

知的財産法と奢侈禁止規範(2)

Barton BEEBE

南部 朋子(訳)

—目 次—

はじめに

- I. 奢侈禁止規範とコピー技術の問題点
 - A. 奢侈禁止規範と流行のプロセス
 - B. 競争的消費の限界
 - C. コピー技術の社会的問題点 (以上、第34号)
 - II. 奢侈禁止法としての知的財産法
 - A. コピーのイデオロギー
 - B. 希釈化防止法としての知的財産法
 - 1. 希釈化の法的・文化的概念
 - 2. 希釈化防止法としての商標法 (以上、本号)
 - 3. 希釈化防止法としての著作権法
 - 4. 希釈化防止法としてのデザイン保護法
 - C. 真正担保法としての知的財産法
 - 1. 地理的表示の保護
 - (a) TRIPS 協定23条
 - (b) 2006年の米 EC ワイン協定
 - 2. 伝統的文化的表現の保護
 - III. 奢侈禁止法としての知的財産法の失敗
 - A. 奢侈禁止的知的財産法の無益性
 - B. 奢侈禁止的知的財産法から博愛主義的知的財産法へ
- 結論：フィアット・プロパティ (Fiat Property)

II. 奢侈禁止法としての知的財産法

技術的には、我々は万能プリンターの世界からは遠く離れたところにい

るが、ここで立ち止まって、そのような世界で消費に基づいた社会的区別の制度がどのように機能するかについて問うてみよう。端的な答えとしては、何らかの知的財産保護の形態なくしては、そのような制度はほとんど機能しないということになる。複製と模倣によってほとんどの相対的商品の識別能力は急速に減殺されてしまうであろう。一定の相対的商品（例えば、スーパーヨット、宇宙旅行、英国のサッカークラブ）は大富豪を他者から区別するものとして存続するかもしれないが、消費者の大多数は、市場にある商品が、当該消費者と他者とを区別したとしても、そのような区別をするのが、商品がすぐにコピーされ、ありふれたものにされてしまう前のほんの短い間だけであるような市場におそらく直面するであろう。なるほど、そのような世界においては、消費に基づく差別化の制度は、米国において現在アパレルファッションの制度が機能するのと実と同じように機能するかもしれない。米国では洋服のデザインに対しては大した知的財産保護を与えていない。差異の徴候がこれまでにない加速したペースで消失し、そのような徴候をデザインした者が、無許諾のコピー行為によって自分たちが破産へと追い込まれていくのだとこれまでになく絶望的に不満を訴えているのである¹⁴¹。したがって、我々の目標が、消費に基づく社会的区別の制度を永続させることにあるとすれば、おそらく、識別性のある商品の無形のデザインについて排他的権利を与えるか、少なくともそのデザインの中の識別性のある何らかの特徴（文字やイメージの標章あるいはその他のデザインの外形的特徴など）について排他的権利を与えて、それらの無許諾のコピー行為を防がなければならない。我々がそうするのは、（デザイナーに、自己のデザインを創造し宣伝するコストを回収することができることを保証することをもってインセンティブを与えることで）商品化された識別性の形態のさらなる制作を単に促進するためだけでなく、（デザイン又はデザインの外形的特徴の希少性を保存し、それによって、識別能力を保持することで）既に商品化された識別性を維持するためでもある。さらに、デザイナー（及び消費者）が、これによって、保護の対象となるデザインを制作（及び消費）することへと引き寄せられるこ

¹⁴¹ See, e.g., *Hearing on H.R. 5055, supra note 133*, at 12（ファッションデザイナー Jeffrey Banks の Council of Fashion Designers of America を代表しての発言）。

とになるであろう。そして、技術の進歩の名の下に、確実に相対的有用性の促進が絶対的有用性の促進と衝突しないようにするため、我々は、後者を与えるデザインは、特許によってのみ保護されるべきであると主張するのである。要するに、我々は、複製技術が、商品化可能な希少性の複製あるいは模倣の限界を卓越した世界に直面しているが、そのような限界を守るために知的財産法を使い、同法がなければ大量に生じてしまうコピーを個人が消費することを通じて他者と差別化し続けられる状況を確保するのである。

これはもちろん、知的財産法が既に行っていることであり、我々の世界が万能プリンターと化していようとなかろうと関係はない。我々は既に、消費に基づく区別の制度が機能するために必要な、商品化可能な希少性の状態を保持するために、知的財産法及びこれに類似する法に依存しているのである。簡単な例としては、ハンドバッグのメーカー、例えば Louis Vuitton や Coach は、長い間、自己の商標を製品の表面の見える場所に繰り返しのパターンで刻印するという方策に頼ってきたが、それは単にステータスシンボルの投影を拡大するためだけではなく、おそらくより重要な目的としては、コピーをする者が、保護の対象となっていない物質的商品のもっともらしいコピーを、保護の対象となっている商標の商標権を侵害せずに行うことを確実に阻止するためである。この観点からの知的財産法の一歩の限界は、同法がデザインの特徴の中で、知的財産として保護の対象となるものの希少性しか保存しないという点である。だからこそ、我々の相対的商品の多くが非物質化した形態をとったのであり、特に、商標¹⁴²という非物質化した形態は、典型的には証明が容易であるという長所を有するのである。このように、非常に強力なコピー技術が出現したことは、知的財産法にとって危機でもありチャンスでもあるということがわかったのだが、我々は前者にのみ着目しがちである。知的財産法による取締を

¹⁴² See Hemphill & Suk, *supra note 38*, at 1177-78（「ロゴフィケーション」について論じている。id. at 1178）。But see Kate Betts, *Fashion: The Height of Luxury*, TIME, Apr. 23, 2006, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1186563,00.html>（「消費者は、ロゴではなく製品のデザインと品質でブランドを認識することができる」ことを前提としたポッテガヴェネタのロゴを使わない戦略について記述している）。

非常に困難にしている技術そのものによって、我々は、知的財産に対しては地位を示す商品としての役割を果たすよう求め、かつ知的財産法に対しては奢侈禁止法の役割を果たすよう求めざるをえなくなったのである。我々のコピー技術が、例えばもっともらしいダイヤモンドの模倣品を製造できるからこそ、競争的消費の制度では、ダイヤモンドのブランドや、そのようなブランドを同じ技術をもって模倣することを防ぐことに焦点を置くようになったのである。

知的財産法の奢侈禁止の側面は様々な明確な態様で現れている。最も注目すべきは、模倣防止法であり、それは欧州で特に厳しく¹⁴³、米国でもますます厳しくなっており¹⁴⁴、我々の裁判所、警察及び税関職員を現代の *Provveditori sopra le Pompe* に変えたのである。知的財産に基づく譲渡と並行輸入の制限も、製品の排他性を維持するのに役立つ¹⁴⁵。我々の国内の商標制度は、ステータスシンボル¹⁴⁶及び商標の宣伝的又は「販売促進のため

¹⁴³ See, e.g., Corrigendum to Council Directive 2004/48, 2004 O.J. (L 195) 16 (EC); Council Regulation 1383/2003, 2003 O.J. (L 196) 7 (EC).

¹⁴⁴ See, e.g., Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act of 2008, Pub. L. No. 110-403, 122 Stat. 4256 (codified as amended in scattered sections of 15, 17, and 18 U.S.C.); see also Margot Kaminski, Recent Development, *The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, 34 YALE J. INT'L L. 247 (2009) (ACTA の条文案について論じている)。

¹⁴⁵ See, for example, Case C-59/08, *Copad SA v. Christian Dior Couture SA* (Apr. 23, 2009), http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6 (「Case no」項目で「C-59/08」と入力し、「Search」を選択)、欧州司法裁判所は、高級品の量販店への再販売を禁止するライセンス契約の条件の不履行は、製造者が、再販売によって「商品に高級品のオーラをまわらせる魅力と一流のイメージを毀損する」ことを証明できるのであれば、商標権侵害を構成すると判断した。*Id.* at Ruling 1; see also Case C-337/95, *Parfums Christian Dior SA v. Evora BV*, 1997 E.C.R. I-6013, I-6033 (Jacobs 法務官の意見) (「商標権者は、再販売者が広告のために商標権者の商標を使用することに対し、その広告が当該商標とその商標権者の名声を著しく毀損するような場合には、異議を述べることができる。香水のような高級品の場合には、そのような毀損は、当該商品の高級なイメージを毀損するであろう。」)。

¹⁴⁶ See Jeffrey L. Harrison, Essay, *Trademark Law and Status Signaling: Tattoos for the Privileged*, 59 FLA. L. REV. 195 (2007); cf. *Benton Announcements, Inc. v. FTC*, 130 F.2d

の」使用¹⁴⁷について排他的権利を与えるのにかなり慎重である一方、我々の特許制度は、発明の有用性として記載されたものが性質上絶対的というより相対的であることが明確な場合でも、そのような発明に特許を付与することを厭わない¹⁴⁸。最後に、我々のパブリシティ権保護法は、セレブリティの個性¹⁴⁹を模倣しすぎることを防止するものとして説明するのが最も適切であり、セレブリティの個性はそれ自体様々な模倣活動の犠牲になる可能性がある。例えば見た目のそっくりさん¹⁵⁰、声のそっくりさん¹⁵¹、

254, 255 (2d Cir. 1942) (per curiam) (「購入者がスノップであることを望むのであれば、法が購入者をスノップでいられるよう保護してくれる。」)。

¹⁴⁷ See, e.g., *Boston Prof'l Hockey Ass'n v. Dallas Cap & Emblem Mfg., Inc.*, 510 F.2d 1004 (5th Cir. 1975); see also *Univ. of Ga. Athletic Ass'n v. Laite*, 756 F.2d 1535 (11th Cir. 1985); *Arsenal Football Club Plc v. Reed*, [2003] EWCA (Civ) 696 (Eng.); Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?*, 54 EMORY L.J. 461 (2005); Jane C. Ginsburg, *Exploiting the Artist's Commercial Identity: The Merchandising of Art Images*, 19 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1 (1994-1995).

¹⁴⁸ See, e.g., Long-Sleeved Garment with Wristwatch Accommodations, U.S. Patent No. 7,380,287 (filed July 1, 2005); Watch Cuff, U.S. Patent No. 7,120,936 (filed June 17, 2004).

