

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 29 年 6 月 16 日現在

機関番号：37105

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2016

課題番号：25380041

研究課題名(和文) アメリカにおける定義付け衡量論の本質 判例及び学説を素材として

研究課題名(英文) Definitional Balancing in the U.S. Supreme Court: Theory and Practice

研究代表者

奈須 祐治 (Nasu, Yuji)

西南学院大学・法学部・教授

研究者番号：40399233

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,600,000円

研究成果の概要(和文)：いわゆる定義付け衡量のアプローチが日本の裁判所においても立法過程においても十分に機能しておらず、有害言論に関わる現代的諸問題に対応できていないという問題関心の下、本研究を行った。本研究においては、定義付け衡量の内部構造を体系的に理論化した Frederick Schauer の理論枠組みを参照しつつ、その他のアメリカの学説と Roberts Court 下の定義付け衡量に関わる判例を詳細に分析、検討した。定義付け衡量に関する論点を明確化した後、Roberts Court以前の主要な最高裁判例を分析した。

研究成果の概要(英文)：“Definitional balancing approach” is not fully appreciated and does not work properly in Japanese courts and legislatures. As a result, our country has not been able to respond to contemporary problems caused by various kinds of harmful speech. Keeping it in mind, I conducted this study. I explored framework of Frederick Schauer’s theory, which systematically analyzed definitional balancing approach. I also examined other theorists and Supreme Court cases concerning harmful speech under the current Roberts Court, in order to clarify some crucial elements of definitional balancing approach. Finally I analyzed relevant Supreme Court cases before the Roberts Court.

研究分野：憲法学

キーワード：表現の自由 有害表現 定義付け衡量 違憲審査基準論

1. 研究開始当初の背景

日本では、ポルノ・コミック、国家機密漏洩、ヘイト・スピーチ等の有害言論の規制が重大な社会問題となってきた。表現の自由は他害行為を必ずしも正当化しないが、それが民主政を支える権利であることを踏まえ、規制範囲の明確化が不可欠である。

そこで、これまで合憲的に規制しうる言論類型を予め範疇化する定義付け衡量の手法が支持されてきた。ところがわが国の最高裁はこの方法論をとるものの、それを精緻化できていない。猥褻、煽動の定義的テストは「定義的」とはいえないほど曖昧であるし、営利的言論のようにいまだテストの内容が明らかでないものもある。名誉毀損やプライバシー侵害については多くの判例が出され、定義的テストが一定程度機能しているが、名誉毀損の立証責任の配分からくるメディアへの過度の負担の例に見られるように表現保護が十分でないという批判がある。さらに、定義付け衡量の形成と運用は統治機構間の権限配分に関わるが、最高裁は過度に政治部門に敬讓する傾向があり、猥褻規制等の領域で当局の恣意的運用を招いている(例として、ポルノ・コミックが刑法違反として摘発された松文館事件等)。

定義付け衡量は司法審査方法論として展開してきたが、立法過程においても憲法に照らして規制範囲を絞り、範疇化する必要がある。ところが、立法過程でも定義付け衡量はあまり機能していない。たとえば東京都のポルノ・コミック規制や、違法ダウンロード刑事罰化の議論においては、表現価値を十分に参照することなく規制の線引きが提示されており、有害言論の範疇を明確に括り出す作業は全く十分でなかった。人権擁護法案(及び人権侵害救済法案)における差別的表現規制も同様の例といえる。

以上のような問題があるにもかかわらず、わが国の憲法概説書では定義付け衡量の説

明はわずかにとどまり、専門的研究も少ない。しかし、この点の考察を欠いては表現とその対抗利益との衡量の指針を与えることができず、上述の現代的問題に対応できない。

2. 研究の目的

本研究はこうした問題関心から、定義付け衡量の内部構造を詳細に分析し、その本質を明らかにする作業に取り組んだ。具体的にはこの領域で体系的な理論を構築した **Frederick Schauer** の理論枠組みに依拠しつつ、以下のように違憲審査の形式・実体の別に論点を整理して研究を進めた。

