

論
説

商標と表現の自由（二・完）

大日方信春

序 文

第一節 商標論総説―憲法学の視点から―

第一項 合衆国憲法上の基礎づけ

第二項 前史、そして、ランハム法の制定

第三項 連邦商標稀釈化法（DA）と商標稀釈化法改正法（RA）

第四項 小 括

第二節 商標と自由な言論

第一項 ステイト・アクション

第二項 内容規制／内容中立規制

第三項 商標の非営利的使用

第四項 小 括（以上、第一三六号）

第三節 Matal v. Tam 判決

第一項 緒言

第二項 事実の概要

第三項 判旨

第四項 評釈

第五項 小括

第四節 商標稀釈化法制と連邦最高裁の判例法理

第一項 緒言

第二項 Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Hyundai Motor Am.

第三項 小括

結文（以上、本号）

第三節 Matal v. Tam 判決

第一項 緒言

アメリカにおける商標法制の保護法益は、一九四六年のランハム法（提案者Fritz G. Lanhamに因んだ名称）を制定した時点のものから一九九五年の連邦商標稀釈化法及び二〇〇六年の同改正法によるものと一定の変化を遂げている。一言で言う、前者の商標の商品・サーヴィス識別機能に由来する消費者保護から後者の商標に由来す

る権利者の評判・名声の保護へと、法益は変遷を受けているのである。こうした商標法制の転換は、商品・サービスに対する言論又はそれらをパロディする行為を抑制する効果を生じさせている。

ところで、本節で扱う二〇一七年の連邦最高裁判決 *Matal v. Tam* は、連邦最高裁がある商標法の規定に対して言論の自由を保障した連邦憲法修正一条に反するとの判断をしたはじめての事例である⁽¹⁾。また、ある論者によれば、この判決を導いた修正一条の伝統的法理論によれば、右の商標稀釈化規制の憲法適合性にも疑義がもたらされるという⁽²⁾。アメリカ商標法は、前節までに述べてきたように、現状、商標権者に言論に関するある種の管理権を与える効果をもつものとなっている。これは、国法によってもたらされた言論規制として捉えることができる。著者は、ここに商標法制に表現の自由に関する法理論を照射すべき点を見出している。

本節では右の商標法規定を表現の自由に反するとしたはじめての事案を分析することにより、商標法制を表現の自由論の俎上にのせる糸口を見つけようと思う。

第二項 事実の概要

一 連邦商標法（ランハム法）第二条（a）は、特許商標庁（Patent and Trademark Office、以下「USPTO」とする。）に、つぎの内容をもつ商標の登録を禁じている（15 U.S.C. § 1052（a））。

「反道徳的、欺瞞的、もしくは破廉恥なもの、または、生者たると死者たるとを問わず人物、組織、信仰もしくは国の象徴の名誉を傷つけ、もしくはこれとの関係を不正に示唆し、または、これらを侮辱し、もしくはこれ

らの評判を落とす虞のあるもの」⁽³⁾。

本件で問題となった「THE SLANTS」は、アジア人を侮辱 (disparage) するとの理由で登録拒否されている。本件と関係する右の条文の部分を、以下「侮辱条項 (disparagement clause)」⁽⁴⁾という。

二 (1) S・タム (Simon Shiao Tam) は、アジア系アメリカ人で構成されたロックバンド「THE SLANTS」のヴォーカルである。本件は、タムが右のバンド名の商標登録をUSPTOに出願したところ、侮辱条項に該当するとの理由で登録を拒否されたこと (本件処分) にはじまる。USPTOの審査官による拒否理由は、その名称は「人物、組織、信仰もしくは国の象徴を侮辱し、もしくはこれらの評判を落とす虞のあるもので構成され、または「それらを」含んでいる」というものであった。「Slant」とは、辞書的意味では「つり目」というアジア人を軽蔑する言葉であるので侮辱条項により禁止された登録拒否語であるというのである⁽⁵⁾。

(2) タムは、USPTOの審査官による本件処分を受けて、特許商標庁商標審判部 (Trademark Trial and Appeal Board, 以下「TTAB」とする。) に不服申立を行っている。しかし、同審査部は、右の審査官の判断を認容している⁽⁶⁾。

(3) TTABの判断に不服であったタムは、連邦控訴裁に上訴した⁽⁷⁾。ここで、タムは、①「Slant」がアジア人を侮辱するものであるという事実認定は誤りであること、②侮辱条項は表現の自由を保障した連邦憲法修正一条に反するものであること、この二点を主張している。

これに対して、連邦巡回区控訴裁の裁判官三名による合議体 (panel) は、①についてはTTABの事実認定に誤

りはないことを理由に、②については、ある先例を引用して、タムの主張を退けている。⁽⁸⁾ その先例によると、商標登録拒否はその表現を使用する権利に影響を与えるものではないので修正一条上の権利を侵害するものではない、とされている。⁽⁹⁾

但し、判決文を執筆したK・ムーア (Kimberly A. Moore) 裁判官は「違憲の条件 (unconstitutional conditions) の法理」が右先例以降に発展してきたことを理由に、先例は見直される時期にきているとの追加補足意見を執筆している。⁽¹⁰⁾

(4) ムーア裁判官の見解を受け、タムが求めた全員法廷 (en banc) での審理が認められている。⁽¹¹⁾

本件の原審となる連邦控訴裁の全員法廷の多数意見 (ムーア裁判官執筆) は、つぎの理由をあげて、侮辱条項は修正一条に反すると判示している。⁽¹²⁾ ①侮辱条項は、言論を見解に基づいて差別しているけれども、同規制を正当化するために必要な厳格審査基準をパスできない。②同条項は、政府言論又は政府助成の法理により言論を禁止するものであることを理由に、厳格審査の適用が免除されるものではない。③同条項は、仮に営利的言論 (commercial speech) を規制するものであるとしても、同規制を正当化するために必要なセントラル・ハドソン・テストでさえパスできない。

(5) M・リー (Michelle K. Lee) 特許商標庁長官によるサーシオレーライが受理されたのが本件である (J・マタル [Joseph Matal] は、リーが辞任した二〇一七年六月六日付で同庁の長官に就任して)。⁽¹⁴⁾

第三項 判 旨

連邦最高裁は、人物、組織、信仰もしくは国の象徴の名誉を傷つける商標の登録を禁止する「侮辱条項」(連邦商標法第二条 (a)、15 U.S.C. § 1052 (a)) を、連邦憲法修正一条の自由な言論条項に文面上反するとしている。¹⁵⁾

一 総 説

ここではS・アリート (Samuel Alito) 裁判官執筆の法廷意見又は相対多数意見を本稿の関心の範囲で摘示する。アリートは、侮辱条項は人種的又は民族的集団の構成員を侮辱する標章の登録を拒否するものであるから、同条項が連邦憲法修正一条の「自由な言論条項 (Free Speech Clause)」に反するか否か検討されなければならない、としている。¹⁶⁾

そこでまず、政府が右条項には修正一条の適用がない又は合憲性の推定を受ける「合理性の基準による審査 (rational-basis review)」で審査されるべきであるとする理由としてあげている「三つの論拠」について検討している。それは、①商標は政府言論である、②商標は政府助成の一形態である、③侮辱条項の憲法適合性は「新しい『政府プログラム』の法理」によって審査されるべきである、というものである。

つぎに、議論の位置としては右の「政府プログラムの法理」の一部とされているけれども、侮辱条項の見解規制の該当性について判断している。

さらに、後半部分では、右「三つの論拠」のいずれの法理にも適合しないとされた商標の言論としての形態を仮に営利的言論だとしたとして、本条項の憲法適合性について検討している。

二 商標は修正一条の審査を免除されるか

1 商標は政府言論か否か⁽¹⁷⁾

(1) 連邦憲法修正一条は、連邦議会及び連邦政府が言論の自由を侵害することを禁止している。しかし、先例によると、右の自由な言論条項は政府言論を規制するものではない⁽¹⁸⁾、政府自身の言論は修正一条の審査を免除されている⁽¹⁹⁾。なぜなら、政府言論に見解中立性 (viewpoint-neutrality) を求めることはそれを無意味なもの (paralyzing) としてしまうことになるであろうからである⁽²⁰⁾。

その一方で、政府言論の法理は、濫用のおそれのある法理でもある。なぜなら、政府は私的な言論に是認を与えることで、気に入らない見解の表明を抑圧することもできるからである。したがって、政府言論の先例の及ぶ範囲については、慎重に判断されなければならないであろう⁽²¹⁾。

(2) 本件での問題は、連邦政府の機関である USPTO によって登録される商標の内容に関するものである。その標章は、連邦政府によって考え出されたものでもなく、登録のために提出された標章に連邦政府が改変をくわえるわけでもない。侮辱条項 (15 U.S.C. § 1025 (a)) が適用される場合を除けば、審査官 (examiner) は、その標章に表された見解に基づきその登録を拒否することはできないのである。同条項の場合でない限り、標章で伝えようとしている見解は連邦政府のものと一致している必要はなく、また、すでに登録済の他の標章が表明している見解と一致していることも求められてはいない。したがって、ランハム法の見解中立的な一定の要件を満たせば、商標としての登録が認められなければならないのである⁽²²⁾。

これらのことをふまえると、登録された標章の内容は政府言論であるとは言えない⁽²³⁾。USPTO による登録も標章への賛同を表明するものではない⁽²⁴⁾。仮に連邦で登録された商標の内容が政府言論となるなら、連邦政府は、相矛盾

する見解を表明していることになるであろう。⁽²⁵⁾

(3) 政府言論に関する先例も、商標登録が政府言論であることを支持するものではない。

たとえば、牛肉製品の販売促進広告が問題となった *Johanns v. Livestock Mktg.* は、連邦議会及び農務省がその広告の内容のガイドラインを作成するなど「牛肉販促のために発したメッセイジの全てが連邦政府によるもの」であった。ここでの牛肉広告の制作に関わった連邦政府と本件での商標登録における連邦政府とは、いかなる類似性も見られない。⁽²⁷⁾

また、市の所有する公園に建立されている私的団体からの寄付による十戒の記念碑が争われた *Pleasant Grove City v. Sumnum* では、公立公園はしばしば公衆とその土地を所有する政府とが一体となる機能を果たしてきており、そこにある記念碑は政府のメッセイジを運ぶ効果をもつものと認識されてもいる。⁽²⁸⁾ これに対して、商標は、こうした性質をもつものではない。商標は伝統的に連邦政府のメッセイジを運ぶものとは理解されてきていない。⁽²⁹⁾

さらに、特製ナンバー・プレートに関するテキサス州の事案である *Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans* でも、①ナンバー・プレートは長い間において州のメッセイジを運ぶものとして利用されてきたこと、⁽³⁰⁾ ②それは州によって制作され、州の所有であり、一般的には州によるデザインが付され、政府IDとして機能していること、⁽³²⁾ ③テキサス州は特製プレート上のメッセイジについて直接規律してきたこと、⁽³³⁾ これらを理由に、政府言論の法理が展開されている。しかし、こうした要素は商標登録拒否要件を問題としている本件では見当たらない。⁽³⁴⁾

(4) このように、商標登録がある標章を政府言論に変換するという政府の主張は、政府言論の法理の常識に適用ないばかりか言論の自由を脅かしさえする論理である。また、商標登録が政府言論を構成すると言うなら、他の政府登録制度も、同じ性格をもつことになるであろう。⁽³⁵⁾ 商標は私人の言論であり、政府言論ではないのである。⁽³⁶⁾

