

〔論 説〕

商標登録と表現の自由（2・完）

藤 井 樹 也

目次

はじめに

- 1 Washington Redskins 裁判
- 2 Matal v. Tam 連邦最高裁判決
- 3 Iancu v. Brunetti 連邦最高裁判決（以上、93号）
- 4 “Redskins”商標紛争と憲法上の諸問題
おわりに（以上、本号）

4 “Redskins”商標紛争と憲法上の諸問題

（1）先住民を連想させるチーム名称のその後—新たなチーム名称へ

その後、アメリカ・プロ・スポーツ界のなかでもとりわけ注目を集めてきた著名チームが、これまで定着していたアメリカ先住民を連想させるチーム名称を正式に変更し、2022年シーズンから新名称の使用を開始した。

まず、2021年7月に、米メジャー・リーグ・ベースボールの“Cleveland Indians”が、2021年シーズンの終了後にその名称を“Cleveland Guardians”に変更することを発表し、2022年シーズンよりこの新名称が使用されることとなった⁽³⁹⁾。この新たな名称は、同チームの本拠地（Progressive Field）の近くにかかる道路橋（Hope Memorial Bridge）に1930

年代に設置された4対の歴史的モニュメント（Guardians of Traffic）に由来するとされ、この名称変更によって、アメリカ先住民差別を思わせる含意がチームの名称から払拭されることになった。

また、2022年2月には、全米フットボール・リーグで過去2シーズンにわたり、暫定的に“Washington Football Team”の名称を使用してきた、かつての“Washington Redskins”は、多方面の関係者（ファンや選手のほか、地域住民、スポンサーなどを含む）との調整プロセスを経て、新名称“Washington Commanders”と、新たなロゴおよび新ユニフォームのデザインを発表した⁽⁴⁰⁾。これにより、“Redskins”商標をめぐる法律実務上の紛争はいつそう明確に現実性を喪失することになったが、30年以上に及んだ関連裁判は、再考すべき法理論上のさまざまな課題を残していったといえよう。課題として残された憲法上の諸問題は多岐にわたるが、以下、代表的な論点について若干のコメントを加えておきたい。

（2）商標と表現の自由の関係—商標保護の両面性

まず、商標保護と表現の自由との関係について、その両面性に留意しておく必要がある。すなわち、表現の自由の制限としての側面と、表現の自由の公的援助としての側面である。

商標保護の第一の側面は、表現の自由制限としての商標保護である。一般に商標は、「自己の商品または役務を他人の商品または役務と識別する標識」であるとされ、明治17年商標条例、明治21年商標条例、明治32年商標法、大正10年商標法を経て現在に至っている日本の現行商標法（昭和34年法律127号）⁽⁴¹⁾は、「人間の精神的創作活動の成果を保護する

(39) <https://twitter.com/CleGuardians/status/1418565355472101378>, “New for '22: Meet the Cleveland Guardians—July 24th, 2021,” on <https://www.mlb.com/news/cleveland-indians-change-name-to-guardians> (2022年9月8日確認).

(40) “The Washington Football Team is now the Washington Commanders—February 2, 2022,” on <https://www.commanders.com/news/the-washington-football-team-is-now-the-washington-commanders> (2022年3月14日確認). その後、紋章タイプのロゴのデザインが若干修正された。“Washington Commanders Update Secondary Logo To Reflect Super Bowl Seasons—February 22, 2022,” on <https://news.sportslogos.net/2022/02/22/washington-commanders-update-secondary-logo-to-reflect-super-bowl-seasons/football> (2022年3月14日確認).

創作法ではなく、営業上の信用を化体する標識を保護する標識法に属する」と位置づけられている⁽⁴²⁾。同法によると、商標登録出願（商標法5条）を受け、登録査定（同法16条）、登録料納付（同法40条1項）等の手続を経て、商標権の設定登録がなされると、商標権が発生し（同法18条1項）、10年ごとの更新が可能とされる（同法19条）。そして、同法の目的は、「商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護すること」（同法1条）にあるとされ、例外として法定される場合（同法26条1項）を除き、「商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する」（同法25条）として、登録商標を使用する独占権（専用権）が承認されるだけでなく、類似商標の使用、および、類似する商品・役務に関する同一・類似の商標使用も「当該商標権又は専用使用権を侵害するものとみなす」（同法37条1号）とされ、類似範囲の商標使用を禁止する権利（禁止権）を承認することによって、専用権の実効化が図られている。このように、商標権は「指定商品・役務について登録商標の使用を独占し、同一・類似範囲の他人の使用を排除する権利」⁽⁴³⁾であることから、他者による同一・類似の識別標識の使用行為が禁止・制限されることになる。すなわち、商標権者の商標保護は、他者による表現の自由の制限として作用するのである。

商標保護の表現の自由制限の側面については、アメリカでも、例えば、パロディ表現が既存商標の稀釈化または商標権侵害にあたるかという問題として争われ、大日方信春は、アメリカの1946年連邦商標法（Lanham Act）と、1995年連邦商標稀釈化法（FTDA）および2006年の同改正法に関する諸見解を検討したうえで、「商標（trademark）という知的財産も、他の知的財産と同様、法令又は判決という国家行為によりある種の言論に管理権が設定されたことにより生成されたものと見ることができる。商標権者の権利をエンフォースする右の国家行為は、そのある種の言論を使用する他者の表現行為を制約している」、「商標を『ことば（terms）』と捉えた場合、法令で先行使用者（senior user）の商標を保護することにより「当該法令は後行使用者（junior user）の言論を制約することにな

(41) 茶園茂樹編『商標法（第2版）』1頁（茶園成樹）（2018）。

(42) 茶園成樹編『知的財産法入門（第2版）』12頁（茶園茂樹）（2017）。

(43) 茶園編・前掲注（41）252頁（村上画里）。

る」と述べている⁽⁴⁴⁾。

また、大林啓吾は、表現の自由と商標保護の関係について、商標が「象徴的な意味を有するため、表現を行う際に利用されやすい」という側面と、消費者の混同やブランド・イメージの低下を防ぐための商標保護に「表現の自由と衝突する側面」があることを指摘する。そして、アメリカ連邦最高裁が、当初は、商標を商標権者の財産ないし商業的宣伝手段と位置づけ⁽⁴⁵⁾、財産所有者の排他的使用権によって後行表現の制限が正当化されたのに対し、のちの事例では商標の保護目的が消費者保護へと転換され、商標が準財産権と位置づけられるようになり⁽⁴⁶⁾、後行のパロディ表現を先行表現を借用して成り立つ表現行為と位置づける表現借用観が生まれたというのである⁽⁴⁷⁾。

