

# ブランデンバーグ基準に関する一考察

## —— Learned Hand 裁判官の影響について考える ——

椛 垣 伸 次

はじめに

- 1 Brandenburg 判決
    - (1) 事件の概要
    - (2) 判旨
  - 2 ブランデンバーグ基準と Hand 裁判官の影響？
    - (1) Hand 裁判官の影響を肯定する見解——Gerald Gunther の指摘
    - (2) Hand 裁判官の影響を否定する見解
    - (3) Brennan 裁判官による修正
  - 3 ブランデンバーグ基準の検討
    - (1) 「煽動」への着目
    - (2) 「客観的な言葉」への着目
    - (3) 小括
- むすび

### はじめに

本稿は、20世紀中葉のアメリカにおける表現の自由論の展開に関し、「ブランデンバーグ基準」<sup>1)</sup>に着目し、Learned Hand 裁判官の影響を検討するも

---

1) ブランデンバーグ基準は、「煽動処罰罪の合憲性判断に有効であろう」といわれている（太田裕之「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、2013年）114、115頁）が、その射程は明確ではない。たとえばヘイト・スピーチやテロリズム促進表現などに同基準が適用されるのが問題となる。松井茂記『表現の自由を守る価値はあるのか』（有斐閣、2020年）第1章、第2章。ヘイト・スピーチの規制について、ブランデンバーグ基準を満たした場合にのみ正当化されるという見解を支持する学説は多いが、特定民族の殺害の煽動のような言論については、ブランデンバーグ基準ほどの切迫性は求められないとの主張もある。奈須祐治「ヘイトスピーチ規制消極説の再検討」法学セミナー736号（2016）18、20頁。

のである。

アメリカでは表現の自由論が発展し始めたのは1920年代だといわれている。この時期には、Oliver Wendel Holmes Jr. 裁判官や Louis Brandeis 裁判官が「明白かつ現在の危険」の基準を主張して、表現の自由を擁護するようになっていた。同じ頃、Hand 裁判官は、防諜法が問題となった Masses 判決<sup>2)</sup>において、「直接の煽動」テストを示した。これは、表現の結果や影響ではなく、表現そのものに着目する基準である。Hand 裁判官は、「暴力的な抵抗の直接の煽動」と「政治的なアジェーション」とを区別して、前者は規制できるが、後者は自由な政府のための安全装置であると主張した。

---

ともあれ、同基準は、「きわめて表現の自由保護的な基準である」と理解され（市川正人『基本講義 憲法〔第2版〕』（新世社、2022年）137頁）、日本でも多くの概説書等で紹介されている。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）218頁、新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権〔第2版〕』（日本評論社、2021年）128頁、大石眞『憲法概論Ⅱ 基本権保障』（有斐閣、2021年）279頁、木下智史＝伊藤健『基本憲法Ⅰ 基本的人権』（日本評論社、2017年）166頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）293頁、渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）382頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（有斐閣、2020年）239頁、辻村みよ子『憲法〔第7版〕』（日本評論社、2021年）、長谷部恭男『憲法〔第8版〕』（新世社、2022年）215頁、松井茂記『憲法〔第4版〕』（有斐閣、2022年）432頁、毛利透ほか『憲法Ⅱ 人権〔第3版〕』（有斐閣、2022年）230-231頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権〔第2版〕』（日本評論社、2023年）234頁など。日本でも、同基準の導入を求める見解も少なくない。

しかしながら、同基準は、あくまで「明白かつ現在の危険」基準に付随して言及されることが多い。たとえば上記の概説書等においても、「明白かつ現在の危険」の基準のみが索引に載っておりブランデンバーグ基準は載っていないものがある。また、「明白かつ現在の危険」の基準にのみ言及しブランデンバーグ基準については言及しない概説書もある（たとえば初宿正典『憲法2 基本権〔第3版〕』（成文堂、2010年）、中村睦男ほか編『初めての憲法学〔第4版〕』（三省堂、2021年）、糖塚康江＝吉田仁美『エスプリ・ド憲法』（ナカニシヤ出版、2012年）など）が、逆はない。1978年の英米判例百選では、Brandenburg 判決の評釈のタイトルが「明白かつ現在の危険」となっている。浦部法穂「米判批」伊藤正己ほか編『英米判例百選Ⅰ』（有斐閣、1978年）110頁。また1996年の同第3版では、ブランデンバーグ基準は Schenck 判決の評釈において若干言及されているのみである。大沢秀介「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選〔第3版〕』（有斐閣、1996年）44頁。さらには2012年のアメリカ法判例百選では、Schenck 判決の評釈においてわずか一言言及されているのみである。駒村圭吾「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）62頁。佐藤幸治「明白かつ現在の危険」小嶋和司編『憲法の争点〔増補〕』（有斐閣、1980年）65頁も参照。

- 2) Masses Publishing Co., v. Patten, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917); 同判決については、拙稿「Learned Hand 裁判官の表現の自由論」同志社法学423号（2021年）91頁。

そして、この区別は「学問的なごまかしではなく、自由を求める戦いにおいて苦難の末に得たものである」と述べる<sup>3)</sup>。この基準は、明白かつ現在の危険の基準よりも表現保護的であるとの評価<sup>4)</sup>もあり、また Hand 自身もそのように認識していた。

