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

Title	「プレスの自由」条項の現在 : ポストデジタル革命時代における「プレス識別」に関するS・ウェストの所説を参考に
Sub Title	A contemporary status of "Or of the Press": in reference to S. West's statement about the "Press Identification" in the post-digital revolution era
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.103, (2014. 12) ,p.165- 198
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20141215-0165

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.

「プレスの自由」条項の現在

――ポストデジタル革命時代における「プレス識別」に関する S・ウェストの所説を参考に――

水谷瑛嗣郎

一　はじめに
二　デジタル・メディア革命後の言論空間の変容
(一)　言論媒体の「融解」
(二)　言論空間の「大衆化」
三　言論空間の「大衆化」と「プレスの自由」条項への影響
(一)　言論空間の「大衆化」と「プレスの自由」条項
(二)　Citizens United v. FEC 連邦最高裁判決（二〇一〇年）
(三)　プレスの自由の二つの機能
(四)　小　括
四　デジタル・メディア時代における「プレス」の識別理論
(一)　「定義」と「識別」
(二)　機能証明による識別アプローチ
(三)　小　括
五　若干の検討
(一)　民主的対話の組織化
(二)　形式主義的要素と機能的要素
(三)　プレスの憲法機能と制度的要素の関連性
六　おわりに――今後の課題――

一　はじめに

アメリカにおいて、ジャーナリストはすべての人々と同様に「言論の自由」条項のもとで強力な保護を享受してきた。その一方で「プレスの自由」条項は「憲法上の冗長（constitutional redundancy）」にすぎないものとして扱われてきた。しかし、近時のアメリカにおいて、デジタル・メディアの登場によってこれまで言論空間を構築してきたプロ・アマの差が曖昧になったことを受け、そうした状況下においてこそ「言論」と「プレス」条項を区別して解釈すべきとする理論が見受けられる。[1] [2] 本稿では、まずデジタル・メディア革命以後のメディア環境の変化が言論空間とプレスの自由条項にそれぞれどのような影響を与えたかを考察し、その考察をもって「プレス」条項が「言論」条項と異なる意義を有するテクストとして解釈される必要性について論じる。さらに、「プレス」条項が「言論」条項と区別されて解釈されることで、「プレス」に特殊な憲法上の権利が付与されるとするならば、[3] 個々の訴訟において「プレス」に該当する主体（すなわち「ジャーナリスト」）を識別する手法が重要となる。これに関しても、本稿は「プレス」を識別するための近時の理論を概観し、若干の検討を加える。

二　デジタル・メディア革命後の言論空間の変容

㈠　言論媒体の「融解」

デジタル・メディアの登場は、「新聞」や「テレビ」、「ラジオ」といった従来の言論空間にアクセスする媒体ごと

の境界を、融解あるいは消失させ始めたことが指摘されている。[4] 確かに、インターネットやスマート・メディアの登場により通信速度や情報処理能力は飛躍的に向上し、言論媒体をこれまで持ちえなかった個人が言論活動を行い言論空間へアクセスするためのコストを大幅に削減した。より具体的には、今では誰でもインターネット上のブログで「出版」可能であり、YouTube などを用いれば「放送」すら可能である。では、デジタル・メディア革命によるそうした言論媒体の「融解」は、言論空間にどのような影響を与えただろうか。この点を考察するものとして、本稿ではまずアメリカの憲法と情報法の研究者ジャック・バルキン（Jack Balkin）の理論を取り上げる。バルキンは、デジタル・メディア革命が言論の自由に与えた影響を記述的に整理し、そのなかで最も重要な変化が「言論の民主化（speech becomes democratized）」であると指摘している。[5]

㈡　言論空間の「大衆化」

1　インターネット言論

バルキンによれば、インターネット言論の特徴は次の五つに仕分けできる。[6] 軽薄なゴシップや性表現から深遠な表現などにもわたるあらゆる表現の主題（subject）と形態（mode）があふれているインターネットは、まさに大衆好み、大衆文化、大衆人気を反映したものといえる（大衆化）。そしてインターネットは、想像力のある一般大衆に自身を表現する機会を与え、文化的世界における受動的な受領者ではなくむしろ能動的な生産者であることを彼ら自身に認識させる革新的技術に満ちている（技術革新）。またＨＴＭＬコードそのものがそうであるように、デジタル・メディア上の言論は、バルキンが伝送（routing around）と盗用（glomming on）と呼ぶリンク、コラージュ、注釈、混合といった営為を通して、継続的に発展していくのである（言論の発展）。さらにインターネット言論では、テレビやラジオといった既存メディアと異なり、情報の生産者と消費者の役割が効果的に同化されている（参加型・対話型）。

インターネット言論は、そのような双方向性の社会的活動であるが故に、個人として新しいコミュニティー、文化、サブカルチャーの形成と発展に参加することを我々一人ひとりに可能にするのである（双方向性）。

2　「言論の民主化（＝大衆化）」

以上のようなインターネット言論の五つの特徴を捉えて、バルキンは現在の情報社会において「言論の民主化」が生じていることを指摘する。確かに、情報の伝達と流通の技術革新によって、より多くの人々がデジタル技術を用いてコンテンツを世界中に配信できるようになった。と同時に、より多くの人々がそうして配信されたより多くのコンテンツを受信することが可能になった。バルキンは、このような革新的技術を一部のエリートに限られないより広範な人々が利用可能になり、人々が皆等しく文化形成に携るようになった在り様を捉えて、「言論」が「民主化」されたと観測する。[7] ここからバルキンがいう「民主化（democratize）」とは、すなわち「大衆化（popularize）」と同義といっても過言ではなかろう。[8] もちろん、バルキンの論稿のタイトル「デジタル・スピーチと民主的文化」からもわかるように、この論稿でバルキンが考察を試みているのは、「文化」形成における「言論の民主化（＝大衆化）」であり、それは単なる政治形態としての「民主化」よりも広い意味を帯びている。しかし執筆者が着目したいのは、バルキンがデジタル・メディア時代における言論空間において「階級と特権の不公平な障壁が融解し」、それによって「一般大衆が、自身と自身の未来を形作る制度ならびに実践について、より強力な発言権を得る」（強調執筆者）と観測している点である。[9] この近未来予測からは、媒体間の垣根が融解したことによって、一般大衆が言論空間への公平なアクセスの機会を獲得し、それと同時にこれまで社会において言論媒体を独占的に所有し、言論空間に優先的にアクセスしてきた一部のエリート階級（まさに既存の報道機関とジャーナリスト！）が、その特権的地位から引きずりおろされることになるということを読みとることができよう。しかしながら、以上のような政治的、経済的あるいは文化的にエリートではない一般大衆が、一部エリートの独占から解放されたメディアを通して公平なアクセスの機会を保障され

た言論空間は、「（一政治形態としての）民主主義」にとって歓迎できるものといえるだろうか。次章では、こうした言論空間の「大衆化」に対して「民主主義」の観点から懐疑的な視点を向ける議論について検討してみたい。

三　言論空間の「大衆化」と「プレスの自由」条項への影響

㈠　言論空間の「大衆化」と「プレスの自由」条項

ジョージア・ロースクール助教授で「メディア法」、「憲法とプレス」を専門とする若手研究者であるソーニャ・ウェスト（Sonja West）は、ハーバード・ローレビュー・シンポジウム２０１４での「プレス特例主義（Press Exceptionalism）」と題した報告[10]において、バルキンと同様にデジタル・メディア革命以後の言論空間が「大衆化」されつつあることを観察しながら、それに対して危機感をもって議論を展開している。

1　「プレスの自由」条項

ウェストはまず、「プレスの自由」条項について次のように指摘する。修正一条のテクストとしての「言論」条項と「プレス」条項は、判例法理上、区別されることなく解釈されてきた。もちろん、それは連邦最高裁がプレスを憲法上保護してこなかったことを意味するものではない。ジャーナリストが記事を出版／放送した後に、彼らの言論は確かにその自由を保障されているが、「しかしそれは、我々皆のための言論の自由条項によって保障されている[11]」（強調執筆者）。例えばジャーナリストは、すべての人々と同様に事前抑制からも保護されてきた[12]し、さらにすべての人々の言論と同様にその言論内容に基づく検閲からも保護されてきた[13]。

