

# 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

金 原 宏 明

## 要 旨

インターネットの普及およびそれに伴う新たな表現形態の出現により、アメリカ憲法学説において、「範囲」/「保護」区分論が重要な検討課題となりつつある。例えば、リベンジポルノはそもそも、第一修正の「言論の自由」の「範囲」に含まれるのかという問題である。

本稿では、そのような新たな表現形態にも第一修正を適用すべきかという問題の解決の前提作業として、第一修正の「言論の自由」が何を意味するのかにつき検討する。従来、表現の自由がどのような価値の保護を目的としているのかにつき、自己統治の理論、民主的討議の理論、自己表現の理論、個人の自律、真実発見、そして、思想の自由市場論が指摘されてきた。これらの理論によって、「言論の自由」の「範囲」を画定することは、困難であると考えられてきた。しかし、自己統治の理論の射程範囲を見直すことによって、その「範囲」を画定することは可能かもしれない。

はじめに

- 1 「範囲」/「保護」区分論と連邦最高裁
  - (1) 「範囲」/「保護」区分論
  - (2) 判例における「範囲」/「保護」区分論
  - (3) *Stevens-EMA-Alvarez*事件判決の意味について
  - (4) 小括
- 2 「範囲」の画定について
  - (1) 第一修正の目的による見解-シャウアーの見解-
  - (2) 規範による見解-シュノアーの見解-
  - (3) 「市民」の権利-バグワットの見解-
  - (4) 小括

おわりに

## はじめに

「裁判所は、立法府の制定したリベンジポルノ規制法を違憲とすべきか？」と問われた場合、ほとんどの者が「No」と答えるのではないか。しかし、この問いを、「アメリカ連邦最高裁は、・・・違憲と思うか？」と変更した場合、「Yes」という返答が増加するように思われる。以下のような指摘があるからである<sup>1</sup>。リベンジポルノ規制法は、「その人物はカメラの前に裸を晒すような人物であって、品性を欠き、恥すべき者だ」というメッセージの伝達による害悪の防止を目的とした、いわゆる内容規制（さらには見解規制）にあたる。したがって、リベンジポルノ規制法には、いわゆる厳格審査の基準が適用されることとなるが、リベンジポルノ規制法は、この基準をパスできそうにない。

厳格審査の基準が過度に厳格であることに由来する、このような反直感的結論に対して、従来、いわゆる「保護されない言論」の法理が「安全弁<sup>2</sup>」として機能してきた。*Chaplinsky v. New Hampshire*事件判決<sup>3</sup>が構築した、けんか言葉（fighting words）等の表現範疇を第一修正の範囲外に置く法理である。ただし、「保護されない言論」の法理も、現在ではもはや安全弁の機能を果たし得ないかもしれない。なぜなら、連邦最高裁は、*United States v. Stevens*事件判決において、ある言論を新たに「保護されない言論」のリストに加えるためには、「伝統」あるいは「歴史」の参照が要求されるとのアプローチを採用したからである<sup>4</sup>。これを前提とするならば、リベンジポルノ規制には当然ながら伝統はなく、「保護されない言論」の法理による正当化はできない。

翻って考えてみれば、そもそも、リベンジポルノは「言論の自由」の行使といえるか。例えば、反トラスト法も、価格協定に見られるように、通常の意味での言論による情報伝達をその内容を理由として規制している。しかし、反トラスト法は、一般に、言論の自由規制立法に対して通常適用されるような厳格な基準が適用されるとは理解されていない<sup>5</sup>。徴兵カードの焼却禁止や国旗焼却の禁止等の行為規制には、厳格度の高められた基準が適用されたにもかかわらず<sup>6</sup>。

上記の例は、徴兵カードの焼却や国旗焼却という行為は「言論の自由」に含まれるが、反ト

<sup>1</sup> See Andrew Koppelman, *Revenge Pornography and First Amendment Exceptions*, 65 EMORY L.J. 661, 662 (2016).

<sup>2</sup> Ashutosh Bhagwat, *When Speech is not "Speech"*, 78 OHIO ST. L.J. 839, 846 (2017).

<sup>3</sup> 315 U.S. 568 (1942).

<sup>4</sup> 559 U.S. 460 (2010).

<sup>5</sup> See Frederick

Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765, 1770-71, 81 (2004).

<sup>6</sup> See *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

ラスト法により規制される情報の伝達は「言論の自由」に含まれないと考えられていることを前提とする。しかし、このような取り扱いの差異はどのようにして正当化されるのか。

インターネットの普及に伴い、先に挙げたリベンジポルノや、他にも、オンライン・サービスを通じて得られた個人データ（検索結果・購入履歴・ソーシャルネットワークの交友関係等）の収集・開示・販売が問題となっている。これらが広い意味での情報の伝達にあたることに疑いはないが、そうであれば、第一修正が適用されるべきなのか。その解決のためには、前提作業として、第一修正のいう「言論の自由」が何を意味するのか、その意味を画定する必要があるように思われる<sup>7</sup>。

## 1 「範囲」 / 「保護」 区分論と連邦最高裁

### (1) 「範囲」 / 「保護」 区分論

＜第一修正のいう「言論の自由」が何を意味するのか＞。この問いにつき、シャウアーは、「第一修正の範囲の問題」として検討を加えており、この見解がアメリカ憲法学における言論の自由の分析において重要な地位を占めている<sup>8</sup>。

「人の身体が鎧の中にある場合、その人間は、鎧の範囲にある（covered）といえる。しかし、そのことは、その人間が常に守られる（protected）ことを意味しない。鎧は、投石からは人の身体を保護するかもしれないが、炎からは保護しない」。シャウアーはこのような比喻を用いて、権利の「範囲(cover)」と「保護 (protection)」を説明する。すなわち、強い正当化理由がなければ行為の規制が認められないという関係が成立する場合、当該行為は、権利の「範囲」にあるといえる。したがって、ある権利の「範囲」が特定の行為に及ぶ場合、当該行為の制限には、それが権利の「範囲」内にある場合に比べて、強い正当化が必要となる。もっとも、その正当化理由が十分に強度な場合には、権利の「範囲」内にある当該行為も「保護」されない。このように、彼の見解において、ある行為が権利の「範囲」にあることは、その行為の保障の程度が高まることを意味するにとどまるのであって、当該行為の（絶対的な）「保護」を意味しない。権利の「範囲」と「保護」とは区別される<sup>9</sup>。このことは、言論の自由の概念決定にも当てはまる。「[言論の自由によって：引用者]どのような行為が『範

<sup>7</sup> 第一修正における「言論の自由」の意味の画定に関する邦語の先行業績として、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)。

<sup>8</sup> シャウアーの議論を詳細に検討する邦語文献として、奈須祐治「フレデリック・シャウアー・合衆国憲法解釈におけるルールの意味」駒村ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』99 頁以下（尚学社・2010）。