以上に対して、商標保護の第二の側面は、表現の自由または私的言論に対する公的保護としての商標保護である。一般に、商標の自他商品・役務識別機能から、①同一商標が使用される商品・役務の出所が同一であることを示す出所表示機能、②同一商標が使用される商品・役務の品質が同一であることを示す品質保証機能、③商標の多用により需要者に記憶され商品・役務の需要を拡大・喚起する宣伝広告機能が派生するとされ⁽⁴⁸⁾、主として消費者の経済活動に向けられた商標のメッセージ性が認められる。もっとも、前述のように、商標法は人の精神的創作活動の成果保護を主目的とするものではないとされ、創作性のない標識・記号にすぎない商標も所定の要件を満たせば保護の対象とされる点で、商標使用の表現行為とし

(44) 大日方・前掲注(23) 34~36頁。同論文24~25頁が紹介する *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Hyundai Motor Am.*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 42795 (S.D.N.Y. 2012) では、先行する *Louis Vuitton* の商標に類似した紋様を使用する後行のパロディ広告が、商標の稀釈化に該当するというサマリ・ジャッジメント請求が認容された。

(45) 以下の2事例がその例とされる。 *Hamilton-Brown Shoe Co. v. Wolf Bros. & Co.*, 240 U.S. 251 (1916), *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co.*, 316 U.S. 203 (1942)。

(46) 以下の事例がその例とされる。 *Bonito Boats v. Thunder Craft Boats*, 489 U.S. 141 (1989)。

(47) 大林啓吾「表現概念の視座転換—表現借用観からみる表現の自由と商標保護の調整—」 *帝京法学* 26巻1号 163頁、176頁、203~206頁 (2009)。

(48) 茶園編・前掲注(41) 241-242頁 (村上)。

での性質には疑問もある。また、商標として保護されなくても、当該標識の使用自体が禁止されるわけではないことから、商標の不保護が表現の自由の制限にあたらないという主張は *Redskins* 裁判でも争点とされており、*Matal v. Tam* 連邦控訴裁 (Fed. Cir.) 個別合議法廷判決のように、この主張を認めた例もあった。すなわち、同判決は、PTO による商標登録拒絶が申請人による標章使用権に影響しないのは明らかであること、登録拒絶により標章使用行為が禁止されるわけでも具体的な表現行為が抑圧されるわけでもないこと、したがって、商標登録拒絶によって申請人の修正 1 条の権利が侵害されないことを認めた連邦関税特許控訴裁 (Court of Customs and Patent Appeals; 連邦巡回区控訴裁の前身に相当する) の先例⁽⁴⁹⁾を引用し、この判断が同裁判所の後続判例⁽⁵⁰⁾でも踏襲されていることを確認したのであった⁽⁵¹⁾。

これに対して、商標登録が私的な表現行為であることを明示的に肯定した点に、*Matal v. Tam* 連邦最高裁判決と *Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決の意義がある。すなわち、*Matal v. Tam* 判決 Alito 法廷意見は、商標にはしばしば表現内容が含まれること、メッセージを伝達する商標の制作・公表に会社が巨額の費用を投じていること、短い言葉が時として強力なメッセージを伝達できることを指摘し、商標が政府言論でなく私的言論であることを認め、Alito 意見は、商標が単に商品やサービスの出所を表示するだけでなく、商品やサービスまたはもっと広い問題について、さらにそれ以上の何かを語るものであって、当該事例で問題になった“The Slants”というバンド名が社会問題に関する一つの見解の表明であることを指摘した⁽⁵²⁾。また、*Iancu v. Brunetti* 判決 Kagan 法廷意見も、見解差別の法理を適用した *Matal v. Tam* 判決と同様の理由によるとして、Lanham Act のスキャンダラス条項を修正 1 条違反であると認めつつ、この条項が特定思想に対する不利益処遇であることを指摘した⁽⁵³⁾。ただし、

(49) Quoting *In re McGinley*, 660 F.2d 481, 484 (C.C.P.A. 1981).

(50) Quoting and Citing *In re Boulevard Entm't, Inc.*, 334 F.3d 1336, 1343 (Fed. Cir. 2003), *In re Mavety Media Grp.*, 33 F.3d 1367, 1374 (Fed. Cir. 1994), *In re Fox*, 702 F.3d 633, 635 (Fed. Cir. 2012).

(51) *In re Tam*, 785 F.3d at 572.

(52) *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. at 1760, 1764.

(53) *Iancu v. Brunetti*, 139 S. Ct. at 2297.

同判決 Roberts 反対意見は、スキャンダラス条項の「スキャンダラス」文言を、表現方法が不快な商標、すなわち、猥褻、低俗または冒瀆的な商標のみを排除するものと限定解釈し、猥褻、低俗または冒瀆的な商標の登録禁止は言論制限にあたらなとして、非保護言論の理論を通じて一部の商標登録がそもそも保護言論に該当しないと主張しているが⁽⁵⁴⁾、保護言論に該当する商標登録が私的言論であることを同意見が否定する趣旨でないことは明らかであろう。

知的財産権と表現の自由に関する上記のような両面性は、著作権のような他の知的財産権についても認められよう。個々の事例ごとに、先行表現の自由の問題であるのか後行表現の自由の問題であるのかを明確に区別して立論する必要がある。

(3) 商標保護と表現行為のカテゴリー化—政府言論の法理・パブリック・フォーラムの法理・営利的言論の法理

つぎに、商標登録が表現行為に該当するとしても、ゆるやかな権利制約が認められる一定のカテゴリーに含まれるのではないかという問題がある。とくに問題とされてきたのが、政府言論の法理およびパブリック・フォーラムの法理と、営利的言論の法理であった。

第一に、政府言論の法理およびパブリック・フォーラムの法理との関係については、政府の関与が商標登録の構成要素であること、商標権が法制度による具体化を前提に成立するという意味での制度的権利であることから、登録された商標が純粋な私的言論と性質が異なる政府言論にあたるという位置づけにも十分な理由があると考えられる。また、Matal v. Tam 連邦最高裁判決のわずか2年前に、特注ライセンス・プレイト（自動車のナンバー・プレイト）が政府言論にあたることを認めた Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc. 連邦最高裁判決⁽⁵⁵⁾が下されており、この先例のもと、登録商標も政府言論にあたるのではないかという疑問が生じよう。この事例では、非営利団体が自分でデザインした特注ライセンス・プレイトを、申請を受けた州当局が審査し、不快なデザインであ

(54) Iancu v. Brunetti, 139 S. Ct. at 2303 (Roberts, CJ., concurring in part and dissenting in part).

