

# 言論の自由の法理における中間審査の基準について

金 原 宏 明

## 要 旨

いわゆる中間審査の基準は、「ある種のデフォルトの基準」と揶揄されるように、アメリカ憲法学の言論の自由の法理において重要な地位を占める基準である。しかし、その重要性に反し、中間審査の基準それ自体が分析の対象とされることは少ない。アメリカ憲法学における中間審査の基準を分析することは、日本の憲法学にとっても有用であるように思われる。

本稿では、中間審査の基準の各領域における適用をみることで、言論の自由の法理において中間審査の基準がどのように理解されてきたのかを検討した。

## 1 はじめに

連邦最高裁において言論の自由に適用される違憲審査基準の一つに、いわゆる中間審査の基準がある。この基準は、いくつかのヴァリエーションを持つ<sup>1)</sup>が、ア 目的の重要性 (some sort of a significant/substantial/important governmental interest)、および、イ (手段が不合理といえる程度に広範なものとなっていないなどの、) 手段と目的との合理的関連性 (reasonably well tailored to that purpose (i.e., not unreasonably overbroad)) を要求することの特徴とする基準ということができよう<sup>2)</sup>。この基準は、1980年代に象徴的言論、商業的言論等に適用される既存の基準 (O'Brien テスト、Central Hudson テスト等) が統合される形で、厳格審査の基準と並ぶ、言論の自由の法理の一つとして発達してきた<sup>3)</sup>。いまや、この基準は、スカリア裁判官が「ある種のデフォルトの基準<sup>4)</sup>」と揶揄したように、重要な地位を占

1) See Leslie Kendrick, *Nonsense on Sidewalks: Content Discrimination in McCullen v. Coakley*, 2014 SUP. CT. REV. 215, 238 (2015).

2) Ashutosh Bhagwat, *The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence*, 2007 U. ILL. L. REV. 783, 801 (2007).

3) *Id.* at 784.

4) *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, 512 U.S. 753, 792 (1994) (Scalia, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

める。

しかし、その重要性に反し、また、比較的先行研究の豊富な厳格審査の基準と異なり<sup>5)</sup>、中間審査の基準に関する先行研究は不十分なものに留まっている<sup>6)</sup>。その理由として、中間審査の基準が、言論の自由に限定しても、象徴的言論、商業的言論、時・場所・方法の規制、マスメディアに対する規制、性的にあからさまな表現、慈善活動団体への寄付依頼の規制と、さまざまな文脈で適用されることが考えられる<sup>7)</sup>。しかも、これらの規制は、内容中立規制に加えて内容規制も含み、その性格も一様ではない。

本稿は、中間審査の基準の各領域における適用をみることで、言論の自由の法理において中間審査の基準がどのように理解されてきたのかを検討することを目的とする。

5) See, e.g., Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007) ; Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417 (1996) ; Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006) ; Stephen A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 AM. J. LEGAL. HIST. 355 (2006) ; Michelle Adams, *Searching for Strict Scrutiny in Grutter v. Bollinger*, 78 TUL. L. REV. 1941 (2004).

6) 邦語文献においては、言論の自由における中間審査の基準は、それ自体の研究としてよりはむしろ、内容規制・内容中立規制二分論の検討を通じて行われてきた。このような文献として、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社・2003）。また、厳格審査の基準に関する邦語文献として、尾形健「厳格な基準—その形成過程へと至る『物語』の素描—」山本＝大林編『違憲審査基準—アメリカ憲法判例の現在—』33頁（弘文堂・2018）、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法教338号40頁（2008）、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能—憲法と理由—」辻村＝長谷部編『憲法理論の再創造』147頁（日本評論社・2011）。

7) Clay Calvert & Minch Minchin, *Can the Undue-Burden Standard Add Clarity and Rigor to Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence?: A Proposal Cutting across Constitutional Domains for Time, Place & Manner Regulations*, 69 OKLA. L. REV. 623, 627 (2017). なお、公務員の言論に対する規制に用いられるいわゆる *Pickering* 基準 (*Pickering v. Board of Education*, 391 U. S. 563, 568 (1968) (「[公務員の：引用者]、市民として、公的関心事につき意見を述べる利益と、州の、使用者として、その被用者を通じて行う公的サービスの効率性の促進を図ることという利益とが均衡している」)) も、中間審査の基準と分析しうる (See Bhagwat, *supra* note 2, at 795)。しかし、ア 目的の重要性、および、イ 手段と目的との合理的関連性を要求していないため、本稿の検討から除外した。また、寄付制限に適用される「厳しい審査の基準 (rigorous standard of review) 」 (*Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1, 25 (1976) (「州が十分重要な利益を論証すること、および、結社の自由に対する不必要な侵害を避けるために密接に設定された (closely drawn) 手段を採用していること」)) も、中間審査の基準と類似する。しかし、連邦最高裁がこの基準と *Ward-O'Brien* テストとを区別しているため (*Buckley*, at 16-18 ; *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U. S. 377, 386 (2000) (「我々は、*O'Brien* 事件判決の、象徴的言論に対する中間審査の基準、および、単なる時・場所・方法の規制に適用可能な、これと類似する基準の両方を明確に拒絶する」))、除外した (Bhagwat, *supra* note 2, at 799-800)。

## 2 判例法理の展開について

### (1) 象徴的言論

#### ア O'Brien 判決

象徴的言論の規制に関するリーディングケースは、1968年の *United States v. O'Brien* 判決<sup>8)</sup>である。ベトナム戦争反対の意思を示すため徴兵カードを焼却した被告人は、故意に徴兵カードを毀損することを禁止する連邦法に違反するとして有罪とされた。

ここでは、本件徴兵カードの焼却行為が象徴的言論として保護されるかが争われた。最高裁は、①「（規制が：引用者）政府の憲法上の権限内にあること」、②「それが重要あるいは実質的な政府利益を促進すること」、③「当該政府利益が言論の自由の抑圧と無関係であること」、そして、④「主張された第一修正の自由に対する付随的な制約が当該利益の促進に不可欠な程度を超えないこと」<sup>9)</sup>の4要件を要求する<sup>10)</sup>、O'Brien テストを適用し、有罪判決を支持した。

#### イ O'Brien テストの適用例とその傾向

この基準は、一見すると厳格さを伴うが、連邦最高裁は、この基準を言論保護的に用いない傾向にある<sup>11)</sup>。

*Arcara v. Cloud Books, Inc.* 判決<sup>12)</sup>では、売春行為に利用された店舗の閉鎖を命じる制定法を、売春行為が行われた成人向け書籍店に適用することの可否が争われた。要件④の充足を否定した原審に対し、最高裁は、店舗の閉鎖によって生じる言論の自由への付随的負担の証明が不十分なこと、仮に制約の証明があっても、当該店舗以外で書籍を販売する自由が制約されないことによって緩和されるとして、要件④の充足を肯定した<sup>13)</sup>。

*Barnes v. Glen Theatre, Inc.* 判決<sup>14)</sup>では、全裸でのダンスを規制する法令を娯楽としてのモードダンシングに適用することの可否が争われた。最高裁は、O'Brien テストを適用し、第一修正違反を否定した。その理由は、②法令は社会的秩序と道徳の保護という重要な政府利益を促進すること、③全裸でなければ官能的なメッセージを伝達可能であることなどから、政府利益が言論の自由の抑圧と無関係であること、④法令の要求する規制が限定的であり、政府利益の

---

8) 391 U.S. 367 (1968).

9) *Id.* at 377.

10) ただし、本稿の問題関心との関係から、①の要件の検討は省略する。

11) Bhagwat, *supra* note 2, at 792.

12) 478 U.S. 697 (1986).

13) *Id.* at 705-06.

14) 501 U.S. 560 (1991).