<sup>9</sup> FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: PHILOSOPHICAL ENQUIRY 89-90 (1982)。

困』に置かれるのかがまず第一に決定されなければならない、その後に、それらの行為が、どのように、そして、どの程度において保護されるのかが決定される<sup>10)</sup>。

もっとも、彼によれば、反トラスト法の規制が第一修正の問題を引き起こすとは理解されてこなかったように、通常の意味での言論（「言語・絵・伝統的な芸術的手法を用いて、思想・情報・芸術的感情を伝達すること<sup>11)</sup>」）すべてが、言論の自由として保障されるわけではない。また、徴兵カードの焼却禁止が第一修正の問題として取り扱われてきたように、通常の意味での言論に当たらないものすべてが言論の自由として保障されないわけでもない。

それでは、言論の自由の「範囲」はどのように定められるのか。この問題は、当然ながら、第一修正の解釈であって、その文言によって定められることとなるが、第一修正が規定するのはあくまで、「言論の自由」の保障であって、「言論」単体の保障ではない。ここから、シャウアーは、言論の自由の範囲は、「言論」の通常の意味によってではなく、「言論の自由」という文言の意味によって定まること<sup>12)</sup>を前提として、その境界を、（後に詳しく検討するように、）第一修正の価値によって定めることを主張する<sup>13)</sup>。

## （２）判例における「範囲」／「保護」区分論

「範囲」／「保護」の区分の問題につき、連邦最高裁も全く無自覚であったわけではない。この問題と関係するものとして、*Spence v. Washington*事件判決<sup>14)</sup>のスペンステストと、前述の「保護されない言論」の法理がある。

### ア スペンステストについて

*Spence*事件判決において、国旗に平和記号の形にテープを貼り付け、これを窓から吊るしていた被告人は、象徴等を貼り付けた国旗を掲げることを禁止する州法に違反するとして有罪とされた。ここでは、右被告人の行為に第一修正の保護が及ぶかが争われたが、連邦最高裁は、以下の基準（スペンステスト）を適用し、結果として、被告人の行為に第一

<sup>10)</sup> *Id.* at 91. シャウアーの見解において、第一修正の保護が及ぶかという問題（「範囲」の問題）と、第一修正が及んだ場合にどの程度の強度の保護が与えられるかという問題（「保護」の問題）とは、明確に区別される。See Schauer, *supra* note 5, at 1771（「第一修正の境界（boundaries）の問題は、その強度（strength）の問題、すなわち、第一修正が与える保護の程度の問題ではない。むしろ、その広さ（scope）の問題、すなわち、第一修正が適用されるのかどうか自体の問題である」）。

<sup>11)</sup> SCHAUER, *supra* note 9, at 91.

<sup>12)</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1773.

<sup>13)</sup> SCHAUER, *supra* note 9, at 91; Frederick Schauer, *Speech and "Speech"- Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899, 909 (1979); Schauer, *supra* note 5, at 1784; Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 268 (1981)(hereinafter *Schauer* 1981); Frederick Schauer, *The Second-Best First Amendment*, 31 WM. & MARY L. REV. 1, 12 (1989)(hereinafter *Schauer* 1989).

<sup>14)</sup> 418 U.S. 405 (1974).

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

修正の保護を及ぼした。「特定化されたメッセージを伝達する意図があり、かつ、その状況において、当該メッセージがそれを見たものによって理解される可能性が高かった」といえる場合、当該行為は「コミュニケーションの要素を十分に有している」ため、第一修正の保護が及ぶという基準である<sup>15</sup>。

この基準自体は、その後も、*Johnson*事件判決など、特定の行為に対して第一修正の保護が及ぶのかという文脈において使用された<sup>16</sup>。ただし、この基準によると、奇妙な結論が導かれる可能性がある。例えば、ポストの指摘するように、公の建物にスプレー缶で政策批判を落書きした場合には、スペンステストを満たすこととなるが、裁判所も、このような表現にまで第一修正を及ぼすことはないであろう<sup>17</sup>。同様に、政治的見解に動機付けられたことが明らかな犯罪行為（例えば、9/11テロ）<sup>18</sup>や、類型的には政治的見解に動機付けられたことが明らかではない犯罪行為にメッセージが添えられた場合（例えば、「速度制限に反対する」とのメッセージを添えた速度制限違反）<sup>19</sup>にも、第一修正が及ぶことになりかねない。逆に、特定のメッセージの伝達を意図しない芸術作品には、第一修正は及ばない<sup>20</sup>。その意味において、奈須教授の、「スペンス・テスト自体は、明らかにシャウアー等のいう修正第1条の範囲を画定するものとして機能しない。・・・スペンス・テストはある行為にメッセージ性があるかどうかを判定する基準にすぎず、それ自体は価値中立的なもの<sup>21</sup>」との指摘は正当である。

さらには、バグワットの指摘するように、第一修正の「範囲」にあるかが争われた判決は*Spence*判決の前後を問わずすべて、「表現的な行為（conduct）」が問題となったものであることに注意を要する<sup>22</sup>。「逆に言えば、口頭による場合であれ筆記によるのであれ、なんらかの言語（language）が使用されている場合には必然的に第一修正の目的とする“言論”にあたると想定してきたのであり、かつ、連邦最高裁判決は、一度たりとも、この命題を疑問視したことも、審査したこともない<sup>23</sup>」のであって、「連邦最高裁が現在採用する言論の自由の法理の基礎には、連邦最高裁がはっきりと述べたことはないものの、<全て

<sup>15</sup> *Id.* at 409-11.

<sup>16</sup> *See, eg., Johnson*, 491 U.S. at 404; *Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 305 (1984) (Marshall, J., dissenting).

<sup>17</sup> Robert Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN. L. REV. 1249, 52 (1995).

<sup>18</sup> Amanda Shanor, *First Amendment Coverage*, 93 N.Y.U. L. REV. 318, 341 (2018).

<sup>19</sup> Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 770-78 (2001).

<sup>20</sup> Shanor, *supra* note 18, at 341.

<sup>21</sup> 奈須・前掲注（7）87頁。

<sup>22</sup> *See, eg., Tinker v. Des Moines Indep. Sch. Dist.*, 393 U.S. 503 (1969); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).

<sup>23</sup> Bhagwat, *supra* note 2, at 851.

