

## 表現規制としての標識法とその憲法的統制(5)

平 澤 卓 人

- 目 次
- 第1章 問題の所在
    - 第1 総論
    - 第2 表現活動・言論活動の変容
    - 第3 商標・標章保護の拡大
    - 第4 本論文の構成
  - 第2章 米国法の検討
    - 第1 総論
    - 第2 米国における商標法等の適用範囲の拡大（以上、第50号）
    - 第3 憲法上の表現の自由を用いた標識法の権利行使の制限
      - 1 はじめに
      - 2 憲法理論上の課題とその解決（以上、第51号）
      - 3 混同を根拠とする請求に対する修正1条の制約（以上、第52号）
      - 4 稀積化を根拠とする請求に対する修正1条の制約
    - 補論 ACPAにおける表現の自由の考慮（以上、第54号）
  - 第4章 商標登録場面における修正1条の規律
    - 1 はじめに
    - 2 給付的作用に対する修正1条の適用についての連邦最高裁判決の展開
    - 3 Matal判決と Iancu 判決
    - 4 Matal判決と Iancu 判決の検討
    - 5 小括
  - 第5章 米国法についての小括（以上、本号）
  - 第3章 日本法の再検討
    - 第1 総論
    - 第2 標識法の権利行使と表現の自由
    - 第3 商標登録の場面における憲法上の統制の可能性について
  - 第4章 総括

## 第2章 米国法の検討

### 第4 商標登録場面における修正1条の規律

#### 1 はじめに

本稿では、これまで、現代における商標に関する権利の拡張が、表現活動や言論活動を不当に制約するとの問題意識に基づき、米国において、私人の商標に基づく権利行使によって被疑侵害者の表現の自由が制約され得る場面において、修正1条がどのように商標権の行使を制約しているのかを見てきた。

さらに、これらの議論においては、事業者が出所を表示するために商標を用いることも、一種の営利的言論として理解されており、その制約も修正1条の問題が生じるものと論じられていた<sup>1</sup>。

そうだとすると、被疑侵害者が出所表示のために商標を用いて商標権者から権利行使される場合だけでなく、出願人が特定の商標を出願し、これを国家機関が拒絶する場合においても、表現内容が審査されて不利益を受けるという意味では、表現の自由の問題となり得る。

しかし、私人間の権利侵害の場合と登録の場合には、憲法（特に表現の自由についての条項）の適用において異なる問題状況がある。

第一は、紛争の当事者である。被疑侵害者が商標権者から権利行使される場合には、直接的には私人間における紛争であるため、そもそも憲法が適用できるかという問題があり、そのためステイト・アクションの有無が争点となっていた<sup>2</sup>。他方で、商標登録場面では、私人である出願人と出願を拒絶する国家機関との紛争であり、その意味では憲法がより直接に問題となる。

第二は、問題となる不利益の内容である。被疑侵害者が商標権者から権

---

<sup>1</sup> J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION (4th ed. 2005) §31:139; Lisa P. Ramsey, *First Amendment Limitations on Trademark Rights*, in TRADEMARK LAW & THEORY: A HANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH 132, 148 (Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Janis, eds., 2007).

<sup>2</sup> 本論文「(2)」知的財産法政策学研究51号(2018)199-204頁。

利行使される場合には、商標権の行使が認められれば、被疑侵害者は当該商標を使用できなくなり、その意味では表現を直接に制約されているといえる。他方で、商標登録が阻却されたとしても、出願人が当該商標を使用することは妨げられない。もっとも、商標登録が拒絶されることで、他人への権利行使等の場面において登録商標として受けられる恩恵を享受できないという不利益がある。このような不利益をもって、表現の自由が制約されているといえるのかという問題がある。

このように、単に表現活動を規制するのではなく、一定の表現に対し権利や利益を付与しない場合に表現の自由の問題となるのかという論点は、憲法学において国家助成と表現の自由の問題として論じられてきたテーマである<sup>3</sup>。

この点について、近時、米国の連邦最高裁が、*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017) (以下「*Matal*判決」と略記する。)と *Iancu v. Brunetti*, 139 S. Ct. 2294 (2019) (以下「*Iancu*判決」と略記する。)において、商標登録要件を定めたランナム法2条(a)の一部について、修正1条に反し違憲であるとの判断を行った。これらの判決は、後述する違憲な条件の法理、パブリック・フォーラムの法理、政府言論の法理等に関する過去の連邦最高裁の判決を引用しながら判断を行っている。

そこで、本稿では、最初に *Matal*判決と *Iancu*判決以前の連邦最高裁にお

---

<sup>3</sup> 国家助成と表現の自由を扱ったものとして、蟻川恒正「国家と文化」『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(1997、岩波書店)191頁、同「政府と言論」ジュリスト1244号(2003)91頁、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号(2002)30頁、森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻1号(2003)113頁、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法』(2005、弘文堂)168頁、同「国家と文化」ジュリスト1405号(2010)134頁、中林暁生「給付と人権」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(2007、岩波書店)263頁、石川健治「文化・制度・自律—“l’art pour l’art”と表現の自由」法教330号(2008)56頁、横大道聡「文化への助成と表現の自由」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由I—状況へ』(2011、尚学社)352頁、杉原周治「国家による芸術支援と憲法」駒村＝鈴木編・前掲書387頁、波多江悟史「国家助成と自由」山本龍彦＝横大道聡編『憲法学の現在地—判例・学説から探究する現代的論点』(2020、日本評論社)206頁など。

けるこれらの憲法理論の展開を概観する。次に、*Matal*判決と*Iancu*判決を紹介したうえで、これらの判決が、過去の連邦最高裁におけるこれらの憲法理論とどのような関係を有するかを検討し、その射程等を検討したい。このように*Matal*判決と*Iancu*判決の背景にある憲法理論を軸に考察することによって、日本において同様の商標登録要件に対する憲法21条の統制の可能性を検討するための理論的な基礎となると考えられるためである。

## 2 給付的作用に対する修正1条の適用についての連邦最高裁判決の展開 (1) 表現の規制に対する違憲審査の概略

既に本論文で論じたように、連邦最高裁は、表現の内容に基づく規制の場合には、修正1条に違反し違憲であるとの推定が働き、規制目的として「やむにやまれぬ利益」(compelling interest)が存在し、かつ規制がそのような利益を促進することに「厳密に定められている」(narrowly tailored)又は「厳密に線引きされている」(narrowly drawn)場合にのみ合憲と判断している。また、内容規制の中でも、観点に基づく差別(viewpoint discrimination)の場合には違憲と判断されやすくなる(*R.A.V. v. St. Paul, Minnesota*, 505 U.S. 377 (1992) など)<sup>4</sup>。

ただし、営利的言論の場合には①同言論が少なくとも適法な活動に関するものであり、誤解を招くものではないならば、②主張されている政府利益が実質的なものであり、③当該規制が主張されている政府利益を直接に促進させ、④当該規制が当該利益を達成するために必要以上に広範でない場合には合憲と判断するセントラルハドソン・テストが用いられており、通常の言論よりも緩やかな審査基準によって判断するとされている(*Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980))。もっとも、同基準を用いつつ、営利的言論を違憲と判断するものも多い(44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001))<sup>5</sup>。

以上が、表現を規制する場合の違憲審査の基本的な考え方となっている。

---

<sup>4</sup> 本論文「(2)」前掲注2・222-231頁。

<sup>5</sup> 本論文「(2)」前掲注2・204-214頁。

## (2) 給付的な場面における修正1条の機能総論

ところが、*Matal*判決と*Iancu*判決で問題となっているのは、商標の登録拒絶である。既に指摘したように、商標登録がなかったとしても、出願人は当該商標を営利的又は非営利的に用いることができ、その使用は禁止されていない。ここでの問題は、商標登録ができないことにより商標権の設定によって得られる利益が得られないという問題である。その意味では、純粋な意味での規制とはやや異なる部分があり、連邦や州が補助金や免税などの特権を付与する場合にも接近する。

そこで、以下では、補助金等の給付的作用と修正1条に関して言及されている連邦最高裁の3つの法理、①違憲な条件の法理、②限定的パブリック・フォーラムの法理、③政府言論の法理について概観する。これらの法理は、いずれも*Matal*判決と*Iancu*判決に関係するものである。

まず、違憲な条件の法理は、州や連邦が、補助金や免税等の特権を与える場合に、憲法上の権利を放棄する条件を課すことはできないとするものである。

次に、限定的パブリック・フォーラムの法理は、表現が行われる場所の性格に着目し、特定の場面においてその場面の性質に応じた政府の内容規制を容認しつつ観点規制を排除するというものである。もともと、パブリック・フォーラムの法理は道路や公園といった州が保有する財産の提供の場面で適用されてきたが、近時は、政府の給付的な場面においても観点差別を行うことを禁じるものとして用いられている。

違憲な条件の法理と限定的パブリック・フォーラムの法理は、いずれも政府が補助金等の給付を行う場面において修正1条により違憲と判断する可能性を認めるものである。

他方で、政府言論の法理は、違憲な条件の法理やパブリック・フォーラムの法理が関係する事案で登場したもので、政府が意見を表明する場合には、一定の観点に基づくことも許容され、観点差別は問題とならないとする法理である。政府言論と判断された場合には、観点差別が許容されることになるため修正1条の問題は生じないとされる。

## (3) 違憲な条件の法理 (unconstitutional condition)

まず、比較的古くから、給付的作用に対し修正1条等の違反を認めるう

えで援用されてきた法理が、違憲な条件の法理 (unconstitutional condition) である<sup>6</sup>。

違憲な条件の法理を説いた最初の判決として言及されているのが *Frost & Frost Trucking Co. v. Railroad Commission of California*, 271 U.S. 583 (1926) である<sup>7</sup>。同判決は「一般論として、州は、特権を完全に否定する権限を有しているのであれば、それに適した条件を付して特権を付与することはできるという前提は、争う必要はない」としつつ「1つの限界は、憲法上の権利を放棄することを要求する条件を課すことはできないということがある。」と説示した。

その後、違憲な条件の法理を用いた判決は数多く登場した。例えば、退役軍人の免税特権について、武力暴力その他の方法を用いて州又は連邦政府を転覆させる主張をしないことや有事の際に合衆国に敵対する外国政府を支援する主張をしないことを誓約させることについて違憲であるとしたもの (*Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958))、宗教上の理由で土曜日に就労できないことを理由に不就労保障の受給を拒否することが信教の自由に違憲の負担を課すものであるとしたもの (*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)) がある。

しかし、その後、違憲な条件の法理の適用範囲を大幅に制限する *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1990) が登場した (以下「Rust判決」と略記する。)<sup>8</sup>。

これは、公衆衛生サービス法の基金が墮胎を家族計画の手段として用いる場合に支給することを禁止しているところ、この基金を受ける場合に医師が家族計画の手段としての墮胎について助言・相談等を行うことを禁止したことについて修正1条に違反しないか等が争われた事案である。判決は、政府は憲法に違反しない限り、それが公益に資すると信じる特定の活

---

<sup>6</sup> RUSSELL L. WEAVER, UNDERSTANDING THE FIRST AMENDMENT 199-201 (6th ed. 2017). 邦語文献として、森脇/前掲注3・116-126頁、中林暁生「違憲な条件の法理の展開(1)(2・未完)」法学73巻4号(2009)491頁・78巻5号(2014)391頁、横大道聡『現代国家における表現の自由』(2013、弘文堂)40-98頁。

<sup>7</sup> 同判決について、中林/前掲注6(2)392-394頁。

<sup>8</sup> 同判決について、蟻川/国家と文化(前掲注3)192-197頁、森脇/前掲注3・119-121頁、横大道・前掲注6・73-84頁。

動を促進するためにあるプログラムを選択的に援助し、同時にその問題を他の方法で扱う代替的なプログラムに援助しないことができるとした。そして、その際に他人を排除しながらある活動に資金拠出したことのみをもって政府は観点に基づく差別を行ったものとはならないとした。さらに、判決は、政府はあるプログラムを設立するために基金を支出する場合、そのプログラムの限界を設定する権限を有するとした。これらの点を論じて上記の規制が修正1条に違反しないと判断した<sup>9</sup>。

Rust判決以降、同判決の論理を用いて、給付的な作用について修正1条に違反しないとする判決が登場している。

例えば、芸術助成のための資金拠出について、多様な信念や価値への品位と尊重を考慮するとのルールを定め、このルールに合致しない者に資金を与えなかった事案 (National Endowment for Arts. v. Finley, 524 U.S. 569 (1998))<sup>10</sup> (以下「Finley判決」と略記する。)、公共図書館が連邦政府の助成を受けるための条件として、猥褻な映像をブロックするソフトウェアをインストールすることが求められた事案 (United States v. American Library Assn., Inc., 539 U.S. 194 (2003))<sup>11</sup> がある。

---

<sup>9</sup> もっとも、同判決も、政府が援助する場合には常に表現内容への統制が許されるものではないとし、その例として、パブリック・フォーラムの場合と大学の場合を挙げている。

<sup>10</sup> 同判決は、Rust判決を引用しつつ、ある活動に資金拠出を行い他を排除しても政府は観点に基づく差別をしたことにならないとした。同判決について、森脇/前掲注3・122-123頁。同事件の地裁判決をめぐる論争を紹介するものとして、池端忠司「米国における公的文化助成と表現の自由—『政府言論』の憲法的統制に積極的な三つの見解—」香川大学法学会編『香川大学法学部創設二十周年記念論文集』(2003、成文堂)1頁。

<sup>11</sup> 同判決は、政府のプログラムは、公共図書館が求められた資料を得て、教育と情報の適切な質を保障するという伝統的役割を果たすことを助けるものであり、Rust判決の下で許容できる条件の設定であるとした。ただし、Stevens判事の反対意見は、同制約がRust判決と異なり政府の特定のメッセージの促進又は伝達を目的としておらず、議会の立法目的に照らし不必要に修正1条の権利を制約するための資金拠出であるから違憲な条件に該当するとしている。同判決に対し、フィルタリング・ソフト等のアーキテクチャが人間の判断を介在させることなく自動的に情報流通を制御できるため、表現活動の場を見えないまま歪曲する危険があることを指摘し、

