부도덕하거나 물의를 빚는 상표의 등록을 금지하는 연방상표법 규정에 대한 위헌 판결[1)]

1. 사건개요

이 사건은 미국 연방상표법인 랜험법(Lanham Act, 이하 '연방상표법'이라 한다.)[2)] 규정의 위헌성 여부를 다룬 사건이다. 2017년, 연방대법원은 Matal v. Tam, 582 U. S. ___ (2017) 사건에서 상표의 등록이 금지된 경우를 규정한 연방상표법 15 U. S. C. §1052(a)[3)] 중 폄하표현(disparaging) 상표 부분을 위헌으로 결정한 바 있다. 그 사건에서 연방대법원은 해당 법률규정이 관점에 근거한 차별이라는 점에서 수정헌법 제1조[4)]의 위반이라고 판결하였다. 마찬가지로 이번 사건에서도 동조항의 '부도덕하거나 물의를 빚는[5)]'(immoral or scandalous) 상표에 대한 등록금지규정에 대하여 수정헌법 제1조상의 문제가 제기되었다.

피상고인 Erik Brunetti는 예술가이자 사업가로 'FUCT'(퍽트)라는 상표를 사용하는 의류 사업을 하였다. Brunetti의 주장에 따르면 이 상표는 알파벳으로 한 글자씩 'F-U-C-T'라고 발음되지만, 이는 다르게 읽으면 잘 알려진 비속어의 과거분사형과 같다. 이 때문에 Brunetti가 연방특허청에 이 상표를

---

1) Iancu v. Brunetti, 588 U. S. ___ (2019)(No. 18-302)(2019. 6. 24. 결정).

2) 랜험법은 1946년에 제정된 미국 연방상표법으로, 발의한 의원의 이름을 따왔다. 미국 연방법전 15 U.S.C. §1051 이하에 규정되어 있으며 상표의 등록을 장려하고 상표를 보호하기 위해 제정되었다.

3) **15 U.S. Code § 1052. 주등록부(principal register)에 등록 가능한 상표; 동시 등록**
출원인의 상품이 타인의 상품과 식별되는 상표의 주등록부 등록은, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는, 그 특성을 이유로 거부할 수 없다. 상표가,
(a) 부도덕하거나 기만적이거나 물의를 빚는 내용으로 구성되거나 이를 포함한 경우; 또는 생존해 있거나 사망한 사람, 단체, 신념, 또는 국가적 상징을 폄하하거나, 이들과 관계가 있는 것처럼 허위로 암시하거나, 이들에게 경멸, 악평을 줄 수 있는 내용으로 구성되거나 이를 포함한 경우; 포도주 또는 증류주에, 또는 포도주 또는 증류주에 관하여 사용되는 경우에 상품의 원산지와 다른 장소를 나타내는 지리적 표시로서, WTO협정이(타이틀 19의 §3501(9)에 정의된 바와 같이) 미국에서 발효된 날로부터 1년이 되는 날 또는 그 후에 출원인에 의해 포도주 또는 증류주에, 또는 포도주 또는 증류주에 관하여 처음으로 사용된 지리적 표시로 구성되거나 이루어져 있는 경우.

4) **미국 수정헌법 제1조**
연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

5) 'scandalous'는 '수치스러운'으로 번역되기도 하고(예를 들어, 문삼섭, 미국 상표법, 세창출판사, 2019) '추문을 담은', '창피한' 등으로도 번역이 가능하다.

등록하고자 하였지만 거부되었다. 연방특허청의 변호사와 상표심판원(Trademark Trial and Appeal Board, 상표심리 및 항소위원회)은 FUCT가 너무 저속하고 따라서 등록될 수 없다고 결정하였다. Brunetti는 부도덕하거나 물의를 빚는 상표의 금지에 대하여 연방항소법원에 문면상 위헌이라고 주장하였다(facial challenge).[6] 연방항소법원은 동규정이 수정헌법 제1조의 위반이라고 판결하였다. 하급법원이 연방법률규정을 위헌으로 판결하는 경우 으레 그렇듯이 이 사건에 대해서도 연방대법원은 상고를 허가하였다. 그리고 부도덕하거나 물의를 빚는 상표의 등록을 금지하는 연방상표법 규정이 수정헌법 제1조의 위반이라는 원심을 확정하였는데 그 내용은 아래와 같다.

2. 판결요지

대법관 Kagan의 법정의견(6인 의견)[7]

(1) 서론

연방상표법에 따르면 연방특허청이 상표에 관한 연방등록 시스템을 관리한다. 상표의 등록은 의무적인 것이 아니다. 등록되지 않은 상표권자는 상거래에서 여전히 상표를 사용할 수 있고 상표 침해자에 대해서도 강제력이 있다.[8] 그러나 상표의 등록은 상표권자에게 유익한 혜택을 준다. 예를 들어 상

6) 일반적으로 미국에서는 법률을 위헌으로 선언하더라도 이는 기본적으로 당해 사건에서 적용되지 않는 것에 그친다(unconstitutional asapplied to a particular set of circumstances). 다만, 예외적으로 법률조항이 표현의 자유를 지나치게 광범위하게 제한한다고 주장하거나(overbreadth doctrine 적용 시), 기타 어느 법률조항이 언제 적용되건 모두 위헌이라는 문면상 위헌(unconstitutional on its face)을 주장하는 사안(facial challenge)에서는 위헌판결의 효과가 '일반적'으로 인정될 수 있다. 즉, 문면상 위헌이 선고되면 해당 법률에 관해서는 당해 사건을 넘어선 모든 사안에 대하여 위헌결정의 효력이 미친다(이명웅, "미국과 한국의 위헌심사제 비교 - 헌법적 근거, 심사기준, 결정의 효력을 중심으로", 인권과 정의 통권 357호, 2006, 44쪽). 위헌법률심판에 있어 미국의 경우 적용위헌 심사가 기본이라면, 우리나라는 미국의 용어를 빌자면 문면상 위헌 여부를 심사하는 것이 원칙이라는 점에서 차이가 있다(방승주, "헌법재판소의 2012.5.31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토", 헌법실무연구 13권, 2012, 623, 625, 630쪽 참고).

7) 대법관 Kagan, Thomas, Ginsburg, Alito, Gorsuch, Kavanagh의 의견.

8) 우리나라의 경우 등록주의를 취하여, 출원된 상표가 특허청의 상표등록부에 설정등록되어야 상표권이 발생(상표법 제82조 제1항)하는 것과 달리 미국은 사용주의를 취하고 있다.

표의 등록은 그 상표의 유효성에 대한 일응의 증거(prima facie evidence)가 되고{§1115(a)}, 상표 등록자의 소유권 주장의 의제통지(constructive notice)[9]로 인정된다{§1072}. 일반적으로 상표가 상거래에 이용되고 있다면 그 상표는 등록이 가능하다{§1051(a)}. 그러나 연방상표법은 연방특허청이 특정한 상표에 대해서는 그 등록을 거부하도록 규정하고 있다{§1052}. 예를 들어 다른 상표와 혼동이나 오인을 일으킬 만큼 유사하거나{§1052(d)}, 국가의 국기나 휘장을 포함한 상표{§1052(e)}는 등록할 수 없다.