の言語は言論である」という想定があることは明らかである<sup>24</sup>。

#### イ 「保護されない言論」の法理について

バグワットの指摘が正しいとすれば、言語を使用する言論は、「保護されない言論」に当たらない限り、第一修正の「範囲」に含まれる。

#### (ア) 従来の「保護されない言論」法理について

本稿の冒頭においても述べたように、「保護されない言論」の法理は、*Chaplinsky*事件判決において構築されたものである。本件では、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、「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、冒涇的なもの、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。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。」と述べ、通常の意味での言論の中にも、第一修正の保護が及ばない言論範疇が存在することを認めた<sup>25</sup>。

この判決では、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>26</sup>」）が「保護されない言論」に該当するとされたが、その後、最高裁は、これらのリストのうち、猥褻表現<sup>27</sup>、名誉毀損的表現<sup>28</sup>につき、「保護されない言論」に当たるとした。

名誉毀損的表現については、まず、*Beauharnais v. Illinois*事件判決が、「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

<sup>24</sup> *Id.* See also Peter M. Shane, “The Expanding First Amendment” in an Age of Free Speech Paradox, 78 OHIO ST. L.J. 773 (2017); Amanda Shanor, *The New Lochner*, 2016 WIS. L. REV. 133, 176-82 (2016).

<sup>25</sup> 315 U.S. at 571-72.

<sup>26</sup> *Id.* at 574.

<sup>27</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

<sup>28</sup> *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

毀損的表現を「保護されない言論」とした<sup>29</sup>。その後、*New York Times Co. v. Sullivan* 事件判決において、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>30</sup>。

わいせつ表現については、*Roth v. United States*事件判決において、「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>31</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なかったが、後に、*Miller v. California*事件判決<sup>32</sup>によって、猥褻表現が、「(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てときに、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>33</sup>」を満たすものと定義された(ミラー基準)。

また、いわゆる商業的言論も、「保護されない言論」との関係で問題となる。商業的言論は、1942年の *Valentine v. Chrestensen* 事件判決<sup>34</sup>の時点では、言論の自由の「範囲」外に置かれていた。しかし、1976年の *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* 事件判決において、連邦最高裁は、「我々は、当該出版物はそれが商業的であるという理由で保護されないという主張を拒絶する<sup>35</sup>」と述べ、さらに、*Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n* 事件判決において、商業的言論に、「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

<sup>29</sup> 343 U.S. at 266.

<sup>30</sup> *Id.* 279-80.

<sup>31</sup> 354 U.S. at 483-484.

<sup>32</sup> 413 U.S. 15 (1973).

<sup>33</sup> *Id.* at 24.

<sup>34</sup> 316 U.S. 52, 54 (1942)（「純粋な商業的言論に関して、憲法がそのような制約を政府に対して課していないことは明らかである」）。

<sup>35</sup> 425 U.S. 748, 760 (1976).

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>36</sup>」として、いわゆるセントラルハドソンテストを適用した。シャウアーによれば、「この基準はブランデンバーク判決において採用された基準より厳格さに劣る。しかし、単なる合理性の基準よりは厳格さの高められた基準を要求した事実は、現在では、商業的言論が第一修正の射程に入れられたことを示している<sup>37</sup>」。

さらに *New York v. Ferber* 事件判決は、*Chaplinsky* 事件判決のリストに無い児童ポルノ<sup>38</sup>につき、以下の理由から、「保護されない言論」と認めた。第一に、「未成年者の肉体的・精神的福祉の保護<sup>39</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>40</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>41</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>42</sup>」ことである。第五に、児童ポルノ規制は、い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>43</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<sup>44</sup>という理由からである。

<sup>36</sup> 447 U.S. 557, 566 (1980).

<sup>37</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1776-77.

<sup>38</sup> 458 U.S. 747 (1982).

<sup>39</sup> *Id.* at 756-57.

<sup>40</sup> *Id.* at 759.

<sup>41</sup> *Id.* at 761-62 (*quoting* *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490, 498 (1949)).

<sup>42</sup> *Id.* at 762 (*quoting* *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 66 (1976)).

<sup>43</sup> *Id.* at 763-64.

<sup>44</sup> *Id.*



## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

### (イ) *Stevens*事件判決以後の「保護されない言論の法理」について

*Chaplinsky*事件判決や*Roth*事件判決、*Ferber*事件判決が言論の価値に言及していることから明らかなように、従来の「保護されない言論」の法理は、その言論範疇に属する言論の価値を考慮することを否定してはいなかった。しかし、2010年の*Stevens*事件判決は、言論の価値を考慮をして「保護されない言論」該当性を判断することに否定的な立場をとった。

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。

この法令の合憲性を主張するにあたり、政府は、*Ferber*事件判決に依拠し、「[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」こと、したがって、「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」によることができると主張した<sup>45</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、ロバート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>46</sup>」として退けた。そして、政府側と同じく*Ferber*事件判決に依拠し、「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明らかだとした。すなわち、*Ferber*事件判決の根拠は、「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>」ことにあったが、「有効な刑事法に違反する行為の不可欠な要素<sup>48</sup>」をなす言論に第一修正の保護が及ばないことは既に確立した歴史的实践となっていた。したがって、「*Ferber*事件判決は、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

<sup>45</sup> 559 U.S. 460, 469-70 (2010).

<sup>46</sup> *Id.* at 470.

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

<sup>48</sup> *Ferber*, 458 U.S. at 761-62 (*quoting Giboney*, 336 U.S. at 498).

<sup>49</sup> *Stevens*, 559 U.S. at 471.

てそ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。

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* 事件判決<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* 事件判決<sup>52</sup>においても踏襲された。特に、*Alvarez* 事件判決では、ケネディ裁判官執筆の法廷意見において、「言論に対する内容規制は、一般に、法廷において長くなじみのある、ごく少数の[表現の]歴史的・伝統的カテゴリーに限定されているときにのみ許されてきた。これらのカテゴリーの中には、即時の違法行為を引き起こすことを意図し、かつ、引き起こしそうな唱導、わいせつ、犯罪行為に不可欠な言論、いわゆる“けんか言葉”、児童ポルノ、詐欺、真の脅迫、そして、政府に防止権限が認められる、なんらかの重大で即時の脅威を引き起こす言論が含まれる。ただし、この最後のカテゴリーにおける規制は維持することがもっとも困難なものであるのだが。[引用省略]<sup>53</sup>」として、内容規制が許される場合のリストが付された。

### (3) *Stevens-EMA-Alvarez* 事件判決の意味について

これらの判決の結果、言論の価値に基づき、「保護されない言論」該当性判断をすることが困難となったことに疑いはない<sup>54</sup>。しかも、言論の自由の拡張傾向も加味するのであれば、リベンジポルノやオンライン・サービスを通じた個人データの収集・開示・販売等も、「言語」を使用すること、それを規制する「歴史」あるいは「伝統」が存在しないことから、第一修正の言論の自由に含まれるという結論を導く可能性がある。もしそうなれば、これらの行為は、個人のプラバシーを著しく侵害するが、その暴露の規制が困難になりかねない。

加えて、*Alvarez* 事件判決のケネディの法廷意見には、「範囲」/「保護」の区分論を軽視しているというタシュネットの指摘がある<sup>55</sup>。まず、この判決のリストには、言論の自由の「範囲」外に置かれているとしか理解できない範疇と、一度は、その範疇全体が言論の自由の「範囲」外に置かれたものの、後に言論の自由の「範囲」に戻された範疇とが混在している。シ

<sup>50</sup> *Id.* at 472.

