

<b>Title</b>	アメリカ憲法における表現の自由の歴史的展開：厳格審査基準の先駆者としてのフランクファーター裁判官
<b>Author(s)</b>	毛利, 透
<b>Citation</b>	聖学院大学総合研究所紀要, No.49, 2011.1 : 13-37
<b>URL</b>	<a href="http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=2953">http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=2953</a>
<b>Rights</b>	

SERVE

聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

## アメリカ憲法における表現の自由の歴史的展開

——厳格審査基準の先駆者としてのフランクファーター裁判官\*

毛利透

はじめに

違憲審査基準のうちの厳格審査基準といわれるものは、権利制約が合憲となるのを「やむにやまれぬ利益 (compelling interest)」に「厳密に適合した (narrowly tailored)」場合に限定するものであり、表現活動への内容に基づく規制や、一定の疑わしい区別の合憲性審査に使用される。この基準は、一九六〇年代のウォーレン・コートで発展し、七〇年代のバーガー・コートで確立したものである。

日本では、この厳格審査基準は、「二重の基準論」や「表現の自由の優越的地位」論、つまり、表現の自由への制約立法の合憲性は、経済的自由へのそれよりも厳格に審査すべきであるという考え方の一環として受け入れられてきた。しかし、アメリカでは、この基準との関係でそういう用語は用いられない。これらの用語は、かつて一九四〇年代の判例・学説で用いられた。その時代に具体的に判例が用いた審査基準は「明白かつ現在の危険」であった。

日本では、一九四〇年代と六〇年代の断絶が意識されることなく、五〇年代の一時的後退期をはさんで、それとは対照的に表現の自由が厚く保障された時代と理解されている。しかし、私は、それではアメリカの現在の判例理論成立の経緯を正確に理解したことになるのではないか、という問題意識をもってきた。この問題意識が集約されたかたちで表れるのが、フェリックス・フランクファーター裁判官をどう評価するかという点である。フランクファーターは、四〇年代の判例理論を、最高裁内部で強く批判していた。そのときの思考形式がそのまま六〇年代以降に引き継がれたなら、フランクファーターの積極的影響を云々することは不可能であろう。しかし、判例の経緯を丹念に追うと、違った評価可能性が見えてくるように思われる。

このことは、ウオーレン・コートの判例展開をリードしたのがブレナン裁判官であったことを考えれば、実はそれほど意外ではない。フランクファーターは利益衡量論の主張者として有名であるが、ブレナンもまた、具体的事件における利益衡量を否定することなく、むしろ具体的な衡量を通じて表現への保護を拡大しようとした。その際、彼は表現規制が潜在的な表現主体である一般の人々に対してもたらず萎縮効果に着目し、それを大きめに見積もることで、表現を規制するために必要な理由を高めに設定することを正当化したのである。これが、厳格審査の出発点であった。そして、このような手法はブレナンが一から作り上げたものではなかった。彼の登場以前に、フランクファーターが、このような具体的利益衡量による表現保護という途を切り開いていたのである。両者には、問題関心や審査手法において、かなりの共通性があった。

## I フランクファーターの「表現の自由の優越的地位」論へのあいまいな態度

一九四〇年代が進むにつれ、フランクファーターが、表現の自由保護に積極的姿勢を示す最高裁の中で少数派に追いやられていることが明らかになってきた。しかし、彼は司法消極主義をドグマ的に主張していたわけではない。フランクファーターは、有名なキャロライン判決脚注四で示唆された考え、つまり民主的プロセスを維持するために必要な自由は、その他の自由よりも手厚く保護されるべきであるという考えに、基本的には賛成していた。当初は、彼は明白かつ現在の危険を用いた違憲判決にも同意している。<sup>(2)</sup>

しかし、州裁判所に対する侮辱罪の適用の合憲性が問題となった *Bridges v. California*<sup>(3)</sup> で、フランクファーターは、ブランク執筆の、「明白かつ現在の危険」のある場合にのみ刑罰を認める法廷意見に反対した。「公に表現する自由のみが真理の開示を保証するのであるから、それは民主政過程において不可欠である。しかし、その自由といえども絶対的ではなく、前もって保護が決められているわけではない」。彼は、公正な裁判を維持するための州の権限は伝統的に広く認められており、それを阻害する「合理的傾向」を有する刊行物を禁止することも許されると強調した。しかし、ここでも彼は「明白かつ現在の危険」法理への正面攻撃は避けている。彼は、「明白かつ現在の危険」というフレーズもまた予測に基づく傾向の表現であり、「合理的傾向」のテストと質的違いはない、という。そして、「明白かつ現在の危険」テストでも「個別事件の状況の考慮」が必要なはずであるのに、法廷意見にはそれが欠けている、と批判したのである。

学校での国旗敬礼強制を違憲とした有名な判決である *West Virginia State Board of Education v. Barnette*<sup>(4)</sup> で、フランク

ファータは、厳しく法廷意見を批判する反対意見を書いたが、彼はその中で違憲審査権限定の必要性を強調し、自由の種類によって合憲性審査の厳格性を違えることを否定するような態度を示した。「司法の自己抑制のみが我々の権限の恣意的な行使を限定するという警告は、我々が立法を無効にするよう求められたときには常に重要である。……我々の権限は、問題となるのが権利章典のどの条項かによって変わってくるものではない」。しかしこの判決でも、彼は実際に明白かつ現在の危険を否定したわけではなく、それが適用される規制の種類を限定したのである。「そのテストを適用する際には、最高裁は、意識的でない場合もあるうが、権限なく立法がなされたということを想定している」。つまり、それは「単なる言論」を制約するような法律に対して用いられるべき基準なのである。これに対し、学校教育の内容のように州が立法する権限を持つている場合にこのテストを用いるのは、したがって、「名文句を、それが生まれ適格的である特定の状況の文脈から切り離す」ことを意味してしまう。つまり、フランクファータは、言論自体が制約対象になつてはならないという原理は承認していたのであり、「明白かつ現在の危険」はそれを確保するためのテストだと位置づけていたのである。

