

講演

レーンキスト・コートと表現の自由*

松井茂記

はじめに

I 表現の自由の枠組み

II 具体的諸事例

III レーンキスト・コートと表現の自由

はじめに

共和党のリチャード・ニクソン大統領によって1972年1月7日に最高裁判所裁判官に任命されたウィリアム・H・レーンキスト裁判官が、そのニクソン大統領によって第16代最高裁判所首席裁判官（長官）に任命されたのが、1986年9月26日。首席裁判官在職20年を目前にした2005年9月4日、レーンキスト首席裁判官は急逝し、レーンキスト首席裁判官の率いるレーンキスト・コートは幕を閉じた⁽¹⁾。

レーンキスト首席裁判官については、このところその健康上の不安から引退説がずっとささやかれ、大統領選挙のたびに、彼の引退と新しい最高裁判所首席裁判官の選出の話題が、選挙の争点のひとつとなってきた。とりわけ、最近

* 本稿は、2005年4月23日、早稲田大学比較法研究所主催の研究会で行った報告に加筆したものである。報告後レーンキスト首席裁判官が急逝されたため、一部内容が修正されていることをお断りしておきたい。お引きいただいた宮川成雄教授並びに報告に対しご意見をいただいた参加者の方々に感謝したい。

(1) ウィリアムズ・H・レーンキスト首席裁判官は、1924年10月1日ミルウォーキー州の生まれ。スタンフォード大学に学び、その後スタンフォード大学ロースクールを首席で卒業し、合衆国最高裁判所でロバート・ジャクソン裁判官のもとでロークラークを勤め、アリゾナ州フェニックスで弁護士業務を行った後、ニクソン政権下で法務次官を勤めていて、合衆国最高裁判所陪席裁判官に任命された。享年80歳であった。

になって手術を受けてしばらく公務から離れたことから、彼は数年のうちに引退するであろうという噂が飛び交っていたところであった。しかし、彼は引退の噂を否定し、2005年夏にオコナー裁判官が引退を発表した際にも、健康が許す限りなお首席裁判官の役職を務めたいとの声明を出したところであった。それだけに、レーンキスト首席裁判官の逝去は、予期しなかった出来事であり、次の首席裁判官の任命とも絡んで、重大な政治的論点を引き起こすこととなった。

レーンキスト・コートの誕生当時、最高裁判所には、ウィリアム・ブレンナン、サージェント・マーシャルのリベラルの両巨頭とともに、次第にリベラル派に転じて行ったポール・スティブンス、ハリー・ブラックマンの両裁判官がおり、他方ではパイロン・ホワイト、サンドラ・オコナー、ルイス・パウエルといった保守派の裁判官が陪席裁判官を勤めていた。レーンキストが首席裁判官となったのに伴い、保守派のアントニン・スカリア裁判官が加わり、パウエル裁判官の1987年の退任に伴い1988年にアンソニー・ケネディ裁判官が共和党のロナルド・レーガン大統領によって任命され、1990年のブレンナン裁判官の退任に伴い、共和党のジョージ・ブッシュ大統領によってダビッド・スーター裁判官が任命され、1991年のマーシャル裁判官の退任に伴い、ブッシュ大統領によってクラレンス・トーマス裁判官が任命され、1993年のホワイト裁判官の退任に伴い、民主党のビル・クリントン大統領によってルース・ギンズバーグ裁判官が、1994年のブラックマン裁判官の退任に伴い同じくクリントン大統領によってスティブン・ブライヤー裁判官が任命され、それ以降最高裁判所の顔ぶれは11年にわたって変わらなかった。これほど長い間最高裁判所の顔ぶれが変わらないというのは異例のことであった。

レーンキスト・コートは、とりわけ妊娠中絶の権利や公の場における宗教の役割、さらにはアフターマティプ・アクションの問題などの領域で、大きな注目を集め、その判決はアメリカ憲法の発展の歴史の中で重要な足跡を残してきた。また、最近では、特に連邦議会の権限をめぐる諸事例（連邦主義に関する諸事例）において、いくつもの違憲判決を下し、衝撃を与えてきた。そうした中でも、とりわけ2000年の大統領選挙をめぐる判決（*Bush v. Gore*, 531 U. S. 98 (2000)）は、きわめて党派的だとの批判を招き、最高裁判所自身の信頼を揺るがせるものだとの強い批判を招きもした。これらの諸判決は、レーンキスト・コートの特徴的な諸判決といえる。

では、表現の自由の領域はどうであろうか。表現の自由をめぐる諸事例で

は、レーンキスト・コートはどのような立場を示したのであろうか。その諸判決には、どのような特色があったのであろうか。

この小稿では、レーンキスト・コートの表現の自由をめぐる諸判決を振り返り、レーンキスト・コート自体の特色といわれている点と対比しつつ、その表現の自由に関する諸判例の特色を検討してみたい。

I 表現の自由の枠組み

表現の自由の法理

表現の自由をめぐる現在の法理は、おおむね1960年代末ごろまでにウォーレン・コートによって形成され、1970年代のバーガー・コートによって踏襲されてきたものである。

それによれば、一般的に、United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144 (1938) とその脚注4に示されているように、最高裁判所は、社会経済立法の合憲性が争われた事例では、法律を合憲と推定し、緩やかな合理性の基準を適用して、法律に合理的根拠があるかどうかを審査するが（合理的根拠テスト）、表現の自由を制約する法律が争われている事例では、合憲性の推定は働かず、より厳しい基準が適用される。日本では「二重の基準論」と呼ばれている考え方が、とられてきたのである。

その上で、最高裁判所は、表現の自由の制約が争われている事例でも、制約の類型を区別し、表現内容に向けられた制約ないし表現内容に基く制約の場合には、「厳格審査」(strict scrutiny)を適用し、やむにやまれない利益 (compelling interests) を達成するために必要不可欠な手段 (narrowly tailored) でない限りは、制約は許されないという基準を適用してきた (Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission, 447 U. S. 530 (1980))。「やむにやまれない利益の基準」(「必要不可欠な利益の基準」とも呼ばれる) (compelling interest test) である。この基準が適用される場合、表現の自由の制約は、きわめて重要な政府利益を達成するためでなければ正当化されない。しかも、手段はそのきわめて重要な政府利益を達成するように限定されていなければならない。規制の範囲が、必要な限度を超えていれば（過大包摂と呼ばれる）当然規制は許されない。規制の範囲が狭すぎる場合（過小包摂）も許されない。規制しないで済ましておくことができるような目的は「やむにやまれない」も

のとはいえないからである。目的を達成するために、表現の自由を制約する度合いがより低い規制手段が存在する場合、とられた規制手段は許されない。より制限的でない代替手段 (less restrictive alternative — LRA) の基準と呼ばれる。

これに対し、表現内容中立的な制約の場合は、そこまで厳格な基準は適用されないと解されてきた。表現内容中立的な制約は、典型的には表現の時・場所・態様の規制であり、また表現が行動と一体化している場合に、その行動の規制が表現の自由の制約となるいわゆる「象徴的表現」の事例もこれに相当する。これらの規制の場合、重要な利益を保護するために必要最小限度の規制であるか、あるいは他のコミュニケーションの経路が十分残されていれば、規制は許されると考えられた (Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc., 452 U. S. 640 (1981))。

しかも、最高裁判所は、New York Times v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964) で、表現の自由を保護した修正第 1 条の「中核的意味」は、公共的論点に対する討論が広く開かれていて活発でなければならないという原理だと宣言した。その結果、公職者の職務行為に対する批判を名誉毀損としてこれに損害賠償を命じることが許されるのは、表現者が虚偽であることを知っているか、あるいはその真実性を全く無視して表現したような「現実的悪意」があった場合に限られるという「現実的悪意」の法理が憲法上の基準として宣言されたのである。これ以降、最高裁判所は、一貫して、公共的論点に関する言論、いわば政治的言論については、その制約をきわめて厳しく審査するという姿勢をとってきた。

さらに、しばしば最高裁判所は、表現内容に基く制約の場合、やむにやまれない利益の基準のように利益衡量的な判断基準ではなく、もっと定義的な基準をとった。Sullivan 事件でとられた「現実的悪意」の基準はその典型例であり、Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444 (1969) で、違法な行為の煽動の事例で用いられるようになった Brandenburg の基準も、その例といえる。この事件で最高裁判所は、違法な行為の煽動を処罰するためには、表現自体が切迫した違法な行為を招く表現であって、しかもその表現の結果違法な行為が発生する切迫した危険性がなければならないという基準を打ち出し、革命の唱導など反政府的言論を違法な行為の煽動として処罰することをきわめて困難なものとしたのである。

そして、表現の自由を過度に広汎に規制する法律の場合、法律自体の存在が

表現の自由の行使に萎縮の効果 (chilling effect) を及ぼすがゆえに、法律自体の文面上の違憲性を主張することが認められ、裁判所も、過度に広汎だと結論すれば、法律を文面上違憲無効とすることができると考えられた。この「過度の広汎性ゆえの無効」(overbreadth doctrine) の法理は、1970年代になって若干修正され、法律を過度の広汎性ゆえに無効とするのは劇薬であるので、とりわけ純粹の言論とは異なる表現活動が問題となっている場合には、過度の広汎性は若干ではなくかなりの程度 (substantial) でなければならぬとされるにいたった (Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601 (1973))。しかし、最高裁判所は、それでも、しばしば表現の自由を制約する法律を過度に広汎であるとして文面上違憲無効としてきた。

レーンキスト・コートと表現内容規制

このような表現内容に基く制約ないし表現内容に向けられた制約と表現内容中立的な制約の峻別には、学説の上でも批判はあったが、有力な学説の支持を得ていた。

そしてレーンキスト・コートも、バーガー・コートまでに確立されたこのような基本的な枠組みをほぼ踏襲してきたように思われる。このことを象徴的に示したのが、Simon & Schuster v. NY Crime Victims Board, 502 U. S. 105 (1991) である。

この事件では、ニューヨークの「サムの子」法の合憲性が問題とされた。これは著名な殺人事件などで、有罪とされた犯人がその事件に関する著作物などを公表し多額の報酬を受けながら、被害者の補償にはならないことが問題とされて、事件に関して著作物などの執筆を依頼した団体等は、契約で支払うべき報酬を州の被害者救済委員会に支払い、委員会が被害者等のための基金を設けて、被害者への補償に当てようとしたものであった。この事件では、犯罪組織に属するヘンリー・ヒルと著作物の執筆契約をしたのに、この法律に従わなかったとして、委員会がサイモン・シュスターという著名な出版社に対し報酬を基金に支払うよう命令した。そこで出版社がこの合憲性を争った。

最高裁判所は、オコナー裁判官の法廷意見により、この法律が一定の表現物の内容に基いて適用されることから、厳格審査を適用し、やむにやまれない利益を達成するための必要不可欠な制約といえなければ許されないとした。そして、最高裁判所は、被害者救済をやむにやまれない利益と認めながらも、手段が正当化されないと判断した。それは、一方で著作物以外の形で得られた報酬

は強制的徴収の対象となっておらず、他方で事件に関連する著作物すべてが対象とされているうえに、対象者が犯罪で有罪判決を受けた者だけでなく、著作の中で罪を犯したことを認めた者にも及んでおり、あまりにも広く及んでいるため、必要不可欠な限度に限定されていないためであった。法廷意見に加わっているのは、レーンキスト首席裁判官のほか、ホワイト、スティブンス、スカリア、スーターの各裁判官。ブラックマン裁判官とケネディ裁判官は、結果同意意見である。

この判決は、表現内容に基く制約の場合に厳格審査が適用され、やむにやまれない利益を達成するための必要不可欠な手段でない限りは許されないという原則をレーンキスト・コートが再確認したものとして重要な意味を持っている。

レーンキスト・コートと表現内容中立的規制

他方で、表現内容中立的な制約については、やや緩やかな姿勢が示されている。このことを象徴的に示したのが、*Ward v. Rock Against Racism*, 491 U. S. 781 (1989) である。

この事件では、ニューヨークのセントラルパークにおけるコンサートの音量が他の公園利用者や周辺住民への騒音となって苦情が寄せられたことから、公園当局が、コンサートに対し設置の音響設備の使用を義務付け、当局が依頼した技術者が音響操作を行うことを義務付けた利用指針を採択したことが問題とされた。原告は毎年自分の機材を持ち込んでコンサートを開いていたが、これができなくなったとして、その合憲性を争った。とりわけ争点となったのは、目的達成のため他のより制約的な代替手段が存在しないことを要求する LRA の基準が妥当するかどうかであった。原告の側は、最大音量を設定するなど、より制限的でない他の代替手段が存在するので、この義務は修正第 1 条に反すると主張した。

しかし、最高裁判所は、ケネディ裁判官の法廷意見により、この主張を斥けた。利用指針は、表現内容中立的な表現の場所及び方法の合理的制約だということである。そして騒音被害から近隣住民や他の利用者を保護することを実質的利益と認め、手段もそのために必要な限度の規制だということであった。そして法廷意見は、表現内容中立的な規制の場合には、最も制限的でない手段がとられることを必要とせず、より制限的でない他の代替手段が存在するとしても、それだけでは規制は修正第 1 条に反するものではないという。本件のように、

最大音量を設定するのではなく、付属の音響装置の使用を義務付け、さらに装置の操作も施設の係員に委ねることを義務付けたとしても、必要な限度の規制といえるのであれば、それでよいというのであった。

法廷意見に加わっているのは、レーンキスト首席裁判官、ホワイ、オコナー、スカリアの各裁判官。ブラックマン裁判官は結果同意意見。マーシャル裁判官の反対意見は、表現内容中立的規制の場合には、より制限的でない他の代替手段が存在しないことが要求されてきたのに、多数意見がこれを否定していることを強く批判している。これには、ブレナン、スティブンス両裁判官が加わっている。

政治的表現の保護

また政治的表現については、最高裁判所は、公共の事項に関する開かれた自由で活発な討論を確保することを修正第1条の「中核的意義」と捉える立場から、中でも手厚い保護を与えてきた。この姿勢は、レーンキスト・コートにおいても変化してはいない。

