



Title	表現規制としての標識法とその憲法的統制 (2)
Author(s)	平澤, 卓人
Citation	知的財産法政策学研究, 51, 197-271
Issue Date	2018-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72116
Type	departmental bulletin paper
File Information	51_06hirasawa.pdf



表現規制としての標識法とその憲法的統制(2)

平 澤 卓 人

目 次

第1章 問題の所在

- 第1 総論
- 第2 表現活動・言論活動の変容
- 第3 商標・標章保護の拡大
- 第4 本論文の構成

第2章 米国法の検討

- 第1 総論
- 第2 米国における商標法等の適用範囲の拡大（以上、第50号）
- 第3 憲法上の表現の自由を用いた標識法の権利行使の制限
 - 1 はじめに
 - 2 憲法理論上の課題とその解決（以上、本号）
 - 3 混同を根拠とする請求に対する修正1条の制約
 - 4 稀釈化を根拠とする請求に対する修正1条の制約
- 第4 商標登録場面における修正1条の規律
- 第5 米国法についての小括

第3章 日本法の再検討

- 第1 総論
- 第2 標識法の権利行使と表現の自由
- 第3 商標登録の場面における憲法上の統制の可能性について

第4章 総括

第2章 米国法の検討

第3 憲法上の表現の自由を用いた標識法の権利行使の制限

1 はじめに

以上のような商標の概念の変容とそれに伴う権利強化に対し、司法の判断によって表現活動及び言論活動を保護することは可能であろうか。また、そのためにはどのような論理を用いるべきであるのか。

考えられ得る方法として、表現活動や言論活動を保護している憲法上の権利に基づき、商標法等の個別立法を憲法違反と判断したり、特定の事案に対する具体的な適用の限りにおいて憲法違反であると判断するというものがある。

結論を先に述べると、米国法では、混同のおそれに基づく請求について、商標法を芸術的な著作物に適用できるのは、需要者の混同を防止する公共的利益が表現の自由による公共的利益を上回る場合においてのみであるとして、ランハム法を限定解釈するという法理がある。これは、*Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) に始まる利益衡量 (balancing) と呼ばれるものであり、具体的には、ロジャーズ・テストという基準を用いて判断することが多い。

また、稀釈化に基づく請求について、*L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) が、稀釈化を根拠とする請求は非営利的な商標の使用に適用される場合には憲法に違反するとして、権利行使を制限したものがある。その後、連邦法上の稀釈化規制については、非営利的使用の抗弁 (Non-commercial use of the mark) を広く用いて、表現活動や言論活動に対する請求を制限する判決が多数存在している。

もっとも、憲法上の表現の自由によって商標権等の権利を制限することを可能とするためには、様々な憲法理論上の課題を解決しなければならない。その課題は大別すると、(1) 私人による商標権等に基づく権利行使は憲法上の問題を生じるか、(2) 営利的言論として広く規制に服するのではないかという営利的言論の問題、(3) 商標権等に基づく制約は内容中立規制であり、緩やかな違憲審査に服するのではないかという問題、(4) 財産権としての商標権は表現の自由の制約を正当化するかという問題、(5) 憲

法上の権利を用いなくとも商標登録要件、商標法上の混同のおそれやフェア・ユースの法理で解決可能なのではないかという問題があると思われる。

そこで、以下の「2」では、(1)ないし(5)の問題についての、米国の判決や議論を紹介し、どのように考えるべきかを検討する。

そのうえで、「3」「4」において、*Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) や *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) に始まる米国における表現の自由を用いた標識法の権利範囲の限定の具体的な適用について紹介したい。

2 憲法理論上の課題とその解決

(1) 私人による権利の行使が憲法上の問題を生じさせるか

ア 総論

まず、商標権又は稀釈化についての請求権の行使は、私人間の問題であり、修正1条を適用することが可能なかという問題がある。この点については、ステイト・アクションの法理の適用が議論されてきた。

ステイト・アクションの理論とは、私人の行為でも一定の場合に政府の行為又は州の行為として憲法に拘束されるというものである¹。その類型としては、①私人の行為が公的な機能を果たしている場合（公的機能理論）、②連邦政府又は州の関与、授権又は奨励がある場合、③裁判所が私人の行為を執行している場合（司法的執行理論）に分類されている²。

¹ 松井茂記『アメリカ憲法入門』（第7版、2012、有斐閣、以下「松井・入門」と略記する。）210頁。ステイト・アクションの理論については、芦部信喜『現代人権論—違憲審査の基準—』（1974、有斐閣、以下「芦部・現代人権論」と略記する。）、同『憲法学Ⅱ 人権総論』（1994、有斐閣）314頁、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』（2007、日本評論社）69-162頁、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（2008、悠々社）102-153頁。

² 松井・入門（前掲注1）210-211頁。君塚・前掲注1・103-109頁もほぼ同様の分類を用いている。他方で、①国有財産の理論、②国家援助の理論、③統治機能の理論、④特別の特権又は権限付与の理論、⑤司法的執行の理論に分類するものとして、芦部・現代人権論（前掲注1）23-48頁。米国におけるステイト・アクションの類型化の議論を紹介したうえで、①州が私人に権利侵害を強制している場合、②州が私人の権利侵害を強制力をもって執行する場合、③州が私人の権利侵害を奨励、授権、

イ San Francisco Art & Athletics 判決

商標権に類似する規制についてステイト・アクションの適用を否定した判決として、*San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) がある³。事案は、サンフランシスコ芸術体育協会が“Gay Olympic Game”の開催を宣伝し、同名称を付したTシャツ等を販売したことが、米国オリンピック委員会（USOC）に第三者がオリンピックの言葉を使用することを禁じる権限を与えるアマチュアスポーツ法（1978, 36 U.S.C. §§ 371-396）に違反するのかが争われたというものである。サンフランシスコ芸術体育協会は、同法の規制が修正1条に違反することを主張した。

多数意見は、問題となっている団体が、伝統的に連邦政府の排他的な特権（*prerogative*）とされてきた機能を営むのであれば、その行為は政府の行為（*governmental action*）と判断されるところとした。もっとも、USOCの活動は国家的な利益に資するものであるが、アマチュアスポーツ法はUSOCに対し私企業によって行われている調整活動を行う権限のみを与えているとした。そして、USOCの活動やアマチュアスポーツの調整は伝統的な政府の機能ではないとした。また、判決は、私的な決定が強制的な権限や重大な援助を与える場合に限り、政府は私的な決定に責任を負い、その決定は政府によるものとみなされるところ、USOCによるオリンピックの語の使用の排他権の行使は政府の決定ではないとした。また、連邦政府がその権利の行使についてUSOCを強制し又は援助していることの証拠はないとした⁴。

容認している場合、④州が私人の権利侵害を可能とする法制度を設定している場合、⑤州が規制権限を有している、あるいは州から便宜を受けている私人が権利侵害した場合に分類するものとして、木下・前掲注1・135-141頁。

³ 同判決について、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』（2014、中央大学出版部）62頁、エリック・バレント（比較言論法研究会訳）『言論の自由』（2010、雄松堂出版）308頁。

⁴ ステイト・アクション法理における同判決の位置付けについて、木下・前掲注1・127頁（ウォーレン・コートにおいて広くステイト・アクションが適用されてきたのに対し、バーガー・コート及びレーンクイスト・コートではその範囲が従前よりも限定されており、そのような厳格期の判決として位置付けている）。また、同判決

これに対し、同判決のBrennan反対意見は、USOCが重要な政府機能を担っており政府の行為者として考えるべきであるとして、ステイト・アクションの法理の適用を肯定した。

ウ New York Times判決とこれを援用する学説

他方で、名誉毀損の領域においては、New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) が、公人が訴訟提起した名誉毀損の事案において修正1条の適用を認めている。同判決は、「これは私的な当事者の間の民事訴訟であるが、申立人が憲法上の言論とプレスへの自由への無効な制約を課していると主張している州法をアラバマの裁判所は適用している」としたうえで、修正1条の表現の自由を根拠にしながら、公職者が公的職務に関連して名誉毀損を根拠に損害賠償を請求できるのは、当該記述が「現実の悪意」をもってなされたことを証明する場合に限られるとした⁵。同判決はステイト・アクションの種類のうち、司法的執行理論に基づくものと考えられている⁶。

また、その後のGertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974) も、公人ではない私人間の名誉毀損についても、修正1条の表現の自由の問題が生じることを認めている⁷。

その後、1982年、表現の自由と商標法、特に稀釈化規制との関係について問題を提起したRobert C. Denicolaの“Trademark as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols”の

を引用しつつ公的機関と見違える団体でも民間団体であればステイト・アクションが認められることは稀になっている旨を指摘するものとして、君塚・前掲注1・120-121頁。

⁵ 同判決について、松井・入門(前掲注1)63-92頁、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理—表現の自由の公共的使用』(2001、嵯峨野書院、以下「駒村・ジャーナリズムの法理」と略記する。)92頁。

⁶ 木下・前掲注1・140頁。

⁷ 同判決について、松井茂記『表現の自由と名誉毀損』(2013、有斐閣、以下「松井・名誉毀損」と略記する。)105-107頁、駒村・ジャーナリズムの法理(前掲注5)202-203頁。

論文が登場した⁸。同論文では、脚注において、ステイト・アクションの問題に触れ、名誉毀損についての *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) を引用しながら、州による私的権利の認識とエンフォースメントは、そのことによって私的権限の行使について憲法上の審査に服させるのに十分であることは疑問の余地を挟むことが難しいとした⁹。

加えて、同時期の Robert J. Shaughnessy の “Note: Trademark Parody: A Fair Use and First Amendment Analysis”¹⁰ も、*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) を引用しながら、州の私的権利の認識及びエンフォースメントは、ステイト・アクションに十分であるとした。

その後の Mark A. Lemley & Eugene Volokh の論文も、名誉毀損法が言論を制約するために政府の権限を用いる政府による規制であり、このことは著作権にあてはまるとする¹¹。加えて、同論文は、私的な執行を許容する法は、場合によっては政府によってエンフォースされるものよりもより規制的 (restrictive) になり得ることも指摘する¹²。そして、商標権についても同様に修正 1 条の問題が生じることを述べている¹³。また、J. Thomas McCarthy も、私人間の訴訟によって裁判所が言論を妨害する場合には、修正 1 条の違憲審査を引き起こすのに十分な政府行為 (government action) があることはほぼ明らかであるとしている¹⁴。その後の論文も、商標権について、ステイト・アクションの問題が生じることを指摘するものがある¹⁵。

⁸ Robert C. Denicola, *Trademark as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols*, 1982 WIS. L. REV. 158 (1982).

⁹ *Id.* at 192.

¹⁰ Robert J. Shaughnessy, *Note: Trademark Parody: A Fair Use and First Amendment Analysis*, 72 VA. L. REV. 1079 (1986).

¹¹ Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147, 185-86 (1998).

¹² *Id.* at 186.

¹³ *Id.* at 216-24.

¹⁴ J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION §31:143 (4th. ed., 2005).

¹⁵ 連邦又は州が商標の使用を禁止する立法を行い裁判所が被告の使用を禁じ又は刑罰を課せば憲法上のステイト・アクションの要件を満たすとするものとして、Lisa

また、パブリシティ権に関する判決もステイト・アクションを肯定している。著名な *Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co.*, 433 U.S. 562 (1977) は、パブリシティ権の行使について修正 1 条の問題が生じることを当然の前提としている¹⁶。また、その後の *Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996) は「民事訴訟は私的当事者間のものであるが、原告の主張する州制定法の適用は自由な表現の権利に対する規制を課すものである」と論じ、被告の修正 1 条の権利を検討している¹⁷。

エ L.L. Bean 判決

L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc., 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) は、後述するように稀釈化を根拠とする請求について、商標の非営利的使用に適用することは修正 1 条に反し許されないとした判決である。同判決は、脚注において、*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) を引用しながら、コミュニケーションの形態に影響を与える私的な権利の司法的エンフォースメントが表現の自由を制約する場合には、ステイト・アクションが伴っているとした。さらに、*Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co.*, 433 U.S. 562 (1977) を引用しながら、ステイト・アクションは、無体の財産権が意思伝達の自由を制約する場合にもあてはまるとした。そして、Robert C. Denicola 及び Robert J. Shaughnessy の論文も引用しつつ、稀釈化に関する権利のエンフォースメントはステイト・アクションを伴うものであるとした。

その後、混同のおそれに基づく請求についての *Rogers v. Grimaldi*, 875

P. Ramsey, *Increasing First Amendment Scrutiny of Trademark Law*, 61 SMU L. REV. 381, 407-09 (2005). 修正 1 条は州法又は連邦法に基づく言論制約的な私的な民事訴訟の利用可能性も制約することを指摘するものとして、Lee Ann W. Lockridge, *When is a Use in Commerce a Noncommercial Use?*, 37 FLA. ST. UNIV. L. REV. 338, 352 (2010). 修正 1 条が今日私的な権利のエンフォースメントも制限したうえで著作権と表現の自由の関係を論じるものとして、Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 4-5 (2001).

¹⁶ Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 185. 同判決の詳細は、佐々木秀智「パブリシティ権とアメリカ合衆国憲法修正第一条」法律論叢84巻2・3号(2012)337-338頁、大日方信春「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号(2013)55頁。

¹⁷ Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 185.

F.2d 994 (2d Cir. 1989) 及びその後のロジャーズ・テストその他の利益衡量を用いる判決も、ステイト・アクションの点を特に問題とせず、修正1条に基づきランハム法による権利行使を制限している¹⁸。特に、後述する *Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, Inc.*, 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989) は、原審の判断が「文学的パロディたる表紙について出版前の差止めという過激な救済を不当に与えた」と説示し、表現の自由に対する事前抑制に該当することを前提にすると読める判示をしている¹⁹。

オ 小括

以上のように、*San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) は、商標権と類似する言語使用の規制についてステイト・アクションを否定した。もっとも、学説では、*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) を引用しつつ、同様の理が商標権及び稀釈化規制に該当することが指摘され、これらの学説を引用しながら *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) は、稀釈化に関する権利のエンフォースメントはステイト・アクションを伴うものであるとして、修正1条に基づき稀釈化による請求を制限している。

(2) 営利的言論 (commercial speech) の問題

ア 問題の所在

米国の判決は、様々な芸術活動に広く修正1条の保護が及ぶことを肯定している (ミュージカルにつき、*Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975)、音楽につき、*Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989)、行進につき、*Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995)、テレビゲームにつき、*Kirby v. Sega of*

¹⁸ 大日方信春「商標と表現の自由(1)」熊本法学136号(2016)102頁も、*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) を引用し、言論規制という枠組みにおける名誉毀損法制と商標法制の類似性を見出し、両者は意思伝達効果を意図的かつ直接的に制約するため、ステイト・アクションを構成するとしている。

¹⁹ 同判決が事前抑制の問題を認識していることを指摘するものとして、*Lemley & Volokh*, *supra* note 11, at 222.

America, Inc., 144 Cal. App. 4th 47 (2DCA, 2006))²⁰。特に、近時の Brown, et al. v. Entertainment Merchants Ass’n, et al., 564 U.S. 786 (2011) は、テレビゲームについて、書籍、演劇及び映画と同様に、思想 (idea) さらには社会的メッセージを伝達するものであり、修正 1 条の保護を受けるとしている。

もっとも、標章等の使用行為が、仮に言論や表現の一種であるとしても、いわゆる営利的言論 (commercial speech) として緩やかな違憲審査に服するのではないかという問題がある²¹。そこで、米国法におけるこの点の判決と議論を概観する。

イ 米国における営利的言論の判決及び学説の展開

(ア) Virginia State Board of Pharmacy 判決

米国では、当初は広告等の営利的言論は修正 1 条の保護の対象とはされていなかった²²。米国で最初に営利的言論について修正 1 条の保護を認めたのが、Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) である²³。

同判決は、営利的な情報の流通についての消費者の利益は重要なものであり、社会は営利的な情報の自由な流通に強い関心を有するとした。また、広告は、それが味気なく過剰に見えるときもあるが、生産者、製品の内容、販売の理由及び価格についての情報を伝達するものであるとした。そして、大多数の私的決定によって資源配分が決定されており、これらの決定が総

²⁰ *Id.* at 186-87.

²¹ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(第6版、2015、岩波書店、以下「芦部・憲法」と略記する。)192-193頁。“commercial speech”を「商業的言論」と訳すものとして、樋口範雄『アメリカ憲法【アメリカ法ベーシックス 10】』(2011、弘文堂)362-363頁。「商業言論」と訳するものとして、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて－奥平憲法学の継承と展開－』(2009、日本評論社)125頁。

²² RUSSELL L. WEAVER & DONALD E. LIVELY, UNDERSTANDING THE FIRST AMENDMENT 76-77 (3d ed., 2009); 松井・入門(前掲注1)265頁。

²³ 同判決について、大林文敏「広告規制と第1修正」憲法訴訟研究会＝芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(1998、有斐閣)48-54頁、市川正人『表現の自由の法理』(2003、日本評論社)100-101頁、松井・入門(前掲注1)265頁。

体として賢慮あるものであり、十分な情報を得たうえで行われることは、公共の関心事であるとした。そして、修正 1 条が民主主義における公共的決定を啓発する第一次的な道具として考えられているとしても、自由な情報の流通がこのような目標に資さないとはいえないとした。

ただし、同判決は、言論と「商取引の提案にとどまるもの」(no more than propose a commercial transaction)との間において、「常識的な差異」(commonsense differences)があるとし、その真実性は報道や政治的批評よりも証明可能であることに加え、広告は商業的な利益のために必要なものであり、適正な規制によって萎縮する可能性は低く、他の言論よりも脆弱であるとはいえないとした。

同判決は、これらの点等を説示し、営利的言論が、他の言論と同様に保護を受けるものの、一定の規制に服するとした。

(イ) Central Hudson Gas 判決

Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980) は、営利的言論に対する違憲審査基準を明らかにした連邦最高裁判決である²⁴。事案は、電力会社に対する電力の使用を促進する広告の禁止が合衆国憲法修正 1 条及び修正 14 条に違反しないかが問題となったものである。判決は、まず、営利的言論 (commercial speech) が「表現者とその受け手にとって純粋に経済的な利益にのみ関係するもの」であるとした。そして、修正 1 条は正しいとは認められない政府規制から営利的言論を保護するとした。

そのうえで、伝統的に政府の規制対象となる分野でなされる「商取引を

²⁴ 同判決について、松井茂記「修正 1 条と営利的言論—Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557, 100 S. Ct. 2343 (1980) (アメリカ連邦最高裁公法判例の動向 (1979～80年開廷期))」判タ 32 巻 26 号 (1981) 16 頁、川岸令和「営利的言論の規制と第 1 修正」憲法訴訟研究会＝芦部編・前掲注 23・55-62 頁、佐々木秀智「アメリカ合衆国憲法修正第 1 条における営利的言論の自由論」法律論叢 80 巻 4・5 号 (2008) 41 頁、太田裕之「合法であるが社会的に『有害』な製品、サービスの広告規制と営利的言論法理—アメリカにおける酒類広告規制を中心として—」同志社法学 48 巻 3 号 (1996) 223 頁、市川・前掲注 23・101-103 頁、橋本・前掲注 3・56-58 頁、樋口・前掲注 21・365-366 頁。

提案する言論」(speech proposing a commercial transaction)と他の様々な言論の間に常識的な区別があることを肯定した。そして、憲法は、他の憲法上保障される言論と比べて、営利的言論にはより弱い保護を与えるとした。

そして、違憲審査基準として、①同言論が少なくとも適法な活動に関するものであり、誤解を招くものではないこと、②主張されている政府利益が実質的なものであり、③当該規制が主張されている政府利益を直接に促進させ、④当該規制が当該利益を達成するために必要以上に広範でないかを判断するとした。そのうえで、本件の広告規制は修正1条に違反すると判断した。

