

# 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—

明治大学法学部 准教授 金子 敏哉

## 目次

1. はじめに
2. 米国連邦商標法中の不道徳・スキャンダラス条項・侮辱条項を巡る違憲判決
  - 2.1. 従前の解釈・適用例等
    - (1) 不道徳・スキャンダラス条項
    - (2) 侮辱条項
  - 2.2. Matal v. Tam 事件
    - (1) 事実関係及び下級審の判断
    - (2) Matal v. Tam 事件最高裁判決
  - 2.3. Iancu v. Brunetti 事件
    - (1) 事実関係及び下級審の判断
    - (2) Iancu v. Brunetti 事件最高裁判決
  - 2.4. 二つの最高裁判決と今後の立法による対応の可能性
3. 日本商標法4条1項7号
  - 3.1. 商標審査基準等の記載
  - 3.2. 審判決例における取り扱い
  - 3.3. 若干の検討
    - (1) 商標の登録とその保護の意義, 登録要件としての公序良俗違反
    - (2) 商標登録要件と表現の自由
    - (3) 公序良俗に反する商品等表示の不競法による保護について
4. おわりに

## 1. はじめに<sup>(1)</sup>

米国の連邦商標法であるラナム法2条（合衆国法典15章1052条）(a)は、

- ① 「不道徳な、欺瞞的若しくはスキャンダラスな事項 (“immoral, deceptive, or scandalous matter”）」からなる又はこれらの事項を含む商標
- ② 「生存若しくは死亡している人々、組織、信念若しくは国の象徴を、侮辱し (disparage) 若しくはこれらとの関係を偽って示す又はこれらを軽蔑させ若しくは悪評をもたらす事項」からなる又はこれらの事項を含む商標

について、商標登録が認められないことを規定している。

以下①の下線部分を「不道徳・スキャンダラス条項」、②の下線部分を「侮辱条項」と呼ぶ。

米国連邦最高裁判所は、2017年のMatal v. Tam事件において侮辱条項につき、2019年6月のIancu v. Brunetti事件において不道徳・スキャンダラス条項に基づく登録拒絶につき法令違憲の判断をした。

(1) 本稿の執筆にあたり、本研究部会での議論に加えて、今村哲也教授、大林啓吾教授、大日方信春教授、木下昌彦准教授、前田健准教授との議論から大きな示唆を受けた。特に大林教授、大日方教授、木下准教授には筆者の検討の不十分な点・問題点について多くの指摘をいただきながらも、筆者の能力不足故に本稿にその指摘を十分に反映できていないものとなっている。そのような点も含め本稿の記述の不十分さ・誤りは専ら筆者の責任によるものである。

他方日本商標法4条1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」につき商標登録が認められないことを規定している。この7号を巡っては、近年いわゆる悪意の出願の取り扱い等に関連して、私的な紛争に関して7号の適用範囲をどのように解すべきかが問題となっているところであるが<sup>(2)</sup>、出願に係る「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」<sup>(3)</sup>等からなる場合については登録が拒絶されるべき典型的な場面として理解されてきた。

本稿では、米国における不道徳・スキャンダラス条項・侮辱条項を巡る従前の運用と両判決を踏まえつつ、日本商標法4条1項7号に関して公序良俗に反することを理由として商標登録を拒絶することの意義、及びその判断基準、そして日本国憲法21条の表現の自由との関係について若干の検討を試みるものである。

なお *Matal v. Tam* 事件、*Iancu v. Brunetti* 事件の両上告審判決とも、既に日本においても憲法学の研究者や実務家による紹介・検討<sup>(4)(5)</sup>が公表されている。上告審判決の法廷意見・各裁判官の意見の詳細、米国法における表現の自由に関する先例との関係については本稿では詳しく検討できていないため、これらの論考を参照いただきたい。

## 2. 米国連邦商標法中の不道徳・スキャンダラス条項・侮辱条項を巡る違憲判決

### 2.1. 従前の解釈・適用例等

#### (1) 不道徳・スキャンダラス条項

不道徳・スキャンダラス条項<sup>(6)</sup>は、1905年連邦商標法5条(a)<sup>(7)</sup>に由来する。

商標審査便覧(2018年10月改訂。ただし不道徳・スキャンダラス条項に係る部分は現在適用されない<sup>(8)</sup>)では、先例上、制定法の文言に関わらず、不道徳な事項をスキャンダラスな事項と同じカテゴリーに含めてきたことを指摘している<sup>(9)</sup>。

(2) 本誌上では、上野達弘教授による「悪意の商標出願」で詳しく取り扱われている。

(3) 商標審査基準(改訂第15版)第3「第4条第1項及び第3項(不登録事由)」[六、第4条第1項第7号(公序良俗違反)]1頁参照。

(4) *Matal v. Tam* 事件最高裁判決については、片柳真紀「米国最高裁判例評釈 蔑視的商標の登録と表現の自由: *MATAL v. TAM*, 582 U.S. (2017) [合衆国最高裁 2017.6.19 判決]」*IP ジャーナル* 4号(2018年)76頁以下、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 [アメリカ連邦最高裁 2017.6.19 判決] (海外判例研究(第5回))」*判時* 2362号(2018年)4・5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年)117頁以下、家本真実「*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017): 生死を問わず人物等の名誉を傷つけるおそれのある標章の商標登録を認めないとするランナム法(連邦商標法)の条項(Lanham Act, 15 U.S.C. § 1052(a))が、合衆国憲法第1修正に反して違憲であるとした事例」*アメリカ法* 2018年・91頁以下、大日方信春「商標と表現の自由(二・完)」*熊本法学* 147号(2017年)1頁以下、塚田哲之「ロー・クラス アメリカ憲法判例の最前線(第15回) *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017) 判決 [2017.6.19]」*法セミ* 64巻10号(2019年)68頁以下を参照。

(5) *Iancu v. Brunetti* 最高裁判決については、佐藤俊司・栗下清治「*Iancu v. Brunetti* 事件米国連邦最高裁判決 —米国商標法第2条(a)を無効とした事例—」*TMI Associates Newsletter* 41号(2019年)41頁以下、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: イアं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))」*判時* 2422号(2019年)4・5頁、本橋美紀「米国商標と合衆国憲法修正1条、イアंक(米国特許商標庁)対ブルネッティ米国連邦最高裁判所判決 米国連邦最高裁判所 2019年6月24日判決」*日本大学知財ジャーナル* 13号(2020年)89頁以下を参照。

(6) *Iancu v. Brunetti* 事件上告審判決以前の不道徳・スキャンダラス条項を巡る議論動向については、1 JEROME GILSON & ANNE GILSON LALONDE, *GILSON ON TRADEMARKS* § 3.08 [10], (Matthew Bender) (database updated Mar. 2020) が詳しく、以下の記述も基本的に Gilson の記述に基づいている。

米国の従前の侮辱条項、不道徳・インモラル条項の運用については、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」*中山信弘先生古稀記念『はばたき—21世紀の知的財産法』*(弘文堂、2015年)813頁以下を参照。

(7) 1905年商標法の文言では「不道徳若しくはスキャンダラスな事項からなる又はこれらを含む標章」を登録拒絶事由として規定していた。

(8) USPTOは2019年7月3日の Examination Guide 2-19において、*Iancu v. Brunetti* 判決を踏まえ、不道徳・スキャンダラス条項に係る商標審査便覧はもはや適用されないとしている。

(9) *TMEP* (Oct. 2018) § 1203.01.

従前の裁判例では、“scandalous”の辞書上の定義に基づき、当該標章が「真実、良識若しくは礼儀正しさの感覚に衝撃を与えている；恥ずべきものである；感情を害する（offensive）；いかがわしい；…良心若しくは道徳的感情に害を与える；…（又は）非難を招いている」場合にラナム法2条（a）のスカンダラスな標章に該当するとの基準が示されていた<sup>(10)</sup>。この辞書に基づく“scandalous”の解釈は、後述する *Iancu v. Brunetti* 事件の上告審判決において多数意見の判断でも採用されたものである。

この不道徳・スカンダラス条項の該当性の判断は、当該標章が指定商品のみにも適用されたものとして市場のコンテキストにおいて判断すべきこととされていた<sup>(11)</sup>。

また判断基準となる主体について裁判例は、多数派である必要はないが、一般公衆の相当な構成部分<sup>(12)</sup>（“a substantial composite of the general public”）にとってスカンダラスなものである必要があると判示していた<sup>(13)</sup>。

不道徳・スカンダラス条項の合憲性については、*In re McGinley*, 660 F. 2d 481, 484 (C. C. P. A. 1981) が「原告（出願人）の第一修正に基づく権利に関して、特許商標庁によるある商標についての出願の拒絶は、原告が当該商標を使用する権利に何ら影響を与えない。…いかなる行為も禁止されず、いかなる有形の表現も抑圧されない。従って、第一修正に基づく権利は、原告の商標登録の拒絶によって縮減されることはない。」と判断しており、この判断が *Matal v. Tam* 事件の大合議判決に至るまで、連邦関税特許上訴裁判所及び連邦巡回区上訴裁判所（CAFC）の先例として取り扱われていた。

不道徳・スカンダラス条項に基づき商標登録が拒絶される具体的な類型は、当初は、宗教的な用語・シンボルに係る事例（例えばワインに「MADDONNA」（1938）<sup>(14)</sup>、煙草に「SENUSSI（喫煙を禁じるムスリムの宗派名）」（1959年）<sup>(15)</sup>）が中心であった。近時ではこの類型については（1946年のラナム法において導入された侮辱条項における）宗教的信念や民族に対する侮辱として取り扱う考え方が有力となっていた<sup>(16)</sup>。

他の不道徳・スカンダラス条項の適用類型として *Gilson* らの整理<sup>(17)</sup>では、低俗な（vulgar）な用語（例えば「FUCK」、あるいはブラジャーに「BUBBY TRAP」<sup>(18)</sup>）や性的な画像を含む標章<sup>(19)</sup>、違法薬物の名称に関する標章（例えばアルコール飲料に「KO KANE」）、暴力（violence）に係るもの（Tシャツに「W.B. WIFE BEATER」<sup>(20)</sup>）等を挙げつつ、他方で低俗な用語や違法薬物に係る名称につき登録された例も複数存在することを指摘している。