(55) Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc., 576 U.S. 200 (2015) (前掲注 (13) の出典情報を更新した)。

る場合には却下する権限が留保されていた。そして、問題になった特注ライセンス・プレートには、“TEXAS”の文字、Texas州の形の図柄、ライセンス・プレート・ナンバーとともに、“SONS OF CONFEDERATE VETERANS 1896”の文字に囲まれたほぼ八角形の南軍旗の図柄、ほかしがかかった南軍旗の背景模様、そして、“SONS OF CONFEDERATE VETERANS”の文字が含まれていたため⁽⁵⁶⁾、審査の結果、一般の人々の多くにとって不快なデザインであるとされ承認されなかったという事例であった。商標登録の場合も、私人による申請に対して、政府による却下権限を留保しつつ、政府の承認により一定の法的効果が付与される点で、特注ライセンス・プレートと共通する部分が少なくないことは確かであった。しかし、Walker 連邦最高裁判決で特注ライセンス・プレートが政府言論に該当することを認めた法廷意見を執筆した Breyer 裁判官は、Matal v. Tam 連邦最高裁判決では、商標登録を私的言論と認めた Alito 法廷意見に同調しており、その理由を述べることも特段の留保を付すこともしていない。他方で、Alito 裁判官は Walker 連邦最高裁判決で特注ライセンス・プレートを私的言論と認めた反対意見を執筆していたので、特注ライセンス・プレートも登録された商標も、表現のスペースが有限ではないという共通点があることから、いずれも私的言論であるというのが本音であったかもしれない。実際には、Matal v. Tam 連邦最高裁判決 Alito 法廷意見は、Walker 連邦最高裁判決 Breyer 法廷意見が判断基準として示した3要素（①当該手段によるメッセージ伝達の歴史、②政府がメッセージの伝達者であるという一般人の理解、③メッセージに対する政府のコントロール）を考慮し、特注ライセンス・プレートは政府言論、商標は私的言論という区別を導くことにより、この争点に関する多数派形成に成功したといえよう。

この点に関連して、Clay Calvert は、商標が政府言論だとされると、政府機関に見解差別の権限を付与する結果を招くという問題点を指摘し、政府言論の法理の射程を政府自身が政府目的のために自ら作成したメッセージ（戦意高揚ポスターなど）に限定する可能性を論じている⁽⁵⁷⁾。また、Calvert は、Erwin Chemerinsky の以下の見解を紹介している⁽⁵⁸⁾。すなわ

(56) *Id.* at 220 (APPENDIX).

(57) Clay Calvert, *Beyond Trademarks and Offense: Tam and the Justices' Evolution on Free Speech*, 2017 CATO SUP. CT. REV. 25, 39, 44-46 (2017).

ち、Chemerinsky は、Walker 連邦最高裁判決 Breyer 法廷意見の結論に心情的には賛成するが、政府自身がある言論を政府言論に分類するだけで修正1条の要求を免れることになり、公立図書館の選書も政府言論であるという理由で見解差別が可能になるのは問題であるとして、Walker 連邦最高裁判決 Alito 反対意見を支持すると述べたのである⁽⁵⁹⁾。

Matal v. Tam 連邦最高裁判決 Alito 意見は、商標が政府助成または政府プログラムに該当するかという問題について、いずれも先例を区別して、商標が政府助成にも政府プログラムにも該当しないとしたが、政府プログラムの法理との関連で、商標が政府によって創設された限定的パブリック・フォーラムにおける言論にあたる可能性を検討した。しかし、限定的パブリック・フォーラムにおいても、見解差別は禁止されるとして、政府プログラムの法理により Lanham Act の侮蔑条項を合憲とすることはできないと結論づけたのであった。この点について、紙谷雅子は、パブリック・フォーラムの創設が要請されていなくても、一般公衆に公開されれば、(伝統的な)「パブリック・フォーラム」と同様に、合理的な時・所・方法の規制と非常に重要な利益を促進する厳格に起草された内容に基づく規制が許容される「パブリック・フォーラムとして指定された場所」または「指定されたパブリック・フォーラム」と、Alito 意見のいう「私的な言論のために限定されたパブリック・フォーラム」、または、より一般的な「限定されたパブリック・フォーラム」との関係が不明確であるという問題を指摘している⁽⁶⁰⁾。以上のような、政府言論、政府助成、政府プログラムの法理やパブリック・フォーラムの法理に関しては、ライセンス・プレートや商標のみならず、Walker 連邦最高裁判決が依拠した Pleasant Grove City v. Sumnum 連邦最高裁判決⁽⁶¹⁾で問題になった市民の申請によ

(58) Clay Calvert, *The Government Speech Doctrine in Walker's Wake: Early Rifts and Reverberations on Free Speech, Viewpoint Discrimination, and Offensive Expression*, 25 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 1239, 1241-1242 (2017).

(59) Erwin Chemerinsky, *Free speech, Confederate flags and license plates*, on <https://www.oeregister.com/2015/06/25/free-speech-confederate-flags-and-license-plates/> (2022年9月15日確認).