促進に不可欠な程度を超えているとは考えられないこと、にある<sup>15)</sup>。

*F.T.C. v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n* 判決<sup>16)</sup>では、弁護費用の公的扶助の増額を求めるためのボイコット（低所得な被告人の刑事弁護人となることのボイコット）に対する独占禁止法の適用が争われた。原審は、*O'Brien* テストを採用し、ボイコット参加者の市場支配力が証明されない限り、十分な政府利益は認められないとした。これに対し、最高裁は、原審が本件ボイコットのもつ表現的要素を重視しすぎていること、反対に、規制の必要性を軽視していることを指摘し<sup>17)</sup>、「独占禁止法による規制における行政上の効率性という利益は、非常にやむにやまれぬ（unusually compelling）ものである<sup>18)</sup>」こと、また、「禁止された行為は、その性質上、“競争に対し影響を与える実質的な可能性”をもつ<sup>19)</sup>」ことから、この基準に基づく主張を退けた。

## （2）時・場所・方法の規制

### ア 時・場所・方法のテスト（TPM テスト）の定式化

時・場所・方法の規制の問題が意識され始めたのは、1930年代後半であるが、当時の連邦最高裁は、中間審査の基準ではなく、単なる利益衡量を用いていた<sup>20)</sup>。その後、1970年代後半から1980年代前半に、違憲審査基準を使用する方向へと舵を切り始めた。

まず、最高裁は、商業的言論に一定の保護を及ぼした、*Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* 判決<sup>21)</sup>において、商業的言論の規制が認められる場合の例として、時・場所・方法のテスト（the “time, place, and manner” test；以下、「TPM テスト」）を定式化した。すなわち、時・場所・方法の規制は、「それが規制される言論の内容に関係することなく正当化されること」、「それらが重要な政府利益に資すること」、「それらが情報を伝達するための他の代替的なチャンネルを十分に開いたままにしていること<sup>22)</sup>」の要件を満たした場合に認められる。

*Heffron v. International Society for Krishna Consciousness* 判決<sup>23)</sup>では、この基準が実際に適用さ

15) *Id.* at 567-72.

16) 493 U.S. 411 (1990).

17) *Id.* at 430.

18) *Id.*

19) *Id.* at 433.

20) 違憲判決として、*Schneider v. State of New Jersey, Town of Irvington*, 308 U.S. 147 (1939)；*Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943)。合憲判決として、*Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949)。

21) 425 U.S. 748 (1976).

22) *Id.* at 771.

23) 452 U.S. 640 (1981).

れた。この判決では、公の場において宗教に関する文書の販売・配布あるいは募金活動を行うことを教義とする、ある宗教団体が、ミネソタ州農業協会主催の展示会での印刷物を含む物の販売・配布・募金活動を、主催者から賃貸されるブースにおいて行うことを要求する規則につき、文面上、あるいは適用上、第一修正に違反するとして争った。ホワイト裁判官執筆の法廷意見は、TPM テストを適用した<sup>24)</sup>。

本件規則が文書の配布・販売・寄付活動を望む者すべてに適用されることから「規制される言論の内容に関係」していない<sup>25)</sup>。また、展示会の来場者数を考慮すれば「来場者の移動の秩序維持」という利益は重要かつ差し迫っているといえる。そして、秩序違反を犯した者の処罰等の方法も上述の規制利益を達成できず「より制限的でない方法」にあたらない。そのため、当該規則は、重要な政府利益に資する<sup>26)</sup>。さらに、本件規則は、会場外における販売・配布・寄付活動を禁止しておらず、かつ、当該団体を展示会から締め出してもいないため、「情報を伝達するための他の代替的なチャンネル」も十分に存在する<sup>27)</sup>として、本件規則の合憲性を認めた。

### イ O'Brien テストとの統合

*United Staes v. Grace* 判決<sup>28)</sup>では、連邦最高裁の建物及び敷地内（解釈上、最高裁前の歩道も含む）において、公衆の注意を政党・団体その他の運動に向けさせる意図で、旗などの物を展示することを禁止する連邦法を、最高裁前の歩道においてリーフレットを配布していた原告、看板を掲示していた原告に適用することの第一修正適合性が争われた。ホワイト裁判官執筆の法廷意見は、まず、連邦最高裁前の歩道がパブリック・フォーラムであることを確認する。パブリック・フォーラムにおける言論規制は、厳格審査の基準を満たす内容規制のほかには、「i 内容中立的であること、ii 重要な政府利益を促進するためにiii 厳密に設定されていること（narrowly tailored）、iv 代替的なコミュニケーションのチャンネルが十分残されていること（数は引用者）」を満たす、「合理的な時・場所・方法の規制」に限定される<sup>29)</sup>。ここで用いられた基準は、iii 手段が目的のために「厳密に設定されていること」を要求する点で、TPM テストの表現から変化しており、現在よく知られている時・場所・方法の規制に適用される中間審査の基準（*Ward* 判決で完成を迎えたことから、以下、「*Ward* テスト」）と一致するものと

---

24) *Id.* at 647-48.

25) *Id.* at 649-51.

26) *Id.* at 652-54.

27) *Id.* at 654-55.

28) 461 U.S. 171 (1983).

29) *Id.* at 177.

なった<sup>30)</sup>。

ホワイイト裁判官は、政府の主張する以下の正当化を退けている。

第一に、身体・財産の保護、最高裁の敷地内における適切な秩序・威厳の維持が主張された。しかし、原告らの行動によってこれらが害されたという関係性が立証されておらず、また、最高裁前の歩道を一般の歩道と区別すべき理由が見当たらない以上、最高裁周辺における表現物掲示行為の全面禁止が右規制利益のために必要ともいえない<sup>31)</sup>。

第二に、最高裁が外部からの影響を受けているとの印象を与えるべきではないという観点、ピケ行為等が最高裁に影響を与える有効な方法であるとの印象を与えるべきではないという観点からの正当化も試みた。しかし、最高裁前の歩道でピケ行為が行われた場合と、車道を挟んだ向かい側の歩道でピケ行為が行われた場合とで公衆に違った印象を与えるかは疑わしく、この正当化も不十分とされた<sup>32)</sup>。

Grace 判決で比較的厳格なものとされた Ward テストも、その後、O'Brien テストの影響を受け厳格さを失っていく。まず、City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent 判決<sup>33)</sup>では、電柱等の公の財産へのビラ張り・看板の掲示を禁止する条例が争われた。法廷意見を執筆したスティーブンス裁判官は、O'Brien テストが見解中立的な規制を審査する適切なフレームワークであるとした<sup>34)</sup>。

主張された美観の促進という利益が政府の憲法上の権限内にあること（①）、それが言論の自由の抑圧と無関係であること（③）の二点については当事者に争いがなかった<sup>35)</sup>。また、美観の促進を「十分実質的な」利益とする先例が存在したため<sup>36)</sup>、「重要あるいは実質的な政府利益を促進すること」（②）の充足も認めた。次に、「付随的な制約が当該利益の促進に不可欠な程度を超えないこと」（④）につき、法廷意見は、「表現に対する付随的な制約は、・・・もしそれが規制利益を促進するために厳密に設定されているのであれば、表現の時・場所・方法に対する合理的な規制として正当化される<sup>37)</sup>」との理解を前提に、禁止される看板が美観の悪化を招いているとして、要件充足を認めた<sup>38)</sup>。すなわち、象徴的言論に対する規制が「時・

30) ただし、この表現自体は、Perry Education Ass'n v. Perry Local Educator's Ass'n, 460 U.S. 37, 45 (1983)において用いられていた。

31) 461 U.S. at 182.

32) Id. at 183.

33) 466 U.S. 789 (1984).

34) Id. at 805.

35) Id.

36) Id. at 806-07 (quoting Metromedia, Inc. v. San Diego, 453 U.S. 490, 507-08 (1981)).