(10) *In re Mavety Media Grp. Ltd.*, 33 F. 3d 1367, 1371 (Fed. Cir. 1994) 等を参照。

同様の辞書の文言に基づく具体的な判断例として、ワインに“Madonna”を使用することがスカンダラスであると判断した *In re Riverbank Canning Co.*, 95 F. 2d 327, 329 (C. C. P. A. 1938) を参照。

(11) *In re Mavety Media Grp. Ltd.*, 33 F. 3d 1367, 1371 (Fed. Cir. 1994)（雑誌を指定商品とする“Black Tail”の出願につき、“tail”の性交の意味に基づき低俗（vulgar）であるとしてスカンダラスであることを理由に拒絶した特許庁の判断を破棄した事案である）。

(12) “composite”は本来混合、合成物の意味となるが、ここでは後の *Matal v. Tam* 事件における最高裁の理解（特許商標庁による同文言の主張につき、“composite”を“component”の意味であると推測している。*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 1754 n. 3 (2017)）を踏まえ、「構成部分」と訳している。

(13) *In re McGinley*, 660 F. 2d 481, 485 (C. C. P. A. 1981)。

(14) 前掲注（10）参照。

(15) *In re Reemtsma Cigarettenfabriken G. m. b. H.* 122 U. S. P. Q. (BNA) 339 (Trademark Trial & App. Bd. July 24, 1959)。

(16) *In re Lebanese Arak Corp.*, 94 U. S. P. Q. 2d (BNA) 1215 (Trademark Trial & App. Bd. March 4, 2010)。

「KHORAN」のワインへの使用は、イスラム教及びイスラム教徒であるアメリカ人の信念を侮辱するものであると判断した。宗教的名称への適用条文が侮辱条項に移行したことについては1 GILSON, *supra* note 6, § 3.08 [10] [g], 3 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 19:77 (5th ed.), Westlaw (database updated Jun. 2020) も参照。

(17) 審査官による拒絶の例も含めて詳しくは1 GILSON, *supra* note 6, § 3.08 [10] [g] を参照。

(18) *In re Runsdorf*, 171 U. S. P. Q. (BNA) 443 (Trademark Trial & App. Bd. July 28, 1971)。

(19) *In re McGinley*, 660 F. 2d 481 (C. C. P. A. 1981) では、性的に奔放な人向けのニュースレターに「男性器が写っているようである裸の男性と女性がキスしながら抱き合っている写真」を含む標章の使用がスカンダラスなものであると判断された。

(20) *In re Love Bottling Co.*, 2005 TTAB LEXIS 261 (Trademark Trial & App. Bd. June 22, 2005)。

不道徳・スキャンダラス条項の運用状況については、Barton Beebe と Jeanne C. Fromer による実証研究が公表されている。この実証研究によれば、2003 年から 2015 年までの文字を含む標章に係る出願約 360 万件のうち、不道徳又はスキャンダラスであることを理由として拒絶された件数は 1901 件、このうち 140 件については拒絶の判断が覆り、91 件については最終的に商標登録に至ったとのことである<sup>(21)</sup>。

また Beebe らの実証研究では、拒絶例の各類型<sup>(22)</sup>の拒絶件数（とそのうち拒絶の判断が覆った件数）はそれぞれ、「性又は性的志向（“Sex or Sexuality”）」（882 件（69 件））、「低俗な表現（“Vulgar Expletive”）」（775 件（48 件））、「グループに対する侮辱（“Derogatory to a group”）」（101 件（14 件））、「違法薬物関連（“Drug-related”）」（50 件（5 件））、「スカトロ（Scatological）」（42 件（2 件））、「個人に対する侮辱“Derogatory to an individual”」（11 件（2 件））、「冒瀆（Blasphemous）」（7 件（0 件））となっている。

特許商標庁における従前の不道徳・インモラル条項の運用に対して、Gilson らの論考<sup>(23)</sup>や Beebe らの実証研究<sup>(24)</sup>では、その判断が恣意的であり、時に同様の標章について一方では登録が認められ、他方では認められない矛盾した運用がされていることが指摘されていた。

## (2) 侮辱条項

侮辱条項は 1946 年のラナム法の制定時に導入された規定である。Matal v. Tam 事件の上訴審大合議判決は、ラナム法以前の制定法・コモンロー上に対応する法理は存在しなかったこと、当初は適用例が少なかったがここ数十年はより頻繁に適用されていたことを指摘している<sup>(25)</sup>。Greyhound 事件に係る審判部の決定では、侮辱条項を（虚偽の関連付けに係る規定と同様に）パブリシティとプライバシーに係るコモンロー上の権利に由来するものと位置付けている<sup>(26)</sup>。

特許商標庁の審判例<sup>(27)</sup>では、侮辱的な標章をそのコンテキストとの関係で以下の 3 つの類型に整理している：①侮辱的ではない用語であるが当該指定商品・役務のコンテキストにおいて侮辱的なものとなるもの（例：“KHORAN”をワインに使用）<sup>(28)</sup>、②侮辱的な用語であるが特定のコンテキストにおいては侮辱的ではない意味を有するもの（“SQUAW”（北米先住民女性に関する侮辱的な表現）をスキーリゾートに関して使用する場合には Squaw Valley スキー場を意味する）<sup>(29)</sup>、③侮辱的な用語であり、いかなるコンテキストにおいても侮辱的ではない意味を有さないため、出願人の商品・役務、実際の使用、その意図に関わらず侮辱

(21) Barton Beebe and Jeanne Fromer, *Immoral or Scandalous Marks : An Empirical Analysis*, 8 N. Y. U. J. of Intell. Prop. & Ent. Law 169, 178, 189 (2019).

(22) Beebe らの整理による各類型の具体的な基準は必ずしも明確ではないところがある。Beebe and Fromer, *supra* note 21 at 181-182 では、複数の性質を有する商標についても主要な性質に基づき一つのカテゴリーに分類しているとして、アパレルについての“PHAT FUK”を主に低俗な表現、ゲーム等についての“GOD IS GAY”を主に冒瀆、オンラインアダルトエンターテイメントについての“WHOREABUSE.COM”を主に暴力的なものとして分類したとしつつ、このような分類が高度に主観的なものであることを認めている。

(23) Anne Gilson LaLonde & Jerome Gilson, *Trademarks Laid Bare : Marks That May Be Scandalous or Immoral*, 101 Trademark Rep. 1476 (2011) を参照。

(24) 前述の拒絶理由に関する判断が後に覆された例の他、不道徳・スキャンダラスであることを理由に拒絶された標章について同時にラナム法 2 条 (d)（既存の登録標章との混同のおそれ）に該当するとして拒絶されている例が多数あることを指摘している（Beebe and Fromer, *supra* note 21 at 182-189 を参照）。

(25) 例えば Tam 事件に係る *In re Tam*, 808 F. 3d 1321, 1330 (Fed. Cir. 2015), as corrected (Feb. 11, 2016).

(26) *Greyhound Corp. v. Both Worlds, Inc.*, 6 U. S. P. Q. 2d (BNA) 1635, 1639 (Trademark Trial & App. Bd. March 30, 1988). 排便をする犬の図について、スキャンダラスかつ Greyhound 社の標章を侮辱する標章と判断した。

(27) *In re Shiao Tam*, 108 U. S. P. Q. 2d (BNA) 1305, 1310 (Trademark Trial & App. Bd. September 26, 2013).

(28) 前掲注 (16) 参照。

(29) *In re Squaw Valley Dev. Co.*, 80 U. S. P. Q. 2d 1264 (Trademark Trial & App. Bd. June 2, 2006) では、指定商品のうち国際分類 28 類（スキー関連）を除き、25 類（衣服等）・35 類（スポーツ用品の小売店等）について侮辱的な標章と認定した。

的なものとなるもの<sup>(30)</sup>。

ある標章が侮辱的なものか否かに関しては、以下の二段階テストにより判断されるべきものとされてきた。第一に問題となる事項のありうべき意味 (likely meaning) をまず認定し (その際に辞書の定義のみならず、当該事項と標章中の他の要素、指定商品・役務の性質、当該商品・役務に関して市場において使用される態様との関係を考慮する)、第二に、その意味が、特定可能な人々、組織、信念又は国家の象徴に言及するものと認定された場合、言及された集団の相当な構成部分 (a substantial composite of the referenced group) にとって当該意味が侮辱的なものであるか否かを認定する、という手法である<sup>(31)</sup>。

侮辱条項の適用が特に社会的な注目を集めた事件としては、NFL チームの Washington Redskins の “REDSKINS” に係る商標について、ネイティブアメリカンが侮辱条項の該当を理由に商標の取消を請求した事件が挙げられる。1992 年の Harjo らによる商標取消請求により開始した第一次訴訟は、最終的に、原告らの取消請求の遅延による懈怠 (ラッチェス) を理由としてその請求が認められなかった<sup>(32)</sup>。他方、2006 年の Blackhorse らによる取消請求に係る第二次訴訟では、2014 年の商標審判部の決定では 2 対 1 と見解が分かれたが REDSKINS 商標は侮辱的なものであると認定され<sup>(33)</sup>、2015 年のヴァージニア東部地区連邦裁判所の判決でも、侮辱条項は憲法に違反しない (修正第 1 条に抵触しないこと・連邦商標登録は政府言論であり厳格審査の対象とならないこと等) ことを述べたうえで、REDSKINS 商標は侮辱的である、また不合理な遅延といえないのでラッチェスの抗弁は成立しないと判断した<sup>(34)</sup>。

その後この REDSKINS の第二次訴訟は上訴審の係属中に、後述の Matal v. Tam 最高裁判決による侮辱条項の違憲判決が下されたため、上訴審<sup>(35)</sup>によって破棄差戻しがされた。

その後 Black Lives Matter 運動等の社会的な状況の変化を受けて、2020 年 6 月 23 日に Washington Redskins は、REDSKINS の名称とロゴの使用を 2020 年シーズンの開始前に終了し、新しい名称に変更すること (新名称の決定までは “Washington Football Team” の名称を使用すること) を決定したことを公表している<sup>(36)</sup>。

## 2.2. Matal v. Tam 事件

### (1) 事実関係及び下級審の判断

本件で問題となった標章は、単語 “slant” に係るものである。“slant” は「斜め」「斜面」等を意味する英単語であるが、スラングとしてアジア系の人々の身体的特徴を揶揄する「つり目」の意味も有する。