このことを象徴的に示しているのが、*McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U. S. 334 (1995) である。この事件では、提案されている学校教育税に反対するため、「関心を有する保護者及び納税者」の名前でピラを配布し、文書を発行した者の氏名・住所を記載することなく選挙文書を配布することを禁止したオハイオ州法違反で罰金を言い渡されたことが修正第1条違反ではないかと争われた。州最高裁判所は、規制は合理的で非差別的であり、修正第1条に反するものではないと判断した。最高裁判所は、すでに *Talley v. California*, 362 U. S. 60 (1960) において、このような匿名のピラ配布の権利を認めていたが、州最高裁判所は、事例を区別した。しかし合衆国最高裁判所は、本判決でも *Talley* 判決を確認し、スティブンス裁判官の法廷意見により、匿名での表現は修正第1条の保護を受け、州法は「中核的な政治的表現」の規制である以上、厳格審査が適用され、圧倒的な州の利益達成のため必要不可欠な手段でない限り支持されないとした。州の側は、詐欺的な文書や名誉毀損的文書の阻止の利益を主張したが、最高裁判所は、匿名の文書のみを規制すべき理由とはならないとしたうえ、たとえこれが圧倒的利益といえたとしても、すべての匿名文書の禁止までは正当化されえないと判断した。法廷意見に加わっているのは、オコナー、ケネディ、スーター、ギンズバーグ、ブライヤーの各裁判官。トーマス裁判官は結果同意意見。スカリア裁判官は、レーンキ

スト首席裁判官とともに、反対意見を述べている。

また *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U. S. 765 (2002) では、州最高裁判所が、裁判官職の候補者に対し、争われている法的ないし政治的論点について自己の見解を明らかにすることを禁止する裁判官倫理基準を採用していたことが争われた。上告人らは、立候補にあたって、この条項が修正第1条に反するとの宣言判決を求めた。最高裁判所は、5対4の僅差で、これを違憲とした。スカリア裁判官の法廷意見は、規則が表現内容に基づく制約であり、修正第1条の核をなすようなカテゴリーの言論に負担を負わすものであることを強調し、適用されるべきは厳格審査であることを確認した。そして裁判所の公正さを確保し、公正さの外観を確保するという州の利益がやむにやまれない利益として主張されたが、特定の論点についての発言を一切禁止している点で過度にすぎるし、法律上の論点について見解を持たない裁判官などありえないから、この手段は目的を達成しえないとした。法廷意見に加わっているのは、レーンキスト首席裁判官、オコナー、ケネディ、トーマス各裁判官。反対意見は、スティブンス、スーター、ギンズバーグ及びブライヤー裁判官である。

過度の広汎性ゆえの無効の法理

レーンキスト・コートは、過度の広汎性ゆえの無効の法理についても、バーガー・コートの姿勢を継承しているといえる。その典型例は、*Virginia v. Hicks*, 539 U. S. 113 (2003) であろう。この事件では、バージニア州のリッチモンド開発住宅局が所有する低所得者向け住居のホワイトコム・コートにおいて、リッチモンド市が外部の者による犯罪や薬物取引を阻止するため、公道をこの開発住宅局に委譲し、開発住宅局が、住宅地に用いない者に対して警察が警告書を交付し、それにもかかわらず退去しなかったり再び戻ってきた場合に不法侵入として逮捕することを認めたことが修正第1条違反と争われた。この警告書を受け取りながらこれに従わず逮捕起訴されたヒックスが、これは表現活動をも禁止するもので過度に広汎だと主張したのである。ただ、ヒックスは表現活動を行っていたわけではなく、最高裁判所は、*Broadrick* 判決に従い、バージニア州法は「かなりの程度」過度に広汎だとはいえないとして、文面上無効の主張を斥けている。法廷意見を述べているのはスカリア裁判官で、全員一致の判決である。

ただし、過度の広汎性の理論が捨て去られてしまったわけではない。たとえ

ば、City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co., 486 U. S. 750 (1988) は、市の条例が公道上に新聞販売機を設置する場合に、毎年市長に許可を申請することを求め、市長に許可権限を付与し、許可を拒否する場合には理由の付記を要求しつつ、許可を与える場合にも市長が必要かつ合理的と判断する条件を付すことを認めていることが、文面上無効と争われた。最高裁判所は、許可制を定めた条例が際限のない裁量を市長に付与しているので、文面上無効の主張が許され、そのような条例は検閲にあたると判断した。そして、基準を定めることなく許可権限を市長に認め、市長が必要かつ合理的と認める条件をすべて付すことを認めている部分は、文面上違憲だとされた。法廷意見を述べているのはブレナン裁判官であるが、レーンキスト首席裁判官とケネディ裁判官の関与がないため、法廷意見に加わっているのはマーシャル・ブラックマン、スカリア裁判官の3人。反対意見はホワイト、スティーブンス、オコナー裁判官の3人である。

著作権保護との調整

表現の自由保障と著作権保護の関係については、Eldred v. Ashcroft, 537 U. S. 186 (2003) が興味深い判断を示している。合衆国憲法第1条第8節第8条項は、連邦議会に、著者に「限られた期間」その著作物に対する排他的な権利を確保することによって科学の進歩をはかる権限を付与しており、連邦議会はこれに応じて著作権法を制定し、著作物に対する著作権を著者に付与してきた。そして、著作権保護の世界的潮流の中で、連邦議会はこれまで次々と著作権保護の強化を図ってきた。本件で問題とされたのは、1998年の著作権保護期間延長法が、それまで著者の死後50年間とされてきた保護期間を20年延長したことであった。この法律の合憲性を、保護期間を経過し「公共の領域」に属するようになった著作物を利用している団体等が、著作権条項の「限られた期間」の要件に反し、修正第1条の権利を侵害するとして争った。この改正は、1993年の著作権保護に関する条約に基づくものであったが、同時に保護期間が経過しようとしているディズニーのミッキーマウスに対する保護を延長することでディズニーの、そしてアメリカの利益を擁護しようとするものだと考えられていた。そして原告らは、はじめから70年間の保護期間を定めることは許されるとしても、現在死後50年間とされている著作物の保護期間を途中で延長することは、保護期間の延長を無限に認め、結果的に保護期間を永久的なものとするのと変わらないとして、その違憲性を主張した。

しかし最高裁判所は、ギンズバーグ裁判官の法廷意見により、この違憲の主張を斥けた。これまで著作権の保護を認められてきた著作物について、その保護期間が経過する前にその保護期間を延長することが、ただちに著作権条項の「限られた期間」の要件に反するとはいえず、それゆえ同法は連邦議会の権限内だということのである。だが、同時にここには、著作権保護と修正第1条との関係でも重要な問題が含まれていた。最高裁判所は、著作権条項と修正第1条がほぼ同時に採択されたことから憲法の起草者が両者を矛盾するものとは見ていなかったことを指摘し、さらに著作権法自体が、著作権保護を思想ではなく表現に限定し、さらに「公正な利用」の除外など、表現活動に対する十分な例外を認めており、著作権保護期間延長法は、このような仕組み自体を変更したものではないので、これ以上修正第1条に反するかどうかの検討は必要ではないというのであった。法廷意見に加わっているのは、レーンキスト首席裁判官、オコナー、スカリア、ケネディ、スーター、トーマスの各裁判官。スティブンス、ブライヤー両裁判官は反対意見である。

表現への助成の拒否

レーンキスト・コートの特色が現れているといえるのは、表現の自由の規制とは異なる助成の拒否をめぐる諸事例であろう。

その典型例は、*Rust v. Sullivan*, 500 U. S. 173 (1991) である。この事件では、公衆衛生サービス法の第1008条が、同法第10編の家族計画サービスのもとで支出される連邦の補助金が「妊娠中絶を家族計画の方法とするプログラム」に対して用いられてはならないと規定していたことから、厚生人間サービス省長官が妊娠中絶を家族計画の方法として勧めるカウンセリングを補助の対象から除外し、そのようなカウンセリングが補助を受けるプロジェクトから切り離されていることを求める規則を制定した。これが修正第1条の侵害だとして争われたのである。最高裁判所は、政府は妊娠中絶よりも出産を優先する価値判断を行い、それに応じて連邦の補助金を配分することが許されるとし、政府はこの場合ある行為を補助することを決定しただけで見解に基づいて差別をしたものではないと判断し、修正第1条違反の主張を斥けた。また、これが妊娠中絶のカウンセリングを行う権利の放棄を補助の条件とする「違憲の条件」にも当たらないとした。規則は、そのような行為が第10編のプロジェクトから切り離されていることを求めているに過ぎないというのであった。法廷意見を述べているのは、レーンキスト首席裁判官で、ホワイ特、ケネディ、スカリア、ス

ーター裁判官が法廷意見に加わり、ブラックマン裁判官の反対意見には、マーシャル裁判官が加わり、オコナー・スティブンス裁判官が一部に同調している。

また、National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U. S. 569 (1998) では、芸術・人文作品国立基金法が、国立芸術援助局に芸術の補助をする裁量を委ねていたところ、補助を受けた展示品に含まれていたある写真をめぐって激しい議論が起り、連邦議会は、この補助金の支出を授權した法律に条件を加え、芸術的卓抜性と芸術的評価を基準としつつ、品性の一般的基準とアメリカの公衆の多様な信念と価値への尊重を考慮するよう求めた。そこで、この法改正の合憲性が問題とされたが、最高裁判所は、この規定は文面上違憲とはいえないと結論した。原告らは、これによって一定のカテゴリーの芸術的表現への補助ができなくなると主張したが、最高裁判所は、この規定は補助の決定において品性を考慮することを求めているだけで、品性を欠くと判断された作品への補助を禁止しているわけではないし、補助金受領のために一定の表現を行わないことを条件として求めているわけでもないと解釈した。そして、これによって特定の見解の表現だけが補助から排除される危険性は現実的ではないという。そして品性を考慮するよう求めること自体で、修正第1条に反するとはいえないとしたのであった。また最高裁判所は、この規定が不明確に過ぎるとの主張も斥けた。法廷意見を述べているのは、オコナー裁判官。レーンキスト首席裁判官と、スティブンス、ケネディ、ブライヤー裁判官が同調し、一部にギンズバーグ裁判官も加わっている。スカリア裁判官とトーマス裁判官は結果同意意見。反対意見はスーター裁判官一人である。

これに対し、Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Southworth, 529 U. S. 217 (2000) では、ウィスコンシン大学理事会が、マディソンキャンパスで学ぶ学生に課外活動費の支払を求めている、登録している学生団体がその活動費を受け取ることができることが争われた。活動費を受け取れる団体の中には、様々な表現活動を行う団体も含まれ、分配は表現内容中立的に行われていた。ところが、これが、自分の信念に反する思想の表現活動を行う団体への補助を拒否できる選択権が付与されていない点で、修正第1条に反するとして争われたのである。最高裁判所は、自由な開かれた討論を確保するため、大学が課外活動費を徴収することは修正第1条に反しないとし、大学は学生に選択権を与えることもできるが、そうしなければならないわけではないと結論した。憲法上必要なのは、表現内容中立的に分配がなされることだ

というのであった（ただ、学生投票でも補助が認められている点については、多数者の判断で決定される点で、中立性の観点から問題があるとされている）。法廷意見を述べているのは、ケネディ裁判官。レーンキスト首席裁判官、オコナー、スカリア、トーマス、ギンズバーグ裁判官が加わっている。スーター、スティブンス、ブライヤー裁判官は結果同意意見である。

これらの諸判決は、最高裁判所が、表現に対する助成の拒否やそのための強制的な費用の徴収に対し許容的な姿勢をとっていることを示している。ただし、*Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U. S. 533 (2001) では、これとは異なる判断が示されている。法律サービス法人法は、同法人が連邦議会によって付与された補助金を貧困な人への法律扶助の活動を行う地方の団体に分配することを認めていた。その中には、福祉受給金の受給者も含まれている。ところが、補助金の付与を認める法律の中に条件が付されていて、同法人が、福祉立法を改正したり争う依頼人を代表する団体に補助金を支出することを禁止していた。そこでこれが、修正第 1 条違反として争われた。政府の側は、Rust 判決に依拠してこの制限の合憲性を主張した。ところが最高裁判所は、Rust 判決の事例は政府による表現 (government speech) において、政府自身が表現者である場合の見解に基づく補助決定を支持した事例か、政府がそのプログラムに関する情報の伝達を私的な表現者を用いて行ったものであったという。これに対し本件プログラムは、政府のメッセージの伝達を促進したものではなく、私的な表現の促進を目的としたものであり、事案が違うというのである。そして、依頼人を助けることを補助しながら、その法的アドバイスの内容を制限する本件法律は、弁護士の役割を大きく制限するもので、裁判所の機能をも大きく制限することとなり、連邦議会はこのような補助の仕方をするには許されないというのである。法廷意見を述べているのは、ケネディ裁判官。これにはスティブンス、スーター、ギンズバーグ、ブライヤー裁判官が同調している。スカリア裁判官は反対意見で、これにはレーンキスト首席裁判官、オコナー・トーマス両裁判官が加わっている。

II 具体的諸事例

名誉毀損・精神的苦痛

名誉毀損については、アメリカでは刑事上処罰の対象とされ、さらに不法行

為として民事上も損害賠償が認められてきたが、従来最高裁判所は、名誉毀損的表現は修正第1条の保護の範囲外であるとして、これらの制約の合憲性を支持してきた。しかし最高裁判所は、ウォーレン・コートの時代、先に触れた Sullivan 事件判決において、このような姿勢を覆し、名誉毀損的表現にも表現の自由の保護が及び、公職者の職務上の行為に対する批判に対しては、記事が虚偽であることを知っていたか、それが虚偽かどうかを無謀にも無視して公表したような例外的な場合（「現実的悪意」のあった場合）を除いて、損害賠償を命じることは憲法上許されないというルールを宣言した。この判決は、公共的事項について開かれた討論が確保されることが修正第1条の中核的意味だとし、修正第1条を適切に保護するためには保護に値する表現だけを保護しては十分ではなく、保護に値しない表現をも保護する必要があるとの立場から、公共的事項についての表現にきわめて手厚い保護を与えたのであった。

