

Uncertainties of the Freedom of Expression Doctrine in the United States

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2021-03-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大沢, 秀介 メールアドレス: 所属:
URL	https://mu.repo.nii.ac.jp/records/1478

アメリカにおける表現の自由の動揺

大 沢 秀 介

1 はじめに

最近ギンズバーグ（Ruth Bader Ginsburg）連邦最高裁判所裁判官の死去にともなう後任として、トランプ大統領によりバレット（Amy Coney Barret）第七巡回区連邦控訴裁判所裁判官が任命されたことが注目された。それは、バレット裁判官の任命によって連邦最高裁判所（以下、「最高裁」という。）の構成が、保守派裁判官が6名とリベラル派裁判官3名となり、最高裁の一層の保守化が進んでいくのではないかと懸念され、民主党が強く反対したためである¹。

その保守化した最高裁で今後注目されるのは、バレット裁判官のアボーシヨンの権利に対する判断であろう²。これまでアボーシヨン規制を合憲とするカソリックや福音派の人々やそれらの人々を支持基盤とする政治家らは保守派とされ、アボーシヨン規制を女性の自己決定権に対する侵害と見る人々はリベラル派と目されてきた。その点で、アボーシヨン問題は、アメリカ政治における近年の特徴である保守とリベラルの二極化現象を象徴するものといえる。このアボーシヨン問題の背景には、アメリカの宗教的、文化的要因が大きく存在する。もちろん、アメリカ政治の二極化現象の要因としては宗教的・文化的要因³以外にも、経済的要因や社会的要因が存在する。さらに経済的要因としては、アメリカ社会における貧富の格差の著しい増大があげられる⁴。実際、最新の統計でも格差の増大は著しい⁵。そして、社会的には人種差別が存在する。

いま述べた人種差別を背景に、アメリカの人権論の中心ともいうべき表

現の自由と平等の関係性が問われている事件にヘイトスピーチの問題があげられる。ヘイトスピーチの問題は、その根底にアメリカの法や政治の正当性を支える道徳、哲学、社会学的事実の動揺という要因を抱えている。とくに哲学の動揺は、20世紀初頭の革新主義を支えたプラグマティズムの衰退とウォーレン・コートに代表されるリベラリズムの台頭、そして1980年代の新自由主義の急激な席捲として表されている。革新主義を支えたプラグマティズムは、それ以前に重視されてきた個人の財産権の絶対性を否定し、経済規制を促進するものであった。しかし、近年では1960年代以後の伝統的な理解の下において規制の対象と捉えられてきた経済活動の自由を重視する批判的な考え方が、新自由主義として有力な形で社会に広まり、そのような考え方は表現の自由にも及ぶようになってきている⁶。

そこで、本稿では、最近のアメリカにおける表現の自由の変容を、三つの点から検討していく。第一に、アメリカ憲法学における伝統的な表現の自由の考え方と平等の関係について、ヘイト・スピーチを対象にして、アメリカの議論を紹介しつつ若干の検討を加える。第二に、革新主義の時代からニューディール以後、経済的自由と平等分野における規制の正当化理由を提供してきたプラグマティズムが、表現の自由をどのようにとらえてきたのかを検討する。そして第三に、憲法学にリバタリアニズムが影響を与えることによって、伝統的な表現の自由にどのような影響を及ぼし、現代の表現の自由がどのように理解されているのかについて瞥見する。

2 伝統的な表現の自由と平等の関係

—ヘイトスピーチを題材に

ヘイトスピーチが注目されるようになったのは、1990年前後から大学キャンパスを中心にマイノリティや女子学生に向けられた差別的で悪質なコミュニケーション内容をもつ表現が登場したためである⁷。たとえば、スタンフォード大学では黒人学生を侮辱する絵が黒人学生の宿舎の壁に貼

られ、ミシガン大学では学生の運営する放送局で人種差別的ジョークが放送された。その背景には、当時の大学キャンパスでの人種的緊張の高まりが存在した。もっとも、人種差別はこれまで長く存在してきたこと、そしてマイノリティへの差別的発言が見られたことは広く知られている。

(1) Beauharnais v. Illinois 判決

人種差別的表現に関する最高裁の初期の判例として、Beauharnais v. Illinois 判決⁸があげられる。この事件で原告ボナエ (Beauharnais) は、シカゴ市内で黒人の白人に対する侵害やハラスメントを止めるように求め、白人に対して結束して黒人の暴力へ対抗するように訴える文書を配布した。そのため、公の場で人種、肌の色、信条または宗教的クラスをなす人々に対して、侮辱、嘲笑または誹謗する描写をなす出版物の掲示を犯罪とする州法⁹違反で起訴された。

この事件の争点は、当該州法がボナエの表現の自由を侵害するか否かというものであったが、最高裁はボナエを有罪とする原審判決を維持した。フランクファーター裁判官 (Frankfurter, J.) の執筆する法廷意見は、ボナエの表現は名誉毀損に当たり、憲法上保護されるものではないと判示した。法廷意見によれば、シカゴ市は、これまでも人種や宗教集団に対する虚偽の発言によって自由で秩序ある状態が妨げられてきた。とくに人種間の緊張がこれらの文書によって高められ、暴力や破壊行為を引き起こしてきた。当該州法は、このような事態の中で制定され、虚偽で悪意に満ちた人種や宗教集団に対する名誉毀損を抑制することを意図していたものであり、適切なものであった。「もし個人に向けられた発言が刑事制裁の対象になるならば、同じ発言が一定の集団に向けられた場合でも、その集団とそれに加わっている個人が一体となっているときには」刑事制裁の対象となり、法律を無効とすることはできないと判示したのである¹⁰。

いま見たように、Beauharnais 判決は、特定しうる人種的または宗教的集団に対する差別的表現の規制を合憲とするものであったが、その後この

判例に続くものは見られなかった。そのような中で、1990 年前後から大学キャンパスでの人種差別的表現がヘイトスピーチと認識され、憲法上の議論として再度浮上してきたのである。そこで憲法上の議論の対象となったのは、多くの大学で制定されたヘイトスピーチ対処のための学生行為規範（conduct code）であった。行為規範の制定は、大学の存立基盤である学問の自由や表現の自由を優先するのか、マイノリティの学生らが憎悪や脅迫を受けずに真実を探究する権利を優先するのかという厳しい選択に直面した大学がとった対応であった。そして、これらの行為規範の多くは、ヘイトスピーチを強く規制するものであった。そこで、その合憲性が争われることになり、その点に関する重要な判断を初めて示したのが、1989 年の Doe v. University of Michigan 連邦地裁判決¹¹であった。

(2) Doe v. University of Michigan 判決

ミシガン大学は、学内でヘイトスピーチが多発したため、1988 年にそれまでの方針を変更して表現規範（speech code）を制定し、人種、年齢、エスニシティ、性別及び性的指向などの事由を理由に個人に対してハラスメントにあたる言葉を使いまたは行動することを禁じた。これに対して、心理学を専攻する学生ジョン・ドー（John Doe）が、大学の方針により生物心理学の分野における論争的トピックを議論することができなくなったことは学生の利益を侵害するとして、大学を相手取って訴えを提起した。この訴えに対して連邦地裁は、ミシガン大学の方針が、最高裁が一貫して過度に広汎で違憲であると解してきた判例などに照らして明らかに違憲であると判断した¹²。University of Michigan 判決は、伝統的な表現の自由の法理を重視したものであった。