<sup>51</sup> 564 U.S. 786, 791-92 (2011).

<sup>52</sup> 567 U.S. 709, 721-22 (2012).

<sup>53</sup> *Id.* at 717-18.

<sup>54</sup> Bhagwat, *supra* note 2, at 847.

<sup>55</sup> 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, 1093 (2017).

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

ヤウアーが指摘するように、例えば、わいせつ表現、すなわち、ミラー基準を満たす表現は、「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」のであるから、言論の自由の「範囲」外にあるとしか理解できない。これに対して、名誉毀損的表現は、一度は、その範疇全体が言論の自由の「範囲」外に置かれたものの、後に現実の悪意の法理によって言論の自由の「範囲」に戻され、その被害者の性質いかんによって異なる「保護」が与えられることとなった<sup>56</sup>。

さらには、*Chaplinsky*事件判決のリストと比較した場合、このリストには、「政府に防止権限が認められる、なんらかの重大で即時の脅威を引き起こす言論」が追加されている。しかし、この範疇の指し示すものは、厳格審査の基準を適用した際に用いられる分析に類似する。すなわち、「その脅威は重大であるがゆえに、政府はその驚異の実現を阻止することにつき、やむにやまれぬ利益を有しており、それが即時的であるがゆえに、抑制のためのより制限的でない他の選びうる手段も存在しない。この種の言論は、範囲にはあるが保護されない<sup>57</sup>」。

### (4) 小括

以上で見てきたように、現在の連邦最高裁は、「範囲」/「保護」区分論を軽視すると同時に、言論の自由の「範囲」を拡張させる傾向にある。従来であれば、「保護されない言論」の法理が言論の自由の不用意な拡張に対する「安全弁」として機能し得たのであるが、*Stevens*事件判決以降、「保護されない言論」の法理にこのような機能を期待することは困難となった。したがって、何らかの形で言論の自由の「範囲」を切り分けることが必要であるが、スペンステストは、言語が使用された場合に適用されないこと、また、表現的行為が問題となった場合であっても「範囲」の画定として機能しないことから適切でない。

しかし、このような連邦最高裁の態度を前提としたとき、反トラスト法の価格協定の第一修正適合性が真面目に取り上げられてしまった場合、あるいは、本稿が冒頭で挙げたリベンジポルノのような新たに登場した表現の規制に直面した場合、連邦最高裁は、既存の基準の厳格さを弱める（すなわち、第一修正の与える「保護」の程度を下げる）という手段を取ることにになりかねないのではないか<sup>58</sup>。

<sup>56</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1775-76.

<sup>57</sup> Tushnet, *supra* note 55, at 1092-94.

<sup>58</sup> Schauer 1981 at 271-72; Tushnet, *supra* note 55, at 1114-16; Leslie Kendrick, *First Amendment Expansionism*, 56 WM. & MARY L. REV. 1199, 1217 (2015).

## 2 「範囲」の画定について

ここでは、アメリカ憲法学説を素材として、第一修正の「範囲」の画定基準について検討する。

### (1) 第一修正の目的による見解-シャウアーの見解-

#### ア 第一修正の基礎理論に基づく記述的説明の困難性

まず、シャウアーの見解を見よう。彼によれば、言論の自由の範囲は、「言論の自由」という文言、および、第一修正の価値によって画定される。つまり、「範囲外に置かれた古典的なケースの特徴の一つに、範囲から外れるかの決定が、制限の正当化の可否の検討なしに、当該発言それ自体の有する第一修正の価値のみに基づいて行われるというものがある。そのため、問題となった発言が第一修正の目的と全く関係しない場合、合理性の基準の適用を除き、政府の規制理由を検討する必要はない<sup>59</sup>」。

ただし、彼も、判例上、「保護されない言論」とされたものの全てが言論の自由の「範囲」外にあると考えているわけではない。先に挙げたわいせつ表現（一貫して言論の自由の「範囲」外にある）と名誉毀損的表現（後に言論の自由の「範囲」に置かれた）とに関する彼の理解を比較してみれば明らかとなろう<sup>60</sup>。同様に、彼は商業的言論も、現在では言論の自由の「範囲」にあるとする<sup>61</sup>。

さらに、彼が言論の自由の「範囲」外と分析する言論には、判例が明示的にではなく、知らぬ間に第一修正の「範囲」外に置いたものも含まれる。例えば、反トラスト法の価格協定<sup>62</sup>である。

それでは、これらの言論を第一修正の範囲外に置くこと（あるいはその後に範囲内に置きなおすこと）を、第一修正の目的から、すなわち、言論の自由の根拠論に遡って根拠づけることはできるか。

<sup>59</sup> Frederick Schauer, *Codifying First Amendment: New York v. Ferber*, 1982 SUP. CT. REV. 285, 303 (1982). なお、シャウアーは、*Chaplinsky* 事件判決が「思想の表明にとつての実質的な要素を全く持た（ない）」、「真実への到達にとつての社会的価値をわずかにしか有さない」に言及していること、そして、そのわずかな価値が他の利益によって「上回られる」としていることにつき、範囲の問題とは異なるとしている (at 303 n. 99)。また、「範囲の外にあるとされた伝統的事案の特徴は、範囲が及ばないことの判断を発言それ自体の有する第一修正の価値のみに基づいて行う」ところにあるところ、*Ferber* 事件判決の理由づけは、「言論の価値の問題を州の規制利益の強さの問題から区分していない」として、「範囲」の問題と相違する点があるとする (at 303-04)。

<sup>60</sup> 前掲注 (56) の本文参照。

<sup>61</sup> 前掲注 (37) とその本文参照。

<sup>62</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1781.

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

言論の自由の根拠には、様々な有力な見解がある。代表的には、自己統治の理論 (self-government)、民主的討議の理論 (democratic deliberation)、自己表現の理論 (self-expression)、個人の自律 (personal autonomy)、真実発見 (search for truth)、思想の自由市場論 (marketplace of ideas) が挙げられる。

しかし、彼によれば、これらの理論によっても、既存の言論の自由の「範囲」を一貫して説明することはできない<sup>63</sup>。

まず、自己統治の理論、民主的討議の理論によっても、政治的な討議、自己統治と通常関係しない、ポルノグラフィ、商業的言論、芸術的表現が言論の「範囲」内とされることの説明が困難となる。「政治的である」という概念を薄めた意味で用いれば、これらの言論にまで第一修正を及ぼせるかもしれない。しかし、彼によれば、それでは政治的言論を非政治的言論から区分して前者により強力な保護を与える、自己統治の理論、民主的討議の理論による正当化の意義が失われる<sup>64</sup>。

