

知的財産権論のためのステイト・アクション論再考

——知的財産権と憲法訴訟の関わり——

大日方信春

序 文——問題の所在

第一項 着眼

第二項 概況

第三項 本論文の目的

第一節 ステイト・アクションの法理と知的財産権

第一項 緒言

第二項 公的機能理論

第三項 司法的執行理論

第四項 国家関与理論

第五項 小 活

第二節 司法的力行理論と知的財産権

第一項 問題の所在

第二項 *United States Jaycees v. Phila. Jaycees*

第三項 *New York Times Co. v. Sullivan*

第四項 *Sullivan*を先例として

第五項 小 活

結 文

第一項 改めて問題の所在から

第二項 本論文の見解

序 文—問題の所在

第一項 着 眼

知的財産権の保護が何らかの憲法上の価値と抵触することがあること、とくに表現の自由を制約する場合があることについては、わが国でも議論の蓄積が見られつつある。^①ただ、知的財産権をめぐる紛争は、権利者と利用者と

の間における私人間の法関係において生じるものである。そこは、伝統的憲法学の立場からすれば、憲法理論、表現の自由論が容喙できる場面ではないようにも思われる。

憲法は、立憲主義の古典的理解によれば、国家の行為を制限する法規範である。したがって、憲法の名宛人は国家であり、憲法が適用される法関係には国家の行為 (government action、state action) がなければならぬ。ところが、知的財産の利用に関する右の法関係には、どこにも国家の行為がないように見える。⁽²⁾

本論文は〈知的財産権の保護がなぜ憲法問題となるのか〉(知的財産保護はいかなる意味で憲法上の問題たり得るのか、いかなる場合に憲法上の問題が生じるのか) について、このテーマに関する議論の蓄積があるアメリカでの判例、学説等を参照しつつ検討するものである。なお、著者自身のいくつかの論文でこの問題を些か検討したことがあるので、標題には「再考」と付している。⁽³⁾

第二項 概 況

1 典型例としての *Harper & Row*

アメリカ連邦最高裁判所は、フォード元大統領の未発表の回顧録の無断利用がフェア・ユース (fair use, 17 U.S.C. §107) にあたるか否か争われた事案において、一九八五年につきのように述べている。「制憲者は著作権それ自体を自由な表現の動力源 (engine) にしようとしていた」⁽⁴⁾。著作権に関するこの言説を一般化するなら、法令による知的財産権の設定は、憲法上の権利の保障を促進するものであることになろう。表現者、発明者等の権利を保護することで、憲法上の目的を実現しようとするこの理論枠組を、知的財産権保護に関する「エンジン論」と呼ぶことにしよう。

この「エンジン論」は、わが国の知的財産関連法にも見てとれる。たとえば、著作権法（昭和四五年法律四八号）は「著作者等の権利の保護を図（る）」^⑤ことで「文化〔を〕発展」させることが本法の目的であるとしている（一条）。同じことは、法律の目的こそ違えども、特許法（昭和三四四年法律一二二号）にも、商標法（同一二七号）にもあてはまる（参照、特許一条、商標一条）。

2 Elberd 以降

「エンジン論」隆盛の中で下されたある判決^⑥は、わが国における著作権保護の問題に、後に知的財産権保護の問題に、「憲法上の脚光」を浴びせる切っ掛けをもたらしたと言えるであろう。同判決は「著作権〔を保護することによる著作物の利用制限〕は、〔著作物利用者に表現の自由を保障した〕修正一条に基づく正当性の疑いを無条件に免除されている（categorically immune）」^⑦とした原審の判断を否定しつつ、著作権を保護することが憲法上の権利、とくに、表現の自由の制約になり得ることを認めている^⑧。わが国の学説は、二〇〇三年のこの連邦最高裁判決の評釈等を通して、著作権保護が表現の自由の制約にあたるという知見を共有してきたと思われる。

右の連邦最高裁判決は、著作権は憲法上の問題になり得る、^⑨とはいう。しかし、本論文の冒頭で示したように、著作権法、一般化して、知的財産法は、私人間における利益を調整するための法令ではなからうか。こうした法令が憲法上の問題になり得るといふことの意味について、まだ疑義が残されているのではなからうか。

第三項 本論文の目的

一 すでに述べたように、憲法学の伝統的理解によれば、憲法規定は国家の行為（state action）を統制するもの

であり、私人の行為 (private action) には適用されない。しかし、一九四〇年代以降のアメリカ連邦最高裁は、この国家の行為の範囲を拡大してきている。私人の行為であっても何らかの意味で国家の行為と同視し得る場合には、憲法の統制が及ぶというのである。これを「ステイト・アクションの法理 (state action doctrine)」という。⁽¹⁰⁾

また、当初は人種差別的な私的行為に平等原則を定めた修正一四条の適用の可否を論じる文脈で説かれてきたステイト・アクションの法理は、後には私人の行為に同条の「デュー・プロセス」の規範による統制が及ぶか否かを論じることまで発展してきている。⁽¹¹⁾

本論文は、こうした彼の国におけるステイト・アクションの法理の展開をうけ、私人間の法関係にあると思われる知的財産権保障の問題がいかなる意味で憲法上の問題として捉えることができるのかについて論じるものである。⁽¹²⁾

二 右の問題について、本論文は、以下の構成で挑もうと思う。

まず、第一節では、私人の行為が国家の行為と同視できる場合に同行為に憲法の統制が及ぶとするステイト・アクションの法理と知的財産権論との関係を見る。第一項の緒言につづき、どのような場合に私人の行為が国家の行為と同視し得るのかに関する三類型 (第二項で「公的機能理論」、第三項で「司法的執行理論」、第四項で「国家関与理論」) のうち、いずれかの類型に知的財産権又は知的財産制度が位置づけられるか否かについて検討している。結論を先取りすれば、ここでは私人間の法関係を裁判所がエンフォースしているところに憲法適用の契機を見る。「司法的執行理論」を論拠として、知的財産権の問題は、憲法問題としてとり上げられるべきであることが示されている。

ところで、司法的執行理論は、憲法理論の照射点を私人の行為の実現について裁判所がエンフォースしているところに見出すものであった。ただ、そのように考えると、私人の行為のほとんどは常に裁判所において問題とされ

るために、私人の行為とは言え結果的に常に憲法の制約に服することになるのではなからうか。本論文の第二節の記述はこの疑問への回答に捧げられている。すなわち、まず、問題の所在が確認されたあと（第一項、知的財産権訴訟（以下、「知財訴訟」とする）、具体的には商標権侵害訴訟においてステイト・アクションの法理が否定された事例を検討している（第二項）。つづく第三項では、知財訴訟を憲法訴訟のステージに上げるとき多くの事例が依拠している判例をとり上げて、第二項の事例と第三項の事例とはどこが違うのかについて論述している。ここでも結論を先取りすれば、司法的執行理論は、私人の行為を裁判所がエンフォースしているという点に憲法の容喙点を見出すものであるが、それは、憲法上の権利・価値を制約する私人の行為を裁判所が是認、促進（*enforce*）していき、そこに憲法の容喙点を見出す法理論なのである。さらに、第四項では、憲法理論と知財訴訟との連結点が見られるのは裁判所の行為に限定されていないこと、すなわち、法令の制定行為を含め、憲法上の権利・価値を制約する私人の行為を国家の行為が是認していると見られるときにも、そこには憲法を適用する糸口があることが示されている（節を手短にまとめた第五項でもそのことは確認されている）。

知財訴訟を憲法訴訟のステージに押し上げるために常に引用されている事例がある。New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) である。そこで論じられたステイト・アクションの法理は、知財訴訟と同じく私人間の法関係で生じる名誉毀損訴訟を憲法訴訟のステージでとり上げるためのものであった。その法理は、単純な、あるいは、形式的な司法的執行理論ではなかったのである。本論文の結論は、結文でもくり返されている。

第一節 ステイト・アクションの法理と知的財産権

第一項 緒言

一 知的財産権は、通常は、私有財産 (private property) に設定されている。公有のものがあつたとしても、その管理権の行使は非権力的作用であるので、公私を区別する意義はここではない。この点に関連して、連邦最高裁は、つぎのように述べたことがある。

「私有財産の所有者が修正一条及び修正一四条の命令に服さなければならないのは、その私有財産がある重要な程度において一般の使用に捧げられた公有財産の機能をもつと見なせる場合である。修正一条及び修正一四条の適用は、ステイト・アクションに限定されているのである。私的な目的のためだけに使用される私的財産の所有者の行為にそれらの適用はない」¹⁹⁾。