しかしながら、そうした「言論」条項による強力な保障とは裏腹に、「プレス」条項が「憲法上の冗長[14]」にすぎな

いものとして裁判所に扱われてきたこともまた周知のとおりである。それは特に、ニュース取材の文脈において顕著である。もちろん、連邦最高裁は裁判過程における取材の権利を認めているが、それは「言論、プレスならびに集会の自由」を頼りにして導き出されたすべての公衆にとっての基本権であり、プレスはその「代行者」にすぎない[15]。後に連邦最高裁は、「プレスは修正一条も知らせる（enlighten）能力のどちらも独占権を有しない」という見方を明確にしており、したがってこの情報アクセス権は市民とプレスに等しく属するものである[16]。さらに連邦最高裁は「ニュースを収集するためのいくつかの保護がなければ、プレスの自由は骨抜きにされる可能性がある」と判示しながらも、リポーターは大陪審で証言せねばならず、彼らの秘密の情報源を明らかにしなければならないと判示した[17]。この判決は現在でも憲法上の取材源秘匿特権を否定した先例として不動の地位を保っている[18]。またジャーナリストは、ニュース編集室やニュースファイルの捜索に対する憲法上の保護を有していない[19]。くわえて「ニュースを収集し、報告する能力に対する付随的な影響」をもつとしても、裁判所はプレスにニュース収集目的のためにキューバへ旅立つ権利[20]や、「一般に適用される法律」の下での責任を回避する権利も与えなかった[21]。そして報道価値のある問題について情報源からリークされた情報を受け取った場合、ジャーナリストは刑事罰を受ける可能性があるのである[22]。以上のようにウェストは、現行法理において「プレスが他のすべての人々と同様のルールに従わなければならない」とされてきたことを分析するのである[23]。

2　メディア環境

次にウェストは、デジタル・メディア革命以後の言論空間について次のような診断を下す。ウェストによれば、「ある言論者がコミュニケーションをとる場合に、『プレス』はこれまで都合のよい代理物であったが、今やそれは過去の話になりつつある」という[24]。確かに今日では、ほぼすべての確立された報道機関がウェブサイトを有しており、またツイッターやフェイスブックといったデジタル・オンラインサービスを通じてニュースを配信している。さらに

多くのニュース出版社が、もはや印刷版ではなくオンラインサービスのみを提供しており、残りの出版社の多くも印刷においていたコンテンツを減らしウェブベースでの提供に比重を置き始めている。そして、それと同時に「プレスではない」数億の言論者もまた、ブログ、ソーシャルメディアならびに類似の通信手段を保有し、使用しているのである。[25] ここから、「今では、公共的コメンテーターとして常日頃行動し続けることよりも、カジュアルなジャーナリストとして時折行動することの方が容易」[26]であるというように、ウェストはこれまで社会において通信手段を独占していたことで優先的に言論空間にアクセスしてきた「プレス」がその地位を剝奪された在り様を鮮明に描き出すのである。ところで、このようなウェストの「プレス」条項の憲法上の扱いとメディア環境の診断を裏付けるのが、連邦最高裁で二〇一〇年に下されたCitizens United判決である。もちろん、同判決は企業による政治献金規制と表現の自由を争った事例[27]であるが、この判決には法廷意見をめぐる「プレスの自由条項が独立した意味をもつかどうかに通ずる二人の判事の間における滅多に見られることのなかった争い」[28]が埋め込まれていることが観察できる。次節では、この観点から判決を検討してみたい。

(二) Citizens United v. FEC 連邦最高裁判決（二〇一〇年）[29]

1 事件概要

保守系の非営利団体Citizens Unitedが、二〇〇七年当時に大統領選への出馬を表明していたヒラリー・クリントン上院議員を批判するドキュメンタリー映画『Hillary: The Movie』を製作し、二〇〇八年に各地で上映会や、CATVによる放送、DVD販売を行っていた。しかしながらこうした活動が後に、予備選挙前三〇日間及び本選挙前六〇日間に、特定候補者の当落を主張する選挙運動通信を禁じた二〇〇二年超党派選挙運動改革法二〇三条（以下、最高裁における表記に従い§441b）[30]に抵触することが判明した。そこで原告らは連邦選挙管理委員会を相手取り、§441b

は本件映画とその広告に適用される限りにおいて修正一条に反して違憲であり、§441b を本件映画に適用しないよう求める予備差止訴訟をコロンビア特別区連邦地裁に提起した。地裁は原告の訴えを棄却したが、原告の直接上訴を受けた連邦最高裁は、五対四で原告勝訴の違憲判決を下した。

2　判旨ならびにプレス条項をめぐる見解の対立

ケネディ判事（ロバーツ首席判事、スカーリア判事、アリトー判事、トーマス判事が同意）による法廷意見[31]は、本件 §441b を政治的言論に対する規制と認定し、政府が主張する三つの規制利益について厳格審査を行った。そこでいう三つは、①法人が蓄えた巨額の富を支出することで政治過程に歪曲的な影響を与えることを防止する「歪曲防止（antidistortion）」、②法人の有する資金が招く政治腐敗を防止する「腐敗防止（anticorruption）」、③支出を行う法人と意見が異なる株主の利益を保護する「株主の保護」である。法廷意見は、これら規制利益がやむにやまれぬ利益として十分な正当化理由があるとはいえないと判断し、§441b は修正一条に違反し文面上違憲であるとした。

本稿が判旨において着目するのは法廷意見そのものではなく、スカーリアとスティーヴンスの間で勃発した極めて稀な「プレス」条項をめぐる論争である。まず同意意見を執筆したスカーリア判事は、法廷意見の企業（法人）の言論の自由論について賛同しながら、仮に企業が議会の寛容のもとでのみ修正一条上の権利を有するとするならば、新聞社の大部分も企業であるが、彼らが「議会の寛容のもとでの修正一条の権利を有する」ということには「違和感を覚える」と指摘した。そしてそこから類推的に考えるならば、もし新聞社が幅広い修正一条保護を有しているのならばその他の企業も同等でなければならないとして、プレスとその他の企業は等しく修正一条の保護を受けると説いたのである[32]。

一方で、反対意見を執筆したスティーヴンス判事は、プレスはその他の企業よりも一般的に広範な修正一条の権利を享受すると反論し、他のどの判事の意見も、「プレス」条項という最も重要な憲法上のテクストを見逃しているとと

批判した。[33] これについてスカーリアは、「言論の自由あるいはプレスの自由（the freedom of speech, or of the press）」というフレーズを、「言論あるいは出版に対するすべての人々の権利」と解釈するのではなく、「言論に対するすべての人々の権利と、制度的なプレスの権利」と解釈することは「奇妙」であると困惑を示す。[34] しかしスティーヴンスは、修正一条テクストの「露骨な区別（explicit distinctions）」という原文上の証拠に加えて、修正一条が植民地時代にイングランドから「プレス」に課された重税への反応として理解されていたことやアメリカ建国時のフェデラリストと反フェデラリストの間で繰り広げられた論争が「新聞」を通じて行われていたこと[35][36]といった歴史上の証拠を挙げて、それら「原文上ならびに歴史上の証拠は、企業の一類型としてのプレスが修正一条上の特殊な地位を主張することができるという理由を示唆」しているとする。そして彼は、法廷意見をこうした原文上・歴史上の「証拠を一掃するものである」と批判するのである。[37]

ケネディ判事が執筆した法廷意見は、「メディアとみなされる企業とそうではない企業の間を区別する試みを支持する先例は存在しない」として、企業には既存のメディアと同等の修正一条上の権利があると説いた。[38] さらに法廷意見で注目すべきは、「歪曲防止」を検討する際に次の点を考慮している部分である。まず「歪曲防止」は、巨額の資金力による選挙過程の歪みを防止するという理由付けがなされているにもかかわらず、他の企業と同様に富を有しているメディア法人は、§431(9)(B)(i)と§434(f)(3)(B)(i)によって§441bの適用除外とされてきた。[39] 法廷意見は、今日の「インターネットの進歩と印刷・放送メディアの衰退の故に、……政治的、社会的問題についてコメントしたいメディアとその他の人々との間にある境界が曖昧になりつつある」ことを指摘し、そのような現状においてメディア法人を対象にした「適用除外の文言の存在そのものが、歪曲防止の理由付けを無効化してしまう」と判示したのである。[40] また「歪曲防止」という政府の規制利益は、先例のAustin判決においてやむにやまれぬ利益として認定されていたが、[41] それ以前のBuckley判決は選挙結果に与える力を平等化するという命題を拒絶していたし、[42] その二年後の