次に、真実発見・思想の自由市場論による場合、「真実」とは言い難い、自己表現的な側面の強い言論、すなわち、芸術、あるいは、文学的表現や、明白な間違いを含む言論等が言論の自由の「範囲」内に置かれることの説明が困難となる。

また、個人の自律・自己表現の理論による場合、法人による非商業的な言論に第一修正の「範囲」が及ぶことが説明できない。その言論によって誰の個人の自律あるいは自己表現が促進されるかが明らかでないからである。また、個人の自律も他者加害には及ばないため、「明らかに有害な言論」<sup>65</sup>は言論の「範囲」外に置かれなければならない<sup>66</sup>。

### Ⅰ 第一修正の「磁力」

以上より、シャウアーは、既存の第一修正の「範囲」を一つの理論から記述的に説明することは、それによって説明できない言論も「範囲」に含まれるために、困難であるとする<sup>67</sup>。また、これらの理論による多元的な説明も、既存の第一修正の「範囲」を記述的に説

<sup>63</sup> *Id.* at 1785.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> シャウアー自身は、2004 年論文において、「明らかに有害な言論」の中身について言及していないが、その著書において、言論が引き起こしうる害悪として、「名誉の毀損」、「自尊心の毀損」、「プライバシーの侵害」、「不快感」、「精神的苦痛」を挙げている (SCHAUER, *supra* note 9, at 10)。ここでの「明らかに有害な言論」も、これらの害悪を引き起こす言論のことを指すと思われる。

<sup>66</sup> また、個人の自律・自己表現の理論による場合、「速度制限に反対する」とのメッセージを添えた速度制限違反にも第一修正の保護が及ぶことになるのではないかという指摘がある (Joseph Blocher, *Nonsense and the Freedom of Speech: What Meaning Means for the First Amendment*, 63 DUKE L.J. 1423, 1475 (2014))。

<sup>67</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1786.

明することに役立たない。これらの理論が多様に過ぎ、「それらの総体によって示される範囲 (their collective coverage)」があまりに広大なものとなるからである<sup>68</sup>。

既存の第一修正の「範囲」を一つの理論から説明することが困難である理由として、彼は、最高裁判例における現実の言論の自由の「範囲」が第一修正の背後にある基礎理論のみによって決定されているのではなく、第一修正に関する政治的・社会的・歴史的・心理学的・経済的要因の影響を受けており、かつ、それらの影響力が第一修正の基礎理論の影響力よりも大きい可能性を指摘する<sup>69</sup>。

これらの諸要因を、彼は、第一修正の持つ「磁力(magnetism)<sup>70</sup>」と表現する。彼によれば、第一修正は、アメリカ社会において、「シンボル<sup>71</sup>」的な役割を果たす。すなわち、アメリカにおいて言論の自由は、しばしば、重要な他の利益と衝突した場合でさえそれを無視し、言論の自由を優先させるかのように扱われる。そのために、第一修正は、言論の自由・出版の自由を主張する側を優位な地位に立たせ、また、周囲の注意を引きつける。このような第一修正の「磁力」により、第一修正に依拠することは、プレスの注意と支持を引きつける絶好の手段となる。そして、プレスがある論点を公共の関心事項へ変化にあたり重要な地位を占めるために、第一修正の主張を行うことは、利益集団にとって有効な作戦となる。このために、例えば、かつて経済的自由に対する規制と考えられていた規制は、商業的言論という、言論に対する規制として主張されるようになり、かつて性的自由の規制あるいはパターナリズムに基づく規制と考えられていたヌードダンシングの規制は、言論規制であると主張されることとなった。

彼の理解では、第一修正の「磁力」が、言論の自由の「範囲」を、その基礎理論の設定するであろうと思われる境界線よりも、外側へと押し広げ、それまで第一修正の問題でないと考えられていた問題を言論の自由の「範囲」に含める。すなわち、「第一修正の磁力の強さは、そうでなければ第一修正の境界線を越えていたであろう主題と主張を引きつけ、それによって、訴訟も、第一修正の磁力の強さをより強化する、プレス、公衆、そして、利益集団のある程度の関心を引きつける。このサイクルは、以前は第一修正の領域の外側にあった論点をその内側に引き込むだろう<sup>72</sup>」。

同時にシャウアーは、第一修正の現実の「範囲」が狭くなり、価値の認められる言論ま

<sup>68</sup> *Id.* See also Tabatha Abu El-Haj, “Live Free or Die”-Liberty and the First Amendment, 78 OHIO ST. L.J. 917, 925 (2017).

<sup>69</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1768, 1787-1800.

<sup>70</sup> *Id.* at 1787.

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1796; Shanor, *supra* note 18, at 330.

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

で追いつくようなことはない」と理解しているようである。曰く、「しかし、これ[第一修正の『磁力』：引用者]と対応する、以前から内側にあった論点を外側へと追いつく力はなんら存在しない<sup>73</sup>」と。

### ウ 小括

以上から、シャウアーによれば、言論の自由の「範囲」は、第一修正の価値を含むか否かという観点から基本的に決定される。しかし、判例法理における既存の「範囲」と一致する基礎理論は存在しない。ただし、彼が第一修正の「磁力」と呼ぶものによって、その背後にある基礎理論の価値が及ばない言論が、第一修正の「範囲」内とされることはありうる。

彼の理解は、他の論者も指摘する言論の自由の拡張傾向<sup>74</sup>と整合的といえる。しかし、それと同時に、言論の自由に関する既存の「範囲」を第一修正の目的から画定することの困難性も明らかにしてしまった<sup>75</sup>。

## (2) 規範による見解-シュノアーの見解-

### ア 規範と言論効果について

これに対してシュノアーの見解の特徴は、「分析的あるいは哲学的原理によって第一修正の射程の正当化を試みるのではなく、むしろ、社会学的現象として範囲にアプローチする<sup>76</sup>」点にある。

まず、彼女も、判例法理における言論の自由が固定的なものではなく、商業的言論のように、かつては第一修正の「範囲」外にあったものが、後に「範囲」内にあると変更されることがあることを認める<sup>77</sup>。そして、その理由は、第一修正の「範囲」が「社会的行為およびそれらの意味に関する、共有された文化的規範 (norms) を反映するものであり、かつ、それらの規範および意味は社会的な影響力 (forces) に基づいて変化する<sup>78</sup>」ところにある。そして、判例法理における言論の自由の「範囲」を、「言論効果 (speech effect)

<sup>73</sup> Schauer, *supra* note 5, at 1796.

<sup>74</sup> 前掲注 (24) とその本文参照。なお、シャウアーは、言論の自由の範囲の拡張が生じる理由として、第一修正の文言の広範さ、第一修正の目的の不確定性、通常の意味での「言論」の遍在などから、第一修正に基づく主張を説得的でないとして簡単に退けることが難しいことを挙げる (Schauer, *supra* note 5, at 1797-98)。

<sup>75</sup> See Frederick Schauer, *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, 56 WM. & MARY L. REV. 1613, 1617 (2015); Schauer 1989 at 13; Kendrick, *supra* note 58, at 1218; Blocher, *supra* note 66, at 1475.

