비방·모욕하는 표현의 상표등록금지와 표현의 자유[1)]

1. 사건개요

피상고인은 아시아계 미국인으로, 아시아계 미국인으로만 구성된 밴드의 리드 싱어이다. 피상고인은 밴드의 이름을 “the Slants”[2)]라고 지었는데 이 용어가 내포하고 있는 아시아계 미국인들에 대한 부정적 고정관념을 거부하고 아시아계 미국인들 스스로 이 용어에 대해 긍정적인 이미지를 새롭게 가지게 하기 위해서였다. 피상고인은 이 이름을 특허상표국에 등록하고자 하였지만 특허상표국은 랭엄법(Langham Act, 이하 랭엄법)[3)]이 살아있거나 혹은 이미 사망한 사람을 모욕하는 표현을 상표로 등록하는 것을 금지하고 있다며 이 신청을 거부하였다.

피상고인은 특허상표국 내의 행정절차에 따라 합의체에 이의신청을 하였으나 받아들여지지 않았다. 결국 연방항소법원에 이 결정을 항소하였고 전원재판부는 심판대상조문인 랭엄법의 비하조항은 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유에 위반된다는 판결을 내렸다. 재판부는 다수의견에서 비하조항은 관점에 기반하여 차별하고 있고, 상표의 표현적 부분을 규제하고 있어 상업적 표현으로 취급될 수 없기 때문에 엄격심사기준이 적용되며, 심판대상조문은 이 기준을 통과하지 못한다고 판시하였다.

패소한 특허상표국 측은 상고하였고, 연방대법원은 비하조항이 수정헌법 제1조하에서 위헌인지 결정하기 위해 상고허가하였다.

2. 판결요지

1) *Matal, Interm Director, United States Patent and Trademark Office v. Tam*,, 582 U. S. ___ (2017)(No. 15-1293)(2017. 6. 19. 결정).

2) 사전적인 뜻은 비스듬함이지만 편향된 관점/견해의 뜻으로 사용될 수 있고, slant-eyed라고 쓰일 경우에는 동양인들의 찢어진 눈이라는 비하의 의미로 사용됨.

3) 랭엄법은 상표, 서비스 상표, 불공정경쟁에 대한 연방법으로 1946년에 입법되어 1947년부터 발효. 상표가 연방정부에 등록되기 위한 전반적인 절차와 상표권과 그 보호에 대해서 규정하고 있음.

대법관 Alito의 법정의견(8인 전원일치 의견)[4]

(1) 심판대상조문

살아있거나 혹은 이미 사망한 사람, 기관, 신념, 국가상징을 모욕 혹은 폄하하거나, 오명을 씌울 수 있는 상표의 등록을 금지한다.[5]

(2) 상표권

A.

상표보호의 근본적인 원칙은 단어, 이름, 상징과 같은 독특한 상표가 각 상인들의 상품을 다른 상품들로부터 구별되게 도와준다는 것이다.[6] 또한 상표는 상품을 특정 상인의 상품으로 구별 짓게 하고 다른 상품을 자신의 상품으로 팔지 않으려는 그 상인의 선의를 보호한다.[7] 소비자에게는 구입하고 싶은 상품, 서비스와 그렇지 않은 것을 구별하는데 도움을 준다.[8]

상표는 연방법으로 생겨난 것이 아니다.[9] 상표와 그 이전에 있었던 비슷한 형태의 것들은 그 기원이 오래되었고, 상표는 미국이 건국되었을 당시에도 보통법 및 형평법 하에서 보호되었다.[10] 19세기 전반에 걸쳐 주가 상표를 보호하였지만 1870년에 연방의회가 상표를 보호하는 첫 번째 연방법안을 통과시키면서 전국적으로 통일된 형태가 되었다.[11] 현 연방상표법의 기반은 랭엄법으로 1946년에 입법되었고, 그때부터는 상표가 상품이나 서비스를 구별

---

4) 2017년 4월에 임명된 Gorsuch 대법관을 제외한 8명 전원일치 판결.

5) 15 U. S. C. §1052(a).

6) *B&B Hardware, Inc. v. Hargis Industries, Inc.*, 575 U. S. ___, ___ (2015) (slip op., at 3); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.*, 529 U. S. 205, 212 (2000) 참고.

7) *United Drug Co. v. Theodore Rectanus Co.*, 248 U. S. 90, 97 (1918); *Hanover Star Milling Co. v. Metcalf*, 240 U. S. 403, 412-413 (1916) 참고.

8) *Wal-Mart Stores*, *supra*, at 212-213; *Park 'N Fly, Inc. v. Dollar Park & Fly, Inc.*, 469 U. S. 189, 198 (1985) 참고.

9) *B&B Hardware, supra*, at ___ (slip op., at 3).

10) 3 J. McCarthy, Trademarks and Unfair Competition §19:8 (4th ed. 2017) (hereinafter McCarthy); 1 *id.*, §§5:1, 5:2, 5:3; Pattishal, The Constitutional Foundations of American Trademark Law, 78 Trademark Rep. 456, 457-458 (1988); Pattishall, Two Hundred Years of American Trademark Law, 68 Trademark Rep. 121, 121-123 (1978); see *Trade-Mark Cases*, 100 U. S. 82, 92 (1879).

11) *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U. S. 763, 780-782 (1992) (Stevens, J., concurring in judgment); *id.*, at 785 (THOMAS, J., concurring in judgment); Act of July 8, 1870, §§77-84, 16 Stat. 210-212 참고.

하는 문구에서 더 나아가 메시지를 전달하는 기억하기 쉬운 문구로 구성되었다.