University of Michigan 地裁判決以後、他大学でも訴訟が提起されたため、各大学もこれまでよりも表現の自由の保障を拡大し、ヘイトスピーチ規制の範囲を限定する方針・表現規範を採るようになった¹³。それら規範は、ヘイトスピーチ規制を大学キャンパス内での人種差別事件の頻発に対

処するために必要であるとしつつ、伝統的な表現の自由の法理を勘案した形で、ヘイトスピーチの問題を解決しようとする姿勢を示していた。

もっとも、これらの規範は、ヘイトスピーチを判例上認められてきた喧嘩言葉 (fighting words) と類似するものと捉えていた。そのため、その適切性には疑問が呈されることになった。その理由は、Chaplinsky v. New Hampshire 判決¹⁴以来、判例が「喧嘩言葉」の範囲を狭く限定している中では、大学キャンパスの差別的表現のごく一部がそれに該当するにすぎないこと、またヘイトスピーチと喧嘩言葉は一部重なっても、ヘイトスピーチとされる人種や性別等に基づく差別的表現は、喧嘩言葉に比べ相当広範囲のものと見られたためである。さらに、ヘイトスピーチの被害者はその被害を外部に訴え出ないことが多く、被害の全体が正確に認識しにくい¹⁵状況では、より広汎な規制が必要とされるためである。この点で、University of Michigan 地裁判決は不十分だと批判されたのである¹⁶。

(3) 伝統的な法理に対する批判の背景

ヘイトスピーチ問題の浮上と伝統的な表現の自由による対処への不満の背景として重要なのは、1964年の公民権法制定以来その主役を担ってきた公民権活動家 (civil rights activist) の見解の変化である。フランス (Steve France) によれば、1964年の公民権法制定当初、公民権運動の目的は主として人種の統合におかれていた。そこでは、人種の統合を目指し、人種の相違を乗り越えて各人が自己の判断で決定を下し自由に行動するという社会像が描かれていた。しかし、その後次第に公民権活動家の間でその目的は社会の主流である白人男性社会を強固にするにすぎないとして否定されるようになり、むしろ人種の相違という多様性を認識した上で、集団やその集団に属する個人の間での平等を要求し、歴史的及び社会的に従属的な地位に置かれてきたマイノリティの力の増大と威信を求めるべきであるという視点がとられるようになった¹⁷。

このような社会像や視点の変遷を踏まえると、1990年代のヘイトスピー

チの問題は、1950年代や60年代の集団に対する中傷的表現とは異なる視点から眺める必要性が生じる。それは、ヘイトスピーチ問題が伝統的な表現の自由として市民的自由（civil liberties）の要素を含む一方、人種的多様性を踏まえた上での平等の実現とマイノリティの権利の増大という市民的権利の要素を含んでいるためである¹⁸。そこで問われているのは、市民的自由と市民的権利の要素をどのようにとらえ関連づけるかという問題なのである。

（4）市民的自由重視のアプローチ

いま述べた視点から、ヘイトスピーチの問題に対しては三つのアプローチが考えられる。第一のアプローチは、市民的自由を重視するものである。この見解は、伝統的な表現の自由の立場にたって、個人の自由を重視し差別的言論に対しては言論で対抗するべきであるとする。また、自由な表現をできる限り保障するために表現を規制する場合でも、その範囲を厳格に限定するという立場をとる。したがって、検閲は絶対的に禁止され、観点規制・内容規制は厳格な審査基準に服することになる。このアプローチからは、ヘイトスピーチの規制は、ごく狭い表現の保障範疇に属しないヘイトスピーチの規制を除いて、内容規制や検閲に触れることになり、違憲と判断されることになる¹⁹。また、修正14条の判例法理でいう「疑わしい分類」に属する人々に向けられた差別的表現をヘイトスピーチとして規制することも、なお曖昧で対象として明確化しにくく、反対派の表現を抑圧するものとして認められないことになる²⁰。しかし、このアプローチに対しては、表現を行為と区別して保障しようとするものの、そこではヘイトスピーチが被害者に与える心理的損害²¹が斟酌されず、また自由で開かれた対話をめぐる現在の困難な状況を直視せず、対抗言論の考え方を持ち出すことによって、そのような状況から逃避するものであり、ヘイトスピーチ問題に対する有効なアプローチとはいえないと強く批判される²²。

(5) 市民的権利を重視するアプローチ

第二のアプローチは、市民的権利を重視するものである。この見解は、市民的自由を重視する場合と異なり、平等を表現の自由の前提としてとらえ、平等が実現されない中での表現の自由の保障は意味がないとしヘイトスピーチ規制を認めるものである。マッサーロ (Toni M. Massaro) は、市民的権利を重視するアプローチをさらに二つに分類する。一つは伝統的な表現の自由のパラダイムを受け入れた上で、それを内在的観点から批判的に見る立場 (以下、「パラダイム受容型」という。) である。もう一つの立場は、パラダイムそのものを変更しようとする立場 (以下、「パラダイムシフト型」という。) である。

① パラダイム受容型

パラダイム受容型は、伝統的な表現の自由が表現に対して価値中立的な姿勢を示し、何が社会にとって最善の真理にいたる表現かは、思想の自由市場で決定されるとしていることに対して、そこには様々な例外が存在するとし、人種差別主義は多くの害悪を被害者にもたらす例外にあたるとする。そして、Brown v. Board of Education 判決²³を憲法上の根拠として、政府はヘイトスピーチによってもたらされる害悪を予防することができるとする²⁴。さらに、ヘイトスピーチは低価値表現であり、喧嘩言葉の範囲を拡大すべきことを主張するものである²⁵。

② パラダイムシフト型

パラダイムシフト型は、伝統的な表現の自由が依拠してきた個人の自律を核とするリベラリズムそれ自体を否定して、個人を包摂する集団の重要性を指摘し、集団に対するヘイトスピーチの害悪を直視するべきだとする²⁶。この立場によれば、ヘイトスピーチ規制をこれまで阻んできたものは、アメリカのミドルクラスが有する個人主義的リベラリズム (individualistic liberalism) とされる。パラダイムシフト型は、集団が誹謗されることによって、その集団に属する個人の自己評価を低下させるとして、個人主義的リベラリズムを排するのである。そこでは、人の個性を

形成する上での集団への帰属の重要性が認識され、集団にかかわるヘイトスピーチは、憲法的保護には値しないとされる²⁷。

パラダイムシフト型に対しては、その主張の強さから市民的権利アプローチを支える平等理論 (equality theory) そのものが分析的批判に脆弱であるという批判や、市民的権利のアプローチが平等の観点から従属的な立場にいる人々に向けられた中傷のみを処罰の対象としていることが、憲法に反するのではないかという指摘がなされている²⁸。

(6) 折衷型アプローチ

第三の折衷型アプローチは、第一と第二のアプローチの長所を取り込むようにするものである。この見解は、個人または集団に対して、面前でそれら個人や集団の有する一定の特徴、たとえば人種、宗教、エスニック、性別、性的指向などの事由を理由に加えられる中傷をヘイトスピーチと限定して捉えた上で²⁹、正当な理由なく差別的な表現がなされないよう慎重に意図した手段をとることを求めるものである³⁰。この第三のアプローチは一種の妥協であり、ヘイトスピーチをめぐる紛争に休戦状態をもたらす効果を有している。ただ、同時に本質的な問題解決を回避する恐れもある。

