

留学報告書

南山大学法学部教授 家田 崇

はじめに

本報告書は、報告者が2018年11月19日より、2020年3月28日までFordham University Law SchoolにVisiting Scholar and Research Fellow (Fordham Law VSRについては、URL!)として在籍中の研究成果を記すものである、

報告者の留学中における研究では、ファッション・ローに関連する民事法学の問題を検討し、ファッション・ビジネスの振興に寄与する制度的な枠組みを提示することを目的とした。まず、ファッション・デザインの保護に関連する知的財産権の諸問題の観点から検討を進めた。その後、より広い観点からファッション・ローを研究した。具体的には、文化的な視点からファッションローを検討している。ここでは、ファッションに関連する文化流用と差別表現の問題を対象に検討を進めている。

報告者は、

学術論文①：飯島裕胤=家田崇 「企業による産業財産権保全活動とその社会的最適性」人文社会科学論叢第6号 205-216頁、2019年2月。

概要：産業財産権の権利者自身が費用負担して保全を行うことによる効率性への影響について、経済的モデルを構築・分析し、創発活動による費用低減効果が大きくかつ創発者の費用優位が十分大きい場合には、政策効果がプラスであることを示した。

学術論文②：家田崇「ファッションローと産業財産権」知的財産研究所平成30年度派遣研究者報告書1-42頁(4万4993字)、2019年3月。

概要：アメリカのファッションに関する知的財産権の議論において、商標が重視されている状況を確認し、商標とファッションに関するアメリカの判例・裁判例を検証した結果、ファッションに関連する判例・裁判例が、トレードドレスに関連する法理論の形成に影響したことを指摘しました。その後、海賊版などの模倣行為がファッション産業にとっては利益となるとする見解、およびファッションビジネスにおいて商標を活用することに、慎重な見解を示す立場を紹介し、特に後者の見解を、批判的に検討して、日本法における課題を示しています。

学術論文③：家田崇「ファッションに関連する文化流用と差別表現」南山法学

概要：プラダのキャラクターや、ドルチェ&ガッバナーによるインスタグラム広告が差別的であるとして炎上する案件をはじめとして、ファッションに関連して文化流用や差別表現の問題が指摘されることは枚挙に遑がない。ファッションは、外部から認識可能な情

報によって構成されていることと、商業的利益獲得目的を背景にしていることから、一旦文化流用や差別表現の問題が指摘されると、大きな批判を受けることになる。そこで、まず、実際にファッションに関連して文化流用や差別表現が指摘された事案を検証し、次に、芸術に関連する文化流用についての議論を参照しながら、問題の発生原因と対応策を検討する。この検討を通じて、文化流用や差別表現の問題が発生することを未然に防止するとともに、仮に問題が指摘された場合に適切に対応できるような行動指針を提示した。

学術論文以外の成果として、以下の講演会を実施した。

講演会①：特許庁委託平成 30 年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業派遣研究者報告会（平成 31 年 3 月 8 日）「ファッション・ローと産業財産権—ファッション・ビジネスに有用な制度構築を目指した考察」

講演会②：ニューヨーク MBA の会第 60 回研究会（令和 2 年 2 月 27 日）「ファッション・ローが示す企業ブランド構築とコンプライアンス確保への行動指針」

以下では、留学中の主要な研究業績として、論文②および論文③を掲載する。

第 1 章 知的財産権によるファッションデザインの保護

I . 問題の所在

1. はじめに

本章では、アメリカを中心にファッションローに関連する産業財産権の問題を検証し¹、今後、国際的な制度調和を踏まえた制度を構築するにあたって考察が必要と予想される問題点を指摘して、検討する。本報告書がアメリカの法状況を中心にファッションローを検討する理由は、アメリカにおいてはファッションデザインの保護をはじめ、ファッションの領域に関連する知的財産の法制度として、商標制度が最も重要視されてきた事実にある。

まず、本報告書が対象とする領域を明らかにする。本報告書が取り扱うファッションローの範囲は、主として衣服、靴、鞆、およびアクセサリなどアパレル製品に関連する法的問題点に限定する。いうまでもなく、ファッションローの対象はアパレル製品に限定さ

¹ 渕麻依子「ファッション・デザインの法的保護についての一考察—アメリカ法の議論を手がかりに」小泉直樹・田村善之編『はばたき-21 世紀の知的財産権』中山信弘先生古希記念論文集では、ファッション・デザインに関連する知的財産権の諸問題についてアメリカで展開された議論を紹介している。また、関真也「米国におけるファッションロー」角田政芳=関真也『ファッションロー』（勁草書房、2017 年）257 頁では、アメリカのファッションローの状況を、著作権、意匠特許（design patent）、商標に関連する問題について検証している。本報告書の執筆にあたりこれらの先行研究から大きな示唆をいただいている。

れない²。本報告書が検討対象を、主にアパレル製品に絞り込む理由は、知的財産権の観点からファッションローの検討を進めるには、ファッションデザインの法的保護の問題をはじめとして、アパレル製品に関連する法的問題点が中心的課題となると考えるからである。

本報告書の構成を以下に示す。まず、アメリカにおけるファッションに関する知的財産権の議論の概要を紹介し、商標が重要な位置付けを示している状況を検証し、ファッションの領域で商標に関連して生じる問題として、トレードドレスの問題があることを指摘したい。次に、アメリカにおける商標とファッションに関する判例・裁判例を紹介し、どのような論点が具体的に議論されてきたのかを検証する（Ⅱ）。その後、海賊版などの模倣行為がファッション産業にとっては利益となるとする見解、およびファッションビジネスにおいて商標を活用することに、慎重な見解を示す立場を紹介し、特に後者の見解に対して、批判的な検討を行う（Ⅲ）。そして、最後に、日本法において今後の検討課題となりうる問題を示し、ファッションに関わる商標の問題の検証を通じて、得られると考える示唆を挙げて、本報告のまとめを行う（Ⅳ）。

2. アメリカのファッションローにおける商標制度の位置付けと問題点

（1）アメリカのファッションローと知的財産権

まず、アメリカのファッションローにおける知的財産権の問題の諸相を確認する。アメリカでファッションローの議論を牽引してきたのは知的財産権の分野からの検討であるということは、ドイツをはじめ諸外国のファッションロー同様の状況になる³。ここでは、アメリカでは、知的財産権の諸制度がファッションと関連づけられてどのように議論されてきたのかを辿り、ファッションと最も係わりの強い知的財産権の制度は、商標に関連する制度であることを示す。そこで、商標以外の知的財産権、具体的には著作権及び特許権を対象に、ファッションと関連する議論を簡単に紹介したい。なお、アメリカにおいて特許権は、日本における通常の特許に相当する Utility Patent と意匠権に相当する Design Patent に別れており、ファッションの分野では、Design Patent が議論の中心となる。

まず、ファッションに関連する著作権の問題について検討する。この領域において最も検討されてきた問題は、ファッションデザインの著作物性である。アメリカにおいても、アパレル製品は実用品として把握されることが一般的であり、実用品に著作物性を認めることについては、慎重な立場が従来から取られてきたことに基づいて、ファッションデザインの著作物性を基本的に否定する立場が判例・裁判例で採用されてきた。具体的には、

² 角田政芳＝関真也『ファッションロー』（勁草書房、2017年）では、27-34頁においてファッションショー、51-58頁においてメイクアップおよびヘアスタイル、209-226頁においてファッションモデル、および227-242頁においてコスプレを対象に関連する法的問題を検討している。）

³ ファッションローの沿革については、角田＝関・前掲（2）1-3頁。

実用品の著作物性については、いわゆる概念的分離可能性が認められる場合に著作物性を認めるとする立場が伝統的に示されており、ファッションデザインについて構造的分離可能性を全面的に認めることには慎重な立場が示されてきたといえるだろう⁴。2017年には、チアリーダーの衣装に施されたデザインに概念的分離可能性を認め、著作物であるとした立場が、連邦最高裁判所によって示されている⁵。ただし、この判決によってアメリカの判例において、ファッションデザインに全面的に著作物性を認める立場が示されたと理解すべきなのかについては、引き続き検討を要すると考えられる。

ファッションの領域において、意匠権による保護制度を構築することにも困難を伴う⁶。意匠権は、工業製品(article of manufacture)の新規かつオリジナルの装飾的デザイン(new, original, and ornamental designs)について15年間の法的保護を与えることを規定しているが⁷、以下の二つの理由から、ファッションのように比較的短い周期のデザインを保護する機能が十分に発揮されないことが指摘されている⁸。第一の理由として、意匠権の保護となるデザインは、新規的で非自明的なものでなければならないことが挙げられている。このうち、新規性については、そもそも、ファッションデザインは、他のデザイン、あるいはデザイナーの以前の作品からしばしば派生することから、意匠権の対象外とされることが多い。また、非自明性は、クリエイターがデザインを創出するにあたり以前の創作物に何も由来していないことを要件とするものであるが、この要件がファッションの領域で成り立つことはほとんどないことが指摘されている⁹。第二の理由として、意匠権はデザインを保護の対象とするものの、単に機能的なデザインについてはその対象外とするものであり¹⁰、このような制約によってファッションの領域における意匠権を適用が困難になることが指摘されている。その理由については、衣服をはじめとしたアパレル製品は、すべからず人間の身体を覆うための品物として存在しており¹¹、そのデザインは身体を覆う機能的なものと位置付けられるからであると考えられる。第三の理由として、意匠権を取得するには、費用も時間も要することから、ファッションデザインの保護手段としては非効率なものであり、個々のファッションアイテムに市場性が認められる期間をしばしば超過することもあると指摘されている¹²

このように、著作権および意匠権をファッションの領域で適用することが難しいという

⁴ 実用品の著作物性については、関・前掲(1)259-260頁。

⁵ *Star America, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, 137 S Ct. 1002 (2017), この判決については、関・前掲(1)270-272頁。

⁶ この困難さについては、Note, *The Devil Wears Trademark: How the Fashion Industry Has Expanded Trademark Doctrine to its Detriment*, HARV. L. REV. vol. 127, 995(2014), 997-998, 渕・前掲(1)936頁参照。

⁷ 35 U.S.C. § 171, 173.

⁸ Note, *supra* note (6), at 997-998.

⁹ Note, *supra* note (6), at 998, 渕・前掲(1)935-936参照。

¹⁰ 渕・前掲(1)936頁では、この制約は意匠権が装飾的デザインを保護対象としていることを根拠にしていることを指摘している。

¹¹ Note, *supra* note (6), at 998.

¹² Note, *supra* note (6), at 998.

消極的な理由に加えて、商標がアメリカのファッション領域において選択される積極的理由として、存続期間に制限がないことが挙げられている。具体的には、存続期間が15年の意匠権や、著作者の死後70年を存続期間とする著作権と比較すると、商標権の存続期間には制限がなく、永続的なものであることから、その優位性によって、ブランドは金融・財務上の戦略として、商標を重視することが指摘されている¹³。長期的な観点からは、ファッションを業とする会社は、ファッション以外の領域の製造業者が自己の製品をブランド化させようとすると同様に、商標によって自己のファッション製品が広く市場の認識と名声を獲得することを推進させようと(promote)コストをかけ、このような広告とプロモーションにかかる費用が、ブランド価値に対する代表的な長期的な投資として位置付けられ、無期限の存続期間を持つ商標が、その費用の回収を可能にすることになる¹⁴。

(2) アメリカにおける商標制度の立法経緯

現在のアメリカにおける商標制度は、ラナム法(Lanham Act)とよばれる連邦商標法を中心に構築されている¹⁵。ラナム法は商標の保護及び不正競争の防止に関して新たなフレームワークを創出することを目的に、1946年に制定されて以来、度々の改正を経ている。

まず、連邦商標制度の立法経緯を確認する¹⁶。商標は知的財産権の最も古い形態であるにも関わらず、連邦法の保護を享受するのは、最も後であった¹⁷。まず、1870年に連邦議会が最初の連邦商標法を制定したものの、この法律は、1879年に合衆国憲法の特許および著作権条項違反として撤廃されることになり、その後制定された1881年商標法は、他国および先住民居留地との間の通商に適用されるに留まるものであった¹⁸。1905年に州際取引に用いられる標章を商標としての保護を提供する法案が連邦議会において可決されたものの、この法律において登録可能な商標は、暗示的(fanciful)または特殊(arbitrary)なもので、1905年2月20日に先立って10年間使用してきた標章に限定されていた¹⁹。

現在の連邦商標法の制度的枠組みが提供されたのは、1946年に連邦議会が可決したラナム法であり、このラナム法によって商標を保護し、不正競争を防止する新たなフレームワークが創設されている。ラナム法では、商標の定義を、商品の提供者(goods of person)を特定および識別するために使用される称号とし、連邦における商標登録制度を構築して

¹³ Guillermo Jimenez & Barbara Kolsun, *Fashion Law: Case and Materials*, 155 (2016).

¹⁴ Jimenez & Kolsun, *supra* note (13), at 155.

¹⁵ ラナム法の外に、アメリカの商標制度を構成する要素としては、州による商標登録制度がある。ほとんどの州は、独自の商標の登録制度を構築していないが、一定の州は、独自の商標登録制度を設け、州に登録された商標の法執行を有利に取り扱っている, Lois F. Herzeca & Howard S. Hogan, *Fashion Law and Business: Brands & Retailers* §2. 2 (2013).

¹⁶ 連邦商標制度の歴史的経緯については, Herzeca & Hogan, *supra* note (15), 64-67.

¹⁷ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 64.

¹⁸ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 64.

¹⁹ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 64.

いる²⁰。ただし、ここで注意しなければならないことは、アメリカにおける商標権は、使用主義を原則としていることから、商標権の執行について登録を要件にしていない。連邦の商標登録によって保有者が享受できる権益としては、米国特許商標庁(U. S. Patent and Trademark Office)に登録した商標の保有者による訴訟については連邦裁判所が自動的に管轄を有することなどがある²¹。

ラナム法は1946年の制定以来、数多くの改正を経ているが、このうち、1995年に連邦議会において成立した連邦商標希釈法(Federal Trademark Dilution Act)においては、従来の商標の侵害に加えて、商標の希釈化を提訴事由に加えている。ここでは、商標の価値を徐々に削減または減損される行為に対する商標の保有者への救済策が、差し迫った混同の発生による侵害行為に対する提訴権として構築されている²²。その後、2006年に成立した改正商標希釈法において、商標の保有者は、著名な標章に対する現実の希釈化ではなく、希釈化の可能性のみを証明すればよいと規定されることによって、現実の希釈化の要素(parameters)が明らかにされるとともに、希釈化が発生しているかどうかを裁判所が判断するに際して役立つ要因が設定されている²³。

(3) ファッションに関連する商標の問題点

アメリカにおける商標制度の特徴として、トレードドレス(trade dress)がトレードマーク(trademark:商標)と並んで、法的な保護対象とされていることが指摘できるだろう。ラナム法では、43条(a)(3)において、本登録(principal register)を経ないトレードドレスの侵害を提訴するものは、当該トレードドレスが機能的ではないことを証明しなければならない旨を規定しており²⁴、この規定から、トレードドレスがラナム法による保護の対象であること、およびトレードドレスの保護については、必ずしもラナム法における登録を必要としないことが明らかにされている。

一般的なトレードドレスの定義については、特徴的なデザインおよび製品の外観であって、製品の全体的なイメージを含む全ての要素とともに、顧客に製品を識別させるものと把握されている²⁵。この把握を基礎にして、トレードドレスが認められる範囲は、製品のパッケージに加えて、製品そのもののデザインまたは製品の形状(configuration)で、独自の

²⁰ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 64.

²¹ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 64.

²² Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 65.

²³ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 65.

²⁴ 15 U. S. C. 1125(a)(3).

²⁵ *Fun-Damental Too, Ltd. v. Gemmy Indus. Corp.*, 111 F. 3d 993, 999 (2d Cir. 1997) (citing *Jeffrey Milstein, Inc. v. Greger, Lawlor, Roth, Inc.*, 58 F. 3d 27, 31 (2d Cir. 1995)、トレードドレスの概要については、See, Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 69-70.

出自を顧客に伝達するようなデザインにまで拡張されている²⁶。トレードドレスの構成要素については、サイズ、形態、色彩（または、色彩の組み合わせ）、織地、グラフィック、または販売様式なども含まれるものであり、ファッション産業において、トレードドレスはハンドバッグ、テニスシューズ、宝飾品、子供服および時計の製品について認められている²⁷。ラナム法に基づいて製品のデザインについてのトレードドレスの権利を主張しようとするには、問題となるトレードドレスについて、①その特徴と範囲を、言葉またはイメージで正確に説明し、②機能的ではないこと、すなわち、製品の機能に必要なものではないことを示し、③セカンダリーミーニングを獲得していることを示し²⁸、④自己の製品と相手方の製品の製品との間に混同の可能性が生じていることを示さなければならないとする基準が示されている²⁹。なお、ここでいうセカンダリーミーニングについては、一般的には、消費者市場において、製品のデザインが単独の製造者と結びつけられて認識されるもので、消費者が、部分的にはその出自を理由として製品を購入していることであると説明されている³⁰。

その一方で、一般的、具体的ではない、またはその製品において一貫性が認められないトレードドレスには、識別力が認められないとして、ラナム法による保護適格性が認められないとされており、例えば、宝飾品のデザインが問題となった事案において、連邦第二巡回裁判所は侵害を訴えた原告が問題となったトレードドレスを十分に説明していないとする判断を示している³¹。この判断において、裁判所が配慮したのは、トレードドレスによる保護を過度に拡張してないということであり、この配慮は、機能的なデザインの要素に知的財産権を認めることによって、市場における創造性を抑止していかねないという一般的な懸念を反映したものであると指摘されている³²。反対に、トレードドレスが識別力を備えたものであり保護可能であると裁判所が認定した場合については、トレードドレス侵害に基づく差止めが可能となる³³。

II. アメリカにおけるファッションと商標制度に関連する判例の展開

²⁶ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 69.

²⁷ Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 69.

²⁸ 製品のデザイン・形状に関連するトレードドレスがラナム法の保護適格性を認められるには、セカンダリーミーニングの獲得が、常に必要となる。

²⁹ この基準を示した例として、*Abercrombie & Fitch Stores, Inc. v. Am. Eagle Outfitters, Inc.*, 280 F.3d. 619 (6th Cir. 2002), *See*, Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 69-70

³⁰ Darius C. Gambino and William L Bartow, *Trade Dress: Evolution, Strategy & Practice* (2015), 22 (citing Jeff Resnick, *Trade Dress Law: The Conflicts between Product Design and Product Packaging*, 24 WHITTIER L. REV. 253, 257-258 (2002)).

³¹ *Yueman Design v. PAJ, Inc.*, 262 F.3d 101. *See*, Herzeca & Hogan, *supra* note (15) at 66.

³² Herzeca & Hogan, *supra* note (15), at 70.

³³ Herzeca & Hogan, *supra* note (15) at 70.

1. はじめに

ここでは、ファッションと関連するアメリカの判例・裁判例を検証していく³⁴。この対象の中には、店舗のデザインが問題となった事件のように、直接的にはファッションとは関連しないものも存在しているが、この事件においても、ファッションの領域の裁判例で示された基準が参照されており、またこの連邦最高裁判決が、その後、ファッションの領域を含めて、トレードドレスの判例・裁判例において重要な位置付けとされていることから、本報告書では分析の対象とした。

2. *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.* 連邦第二巡回裁判所判決

(1) 判決の位置付け

まず、アメリカにおけるファッションに関連する裁判例として、1976年に連邦第二巡回裁判所による *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.* 判決³⁵ (以下では、「*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決」とよぶ) を検討する。本件は、*Abercrombie & Fitch Co.* (以下では、「A&F」とよぶ) が商標登録していた Safari という語句を *Hunting World, Inc.* (以下では、「HW」とよぶ) が使用したことが問題とされた事案であった。本件の争点は、ファッションデザインではなく、アパレル製品の名称として付された語句となるが、商標における識別力や、セカンダリーミーニングとの関連性について司法判断が示されており、ここで示された基準の一部は、その後の判例に受け継がれていくことになる。

(2) 事案の概要

事案の概要は以下の通りとなる。A&F は、ニューヨーク市に店舗を構えるアパレル業者であり、同社は Safari という語句を標章として 1936 年以来、男性および女性の衣服などに用いており、1938 年に Safari の語句を男性および女性の衣服と帽子について、アメリカ合衆国連邦特許商標庁に商標登録するなど、Safari とそれに関連する語句を商標登録していた³⁶。

³⁴ ここで検証するアメリカの判例・裁判例については、Jimenez & Kolsun, *supra* note(13) at 155-309 に掲載されている判例・裁判例から、本報告書の問題関心に強く関連するものを絞り込むとともに、アメリカにおけるトレードドレスの議論を踏まえて、そのリーディングケースとして位置付けられる *Two Pesos* 連邦最高裁判決を対象に加えている。

³⁵ *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*, 537 F. 2d 4 (2nd Cir 1976).

³⁶ A&F は、1938 年に、帽子を含めた男性および女性の衣服の商標として Safari の語句を登録することを始め、1919 年に綿織物の商標として Safari Mills の語句を、1957 年に靴も含めた男性および女性の衣服の商標として Safari の語句を 1960 年に織物、スポーツ用品、アパレル製品の商標として Safari の語句を登録している、*Abercrombie & Fitch*, 537

一方、HW はニューヨークをはじめ、アメリカの7つの州に店舗を展開し、帽子や靴を含むスポーツのアパレル製品の小売販売に従事しており、A&F の訴えによると、HW は、その製品に Safari の語句、または Minisafari あるいは Safariland のような語句を名称として付していたことから、A&F が HW を相手取り、継続的にこれらの表現を用いることは、公衆を混乱させ欺くことになり、A&F の商標の識別性および独自の質を損ないかねないとして本件訴訟を提起した³⁷。

これに対する HW の抗弁では、Safari という用語は、日常的(ordinary)で、ありふれていて(common)、記述的(descriptive)で、地理的(geographic)で、一般的(generic)な用語であり、共通的に使用され、旅行または探検、特に東アフリカへの狩猟あるいは冒険を、そして、狩猟者、ガイド、人々、動物、そしてそれら探検を形作る用具を公衆に想起させるものであって、商標として排他的(exclusive)に使用されるものではないと主張し、A&F が登録した全ての Safari の商標の取消しを主張し、原審では、A&F 社の主張を棄却するとともに、A&F によって登録された全ての Safari の商標の登録を抹消する判決を示したことから、A&F が控訴した³⁸。

(3) 判決の内容

本判決において連邦第二巡回裁判所は、ラナム法における商標は、保護の程度の低い順から、(1)一般的(generic)、(2)記述的(descriptive)、(3)示唆的(suggestive)、および(4)特殊的(arbitrary)または暗示的(fanciful)なものに分類されるとしている³⁹。しかしながら、連邦第二裁判所の理解によると、これらの分類の境界線は常にはっきりしているわけではなく、一つの領域においては特定の製品のために用いられる語句が、他の領域では全く異なっているということもあるとされ、また、ある領域においては特定の製品のために用いられる語句が、他の領域では全く異なっているということさえ存在していることもあり、語句については、時代によって使用方法の相違から、一つの領域から他の領域へと推移することや、ある語句が一つのグループにおいて有する意味が、他では異なりうること、そして、同じ語句が一つの製品に対して異なる用いられ方をすることが問題をさらに複雑にしているとしている⁴⁰。

本判決では、一般的な語句と記述的な語句との間には、商標としての保護適格性について相違があることを指摘している。一般的な語句とは、特定の製品の属性を示す語句が、

F.2d at 7.

³⁷ *Abercrombie & Fitch*, 537 F.2d at 7.

³⁸ *Id.* at 7.

³⁹ *Id.* at 9, なお、この区分は、1905年に制定された法律において、暗示的(fanciful)または特殊的(arbitrary)な標章が登録の対象にされたことに由来するものと考えられる。

⁴⁰ *Id.* at 10.