(60) 紙谷・前掲注(23)148~149頁。また、「限定的パブリック・フォーラム」というカテゴリーの存在意義に対する疑問を指摘するものとして、横大道聡『現代国家における表現の自由—言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』155頁(2013)を参照。

り公立公園に設置されるモニュメント、さらには、日本で問題になった事例である公的助成を受けた芸術祭での展示物⁽⁶²⁾など、さまざまな言論をめぐる現代的課題の提起があるだけに、言論制約に関する合憲性判断基準の明確化が要請されよう。

第二に、営利的言論の法理との関係については、商標が商業宣伝の有力手段として機能していること、商標権が知的財産権または無体財産権の一つとして分類されてきたこと、前述のようにアメリカ連邦最高裁が当初商標権を財産権の一種と位置づけていたことから、商標登録が営利的言論にあたるという位置づけにも十分な理由があると考えられる⁽⁶³⁾。この点について、例えば、Meaghan Annett は、商標は営利的言論の一種であるので、その制限の合憲性判断に際しては、実質的な政府利益を実現するために狭く限定された規制であることを要求する中間審査基準（Central Hudson テスト）を適用すべきであり、かりに厳格審査基準を適用すると Lanham Act の他の多くの規定が違憲となってしまう、市場の混乱を招くこととなって不都合であると主張する。Annett は、郵便局が避妊具に関するダイレクト・メールを配達することを禁止する連邦法を違憲とした 1983 年の *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.* 連邦最高裁判決⁽⁶⁴⁾が、営利的言論と非営利的言論が混合する場合に当該言論が営利的言論であるかどうかを判定するために用いた 3 要素テストを適用すると、商標は、① 広告であること、② 特定製品に関する言論であること、③ 使用者に経済的動機があることという 3 点をすべて満たすので、営利的言論に該当するという。そして、Lanham Act の根拠が州際通商規制条項（1 条 8 節 3 項—1 条 8 節 8 項の反対解釈による）であり、同法の目的が通商規制だと定

(61) *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009).

(62) 「あいちトリエンナーレ 2019」で企画された「表現の不自由展・その後」をめぐる一連の出来事が提起した法的争点については、蟻川恒正「国家と文化—『表現の不自由展・その後』をめぐる』岡本有佳＝アライ・ヒロユキ編『あいちトリエンナーレ「展示中止」事件—表現の不自由と日本』3 頁（2019）をはじめとする、同書所収の諸論稿を参照。

(63) 大日方信春は、商標を営利的言論と類型化する伝統的理解と、商標に営利的使用と非営利的使用の二つの機能が混在しているみる論者の見解とを紹介している。大日方信春「商標と表現の自由（1）」熊本法学 136 号 71 頁、105 頁、112 頁（2016）。

(64) *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983).

められていること⁽⁶⁵⁾から、商標登録を規制する実質的政府利益は、通商の自由な流れの保障であり、州際通商に関わるマイノリティ差別の禁止に関する先例⁽⁶⁶⁾から、差別的言論は州際通商を阻害するといえるので、侮蔑条項を通じて不快な商標を規制することにより通商に対する障害を除去する実質的政府利益が認められるというのである⁽⁶⁷⁾。

これに対して、*Matal v. Tam* 連邦最高裁判決の各意見は、商標が営利的言論に該当するかどうかの判断を留保して、見解差別の法理を通じて *Lanham Act* の侮蔑条項を修正 1 条違反と認定した。もっとも、①侮蔑条項に中間審査基準を適用しても違憲になるので、営利的言論であるかどうかを判断する必要がないという *Alito* 意見、②営利的言論であっても見解差別には厳格審査基準を適用すべきであるという *Kennedy* 意見、③営利的言論にも非営利的言論と同様の厳格審査基準を適用すべきであるという *Thomas* 意見が分裂した。さらに、*Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決 *Breyer* 意見は、カテゴリー化アプローチ自体の限界を指摘している。つまり、「見解差別」、「政府言論」、「営利的言論」などのカテゴリー化が結論に直結するルールでなく大雑把な目安にとどまり、個別的な事例ごとの利益衡量（比例性審査）による合憲性判断がさらに必要となることに加え、そもそも商標には表現の要素があるので営利的言論とはいいきれないというのである。このように、各裁判官の見解は多様であるが、少なくとも、商標登録を営利的言論とカテゴライズすることによって合憲性判断基準の厳格度を緩和し、*Lanham Act* の侮蔑条項・スキャンダラス条項を合憲とする結論に直結させる立場は、近年のアメリカ連邦最高裁では支持されていないようである。

(4) 商標保護と見解差別の法理—表現規制の合憲性判断基準との関係

Matal v. Tam 連邦最高裁判決と *Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決は、見解差別の法理のあり方についても考えさせるものであった。見解差別の法理については、見解差別に該当すれば違憲であるのか、見解差別に該当

(65) 15 U.S.C. § 1127.

(66) Citing *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 300 (1964).

(67) Meaghan Annett, *When Trademark Law Met Constitutional Law: How a Commercial Speech Theory Can Save the Lanham Act*, 61 B. C. L. REV. 253, 258-260, 263, 267-268, 281-283, 293 (2020).

しても合憲になる場合があるのかという基本的な部分について、連邦最高裁の各裁判官の言い回しは実は明確ではない。この点について、*Matal v. Tam* 連邦最高裁判決 Alito 意見は、政府言論に見解中立性が要求されないと述べつつ、限定的パブリック・フォーラムあっても「『見解差別』と呼ばれるものは禁止される」⁽⁶⁸⁾と述べ、*Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決 Alito 意見は、「見解差別は自由社会にとっての害毒である」、「自由な言論に対する侵害が発生しているときに、最高裁にとってとくに重要なことは、修正1条が見解差別を許容しないという原則を堅持することである」と断言している⁽⁶⁹⁾。Alito 裁判官の表現は、見解差別に該当すれば、それは例外なく絶対的に禁止され、見解差別が合憲になる場合はないという立場を思わせる言い回しである。これに対して、*Matal v. Tam* 連邦最高裁判決 Kennedy 意見は、見解に基づく差別を行う法律は、もっとも悪質な形態の内容差別であって「違憲性の推定を受ける」、商標が営利的言論であるか否かに関わらず、「見解に基づく差別の許容性は必然的に厳格化された審査によって判断される」と述べている⁽⁷⁰⁾。Kennedy 裁判官の表現は、見解差別に該当しても、ただちに違憲とされるわけではなく、厳格審査基準を適用した結果として違憲とされる可能性が高いという立場を思わせる言い回しである。さらに、*Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決 Breyer 意見は、「見解差別」などのカテゴリー化アプローチそのものへの疑問を提起し、これらのカテゴリーは結論に直結する絶対的ルールではないと述べ、見解差別に該当すると思われる規制や厳格審査に服する規制であっても、競合する諸利益の衡量の結果、合憲となる場合があるという⁽⁷¹⁾。つまり、Breyer 裁判官は、見解差別に該当しても利益衡量の結果合憲になる場合があることを明示的に肯定した。

各裁判官の言い回しには以上のような違いがあるものの、実際にどれほどの相違が意識されていたかは定かではない。なぜなら、「見解差別が厳格審査に服する」という場合に、そこで前提とされている厳格審査が、ほ

(68) 137 S. Ct. at 1757, 1763 (Alito, J., opinion of the Court in part and judgment of the Court in part).

