慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	プレスの憲法上の位置づけに関する一考察 : アメリカにおける「制度的修正一条」論を参考に
Sub Title	A study on the constitutional position of the press : in reference to the theory of "Institutional First Amendment" in the United States
Author	水谷, 瑛嗣郎(Mizutani, Eijiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.100, (2014. 3) ,p.225- 256
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140315-0225

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

プレスの憲法上の位置づけに関する一考察

――アメリカにおける「制度的修正一条」論を参考に――

水谷瑛嗣郎

一　はじめに
二　問題の所在
三　アメリカ憲法学における制度的修正一条論
(一)　プレスに関する既存の判例法理
(二)　シャウアーのアプローチ
(三)　ホーウィッツのアプローチ
(四)　小　括
四　制度的修正一条の用法
(一)　AETC v. Forbes 事件最高裁判決（一九九八年）
(二)　評　価
(三)　小　括
五　若干の検討
(一)　問題点
(二)　示　唆
六　おわりに――まとめと今後の課題――

一　はじめに

二〇一一年三月一一日に発生した大震災において、ツイッターやブログといったパーソナル・メディアは、迅速かつ広範な情報伝達機能をもって様々な効用を社会にもたらした。しかしそれは同時に、デマゴーグや出所不明の情報の氾濫を情報空間にもたらすという弊害も生み出した。[1] こうした弊害に対して、改めて組織としてのプレス機関（＝マスメディア、さらにはジャーナリスト集団）の存在意義が問われている。[2]

そんな中、昨今のアメリカにおいて、プレスを憲法（特に修正一条）上の「制度（体）」[3]（本稿では“institution”を厳密な用法でないことを承知の上で「制度（体）」と、便宜上翻訳する。[4]）として積極的に位置づけようと試みている論者たちがいる。本稿では、そうした論者たちが提唱するアメリカの「制度的修正一条（Institutional First Amendment）」論を考察対象として取り上げる。

「制度的修正一条」の論者たちは、近時のアメリカ憲法学における「制度論的転回（institutional turn）」[5]の流れの中で、プレスや大学といった裁判所の外にあって憲法価値の実現に寄与している「言論制度（体）（Speech Institutions）」を修正一条（言論・表現の自由）の中に積極的に位置づけ、法解釈に取り込むことを試みている。こうしたアプローチは、既存法理における「制度（体）への無関心（institutionally blind）」を指摘し、そうした法理を形成してきた裁判所の姿勢を批判すると同時に、それまでの司法中心主義的な憲法解釈に異議を唱え、「誰が憲法を解釈すべきか」という解釈主体問題を浮上させたといえる。[6] 本稿ではこれらの理論に対する若干の検討をもって、プレスの憲法上の位置づけを探究していくための準備作業としたいと考えている。

二　問題の所在

それではまず、プレスの憲法上の位置づけに関する問題の所在を明らかにするために、我が国の判例を紐解いてみたい。最高裁は、博多駅テレビフィルム提出命令事件決定[7]において、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。」（強調点は執筆者）と判示して、報道の自由が憲法二一条の保障のもとにあることを確認し、また「報道が正しい内容をもつため」に、取材の自由にも憲法的保護が及ぶことを認めた。当該判決を踏襲した外務省秘密電文漏洩事件決定[8]では、さらに「報道機関の国政に関する取材行為は、……それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし、相当なものとして社会観念上是認されるものである」（強調点は執筆者）ならば、国家公務員法一一一条、一〇九条一二号の行為の「そそのかし」の形式上構成要件に該当した場合でも、「実質的に違法性を欠き正当な業務行為」として「直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではな」いとまで判示するに至っている。

このように我が国の裁判所は、プロフェッショナルとしての報道機関とその構成員たる記者が行う取材行為に対して、その他の公衆一般が行うそれとは一線を画した憲法上の特殊な地位を与えているといえる。しかしながらこの判決は、「正当な取材活動の範囲」を超えたものかどうかの判断につき、①取材の手段・方法が一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合と、②法秩序全体の精神に照らし社会通念上是認することのできない態様のものである場合とを挙げており、特に②の場合における解釈を裁判所による倫理的判断に依拠しており、プレスが自律的に形成している規範などに沿って判断することはなかった。これでは実際に現場で取材行為を行う記者たちにとって、どのような行為

（例えば男女関係ではない友人関係の利用）までが「正当な業務行為」として憲法上の保護を受けるのかはっきりしないため、取材行為の萎縮を招いてしまう危険性がある。

以上のように、プレスの内部規範（倫理規定）に沿った自律的な判断を積極的に尊重する、もしくは当該行為がそうした内部規範に沿った行為であったかどうかを判断することに対しては、我が国の最高裁はいまだ消極的であるようにも見えるのである。

三　アメリカ憲法学における制度的修正一条論

㈠　プレスに関する既存の判例法理

では、アメリカの判例法理においてプレスはいかに位置づけられてきたのだろうか。修正一条において明文上の規定が存在するにもかかわらず、プレスが当事者となった事例におけるアメリカ連邦最高裁の態度は、好意的なものとは言い難い。取材源秘匿特権を争ったBranzburg連邦最高裁判決（一九七二年）[9]は、「他の市民同様」、大陪審の召還令状に応じて犯罪の実行調査に関する質問に答えることは、レポーターの義務であるとした。またジャーナリストたちによる刑務所の情報源へのアクセスが争われたPell連邦最高裁判決（一九七四年）[10]では、先例に従い「修正一条は、公衆がアクセスできない情報へのプレスの特別なアクセス権を保障するものではない」と判示している。加えて刑事裁判事実審理の非公開決定に対して新聞記者二名が情報源へのアクセスを求めたRichmond Newspapers連邦最高裁判決（一九八〇年）[11]においては、結論としては事実審過程へのアクセスを認めながらも、プレスは「公衆のための代行者（surrogates for the public）」と判示された。

このように連邦最高裁は、プレスに公衆一般とは異なる特殊な憲法上の地位を与えることに対して消極的であった。これに対して、シャウアーやホーウィッツといった論者達は、プレスを修正一条上の「言論制度（体）」としてより積極的に位置づけ、「制度（体）」とその構成員による言論活動や言論に関連する行為（例えば取材行為や情報源の秘匿行為）に憲法的保護を及ぼすことを試みるのである。

㈡　シャウアーのアプローチ

そうした「制度的修正一条」論の論者達の中にあって「最も成功している」[12]との評を受けるのがフレデリック・シャウアー[13]である。彼は、修正一条の「言論」に内在している様々な価値原理に依拠した既存法理を批判し、社会的あるいは文化的に実在してきた様々な「制度（体）」が、修正一条上の価値に「ふさわしい宝庫（appropriate repositories）」として言論の自由の特殊なルールを設置している点に着目する。[14]

1　前提

(1)　「ルール」概念

シャウアーの制度（体）アプローチには、彼特有の前提が存在する。彼は、憲法・修正一条も含む法一般における「ルール性」を強調し、理論的な基盤としている。[15]シャウアーによれば、「ルール」とはある目的からある社会内の事象の共通項を括り出して一般化し固定化したものである。そのため必然的にあらゆる「ルール」には、その適用において過剰／過少包摂が生じるが、これこそが「ルール」の特徴となる。[16]また、個別の適用場面において、必要に応じて背景にある目的に訴える可変的なルールは、シャウアーに言わせれば「ルール」ではない。背景にある目的は重層的であることが常でありそれに直接訴えることは「ルール」そのものを不安定化させるとともに、ルール設計者が決定し配分した権限をルール適用者が独自の判断で超えることが可能になるからである。このようにシャウアーの