一つの種を示す語句として参照されるか、または参照されてきた語句であると位置付けて⁴¹、商標としての保護適格性が認められないことを指摘する一方で、記述的な語句については、セカンダリーミーニングを示すことによって商標として登録できるとするラナム法の規定⁴²を根拠に、一定の条件の充足を要件として保護適格性が認められることを指摘している⁴³。さらに、登録された商標であっても、それが物品または物体に対するありふれた記述的名称になった場合には、いつでも商標登録の取消しができるとするラナム法の規定⁴⁴にも、一般的な語句に商標としての保護適格性を認めない立場が示されているとしている⁴⁵。

本判決では、識別力については、記述的な語句に商標としての保護適格性を与える概念として位置付けている。ここで示された識別力の根拠は、記述的ではあるものの一般的ではない語句については、申請者が使用し、商業において申請者の商品であることの識別力を獲得している標章を登録することを妨げるものではないとするラナム法の規定⁴⁶よること示している⁴⁷。

この認識を示したのちに、本判決において、A&FによるSafariに関連する商標については検討を進めていく。第一に、特定の衣服に用いられているsafariの語句と、短い翼の帽子に使用されているminisafariの語句については、一般的であるとし、第二にブーツおよび靴に用いられているsafariの語句については、単に記述的かあるいは示唆的であるとして、ラナム法の保護対象となる可能性があるとしながらも、第三に、Camel Safari、Hippo Safari、およびSafari Chukkaの語句については、HWによって純粋に記述的にそのブーツに対して使用されており、これらの用語の使用に対する商標権の侵害に対する抗弁として、フェアユースを主張することが認められると判示している⁴⁸。

(4) 判決によって示された立場

本判決では、語句の識別力に関して(1)一般的(generic)、(2)記述的(descriptive)、(3)示唆的(suggestive)、および(4)特殊的(arbitrary)または暗示的(fanciful)とする分類基準が示され、示唆的、特殊的、および暗示的な場合には、固有の識別力が認められる立場を示す⁴⁹と同時に、記述的な語句であってもセカンダリーミーニングを示すことによって

⁴¹ *Id.* at 9.

⁴² 15 U.S.C. § 1052(f).

⁴³ *Id.* at 10.

⁴⁴ 15 U.S.C. § 1064(c).

⁴⁵ *Id.* at 10.

⁴⁶ 15 U.S.C. § 1052(f).

⁴⁷ *Id.* at 9-10.

⁴⁸ *Id.* at 18.

⁴⁹ *Id.* at 9.

識別力を獲得し、ラナム法の保護適格性が認められるとする基準が示されている⁵⁰。本件の特徴は、商標の侵害を訴えた A&F 側が商標として登録していた語句について、商標としての保護適格性が問題とされたことにある。この特徴によって、本判決における検討の重点は、どのような語句にラナム法の保護適格性が認められるのかではなく、どのような語句には、保護適格性が認められないのかに置かれることになった。この検討において、一般的な語句およびセカンダリーミーニングを獲得していない記述的な語句については、商標としての保護適格性が認められないという基準が示されたことは、本判決の意義であることを、本稿では指摘したい。ここでも、一般的語句については、保護適格性が認められない一方で、記述的語句については、セカンダリーミーニングの取得という条件を充足することで保護適格性が認められるという点においては相違があることにも留意したい。本判決では、ラナム法の保護適格性が認められない語句の基準が示されたものであるが、本判決において①語句の識別力についての分類がなされたこと、②保護適格性と識別力に関する基準が提示され、および、③識別力の観点から保護適格性が争われる可能性があるカテゴリーは、記述的な語句であり、ここではセカンダリーミーニングの取得しているのが基準となることが示されたことは、本判決が以降の判例・裁判例に与えた影響として認識できることを、本稿では指摘したい。

3. *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.* 連邦最高裁判決

(1) 判決の位置付け

次に検証する判例として、1992 年の連邦最高裁判所による *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.* 連邦最高裁判決⁵¹ (以下、「Two Pesos 連邦最高裁判決」とよぶ) をとりあげる⁵²。この事件は、メキシコ料理の店舗について、その外装と内装を含めた全体的な店舗の様相が問題となった事案であり、アパレル製品が問題とされたものではないが、アメリカの商標制度の判例・裁判例において、トレードドレスの法制を方向づけたとして最も重要視されるべき判例として位置付けられており⁵³、また、ここで示された立場では、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決で示された基準を参照されていることから、検証の対象とした。

⁵⁰ *Id.* at 10.

⁵¹ *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992).

⁵² *Two Pesos v. Taco Cabana* 連邦最高裁判決については、板垣忠文「米国における『Trade Dress』の保護について」*パテント* Vol. 60 No. 4、76 頁、78-79 頁参照。

⁵³ Darius C. Gsmbrino and William L. Bartow, *Trade Dress* (LexisNexis 2015), at 170.

(2) 事実の概要

Taco Cabana, Inc. (以下では、「Taco Cabana」とよぶ)は、メキシコ料理を提供するファーストフードのチェーン店を運営しており、1978年9月に最初の店舗をサンアントニオに開店し、1985年までに5店舗をサンアントニオに展開していた。Taco Cabanaのメキシコ調のトレードドレスについては、「工芸品、明るい色彩、絵画および壁画によって飾られた室内の食堂と中庭によって醸し出される陽気な食事の雰囲気(a festive eating atmosphere)である。中庭には、室内および屋外の区域があり、天井のガレージドアで外の区域と遮断できる室内の中庭が含まれている。建物の段差のある外装は、上端はボーダーの塗装で派手なストライプを用いた陽気で色あざやかな色の枠組み担っている。明るい天幕と天蓋がこのテーマを存続させている」と表現している⁵⁴。一方、Two Pesos, Inc. (以下では、「Two Pesos」とよぶ)は、1985年にヒューストンにレストランを開店した。Two Pesosのレストランには、上述のTaco Cabanaのトレードドレスに酷似したモチーフが用いられていた。Two Pesosはヒューストンをはじめとした地域でその事業を急速に拡大させたものの、サンアントニオには事業を展開しなかった。これに対して、1986年に、Taco Cabanaヒューストンおよびオースチンの地域に参入し、Two Pesosがすでに事業を展開していたダラス、エルパソを含むテキサス州の都市に事業を展開した⁵⁵。

1987年に、Taco Cabanaが、ラナム法43(a)条に規定しているトレードドレスの侵害を理由に、Two Pesosをテキサス南部地方裁判所に提訴した⁵⁶。テキサス南部地方裁判所は、Taco Cabanaのトレードドレスについて、機能的なものではなく、固有の識別力を有しているが、テキサスの市場においてセカンダリーミーニングを獲得していないとしながらも、Two Pesosによる侵害行為はレストランの商品およびサービスの出自と関連性について通常の顧客の一部に混同の可能性を生じさせているとの判断を示した。この判断に基づいて、Taco Cabanaのトレードドレスは、固有の識別性を有しているか、または、セカンダリーミーニングを獲得しているかのいずれかの場合には保護されると判示している。

控訴審⁵⁷において、連邦第五巡回裁判所は、第一審の判断を支持する立場を示している。とりわけ、連邦第五巡回裁判所は、セカンダリーミーニングが認定されないにもかかわらず、固有の識別力を認定することに矛盾があるとの主張を却下している⁵⁸。これに対して、Two Pesos側が、連邦最高裁に上告した。

⁵⁴ *Two Pesos*, 505 U.S. at 765.

⁵⁵ *Id.* at 765.

⁵⁶ Taco Cabanaの提訴理由には、テキサス州のコモンローに基づく営業秘密の盗用も含まれている。*Id.* at 765-766.

⁵⁷ *Taco Cabana Int'l, Inc. v. Two Pesos, Inc.*, 932 F.2d 1113.

⁵⁸ *Two Pesos*, 505 U.S. at 767.

(3) 判決内容

まず、連邦最高裁判所は上告 (certiorari) が認められるのかを判断するに際して、連邦第五巡回裁判所によって示された *Chevron Chemical Co. v. Voluntary Purchasing Groups* 判決⁵⁹を先例として検討している。この先例では、ラナム法がセカンダリーミーニングの証明を要求するのは、問題とされている商標にその製造者を識別させる力が十分に備わっていない場合についてのみであるとの立場が示され、この立場がトレードドレスの保護についても適用されるべきであると結論づけている⁶⁰。連邦最高裁判所は、連邦第五巡回裁判所の立場について、未登録の商標またはデザインの保護適格性が認められるのは、セカンダリーミーニングが証明されたときに限定されるとした連邦第二巡回裁判所の立場⁶¹とは矛盾することは認識していながらも、固有の識別性を有するトレードドレスは、セカンダリーミーニングを獲得していることを示すことなくラナム法 43(a)に基づく保護の受けられるのか否かについての対立を解消するとして、上告を認める判断を示している⁶²。

連邦最高裁は、ラナム法の主旨⁶³について、詐欺的および誤解を招く恐れのある標章の利用を訴訟の対象にすることによって、商業の従事者を不正な競争から保護することにあると確認している⁶⁴。そして、本判決において連邦最高裁は、ラナム法 43(a)条は、登録された標章に適用される 32 条と比較すると、より広い範囲の行為を禁止しているものの、ラナム法 43(a)条は適格性を有する未登録の標章を保護対象とするものであり、ラナム法 2 条が規定する商標登録の適格性を判断する一般的な原則に従って、未登録の標章の保護適格性が判断されると判示している⁶⁵。

さらに、ラナム法における商標の定義は、「いかなる語句、名称、シンボル、もしくは図案、またはこれらの組み合わせで」、「特色ある製品(unique product)を含め、自己の商品と他人によって製造または販売されている商品と識別させ、商品の出自が知られていない場合であったとしても、その出自を示すため」に用いられるものと規定されていること⁶⁶を示して、商標としての登録要件は、商標として登録しようとする標章によって申請者の商品が他人の商品から識別可能であると規定されていること⁶⁷を確認している⁶⁸。このような標章の識別力については、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決によって示さ

⁵⁹ *Chevron Chemical Co. v. Voluntary Purchasing Groups, Inc.*, 659 F. 2d 695 (CA5 1981).

⁶⁰ *Id.* at 702.

⁶¹ *Vibrant Sales v. New Body Boutique, Inc.*, 652 F.2d 299 (1981), cert. denied, 455 U.S. 909, 71 L. Ed. 2d 448, 102 S. Ct. 1257 (1982).

⁶² *Two Pesos*, 505 U.S. at 767.

⁶³ ここでのラナム法の規定には、1988年改正前のものも含まれている, *Id.* at 768.

⁶⁴ *Id.* at 768.

⁶⁵ *Id.* at 768.

⁶⁶ 15 U.S.C. § 1127.

⁶⁷ 15 U.S.C. § 1052.

⁶⁸ *Two Pesos*, 505 U.S. at 768.

れた基準を参照し、識別力が低い順から、(1) 一般的(generic)、(2) 記述的(descriptive)、(3) 示唆的(suggestive)、(4) 特殊的(arbitrary)、また(5) 暗示的(fanciful)な標章に分類し⁶⁹、これら類型のうち(3) 示唆的(suggestive)、(4) 特殊的(arbitrary)、また(5) 暗示的(fanciful)の三類型については、その固有の性質によって製品に関する特定の出自を識別させることから、固有の識別力が認められ、ラナム法による保護の対象となる一方で、一般的な標章については商標として登録することはできないことを確認している⁷⁰。

識別力を段階的に分類して把握することによって、ラナム法による保護適格性が問題となるのは記述的(descriptive)な標章に絞り込まれることになる。本判決では、単なる記述的な標章には、固有の識別力が認められないものの、識別力を獲得すれば商標としての保護適格性を有するという基準が示され、ここで識別力を獲得する要件が、いわゆるセカンダリーミーニングを得ることであると判示されている⁷¹。これは、記述的な標章の登録を原則として認めないとする一方で、商業的に申請者の商品であることが識別可能になれば、登録を認めるとするラナム法2条の規定⁷²を根拠とするものであり、そして、このセカンダリーミーニングの取得によって保護適格性を得るとする基準はラナム法 43(a)条に規定されたトレードドレスにも適用される立場を示している⁷³。

本判決で示された基準を導入することで、トレードドレスを規定したラナム法 43(a)条の保護適格性を判断する際において、識別力に関するルールは明確になる。具体的には、(1) 固有の識別力を有するか、または(2) セカンダリーミーニングを通じて識別力を獲得した場合のいずれかについて保護適格性を有することになる⁷⁴。この識別力に関する適格性に加えて非機能的であることが、トレードドレスを規定したラナム法 43(a)条における保護適格性の要件となる⁷⁵。

このように、識別性の観点から保護適格性の基準を提示した後に、連邦最高裁は、Taco Cabana のトレードドレスは単なる記述的なものではなく、むしろ固有の識別力を有するものであり、かつ機能的なものではないことから、ラナム法による保護適格性の要件を充足しているとした第一審および控訴審の判断を支持する結論を示している。とりわけ、Chevron 事件を先例として固有の識別力を有するトレードドレスについてはセカンダリーミーニングを示す必要はないとする立場を示し、Taco Cabana のトレードドレスは固有の識別力を備えていることから、セカンダリーミーニングを立証することなく保護適格性を有すると

⁶⁹ *Abercrombie & Fitch*, 537 F.2d at 9 では、特殊的(arbitrary)と暗示的(fanciful)をまとめて一つの類型としているが、本判決では、両者を分類している、*Two Pesos*, 505 U.S. at 768.

⁷⁰ *Two Pesos*, 505 U.S. at 768.

⁷¹ *Id.* at 769.

⁷² 15 U.S.C. § § 1052(e) (f).

⁷³ *Two Pesos*, 505 U.S. at 769 (quoting *University of Georgia Athletic Assn. v. Laite*, 756 F.2d 1535 (CA 11 1985)).

⁷⁴ *Id.* at 769.

⁷⁵ *Id.* at 769.

いう結論を導いている⁷⁶。

(4) 本判決で示された立場

Two Pesos 連邦最高裁判決は、アメリカにおけるトレードドレスのリーディングケースであり、その後の判例理論に最も大きな影響を与えた判例のひとつとして位置付けられる。この判決が示した立場を確認する。まず、本判決では、トレードドレスについて、ラナム法の保護適格性と識別力との関連性が明らかにされている。本判決では、トレードドレスにラナム法の保護適格性が認められるには、識別力が備えられていなければならないことを示し、固有の識別力が認められトレードドレスについては、セカンダリーミーニングを証明することなく保護適格性が認められるとする基準を示している⁷⁷。ここでは、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決において、語句に関する商標の保護適格性を判断する際に用いられた分類方法が、トレードドレスに適用されていることになる。さらに、本判決では、Taco Cabana のトレードドレスについて固有の識別力を認め、セカンダリーミーニングの取得を証明することなく、ラナム法の保護適格性が認められる立場が示されることによって⁷⁸、語句や標章の保護適格性における識別力の基準が、トレードドレスにも適用される帰結を導いている。本判決ではトレードドレスについて、商標としての保護適格性が認められるには、必ずセカンダリーミーニングの証明することが必要となるのかが主要な争点であったことから、商標としての保護適格性、識別力、固有の識別力、およびセカンダリーミーニングの関連性が明らかにされ、ここで示された基準は、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決における語句の識別力に関連する分類に基づいていることを指摘したい。

4. *Wal-Mart v. Samara Brothers, Inc.* 連邦最高裁判決

(1) 判決の位置付け

次に、2000年の連邦最高裁による *Wal-Mart v. Samara Brothers, Inc.* 判決⁷⁹を検証する。この判決では、子供服のデザインについて、ラナム法の保護適格性が検討されており、ファッションデザインの法的保護について連邦最高裁の立場が示された判決として位置付けられる。また、ここでは、ファッションデザインおよび色彩について、ラナム法による保護適格性の観点から検討が進められている。

⁷⁶ *Id.* at 769.

⁷⁷ *Id.* at 770.

⁷⁸ *Id.* at 770.

⁷⁹ *Wal-Mart v. Samara Brothers, Inc.*, 529 U.S. 205, (2000).

(2) 事案の概要

Samara Brothers, Inc. (以下、「Samara Brothers」とよぶ)は、春夏用のワンピースでサッカー生地を用いて、ハート、花、フルーツなどのようなアップリケで装飾されていた子供用の衣服をデザイン・製造しており、J. C. Penny (以下、「訴外 A」とよぶ) および他のチェーンストアを含めた小売店は、Samara Brothers の一連の衣服を販売する契約を締結していた⁸⁰。一方、Wal-Mart Stores, Inc., (以下、「Wal-Mart」とよぶ)は、アメリカ合衆国内において、最もよく知られている小売店であり、他の商品とともに、子供服を販売していた⁸¹。1995年にWal-Martは、その仕入先であるJudy-Philippineとの間で、1996年春夏シーズンの販売用として一連の子供服を製造する契約を締結し、Judy-Philippineに対してSamara Brothersによる一連の衣服の写真を、製造する衣服のデザインの基礎として用いてもらう意図で送った⁸²。Judy-PhilippineはSamara Brothersの衣服のデザインに若干の修正を加えただけの複製品を製造し、1996年に、Wal-Martはこのような、いわゆる模造品の販売によって115万ドルの粗利益を獲得した⁸³。

1996年に、訴外AによってSamara Brothersの衣服がWal-Martにおいて訴外Aの販売価格より安価で販売されているとの指摘を受けて、Samara Brothersは調査を実施し、Wal-Martを含めた合計5つの主要な小売店⁸⁴がJudy-Philippineによって製造された模造品を販売していることを突き止め、Wal-Martを含めた5つの小売店およびJudy-Philippineを相手方として、ラナム法43条(a)に規定する未登録のトレードドレスの侵害などを理由⁸⁵に、連邦ニューヨーク南部地方裁判所に訴えを提起した⁸⁶。第一審では、Samara Brothersの主張が認められ、連邦第二巡回裁判所における控訴審においても、第一審の判断が支持されたことから、Wal-Martが最高連邦裁判所に上告した。

(3) 判決内容

連邦最高裁は、まず商標の登録に関連する諸規定⁸⁷とラナム法43条(a)を参照し、本件

⁸⁰ *Id.* at 207.

⁸¹ *Id.* at 207.

⁸² *Id.* at 207.

⁸³ *Id.* at 207-208.

⁸⁴ 模造品を販売していた小売店としては、Wal-Martのほか、Kmart、Caldor、HillsおよびGoddy'sが挙げられている、*Id.* at 208.

⁸⁵ 他の提訴理由として、連邦法に基づく著作権の侵害、並びにニューヨーク州法に基づく消費者への詐欺および不正競争があった、*Id.* at 208.

⁸⁶ *Id.* at 208.

⁸⁷ ここでは、商標の登録について規定したラナム法45条における商標の定義(15 U.S.C. §1127.)、商標の登録について規定した同法2条(15 U.S.C. §1052.)、商標の保有者は侵害行為を提訴できることを規定した同法32条(15 U.S.C. §1114.)、商標が有効であると推定される資格を保有者に与えるとした同法7条(15 U.S.C. §1157(b))、および継続して5年間の使用後は登録された商標について通常に権利を争うことができなくなるとした同法15条(15 U.S.C. §1065.)が参照されている、*Id.* at 209.

はラナム法 43 条(a)の問題であることを確認し、次に、ラナム法 2 条における登録可能な標章の定義で、同法 43 条(a)が製品の要素の混同で再度参照している定義、具体的には、「いかなる語句、名称、シンボル、もしくは図案、またはこれらの組み合わせ」の射程範囲については、単なる語句やマーク⁸⁸に留まらずトレードドレスも含まれることを示し、さらに、トレードドレスについては、もともとは製品のパッケージあるいは装飾(dressing)に限られていたものの、近年には、多くの控訴審によって製品のデザインも含まれるまでに拡張されてきたことを確認している⁸⁹。

次に、連邦最高裁は、未登録のトレードドレスにおける保護適格性と識別力との関連性について検討している。ここでは、ラナム法 43 条 (a)の文言は、明示的にはトレードドレスが識別力を有することを要求していないものの、トレードドレスに識別力がなければ、混同を引き起こすことはないということを理由に、裁判所は例外なく識別力を要件として課してきたとしている⁹⁰。ここで、トレードドレスが識別力を備える場合として、第一に固有の識別力を有するときと、第二にセカンダリーミーニングを有するときをあげている。このうち固有の識別力については、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決で示された語句による標章の基準を参照に、特殊的(arbitrary)、暗示的(fanciful)、および示唆的(suggestive)なものは、固有の識別力を有するとしている⁹¹。次に、セカンダリーミーニングを有する場合については、公衆の心情を基準として、標章の主要な意義が、製品そのものではなく、製品の出自を識別させることにあるときであるとしている⁹²。

本判決は、固有の識別力を有する標章と、セカンダリーミーニングによって識別力を獲得した標章が別個ものであることは、ラナム法 2 条の規定によって強固に基盤づけられていることを指摘する。具体的には、ラナム法 2 条において申請者の商品が他の者の商品と識別できることにより登録可能となるとする規定⁹³と、さらに、同法 2 条(f)においても申請者によって用いられている標章であり、商業目的において申請者の商品を識別的にしているものを登録することについてなんら妨げられることはないとする規定⁹⁴から、セカンダリーミーニングを必要とせずに商品を他社の商品から識別できる標章の領域が存在しており、この領域に属するものが固有の識別力を有する標章として位置付けられると判示している⁹⁵。

このように、識別力の観点から、ラナム法による保護的適格性の判断基準を明らかにし

⁸⁸ ここでは、Nike という語句や、Nike のシンボルであるスウォッシュを例として挙げている、*Id.* at 209.

⁸⁹ *Id.* at 209.

⁹⁰ *Id.* at 210.

⁹¹ ここでは、特殊的(arbitrary)な標章な例としてタバコの Camel を、暗示的(fanciful)な標章な例としてフィルムの Kodak を、および示唆的(suggestive)な標章の例として洗濯用洗剤の Tide を挙げている、*Wal-Mart*, 529 U.S. at 210-211.

⁹² *Id.* at 211(quotting *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 U.S. 844, 851, n.11, 72 L. Ed. 2d 606, 102 S. Ct. 2182(1982)).

⁹³ 15 U.S.C § 1052.

⁹⁴ 15 U.S.C § 1052(f).

⁹⁵ *Wal-Mart*, 529 U.S. at 211.

た後に、本判決では、個別の要素について、固有の識別力を有するかを検討している。まず、連邦最高裁は、色彩については、固有の識別力を有しないと示している。ここでは、グリーンゴルドの色彩を施したドライクリーニング用のプレスパッドが問題となった *Qualitex* 連邦最高裁判決で示された立場を参照して、色彩についてはセカンダリーミーニングを示したときに限り保護適格性を認めるとする立場を示している⁹⁶。この立場では、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決において語句による標章で検討された基準を参考にしながら、製品の色彩は、示唆的(suggestive)、暗示的(fanciful)および特殊的(arbitrary)な標章とは異なると立場を示しており、その理由について、色彩によって、顧客に、ほとんど自動的にブランドを参照させるような情報が伝達されることはなく、ブランドまたは製品の出自が即座に伝えられないことにあるとしている⁹⁷。その一方で、顧客が、時間とともに、製品またはそのパッケージに施された特定の色について、ブランドを示しているものとして取り扱う可能性についても言及しており、その理由として、色彩については、記述的な語句と同様に、ゆくゆくは製品の出自を示すこともありうることから、セカンダリーミーニングを示すことによって保護適格性が与えられると結論づけている⁹⁸。

次に、連邦最高裁は、デザインについても、色彩と同様に固有の識別力は有しないと示す判断を示している⁹⁹。ここでは、一定のカテゴリーに所属する語句の標章および製品のパッケージについて認められる固有の識別力の特性について、特定の語句を製品に添付すること、あるいは製品に独特のパッケージを施すことの本質は、ほとんどの場合は、製品の出自を認識させることにあるということに由来して認められるものであり、付随的な機能が語句やパッケージに認められたとしても、その主要な機能は出自の識別にあることを示し、これらのシンボルは製造者を示す印であると、消費者が感じるような傾向は、これらのシンボルによって自動的に顧客がブランドに注意を向けるか、あるいは、即座にブランドまたは製品の出自のシグナルと考えることによるものであるとしている¹⁰⁰。そして、添付された記述的な語句またはパッケージによって製品の出自が示されると、消費者がみならず傾向があると仮定することには合理的な理由がないとして、製品を記述している語句（美味しい(Tasty)パン）あるいは地理的な出自を示す語句（Georgiaの桃）に対して固有の識別力を見出すことはできないだろうとする立場を提示している¹⁰¹。この立場は、製品を単に記述しているに過ぎない語句についてはラナム法2条(e)(1)の規定¹⁰²によって、ま

⁹⁶ *Id.* at 212 (quoting *Qualitex*, 514 U.S. at 162-163).

