

# 「保護されない言論」の法理とその根拠について

金 原 宏 明

## 要 約

連邦最高裁は、*United States v. Stevens* 判決において、動物虐待の描写は、第一修正により保護されない範疇的な言論には当たらないと判断した。この判決は、その根拠として、言論の有する害悪の重大性あるいは無価値性という実体的な理由ではなく、伝統の不存在を挙げた。このような根拠は、*Chaplinsky v. New Hampshire* 判決以来の伝統的な「保護されない言論」の法理と適合的といえるか。また、実体的な理由は今後、連邦最高裁において一切使用する余地はないのであろうか。本稿では、このような伝統に基づくアプローチが *Chaplinsky* 判決に既に内在していたこと、そして、伝統的な「保護されない言論」の法理が、実は、その問題となった言論範疇によって、言論の有する害悪の重大性あるいは無価値性という根拠を使い分けていたことを主張する。

## はじめに

言論規制、特に、内容規制に対する厳格な態度はアメリカ憲法の特徴である<sup>1)</sup>。このような規制は、「違憲と推定<sup>2)</sup>」される（内容中立性原則：content neutrality principle）<sup>3)</sup>。ただし、この原則にも例外、いわゆる「保護されない言論」の法理がある。これは、*Chaplinsky v. New Hampshire* 判決<sup>4)</sup>が構築した、けんか言葉（fighting words）等の言論範疇を第一修正の範囲外に置く法理である<sup>5)</sup>。これらの言論範疇では内容規制も例外的に許容される（the two-level アプローチ<sup>6)</sup>）。

1) See RICHARD H. FALLON JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW AND PRACTICE, 42 (2nd ed. 2013).

2) *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 382 (1992).

3) *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

4) 315 U. S. 568 (1942).

5) See FALLON, *supra* note, at 59.

6) KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 944 (19th ed. 2013).

もっとも、連邦最高裁判決の中には、「保護されない言論」に一定の憲法上の保障を及ぼした例が存在する<sup>7)</sup>。例えば、*Near v. Minnesota ex rel. Olson* 判決は、公職員に対する名誉毀損表現に事前抑制の禁止を適用した<sup>8)</sup>。また、ヘイト・スピーチ規制をけんか言葉の規制（必然的に、人種に関する見解差別が含まれる）として正当化することの可否が争われた *R. A. V. v. St. Paul* 判決においても内容差別の禁止が妥当するとされた<sup>9)</sup>。

なぜこのような一見すると矛盾した理解が可能となるのか。本稿では、その分析の前提として、「保護されない言論」の法理の根拠を検討する。

## 1 連邦最高裁における「保護されない言論」の法理

### (1) *Ferber* 判決以前における連邦最高裁

#### ア けんか言葉

初めに *Chaplinsky* 判決を確認する。エホバの証人の信者である被告人は、公道で、警察官に「お前は詐欺師の畜生だ」等の罵詈雑言を浴びせたために有罪とされた。

被告人が言論の自由を主張したのに対し、マーフィー裁判官執筆の法廷意見は、第一修正の保護が及ばない言論範疇の存在を指摘した<sup>10)</sup>。

「その妨害および処罰が何らの憲法上の問題を引き起こすとは一切考えられてこなかった、十分に定義され、そして、狭く限定された言論の種類がある。それらは、みだらで猥褻なもの、冒瀆的なもの、名誉毀損的なもの、そして、侮辱的なもの、あるいは、“けんか言葉”を含む。これらは、ただ発せられたことそれ自体によって、他人を侵害し、あるいは、即座に公共の平穏を乱す傾向を持つ<sup>(4)</sup>。そのような言葉を発することは、思想の表明にとっての実質的な要素を全く持たず、また、真実への到達にとっての社会的価値を

7) Daniel A. Farber, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, 84 IND. L. J. 917 (2009); Wayne Batchis, *On the Categorical Approach to Free Speech- And the Protected Failure to Delimit the True Threats Exception to the First Amendment*, 37 PACE L. REV. 1, 12-13 (2016).

8) 283 U. S. 697, 712-18 (1931).

9) *R. A. V.*, 505 U.S. at 387. なお、*Near* 判決が、公職員に対する名誉毀損表現に事前抑制の禁止を適用したことについては、主張適格の拡張という解釈が可能かもしれない。すなわち、過度の広汎性ゆえに無効の法理が萎縮効果の防止等の理由から第三者の主張適格が認められるのと同様に、事前抑制の禁止についても、「保護されない言論」に対してもその主張適格を拡張した可能性である。これに対して、*R. A. V.* 判決において問題となった内容差別の禁止は、思想が当該「保護されない言論」の範疇に属する他の思想と差別されたこと自体を理由とする点で、主張適格による処理は困難である (see Farber, *supra* note, at 928-29)。

10) 315 U.S. at 571-72.

わずかにしか有さないためにそれらから得られる利益が、秩序及び道徳という社会的価値によって明らかに上回られていると一般的に認められてきた<sup>(5)</sup>。」

<sup>(4)</sup> Chafee, *Free Speech in the United States* (1941), 149

<sup>(5)</sup> Chafee, *op. Cit.*, 150.

法廷意見は、チェフィーのモノグラフィを引用しつつ、けんか言葉（「平均的な者を報復に掻き立てそうな、ののしり言葉<sup>11)</sup>」、猥褻表現、冒瀆的な表現、名誉毀損的表現、侮辱的表現を保護されない言論として挙げた。その後、最高裁は、これらの範疇に「保護されない言論」にあたるものがあることを確認していく。