Bellotti 判決は修正一条の保護は、公的議論を行う言論者の財政能力に依拠するものではないとしていた。[43] そうした先例間の矛盾に対してケネディは Austin 判決を破棄するわけであるが、その理由の一つを次のように判示する。これまでは既存メディアによる三〇秒のテレビCMが政治的メッセージを伝える効果的な手段であったが、すぐに「ブログとソーシャルネットワーク・ウェブサイトのようなインターネット情報源が、候補者と政治争点についての情報を市民に提供するようになるかもしれない」。そのように個人が安価に影響力を行使しえる現代において、資金力の平等化は、政治的言論を規制する正当化理由とならず、「歪曲防止」をやむにやまれぬ利益と認定していた Austin 判決は破棄されなければならないのである。[44]

3　考　察

同判決におけるスカーリアとスティーヴンスの論争は、結局のところスカーリアに軍配があがったようである。スティーヴンスが「プレス」条項の存在から一般的な言論者とプレスを憲法上区別する必要性を説いたにもかかわらず、ケネディや法廷意見に同意を示した他の判事たちがそうした区別に消極的になった理由には、「インターネットの進歩と印刷・放送メディアの衰退の故に、……政治的、社会的問題についてコメントしたいメディアとその他の人々との間にある境界が曖昧になりつつある」という観測が大きな役割を果たしている。この観測は、デジタル技術の装備によって諸個人が容易に言論空間へアクセス可能になったことでその影響力を以前よりも強力に行使することが可能になった現状を捉えたものであり、バルキンやウェストと同様に言論空間の「大衆化」を捉えた観測とおおむね一致するものとして理解できる。ケネディはこれを言論・プレス条項の区別に対する消極的態度（スカーリア同意意見）を論理的に強化する材料として用いた。「歪曲防止」の規制利益は企業の巨額の富が選挙結果に与える危険性を根拠とするものであるが、これは同じく富を有するメディア法人を規制する根拠ともなりうる。しかし§441b からメディア法人は一律適用除外とされており、「メディアとその他の人々との間にある境界が曖昧」な現状においては特に、

そうした適用除外条文の存在は政府があげた規制根拠の説得力を著しく低下させる。さらにケネディは、先例のAustin判決を破棄する際にもインターネットの現代的重要性に触れており、資本の巨大さに対して、インターネットが可能にした個々人による言論活動とそれを判断する個々人の理性に期待を寄せているように見受けられる。[45] 結果的にケネディの法廷意見は、メディア企業を適用除外とする条文の存在を理由に「歪曲防止」の規制利益を否定し、§441bを文面上無効としたため、「プレス」は選挙運動通信に関する同法の適用除外という数少ない特権を剝奪されることとなった。その点からみれば、同法廷意見は「すべての企業にメディアと同等の権利を与えることにより、……プレス条項をさらに弱体化させた」ものとして理解することもできよう。[46]

一方でスティーヴンスは反対意見において、原文上の露骨な区別と歴史的な文脈から「プレス」を区別することを主張したが、「メディアとその他の人々との間にある境界が曖昧」な現状においてはそうした主張は、区別の必要性という点において、また実際上の区別の困難さから説得力をもたなかったように見受けられる。しかし彼のそうした「言論」と「プレス」条項を区別する指摘は彼のクラーク（judicial clerk）をつとめていたウェストに受け継がれている。[47] 彼女は、スティーヴンスの解釈手法を受け継ぎながら、法廷意見とは逆に、むしろ現代的情報伝達技術の発展と言論空間の「大衆化」が、プレスは現実に何を成してきたかに重点をおいた理解の必要性を明らかにしたと指摘し、「技術の爆発は、誰もが情報を作り、受け取る方法を変革したが、それは、私たちの社会の中でプレスが果たす重要な機能的役割を排除していない」と主張するのである。[48]

(三) プレスの自由の二つの機能

ウェストによれば、Citizens United判決の法廷意見とは逆に「インターネット、ブロガー、スマートフォン、ソーシャルメディアの時代」は、「民主主義」において「プレス」が果たしてきたユニークな憲法上の機能を際立たせて

いるために、むしろ「言論」条項と「プレス」条項を区別する「この問題に取り組むには良い時期」であるという。[49] ウェストによれば、憲法上の「プレス」には、「民主主義の遂行に欠かせない」二つの重要な憲法上の任務があるという。ひとつは報道価値のある事項について国民に知識を提供することである。もうひとつは、政府の監視いわゆる「番犬」機能である。[50] ウェストによると、これら二つの憲法機能は裁判所も認めたことがあるし、[51] 理論上でもかねてより指摘されてきたが、「プレス」の憲法保護という観点からはさして重要な位置付けを与えられてきたわけではなかったとされる。[52] こうした機能において、「プレス」が「時折活動する公共コメンテーター」と決定的に異なるのは、「民主主義の遂行に欠かせない重要な憲法上の任務」のための「リソースと専門知」に自らの「時間を奉げている」（強調執筆者）点にあるとされる。[53] そしてウェストは、もし彼らの間に法的な区別をしないのであれば、民主主義の遂行に欠かせない機能にリソースと専門知を割いている特殊な言論者たちの言論が、技術革新により公平な参加機会が担保された言論空間の中で、やがては相対化されていき、結果的に「情報流通の縮減と政府監視の弱体化に起因する社会的なコストの蔓延」が引き起こされると議論を展開するのである。[54]

㈣　小　括

デジタル技術を装備した諸個人が、等しく言論空間にアクセスする機会を得たということはつまり、ウェストがいう「時折活動する公共コメンテーター」から表出する言論によって言論空間が満たされていくことを意味している。バルキンはこうした状況について（少なくとも文化形成の文脈においては）好意的であるが、逆にウェストは「民主主義」にとっての危機であると受け止めている。両者のそうした態度の違いは、両者が想定しているdemocratic観の違いからも生じているように思われる。バルキンが「民主化」という時、それはすなわち「大衆化」を表している。バルキン自身は、「言論の自由の大衆主義的性質（the populist nature）」[55] に言及し、さらに既存の言論の自由理論が

「公共問題」についての「熟議」と「統治」といった共和主義的憲法観に根差したものであったと明示的に批判していることから、ここでいう「民主化（＝大衆化）」を言論の自由（と言論空間）にとって有益であると受け止めているようである。[56] さらに Citizens United 判決をみると、現在の裁判所もまたインターネットを介した個人の言論とそれによって形成されるアトム的な言論空間に期待を寄せているように思われる。一方でウェストは、大衆化された言論空間が統治形態としての「民主主義」を遂行する上での重要な二つの機能の衰退を引き起こすことに対して警戒感を示しており、この姿勢は、伝統的に人民の生の声による「衆愚」を警戒してきた共和主義的憲法・民主政観[57]とある程度一致しているようにも思われる。

もっともこのような民主政の「衆愚」に対する警戒から、その抵抗装置として「プレス」を位置付けることで他の言論者と区別して憲法上特別に保護する必要性を論証できるとしても、Citizens United 判決でケネディが示したように、デジタル・メディア時代における媒体間の垣根の「融解」は、これまで以上に「プレス」の定義を不明瞭にしてしまったため、二つの条項を区別することへの消極的態度をむしろ活気付けてしまっているようにもみえる。加えて、「プレス」を他の言論者と別異に取り扱う理論は、これまでにもみられたが、[58] そうした主張に対する有力な批判としてエリート主義（Elitisim）の問題が存在してきた。例えば、スチュアート判事のプレスの制度的自律理論に対して、デビッド・ラング（David Lange）は憲法上の特権を与えられた「プレス」が権力の濫用に走る可能性を指摘する。[59] このように「プレス」を区別することに対する法理上あるいは理論上の消極的態度が、「プレス」の定義による過剰／過少包摂の問題と「プレス」のエリート主義の危険性を危惧したものだと仮定すれば、それらを解消することが「プレス」識別理論にとっての重大な課題であることは疑いないであろう。[60] そこで次章では、こうした課題をふまえてプレスの識別を試みるウェストのアプローチについて概観してみたい。