⁹⁷ *Qualitex*, 514 U.S. at 162-163.

⁹⁸ *Wal-Mart*, 529 U.S. at 212.

⁹⁹ *Id.* at 213.

¹⁰⁰ *Id.* at 212-213.

¹⁰¹ *Id.* at 213.

¹⁰² 15 U.S.C. § 1052(e)(1).

た、主に地理的な記述をしている語句については同法 2 条(e) (2)の規定¹⁰³によって、それぞれ固有の識別力を有するとして登録が認められる語句の標章からは排除されていることによって根拠づけられていると判示している¹⁰⁴。

(4) 判決によって示された連邦最高裁の立場

本判決では、子供服のデザインについてラナム法の保護対象となるのかが争われた事案であり、具体的には製品の色彩および製品のデザインにトレードドレスとして保護適格性が認められるのかが検討された。まず、本判決では、ラナム法の保護適格性を判断する過程において、製品のデザインと製品のパッケージを区分する枠組みが示されている。ここで具体的に提示されている立場は、製品のパッケージについてのみトレードドレスを認め、製品のデザインにはトレードドレスを認めないというものではなく、製品のパッケージについては、固有の識別力を根拠にトレードドレスとしての保護適格性を認める可能性がある一方で、製品のデザインについて、トレードドレスとしての保護適格性が認められるには、セカンダリーミーニングを示すことを必要とする立場になっている¹⁰⁵。このように、製品のデザインと、製品のパッケージについて、ラナム法の保護適格性の要件が異なることが、本判決において示されたことによって、製品のデザインと製品のパッケージとの区分が示されたことになるといえるだろう。本判決において、製品のデザインと製品のパッケージによる区分を導入した理由として、この区分の方が、製品のデザインそのものについて固有の識別力の有無を判断することよりも容易であることとしている¹⁰⁶。最も、製品のデザインと製品のパッケージを区分することの困難さについても、連邦最高裁は認識しており、ここではコカコーラの瓶の例を用いて、クラシックなコカコーラの瓶は、瓶のコレクターや缶から飲むよりも瓶から飲むほうがよりスタイリッシュだと考えている者にとっては製品の形状になる一方で、瓶を捨てるような無頓着な者にとっては製品の包装になると説明している¹⁰⁷。この説明からも、製品のデザインと製品のパッケージとの区分についても問題を含んでいることは見て取れるものの、本件の検討対象は、衣服のデザインであったことから、製品のデザインに属するという判断は、比較的容易に導くことができた事案であったということを指摘したい。

また、本判決では、色彩についても、固有の識別力は認められないとする判断を示している¹⁰⁸。ただし、本判決で検討されたのは、製品のデザインとしてほどこされた色彩であ

¹⁰³ 15 U.S.C. § 1052(e) (2).

¹⁰⁴ *Wal-Mart*, 529 U.S. at 213.

¹⁰⁵ *Id.* at 213.

¹⁰⁶ *Id.* at 215.

¹⁰⁷ *Id.* at 215.

¹⁰⁸ *Id.* at 212.

ることから、製品にパッケージの色彩については、検討対象とされていないことも、本稿では指摘する。

5. *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke* ニューヨーク南部地方裁判所判決

(1) 判決の位置付け

次に取り上げるのは、2008年の *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke* ニューヨーク南部地方裁判所判決¹⁰⁹（以下、「*Louis Vuitton* ニューヨーク南部地方裁判所判決」とよぶ）となる。この事件では、原告および被告ともに、商標として登録されたモノグラムが多色づかいでプリントされたハンドバッグを販売しており、このハンドバッグにデザインについて、ラナム法の保護適格性、混同の可能性、および商標の希釈化が争われている。

(2) 事案の概要

Louis Vuitton Malletier（以下、「LV」とよぶ）は、アパレル製品、ハンドバッグ、旅行カバン、およびファッションアクセサリーのデザイン、製造、輸入および販売を業としており、そのビジネスの本拠地をパリに構え、直接、並びに子会社および関連会社を含めて1万人の従業員を雇用していた。これに対して、*Dooney & Bourke*（以下、「D&B」とよぶ）は、1975年に創業され、ハンドバッグおよびファッションアクセサリーのデザイン、製造および販売を業としており、コネチカット州をビジネスの本拠地とし、Peter Dooney が社長とチーフデザイナーを務め、D&Bの全ての製品のデザインについて権限を有していた¹¹⁰。

2002年10月7日に開催された2003年秋向けのファッションショーにおいて、LVは新たなデザインのハンドバッグを発表した。そのデザインは、*Toile Monogram*として登録された商標を基礎に、新たな13色を、白または黒の背景に施したものであった（以下、このデザインを「マルチカラーモノグラム」または「マルチカラー」とよぶ）。LVによる新たなデザインは、アメリカ特許商標庁に登録されていないものであるが、このデザインの発表に対する反響が大きかったことから、LVはマルチカラーモノグラム付けたハンドバッグおよびアクセサリーをコレクションの定番商品に加えることを決定した。白を背景としたハンドバッグは2003年3月に、黒を背景としたハンドバッグは2003年6月から販売されることになった。マルチカラーのハンドバッグおよびファッションアクセサリーの価格帯は、

¹⁰⁹ *Luis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke*, 561 F Supp. 2d 368 (2008).

¹¹⁰ *Id.* at 373.

少なくとも 1500 ドル程度で、シンプルなミラーケースでその価格は 1000 ドルほどであった。2006 年の後半までにマルチカラーモノグラムが付された製品は、アメリカにおいて 18 万 6600 点以上販売され、2006 年 11 月の総売上は、おおよそ 1 兆 4500 万ドルになった。

D&B は、2001 年よりシグニチャーコレクションとして知られている一連の製品を販売しており、その中にはハンドバッグも含まれていた。これらの製品には DB の連結したモノグラムがその表面に施されており、この DB モノグラムは商標として登録されていた¹¹¹。

2003 年に、D&B は It Bag とよばれる一連のハンドバック、小さな革製品、およびアクセサリを発表した。この一連の It Bag には、シグニチャーコレクションで用いられていた DB モノグラムを 9 色で白の背景に、また 7 色で黒の背景にプリントされるものであった¹¹²。この色づけられたモノグラムを白い背景にプリントした製品は、2003 年 6 月に、黒い背景の製品は 2003 年 10 月に小売店で販売され、一連の It Bag の製品の価格帯は、50 ドル以下から 100 ドルで、総じて LV のよく似たサイズで形の製品よりも安価であった¹¹³。2006 年末までに、一連の It Bag の製品は全米で 176 万点以上が販売され、その売上額は、1 兆ドルを超えるものであった¹¹⁴。

LV は 2004 年 4 月に、ラナム法 32 条に基づく商標の侵害、同法 43 条(a)に基づく不正競争および虚偽の出自を示す表示、および 1996 年連邦商標希釈法に基づく商標の希釈化を理由に D&B を提訴した。第一審¹¹⁵においては、暫定的な差止命令を認めなかったことから、LV が控訴し、控訴審¹¹⁶においては、第 1 に商標の侵害については、LV のマルチカラーモノグラムには、表象としての固有の識別力およびセカンダリーミーニングの双方が認められるとしながら、第二に混同の可能性については、第一審判決を取消し再検討のために差戻す判断を示し、第三に商標の希釈化については、LV は現実の希釈化について十分な証拠を示していないとする判断を示した。これによる差戻し審が本判決となる。

(3) 判決内容

(i) 混同の可能性についての検討

本判決で、最も争点となったのは、混同の可能性に関する問題となった。この問題について、本判決では、いわゆるポラロイドテストにおける諸要素を検討している。このポラロイドテストとは¹¹⁷、混同の可能性を判断する際に用いられるマルチファクターテストと

¹¹¹ *Id.* at 374.

¹¹² *Id.* at 374.

¹¹³ *Id.* at 375.

¹¹⁴ *Id.* at 375.

¹¹⁵ *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Brouke, Inc.*, 340 F. Supp. 2d 415 (S.D.N.Y. 2004).

¹¹⁶ *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Brouke, Inc.*, 454 F.3d 108 (2d. Cir. 2006).

¹¹⁷ ポラロイドテストについては、小島崇弘「米国商標法における混同概念の拡張について」知的財産研究所紀要 Vol. 21,

して第二巡回裁判所が定式化したもので、①原告商標の強さ、②原告商標と被告商標の類似性、③原告商品と被告商品の近接性、④先行する商標権者が事業範囲を拡張する可能性、⑤現実の混同、⑥被告が当該標章を使用した際の誠実さ(good faith)との相関性、⑦被告商品の品質、⑧需要者が払う注意の程度が挙げられている¹¹⁸。本判決で、裁判所が D&B の主張において重視したのは、侵害行為があったとされる It Bag がすでに 4 年間も販売されていたにも関わらず、LV は混同の可能性についての証拠を示すことができてないことから、双方の製品が莫大な販売実績を有しているにもかかわらず、現実の世界においては混同は全く生じておらず、従って消費者が混同する可能性について問題は生じていないとした点であった。

本判決では、ポラロイドテストの第二要因について原告標章と被告標章の類似性の判断にあたって裁判所が評価しなければならないことは、問題とされる標章によって創出される全体の印象が、それらが目に留まる状況との関係で、将来の消費者に対して混同の可能性が認められるのかであるとして、検討されることとしては、双方の標章の類似性によって通常の消費者に購入前、購入時、または購入後に混同が生じうる可能性、および双方のマークの相違が、市場の状況のもとであったとしても、混同を打ち消すほど十分に印象的である可能性であると判示している¹¹⁹。

その上で、LV および D&B の標章が付された製品については、多色づかひのモノグラムが白または黒の背景に配置されているハンドバッグであることなど、顕著な類似性が認められるとしながらも、双方については、識別可能な相違点があり、この相違点によって消費者が混同しながら類似のものとみなすことが起きないようにしているとして、双方の標章について類似性を否定する判断を示している¹²⁰。

次に、現実の混同というポラロイドテストにおける第五の要因について検討している。ここでは、まず、連邦第二巡回裁判所による控訴審の判決によって、もし消費者が市場において似ていると言われる二つの商標に一定の期間接していて、そして現実の混同が生じることがなかったならば、後発の商標が混同の原因の原因ではないことを強く示しているものであるということが明らかにされていることを確認する¹²¹。LV は D&B が It Bag を 2003 年から少なくとも 2007 年までの期間に販売したことによって、消費者に混同が生じている証拠を模索してきたが、有効な証拠が示されていないとした¹²²。

その後、標章の採用時における被告の誠実さ、または不誠実さというポラロイドテストにおける第六の要因について検討している。ここでは、D&B の標章の使用に関する意図

23-1 (2012 年) 参照。

¹¹⁸ *Poraroid Corp. v. Polarad Electronics Corp.*, 287 F.2d 492 (2d Cir. 1961), cert. denied, 368 U.S. 820 (1961), 小島・前掲 (117) 23-3 頁参照。

¹¹⁹ *Louis Vuitton*, 561 F.Supp. 2d at 348, (quoting *Louis Vuitton*, 454 F.3d at 118) .

¹²⁰ *Id.* at 384-385.

¹²¹ *Id.* at 386.

¹²² *Id.* at 386-387.

的な欺瞞について、LVが証拠を示せていない状況にあることが確認されている¹²³。さらに、連邦第二裁判所によって、被告が修正版の標章の使用を開始する前に、原告の標章の存在を認識していたということを示すだけでは、ポラロイドテストの第六要因に関する証拠としては不十分であるとする基準が示されていることを確認し、ここでは、被告の行為が、自己の商品が原告の商品に関連しているかのように顧客を欺くこと、すなわち、ラナム法の観点による不誠実さに基づいていることについて、証拠が示されない場合には、この要因は被告に有利に働くことを示している¹²⁴。その上で、LVの示した証拠は不十分として、D&Bを支持する判断を示している。

この他に、本判決は、被告の製品の質というポラロイドテストの第七要因、および顧客が払う注意の程度という第八要因についてそれぞれ検討し、いずれも、混同の可能性の要因とまでは認識できないとする判断を示している¹²⁵。このように本判決では、ポラロイドテストの各要因について検討し、ほとんどの要因がD&Bに有利に働くとし、被告側が、問題になっているハンドバッグについて、消費者の間で、発信源、提携関係、または支援関係に関して混同の可能性が生じることについては、真正な争点(genuine issue)は発生していないことを示したとして、正式事実審理を経ない判決(Summary Judgement)を申請する被告の主張を認める判断を示している¹²⁶。

(ii) 商標の希釈化について

連邦商標希釈法は商標の希釈化について、第一に不鮮明化による希釈化(Dilution by Blurring)、第二に汚染による希釈化(Dilution by Tarnishment)を規定する¹²⁷。本件では、このうち、不鮮明化による希釈化が生じているのかが問題となった。まず、本判決では、商標の希釈化については、商標の侵害と異なり、発信源、支援関係、または提携関係についての混同が生じていないとしても、著名な標章が持つ力が弱められるのであれば提訴可能であるとし、問題となる標章が、極端に、または相当程度に類似している場合に限り、提訴可能であることを確認している¹²⁸。そして、具体的な論点として、標章の著名性(Famousness of Mark)および現実の希釈化の証拠(Evidence of Actual Dilution)について検討している。

まず、標章の著名性について、LVのモノグラムマルチカラーが、アメリカにおける公衆の一般的な消費行動において、標章がその所有者の製品またはサービスの出自に関する称

¹²³ *Id.* at 387.

¹²⁴ *Id.* at 389(quoting *N. Y. Stock Exch., v. N. Y., N. Y. Hotel, LLC*, 293 F.3d 550, at 556 n.1. (2d Cir. 2002)).

¹²⁵ *Id.* at 388-389.

¹²⁶ *Id.* at 389-390.

¹²⁷ 15 U.S.C. § § 1125 (c) (2) (B), (C).

¹²⁸ *Id.* at 390.

号であると広く認識されているという連邦商標希釈法の定義規定¹²⁹に相当するのかを検討し、モノグラムマルチカラーは、狭い隙間の市場をはるかに越え、広範なファッションの市場における高い名声を 2003 年中ごろには確立しているとして、著名性を認める判断を示している¹³⁰。

次に、現実の希釈化について、本判決では、心理的な結びつきは、必ずしも不鮮明化を結果として意味しないとする立場を示している¹³¹。本判決は、LV が示した証拠について、後発的な使用者の標章と著名な商標との間の消費者による心理的な結びつきがあることを示しているものの、連邦最高裁の基準では、心理的な結びつきは、希釈化の提訴事由としては不十分であるとする立場が判示されており、その理由として、心理的な結びつきは、必ずしも連邦商標希釈法において希釈化の要件となる著名な標章がその標章の保有者の製品を識別させる可能性を必ずしも減少させるとはかぎらないことが挙げられている¹³²。

以上のことから、LV のモノグラムマルチカラーは、連邦商標希釈法の対象となる著名な商標には該当するものの、D&B の It Bag とは、消費者の間では心理的な結びつきがあるに過ぎず、不鮮明化は生じていないとして、希釈化を認めない判断を本判決は示している。

(4) 判決によって示された立場

本判決では、ラナム法に基づく商標の侵害について、混同の可能性および商標の希釈化の観点から検討が進められている。とりわけ、控訴審において連邦第二巡回裁判所が差し戻しとして理由については、混同の可能性を判断する際に、LV と D&B の製品の類似性の評価に誤りがあることであるとしている¹³³。

本判決では、モノグラムマルチカラーの標章については、固有の識別力を持ち、さらにセカンダリーミーニングを獲得していることから、保護適格性を有するとした連邦第二巡回裁判所の判断を踏襲したので、主要な争点として検討されたのは、第一には消費者による混同の可能性、第二には標章の希釈化の問題となった。

まず、混同の可能性については、ポラロイドテストにおける各基準について検討し、D & B の標章について LV の標章と混同する可能性の要因までは認識できないとする判断を示している¹³⁴。ポラロイドテストにおける各要因の検討で重視されたこととしては、第二要因について原告標章と被告標章の類似性の判断する際に、両者の識別可能な相違点があったこと、現実の混同という第五の要因について、D&B の製品が一定の期間発売されている

¹²⁹ 15 U.S.C. § 1125(c)(2)(A).

¹³⁰ *Id.* at 391.

¹³¹ *Id.* at 392.

¹³² *Louis Vuitton*, 561 F Supp. 2d, at 391-392, (quoting *Moseley v. Secret Catalogue*, 537 U.S. 418, at 433, 434.

¹³³ 関・前掲 (1) 300 頁。

¹³⁴ *Id.* at 388-389.

にも関わらず現実の混同が生じていないこと、標章の採用時における被告の誠実さ、または不誠実さという第六の要因について、D&Bの標章の使用に関する意図的な欺瞞について、LVの標章の存在を認識していたということを示すだけ不十分であることなどを示して、混同の可能性については否定をしている¹³⁵。

次に、標章の希釈化については、LVの標章が著名であることから、希釈化の検討対象とはなるとしながらも、LVの標章とD&Bの標章との間に、消費者が心因的な結びつきを感じるだけでは、不鮮明化による希釈化は生じていないと判示している¹³⁶。

6. *Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent America* 連邦第二巡回裁判所判決

(1) 判決の位置付け

2012年の *Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent America* 連邦第二巡回裁判所判決¹³⁷では、赤い靴底 (Red Sole) を巡ってハイブランド間で生じた紛争であったことから、ファッションデザインをめぐる知的財産権の問題を象徴的な事案として位置付けられている¹³⁸。本件では、主に、靴の底に赤色という単一の色彩を施したデザインについて、ラナム法の保護適格性を獲得するのかが問題とされている。

(2) 事案の概要

本件では、Christian Louboutin、Christian Louboutin S. A. および Christian Louboutin, L. L. C. (以下では、この三者をまとめて「Louboutin」とよぶ) が、Yves Saint Laurent America Holding, Inc., Yves Saint Laurent S. A. S., および Yves Saint Laurent America L. L. C. (以下では、この三者をまとめて「YSL」とよぶ) に対して、商標の侵害を理由に、ニューヨーク南部連邦地方裁判所に提訴した事件である¹³⁹。

本件において争点となったのは、ファッション産業では単一の色彩 (single color) に対して、商標としての法的保護が提供されるのかという点であり、とりわけ、単一の色彩が、女性用の靴にハイファッションにおける特殊なスタイルの標章として認識されるのかということであった。Christian Louboutin は、女性用の靴のハイファッションにおけるデザイナーであり、1992年以來、ハイヒールの靴の底に、光沢のある赤の塗装を施してい

¹³⁵ *Id.* at 384-389.

¹³⁶ *Id.* at 390-392.

¹³⁷ *Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent America*, 696 F.3d 206 (2012).

¹³⁸ 本判決については、瀏・前掲 (1) 940-941 頁、関・前掲 (1) 294-297 頁参照。

¹³⁹ *Id.* at 213.

て（以下では、このようなデザインを「レッドソール」とよぶ）、2008年には連邦特許商標庁より商標としてレッドソールの登録が承認されている¹⁴⁰。

2011年に、YSLは、紫色、黄色および赤色の一連のモノクロームシューズの販売の準備を始めている。その特徴は、靴底も含めて、単一の色彩が施されていることにあり、赤色のバージョンは内底、ヒール、上部、外底も含めて全て赤色のものであった。YSLがモノクロームシューズを販売するのは初めてのことでなく、1970年代から赤い靴底のものも含めて赤色や他の色彩の靴を販売していた¹⁴¹。2011年1月には、LouboutinはYSLが赤い靴底となるモノクロームシューズの販売を計画していることを知り、YSLがその販売を中止するように交渉したが、交渉が不調に終わったことから、同年4月にLouboutinがYSLをラナム法に基づく商標権の侵害と偽造、出自に関する不当なデザインと不正競争、および商標の希釈化などを理由に提訴した。¹⁴²

ニューヨーク南部連邦地方裁判所は、ファッション産業において、単一の色彩は商標として保護されることはないとして、Louboutinの商標は法的に執行できないとする判断を示した¹⁴³ことから、Louboutinが連邦第二巡回裁判所に控訴した。

（3）判決の内容

本判決において、連邦第二巡回裁判所は、ファッション産業においては、単一の色彩は商標として扱われることはないとする原審の判断は、*Qualitex* 連邦最高裁判所判決¹⁴⁴の立場と相いれないとする見解を示すこと¹⁴⁵によって、単一の色彩であっても、ラナム法による保護適格性が認められる可能性がある立場を示している。

本判決では、単一の色彩による標章について、商標としての保護適格性が認められるかが検討されている。具体的な検討において、第一の枠組みは、問題となっている標章が保護に値するかを判断するものであり、標章が識別的であり、かつ一般的ではないことを要件としている¹⁴⁶。ここで、標章に特定の出自を認識させるような固有の本質が存在するのであれば、固有の識別力が認められることになるが¹⁴⁷、仮に固有の識別力を持たない標章であったとしても、公衆の心情にセカンダリーミーニングを発現させることによって、識別力を獲得することができる。ここでいうセカンダリーミーニングについては、公衆の

¹⁴⁰ *Id.* at 213.

¹⁴¹ *Id.* at 213.

¹⁴² *Id.* at 213.

¹⁴³ *Id.* at 214 (quoting *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc.*, 778 F. Supp. 2d 445, at 451 (S.D.N.Y. 2011)).

¹⁴⁴ *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*, 514 U.S. 159, 162, 115 S.Ct. 1300, 131 L. Ed. 2d 248 (1995).

¹⁴⁵ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 212.

¹⁴⁶ *Christian Louboutin*, 696 F.3d 206, at 212 (quoting *Louis Vuitton*, 454 F.3d 108, at 115, *Genesee Brewing Co. v. Stroh Brewing Co.*, 124 F.3d 137, 143 (2d Cir. 1997)).

¹⁴⁷ *Two Pesos*, 505 U.S. 763, at 768 112 S. Ct. 2753, 120 L. Ed. 2d 615 (1992).

心情において、製品の外観の主要な意味は、製品それ自身ではなく、製品の出自を示す場合となる¹⁴⁸。

もし、原告の商標に、商標法の観点から識別力が認められ、有効かつ保護対象となる場合に、第二の枠組みとして、被告が類似の標章を使用することによって、消費者の混同の原因となりうるのかを検討することになる¹⁴⁹。ここで、商標としての保護適格性および消費者における混同の可能性が示された段階に至っても、被告には、抗弁として当該標章が機能的であるとする主張が認められる可能性があり、この機能性の抗弁については、標章が、伝統的に実用的な機能を有するか、あるいは審美的な機能を有するのかのいずれかを示すことによって立証できるとされている。¹⁵⁰

色彩が商標またはトレードドレスとして保護されうるかについて、1995年の *Qualitex* 連邦最高裁判決では、機能的な側面を持つ製品は、一般的には商標としての役割を果たさないとする立場を示している¹⁵¹。ここでいう機能性については、①伝統的または実用的機能性と、②審美的機能性に分かれ検討されており、本件では、主には、審美的機能性が検討されている。

審美的機能性の理論は1938年頃から提唱されてきたもので、第九連邦巡回裁判所が採用した時点においては、デザインに対する商標の保護適格性を拒絶することを基礎付ける理論として用いられた¹⁵²。第二巡回裁判所は長らく審美的機能性の理論を採用し、ラナム法の保護は、形状における審美的特徴にまでは拡張されることはないとする立場を示しており、その理由については、競合的なデザインの範囲を著しく制限してしまうからであるとしている¹⁵³。

1995年の連邦最高裁判所による *Qualitex* 判決では、審美的機能性に関連して終局的に問題とされなければならないのは、デザインの審美的な特徴に商標権を認めることによって、競争を著しく阻害することはないかであると判示している¹⁵⁴。このように、審美的機能性に関連しては、審美的な特徴に関してまで商標権を認めることによって競争を阻害するのかが問題とする立場が連邦最高裁によって示されたことによって、単一の色彩であったとしても競争を阻害しないのであれば、ラナム法の保護適格性が認められる余地が生じたことになるといえるだろう。

¹⁴⁸ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 216(quoting *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S.844, 851 n.11, 102 S.Ct. 2182, 72. Ed. 2d 606 (1982)).

¹⁴⁹ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 216.

¹⁵⁰ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 216(quoting *New Colt Holding Corp. v. RJG Holding of Fla.*, 312 F Supp. 2d 195, 212 (D. Conn. 2004)).