2 商標は政府助成か否か⁽³⁷⁾

(1) 政府は、本件を、特定の見解を表明する言論への助成 (subsidized speech) の問題として扱うべきである、と主張している。⁽³⁸⁾ しかし、本件はそうした問題ではない。

(2) 商標は政府の「補助金 (cash subsidies)」であると主張する政府が依拠している先例はつぎのものである。すなわち、連邦法が家族計画に関係して私的団体に資金提供をした *Rust v. Sullivan*⁽³⁹⁾、芸術家へ助成金が支給された *National Endowment for the Arts v. Finley*⁽⁴⁰⁾、連邦基金及び公立美術館が争われた *United States v. Am. Library Ass'n*⁽⁴¹⁾。また、*Regan v. Taxation with Representation of Wash.* も⁽⁴²⁾。それは税優遇と補助金との関係に関するものであった。しかし、商標の連邦登録制度はこれら補助金の事案とは異なると言わざるを得ないであろう。

(3) 商標の登録においては、USPTO が標章の登録を求める当事者に資金を提供することはない。逆に、出願者は、USPTO に登録出願料を支払わなければならない。⁽⁴³⁾ また、標章の保有者は、登録を維持するために一〇年ごとに登録の維持費用を支払う必要もある。⁽⁴⁴⁾

商標登録制度は、単なる政府登録制度に過ぎない。それは、たとえば、連邦は著作権及び特許の登録制度をもっている。また、州及びその下位部門は不動産の権利や自動車免許や狩猟・漁業・船舶の免許に関する登録制をもっている。それらと同じである。

商標登録は出願者に対して助成を行うものではない。本件は政府助成の問題でもない。⁽⁴⁵⁾

3 「政府プログラム」の法理の適用可能性⁽⁴⁶⁾

(1) 政府は「政府プログラム (government-program)」という新しい法理により侮辱条項の維持を求めている。⁽⁴⁷⁾ それは、政府言論と政府助成を融合した法理論のようであるが、新しい要素としては、公務員の給料から労働組合費

を天引きするというような左の二事案の例に内包される法理論として提示されている。

しかし、それらの事案は修正一条の特殊な法理としての位置にあるので、商標の登録とは乖離していると言わざるを得ない。⁽⁴⁸⁾

(2) 二つの事案とはそれぞれつぎのものである。

Davenport v. Wash. Educ. Ass'n⁽⁴⁹⁾ は、公務員の給与から団体交渉を目的とする費用の天引きは認めるが、選挙運動の費用については職員の積極的な同意がない場合には天引きを認めていないワシントン州法の憲法適合性が争われている。⁽⁵⁰⁾ 職員の労働組合は、同法を言論を内容に基づき制約するものであると主張したが、連邦最高裁は、団体交渉については非組合員の負担も法定（フリーライド防止）しただけで政治的意見表明に関するものは労働組合に便益を与えなかった（非組合員の表現の自由の保護）だけであるとして、労働組合の自由な言論の権利を侵害するものではないとしている。⁽⁵¹⁾

同様の法理は、*Ysursa v. Pocatello Educ. Ass'n*⁽⁵²⁾ でも展開されている。そこでは、公務員の給与から労働組合費を天引きすることは認めるが、政治団体へ組合が送金するための天引きは認めないアイダホ州法の憲法適合性が争われている。⁽⁵³⁾ 連邦最高裁は、特定の思想表明のための基金への補助を政府は要請されていないとして、労働組合の主張を退けている。

(3) *Davenport* 及び *Ysursa* は、煎じ詰めて言えば、政府が望ましいと考えること（団体交渉の利益についてフリーライドを防止する）のために政府が金銭によらない支援（費用の給料からの天引き）をすることを定めた法律が、それ以外の活動については同様の利益を与えていないことについて争われている。二つの事案は、前述している政府助成と同様に、本件とは関連性を持たないと言えよう。⁽⁵⁶⁾ なぜなら、商標登録は政府が望ましいと考えた標章に管

理権を設定する制度ではないからである。

三 侮辱条項は見解に基づく言論規制か

(1) アリートは、商標制度を「限定的パブリック・フォーラム (limited public forum)」とのアナロジーで理解しようとしている⁽⁵⁷⁾。政府は、同フォーラムを設定したなら、そこにおいてはある種の言論内容規制や言論者を理由とした規制が許されることもある⁽⁵⁸⁾。しかし、そのような場合においても、連邦最高裁が「見解差別 (viewpoint discrimination)」と理解してきた事柄は禁止されているのである⁽⁵⁹⁾。

(2) 連邦最高裁の先例において「見解」差別は広範な意味で用いられてきている。その先例に倣えば侮辱条項も見解に基づき言論を差別していると言える⁽⁶⁰⁾。

たしかに侮辱条項は、すべての集団を侮辱することを押し並べて禁止している。それは、いかなる集団を対象としていても、そのかなりの割合を不快にするいかなる標章の登録をも拒否している。しかし、それは見解差別である。「不快を与えるというのは見解なのである (Giving offense is a viewpoint)」⁽⁶¹⁾。

先例⁽⁶²⁾では、思想の表明は、それが単に聴衆の一部を不快にすることを理由に禁止されてはならないことがくり返されている。ある事例では「修正一条の基に何か原理があるとするなら、それは、単に社会がその思想それ自体を不快又は賛同できないと思うであろうことを理由として、政府は思想の表明を禁止してはならないということである」⁽⁶³⁾とも言われている。

言論を見解に基づき規制している侮辱条項は、ある種の言論内容又は言論を理由とする言論規制が許される政府プログラムの一類型と捉えることで憲法適合性をもつ、と言うことはできない。

四 侮辱条項に適用される違憲審査基準

侮辱条項は、政府言論、政府助成、政府プログラムのいずれの法理でも、その憲法適合性を判定することはできない。それでは「侮辱条項の憲法適合性」を判定するために、つぎに商標は営利的言論 (commercial speech) であるか否かについての検討に進もう。商標が営利的言論なら、その憲法適合性は *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Serv. Comm'n*⁽⁶⁵⁾ で示された審査基準によって判定されることになる⁽⁶⁶⁾。

1 商標は営利的言論か否か

(1) この点について、政府は、すべての商標は営利的言論であるとしていた。なぜなら、商標の主な目的は、営利的であり、連邦法は公正かつ秩序ある州際通商を促進するために商標規制をしてきているからだと言う。

これに対して、タム側は、すべてではないとしても、多くの商標は表現としての要素 (expressive component) を有しているとしている。換言すると、そのような商標は、製品やサービスの出所を単に特定するものではなく、それを超えて製品やサービスについて何かを語るものであると言う。本件の「The Slants」も、音楽バンドを特定することを超えて、社会問題 (social issues) についての意見を表明するものであると言うのであろう。

(2) 両当事者は右のように整理するけれども、本件では、この両者の主張の甲乙をつける必要はない。なぜなら侮辱条項は *Central Hudson* の基準でさえパスできないからである⁽⁶⁷⁾。

セントラル・ハドソン・テストの下で、言論規制が憲法適合性をもつためには、同規制が「実質的な利益 (substantial interest)」を目的とし、手段が「厳密に設えられている (narrowly drawn)」必要がある⁽⁶⁸⁾。このことは「規制手段がその目的に資する範囲だけに及んでいること」⁽⁶⁹⁾を意味している。侮辱条項はこの要求を満たしていない⁽⁷⁰⁾。

2 侮辱条項はセンシティブ・ハドソン・テストをパスしない

(1) 侮辱条項には、二つの目的があるとされている。第一の目的は、思想の多様性と呼ばれているものである。侮辱条項について連邦政府は「営利広告における蔑みのメッセージで攻め立てられること」から「少数派集団」を防御するためのものであると言う。⁽⁷⁶⁾ 連邦政府は、不快な思想を表明する言論を防止することに利益を有してきた、⁽⁷⁷⁾ と言うのである。

しかし、右のことは、修正一条の核心に反している。⁽⁷⁸⁾ 人種、民族、性差、宗教、年齢、障害その他の同様の指標に基づく集団を侮蔑する言論は憎悪に満ちている。しかし、われわれの自由な言論に関する法理論で誇るべきことは「われわれが忌み嫌う思想」を表明する自由をも保護してきたことである。⁽⁷⁹⁾

(2) 侮辱条項の第二の目的は、秩序ある営利活動を保護することであるとされている。営利活動は「人種、性差、民族、出自、宗教、性的嗜好その他の同様の個体識別的分類に対する侮辱を含んでいる」商標により妨害されるというのである。⁽⁸⁰⁾ そのような商標は、営利活動に有害な効果をもたらすと認識されてきた差別行為と類似性をもつ、⁽⁸¹⁾ というのである。

しかし、右目的との関係では、侮辱条項は個人的差別を意図する商標を排除するために「厳密に設えられて(いない)」。本条項は、表面上の侮辱があれば侮辱的ではない内容の商標にも適用されてしまう。すなわち「人種差別主義者をやっつけよう」「性差別主義者をやっつけよう」「同性愛差別者をやっつけよう」という商標にも同じように適用されるのである。まるで「楽天的な会話 (happy-talk) 条項」のようなものであり、政府が主張している目的を超えて広範な適用のある条項になっている。

また本条項は、生死を問わずあらゆる人及びすべての機関に適用される点においても、その適用対象は極めて広

範であると言える。

3 まとめ

営利的言論から不快を引き起こすおそれのある表現を排除し得るかというより深遠な問題もある。営利的市場には、著名な人物やグループを侮辱する商品も数多く流通している。そして、営利的言論と非営利的言論の境界線は常に明確というわけでもない。こうしたなかで、ある表現を営利的という分類で固定してしまうことは、政治的又は社会的「不安定さ（volatility）」を誘発し得る言論を抑圧する法理論を導くことになるであろう。そうすれば自由な言論は危険に晒されてしまう。⁽⁷⁶⁾

これらを理由に、侮辱条項は、修正一条の自由な言論条項に反すると言える。

第四項 評 釈⁽⁷⁷⁾

一 他の事案

(1) 侮辱条項の憲法適合性に関する本件以前のもので、第五巡回区連邦控訴裁の事案がある。そこでは、同条項に基づく登録拒否は修正一条に反するという主張が退けられている。⁽⁷⁸⁾

(2) 本件と同時期の事案として、商標登録されていたアメリカン・フットボール・チームの名称である「Washington Redskins」に関するものがある。二〇一四年にUSPTOは「Redskins」というチーム名の商標登録延長を拒否している。それがネイティヴ・アメリカンを「侮辱（disparaging）」する標章であるというのがその理由である。⁽⁷⁹⁾ レッドスキンスは連邦地裁に不服を申し立てたけれども、①「ランハム法」第二条（a）は修正一条には

関係していないこと」⁽⁸⁰⁾、②同チーム名は確かに侮辱的であること、これらを理由に地裁はUSPTOの判断を認容している⁽⁸¹⁾。

なお、右事案は本件が連邦最高裁に係属されたまさにそのとき、第四巡回区連邦控訴裁に上訴されている。本件の法令違憲判決をうけ、右事案は、原審に破棄差し戻されている⁽⁸¹⁾。

二 ランハム法第二条(a)は自由な言論を侵害する(全員一致)