37) Id. at 808.



場所・方法」の規制の一種に過ぎないという理解<sup>39)</sup>を前提とし、*Ward* テストの要件iiiを満たすのであれば、*O'Brien* テストの要件④を満たす関係にあることを示したのである。なお、法廷意見は、「表現的行為に対する制限は、コミュニケーションのための残されたモードが不適切である場合には無効となりうる<sup>40)</sup>」として、要件ivを別に検討しており、本件条例によって看板の掲示が禁止される場所でも、口頭・文書配布によって看板の掲示と同程度に言論の自由を行使可能であるから、要件充足を認めた。

*Clark v. Community for Creative Non-Violence* 判決<sup>41)</sup>も象徴的言論を時・場所・方法の規制の一種と理解する。この事件では、デモンストレーション目的の仮設施設の設置を許容するが、宿泊に使用することを禁止する国立公園の管理規則を、ホームレスの苦境を訴えかける目的で、ワシントンDCの国立公園内にテント村を設置する冬季デモに適用することの可否が争われた。これにより、冬季デモ自体は許容されるものの、デモ参加者の睡眠が禁止された。ホワイ裁判官執筆の法廷意見は、デモにおける睡眠行為を表現的行為と仮定しても、それは「合理的な時・場所・方法の規制」に服すると述べ、*Ward* テストを適用した<sup>42)</sup>。

まず、本件規制が言論の内容に関係なく正当化されることに争いはない(i)。また、睡眠行為なしではホームレスの苦境を伝達できないという事情も認められないため、本件規制によってデモは損なわれていないとした。その上で、首都中心部の公園の維持・大衆による利用を可能とすることという政府利益は実質的なものであり(ii)、かつ、当該規制がこの実質的利益のために限定的であることも認めた(iii)。

続いて法廷意見は、*O'Brien* テストの検討に移るが、そこで行われる審査と *Ward* テストで行われる審査とは「ほとんど異なるところがない<sup>43)</sup>」として、その合憲性を簡単に認めてしまった。

その後、*Ward v. Rock Against Racism* 判決<sup>44)</sup>が「重要な政府利益を促進するために厳密に設定されていること」の意味を明らかにしたことで、時・場所・方法の規制に適用される中間審査の基準は完成を迎える。ここでは、公園内の屋外劇場使用者に対して、市が用意する音響設備

---

38) *Id.*

39) 樋口範雄『アメリカ憲法』328頁(弘文堂・2011)。

40) 466 U.S. at 812.

41) 468 U.S. 288 (1984).

42) *Id.* at 293.

43) *Id.* at 298. また、これに付された注は、「規制可能な行為に向けられ、かつ、言論に対して付随的な影響しか持たない規制に対して、より厳格な基準の適用を主張することは奇妙である」ので、「時・場所・方法」のテストをくぐり抜けた規制を、「*O'Brien* テストの下で違法とすることは擁護できない」とする(n.8)。

44) 491 U.S. 781 (1989).

及び技術者の使用を求める屋外劇場使用規則の第一修正適合性が問題となった。ケネディ裁判官執筆の法廷意見は、本件劇場をパブリック・フォーラムと認めた上で、*Clark* 判決を引用し、*Ward* テストを適用した<sup>45)</sup>。

本件規制の主眼が屋外イベントの騒音レベルの制限による、屋外劇場・公園内とその周辺の静謐な環境保持にあること等から要件 i を認め、また、要件 ii についても、望まない騒音からの市民の保護、および、屋外劇場のイベントにおける十分な音響設備の確保という利益を実質的な政府利益と認めた。そして、市の用意した音響設備および技術者の使用を要求することが「音量を制限するための最も侵害的でない手段である」との証明がないため、要件 iii を充足しないと主張の検討に移るが、そもそも「この“最も制限的でない代替手段の分析が時・場所・方法の規制の正当性の審査の一部であるとされたことはない”。むしろ、我々の先例は、保護された言論に対する時・場所・方法の規制は、それが“言論に対する負担がより少ないであろうならかの想定しうる代替手段が存在するという理由のみで”無効とされるわけではないと極めて明確に述べていた<sup>46)</sup>」として、*Ward* テストがいわゆる LRA の審査を含まないとして退けている。ここで興味深いのは、*O'Brien* テストで行われる審査と、*Ward* テストで行われる審査とは「ほとんど異なるところがない」との *Clark* 判決の判断を引用したことである<sup>47)</sup>。これを前提とすれば、同じ「厳密に設定された」という表現を用いるにもかかわらず、厳格審査の基準と異なり、*Ward* テスト・*O'Brien* テストは、LRA の審査を要求しない<sup>48)</sup>。そのため、時・場所・方法の規制の場合には、「選択された手段が、政府利益の達成にとって必要な範囲よりも実質的な程度に広範なものとはいえない限り<sup>49)</sup>」、違憲とされないというのである。結論として、LRA の審査が要求されず、かつ、本件規則が屋外劇場の使用自体を拒絶しないことから、要件 iii iv も肯定され、本件規制は合憲とされた。

### ウ 私的財産における言論への拡張

以上は、パブリックフォーラムに関する事例であったが、*City of Ladue v. Gilleo* 判決<sup>50)</sup> では、私的財産にも *Ward* テストが適用された。この判決では、「売家 (for sale)」等の例外を除き不

45) *Id.* at 791 (quoting *Clark*, 468 U.S. at 293).

46) *Id.* at 797 (quoting *Regan v. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 657 (1984) ; *United States v. Albertini*, 472 U.S. 675, 689 (1985)).

47) *Id.* at 797-98 (quoting *Clark*, 468 U.S. at 293).

48) *Id.* at 799 n. 6 (「これらの規制 (『時・場所・方法』の規制：引用者) には、同程度の厳密さは要求されず、より制限的でない他の代替手段の分析は、全く適切ではない」).

49) *Id.* at 800.

50) 512 U.S. 43 (1994).



動産への看板の掲示を禁止する条例を、反戦をうたう看板の掲示行為に適用することが争われた。

時・場所・方法に対する合理的な規制であるとの正当化につき、スティーブンス裁判官執筆の法廷意見は、「自宅」が持つ特殊性に着目し、要件ivを否定した。曰く、「看板を自己の所有する住居に掲示することは、しばしば、同じ看板を他の場所に掲示すること、あるいは、他の手段によって同じ文章・図画を伝達することとは極めて異なるメッセージを伝える。それらの配置がまさに理由となって、看板は、“話者”の同一性に関する情報を示す。・・・住居への看板の掲示は、通常、安価かつ使いやすい伝達手段である。・・・自宅における個人の自由に対する特別の配慮は、ながらく、我々の文化および法の一部とされてきたのであって、当該原理は、政府が自宅で言論を行う能力を制限しようとした際には、特別の共振（resonance）を有する。この伝統から、アメリカ人のほとんどは、自宅の窓から政治的見解を示す 8-11 インチの看板を掲示する行為が違法であると聞かされれば当然に驚愕するだろう<sup>51)</sup>」。

## エ 性的にあからさまな言論への適用

連邦最高裁が、性的にあからさまな言論に対する規制を時・場所・方法の規制と整理するため、ここで検討する。

*City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.* 判決<sup>52)</sup>では、成人向け映画館のゾーニング規制条例が争われた。レンキスト裁判官の法廷意見は、本件制約が、規制されたゾーン以外での成人向け映画館の設置を否定しないことから、これを時・場所・方法の規制とした<sup>53)</sup>。そして、「いわゆる“内容中立的な”時・場所および方法の規制は、それらが実質的な政府利益を促進するためのものであり、かつ、他のコミュニケーション手段を不合理に制限するものでない限り、許容される<sup>54)</sup>」として、中間審査の基準を適用した。その理由として、法廷意見は、「レントン市の当該条例は、“成人向け映画館”において上映されるフィルムの内容に向けられているものではない。むしろ、そのような映画館が周囲の共同体に与える二次的効果（secondary effect）に向けられているに過ぎない」として、二次的効果論を持ち出している<sup>55)</sup>。

その上で、都市部の生活環境の保持という利益の重要性を肯定した<sup>56)</sup>。そして、条例の規

51) *Id.* at 56-58.