伝統的見解によれば、知的財産権をめぐる紛争を憲法訴訟⁵⁾のステージで扱うためには、そこに何らかのステイト・アクションが関係していなければならない。

二 憲法上の権利の名宛人は、国家 (State) である。すなわち、国家という「権力の機構」に対して、憲法上の権利を侵害しないように義務づけて私的自治の領域を確保しようとするところに、憲法で権利を保障する意義がある。したがって、伝統的見解は、憲法上の権利保障は、一般に国家机关、政府や州の行為 (government action、state action) を拘束するもので、私人による行為を拘束しないと考えてきたのである。

しかし、それでも連邦最高裁は、私人間における「基本権侵害」に対する保護法理として、ステイト・アクションの法理を展開してきている。これは、私人間における権利侵害的行為が何らかの意味で国家の行為と関係的であ

ると見なせる場合には、憲法規定を適用して権利侵害された者の救済をはかる、という法理論である。

本論文は、知的財産権の保護がいかなる意味で憲法上の権利、とくに表現の自由制約の意味を持つのかを探索するものである。本節では、私人 (private actor) の行為を契機とする紛争にステイト・アクションを見いだして憲法を適用した古典的事例を参照しつつ、知的財産権をめぐる紛争がいかなる意味で憲法問題たり得るのかを検討していくことにしよう。

第二項 公的機能理論

1 Marsh v. Alabama

一 *Marsh*⁽¹⁶⁾ は、私有財産が重要な程度において公的財産の機能を果たしているとき、当該私有財産の所有者の行為をステイト・アクションと見る法理論を提示した判例である。これは「公的機能 (public function) の法理」とよばれてきた。

二 本件の舞台となった Chickasaw は、Alabama 州 Mobile の郊外に位置していた。一見のところ他の町と異なるところはなかったが、唯一、異なるところと言えば、それが民間企業である Gulf 造船社所有の町 (company town) であることだった。同地は、商業地 (そこでは Gulf 社に賃料を支払う商店が建ち並んでいる) の他に、住宅地、街路、下水道などで構成されていた。警察については Mobile 警察の部長補佐が Gulf により雇われ、郵便については連邦政府が一区画を使用して町内及び隣接地への配達を担っていた。

上告人 Marsh は、エホバの証人の信者である。「ここは私有地である。書面による許可なき露店、訪問販売、勧誘行為を禁止する」との掲示のある郵便局隣接地で、宗教的文書を配布していたため起訴されている。何度かの警

告にもかかわらず、このルールは合憲的に適用できないと考えて退去しなかった行為が、Alabama州法典第一四編第四二六節の不法侵入・不退去罪に該当するとされたのである。

本件で州側は「Chickasawの訪問者を規制する企業の権利は、自宅の所有者が客人の行為を規制することと同じである」と主張している。ただ、連邦最高裁は、先例を参照しつつ、「所有者が所有地を一般公衆の使用に供すれば供するほど、彼の権利はそれを使用する者の法律上及び憲法上の権利によって制限されていく」と述べたあと、つぎのように言う。

「橋梁、客船、有料道路及び鉄道の所有者は、農家が所有する農地と同じようにそれらを自由に操れる(operate)わけではない。それらは第一に公衆の利益のために設営されており、したがって、それらは本質的に公的機能(public function)を果たしている。それは国家と同じ制約に服さなければならないのである」⁽²⁰⁾。

三 通常の地方自治体であれば、Grace Marsh に対する本件規制は憲法上許されない。このことを前提として、私的な「会社町」であっても、それが通常の自治体と同じ公的機能を果たしているなら、その権限行使には通常の自治体と同じ憲法上の制限が課される。Marshの「公的機能理論」は、私人間の法関係に憲法を適用する第一の理論を提示したものと理解されてきている。

2 Reddy Communs, Inc. v. Entvl. Action Found., Inc.

一 公的機能理論は、知財訴訟を憲法理論のステージに引き出すことに資するであろうか。ここでは、商標権侵害訴訟において、右のMarshを引証して侵害者が修正一条上の権利を援用しようとしたところ、それを否定した連邦地裁の事例を、本論文の行論に必要な範囲で見とおこう。

二 連邦地裁は、一九七七年の知財訴訟⁽²¹⁾で、*Marsh*の法理に基づくステイト・アクションの法理の適用を否定している。

右の事例の原告 Reddy Communis 社は、アニメ・キャラクター「Reddy Kilowatt」(以下、「Reddy」という。)の商標権者である。その主な業務は、Reddy の使用許可から収益を得ることであった。被告 Envir. Action Found.社は、コロンビア特別区に所在する非営利団体である。その主な業務は、電力会社などの環境や経済への影響を論じた出版物の発行であった。一九七四年に被告が Reddy などのキャラクターを使った電力会社を批判する書籍を発行したところ、一九四六年連邦商標法 (15 U.S.C. §1051以下) に基づき、原告が許諾なき Reddy の使用に対する損害の賠償と差止めを求めて提訴したのが本件である。

本件において、被告は、つぎのように主張している。Reddy は、電力供給又は電力産業のシンボルと見なされてきており、重要な公的問題についての分析や議論の一部に Reddy を使用することは、修正一条により保護された行為である。そのように Reddy を使用する修正一条上の権利は、原告が主張している財産権よりも重要な権利なのである。⁽²²⁾ 連邦地裁は、被告の議論を *Marsh* の議論に準えて、原告が公益事業に関する「思想の市場」に Reddy を出したことを理由として、それは公有財産 (public property) と同じ機能をもつことになるとの主張である、⁽²³⁾とまとめている。

連邦地裁は、被告の主張を右のように要約したあと、本件の私有財産 (Reddy を対象とする商標権等) を「会社町」と同じものとして扱うことはできない、としている。原告は私有財産を公衆に供したとはいえ、その使用に関して依然として原告による許諾が原則として必要であるというのである。そして、連邦地裁が最終的に依拠した先例は、所有権に基づく表現規制の事例である *Lloyd* である。*Lloyd* の判決文にある「私有地を公衆に使用させたこと

を公用地を供与したものとみる法理を連邦憲法は決して要求していない⁽²⁴⁾をくり返したあと、本件でも作品を公有に捧げたと見る余地はない、としている⁽²⁵⁾。

三 本件は、知的財産権の保護 (enforce) をステイト・アクションと見なかつた事例として紹介されることがある⁽²⁶⁾。しかし、正確には、これは国家によって設営されている知的財産制度の下にある知的財産を公的財産と同じ機能をもつものとして扱うことはできない、という裁判所の見解を表明した事例として理解されるべきである⁽²⁷⁾。そもそも財産権は、私法制度の中から浮かび上がってくる概念であると見るなら、この理解は、有体物／無体物を問わずあてはまるものである。連邦地裁が私有地におけるピラ配布の事例である *Louis* に依拠して結論を導いていることにも、このことは表れているといえよう。

第三項 司法的執行理論

1 *Shelley v. Kraemer*

St. Louis 市のある街路に挟まれた居住地においては、同地の所有者間において、黒人には土地を販売しないという合意がなされていた。この合意に違う黒人 *J.D. & Ethel Lee Shelley* 夫妻への土地販売がなされようとしたので、居住地の一面を所有する *Louis & Fern E. Kraemer* 夫妻が同販売の差止めを求めたのが本件である。

原審である *Missouri* 州最高裁は、差止めを認容する判決を下している⁽²⁸⁾。所有者間における合意は有効であり、同意をエンフォースしたとしても *Shelley* の連邦憲法上のいかなる権利も侵害するものではない、というのがその理由である。

これに対して、サーシオレーライを受けた連邦最高裁は、私人間での合意それ自体には平等原則を定めた連邦憲

法修正一四条の適用はないとしつつも、原審の判断を破棄している。その理由はつぎの通りである。州裁判所及び公務員としての資格における職員の行為は、修正一四条上の州 (state) の行為に該当する。したがって、本件における私的合意に司法上のエンフォースを与えることは、州が Shelley の法の下での平等を否定したことになり、そのことは修正一四条に反する州の行為である、というのである。⁽²⁹⁾

2 国家行為の在処

憲法は、国家の行為 (state action) を拘束するものであり、私人による行為を拘束しない。したがって、憲法の適用があるためには、法関係のどこかに国家の行為がなければならぬ。本件は土地売買をめぐる私人間での法関係を契機とするものである。ただ、連邦最高裁は、原審裁判所が所有者間における人種差別的合意に基づく差止めを認容した、という点を注視して、この人種差別的差止め認容を国家の権限行使 (exercise) と捉えて、同行為は修正一四条に反するという理論を展開している。⁽³⁰⁾ 国家 (ここでは州裁判所) が人種差別を是認 (endorse) することになるというのであろう。