이 사건은 연방상표법의 또 다른 부등록사유(등록거부사유), 즉 부도덕하거나 물의를 빚는 상표에 대한 등록금지규정에 대한 사건이다. 연방특허청은 '부도덕하거나 물의를 빚는'이라는 두 개의 형용사를 개별적으로 보기 보다는 단일의 규정으로 적용하였다. 상표가 이 유형에 속하는지를 결정하기 위해 연방특허청은 상당히 많은 수의 일반대중들이 판단하기에 그 상표가 진실·품위·예의에 충격을 주는지, 양심과 도덕감을 해치는지, 비난의 목소리를 높이게 하는지, 치욕적인지, 불쾌한지, 평판이 나쁜지, 저속한지 여부를 따졌다.

상표심판원은 이 사건의 상표가 성적인 용어로 여겨지거나 극단적인 여성혐오, 윤리적 허무주의, 폭력과 연관되어 사용된다고 판단되는지 여부에 상관없이 극도로 불쾌한 것이라고 결론지었다. Brunetti는 이에 반대하였고 현재 이 상고심에까지 이르렀다.

(2) 심사

연방대법원이 상표등록의 제한에 대하여 수정헌법 제1조 위반여부를 처음으로 심리한 것은 2017년 Tam 사건이었다. 그 사건에서 연방대법원은 폄하표현 상표를 금지한 연방상표법 규정이 위헌이라고 판단하였다. 당시 8인의 대법관으로 구성되었던 연방대법원은[10] 결정의 심사틀(특히 연방상표법이 국

9) 실제 통지가 없더라도 법률상 수령하였다고 추정되는 통지.
10) Tam 사건의 변론일은 Gorsuch 대법관이 임명되기 전이었기 때문에 변론에 참여하지 못했던 Gorsuch 대법

가가 부여하는 혜택에 대한 조건을 만든 것인지 아니면 단순히 표현에 대한 제한인지)에 대해서는 4:4 동수로 의견이 나뉘었지만 두 가지 점에 있어서는 전원 의견이 일치하였다. 첫째, 만일 상표등록의 제한이 관점에 근거한 것이라면 위헌이다. 둘째, 폄하표현 상표의 금지는 관점에 근거한 것이다. 따라서 대법관들은 표현의 자유의 핵심적인 원리에 있어 의견을 같이하였다. 즉, 정부는 표현이 전달하는 사상이나 의견을 근거로 그 표현을 차별해서는 안 된다.[11]

만일 부도덕하거나 물의를 빚는 상표의 등록을 금지하는 규정 역시 관점에 근거한 차별이라면, 이 역시 수정헌법 제1조와 상충된다. 정부는 이 점을 반박하지는 않았다. 대신 정부는 부도덕하거나 물의를 빚는 상표의 등록금지가 관점중립적(viewpoint-neutral)이고, 국가가 부여하는 혜택에 대한 합리적인 조건이 될 뿐이라는 논리를 펼쳤다. 따라서 여기서 핵심적인 문제는 연방상표법상 '부도덕하거나 물의를 빚는' 기준이 관점중립적인지 아니면 관점에 근거한 것인지 여부이다.

결론은 그것이 관점에 근거한 차별이라는 것이다. '부도덕한', '물의를 빚는'의 의미는 모호한 것이 아니다. 사전적 의미에 따르면 '부도덕한'의 의미는 "정직, 순수, 또는 선한 도덕에 상반되는", "사악한", 또는 "악랄한"을 뜻한다.[12] 또는 "도덕성에 반대되거나 도덕성을 위반하는", 또는 "도덕적으로 악한"을 의미한다.[13] 따라서 연방상표법은 사회의 정직성과 도덕감을 지키는 상표의 등록을 허용하고, 그러한 정신을 모욕하는 상표의 등록을 금지한다. 그렇다면 '물의를 빚는'의 사전적 의미는 어떠할까. "양심과 도덕감을 해치는", "질책을 불러일으키는", 또는 "비난의 목소리를 높이게 하는"을 뜻한다.[14] 또는 "진실, 품위, 예의에 충격을 주는", "치욕적인", "불쾌한", "평판이 나쁜"을 의미한다.[15] 따라서 연방상표법은 상표가 사회의 품위와 예의에 부

관은 이 사건의 판결에 참여하지 않았다. ※ 변론일: 2017년 1월 18일, Gorsuch 대법관 취임일: 2017년 4월 10일, 선고일: 2017년 6월 19일.

11) Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U. S. 819, 829-830 (1995) 참고.

12) Webster's New International Dictionary 1246 (2d ed. 1949).

13) Shorter Oxford English Dictionary 961 (3d ed. 1947).

14) Webster's New International Dictionary, at 2229.

합하는 메시지를 가지면 그 등록을 허용하지만 이에 저항하는 메시지를 가지면 허용하지 않는다. 연방상표법 규정은 두 가지 대립되는 사상을 구분한다. 사회의 전통적인 도덕 기준에 부합하는 것과 그렇지 않은 것, 사회에서 허용되는 것과 공격, 비난을 유발하는 것을 구분하여 전자들을 선호하고 후자들을 꺼린다.

법률에 있어 관점의 편향은 관점차별적(viewpoint-discriminatory) 적용을 야기한다. 위에서 보았듯, 연방특허청은 '부도덕하거나 물의를 빚는'이라는 기준을 설명함에 있어 사전적 정의에서 사용된 것과 동일한 언어를 많이 사용하고 있다. 이를 바탕으로 연방특허청은 특히 마약사용, 종교, 테러리즘에 관한 부도덕하거나 물의를 빚는 관점을 전하는 상표의 등록을 거절해왔다. 연방특허청은 마약사용의 허용을 주장하는 내용의 상표 등록은 거절하였지만[16] 마약에 저항하고 마약을 거절하라는 내용의 상표는 등록시켰다.[17] 마찬가지로 예수와 마약사용을 연결 짓는 내용의 상표[18]는 사람들에게 예배와 연관되어 불법행위를 하도록 권하고, 예수 그리스도와 불법적인 마약사용을 연결시키는 표현에 기독교인들이 격분할 것이라는 이유로 등록을 거부하였다. 또한 종교적 지칭을 상품과 연관시키는 상표[19]의 등록도 거부하였는데 기독교 신앙을 가진 대부분의 사람들에게 불쾌감을 주고 예의감에 충격을 주기 때문이라고 하였다. 그러나 종교적 신앙을 시사하는 상표들[20]은 등록을 허용하였다. 그리고 연방특허청은 민간인 폭격 등의 테러 행위는 품위에 충격을 주고 비난의 목소리를 높이게 하는 것임을 이유로 알카에다에 대한 지지를 반영하는 상표들[21]에 대해서 등록을 거부하였다. 물론 이러한 결정들은 납득할만하다. 등록이 거절되었던 상표들은 많은 미국인들에게 불쾌할 수 있는 의견을 표현한 것들이었다. 그러나 Tam 사건에서 연방대법원이 분명히

15) Funk & Wagnalls New Standard Dictionary 2186 (1944).
16) 진통제 상표로 'YOU CAN'T SPELL HEALTHCARE WITHOUT THC', 음료수 상표로 'MARIJUANA COLA', 'KO KANE'은 등록을 거부하였다.
17) 'D.A.R.E. TO RESIST DRUGS AND VIOLENCE'와 'SAY NO TO DRUGS—REALITY IS THE BEST TRIP IN LIFE'와 같은 상표는 등록하였다.
18) 'BONG HITS 4 JESUS'. Bong Hit은 물담뱃대를 이용한 마리화나 흡입을 뜻한다.
19) 금고 상표로 'AGNUS DEI', 와인 상표로 'MADONNA'.
20) 게임 상표로 'PRAISE THE LORD', 의류 상표로 'JESUS DIED FOR YOU'.
21) 티셔츠에 적힌 'BABY AL QAEDA', 'AL-QAEDA'.