상업적으로 사용되는 상표는 랭엄법을 통하여 연방정부에 등록할 수 있다.[12] 그리고 연방정부에 등록되지는 못하지만 신청자의 상품이나 서비스를 구별해주는 일부 상표는 그 신청자가 합법적으로 상품이나 서비스에 사용하고 있는 경우에는 다른 형태로 연방정부에 등록될 수 있는데 이를 보충적 등록이라고 부른다.[13] 연방등록체계는 상표권이 완전히 보호되는 것을 보장하고 상업의 자유로운 흐름을 지원한다. 연방대법원은 "상표권은 제작자로 하여금 좋은 평판을 확보함으로써 경쟁을 독려하고 상품의 질을 향상시키기 때문에 국가적으로 상표권을 보호하는 것이 바람직하다"고 한 바 있다.[14]

B.

연방정부에 등록이 되어있지 않는 상표라도 상업적으로 사용될 수 있고, 이러한 상표에 대한 침해를 금지할 수 있는 여러 방법이 있다. 또한 연방정부에 등록이 되어있지 않은 상표도 랭엄법 §43(a) 조항으로 보호가능하다.[15] 이외에도 반사이버스쿼팅 소비자 보호법(Anticybersquatting Consumer Protection Act)[16] 등과 같은 다른 법률로도 연방정부에 등록되지 않은 상표들이 보호될 수 있다.[17] 또한 보통법과 주법으로도 등록되지 않은 상표들이 보호될 수 있다.

하지만 연방정부에 상표등록을 하는 것은 상표권자들에게 중요한 법적 권리와 혜택을 부여한다.[18] 상표권자의 상표소유권에 관한 공식적인 통지이고,[19] 등록된 상표의 유효성에 대한 추정적인 증거이자 인증서에 명시된 상

---

12) 15 U. S. C. §1051(a)(1).
13) 15 U. S. C. §1091(a).
14) *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Comm.*, 483 U. S. 522, 531 (1987); *Park 'N Fly, Inc., supra*, at 198.
15) *Two Pesos, supra*, at 768.
16) 15 U. S. C. §1125(d).
17) 5 McCarthy §25A:49, at 25A-198.
18) *B&B Hardware*, 575 U. S., at ___ (slip op., at 3).
19) *Ibid.* (15 U. S. C. §1072 인용).

품이나 서비스로 등록된 상표를 상업적으로 독점적으로 사용할 수 있는 권리이며,[20] 상표가 일단 5년간 등록이 된 이후에는 이 상표의 유효성에 대해 다툴 수 없다.[21] 또한 연방정부에 상표를 등록한 상표권자는 이러한 상표권을 침해한 물건이 미국 내로 수입되는 것을 막을 수도 있다.[22]

C.

랭엄법은 일정 상표의 등록을 금지한다. 예를 들어, 상표가 "단순히 상품을 묘사"하는데 그치거나 기만/현혹시킬 정도로 부정확하게 기술되어 있다면 등록할 수 없다.[23] 이미 등록되어 있는 상표나 상품명과 유사하여 혼란을 주거나 실수를 유발시키거나 혹은 속일 수 있을 정도로 비슷해도 등록할 수 없다.[24] 이 사건에서 쟁점이 되는 조항은 "비하조항"이다. 이 조항은 살아있거나 이미 사망한 사람, 기관, 신념, 국가상징을 모욕 혹은 폄하하거나, 오명을 씌울 수 있는 상표의 등록을 금지하고 있다.

특정 상표가 폄하의 의미를 내포하는지를 결정하기 위해서 특허상표국의 심사관은 두 단계에 거친 심사를 한다. 우선적으로 문제가 되는 표현의 의미에 대해서 고려하지만 상표의 다른 요소들과의 관계, 물건이나 서비스의 성격, 그 상표가 시장에서 물건이나 서비스와 관련하여 어떻게 사용되고 있는지도 역시 고려한다.[25] 만약 그 의미가 사람, 기관, 신념 혹은 국가 상징을 뜻하는 것이라고 판명된다면 심사의 두 번째 단계에서 그것이 상당한 수의 구성원을 폄하하는 것인지를 결정한다. 그 구성원이 다수일 필요는 없지만 그래도 상당한 수에게 해당 상표가 현대 사회에서 폄하의 의미가 있다고 여겨지는 경우, 폄하가 맞다는 일응 유리한 전제가 성립되고, 따라서 상표등록 신청자가 그 상표에 폄하의 의미가 없다는 것을 증명하여야 한다. 상표 신청

---

20) *B & B Hardware*, 575 U. S. ___ (slip op., at 3) (§1057(b) 인용).
21) *Ibid.* (§§1065, 1115(b) 인용); *Park 'N Fly*, 469 U. S., at 193.
22) 3 McCarthy §19:9, at 19–38; 15 U. S. C. §1124.
23) 15 U. S. C. §1052(e)(1).
24) 15 U. S. C. §1052(d).
25) Trademark Manual of Examining Procedure §1203.03(b)(i)(Apr. 2017), p. 1200–150, http://tmep.uspto.gov.

자가 폄하되는 단체의 일원이라든가 혹은 좋은 의도를 가졌다는 사실은 상당한 수의 구성원이 그 용어를 불쾌하다고 느낀다는 사실에 영향을 끼치지 않는다고 특허상표국은 밝히고 있다.

(3) 비하조항이 수정헌법 제1조에 위반되는지 여부

비하조항이 인종이나 민족 집단 구성원들을 비하하는 상표에 적용되므로 이 조항이 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 위반하는지를 판단하고자 한다. 상고인인 상표특허청은 비하조항이 수정헌법 제1조에 위반되지 않는다거나 혹은 낮은 심사기준인 합리성심사가 적용되어야 한다며 세 가지의 주장을 하였는데, 이에 대하여 각각 살펴보기로 한다.