同判決は、営利的言論について修正1条の保護を認めつつ、その他の言論との間には常識的な区別があるため、他の言論よりも緩やかな違憲審査基準(セントラルハドソン・テストと呼ばれる)に服することを明らかにしたものとして位置付けられている²⁵。特に、④の要件はいわゆるLRAの基準よりも緩やかなものと考えられている²⁶。同基準はその後にも営利的言論の違憲審査において用いられている²⁷。

(ウ) 営利的言論の保護の根拠論

もっとも、営利的言論を保護する正当化根拠については、米国において多くの議論がある。

まず、米国における表現の自由の保障根拠については、Thomas I. Emersonが、①個人が自己の特性や可能性を実現するうえでは個人が自由である必要があり、その信念や意見その他の表現が抑制されることは人間の尊厳に対する侮辱であるという、個人の自己充足(self-fulfillment)の保障手段としての意義、②知の発展と真理の発見への不可欠な手続としての意義、③社会における自己決定への参加としての意義、④順応しやすくより安定的な共同体を達成し、社会の分裂と合意形成との間の不安定な均衡を

²⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)』(増補版、2000、有斐閣、以下「芦部・人権各論(1)」と略記する。)318-320頁、松井・入門(前掲注1)265頁、橋本・前掲注3・56頁、長谷部恭男『憲法』(第6版、2014、新世社)212頁。

²⁶ 樋口・前掲注21・366頁。

²⁷ 橋本・前掲注3・58頁。

保つ手段としての意義を提示した²⁸。もっとも、同説は、商業的な団体が行う言論は営利のための商品や役務の生産や交換を含むところ、これらは政治的、宗教的、芸術的等の思想の生産や交換とは異なっているとして、営利的言論に対する修正 1 条の保護には否定的な見解を示していた²⁹。

その後、営利的言論は、Emersonによって示された表現の自由の保障根拠との関係で多くの議論がなされてきた。

まず、表現の自由は政治的言論を保障するためのものであり、営利的言論は修正 1 条の保護の範囲に含まれないとする主張があった。例えば、Alexander Meiklejohnは、表現の自由の原理は、自然権に由来するものではなく、自己統治の必要から生じるものであり、投票者が公共の利益に関する事項を熟慮するために直接又は間接に関係する言論が修正 1 条の保護を受けるが、私的な言論は保護を受けないとしている³⁰。また、Robert H. Borkも、政府の行いや政策、人員に関する言論が保護される言論であるべきであり、科学、教育、商業的、文学的な表現は保護されないとしている³¹。

これに対し、Martin H. Redishは、営利的言論の保護を肯定し、Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) の判断にも影響を与えたといわれている³²。同人は、修正 1 条の高度な保護を政治的言論に限定する立場に対して、個人の無数の非政治的な私的な活動が民主主義の固有の価値である自己決定や民主主義の手段的価値に資するものであり、修正 1 条は政治過程に資するのと同様に全ての人生に影響を与える決定を手助けすると論じる³³。そして、修正 1 条は、

²⁸ THOMAS I EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 6-7 (1970); T.I. エマースン著(小林直樹＝横田耕一訳)『表現の自由』(1972、東京大学出版会)1-22頁。

²⁹ EMERSON, *supra* note 28, at 414-15.

³⁰ ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT 93-94 (1948).

³¹ Robert H. Bork, *Neutral Principle and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 27-28 (1971).

³² Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591, 630 (1982); Martin H. Redishの議論については、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(1988、東京大学出版会)35頁、蟻川／前掲注21・126-136頁。

³³ Redish, *supra* note 32, at 602-04.

社会が個人に許したあらゆる自己決定（夕食のメニュー、髪型、娯楽等を含む）に関連する言論に対し保護が与えられるべきとする³⁴。さらに、同人は、修正1条の価値は民主主義だけでなく、より広い意味での権力の監視機能や思想の自由市場、個人の自己充足（self-fulfillment）にあるとする³⁵。そして、競争関係にある商品や役務についての情報や意見によって、個人が人生に関係する無数の決定を行うことを助け、そのことによって、個人の自己実現の価値の要素を助長するとしている³⁶。これは、政治的言論が集合的自己統治を促進するように、営利的言論は私的自己統治（private self-government）を促進し、私的及び集合的自己統治の両者とも、自己陶冶（self-development）及び自己決定（self-determination）への規範的関心に根差しているとした³⁷。そして、営利的言論の修正1条の価値は、何を購入するのが最良であるかだけでなく、いかなる程度で経済的制度に対する政府の規制を行うべきかを個人に考えさせることにあるとする³⁸。

このように、同説は、営利的言論の保障の理由を表現者ではなく表現の受け手の利益に求めている。

これに対し、言論の自由の保障根拠から、営利的言論の保護を限定する見解も少なくない。

まず、個人の自律との関連性の乏しさを指摘するものがある。

C. Edwin Bakerは、表現の自由が、自らの望む方法で世界を秩序付け、創造するためのものであり、自身が重要だと思う方法で世界を理解し伝達するための道具として修正1条で保護されるとした³⁹。他方において、営

³⁴ *Id.* at 605-06.

³⁵ *Id.* at 605-06.

³⁶ *Id.* at 611-25.

³⁷ Martin H. Redish, *Commercial Speech, First Amendment Intuitionism and the Twilight Zone of Viewpoint Discrimination*, 41 LOY. L.A. L. REV. 67 (2007).

³⁸ Redish, *supra* note 32, at 631-32.

³⁹ C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 196 (1989); C. Edwin Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, 84 IND. L.J. 981, 997 (2009). C. Edwin Bakerの議論については、奥平・前掲注32・32頁、蟻川／前掲注21・136-153頁、桧垣伸次「ヘイト・スピーチ規制論と表現の自由の原理論」同志社法学64巻7号(2013) 1004頁。

利的言論は、自然人ではなく法律によって設立された企業によって行われることが多いが、企業は利益を増大させるという手段的に合理的な目的しか有しないことから、営利的言論は話者の自律的な決定ではなく競争市場の構造の中にあるとした⁴⁰。さらに、営利的言論が個人の選好の満足に役立つとしても、選好の満足自体が普遍的かつ優越的な価値ではないこと、選好の満足が市場によってのみもたらされるわけではないこと、選好自体が企業の活動によって操作されていることを指摘する⁴¹。そして、人の自律及び自己決定の尊重の価値を考慮すれば、営利的言論を集合的な政治的コントロールの対象とすべきであると結論付け、営利的言論の修正1条による保護を否定している⁴²。

他方で、営利的言論と自己統治や民主主義との関係の薄さも指摘されている。

例えば、Robert Postは、修正1条は、民主的自己統治の過程への参加を構成する「公共的討議」(public discourse)の意義を有するが、営利的言論は民主的自己決定への参加ではなく、伝達される情報によって憲法的に価値付けられるとしている⁴³。すなわち、営利的言論は、これを行う者が公衆の意見に影響を与える意図を有しておらず、相互的な議論や対話を招来しているわけでないとする⁴⁴。そして、営利的言論の規制は、より賢い決定に関連する情報の流通を危険にするとしても、営利的言論自体が「公共

⁴⁰ BAKER, *supra* note 39, at 200-01. これに対し、Redish, *supra* note 37, at 210 は、法人は個人の自由な意思によって形成されており、法人の形態を利用することは、個人の努力がその目標及び可能性を実現させることを促進する「触媒的な自己実現」(catalytic self-realization)の一形態として把握できると反論している。

⁴¹ BAKER, *supra* note 39, at 202-03.

⁴² *Id.* at 205-06.

⁴³ Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L. REV. 1 (2000). Robert Postの議論については、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』—『自己統治』と『自律』の間—」長谷部＝中島編・前掲注21・54-60頁、横大道聡『現代国家における表現の自由—言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』(2013、弘文堂)179-184頁、橋本・前掲注3・135-136頁、桧垣／前掲注39・1006頁。

⁴⁴ Post, *supra* note 43, at 21.

的討議」の一部ではないとしている⁴⁵。

また、表現の自由に指摘される脆弱性が営利的言論にあてはまりにくいとの指摘もある。Cass R. Sunsteinは、営利的言論が正当な理由により規制される傾向にあり、憲法上許容されない理由によって規制されることがあまりない旨を述べている⁴⁶。

このほか、Daniel A. Farberは、表現の自由の保護の根拠を言論の公共財（public good）の側面に求めつつ、営利的言論は私的財（private good）に近く、その利益は売上によって捕捉されるので、公共財に存在する過少生産の問題は生じないとする⁴⁷。

以上のように、営利的言論については、通常の言論の保障根拠が全てあてはまるわけではなく、通常の言論と同様の憲法上の保護は受けない旨を説くものが多いと思われる。

(エ) 営利的言論の射程の限界

その後、Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 U.S. 60 (1983) は、営利的言論について、「商取引の提案にとどまるもの」との定義を採用したうえ、パンフレットが広告と認識されることは直ちに営利的言論の結論には達しないし、特定の商品への言及もそれだけで問題のパンフレットが営利的言論であるということにはならないとした。さらにパンフレットの作成者が経済的動機を有していることも、営利的言論と判断するには十分ではないとした。もっとも、これらの要素が組み合わされると営利的言論とするに十分であるとしている⁴⁸。

⁴⁵ *Id.* at 25-26.

⁴⁶ Cass R. Sunstein, *Pornography and the First Amendment*, 1986 DUKE L.J. 589, 604 (1986). 同人の表現の自由に関する議論については、大沢秀介「共和主義的憲法理論と表現の自由」樋口陽一＝高橋和之編集代表『現代立憲主義の展開 上』（1993、有斐閣）587-606頁を参照。

⁴⁷ Daniel A. Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 HARV. L. REV. 554, 565 (1991). 表現の自由の公共財的側面については、長谷部恭男『テレビの憲法理論－多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（1992、弘文堂）12-15頁。

⁴⁸ 同判決について、橋本・前掲注3・58頁。

また、営利的な側面と非営利的な言論が「分かち難く結び付いている」(inextricably intertwined) 場合には、営利的言論ではなく修正 1 条によって完全に保護されるとする説示をする判決が登場している⁴⁹。

例えば、*Riley v. National Federation of the Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781 (1988) は、表現の営利的側面が、十全に保護される言論と「分かち難く結び付いている」(inextricably intertwined) 場合に、営利的言論として弱い保護しか受けないことにはならないとして、慈善事業への寄付の勧誘が職業的勧誘員によって行われたとしても営利的言論にはならないとした。そして、*Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989) も、学生寮での調理器具の販売を目的としたタッパーパーティーについて、教育的言論と営利的言論が「分かち難く結び付いている」(inextricably intertwined) 場合に修正 1 条によって十全に保護されることを説示している。その後の判決でもこの基準が用いられている (*Gaudiya Vashnava Soc’y v. City of San Francisco*, 952 F.2d 1059 (9th Cir. 1990))⁵⁰。

さらに、営利的言論の範囲を限定した判決として、*Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 255 F.3d 1180, 1184 (9th Cir. 2001) がある。事案は、被告が“Fabulous Hollywood Issue!”と題する記事を書いた際、俳優である原告の写真を合成した写真を他の写真や論評とともに使用したというものである。一審判決は、本件の写真が修正 1 条の保護を受けるものではないとしたが、本判決は「商業的言論の中核的な発想は、商取引の提案にとどまるもの」としつつ、本件の雑誌記事がファッション写真と映画及び俳優に対する論評の組み合わせとなっており、全ての営利的側面が表現的な要素と「分かち難く結び付き」(inextricably intertwined)、これは単なる広告ではないと

⁴⁹ 米国の判決を参照しつつ、商業的要素と政治的・学術的議論を喚起する要素とが分離不可能な言論については、憲法判断を迂回する営利的言論としての位置付けを与えるべきではないことを指摘するものとして、木下昌彦「研究不正と営利的言論の法理—ディオバン事件における薬事法66条1項の解釈論争を素材として」論究ジュリスト25号(2018)72-73頁。

⁵⁰ ただし、その後は、「分かち難く結び付き」(inextricably intertwined) の基準を用いず、主要目的が営利的か非営利的かによって判断するものや、常識 (common-sense) によって判断するものが見られている。この点について、Lockridge, *supra* note 15, at 362-63.

して、本件の雑誌記事の出版は営利的言論には該当しないとした。

また、裁判例では、政治的、宗教的メッセージを付したTシャツその他の商品について、営利的言論であるとの主張を退けて修正1条によって完全に保護されると判示するもの（*Gaudiya Vashnava Soc’y v. City of San Francisco*, 952 F.2d 1059 (9th Cir. 1990)）、バスの広告に“CHOOSE LIFE!”（生命を選択せよ）とのメッセージを記載したものについて、非営利的言論であると認めたもの（*Children of Rosary v. City of Phoenix*, 154 F.3d 972 (9th Cir. 1998)）、タイガー・ウッズとその大会に関係する事物を組み合わせた絵画を作成し、“The Masters of Augusta”の文字を配しこれを販売した事案について、これが営利的取引を提案するものではないため、営利的言論には該当しないとしたもの（*ETW Corp. v. Jireh Pub., Inc.*, 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003)）がある。このように、商品や広告媒体に付されたものであっても、メッセージを伝達するものについては、営利的言論ではないと判断するものが多い⁵¹。

他方で、実際に営利的言論として違憲審査を行っている判決を見ると、弁護士の内容の規制（*Zauderer v. Office of Disc. Counsel*, 471 U.S. 626 (1985)）、カジノの広告の規制（*Posadas de Puertorico v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)）、弁護士のダイレクトメールによる営利目的の勧誘の規制（*Shapero v. Kentucky Bar Ass’n*, 486 U.S. 466 (1988)）、大学施設内での営利企業の活動禁止（*State Univ. of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989)）、公共財産上のニューストラックによる営利的なチラシの配布の禁止（*City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410 (1993)）、ビールのラベルにアルコール内容を表示することの禁止（*Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476 (1995)）、アルコール類の広告に小売価格を表示することの規制（*44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996)）、ラジオ放送及びテレビ放送についての民営カジノの広告の禁止（*Greater New Orleans Broadcasting Ass’n, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173 (1999)）、タバコ、無煙タバコ、葉巻の広告規制（*Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S.

⁵¹ 米国では、テレビ広告において、営利的言論とは区別された公共的メッセージが入っている場合には通常の言論としての保護が認められる可能性が高いことを指摘するものとして、樋口・前掲注21・363-364頁。

525 (2001)) がある⁵²。

このように営利的言論とされているのは、特定分野に関する広告やその広告内容である場合が多い一方、商業雑誌の記事でも表現的な要素と不可分に結び付いている場合には営利的言論と判断されていない点に注意を要する⁵³。

(オ) 営利的言論に対する厳格な違憲審査

他方で、表現の自由についての違憲審査についての判決を見ると、営利的言論であってもより厳格に違憲審査を行う傾向も見られる⁵⁴。

例えば、44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996) は、アルコール類の広告に価格を記載してはならないとの規制について、全ての営利的言論の規制は同一の形態の憲法審査に服するというのは誤りであり、メッセージが商取引を提案するという事実のみでは、適用される合憲性審査は決定されないとしつつ、真実で誤導的ではない営利的メッセージについて、公正な取引過程の保持とは無関係な理由によって禁止する場合に、修正 1 条が通常要求する厳格な審査から免れる理由はないとしたうえで、本件規制を違憲と判断している⁵⁵。また、*Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001) は、タバコ、無煙タバコ、葉巻の広告規制について、セントラルハドソン・テストの第 4 要件である「当該規制が当該利益を達成するために必要以上に広範でない」との要件を満たさないとし、規制を修正 1 条に違反し違憲であるとしている。

⁵² 営利的言論についての判例の展開については、橋本・前掲注 3・51-142頁、松井・入門(前掲注 1) 265-267頁、樋口・前掲注 21・366-367頁。

⁵³ 最近の判例の傾向として、営利的言論の範囲を明確な商品販売広告に限定したうえで、厳格審査に近付けた中間審査を行っているものと評するものとして、樋口・前掲注 21・367頁。

⁵⁴ 川岸／前掲注 24・58-59頁、橋本・前掲注 3・110-124頁。商標権と修正 1 条との関係の文脈においてこの点を指摘するものとして、Jennifer E. Rothman, *Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law*, 27 CARDOZO L. REV. 105, 153 (2005)。

⁵⁵ 川岸／前掲注 24・59頁、橋本・前掲注 3・113-114頁。

ウ 米国における営利的言論と商標法に関する判決及び議論

(ア) 総論

次に、以上のような営利的言論の議論が、商標法に関する判決や議論にどのように影響しているのかを見ていきたい。

まず、商標は、営利的言論の一種として捉えられている⁵⁶。それは、誰が商品を生産又は販売しているのかについての情報を提供するものであるから、商取引の提案 (proposal of commercial transaction) の一部であるとされる⁵⁷。それゆえ、商標に関する多くの事案における商標のエンフォースメントは、セントラルハドソン・テストによる審査の対象になるとされる⁵⁸。もっとも、商標権が制限するのは、営利的言論に限られないことが明らかになりつつある。そこで、以下では、商標権と営利的言論の関係についての判決及び議論を見ていくことにする。

(イ) San Francisco Art & Athletics 判決

前述した *San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) は、オリンピックの語の使用規制について、この規制は営利的言論にしか適用されないところ、営利的言論は限定された形態においてのみ修正 1 条の保護を享受するとして、営利的言論の先例である *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980) 及び *Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986) を引用している。そのうえで、同判決は、規制がメッセージを伝達する方法を規制するのみであることを指摘しながら、表現の自由に関しては比較的緩やかな審査基準とされるオブライエン・テストを用いて合憲と判断している。

ただし、同判決の *Brennan* 反対意見は、アマチュアスポーツ法の規制は、

⁵⁶ 企業の商標が顧客に伝達される営利的言論の最も重要な要素であることは明白であるようであることを論じるものとして、MCCARTHY, *supra* note 14, §31:139.

⁵⁷ Lisa P. Ramsey, *First Amendment Limitations on Trademark Rights*, in *TRADEMARK LAW & THEORY: A HANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH* 132, 148 (Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Janis, eds., 2007).

⁵⁸ *Id.* at 148-49.