「ルール」観は、例外をほとんど許さない非常に硬質なものであることが分かる。[17]

(2)　カテゴリー

シャウアーによれば、修正一条を具体的に保障するための審査基準やテストもまた、修正一条の背景にある諸価値を守ることを目的として括り出された「ルール」である。そして「ルール」の目的に照らして適用対象となりうる共通項を抽出した条件節にあたるのが、「カテゴリー（範疇）」である。[18] シャウアーは、こうした仲介的な「ルール（とその条件節に当たるカテゴリー）」を厳格に適用する方が、個々の事案に修正一条の諸価値を直接適用するよりも、かかる価値の促進に効果的であると考える。[19] 個々の事案における言論に憲法価値を直接適用するとアドホックな衡量が行われることになり、判決の予測が困難になる上に、裁判所の恣意的な裁量を許すことになる。[20] そのためアメリカの法理には、個別の事件ごとの利益衡量を極力回避するために、硬質な範疇化と定義づけを行うことによって体系性を維持するという大きな特徴が見られるという。[21]

しかしながら連邦最高裁は、「ステイト・アクション」、「パブリック・フォーラム」というように、政府による規制に焦点を当てた「カテゴリー」をトップ・ダウンで形成している。それゆえ、カテゴリーの形成過程において、社会に存在する「制度（体）」のような言論主体の属性は一部の例外[22]を除いて捨象されてしまっており、そこから最高裁の「制度（体）への無関心」的傾向が指摘される。[23]

そうした「無関心」は次のような問題を生じさせる。例えば、ＮＥＡ（全米芸術基金）や公立図書館といった諸制度（体）の構成員は、各々が有する専門知によって形成された特殊な言論の自由のルールに基づき助成対象を推薦したり、購入図書の選別を行っており、必然的にそれぞれが判断において考慮する事項は異なっている。そして、そのような特殊な言論の自由のルールの区別を考慮せずにトップ・ダウンで一般的に判断を下すと、そうした諸制度（体）が有する正当な目的を無視した結論を導く可能性が高い。[24] そこでシャウアーは、範疇化と定義づけによって体

系性を維持しながら、そうした「無関心」を解消するために、「制度（体）」を社会的な「カテゴリー」として取り入れることを提案するのである。

2 「制度（体）」カテゴリー

(1) 「制度（体）」の概念

そもそも、シャウアーが念頭に置いている「制度（体）」とはいかなるものか。彼はもっぱらドイツの社会学者ニコラス・ルーマンの制度理論[25]を参考にしながら[26]、法によって担保された一定の仕組みや法によって確立された組織といった法律学上の概念というよりは、むしろ社会学的な知見に依拠して、「制度（体）」の概念を形成している。シャウアーによると、「制度（体）」はまずもって人間の介在なく存在する「自然物（natural kinds）」（例えば金や雨や皮膚の色など）や、人間が作成した物体（object）である「人工物（artifacts）」（例えば自動車・油絵・接着剤など）とは異なり、人間の創造上の産物であるためにより複雑な様相を呈しており、「ルールと関連性についての複合的なネットワーク」から出現しながら徐々に発展するという特徴を有する[27]。かかるネットワークの中心には、構成員の倫理と専門性を規律するルールが据えられており、例えば、銀行、大学、新聞社などがそれにあたるとされる[28]。こうした諸制度（体）においては、それぞれの専門家を用いた多種多様な種類の決定が行われている[29]。そして、こうした「制度（体）」は、社会が進化していく過程の中で自制と再生を繰り返しながら分化し、やがては社会の要となっていき、人々はかかる制度（体）が存在することで生存が成り立っていくと認識するようになるとされる[30]。

これらの点から、シャウアーは「制度（体）」を裁判所の「外」にある「社会」の中で構成メンバーの倫理と専門職業性を規律する特殊なルールにより自律的に存在している独立体として捉えていると言える。

(2) 「制度（体）」カテゴリー

シャウアーは、「アメリカ法ならびに言論の自由の伝統が、制度的特徴に対して、根深くかつ広範な反感を有して

いる」ことを指摘し、「それらが制度的特徴の経験的な現実を黙殺するということへ我々を導くべきではない」と主張する。[31] そこで、社会学的知見に影響を受けた制度観と、過剰／過少包摂を特徴とする厳格なルール観を併せ持つシャウアーは、「制度（体）カテゴリー」を核とする制度的修正一条論を生み出した。[32]

制度的修正一条論は、まず裁判所や学者といった法律の専門職集団に対して、特定の修正一条価値をより良く実現する「実在する社会的制度（体）（existing social institutions）」を認識することを求める。その後に、当該制度（体）の特徴とその作用が、重要な修正一条の価値に資する可能性があるという理解をもって、それら言論制度（体）についての境界線と行為に対して特別に配慮することとなる。[33]

このようにシャウアーは、社会に存在する数多の「制度（体）」の中でも、彼特有の言葉で言うところの「修正一条のオーラをまとった」[34] 言論制度（体）（例えばプレス、大学、図書館、芸術、選挙など）を抽出して、カテゴリーとして位置づけ、司法審査の際には、それに依拠することを求める。例えばニューヨーク・タイムズ紙のような有力新聞社から中小の大衆紙まで、制度（体）内で自主的に行動規則や倫理規則が設けられている、もしくは制定法などによって先に母体となる組織が設けられた後に内規として規則が整備されているならば、修正一条上の制度（体）カテゴリーにあてはまることとなる。[35]

3　制度基底アプローチ

このような制度（体）を基底においたカテゴリーに依拠するアプローチ（以下、制度基底アプローチ）は、法実践の場において次のようなものになる。[36] まず、修正一条が扱うあるいは扱うべき諸価値を設定する。次に、少なくとも適度に類似性と差異を識別可能な実在の社会的制度（体）が、当該諸価値により良く貢献しているかどうかを分析する。シャウアーによると、プレスは「政府の権限濫用に対する監視と民主的熟議の促進」という修正一条上の価値に仕えているとされる。[37] この審査をクリアした場合は、二次的な審査へと進む。二次的審査とは、「スピード違反の標識が、

運転手が危険な運転をしているかどうかではなく、制限スピードを超えているかどうかに焦点を当てる」というものであり、特定の制度（体）を「ルールのように扱う作法」により「類推（analogy）として捉える」アプローチである。[38] これをプレスにあてはめるなら、例えば「もしレポーターの特権があると仮定した場合、この特権の行使が修正一条上の本質的な目的かどうかではなく、むしろ特権を主張した個人が明確にレポーターであるかどうかを求める」というものとなる。[39]

このように制度的修正一条論は、司法審査の際に、「修正一条の背景的価値を問題の行為に直接適用することから離れ、問題の行為が制度（体）の行為であるかそうでないかについての調停的決定（the mediating determination）に向けられた分析へと発展する」のである。[40] このようなシャウアーの提案は、裁判所がトップ・ダウンで形成する政府規制に焦点をおいた「パブリック・フォーラム」や「ステイト・アクション」といったカテゴリーと既存法理の限界を指摘し、その上で社会的経験的に修正一条上の価値の「宝庫」たる蓋然性の高い「制度（体）カテゴリー」に依拠した方が、修正一条の背景的諸価値の促進により効果的であると考えるものである。

㈢　ホーウィッツのアプローチ

では、シャウアーとは別の制度学派の論者は、どのように「制度（体）」を位置づけるのであろうか。アラバマ・ロースクール教授（二〇一三年一一月現在）のポール・ホーウィッツ[41]は、シャウアーと同様、連邦最高裁の言論制度（体）に対する「無関心」という問題意識を共有しつつも、シャウアーとは異なる方法で「制度（体）」を位置づけている。