【A 形式論】①これまで、表現の自由の保護領域についてほとんど検討されてこなかったため、保護領域論と定義付け衡量との関係が明確でない。保護領域外の表現類型にはそもそも定義的テストは適用されないのか、定義的テストが適用されることによって保護領域外の言論が排除されるのか等を明らかにする必要がある。②一般に内容規制には厳格審査の基準が適用されるといわれるが、定義的テストが厳格審査基準を定型化したものなのかは明らかでない(阪口正二郎「表現の自由」法教 357号 30頁)。仮にそれを厳格審査の定型化と見るとしても、厳格審査の目的、手段それぞれの審査を各テストが具体的にどのように定型化しているのか、またはすべきなのかが明確でない。③定義的テストにどの程度の柔軟性を認めるべきか。たとえば米国の定義的テストはルール性が高く柔軟性が低いため、予測可能性は保障されるが例外に対処しづらいという問題がある。④違憲審査基準・方法論は、司法府と政治部門との権限配分の問題と捉えられる。定義付け衡量も同様の視点から分析できるが、日本の先行研究はそのような分析をほとんど行ってこなかった。

しかし、定義的テストの本質を説明するうえでこのような分析は不可欠である。

【B 実体論】①ある表現類型が定義付け衡量によって憲法 21 条の保護を受けないとされた場合、それはその表現が無(低)価値であるのか、あるいはそれが有害であるのか、その両方なのか整理されていない。米国の判例法理では、猥褻表現のように、明らかに無(低)価値な表現類型を憲法的保障の埒外とする目的で定義的テストが用いられることがあった。表現が他者に危害を及ぼす場合、これを規制しうる点については判例、学説上争いはないが、定義的テストにおいて表現価値を考慮しうるとした場合、価値と害悪の関係を整理する必要がある。②また、表現価値については上記 A①②の各段階で考慮されることになると思われるが、この点の明確化が必要である。さらに、言論の害悪については害悪の種類、言論と害悪の因果関係、害悪に比例する規制手段のあり方等を明らかにする必要がある。③仮に裁判所が特定の言論範疇について十分に限定された定義的テストを設け、表現の自由保障に見合う目的と手段の均衡が達成されたとしても、後に規制の濫用等により手段の比例性が失われることが起こりうる。名誉毀損や著作権侵害のように、長期間にわたって膨大な量の言論が生起する場合には、特に事後的に比例性を検証する場合が生じる。定義付け衡量に関するわが国の学説は、この点を十分に理論化していない。

3. 研究の方法

筆者は以下のような計画で研究を進めることとした。

① **Frederick Schauer** の論文、著書を読み込み、定義付け衡量に関する理論体系を検討する。Schauer の表現の自由論の体系は、

Free Speech: A Philosophical Enquiry (1982)で明らかにされており、70 本を超える表現の自由領域の論文は、主としてこの著書の議論を敷衍し、精緻化するものである。そして、論文の中には重要なものとそうでないものがある。そこで、筆者のこれまでの研究過程で特に重要と判断した 10 本の論文と 82 年の著書を主たる分析対象にする。上記の各論点を Schauer がどのように整理し、どのような判例、学説理解をしているかを意識しつつ、要約、メモ作成等を行う。

② **Kent Greenawalt, Speech, Crime, and the Uses of Language** (1989)を検討し、定義付け衡量と保護領域論との関係を検討する。この著書は、表現の自由の保護領域を論じるものとしては最重要文献である。Greenawalt の定義付け衡量論は、この著書の中でかなり体系的に論じられている。

③ その他の論者の論文を検討する。Cass Sunstein, Laurence Tribe, John H. Ely, Melville Nimmer, Steven Shiffrin, Jed Rubenfeld, Richard Posner, Kenneth Karst, C.Edwin Baker, Larry Alexander, Stanley Fish, Daniel Farber 等、定義付け衡量の重要論者の論文を読み、Schauer, Greenawalt 等の議論との異同、それに対する評価を整理する。

④ **Roberts Court** の定義付け衡量に関わる判例を、過去の関連判例を参照しつつ詳細に分析する。ここまでの作業で明らかになったことを踏まえ、上記の論点を意識しながら、Roberts Court の定義付け衡量に関する判例 (Holder v. Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. 2705 (2010); US v. Stevens, 130 S.Ct. 1577 (2010); Brown v. EMA, 130 S. Ct. 2398 (2011); Snyder v.