#### イ 名誉毀損的表現

*Beauharnais v. Illinois* 判決は、「名誉毀損的発言は、憲法の保護する言論の範囲にはなく、連邦最高裁あるいは州裁判所は、当該問題を‘明白かつ現在の危険’というフレーズの下で考慮する必要はない」と述べ、名誉毀損的表現を「保護されない言論」とした<sup>12)</sup>。その後、*New York Times Co. v. Sullivan* 判決において、ブレナン裁判官執筆の法廷意見は、「我々は、このケースを、ある原理に対する深い国家的な忠誠を背景に検討しなければならない。すなわち、公共の事柄に関する討論は、抑制されず、活発に、そして、広く開かれたものでなければならず、また、それは、政府や公職員に対する激しく、辛辣で、そして時には不快なほどに鋭い攻撃を含んでも良い、という原理である」。「誤った言明とは自由な討論において避けられないものであって、もし表現の自由が‘生き残るために必要な息継ぎの場所 (breathing space)’を持つとするならば、それは保護されなければならない<sup>13)</sup>」と述べ、公職員 (public office) に対する名誉毀損の成立を、表現者に「現実の悪意 (actual malice)」が認められる場合、すなわち、「それが虚偽であると知ってか、あるいは、虚偽であるかそうでないのかについて無謀にも考慮せずになされた」と証明された場合に限定した (いわゆる現実の悪意の法理)<sup>14)</sup>。

ブレナン裁判官自身は、現実の悪意の法理の導出に利益衡量を用いたかを明言していない。しかし、その三年後の判決である *Curtis Pub. Co. v. Butts* 判決<sup>15)</sup> において、ウォーレン長官執

11) *Id.* at 574.

12) 343 U. S. 250, 266 (1952).

13) *Sullivan*, 376 U. S. at 271-72.

14) *Id.* at 279-80.

15) 388 U. S. 130 (1967).

筆の結論同意意見のパート1は、現実の悪意の法理が利益衡量に基づくとし<sup>16)</sup>、ブレンナン裁判官もこのパートに参加した。法廷意見は、現実の悪意の法理を「公的人物 (public figure)」、すなわち、その地位や活動から「十分に持続的な公的関心を集め、そして、‘討論を通じて’名誉毀損的表現の‘誤りおよび誤謬を明らかにする’ことを可能とする反駁の手段に対するアクセスを十分に持つ者<sup>17)</sup>」へ適用することを否定した。これに対して、ウォーレン長官の結論同意意見は、「‘公的人物’を‘公職者’から区別するもの、および、それぞれに対する異なる証明の基準の適用を示す根拠は、法、論理あるいは第一修正のポリシーの中には存在しない。・・・(Sullivan 判決の基準は、：引用者) 名誉毀損に関する法によって伝統的に保護されてきた正当な諸利益を適切な程度において衡量する、適用可能な基準である<sup>18)</sup>」として、その適用を肯定した。

学説においても、ニマーは、Sullivan 判決の判断手法を、個別的利益衡量 (ad hoc balancing) とは区別される「定義付け衡量 (definitional balancing)」と分析する<sup>19)</sup>。個別的利益衡量において「衡量されるものは、当該ケースにおける特定の状況の下において裁判所に提示された諸利益である<sup>20)</sup>」。対して、定義付け衡量において、「連邦最高裁判所は、利益衡量をどちらの当事者が個別の事案において勝訴すべきかを決定する目的で採用しない。ただ、どの形態の言論が第一修正の意味における“言論”とみなされるかどうかを定義するためのみに用いる<sup>21)</sup>」。「ここで定義づけられるのは、何らかの立法ではなく、第一修正である<sup>22)</sup>」のであって、「定義付け衡量からは、将来の事案において追加的な利益衡量の必要無しに採用可能なルールが導き出される<sup>23)</sup>」。

## ウ 猥褻表現

Roth v. United States 判決において、最高裁は、「第一修正採択の際、猥褻に関する法は、名誉毀損法のように完全に発展していなかった。しかし、猥褻に関しても、それが言論および出版の保護の範囲外にあったことを示すに十分な当時の証拠がある。・・・言論および出版の保護は、人々の望む政治的および社会的な変化をもたらすための、思想の自由な交換を保障するこ

16) Melville B. Nimmer, *The Right to Speak Them to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL L. REV. 935, 943 n. 31 (1968).

17) 388 U. S. at 155.

18) *Id.* at 163-164. (Warren, J., concurring in the result).

19) Nimmer, *supra* note 16, at 942.

20) *Id.* at 944.

21) *Id.* at 942.

22) *Id.* at 945.

23) *Id.* at 944-45.

とを意図していた。・・・全ての思想は、わずかにでも社会的な重要性を持つのであれば、・・・完全な保護を受ける。しかし、第一修正に関する歴史は、猥褻が除外されることを、それが社会的価値を完全に欠いていることに基づくことを示唆する」と述べ、猥褻表現を「保護されない言論」とした<sup>24)</sup>。この時点では、猥褻表現該当性に関する明確な基準は提示されていなかったが、後に、*Miller v. California* 判決<sup>25)</sup> は、猥褻表現を、「(a) ‘平均人が現在の共同体の基準を適用した場合に’、当該作品が、それを全体として見たときに、好色的な興味に訴えかけているとわかること、(b) 適用可能な州法によって明確に定義された性的行為を、当該作品が、明らかに不快な方法によって、描写し、あるいは、表現していること、(c) 当該作品が、それを全体として見たときに、真摯な文学的、芸術的、政治的、あるいは、科学的価値を欠いていること<sup>26)</sup>」を満たすものと定義した（ミラー基準）。

## エ 児童ポルノ

*New York v. Ferber* 判決<sup>27)</sup> は、*Chaplinsky* 判決のリストにはない児童ポルノを「保護されない言論」とした。

この判決では16歳未満の青少年が実演する性的行為の描写を含む製品の頒布を禁止するニューヨーク州法の第一修正適合性が問題となった。州法の禁止対象がミラー基準のいう猥褻表現に当たらないものも含むため、当該基準によって合憲判断を下すことは困難であった。

ホワイト裁判官執筆の法廷意見は、以下の理由から、児童ポルノを「保護されない言論」とした。第一に、「未成年者の肉体的・精神的福祉の保護<sup>28)</sup>」という利益のやむにやまれぬ利益該当性である。第二に、「年少者による性的行為を描写した写真及びフィルムの頒布は、本来的に子供の性的搾取に関連すること<sup>29)</sup>」である。第三に、「児童ポルノの広告及び販売は、国家的に違法とされている行為に対する経済的な動機を与えると同時に、そのような製品の製造にとって不可欠な要素をなす。“言論及び出版に対する憲法上の自由が、その与える免除を、有効な刑事法に違反する行為の不可欠な要素として用いられる言論あるいは書物にまで及ぼすと示唆されたことはほとんどない”<sup>30)</sup>」ことである。第四に、児童ポルノの価値が「ほんのわずかにではないにしろ、かなり限定的である<sup>31)</sup>」ことである。第五に、児童ポルノ規制は、い

24) 354 U. S. 476, 483-484 (1957).