しかし、当時の最高裁はフランクファータとは別の道を歩んでいた。判例は、キャロライン判決脚注四から、表現の自由の優越的地位という一般的結論を導こうとしていた。Thomas v. Collins<sup>(5)</sup>の法廷意見は、「修正一条で保障された、偉大な不可欠の民主的自由に対し、我々の体制で与えられた優越的地位」を承認し、次のように述べた。「この優越性はこれらの自由に神聖さと、疑わしい侵害を許さないという保障を与える。……それゆえ、それらの自由を制約しようとする試みはすべて、明白な公共の利益によって、つまりあいまいなあるいは遠い将来ではなく、明白かつ現在の危険によって正当化されなければならぬ」。「明白かつ現在の危険」は、こうして、修正一条の自由の高められた地位の象徴的現れとなつたのである。

フランクファータは、このような一般化には抵抗せざるをえなかつた。彼は、街頭での拡声器の使用禁止が合憲とさ

れた *Kovacs v. Cooper*<sup>(9)</sup> の結論同意意見において、詳細な批判論を展開した。彼は、「言論の自由の優越的地位」なる用語について、「もしそれが、暗黙の含意としてであつても、コミュニケーションを制約するあらゆる法は推定無効と見られるという思想を伝えるものであるとするなら、私にはそれは有害なフレーズであると思える」と指摘した。キャロライン判決脚注四は、そのようなドグマを提唱したのではない。フランクファータは、この意見の中で、ホームズ裁判官が経済的自由よりも開かれた議論のために必要な自由をより厚く保障する態度をとっていたことを認めていた。これは明らかに彼自身の態度を示す叙述でもある。それでも彼は、「合憲性審査の複雑な過程」を「過度に単純化」することには強く抵抗したのである。

## II フランクファータの抑止効果への着目

### 1. マッカーシズムの嵐の中の最高裁の変容

*Kovacs* 判決が出されたときには、しかしながら、最高裁内部のリベラル派の多数は失われようとしていた。その背景には、当時のヒステリカルな赤狩りの雰囲気があつた。一九四〇年代以降、表現の自由は確かに重要な法的問題ではあつたが、その多くは宗教的少数派や個別の煽動家まつわるものであつた。いまや、表現の自由は、共産主義者、あるいはそのようにみなされる者の政治的行為がどの程度許されるべきかという、国家の最も重大な社会的・政治的議論にかかわる問題となつてきたのである。共産主義者のアメリカ社会への浸透は、国家の安全にとつて深刻な脅威だと考えられるようになった。議会や大統領もそのような恐怖をおおるなか、最高裁がこのプレッシャーに耐えぬくことは不

可能であった。「明白かつ現在の危険」法理は崩壊する。そして、再スタートのときがやってくる。そのとき、フランクファータは重要な役割を果たすのである。

一九五〇年の *American Communications Ass'n v. Douds* では、全国労働関係法の、労働組合役員が共産党や合衆国政府を暴力的に転覆しようとする団体に所属していないことの宣誓供述書を提出しない場合、その組合は全国労働関係局に申し立てることができないといった一定の不利益を受けるという規定の合憲性が問題となった。宣誓供述しないことが禁じられていたわけではないのだが、最高裁判決は、この法は実際には宣誓供述書を出さない労組に不利な圧力として働くことを認めた。この法が「政治的自由の合法的な行使も不可避免的にくじく」ことを認めたのであるが、最高裁はそれでも労組側の主張する「明白かつ現在の危険」法理を適用しなかった。それは「修正一条の自由にまつわるあらゆる事件で使われる機械的テスト」ではない、という。本件では、表現活動への影響は大きくなく、共産党による通商妨害を防ぐという規制利益が重大であるため、そこまでの理由づけは必要ない、として、利益衡量で判断する姿勢を示した。しかも判決は、規制の必要性を判断するにあたっての連邦議会の判断権を尊重する姿勢を示したのである。

このような判決の姿勢は、フランクファータの従来のアプローチに似通っている。にもかかわらず、フランクファータが自らの勝利を祝うのではなく、重苦しさのただよう個別意見を執筆し、その中で慎重に法廷意見に留保をつけたことは注目できる。彼は、「今日の世界を二分している政治思想の争い」は最高裁にとって歴史上最も深刻な挑戦となるであろうと警告した。「今我々の眼前にあるような紛争は、それが生まれた政治的・感情的文脈から完全に切り離すことはできないのは確かである。しかしそれゆえにこそ、そのような問題を扱う訴訟は、決定を求める現時点での紛争を少しも超えてはならない。また、訴訟を支持してなされる言明は、法的紛争にいたらない政治的争いから最高裁を合理的に可能な限り分離するものでないといけない」。

これは、典型的な法実証主義の言明のように見える。しかし、彼の個別意見は、この法実証主義が労組構成員の現実

の状況を無視するものではないこと、逆に、法が彼らに押し付ける現実の圧力を考慮に入れることを許すものであることを示している。彼は、共産党が通商に与える脅威という立法理由は是認したが、違法・違憲の手段で合衆国政府を転覆することを主張していないという供述内容は広汎すぎると指摘した。「手法が『違憲』や『違法』でないという宣誓を通常の市民に求めるのは、正当に要求できる程度を超えているだろう。合憲性や合法性は、しばしはこの裁判所においてたまたまの一票差で決せられるのだから」。だとすると、宣誓に對する「過度に慎重な態度」が促進されてしまう。これに對しフランクファーターは、思想の自由を護るためには、開示を求められる思想は必要最小限に限定されている必要があると強調したのである。

フランクファーターが、あいまいな規制が表現活動を「くじく」効果に非常に敏感であったことがわかる。当時の「政治的・感情的文脈」の中での法による圧力の効果を考えれば、この効果は法的问题として取り上げるに値するものだった。最高裁が表現の自由の優越的地位論から退却した後、規制の現実の効果に着目するフランクファーターのやり方は、表現の自由保障の再建にあたって大きな役割を果たすことになるのである。