1　「制度（体）」の含意と形態

ホーウィッツはまず「制度としての違いがはっきりと認識でき」、「内部生成された一連の規範・慣習・伝統に沿っ

ておおよそ自己規律する」上で、さらに「公共討議への貢献にあたって重要な役割を果たす制度」こそが、修正一条上の「制度（体）」であると定式化している。[42] この定式には、①明確な境界をもち、他の制度と差異化できること、②制度（体）に修正一条上の価値が備わっていること、そして、③制度（体）に実体的な自己統治（ガヴァナンス）能力が備わっていること、という三つの要件が内包されている。その中でも③の存在は、裁判所に言論制度（体）への敬譲を要求するホーウィッツにとって極めて重要である。[43] ホーウィッツによれば修正一条上の「制度（体）」は、詳細かつ高度に抑制的な内部規範を遵守しており、またそれら内部規範を執行する手段も有している。そして、公の懲戒によるものではなく、「制度（体）内の構成員が制度（体）の規範の内に暮らし、制度（体）の文化を自身の精神（ethos）として内面化することにより、自己の意思に従ってルールを遵守している」という事実が確認できるという。[44] そしてホーウィッツはこの③の自己統治能力の存在をもって、裁判所に対して、言論制度（体）への自律権の付与とそれに対する敬譲[45]を要求する正当化事由になると考えている。

さらにホーウィッツは、裁判所が取り扱う「制度（体）」に三つの形態があることを指摘する。一つ目の弱い形態は、特殊性への一定の敬譲に基づいた自律が認められる。次に中間形態は、特別な「制度（体）」の地位が認められ、自らの問題領域について判断する能力に介入しようとする政府の試みに対して反論するための、相当程度の積極的な特権を享受することになる。そして最後の強い形態においては、司法府が他の政府部門（立法府や執行府）に対して行うのと同等の敬譲が認められるとする。そして、言論制度（体）はこの中でも特に二つ目の中間形態に該当し、判断形成能力に対する政府介入を阻止するための積極的な特権が享受されると説くのである。[46]

2　実体的制度基底アプローチ

このようにホーウィッツの言論制度（体）への自律権付与と司法敬譲は、制度内部の自主生成規範と制度文化による自己統治能力の存在によって正当化される。しかしながら、それは各種の言論制度（体）にフリーハンドの治外法

権を与えるものではなく、言論制度（体）が仕える何らかの価値、あるいは、各種の言論制度（体）が仕えることで促進され得る価値の論証を伴うものであり、シャウアーのアプローチよりもより実体的に「制度（体）」を捉えているように見受けられる。ホーウィッツによれば、裁判所がどの主体に対して敬譲すべきかは、前述のように社会や憲法秩序にとっての重要性、特に公共討議に資するかどうかを考慮して判断すべきとされる。また、敬譲を要請する主体は、問題について十分精通していること、「善良な誠意をもって」判断していること、結論について十分考慮して判断していること、適切な手続きを守っていることといった四つの義務を課せられる。[47] そして、こうした敬譲に値する制度（体）かどうかの要件を満たしているかについての証明は、敬譲を主張する主体側に課せられることになる。また、こうした「制度（体）」の該当性は、「大学」や「プレス」といった一般的な括りでなされるのではなく、○○大学や××新聞社というふうに個別的・特定的に判断されると言う。[48] さらには、一旦、憲法上、敬譲に値する言論制度（体）として認められたからと言って、その後も同じように特定されるとは限らず、裁判所が言論制度（体）の特定をケース・バイ・ケースで判断しうることがうかがえる。このように、ホーウィッツは「制度（体）」の実相をより重視した極めて動態的な「制度（体）」観を有しており、この点こそ彼固有の特徴と言える。[49]

㈣ 小　括

先述の通り、修正一条の違憲審査に際して連邦最高裁は、裁判所によってトップ・ダウンで形成されたカテゴリーと法理に依拠してきた。しかしながら、プレスが修正一条上の価値（シャウアーによれば「政府の権限濫用に対する監視と民主的熟議の促進」）に仕えており、実社会においてジャーナリズムという営為によってその価値の効果的な実現に寄与しているとするならば、そうした営為を考慮せずにトップ・ダウンで下される判決は、結果的に修正一条上の価値実現を阻害してしまう可能性が高いということになろう。

そのような問題を解消するために、例えばシャウアーは、既存法理が用いている政府とその規制に焦点を当てたカテゴリーとは別の角度、すなわち裁判所の「外」にある「社会」の中で構成メンバーの倫理と専門職業性を規律する特殊なルールにより自律的に存在している制度（体）に依拠したカテゴリーを設置することを提案する。その一方で、事例ごとの個別具体的な背景に着目した全考慮型アプローチ（個別的衡量）も考えられ、ホーウィッツの提示する制度（体）アプローチは、裁判所がより実体的にケース・バイ・ケースで「制度（体）」の該当性を判断していくと考える点で、こうした全考慮型アプローチに接近する。

しかし、裁判所が個別の事例毎の背景をより踏まえることを目的として「制度（体）」に着目するホーウィッツのアプローチは、シャウアーに言わせれば「制度（体）」アプローチとは呼べない[50]。そもそもシャウアーは、事例ごとの全考量型のアプローチについて否定的である。というのも彼特有の「ルール」思考からすればそうしたアプローチは、ルールの適用者である裁判所の裁量権を増大させてしまうからである。

シャウアーの主たる関心は、「ルール思考によって裁判所の判断の枠づけと明確化をすることにあるように見受けられ[51]」るのであり、そうした範疇化と定義づけによる体系性を維持しながら社会の中で言論活動に関わっている個々の制度（体）に焦点を当てるために、シャウアーは「制度（体）」を社会的な「カテゴリー」として位置づけたのである。このようにアドホックな判断を可能な限り防ぎながら「制度（体）」を法解釈に取り込んでいる点こそが、同じ制度学派であるホーウィッツとの違いである。

とはいえ、シャウアーにせよホーウィッツにせよ、アメリカ社会や憲法秩序に対する言論制度（体）による貢献に鑑み、裁判所「外」にある社会規範と解釈、さらにはそれに則った自律的決定に対して裁判所に敬譲を求めることで、トップ・ダウン型の一般的な法適用・解釈の限界を指摘している点については共通していると言ってよいだろう。さらにこれは同時に、既存法理よりも機能主義的な観点を強調した試みであると言える。

四　制度的修正一条の用法

それでは、制度的修正一条は実際のところどのような場合にその切れ味を発揮することになるのか。シャウアーによれば、制度的修正一条は政府の管轄領域（within the precincts of government）で生じた言論の自由問題を解決するのに有効であると主張される[52]。というのも、既存の言論の自由のアイデアの多くは、「私的な言論と出版の活動に対して脅威的な政府による規制[53]」という文脈上にあるため、言論の自由の問題が、政府事業、政府所有地、政府ファンド、政府職員など政府の管轄領域内で生じた場合に、その切れ味を鈍らせることとなるからである。シャウアーによれば、こうした領域で生じた言論の自由問題の文脈において制度的区別を描き出す必要性は、例えば、Arkansas Educational Television Commission v. Forbes 事件連邦最高裁判決（一九九八年[54]）で明白となる。

この判決はまた、「パブリック・フォーラム」、「ステイト・アクション」といった判断カテゴリーや「見解差別」・「内容中立」といったテストに依拠する既存法理と、高度に専門化・組織化されたプレスという表現主体の個差との間で、連邦最高裁が揺れ動く様を読みとることができる的確な素材でもある。