四　デジタル・メディア時代における「プレス」の識別理論

㈠　「定義」と「識別」

さて、前章までにウェストが議論を展開してきたように、デジタル・メディア時代の民主政における「衆愚」への抵抗装置として「プレス」を他の言論者から区別して憲法上特別に保護する必要性があるという前提を受け入れたとしても、当然ながら「時折活動する公共コメンテーター」たちから「プレス」的言論者たちを過不足なく特定しなければならない。そうした「プレス」の特定に際して生じる定義の問題について、一見して「手に負えない(intractable)[61]」としたボリンジャーに対しウェストは、裁判所は、時間をかけてそうした問題に取り組むことができるし、取り組むべきであるとする[62]。

1　媒体による特定

「プレス」を特定する方法として提案されるものに、例えば「プレス」条項を言論そのものとは別に「技術」を保障したテクストであるという解釈[63]と関連した「媒体」による定義がありうる。確かに「印刷」、「放送」といったコミュニケーションに用いられている伝統的な「媒体」は、以前はそれを独占する報道機関に大半のジャーナリストが所属していたことからも、比較的容易で正確な指標となっていた。そもそもジャーナリストでない多くの言論者は、そうしたコミュニケーションのための「媒体」を有していなかったし、利用するにしても高いコストが課せられていたからである。

しかし連邦最高裁は（反対意見ではあるものの）かつてこうした「媒体」に基づいた「プレス」の定義は不十分であ

ることを指摘したことがある。名誉毀損をめぐる事例である Dun&Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. 最高裁判決（一九八五年）で反対意見を執筆したブレナン判事（マーシャル、ブラックマン、スティーヴンス判事が同意）は、次のようにメディアと非メディアの区別に言及している。「メディアと非メディアの区別は、基本的な修正一条原理と相容れない」。そして、「修正一条の困難さは、そうしたアプローチが生み出す定義上の問題に潜んで」（強調執筆者）おり、常に進化し続ける技術によって、「プレスの経営構造あるいは媒体に基づいた定義は、アナクロニズムを生み出す」ことになるだろう。[64]「印刷」にせよ「放送」にせよ、そうした媒体に応じて裁判所が切り分けて定義したとしても、それらの技術は常に進歩する動態的なものであることから、常に時代遅れになる危険性を孕んでいる。[65] このブレナン判事の指摘は三〇年以上前になされたものであるが、しかしデジタル・メディアの登場で媒体が「融解」し、世界中の人々が誰もが好きな時に「公共コメンテーター」になりうる現在のようなメディア環境を正確に予見していたとも評価しうるだろう。そこでは媒体や経営構造をベースにした定義はこれまで以上に「アナクロニズム」を生み出す危険性があるといえる。

2 「定義」から「識別」へ

そこでウェストは、プレスを「定義（define）」するのではなく、むしろ「識別（identify）」あるいは「発見（find）」する方がより適切にプレスを特定できると主張する。プレスを「定める」ということは、ロナルド・ドゥウォーキンがいうところの「偉大なヘラクレス判事」[66]が境界を切り分け、以前には存在しなかった区別をトップダウンで作り上げることを意味する。他方で、プレスを「識別する」あるいは「発見する」ことは、すでに現実の世界で起こっている実際上の区別を受け入れることである。ウェストは、「ユニークで憲法的に貴重なプレス機能を果たす集合体」という動態的な存在を過不足なく捉えるには、静態的に境界を描く「定義」よりも特殊な言論者たちのツールとメソッドの発展に合わせて論理的に変化する「識別」の方が有効であると主張するのである。[67]

(二)　機能証明による識別アプローチ

そこでウェストが「定義」に代わって提示する方法論は、プレスが民主主義において果たしてきた「機能(function)」に着目して、そこから「識別する」という試みである。機能から「プレス」を特定する方法は、すでに多くの理論[68]や各州のシールド法など[69]によって試みられてきたが、ウェストは、そうした既存の機能論が過剰／過少包摂の問題を解消しきれていないと指摘する[70]。そこからウェストはある特定の機能を要件としてしまうのではなく、現状の社会においてプレス（ジャーナリスト）と考えられている人々の要素をいくつか抽出して設定し、それらを総合的に考慮するアプローチを提唱する。彼女がこのアプローチの雛形として選択したのは、二〇一二年に下されたHosanna-Tabor Church and School v. EEOC 連邦最高裁判決である。勿論、ウェストはこの判決が「プレス」条項とは別の条項を対象とした判例であることは承知の上で、それでもなおこの判決を参照する重要性を指摘する。それは、連邦最高裁がある特殊な憲法上のアクターの存在を合衆国憲法秩序の一部として受け入れた判決であるからであり、さらには類似した立場の中から憲法上の地位に値しない人と憲法上の目的として機能していた人を区別し、後者を特定する必要に迫られ、それが可能であることを証明した判決でもあるからである[71]。

1　Hosanna-Tabor Church and School v. EEOC 連邦最高裁判決（二〇一二年）[72]

(1)　事件概要

キリスト教福音派の教区立学校（Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School）は、当校の教師を「聖職者(called)」と「平信徒（lay）」の二つに分類していた。原告のシェリル・ペリッチ（Cheryl Perich）は、当学校の定める聖職者としてのカリキュラムを修了し、「聖職者」として一度任命された。しかし二〇〇四年に彼女は突発性睡眠病（narcolepsy）を患い、病状は障害認定されるレベルにまで達した。彼女は二年間休職していたが、その間に学校

長は「彼女が教室に戻ることはない」と通達し、彼女の代わりに別の「平信徒」を雇用し、彼女を解雇した。解雇されたシェリルは雇用機会均等委員会（Equal Employment Opportunity Commission、以下ＥＥＯＣ）を通じ、障害を理由にした差別的取扱いの禁止を規定した「障害者差別禁止法（Americans with Disabilities Act、以下ＡＤＡ）」[73]に基づき訴訟提起した。雇用について定めたＡＤＡ第一編§12112(a) は「いかなる適用対象事業体も、応募手続、労働者の採用、昇進、解雇、報酬、職業訓練、ならびにその他の雇用上の規定、条件及び特典に関して、適格性を有する人を障害を理由として差別をしてはならない」と規定している。ＥＥＯＣから訴訟提起を受けた教会側は、合衆国憲法修正一条に基づく「聖職者特例（ministerial exception）」による§12112(a) を含むＡＤＡ第一編の適用除外を主張し、原審はこれを認め教会側が勝訴、続く控訴審はシェリル側が勝訴した。教会側は裁量上訴を連邦最高裁に求め、受理された。

(2) 法廷意見

ロバーツ首席判事による法廷意見（全員一致）[74]は、公民権法やその他の雇用差別法の存在が「聖職者特例」の存在を承認してきたことを指摘する。宗教の自由条項は、「教会」の聖職者の任命（appointments）を通して教義（faith）と布教（mission）を具体化する宗教団体の権利を保護している。そこから雇用差別を禁じる法律の適用に際して、宗教的制度（体）とその聖職者との間の雇用関係を除外することを認めているのである。さらに連邦最高裁は、教会がシェリルを聖職者として認識していたこと、彼女の聖職者としての資格（title）は職権の正式なプロセスにおける宗教的訓練によって与えられていること、彼女自身も礼拝への正式な召喚を受け入れることで自己を教会の聖職者と認識していたこと、彼女の職務上の使命が教会のメッセージを伝え、その布教を遂行する役割を果たしていたことについて総合的に判断し、シェリルは聖職者特例における「聖職者」に該当すると判示した。そして、法廷意見はHosanna-Tabor 教会学校とシェリルは教会とその聖職者の関係にあったためにＡＤＡは適用されないとして、シェリルの復職請求を認めなかった。