この折衷型アプローチの代表例が、スタンフォード大学ロー・スクールのグレイ (Tomas C. Grey) 教授が創案したヘイトスピーチに関するスタンフォード大学指針 (Stanford policy)³¹である。この指針は、ヘイトスピーチを①性別、人種、肌の色、障害、宗教、性的指向、国籍、民族的出身などの事由を理由に、個人または少人数の個人の集まりを侮辱またはスティグマを与えることを意図し、②侮辱やスティグマを受けた人々に直接向けられたもので、③まさにその発言によって損害を与え即時的に治安を破壊するように唱道しようとする言葉として捉えられる侮辱的または喧嘩言葉などを用いるものと定義する。さらに、その中で性別や人種などを理由に直接的で露骨な人々に対する憎悪または侮辱を伝達する場合に刑事制裁を科される。したがって、刑事制裁を科されるヘイトスピーチは厳格に

絞られている³²。

このスタンフォード大学指針の長所として、規制の必要性について最も確信を持てる表現規制に制限していること、また人種的中傷に限定せずに指針によって保護される場合を人種以外に広げる形で、人種とそれ以外の事由による場合との間でのランクづけを避けていることなど³³があげられる。

3 サリバンの見解

(1) 三つのアプローチの深層

これまでヘイトスピーチ規制という伝統的な表現の自由と平等の関係を問う事象に対する三つのアプローチを見てきた。このうち第一と第二のアプローチは、ヘイトスピーチを野放しにするかあるいは逆に規制し刑事制裁を科すことを認めるもので、いずれも極端であると見られてきた。もちろん、民事及び刑事の違法行為を引き起こすようなヘイトスピーチについては、その違法行為が特定のトピックや観点を規制するものでなければ規制できると解されている³⁴、また、争われているヘイトスピーチが怒りをあおり、処罰すべき犯罪行為を引き起こすような影響や効果を有する場合にも規制することが可能であるとされている³⁵。しかし、それらの例に当てはまるヘイトスピーチ規制は多くない。

その点で、折衷型の見解は二つの考え方の長所を採り入れ、混乱を回避することができるという意味で、受け入れやすいものである。しかし、折衷型アプローチは、前述したように休戦状態をもたらすにとどまるものであり、本質的な解決を図るものではない。解決のあり方を検討するためには、市民的自由アプローチと市民的権利アプローチの二つについて、さらにその内容を検討する必要がある。ここでは、その検討をサリバン(Kathleen M. Sullivan)³⁶の見解³⁷に基づいて行うことにしたい。

市民的自由のアプローチと市民的権利のアプローチは、ともに表現の自由にかかわるが、その背後に据えられた基本的利益の相違によって区別す

ることができる。サリバンは、その点に関して、表現の自由には二つの概念が存在するという立場をとる。

(2) 平等としての表現の自由

第一の見解は、市民的権利のアプローチで触れたような、表現の自由は政治的平等の利益に奉仕するという見方である³⁸。この平等としての表現の自由は、サリバンによれば、反差別原理（anti-discrimination）を内包しているとされる³⁹。ここでいう反差別原理とは、多数派による敵意や選択的な無視の標的となるさまざまなマイノリティを保護し政治的平等の利益を実現するものである。この反差別原理から引き出される平等としての表現の自由は、主流から外れた、反対派の見解や不人気な政治的見解のような政治的従属を強いられまた敵意を蒙りやすい見解について、政府が差別することを禁ずるものとなる。

また、反差別原理は一種のアファーマティヴ・アクション、すなわち公的給付を受けるにあたって一定の言論を控えるという制限条件を政府が課すことを禁ずることによって、主流から外れた、反対派や不人気な言論をなす政治的に従属的な地位にある人々の言論を保護し、増大させるという一種の優先処遇または助成の提供という要素を内包するとされる⁴⁰。したがって、平等としての表現の自由の下では、政治的平等を高めるための政府の規制が許されることになる。政府は、資力の乏しい個人と資力の豊かな会社などの話し手間に存在する不平等を是正し、平等を制度的に保障するあり方を中立的な形で規制することにより、表現の力を話し手間で再配分することができると思われる。

(3) 自由としての表現の自由

第二の見解は、表現の自由を政府の専制政治を防ぐために、政府が公私の壁を越えて私的秩序に過度に干渉することを抑制し、思想の自由市場を尊重するという目的に奉仕するという見方である。この見解は、平等とし

ての表現の自由の反差別原理に基づく表現の内容規制や表現をする力の再配分というアファーマティヴアクション的要素もすべて否定する。自由としての表現の自由の論理は、表現の自由条項が「話し手」ではなく「表現」と述べていることから、憲法は話し手の権利の積極的な保護ではなく、政府が表現の自由を奪うことのないように保障しているとする。したがって、表現の自由条項は話し手が誰であるかにはかわらず、表現の自由をシステムとして保護することを意図しているとされる⁴¹。

また、表現の自由は、表現をすることの自由であるから話し手の利益を重視すべきであり、聞き手の利益はそれほど重視されないとする⁴²。表現の自由では、表現の自由な流通を最も重視すべきであるから、政府による表現の自由の規制が許されるのは、表現の自由市場の機能不全が著しいときに限られる⁴³。反差別原理の下で人種差別行為などに対する政府の規制が許されるべきであるとしても、表現に関しては政府が話し手間の力の均衡を図るために人種差別表現を規制することは許されない。差別的表現によって政治的に従属的な地位にある被害者が抑圧されるというパターンリスティックな理由に基づいて、政府がその表現について真偽を判断する権限をもつことは認められない。被害者はそのような人種差別表現に対して言論でもって対抗すべきであるとされる⁴⁴。

さらに、表現の自由は、私的秩序システム内での表現を保護するものであり、資力の豊富な多数派のイデオロギー的表現を否定する資力の乏しい話し手の表現を支援するような積極的な義務を課するものではないとする。

(4) 二つの見解の関係

平等としての表現の自由の見解と、自由としての表現の自由の見解の関係は、結論的には同じ方向を目指す場合が多い。たとえば、国旗の焼却を禁ずる法律について、平等としての表現の自由の見解は、国旗の焼却は支配的な権威に対する強力な批判として認めるべきであるとして違憲とし、また自由としての表現の自由の見解は、反対派の見解の持つ価値に対して

政府はそれを判断するべきではないとして違憲とすることになる⁴⁵。

しかし、公的な対話において、あまりにも支配的な話し手の影響力を減少させようとする方向を政府がとろうとするときに、二つの見解が大きく分岐し⁴⁶、重要な意味を持つことになる。それには二つの理由が存在する。第一に、現在の最高裁でリバタリアンの影響の強い保守派が自由としての表現の自由の見解をとり、リベラル派が平等としての表現の自由の見解をとって重要な事件で激しく対立する中で、次第に保守派が優位しつつあることである⁴⁷。第二に、二つの見解がそれぞれ基盤とするリバタリアニズムと平等主義の対立及び最高裁でのリバタリアニズムの優位の傾向は、ニューディール以後支配的であった革新主義に由来するこれまでの憲法理解に大きな影響を与える可能性が高いからである。

(5) 最高裁内での二つの見解の対立

① Citizens United v. FEC 判決

二つの見解が対立した有名な最高裁の判決が、Citizens United v. FEC 判決⁴⁸である。この判決は、アメリカにおける選挙運動に関する規制として成立した 2002 年超党派選挙運動改革法（Bipartisan Campaign Reform Act、以下「BCRA」という。）の合憲性にかかわる。BCRA は、いわゆるソフト・マネーを禁止した法律であり、その中で BCRA203 条は選挙の 60 日前または予備選挙の 30 日前から企業や労働組合がその資金を支出して、ケーブルテレビや衛星テレビを含めた電波を使って、特定の候補者の選出または敗北を明白に唱道する電波選挙広告（Electioneering Communication）を行うことを禁止していた。また、それに関連して BCRA の 201 条から 311 条は、電波選挙広告への寄付者の公開及びその電波選挙広告が Super PAC の支持する候補者とは独立して支出されることを求めている。