本件には、アリート裁判官執筆の判決文の他に、A・ケネディ(Anthony M. Kennedy)裁判官及びC・トーマス(Clarence Thomas)裁判官による個別意見が付されている⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾。但し、侮辱条項が修正一条の自由な言論条項に反するという点においては全員の一致がある。三つの意見とも、自由な言論条項は「侮辱」商標の登録拒否を政府に許していない、と結論しているのである⁽⁸⁴⁾。

右のように本件の裁判書は三つの意見で構成されているけれども、それらはつぎの個別事項についても概ね賛同していると評価できる。以下、分説する(三〜五)。

三 ランハム法第二条(a)は言論に対する見解規制である

ランハム法第二条(a)は、特定の人又は集団を「侮辱」する商標の登録を拒否することを政府に許す規定である。この規定が言論をそれが伝えるメッセージを理由に抑圧する「見解差別(viewpoint discrimination)」にあたる⁽⁸⁵⁾との評価には裁判官内に概ねの賛同があるように思われる。

政府は、右の点について、同規定は言論を見解に基づき差別するものではないとしていた。その理由は、同規定

は「侮辱」的商標を同じ様に扱っている、すなわち「民主党又は共和党及び資本主義又は社会主義をけなすものに」適用される、というのである。

しかし、連邦最高裁は「不快を与えるというのは見解なのである」⁽⁸⁷⁾との標語を掲げて政府の主張を明確に否定している。事実、USPTOの記録から第2条(a)が不均衡に適用されてきた十分な証拠を見つけることができる⁽⁸⁸⁾。本件においても、審査官は「The Slants」の登録をアジア人を「侮辱する」標章であることを理由に拒否していた⁽⁸⁹⁾。しかし、審査官は、たとえば「Asian Efficiency」及び「Celebrities」といったアジア文化を賞賛する標章には商標登録を認めてきている⁽⁹⁰⁾。仮にこうした法規定が政府が言うように見解差別に当たらないとするなら、本件でケネディ裁判官が言うように「公職者を褒め称える言論は許され非難する言論は許されないとすることさえ見解中立性をもつ」⁽⁹¹⁾ことになる。

本件は、ある集団を賞賛するものには商標を認め、同じ集団を侮辱するものには否定することを許すランダム法の規定を見解差別にあたりと評価したのである。こうした規定は、アメリカでは自由な言論の保護の核心を侵害するものであると評価されてきた言論規制なのである⁽⁹²⁾。

四 見解に基づく規制は修正一条に反する

また、本件の裁判官たちには、見解差別は言論に対する政府の規制のうち特に悪性の(pemicious)形態であり自由な言論条項の下で違憲の推定がはたらく規制であることにも、概ね評価の一致を見ることができる。なお、連邦最高裁の先例は、政府が主題(subject)ではなく「その主題に関して言論者が表明した特定の見解」を狙って規制しているとき、同規制は「修正一条違反が露骨になる」としてきている⁽⁹³⁾。また、アリートは先例に依拠して、つ

ぎのようにも言う。すなわち、連邦最高裁は「思想の表明は、それが幾人かの聴衆にとって不快であることを理由に禁止することはできない」と再三再四、繰り返してきている⁽⁹³⁾。同様に「修正一条は他者の犠牲の上にある種の見解及び思想への賛同を表明する言論を規制することも禁止してきている」⁽⁹⁴⁾と。見解規制に「違憲の推定 (presumptively unconstitutional)」がはたらくという点については、ケネディも同意している⁽⁹⁵⁾。

さらに、本件の裁判官たちには、ランハム法第二条 (a) の下で聴衆を不快に陥らせないことが憲法上の保護法益にはならないことにも、見解の一致を見ることができ。むしろ、反対者の利益を言論の禁止又は言論への負荷を正当化する論拠とするなら、それは政府による許されざる言論抑圧と評価されることにもなり得る⁽⁹⁶⁾。たとえば、政府は、嫌悪される団体による集団行進をそこで表明される思想の反対者が妨害することで引き起こされるかも知れない安寧への危害を理由に、不許可にすることはできない。ケネディの言葉にもあるように、言論の抑圧されるべき攻撃性を理由に修正一条の制約を正当化することは、連邦最高裁も長らく否定してきていることである⁽⁹⁷⁾。

公然となされる討論において、修正一条により「思想の自由な交換の保障が形成されてきた」ということは憲法の根本である⁽⁹⁸⁾。この討論において特定の見解の表明を抑圧することを政府に許したなら、この憲法の根本は危殆に瀕するであろう⁽⁹⁹⁾。

五 商標は私的言論であり政府言論ではない

(1) 仮に商標登録制度が政府言論又は言論に対する政府助成であるなら、見解に基づく判断も許されるという点にも裁判官内に見解の一致があると思われる⁽¹⁰⁰⁾。「自由な言論条項は政府言論を規制するものではない」という確立された法理論があると言うのであろう⁽¹⁰¹⁾。事実、政府は、新規政策を始めるとき、規制権限を行使するとき、連邦議

会に法案を提案するとき、大統領命令を発するとき、その他の統治作用における多くの権限行使にあたって、特定の見解を是認することが必要である⁽¹³⁾。

ところで、近年「政府言論の法理」が拡大されて適用される傾向を見ることができると。たとえば、二〇〇一年の *United States v. United Foods* ⁽¹⁴⁾ では、キノコ業界を活性化するための政府の支援を受けた広告を「私的言論」としていたのに対し、二〇〇五年の *Johanns v. Livestock Mktg.* ⁽¹⁵⁾ では、牛肉業界を活性化するための政府の支援を受けた同種の広告を「政府言論」としている。しかし、本件における裁判官たちは、連邦最高裁が政府言論の先例を広範に適用することの危険性も認識していた⁽¹⁶⁾。

本件での問題は、連邦政府が設置している商標登録制度が登録された標章を政府が是認した商標にするものであるのか、という点にある。仮にそうであれば、ある標章を商標として登録すること／しないことは、一種の「政府言論」ということになるであろう。

本件の裁判官たちは、全員一致して、右の法構造を否定している⁽¹⁷⁾。「政府言論」に関する幾つかの先例との違いを分析した後、連邦最高裁は、私的な商標が登録されたとしてもそのことは「私的言論 (private speech)」である当該標章を「政府言論 (government speech)」にするものではない、と結論づけている⁽¹⁸⁾。

(2) 本稿は *N. Kuckes* (*Niki Kuckes*) 論文同様、この結論に賛同するものである⁽¹⁹⁾。商標として登録されたということは、登録された商標がその標章を保有する者の製品やサービスの出所を同定するために法的な一定の要件を備えたものであることを公衆に示しているだけである。その過程に「政府によるお墨つき (imprimatur)」の要素はない⁽²⁰⁾。

ところで、登録制度との関係では、本件でも参照されている *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate*

Veterans⁽¹¹⁾がある。テキサス州法は州の担当者に通常の表記事項と共にある種の意見表明 (messages) をくわえた「特別なデザインのナンバー・プレート (specialty license plates)」の掲示を承認するか否かについて広範な裁量を認めていた。担当者には仮に掲示内容が「公衆にとって不快である (offensive)」と判断した場合に当該プレートの掲示を否定する権限も与えられていたのである。

右の事案では、私的な意見表明が含まれているにもかかわらず、自動車のナンバー・プレートのデザインについて「政府言論性」を肯定していた。「政府が指示し、政府が統制し、そして、政府が発している」車両を特定するためのプレートのデザインを州が受容しているのであり、したがって「州の意見表明を運ぶ又は伝える効果」を伴うものであると言うのである⁽¹²⁾。

これに対して、商標登録制度は「政府言論性」を持たないと思われる。商標登録の法構造を見ても、たとえば、政府がナイキ (Nike) 社のスローガンの商標登録を認めたとしても、そのことは政府が同スローガンへの賛同を表明するものでもなく、公衆に対して「Just do it」と呼び掛けているわけでもない⁽¹³⁾。そうではなく、商標の登録は、そのスローガンがスポーツ用品の販売において商標として主張されていることを公衆及びナイキの同業者に示すだけのものである⁽¹⁴⁾。

政府が設営している夥しい数の何らかの登録制度がある。しかし、こうした登録制度は、被登録表現を政府言論に変えるものではないのである。

(3) 反面、政府は不快な又は特定の人種を侮蔑するような商標又はスローガンを連邦登録制の下で受け入れるべきではない、という議論もある。しかし、これにも本件は、政府が商標登録を許容しても、その不快な商標により表現されていることを政府が表明しているわけでもなく、表明された意見を政府が是認しているわけでもないとする

ること、右議論を否定している。⁽¹⁵⁾

こうして本件は、ランハム法第二条(a)の「侮辱条項」に対して、法令違憲判決を下している。それは、知的財産権制度と表現の自由との衝突という視点から見ると、はじめて表現の自由が優先された事例と言えるであろう。⁽¹⁶⁾

六 日本法との関係

工業所有権保護に関する国際条約であるパリ条約(Paris Convention)六条の五B項三号は「道徳又は公の秩序に反するもの」について「外国登録商標」の保護を否定している。本条約加盟国には、これに呼応するように、同性質をもつ商標の商標登録を拒否する規定をもっている。

昭和三四年制定(法律第一二七号)のわが国の商標法四条一項七号も「公の秩序又は善良な風俗を害するおそれがある商標」を「商標登録を受けることができない商標」として規定している。パリ条約加盟国の該当規定及びわが国の右規定についても、Matal v. Tamと同様の問題があることが外国文献で指摘されている。⁽¹⁷⁾

第五項 小 括

一 アメリカ連邦最高裁が商標法のある規定について言論の自由を保障した修正一条に反すると判断したはじめの事例であるMatal v. Tamの判旨(第三項)及び本稿による評釈(第四項)は、つぎのようにまとめることができるであろう。

①政府言論には修正一条の法理が適用されないことを前提としても、商標登録制度は申請者の「私的言論」を

「政府言論」に変換するものではない。

②したがって、政府による商標登録の可否は、修正一条の審査を免除されていない。

③ランハム法第二条 (a) (15 U.S.C. § 1052 (a)) の侮辱条項は見解に基づき商標登録の可否を判定するものである。

④仮に商標規制が営利的言論規制であるとすると、同規制の憲法適合性を判定する基準はセントラル・ハドソン・テストである。

⑤但し、右規制が営利的言論規制に該当するか否かを判断する必要はない。なぜなら、本件侮辱条項はセントラル・ハドソン・テストすらパスしないからである。

二 右のまとめを受けて、本稿が *Maral v. Tann* で注目していることは、つぎの点にある。

①商標 (trademark) に関する規制は言論規制 (speech restriction) である。

このことは、商標登録制度、換言すると、USPTO に商標登録の可否を判定させる連邦商標法の規定について修正一条の法理を適用した連邦最高裁の見解から裏づけられると思われる。

②見解に基づく言論規制は許されないという連邦最高裁の先例と本件の判決内容は一致している。

連邦最高裁は、すでに *R.A.V. v. City of St. Paul* ^(註) で不快であることを理由にしたヘイトスピーチ規制に対して、同規制が見解差別であることを理由に修正一条に反するとしていた。本件は、不快であったとしてもその言論を規制することは見解差別であり許されないとしている連邦最高裁の先例と軌を一にしていると評価することができるであろう。

三 Matal v. Tam には商標保有者の言論を連邦商標法が規制するという「典型的言論規制」の構造を見ることが出来る。したがって、同事件は R.A.V. 判決の射程に位置づけられると同時に、国家による表現の自由の制約を問題としてきた憲法学の射程にも定型的に収まりうる事案であったと思われる。