하였듯이, 불쾌한 사상을 꺼리는 것은 관점에 근거하여 차별하는 것으로 수정헌법 제1조의 위반이 된다.

정부는 '부도덕하거나 물의를 빚는'이라는 기준이 관점중립적이라고 주장하기 위해 위에서 언급된 결정들을 연방특허청 심사관들의 실수로 봐줄 것을 요구하였다. 게다가 정부는 우리에게 연방상표법의 표현이 표면상 특정한 사상을 꺼린다는 사실을 무시하여야 한다고 주장했다. 정부는 '충격적' 또는 '불쾌한'과 같은 단어들이 모욕적이거나 대부분의 사회에서 거부되는 사상을 제한하는 것으로 해석될 수 있음에 동의하였다. 그러나 법규정은 관점차별을 제거하는 방식으로, 보다 한정적으로 해석될 수 있고, 그럼으로써 법률규정을 합헌적으로 해석할 수 있다고 주장하였다. 정부의 주장은 추상적으로 말하자면, 법규정상의 부등록사유를 '상표가 표현하는 관점에 관계없이 그 표현방식 때문에 상당 부분의 대중들에게 불쾌하거나 충격적인 상표'로 좁힌다는 것이다. 더 구체적으로 말하자면, 정부는 이러한 재해석을 통해 연방특허청이 거부하는 상표를 '저속한' - 즉, '외설스러운', '성적으로 노골적인, 또는 불경스러운' - 상표로 제한할 수 있게 될 것이라고 하였다. 정부의 주장에 따르면 이렇게 변경된 부등록사유는 관점에 좌우되지 않고, 따라서 합헌으로 유지될 수 있다.

그러나 정부의 주장은 받아들일 수 없다. 왜냐하면 법률규정은 명백하게 다른 이야기를 하고 있기 때문이다. 물론 연방대법원은 여러 가지로 해석이 가능한 모호한 법률규정의 표현을 해석함에 있어 위헌을 피하는 방식으로 해석해야 한다.[22] 그러나 그러한 해석의 원칙은 모호성이 존재할 경우에만 적용되는 것이다. 우리는 합헌적 해석을 하기 위해 법률을 바꿔 쓸 수는 없다.[23] 따라서 정부의 주장이 수정헌법 제1조상의 문제를 제거한다고 해도, 우리는 법률규정의 표현에서 그러한 해석을 찾을 수 있을 때에만 그 해석을 채택할 수 있다. 그러나 '부도덕하거나 물의를 빚는'이라는 부등록사유는 정부가 제안한 해석과는 동떨어진 것이다. 해당 규정은 적힌 그대로 보자면 외

22) FCC v. Fox Television Stations, Inc., 556 U. S. 502, 516 (2009).
23) United States v. Stevens, 559 U. S. 460, 481 (2010).

설스럽거나, 성적으로 노골적이거나, 불경스러운 상표에 선을 긋고 있지 않다. 또한 해당 규정은 관점에 관계없이 그 표현방식이 특히 불쾌한 상표만을 지칭하지도 않는다. 해당 규정은 - 그 규정이 외설적이든 아니든, 물의를 빚거나 부도덕함이 방식에서 기인한 것이든 관점에서 기인한 것이든 상관없이 - 부도덕하거나 물의를 빚는 내용의 모든 영역을 포함한다. 정부의 주장대로 하는 것은 의회가 제정한 법률규정을 해석하는 것이 아니라 새로운 입법을 하는 것이다.[24]

'부도덕하거나 물의를 빚는'이라는 부등록사유가 적절하게 해석된다면, 그 규정은 무효가 되어야 한다. 정부는 합헌적 적용(정부의 관점에 따르면, 외설스럽거나 성적으로 노골적이거나 불경스러운 상표들에 대한 적용)을 이유로 이 규정이 유지될 수 있다고 생각하였다. 즉, 정부는 수정헌법 제1조상의 광범위성의 원칙(overbreadth doctrine)[25]을 원용하며, 해당 규정의 위헌적인 적용은 그 규정의 명백히 적법한 범위에 비하면 본질적이지 않기 때문에 문면상 위헌 청구로부터 그 규정을 지켜줄 것을 요청하였다. 그러나 연방대법원은 관점차별적인 법률에 있어 그러한 분석을 적용한 적이 없다. 예를 들어 Tam 사건에서 연방대법원은 폄하표현 상표의 등록금지규정을 위헌으로 결정하면서 그 규정이 합헌적인 적용가능성이 있는지를 고려하지 않았다. 연방대법원이 관점편향인 것으로 인정하면 그것으로 끝이다. 일단 연방대법원이 해당 법률에 대해 관점을 억압하는 목적을 갖는다고 판단하면, 일부의 경우에는 관점중립적일 수 있다는 등의 사실은 상관이 없게 된다. 어찌되었든 '부도덕하거나 물의를 빚는'이라는 부등록사유는 과도하게 광범위하다. 세상에는 부도덕하거나 물의를 빚는 사상들이 매우 많고(욕설보다도 많다), 연방

24) 이러한 이유로 법정의견은 반대의견이 '부도덕한' 부분은 위헌이지만 '물의를 빚는' 부분은 정부의 주장대로 해석될 수 있다고 한 것에 대해 동의하지 않았다. 법정의견은 '부도덕한'의 의미는 모호하지 않고 단지 폭넓을 뿐이라고 하였다.

25) 영미법계 판례에서 명확성 원칙은 '모호성에 의한 무효의 원칙'(the void-for-vagueness doctrine)과 광범위성 원칙(the overbreadth doctrine)으로 구체화하여 표현의 자유에 대한 제한 법률을 해석하고 그 위헌성을 심사하는 판단기준으로 더 강하게 기능해 왔다. 미국에서는 특히 표현의 자유를 제한하는 법률상의 제한요건이나 내용이 과도하게 광범위하거나 애매모호한 경우에 해당법률에 대하여 무효를 선언함을 법리화한 것인데, 이러한 판례 속에서의 원칙의 자리매김과 관련하여 수정헌법 제1조 이외의 다른 기본권영역에까지의 양 원칙의 적용 확대가 논의되고 있다. (조소영, "광범위성 원칙(the Overbreadth Doctrine)의 헌법적 의미와 기능에 대한 일고찰", 공법연구 제35집 제4호, 2007, 517-518쪽.)

상표법은 이 모두를 포함하기 때문에 수정헌법 제1조의 위반이 된다.

따라서 우리는 원심인 연방항소법원의 판결을 확정한다.

대법관 Alito의 보충의견(1인 의견)

법정의견이 설명한 이유로 이 사건 연방상표법 규정은 수정헌법 제1조의 표현의 자유 조항을 위반하였다. 해당 규정은 관점에 근거하여 차별하고 있으며 법률규정을 바꿔 쓰지 않는 한 바로잡을 수 없기 때문이다. 관점차별은 자유로운 사회에 있어 독이 된다. 그러나 현재 표현의 자유를 보장하는 헌법이나 법적 전통이 있는 많은 국가들에서 심각한 관점차별이 용인되고 있으며 미국에서도 그러한 차별이 점점 더 널리 퍼지고 있다. 표현의 자유가 공격을 받고 있는 이때에 연방대법원이 수정헌법 제1조는 관점차별을 용인하지 않는다는 원칙을 굳건히 하는 것은 특히 중요하다. 우리는 오늘 그 원칙을 재확인하였다.