被上告人 Simon Shiao Tam はアジア系アメリカ人によるダンスロックバンド「The Slants」のリードシンガーである。Tam はそのバンド名の意図について、アジア系のステレオタイプ (つり目) を「取り返し」そして「所有する」 (“reclaim” and “take ownership”) ためとしている。

2011 年 11 月、Tam は、2006 年からのバンド名の使用に基づき、「THE SLANTS」の文字標章につき “Entertainment in the nature of live performances by a musical band” を指定役務として、連邦特許商標

(30) In re Heeb Media LLC, 89 U. S. P. Q. 2d 1071 (Trademark Trial & App. Bd. November 28, 2008) では、「Heeb」(ユダヤ人についての差別的なスラング) の標章について、ユダヤ人自身がユダヤ系の若者向けの雑誌に使用することは侮辱的な意図ではないとの主張が認められず、侮辱条項に基づく拒絶の判断が支持された。

(31) In re Geller, 751 F. 3d 1355, 1360-61 (Fed. Cir. 2014) (テロリズムの理解・防止のための情報提供のキャンペーンについての “Stop the Islamisation of America” を侮辱的な標章と判断した)。

(32) この第一次訴訟に関して詳しくは井関・前掲注 (6) 819 頁以下を参照。

(33) Blackhorse v. Pro-Football, Inc., 111 U. S. P. Q. 2d (BNA) 1080 (Trademark Trial & App. Bd. June 18, 2014). 井関・前掲注 (6) 821 頁以下を参照。

(34) Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 112 F. Supp. 3d 447 (E.D. Va. 2015).

(35) Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, 709 F. App'x 182, 183 (4th Cir. 2018).

(36) <https://www.washingtonfootball.com/news/redskins-announce-franchise-will-be-called-washington-football-team-pending-adop>

庁 (USPTO) への出願を行った (出願番号 85/472,044)。

審査官は、「slant」はアジア系の人々の身体的特徴を嘲笑うために使用されてきた長い歴史を有するとして、当該標章はアジア系の人々を侮辱的な態様で言及するおそれがあると認定した。また審査官は、Tam が「侮辱的な用語を取り戻す」ためにこの標章を選んだとしても、アジア系の人々の相当な構成部分はこの用語について感情を害するものと思うであろうと認定している<sup>(37)</sup>。商標審判部も、侮辱的な標章であるとの判断を維持した<sup>(38)</sup>。

連邦巡回区上訴裁判所 (CAFC) の小法廷判決 (Moore 判事が法廷意見を執筆, Lourie 判事・O' Malley 判事が参加) は、先例 (前述の In re McGinley 事件上訴審判決) に基づき侮辱条項を合憲と判断し、「The SLANTS」が侮辱的であるとの商標審判部の判断を支持した<sup>(39)</sup>。しかし追加意見において Moore 判事は、先例によるラナム法 2 条 (a) の不道德条項・侮辱条項の合憲性を再検討すべき時期に来ているとの指摘をしていた<sup>(40)</sup>。

その後の大法廷 (en banc (全員法廷)) 判決の法廷意見 (Moore 判事執筆, Prost 首席判事, Newman 判事, O' Malley 判事, Wallach 判事, Taranto 判事, Chen 判事, Hughes 判事, Stoll 判事賛同) では、侮辱条項に基づく登録拒絶は、言論の見解差別的な (viewpoint-discriminatory) 規制<sup>(41)</sup>であり、厳格審査の基準<sup>(42)</sup>が適用されるべきとして、ラナム法 2 条 (a) の登録拒絶は合衆国憲法修正第 1 条に違反し無効であると判断した<sup>(43)</sup>。

またこの大法廷判決の法廷意見では、侮辱条項は商標の表現としての側面に着目した規制であるため営利的言論に係る Central Hudson テストの基準<sup>(44)</sup>によるべきでないこと<sup>(45)</sup>、商標登録は (見解差別が許容される) 政府言論でも (厳格審査の対象外となる) 政府の支援プログラムでもないこと<sup>(46)</sup>、仮に営利的言論に係る Central Hudson テストによる場合も侮辱条項による規制について政府の実質的な利益が認められない

(37) 以上の経緯につき In re Tam, 808 F. 3d 1321, 1331-32 (Fed. Cir. 2015), as corrected (Feb. 11, 2016).

(38) In re Shiao Tam, 108 U. S. P. Q. 2d (BNA) 1305 (Trademark Trial & App. Bd. September 26, 2013). 辞書の定義, The Slants のウェブサイトでの表示態様, 指定役務であるライブパフォーマンスの性質, アジア系アメリカ人による否定的な反応の例 (アジア系アメリカ人の団体が The Slants の名称を感情を害するものとして支援を停止したこと) 等を踏まえつつ、「The Slants」は、指定役務 (ライブパフォーマンス) に関して使用された場合に、アジア系の人々への侮辱的な言及となる意味を有すると認定した。

(39) In re Tam, 785 F. 3d 567 (Fed. Cir. 2015).

(40) Id. at 573.

(41) 一般に表現の伝達内容に着目した規制 (内容規制) は厳格審査の基準で判断されるべきとされ、他方表現の伝達内容に中立的な規制については、中間審査基準が適用される。内容規制であっても営利的な言論である場合については後掲注 (44) 参照。

内容規制の中でも、ある主題を扱っている場合にその観点の如何を問わず適用される規制 (主題規制) ではなく、ある主題についての特定の見解・観点について特に規制される場合の規制が、見解規制又は見解 (に基づく) 差別と呼ばれている。例えば政党に言及する表現一般についての規制は主題規制となるが、政党に対する批判的な見解のみを規制対象とした場合 (あらゆる政党が対象となるとしても) 見解規制と位置付けられることとなる。

(42) 米国法における厳格審査の基準の下である規制の合憲性が認められるためには、当該規制の目的が、「やむにやまれぬ政府の利益 (compelling government interest)」のためのものであり、かつ、当該利益の達成のために「厳密に定められている (narrowly tailored)」ことを必要とする。

内容中立規制に関して適用される中間審査の基準では、重要な政府利益 (important government interest) のための規制であり、当該利益に実質的に関連する手段で規定されているか否かが問題となる。

(43) In re Tam, 808 F. 3d 1321 (Fed. Cir. 2015), as corrected (Feb. 11, 2016).

なお本件では侮辱条項につき厳格審査が適用される場合にはその基準を満たさないことについては当事者間に争いがなかった (Id. at 1334)。

(44) Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n of New York, 447 U.S. 557, 564-66 (1980) では、誤解を招くもの又は不法な活動に関連するものではない営利的言論の規制の合憲性の判断基準について、その規制が「実質的な利益」 (a substantial interest) を有し、かつ、当該規制が「厳密に定められている」 (narrowly drawn) (当該規制が主張された政府の利益を直接的に促進するものであり、当該利益に資するために必要な範囲を超えて拡張的なものではない) か否かにより判断すべきとした。この営利的言論に関する判断基準が Central Hudson テストと呼ばれている。

(45) In re Tam, 808 F. 3d 1321, 1338-1339 (Fed. Cir. 2015), as corrected (Feb. 11, 2016).

(46) Id. at 1345-1355.

こと<sup>(47)</sup>を判示している。

法廷意見に対して、O' Malley 判事の同意意見（Wallach 判事が賛同）ではさらに侮辱条項は過度に広範故に合衆国憲法第 5 修正にも違反するとされている<sup>(48)</sup>。

Dyk 判事の一部同意・一部反対意見（Lourie 判事, Reyna 判事も一部賛同）では、侮辱条項の規制目的を、民主主義の過程で十分に代表されていないグループ（低代表グループ）が商業広告において蔑みのメッセージを浴びせかけられることを防ぐことにあるものと理解し、侮辱条項が純粋に商業的な商標に適用される限りでは合憲であるが本件の Tam の標章のように中核的な政治的言論に適用される場合には違憲となる<sup>(49)</sup>とするものである。

他方 Lourie 判事, Reyna 判事のそれぞれの反対意見では、侮辱条項は合憲であり、本件の Tam による出願は拒絶されるべきとの判断を示している。特に Lourie 判事の反対意見では、商標は商業的言論として Central Hudson テストの基準により審査がされるべきであり、取引の秩序だった流れ（orderly flow of commerce）についての政府の利益を直接的に推進する適切な規制として合憲と判断すべきことを主張し<sup>(50)</sup>、また取引の秩序だった流れの保護について、「人々の集団をその人種、性別、宗教、その他の人口統計学上のアイデンティティに基づき侮辱する商業的言論は、差別的な行動と同様に、商業活動を妨げやすく、市場の安定性を損ないやすい」<sup>(51)</sup>と述べている。

## (2) Matal v. Tam 事件最高裁判決

上訴審の大合議判決に対して政府（特許商標庁）側と Tam 側の双方が裁量上訴を申し立てたところ、連邦最高裁は裁量上訴を受理し、2017 年 6 月 19 日の判決<sup>(52)</sup>において、侮辱条項は合衆国憲法修正第 1 条の言論の自由条項に違反するものであるとして、原判決の結論を維持した。

本判決では Alito 判事の執筆意見のうち、その一部（事案の説明に係る Part I, ラナム法 2 条 (a) の侮辱条項の解釈に関する Part II<sup>(53)</sup>、登録商標は政府による言論ではなく私人による言論であるとする III A）が法廷意見（Part I と III A は全員が賛同。II は Thomas 判事<sup>(54)</sup>を除く 6 名が賛同）を構成する形となっている（Gorusch 判事は審理に不参加）。

このうち Part III A では、修正第 1 条は政府言論を規律するものではなく、また政府言論に見解中立性を要求するものではないとの先例の考え方を踏まえたうえで、濫用の危険性故に政府言論の法理の拡張には慎重となるべきとしつつ、ラナム法上の商標登録の取り扱い・実際の登録商標には様々な（相互に矛盾する）メッセージを含むものがあることを挙げて、登録商標は政府言論に該当しないとしている<sup>(55)</sup>。

Alito 判事執筆意見の法廷意見以外の部分（Roberts 首席判事, Thomas 判事, Breyer 判事が賛同）では、商標登録は政府による金銭的助成ではないこと（Part III B）、公務員の給料からの労働組合費等の徴収を巡

(47) Id. at 1355-1357.

(48) Id. at 1358.

(49) Id. at 1364.