ただし、Agency for International Development v. Alliance for Open Society International, inc., 570 U.S. 205 (2013) (以下「Agency for International Development 判決」と略記する。)は、HIV/AIDS・結核・マラリアに対するリーダーシップ法が、その基金について、売春と性的人身売買に明確に反対するポリシーを有しない組織に対し支給しないとすることが、特定の信念の告白を強制するもので、プログラムの範囲を超えて憲法上保護された行為に影響を与える条件であるとして修正1条に反すると判断した<sup>12</sup>。

以上のように、違憲な条件の法理は、政府の給付的作用について古くから用いられてきた法理であり、Rust 判決でその適用範囲を大きく狭められたものの、現在も当該助成プログラムの範囲を超えて憲法上の権利に影響を与える場合には適用の余地が残されている<sup>13</sup>。

#### (4) パブリック・フォーラムの法理

次に、パブリック・フォーラムの法理を見てみよう。

パブリック・フォーラムの法理は、米国の憲法判例において形成されてきたものである<sup>14</sup>。

パブリック・フォーラムの法理を用いながら表現場の性質・機能の歪曲の可能性を積極的に司法審査することを説くものとして、成原慧『表現の自由とアーキテクチャ 情報社会における自由と規制の再構成』(2016、勁草書房) 248-257頁。

<sup>12</sup> 同判決について、横大道・前掲注6・98頁、桧垣伸次「助成の条件と表現の自由」福岡大学法学論叢59巻1号(2014) 35頁。

<sup>13</sup> 違憲な条件の法理が、当該助成プログラムとは関係のない条件の場合は機能しやすいことを指摘するものとして、Frederick Schauer, *Principles, Institutions, and The First Amendment*, 112 HARV. L. REV. 84, 102-04 (1998)。

<sup>14</sup> WEAVER, *supra* note 6, at 123-34; Lyrissa Lidsky, *Public Forum 2.0*, 91 B.U. L. REV. 1975 (2011). 邦語文献として、紙谷雅子「表現の自由(3・完)ー合衆国最高裁判所に見る表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型」国家学会雑誌102巻5・6号(1989) 2-9頁、同「パブリック・フォーラムの落日」樋口陽一＝高橋和之編集代表『現代立憲主義の展開 上』(1993、有斐閣) 643頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)』(増補版、1998、有斐閣) 442-447頁、市川正人『表現の自由の法理』(2003、日本評論社) 121-133頁、同「公共施設における集会の自由に関する一考察ー金沢市役所前広場訴訟を素材にー」立命館法学373号(2017) 1頁、横大道・前掲注6・140-143頁。



従来から用いられてきた同法理を整理した判決として挙げられるのが、*Perry Education Association v. Perry Educator’s Association*, 460 U.S. 37 (1983) である。同判決は、①通りや公園など伝統的に集会や議論に開かれてきた伝統的（典型的）パブリック・フォーラムにおいては、内容規制について規制がやむにやまれぬ州の利益に資するもので、かつ規制がその目的のために厳密に限定されている（*narrowly drawn*）ことが必要である。表現の時、場所、方法の規制は重要な政府利益に資するよう厳密に限定されており、コミュニケーションの他の十分な経路が残されていることを要する。②州が開設したパブリック・フォーラム（指定的パブリック・フォーラム）は、その施設を無制限に開いていることは要求されないが、同施設を開いている限りは、伝統的パブリック・フォーラムと同じ基準が適用されるとした。③さらに、同判決は脚注7で、限定的な目的のためにフォーラムを創設できると述べており、これは限定的パブリック・フォーラムと呼ばれる<sup>15</sup>。④非パブリック・フォーラムでは、言論への規制が合理的であり、公職者がその見解に反対するという理由で言論を抑圧しようとするものでなければ、その目的に応じた規制が可能であるとした。

	例	憲法的規律
伝統的パブリック・フォーラム	公園・道路	内容規制は、やむにやまれぬ必要不可欠な規制であり、目的達成に厳格に適合する必要あり、内容中立規制は重要な政府利益に資するよう厳密に限定され、代替チャンネルが十分にある必要あり
指定的パブリック・フォーラム	市立劇場	政府はフォーラムを創設する必要はないが、創設した場合には伝統的パブリック・フォーラムと同じ規律

<sup>15</sup> 判決は、学校施設の利用に関する *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Madison Sch. Dist. v. Wisconsin Empl. Rel. Comm’n*, 429 U.S. 167 (1976) を引用している。横大道・前掲注6・142頁参照。

限定的パブリック・フォーラム	大学施設、公衆に開かれた学校委員会の公聴会	特定の目的、主題、発言者のためのフォーラムを創設する場合で、創設の趣旨に照らし合理的であり、観点中立的な表現規制は許容される
非パブリック・フォーラム	空港の中央ターミナル <sup>16</sup>	規制が合理的ならば許されるが、観点に基づく表現活動の抑圧はできない

ところで、近時、政府の給付的作用について、限定的パブリック・フォーラムにおける観点差別であり修正1条に違反すると判断した判決が登場するようになった<sup>17</sup>。これは、従来のパブリック・フォーラムの法理が、場所の提供という給付的作用への憲法的統制を図るものであったため、他の給付的作用に応用されていることが指摘されている<sup>18</sup>。

もともと、限定的パブリック・フォーラムの法理は、学校施設の利用等の事案について適用され、大学が施設を学生の利用を認めながら宗教的理由で使用を禁止した場合に観点差別で修正1条違反とする判断をしてきた (Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981); Good News Club v. Milford Central School, 533 U.S. 98 (2001) (以下「Good News Club判決」と略記する。))。

そして、同法理を学校施設の利用から学校での資金の拠出に拡張したのが、Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995) である (以下「Rosenberger判決」と略記する。)<sup>19</sup>。これは、ヴァージニア大学の学生生活動基金が宗教的活動への配分を禁止するガイドラインを有していたところ、同ガイドラインに基づき支払いを拒絶された学生団体が修正1条に反するとして提訴したというものである。判決は、限定的パブリッ

<sup>16</sup> Board of Airport Commissioners of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1987).

<sup>17</sup> 森脇／前掲注3・132-134頁、松田浩『『パブリック』『フォーラム』—Kennedy判事の2つの闘争』長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』(2010、法律文化社)181頁、横大道・前掲注6・99-125頁、成原・前掲注11・219-222頁。

<sup>18</sup> 中林／前掲注3・276-277頁。

<sup>19</sup> 同判決について、松田／前掲注17・189-191頁、横大道・前掲注6・100-105頁。

ク・フォーラムにおいてはそのフォーラムの目的を保持するための内容規制は許される一方で観点差別は許されないとの判例法理を指摘したうえで、学生活動基金が、空間的や地理的というよりも比喩的 (metaphysical) な意味において1つのフォーラムであり、同一の原理が適用可能であるとした。次に、Rust判決との関係について、同判決は政府が私人に政府のメッセージを伝達するため資金を拠出する場合は、そのメッセージが歪曲されないことを保障するため正当かつ適切な手段を取ることができるとしているが、大学自身が話者となり賛同するメッセージを伝達する場合ではなく、私的な話し手の見解の多様性を促すために支出する場合には、観点に基づく規制は適切ではないとした。そして、本件での宗教的活動を理由とする大学の学生活動基金の支給拒否は観点差別であるとして修正1条違反を肯定した。

さらに、*Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001) (以下「Velazquez判決」と略記する。)は、貧困者に対する法的援助を行う基金を受ける場合に、福祉に関係する法の有効性を争うことを禁止したことについて、本件の助成プログラムは、*Rosenberger*判決のように観点の多様性を促進させるものではないが、政府のメッセージを促進するものではなく私的な言論を活性化させるためのものである点では、*Rosenberger*判決と共通するとした。すなわち、同助成プログラムは貧困者の利益を代弁させるために法律家に依頼することを保障するためのものであるが、その法律家は政府の話し手ではなく、私人の貧困者のために発話するとした。そして、限定的パブリック・フォーラムの法理を引用し、これは特定の目的のための補助金を創設する場合にもあてはまるとした(ただし、同判決は観点差別かどうかを論じず、依頼者にとって憲法上又は制定法上の権利に関する生きた情報を受領するための他の代替的な手段がないことや、議会がその制定法を司法審査から遠ざけるルールや条件を課す場合には厳格な審査が必要であることも指摘しつつ、違憲と判断している)<sup>20</sup>。

---

<sup>20</sup> 同判決について、紙谷雅子「政府の資金補助と司法制度における表現の自由」ジュリスト1220号(2002)115頁、森脇/前掲注3・123-126頁。成原・前掲注11・221-222頁は、同判決がパブリック・フォーラムの法理を、典型的アプローチから脱却し、場の性質や機能を重視する機能的アプローチに接近することを示唆しているとし、

このように、Rosenberger判決とVelazquez判決は、いずれも限定的パブリック・フォーラムの法理に言及しながら修正1条違反を肯定しているところ、いずれも、基金の性質について、私的な話し手の観点の多様性を促進させるもの、あるいは私的な言論を活性化させるためのものと位置付けることでRust判決の事案と異なることを強調している。逆に、前述したFinley判決では、芸術助成のための資金拠出の事案について、私的な話し手の見解の多様性を促進するものではないとして、Rosenberger判決を援用する原告の主張を退けている。

また、限定的パブリック・フォーラムの法理が適用される場合、宗教的理由での大学施設の利用の禁止 (Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981); Good News Club 判決)、宗教的活動を理由とする大学の学生活動基金の支給拒否 (Rosenberger判決) などの観点差別等<sup>21)</sup>は修正1条違反となる一方、大学において登録学生団体として一定の利益を受けるために「全ての人に門戸を開く」(accept-all-comers) 条件を課すなどの見解中立的な規制は修正1条違反とならないとされる (Christian Legal Soc. Chapter of Univ. of Cal., Hastings College of Law v. Martinez, 561 U.S. 661 (2010)<sup>22)</sup>。

---

そのようなアプローチがインターネット上のアーキテクチャの性質のような物理的特性を含めて、各々の表現の場・媒体の性質や機能に即してパブリック・フォーラムの法理を翻訳し、これにより表現の場・媒体の性質や機能を歪めるような政府の介入を規律する可能性を指摘している。

<sup>21)</sup> このほか、観点差別かどうかは明らかではないが、ミュージカルの内容に基づく市立劇場の利用許否 (Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975)) も修正1条と判断されている。

<sup>22)</sup> 同判決について、大林啓吾「表現の自由－修正1条絶対主義？」大林啓吾＝溜箭将之編『ロバーツコートの立憲主義』(2017、成文堂) 231-233頁。また、同判決が、学生団体の結社の自由を放棄させる違憲な条件となり得る制約を課しているにもかかわらず、パブリック・フォーラムの法理が適用されることで権利制約が正当化されていることを指摘するものとして、岡田順太「州立大学における平等加入方針と結社の自由」小谷順子＝新井誠＝山本龍彦＝葛西まゆこ＝大林啓吾編『現代アメリカの司法と憲法－理論的対話の試み』(2013、尚学社) 116頁。法廷意見に対し、Alito裁判官の反対意見は「全ての人に門戸を開く」条件により宗教団体だけ異なる宗教の構成員の受入れを強制させられ、これは観点差別であるから違憲であるとしている。

このように、限定的パブリック・フォーラムの法理が適用される場合には、観点差別は原則として禁止されるが、そのフォーラムの目的を保持するための内容規制は許されるため、その意味では原則として違憲とされる通常の表現規制の場合よりも規制が許容されることになる<sup>23</sup>。

以上のとおり、パブリック・フォーラムの法理は、従来は場所の性格に着目して表現規制の合憲性を判断するものであったが、近年、Rust判決が違憲な条件の法理の適用を制限したことにも関係して、政府が給付を行う場面において観点中立を要求する法理として用いられる傾向にある<sup>24</sup>。

---

<sup>23</sup> ただし、非パブリック・フォーラムと判断された場合であっても、観点差別は許容されないことになる。例えば、Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666 (1998) は、州の保有するアーカンサス教育テレビ局が2大政党の候補者を公開討論に参加させる一方、独立系の候補者が参加を拒否されたため修正1条違反で訴えた事案について、政府が特別に許諾された集団の発話者に発言する機会を設ける場合には指定的パブリック・フォーラムを創設するものではないとし、本件は観点中立な編集権の行使であり、修正1条に違反するものではないとした(同判決について、中林暁生「パブリック・フォーラム論の限界？」山元一＝只野雅人＝蟻川恒正＝中林暁生編『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古稀記念論集』(2019、日本評論社) 475-483頁)。その一方で、本件のような非パブリック・フォーラムからの排除は、観点に基づくものであってはならず、その財産の目的に照らして合理的でなければならないとしており、観点差別であれば違憲になることを認めている。非パブリック・フォーラムと判断される場合でも、観点差別の場合には修正1条違反を免れないとすれば、観点差別の場合には限定的パブリック・フォーラムと判断されようが非パブリック・フォーラムと判断されようが結論に影響を与えないことになる。横大道・前掲注6・155頁を参照。限定的パブリック・フォーラムと非パブリック・フォーラムの憲法上の規律の違いがわずかであることについて、Lidsky, *supra* note 14, at 1991. Forbes判決において、パブリック・フォーラムの法理が機能していないことにつき、Schauer, *supra* note 13, at 99.

<sup>24</sup> パブリック・フォーラムの法理が給付の場面などへ拡大していることを、侵略的外来種である葛に例えて批判したうえで、Velazquez判決の事案は違憲な条件の法理で判断することが望ましい旨を説くものとして、Aaron H. Caplan, *Invasion of the Public Forum Doctrine*, 46 WILLAMETTE L. REV. 647 (2010).