¹⁵¹ *Qualitex*, 514 U.S. at 165.

¹⁵² *Pagliari v. Wallace China Co.*, 198 F.2d 339 (9th Cir 1958).

¹⁵³ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 221.

¹⁵⁴ *Qualitex*, 514 U.S. at 170. この判決の6年後に示された *TraFix* 判決においても、連邦最高裁は、競合者に対して評判と関連しない観点で、深刻に不利な立場に置くことはないかを検討しなければならないとしている、*TraFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23, 32-33, 121 S. Ct. 1255, 149 L. Ed. 2d 164 (2001).

そこで、ファッション産業において審美的機能性の問題をどのように取り扱うのかについて、検討を進めている。ここでは、アパレル製品については、いかなる単一の色彩についても商標の保護適格性を拒絶するという第一審で示された基準を検討している。この基準は、単一の色彩については、審美的に機能的なものであるとして、商標の保護適格性を拒否するという立場に基づくものといえるだろう。このような第一審の判断とは反対に、連邦第二巡回裁判所では、*Qualitex* 事件において、色彩が商標の要件を充足した場合に、商標の保護適格性を拒否する理由は存在しないとする立場を連邦最高裁が示している¹⁵⁵ことを踏まえて、単一の色彩であったとしても、商標としての保護適格性を有する立場を示している¹⁵⁶。

このように単一の色彩についても、商標としての保護適格性が認められる可能性を示唆して、Louboutin によるレッドソールを具体的に検討している。ここでは、第一に問題となっている標章を保護することの利点と、第二に当該標章と類似的だとされる標章の使用によって、消費者の混同の原因となる可能性があるかについて検討している。まず、Louboutin のレッドソールの標章が、識別的な標章として保護されることの利点について検討している。その結論として、レッドソールの標章については限定的ではあるが、Louboutin のブランドを認識させるシンボルとしてセカンダリーミーニングを獲得していると判断している¹⁵⁷。この判断に至る過程において、まず、単一の色彩については固有の識別性が認められることはないとする *Qualitex* 連邦最高裁判決の立場を確認し、その理由としては、単一の色彩については、ほとんど自動的に顧客に対してブランドを想起させることはないことを挙げている¹⁵⁸。その上で、ファッション産業の特殊な状況のもとでは、単一の色彩がセカンダリーミーニングを獲得し、それゆえに、ブランドまたは出自を識別させる因子となることを否定する理由はないことを示し、セカンダリーミーニングが得られる可能性がある状況としては、単一の色彩が特定のデザイナーによって頻繁かつ顕著に用いられた結果として、その色彩が主要な意義が、製品そのものではなく製品の出自を示すシンボルとして機能していることとしている¹⁵⁹。

そこで、セカンダリーミーニングの獲得を判断する際に、重要となる要因としては、①宣伝に関する支出、②顧客による標章と出自との関連性についての認知度、③製品に対するメディアの一方的な報道、④成功した販売実績、⑤標章を盗用しようとする試み、および⑥独占的に標章を利用していた期間が基準とされていること¹⁶⁰を指摘している¹⁶¹。

¹⁵⁵ *Qualitex*, 514 U.S. at 161.

¹⁵⁶ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 224.

¹⁵⁷ *Id.* at 225.

¹⁵⁸ *Id.* at 225 (quoting *Qualitex*, 514 U.S. at 162-163).

¹⁵⁹ *Id.* at 226.

¹⁶⁰ *Genesee Brewing Co. v. Stroh Brewing Co.*, 124 F.3d 137, 143 n.4 (quoting *Centaur Commc'ns, Ltd. v. A/S/M Commc'ns, Inc.*, 830 F.2d 1277, 1222 (2d Cir. 1985)).

¹⁶¹ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 226.

以上のように、Louboutin によるレッドソールに商標としての保護適格性を認めらながら、YSL による靴のデザインは、靴全体に赤色の色彩を施していることから、混同の可能性を惹起させることはないとする判断を導いている¹⁶²。これらの要因を検討した結果として、Louboutin の標章のセカンダリーミーニングが与えられるのは、光沢のある赤色の靴底を、靴の隣接する他の部分と対照させる目的で使用している場合となることを判示している¹⁶³。そして、Louboutin のレッドソールの標章は有効であるとしながらも、YSL によるモノクロームシューズの赤い靴底は、Louboutin のレッドソールを利用したものでもなければ、混同させようとして似せたものでもないことから、YSL が Louboutin の標章を侵害したものでもないとする結論を示している¹⁶⁴。

(4) 判決によって示された立場

本判決では、単一の色彩にラナム法の保護適格性が認められるのかについて、具体的な基準が示されており、具体的には、単一の色彩についても、固有の識別力が認められることはないものの、セカンダリーミーニングの獲得によって保護適格性が認められるとする基準が示されている¹⁶⁵。この基準は、単一の色彩に審美的機能性を認めてラナム法の保護適格性を認めないとする立場を採らないことを明らかこと¹⁶⁶によって示されているといえるだろう。

本判決では、Louboutin のレッドソールにはセカンダリーミーニングが備えられているとして、ラナム法の保護適格性を認めているが、最終的には YSL によるトレードドレスの侵害はないという判断を示している。その理由として、レッドソールに認められるセカンダリーミーニングが限定的なものであるということと、YSL のデザインが、Louboutin の製品との混同を意図したものではなかったことが指摘できるだろう¹⁶⁷。

7. アメリカ判例法の検証

(1) トレードドレスの商標保護適格性と識別力

アメリカのファッションに関連する領域の判例および裁判例において、どのようなこと

¹⁶² *Id.* at 228.

¹⁶³ *Id.* at 228.

¹⁶⁴ *Id.* at 228.

¹⁶⁵ *Id.* at 226.

¹⁶⁶ *Id.* at 224.

¹⁶⁷ *Id.* at 228.

が判示されてきたのかを検証していきたい。

まず、本稿において指摘したいこととして、ファッションに関連する判例・裁判例が、トレードドレスに関する法理の形成に、影響を与えたということがある。

具体的な影響として、第一には、トレードドレスのリーディングケースとして位置付けられる *Two Pesos* 連邦最高裁判決において、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決において提示された語句に対する識別力の分類¹⁶⁸を基礎に、識別力に関する理論を構築している¹⁶⁹ことを指摘する。*Two Pesos* 連邦最高裁判決以前は、トレードドレスが商標としての保護適格性を有するのかを判断する際に、セカンダリーミーニングの獲得が必要なのかについて、各連邦巡回裁判所の間で見解が異なっており、連邦第五巡回裁判所が示した *Chevron* 事件で示したテストと連邦第二巡回裁判所が *Seabrook* 事件で示したテストという2種類のテストが存在していた¹⁷⁰。

これら二つのテストのうち¹⁷¹、*Chevron* 事件で示されたテストは、問題となっているトレードドレスに固有の識別力が認められるには、該当するトレードドレスが特殊的 (arbitrary) あるいは暗示的 (fanciful) なものであって、製品の特徴を述べる機能、または製品の効果的な包装を補助する機能をいずれも有さないことを申し立てなければならないとするものである¹⁷²。これに対して、*Seabrook* 事件で示されたテストでは、①デザインが一般的に基礎的なものであるかどうか、②デザインが特定の領域において特徴的または独特のものであるかどうか、③それは特定の種類の物品に対して一般的に適用されており、よく知られている装飾の単なる改良版にすぎないのかどうか、あるいは、④それは、付随している言葉とは別個の商業的な印象を想像しうるものであるかどうかを問題にするものであった。これら両基準を比較して認識できることとしては、*Chevron* 事件で示されたテストは、*Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決において提示された分類を参照に、固有の識別力を判断する基準を構築していることである。興味深い点として本稿が指摘したいのは、*Abercrombie & Fitch* 判決を示した連邦第二巡回裁判所は、トレードドレスについては、*Seabrook* 事件で示されたテストを採用し、*Abercrombie & Fitch* 判決によって示された識別力に関する分類方法を採用してはいないということである。

連邦最高裁は、*Two Pesos* 連邦最高裁判所判決において、*Chevron* 事件で示されたテストを支持する立場を示し、その保護適格性が認められる範囲を少し拡張して、示唆的なトレードドレスについても、固有の識別性を備えているとする立場を示している¹⁷³。このような拡張は、異例のものではなく、示唆的な標章については、固有の識別性を有すると考えら

¹⁶⁸ *Abercrombie & Fitch*, 537 F.2d at 9.

¹⁶⁹ *Two Pesos*, 505 U.S. at 768.

¹⁷⁰ *Gambino & Bartow supra* note (30170), at 171.

¹⁷¹ これら二つのテストについては、See, *Gambino & Bartow supra* note (30170), at 172.

¹⁷² *Chevron Chem. v. Voluntary Purchasing Groups*, 659 F.2d 4,9 (5th Cir. 1981).

¹⁷³ *Two Pesos*, 505 U.S. at 768.

れていたことを背景に、示唆的なトレードドレスについても固有の識別性を有する判断が示されたものと分析されている¹⁷⁴。Abercrombie & Fitch 連邦第二巡回裁判所判決において、語句に関する識別力と商標の保護適格性に関連して示された基準が、連邦第五巡回裁判所による Chevron 事件で示されたテストを経由して、連邦最高裁によって採用されることになったともいえるだろう。

Two Pesos 事件において連邦最高裁が、Chevron 事件で示されたテストを適用したことによって、商標としての保護適格性における識別力の観点では、商標およびトレードドレスが同様に扱われる姿勢が示されていることが指摘できるだろう。この姿勢の背景には、連邦最高裁の認識として、ラナム法 43 条(a) 語句の識別力に関する分類基準を、トレードドレスについても適用する立場を示していることとも関連づけられるといえるだろう。

(2) 商標としての保護適格性の要件とセカンダリーミーニング

ファッションに関連する判例とトレードドレスに関して、本報告書が第二に注目する点として、トレードドレスの保護適格性を判断する際に、製品の形状と製品のパッケージを区分する立場を基準として示し、さらに製品の形状・デザインのトレードドレスの保護適格性については、セカンダリーミーニングを要件とする基準を示していることを指摘したい。この基準は、Wal-Mart 連邦最高裁判決において、製品のデザインに関して商標の保護適格性を判断されたことに基づくものであり、その背景には、Two Pesos 連邦最高裁判決では、店舗の内外装を製品のパッケージとして位置付けて、固有の識別力が認める場合があることを示したことがあると認識できるだろう。

Wal-Mart 事件においては、製品のデザインについて、商標としての保護適格性が認められるには、セカンダリーミーニングを必要とする基準が示されている¹⁷⁵。この基準は製品の形状全般について適用されることになり、製品の形状に商標としての保護適格性が認められるには、セカンダリーミーニングを必要とする立場を示されていると言えるだろう。さらに、Wal-Mart 事件では、色彩の保護適格性についても検討しており、保護適格性の要件としてセカンダリーミーニングが必要とする立場が示されている。

以上まとめると、ラナム法における保護適格性とセカンダリーミーニングとの関連性が明確になってくる。ラナム法の保護適格性を得るために、セカンダリーミーニングが必要となるのは、①固有の識別力を有しない製造物のパッケージ、②製造物の形状・デザイン、および③単一の色彩についてである。若干注意を必要とするのは、製品の形状・デザインについては、すべての場合についてセカンダリーミーニング必要とするが、製品のパッケージについては固有の識別力が認められない場合にセカンダリーミーニングを必要とする

¹⁷⁴ Gambino & Bartow *supra* note (30170), at 173.

¹⁷⁵ Wal-Mart, 529 U.S. at 213.

ということである。また、色彩についてセカンダリーミーニングが要件となるのは、単一の色彩の場合であって、複合的な色彩については固有の識別力が認められる余地も存在している。この場合についても、製品の形状に施した複合的な色彩については、セカンダリーミーニングを得る必要が生じてくる。別の観点からこの基準を示すのであれば、製品のパッケージについては、固有の識別力が認められ、商標の保護適格性が認められる場合があるが、単一の色彩をパッケージに用いたとしても固有の識別力は認められないといえるだろう。

(3) 小括：ファッションの領域におけるトレードドレスの特徴

アメリカのファッションの領域において、商標と関連する判例・裁判例を検証した。ファッションの領域においてトレードドレスの保護を巡って紛争が生じており、ここで問題となるトレードドレスにラナム法の保護適格性が認められるには、セカンダリーミーニングを獲得していることが要件となるということである。その理由は、ファッションの領域におけるトレードドレスについては、そのほとんどがファッションデザインに関連するか、または色彩に関連するものであることから、*Wal-Mart* 連邦最高裁判決において、これらのトレードドレスについて保護適格性が認められるには、セカンダリーミーニングの獲得が必要とされると判示されている¹⁷⁶ことにあるといえるだろう。ここでいうセカンダリーミーニングとは、標章およびトレードドレスが、特定の出自を固有の関連づけがなされていることを意味すること¹⁷⁷から、ラナム法の保護適格性が認められるファッションデザインは、製品の出自と関連づけられていることが指摘できるだろう。

Ⅲ. ファッションと商標の関連性をめぐる論争

1. 海賊版のパラドクスをめぐる議論

(1) 海賊版のパラドクス

アメリカの学説においては、いわゆる海賊版のパラドクス(The Piracy Paradox)とよばれる理論が、ファッションに対する知的財産権の適用に関連して有力に提唱されている¹⁷⁸。この理論は、ファッション産業においては、音楽、映像、ゲームまたは出版産業と比較すると、知的財産権による保護が比較的緩やかであり、模倣行為(Copying)または海賊版

¹⁷⁶ *Id.* at 213.

¹⁷⁷ *Two Pesos*, 505 U.S. at 767, n. 4.

¹⁷⁸ Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687 (2006).

(Piracy)に寛容であるにも関わらず、創造的な活動はそれほど損なわれていない状況をどのように説明するのかという問題意識から、海賊版や模倣行為はむしろファッション産業にとっては、イノベーションを促進し、オリジナルデザインの提供者を利するものであるとする理論を、海賊版のパラドクスとして示している¹⁷⁹。ただし、この理論を検証する際に、注意しなければならないこととして、海賊版のパラドクスの検討対象は、アパレル製品のデザインの模倣であって、ブランドの名称は対象外であると論者が明示している点¹⁸⁰を指摘しておく。

この理論の内容を確認する¹⁸¹。海賊版のパラドクスでは、第一に陳腐化の促進(Induced Obsolescence)、第二にアンカリングという二つの理論的な説明モデルによって、模倣行為を知的財産権で規制しない方が、イノベーションが促進されること示している。

第一の、陳腐化の促進については、アパレル製品は、地位財(positional goods)の性質を持つことを前提としてモデルを構築している。このように地位財は、ある一定数の人が所有するまでは、財の価値が増加するが、それ以上が所有すると急激にその価値を低下させるという二面性を有している¹⁸²。ここでは、陳腐化が促進される過程として、第一には、安価で明らかに質の劣る(obviously inferior)複製品が拡散することによって、オリジナル製品の社会的価値が損なわれるというもの、第二には、ファッションをいち早く求める者にとっては、デザインが広範に拡散されたという事実は、典型的にその価値を減少させるに十分なものであるということである¹⁸³。これらプロセスにより、模倣はファッションサイクルを加速させ、次のファッションデザイナーにとって革新的になるサイクルをより多く提供することになる。このことは個々のデザイナーにとっては痛手になるが、全体的には模倣はファッション産業にとっては利益になることを指摘するものである¹⁸⁴。

第二のアンカリングについては、ファッションにおけるトレンドの形成過程における模倣の役割を説明するものである。具体的には、特定のファッションデザインが模倣されることによってトレンドとしての地位を確かなものとするというものとなる。このようなアンカリングが発生する背景には、流行を追う人々がトレンドを認識可能なものしたいという要望があり、一連の重要なトレンドと、大多数の主要でないトレンドを識別する際には、模倣は重要な機能を果たしていることが指摘されている¹⁸⁵。このアンカリングの機能としては、ファッションに意識的な顧客にとっては、①流行が推移するタイミング、②何が新

¹⁷⁹ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1692.

¹⁸⁰ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1775.

¹⁸¹ この問題については、Dayoung Chung, *Law, Brands, and Innovation: How Trademark Law Helps to Create Fashion Innovation*, 17 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 492 (2018), at 499-502.

¹⁸² Raustiala & Sprigman, *supra* note(178) 1718-1719, see Robert Frank, *Luxury Fever: Why Money Fails to Satisfy in an Era of Excess*, 159-165(1999), Juliet Schor, *The Overspent American: Why We Want What We Don't Need* (1999).

¹⁸³ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1720.

¹⁸⁴ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1727.

¹⁸⁵ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1728.

たな流行とされたのか、および③流行のなかに居続けるには、何を買うべきなのかを理解することを助力することが指摘されている¹⁸⁶。

(2) 海賊版のパラドクスの位置付け

海賊版のパラドクスの位置付けについて確認する。まず、この理論は、ファッションの領域において、必ずしも知的財産権による保護が十分に確保されていないアメリカの法状況を分析の対象として、その説明を試みる記述的なモデルを提示している論稿として位置付けることが妥当であることを、本報告書では指摘したい。この理論の目的は、一見すると知的財産権による保護が強く要請されるように見えるファッションの領域において、知的財産権の保護が制限的であるという状況がなぜ生じているのかを、記述的に説明することにあると認識するのであれば、海賊版のパラドクスの理論から、規範的な主張を導くということは、本来、この論稿が目的としているところではないと言えるのかもしれない。

海賊版のパラドクスの理論形成においては、ブランド名が模倣されることについては分析の対象外としているが¹⁸⁷、いくつかの場面において、商標の意義が検討されている。まず、陳腐化の促進との関連において、商標によって多くの模倣品からオリジナルが識別可能となることから、エリートが大衆から識別できることについて検討している。ここでは、商標が付されている部分は、ほとんどの場合は、衣服の内側であって、衣服の外側で、その卓越性をアピールすることは稀であることを指摘しながらも、視認できる標章の存在によって、模倣行為がイノベーティブなデザインを拡散させる効果を鈍化させられる可能性について説明している¹⁸⁸。

このように、商標をデザインに組み込むことによってオリジナルと模倣品との識別が可能となることから、模倣行為によって陳腐化が抑制させられる可能性について、海賊版のパラドクスでも着目しているものではあるが、ただし、商標のみではデザインの模倣を完全に防止することはできないことを指摘している¹⁸⁹。ここで着目すべき事項として本報告書が指摘するのは、商標による保護の対象となり、模倣が制限されるのは、商標に関連したデザインに限定されるということとなる。

¹⁸⁶ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1729.

¹⁸⁷ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1692.

¹⁸⁸ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1729.

¹⁸⁹ 具体的には、Chanel とそのチーフデザイナーを務めていた Karl Lagerfeld を例として検証し、企業としての Chanel の高い評価はその強力な標章の成果であるとしつつも、著名な女性用のジャケットのデザインは広く模倣されていることを指摘している, Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1723.

3. 「商標を着た悪魔 (The Devil Wears Trademark)」において提唱された見解

(1) 見解の概要

ファッションの領域における商標の適用を批判する見解が、「商標を着た悪魔 (The Devil Wears Trademark)」と題する¹⁹⁰論稿として提唱されている¹⁹¹。この論稿では、ファッションデザインと商標が争点となった判例・裁判例を検証した結果として、商標権による保護が拡張されていることを指摘する¹⁹²。そして、商標法による保護は擬似デザイン (quasi-design) の保護を助長し、その結果として、ファッション産業を芸術的にも経済的にも停滞させかねないとする結論を導き出している¹⁹³。前述の海賊版のパラドクスは、ブランドの名称を対象外にしていたこととは対照的に、「商標を着た悪魔」の著者は商標によるアパレル製品のデザインの保護を直接的な検証対象としている。

この論稿では、ファッションデザインを商標で保護することは、規範的、経済的および法的に複雑に織り成された帰結を招くとして、具体的には、第一に、ファッションデザインにおけるイノベーションを抑圧し、第二にバランスに欠く保護制度を構築することによって既存のファッションハウスに特権を与え、第三にファッションの領域において明瞭さに欠けた商標の原理を構築するとして、そしてこれらのことが導く帰結として、第四にアメリカ合衆国と他の国々との間の知的財産権による保護のアプローチが統一性されないという永続的に望ましい結果ではない状況を出現させるという主張を展開している¹⁹⁴。以下では、この見解のうち第四の指摘は、ファッションデザインの保護について、商標を中心に制度を構築するアメリカ合衆国の立場は、著作権を中心に制度を構築するヨーロッパ諸国と相違するという事実状態を示すものであり、これは妥当な認識であると言えるだろう。そこで、本報告書では、残りの三つの主張のそれぞれについて批判的な視点から検証を進める。

(2) 擬似デザインの促進についての検討

「商標を着た悪魔」では、商標制度による擬似デザインの保護は、デザインにおける芸術的なイノベーションを阻害し、その代わりにロゴ・ファッションを志向する倒錯的なま

¹⁹⁰ この論題は、ファッション雑誌とファッション産業を舞台にした著名な映画「The Devil Wears Prada (ブラダを着た悪魔)」に基づく。この論題については、*淵・前掲* (1) 936 頁

¹⁹¹ Note, *supra* note (6), この論稿は、Harvard Law Review に Note (匿名の学生による論稿) として掲載されている。この論稿については、*淵・前掲* (1) 934、936-937、939、942-944 頁において紹介されているが、この論稿が主張する見解に賛成が反対については立場を示していない。

¹⁹² Note, *supra* note (6), at 1009.

¹⁹³ Note, *supra* note (6), at 1016.

¹⁹⁴ Note, *supra* note (6), at 1011.

での動機付けを与えると主張し、その理由については、デザイナーが新たなデザインを創造することより、商品への法的保護を確保しようとして、より多くのロゴを発生させよう試みるからであるとされている¹⁹⁵。永続性を有する商標権は、一時性というファッションにおける信条と正反対のものであるとし、さらに、商標の効果を原理的に拡張することは、商標など擬似デザインのクリエイターに永続的な独占権という特権を与えることを批判している¹⁹⁶。このような批判に加えて、「商標を着た悪魔」では、デザイナーによるロゴ偏向的なデザイン手法(*logo-centric approach*)は、ブランド自身にとって望ましくないことを指摘しており、具体的には、よく知られているロゴは、安易にコピーされることから、ステータスに熱狂する人々によってコピーされたロゴが望ましくない様式で使用される可能性があり、このような無遠慮で見境のないロゴの使用に対して、多くの人々が嘲笑するか、あるいは不満を持ち始めていることを指摘している¹⁹⁷。

「商標を着た悪魔」において、商標による保護によってロゴに依存したファッションデザインが助長されるとして、その弊害を指摘することは、全体的な主張の基軸をなすものとも考えられる。本報告書における検討において、最も批判的な立場を提示するのは、この第一の主張になる。

「商標を着た悪魔」の議論では、擬似デザイン(*quasi-design*)、ロゴ偏向的(*logo-centric*)などの語句を用いており、とりわけ、擬似デザインという語句は、アメリカの判例を分析する際にも、商標の法原理が擬似デザインを保護してきた過程を検証するとしていることから¹⁹⁸、論者の問題意識の中核を構成する概念であることが伺える。

まず、本報告書では、擬似ファッションをはじめとする語句については、「商標を着た悪魔」の論者によって設定された造語であって¹⁹⁹、アメリカの判例において裁判所が問題として意識していた事項ではないことを指摘したい。そこで、ロゴやマークと関連づけられたデザインを、ファッションデザインから峻別させて、擬似デザインと位置付けることについて検討したい。確かに、ロゴやマークに関連づけられたデザインには、商標としての保護適格性が認められうることに於いて、他のファッションデザインとは異なる特性を指摘することは妥当と言えるだろう。しかし、ロゴやマークに関連づけられたデザインが促進されることが批判されなければならないのかについては、検討を要すると本報告書は考える。

「商標を着た悪魔」の論者は、商標の保護によって、ロゴやマークに関連づけられた擬似ファッションが、デザインにおける芸術的なイノベーションの妨げとなると主張するも

¹⁹⁵ Note, *supra* note (6), at 1011.

¹⁹⁶ Note, *supra* note (6), at 1011.

¹⁹⁷ Note, *supra* note (6), at 1012.

¹⁹⁸ Note, *supra* note (6), at 1002-1003.