(69) 139 S. Ct. at 2302-2303 (Alito, J., concurring).

(70) 137 S. Ct. at 1766-1767 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment).

(71) 139 S. Ct. at 2304 (Breyer, J., concurring in part and dissenting in part).

ば自動的に違憲の結論に直結する種類の硬直的な厳格審査基準を意味するのであれば、「見解差別は違憲である」というのとほとんど差がないと考えられるからである。つまり、見解差別の法理のあり方は、厳格審査・中間審査・合理性審査を区別する段階的審査基準論に関するとらえ方に左右されるといえよう。伊藤健が指摘するように、連邦最高裁が適用する厳格審査基準の目的審査・手段審査は、制約を受ける権利の種類や個別的事例ごとに多様な構成要素が区別され、判断の時期や裁判官によっても変遷がみられるので⁽⁷²⁾、見解差別の法理のあり方を考えるうえでも注意が必要である。

さらに、規制対象が営利的言論であるかどうかに関わらず見解差別の法理が適用されるという Kennedy 裁判官の立場は、厳格審査基準と中間審査基準のいずれを適用すべき場合かという段階的審査基準論における違憲審査基準の確定プロセスをバイパスする機能を、見解差別の法理に認めているといえよう。同様のバイパス機能は、当該立法が「敵意 (animus)」に基づくので、合理性審査を適用したとしても正当目的との合理的関連性が認められず平等保護条項違反になるという、平等審査における「敵意」理論⁽⁷³⁾にも認められる⁽⁷⁴⁾。このようなバイパス機能は有用であるが、段階的審査基準論における判断プロセスの省略は、同時に、重要な争点に関する判断を先送りし、将来の実務に対する指針を提示しないままにすることを意味する。見解差別の法理のバイパス機能の活用が、個々の裁判官のケース・バイ・ケースの裁量にどの程度委ねられるのかを、明確にしておく必要があるだろう。

(5) 商標保護と表現規制の合憲性判断基準—段階的審査と比例性審査

Matal v. Tam 連邦最高裁判決と Iancu v. Brunetti 連邦最高裁判決は、従来判例理論において一般的だった厳格審査・中間審査・合理性審査の

(72) 伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』37～46頁、146～153頁、160～174頁(2021)。

(73) Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

(74) 藤井樹也「イニシアティブによる州憲法修正と人種の優遇の禁止—The Story of Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, 572 U.S. 291 (2014)」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカ憲法と民主政』501頁、516～518頁(2021)。

段階的審査基準そのものに対しても、問題を提起している。この点について、*Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決 Breyer 意見は、前述のように、カテゴリー化アプローチは結論に直結するルールでなく大雑把な目安であり、厳格審査を適用しても利益衡量の結果合憲とされることがあるという。そして、最高裁は時としてルールを厳格に適用しすぎるが、カテゴリー化により結論を演繹すべきではなく、修正1条が保護する価値にもっと直接的に訴えるべきだという。つまり、言論規制が、その正当化根拠との関係で比例性を欠いた言論に対する害悪を生じさせるかどうかによって判断すべきだというのである⁽⁷⁵⁾。議会名誉勲章を授与されたという虚偽の言明を処罰する連邦法を修正1条違反と判断した、2012年の *United States v. Alvarez* 連邦最高裁判決における Breyer 結論同意意見 (Kagan 同調) も、厳格なカテゴリー化理論を否定し、立法目的と手段の適合性の審査、すなわち、言論に対する害悪と、その正当化根拠、他の規制手段を審査するという。とりわけ、害悪の重大性、規制目的の性質・重要性、当該規制による目的達成の程度、制限度の低い他の規制手段の有無を考慮し、規制立法が生じさせる言論に対する害悪が、その正当化根拠との関係で比例性を欠いているかを判断する、「中間審査」、「比例性審査」または「適合性審査」をすべきであると述べたのである⁽⁷⁶⁾。さらに、無許可掲示物を原則禁止する町条例を修正1条違反と判断した、2015年の *Reed v. Town of Gilbert* 連邦最高裁判決 Breyer 結論同意意見も、カテゴリー化によって本件を解決することはできず、内容差別につねに厳格審査を適用すべきではないという。そして、内容差別は、伝統的パブリック・フォーラムや見解差別の場合には合憲性を否定する強い理由として扱い、それ以外の場合には大雑把な目安として、以下のもっと基本的な理論を補う概念として扱うという。すなわち、当該規制が、規制目的に照らして、修正1条が保護する利益に対して比例性を欠く害悪を及ぼすかという判断であり、言論に対する害悪の重大性、規制目的の重要性、目的達成の程度、制限の少ない他の選択肢の有無を考慮するという。このアプローチは、カテゴリーの機械的適用のように単純ではないが、政府の判断を尊重すべき場

(75) 139 S. Ct. at 2304-2305 (Breyer, J., concurring in part and dissenting in part).

(76) *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 730-731 (2012) (Breyer, J., concurring in the judgment).