多くの非営利的な言論に適用される可能性があり、オリンピックの語の非営利的使用を承認する裁量がUSOCに与えられているため、過度に広範な規制であるとした。そして、特定の語の非営利的使用でさえ排除することにより、サンフランシスコ芸術体育協会の表現の自由を違憲に侵害すると結論付けている。

(ウ) L.L. Bean 判決

州法における希釈化規制と修正 1 条との関係について判断を行ったのが、L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc., 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) である⁵⁹。

事案は、被告が男性の性的な娯楽を扱う月刊誌である“High Society”を発行し、その中の“L.L. Bean’s Back-To-School-Sex-Catalog”と題する記事において、原告の商標が掲載され、滑稽な服装に仕立てられた製品を用いてヌードモデルに性的に露骨な姿勢を取らせた写真を掲載したため、原告が商標権侵害、不正競争、メイン州の反希釈化法等に基づき被告を提訴したというものである。

判決は、Robert C. Denicola の論文を引用しながら⁶⁰、商標権は、アイディアを伝達し、見解を表現する他人による無許諾の当該標章の使用を禁止する権利を商標権者に与えるものではない (Trademark rights do not entitle

⁵⁹ 同判決について、江口順一「アメリカ商標法における最近の希釈化 (Dilution) 判例について」阪大法学47巻4・5号(1997)763-764頁。表現の自由との関係について、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26巻1号(2009)182頁。

⁶⁰ 引用部分は、Denicola, *supra* note 8, at 195 の「著名な商標は、その権利者のイメージを想起させる格別に強い手段を提供するものであるが、それゆえ重要であり、時には不可欠な、『公衆の言語の一部』(part of the public vocabulary) となる。それゆえ、著名な商標の使用を規制する法は、アイディアの伝達を規制することになる。もし、被告の言論が格別に悪い印象を有するならば、被告の使用によって商標が汚染されたといえることができる。しかしながら、ミスアプロプリエーションや汚染がそのような事案にまで拡大されると、憲法上の影響は無視できないものとなる。商標がしばしば商標権者とその製品に注目を集めさせる最も効果的な手段となり得るがゆえ、そのような使用を規制する排他的な権利を認めることは、歓迎されない議論を抑制することを許すことになってしまう」の部分である。

the owner to quash an unauthorized use of the mark by another who is communicating ideas or expressing points of view) とした⁶¹。

そのうえで、判決は、「憲法は、被告が他人の商標を用いて自己の製品を許諾なく販売する場合に、商業的な主体がこれを止めさせるため、当該主体の表現の自由に付随的に影響を与えることは許容している。そのような状況において、反稀釈化法の適用は、Central Hudson Gas 判決の定義した『表現者とその受け手にとって純粋に経済的な利益にのみ関係する言論』である営利的言論 (commercial speech) に対する正当な規制である。しかしながら、表現の自由により保護された言論を行おうとする被告が非営利的に商標を使用する場合 (the noncommercial use of a trademark by a defendant engaged in a protected form of expression)、これを禁止する根拠として反稀釈化法が用いられる場合には憲法に違反する」とした。

さらに、もし、反稀釈化法が、商標権者による否定的又は攻撃的と判断された非営利の文脈において標章を使用することを禁止することができると解するならば、企業の行為にとって致命的となる論評における当該名称の使用を禁じることによって、企業は自身を批評から守ることができてしまう。反稀釈化法の正当な目的は、両立しない商品又は役務を販売するための他者の許諾なき商標の使用を禁じることにある。もっとも、反稀釈化法が、論評上 (editorial) 又は芸術的な文脈において非営利で許諾なく使用する行為にまで適用されることは憲法上許されるものではないとした。

そのうえで、判決は、「地裁が反稀釈化法を被告の非営利のパロディに適用したことは憲法上の審査に耐え得るものではない。被告は商品又は役務を同定したり、販売したりするために原告標章を用いたわけではなく、単にパロディの対象として被告を同定するために用いたのである。地裁による反稀釈化法の解釈は、不適切にも反稀釈化法の範囲を、営利活動 (commerce) をはるかに超えて表現の領域の深みまで広げるものであるだろう」とし、反稀釈化法の適用を否定した。

このように、同判決は、Central Hudson Gas 判決を引用しつつ、①表現者

⁶¹ 同説示を引用するものとして、Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002).

とその受け手にとって純粹に経済的な利益にのみ関係する言論である営利的言論と、②表現の自由により保護された言論を行おうとする被告が非営利的に商標を使用する場合を区別し、前者を規制する稀釈化防止条項は営利的言論に対する正当な規制であるとする一方、後者に対し稀釈化防止条項を適用することは憲法に違反するとした。そして、後者の場合として、論評上又は芸術的な文脈において非営利で許諾なく使用する行為を挙げ、パロディの事案である本件への適用を否定している。

(エ) 利益衡量を用いる判決と営利的言論

前述した *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) の地裁判決である *Rogers v. Grimaldi*, 695 F. Supp. 112 (S.D.N.Y. 1988) は、営利的言論か否かの論点について、問題となっている題号は、映画の主人公 2 人のニックネームとして用いられているものであり、かつ *Rogers* と *Astaire* を現代文化の広く知られた要素として認識するものであるとした。そして、映画監督は、アメリカの文化的象徴を想起させるために利用したものであって、当該映画が *Rogers* と *Astaire* に関するものと誤信させようとしたものではないとした。また、映画の配給社が *Rogers* の名前の周知性を利用しようとしていたと考えられるという事実は、映画及びその題号を営利的言論に転換するものではないとした。以上から、問題となっている言論は主として商業的目的に役立つことを意図したものではなく、同映画は修正 1 条の完全なる保護に値し、ランハム法は適用されないとした。

他方で、*Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) は、題号は、芸術的な表現と商業的な普及促進との混成的 (hybrid) な性質を有しており、映画の題名は、映画を製作する者の表現の不可欠な要素であると同時に、当該作品を市場に出すための重要な手段であり、両方の要素は解くことのできない絡み合い (inextricably intertwined) となっている等を説示したうえで、題号の表現としての要素は、通常の商品の命名よりも強い保護が必要であるとした。同判決は、地裁判決とは異なり、憲法の営利的言論の議論との関係を明確にはしなかったものの、著作物の題号が通常の商品の名称よりも強い保護が必要であることは肯定している。また、同判決は、*Riley v. National Federation of the Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781 (1988) や *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989) が

非営利的言論と営利的言論が結び付く場合に用語として用いられている「解くことのできない絡み合い」(inextricably intertwined) との表現を用いているが、同判決はこれらの判決を引用しているわけではない。

次に、同じく修正 1 条による利益衡量を行っている *Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, Inc.*, 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989) も、*Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) を引用しつつ、パロディの表現としての要素は通常の商品の命名よりも強い保護を要求するとしている。

(オ) FTDA における「非営利的使用」の解釈

その後、連邦法での稀釈化を規制した FTDA 制定後においては、「当該標章の非営利的使用」(Non-commercial use of the mark) に対しては権利行使できないことが明示された (43条(c)(4))。同条の立法過程においては「非営利使用」には「パロディ、風刺、論説等の非営利的表現や営利的な取引の一部とならない他の表現の形式」(parody, satire, editorial and other forms of expression that are not part of a commercial transaction) (141 Cong. Rec. S19310) が含まれるとする議論があった。

この「非営利的使用」の意義についての詳細な判断をしたのが、*Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002) である。同判決は、本件が「非営利的使用」(Non-commercial use) に該当するかについて、そもそも FTDA で問題となるのが “commercial use in commerce” であるところ、この Non-commercial の commercial の意味が同じであるとすれば、稀釈化を引き起こすと判断されるいかなる商標の使用も非営利的とは判断されなくなる。このような解釈は比較広告やニュース報道以外の稀釈化を引き起こし得る言論に対し修正 1 条の保護を与えないため、憲法上の問題を引き起こすとした。そして、標章が商品又は役務の単なる同定を超えて表現としての機能を有する場合には、商標の文脈においても修正 1 条との緊張関係はあるとした。特に、稀釈化の場合には、商品及び役務が離れていればいるほど稀釈化を引き起こす。また、需要者の混同の防止は修正 1 条に合致するとしても、稀釈化は混同とは無関係に保護を認めるため、本来修正 1 条によって備わっている差止めの制限を欠くものであるとした。さらに、同判決は、FTDA の立法の経緯は、解釈上のジレンマを解決し修正 1 条の

問題を解消するものとして「非営利的使用」を解釈することを示唆する。それゆえ、「非営利的使用」(Non-commercial use)は、完全に非営利の言論と、十分に憲法上保護された(fully constitutionally protected)言論によって構成される使用を指すものとした。また、判決は、前述した *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001) の「営利的言論と非営利的言論の境界は明確に描写することができないが、営利的言論の中核は、商取引の提案にとどまるものである」(no more than propose a commercial transaction)との説示を引用したうえで、もし言論が「純粹に商業的」(purely commercial)ではなく、「商取引の提案を超えるもの」(more than propose a commercial transaction)であれば、それは修正 1 条の保護を受けるとした⁶²。

このように、同判決は、*Central Hudson Gas* 判決の営利的言論と「商取引の提案を超えるもの」(more than propose a commercial transaction)との区別を前提にしながら、後者については完全に非営利ではないとしてもランハム法 43 条(c)(4)の「非営利的使用」に該当するとした。これは *Central Hudson Gas* 判決の営利的言論とそれ以外の言論との区別を制定法の抗弁である「非営利的使用」の基準とするものである。

同判決の「非営利的使用」についての説示は、その後の判決においてもしばしば引用されている(*American Family Life Insurance Company v. Hagan*, 266 F. Supp. 2d 682 (N.D. Ohio 2002); *Nissan Motor Co. v. Nissan Computer Corp.*, 378 F.3d 1002 (9th Cir. 2004))。そして、「非営利的使用」は、著作物の題号、政治活動における表現、ドメイン名に広く適用されることになった(詳しくは後述)。

(カ) *In re Tam* 判決

商標が、営利的言論にとどまらない性質を有するか争われたのが、商標登録要件であるランハム法 2 条(a)が修正 1 条に反するとの判断をした *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017) である。

同判決の原審である *In re Tam*, 808 F.3d 1321 (Fed. Cir. 2015) は、営利的言論の論点について、商標は、商品又は役務の出所を同定し、生産者、商品、価格等の情報を拡散する役割を果たしているとしつつ、それにとどま

⁶² この点については、Lockridge, *supra* note15, at 366 に紹介がある。

らず、表現としての性格を有しており、このような性格に基づき侮辱的な内容について登録が拒絶されていたとした。それゆえ、この侮辱条項は、標章の営利的言論の機能ではなく、その標的としているものに適用される修正1条の基準において評価されなければならないとして、営利的言論としての緩やかな審査に服することを否定した。

同判決は、標章が、出所識別機能を果たすと同時に表現としての要素を有することを肯定しており、その表現としての性格に基づいて規制されるならば、営利的言論よりも厳格な違憲審査に服することを明らかにしている。

他方で、最高裁判決は、商標は表現的な内容を有し、その短さから表現できる内容に制約はあるが、少ない単語で力強いメッセージを伝達し得る旨を述べ、商標が私的な言論(speech)であることを肯定した。ただし、同判決が、商標が営利的言論に該当するか否かについては、問題となったThe Slantsという名称がそのバンドを同定するだけではなく、社会的な論点についての1つの見解を示しているとしつつも、本件の規制は営利的言論に要求されるセントラルハドソン・テストすら満たさないの、営利的言論か否かの問題に決着を付ける必要はないとしている。

(キ) 営利的言論に対する厳格な審査

また、学説では、前述した営利的言論に対するより厳格な違憲審査を行う判決群を引用しつつ、商標権の行使の特定場面について、被告の標章の使用が営利的言論に該当するとしても、修正1条に違反することを論じるものがある。例えば、購買前の混同を認めることについて、修正1条に反し違憲であるとするものがある⁶³。他の学説は、営利的なパロディについて、このようなパロディが修正1条の利益を体現すると同時に、稀釈化規制により得られる利益は少ないとして、修正1条の保護を受ける旨を説くものがある⁶⁴。

さらに、学説では、記述的な用語(descriptive terms)は、商品の品質や

⁶³ Rothman, *supra* note 54, at 158.

⁶⁴ Anthony A. Pearson, *Commercial Trademark Parody, The Federal Trademark Dilution Act, and the First Amendment*, 32 VAL. U. L. REV. 973, 1021-22 (1998).

特徴、地理的出所の情報を伝達するものであり、営利的言論に該当するところ、この商標登録を許し排他権を付与することは、他人の記述的用語の使用を禁止するものであり、セントラルハドソン・テストの要件を満たさないとして、憲法違反とするものもある⁶⁵。

エ 小括

以上のとおり、営利的言論については、通常の言論よりも緩やかな違憲審査に服するものとされているところ、*San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) においては、オリンピックの語の使用規制について、営利的言論に対する規制であることを前提とする違憲審査が行われた。他方で、営利的言論とされて違憲審査がなされているのは、広告の禁止や広告における一定の内容の記載の禁止であり、言論や表現の要素が薄いものも多い。そして、稀釈化を規制する請求権については、*L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) が、*Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980) の「表現者とその受け手にとって純粋に経済的な利益にのみ関係する言論」である営利的言論（commercial speech）とそれ以外の表現の自由で保護される言論を区別し、後者に対する適用が修正 1 条に反する旨を示すとともに、営利的な雑誌に掲載されたパロディ的な記事に対する稀釈化に基づく請求を退けている。その後の FTDA における「非営利的使用」の抗弁については、上記の意味における営利的言論以外の修正 1 条で保護される言論の場合に広く適用されるとしている。

この点から明らかなことは、標章の使用が表現や言論としての要素を有する場合には、それに営利的な要素があったとしても営利的言論として憲法上の保護を弱めなくてもよいということにある。

(3) 表現の内容規制／内容中立規制の問題

ア 問題の所在

表現の自由に対する制約の違憲審査基準を決するうえで重要とされて

⁶⁵ Lisa P. Ramsey, *Descriptive Trademarks and the First Amendment*, 70 TENN. L. REV. 1095, 1146-48 (2003).

いるのが、表現の内容規制と内容中立規制のどちらに分類されるかである
とされる⁶⁶。商標権等の権利行使を肯定することによる表現の自由の制限
も、内容中立規制として緩やかな審査に服するものであるのか検討する必
要がある⁶⁷。

イ 表現の内容規制と内容中立規制の区別の形成

(ア) 表現内容規制に対する違憲審査

米国において、表現の内容規制／内容中立規制の区別は歴史的に形成さ
れてきた。

まず、表現の内容に基づく規制の場合には、修正 1 条に違反し違憲であ
るとの推定が働き、規制目的として「やむにやまれぬ利益」(compelling
interest)が存在し、かつ規制がそのような利益を促進することに「厳密に
定められている」(narrowly tailored) (Simon & Schuster, Inc. v. Members of
New York State Crime Victims Board, 502 U.S. 105 (1991)⁶⁸や Reed v. Town of

⁶⁶ 内容中立規制の場合により緩やかな合憲性審査に服することについて、WEAVER & LIVELY, *supra* note 22, at 111-12. 邦語文献では、紙谷雅子「表現の自由(1)-(3・完) —合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型—」国家学会雑誌101巻 1=2 号(1988) 1 頁・102巻 2 号(1989) 46頁・102巻 5=6 号(1989) 243頁(以下、「紙谷・表現の自由(1)-(3・完)」と略記する。)、長岡徹「表現の自由と規制類型論—表現内容に基づく規制と内容中立規制区分論の検討(1)-(2・完)」香川大学教育学部研究報告第 1 部68号(1986) 71-95頁・69 号(1987) 95-123頁、市川・前掲注23・149-206頁、橋本・前掲注 3・169-250頁。

⁶⁷ 著作権法について、表現内容中立規制に該当するとしたうえで、中間的審査基準を適用するものとして、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由についての一考察」学習院大学法学学会雑誌39号(2004) 83-85頁。著作権法が内容規制か内容中立規制かについては、大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察—判例法理の批判から新たな議論の展開へ」大沢秀介=小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に』(2006、慶應義塾大学出版会) 313-317頁も参照。

⁶⁸ narrowly tailored の訳語を「厳密に定められている」とするものとして、芦部・人権各論(1)(前掲注25) 411頁。「必要不可欠の制限」と訳すものとして、松井・入門(前掲注 1) 238頁、「狭く規定されている」と訳すものとして、橋本・前掲注 3・195頁、「刈り揃えられている」と訳すものとして、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』

Gilbert, 576 U.S._ (2015) の表現) 又は「厳密に線引きされている」(narrowly drawn) (Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988) や Brown, et al. v. Entertainment Merchants Ass’n, et al., 564 U.S. 786 (2011) の表現) 場合にのみ合憲と判断される。

例えば、Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Board, 502 U.S. 105 (1991) は、犯罪の経験を書いた書籍から得られる利益を供託する義務を定めた「サムの息子法」について、同規制は特定の内容の著作物にのみ向けられたものであるところ、州は犯罪の果実から被害者を補償する「やむにやまれぬ利益」を有するものの、同規制は過剰包摂 (overinclusive) であるとして違憲と判断した⁶⁹。

加えて、Brown, et al. v. Entertainment Merchants Ass’n, et al., 564 U.S. 786 (2011) も、暴力等を描写するテレビゲームの規制について、テレビゲーム以外の暴力の描写を規制しておらず、その点において過少包摂 (underinclusive) であり、かつ親が有害でないと考えたテレビゲームを所持できない点で過剰包摂 (overinclusive) であるから、「やむにやまれぬ利益」が存在し、かつ規制がそのような利益を促進することに「厳密に線引きされている」との基準を満たさないとした⁷⁰。

また、内容規制の中でも、観点に基づく差別 (viewpoint discrimination) の場合には違憲と判断されやすくなる⁷¹。

例えば、R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) は、人種や宗教、性別に基

(第2版、2014、日本評論社) 138頁。

⁶⁹ 同判決について、阪口正二郎「犯罪被害者と表現の自由」阪口正二郎＝毛利透＝愛敬浩二編『なぜ表現の自由かー理論的視座と現況への問い』(2017、法律文化社) 211頁、松井・入門(前掲注1) 247頁。

⁷⁰ 同判決の詳細は、藤井樹也「暴力的ビデオ・ゲームの規制と表現の自由ーその後のアメリカ連邦最高裁判所ー」成蹊法学75号(2011) 140頁、松井・入門(前掲注1) 252-253頁。

⁷¹ 見解規制について、安西文雄「表現の自由の保障構造」『憲法学の現代的論点』(2006、有斐閣) 357頁、市川・前掲注23・171-185・244-245頁。ただし、米国の連邦最高裁における、観点に基づく差別 (viewpoint-based discrimination) と内容に基づく規制 (content-based discrimination) の違いが不明確であることを指摘するものとして、横大道・前掲注43・165-166頁。

づき他者の怒りや憤りを掻き立てる象徴の展示を禁止した条例について、本件条例は内容差別を超えた観点差別であるとしたうえで、歴史的に差別された集団が平和に生きる権利を保障することは「やむにやまれぬ利益」であるが、その目的の達成に必要な範囲を超える規制であるとして違憲とした⁷²。

ただし、規制が表現の内容や観点を差別したものではない場合でも、内容規制と判断されれば厳格な審査に服するとされる（この点を明示するものとして、*Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992) の *Blackman* 裁判官の意見がある）。すなわち、包括的な媒体規制の場合も、厳格な審査に服する場合もある。例えば、*City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994) は、住居におけるサインを禁止した規制の合憲性が問題となった事案について、媒体の規制は不可避免的に意思伝達それ自体に影響を与えるとしたうえで、住居におけるサインは重要かつ他と異なる表現の媒体であるとして、内容又は観点を差別から離れた包括的な媒体規制であっても、言論の自由に与える危険は明らかであるとした。そして、本件は時間、場所、方法の規制であるとの主張に対し、包括的な媒体の禁止は、意思伝達の十分な経路（channel）を残さなければならないが、本件ではそのような代替手段はないとし、同規制は修正1条に違反するとした⁷³。また、*Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988) も、修正1条の表現規制への敵意は、特定の議題の公共討議の包括的な禁止にも拡張される旨を判示したうえで、大使館から500フィート以内の表示を禁じる規制は、言論の内容への言及によってのみ正当化されるとして内容規制としての審査に服するとしている⁷⁴。近時の判決も、議論されている話題（topic）若しくは表現された思想又はメッセージを理由に特定の言論に適用される法が内容規制であると判示している（*Reed v. Town of*

⁷² 同判決について、紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制」憲法訴訟研究会＝芦部編・前掲注23・63頁、小谷順子「アメリカにおけるヘイトスピーチ規制」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ－状況へ』（2011、尚学社）459-461頁、松井・入門（前掲注1）260頁。

⁷³ 同判決に言及するものとして、松井・入門（前掲注1）283頁。

⁷⁴ 同判決について、市川・前掲注23・252-253頁、橋本・前掲注3・190-191頁、松井・入門（前掲注1）246頁。

Gilbert, 576 U.S._ (2015))。

また、特定の単語を用いることへの規制は、内容規制として審査される場合もある。Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971) は、裁判所内で“Fuck the Draft”（徴兵くそくらえ）と書かれたジャケットを着用した行為に対する刑罰を科すことの合憲性が争われた事案において、「特定の単語を禁止しても、その過程で思想（idea）を抑圧する実質的な危険を生じさせないとの安易な前提をそのままにしておくことはできない」と説示したうえで、本件では表現を規制する特定されかつやむにやまれぬ（compelling）理由がないため、規制は修正1条及び修正14条に違反するとしている⁷⁵。

（イ）表現内容中立規制に対する違憲審査

これに対し、内容中立規制に過ぎない場合には、より緩やかな違憲審査に服するとされる。内容中立規制には、①時間、場所、方法の規制、②行為規制により付随した表現規制の2種類に分類される。