25) 413 U. S. 15 (1973).

26) *Id.* at 24.

27) 458 U. S. 747 (1982).

28) *Id.* at 756-57.

29) *Id.* at 759.

30) *Id.* at 761-62 (*quoting* *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490, 498 (1949)).

31) *Id.* at 762.

わゆる内容規制にあたるが、先例上も、第一修正の保護の有無が「言論の内容に基づいて」決定されること、そして、「制限されるべき害悪が、問題となっている表現に関する利益を、それが仮に存在していたとしても、あまりに圧倒的に上回るため、何らのケースバイケースな裁定の過程をも必要としない」とされたことは珍しくないこと<sup>32)</sup>から、児童ポルノに第一修正の保護を否定しても先例に反しないとした<sup>33)</sup>。

#### オ その他

*Watts v. United States* 判決<sup>34)</sup>は、「真の脅迫 (true threats)」も、「保護されない言論」に加えた。この判決は、大統領に対する脅迫を違法とする連邦法を「確かに、当該制定法は、・・・文面上合憲である。国家が、その大統領 (Chief Executive) の安全の保護、および、物理的暴力の脅迫による妨害に妨げられることなく彼が任務を果たせるようにすることにつき、正当な、さらには、圧倒的な利益を有することに疑いはない<sup>35)</sup>」として合憲とした。ただし、「純粋な言論 (pure speech)」を違法とする法令は第一修正適合的に解釈される必要があるため、「脅迫にあたるものと、憲法上保護される言論にあたるものとは、区別されなければならない<sup>36)</sup>」。「公共の事柄に関する討論は、抑制されず、活発に、そして、広く開かれたものでなければならず、また、それは、政府や公職員に対する激しく、辛辣で、そして時には不快なほどに鋭い攻撃を含んでも良い」のであって、「政治的誇張」は第一修正の保護から除外できず、政府は、当該言論が「真の脅迫」該当性を証明しなければならないとした<sup>37)</sup>。この立場は、脅迫の意図に基づき十字架を燃やす行為の規制が争われた *Virginia v. Black* 判決<sup>38)</sup> においても踏襲された。

また、商業的言論 (commercial speech) も、1970 年代以前においては、第一修正の範囲外にあった<sup>39)</sup>。しかし、1976 年の *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* 判決<sup>40)</sup> は、完全には保護されないが一定の保護の及ぶ言論と認めた<sup>41)</sup>。

32) *Id.* at 763-64. (quoting *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U. S. 50, 66 (1976)).

33) *Id.*

34) 394 U. S. 705 (1969).

35) *Id.* at 707.

36) *Id.*

37) *Id.* at 708 (quoting *Sullivan*, 376 U.S. at 270).

38) 538 U. S. 343 (2003). この判決では、「真の脅迫」には、「特定の個人あるいは個人の集団に対して、ある違法な暴力を加える意図の真摯な表現を伝達する言明が含まれる」とされた (*id.* at 359)。

39) *See, eg., Valentine v. Chrestensen*, 316 U. S. 52, 54 (1942) (「憲法は、政府に対して、純粋な商業的の広告に関して、[不当な負担を課すこと、あるいは、公道の使用を禁止することをしてはならない] というような制約をなんら課してはいない。」)。

40) 425 U. S. 748, 771 (1976).



## (2) *Stevens* 判決

伝統的な「保護されない言論」の法理は、基本的に、当該範疇に属する言論の害悪ないし正当な規制利益の存在、言論の無価値性、すなわち、実体的な理由に基づくものと理解できた。しかし、2010年の *United States v. Stevens* 判決<sup>42)</sup> は、この伝統的な理解を否定したかのような理解を示した。

この判決では、動物虐待の描写を商業目的で製造、販売、所有することを違法とする連邦法の合憲性が争われた。ここで、動物虐待の描写とは、宗教的、政治的、科学的、教育的、歴史的、あるいは芸術的価値を有するものは除く、生きている動物が意図的に痛めつけられ、あるいは、手足を切断され、拷問され、傷つけられ、殺されている行為を納めた、写真ビデオ等の視覚的、聴覚的描写とされた。

本件連邦法が内容規制にあたるため<sup>43)</sup>、政府は、利益衡量に基づき、動物虐待の描写が「保護されない言論」にあると主張した。「[動物虐待の描写の：引用者]最小限の価値は第一修正の保護に値しない」。したがって、「歴史的な証拠」なしに、「一定の言論の領域が第一修正の保護を享受するかどうかは、当該言論の価値とその社会的コストとのカテゴリカルな衡量」によって、このような言論を「保護されない言論」に含めることができると主張した<sup>44)</sup>。

「カテゴリカルな利益衡量」あるいは「定義付け衡量」に基づく政府側の主張を、ロバーツ長官執筆の法廷意見は、「第一修正の範囲に対する移ろいやすい (free-floating) 基準であり、その意見は驚くべきものであって、かつ、危険である。第一修正の保護は、関連する社会的コストと便益のアドホックな衡量を乗り越えた言論の範疇にのみ及ぶものではない<sup>45)</sup>」として退けた。彼も、政府側の主張が、*R. A. V.* 判決（「真実への到達にとっての社会的価値をわずかにしか有さないためにそれらから得られる利益が、秩序及び道徳という社会的価値によって明らかに上回られている」という *Chaplinsky* 判決の判示を引用する）、*Ferber* 判決（「制限されるべき害悪が、問題となっている表現に関する利益を、それが仮に存在していたとしても、あまりに圧倒的に上回るため、何らのケースバイケースな裁定の過程をも必要としない」）等の

41) そのため商業的言論は「低価値な言論」として保護される、「*Chaplinsky* 判決で設定された the two-level アプローチの唯一の公式の例外」と評される (SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note, at 1133)。このような例外性から、また、*Chaplinsky* 判決のリストに挙げられていないことから、商業的言論は本稿の検討外とする。

42) 559 U. S. 460 (2010).