52) 475 U.S. 41 (1986).

53) *Id.* at 46.

54) *Id.* at 47.

55) なお、二次的効果論は性的にあからさまな言論に特有な法理であり、他の表現物の規制に対して二次的効果に基づく主張がなされたとしても、「最高裁が好意的に受け取ることはありそうにない」と指摘される（DANIEL FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 151 (4th ed. 2014)）。

制対象を望ましくない二次的効果を生ずる表現に限定していることから、本件条例は「厳密に設定されている」と認められた<sup>57)</sup>。また、ゾーニング規制を前提としても、その地域外であれば成人向け映画館を設置できるため、他のコミュニケーション手段も存在するとした<sup>58)</sup>。これに対して、ブレナン裁判官の反対意見は、本件条例による規制が及ばず、成人向け映画館のために使用できる土地が520 エーカー（これは市の5パーセントに該当する）残されているものの、そのほとんどが既に占有済み、あるいは、映画館には適しないものであることから、他のコミュニケーション手段の存在を否定している点で対立的である<sup>59)</sup>。

### オ 人工妊娠中絶が関与する場合

人工妊娠中絶が関係する点において、一般化には注意が必要だが、*McCullen v. Coakley* 判決<sup>60)</sup>は、*Ward* テストを厳格に適用した。この事件では、中絶に関する院外での紛争防止を目的として、病院から35 フィート以内（緩衝地帯）へ正当な理由なく接近することを禁止したが、中絶に代わる方法に関する情報を、女性に対し伝達することを妨げるか否かが争われた。連邦最高裁は、当該規制を伝統的パブリックフォーラムにおける言論規制と認め、時・場所・方法に対する内容中立的な規制として *Ward* テストを適用した<sup>61)</sup>。その上で、「公共の安全および医療施設への患者のアクセス、公道における歩道・車道が妨害されることなく使用可能であること」の促進という目的の重要性（ii）につき当事者に争いが無いこと、緩衝地帯を置くことが当該目的を促進することを確認した<sup>62)</sup>。しかし、その手段については、当該規制が「対面（one-on-one）におけるコミュニケーション<sup>63)</sup>」という最も効果的かつ基本的なコミュニケーション手段を奪う点を重視し、目的達成に「必要な範囲を超えて、言論に対し実質的な負担を課している<sup>64)</sup>」（iii）として、要件ivに触れることなく<sup>65)</sup>、これを違憲とした<sup>66)</sup>。

56) 475 U.S. at 50.

57) *Id.* at 52.

58) *Id.* at 53.

59) *Id.* at 64 (Brennan, J., dissenting)

60) 573 U.S. 464 (2014).

61) *Id.* at 476-77.

62) *Id.* at 486-87.

63) *Id.* at 488.

64) *Id.* at 490.

65) See *id.* at 496 n. 9.

66) これに対して、人工妊娠中絶を行う病院の周辺で、同意なく、リーフレットの配布等を目的として他者に接近することの禁止は、*Ward* テストによって合憲とされた (*Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2003))。

### (3) マスメディアに対する規制

加えて、最高裁は、*Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*<sup>67)</sup> 判決において、マスメディアに対する内容中立的な規制に対しても、中間審査の基準を適用した。

この判決では、ケーブルテレビに対して、提供するチャンネル数に応じてその一部を地方の公共放送局の番組の放映にあてることを要求する法令（義務付けルール）が争われた。この判決の特徴は、象徴的言論に対する規制とも、公の財産における言論に対する規制とも言い難い言論規制に対して、中間審査の基準を適用した点にある<sup>68)</sup>。

義務付けルールは、ケーブルテレビ事業者の使用できるチャンネル数を減少させ、編集に関する裁量を減少させる点で、ケーブルテレビ事業者にとって言論の自由の制約となるのみならず、チャンネルの獲得が困難となる点でケーブルテレビ番組作成者にとっても言論の自由の制約となる<sup>69)</sup>。そして、法廷意見は、適用すべき審査基準の決定にあたり、「言論に対しその内容を理由として、抑制し、不利に扱い、あるいは、異なる負担を課す規制」に対しては「最も厳格な審査を適用する」が「言論の内容に関係のない規制は、ほとんどの場合、特定の思想あるいは見解を公共の討議から削り取る現実的危険を課すことが少ないという理由から、中間的なレベルの審査に服する」として、内容規制・内容中立規制の二分論に依拠した<sup>70)</sup>。その上で、本件規制が提供を要求するチャンネル数がケーブルテレビ事業者の見解等に基づいて決定されるのではなく、むしろ事業者の提供するチャンネル数に基づいて決定されることから、ケーブルテレビ事業者にとって内容中立規制にあたる<sup>71)</sup>。また、ケーブルテレビ番組作成者にとっても、義務付けルールがすべての番組に適用されるため、内容中立規制にあたる<sup>72)</sup>。以上から、義務付けルールがケーブルテレビ事業者の編集権を制約することは認めつつも、*Ward* 判決および *O'Brien* 判決で提示された「言論に対して付随的な負担を課す内容中立的な規制に適用される中間的なレベルの審査<sup>73)</sup>」を適用した。具体的には、「*O'Brien* 判決では、内容中立的な規制は、“それが重要あるいは実質的な政府利益を促進すること、当該政府利益が言論の自由の抑圧と無関係であること、主張された第一修正の自由に対する付随的な制約が当該利益の促進に不可欠な程度を超えないこと”を満たす場合に合憲となる」として *O'Brien* テストを提示し、さらに、LRA の審査を要求しないことを明示した上で、*Ward* テストを

---

67) 512 U.S. 622 (1994).

68) Bhagwat, *supra* note 2, at 792

69) 512 U.S. at 636-37.

70) *Id.* at 642 (quoting *Clark*, 468 U.S. at, 293).

71) *Id.* at 644.

72) *Id.* at 645.

73) *Id.* at 662 (quoting *Ward*, 491 U.S. 781; *O'Brien*, 391 U.S. 367).

引用し、「この文脈における厳密に設定されていることの要求は、選択された手段が“政府の正当な利益の達成にとって必要な範囲よりも実質的な程度に広範に負担を課す”ことがないことを要求する」<sup>74)</sup>とした。しかし、義務付けルールの必要性につき、さらなる証拠調べが必要であることを理由に、原審に差し戻した。

バグワットによれば、私的財産上での言論に対する内容中立規制に関する *Ladue* 判決と、マスメディアに対する内容中立的規制に関する *Turner* 判決とを通じて、時・場所・方法のテストおよび、象徴的言論のテストは「結合」され、「言論の内容を対象としない、すべての言論規制に対する一般的な基準」へと変換された<sup>75)</sup>。

#### (4) 商業的言論

##### ア *Central Hudson* テストの定式化

商業的言論の規制に適用される違憲審査基準は1980年の *Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n* 判決で設定された。すなわち、*Ward* テスト、*O'Brien* テストに「類似<sup>76)</sup>」する *Central Hudson* テストである。具体的には、「商業的言論の事案においては、4つのパートからなる分析が展開されてきた。まず第一に、当該表現が第一修正によって保護されるかを判断しなければならない。商業的言論にこの条項が適用されるためには、少なくとも、それが適法行為に関係するものであり、かつ、誤解を招くものでないことが必要である。次に、主張される政府利益が実質的であるかが審査されなければならない。もし、この二つの審査に肯定的な答えが得られたとしても、さらに、当該規制が主張される政府利益を直接促進するかどうか、および、当該利益の促進にとって必要なもの以上に当該規制が及んでいないかどうかを審査しなければならない<sup>77)</sup>」とした。

##### イ *Central Hudson* テストの厳格化と *Fane* 判決

このように、*Central Hudson* テストは、*Ward* テスト、*O'Brien* テストと類似する。しかし、この基準は、後者二つと異なり、厳格に適用される傾向にある。

1980年代の最高裁は、商業的言論規制につき立法府に対して謙讓的な態度をとり、*Central Hudson* テストを比較的緩やかに適用してきた<sup>78)</sup>。この点は、*Board of Trustees, State Univ. of New*

---

74) *Id.*

75) Bhagwat, *supra* note 2, at 792-93.