<sup>76</sup> Shanor, *supra* note 18, at 343.

<sup>77</sup> *Id.* at 321.

<sup>78</sup> *Id.* at 338.

79」という概念を用いて説明する。これによれば、第一修正の「範囲」は、「何が『言論』を構成するのかについての共有された規範」に基づいて画定されるのではなく、「問題となっている行為の社会的な意味として期待されるもの、および、それに対するリアクションとして期待されるもの（話者が聞き手または聴衆の態度にどのように作用するか、あるいは、聞き手または聴衆をどのように害するのかを含む）の結合」によって、つまり、「表現的行為がその社会的文脈において、どのように機能する（work）のか、および、なんらかの効果があるとしてそれがどの程度ありうるのかに対する社会的判断の通用力（strength）」によって画定される<sup>80</sup>。具体的には、「当該行為の社会的効果に対する共通の規範が存在する場合、あるいは、裁判所がそのような規範が存在すべきであると判断した場合、そこには第一修正は及ばない。逆に、そのような共通の規範が存在しない、あるいは、裁判所がそのような規範が存在しないとすべきだと判断した場合は、第一修正が及ぶ<sup>81</sup>」。

#### イ 言論効果による区分

例えば、*Schenck v. United States*事件判決では、徴兵制に反対すべきであると主張するリーフレットを徴兵候補者に配布した行為につき、防諜法を適用することが第一修正に反しないと判断された。この判決は、ホームズ裁判官の「明白かつ現在の危険」というフレーズで知られるが、ホームズは、同時に、「もちろん、その文書は、何らかの効果を持つことを意図されなければ配布されなかったであろう。そして、我々は、徴兵制の実施の妨害を徴兵対象者に促すこと以外に、この文書によって徴兵の対象者にどのような影響を与えることを意図していたのかを見出すことはできない。・・・言論の自由を最も厳格に保護したとしても、・・・力の行使としての効果（effect of force）しか有さない言葉を発することの差し止めから人を保護することはない<sup>82</sup>」と述べた。シュノーアーによれば、ここでの議論は、言論効果に関するものであったのであり、かつ、裁判所は、リーフレットの配布と、これを目にしたものによる徴兵制の妨害との間の因果関係が、それに言論の自由を及ぼさないとするに十分なほど明らか（sufficiently clear）であると認められると判断したために、当該リーフレットの配布は第一修正の「範囲」外に置かれた<sup>83</sup>。

同じく、わいせつ表現に関しても、前述したミラー基準は、「平均人が現在の共同体の基

---

<sup>79</sup> *Id.* at 344.

<sup>80</sup> *Id.* at 344-45.

<sup>81</sup> *Id.* at 346.

<sup>82</sup> 249 U.S. 47, 51 (1919).

<sup>83</sup> Shanor, *supra* note 18, at 347.



## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

準を適用した場合」の判断を問題としていた。そして、「共同体の基準」につき、判決は、「国家の憲法において、州の権限に対する基本的な第一修正の制限はコミュニティごとに変わるわけではない。しかし、このことは、何が“好色的な興味”に訴えかけるものであるのか、あるいは、何が“明らかに不快”であるのかを明確にする、確立した国家に共通の基準が存在し、あるいは、存在すべき、存在しうることで意味しない。・・・我々の国家は、単純に大きすぎ、そして、多様に過ぎる。それゆえに、必須のコンセンサスが存在すると想定した場合においてすら、そのような基準を、一つの定式化という形で、50の州全てに示すことを裁判所に対して合理的に期待することはできない<sup>84</sup>」として、国家全体の基準ではなく、よりローカルな基準を意味することを明らかにした。ここから、わいせつに関する法理は、好色性・不快感に関する規範がコミュニティごとに異なることを前提として、よりローカルなコミュニティの基準を保護するものだとする<sup>85</sup>。国家的な規範の存在を確信することは困難であっても、よりローカルな規範であればその存在を確信することができるため、裁判所は、共通の規範が成立するとして、わいせつ表現を「範囲」外においたとという意味であろう。

他にも彼女は、契約・共謀等の約束という社会的関係性も、規範に照らして第一修正の「範囲」外に置かれたものだとする<sup>86</sup>。契約・共謀においても、その社会関係に入った当事者間で、発話者が何を意図しており、実際に何をなすべきなのかにつき、言論効果の規範は十分強固に成立しているからである。

これに対して、例えば、政治的言論に第一修正の「範囲」が及ぶのは、ある政治的言論が発せられた場合、その聞き手は、異なる規範を有する様々な解釈共同体に属するのであって、聞き手の賛否は予測できず、当該言論に対する共通の規範が存在するとは言えないからである<sup>87</sup>。同様に、ポルノグラフィに第一修正の「範囲」が及ぶのは、それによる害悪につき、共通の規範が成立していないことに基づく。すなわち、ポルノグラフィに対し、「それは従属を意味するのではなく、単に性差の適切な認識である」という（特に男性側

<sup>84</sup> *Miller*, 413 U.S. at 30.

<sup>85</sup> *Shanor*, *supra* note 18, at 348.

<sup>86</sup> *Id.* at 349. シュノアは他にも、裁判所・学校・宗教・軍隊・刑事施設、および、職場などを「独自の秩序づけられた規範」を有するものとして挙げる。そして、その中においては、通常の意味の言論による情報伝達の規制であっても、第一修正の問題として真面目に取り上げられてこなかった言論が存在しうる。例えば、セクシャルハラスメントの規制は、第一修正の問題として取り上げられてこなかった。それは彼女によれば、職場とは、「現代の職場にふさわしい規範と実践によって支配されるべき空間」なのであり、「そのような空間にとって、ハラスメントは不適切、かつ、（規範の：引用者）崩壊と害悪を引き起こすものである」からである（at 357）。

<sup>87</sup> *Id.* at 351.

