

平成 30 年 6 月 18 日現在

機関番号：14501

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2014～2017

課題番号：26780013

研究課題名(和文) ブランダイス理論を基礎とした表現の自由の法理の再評価

研究課題名(英文) The Reevaluation of Free Speech doctrine based on the Legal Theory of Luis Brandeis

研究代表者

木下 昌彦 (Kinoshita, Masahiko)

神戸大学・法学研究科・准教授

研究者番号：90456096

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,700,000円

研究成果の概要(和文)：第一に、本研究は、歴史的・理論的観点から、ホイットニー対カリフォルニア判決のルイス・ブランダイスの同意意見は、「政府は、市民を『市民的美徳』(civic virtue)を備えた存在として扱わなければならない」との原理に基づき執筆されたものであることを明らかにした。第二に、本研究は、そのような原理を軸として、内容規制と内容中立規制の二分論や明白かつ現在の危険の基準の理論的基礎付けを行った。

研究成果の概要(英文)：First, from historical and theoretical perspective, this research reveals that Luis Brandeis' concurring opinion of *Whitney v. California* is based on a principle that government should regard people as being with civic virtue. Second, this research reevaluate the theoretical foundations of distinguishing content based regulation from content neutral regulation and clear and present danger test based on that principle.

研究分野：憲法

キーワード：表現の自由 明白かつ現在の危険 内容規制と内容規制の区別 ルイス・ブランダイス 共和主義

1. 研究開始当初の背景

1920年代、30年代のアメリカは表現の自由理論において極めて重要な時期である。現代の表現の自由理論の基本枠組は、この時期に公表された判例、学説を礎として形成されたものであり、同時代のテキストは、今なお新たな表現の自由理論を生み出す原動力となっている。そして、その中核となるのは、言うまでもなく、ホームズとブランドイスという二人の偉大な裁判官によって書かれたテキストである。ただ、両者の捉え方については変遷が見られ、従前は、革新的な発想を提示したのはホームズであり、ブランドイスはそれを継承、深化させたに過ぎないという見方が強くあった。しかし、今日では、ブランドイス研究が進むにつれて、ブランドイスは、ホームズとは大きく異なる発想に依拠した独自の表現の自由理論を提供していたのだとする見解が支配的になりつつある(例えば、Pnina Lahov, Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for Free Speech, 4 J.L. & POL. 451 (1988)参照)。特にそのようなブランドイスの独創的発想が現れたものとして注目されているのが、Whitney v. California 判決(274 U.S. 782 (1927))における同意意見(以下、ブランドイス意見)である。このブランドイス意見は、表現の自由理論の泰斗ブラシをして、「言論の自由を主題としてこれまで書かれた司法文書のなかで最も重要なもの」と評されるものであり(Vincent Blasi, The First Amendment and The Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California, 29 WM & MARY L. REV. 653 (1988).) 今日のアメリカの表現の自由理論研究において欠かすことのできないテキストの一つとなっている。

もっとも、ホームズの表現の自由理論については、これまで多くの邦語研究がなされてきたものの(近年の代表的なものとして、金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム』(風行社, 2006年)、ブランドイス研究は決して盛んであったとは言えない状況にある。伊藤正己『言論・出版の自由』(岩波書店, 1959年)225-234頁においてWhitney v. California判決におけるブランドイス意見の詳細な紹介はなされてはいるものの、ブランドイスの独自性を意識した踏み込んだ研究であったわけではない。また、近年、公表された宮下紘「ルイス・ブランドイスのプライバシー権」駿河台法学 26(1)71-130頁(2012年)は我が国における初めての本

格的なブランドイス研究と言い得るものであるが、同論文は、あくまでプライバシーの観点からブランドイスを研究したものであり、残念ながら表現の自由の問題は二次的な位置づけをもつに留まっていた。ブランドイスの表現の自由理論は、ミクルジョンの自己統治論、ホームズの思想の自由市場論に匹敵する豊饒な内容をもったものであり、我が国における表現の自由理論の発展にとってその研究は不可欠な要請となっていた。