(5) 政府言論 (government speech) の法理<sup>25</sup>

連邦や州の特定の行為が政府言論と判断される場合には、パブリック・フォーラムの法理の適用が否定され、観点差別も許され、修正1条の問題を生じないとされている<sup>26</sup>。これは、選挙の勝者が政府を統制し、その政治的目的の達成のため政府機関を用いることができるという民主主義的な価値に基づくものとされている<sup>27</sup>。

前述したRust判決は、政府言論という表現を用いなかったが、政府は憲法に違反しない限り、それが公益に資すると信じる特定の活動を促進するためにあるプログラムを選択的に援助し、同時にその問題を他の方法で扱う代替的なプログラムに援助しないことができると説示した。その後のBoard of Regents of Univ. of Wis. System v. Southworth, 529 U.S. 217 (2000) (以下「Southworth判決」と略記する。)は、学生の活動費は伝統的なパブリック・フォーラムではないとしつつも、パブリック・フォーラムにおける観点中立性の基準が本件にもあてはまるとする一方、Rust判決を引用しながら、政府が話す際は、例えば自身の政策を推進したり、特定の考えを推し進めたりする目的の場合には、最終的には、その言論の主張者が選挙と政治の過程において責任を問われるものであり、市民が異を唱えれば新たに選挙された公務員が異なる立場を主張するとして、その場合には観点中立性が要求されない旨を判示した<sup>28</sup>。

---

<sup>25</sup> Daniel W. Park, *Government Speech and the Public Forum: A Clash Between Democratic and Egalitarian Values*, 45 GONZAGA L. REV. 113 (2009). 邦語文献として、蟻川／政府と言論(前掲注3)91頁、同「政府の言論の法理—教科書検定を素材として」駒村＝鈴木編・前掲注3・417頁、金澤誠「政府の言論と人権理論(1)-(4)」北大法学論集60巻5号(2010)1339頁・61巻2号(2010)736頁・61巻5号(2011)1757頁・64巻3号(2013)1097頁、横大道・前掲注6・220-300頁。近時の判決について、大林／前掲注22・226-228頁。

<sup>26</sup> Lidsky, *supra* note 14, at 1991-94.

<sup>27</sup> Park, *supra* note 25, at 123.

<sup>28</sup> これは、大学が在籍する生徒に活動費の支払いを要求し、これが観点中立的に学生の活動に使用されていたところ、学生が自身の信条に反する表現に抛出されないことを求めた事案である。同判決は、政府は、憲法上の権限の範囲内でプログラムや政策を適用したり推進したりするところ、これが一部の市民の深い信念や真摯な

その後、連邦最高裁は、「牛肉の宣伝と調査に関する法律」に基づき、牛の販売又は輸入に対する課税で得た収入によって牛肉の宣伝を行うこと (Johanns v. Livestock Marketing Assn, 544 U.S. 550 (2005)<sup>29</sup>)、私人が寄贈した記念碑 (宗教的なものも含む) を公園に設置すること (Pleasant Grove City v. Summum, 555 U.S. 460 (2009)<sup>30</sup> (以下「Summum 判決」と略記する。))、州の認めた自動車の特別なデザインのナンバープレート (Walker v. Tex.

---

信条に反する可能性があることは避けて通れないとした。そして、政府は、一般的なルールとして、反対者にも課せられる税金又は他の料金を財源として有効なプログラムや政策を支持できるが、政府による資金拠出は、自己の政策を主張し擁護するための言論その他の表現に用いられることは不可避であるとし、Rust 判決を引用した。そして、問題となる言論が授業料で援助され、大学とその職員が内容について責任を負うとすれば、当該政府自体が発話者であるとの前提に基づいて事案を評価され得るが、本件はそのような事案はないとした。そのうえで、学生の活動費は伝統的なパブリック・フォーラムではないとしつつも、パブリック・フォーラムにおける観点中立性の基準が本件にもあてはまるとした。同判決について、横大道・前掲注 6・105-107頁。

<sup>29</sup> 同判決は、政府言論のための強制的資金拠出は、そのことのみによって修正 1 条の問題を引き起こすものではないとした。そして、本件における宣伝におけるメッセージの内容は最初から終わりまで議会や農務省などの連邦政府によって形作られており、農務省が宣伝活動における最終的な承認権限を有しているとした。さらに、Southworth 判決等を引用しながら、過去の判決は、政府言論が民主的責任 (democratic accountability) の対象となることを指摘しながら政府言論のための強制的資金拠出を正当化しているとして、原告の修正 1 条違反の主張を退けた。同判決につき、横大道・前掲注 6・246-250頁。

<sup>30</sup> 同判決は、私人が寄贈した記念碑 (宗教的なものも含む) を 15 個設置していた公園について、宗教団体が自らの記念碑を設置することを求めたが市に拒絶されたことが修正 1 条に違反するとして争われた事件である。判決は、当該公園の多くのモニュメントは私人から寄贈されたものであり市が製作したものではないものの、市はモニュメントの受入れ及び設置を決定しているとしており、公園のモニュメントは政府言論に該当するとした。他方で、パブリック・フォーラムの法理は、場所やプログラムがその機能を損なうことなく大多数の人を収容できることを前提としているが、モニュメントは公園には限られた数しか設置できないものであるとして、パブリック・フォーラムの法理の適用を否定した。以上から、判決はモニュメントを設置しないことは修正 1 条に違反しないと判断した。

Div., Sons of Confederate Veterans, Inc., 576 U.S. \_\_\_\_ (2015)<sup>31</sup> (以下「Walker判決」と略記する。)) について、いずれも政府言論と認め、観点中立性は要求されないと修正1条違反の主張をいずれも退けた。

以上のように、政府言論の法理は、Rust判決を契機として近年発展してきた法理であり、当該給付等が政府言論に該当する場合には観点差別による修正1条の適用を免れるものである。Sumnum判決、Walker判決の事案では、仮にパブリック・フォーラムの法理が適用されていれば、観点差別として修正1条違反になっていた可能性が高いと思われるが、政府言論に該当すると判断されたため、修正1条違反が否定されている<sup>32</sup>。

## (6) 小括

以上のとおり、連邦や州が給付を行う場合に修正1条違反を認める法理としては、違憲な条件の法理とパブリック・フォーラムの法理がある。このうち、違憲な条件の法理は、Rust判決が、特定の活動を促進するためにあるプログラムを選択的に援助し、他のプログラムに援助しないことがで

---

<sup>31</sup> 事案は、テキサス州が、州の認めた自動車の特別なデザインのナンバープレートを着装できるようにしていたところ、「南部連合軍退役軍人の子孫」という団体が提案した南部連合軍の軍旗のデザインが却下されたため訴えを提起したというものである。判決は、Sumnum判決等を引用したうえで「政府が発話する際、話す内容を決定することは言論の自由条項で禁止されない」とした。そして、ナンバープレートが歴史的にも各州のメッセージの伝達に用いられており、テキサス州の特別なデザインのナンバープレートも同様であること、公衆は特別なデザインを州と関係があるものと考え、テキサス州は最終的なナンバープレートの承認権限を通じて伝達するメッセージを実効的に統制していること等から、テキサス州の特別なナンバープレートは政府言論を伝達するものであるとして、修正1条には違反しないとした。もっとも、Alito判事は、ナンバープレートは私的言論であって政府言論ではないため、テキサス州の規制は観点差別で修正1条違反であるとする反対意見を書き、Scalia判事、Kennedy判事が賛成しているなど、政府言論に関する意見は分かれている。同判決につき、桧垣伸次「政府言論とヘイト・スピーチ」福岡大学法学論叢61巻4号(2017)1263-1270頁、大林/前掲注22・228頁。

<sup>32</sup> ただし、政府言論であることは、パブリック・フォーラムの法理の適用を免れるものの、国教樹立禁止条項など他の憲法上の制約は受けるものと考えられている。Park, *supra* note 25, at 141-46; 横大道・前掲注6・283-299頁。



きると説示したことで、その適用範囲を大きく狭められた。もともと、当該助成プログラムの範囲を超えて憲法上の権利に影響を与える場合には違憲な条件の法理を適用する余地が残されている（Agency for International Development判決）。

次に、パブリック・フォーラムの法理は、従来は公的施設等の場所の性質に着目して修正1条の適用を認める法理であったが、Rust判決以降は、政府や大学の資金拠出の場面にも用いられている。特に、一定の給付を行うことで、私人の言論の多様性を促進するという場面において、観点差別を修正1条違反とする根拠として言及されている（Rosenberger判決、Velazquez判決）。

他方で、政府言論の法理は、民主主義的な価値に基づくものとされ、政府言論と判断されれば、前述のパブリック・フォーラムの法理が適用されず、観点差別が許されるとされている。そのため、特定の主体に与えられる利益が他の主体に与えられなかったとしても修正1条違反の問題は生じないことになる（Sumnum判決、Walker判決）。

いずれにしても、連邦最高裁は、給付的な性質を有するかどうかによってカテゴリカルに判断を行っているわけではない。むしろ、給付等が行われる場面を詳細に検討したうえで、問題となる給付等の制限が、民主主義のプロセスにおいて決定した政策の実現として正当化し得るのか、はたまた政策の実現とは無関係な制約や過大な制約として正当化し得ないかを吟味しているものと考えられる<sup>33</sup>。

以上を前提に、Matal判決とIancu判決の内容を次に検討していきたい。

### 3 Matal判決とIancu判決

#### (1) 侮辱条項、不道德条項、スキャンダラス条項

Matal判決で問題となったのは、ランハム法2条（15 U.S.C. § 1052）に

---

<sup>33</sup> 横大道・前掲注6・368頁は、米国のパブリック・フォーラムの法理や政府言論の法理の判例から、助成を受ける「場」又は「制度」の果たすべき機能を表現の自由の客観法的価値に照らして明らかにし、政府等に「場」又は「制度」の機能を損なわせないと義務を負わせ、その義務に違反する行為を助成受領者に対する表現の自由の侵害と構成するアプローチを導いている。

定めた商標登録拒却事由のうち侮辱条項と呼ばれる部分であり、Iancu判決で問題となったのは、同条の不道德条項、スキャンダラス条項と呼ばれる部分である。

ランハム法2条は、各号において商標登録を拒却する事由を定めている。同条(a)は、不道德 (immoral) 又は欺瞞的 (deceptive) 若しくはスキャンダラスな (scandalous) 事項、人 (生きている場合と死んでいる場合を含む)、団体、信仰又は国家的象徴を侮辱 (disparage) したり、これらのものとの結び付きを誤って示唆し得る事項で構成されるか、あるいは含んでいる場合等の登録拒却を定めている<sup>34</sup>。このうち、侮辱を理由とする登録拒却事由を「侮辱条項」、不道德を理由とする登録拒却事由を「不道德条項」、スキャンダラスを理由とする登録拒却事由を「スキャンダラス条項」と呼ぶことにする<sup>35</sup>。

過去に不道德条項又はスキャンダラス条項に該当すると判断されたものとしては、ワインを商品として聖母マリアを意味する“Madonna”の商標をスキャンダラス条項に該当するとしたもの (禁酒法廃止直後の事案であるが、*In re Riverbank Canning Co.*, 95 F.2d 327 (C.C.P.A. 1938))<sup>36</sup>、男性と女性が裸でキスをしている写真で構成された商標についてスキャンダラス条項に該当するとしたもの (*In re McGinley*, 660 F.2d 481 (C.C.P.A. 1981))、犬が排せつしている図形についてスキャンダラス条項に該当するとした

<sup>34</sup> このほか、同条(b)は、合衆国、州、地方公共団体、外国の旗や紋章等を含む場合、同条(c)は、生きている個人の名称、肖像、署名等を含む場合、同条(d)は、登録された標章、過去に他人によって使用された標章又は商号と類似し、混同を引き起こすおそれのある場合、同条(e)は、単に記述的又は誤って記述する (misdescriptive) 場合、単に地理的に記述する又は誤って記述する場合、単なる氏や全体として機能的な場合の登録拒却をそれぞれ定めている。

<sup>35</sup> 過去の侮辱条項、不道德条項、スキャンダラス条項の適用例について、MCCARTHY, *supra* note 1, §19:77; MARY LAFRANCE, *UNDERSTANDING TRADEMARK LAW* 92-95 (3d ed. 2016)。邦語文献では、金子敏哉「商標登録要件における公序良俗と表現の自由—非道徳的・卑わいな商標等の取り扱いを中心に—」*パテント*73巻8号(別冊25号、2020)78-81頁。

<sup>36</sup> 同判決についてディビッド・E・ケース(日本商標協会関西支部編)『日英対訳USPQ 米国商標審決百選』(2011、経済産業調査会)108-111頁(寺田花子訳)。

もの (Greyhound Corp. v. Both Worlds, Inc., 6 U.S.P.Q.2d (BNA) 1635 (T.T.A.B. 1988))、**“GRANDMA SCHITTHED’S** (「くそつたれ」を意味する **“shithead”** と同音の造語) **OUTHOUSE BROWN for beer and ale**” の商標について、スキャンダラス条項に該当するとしたもの (In re Mark David Frankel, Serial Nos. 75/702,008; 75/702,010; and 75/702,011 (T.T.A.B. 2002))、**“JACK-OFF”** (自慰をする) の商標について不道徳条項又はスキャンダラス条項に該当するとしたもの (In re Boulevard Entertainment, Inc., 334 F.3d 1336 (Fed. Cir. 2003))、**“THE BEARDED CLAM”** (女性器を意味する) の商標についてスキャンダラス条項に該当するとしたもの (In re Jim Douglas and David Watson, Serial No. 76494125 (T.T.A.B. 2004))、**“PROTECT THE COOCH** (女性器を意味する) **!”** の商標についてスキャンダラス条項に該当するとしたもの (In re Lombardi, Serial No. 85569079 (T.T.A.B. 2013)) がある。

他方で、これらの登録拒絶事由に該当しないとしたものとして、**“BIG PECKER** (男性器を意味する場合があるが他の意味もある) **BRAND”** の商標 (In re Hershey, No. 500,340 (T.T.A.B. 1988))、コンドームに星条旗をデザインしたもの (In re Old Glory Condom Corp., 26 U.S.P.Q.2d (BNA) 1216 (T.T.A.B. 1993))<sup>37</sup>、**“FRIGGIN”** (くそつたれ) (In re Friggin Barnyard, Serial No. 75/033,653 (T.T.A.B. 1999)) がある。

また、侮辱条項に該当するとされたものとしては、アルコール飲料について **“KHORAN”** (コーランの同音語) の商標 (In re Lebanese Arak Corporation, Serial No. 77072261 (T.T.A.B. 2010))、**“STOP THE ISLAMISATION OF AMERICA”** の商標 (In re Pamela Geller and Robert B. Spence, Serial No.77940879 (T.T.A.B. 2013)) がある。他方で、アダルト雑誌を指定商品として **“BLACK TAIL”** を登録することについて、アフリカ系の女性を単に性の客体とするものと主張された事案では、商標審判部は侮辱条項に該当するとは認めなかった (Boswell v. Mavety Media Group Ltd., 52 U.S.P.Q.2d 1600 (T.T.A.B. 1999))。