の)リアクションが存在する一方で、他方、「それを見、そしてその生み出す効果の中で生きていく」という(女性の)リアクションが存在する<sup>88</sup>。そのために、「ポルノグラフィの効果に対し異なる評価を下し、また、そのコミュニティの構成員が異なった社会的立場にあるために、それが何であるかに関し異なった理解をする多元的な解釈コミュニティが存在する<sup>89</sup>」こととなり、ポルノグラフィの言論効果につき共通の規範は存在しない。

#### ウ 小括

以上のように、シュノアーの見解において、言論の自由の「範囲」は、言論の価値によってではなく、共通の規範の存否によって決せられる。そして、わいせつ表現規制に関するミラー基準についての議論が示したように、それが「社会的文脈」における共通の規範の存否を問題とするがために、規範とは、国家的なものである必要は必ずしもなく、よりローカルなものでも足りるとされる。この点にシュノアーの議論の特徴があるといえよう。

しかし、この共通の規範の存否が一体何を意味するのかは必ずしも明らかでない。彼女によれば、*Schenck*事件判決の言論が第一修正の「範囲」外とされたのは、リーフレットと徴兵制の妨害との間に因果関係の明白性が認められたからである。また、わいせつ表現が「範囲」外とされたのは、いわばそのコミュニティにおける誰もが見たくないもの>が確立していたからである。ここでは、そのような表現を「範囲」外におけば、<見たくないものの利益>が十分に確保される関係が成立していた。契約・共謀についても同様に、契約違反にサンクションを課すことは財産秩序の保護に直接つながり、また、共謀の処罰は保護法益の確保に直接つながる。これに対して、ポルノグラフィに第一修正の「範囲」が及ぶのは、それが女性の従属を引き起こすという関係につき、議論が残るからである。しかし、これでは彼女のいう共通の規範とは、害悪の明白性、あるいは、規制利益と規制対象たる表現物との因果関係の明白性の要求<sup>90</sup>の言い換えに過ぎないのではないか。

#### (3)「市民」の権利-バグワットの見解-

続いて、バグワットの見解を見ていこう。彼の見解の特徴は、言論の自由を第一修正の保障する他の自由と関連づけて理解することを試みる点にある。

---

<sup>88</sup> *Id.* at 352.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> *Brown v. EMA*, 564 U.S. 786 (2011) (暴力的ビデオゲームと年少者への害悪との間に「因果関係の証拠」を要求した)。ただし、シュノアーの議論は、証拠の要求というよりは解釈の問題としての側面が強い。したがって、この点において、因果関係の明白性の要求と異なる結論が導かれることはありうるかもしれない。

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

### ア 民主主義的権利について

第一修正は、いくつかの自由を掲げる。言論の自由、出版の自由、集会の自由、請願権（民主主義的権利：democratic rights）、宗教条項である。彼によれば、これらは、（制定時に特殊な過程を経て第一修正に持ち込まれた宗教条項を除き<sup>91</sup>）相互に関連づけられてきた<sup>92</sup>。それゆえ、民主主義的権利は、共通の起源・目的を有する「同種の（cognate）<sup>93</sup>」権利である<sup>94</sup>。したがって、彼は、「言論」の定義という作業は、他の民主主義的権利との関係を考慮して行われなければならないことを議論の出発点とする。

そして、彼によれば、出版の自由・集会の自由・請願権は、その特徴として、①複数の主体からなる共同の活動であること、②それらの主体に対する表現的要素を持っていること、そして、最も重要な特徴として、③民主主義における市民という地位に強く結びつけられているという点で政治的な性格を有していることを共有する<sup>95</sup>。ここから、彼は、第一修正によって保護される言論の自由も、これらの「同種の」権利と同様、「政治的あるいは民主主義的な共同の活動に従事する権利」、すなわち、「民主主義における市民としての資格で、他者とコミュニケーションする権利<sup>96</sup>」と理解する。したがって、彼の理解において、「言論の中心的機能は、政治的思想を広め、そして、政治的運動を計画することである<sup>97</sup>」。

### イ 「市民」の概念について

ただし、彼のいう「政治的」とは「選挙あるいは公共的政策問題に直接関連する言論」のみを含む、狭いものではない。彼の理解における言論の自由は、あくまで、「民主主義における市民としての資格」と結びつくのであるが、そもそも、アメリカ憲法が採用する代表民主制における「市民」モデルとしては、二つのものがありうる。フェデラリストモデルと共和党モデルである<sup>98</sup>。この二つのモデルの対立点は、投票という単独での行動を除

<sup>91</sup> 1791年に第一修正を成立させた起草者たちは、第一修正に掲げられる他の自由と宗教条項とは全く異なるものだと考えていた。「実際、宗教条項は、1789年9月9日と、起草過程のギリギリに上院が説明なしに結びつけるまで、第一修正の残りのものと結びつけられていなかった」（Bhagwat, *supra* note 2, at 872）。これに対して、民主主義的権利は起草過程の初期から関連するものとして扱われてきた。See also Ashutosh Bhagwat, *Religious Associations: Hosanna-Tabor and the Instrumental Value of Religious Group*, 92 WASH. U. L. REV. 73, 92-93 (2014).

<sup>92</sup> Bhagwat, *supra* note 2, at 872

<sup>93</sup> See *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 530 (1945); *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 364 (1937).

<sup>94</sup> Bhagwat, *supra* note 2, at 873.

<sup>95</sup> *Id.* at 873. なお、集会の自由の政治的性格につき、バグワットは、集会の自由に対するメイソン、マディソンの提案理由におけるオリジナルの文言が、「公共善を求めて共に平和的に集会する」権利であったことを指摘している。

<sup>96</sup> *Id.* at 874.

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> Ashutosh Bhagwat, *The Democratic First Amendment*, 110 NW. U. L. REV. 1097, 1121 (2016).

けば、集団としてのみ、その政治的資格を発揮するはずの市民について<sup>99</sup>、「市民の私的集団（private group of citizens）<sup>100</sup>」の存在を観念できるかという点にある。

フェデラリストモデルによれば、代表民主制において、「市民の私的集団」は存在しない。このモデルにおいて、市民はその代表を、彼ら自身の能力によって選出する。しかし、一度代表者を選出したのであれば、代表者に対する批判を含む、公共に関する討議は代表者に委ねられ、ただ、代表者のみが人民のために語りうることとなる。結果として、政治的論点について絶えず議論を続ける「市民の私的集団」は正当化されない。このモデルでは、第一修正の権利に与えられる役割は、非常に限定される<sup>101</sup>。代表者に対する批判や立法に対する議論さえ、市民・プレスには期待されない。「恒常的な市民による組織、少なくとも、政治的論点に向けられた組織は、人民の代表である選挙された公職者の独占的な役割を篡奪するものであって、非常に疑わしい。このモデルにおいて、市民に成しうることは、せいぜい、恒常的な集団・構造を持たずに、公共の事柄につき議論するために、その時々集まり、重大な必要性が存在する場合には、市民の見解を彼らの代表者に伝達するために請願することぐらいである<sup>102</sup>」。

このモデルは、現代の第一修正の解釈と明らかに適合しない。そこで、彼は、フェデラリストモデルを退け、共和党モデルを採用すべきとする<sup>103</sup>。このモデルにおいて、市民は、「より行動的で、集団的であり、代表者を尊重することのない（disrespectful）、時には扇動的な<sup>104</sup>」ものとして理解され、市民は、「市民の私的集団」として行動しうる。

#### ウ バグワットにおける「言論」

彼の「政治的」の意味に戻ろう。彼は、市民とは、単に投票によって代表者を選出するものではなく、絶えず議論に参加するものとして理解する。そして、「市民が政治的資格として行動しようとする時、彼らはほぼ常に、集団を通じて行動する。そして、その集団とは、政党・NRA・シエラクラブのような公的な実在であるか、それとも、＜ウォール街を占拠せよ（Occupy）＞のような、より非公式な集合であるかを問わない。彼らは、そのような集団を通じて、彼らの価値とアイデンティティを発見・発展させ、あるいは、そのような集団を通じてのみ、個人としての市民は、他の市民・公職者が耳を傾けてくれると期

<sup>99</sup> *Id.* at 1116.