¹⁹⁹ 例えば、擬似デザイン(*quasi-designs*)については、Note, *supra* note (6), at 995, において、ロゴとデザインの間を渡り歩くパターンまたは形状と定義されている。

のである。これに対して本報告書は、法学の立場から、あるデザインについては芸術的、あるいはイノベーティブであり、他のデザインについてはそうではないと峻別することには、慎重でなければならないとする立場を示したい。「商標を着た悪魔」では、定義の段階で擬似ファッションという語句を導入して、ロゴやマークと関連づけられたデザインを、それ以外のデザインに劣位のもののように印象付けているが、擬似デザインとその他のデザインの間には、どのような優劣があるのかについては、十分に論じていない。「商標を着た悪魔」では、擬似デザインの例として、デザイナーは既存のロゴを異なる背景に配置したり、既存のロゴとの相互作用を生み出すことによってブランドを認識可能にするということを指摘している²⁰⁰ものの、このようなデザインが何故創造性において他のデザインより劣位なのかは不明であるということを本稿では指摘したい。むしろ「商標を着た悪魔」で指摘されているような擬似デザインの例についても、ファッションデザインにおける重要な要素に位置付けられるのではないかと考える。例えば、いわゆるストリートファッションにおいては、ロゴやマークはそのデザインの重要な要素として位置付けられ、ロゴやマークをどのように用いて市場に受け入れられる製品を創作するのかが、デザインにおいても重要な地位を占めると言えるだろう。そのようなデザインについて、単に既存のロゴと関連しているという特性のみを抽出して、創造性を欠落していると法学の立場から断言することはできないと考える。

「商標を着た悪魔」の主張は、商標によってファッションデザインを保護することの弊害を指摘するものであるが、商標が保護できるのは、製造者の出自を示すデザインに限定されている。期間について商標は永続的な保護を与えるものではあるが、そのような永続的な保護はすべてのデザインに与えられるのではなく、製品の出自を示すデザインに限定されており、そのようなデザインが市場の支持を永続的に得られるのかについては、必ずしも確かではないとも言えるだろう。

商標による保護という文言からは、ロゴやマークに関連づけられたデザインに何らかの特権が与えられるような印象を得られがちであるが、仮に、このようなデザインに法的保護が与えられないことが何を意味するのかを検討を進めたい。製品の出自を示すデザインに法的な保護を与えないということは、模倣されたデザインによって製品の出自が他人であるかのように表示することを、すべての人に対して認めるということの意味する。別の言葉でいうならば、商標による保護がなければ、ロゴやマークの保有者は、他人の製品の出自が自分であるかのような模倣デザインを他人が施すことを認容しなければならないことになる。アメリカにおいて、商標侵害および不正競争は、詐欺に対するコモンローに基づく訴訟を起源としており、そのような保護を求める不法行為における訴えの主旨は、他人の商標の模倣による商品市場への詐欺にあること²⁰¹を考慮に入れると、他人のロゴやマ

²⁰⁰ Note, *supra* note (6), at 1012.

²⁰¹ Gambino & Bartow *supra* note (30170), at 35.

ークを模倣することは肯定されるべきではないとする立場を本報告書では示したい。

もう一点、「商標を着た悪魔」では、ロゴがブランドの意図に反してコピーされることによって、ブランド自身の価値が毀損されることを以って、擬似デザインの弊害と位置付けているが、このようにブランドの意図に反するコピーという現象は、むしろ法的保護の必要性を裏付けているのではないかということの本稿では指摘したい。日本においても、ブランドの名称が、全く無関係の店舗の名称として使用されたことが、不正競争防止法にいう著名商品と表示としての保護の対象とされた裁判例²⁰²が存在している。

(3) 既存のファッションハウスへの特権の付与についての検討

「商標を着た悪魔」による第二の主張として、デザインされたロゴを商標で保護することは、既存のデザイナーにとって好都合なもので、新興のデザイナーにとっては不利にはたらくというものである。

こちらの主張については、商標によってファッションデザインの保護することに伴う一つの帰結として妥当なものと考えられ、また、その説明の記述的なプロセスについても合理的なものと言えるだろう。ただし、このような記述的説明から、商標によるファッションデザインの保護を制限すべきという規範的主張を直接的に導くことができるのかについては注意が必要であると考ええる。実際のファッション産業においては、著名なファッションハウスによって新興のデザイナーを起用されることが頻繁に行われていることから、新興のデザイナーが一方的に不利益を被るということが、どの程度成り立つのかは測りかねるということを指摘したい。

(4) ファッションデザインに対する不鮮明な保護枠組みについての検討

「商標を着た悪魔」では、裁判所による擬似デザインの保護では、デザイナーの信頼に足るような包括的で長期的な保護を導入できないことを指摘するものであり、裁判所によって示されているいわば手作業で、単発的な判決では、今後裁判所がどのように法理論を適用するのかについて、ほとんど方向性が示されてなく、そして、将来のデザイナーと潜在的な模倣者に対して、裁判所が実際のところ、どこで線引きをするのかについての予想可能性がほとんど存在しないと指摘するものである²⁰³。ここでは、具体的には、*Christian Louboutin* 連邦第二巡回裁判所判決を参考に、この判決では、Louboutin 側については、レッドソールを使用する永続的な権利を獲得でき、一方で、YSL 側については、靴全体を

²⁰² 代表的な事案として、東京地判昭和 59・1・13 判時 1101 号 109 頁。この事案については、角田＝関・前掲 (2) 206-207 頁参照。

²⁰³ Note *supra* note(6), 1013.

赤にデザインした靴については、Louboutin の商標権を侵害しないことが確認されていることを確認し、ここでは、例えば下級審によって採用されている審美的機能テストを適用して安定的な判断を示そうとする立場を取らないことから、茫漠とした状況を導いているとしている²⁰⁴。

このような状況認識については、アメリカにおけるファッションに関連する商標の判例に対する評価によるところが大きいということを指摘したい。本報告書は、トレードドレスの保護適格性を示した一連の判例を参照すれば、ファッションデザインの商標としての保護適格性の判断はある程度明確な基準で判断できることを提示したい

「商標を着た悪魔」では、宝飾ブランドであるティファニーが、ティファニーブルーとよばれる特徴的な色彩を使用することを例にして、このような場合について、商標として有効な保護を受けられのかが不明であると説明している²⁰⁵。この事例に対して、これまでの判例理論によれば、ティファニーブルーを製品の包装として用いている場合には、製品のパッケージとして位置付けられることから、固有の識別力が認められる可能性があるものの、ティファニーブルーという単一の色彩について保護適格性が認められるには、セカンダリーミーニングを獲得することが必要となる²⁰⁶。また、ティファニーがその製品であるアクセサリなどに、ティファニーブルーを用いた場合には、製品のデザインに位置付けられることからセカンダリーミーニングの獲得が常に必要となる。このように、「商標を着た悪魔」におけるアメリカの判例の認識では、ファッションに関連する事案によって形成されたトレードドレスの法理論を重視していない、あるいは捨象しているとも考えられることから、この主張については受け入れることができないとする立場を示したい。

4. アメリカにおけるファッションデザインと商標との理論的分析

アメリカにおけるファッションデザインと知的財産権に関する議論を、商標との関連性を中心に検証してきた。学説においては、知的財産権ないし商標制度によるファッションデザインに対する保護が分析の対象とされてきた。ここで、注意されなければならないこととしては、商標による保護については、その期間は永続的であるものの、保護の対象となるデザインは製品の出自を示すことと関連するものに限定されていることであることを、本報告書は指摘したい。海賊版のパラドクスの議論においては、商標による保護対象となるファッションデザインが限定的であることを留意して、ファッションデザインによる知的財産権の保護における商標の役割は限定的であることを意識していることがうかがえる

²⁰⁴ Note *supra* note(6), 1013.

²⁰⁵ この色彩はコマツグミ (Robin)の卵に由来する, Note *supra* note(6), 1013-1014.

²⁰⁶ 色彩のトレードドレスとしての保護適格性については, Gambino & Bartow *supra* note (30170), at 109.

これに対して、「商標を着た悪魔」では、商標の保護が永続的であることに着目し、ファッションデザインの傾向が、商標の保護対象と関連づけられることを指摘する²⁰⁸。ここで指摘される傾向については、記述的には妥当なものであると考えられるが、商標と関連づけられているファッションデザインの選択肢が限定的であることを踏まえて、法的な観点から評価をするべきではないかと考える。

アメリカの商標制度を検討するにあたっては、商標制度は、不法行為法を起源としていること²⁰⁹にも着目するべきではないかということ、併せて本報告書では指摘したい。商標による保護政策を緩和させることは、標章の保有者にとっては、他人の製品に、標章の保有者の出自を示すことを認容する義務を負わせることを意味することを勘案して、保護の程度などを検討する必要があるという立場を、本報告書では提示したい。

IV. 日本法への示唆

1. トレードドレスの把握

本報告書では、アメリカにおけるファッションと知的財産権の問題について、商標に関する問題点を中心に検証してきた。そこで得られた帰結として、アメリカにおけるファッションと商標に関連する判例・裁判例が、トレードドレスの理論および制度の構築に作用したということである。トレードドレスについては日本においても産業構造審議会知的財産分科会報告書『新しいタイプの商標の保護等のための商標制度の在り方について』（以下では、「産業審議会平成25年報告書」とよぶ）では、動き、ホログラム、輪郭のない色彩、位置、音、匂い、味、触角と併せて「非伝統的商標」としての検討対象にされている²¹⁰。これら非伝統的商標のうち、トレードドレス以外については、それぞれ定義がなされているものの、トレードドレスは、国際的にその定義が確立しておらず、保護される対象も一義的に定まっているとは言いがたいとする認識が示されている²¹¹。このような認識に基づきながら、海外主要国において登録されている例を参考に、トレードドレスについては、商品の立体形状、商品の包装容器、建築物の形状（店舗の外観（内装）、建築物の特定の位置に記される色彩等が含まれるものとして、トレードドレスは立体商標等によって保護

²⁰⁷ Raustiala & Sprigman, *supra* note(178), at 1699.

²⁰⁸ Note *supra* note(6), at 1011.

²⁰⁹ Gambino & Bartow *supra* note (30170), at 109 (quoting Jeff Resnick, Trade Dress Law: The Conflicts Between Product Design and Product Packaging, 24 Whittier L. Rev. 253, 257 (2002))

²¹⁰ 産業構造審議会知的財産分科会報告書『新しいタイプの商標の保護等のための商標制度の在り方について』平成25年（2013年）2-3頁、https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/shohyo_bukai_houkokui.htm, (visiting at Feb. 27 2019).

²¹¹ 産業構造審議会知的財産分科会報告書・前掲（210）2-3頁。

されうる可能性が示唆されてきた²¹²。

本報告書では、アメリカにおいてトレードドレスの理論を構築した判例を検証した結論として、トレードドレスとは、商標として登録される具体的対象ではなく、語句やマークのように伝統的に商標の対象となる標章以外に、商標としての保護適格性が認められる対象の総称を示す概念として把握されてきたこと指摘したい。現代のアメリカにおいては、トレードドレスと商標について格別に異なるものとしては取り扱わない姿勢が一般的であることが示されている²¹³。このようなトレードドレスに関連する理論構築においては、ファッションに関連する判例・裁判例が貢献していることを指摘したい。

そこで、トレードドレスについてどのような理論が、アメリカの商標制度に関連して構築されているのかを確認したい。まず、トレードドレスとしての保護適格性について、商標に関する保護適格性の基準を適用している。具体的に基準としては、製品のパッケージと製品の形状に峻別して検討し、このうち製品のパッケージについては、固有の識別力が認められる可能性があり、また、固有の識別力が認められない場合についてもセカンダリミーニングの取得によって識別力が認められる場合には、商標としての保護適格性を認めるとしている。一方、製品の形状については、常にセカンダリミーニングの取得によって識別力が認められた場合に限り、商標としての保護適格性が認められることになる。また、単一の色彩については、セカンダリミーニングを獲得した場合については、商標としての保護適格性を認めるとする立場を示している。

これらの基準にファッションに関連する判例・裁判例がどのように影響しているのかを検証していきたい。まず、商標と同様の識別力に関連する基準に従ってトレードドレスに関する保護適格性を判断するという立場については、アパレル製品に付された語句が検討された *Abercrombie & Fitch* 連邦第二巡回裁判所判決において示された語句の識別力に関する分類を参照に、*Two Pesos* 連邦最高裁判決が、トレードドレスの保護適格性を判断していることから形成されている。

Two Pesos 連邦最高裁判決では、店舗の内外装のトレードドレスについて、セカンダリミーニングの証明を必要としないでラナム法の保護適格性が争われた事案であるが、ここで、店舗の内外装について、固有の識別力が備わっているとしてトレードドレスの保護適格性を認めている²¹⁴。これに対して、*Wal-Mart* 連邦最高裁判決では、ファッションデザインおよび色彩のトレードドレスが争点とされており、このうち、ファッションデザインについては、製品のデザインと位置付け、保護適格性が認められるにはセカンダリミーニングの証明を要件とする立場が示されている²¹⁵。一方、ファッションの領域における色彩については、*Wal-Mart* 連邦最高裁判決では保護適格性が認められるにはセカンダリミ

²¹² 産業構造審議会知的財産分科会報告書・前掲 (210) 2頁。

²¹³ *McCarthy on Trademarks* §8:1.

²¹⁴ *Two Pesos*, 505 U.S. at 769.

²¹⁵ *Wal-Mart*, 529 U.S. at 213.

ーニングの証明を要する基準が示され²¹⁶、さらに、*Christian Louboutin* 連邦第二巡回裁判所判決において、単独の色彩について、セカンダリーミーニングの条件を具体的に検討している²¹⁷。

このようにアメリカのファッションの領域における判例・裁判例では、ファッションデザインおよび色彩がラナム法の保護適格性を得るにはセカンダリーミーニングを必要とする立場が示されており、今後日本において、ファッションの領域における法的保護を検討する際には、セカンダリーミーニングの内容について基準を提示することが課題となることを指摘する。また、ファッションの領域に限らずに、トレードドレスの法制度を検討するには、法的保護適格性において、識別力をどのように把握するのか、とりわけ製品のパッケージと製品のデザイン・形状との峻別、および識別力とセカンダリーミーニングの獲得との関連性を検討する必要があるといえるだろう。

2. 商標法と不正競争防止法との調整

日本では、ファッションの領域について、産業財産権による保護制度については、商標法と不正競争防止法において、それぞれ制度が構築されている。具体的には、商標としての登録・商標権の保護に加えて、周知表示の使用による混同の惹起（不正競争防止法2条1項1号）および著名表示の冒用（不正競争防止法2条1項2号）によってファッションデザインをはじめとした保護が実施されるものと考えられる。今後、アメリカにおけるトレードドレスを参照に、ファッションの領域において日本でも同様の保護を実現させるには、商標の対象を拡大するとともに、不正競争防止法の諸制度を活用することが考えられるだろう。その際に問題となるのが、例えば、出所の混同を生ずるおそれのある商標として商標登録ができない商標における周知商標の概念（商標法4条1項10号）、混同の恐れがある商標における他人の業務の概念（同項15号）、ならびに不正競争防止法における周知性（不正競争防止法2条1項1号）および著名性（同項2号）の概念と、アメリカにおいて商標としての保護適格性の要件となる識別力、固有の識別力およびセカンダリーミーニングや、商標の希釈化防止の要件となる著名性の概念がどのように関連づけられるのか、実際の事案の適用を意識して基準を示す必要があると考えられる。

また、トレードドレスを活用してファッションの領域における法的保護を実現させることを検討する際には、関連する制度が商標法と不正競争防止法に及ぶことによって、生じている課題が存在しないかについても検討する必要があるだろう。最も、アメリカの判例においても、ファッションデザインは製品のデザインとして位置付けられることから、ファッションの領域においてトレードドレスがラナム法の保護適格性を得るにはセカンダリ

²¹⁶ *Id.* at 212.

²¹⁷ *Christian Louboutin*, 696 F.3d at 226.

一ミーニングの獲得が要件とされることが予想できることから、セカンダリーミーニングを獲得したトレードドレスが、現行の法制度の枠組みで十分に実現できるのか、こちらも個別の検討が必要になるものと考えられる。

ファッションの領域に限定することなく、トレードドレスの保護する制度を全般的に日本でも導入することを想定するのであれば、アメリカではセカンダリーミーニングを獲得していないトレードドレスについても、予備的登録(Supplemental Register)の対象とされている²¹⁸ことなどが、今後の検討課題となると指摘できるだろう。日本においてトレードドレスを商標制度の登録対象とするには、セカンダリーミーニングを取得しているトレードドレスの登録制度に加え、セカンダリーミーニングを獲得していないが、固有の識別力を有する製品のパッケージのようにラナム法の保護適格性が認められるトレードドレスについて、登録制度を構築するのかが課題となるのではないかと考える。

3. 終わりに

本報告書では、アメリカのファッションの領域に関連する法的問題点を、商標との関連性を中心に検証してきた。その結果として、トレードドレスについて、理論の形成、トレードドレス保護の実施要件などを理論的に検証することができたものと考えられる。日本法においても、ファッションデザインに著作物性を認めることについては慎重な立場が示されていることなどを考慮すると、日本においてファッションの領域における法的な問題点に適用されうる可能性が高いのは商標法および不正競争防止法であると言えるだろう。アメリカにおけるラナム法では、商標と不正競争に関連する制度が、統合的に運用されていることを考慮に入れると、日本法において、商標法と不正競争防止法における諸概念の調和についての検討が課題となることを指摘したい。例えば、商標法における標章の識別力と不正競争防止法における周知性および著名性保護の概念が十分に調和されて運用されているのか、商標法と不正競争防止法による諸制度で保護されていない領域が存在するのかについては、検討の対象となるだろう。

アメリカの商標制度については、基本的には先使用主義を原則としていることは、日本法への示唆を検討する際に、最も注意しなければならないと言えるだろう。本報告書で検証の対象としているトレードドレスについても、先使用主義を背景としていることは明らかであると言えるだろう。ただし、日本の商標制度が、先登録主義をとるとしても、国際的な制度調和の観点からは、日本国内における先登録主義を強固に貫くことは返って摩擦を引き起こすことも、十分に想定できるであろう。具体的には、日本で未登録であるが海外において周知性または著名な商標ないし標章を、海外の保有者とは無関係な者が、日本

²¹⁸ Gambino & Bartow *supra* note (30170), at 431.

で先に商標として登録することの不合理性は、問題として指摘できるだろう。商標法4条1項19号は、他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国において需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であって、不正の目的を持って使用するものについては、登録ができない旨を規定している。ここで、需要者の間に広く認識している商標および不正の目的の解釈については、国際的な制度調和が十分に意識されなければならないものであるといえるだろう。これに対して、日本において周知性または著名な商標ないし標章が、日本における保有者と別の者によって海外で使用している場合などについても、日本の使用者の保護をどのように実現するのかについては、先使用主義の観点からの理論構築が必要とされるだろう。ここで、指摘できることは、日本国内においては、先登録主義を理由に、海外での商標権者の権利を排除する一方で、海外において日本の使用者を保護することを目的に、先使用主義を主張するという姿勢は、産業財産制度における国際的調和を著しく欠く不当な姿勢であることを、本報告書は示したい。先登録主義と先使用主義との調整は、商標制度における根源的な問題であることを指摘して、本章のまとめとしたい。

第2章 ファッションに関連する文化流用と差別表現

I. はじめに

本稿では、ファッションに関連する文化流用（Cultural Appropriation）と差別表現の問題を検証する²¹⁹。ファッションの領域²²⁰において、文化流用や差別表現の問題が指摘された事案については、枚挙に遑がない。なぜ、ファッションに関連して文化流用や差別表現の問題が繰り返し生じるのか、もし、問題が指摘された場合、どのように対処していくべきなのか、これらを検討することで、文化流用や差別表現の問題発生を未然に防ぐとともに、仮に問題が発生した状況において適切な対処を可能とする行動指針を探求していきたい。

本稿の目的は、ファッションに関連する文化流用および差別表現の問題に対処する行動指針を提示することにある。ここでの、ファッションの領域に限定しているものの、本稿

²¹⁹ 本稿は科学研究費補助金課題番号 18H00804 による助成の成果である。

²²⁰ 本稿において、ファッションの範囲は、主に衣服、靴、カバンおよびアクセサリーなどアパレル製品に関連する領域をいう。アパレル製品の販売においては、ファッションショーにおけるランウェイのスタイリングも重要な要素となるので本稿ではファッションの領域に含め検証の対象としている。なお、本稿の執筆に際して、ファッション・デザイナーの小西翔氏（Sho_Konishi_Design_Lab 主催）より、ファッションに関連する多くの知見を賜った。いうまでもなく本稿の誤りは全て筆者の責任に帰属する。

が示す行動指針の射程はファッション産業に関与する企業に限定されるものではないと、筆者は考えている。ファッションはデザインなど外部から認識可能な情報によって構成されるものであり、現代ファッションは商業的活動として展開している。このように、外部から認識可能な情報の存在、および、商業的な利益獲得目的という二つの要因によって、文化流用や差別表現の問題が先鋭化されて発露する領域としてファッションを位置づけることができるだろう。ファッションに関連する文化流用や差別表現への対処策は、ファッションに携わる企業にとどまらず、一般的な企業にも参照となるような示唆を含むとの認識に基づいて、一般的な企業にも敷衍できる行動指針を示す²²¹ことを本稿の終局的な目的としている。

本稿において文化流用と差別表現の問題を検討することが法的にどのように位置付けられるのかを確認する。文化流用や差別表現の問題に適切に対処する行動指針の確立は、業務の適正さを確保させることに貢献するといえるだろう。会社の取締役は善管注意義務・忠実義務の一環として会社の業務の適正を確保するために必要な体制(内部統制システム)を整備する義務を負うと理解されている²²²。文化流用や差別表現の問題に適正に対処できる行動指針を確立し、そのような行動の実現に貢献する体制の整備することは、内部統制システム構築の一環として位置付けられるのではないかと考える。

次に、文化流用や差別表現の問題への適切な対処を目指す行動指針と、企業価値は、以下のように関連づけられるのではないかと考える。まず、文化流用や差別表現の問題を生じさせないような行動によって企業ブランドのイメージが毀損されることを未然に防止できる。また、仮に文化流用や差別表現の問題が指摘された場合においては、適切行動が毀損される企業イメージを最小限にとどめさせることになる。これに加えて、文化流用と差別表現の問題に適切に対処する行動指針の確立を目標として掲げる企業は、適正なガバナンス体制を構築する志向と国際的な事業展開への意識を示しているともいえるだろう。このように、文化流用や差別表現への適切な対応を心がけようとする意識は、ガバナンス(Governance)要素として、環境(Environment)および社会(Social)な要素とともに、いわゆる ESG 投資²²³の観点から企業を評価するベンチマークとして位置付けられることもできるのではないかと考える。

²²¹ 五十嵐花実、「弁護士に聞く、『文化の盗用』問題」, *WWD* ジャパン, vol. 2115, 2020年9月28日, 11頁では、ファッションローを専門とする小松拓也弁護士および海老澤美幸弁護士のインタビューが掲載されており、文化流用の問題発生を回避させるためにとるべき行動として、①知ること、②多くの人のフィルターを通すこと、③社内やチームで考え方を共有すること、④世の中に意図を正確に伝えることの4つが挙げられている。

²²² 大阪地判平成12・9・20判時1721号3頁、最判平成21・7・9判時2055号147頁、内部統制システムの整備については、田中亘『会社法』、東京大学出版会、271-277ページ。

²²³ ESG投資については、国連持続可能な開発目標(SDGs)とともに企業評価の視点として着目されている。ESG投資については経済産業省のWebサイト、

https://www.meti.go.jp/policy/energy_environment/global_warming/esg_investment.html/(last visited November 3, 2020)、国連持続可能な開発目標(SDGs)については外務省のWebサイト、

<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/sdgs/about/index.html/>(last visited November 3, 2020)参照。

本稿の構成を以下に示す。まず、ファッションで発生した文化流用と差別表現の事案を検証する(Ⅱ)。その後、芸術における文化流用に関連して展開された議論を参考にしながら²²⁴、文化流用と差別表現が問題となる要因を検証し、それを踏まえて企業が取るべき行動指針を示し(Ⅲ)、最後にまとめを示す(Ⅳ)。

²²⁴ James O. Young, *Cultural Appropriation and Arts*, (2010)では、芸術における文化流用を総合的に検討する文献であり、本稿においてファッションに関する文化流用の問題を検討する際に多くの示唆を得ている。

II. ファッションに関して文化流用および差別表現が問題とされた事案

1. 文化流用が問題とされた事案

(1) キム・カードシアンによる KIMONO の名称の商標登録

まず、文化流用の例として、キム・カードシアン(Kim Kardashian)による KIMONO の名称の商標登録をめぐる事案の概要を確認する。2019年6月25日に、キム・カードシアンが、KIMONO Solutionwear という名称を付した補正下着(shapewear)を発表するとともに、KIMONO の語句の商標登録を計画していることを公表した。キム・カードシアンのこの行動に対して、SNS で日本人を中心に批判が巻き起こった。その批判の根拠は、キム・カードシアンが自分の一連の補正下着について KIMONO と名付けることは、一種の文化の盗用に該当するというものであった。この批判を受けて、最終的には、キム・カードシアンは、KIMONO の名称を使用することを断念し、SKIMS という名称に変更している。

(2) マーク・ジェイコブスのショーで用いられたドレッドのヘアスタイル

2016年9月に公表されたマーク・ジェイコブ(Marc Jacobs)による2017年春夏コレクションのヘアスタイルについては、アフリカ系の人に対する文化流用であるとする批判が生じている²²⁵。このコレクションはキャンディーカラードコレクション(candy-colored collection)と称され、90年代のレイブ・カルチャー(rave-culture)を題材にするものであるとされ、パステルの虹色の縞(pastel-rainbow-streaked)のドレッド(Dreadlocks)のヘアスタイル²²⁶をまとったモデルたちがランウェイに登場した。

このコレクションは、大半が白人から構成されている一団のモデルたちにドレッドのヘアスタイルを装わせたことについて、ソーシャル・ネットワーク・システム(SNS)を通じて多くの批判にさらされることになり、それらの批判の多くは、マーク・ジェイコブスが文化を流用したとするものであった。

これらの批判が寄せられた直後に、マーク・ジェイコブスは、自分自身のインスタグラム(instagram)を通じて「ある人種もしくは肌の色の人が、特定のスタイルや様式のヘアスタイルをまとっていることについて、『文化の盗用』だとか、あらゆる無意味なことを嘆

²²⁵ Kat Ward, "Marc Jacobs Responds to Criticism of His Runway Show's Dreadlocks," *Paper*, September 16, 2016, <https://www.papermag.com/marc-jacobs-responds-to-criticism-of-his-dreadlock-2006665056.html/> (last visited November 3, 2020).