(50) Id. at 1376.

(51) Id. at 1379.

(52) Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744 (2017).

(53) Tam 側が上告審の段階で侮辱条項は特定の自然人に対する侮辱にのみ適用される旨の主張をしたことについて、侮辱条項は、特定の自然人に対する侮辱に限定されず、民族・人種集団の構成員への侮辱にも適用されると判断した。Thomas 判事以外の 6 人の裁判官が賛同している。

(54) Thomas 判事の一部同意・結論同意意見（Id. at 1769）は、Alito 判事執筆意見のうち Part II につき Tam がその主張を不服審判・原審の段階でしていなかったことから最高裁は審理の対象とすべきではないとし、Part IV については、真実の言論をその伝達する思想を抑制するために規制する場合には営利的な言論であっても厳格審査基準によるべきとの Thomas 判事の従前の立場を改めて述べたうえで、本件では Central Hudson テストの下でも違憲であるとの正しい判断をしていることから Part IV に同意したとしている。

(55) Id. at 1757-1760.

る先例に係る「政府プログラム」の法理は侮辱条項には妥当しないこと・より本件に近いものは私的言論に係る限定されたパブリックフォーラムの法理であるがこの法理の下でも見解に基づく差別は禁止される<sup>(56)</sup>こと・侮辱条項は見解に基づく差別であること (Part III C), 侮辱条項は Central Hudson テストの下でも言論の自由を侵害するものであるため商標が Central Hudson テストが適用される商業的言論か否かについては判断する必要がないこと (Part IV) が述べられている。

政府の助成・「政府プログラム」に関する判断は、これらに該当することを理由により緩やかな審査基準を適用すべきとの政府の主張を退けたものであるが、この点については本稿では詳しく立ち入らない<sup>(57)</sup>。

Alito 判事は、先例の「見解 (viewpoint)」差別の広範な用語法に照らして侮辱条項は見解差別に該当すると述べたうえで「確かに侮辱条項は不偏不党に全てのグループの侮辱を禁止している。侮辱条項は、民主党と共和党、資本主義者と社会主義者、ありうる論点につき相対する双方の者をけなす標章に等しく適用される。侮辱条項は、いかなる集団であれ、その構成員の相当な割合にとって感情を害する標章の登録を拒絶する。しかしここで重要なことは見解差別である。感情を害することは、見解である (Giving offense is a viewpoint)」と判示している<sup>(58)</sup>。

また Alito 判事は侮辱条項が Central Hudson テストの基準を満たさない理由に関して、侮辱条項の規制目的として政府が主張した二つの利益のうち、まず第一の利益 (低代表グループが商業広告における蔑みのメッセージを浴びせかけられることを防ぐこと。原判決の Dyk 判事の意見に対応) については、このような規制目的は、結局、感情を害するアイデアを表現する言論の規制の利益を主張するものであり、言論の自由の保護の核心に抵触するものであるとして退けている。他方、政府主張の第二の利益 (原審の Lourie 判事の意見における取引の秩序だった流れの保護) については、侮辱条項がいかなる人、グループ、組織を侮辱するあらゆる商標 (例えば “Down with racists”) にも適用されるものであり、主張された利益のために必要な範囲を超えるものであり、それゆえに (Central Hudson テストの意味での) 「厳密に定められた」ものとは言えないと判断した。

これに対して Kennedy 判事執筆の一部同意・結論同意意見 (Ginsburg 判事, Sotomayor 判事, Kagan 判事が賛同) では、法廷意見の Part I, II, III A に賛同しつつ、侮辱条項が見解差別に該当するがゆえにその合憲性は高められた審査基準 (heightened scrutiny) の下で判断されるべきものであり、侮辱条項はその基準を満たさないこと、登録商標は政府言論ではないことが指摘されている。

## 2. 3. Iancu v. Brunetti 事件

### (1) 事実関係及び下級審の判断

被上告人 Eric Brunetti は、1990 年に彼が設立した衣料品のブランド “fuct” を保有している。

2011 年、二人の個人が、多数のアパレル商品を指定商品とする 「fuct」 (標準文字) の標章につき使用の意思に基づく出願をした。Brunetti は当該出願を譲り受け、指定商品を国際分類 25 類のスポーツアパレル・乳幼児向けアパレルに変更した。

特許商標庁の審査官は、「fuct」の標章は、動詞 fuck の過去形である “fucked” の当て字であり、低俗な (vulgar) な用語であり、スキャンダラスなものであるとして不道徳・スキャンダラス条項に基づき拒絶した。不服審判においても審査官の判断が維持された<sup>(59)</sup>。

(56) Rosenberger v. Rector & Visitors of the Univ. of Va., 515 U.S. 819, 831 (1995) (公立大学が、学生団体による印刷費用への助成を拒絶したことが、その編集方針を理由とする見解に基づく差別であると判断された事例)。

(57) Matal v. Tam 事件で問題となった言論の自由や見解差別に関する先例については、詳しくは大日方・前掲注 (4) 6 頁以下を参照。

(58) Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1764-1765.

(59) In re Brunetti, 2014 TTAB LEXIS 328, \* 14-15 (Trademark Trial & App. Bd. August 1, 2014).



Matal v. Tam 事件上告審判決後の2017年12月15日、連邦巡回区上訴裁判所の小法廷による判決（Moore 判事が法廷意見を執筆。Dyk 判事（同意意見執筆）、Stoll 判事賛同）も、商標審判部の判断は実質的な証拠によって支持されるものである<sup>(60)</sup>と判断した。しかし不道德・スキャンダラス条項の合憲性について、同条項が見解差別であるか否かについては判断をせずに<sup>(61)</sup>、不道德・スキャンダラス条項が内容に基づく許容されない差別を行うものであって<sup>(62)</sup>修正第1条に違反していると判断した。

## (2) Iancu v. Brunetti 事件最高裁判決

連邦最高裁は、本件について裁量上訴を受理し、2019年6月24日の判決<sup>(63)</sup>において、不道德・スキャンダラス条項は修正第1条に違反するとして、原審の判断の結論を維持した。

本判決では、「不道德な (immoral)」標章であることを理由とする拒絶（不道德条項）が見解差別に該当し、修正第1条に違反するとの点では裁判官全員の意見が一致している。

しかし「スキャンダラスな (scandalous)」標章であることを理由とする拒絶（スキャンダラス条項）に関しては、Roberts 首席判事、Breyer 判事、Sotomeyer 判事によるそれぞれの一部同意・一部反対意見は、スキャンダラス条項については合憲性を維持できる限定解釈が可能でありそのように解釈すべきであるとしたのに対して、Kagan 判事執筆の法廷意見（Thomas 判事、Ginsburg 判事、Alito 判事（同意意見執筆）、Gorsuch 判事、Kavanaugh 判事<sup>(64)</sup>が賛同）は、そのような限定解釈は文言上許容されずスキャンダラス条項も見解差別に該当し違憲であると判断した。

### 〔法廷意見〕

本判決の法廷意見は、まず Matal v. Tam 事件最高裁判決において全裁判官が一致した点を（1）「商標登録要件が見解に基づくものである場合には違憲であること」、（2）「侮辱を理由とする拒絶は見解に基づくものであること」との二点に整理し、本件では不道德・スキャンダラスであるとの基準が見解に基づく差別か否かが問題となるとした<sup>(65)</sup>。

そして法廷意見は、ラナム法制定前後の「immoral」「scandalous」に係る辞書の定義を参照し、不道德条項の下では「清廉さや道徳についての社会の感覚を擁護する商標の登録を認め、これらの概念を中傷する商標には登録を認めず」、スキャンダラス条項の下では「商標のメッセージが良識や礼儀正しさについての社会の感覚に一致する場合はその登録を認め、これらに反抗する場合にはその登録を拒絶する」ものであるとし、不道德・スキャンダラス条項は文言上見解に基づく規制を行うものであるとした<sup>(66)</sup>。

また法廷意見は、このような条文の文言上の見解に基づくバイアスは見解差別的な運用をもたらしており、実際の特許商標庁の審査基準・登録例も見解差別となっていることを指摘している。特に実際の判断に関して、薬物の使用を容認する標章の登録を拒絶する一方で薬物に対して批判的な標章の登録を認めていること、宗教的な用語に関して信者の感情を害する標章（例えば“BONG HITS 4 JESUS”）を拒絶する一方で冒瀆的ではない形で宗教に言及する標章（例えば被服に“JESUS DIED FOR YOU”）を許容していること、アルカ

(60) In re Brunetti, 877 F. 3d 1330, 1339-40 (Fed. Cir. 2017).

(61) Id. at 1341.

(62) 判断の概要としては、商標登録は政府の支援プログラムではないこと、商標登録は限定されたパブリックフォーラムではないこと、非道徳的又はスキャンダラスな商標の登録の禁止は、言論の表現内容に焦点を当てるものであり、それゆえ厳格基準が適用されるべきであること、不道德・スキャンダラス条項は Central Hudson テストの基準に照らしても違憲であること、スキャンダラス及び非道徳的などの文言について合憲性を保つことができる合理的な限定解釈をすることはできないことが判断されている。

(63) Iancu v. Brunetti, 139 S. Ct. 2294 (2019).

(64) Kennedy 判事の引退により、連邦最高裁判事に指名された。

(65) Id. at 2299. 政府の主張は不道德・スキャンダラス条項が見解中立的なものであることを主張するものであり、Tam 判決の下で見解差別となる拒絶を政府が行うことができないことは政府も認めていた。

(66) Id. at 2299-2300.