<sup>100</sup> *Id.* at 1121.

<sup>101</sup> *Id.* at 1122

<sup>102</sup> *Id.*

<sup>103</sup> *Id.* at 1123.

<sup>104</sup> *Id.*

## 第一修正における「言論の自由」の目的と範囲について

待できる<sup>105</sup>。つまり、市民による政治的・文化的価値の発展・共有は、公的な討議のみではなく、私的な会話によっても行われる。それゆえ、彼の「政治的」とは、「多くの聴衆に向けているという意味での“公共”」性を必要とする、狭い意味でのそれに限られない。「科学的知識、文化の共有・発展、そして、より広く価値の具体化は市民と大いに関係する」のであって、これらの事柄も、「言論」に含まれる<sup>106</sup>。

彼の議論は、（ここでは扱うことはできなかったが、）リベンジポルノ、個人データの収集といったインターネットの普及に伴い登場した新たな問題とそれがもたらす害悪の防止のためには、「範囲」/「保護」区分論を改めて検討しなければならないとの問題意識に基づく<sup>107</sup>。そのため、彼の定義によれば、けんか言葉等の *Chaplinsky* 判決のリストに挙げられた言論範疇が言論の自由の「範囲」に含まれるか否かについては直接明らかにはしていない。しかし、けんか言葉については、（狭い意味での）政治とも、文化とも関連していないため、また、わいせつ表現についても、ミラー基準が「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」という要件を課す以上、言論の自由の「範囲」外に置かれるように思われる。反対に、公職者に対する名誉毀損については、まさに、公職者の責任を追及するものであって、民主主義における市民の地位と強く結びついている。また、児童ポルノについても、政治・文化との関連性はないため、言論の自由の「範囲」外に置かれるであろう。

### （４）小括

彼の見解は、基本的には、自己統治の理論から出発している<sup>108</sup>。その上で、アメリカ憲法における代表民主制に即した「市民」モデルの展開によって、すなわち、「市民」をいわば媒介項として、「政治的」の意味を拡張している。自己統治の理論に加えて、自己実現の理論等を加味する多元的な説明をとることは、「言論の自由」の「範囲」の画定にとって必ずしも有効とはいえない<sup>109</sup>。特に、思想の自由市場論・個人の自律については、それらを強調した場合に、ある言論を「言論の自由」の範囲外に置くことが困難となるとの指摘がある<sup>110</sup>。これ

<sup>105</sup> *Id.* at 1116.

<sup>106</sup> Bhagwat, *supra* note 2, at 874. 併せてバグワットは、市民の知識、文化、価値に対する政府のコントロールが、人民による統治というアメリカ憲法の大前提と適合しないことも、「政治的」をより広く捉えるべき理由として指摘する。

<sup>107</sup> *Id.* at 883.

<sup>108</sup> *Id.* at 884.

<sup>109</sup> 前掲注（68）とその本文参照。

<sup>110</sup> Abu El-Haj, *supra* note 68, at 925. なお、彼女自身は、議論の出発点を自己統治の理論に置くが、「政治的言論」と「非政治的言論」との区別は「自己統治の利益（the self-governance interest）」の唯一の論理的

らを考慮するのであれば、彼の見解は、何らかの基礎理論に基づき、判例法理における既存の言論の自由の「範囲」を説明する方法として、また、言論の自由の「範囲」に妥当な線引きを加える理論として魅力的である。

もっとも、彼自身も指摘するように、「市民」による区分も、判例法理における既存の言論の自由の「範囲」の説明には成功していない。「商業取引における提案にすぎない」商業的言論については、彼のアプローチからは第一修正の「範囲」外に置かれてしまう可能性があるからである<sup>111</sup>。

---

結果ではないとする。その上で、ポストの議論を参照し、「第一修正の保護は、民主的な国家をその市民の視点から見て信頼があり、そして責任あるものとできる、コミュニケーションおよび行為（例えば投票、抗議行動、結集すること）の形態にまで及ぶ」のであって、「[第一修正の：引用者]保護は、当該表現が直接に民主的討論および民主的参加に向けられているのかに向けられるのではない。民主主義における市民にとって必要な、個人の自律として、および、良心の自由として不可欠なものに対する、その言論の重要性に向けられる」として、「市民」と「自己統治の利益」とを重視する (at 926-27 quoting Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L. REV. 1, 4 (2000))。

<sup>111</sup> Bhagwat, *supra* note 2, at 884.(quoting Pharmacy, at 762). ただし、バグワットは、避妊具と性感染症とに関する情報提供を含むパンフレットを商業的言論とした *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 64-68 (1983)を引用しつつ、「連邦最高裁は、後に、商業的言論の定義を、明らかに民主主義過程に関わる主題の議論を含むものまで拡張した」ため、商業的言論であっても第一修正の「範囲」に含まれる可能性があるとの留保をつけている。

## おわりに

以上、第一修正の「言論の自由」の「範囲」について検討してきた。*Stevens*事件判決の登場、リベンジポルノのような新たな問題の登場によって、アメリカ憲法学説において、「範囲」/「保護」区分論が重要な検討課題となりつつあるように思われるが、言論の自由の「範囲」に関する既存の判例法理を記述的に説明可能な理論を提示しつつ、これらの問題に対応することはやはり困難な課題であると言わざるを得ない。特に、第一修正の目的、ないし、言論の自由の根拠論に遡った説明は、(一つの理論を採用した場合、多元的な説明を採用した場合を問わず、)困難である。この点において、シャウアーのように、基礎理論の外にある諸要因を持ち出すことや、あるいは、シュノアーのように、社会学的現象としてのアプローチを試みることも確かに一つの方向性である。

これに対して、上記の困難な課題を、自己統治の理論からスタートし、これに「市民」という媒介項を介在させることによって乗り越えようとする、バグワットの見解は、示唆的といえよう。

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

金 原 宏 明

## Summary

### “Freedom of Speech”: Its Coverage and Purpose

Hiroaki Kanehara

Is revenge porn “speech” covered by First Amendment?

This essay will examine First Amendment’s “coverage” and theories underlying it (for example, self-government, democratic deliberation, self-expression, personal autonomy, search for truth, and marketplace of ideas). Theory based on (nuanced) self-government may provide proper limits to the freedom of speech.