菓子の「ひよこ」）や「容器の形状」（例えば、「コカコーラ」のびん）がどのように判断されるか、マーケティング関係者にとっては気がかりな点である。すなわち、商品の形態や容器の形状は、通常、意匠法の保護領域であり、立体商標と意匠が衝突した場合にはどうなるのか。意匠権がすでに確立している場合には、先願である意匠権と抵触することになり、商標権者は商標法29条の効力の制限規定によって登録商標を使用することができなくなる⁹⁾。

また、立体商標に続く保護対象の拡大として注目されるのは、「音」や「香り」、「光の点滅」、「映像」などである。特に注目されるのは、独特のエンジン音で世界的に人気の高いオートバイ・メーカー「ハーレー・ダビットソン」がVツインのエンジン音を米国で商標登録の出願をしている¹⁰⁾。米国特許商標庁は1995年4月にハーレーの出願を一応認め、その商標が

資料-4

立体商標第1号



平面に限られていた商標法の改正で人形な
標登録の対象が、昨年四と立体的なものへも広げ

ペコちゃんなど5件

られることになり、特許庁は三十一日までに、申請された約千五百件のうち

して登録を認めた。

これまでは、商品やサービス

ケンタッキー・フライド・チキンの「カーネルサンダース」、セガ・エンタープライゼスの「ソニック」。弁理士会商標委員会の押本泰彦委員長は「今後、光の点滅なども商標として考えられる。立体商標について今回認められたのは画期的なもの。欧米で認められている商品の形態に関する立体商標が、今後どのような処理されるか注目したい」と話している。

特許庁 大隈重信像も

ち、早稲田大学がお願いしていた「大隈重信像」や大手菓子メーカー・不二家の「ペコちゃん」など五件を立体商標第一号と

り争われたケースなどごく一部が、不正競争防止法で保護されているにすぎなかった。今回、このほかに登録が認められたのは、日本

日本経済新聞 平成10年6月1日

公報に掲載されたが、早速、日本のホンダ、カワサキなど9社から異議申立てがあり仕切り直しになった。米国の商標法であるランハム法では、明記はされていないものの、商標の保護対象に「音も含まれる」と解釈されており、例えば、MGM 映画のタイトルに出てくるライオンのほえる声は登録されている。もし、ハーレーのエンジン音が米国特許商標庁で登録商標として正式に認められれば、米国のオートバイ市場で約40%のシェアを占める日本メーカーの「ハーレー風」のオートバイが事実上、米国で販売できなくなる可能性があり、由々しき問題である。

さらに、広告関係者からすれば、ラジオCMなどに使用されるサウンド・ロゴが商標の保護対象になるかという問題もある。

次に、「映像商標」が商標法の保護対象になるかどうかは広告関係者にとって大きな関心事である。わが国のほとんど全てのテレビCMは、最後に社名、商品名、ペットネームなどのロゴ・マークを入れて“the end”となる。グラフィック作品に使用する平面的な社名ロゴ等は通常の商標登録がなされるが、テレビCMの場合、そのような平面ロゴに動きによる演出が加味され、映像ロゴとなる。この映像ロゴが商標法の保護対象となれば、最後のロゴ（静止画）に決まるまでの演出（技術的手法）も保護対象となり、「類似」の指摘を受けて商標権の侵害となる可能性も出てくる。

(2) 「サントリーの缶コーヒー、『BOSS ジャン』商標権侵害訴訟」¹¹⁾ (資料-5 参照)

サントリーは缶コーヒー「BOSS」の販売促進策として、1993年から毎年、懸賞用宣伝ジャンパー「ボスジャン」を提供していた。ドイツの大手紳士服メーカー、フーゴ・ボス・アクチェンゲゼルシャフトと日本の子会社フーゴ・ボスは「自社の商標『BOSS』の商標権が侵害された」として、サントリーを相手にこのジャンパーの配布差し止めと5,000万円の損害賠償を求める訴訟を1996年8月20日東京地裁に提訴した。ボス社側は、商標「BOSS」は1966年にボス社が衣服の商標として登録しているが、サントリーが類似する表示をジャンパーに使って大々的に販売キャンペーンを実施したため、高級紳士服メーカーとしてのボス社のイメージや信用が害された、などと主張している。

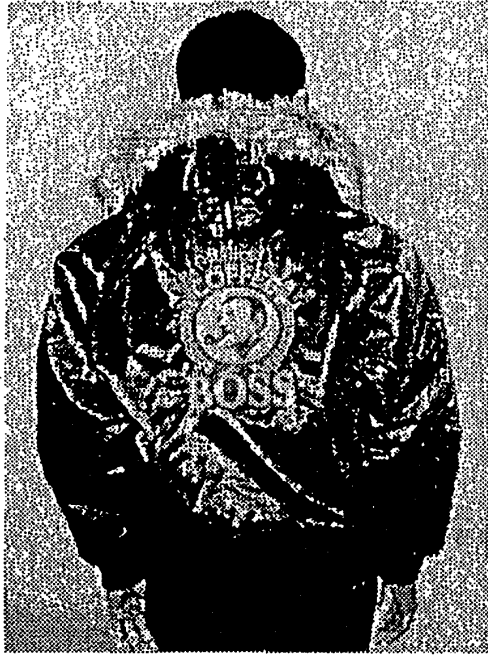
一方、サントリー側は「缶コーヒーのマークを浸透させる宣伝活動の一環で、SUNTRYなどの文字と一緒に使用しており、缶コーヒーの商標なのは明らかだ」と主張している。さらに、サントリーは「したがって、ボス社の損害賠償請求権は存在しない」として1996年8月29日に東京地裁に逆提訴している。当件の最大の争点は「商標の使用」に関する問題である。まず第一に、ボス社が商標「BOSS」を商標登録しているのは「商標区分 第25類 被服及び履物」である。一方、缶コーヒーの商品区分は「第32類 アルコールを含有しない飲料及びビール」である。従って、ボス社が第32類に「BOSS」を商標登録していなければ、サントリーの缶コーヒーにおける商標「BOSS」の使用に対しては、商標権侵害のクレームをつけることはできない。第二に、サントリーが缶コーヒー「BOSS」の宣伝用ジャンパーに「BOSS」