## 2. デニス判決におけるフランクファーターの「率直な」告白

アメリカ共産党のリーダーたちを、政府転覆を企てたとしていわゆるスミス法違反で有罪とした有名な事件、*Dennis v. United States*<sup>(7)</sup>では、過半数の裁判官の同意を得た法廷意見は構成されなかった。フランクファーターは独自に有罪を認める意見を執筆している。ヴァインソン最高裁長官の相対多数意見は、「世界の相次ぐ危機の中で」暴力的な政府転覆を予防する政府利益の重要性を強調し、害悪が重大である場合にはその実現の蓋然性が高くない場合でも規制は可能であると合憲の結論を導いた。こうして、「明白かつ現在の危険」法理は骨抜きにされたのである。



フランクファーターがこの意見に加わらなかつた主な理由は、彼が「明白かつ現在の危険」の再解釈ではなく、その廃棄を求めていたからであつた。彼は、合憲性審査は「相争う諸利益の、情報に基づく率直な衡量」によるしかないことを認めるべきだと改めて述べた。また、彼はこの衡量の第一の責任は議会に属することも認め、議会が言論規制を必要と認めた以上、裁判所はその判断を尊重すべきだとする。彼の司法消極主義の端的な表れとして知られる叙述である。しかし、スミス法が、直接の規制対象とならない人々に対しても重大な影響を与えるであろうことを彼が見抜いていたことも、見逃すべきではない。「政府転覆の主張を抑圧することは、不可避的に、転覆を主張してはいないが自らの批判がそのように解釈されるかもしれないと恐れる批判者を黙らせるであろう。……被告人らの主張する改革のいくつかを真摯に信じている、忠誠心ある市民にとつてのリスクを高めることなしに、彼らをその主張ゆえに罰することができると考えることは、自己欺瞞である。本件の有罪を支持することによつて、思想交換への制約はほとんど避けられない」というのは、冷徹たる事実である。「社会はトライアル・アンド・エラーで進歩していくものであり、そのためには、人間精神の自由な活動に最大限の機会が与えられることが不可欠の要件である。……真実は、新たな試みに敵対的な雰囲気や、英雄しかあえて冒険しないであろうというような危険の下では、追求されえない」。

フランクファーターは、共産党員の活動を禁止することが当時のアメリカ社会に与えるインパクトに強い懸念を有していたのである。彼の意見は、本件が一般市民の表現の自由と関係した問題であると考える点において、有罪を支持する他の意見と異なつていた。この禁止は、認められるはずの批判をも黙らせるような「雰囲気」をつくり出してしまふのである。ブラックとダグラスの厳しい反対意見は、共産党の危険性は有罪を支持するほど高くないと述べているが、それらも有罪判決がもたらす広い悪影響を考慮に入れたものではなかつた。フランクファーターの現実を見る目は、それを重大な法的問題とみなすことを可能にするものであつた。

それでも、フランクファーターは *Dennis* 判決では議会の権限を尊重する立場をとつた。この司法消極主義は、本判決

以降、最高裁が「明白かつ現在の危険」法理を使わなくなり、利益衡量によって事案を決する態度を鮮明にしていくこともあり、強い批判的的となった。フランクファータこそが、マッカーシズムの嵐の中で最高裁の後退の理論的責任者であるように見えたのである。しかし、もしフランクファータが、表現禁止が広く有する、人々を沈黙させる効果に敏感でなかったとしたら、最高裁の再出発はより困難なものとなっていたろう。利益衡量が最高裁で結論を左右する役割を担うようになってきたとき、フランクファータは、表現制約が自由行使に敵対的な雰囲気を助長することまでを、その害悪としてとらえる視点を導入することで、自由擁護の可能性を拡大する途を示したのである。

### 3. フランクファータによる抑止効果論の導入

Dennis 判決と同日の Garner v. Board of Public Works of Los Angeles<sup>(9)</sup> は、フランクファータのこの敏感さが表現の自由保護に役立つことを示す判決であった。ここでは、政府の暴力的転覆を主張する団体や共産党の構成員でないことの宣誓を全公務員に求める市の命令の合憲性が問題となった。法廷意見は、本件では公務員となるという特権が問題となっているだけであり、所属団体の性格について知っていた場合にのみ不利益を受けるという限定解釈をすれば合憲であると判断した。

これに対しフランクファータは、特権授与の条件も合理的でないといけないとした上で、問題となった宣誓の文面は法廷意見のような限定解釈を許容しないとす。「この宣誓の害悪は、それが、ある組織が政府転覆を主張していたと知ってそこに所属している場合に限られていない点にある」。そのような宣誓が認められれば、「害のない結社をもくろんでいる人々にさえ、きつと現実の抑止 (real deterrent) として機能する」。それらの人も、自分の所属している団体が当局から破壊活動をしていると認定され、公務員を続けられなくなる危険に常にさらされることになる。「このよう

な追放によって永久に公務に不適格だとされるならば、よほど勇敢な人でなければ組織に参加するのを躊躇してしまうだろう。「そのような制約は、民主的社会の精神的活力に適合しない、抑圧の雰囲気をつくり出す」。

さらにフランクファーターは、州立大学の教師がやはり公務員に求められる宣誓を拒否した別の事件 (Wieman v. Updegriff)<sup>(9)</sup> において、今度は団体の性格を知らない構成員を救済することができないとして違憲を認めた法廷意見に同意意見を寄せた。そこで彼は、本件規定は「すべての教師が特に養い実践する必要がある、精神の自由な活動を萎縮させる (chill) 明白な傾向をもつ。それは、教師になろうとする人々によって、教師の結社に警戒心と臆病さをもたらす」とし、「開かれた心と批判的探求」を阻害する規定の抑圧性を強調したのである。

Deter その chill という単語を、表現の自由への抑圧形態を示す言葉として用いた最初の最高裁判官が、フランクファーターだったというのは、ほとんど顧みられないが実はその後の判例展開を左右した、重要なファクターであった。むしろ、彼はこの広い抑圧効果を常に決定的なものともみなしたわけではない。それは、利益衡量の一要素であった。それでも、この抑止効果への注目は、当時の社会状況において表現制約が引き起こす現実の影響についての関心を高め、立法者の主張する利益を一方的に尊重することへの歯止めを構築したのである。