법정의견은 도덕적 상대주의에 근거한 것이 아니라, 어떠한 표현이 공무원이 생각하기에 부도덕하거나 물의를 빚는다고 해서 그 표현을 금지하는 법률은 불법적인 목적으로 악용되기 쉽다는 인식에 근거한 것이다. 우리의 결정이 의회가 보다 세심하게 초점이 맞춰진 법률규정을 채택하는 것을 막는 것은 아니다. 이 사건에서 문제가 된 특정한 상표는 그러한 법규정 하에서 등록이 거절될 수도 있다. 그러한 상표가 시사하는 용어는 사실, 오늘날 보통 그러하듯이, 사상을 표현한다기 보다는 일반적으로 감정만을 나타낼 뿐이다. 그러한 상표의 등록은 우리 대중문화를 조잡하게 만드는데 일조할 뿐이다. 그러나 우리는 입법자가 아니며 시행중인 규정을 (해석을 통해) 새로운 규정으로 바꿀 수 없다.

대법원장 Roberts의 일부동조·일부반대의견(1인 의견)

연방상표법은 상표가 부도덕하거나 기만적이거나 물의를 빚는 내용으로 구성되거나 이를 포함한 경우, 연방특허청이 그 등록을 거부하도록 규정하고 있다. 비록 이 규정이 '부도덕한'과 '물의를 빚는'을 개별적으로 열거하였지만 연방특허청은 오랫동안 이러한 용어들을 함께 해석하여 '부도덕하거나 물의를 빚는' 상표에 대한 단일한 부등록사유로 이해해왔다.

정부는 그렇게 해석된 규정이 너무 넓어서 표현방식 때문에 불쾌한 상표뿐만 아니라 전달하는 사상 때문에 불쾌한 상표까지도 아우른다는 점을 인정하였다. 그러나 정부는 그러한 규정을 한정적으로 해석하여 표현방식 때문에 불쾌한 상표에만 적용되는 것으로 이해될 수도 있다고 주장하였다.

그러나 법정의견은 그러한 정부의 주장은 사실상 법률을 고쳐 쓰는 것이 된다는 이유로 그 주장을 받아들이지 않았다. 나는 법규정 중 '부도덕한' 부분에 대해서는 관점 편향을 제거하는 한정적 해석이 허용될 수 없다는 법정의견에 동의한다. 그러나 Sotomayor 대법관의 의견과 마찬가지로 '물의를 빚는' 부분에 대해서는 그러한 한정적 해석이 허용될 수 있다고 생각한다. 독립적으로 분리하여 보건대, '물의를 빚는'이라는 용어는 그 범위가 '전달하는 사상 때문에 불쾌한 상표'에까지 미치는 것으로 해석될 필요가 없고, 표현방식 때문에 불쾌한 상표 - 외설적이거나(obscene) 저속하거나(vulgar) 불경스러운(profane) 상표 - 만을 금지하는 것으로 좁게 해석될 수 있다. 그것은 현재 연방특허청이 Tam 사건에 비추어 용어를 해석하는 방식이기도 하다.

또한 나는 외설적이거나 저속하거나 불경스러운 상표의 등록을 거절하는 것이 수정헌법 제1조의 위반이 된다고 생각하지 않는다. 그러한 상표를 등록하지 못한다 하더라도 상표권자가 상거래에서 상표를 사용하는 데 있어서는 아무런 지장이 없다. 표현이 제한되지도 않았고 처벌받는 사람도 없다. 상표권자는 단지 상표등록과 관련된 추가적인 혜택을 받지 못할 뿐이다. 그러나 정부는 내용이 외설적이거나 저속하거나 불경스러운 상표등록과 연관되지 않을 이해관계가 있다. 수정헌법 제1조는 표현의 자유를 보호하지만, 외설적이거나 저속하거나 불경스러운 표현방식을 사용하는 사람들을 돕도록 요구

하는 것은 아니다. 위와 같은 이유로 나는 법정의견에 일부 찬성하고 일부 반대한다.

대법관 Breyer의 일부동조·일부반대의견(1인 의견)

연방대법원의 선례는 우리가 법률을 해석함에 있어 법률이 위헌이 되는 해석을 하지 않도록 경고하고 있다. 법률이 한정적 해석을 통해 합헌이 될 수 있다면 그러한 해석을 채택하여 법률을 유지해야 한다.[26] 이러한 선례에 따라 나는 Sotomayor 대법관의 의견, 즉 '물의를 빚는'은 매우 '저속한' 또는 '외설적인' 표현방식을 지칭하는 것으로만 해석해야 한다는 의견에 동의한다. 여기서 문제는 정부가 수정헌법 제1조하에서 연방상표법을 근거로, 유아동복을 포함한 의류상품에 사용하는 'FUCT'라는 상표를 거부하여 상표등록의 혜택을 주지 않도록 결정할 수 있는가이다. 비록 이유는 약간 다르지만 Sotomayor 대법관과 마찬가지로 나의 답 역시 "그렇다."이다.

(1) 결과결정적 유형 분류의 한계와 대안

1) 유형에 기반한 접근법에 대한 비판

나는 수정헌법 제1조에 대한 유형에 기반한(category-based) 접근법으로는 이 사건의 문제를 적절히 해결할 수 없다고 생각한다. 나는 법률규정이 '관점차별'(viewpoint discrimination)의 유형에 속하는지, '내용차별'(content discrimination)의 유형에 속하는지, '상업적 언론'(commercial speech)의 유형에 속하는지, '정부언론'(government speech)의 유형에 속하는지에 대해서는 덜 강조하고자 한다. 내가 지금껏 밝혀왔듯이, 나는 연방대법원의 언론 관련 유형들이 결과를 결정짓는(outcome-determinative) 법칙이 아니라 경험법칙

26) Virginia v. American Booksellers Assn., Inc., 484 U. S. 383, 397 (1988); United States v. 12 200-ft. Reels of Super 8MM. Film, 413 U. S. 123, 130, n. 7 (1973); United States v. Thirty-seven Photographs, 402 U. S. 363, 369 (1971) 참고.

에 가깝다고 생각한다.

그리고 이러한 법칙들은 절대적인 것이 아니다. 수정헌법 제1조는 세법 규정이 아니다. 실제로 표면상 관점차별에 속하거나, 엄격심사의 적용을 받는다고 생각되는 규정들도 가끔은 충돌되는 이익 간의 형량 후 합헌인 것으로 결정되기도 한다. 그러나 연방대법원은 특히 내용차별의 유형에 있어 때때로 위와 같은 언론 관련 유형들을 지나치게 경직되게 적용해왔다. 많은 사건에서 연방대법원은 내가 생각하기에는 수정헌법 제1조가 보호하는 언론의 이익에는 위협이 거의 또는 아예 되지 않는 보통의 정당한 규정들을 위헌으로 폐지하였다.