憲法は、私人の行為を執行した裁判所の行為 (国家の行為) を拘束するというステイト・アクション論を「司法的執行 (judicial enforcement) 理論」という。アメリカでは、Shelley 以降、後述するように、⁽³¹⁾ たとえば私法上の名誉毀損訴訟においても表現の自由を保障した修正一条の適用があるとする法理論が展開されてきている。

3 疑問点

ところで、この法理論を形式的に捉えれば、法的紛争は最終的には裁判所で判断されるため、私人間における民

ことが営業にとって損害になるといふ喫茶店の抗弁は無視することができない。なぜなら、差別によって稼がれた喫茶店の利益も、政府機関の財政に寄与するばかりでなくその運営と無関係のものではないからである。こうした両者の相互依存関係は、問題となった行為に「ともに与した (joint participant)」と言っているのである。それは「純粹に私的なもの」として修正一四条の適用がないものと認定することはできない。

このように、私的な行為の実施に国家の介入又は国家の援助が見られるような場合、それを憲法の適用下に置くステイト・アクション論を「国家関与 (state involvement) 理論」という。

2 Matal v. Tam

一 知的財産権は、国家行為によって創設された財産権である。したがって、同権利は私権であったとしても、その成立には国家の介入又は国家の援助と評価し得る国家の行為が関与しているようにも思われる。そうすると、知的財産というものそれ自体がステイト・アクションのたまものであると言えるのであろうか。

右のような疑問は、二〇一七年の連邦最高裁判決⁽⁴⁾で否定的に解決されている。

二 ロックバンド「ザ・スランツ」のメンバーである原告がバンド名である「スランツ (slants)」を商標登録しようとしたところ、商標登録拒否事由に該当するとされている。「スランツ」とは東洋人に対する侮蔑的な俗称とされているところ、連邦商標法 (ランナム法) には「生存している又は死亡した人物、機関、信条、又は国家的象徴を侮蔑したり又はそれらとのつながりを誤って想起させたり、又は侮辱、若しくは中傷したりする内容」(以下、「侮蔑条項」という。) が商標登録拒否事由のひとつとして規定されていたのである (15 U.S.C. §1052 (a))。原告は、詳細は省くが、右条文が表現の自由を違憲的に制約するものであるとして訴訟を提起している。

本論文の関心は、無体物について知的財産権を設定すること自体がステイト・アクションであるかにある。*Burton*の法理によれば、そこに国家関与又は国家援助といえる行為の介在が認定できるか否かを検討することで、この問題には回答できそうである。*Maral*は、商標権の設定を舞台にして、知的財産権の設定と国家の行為との関係についてつぎのように述べている。

(1) 商標は政府言論か 連邦特許・商標局 (Patent and Trademark Office, PTO) に登録される商標を考案するのは政府ではない。登録拒否事由を除き、商標査察官も、そこに表示されている見解を理由に登録を拒否できるわけではない。要件さえ満たされれば、商標登録は政府にとっては義務的なのである。このように見解中立性を要請されている政府の行為を政府言論と見ることはできない。⁽³⁵⁾

(2) 商標は政府助成と言えるか 政府助成についての先例としては *Rust* (政府の意図する家族計画のための診療所) や *Finley* (芸術助成) があるが、商標登録制度は、出願者に対してこの種の助成を行うものではない。連邦特許・商標局は、商標出願者に対して、右のような資金援助をするものではないのである。たしかに、政府への登録によって金銭的ではない利益を得ることもあるであろうけど、政府による警察及び消防あるいは公園及び高速道路の提供を政府助成と見ないことと同様、商標登録は政府助成とは関係していない。⁽³⁶⁾

(3) 商標は政府プログラムと言えるか 政府言論と政府助成の法理が融合したものとして「政府プログラム」の法理がある。その典型例は、労働組合費を公務員の給与から天引きするような形態の政府関与のことであるけれども、商標登録をこれと同視することはできない。⁽³⁹⁾

本件は、商標登録制度を「限定的パブリック・フォーラム (limited public forum)」に見立てて、そこにおいて見解差別が禁止されていることを確認したあと、本件条項は、一定の集団に属する者に対する攻撃的 (offensive)

な標章の登録を拒否するものであるので、見解差別にあたと判示している。⁽¹¹⁾

三 本件は「侮蔑条項」(15 U.S.C. §1052 (a)) について法令違憲判決を下している。詳細には深入りしないが、右の(1)～(3)の検討により、本件は、知的財産権の設定を国家関与の理論によりステイト・アクションと見ることはできないと結論する論拠となると思われる。知的財産権は、法令及びそれに基づく制度により、無体物に権利を設定することで浮かび上がる権利概念である。そこには法令の制定、制度の運営等、たしかに国家の行為の関与を見ることができ。しかし、ステイト・アクション論で求められる国家関与とは、国家の実体としての関与のことなのである。この意味するところは、第二節で明らかにされている。

第五項 小 活

一 知財訴訟は、通常は、私人間における法的紛争である。憲法学の伝統的見解によれば、こうした法関係に憲法の適用はない。憲法は国家の行為に適用されるものだからである。

ところで、私人間における法的紛争であっても、そこに憲法が統制すべき国家の行為 (state action) が存する場合には、そこに憲法規範が適用されるという法理論がある。ステイト・アクションの法理である。本節では、知的財産権論とステイト・アクションの法理との関係を概説してきた。

二 私人の行為が一定の場合に政府の行為となる場合については、通常、つぎの三理論の下で説かれてきた。⁽¹²⁾ 本節ではその各々について、知的財産権論との関係について論じている。

第一の類型は「公的機能理論」と呼ばれるものである。これは、私有財産が重要な程度において公的財産の機能を果たしているとき、当該私有財産の所有者の行為をステイト・アクションと見て、憲法の統制を及ぼさうという

法理論である。「会社町」の事例である *Marsh* にて展開されている。

この *Marsh* に依拠してアニメ・キャラクターについて公的財産の機能を果たしていると説こうとしたのが *Reddy Communs* である。しかし、連邦地裁は、知的財産を「会社町」と同視することはできないとしている。知的財産は、右の意味でいう「公的機能」を果たしているとは評価できない、というのであろう。したがって、その権利者による利用可否をエンフォースすることもステイト・アクションと見ることはできないことになる。

第二の類型は「司法的執行理論」と呼ばれるものである。これは、私人の行為を裁判所が是認しているとき、その裁判所の行為をステイト・アクションと捉える法理論である。土地所有者間の差別的な合意を裁判所がエンフォースすることをステイト・アクションと捉えた *Shelley* に展開されている。

この法理論は、後述するように、名誉毀損訴訟（私人間の法的紛争）において表現者に嚴格責任を課してきた先例をステイト・アクションと見た *Sullivan* にひき継がれていると思われる⁽⁹⁾。その後、知財訴訟は、この司法的執行理論を用いて、憲法訴訟のステージが上がってきたと言えよう。このことは次節にて詳述されている。

第三の類型は「国家関与理論」と呼ばれるものである。これは、私的行為の背景に国家の関与又は助成等が見られる場合、同行為をステイト・アクションと見てそれに基づく私人の行為を憲法による統制下に置こうという法理論である。政府が所有・管理する駐車施設内に所在するレストランでの差別事案に憲法を適用した *Burton* で展開されている。

知的財産権は、無体物を法令により管理可能にしたことから生じた権利概念である。そこには確かに国家の関与が見られる。また、特許権や商標権に見られる登録制度を国家の関与と見ることもできよう。しかし、後述するように、国家関与を憲法の統制が及ぶステイト・アクションと見るためには、そこに国家の意思（傾向性をもつ意図）

の存在が必要である。知的財産制度の設置・管理そのものは、法理論としては「規整 (regulation)」の問題であつて「制約 (restriction)」の問題ではないと思われる⁴¹⁾。商標制度の政府言論性、政府助成性、及び、政府プログラム性を否定した *Matz* の判旨の要諦はこう言えるであろう。したがって、知財制度自体を設営した国家の行為も憲法学が注視すべきステイト・アクションとは言えない。

第二節 司法的執行理論と知的財産権

第一項 問題の所在

本論文は、前節で *Shelley* を引証して、知的財産権の権利者の利益を裁判所が是認しているという点に、知的財産権保護の問題を憲法上の問題として扱う契機がある、と論述した。これを敷衍するとつぎのようになる。

知的財産権の侵害訴訟は、原告である権利者が侵害者を被告として、侵害行為の差止めや損害の賠償を求めるものである。同訴訟において、権利者の利益を是認する裁判所の判断は、同時に被告の権利を制約する効果をもっている。また、被告の権利が表現の自由や営業の自由といった憲法上の権利である場合には、右の国家の行為は、憲法上の権利を制約していると評価することができる。