1) 상표는 사적인 표현이 아니라 정부언론이라는 주장

수정헌법 제1조는 의회와 정부기관이 표현의 자유를 제한하는 것을 금지하고 있지만 의회와 정부기관 스스로 자신의 표현의 자유를 제한하는 것을 금지하지는 않았다. 연방대법원 선례도 수정헌법 제1조는 정부언론에는 적용되지 않는다고 인정해왔다.[26]

연방대법원이 선례에서 지적해왔듯이 수정헌법 제1조가 사적인 표현에 적용되는 것과 같이 정부언론에도 적용된다면 정부는 제 역할을 하기가 쉽지 않을 것이다.[27] 수정헌법 제1조는 정부가 특정 관점이나 아이디어를 선호하는 방식으로 표현을 규제하는 것을 금지하고 있다. 하지만 이러한 관점의 중립 요건을 정부언론에게 동일하게 요구한다면 이는 정부를 무력화시킬 것이다.[28] 정부가 정책을 수립하여 수행해 나갈 때에 필연적으로 특정 관점을 취사선택하게 된다. 정부가 이러한 정책 수행에 대해서 이야기할 때에는 수정헌법 제1조로 인해 관점의 중립을 취할 필요가 없다. 간단히 예를 들자면,

---

26) *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U. S. 460, 467 (2009); *Johanns v. Livestock Marketing Assn.*, 544 U. S. 550, 553 (2005).

27) *Summum, supra*, at 468; *Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*, 576 U. S. ___, ___-___ (2015) (slip op., at 5-7) 참고.

28) *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist.*, 508 U. S. 384, 394 (1993).

제2차 세계대전 당시 연방정부는 전시 노력을 고취시키기 위하여 수백만 장의 포스터를 만들어서 배포하였다. 포스터에는 모병과 전쟁채권 구매촉진, 물자 절약을 홍보하는 내용이 담겨져 있었다. 이러한 포스터들은 특정 관점을 표현하고 있지만 수정헌법 제1조로 인해 정부가 이와 반대되는 메시지를 담긴 반전(反戰) 포스터 역시 제조하여 배포할 필요는 없었다. 개인의 표현에 정부승인이라는 징표가 붙여졌다고 하여 정부언론으로 받아들여진다면, 정부는 용인하지 않는 의견을 쉽사리 덮어버릴 수 있을 것이다. 이러한 이유 때문에 정부언론 관련 선례를 확장할 때에는 주의하여야 한다.

이 사건에서 쟁점이 되는 것은 연방정부 기관인 특허상표국에 등록되는 상표의 내용이다. 이 상표는 연방정부가 만들어내는 것도 아니고, 등록하기 위해서 연방정부가 수정을 하는 것도 아니다. 이 사건에서 문제가 된 15 U. S. C. §1052(a) 이외에는 특허상표국은 상표의 내용을 근거로 하여 등록을 거부할 수 없다. 따라서 §1052(a)가 적용된다고 판단하지 않는 이상, 특허상표국은 상표가 전달하는 관점이 정부 정책 혹은 이미 등록된 다른 상표가 전달하려는 관점과 일관되는지 여부를 묻지 않는다. 대신, 상표가 랭엄법에 규정된 중립적인 요건을 충족시킬 경우 의무적으로 등록하여야 한다. 또한 한번 등록이 승인되면, 그 승인에 이의제기가 되지 않는 이상 심사관이 검토한 이후에 재검토하는 일은 발생하지 않는다.[29] 또한 상표가 등록되고 난 이후에는 상표 소유자가 취소, 등록의 만기, 연방무역위원회가 특정한 이유를 근거로 이의를 제기하지 않는 이상, 특허상표국이 상표를 삭제할 수 없다.[30]

이를 고려해볼 때 등록된 상표 내용이 정부언론이라는 주장은 설득력이 없다. 상표가 연방정부에 등록이 되어 있다고 해서 이것이 정부언론이 된다면 연방정부는 수많은 상표들 사이의 모순되는 관점을 지니게 되는 것이고, 광대한 범위의 상업 제품들과 서비스를 홍보하는 것이며, 소비하는 대중에게 모호한 조언을 하게 되는 것이다.

특허상표국은 상표를 등록한다는 것이 정부가 그 상표를 승인한다는 뜻은

29) §§1062(a), 1071; 37 CFR §41.31(a) (2016).
30) 15 U. S. C. §§1058(a), 1059, 1064; 37 CFR §§2.111(b), 2.160.

아니라는 입장을 명확히 하고 있다.[31] 대중이 연방정부에 상표가 등록되어 있음이 무엇을 의미하는지 잘 알고 있을 가능성도 낮다.[32]

그 어떤 연방대법원의 정부언론 선례들도 등록된 상표가 정부언론이라는 주장을 뒷받침하지 않는다. *Johanns* 사건은 소고기 제품 판매를 홍보하는 광고가 쟁점이었다.[33] 소고기와 소고기 제품의 이미지를 향상시키는 유료 광고 프로그램을 만들기 위한 연방법이 제정되었다. 의회와 농업부가 광고의 내용을 정하기 위한 가이드라인을 만들었고, 농업부 직원은 광고 내용 협의를 위한 회의에 참석하였으며, 농업부 장관은 제안된 광고를 편집하거나 거부할 권한이 있었다. 이에 대해 연방대법원은 "소고기 광고에 사용된 메시지는 처음부터 끝까지 연방정부가 수립하였기 때문에 이 광고는 정부언론이다."라고 판결하였다.[34] 소고기 광고에서의 정부의 개입과 상표가 등록될 때 연방정부가 하는 일은 조금도 비슷하지 않다.