本稿は、つぎに、商標保有者に法律に基づき与えられた「商標権の効果」が他者の言論を制約しているという問題を扱っていく。それは、私人間における言論規制という土俵の上にある。「知的財産権と表現の自由」のテーマで扱われるべき問題は、こちらが「典型的」である。

第四節 商標稀釈化法制と連邦最高裁の判例法理

第一項 緒言

一 商標の侵害 (infringement) は、後行 (junior) 商品が先行 (senior) 商品から派生するものである、あるいは、後行商品が先行商品の是認を受けていると消費者が混同するとき生じるものである。一方、商標の稀釈 (dilution) とは、商標の価値が「少しずつ減らされる (whittling away)⁽¹⁾」という状態のことである。それは商標権者の感情的害悪 (emotional harm) の類であり、裁判所は、ブランド・イメージへの感情的損害 (damage) が侵害を認定する理由となるという法理論を受け入れてきている。

このことによるとつぎのように言える。商標稀釈化法制⁽²⁾は、感情的なことを理由として言論に対するある種の私的統制を容認している。それは、名誉毀損法制が事実認定として排除している事柄である。換言すると、政府は、

二人の当事者間において一方が他方の感情に損傷を与えたことについての救済を与えているのである。⁽¹²⁾したがって、商標権者は、保有する商標に関する敬意を毀損すると感じられる他者による標章の使用を防止することができる。こうした商標稀釈化法制は、不法行為法上の欺罔 (tort of deceit) の防止という商標保護の本来的理由によっては正当化できないものであろう。

二 前述したことであるが、一九六四年の *New York Times v. Sullivan* ⁽¹³⁾ は、現在の修正一条の法理に欠かせない法理論を展開していた。それは、右のように政府が原告に対する被告の言論に法律上の責任を負わせるという法制度を設営しているとき、その法的救済の範囲については憲法上の制限がある、というものである。⁽¹⁴⁾ *New York Times v. Sullivan* 以降、国家が私人の権利主張をエンフォースするとき、この国家行為 (government action) には修正一条の審査が直接適用されるという判例が確立している。彼の事例では *L・サリバン* が *ニューヨークタイムズ* を名譽に対する害悪を理由として訴訟提起することをアラバマ州法が許していた。同じように、商標法は、商標権者に、権利侵害者及び商標稀釈者に対する訴訟の提起を許している。商標法制は *New York Times v. Sullivan* の法構造をもっているのである。

ところが、右の二者には明確な違いがある。連邦最高裁は、サリバンが *ニューヨークタイムズ* の言論を統制するアラバマ州法上の権限には鋭く制限をくわえている。これに対して、商標権者による権利保全訴訟では、その鑑が見られない。⁽¹⁵⁾ 本稿は、名譽毀損法制では違法とされないような言論形態が、商標法制では不法行為に当たるとされてきていると見ている。このことを、本節では商標稀釈化法制において検証していこうと思う。

第二項 Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Hyundai Motor Am.⁽¹⁸⁾

一 事案の概要

(1) 二〇一〇年スーパー・ボールの試合後、Hyundai Motor America (以下「ヒュンダイ」とする。)は、その代理人が「商品としての価値としてではなく高価な値札で示される贅沢というもののユーモアのある社会経済的批評」というところの広告をはじめて映写している。そのCMは一月に平均して五度ほど放映されていて、そこには Louis Vuitton Malletier, S.A. (以下「ルイ・ヴィトン」とする。)の有名な商標と似ている特徴的な模様⁽¹⁹⁾に装飾されたバスケットボールの映像が一秒ほど含まれていた。

ルイ・ヴィトンは、右のCMが自社の商標を稀釈化し及び商標権を侵害しているとしてニューヨーク州法及び連邦法に基づく訴訟を提起している。

(2) ヒュンダイの三〇秒間CMはつぎのような内容で構成されていた。警官がパトカーのなかでキャビアを食べているところ。豪華なヨットが地味な住宅に置かれているところ。肉体労働者が昼食にロブスターを食べているところ。市中心地の金のリングの大理石のコートでバスケットボールをしている四秒間のシーン。そして、シャンデリアで照らされ横断歩道が赤絨毯の道路を走行する一〇秒間のソナタ車のシーン。

この市中心地におけるバスケットのシーンでのバスケットボールがルイ・ヴィトンの標章で、同一のものではないが、覆われていたのである。

ルイ・ヴィトンの「トワレ・モノグラム」⁽²⁰⁾の標章は有名である。それは「LV」の文字と花に似たシンボルを図

案化して栗茶色の背景にくり返し置かれたものである。ルイ・ヴィトンがこの標章をはじめて連邦特許商標庁に登録したのは一九三二年のことである。以来、継続して登録を維持してきている。

ヒュンダイのCMは、その他の部分については僅かな違いしかないとはいえ「LV」の文字を「LZ」に替えたものであった。

(3) ヒュンダイはつぎのように主張している。このCMは、二〇、〇〇〇ドル程度の中型セダンである二〇一一年製造のソナタのフォルム、性能及び快適さを強調しようとしたものである。さらにこのCMは「ソナタは『すべての人に贅沢を』提供できると消費者に示すことにより贅沢の概念を再定義しようとするものである。そのためにCMは毎日の生活の中での贅沢のシンボルを並列すること、高級な⁽¹⁸⁾としての贅沢 (luxury-as-exclusivity) の愚かさをからかうもの「である」⁽¹⁹⁾とも言っている。

また、ヒュンダイは、ルイ・ヴィトンの標章を含む古い贅沢さの象徴を、景気後退期における贅沢さの再定義が必要であることを示す右のCMの「ユーモアのある社会経済的批評」のために使用しているとも言っている。CMは、製品にとって贅沢さとは何を意味するのかを消費者に再考してもらおうとするヒュンダイとは区別されるこれらの古い贅沢観をからかうものであるというのであろう。CMは、ヒュンダイによれば、ソナタの良識とルイ・ヴィトンとを区別するためのものなのである。

(4) P・キャステル (P. Kevin Castel) 裁判官による summary judgement は、連邦商標法上の不明確化 (blurring) による稀釈化に該当するとして、ルイ・ヴィトンの主張を認容している。

二 評 釈

— New York Times v. Sullivan の不一致

(1) 本件の CM におけるヒュンダイの意図は「高級さとしての贅沢」をバカにすることで同社が提供しようとしている「すべての人の贅沢」を日常生活の中で提示することであったと言えよう⁽¹³⁾。しかし、ニューヨーク地区連邦地裁は、ルイ・ヴィトンの標章を用いて右を喚起することは連邦商標希釈化法 (15 U.S.C. § 1125 (c)) においてもニューヨーク州法 (N.Y. Gen. Bus. L. § 360-1) においても商標が希釈化された、と判断したのである。

右の判断に至る過程において、連邦地裁は、ヒュンダイがルイ・ヴィトン特定してパロディ、批判あるいは批評するものであったか否かについて、検討している⁽¹⁴⁾。ルイ・ヴィトンをターゲットにしたものなら、修正一条の法理又は法令上のフェア・ユースの適用が考えられるからであろう⁽¹⁵⁾。しかし、その意図の存在は否定されている。高級ブランドであるルイ・ヴィトンを用いたのは、同種のブランド一般に対する批評を意図してのものだったのである⁽¹⁶⁾。

この連邦地裁の法理論の概略はつぎのように整理することができる。ここでは、煩瑣を避けるため連邦商標法に焦点を合わせることにする。

(2) 二〇〇六年制定の連邦商標希釈化法改正法 (Trademark Dilution Revision Act of 2006 [TDRA], 15 U.S.C. § 1125 (c) (1)) はつぎのように規定していた。

「エキイティの原則に従い、著名商標の保有者は、現実のあるいは予見される混同、競争関係、現実の経済的損失、これらの有無に関わらず、当該著名性が本来的なものであると使用による著名性であろうと、保有者の標識が著名になったいかなる時点においても、著名商標の不明確化による希釈化あるいは汚染による希釈

化を生ずるおそれのある他者による該当標章の商業上のまたは商号の取引上の使用を、差し止める権限をもつ」。

本規定による商標の稀釈化の成立に消費者の混同及び商標使用者間における業体の競合は要件とされていない。

連邦地裁は、いくつかの先例を引用しつつ、つぎのように言う。連邦商標稀釈化法は「販売者の利益だけをもくろんでいる。それは、有名な標章の所有者を、後行使用者 (junior user) が商品の販売とは関係しない非競合的仕方において同じ標章を使用するにあたり、商標法に規定された稀釈化の類型から保護することを目的としている」。

それは「[商品の] 競合及び混同の不存在に関わらず」適用される。⁽⁸⁴⁾ さらに、二〇〇六年改正法は、侵害を主張する先行使用者 (senior user) が「現実の稀釈化 (actual dilution)」を立証しなければならぬという要件を削除している。⁽⁸⁵⁾ TDRAの下で、原告は「稀釈化のおそれ」のみ主張すればよいのである。ここには商標登録された他者の標章を用いた言論に対して不法行為を推定するという「厳格責任の法構造」を見てとることができる。

(3) TDRAは商標のフェア・ユースについても規定している (15 U.S.C. § 1125 (c) (3))。 「つぎのものは本項の下での不明確化による稀釈化および汚染による稀釈化に基づく訴因とはならない。

(A) 著名商標のフェア・ユース。 「それは、」 自己の商品または役務の出所を指示するものとしてではなく他者の「著名商標」を使用することであり、それには、記名的及び記述的フェア・ユースを含むすべての形態におけるフェア・ユース、または、そのようなフェア・ユースの促進となるものが含まれる。それにはつぎのようなものと関係する使用が含まれている。

- (i) 商品やサービスの比較を消費者に可能にする広告や宣伝。あるいは、
 - (ii) 著名商標の保有者またはそれが付された商品や役務に対するパロディ、批評及び論評。
- (B) すべての形式におけるニュース報道及びニュース論評。

(C) 当該商標の非営利的使用。」

ヒュンダイは、自社によるルイ・ヴィトンの標章の使用は「著名商標の保有者またはそれが付された商品や役務に対するパロディ、批評及び論評」(15 U.S.C. § 1125 (C) (3) (a) (ii)) に該当するものであると主張していた。なぜなら、いかなる形態でも「標章の非営利的使用」は「訴因とはならぬ」(15 U.S.C. § 1125 (c) (3) (C)) とされている規定は、営利的文脈における使用についてフェア・ユースの適用を排除するものではないというように解釈し得ると思われるからである。⁽¹⁷⁾

しかし、連邦地裁は、先述しているように、ヒュンダイのCMはルイ・ヴィトンに対する直接の「批評(comment)」ではないことを理由に、本件CMのフェア・ユース該当性を否定している。それは「『著名商標の保有者またはそれが付された商品や役務』に対する批評、論評あるいはパロディではない」と言うのである。⁽¹⁸⁾

このあたりはターゲット型のパロディ(対象作品それ自体を直接的に批判、諷刺する目的でパロディ化しているもの)は免責、ウェポン型のもの(対象作品それ自体ではなく市井の風習や因習又は正統とされる価値を批判、諷刺する目的で対象作品をパロディ化したもの)は非免責という先例に一致した判断である。