公立学校の教師から政府の暴力的転覆を主張する団体に所属している者を排除する州法の違憲宣言と差止めが求められた事件 (Adler v. Board of Education)<sup>(10)</sup> では、法廷意見は、一方で破壊活動団体の影響から子どもを守る利益を重視し、他方で教師に雇用されないだけでは権利侵害は発生していないとした。これに対しブラックとともに表現の自由の最も断固たる擁護派を構成したダグラス裁判官は、本法律が自由にもたらすインパクトを強調した。アメリカの「魔女狩り」状況の中で、「自由主義の理念を支持するあらゆる組織、ヒステリー傾向に抵抗するために組織されたあらゆる集団、人気のない計画を支援するために始められるあらゆる委員会が、疑わしくなる」。一端「共産主義組織だ」とレッテルをはられれば、それに所属する全員が非難の矢面に立たされる。「非難をおそれ、教師は論争を起こすあらゆる

る結社を避けるようになるだろう。こうして、表現の自由は窒息させられる。「知識の探求は、くじかれる。多くの討論が、始まるべきところで終わる」。

フランクファーターも反対に回ったが、その理由はより法技術的なものであった。彼は、そもそも文面審査はまだ避けるべきだと述べる。その際には、申し立てを行った教師がこの法への「恐れ」から政治活動を「抑止」させられたことを示しておらず、ただ「集団としての教師」に抑止効果が発生するだろうという主張をしているだけだということが一つの決め手となっている。フランクファーターは、教師からの排除が権利侵害でないという法廷意見の考えは承認していない。彼は、この規制が本来許されるはずの言論活動に対してもちうる広い抑止効果に自覚的であった。しかし、本件でそのような効果が本当に発生するかには確信がもてなかったのである。

また、フランクファーターは *Beauharnais v. Illinois* <sup>(1)</sup> において、人種や宗教に基づく集団侮辱罪の合憲性につき、それを認める法廷意見を執筆した。治安維持のために一定の集団への侮辱を禁止することは許される。「もちろん、議論は否定されてはならず、批判の権利および義務は窒息させられてはならない」。しかし、彼は、対象となる集団の範囲を批判の自由が「窒息」しないよう限定的に解することが可能だとする。これに対しブラックは、集団侮辱は通常の名誉毀損よりもずっと広い範囲の言論を対象とすることになり、特に人種や宗教といった感情的議論においては、裁判所による冷静な判断も望みにくく、ちよつとした批判が有罪とされる危険が高い。そうなると、表現の自由には「恒常的に脅威が覆いかぶさる」ことになり、「窒息」してしまふ、と述べて反対した。

ブラックやダグラスは、これらの事件で、フランクファーターの抑止効果への着目を自分たちの意見に取り入れ、それをてこにして表現の自由保障を確保しようとしている。彼らを絶対主義にかりたてていくのは、表現規制がアメリカ社会の開放性を全体的に消滅させつつあるという危機意識であった。フランクファーターは、むしろそこまでの意識をもつてはいない。しかし、彼らは表現の自由のよろさへの感覚において共通する問題意識を有していた。フランクファーター

は、それを利益衡量の中で使用したのであり、この手法が、ウォーレン・コートにおいて受け継がれることになる。

### III ウォーレン・コートにおける فرانクファータの積極的役割

#### 1. 衡量における「やむにやまれぬ」利益の要求

一九五〇年代半ばに相次いで最高裁入りしたウォーレンとブレナンは、ブラック・ダグラスとともにリベラル派として活動し始めた。しかし、彼ら四人では、計九人裁判官がいる最高裁で多数を占めることはできず、少なくともあとの一人の賛同を得る必要がある。その票は、多くの場合、フランクファータやハーランに期待された。<sup>(12)</sup> ハーランは当時、自覚的にフランクファータに近い立場をとっていた。彼らの同意を得るためには、リベラル派はかつての表現の自由の優越的地位論に戻ることはできず、利益衡量論の中で表現の自由保障をできるだけ拡大していくことが目指される。この手法を、フランクファータから受け継ぎ発展させたのが、ブレナンであった。

Watkins v. U.S.<sup>(13)</sup>において最高裁は、非米活動委員会の小委員会での証言拒否の合憲性を扱った。証人は、過去に共産党と協力していたことは認めたが、過去に交流した党員に関する質問には応じなかったため、議会侮辱の罪に問われた。ウォーレン執筆による法廷意見は議会調査権の広範さを認めつつも、「どの調査も自己目的ではない」「調査員の個人的名声を増大させるだけの目的や、調査対象者を『罰する』ための調査は、擁護できない」とする。「強制的暴露が、一般人にとって非正統的で人気がない、嫌悪すらされる事項にかかわっている場合には、証人の生活への反応作用は破壊的であろう」。証人によって名指しされた人物も、同様の「人々からの烙印、憤怒そして悪評」にさらされる。さら

に多くの人々に「より微妙で測りがたい影響」を与え、それらの人々は「将来の同じ運命を避けるために、最も正統で議論のない見解、結社に固執する」ことになろう。「この影響が部分的には私人による政府以外の活動の結果であるということは、調査員をその反応作用を開始したことの責任から解放することにはならない」。このような修正一条の権利への侵害からして、委員会の調査権限は明確かつ限定的に解されなければならない。しかし、「非米」とはおよそ漠然とした言葉であり、実際にも委員会はそのように調査対象を広げている。そのような中で証人に自分の危険で証言拒否権の存否を判断せよというのは公正さを欠き、違憲である。

フランクファーターはこの意見に同意しつつ、短い個別意見を付した。彼は、議会の侮辱罪処罰についての伝統的権限への尊重を語りつつ、しかし証人が質問の調査との関連性について判断できるよう調査の範囲は明確に定められている必要があるから、本件では違憲の判断を免れないとしている。