この事件の当事者である Citizens United は、共和党支持の Super PAC であり、通常の PAC と異なり寄付金額の制限なく合法的に選挙資金を集

め、それを支出する団体であった。Citizens United は、2008 年の民主党の大統領候補者で上院議員のヒラリー・クリントン（Hillary Clinton）を批判的に扱ったドキュメンタリー・フィルム「Hillary, The Movie」を民主党の予備選挙の 30 日以上前から宣伝し、30 日以内になった段階で、そのフィルムをケーブルテレビのオンデマンドで放映しようとした。

Citizens United は、それが BCRA203 条に明らかに違反し、刑事及び民事制裁を科されると判断し、連邦地裁に対し上記条項が違憲であるとの宣言的判決と差止命令を求めた。その根拠として、① BCRA203 条は、文面上修正 1 条に違反した本件番組及び広告に適用されるかぎりでは違憲である。② BCRA201 条及び 311 条については適用違憲にあたると主張した。これに対して、連邦地裁は、先例の *McConnell v. FEC* 判決⁴⁹に基づいて訴えを退けた。そこで、Citizens United が上告した。

② ケネディ法廷意見

この上告に対して、最高裁は BCRA203 条を文面上違憲とする 5 対 4 の判決を下したが、事件の本案をめぐって保守派で構成される多数意見とリベラル派で構成される少数意見が烈しく対立した⁵⁰。

ケネディ裁判官（Kennedy J.）の執筆する法廷意見は、以下のように述べた。一定の主題もしくは見解を望ましくないものとして扱うことまたは異なる話し手を区別する試みは表現の内容を支配する手段となりうるから修正 1 条に反する。政治的表現の文脈で、政府は一定の話し手を望ましくないとして制限を課すことはできない。政治的表現は、政府の説明責任を求めるという意味で民主主義において不可欠なものであり、意図的にそれを抑制しようとする法律に優位しなければならない。このような修正 1 条の理解は、法人がその豊富な資力を用いて思想の自由市場で不公正な優位を占めることを防止するべきと判示した *Austin v. Michigan Chambers of Commerce* 判決⁵¹ のいう反歪み原理（antidistortion rationale）とは一致しない。*Austin* 判決は、修正 1 条によって保護される開かれた思想の自由市場の考えに対する介入となる。法人による独立支出は、腐敗や腐敗

の様相を生み出すものではない。話し手が公職者に対する影響力を持つことまたはアクセスすることは、これらの公職者が腐敗していることを意味するものではない。影響力やアクセスがあるとしても、それによって選挙民が民主主義に対する信頼を失うものではない。実際にそのような信頼の喪失を示す深刻な事態は生じていない。政府が法人の独立支出を制限することを認めた Austin 判決は破棄されることになる。したがって同様な支出制限を課す BCRA203 条も有効とはいえず、本件には適用されない。さらに、独立した法人の支出制限を BCRA203 条により課すことを認めた McConnell v. FEC 判決⁵²の部分も破棄される、とした。

③スティーブンス反対意見

これに対して、スティーブンス裁判官 (Stevens, J.) の執筆する少数意見は、多数意見に対してつぎのように反論する。Austin 判決と McConnell 判決は、法人の表現を絶対的に禁止したものではなく、法人には様々な政治的表現の手段が残されている。これまでの判例上、修正 1 条は政治的言論を手厚く保護してきたことは確かであるが、話し手のアイデンティティまたは表現の内容に基づく立法上の区別を禁じてきたとすることは誤りである。選挙の文脈において表現の話し手に基づく規制を行う議会の権限は認められてきた。また、修正 1 条が話し手のアイデンティティたとえば法人ということに基づく区別を伴う規制をあらかじめ排除してきたという歴史は存在せず、修正 1 条の権利の主体は自然人であると憲法起草者は考えていた。さらに、これまで法人による選挙向け支出に対する連邦議会の長年にわたる規制に対して、判例は合憲と繰り返し判断してきた。言論が単に法人によるものであるという理由だけで、修正 1 条の範囲外になるとは誰も考えておらず、ただ法人による支出が修正 1 条の下で厳格審査を受けること、そして合憲となるためにはやむにやまれぬ利益を有することが必要だといっているにすぎない。

法廷意見と反対意見で示された見解は、Citizens United 判決の本案に関する判断にかかわるものであるが、両者は政治的表現が民主主義にとつ

て重要であるとする点では一致しつつ⁵³、多数意見は思想の自由市場を完全な自由市場として維持するべきであり、どのような表現が優位するかは市場で決定されるべきであるから、聞き手を重視するための法律による規制は必要ないとする。これに対し、少数意見は思想の自由市場において富裕な法人という話し手とそうでない個人などの話し手の表現の方法に関して、経済的な貧富の差による相違が生じ、富裕者が優位する不完全な市場として存在してきたから、話し手の間での富の相違による表現の重みが均等となるように是正するための法規制は必要であるとする立場をとる⁵⁴。

5 リバタリアンと進歩派の見解

(1) 二つの見解の歴史的背景

サリバンのように、最高裁には表現の自由に関するリバタリアンの見解と平等主義的見解との対立が存在するという見方に立てば、Citizens United の判決はリバタリアンの見解が平等主義的見解に優位したものと見ることができる⁵⁵。表現の自由以外の領域でも、オバマケアに関する最高裁の判決⁵⁶では、反対意見がリバタリアンの見解を強く打ち出している⁵⁷。

この二つの見解は、最近見られるようになったものではない。たとえば、フィス（Owen Fiss）は、1970年代に入って政治過程が会社や富裕者などの経済的強者により大きな影響を受けていたこと、そして最高裁で経済的強者が勝利を収めることがほとんどであると指摘していた⁵⁸。このようなフィスの見解の背景として、ラッバン（David M. Rabban）は、第一次大戦後のホームズ裁判官（Homes, J.）やブランドイス裁判官（Brandeis, J.）の有名な反対意見に始まり、1969年の *Brandenburg v. Ohio* 判決⁵⁹に至って完成した表現の自由の法理が危機に瀕しているという認識があったとする⁶⁰。たしかに、ウォーレン・コートの影響が衰退していく1970年以後の表現の自由の判例は、次第に会社や富裕な個人が訴

えを起こすものとなっていった。選挙運動資金の寄付制限を認める法律を違憲とする判決⁶¹などは、経済的、政治的、社会的強者の自由を支持する判断を示すようになったといえる。

これに対し現代の進歩派は、このような判例動向は、かつて経済的自由の領域において会社と労働者を形式的に平等の立場としたことが、実際には受け入れがたいほどの実質的な不平等を招いたのと同様に、表現の自由においても会社や富裕な個人と経済的・政治的・社会的弱者⁶²たる個人を平等にとらえることになって、実質的な不平等を招くものであると批判する⁶³。進歩派によれば、最高裁保守派の契約の自由と表現の自由に関する法理の理解によって、表現の自由の領域で話し手間の力の不平等が支持されるようになってしまったとされる。

この点について進歩派は、より具体的に 1905 年の *Lockner v. New York* 判決⁶⁴を引き合いに出して、修正 1 条の *Lockner* 化を論じる。*Lockner* 判決は、パン製造業の最大労働時間を規制するニューヨーク州法が修正 14 条のデュープロセス条項の下で保障された契約の自由に反するとされ雇用主が勝訴した事案である。進歩派は、現在の修正 1 条の判例法理も *Lockner* 判決と同様な機能を果たしているとする。最高裁が経済的に富裕な人々の表現の自由を保護し、経済的に貧しい人々の利益を促進しようとする議会及び政府の方策に対して個人の自由をたてに対抗しているからである⁶⁵。