Phelps, 131 S. Ct. 1207 (2011); Sorrell v. IMS Health Inc., 131 S. Ct. 857 (2011); US v. Alvarez, 567 US _ (2012)) を検討する。これらは以下の理由で研究の素材として有益である。第 1 に、これらの判例は上記研究目的の各論点に限無く関係している。第 2 に、Stevens 事件, Alvarez 事件, Holder 事件, EMA 事件は、いずれも既存の定義的テストにぴったりとあてはまらない表現類型が問題となった事件であり、定義的テストのルールとしての柔軟性、裁判所と政治部門の権限配分のあり方を鋭く問うものである。第 3 に、これらの判決は名誉毀損やプライバシー侵害等の過去の定義的テストの多くと関係しており、定義付け衡量に関する判例法理の全体像を把握する助けとなる。具体的作業としては、判例全文を読んで大意を把握した後、最高裁上告受理後の意見書、当該事件の下級審判決、判例評釈を読む。その後、改めて判決文を精読し、その過程で引用されている判例をチェックし、特に定義付け衡量に関わる判例については一覧表を作成する。重要な引用判例は収集し、全文を精読する。

⑤ 最高裁の定義的テストを主要判例を通じて検証する。 以上の作業で得られたメモを基礎に、これまで最高裁が設けてきた定義的テストを、猥褻、名誉毀損、プライバシー侵害、営利的言論、憎悪言論、著作権侵害、煽動を中心に検討する。各論領域で展開されている判例、学説は膨大になるので、基本的に主要な最高裁判例とそれを解説する中心的業績を収集し、分析する。

⑥ 以上の研究を踏まえ、日本の定義付け衡量の判例を検討する。同時に研究の総括作業を行う。

4. 研究成果

上記の研究計画のうち、**⑥**の作業はほとんど進めることができなかった。他方で、研究遂行過程で本研究課題に関わる学術論文が多数公表されたため、それらを分析する作業を追加した。また、上記記載のもの以外にも、Roberts Court が下した本研究課題に関する重要判例が数件見つかったので、考察に加えた。

判例、学説の詳細な紹介と検討は後日論文において行うこととして、ここでは本研究の過程で明らかになったことを簡単に要約する。

(1) 保護領域

Schauer は、最高裁は言論の自由について明らかに保護領域の存在を想定していると論じてきた。そして、最高裁判決の中で明示的に保護領域の内外を区別するためのテストが提示される場合とそうでない場合があるとも指摘している。後者の場合、最高裁は端的に上告を棄却したり、上告を受理したとしても当該論点を意図的に扱わなかったりすることで、言論の自由の論点をいわば無視してきた。この点に関して Schauer と Gregory Magarian は、Roberts Court がこれまで扱われてこなかった言論範疇を含む事件を積極的に受理する傾向にあることを指摘する。

最高裁は、猥褻については依然として保護されない言論として扱っている。そして、第 1 修正の範囲から排除する際に専ら猥褻の無（低）価値性に着目している。Roberts Court も Stevens 事件, Alvarez 事件等でこのような価値に基づく保護領域からの排除を認めることはなかった。現在でも猥褻が特殊な範疇として際立っている。

(2) 価値と害悪

Roberts Court によって扱われてきた US v. Stevens, 130 S.Ct. 1577 (2010), Brown

v. EMA, 130 S. Ct. 2398 (2011), US v. Alvarez, 567 US _ (2012)等は、ランドマークとして位置づけられる諸判例に比べて、言論によりもたらされる害悪が明確または重大であるという点で、はるかに緊張に満ちた判断を迫るものだと指摘されている。

そして、これらの判例では、言論の価値と害悪について当事者から様々な主張が提示された。

上記の判例の中には、Stevens 判決のように文面審査により違憲とされる等、形式的な審査しか行われなかったものもあるが、EMA 判決のように、言論の価値と害悪が正面から問われたものもある。同判決では、下級審で鑑定意見を提出した研究者の研究が問題となった法令の規定を正当化しないとされ、言論と害悪の因果関係が厳しく要求された。この判例は従来の最高裁判例の線に沿った判断を示すものである。

他方で、Humanitarian Law Project 判決では、厳格な審査が適用されたにもかかわらず、因果関係が不明確であるにもかかわらず、問題の言論が弊害を生むことが比較的容易に認められた。同判決で問題となった言論は政治的内容を含むものだけでなく、他の判決との整合性に問題があると指摘されている。