イダを支持する標章（T シャツに“BABY AL QAEDA”及び“AL-QAEDA”）を拒絶する一方で“WAR ON TERROR MEMORIAL”の標章の登録を認めていることを挙げて、これらの標章が少なくとも多くのアメリカ人にとって感情を害する（offensive）ものでありその運用は理解できるとしつつも、Tam 事件判決において明らかとなり、感情を害することを理由に不利に取り扱う規律は見解に基づく差別を行うものであり、修正第1条に違反すると判断した<sup>(67)</sup>。

本件において政府は、不道徳・スキャンダラス条項により登録を拒絶される標章は、標章が表現する見解とは独立に、標章の表現の態様（mode of expression）故に公衆の相当な構成部分の感情を害する標章、具体的には『低俗な』—『ふしだらな』の意味、『性的に露骨な』又は『冒瀆的な』（“vulgar”—meaning “lewd,” “sexually explicit or profane”）標章の拒絶に限定されると解釈されるべきであり、またそれゆえに見解中立的であることを主張していた。しかしこの政府の主張に対して法廷意見は、不道徳・スキャンダラス条項の文言上このような限定解釈は採用できない（憲法上の疑義を避けるための限定解釈の前提となるような条文の文言の曖昧さは認められない）等として退けている<sup>(68)</sup>。

なお法廷意見に賛同した Alito 判事の同意意見では、修正第1条が見解差別を許容しないことを強調するとともに、本判決は議会が注意深く制定法を規定し、思想の伝達に実際の役割を果たさない低俗な用語を含む商標の登録を禁止することを禁止するものではない（またその立法の下で本件の“fuct”は拒絶の対象となりうる）、と述べている<sup>(69)</sup>。

〔一部同意・一部反対意見〕

他方、三人の裁判官による一部反対意見では、基本的に「スキャンダラス」標章との文言を「わいせつな（obscenity）、低俗な（vulgarity）及び冒瀆的な（profanity）」標章の意味に限定解釈すべきとの政府の主張を支持し、このような限定解釈の下で修正第1条に違反しないと認めるものである。

このうち特に詳細な意見を述べる Sotomeyer 判事の意見（Bryer 判事<sup>(70)</sup>も賛同）では、ラナム法2条（a）において「不道徳」や「侮辱」（これらはその「思想」故に登録が拒絶されると Sotomeyer 判事は整理する）とは別に「スキャンダラス」の文言が規定されていることから、「スキャンダラス」は特に標章の思想ではなくその伝達の態様故に感情を害するもの（offensiveness in the mode of communication rather than the idea）の登録を排除する趣旨の規定と解釈すべきであり<sup>(71)</sup>、具体的にはわいせつ・低俗・冒瀆的な標章がこのような表現の態様故に登録が許されない標章であるとしている<sup>(72)</sup>。

そしてこのように適切に限定された「スキャンダラス」条項は、商標登録制度がその典型となる種類の、裁量的な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いて許容可能な、見解中立的な形式による内容に基づく規制であり、憲法に違反するものではないと主張している<sup>(73)</sup>。また Sotomeyer 判事は、わいせつ・低俗・冒瀆的な標章の登録を拒絶し、このような標章について付随的な支援（標章の公開、国際的な侵害行為への対応を含む）を行うことを避けることについて、政府が合理的な利益を有することを述べている<sup>(74)</sup>。

(67) Id. at 2300-2301.

(68) Id. at 2301.

(69) Id. at 2303.

(70) Breyer 判事自身の意見においては、特に本件の問題が従来先例で問題となってきた類型に直接対応するものではないことを挙げて、結論と結びついたカテゴリーカルなアプローチ（見解規制か否か）ではなく、規制目的との関係で本件の規制が言論に及ぼす影響が比例的なものかを具体的に検討すべきことが指摘されている（Id. at 2306）。

(71) Id. at 2310.

(72) Roberts 首席判事も、Sotomeyer 判事の解釈を支持し、スキャンダラスな標章を本文に述べるような意味での表現の態様故に攻撃的な標章を規制対象とするものであるとしている（Id. at 2303）。

(73) Id. at 2313.

(74) Id. at 2317-2318.

## 2. 4. 二つの最高裁判決と今後の立法による対応の可能性

商標登録要件と表現の自由の関係について、Matal v. Tam 事件と Iancu v. Brunetti 事件の両判決の法廷意見（あるいは法廷意見以外でも裁判官の意見が全員一致した部分）は、見解差別となる商標登録阻却事由が憲法に違反すること、登録商標は政府言論ではなく私的言論であること、侮辱条項、不道徳・スキャンダラス条項は見解に基づく差別を行う規制であることの3点に限られている。商標登録が憲法上どのように位置づけられるのか（営利的言論か否か、限定されたパブリックフォーラムなどの議論が妥当するか）については、最高裁の法廷意見としてはまだ立場が示されていない状況にある。

スキャンダラス条項についてわいせつ・低俗・冒瀆的な標章に限定した形で新たな立法を行った場合の合憲性について、4名の裁判官の意見（Roberts 判事、Breyer 判事、Sotomeyer 判事の各一部反対意見と Alito 判事の同意意見）からは修正第1条に違反するものではないと解されよう。しかし Iancu v. Brunetti 事件の法廷意見はこのような限定を行った場合の合憲性については直接的には判断をしていないところである。

侮辱条項については、特定の主体の名誉毀損に当たる標章について登録を拒絶する立法は、名誉毀損となる言論の憲法上の取り扱いからも合憲になるものとも思われる。他方、宗教や民族に対する差別的な標章等の拒絶については、Matal v. Tam 事件における Alito 判事の意見（他3名の判事が賛同）では、低代表グループ（少数派）が商業広告において侮辱されることを防ぐという規制目的では合憲とは認められないが、「取引の秩序だった流れ」を保護するという規制目的については適切な限定を行った場合には合憲となる余地があるようにも解される。

## 3. 日本商標法4条1項7号

### 3. 1. 商標審査基準等の記載

日本商標法4条1項7号の趣旨につき、特許庁の逐条解説では、大正10年商標法2条4号（「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」）<sup>(75)</sup>に「相当する規定で、何ら変更はない。本号を解釈するにあたっては、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、一号から六号までを考慮して行ふべきであろう。」と述べるにとどまっている<sup>(76)</sup>。

現行の商標審査基準（改訂第15版、令和2年3月）第3の6では、商標法4条1項7号に該当する場合の例として以下の(1)から(5)を挙げている。

「(1) 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。

なお、非道徳的若しくは差別的又は他人に不快な印象を与えるものであるか否かは、特に、構成する文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音に係る歴史的背景、社会的影響等、多面的な視野から判断する。

(2) 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。

(3) 他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合。

(4) 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。

(5) 当該商標の出願の経緯に社会的相当性を欠くものがある等、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ない場合。」

(75) 大正10年法下の議論状況につき小川宗一「商標法4条1項19号及び4条1項7号の射程—悪意の商標出願への対応—」知財ジャーナル10号（2017年）29頁、高野雄史「公序良俗概念の再構成—商標法における公序良俗概念の展開—」国士館法研論集19号（2018年）32頁を参照。

(76) 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第21版〕』（発明推進協会、2020年）1508頁。

(1) に相当する類型につき、商標審査基準（第5版、平成7年6月）では「出願商標の構成自体がきょう激、卑わいな文字、図形である場合」として規定されており、「差別的…若しくは他人に不快な印象を与えるような」との文言が商標審査基準上に追加されたのは、改訂第6版（平成9年3月3日）においてである。

その趣旨に関して旧商標審査便覧42.107.01「差別的若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形等からなる商標の取扱い」（平成29年4月改訂により削除<sup>(77)</sup>）では、「出願商標の構成自体が、人種、性別、職業、境遇、信条等から、差別的若しくは不快な印象を与えるような言葉や表現に通じる文字又は図形と認識される場合」につき第5版までの審査基準に規定がなかったが「社会一般の道徳観念に反する」ものとして拒絶することとした旨が記載されている<sup>(78)</sup>。

また(5)の類型は、平成29年3月に公表された商標審査基準の改訂第13版において、知財高判平成18年9月20日平成17（行ケ）10349〔Anne of Green Gables〕<sup>(79)</sup>の一般論を踏まえて審査基準に新たな類型として追加されたものである<sup>(80)</sup>。

またこの第13版の改定に際しては(1)の類型について「非道徳的」との文言が追加された。この変更も〔Anne of Green Gables〕判決<sup>(81)</sup>及びこれを踏襲する裁判例の一般論を踏まえたものと思われる。もっとも〔Anne of Green Gables〕判決において「非道徳的」が加えられた趣旨は明らかではない。

商標審査基準において商標法4条1項7号により登録が拒絶される商標として掲げられている具体例のうち(1)の類型に属すると解されるものとしては、主に「⑤ 音商標が、我が国でよく知られている救急車のサイレン音を認識させる場合」<sup>(82)</sup>が挙げられよう。

また商標審査便覧で掲げられている指定暴力団に係る標章については、当該標章を指定暴力団の威力を示すものとして使用する行為は(3)法律（暴力団対策法）による使用の禁止に関わるものでもあるが、出願人の属性を問わず当該標章の「反社会性、一般市民に与える威嚇効果」<sup>(83)</sup>に鑑み登録を拒絶するものである点では、商標審査基準の(1)の類型に属するものといえよう。

ただこれら以外に、具体的にどのような商標が非道徳的・卑わいな標章等として(1)の類型に属するか、またその判断基準については必ずしも商標法4条1項7号に関する商標審査基準や商標審査便覧からは明らかであるとはいえない。

この点に関してより明確な記載をしているのは、出願公開に係る商標法12条の2第2項但書（商標や指定商品・役務の記載が公序良俗を害する恐れがある場合にこれらを公報に掲載しないこととするもの）に係る商標審査便覧85.01（「出願公開に伴う、『公序良俗を害するおそれのある商標』及び『公序良俗を害するおそれのある指定商品又は指定役務』について」）である。

この商標審査便覧では商標法12条の2第2項但書に該当する場合として、商標が「① 猥褻、きょう激又は卑わいなもの」、 「② 特定の者の名誉を毀損するもの」、 「③ 特定の国又は国民を侮辱する等国際信義

(77) 後述の商標法4条に関する審査基準の改定（改訂第13版）を踏まえてのものである。特許庁「商標審査便覧改訂のお知らせ（平成29年4月）」[https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran-kaitei/h29-04\\_oshirase\\_syouhyoubin\\_kaitei.html](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran-kaitei/h29-04_oshirase_syouhyoubin_kaitei.html)

(78) [https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/286859/www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/pdf/syouhyoubin/42\\_107\\_01.pdf](https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/286859/www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/pdf/syouhyoubin/42_107_01.pdf)（国立国会図書館によるアーカイブ）。

(79) 「Anne of Green Gables」の登録商標（指定商品は第9類・第14類）につき、第9類についての無効審判請求につき、商標法4条1項7号に該当することを理由とする無効審決を維持した事例。

(80) 特許庁商標審査基準室「商標審査基準〔改訂第13版〕について」[https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun-kaitei/11th\\_kaitei\\_h29.html](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun-kaitei/11th_kaitei_h29.html)