資料-5

ボス争い、法廷に

独の紳士服メーカー VS. サントリー

サントリーが販売する缶の大手紳士服メーカー、フ
コヒー飲料「BOSS」ーゴ・ボス・アクチエンゲ
の宣伝用ジャンパー「ボス ゼルシャフトと子会社のヒ
ジャン」をめぐり、ドイツ ユーゴ・ボス（東京都港



商標権をめぐり問題になっているサントリー
の「ボスジャン」（ヒューゴ・ボス提供）

「商標権侵害」めぐり共に提訴

区）は三日、「商標権が侵
害された」として、このジ
ャンパーの配布差し止めと
五千万円の損害賠償を求め
る訴訟を東京地裁に起こし
た、と発表した。サントリ
ー側もこの提訴を不服とし
て同地裁に反訴している。
問題とされているのは、
サントリーが一九九三年か
ら毎年、懸賞用として無償
で配布しているジャンパー
で、男性の顔とともに「B
OSS COFFEE」な
どと書かれている。
ボス社側の提訴は八月二
十日。訴状などによると、

「BOSS」は、六六年に
ボス社が衣服の商標として
登録したが、サントリーが
類似する表示をジャンパー
に使って大々的に販売キャ
ンペーンを実施したため、
ボス社の高級紳士服のイメ
ージや信用を害された、な
どと主張している。
サントリーの岸俊雄法務
部長は「缶コヒーのマー
クを浸透させる宣伝活動の
一環で、SUNTORYな
どの文字と一緒に使用して
おり、缶コヒーの商標な
のは明らかだ」と話してい
る。逆に、「ボス社の損害
賠償請求権は存在しない」
として、八月二十九日に東
京地裁に提訴したという。

という表示をしたことが、第25類「被服」の商標使用になるかどうかという点である。

- ①まず、商標とは（商品の場合）「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するもの」でなければならない。（商標法2条1項1号）サントリーが業として生産している商品は缶コーヒーであってジャンパーではない。
- ②また、商標の「使用」には「商品又は役務に関する広告、定価表又は取引書類に標章を付して表示し、又は頒布する行為」が含まれる。（法2条3項7号）ここにいう広告には、新聞・雑誌・パンフレット・カタログ・引札等の「広告書類」のほか、看板、街頭のネオンサイン、飛行機が空に描いたもの、テレビによる広告、カレンダー等も含まれるとされる¹²⁾。従って、宣伝用に配布されたジャンパーもカレンダー等と同じように「広告書類」に含まれるから、そのジャンパーに「BOSS」という表示をした行為は、商標の「使用」といえる。しかし、それは缶コーヒーという商品（第32類「飲料」）の商標使用であって、第25類「被服」の商標使用ではない。以上の考察により、缶コーヒーの宣伝用ジャンパーに「BOSS」という表示をしたサントリー側の行為は、ボス社が第25類「被服」で持っている「BOSS」という商標権を侵害することにはならないと考える。ちなみに「BOSS」という商標を楽器の販促品であるTシャツ等の背中等に表示して楽器の購入者に無償配布することは、第17類「被服類等」（旧分類）を指定商品とする登録商標「BOSS」の商標権を侵害するものではない、とする大阪地裁の判決（昭62.8.26）もある¹³⁾。

このように、当件については商標権侵害の成立は困難と思われるが、不正競争防止法第2条1項1号の「周知表示混同じゃっ起行為」の可能性についても検討してみる必要がある。

周知表示混同じゃっ起行為とは「他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう）として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡等して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」である。（法2条1項1号）

当件の場合、①ボス社の商標「BOSS」が需要者の間に広く認識されているかどうか、②サントリーが配布した宣伝用ジャンパー「ボスジャン」が、ボス社の商品と混同されるかどうか、の2点が争点となるであろう。

まず、「需要者の間に広く認識されている」（周知性）かどうかは、判例では、販売状況（販売額、販売数量等）、営業規模（会社の規模、従業員数、支店数等）市場占有率、新聞やテレビによる広告宣伝、特約店契約等を総合的に勘案して認定されている。また、周知性については、少くとも一地方で周知であることを立証すればよいとされている¹⁴⁾。次に「混同」については新法（1994年5月1日施行）では広くとらえ、異業種間でも混同を認める判決が主流となっている¹⁵⁾。サントリーが配布した宣伝用ジャンパー「ボスジャン」の背中には、大きく「BOSS」と表示され、その上部に小さく「SUNTORY COFFEE」と表示されている。一般消費者が「サントリーの缶コーヒー『BOSS』の宣伝用ジャンパーは、紳士服メーカー・ボ

ス社製のものである」と誤認、混同する恐れを一概に否定できないであろう。少くとも、商標権侵害で争うよりは不正競争防止法違反で争った方が原告の勝算は大きいのではないかと筆者は考える。

尚、サントリーとフーゴ・ボス両社のこの商標権侵害訴訟は、1997年11月28日に和解が成立している。

3-2. 著作権関係

(1) 「イラスト『キューピー』、著作権侵害訴訟」¹⁶⁾（資料－6参照）

マヨネーズなどの食品製造会社「キューピー」や日本興行銀行などが広告キャラクターとして長年使用している「キューピーちゃん」のイラストが、著作権を侵害している、と東京地裁へ提訴された。朝日新聞やNHKなどのマスコミ報道を中心に提訴の内容をまとめると次のとおりである。

9 原告 北川和夫氏（ローズ・オニール・ジャパン代表、日本キューピークラブ代表）「キューピー」の生みの親であるローズ・オニールの遺産を管理する米国の「ローズ・オニール遺産財団」から日本での著作権を譲り受けた。

9 被告 食品製造会社・キューピー

9 提訴内容 「キューピー」のイラストや商標の使用禁止と著作権侵害として総額10億円の損害賠償請求。

9 被告の主張（田賀雅文・広報宣伝部長）

①1922年にマークを商標登録した。1965年には、米国でも商標登録した。

②著作権はすでに切れている。

9 東京地裁 平成10年6月16日提訴

70数年間、何の問題もなく使用してきたキューピー社にしてみればまさに青天の霹靂であり、広告関係者にとっても衝撃的なニュースである。まず、著作権に関する事実関係を整理すると次のとおりである。