76) *Id.* at 794.

77) 447 U.S. 557, 566 (1980).

78) See e.g., *Metromedia, Inc. v. San Diego*, 453 U.S. 490 (1981) ; *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986).

York v. Fox 判決において、スカリア裁判官が、「我々は、*San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee* 判決の注 16 において、*Central Hudson* テストの適用は、保護された言論に対する時・場所・方法の規制の合憲性判断に用いられるテストの適用と“大幅に類似 (substantially similar)” するのであり、そして、そのテストに関して、我々は、最も制限的でない手段であることを要求しないとはっきりと述べてきた<sup>79)</sup>」として、いわゆる LRA の審査を要求しないとした点に最もよく表れている。彼によれば、「我々の先例が要求するものは、立法府の目的とその目的を達成するために採用された手段との間の“適合性 (fit)” である。この適合性は、必ずしも完璧であることを要さず、合理的であれば足りる。すなわち、適合性とは、唯一かつ最適な裁量的判断であることを必ずしも意味せず、その範囲が“その主張される目的に対して比例していること”を意味する。また、適合性とは、最も制限的でない手段を採用していることを必ずしも意味せず、・・・要求される目的達成のために厳密に設定された手段の採用を意味する<sup>80)</sup>」。

Fox 判決により *Central Hudson* テストは、「『合理性の審査』とほぼ同じ厳格性の水準にまで引き下げられた<sup>81)</sup>」が、1990 年代に入るとその適用は厳格化した。例えば、非営利的な表現物については規制をしない一方で、公の財産において営利広告を配布することは禁止する市条例を、ニュースラックを用いて営利広告を配布しようとした原告に適用することの可否が争われた 1993 年の *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.* 判決<sup>82)</sup> では、以下の理由から、目的と手段との「適合性」が否定された。この事件では、*Central Hudson* テストの第一の要件該当性および、交通の安全および美観の確保という利益の実質性につき当事者間に争いはなかった。そのため、争点は、目的と手段との「適合性」に限定された。しかし、最高裁は、営利的言論と非営利的言論を区別し、後者のみを規制することは交通の安全・美観の確保という利益と「なんら関係を有しない」として、当該手段を「市の主張する正当な利益に対応するための許されない手段」とした<sup>83)</sup>。まず、条例が規制しないニュースラックと比較した場合に、原告の設置しようとしたニュースラックの方がより政府利益を損なうということは認められない。また、営利的広告を配布するニュースラックの数は、設置されているニュースラックの全体数から

79) 492 U.S. 469, 477 (1989) (quoting *Clark*, 468 U.S. at 288). See *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522, 537 n. 16 (1987) (「(Central Hudson テストと：引用者) *O'Brien* 判決において適用された、時・場所・方法の規制に対するテストは、共に、政府利益と言論規制の強度との衡量を要求するものである。これらの事実に対する両基準の適用が大幅に類似することから、両者は同時に議論されるだろう。」)。

80) *Id.* at 480 (quoting *Posadas*, 478 U.S. at 341; *In re R.M.J.*, 455 U.S. 191, 203 (1982))。

81) 橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』68 頁 (中央大学出版部・2014)。

82) 507 U.S. 410 (1993)。

83) *Id.* at 424。

すればほんの僅かに過ぎない。そのため、営利的広告のみを禁止しても、全体数に与えるインパクトはほとんどない。結論として、「“新聞等”と“営利的広告”との区別を正当化可能な、市の主張する利益と関係する根拠が存在しない以上、“営利広告”を配布するニュースラックの選択的かつカテゴリーカルな禁止の正当化にとって商業的言論の“低価値性”で十分であるという、シンシナティの苦し紛れ (bare) の主張を認めることは困難である<sup>84)</sup>」とした。

*Edenfield v. Fane* 判決<sup>85)</sup>では、公認会計士に対して、電話等を含む、相手方に対して即座の応答を求める形で行われる勧誘を禁止するフロリダ州法が争われた。ケネディー裁判官執筆の法廷意見は、当該勧誘行為に商業的言論としての保護を認めた上で、*Central Hudson* テストを適用<sup>86)</sup>し、詐欺その他の欺もう行為の防止、プライバシーの保護という利益、公認会計士の独立性維持と利益相反からの保護の必要性につき、実質的な政府利益と認めた。しかし、「主張される利益が、理論上、実質的であることは、勧誘の包括的な禁止がそれらの利益に資することを意味しない<sup>87)</sup>」と述べた上で、「“商業的言論に対する規制を維持したいと考える当事者はそれを正当化する負担を負う”ということが広く認められてきた。この負担は、単なる憶測や推測によっては満たされない。むしろ、商業的言論に対する制限を維持したいと考える政府の機関は、それが引き起こす害悪が現実のものであることを説明しなければならず、また、その制限が実際に実質的な程度にそれらを軽減するであろうことを説明しなければならない<sup>88)</sup>」として、害悪の現実性とその実質的軽減の証明を要求した。結論的に、勧誘行為が上記利益を害することを示す証拠が提出されていないことを指摘し、「公認会計士の勧誘の禁止が主張された利益を直接かつ実質的な方法で促進することを示していない。<sup>89)</sup>」として、この規制を違憲とした。

### ウ 不品行の例外性の否定

その後、アルコールやタバコ等の有害と考えられている商品の広告といった、「不品行 (vice)<sup>90)</sup>」な広告であっても、謙讓的な審査を行わないことを明らかにした。

84) *Id.* at 428.

85) 507 U.S. 761 (1993).

86) *Id.* at 767.

87) *Id.* at 770.

88) *Id.* at 770-71 (quoting *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, 648-49).

89) *Id.* at 771.

90) *United States v. Edge Broadcasting Co.*, 509 U.S. 418, 426 (1993). なお、タバコの広告規制につき、*Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001).



*Rubin v. Coors Brewing Co.* 判決<sup>91)</sup>では、ビールのラベルにアルコール度数あるいはその度数が高いことを示唆する文言 (strong 等) を記載することを禁止する連邦法が争われた。ここでも、*Central Hudson* テストが適用された。第一の要件充足につき疑問がなかったことから、その争点は、規制利益の実質性と手段の適合性にあった。まず、アルコール度数の争い (strength wars)、すなわち、アルコール度数の高さによって市場競争を勝ち抜こうとするビール醸造者間の争いを防止し、もって市民の健康・安全・福祉の保護を図ることという目的の実質性を肯定した。これに対して、「当該規制が主張される政府利益を直接促進する」こと、「当該利益の促進にとって必要なもの以上に当該規制が及んでいない」ことの二点については充足しないとした。法廷意見は、この二つの要件が「立法目的とその目的を達成するために採用された手段との間の“適合性”の考慮が関係する<sup>92)</sup>」と述べた上で、前者につき、害悪の現実性とその実質的軽減を要求した *Fane* 判決の一節を引用し<sup>93)</sup>、以下の理由からこれを否定した。連邦法は、ビールのラベルについてはアルコール度数に関する記載を禁じている一方で、アルコール度数の争いをより激化させるはずの広告については記載を禁じていない。加えて、連邦法は、ワイン等、ビール以外のアルコールのラベルを規制をしておらず、かつ、比較的強度の高いビールであることを示す「モルトビール」という表現の使用は認める。目的がアルコール度数の争いの抑止にあるなら、これらも規制することが自然であり、「政府の規制枠組みは全面的に不合理」であるとした<sup>94)</sup>。後者の要件についても、アルコール度数の上限規制が可能である以上、充足しないとした。