このような観点に立てば、個人の財産権を強く保障した *Lockner* 判決について、その後のニュー・ディールが経済的自由への積極的な規制立法を通して否定したように、進歩派の学者が「表現の自由のためのニューディール」を求めるのは当然であろう。実際、進歩派の学者、たとえばサンステイン (Cass Sunstein) は、連邦の選挙運動資金規制のうち支出制限を修正 1 条違反とした *Buckley v. Valeo* 判決⁶⁶を、*Lockner* 判決と並べとらえ、「表現の自由のためのニューディール」の必要性を強調した⁶⁷。ここでいう表現のためのニューディールとは、1930 年代の最高裁による

憲法革命が財産権と契約の自由を制限してニューディール期の社会及び経済規制立法を支持したのと同様なやり方で、政府が民主主義的に定められた公益のために表現を規制することを許容することを意味する。

(2) リバタリアン主義の意味

進歩派の見解に対し、リバタリアンの見解はどのようなものであろうか。保守派の裁判官といってもその内実は多様である。ラザルス（Simon Lazarus）は、最高裁内の保守派を四つのグループに分ける。社会的・宗教的保守派、ビジネス保守派、肥大化政府保守派、そしてリバタリアン保守派である⁶⁸。これら諸派からなる保守派の中で、近年最高裁の保守派裁判官への影響力を強めるようになったのが、リバタリアン主義である。

リバタリアン主義の意味について、バーネット（Randy E. Barnett）⁶⁹はつぎのように述べている⁷⁰。リバタリアン主義は、人々が自由に行動を選択できるような空間を規定する一定の個人の権利をきわめて強く保護する見解である。そこでいう基本的な個人の権利とは、①財産権、②契約の自由、③無主物先占の権利、④基本的権利が脅かされときの自己及び他者を防衛する権利、⑤原状回復の権利である⁷¹。リバタリアン主義と古典的リベラリズムは、個人の自由の尊重と制限政府を望ましいとする点で共通するが、古典的リベラリズムが最低限の物質的援助の権利を執行するように求め、他の重要な社会的目的を達成するために五つの権利の制約を認めることがあるのに対して、リバタリアンは基本的権利を前述の五つに限り、これら五つの権利を他の社会的価値が指摘される目的を達成するために制限するということを認めない点で異なる。リバタリアンにとって、五つの権利は個人的集合的な目的の追求に対する独立的制約であるとされる。その作業テーゼは、これらの五つの権利を守ることによってこそ、純粋に望ましいすべての社会的目的を達成する道が開けることになるというものである。

(3) 合衆国憲法はリバタリアン？

リバタリアンは、個人の自由や権利を重視するとともに制限政府を支持し、それゆえに表現の自由に対する国家の規制をその目的が社会的に重要なものであるとしても認めないという立場をとる。さらにリバタリアンは、1937年のWest Coast Hotel v. Parrish判決⁷²などの憲法革命によって、積極国家観に基づく政府規制の拡大が合憲となったという認識を否定し、合衆国憲法をリバタリアン的に理解しようとする。この点について、バーネットは、オリジナルな憲法そして権利章典は、個人の自由を保護し制限的政府を志向している点で、現代のリバタリアン政治哲学と一致するとする⁷³が、これまでの最高裁の憲法解釈は、憲法が保障する自由を制限してきたとする。この最高裁の憲法解釈が生じた背景として、バーネットはニュー・ディール期や「偉大な社会」計画⁷⁴の時期に、政治的に人気の高い政府によって自由への積極的な規制が重層的な形で行われた中にあっては、最高裁の裁判官が時代の要請に反してまでその判断を維持することに限界があったとする⁷⁵。

このような観点から見れば、リバタリアンの将来的な目的はニュー・ディール以前の憲法体制への回帰ということになり、それは経済的自由に対する積極的な規制立法ばかりではなく、表現の自由を含む精神的自由に関する個人の自由の規制も認めがたいことになる。リバタリアンの主張は、経済的自由についてはわかりやすい。それは、ニューディール以後、アメリカが福祉国家への道を進み、社会的、経済的弱者のために積極的な立法を制定し、それによって経済的自由を制約してきたからである。それは、憲法解釈においても二重の基準として定着し、経済的規制立法にはきわめて緩やかな合憲性審査基準が適用されてきた。これに対して、リバタリアンの立場からは二重の基準の適切さは認めがたいものとなる。その意味で、最近の最高裁が古典的なリベラリズムと制限政府の主張を特徴とするリバタリアンの見解を受けて、修正1条の表現の自由にまでそれを拡張しつつあるという指摘は重要である。リバタリアンは、ニューディールを

支持する進歩派に対して、自由放任主義の美德を思い出させるために、経済的自由を規制する立法に反対するだけでなく、表現の自由を制限する規制にも反対しようとし、その憲法上の根拠を修正1条に求めようとしているからである⁷⁶。このようなりバタリアンの姿勢に対して、進歩派がどのような対応をしようとするのかをつぎに見ていく。

6 進歩派の見解

(1) 革新主義との関係

進歩派の多くも、前述の古典的リベラリズムに好意的であり、また社会主義やファシズムなどの集産主義を信奉しているわけではない。進歩派の見解は、政治的、経済的弱者に対する政府による積極的な規制を説く点で、アメリカの思想的伝統に従えば、革新主義に近いといえる。

この点に関してラッバンは、進歩派の議論の多くは第一次世界大戦が始まる直前10年間の革新主義の時代においてすでに見られたとする。それによれば、革新主義者はリバタリアン的な個人主義の示す法的権利の理解が、実質的に不平等な階層間の抗争によって引き裂かれた物質的で不道德な社会を生み出したと見た。しかし、個人は相互依存的な社会的存在であり、その利害は個人を包括するコミュニティの利害と調和する。個人としての特性は、物質主義の資本主義を超越した共同の価値を有する協同的な社会で最も実現される。したがって、政府を個人にとっての脅威と認識するのではなく、人々が積極的な権利を現実に行使するために必要とされる資源を活動的な国家が提供することによって、同意を重視するコミュニティが形成される道筋をたどることができるとしたとされる⁷⁷。

(2) 革新主義と表現の自由—パウンドを中心に

ラッバンは、これら革新主義者の中から、パウンド (Roscoe Pound) やデューイ (John Dewey) らの見解を取り上げ、彼らの見解と表現の自

由の関係について論じている。パウンドは、第一次大戦前に革新主義の見解を法的な分析の中へ採り入れ、法学界に大きな影響を与えた。とくに、社会学的法学（sociological jurisprudence）の考え方⁷⁸は、それまでの伝統的な個人の権利の保護に焦点を当てる考え方が、法システム内の不平等を永続化させ社会正義を妨げているとして、それに代えて社会科学の知見に依拠し、競合する社会的利益間の均衡を保って正義を促進するというものであった⁷⁹。