2. 研究の目的

本研究は、上記のような問題意識に即して、ブランドイスの表現の自由理論、特に、Whitney v. California 判決の同意意見の研究を試みるものであるが、ただ、それは単に学説史研究に留まるものではなく、併せて、ブランドイス研究を示唆として、表現の自由の法理を構築する基本的視座の提示をも試みるものである。ブランドイス意見は、仮に、「社会への害悪を懲罰するような誤った言論」が市民に伝達されたとしても、公共的議論が提供するモア・スピーチ(対抗言論)に接する十分な時間を与えられたならば、市民は「その言論が誤りである」ということを学び、結果として害悪をもたらすような行動には至らない、そのため、害悪の防止を理由として言論を規制することは不要であるとした点にその理論的核心がある。本研究は、そこに「政府は、市民を『市民的徳』(civic virtue)を備えた存在として扱わなければならない」との原理が含意されるものとして解釈する。そして、この原理は、伝統的な表現の自由の伝統的な判断枠組であった内容規制・内容中立規制の区別や明白かつ現在の危険の法理を再評価するものであると共に、差別的言論規制のもつ問題点を明らかにするものとなる。

3. 研究の方法

Whitney 判決の歴史的思想的背景の研究

本研究では、まず、Whitney 事件判決におけるブランドイス意見の内容とその意義を明らかにすることを試み、そこでは、Whitney 判決の歴史的背景、ブランドイス意見に影響を与えた思想、ホームズの思想の自由市場論との相違点を研究し、整理した。

アメリカにおける1920年代というのは、ロシア革命の成功を受け、共産主義運動の拡大に政府・市民共に危機感を募らせていた時代であり、Whitney 判決も革新運動の弾圧を目的としたサンディカリズム法の合憲性が争われた事案であった。申請者は、Whitney, Criminal Syndicalism and the Law in California: 1919-1927, Transactions Am. Phil. Soc., March 1969等を参照しつつ、当時アメリカ各州で広がった革新主義的運

動の抑圧を目的とした諸立法の経緯やその内容を追った。そのうえで、それらの立法の合憲性を決定づけ、そして、ブランダイス意見が乗り越えようとした対象でもある *Gitlow v. New York* 判決 (268 U.S. 652 (1925)) におけるサンフォード裁判官の法廷意見の内容及びそこに現れた基本的原理を分析した。

そのうえで、本研究では、ブランダイス意見に影響を与えた思想的背景について研究をおこなった。ブランダイス意見は突然現れたものではなく、そこではイングランドの歴史家アルフレッド・ジマーン卿の *The Greek Commonwealth: Politics and Economics in Fifth-Century Athens* (1911)、そして、ジマーン卿を介して、トゥキディデスの『歴史』に登場する古代アテナイの政治家ペリクレスの戦没者追悼演説が下敷きにされていたというのがブランダイス研究の一般的な理解である (Philipppa Strum, *Louis D. Brandeis: Justice for the People* (1984) 参照)。本研究は、ブランダイス意見の内容とその意義を確認するという観点から、ペリクレス トゥキディデス ジマーンの系譜を上記 Strum の著書等を参照しつつ辿ると共に、その系譜に現れた「市民的美德」の概念について明らかにすることを試みた。

また、ブランダイスの意見を分析するにあたっては、同時代の表現の自由理論との対比も重要である。ホームズとブランダイスは共に表現の自由理論の確立に貢献した裁判官として同一に分類されることが多いが、前者は思想の自由市場の卓越性に重きを置くのに対し、後者は公的議論の前提となる市民的美德とそれを尊重すべき政府の責任に重きを置く。本研究では、両者の対比も試みており、改めてホームズが思想の自由市場論を展開した *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919) 等を読み直すと共に、ブランダイスとの相違について整理した。

Whitney 判決ブランダイス意見の現代的応用

本研究においては、第二段階として、ブランダイス意見に内在する原理を基礎に内容規制・内容中立規制の区別および明白かつ現在の危険の法理の再評価を進めた。ここでは、特に、Stone, *Content Regulation and the First amendment*, 25 WM. & MARY L. REV. 189 (1983) など、アメリカにおける表現の自由の法理に関する基本文献の内容の読解、整理をおこなうと共に、我が国における内容規制・内容中立規制の代表的研究である市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2003年)及び明白かつ現在に危険の法理の代表的研究である伊藤正己『言論・出版の自由』(岩波書店, 1959年)に対し批判的検討を進めた。