最高裁判所は、この現実的悪意の法理を公職者・公的人物の場合にずっと維持してきたが、私人に関する場合には現実的悪意までは要求せず、何らかの落ち度があれば、損害賠償を命じることも許されるという判断を示し、公人（公職者・公的人物）と私人とで異なった憲法上の基準が適用してきた。

レーンキスト・コートはこの領域では、従来の法理を踏襲している。

Masson v. New Yorker Magazine, Inc., 501 U. S. 496 (1991) では、「現実的悪意」があったかどうかの問題とされた。この事件では、ニューヨーカーの記者が掲載した原告に関する記事について、括弧書きで引用されている原告の発言が意図的に歪曲されているとして、名誉毀損訴訟が提起され、「現実的悪意」があったかどうか争点となった。最高裁判所は、発言のテープに基づいて、原告の発言を意図的に歪曲して括弧書きで引用し、原告のそのままの発言であるかのような記事を書いた場合には、「現実的悪意」が認められる可能性を認めた。法廷意見を述べているのは、ケネディ裁判官。レーンキスト首席裁判官、マーシャル、ブラックマン、スティブンス、オコナー、スーター裁判官が同調し、一部にはホワイ特、スカリア裁判官も同調している。

これに対し、Hustler Magazine v. Falwell, 485 U. S. 46 (1988) では、表現の自由の保護を拡大している。この事件では、保守系宗教団体の指導者であるファルウェル氏のパロディを掲載した男性向け成人雑誌ハスラーが名誉毀損と意図的な精神的苦痛を与えたことを理由に損害賠償を求められた。問題のパロディは、著名なタバコの広告をもじって、「初体験」と題し、原告が酒によって母親と関係をもったかのような記事になっていた。陪審は、記事は明らかに

パロディで読者は事実と誤信する可能性はないとして名誉毀損の訴えを斥けたが、精神的苦痛に対して損害賠償を命じた。そして、控訴審でもこれが支持され、現実的悪意の基準の適用の主張は斥けられた。しかし最高裁判所は、公共的事項についての表現の自由を保護するため、公職者や公的人物は、パロディなどに対して精神的苦痛を理由に損害賠償を求めるためにも、表現が虚偽であることに加え現実的悪意があったことの証明を必要とすると判断した。法廷意見を述べているのは、レーンキスト首席裁判官。ブレナン、マーシャル、ブラックマン、スティブンス、オコナー、スカリア裁判官が同調しており、ホワイト裁判官は結果同意意見である⁽²⁾。

プライバシー侵害

プライバシー侵害を理由とする損害賠償請求については、合衆国裁判所は、*Florida Star v. B.J.F.*, 491 U. S. 524 (1989) において、表現の自由到手厚い保護を認めた。この事件では、原告が警察に強盗と性的暴行の被害にあったことを通報したところ、警察は実名入りの報告を作成し、記者室に掲示した。被告新聞社の記者はこれを新聞に掲載したため、州法では性犯罪の被害者の氏名をマスコミが公表することが禁止されているとして、被害者が損害賠償を求め、地方裁判所は損害賠償を命じた。しかし、合衆国最高裁判所は、このような公表行為に損害賠償を命じることは修正第1条に反すると判断した。新聞が合法的に入手した公共の利害に関する真実の情報を公表した場合に、それに対し制裁を加えることはきわめて重要な利益を擁護するためでなければ正当化されず、本件の場合情報の入手は合法的で、犯罪に関わる点で公共の利害に関する事実に関わるもので、しかも真実であり、新聞はその情報を政府から入手したのであるから、それに損害賠償を命じることは許されないというのである。法廷意見を述べているのはマーシャル裁判官で、ブレナン、ブラックマン、スティブンス、ケネディ裁判官が同調している。スカリア裁判官は一部同意、結果同意意見である。これに対しホワイト裁判官は、レーンキスト首席裁判官とオコナー一裁判官とともに、これに強く反対する意見を述べている。

同様に、*Bartnicki v. Vopper*, 532 U. S. 514 (2001) でも、最高裁判所は、

(2) ただし、レーンキスト・コートは意見による名誉毀損の可能性を認め、意見はすべて保護されるという立場を斥けている。*Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U. S. 1 (1990). See also *Tory v. Cochran*, _ U. S. _ (2005) (名誉毀損的発言に対する差止め)。

表現の自由を保護する判断を示した。この事件では、高校の教員組合と学校当局が労使交渉でもめているときに、組合側の交渉代表者が組合幹部にかけた携帯電話の内容を録音したテープがラジオのコメンテーターに届けられ、そのトークショーのなかで放送された。そこで、電話の盗聴は禁止されており、連邦法では違法に盗聴された会話を公表することも違法とされているとして、組合らが損害賠償を求めたのである。連邦地方裁判所は、違法に盗聴されたことを知っていてそれを公表する行為は、たとえ違法な盗聴自体に関与していなかったとしても連邦法違反であり、この連邦法は一般的に適用される表現内容中立的な制約であるから修正第1条に違反しないと判断した。しかし合衆国最高裁判所は、公共の利害に関する事項に関する真実の公表に対する修正第1条の保護は、その情報の入手方法が違法だったからといってただちに否定されうものではなく、本件の場合、公共の利害に関する事項について真実を公表する利益の方がプライバシー保護の利益を上回ると判断し、表現の自由の保護を認めたのであった。法廷意見を述べているのは、スティブンス裁判官。オコナー、ケネディ、スーター、ギンズバーグ、ブライヤー裁判官が同調し、レーンキスト首席裁判官は、スカリア、トーマス両裁判官とともに反対意見を述べている。

差別的表現

差別的表現の制約についても、最高裁判所は、表現の自由の保護を認める判断を示している。R. A. V. v. St. Paul, 505 U. S. 377 (1992) では、アフリカ系アメリカ人の住居の庭で十字架に火をつけたとして、被告人の R. A. V. が人種、肌の色、信条、宗教ないし性別を理由に他者に怒りを生じさせることがわかっている象徴物を掲示することを禁止した市の差別的犯罪禁止条例違反に問われた。下級審では、この条例が過度に広汎だとして無罪とされたが、州最高裁判所は、条例の適用は表現の自由の保護を受けない「けんか言葉」に限定されているとして、有罪とした。しかし合衆国最高裁判所は、結果的にこれを覆し、処罰を修正第1条違反と結論した。その理由については、意見が分かれ、スカリア裁判官の多数意見は、たとえ条例の適用対象がけんか言葉に限定されているとしても、条例はその保護を受けないけんか言葉の中であるもののみを処罰の対象としており、このような表現内容に基づく差別は正当化されないとして、条例を文面上無効と判断した。この意見には、レーンキスト首席裁判官、ケネディ、スーター、トーマス裁判官が同調している。これに対し、ホワ

イト、ブラックマン、オコナー、スティブンス裁判官の4裁判官は、基本的に条例が保護されないけんか言葉に限定されていないことを理由に処罰を認めず、結果同意意見を述べている。この4裁判官の立場では、けんか言葉は保護を受けないのであるから、その中であるもののみを処罰の対象としても問題ではないとされており、スカリア裁判官のような立場をとった場合、差別的表現の禁止が困難になることが危惧されている⁽³⁾。

もっとも最高裁判所は、*Virginia v. Black*, 538 U. S. 443 (2003) では、十字架に火をつける行為の処罰を容認している。ここでは、被告人は、他人を脅す意図で、他人の土地や公共の場所で十字架に火をつけることを禁止した州法違反で有罪され、その違憲性を争った。州最高裁判所は、この法律は *R. A. V.* 事件の条例と区別しがたいとして、文面上違憲無効と判断したが、合衆国最高裁判所は、これを一部覆した。法廷意見を述べているのは、オコナー裁判官である。最高裁判所は、十字架に火をつけて燃やす行為が何よりも KKK の威嚇を意味してきたことを指摘し、修正第1条の表現の保護は絶対的ではなく、威嚇目的で十字架に火をつけて燃やすことを禁止することは修正第1条に違反しないという。州は、すべての威嚇的メッセージを禁止せずに、その歴史的な性格ゆえに十字架に火をつけて燃やす行為だけを禁止してもかまわず、このことは *R. A. V.* 判決とも矛盾しないというのである。ただオコナー裁判官は、レーンキスト首席裁判官、スティブンス、ブライヤー裁判官とともに、十字架に火をつけて燃やす行為自体を威嚇行為とみなす一応の証拠と定めた規定について、これは十字架に火をつけて燃やす行為そのものを禁止することになるとして違憲と判断し、そのように解釈されないような限定解釈の余地を認めつつ、その限りでブラックの処罰を破棄した。

わいせつな表現・児童ポルノ

わいせつな表現については、最高裁判所は、1973年に下された *Miller v. California*, 413 U. S. 15 (1973) 及び *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U. S. 49 (1973) の2つの判決で、わいせつな表現は修正第1条の保護を受けない表現であり、その処罰は修正第1条に違反しないことを明確にするとともに、保護を受けないわいせつな表現の範疇を限定し、事実上その範囲をハードコア・ポルノに限定した。その結果、それ以降も、わいせつな表現の禁止は修

(3) ただし、人種の動機に基づく犯罪に刑を加重することは、修正第1条に反しない。*Wisconsin v. Mitchell*, 508 U. S. 476 (1993)。

正第1条に違反しないが、禁止の範囲がわいせつな表現を超えて過度に広汎であれば許されないとの立場をとってきた。レーンキスト・コートは、基本的にこの立場を継承している。

たとえば、*Sable Communications of California v. FCC*, 492 U. S. 115 (1989) では、「ダイヤル・ア・ポルノ」と呼ばれる、電話で下品なメッセージやわいせつなメッセージを聴けるサービスを禁止した通信法の規定が違憲とされている。差止めの求めに対し地方裁判所は、わいせつなメッセージの禁止は支持したが、下品なメッセージの禁止については差止めを認めた。青少年を下品なメッセージから保護するという州の利益を達成するための最低限度の制約とはいえ過度に広汎だというのがあった。合衆国最高裁判所も、この判断を支持した。わいせつな表現は保護を受けないからわいせつなメッセージの禁止は修正第1条に違反しないが、下品なメッセージの禁止の方は、そのようなメッセージにアクセスする成人の権利を不当に広く制約しており、青少年保護のためこれを一律に禁止しなければならない理由が示されていないというのである。法廷意見を述べているのは、ホワイット裁判官。ブレナン、マーシャル、スティブンス裁判官は、一部同意一部反対意見である。

児童ポルノについては、合衆国最高裁判所は、モデルとされる児童の保護と児童ポルノの結果的虐待を受けるであろう児童の保護をやむにやまれない州の利益と認め、児童ポルノが表現としての価値をほとんど持っていないかきわめてわずかしかもっていないことにもかんがみて、その禁止は修正第1条に違反しないという立場をとってきた (*New York v. Ferber*, 458 U. S. 747 (1982))。この場面でも、レーンキスト・コートは、この立場を継承している。

たとえば、*Osborne v. Ohio*, 495 U. S. 103 (1990) では、児童ポルノを自宅で所持していて逮捕起訴された事例で、最高裁判所は、*Stanley v. Georgia*, 394 U. S. 557 (1969) においてわいせつな表現物を自宅で所持していたことを理由に処罰することは許されないと判断していたにもかかわらず、児童ポルノについては自宅での所持を処罰しても修正第1条に違反しないと判断している。*Stanley* 判決は、自宅におけるプライバシーを根拠にして、わいせつな表現物の自宅での所持の禁止を違憲だと判断していたが、最高裁判所は、同判決は、主としてわいせつな表現物が読者にとって有害であるとの理由で自宅での所持を禁止した事例だと読み直し、本件は児童保護というやむにやまれない利益保護のために、児童ポルノの市場をなくすためには自宅所持をも禁止する必要があるとの判断で禁止されたものであり、またその禁止の範囲は過度に広汎

ともいえないというのであった。法廷意見を述べているのは、ホワイ特裁判官。レーンキスト首席裁判官、ブラックマン、オコナー、スカリア、ケネディ裁判官がこれに同調している。ブレンナン、マーシャル、スティブンス裁判官は反対意見である。

ただし、児童ポルノの定義を拡大し、成人が児童を装って演技したものやコンピュータグラフィックのものも禁止の対象とした1996年の児童ポルノ防止法については、*Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U. S. 234 (2002) が違憲の判断を下している。ここでは、禁止の対象がわいせつな表現を超えており、さらにモデルにされる児童の保護という利益が存在しないので、先例によってはその合憲性は支持されず、またこのようなバーチャルな児童ポルノを見て児童性愛者の違法な性犯罪が誘発されるという主張では、処罰は正当化されないとされた。また技術の進歩によって、バーチャルなものかどうかの区別が困難となっているので、全面的に禁止が必要だという主張も、これは表現の自由の法理を逆転させるものだとしてされた。最高裁判所は、さらに法律の規定が過度に広汎だという。最高裁判所によれば、この規定のもとでは著名な芸術作品などもすべて禁止の対象となりえてしまうというのである。法廷意見を述べているのは、ケネディ裁判官。スティブンス、スーター、ギンズバーグ、ブライヤー裁判官が同調している。トーマス裁判官は結果同意意見、オコナー裁判官、レーンキスト首席裁判官及びスカリア裁判官は反対意見を述べている。