43) *Id.* at 468.

44) *Id.* at 469-70.

45) *Id.* at 470.

先例を根拠とすることは認める<sup>46)</sup>。しかし、「保護されない言論」と認められるためには、利益衡量のみではなく、「伝統」あるいは「歴史」の参照が要求されることは、*Ferber* 判決から明らかだとした。*Ferber* 判決が児童ポルノを「保護されない言論」とした根拠は、「児童ポルノの市場がその基礎となった虐待と“本来的に関連している”こと、そしてそれゆえに、“そのような製品の製造にとって不可欠な要素”は、“国家的に違法とされている行為である”<sup>47)</sup>」ことにあった。もっとも、このような *Ferber* 判決の分析は、この判決オリジナルなものではない。この分析自体は「“言論及び出版に対する憲法上の自由が、その与える免除を、有効な刑事法に違反する行為の不可欠な要素として用いられる言論あるいは書物にまで及ぼすと示唆されたことはほとんどない”<sup>48)</sup>」との *Giboney* 判決から引き出されたものである。したがって、「*Ferber* 判決は、その分析を、すでに認識されている、長く確立した、保護されない言論の範疇に依拠していた。そして、その後の我々の判断も、この理解を共有する<sup>49)</sup>」というのである。

以上から、最高裁は、「歴史的には保護されないとされてきたが、しかし、先例においてどのように明確に特定され、あるいは、討論されてこなかった言論の範疇が存在するかもしれない。しかし、そうであったとしても、“動物虐待の描写”がそれらの中にあることを示す証拠は存在しない<sup>50)</sup>」として「保護されない言論」を否定した。

### (3) *Stevens* 判決による変化？

*Stevens* 判決では、先例と異なり、その根拠を実体的な理由、少なくとも、利益衡量に置くことに否定的であって、代わりに、伝統的あるいは歴史が重要な要素であることを示した。このような立場は、暴力的ビデオゲームの規制に関する *Brown v. EMA* 判決<sup>51)</sup>、勲章を受けたことがあると嘘をつくことの規制に関する *United States v. Alvarez* 判決<sup>52)</sup> においても踏襲された。

「保護されない言論」に関する従来判例法理は、伝統あるいは歴史にほとんど注意を払ってはならず、むしろ、(政府側が主張したような) 実質的な正当化(「思想の表明にとって実質的な要素を全く持た(ない)」、「社会的価値をわずかにしか有さない」、及び、「得られる利益が、秩序及び道徳という社会的価値によって明らかに上回られている」：機能アプローチ)

46) *Id.*

47) *Id.* at 471 (quoting *Ferber*, 458 U.S. at 759, 761).

48) *Ferber*, 458 U. S. at 761-62 (quoting *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490, 498 (1949)).

49) *Stevens*, 559 U. S. at 471.

50) *Id.* at 472.

51) 564 U. S. 786, 791-92 (2011).

52) 567 U. S. 709, 721-22 (2012).



に依拠したと見る方が自然であった<sup>53)</sup>。

しかし、実は、*Chaplinsky* 判決自体に既に、伝統ないし歴史を根拠としたと読む余地（「その妨害および処罰が何らの憲法上の問題を引き起こすとは一切考えられてこなかった」：伝統アプローチ）があった。例えば、タシュネットは、この判決の根拠には、歴史的なテーマと、機能的なテーマが含まれており、その関係性についても二つの理解が可能であったとする<sup>54)</sup>。一つ目は、機能アプローチと伝統アプローチは独立した根拠であり、かつ、偶然そこに同居することとなったと理解する。この理解からは、この判決に挙げられた言論以外の言論も、どちらかの根拠が妥当すれば、「保護されない言論」に該当する可能性がある。二つ目は、機能的アプローチが伝統アプローチの理由であって、当該言論の無価値性あるいは害悪の重大性ゆえに、歴史的に「保護されない言論」とされてきたと理解する。この理解からは、歴史的な根拠なく「保護されない言論」とされることはない。

また、機能アプローチの内部においても、その根拠を二分できる<sup>55)</sup>。一つ目が、無価値アプローチ、すなわち、「当該言論に存在するとされている害悪にはほとんど焦点を当てず、代わりに、当該言論に存在するとされる価値が存在しないこと（valuelessness）に焦点を当て、表現の害悪はいまいにほのめかすに留める」アプローチである。もう一つが、害悪（規制利益）アプローチ、すなわち、「害悪に主として焦点を当て、言論の範疇の有する害悪がその表現的な価値を、それがたとえ存在していたとしても、はるかに凌駕すると結論づけるアプローチ」である。

「保護されない言論」の法理を理解する上では、伝統アプローチを含めたこれらの三つの根拠につき、その関係性をどのように理解するかが重要となろう。

## 2 「保護されない言論」の法理

### (1) 伝統アプローチ

*Stevens* 判決以後、「保護されない言論」の法理の根拠としては、歴史あるいは伝統が強調される傾向がある。これを、先述したタシュネットの分析において理解すれば、機能アプローチが伝統アプローチの理由であると理解したことを意味する<sup>56)</sup>。

53) Gregory P. Magarian, *The Marrow of Tradition: The Roberts Court and Categorical First Amendment Speech Exclusions*, 56 WM & MARY L. REV. 1339, 1347-48 (2015).

54) Mark Tushnet, *The Coverage/Protection Distinction in the Law of Freedom of Speech- An Essay on Meta-Doctrine in Constitutional Law*, 25 WM. & MARY BILL RTS. J. 1073, 1078 (2017); see also Genevieve Lakier, *The Invention of Low-Value Speech*, 128 HARV. L. REV. 2166, 2174 (2015); Batchis, *supra* note, at 22.