2　「聖職者特例」の法理

さてウェストの議論に戻る前に、当該判決において連邦最高裁が認めた「聖職者特例」の法理について、若干ではあるが触れておきたい。[75]「聖職者特例」の法理は、公民権法第七編を始めとする雇用差別禁止法の適用から、宗教団体とその構成員である聖職者の関係を除外する特例を認めたものであると説明される。当該法理は、一九七〇年代の下級審レベルの判決[76]において数多く散見され、その根拠を修正一条上の宗教条項（Religion Clause）、すなわち自由行使条項（Free Exercise Clause）と国境樹立禁止条項（Establishment Clause）に関する連邦最高裁の解釈、ならびに教会財産紛争における最高裁判例の流れにおく憲法上の法理である。Hosanna-Tabor 判決は、以上のような法理を連邦最高裁において認めた最初の事例であった。

3　プレスの機能証明のための四要素

ウェストは、Hosanna-Tabor 判決で「聖職者特例」に該当する「聖職者」を識別するために最高裁が用いた四つの諸要素による機能証明アプローチを、プレスのユニークな憲法上の機能を最もよく果たしている言論者を裁判所が識別するためのアナロジーとして用いる。そこでウェストがこの判決を参考に掲げたプレスの機能証明のための四つの諸要素とは、①既存の制度的プレス、②自己承認、③訓練、専門教育あるいは経験、④出版（publication）の規則性と確立された聴衆である。

(1)　既存の制度的プレス

「レポーター」、「編集者」といった職業上の記述や、資格（title）と関連した既存の報道機関の雇用記録、政府機関や民間団体発行のプレスカードなどは、「プレス」の識別に有益である。こうした方法は、制度的プレスが我々にプレスの自由の目的に奉仕している人々に関する重要な手がかりを与えてくれているのである。Hosanna-Tabor において連邦最高裁も、当該教師が「聖職者」であるかどうかの判断要素として「called」という資格が「教会」によって

与えられていたことを重視していた。[77] ウェスト曰く、「教会にせよプレスにせよ、これらの組織は常に開放的に運営されており、彼らは、公共的に自己規律し、自己修正し、そして敏感に時代変化に適応する責任がある」。[78] 換言すれば、それら組織は、構成員の指名という非常に困難な作業を行うことができるし、そしてそれらを無視するのは軽率であるといえるのである。もっともこの要素のみでは、エリート主義や過剰／過少包摂の問題を解消しえないために、他の三つの要素が重要となる。[79]

(2) 自己承認

制度（体）による識別に加えて、裁判所は、当該言論者が自らを「プレス」として位置付けてきたかどうかについての事実を取り上げることができる。Hosanna-Tabor において、最高裁は、彼女が自らを「聖職者」と呼んでいた言辞を、彼女が「教会の聖職者として自らを奉げて」きた証拠として認定した。[80] 言論者自身が、自らの「プレス」としての役割を主張するという証拠は有益であり、なおかつ過度なエリート主義的定義のリスクを減らすことにもつながる。しかしもちろん、「プレス」としての自己承認のみに依存することは、「プレス」を自称する時折の公共的コメンテーターたちをあまりにも多く許容することになるだろう。記者の特権を主張する小規模の「自称」ジャーナリストや団体に対しては、より精密な審査が必要となろう。[81]

(3) 訓練、専門教育、あるいは経験

Hosanna-Tabor において、最高裁はまた、「聖職者」としての、宗教的訓練及び継続的教育の存在を指摘した。[82] そうした要素もまた、「プレス」を識別するために有益であろう。というのも、「プレス」の構成員の大半は、今日、正式にジャーナリズムを学んでいるか、訓練を受けているか、あるいは独立したジャーナリズム活動を通じて経験を積んできているからである。[83]

(4) 出版の規則性と確立された聴衆

最後に、裁判所は、出版物あるいは上映物の規則性と確立された聴衆に注意を払うべきである。誰に、そしてどの程度頻繁に言論者が出版しているのかを調べることは、いくつかの点でプレスの識別に貢献する。まず最初に、効果的に国民にニュースを広めるためには、当然のことながら実際に公衆にその公刊した言論が到達している必要があるし、出版記録の実績は、公衆に知識を供給するために時間とリソースを奉げてきたことならびに政府を厳格に監視してきたことと相互に関連している。したがって、定期的に幅広い視聴者とコミュニケーションすることは二つの機能を満たすために必要不可欠な要素である。第二に、定期的な読者の要望がなければ、我々はプレスに対する監視機能を失ってしまう。規則性と愛読者をもって出版するそれら言論者は、誤りを直ちに訂正し、記事を追求し、話題を横断した文脈を供給することができる。プレスに憲法上の特殊な権利と地位を与えることで生じる幾つかの潜在的リスクは、確立した読者層に応答し、出版記録によって構築された評価を有することからくる応答責任によって軽減されるのである。第三に、この要素は自らをプレスであると口実的に主張する者を排除するのに有益である。同時にこの要素は、既存の制度的プレスに属していない人々も「プレス」として識別することができるために、エリート主義に向かう危険性を解消する。例えば、ネット上のブロガーがすべて「プレス」として機能しているわけではないが、中には自らの時間を奉げて規則正しく出版し確立された読者を確保して「プレス」機能を果たしている人も確かに存在する。彼らは「プレス」条項によって保護されるに値する人々なのである。[84]

㈢　小　括

ここまで概観してきたウェストの理論の特徴は次のようにまとめることができる。彼女の構想では、「言論」・「プレス」条項は互いに相互補完的なものとして再構成される。[85] まず「言論」条項が「時折の公共コメンテーター」の言論活動をこれまでどおりに手厚く保障し続ける一方で、「プレス」条項は「大衆化」したデジタル・メディア時代の

言論空間において「民主主義」の遂行に不可欠な憲法機能にリソースと専門知を日々奉げている人々に、機能遂行のための特別な憲法上の地位を与え、そこから導出される諸権利（取材活動、証言拒絶etc）[86]を特別に保障するための憲法テクストとして位置付けられる。つまり彼女の構想における「プレス」条項独自の現代的意義とは、デジタル・メディア時代における言論空間の「大衆化」は避けようのない事実として認めた上で、その中で「民主主義」の適切な遂行のために時間と労力を惜しまぬ人々（ジャーナリスト）を、裁判所が権威付けるための法的根拠として機能することである。そして機能証明の各要素は、「プレス」の効果的な定義が困難になった現状において、当該主体はそうした憲法上の特別の地位を与えるほどの信頼に値するかを裁判所が判断する材料（＝自身が仕えている憲法機能に自らの時間をどれだけ奉げてきたかを証明する証拠）として位置付けられる。

このようなウェストの議論からもたらされる効用は、次のようにまとめることができよう。ひとつは、「定義」に代わって「識別」を用いることで過剰／過少包摂の問題をある程度解消しうる点である。デジタル・メディア時代におけるプレスの「定義」に関する困難さは、Citizens United判決の法廷意見においても表明されている。しかし彼女が理論を構築する際に法的テクストとして用いたHosanna-Tabor判決において重要なのは、最高裁が「聖職者」の正確な法的「定義」について結論付けることなく、「識別」のための機能証明を強調したことにある。この法的定義の欠如は、最高裁が「聖職者としての資格を有する場合を判断する厳格な規格（a rigid formula）を採用……したくはなかった」と判示していることからも明らかなように[87]、考えうるすべての仮定的状況の要素を満たすことで、過剰／過少包摂を可能な限り回避するものだと考えられる[88]。もうひとつは、エリート主義の危険性を排除しつつジャーナリストを特定することを可能にしたことである。ウェスト自身も指摘するように「ここで提案されている方法論の下では、事実上誰でも『プレス』になることができる」のである。しかし、それと同時に「スマートフォンやノートパソコンを有する誰もが、基準を満たすわけではない」し、憲法上保護される「『プレス』の構成員であるということは、

一晩で達成可能ではないし、一晩で生成されない役割」でもあるのである。[89] むしろ、そのようなメンバーシップは、通常、時間をかけた努力によって達成される。Hosanna-Tabor において最高裁も、「聖職者」の地位を達成するための同様の見解を示している。定期的に礼拝集会に関与していない無訓練あるいは未経験の人々は、大半が「聖職者」に該当することはないし、それと同様に「新参者と道楽者（neophytes and dabblers）」[90] に「プレス」の権利を与えることは、「プレス」条項の機能上の目標にあまり貢献しないと思われる。