Summum 사건도 위와 비슷하다.[35] 작은 공원에 15개의 기념비가 있었고 그 중 11개의 기념비는 민간단체가 기부한 것이었는데 기념비 중 하나에 십계명이 그려져 있었다. 한 종교단체는 시 정부가 기념비를 기증받음으로써 사적인 표현을 위한 공공의 장을 만들었고, 따라서 자기들 종교단체의 종교적 믿음을 표현하는 기념비를 위한 자리도 공원에 마련되어야 한다고 주장하였다.

그러나 연방대법원은 공원 내 기념비는 사적인 표현이 아니라 정부언론이라는 판결을 내리면서 여러 요인을 들었다. 고대부터 여러 정부들은 대중에게 메시지를 전달하기 위하여 기념비를 이용해 왔고, 공원은 전통적으로 기증된 기념비를 전시하기 위한 장소로 사용되어 왔으며, 민간단체가 기부하는 기념비를 사적인 표현이라는 이유로 전부 기증받아 공원에 전시할 경우 공원은 포화상태가 될 것이라는 점이었다. "대중에게 공원이란 그 대지를 소유

31) *In re Old Glory Condom Corp.*, 26 USPQ 2d 1216, 1220, n. 3 (TTAB 1993)
32) *Application of National Distillers & Chemical Corp.*, 49 C. C. P. A. (Pat.) 854, 863, 297 F.2d 941, 949 (1962) (Rich, J., concurring).
33) 544 U. S., at 561 (7 U. S. C. §2902(13) 인용).
34) *Id.*, at 560.
35) 555 U. S., at 464.

하고 있는 정부와 밀접하게 연관되며, 기증되어 공원에 전시되는 기념비는 정부의 메시지를 전달하는 효과가 있다."[36]

상표권은 이러한 특징들을 전혀 공유하지 않는다. 상표권은 전통적으로 정부의 메시지를 전하지 않는다. §1052(a)를 제외하고는 상표를 연방기관에 등록시킬지 여부에 있어서 상표에서 표현되는 관점은 아무런 역할을 하지 않는다. 또한 대중이 상표의 내용을 연방정부와 관련지어 생각한다는 증거도 없다.

상고인인 정부는 *Walker* 사건에 상당한 비중을 두고 상표권이 정부언론이라는 주장을 하지만 이 사건은 정부언론 독트린을 다루고 있는 사건 중에서도 많이 벗어나 있는 사건이다. *Walker* 사건에서 연방대법원은 텍사스 주에서 특별 자동차 번호판에 담긴 메시지는 정부언론이라는 판결을 내렸다.[37] 이 판결에서는 텍사스주 특별 자동차 번호판이 왜 정부언론인지에 대해서 세 가지 요소를 들었다. 첫째, 자동차 번호판은 오랜 기간 동안 정부의 메시지를 전하기 위해 쓰여왔다.[38] 둘째, 자동차 번호판은 주 정부가 제조 및 소유하고 일반적으로는 주 정부가 디자인을 하며, 일종의 신분증 형태이기 때문에 대중은 자동차 번호판을 정부와 긴밀하게 연관 지어 생각한다.[39] 셋째, 텍사스 주는 특별 번호판에 담긴 메시지를 직접적으로 통제한다.[40] 하지만 현 사건에는 이 중 어떤 요소도 없다.

위의 사건들을 요약하자면, 상표의 연방정부 등록은 *Johanns* 사건의 소고기 광고, *Summum* 사건의 기념비, *Walker* 사건의 특별 번호판과는 판연히 다르다. 상표가 연방정부에 등록되어 있다는 사실만으로 상표가 정부언론이 된다면 정부언론 독트린을 너무 크게 한 번 더 확장하는 것이 된다. 상표 등록이 정부언론으로 된다면 정부에 등록하는 다른 시스템들도 똑같은 방식으로 성격지어질 수 있다.

---

36) *Id.*, at 472.
37) 576 U. S., at ___-___ (slip op., at 7-8).
38) *Id.*, at ___-___ (slip op., at 9-10).
39) *Id.*, at ___ (slip op., at 10).
40) *Id.*, at ___ (slipop., at 11).

정부의 주장이 인정될 경우 가장 위험한 결과를 초래할 수 있는 부분은 저작권이다. 상표를 연방정부에 등록함으로써 상표가 정부언론이 된다면, 상표와 동일한 요소를 가진 저작권도 연방정부에 등록할 경우 정부언론이 될 것이다.

상고인은 저작권이 자유로운 표현의 엔진과 같다는 것을 근거로 저작권과 상표를 구별하려 하지만, 이 사건이 보여주는 것과 같이 상표도 종종 표현력 있는 내용을 담고 있다. 각 회사들은 메시지를 전달하는 상표를 만들어서 홍보하기 위하여 엄청난 액수의 돈을 쓴다. 상표는 간결해야 하기 때문에 회사가 전달하고자 하는 메시지는 제한되지만 몇 개의 단어로도 강력한 메시지를 전할 수 있다.

따라서 상표는 정부 언론이 아니라 사적인 표현이다.

2) 상표는 정부 보조금의 한 형태라는 주장

두 번째로, 상고인인 특허상표국은 이 사건은 특정 관점을 표현하는 행위에 정부가 보조금을 지불하는 것이 합헌이라고 판결한 사건들을 선례로 따라야 한다고 주장한다. 이 사건들에서 연방대법원은 "비록 그 혜택을 받을 자격이 없다 하더라도 정부는 헌법적으로 보호되는 표현의 자유를 침해하는 근거를 이유로 혜택을 거부해서는 안 된다."라고 판시하여 왔다.[41] 그러나 동시에, 정부는 원하지 않는 활동에 대해 보조금을 지급할 의무가 없다고도 하였다.[42] 각각의 사건에서 어떠한 원칙이 적용되는지가 늘 자명한 것은 아니었다.