¹⁴⁹ See, e.g., *Matthews v. Wozencraft*, 15 F.3d 432, 437-38 (5th Cir. 1994) (「ある者の肖像を保護することで人工的に欠乏状態を作らなければ、その肖像は、その利用の限界価値がゼロになるまで商業的に利用されてしまう。」); see also LANDES & POSNER, *supra* note 71, at 224 (「ボガールのイメージの排他性が失われ、結果としてその激増があったことで、消費者たる公衆における混同、イメージの汚染、又は真の倦怠へとつながったのであれば、有用性全体が落ち込むであろう。いずれ、そのイメージは価値のないものとなるかもしれない。」)。But see Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1185 (2006) (「セレブリティのイメージが激増することは、そのイメージに手の届く範囲を広げるにすぎず、イメージを利用し楽しみたいと考える者にとってより利用可能なものとするだけである。」); Mark P. McKenna, *The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition*, 67 U. PITT. L. REV. 225, 269 (2005) (「アイデンティティの使用が増えることは、誰か他の者によるアイデンティティの利用を妨げるわけではなく、また、物理的意味においてその資源を使い果たすものでもない。」)。

¹⁵⁰ See, e.g., *Allen v. Nat'l Video, Inc.*, 610 F. Supp. 612 (S.D.N.Y. 1985) (Woody Allen のそっくりさん); *Onassis v. Christian Dior-N.Y., Inc.*, 472 N.Y.S.2d 254 (Sup. Ct. 1984) (Jacqueline Kennedy Onassis のそっくりさん)。

ミニチュア人形¹⁵²、そして一番印象的なものとして、セレブリティのイメージで形づくられた等身大の、アニメ工学によるロボットがある¹⁵³。

知的財産法が、奢侈禁止規範を規定するためにどれほど利用されているのかはややわかりにくいだが、本章の主題であるところの、二つの密接に関連する知的財産保護の方法に着目するとより明らかになる。その一つは希釈化からの保護であり、主に国内的性質を有するものであって、もう一つは真正を担保するための保護であり、主に国際的性質を有するものである。これら二つの方法は、いずれもコピー技術の社会的影響を抑圧することを目指しており、その目的達成のために前者は商品化された識別性の形態一般を、希釈化を引き起こすコピー行為から保護することを目指し、後者は特に商品化された地理的・歴史的真正性の形態を、真正であることから発生する「オーラ」をむしばむような、希釈化を引き起こすコピー行為の形態から保護することを目指している。真正を担保するための保護は、本質的には、希釈化からの保護が、より具体化した形態である。しかし、まずこれらの知的財産保護の方法に関する議論に背景を与えるため、本章では、奢侈禁止的知的財産法が希釈化防止法及び真正担保法として機能する場合には対立することとなる、進歩的な知的財産法のイデオロギーを正確に示すのに大いに役立つ、二つの著作について考えることから始める。

A. コピーのイデオロギー

伝統的な、進歩的な知的財産法は、コピーのイデオロギーともいうべき

¹⁵¹ See *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992) (Tom Waits の声のそっくりさん); *Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988) (Bette Midler の声のそっくりさん)。

¹⁵² See, e.g., *Landham v. Lewis Galoob Toys, Inc.*, 227 F.3d 619, 621 (6th Cir. 2000) (映画ブレデターの俳優の「Billy, the Native American Tracker」という役柄に基づいたアクションフィギュア)。

¹⁵³ See *Wendt v. Host Int'l, Inc.*, 125 F.3d 806 (9th Cir. 1997); see also *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992); *Young v. Greneker Studios, Inc.*, 26 N.Y.S.2d 357, 358 (Sup. Ct. 1941) (原告に似せたマネキンは、法でいうところの「肖像又は写真」に該当する旨判断した)。

ものに賛同し、コピー行為と進歩を同等なものとみなしている。このイデオロギーによれば、コピー行為は（その対象が書籍であろうと自動車であろうと）制限すべきではなく、制限することで結局はより多くの又は良質なコピー行為につながる場合、あるいは環境保護上の制約に直面する中で、結局はより少ない又は質の悪いコピー行為を回避することにつながる場合のみ制限すべきであるということになる。コピーのイデオロギーは、徹底的に現代的な方針をとり、啓蒙運動の考え方と共通して、より多くのコピーが存在することが、より多くの表現が存在することと同様に、常に望ましいとする考え方をとる。このような考え方をするのは、知的創作物は公共物としての性質を有し、使い果たされることもなければ消費が競合することもないということを前提にするからである。これに関連して、コピーのイデオロギーは、知的創作物は絶対的有用性しかもたらさないということを前提にしている。我々はしたがって、創作者が創作物を創作するインセンティブを保つために、（被告がそのコピーをもってして原告のコピーに代替することを防ぐべく）保護の対象となる創作物の無許諾のコピー行為を防止するのであり、創作物についての被告又は原告の行動にかかわらず損なわれないままであると考えられる、創作物それ自体の有用性を保つためにコピー行為を防止するのではない¹⁵⁴。Thomas JeffersonがIsaac McPhersonへ宛てた有名な手紙に表れているように¹⁵⁵、コピーのイデオロギーでは、知的創作物を、物質的な具現化の質と量の影響を受けず、社会との接触によっても腐食しない創作物であるとして楽観的な、ほぼ単純な言葉で表現している。

さらにいえば、コピーのイデオロギーは、全く感傷的とはいえないイデオロギーであって、歴史的起源を軽視し、コピー行為とは対極にあるもの

¹⁵⁴ See, e.g., Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031, 1055 (2005).

¹⁵⁵ Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson (Aug. 13, 1813), in 13 THE WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 326, 334 (Andrew A. Lipscomb & Albert Ellery Bergh eds., 1905) (「私からアイデアを得た者は、私の知識を減らさずして自ら知識を得る。それは、私の小蠟燭で自分の小蠟燭を灯した者が、私の周りを暗くすることなく自ら明かりを得るがごとくである。」)。

として定義されるようなもの（例えば、真正で本物の原作品）、あるいはそうでなくともコピー行為を拒絶するもの（例えば、秘密、あるいはより一般的には奥義）に対して懐疑的である。このように感傷的ではないことは、進歩的な知的財産法の歴史の中に最も明確に表れている。「進歩を促進するため¹⁵⁶」に設置された知的財産法は、従来から、革新と断絶、すなわち伝統からの「進歩性のある¹⁵⁷」急激な変化に特権を与えている。起源と関わりのある範囲についていえば、知的財産法では、典型的にはそのような起源が現在あるものなのか、そしてそうであるとしてそれが将来の財産権の基礎となりうるのかを決定することに関心が向けられている。起源が過去、すなわち歴史上に存在したのであれば、そのような財産権は生じない。知的財産法は、歴史が終わるところから始まる。同じく、進歩的な知的財産法では、真正な原作品に対して敬意を払わず、他のものと同様にそれを「コピー」と呼ぶ。米国の著作権法は、他と同じように無形の「著作物」（又はデザイン）とそれが固定されているところの有形の「コピー」（又は具現）とを区別する。「原作品」のことは口にしない。独特な絵画であって、画家が一度しか描かなかつたものでさえ、画家の心に存在したまたは存在していた著作物性のある作品の（ただ一つしかないものではあるが）「コピー」である¹⁵⁸。この著作物の保護期間が過ぎれば、知的財産法は、従来から、他の保護されない知的創作物と同様に当該著作物が自由なコピーの対象とされるべきものとしている。この点では、いかなる著作物も例外ではない。進歩的な知的財産法の擁護者の考え方からすれば、著作物をさらにコピーすることが、その著作物のもつ独自性のオーラを損なうことで当該著作物を害するのではないかという懸念は、聖なる表現をやた

¹⁵⁶ U.S. CONST. art. I, §8, cl. 8.

¹⁵⁷ 35 U.S.C. §103 (2006).

¹⁵⁸ See 17 U.S.C. § 101 (『「コピー」という文言は、レコード盤のほか、作品が最初に固定された物体をも含む』); cf. WALTER BENJAMIN, *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*, in ILLUMINATIONS 217, 224 (Hannah Arendt ed., Harry Zohn trans., Schocken Books 1968) (1955) (「これまでにならぬほどに、芸術作品の複製物は、複製が可能となるように作られることとなる。写真のネガを例にとりて見ると、そこからいくらかでも写真をプリントできる。『真正の』プリントを求める意味はない。」 (citation omitted)).

らとコピーすることで、そのような表現のもつ魔力を失わせてしまうとの土着の信仰のごとくくだらないものなのである。

このイデオロギーを、読者の多くが全く「イデオロギー」ではないものとして考えるであろうが、このイデオロギーが、進歩的で技術的かつ経済的な影響をもたらすものであることははっきりしており、よく知られていることである。このイデオロギーはまた、進歩的で、急進的とさえいえるような文化的かつ社会的な影響をもたらすものであり、このような影響を抑制することこそを、我々は奢侈禁止的な知的財産法に求めているのである。このような影響については、コピー行為について書かれた、不思議と関連する二つの著作物において際立って明らかにされている。それは、Walter Benjamin の著名でありかつ批評の多い¹⁵⁹1936年のエッセイである *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*¹⁶⁰及び Antonin Scalia 判事の最近の知的財産事件である *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.* での特筆すべき意見である¹⁶¹。たしかに、Walter Benjamin (ドイツのマルキストで批判理論家)と Scalia 判事(米国の保守的な法律家)とは、奇妙にも、そして間違いなく非意図的に、理論上の提携関係にある。しかし、両者はともに我々のコピーのイデオロギー、そして文化の急進的な可能性について述べている。

まず、Benjamin のエッセイ *Work of Art* について考えていただきたい。このエッセイでは、Benjamin は芸術の政治化、特に、映画の政治化を、欧州のファシズムによる政治の耽美主義化からの防御手段となるものとして期待した。その過程で、Benjamin は次のような有名な主張を展開している。

機械的複製の時代に衰えていくのは、芸術作品のオーラである。これは芸術の領域の先を指し示す徴候となる過程である。一般的にいうならば、複製技術は伝統的な領域から複製の対象を引き離すということかもしれない。多くの複製を作ることによって、複数のコピーが、ただ一つしかない存在にとつかわる

¹⁵⁹ See, e.g., Antoine Hennion & Bruno Latour, *How To Make Mistakes on So Many Things at Once-and Become Famous for It*, in MAPPING BENJAMIN: THE WORK OF ART IN THE DIGITAL AGE 91 (Hans Ulrich Gumbrecht & Michael Marrinan eds., 2003).

¹⁶⁰ BENJAMIN, *supra* note 158, at 217.

¹⁶¹ 539 U.S. 23 (2003).