パウンドは、表現の自由を個人の自然権として理解するのではなく、個人的利益と社会的利益の側面を有するものとした。そして、その社会的利益は、政治の効率を高め社会の進歩を促進することにあると見た⁸⁰。このパウンドの見解は、当時の支配的な表現の自由に関する理解に対する革新主義からする重大な問題提起であった。ただ、その具体的内容は必ずしも明確ではなかった。この点で、パウンドに大きな影響を与えたデューイは、表現の自由の積極的な意味として、単に自由な表現を促進するにとどまらず反対意見の重要性を指摘していた。デューイは、社会の一般的な考え方に反対する個人は、コミュニティの再構築と進歩を促進することによってコミュニティに奉仕しているとした。とくに急激な経済的、政治的そして科学的進展が見られる時期には、かつて真実であったものと現実がうまく適合せず、そのような中で現在優越している規範に挑戦しようとしている個人は社会の再構築の手段を提供する大きな存在であるとした。また、表現の自由は社会の再構築を促す方法としてばかりではなく、突発的な変化や間欠的に生じる盲目的な行動や反応に対する安全弁でもあると理解していた⁸¹。

しかし、このような革新主義者の表現の自由に対する見解は、第一次大戦の戦中や戦後見られた政府による言論抑圧という事態の中で揺れ戻され、国家からの自由の側面が再強調されることになった。ラッパンによれば、多くの革新主義者は第一次大戦後の社会及び経済規制立法では革新主義的な政策や立法を支持しながら、表現の自由については伝統的な理解が

民主主義にとって必要とみなすようになったとされる。それは、国家を市民的自由に対する絶えざる脅威と見る認識であり、表現の自由についてはリベラリズム的見解へと徐々に移行することを意味していた⁸²。

(3) 進歩派と革新主義者の相違

革新主義者の見解には、進歩派の見解と共通するところが見られる。革新主義者は、保守派が過度に財産と自由を重視したことに対して、労働者ら経済的弱者のために政府による規制を主張した。進歩派も、会社や富裕な人々の表現の自由をできる限り広げようとする現代のリバタリアンに対して、経済的弱者や人種のマイノリティ等が民主主義過程へ参加し、政策決定の場で平等な権威と威信をもった市民として、自発的に社会的・政治的選択を行うという熟議に基づく政治が行われよう、表現の自由への規制の必要性を説くからである⁸³。

もっとも、進歩派と革新主義者の考え方との間には二つの重要な相違点も存在する。第一に、革新主義が経済的自由への規制を促す議論の延長線上に表現の自由の規制を論じたのに対し、進歩派は表現の自由への規制の必要性を直接の対象に議論を行っていることである。革新主義は、財産権や契約の自由によって保護された雇用者と被用者の間に生み出される現実的不平等を重視し経済的自由への規制を求めた結果、ニューディール期に最高裁は財産権と契約の自由に基づく権利に対する規制を大幅に認めることになった。しかし、革新主義者は、前述したように第一次大戦前には積極国家による規制を経済的自由ばかりではなく表現の自由にまで認める姿勢を示したものの、第一次大戦中及び戦後の政府による表現の自由への抑圧を眼前にして、表現の自由を伝統的な理解に従って保護する方向に大きく舵を切った。そこでは、国家による規制を重視する革新主義において、精神的自由については規制よりも自由を重視するという一種の妥協がなされたのである⁸⁴。その結果、憲法解釈の領域において二重の基準が樹立されることになり、表現の自由は憲法上の権利の中で優越的地位に位置する

ことになった。その中で、表現の自由は次第に形式的にすべての話し手を等しいととらえ、富裕者や法人などを資力の乏しい個人に実質的に優位させる事態を招来することになったのである。

これに対して現代の進歩派は、富裕者や法人の表現の自由の保護が強く主張され最高裁も最近それを認める傾向を批判的にとらえた上で、社会的、政治的弱者の民主主義過程への平等な参加という社会的利益を実現するために、表現の自由への規制を要請するという立場をとるのである。

第二に、進歩派は、政府は個人の権利を社会利益のために規制することによって有意義な活動を行うという革新主義の理念を共有しつつ、革新主義者よりも国家権力の潜在的濫用に対してより自覚的である。革新主義者は、社会主義やその他の集合主義を個人の特性に対する脅威と見て反対したが、政府の個人の権利への規制の強化がより調和的な社会でより現実的な自由と平等を生み出すとの楽観的希望を有していた。そのため革新主義者は、20世紀初頭における無政府主義者、労働者そして性的異端者の行う表現活動に対する政府の抑圧をほとんど見過ごすことになったのである。

これに対して進歩派は、マッカーシズム、公民権運動、そしてベトナム戦争における表現の自由に対する政府の抑圧を十分目にしていた。そのため、進歩派は表現に対する政府の規制の厳しさや大きなリスクの存在を認識せざるをえなかった。しかし、それでも進歩派は自分たちが批判している現在の表現の自由の法理の下でも、政治的反対者に一定の有意義な保護を提供することを認識してきた。このような認識は、第一次大戦前に革新主義が政府の規制に対してもっていなかったものである。ただ、それは一種のジレンマともいえる。その中でジレンマを解消する存在として期待してきたのが、最高裁であった。これまでは最高裁は保守化傾向を強める中でも、その正当性を確保するために、ある程度進歩派の主張を採り入れることが多かった。進歩派も、個人の自律を無制約に認めることに伴う隠れたコストは、政府による表現の自由の抑圧よりもはるかに大きいものがあるという認識を有していたのである。

(4) 進歩派の議論の問題点

このような進歩派の議論を問題とし強く批判する立場も見られる。シードマン (Louis Michael Seidman) は、進歩派が望むような表現の自由の再構成は、文化的及び政治的風景を一変させうるなら有意味であるが、現在の表現の自由に関する伝統的法理を理論的、構造的に変化させることは非常に困難であるとする⁸⁵。現代における表現の自由は、資本主義社会を前提とする限り表現の手段を有するために財産的権利を必要とする点で、そもそも経済的に不均衡な要素を内包しており⁸⁶、また表現の自由に対する政府の不作為⁸⁷と政府の表現内容中立性の原則⁸⁸が伝統とされてきたからであるとする。進歩派が表現の自由に対する規制を説く場合に、表現の自由の消極的側面を放棄するものでないとするれば、その程度を明確にするという困難な課題に直面し、その課題を克服できなければ、政府による情報統制の危険を生み出す可能性が生じるとする⁸⁹。したがって、進歩派は表現の自由の規制を通して、標榜する重要な社会的変化を導きえないとするのである。

このシードマンの見解に対して、表現の自由に対する理解が硬直化しすぎという問題点を指摘しつつも、同調する見解も存在する。表現の自由は規範的柔軟性が大きく、どのような価値にも奉仕するものであるから、進歩派が主張する平等としての表現の自由という理解も成立しうるが、ただその立場は弱いとする見方である。たとえば、ケンドリック (Leslie Kendrick) は、表現の自由の基礎が自己実現、自己統治、真理探求、社会的安全、など多様な規範的価値との組み合わせで成立しうるから、表現の自由の中に平等の価値を取り込んだとしても、それが唯一の規範的価値との組み合わせと認識することはできず、また表現の自由が平等という基底価値を形成するということもできないという概念上の問題が存在するとする。表現の自由は、その時代の大きな政治的選好状況の中で、その影響を受けながら存在してきたとするのである⁹⁰。

このような指摘は、表現の自由の基礎とされる価値がいずれも抽象度の

高いものであり、それぞれの価値と結びついた場合に、平等の価値を取り込んだ表現の自由は、具体的にどのような結果をもたらすかが予見し得ないという批判である。実際、ケンドリックは、進歩派の提唱する平等としての表現の自由を構成することによって、どのようなものが獲得されるのかという点について疑問視する。ケンドリックは、進歩派の主張が表現の自由に平等の価値を組み込むというものであるとすれば、どのような平等の概念を採り入れるのか、平等と自由の関係をどのように採り入れるのかという点について、深刻な問題に直面することになると指摘する。にもかかわらず、進歩派の表現の自由を再構築する主たる動機は、より平等主義的な社会の構築であるとして、その構想の成立可能性に疑問を呈するのである⁹¹。

