

媒質の思考 (1)

——表現の自由の根幹について——

山羽 祥貴

1. 表現の自由は何を保障するのか？
 - (1)「ジャンル」の類型性
 - (2)二重化された媒質 (以上、本号)
2. 内容規制／内容中立規制二分論の根拠
3. 行為、言語、情動

1. 表現の自由は何を保障するのか？

(1)「ジャンル」の類型性

アメリカの憲法学者ロバート・C・ポストは、1995 年の論文 ‘Recuperating First Amendment Doctrine’ (「修正 1 条法理を回復させる」)¹⁾において、同時代の言論の自由に関する連邦最高裁による違憲審査の図式に対し、その標題よりもずっとペシミスティックな調子で破産宣告を下している。ポストの批判は、おそらくそのあまりに本質的な性格のために、同国の判例法理にも学問的議論状況にも見るべき影響を与えることはできなかった。そのためこの論文の指摘の基本的な内容は、現在のアメリカにおける言論の自由についても—そしてもちろん、同国の図式を輸入した日本の憲法学における表現の自由論にも—当てはまるものである (以下本稿では、慣例にならい「言論 (speech)」と「表現

1) Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN. L. REV. 1249, 1282 (1995).

(expression)」は互換的に用いる)。

よく知られているように、アメリカの言論の自由の法理 (特に 70 年代以降におけるもの) を特徴づけている重要な要素の一つは、内容規制／内容中立規制の二分論である。それによれば、表現の自由の制約は政府による規制が表現の内容に基づいて (content-based) 行われる規制 (内容規制) と、表現の内容に中立的な (content-neutral) 規制 (内容中立規制) に分類され、そのうえで前者には後者よりも厳しい審査が行われる (いずれについても規制を目的と手段のそれぞれから審査する目的手段審査の形式をもつ違憲審査基準が通常は用いられるが、その審査の強度において内容規制に適用されるもののほうが厳格であるとされる)²⁾。両者は厳密にはどのように定義されるのか (内容に基づくとはどのような意味か)、なぜ内容規制は内容中立規制よりも厳しく審査しなければならないのかといった疑問が生じるが、これらの点については後で触れることになるだろう。さしあたり、例えば街頭での演説を、その内容が政府への批判であるがゆえに規制する場合と、演説の場所が不適切であり道路の通行を

2) 一般的な説明としては、内容規制については、いわゆる厳格審査基準 (やむにやまれぬ利益 compelling interest の達成のため、厳密に限定された narrowly tailored 手段であることが要求される) が適用され (see e. g., *Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105, 118 (1991))、内容中立規制については中間審査基準というややヴァリエーションを孕んだ・しかし厳格審査基準よりも緩やかであることにおいては共通する基準 (重要な利益 significant interest のため、厳密に限定された手段であり、情報を伝達するための代替手段が十分に残されているという基準 (*Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293 (1984): “Clark テスト” と呼ばれる)、あるいは実質的な利益 substantial interest の促進のために必要限度を超えない制約であることという基準 (*U. S. v. O’Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968): “O’Brien テスト” と呼ばれる) が用いられる (芦部信喜『憲法学 III 人権各論 (1) (増補版)』411-412 頁、434-441 頁 (有斐閣、2000) など)。後者の中間審査基準二つは、とりわけ情報伝達のための代替手段が残されているかどうかを要求する点において異なることにはなるが (日本の教科書による紹介では多くの場合この要請は省略されるが、例外として安西文雄ほか『憲法学読本 [第3版]』156 頁 (有斐閣、2018) (穴戸常寿執筆)、連邦最高裁の自己理解においては、二つの基準が意味するところは実際上は同一とされる (*Clark*, 468 U.S., at 298)。

妨げる行為として規制する場合とでは、何らかの質的な差異がありそうだということは了解可能だと思われる。

ポストの批判の一つはこのような現状の法理的構造に向けられたものであるが、そこで展開されている論旨は、二分論に対する標準的な批判—内容中立規制であるからといってその表現の自由に対する脅威を軽く見積もるべきではない³⁾—とは次元を異にする。問題とされるのは、上述のような二分論の図式が、修正 1 条（合衆国憲法ではこの条項において言論の自由が保障されている⁴⁾）のもとでいかなる種類の活動が保護されるべきなのかということについての識別能力を欠いているという点である。すなわちこの図式によると⁵⁾、交通事情を理由にデモ行進を禁止する、ゴミの散乱の防止のためにビラ配りを禁止する、森林保全のために新聞の発行部数を制限するといったような、明らかに重要な表現手段を制約しておりその合憲性を慎重に審査するべきであると考えられる規制が、言葉の素朴な意味では「言論」ないし「表現」の制約であるにもかかわらず憲法上の問題が乏しいと思われる規制—政治的主張を社会に向けてアピールするために行われるテロ行為について殺人罪を適用すること、役所の建物など公用財産にスプレーでメッセージを書きつける行為を器物損壊として罰すること、「危険を愛し、活力にあふれ無謀である」べきという生活態度を表現するために自動車を圧倒的速度で走らせる行為を交通法規違反として取り締まること—と同様に、「内容中立規制」というカテゴリーに括られ、同じ基準での審査が行われるということになる⁶⁾。

もちろん実際には、裁判所は両者を同じようには扱わず、そこで制約されている表現活動の種類の性質は考慮されるだろう。しかしそうした考慮は、内容

3) 市川正人『表現の自由の法理』228 頁（日本評論社、2003）。

4) 修正 1 条は言論の自由だけを保障するものではない（信教の自由などもこの条文中で保障される）が、同国の慣例にならいアメリカの言論の自由（ないし表現の自由）に関する法理を修正 1 条法理と記載する。

5) 具体例についてはわかりやすいように若干の改変をしている。また、議論の順序もポストのものの論文におけるものと前後する部分がある。

6) Post, *supra* note 1, 1261-64.

中立規制について一律の審査基準を課すという上述の図式においては構造上排除されるものであるから⁷⁾、二分論によって特徴づけられる現状の修正1条法理はその構造を崩した逸脱的論証の中でのみ一つまり裸の利益衡量によって一適切な事案解決を導きうるものであり、それ自体としては機能していないと言わざるをえない⁸⁾。

こうしたポストの議論においては、修正1条のもとで保護されるべき「言論」ないし「表現」とはそもそも何であるのかという根本的な問題が前景化さ

7) ポストが明示していることではないが補足をしておくと、目的手段審査は、その定式を首尾一貫して理解する限り、立法の目的に一定の重要性を要求し、また手段において必要性（他のより制限的でない手段でも目的を達成できないこと）を求めることにより（注2）に示された審査基準の手段審査もそのようなものとして理解されている）、これらをパスすることにより得られる利益と失われる利益の均衡が擬制されるというものであり（高橋和之『『通常審査』の意味と構造』法時83巻5号12頁、19頁（2011））、またその前提として、審査基準の設定において制約される権利の重要度に応じて目的審査・手段審査の厳格度を分化させるものであるから（高橋和之「審査基準論—個別的衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」ジュリスト1089号165頁、170頁（1996）（ただし、内容規制／内容中立規制で審査を分化させるアメリカの判例法理の歴史的な理解としては、より複雑な経緯がありうることが示唆される））、同じ審査基準の適用の枠内では、制約される表現手段の重要性を考慮することはできないことになる。この点、ドイツ由来の三段階審査の図式によれば、手段審査において利益の均衡（「狭義の比例性」）を検討することができるので（小山剛『憲法上の権利の作法〔第3版〕』71-72頁（尚学社、2016））、このような問題は生じない（事実、注8）にみるようにアメリカの連邦最高裁も実際にはそれに近い処理をしている）。もっともいずれにせよポスト（および本稿）の問題意識の根幹は、その形式は何であれ法理的言説の平面に、本文で述べる「媒質」の思考を顕在化させるべき（そうでなければ表現の自由の法理というに値しない）であるということにあると考えられる。

8) 例えば連邦最高裁は、景観上の理由で住宅所有者がその建物の外観に標識を掲げること（住居表示などごく一部の類型を除いて）禁止する条例について、それは「表現の重要かつ際立った媒質（an important and distinct medium of expression）」として承認されてきたものを規制するものであり、「あまりに多くの保護された言論を禁止する」として違憲とした。City of Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43, 55 (1994). ここで連邦最高裁は形式的には注2）に紹介した中間審査基準（Clark テスト）を用いているものの、実質的には端的な衡量（balancing）によって結論が導かれたものであると、Post は述べている。Post, *supra* note 1, at1264.