①著作者 ローズ・オニール（1874～1944年）

②著作権の保護機関（著作者の死後50年）1944年＋50年＝1994年

但し、日本では米国に対して戦時加算11年をプラスしなければならない。

1994年＋11年＝2005年

従って、日本では2005年まで「キューピー」の著作権は保護されることになる。（キューピー社の見解は、戦時加算11年を見落としているのではないか。）

次に、商標登録との関係を整理すると次のとおりである。

「キューピー」使うな」提訴

「キューピーちゃん」は、を商標登録したといい、だれのもの——大阪市の愛「七十数年間何も問題はな好家が十六日、キューピー」かったのに、何を今さらとの著作権を取得したと主張いう感じだ」と当惑していい、マヨネーズなどの食る。

品製造会社「キューピー」訴えたのは、大阪市で企を相手に総額十億円の損害画会社を経営する男性。今賠償とイラストや商標の使用年五月、キューピー生みの用禁止を求める訴えを東京、鯛のローズ・オニールの遺地裁に起こした。キューピー産を管理する米国の「ロー側は一九二二年にマーク・ス・オニール遺産財団」か

大阪の愛好家 「私に著作権」

ら日本での著作権を譲り受けたという。この男性は、日本キューピークラブ（会員約三百人）の代表も務めている。

原告側は「キューピー社は、アメリカからやってきたキューピー人形が人気がある。

出て、愛と幸せを運ぶと言われていることから自社のマヨネーズの売り出しにびったりと考えて、著作権者に無断で商標登録した」と主張。商標の年間の使用料は一億円は下らないとして、十年分にあたる十億円を支払いなども求めている。一方のキューピー側はこれに反発。田賀雅文広報室部長は「国内はもちろん、米国でも六五年に商標登録し問題なく使用してきた。キューピーはすでに広く一般に知られた人形になっていて、著作権はすでに切れており、根拠に欠ける不当な提訴だ」と話す。

キューピー側「1922年に商標登録した」

①商標法 29 条

「・・・その商標登録出願の日前に生じた他人の著作物と抵触するときは、指定商品又は指定役務のうち抵触する部分について、その態様により登録商標の使用をすることができない。」すなわち、著作権発生の時期が商標出願時より前である場合には著作権が優先し、登録商標といえども抵触する範囲では使用できないのである¹⁷⁾。

②キューピー社が商標登録をしたのは 1922 年であり、その時、著作者ローズ・オニールは 48 才である。その商標登録の出願がなされた時より前にローズ・オニールがキューピーのイラストを著作していた場合には、商標権者であるキューピー社がその登録商標「キューピー」を使用できないことになる。

以上の考察から、イラスト「キューピー」の著作権侵害問題は相当深刻な一面を持っていると思われる。

(2)「小林亜星 VS 服部克久、音楽著作権侵害訴訟」¹⁸⁾（資料－7 参照）

作曲家・小林亜星は 1967 年にブリヂストンの CM ソングとして「どこまでも行こう」を作曲し、テレビコマーシャルに使用された。一方、作曲家・服部克久は 1993 年にフジテレビ系バラエティ番組「やっぱり、さんま大先生」のエンディングソングとして「記念樹」を作曲した。小林は服部の曲「記念樹」が自曲「どこまでも行こう」にそっくりであり、著作権を侵害されたとして、服部に対して約 1 億円の損害賠償を求めて平成 10 年 7 月 28 日、東京地裁に提訴した。小林は「メロディーの 7 割以上が同一であり、著作権を侵害している」と主張し、服部は「ビートも曲調も違い、明らかに別の曲。盗曲などであるはずがない」と反論している。

音楽の類似問題は音楽界でも至難とされているが、当該訴訟について養老孟司は次のように述べている。「それを解く方法は、科学しかないであろう。譜面がどれだけ似ていれば同じ曲か、それをまず客観的に定義しなければならない。・・・われわれは脳の科学を本当に必要とする時代に入っている。知的所有権の問題は、その典型である。」¹⁹⁾

音楽の同一性、類似性に関する判例としては、「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件」（最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決）がある。本判決では、著作物の複製を「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」と解し、既存の著作物への依拠性と既存の著作物との同一性とを、著作物の複製の要件としている²⁰⁾。さらに、「既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは、その複製をしたことにはならない」とし、既存の著作物への依拠性を同一性よりも優先させている。しかも、「既存の著作物に接する機会がなく、従って、その存在、内容を知らなかった者はこれを知らなかったことにつき過失があると否とにかかわらず既存の著作物に依拠した作品を再製するに由ないものであるから、現存の著作物と同一性ある作品を作成しても、これにより著作権侵害の責に任じなければならないものではない。」

資料-7

小林亜星さん

「自作曲まねた」

服部克久さんを提訴



小林亜星さん



服部克久さん

作曲家服部克久さん(右)の作ったフジテレビ系バラエティー番組「やっばりさんま大先生」のエンディングソング「記念樹」は、自作のCMソング「どこまでも行こう」とそっくりで著作権を侵害されたとして、作曲家の小林亜星さん(左)が、服部さんに一億円の損害賠償を求めて提訴している。ところが二十九日、明らかになった。三十日に小林さんが東京都内で記者会見して詳しい経緯を説明する。

小林さんの事務所などによると、「記念樹」は番組に出演する子供たちが合唱するために、一九九三年に服部さんが発表した。ところが、服部さんは「小林さんかたがと二十九日、明らかになった。三十日に小林さんが東京都内で記者会見して詳しい経緯を説明する。」と、三度ばかり質問状を受け、その都度反論しているが、理解してもらえない。小林さんの事務所などによると、「記念樹」は番組に出演する子供たちが合唱するために、一九九三年に服部さんが発表した。ところが、服部さんは「小林さんかたがと二十九日、明らかになった。三十日に小林さんが東京都内で記者会見して詳しい経緯を説明する。」と、三度ばかり質問状を受け、その都度反論しているが、理解してもらえない。