특허상표국이 인용하고 있는 사건들은 현 사건과는 다르게 모두 현금 보조금 혹은 이에 상응하는 보조금에 관한 내용이다. *Rust v. Sullivan* 사건에서는 가족계획을 하는 사람들에게 보조금을 지급하는 연방법을 다루었다.[43] *National Endowment for Arts v. Finley* 사건에서는 예술가들에게 현금으로 보

41) *Agency for Int'l Development v. Alliance for Open Society Int'l, Inc.*, 570 U. S. ___, ___ (2013) (slip op., at 8).
42) *Ibid.*
43) 500 U. S. 173 (1991).

조금이 주어졌다.[44] *United States v. American Library Assn., Inc.* 사건에서는 공공 도서관에게 지급되는 연방보조금이 쟁점이 되었다.[45] 또 다른 사건에서는 연방대법원은 세제 혜택을 현금 보조금에 비교하기도 하였다.[46]

그러나 상표의 연방정부 등록은 위의 사건들에서 쟁점이 된 프로그램들과 전혀 다르다. 특허상표국은 상표를 등록하고자 하는 사람들에게 돈을 지급하지 않는다. 오히려 상표를 등록하려는 사람이 225에서 600불에 달하는 금액을 지불하고, 등록을 유지시키기 위해서 10년마다 한 번씩 300에서 500불에 달하는 요금을 지불해야 한다. 그리고 이 요금으로 지난 27년간 연방정부의 등록시스템을 유지시킨 것이라고 항소법원은 판시하였다.

특허상표국은 상표 등록을 위해 정부의 자원을 사용하여 가치 있는 비금전적 혜택을 제공하는 것이라고 주장하지만, 정부의 거의 모든 대국민 서비스는 정부 기금의 지출을 요한다. 이는 국민 모두에게 혜택이 돌아가는 경찰이나 소방 서비스뿐만 아니라 몇몇이 사용하는 민사소송비용, 정부소유 공원과 도로의 이용 역시 마찬가지이다.

정부에 등록하는 제도는 상표등록 이외에도 다양하게 존재한다. 저작권과 특허가 그러하고, 주 정부에서는 부동산과 담보권 역시도 그러하다. 자동차 운전면허증, 자동차 등록증, 수렵 및 조업 허가증 등 다양한 정부 등록이 있다.

*Rust*와 *Finley* 사건은 이러한 정부의 대국민 서비스와 관련하여 제한된 표현의 합헌성을 분석하기에 있어서 적절한 사건들이 아니다.

3) 비하조항의 위헌성은 새로운 "정부 프로그램" 독트린 하에서 심사해야한다는 주장

마지막으로 상고인은 "정부 프로그램"사건들에 있어서 적용되는 새로운 독트린으로 비하조항을 유지시켜야 한다고 주장한다. 이 주장은 더 범위가

44) 524 U. S. 569 (1998).
45) 539 U. S. 194 (2003).
46) Regan v. Taxation With Representation of Wash., 461 U. S. 540 (1983); Cammarano v. United States, 358 U. S 498 (1959) 참조.

큰 독트린을 만들어서 상표등록 사건들에 적용시키기 위하여 원래의 정부언론 사건들과 선례에서 다루어진 정부보조금 사건들을 단순히 합한 것이다. 새로운 요소는 공무원 노동조합비 수집을 다룬 두 사건 밖에 없는데 이 두 사건들은 수정헌법 제1조에 있어서 굉장히 특수한 영역이고, 상표등록과는 너무나도 다르다.

Davenport v. Washington Ed. Assn.[47]사건에서는 노동조합에 가입하지 않기로 한 공무원에게도 단체협상과 관련된 활동을 위해 쓰이는 노동조합비를 고용주가 자동적으로 급여에서 공제할 수 있게 허용한 워싱턴 주법이 쟁점이 되었다. 하지만 노동조합 내의 선거 활동에 쓰이는 노동조합비에 대해서는 공무원 본인이 동의하지 않는 이상, 고용주는 노동조합비를 자동적으로 급여에서 공제할 수 없게 법으로 규정해 놓았다. 공무원 노조는 이 법이 내용에 따라 표현을 제한하므로 위헌이라는 주장을 하였다. 연방대법원은 비노동조합원의 급여에서 조합비를 떼어내 조합에 직접적으로 준다는 것이 엄청난 혜택이며 이 법은 이 혜택에 대한 크지 않은 제한이라고 판시하며 합헌 판결을 내렸다. 이미 허용하고 있는 큰 혜택에 더하여 다른 혜택을 주지 않는다고 해서 노동조합의 표현의 자유권에 대한 침해가 아니라고 판시하였다.

Ysursa v. Pocatello Ed. Assn., 사건 역시 비슷하게 아이다호 주법이 공무원으로 하여금 자신의 임금에서 노동조합비를 공제하는 것을 허용하였지만, 노동조합의 정치적 활동을 위한 금액을 임금에서 공제하여 송금하는 것은 허용하지 않았다.[48] 연방대법원은 해당 법률 역시 합헌 판결을 내리면서 "수정헌법 제 1조는 표현을 위한 기금을 얻기 위해 정부의 임금 지급 메커니즘을 사용할 적극적 권리를 부여하지 않는다."고 판시하였다.[49]

*Davenport*와 *Ysursa* 사건은 연방대법원에서 다루었던 보조금 사건과 유사하다. 두 사건의 심판대상조문은 보조금을 현금으로 지급하지는 않지만 단체협상을 할 수 있는 권리라는 매우 가치 있는 혜택을 부여하였다. 현금 보조

47) 551 U. S. 177, 181-182 (2007).
48) 555 U. S. 353 (2009).
49) *Id.*, at 358; *id.*, at 355 참조.