まず、表現の時間、場所、方法の規制を見てみよう。

例えば、Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972) は、学校近辺におけるピケティング規制の合憲性が問題となった事案において、修正1条は、政府が当該表現の有するメッセージ、思想（idea）、対象（subject matter）及び内容を理由として当該表現を規制する権限を有しないことを意味していたうえで、ピケティングの合理的な時間、場所、方法（time, place, manner）の規制は政府の重要な利益を促進するために必要であり得ることを最高裁は何度も確認しているところ、規制が時間、場所、方法の観点のものではなく、対象の観点のものであれば許容できないものであるとした⁷⁶。

その後のHeffron v. International Society for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981) は、ミネソタ州の博覧会において、申込者に先着順かつ非差別的に貸し出されるブース以外の場所での販売品や配布物の販売又は頒布

⁷⁵ 同判決の詳細については、榎原猛『表現権理論の新展開』（1982、法律文化社）97頁、長岡／前掲注66(2)112頁、松井・入門（前掲注1）249-250頁。

⁷⁶ 同判決について、長岡／前掲注66(1)84-85頁、市川・前掲注23・90-94頁、橋本・前掲注3・177-179頁。

を禁じたミネソタ州の規則について、原告の活動は合理的な時間、場所、方法の規制に服するとしたうえで、①これが規制される言論の内容に言及するものではなく、②その規制が重要な (significant) 政府利益に資するものであり、③その情報の伝達について十分な代替的経路 (ample alternative channels) を残している限り合憲であるとした。そして、当該規制は群衆の整序ある動きを維持するという重要な政府利益に資するものであり、他の方法により問題に対処できることは考えられず、かつ当該規制は博覧会以外の場所での活動を規制していないとして合憲と判断した⁷⁷。

さらに、*City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) は、内容中立の規制である時間、場所、方法の規制は、①それが実質的な (substantial) 政府利益に資するものであり、②代替的な意思伝達の方法 (alternative avenues of communication) を不合理に制限するものでなければ合憲であるとした。そのうえで、居住地域等から1,000フィート以内の成人向け映画館の設立を禁じた条例について、同規制は成人向け映画と内容に向けられたものではなく、周囲に与える二次的影響 (secondary effects) に向けられたものであるとした。そして、都市生活の品格を保持する利益があり、かつ他の地域での映画館の設立は禁じられておらず代替的な意思伝達の方法はあるとして合憲と判断した⁷⁸。

以上の判決は、政府利益の重要性を吟味するが、規制手段が立法目的に従って限定されているかどうかを要件として挙げてはいなかった。しかし、その後、規制手段が、「厳密に定められている」 (narrowly tailored) ことを

⁷⁷ 同判決について、松井・入門(前掲注1)280頁。同判決が、規制が州の重大な利益を促進するよう狭く限定されることを要求しておらず、何らかの仕方でも促進していることのみを要求していることを指摘するものとして、市川・前掲注23・121-123頁。同判決について、時間・場所・方法の規制の基準が緩やかに適用された判例と位置付けるものとして、橋本・前掲注3・184頁。

⁷⁸ 同判決について、立法動機に重点を置いたうえで、実質的な政府利益及び意思伝達の代替手段を緩やかに認定していることを指摘するものとして、橋本・前掲注3・188-190頁。同判決が、特定内容の表現規制を行うものであっても規制理由が表現内容と無関係であれば表現内容中立規制と扱っていることを指摘するものとして、市川・前掲注23・144-146頁。ただし、同判決の示した二次的効果の基準が継承されていないとする市川・前掲注23・252頁の指摘も参照。

明示的に要求する判決が主流となっている。

例えば、*Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984) は、国立公園での泊まり込みの禁止について、問題となるのが修正 1 条で保護される表現的行為 (expressive conduct) であるとしたうえで、表現は、口頭のもの、文書のもの又は行為によるものかを問わず、合理的な時間、場所、方法の規制の対象となるところ、①規制される言論の内容に言及せず、②重要な (significant) 政府利益に資するよう「厳密に定められている」 (narrowly tailored)、③当該情報の伝達に十分な代替的経路 (ample alternative channels) を残しているのであれば合憲であるとした。そして、象徴的表現に関する、*United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) を引用しつつ、実質的な政府利益を促進させるために厳格に枠付けられており (narrowly drawn)、その利益は自由の表現の抑圧とは無関係であることを要するとした。さらに、同判決は、後述するオブライエン・テストと時間、場所、方法の規制に対して適用される基準は変わらないともしている⁷⁹。

その後の *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989) も、公園における音量規制の事案について、パブリック・フォーラムにおける時間、場所、方法の規制は、①言論の内容に言及せず、②重要な (significant) 政府利益に資するよう「厳密に定められている」 (narrowly tailored)、③当該情報の伝達に十分な代替的経路 (ample alternative channels) を残していれば合憲であるとした。さらに、同判決は、より制限的ではない他の選び得る手段 (less-restrictive-alternative) の基準は、時間、場所、方法の規制にはもはや用いられていないとした⁸⁰。

その後の時間、場所、方法の規制についての判決も、*Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989) を引用し、同判決の示した①～③の基準に従うものが見られる (医療機関入口から100フィート内での表現活動の規制について、合理的で「厳密に定められている」として合憲とした、*Hill v.*

⁷⁹ ただし、同判決について、規制手段が厳密に定められているか否かを相当に緩やかに判断していることを指摘するものとして、市川・前掲注23・123-126頁。なお、同判決を、時間・場所・方法の基準とオブライエン・テストの統合が顕在化したものと位置付けるものとして、橋本・前掲注3・187頁。

⁸⁰ 同判決について、市川・前掲注23・256-257頁、松井・入門(前掲注1)282頁。

Colorad, 530 U.S. 703 (2000)⁸¹⁾。

以上のように、時間、場所、方法の規制は、現在では、①言論の内容に言及せず、②重要な (significant) 政府利益に資するよう「厳密に定められている」 (narrowly tailored)、③当該情報の伝達に十分な代替的経路 (ample alternative channels) を残している場合に合憲とする審査基準が多く用いられている⁸²⁾。

次に、特定の行為の規制が、表現を付随的に制約する場合の違憲審査基準を見てみよう。

この点について判断を行ったのが、United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) である⁸³⁾。この判決は、徴兵登録カードの焼却を禁止する規制の合憲性が争われた事案について、ある行動において言論と非言論の要素が結び付いた場合には、非言論の要素を規制する重大な政府利益は表現の自由に対する偶発的な (incidental) 制限を正当化するとしたうえで、①その制約が政府の憲法上の権限の範囲内にあり、②重要なあるいは実質的な政府利益を促進していて、③その利益が言論抑圧と無関係であり、④制約が必要な限度を超えていないかの基準によって判断すべきとした (この基準は、オブライエン・テストと呼ばれている)。そして、本件での規制は実質的な政府利益を保護しており、かつより厳密な代替的な手段もなく、当該政府利益及び規制の効果は、O'Brienの行動の非伝達的側面に限定されているなどとして合憲と判断している。

ところで、同基準の③の要件は、問題となる政府利益が言論抑圧と無関係であることを要求しているところ、問題となる政府利益が言論抑圧に関係している場合には同基準は適用されないことになる。

⁸¹⁾ 同判決について、橋本・前掲注3・233-234頁。

⁸²⁾ ただし、表現内容中立規制についても、後述するオブライエン・テストを用いるものもある。Members of City Council v. Taxpayers for Vincent, 468 U.S. 789 (1984) は、公有財産に対する掲示物の禁止の事案において、本件のような観点中立 (viewpoint neutral) な規制に対してはUnited States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) が適切な枠組みを設定しているとして、オブライエン・テストを適用して合憲と判断した。同判決について、市川・前掲注23・130-133頁、橋本・前掲注3・186-187頁。

⁸³⁾ 同判決の詳細については、榎原・前掲注75・103-108頁。芦部・人権各論(1)(前掲注25)431-434頁、橋本・前掲注3・184-186頁も参照。

例えば、Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) は、国旗を燃やす行為により訴追された事件において、この事案における国旗を燃やす行為は、修正1条の適用対象となるコミュニケーションの要素が吹き込まれた行為であるとした。そして、州政府は、国旗が国家と国家的連帯を象徴するものとして保護する利益を有すると主張するが、これは特定人の旗の扱いが何らかのメッセージを伝達する場合に政府の抑制の利益が生じることになり、そのような利益は表現の抑制に関連したものであるから、オブライエン・テストの範囲外であるとした。そのうえで、原告の行為が州法に違反するかどうかは、原告の表現的行為における意思伝達上のインパクト (communicative impact) によって決せられるものであり、かかる規制は内容に基づく (content-based) ものであるから、最も厳格な審査に服するとした⁸⁴。

なお、同判決は、West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)⁸⁵の「象徴 (Symbolism) は、原始的ではあるが効果的な思想伝達的手段である。何らかの制度、思想 (idea)、機構又は人格を象徴するエンブレムや旗の使用は、ある人の心 (mind) から他の人の心への近道 (short cut) である」との説示を引用している。

以上のように、内容中立規制については、時間、場所、方法の規制として違憲審査される場合とオブライエン・テストが適用される付随的規制として違憲審査される場合がある。ただし、時間、場所、方法の規制についても、目的とされる政府利益に資するよう「厳密に定められている」 (narrowly tailored) ことが要求される傾向にあり、両者の基準はさほど変わらないものとなっている。そして、時間、場所、方法の規制として合憲とされるためには、代替的な表現手段があることが要求されており、代替的

⁸⁴ 同判決の詳細は、紙谷雅子「象徴的表現 (1)-(4・完) - 合衆国憲法第一修正と言葉によらないコミュニケーションについての一考 -」北大法学論集40巻5・6号 (1990) 730-691頁・41巻2号 (1990) 464-399頁・41巻3号 (1991) 232-158頁・41巻4号 (1991) 582-513頁 (以下「紙谷・象徴的表現 (1)-(4)」と略記する。)。同判決が規制目的を検討したうえで、オブライエン・テストの適用の有無を判断していることについて、市川・前掲注23・257-259頁。

⁸⁵ 同判決について、榎原・前掲注75・97頁。

な表現手段がなければ時間、場所、方法の規制として緩やかに合憲と判断されるものではない⁸⁶。

なお、表現の自由と財産権の衝突の事案についてみると、公共財産における事案については伝統的パブリック・フォーラム又は創出されたパブリック・フォーラムと判断される場合には州の規制権限は厳しく制約され、時間、場所、方法の規制は上述した基準を満たす限りで許容される (*Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981); *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989))⁸⁷。他方で、私有財産との衝突の事案については、財産権に基づく制約を容易に許容する傾向がある⁸⁸。例えば、*Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner*, 407 U.S. 551, 552 (1972) は、ショッピングセンターにおけるベトナム戦争についてのビラ配布を禁止した事案について、「意思伝達のための適切な代替手段が存在する状況では」(under circumstances where adequate alternative avenues of communication exist) 財産権の侵害になるとした。その後も、住宅地域でのピケッティング禁止について、内容中立的な規制であり、他のコミュニケーションの手段(channels)があるとして合憲とした判決がある (*Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988))。

ウ San Francisco Art & Athletics 判決

前述した *San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) は、*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) を引用しながら、言葉は常に代替可能ではなく、特定の言葉の抑制は、その過程における思想(idea)を抑制する実質的な危険があるとした。もっとも、当該法人の組織及び労働、技術、金銭の支出の結果として1つの言葉が価値を得た場合には、当該法人はその言葉について限定された財産的権利を合憲的に得るこ

⁸⁶ 内容中立規制の場合に代替的な表現手段が重要となることを指摘するものとして、渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』(2016、日本評論社) 240頁(宍戸常寿執筆部分)。

⁸⁷ パブリック・フォーラムの法理について、紙谷・表現の自由(3・完)(前掲注66) 244-312頁、松井・入門(前掲注1) 290-299頁。

⁸⁸ 紙谷・表現の自由(3・完)(前掲注66) 304-307頁。

とができるとの原理があり、同原理とのつり合いが保たれなければならないとされてきた。

そして、オリンピックの語の使用規制について、議会及びUSOCはサンフランシスコ芸術体育協会がメッセージを伝達することを禁じるものではなく、メッセージを伝達する方法についてのみを規制していたとした。そして、この表現の自由に対する規制は、USOCの活動を援助し報酬を与えるという議会の当初の目的に対し付随的なものにとどまるとした。以上から、適切な審査基準は、表現の自由に対する偶発的な（*incidental*）規制が、実質的な政府利益（*a substantial governmental interest*）を促進するために必要な限度を超えていないかであるとして、オブライエン判決を引用した。

そして、立法目的は、USOCにオリンピックの語の排他的な統制権を与えることで、USOCが自らの努力による利益を享受することを保障し、もってUSOCに品質の高い製品を生産することを継続するインセンティブを与え、公衆を利することにあるとした。そのうえで、110条の規制は、議会がこれらの利益を促進するために必要であると判断できるよりも広範な規制ではないとした。ランハム法は混同を引き起こす使用に対するものであるが、同法を制定した議会の判断はそのような場合に限定されていない。混同を引き起こさない使用であってもその識別力と商標の営利的な価値を減じることによってUSOCに害を与え得るとした。

本件では、サンフランシスコ芸術体育協会は、“Gay Olympic Game”の名前を付したTシャツ、ボタン等の商品を販売しているが、経済的援助（*sponsorship*）についての混同の可能性は明白であるとした。さらに、サンフランシスコ芸術体育協会が、USOCが価値を与えた言葉の「顧客吸引力」（*commercial magnetism*）を利用しようとしたことも明らかであるとした。そして、言葉の価値は限定された使用によって多くがもたらされるゆえ、無許諾の使用はUSOCの使用若しくは使用する権利を販売する努力を害し得るものであり、そのような悪い効果は議会の意図した利益に真っ向から対立するとした。そして、この保護が商標権者の伝統的な権利を超え得るとしても、同法の営利的言論への適用は、議会の意図した正当な利益を保護するのに必要な程度を超えて広範なものではなく、修正1条に反するものではないとした。

このように、同判決は、オリンピックの語の使用規制について、メッセージを伝達することを禁じるものではなく、メッセージを伝達する方法についてのみを規制しているとして、内容中立規制である時、場所、方法(time, place, manner)の規制に位置付けたうえで、オブライエン・テストを適用して合憲性を判断している⁸⁹。ただし、前述したように、同判決は規制対象を営利的言論としており、このことを根拠に緩やかな判断を行っている可能性もある。

これに対し、Brennan 反対意見は、アマチュアスポーツ法は、内容中立(content neutral)でない方法による言論の規制であり、単なる言論の方法の規制に位置付けることはできないため、同条は違憲であるとした。

なお、同判決に対しては、時、場所、方法の規制が許容されるのは、メッセージを伝達できる時、場所、方法があることを前提にしているが、語彙の喪失は伝達する能力の喪失そのものであり、同判決はこのような喪失を考慮していないこと、同事案は観点(viewpoint)こそ中立であるが内容に向けられた規制であることを指摘するものがある⁹⁰。

エ 表現の代替手段(alternative avenues)の基準

(ア) 同基準を用いる裁判例

前述のように、表現の自由と有体物の財産権の衝突の事案については、Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner, 407 U.S. 551, 552 (1972) のように「意思伝達のための適切な代替手段が存在する状況では」(under circumstances where adequate alternative avenues of communication exist)財産権の侵害になるとした判決があった。

このような判決を受けて、商標権等の侵害についても、修正1条に基づく表現の自由を被告が主張した場合に、表現の代替手段があることを理由として主張を退ける判決群が登場した⁹¹。このようなアプローチは、表現

⁸⁹ Rochelle Cooper Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, 65 NOTRE DAME L. REV. 397, 411 (1990). Netanel, *supra* note 15, at 52 も参照。

⁹⁰ Dreyfuss, *supra* note 89, at 411-12.

⁹¹ 同基準について、大林／前掲注59・178-185頁。

の代替手段を問うものであるから、内容中立規制として商標法を理解する考え方と整合する。

このような判断方法を用いた最初の裁判例が、Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200, 202 (2d Cir. 1979) である。この事案は、被告がポルノ映画においてDallas Cowboys CheerleadersをもじったDallas Cowgirls Cheerleadersを性的に描写し、その際に同様のユニフォームを用いたところ、原告がDallas Cowboys Cheerleadersのユニフォームの商標権侵害等に基づき差止めを求めたというものである。

同判決は、修正1条は商標権侵害の表現を保護しないとし、Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner, 407 U.S. 551, 552 (1972) を引用しながら、他の適切な意思伝達の代替手段がある場合には、修正1条の行使に道を譲る必要はない (it need not “yield to the exercise of First Amendment rights under circumstances where adequate alternative avenues of communication exist.”) とした。そして、本件においては、スポーツにおける性的なものを批評するために原告の商標を使用する必要はないとした。また、同様の理由で差止めが、憲法の禁止する事前抑制 (prior restraint) や検閲 (censorship) にもならず、かつランハム法は内容中立規制であるとして、差止めを肯定した一審判決の結論を維持した⁹²。

その後、Mutual of Omaha Insurance Co. v. Novak, 836 F.2d 397 (8th Cir. 1987) も同様の基準を用いた。同事案は、原告がインディアンの頭部のロゴと “Mutual of Omaha” “Mutual of Omaha’s Wild Kingdom” を含む商標を登録していたのに対し、被告は、“Mutant of Omaha” (オマハの突然変異体) の言葉と、先住民の羽飾りを付けた痩せ衰えた人間の横顔を描き、“Nuclear Holocaust Insurance” (原子力大虐殺保険) の言葉とともにTシャツに印刷し、4,000枚近くを販売したため、原告が商標権侵害に基づき被告を提訴したというものである。判決は、地裁がマルチファクター・テスト (SquirtCo ファクター) で適切な考慮をしたことに賛成したうえで、記録からは地裁判決の認定した混同のおそれについて十分な立証がなされているとした。

⁹² 同判決を引用しながら、商標権に基づく差止めが事前抑制に該当しないとする判決として、Dr. Seuss Enters. v. Penguin Books USA, Inc., 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997) がある。

そして、被告の引用する判決は明白なパロディで混同のおそれのない事案に関するものであったとした。そのうえで、表現の自由により与えられる保護は原告に被告の権利を侵害する許諾を与えるものではないとした。そして、Xの商標は財産権の一形態であり、Xの権利は、「情報を伝達するための適切な代替手段がある場合」(where adequate alternative avenues of communication exist)においては、表現の自由の行使に屈する必要はないとした。そして、本件においては、書籍や雑誌、映画等でYがパロディをすることはできるとして、適切な代替手段があると論じ、地裁の判断を肯定した⁹³。

その後の裁判例で、同基準を用いたものとして、*Am. Dairy Queen Corp. v. New Line Prods., Inc.*, 35 F. Supp. 2d 727 (D. Minn. 1998)がある。この事案は、被告が、ミネソタ州の田舎の美のコンテストを皮肉った“Dairy Queens”という映画を作成した(題名は、被告がこの地方を“dairy country”と呼んでいたことによる)ところ、“Dairy Queen”の商標を持つ家庭用小売品を扱う原告が商標権侵害及び希釈化に基づく訴訟を提起したというものである。同判決は、*Mutual of Omaha Insurance Co.*判決を引用しながら、禁止すべき対象に表現内容が含まれているとしても、注意深く対立する利益を衡量したうえであれば、差止めを肯定することができるとした(後述するCliffs Notes判決も引用している)。そのうえで、同作品の著者は、題名に“Dairy Queens”と名付けなくても、そのアイディアを伝達することができるとして、代替手段があると結論付け、差止めを肯定している⁹⁴。

(イ) 代替手段の基準に対する批判

代替手段の基準は、その後の裁判例で、芸術的な表現の自由が十分に尊重されていないとして批判されることとなる。

⁹³ もっとも、同判決のHeaney判事の反対意見は、Denicola, *supra* note 8やShaughnessy, *supra* note 10を引用しながら、被告の修正1条の権利に対する重大な侵害であるとしている。