㈠　AETC v. Forbes 事件最高裁判決（一九九八年）

1　事件の背景

事件の概要は次の通りである[55]。Arkansas Educational Television Commission（アーカンザス州教育テレビ委員会：以下、AETC）は、同州における非営利的放送局のネットワークを所有して運用する州の機関（state agency）である。AETCは、一九九二年の春に、その年の秋に予定されている連邦議会選挙の候補者を集めた討論会を企画し、第三下

院議員選挙区の共和党及び民主党の候補者を招待した。ところが、署名により投票用紙への記載資格を得た無所属候補ラルフ・フォーブス（Ralph Forbes）は、ＡＥＴＣに討論会への参加を要請したが、ＡＥＴＣの番組制作責任者（Executive Director）は、ジャーナリスティックな判断に基づくものとして、フォーブスの要請を退けた。ＡＥＴＣ側は、時間的制約を理由に、討論会への参加は大政党候補者と高支持率の候補者に限定することを決定しており、そのためにフォーブスは討論会から排除されたのである。そこでフォーブスはＡＥＴＣを相手取り、修正一条違反並びに連邦通信法違反を主張して、損害賠償請求と共に差止及び宣言判決を求め、連邦地裁に出訴。連邦地裁はフォーブスの訴えを退けたが、第八巡回区連邦控訴裁は、フォーブスの修正一条違反の主張を認めて、地裁に差し戻した。その後、地裁は差戻審でも修正一条違反はないと判断したが、控訴裁は候補者討論会がパブリック・フォーラムに該当し、ＡＥＴＣによる排除決定は、やむにやまれぬ利益を達成するための厳密に選択された手段と言えないとして、地裁判決を破棄した。

2　法廷意見

連邦最高裁判決では、ケネディ判事により法廷意見が執筆された。[56] もともとパブリック・フォーラム原理は、道路や公園の文脈において生成されてきたのであり、それを全く異なる文脈の公共放送にまで機械的に拡大適用すれば、外部の者に広範なアクセス権を認めることとなり、放送局及びそのスタッフの番組編成に関する裁量を否定することになりかねない。[57] また判例上確立されてきたパブリック・フォーラムのカテゴリーには「伝統的」、「指定的（designated）」があり、その他の場合は「非パブリック・フォーラム」かあるいは「全くもってパブリック・フォーラムではない」ということになる。[58]

ＡＥＴＣの討論会が「伝統的」カテゴリーに該当しないことは当事者も同意しており、「指定的」を創設するには政府が当該施設を一般的にアクセス可能にする意図を有している必要があるが、そうしたアクセスに許可条件を付け

ている時点で、「指定的」のカテゴリーに該当するとも言えない。ここからケネディ判事は、ＡＥＴＣによる討論会は、判例上確立してきたそのような「伝統的」、「指定的」いずれのパブリック・フォーラムのカテゴリーにも該当しないと結論づける。[59]

しかしＡＥＴＣの討論会が非パブリック・フォーラムであることを根拠に、ＡＥＴＣがいかなる候補者も無制限に排除できる裁量権を有しているとは、ケネディ判事は考えない。本来、放送局とその従業員たちの有する編集上の裁量権は、様々な見解を持つ人々から取捨選択を行うことを伴うために、その性格上、原則として見解による差別禁止の主張には服さないが、選挙候補者討論会はそうした原則の例外にあたる。と言うのも、候補者討論会は、候補者の政治的言論のためのフォーラムであり、なおかつ伝統的に選挙過程に極めて重大な意味を持っているためである。そこで、修正一条と矛盾しないためには、いかに放送局であっても、言論者の排除は、「見解」に基づくものであってはならず、当該施設の目的に照らした合理的なものでなければならない。もっともフォーブスが排除された理由は、彼の「見解」に基づくものではなく、支持率の低い泡沫候補であったためであり、彼の政策実行可能性の欠如によるものである。[60] よって、ＡＥＴＣによるフォーブスの排除決定は「内容中立的」であり修正一条に違反しないと判示された。[61]

3　反対意見

かたやスティーヴンス判事の反対意見（スター、ギンズバーグ両判事が参加）[62] は、次のように法廷意見を批判する。ＡＥＴＣは、「ニュース価値（newsworthiness）」あるいは「政治的当選可能性（political viability）」などを理由に、フォーブスを討論会から排除したが、彼は過去の選挙においては共和党の指名争いを行うほどの有力候補であり、現在は有力候補でないとしても、当該選挙区の得票差から見て、選挙結果を左右する可能性があったことは否めない。民間放送局の場合でも、連邦選挙運動法（Federal Election Campaign Act）[63] における事前形成された客観基準によって討

論会参加者決定が審査されるのであり、そうした基準によることなく排除決定を行ったＡＥＴＣとそのスタッフは、当該討論会において無限定の裁量を有していたことは明らかである。[64]

また、ＡＥＴＣが州に所有されていることを鑑みれば、ＡＥＴＣは「州の機関（state agency）」であり、ＡＥＴＣのスタッフは通常のジャーナリストではなく公務員であり、紛れもなくその行為は州に帰属するものであるから、当然に修正十四条の制約に服することになる。そのため番組の政治的内容についてのアドホックな決定を為す利益を尊重してしまうと、民間放送局とは異なり、政府による検閲とプロパガンダの危険を増すことになる。[65]

このように、討論会へのアクセスについてＡＥＴＣのスタッフが有する裁量権を規律する明文上の基準はなく、候補者の「政治的当選可能性」や「ニュース価値」という主観的判断によって、討論会参加者は決定される。選挙運動過程における政治的言論の重要性に鑑み、そうした恣意的あるいは見解に基づく排除決定を避けるためには、事前に確立された客観的な基準を用いることが強く要請される。[66]

(二) 評　価

以上のように本法廷意見は、一側面において「パブリック・フォーラム」のカテゴリーについて、さらには「見解差別」か「内容中立」かといったテストについて論じたものである。しかしシャウアーは、そうした見立てではケネディ判事の法廷意見の本質的な意味合い（essential flavor）を捉えきれていないと指摘する。[67] というのも、本法廷意見は、他の側面において「ジャーナリズムとしての国営ジャーナリズム」について論じたものだからである。例えば、法廷意見の導入部分でケネディ判事は、Forbes 判決におけるＡＥＴＣを「州（the State）」ではなく「放送者（the broadcaster）」[68] と述べており、またこの国営放送者の行為を、「ジャーナリズムの裁量権行使（exercise of journalistic discretion）」[69] と述べて、ＡＥＴＣの「専門スタッフ（professional staff）」と「編集上の裁量権（editorial discretion）」[70] につ

いて論じている。さらに、公共放送と私的放送の間の連結点（links）と類似点（similarities）を強調し、[71] AP通信アーカンザス州支局長との間における緊密な連携によってAETCが設計・組織されたことを指摘する。[72] そして、その他の事案が「ステイト・アクション」と述べるであろうことについて、「ジャーナリズムの裁量権（journalistic discretion）」[73]、「ジャーナリズムの目的（journalistic purpose）」[74]、「ジャーナリズムの自由（journalistic freedom）」[75]というように何度も繰り返し述べている。シャウアーによれば、まさにこの点にこそ、ケネディ判事の法廷意見と、スティーヴンス判事の反対意見との間の著しい対称性が垣間見えるのである。[76] もっとも、シャウアーはこうしたジャーナリスティックな判断を重視したケネディ判事の法廷意見を一定程度評価しつつも、結局、その法理構造上の主たる関心が、既存のパブリック・フォーラムのカテゴリー並びに見解差別テストに対して向けられており、ケネディ判事が政府による言論規制という視点から形成された既存法理から逃れられなかったと結論づけている。しかしながら、制度（体）の属性がForbes判決において結論部分の方向性を決定づけた上に、その周辺領域においてもまた法理構造上極めて重要な役割を演じたこともまた確かである。[77] ケネディ判事は、公共放送における候補者討論会が仕えている特別な目的と特別な法的地位を認識しており、彼のそうした認識こそが、法廷意見をより説得力あるものとしているのである。