のである¹⁶²。

Benjamin の見方によれば、多数の複製を作成することが、さもなければ「ただ一つしかない存在」であることから生じる¹⁶³「(美しい) 対象物」の「真正性」及び「権威」すなわち史実性があるという「オーラ」を破壊するのである。歴史的起源もなければただ一つしかないオリジナルというも存在しない、「伝統的な領域」もなければ、その領域の独自の表現というも存在しないような文化的表現のレジームの重要な条件を、複製技術は築き上げるのである。そのレジームでは、代わりに、複数の、大量のコピーがあるだけであり、最初に所持されたものと同じ状態のものが1000番目、100万番目にもあり、そのすべてが互いに区別のつかないものであって、これに反して「オーラ」を帯びるものは一つもない。Benjamin にとって、機械的複製は、進歩的で自由主義的な技術であったのである。機械的複製による「文化的遺産の伝統的価値の清算¹⁶⁴」によって文化的表現を保守的な「儀式」の制約から解放し、大衆の、すなわち、共産主義の「政治」の革命的ダイナミズムを付与するのである¹⁶⁵。

Scalia 判事の Dastar 事件における意見は、いみじくも政治的映画¹⁶⁶に対

¹⁶² BENJAMIN, *supra* note 158, at 221.

¹⁶³ *See id.* (「モノの真正性は、モノの実質的な存続期間から、そのモノが経験してきた歴史を証明するものに至るまで、当初から伝達できることの中でも最も重要な部分である。」)。

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *See id.* at 224.

¹⁶⁶ *See Dastar*, 539 U.S. at 25-27. *Dastar* 事件の基礎となる事実は次のとおりである。1970年代に、Fox 社は、Dwight D. Eisenhower 大統領の同名の著書に基づいたテレビ番組のドキュメンタリーシリーズである *Crusade in Europe* の著作権を更新するのを怠り、その結果そのテレビ番組シリーズはパブリックドメインに帰属するものとなった。*Id.* at 26. 1995年に、Dastar 社は、*World War II Campaigns in Europe* と題したビデオシリーズを販売し始めたが、それは Fox 社がかつて制作したシリーズに極めて近似した翻案であって、実質的には抜粋というべきものであったにもかかわらず、Fox 社のクレジットを入れなかった。*Id.* at 26-27. 最高裁が審理した訴訟原因において、Fox 社は Dastar 社が「リバース・パッシング・オフ」、すなわち Dastar 社が実

する知的財産権についての意見であり、Benjamin が賛美した「伝統的な領域」からの大きな変化を大いに支持するものであるが、その理由は、Benjamin があげたものとは全体的に異なる。最も意義深いのは、Scalia 判事の意見が、そのような大きな変化が既に起こったものと考えている点である。Dastar 事件においては、Scalia 判事は、被告である Dastar 社がパブリックドメインにある Fox 社の作品の改訂版を自己の著作物として制作し販売した際、リバース・パッシング・オフは行っていないのだと判断した。そのように認定する際、Scalia 判事は、経験則上、消費者は、自らが消費する有形物たるコピーに具現化された無形の創作物の出所についてあまり関心をもたないのだと主張した。

ブランド製品を購入する消費者は、ブランド名となっている会社が当該製品を発想した者であるということや、当該製品をデザインした者であるということや、当然に推測するわけではないし、一般的には、そうであるか否かについても関心がないのである。ランダム法の文言を、購買者に通常影響を及ぼさない事項についても規制の対象としてしまうようには拡張解釈すべきでない¹⁶⁷。

Scalia 判事は、小説や Dastar 事件のビデオシリーズのような「コミュニケーションのための製品」においては、消費者が、「当初は、誰が「物質的商品を通じて伝達されるコンテンツの制作者」なのかについて関心をもつだろうということは認めている¹⁶⁸。しかし、Scalia 判事は、「コミュニケーションのための製品に特別の保護を与えること¹⁶⁹」は、根本的で優先的な原則としての、「いったん著作権保護期間が満了すれば複製権及び著作権者を特定せずに複製する権利¹⁷⁰」は間違いなく「公衆に帰属する¹⁷¹」、とい

際には Fox 社が制作した製品について、自己が制作したものとして販売していたとの主張を行った。*Id.* at 27 (internal quotation marks omitted).

¹⁶⁷ *Id.* at 32-33.

¹⁶⁸ *Id.* at 33.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.* (Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225, 230 (1964) を引用) (internal quotation marks omitted).

うことと矛盾抵触すると結論づけた。さらに、「ランハム法43(a)条の『出所 (origin)』という文言に基づき、著作権で保護されないものについて著作者を特定することを要求すれば、重大な実務上の問題を引き起こすことになる」と述べ、それは「出所 (origin)」という文言を無形のデザインやコミュニケーションのためのコンテンツに言及するものとして解釈すると、『出所 (origin)』という文言は認識可能な限界がない¹⁷² からであると。Scalia 判事は、Carmen Jones の映画を例に出し、Fox社が提案する「出所 (origin)」の解釈によるならば、同映画のビデオ版では、出所 (origin) として MGM だけでなく、ほかならぬ Hammerstein、Bizet 及び Mérimée も表記する必要があることを指摘した¹⁷³。Scalia 判事は、「ランハム法がナイル川の源泉及びその支流のすべてを調査するようなことを求めているとは思われない¹⁷⁴」と結論づけた。

Dastar 事件は、厳格な、感情に動かされない万能プリンターの世界の感性、すなわちポスト産業化時代のために最新化された「商品フェティシズム¹⁷⁵」の感性を予期するものである。Dastar 事件は、作品及びそのコピーの有用性は本来備わっている絶対的なものであると暗示している。その有用性は、その制作を取り巻く状況、ましてやその消費を取り巻く状況に左右されないのである。コピー行為の必要性は、歴史や真正性に関するいかなる懸念にも優先するのである。いかなるときも、真正かどうかは究極的にはわからないものである。歴史には「認識可能な限界がない¹⁷⁶」のである。「ナイル川の源泉」がどこなのかということは、消費者はおろか、法に関心のあるところでもない。川が流れてさえいればよいのである。

¹⁷² Id. at 35. Fox 社は、Dastar 社が、ビデオシリーズの本当の「出所」が Fox 社であることを正しく表示しなかったことにより、ランハム法43(a)(1)条の規定に違反したと主張した。See id. at 31.

¹⁷³ Id.

¹⁷⁴ Id. at 35-36.

¹⁷⁵ ÉTIENNE BALIBAR, THE PHILOSOPHY OF MARX 56 (Chris Turner trans., Verso Books 1995) (1993).

¹⁷⁶ Cf. MAX HORKHEIMER & THEODOR W. ADORNO, DIALEKTIK DER AUFKLÄRUNG 244 (1988) (「具現化のすべては忘却である。」(Alle Verdinglichung ist ein Vergessenを翻訳したもの))。

Benjamin のエッセイ Work of Art と Scalia 判事の Dastar 事件における意見は、コピーのイデオロギーの結末を前もって示したということがわかる。コピー及び頒布の必要性は、重大な技術的経済的進歩をもたらすとともに、継続的に「オーラ」、すなわち独自性のオーラと真正性のオーラの双方を取り扱うのである。このように取り扱うことで、独自性のある物、あるいは真正な物の消費に基づかないで識別がなされる社会構造の発展へと導くのである。なぜなら、独自性及び真正性は、もはや維持できるものではないからである。コピーのイデオロギーの理想的な最終段階は、欠乏のない文化であり、そこでは「複数のコピー」を、それを欲するすべての者が所持し、これによってコピーを所持することが絶対的有用性を付与するが相対的有用性を付与しないものとなり、言葉を換えれば、コピーを所持することが、その文言が暗示するとおり、識別性の基礎を形成しえなくなるのである。

我々は、知的財産法の進歩的側面から見れば技術的経済的進歩をもたらす有益な出来事としてとらえられるような社会的文化的平等化を、同法が減殺するよう求めているのである。奢侈禁止的知的財産法を通じ、我々は、コピーを再度魅力的なものとし、どうにか独自性があるか真正なものとするための本質的な手段を求めているのである。この意味では、進歩的知的財産法の方向性は、本質的に現代的なものに対し、奢侈禁止的知的財産法は、本質的に非現代的である。希釈化防止という保護の形態を通じて、奢侈禁止的知的財産法は、特定のコピーは、単なるコピーにすぎないが、独自性のオーラをまとっているという、消費者の知覚を維持しようとするのである。真正を担保する保護形態により、奢侈禁止的知的財産法はさらに突き進んだところに行く。奢侈禁止的知的財産法は、特定のコピーに、それがコピーではなくむしろオリジナルであるということを前提に、真正性のオーラをまとわせる方法を提供するのである。まずは、希釈化からの保護について考察することとする。

B. 希釈化防止法としての知的財産法

衣料品その他の明白な消費の形態についての新たな流行を禁止しようとした立法機関は、ベネチアの上院だけではなかった。実際には、過去の

奢侈禁止体制のほとんどにおいて、そのようなことを目指していた。例えば、1575年の英国の布告では、「衣料品の新たな形態を考案すること¹⁷⁷」を万人に禁じ、一方その1世紀後にチャールズ2世が「衣類の流行を決める決議であって、2度と変更する予定がないもの¹⁷⁸」を宣言した。この間、スコットランド議会も基本的には同様なことをした¹⁷⁹。しかし、新たな流行を禁じることに意味があるのは、仮に何らかの意味があったとしても、既存の流行の下で識別化が成功している間だけであった。したがって、奢侈禁止法は、概括的にいえば二つの禁止事項から成り立っており、その一つは新たな流行の禁止であり、もう一つは既存の流行を無許諾で使用するの禁止である。この禁止事項の2番目のタイプの現代版について、私は、「希釈化」という題名の下で考察することとする。

希釈化は、知的財産法全体の中でも最も理解しにくい概念であり、また最も重要なものの一つであるが、この概念に正当な評価を与える者はほとんどいない。この概念が理解しにくいのは、それが本質的に経済的あるいは政治的概念というより、記号論的概念であるからであり、比較的理解が容易なアイデンティティの確立とはあまり関わっておらず、むしろ理解が容易とはいえない識別性の確立と関わるものだからである。この概念が重要なのは、ますます多くの知的財産法が希釈化防止法としての性質を備えるようになってきているからである。激しさを増すブランド文化の中にあって、商標法が、学説上の着想の基本的な発生源として頭角を現しつつあるということは、驚くべきことではないはずである。本節で後述するとおり、私はまず希釈化という現象を定義することを試み、その次に知的財産法の様々な領域が希釈化防止法としての役割を果たすようにどのよう

¹⁷⁷ HUNT, *supra* note 2, at 120 (quoting HUMPHREY DYSON, A BOOKE CONTAYNING ALL SUCH PROCLAMATIONS AS WERE PUBLISHED DURING THE REIGN OF THE LATE QUEEN ELIZABETH No. 168 (1618)) (internal quotation marks omitted).

¹⁷⁸ SAMUEL PEPYS, THE DIARY OF SAMUEL PEPYS 427 (Macmillan & Co. 1905) (1825)(footnote omitted).