7 結びに代えて

これまで述べてきたように、表現の自由をめぐるリバタリアンと進歩派は鋭く対立し、それぞれの問題点を批判しあっている。このような両者の対立を踏まえると、表現の自由の原理論を論じるのではなく、具体的な事例の解決を導き出すための中間的な基準を考えることも重要であろう。たとえば、人種差別の領域においても、Brown v. Board of Education 判決⁹²は、憲法解釈に対する法理的な疑問は呈されつつも、その判決で人種差別撤廃の動きを具体的に促進する基準を示したことがあげられる。たしかに、ケンドリックの指摘するように⁹³、このような実践的な意味は、当該社会で優勢な政治的・社会的動向によってその効果が規定されることになる以上、現在の修正1条をめぐるリバタリアン派の優勢という状況下では、進歩派の見解を実現するという点では懐疑的にならざるをえない側面を有する。

この点を踏まえて、進歩派は現在の修正1条の判例を踏まえて、その枠内で既存の法理とレトリックをできる限り用いて平等主義的な観点を加え

ようとする方向を示しているように思われる⁹⁴。ただ、そこには課題も存在する。それは、既存の法理をできる限り平等主義的方向に振り向ける際に、まず念頭に浮かぶのは最高裁の憲法解釈の方向性的変化を引き起こすことである。ただ、今回のバレット裁判官の任命により一層保守化した最高裁にそのようなことを期待することはなかなか困難になったともいえる。

このような中では、連邦議会による積極的な立法にも期待したいところである。この点について、パーディ (Jerediah Purdy) はつぎのように主張する⁹⁵。表現の自由の法理は民主主義の下での平等の活力を育成するものであり、それは集合的意思の形成に向けられるべきである。そして、集合的意思の形成では、政治過程が共通善の観念に関する権威的な判断を示すことによって、紛争を解決するようにならなければならないとする。しかし、このような主張は、連邦議会の活動を広く認める代わりに、修正1条の判例法理を従来に比べて狭めることを意味することになり、その結果最高裁の憲法解釈を通して進歩派の考える表現の自由を保障するという道が限定されるおそれがある。また、現在のアメリカの政治状況が分断化している中では、連邦議会による積極的な立法を支える制度的基盤と積極的立法を支える勢力が不安定ないし欠如しているとも考えられる。現実にも、連邦議会は、長く上下両院が異なる政党によって多数派が占められるという分断状況が続いており、その結果「決められない政治」状況に陥っている⁹⁶。

このようにアメリカ社会が分極化の傾向を一層強めている中で、選挙運動資金規制をめぐる立法動向などをのぞき、積極的立法を促進する強い連邦議会の存在は実質的には当面期待できない⁹⁷。可能性が高いことを考えるとき、進歩派にとっては、長期的な視点から裁判所による選挙権や政府情報へのアクセス、集会の自由などの修正1条に関する判例が平等を重視した方向へ振り向くようにする努力を払うことが当分は欠かせないであろう⁹⁸。

注

- 1 上院本会議での採決は、党派に沿った賛成 52 票対 48 票という僅差であった。
- 2 バレット裁判官は、アボーションの権利に対して批判的である。See Ariane de Vogue and Austen Bundy, *Barret Signed a 'Right to Life' letter in Ad that also Called to End Roe v. Wade*, CNN POLITICS (October 1, 2020).
- 3 宗教的・文化的要因を背景とする最近の憲法事件には、同性婚や同性愛に関するものが多い。See *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) ; *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013) ; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- 4 Jeremy K. Kessler & David E. Pozen, *The Search for an Egalitarian First Amendment*, 118 COLUM. L. REV. 1953, 1956 (2018).
- 5 ピューリサーチセンター (Pew Research Center) によれば、2018 年のアメリカの所得上位 20% の世帯がアメリカ全体の所得に占める割合は 52% であり、1968 年の割合 43% からさらに上昇したとされ、また白人と黒人の所得比は、1970 年以来ほとんど変化していないとされる。See Katherine Schaeffer, *6 Facts About Economic Inequality in the U.S.*, (February 7, 2020). なお、貧富の差の拡大がもたらす問題については、トマ・ピケティ (山形浩生、守岡桜、森本正史訳) 『21 世紀の資本』 (みすず書房、2014 年) を参照のこと。
- 6 Kessler & Pozen, *supra* note 4, at 1960.
- 7 Steve France, *Hate Goes to College*, 76 A.B.A. J. 44 (1990).
- 8 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).
- 9 Ill. Rev. Stat., 1949, c. 38, § 471.
- 10 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. at 263.
- 11 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich, 1989).
- 12 721 F. Supp. at 864-67.
- 13 コネティカット大学では、学生による訴訟提起を受けて従来の方針を改正し、ヘイトスピーチ禁止の対象を「学生が対面で喧嘩言葉 (fighting words) を用いて、大学構内または学生行為規程の適用される場所において、人にハラスメントを加えること」に限定するようになった。Carol W. Napier, *Can Universities Regulate Hate-Speech After Doe v. University of Michigan?*, 69 WASH. U. L. Q. 991, 996 (1991).
- 14 315 U.S. 568 (1942).

- 15 Napier, *supra* note 13, at 997.
- 16 各大学は人種差別問題を扱う講義を必修とし、入学時のオリエンテーションの際に人種的・文化的多様性を強調するようになった。*Id.* at 998.
- 17 France, *supra* note 7, at 44.
- 18 See Leslie Kendrick, *Another First Amendment*, 118 COLUM. L. REV. 2095, 2098.
- 19 Toni. M. Massaro, *Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma*, 32 WM. & L. REV. 211, 222 (1991).
- 20 *Id.* at 224-25.
- 21 この点については、マツダ (Mari J. Matsuda) の業績が著名である。Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320 (1989).
- 22 Massaro, *supra* note 19, at 228-30.
- 23 347 U.S. 483 (1954).
- 24 Massaro, *supra* note 19, at 231-32.
- 25 *Id.* at 232-33.
- 26 *Id.* at 235.
- 27 *Id.* at 237.
- 28 *Id.* at 241-42.
- 29 *Id.* at 249.
- 30 *Id.* at 213.
- 31 The "Grey Interpretation" of the Fundamental Standard, Stanford University (adopted June 1990).
- 32 Massaro, *supra* note 19, at 252.
- 33 *Id.* at 253-62.
- 34 See *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
- 35 See *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
- 36 Kathleen M. Sullivan は、現在著名な法律事務所のパートナーであるが、2010年以前はハーバード・ロー・スクールなどの憲法学の有名教授であった。
- 37 Kathleen M. Sullivan, *Two Concept of Freedom of Speech*, 124 HARV. L. REV. 143 (2010).
- 38 代表的な見解として、カースト (Kenneth L. Karst) があげられる。カース

トは、平等な自由を意味すると理解される平等原則は、表現の自由を周位的に支えるものではなく、修正1条の中心的な意味の部分となすとする。Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 21 (1975).