연방대법원은 수정헌법 제1조상의 문제에 대한 답을 오로지 유형들에만 기대어 추론해내기보다는 수정헌법 제1조가 보호하고자 하는 가치를 보다 직접적으로 고려해야 한다. 나는, 이전에 밝힌 바와 같이, 문제가 된 규정이 비례적이지 않아 정당화될 수 없는 해를 끼치는지 여부를 검토하고자 한다.[27]

2) 기존의 유형 분류에 맞지 않은 상표 규정

이 사건은 경직된 수정헌법 제1조의 유형들에 의존하는 것이 한계점을 갖는다는 것을 보여준다. 이 사건은 연방대법원이 확립한 수정헌법 제1조의 유형들 중 어느 것에도 쉽게 들어맞지 않기 때문이다. 연방대법원은 상표 규정이 단지 순수한 '상업적 언론'에 대한 규제방식인지 여부에 대해 결론을 내리지는 못하였다.[28] 상표는 상업적인 부분 외에 표현적인 부분도 있으며, 상표 규정이 누군가의 표현을 막는 일은 없다. 상표 규정은 분명히 상표의 상업적 기능을 규율하지만, 상품 출처를 식별하는 표시를 보장하는 것을 주된 목표로 하여 제한된 방식으로 규율한다.[29]

그렇다고 상표 규정이 '정부언론'을 규율하는 것으로 보기도 용이하지 않

---

27) United States v. Alvarez, 567 U. S. 709, 730 (2012) (opinion concurring in judgment); Reed, 576 U. S., at ___ (opinion concurring in judgment) (slip op., at 4).

28) Matal v. Tam, 582 U. S. ___, ___ (2017)(opinion of ALITO, J.) (slip op., at 24); id., at ___ (opinion of Kennedy, J.) (slip op., at 5).

29) Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc., 529 U. S. 205, 212 (2000).

다. 그러나 정부 역시 상표와 막연하게 연결될 수는 있다. 정부가 상표를 등록하고 상표권자에게 특정한 혜택을 주기 때문이다.

그렇다면 '공적광장'(public forum, 공론의 장)[30]의 개념은 어떠할까? 상표 등록은 전통적인 공적광장과는 공통점이 거의 없다. 상표의 등록은 공적 토론을 위한 공원이나 길, 광장이 아니기 때문이다.[31] 그러나 연방대법원이 '제한된 공적광장'(limited public forum)이라고 일컫는 것 - 사적 언론을 위해 정부가 만든 광장 - 과 상표등록 사이에는 어렴풋한 유사점이 발견될 수 있다.[32] 또한 상표등록제도는 사적 언론을 위한 정부의 보조금 관련 사건들 - 다른 형태의 언론을 금지하지 않으면서 일부 형태의 언론에게는 혜택을 주는 프로그램 등 - 과 일부 유사성을 띠기도 한다.[33]

관점차별과 내용차별의 개념에 있어서 나는 이들 사이의 경계선을 파악하는 것이 어려울 수 있다는 Sotomayor 대법관의 의견에 동의한다.[34] 그러나 매우 저속하거나 외설적인 단어만의 등록을 금지하는 규정이 어떻게 '관점'에 근거하여 차별하는 것이 되는지 이해하기 어렵다. 물론 그러한 단어들은 종종 강력한 감정을 불러일으킨다. 그러나 그 자체로는 일반적으로 그러한 단어들이 특정한 관점을 전달하는 것은 아니다.[35] 매우 저속하고 외설적인 단어의 등록에 대한 제한은 틀림없이 상표등록에 대한 '내용에 근거한 제한'이 될 테지만, 이것이 결과를 결정짓는 것이 되어야 한다는 것은 이해하기

30) 거리, 공원 및 보도 같은 전통적 공적광장은 오랜 전통이나 정부의 명령에 의해 집회와 토론에 제공되어 온 장소이다. 전통적 공적광장(traditional public forum)에서는, 내용규제는 엄격심사기준, 내용중립적 규제는 중간심사기준을 적용받는다. 지정된 공적광장(designated public forum)은 정부가 전통적으로 공적광장으로 간주되지 않은 정부재산을 표현활동을 위한 장소로서 공공의 사용에 개방한 공적재산으로 구성된다. 지정된 공적광장에서의 표현규제는 전통적 공적광장에서 적용되는 기준과 동일한 기준의 적용을 받는다. 제한된 공적광장(limited public forum)은 정부가 오직 특정한 화자나 주제에만 개방하는 장소이다. 예컨대 국립대학교가 학생 동아리활동에 강의동을 사용하도록 개방한 경우 그 강의동이 해당되는데, 물리적 광장만이 아니라 학생활동기금같은 추상적 광장도 해당된다. 제한된 공적광장에서는 정부는 합리적이고 관점중립적인 규제만 할 수 있다. 비공적광장(nonpublic Forum)은 정부가 모든 표현활동을 봉쇄할 수 있는 정부재산이다. 예컨대 교도소, 공항터미널, 군사기지, 학교내부 우편시스템 등을 들 수 있다. 비공적광장에서는 정부는 규제가 합리적이고 관점중립적인 한 표현을 제한하거나 금지할 수 있다. (박승호, 표현의 자유와 공적광장이론 - 미연방대법원 판례를 중심으로 -, 법학논고 제41집, 2013, 287쪽.)

31) Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn., 460 U. S. 37, 45 (1983).

32) Christian Legal Soc. Chapter of Univ. of Cal., Hastings College of Law v. Martinez, 561 U. S. 661, 679, n. 11 (2010).

33) Legal Services Corporation v. Velazquez, 531 U. S. 533, 543-544 (2001).

34) Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U. S. 819, 831 (1995).

35) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U. S. 726, 746, n. 22 (1978).

힘들다. 상표등록에 대한 정부의 규율은 불가피하게 내용차별과 관련되기 때문이다.[36]

상표 규정은 기존의 결과결정적 유형 중 어디에도 명백히 들어맞지 않는다. 그렇다면 왜 우리가 그러한 유형에 경직되게 얽매여야 하는가? 우리는 유형 분류를 두고 머리를 쥐어짜내기보다, 수정헌법 제1조가 보호하는 이익에 집중하고, 보다 기본적인 비례성의 문제에 대해 질문해야 한다.

(2) 비례성 심사

비례성 심사에 근거하여, 나는 Sotomayor 대법관이 해석한 바와 같이 이 사건의 법률규정이 수정헌법 제1조를 위반하지 않는다고 판단한다.

매우 저속하거나 외설적인 상표의 등록을 금지하는 것이 수정헌법 제1조상의 이익에 끼치는 해악은 그리 크지 않을 것이다. 해당 규정은 사업체가 매우 저속하거나 외설적인 단어를 자신의 상품에 사용하는 것을 규제하지 않는다. 사업체 소유자는 등록에 따른 혜택을 포기한다면 저속한 단어를 상표로 사용할 수 있다.

게다가 이 사건에서 쟁점이 된 영역은 상표법 영역으로, '소비자들이 구입하고자 하거나 피하기 원하는 상품과 서비스를 식별할 수 있도록 돕는' 전문화된 임무를 맡은 매우 규율적인 영역이다. 이러한 임무는 그 본질상 정부에게 표현에 대하여 제한을 가하도록 요구한다. 따라서 상표출원자는 원하는 대로 모두 표현할 수 있는 완전한 자유를 기대해서는 안 되고, 대신 언어적 규율을 기대해야 한다.

반대로 매우 저속하거나 외설적인 상표를 막는 정부의 이익에 대해 생각해 보자. 정부가 상표를 등록하면 필연적으로 그 상표를 장려하는데 관련되게 된다. 정부는 적어도 매우 저속하거나 외설적인 상표의 장려에 관련되지 않을 수 있는 합리적인 이익을 갖는다.

---

36) Reed, 576 U. S., at ___ (opinion of BREYER, J.) (slip op., at 3); see Tam, 582 U. S., at ___ (opinion of Kennedy, J.) (slip op., at 6).