(81) Lex/DB インターネットの判例データベースにおいて、キーワードとして「商標法」及び「非道徳的」の双方を含むものについて検索を行ったところ、前掲〔Anne of Green Gables〕判決以前においてはこれらの用語の双方を含む判決は見当たらなかった。

(82) 小野昌延・三山峻司編著『新・注解商標法〔上巻〕』（青林書院、2016年）290頁〔小野昌延・小松陽一郎〕は、このような商標について音商標の構成そのものが不快な印象を与える例として掲げている。また同書では、国歌を想起させる音商標（商標審査基準の⑥）を「社会の一般的道徳観念」に反する標章の例として挙げている。

(83) 「暴力団に係る標章（代紋等）の取扱い」（商標審査便覧42.107.03）を参照。

に反するもの」, 「④ その他社会一般の道德観念に照らし反社会的と認められるもの」から構成され又はこれらを含む場合, 指定商品・役務が明らかに犯罪(目的)である場合, 指定商品・役務の記載が上記①～④に該当する表示及び(登録商標であることを明記せずに)登録商標<sup>(84)</sup>から構成され又はこれらを含む場合が挙げられている。

さらに同便覧では①に関して公開が公序良俗を害するおそれがある具体的な場合について, 「具体的には, 刑法第175条に規定する『わいせつな文書, 図画』に該当するような, きょう激な文字, 卑わいな図形又は国家の基本秩序を破壊するような反社会的な文字等一般世人を基準として社会一般の道德観念に照らし反社会的と認められるものが該当するものとして取り扱うのが適切である」と述べている。

商標審査便覧の記載からすれば, 商標法12条の2第2項但書の意味における「きょう激」「卑わい」とは刑法175条の「わいせつな文書, 図画」と同程度の「反社会的」なものを意味することとなるが, それらが具体的に何を意味するのかは必ずしも明確ではない。

なお商標法12条の2第2項但書に該当する商標は商標法4条1項7号の意味での公序良俗にも反することとなろうが<sup>(85)</sup>, 商標法4条1項7号に該当しても出願公開公報への掲載自体は公序良俗に反しない場合は存在しうる(いわゆる悪意の出願に係る商標等)。しかしながら商標の構成自体が「きょう激」・「卑わい」な場合について, 商標法4条1項7号に該当する(商標登録を認めることが公序良俗に反する)が商標法12条の2第2項但書には該当しない場合(出願公開公報には掲載される)があるかについては商標審査便覧では具体的には述べられていない<sup>(86)</sup>。

### 3.2. 審判決例における取り扱い

以下では米国の侮辱条項<sup>(87)</sup>, 不道德・スキャンダラス条項の運用との比較を念頭に, 日本商標法4条1項7号に関する審判決例のうち, 特に商標審査基準における(1)「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」商標, 及び, (2)指定商品・役務への使用が「社会公共の利益に反し, 社会の一般的道德観念に反する」場合<sup>(88)</sup>に関するものとして, ①宗教関係, ②差別的表現関係, ③性的表現関係, ④犯罪行為等への言及, ⑤皇室の尊厳関係に関するものを紹介する。

なお本稿の挙げる審判決例は網羅的なものではなく, 特に拒絶査定において商標法4条1項7号につき全体としてどのような運用がされているかについては調査を行うことができなかった。

(84) 指定商品・指定役務における他人の登録商標を登録商標と明記せずに記載する行為については, 商品や商標を示す普通名称と同様の形で登録商標が使用された場合に「周知・著名商標の希釈化等の弊害を生じる」ことが主な理由とされている。またこの場合について商標審査便覧では, 実体審査の過程で補正された場合に登録される旨の記載がされており, おそらくは(補正がされない限り)商標法4条1項7号に該当するとの理解を前提としているものと思われる。

(85) 商標登録が認められた場合, 商標とその指定商品・役務が必ず商標公報に掲載される(商標法18条3項参照。なお公序良俗を害するおそれがある出願書類・付属物件については4項但書により公衆の縦覧の対象外となりうる)ことを考えれば, その商標, 指定商品・役務を公開公報・商標公報に掲載することが公序良俗に反すると評価される商標は商標法4条1項7号に該当すると解することとなろう。

(86) 商標法4条1項7号との異同に関しては商標審査便覧85.01では, その使用が商標法4条1項7号の公序良俗に反する商標であっても構成自体が公序良俗に反するといえない商標については商標法12条の2第2項但書に該当しないことが記載されているにとどまっている。

(87) 商標審査基準の(3)国際信義に反する拒絶の類型のうち, 「征露丸」事件(大判大正15年6月28日大正15(オ)193号(原典を確認できなかったため特許庁「審判決要約集(商標法第4条第1項第7号)」40頁の要約を参照))は米国ではロシアに対する侮辱として従前の侮辱条項の適用が問題となり得た事件である。他方, 知財高判平成18年9月20日平成17(行ケ)10349[Anne of Green Gables]の事案については必ずしも「赤毛のアン」を文化的遺産とするカナダを侮辱するものとはいえず, むしろ文化遺産の剽窃的な出願ととらえた見解中立的な拒絶といえるかもしれない。いずれにせよ国際信義違反に関する類型については今後の検討課題としたい。

(88) (2)の類型に属する審判決例では, 国家資格等と紛らわしい標章に関する事案が多い(東京高判平成11年11月30日判時1713号108頁[特許管理士]等。詳しくは小野・三山・前掲注(82)291頁以下[小野昌延・小松陽一郎], 金井重彦・鈴木将文・松嶋隆弘「商標法コンメンタール」(LexisNexis, 2015年)89頁[井関涼子]を参照)が, 本稿では詳しく取り上げない。

〔①宗教関係〕

宗教関係の名称・シンボルにつき7号に該当するとの判断がされた事例としては、特許庁審決平成18年11月27日（不服2004-24437）〔仏陀〕がある。〔仏陀〕事件では、「Buddha」「仏陀」の二段の文字からなる商標（指定商品は第18類かばん等）につき、仏教が世界三大宗教の一つと言われていることを指摘したうえで、「Buddha」「仏陀」は、我が国では仏教の開祖、釈迦ともみられるものであって、仏教信者にとってはかけがえのない信仰のよりどころとなるものでもあるから、該文字よりなる本願商標を、その指定商品に使用するときには、「仏陀」の尊厳を損ない、信者の信仰上の感情を害し、ひいては公序良俗を害するおそれがあるものというべき、と判断した。

他方公序良俗に反するものではないとの判断がされた事例としては特許庁審決昭和34年2月6日（昭和32年抗告審判806）〔聖母マリア像〕がある。この事件では、イエスを抱いた聖母マリアの像と「マリヤ」「MARIA」の文字等からなる商標（指定商品は第45類鳥獣肉、魚介類、蔬菜等）につき旧商標法2条1項4号の該当性が問題となった。原査定は当該商標を食品の商標として採択使用することは穏当ではないと判断したが、本審決は原査定の判断を覆し商標登録を認めた。審決は、聖母の像はキリスト教信者の愛敬するところのものであるが信仰の対象そのものではないことを踏まえたうえで、食品に関して聖母の像を使用する行為について、「敬虔なキリスト教信者の一部には斯るものを食品の商標として使用することに対し不快の感を懐く者が存することは認め得るとしても、キリスト教は我国に於ける宗教の一部であつてその信仰心乃至は教義が一般国民の道徳観を構成しているものとは認め難いところであるから、上記聖母像を表わした商標を食品の類に使用するも国民一般の道徳観乃至は社会的良心を害う虞があるものとは認められないし、又我が国はキリスト教を国教とするものではないため公の秩序に反することとなる虞も認められない」と判断した。

また商標「JESUS」（登録番号4233485号。登録時の指定商品は25類「被服、ガーター、靴下止め、ズボンつり、バンド、ベルト、履物、運動用特殊衣服、運動用特殊靴」）については、J-PlatPatの経過情報によれば、商標法4条1項7号該当を理由として拒絶査定がされた後、特許庁審決平成10年12月22日（平成10年審判1940号）〔JESUS〕において登録が認められている。審決文を確認できなかったため審決の判断内容は明らかではない<sup>(89)</sup>。

また特許庁審決平成10年4月3日（平成8年審判13428）〔マルキン〕は、「Marukin」と「マルキン」の二段の文字からなる登録商標（本件商標。指定商品は第19類「台所用品（但し、食料または飲料貯蔵器具（「パン入れ、つぼ、たる」を除く。）を除く。）および日用品」）につき、宗教法人金刀比羅宮が<sup>(89)</sup>の紋を押紋として使用してきたこと等から商標法4条1項7号、10号等該当を理由とする無効審判を請求したところ、審判請求を不成立とする審決がされた事案である。7号に関する判断において審決は、<sup>(89)</sup>の押紋は「信仰の対象そのものではなく、宗教団体のしるしとして定まっている紋様に過ぎない」ことを本件商標の使用が宗教的良俗に反するものではないとの判断の理由として示したうえで、さらに〔聖母マリア像〕と同様に、金刀比羅宮に係る信仰心・教義が一般国民の道徳観を構成しているとは言えないこと、また国教でないために公の秩序に違反しないことを述べている。

特許庁審決平成24年7月25日（無効2011-890106）〔法華心経〕は、登録商標「法華心経」（指定商品は「紙類、印刷物、文房具」）についての宗教法人日蓮宗による無効審判請求を棄却した事案である。審決は、「法華心経」の構成自体は特定の意味をもつものではなく（また「法華心経」は被請求人が2000年以降に編纂した経典であること）、「法華心経」の文字が法華経等を意味するものとは言えないとして、7号に該当しないと判断している。

以上の宗教関係の判断事例は限られたものであり一般化ができるものではないが、商標法4条1項7号に

(89) 審決文にはJ-PlatPat上アクセスすることができなかった。

関する判断では、出願商標等に接した場合に宗教的な名称が観念されるか（マルキンから金刀比羅宮が想起されるか）、問題となる宗教的な名称等がそれ自体信仰の対象か否か（〔聖母マリア像〕〔マルキン〕の判断）とともに、当該宗教の信仰心や教義が国民や社会一般の道德観を構成するものとなっているかが重要な考慮要素となっていることが指摘できよう（特に〔聖母マリア〕と〔仏陀〕事件の差異を参照）。