このようなウェストの理論に対しては、すでにいくつかのコメントが寄せられている。ひとつは、プレスの憲法上の機能に関するものであり、もうひとつは、宗教の自由とプレスの自由とのアナロジーに関するものである。次章では、ウェストの議論をより建設的に発展させるための題材として、それらのコメントについて検討する。

五　若干の検討

㈠　民主的対話の組織化

デビッド・アンダーソン（David Anderson）は、ウェストが重視する「ニュースを収集し、公衆に広め、政府と権力者に対する監視を提供する」というプレスの「ユニークな憲法機能」は容易に反証可能であり、「プレスはそれらの任務を果たすことにおいてユニークではない」と批判を加える。[91] まずニュースを収集する機能については、現代において「プレスによって報道される情報の大半は、他者によって収集された情報である」。[92] 例えば犯罪報道は、警察、検察、あるいは被害者弁護団らから寄せられた情報に基づいているし、災害に関する情報は、消防当局や法執行機関、ならびに災害救助部隊からもたらされる。もちろん、進取的なジャーナリストたち（enterprising journalists）が彼ら自

身の努力を通して暴いたニュースを報道することもあるが、そのような調査ジャーナリズム（Investigative journalism）も現在では、CPI（公益擁護センター）やNSA（国家安全保障アーカイブ）[93]といった独立組織によって実行されている。しかも彼らは、「ジャーナリストにとってあまりに強力で入り込めない主題を調査するための専門性、リソースならびに耐久力を有している」[94]。次にプレスは、連邦議会と連邦機関からリポーターを引きあげ、役所と裁判所の報道を減らすことで、「番犬」としての機能も放棄しつつある。代わりに現在では全米ライフル協会やシエラクラブといった利益団体の注意深い視線によってプレスよりも強力に果たされている。最後に、ニュースを広める機能についても、現在ではニュースを集める誰もが、直接に公衆にそれを広める能力がある。しかし、「聴衆の関心を引く能力と広める能力は同じではない」とアンダーソンは指摘し、これこそが、「今日も存在しているプレスの特徴的な価値である」とする[95]。アンダーソンによれば、プレスの現代的機能とは「民主的対話（democratic dialogue）を生じさせる共同体（community）を形成する」ことであるという。というのも、「共有された情報と一般的な目標といった核心部分が存在しなければ、公共の関心事に関する意味ある議論は存在できない」からである[96]。もちろん、インターネット・プロバイダーや多くの伝統的メディアも「個人の好みに合わせたニュース（personalized news）」を集めようと必死である。しかしながら、アンダーソンにいわせれば「市民が自身の個人的利益だけを追求する政治形態（a polity）は、まったくもって政治形態とは呼べない」のであり、それは「調整者（moderator）と政治課題（agenda）を欠いた、ただのタウンミーティング」にすぎない[97]。民主主義は対話を必要とし、そのような「対話は、議論する主題についてのいくつかの合意を必要」とする。そのために、ニュース編集者は、個人的利益を超えて聴衆に何を与えるべきかを決定し、自身の編集判断と聴衆の維持あるいは拡大の必要性にのみ拘束されるのである。現在のところ、プレスはこの機能の主要なアクターであることは確かであり、その点から「プレス」は憲法上保護されるべきであるとアンダーソンは主張する[98]。

(二)　形式主義的要素と機能的要素

ロンネル・ジョーンズ（RonNell Jones）は、Hosanna-Tabor 判決のアナロジーの適切性について指摘する。[99] ジョーンズ曰く、Hosanna-Tabor における「聖職者」の要素は、比較分析の点からみて「プレス」の要素とは異なる。なかでも重大なのは、ウェストは自身のアプローチが「機能的（functional）」であると主張しているが、彼女が用いる Hosanna-Tabor 判決のアプローチは「事実上真に機能的な二つと、明確に形式主義的な二つからなる四要素テストである」ことにある。ジョーンズのいう形式主義的要素とは、既存の制度的プレスと自己承認の要素を示している。これらは「遂行能力の作用、動作、あるいは結果よりも、内部的かつ外部的なラベリングによって完全に増減する」要素であるために極めて形式主義的（formalist）であり、そうした要素は「明確にふさわしくない理由によって、……役立つどころか潜在的に有害となる」という。[100]

その理由のひとつは、「裁判所が聖職者の定義を開発する必要性の理由と、ウェスト教授がプレスの定義を開発する必要性の理由が基本的に真逆である」というものである。[101] 確かに、もし誰かが裁判所の Hosanna-Tabor 定義の下で聖職者であった場合、彼あるいは彼女はＡＤＡ第一編の保護を剝奪されるが、ウェストの提案するプレスの構成員であるならば、結果として彼あるいは彼女はさらなる憲法保護を享受することになる。この点を考慮した場合、自己による承認は、Hosanna-Tabor 判決ではＡＤＡ第一編の保護を受けられなくなるというコストを払ったものになるのに対して、プレスに該当するかどうかの自己承認は憲法上の権利を得ようとしてなされるために主張の信憑性に疑義が生じることになる。また制度（体）からの承認は、プレスのプロフェッショナル組織へ依存することであり、そうした古いメディアは、憲法上のプレス機能を疑いなく遂行している非伝統的ニュース源泉を不当に不利な立場に置くことになるかもしれない。第二の理由は、Hosanna-Tabor 判決において裁判所が、形式主義的要素を取り入れた理由

が宗教条項を構成する二つの条項の構造的問題に関わっていることに由来する。Hosanna-Tabor 判決において裁判所は、聖職者特例の法理が自由実践条項（Free Exercise Clause）の下での集団的権利（教会の権利）を論拠としただけでなく、国教樹立禁止条項（Establish Clause）の下での教会の職務に対する裁判所の干渉からの保護を論拠にして、純粋に機能的な審査を採用することを躊躇した。対して、ひとつのプレス条項によって保護されるプレスの文脈においてはそのような制約は存在しないため、裁判所は誰がより良い職務を行うかの特定という純粋な機能的アプローチをとることができる。第三の理由は、第二のそれとも関連し、そして最も重要であるが、修正一条が宗教を保護する理由とプレスを保護する理由が異なる点にある。宗教の自由な実践は、主にそれが個人の良心と個々人の自己同定に関する事項である。対して、プレスはそれよりはるかに機能的な理由によって保護されている。まさにプレスに比べて、「我々が宗教に何をしてほしいかについて、必ずしも明らかなわけではない」[102]のであり、そうした目的と実践について自律的に充塡してもらうために形式主義的（＝制度的）要素が必要となるのである。一方で、プレスほど明確に機能が定まっているものについては、逆に形式主義的要素は有害となる。「宗教は信教の自由によって権利の多様性を保護されているため、憲法がプレスの自由を保護する極めて結果指向的な理由とは緊張関係にある」のである。[103] 以上の点から、ジョーンズはウェストのアプローチをより純粋な機能的要素を研究するための「出発点（starting point）」と評するのである。[104]

㈢　プレスの憲法機能と制度的要素の関連性

以上のようなアンダーソンとジョーンズのコメントを通してウェストの理論をみると、プレスの憲法機能と制度的要素の関連性についての課題が提示されよう。例えば、プレスの果たす憲法機能が明確に設定されなくては、その機能を果たしていることを証明する各要素も動揺する危険性があるが、アンダーソンの指摘から明らかなように「プレ