ろが、小林さんは同曲のメロディーが六七年ごろにフジテレビのCMソングとして作曲した「どこまでも行こう」に似ていると指摘している。今月二十八日、提訴に踏み切った。

発表したら、名誉毀損(二)訴えることも考えている」と話している。

小林さんは「イエイエ娘」のCMソング、「北の宿から」の流行歌で知られ、俳優としても活躍。服部さんは作曲家の故服部良一さんの長男で「国策化と緑博覧会」の音楽プロデューサーを務めたほか多くの作編曲を手掛けている。

日本経済新聞平成10年7月30日

亜星さん、服部さんを提訴

「どこまでも行こう」
「記念樹」がまねした

服部氏「全然、似ていない」

作曲家の小林亜星氏(左)が、作曲家の服部克久氏(右)の曲は「小林氏の曲」どこまでも行こう」にそっくりであり、著作権を侵害されたとして、三十日までに、服部氏に対して慰謝料など約一億円を求め、東京地裁に提訴した。同日午前、小林氏は東京都内のホテルで記者会見した。

「どこまでも行こう」は、一九六七年に作曲してテレビコマーシャルで使われた。訴訟によると、この曲と、服部氏

が九三年にテレビ番組のテーマソングとして作曲した「記念樹」とは、メロディーの七割以上が同一であり、著作権を侵害しているとしている。記者会見で小林氏は「今年、聞き比べたが全然似ていない。計三回のやりとりが決定していることに気付いた。服部氏に指摘したが、服部氏は明らかに違ふ主張、話し合いもまとまらず、提訴に踏み切った」と語った。

これに対して服部氏は「今年四月に突然、『謝罪して賠償』という内容の郵便を届けてくれた。改めて両方を比べてみたが全然似ていない。計三回のやりとりが決定していることに気付いた。服部氏に指摘したが、服部氏は明らかに違ふ主張、話し合いもまとまらず、提訴に踏み切った」と語った。

小林氏は四年前、自分が理事を務めていた日本音楽著作権協会(JASRAC)の本部移転に関して「不正融資がある」と主張して理事を辞任。その後音楽著作権料を巡って同協会を批判している。一方、服部氏は同協会の現職理事。小林氏は会見で「協会批判とは直接は関係ないが、服部氏は理事として、こうした抗議に反応しないのはおかしいのではないかと」も語った。

朝日新聞 平成10年7月30日(夕)

と判示し、既存の著作物の存在認識における過失の有無は著作権侵害には無関係であると最高裁は判断した。

「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件」の東京地裁、東京高裁、最高裁の各々の判決を参考にしながら、「小林 VS 服部、音楽著作権侵害訴訟」について考察してみたい。

まず第一に、服部が自曲「記念樹」を作曲した祭に、小林の曲「どこまでも行こう」の存在と内容を知っていたかどうかという点である。服部は「小林の曲は全く知らなかった」とは抗弁してない。従って、小林の曲の存在と内容に対する不知を理由とする依拠性の否定は、当件に関しては無理であろう。

第二に、小林の曲の存在と内容を知ってはいたが服部がそれに依拠したかどうかという点である。当然ながら服部は「盗作などであるはずがない」と強く依拠性を否定している。ここで問題になるのは、「無意識の想起」²¹⁾による「無意識の依拠」である。某音楽家から次のような話を聞いた。「音大生のころ、対位法による作曲の課題が出て、自分なりに自信作が完成し提出した。ところが担当の先生から『何だこれは。バッハそっくりじゃないか。』とひどくしかられた。ビックリして調べてみると、なるほどバッハのある曲とある曲に非常に似ていた。もちろんこれらの曲は音大生である以上、誰でもよく知っている曲である。しかし、自分としては全く意識していなかった。このように音楽の場合、全く無意識のうちに既存の曲に結果的に似てしまうことはあるのです。」

このような「無意識の想起」による「無意識の依拠」に対してどのように判断すべきだろうか。「無意識の想起（依拠）」による場合、本人は「依拠した」などと思ってない。「思っていない」としても、既著作物の存在と内容を知っている場合には「既存の著作物に依拠して再製（複製）されたものではない」と判断して全面的に既著作物の複製を否定するのは適切ではないだろう。著作物の複製のもう一つの要因である「既著作物との同一性」をも十分に検討した上で総合的に判断すべきである。

第三に、小林、服部両者の曲の同一性問題である。小林は「メロディーの7割以上が同一であり、著作権を侵害している」と主張し、一方、服部は「ビートも曲調も明らかに別の曲」と主張している。（資料－8、両曲の譜面を参照）楽曲の同一性について、前述の一審（東京地裁、昭和43年5月13日判決）では「音楽は旋律、和声、節奏、形式の四要素から成立し、A曲とB曲との同一性を論ずるにはこれらすべてを比較しなければならない」としている。そして、鑑定人の意見（4人のうち、3人が著作権侵害を否定）を重視し、旋律、節奏にかなりの類似性を認めながらも、日本歌謡調を表現している点に独創性を認めて原告の請求を棄却した。小林対服部の当該訴訟で、両曲の同一性、類似性についての裁判所の判断が注目される場所であるが、専門家（鑑定人）の意見もさることながら、音楽の利用者である公衆の意見も傾聴すべきではなかろうか²²⁾。