55) Heidi Kitrosser, *Containing Unprotected Speech*, 57 FLA. L. REV. 843, 852 (2005).

56) Tushnet, *supra* note 54, at 1089.

## ア 伝統アプローチのメリット

歴史あるいは伝統の強調にはいくつかのメリットが指摘されている。例えば、マガーリアンは、伝統アプローチ採用の動機として、「カテゴリーカルなアプローチが広く使われる可能性を減少させたかった」こと、「カテゴリーカルな除外を不可とすること、可とするものの双方において、裁判所の柔軟性を高めたかった」ことの二点を指摘しようとする<sup>57)</sup>。

確かに、「保護されない言論」の法理は、第一修正における重要な原則である、内容中立性原則と親和的な法理とは言い難い。内容中立性原則の下、「そのメッセージ、思想、主題、あるいは、内容」に基づく規制は許されない<sup>58)</sup>。しかし、「保護されない言論」の法理は、政府に対して「政府の嫌う思想を、自由市場における公的な循環から取り除く<sup>59)</sup>」ことを可能とする。加えて、「保護されない言論」の法理は、当該言論の無価値性、害悪の重大性の判断、つまり、価値判断を裁判官に強要する<sup>60)</sup>。特に、害悪の重大性を理由とした「保護されない言論」該当性の肯定は、言論の自由を「転びやすい坂 (slippery slope)」に置くことになりかねない<sup>61)</sup>。政府が言論規制を試みる場合、害悪の重大性を強調し、政府利益の重要性を主張するからである。これらを考慮してか、連邦最高裁も、「保護されない言論」の法理を避ける傾向にあった。1973年の *Miller* 判決以降、「保護されない言論」として認められたのは、児童ポルノ (*Ferber* 判決：1982) のみであって、「連邦最高裁は、30年近くにわたり、このようなカテゴリーカルな除外につきほとんど何も解説を述べなかった<sup>62)</sup>」。

これに対して、伝統アプローチにおいては、「何が憲法の保護に値し、そして何が保護に値しない言論であるかの、オリジナルで固定された理解<sup>63)</sup>」が裁判官を拘束する。それゆえ、伝統アプローチは、内容中立性原則と「保護されない言論」の法理との衝突を緩和し、裁判官に価値判断を強要することの問題性を緩和する<sup>64)</sup>。同時に、「歴史および伝統は、上質なワイン同様、忍耐を必要とする」ことから、害悪の評価の変更による、「保護されない言論」のリストの安易な拡張も予防できる<sup>65)</sup>。一方で、もし仮にある言論を規制する必要性が認識された場合、裁判官は、言論規制の歴史的根拠を例証すれば良い。

57) Magarian, *supra* note 53, at 1348.

58) *Mosley*, 408 U. S. at 95.

59) Lakier, *supra* note 54, at 2172.

60) *Id.* at 2173; THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 326 (1970).

61) Batchis, *supra* note, at 21-22.

62) Magarian, *supra* note 53, at 1341.

63) Lakier, *supra* note 54, at 2176

64) *See id.* at 2173-77.

65) Batchis, *supra* note 7, at 24.

## イ 伝統アプローチのデメリット

もっとも、学説の評価としては、歴史あるいは伝統の過度な強調には否定的な見解の方が多いように思われる。

第一に、*Stevens* 判決の先例適合性が疑問視される。マガーリアンによれば、伝統的な判例法理は、伝統アプローチよりもむしろ、機能アプローチを重視した<sup>66)</sup>。*Chaplinsky* 判決は、伝統あるいは歴史について、ほとんど、あるいは、全く言及しておらず、むしろ実体的な正当化に基づいていた。*Sullivan* 判決および *Miller* 判決は、確かに名誉毀損、および、猥褻の処罰を認めてきたコモンローの長い伝統を指摘したものの、これらも、主として、実体的な理由に基づいていた。

仮にこれらの判決が伝統あるいは歴史を参照していたと認めるとしても、そもそも、高価値言論-低価値言論の区別自体が伝統あるいは歴史を有さないという指摘がある。ラキアによれば、18-19 世紀の言論の自由とは、(後に低価値言論とみなされるものを含む) 言論に対する事前抑制の原則禁止と事後規制に対する限定的な保護を意味した。そのため、そもそも、第一修正による保護の境界を定める必要性すらなかった<sup>67)</sup>。彼女によれば、このような必要性が認識されたのは、1930-40 年代のニューディール期に「明白かつ現在の危険」の基準<sup>68)</sup> が定着してからである。この時点で裁判所は、言論の自由と事後規制からの保護を与え、18-19 世紀の言論の自由の理解と決別した<sup>69)</sup>。それと同時に、裁判所は、「18-19 世紀の裁判所にとっては正面から取り上げる必要のなかった、どのような言論が憲法の目的に合致するのかという難しい問題を提起した<sup>70)</sup>」。しかし、1930 年代当時の裁判所は、この問題に資する法理をほとんど持ち合わせていなかった。ラキアによれば、このような背景から、裁判所は、この問題を解決できる新しい法理、すなわち、「保護されない言論」の法理を構築するにあたり、当時の理論家、特に、*Chaplinsky* 判決において明示的に引用されているチェフィーの理論に目を向けるようになった。

第二に、歴史あるいは伝統を根拠とすることは法的判断を曖昧にする。

66) Magarian, *supra* note 53, at 1347-48.

67) Lakier, *supra* note 54, at 2179, 2182-92 (下級審において、猥褻表現等に対する事前抑制が違憲とされた例を詳細に検討し、18-19 世紀の裁判所がいわゆる低価値言論にも憲法上の保障を及ぼしていたとする)。

68) See *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) (労働ピケを禁じる州法の合憲性判断に際して「明白かつ現在の危険」の基準を適用した)。この基準の歴史については、木下智史「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準再考」佐藤古稀『国民主権と法の支配(下)』295頁(成文堂2008)参照。

69) Lakier, *supra* note 54, at 2199.