ところで、過去にランダム法 2 条 (a) が修正 1 条に違反するかについて争われた事案はあったが、関税特許控訴裁判所 (CCPA)<sup>38</sup> は、In re McGinley,

<sup>37</sup> 同審決について、ケース・前掲注36・112-115頁(並川鉄也訳)。

<sup>38</sup> 商標権の上訴事件については関税控訴裁判所が管轄を有していたが、1982年に廃

660 F.2d 481 (C.C.P.A. 1981) において、特許商標庁の登録拒絶は当該標章を使用する権利に何ら影響を与えないとして修正1条違反の主張を退けた<sup>39</sup>。その後、連邦巡回区控訴裁判所も、*In re Mavety Media Group Ltd.*, 33 F.3d 1367 (Fed. Cir. 1994) において、*In re McGinley* 判決を引用しながら、同様の点を説き修正1条違反の主張を退けている。その後も、*In re McGinley* 判決及び *In re Mavety Media Group Ltd.* 判決を引用しつつ修正1条違反の主張を退ける判決や審決がある (*In re Boulevard Entertainment, Inc.*, 334 F.3d 1336 (Fed. Cir. 2003); *In re Pamela Geller and Robert B. Spence*, Serial No.77940879 (T.T.A.B. 2013))。

他方で、NFLのワシントン・レッドスキンの「Redskins」の商標登録の有効性が問題となった *Pro-Football, Inc. v. Blackhorse*, 12 F. Supp. 3d 439 (E.D. Va. 2015) (以下「Blackhorse判決」と略記する。) において、ヴァージニア東地区裁判所は、ランハム法2条(a)の合憲性について、連邦商標登録プログラムが後述する「政府言論」に該当するため修正1条に違反しないとしたうえで、侮辱条項に該当するとして2条(a)に基づき商標を取り消すとの判断をしていた<sup>40</sup>。

---

止され、管轄は連邦巡回区控訴裁判所に移っている。Mark Conrad, *Matal v. Tam—A Victory for The Slants, a Touchdown for the Redskins, But an Ambiguous Journey for the First Amendment and Trademark Law*, 36 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 83, 97 (2018).

<sup>39</sup> *Id.* at 96は、同判決が修正1条のランハム法2条(a)への挑戦を扱った最初の判決かもしれない、おそらく *Matal* 判決以前では最も重要な判決であると位置付けている。

<sup>40</sup> 同判決や関連する「REDSKINS」に関する判決について、井関涼子「公序良俗違反に基づく商標の不登録事由—米国『REDSKINS』商標登録取消審決を題材に」小泉直樹＝田村善之編『はばたき—21世紀の知的財産法』(2015、弘文堂) 819-826頁、紙谷雅子「商標と表現の自由 *Matal v. Tam*, 582 U.S. \_\_\_, 137 S. Ct. 1744 (2017)」学習院大学法学会雑誌54巻1号(2018) 152-155頁。

(2) *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017)<sup>41</sup>

## ア 事案の概要

原告(Tam)は、アジア系アメリカ人のロックバンドである“The Slants”のメンバーであり、2011年、“THE SLANTS”を「音楽バンドのライブ公演の性質を持つエンターテインメント」について商標出願を行ったところ、審査官は、同商標がアジア人を祖先に持つ人を侮辱する意味であるとして、ランハム法2条(a)に該当するとした。Tamはランハム法2条(a)の侮辱条項が修正1条に違反すると主張した。連邦巡回区控訴裁判所(*In re Tam*, 808 F.3d 1321 (Fed. Cir. 2015))は、ランハム法2条(a)の侮辱条項について、政府による助成や政府言論に該当せず政府による規制に該当するものとしたうえで、観点差別に該当する一方、営利的言論として中間審査に服することを否定しつつ、保護すべき利益が実質的な政府利益とはいえないとして、セントラルハドソン・テストすら満たさないとして違憲と判断した(以下「*In re Tam*連邦巡回区控訴裁判所判決」と略記する。)<sup>42</sup>。これに対し、特許商標

<sup>41</sup> 同判決について、大林啓吾「特許庁が『ザ・スランツ』というバンド名はアジア人を侮蔑することになるとして商標登録を認めなかったところ、当該処分の根拠となる法律の規定が表現の自由に反するとされた事例」判例時報2362号(2018)4頁、紙谷/前掲注40・117頁、松井茂記『アメリカ憲法入門』(第8版、2018、有斐閣)267頁、アメリカ最高裁研究会=原口佳誠「軽蔑的表現の商標登録を禁ずる連邦商標法の合憲性—*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017)—」比較法学52巻2号(2018)154頁、大日方信春「商標と表現の自由(2・完)」熊本法学147号(2019)1頁、金子/前掲注35・81-84頁。

<sup>42</sup> これに対し、*Dyk* 判事の一部反対意見は、ランハム法2条(a)は観点中立であり、内容規制であるとしても厳格な違憲審査基準の対象とはならないとした。また、政府は、営利的言論について攻撃的又は心地よくない方式を規制することについて正当な利益を有しているとした。もっとも、*Tam*の言論は営利的でありながら政治的であり、本件に適用される限りではランハム法2条(a)は違憲であるとしつつ、営利的言論の場合に適用される場合には違憲とする根拠はないとしている。

*Lourie* 判事の反対意見は、商標登録の否定は申請人の自由な言論を害せず、申請人は自由にその言葉を使用でき、単に連邦法上の混同する程度に類似する標章の使用を排除するエンフォースメントを欠くに過ぎないとした。また、連邦商標登録がないとしても、侮辱的な標章を商品又は役務に付して使用できるゆえ、連邦商標登録の欠如は商標の情報伝達機能を変更しないとした。加えて、連邦商標登録がないとしても、ランハム法43条の未登録標章の保護を享受できることを指摘した。また、

庁が上告を行ったが、連邦最高裁は、以下に見るように、侮辱条項が修正1条に違反すると判断した。その後、特許商標庁は、侮辱条項が商標登録拒絶事由及び取消事由として効力を有しないものとして出願された商標の審査を行っている (Trademark Manual of Examining Procedure October 2018 の 1203.03(b)<sup>43</sup>)。

## イ Alito判事執筆の意見(「I」から「III」「A」まで法廷意見)

### (ア) 商標登録の性質に関する判断(「I」「II」の部分)

法廷意見は、「商標保護の背景にある原理は、識別力ある商標一語、名前、象徴その他一が、特定の職人の商品と他の人の商品を区別することを助け得るということにある。…商標は、特定の商品を、特定の商人の商品と指し示し、彼のものとして販売される他人の商品の販売から、彼の信用を保護する。…これは、消費者は、彼らが購入したい商品及び役務を特定することを助けるとともに、彼らが購入したくなく商品及び役務を避けようとすることも助ける」とした<sup>44</sup>。

---

USPTOによって商標が公開されることから、政府の行為により統制又は影響を受ける政府言論の一形態に過ぎないとした。商標それ自体が私的な財産に止まる限りは政府言論ではないが、その連邦登録が主張されれば、これは私的な個人の言論を超えるものであるとした。以上から、ランハム法2条(a)は違憲ではなく、商標出願の拒絶は適法であるとした。

Reyna判事の反対意見は、商標は営利的言論であり、中間審査基準が妥当であるとしたうえで、ランハム法2条(a)及び同法全体は営利活動の秩序ある流れという実質的な政府利益に資するものであり、ランハム法2条(a)は合憲であるとしている。

<sup>43</sup> <https://tmepl.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/current/TMEP-1200d1e1.html> (2020年3月4日確認)。

<sup>44</sup> さらに、法廷意見は、「連邦法が商標を創設するものではない。…商標とその先祖は太古の昔に起源を有し、私たちの国の創始者のころから、商標はコモン・ローとエクイティによって保護されていた。…19世紀の大半は、商標の保護は州の領域であった。…最終的に、連邦議会は一定の連邦の統一性を作り出すことに踏み出し、1870年に商標を保護する最初の連邦法を成立させた。…現在の連邦商標法の基礎はランハム法であり、1946年に制定された。その時まで、商標は、商品又は役務を同定する以上のことはしない言葉をはるかに超えるものとなっていた。今日、商標は、メッセージを伝達するキャッチフレーズを含むことがしばしばある」と説示している。

次に、法廷意見は、「ランハム法においては、取引において使用される商標は主登録簿において連邦上の登録を得ることができる (§ 1051(a)(1))。また、出願人の商品又は役務を識別できるが主登録簿に登録されないが、出願人が取引において適法に使用できるものは、別の登録簿である補助登録簿に登録される (§ 1091(a))。現在は、連邦登録されていて権利が抹消されていない商標が200万以上ある。…この連邦登録システムは、商標が完全に保護を受け、自由な商取引の流れを支援することを確かなものにすることを助ける」とした<sup>45</sup>。

そのうえで、連邦商標登録ができない場合について「連邦上の登録がなかったとしても、有効な商標は商取引において使用することができる。…そして、未登録商標であっても、いくつかの方法で被疑侵害者からの保護を受けることができる。最も重要なのは、商標が連邦登録を得ていなかったとしても、ランハム法43条(a)の保護を受けることができ、同条は連邦上の商標権侵害の請求原因を創設している。…未登録商標は、他の連邦法でも保護を受け、例えば ACPA による保護を受ける (1125条(d))。…また、未登録商標は、州のコモン・ローによってもエンフォースされ、各州で登録を受ければ、州の登録システムでエンフォースされる。…」とした。

しかし、法廷意見は続けて、「…連邦登録は、**B&B Hardware** 判決で判示されているように、登録商標権者に重要な法的権利と利益を付与する。…主登録簿への登録は、①登録した者が権利を有することの擬制告知 (*constructive notice*) となる、②登録商標の有効性、登録の有効性、権利の帰属の有効性、権利者が商取引において商品又は役務と結び付けて商標を使用する権利の有効性を推定する一応の (*prima facie*) 証拠となる…、③登録して5年が経過すると不可争性 (*incontestable*) を得る…。加えて、商標権者は、登録によって、侵害となる商標を付された商標の米国への輸入を差し止めることができる」とした。

そのうえで、法廷意見「II」の部分において、侮辱条項は、その文言上、

---

<sup>45</sup> 法廷意見は、*San Francisco Art & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987)の「連邦上の商標の保護は望ましい」「なぜならば、商標は、生産者に良い評判の利益を保障することで競争と品質の保持を促進するためである」との説示を引用している。

人だけでなく、団体や信仰に対する侮辱が含まれているが、そうすると特定の信念を共有する構成員の集合、例えば政治的な団体や宗教団体にも適用される。そのため、同条は特定の自然人を侮辱する場合に限るものではないとした<sup>46</sup>。

(イ) 政府言論に該当するとの主張に対する判示（「Ⅲ」「A」の部分）<sup>47</sup>

まず、法廷意見は、「修正1条は議会及び政府機関等に言論の自由を奪うことを禁じているが、議会及び他の政府機関が自由に話す能力を失わせることを述べているものではない。最高裁の判例は、言論の自由条項は、政府言論（government speech）を規制しないと認識している」とした<sup>48</sup>。

次に、法廷意見は、「最高裁が判断してきたように、政府言論が、修正1条が私的言論に課す規制の対象となるならば、政府がどのように機能し得るのか想像するのは容易ではない。…修正1条は、他人の犠牲において特定の観点や思想に賛成する方法で政府が言論を規制することを禁じている。しかし、政府言論へ観点中立を要求することは機能不全を招くものである。修正1条は、政府機関が活動に乗り出す際には、特定の観点を採用し他を拒絶することが必要となる。言論の自由条項は、政府に対し、公務員及び職員がその事業について話す際、観点中立性を維持することを要求しない」とした。

他方で、法廷意見は、「…政府言論の法理が重要で、実のところ不可欠である一方、これは危険な誤用を誘発し得る法理である。もし、私的な言論に政府の承認がなされることで政府言論として許されるとすれば、政府は好ましくない観点の表現を沈黙させることができてしまう。ゆえに、政府言論の先例を拡張する前に大きな警戒をしなければならない」とした。

そのうえで、商標登録は連邦政府の一機関である特許商標庁が行うが、商

---

<sup>46</sup> 同部分については、Thomas判事は、Tamの裁量上訴を却下している所以の問題に答える必要はないため、この部分には賛同しないとしている。

<sup>47</sup> 同部分は、同判決に参加していないGorsuch判事を除く他の全員が法廷意見に賛同している。

<sup>48</sup> 同部分で、法廷意見は、政府言論に関して判断を行ったSumnum判決、Johanns判決、Southworth判決を引用している。



標はランハム法の観点中立である要件に合致すれば登録は強制であり、いったん登録要件を満たすと判断されれば、申立てのない限りこの決定は上級庁によって再審査されない。そして、いったん商標が登録されれば、特許商標庁は私人が取消しを求める場合や登録が期間満了になる場合、FTCが手続を行う場合を除き、登録を抹消する権限を有しない。以上の点からすれば、登録された商標の内容が政府言論であるというのは無理があった<sup>49</sup>。

そして、政府言論に関する過去の連邦最高裁判決を引用しつつ、これらの事実と連邦商標登録は大きく異なるとしたうえで、「商標登録が商標を政府言論に変容させると考えることは、政府言論の法理の巨大かつ危険な拡張である」とし、「商標登録が政府言論を構成するとすれば、政府による他の登録も容易に同じように性格付けられてしまう」とした。

そして、法廷意見は、政府側の議論を受け入れた場合に最も問題となるのが著作権登録の制度であり、商標登録で政府言論となるとすれば著作権登録でも同様に政府言論への変容を帰結してしまうとした。これに対し、政府は、商標を著作権と区別し、その理由として著作権が「自由な表現のエンジン」<sup>50</sup>とされることを挙げて商標と著作権を区別することを主張した。しかし、「…本件が示唆するように、商標はしばしば伝達的な(expressive)内容を有する。企業はメッセージを伝達する商標を作り出し広告するため多額の支出をしている。商標に必要とされる短さはそれが発する内容を限定するのは確かである。しかし、たった2、3の言葉で力強いメッセージが伝達されることもある。商標は、私的言論であり、政府言論ではない」とした。