또한 어떤 매우 저속하거나 외설적인 단어는 다른 단어들과는 달리 생리적이고 감정적인 영향을 미친다는 과학적 근거가 있다.[37] 이러한 저속한 단어들은 대부분의 다른 단어들과는 다른 뇌 부분에서 유래되었다고 한다.[38] 이러한 유형의 욕설들은 보다 많은 관심을 끄는 경향이 있고 다른 단어들보다 잊히지 않는다.[39] 이러한 단어들은 시간의 흐름에 따라 변하는데, 지난 수세기간 그러한 단어들은 종교적 모독의 단어들에서 성적으로 노골적이거나 육체기능을 노골적으로 묘사한 단어들로 진화해왔다. 그리고 그러한 욕설들은 다시 인종과 관련된 욕설을 포함한 방향으로 진화하고 있는 듯하다.

이렇게 주의를 끄는 단어들이 자신의 상품에 대한 흥미를 끌고자 하는 일부 사업체에게는 가치 있을 수 있지만, 소비자들을 혼란시키고 상거래를 방해하는 위협이 된다. 이러한 단어들은 많은 사람들에게 혐오감을 주고 때로는 구두 논쟁이나 심지어 물리적 대치까지 유발할 수 있다. 따라서 정부는 그러한 단어에 대하여 상표등록의 혜택 부여를 거부함으로써 상거래에서 그러한 단어의 사용을 자제시키는 이익을 갖는다.

마지막으로, 비록 일부 소비자들은 매우 저속하거나 외설적인 단어로 된 상표가 붙은 상품에 끌릴지도 모르지만, 다른 사람들은 그러한 단어들이 상품이 팔리고 어린이들에게 노출될 수 있는 공공장소에 전시되지 말아야 한다고 생각할 수 있다. 그리고 그런 사람들은 그러한 단어를 상표로 등록함으로써 어린이들이 그러한 단어들에 노출될 가능성을 더 높인다고 생각할 수 있다. 정부는 그러한 단어들의 등록을 금지함으로써 어린이들의 감성을 지키는 이익을 갖는다.[40]

결과적으로, Sotomayor 대법관이 설명한 한정적 해석이 수정헌법 제1조상의 이익에 일부 해를 끼칠 위험은 있지만 이는 그리 크지 않다. 그리고 한정적 해석을 적용하는 것이 정당한 정부의 이익에 기여하는 합리적이고 - 아

37) M. Mohr, Holy S***: A Brief History of Swearing 252 (2013).
38) *Id.*, at 250.
39) Jay, Caldwell-Harris, & King, Recalling Taboo and Nontaboo Words, 121 Am. J. Psych. 83, 83-86(2008).
40) Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U. S. 727, 743 (1996) (plurality opinion).

마도 유일한 - 방법으로 보인다. 물론 법률규정이 Sotomayor 대법관이 제시한 것보다 폭넓게 적용될 위험도 있지만 그러한 위험은 공무원들에게 너무 넓은 적용을 제한시키는 내부심사를 통해 완화될 수 있을 것이다. 아무튼 나는 이러한 위험만으로 이 규정이 문면상 위헌이 되지는 않는다고 생각한다.

나는, 관련 규정의 목적을 고려하건대 '물의를 빚는' 상표의 등록을 금지하는 것이 수정헌법 제1조상의 이익에 비례적이지 않은 해악을 끼치는 것은 아니라고 판단한다. 따라서 이 사건 규정의 '물의를 빚는' 부분은 유지되어야 한다고 생각한다. 그러나 '부도덕한' 상표의 등록금지가 수정헌법 제1조의 위반이라는 점에서는 법정의견에 동의한다. Sotomayor 대법관이 거의 유사한 논증을 사용하여 같은 결론이 이르렀기 때문에, 여기에서 밝힌 견해에 부합하는 한에 있어서 Sotomayor 대법관의 의견에 함께하는 바이다.

대법관 Sotomayor의 일부동조·일부반대의견(2인 의견)[41]

물의를 빚는 상표에 대한 연방상표법의 금지규정을 위헌결정하면서 법정의견은 정말로 저속하거나 불경하거나 외설적인 단어나 이미지를 포함한 상표의 등록을 정부가 거부할 수 있는 법적 근거를 없애버렸다. 그 결과, 그러한 저속한 상표 등록 요청들이 즉각 쇄도할 것이고 정부는 이를 거부할 권한이 없게 되었다. 법정의견과 같이 법문을 해석하는 대신, '물의를 빚는'을 외설, 저속함, 불경함에만 초점을 맞추는 것으로 해석하는 것도 가능하다. 이러한 한정적 해석은 정당하게 제정된 법률의 법문을 언론에 대한 합리적이고 관점중립적인 제한 - 이러한 제한은 상표등록제도와 같이 수혜적인 정부 주도의 시책에 있어서 허용되는 것이다. - 이 되도록 함으로써 법률규정을 살릴 수 있게 할 것이다. 나는 '물의를 빚는'이라는 용어에 대하여 이러한 한정적 해석을 적용하고자 하며, 따라서 문면상 위헌 주장을 받아들이지 않는다.

41) 대법관 Sotomayor, Breyer의 의견.

(1) 한정적 해석의 적용

상표를 사용하고 소유하고 상표 침해에 대해 제소하기 위해 상표의 등록이 요구되는 것은 아니다. 상표등록제도는 정부가 만든 보조적인 제도로서 상표를 등록한 상표권자에게 소수의 비현금성 혜택을 제공할 뿐이다.

정부는 이러한 혜택을 제공할 의무는 없지만, 일단 정부가 혜택을 제공하면, 상표가 표현하고 있는 관점에 근거하여 그 혜택에 대한 접근을 제한해서는 안 된다.

법정의견은 '물의를 빚는'과 '부도덕한'을 하나의 단일한 기준으로 보아 전통적인 도덕 기준에 부합하는 메시지만을 허용하고 이에 적대적인 메시지는 금지하는 것이므로 관점차별이라고 판결하였다. 법정의견의 해석은 합리적인 것이지만, 합리적이기만 한 것은 아니다.

1) '물의를 빚는'에 대한 한정적 해석의 가능성 및 타당성

'부도덕한'과 '물의를 빚는'의 사전적 정의에는 관점차별의 의미를 시사하는 것들이 있다. 그리고 '부도덕한'이라는 단어에 있어서는, 달리 문제를 개선할 수 있는 해석 방법이 없다는 법정의견에 동의한다. 그러나 '물의를 빚는'이라는 단어에 대해서는 법정의견과 견해를 달리한다. 물론 '물의를 빚는' 역시 '부도덕한'과 유사한 의미를 가지고 특정 관점을 선호하는 것일 수도 있다. 그러나 꼭 그렇게 해석되어야만 하는 것은 아니다. 대신 어떤 단어나 이미지가 물의를 빚는다는 것은 단순히 외설적이거나 충격적이거나 일반적으로 불쾌한 것을 의미할 수도 있다. 불쾌함은 관점 때문에 야기된 것일 수도 있지만, 그러한 관점이 표현된 방식에서 야기된 것일 수도 있다.

'물의를 빚는'이라는 단어 그 자체로는 모호성을 갖는다. 폭넓게 해석될 수도 있고(불쾌한 사상과 불쾌한 표현방식을 모두 포함하는 해석), 한정적으로 해석될 수도 있다(불쾌한 표현방식만을 포함하는 해석). 그러나 폭넓은 법문은 한정적 해석이 합리적이라는 것을 확인해 준다. '물의를 빚는'은 법문의

다른 단어들과 나란히 있고, 이는 그 범위를 제한하는 것으로 해석될 수 있고, 그렇게 해석되어야하기 때문이다.