㈢ 小　括

1 「公衆の代行」としてのプレス

連邦最高裁はプレスを一貫して他の一般公衆と同等、つまり「無関心」に扱ってきたが、しかしこれにはある理由が垣間見れる。Branzburg判決では、パウエル判事が補足意見において、修正一条上の「取材の自由」の権利を初めて連邦最高裁で認めた[78]点が注目されるのであるが、同判決を踏襲したRichmond Newspaper判決において、プレス

は「公衆のための代行者」とされた。ここでいう「代行者」の特性とは、個々の国民とは異なり、強力な情報収集手段と独占的な伝達手段を保有している点であると思われる。[79] つまり、プレスは情報の受け手である多くの視聴者に「媒体」としてただ単に情報を「集めて」「知らせる」特性を有しているに過ぎないとするならば、プレスの諸権利はその範囲内でしか認められないということになる。

そして、修正一条と裁判所が最も警戒しているのは、思想の自由市場あるいは世論形成に必要な公共討議の空間に流通する言論あるいは情報の内容が、国家権力によって制御されることである。[80] すなわち、思想の自由市場や公共討議の空間に流通する言論は全て平等に扱われることが前提であるゆえに、裁判所（という国家権力の一部）が、プレスの放出した言論の扱いと、他の公衆一般の放出した言論の扱いとに差を設けるということについては消極的にならざるをえないのである。ケネディ判事やスティーヴンス判事が依拠した（せざるをえなかった？）見解差別テストや、パブリック・フォーラム、ステイト・アクションといったカテゴリーは、政府によるそうした言論の区別を排除するためにこそ生み出されたのであり、それらの理由から連邦最高裁はプレスを憲法上他の公衆一般と同列に扱ってきたのだと言えよう。

2　「主体」としてのプレス

しかしながら、Forbes 判決はプレスの「代行」という役割に対して一定程度の見方の変更を迫っている。

Forbes 判決において裁判所は、ＡＥＴＣによるフォーブスの排除決定を「内容中立的」と結論づけているが、実のところフォーブスが公的関心を引きつけることができず非主流派の泡沫候補である最大の理由は、彼自身の「見解」に起因しているという見方[81]もできる。しかし、プレスが単なる「代行」ではなく実体的機能を有した確固たる「表現主体」だとするならば、当該事例への見解差別テストの適用は妥当と言えるだろうか。

というのも、プレスは投票に必要な情報を欲している公衆一般からの要求に応じて、各候補者たちの情報を収集し、

それを加工し、リソースの限界を見極めながら、必要性が低いと判断された情報（Forbes 判決で言えば、政策実行可能性の低い非主流派の情報）を捨象することにより、候補者討論会という個人の意思決定に必要な要素を含んだ情報を生産し、言論空間に放出するのである。つまりそうした情報は、プレスの実体的な判断過程を経るため、言論としては必然的に「見解差別的」になるが、まさにそれゆえに個々人が判断・行動するための指針となるのである。だとするならば、見解差別テストの適用はプレスの有するそうした重要な機能を減殺してしまうことになりはしないだろうか。

この点、Forbes 判決において連邦最高裁は、以上のようなジャーナリスティックな自律的判断（プレスによる情報の生産工程における実体的判断）を行う中間項としてのプレス組織について、政治的かつ社会的形成のために保護するに値すると評価した可能性がある。そもそも Forbes 事件は、メディアに対する反論権[82]に関する事例である一方で、言論・表現空間における討論会への参加者の多様性と実際の視聴者の好みとの狭間で、限られたコミュニケーションリソースをどのように配分するのが適正か、という議論も内包していた。[83] つまり、少数政党とその他の非主流派（fringe）候補者の参入は、聴衆の多くを失うリスクを伴う一方で、意見の多様性を増加させる。かたや、主要政党もしくはその他の政策実行可能性が高い候補者に参加を制限すると、少数意見よりも主流派の見解を保護する事になり意見の多様性を低下させるリスクを負う一方で、視聴者を増加させ議論を先鋭化させることができるのである。そして、裁判所（特にケネディ判事の法廷意見）は、このコミュニケーションリソースの配分問題について、裁判所が法的に（あるいはトップ・ダウンで）判断を下すことよりも、ＡＥＴＣの専門的かつ自律的判断を尊重することを優先したように見えるのである。

最終的な分析において裁判所は、既存の修正一条法理に固執してはいるものの、制度（体）固有の属性というアイデアに裁判所が明示的に依拠した点は、言論の自由問題（特に政府事業の範囲内において生じる。）をより的確に解決するアプローチへ接近していたと言える。Forbes 判決の重要性はまさにこうした部分的なところにあるのである。[84]

五　若干の検討

(一)　問題点

1　「制度（体）」の過剰／過少包摂

しかしながら、以上のような制度的修正一条論については問題点も多い。例えばデール・カーペンターは、制度理論について、「優遇された制度（体）が、果たして個別の事例で現実に修正一条価値に仕えているかについて目を瞑る」ことになる点を問題視する。[85] 確かに、シャウアーの理論からすればプレスが「制度（体）カテゴリー」として形成され一旦定着すれば、以後、法的あるいは社会的な形式面の要件を満たしている主体はすべて当該カテゴリーに該当するものとして、ほぼ自動的に修正一条価値に資するものだという推定を受けることになってしまう。これに対して、シャウアーの回答は「制度（体）の定義に該当する全員に保護を与えることが、カテゴリーの過剰包摂にもかかわらず、個々の事案に価値を直接適用するより効果的である可能性がある」というものである。[86] 問題はこの「過剰包摂にもかかわらず」という点をいかに正当化するかであるが、カテゴリーも含めたあらゆる「ルール」の特徴は「過剰／過少包摂」であると理解するシャウアーにとって、この点はそもそも問題とはならない。よってこの点についてはシャウアーの「ルール」観にどこまで賛同できるかどうかが焦点となろう。

他方でホーウィッツが提唱する実体的なアプローチでは、ケース・バイ・ケースで裁判所が制度（体）を認定しうるために、形式面をクリアしようとも実相次第では制度（体）該当性の判断に差異が生じることになる。例えば、A新聞社が言論制度（体）として特定されたからと言って、B新聞社が同じように特定され司法敬譲を受けることにな

るとは限らないし、A新聞社も常に制度（体）に該当すると判断されるわけではないのである。シャウアーからすれば、こうした個別の事例におけるアドホックな判断は、裁判所の裁量権限を拡大し恣意的な制度（体）の特定を生じさせる恐れがあるということになるだろうが、そうしたシャウアーの「ルール」観に乗らないのであれば、ホーウィッツのアプローチは制度（体）アプローチの一つの終着点ではある。だが、いずれにせよ制度（体）アプローチの前には次に提起される更なる問題点が立ちふさがることになる。

2 「自己統治機関」としての制度（体）？

制度学派の提案はつまるところ、裁判所「外」の社会における憲法価値実現作用、専門性、自生制度規範の存在を根拠として、「制度（体）」に対する自律権付与と司法敬譲論を唱えるものであり、それは「憲法価値の司法的定着の回避に帰着する可能性が高い」ということになる。[87] これは制度学派が、裁判所「外」に存在するプレスなどの専門職機関を「自己統治機関」として捉えることにより、制度（体）そのものが裁判所とならぶ憲法解釈の正統な主体であり、裁判所と制度（体）は相互作用の中で憲法価値の実現に協働しているという観点を持つためである。[88] こうした多元的な法秩序観は、「憲法は単に裁判所の創造物ではない」というホーウィッツ[89]はもちろんのこと、「制度（体）」を裁判所の「外」にある「社会」の中で構成員の倫理と専門職業性を規律するルールをもちながら存在している独立体として捉えるシャウアーからもうかがうことができる。