資料-8

どこまでも行こう

作曲 小林亜星



記念樹

作曲 服部克久



3-3. 肖像権関係

(1) 「歌舞伎写真集，肖像権侵害訴訟」²³⁾（資料－9 参照）

坂東玉三郎，市川団十郎，松本幸四郎，市川猿之助ら歌舞伎俳優 55 人が「無断で写真集に掲載され，肖像権を侵害された」として，写真集の発行元「リプロポート」と写真を撮影したカメラマンなどを相手に，出版の差止めと総額約 2,300 万円の損害賠償を求め東京地裁に提訴（以下，本訟という）した。問題とされた写真集のタイトルは「お楽しみ歌舞伎十八番」で，歌舞伎俳優の顔写真や舞台写真を解説つきで掲載した。原告側は「芸能人は精進して名声や社会的評価を得ており，自分の氏名・肖像の使用によって経済的な利益を受ける権利を持っているが，それを侵害された」と主張している。さらに，本訟でユニークな点は，当写真集のタイトルに使われている「歌舞伎十八番」は市川家の芸として代々継承されてきた十八の演目のことで，1986 年以降は商標登録されており，商標権侵害による損害賠償請求も含まれている。最近，肖像権をめぐるトラブルが数多くみられるが，肖像権は商標権や著作権のように法律によって保護される権利ではなく判例によって確立されてきた権利である。肖像権とは，簡単にいえば，「人がみだりに自分の肖像を写真に写されたり，描かれたり，また，写されたり描かれたりした肖像を勝手に利用されない権利である」²⁴⁾といえるが，この利益（権利）には人格的利益（プライバシーの権利）と財産的利益（パブリシティの権利）の二種類の利益が認められる。ちなみに，肖像権の意味について大家重夫は次の 3 点を挙げている²⁵⁾。「第一は，みだりに顔を撮影されない権利，撮影拒絶権としての肖像権。第二は，撮影された肖像写真，作成された肖像の利用拒絶権としての肖像権。第三は，肖像の利用に対し肖像本人の有する財産的利益，財産権としての肖像権である。肖像営利権，肖像財産権といってもよい。」この第一と第二は「プライバシーの権利」，第三は「パブリシティの権利」といってよいだろう。

我が国で「プライバシーの権利」が最初に認められたのは，「京都府学連デモ事件」の最高裁判決（昭和 44 年 12 月 24 日）²⁶⁾であり，「パブリシティの権利」が最初に認められたのは，「マーク・レスター事件」の東京地裁判決（昭和 51 年 6 月 29 日）²⁷⁾であることはよく知られている。いずれも，米国で生まれ育った権利保護の流れであるが，保護目的が精神的痛手の救済から，著名人の顧客吸引力に「只乗りした収奪」²⁸⁾に対する保護へと変容していった。特に後者の「パブリシティの権利」は対価を得て肖像を使用させる財産権であり，テレビコマーシャルなどにタレントを起用することの多い広告業界に多大の影響を与えた。

本訴における歌舞伎俳優等の諸権利の侵害をまとめると次のとおりである。

まず第一に，彼等の肖像および氏名には強い顧客吸引力があり，従って，その使用を許諾して対価を得る財産的権利があるので，出版社の行為が彼等の肖像権および氏名権を侵害していることは明確であろう。

第二に，舞台での歌舞伎俳優等の演技には著作隣接権が発生すると思われる。従って彼等はその演技を録音・録画させたり写真を撮らせたりする複製権を有しており，被告側のカメ

「無断の歌舞伎写真集」待たれい

団十郎さんら55人が提訴

出版差し止め
損害賠償求め

「無断で写真集に掲載され、肖像権を侵害された」などとして、坂東三郎さん、市川団十郎さんや松本幸四郎さん、市川猿之助さんら歌舞伎俳優五十五人が二十二日、写真集を発行した出版社「リプロボート」と写真撮影したカメラマンなどを相手取り、出版の差し止めと総額約千三百

万円の損害賠償を求める訴えを東京地裁に起こした。問題とされた写真集は、昨年十月末から販売されている「お染しめ歌舞伎十八番」。「ファン待望の初の写真集」との触れ込みで、歌舞伎俳優の顔写真や舞台写真を解説つきで掲載している。

訴状によると、歌舞伎俳優の写真を書物に掲載する場合に、事前に日本俳優協会の許可を得る必要があるのに、被告のリプロボートと同社から編集の委託を受けた「エーアンドエーパブリッシング」の二社は、無断で原告を含む六十一人の顔写真など計百八十四枚を掲載した。事後的に同協

会に承諾を求めたものの断られ、交渉の中で書籍の回収を約束したのに守っていないという。

原告側は「芸能人は努力・精進して名声や社会的評価を得ており、自分の氏名・肖像の使用によって経済的な利益を受ける権利を持っているが、それを侵害された」などと主張。氏名・

る損害賠償のほかに、写真集の出版差し止めや在庫の廃棄などを求めた。特に、写真集のタイトル「お染しめ歌舞伎十八番」は、市川家の芸として代々継承されてきた十八の演目の中で、一九八六年以降は商標登録しているという。団十郎さんの場合、こうした場合を考慮して最高の四百四十万円の支払いを求めている。これに対して、リプロボートは「手続にミスがあったために交渉の途中だった。すでに写真集の六割近くは回収しているのに、突然の提訴に驚いている」と話している。

ラマンが舞台上の彼等の演技を無断で撮影したことは、彼等の著作隣接権の侵害にもなると思われる。

第三に「歌舞伎十八番」は市川家が商標権を持っている登録商標であるから、この名前を写真集のタイトルとして無断使用した行為には商標権侵害の恐れがある。但し、市川家が「歌舞伎十八番」を登録している「商品および役務の区分」と写真集（書籍）が該当する区分が同一であるかどうかが問題である。写真集（書籍）は第16類であるから、市川家が第16類に登録してあれば、明らかに商標権の侵害となる。しかし、第41類「教育、訓練、娯楽、スポーツおよび文化活動」のみに登録している場合には、通常他区分での使用に対して商標権の侵害を主張することはできない。この場合には商標権侵害ではなく、著名商標の「フリーライド（ただ乗り）」行為として不正競争防止法違反の主張をすれば勝訴する可能性が高いであろう。

（2）「矢沢永吉のそっくり CM，肖像権侵害訴訟」^{29）}（資料－10 参照）

北海道内のパチンコチェーン店「パチンコパーラー京王」（本社・函館市）は、人気ロック歌手・矢沢永吉のそっくりさんを起用したテレビ CM を 1991 年 9 月から放映していた。矢沢永吉の所属事務所「エイ・ワイ・オー」は肖像権を侵害されたとして、約 3 億円の損害賠償請求を東京地裁に提訴（以下、本訴という）した。本人の肖像権侵害訴訟は数多く見られるが、そっくりさんの肖像使用に対して肖像権侵害を訴えたわが国で最初のケースである。本訴は東京地裁の勧告にそって和解が成立した。裁判所はパブリシティの権利ないし人格的利益は法的保護に値することを認めた上で、被告らが原告に謝罪し金 300 万円の和解金を支払うこと等を条件とした和解勧告をしたのである。