ところが、この法理論を形式的に捉えれば、法的紛争は最終的には裁判所で扱われる以上、知的財産権に関する訴訟は、常に、ステイト・アクションと見なされ憲法訴訟となる契機を含んでいることにはなからうか。このような理解は適切であろうか。

第二項 United States Jaycees v. Pilla. Jaycees

1 事 実

青年会議所 (Jaycees) とは、地域の問題を解決するために、あるいは、社会貢献のために組織され合している市民団体のことである。同団体は、地方、州、連邦の各レベルにおいて組織されている。その全国組織である全米青年会議所 (United States Jaycees、以下「全米組織」とする。) は、一九二〇年代に設立されており、そこにおける正会員 (full membership) 資格は三六歳以下の男性に限定されていた。青年会議所主催のいくつかの行事へは女性も参加できたけれども、同団体における意思決定への参加は許されていなかった。

フィラデルフィア青年会議所 (Philadelphia Jaycees、以下「フィラデルフィア支部」とする。) は、右団体の支部である。女性差別的な団体規則の違憲性を求める先行する各地の訴訟⁽¹⁵⁾で全米組織側は勝訴していたものの、フィラデルフィア支部は、一九七二年に、女性にも正会員としての資格を与えるよう内規を改正していた。同内規の改正は、全米組織の内規に反するものであった。フィラデルフィア支部がはじめての女性正会員を認めたことをうけて、全米組織はフィラデルフィア支部を廃止している。

本件は、支部廃止をうけて、全米組織がフィラデルフィア支部に「青年会議所 (Jaycees)」及び関連する商標を使用しないよう差止めを求めたものである。⁽¹⁶⁾ 原審が全米組織に加盟していないことの明記を条件に「フィラデルフィア」をつけての「青年会議所」使用は差止めなかったことを受け、全米組織側がすべての場合における差止めを請求して上訴している。

2 争点と判旨

一 第三巡回区連邦控訴裁判所は、結論として、全米組織側の請求を認容している。⁽⁴⁸⁾

フィラデルフィア支部の抗弁は二点にわたっている。第一は、大要、「フィラデルフィア青年会議所 (Philadelphia Jaycees)」の名称はすでに浸透しておりその変更は非変更より大きな混乱を生じさせるというものがある。ただ、これに関する分析は本論文の目的とは異なるので、ここでは措く。第二は、つぎのものである。「青年会議所 (Jaycees)」の名称の使用を禁止する差止めを認容することは、全米組織の差別的な正会員要件を是認することになる。裁判所によるそのような援助 (aid) は、*Shelley* が提示した法理論の下で憲法に反するのではない。 *Shelley* の法理論は、本件における裁判所による「青年会議所」使用の差止めを、憲法に反するものなのであるか。この点について、原審は、商標法の適用を通じて差別的規則の執行を援助することは *Shelley* の法理に反すると判示していた。⁽⁴⁹⁾

二 右について、連邦控訴裁判は、本件における論点をつぎのように構成している。すなわち「ランハム法の下で商標に関する権利を連邦地裁がエンフォースすることは、*Shelley* 及びそれに依拠した事案において憲法に反するとされたステイト・アクションと同じもの (comparable) であろうか」と。そして、つぎのように否定している。

「本件は商標権侵害訴訟である。女性排除はランハム法に規定された商標保護とは完全に別の事柄である。女性の正会員資格を認めたフィラデルフィア支部を脱退させた〔全米組織の〕行為は、ランハム法に基づくものではない」⁽⁵¹⁾。

連邦控訴裁判の右の言説の要諦は、本件の商標権侵害訴訟によって商標権を連邦地裁 (国家機関) が執行することと、その権利保有者の差別的行為を国家機関が是認することとは別の問題である、ということであろう。ランハム法の執行という国家の行為と、本件でフィラデルフィア支部が訴えた差別の存在とは、法理論としての関係性に

欠けていると思われる。この点において、本件と *Shelley* 及びそれに依拠した事案とは区別 (*distinguish*) できるものである。⁽⁵²⁾

三 国家行為の在処

本件の結論は「青年会議所 (*Jaycees*)」の商標権者である全米組織の差止め請求を認容し、フィラデルフィア支部に同商標の限定的な使用をも認めないものであった。このランハム法の裁判所によるエンフォースも、国家の行為 (*government action*, *state action*) である。しかし、ここにあるのは、私人間の法的紛争における国家機関 (ここでは裁判所) の法の適用 (*applied*; ここではランハム法) というステイト・アクションである。*Shelley* でのような、国家として人種差別、より一般的に、憲法に反する行為を是認するような権限行使 (*exercised*) としてのステイト・アクションではない。⁽⁵³⁾

第三項 New York Times Co. v. Sullivan

1 事 実

本件の発端は、一九六〇年三月二十九日のニューヨーク・タイムズ紙が掲載した「彼らの湧きあがる声に耳を傾けよ (*Head Their Rising Voices*)」と題する意見広告にある。それは、南部の黒人学生たちが市民権獲得運動を実施していることへの支持を呼び掛けるものであった。その広告文にはAlabama州Montgomery市の理事 (*city commissioner*) を誹謗する箇所がいくつか含まれていたという。同市の理事 L. B. Sullivan が学生運動への対応に関する表現などによって名誉を毀損されたとして提起した民事名誉毀損訴訟 (*civil libel action*) が本件である。

原審は、N・Y・タイムズ社などに五〇万ドル (当時の一ドルは三六〇円なので一億八〇〇万円) の損害賠償

を支払うよう命じた原々審の判示を認容している。その理由は、往時の判例法理は、原告に関する名誉毀損的な傾向をもつ (tend to) 言葉が発せられている (published) ことを立証できれば、現実の損害 (pecuniary injury) の証明がなくても、被告は法的責任を負うとされていたからである。後述しているように、名誉毀損訴訟において、表現者に「厳格責任」を課していたのである。

さらに、原審は「連邦憲法修正一条は、名誉毀損的文書の出版を保護していない」、「同修正一条は直接的には国家行為に向けられたものであり、私人の行為には向けられていない」とも言っていた。⁽⁴⁵⁾

二 どこが国家の行為(ステイト・アクション)なのか

本件では、よく知られているように、公職者の職務に関する表現が名誉毀損に該当するのは、当該表現が表現者によって「現実の悪意 (actual malice)」をもってなされたことを公職者が立証し得た場合に限られるとする判例法理が確立されている。ただ、本論文の関心は、本件の本体であるこの法理ではなく、その前になされた連邦最高裁による「ステイト・アクション論」にある。

そこでは、Alabama 州最高裁による本件に修正一四条(憲法)の適用を否定する言説が否定されている。いわく「本件は、私人間での民事訴訟であるけれども、Alabama 州裁判所は、上告人〔N・Y・タイムズ社〕の憲法上の言論及びプレスに対する無効な制約を彼らに強いることになるように州法 (a state rule of law) を適用してきている」⁽⁴⁷⁾。連邦最高裁は、民事文書名誉毀損訴訟において、表現者に厳格責任(損害の発生)の推定、懲罰的損害賠償の許容、真实性の抗弁)を課してきた州法下での判例法理を注視している。私人間での訴訟が舞台ではあるが、そこにある表現の自由侵害的な州法理解(表現者に厳格責任)をステイト・アクションと捉えて、「現実の悪意」の法理という憲法規範による是正を施したのである。

第四項 Sullivan を先例とす

1 Cartoons, L. C. v. Major League Baseball Players, Ass'n

一 本件の一審原告 (Cartoons社) は、メジャーリーガーを漫画風に描いたトレーディングカードを製造販売していた。そのカードは、裏面に記載された諷刺の効いた紹介とあわせて、どの選手を描いたものであるのか通常の人ならわかるものであった。一審被告 (MLBPA) は、現役メジャーリーガーに関する交渉ごとの代理権を包括的にもつ団体であり、すべての現役選手のパブリシティ権を管理する権限を有していた。本件は、原告が同社の製造販売するカードが被告の管理するパブリシティ権を侵害するものではないことの確認判決 (declaratory judgment) を求めて連邦地裁に訴訟を提起したものである。

判決の結論だけふれておくと、原審・本件とも、Cartoons社の表現の自由を認め、同社の行為はMLBPAのパブリシティ権を侵害するものではない、と判示している。⁽⁸⁶⁾

二 ところで、Oklahoma州法では、つぎのような規定によりパブリシティ権が保護されていた。

「何人も、故意に当人の承諾なく、製品、商品、所有物あるいはサーヴィスの広告及び販売を目的として、他人の名前、声、署名、写真及び肖像を使用すること、あるいは、製品、商品、所有物あるいはサーヴィスの購入を勧誘するためにそれらを使用することは不法行為となり、そのことよって個人又は諸個人に与えた損害に対して賠償をする責任を負う。その許諾なき使用から得た利益のうちその使用に帰するものについては、現実の損害を算定するにあたり考慮に入れられる」(Ola. Stat. tit. 12, §1449 (A)) (以下、「パブリシティ権条項」とする。)