⁹⁴ 同判決は後述するRogers判決との関係については、当該事案が“Ginger and Fred”という題号への言及が不可欠であったものであり、登録された“Dairy Queens”との関係を想起させるためにその名前を用いる必要はないとした。

まず、*L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) は、修正 1 条の問題について代替手段のアプローチによって適切に解決することはできないとした。すなわち、同アプローチは、*Lloyd Corp* 判決によるものだが、修正 1 条の問題は、商標権者の権利と、不動産の所有者の権利を同列に扱うことで解決できるわけではないとした⁹⁵。なぜならば、商標は、通常の意味における財産権ではなく、商業的な製品の出所を指し示す言葉や象徴でしかない。標章の権利者は、当該標章が用いられる製品が他者から混同されるのを防ぎ、誤導させる標章の使用を通じて、自己の取引が他の競争相手に奪われることを防ぐための権利を得るのであるとした。

そして、ロジャーズ・テストを定立した *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) も、同基準は文芸的な表現に不十分な余地しか与えないとしたうえで、*Lloyd Corp* 判決の事案を参照しながらも、後述する *Robert C. Denicola* の論文を引用しつつ「言論の場所の規制は話者が用いる単語の規制とは異なる」とした。さらに、前述した表現の自由に関する判例である *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) の「特定の単語を禁止しても、その過程で思想 (idea) を抑圧する実質的な危険を生じさせないとの安易な前提をそのままにしておくことはできない」との説示を引用し結論として代替手段の基準を用いなかった。

また、*Rosa Parks v. LaFace Records*, 329 F.3d 437 (6th Cir. 2003) も、代替手段の基準は、裁判所にその題名が合理的に芸術的であるかのみならず、題名がアイディアを伝達するのに必要か否かを判断させることになり、芸術作品の題名を付ける過程に裁判所に不必要に関与させるとして妥当ではないとし、後述するロジャーズ・テストによって判断すべきとした。

以降のロジャーズ・テストを適用する判決においても、表現の代替手段の有無は問われなくなっていった。

オ 商標法と内容規制／内容中立規制の関係についての判決と学説

以上のように、商標権の行使に対し表現の自由を主張した事案について、当初は表現の代替手段があることを理由に主張を排斥していたが、その後

⁹⁵ この説示を引用する判決として、後述する *American Family Life Insurance Company v. Hagan*, 266 F. Supp. 2d 682 (N.D. Ohio 2002) がある。

の判決では代替手段の基準が批判を受け、同基準が判決において用いられなくなっていく。ただし、商標法の規律が、内容規制なのか内容中立規制なのかという問題に答えが出されたわけではない。

商標法が内容規制か内容中立規制かについて判断した判決は少ない。やや古い⁹⁶が、*Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200, 202 (2d Cir. 1979) は、ランハム法の禁止は内容中立 (content neutral) であるゆえ、憲法上の事前抑制 (prior restraint) の問題を引き起こさないとした。その後、同判決を引用して表現の自由の主張を退ける判決もある (*Dr. Seuss Enters. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997))。

学説においては、Mark A. LemleyとEugene Volokhが、前述した*Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992) や *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988) 等の内容規制／内容中立規制の区分について判断した修正1条に関する判決を引用しながら、著作権法について、著作権によって課される民事的な責任は出版される内容次第であり、それがイデオロギーを区別せず様々な言論に平等に適用されるため、観点中立 (viewpoint-neutral) ではあるとしても、内容中立であることを意味しないと指摘した⁹⁶。また、著作権が規制するのは非政治的な言論であるとの指摘に対しては、最高裁判決が様々な芸術表現を保護していることを無視しており、著作権法でも *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enter.*, 471 U.S. 539 (1985) のように政治的言論に関する事案が存在すると指摘した⁹⁷。さらに、Mark A. LemleyとEugene Volokhは、商標権について、*Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200, 202 (2d Cir. 1979) や *Dr. Seuss Enters. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997) は内容中立と観点中立を取り違えているとして、商標法が観点規制ではないが内容規制である旨を示唆している⁹⁸。

もっとも、Mark A. LemleyとEugene Volokhの説に対し、Neil Weinstock Netanelは、米国の著作権法について、著作権は創作と伝達のインセンティブを付与する目的であり、特定の観点や対象をターゲットにするわけでは

⁹⁶ Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 186.

⁹⁷ *Id.* at 186-87.

⁹⁸ *Id.* at 218.

なく、あくまで経済的影響にのみ注目しており、政府はいかなる立場も取っていないことから、内容規制とはいえないとしつつ、直接的かつ組織的にある種の表現を規制するものであるとして、厳格な (strict) 基準ではなく高められた (heightened) 基準が妥当するとしている⁹⁹。ただし、同人も、有体物の財産権が偶発的 (incidental) にのみ表現に影響を与えるのに対し、著作権法は直接的かつ意図的な言論規制であることを指摘している¹⁰⁰。

また、商標法については、先に論じた *San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) や代替手段の基準の適否に関連して議論するものが多い。

例えば、Rochelle Cooper Dreyfuss は、*San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) で問題となった規制について、観点は中立であるが、言論の副産物である騒音や混乱に向けられた規制ではなく、まさに内容自体に向けられた規制であることを指摘した¹⁰¹。さらに、時間、場所、方法の規制の許容性は、当該メッセージを伝達できる他の時間、場所、方法の存在を前提としているところ、語彙の喪失は伝達する能力の喪失であり、同判決は他の伝達手段の可能性を検討していないと指摘している¹⁰²。

また、Robert C. Denicola は、代替手段の基準について、他の伝達の手段が利用可能であるとしても、商標の使用は慣行的な表現方法とは適合しな

⁹⁹ Netanel, *supra* note 15, at 47-54. 同様に、修正 1 条は政府が特定の主題に関する議論を抑圧しようとする際に厳格な審査に服するものであるところ、著作権は特定の主題を他の主題と異なって扱っていないので内容規制とはいえないと指摘するものとして、Christopher L. Eisgruber, *Censorship, Copyright, and Free Speech: Some Tentative Skepticism about the Campaign to Impose First Amendment Restrictions on Copyright Law*, 2 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 17, 22-23 (2003). 著作権が内容規制にあたるか内容中立規制にあたるかについての米国の議論については、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(5)」知的財産法政策学研究49号(2017)50-51頁。

¹⁰⁰ NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 117 (2008).

¹⁰¹ Dreyfuss, *supra* note 89, at 411-12.

¹⁰² *Id.* at 412.

い機会を提供することを指摘したうえで¹⁰³、いくつかの裁判例が採用する表現の代替手段の基準については、「どこで話すか」の問題ではなく「何を話すか」の問題であるとし、修正1条は商標権者に表現の形式を命令する権限を与えないとして批判した¹⁰⁴。

さらに、Lisa P. Ramseyは、商標法は特定の語の使用を許容し、他の語は禁止することで、「語選択における差別」(word choice discrimination)を行っており、Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971) を引用しながら、そのような単語の禁止は意思伝達上のインパクトに関係し、内容規制である理由の1つとなる¹⁰⁵。加えて、商標法は、問題となる使用が誤導的、稀釈的、営利的かを判断して「対象差別」(subject matter discrimination)を行っているとする¹⁰⁶。さらに、立法上では観点中立であるとしても、裁判所は差止めにおいて観点差別を行う可能性も指摘している¹⁰⁷。

カ 小括

ここまで見てきたように、米国で表現内容規制に対しては厳格な審査を行う一方、内容中立規制については比較的緩やかに違憲審査を行う傾向がある。商標権と類似する規制権限について判断した San Francisco Art &

¹⁰³ Denicola, *supra* note 8, at 197.

¹⁰⁴ *Id.* at 207. 同様に、表現の媒体を変更することは、表現の内容を変更するものであり、そのような性質を有する知的財産は厳格な審査基準をパスしない限り正当化できないことを説くものとして、Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property: Some Thoughts After Eldred, 44 Liquormart, and Bartinicki*, 40 HOUS. L. REV. 697 (2003).

¹⁰⁵ Lisa P. Ramsey, *A Free Speech Right to Trademark Protection?*, 106 TMR 797, 875-77 (2016).

¹⁰⁶ Ramsey, *supra* note 15, at 437-41. 著作権法について、目的においては内容中立であるとしても、創造的な天才のような作品は尊重する一方、フォークロアや伝統的芸術には価値を見出さないなど、内容及び観点に対し制度的バイアスを与えることを指摘するものとして、Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B.C. L. REV. 1, 47-51 (2001).

¹⁰⁷ Ramsey, *supra* note 15, at 441-42.

Athletics 判決は、内容中立規制のうち偶発的規制の事案に適用されていたオブライエン・テストを用いて合憲性を判断している。

他方で、表現内容中立規制として比較的緩やかな審査に服するためには、表現の代替手段が存在することが要求される。商標権の行使に対し修正 1 条に基づく反論をしていた事案についても、裁判所は表現の代替手段があるとして主張を退けていた。しかし、これに対しては批判が多く、その後の判決では特定の単語を使った表現の重要性等が指摘され代替手段の基準は妥当でないと判示されるようになった。

結局のところ、商標法による権利行使が内容規制なのか内容中立規制なのかについて連邦最高裁の判断はなされておらず、議論は決着しているとはいえない。しかし、商標を含めた特定の単語の使用を禁止することは、他の表現方法の存在ゆえに正当化されるものではなく、それ自体が思想の伝達を妨げること、それゆえ商標法は単なる表現方法の規制として容易に正当化されるものでないことは判決及び学説において広く共有されつつあるように思われる。

(4) 商標権等は表現の自由を制約する正当な目的たり得るか

ア 総論

内容規制・内容中立規制の区別とも関係するが、商標権等が表現の自由を制約する正当な根拠となるのかも検討する必要がある。これは、違憲審査における目的審査に対応するものであるが、一般的に目的審査では、規制目的が何らかの弊害の防止にあるとすれば、弊害が本当に発生するのか、どの程度の蓋然性で発生するのかが問われなければならないとされる¹⁰⁸。

前述したように、代替手段の基準は、もともとは、一定の場所でのピラ配布の禁止が争われた *Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner*, 407 U.S. 551, 552 (1972) の事案で用いられたもので、有体物の財産権が表現の自由を制約できるかについて判断したものであった。*Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200 (2d Cir. 1979) は、「原告の商標は、財産権 (property right) の性質を有する」としたうえで、代替手段の基準を用いて判断している。

¹⁰⁸ 渡辺ほか・前掲注86・75頁(松本和彦執筆部分)。

他方で、*L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) は、代替手段のアプローチが *Lloyd Corp.* 判決に由来するものとしつつ、修正 1 条の問題は、商標権者の権利と、不動産の所有者の権利を同列に扱うことで解決できるわけではなく、商標は、通常の意味における財産権ではなく、商業的な製品の出所を指し示す言葉や象徴でしかないとして、修正 1 条に基づき稀釈化の請求を退けた。

また、ロジャーズ・テストを定立した *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) も、有体物の財産権の事案である *Lloyd Corp.* 判決の事案を参照しつつも、「言論の場所の規制は話者が用いる単語の規制とは異なる」として有体物とのアナロジーを否定している¹⁰⁹。

加えて、知的財産一般についてであるが、いわゆる非競合性を有し、特定の個人による使用によって他の人の使用が妨げられないという特徴があるため、有体物の財産とは同視できないことも指摘されている¹¹⁰。有体物の財産権の場合には、その有体物上で行われる言論（私有地におけるビラ配布の禁止など）、及びその有体物とともに行われる言論（私有の建物へのメッセージの書き込みなど）が規制の対象となる。これに対し、知的財産権の場合には、有体物としての制限とは無関係に、一定の形式の言論を全体として規制することができる¹¹¹。有体物の財産権と同視することは、公衆と商標権者の利益調整に直接に悪影響を与えることも指摘されている¹¹²。

¹⁰⁹ Lemley & Volokh, *supra* note 11, at 184.

¹¹⁰ *Id.* at 182-85. 著作権について、通常の財産権は表現の自由にとって偶発的な (incidental) 制約であるのに対し、著作権は土地ではなく、情報、表現及び意思伝達の能力に設定されているため、言論の規制として位置付けられるべきことを論じるものとして、Netanel, *supra* note 15, at 39.

¹¹¹ 著作権についての文脈でこのことを指摘するものとして、Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 28 (2002). もっとも、著作物へのより包括的な利用禁止権を設定する著作権に対し、商標権は比較的その権利範囲が限定されており、同列に論じられない点がある。

¹¹² Dreyfuss, *supra* note 89, at 409. 著作権について、財産権という題名で呼ばれることによって、裁判所が容易に表現の自由の問題を見過ごしがちになることを指摘するものとして、Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and*

これらの点から、商標に関する権利は、財産権であることの一事をもって表現の自由を制約することを正当化するものではないと理解されている¹¹³。

むしろ、商標に関する権利が保護している利益を勘案し、表現の自由への制約が正当化されるか否かが検討されていると思われる。

例えば、前述した *San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) は、結論としてはアマチュアスポーツ法の制限を合憲としているが、立法目的について、USOCにオリンピックの語の排他的な統制権を与えることで、USOCが自らの努力による利益を享受することを保障し、もってUSOCに品質の高い製品を生産することを継続するインセンティブを与え、公衆を利することにあるとしたうえで、同規制は、議会がこれらの利益を促進するために必要であると判断できるよりも広範な規制ではないとしている。同判決も、アマチュアスポーツ法がUSOCに与えた権限を所与の前提とせず、USOCの活動にインセンティブを与えることにより公衆の利益に還元されることを正当化根拠としている¹¹⁴。

そして、混同のおそれを根拠とする請求については、公衆における出所その他の混同の抑止が保護すべき利益であるということになる。この点について、表現の自由との衡量を認めた *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) は「一般的に、需要者の混同を防止する公共的利益が表現の自由による公共的利益を上回る場合においてのみ、ランハム法は芸術的な著作物に適用されるよう解釈されるべき」(in general the Act should be construed to apply to artistic works only where the public interest in avoiding consumer confusion outweighs the public interest in free expression) と説示している¹¹⁵。同判決の重要な点は、表現の自由とともに天秤に載せられているの

Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 YALE L.J. 1533, 1537 (1993).

¹¹³ 財産権 (property) のラベリングが、それが記述的に正確であるとしても、規範的問題を解決するものではないことを指摘するものとして、Glynn Lunney, *Trademark Monopolies*, 48 EMORY L.J. 367, 420 (1999).

¹¹⁴ 同判決のこの説示が、特許権や著作権のインセンティブ理論による正当化と類似することを指摘するものとして、Dreyfuss, *supra* note 89, at 407.

¹¹⁵ 同説示は、その後の判決でもしばしば引用されている (*Cliffs Notes, Inc. v. Bantam*

が、商標権者の利益ではなく「需要者の混同を防止する公共的利益」であるという点にある。

このように、米国では、商標権が財産権であることを理由にして直ちに表現の制約が正当化されるとは考えられておらず、その権利の目的に照らして判断すべきと考えられている¹¹⁶。そこで、次に、商標権に関する権利の根拠として論じられているものを紹介し、表現の自由の規制を正当化するものか検討を加えることとする。

イ 信用へのフリーライドの防止、外部性の内部化

まず、他人が蓄積した信用へのフリーライドを防止することにより望ましい商標への投資のインセンティブを確保するという正当化が論じられることがある。このような正当化根拠は、稀釈化行為を含めあらゆるフリーライドを禁じる完全な財産権 (property) に近い保護を帰結することになる¹¹⁷。

しかし、このような正当化根拠には多くの異論がある。

まず、知的財産権一般に論じられていることであるが、他人へのフリーライドは法的介入の正当化根拠とはならない。現実の世界は、他人の研究や努力へのフリーライドで発展した結果であることが指摘される¹¹⁸。加え

Doubleday Dell Publishing Group, Inc., 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989); Yankee Publishing, Inc. v. News America Publishing, Inc., 809 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1992); Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894 (2002); Univ. of Ala. Bd. of Trs. v. New Life Art, Inc., 683 F.3d 1266 (11th Cir. 2012))。

¹¹⁶ property の議論が表現の制約を直ちに正当化するものではなく、特に非営利的な使用又は表現的な使用に対してはあまり効果がないことを指摘するものとして、Rebecca Tushnet, *Trademark Law as Commercial Speech Regulation*, 58 SOUTH CAROLINA L. REV. 737, 746-47 (2007)。

¹¹⁷ 財産権 (property) ベースの商標の正当化根拠として、①模倣とフリーライドによる商標への投資のインセンティブの破壊、②最も価値が高められた商標の使用の保障、③稀少性の確保をそれぞれ検討しながら、どの正当化も成り立たないことを論じるものとして、Lunney, *supra* note 113, at 453-54, 462。

¹¹⁸ Robert G. Bone, *Enforcement Costs and Trademark Puzzles*, 90 VIR. L. REV. 2099, 2111 (2004)。

て、競業者が商標権者から何らかの利益を得たとしても、それは市場における需要を満たそうと投資を行い、新たな価値を社会に生み出したからであり、それだけで何ら不正と評価されるものではない¹¹⁹。フリーライドという言葉を用いたとしても、それが悪いことであるとの前提なしには、フリーライドの意図が道徳的に悪であることにはならず、その意味で循環論であるとする¹²⁰。また、外部性（externality）が生じているとしても、このような正の外部性は全て内部化されるべきことを帰結せず、せいぜい投資を補償するのに十分なリターンを捕捉することを正当化するのみであることも指摘されている¹²¹。さらに、あらゆるフリーライドを禁じることは消費者の福祉を増進させるフリーライドも禁止してしまうことも指摘されている¹²²。

加えて、インセンティブの付与という点についても、企業が望ましい活動の全ての利益を捕縛することを正当化するのではなく、せいぜいその活動に従事する費用を補償する利益を得させることのみ正当化するだけであり、どの程度のインセンティブが必要かという問いに答えを出さないと論じられている¹²³。また、そもそも市場先行の利益が投資のインセンティブになる以上、それを超えた保護は過剰なインセンティブを与えること

¹¹⁹ William P. Kratzke, *Normative Economic Analysis of Trademark Law*, 21 MEMPHIS STATE UNIV. L. REV. 223 (1991).

¹²⁰ Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law*, 86 B.U. L. REV. 547, 618 (2006).

¹²¹ Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031 (2005). 賛成するものとして、Greg Lastowka, *Google's Law*, 73 BROOK. L. REV. 1327, 1393 (2008). 同様に、外部性が分析の出発点を与えるだけであり、それ自体による知的財産の限界設定をなし得るものではないことを指摘するものとして、Wendy J. Gordon (田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006) 8-9 頁。

¹²² Lunney, *supra* note 113, at 453-54, 462.

¹²³ Bone, *supra* note 120, at 619. 知的財産を保護するためのインセンティブを与えるためには、完全なコントロールに満たないもので十分であることを指摘するものとして、ローレンス・レッシング(山形浩生＝柏木亮二訳)『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』(2001、遊泳社) 238頁。

になりかねないことも指摘されている¹²⁴。

以上のように、フリーライドの防止やインセンティブの確保は、それ自体では商標権の正当化根拠とはならないと考えられている。それゆえ、表現を規制するための根拠としても十分ではないと考えられる。

ウ 需要者の混同の防止

(ア) 需要者の混同の防止の意義

次に、需要者又は消費者の混同の防止による正当化を検討することにする。前述のとおり、米国では伝統的に需要者に対する詐欺の防止が商標法の根拠として論じられてきた。需要者の混同の防止という正当化は、このような伝統的な考え方と合致するものである。

米国において、混同のおそれのある場合の規制根拠は、①需要者の探索費用 (search cost) の削減、②事業者の商品役務の維持改善のインセンティブを与えることの2つが挙げられる¹²⁵。

まず、①について、従来の経済学においては取引主体が完全な情報を有していることを前提にモデルが構築されていたが、現実の市場においては取引主体が不完全な情報しか有しない¹²⁶。そして、需要者が何をどこでい

¹²⁴ Lunney, *supra* note 113, at 453.