70) *Id.*

そもそも、伝統の存在、伝統と法的判断との関係性につき、理性的な人間の間にも合意がない。そのような合意がないものを根拠とすることは、「保護されない言論」該当性の根拠を不透明にさせる<sup>71)</sup>。

また、伝統の有無の判断に対する裁判官の適格性にも疑問がある。歴史家が、歴史、すなわち過去の考察を任務とするのと異なり、裁判官は、必ずしも歴史家としての能力を備えていない。しかも、歴史家が歴史的な探求それ自体を目的としているのに対し、裁判官の任務は現在の問題を解決にある。そのために歴史的な探求自体を混乱させるという批判がある<sup>72)</sup>。

第三に、歴史あるいは伝統を根拠としたことの当然の批判として、歴史あるいは伝統が存在しない場合の取り扱いが困難となることが挙げられる。これには二つの側面からの批判が存在する。一つ目は、言論を「新しい方法」によって規制する場合である<sup>73)</sup>。例えば、購買者の商品購入の傾向を他の企業へ開示することの禁止の合憲性が問題となったとする。個人情報の漏洩という問題は情報蓄積の技術が向上した近年になって生じた。そして、判例上、一定の個人情報の開示の規制は第一修正違反となる<sup>74)</sup>。*Stevens* 判決を前提とすれば、個人情報開示の規制の多くが、歴史あるいは伝統なしには認められないことになりかねない。

二つ目は、歴史あるいは伝統を必須としたがために、現在「保護されない言論」とされる範疇につき、歴史あるいは伝統を欠いていた場合の取り扱いである<sup>75)</sup>。ロバーツ長官は、歴史あるいは伝統が必須であることを *Ferber* 判決に依拠して説明した。彼によれば、*Ferber* 判決は、児童ポルノと子供の性的搾取とが本質的に関連しており、子供の性的搾取という違法行為が不可欠の要素として用いられていること、そして、違法行為を不可欠の要素とする言論が先例上、「保護されない言論」にあたりとされてきたことを根拠とする<sup>76)</sup>。しかし、この判示は、あくまで「保護されない言論」該当性の判断要素の一つに過ぎない。むしろ彼自身も認めるように、*Ferber* 判決はここで、利益衡量を行っていた<sup>77)</sup> のであって、その焦点も、子供の性的搾取に認められる実質的害悪の重大性にあった<sup>78)</sup>。児童ポルノと動物虐待の描写の「保護さ

71) Magarian, *supra* note 53, at 1356; Lakier, *supra* note 54, at 2218

72) Magarian, *supra* note 53, at 1356; *see also* Buckner F. Melton, Jr., *Clio at the Bar: A Guide to Historical Method for Legists and Jurists*, 83 MINN. L. REV. 377, 385 (1998).

73) Lakier, *supra* note 54, at 2219.

74) *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, 570 (2011).

75) Magarian, *supra* note 53, at 1356.

76) 前掲注 (47)-(49) 参照。

77) 前掲注 (46) 参照。

78) Magarian, *supra* note 53, at 1357.

れない言論」該当性の差異は、存在する害悪の違いに求められるべき<sup>79)</sup>だが、歴史あるいは伝統を必須の要素としたため、*Stevens* 判決のこの区別は説得力を欠く。

第四に、より実質的な理由から伝統アプローチに対する批判がある。伝統アプローチは、保護されない範疇を過去の判断によって固定する。そのため、機能アプローチと異なり、当該範疇を「保護されない言論」とした理由づけが時代遅れになった場合の対応が困難となる<sup>80)</sup>。また、そもそも憲法上の権利の目的は、マジョリティがマイノリティに対して負担を課すことの防止にある。伝統アプローチによって、憲法上の保護対象を、マジョリティが制限の対象として選んでこなかったものに限定することは、憲法上保護されることの意義を失わせることになりかねない<sup>81)</sup>。

## (2) 機能アプローチ

以上から、*Stevens* 判決を前提としたとしても、「保護されない言論」の究極的な根拠は、実質的な根拠、すなわち、機能アプローチにあったと考えざるを得ない<sup>82)</sup>。前述したように、機能アプローチの内部においても、無価値アプローチと害悪アプローチがある。

例えば、ドイッチェは、*Chaplinsky* 判決は、一見すると害悪アプローチに依拠するように見えるが、実は、無価値アプローチに依拠すると指摘する<sup>83)</sup>。アメリカ憲法の著名なケース・ブックが「保護されない言論」を低価値言論と整理するように<sup>84)</sup>、この判決を無価値アプローチに依拠したとする分析は、従来、支配的であったのかもしれない<sup>85)</sup>。

しかし、近年、*Chaplinsky* 判決が害悪アプローチに依拠するとの理解も有力となった<sup>86)</sup>。例えば、ブラウンは、この判決を、政府の用いることのできる規制利益の範囲を拡大したもの

79) The Supreme Court 2009 Term, Leading Cases, 124 HARV. L. REV. 239, 247-48 (2010) (児童ポルノと動物虐待の描写は、共に、違法行為と本来的に関連しているため、このような理由づけによって両者を区別することはできないとして、両者の区別を害悪の違いに見出すべきであったと *Stevens* 判決を批判する)。

80) Batchis, *supra* note 7, at 24.

81) Magarian, *supra* note 53, at 1357.

82) *Id.* at 1356.

83) Norman T. Deutsch, *Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of "Definitional Balancing" as a Methodology for Determining the "Visible Boundaries of the First Amendment"*, 39 AKRON L. REV. 483, 501 (2006) (*Chaplinsky* 判決の論理は、けんか言葉の害悪がその価値を優越していることにあるのではなく、けんか言葉が、「思想の表明」および「真実」の探求にとって十分に関連していないことに基づくとする)。

84) GEFREY R. STONE, CONSTITUTIONAL LAW, 1134 (7th ed. 2013).

85) Batchis, *supra* note 7, at 17.

86) SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note, at 988.