¹⁷⁹ 1621 Scot. Parl. Acts 25 § 13, available at <http://www.rps.ac.uk/mss/1621/6/37> (「現在使用されている衣類の流行が男性又は女性により変更されないようにと法律で規定されている…」).

に適合させられていったのかを見極めることとする。

1. 希釈化の法的・文化的概念—米国の商標専門の弁護士兼研究者である Frank Schechter は、商標の希釈化現象を、本誌に掲載され大いなる反響を呼んだ「商標保護の合理的根拠¹⁸⁰」と題する1927年の論文で指摘し、その論文は未だに裁判所や評論家によって米国でも他国でも頻繁に引用されている¹⁸¹。ここで Schechter は、当時かなり正確に、米国商標法が出所に関する消費者の混同を防止するものでしかないとの意見を述べた¹⁸²。これは、著名な商標の権利者にとって重大な問題を提示した。彼らは、消費者に商品の真の出所についての混同が生じない限り、そのような著名な商標を、他者があらゆる商品及び役務に結びつけること（例えば「Tylenol スノーボード、Netscape ポルノショップ、そして Harry Potter ドライクリーニング」¹⁸³）を阻止することのできる法的手段をもたなかったのである。Schechter は、著名な商標がそのように利用され、監視されないまとなれば、市場における当該商標の識別性が「徐々に削り取られていくか分散していく」結果となる¹⁸⁴と主張した。すなわち、「もし『Kodak』が風呂釜やケーキにも使用され、『Mazda』がカメラや靴に使用され、又は『Ritz Carlton』がコーヒーに使われたら、これらの商標が、そのアイデアの独創性や創意にもかかわらず、その言語のありふれた文言の中に紛れ込んでし

¹⁸⁰ Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 HARV. L. REV. 813, 821-24 (1927).

¹⁸¹ See, e.g., *Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418, 429 (2003) (citing Schechter, *supra* note 180); *Case C-252/07, Intel Corp. v. CPM U.K. Ltd.* (June 26, 2008), http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6 (「事件番号」の項目で「C-252/07」と入力し、「Search」を選択), at ¶10 (Sharpston 法務官の意見) (Schechter の希釈化理論に言及している); *Case C-408/01, Adidas-Salomon AG v. Fitnessworld Trading Ltd.*, 2003 E.C.R. I-12537, I-12548 (Jacobs 法務官の意見) (same); see also TONY MARTINO, TRADEMARK DILUTION 16 (1996) (Schechter の論文を「1千もの訴訟を引き起こした論文」と表現した).

¹⁸² Schechter, *supra* note 180, at 821-22.

¹⁸³ *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 903 (9th Cir. 2002).

¹⁸⁴ Schechter, *supra* note 180, at 825.

まう」と主張したのである¹⁸⁵。Schechter は、ドイツの不正競争防止の判例法をもとに、希釈化からの保護の発展を唱え、保護の対象となる商標をコピーすることは、それが消費者に出所についての混同を生じさせるか否かにかかわらず禁じられるべきであるとした¹⁸⁶。このように提唱するにあたり、Schechter は、商標のもつ言外の意味や商標から高級品その他のものが連想されることについては触れなかった。Schechter が具体例としてあげた希釈化された商標の多くは、とても高級ブランドとはいえないようなものであった（例えば、口内洗浄剤のブランドである「Odol」¹⁸⁷）。むしろ彼は、希釈化からの保護というのは、「商標の独自性や個性性¹⁸⁸」、その「非凡¹⁸⁹」、「注意を引く独自性¹⁹⁰」を維持することを目指してなされるべきであり、どれだけ「当該商標が他の商標に比べて実際に独自性があり異なる¹⁹¹」かに応じてなされるべきであると繰り返し強調した。Schechter は、商標の形式的識別性の保持にのみ関心があった。なぜなら、Schechter は、他者も当時気がついていたように¹⁹²、「非差別化¹⁹³」の特徴を有する大量化された文化では、識別性そのものが価値、あるいは彼の言葉でいえば「販売力¹⁹⁴」を構成することを認識していたからである。

商標のための、そして暗に消費者のための、要約すれば「独自性の必要

¹⁸⁵ *Id.* at 830 (footnote omitted).

¹⁸⁶ *See id.* at 831-32.

¹⁸⁷ *Id.* at 830.

¹⁸⁸ *Id.* at 822.

¹⁸⁹ *Id.* at 831.

¹⁹⁰ *Id.* at 830.

¹⁹¹ *Id.* at 831.

¹⁹² *See, e.g.,* WARREN I. SUSMAN, *CULTURE AS HISTORY: THE TRANSFORMATION OF AMERICAN SOCIETY IN THE TWENTIETH CENTURY* 271-85 (1973); T.J. Jackson Lears, *From Salvation to Self-Realization: Advertising and the Therapeutic Roots of the Consumer Culture, 1880-1930*, in *THE CULTURE OF CONSUMPTION: CRITICAL ESSAYS IN AMERICAN HISTORY, 1880-1980*, at 1 (Richard Wightman Fox & T.J. Jackson Lears eds., 1983).

¹⁹³ *See* STEPHEN CROOK, JAN PAKULSKI & MALCOLM WATERS, *POSTMODERNIZATION: CHANGE IN ADVANCED SOCIETY* 47-48 (1992); *see also* JONGRYUL CHOI, *POSTMODERN AMERICAN SOCIOLOGY: A RESPONSE TO THE AESTHETIC CHALLENGE* 5-7 (2004).

¹⁹⁴ Schechter, *supra* note 180, at 819.

性¹⁹⁵」の理論というべきものを形成するにあたっての、Schechter の洞察の中で欠くことができないものは、特定の形態のコピー行為によって、知的創作物そのものが損なわれ、単にそれを創作しようという創作者のインセンティブが損なわれるだけではないということを認識することであった。上述のとおり、知的財産法は伝統的に知的創作物が互いに競合せず、使い果たされるものではないとの前提に立っている。したがって、創作者が知的創作物を創作するインセンティブを高めるために無許諾のコピー行為を防止するのであって、当該創作物自体の有用性を保護するためにそうするのではない。Schechter はこのような伝統的な理論の枠組みが、商標に関してはあてはまらなないと考えた。あてはまらないのは、被告が無許諾で商標を使用することで、問題の商標が原告を確実に特定する能力を損なわせるからという単純な理由によるものではなく、被告が無許諾で商標を使用することで、原告のみが使用し、他の誰も使用しないという商標の独自性を希釈化するからである。この意味で、Schechter は、商標の有用性は実際には限りのあるものであり、商標の使用は実際には他者と競合してしまふものであるということに気がついたのである。このことを基礎として、Schechter は、「(商標の) 保護の本当の合理的根拠」は、代替性のあるコピー行為の防止¹⁹⁶というより、むしろ希釈化を招く商標のコピー行為の防止であり、その理由は、前者が消費者を混同させるにすぎないのに対し、後者は商標の「販売力¹⁹⁷」を破壊するからであるというかなり驚くべき結論に達したのである。これが、Schechter の商標への傾倒の結果であった。

商標が他の知的財産の形態と比べて奇妙な特徴を有することからすれば、商標専門弁護士が、知的財産の希釈化を招くようなコピー行為の重要性に注目した最初のものであったであろうことは納得のいくことである。また、商標専門弁護士がそのように注目したのが西欧の産業経済において消費者向け製品の大量生産及び大規模広告が実際に広がっている

¹⁹⁵ Snyder, *supra* note 35, at 11.

¹⁹⁶ Schechter, *supra* note 180, at 831 (「商標の独自性の維持だけが、商標保護の合理的根拠となるというべきという我々の結論」に言及している)。

¹⁹⁷ *See id.* at 830.

1920年代であったであろうこともうなずける¹⁹⁸。しかし、Schechter は希釈化の中でも商標の希釈化についてのみ語っており、重要ではあるけれども、おそらくより一般的な文化的状況となったものの初期の徴候の一つを指摘したにすぎない。その文化的状況については、以来、知的財産法の他の領域において対処するよう要請されてきた。さらに大雑把に理解するならば、希釈化は、平等化のプロセスを示すものであり、それは浸透作用の一種に近いものである。我々の消費に基づく区別の制度は、平等化のプロセスにより、商品化可能な差異の形態を継続的に探し出し、複製し、そして普及させるものであり、現代ではまさに消費に基づく区別の可能性そのものを脅かすような速度及び地理的範囲でもって商品化可能な差異の形態を平凡なものへと変えてしまうのである。希釈化は、言葉を換えれば、コピー行為のイデオロギーの社会的文化的影響を示すのである。しかし、Benjamin が「清算」を解放的にとらえたのに対し、Schechter は、希釈化を規制しないことが、潜在的に破滅を招くものとしてとらえたのであり、そのようなとらえ方は現在の知的財産法の大部分と同様である。なぜならば、希釈化を招くコピー行為が、単に商標だけでなく、著作物（例えば、小説、建築物、楽曲、映画など、その希釈化を招くようなコピー行為が、これらの持つ独自性のみならずそれを消費者に与える能力さえも損なうかもしれないもの¹⁹⁹）及び特許の対象となったもの（例えば、バイオテクノロジー、ソフトウェア、意匠など、その希釈化を招くようなコピー行為が、その権利者が「持続的な差別化」を主張する可能性までは害さないにしてもそれ自体の識別性を害するかもしれないもの²⁰⁰）にも害を与える可能性があるからである。しかし、Schechter は希釈化を招くコピー行為の

¹⁹⁸ See generally JACKSON LEARS, *FABLES OF ABUNDANCE: A CULTURAL HISTORY OF ADVERTISING IN AMERICA* 218-34 (1994).

¹⁹⁹ See, e.g., *Ice Music Ltd. v. Schuler*, No. 95 CIV. 4669 (KMW), 1995 WL 498781, at *3 (S.D.N.Y. Aug. 21, 1995) (被告の行為が「Ice Music 社の著作権の価値の希釈化」を招くとの原告の主張について論じている (internal quotation marks omitted)).

²⁰⁰ テクノロジー会社にとっての「持続的な差別化」の重要性に関する議論については、see Ronald J. Mann, *Do Patents Facilitate Financing in the Software Industry?*, 83 TEX. L. REV. 961, 974-97 (2005).