合に言論規制を許容することが可能になるというのである⁽⁷⁷⁾。

Breyer 裁判官は、修正 1 条事例だけでなく、他の事例でも比例性審査を提唱している。その例として、Washington, D.C.における自宅での銃保有の規制を修正 2 条違反と判断した、2008 年の District of Columbia v. Heller 連邦最高裁判決 Breyer 反対意見は、修正 2 条が保護する利益と、公共安全に対する政府の関心とを比較する利益衡量をおこなうと述べ、法律が重要な政府利益を促進する効果に対して比例性を欠く方法で、または、比例性を欠く程度に、当該法律が、保護すべき利益に対して制限を課しているかどうかを審査すべきだと主張したのである⁽⁷⁸⁾。また、New York 州における自宅の外での銃携行の規制を修正 2 条違反と判断した、2022 年の New York State Rifle & Pistol Ass'n v. Bruen 連邦最高裁判決 Breyer 反対意見も、District of Columbia v. Heller 連邦最高裁判決 Breyer 反対意見の前記部分を引用しつつ、同判決 Thomas 法廷意見の目的・手段審査を排除する歴史限定分析が、現代のニーズに対応していない過去の規制例に依拠する点を批判している⁽⁷⁹⁾。

Kathleen Sullivan は、Breyer 裁判官の立場について、プラグマティズム、つまり、文言、歴史、伝統、先例、目的、結果の総合した、民主主義を実現するための憲法解釈である点、カテゴリーよりも結果を志向し柔軟性を重視する点、バランス・衡量を重視する点、コスモポリタン志向である点などをあげている⁽⁸⁰⁾。また、Clay Calvert は、Iancu v. Brunetti 連邦最高裁判決 Breyer 意見の特徴として、カテゴリー理論、段階的審査基準論、内容規制・内容中立規制二分論などの伝統理論を遠ざける点を指摘している⁽⁸¹⁾。さらに、Jamal Greene は、Breyer 裁判官の著書⁽⁸²⁾を手がかり

(77) Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. 155, 175-179 (2015) (Breyer, J., concurring in the judgment).

(78) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570, 681, 689-690 (2008) (Breyer, J., dissenting).

(79) New York State Rifle & Pistol Ass'n v. Bruen, 142 S. Ct. 2111, 2163, 2175-2176, 2180 (2022) (Breyer, J., dissenting).

(80) Kathleen M. Sullivan, *Tribute to Justice Stephen G. Breyer*, 64 N. Y. U. ANN. SURV. AM. L. 25, 27-31 (2008).

(81) Clay Calvert, *Iancu v. Brunetti's Impact on First Amendment Law: Viewpoint Discrimination, Modes of Offensive Expression, Proportionality and Profanity*, 43 COLUM. J. L. & ARTS 37, 65-67 (2019).

に、比例性理論が利益衡量に透明性をもたらすと考えられていることを指摘している⁽⁸³⁾。そして、Donald L. Beschle は、比例性審査によって注意深い審査が可能になり、場合によっては立法府による立法事実の考慮よりも注意深い審査に及ぶことを指摘している⁽⁸⁴⁾。

Breyer 裁判官の比例性審査は、違憲の結論にはほぼ直結する厳格審査と合憲の結論にはほぼ直結する合理性審査の二択理論のような、硬直的な合憲性判断基準を是正する試みとして重要である。また、日本の憲法学においても、近年、ドイツ理論に由来する三段階審査の理論⁽⁸⁵⁾が定着しつつあり、正当化段階で比例原則が適用されるという見解が有力になっているが、この部分は Breyer 裁判官の比例性審査との親和性を感じさせる。もっとも、Breyer 裁判官は、そのリベラルな政治的スタンスとともに、有能な学者であった経歴に対する信頼感もあってか、日本では無条件に称賛される傾向があるように思われる。たしかに、Breyer 裁判官の比例性審査理論には結論の具体的妥当性や柔軟性という長所があるが、それと引き換えに、論者の政治的志向に合わせた結論を導く憲法解釈の余地が大きくなるという問題が生じており、現代のニーズへの対応を強調するほど政治的・恣意的解釈であるという批判を招きやすくなるという短所をあわせもっている。この問題点は、「解釈改憲」と非難される日本政府の憲法解釈や、のぞましい政策を許容する憲法解釈をそのまま正しい憲法解釈として正当化する立場（筆者が「憲法を救済する憲法解釈」として批判している手法⁽⁸⁶⁾）を志向する憲法学説とも共通する問題点であり、柔軟性と明確性との相反関係をどのように調整してゆくかという点が、Breyer 裁判官の比例性審査の課題であるように思われる。

(82) Citing STEPHEN BREYER, *THE COURT AND THE WORLD: AMERICAN LAW AND THE NEW GLOBAL REALITIES* 257 (2015).

(83) Jamal Greene, *The Supreme Court, 2017 Term—Foreword: Rights as Trumps?*, 132 HARV. L. REV. 28, 55 (2018).

(84) Donald L. Beschle, *No More Tiers? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases*, 38 PACE L. REV. 384, 419-420 (2018).

(85) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』6～63頁(2001)、小山剛『「憲法上の権利」の作法(第3版)』11～92頁(2016)を参照。

(86) 藤井樹也『「憲法を救済する憲法解釈」の妥当性—日本国憲法33条の場合』成蹊大学法学部編『未来法学』25頁(2022)。

（6）Lanham Act の他の規定の合憲性—その後の下級審判例から

その後、Matal v. Tam 連邦最高裁判決と Iancu v. Brunetti 連邦最高裁判決を前提に、Lanham Act の他の規定の合憲性が争われた連邦下級審の裁判例として、2022 年の *In re Elster* 連邦巡回区控訴裁判決⁽⁸⁷⁾がある。問題とされたのは、現存の人物の名前を書面による同意なしに使用する商標登録を禁止する § 1502 (c)⁽⁸⁸⁾ の適用上の合憲性であった。この事例は、§ 1052 (c) および人を誤って連想させる商標登録を禁止する § 1052 (a) の規定を根拠に、T シャツに使用する“TRUMP TOO SMALL”の商標登録を拒絶する決定を PTO 審判官が下し、TTAB が § 1502 (c) のみを根拠に、個人のプライバシーとパブリシティを保護する政府利益と、消費者を詐欺から保護する政府利益をどうしても必要な (compelling；やむにやまれない) ものであると認め、厳格審査を満たすとして PTO 審判官決定を支持したというものである。連邦巡回区控訴裁は、本件に § 1052 (c) を適用して本件登録を拒絶するのは、修正 1 条の言論の自由を侵害し違憲であると判断した。すなわち、§ 1052 (c) は、連邦最高裁が違憲とした § 1052 (a) の侮蔑条項・スキャンダラス条項のような見解差別ではないが、本件に適用される限りで内容差別にあたるというのである。同判決によると、厳格審査・中間審査のいずれにせよ、少なくとも実質的な政府利益が必要とされ、政府側は州法上のプライバシー権・パブリシティ権を保護する実質的な政府利益を主張したが、現実の悪意が認められない場合は、プライバシー保護のため公務員批評言論を制約する政府利益は存在せず、パブリシティ権を理由に公務員に批判的な商標を制限することもできないので、本件言論を制限する政府利益は存在しない。厳格審査・中間審査のいずれを適用しても適用違憲の結論は同じであるとされた。なお、

(87) *In re Elster*, 26 F.4th 1328 (Fed. Cir. 2022).