금이 지급된 사건에서처럼 이 법들도 이러한 형식으로 노동조합비를 내는 것이 중요한 정부 이익에 도움이 된다고 여겨서이고, 그 이상의 활동에 대해서는 비슷한 혜택을 주지 않았다. 따라서 두 사건은 이미 논의된 보조금 사건과 비슷하게 이번 사건과 크게 관련이 없다.

연방대법원 사건에서 "관점" 차별이란 용어는 넓은 의미로 사용되며 그러한 의미에서 비하조항은 "관점"에 따른 차별이다. 물론 비하조항은 모든 종류의 집단을 비하하는 것을 금지하고, 양 극단 어느 쪽이든 그 집단의 상당한 수의 구성원을 비하하는 표현이 사용된다면 등록이 거부된다. 이는 관점의 차별이다. 비하를 한다는 것이 관점이기 때문이다.

연방대법원은 그 생각 자체가 청중들에게 모욕적이라는 이유만으로 생각을 자유롭게 표현하는 것(public expression of ideas)을 금지할 수 없다고 지속적으로 판시하여 왔다.[50]

이러한 이유로 인해 비하조항을 내용과 화자에 따른 제한이 허용되는 정부 프로그램 유형으로 분류하여 분석할 수 없다.

(4) 상업표현이기 때문에 좀 더 완화된 기준이 적용되어야 한다는 주장

정부언론 혹은 정부 보조금 선례들을 통해 비하조항의 위헌성이 구제될 수 없기 때문에 상표가 상업적 표현으로 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N. Y.*[51] 사건에서 보여진 좀 더 완화된 기준이 적용될 수 있는지를 결정해야 한다.[52] 상고인인 특허상표국은 상표의 중점적인 목표가 상업적 쓰임이고 연방법은 공정하고도 질서있는 상거래를 고취시키기 위하여 상표를 규제하기 때문에, 모든 상표는 상업적 표현이라고 주장한다. 피상고인측은 많은 수의 상표가 단순히 상품이나 서비스를 구별하는 것이 아니라 좀 더 넓게 상품이나 서비스를 표현하기 때문에 표현적 요소가 있다고 주장하였다. 이 사건에서 쟁점이 되는 상표인 'the Slants' 역시 단순

50) *Street v. New York*, 394 U. S. 576, 592 (1969); *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 414 (1989).
51) 뉴욕주 공공서비스위원회가 에너지보존을 위하여 전기사업자로 하여금 전기사용 홍보를 금지하는 규정을 입법한 사건으로, 연방대법원은 이 규정이 상업적 표현권을 침해하였다는 이유로 위헌 판결.
52) 447 U. S. 557 (1980).

히 밴드를 나타내는 것이 아니라 사회문제에 대한 관점을 표현하고 있는 것이다.

그러나 우리는 이 사건이 *Central Hudson* 사건의 완화된 심사기준도 만족시키지 못하기 때문에 상표가 상업적 표현인지 여부를 판단할 필요가 없다고 본다. *Central Hudson* 사건에서 연방대법원은 표현의 제한은 "상당한 정부이익" 실현을 위해 필요하고, 재단되어야 한다고 판결하였다.[53] 비하조항은 이 요건을 맞추지 못한다.

정부는 비하조항이 1) 소수집단이 상업광고에서 모욕적인 메시지로 그려지는 것을 막고, 2) 상업의 질서있는 흐름을 보호한다는 정부이익이 있다고 주장하였다. 첫 번째 공익과 관련해서 그 요지는 불쾌한 표현을 금지할 정부이익이 있다는 것이다. 그러나 수정헌법 제1조는 이를 금지하고 있다. 인종, 성별, 종교, 나이, 장애 등을 이유로 비하하는 표현은 혐오스럽지만 미국이 수정헌법 제1조로서 보호하는 것은 우리가 혐오하는 생각도 표현할 자유로 보호해주는 것이다.[54]

두 번째 정부이익과 관련해서는 하급법원에서 인종, 성별, 민족, 종교 등을 비하하는 상표는 상업에 방해된다고 판시하였다.[55] 그러한 상표는 상업에 악영향을 끼치는 차별적 행위로 유추된다는 것이다.[56]

이 주장에 대해 간략히 답을 하자면 비하조항은 부당한 차별을 조장하는 상표를 제외시킬 수 있을 만큼 엄밀하게 고안되지 않았다는 것이다. 비하조항은 모든 사람, 단체 혹은 기관을 비하하는 상표에 일률적으로 적용되기 때문이다. 또한 이 조항은 생존해 있는 혹은 사망한 사람 및 기관을 모두 보호하는데, "노예제도는 사악한 제도이다."와 같은 상표가 상업에 지장을 주리라고 생각하기는 어렵다.

상업적 표현에 있어서는 모욕을 줄 수 있는 어떤 표현도 사용해서는 안된다는 주장에는 더 큰 문제점이 있다. 이미 시장에는 유명한 인물이나 단체를

---

53) *Id.*, at 564-565.
54) *United States v. Schwimmer*, 279 U. S. 644, 655 (1929) (Holmes, J., dissenting).
55) 808 F.3d, at 1380-1381 (opinion of Reyna, J.).
56) *Ibid,* 참고.

