

衡量枠と準則

- 表現の自由論における司法審査基準の再検討 -

梶原健佑

目次

はじめに

1. 問題の所在～3つの疑問
2. 「明白かつ現在の危険」の基準の特殊性
3. 「明白かつ現在の危険」の基準と同類型の基準
4. 「衡量枠」と「準則」
5. 衡量枠と準則の関係
6. 定義づけ衡量と司法審査基準

結びにかえて

はじめに

憲法訴訟論が俄に活気を見せている。ロー・スクールの影響か、憲法学もまた、訴訟において「使える」学問体系を提示するよう求められているといえるだろう。そのなかにあって憲法学の方向性は二つに分かれているようにみえる。第一は、従来型のアメリカの審査基準論を継承し、そのさらなる発展を企図する傾向である¹⁾。第二は、我が国の最高裁判例の理論にうまく接合できることを理由としてドイツ流の三段階審査モデルの導入を図るものである²⁾。そこでは、「目的」「手段」審査をより精緻に、「適合性」「必要性」「(狭義の)比例性」で分析することが唱えられている。本稿は前者の系統に属し、

- 1) 参照、君塚正臣「司法審査基準」公法研究71号(2009)88頁以下、同「二重の基準論と異質な憲法理論は成立するか」横浜国際経営法学(2009)17頁以下。さらに、阪口正二郎「違憲審査基準の二つの機能」法律時報80巻11号(2008)70頁以下を参照。
- 2) 参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001)、小山剛『「憲法上の権利」の作法』(尚学社, 2009)、渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号(2009)1頁以下、宍戸常寿『「憲法上の権利」の解釈枠組み』安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』(有斐閣, 2009)231頁以下。さらに、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報74巻7号(2002)60頁以下、同「夢は稔り難く、道は極め難し」法学教室340号(2009)53頁以下を参照。

従来唱えられてきた審査基準の考え方について、筆者の試論を開陳しようとするものである。

本稿の目的は、これまで「司法審査基準」として一括りにされてきた様々な「基準」の意味を再検討し、それらの特徴に基づいて類型化し整序することにある。この分析にあたり本稿は、司法審査基準論が最も取りあげられてきた表現の自由の領域に焦点を当てる。

1. 問題の所在～3つの疑問

教科書・体系書の中で「表現の自由」の項目を繙いてみると、内容規制 (Content-based Restriction) と内容中立規制 (Content-neutral Restriction) が区別され、それぞれ、厳格な審査と中間的審査が妥当するとされる³⁾。

では、それぞれの審査とは何を指すのか。まず、厳格な審査として通説的教科書は、厳格審査の基準、事前抑制 (禁止) の理論、明確性の理論、「明白かつ現在の危険」の基準を並列的に紹介している。同じ教科書は、中間的審査のための基準として、「より制限的でない他の選ぶう手段」の基準を紹介している⁴⁾。一般の理解からして、これらのうち「審査基準」と呼びう

3) 厳密には内容規制はさらに、主題規制 (subject-matter-based restriction) と見解規制 (view-point-based restriction) に区別されることもある。例えば、安西文雄「表現の自由の保障構造」安西ほか・前掲注2, 381頁を参照。

こうした発想の源となっているアメリカ憲法学では、この区別はよく知られており、多くの論攷の中で使い分けられている。判例のなかでは、R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) が、内容規制できる喧嘩言葉 (fighting words) についても、観点規制となると話は別だと論じたうえで、当該条例は「単なる内容差別 (content discrimination) を超えて、実際には観点差別 (viewpoint discrimination) だ」と、ふたつを区別していることが注目される。このほか、Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819, 829 (1995); Hill v. Colorado, 530 U.S. 703, 723 (2000) も併せて参照。

学説としては、差し当たり Joseph S. Johnston, *A Poisoned Arrow in His Quiver: Why Forbidding an Entire Branch of Government From Communicating With a Reporter Violates The First Amendment*, 36 U. BALT. L. REV. 135, 151ff (2006) を挙げておきたい。このなかでジョンストンは、主題規制は違憲推定 (presumptively invalid) され、厳格審査基準 (strict scrutiny; narrowly tailored to promote a compelling Government interest) が適用されるという。他方で、見解規制はより厳格に審査される (are heavily scrutinized) という。主題規制が厳格審査なら、観点規制はさらに厳格な審査 (stricter scrutiny) をうける、というのである。ジョンストンは、いったん観点規制と認定されたら、殆ど常にそれを違憲と判断される (the court almost always strikes it down) とも述べ、R.A.V.を引きつつ、あたかも自動的に違憲 (automatically violated the First Amendment) となるかのようだ、と述べている。

4) 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法〔第4版〕』(岩波書店, 2007) 183~199頁。

るのは、厳格審査の基準、「明白かつ現在の危険」の基準、「より制限的でない他の選ぶ手段」の基準、であろう。(文面審査の手法、さらには事前抑制および検閲にかかるものは、それ以外のものと大きく性質が異なるので本稿では扱わない。)敢えて確認しておけば⁵⁾、「厳格審査の基準」とは、当該規制が「やむにやまれぬ必要不可欠な(つまり、最高度に重要性の高い)公共的利益(compelling public [governmental or state] interest)」を立法目的とし、「その公共的利益のみを具体化するように『厳格に定められていなければならない』こと(つまり、立法目的の達成にぜひとも必要な最小限度のものであるということ)」を公権力側が立証できなければ違憲とする「基準」であり、「『より制限的でない他の選ぶ手段』の基準」とは、「立法目的は……正当なもの(十分に重要なもの)」である場合に、「立法目的を達成するための規制の程度より少ない手段(less restrictive alternative)が存在するかどうかを具体的・実質的に審査し、それがあろうと解される場合には当該規制立法を違憲とする基準である(LRAの基準と略称される)」。

ところが、上述の3つの「審査基準」には性格の違う2つのものが混在していると考えられる。というのも、「明白かつ現在の危険」の基準は、その嚆矢とされる *Schenck v. U.S.*⁶⁾ に典型的に表れているように、元来、処罰ないし規制の具体的適用の合憲性を審査するために用いられてきたものであって、適用上の審査に用いられるべき基準と考えられるからである⁷⁾(この「明白かつ現在の危険」の基準の性質論は、すぐ後に検討する)。であるならば、「明白かつ現在の危険」の基準は、立法目的や当該目的と手段との関連性などを問うて法令そのものを審査するために用いられるそれ以外の基準とは異なっているのではないかと、との疑問が浮かび上がってくる。これが第一の疑問である。

また、「厳格に審査すること」と「厳格審査の基準(strict scrutiny

5) 以下のまとめは、芦部・前掲注4, 183, 196頁によった。ただし、引用にあたっては、筆者の判断で傍点を省略した。

6) 249 U.S. 47 (1919).

7) 参照、佐藤幸治「表現の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権(1)』(有斐閣, 1978) 499頁, 同「明白かつ現在の危険」小嶋和司編『憲法の争点[新版]』(有斐閣, 1985) 82頁, 尾吹善人「思想・言論の自由」同『憲法の基礎理論と解釈』(新山社, 2007) 251頁。

standard)」とは一致しないと考えられていることは上にみたところで明らかであるものの、既出の複数の審査基準が相互にいかなる関係に立つかは明らかでない。第二の疑問はこれである。

さらに、「表現内容規制の憲法適合性審査は《二重の基準論→厳格に審査→厳格審査基準》による」という（学生が陥りがちな）図式も常に成立するわけではない。なぜなら、表現内容規制であるはずの「わいせつ規制」「名誉毀損規制」については、異なる思考の道筋が予め用意されているからである。これらの表現は「低い価値の表現」と分類され⁸⁾、厳格審査（基準）は妥当せず、「定義づけ衡量ないし限界画定衡量（definitional balancing）」が用いられると説明される。規制される表現の「定義を厳格にしほり」、あるいは規制について「厳格に限界を画定する」のだという⁹⁾。ある別の論者は、わいせつや名誉毀損には「厳格な違憲審査が行われないという考え方が広く受け入れられている」としたうえで、厳格審査とは相異なる思考に基づく定義づけ衡量が行われることで、「行為類型を定義する際に、規制を正当化する利益と憲法上の自由との衡量がすでに行なわれていると理解される」という¹⁰⁾。ここでの疑問点は次の通りである。定義づけ衡量という裁判所の営みは「違憲審査」なのか。そうでないとすれば、違憲審査といかなる関係にあるのか。第三の疑問である。

この第三の疑問にもう少し踏み込んで、本稿で明らかにしたい内容を示しておこう。すなわち、衡量の結果として編み出される「定義」ないし「限界」を超えれば違憲というのであれば、裁判所が定義づけ衡量による成果を、衡量後の裁判において援用することは、その裁判においては違憲審査の基準として用いられているとはいえないであろうか。かように衡量によって定形化され、爾後の裁判においては審査の物差しとして用いられるものを「審査基準」と呼びうるとすれば、これらと「明白かつ現在の危険」の基準との類似性がみえてくる。「明白かつ現在の危険」の基準とは、煽動的表現の自由と

8) 芦部はわいせつ表現と名誉毀損表現を、表現の自由との調整をはじめから必要としない「保護されない言論（unprotected speech）」であるとは見ていないようである。これについては、後掲注66および長谷部恭男「教科書の読み方」法学教室348号（2009）20頁以下を参照。