そして、彼らのそうした法秩序観から見出される裁判所像は、「あらゆる公私の諸制度が『権利（＝権力＝権限）』を保有して多元的に割拠」し、「個人を度外視して、それら諸制度間の適切な『権利』配分に徹する」調停機関ということになろう。[90] このように、シャウアーやホーウィッツら制度学派は、裁判所による「無関心」から制度（体）を救い出したかもしれないが、同時に言論制度（体）に関するあらゆる問題を制度（体）内部のガヴァナンスの問題として裁判所の手の届かない場所へと放逐してしまうことを意図しているように見受けられる。Forbes判決における

反対意見でスティーヴンス判事が懸念したように、選挙候補者討論会と言う文脈においてAETCとそのスタッフが、憲法価値実現作用・専門性・自律性を根拠に討論会参加者に対する無限定の裁量を有するとするならば、彼らの主観的な判断に介入する術を裁判所は取り上げられてしまうのである。

もちろん、どのアクターを憲法上の制度（体）として認定し、なおかつ敬譲を払うかという終局的な決定権は裁判所にあるが、実のところ制度（体）アプローチが提示するような司法敬譲のための要件は、自生制度規範の解釈を制度（体）自身の自律に委ねている以上、常に充足することになりうる。[91] この点につき、「裁判所は、そうすることが必要かつ望ましいと証明されている場合に、専門知と権威に基づいた権利侵害を受け入れるべきである」[92]というアーウィン・チェメリンスキーの箴言に耳を傾け、裁判所は「制度（体）」の暴走には常に目を光らせる必要があるし、その自律的決定の過程を審査する手法が必要となろう。[93]

㈡　示　唆

1　プレスと司法権の距離

以上のように制度的修正一条論は、言論・表現の自由の背景にある憲法価値を、言論そのもの以外から見出すという点で一定程度評価しうるものの、同時に言論制度（体）に関するあらゆる問題を制度（体）内部のガヴァナンス問題として裁判所の手の届かない場所へ放逐することを意図しているように見受けられる。このようなアプローチからは、我が国にとってどのような理論上の示唆を見出せるだろうか。

例えば、本稿の第二章で取り上げた外務省秘密電文漏洩事件決定[94]における記者の取材行為が憲法保護を受けるための「正当な業務行為」の範囲画定に、制度（体）アプローチをあてはめると、被告がプレス制度（体）に属する記者であるという事実をもって、彼が行った行為は「正当な業務行為」であると即座に憲法上の保護が推定されることに

なる。

すなわち制度（体）アプローチは、当該新聞社が法的あるいは社会的な形式面並びに実相面からも要件を満たした憲法価値に資する「プレス制度（体）」であると主張し、それを受けて裁判所が当該新聞社を憲法上の制度（体）として認定した場合、その制度（体）構成員の取材行為についての「正当な業務行為の範囲」に該当するか否かについての一切の判断権限を、裁判所からプレス制度の自律権に丸投げしてしまうのである。

憲法価値を言論そのもの以外から発見することを試みる思考法において制度学派と軌を一にしながらも、そうした憲法価値を「制度（体）」ではなく「特定の社会秩序」から見出すロバート・ポスト[95]に言わせれば、このような制度（体）アプローチは、「専門家の実践を規制しようとするあらゆる試みを、即座に憲法問題とするような憲法理論」（強調点は執筆者）であり、そうした理論は「実に疑わしく、ミスリーディング」であるということになろう。[96]

2　制度的責任

また、個人・国家の双方から個々の役割・目的に沿った自律的判断に対する自己統治権限（自律権と司法敬譲）を言論制度（体）が与えられた場合、当然にそれら権限に応じた「責任」をも課せられることになる。前項でもふれたように、制度（体）内部の構成員たる「専門家の実践を規制しようとするあらゆる試みを、即座に憲法問題」として敬譲や特別のテストを裁判所に要請するということは、翻せば構成員が行うあらゆる言論とそれに関連するあらゆる行為に対してかかる制度（体）が「責任」を負うということになる。そのような「制度的責任（どの憲法的アクターが憲法価値実現の責任を有するべきか）」という問題[97]を考えた場合、現実に存在するプレスや大学が、そうした責任を負いうる存在かといった実体論を切り離すことはできない。

こうした制度的責任の観点も踏まえた上でシャウアーら制度学派が、プレスは「アメリカ社会においては自生する可能性が高い、あるいは既に自生し存在している、と認識する点では共通[98]」しており「制度（体）」として憲法上位

置づけるにふさわしいと想定していると仮定するならば、我が国においてプレスが憲法価値に仕え専門性と自律性を有する「実在する社会的制度（体）」として法律の専門職集団によって認定されるためには、少なくともアメリカ社会におけるそれと同程度の実体が必要となろう。

この点につき政見放送削除事件判決[99]において我が国の最高裁は、放送局に対して政見放送の緊急避難的なカット権限を与えるか否かについての判断を回避したが、それは当該放送局にそのような権限を与えた場合にそれに付随する責任を負わせることはできないと判断したためであるように見受けられる[100]。このように本理論を我が国に持ち込む上での最大の問題点は、実体的な我が国の「言論制度（体）」が、はたして司法審査の際の敬譲もしくは特権の享受に耐えうるだけの強度を有しているかどうか（もしくは、有することが可能かどうか）である。

六　おわりに――まとめと今後の課題――

以上のように制度的修正一条論は、憲法価値実現作用を有する（と推定される）言論制度（体）が行う判断の専門性と自律性を根拠とし、それに関するあらゆる問題を制度（体）内部のガヴァナンスの問題として裁判所の手の届かない所へ放逐することを意図した理論である。このような理論をプレスの文脈に用いた場合、その構成員たるジャーナリストのあらゆる実践に対して過剰な憲法的保護を与えるという結論に至るであろう。そして我が国で現に存在している報道機関が、そのような強大な権限と責任を付与するに値する実体面を伴っているかどうかについて疑問が残る。

そうである以上、本稿で検討した制度（体）アプローチよりも、ジャーナリストたちの間で日々行われている自生規範の定立と解釈・執行の作用を裁判所が取り込んで規律していく道[101]を模索する方が、プレスの憲法上の位置づけを

探る上では、幾分か建設的であるように思われる。これについては後日、改めて検討を試みたい。

（1）　大屋雄裕は、去る二〇一一年に起こった東日本大震災時に社会に蔓延した「流言飛語」等による混乱を、情報空間に放出された「情報」に理系的な「データ」（知らせ）と、それに基礎づけられた文系的な「行動指針」（意味）が存在することを解説した上で、次のように評している。「我々は……近代民主政が、このデータから行動への翻訳を各個人にゆだねることを基本に捉えた体制であったことを思い出す必要があるだろう。……だが、今回の震災が明らかにしたのは、第一にその翻訳作業を十分に行なうことのできない人々が現実的に非常に多いということであり、第二に彼らの行動が緊急時において大きな問題を引き起こしかねないということだろう。」これは近代民主政の前提となっている個人に意味への翻訳に必要な能力や知識が不足していたこと（個人の限界）を指摘するものである。大屋雄裕「文脈と意味：情報の二つの側面」法学セミナー六八二号（二〇一一年）、一五―一六頁。