---

<sup>49</sup> さらに、法廷意見は、*In re Old Glory Condom Corp.*, 26 U.S.P.Q.2d (BNA) 1216 (T.T.A.B. 1993)の説示を引用しながら、特許商標庁は登録が商標の承認を構成しないことを明確にしていることも指摘している。

<sup>50</sup> 同表現は、著作権を延長するCTEAの合憲性が争われた*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003)の説示を引用したものである。同判決について、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由についての一考察」学習院大学法学会雑誌39号(2004)25-34頁、大日方信春『著作権と憲法理論』(2011、信山社、初出2010)161-175頁、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)」知的財産法政策学研究45号(2014)87-95頁。

(ウ) 言論助成の政府プログラムの主張に対する判示（「Ⅲ」「B」の部分）<sup>51</sup>

さらに、政府は、本件について、特定の観点を表現する言論を助成する政府プログラム（government-program）として合憲とした過去の連邦最高裁の判決が妥当することを主張した。

これについて、Alito 判事の意見は「その者が当該利益を受ける権原を有しないとしても、政府は、その者の憲法上保護された言論の自由を侵害する理由において利益を与えることを拒否することはできない」<sup>52</sup>としつつ、「同時に、政府は助長することを望まない活動に補助金を与えることを要求されない」とも説示した。

政府は、特定の観点を表現する言論を助成する政府プログラムとして合憲であると主張し、Rust 判決等の連邦最高裁の判決を引用した。しかし、同意見は「商標の連邦登録制度は、これらのプログラムと何も共通しない。特許商標庁は、登録を求める当事者に金銭を支払うわけではない。逆こそ然りで、出願人が225ドルから600ドルを手数料として特許商標庁に支払うのである」とし、これらの理由から、Rust 判決等は本件の合憲性の判断には有用ではないとした。

(エ) 新たな政府プログラムの主張に対する判示（「Ⅲ」「C」の部分）

他方で、政府は、登録の禁止について、政府言論と助成の合わさった新たな政府プログラムとも主張する。しかし、この法理が適用されているのは、公務員の労使関係に関する事案であり、これは修正1条の特別な分野であるから、商標登録の事案からはかなり距離があるとした。

Alito 判事の意見は、「本件により類似するのは、政府が、私的な言論についての、限定されたパブリック・フォーラムを創出する事案である」<sup>53</sup>と

---

<sup>51</sup> 同部分以降は、Roberts 首席判事、Breyer 判事、Thomas 判事が Alito 判事の法廷意見に賛同している一方、Kennedy 判事が後述する意見を書き、これに Ginsburg 判事、Sotomayor 判事、Kagan 判事が賛同している。

<sup>52</sup> これは、Rust 判決後に違憲な条件の法理を適用した Agency for International Development 判決の説示である。

<sup>53</sup> 同部分で同意見は、放課後の学校施設の利用について限定的パブリック・フォーラムの法理を用いた Good News Club 判決、学生活動基金について限定的パブリック

したうえで、「……政府がそのようなフォーラムを創出する際、そのフォーラムが文字通りの意味であれ比喩的な (metaphysical) 意味であれ、一定の内容規制又は話し手に着目した (speaker-based) 規制が許容され得る。しかし、これらの事案においてさえ、私たちがいうところの『観点差別』 (viewpoint- discrimination) は禁止されている」とした。

そのうえで、同意見は「連邦最高裁は観点差別を広い意味で用いているが、その意味では、侮辱条項は観点に基づく差別を行うものである。もちろん、この条項は、全ての集団の侮辱に公平に適用される。…全ての集団の構成員の大部分にとって侮辱的 (offensive) な全ての標章の登録を拒絶する。しかし、ここで関係する意味においては、侮辱する (give offence) というのは観点であり、観点差別である」とした。さらに、「連邦最高裁は、思想の公衆への伝達は、その思想それ自体が聴衆の一部を攻撃するものであることのみを理由として禁止することができないことを何度も説示してきた」ことを指摘した。

そして、「連邦最高裁は、当該思想がそれ自体、聴衆の一部にとって侮辱的であることのみを理由にして思想の公の表現が禁止されてはならないことを何度も説示してきた」としたうえで、「この理由から、侮辱条項は、内容規制又は話し手に着目した規制が許容される政府プログラム的一种として解することで救済することはできない」とした。

#### (オ) 合憲性の判断部分 (「IV」の部分)<sup>54</sup>

Alito 判事の意見は、商標が営利的言論かどうか争いがあるとしつつ、侮

---

ク・フォーラムの法理に言及しながら判断を行った Rosenberger 判決を引用している。

<sup>54</sup> 同部分には、Roberts 首席判事、Breyer 判事、Thomas 判事が賛同している。また、後述する Kennedy 判事の一部同意・結論同意意見に Ginsburg 判事、Sotomayor 判事、Kagan 判事が賛同している。他方で、Thomas 判事は、Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U.S. 525 (2001) において、政府が伝達する思想を抑制するために真実である言論を規制する場合には、厳格な審査基準を採用すべきと判断し、現在もそのように考えているが、セントラルハドソン・テストのより緩やかな基準でも違憲になることから、Alito 判事の意見「IV」の部分に賛成とする個別意見を書いている。Thomas 判事の Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U.S. 525 (2001) における個別意見について、橋本基弘「営利的言論法理の現在」同『表現の自由 理論と解釈』(2014、中央大学出版部、初出2006) 119頁。

辱条項は営利的言論に適用される *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980) の基準にも合致しないとした。

すなわち、特許商標庁が侮辱条項は、①政府は、十分に代表されない集団が商業的広告において貶めるメッセージに晒されることを防ぐこと、②取引の秩序ある流れを保護することにあるとの主張をした。

これに対し、同意見は、①の主張について、「政府は感情を損なう思想を表現する言論を防止する利益があるという考え方は、修正1条の核心を破壊するものである。」「人種、民族、性別、宗教、年齢、障害その他の根拠に基づき貶める言論は憎むべきものであるが、私たちが嫌う考えを表明する自由を保護するというのが、私たちの自由な表現の法体系の最も誇るところである」とした。

次に、②について、同意見は、侮辱条項があらゆる人、集団、機関を侮辱する全ての商標に射程が及ぶこと、同条項は「人種差別主義者をやっつけろ」「性差別主義者をやっつけろ」「同性愛嫌悪者をやっつけろ」のような商標にも適用されること、侮辱条項は、生きているか死んでいるかを問わず全ての人を保護し、同様に全ての機関を保護すること等を指摘したうえで、侮辱条項は、不快な差別を支持する商標を駆逐するという目的を達成するために厳密に線引きされている (*narrowly drawn*) とは認められないとした。

これらの理由により、侮辱条項は、修正1条に定める表現の自由を侵害するものと判断し、連邦巡回区控訴裁判所の判断を維持するとした。

## ウ Kennedy 判事の一部同意・結論同意意見

Kennedy 判事は結論において賛成しつつ、以下の内容を述べている (*Ginsburg* 判事、*Sotomayor* 判事、*Kagan* 判事が賛同)。

一部同意・結論同意意見は、「観点に基づく差別は、内容差別の目に余る (*egregious*) 形態の1つであり、違憲の推定が働く。」「…出願人は、前向きで感じの良い商標は登録できるが、差別的な商標はできない。このような法は、政府が攻撃的と考えるメッセージの集合に対する政府の不承認を反映したものである。これは観点差別の本質である」としたうえで、「観点差別の危険は、政府が議論から特定の思想や世界観を除外することを企図するところにある」とし、「連邦最高裁は、伝達するメッセージ

の不承認を理由とする言論の規制を創出する場合、高められた審査基準が妥当し、これは営利的言論も例外ではない」とした<sup>55</sup>。そして、「過去の連邦最高裁の判例は、観点差別が許容される限定的な1つの状況を認めているが、それは政府自身が発話し、又は他人をして政府のメッセージを伝達することを募る場合である。」「(前述した *Southworth* 判決、*Rosenberger* 判決、*Velazquez* 判決を引用したうえで)これらの判決は多くの要素を特定し、それらは(もしあれば)政府が自身のために発話していることを示すものだが、本件にはそのような要素はない。また、私人が政府プログラムの特定のメッセージを促進するために選ばれている状況も考えられるが、本件はそのような事案ではなく、商標登録の目的は出所を特定することを促進するというものである。」「本件は、政府が(前述した *Velazquez* 判決のいう)『私的な発話者による観点の多様性を促進するために資金を拠出する場合であり、そこでは観点差別は許されない』とした。

### (3) *Iancu v. Brunetti*, 139 S. Ct. 2294 (2019)<sup>56</sup>

#### ア 事案の概要

*Erik Brunetti* は芸術家であり、衣類の製造を行っているが、FUCTの商標

---

<sup>55</sup> 結論同意意見は、この部分で *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, 566 (2011) を引用している。さらに、結論同意意見は、「内容規制と異なり、観点に基づく差別は、それが攻撃的な言論を対象とするものであれ、営利的な文脈における深刻な懸念を残す。」「商標は、日常生活の表現の一部を構成しており、エンターテインメント集団や放送ネットワーク、デザイナーの衣服、新聞、自動車、キャンディー、おもちゃの名前となって現れる。非営利団体は…商標を持ち、他人を説得して引き入れる過程で、寄付その他を集めるため経済的な意味で商標を使用している。このような文脈で観点差別を認めることは、政府の検閲を認めることを意味する」と説示している。

<sup>56</sup> 同判決について、萩原弘之＝広居伸正＝寺澤幸裕＝宮脇正晴「米国における知財の動き」高林龍＝三村量一＝上野達弘編『年報知的財産法2019-2020』(2019、日本評論社) 186-187頁(宮脇正晴執筆部分)、大林啓吾「不道徳な内容やスキャンダラスな内容を商標として登録できないとする法律は観点差別に当たり表現の自由を侵害する」とした事例：イアंक対ブルネッティ判決[アメリカ連邦最高裁2019. 6. 24](海外判例研究(第8回))」判例時報2422号(2019) 130頁、金子／前掲注35・84-86頁。

を使用している。これを出願したところ、特許商標庁はこの言葉が猥褻なある言葉と近似しており、不道德条項、スキャンダラス条項にあてはまるとして登録を拒絶した。Brunettiは不道德条項、スキャンダラス条項の登録拒絶の規定が修正1条に違反すると主張した。連邦巡回区控訴裁判所は、ランハム法2条(a)の不道德条項、スキャンダラス条項が修正1条に違反すると判断した (In re Brunetti, 877 F.3d 1330 (Fed. Cir. 2017))<sup>57</sup>。連邦最高裁の法廷意見も、以下に見るように修正1条違反との結論を維持した。同判決を受けて、特許商標庁は、不道德条項及びスキャンダラス条項は、商標登録拒絶事由及び取消事由として無効であるとの前提で審査を行っている<sup>58</sup>。

### イ Kagan 判事の法廷意見<sup>59</sup>

まず、法廷意見は、Matal判決において、全ての判事が、商標登録の禁止が観点に基づくものであれば違憲であること、侮辱条項は観点に基づくものであることにはいずれも同意していたことを指摘した。

そして、法廷意見は、「連邦最高裁の判事は、自由な言論法の中核的な前提において共通の基礎を発見している。それは、政府は、伝達される思想又は意見に基づいて言論を差別してはならないというものである」「共有している結論としては、観点差別は侮辱条項を死に追いやるというものである。」としたうえで、もし、不道德条項、スキャンダラス条項が同じように観点に基づいて差別するものであれば、修正1条の理論と衝突するものとした。

そして、法廷意見は、『不道德』及び『スキャンダラス』の意味は謎に包まれたものではなく、いくつかの辞書によってその問題を解決できる。…標準的な定義によれば『不道德』とは、清廉さ、純粋、良き道徳に合致

---

<sup>57</sup> 同判決について、紙谷/前掲注40・155-156頁。

<sup>58</sup> [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Exam%20guide%2002-19%20-%20Section%202%28a%29%27s%20Scandalousness%20Provision%20after%20Iancu%20v.%20Brunetti\\_0.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Exam%20guide%2002-19%20-%20Section%202%28a%29%27s%20Scandalousness%20Provision%20after%20Iancu%20v.%20Brunetti_0.pdf) (2020年3月4日確認)。

<sup>59</sup> Thomas判事、Ginsburg判事、Alito判事、Gorsuch判事、Kavanaugh判事が賛同している。

しない場合であり、wickedやviciousと同義である。…そのため、ランハム法は、清廉さや道徳の社会的感覚を擁護する商標の登録を認め、これらの概念に反する商標の登録を認めない。…(スキャンダラスは)、典型的な定義では、『良心や道徳的感覚を攻撃し』『墮落を誘い』『厳しい非難を呼ぶ』ものであるとされる。…そのため、ランハム法は、有するメッセージが良識ある適切な社会的感覚に合致するならば当該商標の登録が認められ、これに反するならば認められない。…」「このような法律の文面上における(facial) 観点バイアスは、観点差別を行う適用を招来する。」とした。

さらに、法廷意見は、「特許商標庁は、薬物の濫用を不適切に美化することがスキャンダラスであるとの理由から、薬物の使用を承認するメッセージを伝達する商標の登録を拒絶してきた。…他方で、“D.A.R.E. TO RESIST DRUGS AND VIOLENCE”、“SAY NO TO DRUGS—REALITY IS THE BEST TRIP IN LIFE”といった商標の登録を認めてきた。……特許商標庁は、キリスト教の信念を持つ大多数の人に攻撃的であることや、常識的な感覚を揺るがすことを理由に、宗教的なものを商品と結び付ける商標の登録を拒絶してきた。…最後には、特許商標庁は、市民への爆撃や他のテロ行為が常識的な感覚を揺るがし、非難を呼ぶとして、アルカイダへの支持を反映した商標の登録を拒絶した。…もちろん、全てのこれらの決定は理解できるものである。拒絶された商標は、少なくとも多くのアメリカ人に対し攻撃的である意見を表明している。しかし、Matal判決で連邦最高裁が明らかにしたように、感情を損なう思想を好ましくないとする法は、観点に基づく差別を行うものであり、修正1条に違反する」とした。