また、ブランダイス意見は、差別的言論規制の問題を考えるうえでも示唆的であり、本研究においては、差別的言論規制に対し

て肯定的な見解を論じる Owen Fiss などの諸説を整理すると共に、そこでは市民的美德の尊重という観点が軽視されていることを検討した。

4. 研究成果

本研究においては、各文献の分析を通じて、ブランダイス意見に内在する「政府は、市民を『市民的美德』(civic virtue)を備えた存在として扱わなければならない」との基本原理が、トゥキディデスの『歴史』やジェファソンの思想などを背景として、形成されたことが明らかとなった。また、そのような原理に基づいた場合、内容規制/内容中立規制二分論や明白かつ現在の危険基準などの違憲審査基準は、次のような意義がそこには存在することが明らかとなった。

まず、内容規制/内容中立規制二分論については次のようなことが言える。表現の自由に与える効果という点において内容規制と内容中立規制とは決定的な違いがない(市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2003年)参照)。しかし、本研究がブランダイス意見から導き出した原理を念頭に置いた場合、伝達効果を抑制する内容規制と非伝達効果を抑制する内容中立規制とは、その意味するところが大きく異なることが明らかとなる。内容中立規制は、市民への情報の伝達を遮断することを目的としたものではないため、市民が市民的美德をもつか否かとは無関係である。しかし、市民への情報伝達の遮断を目的とする内容規制の場合、市民の市民的美德について政府が疑念を抱いているとの推定が強く働く。すなわち、後者の場合、前者とは異なる違憲の疑いが存在すると言えるのである。

次に、明白かつ現在の危険の法理については、次のような再評価が可能である。これはブランダイス意見にも含意された事柄であるが、例え、十分な判断能力と市民的美德を備えた市民であっても、判断に必要な時間が与えられなければ、適切な行動をとることはできない。そのため、典型的には、混雑した劇場のなかで「火事だ!」と叫ぶように、時間が切迫したなかでの判断を促すような言論の場合には、ブランダイス意見が含意する原理と矛盾することなく規制が許容される。このような観点から明白かつ現在の危険の法理が内容規制の許容性を判断する軸となりうるということが論証される。以上のような成果については、現在まだ未公表の段階であるが、この1年~2年の間に、「自由と時間 *Whitney v. California* から読み解くルイス・ブランダイスの共和国構想 (仮)」として公表予定である。

さらに、本研究においては、ブランダイス研究から派生した副次的成果として次のような成果が生み出された。

例えば、医薬品医療機器等法(旧薬事法)66条1項は虚偽の「記述」を処罰対象にし

ており、現在、その「記述」に査読を経たような学術論文も含まれるかが一つの問題となっている。ある見方をすれば、虚偽の記述は学術論文であっても、医薬品の誤った処方や使用を招くことになることから抑制すべきであるということになる。しかし、学術論文における記述は対抗言論が期待できるものであり、また、情報の受け手も直接的には医師や研究者などの専門家であり、安易な判断に至らないことが想定される。市民や専門家が合理的な判断能力をもった主体であると考えれば、いかに虚偽の内容をもったものであっても、処罰対象を学術論文にまで拡大することは憲法上重要な疑義があるということになる。この論点については、「研究不正と営利的言論の法理 - デイオバン事件における薬事法 66 条 1 項の解釈論争を素材として」論究ジュリスト 2018 年春号 (25 号) 68 頁 (2018 年) において、その成果を公表済みである。

また、ブランダイスを研究する過程において、本研究においてはブランダイスの思想全体についての考察も深めることができた。ブランダイスは単に表現の自由の理論家であるだけでなく、むしろ、経済活動の自由や独占規制の意義についての詳細な見解を残している。特に、ブランダイスは、富の集中と民主主義の緊張関係を論じており、その思想は、革新主義、ニューディール政策、そして、日本の戦後改革にも影響を与えたとも考えられる。そのような着眼点に依拠し、「21 世紀の財産権と民主主義 - 富の集中の憲法的意義とその統制について」法律時報 89 巻 4 号 104-109 頁 (2017 年) を公表している