〔②差別的表現関係〕

特許庁審決平成13年6月5日（平成10年審判18237）〔カルピス〕の事案では、審査官は、右図の本件標章（指定商品は30類「コーヒー及びココア、茶、調味料、氷、菓子及びパン、即席菓子のもと」）につき、黒人を不快ならしめるものであって、人種的偏見と差別を助長するものであり、穏当を欠くとして商標法4条1項7号該当を理由に拒絶の査定をした。



これに対して本審決は、審判請求人（カルピス株式会社）による乳酸飲料についての長年の使用により需要者の間に広く認識されていたものであり、請求人が自主的に使用を中止した1990年頃においても「我が国における取引者、需要者に、黒人は健康美の象徴であり、乳酸飲料を飲む構図はしゃれたデザインであって、全体として涼しげな印象を与えるものとして認識されていたものというべきである。そして、我が国の一般的な取引者、需要者が、本件図形マークに接した場合に、黒人を不快ならしめるものであって、人種的偏見と差別を助長するものとの印象を持っているとする事実を認めることはできない」として、7号に該当するとして原査定の判断を誤りとした。

この審決の判断に対しては、審決の文言上、黒人（本件図柄で描かれているアフリカ系の人々）がどのように思うかよりも、日本の一般的な取引者・需要者が差別的な標章ととらえるかを基準とするものであることが指摘されている<sup>(90)</sup>。

また特許庁審決平成15年8月7日（不服2000-1826）〔黒人〕では、「黒人」の文字からなる商標（指定商品は3類練り歯磨き等、21類歯ブラシ等）につき、〔カルピス〕の拒絶査定と同様の理由により商標法4条1項7号に該当するとして拒絶をした査定を誤りとして、商標登録を認めた。審決はその判断の理由については「本願商標をその指定商品に使用しても、直ちに黒人に対する人権、偏見及び差別を助長・拡大することになるものでもない」ことその他特に具体的な理由は述べていない。

なおこの「黒人」商標は、台湾・香港を中心に展開されている Hawley & Hazel Chemical 社（米国の Colgate-Palmolive 社の傘下）の練り歯磨き粉に係る「Darlie 黒人牙膏」ブランドに関係するものと推測される。2020年6月に Black Lives Matter 運動の影響を受け Colgate-Palmolive 社は Darlie ブランドの見直しを行うことを公表している<sup>(91)</sup>。

〔③性的な表現関係〕

直接的な性的表現に関する判断事例を見つけることはできなかったが、関連する事案として特許庁審決平成20年3月25日（無効2007-890065）〔飾り窓の天使〕がある。

本件は、右図の登録商標（指定商品は44類「あん摩・マッサージ及び指圧、カイロプラクティック、きゅう、柔道整復、はり」）につき、株式会社アニメイトによる商標法4条1項7・8・15・16・19号該当を理由とする無効審判請求を不成立とした審決である。



7号に関して審判請求人は、登録商標中の「飾り窓」等の言葉から、本件商標を指定役務に使用した場合に特殊な風俗への連想を助長するものであり、社会の一般的な道德的観点に反すると主張した。しかし審決は、「飾り窓の天使」の用語について、売春を目的としたアムステルダムの風俗街の通称と理解されること

(90) 井関・前掲注(6) 833頁の指摘を参照。

(91) BBC「『黒人歯磨き粉』の中国語名とロゴを見直し 米日用品大手」(2020年6月19日) (<https://www.bbc.com/japanese/53104926>) を参照。

は一般的とはいえないとし、また売春を想起させるということはないことが明らかであるとして、本件商標を指定役務に使用した場合に他人に不快な印象を与える標章ということとはできないと判断している。また審決は、指定役務につき役務の提供時のコスチュームに照らして風営法（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律）の規制対象となる特殊な風俗のように請求人が主張していることについては、指定役務（適法な業務行為であるマッサージ等）の把握の点で妥当ではないともし、仮に指定役務以外にも使用されるとしてもそれは商標登録の適否とは次元の異なる問題であるとした。

なお風営法の適用対象となる役務（「派遣による人の住居又は人の宿泊の用に供する施設において異性の客の性的好奇心に応じてその客に接触する役務の提供」や「個室において異性の客に接触する役務の提供」）についても、これらを指定役務（第45類）とする商標の登録は多数認められている（特に性的な意味合いを有する商標に関する登録例はこれらの指定役務に関するものが多い）。

#### 〔④犯罪行為等への言及〕

商標が犯罪行為等に関する意味を持つことを理由に公序良俗を害する恐れがあると判断された事例としては、特許庁審決昭和31年10月9日（昭和29年抗告審判825）〔ごまの蠅<sup>(92)</sup>〕（43類「菓子及び麵麩の類」を指定商品とする「ごまの蠅」の文字商標につき、懐中のスリや詐欺を意味する用語であることを理由とするもの）、特許庁審決昭和32年4月10日（昭和30年抗告審判15）〔Old Smuggler<sup>(93)</sup>〕（35類「ウイスキー」等を指定商品とする「Old Smuggler」の文字商標について、この用語が酒類密造業者を意味し、日本法上犯罪者として取り扱わなければならないことを理由とするもの）がある。

他方で特許庁審決昭和32年12月25日（昭和30年抗告審判第161）〔STOWAWAY<sup>(94)</sup>〕では、45類「他類に属しない食料品及び加味品」を指定商品とする文字商標「STOWAWAY」について、日本の社会一般の英語知識の水準から直ちにその意味（密航者）を理解しがたいことに加えて、密航者の用語を指定商品である食料品に使用しても、その具体的関係において直接に反社会的結果を生ずるものではなく、公序良俗を害する恐れがある商標に該当しないと判断した。

#### 〔⑤皇室の尊厳関係〕

知財高判平成25年5月30日判時2195号125頁〔御用邸審決取消〕では、御用邸の文字からなる登録商標（指定商品は30類「菓子およびパン」）につき、当該商標権に係る別件侵害訴訟<sup>(95)</sup>の被告（後述の「御用邸の月」の商標権者でもある）による商標法4条1項7号該当を理由とする無効審判請求を認容した審決を維持した判決である。本判決は7号に関して「皇室と何らの関係もない者が、自己の業務のために指定商品について「御用邸」の文字を独占使用することは、皇室の尊厳を損ね、国民一般の不快感や反発を招くものであり、相当ではない」と判断している。

他方、「御用邸の月」（指定商品は30類「菓子およびパン」）に対して、「御用邸」の商標権者が商標法4条1項7号、10号、11号、19号該当を理由として無効審判を請求した事件では、無効審判を不成立した審決を維持する判決がされている（知財高判平成25年5月30日平成25（行ケ）10026〔御用邸の月〕）。本件では、7号に関する請求人の主張は先行商標（「御用邸」）へのフリーライド等を主な根拠とするものであり、裁判所は「本件商標の出願経緯に社会的妥当性を欠く等のことを裏付ける事実は認められ」ないとして7号に該当しないと判断した。〔御用邸・審決取消〕事件で問題となった、皇室の尊厳に関する主張や判断はこの事件では特にされていない。

(92) 原典を確認できなかったため特許庁「審判決要約集（商標法第4条第1項第7号）」2頁の要約を参照した。

(93) 原典を確認できなかったため特許庁「審判決要約集（商標法第4条第1項第7号）」2頁の要約を参照した。

(94) 原典を確認できなかったため特許庁「審判決要約集（商標法第4条第1項第7号）」4頁の要約を参照した。

(95) 知財高判平成25年8月8日平成25（ネ）10045〔御用邸・侵害訴訟〕は、「御用邸」の商標権者による商標権侵害・不正競争防止法2条1項1号に基づく請求につき、原告商標・商品等表示「御用邸」と被告商標・商品等表示「御用邸の月」の類似性が認められないとした原審の判断を支持。



〔小括〕

以上各類型の審判決例については、全体として、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、結局のところ、「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」ものか否か、「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」か否かについて、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。

仮に *Iancu v. Brunetti* 事件最高裁判決の考え方を日本商標法4条1項7号について当てはめた場合、明らかに「卑わいな」商標のみが該当する等の限定解釈を行わない限り、「非道徳的若しくは差別的又は他人に不快な印象を与える」商標や「社会の一般的道徳観念に反する」商標であるか否かを基準とする点で、見解差別を行うものとして法令違憲との評価を避けることができないであろう。

### 3.3. 若干の検討

商標法4条1項7号を表現の自由との関係でどう位置付けるか、またどのように解釈すべきかについては筆者自身の見解はまだ十分に定まっていないが、以下若干の検討を試みる。

#### (1) 商標の登録とその保護の意義、登録要件としての公序良俗違反

特許法32条（公序良俗に反する・公衆衛生を害するおそれがある発明であることを不特許事由とする）については、既に①不特許の効果は万人の実施を可能とするに過ぎないこと、②特許庁が公序良俗や公衆衛生に関する判断を行う機関として適切ではないこと等から、同条の適用には抑制的であるべきとの見解<sup>(96)</sup>が有力に主張されている。商標法4条1項7号についても同様の指摘は基本的に妥当しよう。しかし上記①に関して、（特許と比較して）商標の登録は当該商標を商標権者が出所表示として使用することをより積極的に奨励・促進するものである点に留意する必要がある。

商標やこれを構成する記号はしばしば複数の意味を持つ。商標法はそれらの意味合いのうち、特に商品・役務の出所を表示するものとしての意味合い（出所表示機能）を保護するものであって、出所表示以外の意味合いについて直接的な保護や推奨を行うものではない。そして主要な商標登録要件（特に商標法3条、商標法4条1項10・11・15・16号等）は、商品・役務に関する情報のより効率的な伝達（サーチコストの削減）のために、出所表示として適切に機能しない標章（出所の識別力のない・低い標章や出所の混同や品質誤認等のおそれのある標章等）の登録を防ぐことを基本的な目的として設けられているものである。

これに対して商標法4条1項7号<sup>(97)</sup>に該当する商標（その中でも特に商標の構成が「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」場合）は、当該商標の登録を認めて当該商標につき登録商標としての使用（による業務上の信用の蓄積）を商標権の保護を通じて積極的に促すことが、結果として当該商標の出所表示以外の意味合いを広く伝達することをも伴うことに着目して「公の秩序又は善良な風俗を害するおそれがある」との評価を行うものである。