(4) フェア・ユースが立証できなければ稀釈化のおそれで損害賠償

憲法上の表現の自由によって免責されるパロディはターゲット型に限られるとすることの評価はここでは措く。⁽¹⁹⁾ 本件での連邦地裁の思考法は、つぎの一文で要約し得るであろう。すなわち、フェア・ユースに該当しなければ先行商標の稀釈化に対しては後行使用者に厳格責任が負わされている、と。ここには、表現の自由の価値を理由として、名誉毀損表現に厳格責任を課していた判例を変更した *New York Times v. Sullivan* の表現の自由論との不一致があるのではなからうか。

New York Times v. Sullivan は、名譽毀損訴訟において言論者の言明に故意過失を推定して（＝嚴格責任）、言明内容が真実であることが言論者において立証された場合のみ同者の不法行為責任を免責する、という判例法理を否定するものであった。⁽¹⁴⁾ 表現の自由保護的なこの判例法理は、公職者 (public official) に対する言論だけでなく、有名人 (public figure) や衆目の関心を浴びている人 (public interest) などに対する言論にも適用される法理論である。そこには「社会的権威 (social authority)」を宛先とする言論も含まれることであろう。

ひるがえって、連邦地裁の本件判決は、くり返しであるが、先行商標の稀釈化に対して後行使用者に嚴格責任を負わしている。ヒュンダイによるルイ・ヴィトンの商標使用に対して、その使用態様による「稀釈化のおそれ」の発生のみで権利侵害を認定している。それはヒュンダイの使用態様に稀釈化の故意過失を推定して判決を下す、という、New York Times v. Sullivan 以前の判決手法と軌を一にするものではなからうか。それは、ある者の表現行為において、その表現の内容が「高価値言論 (high value speech)」であるならば憲法上の表現の自由の価値により不法行為法上の責任を免責するところ New York Times v. Sullivan の法理とは一致しない判決内容ではなからうか。

II R.V.A. v. St. Paul Mafal v. Tam の不一致

(1) ところで、こうしてルイ・ヴィトンに自社のブランド・イメージを独占させることは、言論者に対するある差別的な判断を容認するものとなっている。⁽¹⁵⁾ すなわち、商標稀釈化法制はルイ・ヴィトンが、自社の名声を高めるような商標の使用には同意を与え、ヒュンダイのような商標の使用法には差止訴訟で応戦するというように、言論内容について見解差別的に対応することを法認するものになっているのである。

この点に関連して、あるヘイトスピーチ事案で、連邦最高裁はつぎのように述べていた。

「州は価格表示について、詐欺の危険が高いことを理由に、他の産業と区別して特定の産業について規制を掛けることが許されている（詐欺は修正一条の完全な保護は及ばない営利的言論のひとつの形態である）。しかし、州は、営利広告が人を卑しめる態様で描かれることを禁止することはできない」⁽¹⁸⁾。

ところが、商標法は、著名商標の権利者に自己の名声を卑しめる態様での商標使用を防止する法益を与えている。ルイ・ヴィトンに代表される有名な商標の権利者は、一般論では訴訟的救済を得られないとされている感情侵害を論拠に、差止又は救済を認容されているのである。ここに商標法の法理と名誉毀損法の法理との不一致が見られるように思われる。

(2) 著者にこうした両法理の矛盾に気づかせたのはR・タシユネット (Rebecca Tushnet) である。⁽¹⁹⁾ タシユネットはつぎのように言う。New York Times v. Sullivan以降の名誉毀損法の下では、ある言明が事実誤認を申し立てられていないのなら、その事実に基づく損害があったとしても、そのことは不法行為を認定する証拠としては不十分であるとされてきている。諷刺 (caricature) における容赦ない批判はしばしば不公正であるかもしれない。しかし「不公正である (unfairness)」ということとは、それが少なくとも「公共の利害 (public interest)」に関わるならば、ある私人に他者の言論を抑圧することを許す論拠を提供するものではない。連邦最高裁の先例によれば、言論が公的な事柄又は公共の利害に関するもの（「高価値言論」）である場合には、それが私人を対象としたものであっても「故意の精神的苦痛の賦課 (Intentional Infliction of Emotional Distress, IIED)」⁽²⁰⁾を理由とする救済すら否定されている⁽²¹⁾。

こうした名誉毀損法の法理を適用するなら、商標の誤認なき使用が経済的損害を帰結するとしても、それが言論

を規制することを正当化するのは、真実に基づく営利的言論に対する制約を正当化する違憲審査基準をパスする場合に限られると言えよう。すなわち、同商標規制がセントラル・ハドソン・テストをパスする場合だけである。タシネットは、商標稀釈化法は右のテストをパスしないであろう、としている。⁽¹⁶⁾

(3) タシネットは、商標稀釈化法制について、営利的言論規制の憲法適合性を判定する確立された判例法理といえるセントラル・ハドソン・テストをパスしないだけでなく「制度的な偏見 (systematic bias)」⁽¹⁶⁾を法認しているとも分析している。それは、他者の商標を、消費者の目を引き、印象を構築し、あるいは楽しませるために使用することを禁止できるからである。このことはすでに支配的な地位にある商標 (brand) に「特別な優位性 (special positional advantages)」⁽¹⁶⁾を与える効果を生んでいると言っているのである。

右のことは、すでに引用したヘイトスピーチ事案における連邦最高裁の言説に反するものである。A・スカリア (Antonin Gregory Scalia) 裁判官執筆の法廷意見は、人種差別主義者の言論だけを禁止するセント・ポール条例を修正一条に反するとしたあとつぎのように言っていた。

「セント・ポールは一方にだけフリースタイルで討論することを許し、他方には正しい競争のルール (Marguis of Queensberry rule) に従うことを求める権限はな⁽¹⁷⁾」。

現行の商標稀釈化法制は、商標権者に自己に好意的な商標使用にのみ許諾を与える権限を与えるものになっている。それは、商標使用に関する商標権者の「見解差別」を法認していると解することができるであろう。⁽¹⁷⁾

表現の自由に関する連邦最高裁の判例は、見解差別は修正一条に反するという法原則をすでに確立したと評価することができであろう。その代表例がここでもふれている R.A.V. v. City of St. Paul であり、前節で紹介した *Malat v. Tam* である。本稿は、商標権者による「見解差別」を法認している商標稀釈化法制は、連邦最高裁の確

立された判例との関係では、結論の不一致があると見ている。

第三項 小 括

一 著名商標の稀釈化該当性が争われた *Louis Vuitton v. Hyundai* の要諦はつぎのようにまとめることができるであろう。

① 連邦商標稀釈化法改正法 (TDRA, 15 U.S.C. § 1125 (C) (1)) は、先行使用者の意に反する後行使用者の商標使用に対して、前者による差し止めを許すものとなっている。

② 当該規定の適用は、先行使用者の商標の「稀釈化を生ずるおそれ」といって立証されれば肯定される。

③ 但し、この法適用は、ターゲット型のパロディであることが立証されれば、適用が排除される (15 U.S.C. § 1125 (C) (3))。

④ 本件での商標使用は、ウェポン型のパロディであるので、右の法適用は排除されない。

本稿は、右判示内容について、連邦最高裁の確立された先例の考え方とは相矛盾している点があると考えている。

二 連邦最高裁は、*New York Times v. Sullivan* で「公共の利害」又は「公衆の関心事」に関係しているという点で「高価値言論」に類型化される言論に厳格責任を課してきたそれまでの判例法理を否定している。換言すると、右性質をもつ言論に不法行為該当性を推定し、それを打ち消す論証（右事案では言論内容の真実性の証明）がなされた場合にだけ、当該言論の不法行為該当性を否定するという「言論に対する厳格責任の法理」を否定したのであ

る。それまでの「名誉毀損法制」に関する憲法適合的解釈が実現した事例であったと思われる。

これに対して、*Louis Vuitton v. Hyundai* は、フェア・ユースに該当なき場合には、商標の稀釈化は免責なれない、しかも、商標稀釈化という不法行為は「稀釈化のおそれ」さえ立証されれば成立する、という。本稿は、本件を「ユーモアのある社会経済的批評」という一種の「高価値言論」に不法行為該当性を推定し、それがターゲット型のパロディであった場合にだけ、当該言論の不法行為該当性を否定するとしたものと見ている。ここには *New York Times v. Sullivan* で否定された「言論に対する嚴格責任の法理」の肯定を見ることができなのではなかろうか。本稿は、この点において、本件は連邦最高裁の確立された先例の考え方との相違点を見ている。

III TDRA の該当規定 (15 U.S.C. § 1125 (C) (1)) の適用を肯定した本件は、言論に対する「見解規制」を禁止した連邦最高裁の確立した先例にも反しているように思われる。この確立された先例とは、*R.A.V. v. St. Paul* であり *Matal v. Tann* である。そこでは公衆に「不快を与える言論 (offensive speech)」を規制する目的の法規定でさえ、国家に求められる見解中立性を理由に、言論の自由を保障した修正一条に反するという連邦最高裁の判断が示されていた。

ひるがえって、*Louis Vuitton v. Hyundai* では「ユーモアのある社会経済的批評」である言論に対して、商標保有者の感情にまかせた権利行使を法認するかのような TDRA の該当規定の適用が認容されている。この一種の「見解に基づく」権利行使を可能にしているのは「稀釈化のおそれ」で法適用を肯定している該条文の規定ぶりである。名誉毀損法制においては単なる感情侵害は法的救済の対象ではないことを想起したとき、一種の「高価値言論」に対して商標保有者の感情的な統制権を法認している（ここに「ステイト・アクション」が見られる）「商標

稀釈化法制」には、未だ「表現の自由の法理」の適切な照射に基づく憲法適合的解釈がなされていないのではなからうか。⁽¹⁸⁾

結 文

一 商標 (trademark) という知的財産も、他の知的財産と同様、法令又は判決という国家行為によりある種の言論に管理権が設定されたことにより生成されたものと見ることができ、商標権者の権利をエンフォースする右の国家行為は、そのある種の言論を使用する他者の表現行為を制約しているのではないか。本稿が「商標と表現の自由」として論じてきたことは、商標権者の権利と他者の表現権とを調整するこの国家行為が、確立されてきた表現の自由の法理に照らして憲法適合性をもつと言えるか否か、このことである。

ところで、商標という知的財産権を連邦法で生成する連邦憲法上の根拠は不分明であった。このことは、同じ知的財産権でも著作権及び特許権とは事情が異なる。それらは連邦憲法一条八節八項（知的財産権条項）に連邦議会の権限として同権利を保護すべきことが規定されているからである。このことに由来して、いまでは連邦憲法一条八節三項（州際通商条項）を憲法上の根拠として制定されている連邦商標法で州法の効果を上書きすることはできないとされている。

こうした憲法上の根拠条文の違いは、制定された法律の保護法益の違いにも反映されている。知財条項に基づく法には、権利者のさらなる創作及び発明の誘因となるよう対象著作及び発明が「プロパティ (property)」となるような法制度の設定が要請されていると言えよう。これに対して、通商条項に基づく法には商取引関係の規律に止ま

る法制度の設定が要請されていると言えよう。したがって、商標権はある標章が「通商に使用されている (use in commerce)」という要件の下でのみ効果をもつ権利であるべきであり、そのために対象標章を「プロパティ」とする必要はないはずである。⁽⁸⁴⁾ところが、現行商標法は、商標権者の商品及びサーヴィスを他と識別し、そのことによつて消費者の競合する事業者間における混同を防止することを超えて、権利者に商標（それはある種の言語としての機能をもつ）を「プロパティ」として帰属させる効果を生じさせているのではなからうか。⁽⁸⁵⁾