れているといえる。およそ人々の社会的活動は何らかの意味で他人との相互作用のもとで行われものであり、それらすべてを「言論」ないし「表現」に含めるという素朴な前提にたつならば、まさに上述のような殺人や器物損壊、スピード違反などの事案も、それらが行われる特殊な文脈を考慮する限りでは何らかの意味内容の伝達（コミュニケーション）ではある以上、その規制は一定の強度をもった司法審査に服さなければならないという不条理な帰結を導く。これらのケースから憲法上保護を受けるべきと考えられる種類の言論ないし表現手段（街頭で行われる演説、本の出版や映画の上映など）を区別するのだとすれば、そのためには後者の活動のみを保護されるべき「言論」ないし「表現」であるとみなすための何らかの範疇的な意味連関を前提としなければならない。

そのような意味連関は何によって与えられるのだろうか。ポストは、ある活動が修正 1 条の保護を受けるかどうかは、それが「言論」であることを承認する社会的な慣行＝規約（convention）に依存すると述べる⁹⁾。言説を路上で公衆へと投げかけること、インクの染みが一定のパターンのもとで配列された紙の数々を束ねること、劇場においてスクリーンの上に連続的なイメージを紡ぎ出すこと、あるいは何の変哲もない小便器を、「泉」という標題とともに提示すること—これらを当該社会において重要な意義をもつ「言論」ないし「表現」として承認するということは、それを演説・出版・映画・展示といった特定の「ジャンル」¹⁰⁾に帰属させるという発話者と受け手の間で共有されたコードによってはじめて可能となる。ところが連邦最高裁は「特定のメッセージを伝達するという意図があり、かつ、当該状況においてその行為を目にする者によってそのメッセージが了解される蓋然性が高い」¹¹⁾のであれば憲法上保護される「言論」であるという極めて一般的な定義に依拠して、これを満たす場合に修正 1

9) Post, *supra* note 1, at 1253-55.

10) *Id.*, at 1253.

11) *Spence v. State of Wash.*, 418 U.S. 405, 410-411 (1974). *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 403-404 (1989).

条のもとでの審査を行う一日本という「保護範囲」の判断に相当する¹²⁾—というコミュニケーションの社会的文脈を捨象した図式に依拠しており¹³⁾、そのために内容中立規制に対して一律に保護を及ぼすという上述のような不合理的帰結がもたらされている。

このようにある活動が憲法上保護されるべき表現手段として承認されるためには帰属していなければならない「ジャンル」としての社会的実践の類型は、ポストにおいて「修正1条の媒質 (First Amendment media)」と呼ばれている¹⁴⁾。内容中立規制は、このような一定の類型としての「媒質」といえる表現手段を制約する場合には（その限りにおいてのみ¹⁵⁾）憲法上憂慮すべき問題が生じると考えるべきなのであり、このことを裏側から述べると、修正1条の重要な役割の一つは、こうした相互作用の形態のうちの一定のパターンとして社会的な承認を得たコミュニケーションの過程を保護することだということになる¹⁶⁾。

まずは、こうしたポストの議論の意義と射程を確認しておこう。確かにポストは、内容中立規制についての違憲審査がしばしばあまりに緩やかないし名目的であることについても批判を向けているのだが¹⁷⁾、にもかかわらず先に述べたように、ポストの問題提起はよく知られた二分論批判とは次元を異にしている—というよりも、鋭い対抗関係にたつというべきだろう。その違いはまさに、

12) ドイツ由来の三段階審査からきている用語ではあるが、違憲審査の前提としてそもそも当該憲法上の権利がレレヴァントであるかどうかを判断する最初の段階としてこれと機能的に等価なものは、概ね普遍的に見出しうる図式とされる。阪口正二郎「比較の中の三段階審査・比例原則」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』235頁、242頁（2012）。

13) Post, *supra* note 1, at 1255.

14) *Id.*, at 1253.

15) ポストは、類型的な「媒質」にあたらない場合には、（本文で後述するように、内容中立規制に限られるが）そもそも修正1条のもとで審査を行うべきではないと述べる。Post, *supra* note 1, at 1252, 1255.

16) *Id.*, at 1255.

17) *Id.*, at 1261-63.

文字通りには「表現」と呼ぶことが可能である様々な社会的実践について、保護されるべきものを類型的に差異化していこうとする思考、すなわち「媒質」への視線の有無に由来している。標準的な二分論への批判は、表現の物的手段についての制約がもたらす表現の「量」の減少を問題視するか¹⁸⁾、あるいは表現の自由を「自己の伝えたい情報を自己の望む時・場所・方法で伝える自由」と捉えて表現手段についての選択権を個人に委ねるべきと論じることによって¹⁹⁾、内容中立規制一般について（内容規制と同様に）厳格な審査を行うことを主張するものである²⁰⁾。このような批判においては、それが内容中立規制というものを一様に捉えている限りにおいて、いかなる類型の活動が表現の自由の観点から保護を受けるべきなのかという問題意識は欠如しているものであり、これはポストが現状の修正 1 条法理—すなわち内容中立規制一般について緩やかな審査基準を用いる—について批判を向けるところの社会的文脈の捨象と同じものだといわなければならない。

むしろ次のように考えるべきだということを、ポストの議論は示唆しているといえる。内容中立規制についての違憲審査が（アメリカであれ日本であれ）しばしば敬謙的にすぎるとしても、それはいかなる「媒質」を保護するべきかという問題についての無自覚にこそ由来するのであって²¹⁾、内容中立規制一般

18) 市川・前掲注 3) 224 頁。

19) 市川・前掲注 3) 226 頁。

20) 市川・前掲注 3) 229 頁。同 230 頁は同じ審査基準の適用の枠内での「類型化」の必要性も述べるが、そこでの「類型化」とは「規制の必要性、規制の限定性」に関するものであり、保護されるべき表現手段の価値に応じて分類を行うという趣旨ではない。

21) 佐々木弘道「『表現の自由』訴訟における『憲法上保護された行為』への着目」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて—奥平憲法学の継承と展開』93 頁、113 頁（日本評論社、2009）は、法令の一般的な合憲性を審査する文面審査よりも具体的な事案の個別性を探求する適用審査のほうが、表現の自由を現実の社会的文脈に即して尊重する憲法文化を日本において育むために實際上優れることを指摘する文脈においてであるが、日本の最高裁判例を題材としながら、憲法上保護される「表現行為」の具体的な類型を探求するべきことの必要性について論ずる。

についてどのような審査を行うかどうかは問題なのではない。制約される表現行為の質をその都度吟味しながら、それが保護されるべき類型のものであるかどうかについて一定の厚みをもった言説を構築して（とはいえ、どのような？）、強く保護されるべき表現手段とそうでないものを切り分けることこそが一別の言い方をすれば、重要でないものは切り捨てることが一、表現の自由の実質的な保障につながるのではないだろうか。すなわち二分論を支持するか拒絶するかは、それ自体としては虚の対立なのであり、背景となる社会的文脈を注視した「媒質」の差異化こそが鍵となる。