- 39 Sullivan, *supra* note 37, at 144.
- 40 *Id.* at 149. 具体的にはパブリック・フォーラムでの表現の場の提供などがある。
- 41 *Id.* at 155.
- 42 ノイボーン (Burt Neuborne) によれば、話し手の利益を重視する立場がこれまでの最高裁の判例法理であるとされる。Burt Neuborne, *The Status of the Hearer in Mr. Madison's Neighborhood*, 25 WM.& MARY BILL RTS. J. 897, 897 (2017).
- 43 Sullivan, *supra* note 37, at 158.
- 44 *Id.* at 158-59.
- 45 *Id.* at 163.
- 46 *Id.* at 176.
- 47 サリバンのように Citizens United 判決を最高裁のリバタリアン派の勝利と見る見解に対して、ラキール (Genevieve Lakier) はこの判決は自由ではなく富裕者の政治的影響を減少させることが形式的平等に反するという点を重視した判決であるとする。Genevieve Lakier, *Imagining an Antisubordinating First Amendment*, 118 COLUM. L. REV. 2117, 2131 (2018).
- 48 558 U.S. 310 (2020).
- 49 540 U.S. 93 (2003).
- 50 法廷意見には、ロバーツ首席裁判官 (Roberts, C.J.)、スカリア裁判官 (Scalia, J.)、トーマス裁判官 (Thomas, J.)、アリト裁判官 (Alito, J.) が同調した。いずれも保守派の裁判官とされる。一方、少数意見 (一部同意、一部反対意見) には、ギンズバーグ裁判官 (Ginsburg, J.)、ブライアー裁判官 (Breyer, J.)、ソトマイヨール裁判官 (Sotomayor, J.) が同調した。いずれもリベラル派の裁判官とされる。
- 51 494 U.S. 652 (1990).
- 52 540 U.S. 93 (2003).
- 53 二つの見解は、ともに投票は政治的表現であり、選挙運動の過程で提起され

た重要な争点に関して市民としての立場で意見を述べる意義があるとする。二つの見解は、その先で分かれることになる。それは1970年代には意識されていなかった問題であった。1970年代の認識について、以下の文献参照のこと。Karst, *supra* note 38, at 53.

- 54 Louis Michael Seidman, *Can Free Speech Be Progressive*, 118, COLUM. L. REV. 2219, 2236 (2018).
- 55 Sullivan, *supra* note 37, at 145.
- 56 National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).
- 57 567 U.S. at 646 (Scalia, Kennedy, Thomas and Alito JJ., dissenting).
- 58 Owen M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 IOWA. L. REV. 1405, 1406 (1986).
- 59 395 U.S. 444 (1969).
- 60 David M. Rabban, *Free Speech in Progressive Social Thought*, 74 TEX. L. REV. 951 (1996).
- 61 Citizens United 判決のほか本文で引用した判決参照。
- 62 Seidman, *supra* note 54, at 2230. シードマンは、それら弱者として選挙運動資金規制の提唱者、ヘイトスピーチの被害者、反喫煙運動者、LGBT、労働組合などをあげる。なお、最高裁は、*Lorillard Tobacco co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001) 判決で、屋外でのたばこの宣伝に対するマサチューセッツ州の規制を修正1条違反とした。また *Boy Scout of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) 判決で、ボーイスカウトに同性愛者の指導者を受け入れるように求めるニュージャージー州法は、ボーイスカウト団体の表現的結社の権利を侵害するとした。さらに、*Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. ____ (2018) 判決で、労働組合に未加入の公務員に労働組合への献金を強制するイリノイ州法は表現の自由を侵害するとした。
- 63 サリバンのような見方に対して、ラキール (Genevieve Lakier) は現在の最高裁の判例に反対の立場を共有しつつ、1970年代以降最高裁がそれまでの貧困者や政治的少数派の表現を保護するため実質的な平等を促進することや富裕者ら政治的多数派の表現の自由を制限するという考えから、富や権力の有無にかかわらず形式的に平等に取り扱うという側面を重視する判断に変化

- し、そのため自由より形式的平等を重視する判断が長年に渡って維持されてきたことが、「法人による修正 1 条の乗っ取り」を惹起した原因とする。Genevriere Lakier, *Imagining an Antisubordinating First Amendment*, 118 COLUM. L. REV. 2117, 2119-20 (2018).
- 64 198 U.S. 45 (1905).
- 65 Kessler & Pozan, *supra* note 4, at 63.
- 66 424 U.S. 1 (1976).
- 67 Cass R. Sunstein, *Lockner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873, 883-83 (1987).
- 68 Simon Lazarus, *Alito Shrugged-Libertarianism won over the Supreme Court conservatives*, NEW REPUBLIC (July 29, 2013).
- 69 バーネットは、ジョージタウン・ロー・スクールの教授であり、リバタリアン団体 Cato Institute の有力メンバーである。
- 70 Randy E. Barnett, *Is the Constitution Libertarian ?*, CATO SUP. CT. REV. 9 (2008-2009).
- 71 *Id.* at 11.
- 72 300 U.S. 379 (1937).
- 73 Barnett, *supra* note 70, at 23.
- 74 ジョンソン政権の下でとられたリベラルな政策である。
- 75 Barnett, *supra* note 70, at 32.
- 76 この点に関して興味深いのは、議会によるインターネット業界への一般的な経済規制に対し、自分たちはインターネット利用者に対して情報を提供するものであり、新聞社やケーブルテレビ業者に近い立場を占めるから、インターネット業界への規制は表現の自由に対する規制に準じるものとして、議会の規制の合憲性を判断する際には厳格審査基準を適用すべきという主張が見られることである。Susan Crawford, *First Amendment Common Sense*, 127 HARV. L. REV. 2343, 45 (2014). 本稿では紙幅の関係で立ち入らないが、デジタル化に伴う表現の規制は、多くの人々の表現がなされるバックグラウンドで自動的にきわめて多くの個人情報本人の知らぬ間に政府やプロバイダーによって収集されるという新たな状況の下での新たな対処方法に関する議論を求めているといえる。Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2297-98 (2014).
- 77 Rabban, *supra* note 60, at 958.

- 78 社会学的法学については、Wilfrid E. Rumble, *Sociological Jurisprudence*, ENCYCLOPEDIA. COM. 参照。
- 79 Rabban, *supra* note 60, at 962.
- 80 *Id.* at 997.
- 81 *Id.* at 970.
- 82 *Id.* at 956.
- 83 シードマンは、革新主義と進歩派（シードマンによれば現代革新主義（modern progressives）の共通点を認めつつ、進歩派は人種差別主義、性差別主義を強く拒否するという特徴を有するとされる。Seidman, *supra* note 54, at 2221 n. 1.
- 84 Kessler & Pozen, *supra* note 4, at 1967.
- 85 Seidman, *supra* note 54, at 2226.
- 86 *Id.* at 2232.
- 87 *Id.* at 2240.
- 88 *Id.* at 2243.
- 89 *Id.* at 2247.
- 90 Kendrick, *supra* note 18, at 2112-14.
- 91 *Id.* at 2112.
- 92 347 U.S. 483 (1954) and Brown II, 349 U.S. 294 (1955).
- 93 Kendrick, *supra* note 18, at 2114-15.
- 94 Kessler & Pozen, *supra* note 4, at 1986.
- 95 Jerediah Purdy, Beyond the Bosses' Constitution: *The First Amendment and Class Entrenchment*, 118 COLUM. L. REV. 2161, 2176-77.
- 96 岡山裕『アメリカの政党政治』（中公新書、2020年）228頁。
- 97 もっとも、最高裁人事をめぐる上院の役割は大きくなろう。ケント・カルダー「新政権の命運 上院が鍵握る」日本経済新聞（2020年11月30日付朝刊）13頁。
- 98 Kessler & Pozen, *supra* note 4, at 1989-90.