本稿は、商標権のこうした効果の発生を概ねつぎの二点に見出している。

第一に、一九四六年の連邦商標法（ランハム法）が記述的名称に「第二の意味 (secondary meaning)」成立による商標適格性を認めたこと。

第二に、一九九五年の連邦商標希釈化法 (FTDA) 及び二〇〇六年の同改正法 (TDRA) の制定により、商標の「希釈化 (dilution)」の不法行為該当性が肯定されたこと。

以下、それぞれの憲法適合性をときに学説の評価に依拠しつつ、ときに表現の自由に関する確立された判例との整合性から分析してきた本稿の内容をまとめておこう。

二 商標の類型については、H・フレンディー (Henry Jacob Friendly) による五類型が知られている。⁽⁸⁶⁾それによると「普通名称」(普通名詞)、「記述的名称」(商品の品質及び成分等)、「暗示的名称」(Citibank「銀行」、Playboy「雑誌」等)、「任意的名称」(Camel「タバコ」、Black and White「ウイスキー」等)、「独創的名称」(Kodak「写真フィルム」等)のうち、後三者について、商標適格性をもつことに争いはない。⁽⁸⁷⁾これらに商標権の設定を認めても、われわれに言語独占による弊害をもたらすとは考え難いからである。問題は「識別性 (distinctiveness)」

に欠ける前二者のような標章にも商標適格性が宿ることがあるか否かである。

一九四六年制定の現行の連邦商標法には、当初は識別性に欠けていたとしても、その後の出願者の使用により「自他識別的 (distinctive)」となった標章の商標登録を肯定する条文が含まれている (参照、15 U.S.C. § 1052)。そこには識別性なき標章も「第二の意味」を持つことで商標としての効果を持つに至ると思考が見られる。本来なら識別的機能をもたない名称にまで商標適格性を認めることは、権利者に「言語独占 (language monopoly)」を与えることになる。そう分析したのは、L・ラムゼイ (Lisa P. Ramsey) であつた。⁽⁸⁾

ところで、商標を「ことば (terms)」と捉えた場合、法令で先行使用者 (senior user) の商標を保護することは、当該法令は後行使用者 (junior user) の言論を制約することになる。この言論規制の類型は営利的言論規制であろうか、それとも別の規制類型であろうか。このことについては、連邦最高裁の近時の判例でも明確にはなされていない。ただ、ラムゼイは、右ランハム法の規定について営利的言論規制の憲法適合性を判定する基準 (セントラル・ハドソン・テスト) により、言論の自由を保障した連邦憲法修正一条に反するという評価を与えている。⁽⁹⁾ 後行使用者の商標使用が虚偽的表現でない以上、自他識別性に欠ける標章に商標適格性を与えることは、商業上の弊害 (commercial harm) の防止という商標保護の目的を超えた言論規制効果を生じさせてしまっていると言うのである。

三 一九四六年のランハム法は、商標の「混同 (confusion)」防止を商標規制の保護法益としていた。但し、当時から後行使用者の商標使用が引き起こす「商標価値の低下」については、その規制の是非が論争されていたといふ。一九二七年のF・シェヒター (Frank I. Schechter) の論文⁽¹⁰⁾で扱われた商標の「希釈化 (dilution)」の問題である。

連邦議会は、右問題への対応として、一九九五年に連邦商標稀釈化法 (Federal Trademark Dilution Act of 1995 [FTDA]) をランハム法四三条 (15 U.S.C. § 1125) に「反稀釈化条項 (c)」をくわえる形式で制定している。さらに、二〇〇六年には商標の稀釈化には「現実の稀釈」を要件としない、換言すると、商標の「稀釈のおそれ」により商標の稀釈は成立するとした連邦商標稀釈化法改正法 (Trademark Dilution Revision Act of 2006 [TDRA]) を制定している。本稿は、ここにアメリカにおける「商標保護のパラダイム転換」を見ている。

「商標保護のパラダイム転換」、本稿は、商標の混同を要件とし不法行為法上の欺罔 (tort of deceit) の一類型として捉えられていた商標侵害を、商取引に用いられる一定の表現形式に設定された一種の財産権 (property right) 侵害と見ることへの転換を、こう名づけている。商標需要者の誤認混同を要件とせず商標侵害を成立させることは、それだけ商標権者による表現制約力を強める効果をもつであろう。「商標 (trademark)」がある種の表現が化体した「ことば」としての機能をもっていることは先述している。とくに商標権者の主観により稀釈化が成立するとされて以降 (商標の稀釈化は「現実の稀釈」を要件とされていない)、ますますその制約力は強まっているとも言えそうである。

しかし、商標の稀釈化を不法行為とする「反稀釈化条項」(15 U.S.C. § 1125 (c)) は、アメリカにおける表現の自由に関する確立された判例との関係で憲法適合性を維持し得るのであるか。本稿後半では、二〇一二年の連邦地裁判決 *Louis Vuitton v. Hyundai* における右条項の適用を、商標法のある規定が修正一条に反するとされたはじめての事例である二〇一七年の *Maral v. Tam* 及びその評釈に依拠して分析している。その結論は、つぎのとおりである。

① 反稀釈化条項は、商標を用いた言論に不法行為該当性を推定することを許している。この法構造は「公共の利

害」に関する言論者に厳格責任を課していたコモン・ローを否定した *New York Times v. Sullivan* の法理と一致しない。

② 反稀釈化条項は、商標権者にその「快／不快」に基づく商標使用規制を許している。この規定はすでに支配的な地位にある商標 (brand) を特別に優位に処遇する効果をもっている。こうした効果をもつ規定は、表現をその見解に基づき規制することは許されないとした *R.A.V. v. St. Paul* 及び *Matal v. Tam* において修正一条に反するとされている。

四 本稿は、商標を財産的権利とする効果をもつ規定の憲法適合性について検討してきた。具体的には、自他識別性を欠く標章にも「第二の意味」成立により商標適格性を認める規定 (15 U.S.C. § 1052) 及び商標の稀釈化を不法行為とする規定 (15 U.S.C. § 1125 (c)) の「自由な言論条項」(修正一条) 適合性について検討してきた。そして、前者については、営利的言論規制についての判例法理、後者については名誉毀損についての判例法理及びヘイトスピーチ規制についての判例法理との関係で、憲法上の疑義が解消されていない旨、記述してきた。

ところで、わが国の商標法は第三条「商標登録の要件」について「自己の業務に係る商品又は役務について使用する商標については」(一項柱書前半)「その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、形状(省略)、生産若しくは使用の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、態様、提供の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」(三号)、「ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」(四号)、「極めて簡単に、かつ、ありふれた標章のみからなる商標」(五号)「を除き、商標登録を

受けることができる」(一項柱書後半)としたあと「前項第三号から第五号までに該当する商標であっても、使用された結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる」(二項)と規定している。自他識別性に欠ける標章であつても「第二の意味」が宿つたなら商標適格性を認めているのである。

また、わが国の不正競争防止法は第二条「定義」において「自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用」することを「不正競争」としている(一項二号)。そこでは出所混同のおそれが不正競争行為の要件とはされていない。著名表示の冒用行為に不正競争該当性が認められた平成五年不正競争防止法改正(平成五年法律第四七号)以降、いわゆる「商標の稀釈化」の不法行為該当性が明確化されている^(四)。

右のようなわが国の商標法制を表現の自由に関するわが国の判例法理で分析することは他日を期すことにして、筆を擱く。

註

- (1) See Lisa P. Ramsey, *Free Speech Challenges to Trademark Law after Maral v. Tam*, 56 Hous. L. Rev. 403, 403 (2018).
- (2) *Ibid.*, at 408-409.
- (3) イーサン・ホーウィッツ著、荒井俊行訳『英和対訳 アメリカ商標法とその実務(第二版)』(雄松堂、二〇〇四年) 一一九頁(但し、訳文は一部変更している)。
- (4) なお、15 U.S.C. § 1052 (a) 全体を「中傷禁止 (scandalousness bar) 条項」と名づけ、本条項全体の法令違憲性を説くもの^(五)、Rebecca Tushnet, *The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech*, 92 NOTRE DAME L.

- REV. 381, 381-383 (2016) がある。タム・ネットは *Matal v. Tam* の法理は破廉恥又は反道徳的なものの登録を拒否する (a) の違憲性を言っているものであるとの理解を示す司法省の文書 (<http://src.bna.com/cd6>) を取り上げる B・シールズ (Beth A. Seals) の記事に依拠しているが、(92 NOTRE DAME L. REV., at 382 n. 4)。
- (5) N・スノウ (Ned Snow) は「Slant」は「鑑別的 (distinctive)」ではないことを理由に登録拒否されたはずであると指摘している。See Ned Snow, *Free Speech & Disparaging Trademarks*, 57 B. C. L. REV. 1639, 1657-1658 (2016).
- (6) See *In re Simon Shiao Tam*, 108 U.S.P.Q.2D (BNA) 1305 (2013).
- (7) 特許商標庁 (USPTO) の商標審判部 (TTAB) の判断に不服ある場合には、28 U.S.C. § 1295 (a) (4) により、連邦控訴裁判所に控訴する。
- (8) See *In re Tam*, 785 F.3d 567 (Fed. Cir., 2015).
- (9) See *In re McGinley*, 660 F.2d 481, 484 (C.C.P.A. 1981). *you can't* 連邦控訴裁判は *In re Boulevard Entm't, Inc.*, 334 F.3d 1336, 1343 (Fed. Cir. 2003) : *In re Maveety Media Grp.*, 33 F.3d 1367, 1374 (Fed. Cir. 1994) : *In re Fox*, 702 F.3d 633, 635 (Fed. Cir. 2012) の参照を促している。
- (10) See *In re Tam*, 785 F.3d, 573-585 (Moore, J., additional views).
- (11) See *In re Shiao Tam*, 600 Fed. Appx. 775 (Fed. Cir. 2015).
- (12) See *In re Tam*, 808 F.3d 1321 (Fed. Cir. 2015) (en banc).
- (13) ムーン多数意見は *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, 565 (2011) の参照を促して「言論を見解に基づいて差別するとは、言論が伝達しているメッセージに政府が賛同していることを理由に言論を差別することである」としている (see 808 F.3d., at 1336)。
- また、USPTO がある集団を劣位に置く標章は登録を拒否し、同集団を侮辱しない肯定的な標章は登録を認めたことと、見解差別の理由にあげられている (*ibid.*)。

- (14) *Lee v. Tam*, 137 S.Ct. 30 (2016).
- (15) *See Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744 (2017). 本件の邦語による評釈として、大林啓吾「判批」判例時報二三六二号四頁(二〇一八年)、『家本真実「判批」アメリカ法「二〇一八」』九一頁(二〇一八年)がある。
- (16) *See Matal*, 137 S.Ct., at 1757.
- (17) 判決全体の総論的部分(Ⅰ及びⅡ)及びこの部分(Ⅲ-A)は法廷意見である。なお、本件に参加している裁判官は八名、A・スカリア (Antonin Gregory Scalia) 裁判官が前年に死去したあと、D・トランプ (Donald John Trump) 大統領の指名をうけ、二〇一七年四月一〇日に最高裁裁判官に就任したN・ゴッサッチ (Neil McGill Gorsuch) は、二〇一七年一月一八日の口頭弁論に参加していないために判決にくわわっていない。
- (18) *See Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 467 (2009).
- (19) *See Johans v. Livestock Marketing Ass'n*, 544 U.S. 550, 553 (2005).
- (20) *See Matal*, 137 S.Ct. at 1757. トリーナ⁴⁴ Derek Nelson & THE POSTERS THAT WON THE WAR (1991) を参照して、このような例でこのことを説明している。

第二次大戦中、連邦政府は、戦争遂行を意図する膨大な数のポスターを制作し頒布している。それらは、アメリカ市民に、軍隊への入隊、戦時国債の購入、希少な物資の保存を求めている。これらのポスターは、ある見解を表明するものである。しかし、修正一条は、これらの行為に従事することをアメリカ市民に止めさせることを促すポスターの制作及び頒布とそれらを均衡させることを連邦政府に求めるものではない。 *See* 137 S.Ct. at 1758.
- (21) *See Matal*, 137 S.Ct., at 1758.
- (22) *See ibid.* 15 U.S.C. §1052 の柱書には「(以下の場合を除き) いかなる商標もその内容を理由として主登録簿 (principal register) への登録を拒否すべき」と規定されている。
- (23) *See Matal*, 137 S.Ct., 1758.