ス」条項の憲法機能をどのように設定するのが適切かについては議論のあるところである。ジョーンズは、「我々が宗教に何をしてほしいかについて、必ずしも明らかなわけではない」一方でプレスの機能は明確であるとするが、プレスが実際に果たしている憲法機能は何かという点はジョーンズがいうほど明らかではない。[105] さらにウェストのアプローチにおいては、制度（体）の判断と制度（体）構成員としての自己承認といった制度的要素が、機能証明要素のひとつとして位置付けられているが、ジョーンズはこの二つの要素を形式主義的であるとした上でそれらが信教の自由の場合と違って有害になることを指摘し、より純粋に任務関連的な機能証明要素を設定する必要性を主張する。これは、ジョーンズがプレスのように明確に機能的理由が定まっているものについて形式主義的（制度的）な要素が有害となると考えている点から生じている。確かに信教の自由において制度的な要素を必要とするのは、その目的と実践が明確ではなく、裁判所がそれらを充塡する危険をさけ、制度（体）に自律的に充塡してもらう必要があるためである。それら目的と実践が明確ならば、そうした要素は不要であるし、むしろ新規参入に排他的になるなど有害に作用する可能性があるかもしれない。しかし、先述のとおりプレスも目的と実践についてさほど明確に定まっているわけではないし、そもそもプレスが果たす具体的な憲法機能が技術発展などの時代状況から変化する可能性があることはアンダーソンの指摘のとおりである。この点からしてもそうした「時代変化に適応する責任がある」プレス制度（体）の要素は有害であると一概に言い切ることはできないだろう。

このようなプレスの憲法機能と制度的要素の関連性が重要なのは、それをどのように考えるかによって「プレス」の範囲がおのずと決定される点にある。というのも、ウェストは機能証明の要素を総合的に判断するアプローチを提示しているが、そこでいう総合的な判断に際して、個々の諸要素がどれだけの「重み」をもち、さらにいえばいくつの諸要素を満たせば、裁判所が当該主体を「プレス」とみなすことになるのかが曖昧なままである。彼女の中では、出版の規則性と確立された聴衆の要素が特に重要視されているように見受けられるが、[106] ウェストも指摘するようにそ

れぞれの要素は複雑に重なり合っている部分があり、審査の際のそれぞれの要素の重みをどう設定するかは、個別具体的に判断せざるをえないということになる。しかし裁判官の恣意性の排除や結果予見性の観点から、ある程度明確な「重さ」を各要素に設定しておくことがやはり必要であろう。プレスの憲法機能と制度的要素の関連性はこうした「重さ」と密接に結び付いている。プレスの憲法機能を明確かつ静態的に捉えられるならば、純粋に機能的な要素が重視されることになる。しかし、先述のようにプレスの憲法機能が不明確かつ動態的なものと考えるならば、それらの自律的な充塡のために制度的要素は不可欠であり、必然的にその「重み」も増すことになるであろう。[107]

六　おわりに――今後の課題――

「プレス」はこれまで法的な問題とは関係なく社会において言論媒体を独占してきた。その彼らにあえて憲法上の特殊な地位を与える必要性は、言論媒体を融解させたデジタル・メディアの登場によって強調されることとなった。このようにデジタル・メディアの存在は、これまで憲法上の冗長にすぎないとされてきた「プレスの自由」条項に新たな意義を与えようとしている。ウェストの理論は、裁判所が、「プレス」条項のもとで言論空間の「大衆化」と「衆愚」に対する抵抗装置としてのジャーナリストを、機能証明の要素に照らして識別・救出するものであり、そうした救出活動こそが言論媒体が融解したデジタル・メディア時代の「民主主義」にとっては必要とされるというものであった。彼女の議論をさらに建設的に発展させるには、彼女の理論によせられたコメントから得られた憲法機能と制度的要素の関係についてのさらなる検討が必要であり、また言論空間の「大衆化」と「民主主義」の危機の関連性についてもより詳細な論証が必要であろう。それらは執筆者の今後の課題としたい。[108]

（1）　かような問題状況について我が国で指摘するものとして例えば、曽我部真裕「情報漏えい社会のメディアと法　プロとアマの差はなくなるか」ジャーナリズム二五一号（二〇一一年）四四頁以下参照。

（2）　プロ・アマ間での異なる法解釈の必要性を指摘するものとして、例えば、刑法の名誉毀損罪の判例法理が「『プロ』のもつ取材『特権』の裏面としての広汎な情報収集義務ないし専門職責任を前提として形成されたものであるとすると……そのまま『アマ』のネット上の表現行為に当てはめてよいのか」（山本龍彦「イントロダクション（憲法学のゆくえ（1－1））」法律時報八六巻四号（二〇一四年）八八―八九頁）といったものがある。インターネットと名誉毀損法理の関係については、岡根好彦「『現実的悪意』の法理のコンピューター・ネットワーク上への適用」法学政治学論究九二号（二〇一二年）一九七頁以下参照。

（3）　我が国においてジャーナリストの特権を基礎付ける学説は、公共的利益説（佐藤幸治）、表現の自由の公共的使用（駒村圭吾）、「切り札」・「公共の福祉」二分論（長谷部恭男）、公的任務論（浜田純一）などにまとめられる。鈴木秀美「マスメディアの自由と特権」小山剛・駒村圭吾編著『論点探究 憲法（第二版）』（弘文堂、二〇一三年）一七二頁以下参照。

（4）　こうした指摘は多岐にわたるが、さしあたり吉見俊哉『メディア文化論［改訂版］』（有斐閣、二〇一二年）二―四頁、駒村圭吾「多様性の再生産と準拠枠構築――情報空間における『自由の論理』と『統治の論理』」駒村圭吾・鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ　状況へ』（尚学社、二〇一一年）四―六頁、堀部政男「『放送の自由』と『通信の自由』の史的展開と将来展望」慶應義塾大学新聞研究所年報三九号（一九九二年）七五頁以下。

（5）　Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 NYU L. Rev. 1, 3–4 (2004).

（6）　*Id.*, at 33–34.

（7）　*Id.*, at 3.

（8）　バルキンの democratic 観をサンスティンとの比較において「大衆的」と分析したものとして、駒村・前掲（4）三五頁を参照。

（9）　Balkin, *supra* note 5, at 35.

（10）　Sonja R. West, *Press Exceptionalism*, 127 Harv. L. Rev. 2434 (2014).

（11）　*See*, Potter Stewart, Or of the Press, 26 Hastings L.J. 631, 633 (1975).

(12) *See*, Neb. Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539, 570 (1976); N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 714 (1971); Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 713–23 (1931).

(13) *See*, United States v. Playboy Entm't Grp, Inc., 529 U.S. 803, 811–27 (2000); Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N.Y. State Crime Victims Bd., 502 U.S. 105, 117–23 (1991); Ark. Writers' Project, Inc. v. Ragland, 481 U.S. 221, 234 (1987).

(14) Melville B. Nimmer, *Introduction—Is Freedom of the Press a Redundancy: What Does it Add to Freedom of Speech?*, 26 HASTINGS L.J. 639, 639–640 (1975).

(15) Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555, 573 (1980).

(16) First Nat'l Bank v. Bellotti, 435 U.S. 765, 782 (1978).

(17) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 681 (1972).

(18) In re Judith Miller, 397 F. 3d 964 (D.C. Cir. 2005).

(19) Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).

(20) Zemel v. Rusk, 381 U.S. 1 (1965).

(21) Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663, 669 (1991).

(22) *See*, Brian Stelter & Michael D. Shear, Justice Dept. Investigated Fox Reporter Over Leak, N.Y. TIMES (May 20, 2013).

(23) Sonja R. West, *Awakening the Press Clause*, 58 UCLA L. REV. 1025, at 1037–1038 (2011).

(24) West, *supra* note 10, at 2449.

(25) *Id*, at 2448–2449.

(26) *Id*, at 2448.

(27) 本判決を政治献金規制と言論の自由の文脈で取り上げた文献は多岐にわたるが、さしあたり、福井康佐「Chapter 15 団体による政治資金の規制」大沢秀介・大林啓吾編著『アメリカ憲法判例の物語』（成文堂、二〇一四年）五二七頁以下参照。

(28) West, *supra* note 23, at 1026.

(29) 558 U.S. 310 (2010).

(30) 選挙運動改革法二〇三条は 2 U.S.C §441b を改正したものであり、合衆国法典の編成に伴い、2 U.S.C §441b (b)(2) となる。本稿では §441b と表記する。

（31）558 U.S. 318–372.

（32）558 U.S. 390（Scalia, J., concurring）.

（33）558 U.S. 429–431（Stevens, J., concurring in part and dissenting in part）.

（34）558 U.S. 390（Scalia, J., concurring）.

（35）*See*, McConnell v. FEC, 540 U.S. 93, at 252–253（2003）.