¹²⁵ WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 168 (2003); Stacey L. Dogan & Mark Lemley, *Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet*, 41 HOUS. L. REV. 777, 786-88 (2004); Nicolas S. Economides, *The Economics of Trademarks*, 78 TRADEMARK REP. 523, 525-27 (1988); Bone, *supra* note 118, at 2111; Clarisa Long, *Dilution*, 106 COLUM. L. REV. 1029, 1056-57 (2006).

¹²⁶ 情報の探索が費用を要するものであり、需要者は全ての関連する情報を得ないまま購買決定を行っており、これが競争を不完全なものにすることについて、ジョセフ・E・スティグリッツ＝カール・E・ウォルシュ著(藪下史郎＝秋山太郎＝蟻川康浩＝大阿久博＝木立力＝清野一治＝宮田亮訳)『ミクロ経済学』(第3版、2006、東洋経済新報社)471-475頁、倉澤資成『入門 価格理論』(第2版、1988、日本評論社)284-288頁。ただし、消費者による探索が合理的に行われるわけではないことについて、マイケル・R・ソロモン著(松井剛監訳、大竹光寿＝北村真琴＝鈴木智子＝西川英彦＝朴宰佑＝水越康介訳)『ソロモン 消費者行動論』(ハードカバー版、2015、

くらで購入できるかを知るためには時間、努力、金銭等の探索費用を要する¹²⁷。この探索費用は、売り手独占の状況を作り出すことで、競争を妨げ市場の機能不全をもたらす¹²⁸。

他方で、需要者にとっては、多くの商品又は役務について購入前にその品質を知ることは困難である¹²⁹。これは、一種の情報の非対称性の問題である¹³⁰。

ところで、他人が同一又は類似の標章を自由に使用できるとすれば、需要者は標章を信用して商品又は役務を購入することができなくなる¹³¹。第三者が標章を複製して用いるのは極めて容易であるからである¹³²。他方で、他人が同一又は類似の標章を使用することが禁止されれば、需要者は出所を確認し自らの過去の経験や評判に照らして購買を行うことができる¹³³。

丸善出版) 411-453頁。

¹²⁷ ジョン・マクミラン (瀧澤弘和＝木村友二訳) 『市場を創るーバザールからネット取引まで』 (2007、NTT出版) 61頁。

¹²⁸ マクミラン・前掲注127・57-61頁。

¹²⁹ 品質を知るための見本品の検査は時間がかかり実際的ではないことに加え、現代の商品が本質的に複雑であり、外観だけでは性質が明らかにならないことを指摘し、多くの財やサービスについて消費者が品質を直接知るのが難しいことを指摘するものとして、ステイーブン・シャベル (田中亘＝飯田高訳) 『法と経済学』 (2010、日本経済新聞出版社) 192頁。商標制度が消費者の無知の問題の解決を助けることを指摘するものとして、ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS 140 (5th edition, 2008)。

¹³⁰ Economides, *supra* note 125, at 526.

¹³¹ 複数の販売者が情報伝達及び出所伝達のために同一の商標を用いることになれば、情報及び出所のメッセージを伝達するものとしての商標の価値が失われることを指摘し、共有化することで過剰使用の問題が生じることを論じるものとして、Kratzke, *supra* note 119, at 205-06.

¹³² LANDES & POSNER, *supra* note 125, at 168.

¹³³ 購入前に品質を把握できない経験財 (experience goods) の場合に、商標によって過去の自らの購買経験を生かして合理的な決定ができることについて、Economides, *supra* note 125, at 528. 他方で、購入前に内容を把握できる探索財 (inspection goods) については、商標は探索費用を減らす効果が小さいことについて、Long, *supra* note 125, at 1056. 経験財にはイメージ性の強い広告が用いられやすい一方、探索財の広

これによって、需要者は求める品質や内容の商品を購入できる可能性が高まり、需要者が探索費用を削減できる¹³⁴。さらに、事業者も商標が保護されれば商標を付して広告を行うインセンティブが増大するため、広告が有益な情報を伝達すると仮定すれば、その限りで需要者はより多くの情報を得ることで利益を得ることになる¹³⁵。そして、需要者が標章によって容易に商品役務の情報を得られることは、情報をより得たうえでの購買を可能にして社会全体の効用を高め、より競争的な市場の実現にも資する¹³⁶。

次に、②については、仮に他の事業者が商標と同一又は類似の標章を自由に使用できるとすれば、このような状況では、事業者は高品質の商品役務を提供して標章の信用を化体しようとするインセンティブは大きくない¹³⁷。つまり、事業者は（外部から観察困難な）高い品質の商品を高額で売ることができないため、可能な限り品質の低い商品を売ろうとしてしま

告については商品の内容や価格の情報を掲載する場合が多いこと等の経験財と探索財の違いについて、G.J. スティグラー（南部鶴彦＝辰巳憲一訳）『価格の理論』（第4版、1991、有斐閣）286頁（同書は、探索財を検査財と訳している）、長岡貞男＝平岡由紀子『産業組織の経済学 基礎と応用』（1998、日本評論社）136-142頁。なお、需要者が、個人的な経験のみならず、口コミや広告によってもそのブランドの情報を得ることについて、Bone, *supra* note 118, at 2106.

¹³⁴ Bone, *supra* note 118, at 2105-06; Stephen L. Carter, *Owing What Doesn't Exist*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 99, 105 (1990); シャベル・前掲注129・193頁。ただし、ブランドに依拠した購入決定は一種のヒューリスティクス (heuristics) であり、これが最善の選択につながらない可能性を指摘するものとして、ソロモン・前掲注126・434-435頁。なお、市場における探索費用を減らすものとして、商標やブランドネームのほかに、情報提供サービス、口コミ、卸売業者のような市場の仲介者を挙げるものとして、マクミラン・前掲注127・63頁。

¹³⁵ Bone, *supra* note 118, at 2106. ただし、これはあくまで広告が有益な情報を提供する場合である。情報提供的広告 (informative advertising) と説得的広告 (persuasive advertising) を区別し、後者について人為的な差別化を行うものと位置付けるものとして、Ralph S. Brown, *Advertising and the Public Interests: Legal Protection of Trade Symbols*, 57 YALE L.J. 1165 (1948).

¹³⁶ Dogan & Lemley, *supra* note 125, at 788.

¹³⁷ LANDES & POSNER, *supra* note 125, at 168.

う¹³⁸。他方で、商標によって出所が明らかになれば、事業者は、高品質の商品や役務を提供しようとするインセンティブを持つことになる¹³⁹。

このような、商標法の2つの趣旨は、連邦最高裁の *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*, 514 U.S. 159, 163 (1995) においても説示されている（「原則として、商標法は、出所を識別する標章の複製を禁じることで、買物をし購買決定を行う需要者の費用を減少させ、潜在的需要者にこの商品（標章の付された商品）が、過去に購入して良かった（又は悪かった）商品で、類似した標章の付された商品と同じ生産者によって生産されたことを、即座かつ容易に保証する。同時に、商標法は、（模倣する競業者ではなく）その生産者が望ましい商品に結び付いた経済的かつ評判に関係した見返りを受け取ることを保証する」）。

このように、出所の混同のおそれがある場合の規制は、需要者の探索費用を削減すると同時に、生産者に品質の維持・改善のインセンティブを与えるものであり、その目的は公共的なものであり、極めて重要なものと考えられている。

（イ）表現への制約を正当化し得るか

以上のような、需要者の混同の防止を商標権の根拠に置くとすれば、それに基づき表現の自由を制約することも許されるのであろうか。

混同のおそれがある場合に標章の使用を禁止することは、修正1条に反しないとする見解が有力である。

まず、前述した *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980) の示した違憲審査基準であるセントラルハドソン・テ

¹³⁸ Economides, *supra* note 125, at 526.

¹³⁹ LANDES & POSNER, *supra* note 125, at 168; Bone, *supra* note 118, at 2107; シャペル・前掲注129・193頁。より広く、売り手と買い手の情報非対称の状況において、評判又は名声が生産者に高品質の製品を提供するインセンティブを付与することについて、スティグリッツ＝ウォルシュ・前掲注126・464-465頁。製品群全体に冠されたブランド名が、品質に対する評判を維持する方法となり、声価の定まったブランドを保有する企業は品質維持に努力することになることについて、ポール・ミルグロム＝ジョン・ロバーツ（奥野正寛＝伊藤秀史＝今井晴雄＝西村理＝八木甫訳）『組織の経済学』（1997、NTT出版）286-287頁。

ストの第1要件は、「同言論が少なくとも適法な活動に関するものであり、誤解を招くものではないこと」とされており、誤解を招く言論に対する規制は合憲とされる可能性が高い。営利的言論に関する連邦最高裁判決である *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. (1976) も、「多くの営利的言論は明白な誤りや完全な誤りではないが、紛らわしい (deceptive) 又は誤導的であるのみである。州がこの問題を効果的に扱うのに障害はないと考える。修正1条は、今日我々が解釈するところでは、州が営利的な情報の流通を自由でありかつ廉潔なものとすることを確保することについて禁じるものではない」としている。また、連邦最高裁は、消費者の誤認を招くような営利的表現については、合憲性を肯定する傾向にある(商号を用いて視力検査を行うことを禁じた州法を合憲とした *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979))。

学説においても、これらの営利的言論の規制についての違憲審査を行う判決を引用しつつ、混同を根拠とする請求であれば、修正1条の問題が生じない旨を説くものがある¹⁴⁰。また、原告が混同の惹起を証明する場合には、違憲審査基準において最も厳格な基準である「やむにやまれぬ公共的利益」(compelling public interest) を満たすと論じられている¹⁴¹。その他の学説も、混同が生じる場合の規制を許容するものが多く存在する¹⁴²。

(ウ) 正当化の射程

もっとも、以上のような混同の防止に基づく表現規制の根拠については、

¹⁴⁰ Denicola, *supra* note 8, at 165-66, 206-07.

¹⁴¹ Robert N. Kravitz, *Trademark, Speech, and the Gay Olympics Case*, 69 B.U. L. REV. 131, 136 (1989); Ramsey, *supra* note 15, at 421-25. 政府が商品の出所について誤導されないよう消費者を保護する正当かつ実質的な利益を有することを指摘するものとして、Mary LaFrance, *No Reason to Lure: Dilution Laws as Unconstitutional Restriction on Commercial Speech*, 58 S.C. L. REV. 709, 719 (2007). これに対し、商品又は役務が同質である場合には、その規制について「やむにやまれぬ公共的利益」が肯定できない可能性を示唆するものとして、Tushnet, *supra* note 116, at 748.

¹⁴² William McGeeveran, *Four Free Speech Goals for Trademark Law*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. (2008); Lockridge, *supra* note 15, at 372.

全ての標章の保護や、あらゆる混同の防止を正当化するわけではない¹⁴³。

まず、このような根拠は、全ての標識又は標章の保護を帰結するわけではない。

例えば、スローガンの商標としての保護について、需要者が商品名や会社名によって商品・役務を識別する方法を有しているとすれば、スローガンに対する追加的な保護による限界効用の増大はわずかであり、スローガンは出所識別の情報を需要者にほとんど与えないうえ、同じスローガンが用いられたとしても、需要者はブランドネームで商品・役務を識別できることを論じるものがある¹⁴⁴。

同様に、トレード・ドレスは文字や記号と比較すると、商品の出所識別について二次的な役割しか果たさず、特に商品形態はほとんど出所を識別するものとして認識されていないことが指摘されている¹⁴⁵。

このように、非伝統的な商標については、文字や記号の商標と比較すると、出所の混同を防止し探索費用を削減し事業者に品質の維持改善のインセンティブを与えることへの貢献が弱いと考えざるを得ない。

次に、混同のそれぞれの類型に対し前述した正当化根拠があてはまるかを検討する。

まず、経済的援助・提携関係の混同について、第三者による標章の使用が、権利者が第三者の商品の品質をコントロールしていると誤信させるのであれば、このような混同によって第三者の商品の品質が権利者の商品の品質の評価につながるものであるから、このような混同を抑止することは商標法の本来の目的に適う¹⁴⁶。他方で、実証研究によれば、消費者が関連し

¹⁴³ 探索費用の削減による正当化が商標権の拡張された保護を正当化しないことについて、Carter, *supra* note 134, at 105-07. 同様に、探索費用の削減という伝統的理論は、競争者が特定の市場においてその標章を使用することを防止すること以上のものを正当化せず、商標化されたその単語の持つ全ての利益を保持させるものではないことを指摘するものとして、Lastowka, *supra* note 121, at 1362-63.

¹⁴⁴ Lisa P. Ramsey, *Intellectual Property Rights in Advertising*, 12 MICH. TELECOM. & TECH. L. REV. 189, 251 (2006).

¹⁴⁵ Glynn S. Lunney, *The Trade Dress Emperor's New Clothes: Why Trade Dress Not Belong on the Principal Register*, 51 HASTING L.J. 1131, 1163-67, 1175-78 (2000).

¹⁴⁶ Mark A. Lemley & Mark McKenna, *Irrelevant Confusion*, 62 STAN. L. REV. 413,

ない商品とのつながりを誤信したとしても、本来の生産者は害を受けないとされている¹⁴⁷。また、純粋な経済的援助の誤信の事案についても、パートナー企業が不道德な行為をしても追加的な情報のない限り元の生産者に対する負のフィードバックは発生しないとの実証研究もあり、経済的援助や提携関係の混同による害は非常に弱いことが示されている¹⁴⁸。

また、前述した購買前の混同の法理については、特にインターネット上での適用について、その正当化根拠が弱いことが指摘されている。すなわち、メタタグ等で商標が使用されて検索結果が変更されたとしても、それにより需要者に混同が生じているものではない¹⁴⁹。加えて、インターネット上においては誤ったウェブサイトに到達しても「戻る」のボタンを打つことで最小限の費用で別のウェブサイトを見ることができ、商標登録されたキーワードを検索で用いる場合、検索者は必ずしも商標権者のウェブサイトには到達することを目的としていないうえ、検索者は検索を行い、そのページが重要かどうかを意思決定し、さらに新たな単語での検索を行うのが現実であるが、購買前の混同の理論は検索者が特定の検索語を用いて一直線にそのサイトに到達して商品を購入するという誤った前提に基づいていることが指摘されている¹⁵⁰。

このような点から、購買前の混同の法理はその根拠が弱く、表現を規制する正当化根拠としても弱いことが指摘されている。ある論者は、購買前の混同を根拠とする言論の規制は消費者を保護するものではなく、有用な

432-34 (2010).

¹⁴⁷ *Id.* at 429-32.

¹⁴⁸ *Id.* at 434-38.

¹⁴⁹ Dan L. Burk, *Cybermarks*, 94 MINNESOTA L. REV. 1375, 1383 (2010).

¹⁵⁰ Eric Goldman, *Deregulating Relevancy in Internet Trademark Law*, 54 EMORY L.J. 507, 572 (2005). 需要者が容易に混同を解消し得るため、需要者の選択を不可能としないことを指摘するものとして、Mark P. McKenna, *A Consumer Decision-Making Theory of Trademark Law*, 98 VA. L. REV. 67, 129 (2012). 検索者の中には、商標と全ての関連する情報、特に競業他社の商品の情報を得るために商標を用いた検索を行うことがある可能性を指摘するものとして、Melanie C. MacKay, *Metatags and Sponsored Links: Solving a Trademark Dispute with an Antitrust Inquiry*, 59 DEPAUL L. REV. 181, 203 (2009).

情報を消費者に与えず消費者が商品を比較し選択することを困難にしているとした¹⁵¹。むしろ、需要者や競業者の犠牲の上に商標権者の利益を最大化することがこの理論の帰結であるとした。そして、購買前の混同に対する規制は、実質的な政府利益のためのものとはいえず、かつメッセージを伝達する十分な手段を残していないゆえ必要以上に広範な規制で修正1条に違反するとしている¹⁵²。

また、購買後の混同についても、正当化できる範囲は限定される。例えば、同様の商品が氾濫することによる威厳（prestige）の減少は、単に商標の意味への影響を考慮するに過ぎず、消費者の購買の意思決定に何ら影響を及ぼさないゆえ、正当化は困難である¹⁵³。また、前述した社会的地位についての混同も同様に商標法の目的と無関係である¹⁵⁴。

これに対し、他人が商品を身に付けているのを見る人についての混同（傍観者の混同）については、潜在的な購入者が身に付けられた商品を見ることで混同が生じ、当該商品の悪い評価を原告の商品と結び付けてしまい原告商品を買わなくなるとすれば、商標法の政策的な正当化根拠と完全に一致することになると説かれる¹⁵⁵。また、二次的市場での混同が想定され、かつ文脈上の手がかりによっても混同が解消しない場合には規制が正当化されるとも説かれている¹⁵⁶。

¹⁵¹ Jennifer E. Rothman, *Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law*, 27 CARDOZO L. REV. 105, 158 (2005). これに対し、Lastowka, *supra* note 121, at 1391-92 は、購買前の混同が消費者の探索費用を増大させることで、検索エンジンの有用性を損なうことを指摘しつつ、自由な表現の範囲を縮減しマイナスの影響を与えることを論じている。

¹⁵² Rothman, *supra* note 151, at 158. 同論文を引用しながら、購買前の混同を肯定することは市場における競争と自由な表現に悪影響を与えると説くものとして、Ramsey, *supra* note 57, at 132, 155.

¹⁵³ McKenna, *supra* note 150, at 131-33.

¹⁵⁴ Jeremy N. Sheff, *Veblen Brands*, 96 MINN. L. REV. 769, 790-94 (2012).

¹⁵⁵ *Id.* at 779. これに対し、McKenna, *supra* note 150, at 131-33 は、後述する二次的市場の場合のみ正当化可能であるとしており、傍観者の混同を理由とすることは困難であると考えているように読める。

¹⁵⁶ McKenna, *supra* note 150, at 132.

以上のように、需要者の混同の防止による商標法の正当化については、拡大された保護対象や混同については、完全にあてはまるものではないことに注意を要する。

エ 希釈化の防止

(ア) 希釈化を防止することの正当化根拠

次に、希釈化の防止の根拠を検討しよう。標章の希釈化を招く行為を規制する理由については自明のものではなく、以下に述べるように米国で様々な議論がある。

① 販売力の保護

まず、米国での希釈化規制の議論の起源とされている Frank I. Schechter の“The Rational Basis of Trademark Protection”においては、①現代の商標の価値はその販売力（selling power）にあるところ、②この販売力は公衆の心理に依拠しており、それは単に商品の便益のみならず商標の独自性及び単一性による、③このような商標の独自性及び単一性は関連する商品への使用によっても関連しない商品への使用によっても損なわれる、④その保護の程度は、当該商標が権利者による努力又は創作性によって他の標章と異なり独特のものである程度によって決すると説明された¹⁵⁷。このように、この見解は希釈化からの保護の根拠を販売力の保護に求めている。

しかし、このような見解に対しては批判がある。まず、商標権が商品の品質に関する情報（これは混同を根拠とする理論により保護を受ける）以外の要素によるのであれば、法はなぜそのような排他権を保護すべきかという規範的な問題があるが、この理論はその問いに答えていない¹⁵⁸。そして、販売力が商品の品質と無関係であれば、それは非合理的なブランド・ロイヤリティに基づくものに過ぎず、そのようなブランド・ロイヤリティは消費者が十分に情報を得たうえでの選択を妨げ、市場支配力を形成し、効率性を損なうものであるから、そのような販売力には懐疑的にならざる

¹⁵⁷ Frank I. Schechter, *The Rationnal Basis of Trademark Protection*, 40 HARV. L. REV. 813, 830-32 (1927).

¹⁵⁸ Robert G. Bone, *A Skeptical View of the Trademark Dilution Revision Act*, 11 INTELL. PROP. L. BULL. 187, 191-92 (2007).