1996 年の 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* 判決<sup>95)</sup>では、アルコール類小売価格の広告への記載を禁止する州法が争われた。スティーブンス裁判官執筆の相対多数意見は、この州法を違憲とするに際して、重要な考え方を示した。

「消費者に誤解を招きかねない、または、詐欺的や強引な売り込みから保護するために、州が商業的メッセージを規制する場合、あるいは、消費者にとって有益な情報の開示を要求する場合、その規制目的は商業的言論に憲法上の保護を与える根拠に適合する。そのため、そのような規制目的は、厳格な審査に比して緩やかな審査に服せしめることを正当化する。しかしながら、公正な取引過程の維持とは無関係な理由に基づいて、州が、真実に合致し、誤解を招く恐れもない商業的言論の普及を完全に禁止する場合には、第一修正が一般的に要求する厳格な審査から離れる理由は全く存在しない。<sup>96)</sup>」

91) 514 U.S. 476 (1995).

92) *Id.* at 486 (quoting *Posadas*, 478 U.S., at 341).

この考えによれば、規制理由により、商業的言論の規制に加えられるべき審査の厳格さが変化し、①真実に合致する誤誘導的でない言論に対する、②「言論の完全な禁止」である場合、厳格な審査が要求される<sup>97)</sup>。その理由として、「真実に合致する誤誘導的でない商業的メッセージを対象とする禁止は、害悪から消費者を保護することがほとんどない<sup>98)</sup>」ことを挙げている。その上で、本件規制が上記①②を満たすことから、合憲性判断には「この種の言論の禁止は減多に憲法上の審査をくぐり抜けることはできないことを意識した、“特別な配慮”<sup>99)</sup>」が必要であるとした。それゆえ、*Fane* 判決を引用しつつ、「州は、その規制が当該利益を促進するだけでなく、“実質的と言える程度”に促進することを証明する責任を負う。そして州がそのような証明をする必要性は、その選択された手段が強力な性質のものであるとき（すなわち、真実に合致し、誤誘導的でない情報の全面的抑制の場合）、特に大きなものとなる<sup>100)</sup>」とした。結論として、広告への価格の記載の禁止が節酒の促進という利益を実質的に促進することを示す証拠が提示されていないこと、アルコール類の価格自体の規制・酒税の増税という言論規制と無関係な規制手段の存在を理由に、本件規制は違憲とされた。また、この判決は、「不品行」性が *Central Hudson* テストの厳格な適用の例外でないことも確認している<sup>101)</sup>。

#### (5) 慈善活動団体への寄付依頼の規制

ア目的の重要性、イ目的と手段との合理的関連性を要求する基準は、慈善活動団体への寄付依頼（charitable solicitation）の規制の合憲性判断にも用いられた。これらの規制は、慈善活動のために集められた寄付が、一定割合以上、（寄付の勧誘を行う者に対し支払う給与、諸経費その他の経営上の支出等のためではなく）慈善活動目的で実際に使用されることを要求する規制である。リーディングケースである *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment* 判決<sup>102)</sup> では、寄付の 75% 以上が慈善活動目的で使用されていない団体に対して、訪問あるいは路上における寄付の勧誘を禁止する条例の第一修正適合性が争われた。ホワイต์裁判官執筆の法廷意見は、寄付の勧誘にも言論の自由に関する利益が認められるため、75% 以上の寄付

---

93) *Id.* at 486-87 (quoting *Fane*, 507 U.S., at 770-71).

94) *Id.* at 488.

95) 517 U.S. 484 (1996).

96) *Id.* at 501.

97) *Id.*

98) *Id.* at 502-03.

99) *Id.* at 504 (quoting *Central Hudson*, 447 U.S., at 566, n. 9).

100) *Id.* at 505 (quoting *Fane*, at 507 U.S. at 771).

101) *Id.* 509.

102) 444 U.S. 620 (1980).

の使用規制が言論の自由に対する「直接かつ実質的な制約」を構成するとして、「それが十分強力な、優越する利益に資するものと認められない限り、維持することができない<sup>103)</sup>」とした。また、規制手段についても、「第一修正の自由の不必要な制約を伴わない、厳密に設定された規制によらなければならない<sup>104)</sup>」とした。詐欺防止という利益の重要性は認められたが、詐欺自体の禁止により、寄付の勧誘という言論の自由の制約なしに、この目的を達成できるため、規制は違憲とされた<sup>105)</sup>。

### 3 判例法理の統一説の可能性

#### (1) 中間審査の基準は言論保護的な基準か

言論の自由の領域における中間審査の基準の適用例を見ると、その結論は、合憲あるいは違憲の片方に偏っていない。そのため、「厳格審査の基準あるいは合理性の基準の審査と異なり、中間審査の基準は、当事者の一方の勝利を予定しておらず、または、一方を有利にも扱<sup>106)</sup>」っておらず、カテゴリーカルな利益衡量であると表現されることの多い厳格審査の基準あるいは合理性の基準と異なり、これを個別的利益衡量の基準<sup>107)</sup>と分析する点において、学説の多くが一致する<sup>108)</sup>。

もっとも、事案類型ごとに見るならば、その適用方法は相当に異なる<sup>109)</sup>。例えば、商業的言論、事前活動団体への寄付依頼の規制の領域では、中間審査の基準は言論保護的な基準として適用される傾向が強い。これに対して、時・場所・方法の規制（性的にあからさまな表現の文脈を含む）、あるいは、象徴的言論の規制の領域では、必ずしも言論保護的でない。

---

103) *Id.* at 636.

104) *Id.* at 637.

105) その後、*Secretary of State of Md. v. Joseph H. Munson Co., Inc.*, 467 U.S. 947 (1984) ; *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina, Inc.*, 487 U.S. 781 (1988) において、本件の規制を修正したものの合憲性も争われたが、いずれも手段の合理的関連性が否定された。

106) David S. Han, *Transparency in First Amendment Doctrine*, 65 EMORY L. J. 359, 399-400 (2015).

107) Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. CLO. L. REV. 293-94 (1992)

108) *Id.* at 298 ; Calvert & Minchin, *supra* note 7, at 654 ; James J. Fishman, *Rethinking Riley: New Approaches to State and Federal Regulation of Charitable Solicitation*, 25 GEO MASON L. REV. 465, 511 (2018) ; Jay D. Wexler, *Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism*, 66 GEO. WASH. L. REV. 298, 300 (1998) ; Bhagwat, *supra* note 2, at 824-25 ; Han, *supra* note 106, at 396 ; Alan Brownstein, *How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 HASTINGS L.J. 867, 920 (1994).