법률규정의 언어는, 명백하든 아니든, 문맥에 의해 결정되기 때문에 법률규정은 전체로서 해석되어야 한다.[42] 법원은 법률규정을 해석함에 있어, 가능한 범위 내에서, 어떠한 절, 문장, 단어도 과잉·불필요하거나, 무익하거나, 하찮은 것으로 해석되지 않도록 해야 한다.[43]

이 사건에서 의회는 '물의를 빚는'이라는 단어만을 사용한 것이 아니라 법문의 같은 구역 안에서 '부도덕한'과 '폄하하다'라는 단어도 사용하였다. 이는 각각 상표등록이 금지되는 특성으로서 사용된 것이다. Tam 사건에서 '폄하하다'는 이미 위헌으로 판결되었고, 이 사건에서 법정의견이 설시하였듯이 '부도덕한'도 위헌으로 판단된다.

폄하하기 때문에 불쾌한 상표와 부도덕하기 때문에 불쾌한 상표와 더불어 의회는 '물의를 빚는'이 어떤 역할을 하도록 의도한 것일까? 의회가 세 번째 구별되는 유형의 불쾌함을 겨냥했다고 보는 것이 논리적이다. 바로 (사상이 아닌) 표현방식에 있어서의 불쾌함이다. 나머지 두 단어가 표현되는 사상 때문에 불쾌한 상표를 다룬다면, '물의를 빚는'은 특정한 메시지나 사상과는 별개로 그 표현방식 때문에 불쾌한 상표를 다루는 것이라고 할 수 있다.

물론 인접한 단어들이 같거나 매우 유사한 개념을 표현하는 것으로 보는 것이 타당한 상황도 있을 것이고, 이것이 다수의견이 취한 접근법이다. 그러나 이러한 접근법은 이 사건에서 의회가 의도한 것으로 보이지 않는다. '부도덕한'과 '물의를 빚는'은 각각 개별적 의미를 갖는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

'물의를 빚는'과 '부도덕한'은 각각 구별되고 비중복적인 의미를 갖는 것으로 다루어져야 한다. 즉, '부도덕한'은 사회 규범을 위반하기 때문에 불쾌한 상표를 다루는 것으로, '물의를 빚는'은 그 표현방식 때문에 불쾌한 상표를 다루는 것으로 해석되어야 한다.

---

42) King v. St. Vincent's Hospital, 502 U. S. 215, 221 (1991).
43) TRW Inc. v. Andrews, 534 U. S. 19, 31 (2001).

상표가 외설성, 저속성, 또는 불경성을 가질 때 불쾌한 방식으로 표현된 것이라고 할 수 있다. 연방대법원은 외설성에 대해서 Miller v. California, 413 U. S. 15 (1973) 판결에서 정의를 내린 바 있다. 저속성과 불경성은 어린이들이 있는 곳에서는 일반적으로 사용되지 않는 음란한 단어나 욕설로 해석할 수 있다. 물론 '물의를 빚는'은 제한적 원칙을 갖는데, 만일 단어가 확실히 공손한 것이 아니라 해도 물의를 빚는 것이라고도 할 수 없는 것이라면 의회가 겨냥한 저속성이나 불경성에 속하지 않는다는 것이다. 그러나 소수의 단어들(피상고인 Brunetti의 상표와 명백히 동음이의어인 단어를 포함해서)은 분명히 물의를 빚는 단어에 속한다고 생각될 수 있다.

2) 한정적 해석의 맥락상 적절성과 선례에의 부합성

위에 논의된 것처럼 한정적 해석을 하는 것은 맥락상 적절하고 선례에도 부합된다.

첫째, 한정적 해석에 더 큰 주의가 필요한 영역은 불명확성의 금지와 엄격해석의 원칙(rule of lenity)[44]이 중요하게 고려되는 형법 규정의 영역이다. 그러나 이 사건은 단지 정부가 매우 극단적인 외설성, 저속성 또는 불경성을 지닌 기존의 상표를 등록하고 부수적인 혜택을 제공해야만 하는가의 문제일 뿐이다. Brunetti는 자신의 자유나 상표 사용권에 대한 위협에 전혀 직면하고 있지 않다.

둘째, 연방대법원은 과거에 위헌성을 피하기 위해 유사한 한정해석을 받아들이고 적용한 바 있다. 예를 들어 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942) 사건에서 연방대법원은 원래는 '불쾌하거나 조롱하거나 괴롭히는' 단어들에 대한 법규정을 '들으면 치안방해 행위를 일으킬 수 있는' 단어들에 대한 것으로 한정하여 해석하였다. 또한 Frisby v. Schultz, 487 U. S. 474 (1988) 사건에서는 모든 개인의 거주지 앞이나 주변에서의 피켓팅을 금지하는 규정을 특정 거주지 앞에서의 피켓팅만 금지하는 것으로 해석하였다.

44) Rule of strict construction으로도 불리며, 형법 규정의 해석에 있어 불분명하고 모호한 법률은 피고인에게 가장 유리한 방식으로 적용되어야 한다는 원칙이다.

‘물의를 빚는’의 해석을 불쾌한 표현방식을 사용하는 상표만 겨냥하는 것으로 해석하는 것은 위와 같은 선례들과 유사하다. 물론 한정해석을 적용하는 것이 입법부가 제정한 언어를 사법부가 고쳐 쓸 수 있게 허가하는 것은 아니다.[45] 그러나 연방대법원이 법률을 합헌으로 해석할 수 있다면 그렇게 해야 한다.[46]

(2) 정부 주도의 시책에 허용되는 관점중립적 내용차별

‘물의를 빚는’을 한정적으로 해석함으로써 해당 규정이 위헌이 되는 것을 막을 수 있다. 한정적으로 해석된다면 ‘물의를 빚는’은 관점중립적인 내용차별이 되고, 이는 ‘자유재량적 정부 프로그램’ 또는 ‘제한된 광장’(limited forum)으로 특징지어지는 상표등록제도에서 허용되는 것이다.

1) ‘물의를 빚는’에 대한 한정해석의 관점중립성

논의된 주제나 표현된 메시지 또는 사상 때문에 정부가 언론을 제한한다면 그것은 내용차별이다.[47] 관점차별은 정부가 주제가 아닌 화자가 취한 특정한 관점을 겨냥한 내용차별을 의미한다.[48] 둘 사이의 구분을 파악하기란 쉽지 않지만, 어떤 규정이 관점의 특정 부분에 부수적인 영향을 주었다는 이유만으로 관점차별이 되지는 않는다는 점은 분명하다. 표현방식에 대한 제한은 본질적으로 관점차별이 아니다. 정부가 특정한 관점을 겨냥하고 있지 않기 때문이다.

마찬가지로 외설, 저속, 불경을 특징으로 하는 상표에 대한 제한은 당연히 내용에 기반한 것이지만, 관점중립적이고 이를 뒷받침하는 선례들이 있다.[49]

---

45) United States v. Albertini, 472 U. S. 675, 680 (1985).
46) Stern v. Marshall, 564 U. S. 462, 477-478 (2011); NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S. 1, 30 (1937).
47) Reed v. Town of Gilbert, 576 U. S. ___, ___ (2015) (slip op., at 6); Ward v. Rock Against Racism, 491 U. S. 781, 791 (1989)
48) Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U. S. 819, 829 (1995).
49) R. A. V., 505 U. S., at 383R. A. V. v. St. Paul, 505 U. S. 377, 383 (1992); Bethel School Dist. No. 403 v. Fraser, 478 U. S. 675, 685 (1986); Pacifica, 438 U. S., at 745-746.