営利的表現

レーンキスト・コートの表現の自由をめぐる判例の中で、特に注目されるのは、営利的表現に関する諸事例であろう。

合衆国最高裁判所は、かつては営利的表現、いわゆる広告には修正第1条の保護はないとする立場をとってきた。その後、営利的表現が消費者に重要な情報を提供していることを理由に、修正第1条の保護を認めるようになったが (*Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U. S. 748 (1976))、それでも合衆国最高裁判所は、*Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of N. Y.*, 447 U. S. 557 (1980) において、営利的表現とその他の表現、とりわけ政治的表現との間には「良識的な差異」があり、営利的表現についてはやや低い保護しか与えられないという立場をとってきた。そして、しばしば合衆国最高裁判所は、営利的表現の制約をかなり緩やかに許容してきた。レーンキスト・コートは、この基本的な枠組みを維持

しつつ⁽⁴⁾、営利的表現に対してかなり強い保護を認めるようになったと思われる。

たとえば、*Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U. S. 476 (1995) においては、アルコール含有量を表示したビールのラベルを禁止した法律の規定の合憲性が問題とされた。政府は、禁止しなければアルコール含有量で競争してビールの販売戦争が繰り広げられることを理由に、禁止の必要性を主張したが、最高裁判所は、この規定は営利的表現を不当に制限するものだとして違憲だと判断した。真実の、誤解を招きやすいものではない営利的表現を制限するためには、実質的な利益の促進のためのものであることと、他により制限的でない代替手段が存在しないことが求められ、アルコール含有量による販売合戦による弊害を防止することは実質的な利益といえるが、手段に問題があるという。ワインや清酒類の場合はむしろアルコール含有量の表示が義務付けられていることと矛盾している上に、弊害を除去するためにはアルコール含有量自体を規制したり、そのような不当な販売合戦がおきそうな場合にそれ自体を規制すれば足りるのではないか、というのであった。法廷意見を述べているのはトーマス裁判官。レーンキスト首席裁判官、オコナー、スカリア、ケネディ、スーター、ギンズバーグ、ブライヤー裁判官が同調している。スティブンス裁判官は結果同意意見である。

また、44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U. S. 484 (1996) では、販売場所以外での酒類の販売価格の広告を禁止した州法の合憲性が争われた。州の側は禁酒を促進するために必要な規制だと主張したが、禁酒を定めた憲法の修正条項を廃止し、州に酒類の規制権限を与えた修正第21条によって規制が正当化されるという主張は、スティブンス裁判官の法廷意見によって斥けられ、さらにスティブンス裁判官は、真実の、誤解を招きやすいとはいえない価格の広告をほぼ全面的に禁止することを正当化することはできず、この禁止は修正第一条に反すると判断した。この結論は全員が支持している。しかし、分析の枠組みについては、興味深い意見の対立が見られる。

スティブンス、ケネディ、スーター、ギンズバーグ裁判官は、消費者保護とは無関係の理由で広告を全面的に禁止しているような場合には、特に慎重な考慮が必要だという。そして、本件規制は、州の主張する禁酒の促進に実質的に

(4) *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*, 492 U. S. 469 (1989) ; *United States v. Edge Broadcasting Co.*, 509 U. S. 418 (1993) ; *Glickman v. Wileman Brothers & Elliot, Inc.*, 521 U. S. 457 (1997).

寄与しておらず、禁酒促進のためには価格を高く設定するとか課税を強化するといった表現制約以外の方法があるので、手段が必要な限度のものとはいえないため、違憲だと結論した。しかもスティブンス、ケネディ、ギンズバーグの3裁判官は、詐欺的な表現や誤解を招きやすい表現から消費者を保護するためであれば緩やかな審査が正当化されるが、消費者保護とは無関係に全面的に広告を禁止している場合はもっと厳しく審査すべきだともいう。さらにトーマス裁判官は、消費者の市場における行動を操作するために消費者から一定の情報を隠そうとする場合、Central Hudson 判決の利益衡量の基準は適用されず、そのような利益自体が端的に正当とはいえないと判断されるべきだという。これに対し、オコナー裁判官は、レーンキスト首席裁判官、スーター、ブライヤー裁判官とともに、本件を Central Hudson 判決の基準で分析し、他のより制限的でない手段が存在する以上、この規制は許されないと判断すれば足りるという。

Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U. S. 525 (2001) では、煙の出ないタバコの広告や学校等の1000フィート以内のタバコの屋外広告等を禁止した州の規制が、タバコ販売店の営利的表現を不当に侵害しないか争われた。そして合衆国最高裁判所は、Central Hudson 判決の基準を適用し、両者とも未成年者保護の利益を実質的に促進するといえるが、屋外広告の禁止は過度に広汎に過ぎ、都市の中心部では屋外広告の全面禁止に近く、しかも禁止の対象が外から見える屋内の広告も含み、広告には会話も含まれる点であまりにも広すぎるとした。また、学校等から1000フィート以内の店の床から5フィート以内における煙の出ないタバコの屋内広告の禁止についても、手段が相当ではないとされた。法廷意見を述べているのは、オコナー裁判官。一部は全員一致であるが、各裁判官が入り乱れて個別の意見を付している。

Thompson v. Western States Medical Center, 535 U. S. 238 (2002) では、薬剤師や医師が個々の患者のニーズに応じて薬を調合する場合、医薬品としての承認を受けている医薬品の使用を義務付けた法律の規定の適用除外を認めているが、この行為を勧誘したり、広告することは禁止されていたことが問題とされた。政府の側は、新薬の承認手続を前提に、承認を得ていない薬の調合に対する例外は狭く限定したいので、そのためには勧誘や広告の禁止が必要だと主張した。しかし最高裁判所は、Central Hudson 判決の基準を適用し、目的を達成するためには営利的表現の制約以外の方法では不十分であることの証明がないと判断し、この禁止を違憲と結論した。承認を得ていない薬が大量に市

場に出回ることを防止するためには他の方法があるではないか、というのである。しかも、この禁止の結果、個々の患者のニーズに応じて薬を調合しようとする良心的な薬剤師がそのサービスを患者に告げることさえできなくなり、患者の利益に著しく反するというのである。法廷意見を述べているのは、オコナー裁判官。スカリア、ケネディ、スーター、トーマス裁判官が同調している。ブライヤー裁判官は、レーンキスト首席裁判官、スティブンス、ギンズバーグ裁判官とともに反対意見を述べている。

政治資金の規制

営利的表現の事例と並んで、レーンキスト・コートの特色といえるのが、政治資金の規制をめぐる諸事例であろう。合衆国最高裁判所は、Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1 (1976) において、政治資金の支出制限や寄付金の制限を修正第1条の権利の制限と認め、寄付金の制限についてはやや緩やかな審査を行って制限を支持したが、支出制限については厳格な審査を適用し、これを違憲とする判断を下した。

FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc., 479 U. S. 238 (1987) では、企業がその一般財源から連邦の選挙に「関連して」支出することを禁止し、そのような支出は別個の基金に任意に寄付された資金から支出することを求める連邦選挙運動法の規定の合憲性が争われた。これを妊娠中絶に反対する非営利団体が、会員などに配布するニューズレターの特別版を発行し、選挙に関し妊娠中絶に反対する候補者をリストし投票を呼びかけ、これを広く一般にも配布したところ、その支出が一般財源から行われていたためこの規定に違反するとされ民事罰を科されたため、これを違憲と争ったのである。最高裁判所は、この行為が法律の規定に反することを認めたうえで、この団体の当該支出に適用される限りで、この規定は違憲だと結論した。企業がその巨大な財力で政治の市場で不当に有利な立場にたたないようするという政治資金規正の目的が本件には妥当せず、本件団体はこの団体の立場を促進する人によって組織され、その人たちの資金で運営されていて、企業や労働組合からの寄付を受けないことになっているからである。法廷意見を述べているのはブレナン裁判官。法廷意見を支持しているのはマーシャル、パウエル、オコナー、スカリア裁判官。オコナー裁判官は、一部について異なった意見を述べている。レーンキスト首席裁判官は一部同意・一部結果同意意見で、これにはホワイット、ブラックマン、スティブンス裁判官が同調している。

Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U. S. 652 (1990) では、会員からの会費で運営される非営利団体ミシガン州商工会が、選挙に関し特定の候補者を支援する新聞広告を掲載したいと考えたところ、州法が州の選挙に関して法人が一般財源から資金を支出することを禁止していたため、その合憲性を争った。商工会の4分の3は、営利企業であった。最高裁判所は、本件では、州法は憲法に違反しないとした。州法は、企業がその強い経済力を利用して政治に関与することから生じる金権腐敗やその外観を防止するというやむにやまれない利益によって正当化されており、そのような腐敗を生じさせるような行為のみを禁止するよう狭く限定されているというのであった。そして最高裁判所は、商工会はマサチューセッツ妊娠中絶反対団体のような任意の政治団体とは異なるとして、それへの適用が違憲だとの主張も斥けた。労働組合や他の団体については禁止が適用されなくてもかまわないという。法廷意見を述べているのは、マーシャル裁判官。レーンキスト首席裁判官、ブレナン、ホワイト、ブラックマン、スティブンス裁判官が同調している。スカリア裁判官とケネディ裁判官（オコナー裁判官同調）が反対意見である。

Colorado Republican Federal Campaign Committee v. FEC, 518 U. S. 604 (1996) では、コロラド州の共和党がその上院議員候補を選出する前に、その連邦選挙運動団体が民主党の候補者となりそうな人を批判する広告を放送した。これが、連邦の選挙に関連して政党が支出する支出への制限を設けた連邦選挙運動法に違反するとして連邦選挙委員会が提訴した。そして地方裁判所は、このような行為に法律の規定は適用されないとしたが、控訴裁判所は適用を認め、しかも修正第1条違反の主張を斥けた。この事例で、ブライヤー裁判官は、控訴裁判所判決を覆し、本件のように候補者とは独自になされた政党の支出には当該規定は適用されないと判断した。オコナー、スーター裁判官がこの意見に加わっている。ケネディ裁判官は、レーンキスト首席裁判官及びスカリア裁判官とともに、選挙に関連して政党が行う支出を「寄付」として規制する法律規定は文面上違憲無効だという。トーマス裁判官も、レーンキスト首席裁判官及びスカリア裁判官とともに、企業による政治献金の弊害の問題は政党自身の支出の場合には存在せず、規制は文面上無効だという。スティブンス裁判官がギンズバーグ裁判官とともに反対意見を述べている。

そして差戻し後、この規定が文面上違憲かどうか争点となったが、結局最高裁判所は、FEC v. Colorado Republican Federal Campaign Committee, 533 U. S. 431 (2001) において、候補者と共同して行われる政党の支出は、法

律の寄付禁止規定の脱法行為を防ぐために寄付として禁止しうるので、この規定は文面上違憲とはいえないと結論した。法廷意見を述べているのはスーター裁判官。スティブンス、オコナー、ギンズバーグ、ブライヤー裁判官がこれに加わっている。トーマス裁判官の反対意見には、スカリア、ケネディ裁判官が加わり、レーンキスト首席裁判官も一部に同調している。

さらに、FEC v. Beaumont, 539 U. S. 146 (2003) では、法人が連邦の選挙に関連して支出や寄付を行うことが禁じられているが、政治的目的のために用いられる別個の基金を運用し、寄付を募ることは禁止されていないことの合憲性が争われた。この基金を運用する選挙運動団体 (PAC) は、連邦選挙に関連して寄付も支出もできる。これを妊娠中絶に反対する非営利の政治団体が争った。しかし、最高裁判所は、このような団体への直接的な寄付の禁止は修正第1条に反しないと判断した。最高裁判所は、マサチューセッツ妊娠中絶反対団体事件のような支出制限と本件のような寄付制限を区別し、寄付制限については緩やかにこれを認める姿勢を確認した。法廷意見を述べているのは、スーター裁判官。レーンキスト首席裁判官、スティブンス、オコナー、ギンズバーグ、ブライヤー裁判官が同調している。ケネディ裁判官は結果同意意見、トーマス裁判官とスカリア裁判官は反対意見である。

パブリック・フォーラムにおける表現

レーンキスト・コートは、パブリック・フォーラムにおける表現についても、いくつか特徴的な判断を示している⁽⁵⁾。

- (5) Boss v. Barry, 485 U. S. 312 (1988) (外国公館付近での侮辱的掲示の禁止は違憲であるが、退去命令違反の処罰は違憲ではない) ; Frisby v. Schultz, 487 U. S. 474 (1988) (個人の住居の前もしくはまわりでのビケッティングの禁止は文面上憲法に反しない) ; Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U. S. 123 (1992) (公道でのデモに許可を求め、警備費用の負担を求めた条例は修正第1条に反する) ; City of Ladue v. Gilleo, 512 U. S. 43 (1994) (住居における広告物の全面的な禁止が、湾岸戦争に反対する掲示板の設置にも適用された事例で禁止は違憲)。また、Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette, 515 U. S. 753 (1995) (州都広場を表現活動に開放しておきながら、使用には許可を求めていたところ、KKKのクリスマスに十字架を設置したいという申請が却下された事例で、国教樹立禁止条項は却下を正当化しないと判断) ; Watchtower Bible & Tract Society v. Village of Stratton, 536 U. S. 150 (2002) (許可なく戸別訪問して宗教の勧誘をすることを禁止した条例をエホバの証人の信者が争った事例で、条例は修正第1条に反する)。

たとえば特徴的な事例のひとつは、署名集めのためのプロに依頼することの制限に関する事例である。アメリカの州や地方では、一定数の署名を集めれば人民投票にかけられる制度が広くとられているが、署名集めはボランティアで支持者が行うべきで、お金を払って署名集めのプロを雇うべきではないとの観点から、しばしば署名集めをする人に報酬を支払ってはならないといった規制がとられている。Meyer v. Grant, 486 U. S. 414 (1988) では、そのようなコロラド州法の合憲性が問題とされた。しかし、最高裁判所は、このような規制が政治的表現の自由を侵害しているとして違憲の判断を示している。これは「核となる政治的言論」の制限であって厳格審査が適用されるとし、州は制限を正当化する利益を証明しえていないというのであった。法廷意見を述べているのはスティブンス裁判官で、全員一致の判決である。また募金を募るのも同様に、ボランティアで行うべきだとしてさまざまな規制が行われているが、プロの募金集め団体に支払われる合理的な報酬額に制限をもうけ、20%を一応合理的な額とし35%を超えると不合理と推定し、団体は実際に慈善活動に手渡された割合を明示しなければならいとし、さらにそのような団体による募金には免許を要求した州法の合憲性は Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina, Inc., 487 U. S. 781 (1988) で問題とされた。そして最高裁判所は、これらすべてを違憲とした。最高裁判所は、募金活動も保護を受ける表現と認め、詐欺的な募金を防ぐという目的に照らし、必要不可欠な限度に限定されていないというのであった。法廷意見を述べているのはブレナン裁判官。ホワイ特、マーシャル、ブラックマン、ケネディ裁判官が賛同し、部分的にスティブンス裁判官とスカリア裁判官もこれに加わっている。レーンキスト首席裁判官は、オコナー裁判官とともに反対意見である。