109) Bhagwat, *supra* note 2, at 816

## (2) 差異の原因

中間審査の基準の適用にあたり、目的審査、すなわち、ア 目的の重要性が否定された例は管見の限り見当たらない<sup>110)</sup>。したがって、この差異を生む原因は、手段審査の側にあるように思われる。

イ 手段と目的との合理的関連性の要件の認定手法の差異を検討する上では、商業的言論に関する *Fane* 判決の示した考え方が重要である。この判決は、*Central Hudson* テストの「政府利益を直接促進する」ことを満たすためには、「単なる憶測や推測」に基づくことは許されず、「それが引き起こす害悪が現実のものであることを説明しなければならず、また、その制限が実際に実質的な程度にそれを軽減する」ことを要求した。すなわち、害悪の現実性を前提として、当該言論規制が直接的な利益を生ぜしめることを要求する<sup>111)</sup>。この立場は、その後の商業的言論に関する判例においても、踏襲されている。これに対して、*Ward-O'Brien* テストにおいては、害悪の現実性は所与のものとされているのか、このような関係性を緻密に分析することはあまり見られない<sup>112)</sup>。

また、内容中立的な規制は、*Central Hudson* テストには見られない、「十分な他の代替的なチャンネル」の要件を乗り越える必要がある。この追加的な要件の存在にもかかわらず、審査が厳格なものとならない点を見るには、*Renton* 判決の法廷意見と反対意見との対立を見ることが有益である。法廷意見は、ゾーニング規制の及ぶ地域の外であれば成人向け映画館の設置が可能のため、他のコミュニケーション手段の存在を認めた。これに対して、ブレナン裁判官の反対意見は、本件条例による規制が及ばず、成人向け映画館のために使用できる土地のほとんどが既に占有済み、あるいは、映画館には適しないことから、他のコミュニケーション手段の存在を否定した。すなわち、法廷意見の立場は、「重大な制約<sup>113)</sup>」が伴う手段、あるいは、メッセージの伝達にとって魅力を欠き、利用し難く、不便な手段であっても、「十分な他の代替的なチャンネル」足りうるのである<sup>114)</sup>。

110) See Kendrick, *supra* note 1, at 238.

111) Calvert & Minchin, *supra* note 7, at 655

112) See *Renton*, 475 U.S. at 64 (Brennan, J., dissenting).

113) *Id.*

114) R. George Wright, *Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction That is No Longer Worth the Fuss*, 67 FLA. L. REV. 2081, 2094-95 (2015).

## 4 学説

### (1) 中間審査の基準の変更を求める見解

*Central Hudson* テストの、害悪の現実性とその実質的な軽減の要求と関連し、カルバートらの共著論文は、時・場所・方法の規制に対して適用される中間審査の基準の組み替えを主張する。具体的には、当該基準の、要件 iii iv に代え、人工妊娠中絶規制に用いられる<sup>115)</sup>、「不当な負担のテスト (undue-burden)」の導入を主張する<sup>116)</sup>。その理由として、①人工妊娠中絶規制の文脈と言論に対する内容中立規制の文脈とが、行為あるいは言論を完全に禁止しないものの、それを困難とする負担を課す文脈である点において共通すること、②両テストが利益衡量の基準である点で共通するため、不当な負担のテストの導入は中間審査の基準と矛盾しないこと、③不当な負担のテストの適用によって、代替的な表現手段の強制が表現者に課す負担の適切な考慮が可能となること、言い換えれば、代替的な手段が「十分」なものかどうかの審査として機能すること、④不当な負担のテストが「厳格審査の基準とよく似た<sup>117)</sup>」厳格さを有するため、その導入によって、しばしば「弱すぎる」と評される中間審査の基準を厳格なものとできること等をあげる<sup>118)</sup>。彼らによれば、この組み替えによって、重要な政府利益の促進の証明には、規制の前後の比較による、現実的な軽減あるいは緩和の存在が要求される。これは、*Fane* 判決の害悪の現実性とその実質的な軽減の要求と軸を同じくするというのである<sup>119)</sup>。

また、時・場所・方法の規制および象徴的言論の文脈に限定的な議論ではあるが、「十分な他の代替的なチャンネル」の要件の組み替えを主張する見解もある。「十分な他の代替的なチャンネル」の要件は、「厳密に設定されている」ことの要件が政府側の代替的手段を問題にするのに対し、話者側の代替手段を問題とする<sup>120)</sup>。しかし、アルミホによれば、「十分な他の代替的なチャンネル」は、代替的な表現手段と話者の選択した手段とが同等であるかについての、話者自身の評価にかかわりなく、規制を合憲とする側面がある。このような手法は、例えば、他の気体の吸引という手段の存在がペヨーテの全面禁止という宗教的行為の制約を正当化しないように、他の憲法上の権利が問題となった場合には見られない<sup>121)</sup>。しかし、これは、

115) See *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S.Ct. 2292 (2016).

116) Calvert & Minchin, *supra* note 7, at 633

117) *Hellerstedt*, 136 S.Ct. at 2326 (Thomas, J., dissenting)

118) Calvert & Minchin, *supra* note 7, at 650.

119) *Id.* at 655.

120) Susan H. Williams, Content Discrimination and the First Amendment, 139 U. PA. L. REV. 615, 642 (1991) ; Enrique Armijo, *The "Ample Alternative Channels" Flaw in First Amendment Doctrine*, 73 WASH. & LEE L. REV. 1657, 1725 n. 331 (2016) ; Wright, *supra* note 114, at 2091 ; Calvert & Minchin, *supra* note 7, at 630.

裁判官の考案した代替的コミュニケーション手段を話者自身の選択に優先させることで、言論の自由に対する個人の選択を否定する点において自律の理論<sup>122)</sup>に合致しない。また、一見すると他の代替的なチャンネルによって話者の表現が思想の自由市場に到達しうるように見えるが、言論規制である以上、ひとたび、規制が合憲とされれば、他の代替的なチャンネルを通じた思想の自由市場への参入も時機を失する可能性がある。したがって、思想の自由市場論にも合致しない<sup>123)</sup>。

加えて、当該要件の適用にも問題がある。現在では、インターネットの発達により、私人にも YouTube・Twitter・Facebook 等の表現チャンネルが存在する。そのため、「十分な他の代替的なチャンネル」が常に存在すると判断されかねず、さらには、内容中立的な規制を用いた、言論に対する政府の規制権限の拡張を認めることにすらなりかねない<sup>124)</sup>。

そのため、アルミホは、「十分な他の代替手段」の要件に代わり、「表現者の選択したコミュニケーションのチャンネルの許容が、問題となった規制を採用することによって得られる政府利益と両立するか否かを審査する」枠組みを提示する<sup>125)</sup>。これにより、話者の選択した手段以外のチャンネルによってメッセージを伝達可能かを問うのではなく、むしろ、話者の選択した手段を許した場合に政府利益が達成できなくなるかを問うというのである。

## (2) 中間審査の基準の適用を批判する見解

以上は、Ward-O'Brien テストに対する批判であったが、商業的言論についても批判が存在する。例えば、ポストは、Central Hudson テストの要件の曖昧さを批判する。この基準は、Fox 判決風の「比例」性の要求に過ぎないものから、「厳格審査の基準に近似する厳格さ」を要求するものまで、「適用にこれほど広い振れ幅」がある<sup>126)</sup>。その原因は、この基準の要件が、第一修正の理論に裏付けられていないことにあるのであり<sup>127)</sup>、何らかの理論に裏付けられた「再構成<sup>128)</sup>」が要求されるというのである。

121) Armijo, *supra* note 120, at 1664, 1727.

122) *Id.* at 1691.

123) *Id.* at 1700-01.

124) *Id.* at 1667, 1708, 1723.

125) *Id.* at 1669.

126) Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L. REV. 1, 42 (2000).

127) *Id.* at 42.