저속, 불경, 또는 외설에 대한 제한을 관점차별로 보는 것은 수십 년간의 선례를 뒤집는 것이 될 것이다.

Brunetti는 이 사건 규정이 관점차별이라고 주장하기 위하여 Cohen v. California, 403 U. S. 15 (1971) 사건을 원용하였다. Cohen 사건에서 피고인은 "F[***] the Draft"라고 적힌 자켓을 입어 캘리포니아주 형법에 따라 치안방해로 체포 및 구금되었는데 연방대법원이 이를 수정헌법 제1조의 위반으로 판결하였다. 그러나 Cohen 사건은 형법적 맥락에서 발생한 사건이다. 연방대법원은 Cohen의 자켓 때문에 해당 주형법 규정을 적용하는 것이 수정헌법 제1조의 위반이라고 한 것이지, 주가 Cohen의 관점 자체를 억압하려고 했다고 하지는 않았다.

Cohen 사건은, 종종 감정적 힘과 인지적인 힘 두 가지 모두를 이유로 단어가 선택되고, 누군가에게는 저속한 것이 다른 누군가에게는 서정시와 같을 수 있다고 한 것으로도 유명하다. 그러나 비속어에 대한 명백하고 전면적인 제한은 관점중립적이다. Cohen 사건은 비속어도 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 내용이라고 인정하였지만, 모든 비속어를 똑같이 대하는 규정은 정부가 어느 특정한 관점을 겨냥한 것이라고 볼 수 없다. 그러한 제한이 모든 방면의 논쟁의 크기를 감소시킬 수는 있지만 그러한 부수적인 효과만으로 관점차별적인 제한이 되지는 않는다.

그러므로 Cohen 사건을 근거로 Brunetti에게 유리하도록 판결해야 하는 것은 아니다. 비록 내용차별이 있었더라도 그것은 관점중립적인 것이다. 형사소추의 맥락에서는 내용차별이 (관점중립적이어도) 허용되지 않지만, Brunetti의 경우는 형사책임이 아니라 연방 상표등록제도의 적용을 받는 상황이다.

2) 정부 주도의 시책 - 제한된 공적광장 또는 정부 보조금

연방대법원이 종종 관점차별적인 내용차별에 엄격심사를 적용하기는 하지만[50] 그렇지 않은 경우도 있다.[51] 이 경우 관점에 근거한 내용차별과 관점중

립적 내용차별 사이의 차이가 결정적이 될 수 있다. 연방 상표등록제도가 그러한 경우이다.

상표의 등록은 정부가 부수적인 혜택을 주는 것일 뿐, 정부가 등록제도를 전혀 제공하지 않아도 언론이나 상거래가 위험해지는 것은 아니다. 연방대법원은 이와 같은 정부 주도의 시책에 대하여 일반적으로 두 가지 중 하나를 적용해왔다. 일부 사건에서는 이러한 정부 주도의 시책을 제한된 공적광장(또는 비공적광장)으로 보았고,[52] 일부 사건에서는 정부 프로그램이나 보조금으로 보았다.[53] 각 상황에서 정부는 다른 표현 유형을 제한하지 않으면서도 일부 표현 유형은 지지하는 정부 주도의 시책을 수립하였다. 일부는 혜택을 받았고, 누구도 상황이 더 나빠지지는 않았다.

두 가지 중 어느 틀을 택하든 합리적이고 관점중립적인 내용차별은 일반적으로 허용된다.[54] 연방 상표등록제도는 어느 쪽을 택하든 잘 들어맞는다. Brunetti는 상표등록 여부에 상관없이 자신의 상표를 사용하고 소유하고 강제할 수 있다. 상표등록제도로 일부는 혜택을 받지만 해를 입는 사람은 없다. 따라서 Brunetti의 상표가 등록될 수 있는지 여부는 합리적이고 관점중립적인 내용 규제에 달려있다.

3) 정부의 이익

외설적이거나 불경하거나 저속한 상표의 등록을 금지하는 것은 합리적이고, 관점중립적이고, 내용에 기반한 규제이다. 정부는 특정 종류의 표현을 장려하지 않을 이익을 갖는다. 상표의 등록은 특정한 상표의 장려에 대한 정부의 관여를 수반한다. 상표등록은 정부로 하여금 상표를 공표하고 국제 침해분쟁에 대한 조치를 취하게 한다. 정부는 외설적이거나 저속하거나 불경스러

---

50) Reed, 576 U. S., at ___ (slip op., at 6).
51) Rosenberger, 515 U. S., at 829-830.
52) Christian Legal Soc. Chapter of Univ. of Cal., Hastings College of Law v. Martinez, 561 U. S. 661, 669- 670, 682 (2010); Rosenberger, 515 U. S., at 823-824, 829-830; Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund, Inc., 473 U. S. 788, 790-791, 799-801, 806 (1985).
53) Legal Services Corporation v. Velazquez, 531 U. S. 533, 536, 543- 544 (2001); National Endowment for Arts v. Finley, 524 U. S. 569, 573, 585-587 (1998).
54) Christian Legal Society, 561 U. S., at 682; Velazquez, 531 U. S., at 544.

운 상표를 부수적으로 지지하지 않을 합리적인 이익을 갖는다.

(3) 법정의견이 가져올 문제점 및 결론

법률 해석의 기본적인 원칙은 법률규정을 살리는 것, 파괴하지 않는 것이다.[55] 연방특허청이 '물의를 빚는' 내용을 특징으로 하는 상표에 대해 등록을 거부하도록 지시함에 있어 의회는 다른 의미가 허용될 수 있는 단어를 사용하였다. 다수의견의 해석은 법률규정을 위헌으로 만드는 것이고, 나의 해석은 이를 살리는 것이다. 이러한 상황에서 연방대법원은 상상할 수 있는 가장 적나라하게 불쾌한 단어와 이미지들조차 상표등록을 위해 몰려드는 것을 허용하기보다 한정적인 해석을 채택해야 할 것이다.

'물의를 빚는'을 외설, 불경, 저속에만 한정시킴으로써 해당 규정은 과도하게 폭넓은 것이 되지 않을 수 있다. 그렇더라도 어려운 사건이 남아있을 수 있는데 이 경우 문면상 위헌이 아닌 적용위헌(as-applied challenge)으로 해결될 수 있을 것이다.

표현의 자유는 우리 사회의 토대이고 수정헌법 제1조는 이 사건에서 문제가 된 것과 같은 단어를 사용할 Brunetti의 권리를 보호한다. 그러나 §1052(a) 규정 내의 '물의를 빚는'을 외설적이거나 저속하거나 불경스러운 상표의 등록만을 금지하는 것으로 합리적인 해석을 할 수 있는 경우, 정부는 Brunetti의 상표에 대해 그 등록의 혜택을 부여할 필요가 없다. 나는 §1052(a)의 '부도덕한'이라는 용어의 위헌성에 대해서는 법정의견에 동의하지만, '물의를 빚는'이라는 용어에 대해서는 법정의견에 정중히 반대하며, 대신 한정해석을 통해 유지하고자 한다.

55) Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S., at 30; Hooper v. California, 155 U. S. 648, 657 (1895).