（2）　個人に情報翻訳能力の限界があるとしても、我々は少なくとも（裁判所も含めた）「国家」にそうした翻訳機能を担わせることはできない。大屋もまた、「国家がデータから行動（意味）への翻訳を集中して解決するとき、個人の自由は消えてなくなってしまう」として、そうした翻訳機能に対する「国家以外の存在による解決を考える必要」性を説き、「むしろ本来はマスメディアにそのような機能が期待されていたはず」と、プロフェッショナルな報道機関とジャーナリストたちに期待を寄せるのである。大屋・前掲（1）一七頁。

（3）　我が国の憲法理論における「制度」には、一般的意味の「制度」のみならず、より特殊な含意があることが否めない。この点につき、近時における我が国（日本）の憲法理論の傾向は、「制度的思考の強化」であると言われているが、その際の「制度」的思考とは、個人の主観的権利を基点とする憲法論に対抗する文脈で主張される。駒村圭吾「『メディアの法』から『ジャーナリズムの法』へ――近時の憲法学における理論動向に寄せて」マス・コミュニケーション研究七二号（二〇〇八年）二八頁以下。併せて以下を参照、高橋和之＝佐藤幸治＝棟居快行＝蟻川恒正「座談会・日本国憲法六〇年――現状と展望」ジュリスト一三三四号（二〇〇七年）七―八、一三―一七頁。小島慎司「判例における『制度的思考』」法学教室三八八号一三頁以下。　また、山本龍彦は「制度論的＝権限配分論的アプローチ」と互換的に用いており（山本龍彦「『統治論』としての遺伝子プライバシー論――専門職集団による規範定立と司法審査（覚書）」慶應法学第一八号（二〇一一年、

四八頁。）、松井茂記も「プロセス的」という言葉を「制度的・権限配分的」と言い換えている。（松井茂記『二重の基準論』四頁、有斐閣、一九九四年。）こうした我が国の憲法学上並びに法学上の「制度」の意味全般を論じることは、本稿の射程が及ぶところではないが、これらの点を踏まえると、少なくとも我が国の憲法学において「制度」が用いられる文脈は、憲法秩序において存在する個人の主観的な「人権」の論理とは別の何か、さらに言えば、「権限配分＝統治」の論理に関する文脈で指摘されているということは言えそうである。

（4）一方でアメリカにおける“institution”もまた多義的であり、制度学派が用いる“institution”には実体的な組織体（＝機関）という含意があることが指摘される。そこから阪本昌成は、“institution”を「制度体／組織体」と翻訳する。阪本昌成『表現権理論』六三頁（信山社、二〇一一年）を参照。そこで本稿においても、単なる「制度」ではなく、実体的意味も踏まえて「制度（体）」と翻訳することとする。

（5）*See generally*, Adrian Vermeule, Judging Under Uncertaity (2006). Paul Horwitz, First Amendment Institutions (2013). また、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回（2・完）」民商法雑誌一四〇巻二号（二〇〇九年）二一〇―二一八頁を参照。

（6）山本・前掲（3）四六頁。

（7）最大決昭44・11・26刑集23・11・1490。

（8）最小一決昭53・5・31刑集32・3・457。

（9）Branzburg v. Hayes, 408 U. S. 665 (1972). 他方で本判決は、「ニュースの収集が修正一条の保護を受けられないわけではない。なぜならニュースを捜索することに対する何らかの保護がなければプレスの自由は骨抜きにされてしまう」とし、連邦最高裁が修正一条上の権利として「取材の自由」を認めた判決でもある。*Id.* at 681.

（10）Pell v. Procunierm, 417 U.S. 817 (1974).

（11）Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

（12）Joseph Blocher, *Institutions in the Marketplace of Ideas*, 57 Duke L. J. 821, 827 (2008). ジョセフ・ブロッカーの制度理論は、「アイデアの市場」とその市場の中で取引コストを削減する「言論制度（体）」の役割を重視し組み立てられている。これについては後日別項にて取り扱う予定である。

（13）フレデリック・シャウアー（Frederick Schauer）についての先行研究は多岐にわたるが、代表的なものとして、以下を参

照。松田浩「『修正一条制度』論と学問の自由」浦田一郎・加藤一彦・阪口正二郎・只野雅人・松田浩編『立憲平和主義と憲法理論――山内敏弘先生古稀記念論文集』三〇四頁以下（法律文化社、二〇一〇年）。奈須祐治「フレデリック・シャウアー――合衆国憲法解釈におけるルールの意義」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像』九九頁以下（尚学社、二〇一〇年）。阪本・前掲注（4）。小林伸一「表現の自由論における脱原理基底論――S・フィッシュ、R・ポズナー、F・シャウアーの比較検討を通して」法政論叢四十二巻二号（二〇〇六年）九八―一三一頁。小林伸一「プレスの自由と制度」小谷順子・新井誠・山本龍彦・葛西まゆこ・大林啓吾編『現代アメリカの司法と憲法　理論的対話の試み』（尚学社、二〇一三年）三七頁以下。横大道聡「『修正一条制度論』について――アメリカ表現の自由論の一断面」公法研究七五巻（二〇一三年）二四四頁以下。

（14）Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 Minn. L. Rev. 1256, 1274–1275 (2005).

（15）シャウアーの「ルール」観に関しては、奈須・前掲注（13）を参照。

（16）Frederick Schauer, Playing by the Rule: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life 17–34 (1991).

（17）しかしながら、同時にあらゆる「ルール」は推定的なものに過ぎず、十分な反証をもって覆すことが可能である。*Id.* at 196–206.

（18）*See*, Frederick Schauer, *Institutions as Legal and Constitutional Categories*, 54 UCLA. L. Rev. 1747, 1750–52 (2007).

（19）*Id.* at 1764. *See*, Shauer, *supra* note 14, at 1274.

（20）*See*, Frederick Schauer, Who Decides, in Judith Livhtenberg 208–209 (1990). この点につき、シャウアーは次のような原理的な指摘を行っている。例えば、個々の言論ごとに背景的価値に資するかの検討を行う場合、当該言論の有無害悪を阻止する利益の方が、修正一条の背景的諸価値により貢献することがありうる。となれば、結局のところ言論の自由の優越的地位は無意味になりかねないのである。

（21）奈須祐治「アメリカ合衆国憲法修正第一条の射程――言論の自由法理の構造に関する比較法的考察」佐賀大学経済学論集第四一巻第三号（二〇〇八年）七八頁。

（22）例えば、Red Lion 判決における放送局（broadcasting）がそれにあたるとされる。*See*, Shauer, *supra* note 18, at 1754–1755.

（23）*Id.* at 1754.

（24）同様に近年の言論・表現の自由領域において、既存法理を適用すると不当な結論が導かれる「特殊な状況」に関係する事案が多いという点については、問題意識としてアメリカ憲法学の中でも広く認識されている。*See*, Geoffrey R. Stone, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from Twentieth Century*, 36 Pepp. L. Rev. 273, 278–280（2009）.

（25）「制度とは規範的に一般化された行為態度予測のシステムであり、実存する法もこのような意味での制度である」Niklas Luhman, *The Unity of the Legal System*, in Autopoetic Law 12（1987）.

（26）Frederick Schauer, *Comment: Principle, Institutions, and the First Amendment*, 112 Harv. L. Rev. 84, n.140（1998）.

（27）Schauer, *supra* note 18, at 1762.

（28）*Id.* at 1752.

（29）Schauer, *supra* note 26, at 115.

（30）Schauer, *supra* note 18, at 1754.

（31）Schauer, *supra* note 26, at 113–114.

（32）Schauer, *supra* note 18, at 1753–1754.

（33）Schauer, *supra* note 14, at 1275.