を得ないと批判されている¹⁵⁹。

② 投資の不当利用又はフリーライド

また、商標権者の投資に対する不当利用又はフリーライドの防止が説かれることがある。すなわち、稀釈化が禁止されなければ、著名な名称を作り出すための投資による利益がより完全に内部化（internalize）され、そのような著名な名称を作り出すための投資の総量が上昇すると説かれる¹⁶⁰。トレード・ドレスの稀釈化が争われた判決の中には、原告がデザインに行った投資への不当利用（appropriation）又はフリーライドからの保護が問題となっている旨を説示するものもある（I.P. Lund Trading ApS v. Kohler Co., 163 F.3d 27 (1st Cir. 1998)）。しかし、投資への不当利用又はフリーライドだけでは法的規制の根拠として不十分であることは前述のとおりである¹⁶¹。

③ 不鮮明化及び汚染の防止

TDRA では、前述のように稀釈化の類型として不鮮明化と汚染が定められている。しかし、販売力の減殺や信用へのフリーライドのみでは規制を正当化できないとすれば、著名標章を不鮮明化又は汚染することがなぜ規制されるべきかは自明ではない。そこで、次に見るような内部的な探索費用の削減等を根拠とする正当化が試みられている。

④ 内部的な探索費用の削減

稀釈化について、特定の名称と製品を結び付ける需要者の想像コスト（imagination cost）を高め、内部的な探索費用（サーチコスト）を高めるゆえに規制が正当化されることを示すものもある¹⁶²。すなわち、稀釈化は、

¹⁵⁹ *Id.* at 192.

¹⁶⁰ LANDES & POSNER, *supra* note 125, at 207-08. ただし、同書は、後述するように稀釈化規制の根拠として想像コストの上昇の防止も指摘している。

¹⁶¹ フリーライドが機能する経済に特有のものであることを論じ、フリーライドによる稀釈化の正当化が困難であることを論じるものとして、Rebecca Tushnet, *Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science*, 88 TEX. L. REV. 507, 557-58 (2007).

¹⁶² LANDES & POSNER, *supra* note 125, at 206-09; Dogan & Lemley, *supra* note 125, at 790. 探索費用（サーチコスト）の理論については、宮脇正晴「標識法におけるサーチコストの理論—Landes & Posner の業績とその評価を中心に—」知的財産法政策学

特殊な単語を文脈依存的な (context-specific) 単語にしてしまうため、需要者は商標を認識した後、その商品の文脈をさらに見ることを要求され、このことによって探索費用が増大すると説明される¹⁶³。また、希釈化を引き起こす広告は被験者のブランドとその商品カテゴリを結び付ける正確性と反応速度を遅くするとの実証研究も存在している¹⁶⁴。Posner 判事による Ty Inc. v. Perryman, 306 F.3d 509 (7th Cir. 2002) も、このような想像コスト又は探索費用を増大させることを希釈化の説明として用いている。そして、このような探索費用の削減を希釈化の根拠と考えることで、修正 1 条と希釈化規制の緊張関係を緩和するとの指摘もある¹⁶⁵。

しかし、このような想像コストによる正当化に対しては批判も多い。まず、標章の使用によって連想するものが増大したとしても、そのことによって直ちに需要者の購買決定に影響を与えないのではないかとの批判がある¹⁶⁶。加えて、このような想像コストをわずかに増加させるだけであれば、禁じるべき害悪が発生しているのか疑問もある¹⁶⁷。

また、希釈化の認知的なモデルに対しては、実証的な裏付けを欠くとの批判がある¹⁶⁸。まず、商品の種類や広告によるイメージ、商品のフォント

研究37号 (2012) 195頁、同「混同とサーチコスト」パテント65巻13号 (別冊 8 号、2012) 26頁、小塚荘一郎「商標とブランドの『法と経済学』」小泉直樹＝田村善之編『はばたきー21世紀の知的財産法』(2015、弘文堂) 764頁。

なお、購買のための探索には、外部検索と内部検索 (internal search) があり、後者は自分の記憶庫をスキャンし、選択肢の製品それぞれについて情報を集めようとするものであることを指摘するものとして、ソロモン・前掲注126・409-410頁。

¹⁶³ Dogan & Lemley, *supra* note 125, at 790 n.40.

¹⁶⁴ Maureen Morrin & Jacob Jacoby, *Trademark Dilution, Empirical Measures for an Elusive Concept*, 19 J. PUB. POL'Y & MARKETING 265 (2000).

¹⁶⁵ Stacy L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1197, 1218 (2006).

¹⁶⁶ McKenna, *supra* note 150, at 110.

¹⁶⁷ Barton Beebe, *Intellectual Property Law and the Sumptuary Code*, 123 HARV. L. REV. 809, 850 (2010) は、内部的な探索費用がわずかに増加するだけであれば禁じる害悪がないことになるため、このような理論はかえってその原理を葬り去ったと評価している。

¹⁶⁸ Tushnet, *supra* note 161, at 546. さらに、希釈化についての実証的裏付けがないこ

が作り出す文脈が存在するため、類似する標章の使用が元の商標を想起させることを困難にする効果は限定的である¹⁶⁹。加えて、低い頻度で登場する言葉については、その言葉の連想集合の大きさ（association-set size）によってその言葉の認識や記憶喚起に変化はないとの実証研究があり¹⁷⁰、この点からすると低い頻度の言葉に新たな連想を加えたとしてもその言葉の認識や記憶喚起に影響はないことになるため、希釈化は著名な商標に害を与えないことが指摘されている¹⁷¹。加えて、他の場面における第三者の商標の使用は、無意識に記憶を促進するというプライミング（priming）の効果を有する場合があるように¹⁷²、希釈化を引き起こす使用は、元の商標の識別力を低めるのではなく、むしろ識別力を高めるという効果が生じ得ることも指摘されている¹⁷³。

さらに、汚染についても、同様に消費者の認知に着目した正当化が議論されている。

とを指摘する近時の文献として、Barton Beebe, Roy Germano, Christopher Jon Sprigman, and Joel Steckel, *Testing for Trademark Dilution in Court and in the Lab* (2017) (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2960082) (2018年10月23日確認)。なお、日本における希釈化の実証分析の試みとして、堀田秀吾＝日置孝一「商標の希釈化に関する心理言語学的考察」明治大学教養論集515号（2016）1頁がある。

¹⁶⁹ 前述した希釈化させる広告により反応の正確性と速度が遅くなるとの実証研究については、脱文脈化された環境で実験が行われていることを指摘し、実際は文脈の中で判断することを含めて Tushnet, *supra* note 161, at 529-32. McKenna, *supra* note 150, at 110 も参照。

¹⁷⁰ Joan Meyers-Levy, *The Influence of a Brand Name's Association Set Size and Word Frequency on Brand Memory*, 16 J. CONSUMER RES. 197 (1989). 同論文では、連想集合（association-set）とは、対象となる語やブランド名に有意に関連する概念の集合と定義されている。また、同論文では、低い頻度で登場する言葉は、100万語中15以下のものとして実験を行っている。

¹⁷¹ Tushnet, *supra* note 161, at 532-36.

¹⁷² プライミング（priming）とは、先行刺激の受容によって無意識に記憶が促進される効果のことをいうとされている。田中洋『消費者行動論体系』（2008、中央経済社）141頁。ソロモン・前掲注126・87頁は、プライミングを、ある特徴を持つ刺激がスキーマを喚起すると説明している。

¹⁷³ Tushnet, *supra* note 161, at 532-36.

例えば、不鮮明化についての内部的な探索費用（サーチコスト）の増加を根拠とした規制の正当化は、前述したような問題があるとしても、汚染については、悪いものと結び付けられることによって、標章のプラスの意味を想起しにくくなることは否定できず、その意味では不鮮明化よりは正当化しやすいとの指摘もある¹⁷⁴。

さらに、ある見解は、ヒューリスティクスにより選択と決断を行う消費者観から汚染の規制の正当化を試みる¹⁷⁵。すなわち、心理学者によれば、与えられた刺激の正又は負の感覚として経験した感情の状態、すなわち正又は負の感情を掻き立てる（affective）反応の数値（valences）によって人の選択と判断が形成されているとされる¹⁷⁶。消費者は、熟慮して一定のルールに従った推論を行いつつ、他方において機械的に推論し、これらを同時かつ相互作用的に用いている¹⁷⁷。そして、ひとたび感情を掻き立てる価値をタグ付けされると、それと逆の情報を得たとしてもそのような感情を掻き立てる反応を変更できなくなる¹⁷⁸。汚染に対する規制は、そのような感情を掻き立てる内容を形成する1つの経路に対する規制制度として理解されるとする¹⁷⁹。そして、人は不確実性がある場合に最初に与えられた価値によって価値を判断するという係留効果（anchoring）バイアスがあり、標章が類似していることや、市場が近接していることはそのような係留バ

¹⁷⁴ Bone, *supra* note 158, at 189-90.

¹⁷⁵ ヒューリスティクスとは、自分の過去の経験をもとに頭の中に既にあるおおまかな基準に立ち戻ることをいうとされる。消費者が商品選択を行ううえでヒューリスティクスに基づき判断を行うことについて、ソロモン・前掲注126・434-436頁。消費者のヒューリスティクスを、情報を探すための探索ヒューリスティクス、消費者の目標を達成するために評価基準をどのように設定したらよいかを教える評価ヒューリスティクス、選択代替案について評価するための選択ヒューリスティクスに分類するものとして、田中・前掲注172・78-79頁（ただし、同書は「ヒューリスティクス」の表記を用いている）。

¹⁷⁶ Jeremy N. Sheff, *The (Boundedly) Rational Basis of Trademark Liability*, 15 TEX. INTELL. PROP. L.J. 331, 358 (2007).

¹⁷⁷ *Id.* at 359-60.

¹⁷⁸ *Id.* at 360.

¹⁷⁹ *Id.* at 360-61.

イアスをかかりやすくすると説明される¹⁸⁰。

しかし、このような説に対しては、後行する標章の使用が許諾を受けていないと消費者が認識しており混同が生じない場合にそのような認知的な不調和が起り得るのかどうかを検証されていないとの批判がある¹⁸¹。そして、汚染については実証研究が乏しいところ、混同が存在しない場合に関連しない商品の汚染によって元の商標の評判が害されるというのは説得力を欠くとも指摘されている¹⁸²。

(イ) 表現規制を正当化し得るか

まず、出所の混同を防止することは、需要者の利益に資するものと考えられている一方、標章の不鮮明化や汚染の防止は、需要者の利益に直結するものではないと考えられている。この点について、*Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418, 429 (2003) も、「伝統的な侵害の法と異なり、商標の稀釈化に基づく禁止は、コモンローの発展の産物ではなく、需要者保護の利益に動機付けられたものでもない」と説示している¹⁸³。それでは、混同防止による正当化と比較して、稀釈化の防止は、どの程度表現の制約を正当化できるであろうか。

前述した *San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987) は、ランハム法は混同を引き起こす使用に対するものであるが、同法を制定した議会の判断はそのような場合に限定されておらず、*Olympic* の語の混同を引き起こさない使用であってもその識別力と商標の営利的な価値を減じることによってUSOCに害を与え得るとして、アマチ

¹⁸⁰ *Id.* at 369-70. 西内康人『消費者契約の経済分析』(2016、有斐閣) 48-49頁は、係留効果 (anchoring) について、一定の推定を行う際に、情報が仮に無関係であったとしても、その情報を出発点とすることにより、正しい結果へと情報を修正していくとしても、修正が不十分にしか行われないことと説明したうえで、係留効果の単体での経済的影響には明らかではない部分を残していると指摘している。

¹⁸¹ Tushnet, *supra* note 161, at 544.

¹⁸² *Id.* at 542-44.

¹⁸³ 稀釈化の社会に与える費用は、それが存在するとしても、それは消費者が経験する費用ではなく、事業者によって経験される費用に過ぎないことについて、*LaFrance*, *supra* note 141, at 721.

ユアスポーツ法の規制を合憲と判断している。同判決は、混同のおそれのない場合についても、識別力や商標の営利的な価値を減じる場合に表現の自由への制約が正当化される余地を肯定している¹⁸⁴。

これに対し、*L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) は、反稀釈化法について、他人の商標を用いて自己の製品を許諾なく販売する等の場合の規制は許容されるとしつつ、表現の自由により保護された言論を行おうとする被告が非営利的に商標を使用する場合には、これを禁止する根拠として反稀釈化法が用いられることは憲法に違反するとしている。また、*Universal Communication Systems, Inc. v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413 (1st Cir. 2007) も、稀釈化防止法は、修正 1 条についての「息をつく余地」(breathing room) を作り出すように解釈されなければならないと説示し、稀釈化規制が修正 1 条と緊張関係にあることを明らかにしている。

学説では、稀釈化の内容とされる不鮮明化と汚染は、実体上のものではなく観念上のものに過ぎないとの批判がある。同見解は、仮にそこに害があるとすれば、それは消費者を心理学的に操作することによって利益を得ようとする事業者の能力への害に過ぎないが、このような心理学的操作は公衆の利益に資するものではないと批判される¹⁸⁵。その意味では、稀釈化への規制は、「制定法によってエンフォースされるマインドコントロール」とも称される¹⁸⁶。そして、このような法益は、セントラルハドソン・テストの第 2 要件である「主張されている政府利益が実質的なもの」であると

¹⁸⁴ ただし、*Rothman, supra note 151*, at 157-58 は、同判決がオリンピックの語を使用することが混同を引き起こし得ることも述べており、かつ SFAA が他の語を使用することも容易であり、それらの点において判決の射程を限定する可能性を指摘している。

¹⁸⁵ *LaFrance, supra note 141*, at 716-17.

¹⁸⁶ *Id.* at 717. 「制定法によってエンフォースされるマインドコントロール」は、もともとは Christine Haight Farley, *Why We Are Confused About the Trademark Dilution Law*, 16 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1175, 1183 (2006) の表現である。稀釈化について論じているものではないが、無制限の商標保護の主張は、個人の自律の行使と調和しないマインドコントロールの制度の主張であるとするものとして、Hannibal Travis, *The Battle for Mindshare: The Emerging Consensus That the First Amendment Protects Corporate Criticism on the Internet*, 10 VA. J.L. & TECH. 3, 23 (2005).

いう要件を満たさないとの指摘がある¹⁸⁷。もっとも、この見解に対して、営利的言論について目的審査で違憲とする例がないことを指摘しつつ、著名標章の信用保護の追加的な手段として第2要件を満たすとするものもある¹⁸⁸。また、他の論者も、いかなるものでも「実質的」の要件を満たすものであり、例外的に政府が本当はそのような利益を促進したくない場合にのみ第2要件が否定されるため、稀釈化規制を第2要件によって違憲とするのは困難であるとの指摘もある¹⁸⁹。

他の見解でも、稀釈化の規制は、需要者の心に抱く商品へのイメージの変化を防止することにあるとしつつ、需要者の現在のブランドへの態度を保持するために言論を抑制することは、修正1条が許容しないとするものもある¹⁹⁰。

そして、認知的なモデルに基づく場合、比較広告やパロディ、批評のような非営利的な使用の方が稀釈化をもたらすことになるが、現行法上は非営利的な使用は規制対象とされておらず、セントラルハドソンの第3要件である「当該規制が主張されている政府利益を直接に促進させる」との要件を満たさないことを指摘するものもある¹⁹¹。

いずれにしても、米国では、稀釈化に基づく請求権は、混同に基づく請求権と比較して、より表現の自由を制約する危険性が大きいとされる一方、その正当化根拠は盤石なものではなく、憲法が保護する表現活動又は言論活動の制約を正当化することは容易ではないとされている。

¹⁸⁷ LaFrance, *supra* note 141, at 717-18.

¹⁸⁸ Lockridge, *supra* note 15, at 374.

¹⁸⁹ Tushnet, *supra* note 161, at 555.

¹⁹⁰ Volokh, *supra* note 104, at 697.

¹⁹¹ Tushnet, *supra* note 161, at 546-58; Rebecca Tushnet, *Truth and Advertising: The Lanham Act and Commercial Speech Doctrine*, in TRADEMARK LAW AND THEORY: A HANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH 294, 318 (Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Jenis eds., 2008).

(5) 商標法上の内在的調整原理により解決し得るか

ア 総論

最後に、商標法は、表現の自由と商標権との関係を適切に調整する内在的調整法理を有しているのかを検討しておこう。

この点については、米国における著作権と修正1条との関係についての議論が参考になる¹⁹²。まず、*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985) は、アイディア／表現二分論が、著作者の表現を保護しながら事実の自由な伝達を許容することによって、修正1条と著作権法を定義付けしながら衡量している (strikes a definitional balance) とした。次に、*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) は、著作権法は修正1条との関係を調整する内在的調整原理 (built-in First Amendment accommodations) があり、それは、*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985) で判示されたアイディア／表現二分論に加えて、公衆が表現を用いることも許容するフェア・ユースの法理であると論じた。そして、著作権を延長するCTEAは、議会が著作権保護の伝統的外延 (traditional contours) を変更するものではないから、さらなる修正1条の審査は不要であるとした¹⁹³。なお、その後の *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012) は、この伝統的外延とは、アイディア／表現二分論及びフェア・ユースの抗弁であると説示している¹⁹⁴。

¹⁹² 著作権法における表現の自由との内在的調整原理についての詳細な検討として、大日方信春『著作権と憲法理論』(2011、信山社) 210-235頁、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(4)」知的財産法政策学研究48号(2016) 61-95頁。なお、アイディア／表現二分論及びフェア・ユースがいずれも境界が不明確であり明確なガイドラインを提供できないため、表現者が自己検閲に陥る可能性が高いことを指摘するものとして、Tushnet, *supra* note 106, at 19-24.

¹⁹³ 同判決について、横山／前掲注67、大日方・前掲注192・161-175頁、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)」知的財産法政策学研究45号(2014) 87-95頁。

¹⁹⁴ 同判決について、Neil Weinstock Netanel, *First Amendment Constraints on Copyright After Golan v. Holder*, 60 UCLA L. REV. 1082, 1100-03 (2013)。邦語文献では、比良・前掲注193・95-103頁、山口いつ子「表現の自由と著作権—AI時代の『ユーザーライ

それでは、商標法については、同様に、内在的調整原理を有しているといえるのか。もし、商標法についても著作権法のように表現の自由との関係を調整する内在的調整原理を有しているとすれば、修正1条を根拠にして商標法に基づく権利行使を否定する必要がなくなることになる。

この点について、商標法では、商標登録要件、混同のおそれの要件、フェア・ユースが表現の自由と商標権の調整の役割を果たすものとして議論されている。そこで、以下では、商標登録要件、混同のおそれの要件及びフェア・ユースが、表現の自由と商標権を適切に調整しているのか検討しておくことにする。

イ 商標登録要件は内在的調整法理となり得るか

まず、商標登録要件が表現の自由と商標権の関係を調整する役割を果たしているかについて検討しよう。

前述のように、米国において、普通名称は商標登録が否定され、記述的表示については二次的意味を獲得した場合にのみ商標登録を肯定している。そして、このことによって普通名称を登録して権利行使を行うことができないことが、表現の自由との緩衝地帯の役割を果たしていることが説かれている¹⁹⁵。また、記述的表示について、二次的意味を獲得しない場合に記述的表示の保護を否定していることは、自由な表現を保護し修正1条の利益を考慮するものであるとしつつ、二次的意味を獲得した場合に商標登録を認めることは、セントラルハドソン・テストの要件を満たさず修正1条に違反することを説くものもある¹⁹⁶。

このように、商標登録要件は、普通名称や識別力のない記述的表示の登録を否定することにより、(営利的な)表現の自由と商標権の関係を調整しているという側面がある。

もっとも、芸術作品や言論活動等で他人の商標を用いる場合には、それが普通名称や記述的表示にあたらない場合も多いため、商標登録要件をもって表現の自由との調整に十分であるというわけではない。

ツ』概念とそのチェック機能」論究ジュリスト25号(2018)64頁。

¹⁹⁵ Kravitz, *supra* note 141, at 136.

¹⁹⁶ Ramsey, *supra* note 57, at 149-53.