²²⁶ このDreadlocksはEsty sellerのハンドメイドによるものであった。Kathleen Hou, "Marc Jacobs Models Wore Dreadlocks From Esty," *The Cut*, September 15th 2016, <https://www.thecut.com/2016/09/marc-jacobs-spring-2017-models-wore-etsy-dreadlocks.html/> (last visited November 3, 2020), Ward, *supra* note (225)参照。

いている全ての人-あなた方が白人以外の女性 (colored women) が髪をストレートにしていることについて批判しないことは滑稽だ。私は人々とその様相に敬意を示し、そこから刺激を受けている。私は人種や肌の色を見ているのではなくて、人を見ている。」とするコメント²²⁷を寄せている。

マーク・ジェイコブスによるコメントの意図は、批判的な議論をうけ流すことにあったと理解されているが²²⁸、そのコメントが更に批判を招く結果となった。とりわけ「髪をストレートにすることをなぜ批判しないのか」とする部分について、マーク・ジェイコブスがランウェイで公表したヘアスタイルと、白人でない人が髪をストレートにすることを同一に語ることは妥当ではないと批判されている。この批判においては、アフリカ系の人々が、ドレッド、コーンロウ (corn rows)、バンツーノット (Bantu knots) の髪型をファッション・ショーで見かけた場合には憤慨しかねない可能性があることを示唆し、その理由として、白人の女性にとって、このような髪型はスタイリッシュに映るかもしれないが、アフリカ系の人々は、このような髪型を理由に、日々の生活、職場および学校で差別されていることがあると指摘されている²²⁹。

この議論が生じてからほぼ1年が経過した2017年8月に、マーク・ジェイコブスは論争を振り返り、「おそらく私は無神経であった」とするコメントを公表している²³⁰。具体的には、「すべてのことから学んだこと、そして、あの騒動が少し収まったのち私に思案を促してくれたことは、おそらく私はこの騒動について言及することはもはやなく、おそらく私は無神経だったのであり、それは、私が私自身のファッションという小さいバブルの中にいたからだろう」と言うものであった²³¹。

²²⁷ マーク・ジェイコブスのコメントは、以下である。

…all who cry “cultural appropriation” or whatever nonsense about any race or skin color wearing their hair in any particular style or manner- funny how you don’t criticize women of color for straightening their hair. I respect and am inspired by people and how they look. I don’t see color or race- I see people. …

このコメントは、マーク・ジェイコブスのインスタグラムに掲載された写真に対する多くの批判的なコメントを受けた反論として掲載されており、[https://www.instagram.com/p/BKZwgoIh8Vj/?utm_source=ig_embed/\(last visited November 3, 2020\)](https://www.instagram.com/p/BKZwgoIh8Vj/?utm_source=ig_embed/(last%20visited%20November%203%2C%202020)).)で確認することができる。このコメントの日本語訳については、Celesy Writer Urara, 「マーク・ジェイコブスが文化の盗用? NY ファッションウィークで話題のドレッドヘアを徹底解説。」, *Celesy*, 2016年9月22日, [https://celesy.com/lifestyle/4885/\(last visited November 3, 2020\)](https://celesy.com/lifestyle/4885/(last%20visited%20November%203%2C%202020))参照。

²²⁸ Ward, *supra* note (225).

²²⁹ *Id.* では、ファッション・コメンテータのラブカロー (lovekalaou) による見解を引用して、マーク・ジェイコブスによるコメントが、問題を深刻化させた可能性があることを示唆している。

²³⁰ Eric Wilson, “Marc Jacobs on Hip Hop and Charges of Cultural Appropriation: ‘Maybe I’ve Been Insensitive,’” *Instyle*, August 07 2017, [https://www.instyle.com/fashion/marc-jacobs-hip-hop-icons/\(last visited November 3, 2020\)](https://www.instyle.com/fashion/marc-jacobs-hip-hop-icons/(last%20visited%20November%203%2C%202020)), この記事の紹介として Sam Reed, “Marc Jacobs Reacts to Cultural Appropriation Accusations: ‘Maybe I’ve Been Insensitive,’” *The Hollywood Reporter*, August 9, 2017, [https://www.hollywoodreporter.com/news/marc-jacobs-reacts-cultural-appropriation-accusations-maybe-ive-been-insensitive-1028000/\(last visited November 3, 2020\)](https://www.hollywoodreporter.com/news/marc-jacobs-reacts-cultural-appropriation-accusations-maybe-ive-been-insensitive-1028000/(last%20visited%20November%203%2C%202020)).

²³¹ Wilson, *supra* note (230).

(3) コム・デ・ギャルソンのショーで用いられたコーンロウのウィッグ

2020年1月に、日本のファッションブランドであるコム・デ・ギャルソン(*comme des garçon*)がパリ・ファッションウィークで公表したコレクションのスタイリングは、白人のモデルにいわゆるコーンロウスタイルのウィッグを着用させたことについて、文化流用であるとして批判の対象となった。ファッション業界における盗作疑惑などについて、インスタグラムのアカウントを介してウィットを交えて指摘することで知られ、ファッションの番犬(*Fashion Watchdog*)としても知られているダイエット・プラダ²³²(*diet_prada*)は、このヘアスタイルが批判の対象となる事柄として、第一に、ウィッグがアフリカ系の人々のヘアスタイルに似せているように見える点、第二に、白人のモデルにウィッグを着用させる一方で、アフリカ系のモデルの中には自身の髪でヘア・スタイリングを施させてランウェイに登場したものが存在していた点を指摘している²³³。これらに加えて、問題とされたヘアスタイルは、ウィッグを着用していることが外見において判別可能となっていることについても批判の対象となることを、本稿では指摘したい。

このような批判を受けて、コム・デ・ギャルソンはコメントを公表し、問題となったヘアスタイルは、エジプトの王子(*Egyptian prince*)から着想を得たものであり、いかなる人を軽蔑したり傷つけたりする意図は決してないことを示すとともに、このヘアスタイルに起因して感情を害する結果が生じたことに対しては、深く真摯に謝罪することを示している²³⁴。また、このショーにおいてヘアスタイリングを担当し、コム・デ・ギャルソンの創始者であり代表者でもあるデザイナーの川久保玲と長年にわたってコラボレーションしてきたヘアスタイリストのジュリアン・デイズ(*Julien d'Ys*)は、当初の段階では、インスタグラムに、このヘアスタイルは、ツタンカーメン王や古代エジプトに感化されたとするコメントを寄せたのみで、特段、謝罪の意を示していなかった。このことから、ヘアスタイルに対して批判が生じた直後の時点で、ジュリアン・デイズは、批判は馬鹿げているとして無視する方針をとっていたことが伺える²³⁵。その後、批判が強まり一種の炎上(*Backlash*)の様相を呈することを受けて、2018年1月18日の夜に謝罪のコメントをイン

²³² ダイエットプラダについては、Alice Newbold, “Diet Prada Has Been Sent By Joan Rivers To Keep Doing Her Work,” *VOGUE*, June 18th 2018, <https://www.vogue.co.uk/article/diet-prada-interview/> (last visited November 3, 2020), 「ファッション業界を浄化せよ！ 恐るべき「ネタバレ」インスタ、ダイエットプラダが未来を語る。», *VOGUE JAPAN*, 2018年6月25日, <https://www.vogue.co.jp/fashion/interview/2018-06-25/diet-prada/cnihub/> (last visited November 3, 2020).

²³³ Emma Elizabeth Davidson (text) and Arnaud Lafeuilade (Photography), “Comme des Garçons ‘deeply and sincerely’ sorry for runway braids,” *DAZED*, January 19, 2020, <https://www.dazeddigital.com/fashion/article/47544/1/comme-des-garcons-apologise-wigs-cultural-appropriation-paris-fashion-week/> (last visited November 3, 2020).

²³⁴ Davidson and Lafeuilade, *supra* note (233).

²³⁵ *Id.*

スタグラムに掲載する²³⁶に至っている²³⁷。このコメントでは、コーンロウのウィッグを装着した白人のモデルと、自分の髪をコーンロウにスタイリングした黒人のモデルが同時に撮影されているコム・デ・ギャルソンのランウェイ画像を掲載するとともに、コム・デ・ギャルソンのショーのためスタイリングは、エジプトの王子からインスピレーションを得たものであり、それは私が真に美しいと感じ感化を受けた装いであることを示し、今回のヘアスタイルはオマージュ (hommage) であって、誰かを傷つけたり攻撃する意図はないものの、もしそうだったとしたら深く謝罪を示している²³⁸。

(4) ヴィクトリアズ・シークレットのショーにおける文化流用

アメリカのランジェリー中心としたファッションブランドであるヴィクトリアズ・シークレット (Victoria's Secret) は、大規模なファッションショーを開催することをマーケティングの手法としていた²³⁹。このファッションショーにおけるスタイリングについては、文化流用であるとして何回も批判の対象とされている²⁴⁰。

2010年のファッションショーの「ワイルド・シング (Wild Thing)」と題されたセクションのスタイリングでは、ヒョウ柄プリントのランジェリーをまとったモデルの周りに、まき布を腰に装った男性モデルを配し、その全員に先住民族のボディ・アートを模したと思われる黒の形状・線などのボディ・ペイントを施していた²⁴¹。さらに、このスタイリングでは、ランジェリーまとったモデルに、女性が首や腕に真鍮の輪を装飾することで知られているカヤン族²⁴²の装身具を模したネックレスやブレスレットを装着させていることも、文化流用の問題として批判の対象となることを本稿では指摘したい。さらに、このスタイリングでは、先住民族の装飾とカヤン族の装飾を流用していたことがそれぞれ問題とされること加えて、異なる文化圏に属する装飾を混在させていることについても問題が指摘できるだろう。このスタイリングのように、複数の文化的な要素を混在させることについては、スタイリングの意図と流用した文化的要素との関連性についての説明とともに、複数の文化に由来する装飾を同時に用いることの意義について説明が要求されることになるの

²³⁶ 謝罪を示したインスタグラム投稿の直前の投稿として、ジュリアン・デイズは、今回のヘアスタイルに関連するドローイングを掲載している。この投稿は、<https://www.instagram.com/p/B7b7e4rH0mI/> (last visited November 3, 2020) に掲載されている。

²³⁷ Davidson and Lafeuilade, supra note (233).

²³⁸ このコメントは、https://www.instagram.com/p/B7d_RujHnx3/ (last visited November 3, 2020) に掲載されている。

²³⁹ 鈴木敏仁、「ヴィクトリアズ・シークレットは時代を作り、時代に追い越された」、*WWD JAPAN*, 2020年3月17日、<https://www.wwdjapan.com/articles/1058276/> (last visited November 3, 2020)。

²⁴⁰ Avery Matera, "5 Times Victoria's Secret Was Accused of Cultural Appropriation-From Chinese dragons to Native headdresses," *Teen VOGUE*, November 7, 2018, <https://www.teenvogue.com/gallery/victorias-secret-fashion-show-cultural-appropriation/> (last visited November 3, 2020)。

²⁴¹ *Id.*

²⁴² カヤン族については、須藤廣、「現代の観光における『まなざし』の非対称性-タイの山岳民族『首長族 (カヤン族)』の観光化を巡って」、*都市政策学研究所紀要*1号 31-41頁 (2007)。

ではないかと考える。

2012年のショーでは、一年におけるそれぞれの月をテーマとするセクションが設けられ、各月に存在するイベントや祝日を象徴したとされるスタイリングが、ランジェリーを身につけたモデルたちに施された。このうち11月を象徴するスタイリングでは、頭の羽飾り、スウェード皮のフリンジ、およびターコイズ石のアクセサリーでモデルを装飾していた²⁴³。このスタイリングについては、アメリカ先住民族をイメージさせるものであり、11月のサンクスギビング休暇がピルグリム・ファーザーズとアメリカ先住民族との交流に由来することとの関わりを象徴したものと推測できるものの、ヨーロッパからの移民やアメリカ植民者によってアメリカ先住民族が虐殺されたことを美化しかねないとして批判されている²⁴⁴。なお、ここでの批判の対象は、アメリカ先住民族の装飾を用いたスタイリングに加えて、アメリカ先住民族と関連づけてサンクスギビング休暇を象徴的に表現すること自体についても、アメリカ先住民族が歴史的には抑圧してきたことへの理解不足を指摘される可能性があると言えるだろう。

2014年および2016年のショーにおいても、文化流用の観点から、批判が提起されるスタイリングが登場している。2014年のショーの「エキゾチック・トラベラー (**Exotic Traveler**)」と題されたセクションにおいては、先住民族の部族のデザインを模したビスチェと鳥の羽でできた翼を用いたスタイリングが批判の対象とされ、2016年のショーでは、伝統的な中国風のプリントを用いた装飾的なアイテムに、伝統的な衣服が露出度の高いランジェリーの外観を強調させる装飾品のモチーフとして利用されていることと、そのスタイリングが中国人以外のモデルになされていることが批判されるとともに、モデルの腰と背中を包むような装飾品として羽でできたドラゴンのモチーフが用いられたことが論争を巻き起こしている²⁴⁵。

2017年のショーにおいても、アメリカ先住民族の文化を流用したとする批判が再び提起されることになった。このショーでは「ノマディック・アドベンチャーズ (**Nomadic Adventures**)」と題されたセクションにおいて、アメリカ先住民族の部族のドレスを模したスタイリングがモデルに施され、その中には、羽でできたヘッドドレスも装飾品として用いられていた²⁴⁶。2012年のショーにおいて、サンクスギビング休暇とアメリカ先住民族とを関連づけたスタイリングが批判されたにも関わらず、2017年に再度、アメリカ先住民族の文化的なモチーフをスタイリングに取り入れていたことは、ビクトリアズ・シークレ

²⁴³ Matera, *supra* note (240).

²⁴⁴ アメリカ先住民族の視点から提起されているサンクス・ギビングへの批判としては、Phillip Picard, "Native American Girls Describe the REAL History Behind Thanksgiving," *Teen VOGUE*, November 22, 2016, <https://www.teenvogue.com/story/native-american-girls-describe-the-real-history-behind-thanksgiving/> (last visited November 3, 2020).

²⁴⁵ Matera, *supra* note (240).

²⁴⁶ *Id.*

ットは、先回の批判から何の教訓も得ていないことを示すものであり、そのような企業の姿勢そのものも批判の対象となったと指摘されている²⁴⁷。

2. 差別表現が問題とされた事案

(1) ドルチェ&ガッバーナのインスタグラム広告

2018年11月に上海での開催が予定されていたドルチェ&ガッバーナ(Dolce&Gabbana)のファッションショーが突如中止されることになった²⁴⁸。その原因として、ドルチェ&ガッバーナのインスタグラムに一連の広告として、中国人を思わせるモデルが、ピザなどのイタリア料理を箸で食べるという映像を掲載したこと指摘されている²⁴⁹。このような映像が、インスタグラムに掲載された経緯は不明ではあるものの²⁵⁰、この映像には中国人に限らずアジア人を嘲笑するような意図が含まれていることが指摘されている²⁵¹。

問題が指摘された後のドルチェ&ガッバーナの対応も、状況を悪化させる大きな要因となった。ブランドの創始者でデザイナーの一人でもあるステファノ・ガッバーナ(Stefano Gabbana)と思われる人物が、ファッション・モデルのミカエラ・トラノバ(Michaela Tranova)とインスタグラムで交わしたとされるメッセージがリークされ²⁵²、そこでは、ステファノ・ガッバーナが中国および中国の人々に対して差別的な感情をあらわにした内容が含まれていた²⁵³。

このようなやりとりが掲載されたこともあり、中国でのドルチェ&ガッバーナに対する反発が強まっていった。まず、中国のSNSであるウェイボ(Weibo)を中心に、ドルチェ&ガッバーナをボイコットしようとする働きかけが生じたことに加えて、ショーに招待されていたゲストが出席の取りやめを表明したり、出演予定のモデルが出演の拒否を表明していることが中国のモデルエージェンシーによって明らかにされている²⁵⁴。

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ この経緯については、“Dolce and Gabbana cancels Shanghai fashion show amid racism accusations,” *BBC NEWS*, November 21, 2018, <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-46288884/> (last visited November 3, 2020), この記事の日本語訳として「ドルチェ&ガッバーナ、人種差別批判で上海のショーを中止」, *BBC NEWS JAPAN*, 2018年11月22日, <https://www.bbc.com/japanese/46301811/> (last visited November 3, 2020)、坂口孝則, 「プラダやD&Gと同様にひどい大炎上ワースト5—人種差別意識はいまだに根強く残っている」, *東洋経済オンライン*, 2018年12月18日, <https://toyokeizai.net/articles/-/254912/> (last visited November 3, 2020)を参照。

²⁴⁹ Rebecca Jennings, “A Dolce & Gabbana show was canceled after racist online messages leaked —It’s not the first time the brand has received blowback for offensive comments,” *VOX*, November 21, 2018, <https://www.vox.com/the-goods/2018/11/21/18106473/dolce-gabbana-fashion-show-china-racism-instagram/> (last visited November 3, 2020).

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ サンドラ・ヘフェリン, 「ドルチェ&ガッバーナの動画は何が問題だったのか—欧州に根強く残る『アジア人軽視』という問題—」, 朝日新聞 GLOBE+, 2018年12月5日, <https://globe.asahi.com/article/11988096/> (last visited November 3, 2020)は、この動画には箸を使う文化への蔑視が含まれていることを指摘する。

²⁵² このメッセージのやり取りはダイエット・プラダによってリークされている。

²⁵³ ダイエット・プラダがリークした内容については, Jennings, *supra* note (249).

²⁵⁴ See, Nyima Pratten and Tiffany Ap, “Dolce & Gabbana Shanghai Show Canceled, Chinese Celebs and Models Flee

このような状況を受けて、ドルチェ&ガッバーナは、予定していたファッションショーの中止を、ショーの当日に決定しなければならない状況に追い込まれた。ドルチェ&ガッバーナ側は、ブランドとデザイナーであるステファノ・ガッバーナは、SNSを通じて、両者のインスタグラムがハッキングされたとする趣旨の投稿をしている。これらの投稿では、一連の投稿は無許可なものであるとして、同社の法務部門が調査していることを示し、このような無許可な投稿によってもたらされた苦痛に対して謝罪するとともに、中国および中国の人々に対しては尊敬の念を示していることなどを表明している²⁵⁵。予定されていたファッションショーが中止に追い込まれたことを勘案すると、ここで示された弁明と謝罪のコメントは、批判への応対としては不十分であったといえるだろう。

上海で予定していたファッションショーが中止に追い込まれたことの間接的な原因として、過去にもドルチェ&ガッバーナが差別的な発言を頻繁に繰り返してきたことが指摘されている。今回の問題が生じる以前にも、ドルチェ&ガッバーナのデザイナーでブランドの代表者でもあるドメニコ・ドルチェ (Domenico Dolce) とステファノ・ガッバーナが受けたインタビュー記事や、インスタグラムのステファノ・ガッバーナの個人アカウントのコメントで、差別的なニュアンスを含むと捉えられても仕方がないような無神経な発言を行ってきたことで知られていた²⁵⁶。

(2) プラダがデザインしたキャラクター

2018年11月に、ファッションブランドのプラダ (PRADA) は、新たなマスコットとしてプラダマリアと呼ばれる一連のキャラクターを公表した。このプラダマリアは、7種類の架空生物からなるキャラクターで、ニューヨークを拠点とするデザインカンパニーである 2x4 とのコラボレーションとして制作された²⁵⁷。プラダの説明によると、これらのキャラクターは機械的でありながらも、どこかは生物的でもあり、超自然的な力と、気まぐれな性格を持ち合わせていると性格づけられていた²⁵⁸。プラダマリアのうちオット (Otto) とトット (Totto) と称されるキャラクターについては、有史以前のプラダのマスコットであるモンキー (the oldest Prada mascots: the monkey) をイメージしたとされ、オット

Furor — Stefano Gabbana claims insults about China posted from his personal Instagram were from a hacking,” *WWD*, November 21, 2018, <https://www.wwd.com/fashion-news/fashion-features/dolce-gabbana-shanghai-show-canceled-1202911256/> (last visited November 3, 2020).

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ ドルチェ&ガッバーナに関連する差別的な発言については、「不適切発言連発のドルチェ&ガッバーナ 今回も差別発言を…」, *YOUTUBE MAGAZINE*, 2018年11月23日, <https://youtubemagazine.jp/archives/dolce-and-gabbana-are-being-racist-again/> (last visited November 3, 2020) などを参照。

²⁵⁷ Pameyla Cambe, *Meet Pradamalia, Prada's Adorable New Mascots*, *L'OFFICIEL*, November 26th 2018, <https://www.lofficielsingapore.com/fashion/meet-pradamalia-prada-christmas-collection-2018-collectibles-keychain-tricks/> (last visited November 3, 2020).