- (24) See *ibid.*, at 1759. アリートは *In re Old Glory Condom Corp.*, 26 U.S.P.Q.2D (BNA) 1216, 1220, n. 3 (TTAB 1993) の「商標登録の発行は政府のお墨付きを意味するものではない」の参照を促している。
- (25) アリート判決文の脚注9にはつぎの例が記載されている。
- ① 「人工妊娠中絶廃止」(登録番号4,935,774 (二〇一六年四月二二日))と「家族計画賛成」(登録番号5,073,573 (二〇一六年一月一日))。
- ② 「資本主義は道德的でも公正でも自由でもなく」(登録番号4,696,419 (二〇一五年三月三日))と「資本主義は革新を保証する」(登録番号3,966,092 (二〇一一年五月二四日))。
- ③ 「地球温暖化の効用」(登録番号4,776,235 (二〇一五年七月二二日))と「地球温暖化への対応」(登録番号3,875,271 (二〇一〇年十一月一〇日))。
- (26) *Johanns*, 544 U.S., at 560.
- (27) See *Tam*, 137 S.Ct., at 1767.
- (28) See *Sumnum*, 555 U.S., at 472.
- (29) See *Tam*, 137 S. Ct., at 1760.
- (30) *Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*, 135 S.Ct. 2239 (2015).
- (31) *Walker*, 135 S.Ct., at 2239.
- (32) *Ibid.*
- (33) *Ibid.*
- (34) See *Tam*, 137 S.Ct., at 1760.
- (35) アリートは著作権登録したとしてもその本が政府言論になるわけではないと明快である (137 S.Ct., at 1760)。
- (36) See, *ibid.*

- (37) アリート裁判官執筆の相対多数意見。J・ロバート (John Glover Roberts, Jr.) 首席裁判官、C・トーマス (Clarence Thomas) 裁判官、S・ブレイヤー (Steven Breyer) 裁判官が同調。
- (38) *See* Tam, 137 S.Ct., at 1768.
- (39) *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).
- (40) *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).
- (41) *United States v. Am. Liberty Ass'n*, 539 U.S. 194 (2003).
- (42) *Regan v. Taxation with Representation of Wash.*, 461 U.S. 540 (1983).
- (43) 登録出願料は二二五ドルから六〇〇ドルである (37 CFR §2.6 (a) (1))。タムは二七五ドルを支払っている。
- (44) 登録維持費用は三〇〇ドルから五〇〇ドルである (37 CFR §2.6 (a) (5))。
- (45) *See* Tam, 137 S.Ct. 1761.
- (46) アリート裁判官執筆の相対多数意見。ロバート首席裁判官、トーマス裁判官、ブレイヤー裁判官が同調。
- (47) *See* 137 S.Ct., at 1762.
- (48) *Ibid.*, at 1763.
- (49) *Davenport v. Wash. Educ. Ass'n*, 551 U.S. 177 (2007).
- (50) *See Davenport*, 551 U.S., at 180-182.
- (51) *See ibid.*, at 188.
- (52) *See ibid.*, at 189-190.
- (53) *Ysursa v. Pocatello Educ. Ass'n*, 555 U.S. 353 (2009).
- (54) *See Ysursa*, 555 U.S., at 355.
- (55) *See ibid.*, at 358. 判決文は別の箇所でもつぎのようにも言う。「修正一条は、政府の給与制度を表現のための資金を得るため

に使用する積極的な権利を与えるものではない」(555 U.S., at 355)。

(56) See Tam, 137 S.Ct., at 1769.

(57) 上記の参照が促されている先例の例は、*Good News Club v. Milford Central School*, 533 U.S. 98, 106-107 (2001) ; *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 831 (1995) ; *Lamb's Chapel, v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist.*, 508 U.S., 384, 392-939 (1993)。⁴⁴ *Legal Services Corporation v. Velazquez*, 531 U.S. 533, 541-544 (2001) もくわえられている。

商標制度を「限定的パブリック・フォーラム」と捉えるということは、同制度を政府が創設した表現の場として理解するべきを意味している。政府が制度設置したからその表現関係的な知的財産が成立すると見る本稿著者の立場からは、アリーの上記の指摘は興味深い。

(86) See *Rosenberger*, 515 U.S., at 830-831.

(87) See *ibid.*, at 831.

(90) See Tam, 137 S.Ct., 1763.

(91) *Ibid.*

(92) 上記の *Texas v. Jonson* (註9) の他に参照を促している先例には、*Street v. New York*, 394 U.S. 576, 592 (1969) ; *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 55-56 (1988) ; *Coates v. Cincinnati*, 402 U.S. 611, 615 (1971) ; *Bachellar v. Maryland*, 397 U.S. 564, 567 (1970) ; *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503, 509-514 (1969) ; *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 551 (1965) ; *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229, 237-238 (1963) ; *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4-5 (1949) ; *Schneider v. State (Town of Irvington)*, 308 U.S. 147, 161 (1939) ; *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365 (1937).

(93) *Texas v. Jonson*, 491 U.S. 397, 414 (1981).

- (64) Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980).
 - (65) See Tam, 137 S.Ct., at 1763-1764.
 - (66) See *ibid.*, at 1764. リーフトはつの部分に脚注を付してつぎのように言う。「*Central Hudson* がランハム法の諸規定の自由な言論との関係での疑義を判断するための適切な基準を提供しているか否かの問題はなお未解決である」(p. 17)。
 - (67) See Central Hudson, 447 U.S., at 564-565.
 - (68) *Ibid.*, at 565.
 - (69) See Tam, 137 S.Ct., 1764.
 - (70) 参照：原審におけるT・デュク (Timothy B. Dyk) 裁判官執筆の一部同意一部反対意見 (808 F.3d, at 1364)。
 - (71) See Tam, 137 S.Ct., at 1764.
 - (72) See *ibid.*
 - (73) リーフトのこの判決文は、United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644, 655 (1929) におけるO・ホームズ (Oliver Wendell Holmes, Jr.) 裁判官反対意見による。
 - (74) 参照：原審におけるJ・レイナ (Jimmie V. Reyna) 裁判官執筆の反対意見 (808 F.3d, at 1380-1381)。
 - (75) Tam, 137 S.Ct., at 1764-1765.
 - (76) See *ibid.*, at 1765.
 - (77) 本件を評釈するにあたり、本稿は、先行業績を幾つか参照している。See e.g., Ramsey, *supra* note 1; Mark Conrad, *Matal v. Tam: A Victory for the Slants, A Touchdown for the Redskins, but an Ambiguous Journey for the First Amendment and Trademark Law*, 36 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 83 (2018); Theodore H. Davis Jr., *The Seventieth Year of Administration of the Lanham Act of 1946*, 108 TMR 1 (2018).
- その中で、以下の記述は、N・クッキス (Niki Kuckes) の論説に負うところが大きい。See Niki Kuckes, *Matal v. Tam* :

Free Speech Meets “Disparaging” Trademarks in the Supreme Court, 23 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 122 (2018).

なお、クッキースも前掲タシユネット論文 (Tushnet, *supra* note 4, at 381-383) 同様、§ 2 (a) 全体が憲法に反しているおそれがあることを指摘している (Kuckes, 23 ROGER WILLIAMS U. L. REV., at 167-168)。よって、そこでは営利的言論の「表現的」側面を政府が規制する場合には厳格審査によりその憲法適合性が判定されるべきであるとある。In re Brunetti, 877 F.3d 1330 (Fed. Cir. 2017) の参照も促されている (n. 272)。但し、本件は右のコンラッド論文のいうように該当条文の侮辱条項にこいつだけの判断である (Conrad, 36 CARDOZO ARTS & ENT. L. J., at 91)。

(76) See Test Masters Educ. Servs., Inc. v. Singh, 428 F.3d 559, 578 n.9 (5th Cir. 2005).

(77) See Blackhorse v. Pro-Football, Inc., 111 U.S.P.Q.2D (BNA) 1080 (TTAB 2014).

(80) See Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 112 F.Supp.3d 439, 448, 490 (E.D.Va. 2015).

(81) See Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 709 Fed. Appx. 182 (4th Cir 2018).

(82) ケネディ執筆の補足意見の要諦はつぎの通りである (R・ギンズバーク [Ruth Bader Ginsburg]、S・ソトマイヤー [Sonia Sotomayor]、E・ケーガン [Elena Kagan] が同調)。

(1) 政府規制が見解差別であるか否かの基準は、政府が一定の好ましくない表現を抽出しているかどうか、に置かれるべきである。本件の侮辱条項は、政府が不快であるとする表現を商標として好ましくないものとしている。「ここには見解差別の本質を見る」ことが必要 (Tam, S.Ct., at 1766)。

(2) 政府が見解に基づき規制している場合には、それが営利的言論に対する規制であったとしても「高められた審査 (heightened scrutiny)」が適用されなければならない (ibid., at 1767)。

ケネディは見解規制の場合にはそれが営利的言論に対するものであっても厳格審査基準が適用されるべきであると言っている。

(83) トーマス執筆の補足意見は、原審の論点外の問題 (侮辱条項が集団にも適用されるか) に対して多数意見が見解を表明し

た部分には賛同しないとした上で、見解差別に該当する本条項の憲法適合性は厳格審査基準の下で判定されるべきであると
している。

- (84) See Tam, 137 S.Ct., at 1751 (Alito, J.) (majority opinion) ; at 1765 (Kennedy, J., concurring) ; at 1769 (Thomas, J., concurring).
- (85) See *ibid.*, at 1763. 但し、この部分はアリート執筆の相対多数意見にとどまっている。
- (86) *Ibid.*, at 1763 (Alito, J.) (plurality opinion).
- (87) See *ibid.*, at 1756-1757 (Alito, J.) (majority opinion).
- (88) See *ibid.*, at 1754.
- (89) See Tam En Banc Decision, 808 F.3d 1321, 1336 (Fed. Cir. 2015).
この他の例として、USPTO は「Stop the Islamisation of America」の商標登録を否定したのに対し「Think Islam」及び「New Islam Cool」といった、その文化を積極的に捉える商標の登録は許容している。また、同様に「Heed」は侮辱的な商標として拒否された反面に「Jewishstar」の登録は許容している。See *ibid.*, at 1336-1337.
- (90) Tam, 137 S.Ct., at 1766 (Kennedy, J., concurring).
- (91) See Kuczek, *supra* note 77, at 138.
- (92) Rosenberger, 515 U.S., at 829.
- (93) Tam, 137 S.Ct., at 1763 (Alito, J.) (plurality opinion). 同様に *Street v. New York*, 394 U.S. 576, 592 (1969) においても。
- (94) *Ibid.*, at 1757 (Alito, J.) (majority opinion). 同様に *Lamb's Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist.*, 508 U.S. 384, 394 (1993) においても。
- (95) *Ibid.*, at 1765 (Kennedy, J., concurring). ケネディは *Reed v. Town of Gilbert*, 135 S.Ct. 2218, 2230 (2015) を参照している。