ウ 混同のおそれは内在的調整法理となり得るか

前述のように、商標法では、混同のおそれの要件が表現の自由と商標権の調整の役割を果たすものとして議論されている¹⁹⁷。裁判例でも、混同のおそれの基準は一般的には修正 1 条と商標権者の適切な均衡を保つと説示するものがある（批判サイトについて購買前の混同の法理の適用を否定したうえで、混同のおそれを否定したものとして、*Lamparello v. Falwell*, 420 F.3d 309 (4th Cir. 2005)）。とりわけ、*Leval* 判事は、修正 1 条を用いた *Yankee Publishing, Inc. v. News America Publishing, Inc.*, 809 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1992) について、憲法上の規律を行うことなく混同のおそれによって解決できるとし¹⁹⁸、*Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) も混同のおそれがないと判断できるとしている¹⁹⁹。

確かに、前述したように、米国の混同のおそれはマルチファクター・テストにおいて様々な事情を考慮することが可能である。

例えば、パロディの事案では、成功したパロディについて、マルチファクター・テストの各要素においてパロディであることを考慮し、混同のおそれを否定する結論に至るものが多い²⁰⁰。

まず、パロディの事案においては、混同のおそれを肯定するための必要条件と解されている類似性の要素において、類似性を否定することで侵害を否定するものが多い（*Jordache* に馬のデザインを付した商標に対し、*Lardashe* に豚のデザインを付したジーンズを販売した事案につき、*Jordache Enterprises, Inc. v. Hogg Wyld, Ltd.*, 828 F.2d 1482 (10th Cir. 1987)、*Budweiser* の缶のデザインをパロディしてお土産用の T シャツを販売して

¹⁹⁷ Michael K. Cantwell, *Confusion, Dilution and Speech: First Amendment Limitations on the Trademark Estate: An Update*, 94 TMR 547 (2004).

¹⁹⁸ Pierre N. Leval, *Trademark: Champion of Free Speech*, 27 COLUM. J.L. & ARTS 187, 188-89 (2004). 同人は、著作権のフェア・ユースにおいて transformative use (変容的利用) を重視する立場を打ち出したことで著名である。村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(3)」知的財産法政策学研究 47号 (2015) 120-121頁を参照。

¹⁹⁹ Leval, *supra* note 198, at 202-04.

²⁰⁰ Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Jannis, *Confusion Over Use: Contextualism in Trademark Law*, 92 IOWA. L. REV. 1661 (2007).

いた事案につき、Anheuser-Busch, Inc. v. L & L Wings, Inc., 962 F.2d 316, 22 U.S.P.Q.2d 1502 (4th Cir. 1992)、Nike をパロディして被告の名前である Mike を T シャツに付し、“JUST DO IT” のスローガンをパロディした “Just Did It” の会社名で販売を行っていた事案について Nike, Inc. v. Just Did It Enters., 6 F.3d 1225 (7th Cir. 1993)、原告が被告の Wal-Mart Stores が共同体を破壊し、労働者を虐げているとして批判を行っていたが、その一環として holocaust とかけて WAL★CAUST、Al-Qaeda とかけて WAL-QAEDA のデザインを作成し、T シャツ、マグカップ、衣類、テディベア等に付しホームページ上で販売していた事案について、Smith v. Wal-Mart Stores, Inc., 537 F. Supp. 2d 1302 (N.D. Ga. 2008))²⁰¹。

また、類似性の判断において、パロディであることを考慮して、被告に有利に判断するものもある（両標章は表面上類似するにもかかわらず、“Spa’am” の登場するパロディの文脈が需要者の認識において両標章を区別させるとして、類似性のファクターにおいて原告に有利に考慮しなかった Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Productions, 73 F.3d 497 (2d Cir. 1996)、本件のパロディは十分な強さを有しているため、標章の類似性は覆されるとした Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC, 221 F. Supp. 2d 410 (S.D.N.Y. 2002)、パロディであることの表示があること等から混同のおそれが肯定される程度の十分な類似性を有していないとした、WWE v. Big Dog Holdings, Inc., 280 F. Supp. 2d 413 (W.D. Pa. 2003))。

加えて、パロディ商標を扱う裁判例では、被告の意図において被告に不利に考慮しない裁判例が散見される。例えば、Yankee Publishing, Inc. v. News America Publishing, Inc., 809 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1992) は、被告が、需要者の原告と被告の間の商業上の連想をもたらし、混同を引き起こすことから利益を得ようとするものではないとしたうえで、被告による原告の

²⁰¹ ただし、パロディであっても類似性の高い事案には混同のおそれが肯定されている。Hard Rock Cafe をパロディした Hard Rain Cafe を付した T シャツ等を販売していた事案について Hard Rock Cafe Licensing Co. v. Pacific Graphics, Inc., 776 F. Supp. 1454 (W.D. Wash. 1991)、CUVEE DOM PERIGNON をパロディした DOM POP-INGNON – CHAMPOP の標章を付してポップコーンの販売を行っていた事案について、Schieffelin & Co. v. Jack Co. of Boca, Inc., 850 F. Supp. 232 (S.D.N.Y. 1994)。

標章の意図的な使用の目的は、人を笑わせるための批評のためであり、商標法で禁じられた目的ではないとしている。同様の判断をする判決は多数ある (Nike, Inc. v. Just Did It Enters., 6 F.3d 1225 (7th Cir. 1993); Schieffelin & Co. v. Jack Co. of Boca, Inc., 850 F. Supp. 232 (S.D.N.Y. 1994); Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Productions, 73 F.3d 497, 503 (2d Cir. 1996); Dr. Seuss Enters. v. Penguin Books USA, Inc., 924 F. Supp. 1559 (C.D. Cal. 1996); Charles Atlas, Ltd. v. DC Comics, Inc., 112 F. Supp. 2d 330, 341 (S.D.N.Y. 2000); Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC, 221 F. Supp. 2d 410, 414 (S.D.N.Y. 2002); Smith v. Wal-Mart Stores, Inc., 537 F. Supp. 2d 1302 (N.D. Ga. 2008))。

また、パロディの事案について、原告標章の識別力の強さを有利に考慮しない傾向がある²⁰²。例えば、前述した *Yankee Publishing, Inc. v. News America Publishing, Inc.*, 809 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1992) は、マルチファクター・テストの原告商標の識別力の強さの判断において、通常は識別力が強ければ原告に有利だが、原告の商標が冗談又は批評 (jest or commentary) の一部として使用されている場合には、原告商標が著名であるがゆえに需要者がそれを原告の暦でないと認識できることになるため、識別力の強さが原告に有利なファクターとはならないとしている。前述した *Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Productions*, 73 F.3d 497, 503 (2d Cir. 1996) も、*Yankee Publishing, Inc.* 判決を引用しながら、原告標章の強さは、原告標章と “Spa’am” との間の出所や財政的援助についての混同のおそれを強く否定する方向に働くとしている。この他にも同様の判断をするものが多い (*Lyons Partnership v. Giannoulas*, 179 F.3d 384 (5th Cir. 1999); *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410 (S.D.N.Y. 2002); *New York Stock Exchange, Inc. v. N.Y., N.Y. Hotel, LLC*, 293 F.3d 550 (2d Cir. 2002); *WWE v. Big Dog Holdings, Inc.*, 280 F. Supp. 2d 413 (W.D. Pa. 2003); *Smith v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 537 F. Supp. 2d 1302 (N.D. Ga. 2008))。

このように、パロディについては、混同のおそれを判断するマルチファ

²⁰² この点について指摘するものとして、MCCARTHY, *supra* note 14, §31:259; Bruce P. Keller & Rebecca Tushnet, *Even More Parodic than the Real Thing*, 94 TMR 979, 1004 (2004).

クター・テストの各要素でパロディであることを考慮して柔軟に侵害を否定している。

また、一部の論者が修正 1 条との緊張関係を指摘しているスローガンのな商標について、マルチファクター・テストの原告商標の識別力や被告の意図等の要素で被告に有利に考慮し、混同のおそれを否定するものもある（原告がピザについて“ANY WAY YOU WANT IT”の登録商標を有していたのに、被告が1991年のキャンペーンでピザに好きな具材をトッピングできることを明らかにするために、“ANY WAY YOU WANT IT”の言い回しを用いていた事案について *Captain Tony’s Pizza, Inc. v. Domino’s Pizza, Inc.*, 23 U.S.P.Q.2d 1552 (W.D.N.Y. 1992)、原告の“IT’S THAT SIMPLE”の登録商標に対し、被告が“WE MAKE LIFE SIMPLE”を使用した事案について *Stop & Shop Supermarket Co. v. Big Y Foods, Inc.*, 943 F. Supp. 120 (D. Mass. 1996)、原告の“Where Pets are Family”の登録商標に対し、被告が同一の言葉を使用していた *Cohn v. Petsmart, Inc.*, 281 F.3d 837 (9th Cir. 2002))²⁰³。

もともと、混同のおそれの基準により表現の自由の問題が全て解決されるわけではないと解されている。

その理由として、混同のおそれの判断に解消してしまった場合に、表現者及びその表現の受け手の利益が適切に考慮できるのかという問題が指摘されている²⁰⁴。パロディの場合には、成功したパロディであればある程、需要者が区別することが可能となるため、混同のおそれに基づく判断がパロディする者の表現の自由と適恰的であるが、題号の場合等には事案によっては混同が生じても題号の選択を許すべきであると考えられる。

また、特定の商標は、公衆の言語の一部となっている場合に、全ての混同のおそれのある商標の使用を禁じることは、公衆による議論自体を制約するものであることが指摘されている（*Rosa Parks v. LaFace Records*, 329 F.3d 437 (6th Cir. 2003)）。

さらに、混同のおそれについてのマルチファクター・テストを用いる場合、表現者の予測可能性が低く、かつこの点を審査するのに多大な時間と

²⁰³ Ramsey, *supra* note 144, at 258-59.

²⁰⁴ David A. Simon, *The Confusion Trap: Rethinking the Parody Doctrine in Trademark Law*, 88 WASH. L. REV. 1, 12 (2013).

応訴のための費用を要するため、訴訟の最終的な結論にかかわらず、表現者に対し萎縮効果を与えるという問題も指摘されている²⁰⁵。

このほか、マルチファクター・テストにおいて商品又は役務の近接性が考慮されるものの、インターネットによってその重要性が失われ、かなり異なる商品や役務についても保護範囲が拡大したことも指摘されている²⁰⁶。

また、当然ながら、このような混同のおそれの要件による表現の自由との調整は、稀釈化を根拠とする請求においては存在しないことも重要である。前述のとおり、稀釈化の内容とされる不鮮明化と汚染は、いずれもその内容が観念的であり、その外延が不明確であることが指摘されている²⁰⁷。そうすると、特に稀釈化の場合には、混同のおそれを根拠にする請求の場合よりも、表現の自由との内在的調整原理に乏しく、より憲法上の表現の自由による制限が正当化されると考えられる。

エ 商標法におけるフェア・ユースの法理は内在的調整法理となり得るか

次に、商標法におけるフェア・ユースの法理が表現の自由と商標権との内在的調整原理たり得るか検討することにする。

まず、*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) において著作権と表現の自由との内在的調整法理であると論じられている米国著作権法におけるフェア・ユースの法理を概観してみよう²⁰⁸。

²⁰⁵ William McGeveran, *Rethinking Trademark Fair Use*, 94 IOWA L. REV. 49, 66-71 (2008). Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *Grounding Trademark Law Through Trademark Use*, 92 IOWA L. REV. 1669, 1695 (2007) も、混同のおそれによる判断が訴訟の早期解決に適さないことを指摘している。

²⁰⁶ Travis, *supra* note 186, at 44-51.

²⁰⁷ LaFrance, *supra* note 141, at 711. 混同のおそれが要求されないため、稀釈化が潜在的に自由な言論に対する脅威となり得ることを指摘するものとして、McGeveran, *supra* note 205, at 104.

²⁰⁸ 米国の著作権のフェア・ユース規定について、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(2004、信山社) 209頁、ポール・エドワード・グラウ＝メルビル・B・ニマー編・エリック・J・シュワルツ著(高林龍翻訳監修、安藤和宏＝村井哲也訳)『英和对訳アメリカ著作権法とその実務』(2004、雄松堂出版) 291頁、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use—Texaco 判決を端緒として—(1)(2・完)」知的財産法政策学研究 6

米国のフェア・ユース規定（1976年著作権法107条）においては、第1ファクターで「利用の目的、性質。そのような利用が商業的性質を有するか、非営利の教育目的によるものかといった点を含む」とし、その目的を限定してはいない。

ところで、商業的利用について、*Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984) は「著作権のあるものの商業的使用の全ては、著作権者に帰属する独占権に対するアンフェアな利用であるとの推定を受ける…」²⁰⁹として、商業的利用につき第4ファクターに不利な推定を与えるとした。これに対し、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) は、*Sony* 判決の推定について、「商業的目的を超える何らかのものを含む事件」²¹⁰には適用されないとし、「二次的使用がtransformativeである場合には、市場代替性は少なくともより不確実であり、市場被害はそうたやすく推認されうるものではない」²¹¹とし、transformative useについて*Sony* 判決の推定が及ばないとした。

このtransformativeについて、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) は、「新たな作品が、原著作物の創作の目的を超えているか、……若しくは、さらなる目的や異なる特徴を付したり、新たな表現や意味、

号155頁・7号139頁(2005)、同「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容の利用の理論(1)–(4)」知的財産法政策学研究45号(2014)105頁・46号(2015)95頁・47号(2015)119頁・48号(2016)97頁、Barton Beebe(城所岩生訳)「米国著作権法フェアユース判決(1978–2005年)の実証的研究(1)–(2・完)」知的財産法政策学研究21号(2008)117頁・22号(2009)163頁、Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *FORDHAM L. REV.* 2537, 2549 (2009)、山本隆司編著＝奥邨弘司著『フェア・ユースの考え方』(2010、太田出版)12頁、Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 *LEWIS & CLARK L. REV.* 715, 768 (2011)、同論文の邦語訳として、Neil Weinstock Netanel(石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳)「フェアユースを理解する(1)–(2・完)」知的財産法政策学研究43号(2013)1頁・44号(2014)141頁。奥邨弘司「米国著作権法におけるParody」著作権研究37号(2011)13頁も参照。

²⁰⁹ 訳文は、山本＝奥邨・前掲注208・27頁(山本隆司執筆部分)による。

²¹⁰ 訳文は、山本＝奥邨・前掲注208・27頁(山本隆司執筆部分)による。

²¹¹ 訳文は、山本＝奥邨・前掲注208・27頁(山本隆司執筆部分)による(ただし、transformativeのみアルファベット表記とした)。

メッセージを付することで原著作物を変更するなど、新たな何かを代わりに付しているか」と表現している。同判決が「さらなる目的」と判示するように、transformative use とは、パロディのように原著作物の外形に変更を加える場合のみならず、機能的に見て新たな利用価値を生み出す行為を含むとされている²¹²。

そのため、著作権法のパロディでは、報道やパロディ目的の使用 (Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001); Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions, 335 F.3d 792 (9th Cir. 2003))、美術作品におけるコラージュとしての使用 (Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006))、リバース・エンジニアリングのための使用 (Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)) に加えて、技術の進歩で登場した利用形態についても、transformative であれば、フェア・ユースが肯定されている点が注目される (検索エンジンにおけるサムネイルの作成について Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003); Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)、学校用の盗用検出サービスについて A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009))²¹³。

他方で、前述したように、商標法では記述的な表示を許容する記述的フェア・ユースと、適合関係の表示や比較広告等の指示的又は言及的な使用を許容する指示的フェア・ユースの法理が存在する。

これらの法理は、修正 1 条との緊張関係を緩和するものとして理解されている²¹⁴。例えば、記述的フェア・ユースについて、前述した San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee, 483 U.S. 522 (1987) の反対意見

²¹² Netanel, *supra* note 208, at 748. 表現内容の変形よりも、目的の変形こそが決定的であると評するものとして、R. Anthony Reese, *Transformativeness and the Derivative Work Right*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 467 (2008).

²¹³ 著作権法のフェア・ユースの重要な機能の 1 つとして、立法が不完全な場合に、新たな技術やその他の進歩によって提起される問題において利益を調整する機能を提供することを指摘するものとして、Samuelson, *supra* note 208, at 2602. ただし、著作権法のフェア・ユースによる内在的調整の限界について、比良・前掲注192・78-86頁。

²¹⁴ Ramsey, *supra* note 57, at 159-60.

は、ランハム法では記述的フェア・ユースの法理がある一方、アマチュアスポーツ法110条は混同のおそれのない善意の記述的使用を規制するため、USOCに多くの非営利的言論を禁止する裁量を与えており、このことも同規制を違憲であると判断する根拠としている。

もっとも、これらのフェア・ユースは包括的なものではないことに注意を要する²¹⁵。これらのフェア・ユースは記述的又は指示的な商標の使用を許容するものの、著作物中の標章の使用やパロディとしての使用を直接に適用対象とするものではない²¹⁶。前述したように、裁判例には、題号や著作物における利用について指示的フェア・ユースを適用したものがあるが、少数にとどまっている（*Mattel v. MCA*, 28 F. Supp. 2d 1120 (C.D. Cal. 1998); *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003)）。

そうすると、使用態様を限定せず、4つの要素をもとに判断する著作権法のフェア・ユースと比較すると、商標法のフェア・ユースの適用範囲は限定的なものに過ぎない。また、フェア・ユースとされる要件が不明確であるため、被疑侵害者は訴訟のコストを考えて自己検閲に陥ることも指摘されている²¹⁷。そうすると、商標法におけるフェア・ユースは、表現の自由との緊張関係を緩和するものであるとしても、これを完全に解決するものではないことに注意を要する²¹⁸。

オ 小括

以上のように、商標登録要件、混同のおそれ及び記述的・指示的フェア・ユースの法理は、商標権と修正1条の緊張関係を緩和する役割を一定程度果たすものとして認識されているものの、これらをもって修正1条の問題を全て解決するものではないと認識されている。特に、稀釈化を根拠とす

²¹⁵ MCCARTHY, *supra* note 14, §31:142 も、フェア・ユースのような伝統的な抗弁は、最低限においてであるが、憲法の衣装を身にまとわせるものであると指摘している。

²¹⁶ 記述的フェア・ユースが表現的な使用を含まず、その意味で不十分であることを指摘するものとして、McGeveran, *supra* note 205, at 88.

²¹⁷ Ramsey, *supra* note 65, at 1169.

²¹⁸ 商標法におけるフェア・ユースが限定的であり、修正1条の問題を全てクリアするわけではないことを指摘するものとして、Rothman, *supra* note 151, at 151.

る請求は、混同のおそれを要件としないため、より内在的な調整が困難である。なお、著作権については、「限定された期間」(limited times)に存続期間が限定されていることが挙げられることがあるが²¹⁹、商標権については何度も更新が可能であり、そのような意味での制限もない点に注意を要する²²⁰。

(6) まとめ

結論をまとめると、まず商標に関する権利が私人により行使されるとしても、修正1条の問題が生じるという点はほぼ異論がない。次に、営利的言論の問題は、商標に関する権利によって制限されるのは営利的言論に限られるわけではなく、営利的言論としても違憲となる場合があり得る。内容規制／内容中立規制の問題は決着しているわけではないが、商標法が単に表現方法の規制にとどまるものでないとの見解が一定の支持を得ていると思われる。そして、表現規制の正当な目的たり得るかについては、商標に関する権利の正当化根拠次第であるところ、混同防止に基づく権利は規制を正当化しやすい一方、稀釈化防止に基づく権利は正当化が容易ではない。最後に、商標法も修正1条との関係を調整する原理を有しているものの、完全なものではなく、特に混同のおそれを要件としない稀釈化防止に基づく権利ではより調整に困難な問題がある。

²¹⁹ 著作権法における存続期間による内在的調整とその限界については、比良・前掲注192・86-92頁。

²²⁰ この点を指摘するものとして、Rothman, *supra* note 151, at 151.