問題一般については語ったことがなく、ましてやその文化的影響についても語ったことがないので、商標法以外の知的財産法の分野において、彼の希釈化の概念を完全に消化吸収したことはない。むしろ、商標法以外の知的財産法の分野でその概念を再度創り出す過程にあるのである。

2. 希釈化防止法としての商標法—皮肉なことに、希釈化防止法としての機能を果たすことを我々が期待する知的財産法の一分野、すなわち商標法の中でまさに我々が「希釈化防止法」と呼ぶ部分が、そのとおりの機能を果たさないのである。そのため、他の間接的な形態での希釈化からの保護を、商標法及びその他の分野で発展させる必要性が生じたのである²⁰¹。このような形態について論じる前に、私は、まず希釈化防止法としての商標法がその名のとおりの働きができなかったことについて考察したい。

近年の実証的研究により確認されたところによれば²⁰²、Schechter の時代から希釈化防止法としての商標法は、米国において、外国におけると同様に²⁰³死文化していたものであったことがわかっている。このように死文

²⁰¹ Cf. Dev Gangjee, *The Polymorphism of Trademark Dilution in India*, 17 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 611, 612 (2008) (「希釈化が（インドにおける）パッシング・オフを背景としてはびこる状況の中、それが紆余曲折を経て法令により侵害行為の一形態と定められるようになったものと思われる。」)。

²⁰² See Barton Beebe, *The Continuing Debacle of U.S. Antidilution Law: Evidence from the First Year of Trademark Dilution Revision Act Case Law*, 24 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 449 (2008); see also Clarisa Long, *Dilution*, 106 COLUM. L. REV. 1029 (2006) (1995年から2006年にかけて、希釈化に基づく請求が認容された数に目立った減少があることを発見している)。

²⁰³ See, e.g., William Michael Darling, *Depreciation in Canadian Trade-Mark Law: A Remedy in Search of a Wrong*, 21 INTELL. PROP. J. 49, 72 (2007) (カナダにおいて、グッドウィルの価値の下落を理由とする法定の訴訟原因に対する司法界の関心がないことを指摘); Gangjee, *supra* note 201, at 611 (2003年に効力を生じてから、インドの希釈化防止の法律条項については、「手をつける者がおらず、その多くは半世紀の間放っておかれている」ことを指摘している); Kenneth L. Port, *Trademark Dilution in Japan*, 4 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 228, 231 (2006) (「日本の裁判官は、希釈化という概念に本質的に信頼を寄せてないように思われる。日本の裁判官は、法律を文言通り適用することに消極的なようであり、その代わり、商標権の拡張を制限する

化した主な理由としては、この分野の商標理論に対して、我々の理解が経済専門家的な転換を迎えたことがあげられる。多くの国では、米国も含め、商標を希釈化から保護する法律を何らかの形で成文化しており²⁰⁴、欧州連合も同様である²⁰⁵。しかし、希釈化防止という訴訟原因自体は、世界中の裁判所において、継続的に抵抗を受け、ほとんど無効に近いものとなっている²⁰⁶。これには単純な理由がある。我々は、未だに Schechter の1926年

ことを意図して他の方法を追求しているようである。』。

²⁰⁴ See, e.g., 15 U.S.C. § 1125(c) (2006); The Trade Marks Act, 1999, No. 47 § 29(4)(c), Current Indian Statutes [C.I.S.], 2000 (India); Trade Marks Act 2002, 2002 Statutes of New Zealand [S.N.Z.] No. 49 § 89(1)(d) (N.Z.); Trade Marks Act 194 of 1993 § 34(1)(c) (S. Afr.); Trademark Act, Act No. 4210 art. 7 § 1(12) (1990) (S. Kor.); Trademark Act art. §12, available at <http://www.tipo.gov.tw/en> (「Laws & Regulations」のハイパーリンクをたどり、次に「Trademark」のハイパーリンクをたどり、その次に「Trademark Act of 2003」の後の「English」のハイパーリンクをたどる) (Taiwan); Decree-Law No. 556 Pertaining to the Protection of Trademarks, as amended by Law No. 4128 of June 27, 1995, art. 9(c) (Turkey). 中国にはまだ法律上、希釈化防止の明文規定が存在しない。See Luckie Hong, *China's Dilution of the Dilution Doctrine*, WORLD TRADEMARK REV., April/May 2009, at 24, 25; Jing “Brad” Luo & Shubha Ghosh, *Protection and Enforcement of Well-Known Mark Rights in China: History, Theory and Future*, 7 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 119, 155 (2009).

²⁰⁵ Parliament and Council Directive 2008/95, arts. 4(4)(a), 5(2), 2008 O.J. (L 299) 28, 29 (EC) [hereinafter *Trade Marks Directive*].

²⁰⁶ See, e.g., *Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418 (2003) (希釈化防止を主張する原告に対し、希釈化のおそれがあることよりもむしろ希釈化したとの事実の証明を求めている); Case C-252/07, *Intel Corp. v. CPM U.K. Ltd.* (Nov. 27, 2008), http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6 (「Case no」の項目で「C-252/07」と入力し、「Search」を選択), at ¶ 77 (裁判所の判断) (希釈化防止を主張する原告に対し、被告の商標が平均的消費者の経済的活動に変化を与えたこと又は変化を与える可能性があることの証拠を提出することを要求している); *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 Supreme Court Reports [S.C.R.] 824 (Can.) (グッドウィルの価値の下落はないと判断している); *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*, [2008] 2 Federal Courts Reports [F.C.] 132 (Can.) (同前); *Raymond Ltd. v. Raymond Pharms. Private Ltd.*, (2007) Patents and Trade Marks Cases [P.T.C.] 35 (Bom.) 334 (High Ct. of Bombay, India) (希釈化はないと判断している)。

の論文を律義に引用するが、商標法の判例や解説書では、希釈化という概念が、主として流行のプロセスの理論に基づくものから「検索コスト」の理論に基づくものへと変質したのである。我々は効率化の枠組みに希釈化の概念をあてはめるために、希釈化をいわゆる「ぼやかし²⁰⁷」、すなわち、被告が原告の商標と類似の又は全く同一の商標を使用することによって、原告の商標と原告自身との直接の結びつきを「ぼやかす」という観点から、語ることとなったのである。これは、裏返せば、消費者に対し、当該商標を原告と結びつける前に「一瞬考える²⁰⁸」ことを要求するものと考えられ、これによって消費者の「想像コスト²⁰⁹」を増加させ、効率を下げることになる。したがって、もともとは、ブランド商品同士及びそれを消費する者同士の差別化を促進するために設計された法律が、ブランドとその商品を結びつけることを促進する法律として理解されるものへと変えられたのである²¹⁰。これにより商標の理論家が、商標は絶対的有用性しか与えず、商標はそれが付された商品の出所を示す以上のことはしないというフィクション、すなわち、Schechter が必死に排除しようとしたフィクションを維持することが可能となるのである。しかし、結果としては、識別性や独自性を、何らかの社会的価値あるものとして保護しようとするであろう裁判官(まもなく彼らが確実にそうしようと考えているということがわか

²⁰⁷ See, e.g., *Moseley*, 537 U.S. at 425 (internal quotation marks omitted).

²⁰⁸ Richard A. Posner, *When Is Parody Fair Use?*, 21 J. LEGAL STUD. 67, 75 (1992); see also *Ty Inc. v. Perryman*, 306 F.3d 509, 511 (7th Cir. 2002) (Posner, J.) (検索コストの原理について論じている)。

²⁰⁹ LANDES & POSNER, *supra* note 71, at 207 (internal quotation marks omitted). ぼやかしによる希釈化に関するより説得力のある説明であるものの、未だに裁判所に採用されていないものとして、see Laura R. Bradford, *Emotion, Dilution, and the Trademark Consumer*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 1227 (2008).

²¹⁰ See, e.g., *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 340 F. Supp. 2d 415, 450-51 (S.D.N.Y. 2004) (被告の行為が原告の商標の「識別性、排他性、価値及び望ましさ」(id. at 450)を減少するかどうかを問う希釈化のアンケートを「ほとんど重視しなかった」(id. at 451)。その理由として、特に、「商標の望ましさは、商標が、Louis Vuitton のハンドバッグを特定し他と区別する能力と関連しない」ことをあげている。id. at 450-51)。

る)が、「内部的な検索コスト²¹¹」がわずかに増加するだけであれば禁ずべき害悪がないとの考えから、むしろ商標の希釈化防止の訴訟原因に対しては冷淡なのである。皮肉なことに、希釈化防止の訴訟原因という強力な防御及びそれによって与えられる付加的な財産権を提供しようと検索コストの原理を追求した理論家自身が、かえってその原理を葬ってしまったということになる²¹²。

希釈化防止の訴訟原因自体は失敗であるにせよ、裁判所は商標法の他の部分をうまく利用して希釈化防止法がもともと担うものとして期待されていた調整機能を果たせるようにした。この過程の中で、裁判所は、希釈化からの保護の基礎となる社会理論をなおさら明確にした。このことは、裁判所が基本である混同防止の訴訟原因(被告の商品の真の出所に関する消費者の混同を防止することを目指すもの)を、代替性を生じさせるコピー行為よりもむしろ希釈化を生じさせるようなコピー行為を防止するものへと、様々な方法で拡張していることから最もよく見て取ることができる。カナダのある予審法廷において率直に断言されたように、そのような事件では、「本当の問題は売上げの減少ではなく」希釈化を招く行為から

²¹¹ Rebecca Tushnet, *Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science*, 86 TEX. L. REV. 507, 509 (2008). Tushnetはこの概念を強く批判している。See *id.* at 527-46.

²¹² 印象的なのは、被告がOscarの小像の模倣品を賞品用に販売するために製造したことが問題となった *Academy of Motion Picture Arts & Sciences v. Creative House Promotions, Inc.*, 944 F.2d 1446 (9th Cir. 1991)において、連邦第9巡回区控訴裁判所が、希釈化の法理を使い、明らかに奢侈禁止的な目的を達成したが、その際に「ぼやかし」に言及することを避けていることである。代わりに、地方裁判所の希釈化がないとする判断を翻すにあたり、連邦第9巡回区控訴裁判所はSchechterの「徐々に削り取る」という概念(*id.* at 1457 (internal quotation marks omitted))を引用し、識別性の希釈化について次のとおり一般論を展開した: Star Awardは、企業、テレビ局、映画団体、その他その購入を希望する一般公衆の誰にでも利用可能なものである。Star Awardが安っぽく見えたり見かけ倒しに見えたり、最終的な受賞者を考慮することなくばらまかれたりすれば、Academyから購入することが不可能な、秀逸さのシンボルとして皆が欲しがらるOscar賞の特質が、脅かされるのである。*Id.*

「発生する名声の低下²¹³」なのである。

例えば、販売後の混同の理論(ポストセールズドクトリン)について考えていただきたい。この理論は、たとえ消費者が、販売時において、自ら購入する商品の真の出所について混同していなかったとしても、他の消費者が、販売の後に、当該商品の出所について混同する可能性があるとする。最近の中国の判例法から具体例を示すと、Shanghai No. 1 Yaohan Department StoreでGucciの靴の模倣品を購入した者は、その靴の真の出所をもちろん混同していない。なぜなら、具体的にはその靴のインソールにはっきりと「Senda」(中国の著名な靴の製造業者)の商標が付されており、デパート内の「Senda」の棚で比較的安い値段で売られているからである。しかしながら、中国の裁判所は次のとおり説明した:

消費者が問題の靴を履いている間、通行人は足の下に隠れた「Senda-woman」のラベルを見ることができないものの、(Gucciの)二つのGの重なり合ったパターンが上部の布にあるのをはっきりと認識することができ、これによって第三者をして購入者が購入した製品の実際のブランドについて間違った認識をもつに至らしめることとなる。このような状況は、二つのGの重なり合ったパターンの商標の価値を間違いなく減少させ、推奨的となる性質に悪影響を及ぼすこととなる²¹⁴。

中国の裁判所のように、米国の裁判所²¹⁵及び世界中の裁判所²¹⁶が、このよ

²¹³ *Hermès Canada Inc. v. Park*, No. S046494, [2004] B.C.S.C. 1694 ¶ 44 (Dec. 17, 2004) (Can.), available at <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/sc/04/16/2004bcsc1694.htm>.