また、同法は、本条項と修正一条の権利との関係を調整する二つの適用除外規定 (exception) も定めていた。第

一のものには「ニュース」除外規定とよばれている (Okla. Stat. tit. 12, §1449 (D))。同規定により、ニュース、公衆の関心事、スポーツ、政治運動に関するものにおいて個人を特定するような表現を用いてもパブリシティ権条項は適用されない。第二のものは「付随的使用」除外規定とよばれている (Okla. Stat. tit. 12, §1449 (E))。同条項により、民間放送 (commercial medium) において、スポンサーや広告とはならないような仕方に対象者にふれることもそのパブリシティ権を侵害するものとはならない。

但し、本件のようなパロディ表現に対する適用除外規定はなかった。Cartoons 社の表現はOklahoma州法の文面上はMLBPAが管理するメジャーリーガーのパブリシティ権を侵害することになるのではなからうか。

三 本件は、ここで、*Sullivan* に依拠してこういう。「修正一条による保護は、政府による言論規制に限定されている。本件は私人間での民事訴訟ではあるけれども、本件はCartoons 社が主張しているようにその自由な言論の権利に制約を課す州法の適用に関係している。このような法律の適用は、Cartoons 社が修正一条に基づく主張をするステイト・アクションの要件を満たす」。

Sullivan は、前項で見たように、名誉毀損訴訟の被告に厳格責任を課してきた裁判所の表現の自由侵害的な法律理解をステイト・アクションと見る法理論を提示するものであった。これとの関係で *Sullivan* を引証する本件の意図を見るなら、それは、修正一条の保護をうけるパロディ表現を適用除外としていない法律の規定、すなわち、パロディを除外しないという法律制定者の判断をステイト・アクションと見て、当該法律の適用をCartoons 社の憲法上の権利で排除したと見ることができるであらう。

2 L. L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.

一 *Sullivan* を先例として私人間の民事訴訟である知財訴訟において憲法論（表現の自由論）を展開してきたものについて、もう一つふれておく。

二 本件の第一審原告（L. L. Bean社）は、アウトドア衣料品の有名メーカーである。本件の第一審被告（Drake出版）は、原告のカタログの性的なパロディ（L. L. Bean's Back-To-School-Sex-Catalog）ページを含む雑誌を出版しようとしていた。Bean社が一方的緊急差止め命令（temporary restraining order）の発給を求めて連邦地裁に訴訟を提起したのが本件のはじまりである。同請求は認容されなかったが、それでも、連邦地裁は、Bean社の主張した商標の稀積による損害を認定する判決（summary judgmentの手続による）を下している。⁽⁶⁰⁾ Drake出版の記事は、Bean社の商標に付着した信用及び名誉を傷つけることによりその価値を低下させる（tarnished）ものであるというのがその理由である。

三 ところで、Maine州にはつぎのような商標稀積化禁止規定があった。

「本章の要件に従い登録されている標章に付着している営業上の信用の毀損又はその稀積化の恐れは、当事者間に競合なき場合でも又は商品又はサービスの出所について混同なき場合でも、暫定的な救済の根拠となり得る」(Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 10, §1530)

本件では、営利・非営利を問わない右条項の適用の是非が争われている。原審である連邦地裁は、非営利なパロディとはいえそれが性的なものであるなら商標の価値を低下させることを理由に、本条項は営利・非営利を問わず適用されるとの理解を示していたのである。⁽⁶¹⁾

しかし、かりにそのように理解してしまうと、商標稀積化禁止条項は、営利・非営利を問わず商標権者にとって

攻撃的、批判的又は不健全と感じる商標使用を許さない制限のない権利を権利者に与えてしまうことになる。第一巡回区連邦控訴裁は、この部分に註を付して「このような権利をエンフォースすることはステイト・アクションを伴っている (entail)」としている⁽⁸²⁾。

四 本件は、非営利的だが権利者にとって否定的な文脈での商標の使用を商標の稀釈化と認定し出版の差止めを認めた原審の判断を取り消している。ただ、その理論構成は本論文の行論とは関係ないので、ここでは措く。

第五項 小 括

1 基準

ある論者は、Sullivan以降、商標法の民事訴訟での「司法的執行」(judicial enforcement)は、それが私人間で提起された訴訟であったとしても、当然、修正一条上の審査の引き金となる「ステイト・アクション」となる、という⁽⁸³⁾。たしかに、修正一条は、多くのそしてさまざまな種類の私権 (private right) についての政府による執行 (governmental enforcement) に限界を画する法規範となっている⁽⁸⁴⁾。その私権には著作権やパブリシティ権といった知的財産権も含まれている⁽⁸⁵⁾。ところが、同じような国家行為の形式 (ここでは裁判所による私権の執行) のようでも、ステイト・アクションの成否が分かれている (Stelley & Sullivan と Jayves を比較せよ)。なぜであろうか。

ここでSullivanの定立したステイト・アクション成否の基準を見てみよう。それはこう言う。「ステイト・パワーが適用 (applied) されてきた形式ではなく、どのような形式であれ、ステイト・パワーが行使 (exercised) されてきたか否かが基準 (test) である⁽⁸⁶⁾」と。本論文は、この言説に基づき、司法的執行理論は通常の理解よりも限定されたものである、という理解を示すものである。William J. Brennan, Jr. 裁判官執筆の右の法原理の眼目は、憲法

学は国家行為の形式の如何を問わず、権限の適用 (applied) ではなく、法令の解釈なり法律制度・実践の是認なりを伴う権限の行使 (exercised) を見よ、ということではなからうか。国家の后者の行為には、国家の意思 (傾向性をもつ意図) が含まれているからである。

2 ステイト・アクションの成否

では、右の法原理に基づいて本論文でとり上げた裁判例を見てみよう。

一 本節第二項で扱った *Jayses* は、商標権侵害訴訟における権利者による商標使用の差止め請求がなされた事案であった。先行する権利者の商標権を裁判所がエンフォースすることは後行者の何らかの行為規制にはあたらない。しかし、この権利者は差別的な正会員資格を布いているが、しかし、ここでの裁判所の判断は権利者によるこの差別を是認するものではない。この国家の行為により後行者の行為が規制されたとしても、それは、商標法制という商標権に関するゲームのルールによる行為の規整 (regulation) に過ぎないのである。⁶⁷

二 これに対して、*Shelley* は、土地売買に関する差別的合意について、その司法的執行の是非が俎上に載せられていた。人種差別をエンフォースしてしまうことになる原審の差止め認容判決に対して、連邦最高裁は、それは国家権限の行使 (exercised) にあたり、したがって、憲法規範の統制が及ぶ問題であると解している。私人間での差別を是認してしまう国家権限の行使をステイト・アクションと捉えたと言える。

また、*Sullivan* は、両当事者が私人 (private actor) である民事名誉毀損訴訟であった。ここでも、表現者に厳格責任を課していた判例法理が国家権限の行使にあたり、したがって、連邦最高裁はそこに憲法理論を照射する法理論〔現実の悪意〕の法理を提示している。換言すると、それまでの表現の自由制約的であった判例法理をステイト・

アクションととらえて「名誉毀損の憲法化」を実現したと評することができよう。

L. L. Beam は、営利・非営利を問わず商標稀釈化禁止条項を適用した原審の判断を取り消している。営利・非営利を問わない同条項の適用は、権利者に他者の憲法上保護される権利の行使を許諾する権限を与えることであると見たのであろう。営利・非営利を問わない商標稀釈化法の適用に、言論制約的なステイト・アクションを見出したと言えるであろう。

三 本論文の言う「限定された司法的執行理論」（国家の意思（傾向性のある意図）をステイト・アクションと見るもの）の舞台は、司法権行使の場面には限定されていない。*Sullivan* に依拠して知財訴訟に憲法規定を適用した *Cartoons* は、憲法上の表現の自由の保護を受けるパロディ表現をパブリシティ権の適用除外として法定していない *Oklahoma* 州法について、同表現を除外しないという法律制定者の判断をステイト・アクションとみた事例と評価できると思われる。