最高裁判所は、署名集めについては、報酬規制以外でも、規制に厳しい姿勢を支援している。Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc., 525 U. S. 182 (1999) では、署名集めについて、18歳以上で、登録した有権者であることを要求し、期間を6ヶ月に限定し、氏名とボランティアであるか報酬を受けているか、もし報酬を受けている場合は雇用主の氏名と電話暗号を明示したバッジを着用し、署名集めを行う場合には、報酬を受けて署名集めをする人の氏名等、報酬の額等を申請することを求める州法が問題とされた。地方裁判所は、年齢要件や申請要件などは支持したが、バッジ着用要件や開示要件などを違憲と判断し、最高裁判所もこの判断を支持した。法廷意見を述べているのはギンズバーグ裁判官。スティブンス、スカリア、ケネディ、スーター裁

判官が賛同し、トーマス裁判官は結果同意意見、オコナー裁判官は一部結果同意・一部反対意見、そしてレーンキスト首席裁判官は反対意見である⁽⁶⁾。

もうひとつの象徴的な事例は、妊娠中絶を行っている診療所の付近における抗議活動の規制の事例である。Madsen v. Women's Health Center, Inc., 512 U. S. 753 (1994) では、診療所の求めに応じて裁判所が発した差止め命令の合憲性が争われた。最高裁判所は、抗議活動に対する制限を表現内容中立的制約と捉えたが、重要な利益を保護するために必要な限度を超えていないかどうかを問題とし、診療所付近の道路がパブリック・フォーラムであることから、診療所の入り口付近の抗議活動禁止は許されるとしたが、それ以外の診療所周辺での抗議活動の禁止は許されず、騒音規制は許されるが、診療所から見える掲示物への包括的な規制は過度に広汎だとし、診療所を訪れる患者や関係者への接近禁止命令も過度に広すぎるとした。法廷意見を述べているのはレーンキスト首席裁判官。ブラックマン、オコナー、スーター、ギンズバーグ裁判官が賛同し、スティブンス裁判官も一部に加わっている。スカリア裁判官は一部結果同意・一部反対意見で、これにケネディ、トーマス裁判官が賛同している。同様に、Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York, 519 U. S. 357 (1997) でも、診療所付近の抗議活動禁止は支持されたが、患者や職員の周りの抗議活動禁止は違憲とされている。ここでも法廷意見を述べているのはレーンキスト首席裁判官である⁽⁷⁾。

象徴的表現——国旗焼却

象徴的表現をめぐる事例のなかで、おそらく、レーンキスト・コートを象徴する表現の自由をめぐる判例といえば、国旗焼却に対する処罰が問題とされた Texas v. Johnson, 491 U. S. 397 (1989) ではなかろうか。この事件では、国旗である星条旗に火をつけて燃やす行為を処罰した州法の合憲性が問題とされた。国旗に火をつけて燃やす行為を処罰できるかどうかは、すでに1960年代の

(6) ただし、Illinois v. Telemarketing Associates, Inc., 538 U. S. 600 (2003) では、慈善団体から依頼を受けた募金団体がかなりの金額を慈善団体に渡すと述べていたのに、実際には85%を募金団体が受け取っていた事例で、州司法長官が詐欺だとの理由で訴訟を提起することは修正第1条に反しないと判断している。詐欺的な表現は保護を受けないというのである。

(7) See also Hill v. Colorado, 530 U. S. 703 (2000) (診療施設の入り口の100フィート以内で同意なく他人に接近することの禁止は憲法に反しない)。

反戦運動や公民権運動のころから問題とされてきた。しかし最高裁判所は、具体的事件では、抗議として国旗に火をつけて燃やす行為に保護を認めつつ、正面から国旗焼却行為の処罰の合憲性について判断を下すことを回避してきた。ところが、この事件では、最高裁判所はこの問題を正面からとりあげ、5対4の僅差でこれを違憲だと判断した。

法廷意見を述べているのは、ブレンナン裁判官である。最高裁判所は、まず国旗焼却行為が、修正第1条の主張を許すような表現活動かどうかを検討し、国旗がこの国の象徴として機能していることから、その行為は表現の自由の範囲内となりうるという。そして、ブレンナン裁判官は、政府は行動の規制については表現の規制より広い規制権を持つが、表現的性格を狙って規制をすることは許されないという。それゆえ、徴兵登録証焼却禁止の合憲性を支持した *United States v. O'Brien*, 391 U. S. 367 (1968) の基準は、政府の利益が自由な表現の抑圧と無関係な場合の基準であり、本件に同基準が適用されるかどうかを判断するためにはテキサス州の主張する利益の性質を検討しなければならないという。テキサス州は、治安の破壊と国と国の統一の象徴としての国旗の保護の二つの利益を主張した。しかしブレンナン裁判官は、本件では治安破壊の事実はなくこの利益は問題となりえず、第二の利益はまさに自由な表現の抑圧と関係しているという。まず治安破壊のおそれという点では、*Brandenburg* 事件判決に言及し、その基準を満たす場合にしか、治安破壊を理由とする処罰は許されないという。そして第二の利益については、これは国旗に対する一定のメッセージを、象徴としての国旗にふさわしくないという理由で制約しようとするもので、自由な表現の抑圧にあたるという。それゆえ本件は、*O'Brien* 事件判決ではなく、最も厳格な基準で審査しなければならない。テキサス州は、象徴としての国旗の保護の利益はこの基準を満たすと主張する。しかもテキサス州は、国旗は特別だという。しかし、社会がある思想を不快だとか支持しがたいものと考えているというだけの理由で政府がその思想の表明を禁止することは許されないとし、国旗焼却の処罰を違憲と結論したのであった。

これに対しレーンキスト首席裁判官は、ホワイต์裁判官及びオコナー裁判官とともに、反対意見を述べている。彼は歴史を振り返り、国旗が特別な地位を占めてきたことを重視すべきだとし、国旗の焼却は思想の表明にとって不可欠な行為ではなく、しかも治安破壊を招く行為であり、それゆえこのような行為は、修正第1条の保護範囲の枠外にあるというのであった。スティブンス裁判官も反対意見を述べている。

この判断は、多くの国民にとって驚きであった。判決直後の世論調査では、圧倒的多数の国民は、この判断は間違っていると答えている。連邦議会でも、共和党はもちろん、民主党もこの判断に批判的であった。多くのアメリカ人にとって、星条旗は特別な意味を持っており、それゆえその保護は当然だと思われるのであろう。

しかしこの判決を覆すための憲法改正の提案には十分な支持がなく、連邦議会は、1989年国旗保護法を制定し、連邦の国旗保護法を Johnson 事件判決に適合するように改正し、最高裁判所に再考を求めた。この法律が制定されるや否や、この法律制定に抗議するなどして、国旗に火をつけて燃やした者がいた。これらの者はただちに同法違反で逮捕され起訴された。しかし最高裁判所は、United States v. Eichman, 496 U. S. 310 (1990) において、Johnson 事件判決を確認し、連邦国旗保護法を違憲と宣言した。法廷意見を述べているのは、再びブレン南裁判官である。そして今回も、5 対 4 のきわどい判決であった。ブレン南裁判官は、Johnson 事件判決を振り返りつつ、連邦国旗保護法は、メッセージの内容のゆえに表現的行為を狙い撃ちにしていないので、違憲とされたテキサス州法とは異なるとの政府の主張を検討する。政府によれば、政府は国の特別な象徴としての国旗を保護するためその物理的な存在を保護する利益があるという。同法は、行為者の動機やその意図するメッセージにかかわらず、国旗への毀損を禁止しているので、傍観者に不快感を与えるような仕方とわかっているような方法で国旗を毀損する行為を禁止していたテキサス州法とは違うというのである。しかし、ブレン南裁判官は、同法は明示的に表現内容に基づいて制約をしてはいないが、政府の主張する利益が自由な表現の抑圧と「関連」しており、表現の内容に関していることは明らかだという。私人の所有する国旗についても、その物理的存在そのものを保護する政府の利益は、国の象徴であり一定の国民的理想の象徴としての国旗の地位を保護する必要性に基づくものだという。というのは、国民的理想のシンボルとしての国旗を保護しようという政府の利益は、国旗の扱い方がその理想と矛盾するようなメッセージを他者に伝えようとしたときのみ問題となるからである。しかも法律の文言が、明らかに国旗に対して敬意を欠くような扱いを禁じる趣旨を示している。それゆえ、連邦法は、テキサス州法よりも禁止の範囲を広くしているが、本質は変わっていないという。それゆえ連邦法も最も厳格な審査に服さなければならず、Johnson 事件判決で述べたのと同じ理由により、政府の主張する利益では表現の自由の制約は正当化されないという⁽⁸⁾。

ケーブルテレビ

レーンキスト・コートの表現の自由をめぐる諸判例の中で、興味深いのは、ケーブルテレビなどの新しいメディアをめぐる諸事例である。ケーブルテレビなどは、レーンキスト・コートになってから普及し、様々な法律問題を提起するようになった。そのため、これらの新しいメディアをめぐる憲法問題に、最高裁判所がどのような判断を示すのかが、注目された。

まず大きな焦点となったのが、ケーブルテレビ局に対し地方の地上波放送の再送信を義務付けたマストキャリー・ルール⁽⁸⁾の合憲性をめぐる事例である。ケーブルテレビが普及すると、地上波の受信はできない。そのため地上波の放送局は、視聴者数を減らし、広告収入が減少することによって経済的に打撃を被ることになる。そのため、連邦法はケーブルテレビ局に対し、そのチャンネル数に応じて一定の地上波放送局の番組の再送信を義務付けた。これはケーブルテレビ局の送信の自由を制約する。そこでこれが修正第1条に反しないかが問題とされた。Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U. S. 622 (1994)では、これが表現内容に基づく規制なのか、表現内容中立の規制なのかをめぐって意見が対立した。しかし結局最高裁判所では、これは表現内容中立の規制と判断され、中間的基準を満たせば、マストキャリー・ルールも許されると判断された。法廷意見を述べているのはケネディ裁判官。その意見には、いろいろな裁判官が部分的にのみ賛同している。

そして、この問題は、Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 520 U. S. 180 (1997)で最終的に決着が付けられた。最高裁判所は、ケーブルテレビの普及によって地上波放送局の経営が苦しくなっていることから、地上波放送局の保護を重要な利益と認め、マストキャリー・ルールは、そのような重要な政府利益を達成するための必要な限度の規制であると判断したのであった。法廷意見を述べているのは、ケネディ裁判官。しかし、地上波放送局保護という反競争の根拠でその合憲性を支持することには過半数の支持はなく、ブライヤー裁判官は別の根拠で規則を合憲とする結論に加わった。オコナー、トーマス、スカリア、ギンズバーグ裁判官は反対意見である。

(8) ただし、ヌードダンシングの禁止が象徴的表現の制約として修正第1条に反すると主張された事例では、レーンキスト・コートは違憲の主張を斥けている。Barnes v. Glen Theatre, Inc., 501 U. S. 560 (1991); City of Erie v. Pap's A. M., 529 U. S. 277 (2000)。

これに対し、ケーブルテレビにおける青少年に有害な番組の規制については、最高裁判所はもう少し厳しい姿勢を示した。Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC, 518 U. S. 727 (1996) では、ケーブルテレビのリースチャンネルとパブリックアクセス・チャンネルにおける青少年保護のための規制が問題とされ、ケーブルテレビ局に品性を欠く番組に対する拒否権を付与した規定は支持されたが、他方でパブリックアクセス・チャンネルについて品性を欠く番組をひとつのチャンネルに集中させ、視聴者から希望があった場合には直ちに視聴できないようにする措置を義務付けた規定について、より制限的でない他の代替手段があることを理由に違憲と判断された。法廷意見を述べているのはブライヤー裁判官であるが、個々の裁判官がその一部にばらばらに賛同している。意見がきわめて分かれていることが如実にうかがわれる。

また United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U. S. 803 (2000) では、性的な内容の番組について、ケーブルテレビ局に完全にスクランブルをかけてまったく見られないようにするか、子どもが見られないような時間帯に視聴できるようにすることを求めた連邦法が問題とされ、最高裁判所は、これを違憲と判断した。規制が表現内容に基づく規制であり、わいせつな表現を超える性的な内容の番組については、規制を正当化するようなやむにやまれない利益が示されておらず、また手段も最も制限的でない手段とはいえないというのであった。法廷意見を述べているのは、ここでもケネディ裁判官。スティーブンス、スーター、トーマス、ギンズバーグ各裁判官がこれに加わり、スカリア、ブライヤー、オコナー裁判官とレーンキスト首席裁判官は反対意見である。

インターネット

次に、レーンキスト・コートの判例のなかで、特筆すべきはインターネットに関する一連の事例である。世界中に網の目のように張り巡らされたコンピューター・ネットワークのネットワークであるインターネットは、1980年代から急速に普及し、いまや人々の生活に不可欠なものとなった。しかし、同時に、インターネット上にポルノなど青少年に有害な情報があふれていることが問題とされ、連邦議会は、インターネット上での品性を欠く表現の規制に乗り出した。1996年、通信法の改正に際し、インターネット上で品性を欠く表現を青少年に送信したり、インターネット上で掲示したりすることを禁止する通信品位