²¹⁴ *Guccio Gucci S.P.A. v. Jiangsu Senda Group Co.*, (2007) Case 78 of Pu Min San (Zhi) Chu Zi, at *6 (People's Ct. of Shanghai Pudong New Dist., Apr. 7, 2008) (ChinaLawInfo), translated by Zhujun Zhang (on file with the Harvard Law School Library); see also Gene M. Grossman & Carl Shapiro, *Foreign Counterfeiting of Status Goods*, 103 Q.J. ECON. 79, 82 (1988) (「商品が消費されるのを見て、十分に(しかし誤解の下に)感銘を受けている」傍観者について論じている)。

²¹⁵ See Mark McKenna & Mark A. Lemley, *Irrelevant Confusion* (Stanford Pub. L. Working Paper No. 1407793), available at <http://ssrn.com/abstract=1407793>.

²¹⁶ See Peter O'Byrne & Ben Allgrove, *Post-Sale Confusion*, 2 J. INTELL. PROP. L. & PRAC. 315, 316-20 (2007); Peter McAleese, *Italy: No More Confusion About Post-Sale Confusion*,

うな形態での混同は、たとえそれが Gucci の靴を絶対に買わない者の心の中で生じたものであったとしても、当該ブランドの排他性に関する評判が毀損されるのであればそれだけで訴訟原因となりうるとの判断を、ますます下すようになっていく²¹⁷。伝統的な商標理論とは反対に、裁判所はここでは「混同の可能性のテストでは、潜在的購入者のみならず一般公衆²¹⁸」あるいは他でもない「観察者たる公衆²¹⁹をも考慮する」と主張する。

裁判所のそのような事案における理由づけはかなり意味深いものである。裁判所は、希少性及び識別性は、その社会的役割に照らし、促進され保持されるべきであるという理由のもと、コピー行為の禁止を正当化する。例えば *Lois Sportswear, U.S.A., Inc. v. Levi Strauss & Co.*²²⁰では、連邦第2巡回区控訴裁判所では、確認訴訟の原告が Levi's の後ろポケットの弓型刺しゅうパターンをコピーすることを禁じた。その理由は、購入者が最終的に、当該パターンがもはや排他的なものではないと認識することで、Levi's の売上げが減少するというものであった²²¹。*Gucci America, Inc. v. Dart, Inc.*²²²

INTA BULL., Dec. 15, 2008, at 9.

²¹⁷ See, e.g., 4 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23:7, at 23-39 (4th ed. 2009) (「そのような場合における先使用者の損害は、消費者が模倣者の安い模倣品を購入することで、先使用者の製品の名声という価値を取得するという点にある。たとえ聡明な購入者が、自らが取得するのは模倣品であると知っていたとしても、観察者は混同するだろう。」), cited in *I.P. Lund Trading ApS v. Kohler Co.*, 163 F.3d 27, 44 (1st Cir. 1998); *Adidas Am., Inc. v. Payless Shoesource, Inc.*, 529 F. Supp. 2d 1215, 1240 (D. Or. 2007); *Beacon Mut. Ins. Co. v. OneBeacon Ins. Group*, 290 F. Supp. 2d 241, 246 (D.R.I. 2003); *Sara Lee Corp. v. Am. Leather Prods., Inc.*, No. 97 C 4158, 1998 WL 433764, at *17 (N.D. Ill. July 29, 1998). 欧州のポストセーレスドクトリンの議論については、see McAleese, *supra* note 216, イタリアでの販売後の混同の理論について論じている; O'Byrne & Allgrove, *supra* note 216; and Noam Shemtov, "Trade Mark Use" in Europe: Revisiting Arsenal in the Light of Opel and Picasso, 2 J. INTELL. PROP. L. & PRAC. 557 (2007).

²¹⁸ *Landscape Forms, Inc. v. Columbia Cascade Co.*, 113 F.3d 373, 382 (2d Cir. 1997).

²¹⁹ *Hermès Int'l v. Lederer de Paris Fifth Ave., Inc.*, 219 F.3d 104, 109 (2d Cir. 2000).

²²⁰ 799 F.2d 867 (2d Cir. 1986).

²²¹ *Id.* at 875-76 (emphasis omitted); see also *Frank Brunckhorst Co. v. G. Heileman Brewing Co.*, 875 F. Supp. 966, 985 (E.D.N.Y. 1994) (citing *Lois Sportswear*, 799 F.2d at

では、被告たる販売者が Gucci の時計の模倣品を販売することを禁じられたが、裁判所は、同じく、消費者が「Gucci の製品がありきたりのものとなりすぎて、当該製品に伴っていた名声と地位がもはや付随しないという理由で、本物を買う意欲をそがれることにより」、製造者の売上げに悪影響を及ぼす可能性があることを指摘した²²³。さらに印象的なのは、*Ferrari S.P.A. Esercizio v. Roberts*²²⁴において、連邦第6巡回区控訴裁判所が、希少性であると考えられているすべての自動車の、希少性に対する評判を保持する必要性について一般的に述べたことである。裁判所は、「Ferrari は排他的イメージを創り出すために自己の商品の製造を意図的に制限しており²²⁵」かつ「高品質で希少な、独特のデザインの自動車を製造することで、相応の高い評判を得た」と指摘した²²⁶。裁判所は、より一般的に、「この国が、希少で独特でユニークなビンテージものの自動車の何千とまではいかないにしても何百ものレプリカで占められていたら、それらはもはやユニークではない」と述べた²²⁷。(反対意見は、事件の当時、原告が主張可能な希釈化防止の訴訟原因はなかったということ及び多数意見が不適切にかつ「明確にそのような訴訟原因が連邦法に規定されているものとして解釈した」という点を指摘した²²⁸。)

876); cf. *Levi Strauss & Co. v. Kimbyr Invs. Ltd.*, [1994] Fleet Street Reports [FSR] 335, 378-83 (H.C.) (N.Z.) (販売後の混同の概念を適用して、被告が原告製造のジーンズの後ろポケットその他の衣類に付されたタブについての権利を侵害したと認定した)。

²²² 715 F. Supp. 566 (S.D.N.Y. 1989).

²²³ *Id.* at 567; see also *Cartier, Inc. v. Deziner Wholesale, L.L.C.*, No. 98 Civ. 4947 (RLC), 2000 WL 347171, at *6 (S.D.N.Y. Apr. 3, 2000) (「聡明な、ブランド意識の高い消費者が、市場において Cartier の名を付した、より劣った製品の数が増加するのを見て Cartier の名に興味を失う可能性がある。」)。

²²⁴ 944 F.2d 1235 (6th Cir. 1991).

²²⁵ *Id.* at 1237.

²²⁶ *Id.* at 1245 (quoting *Ferrari S.P.A. v. McBurnie Coachcraft Inc.*, 11 U.S.P.Q.2d (BNA) 1843, 1848 (S.D. Cal. 1989)).

²²⁷ *Id.* (quoting *McBurnie*, 11 U.S.P.Q.2d (BNA) at 1848).

²²⁸ *Id.* at 1251 (Kennedy, J., dissenting).

他の裁判所は、「借用の蔓延」によってもたらされる、相対的商品の消費者への害悪を口にしてきた²²⁹。例えば、Hermes International v. Lederer de Paris Fifth Avenue, Inc.²³⁰では、連邦第2巡回区控訴裁判所は、「本物の（高級品の）購買者は、模倣品が広く存在することで害される。なぜなら、本物の価値が高いのは、その数が少ないことが一因であるが、その価値が低下するからである。」と理由づけた²³¹。同様に、General Motors Corp. v. Keystone Automotive Industries²³²では、連邦第6巡回区控訴裁判所はGMCのトラックのフロントグリルの交換部品を許諾なく製造することを禁じ、その理由の一部として、「模倣品が広く存在することで、以前は少なかったものがありふれたものとされ、これにより本物の価値が低下すれば、本物の購買者は害される可能性がある」という点をあげた²³³。注目すべきことに、Keystone事件では、上述のLois Sportswear事件におけると同様に、希少であることによる評価を保持されたブランドは、伝統的な高級ブランドないしステータスの高いブランドではなかった。逆に、Keystoneブランドの軽トラックとLois Sportswearブランドのデニムジーンズは、ともに、その出所及び神秘的雰囲気の原因を、ほかでもなく労働者階級とし、そのことは正当に評価されないことの多い流行のプロセスの実情に調和するものであった。

商標事件を担当した裁判所は、「スポンサーシップの混同」という理論を採用し、商標の希釈化を招くようなコピー行為を防止しようとした。例えばSchieffelin & Co. v. Jack Co. of Boca²³⁴では、被告であるJohn Calderaioは「Dom Poppingnon」という瓶詰めのポップコーンをDom Perignonのシャ

ンパンの「一種のパロディー²³⁵」として開発した。裁判所は、Dom Perignonのシャンパンは、「希少性と富の双方²³⁶」を連想させる製品であり、「米国において広く流通しているにもかかわらず、希少であるとのイメージを付与され続けている²³⁷」と指摘した。また、「CalderaioはBoca Raton Hotel & Clubの駐車サービス係員として雇用されていたが、そこで彼はそのホテルの裕福な顧客の、人を見下した態度に嫌悪感を抱くようになったようである」ということも、関連する事情として指摘する必要があったと裁判所は考えたのである²³⁸。Calderaioは、Dom Poppingnonポップコーンを考え出したのは、「Dom Perignon購買者の好みやうぬぼれをあざけるためである²³⁹」と述べたが、このシャンツァイ²⁴⁰抗弁は失敗に終わった。裁判所は、消費者に出所についての混同が生じたとし、その根拠としては、消費者が、原告が被告のパロディーを「金銭的に応援し、あるいは他の何らかの形で承認した」と信じる可能性があるということであった²⁴¹。Schieffelin事件の裁判所は、ぼやかしによる希釈化が生じたとの原告の主張も検討したが、検索コストの理論によって希釈化防止の訴訟原因がどれほど役に立たないものとなったのかを典型的に示すような形で、「商標の製品特定機能」

²³⁵ *Id.* at 237.