四 ステイト・アクションの法理とは、私人間の法的紛争において、一者の行為が国家の行為と同視できる場合には、同者の行為を憲法の統制下に置くという法理論であった。同法理論も伝統的には三類型に分類されており（参照、第一節）、知財訴訟への憲法適用はそのうち「司法的執行理論」に親和的であると本論文は見てきた。ただ、同類型から派生したと思われる *Sullivan* の法理は、私人間の紛争に適用される法令・先例等を剔出して、その国家の行為それ自体の権利制約的意図・差別的意図（それらは憲法規範によって禁止されている）に憲法理論を照射する法理論であった。その意味で、他の二類型（公的機能理論、国家関与理論）とは異なり、私人間の法的紛争において伝統的憲法学の領域そのものにある問題を提示していると評価できると思われる。

結 文

第一項 改めて問題の所在から

1 Lloydモデル

ここでは〈表現の自由とはいえ他人のもの (property) を断りなく利用する権利ではないはずである〉という直覚からはじめよう。

Lloyd⁽⁶⁸⁾は、ショッピングセンターで所有者の許諾を得ずにベトナム反戦ビラを配布した者を不法侵入 (trespass) とすることが表現の自由を保障した連邦憲法修正一条に反するか否か争われた事案である。本件で、連邦最高裁は、他人の財産権を侵害してまで表現の自由を行使できるわけではない、と判示している。

右の他人の財産権 (これに包摂される財産管理権等) を侵害してまで表現の自由を行使できるわけではないという法規範は、わが国の最高裁判決においても確認できる。駅構内でのビラ配布が鉄道営業法三五条 (寄附要求・物品の販売等の処罰) 及び刑法一三〇条後段 (不退去罪) 違反に問われた事案において、昭和五九年の第三小法廷判決⁽⁶⁹⁾は「〔表現〕の手段が他人の財産権、管理権を不当に害することなきものは許されない」と判示している (吉祥寺駅構内ビラ配布事件)。また、管理者・居住者の同意を得ないで、公務員宿舍の各室玄関ドア郵便受けに政治的ビラを投函する目的で立ち入った行為が刑法一三〇条前段 (住居侵入罪) に問われた事案において、平成二〇年の第二小法廷判決⁽⁷⁰⁾は「たとえ表現の自由のためとはいっても、〔管理者の意思に反して立ち入ることは〕管理権者の管理権を侵害する」としている (立川反戦ビラ事件)。

表現の自由は、他人のもの (property) を自由に利用する権利ではない。右から抽出できるこの法規範は、知的

財産権 (intellectual property) の利用についてもあてはまるであろう。そして、かりに権利者の許諾が得られなかったとしても、それは国家の行為ではない。右の法関係の形式性に着目すると、そこには憲法理論の出る幕はないのではなからうか。

2 法令上調整済み

知的財産権とは、著作物、発明、標章といった無体物 (intangible property) に人工的に設定された排他的権利の総称である。所有という物理的状态から権利が生じている有体物 (tangible property) とは性質を異にするとはいえ、権利に一定の制限が法令上課されているという点では共通性をもつ。とくに、知的財産権は、アイデアやイメージの利用に制限を課すものであるので、本来的に利用者の憲法上の権利と関連性をもつものであると言える。そこで知的財産権に関する法律には、知的財産権と憲法上の権利を調整する一定の「緩衝装置 (buffered system)」が既に法定されている。それらにはつぎのものがある。

一 著作権法には、権利の客体を思想、アイデアそれ自体ではなく、それらが表現された特定の形式 (specific form of expression) であるとする「アイデア／表現形式二分論 (idea/expression dichotomy)」が規定されている (著作二条一項一号、米法17 U.S.C. §102 (b))⁷¹⁾。創作者、権利者に専有が許されるのは「特定の表現形式」に止まっているので、これにより思想の表出である表現行為が制約されることはない、と言うのである。また、本項1で述べた「表現の自由は、他人のもの (property) を自由に利用する権利ではない」という法規範を思い出せば、他人の表現を使って表現する権利まで表現の自由の内容ではない、と言えそうである。

二 知的財産権に関する各法律には、当該権利を制限する権利制限規定が法定されている。

わが国の著作権法は、著作物利用者の行為類型を個別にあげて著作権を制限するいくつかの個別的権利制限規定が法定されている（著作三〇条ないし四九条）。また、アメリカ法には、著作物の性質や利用目的において「公正である」と認定できる著作物利用について著作権の効果を否定する「フェア・ユースの法理（fair use doctrine）」が法定されている（17 U.S.C. §107）。同様の規定は同国の商標法制にも見られる（15 U.S.C. §1125 (C) (3) (A)）。

また、商標権の効果は標章の「商品又は役務」についての使用に限定されている（商標二条一項一・二号）。連邦商標稀釈化法（Federal Trademark Dilution Act of 1995）⁽²¹⁾ 制定前のアメリカ商標法においても、商標権の効果は標章の「商標的使用」⁽²²⁾ に限定されていた。

こうした知的財産権の権利の効果を制限する規定群は、同権利の効果によって制限され得る憲法上の権利・価値との利益衡量の結果である、と評価することもできるであろう。

三 著作権及び特許権の権利期間が限定されていることも、同権利と対抗利益（そこには憲法上の権利・価値も含まれる）との調整を意図するものとも言えそうである。権利期間が過ぎれば、著作物、発明等はパブリック・ドメイン（public domain）となり自由利用が許されることになるので。

3 要約

まとめておこう。知的財産権の保護が何らかの憲法上の権利を制約する場合があると言われてきているが、

一 憲法は国家の行為（government action、state action）を対象とするものである。ところが、知財訴訟の当事者は原告及び被告のいずれも私人である。したがって、そこに憲法の解釈及び理論を持ち込むことはできない。

二 なるほど知的財産法制は、憲法上の価値である思想の自由及び表現の自由等を制約する側面があるかもしれ

ない。しかし、知的財産権と憲法上の権利は、法令上において、立法者によりすでに調整されている。したがって、知的財産法令の適用において憲法上の問題が生じることはない。

著者は、前述した *Etched* における言説⁽⁷⁶⁾をうけ、これまで右の二の問題について比較的体系的に研究してきた。本論文は、冒頭の「着眼」にもあるように、私人間の法関係において生じる知財訴訟がどうして憲法問題を内包していると言えるのか、について検討したものである。憲法の適用があるのは国家の行為（法的な効果を発生させる原因）である。知財訴訟又は知的財産権論のどこに憲法学が注視すべき国家の行為が潜んでいるのであろうか。本論文は、この回答を示そうとしたものである。

第二項 本論文の見解

民事名誉毀損訴訟の *Sullivan* は、名誉権をエンフォースしてきた先例の判例法理に、表現の自由制約的な国家の行為（state action）を見出していた。*Sullivan* の響みにならうなら、知財訴訟においては、知的財産権をエンフォースする法律制定者の行為（参照：*Cardozo*）や裁判所の判断（参照：*L. L. Bean*）に憲法上の権利制約的な国家の行為を見出すとき、同問題は、憲法上の問題になると理解することができるであろう。つまり、政府による言論規制はもちろん、私人による言論規制を政府がエンフォースすることも、ステイト・アクションとなるのである⁽⁷⁷⁾。こうした国家権限の行使（exercised）は、国家による憲法上の権利の制約（restriction）と見ることができるのである⁽⁷⁸⁾。

このように見ると、憲法学が知財訴訟において注視すべきことは、まずもって知財関連法令が憲法適合的に解釈・適用されているか否かという点にある、と言えるであろう。*Sullivan* も名誉毀損に関する Alabama 州法の規定の表現者に厳格責任を課すという解釈にステイト・アクションを見出していた。*L. L. Bean* も非営利なパロディにまで

商標の稀積化を禁止するものとした原審の Maine 州法の解釈にステイト・アクションを見出したのであろう。*Cardinals* も、パロディ表現を適用除外しないとする Oklahoma 州法を憲法適合的に解釈して、同件に適用しなかつた事例と理解することができる。このような法構造は、翻案該当性やパロディの許否が争われる場面に顕現するようには思われる。

これに対し、知的財産権に関する法律制度それ自体を構成するルールは、憲法理論の対象ではなからう。それは、行為者の行為を規整 (regulation) することはあるけれども、同者のもつ権利・利益と知的財産権を保護するといふ公共の利益 (public interest) については、右のルールにおいてすでに調整済みのものであると評価できるであろう。何を知的財産の客体とするか、権利をどう設えるか、権利制限を如何にするか、保護期間は何年にするか、という制度設定がその典型例である。それらのルールが適用される (applied) としても、違法性を伴う国家の行為と評価されることはない (*Reddy* や *Jaycees* はこの事例であった)。

知的財産権と憲法の問題を具体的に説いた議論がすでに蓄積されてきた中で、知的財産権の問題を憲法論として説く正統性に関する小稿が如何ほどの意味を持つのか。心許ないなかで筆を擱くことにする。