さらにWatkins判決と同日に発表されたSweezy v. New Hampshire<sup>(14)</sup>ではウォーレン執筆の意見が他の三人のリベラル派裁判官の同意しか得られなかったものの、結論に同意するフランクファーターの意見によって、証言拒否への刑罰の違憲性が認められた。ここで大学教師たる被告は、過去の交流関係や自己の信念についての州法務長官（議会から、一人委員会として調査権限を与えられた）の質問への回答を拒否した。ウォーレンはやはり議会調査が「不忠誠」の烙印を押しことで生じさせる、「直接影響を受ける人や、より微妙なかたちで関係する人にとつての、民主的表現や論争の流通における抑制的效果」を強調する。結社活動はアメリカの伝統であり、非正統的、異端的というだけで不利益を与えてはいけない。「猜疑と不信の雰囲気の中では、学問は栄えない」。このような「高度に敏感な領域」への介入には慎重さが求められる。そして、やはり本件でも委員会の調査権限の範囲がきちんと限定されておらず不明確すぎるとした。これに対しフランクファーターは、本件では規定の明確性を決め手とすることなく、修正一条の権利と議会の調査権との利益衡量でことを決するという、「極めて困難な任務」に正面から取り組むことを試みた。ここで彼は、議会調査に

よる自由への侵害を非常に大きく見積もる。自然科学も社会科学も「仮説と推論」で発達するのであり、それらの問題への探求は「可能な限り拘束のないままにされる必要がある」。「これは、大学の知的生活への政府の介入の排除を意味する。この介入が表立って行われるか、学者の熱意と恐れのを抑制する傾向を必然的に有する行為によって行われるかは、ほとんど問題ではない。この資質は、あまりにもろく、それでいて実りある研究活動にはどうしても不可欠なのである」。だからこの自由への侵害は「最初の時点で食い止めておかなければならない」。そして彼は、この観点から「政治的思考、活動、結社におけるプライバシー権の不可侵性」を認め、「市民の政治的忠誠に関するプライバシーの不可侵性は、我々の社会の繁栄にとって極めて重要であり」、その制約を正当化するには州の利益が「やむにやまれぬ(compelling)」ほどのものである必要があるが、州の主張する安全への脅威はこれには到底不十分だとして、違憲の結論に賛成したのである。

この意見には、当時の大学を取り巻く状況に対するフラン克福ーアの深い懸念が反映している。大学教授は、マツカーシズム期に不忠誠を疑われた主たるターゲットの一つであった。いったん「非米」的と疑われたら、講義や同僚との会話までも調査される。このような圧力の下で、多くの教授は沈黙することを選ばざるをえなかった。<sup>(15)</sup> 最高裁入りするまで大学教授であったフラン克福ーアに、この状況が学問の死を意味すると映ったとしても不思議はない。だから彼は、学問研究の自由が「もうい」ものであり、注意深く保護しなければならぬことを強調したのである。また、彼は市民の政治的信条一般が強制的開示に対して慎重に保護されなければならないことも認めている。この意見は、ウォーレン・コートが抑止効果論を展開した代表的判決である *NAACP v. Button*<sup>(16)</sup> でブレナン法廷意見に登場する有名なフレーズ、修正一条の自由は「我々の社会において最も貴重であると同時に、こわれやすく傷つきやすい」(から、「生きのびるためには息継ぎする空間が必要になる」というこれまた有名なフレーズに続く)を先取りするものであったといえよう。

それどころか、表現の自由を制約する国家の利益は *compelling* である必要があるとの、今では誰もが知る定式さえも、*Sweezy* 判決のフランクファータ意見で初めて最高裁に登場したのである。利益衡量論には、異質な利益を測る物差しがなく、結論が裁判官の恣意によって決められてしまう危険が大きいという重大な問題点がある。この危険を完全に除去することは不可能だが、利益を測る基準を事前に定式化することによって、それを低めることはできる。フランクファータは、表現の自由のもろさがその慎重な保護を必要とするとの立場から、その制約を正当化するためには、規制利益が「やむにやまれぬ」程度の強さをもつ必要がある、との立場を示したのである。こうして、厳格審査基準のキーワードが登場することになった。この述語は、その後最高裁が表現の自由を積極的に保護するために大いに使われることになるが、それだけに、それがよりによって「司法消極主義者」フランクファータに由来することは、ほとんど忘れられている。しかし、実際、フランクファータが表現規制の現実の効果に敏感であったからこそ、最高裁は再出発の道具を手に入れることができたのである。<sup>(17)</sup>

全米黒人地位向上協会 (NAACP) に対する構成員リストの開示命令の合憲性が争われた *NAACP v. Alabama* <sup>(18)</sup> において、ハーランは、この「やむにやまれぬ」利益の基準を法廷意見に導入した。法廷意見は、人々の支持の少ない集団に対して構成員の開示を求めることは、その活動の直接の禁止でないとしても、それを「くじく」「抑止効果」を有するとし、その効果を正当化するだけの利益を政府側が示さなければならぬ、とした。そのためには、州の利益は「やむにやまれぬ」ものである必要がある。ここでハーランは、明示的に *Sweezy* 判決のフランクファータ意見の参照を求めている。ハーランもまた、規制が表現活動に対して実際にも抑止効果に着目し、その害悪を大きく見積もることができた。だから、規制側に対して「やむにやまれぬ」利益まで求めることが可能になる。



## 2. フランクファーターとブレナンの問題関心の共通性

1) の Alabama 判決と同日に出された *Speiser v. Randall*<sup>(91)</sup> は、ブレナンの表現の自由論の出発点となる、重要な判決となった。これは、退役軍人への免税に政府の暴力的転覆や敵対政府の支持を主張していないことの認定を条件とする州法の合憲性を否定した事例である。原告は、この認定手続の一環として置かれている宣誓供述を拒否し、免税を受けられなかった。ブレナン執筆の法廷意見は、免税での差別も表現の自由への制約であることを、「その抑止効果は、州が言論故に免税申請者を罰する場合と同程度である」として承認する。州の、免税特権を否定するだけであつて自由制約ではないという主張は、「ある言論を行ったからという理由で免税を否定することは、必然的に、申請者に禁止される言論を控えさせるよう強制する効果を有するであろう」という「効果」への着目で乗り越えられるのである。