9) 芦部・前掲注4、178頁。

10) 長谷部恭男「憲法〔第4版〕」（新世社、2008）209頁。

対立利益を衡量した結果、規制しても違憲とはならない煽動を定義づけたものと見ることが可能だと考えられるからである。この思考は破綻なく成立するか、別様の言い方をすれば、「明白かつ現在の危険」の基準と同類型の「審査基準」がほかにも存在するのではないか。

以上にあげたいいくつかの疑問を解きほぐすため、まずは第一の疑問、つまり「明白かつ現在の危険」の基準の特殊な（例外的な）性質の論点から検討をはじめよう。

2. 「明白かつ現在の危険」の基準の特殊性

最初に、「明白かつ現在の危険」の基準が実際にどのように用いられてきたのかを概観しておこう。「明白かつ現在の危険」の考え方をはじめて連邦最高裁が示したと言われている *Schenck* は次のような事件であった。第一次大戦中、激しい調子で徴兵制を批判する内容の文書を徴兵適齢者に郵送配布した社会党書記長（当時）シェンクの行為が、軍内での命令拒否や反乱等を惹起しあるいは惹起しようと試みることを、新兵の徴募・兵籍への編入業務を故意に妨害することを禁じた1917年の防諜法（Espionage Act）に違反するとして起訴された。下級審では有罪とされ、シェンクは自らの行為が修正1条によって保護されると主張し上告した。O. W. ホームズ（Oliver Wendell Holmes）裁判官が執筆した全員一致の法廷意見は、本件の表現内容が平時においては憲法上の保護範囲内であることを認めつつも、次のように続ける。「しかし、行為の一つ一つの性格は、為された状況に依存する¹¹⁾」。そして有名な次のフレーズに続く。「最も厳格に言論の自由を保護するとしても、劇場で火事だと偽って叫び、パニックを惹き起こそうとする者は保護されないだろう。そして、暴力と同じ効果を持つ言葉を発することが禁じられたとしても、言論の自由によって保護されるものではない¹²⁾」。さらに、「連邦議会が防止する権限を有する実体的害悪をもたらす、明白かつ現在の危険を生み出す状況下で、その言葉が用いられ、それ自体として明白かつ現在の危険を生み出す性質を持っていたか¹³⁾」が重要であり、戦時にあっては別様に考え

11) 249 U.S. 47, 52 (1919).

12) *Id.* at 52.

13) *Id.* at 52.

られるべきだ、と述べて原審の有罪判決を支持したのである。

ここで確認されるべきは、ホームズは明白かつ現在の危険の考え方によって防諜法そのものの合憲性を審査したわけではないことであり、明白かつ現在の危険の有無は個別の状況に即して判断されることである¹⁴⁾。このことはホームズが「明白かつ現在の危険」の内容をより明確に「合衆国が憲法上防止しようと努めうる実質的な害悪を直ちにもたらすような明白にして切迫した危険を生み、または生むことを意図する言論を処罰しても合憲である¹⁵⁾」と言い換えて言論保護の姿勢を明らかにした *Abrams v. U.S.* (ホームズ反対意見) でも事情は異ならない。この事件は、ロシア派兵決定を批判するロシアからの移民集団が、戦時下での戦争遂行を妨げることを処罰対象にした1918年の煽動法 (Sedition Act) に違反するとして起訴されたものである。*Gitlow v. New York*¹⁶⁾ でも反対意見に回ったホームズは、「明白かつ現在の危険」の基準の適用を説き、本件事案にこれをあてはめるならば、その危険は認められないと結論するのである。

*Whitney v. California*¹⁷⁾ でのブランドイス同意意見 (ホームズが同調) は、「明白かつ現在の危険」の基準を完成させたとも評されるが、そこでも次のように確認されている。「制定法が文面上無効でないとしても、適用上無効だという理由で争われるかもしれない……そうした審査の結果は、個別の事案の固有の事実に依存する。言論および集会の自由の基本的権利が侵されたと主張される場合は常に、被告人に、まさにそのときに実際に明白な危険が存在していたか否か、そして、もし危険が存在していたとしても、それが差し迫ったものであったか否かという論点を提示する途が開かれていなければならぬ¹⁸⁾」と。この時点まで、ホームズらは「この基準を決して立法の合憲性そのものの審査のための基準と考えていない¹⁹⁾」のである。

14) See Wallace Mendelson, *Clear and Present Danger -From Schenck to Dennis*, 52 COLUM. L. REV. 313, 315 (1952); Ronald L. Beschle, *An Absolutism That Works: Reviving the Original "Clear and Present Danger" Test*, 1983 S. ILL. L. J. 127 (1983). さらに参照、浦部法穂「明白かつ現在の危険」英米判例百選Ⅰ公法(1978)111頁。

15) 250 U.S. 616 (1919).

16) 268 U.S. 652 (1925).

17) 274 U.S. 357 (1927).

18) *Id.* at 379 (Brandeis, J., concurring).

19) 伊藤正己『言論・出版の自由』(岩波書店, 1959) 230頁。

1940年代には、「明白かつ現在の危険」の基準を用いて、法令そのものの違憲判断を結論する判決が登場する。*Cantwell v. Connecticut*²⁰⁾、*Thornhill v. Alabama*²¹⁾、*Thomas v. Collins*²²⁾ がその例である。代表例と目されるのは、合法的な営業活動を妨害するようなピケティングを一律に禁止したアラバマ州法3448条の憲法適合性が問われた *Thornhill* である。法廷意見において F. マーフィー (Frank Murphy) は、労働争議の実態を伝える平和裡に行われるピケティングは表現の自由によって保護されることを明らかにしたうえで、「こうした議論の自由の縮減 (abridgement) は、世論の市場 (the market of public opinion) において、受容されるべく競い合うことで思想の価値をテストするその時間的余裕がないときに、重大な害悪の明白な危険が生じる場合に限って正当化されうる。事業会社に対する侵害の危険は、3448条に規定されている議論の自由の広汎な禁止を正当化するほどに重大であるとはいえ、また、差し迫ったものともいえないと我々は判断する²³⁾」と述べた。そして、この広汎に規制の網を被せている条文を限定解釈することなく、法規定そのものを違憲と判断した。

Thomas の被告人は、労働組合のオルガナイザーに事前の登録を要求したテキサス州法に反して登録しないままに活動を行ったため訴追をうけた。この事件で W. ラトレッジ (Wiley Blount Routledge) 執筆の法廷意見は、被告人の行為が修正1条によって保護されるものであることを確認しつつ、州法の規制が文言上、「違法行為を唱導する傾向もなく、公共の福祉 (public welfare) に対する明白かつ現実の、重大で差し迫った危険の要素を含まない、それ自体として違法ではない²⁴⁾」行為に向けられていることから、「本件で

20) 310 U.S. 296 (1940). 本判決は宗教活動の自由とも絡んだ著名判例であり、事前の許可を得ない街中での布教活動が州法違反として起訴された事例である。O. ロバート (Owen Roberts) 執筆の法廷意見は、「州の重大な利益に対する明白かつ現実の危険となる特定の行為をはっきりと示して禁じるよう、厳密に作られた制定法」が必要であるとし、キャントウェルの行為は「公共の平穏と秩序に対する明白かつ現在の脅威を惹き起こすようなものではない」と判断した (at 311)。問題のコネティカット州法の憲法適合性は、ひとつには事前抑制であることに拠っていることはおそらく確かであるが、さらに「明白かつ現在の危険」の基準違反をも根拠にしているのか定かでない。

21) 310 U.S. 88 (1940).

22) 323 U.S. 516 (1945).

23) 310 U.S. 88, 104-105.

24) 323 U.S. 536.

存在しているよりもより重大でより差し迫った危険もなしに、公共討論の権利を破壊する規制は修正1条によって保障される自由と矛盾する²⁵⁾」として違憲の結論を導いている。

たしかにこれら諸判決は「明白かつ現在の危険」に言及しながら法令違憲の結論を導いている。それゆえ、「この理論は、立法の適用にあたってそれを合憲的な範囲にとどめるための一種の証拠法則にとどまるものではない。ホームズがといた当初の意味は、そのような狭い原則であったようにみられるが、判例法の発展は、立法が文面上表現の自由を縮減する場合に、その立法そのものの合憲性を判断するための規準にまで高められている²⁶⁾」と伊藤正己が評価するのも理解できないではない。しかし、「明白かつ現在の危険」が存するか否かは具体的状況に依存するのであるから、「明白かつ現在の危険」の基準を法令に適用するにしても、法令の規制対象が本来規制できない領域——明白かつ現在の危険のない場合——にまで及んでいることを問題視する形の、*overbreadth doctrine*あるいは*vagueness doctrine*類似の用いられ方になる点には注意が必要である²⁷⁾。

なお、かように「明白かつ現在の危険」の基準が法令そのものの審査にも用いられるようになって以降も、法令の憲法適合性にふれることなく、適用範囲を限定するために用いられてきたことは確認しておくべきである。たとえば、*Pennkamp v. Florida*²⁸⁾は、法廷侮辱に該当するには、その表現が、公正な裁判運営に明白かつ現在の危険を与えるものでなければならぬと判断している。また、*Terminiello v. Chicago*²⁹⁾でも、W. ダグラス (William O. Douglas) 執筆の法廷意見は、「深刻で重大な害悪の明白かつ現実の危険を生じさせる蓋然性 (likely to) が証明された場合にのみ³⁰⁾」表現は規制されうると述べつつ、結論において、少なくとも本件に解釈・適用された部分

25) *Id.* at 537. この事件では「事前抑制」についての判断も示されているが割愛する。

26) 伊藤・前掲注19, 284頁

27) この点は、木下智史「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準・再考」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集〔下巻〕』(成文堂, 2008) 302~304頁および萩原重夫「表現規制の限界——“Clear and Present Danger” Testの現在 (1): Testはどの位“Clear”か」愛知県立芸術大学紀要23号 (1993) 11頁を参照。

28) 328 U.S. 331 (1946).