註

(1) 著作権について、参照、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、二〇一一年)(以下、「大日方・著作権と憲法理論」とする)、山口いつ子『情報法の構造—情報の自由・規制・保護』第一〇章(東京大学出版会、二〇一〇年)など。特許権について、参照、大日方信春「特許と憲法—表現の自由を中心に」熊本法学一二五号一頁以下(二〇一二年)(以下、「大日方・特許と憲法」とする)。(2) 商標権について、平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(1)(2)(3)」知的財産法政策学

研究五〇号六二頁以下・同五一号一九七頁以下・同五二号一八五頁以下（二〇一八年）、大日方信春「商標と表現の自由（一）」熊本法学一三六号七一頁以下（二〇一六年）（以下、「大日方・商標と表現の自由」とする。）、大林啓吾「表現概念の視座転換―表現借用観からみる表現の自由と商標保護の調整」帝京法学二六卷一号一六三頁以下（二〇〇九年）など。

なお、著者も研究分担者として参加している、科学研究費助成事業（科学研究費補助金）「知的財産権と憲法的価値」（基盤研究（A）15H01928、研究代表者・高倉成男、平成二七年度～平成三一年度）は、知的財産権と憲法的価値について、体系的な探究を試みるものである。

- (2) 典型例として、著作権の保護はステイト・アクションには該当しないとされたものとして、see David McGowan, *Information Regulation and the Freedom of Expression: Some Realism About the Free-Speech Critique of copyright*, 74 *FORDHAM L. REV.* 435, 441-49 (2005).

- (3) 参照、大日方・特許と憲法（前掲〔註1〕論文）二〇～二七頁、同「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学一二七号五五、九七頁（二〇一三年）（以下、「大日方・パブリシティ権と表現の自由」とする。）、同「著作物のパロディと表現の自由―憲法学の視点から」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』七九七、八三一～八三五頁（成文堂、二〇一五年）、大日方・商標と表現の自由（前掲〔註1〕論文）一〇二～一〇四頁、同「知的財産権と表現の自由」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か―理論的視座と現況への問い』一五八、一六〇～一六一頁（法律文化社、二〇一七年）、大日方・著作権と憲法理論（前掲〔註1〕書）四五～四六頁註（67）。

- (4) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc., 471 U.S. 539, 558 (1985).

- (5) 特許法も商標法も目的は共に「産業の発達」に置かれている。

- (6) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

- (7) Eldred v. Reno, 239 F. 3d 372, 375 (D.C.Cir. 2001)（但し、「」は著者による）。

- (8) 但し、本件においては、表現の自由と著作権とらう二つの権利を調整する著作権法上の調整原理（build-in First Amendment

- accommodations) が法定されている旨 (see 17 U.S.C. §102 (b) [「アイデア／表現形式二分論」, 17 U.S.C. §107 [フェア・ユースの法理])、著作権法改正にあたっては保護と制約のバランスをとるといふ伝統的構造 (traditional contours) を変更するものではないこと (17 U.S.C. §302 による権利期間の延長に対して 17 U.S.C. §108 (b) 及び 17 U.S.C. §110 (5) (B) という権利制限の新設) を理由に、著作権保護期間を原則一〇年延長する法律について修正一条に反するものではないと判示している。
- (9) *Eldred* に関する評釈類については、大日方・著作権と憲法理論 (前掲〔註1〕書) 一六一頁註(3) に掲げられている。
- (10) ステイト・アクションについては、参照、昔部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』三二四頁 (有斐閣、一九九四年)、木下智史『人権総論の再検討―私人間における人権保障と裁判所』六九―一六二頁 (日本評論社、二〇〇七年)、君塚正臣『憲法の私人間効力論』一〇二―五三頁 (悠々社、二〇〇八年) など。
- (11) See KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GÜNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 892 (15th ed., 2004).
- (12) 商標権との関係でこの問題を論じたものとして、参照、平澤卓人・前掲 (註1) 論文② 一九九―二〇四頁。
- (13) Neil W. Netanel は、私人の行為にエンフォースメントを与える政府の行為 (governmental enforcement) は修正一条の制約を受けない旨 (enforceable)。See Neil W. Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment* Stejn, 54 STAN. L. REV. 1, 4-5, 7 (2001).
- (14) Central Hardware Co. v. NLRB, 407 U.S. 539, 547 (1972).
- (15) 憲法訴訟とは、通常の裁判所に提起された訴訟のうち、憲法上の争点を含む訴訟のことをここでは指している。参照、大日方信春『憲法Ⅰ 総論・統治機構論』三二七頁 (有信堂、二〇一五年)。
- (16) *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).
- (17) *Ibid.*, at 506.
- (18) See *Republic Aviation Corp. v. NLRB*, 324 U.S. 793, 798, 802, n. 8 (1945).

- (19) Marsh, 326 U.S., 506.
- (20) *Ibid.*
- (21) Reddy Communs., Inc. v. Envtl. Action Found., Inc., 199 U.S.P.Q. (BNA) 630 (D.D.C. 1977).
- (22) *Ibid.*, at 632.
- (23) *Ibid.*, at 633-634.
- (24) Lloyd corp. v. Tanner, 407 U.S. 551, 569 (1972).
- (25) See Raddy Communs., 199 U.S.P.Q., at 634.
- (26) See Lisa P. Ramsey, *First Amendment Limitations on Trademark Rights*, in 3 INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION WEALTH 147, 164 n. 16 (Peter K. Yu ed., 2007).
- (27) Robert C. Denicola は「公的機能論」の「メー・シンボルをメー・アクションと見る」ことを否定した事例として本件を紹介している。See Robert C. Denicola, *Trademarks as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols*, 1982 WIS. L. REV. 158, 190 n. 146 (1982).
- (28) See Kraemer v. Shelley, 355 Mo. 814 (1946).
- (29) See Shelley v. Kraemer, 334 U.S.1, 20 (1948).
- (30) アマチュアスポーツ法 (Amateur Sports Act of 1978) 一〇条は「オリンピック」という言葉及びオリンピックのシンボルの商業的及び広告としての使用について許諾を与える権利をアメリカ・オリンピック委員会 (United States Olympic Committee (USOC)) に与える (see 36 U.S.C. §380)。「ゲイ・オリンピック・ゲーム」を企画しその宣伝広告を行っていた非営利団体である San Francisco Arts & Athletics, Inc. (SFAA) は「USOC からの警告にもかかわらず「オリンピック」の言葉及び五輪マークを使用し続けていたので、USOC がそれらの使用の差止めを求めた事案がある。この事案において、連邦最高裁は、差止めを認容した第九巡回区連邦控訴裁の判決 (see 781 F. 2d 733 & 789 F. 2d 1319) を容認している (see

San Francisco Arts & Ath., Inc. v. United States Olympic Comm., 483 U.S. 522 (1987))。本件では、USOCが政府行為者 (government actor) ではないとの理解の下で、アマチュアスポーツ法に基づいてUSOCの権限行使がSFAAの修正一条上の権利を侵害するものではないと判断されている (この中にはEric Barendtによる批判がある。See ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 264 n. 82 [2d ed., 2005])。

この中で、本件においてSFAAは「USOCは「ステイト・アクター」であり、したがって「オリンピック」という言葉の使用の可否を不公平な差別的動機に基づいて選択してはならないことを説いている。しかし、*Shelley* によるなら、USOCが差別的動機に基づき差止めを請求しているとするなら、SFAAはUSOCの請求を認容した原審の判決が差別的なステイト・アクションであるとして、差止め是認の憲法違反性を主張すべきであったことになる。Lewis F. Powell, Jr.による法廷意見に付された脚注 (30) はこの点を指摘している (see 483 U.S., at 547 n. 30)。

(31) See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). 但し、後述するように「ステイト・パワーが適用 (applied) されてきた形式ではなく、どのような形式であれ、ステイト・パワーが行使 (exercised) されてきたか否かが基準 (test) である」(at 265) とするこの言説は、人口に膾炙されているほど形式的ではない。この言説に注目するものとして、see Lisa P. Ramsey, *Increasing First Amendment Scrutiny of Trademark Law*, 61 SMU L. REV. 381, 408 n. 170 (2008)。

(32) See *Wilmington Parking Authority v. Burton*, 157 A. 2d 894 (1960).

(33) See *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961).