保持法（Communication Decency Act—CDA）を制定したのである。

この通信品位保持法の合憲性が問題とされたのが、*Reno v. ACLU*, 521 U. S. 844 (1997) であった。法廷意見を述べているのは、スティブンス裁判官である。スティブンス裁判官は、インターネットの発達の歴史とその特性を概観した上で、まず先例に依拠して規制を正当化しようとする政府側の主張をすべて斥ける。次にスティブンス裁判官は、インターネットも放送と同様に一定の規制を受けうるという主張を検討する。新聞・雑誌などのプリントメディアとは異なりラジオ・テレビの放送については、従来から、電波の稀少性や家庭への侵入性を理由として、特別な規制が認められてきた。しかしスティブンス裁判官は、インターネットの場合には無線電波を用いるわけではないので、周波数の稀少性は存在せず、しかもラジオやテレビとは異なり利用者がアクセスしなければ情報を入手できない点で、インターネットには侵入性は存在しないという。かくしてインターネットについては、放送の法理は妥当しないという。

では、インターネット上の青少年に有害な表現の規制に、表現の自由の法理を適用した場合、どうなるのか。スティブンス裁判官は、CDA の「品性を欠く」表現の定義があまりにも曖昧だという。さらに、手段という点でも、インターネットの上で、表現の受け手のなかに青少年が含まれないよう確保する実効的な手段は存在せず、それゆえ表現者は、未成年者が受け手に含まれるかもしれない、もしそうなると処罰を受けるとの懸念を抱きながらしか表現できないこととなる。スティブンス裁判官は、このような事態が、インターネット上の表現の自由を著しく萎縮させると判断したのである。かくして最高裁判所は、CDA を過度に広汎であって、違憲無効だと判断したのであった。

Reno 判決は、インターネット上の表現の自由保障にとって重要な勝利であった。だが、青少年保護のため規制を求める勢力は、これであきらめはしなかった。最高裁判所の *Reno* 判決に対し、連邦議会は、新たな法律を制定して子どもを保護しようとしたのである。それが、子どもをオンライン上保護する法律（Child Online Protection Act—COPA）であった。同法は、ウェブ上「青少年に有害な」コンテンツを「営利目的で」故意に掲示した者に刑罰を加え、青少年の範囲を17歳未満の者に限定し、さらに青少年に有害な表現の定義をあいせつな表現に関する *Miller* 判決で取られた基準にそって定義した。そして同法は、善意で青少年からのアクセスを制限するような方法をとっていた場合の抗弁を認めていた。

しかし、この法律に対し、アメリカ自由人権協会などがただちに違憲の確認と執行の差止めを求める訴訟を提起した。連邦地裁は、この主張を認め、執行の差止めを認める仮差止めを命じた。連邦地方裁判所は、目的を達成するために、より制限的でない代替手段が存在するので、この法律が違憲とされる可能性が高いと判断したのである。控訴裁判所は、連邦地方裁判所の仮差止めを若干別の理由で支持した。控訴裁判所は、同法が「共同体の基準」によって青少年に有害かどうかを判断することとしている点を捉え、これは保護された表現を過度に広汎に制約するもので、同法は文面上無効だとしたのであった。

しかし上告を受け、合衆国最高裁判所は、*Ashcroft v. ACLU*, 535 U. S. 564 (2002)において、この控訴裁判所の判断を覆し、事件を同控訴裁判所に差戻した。この結論と法廷意見を述べているのは、トーマス裁判官である。しかし、肝心な部分について、トーマス裁判官の判断には過半数の裁判官の支持はない。トーマス裁判官は、まずどのコミュニティの基準が適用されるのかを問題とし、まだ法律が執行されていない以上、実際にどうなるのかは定かではないが、コミュニティの基準は特定の地域的な限定を伴って定義される必要はなく、陪審員は必然的に自己のコミュニティやその近隣するコミュニティを考慮して基準を適用するだろうという。その結果、必然的に場所によって適用される基準は異なったものとならざるをえない。しかし、トーマス裁判官は、青少年に有害な情報は *Miller* 判決の基準にそって定義されており、好色的興味に訴えていることの要件と重大な価値を欠いていることの要件があることによって、COPA の射程は CDA よりかなり狭く、それゆえ CDA のような問題点を提起しないという。そしてトーマス裁判官は、このように限定されていれば、それが異なるコミュニティの基準に従って判断されても修正第 1 条に反するものではないという。そして、法律の文面上の合憲性を争っているので、過度に広汎であって修正第 1 条に反するというためには、過度の広汎性はかなりの程度でなければならないが、コミュニティの基準に依拠していることだけを根拠にそこまでの広汎性があるとはいえないという。そのため、同法がコミュニティの基準に依拠して青少年に有害な情報を判断していることだけを理由に、同法は過度に広汎だとは言えないとして、同法がそのほかの理由で過度に広汎かどうか、過度に不明確であるか、同法が厳格審査のもとで違憲とされるべきかについては判断することなく、原審判決を覆し、事件を差し戻したのであった。

オコナー裁判官は、その一部同意・結果同意意見のなかで、COPA が異な

ったコミュニティで異なった基準に基づいて定義されることだけを理由に過度の広汎だとはいえないという点でトーマス裁判官の意見に賛同しているが、具体的な適用のなかでそのような異なったコミュニティの基準の適用が問題を生じさせることを問題とする余地を認めているし、またインターネットの上では表現の受け手の所在を地理的に制限することが難しく、それゆえ全国的な基準をとることが必要だと判断する可能性を認めている。またブライヤー裁判官は、同法のコミュニティは、合衆国全体の成人のコミュニティを指していると解すべきだという。ケネディ裁判官の結果同意意見（スーター裁判官とギンズバーグ裁判官同調）は、むしろ COPA は過度に広汎に規制をしているために違憲となる可能性が高いという。スティブンス裁判官の反対意見は、控訴裁判所を支持している。

ところが差戻しを受けて、控訴裁判所は、再び同法が違憲とされる見込みを認めて、連邦地方裁判所の仮差止めを支持した。控訴裁判所は、より制限的でない代替手段が存在すること、制約が過度に広汎であることを理由に、違憲の可能性が高いと判断したのであった。この控訴裁判所の判決に対し政府が上告したが、合衆国最高裁判所は、*Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U. S. 656 (2004) において、今度は連邦地方裁判所の仮差止めを支持する判断を下した。

法廷意見を述べているのはケネディ裁判官で、これにスティブンス、スーター、トーマス、ギンズバーグの4名の裁判官が加わっている。法廷意見は、連邦地方裁判所の仮差止めが「裁量の濫用」かどうかを問題とし、連邦地方裁判所が、この法律に対し、より制限的でない他の代替手段があるため、最も制限的でない手段とはいえない可能性が高く、それゆえ原告らの憲法違反の主張が認められる可能性が高いと判断して、仮差止めを認めたことについて、理由があると結論している。そこで問題とされたより制限的でない他の代替手段とは、自発的なフィルタリングである。法廷意見は、この法律が、インターネット上で行われる表現の「内容」に基づいて規制を加えようとするものであり、それゆえ先例によれば最も厳しい「厳格審査」と呼ばれる基準をクリアできない以上、合憲とはしえないという。それゆえ、より制限的でない他の代替手段が存在しないことの証明責任は、政府の側にある。フィルタリングは、明らかに法律の規制よりも、より制限的でない手段である。ところが多数意見によれば、このフィルタリングの奨励によっては目的を達成できないとの証明がない。しかも、フィルタリングの方が、より効果的かもしれない。というのは、

フィルタリングによれば、法律のようにウェブ上の有害な表現だけでなく、すべてのコミュニケーションにおいて有害な表現を排除することが可能であるし、また法律のように国内のサイトだけでなく、外国のサイトにおける有害な表現をも排除することができる。

ただケネディ裁判官は、連邦地方裁判所の判断の時点からすでに5年が経過していることを指摘し、インターネット利用者数が当時と今では大きく異なることから、その後の状況の変化を検討し、その上で、法律の規定が最も制限的でない手段といえるかどうかを判断すべきだと考えた。そこで最高裁判所は、原判決を支持しながら、事件を再度原審に差し戻し、改めて審理をするよう命じたのであった。スカリア裁判官とブライヤー裁判官は反対意見である。

連邦議会が第3弾として制定した法律が、子どもをインターネットから守る法律（CIPA）である。公立の図書館は、以前からインターネットの利用促進のため連邦政府の図書館サービス技術法に基づく補助を受けてきた。ところが図書館の利用者とりわけ青少年が、その端末から不適切なサイトを見ていることが問題とされ、連邦議会は、これを阻止すべくこの法律を制定したのである。この法律は、連邦の補助を受ける図書館内のすべての端末にフィルタリング・ソフトを導入し、ポルノや青少年に有害なサイトにアクセスできないようにしない限り、連邦の補助を否定する内容であった。

この法律についても、アメリカ図書館協会らの図書館やその利用者、ウェブ作成者などが、ただちに違憲の確認と執行の差止めを求める訴訟を提起した。これに対し、連邦地方裁判所は、その主張を認め、この法律を文面上違憲と宣言し、この法律の執行の差止めを命じた。この連邦地方裁判所判決に対し、ただちに合衆国最高裁判所に特別上告がなされ、合衆国最高裁判所は *United States v. American Library Association, Inc.* 539 U. S. 194 (2003) において、この判決を破棄する結論を下した。最高裁判所の結論を述べているのは、レーンキスト首席裁判官である。だが、彼の意見には、オコナー、スカリア、トーマス裁判官の3人の支持しかない。レーンキスト首席裁判官は、連邦議会は支出権限に基づいてその受領に広く条件を付すことができるが、もちろん憲法違反の行為を強制することができないことを認める。しかし公共の図書館のそもそもの目的が公衆の学習や知的向上に貢献するというものである以上、図書館には図書の選択について広い裁量があり、それゆえ図書館はパブリック・フォーラムではないという。したがって、図書館がわいせつな図書等を購入しなかったとしても憲法違反にはならないし、同様に図書館内の端末からわいせつな

表現等へのアクセスを拒否しても憲法違反にはならない。つまり、この法律に従うことは図書館に憲法違反の行為を強いるものではないというのである。またレーンキスト首席裁判官は、この法律は、利用者に適法にアクセスできる情報へのアクセスを提供するという図書館の修正第 1 条の権利の放棄を強制するものでもないで、これは「違憲の条件」ともいえないという。本件の場合、連邦議会は、連邦の補助金を受け取る条件を定めているに過ぎず、しかも伝統的に図書館はわいせつな図書等を購入してこなかったのであるから、インターネット上のわいせつな表現等へのアクセスをブロックすることを条件とすることは不合理とはいえないというのである。

この原判決破棄の結論は、ほかに 2 人の裁判官によって支持されている。5 人目の支持は、ケネディ裁判官であるが、彼は、本件では、政府が、成人の利用者からフィルタリング解除の希望があれば図書館は解除してかまわないと述べている以上、成人の利用者の利用には実質的な制約はなく、青少年の利用だけについてであればこの法律の制約は憲法違反ではないという。そして、もし成人利用者の解除の希望が拒否された場合には、法律自体ではなく、その適用について法律の合憲性を問題とすれば足りるというのである。ブライヤー裁判官は、本件ではレーンキスト首席裁判官のように合理的かどうかといった緩やかな審査ではなく、厳格審査ほどではないが厳しい基準で審査すべきであり、より制限的な代替手段が存在しないかどうか、手段が目的達成にとって均衡を欠いていないかどうかを問題とすべきだという。そして彼は、本件の場合、手段が均衡を欠いているとはいえないと結論している。フィルタリングには欠陥もあるがそれ以上に優れた手段があるともいえないし、成人の利用者は解除を希望すればよいので、たしかに解除を申し出なければならないという負担は負うが、その程度の負担はそれほど深刻ではないというのであった。これに対しスティブンス裁判官とスーター裁判官（ギンズバーグ裁判官が同調している）が反対意見を書いている。

III レーンキスト・コートと表現の自由

レーンキスト・コートの特色とは

では、このようなレーンキスト・コートの表現の自由をめぐる諸判例を通して、そこに何らかの特色を指摘することはできるであろうか。特に、レーンキ

スト・コートに先立つウォーレン・コートやバーガー・コートと比較して、どのような特色があるのだろうか。

この点、レーンキスト・コートの判例でしばしば大きな注目を集めたのは、妊娠中絶や、政教分離原則（国教樹立禁止条項）の問題、同性愛者の問題、アフターマティブ・アクションの問題などの社会問題であった。とりわけ最大の焦点は、妊娠中絶をめぐる事例で、*Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) が覆されるかどうかであった。したがって、レーンキスト・コートをめぐる争点の中で、表現の自由の問題は、それほど重視されなかったといえる。

そうした中で、たしかにレーンキスト・コートは、妊娠中絶の権利に関する事例では妊娠中絶の権利に対する保護を制限する方向に向かい、また政教分離原則に関する事例でも政府や州による私立学校への助成を広く認める判断を示すなど、かなり特徴的な判断を示している⁽⁹⁾。ただ、*Roe* 判決を覆すべきだという声は結局最高裁判所の多数を制することはできず、先例拘束性を理由としつつも、*Roe* 判決は依然として維持されている⁽¹⁰⁾。同性愛者の権利についても、いったんは同性愛者の権利を否定するような判断を示したが、その後レーンキスト・コートの終わりごろになって逆に同性愛者の権利を正面から認めるかのような判断を示している⁽¹¹⁾。またアフターマティブ・アクションについては、厳格審査が適用されることが確立したが、大学におけるアフターマティブ・アクションを一定の条件の下で許容する判断が示されている⁽¹²⁾。

従って、このような社会的問題についていえば、ウォーレン・コートの諸判決を覆したいというレーガン・ブッシュ政権の期待に反し、レーンキスト・コートはウォーレン・コートの姿勢を基本的に引き継いでいるとの評価が一般的である。レーガン・ブッシュ政権が期待したような「反革命」はおきなかったのである⁽¹³⁾。

(9) レーンキスト・コートの諸判決の包括的な検討として、TINSLEY E. YARBROUGH, *THE REHNQUIST COURT AND THE CONSTITUTION* (Oxford University Press 2000) ; Symposium : *The Rehnquist Court*, 99 Nw. U. L. Rev. 3 (2004) などを参照。

(10) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

(11) *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

(12) *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244, (2003) ; *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003).