そして、それでも免税が否定される言論は *Dennis* 判決で刑罰を科すことも合憲とされた範囲にとどまるという主張に対しては、ブレナンはこれに正面から答えることなく、法律が定める認定手続に目を向けることにより違憲判断を導くのである。事実認定手続は争いの帰趨を決するものとして重要であるが、特に修正一条の場合には慎重な手続が求められる。問題となった法律では、免税申請者が暴力的転覆などの主張をしていないという証明責任を負うことになっていた。ブレナンは、本件は通常の税についての争いではなく、言論への、効果としては刑罰にも似た、制約を伴う以上、証明責任の負担を申請者に負わすことはできないと言う。あらゆる訴訟には誤りの可能性があるから、重要な価値——表現の自由はもちろんそれに含まれる——が問題となる場合には、その誤りの可能性を減らすよう証明責任を分配しなければならない。本件手続では、「合法と違法を分ける線に近い言論の場合、すべての訴訟に内在する事実認定の誤りの可能性が、正当な言明が罰せられるという危険を生じさせてしまう。行動の合法性について自分で証拠を提出し

他人を説得しなければならぬと知る者は、州がこれらの負担を負わなければならない場合よりも、必然的に、違法な地帯からずつと離れたところで活動せざるをえなくなる。「それ故、この手続装置は実際の機能として、州が直接には命じられない結果を必然的に生んでしまう。その結果、憲法が自由を認めた言論が抑止されるしかない」。州が証拠をそろえるまで「言論はじやまされてはならない」のであり、抑止効果を生む本件事実認定手続の規定は違憲である。

ブレナンは、特権拒否が禁止と同等の抑止効果を発生させ、修正一条の問題を提起するという意欲的判断をなす際、*Douds* 判決や *Wieman* 判決を先例として引用する。両判決において、フランクファータが法廷意見よりもさらに表現活動の「萎縮」しやすさに配慮する個別意見を執筆していたことは、上述した。彼はまた、*Garner* 判決においては、特定の活動をしている者を公務員から排除することが、広く「現実の抑止」として機能すると指摘していた。特権付与の場面でも抑止効果の発生は憲法上の権利侵害となりうると指摘して、特権・権利区分論を崩そうとしたのがフランクファータであり、その背後には個別ケースの現実に即して利益衡量を考えようとする彼の基本的姿勢があった。ブレナンは *Speiser* 判決において、この視点を、抑止効果 (deterrent effect) という術語とともに、自らの表現の自由論に導入したのである。そしてだからこそ、フランクファータは *Speiser* 判決でブレナンに同調することができた。マッカーシズム期において公務員など特定の地位にいる人間に忠誠宣誓を義務づけることを正当化する根拠の一つとして用いられた特権・権利区分論は、最高裁の多数が抑止効果への着目を強めることにより克服されていったのである。<sup>(20)</sup>

しかし、彼らはむしろ、具体的事件の処理において対立することも多かった。彼らの対立がどのような問題をめぐって起きるのか、それを示す典型例も、これまた同日に出された判決である *Beljan v. Board of Education* に見ることができ<sup>(21)</sup>。これは、公立学校の教師が共産党のメンバーであったかどうかの教育長からの質問への回答を拒否したことにより職務不適格として解雇された事件について、リベラル派四人の反対を押さえて解雇の合憲性が認められたケースである。法廷意見は、教師の職務と当該質問との関連性を認め、そうである以上質問への回答拒否を職務不適格の理由とす

ることも許されるところ。フランクファーターは、本件解雇が職務関連質問への回答を拒否したという理由によるのであって、「不忠誠」とのレッテル張りではないことを特に強調するための同意意見を書いた。これに対しブレナンは、本件の評価につきフランクファーターと真つ向から対立する反対意見を執筆した。彼は、ここで単なる解雇というだけでなく、「被備者を不忠誠と公にレッテル張りすること」が問題となつており、解雇された者はそれにより破滅的な社会的汚名を着せられると強調する。彼は、本件もAlabama判決と同じ「含意」をもった事案なのだという事に注意を促すのである。

フランクファーターは「不忠誠という汚名」の脅威が政治活動にもたらす抑止効果に敏感であつた。だからこそ、彼は本件で法廷意見に加わるにあたり、それがこのレッテル張りのケースではないことを強調する必要があつた。これに対しブレナンは、本件解雇の「含意」により鋭敏に反応し、それが「猜疑や不信」によつて「平静で良識ある雰囲気」を破壊するのに貢献してしまう故に、もつと厳格な審査が必要なのだと言張したのである。表現活動にとつて自由を擁護する「雰囲気」の重要性に、ブレナンはとりわけ敏感であつた。この感覚の程度において、両者の間には、確かに違いがあつた。

また、*Shelton v. Tucker*<sup>(22)</sup>では、州の助成を受ける学校の教師全員に、所属するすべての組織について宣誓供述させる州法が文面違憲とされた。法廷意見(ステュワート—一九五八年に最高裁入り)は、確かに州は教師の適性を審査する権限をもつが、このような強制開示によつて生じる「教師への、職業上の運命を握る者が気に入らないかもしれないあらゆる人間関係を避けるという圧力は、持続的かつ重いであろう」と述べる。その上「公衆への暴露」の危険もあり、そうなるにまます少数派団体に入ることは困難になる。一方、全教師に所属全組織を申告させるといふ措置が、職業能力を調べるために必要とは到底言えない。「政府の目的がより狭い手段で達成しうるときには、基本的な個人的自由を広く窒息させる手段でその目的を追求することはできない」。「より激烈でない手段 (less drastic means)」を考慮し

ていない本法律は広汎すぎるとされた。この法廷意見は、*Wieman* 判決のフランクファーター意見から「萎縮させる明白な傾向」の箇所を引用して、当該申告強制が教師にとつてもつ悪影響を印象づけている。