これに対し、政府は、同条項は、「猥褻な」(lewd)「性的に露骨」(sexually explicit)「神聖を汚す」(profane)場合に適用されるとする限定解釈を主張したが、「もちろん、連邦最高裁は、『あいまいな法文上の表現』を解釈し、『深刻な憲法上の疑義を回避する』ことはできる。…しかし、このような法文の再構成は、あいまいさが存在する場合にのみ可能である。…そのため、政府の読み方が修正1条の問題を解消するとしても、そのような読み方が制定法の表現において見出せる場合にのみ可能である。そして、私たちはこれを行うことはできない。…制定法は、『猥褻な』『性的に露骨』『神聖を汚す』ところに限界線を引いていない」とした。

そして、不道徳条項、スキャンダラス条項は「実質的に過度に広汎

(overbroad) である」として修正1条に違反すると結論付けた。

### ウ Sotomayor 判事の一部同意・一部反対意見

Sotomayor 判事の一部同意・一部反対意見は、スキャンダラス条項については、猥褻なもの (obscenity)、卑猥なもの (vulgarity)、不敬なもの (profanity) に限定して解釈する場合には、政府プログラム又は限定されたフォーラムにおける内容差別的 (content discrimination) ではあるが、観点中立的 (viewpoint-neutral) な規制であるとした。

すなわち、同意見は観点差別か観点中立的かの区別は不明確であるものの、ある種の見解に対し付随的な影響 (incidental effect) があるというだけでは見解差別に該当しないことは明らかであるとした。さらに、特定の表現の方式への規制はそれ自体として見解差別になるわけでもないとした。そして、猥褻なもの、卑猥なもの、不敬なものの特徴として備える商標への規制は、それ自体は内容に着目したもの (content-based) であるが観点中立であるとした<sup>60</sup>。

そして、本件のように政府がイニシアティブを有する制度について、①連邦最高裁は限定されたパブリック・フォーラムの法理、②政府プログラム又は補助金として取り扱ってきたが、どちらの場合でも、他者を害することなくある種の表現形式を援助する企画を設定できる。そして、どちらの法理であれ、合理的で観点中立的な内容差別は一般的に許容されているとした<sup>61</sup>。

さらに、Matal 判決は公衆が商標の内容を連邦政府と結び付けている証拠はないとするが、登録は特定の商標を促進する政府の関わりを伴うもの

---

<sup>60</sup> さらに、同意見では、商標が登録されるか否かにかかわらず商標は使用、所有されるとともに、被疑侵害者に対するエンフォースが可能であるものの、権利者に補助的な便益をもたらすとした。つまり、登録は、役に立つ制度ではあるが、政府が制度を作る義務はなく、あくまで商標それ自体の存在と使用に付随するものであるとした。

<sup>61</sup> 同意見は、この文脈で、前述した *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001) や *Christian Legal Soc. Chapter of Univ. of Cal., Hastings College of Law v. Martinez*, 561 U.S. 661 (2010) 等の判決を引用している。



であり、登録は政府に商標の公開を義務付け、さらに国際的な侵害行為を撲滅する措置を講じさせる。そのため、政府は、猥褻なもの、卑猥なもの、不敬なものである商標への付随的な支援を与えることを控える合理的な利益を有するとした。

以上から、スキャンダラス条項については、猥褻なもの（obscenity）、卑猥なもの（vulgarity）、不敬なもの（profanity）に限定して解釈することにより合憲と判断できるとした<sup>62</sup>。

#### 4 Matal 判決と Iancu 判決の検討

##### (1) 総論

それでは、Matal 判決と Iancu 判決の内容を検討していこう。

まず、Matal 判決の Alito 判事の意見（一部は法廷意見）は、連邦商標登録によって得られる利益の性質を論じたうえで、特許商標庁の主張に応える形で、①商標が政府言論であるか、②特定の観点を表現する言論を助成する政府プログラムであるか、③政府言論と補助金の議論を組み合わせた新たな政府プログラムであるかをそれぞれ検討し、いずれにも該当しないとしたうえで、本件と類似するのは限定的パブリック・フォーラムであるとし、侮辱条項は観点差別であるとした。そして、商標が営利的言論であるかは争いがあるが、侮辱条項は営利的言論に適用されるセントラルハドソン・テストも満たさないと修正 1 条違反とした。

---

<sup>62</sup> また、Breyer 判事の一部同調・一部反対意見は、Sotomayor 判事の意見の限定解釈を行うことでランハム法 2 条(a)の当該部分は修正 1 条違反を免れるとした。同意見は、商標法は消費者が購入したい商品役務を同定するのを助ける特殊な役割ゆえに規制されるものであるから、そのような性質を理由に政府に言論への制約を課すことを要求するとした。そのような理由から、商標の出願人は、同人が望むことを表現する完全な自由は期待できず、言語的な制約を受けることを予想すべきとした。そして、Sotomayor 判事の意見を引用しつつ、政府は、少なくとも、ひどく卑猥で猥褻な言論を促進させることに関与しないこと、及びそのような言論に結び付けられないことを保障する合理的な利益を有するとした。さらに、政府は、商標登録の利益を否定することで、商取引にそのような単語を使用することへの誘因を与えないよう努める利益を有するとした。また、政府は、そのような単語の登録を禁じることで、子どもの感受性を守ることに利益を有するとした。

他方で、*Iancu*判決の法廷意見では、不道德条項・スキャンダラス条項が観点差別であれば修正1条違反となることは争いがなかったところ、これらの条項は観点差別であるとして修正1条に違反するとした。

さらに、以下において各論点の判断をより詳しく検討することにする。

## (2) 商標が政府言論に該当するかの判断

前述したように、商標が政府言論に該当するとすれば、パブリック・フォーラムの法理は適用されず観点差別が許容されるため、その出願を拒絶しても修正1条の問題は生じないことになる。

前述したヴァージニア東地区裁判所の *Blackhorse* 判決は、連邦商標登録のプログラムにおける商標登録は連邦政府が当該商標を承認したとのメッセージを伝達すること、公衆は連邦商標登録を連邦政府と結び付けて認識すること、ランハム法は特許商標庁に商標登録の拒絶及び取消の権限を与えており、連邦政府は連邦商標登録プログラムに対する編集的なコントロール権を行使していることから、連邦商標登録プログラムは政府言論であると判断した。そして、*Matal* 判決でも特許商標庁は政府言論に該当すると主張していた。

これに対し、*Matal* 判決の法廷意見は、まず、一般論として、政府言論の法理が必要であることを明らかにしつつ、その法理の危険性も指摘して、その法理の拡張に警鐘を鳴らした<sup>63</sup>。そのうえで、*Southworth* 判決、*Johanns* 判決、*Summum* 判決、*Walker* 判決を政府言論の判断で引用しつつも、結論として政府言論に該当しないとしている<sup>64</sup>。

---

<sup>63</sup> *Matal* 判決で法廷意見を書いた *Alito* 判事は、ブッシュ大統領により指名され保守派と目されているが(溜箭将之「ロバーツコートの判事たち」大林=溜箭・前掲注22・55-56頁)、虚偽表現や動物虐待表現を修正1条の保護対象から外すなど(*United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010); *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537 (2012))、表現の自由に関する領域では独自の意見を書くことが指摘されている(大林/前掲注22・237-238頁)。そして、政府言論の分野では、*Summum* 判決で法廷意見を書いている一方、*Walker* 判決ではナンバープレートが政府言論に該当しないとして反対意見を書くなど、政府言論に関する判決で一定の影響を有している。同228頁。

<sup>64</sup> この点については、*In re Tam* 連邦巡回区控訴裁判所判決の法定意見も、特許商標庁が登録を与えることは、単にその商標を権利者が望むように使用できることの認

その理由として、牛の販売、輸入に対する課税で得た収入によって政府機関が牛肉の宣伝を行っていた *Johanns* 判決との対比については、同事案は牛製品の宣伝のメッセージの内容が連邦政府によって形成されるが、このような政府のメッセージの決定への関わりは、商標登録の際に行われる一切のことに全く共通点を有しないとされた。

また、私人が寄贈した記念碑を公園に設置した事案である *Sumnum* 判決との対比については、公園の記念碑が政府のメッセージを伝達するのに対し、商標は伝統的に政府のメッセージを伝達するものではないとした。加えて、主登録簿へ登録するかの決定において商標に表現された観点は重要ではないとした。

さらに、州の特別なナンバープレートの事案である *Walker* 判決は、政府言論かどうかの判断において、①歴史、②認識、③コントロールの各要素に着目し<sup>65</sup>、①ナンバープレートは州のメッセージを伝達するために長らく使用されてきたこと、②ナンバープレートが公衆の心情において州としばしば同一視されていること、③テキサス州は特別なナンバープレートによって伝達されるメッセージへの直接のコントロールの権限を維持していることからナンバープレートのメッセージが政府言論であることを肯定した。しかし、本件では①～③の全てがあてはまらないとした<sup>66</sup>。

以上から、*Matal* 判決の法廷意見は、登録された商標自体が政府言論であるとすることはできないと結論付けている<sup>67</sup>。この点に関しては反対意

---

証に過ぎず、私的言論を政府言論に転換させるものではない、公衆も登録査定を政府の思想の表明や思想に対する政府のお墨付きであると認識しないと判断していた。

<sup>65</sup> *Walker* 判決が、政府言論該当性を判断するにあたり、①歴史、②認識、③コントロールの要素を用いていることにつき、*Clay Calvert, Beyond Trademarks and Offense: Tam and the Justices' Evolution on Free Speech*, 2017 CATO SUP. CT. REV. 25, 42 (2017).

<sup>66</sup> これらの最高裁判決を踏まえて、公園の記念碑、ナンバープレート、商標等が政府言論として公衆に認識されているかについての実証的研究として、*Daniel J. Hemel & Lisa Larrimore Ouellette, Public Perceptions of Government Speech*, 2017 SUP. CT. REV. 33 (2018).

<sup>67</sup> *Matal* 判決は、*Sumnum* 判決や *Walker* 判決で拡張されてきた政府言論の法理に一定の歯止めを掛けたものと位置付けられている。Calvert, *supra* note 65, at 43.

見も付されていない。他方で、*Iancu* 判決においてはこの点は全く論じられず、当該条項が観点差別か否かを判断している。このように、連邦最高裁において、登録商標が政府言論に該当しないという点は争いのないものとなっている。

さらに、*Matal* 判決は、*In re Old Glory Condom Corp.*, 26 U.S.P.Q.2d (BNA) 1216 (T.T.A.B. 1993) の説示<sup>68</sup>を引用しながら、商標登録が当該商標の承認を構成するわけではないことを特許商標庁が明確にしていることも指摘している<sup>69</sup>。

これに対し、仮に、登録商標が政府言論ではないとしても、商標登録を認めることは政府による一種のお墨付きを与えることから、登録拒絶事由を設けることも正当化され得るとする批判がある<sup>70</sup>。

---

<sup>68</sup> 同審決は商標登録を認めることは商品の品質へのお墨付きや当該商標が良いものであることを意味しないと説いていた。

<sup>69</sup> 登録を与えることは標章に対する政府のお墨付きを意味しないとして、2条(a)で登録を拒絶することは、スキャンダラス、不道徳、侮辱的な商標への政府承認を除外する機能に資するものではないと論じるものとして、*Kimberly A. Pace, The Washington Redskins Case and the Doctrine of Disparagement: How Politically Correct Must a Trademark Be?*, 22 PEPP. L. REV. 1, 40 (1995).

<sup>70</sup> *Rebecca Tushnet* は、*Lourie* 判事の反対意見を引用しながら、政府が人種差別条項のエンフォースを可能にするものを正当な財産権の範囲内であると決することは、政府が差別を引き起こすことに関与することであり、差別的なステイト・アクションであるとした。そして、特定の商標の登録を認めることは、その内容が正しいと伝えることにはならないとしても、商標登録に適切であるとの意見は表明することになるとした。これらの点から、登録が政府言論であるかどうかにかかわらず、差別条項を正当化するのに十分な程度において政府は登録制度に深い関わりを持っているとした (*Rebecca Tushnet, The First Amendment Walks Into a Bar: Trademark Registration and Free Speech*, 91 NOTRE DAME L. REV. 381, 390-93 (2016))。

また、*Sonia K. Katyal* も、商標は、*Walker* 判決で問題となったナンバープレートと同様に、表現は直接私人に帰属するものであるが、登録されることで一部は政府によって規制され得るものとなるとする。そして、主登録簿は、ナンバープレートの登録と同様に連邦上のフォーラム又は財産に近いものであり、そこでは、特許商標庁に登録商標保護制度へのアクセスを管理するゲートキーピングの責任が与えられていると論じている (*Sonia K. Katyal, Trademark Intersectionality*, 57 UCLA L.

まず、*In re Tam*連邦巡回区控訴裁判所判決の *Lourie* 判事の反対意見において、連邦商標登録は、商品役務の提供者のものであると認識されると同時に、政府から連邦上の登録プログラムへの適格性を有するものとして認識されるのであるから、これは政府言論でないとしても連邦登録を得ることと私的言論以上のものになることが指摘されていた。

さらに、*Iancu* 判決の *Sotomayor* 判事の一部同意・一部反対意見も、商標登録は政府に商標の公開を義務付け、さらに国際的な侵害行為を撲滅する措置を講じさせるため、商標登録は特定の商標を促進する政府の関わりを引き起こすのであり、政府は、猥褻な、卑猥な又は不敬な商標への支援を行うことを控える合理的な利益を有するとした。*Breyer* 判事の意見も、政府は、少なくとも、ひどく卑猥で猥褻な言論を促進させることに関与しないこと、及びそのような言論に結び付けられないことを保障する合理的な利益を有するとした<sup>71</sup>。

以上のように、*Matal* 判決が登録された商標を政府言論ではないと判断したことは正当であるとしても、国家によるお墨付きという要素が全くないといえるかはなお議論がある<sup>72</sup>。

### (3) 違憲な条件の法理、*Rust* 判決との関係

次に、違憲な条件の法理とその適用範囲を狭めた *Rust* 判決との関係を検討する。

*In re Tam* 連邦巡回区控訴裁判所判決は、登録拒絶は言論を禁止するものではないとの主張を退ける文脈で違憲な条件の法理を援用し、同法理に関する連邦最高裁の判決を引用している。学説では、同判決が違憲な条件の

REV. 1601, 1679 (2010))。

<sup>71</sup> これに対し、侮辱的な内容の言論は市場において淘汰されるのであるから商標登録事由によって規制する必要がないと論じるものとして、*John V. Tait, Trademark Regulations and the Commercial Speech Doctrine: Focusing on the Regulatory Objective to Classify Speech for First Amendment Analysis*, 67 *FORDHAM L. REV.* 897, 937 (1998)。

<sup>72</sup> *Matal* 判決を引用しながら、商標登録が登録された商標を政府言論にすることはなく、政府のお墨付きも意味しないことを論じるものとして、大日方/前掲注41・17-19頁。

法理を適用したと理解されている<sup>73</sup>。

学説においても、違憲な条件の法理を援用しながらランハム法 2 条(a)を違憲と論じるものがある一方<sup>74</sup>、近時は商標登録制度の特殊性を指摘しながら違憲な条件の法理の適用に否定的なものも登場していた<sup>75</sup>。

これに対し、Matal 判決の Alito 判事の意見は、特定の観点を表現する言論を助成する政府プログラムであるとの特許商標庁の主張に対し、違憲な条件の法理を用いたとする Agency for International Development 判決の「その者が当該利益を受ける権原を有しないとしても、政府は、その者の憲法上保護された言論の自由を侵害する理由において利益を与えることを拒

---

<sup>73</sup> Lisa P. Ramsey, *A Free Speech Right to Trademark Protection?*, 106 TMR 797, 857 (2016); Tushnet, *supra* note 70, at 395.