(3) 権限配分の問題

EMA 判決をはじめとする Roberts Court の多くの判決は、表現内容規制について立法府に対する敬讓を認めず、厳格な審査を行うというものであり、従来の最高裁の立場を踏襲するものであった。

しかし、Humanitarian Law Project 判決は、テロ対策の領域でむしろ立法府に対する敬讓を顕著に示した。このような敬讓は、実は受刑者、生徒、公務員の言論の自由に関して Roberts Court が言論の自由の主張に冷淡な態度を示してきたことと関係してい

るとの指摘が、Magarian によってなされている。Magarian は、Roberts Court は現状を著しく動揺させる言論には保護を与えず、営利企業、社会的強者や、現状に異議を唱えるものの大した影響をもたらさない少数者に限って保護を与えてきたというのである。

この指摘が正しければ、Roberts Court の言論内容規制に関する判断は一見中立的に運用されているようにみえて、実はかなり価値充填されたものだったということなり、民主的に選ばれていない最高裁の姿勢として問題があることになる。上記の Magarian の理論は、本研究課題終了後、本報告書執筆までに入手し、一読した Managed Speech (OUP, 2007)で詳細に展開されている。

(4) 判断形式

合衆国最高裁は事例ごとの例外をあまり認めない、「硬い」範疇化アプローチを用いることで知られるが、Roberts Court の諸判例もそうした方法論を踏襲している。このことは、範疇化アプローチで事例の帰趨をほぼ決した Alvarez 判決、EMA 判決に顕著である。

ところが、上記 Humanitarian Law Project 判決は、本来であれば厳格審査によりよほど厳格な証明がなされていない限り違憲とされるところ、政府の主張を比較的簡単に認めて合憲の判決を下した。William Araiza は、これは明らかに John Paul Stevens 判事らが採用してきた柔軟な方法論だと指摘している。

また、Alvarez 判決の Breyer 判事の結論同意意見にみられるように、現在でも少数意見の中にははっきりと欧州諸国、カナダ等でとられている比例審査の枠組みを採用するものもあることが分かる。

これまで最高裁は有害言論についてはいくつかの事前に定義されたテストをあてはめ、比較的形式的に結論を下してきたが、

Roberts Court 下の判例においては、いったい何が定義付けられた範疇なのかが明確でないことも分かる。Ronald Collins は *Exceptional Freedom: the Roberts Court, the First Amendment, and the New Absolutism*, 76 Albany Law Review 409 (2013)において、規制可能な言論範疇を多数列挙しているが、最高裁自身が挙げる範疇は事例によって異なっている。

さらに問題なのは、EMA 判決や Alvarez 判決にみられるように、当該事件で問題となっている法令の規制対象をいかなる範疇で括り出すことができるのかについて、判事によって認識が異なっているということである。

結局のところ、どの程度柔軟に審査基準、テストを運用すべきか、あるいは既存の定義的テストをどのように用いるべきかという問題は、最高裁においても全く決着がついていないといえそうである。

(5) 日本への示唆

上記のように日本の最高裁判例の分析は積み残した課題であるが、本研究の結果、少なくとも次の点を指摘できる。第 1 に、これまでアメリカの定義付け衡量の法理は日本で広く紹介されてきたものの、当のアメリカにおいて最近になってようやく本格的な分析が行われるようになってきたことを認識しなければならない。アメリカの言論の自由領域の主要判決は、明確かつ重大な害悪を生む言論を、対抗利益を犠牲にしてまで保護することをはっきりと認めるものではなかった。この点で Roberts Court の判例はこれまでの判例と異質であるという Schauer の指摘は極めて重要である。第 2 に、定義付け衡量について検討する際には、形式と実体の問題を明確に分け、さらに権限配分、保護領域、価値、害悪といった要素

を明確にすることが必要だということである。

今後の研究においては、本研究の成果を踏まえつつ、アメリカの判例、学説のうち十分に扱えなかったものを詳しく分析するとともに、日本の最高裁判例を検討し、わが国における定義付け衡量論のあり方についてより明確な議論を提示したい。

5. 主な発表論文等

[雑誌論文] (計 0 件)

[学会発表] (計 0 件)

[図書] (計 0 件)

[産業財産権] (計 0 件)

[その他] (計 0 件)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

奈須 祐治 (NASU, Yuji)

西南学院大学・法学部・教授

研究者番号：40399233

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし

(4) 研究協力者

なし