（34）Schauer, *supra* note 26, at 116.

（35）Schauer, *supra* note 18, at 1752–1753.

（36）Schauer, *supra* note 14, at 1274–1275.

（37）*Id.*

（38）*Id.* at 1274.

（39）*Id.* at 1275.

（40）*Id.* at 1274.

（41）ポール・ホーウィッツ（Paul Horwitz）は、「法と宗教」、「憲法」、「法律専門職」を教示している。（http://www.law.ua.edu/directory/People/view/Paul_Horwitz）彼についての先行研究は以下を参照。松田・前掲注（13）。城野一憲「修正一条の『制度主義』――ポール・ホーウィッツの動態的な“institution”観」早稲田法学会誌第六二巻一号（二〇一一年）五三

—九四頁。

(42) Paul Horwitz, *Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answers and Hard Questions*, 54 UCLA L. Rev. 1497 (2007).

(43) 松田・前掲注（13）三一二頁。

(44) Paul Horwitz, *Grutter's First Amendment*, 46 B. C. L. Rev. 572–573 (2005).

(45) 敬譲（deference）とは「ある決定権者①が、自身の判断を留保し、他の決定権者②に従うことを、敬譲する側の決定権者（ニ）の場合は決定権者①）側が異なる決定に至る可能性があるような状況において行うこと」であり、その正当化理由には、「法的権威」と「認識的権威」に基づくものがあるとされる。（*See*, Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 Nortre Dame L. Rev. 1061, 1073–1078 (2008).）

(46) Horwitz, *supra* note 42, at 1516–1523.

(47) Horwitz, *supra* note 45, at 1102.

(48) *Id.* at 1134.

(49) 城野・前掲注（41）七二頁。城野論文はこの点をもって、我が国の「部分社会の法理」とホーウィッツの制度アプローチとの間に差異を見出している。

(50) *See*, Shauer, *supra* note 26, at 107 n. 106. Shauer, *supra* note 18, at 1763–1764.

(51) 横大道・前掲注（13）二四七頁。

(52) *See*, Schauer, *supra* note 26, at 86.

(53) *Id.*

(54) Arkansas Educational Television Commission v. Forbes, 532 U. S. 666 (1998). 同判決については、木下智史「最近の判例 Arkansas Educational Television Commission v. Forbes, 523, 118 S. Ct. 1633 (1998) 公共放送における候補者討論会は、非パブリック・フォーラムであり、当選可能性の低い候補者を討論会から排除しても、第一修正に違反しない」アメリカ法一九九九年（二）三〇八—三一三頁を参照。

(55) *Id.* at 669–672.

(56) *Id.* at 669.

(57) *Id.* at 672-676.
(58) *Id.* at 676-679.
(59) *Id.* at 679-682.
(60) *Id.* at 682-683.
(61) *Id.* at 683.
(62) *Id.*
(63) *See, 2 U. S. C.§ 441b (a).*
(64) Forbes, 532 U. S. at 684-686.
(65) *Id.* at 686-689.
(66) *Id.* at 689-695.
(67) Schauer, *supra* note 26, at 89.
(68) Forbes, 532 U.S. at 669.
(69) *Id.*
(70) *Id.*
(71) *Id.* at 673-676.
(72) *Id.* at 670.
(73) *Id.* at 669, 674-676, 683.
(74) *Id.* at 673.
(75) *Id.* at 674.
(76) Schauer, *supra* note 26, at 90.
(77) *Id.* at 91.
(78) Branzburg, 408 U. S. at 681.
(79) このような「独占的な情報収集・伝達媒体の保有」に着眼したプレスの「代行者」論を批判するものとして、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理――表現の自由の公共的使用』一〇二―一〇四頁（嵯峨野出版、二〇〇一年）を参照。駒村は、そ

うした「代行者」論＝手段的優位がインターネットや情報公開制度の普及によって消失してしまえば報道機関を権利上特別扱いする理由がなくなるとして、手段的優位ではなく、ジャーナリズムの実体的エトスによる優位性こそがプレスを特別な地位におく本質的な理由であるとする。なお執筆者は、こうした駒村の指摘に基本的に同意するものである。

(80) Robert C. Post, *The Hartman Holz Lecture: Discipline and Freedom in the Academy,* 65 Ark. L. Rev. 203, 210–211 (2012).

(81) *See,* Erwin Chemelinsky, *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application,* 74 S. Cal. L. Rev. 49, 57 (2000).

(82) プレスの反論権に関する近時の著作としては、曽我部真裕『反論権と表現の自由』（有斐閣、二〇一三年）が詳しい。

(83) Schauer, *supra* note 26, at 87.

(84) Schauer, *supra* note 26, at 86.

(85) Dale Carpenter, *The Value of Institution and the Values of Free Speech,* 89 Minn. L. Rev. 1407, 1414 (2005).

(86) Schauer, *supra* note 18, at 1764.

(87) 松田・前掲注（13）三一五頁。

(88) 松田・前掲注（13）三一四頁。

(89) Horwitz, *supra* note 43, at 573–574.

(90) 松田・前掲注（13）三〇八頁。

(91) 松田・前掲注（13）三一四頁。

(92) Erwin Chemelinsky, *The Constitution in Authoritarian Institutions,* 32 Suffolk U. L. Rev. 441, 461 (1990).

(93) またこれ以外にも、シャウアー自身も認識しているように実社会における経験的事実に基づいたカテゴリー化は、ロナルド・ドゥオーキンの言う原理領域にある憲法論が政策領域へ地滑りしてしまう危険性が指摘される。*See,* Schauer, *supra* note 14, at 1264–1269.

(94) 最小一決昭53・5・31刑集32・3・457。

(95) Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine,* 47 Stan. L. Rev. 1249, 1271, 1279 (1995).

(96) Robert Post, Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence For The Modern State 51–52 (2012).

(97) 例えばロバート・リプキンは、憲法学においてまず問うべきは、「どの憲法的アクターが解釈に責任を有するべきか」であると指摘している。*See*, Robert Justin Lipkin, *Which Constitution? Who Decides?: The Problem of Judicial Supremacy and the Interbranch Solution*, 28 CARDOZO L. REV. 1055（2006）. 本稿は、報道機関をそうした「憲法的アクター」のひとつとして取り込むことを意図している。

(98) 小林・前掲注（13）六〇頁。

(99) 最小三判平2・4・17民集44・3・547。同判決については、「判例研究　最高裁判所民事判例研究（民集44巻3号）」法学協会雑誌第109巻第7号、一二五〇―一二六三頁を参照。

(100) この点につき、園部判事による補足意見は「日本放送協会等に多大な法的・社会的責任を負わせることとなるものであって妥当でない」と判示している（前掲注（99）補足意見参照）。また堀部政男も、放送業者にこうしたカット権限を認めると、政見放送により名誉棄損が提起された場合について、不法行為法上、放送業者も候補者と連帯して責任を負わなければならなくなり、それは政策的に妥当ではないと指摘する。（堀部政男「放送局に重い責任課す」一九八六年四月二三日付民間放送紙四面を参照。）

(101) Joseph Blocher, *Symposium: The First Amendment in the Modern Age: Essay: Public Discourse, Expert Knowledge, and The Press*, 87 WASH. L. REV. 409（2012）. ジョセフ・ブロッカーは本稿において、ロバート・ポストの学問の自由領域における「管理」並びに「知識」の文脈アプローチを参考にしつつ、調査ジャーナリズムといった「学問に匹敵するプレスは、民主的能力の価値の下で修正一条の保護を受けるべき」であると主張している。これについては後日改めて別稿にて検討したい。

水谷　瑛嗣郎（みずたに　えいじろう）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
専攻領域　憲法