(34) *Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744 (2017). 本件の判例評釈として、大林啓吾「特許庁が『ザ・スランツ』というバンド名はアジア人を侮蔑することになるとして商標登録を認めなかったところ、当該処分となる法律の規定が表現の自由に反するとされた事例」判例時報二三六二号四頁(二〇一八年)、家本真実「生死を問わず人物等の名誉を傷つけるおそれのある標章の商標登録を認めないとするランナム法(連邦商標法)の条項(Lanham Act, 15 U.S.C. § 1052 (a))が、合衆国憲法第一修正に反して違憲であるとした事例」[2018-]アメリカ法九一頁がある。

- (35) See *Marell*, 137 S.Ct., at 1748. Samuel Anthony Alito 裁判官執筆のこの部分は法廷意見である。
- (36) *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1990).
- (37) *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).
- (38) See *Marell*, 137 S.Ct., at 1749. Alito 裁判官執筆のこの部分は相対多数意見である。
- (39) 連邦最高裁は「*N.Y.S. Ex. 107*」*Davenport v. Wash. Educ. Ass'n*, 551 U.S. 177 (2007) 及び *Ysursa v. Pocatello Educ. Ass'n*, 555 U.S. 353 (2009) をあげている。
- (40) See *Marell*, 137 S.Ct., at 1749. Alito 裁判官執筆のこの部分も(37)と同様、相対多数意見である。
- (41) See *ibid.*
- (42) 参照、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第八版〕』二二七頁（有斐閣、二〇一八年）。
- (43) 参照、松井・同書二一八頁、木下・前掲（註10）書一四〇頁。
- (44) ところが、近時、国家は非権力的な手法により被統治者の行動を標準化・規格化している場面に出くわすことがある。憲法学は規整（regulation）による行為規制も注視すべきだと思われるが、この点では措く。
- (45) See, e.g., *New York City Jaycees, Inc. v. United States Jaycees, Inc.*, 512 F. 2d 856 (2d Cir. 1975); *Junior Chamber of Commerce of Kansas City v. Missouri State Junior Chamber of Commerce*, 508 F. 2d 1031 (8th Cir. 1975); *Junior Chamber of Commerce of Rochester, Inc. v. United States Jaycees*, 495 F. 2d 883 (10th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 1026 (1974). それらでは、全米青年会議所の行為がステイト・アクションであるとの主張は認容されていない。
- (46) 「青年会議所（Jaycees）」については、その単独での使用及び他のデザインや言葉と結合させての使用とともに、連邦特許・商標庁に全米組織の商標として登録されていた。
- (47) See *United States Jaycees & Pa. Junior Chamber of Commerce v. Phila. Jaycees*, 490 F. Supp. 688 (E. D. Pa. 1979). 本件
の事実に関する本文の記述はこの原審に負っている。

- (48) See *United States Jaycees v. Phila. Jaycees*, 639 F. 2d 134 (3d Cir. 1981).
- (49) See 490 F. Supp., at 693. *Shelley* は「あの「人種」を言っている。」「連邦憲法は、他者の法の下での平等を否定する州の行為を求める権利を「誰にも与えてはならぬ」(Shelley, 334 U.S., at 22)。」
- (50) 639 F. 2d, at 145.
- (51) *Ibid.*
- (52) See *ibid.*
- (53) See *Denicola*, *supra* note 27, at 190 n. 146. ある商標権侵害訴訟でも、原告の商標権を執行することと、*Shelley* の人種差別的契約の是認を区別して、前者のステイト・アクションの違憲性が否定されている。商標権の執行は差別的契約の是認に類比される「政府関連性 (governmental involvement)」に欠けているところの方がその理由である。See *Interbank Card Ass'n v. Simms*, 431 F.Supp. 131, 133 (MDNC 1977).
- (54) See *New York Times v. Sullivan*, 273 Ala. 656, 673, 676 (1962).
- (55) *Ibid.*, at 676.
- (56) See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- (57) *Ibid.*, at 265.
- (58) See *Cardoons, L. C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F. 3d 959, 962 (10th Cir. 1996); *Cardoons, L. C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 838 F. Supp. 1501 (N. D. Okla. 1993).
- (59) *Cardoons*, 95 F.3d, at 968-69.
- (60) See *L. L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 625 F. Supp. 1531 (D. Me. 1986).
- (61) See *ibid.*, at 1536.
- (62) *L. L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F. 2d 26, 30 n. 2 (1st Cir 1987). ここで、*Sullivan* を引用して「私人の

権利の司法的執行がコミュニケーションの形式に影響するなら当然ステイト・アクションを意味している」という。

- (63) See Ramsey, *supra* note 31, at 408.
- (64) See Netanel, *supra* note 13, at 4.
- (65) See, e.g., Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co., 433 U.S. 562 (1977) [パブリシティ権], *Cartoons, L. C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F. 3d 959 (10th Cir. 1996) [同], *Westchester Media v. PRL USA Holdings, Inc.*, 214 F. 3d 658 (5th Cir. 2000) [商標権], *L. L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F. 2d 26 (1st Cir. 1987) [同], *Ford Motor Co. v. Robert Lane*, 67 F. Supp. 2d 745 (E. D. Mich. 1999) [営業秘密].
- (66) Sullivan, 376 U.S., at 265. 民事名誉毀損訴訟 (Sullivan) に見られるような、国家が設定したプロパティ権 (state-ordained property rights) (名誉、信用) のエンフォースが憲法上の表現の自由の規制にあたるという枠組は、知的財産権訴訟にも見られる。典型例である著作権侵害訴訟は、著作物という無体物の排他的使用権 (著作権。これが国家が設定したプロパティ権にあたる) を保護するものである。したがって、著作権の保護は、当該著作物 (表現) の自由な利用を、換言すると、表現の自由を制約することになる。同じ枠組は、商標権、パブリシティ権、営業秘密等の侵害訴訟においても、あるいは、限定的ながら特許権侵害訴訟にも見ることができ。このような理由により、Sullivan は知財訴訟において憲法上の論点を提起するにあたり、よく参照されている先例である。参照：大日方・商標と表現の自由 (前掲 [註1] 論文) 一〇二—一〇四頁、同・パブリシティ権と表現の自由 (前掲 [註3] 論文) 九七頁、同・特許と憲法 (前掲 [註1] 論文) 一三二—一三六頁。
- (67) 商標登録拒否事由の二つを定める「侮蔑条項 (disparagement clause)」(15 U.S.C. §1052 (a)) の憲法適合性が争われた *Malai v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017) (参照、第二節第四項2) が商標登録の政府言論性及び政府助成性を否定している (前者について八名、後者について四名同意) こともこの文脈で理解することができよう。なお、連邦最高裁は、本件で「侮蔑条項」は見解差別に該当し修正一条に反する、と判示している (この結論については全員「八名」一致)。
- (68) *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

- (69) 最三判昭五九・一二・一八刑集三八卷一二号三〇二六頁。
- (70) 最二判平二〇・四・一一刑集六二卷五号一二一七頁。
- (71) 特許適格性を限定する特許要件（特許二九条〔日本法〕、35 U.S.C. §101〔米法〕）も同じように理解することができるであろう。
- (72) 特許法にも「試験使用例外の法理（experimental use exemption）」というフェア・ユースに類似する法理がある。アメリカでは判例法理として成立している同法理は、わが国の特許法では明文で規定されている（特許六九条一項）。但し、わが国においても彼の国においても、同法理の適用は極めて限定的である。参照、大日方・特許と憲法（前掲〔註1〕論文）四四―四七頁。
- (73) Pub. L. No. 104-98, 109 Stat. 985 (1996) (codified as amendment at 15 U.S.C. §1125 (c)).
- (74) 商標的使用については、参照、宮脇正晴「商標的使用（商標としての使用）」ジュリスト一五〇四号二九頁以下（二〇一七年）、同「商標的使用論の再構成」平成三〇年度日本工業所有権法学会シンポジウム「商標権の効力の制限」（二〇一八年六月九日、京都大学）におけるパネル報告。
- (75) 著作権の権利期間については、参照、著作五七・五八条（日本法）、17 U.S.C. §302（米法）。特許権の権利期間については、参照、特許六七条（日本法）、35 U.S.C. §154 (a) (2)（米法）。
- (76) 著作権を対象とした *Elided* の言説をより一般化して言えば（知的財産の使用は憲法上の保護をカテゴリカルに受けない（categorically excluded）わけではなく）とさええるであろう。
- (77) See LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION ? 121-22 (2005).
- (78) Sullivan, 376 U.S., at 265 のいう「私人間の民事訴訟に憲法規範が適用されるか否かは）ステイト・パワーが適用（applied）されてきた形式ではなく、どのような形式であれ、ステイト・パワーが行使（exercised）されてきたか否かが基準（test）である」ところは、このようにもいえる。See Lee Ann W. Lockridge, *When is a Use in Commerce a Noncommercial*

説 *Use* 2, 37 FLA. ST. U. L. REV. 337, 352 n. 81 (2010).

論 【付記】 本論文は科学研究費補助金（基盤研究（C）…課題番号17K03358）及び（基盤研究（A）…課題番号

15H01928）の成果の一部です。