と位置付ける。ブラウンによれば、当時の裁判所の理解において、言論規制の合憲性判断で重視されたのは、高価値-低価値言論の区別ではなく、思想あるいはメッセージの抑圧を含む検閲的なものか非検閲的なものかの区別であった<sup>87)</sup>。そして、*Chaplinsky* 判決の参照したチェフィーのモノグラフィも、この理解を共有する。すなわち、彼によれば、猥褻等の限定的な範疇に属する表現は、「ただ発せられたことそれ自体によって、聞き手、読者、あるいは、名誉毀損を受けたものに対して現在の侵害を加えると考えられ、あるいは、公共の平穩を即座に乱す可能性が高いとされてきた。このことは、ある言葉を、その表現する思想が州に対する将来の危険を引き起こすと考えられていることを理由として処罰することとは、全く異なっている [強調：筆者]<sup>88)</sup>」。この箇所が *Chaplinsky* 判決において引用される際、チェフィーのオリジナルの文章における「思想」への着目が抜け落ちてしまった。そのため、この判決は、無価値アプローチに基づくものと誤解されてきた。しかし、本来は、「思想」の抑圧を含まない非検閲的な規制利益が問題となる状況においては一定の言論規制が許されることを明らかにした判決と理解されるべきであった<sup>89)</sup>。

また、先述したニマーの定義付け衡量も、当該範疇の言論が有する規制利益あるいは害悪に着目するものであるところ<sup>90)</sup>、ハイマンは、*Chaplinsky* 判決のアプローチを、定義付け衡量に基づくと分析する<sup>91)</sup>。さらに、けんか言葉や名誉毀損表現等の範疇を、暴力や個人の評価の保護といった「やむにやまれぬ」利益を規制利益とした厳格審査の基準のプレ・パッケージであると理解するファーバーも、害悪アプローチによる分析を加える論者として整理できる<sup>92)</sup>。

それでは、連邦最高裁が、すべての領域においても「保護されない言論」を害悪アプローチによって処理していたかというところではない。より正確に言えば、*Stevens* 判決以前の連邦最高裁は「保護されない言論」を設定するにあたり、害悪アプローチと無価値アプローチを使い分けていた可能性がある。

結論を先に述べておくと、ほとんどの領域において害悪アプローチに依拠する（それゆえ、

87) Rebecca L. Brown, *The Harm Principle and Free Speech*, 98 S. CAL. L. REV. 953, 974-75 (2016) (Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)におけるブランダイス裁判官補足意見が害悪の「即時性」に着目したのは、表現規制が非検閲的な規制利益に基づくかによって区別するアプローチであったとする (at 977)).

88) ZECHARIAH CHAFEE JR., *FREE SPEECH IN THE UNITED STATES* 149 (1941).

89) Brown, *supra* note 87, at 980.

90) 前掲注 (19)-(23) 参照。

91) Steven J. Heyman, *Spheres of Autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 10 WM. & MARY BILL RTS. J. 647, 671 (2002).

92) Farber, *supra* note, at 930.



一定程度の表現の価値が存在すると理解する)ものの、猥褻表現に関しては、若干異質<sup>93)</sup>であって、無価値アプローチに依拠したと理解する見解が有力なように思われる<sup>94)</sup>。例えば、ファーバーは、猥褻表現については、これを厳格審査の基準のプレ・パッケージとしてみることはできないという<sup>95)</sup>。なぜなら、連邦最高裁はこれまで、性道徳の保護等につき、やむにやまれぬ利益該当性を認めたことがなく、また、そのような規制利益と表現との間の直接的な関連性も認めたことがないからである。

猥褻表現とその他の表現の位置付けの違いを、シャウアーは、「範囲 (coverage)」「保護 (protection)」という区分を用いて説明する<sup>96)</sup>。シャウアーによれば、第一修正にいうところの「言論 (speech)」とは、通常の意味における言論とは異なる。例えば、犯罪の教唆の処罰が第一修正に違反しないのは、それが通常の意味における言論でないからではなく、第一修正における「言論」の「範囲」には含まれないからである。そして、ある言論が第一修正の「言論」の「範囲」に含まれることは、その言論の規制が合憲となるためには、「第一修正に関する高められた審査基準 (the heightened standard of review)」をくぐり抜ける必要があることを意味する<sup>97)</sup>。すなわち、「範囲」という概念は、審査基準の厳格さに結びついており、ここでは、「合理性の基準の取るに足らない負担よりも重い負担が課され」、厳格審査の基準、ブランドンバーグ・テスト、「現実の悪意」のテスト、あるいは、セントラルハドソン・テストのような基準の適用が要求される<sup>98)</sup>。もっとも、ある言論が第一修正の「言論」の「範囲」に含

93) Magarian, *supra* note 53, at 1357. マガーリアン自身は、必ずしも、猥褻表現を無価値アプローチによって分析するわけではないが、けんか言葉等の言論が明白な害悪と結びつくのに対して、猥褻表現は、不快感という道徳的な理由としか結びつかない点で異質であると指摘する。このような異質性を指摘する邦語文献として、城野一憲「アメリカ連邦最高裁における『保護されない言論』の考え方－判例における位置付けとその言論保護的な機能についての考察－」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』252頁(敬文堂・2013)参照。

94) フェイグマンは、猥褻表現に認められる「有害な効果」が規制利益であるとして、害悪アプローチによって説明する (David L. Faigman, *Madison Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, 88 Nw. U. L. REV. 641, 677-81 (1994))。しかし、そもそも猥褻表現には、*Chaplinsky* 判決で言及されていた「思想の表明」、「真実」の発見といった表現の自由の価値が認められないため、害悪アプローチに基づくことは困難というべきであろう (Deutsch, *supra* note 83, at 519)。

95) Farber, *supra* note 7, at 931.

96) Frederick Schauer, *Speech and "Speech"- Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899 (1979)(hereinafter *Schauer 1979*); Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765 (2004) (hereinafter *Schauer 2004*); Frederick Schauer, *Out of Range: On Patently Uncovered Speech*, 128 HARV. L. REV. F. 346 (2015); Tushnet, *supra* note 54. シャウアーについて詳細に検討する邦語の先行研究として、奈須祐治「アメリカ合衆国憲法修正第1条の射程－言論の自由法理の構造に関する比較法的考察－」佐賀大学経済論集41巻3号75頁以下(2008)がある。

97) *Schauer 1979* at 905 n. 33. なお、シャウアーのいう「第一修正に関する高められた審査基準」とは、「単なる合理性の審査よりも高められた審査」を要求する基準であれば足り、必ずしも、厳格審査の基準、ブランドンバーグ・テストに匹敵する厳格さを持つ必要はない (*Schauer 2004* at 1777)。

98) *Schauer 2004* at 1770.