ところが、そのフランクファーターは反対意見に回った。彼は、自分がずつと「創造的自由の雰囲気」を尊重してきたと述べつつも、当該法は違憲とまではいえないとする。なぜなら、問題となる法は行政庁の偏見による適用を許すようなものでなく、自由への「抑止」効果は大きくないといえるからである。そうだとすると「より制限的でない手段」の存在について裁判所が立法者の判断を代替するところまで踏み込むべきではない。しかし末尾において彼は、本法律が人気のない組織に所属する教師の解雇のために使われるなどの事件が起きれば、その段階で適用違憲を考えればよいと注記している。フランクファーターは、本件において、当該法律が一般論として広い抑止効果をもたらすものであるとの確信までは抱かなかつた。だから、裁判所は、それが差別的に用いられるといった事情が生じてから介入すればよいと考えたのである。

リベラル派にすれば、このようなフランクファーターの姿勢は、共産主義者と疑われることの恐れがもつ「窒息」効果から目を背けるものと映つたであろう。しかし、フランクファーターも、法律が実際の運用の中で抑止効果を生み出さざることを否定していたわけではない。彼は、裁判所が介入するにはよりはつきりした抑止現象の発生が必要と考え、判断を先送りしたのである。<sup>(23)</sup>

### 3. 「やむにやまれぬ利益」の定着

ウォーレン・コートは、抑止効果に着目して表現への制約の効果を大きく見積もることから、制約に政府の「やむにやまれぬ利益」を求めるというかたちで、表現の自由審査を再建していった。*Alabama* 判決と同様のメンバー・リスト

の強制的開示をめぐる *Bates v. Little Rock*<sup>(24)</sup> は、修正一条の自由は「高圧的な真正面からの攻撃に対してだけでなく、より微妙な政府の介入によって窒息させられることから保護される」と述べる。本件でも、当該地域には NAACP に対する敵対的雰囲気が高く、「共同体の敵意や経済的報復の恐れ」は結社活動を「くじく」。このように「個人の自由への重大な侵害があるときには、州が勝利できるのは、やむにやまれぬ優越的利益を示せたときのみである。NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449」そして本件では、強制開示がもたらすだろう「結社の自由への抑止」を正当化できるほどの「やむにやまれぬ」利益は存在しないとされた。

フランクファーターが一九六二年に退官した後、リベラル派が多数を占めるにいたったウォーレン・コートは、ウォーレン長官の信頼を得たブレナンを中心に、表現の自由保護を拡大していく。その出発点となったといえるのが、先にも触れた *NAACP v. Button*<sup>(25)</sup> である。問題となったのは、法ビジネスの勧誘を規制する州法であったが、事実上人種差別撤廃のための訴訟戦術を進めていた NAACP を狙い撃ちにするものであった。ブレナンは、既述のとおり表現の自由のもろさを指摘した上で、次のように述べる。「我々は、戦闘的な黒人の権利のための運動が、人口の上では支配的なバージニア州の白人コミュニティの強い怒りと反対を生んだという事実から目を背けることはできない。……このような状況では、訴訟につながる集団活動を広く制約する制定法は、たとえ文言上は公平に見えても、容易に抑圧の武器となりうる。その存在自体が (its mere existence)」、その存在によって (out of existence)、黒人市民の権利のためのそのような活動をすべて凍らせてしまうことが十分ありうるのである。「本裁判所の諸判決は、州の憲法上の権限に属する分野の規制でも、やむにやまれぬ州の利益のみが修正一条の権利への制約を正当化しうる、と一貫して述べてきた」(Alabama 判決や *Bates* 判決などから引用)。本件では、そのような州の利益は認められない。

こうして、「やむにやまれぬ利益」のテストは、判例上定着し、ウォーレン・コートの司法積極主義を表す象徴的術語となつていった。マッカーシズムの圧力の中、最高裁はかつての「明白かつ現在の危険」テストに戻ることはでき

ず、フランクファーターの先導する利益衡量論で審査を行うことになった。しかし、このフランクファーターが、マッカーシズム期の各種の表現抑圧立法の有する現実の効果を、表現の自由制約として法理論に反映できるだけのリアリズムをもっていたことにより、最高裁は再出発を図ることができた。政府に対して「やむにやまれぬ利益」を求めるという厳格な利益衡量の基準も、このリアリズムから生み出されたものであった。

## むすび

フランクファーターは、一九二〇年代に、アナーキスト弾圧として冤罪が疑われたサッコ・バンゼッティ事件（強盗殺人罪で死刑判決、一九二七年に死刑執行）について、訴訟の経緯を批判的に分析する一書を著した。<sup>(26)</sup>これはむろん、アナーキスト擁護ととられかねない危険な行動であった。この書物を著した動機につき、一九五〇年代に彼は次のように語っている。「折にふれ私を悩ませる問題のうち最大といってよいものは、何が人々を臆病にするのか、私的にはしゃべっている事柄でも公にはしゃべれなくなってしまうのは何故なのか、ということである」。ナチスの政権掌握や「合衆国の多くの上院議員を、少なくとも彼らがつきりしゃべらないという限りで脅えさせているマッカーシズム」は、この臆病さの帰結でもある。「だから、サッコ・バンゼッティのような事件は、私にとつて、人間のおかれた状況といつてよいものの徴候であった。つまり、私は、それが数人のつまらない事柄へと矮小化されるべきではないと考えたのである」。<sup>(27)</sup>フランクファーターは、サッコ・バンゼッティの訴訟の経緯について、多くの人が疑念を抱いていること、「私的」な会話ではそれを示していること、にもかかわらず（少なくとも彼の周囲では）、誰もそれを公にしゃべろうとしないことに、「人間のおかれた状況」を、集約的に見た。そして、この「状況」に抗することの必要性と困難性を、

ともに実感していた。

この回顧談は、彼が最高裁に入る前から、表現行為の抑止されやすさに敏感な感受性を有していたことを示しているといえるだろう。戦間期、そしてそれを上回る戦後の反共ヒステリーは、それに反論できない雰囲気を作り出すことで暴走した。フランクファーターは、このメカニズムを社会の病理として体感し、それを表現の自由論にある程度反映させた。一九四九年に彼が、個人の自由への信念というアメリカの伝統につき、「その遺産は、惰性と自己満足によって、社会が進歩するための様々な必要性を維持することへの臆病さや嫌悪によつて、常に脅かされている。これは、外側からのどの挑戦よりも重大な挑戦である」と、述べていることも、決して単なる軽いリップサービスではなかつたのである。<sup>(28)</sup>