もっとも、次のような疑問も生じる場所である。このように「媒質」が社会的慣行＝規約に依存するということは、理論的にはどのように説明されるべきなのだろうか。あるいは、非定型的な表現手段（後に述べる象徴的言論はそのような場合である）について、少なくとも内容中立規制に対しては保護が及ばないということは、正当化されるのだろうか。こうした問いを念頭に置きながら、以下ではこれまで述べてきたことの背後にある問題機制を、ポストの1995年論文から一旦離れつつ、表現の自由の原理論（なぜ表現の自由は保障されるべきなのか）²²⁾と関連づけるかたちで探ってみたい。

通常の二分論の批判者（内容中立規制一般に強い保護を及ぼすべきという立場）がこの原理論の水準で依拠しているのは、表現の自由は個人の「自己実現（self-realization）」（もしくはこれと類似した個人志向的な理念）に資するがゆえに保障されるべきなのだという議論である。そこでの「自己実現」の具体的な意味内容＝社会的拘束を解かれた「自己」が世界に向けて「送り手」として発言する決断の契機を重視し、それゆえに表現手段の選択を一般的に個人へと委ねるのか（C・エドウィン・ベイカー）、あるいは「受け手」の自己決定の名のもとに、匿名的な情報の流れの「量」をそれ自体として保護するのか（マーティン・H・レディッシュ）²³⁾—については異なる立場があるとしても、いずれ

22) この論点についての優れた概観として、芦部・前掲注2)249頁以下、奥平康弘『〔新装版〕なぜ「表現の自由」か』18頁以下（東京大学出版会、2016）。

23) C. Edwin Baker, *Unreasoned Reasonableness: Mandatory Parade Permits and*

においても現実コミュニケーションが反復される場としての「社会」は、「個人」との対置において一様なものとして捉えられており、人々を結びつける具体的な実践の形態については関心が向けられていない。

しかし発話は、真空の中で行われるのではない。相互作用の具体的な形態を捨象して、現実の社会過程におけるコミュニケーションの意義を無前提的な「個人」にとっての価値へと還元しようとする表現の自由論は、裁判をはじめとした実践的な判断の場における規制力をどれほど持ちうるだろうか²⁴⁾。もちろんだからといって、現実において成立している社会的相互作用の過程それ自体を一様に保護しようとするならば、それはコミュニケーション一般を保護するという同じ帰結に陥ることになり、それはすでに見た通り不条理である。したがって問題となるのは、保護されるべき表現活動の類型をどのようにして選別するかである。

表現の自由の保障すべきことのもう一つの主要な根拠としては、「自己統治 (self-governance)」と呼ばれる理念が挙げられる²⁵⁾。これは伝統的には、選

Time, Place, and Manner Regulations, 78 NW. U. L. REV. 937 (1983). Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 STAN. L. REV. 113 (1981). 日本の二分論批判との関連については、参照、市川・前掲注 3) 199-200 頁 (ベイカーに依拠)、同 201-202 頁 (レディッシュに依拠)。これらの論者の原理論の内在的な検討として、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて—奥平憲法学の継承と展開』121 頁 (日本評論社、2009) がある。

24) 市川・前掲注 3) 232 頁は、日本の最高裁が二分論 (と明示しなくてもそれと通じる思考様式) によって内容中立規制 (と裁判所がみなしたものの) の合憲性を容易に認めるという現状を踏まえると (同 211-212 頁)、内容中立規制について審査基準を弱めるべきではないというプラグマティックな観点からの議論を展開するものであるが、後に論ずるように、例えば猿払事件に代表されるような日本の最高裁の思考様式の問題性は、内容中立規制そのものの軽視とは別の点に (も) あると本稿は考える。

25) その他、「思想の自由市場」における真理の発見というものも挙げられる。芦部・前掲注 2) 253 頁。この「思想の自由市場」という形象については、内容規制と内容中立規制の区別の根拠についての従来の議論においても参照されてきたもので、それについて検討する箇所では若干触れることになる。

挙における投票を主軸とする民主的な政治過程を適切に機能させるためには一定の情報流通が自由に行われることが必要であり、そのために表現の自由は保障されているという趣旨のものとして論じられてきた。一見して想像がつくように、この根拠に素朴に依拠する場合には、「言論」として保護されるべき対象は極めて限定されうることになる。事実このような立場から、修正1条の射程に入るのは政府・公務員の活動など狭い意味での「政治」に関する言論のみであり、芸術や学問は含まれないという主張も、積極的な司法審査による民主的過程の侵食を警戒する論者によって行われていた（ロバート・H・ボーク）²⁶⁾。もちろんこれは必然的な選択ではなく、より良い政治的決定を下すという責任を負った投票者がその任務を全うするため、自らの知識・知的能力、「人類共通の価値への感受性」を高めるための営み—教育、学問、芸術、公的事柄（public issue）についての議論と情報伝達—へと参与することが修正1条の権利として認められなければならないという立場もありうる（アレグザンダー・ミクルジョン）²⁷⁾。しかしこのように「統治」に必要な情報を拡大して捉える場合、保護されるべき表現の選択が再び不明確となることは避けられない²⁸⁾。

だがそもそも、このような特定の価値基準を用いて保護されるべき表現を選び出すことが、（とりわけ裁判官などにおいて）正統に行いうる作業なのだろうか。ポストの「原理論」²⁹⁾は、自らを「自己統治」論の系譜へと接続しながら

26) Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 27 (1971).

27) Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, 1961 SUP. CT. REV. 245, 256-257 (1961). ただしミクルジョンの見解の変遷について、奥平・前掲注22) 22頁を参照（本文で述べているのは変遷後の見解である）。

28) Bork, *supra* note 26, at 26-27.

29) 近似的にこのように言えるが、ポスト自身は、表現の自由の保障根拠（原理論）について単一のものを追求することは、表現が行われる社会的文脈を等閑視すること（ポストはそこが連邦最高裁の修正1条法理の問題点だと考えている）につながるとして、懐疑的な態度を示している。Post, *supra* note 1, at 1271-73. Robert C. Post, *Constitutional Domains* 16 (Harvard University Press, 1995).

ら³⁰⁾、そのうえで上述の論者のような問題設定そのものに対して根本的な異議を述べるものである。同じく 1995 年の著書 “Constitutional Domains” (『憲法の諸領域』)³¹⁾において示されているポストの理論の骨格を、簡潔に提示しておこう。

民主政を単なる多数決による意思決定の仕組みと同視することを拒絶する討議民主主義の伝統にたつポストは、選挙や議会のような統治の制度的仕組みの背後にあってこれを統御するべき公論 (public opinion) の形成過程への個人の参加可能性を担保することによって、多数者による少数者の抑圧を超えた集合的自己決定を規制理念として保持することを、憲法による言論の自由の保障の主要な機能と理解する³²⁾。そうした公論の形成過程はポストにおいて「公共的ディスコース (public discourse)」³³⁾と呼ばれており、それは相互に矛盾する諸価値が抗争し、和解し、あくまで暫定的な共通意思 (common will) が絶え間なく生成する場として³⁴⁾、徹底的に価値自由でなければならない—ということは、「公共的ディスコース」の内容だけでなく枠組みそのものが、特定の価値観によって規定されてはならない—ということを意味する³⁵⁾。そのため上述の「自己統治」論者のように、「何がより良い統治につながるか」という問いを立てることによって保護されるべき表現を選び出そうとすることは当然拒絶されるし—そのような問いの立て方は、公論の質を外在的に判定するための特定の価値基準を必然的に要請するから³⁶⁾—、それどころか、人格の相互的な尊重のよう

30) Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 482 (2011).