ある記号が指定商品・役務の取引者・需要者や公衆にとって著しく感情を害する（とりわけ差別的・脅迫的な表現については著しい不安感や恐怖を覚える）意味合いを有することが明らかな場合に、当該記号を商標として登録しその使用を積極的に促すことが望ましくないとの考え方自体は、一定の合理性を有するものである。しかしこのような目的による規制は、商品・役務に関する情報の効率的な伝達という商標法の本来

(96) 中山信弘『特許法〔第4版〕』（弘文堂、2019年）154頁以下を参照。

(97) 仮に商標法4条1項7号の規定が存在しないとしても、「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」商標については、当該商標の他の意味合いが強すぎるが故に出所の識別力が弱い（需要者は猥褻な画像等と認識するのであって出所表示と認識しない）ことを理由に商標法3条1項6号に該当すると解される場合が多いであろう。しかし使用の結果当該指定商品・役務の需要者との関係では出所を識別する商標となっている場合には商標法3条1項6号に該当しないものとして商標登録を許容せざるを得ない。

的な目的からは、異質な考慮を含むものであるといえよう<sup>(98)</sup>。

もっとも商標法4条1項では、7号以外にも、日本及び外国の国旗等と同一・類似の標章を含む商標（商標法4条1項1～6号）<sup>(99)</sup>や他人の氏名・肖像等を含む商標（商標法4条1項8号）につき、出所表示としては機能しうる商標（商標法3条の要件を満たし、商標法4条1項10～15・16号等に該当しない商標）であっても登録を認めないことを規定しており、上記の異質な考慮（1号の場合は国旗の尊厳の保護、8号の場合は人格的利益の保護）は7号に特有のものではないともいえる。

## （2）商標登録要件と表現の自由

商標登録に係る規制が表現の自由との関係でどのように位置づけられるかは、米国法においてもなお不明確な状況であるが、日本法ではいくつかの例外<sup>(100)</sup>を除きいまだ十分に議論がされていないところである。また日本の最高裁判例等において見解差別が許容されないことを明示的に述べた判決もないようである。

商標登録要件と憲法21条の関係のうち、まず2項前段の検閲の禁止については、商標登録が拒絶されたとしても当該商標を使用することは何ら禁止されないことからすれば、最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁〔税関検査事件〕等を前提とする限り、「検閲」には該当しないと解されよう。

商標登録の拒絶がもたらす直接的な影響は、当該商標を自己の「登録商標」としては使用できないことである。この点に関して最三小判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁〔家永教科書検定第一次訴訟〕が憲法21条1項に関する判断において、教科書検定制度を表現の自由に対する制約として位置づけていることが注目される<sup>(101)</sup>。検定に合格しない図書を「教科書」として発行・使用できないことが表現の自由に対する制約であることからすれば、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も表現の自由に対する制約であるとして商標法による登録要件が「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」<sup>(102)</sup>といえるかが、商標法4条1項7号該当性の判断基準の不明確さ<sup>(103)</sup>とともに問題となりうるようにも思われる。

もっとも、教科書用として作成された内容の図書が教科書として発行できないことによる不利益とは異なり、商標登録が拒絶された商標は「登録商標」としては使用できないにとどまり、商標としては使用できる（さらに使用の結果十分な信用が蓄積されれば不正競争防止法2条1項1号・2号による保護を受ける可能性もある）ことには留意する必要がある。商標登録の拒絶がもたらす実質的な不利益は、商標法による登録

(98) Iancu v. Brunetti 事件に関して大林・前掲注(5)131頁は、侮辱条項、不道徳・スキャンダラス条項は（欺罔的な標章の拒絶と異なり）「商標制度の本来の目的に直接資するわけではない要件を課すことが表現の自由との関係で許されないと判断されたともいえる」として、日本商標法4条1項7号についてもその文言の広範性に加えて商標制度の目的との関係も問われることになるとしている。

(99) 商標法4条1項1から6号に該当する商標につき登録を認めない理由の一つとしては、国や公共機関が出所である、あるいは何らかのかかわりを持っているとの誤認を防ぐとの点もあると思われるが、必ずしもそのような誤認を招かない場合にも1号等に該当しうる点では、商標法4条1項15号・16号等とは異なる趣旨の規定と解されよう。

(100) Matal v. Tam 事件上訴審大法廷判決時点の議論状況を踏まえたものであるが、平澤卓人『表現規制としての標識法とその憲法的統制』（北海道大学博士論文、2017年、<http://hdl.handle.net/2115/66599>）195頁では、商標登録につき見解に基づく規制となる場合に憲法上の問題が生じ得るとして、近時の憲法学において給付の場面でも思想内容に着目した恣意的な取り扱いが憲法問題を生じさせることが指摘されていることと、公立図書館における思想信条を理由とする不正な取り扱いにつき人格的利益の侵害を認めた最一小判平成17年7月14日民集59巻6号1569頁〔船橋市西図書館事件〕があることを指摘する。

大林・前掲注(4)5頁では、Matal v. Tam 事件を踏まえた日本商標法4条1項7号について、同種の規制が後述の札幌税関事件で合憲とされていること及び商標以外の使用を禁止するものではないことから「違憲になるとは考えにくい」と述べている。また前掲注(98)も参照。

(101) 商標登録につき〔家永教科書検定第一次訴訟〕の判旨の観点から検討するとその視点は、前掲注(1)の大林教授、大日方教授、木下准教授との議論から特に示唆を得た点である。

(102) 〔家永教科書検定第一次訴訟〕では、上記の限度のものとして容認されるか否かにつき「制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべき」と述べている（調査官解説〔滝澤泉「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成5年度（上）388・389頁〕は、この比較衡量による基準を表現規制一般に関する基準として整理している）。

商標としての保護を受けられないことであり、政府による表現活動へ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ころであろう。

仮に商標登録要件が表現活動の規制に当たらないとしても、審査官等が恣意的に商標法4条1項7号に基づき登録を拒絶することは、商標法4条1項7号の趣旨に合致せず、またその恣意性が出願人の信条等に基づく差別的な取り扱いと評価される場合には憲法14条1項に違反するものともなりうるであろう。特に宗教的な名称や差別的な表現に関して国民や社会一般の道徳観を基準として判断することは、多数派の宗教観・価値観に偏った判断となることも懸念される<sup>(104)</sup>。

また商標法4条1項7号の該当性につき判断することが、単に商標登録を認めることが適切か否かということにとどまらず、商標を構成する表現に関して公序良俗に反するといえるほど非道徳的・差別的である（またはそうではない）等の評価を政府が示すことの間接的な効果を憲法上、あるいは商標法の政策上どのように解すべきか、も問題となる。表現活動に対する見解差別的な規制の取り扱いはこのような問題に深く関わるものである。

### (3) 公序良俗に反する商品等表示の不競法による保護について

「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」が故に商標法4条1項7号により公序良俗に反するものとして登録が拒絶される商標については、不正競争防止法2条1項1号の商品等表示としての保護が認められるかが別途問題となる<sup>(105)</sup>。

この点については、別の法令で当該商標の使用自体が禁止されている場合を除いては、不正競争防止法に特段の規定がない以上、不競法2条1項1号の要件<sup>(106)</sup>を満たす（周知表示と類似の表示を使用した結果、需要者に出所の混同を生じさせるといえる）限りはその保護を受けると解さざるを得ないように思われる<sup>(107)</sup>。

## 4. おわりに

本稿の検討内容は米国法の検討、日本法の検討のいずれの点でも極めて不十分なものとなっている。特に日本法上の商標登録要件を表現の自由との関係でどのように位置づけるべきか、日本商標法4条1項7号を

(103) なお前掲「家永教科書検定第一次訴訟」では、検定の審査の基準が不明確であるとの上告人の主張に対して「当該教科、科目の専門知識を有する教科書執筆者がこれらを全体として理解すれば、具体的記述への当てはめができないほどに不明確であるとはいえない」として退けている。また前掲最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁〔税関検査事件〕では、当時の関税定率法21条1項3号（「公安又は風俗を害すべき」）に基づく輸入規制につき「風俗」の文言について、（国内でその頒布が禁止される）刑法175条に照らし猥褻な書籍、図画に限定して解釈をすることが可能であり、関税定率法21条1項3号に基づく輸入規制が汎汎又は不明確故に違憲無効ということではできず、憲法21条1項の規定に違反するものといえないと判断している。

規制対象となる範囲の明確性についていえば、商標法4条1項7号は、関税定率法21条1項3号等に比べても一層不明確と言わざるをえないであろう。商標法4条1項7号について「規制の対象となるものとそうでないもの」を「明確に区別」すること（〔税関検査事件〕において表現の自由に係る規制につき限定解釈が許容される場合についての判示を参照）は、少なくとも筆者には不可能であり、一般国民のみならず、多くの商標関係の専門家にとっても困難であろうと思われる。

(104) 他方で国民の一人であっても不快に思う商標についておよそ登録を認めないという解釈も妥当ではないと思うところであり、具体的にどのように解釈すべきかについてはいまだ筆者自身の考えがまとまっていないところである。特許庁（審査官や審判官）・裁判所がある商標を公序良俗に反すると評価することの間接的な影響、見解差別の日本法における位置づけなどと合わせて、今後の検討課題としたい。

(105) 米国法については、ラナム法上の登録が拒絶された場合にも、州のコモンローやラナム法43条(a)の虚偽の出所表示の規律により未登録の商標としての保護を受ける可能性がある。

(106) 実際には商標法4条1項7号に該当する標章については、裁判所は、（卑わいな標章・国際信義に反する標章としての認識が主となるために）需要者が出所表示と認識しない、悪意の出願に係る場合には原告が不競法3条・4条の「営業上の利益」を有さない等として、その保護要件を満たさないと判断する場合も多いであろう。

(107) 不競法2条1項1号や2号による保護の可能性が公序良俗に反する商品等表示の使用を間接的に促進するものとなることに着目して保護を否定する、との考え方も理論的にはあり得るところであるが、このような考え方は徹底すれば著作物についてもその表現内容が公序良俗に反する場合に著作権法上の保護を否定する考え方（島並良「知的財産法の法的な保護と不保護」法学教室379号（2012年）104頁を参照）にもつながるものとなる。

どのように解釈すべきかについては、今後も引き続き検討課題としたい。

本稿は、JSPS 科研費 15H01928 による研究成果の一部である。