²³⁶ *Id.* at 236.

²³⁷ *Id.* at 237.

²³⁸ *Id.*

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ See Adam Smith, *Chinese Sham Glam: Innocuous Innovation or Mark-Owner Menace?*, WORLD TRADEMARK REV. DAILY, Feb. 24, 2009 (シャンツァイは「流行やブランドと真っ向から対立する」パロディー製品であって「人が政府や知財権者を鼻であしらうためのもの」であること(Rouse & Co.の知財コンサルタントであるGeorge Chanの発言を引用している)及び「パオリ(異国の不正な利益)があるところにシャンツァイがある」(Nokiaのグローバルブランド保護担当ディレクターのLucy Nicholsの発言を引用している)ということを説明している)。

²⁴¹ *Schieffelin*, 850 F. Supp. at 242 (quoting Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200, 204-05 (2d Cir. 1979)). *Schieffelin* 事件の裁判所は、アンケートの対象者の10%が、原告がDom Poppingnonポップコーンの出所であると信じ、20%が、被告が自己製品を市場に出すには原告から「承認を得る必要があった」と考えていたというアンケート結果を証拠として高く評価した。*Id.* at 247.

²²⁹ Herman Miller, Inc. v. A. Studio S.R.L., No. 1:04-CV-781, 2006 WL 2456218, at *3 (W.D. Mich. Aug. 22, 2006) (quoting AutoZone, Inc. v. Tandy Corp., 373 F.3d 786, 801 (6th Cir. 2004)); see also Ill. High Sch. Ass'n v. GTE Vantage Inc., 99 F.3d 244, 247 (7th Cir. 1996) (「借用の蔓延」は「商標からその識別性及び名声を奪うほどに拡大する可能性がある」ことを指摘している)。

²³⁰ 219 F.3d 104 (2d Cir. 2000).

²³¹ *Id.* at 108.

²³² 453 F.3d 351 (6th Cir. 2006).

²³³ *Id.* at 358.

²³⁴ 850 F. Supp. 232 (S.D.N.Y. 1994).

が減少した事実はないと直ちに判断した²⁴²。同じような高級品のパロディーについて検討した他の裁判所でも、同様にスポンサーシップの混同のアプローチを採用している²⁴³。

商標事件を担当する裁判所は、販売後の混同あるいはスポンサーシップの混同を防止する理論的根拠に依拠するだけでなく、希釈化を招くような被告のコピー行為を、あいまいな根拠に基づくコモンロー上の盗用理論や、欧州では「不正な利用²⁴⁴」の理論に基づいても禁止する。これらの理論は、検索コストの考え方を基礎とすることがほとんどないという点において、裁判所が、奢侈禁止規範を監視するという本質的に規範的な責任を負うということを最も明確に表している。この点に関する米国の初期の極めて代表的な事件は、Atmos 時計、すなわち気圧の変化だけでゼンマイがまかれる卓上時計に関するものであった²⁴⁵。Atmos 時計の製造業者がその時計の電気式の類似品を製造していた競業者を訴えた²⁴⁶。Jerome Frank 判事は、商標法²⁴⁷あるいは「(Veblen が分析の対象とした類の) 消費者の非経済的

²⁴² *Id.* at 251 (citing *Sally Gee, Inc., v. Myra Hogan, Inc.*, 699 F.2d 621, 625 (2d Cir. 1983)).

²⁴³ *See, e.g., Bd. of Supervisors of La. State Univ. v. Smack Apparel Co.*, 438 F. Supp. 2d 653, 660 (E.D. La. 2006) (被告のノベルティー商品である衣類が侵害品であると判断している); *Grey v. Campbell Soup Co.*, 650 F. Supp. 1166, 1174-75 (C.D. Cal. 1986) (Godiva のチョコレートのパロディーとしての「Dogiva」と「Cativa」というペット用食品が侵害を構成するものと判断し、その理由の一部として、被告がそれらの名称を使用するのに Godiva の許可を得たか否かについて公衆が誤認混同する可能性が高かったことをあげている); *Gucci Shops, Inc. v. R.H. Macy & Co.*, 446 F. Supp. 838 (S.D.N.Y. 1977) (「Gucchi Goo」という商品名のおむつバッグを侵害品と認定している)。But see, *e.g., Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252, 268-69 (4th Cir. 2007) (「Chewy Vuitton」という商品名の犬用おもちゃは侵害を構成するものでもなく、希釈化を生じさせてもいないと判断している)。

²⁴⁴ *Trade Marks Directive, supra* note 205, art. 5(2), at 29.

²⁴⁵ *Mastercrafters Clock & Radio Co. v. Vacheron & Constantin-Le Coultre Watches, Inc.*, 221 F.2d 464, 465 (2d Cir. 1955).

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *See, e.g., E. Wine Corp. v. Winslow-Warren, Ltd.*, 137 F.2d 955, 957 (2d Cir. 1943) (Frank, J.) (商標法によって作り出される「合法的な独占」及び「競争の免除」の価

で俗物主義的な欲求及び無知によって生じるその欲求の満足²⁴⁸)の弁護論者とは到底いえなかった。にもかかわらず、判事は以下のとおり模倣を禁止した。

顧客の中には、自宅に来た客人が一流の商品と考えるようなものを自宅に展示することで名声を得るため、より安い原告の時計を購入する者もいるであろう…したがって、Atmos 時計の評判を盗むことで経済的利益を手に入れようとする原告の意図こそが最も重要である²⁴⁹。

米国の裁判所は、以来、驚くほど永続的な一連の事件(すべて高級品に関わるものである)において、Atmos 時計の事件の理由づけに従い、人が商品に付随する名声を獲得すること、例えば「本物と同じ形で同じ音の²⁵⁰」製品を、本物の通常の価格を支払わずに使うことは、端的に言って不公平であると判断してきた²⁵¹。

欧州の裁判所でも、同じような判断を下しており²⁵²、中でも最近の画期

値について疑問を呈している)。

²⁴⁸ *Standard Brands, Inc. v. Smidler*, 151 F.2d 34, 41 n.13 (2d Cir. 1945) (Frank, J., concurring); *see also id.* (「俗物主義や無知への迎合といったものが、政府が支援するにふさわしいほどに重要な社会的利益であるのか否かを問うことは、おそらく不適切ではないであろう。」)。

²⁴⁹ *Mastercrafters*, 221 F.2d at 466.

²⁵⁰ *A.T. Cross Co. v. Jonathan Bradley Pens, Inc.*, 355 F. Supp. 365, 370 (S.D.N.Y. 1972).

²⁵¹ *See, e.g., Cartier v. Symbolix, Inc.*, 454 F. Supp. 2d 175, 182 (S.D.N.Y. 2006); *Jack Schwartz Shoes, Inc. v. Skechers U.S.A., Inc.*, 233 F. Supp. 2d 512, 514-15 (S.D.N.Y. 2002); *Spectrum Vision Sys., Inc. v. Spectera, Inc.*, 35 F. Supp. 2d 797, 807 (D. Kan. 1998); *A.T. Cross Co.*, 355 F. Supp. At 370; *cf. Gucci Am., Inc. v. Daffy's Inc.*, 354 F.3d 228, 235 (3d Cir. 2003) (「Gucci の販売後の混同の主張を実証するものとして、Daffy's の顧客が本物の Gucci の着用者であるふりをしており、Daffy's の価格で Gucci の排他性にフリーライドしていることがあげられる。」(quoting *Gucci Am., Inc. v. Daffy's Inc.*, No. 00-4463, slip op. at 11 (D.N.J. Nov. 16, 2001)))。

²⁵² *See, e.g., SA Cartier v. SA Raymond Weil, Cour d'appel [CA] [地方の上訴裁判所] Paris, 4eme ch., June 14, 2006, PIBD No. 837, III, 619* (Raymond Weil が、Cartier の有名な腕時計であって、既にそのデザインがパブリックドメインに帰しているものを、その時計の名声を盗用する目的で、そっくり真似たと判断した); *International*

的な事件である欧州司法裁判所 (ECJ) の L'Oréal SA v. Bellure NV²⁵³においてそのことが最も明確に表れている。本件では、被告が数種類の L'Oréal の香水の「大衆向けの模造品²⁵⁴」を L'Oréal のものと同様のパッケージで製造販売した。英国の裁判所は、原告が自己の香水の実際の香りについて排他的権利を何ら主張していないことを的確に強調した。したがって、裁判官が証人の証言を言い換えて述べたように、「流行を追う無教育の若者が良質な香りをさせながら McDonalds でたむろしている²⁵⁵」可能性は、少なくとも英国の裁判所にとっては、問題となっている訴訟原因との関係では関連性がなかった。代わりに、事件は最終的には、被告の似たパッケージが、「商標の識別性のある特徴又は名声²⁵⁶を不正に利用」することを禁ずる欧州共同体の商標指令²⁵⁷の 5 条(2)の文言に違反するか否かの問題に帰着した。ECJ は、たとえ被告のパッケージが L'Oréal の商標との混同ないしその希釈化を招かなかつたとしても、被告はやはりパッケージを通じて、経済的な代償を支払うことなく「L'Oréal の商標の顧客吸引力、評判及び地位によって利益を得ようとした」ことで不正な利用を行ったと判断した²⁵⁸。ECJ は、混同も希釈化も認められないとの事実認定に拘束されることとの整合性を説明するのに大いに苦慮したものの²⁵⁹、不正な利用を理由とする同裁判所の判示は、本質的には、希釈化防止を理由とする判示を別の方法で実現するものであった。ECJ は、L'Oréal の商標の「名声」を保護する

Annual Review, 98 TRADEMARK REP. 309, 575-79 (2008) (イタリアの判例法で、高級商品の模倣品を侵害品として禁じたものについて議論している)。

²⁵³ Case C-487/07, 2009 ECJ EUR-Lex LEXIS 532 (June 18, 2009).

²⁵⁴ *Id.* ¶ 46.

²⁵⁵ L'Oreal SA v. Bellure NV, [2006] EWHC (Ch) 2355, [62] (Eng.); *see also* L'Oreal SA v. Bellure NV, [2007] EWCA (Civ) 968, [86] (Eng.) (「(代理人は、) 本件を、著名な高級製品が不健全な環境で見られるような事件と類似するものとして考えるよう我々に促した (Burberry のブランドと流行を追う無教育の若者とが結びつけられるというのが彼の具体例であった)。それは本件とはほど遠いものである。』)。

²⁵⁶ *Id.* art. 5(2), at 29.