31) Post, *supra* note 29.

32) *Id.*, pp. 184-187.

33) この語自体はポストの独創ではなく、連邦最高裁の判例 (*Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, 55 (1988) など) からとられたものであり (*See* Post, *supra* note 29, pp. 119-178)、本文で紹介したポストの理論も、基本的には、修正 1 条の判例に働いている論理を (違憲審査基準論とは別の次元において) 抽出したものである。

34) Post, *supra* note 29, p. 276.

35) *Id.*, p. 274.

36) *Id.*, p. 270.

な討議倫理的な要請もそこでは宙吊りにされ、侮蔑的な言辞³⁷⁾、さらには憎悪表現³⁸⁾でさえも許容されなければならない。それは時には、「突き抜けるような衝撃 (visceral shock)」とともに所与のアイデンティティへと裂け目がもたらされる、徹底した脱規範性 (anomaly) の刻印を帯びた批判的な相互交流の場である³⁹⁾。

もちろん、そのような営みが日常のあらゆる場面を覆うとすればそれは不条理である。批判的相互交流において個人の尊厳を完全に宙吊りにするならばそれは社会そのものの瓦解を招くから、「公共的ディスコース」における批判的挑発に曝される以前の自我を構成する紐帯としての「共同体 (“community”)」を保持することも認められなければならないし (名誉やプライバシーの保護)⁴⁰⁾、また、民主的な手続きによって設定された諸目的を実現するために道具的合理性の論理のもとで諸事物およびアクターを「管理＝運営 (“management”)」することも当然政府の役割としては承認される (軍あるいは諸々の行政組織内部におけるコミュニケーションの統制)⁴¹⁾。「公共的ディスコース」の完全なる脱規範性が妥当するのは、これらの「領域 (domains)」と区別されたあくまで例外的な局面に限られるのでありーポストはそのような領域を「民主政 (“democracy”)」と呼ぶ一、そこにおいてのみ人々は価値や目的から自由なコミュニケーションを行うことを保障される (つまり、全き意味での「表現の自由」を享受する)。

このことは、次のような逆説を帰結する。こうした立論のもとで実践的に重

37) *Id.*, pp. 102-108.

38) *Id.*, pp. 291-331.

39) *Id.*, p. 188, pp. 313-314. ポストは出発点としてはハーバーマスやケルゼンの継承者でありつつ (*id.*, pp. 184-187)、実質的にはシャンタル・ムフ流の闘技的民主主義に (個人と集団のいずれを参照点とするかといったことを除けば) 近い面があるといえる。See, Chantal Mouffe, *On the Political* (Routledge, 2005).

40) *Id.*, pp. 13-14.

41) *Id.*, p. 13. これは「パブリック・フォーラム」の境界にも関わる思考の図式として提示されているが、ここでは深入りしない。

要なのは「公共的ディスコース」の限界、すなわち「民主政」とその他の「領域」の境界をいかに定めるかであり、修正 1 条についての裁判官の憲法解釈においてもそこが主たる問題となるが⁴²⁾、すでに述べたように公共的ディスコースのあり方を外部から特定の価値観によって規定してはならないのである以上、その「領域の境界に、究極的な根拠＝説明 (final account) はありえない。」⁴³⁾ 集合的な「自己決定」なるものをラディカルに突き詰めるならば、その形式さえもそうした人民の決定に委ねられなければならないのであり⁴⁴⁾、他のいかなる主体も統治のより良い枠組みについて代弁することは不可能である。そのため結局のところ裁判所は、境界画定にあたって基本的には既存の社会的実践の現実 (社会構成員の当該文脈における予期のパターン) を尊重するほかに⁴⁵⁾、たとえ裁判所が自らの創発性をもって「公共的ディスコース」の範囲を広げるとしても、最終的にはその正統性は、裁判所を取り囲む文化的諸価値 (ambient cultural values) の説得的な解釈といえるかどうか依存する⁴⁶⁾。

つまりポストにおける表現の自由は、その核心をなす「公共的ディスコース」が与えられた超越論的な座—それは批判的相互交流の中で生起する変容において統治の主体が自己を「構成する (constitute)」場であり⁴⁷⁾、そうした過程を憲法上の権利として統治システムの内部へと埋め込むポストの表現の自由論

42) *Id.*, p. 2.

43) *Id.*, p. 177.

44) *Id.*, p. 274.

45) *Id.*, p. 253 (管理＝運営と公共的ディスコースの境界について、立法府が前者の論理に基づいて行動することを正当化できるのは、原則として現実の市民の予期を裏切らない場合だとする)。*Id.*, pp. 164-169 (名誉毀損に基づく損害賠償が憲法上認められるかの基準の一つとして表現内容が公共の関心事 (public concern) か否かが問題となるが、その境界は規範的に (いかなる事柄が公衆の関心の対象となるべきかと言う価値基準にしたがって) 決めるのではなく、記述的な基準 (現実社会構成員がいかなる事柄に関心を持っているか) に依拠するべきだとする)。

46) *Id.*, p. 17.

47) *Id.*, p. 190.

は、同時に徹頭徹尾「プロセス的」⁴⁸⁾な憲法理論だといってよい—のゆえに、結果的にはその限界を既存の社会的・文化的な相対性に委ねざるをえない。そもそもこのような統治のあり方そのものが、ポストの意味での「民主政」なるものにコミットした共同体(“democratic community”)の暫定的なコンセンサスに支えられた偶有的なものでしかないのである⁴⁹⁾。

「媒質」の問題に話を戻すと、内容中立規制において保護されるべき表現手段の社会的慣行＝規約への依存という説明も、こうした文脈で理解することは可能だろう。「公共的ディスコース」の境界が既存の社会的編成に委ねられる以上、いかなる類型の実践が表現の自由の「媒質」として保護されるべきかについても(ポストは冒頭の1995年の論文ではこの問題を直接には扱っていないが)、社会において成立している表現手段の諸ジャンル(演説、出版、映画、展示……)の相対的な自明性を尊重するしかない。価値観＝アイデンティティが危機に曝されるような他者との出会いも、こうしたスタティックな類型へと包摂されることによって、はじめて憲法上の「表現の自由」へと安住することができる。

別の言い方をすれば、表現行為における個人の創造性は一少なくとも憲法の観点からは—社会的に承認された既存の枠組みの内側でのみ特権的な地位を与えられる。確かにポストの議論においては、「自律」的な主体としての個人による「公論」の生成過程への参加が民主政の条件となっているという意味で

48) 実体的価値ではなく統治のプロセスを定めたものとして憲法を捉える考え方が、このように形容される。参照、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』47頁(有斐閣、2007)。アメリカの代表的な見解として John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980)。なおポスト自身は、イーリイが実体的価値に対して中立であると標榜する純粋な多数決主義的民主政観に対しては、その手続きが体现している価値を捨象することは理論として不十分であると(それ自体は当然の)指摘を行う(Post, *supra* note 29, pp. 6-7.)が、そこでの民主政における「価値」について突き詰めた検討を行ったポストの憲法観は、本文のようなものである。

49) Post, *supra* note 29, p. 18.

は⁵⁰⁾、「自己実現」的な契機が「自己統治」と接続されているとはいえるのだが⁵¹⁾、それもまた、「法システムの観点からすると、自己実現それ自体は、単に個人的ではなく社会的な実践であり、ほかのあらゆる社会的実践と同様、それには適切な時間と場所がある」⁵²⁾という留保の限りにおいてのことである。そもそもポストにおける「自律」とは、第一義的には公共的ディスコースにおける実体的価値の空洞性の反射にほかならず⁵³⁾、その外部において国家の定めた目的が優位することは当然に承認しなければならない⁵⁴⁾。そして問題となるその境界は、すでに述べたように、所与の社会的編成を尊重しながら究極的には恣意的に引かれるほかない。

要するにポストの理論は、個人が既存の価値や目的に対して徹底的に否定的に向き合いこれを乗り越えようとする極点から、集合的自己決定を行う主体となる運動を描こうとしながらも、それを規定する枠組みの首尾一貫した無根拠性のゆえに、逆説的にも既存の社会的現実へと従属することになったものといえる。このようなポストの議論における社会的編成の優位は、プレス、放送、大学、図書館、教会といった現実存在する諸制度の自律的営みを保護すること

50) *Id.*, p. 7, 273.