<sup>74</sup> 不道德条項及びスキャンダラス条項は、わいせつ物と児童ポルノに限定解釈されない限り違憲であり、侮辱的な事項はけんか言葉又は名誉毀損に限定解釈されない限り違憲であるとするものとして、Theodore H. Davis, Jr., *Registration of Scandalous, Immoral, and Disparaging Matter Under Section 2(a) of the Lanham Act: Can One Man's Vulgarity Be Another's Registered Trademark?*, 54 OHIO ST. L.J. 331, 369-72 (1993)。また、違憲な条件の法理を援用しつつ、ランハム法 2 条(a)が営利的言論についてのセントラルハドソン・テストを満たさず違憲であると論じるものとして、Pace, *supra* note 69, at 37-38。

<sup>75</sup> Lisa P. Ramsey は、商標の権利者は、当該商標がランハム法 2 条(a)に該当するかどうかに関係なく、侮辱的な語を、商標として又はその他のものとして使用することを継続できるのであるから、商標登録の条件は権利者が表現を行う条件とはなっていないとした。また、否定される利益も、通常の違憲な条件の法理で問題となる免税や補助金等とは異なり、他人の表現を抑制する権利を認めるものであるから、このような権利が違憲な条件の法理ゆえに認められるのはおかしいと指摘している (Ramsey, *supra* note 73, at 858-60)。

Rebecca Tushnet も、これと類似する論理で違憲な条件の法理があてはまらないことを指摘している。そもそも、政府は商標が出所の情報を伝達する限度で保護しているの、そのような場合を除けば全ての話し手は商標を継続して使用することができる。通常のコミュニケーションでは語を変えれば意味は変わるが、商標が変わっても商標の機能によって伝達される出所の情報は変わらないとした。そして、商標の出所伝達機能は商標の他の伝達機能と分離できこれによって他の機能に影響を与えず規制できるとして、違憲な条件の法理が妥当しないことを論じている (Tushnet, *supra* note 70, at 395-97)。

否することはできない」との説示を引用しつつ、「政府は助長することを望まない活動に補助金を与えることを要求されない」と説示した。

この説示は、違憲な条件の法理の適用可能性を示しつつ、Rust判決によりその適用範囲が限定されることを示したものと理解できる。

ところが、同意見は、連邦商標登録制度が出願人に補助を与えるものではなくむしろ支払う料金によって登録制度が維持されていることを指摘し、Rust判決やFinley判決のような補助金あるいはそれと同視できるものの事案とは異なるとした。これは、原則として政府の裁量が許され、例外的にのみ違憲な条件の法理が妥当するというRust判決が示した枠組みは、補助金やそれと同視できるものにも適用されると解釈したものである<sup>76</sup>。このように、同意見は、商標登録と補助金とで扱いを違えており、商標登録が助成の一種であると単純化できないことを示している。

これに対し、別の形でRust判決と区別しているのがKennedy判事の一部同意・結論同意意見である。同意見では、観点差別は禁止が原則であるとしたうえで、Southworth判決、Rosenberger判決、Velazquez判決を引用しながら、政府自身が発話者となる場合や政府が私人を通じてメッセージを伝達するといった場合には例外が認められるが、そのような例外にあてはまらず、Velazquez判決の「私的な発話者による観点の多様性を促進するために資金を拠出する」場合に当てはまるとしている。このように、Kennedy判事の一部同意・結論同意意見は、Rosenberger判決、Velazquez判決と同様に、①Rust判決や政府言論の事案のような政府自身が発話者となる場合や政府が私人を通じてメッセージを伝達するといった場合には観点差別が認められるが、②Rosenberger判決やVelazquez判決のような私的な発話者による観点の多様性を促進するために資金を拠出する場合には観点差別が認められないとの二分論を用い<sup>77</sup>、本件を後者に位置付けて観点差別を

---

<sup>76</sup> 前述したようにRosenberger判決とVelazquez判決は、私的な話し手の観点の多様性を促進させるもの、あるいは私的な言論を活性化させるためのものと位置付けることでRust判決の事案と異なるとしていたが、Matal判決のAlito判事の意見は商標登録と補助金の性質の違いでRust判決と区別している点が特徴的と思われる。

<sup>77</sup> Rust判決、Rosenberger判決、Velazquez判決等の整理については、横大道・前掲注6・123-125頁を参照。

違憲としている<sup>78</sup>。

#### (4) パブリック・フォーラム論との関係

Matal判決の Alito 判事の意見は、「本件により類似するのは、政府が、私的な言論についての、限定されたパブリック・フォーラムを創出する事案である」とし、「ある種の……政府がそのようなフォーラムを創出する際、そのフォーラムが文字通りの意味であれ比喩的な意味であれ、一定の内容規制又は話し手に着目した (speaker-based) 規制が許容され得る。しかし、これらの事案においてさえ、私たちがいうところの『観点差別』(viewpoint-discrimination) は禁止されている」と説示した。

前述したように、限定的パブリック・フォーラムの法理に言及しながら、表現活動への助成について観点差別の禁止等を説示したものとしては、学生活動基金について宗教的活動への配分を禁止したことを修正1条違反とした Rosenberger 判決、貧困者に対する法的援助を行う基金について福祉に関係する法の有効性を争うことを禁止したことを修正1条違反とした Velazquez 判決があり、同意見もこれらの判決の流れの中に位置付けることもできそうである。

もっとも、同説示は、特許商標庁の政府プログラムとして合憲である旨の主張に対する反論として言及されているのみである。仮に、同意見が限定的パブリック・フォーラムの法理を採用したとすれば、許容されない観点差別か、あるいはフォーラムの性質上許容される内容差別かどうかを検討するはずであるが、同意見はそのような議論はしていない。むしろ、通常の表現規制と同様に営利的言論であればセントラルハドソン・テストを適用するとしていることからすれば、特許商標庁の主張に應える限度で限定的パブリック・フォーラムの法理を援用しているに過ぎないように思える。

そうだとすれば、特定の登録拒絶事由を修正1条違反と判断するのに、限定的パブリック・フォーラムの法理を用いることは必ずしも必要でない

---

<sup>78</sup> Kennedy判事は、Rosenberger判決、Velazquez判決の法廷意見を執筆した判事である。



かもしれない<sup>79</sup>。

これに対し、Iancu判決の法廷意見は観点差別であれば違憲となることに争いはないとされたため、パブリック・フォーラムの法理への言及はない<sup>80</sup>。ただし、Iancu判決のSotomayor判事の一部同意・一部反対意見は、スキャンダラス条項を限定解釈することによって、政府プログラム又は限定されたパブリック・フォーラムにおける内容差別的（content discrimination）ではあるが、観点中立的（viewpoint-neutral）な規制と解することができるから合憲であるとしている。学説でも限定的パブリック・フォーラムの法理を用いながら商標登録拒絶事由を正当化しようとするものが見られる<sup>81</sup>。

---

<sup>79</sup> 現に、Iancu事件の連邦巡回区控訴裁判所判決は、政府側の連邦商標登録プログラムは限定的パブリック・フォーラムであるから内容規制もより緩やかな審査基準が妥当すとの主張に対し、商標は商取引で用いられているので限定的パブリック・フォーラムとの類似性はないとしつつ、ランハム法2条(a)は言論の経済的内容ではなく表現的内容を規制するので厳格な審査が妥当すとして違憲であると判断している。また、商標登録について、私人が商標を登録して情報や思想を伝達するフォーラムではないのであるから、商標登録についてパブリック・フォーラムの法理は無関係であることを指摘するものとして、Ramsey, *supra* note 73, at 877-78. 同様に、登録は一種のデータベースに過ぎず出願人が主登録簿において表現をするものではないのであるから、パブリック・フォーラムの法理はあてはまらないと指摘するものとして、Marc Rohr, *First Amendment Implications of the Trademark Registration Decisions* 28 (2020) (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3518433> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3518433> (2021年3月22日確認)).

<sup>80</sup> *Id.* at 29.

<sup>81</sup> Ned Snowは、観点規制が禁止されるのは議論の対象となる主張を伝達する内容の制約を伴うものであるとしたうえで、ポルノグラフィは公衆を興奮させたり刺激するものではあるが、信念の告白や他人の意見を説得するというものではない。また、卑猥なもの（vulgarity）も同様に感情的な反応を惹起させるものではあるが意見の主張ではない。それゆえ、観点差別を禁止する根拠にはあてはまらなるとしたうえで、限定的パブリック・フォーラムにおける内容規制であるが観点中立的な規制として修正1条に違反しないとしている（Ned Snow, *Denying Trademark for Scandalous Speech*, 51 U.C. DAVIS L. REV. 2331, 2341-69 (2018)）。また、Rebecca Tushnetは、限定的パブリック・フォーラムの法理への態度は不明であるが、侮辱条項によって

### (5) どのような登録阻却事由が修正1条違反となるか

これまで述べてきたように、Matal判決の Alito 判事の意見は、商標が政府言論に該当することを否定し、Rust判決等の助成金の事案との類似性を否定し、さらに政府プログラムにも該当しないとしたうえで、限定されたパブリック・フォーラムを創出する事案との類似性を指摘した。そのうえで、同意見は、侮辱条項が観点に基づくものであるとしながら、当該言論が営利的言論か非営利的言論か争いがあるとしたうえで、本件は営利的言論に適用されるセントラルハドソン・テストすら満たさないとして侮辱条項を修正1条に反し違憲であるとしている。

すなわち、政府は、侮辱条項について、①差別された集団が品位を落とすメッセージに晒されないという目的、②取引の秩序ある流れを維持するという目的を主張した。しかし、①差別された集団が品位を落とすメッセージに晒されないという目的について、「政府は感情を損なう思想を表現する言論を防止する利益があるという考え方は、修正1条の核心を破壊するものである。」などと説示した。次に、②取引の秩序ある流れを維持するという目的については、侮辱条項がそのような利益を保護するのに必要な範囲を超えているとした。

そうすると、同意見によると、商標登録拒絶事由が修正1条に違反しないといえるためには、少なくとも、セントラルハドソン・テストを満たすもの、すなわち、①同言論が少なくとも適法な活動に関するものであり、誤解を招くものではないならば、②主張されている政府利益が実質的なものであり、③当該規制が主張されている政府利益を直接に促進させ、④当該規制が当該利益を達成するために必要以上に広範でなければならないことになる。例えば、出所の混同を招く商標であれば①の要件によりその規制は修正1条に違反しないが、誤解を招くものではない登録阻却事由に

---

議会は特定のメッセージを拒否したり特定の対象を悪く見ているわけではないのであり、侮辱条項は名誉毀損と同様に全ての人を保護するとした。さらに、侮辱条項は、その言葉を用いて侮辱しようとする者の登録を拒絶する一方で、その言葉を差別された人のために用いようとする者の登録も拒絶するものであるから、出願人の観点に中立的に適用されている。これらの点から、侮辱条項を観点規制ではない内容規制として擁護している (Tushnet, *supra* note 70, at 418-19)。

については、政府利益が実質的なものとは認められなかったり、主張される政府利益の達成に必要な限度を超えている範囲で適用される場合には修正1条に違反することになる。

ところで、同意見は、侮辱条項が観点差別に該当する旨を説示している。しかし、前述したように、この説示は特許商標庁の政府プログラム等の主張を排斥している文脈で登場するのみであり、しかも審査基準としては観点差別とは無関係のセントラルハドソン・テストを用いているため、観点差別であることが直接結論に影響していないようにも思える<sup>82</sup>。そうすると、観点差別に至らない内容差別となる登録拒絶事由であっても、セントラルハドソン・テストを満たさない場合には違憲となるようにも読める。

これに対し、Iancu判決の法廷意見は、観点差別であれば違憲であるとする点に争いがなかったことから、観点差別にあたるか否かを中心に検討している。そして、不道德条項及びスキャンダラス条項は観点差別に該当するとしうえて、不道德条項及びスキャンダラス条項は実質的に過度に広汎であるとして修正1条に反するとした<sup>83</sup>。同法廷意見の説示からすると、観点差別に該当しない場合には修正1条に違反しないと判断される可能性がある。

さらに、Iancu判決のSotomayor判事の一部同意・一部反対意見は、本件のように政府がイニシアティブを有する制度について、①連邦最高裁は限

---

<sup>82</sup> Matal判決の法廷意見について、観点差別であるにもかかわらず營利的言論に対する中間審査基準によって判断したことを批判するものとして、Calvert, *supra* note 65, at 51.