(13) YARBROUGH, *supra* note 6, at xi. See also M. Elizabeth Magill, *The*

ただ、連邦議会の権限に関するいわゆる連邦制に関する事例では、レーンキスト・コートはかなり重大な展開を示した。レーンキスト・コートは、連邦議会の権限行使に歯止めをかけ、学校付近での銃の所持を禁止した連邦法について、州際通商との関連性が示されていないことを理由に違憲の判断を下し⁽¹⁴⁾、さらに家庭内暴力の被害者に民事上の救済を認めた連邦法についても、州の権限を侵害するものだとし違憲の判断を示すなど⁽¹⁵⁾、連邦に対して州の権限を擁護する姿勢を明確に示しているのである。このような動きは、ニューディール以前の小さな政府を回復するという保守派の目標である、まさに「亡命中の憲法」⁽¹⁶⁾の回復を意図したものともみることができる。その意味で、レーンキスト・コートの最大の特徴は、まさにこれら連邦主義に関する諸判決に見られるといってもよい。

レーンキスト・コートと表現の自由

これに対し、表現の自由をめぐる諸判例だけを取り出して、レーンキスト・コートの特色を見出すことは容易ではないように思われる。一面では、表現の自由を手厚く保護した諸判例があり、他方では表現の自由の保護を否定した諸判例がある。レーンキスト・コートが表現の自由保護にきわめて熱心だとも、逆に表現の自由に対して冷たいともいいがたい。全体としてみて、レーンキスト・コートは、ウォーレン・コート及びバーガー・コートの先例が樹立した枠組みを基本的に踏襲し、それを具体的事例で適用してきたように思われる⁽¹⁷⁾。

たしかに、個々の裁判官についてであれば、表現の自由の保護に好意的か冷たいかといった評価も可能かもしれない。たとえばレーンキスト首席裁判官自身は、決して表現の自由の保護に好意的とはいえないであろう。ジェフリー・ストーン教授の計算では、レーンキスト首席裁判官は、最高裁判所の裁判官となってから259件の表現の自由をめぐる事例に関与し、その80%の事件では表

Revolution That Wasn't, 99 Nw. U. L. Rev. 47 (2004) (権力分立に関する事例で革命は生じなかった)。

(14) United States v. Lopez, 514 U. S. 549 (1995).

(15) United States v. Morrison, 529 U. S. 598 (2000).

(16) Special Symposium Issue: The Constitution in Exile, 51 Duke L. J. 1 (2001).

(17) YARBROUGH, *supra* note 9, at 179, 214.

現の自由の主張を斥け、53件において表現の自由の主張を支持する判断を示しているという。そして、これらの事例で、最高裁判所は、53%の事例で、表現の自由の主張を支持する判断を示しており、比較をすると、レーンキスト首席裁判官は、最高裁判所全体と比較して、表現の自由の主張を支持する率が半分以上だという。しかも、全員一致の判決が下された「簡単な事例」とは異なり裁判官の意見が分かれた「難しい事例」は全部で196件であるが、その中でレーンキスト首席裁判官が表現の自由の主張を支持したのはわずかに18件、割合にすればわずか8%であり、他の裁判官はこれらの事例のうち55%で表現の自由の主張を支持しており、その率はレーンキスト首席裁判官の支持率の6倍以上だという。さらに、バーガー元首席裁判官、ホワイ特裁判官、スカリア裁判官、トーマス裁判官と比較しても、これらの保守派と呼ばれる裁判官の方がレーンキスト首席裁判官よりも、1.5倍から1.9倍の事例で表現の自由の主張を支持しているという。それだけレーンキスト首席裁判官は、表現の自由の主張に対して冷たいということである⁽¹⁸⁾。

しかし、レーンキスト首席裁判官の意見は多くの事例で少数意見であり、多数派を制することはできなかった。しかも、そのレーンキスト首席裁判官も、いくつかの事例で法律を修正第1条違反とする判断に加わっている。このことからみても、表現の自由に関する限り、レーンキスト・コートが何か特徴的な展開を示したとはいえない。

「保守派の司法積極主義」

このような状況に照らすと、レーンキスト・コートに対しては「保守派の司法積極主義」(conservative judicial activism) だという強い批判があるが⁽¹⁹⁾,

(18) <http://www.acsblog.org/bill-of-rights-1045-guest-blogger-justice-rehnquist-and-athe-freedom-of-speech-or-of-the-pressa.html> (Jeffrey Stone). レーンキスト・コートの裁判官の憲法解釈観並びに個々の領域における投票行動については、EARL M. MALTZ (ed.), REHNQUIST JUSTICE: UNDERSTANDING THE COURT DYNAMIC (University Press of Kansas 2003) を参照されたい。

(19) たとえばラリー・クレーマー教授は、ニューヨークタイムズに「保守派の司法積極主義が今支配している」と批判し、カス・サンシュテイン教授も、「右派の司法積極主義がまさに絶頂期にある」と嘆いている。Lino A. Graglia, The Myth of a Conservative Supreme Court: The October 2000 Term, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 281 (2003). See also Larry D. Kramer, The

これもそのまま受け取ることには問題があろう。

何をもって「司法積極主義」というのかそれ自体も問題であるが⁽²⁰⁾、単に「積極主義」だと批判するだけでは、レーンキスト・コートの特徴を適切に捉えたことにはならないであろうし、またレーンキスト・コートの諸判決がだから間違っているんだという結論は導かれないであろうからである⁽²¹⁾。しかも、実際には、レーンキスト・コートの多くの判決は、ウォーレン・コートとバーガー・コートの先例を踏襲しており、その多くではレーンキスト首席裁判官らは少数意見で、多数意見はむしろギンズバーグ、ブライヤー、スーター、スティブンスの4人に保守派の誰かが加わって構成されているのである。その意味では、レーンキスト・コートは依然としてリベラルな司法積極主義だともいえる⁽²²⁾。表現の自由に関しても、レーンキスト・コートは国旗焼却禁止に関する Johnson 事件判決のように、これまでのリベラルな法理を踏襲しており、それが何らかの「保守的な司法積極主義」を示しているとはいいたくないように思われる⁽²³⁾。

二つのレーンキスト・コート

この点、トーマス・メルル教授は、レーンキスト・コートを二つの時期にわけ、第1のレーンキスト・コートと第2のレーンキスト・コートで異なった特

Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court, 115 Harv. L. Rev. 4 (2001); William P. Marshall, Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism, 73 U. Colo. L. Rev. 1217 (2002); CASS R. SUNSTEIN, RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE WRONG FOR AMERICA (Basic Books 2005).

(20) Ernest A. Young, Judicial Activism and Conservative Politics, 73 U. Colo. L. Rev. 1139 (2002).

(21) Rebecca L. Brown, Activism Is Not a Four-Letter Word, 73 U. Colo. L. Rev. 1257 (2002); Randy E. Barnett, Is the Rehnquist Court an "Activist" Court?: The Commerce Clause Cases, 73 U. Colo. L. Rev. 1275 (2002).

(22) Graglia, *supra* note 19, at 281.

(23) Saikrishna Porakash, Are the Judicial Safeguards of Federalism the Ultimate Form of Conservative Judicial Activism?, 73 U. Colo. L. Rev. 1363 (2002); J. Harvie Wilkinson III, Is There a Distinctive Conservative Jurisprudence?, 73 U. Colo. L. Rev. 1383 (2002); Frank H. Easterbrook, Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial activism?, 73 U. Colo. L. Rev. 1401 (2002).

徴を指摘する⁽²⁴⁾。分岐点となったのは、1994年のブラックマン裁判官の退官である。第1レーンキスト・コートでは、構成員がかなり変動し、多くの事件を処理し、多数派の構成がしばしば変わった。焦点となっていたのは、妊娠中絶やプライバシーの権利、アフターマティプ・アクションなど社会的問題であった。しかし、多くの注目を集め、レーンキスト・コートが先例を変更するのではないかとの観測もあったにもかかわらず、この時期のレーンキスト・コートは、大きな変化を示さなかった。しかも個々の裁判官の意見はしばしば激しく対立した。これに対し第2レーンキスト・コートでは、構成員が固定し、扱う事件数は限定され、多くの事件では、裁判官はブロックとして行動するようになった。そして大きな関心を集めるような社会的問題はどちらかというところから退き、レーンキスト・コートの中心的な関心は連邦議会の権限などの連邦主義の問題に移った。メリル教授は、このような変化を説明するため、社会科学のモデルに沿って、裁判官は個々に独立して投票するという「行動モデル」、裁判官は他の同僚の行動を考慮して投票するという「内部的戦略的行動者モデル」、裁判官は裁判所以外の他の政府部門の反応をも考慮して投票するという「外部的戦略的行動者モデル」、そして裁判官の投票行動は裁判官の顔ぶれが大きく変わる場合と固定されている場合とで異なるというモデルをもちいる。そして、第1レーンキスト・コートから第2レーンキスト・コートへの変化は、構成員の固定化とともに、とりわけスカリア裁判官が社会的問題の解決をあきらめて連邦主義の問題に焦点を戦略的に移した結果だとした。

たしかに、レーンキスト・コート全体の傾向としては、このような変化を指摘できるかもしれない。ただ、レーンキスト・コートは全体として権利擁護法の事例ではきわめて消極的な姿勢をとってきたし、また第2レーンキスト・コートの時期にも社会的問題はやはり争点となっており、このような変化を重視できるのかには疑問もありうる⁽²⁵⁾。また表現の自由をめぐる事例に限定して考察すると、レーンキスト・コートの判例にそのような明瞭な分岐点を見出し、第1レーンキスト・コートと第2レーンキスト・コートを対比させることは困難なように思われる⁽²⁶⁾。

(24) Thomas W. Merrill, *The Making of the Second Rehnquist Court: A Preliminary Analysis*, 47 St. Louis L. J. 569 (2003).

(25) Erwin Chemerinsky, *Understanding the Rehnquist Court: An Admiring Reply to Professor Merrill*, 47 St. Louis L. Rev. 659 (2003).

(26) Alan J. Howard, *Continuity and Change: The Rehnquist Court's Free*

その意味では、妊娠中絶や国教樹立禁止条項の問題と同様、表現の自由についても、ウォーレン・コートの判例を覆し、表現の自由を禁止する連邦政府や州の権限を広く認めようとした保守派、とりわけレーンキスト首席裁判官の希望は、結局レーンキスト・コートの中では多数を占めることはできず、はっきりとした形では達成されなかったというべきかもしれない。

ルール重視派と利益衡量派の対立

この点では、むしろレーンキスト・コートの各裁判官が戦略的に見解を改めたとか、裁判所全体として保守派の裁判官たちが戦略的に目標を変えたというよりは、保守派裁判官のなかで、先例に従うべきかどうかという、保守派であることのもうひとつの指標についての立場の違いが表面化した結果だと見る方が説得的かもしれない⁽²⁷⁾。本来保守派というのは、先例を尊重し、先例を大きく変更することには消極的である。しかし、保守派裁判官の中には、スカリア裁判官のように保守派のイデオロギーに合致しない場合に先例変更をいとわない裁判官と、たとえ保守派イデオロギーに合致しなくても先例である以上その先例を覆すことには消極的な裁判官がありうる。先例拘束性を理由に Roe 判決を踏襲したオコナー、ケネディ、スーター裁判官などは、後者の例である。

他方で、キャサリン・サリバン教授は、レーンキスト・コートの内部で、二つの異なった司法哲学が対立していることを指摘する⁽²⁸⁾。いまやレーンキスト・コートは保守派が多数を占める状況になっているが、サリバン教授は、その保守派の裁判官の中に、ルール重視派と利益衡量派という、二つの異なった司法哲学に立つ裁判官がいるというのである。ルール重視派の代表はスカリア裁判官である。スカリア裁判官は、カテゴリーカルなルールを好み、利益衡量的な判断方法に対して否定的なのである。これに対し、このようなカテゴリーカルなルールを好まず、それぞれの事例の中で具体的な利益衡量を行うことを好む裁判官がいる。その代表がオコナー裁判官やケネディ裁判官である。そのため、オコナー裁判官やケネディ裁判官は、予測が困難であり、保守派でありな

Speech Cases, 47 St. Louis L. J. 835 (2003).

(27) John O. McGinnis, Continuity and Coherence in the Rehnquist Court, 47 St. Louis L. Rev. 875 (2003).

(28) Kathleen M. Sullivan, The Supreme Court 1991 Term: Foreword: The Justices of Rules and Standards, 106 Harv. L. Rev. 22 (1992).