51) 阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』」長谷部恭男＝中島徹『憲法の理論を求めて－奥平憲法学の継承と展開』39 頁 (日本評論社、2009)。

52) Post, *supra* note 1, p. 1273. 阪口・前掲注 51) 59-60 頁で紹介・引用されているポストの議論は、表現の手段選択について個人の広範な自由に委ねるかのようであるが、これもまた「公共的ディスコース」の枠内においてのことであり、また議論の背景の違いとして、同論文で紹介されているポストの論旨は、ミクルジョンらのような表現の自由の枠組みを特定の価値基準によって規定できるという立場との対抗関係にたつものなので、(公共的ディスコースの内部とはいえ)その自由放任の性格が強調されているのだと思われる。

53) 「自律は、適切に理解される限り、公共的ディスコースの領域の内部および言論の抑圧に関して、国家が常に集合的アイデンティティを必然的に解放的なものと見なさなければならないということを意味する。」Post, *supra* note 29, p. 278.

54) *Id.* ただし (おそらく) 実体的デュー・プロセスによる権利の保障において、公共と関わらない私的な自律の保護 (*id.*, p. 7) も含意されているようである。

を憲法の表現の自由の主要な意義として捉える近時の修正1条制度論⁵⁵⁾—こちらではもはや市民の自律性は諸システムの自己法則性へと解消ないし統合されるのだが、その点を除けば—に実質的には相当程度接近しており、そのうえで「公共的ディスコース」という形象にいまだ残る観念性を、後者によって批判されることになるだろう⁵⁶⁾。

だがそもそも、このような議論をすることに何か意味があるのだろうか。おそらく、これまで紹介したようなポストの表現の自由論＝憲法理論に説得されなくても、保護されるべき表現手段の類型としての「媒質」が既存の社会的実践に依存するということは、実際上避けがたいことのように思われる。「媒質」を何らかの理由づけをもって価値的に選別できるという前提をとったところで、個々の表現活動について「自己統治」（「自己実現」でもよいが）の価値に資するかどうかということを個別に判断しようとするなら、そこにおいて—とりわけ裁判官の一選好によるアドホックな操作（manipulation）が入り込むことは避けがたく、そしてこれは堪え難いことであるから、ひとまず社会で共有されている「ジャンル」としての表現手段の類型を（すなわち文筆や演説やデモや展示といったものを正統な表現手段として位置づけるような「共通了解」を）尊重するということは、さしあたり賢慮の所作だといってよい。このようにそれ自体がほとんど当然のことである「ジャンル」の恣意性を、もともと大して実益のない原理論⁵⁷⁾—驚くべきことに、なにゆえ芸術表現の自由が保障されるべきなのかといったことについて、学説上定見と云うものは存在しない⁵⁸⁾—と並べて今さら暴きたててみたところで、何か得るところがあるのだろうか。

55) Paul Horwitz, *First Amendment Institutions* (Harvard University Press, 2013) その他修正1条の解釈上「制度」に着目する議論の紹介として、横大道聡「『修正1条制度論』について」公法研究75号244頁（2013）。

56) Horwitz, *supra* note 55, pp. 12-13.

57) 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』167-168頁（有斐閣、2011）は、表現の自由の原理論にコミットしてその理論的不完全性を指摘したところで、かえって表現の自由の重要性に対するコンセンサスが揺らぐ帰結を招来するだけだと述べる。

58) 参照、小山・前掲注7)88頁。

しかし第一に、現状広く流通している修正 1 条 (ないし表現の自由) 法理の図式において一たとえ「付随的な (incidental) 制約」⁵⁹⁾として漠然と予感されることはあったにしても一制約される表現手段の類型的差異に応じた取り扱いの区別は明示的には反映されていなかったのであるから、こうした区別に一応の理論的な輪郭を与えるということに意義はあるだろう。そして、そのような区別がたとえ最終的には恣意的なものだとしても、それでもやはり (交通法規違反として取り締まられるスピード違反者に表現の自由の保護を与えるという帰結を、ひとまずの理由をもって拒絶するなら)「媒質」の選別を行わなければならないのだということを、自覚することにも意味はあるだろう。既存の共通理解に寄りかかりながらであっても、ミクロレベルの論証によって問題となる表現行為 (政党を支持するためのポスター掲示は典型的な政治的「表現」活動ではないか……⁶⁰⁾) が保護されるべきかどうかをその都度議論していくという

59) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 4 版〕』239-240 頁 (有斐閣、2017) (表現内容中立規制の内部に、時・所・方法の規制と付随的規制を区別)、穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〔第 2 版〕』137 頁 (日本評論社、2014) (両者を区別したうえで、付随的規制よりも時・所・方法の規制のほうが緩やかな審査基準で足りることを示唆)。「付随的制約」の概念については (「間接的制約」との異同を含めて) 近年論稿が多く (長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」同『憲法の円環』235 頁 (岩波書店、2013)、横大道聡「表現の自由に対する『規制方法』」阪口正二郎ほか『なぜ表現の自由か—理論的視座と現況への問い』49 頁 (法律文化社、2017) など)、相互に意味が少しずつ異なると思われるが、いずれにしても、諸学説における議論ではそうした区別が憲法上のいかなる原理に由来するのかが必ずしも明らかでない場合が多く、そのことが議論の混線を生んでいるように見受けられる。ひとまず本稿としては、従来の学説との対照についてはあまり探求せずに、本文で示したような思考の方向性があることを示すにとどめたい。なおアメリカのポスト以外の論者による「付随的制約」についての議論としては、Michael C. Dorf, *Incidental Burdens of Fundamental Rights*, 109 Harv. L. Rev. 1175, 1209-10 (1996). (内容中立規制全体を付随的規制としつつ、そのうえで重要な表現手段を制約するものとそうでないものを差異化する) などがある。

60) 行政組織の政治的中立性を保持するために、国家公務員の政治的行為をほぼ一律に規制することを合憲とした最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁〔猿払事件〕に関して、佐々木・前掲注 21) 106 頁。

ことは、表現の自由の実質的な保障には不可欠と思われる。その反面として、そうした言説には乗らないような非定型的な表現活動が（内容中立規制においては）保護の範囲外に置かれたとしても、それは当然に甘受すべき帰結ではないだろうか。

そのうえで、「言論」ないし「表現」として承認しうるような社会的実践としての「媒質」へと視線を向けることは、こうした審査基準論についてのテクニカルな問題をを超えて、より生産的な問題領域を開く可能性がある。本稿が探究したいのはそのようなことであり、しかも以下では、これまで見てきたような内容中立規制の種別において現れる表現手段の類型としての「媒質」論とは異なる次元のことを、すなわちポストにおいて十分に前景化されていないこととして、このような社会的に承認された「ジャンル」の類型性としての「媒質」とは異なる、より抽象的なコミュニケーションのプロセスとしての「媒質」についての思考とでもいうべきものが、これまで検討していなかった表現活動への内容規制の水準において広がっているということを論じてみたい。

(2) 二重化された媒質

内容規制について、ポストが冒頭の 1995 年の論文において述べていることをまずは確認しておこう。こちらの文脈では、今見てきたような「ジャンル」としての媒質、すなわち典型的に保護されるべきコミュニケーション過程といえるかどうかは問題とならない。例えば 1989 年の Texas v. Johnson 判決⁶¹⁾において、被告であるジョンソンは、当時のレーガン政権の政策などへの抗議のために星条旗を燃やしたために、国旗の毀損を禁止する法律に基づいて起訴された。ここで問題とされた星条旗を燃やすという行為は「アイディアのコミュニケーションのための承認された媒質」、すなわち典型的に表現手段として保護されるべき「媒質」ではない（とポストは述べる⁶²⁾）。実際、処罰を合憲とす

61) 491 U.S. 397 (1989).