²⁵⁷ *See Trade Marks Directive*, *supra* note 205.

²⁵⁸ Case C-487/07 ¶ 50.

²⁵⁹ *Id.* ¶ 33.

ことを直接の目的とはしていないものの、そのような特徴をもつ商標を創り出す L'Oréal のインセンティブを守ろうとしたのである。したがって、ECJ は、その 1 年前に希釈化防止が問題となった事件である Intel v. CPM²⁶⁰において、ぼやかしが生じたことを立証する方法として、ほぼ実現不可能な証拠要件を確立したことで奪ってしまったものを²⁶¹、L'Oréal v. Bellure における不正な利用理論の下で、返還したのである。

希釈化防止法としての商標法の皮肉な事態、すなわち我々が、Schechter がもともと説明していた目的を、彼が拒絶するとはいかないまでも、予期しない方法により達成しているという事態は、別の点で続いており、これを最後に述べる。ぼやかしによる希釈化について語る中で、私はこれまで、現在の商標理論の中で伝統的に認識されてきた二つの商標の希釈化の態様のうちの一つについてしか述べていない。もう一つというのは、「汚染」による希釈化であり、原告が自己の商標を「安物の品質の製品」と結びつけるような行為や、自己の商標について「好意的でない考え²⁶²を呼び起こす可能性のある不健全な又は不快な文脈で」自己の商標を表現する行為に対処するために訴えてきた希釈化の態様である。汚染の態様のうち、後者の標準的な例には、被告が商標を性的な文脈²⁶³、下品な文脈²⁶⁴、又は不法

²⁶⁰ Case C-252/07, Intel Corp. v. CPM United Kingdom Ltd. (Nov. 27, 2008), http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6 (「Case no」の項目に「C-252/07」と入力し、「Search」を選択)。

²⁶¹ *Id.* ¶ 77 (「後続商標の使用が先行商標の識別性のある特徴を害し、あるいは害する可能性があることを証明するには、先行商標の指定商品又は指定役務の平均的消費者の経済的活動が、後続商標の使用によって変化したという証拠、又はそのような変化が将来起こるといふ高度の蓋然性を示す証拠が必要である。』)。この判断より前の部分で ECJ は「先行商標の識別性のある特徴への害」は「希釈化」、「削ぎ取り」又は「ぼやかし」ともいわれると述べている。*Id.* ¶ 29.

²⁶² Deere & Co. v. MTD Prods., Inc., 41 F.3d 39, 43 (2d Cir. 1994) (citing Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc., 346 F. Supp. 1183, 1183 (E.D.N.Y. 1972)).

²⁶³ *See, e.g.*, Hasbro, Inc. v. Internet Entm't Group, Ltd., No. C96-130WD, 1996 WL 84853, at *1 (W.D. Wash. Feb. 9, 1996) (インターネット上のポルノグラフィのウェブサイトのドメイン名である candyland.com が子供用のボードゲームの商標である Candyland を汚染したと認定した); Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema,

な文脈²⁶⁵において使用することが含まれる。そのような行為が、対象となる商標の外形上の独自性に悪影響を及ぼすものではないために、Schechter自身は汚染を希釈化の形態として論じたことはないし、様々な商標学者²⁶⁶が、私自身も含め²⁶⁷、汚染が希釈化の一形態であるのかという点について、同様の理由により疑問を呈してきた。2006年の商標希釈化改正法²⁶⁸により、ランハム法は同法が「汚染による希釈化²⁶⁹」と称するものに対して明確に救済規定を置いている。同法は、「汚染による希釈化」を「商標又は商号と、著名な商標とが類似するために生ずる関連性であって、当該著名な商

Ltd., 467 F. Supp. 366, 377 (S.D.N.Y. 1979) (成人向け指定のある映画において、Dallas Cowboys のチアリーダーが着ている制服と同様の制服を被告が使用したことは、チアリーダーの識別性のある制服を汚染したと認定した), *aff'd* 604 F.2d 200, 204-05 (2d Cir. 1979).

²⁶⁴ See, e.g., *Eastman Kodak Co. v. Rakow*, 739 F. Supp. 116, 118 (W.D.N.Y. 1989) (コメディアンが、粗野な言葉を使用するお笑いショーでの芸名として Kodak の名称を使用することが、原告の商標の汚染となる旨認定している)。

²⁶⁵ See, e.g., *PepsiCo, Inc. v. #1 Wholesale, LLC.*, No. 07-CV-367, 2007 WL 2142294, at *4 (N.D. Ga. July 20, 2007) (被告が PepsiCo の瓶、缶、及び食品用の缶を改造して、非合法ドラッグなどのものをこっそり保管しておくようにしたことが、PepsiCo の商標を汚染したものと認定している); *Coca-Cola Co. v. Alma-Leo U.S.A., Inc.*, 719 F. Supp. 725, 728 (N.D. Ill. 1989) (被告が Coca-Cola の瓶によく似た瓶で、中にココインに似たチューインガムの白い粉を入れてあるものを販売したことで原告の商標を汚染したと認定している)。

²⁶⁶ See, e.g., *Darling*, *supra* note 203, at 63 (「希釈化は、Schechter が自己の1927年の論文で記述した害悪であるが、汚染は商標の個別の部分についての誤解や言葉の使い方が下手であるために希釈化の理論に紛れ込んでしまった害悪である。」); Robert N. Klieger, Student Article, *Trademark Dilution: The Whittling Away of the Rational Basis for Trademark Protection*, 58 U. PITT. L. REV. 789, 831 (1997) (「汚染は、理論的に商標の希釈化には分類しえない。」)。

²⁶⁷ See Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 UCLA L. REV. 621, 695-98 (2004).

²⁶⁸ Pub. L. No. 109-312, 120 Stat. 1730 (15 U.S.C. の各所にバラバラに規定されている)。

²⁶⁹ 15 U.S.C. § 1125(c)(2)(C) (2006) (internal quotation marks omitted).

標の評判を損ねるもの²⁷⁰」と広く定義している。欧州連合の商標指令は、1988年の発足時から、その希釈化防止を定める条文で、汚染行為を「商標の評判を害する²⁷¹」行為として定義してきているが、上記改正は、ランハム法を欧州連合の商標指令と肩を並べるものにするのである。

汚染の概念には、このような法律上の定義においてもそうであったように、商標の「評判」や「名声」に対する害という、とてつもなく広い概念が潜んでいた。それは今、Schechter が追求した最終的な目的を実現するための最も効果的な手段として形をとるようになってきているものであり、このことにより Schechter が無視した石ころは、彼が思い描いていた訴訟原因の主たる礎石となる可能性がある²⁷²。例えば、L'Oréal v. Bellure で ECJ は、汚染というものを、被告が原告の商標又は原告の商標と類似する商標を「当該商標の顧客吸引力を減じる」ような態様で使用するとき発生するものと定義した²⁷³。カナダの最高裁判所は、*Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée* の2006年の意見において同種の基準を明確に述べた²⁷⁴。同裁判所は、カナダの法律で規定されている、商標の「価値の下落」という訴訟原因であって、一方当事者がある商標を、他方当事者の商標に「付随するグッドウィルの価値を下落させる効果を生ずる可能性のある態様にて²⁷⁵」使用する行為を禁じているものに焦点をあてた。同裁判所は、法文上の文言を拡張解釈するにあたり、商標の「価値は（評判を悪くする以外の）別の方法で低下する可能性があり、例えば異なる使用者によって標章がまき散らされたことによって識別性が減少するような場合があげられる²⁷⁶」と意見を述べた。他方、連邦第4巡回区控訴裁判所は、最近になって、汚染を証明するためには、原告が単に、「ぼやかしに代わり、(被

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ See *Trade Marks Directive*, *supra* note 205, art. 5(2), at 29.

²⁷² See J.M. Balkin, *Deconstructive Practice and Legal Theory*, 96 YALE L.J. 743, 759 (1987) (「危険な補足」の概念について論じている)。

²⁷³ Case C-487/07, *L'Oréal SA v. Bellure NV*, 2009 ECJ EUR-Lex LEXIS 532 ¶ 40 (June 18, 2009).

²⁷⁴ [2006] 1 S.C.R. 824 (Can.).

²⁷⁵ Canada Trade-marks Code, R.S.C., ch. T 13, § 22(1) (1985).

²⁷⁶ *Veuve Clicquot Ponsardin*, [2006] 1 S.C.R. at 858 ¶ 63.

告がその商標を使用することが)、(原告の)商標の評判を害するという
ことを証明しなければならない²⁷⁷」と述べた。

このような意見に基づけば、他の商標の「販売力」を減じ、当該他の商標のグッドウィルの価値を低下させ、又はその評判を害するような商標の使用は、すべて、潜在的に汚染を生じさせる使用であるとして訴えることが可能となる。そのような使用には、もちろん、商標がユニークなものであることに対する評判を汚染して希釈化を生じさせるコピー行為が含まれ、そのようなコピー行為が「安物の」コピーという形態をとるか否か、及びそのようなコピー行為の対象とされた商標を「不健全ないし不衛生な文脈」におくものであるか否かは問わない。被告の商標が原告の商標とその出所との間のつながりをぼやかしたということにつき、原告が証明力の強い証拠を有しない場合(ほとんど常にそうであるように思われるが)、原告は、それでも被告の商標が、原告の商標の評判、すなわちその商標が一つ又はごく少数の出所によってのみ使われ、それ以外では使われていないとの評判を汚染したと主張するであろう。皮肉なことに、このような理論によれば、汚染行為(例えば商標を「不健全な文脈」におくこと)は、必ずしも当該商標の独自性を希釈化するものではなく、商標の独自性の希釈化によって、当該商標が汚染されるのである。汚染というものが米国の法律において他国と同様に明確に言及されているために、Schechterがもともと思い描いていた保護の形態は、語るも不思議であるが、連邦法のレベルにおいては、現在利用可能なものである。現代の知的財産法一般の中ではあてはまらないであろうが、現代の商標法と同様に、汚染の理論は、実質から形式へと移りつつあり、商標の実質的な意味をその存在する限りにおいて保護し促進することから、より抽象的に、当該商標の形式的な「差別的識別性」を保護し促進することへと移りつつある²⁷⁸。商標法の現代型奢侈禁止法としての役割が拡大することによって、おそらくこのような移り変わりが引き起こされたのである。

²⁷⁷ Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC, 507 F.3d 252, 268 (4th Cir. 2007).

²⁷⁸ See Beebe, *supra* note 267, at 675-76.