29) 337 U.S. 1 (1949).

30) *Id.* at 4.

は修正1条違反との見解を示した（法令全体の憲法適合性審査は行わなかった）。興味深いことにR. ジャクソン（Robert H. Jackson）の反対意見では、「証拠は、当該表現に呼応しての暴動と暴力行為の危険性は、明白で、現在のものであり、そして差し迫ったものであったことを疑いの余地なく証明している³¹⁾」と、「明白かつ現実の危険」の基準に言及しながらも異なった結論に至っている。

以上みたように、「明白かつ現在の危険」の基準はハイブリッドな性格をみせている。つまり、法令自体の合憲性を問題とせずに適用上の審査基準として適用違憲の結論を導くために用いられる側面と、法令そのものの憲法適合性を判定するための基準としての側面である。ただし、法令そのものの憲法適合性審査は、「明白かつ現在の危険」のある言論は規制可能であることを前提に、それが読み取れるような法条文でなければならないとする文面上審査として用いられるものである。この点、おなじく法令の憲法適合性審査のための基準とされる「厳格審査基準」や「中間審査基準」などとは性質の違いがあると考えられる。つまり、法令審査の基準としての「明白かつ現在の危険」の基準は、*overbreadth doctrine* の一形態であると理解することが可能ではないか、との思われるのである。むしろ、それはそれとして十分に意味あることであり、否定するものでは全くない。だが、「明白かつ現在の危険」の基準のもつこうした性格をみたとき、これを「厳格審査基準」と並列させることにはやはり疑義がある。

かような理解にたつ本稿は、以下、「明白かつ現在の危険」の基準をホームズやブランドイスが当初考えていたかたちのものとして理解し、換言すれば、適用上の審査のための「基準」であると考えて議論を進めることにする。

かく理解した「明白かつ現在の危険」の基準とそれ以外の基準（厳格審査の基準、より制限的でない他の選びうる手段の基準を指す）の間にある違いを、以下、二つの観点から明らかにしてみたい³²⁾。

31) *Id.* at 26 (Jackson, J., dissenting).

32) ちなみに、法令審査の基準としての「明白かつ現在の危険」の基準は、以下の本文で挙げる (1) の特徴を満たさないものの、(2) の特徴は備えていると考えられる。

(1) 司法事実と立法事実

第一は、審査される事実のレベルの違いである。「明白かつ現在の危険」の基準という物差しを当てられる対象は「司法事実 (adjudicative fact)」であり、厳格審査の基準や「より制限的でない他の選ぶ手段」の基準のそれは「立法事実 (legislative fact)」なのである。〈司法事実／立法事実〉の区別を念のため確認しておけば、以下のごとくである³³⁾。立法事実とは「立法者が法律・規則等採択した背景となっている社会的事実」ないしは「法律のもたらす社会的影響に関する事実」のことであり「立法的判断に関する事実」とも説明される。司法事実とは「法律上の紛争で争われる当該事件に固有の事実。事件当事者がどのような行動をしたのかなど、過去に生じた具体的個別的な事実」のことで、「裁判上認定すべき事実」と訳されることがある。

つまり、一般的に違憲審査の基準として観念される後者にあつては、現に裁判所の前に提起された事案とは差し当たり無関係に（抽象的に）審査される。これに対して、前者で違憲審査のさいに材料となるのは、“本件事実関係”であり、具体的な被告人（ないし被告）の発した言明の内容あるいは被告人（被告）を取り巻く現実の状況なのである。

(2) 結論誘導度

第二は、結論誘導の度合いの相違である。明確度の相違ともいえる。つまり、「明白かつ現在の危険」の基準では、提示された具体的指標に「当てはまるか・当てはまらないか」の二者択一であつて、責任を負わされるか否かは事実を立証できるか否かにかかっている。実に明快である³⁴⁾。ところが、それ

33) 立法事実／司法事実の定義は、田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991）23、511頁による。同時に、田中英夫『英米法のことば』（有斐閣、1986）74頁以下参照。なお、厳密には「司法的立法事実」や「立法事実の含意をもつ司法事実」といった事実が存在し、「司法事実／立法事実」が、必ずしも常に截然と二分される訳ではないことについては、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について（一）」自治研究64巻12号（1988）124～125頁の指摘する通りである。とはいえ、「司法事実が特定の主体に関する特定の事実であるのに対して、立法事実は社会の一般的な事象についてであり、つまりそこでは裁判官自身も属する社会一般への広がりを持つ事柄の評価が争われる」（毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論（一）——憲法訴訟における事実解釈の研究——」国家学会雑誌106巻7・8号（1993）516頁）という基本的認識のモデルに立って論を進めたい。

以外の基準はそうではない。立証責任を負った側は、具体的にどのような事実を立証すればよいのか明確でないのである。というのは、「重要な目的であること」であるとか、「手段が必要不可欠であること」といっても、証明すべき内容が一義的に決まるわけではないからである。そのため、当事者たちは、自らに有利な結論を引き寄せるべくさまざまな事実を並べ立てることになる。

厳格審査基準は当初は違憲の結論を必然的に誘導する「理論的に厳格、実際には致命的 (strict in theory, fatal in fact)³⁵⁾」な基準といわれたが、今日では、理論的にも現実にも合憲判断があり得ないわけではないことが知られている³⁶⁾³⁷⁾。同様に、合理性の基準を採用すれば合憲の結論が比較的に出やすい、ということはいえようが、それを超えて「必ず合憲となる」と断定することはできない。法律が明らかに不合理であれば違憲となる余地があるからである。

3. 「明白かつ現在の危険」の基準と同類型の基準

では、「明白かつ現在の危険」の基準と同類型の基準は他に存在しないの

- 34) 「明白かつ現在の危険」の基準は「準則」としての切れ味を持たないと考える論者もいる。たとえば、T. I. エマソン (Thomas I. Emerson) は「明白かつ現在の危険のテストは、甚だしく漠然としている。経験が示すように、連邦最高裁判所によるその適用は、確実な成果を何一つ生まなかった。……このテストは、司法的決定に先立って明らかでない見通しをほとんど与えない」と述べている (T. I. エマソン、小林直樹・横田耕一訳『表現の自由』[東京大学出版会、1972] 92頁)。尾吹善人も「ただあてがって目盛を読みさえすればよいという物差しを作り出すことは、ホームズ、ブランドイスの意図ではなかった」と分析している (尾吹・前掲注7, 253頁)。
- 35) Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).
- 36) See Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006).
近年の著名な最高裁判決である *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) を見てもそのことは理解される。大学入試における人種考慮の合憲性が争われたこの事案で法廷意見は、人種区分に厳格審査基準を適用した。連邦最高裁は、厳格審査基準の定式表明の直後に、「厳格審査は「理論上厳格、実際には致命的」ではない。……すべて政府が人種を用いる場合には厳格審査の対象となるけれど、そのすべてがその審査によって無効とされているわけではない」と続けている (at 326-27)。実際に、*Grutter* では、厳格審査基準を適用のうえ、合憲の結論が導かれている。
- 37) 前掲注35)におけるガンサーの論文は平等の問題に焦点を当てて「strict in theory, fatal in fact」と論じたのであって、この理が表現の自由領域にも論理必然に当てはまるかどうか、筆者は今のところ躊躇なく断言するだけの自信はない。「厳格審査基準」が基本権の領域に応じてその細部・ニュアンスに異なるものがあるか、検討をさらに進めたい。

だろうか。適用上審査に用いられ、司法事実をあてはめることによって当該行為への責任負荷が合憲であるか否かが判明するもの。これが分類の尺度である。

すると、表現の自由領域には他にも類似のものが存在していることに気づく。具体的には、わいせつ規制における「ミラー・テスト」と、名誉毀損規制における「現実の悪意」の基準がそれである。前者は“平均人が同時代の地域共同体の基準に照らして対象となる作品を見たときに淫らな関心に訴えるものと認められるか、作品が明白に羞恥心を起こさせるやり方で描いているか、作品が全体として真摯な文学的・芸術的・政治的若しくは科学的価値を欠いているか”という3つの要件に該当する規制のみが「わいせつ (obscenity)」として規制することが許されるとするものである³⁸⁾。この解釈を逆にみれば、この定義に含まれない文書をわいせつ表現として処罰することは憲法違反となる可能性が高い、ということになろう。わが国の最高裁は、刑法175条にいうわいせつ文書を「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」と定義している。この所謂「わいせつ三要件」も、ミラー・テスト同様のものと考えることができる。

「現実の悪意」の基準とは、1964年にアメリカ連邦最高裁がはじめて明らかにしたもので、公職者またはパブリック・フィギュアに関する公衆の関心事に属する内容の名誉毀損表現の場合、損害賠償を得るためには、原告側が、被告が当該言論の内容が虚偽であることを知っていたか、あるいは、その真偽について無謀にも全く考慮しなかったことを立証しなければならないとするものである³⁹⁾。この条件を満たさない場合、その表現に損害賠償責任を負わせることは憲法上許されない。

ミラー・テストと現実の悪意の基準はいずれも、法令そのものの憲法適合性を論じる基準ではないものの、具体的法令の適用にあたっての合憲・違憲

38) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) によって定式化された。

39) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) 以降、次第にその対象範囲を拡大しつつ、輪郭を整えてきた。アメリカでは *New York Times Rule* や *Sullivan Rule* とも呼ばれる。同ルールは、私人にまつわる公衆の関心事を内容とする名誉毀損の場合には、原告が懲罰的損害賠償を得るための条件とされている。See *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974)。

の境界を指し示す基準となっている。そこでは「適用上の」基準であることから、あてはめられる事実は司法事実であり、それら基準に当てはまるか否かによって適用の憲法適合性は比較的明瞭に帰結される。してみると、これらは「明白かつ現在の危険」の基準と類似した性質をもっていると評価することが許されるように思われる。

ここで留意したいのは、第一に、準則化されている議論領域は表現内容規制に関わるものであること、第二に、それら準則がアメリカでは「定義づけ衡量」の産物として知られていること、第三に（第二点と関連して）、そのいずれもが保護されない言論（unprotected speech）の類型であること、である。これらの意味することについては後に論及する機会がある。

4. 「衡量枠」と「準則」

わが国の憲法学において司法審査基準として一般に知られているのは、厳格審査基準、厳格な合理性の基準（中間審査基準）、合理性の基準の3類型であろう。中間審査基準として、「より制限的でない他の選びうる手段」の基準が挙げられていることは既に確認した。これらは、立法の「目的」と「手段」を各々審査するという法令の憲法適合性審査の枠組みを前提にして、それぞれどの程度の厳格度で審査に望むかを定型的に示したものである⁴⁰。このうち本稿では、これら基準（standard）を「（司法審査のための）衡量枠」と呼ぶことにしたい。同時に、「明白かつ現在の危険」の基準のように、法令

40) 厳密に言えば、衡量枠の種類は「目的」と「手段」の二つではなく、「目的」と「手段の関連性（ないし類型）」と「手段の侵害度（比例）」の三種に区分できるように思われる（後二者はドイツ流に言えば「適合性」審査と「必要性」の審査に相応するものであろうか）。

アメリカでは手段審査のなかで「目的と手段との関連性」が前面に出ることもあれば、「手段の最小限度性」が前面に出されることもある。厳格審査基準の手段審査について言えば、「narrowly tailored」と「least restrict means」が混在する。前者は手段が立法目的にピッタリ一致することを要求する（関連性を問う）ものであるのに対し、後者は選択された手段が「最も制限的でない」ことを要求する。これを中間審査基準に引き写すならば、関連性を問題にする「substantial relationship in fact」と手段の侵害度を問題にする「less restrictive means」となろう。

本文で紹介する「より制限的でない他の選びうる手段」の基準は、単に、その名称が表すように手段だけを扱っているとすれば、それは先に述べた手段の侵害度の審査だけを指すことになる。ところが、芦部信喜はこれを「立法目的は……正当なもの（十分に重要なもの）として是認できる」場合に用いられる審査基準と説明しており、（中間審査基準と同等の）立法目的の審査を含む審査基準と構成している。すると、これは「衡量枠」の一種として分類することができる。

審査のための司法審査基準ではなく、結論誘導度の高い基準を「準則 (rule)」と呼んで、衡量枠と区別することにしたい。この区別の趣旨を順次説明しよう。

(1) standard と rule

「standard/rule」の区別は、アメリカ法学界ではよく知られた思考方法である⁴¹⁾。

法 (law) の見方として、背景となる社会政策ないし政治原理——真実、公正さ、効率、自治そして民主主義——を、判定者 (decisionmaker) が個別の事案ないし事実へと適用するさいの法的 (legal) 意味を持つ命令の体系への翻訳であると把握するとき、仮に、そうした後景にある政策や原理を、直接、事案に適用することを許せば、判定者のナマの選好が個別の事案解決において反映されてしまう危険性を残すことになる。そこで、これを回避するために、「媒介項 (intermediary)」として法が用いられる。これによって、判定者の負担を減らし、その判断・決定の質を改善して、ナマの選好の行使が制約されると期待される。かかる媒介項は、判定者に与える相対的な裁量の幅によって異なる形をとる。それが rule と standard である。

かたや「rule」は、比較的明確な命令であって、判定者の判断余地を、特

ちなみに、阪本昌成は「正確には、LRA は、中間審査基準の手段審査だ、と位置づけられるべきであり……LRA が『必要最小限テスト』であるかのように論じられることがあるが、それは正しくない」と指摘する (同『憲法2 基本権クラシック [全訂第3版]』[有信堂、2008] 85頁)。しかし、LRA が「より制限的でない他の選びうる手段があれば違憲」とする基準であるならば、裏返すと、それより制限的でない選びうる手段がなければ合憲ということになる。これは、問題となっている制約が最も制限的でないこと (最小限度であること) を求めているに等しい。その限りで阪本の指摘には疑問が残る。芦部のいう LRA の基準は、典型的な厳格審査基準でも典型的な中間審査基準でもないハイブリッドな性格を有していることになる。

この LRA にいう alternatives が means と同義に用いられているとするならば、つまり、LRA が要求するのは「比較的制限的でない手段であること」だと解釈するならば、阪本の指摘に分があることになろう。

41) 以下の rule/standard の叙述については、MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 40-45 (1987); FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULE 135-137 (1991); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term: Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 57ff (1992); Alan K. Chen, *The Ultimate Standard: Qualified Immunity in the Age of Constitutional Balancing Tests*, 81 IOWA L. REV. 261, 280ff (1995); Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 CALIF. L. REV. 953, 959ff (1995) および高橋和之「審査基準論の理論的基礎 (上)」ジュリスト1363号 (2008) 65~67頁を併せて参照。

定の予め提示された事実の存否の判定に限定しようとする。つまり、これがいったん定められると判定者に与えられる裁量は少なくなる。言い換えると、rule は、許される行為と禁止される行為の間に明確な境界線を引くものといえる。これと対照に、「standard」は、大まかな尺度 (criteria) を示すにとどまる、比較的緩やかな命令である。これは、その尺度を満たしているかの判断にさいして、判定者が個別の事案ごとの状況をよく勘案したうえで結論を出すことを許している。このことを、rule と standard の違いとは、法に詳細な内容を充填する作業が個々の行為の前に行われるか、それとも後に行われるかであると説明する論者もある⁴²⁾。

かかる rule/standard の違いをイメージさせるのに、しばしば用いられる例は次のようなものである。「時速55マイル以上で運転してはならない」という命令が rule であり、「そのときの交通量、道路コンディション、天気、そして時刻に鑑みて不合理な速度で運転してはならない」というのが standard である⁴³⁾。いずれも「安全な道」という目的の達成を狙っているものの、達成のための手法が別様なのである。前者の規制 (rule) の場合は、それに違反しているか否かの判定は「55マイル」という明確な物差しを当該事実を照らすことで比較的簡単に得られる。ところが、後者 (standard) の場合は、当該事実を取り巻く状況を認定し、「不合理な速度」といえるか否かの判断にそれらがどの程度影響するかを評価しなければならない。両者は判定者の裁量・恣意を働かせる余地をどれほど残しておくかに大きな相違がある。また、standard は次のような特徴ももつ。たとえば、極めて視界不良の状況下では客観的にみて時速55マイルでは危険だという場合もあり得るところ、「55マイル」を法定せずにおくことで、交通の安全が保たれる可能性がある。これは明確な画一性をその本質性とする rule では得られない。

法のあり方として、いずれを採用すべきか長く議論が闘わされてきた。

42) See Louis Kaplow, *Rules Versus Standard: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557, 560 (1992).

43) Chen, *supra* note 41, at 282. Eric A. Posner, *Standards, Rules, and Social Norms*, 21 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 101 (1997) は、「rule は“あなたは A、B、そして C をしてはならない”と語る。通常、standard は“あなたは【無分別に】あるいは【不注意に】あるいは【非良心的に】ふるまってはならない”と語り、いかなる行為がこれらの尺度 (criteria) に該当するかを判断を裁判所に委ねている」と説明する。

standard を好む論者や判事⁴⁴⁾ は、それが個々別々の結果を許容することによって公正さと実質的平等の価値を推し進めるのだと主張する。彼らから言わせると、硬い (rigid) 明確な境界を引く (bright-line) rule は硬直的な判断になるために、ハードケースの処理を考えると、本質的に過剰包摂 (overinclusive) であり過少包摂 (underinclusive) なのであって、法の発展のために必要な、熟慮のうへの利益衡量をさせないという難点を抱えている。他方で、rule を好む者たちは、それが、裁判官による恣意性ないしバイアスのかかった決定を最小限に食い止めるメリットを有していると主張する。また、rule は (実質に左右されることなく結論を導くために) 形式的な平等をもたらし、結果として、法の確実性 (certainty) と予測可能性 (predictability) を提供することによって、自由を強化すると議論される。

別のある論者は、rule/standard の同じ特徴を次のように説明させている⁴⁵⁾。standard は事例に応じた判断ができ、境界線ギリギリの行為を抑止することもできる。rule は許される行為と許されない行為の間に明確な線引きを行うので、予見可能性が高く、許されない行為を避けることができるようになる。そのため、許される行為に対して萎縮を与えることもない。確実性・均一性・安定性・安全性が高く求められる場合には rule が適切であると考えられ、柔軟性・個別 (的判断) 性 (individualization) ・多様な解釈可能性 (open-endedness) ・ダイナミズムが重要視されるときには standard が適切とされる。その裏返しとして、rule は妥協の余地がなく (intransigent)、画一的で厳格かつ閉鎖的性質という欠陥を有しており、standard はいかようにも操作でき (manipulability) バラバラ (disintegration) で、不確実な冒険主義的性質という欠陥を抱えている⁴⁶⁾。この特徴を考えると、rule と

44) 最高裁内部でも Rule 派と Standard 派に分かれるという。Rule 派の代表格が、A. スカリア (Antonin Scalia) である。スカリアは、*The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175 (1989) のなかで、裁判官に裁量の余地を委ねることへの警戒を示し、その余地の少ない rule に期待を寄せている。他方、standard を重視する判事として、S. オコナー (Sandra Day O'Connor), J. スティーブンス (John Paul Stevens) が挙げられる。See David L. Faigman, *Constitutional Adventures in Wonderland: Exploring the Debate Between Rules and Standards Through the Looking Glass of the First Amendment*, 44 HASTING L. J. 829, 830 (1993); Chen, *supra* note 41, at 265 (1995).

45) 以上につき、Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379, 384-385 (1985) を参照。

46) See *id.* at 400. このあとシュラグは、これらの対応関係が論理必然ではないという方向

standard は議論となっている問題領域において、いかなるメリットが求められ、いかなるデメリットが忌避されるべきと考えられているかによって使い分けられるべきだということがいえる⁴⁷⁾。

では、この rule と standard の区別は憲法解釈においていかなる意味を持つか。憲法解釈における“rule 対 standard”の議論は、しばしば、範疇化 (categorization) と衡量論 (balancing) の関係になぞらえられる⁴⁸⁾。すなわち、範疇化は予め衡量した結果立ち現れてくるものであって、個別の事案に即した利益衡量を行わない。その後は、同類型の事案には一旦作り出された物差し (カテゴリー) に当てはまるか否かで結論を得ようとする。これに対して、衡量論はケースバイケースの事案に即した判断を志向する。衡量派がその柔軟性を重視する一方で、範疇化派は予測可能性の最大化を重視するのである。

就中、修正1条領域では、この対立を H. ブラック (Hugo Black) 判事と F. フランクファーター (Felix Frankfurter) 判事による、“絶対主義 対 衡量論”の議論のうちのみとることができる。ブラックの、修正1条の保護対象となる「speech」の範囲に入れば絶対的に保護されるとする考え方は、ある物差しを事案にあてはめれば直ちに結論を得られるアプローチを採用しており、これは rule の発想である。これを非難し、利益衡量を主張したフランクファーターの考え方は standard の系譜に属する (ただし、standard は完全な個別的利益衡量 ad hoc balancing を意味しているわけではない)。この対立は、一応、衡量論の勝利で決着したものの、単純な個別衡量を排し、裁判官の裁量を枠付け、予見可能性を高める categorical approach は現在の修正1条論の主流となっている。それは、とりわけ表現の自由領域が、予見可能性を確保することによって萎縮効果を排除することが高く期待されているためである。とするならば、理念的には、standard よりも rule を思考すべき領域だというべきであろう。

に論を展開していることに留意が必要である。

47) See *id.* at 400-401. 使い分けの経済学的分析については、Kaplow, *supra* note 42 と Posner, *supra* note 43, at 102を参照。

48) たとえば、Sullivan, *supra* note 41, at 59-60; Peter Krug, *Justice Thurgood Marshall and News Media Law: Rules Over Standards?*, 47 OKLA. L. REV. 13, 14 (1994); Chen *supra* note 41, at 298.

念のために言い添えておけば、rule と standard は、必ずしも完全に二分されうると考えられているわけではない⁴⁹⁾。つまり、この区分は次のような発想に支えられている。個別的利益衡量論を一方の極に、絶対主義を他方の極とするスペクトラムを考えた場合、standard も rule も、その間にあり、rule はかなり絶対主義に近い位置を占める。他方、standard は、どの程度具体的な判定の枠組みをもつかによって rule に近づいたり、個別的利益衡量側に寄ったりする。したがって、rule と standard は究極的には相対的な区別といえるため、明瞭な線引きは現実には困難である。とはいえ、私人が許される自由の範囲をどの程度見通すことができ、また、判定者の裁量の余地をどれほど残しているか、という点に着目する限りで一応区別されうると思料される⁵⁰⁾。そこで本稿では、司法審査のための基準として裁判官の裁量余地がどの程度認められるかという観点から、衡量枠 (standard) と準則 (rule) とを峻別することにした。裁判官の仕事を司法事実の認定と物差しのあてはめに限定して裁量余地を極限しようとする準則と、衡量過程において裁判官がいまだ少し広く複雑な判断をすることを認める衡量枠との対比である。

本稿にいう衡量枠と準則の内容および邦訳についてももう少し付言しておく。

(2) 衡量枠

「衡量枠」とは、以下に挙げるような事情を参考に筆者が分類・命名したものである。衡量枠としてあげたものは、通常、「二重の基準論 (Double

49) See Fredrick Schauer, *Rules and the Rule of Law*, 14 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 645, 650 (1991); David L Faigman, *Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles Versus Supreme Court Practice*, 78 VA. L. REV. 1521, 1535 (1992).

50) 截然と standard と rule とが区分できるわけではないとの本文での留保は、次のような準則の存在を念頭に置いてのことである。プライバシー侵害不法行為について連邦最高裁は、パブリック・レコード・ルールやニュース価値 (Newsworthiness) のルール (およびその類概念としてのパブリック・フィギュア・ルール、公衆の関心事 (public interest) ルール) を示唆してきた。詳細は、阪本昌成「プライバシーの権利と表現の自由 (1) (2・完)」立教法学76号 (2009) 36頁以下、77号 (2009) 141頁以下を参照。とりわけ、ニュース価値のルールは明白かつ現在の危険や現実の悪意ほど結論決定的ではない。しかし、単なる考慮要素にとどまらないため、衡量枠と比較すればなお結論誘導度は極めて高いといえる。

Standards of Judicial Review)」の説明のなかに登場する審査手法である。二重の基準論とは、自由を規制する法律への裁判所の審査の厳格さは、精神的自由権と経済的自由権とは異なるべきであって、この類型に応じて厳格な審査と緩やかな審査が妥当するという思考をいう。わが国ではもう一段複雑となり、さらに精神的自由の規制・経済的自由の規制の双方のなかにも対象や目的を異にするものがあるとして、次の三重の基準が定式化される⁵¹⁾。表現の自由の内容規制には厳格審査基準、表現の自由の内容中立規制と職業の自由の消極目的規制には厳格な合理性の基準、そして職業の自由の積極目的規制には合理性の基準がそれぞれ適用される、と説かれるのがそれである。厳格審査基準はアメリカでいう strict scrutiny test に、厳格な合理性の基準は intermediate scrutiny test に、合理性の基準は rationality test にそれぞれ対応している。

そこで用いられる「test」と「Double Standards of Judicial Review」での「standard」は、わが国ではともに「基準」と一般に訳されてきた。しかし、本稿では広く用いられている諸「審査基準」のなかに2種類のものがあることを示そうとするものである以上、「基準」の下位概念にまた「基準」を用いるのは適当でないとの考えから、別なる語をあてた次第である。

(3) 準則

上述の「衡量枠」と対比させる語として本稿が「準則」と表記するにあたっては、〈原理 principle／準則 rule〉の区別に倣った。R. ドウオーキン (Ronald Dworkin) は次のようにその相違を説明している。「法原理 (legal principles) と法準則 (legal rules) との間には論理的相違が存在する。……両者が与える指示の性格は異なる。準則は、白か黒かというやり方 (all-or-nothing fashion) で適用される。ある準則が規定する事実が存在し、そしてその準則が有効であるならば、準則が与える解答は受け入れられなければな

51) 厳格な合理性の基準は、厳密には合理性の基準の派生的基準として説明されており、「三重」という言い回しは不正確かもしれない。芦部・前掲注4、212頁は「『合理性』の基準は……二つに分けて用いられるようになった」とし、“上位類型としての合理性の基準、その下位類型として「厳格な合理性」の基準と「明白の原則」という理解を示している。

らない⁵²⁾。「準則に最も近いと思われる原理であっても、規定された条件が充たされると自動的にもたらされるような法的帰結を備えていない⁵³⁾」。

かように「準則」とは、予め明確に提示された条件（要件）に適合するかしないかを一對一に問う枠組み（ないしその条件そのもの）を指す。ドゥオーキンはその準則を「原理」と対比させている。原理とは、議論を一定方向に誘導する力を持っているとしても、具体的な事件への一義的解決を示すことのできないものをいう。ここでいう原理と、本稿でいう基準との異同を分析することは本稿の意図するところではなく、ただドゥオーキンのいう「rule」の捉え方および人口に膾炙した「準則」という「rule」の邦訳を参考にしようとするものである。

ところで、先に確認したように、ruleとstandardの区別は相対的といえる。そのため、何をruleと捉えるかはアメリカの論者にあっても唯一の理解があるわけではない。たとえば、K. サリヴァン（Kathleen Sullivan）は、「基本的自由（fundamental liberties）・疑わしい類型（suspect classes）→厳格審査」「通常の（garden-variety）社会経済立法→敬讓をはらった合理性審査」というようなカテゴリーと衡量枠の直結のことを、「準則によく似た体系（a rule-like regime）」と述べる。他方で、諸般の事情（権利・規定の存在、政府利益、正当化等）を衡量して結論を得る中間審査は「衡量枠によく似た体系（a standard-like regime）」として紹介される。この区分は、厳格審査・合理性審査では（ほとんど）必然的に結論が決まるとの認識を前提にしている⁵⁴⁾。しかし、厳格審査・合理性審査が必然的に結論を導くわけではないことは既に述べた⁵⁵⁾。そうすると、サリヴァンの区別には疑問が残る。

かかる用例のこれ以上の評価はここでは措くとして、本稿はこれと異なつて、「明白かつ現在の危険」の基準や「現実の悪意」の基準のことを、衡量

52) RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 24 (1977).

53) *Id.* at 25.

54) サリヴァンは「この事案は～～だから、政府が（あるいは原告である市民）が勝つ」といえるからそれ以上の真摯な検討を不要にする、と述べている（Sullivan, *supra* note 41, at 60）。A. チェン（Alan K. Chen）も、理論的には厳格審査基準や合理性基準がbalancingの一種であることを肯定するものの、その適用においてはruleとして機能すると述べて、サリヴァンの区別を採っている（Chen, *supra* note 41, at 298）。

55) 前掲注36およびその本文を参照のこと。

枠との対比において「準則」と表すことにした。アメリカでも、本稿でいう準則のことを、actual malice rule, Brandenburg rule, fair comment rule というように「rule」と称することはしばしば見られる⁵⁶⁾。

かような「衡量枠」と「準則」の対比は、とくに筆者独自のものではない。たとえばD. アンダーソン (David A. Anderson) は、本稿のいう準則を「処方的準則 (prescribed rules)」と呼ぶ。連邦最高裁が、私人間の (コモン・ロー上の) 紛争を前にして、法が違憲である (あるいは合憲である) と宣言することを超えて、個別具体的に解決や解決の方法 (これが準則である) を処方する場合があるとの理解から、「処方的」との語が用いられる。その例は、現実の悪意であり、public record rule⁵⁷⁾ であり、そして (表現の自由領域から離れるが) ミランダ・ルール⁵⁸⁾ である。彼がこの処方的準則と比較するのは、test である。両者の違いをアンダーソンはこう説明する。「test がひとつのレスポンスだけを許すとき、それは私が処方 (prescription) といっているもののことである……憲法的処方 (constitutional prescriptions) と合憲性審査の『test』 (“test” of constitutionality) との間の区別を常に維持するのは容易ではないが、それでも違いはある。処方法は、〈これらは、あなたの救済が憲法上許容されるためには、あなたが従わなければならないルールである〉と語り、test は、〈これらは、あなたの救済が審査されるさいの尺度 (criteria) である……〉と語る⁵⁹⁾」と。この test の例として彼が挙げるのは *Florida Star v. B.J.F.*⁶⁰⁾ の定式である。この判決の詳細はすぐ後で紹介するけれども、それを確認するならば、その定式化——アンダーソンのいう test ——が、本稿にいう衡量枠に相当することに納得を得られると思う。

56) ときに、Brandenburg Test, Clear and Present Danger Test のように、「test」という語が用いられることがある。「strict scrutiny test」と同じく「test」が用いられており、その意味では、常にアメリカの論者が明確な区別 (rule/standard) の意識をもっているかは定かでない。

57) See *Cox Broadcasting Co. v. Cohen*, 420 U.S. 469 (1975).

58) See *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

59) David A. Anderson, *First Amendment Limitation on Tort Law*, 69 BROOKLYN L. REV. 755, 786-787 (2004).

60) 491 U.S. 524 (1989).

では、かかる「衡量枠／準則」の区別が可能であるとして、それら相互の関係はいかなるものであるか。両者を統一的体系の中で把握する視点を次節で提示してみたい。

5. 衡量枠と準則の関係

(1) Florida Star v. B.J.F.

この検討に恰好の連邦最高裁判決があるので、そこから論を始める。それが先に名前を紹介した、アメリカの私事の公表 (Public Disclosure of Private Fact) 不法行為を検討するさいには欠かせない重要判例である *Florida Star* である。ところがこの判決は、その具体的な結論のインパクトの強さゆえか、日本ではあまり積極的に紹介されることがなかった⁶¹⁾。本節の分析にとって重要な判例であるので、事案を含め少し詳細に紹介しながら、連邦最高裁判決の理論を確認していく。

フロリダ州で発刊されている新聞 *The Florida Star* には、「ポリス・レポート」という欄が常設されており、その地方の警察が扱っている刑事事件についての記事が掲載されることになっていた。あるとき、強盗・強姦被害者の B.J.F. が被害事実をシュリフ局に申告した。それを受けて、当局が彼女のフルネームを記載した報告書を作成し、公開の場であるプレス・ルームに置いた。*The Florida Star* 紙の記者は同報告書をもとにして、B.J.F. の実名入りの「ポリス・レポート」の記事を執筆し、それを掲載した新聞が発行された。フロリダ州法 § 794.03⁶²⁾ は、性犯罪被害者の氏名を「マスコミの手段を用いて、印刷・出版・放送すること」を禁じており、この禁止に違反すると軽罪

61) 参照、長岡徹「*The Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 109 S. Ct. 2603 (1989) ——警察から合法的に入手した情報に基づいて強姦事件の被害者の氏名を公表した新聞に損害賠償を課すことが、合衆国憲法第1修正に違反するとされた事例」アメリカ法1992-1 (1992) 116頁以下、戸松秀典「報道の自由とプライバシー *The Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989)」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣, 1998) 93頁以下。

62) 州法は次のように規定していた。

「性犯罪被害者を同定する情報を出版 (publish) ・放送 (broadcast) することは違法 (unlawful) である。何人も、この章に規定するあらゆる性犯罪の被害者の名前、住所、その他被害者を同定する事実ないし情報を、マスコミの手段を用いて、印刷・出版・放送してはならず、または、印刷・出版・放送の原因をつくったり許可したりしてはならない。このセクションの違反は第二級の軽罪となり、§ 775.083または § 775.084に規定する刑罰を科せらる。」

(misdemeanor) とされる（ちなみに、The Florida Star 紙も性犯罪被害者の実名報道はしない、との内規を有していた）。

B.J.F. は、当局と The Florida Star を被告として損害賠償を請求する訴訟を州裁判所に提起した（当局とはトライアル前に2500ドルで和解した）。The Florida Star は、本件事実関係のもとで、本件記事の公表を理由とした非刑事の制裁を新聞社に課すのは修正1条違反である、と主張した。一番は、強姦被害者の個人識別情報は私事であり、その公表が高度に不快であると認定できるとし、その公表は訴訟原因となる旨述べたのである。これは州法違反をもって negligence per se と認定したことを意味する。裁判所は75000ドルの填補的損害賠償と25000ドルの懲罰的損害賠償を The Florida Star に命じた。州の上級審もこれを認容したため、The Florida Star が連邦最高裁に上告した。

T. マーシャル（Thurgood Marshall）判事執筆の法廷意見は、B.J.F. の実名を紙面で公表したことを理由に The Florida Star に賠償責任を課すことは修正1条に違反するとして、原判決を破棄した。その理由は次のとおりである。

- (A) 「公共的意義（public significance）を有する問題についての真実情報を新聞が合法的に入手した場合、州公務員は、最高次の州の利益（state interest of the highest order）を促進するのに必要でない限り、その情報公表を処罰することは憲法上許されない」との *Smith v. Daily Mail Publishing Co.* で示された原理（principle）が本件にも妥当する。
- (B) 暴力的犯罪の発生とその捜査に関する記事は公共的意義を有する問題に関するものであり、The Florida Star は、この（真実）情報を合法的に入手した。
- (C) § 794.03に基づいて損害賠償責任を負わせることは、最高次の州の利益を促進するのに「必要」ではない。性犯罪被害者のプライバシーや安全を保障し、被害者が性犯罪被害を届け出るよう促進するとの諸利益は極めて重要（highly significant interests）であるとはいえ、本件事情の下

で責任を負わせることは、3つの理由で、これら利益を促進する手段としては余りに性急である。

その3つの理由とは、第一に、州自ら公表した情報を合法的に入手した新聞の情報公表に責任を課すのは、匿名性保障のための、厳密に設えられた手段 (narrowly tailored means) とはいえない。これを認めると、新聞は自己検閲する可能性が高い。

第二に、州裁判所の採った negligence per se の基準は、個人の私生活に関する事柄の公表によって自動的に (automatically) に責任が発生することとなり、合理的な人間にとって非常に不快 (highly offensive) であるか否かに関する事案ごとの検討を不要としてしまう。また、非公知の事実であったかも不問とされてしまう。これでは、通常のネグリジェンスが求められる虚偽事実公表である名誉毀損法に比べて、真実情報公表の方が保護の程度が低いことになってしまう。

第三に、§ 794.03はマスコミを通じての公表しか禁じておらず、他の手段での伝播を禁じていない。この過少包摂は、州法が保護する重要な利益を実際に擁護しようとしているのかに重大な疑義を生じさせる。州がプライバシー保護を名目に真実情報への処罰という尋常でない手法をとるのであれば、大規模メディア同様に、小規模の情報伝達者をも禁止しなければならない。

(2) *Florida Star* の含意

では、*Florida Star* からどのような法理を引き出すことができるであろうか。連邦最高裁は、プライバシー侵害の不法行為法 (州の判決ないし州の法体系) 全体を対象に違憲審査することなく、公共的意義を有する問題について合法的に入手した真実情報の公表それ自体を理由として損害賠償責任を負わせるライアビリティ・スキームに焦点を限定して判断した。そして、責任を負荷するには「最高次の州の利益を促進するために」「厳密に設えられた手段」によっていなければならない、と述べたのである。これは、強姦被害

者の個人識別情報 (identity) 公表を理由に法的責任を課すためには、言明者が情報を公的機関から合法的に入手した場合には少なくとも過失の立証を要する、との判断枠を示していると考えられる。これを準則と呼ぶとするならば⁶³⁾、連邦最高裁は“この準則を組み込んだ不法行為法制であれば厳格審査基準を満たすものとなる”と述べた、と考えられないだろうか。つまり、こういうことである。

判決中に用いられる「最高次の州の利益」「厳密に設えられた手段」の語句は、まさに厳格審査基準の目的・手段審査の定式で用いられる用語である。連邦最高裁は、(上述の限定的範囲下での) プライバシー侵害の不法行為法制を厳格審査基準で審査しているようにみえる⁶⁴⁾。具体的事件を前にして最高裁は、どのようなライアビリティ・スキームであれば、「衡量枠」を充たしているとして是認できるか示すことがある。法を「違憲である」と宣言することを超えて、合憲的に規制するための解決策としてそこで提示された細かなルールこそが、本稿が「準則」と呼ぶものに他ならない。そうであるとすれば、基準と準則とは別個独立の審査方法ではない。準則とは、一旦衡量枠を用いて審査したのちに、将来、再度同じ「衡量枠による審査」をしなくても済むよう、司法事実をあてはめて答えを出せばこれをクリアしたものとなるよう造形されたものだといえる。本稿は、初期設定 (デフォルト) が「衡量枠」であり、特殊設定が「準則」となっているという構造をここに見てと

63) ガーツ・ルールといわれる準則が、「私人の公衆の関心事にかかる表現の場合には、原告が言明の虚偽性に関する過失の立証が必要である」との内容であることを考えれば、これもまた準則と呼ぶことを妨げる必要はないであろう。

64) いわゆる審査基準論は「立法」に対する審査のやり方を説明するもので、それ以外、ことに適用審査には適用がないと考えられることがある。*Florida Star* が扱った違憲審査の対象もまた、制定法それ自体 (§794.03) というよりも、制定法による禁止を前提としたプライバシー侵害不法行為の州裁判所判決 (ないし州不法行為法体系そのもの) である。冒頭の原理原則からすれば、そこには審査基準の適用はないかに思われる。ところが、アメリカの不法行為法は、コモン・ローであって、(原則として) 判例法の集積によってその具体的な姿形を明らかにする。つまり判例こそが Law-Making なのであるから、その意味では、「立法」に対する審査基準を適用する余地があると考えられるのである。

わが国においても事情はそれほど異ならないように思われる。というのも、わが国の不法行為法 (ここでは損害賠償責任) の制定法上の根拠は民法709条だけである。同規定は非常に包括的なものであって、その規定のみから不法行為法の体系を窺い知ることはできない。判例の集積に委ねられているわけである。なお、言論を制約する法律としては明確性を欠き、過度に広汎・曖昧であるとして文面上違憲を論じる余地があるかもしれないが、それは、あまりに非現実的であろう。

るのである⁶⁵⁾。

6. 定義づけ衡量と司法審査基準

本稿にいう「準則」について、わが国では「定義づけ衡量の産物」と理解してきたようである。そして本稿は、「準則」を「衡量枠（従来の審査基準）」と連続するものとして位置づけようと試みている。すると、定義づけ衡量と衡量枠による司法審査とがいかなる関係に立つものであるかが問われることになる。

定義づけ衡量は、おそらく、保護されない言論 (unprotected speech) の存在を前提にしている⁶⁶⁾。アメリカでは、古くから、“「保護されない言論」という類型が存在する”との考え方が存在し、その議論は判例が先行するかたちで展開されてきた。それがチャプリンスキーの法理と称される思考である。*Chaplinsky v. New Hampshire* において法廷意見を執筆した F. マーフィー (Frank Murphy) 判事は次のように述べた。「明確に定義され、狭く限定されたある種の表現で、それを禁止し処罰しても何ら憲法上の問題を生じない、と考えられてきた表現が存在する。淫らなわいせつ言論、神を冒瀆する言論、名誉毀損言論、侮辱的ないし喧嘩言葉——すなわち、かかる言論を発することそのことにより、他人の権利を侵害し、また治安紊乱を直接惹起する傾向のある言論がそれである⁶⁷⁾」と。ここに登場する言論類型は保護されない言論と呼ばれ、修正1条の保障の範囲外にあると考えられた。この類型には、その後、集団誹謗とチャイルド・ポルノが付け加えられるようになった⁶⁸⁾。同法理は、「言論の自由の憲法保障は、『狭く限定された、いくつ

65) 以上の立論を補強するために、基準に依拠しつつ一定の準則を導出した連邦最高裁の判例を示すことができようのだが、残念ながら、不法行為法に適用される基準を示した例は管見の限り、この *Florida Star* 以外に存在しないようである。

66) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣, 1994) 231~232頁は、わいせつと名誉毀損は「憲法で保障される『言論・表現』には含まれないものと考えられてきた。しかし、包括的な猥せつ概念をあらかじめ設定し、それに該当するものを猥せつ表現(性表現)として『言論・表現』の枠内から排除してしまうと、猥せつ概念の決め方いかんによっては、憲法上当然に保障されるべき表現行為が大きく制限されるおそれなしとしない。そこでせつ概念を表現の自由とそれに対抗する社会的価値を衡量しながら厳密にしぼって定義づけ、この定義に該当しない限り性表現にも憲法上の保障を及ぼしていく必要がある」と論じている。

67) 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

68) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

かの言論類型』に含まれないことば (words or language) を規制することを州に対して禁じている⁶⁹⁾」, 「修正1条が言論および表現行為に与える保護は絶対的なものではない。当裁判所は, 政府が, ある一定の表現のカテゴリーを合憲的に規制することを長く認めてきた⁷⁰⁾」などの文章とともに先例としてたびたび引用されてきた。いまなお連邦最高裁はこの基本的発想を放棄していない。

「保護されない言論」という領域が存在するとの考えを維持するためには, その領域の外延を表現の自由と矛盾が無いように画定する作業が避けられない。わいせつ表現を例にとるならば, 性表現の全てが保護されない「わいせつ」なのではなく, 既述のミラー・テストのように一定の条件を満たすものだけが「保護されない言論」として修正1条の保障対象 (保護領域と言ってもよい) から除外される⁷¹⁾。

ところが, 「わいせつ」の概念が空から降ってくるわけではないので, 実際には何らかの衡量をしているのである⁷²⁾。まさに「定義づけ衡量」である。一度, 対立する利益との衡量を済ませておけば, 将来同様の事案で同じような衡量をする必要がなくなる点にこの手法のメリットがある⁷³⁾。しかし, 単純に利益を天秤にかけただけでは外延 (限界) 画定はできないのであって, 実際の衡量の過程はこうであろう。〇〇という重要な利益のためには, 性表現の一部を野放しにしておくことはできない。そこで, 〇〇のために規制することができる (あるいは, 規制しなければならない) 性表現の類型は××

69) Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518, 521-522 (1972).

70) Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 358 (2003).

71) 名誉毀損表現に関連して, Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 75 (1964) は, 「虚偽であることを知っての発言, そして, 真実であるかを無謀にも全く考慮せずに述べられた虚偽の発言は, 憲法上の保護を受けない (do not enjoy constitutional protection)」と述べて, 「現実の悪意」準則が保護されない言論としての名誉毀損表現の外延画定のために用いられることを示唆する。

72) 参照, 久保田きぬ子「言論の自由に関するアメリカ判例の一考察」宮沢俊義先生古稀記念『憲法の現代的課題』(有斐閣, 1972) 267頁。

73) 連邦最高裁が定義づけ衡量によって保護されない言論画定の準則を一旦編み出したとしたとすると, たとえ, その後に, より対抗利益を侵害しないような態様で為された言論が訴訟になったとしても, 新たな衡量は行われず, 先に示された準則への該当性によって判断されることになる。しかし, 新しい事情が出てくるたびに衡量していたら, それはもはや個別的衡量論になってしまう。この点について, T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 981 (1987) は, 「衡量は, この論点について思考停止したいと欲する場合に限って『定義づけ(衡量)』なのである」と皮肉混じりに述べている (なお, 丸括弧内は引用者が補った)。

ということになる。と。「名誉毀損」でも同じように考え得る。というのも、「現実の悪意」は名誉毀損の定義ではない。それは証拠法則というべきものであって、保護されない名誉毀損表現をその定義から明らかにしようというよりも、どのような場合にのみ名誉毀損表現を規制しても許容されるのかを明らかにしようとする発想に立脚している。したがって、対立利益をただ天秤にかけて「現実の悪意」準則が生まれ出たのではなく、個人の名誉保護のために取り得る手段として許される限界点が衡量によって探り出されたのだと考えるべきであろう⁷⁴⁾。この発想は正に目的・手段審査のそれであって、こうしてみると、定義づけ衡量と目的・手段審査を殊更に別物として区別する実益が果たしてどれほどあるのだろうか。

まして、「一切の表現」の自由を有するわが国の憲法からすれば、所与のものとして「保護されない言論」を考えることは原則として否定されるべきである。とすれば、第一義的には全面的に目的・手段審査を妥当させるべきと考える方がよからう。

かような思考方法によっても具体的な結論は何も変わらない。目的・手段審査の結果として、合理的に規制可能な領域と不可能な領域との線引きの結果、立ち現れてくるラインが本稿のいう「準則」である。松井茂記が「(ブランデンバーグの基準や現実の悪意の法理)の基準はあらかじめやむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠な制約といえるための基準を設定しておいて、あとは具体的事例ではその基準を適用するという手法と理解することができる。『定義的衡量』と呼ばれているものである。『明白かつ現在の危険』の基準も、実はそのような手法による基準と理解することができるように思われる⁷⁵⁾」と述べているのも、同趣旨と思われる。

価値の欠けた(乏しい)保護されない言論であるから特別なアプローチを用いるのだという思考の筋道ではなく、その他の表現内容規制同様に厳格審査基準によって審査した結果、許される規制の境界を明確に表したものとして準則が作り出されたと考えれば足りるのではないだろうか。

74) D. フェイグマン (David L. Faigman) は、現実の悪意ルールを指して、対立する政府利益と自由な言論とを天秤にかけた結果、将来の事案のために作られたルールであると述べている。See Faigman, *supra* note 44, at 839.

75) 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2007) 118~119頁。括弧内は梶原。

アメリカの著名な修正 1 条研究者である D. ファーバー (Daniel A. Farber) は最近の論攷で次のように語っている⁷⁶⁾。彼は、定義づけ衡量によって結論を得ようとする “categorical approach” は、おおむね、パッケージ化された厳格審査 (strict scrutiny) の一種であるという。このアプローチは (本稿のいう衡量枠の一つである) 厳格審査基準を、比較的輪郭の明瞭な諸準則 (rules) へと変形するものであるとされ、準則は「厳格審査のショートカット適用 (shortcut applications of strict scrutiny)⁷⁷⁾」, 「やむにやまぬ利益テストの結晶化 (crystallization)⁷⁸⁾」と表現される。保護されない言論で用いられるほとんどの法理 (doctrine) は「standard-like な厳格審査基準の rule-like な具体化⁷⁹⁾」として理解可能となるというのである⁸⁰⁾。こうした standard から rule への置換 (substitution) は、表現者と政府の両方に対して、規制の限界点の所在を明確に告知できるという利点がある。裁判所が表現内容規制に厳格審査基準を用いるのは、かかる準則がいまだ作り出されていない領域においてだと説明される⁸¹⁾。

結びにかえて

以上で冒頭の疑問に筆者なりの解答を与えた。疑問は三点あった⁸²⁾。第一に、審査基準のなかに性質の異なりが見られるのではないか。第二に、「明白かつ現在の危険」の基準と同様の審査基準が他にもあるのではないか。第三に、それら様々な審査基準をどのように体系的に整理すればよいか。

本稿の結論は次のごとくである。従来の司法審査の「基準」には「衡量枠」と「準則」として区別されうる性質の違うものが併存している。このうち「明白かつ現在の危険」の基準は (原則として) 法令そのものの審査ではなく個別の適用の仕方を問題にするもので、その性質からすると、わいせつ三要件

76) See Daniel A. Farber, *The Categorical Approach to Protection Speech in American Constitutional Law*, 84 IND. L. J. 917 (2009).

77) *Id.* at 920.

78) *Id.* at 932.

79) *Id.* at 920.

80) ファーバーは、定義づけ衡量の成果 (本稿のいう準則) のうち厳格審査基準の具体化と見ることのできない例外に属するものとして、わいせつ物に用いられるミラー・テストと、営利的言論に用いられるセントラル・ハドソン・テストを挙げている。

81) Farber, *supra* note 76, at 937.

82) 便宜のため冒頭とは順序を変更している。

や現実の悪意などにむしろ近く、これらを一括して「準則」と呼ぶ。法令審査を念頭に置いたいわゆる「目的・手段審査」型の審査基準を「衡量枠」と呼んで「準則」と対置する。「準則」は、法令そのものの合憲性は前提としている。表現内容を規制する法令の場合、合憲的に規制できる領域であっても、法令の規定の仕方によっては全体が違憲とされる余地がある（いわゆる文面審査）。適用が違憲となるか否かは厳格審査基準をパスするかで決することになる。パスできない部分、つまり違憲部分を無理なく切り分けることができる場合には、そのうち違憲な適用が起らないように、合憲／違憲の境目を裁判所が提示してみせることが必要である。その境目こそ「準則」である。言ってみると、準則化の作業は一種の合憲限定解釈であるとも考えうる。

準則化することにはいかなる意義を見いだせるか。表現の自由に関しては萎縮効果を発生させないためには、裁判になったとき裁判所がどのような結論を出すのかについての「予見可能性」が存在していることは極めて重要である。表現内容にまつわる法規制は、できる限り限定された外延をもたねばならず、そしてそれは公表されておかなければならない。萎縮効果の未然防止である。

こうして見たとき、とりわけ裁判所の解釈によって法内容が定まってくる不法行為法の場合、どのような表現行為を裁判所として不法行為と認定するかにつき、限定された境目が示されることは重要である。名誉毀損不法行為の領域で、これに積極的に応接するのが「現実の悪意」準則である⁸³⁾。わが国の最高裁判例は「現実の悪意」準則ほど切れ味鋭い準則を確立させてはいないものの、真実・真実相当性の理論は「準則化」の試みとして評価される。プライバシー侵害不法行為に関しては、『逆転』事件判決で最高裁が、「事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合」、「その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力」が大きい場合、「その者が選挙によって選出される公職にある者あるいはそ

83) ただし、筆者はわが国の名誉毀損不法行為にこの準則を直接導入することに直ちに賛意を表明するものではない（導入に積極的な近年の見解として、山田隆司「公人とマス・メディア」〔信人社、2008〕101～112頁）。

の候補者」である場合には実名を用いての前科情報の公表が許されることもあり、不法行為が成立するか否かは「著作物の目的、性格等に照らし、実名を使用することの意義及び必要性を併せ考え」て判断すると述べていた⁸⁴⁾。このうち、「事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合」、「その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度」、「その者が選挙によって選出される公職にある者あるいはその候補者など、社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物である場合」の部分に、それぞれ「公衆の正当な関心事」「公衆に知られた存在」「公的存在」という違法性阻却事由を読もう——準則化の試みとして理解しよう——とする学説も展開されていた⁸⁵⁾。ところが、長良川リンチ報道事件で最高裁は、プライバシーと表現の自由は、「諸事情を個別具体的に審理」する単純な比較衡量（個別的利益衡量）で調整されるとの理解を示している⁸⁶⁾。かように、プライバシー侵害の不法行為の認定にあたって単純な比較衡量を採用していることは表現の自由の観点からは看過し難い。さらに、名誉感情侵害の不法行為にいたっては、表現の自由との緊張関係を孕み得るにもかかわらず、特段、定義もされたことがなく、阻却事由もほとんど解明されていない領域である⁸⁷⁾。

表現内容規制を論じる研究は、「内容規制なら厳格審査基準」という思考にとどまっていたはならない。本稿は「準則化のススメ」を説くものである⁸⁸⁾。

〔付記〕本稿は、科学研究費補助金〔若手研究（スタートアップ）課題番号20830058〕の助成による研究成果の一部である。

84) 最三小判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。

85) 阪本昌成「文学作品における実名使用とプライバシー権——ノンフィクション『逆転』訴訟」判例セレクト'94（1995）8頁。

86) 最二小判平成15年3月14日民集57巻3号229頁。

87) 名誉感情侵害不法行為と表現の自由との関係については、別稿を予定している。さしあたっては、山口経済学雑誌58巻6号（2010）に掲載予定の拙稿「Intentional Infliction of Emotional Distressと表現の自由」を参照願う。

88) 先に紹介したファーバーはその論放を次のように結んでいる。「カテゴリー一別の諸準則に憲法教義（constitutional doctrine）の基礎を置くということがアメリカ法の支配的戦略だったことに疑いの余地はない」（Farber, *supra* note 76, at 938）。