しかしながら、裁判所の見解は一般的なパブリシティの権利に対するものであり、本訟の最大の争点、すなわち「本人の肖像権を根拠に、そっくりさんとはいえ本人以外の第三者の肖像使用を禁止させる権利はあるのか」という核心には一切言及していない。そっくりさんを起用した広告のトラブル事例について豊田彰は米国の判例を紹介している^{30）}。

その一つ、「ジャクリーン・ケネディ・オナシス・ケース」

原告オナシスは、本人のそっくりさんを起用してディオール製品の広告キャンペーンを実施した被告達に対し、ニューヨーク公民権法 50～51 条（プライバシー法）に基づき広告物の使用および頒布の仮差止と関連する救済を求めて提訴した。ニューヨーク州最高裁のグリーンフィールド判事はプライバシー法が規定する「portrait or picture」とは「個人のエッセンスと likeness を伝える表現を包括するような広い意味をもつ。それは実物だけではなく、密接で意図的な実物への類似をも含んでいる。」として、そっくりさんで意図された肖像が原告の portrait or picture に当てはまることをまず結論づけた。そして、グリーンフィールド判事は原告のアイデンティティが取引と広告目的のために無許可で使用されたことは明白であり、またそのアイデンティティ確認のため使われた肖像が本物かにせ物かで違いは生じないので、

「ソックリさんCMは肖像権侵害」

矢沢永吉さん 賠償求め訴訟へ



CMに登場した矢沢永吉さんのそっくりさん

北海道内のパチンコチェーン店のテレビCMに、人気ロック歌手の矢沢永吉さん（左）の「そっくりさん」が出演している。このため、矢沢さんは「肖像権を侵害された」としてスポンサーを相手取り、近く約三億円（本）の損害賠償の訴訟を起こす。CMは、ロック歌手

北海道内のパチンコチェーン店のテレビCMに、人気ロック歌手の矢沢永吉さん（左）の「そっくりさん」が出演している。このため、矢沢さんは「肖像権を侵害された」としてスポンサーを相手取り、近く約三億円（本）の損害賠償の訴訟を起こす。CMは、ロック歌手

北海道内のパチンコチェーン店のテレビCMに、人気ロック歌手の矢沢永吉さん（左）の「そっくりさん」が出演している。このため、矢沢さんは「肖像権を侵害された」としてスポンサーを相手取り、近く約三億円（本）の損害賠償の訴訟を起こす。CMは、ロック歌手

読売新聞 平成4年2月13日

原告は仮差止命令による救済を受ける資格があると判示した。このオナシス・ケースでは、プライバシーの権利の法に基づいて、そっくりさんの広告使用が差止められたのである。

次は「ウッディ・アレン・ケース」

原告ウッディ・アレンは、本物そっくりさんを起用してビデオ・レンタル店の広告や販促を実施したナショナル・ビデオ社に対し、自分の肖像を不正使用したこと、および彼がナショナル社のサービスを推奨しているかのように消費者をミスリードし混同させたことは、彼の州法上のプライバシーの権利、パブリシティの権利、さらに連邦ランハム法（43（a）条：虚偽陳述の禁止）を侵しているとして連邦地裁に提訴した。モントレイ首席判事は、ニューヨーク公民権法に基づき検討した結果、そっくりさんの肖像は原告アレンの「portrait or picture」とは断じがたい、との結論に達した。続いて、モントレイ判事はランハム法の「混同のおそ

れ」について検討した。この法は製品もしくはその出所について虚偽陳述を禁ずる法であり、その目的は商業における製品とサービスについての幅広い不当表示から消費者と競争者を保護することである。検討の結果、このケースはランハム法下の不公正な競争の一つとみるのが適正であり、原告はその法理で十分に救済されるものである。よって原告は、このような潜在的混同の使用を中止させる資格がある、と判示した。このように、ウッディ・アレン・ケースでは、州法のプライバシーの権利やパブリシティの権利に基づくのではなく、連邦ランハム法 43 (a) 条（虚偽陳述の禁止）に基づいて「そっくりさん広告」を中止させたのである。いずれにしても、わが国にはまだ「そっくりさん広告」に対する判例もなく今後の課題であるが、前述した「矢沢永吉そっくりさん事件（和解）」や米国の二つの事例から判断すれば「そっくりさん広告」は避けた方が無難であろう。尚、わが国における肖像権関係の判例を列挙すると資料－11のとおりである。

資料－11 〈肖像権関係の判例〉

- 1 人物の肖像に係るパブリシティの権利に関する判例
 - ・「マーク・レスター事件判決」東京地裁，昭 51.6.29. 判例時報 817 号 23 頁
 - ・「王貞治記念メダル事件仮処分決定」東京地裁昭 53.10.2. 判例タイムズ 372 号 97 頁
 - ・「スティブ・マックウィーン事件判決」東京地裁，昭 55.11.10. 判例時報 981 号 19 頁
 - ・「おニャン子クラブ事件仮処分決定」東京地裁，昭 61.10.6. 判例時報 1212 号 142 頁
 - ・「中森明菜事件仮処分決定」東京地裁，昭 61.10.9. 判例時報 1212 号 142 頁
 - ・「光 GENJI，特別事情による仮処分取消し申立事件判決」東京地裁，平元.9.27. 判例時報 1326 号 137 頁
 - ・「おニャン子クラブ事件第一審判決」東京地裁，平 2.12.21. 判例時報 1400 号 10 頁
 - ・「おニャン子クラブ事件控訴審判決」東京高裁，平 3.9.26. 判例時報 1400 号 3 頁
 - ・「矢沢永吉そっくりさん事件和解」東京地裁，平 4（ワ）第 2437 号事件
（朝日新聞平 6.4.19.）
- 2 その他の人物の肖像の広告への無断使用等に関する判例
 - ・「藤岡弘事件判決」富山地裁，昭 61.10.31. 判例時報 1218 号 128 頁
 - ・「家庭用サウナ広告事件判決」東京地裁，平元. 8.29. 判例時報 1338 号 119 頁
- 3 その他パブリシティの権利に関する判例
 - ・「土井晩翠事件判決」横浜地裁，平 4.6.4. 判例時報 1434 号 116 頁
 - ・「加勢大周事件第一審判決」東京地裁，平 4.3.30. 判例時報 1440 号 98 頁
 - ・「加勢大周事件控訴審判決」東京高裁，平 5.6.30. 判例時報 1467 号 48 頁
- 4 物体・動物の影像の無断使用に関する判例
 - ・「広告ガス気球事件判決」東京地裁，昭 52.3.17. 判例時報 868 号 64 頁
 - ・「長尾鶏写真事件判決」高知地裁，昭 59.10.29. 判例タイムズ 559 号 291 頁
 - ・「クルーザー写真事件判決」東京地裁，平 3.11.28. 判例時報 1412 号 136 頁