<sup>83</sup> 不道德条項及びスキャンダラス条項が一貫性なく恣意的に適用されていることや、政府の規制目的とエンフォースが整合していないことを指摘するものとして、Barton Beebe & Jeanne C. Fromer, *Immoral or Scandalous Marks: An Empirical Analysis*, 8:2 N.Y.U. J. INTELL. PROP. & ENT. L. 169, 197-203 (2019). また、不道德条項が、どのような種類の商標が不道德になるか分からず、特許商標庁の主観的判断に不可避免的に委ねることになってしまい、漠然性 (vagueness) の問題があると指摘するものとして、Ned Snow, *Immoral Trademarks After Brunetti*, 58 HOUS. L. REV. 401 (2020). 他方で、同判決のAlito判事の同調意見は、法廷意見も思想の表現において実際上の役割を果たさない猥褻な言葉を排除する制定法を立法することを不可能にする趣旨ではないとする。

定的パブリック・フォーラムの法理、②政府プログラム又は補助金として取り扱ってきたが、どちらの場合でも、合理的で観点中立的な内容差別は一般的に許容されており、スキャンダラス条項を限定して解釈する場合には観点差別には該当しないとして合憲であるとした<sup>84</sup>。このように、*Sotomayor* 判事の一部同意・一部反対意見では、商標登録は政府がイニシアティブを有する制度であり、商標登録拒絶事由が観点中立的な内容差別であれば修正1条に違反しないとしている。

*Sotomayor* 判事の一部同意・一部反対意見のように解すると、商標登録阻却事由の多くは内容規制であるが観点規制ではないとして修正1条違反の問題は生じないことになりそうである<sup>85</sup>。*Matal* 判決の法廷意見も、商標が政府言論に該当しないことの説示の中で、ランハム法2条(a)を除き、審査官は商標が表現する観点に基づき商標を拒絶できない旨を述べており、ランハム法2条(b)の旗や紋章に関する登録阻却事由、2条(d)の混同を生じさせるおそれのある商標の登録拒絶事由等については観点に基づくものではないことを示唆している<sup>86</sup>。

## 5 小括

以上のように、*Matal* 判決及び *Iancu* 判決が一部の商標登録阻却事由を修

---

<sup>84</sup> *Sotomayor* 判事の一部同意・一部反対意見の限定解釈のように、猥褻なもの (obscenity)、卑猥なもの (vulgarity)、不敬なもの (profanity) に限定した登録阻却事由を立法することは可能であり、そのような立法をすべきとするものとして、*Snow*, *supra* note 83, at 436.

<sup>85</sup> *Lisa P. Ramsey, Free Speech Challenges to Trademark Law After Matal v. Tam*, 56:2 HOUS. L. REV. 401, 422 (2019). これに対し、ランハム法2条(b)の旗や紋章に関する登録阻却事由や同条(d)の登録商標と類似する商標の登録阻却事由、同条(e)の虚偽表示の登録阻却事由なども通常の表現規制と解すれば違憲となり得ることを指摘するものとして、*Tushnet*, *supra* note 70, at 406-12. また、識別力を欠く場合や混同を生じ得る場合はセントラルハドソン・テストの実質的な政府利益やこれを直接促進するとの要件を満たすが、死去した大統領に関する登録阻却事由由政府の紋章に関する登録阻却事由は根拠となる政府利益が弱く非経済的であるから違憲となり得ることを指摘するものとして、*Rohr*, *supra* note 79 at 39-40.

<sup>86</sup> *Ramsey*, *supra* note 85, at 442-43.

正1条違反と判断した背景には、違憲な条件の法理やパブリック・フォーラムの法理によって表現活動の助成に対し修正1条を適用することが行われてきたということがあり、このような文脈を無視することはできない。

他方で、*Matal*判決は、違憲な条件の法理やパブリック・フォーラムの法理を直接用いて修正1条と判断したのではなく、*Iancu*判決も同様である。

むしろ重要なのは、商標登録拒却事由について通常の表現規制よりも緩やかに合憲と認めてよいと根拠付けること（商標が政府言論である、表現活動の規制ではなく助成である等）は簡単ではないという点であろう。また、商標登録しなくても当該商標を用いることができるため表現の自由の侵害とならないという論理も、連邦最高裁ではもはや採用されていないことに注意を要する。これは、*Matal*判決の法廷意見が説示するように、現代では商標登録の利益は無視できないものとなっていることに基づいていると思われる。

いずれにしても、日本法でこの点を検討するためには、日本における商標登録の意義を踏まえうえて、純粋な表現規制とは異なる商標登録という国家の作用を、表現の自由との関係でどのように捉えるのかという憲法理論の構築が不可欠となると考えられる。

## 第5 米国法についての小括

本論文第2章では、米国法において、修正1条が商標法の領域においてどのように作用しているのかを見てきた。

大きく分けると、修正1条は、米国の判例法において、商標権の権利範囲を制限する場面と、商標権の登録拒絶事由を制限する場面において用いられている。

まず、商標権の権利範囲を制限する場面においては、混同を根拠とする請求と稀釈化を根拠とする請求で異なる扱いがなされている。

混同を根拠にする請求(ランハム法32条、43条(a)(1)(A))については、被告側が著作物の題号、テレビゲーム、映画、絵画などの表現としての使用、パロディ等で商標を使用する場合において、*Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) を契機として、修正1条を根拠とするロジャーズ・テス

トその他の利益衡量によって権利行使を制限する法理が確立している<sup>87</sup>。

他方で、稀釈化を根拠とする請求（ランハム法43条(c)）については、*L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987) が、表現の自由により保護された言論を行おうとする被告が非営利的に商標を使用する場合、これを禁止する根拠として反稀釈化法が用いられる場合には憲法（修正1条）に違反すると判示した。その後、連邦レベルでの稀釈化の規制が導入された後は、修正1条の営利的言論／非営利的言論の憲法判例を意識しながら、「非営利的使用」（Non-commercial use）の抗弁を著作物の題号や政治的パロディ等について広く適用している<sup>88</sup>。

以上のような修正1条による商標法の権利の制約が許されているとされる背景には、以下のような憲法理論的な基礎がある。まず、私人による商標権の行使も、名誉毀損の場合と同様にステイト・アクションを伴うものと理解されている<sup>89</sup>。次に、営利的言論の場合より緩やかな合憲性判断がなされるものの、言論が「商取引の提案を超えるもの」（more than propose a commercial transaction）であれば非営利的言論として厳格な違憲審査基準が適用されると考えられている<sup>90</sup>。また、当初は、「表現の代替的な手段」（alternative avenues）があることを理由に商標権の行使を認容するものがあったが、商標を用いることができなければ特定の表現ができなくなるものであり、その意味で商標法は内容中立規制ではなく内容規制として作用することが指摘されている<sup>91</sup>。さらに、商標権は財産権ゆえに表現の規制が正当化されるわけではなく、商標権の保護の正当化根拠によって判断すべきと考えられており、需要者の混同の防止は表現規制の正当化をしやすい一方、拡大された混同概念や稀釈化は表現規制の正当化根拠として弱いことも論じられている<sup>92</sup>。最後に、商標法は商標登録要件、混同のおそれ、記述的又は指示的フェア・ユースの法理で表現の自由と調整を図っているも

---

<sup>87</sup> 本論文「(3)」知的財産法政策学研究52号(2018)185-228頁。

<sup>88</sup> 本論文「(4)」知的財産法政策学研究54号(2019)143-169頁。

<sup>89</sup> 本論文「(2)」前掲注2・199-204頁。

<sup>90</sup> 本論文「(2)」前掲注2・204-222頁。

<sup>91</sup> 本論文「(2)」前掲注2・222-240頁。

<sup>92</sup> 本論文「(2)」前掲注2・240-260頁。

の、十分であるとはいえない<sup>93</sup>。

次に、商標権の登録拒絶事由を制限する場面においては、観点差別となる商標登録拒絶事由は修正1条に違反するものとして違憲とされる。その結果、侮辱条項、不道德条項、スキャンダラス条項が修正1条に違反すると判断された。その背景には、米国において、違憲な条件の法理や限定されたパブリック・フォーラムの法理の類推適用など給付的な場面における修正1条の審査手法が発展してきたことがある。

いずれにしても、稀釈化における「非営利的使用」やACPAにおける不正目的の解釈のように、商標法の条文解釈において修正1条を考慮するという事に止まらず、ロジャーズ・テストやL.L. Bean判決のように、制定法の個別の要件と離れて修正1条を用いて商標権を制限することも行われている<sup>94</sup>。

米国の著作権法においては、Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) が、アイデア・表現二分論が修正1条と著作権法を定義付け衡量をするものであるとした<sup>95</sup>。そして、Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) において、議会が著作権法の「伝統的な外延」を変更していない限り修正1条の審査は不要であるとし、後のGolan v. Holder, 132 S. Ct. 873 (2012) が「伝統的な外延」をアイデア・表現二分論、フェア・ユースの法理としている<sup>96</sup>。

---

<sup>93</sup> 本論文「(2)」前掲注2・260-271頁。

<sup>94</sup> ただし、Neil Weinstock Netanel, *First Amendment Constraints on Copyright After Golan v. Holder*, 60 UCLA L. REV. 1082, 1088-95 (2013) は、ロジャーズ・テスト等商標権について修正1条を援用する判決について、定義付け衡量 (definitional balancing) のアプローチを採用したものと捉え、アイデア表現二分論やフェア・ユースの法理、限定された期間により著作権法が内在的調整を図っていることと同列に扱っている。

<sup>95</sup> このような著作権における定義付け衡量のアプローチについて、山口いつ子「表現の自由と著作権」同『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』(2010、東京大学出版会、初出2005) 234-245頁。

<sup>96</sup> これに対し、著作権法における表現の自由との内在的調整が不十分であることを指摘するものとして、NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 180-81 (2008). アイデア・表現二分論やフェア・ユースが明確な線引きができないこと

そして、著作権侵害訴訟においては、修正1条が直接用いられない傾向にあるとされる<sup>97</sup>。フェア・ユースの法理は、表現の自由との調整を図るものとされるが、実際のフェア・ユースの判断において、修正1条に言及されることは少ない。すなわち、侵害訴訟において、修正1条がアイデア・表現二分論とフェア・ユースの法理を通じて著作権法に取り込まれている旨を説くもの(Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001); Cariou v. Prince, 784 F. Supp. 2d 337 (S.D.N.Y. 2011))、パロディが重要であるという文脈で付随的に修正1条に言及するもの(Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA, Inc., 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997); Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003))があるが少数である。他方で、多くのフェア・ユースに関する重要な判決は修正1条に言及していないか、判断に影響を与えない文脈で言及しているのみである(全く言及しないものとして、Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990); American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2d Cir. 1995); Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006); Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Limited, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006); Perfect 10, Inc. v. Amazon (9th Cir. 2007); Kienitz v. Sconnie Nation LLC, 766 F.3d 756 (7th Cir. 2014); Dr. Seuss Enterprises, LP v. ComicMix LLC, No. 19-55348 (9th Cir. 2020); Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U.S. \_\_ (2021); 地裁判決の内容としてのみ触れるものとして、Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984); 別訴の判決の引用においてのみ触れるものとして、Campbell v. Acuff-Rose

---

やフェア・ユースが著作物の内容差別をすること等を指摘し、表現の自由との十分な調整を実現していないことを指摘するものとして、Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B.C. L. REV. 1, 19-30 (2001). 邦語文献では、大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」同・前掲注50・215頁。

<sup>97</sup> Mark Bartholomew & John Tehranian, *An Intersystemic View of Intellectual Property and Free Speech*, 81 GEO. WASH. L. REV. 1, 9-29 (2013); ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL & MARK A. LEMLEY, *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE TECHNOLOGICAL AGE* 683 (6th ed. 2012); 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(7・完)」知的財産法政策学研究53号(2019)104頁。



Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994))。

このような著作権法への修正1条の謙抑的な姿勢と比較すると、商標法の分野では修正1条による統制を積極的に行っているように見える<sup>98</sup>。このような差異は、前述したように商標法では表現の自由との内在的調整が十分ではないことに基づくものと思われる<sup>99</sup>。

米国の修正1条による商標法の制限は、商標法の拡大による表現、言論への制約を司法府の判断で歯止めを掛けるものとして魅力的にも思える。しかし、前述のように、修正1条を用いた商標法の制限は、米国における様々な表現の自由に関する憲法理論の背景を前提としたものであるから、これらの憲法理論を無視して米国の具体的な法理を輸入するということはできない<sup>100</sup>。しかも、後述するように、米国の商標法と日本の標識法

---

<sup>98</sup> Bartholomew & Tehranian, *supra* note 97, at 54-58は、商標法は著作権法よりは修正1条が用いられるが、パブリシティと比較すると修正1条が用いられることは少ないことを指摘する。また、Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 38 STAN. L. REV. 1161, 1218-20 (2006) は、商標権とパブリシティ権の判決では一般的に修正1条が用いられており(その例として、Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989) を挙げている)、著作権とは異なっていると指摘する。

<sup>99</sup> 商標法における表現の自由についての内在的調整が限定的であることを指摘するものとして、Robert N. Kravitz, *Trademark, Speech, and the Gay Olympics Case*, 69 B.U. L. REV. 131, 138 (1989); Lisa P. Ramsey, *Increasing First Amendment Scrutiny of Trademark Law*, 61 SMU L. REV. 381, 406 (2008)。比良友佳理「著作権と表現の自由」論究ジュリスト34号(2020)111頁は、表現の自由と著作権の関係について、内在規定解釈と外在的制約説のアプローチがあることを論じ、憲法の外在的制約の可能性を探求している。米国の商標法への修正1条の前記アプローチは、修正1条との関係を調整する具体的要件を欠く場合には制定法の要件を離れて修正1条での商標権の制限を行うものであるから、内在規定解釈を超える外在的制約を認めるものと理解できる。

<sup>100</sup> 米国において、表現の自由に優越的な地位が与えられ、これと対立する価値が低く見積もられており、ヨーロッパとは全く異なる特殊性を有していることを指摘するものとして、阪口正二郎「表現の自由に関する『アメリカ・モデル』の意味再考」山元ほか編・前掲注23・451頁。

はその構造や要件において大きな違いがあり<sup>101</sup>、その結果表現の自由との緊張関係が生じる場面も同じではないはずである。そうだとすれば、日本の憲法理論を基礎としながら、日本の標識法に適合する憲法的統制の方法を独自に考えていく必要があると思われる。

【謝辞】本研究はJSPS 科研費JP18H05216「パブリック・ドメインの醸成と確保という観点からみた各種知的財産法の横断的検討」の助成を受けたものです。

---

<sup>101</sup> 日米の商標法の違いを意識しつつ、日本法における商標法の保護範囲について再検討を試みるものとして、島並良「登録商標権の物的保護範囲(2・完)」法学協会雑誌114巻8号(1997)73-85頁。