62) Post, *supra* note 1, at 1255. 「国旗」は何らかの意味内容を伝達することを主要な目的としたオブジェクトという面があるのではないかという疑問があるなら、次の段

るテキサス州の側は、ジョンソンの行ったような国旗の破壊行為は憲法上保護されるような表現行為ではないと主張していたが、これに対してブレナン法廷意見は、行為者が表現のために選んだ「特定のモード (particular mode)」にかかわらず⁶³⁾、「政府がそのメッセージに不同意であるというだけの理由で表現を禁止してはならない」と述べて⁶⁴⁾、ジョンソンを処罰することは違憲だとした。つまり「何が規制されているか」(規制の対象)というよりも、「なぜ国家が規制を課そうとするか」(規制の理由)が、*Johnson* 判決のような事案では問題とされることになる⁶⁵⁾。

この事件で問題となったようなジョンソンの行為は、文字通りには「言論」とはいえないような非言語的な行為を、それが一定のメッセージの伝達として了解されるような特殊な文脈で行うという意味において、「象徴的言論 (symbolic speech)」と呼ばれる⁶⁶⁾。他に連邦最高裁で問題となった事例としては、ホームレスの惨状を訴えるために公園内にテントを設営して眠りにつくこと⁶⁷⁾、ベトナム戦争への抗議として徴兵カード (徴兵対象者の同定に用いられる) を大衆の面前で燃やすこと⁶⁸⁾、同じくベトナム戦争への抗議のために黒いアームバンド (直接的には戦死者への喪を意味するが、同時に戦争への抗議ともなる) を着用するという行為を学校でも継続すること⁶⁹⁾ 等がある。これらのような行為は一劇場などにおいてパフォーマンス・アートとして行われるならばともかく一演説や出版のような典型的に保護されるべき表現手段としての「媒質」とは言い難いので、内容中立規制に対しては脆弱であり、そのため公園で

落を参照のこと。

63) *Johnson*, 491 U.S., at 416.

64) *Id.*

65) Post, *supra* note 1, at 1255.

66) 参照、芦部・前掲注 2) 432 頁。厳密な定義の試みとして、Joshua Waldman, *Symbolic Speech and Social Meaning*, 97 Colum. L. Rev. 1844 (1997).

67) *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984).

68) *U. S. v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

69) *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503 (1969).

眠ることは、他の利用者にとって良好な環境を保持することを目的として⁷⁰⁾、徴兵カードの焼却は、徴兵システムの円滑な運用を目的として禁止しうる⁷¹⁾。他方において、政府がそのメッセージの内容を理由として規制する場合（つまり内容規制の場合）には、こうした非定型的な表現であっても強い保護が与えられ、黒いアームバンドの着用を、それが教育現場において論争を引き起こすことを避ける目的で禁止することについては違憲とされた⁷²⁾。

このように、非定型的な表現行為への制約においては、政府がこれを規制する理由が、合憲が違憲かを分ける重要な分水嶺となるのであり、そこで伝達されるメッセージを抑圧するために政府が規制を行うならば（その限りにおいてのみ）、たとえ類型的に保護されるような「媒質」以外の表現手段の抑圧であっても、憲法上重大な問題が生じることになる。*Johnson* 判決の事案でも、もしジョンソンの行為が放火罪で（仮に当罰性のある危険を生じさせていたとして）訴追されていたのなら、その処罰は問題なく合憲とされていただろうし⁷³⁾、逆に、「危険を愛し、活力にあふれ無謀である」べきという生活態度を表現するために自動車を圧倒的速度で走らせるという上述したような瑣末な例でも、これがファシズムのような危険思想を助長するという理由で禁止されるなら、それは憲法上重大な問題を生じさせるだろう。

以上のことが意味するのは、同じ修正1条による表現の自由の保護であっても、その内実には二つの異なる性質の要素—類型的な「媒質」の保護と、政府の規制の「理由」の統御—が混在しているということであり⁷⁴⁾、前者が内容中立規制、後者が内容規制に関わるのだということになる⁷⁵⁾。ポストはこうした

70) *Clark*, 468 U.S., at 296.

71) *O'Brien*, 391 U.S., at 378.

72) *Tinker*, 393 U.S., at 510.

73) *Post*, *supra* note 1, at 1257.

74) *Id.*, 1255-56.

75) ただし理由の統御と媒質の保護をそれぞれ内容規制と内容中立規制に対応させることは、ポストの議論の紹介としては近似的なものであり、二つの要素の双方が同時に問題となるような例も挙げられている（例えば、新聞紙上での名誉毀損や映像

二元性と自らの原理論の関係については、内容規制における「理由」の統御は、特定の価値観＝アイデンティティのあり方が外在的に押し付けられることにより公論の自己変革のプロセスが妨げられるべきでないという「規範的次元 (normative dimension)」—脱規範性が規範的に要請されるというべきだろう—、内容中立規制における類型的な「媒質」の保護については、異質な人々を結びつけ、その中で共通意思が生成するような相互的コミュニケーションの手段を用意することという「物質的次元 (material dimension)」に対応するのだと述べている⁷⁶⁾。もちろん内容規制と内容中立規制で考慮すべきことが異なるということを理解するために、こうしたポストの理論にコミットしなければならないわけではない。政府がいかなる理由 (目的) で表現を制約しているかということ問う場合と、規制の帰結として重要な表現手段が奪われるかを問題化する場合というかたちで表現の自由の意義を二元的に捉えることは、憲法上の権利一般について近年よく知られるようになった機能的区別、すなわち政府行為の理由を問おうとする「切り札」としての権利—そこでは目的手段審査による費用便益分析の形式を借りながら、それが建前 (表向きの立法目的) と現実 (立法府が実際にとった手段) の整合性を問うことによる事実上の「あぶり出しの機能」によって、「真の立法目的」が暴かれる—と、結果を問題とする「シールド」としての権利—この場合は通常通り目的手段審査は利益衡量の定式化として理解される—の二元論という図式⁷⁷⁾に対応させて理解することもひとま

作品における人種迫害の扇動)。Id, at 1256. したがって、表現の自由の規制類型としては、a)理由の統御と b)媒質の保護のうち、①双方が問題となるもの (今挙げた例)・② b)だけが問題となるもの (路上でのビラ配りを禁止する場合)、③ a)だけが問題となるもの (Johnson 判決のような場合)、④いずれも問題にならないもの (徴兵カードを破棄する行為を、徴兵システムの円滑な運用のために処罰する場合)、の四つに分類できることになる (それぞれ id, at 1256 に示されたマトリックスの 1～4 に対応)。このうち①と③が内容規制、②と④が内容中立規制と一般に呼ばれるものにあたる。

76) Id, 1276

77) 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』147 頁 (日本評論社、2011)、西村裕一「『審査基準論』を超え