さらに、研究の過程において、判例教材の在り方についても貴重な示唆を得られた。判決文中に現れるブランダイスの言説は、デルフォイの信託のように暗示的な部分を多数含むものであるが、ヴィンセント・ブランはそれに対し逐行毎に注釈を付ける分析を行い、その手法を「タルムード的注釈」(talmudic exegesis)と呼んでいる (Vincent Blasi, *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California*, 29 Wm. & Mary L. Rev. 653, 679 (1988))。このように暗示的な判決文についてタルムード的な注釈を付けていくというアイデアは、判例教育の分野においても有用であると考え、その発想に基づき、法科大学院教育における新たな判例教材である『精読憲法判例(人権編)』(弘文堂, 2018 年)の企画・編集をおこなった。同判例教材は、現在、多くの法科大学院において教材として利用されている。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 10 件)

木下昌彦「研究不正と営利的言論の法理 - デイオバン事件における薬事法 66 条 1 項の解釈論争を素材として」論究ジュリスト 2018 年春号 (25 号) 68 頁 (2018 年)【査読無】。

木下昌彦「論究の芽：最高裁における憲法判断の現況 - 調査官解説を踏まえた内在的分析の試み」論究ジュリスト 2017 年秋号 165 頁 (2017 年)【査読無】。

木下昌彦「接見禁止と接見の自由 - よど号ハイジャック記事抹消事件判決を起点とした一試論 -」木谷明編集代表『憲法的刑事弁護 - 弁護士高野隆の実践』111-159 頁 (2017 年)【査読無】

木下昌彦「21 世紀の財産権と民主主義 - 富の集中の憲法的意義とその統制について」法律時報 89 巻 4 号 104-109 頁 (2017 年)【査読無】

木下昌彦「公共施設の管理権とその憲法的統制」横大道聡編『憲法判例の射程』120-131 頁 (2017 年)【査読無】

木下昌彦「学校における規律と自由」横大道聡編『憲法判例の射程』239-249 頁 (2017 年)【査読無】

木下昌彦「博物館の管理と情報摂取の自由 - 太地町立くじらの博物館事件を素材として -」地方自治 825 巻 8 号 2-32 頁 (2016 年)【査読無】

木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理 (補論) - 著作権判例百選事件保全異議審決定を受けて」法律時報 88 巻 9 号 92-99 頁 (2016 年)【査読無】

木下昌彦「民主的実験としての地方分権 - 現代社会における統治機構の新たな展望」佐々木弘通・宍戸常寿編『現代社会と憲法学』171-193 頁 (2015 年)【査読無】

木下昌彦・前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて - ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト 1478 号 46-52 頁 (2015 年)【査読無】

〔学会発表〕(計 4 件)

木下昌彦「職業の自由と自己統治 - ルイス・ブランダイスが残したもう一つの法理論」全国憲法研究会春季研究集会(一橋大学, 2018 年 5 月 12 日)。

木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理 - 著作権判例百選事件を素材にして」明治大学知的財産法政策研究所(知的財産研究クラスター)シンポジウム(明治大学, 2018 年 3 月 10 日)

木下昌彦「地方分権をめぐる憲法的課題とその処方箋」日本自治学会研究会(立正大学 2017 年 11 月 11 日)。

木下昌彦・前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて - ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服 -」明治大学知的財産法政策研究所シンポジウム(明治大学, 2015 年 3 月 24 日)

〔図書〕(計 1 件)

木下昌彦編集代表『精読憲法判例(人権編)』

(弘文堂, 2018年)
〔産業財産権〕

出願状況(計 件)

名称:
発明者:
権利者:
種類:
番号:
出願年月日:
国内外の別:

取得状況(計 件)

名称:
発明者:
権利者:
種類:
番号:
取得年月日:
国内外の別:

〔その他〕
ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

木下昌彦 (KINOSHITA, Masahiko)
神戸大学・大学院法学研究科・准教授
研究者番号: 90456096

(2) 研究分担者

()

研究者番号:

(3) 連携研究者

()

研究者番号:

(4) 研究協力者

()