²⁵⁸ *Id.*

は、黒い顔に大きな赤い唇、もう一方のトットについては、黒い顔に大きな緑の唇を持つようなデザインがされていた²⁵⁹。

これらマスコットが公表された後の約1ヶ月間は、ファッション・メディアで大体的に取り扱われていたにも関わらず、人種差別的であるという告発を受けることはなかった²⁶⁰。ところが、ソーシャル・ネットワーク・システムによってこれらのキャラクターはいわゆるブラックフェイスを彷彿させるものであり²⁶¹、人種差別的であるという批判が噴出することになる。その発端は、ニューヨーク市に在住のチニエレ・エジエ（Chinyere Ezie）弁護士が12月13日、ソーホーにあるプラダの店舗の前を通りかかった際に、このマスコットの人種差別的なブラックフェイスについて「怒りに震えた」とする投稿を、ショーウィンドウにディスプレイされているプラダマリアのオットの画像とともに、自身のフェイスブック（Facebook）のページに書き込んだことだった²⁶²。これを受けて、プラダは12月14日、公式のツイッター（Twitter）でプラダマリアについて「想像上の生物であり、現実世界を意識したものではありません。ブラックフェイスとは無関係です」とする声明を発表し、差別的な意図がなかったことを説明するとともに、店頭から該当キャラクターを撤去し、販売を中止することを明らかにした²⁶³。

プラダマリアのブラックフェイスには、ニューヨーク市人権委員会からも問題が提起されることになった。ニューヨーク市人権委員会は、人権侵害行為に対して最高25万ドルの課徴金を課す権限を有するとともに、被害者に対して賠償を命ずる権限を有するとともに、さらに、ニューヨーク市人権法²⁶⁴に関する研修を実施するように命じる権限なども有している²⁶⁵。2018年12月14日に、ニューヨーク市人権委員会は、プラダに対して公式な調査を開始したことを公表している。ニューヨーク市人権委員会によると、この調査は、人種差別的な図像を特徴とする商品の販売と商業的ディスプレイをしていることに加えて、

²⁵⁹ Dabitch, "Prada Pradamalia Otto & Toto characters pulled after accusations of 'blackface', Prada apologises," *ADLAND. TV*, December 14th 2018, <https://adland.tv/adnews/prada-pradamalia-otto-toto-characters-pulled-after-accusations-blackface-prada-apologises/> (last visited November 3, 2020).

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ アメリカでは19世紀半ばから20世紀にかけて、 minstrel・ショーというエンターテインメントが流行し、顔を黒く塗った白人によるアフリカ系の人々を嘲笑する内容の演目をブラックフェイスとよんでいた。このブラックフェイスは1960年代の公民権運動の時代にまで受け継がれていた。このような歴史的な背景からアメリカにおいて顔を黒く塗ることはアフリカ系の人々に対する差別的な意図を含むものとされている。ブラックフェイスについては、岩下慶一、「黒いメイクは差別か？ 日本のお笑いが投げかけた波紋」, *47NEWS*, 2018年2月6日, <https://www.47news.jp/47reporters/digital-eye/1508604.html/> (last visited November 3, 2020) 参照。

²⁶² Dabitch, *supra* note (259), 安藤健二, 『『黒人差別』との批判で、プラダが販売中止したキャラクターとは？』ハブポスト, 2018年12月18日, https://www.huffingtonpost.jp/2018/12/17/pradamalia-otto-news_a_23620994/ (last visited November 3, 2020).

²⁶³ 安藤, *supra* note (262).

²⁶⁴ NYC Human Rights Law, Title 8 of the Administrative Code of the City of the New York.

²⁶⁵ ニューヨーク市人権委員会の権限については、New York City Commission on Human Rights, "NYC Commission on Human Rights Announces Investigation into Prada Following Reports of Racist Merchandising and Display," December 18, 2018, <https://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/press-releases/Prada%20Press%20Release.pdf/> (last visited November 3, 2020) に記されている。

このディスプレイに対して不満を申し立てた従業員が報復に直面したとする報告がなされていること²⁶⁶に基づくものであるとされている²⁶⁷。ニューヨーク市人権委員会では、このようなディスプレイについて、ニューヨーク市として容認できないことを示すとともに、プラダに対してニューヨーク市の人権条例を遵守し、内部慣行を検討し、謝罪することを求めるとともに、この種の有害で差別的な行為が今後にはなされないように迅速な行動をとることを要求している²⁶⁸。

この問題については、2020年2月に、ニューヨーク州人権委員会とプラダとの間で和解が成立している。この和解案では主な内容として、第一に、NY州の従業員及びミラノの経営陣は人権平等に関するトレーニングを受けること、第二に、歴史的にファッション業界内で過小評価されてきた人々への奨学金プログラム設立すること、第三に、2019年2月にプラダ側が設置した3～5人のメンバーから構成される多様性とインクルージョンに関する諮問委員会を最低6年にわたって配置し、定期的に委員会にその活動内容や進捗状況を報告すること、および第四に、多様性とインクルージョンに関する諮問委員会のメンバーに、ニューヨーク州立ファッション工科大学（Fashion Institute of Technology, 以下では、FITとよぶ）のジョイス・ブラウン学長（Joyce Brown）を加入させて、そのコンサルティングを受けることが含まれていた²⁶⁹。

（3） ニューヨーク州立ファッション工科大学(FIT)のファッションショーにおける スタイリング

2020年2月7日にニューヨーク州立ファッション工科大学(FIT)主催で開催されたファッションショーのスタイリングが、人種差別的であると批判された²⁷⁰。このファッション

²⁶⁶ チニエレ・エジエのフェイスブックへの投稿では、プラダのアフリカ系従業員が、このブラックフェイスについて不満を申し立てたが、その従業員はもういないことを別のプラダの従業員から聞かされたことと記述されている。このコメントについては、<https://www.facebook.com/chinyereezie/posts/10102198924210054/> (last visited November 3, 2020) に掲載されている。

²⁶⁷ New York City Commission on Human Rights, *supra* note (264).

²⁶⁸ *Id.*

²⁶⁹ New York City Commission on Human Rights, “NYC Commission on Human Rights Settles with Prada over Merchandise Line Containing Racist Imagery in Landmark Case Mandating Comprehensive Programs to Combat Anti-Black Racism,” February 5, 2020,

https://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/press-releases/Prada_Settlement_Press_Release.pdf/ (last visited November 3, 2020), この和解案の内容については、YU HIRAKAWA 「『プラダ』の“ブラックフェイス”キャラクター問題に決着 NY市人権委員会がプラダと和解を発表」 *WWD JAPAN*, 2020年2月7日, <https://www.wwdjapan.com/articles/1024059/>.

²⁷⁰ この事案については、Kimiko de Freytas-Tamura, “F.I.T. Model Refuses to Wear ‘Clearly Racist’ Accessories,” *THE NEW YORK TIMES*, February 23, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/02/23/nyregion/fit-racist-fashion-show.html/> (last visited November 3, 2020), Tom Gerken, “Fashion Institute apologises for ‘clearly racist’ show,” *BBC NEWS WASHINGTON*, February 19, 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-51564215/> (last visited November 3, 2020), トム・ガーケン, ニューヨークの美大、「明らかに人種差別的」なアクセサリーで謝罪, *BBC ニュース (ワシントン)*, 2020年2月21日,

ショーは、FIT では初となる美術修士課程 (Master of Fine Arts: MFA) の修了生 10 名の作品をランウェイで披露するものであり、FIT 教授で新設されたファッションデザイン美術修士課程の学科長 (Chair of MFA Fashion Design) を務めるジョナサン・カイル・ファーマー (Jonathan Kyle Farmer) がディレクションを担当し、英国のファッション制作会社 NAMES LDN のクリエイティブ・ディレクターであるリチャード・ソーン (Richard Thornn) のプロデュースによるものであった²⁷¹。このショーにデザイナーとして参加した修了生のジュンカイ・ハン (Junkai Huang) による作品のスタイリングで、誇大化された耳、唇および眉毛のアクセサリーが用いられたことに対して、差別的であると批判された。

このスタイリングに対する批判の発端は、ショーにモデルとして出演したエイミー・ルフェヴル (Amy Lefevre) が、これらアクセサリーを人種差別的であるとして着用を拒否しランウェイを歩いたことであった²⁷²。この過程において、デザイナーであるジュンカイ・ハンはアクセサリーなしでランウェイを歩いても良いとする意向を示したにも関わらず、プロデューサーであるリチャード・ソーンが、モデルのエイミー・ルフェヴルに対してアクセサリーを着用するよう圧力をかけていたことが証言されている²⁷³。

この批判を受けて 2020 年 2 月 18 日に FIT の学長であるジョイス・ブラウン (Joyce Brown) は、関係者に向けてメッセージを発送し、謝罪の意を表している²⁷⁴。このメッセージでは問題となったファッションデザインおよびスタイリングについて「…デザインの本来の意図、アクセサリーの使用、またはショーのクリエイティブディレクションは、人種についての意見を表明をすることではなかったようだ…」としながらも、このスタイリングが人種差別的な表現を結果として導いたことは明白であったとする認識を示し、。そのために、ショーに参加した人々、学生、そしてこのショーを見たことで気分を損なわれたすべての人に対して謝罪を表明している²⁷⁵。

<https://www.bbc.com/japanese/51582767/> (last visited November 3, 2020), Greta Anderson, “A controversial fashion show at the Fashion Institute of Technology that some considered racist set off a discussion about balancing creativity and sensitivity in students’ work,” *INSIDE HIGHER ED*, March 4, 2020,

<https://www.insidehighered.com/news/2020/03/04/fit-fashion-show-raises-questions-diversity-creativity/> (last visited November 3, 2020) 参照。

²⁷¹ Jon Levine, “Black model refuses to wear ‘racist’ monkey ears and lips at fashion show,” *NEW YORK POST*, February 15, 2020,

<https://nypost.com/2020/02/15/black-model-refuses-to-wear-racist-monkey-ears-and-lips-at-fashion-show/> (last visited November 3, 2020)

²⁷² エイミー・ルフェヴルのインタビューについては、*Id.*

²⁷³ de Freytas-Tamura, *supra* note (270).

²⁷⁴ Joyce F. Brown, “An Official Message from President Brown,” *FIT News Room*,

<https://news.fitnyc.edu/2020/02/21/an-official-message-to-the-fit-community-from-president-brown/> (last visited November 3, 2020).

²⁷⁵ Brown, *supra* note (274) に掲載されているメッセージの原文のデザインの意図と謝罪の意に関する部分は、以下である：

Currently, it does not appear that the original intent of the design, the use of accessories or the creative

ジョイス・ブラウンは、2020年2月18日にも再びメッセージを発している²⁷⁶。ここでは、第一に、今回のスタイリングが導入された過程など、ショーに至る経緯とその後の経過を外部の法律事務所に調査させること²⁷⁷、第二にジュンカイ・ハンによるデザインには人種差別の意図はなかったことが、彼の論文のメモやスケッチから確認できること²⁷⁸を示し、問題となったアクセサリーはデザイナーであるジュンカイ・ハンによって選択されたのではなく、彼が大学のスタッフに相談して示唆を受けた結果として導入されたこと、さらに、第三に、ファッションデザイン美術修士課程の学科長のジョナサン・カイル・ファーマーと、大学院研究科長(Dean of Graduate Studies)のメリー・デイビス(Mary Davis)に停職の処分を下したことが示されている²⁷⁹。

・ 小括

ここまで、2020年の前半にかけて問題とされた文化流用と差別表現の事案を検証してきた。これら事案からファッションにおいて文化流用と差別表現の問題がどのように指摘され、何が問題とされたのかを確認していきたい。

第一に文化流用と差別表現の問題は、ほとんどの事案において事前に予想されなかった点で指摘されるという点である。当事者にとっては、文化流用ないし差別表現を意図していない行動について、問題が指摘されるともいえるだろう。この背景には、SNSサービスの普及などによって、情報の発信が容易にできる環境が整えられてきたことも挙げられるだろう。

第二に文化流用や差別表現が指摘された問題の背景にはいくつかの要因が複合的に交錯して存在している点である。ここで複合的に存在している要因としては、ファッションを

direction of the show was to make a statement about race; however, it is now glaringly obvious that has been the outcome. For that, we apologize—to those who participated in the show, to students, and to anybody who has been offended by what they saw. .

²⁷⁶ Brown, *supra* note (274).

²⁷⁷ この経緯については、Jon Levine, “FIT places dean on leave, hires outside law firm to investigate ‘racist’ fashion show,” *NEW YORK POST*, February 22, 2020, <https://nypost.com/2020/02/22/fit-places-dean-on-leave-hires-outside-law-firm-to-investigate-racist-fashion-show/> (last visited November 3, 2020).

²⁷⁸ ジュンカイ・ハンによるデザインコンセプトの概要は、<https://www.fitnyc.edu/fashion-design-mfa/students/2019.php/> (last visited November 3, 2020)に掲載されている。このコンセプトによると、耳などの体のパーツ一部を誇大に表現する意図はあったものの、そのパーツを体の別の場所に配置するデザインが施されている。このコンセプトには人種差別的な意図は存在しないものの、実際のランウェイで拡大された耳、唇、および唇のアクセサリーが、それぞれの箇所を強調するスタイリングがなされた結果、人種差別的な意図が指摘されることになったことを本稿では指摘したい。

²⁷⁹ Brown, *supra* note (274), なお、ジョナサン・カイル・ファーマーとメリー・デイビスは、それぞれアフリカ系の人々に対する差別的な発言な対応について抗議を受けていることが報道されている。この報道については、Kimiko de Freytas-Tamura, “Upheaval at Fashion Institute Over Accusations of Racism,” *THE NEW YORK TIMES*, March 16, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/16/nyregion/fashion-institute-technology-racism-lawsuit.html/> (last visited November 3, 2020).

構成する要素に加えて、ファッションに関与する人々の権限分配構造が含まれることを本稿では示したい。このような複合的要因はファッションショーにおけるスタイリングに関連して問題が指摘される場合が多いことの背景に存在しているともいえるだろう。ファッションショーのスタイリングは衣服だけではなく、ヘアスタイリング、メイクアップ、アクセサリ、演出効果など複合的な要素が統合されていることに加えて、ファッションショーでは、デザイナー、スタイリスト、ヘアおよびメイクアップのアーティストの他に、ファッションショーを統括するクリエイティブ・ディレクターなど多くの人が関与しており、それらの人々が垂直的あるいは水平的に権限を分配してショーに関する事項を決定していることも、リスク要因になりうるともいえるだろう。併せて、ファッションショーのスケジュールでは、時間的に切迫した状況でスタイリングは決定されることが多いことなども、その要因として指摘できるだろう。

第三に、問題となった行動だけではなく、その前後の利用者の姿勢や行動も要因として存在している点である。問題発生前から利用者に潜在的に存在していた文化流用や差別的な姿勢が、実際に生じた問題の要因として位置づけることができるだろう。また、問題が指摘された後の行動が、より問題を深刻化させる可能性もある。とりわけ、問題が指摘された直後の発言は、潜在的に存在している文化流用に関する理解不足や差別的な姿勢が十分に払拭されていない状況で行われる可能性があることが指摘できるだろう。

以上のことから、ファッションにおける文化流用や差別表現の問題については、当事者の事前の予測に反して指摘されることが多く、また事後的な対応によっては、問題がさらに深刻なものとなる可能性があることが指摘できるだろう。このような特性を踏まえると、文化流用と差別表現の問題については、その発生原因をとともに、事後的な対応策を検討することによって、この問題に対処する行動指針を探求する必要があると考える。

Ⅲ. 文化流用と差別表現に関する問題の発生原因と対応策

1. 検討すべき問題と視点

文化流用と差別表現の問題が存在することを踏まえて、企業はどのような行動をとるべきなのかを検討していく。具体的には、第一には文化流用や差別表現の問題が生じる理由を、第二に、文化流用または差別表現の問題が指摘された場合の事後的な対応策を検討する。これらの検討は、以下のように位置付けられるものとする。

企業にとって最も望ましい行動は、文化流用や差別表現の問題を発生させないことになるだろう。ただ、これまで検討してきた事案が示すように、文化流用や差別表現の問題のほとんどは、批判の矢面に立たされた当事者にとっては、事前には予想できないものであ

り、複合的な要因がその背景に存在していると言えるだろう。そこで、文化流用や差別表現の問題が発生する理由を分析し、それを踏まえた行動を心がけることは、問題の発生を事前に防止することに貢献するものと考えられる。

文化流用や差別表現の問題が指摘された場合には、当事者が事後的にどのように対処するのが重要となる。多くの事例が示すように、事後的な対応が不適切であったことによって、問題がより深刻なものとなり、企業イメージがより毀損されるリスクも存在している。そこで、文化流用や差別表現の問題が指摘された場合は、どのような事後的対応が要請されているのかを検討し、あるべき方針を示すことは、問題発生後の企業価値の毀損を出来るだけ少ない範囲に抑制することに貢献すると考える。

さらに、形式的なシステムを構築することによって、文化盗用および差別表現の問題にどのように対応できるのかを検討し、その後、文化流用と差別表現の問題によって創作活動を萎縮させる結果が導かれないかを検討し、まとめを行う。

2. 文化流用および差別表現に関する問題の発生原因

(1) 文化流用の定義

まず、ファッションにおいて文化流用と差別表現の問題が生じる要因について検討する。ここでは、文化流用と差別表現について、連続的な問題として把握する。文化流用が、利用された文化に属する人々に対するステレオタイプ発生させて固定化されることが差別表現の原因として指摘されている²⁸⁰。このことから、文化流用の問題が深刻化したものとして差別表現を位置づけることができる。本稿で検討する差別表現は、文化流用と連続的に位置付けられるものに限定しており²⁸¹、問題が指摘された主体を利用者とよぶものとする。

文化流用や差別表現の問題が生じる理由として「文化流用(Cultural Appropriation)」の概念が、漠然としか定義できないことがあるといえるだろう²⁸²。文化流用に関する一般的な定義については、第一の要件として「自分自身のものではない文化から、知的財産、文化的な表現もしくは表現工芸品(artifact)、または知見の歴史および方法を取り込むこと」とされ、さらに第二の要件として「その文化に属する人々の犠牲のもとで利益を獲得すること」が示されている²⁸³。

²⁸⁰ Young, *supra* note (224) at 107.

²⁸¹ 文化流用とは関係がない差別表現も存在していることから、本稿における差別表現の問題の検討は、部分的なものにとどまる。ただし、商業的な利益獲得が目的であることから、ファッションの領域におけるほとんどの事案は、文化流用がより深刻のものとなって差別的な意味を帯びるものとして把握できると考える。

²⁸² Susan Scafidi, *Who owns culture?*, (2005), at 9では、自分自身のものではない文化から知的財産、文化的表現または工芸品、歴史、および知識の様式を利用することはしばしば文化の流用と称されるとしており、ここでは、Slike von Lewinski, ed., *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore* (2004)およびMichael F. Brown, *Who Owns Native Culture?*, (2003)が参考文献としてあげられている。

²⁸³ Bruce Ziff and Pratima V. Rao, "Introduction to Cultural Appropriation: A Framework for Analysis," Bruce Ziff and Pratima V. Rao, *Borrowed Power - Essays on Cultural Appropriation* -, at 1, (1997), at 1.では、1992年7月に採択されたカナダ著述者組合の決議 (Resolution of the Writer's Union of Canada, approved June 1992)の定義

このうち、文化流用の定義を漠然させている理由は「他者の文化を利用すること」という第一の要件にあることが指摘できるだろう。ここでいう利用については、批判の程度が少ないものから、文化の利用、流用、盗用として把握できるだろう。さらに、文化流用によって、その文化やコミュニティの人々への嘲笑や差別がもたらされるのであれば、批判の程度が増すことになるだろう。

次に、「利用される文化に関する人々の犠牲で利益を獲得する」という第二の要件については、この要件を充足しない類型についても文化流用と位置付けられるのかについて、議論されている²⁸⁴。ただし、ファッションに関する文化流用は商業的な利益獲得を目的としていることから、第二の要件は充足されていることになる。利益獲得を目的としていることは、ファッションにおける文化流用に対する批判の度合いをより強めるともいえるのだろう。

(2) 文化流用の分類

文化流用は、大きく五つの類型に分類されている²⁸⁵。第一類型は、現存する文化財そのものを他の文化圏に移転させることで、文化財の流用 (**object appropriation**) と称されている。第二類型は、文化における無形財を流用する形態で、これは内容の流用 (**content appropriation**) と称されている。第三類型は、他の文化で創作された作品をそのまま再現することはないものの、何らかの方法で他の文化を利用する形態で、これはスタイルの流用 (**style appropriation**) と称される。第四類型については、スタイルの流用と関連を持ちながら、単に基本的なモチーフのみが流用される形態で、これはモチーフの流用 (**motif appropriation**) と称されている。なお、これら第二類型から第四類型に至る流用このうちを中核をなすのは、第二類型となる内容の流用となっており、利用される文化的要素スタイルの流用、およびモチーフの流用はその派生形態として位置付けられている。これまでの類型は何らかの具体的な文化的要素を利用している一方で、第五類型は外部者が自分が育った以外の文化に属している個人や組織を作品で表現する形態となり、主題の流用 (**subject appropriation**) と称されている²⁸⁶。

ファッションの領域で問題となる文化流用の事案のほとんどは、第二類型となる内容の流用と、そこに派生するに派生するスタイルの流用およびモチーフの流用として位置付けられるといえるだろう。具体的には、特定の文化圏で用いられている衣服や装身具を、アパレル製品のデザインとして用いる場合については、内容の流用に該当する可能性があり、利用される文化的な要素との関連性が弱められてアパレル製品のデザインやファッションショーのスタイリングとして用いられる場合には、スタイルの流用あるいはモチーフの流

規定が参照されている。

²⁸⁴ *Id* at 24.

²⁸⁵ Young, *supra* note (224) at 6-7.

²⁸⁶ *Id.* at 7では、プッチーニによる『蝶々夫人』を主題の流用の例としてあげている。

用に該当することになるだろう。これに加えて、スタイリングのコンセプトとして、他の文化の要素を利用する場合は、主題の流用に相当するともいえるだろう。

(3) 審美的な脆弱性

ファッションにおける文化流用では、アパレル製品のデザインや、ファッションショーのスタイリングとして文化的な要素が用いられる。このような文化流用の背景には、利用者の審美的な動機が存在していると言えるだろう。利用者の審美的な観点からは、積極的に評価されるからこそ、利用される文化は商業的な利益獲得を目的として用いられることになるといえるだろう。

文化流用には、審美的な観点からの脆弱性が本質的に内包されていること指摘されている。その理由として、流用者は、外部者として存在することから、流用される文化的体験が乏しいことが挙げられている²⁸⁷。必要とされる文化的体験に乏しい利用者が、審美的に貧しい質の創作活動しかできないことは必然であることが指摘されているものの²⁸⁸、その一方で、利用される文化に属するメンバーであることが審美性の観点から必ず必要な要素となるのかについても十分な証拠が示されていないことが示されている²⁸⁹。とりわけ、文化的体験と審美性との関連については、ある文化において発展されたスタイルやモチーフを、従来とは異なる新たな態様で用いるタイプの文化流用、いわゆる革新的な内容の利用 (**innovative content appropriation**) の場合においても²⁹⁰、審美的脆弱性が必然的に存在しているのかについて、十分に論証されてはいないことが指摘されている²⁹¹。このような議論を参照したとしても、ファッションにおける文化流用については、審美的な脆弱性が存在する可能性が十分に否定できないことは、以下の理由によって提示できるのではないかと考える。

第一の理由として、ファッションにおける文化流用は、革新的ではない内容の流用として行われることが多いということを指摘したい。具体的には、他の文化で用いられている衣服や装身具のデザインを、基本的に踏襲して製品やスタイリングに用いる場合については、革新的ではない内容の流用 (**non innovative content appropriation**) に該当することになる。革新的ではない内容の流用においては、審美的な脆弱性を内包する可能性がより高く存在していることになる。

第二の理由として、革新的な内容の流用に対しては、審美的な脆弱性を克服できる可能性が示されたとしても、革新的であることは審美的脆弱性を克服することの十分条件ではないことを指摘したい。利用者による革新的な意図に基づく文化流用であったとしたとし

²⁸⁷ 文化的体験と文化流用における審美的な脆弱性に関する議論として、Young, at 34-41.

²⁸⁸ *Id.* at 35

²⁸⁹ *Id.* at 38

²⁹⁰ *Id.* at 36

²⁹¹ *Id.* at 38.