がら、個々の事例の違いに応じて異なった結論を導く。彼らがそのため、しばしばスイング・ボートとして判決の結論を左右する決定的な役割を果たす。なかでも、オコナー裁判官の投票が判決の結論を左右することが少なくなく、その結果、最高裁判所は「オコナー・コート」だと呼ばれもしたし、妊娠中絶に関する事例で、学説のなかには「ただ一人の裁判官」のみに向けて説得をしようと論文を書く事態も生じさせた⁽²⁹⁾。それだけにレーンキスト・コートにおいて、オコナー裁判官がきわめて重要な役割を演じていたといえる。

中間派はいない？

では、このことはオコナー裁判官らがレーンキスト・コートの中で中間派として機能していることを意味するのであろうか。

この点、1995年、ニューヨークタイムズのコラムニストのリンダ・グリーンハウスは、最高裁判所の中で中間派 (center) がなくなってしまったことを指摘し、クリントン政権下で任命されたギンズバーグとブライヤーは中間派となることが期待されたが、結果的には両者はスティブンス、スーターとともに保守派の対極に位置する形となってしまったと主張した。これに対し、ジェームス・サイモン教授は、保守派のなかでもレーンキスト首席裁判官、スカリア、トーマス両裁判官のようなイデオロギー的な強硬派と違い、オコナー、ケネディ、スーターの3裁判官はリベラルな裁判官に賛同して投票することが少ないことを指摘し、「中間派は生きている」 (center holds) と主張した⁽³⁰⁾。しかし、このサイモン教授の見解に対し、多くの学説はこれに批判的な反応を示した⁽³¹⁾。オコナー及びケネディは中間派というより保守派であり、ただ他の保守強硬派と異なり予測が困難で、揺れ動いているにすぎないというのである。結果的には、保守派であるオコナーとケネディの2裁判官の価値判断が事件の結論を左右しているにすぎないともいわれた⁽³²⁾。

(29) Susan R. Estreih & Kathleen M. Sullivan, *Abortion Politics: Writing for an Audience of One*, 138 U. Pa. L. Rev. 119 (1989).

(30) JAMES F. SIMON, *THE CENTER HOLDS: THE POWER STRUGGLE INSIDE THE REHNQUIST COURT* (1995).

(31) Symposium, 40 N. Y. Law School L. Rev. 863 (1996).

(32) Erwin Chemerinsky, *October Term 2002: Value Choices by the Justices, Not Theory, Determine Constitutional Law*, 6 Green Bag 2d 367 (2003). ただ、ギンズバーグやブライヤー、スーター、スティブンスも、ウォーレン・コート時代のようなリベラルではなく、その意味ではもはや最高裁判所にかつて

ただ、最高裁判所の判決をその裁判官の政治的イデオロギーだけで説明できるのかには、意見が分かれうる。マーク・タシュネット教授は、レーンキスト首席裁判官の支持する結論はほとんど共和党の綱領どおりだと指摘する⁽³³⁾。これに対し、トーマス・メリル教授は、法解釈の領域でレーンキスト首席裁判官の判断を検討すると、そこにはあるべき裁判所の姿についての彼の理論が重大な影響を与えており、共和党の綱領どおりの結論を支持しているわけではないという⁽³⁴⁾。スザンナ・シェリー教授も、このようなラベリングがミスリーディングである危険性を警告する⁽³⁵⁾。特に、表現の自由の領域では、このようなラベリングでは適切に説明できない判断が示されている⁽³⁶⁾。

この点、ジョン・マギニス教授は、レーンキスト・コートの諸判決の中には、分権化と社会規範の私的秩序付け (private ordering) への志向性が強くみられ、このような志向性はとりわけ連邦主義の重視や宗教団体や結社の自律性の尊重、市場への信頼に現れているという。それは、かつてアメリカを訪れたアレックス・トクビルがアメリカ社会の大きな特徴として描き出したものであり、その意味でレーンキスト・コートはトクビルの時代のアメリカの復活を目指すものということができるという⁽³⁷⁾。かつてジョン・イリイ教授はウォーレン・コートの司法哲学を政治参加のプロセスの機能不全の除去だと捉

のようなリベラルはいないということもできる。その意味では、レーンキスト、スカリア、トーマス以外はすべて中間派ということもできる。Kim I. Eisler, A Defense of Activism, 40 N. Y. Law School L. Rev. 911 (1996). See generally G. Edward White, Unpacking the Idea of the Judicial Center, 83 North Carolina L. Rev. 1089 (2005).

- (33) Mark Tushnet, A Republic Chief Justice, 88 Mich. L. Rev. 1326 (1990). See also Mark Tushnet, "Meet the New Boss": The New Judicial Center, 83 N. C. L. Rev. 1205 (2005). アール・チェメルンスキー教授も、これを支持する。Erwin Chemerinsky, Progressive and Conservative Constitutionalism as the United States Enters the 21st Century, 67 law & Contemp. Prob. 53 (2004).

- (34) Thomas Merrill, Chief Justice Rehnquist, Pluralist Theory, and the Interpretations of Statutes, 25 Rutgers L. J. 621 (1994).

- (35) Suzanna Sherry, Warning: Labeling Constitutions May Be Hazardous to Your Regime, 67 Law & Contemp. Prob. 33 (2004).

- (36) Robert L. Tsai, Speech and Strife, 67 Law & Contemp. Prob. 83 (2004).

- (37) John O. McGinnis, Reviving Tocqueville's America: The Rehnquist Court's Jurisprudence of a Social Discovery, 90 Cal. L. Rev. 485 (2002)

え⁽³⁸⁾、そしてそのウォーレン・コートの諸判決を覆すことが予想されたバーガー・コートが結果的に「根のない積極主義」⁽³⁹⁾に終わってしまったとされていることを考えると、レーンキスト・コートがそのようなひとつの司法哲学にたっているとすれば、それは大変興味深いといえる。ただ、オコナー、ケネディ裁判官の判断で揺れ動くレーンキスト・コートの諸判決をそのように統一的に理解できるかどうか、疑問がないではない。少なくとも表現の自由に関する事例から、そのような司法哲学を抽出することは困難なように思われる。

プラグマティズム？

では、レーンキスト・コートの表現の自由をめぐる諸事例には、何ら特徴的なことはないのであろうか。

この点、スザンナ・シェリー教授は、特に1994年以降の第2レーンキスト・コートと呼ばれる時代の表現の自由の諸判例を振り返り、そこでは、古典的な政治的少数者に対する弾圧のような事例はなく、様々な微妙な事例が問題となっており、最高裁判所としても、すでに確立した原理のうえで、それぞれの事例において、その原理を適用するというプラグマティックな判断をせざるを得なかったという。そして、広告規制、選挙運動規制、そしてポルノグラフィの規制という3つの事例を例にとり、このようなプラグマティックな考慮が結果を左右したことが示されていると主張する⁽⁴⁰⁾。これらの事例を通してシェリー教授が重視しているのは、同じ広告規制や選挙運動規制、あるいはポルノグラフィ規制の領域でも、事例ごとに結論が分かれており、しかもはっきりとした多数意見が形成されず、多くの同意意見や補足意見が見られること、そしてしばしば通常のリベラルか保守派かといったラベルでは説明のつかないような裁判官の組み合わせが見られることである。そしてシェリー教授は、このようなニュアンスを重視したプラグマティックなアプローチの方が、厳格な審査基準の適用よりも柔軟に表現の自由の保護と法律の達成しようとしている

(38) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (Harvard 1980).

(39) Vincent Blasi, *The Rootless Activism of the Burger Court*, in VINCENT BLASI (ed.), *THE BURGER COURT: THE COUNTER-REVOLUTION THAT WASN'T* 198 (Yale 1983).

(40) Suzanna Sherry, *The Rehnquist Court: Hard Cases Make Good Judges*, 99 *Nw. U. L. Rev.* 3 (2004).

利益とをうまく調節できると評価するのである。

たしかに、表現の自由の領域でも、しばしば個々の裁判官の意見が激しく対立し、明確な多数意見が見られないこと、事例ごとに微妙に裁判官の組み合わせに変化があり、しかもしばしば通常のリベラルか保守派かといったラベルでは考えられない裁判官どおしの組み合わせが見られることは事実である。ただ、このことが、各裁判官が原理を争わないで具的的な事例のニュアンスと文脈を重視して憲法判断しているとまでいえるかどうかには、異論がありうる。

ユージン・ボロク教授は、レーンキスト・コートの諸判決が、原理ではなくプラグマティックな考慮に基いて判断されているというシェリー教授の認識は適切ではなく、そこではまさしく原理が問題となっていると批判している⁽⁴¹⁾。ボロク教授によれば、しばしば政治的信念では考えられないような裁判官の組み合わせが見られることも、それは裁判官が、表現の自由の問題について、異なったイデオロギーを抱いている結果にすぎない。そしてボロク教授は、むしろこういった原理の問題を正面から議論する方が、プラグマティズムの覆いのもとで原理をはっきりとしないまま事件を処理するよりも、望ましいという。

表現の自由を擁護することが保守派？

たしかに、ボロク教授も指摘するように、もはやリベラルか保守派かというラベル自体が意味を持たなくなっており、左派が表現者を擁護し、右派が政府を支援するとは限らず、むしろ表現の自由の規制に反対する声は右派から出されているという現実がある⁽⁴²⁾。

マーク・タシュネット教授が、レーンキスト・コートで表現の自由を擁護されるようになった人は、かつてのようなエホバの証人の信者や社会主義者のような少数者ではなく、KKK であったり、妊娠中絶を行う診療所に対して抗議活動を展開する活動家であったり、あるいは営利的表現の事例のようにビール業界やタバコ業界などの大企業になっていると指摘しているのも、その微妙な変化を示しているものといえよう⁽⁴³⁾。

(41) Eugene Volokh, The Rehnquist Court: Pragmatism vs. Ideology in Free Speech Cases, 99 Nw. U. L. Rev. 33, 35-37 (2004).

(42) Eugene Volokh, How the Justices Voted in Free Speech Cases, 1994-2000, 48 UCLA L. Rev. 1191, 1198 (2001).

(43) MARK TUSHNET, A COURT DEVIDED: THE REHNQUIST COURT

たしかに1960年代まで、公民権運動に典型的に示されていたように、表現の自由の擁護は、平等権の擁護と一体として行われていた。平等を求め人種差別に反対する者が、人種差別に反対する抗議活動を展開し、その規制を表現の自由と争った。リベラルにとって、平等権の擁護と表現の自由の擁護は運動の両輪であったといえよう⁽⁴⁴⁾。ところが、今、リベラルな学説や運動家は、差別的表現を規制し、ヘイト・スピーチを禁止することが差別是正のために不可欠と考えている。そこで表現の自由を主張することは、差別する側の言葉による暴力を許容することになる。平等権の擁護と表現の自由の擁護が必ずしも同じ方向に作動せず、むしろ表現の自由の主張が平等権の実現を妨げるという構図になっている⁽⁴⁵⁾。いまなお、エホバの証人の信者や反戦活動家の表現も保護を受けているとはいえ、レーンキスト・コートで表現の自由の侵害を主張している者の多くが、KKKであったり、妊娠中絶反対の活動家であったり、署名集めや募金を募る団体であったり、政治資金を支出する政治団体であったり、ビール会社などの大企業であることは、その象徴なのかもしれない。

その意味では、いまや表現の自由を擁護することそれ自体が保守派なのかもしれない。

表現の自由のパラダイム転換

ではリベラルな表現の自由の法理は、どのようなものであろうか。

この点、リベラルな表現の自由の法理のひとつの方向性を示しているのがカス・サンステイン教授である⁽⁴⁶⁾。彼は、修正第1条の目的を「討議的民主主

AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW 302 (Norton 2005).
See also MARK TUSHNET, THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER (Princeton 2003).

(44) ウォーレン・コートの表現の自由の法理の平等保護との結びつきについては、Lillian R. BeVier, Intersection and Divergence: Some Reflections on the Warren Court, Civil Rights, and the First Amendment, 59 Wash. & Lee L. Rev. 1075 (2002).

(45) ポルノグラフィ規制をリベラルが容認しているように、いまや表現の自由は平等保護の敵となっているのである。Id. at 1092-93.

(46) CASS SUNSTEIN, REPUBLIC.COM (Princeton 2001); CASS SUNSTEIN, WHY SOCIETY NEED DISSENT (Harvard 2003); Cass R. Sunstein, The Future of Free Speech, in LEE C. BOLLINGER & GEOFFREY R. STONE, ETERNALLY VIGILANT: FREE SPEECH IN THE MODERN ERA 284 (Chicago 2002).

義」(deliberative democracy)の樹立と見る立場に立ち、この討議的民主主義の樹立という目的の達成のために行われる表現の自由への制約は、表現の自由の「規制」には当たらないと主張する。

このようなサンステイン教授の見解は、もともと放送に対しアクセス権を認めたり、公平原則(fairness doctrine)を義務付けることの合憲性を支持するために用いられていた考え方を、ひろく表現の自由一般に拡大したものということができる。この見解の特徴は、単に政府が干渉しないことを自由と考えず、むしろ一定の政府の関与を自由の前提として容認すること、そのため自由をまったくの政府の干渉の欠如と捉えず、むしろ自由が本当の自由であるためには政府による関与が求められると考える点にある。

このようなサンステイン教授の見解は、まさに従来の表現の自由の法理のパラダイム転換を求めているものといえよう。もちろんレーンキスト・コートは、このような考え方を受け入れてはいない。しかし、ブライヤー裁判官は、このような考え方を支持することを示唆している⁽⁴⁷⁾。はたして、ブライヤー裁判官がこの方向で従来の表現の自由の法理のパラダイム転換を図れるのかどうか、今後の展開が注目されよう⁽⁴⁸⁾。

結びに代えて

表現の自由をめぐる諸事例において、レーンキスト・コートは、他の領域ほどはっきりとした特色のある判断を示しているとはいえない。レーンキスト・コートは、ウォーレン・コート及びバーガー・コートの表現の自由の法理を大枠で継承し、表現の自由に対しかなり強い保護を認めてきたからである。だが、あるいは逆に、表現の自由を手厚く保護していることこそが、レーンキスト・コートが保守的な最高裁判所であることの証左なのかもしれない。レーンキスト首席裁判官の急逝に伴い、本来オコナー裁判官の後任として任命される予定であったジョン・ロバーツ裁判官が次期首席裁判官に任命されることとなった。そして、新たにサミュエル・マリット裁判官が陪席裁判官に任命され

(47) Stephen Breyer, Madison Lecture: Our Democratic Constitution, 77 N. Y. U. L. Rev. 245 (2002). See also STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION (Alfred A. Knopf 2005).

(48) Lillian R. BeVier, The First Amendment on the Tracks: Should Justice Breyer Be at the Switch?, 89 Minn. L. Rev. 1280 (2005).

た。ロバーツ・コートが今後表現の自由についてどのように判断していくのか，注目されるところである。