ずは可能であり、このように考えるならば、表現の自由の保障には実質的には二つの要素が混在しているという発想は、もはや馴染み深いものと言ってもいいかもしれない。

それではこのことは、内容規制の文脈では規制の対象（行為者が選んだ表現手段）に目を向ける必要はなく、規制の理由（目的）だけに照準すればよいということの意味するのだろうか。実際ポストは、「不当な利益に仕えるために制定された法律は、そのことゆえに違憲」なのであり、これは「規制の適用範囲」とは独立に妥当すると述べたうえで、それにもかかわらず連邦最高裁が—「特定のメッセージを伝達するという意図があり、かつ、当該状況においてその行為を目にする者によってそのメッセージが了解される蓋然性が高い」か—という「言論」についての先の素朴な定義⁷⁸⁾を用いて—このような判断を行なっていることにも批判を向けている（つまり「保護範囲」の判断は、政府が不当な理由に基づいて規制を行う場合には（原理的には）不要ということになる）⁷⁹⁾。

ところが *Johnson* 判決のブレナン法廷意見は、次のようにも述べていた。「我々が異を唱えているのは、州の目的 (ends) ではなく、手段 (means) である。」⁸⁰⁾これが意味しているのは以下のようなことである。本件において連邦最高裁は、およそ国旗を国民統合のシンボルとして利用しようとすること自体—つまり特定のナショナル・アイデンティティのあり方をあらかじめ公式に選択すること—が修正1条に反するとしていたわけではない。被告側の弁護士は、そもそも国旗の使用について何らかの規律を設けること自体が許されないと主張していたのだが、これに対して法廷意見は、国家の象徴としての国旗の地位を保持しようとする事自体は全く正当な利益であり、例えば国旗の使用の作

て」木村草太＝西村裕一『憲法学再入門』124頁、128-129頁（有斐閣、2014）。

78) 注11)およびこれに対応する本文を参照。

79) Post, *supra* note 1, at 1255. ただしあぶり出しのための目的手段審査を用いる場合には（注77)に対応する本文を参照）、便宜的にはいえこれを求めることには意義はあるだろう。

80) *Johnson*, 491 U.S., at 418.

法について強制的でないルールを定めることなどには問題はないと述べ、ただそのことは、「政治的抗議の手段として旗を燃やす人を犯罪として処罰してよいということを意味しない」⁸¹⁾と述べている。『説得や例示によって公権力が促進しうる目的としての国民統合が問題なのではない。問うべきなのは、我々の憲法のもとで、本件で用いられているような強制がその達成のために許容される手段かどうかである。』⁸²⁾つまり、国家が思想的・イデオロギー的に中立であること自体が要請されるわけではなく、そのような理由で、市民の政治的抗議としての「表現行為 (expressive conduct)」⁸³⁾を (非定型的なものであっても) 禁止してはいけないということがここでは述べられているのであり、「理由」の統御においても規制されている「対象」を完全に捨象してよいわけではない⁸⁴⁾。

確かにこのような指摘をすることは、少なくとも今検討している例に関する限り、実際上はトリヴィアルである。国民統合の象徴としての国旗を保持するべきという同じ出発点に立ったうえで、その尊重を (作為であれ不作為であれ) 強制することと、強制を伴わずにその尊重を励行することとの間に質的な差異があることはあまりに自明のことであり、憲法上の権利 (自由権) 規範を適用する前提としてそもそも政府が市民の行動を制約しているかを問うという、憲法学において基本的な⁸⁵⁾区別に解消されるようにも思われる。実際、上述し

81) *Id.*, at 418.

82) *Id.*, at 418 (citing *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 640 (1943)).

83) *Id.*, at 415.

84) 実際ポストは、同じ法令であっても適用状況に応じて、規制の理由として憲法上問題であるものとそうでないものに分かれるということ (例えば近隣等の平穏を害することを禁止する法令が、住宅街で酔っ払いながら騒ぐことに適用される場合と、服の上に徴兵への抗議の趣旨で “Fuck the Draft” と縫い付けることに適用される場合では、規制の理由への評価は全く異なる) も述べており (Post, *supra* note 1, at 1257-58)、これは規制の対象の性質によって理由の正当性が異なることを意味している。ポスト自身は、これは単に普通でないレアケースだと述べる。*Id.*, at 1258-59.

85) 小山・前掲注 7) 35 頁以下、木村草太『憲法上の急所—権利論を組み立てる〔第

た引用箇所も「強制」の有無に着目しているではないか。もちろん「強制」か否かという端的な区別に依拠する場合には、いかなる行為が制約されているかについてはそれ以上問わないということだから、表現の自由が「表現」を保障していることの固有性はこの文脈では失われることになるが、それで何か問題でもあるのだろうか⁸⁶⁾。

だが、*Johnson* 判決の言説をもう少し追ってみよう。ブレナン法廷意見は次のように述べて、星条旗の特別な地位を守るための、国旗の毀損を禁止するよりも優れた代替手段を指摘している。星条旗の特別な役割を保全するためには、反対の立場の者を処罰するのではなく、「その者たちは間違っているのだと説得しなければならない。」⁸⁷⁾ この「説得」という主題そのものは先に引用したところからも現れているが、その主体は拡張されている。「我々は、旗を燃やすことに対して、自らが所有する旗をたなびかせるよりも適切な応答を、旗を燃やす者のメッセージへの対抗として、燃えさかる旗へと敬礼することよりも良い方法を、燃えてしまった旗のせめてもの尊厳を守るために一本件においてある証人が行ったように一その残骸に敬意の火葬を与えること以上に確実な方法を、想像することができない。」⁸⁸⁾ すなわち代替手段とは、こうした政府以外のアクターによる諸実践の系列を国家は放任するべきということでもあり、それによってこそ星条旗の地位は保持され、ひいては国旗を通じた国民統合をはかることが可能となる。このような憲法上より望ましいと評価できる手段があるからこそ、国民統合という目的の達成のために、国旗の毀損禁止という抑圧的な方法をとるべきではないと、法廷意見は述べていることになる。

2 版)』4-6 頁 (羽鳥書店、2017) など。

86) あるいは、ここで提示されている「代替手段」は、統治の主体としてではなく表現の主体としての政府が行う発話 (政府言論) であるから、イデオロギー的中立性は要求されないは当然なのだと裏側から言ってみてもいいだろう。政府言論に見解の中立性が要求されないことについて、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト 1244 号 91 頁などを参照。

87) *Johnson*, 491 U.S., at 419.

88) *Id.*, at 420.

違憲審査基準（目的手段審査）の公理系に多少なりとも通じた者は、ここで奇妙な居心地の悪さを感じることになる。こうしたブレナンによる「手段」の審査をどのように理解すればよいだろうか。政府や他の市民による「説得」や「例示」といった「より制限的でない他の手段（Less Restrictive Alternative）」によって国民統合という目的は十分効率的に達成できるものと想定されたがゆえに、国旗毀損の処罰という手段の「必要性」が否定されたということなのだろうか。もしそうだとすると、仮にそうした対抗言論のプロセスに委ねた結果、星条旗の地位そのものが揺らぎ、その国民統合への効果が危うくなるという事実レベルでの推論が成り立つならばジョンソンの処罰も許されることになるが、これはそういう話なのだろうか。これら二つの「手段」の差異は、そうした費用便益分析の図式のもとで等価的に衡量できるような性質⁸⁹⁾のものと考えるべきではないように思われる……。⁹⁰⁾ おそらく法廷意見も、仮に国旗の冒涇を認めた結果として星条旗の地位が揺らぐことになったとしても、そうした結果を