ても、その革新的な意図が十分に実現できていなければ、依然として審美的な脆弱性を内包した文化流用と位置付けられることになる可能性があるといえるだろう。

さらに、第三の理由として、商業的な利益獲得目的と関連づけられた場合には、審美的な脆弱性を内包した文化流用がなされる可能性が高まることを指摘したい。ファッションのように商業的な利益獲得を目的とすると、多数派に属する利用者が、同じく多数派に属する顧客を意識して、少数者の文化を流用する場合には、文化を擁する人々の視点が軽視される可能性を指摘したい。そうすると、文化体験に乏しい外部者によって審美的にも脆弱な様式で文化流用がなされる恐れが払拭できないといえるだろう。

文化流用と審美性に関する議論は、文化流用が審美的脆弱性を克服できるのかという観点で展開されており、ここでは審美的な脆弱性を克服できるとする立場も提示されている²⁹²。しかし、これらの議論においては、文化流用には、審美的な脆弱性を内包するリスクが存在していることを前提としていることに留意しなければならないといえるだろう。とりわけ、商業的な利益獲得目的と関連づけられた文化流用においては、多数派の観点から審美的な評価がなされることから、そこには脆弱性内包されるリスクが存在しており、その結果、流用された文化や文化を擁する人々に対するステレオタイプが強化されたり、場合によっては差別的な感情を惹起させかねないことを本稿では指摘したい。

(4) 文化流用の再現性に由来する弊害

文化流用については、利用される文化やその文化を擁するコミュニティに所属する人々にとって弊害となる可能性が指摘されている²⁹³。

文化流用による弊害が最も顕著となるのは、利用者が文化を再現することで、誤った表現を産出したり固定化され、不当あるいは歪められた印象を与えることによって、文化を擁する個々の人への差別を招く可能性のあるステレオタイプ(固定観念)を産出したり固定化させ帰結を導くことにあると分析されている²⁹⁴。ここで、文化的なスタイルや芸術的様式を、外部者が十分に洗練されていない方法で流用した場合には、文化流用の弊害が生じる可能性が増加することに加えて、差別的あるいは歪められた形でより深刻な弊害が生じる可能性も増加しうることが指摘されている²⁹⁵。

このような文化流用の再現性に由来する弊害は、審美的脆弱性と密接に関連するといえるだろう。文化の流用に伴う審美的に脆弱性によって、利用された文化に歪められた印象が与えられる可能性がより高まると考えられるからである。

²⁹² *Id. at 152.*

²⁹³ *Id. at 106-128*, 文化流用による弊害のうち、最も深刻なものとして、Young, *supra note* () at 63 では、文化の盗用のように本来であれば利用される文化に帰属するべき財を、利用者が収奪してしまうことを指摘するとともに、Young, at 106 では文化流用によって流用された文化そのものの存続性が害されることが指摘されている。

²⁹⁴ *Id. 107.*

²⁹⁵ *Id. 110.*

(5) 文化流用による経済的影響

(i) 富の移転を伴う文化流用

文化流用は利用された文化とその担い手となる人々に経済的な影響を与える可能性がある。このような経済的影響について、利用された文化とそれを担う人々から、何らかの富の移転を伴うタイプと、富の移転を伴わないタイプに分類できる。

富の移転を伴う経済的弊害について、その最たるものとしては、その文化に関連する人々に、本来は帰属させるべき財産を、正式な合意なく外部者が移転させてしまうことであり、これは、文化の盗用として位置付けられている²⁹⁶。ファッションに関しては、現存する文化財ではなく利用される文化に由来するデザインなどの知的財産を利用することが中心となるといえるだろう。

文化に由来する知的財産の流用として懸念されるのは、知的財産権を外部者が取得して独占的な使用权を獲得することであろう。文化に関連する知的財産については、一種の共有財として把握し、誰もが自由に利用可能とされるべきとする立場が示されており、この立場からは文化に関連する知的財産はパブリック・ドメインとして位置付けられることが示されている²⁹⁷。このように文化的な知的財産をパブリック・ドメインとして認識するのであれば、外部者が知的財産権を取得ことは、文化を担ってきた人々の利用さえ排除できる独占的利用権を獲得する帰結を導くことから、ある種の財の移転を伴う文化の盗用として、厳しい批判の対象となるといえるだろう²⁹⁸。

(ii) 富の移転を伴わない文化流用

文化流用に伴う経済的影響のうち、富の移転を伴わないものとしては、外部者が文化の担い手から顧客を奪うことによって、経済的な利益を侵害する可能性が指摘されている²⁹⁹。このような経済的影響が、直ちに流用された文化とそれを担う人々にとって弊害となるのかについては、疑問が提示されている。第一に、顧客は誰に帰属するものでもないことを理由として、たとえ文化に由来する要素であったとしても、その文化に由来する人々に帰属させることは必ずしもないことが示されている³⁰⁰。第二には、外部が文化の流用によって顧客を獲得したとしても、内部者も同じ市場で競合可能であることを理由が示されおり、

²⁹⁶ *Id.* at 63.

²⁹⁷ *Id.* at 66-67 では、Drahos による知的共有財 (intellectual commons) の概念を参考に芸術的共有財 (artistic commons) として把握して、ある種の公共財として性格づけられることを示している。

²⁹⁸ 本稿で検証したキム・カーダシアンが KIMONO の名称を商標登録しようとした事案は、このタイプの文化の盗用に該当する可能性があり、強い批判が巻き起こったともいえるだろう。

²⁹⁹ Young, *supra* note (224) at 114.

³⁰⁰ *Id.* 117.

ここでは、文化を利用する外部者と内部者は、いわゆるゼロサムゲームの関係にはなく、一方の利得が他方の損失を必ずしも意味しないことが示唆されている³⁰¹。

このように、富の移転を伴わないタイプの経済的影響については、利用される文化に対して常に弊害となりうるのかは断言はできない状況にあるといえるだろう。しかし、ここで検討されている経済的影響は、文化が歪められることなく再現されていることを前提としていることに注意が必要になると立場を本稿では示したい³⁰²。富の移転を伴い文化流用であったとしても、その再現の過程で歪みがあれば、利用される文化とそれを担う人々へのステレオタイプを助長させる結果を招くことがあり、その場合には、経済的な弊害を含めて、悪影響を与える可能性があることに対しては、常に留意しなければならないものと本稿では考える。

(6) 文化流用による同化

文化の流用によって、文化そのものが同化されていく可能性が存在している³⁰³。文化が同化されることは、利用される文化そのものを破壊しかねないことから、文化流用がもたらす深刻な弊害として意識されている³⁰⁴。文化の同化は、文化の担い手自身が、文化を流用する外部者と同じような思考や方法を取り入れることによって生じるものであり、その結果、利用された文化そのものが破壊されてしまう可能性が指摘されている³⁰⁵。例えば、内容の流用において、利用者となる外部者は、必ずしも文化の担い手である内部者の方法を精緻に再現して、内容を利用するとは限らないことから、内部者が外部者の手法を模倣した結果、利用された文化が本来備えていた独自性を失い、外部者の文化と区別できなくなるものが指摘されている³⁰⁶。

文化流用による同化については、多数者の文化と少数者の文化では非対称性が存在しており、同化される可能性が高いのは少数者の文化であることが指摘されている。多数者の文化については正確な再現例に接する機会が十分に確保されていることから、同化されにくいとされ、このような非対称性の存在は、多数者が少数者の文化を利用することに対する批判を根拠づけていることになる³⁰⁷。

文化流用による同化は、特に少数者の文化の存続に対して深刻な危険として存在はするものの、利用された文化を担う少数者自身が外部者による流用を否定するなどして文化の独自性を維持しようと心がけることは可能ではあるとしながらも、外部者による流用によ

³⁰¹ *Id.* at 115-116.

³⁰² *Id.* at 114-118 では主に主題の流用を題材に、文化の再現に基づく歪みが認められない事案を意識して、富の移転の伴わない経済的影響の問題に集中して検討しているものと考えられる。

³⁰³ *Id.* at 118-120.

³⁰⁴ *Id.* at 119-120.

³⁰⁵ *Id.* at 118.

³⁰⁶ *Id.* at 119.

³⁰⁷ *Id.* at 119.

って、少数者の文化が歪められたり、打ち負かされたりする可能性は完全には否定はできないことが示されている³⁰⁸。

3. 文化流用または差別表現の問題が指摘された状況での事後的説明

(1) 事後的説明に内包される困難性

ここでは、文化流用や差別表現の問題が指摘された企業には、どのような行動が要請されることになるのかを検討したい。ひとたび、文化流用や差別表現の問題が指摘された場合、利用者とされたしゅたいは、事後的な説明をしなければならない境遇に立たされるといえるだろう。

利用者による事後的な説明は、困難なものであることが予想される。この困難性の本質的な理由として、文化流用や差別表現な意図はなかったという消極的事実の説明が流用者に要求されることを指摘したい。

事後的な説明において、必要とされる事項としては、流用された文化と利用者の意図との関連性ではないかと考える。具体的な説明として、問題とされたデザインやスタイリングを基礎付けるアイデアスケッチやポートフォリオを開示して³⁰⁹、アイデアに至るまでの経緯を明らかにする方法などが考えられる。ただし、この説明についても困難を伴うことを指摘したい。その理由として、第一にはアイデアに至る経緯などの説明は、製作者の内心に関わるものであること、第二には具体的な開示の対象として考えられるアイデアスケッチやポートフォリオは、公開しないことを前提に作成している³¹⁰ことが指摘できるだろう。これらの要因から、アイデアに至る経緯を具体的な資料に基づいて説明したとしても、他者から客観的な理解を得ることは困難であることが予想できるのではないかと考える。

(2) 事後的説明の必要性

文化流用や差別表現の問題が発生した後の、事後的な説明が困難なものであったとして

³⁰⁸ *Id.* at 120.

³⁰⁹ 本稿で検証したコム・デ・ギャルソンの例では、ヘアスタイリングの担当者がアイデアスケッチを事後的に公表している。また、FITのファッションショーにおけるスタイリングの例においても、誇張された耳や唇を衣服のデザインに盛り込むこと自体には差別的な意図がないことがデザイナーの示したポートフォリオから判別できる。

³¹⁰ 五十嵐・前掲(221)11頁では、海老澤弁護士インタビューを参考にデザインの着想などを社内やチームのグループなどで共有することによって文化流用の問題をチームのメンバーが気付く可能性が高まること示している。デザインに至る着想を共有することは文化流用のリスクを低減させるには効果的であると考えられるが、例えばチームのメンバー全員が利用される文化の外部者である場合に、十分にその効果が発揮できるのかなど、検討すべき課題も存在しているのではないかと考えられる。また、チームでデザインを担当する場合には、文化流用や差別表現の可能性に気づくという利点が考えられると同時に、多くの人によって創作がなされる状況で、デザインの要素や担当者の関わり方などが複合的に錯綜すると、場合によっては、創作者の意図しないところで文化流用や差別表現を含んだ結果を誘引しかねない危険性も存在することも指摘できるのではないかと考えられる。もっとも、アイデアに至るまでの経緯を共有することは、小松弁護士のコメントにもあるように、担当者個人で判断することを回避させる効果が認められるなど、文化流用のリスクを低減させるには有用ではあると考える。

も、利用者は、説明をしなければならぬ立場に置かれると考えられる。もし事後的な説明をしなければ、利用者は、問題とされた文化流用ないし差別表現を容認するとともに、経済的な利益獲得目的で文化を外部者として利用し続けようとする姿勢を示していると推測されかねない立場に置かれる可能性が否定できないからである。このような姿勢によって、利用者が、少数者からの搾取を経営方針を据えている推測された場合には、問題とされた個別の行動だけではなく、経営方針そのものが全体として批判の対象とされる懸念が払拭できないのではないかと、本稿では示したい。

(3) 事後的説明の目的

利用者による事後的な説明においては、文化流用や差別表現を受けたとする主体へメッセージを発信することを目的に据える必要があるとする立場を本稿では示したい。このメッセージでは、問題とされた行動は、利用者の事前の認識においては文化流用や差別表現を意図的に目論んではなかったことを示すことに加えて、今後、同様の問題を繰り返さない意向を明示する必要があるといえるだろう。

事後的な説明によって、文化流用や差別表現問題について再発防止に心がける姿勢を示すには、以下の二点の内容を説明する必要があると考える。第一には、文化流用あるいは差別表現の問題が発生した経緯を、利用者自身はどのように把握しているのかを示し、第二には、今後の再発防止についてどのような対策を具体的に講じていくのかを示すことである。

事後的な説明において、問題とされたデザインやスタイリングに至る経緯についてを説明する際には、何が文化流用や差別表現を引き起こした要因となったのかを明らかにしようとする姿勢が必要とされるといえるだろう。具体的には、まず、問題が指摘される前の状況では、文化的要素を利用した意図、文化的な要素を審美的にどのように評価したのか、革新的な試みを加えたのであれば、どのように行ったのか、などを明らかにし、続いて問題が指摘された後の事後的な観点から再度検証した結果、何が要因となって問題とされた行為に文化流用や差別表現の要素が包含されたのかを検証し説明することが必要になるのではないかと考える。このように事前の状況を事後的な視点から検証することによって、問題を生じさせた要因を具体的に抽出できるのであれば、再発防止に貢献できるものと考えられる³¹¹。

4. 組織的・制度的な対応

文化流用や差別表現の問題が生じた事案では、解決策として諮問委員会を設置すること

³¹¹ 本稿で検証した FIT の事案においても、デザイナー自身の意図には差別的な要素が含まれていなかったものの、これは、デザインに至るまでの過程が、デザイナーのポートフォリオなどで明らかにされていたことから可能であったともいえるだろう。

や、独立性が確保された外部調査委員会などを設置するなど、文化流用な差別表現の問題に組織的に対応するシステムを整備することが対策として実行されている³¹²。また、文化流用や差別表現の事前の抑制に、個々の企業を超えて、ファッションに関わる産業全体として、文化流用や差別表現に対応するガイドラインを設定することの有用性を示す見解も存在している³¹³。

文化流用や差別表現への組織的・制度的対策を講じることについて、実際に問題が発生した場合の責任を緩和あるいは免除できるのかという観点から検討することに対しては、注意を要すると考える。一般的の会社に責任とその免除が論じられる場合は、取締役の会社に対する任務懈怠責任（会社法 423 条）のように、会社内部における責任の帰趨が対象となることが大半である。これに対して、文化流用や差別表現に関して問題とされるのは、文化流用や差別表現を受けたとされる主体に対する責任であり、これは一種の社会的な責任であることに注意しなければならないだろう。とりわけ、利用者としての会社は、文化流用や差別表現を受けたとされる主体の外部に存在していることを鑑みると、会社内部における責任負担と免除の理論と、文化流用や差別表現を受けた主体という会社外部に存在する主体への責任は、切り離して検討されなければならないとする立場を、本稿では示したい。具体的には、制度的あるいは組織的な対策を踏まえていたことを理由とする免責的な主張は、利用者とされた企業内部の責任に関連するものであるもので、このような主張によっても文化流用や差別表現を受けた人々を納得させられる効果が得られるとは限らないといえるだろう。

文化流用や差別表現への組織的・制度的対策は、事前あるいは問題発生後に、同様の問題が発生することを防止する観点から構築するものとして位置付ける必要があると考える。そうなると、問題発生後の企業内部における責任分担や免責的な観点を意識して基準を構築するのではなく、問題発生を事前に防止する観点と、問題が発生した後に何が要因であったのかを検証し再発防止に役立つ教訓を得ようとする観点から構築されることが望ましいものとする。これらの観点は、各企業が組織的・制度的対策を構築する際のみならず、例えば、ファッションに関連する産業全体として基準を構築する際にも、基軸に据えるべきとする立場を本稿では提示する。

³¹² 本稿で検証した事案では、例えば、プラダのキャラクターが差別表現として問題とされた事案において、ニューヨーク市人権委員会との間の和解では、多様性とインクルージョンに関する諮問委員会をプラダの内部に設置することが条件とされている。また、FIT のファッションショーにおけるスタイリングが差別表現として問題とされた事案においても外部の法律事務所に独立した立場で問題の調査を委託することが表明されている。

³¹³ 五十嵐・前掲 (221) 11 頁では、小松弁護士および海老澤弁護士のコメントとして、ガイドラインを策定することが必要という立場を示している。ここでは、痩せすぎモデルの起用を禁じたモデルローをガイドラインが策定された例としてとらえている。痩せすぎモデルの起用については、いわゆる BMI (身長と体重の比率から算出する体格指数) など定量的な数値によって一定程度の把握が可能である。これに対して文化流用や差別表現の問題は定量的に把握できるものではなく、定性的な性格を有することからどのような自主規制を作るのか検討を要するものと考えられる。

5. クリエーターに対する萎縮効果

文化流用や差別表現の問題を強調することによって、デザイナーをはじめとするクリエイターを萎縮させる可能性があることが問題として指摘されている³¹⁴。本稿では、文化流用ないし差別表現の問題が発生する原因と、利用された文化をそれを担う人々にどのように影響するのかを検討してきた。そこで、クリエイターが外部者として文化的な要因を利用する際にはどのような事項に留意する必要があるのかを確認していく。

まず、文化流用には、審美的な脆弱性が内包される可能性を意識しなければならない。また、革新的な内容の利用を意図しているのであれば、どのような要素を加えたのかを明確に認識する必要がある。さらに、自分の創作活動において用いた要素が複合的に交錯した結果、文化流用や差別表現の意味が生じていないか検証する姿勢も必要となるだろう。これらに留意することは、創作者を萎縮させるとも言えるのかもしれないが、文化的な要素を外部者として利用する際に一定の注意を要しなければ、利用される文化やその担い手に対して弊害となる可能性があることは、創作の前提認識として位置付けられるものではないかと考える。とりわけファッションにおける文化要素の利用は利益獲得目的で行われていることを考慮すると、創作者の意図しない文化流用や差別表現が生じることを未然に防止する効果があるのではないかと考える。

小括

ここでは、文化流用と差別表現を連続的な問題として把握し、その発生原因を検討するとともに、利用者がどのような対策を講じるべきなのかを検討した。

まず、文化流用そのものについては、審美的な脆弱性を内包する可能性があることを意識する必要がある。文化流用がもたらす弊害は、例えば利用された文化の担い手に対する差別を誘発しかねないステレオタイプなどについても、審美的脆弱によってもたらされる可能性がある認識も必要となるものと考え。なお、芸術における文化流用の検討においては、文化流用においても審美的には十分に成功していることが、一般的な認識よりもより多く存在していること、および、文化流用が利用される文化に弊害をもたらしたり、侵害的であることは、通常の認識よりもより少ないことが結論として提示されている³¹⁵。この見解においても、文化流用が審美的に脆弱なものなり、利用された文化にとって弊害となる可能性は、完全に否定されてはいないことを考慮すると、文化流用が利用される文化にとってリスク要因となるものと把握できるといえるだろう。

次に、文化流用や差別表現の問題が指摘された場合には、事後的な説明を含めて、文化

³¹⁴ 五十嵐・前掲(221)11頁では、小松弁護士のコメントとして「…[文化流用に対する法の枠組みや規制がないことによる]デザイナーや企業への萎縮効果が大きすぎることを懸念している。以前ならリスクを込めて他文化を取り入れることがあったのに、法の基準がないためにそれすらやめておいたほうが良いとなってしまう」とする見解を掲載している。

³¹⁵ Young, *supra* note (224224) at 152.

流用あるいは差別表現の対象とされた主体に対して、問題の発生原因を検証し今後の再発を防止しようとするメッセージを発信しようとする姿勢を示すことが重要であるとする。

IV. 終わりに

本稿では、ファッションに関連して問題とされた文化流用と差別表現を検討してきた。まず、ファッションにおいて問題とされた事案については、外部から認識できる情報であるという特徴と、商業的利益獲得目的を背景にしているという事情によって、文化流用や差別表現の問題が研ぎ澄まされたかたちで発露したとして、検証の対象に位置付けている。この検証を踏まえ、ファッションにおける文化流用と差別表現の問題の特性を把握し、その問題の背景にある要因と、企業が取るべき行動指針を検討してきた。ここでは、本稿のまとめとして、企業が文化流用と差別表現に対してどのような問題意識を持ち、どのような姿勢で臨むべきかを示したい。

まず、文化流用と差別表現の問題については、事前の防止に努めることが最も重要な課題となることを示したい。ただし、文化流用ないし差別表現は複合的な要因を背景としていること、多様性の認識の広がりや SNS の普及によって、配慮しなければならない対象の範囲が広がっていることなどから、事前に万全の対策を講じることは困難であることを認識しながらも、問題発生を防止しようとする意識を常に据える必要があるのではないかと考える。とりわけ、ファッションに関連する問題は、外部者としての文化利用が利益獲得目的で行われているということ、利用者および利用者のターゲットはともに利用される文化の外部者であることがほとんどであることを考慮に入れると、問題が指摘された場合には、厳しい批判の対象となることを踏まえ、企業の行動を律していくことが要請されるという立場を示したい。

次に、問題が指摘された場合には、その行動の前提となったどの要因が問題を引き起こしたのかを検証し、今後の問題再発防止に役立てようとする方針を示す必要があると考えられる。ここでは、企業内部の責任分担や免除の観点ではなく、文化流用あるいは差別表現の対象に対してメッセージを発することによって、企業姿勢を社会に示していくことが要求されていると考える。

本稿のまとめとして、文化流用と差別表現の問題に適切に対処しようとする企業行動を探求することは、いわゆる企業の社会的責任の一環に位置付けられるという見解を示したい。企業の社会的責任については、積極的な社会貢献をどのように果たすのかという観点から議論が進められる場面が多いが、不適切な文化流用と差別表現を抑制することも、企業活動が社会に与える弊害を抑制するという消極的な形態で企業に課せられた社会的責任になるものと筆者は考えている。

文化流用と差別表現に関して望ましい企業行動を確立させることは、いわゆる ESG 投資の観点におけるガバナンスの要素として位置付けられるだろう。文化流用と差別表現の間

題に対処しようとする企業行動は、これらの問題から生じる弊害を抑制させようとする姿勢を示すとともに、社会的な多様性と包摂性(social diversity and inclusion)の実現を目指そうとする企業姿勢を示すことに貢献するものと考えられる。このような姿勢を示す企業の経営方針には、一定の積極的な理解が示されるとともに、望ましい価値観に基づいて企業活動が提供されること示す指標になるのではないかと考える。文化流用と差別表現に対する望ましい企業行動を探求する姿勢は、いわゆる ESG 投資の観点からは、ガバナンスに関連するリスクマネジメントを心がけているという評価に加えて、多様な主体が創造性をより発揮できるような環境を提供しようとする積極的な企業姿勢を示す指標となる可能性を示して、本稿のまとめとしたい。

結びにかえて

以上、留学期間に取り組んだ研究を基盤とした主要な業績を掲載した。最後に、ファッション・ローと民事法学に関連する研究について、今後の課題となる点を示して、本報告書のまとめとする。

第一に、ファッション・ローに関しては、これまでは知的財産権の観点からの検討が中心とされてきた経緯があるが、知的財産権以外の観点からの検討も重要であるということを示したい。本報告書では、第1章でファッション・ローにおける知的財産権の問題を検討し、第2章において、知的財産権以外の問題点を検討している。とりわけ知的財産権以外観点からファッション・ローの研究が進むことによって、現在、ややもすると、知的財産権の一分野として位置付けられがちなファッション・ローの検討が総合的に進められていくことを期待したい。

第二に、知的財産権以外の観点からファッション・ローの研究を進めるに際しては、民事法学に関連する課題の検討が重要となることを示したい。具体的には、ファッションにおけるライセンス契約や、ファッションと関連する企業の行動をコンプライアンスの観点から検討することなどが具体的な課題として考えられることを指摘する。

第三に、ファッション・ローの検討課題となる個別の法領域においても、複数の法が関連していることを指摘したい。具体的には、ファッション・ローと知的財産権の問題においても、日本においては商標法と不正競争防止法が別個の法律として存在しているのに対して、アメリカでは、商標と不正競争防止はいわゆるラナム法が単独の法規として存在していることが指摘できる。ここから、商標法と不正競争防止法の統一的運用が日本においても検討課題になるのかなどが問題となるのではないかと指摘できる。併せて、アメリカではファッション・デザインの法的保護と強い関連性をもつトレードドレスについても、日本では店舗デザインの保護理論として把握される傾向が強く、どちらかといえば意匠法と関連づけて検討されることが多いが、本来、トレードドレスとしての保護につ

いて意匠法や商標法の枠を超えての検討が必要となるのではないかということを描した
い。

最後に、ファッション・ローのように複数の法領域を横断的に検討する法学研究につ
いては、その位置付けが課題になるのではないかということを示したい。ファッションに関
連する法的問題を検討することについては、知的財産権や民事法学の課題が部分的にフ
ァッションの領域に関連されて検討されているものなのか、あるいは、ファッション・ロ
ーとして独自の法領域が形成されるのか、いずれの方向に進むのかが注目されると考えら
れる。ファッション・ローが独自の法領域を形成するのか、それとも既存の法学の各分野
の集合体として位置付けられるかについては、今後の研究の進展を注視したい。