(88) アメリカの商標登録実務では、人物名の商標登録の出願があると、その人物が生存中の特定個人を指すかどうかについて、審査官がオフィスアクションで回答を要求し、生存中の特定個人を指す場合には、当該人物が署名した承諾書の提出が必要とされ、架空の名前である場合には審査官にその旨を回答すべきであるという。また、出願商標が名字と名前でなく、ファーストネーム、ペンネーム、ニックネーム、ステージネームである場合でも、有名人や関係業界で著名な人物を特定できる場合は、承諾書の提出がなければ登録が拒絶されるという。井手久美子『米国連邦商標出願ガイドライン』128 頁 (2019)。

§ 1052 (c) が過度に広汎ゆえに違憲の可能性もあるが、本件では判断しない。

この事例で問題になった商標は、2016年2月末に共和党予備選挙運動に際しての候補者 Marco Rubio の発言、つまり、候補者 Donald Trump が高身長のにわかに手が小さいと述べ、多くの聴衆に別の（嘲笑的な）含意をほのめかした出来事を受け、Trump 大統領在任当時の2018年に登録申請されたものであって、Trump 大統領の身体的特徴を揶揄するだけでなく、その政策がつまらないものであることを伝えようとする政治風刺的な内容を有する商標であった。この連邦下級審判断は、Lanham Act の条項が一般的に政治批評的な表現内容を有する個々の商標登録への適用上違憲とされる可能性を示している。ただ、今後の商標登録実務にとって、判断基準が不明確になるという問題を生じさせていることも確かである。

(7) 商標保護と表現制約原理としての「公序良俗」—日本の商標法の問題点

以上さまざまな角度から検討した、“Redskins”裁判以来のアメリカの動向、とりわけ、*Matal v. Tam* 連邦最高裁判決と *Iancu v. Brunetti* 連邦最高裁判決を受け、Lanham Act の侮蔑条項・スキャンダラス条項に対応する日本の商標法の規定に関しても、近年、表現の自由（憲法21条）との関係が論じられている。日本の商標法4条1項は、「次に掲げる商標については、前条の規定〔注・自己の業務に係る商品・役務について使用する商標の商標登録を原則として受けることができるとする同法3条〕に関わらず、商標登録を受けることができない。」と定め、同項7号は、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」を挙げている。すなわち、公序良俗の侵害に至らなくとも、そのおそれがあれば、商標登録されないのである。特許庁が公開する商標審査基準は、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」の例として、「商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合」（第3—六—1—(1)）、「商標の構成自体が上記(1)でなくても、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合」（同(2)）、「特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合」（同(4)）などを挙げてい

る⁽⁸⁹⁾。このうち（1）の「きょう激」は「言語が度はずれて過激なこと」（広辞苑）を意味する「矯激」だと思われる。

この点に関して、金子敏哉は、商標法4条1項7号に関する審判決例のうち、差別的表現関係の事例として、黒人を思わせる人物の絵柄を含む「カルピス」の標章の登録を拒絶した原査定を誤りとして商標登録を認めた特許庁審決⁽⁹⁰⁾、「黒人」の文字からなる歯磨き・歯ブラシの商標登録を拒絶した原査定を誤りとして商標登録を認めた特許庁審決⁽⁹¹⁾を紹介し、他類型の事例もあわせ検討した結果、「個別具体的な事情に照らした、国民一般の道徳的観念に照らした判断がされているものの、…それ以上に具体的・明確な判断基準は示されていない状況である」と分析している。そして、商標法4条1項7号と表現の自由との関係について、検閲には該当しないものの、検定教科書⁽⁹²⁾との対比により、登録が拒絶された商標を「登録商標」として使用できないことが表現の自由制約にあたり、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限といえるかという点と、同号該当性の判断基準の明確性とが憲法上問題となりうることを指摘する。さらに、拒絶された商標が「登録商標」としては使用できないが商標としての使用が可能であることなどを考慮すると、政府による表現活動の助成等に準じた形で判断されるべきとの考え方もありえるというのである⁽⁹³⁾。

また、大林啓吾は、小説『赤毛のアン』の原題「Ann of Green Gables」を指定商品の商標とするのは国際信義に反し公序良俗違反であるとして登録を無効とした原審決を支持した知財高裁判決（同判決の説明は前述の商標審査基準にほぼ準拠するものである）⁽⁹⁴⁾、「KILL」の文字の商標登録に

(89) 特許庁のウェブサイト (https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/document/index/16_4-1-7.pdf) を参照（2022年9月16日確認）。

(90) 特許庁審決平成13年6月5日（審判1998-18237）〔カルピス〕。

(91) 特許庁審決平成15年8月7日（不服2000-1826）〔黒人〕。

(92) 最三判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁（家永教科書検定第1次訴訟）。

(93) 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・卑劣な商標等の取扱いを中心に—」パテント73巻15号（別冊No.25）77頁、91頁、93～95頁（2020）。

(94) 知財高判平成18年9月20日LEX/DB 28112024。

は公序良俗を害するおそれがあるとして登録を認めなかった特許庁審決⁽⁹⁵⁾や、前述のカルピス黒人事件審決などが、表現の自由との関係について言及していないことを確認したうえで、商標法1条の目的規定が、商標使用者の業務上の信用維持、産業発達への寄与、需要者の利益保護を挙げるのみで、商標制度が表現のフォーラムのために開設されたわけではないことから、表現制約が生じても間接的・付随的規制にとどまる可能性があるものの、営利表現に対する観点（見解）規制が織り込まれる場合には直接的規制になることを指摘する。そして、商標法4条1項7号の公序良俗には、「非道徳」などの社会的価値判断が含まれる部分があるため、その部分は観点（見解）規制に該当する可能性があるという。したがって、観点（見解）規制にあたる部分は違憲といわざるを得ないが、合憲限定解釈の余地はあるというのである⁽⁹⁶⁾。大林はまた、日本の商標法4条1項7号の文言の広汎性が問題になるのに加え、Lanham Actの侮蔑条項・スキャンダラス条項と同様、商標制度の目的との関係を問うべきこと、限定解釈が観点（見解）差別に対してどのような機能を持つかという問題を検討すべきことを指摘している⁽⁹⁷⁾。