を言いつゝる。

- (96) See Kuckes, *supra* note 77, at 140.
- (97) See Tam, 137 S.Ct. at 1767 (Kennedy, J., concurring).
- (98) See Legal Servs. Corp. v. Velazquez, 531 U.S. 533, 548 (2001). *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269 (1964) が引用されてゐる。
- (99) See Kuckes, *supra* note 77, at 140-141. クッケスは「言論者の見解又は視点」に基づく政府による言論差別は「明確」かつ「著しい内容差別の形体」であるとして Rosenberg, 515 U.S. at 829 の参照を促しつつ言いつゝる。
- (100) See Tam, 137 S.Ct., at 1758, 1760 (Alito, J.) (majority opinion); *ibid.*, at 1765 (Kennedy, J., concurring); *ibid.*, at 1769 (Thomas, J., concurring).
- (101) アリートは Pleasant, 555 U.S., at 467 を引用してゐる (*ibid.*, at 1757)。
- (102) 政府は、特定の見解を表明するための言論に従事し得るし、従事すべきとも言えるときもある。それはときに統治の本質でもあり得るであらう。アリートはこのことをシンプルな例えにより示している。第二次大戦中のポスターの例について、参照、註 (20)。
- (103) See Kuckes, *supra* note 77, at 141.
- (104) See United States v. United Foods, Inc., 533 U.S. 405, 409-417 (2001).
- (105) See Johanns, 544 U.S., at 562.
- (106) アリートは「われわれは政府言論に関する先例の拡張の前に慎重な注意を払わなければならない」と言つて (Tam, 137 S.Ct., at 1758)。またケネディも「すべての政府プログラムは修正一条の査定を受けないという政府の主張を防止するために」政府言論という例外は「限定的」でなければならぬと言つてゐる (*ibid.*, at 1768)。
- (107) See *ibid.*, at 1759 (Alito, J.) (majority opinion); *ibid.*, at 1765 (Kennedy, J., concurring); *ibid.*, at 1769 (Thomas, J.,

- concurring).
- (108) *Ibid.*, at 1758-1760 (Alito, J.) (majority opinion).
- (109) See Kuckes, *supra* note 77, at 143.
- (110) See Tam, 137 S.Ct. at 1759 (USPTOは登録は標章に賛同するものではないことを明確にしている).
- (111) Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc., 135 S.Ct. 2239, 2244-2245 (2015). 南北戦争当時のアメリカ連合国の国旗をつけたナンバー・プレートを承認しなかった。
- (112) See Walker, 135 S.Ct., at 2250.
- (113) See Tam, 137 S.Ct., at 1759. 仮に商標が政府言論であるとするなら、政府が「おのやうに言うときには市民に何を忠告したか」を「make.belive」(Sony)、「Think different」(Apple)、「Just do it」(Nike)、「Have it your way」(Burger King)。「また、政府が「おのやうの標章を登録した」と「災害の到来を警告した」のだろうか。「EndTime Ministries」。
- (114) See Tam En Banc Decision, 808 F.3d 1321, 1346-1347 (Fed. Cir. 2015) (USPTOは日常的に標章を登録しているけれども、誰もそのことを政府の是認があったとは捉えていない)。
- (115) 連邦最高裁は「商標を登録することが標章を政府言論に変えることは、政府言論の法理の広範で危険でさえある拡張となる」という (Tam, 137 S.Ct., at 1760)。
- (116) 参照、大林・前掲「判批」(註15) 5頁。
- (117) See Lisa P. Ramsey, *A Free Speech Right to Trademark Protection?*, 106 TMR 797, 813 (2016); Conrad, *supra* note 77, at 137.
- (118) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). R.A.V. を題材としてアメリカのヘイトスピーチ規制を検討する論説は数多く公表されている。さしあたり、大日方信春「アメリカにおける『ヘイトスピーチ規制』について」比較憲法学研究二九号(二五頁以下(二〇一七年))を参照されたい。また、英米法系のヘイトスピーチ研究に関しては奈須祐治の名著『ヘイト・

スピーチ法の比較研究』（信山社、二〇一九年）が参照されるべきであろう。

(119) Rebecca Tushnet, *More than a Feeling: Emotional and the First Amendment*, 127 HARV. L. REV. 2392, 2396 (2014).

(120) 参照、大日方信春「商標と表現の自由（一）」熊本法学一三六号七一、八六―九二頁（二〇一六年）。そこでは一九九五年制定の連邦商標稀釈化法（FTDA, 15 U.S.C. § 1125 (c)）及び同法が「現実の稀釈（actual dilution）」を稀釈化要件としていると判示した *Moseley v. V Secret Catalogue*, 537 U.S. 418, 433-434 (2003) を受けて稀釈化要件は「稀釈化を生ずるおそれ」で足りるとした二〇〇六年制定の連邦商標稀釈化法改正法（TDRA、現行の15 U.S.C. § 1125 (c)）が設定した商標稀釈化法制について記述されている。著者はそこで稀釈化防止法制は商標法に「非商標法的救済」を包含させたことを論じた。

(121) A・ミラーとM・デービスが「非商標的救済（nontrademark remedy）」と称するのはその救済の点であろう。See ARTHUR R. MILLER & MICHAEL H. DAVIS, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, TRADEMARKS, AND COPYRIGHT 174 (5th ed., 2012).

(122) 参照、大日方・前掲註(120) 論文一〇一―一〇四頁。

(123) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

(124) より詳細には、参照、大日方信春「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」熊本法学一四五号一頁以下（二〇一九年）。

(125) See Tushnet, *supra* note 119, at 2393-2394.

(126) *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Hyundai Motor Am.*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 42795 (2012).

(127) イニシャルを斜文織りに図案化したもの。

(128) *Louis Vuitton v. Hyundai*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 42795, at 5.

(129) See *ibid.*

(130) See *ibid.*, at 48-56.

(131) See Tushnet, *supra* note 119, at 2401.

- (132) キャステル裁判官による判決文はつぎのように認定している。「ルイ・ヴィトン」はヒュンダイのCMが自社への批判、批評あるいはパロディとはなっていないという証拠を提示している。これを否定するヒュンダイによる証拠はない。くわえて、ヒュンダイの代理人は『CMの全体としての意図は「ルイ・ヴィトン」や他の贅沢さの象徴を直接に批判するものではなく(省略)むしろソナタを「古い」贅沢さと対比させるための一般的な叙述をしようとするものであった』とも言っている」(Louis Vuitton v. Hyundai, 2012 U.S. Dist. LEXIS 42795, at 54-55)。
- (133) TCPIP Holding Co. v. Haar Communis, Inc., 244 F. 3d 88, 95 (2d Cir. 2001).
- (134) *Ibid.*
- (135) 参照: 大目方・前掲論文(註120) 八六―九二頁。そのほか『FTDA (1995)』 Moseley v. V Secret Catalogue (2003) をうけとる『TDRA (2006)』が記述されている。
- (136) See, e. g., Burberry Ltd. v. Euro Moda, Inc., 2009 U.S. Dist. LEXIS 53250, at 8-9 (S.D.N.Y. 2009).
- (137) Louis Vuitton v. Hyundai, 2012 U.S. Dist. LEXIS, at 47-48. 営利的使用ならいかなる場合でも訴因となるとは読めないとするべき。
- (138) See *ibid.*, at 53.
- (139) *Ibid.*, at 54.
- (140) 参照: 大目方信春「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』七九七頁以下(成文堂、二〇一五年)。とくにその八四〇頁では、Kevin W. Wheelwright, *Parody, Copyright and the First Amendment*, 10 U. S. F. L. REV. 564, 580 (1976) に依拠して「ターゲット型」だけでなく「ウェボン型」のパロディにも表現の自由の保護が及ぶべきであると論じている。
- (141) 参照: 阪本昌成「小島報告へのコメント」全国憲法研究会編『憲法問題「21」』九一、九二頁(三省堂、二〇一〇年)。
- (142) See Tushnet, *supra* note 119, at 2401.

- (143) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S., at 388-389.
- (144) 以下の記述は、Tushnet, *supra* note 119, 2402-2403に負っている。
- (145) IIEDについては、参照、梶原健佑「Tortious Speech（不法行為言論）の憲法学・序説（上）（下）—Intentional Infliction of Emotional Distress法の「憲法化」を中心に」山口経済学雑誌六一巻一〇九三頁、同一号五九頁（二〇一一年）。
- (146) See Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443, 458 (2011) ; Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46, 56 (1988).
- (147) セントラル・ハドソン・テストは「実質的な政府利益」に仕えるときに限り真実の営利的言論に対する規制を正当化するとしていた。See Cent. Hudson, 447 U.S., at 564.
- (148) See Rebecca Tushnet, *Gone in Sixty Milliseconds : Trademark Law and Cognitive Science*, 86 TEX. L. REV. 507, 557-557 (2008). セントラル・ハドソン・テストの第二パートをパスしないとするものとして、参照、Mark LaFrance, *No Reason to Live : Dilution Laws as Unconstitutional Restrictions on Commercial Speech*, 58 S. C. L. REV. 709, 716 (2007).
- (149) Tushnet, *supra* note 119, at 2403.
- (150) *Ibid.*
- (151) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S., at 392.
- (152) 国家がA者の権利主張を法認するとしてB者の表現行為を制約しているとき、当該国家行為（government action）には修正一条の審査が適用されるとするNew York Times v. Sullivanの法理論によると、商標稀釈化法制は、修正一条上の査定をうける必要がある。
- (153) R・デニコラ（Robert C. Denicola）は、商標稀釈化防止法制が商標権者にとって「歓迎されない言論（unwelcome speech）」を抑制するものになると指摘している。See Denicola, *Trademarks as Speech : Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols*, 1982 WIS. L. REV. 158, 190 (1982).
- (154) See Mark A. Lemley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 YALE L. J. 1687, 1694 (1999) ; William

M. Landes & Richard A. Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 30 J. L. & Econ. 265, 268-273 (1987).

(155) デニコラは、商標法が商標をプロパティと扱うようになったことにより、商標法と修正一条との調整がより困難になった、と云う。See Denicola, *supra* note 153, at 166.

(156) See Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc., 537 F.2d 4, 9-11 (2d Cir. 1976).

(157) それぞれの類型の説明については、参照、大日方・前掲論文(註120) 八二頁。

(158) See Lasa P. Ramsey, *Descriptive Trademarks and the First Amendment*, 70 TENN. L. REV. 1095, 1147 (2003).

(159) *Ibid.*, at 1174-1175.

(160) Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 HARV. L. REV. 813 (1927).

(161) Z・ハディ (Zahraa Hadi) は、商標権の堅牢な保護は「有名な商標」によって形成されたポピュラー文化に対する自由な討論及び批判を妨害すると言う。See Hadi, *If Disparagement Is Dead, Dilution Must Die Too*, 33 BERKELEY TECH. L. J. 1189 (2018).

(162) 参照、小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説〔第二版〕』二一七頁(青林書院、二〇一五年)。

【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。