※「1994 年度 春季著作権法学会・シンポジウム」（平成 6 年 5 月 27 日）における龍村全弁護士講演資料より作成

3-4. 不正競争防止法

(1) 「バンダイの『たまごっち』類似品、輸入・販売差止め事件」³¹⁾ (資料-12 参照)

1996年11月の販売開始以来、爆発的な売れ行きで社会現象にまでなった人気商品、バンダイの液晶利用ペット飼育機器「たまごっち」。発売後数か月で類似品が出回った。熾烈な競争下で展開されたバンダイの防衛戦略は、スピードと変化を要求される著作権ビジネスにとって貴重な教材である。それを追跡し、まとめると次のとおりである。

①第1ラウンド・・・侵害探知

- ・発売後わずか3か月が経過した'97年2月末、類似品販売の情報をキャッチ。
- ・3月、裁判に備えて弁護士探し。瞬発力と長期戦に耐えられる体力があり、しかも著作権に詳しい弁護士を探し求めて伊藤真に依頼。

②第2ラウンド・・・仮処分申請

4月11日、類似品と判断した6商品とその取引業者7社を相手に、著作権侵害と不正競争防止法に基づく輸入・販売差止めを求める仮処分を東京地裁に申請。

③第3ラウンド・・・本裁判提訴 (本訴)

同じ4月に、仮処分申請に続いて、著作権侵害と不正競争防止法違反で損害賠償請求の本裁判を東京地裁に提訴。

④第4ラウンド・・・仮処分決定

申請後わずか3か月余りで、東京地裁は7月18日仮処分決定。
以上のとおりであるが、本件から学ぶべきポイントは次の3つである。

9 素早い対応

9 司法の判断を求める姿勢 (安易に和解しない)

9 著作権など知的財産権に強い弁護士に依頼

尚、'97年4月に提訴された損害賠償請求に対し、東京地裁は'98年2月25日、類似品の輸入・販売などの差止めと総額2,500万円の損害賠償の支払を命じる判決を言い渡した。判決理由としては、類似品の形態に対して「実質的同一」と判断し、市場で購入者が「たまごっち」と混同する恐れがあったと認定している。提訴後わずか10か月で本訴の判決が出ており、悪徳業者の素早い「売り逃げ」を排除するという不正競争防止法の改正の意図が効果を発揮したといえる。

不正競争防止法とは、「不正な手段による競争 (不正競争) を防止する法律」(昭和9年制定) であるが、平成5年に全面改正された。不正競争となる行為のうち主要なものは次の7種類である。

- ①他人の周知表示の使用などして、商品または営業の混同を生じさせる行為
- ②他人の著名表示を使用して販売などをする行為
- ③他人の商品のユニークな形態を模倣した商品を販売などする行為
- ④営業秘密の不正取得

⑤商品（原産地、品質など）や役務（内容、数量など）について誤認させられるような表示をする行為

⑥営業上の信用毀損行為

⑦商標権者の代理人等の不正行為

いわゆる①と②が「フリーライド（ただ乗り）の禁止」、③が「デッドコピー（そっくり商品）の排除」といわれるもので、ここ数年、悪徳業者の排除に改正・不正競争防止法が大活躍している根拠である。

①の「周知性」と②の「著名性」については判断の難しいところであるが、判例では販売規模、会社規模、市場占拠率、広告宣伝、特約店契約、調査結果などを総合的に勘案して認定されている。また「周知性」については、少なくとも一地方で周知であることを立証すればよいが、「著名性」については、全国的に知られていること、さらに場合によっては、国際的にも極めて有名であることを立証する必要がある³²⁾。

(2)「ワンカップ大関 VS 白鶴サケカップ、ラベル類似訴訟」³³⁾（資料－13 参照）

ワンカップ大関のメーカー「大関」は、「ラベルが類似して営業上の利益を害している」として、白鶴サケカップのメーカー「白鶴酒造」を相手に、類似表示の差止めと約3億2千万円の損害賠償を求める訴訟を1993年12月25日神戸地裁に提訴した。

大関側は「白鶴のラベルは誤認混同の恐れがあり、不正競争防止法に違反」と主張。一方、白鶴酒造は「カップ酒のラベルは当社コーポレーションカラーの青色に鶴のマークをあしらっており、混同はないはず」と反論。

※神戸地裁の判決

平成9年7月16日「双方のラベルに類似性はなく、混同の恐れはない」と原告・大関の請求を棄却した。裁判所は「類似性があるかどうかは、両表示の外観、称呼などを全体的に判断すべきだ」と一般的な判断基準を述べたうえで、「大関の『One CUP OZEKI』に対し、白鶴の図柄と白鶴の文字は十分に目を引き、類似性は認めがたい」と要部観察から類似性を否定し、称呼の類似性もないと認定した。（原告が控訴）

※大阪高裁の判決

平成10年5月22日「ラベルの表示が類似しているとは認められない」として一審の神戸地裁の判決を支持し、大関側の控訴を棄却した。裁判所は「白鶴のマークと漢字の部分の特異性が目につき、大関側とは印象が異なる」とし、一審と同じく要部観察から類似性を否定した。