비하하는 표현들이 많고, 또한 상업적 표현과 비상업적 표현은 이번 사건에서처럼 확실히 나누어지지 않는 경우가 많다. 상업적 표현라고 이름 붙인다고 해서 정치적 혹은 사회적 물의를 일으킬 수 있는 모든 표현을 억압할 수 있다면 표현의 자유는 위협을 받을 것이다.

(5) 결론

비하조항은 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 위반한다. 항소법원의 판결을 확정한다.

대법관 Kennedy의 일부 별개의견(4인 의견)[57]

특허상표국은 'the Slants' 상표에게 연방상표등록이 가져다주는 혜택을 거부하였다. 생존해 있거나 사망한 사람, 기관, 신념 혹은 국가상징을 모욕하거나 비하할 수 있는 상표의 등록을 금지하는 15 U. S. C. §1052(a)의 비하 조항을 따른 것이다.

법정의견이 옳게 판결내린 것처럼 §1052(a)는 관점차별을 구성하고 따라서 엄격한 헌법적 심사의 대상이 된다. §1052(a)는 이 심사를 통과할 수 없다.

법정의견의 판결은 옳으며 나는 법정의견의 I, II, III-A 부분을 함께한다. 관점차별을 허용하지 않는 수정헌법 제1조가 이 사건 상표에 적용되는 이유를 이 별개의견에서 자세히 설명하고자 이 의견을 따로 작성한다.

I.

사기, 명예훼손, 선동과 같은 몇 개의 예외적인 표현들은 정부가 규제할 수 있고 이는 미국의 헌법적 전통에서도 잘 확립되어 있다.[58] 이러한 예외적인 경우를 제외하고는 정부가 특정 이념이나 혹은 표현이 전달하고자 하는 관점에 반대한다고 해서 그 표현을 처벌하거나 억압할 수 없다는 것이 수정

57) 대법관 Kennedy, Ginsburg, Sotomayor, Kagan의 의견
58) *United States v. Stevens*, 559 U. S. 460, 468 (2010) 참고.

헌법 제1조의 근본적인 원칙이다.[59]

수정헌법 제1조는 특정 내용을 겨냥하고 있는 법으로부터 표현을 보호하는데 이러한 법은 내용을 근거로 한 차별로서 표현의 자유를 억압하는 한 형태이다.[60] 관점에 기반하여 차별을 한다고 판단된 법은 내용 차별의 심각한 형태이며, 위헌으로 추정된다.[61]

기본적으로 관점차별심사란 표현하는 관점을 문제 삼아 관련된 주제 내의 일련의 메시지를 정부가 제외시키는 것이다. 이 사건에서 정부가 강행하고자 하는 비하조항은 관련된 대상을 "생존해 있거나 사망한 사람들, 기관, 신념 혹은 국가상징"이라고 밝히고 있다. 이 카테고리 안에서 신청자는 긍정적이거나 무해한 상표를 등록할 수 있지만 비하적인 상표는 등록할 수 없다. 따라서 이 법은 정부가 모욕적이라고 판단하여 허용하지 않는 메시지를 보여준다. 이것이 바로 관점차별의 본질이다.

정부는 이 법은 비하하거나 모욕을 주는 모든 상표에 동일하게 적용되기 때문에 관점중립이라고 주장한다. 하지만 이 주장은 논점을 벗어난다. 애초에 내용에 따라 분류되고 그 후에 한 종류의 코멘트만을 허용함으로써 규제 혹은 검열되는 대상은 관점중립이 아니다. 모든 이들로 하여금 자신의 반대자들을 비판하는 것을 막는다는 것은 이 법이 더 관점에 기반하였다는 뜻이지 그 반대를 뜻한다고는 볼 수 없다. 정부의 논리는 만약 어떠한 법이 공무원은 찬사만 받을 수 있고 규탄 받을 수 없도록 규정한다 하여도 그 법은 관점중립이라는 뜻과 같다. 수정헌법 제1조의 관점중립원칙은 어느 한쪽을 대변할 권리 이상을 보호한다. 수정헌법 제1조는 화자가 자신이 선택하는 방법과 방향으로 자신의 주장을 펼칠 수 있는 권리를 보호한다. 비하조항은 긍정적인 내용만을 허용함으로써 여러 생각들을 침묵시키고 왜곡할 수 있다.

그 다음으로 정부는 신청자의 개인적 관점이나 상표를 사용하는 이유와 관계없이 비하조항은 상표 그 자체에 적용되기 때문에 관점중립적이라고 주

59) *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U. S. 819, 828-829 (1995) 참고.
60) *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U. S. ___, ___ (2015) (slip op., at 12).
61) *Rosenberger*, 515 U. S., at 829-830.

장하였다. 상표등록은 신청자가 아닌 외부의 예상되는 반응에 기초하여 거부된다. 따라서 정부가 특정 관점에 대해 적대감을 가지고 거부하는 것은 아니라는 주장을 펼쳤다. 실제로 피상고인은 이 상표를 사용하여 새로운 관점을 불어넣고 자신의 음악적 재능과 풍자적인 유머감각을 이용하여 원래 이 상표가 가지는 인종적 묘사를 대신하려고 하였고, 특허상표국 역시 피상고인의 목적이 모욕적인 것이 아니라, 적어도 일부 아시아계 미국인들에게 이 상표가 끼칠 부정적 효과 때문에 상표등록을 거부한 것이다.

연방대법원은 정부가 화자의 신념을 억압하려는 의도가 있을 때 관점차별이 일어난다고 시사하였지만 모든 관점차별이 그와 같은 형태로 일어나야 하는 것은 아니다. 관점차별의 위험은 정부가 특정 생각이나 관점을 토론의 장으로부터 제거하려는 시도를 한다는 점에 있다. 그 생각이나 관점이 특정 사람들에게는 적어도 처음에는 모욕적으로 느껴질 수도 있을 경우, 그 위험은 더욱 커진다. 첫 번째 반응이 있은 후에는 좀 더 이성적이고 아량있는 태도로 나아갈 수 있다.