（36）*See*, McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 514 U.S. 334, at 341–343（1995）.

（37）558 U.S. 431 n57（Stevens, J., concurring in part and dissenting in part）.

（38）558 U.S. 352.

（39）*See*, 2 U.S.C §431（9）（B）（i）, §434（f）（3）（B）（i）.

（40）558 U.S. 352.

（41）*See*, Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652（1990）.

（42）*See*, Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1（1976）.

（43）*See*, 435 U.S. 765（1978）.

（44）558 U.S. 364–365.

（45）本稿と同じく、法廷意見のインターネットへの視点に着目したものとして、宮川成雄「法人の独立選挙支出の規制と言論の自由――Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S.Ct. 876（2010）」比較法学四四巻三号（二〇一一年）一六一頁を参照。

（46）Seth Korman, *Citizens United and the Press: Two Distinct Implications*, 37 Rutgers L. Rec. 1, 5（2010）.

（47）*See*, http://www.law.uga.edu/profile/sonja-r-west.

（48）West, *supra* note 10, at 2450.

（49）*Id.*, at 2448–2449.

（50）*See*, Sonja R. West, *The Stealth Press Clause*, 48 Ga. L. Rev. 729（2014）.

（51）*See*, 403 U.S. 713, 717（1971）（Black, J., concurring）; Leathers v. Medlock, 499 U.S. 439, 447（1991）.

（52）West, *supra* note 23, at 1069–1070.

(53) West, *supra* note 10, at 2437.
(54) *Id.*
(55) Balkin, *supra* note 5, at 34.
(56) *Id.*, at 34–35.
(57) この点、共和主義憲法観をもつサンスティンもインターネットを民主主義にとっての脅威とみなしていることは興味深い。バルキンとサンスティンの対比については駒村・前掲（4）二九―三五頁以下参照。またサンスティンの現代的共和主義憲法理論については、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、二〇一一年）二五五頁以下を参照。
(58) シャウアーら「制度的修正一条」の論者について、拙稿「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」法学政治学論究一〇〇号（二〇一四年）二二五頁以下参照。
(59) *See*, David Lange, *The Speech and Press Clauses*, 23 UCLA L. REV. 77 (1975).
(60) West, *supra* note 23, at 1056–1058; *see*, Philip Hamburger, *More Is Less*, 90 VA. L. REV. 835, 838 (2004).
(61) LEE C. BOLLINGER, UNINHIBITED, ROBUST, AND WIDE-OPEN: A FREE PRESS FOR A NEW CENTURY 53 (2010).
(62) West, *supra* note 10, at 2453.
(63) 例えば、「プレスの自由条項は、当初印刷機を保護するものとして理解されるはずだった」とする主張（*See*, Edward Lee, *Freedom of the Press 2.0*, 42 GA. L. REV 309, 339 (2008)）や、「憲法起草時代の人々は、技術形態としてのプレス（the press-as-technology model）に適合するようにテクストを理解していたようである」といった主張（*See*, Eugene Volokh, *Freedom for the Press as an Industry, or for the Press as a Technology? From the Framing to Today*, 160 U. PA. L. REV. 459, 463 (2012)）がある。
(64) 472 U.S. 749, 782 (1985).
(65) *Id.*, at 782 n7.
(66) RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 239 (1986).
(67) West, *supra* note 10, at 2443–2445.
(68) PAUL HORWITZ, FIRST AMENDMENT INSTITUTIONS 52 (2013); Erik Ugland & Jennifer Henderson, *Who Is a Journalist and Why Does It Matter? Disentangling the Legal and Ethical Arguments*, 22 J. MASS MEDIA ETHICS 241, 247 (2007).

(69) *See*, MINN. STAT. §595.023 (2010); N.C. GEN. STAT. §8-53.11 (2009); MINN. STAT. §595.023 (2010).
(70) West, *supra* note 10, at 2454.
(71) *Id.*, at 2455.
(72) 132 S. Ct. 694 (2012).
(73) 42 U.S.C. §12101 *et seq.*
(74) 132 S. Ct. 694, 699-710.
(75) 本節の「聖職者特例」法理については、福嶋敏明「『聖職者例外』法理とアメリカ連邦最高裁（1）」神戸学院法学四二巻三・四号（二〇一三年）三六五頁以下が詳しい。
(76) *See*, 460 F. 2d 553 (5th Cir. 1972); 772 F. 2d 1164 (4th Cir. 1985).
(77) 132 S. Ct. 699-700, 707.
(78) West, *supra* note 10, at 2457.
(79) *Id.*, at 2456-2458.
(80) 132 S. Ct. 694, 708-09.
(81) West, *supra* note 10, at 2459.
(82) 132 S. Ct. at 707.
(83) West, *supra* note 10, at 2459-2460.
(84) *Id.*, at 2460-2462.
(85) *Id.*, at 2442-2443.
(86) 取材の自由に対する制限は取材内容の秘匿、取材源の秘匿、取材活動それ自体に分けて検討される。小山剛「ロー・クラス『憲法上の権利』各論（09）表現の自由（五・完）」法学セミナー七一五巻（二〇一四年）一〇一頁参照。また記者の証言拒絶権については、二宮貴美「アメリカにおけるメディア評価と証言拒絶権の意義――ヨーロッパ人権裁判所の判決と比較して」同志社法学六四巻七号（二〇一三年）九六五頁以下を参照。
(87) 132 S. Ct. 707.
(88) West, *supra* note 10, at 2456.

(89) *Id.*, at 2462.
(90) *Id.*
(91) David A. Anderson, *The Press and Democratic Dialogue*, 127 HARV. L. REV. F. 331 (2014).
(92) *Id.*
(93) National Security Archive（国家安全保障アーカイブ）は、元ジャーナリスト、研究者らによって設立された非営利団体である。ジョージ・ワシントン大学内のゲルマン・ライブラリーに本拠を構える。本組織の構成や活動については、近時別稿を予定している。
(94) Anderson, *supra* note 91, at 332.
(95) *Id.*, at 332.
(96) *Id.*
(97) *Id.*, at 332–333.
(98) *Id.*, at 334.
(99) RonNell Andersen Jones, *Press Definition and the Religion Analogy*, 127 HARV. L. REV. F. 362 (2014).
(100) *Id.*, at 362–363.
(101) *Id.*, at 363.
(102) *Id.*, at 365.
(103) *Id.*, at 365–366.
(104) *Id.*, at 366.
(105) 例えばシャウアーがプレスは「政府の権限濫用に対する監視と民主的熟議の促進」に仕えると捉える一方で、ホーウィッツは修正一条上の制度（体）全般にわたって「公共討議への貢献」を重視する。拙稿・前掲（58）二三二、二三五頁を参照。
(106) ウェストの四番目の要素を重視する場合、結論的にはドイツにおける刑訴法上の証言拒絶権行使主体の「職業的」の区分と大した差を描き切れない可能性があろう。詳しくは、鈴木秀美「取材・報道の自由」前掲（4）『表現の自由Ⅰ』二六二頁参照。
(107) この点、近時のジャーナリズム研究において、「ジャーナリズム組織」と「ジャーナリズム教育」が「ジャーナリズム・

プロフェッション論の両輪である」ということが指摘されている点は興味深い。それによれば、聖職者と同様に、弁護士や医者のような公的な資格がないジャーナリストは、少なくともアメリカにおいては「組織」と「教育」の二つがプロフェッショナルかどうかを区別する重要な要素であるという。別府三奈子『ジャーナリズムの起源』（世界思想社、二〇〇六年）三〇〇―三〇一頁参照。

(108) 「プレス」の具体的な目的・実践とそれを証明する要素については、「民主的能力」の憲法価値とジャーナリスト集団の「ディシプリン（内部紀律）」についても併せて検討することが有益かもしれない。これについては後日改めて別稿にて検討したい。*See*, Robert Post, Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State (2012); Joseph Blocher, *Public Discourse, Expert Knowledge, and The Press*, 87 Wash. L. Rev. 409 (2012).

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
所属学会　憲法理論研究会、比較憲法学会
専攻領域　憲法、メディア法
主要著作　「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――」『法学政治学論究』第一〇〇号（二〇一四年）