この「ラベル類似訴訟」は不正競争防止法に基づき提訴されたものであるが、一審、二審ともに、要部観察を中心に両者の類似性を否定している。これは商標の類似性の判断基準

資料－13



ワンカップ大関のラベル



白鶴サケカップのラベル

と共通する。それでは商標法上の商標の類似判断基準と不正競争防止法上の商品表示の類似判断基準とはどのように違うのだろうか。特許庁が作成した「商標審査基準」の中で代表的なものは、「商標の類否の判断は、商標の有する外観（視覚）、称呼（聴覚）、及び觀念（意味）のそれぞれの判断要素を総合的に考察しなければならない」とある。また、判断の方法として、全体観察と要部観察（商標の識別機能や出所表示機能の観点から主要な部分を中心に類似性を検討する）、さらに対比観察と離隔観察（両者を同じ場所で同時に見比べるのではなく、時間差をおいて、またはそれぞれを異なる場所に置いて比較する）などが一般的であ

る。そして従来、商標権における判断は両者を静的かつ形式的に対比して判断してきたが、昭和43年2月27日最高裁の判決で「商標の外観、観念、称呼が取引者に与える印象、記憶、連想等を総合的に考察し、商品の具体的な取引状況に基づいて判断すべきである」と判示した。一方、不正競争防止法上の商品等表示の類似の判断基準について、昭和58年10月7日最高裁の判決で「取引の実情のもとにおいて、取引者、需要者が、両者の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるかどうかを基準として判断すべきである」と判示した³⁴⁾。最高裁のこの二つの判決によって、商標法上及び不正競争防止法上の類似の判断基準が実質的に非常に接近したことは否めないであろう。

最後に、当訴訟の神戸地裁の判決の中で、アンケート調査について言及しているのでその点に触れておきたい。

原告（大関）は、被告（白鶴酒造）の表示が原告表示と類似し、混同のおそれがあることの立証として、「両商品の類似度調査及びその結果」を提出している。すなわち、「類似」「混同」の判断資料として、当該商品（酒）の需要者層を対象としたアンケート結果を持ち込んだのである。それに対して裁判所は、標本調査の母集団に対する信頼性の欠如、アンケート調査の低い回収率、質問方法の不備（誘導尋問）などを理由に厳しい態度でその立証能力を否定している。これまで、わが国の裁判は、鑑定人（専門家）の鑑定結果を判断材料にしたごく一部のものを除けば、司法の専門家である裁判官が法律解釈並びに過去の判例を参考にしながら裁判官独自の判断で判決を下してきた。しかしながら、当訴訟のように一般消費者（本件では飲酒者）の類似意識、および混同、誤認、誤解等の有無について判断する場合には、対象者のアンケート調査を実施し、その調査結果を判断資料として積極的に採り入れていく姿勢が今後の司法には必要であると考ええる。（終り）

引用・参考文献

- 1) 堺屋太一経済企画庁長官は、1998年8月18日、地域別の景況をまとめた8月の地域経済動向を発表し、会見の席上で「まさに『日本列島総不況』といっても過言ではない」と指摘した。
- 2) 日本経済新聞、1998年10月14日
- 3) 東京広告協会、1998「気になる広告人」東京広告協会報、第32号、p. 1.
- 4) 「事業者間のサービス取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針について」公正取引委員会、1998年3月17日
- 5) 中山信弘、1996「マルチメディアと著作権」岩波書店、pp. 18-19.
- 6) 日経テレコムにより、1998年1月～10月における「知的所有権」と「知的財産権」の用語の使用頻度を朝日新聞と日本経済新聞について調べてみた。朝日新聞の場合、前者26、後者11、日本経済新聞の場合、前者148、後者61であった。
- 7) 梁瀬和男、岡田米蔵、1993「広告法規」商事法務研究会、p. 197.
- 8) 日本経済新聞、1998年6月1日
- 9) 牛木理一、1997年「抵触関係（商標権対意匠権）」（小野昌延・小松陽一郎編「商標の法律相談」青林

- 書院, pp. 340-341. に収録)
- 10) 朝日新聞, 1997年2月13日
 - 11) 朝日新聞 1996年9月4日
 - 12) 網野誠, 1998年「商標（第4版）」有斐閣, p. 153.
 - 13) 網野誠, 前掲（注12）p. 801.
 - 14) 八木正夫, 1997年「不正商品対策」日本関税協会知的財産情報センター, p. 129.
 - 15) 「ホテル・シャネル」事件（神戸地裁判決, 昭和62. 3. 25）
「ニナ・リッチ」事件（東京地裁八王子支部判決, 昭和59. 1. 13）など
 - 16) 朝日新聞, 1998年6月17日および「NHKズームアップ現代」1998年6月23日
 - 17) 網野誠, 前掲（注12）p. 725.
 - 18) 日本経済新聞, 1998年7月30日, 朝日新聞, 1998年7月30日（夕）
 - 19) 週刊新潮, 1998年8月27日号, p. 152.
 - 20) 内田晋, 1994年「ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件」著作権判例百選（第二版）, pp. 8-9. に収録
 - 21) 養老孟司, 前掲（注19）
 - 22) 田村善之, 1998「著作権法概説」有斐閣, pp. 70-72.
 - 23) 朝日新聞, 1997年8月23日
 - 24) 著作権法令研究会, 1998年「著作権法ハンドブック」著作権情報センター, p. 167.
 - 25) 大家重夫, 1979年「肖像権」, p. 2.
 - 26) 梁瀬, 岡田, 前掲（注7）, pp. 287-288.
 - 27) 梁瀬, 岡田, 前掲（注7）, pp. 289-295.
 - 28) 豊田彰, 1996年「パブリシティの権利（三）——氏名・肖像の同一化——」（日本大学法学部, 「政経研究」第33巻第2号, p. 31. に収録）
 - 29) 読売新聞, 1992年2月13日
 - 30) 豊田彰, 1997年「パブリシティの権利（四）——広告の中のそっくりさん——」（日本大学法学部, 「政経研究」第33巻第4号, pp. 75-95. に収録）
* 豊田先生のご了解をいただき, ジャクリーン・ケネディ・オナシス・ケースとウッディ・アレン・ケースについて, 要約して紹介させていただきました。
 - 31) 日本経済新聞, 1997年7月19日
 - 32) 八木正夫, 前掲（注14）p. 129.
 - 33) 朝日新聞 1997年7月17日
 - 34) 小野昌延, 山上和則, 1997年「不正競争の法律相談」青林書院, p. 163.