もう一つ言えば、一九五六年に公表した「私が得た最良の助言」と題する小論で、フランクファーターは、師ブランドイスの次の言葉を挙げている。「おそらく、人間の最も大きな弱点は『ノー』と云えないことだ」。フランクファーターはこの言葉を、「人間の本質と、人が自らを従わせるべき規律に、非常に深く関連する」と評している。またこの小論では、ユダヤ人として例外的に有名法律事務所に職を得た若きフランクファーターが、上司から、弁護士として出世したいなら名前を変えるべきだと忠告され、「ノー」と言つたという、かなり衝撃的なエピソードも紹介されている。<sup>(29)</sup> フランクファーターは法曹エリートとしての道を歩み、また立法裁量を尊重する利益衡量論を主張したことから、その法理論にマイノリティとしての被差別体験が反映しているとは考えられてこなかつた。<sup>(30)</sup> しかし、表現活動の困難性についての彼の敏感さの背景には、やはりマイノリティとしての様々の体験があつたと推測することは可能であろう。

フランクファーターは、時代の潮流に対して「ノー」と言うことの困難さを、実感として理解していた。彼は、違憲審査において、立法者の判断を尊重するという大原則を維持しつつ、表現の自由を保持することの困難さの自覚をも、抑止効果への着目というかたちで組み込んでいった。これらを両立しようとしたことにより、フランクファーターは転換期

の最高裁をリードすることができたのである<sup>(31)</sup>。

## 注

\* 本稿の内容は、拙著『表現の自由』第四章、第五章（二〇〇八）の叙述と大幅に重なるものである。本稿では、一九四〇年代の事件におけるフランクファーターの態度についての簡単な検討を加えた上、フランクファーターの諸意見を場合によってはより詳しく紹介し、さらにその法理論の個人的背景と推測できる事情にまで筆をのばしてみた。逆に、同著では扱ったが本稿では省略した判決もいくつかある。

- (1) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).
- (2) Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88; Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
- (3) 314 U.S. 252 (1941).
- (4) 319 U.S. 624 (1943).
- (5) 323 U.S. 516 (1945).
- (6) 336 U.S. 77 (1949).
- (7) 341 U.S. 494 (1951).
- (8) 341 U.S. 716 (1951).
- (9) 344 U.S. 183 (1952).
- (10) 342 U.S. 485 (1952).



- (11) 343 U.S. 250 (1952).
- (12) See Clyde E. Jacobs, Justice Frankfurter and Civil Liberties 131, 149 (1974); Mark Silverstein, *Constitutional Faiths* 203–04 (1984).
- (13) 354 U.S. 179 (1957).
- (14) 354 U.S. 234 (1957).
- (15) Ralf S. Brown, Jr., *Loyalty and Security* 120–34 (1958).
- (16) 371 U.S. 415 (1963).
- (17) Sweezy 判決へのフラン克福ァータ意見は、その自由保護の情熱的筆致が彼の意見としては異例であることから、注目されつゝた。H. N. Hirsch, *The Enigma of Felix Frankfurter* 193–96 (1981) は、この意見でフラン克福ァータは、個人的好みによつて自身の消極主義から理由なく離れていくと指摘するが、彼の一連の意見の流れの中で考えれば、不適切な理解だと思われる。これに対し、Jacobs, *supra* note 12, at 120–27 は、Sweezy 意見と Dennis 意見で示された共産主義者処罰が発生させる広い沈黙効果への懸念との一貫性を指摘しており、説得的である。See also Joseph L. Rauh, Jr., *Felix Frankfurter*, 11 *Harv. C.R. – C.L. R. Rev.* 496, 508, 519 (1976); Silverstein, *supra* note 12, at 204–06.
- (18) 357 U.S. 449 (1958).
- (19) 357 U.S. 513 (1958).
- (20) 後にローレンス・トライブは、*Speiser* 判決を「違憲の条件」法理発展の画期となつたと位置づけているが、その基礎にあつたのは、政府の便益を得るための「条件」が憲法上の権利行使に対して有する「現実の、実際の効果」へと「司法審査の焦点を移す」法廷意見執筆者ブレナンの姿勢であつた。ただし、トライブが同判決を、当時の判例のレベルとは隔絶したブレナンの偉業のようにたたえるのには、賛同できない。抑止効果への着目はブレナンの発明ではない。彼の裁判官としての能力は、具体的事件においてこの概念を縦横無尽に使い切るところに表されたといえる。Lawrence H. Tribe, *Sticks and Carrots, in Reason and Passion* 123, 127 (E. Joshua Rosenkranz & Bernard Schwartz eds., 1997).
- (21) 357 U.S. 399 (1958).
- (22) 364 U.S. 479 (1960).

- (23) 同様の事情は、破壊活動監視法に基づく、共産党の「共産主義活動組織」としての登録命令の合憲性が問題となった *Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961) でのフランクファータによる法廷意見に「こゝも指摘せらるる」。
- (24) 361 U.S. 516 (1960).
- (25) 371 U.S. 415 (1963).
- (26) Felix Frankfurter, *The Case of Sacco and Vanzetti* (1927).
- (27) Felix Frankfurter *Reminiscences* 242 (1962). 本書は、一九五〇年代にフランクファータに対し行われたインタビューを活字化したものである。
- (28) Felix Frankfurter, *The Bold Experiment of Freedom* (1949), *in* *Of Law and Men* 221, 224 (1956).
- (29) Felix Frankfurter, *The Best Advice I Ever Had* (1956), *in* *Of Law and Life & Other Things That Matter* 37, 38-39 (1965).
- (30) むしろ、ユダヤ人移民から最高裁判官にまで成り上がったという個人的体験は、アメリカ国民としての一体性の価値への過剰な同化をもたらす一因であったと考えられてきた。蟻川恒正『憲法的思惟』一五四―一五八頁(一九九四) 参照。もちろん、このような側面があることは否定できない。
- (31) 「抑止効果」から「萎縮効果」への判例上の述語の変化など、その後のウォーレン・コートの動向については、拙著『表現の自由』第五章を参照していただきたい。