128) *Id.* at 56. なお、ポストの理解では、言論の自由の基礎理論として、ミクルジョンの自己統治の理論が採用されるべきであり、商業的言論の法理もその価値を促進あるいは適用するものでなければならない。過度の広範性故に無効の法理の商業的言論に対する不適用等の法理がこの理論に適合するのに対し、Central Hudson テストは適合しないというのである。



バグワットの見解も、中間審査の基準が理論を反映していないというポストの問題意識を共有するものと位置付けうる。連邦最高裁は、中間審査の基準が、文脈を超え、基本的な特徴（ア目的の重要性、イ目的と手段との合理的関連性の要求）を共有するものとして扱うようになったものの、商業的言論の文脈と時・場所・方法の規制の文脈とを比較すれば分かるように、その適用は文脈ごとに異なる。しかし、彼によれば、連邦最高裁がその取り扱いの差異を明示しないために、下級審に対し、「雑多なシグナル<sup>129)</sup>」を送ってしまった。例えば、最高裁が象徴的言論に対して消極的な立場を取るのは、いかなる行為もコミュニケーション要素を持ちうる（例えば9・11テロ）からであり、また、性的にあからさまな言論であれば、それを言論の自由の中核に位置付ける基礎理論が存在しないからである。逆に、商業的言論に比較的強い保護が与えられるのは、裁判官の中にもその低価値性を疑うものが存在することに一因がある。しかし、下級審はこのようなヒントを理解せず、中間審査の基準を、「文脈を無視し、政府が通常勝利する」ものとして扱う<sup>130)</sup>。これは、中間審査の基準にとって利益衡量が不可避であるにもかかわらず、最高裁が「どの言論には高度な価値が与えられるべきか（同時に、どの言論には与えられるべきでないか）、そして、どの規制利益に、どのような文脈において、どの程度の重みが与えられるべきか」、つまり、「利益衡量をどのように行うべきかについての指標をほとんど、あるいは全く示していない<sup>131)</sup>」ことによる。この問題は中間審査の基準の構造を前提としたとき、より深刻となる。中間審査の基準の適用が、コミュニケーション的要素に向けられていない（いわゆる内容中立規制の領域）こと、あるいは、言論の低価値性を理由とする以上、言論の自由の価値は低く見積もられる傾向にある。これに対して、規制利益には、厳格審査の基準が適用される場合と同様の強度が与えられる<sup>132)</sup>。

中間審査の基準による適切な利益衡量を行うため、バグワットは、中間審査の基準の「分解（disaggregation）」を主張する<sup>133)</sup>。すなわち、言論の自由の利益はその言論ごとに様々であり、かつ、政府利益にどの程度の強度が与えられるべきかも文脈によって様々である以上、中間審査の基準を単一の基準と見るのをやめ、問題となっている言論の背後にある原理に即した適用を考えるべきだというのである。例えば、性的にあからさまな言論には、そうでない言論に比べ、強度の保護は認められない。また、政府の所有物の管理上の利益は、パブリックフォーラムにおける言論規制の文脈なら、比較的強度な利益と扱われるべきかもしれないが、

129) Bhagwat, *supra* note 2, at 817.

130) *Id.* at 818.

131) *Id.* at 820.

132) *Id.* at 821.

133) *Id.* at 825.

それ以外の文脈では、そう扱われるべきでないだろう。また、誤った情報やミスリーディングな言論の防止という利益も、商業的言論の文脈なら正当な利益と扱われるべきかもしれないが、それ以外の文脈ではそうされるべきではない。逆に、もし仮に商業的言論の低価値性が理論的に否定されるなら、それ以外の規制利益は、ここでも重要性を否定されるべきだろう。

### (3) 法理上の透明性について

以上で、中間審査の基準の変更を求める見解と、適用の見直しを求める見解とをみてきた。この点をどう考えるべきかについては、「(合憲性判断に関する) 法理の透明性 (doctrinal transparency)」という観点から、言論の自由の合憲性判断手法を検討するハンの見解が有用である。「法理の透明性」とは、「法理が、裁判所に対して個別の事案を公然と分析すること、すなわち、言論の基本的価値と問題となっている言論の害悪とに関する直接的議論を引き出す形で分析すること、をどの程度において促し、あるいは強制するか<sup>134)</sup>」を問題にする概念である。法理の透明性が高まれば、裁判所の価値判断と経験則とが明らかとなるため、利益衡量過程の明晰性と首尾一貫性とを得られるが、逆に予測可能性と結論の一貫性とが失われる。すなわち、両者はトレードオフの関係に立つ<sup>135)</sup>。例えば、いわゆる裸の利益衡量であれば、当然、法理の透明性は高まるが、予測可能性と結論の一貫性が失われ、萎縮効果を生ぜしめる。したがって、裸の利益衡量は言論の自由に適切でない。そのため、言論の自由の法理は、内容規制に対する「デフォルト・ルール」である厳格審査の基準のような「ルール・アプローチ」か、中間審査の基準のような「基準・アプローチ」が組み合わせられて構成される<sup>136)</sup>。もちろん、厳格審査の基準も、利益衡量を行うのであるが、強力な違憲性の推定が及ぶために、適用例のほとんどは「事実上致命的<sup>137)</sup>」なものである。したがって、「厳格審査の基準は、表面上は透明性を有するように見えるものの、その適用上、一般に不透明 (opaque) である。なぜなら、裁判所には、通常、予定された結論を導くにあたって、判断の前提とした、問題となっている権利の価値と関連する規制利益とに関する直感を明確にしたり、あるいは、それに取り組む実質的必要性がないからである<sup>138)</sup>」。これに対して、「厳格審査の基準あるいは合理性の基準の審査と異なり、中間審査の基準は、当事者の一方の勝利を予定しておらず、または、一

134) Han, *supra* note 106, at 371.

135) *Id.* at 362.

136) *Id.* at 367.

137) Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). なお、ハンも厳格審査の基準の適用が常に、法理の透明性を欠くわけではないことを認める (Han, *supra* note 106, at 399, n. 186).

138) Han, *supra* note 106, at 399.

方を有利にも扱ってもいない」のであって、中間審査の基準は、審査基準論の中において、唯一、真の意味において「利益衡量の手法」であるというのである<sup>139)</sup>。したがって、ハンの理解においては、「中間審査の基準は、厳格審査の基準と異なり、透明であることに意義があるよう設計されている<sup>140)</sup>」。

ハンの診断が正しいのであれば、中間審査の基準をあたかも文脈を考慮しない単一の基準であるかのように扱うことや、また、背景にある基礎理論を無視した適用をすることは、中間審査の基準をいわばルール・アプローチで用いているのであって、その本来の意義を無視している。中間審査の基準の変更を求めるよりむしろ、本来の適用方法に立ち返ればよい、ということになるだろう。

## 5 おわりに

以上において、言論の自由の法理における中間審査の基準について検討してきた。確かに、言論の自由の様々な文脈で、ア目的の重要性、イ目的と手段との合理的関連性を要求する、利益衡量の基準が適用されてきた。しかし、その適用を見ると、各文脈での審査は相当異なっている。例えば、連邦最高裁は、イ目的と手段との合理的関連性につき、害悪の現実性とその実質的軽減を要求するか否かという点で、*Central Hudson* テストと *Ward-O'Brien* テストとで異なる理解をしている。また、ア目的の重要性の否定例が見当たらないため、十分な検討はできなかったが、もしかすると、連邦最高裁は、この要件についても文脈ごとに違ったものをイメージしている可能性もある。この点については、課題として残されるが、中間審査の基準の適用を、その文脈に即して行うこと自体は好意的に評価して良いように思われる。なぜなら、バグワット及びハンが指摘したように、それぞれの言論の背後にある原理に即した適用が可能となると同時に、利益衡量過程の明晰性と首尾一貫性を得ることができるからである。

[付記] 本研究は JSPS 科研費 JP18K12639 の助成を受けたものです。

---

139) *Id.* at 399-400 (quoting Sullivan, *supra* note 107, at 300-01).

140) *Id.* at 400. See also Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term- Foreword : The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 67 (1992).

## The First Amendment “Intermediate Scrutiny”

### **Abstract**

The First Amendment “intermediate scrutiny” is important doctrine in the jurisprudence of free speech. Despite its importance, however, there are few scholarly analyses which discuss First Amendment intermediate scrutiny itself.

This article analyzes First Amendment intermediate scrutiny and how the intermediate scrutiny has been applied.