まれることは、言論規制の違憲性に直結しない。政府側が言論規制につき、強い政府利益の存在を立証できた場合、当該言論は、第一修正による「保護」を受けない<sup>99)</sup>。

シャウアーの理論において、*Roth* 判決は、猥褻表現を第一修正の「範囲」外に位置付けたと理解される。従って、ミラー基準によれば猥褻表現に当たる言論には、せいぜい合理性の基準<sup>100)</sup>と同程度の保護しか与えられない<sup>101)</sup>。この点において、猥褻表現は、「第一修正に関する高められた審査基準」を適用する名誉毀損のような「保護されない言論」とは性質が異なる<sup>102)</sup>。

シャウアー自身は、第一修正の言論の「範囲」に含まれるかの区別は、価値アプローチに基づいている<sup>103)</sup>。しかし、シャウアーの見解は、アメリカ憲法学における「保護されない言論」の法理には、「範囲」の段階で門前払いされる言論と、あくまで強度の規制利益の存在がゆえに「保護」されないにとどまる言論が混在していることを指摘した点で、機能アプローチ一般にとって重要である。

## おわりに

以上、連邦最高裁の「保護されない言論」の法理について検討した。この法理を構築した *Chaplinsky* 判決は、伝統ないし歴史、言論の無価値性、規制利益の重大性を根拠として挙げた。*Stevens* 判決以前においては、言論の無価値性あるいは規制利益の重大性が重視されていた。これに対して、*Stevens* 判決は、伝統ないし歴史を必須とした。しかし、伝統ないし歴史を要求したとしても、その究極的な根拠はやはり、言論の無価値性、規制利益の重大性に求めざるをえない。

99) *Id.* at 1769-70.

100) 例えば、*Williamson v. Lee Optical, Inc.*, 348 U.S. 483, 486-91 (1955) と同程度の保護しか与えられていない。

101) *Schauer* 2004 at 1775.

102) *Id.* at 1777. シャウアーは、けんか言葉も第一修正の「範囲」外と理解しているようであるが、猥褻表現と異なり、一定の留保をつけている (at 1777 n. 52)。猥褻が明らかに無価値アプローチに依拠するのと異なり、けんか言葉に関する *Chaplinsky* 判決は、害悪の程度、第一修正に関する価値の欠如の双方に言及していた。しかも、猥褻表現や名誉毀損表現に関する判決が害悪の評価なしに表現の価値の存否を判断したのに対し、この判決における言及は、害悪の程度、第一修正に関する価値という順序によっていた。そのため、この判決が害悪の強度を価値の判断に先行させたのは、第一修正の「範囲」にあることを前提に厳格な基準（「文脈依存型の“明白かつ現在の危険”の基準」）が適用された結果である（すなわち、厳格な基準の適用の結果、「保護」されなかった）と読む余地が残される (*Frederick Schauer, Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 *VAND. L. REV.* 265, 269 n. 19 (1981)(hereinafter *Schauer 1981*))。

103) シャウアーの見解において、第一修正の言論の「範囲」に含まれるかの判断は、第一修正の目的に照らして判断される (*Schauer 1981* at 268; *Frederick Schauer, Harm(s) and The First Amendment*, 2011 *SUP. CT. REV.* 81, 86 n. 27 (2012))。

## 「保護されない言論」の法理とその根拠について

もっとも、「保護されない言論」のすべての領域を、言論の無価値性、規制利益の重大性の一方によって統一的に説明することは困難である。むしろ、連邦最高裁は、猥褻以外の領域においては規制利益の重大性によって、そして、猥褻表現の領域においては言論の無価値性によって、「保護されない言論」該当性を根拠づけていた。猥褻表現とそれ以外の領域との、このような根拠の違いを把握するには、第一修正の「範囲」と「保護」とを区別するシャウアーの見解が有用である。この見解によって分析するのであれば、猥褻表現は、第一修正の「範囲」外であるのに対し、それ以外の領域については、第一修正の「範囲」内ではあるけれども、強度の規制利益が存在するために「保護」されないものと理解できる。

しかし、「保護されない言論」の法理の根拠をこのように考えたとしても、冒頭において提示した矛盾を解明したことにはならない。確かに、*R. A. F.* 判決が「けんか言葉」に対して内容差別の禁止原則を妥当させたことについては、それが第一修正の「範囲」内にあるからと理解できるかもしれない。しかし、同判決は、猥褻表現についても「市議会は、法的に猥褻にあたる作品であって、市に対する批判を含む作品のみを、さらには、市に対する賛成を含まない作品のみを規制する条例を作ることができる」と理解することは奇妙であるとも述べていた。猥褻表現を「範囲」外に置くのであればこの点は未だ矛盾として検討する必要がある。

また、第一修正の「範囲」の表現につき「保護されない言論」該当性を肯定する根拠を規制利益の重大性に置くのであれば、その判断は厳格審査の基準の適用と類似する<sup>104)</sup>。ファーバーのプレ・パッケージ論との関係も改めて検討される必要があろう。

---

104) 阪口正二郎「表現の自由－表現の内容に基づく規制と定義づけ衡量の関係を中心に－」法教 357 号 30 頁 (2010) 参照。

Summary

“Unprotected Speech” Doctrine

In *United States v. Stevens*, the Supreme Court decided that depictions of animal cruelty are not categorically unprotected speech by the First Amendment on traditional rather than substantial approach (harm-based or valueless approach). Is it a new understanding about “unprotected speech” doctrine? Substantial approach will not be used in future cases? Here I argue that the Supreme Court used not only substantial approach but also traditional approach in *Chaplinsky v. New Hampshire*, and that the Supreme Court have used different approach for different context