さらに、井関涼子は、商標法4条1項7号に関わる諸事例を検討して「公序良俗」概念の拡大傾向を指摘し、7号が公益的理由に基づく後発的無効理由であるという視点から、7号該当商標には、①公益上何人も登録・使用してはならない商標、②本来団体に帰属すべきで特定者に独占させるべきでない商標、③本来帰属すべき者以外の者の登録で、単なる冒認を超えた事情があるものに分類して、Lanham Actの規定のうち日本の7号と趣旨や適用の仕方が同質の規定はスキャンダラス条項のみであることを指摘している。そして、日本で「差別的」であるかどうかの判断は、道徳的事項と同様、社会全体として差別的であると受け取るかの判断だと考えられるのに対し、アメリカでは公益の概念が狭く、それ以外は個人やグ

(95) 特許庁審決平成16年10月13日（不服2000-7441）〔KILL〕。

(96) 大林啓吾「商標登録と表現の自由—公序良俗に含まれる価値判断と観点規制」高倉成男＝木下昌彦＝金子敏哉編『知的財産法制と憲法的価値』317頁、329～332頁（2022）。

(97) 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することは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—イアンク対ブルネッティ判決」判時2422号130頁、131頁（2019）。

ループの人格の問題であり特定人に関わる事柄だととらえるという違いがあるというのである⁽⁹⁸⁾。

商標法4条1項7号の「公の秩序又は善良の風俗」という文言は、意匠登録ができない場合を定める意匠法5条1号にもみられるが、裁判の対審の非公開に関する日本国憲法82条2項や、法律行為の無効に関する民法90条、慣習の効力に関する法の適用に関する通則法3条、外国法や外国判決の適用に関する同法42条や民事訴訟法118条3項、保管記録の閲覧制限を定める刑事確定訴訟記録法4条2項3号など、一般原則に対する例外を定める際に、諸法令で広く使用されている言葉である。しかし、「公序良俗」の内容は、前述の各論者が指摘するように、漠然不明確かつ広汎であるだけでなく、不道徳性などの価値判断を排除できず、恣意的な判断につながりかねないため、抽象的な「公共の福祉」概念と同様、権利制約の万能ツールまたはマジック・ワードとして機能しかねない。私人間効力論においても、民法90条の「公序良俗」概念を媒介とする間接効力説の効用として明確性や予測可能性が指摘されることがあるが、長谷部恭男が指摘するように、民法90条の公序良俗も憲法規定と同程度の抽象的原理にすぎないため、ルール of 明確性や予測可能性の点でそれほど違いがあるわけではなく⁽⁹⁹⁾、「公序良俗」概念による告知機能はほとんど期待できない。商標法4条1項7号を、「社会通念上不適切であると認められる商標」、「登録すべきでない正当な理由がある商標」などの文言に置き換え、現行商標審査基準と同じ細則によって具体化した場合と比較しても、ルールの明確性・予測可能性は大差ないように思われる。「公序良俗」概念は、非常に便利なツールである反面、表現制約原理としてはきわめて不適格であるといえよう。商標登録に政府助成的性格や営利的言論の性格が含まれることを考慮すれば、適用違憲の手法や憲法適合的限定解釈の手法により、個別事例ごとの憲法判断によって見解差別を排除する案も有力であろう。ただ、ケース・バイ・ケースの判断に委ねる方法では、表現制約に関する恣意的な判断を排除することは困難である。この点で、Iancu v. Brunetti 連邦最高裁判決 Roberts 意見・Breyer 意見・Sotomayor 意見は、

(98) 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『中山信弘先生古稀記念はばたき—21世紀の知的財産法』812頁、828～835頁(2015)。

(99) 長谷部恭男『憲法(第7版)』130～131頁(2018)。

Lanham Act のスキャンダラス条項の「スキャンダラス」文言のみに着目して、猥褻・低俗・冒瀆的な商標を意味するものと限定解釈しその排除を合憲と判断した。また、日本の最高裁は、輸入禁制品を定める旧関税率法 21 条 1 項 3 号の「公安又は風俗を害すべき書籍、図画」等の「風俗」を性的風俗に限ると判断したが⁽¹⁰⁰⁾、その後実際に法改正の機会が十分にあったにも関わらず、現行関税法 69 条の 11 第 1 項 7 号には旧規定と同様の規定が残されている。形式的文言の明確化を立法府に委ねる合憲限定解釈の手法の濫用には、問題があろう。日本の商標法 4 条 1 項 7 号の規定は、Lanham Act のように各文言を切り分けてその一部を違憲無効とすることが難しい体裁であることを考慮すると、営利的言論についても漠然不明確ゆえに無効の法理が適用されるという立場を前提に、漠然不明確ゆえに無効の法理にしたがっていったん文面上無効とし、立法者による明確化を促すのも有力な選択肢であろう。

おわりに

本稿脱稿直前の 2022 年 9 月の時点で、MLB の Cleveland Guardians は 5 割を超える勝率を保っており、また、NFL の Washington Commanders は、シーズン初戦に勝利して無難なスタートをきったところである。本稿公表時には、2022 年シーズンの結果が出ているであろう。日本で海外スポーツを観戦する際には、本稿で紹介した先住民差別や人種差別との関連をほとんど意識することはなく、まして、表現の自由理論のさまざまな基本問題との関わりを想像することすらない。しかし、歴史的には、西洋人によるアメリカ先住民征服の延長上に、日本やハワイなどの太平洋の島々とアメリカとの接点が生じたのであり、また、アメリカでは日本人やアジア人に対する侮蔑語が存在することをも考えれば、本稿で紹介した諸問題は、決して他人事ではないといえよう。このようなことにも思いをいたしつつ、この問題の今後の動向をひきつづき見守ってゆきたい。

(100) 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁。