

# 修正1条と目的主義

## — Jed Rubenfeld の表現の自由論(1)

中 曾 久 雄

### 目 次

- 1 はじめに
- 2 O'Brien テスト, Spence テスト, そして目的主義
- 3 目的主義とは
  - 3-1 目的主義における絶対性 (Absolutes)  
……………愛媛法学会雑誌第49巻1・2合併号
  - 3-2 目的主義における司法審査の機能—違憲の動機の洗い出し
  - 3-3 バランシングに対する目的主義の利点
- 4 目的主義の具体的適用
  - 4-1 物乞い (Begging) の禁止
  - 4-2 選挙資金規制
  - 4-3 同性愛者
- 5 反正統性原理 (The Anti-Orthodoxy Principle)
  - 5-1 反正統性原理と目的主義
  - 5-2 反正統性原理と低価値表現
  - 5-3 明白かつ現在の危険テスト
- 6 むすび—目的主義の意義

### 1 は じ め に

本稿では、前稿に引き続き<sup>1)</sup>、修正1条の保障する表現の自由と違憲の動機・目的との関係を論じる。今回取り上げるのは、Jed Rubenfeld の理論である<sup>2)</sup>。結論を先取りすると、Rubenfeld の理論の特徴は、表現の自由の保障を、政府

の違憲の動機・目的からアプローチする目的主義（purposivism）に基づき説明することにある。本稿では、Rubenfeldの主張する目的主義を検討することを通じて、表現の自由の基礎づけの在り方、表現の自由の保障の意義を検討することにする。

## 2 O'Brienテスト, Spenceテスト, そして目的主義

Rubenfeldは、従来の表現の自由の法理における問題点を指摘するために2つの事例を提示する。(A) Aはスピード違反のために反則切符を切られた。Aは制限速度を超えてもより安全で燃費効率のよい運転ができるために、スピード違反のために反則切符を切るのは修正1条に反すると主張する。(B) Bは特定のシャツを着ていたために逮捕された。Bは、警察に対して抗議することを表明するシャツを着ているために処罰するのは修正1条に反すると主張する<sup>3)</sup>。

通常、表現行為でない行為が表現目的で行われた場合において、当該行為を禁止する法令を適用することが表現の自由の侵害となるかどうかはO'Brienテストを適用して判断されることになる。これは、United States v. O'Brien<sup>4)</sup>が打ち出した基準である。本件では、ベトナム戦争に抗議して徴兵登録証明書を

---

1) 中曾久雄「表現の自由と動機審査－Elena Kaganの動機審査理論(1)～(4)」愛媛法学会雑誌46巻2号(2019年)・愛媛法学会雑誌47巻1・2号(2020年)・愛媛法学会雑誌47巻2号(2021年)・愛媛法学会雑誌48巻1・2号(2021年)。Kaganの動機審査理論は以下のようなものである。Kaganは、表現の自由を規制の帰結ではなく規制の理由、政府のアクターに焦点を当てるモデルから説明する。このモデルのもとでは、規制の動機が違憲であるがゆえに、表現の自由は侵害されることになる。Kaganによれば、ここでいう違憲の動機とは、害悪の防止とは区別される政府のイデオロギー的理由に基づく規制である。Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 439 (1996).

2) Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767 (2001). Rubenfeldの表現の自由に関する詳細な紹介と分析については、山本龍彦「表現の自由のプラグマティズム」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I』(尚学社, 2011年)529頁以下。

3) Id.

4) 391 U. S. 367 (1968).

焼却した行為が問題となった。連邦最高裁は以下の判断枠組みを提示した。もし表現行為に表現の自由の保障が及ぶものであるとした場合に、それを処罰するためには、①政府の憲法上の権限内にあり、②重要なまたは実質的な政府利益を促進し、③政府の利益が自由な表現の抑圧と無関係であり、④主張されるところの修正1条の諸自由に対する付随的制限が、政府利益の促進にとって不可欠である以上のものでないならば、正当化されるとしている。では、このO'Brienテストを(A)の事例に適用するとどのような帰結をもたらすのか<sup>5)</sup>。ここで問題となるのは、②の部分である。速度制限を引き下げることには2つの政府利益が存在する。それは道路での安全性の保持と車の燃料の節約である。これに対して、Aが速度制限を下げることで逆に死亡事故を増加させると主張するであろう。仮に、Aの主張が正しければ、正当な利益は存在しないことになる。そうすると、Aに対して反則切符を切ることは違憲無効となる<sup>6)</sup>。しかし、実際、(A)の事例は違憲とはならない。もし、O'Brienテストのもと、速度制限が政策目的に合致するか否かを厳密に審査することになれば、それはLochner判決と変わらないことになる<sup>7)</sup>。実際の審査では、Aの行為は表現ではないので、修正1条の問題にならない。当該行為が表現行為でないならば、そもそも、O'Brienテストは適用されない。

しかし、それでも、Aは自らの行為は表現である、あるいは、自らの行為は速度制限に対する反対の表明である、あるいは、自らの行為はパフォーマンスアートであると主張する場合はどうなるのか。そこで、このような場合、Spenceテストが適用される<sup>8)</sup>。Spenceテストとは、ある表現ではない行為が表現か否かを判断するためのテストである。より具体的には、特定のメッセージを伝えようとする意図が存在するか否か、当該メッセージがそれを見た者によって理解される可能性が高いか否かを問うことになる<sup>9)</sup>。ただ、Spenceテストを適用して

5) Rubenfeld, *supra* note 2, at 770.

6) *Id.* at 771.

7) *Id.* at 771-72.

8) *Id.* at 772.

9) *Id.*

も、Aの行為に対して修正1条の保護が及ぶことはない。仮に、Aがメッセージを伝えたいという意図を有していても、Aの行為がメッセージとして理解されることはない<sup>10)</sup>

ところで、Spenceテストは以下の3つの問題を抱えている。第1に、Spenceテストは、どのような非言語的行為を表現とみなすかを決定するに際して不十分なテストである。例えば、芸術表現について、何が芸術表現で、逆に、何が芸術表現ではないかを決定できない限り、修正1条の保護は及ばないことになる。Spenceテストは、当該行為が表現であるか否かを決定するに際しての十分条件に過ぎないのである（したがって、必要条件ではない）<sup>11)</sup> 第2に、Spenceテストのもとで、メッセージを欠く行為は、修正1条の保護が及ばないということである。例えば、警察の行為への抵抗を表す特定のシンボルを付したTシャツ着用を禁止するNew Yorkの条例の存在を知らずに、それがカッコいい（cool）という理由で着用していたIdaho出身のYは、そのTシャツの着用に際して「特定のメッセージを伝える意図」を有していないために、修正1条による保護を受けない<sup>12)</sup> 第3に、Spenceテストのもとでは、特定のメッセージを付せば、いかなる行為も表現的となる。例えば、Aが自動車に「もしあなたは私が65マイルで運転しているのを見るならば、それは私が55マイルの速度制限に抗議していることを意味する」という特定のメッセージを書き込んだうえで、車を走行させる場合には、表現行為となる<sup>13)</sup>

以上検討してきたように、O'BrienテストおよびSpenceテストは妥当しない。双方の事例において関わるのは、立法目的である。これらの事例が提起する修正1条の問題は、立法目的が表現を行う者を処罰しようとしているか否かである<sup>14)</sup> そもそも、O'Brien判決において問題となっていたのは、法律が反戦活動に対する処罰を目的としていたのではないかということであった。法廷意見は

---

10) Id.

11) Id. at 773.

12) Id. at 773-74.

13) Id. at 774.

14) Id. at 775.

立法の動機を審査することは「危険な問題」(a hazardous matter)<sup>15)</sup>であるとしたが、実はO'Brienテストの教訓は立法目的に関わるものであったといえる<sup>16)</sup>

では、司法審査において立法目的を問うということは何を意味するのであるか。それは結果(a result)を考慮するものではない<sup>17)</sup>例えば、税金を払うことを拒否が政治的な異議というメッセージを有するとしても、そのような行為に対して通常修正1条の保護は及ばない。というのは、それは税金を支払わないという結果に基づいて処罰されただけのことだからである。ここで問われるのは、当該表現を行ったことにより処罰されたかどうかであり、それを決定するに際しては、政府が防止しようとする害悪の種類に依拠することになる<sup>18)</sup>ほとんどの害悪はコミュニケーションそれ自体から生じるものである。それは表現の伝達上の害悪(communicative harms)である。コミュニケーションから生じる害悪に対するすべての規制が違憲となるのではない。例えば、詐欺行為を禁止する法律は、表現の伝達上の害悪の規制である。問われるのは、表現を理由とする狙い撃ちか否かである<sup>19)</sup>

このような観点から、(A)と(B)の事例を考察するとどのような帰結となるのか。(A)の事例で、高速道路での事故死と燃料効率についてのAの論拠は、憲法上無関係である。そもそも、速度制限は、通常、交通安全を目的としており、表現を標的にしたものではない。表現を狙い撃ちにしない限り、違憲とはされない。したがって、Aの行為に対して修正1条の保護が及ぶことはない<sup>20)</sup>これに対して、(B)の事例において問題となっている法律は、政治的に反対する人を処罰することを目的としている。そのために、Bの行為には修正1条の保護が及ぶことになる。修正1条は、政治的反対を表明する行為を処罰しようとするあらゆる政府の行為を許容するものではない<sup>21)</sup>

15) 391 U. S. at 383.

16) Rubinfeld, *supra* note 2, at 776.

17) *Id.* at 777.

18) *Id.*

19) *Id.*

20) *Id.* at 778.

### 3 目的主義とは

#### 3-1 目的主義における絶対性 (Absolutes)

表現内容を抑圧する法律を審査するに際しては、通常、厳格審査が妥当する<sup>21)</sup>。厳格審査のもとでは、表現の抑圧が憲法上正当化されるか否かが問われることになる。それは個人の表現の自由と政府利益のバランスの手法による。さらに、現在の修正1条に関する法理は、厳格審査・中間審査を展開し、そこでもバランスが内包されている。この点について、Posnerによれば、修正1条は、利益のバランス、すなわち、害悪と表現の価値とがバランスしなければならぬという費用と便益 (cost-benefit) のテストに依拠するという<sup>23)</sup>。Posnerによれば、例えば、*Miller v. Civil City of South Bend*, 904 F.2d 1081において、闘牛が禁止されるのは、その表現のためではなくて、アメリカ社会において害悪が表現の価値を上回るからであると指摘する<sup>24)</sup>。Posnerだけでなく、他の学説も修正1条とバランスは密接に関連していると指摘する<sup>25)</sup>。要するに、バランスとは、個人の権利と政府利益を対峙させ、特定の文脈においていずれが優越するのかを判断するというものである<sup>26)</sup>。これは、社会において害悪が表現の価値を上回る場合においては、いつでも表現を制限することが可能であるということを示すものである。もしそうであるならば、表現の自由は存在しないことになってしまう。O'Brien判決は、徴兵登録証明書の破棄を禁

---

21) Id.

22) 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2005年）207頁。

23) Richard A. Posner, Comment, *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis*, 54 STAN. L. REV. 737, 740 (2002).

24) Rubinfeld, *supra* note 2, at 780.

25) Pierre J. Schlag, *An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech*, 30 UCLA L. REV. 671, 672 (1983); Charles Fried, *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test*, 76 HARV. L. REV. 755, 757 (1963); Laurent B. Frantz, *Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson*, 51 CAL. L. REV. 729, 750-53 (1963); Laurent B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 YALE L. J. 1424, 1429 (1962).

26) Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term - Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 24, 58 (1992).

止した法律を合憲としたが<sup>27)</sup>、この判決が下された1968年においては、ベトナム戦争に対する反対運動のもたらす害悪が表現の自由に優越するという観点に立ち、その制限が正当化された<sup>27)</sup>。このように、balancingのもとで、裁判官は、表現の価値、あるいは、表現の及ぼす危害のいずれが優越するののかという社会的判断を行わなければならないことになる。しかし、問題は、表現の費用と規制の費用をいかにbalancingするかであり、例えば、何が闘牛の社会的コストであるのかは不明確であるということである。結局のところ、その判断は裁判官に委ねられることになる<sup>28)</sup>。

これに対して、目的主義はbalancingを拒否する<sup>29)</sup>では、目的主義の観点から、闘牛の禁止はいかに正当化されるのか。目的主義の観点からすれば、社会的コストのbalancingではなく、当該行為の害悪により禁止されるのである<sup>30)</sup>。(A)の事例と闘牛の禁止はその表現ではなく行為により処罰されるという点において同じである。balancingは、費用と便益について経験則に基づく判断が要求されるのに対して、目的主義はそのような判断を必要としない。目的主義はbalancingを拒否し、そこで裁判官が問うのは、政府の規制の目的や意図である。このように、目的主義は、表現の自由と政府利益のbalancingではなく、どのような目的や意図で政府が規制を行うかということに焦点を当てるのである<sup>31)</sup>。目的主義はbalancingを拒否するという点において、絶対主義なのである。

---

27) Rubenfeld, *supra* note 2, at 781.

28) *Id.*

29) *Id.* at 779.

30) *Id.* at 782.

31) *Id.*