89) John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 Harv. L. Rev. 1482, 1481-90 (1975) が指摘するように、必要性の審査において代替手段が実際にとられた立法手段と厳密に同程度に立法目的を達成することを要求すると、立法府に課される行為規範としては全く余計な手段を講じるというものに尽きてしまい、憲法上の権利への保護は極めて名目的なものにとどまることになるので、それで満足しないならば、代替手段が目的達成の効率性において劣りうることを認めよう。その程度と権利の制約の程度が少なく済む度合いを衡量するべきことになる（イーリーの直接の指摘の対象は内容中立規制に適用される O'Brien テスト（注 2）で紹介した中間審査基準）に関するものであり、ここから彼は伝統的な表現手段についてはこうした衡量含みの必要性審査を、そうでない場合には前者の全く無益な手段選択のみを違憲とするアプローチをとることが現実的な解決策であることを示唆する）。駒村圭吾「憲法の論証における厳格審査」法学教室 338 号 40 頁、48-49 頁（2008）も参照。

90) 土井翼「O-157 集団食中毒原因公表事件」法学教室 468 号 10 頁、14 頁（2019）は、行政機関による情報公開の適法性を論じる文脈であるが、情報が私人の自己決定の基盤となること、あるいは社会における議論や新たな情報や知識の創出といったさらなるプロセスへと発展する性格のものであることから、情報の流通を法的に規律するにあたって比例原則は馴染み難い手法であることを指摘する。

引き受けるべきと考えており⁹¹⁾、国民統合という目的を達成するためにどのような手段が効率的かという発想のもとでは思考していないだろう。そうだとすれば、ここで連邦最高裁が示している身振りは、目的手段審査において構造化されるような費用便益分析の枠外における、星条旗の社会的意味をめぐる抗争的なコミュニケーション過程への投企であり、そこには打算を超えた一種の「絶対主義 (absolutism)」⁹²⁾的な思考 (衡量なしの保護) が作動しているのだというべきである。

またしても、当然のことを大げさに言い立てているように思われるかもしれない。「対抗言論」を尊重するべきということなど、表現の自由が自覚的に主題とされるようになって以来何度も繰り返されてきた手垢のついた命題⁹³⁾ではないか。とはいえここに見出すことができるのもまた一種の「媒質」についての思考であること、すなわち *Johnson* 判決においては、その「象徴的表現」という非定型的な手法を用いたアドホックな、しかし現実的なコミュニケーションの過程がそれ自体として保護されているのであり、それは国家によるアイデンティティ＝価値観の押し付けの忌避というような「理由」の統御の図式で

91) もっとも、「冒法的な行為を許すことこそが星条旗の表象する憲法原理に忠実である」といった趣旨の修辞で飾られたブレナン法廷意見そのもの (*Johnson*, 491 U.S., at 419) からは、この点についての厳密なロジックを引き出すことは難しい。

92) ここでいう絶対主義とは、本文に述べた通り一定のカテゴリーの表現活動を利益衡量に服さないかたちで (例外なく＝絶対的に) 保護しようとするものであり、衡量を広く認める立場との間の対立が、一時期には (とりわけ連邦最高裁の内部で) 見られた。参照、毛利透『表現の自由—その公共性ともろさについて』117-118 頁 (岩波書店、2008)。

93) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 376-377 (Brandeis, J., concurring) (1927). 「明白かつ現在の危険」とは、実質的な害悪を発生させる言論であっても、議論や教育プロセスにおいてその危険に応接できないような切迫している状況においてのみ扇動的な言説や結社の処罰を許すものであるとの一般論を示したものであり、連邦最高裁において表現の自由の重要性が定着していく草創期のケースとして頻繁に言及される。こうした考え方が利益衡量を超える意義をもつことについては、浅野博宣「明白かつ現在の危険—裁判所はどのような違憲審査基準を用いるべきか」法学セミナー 641 号 27 頁 (2008) を参照。

は語り尽くせない「対象」の保護の論理だということには、注意が向けられてよいだろう。そしてそれは、内容中立規制において保護されるような類型的な表現手段としての「媒質」とは異質のものである。このことを、まずは承認しなければならない。「ジャンル」の類型性としての「媒質」の保護（内容中立規制への審査）の上部には、より曖昧な広がりをもったコミュニケーションの過程としての「媒質」の保護（内容規制への審査）が折り重なっている—「媒質」の論理は、内容規制／内容中立規制という伝統的な区分に沿って、奇妙に二重化されているのだ。

重要なのは、ここで示唆されているもう一つの「媒質」は、「演説」「出版」「映画」「展示」といったその時間・場所において定型化された実践の物理的パターンに拘束されない、より汎社会的な広がりをもった柔軟なカテゴリーであり、たとえ内容規制（これが厳密に何を意味するのかを問うのは、もう少し後になるだろう）に対してのみであるとはいえ、既存の社会的な枠組みを超えたコミュニケーションの過程として保護されるということである。そうだとすると、このような内容規制に特有の抽象的な「媒質」の論理⁹⁴⁾は、目的-手段の連鎖の間隙において絶対的に保護されるべき対象を描き出すという点で、目的手段審査の構造的アプリオリである比例原則＝費用便益分析を超える（あるいは外側からこれを制約する）と同時に、社会的実践の類型としての「ジャンル」の拘束を逃れるその曖昧な輪郭のゆえに、先に触れたポストの「領域」論⁹⁵⁾、あるいはこれが接近しているところの修正 1 条「制度」論とは異なる仕方で、コミュニケーションの過程に憲法上の意味づけを与える契機をもっていないだろうか？

94) ジャンルの拘束を逃れてより文脈依存的に「表現」として同定されるという意味ではむしろ「具体的」なのではという捉え方もあると思うが、「領域」論的な既存の社会的編成（コミュニケーションの物理的なパターン）からは相対的に自律的であるというニュアンスを表現するために、ひとまずこのように呼んでおく。

95) 念のために述べておくと、ポスト自身は、内容規制についての「規範的次元」も、「公共的ディスコース」の範囲内でのみ妥当すると述べている。Post, *supra* note 1, at 1259.

だが、先を急ぐのはやめよう。いずれにせよ本稿において、ここで示唆された問題意識の全体を展開することは困難だと思われるし、またそれは憲法によって保障される「言論」ないし「表現」とは何かという問いに対して、制度的枠組みを超えた何らかの水準での一般性において応接しようという、極めて無謀な試みを含意することになるだろうから。そうした試みにおいては、「公共的ディスコース」なるものを、ハーバーマスのな討議倫理さえ凌駕しながら行為 (action) と言論 (speech) の境界を常に揺らぎ続ける⁹⁶⁾「根元的な否定性 (radical negativity)」の優位⁹⁷⁾ (というのもすでに述べたように、保護されるべきコミュニケーション行為に特定の規定を与えることは特定の価値観＝アイデンティティを前提とするから) のもとでの死の跳躍として措定し、そうした理論的な徹底性のゆえに上述のような奇妙に観念的な「領域」論を展開することになったポストそれゆえに彼は 1995 年論文において「言論」とは何かという一般的な問いの有効性を否定し、またそのことに向き合わず社会的文脈を捨象することによって連邦最高裁の修正 1 条法理は (これまで見てきたように⁹⁸⁾) 救いがたく失敗しているのだと述べる⁹⁹⁾—と、どこかで原理的に対決する必要も生じてくるだろう。しかしまずは、いまだ相当の疑いを持ちながらも、とりあえずその存在を仄めかされたこの抽象的な「媒質」の論理というものが、どのような内実のものであり、いかなる問題機制によって要請されるのかということをも明らかにしてみたい。そのためには、ポストの議論の磁場からは一旦距離をおきつつ、今まで本稿においてそれ自体として問いには付されていなかった内容規制／内容中立規制の二分論の根拠について、これまで学説上論じられてきたことを検討する必要があるだろう。

96) Post, *supra* note 29, pp. 144-145.

97) *Id.*, p. 147.

98) 注 11)、78) に対応する本文を参照。Post の連邦最高裁の修正 1 条法理に対する批判は他にもあるが、それについてはまた後に触れることになるだろう。

99) Post, *supra* note 1, at 1273-75.