청중의 반응에 기반을 두고 표현을 제재한다는 것은 단지 정부의 적대감과 개입의 다른 모습일 뿐이다. 이 사건에서 관련 있는 청중이 그 표현을 모욕적으로 받아들일지 여부를 결정하는 것은 결국 또 정부이다. 이러한 이유로 연방대법원은 억압하고자 하는 표현이 모욕적이라는 이유를 들어 정부가 수정헌법 제1조를 위반하는 것을 금지해온 것이다.

상고인인 특허상표국은 피상고인의 상표가 부정적인 내용이라고 추정하였다. 하지만 피상고인은 정부의 이러한 추정을 반박하며 상표를 등록하면서 이 단어가 원래 지닌 부정적인 뜻을 없애고 아시아계 미국인이 문화적으로 다양한 미국에 공헌한 바를 축하하는 목적을 지니고 있다고 주장하였다. 사람들은 이 의견에 동의할 수도 있고 동의하지 않을 수도 있지만, 피상고인의 의도와 이에 대한 정부의 반대의 해석은 심판대상조항에 헌법적인 결함이 있다는 점을 확인시켜준다.

II.

다음으로는 상표가 상업적 표현인지, 그리고 상표 등록은 연방보조금으로 보아야 하는지 주장이 엇갈린다.

메시지가 전달하는 내용에 반대하기 때문에 정부가 표현을 규제할 경우, 수정헌법 제1조로 인해 더 엄격한 심사가 요구된다는 원칙에 있어서 상업적 표현이 예외가 될 수 없다.[62] 내용에 기반한 차별과 다르게 모욕적이라는 이유로 규율의 대상이 되는 표현을 포함하여 관점에 기반한 차별은 상업적 맥락에 있어서도 심각한 문제이다.[63]

상표가 일정 부분 상업적 표현이라 하더라도 이것은 상업적 표현이 왜 일률적으로 수정헌법 제1조의 보호에서 제외되어서는 안되는지를 보여준다. 홈즈 대법관은 *Abrams v. United States* 사건에서 '생각의 자유로운 교환'과 '시장 경쟁에서 생각이 받아들여질 때의 힘'을 언급하였다.[64] 연예 그룹, 방송사, 신문, 의류, 자동차 이름에서 볼 수 있듯이 상표는 매일 접하는 일상의 한 부분을 차지하고 있다. 비영리 의료연구 단체나 다른 인도주의 단체, 정치 단체들도 펀딩과 재원마련을 위해 다른 이들을 설득하기 위한 목적으로 상표를 소유하고 있다. 이러한 맥락에서 상표에 대한 관점차별을 허용하는 것은 정부의 검열을 허용하는 것과 같다.

이 사건은 랭엄법의 다른 조항들이 수정헌법 제1조 하에서 어떻게 분석되어야 하는지에 관한 것이 아니다. 상표가 소비자들을 혼란스럽게 하거나 호도한다면 랭엄법으로 소비자와 상표권자를 보호할 수 있다. 소비자를 보호하기 위하여 정부는 비상업적 표현보다 상업적 표현에 있어서 더 큰 규제를 가할 수 있지만 이번 사건은 그러한 경우가 아니다. 따라서 심판대상조항에 담긴 관점차별을 금지하는 원칙이 적용된다.

연방대법원의 선례는 단 하나의 제한된 경우에만 관점차별을 인정하고 있다. 정부 스스로 표현할 때나 다른 이를 고용하여 그가 정부를 대신하여 표

62) *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U. S. 552, 566 (2011).
63) *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U. S. 60, 65, 71-72 (1983) 참고.
64) 250 U. S. 616, 630 (1919) (반대의견).

현할 경우가 바로 그것이다.[65] 정부가 입장을 분명히 하고 정책을 펼쳐나가기 위해서는 이러한 예외가 필요하다. 하지만 이러한 예외는 제한적이어야 하는데 이는 정부가 모든 정부 프로그램이 수정헌법 제1조로부터 면제된다고 주장하는 것을 막기 위해서이다. 정부 스스로 표현하고 있다고 주장할 때에는 이를 입증할 몇 가지 요소가 있는데, 이번 사건에서는 그 중 어떤 요소도 드러나 있지 않다.

상표등록의 가장 큰 목적은 식별(source identification)이다. 이 목적 달성을 위하여 정부는 수백만 개의 상표의 제품군을 구별하면서 상표등록의 혜택을 제공하였다. 등록된 상표는 너무나도 다양한 단어, 상징, 메시지를 사용하여 제품을 구별시킨다. 그 상표가 모욕적인지 여부는 이러한 목표에 타당한 관련이 없다.

몇몇 대중이 모욕적이라고 여기는 표현을 법으로 규율한다면 이에 의해 소수와 반대의견도 규제할 수 있게 되어 결국 모두에게 해가 될 것이다. 수정헌법 제1조는 그러한 권한을 정부의 자비심에 맡겨놓지 않았다. 그 권한은 민주사회에서의 자유롭고도 개방된 토론을 튼튼하게 보호하는 것에 있어야 할 것이다.

이러한 이유로 법정의견에 일부 동의하고, 판결에 동의한다.

---

65) See *Legal Services Corporation v. Velazquez*, 531 U. S. 533, 540-542 (2001); *Board of Regents of Univ. of Wis. System v. Southworth*, 529 U. S. 217, 229, 235 (2000); *Rosenberger*, 515 U. S., at 833.