Holmes 裁判官や Brandeis 裁判官の意見は、1930年代後半になると最高裁の法廷意見にも受け入れられるようになった<sup>5)</sup>が、その後、第二次世界大戦を経て、冷戦下において後退したといわれている<sup>6)</sup>。最高裁が再び表現の自由を擁護するようになったのは、ウォーレン・コートの時代である。

これに対して、Hand 裁判官による *Masses* 判決の第1審判決は、控訴裁判所<sup>7)</sup>で覆され、また最高裁も直接の煽動の基準そのものを採用することはなかった。また、Hand 裁判官は1950年の *Dennis* 判決では、第2巡回区連邦控訴裁判所の裁判官として、表現の自由の保護を後退させるかのような判断を示した<sup>8)</sup>。それが最高裁の *Vinson* 裁判官の相対多数意見に採り入れられたことで、*Zechariah Chafee* らを失望させたといわれている。その *Dennis* 判決を明示的ではないが実質的に覆したといわれているのが1969年の *Brandenburg* 判決<sup>9)</sup>である。

本稿は、この *Brandenburg* 判決に着目する。*Brandenburg* 判決は、「明白かつ現在の危険」の基準よりも表現保護的な基準を確立させたといわれる。後にみるように、同判決は *Whitney* 判決を明示的に覆しているが、それと同時に *Schenck* 判決<sup>10)</sup>、*Frohwerk* 判決<sup>11)</sup>、*Debs* 判決<sup>12)</sup>、*Abrams* 判決<sup>13)</sup>、

---

3) *Masses*, 244 F. at 540.

4) *See, e.g.*, MARVIN SCHICK, *LEARNED HAND'S COURT* 178 (Johns Hopkins University Press 2019).

5) *See, e.g.*, *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937).

6) *See, e.g.*, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

7) *Masses Publishing Co. v. Patten*, 246 F. 24 (2d Cir. 1917).

8) *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950); 同判決について、*Masses* 判決と「同一人物により執筆されたものとは信じ難い」との評価がある。Burt Neuborne, *A Tale of Two Hands: One Clapping; One Not*, 50 ARIZ. ST. L.J. 831, 833 (2018); この点については別稿で論じたい。

9) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

10) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

Gilbert 判決<sup>14)</sup>、Schaefer 判決<sup>15)</sup>、Gitlow 判決<sup>16)</sup>、そして Dennis 判決などの、防諜法や煽動法、スミス法などによる表現の規制を認めた諸判決をも覆したと評価される<sup>17)</sup>。このように、Brandenburg 判決は、表現の自由をめぐる問題となっていた諸判決を覆して、表現保護的な基準を打ち立てたとされ、Harry Kalven Jr. は、同判決について、「長い旅路における完璧なエンディングである」<sup>18)</sup>とまで述べている。

このブランデンバーグ基準は、「明白かつ現在の危険」の基準と「直接の煽動」基準を組み合わせたものであるといわれている。表現の自由を強力に保護して、今日「特殊」、あるいは「例外的」ともいわれるアメリカの表現の自由論を展開したウォーレン・コート最後の年において、Holmes 裁判官／Brandeis 裁判官のアプローチ<sup>19)</sup>と Hand 裁判官のアプローチが交錯するという理解である。本稿では、ブランデンバーグ基準を検討して、上記の理解をどのように考えるべきか考察する。

## 1 Brandenburg 判決

### (1) 事件の概要

オハイオ州シンシナティのクー・クラックス・クラン (KKK) の指導者であった Clarence Brandenburg はシンシナティのテレビレポーターを KKK

---

11) Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919).

12) Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).

13) Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

14) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920).

15) Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920).

16) Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

17) GEOFFREY STONE, PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WAR TIME; FROM THE SEDITION ACT OF 1798 TO THE WAR ON TERRORISM 523 (W. W. Norton 2004).

18) HARRY KALVEN, JR., A WORTHY TRADITION: FREEDOM OF SPEECH IN AMERICA 232 (Harper & Row 1988).

19) 両裁判官の表現の自由論は、原理論のレベルで対立しうるものであるが、この点は拙稿「Louis D. Brandeis 裁判官の表現の自由論」法と政治70巻1号 (2019年) 321頁で検討しており、本稿では言及しない。

の集会に招いた。その集会には、12人の覆面を被った KKK の構成員が参加しており、中には銃器を持った者もいた。そして、「個人的には、黒人（いわゆる N ワードを使用していた）はアフリカへ、ユダヤ人はイスラエルへ帰るべきだと思う」と述べたうえ、木製の十字架を燃やした。参加者は、「これが、我々が黒人に対して行うことだ」、「アメリカを守れ」、「黒人を埋めろ」、「白人に自由を」などと主張していた。Brandenburg は、「我々は復讐のための組織ではないが、もし大統領、議会そして最高裁が白人を抑圧し続けるならば、何らかの復讐が行われるに違いない」という旨のスピーチをしていた。このスピーチの一部は録画され、後にテレビで放映された。Brandenburg は、オハイオ州刑事サンディカリズム法に違反したとして起訴された。

同法は、「産業あるいは政治的な改革を達成するための手段としての犯罪、怠業、暴力あるいはテロリズムの違法行為の義務、必要性、適切性を唱導すること」および「刑事的サンディカリズムの教義を教導あるいは唱導するために組織されたいかなる共同体、団体あるいは人の集まりと自発的に集会すること」を禁止していた。

Brandenburg は事実審で有罪とされ、オハイオ州控訴裁判所は有罪を維持し、同州最高裁は1968年6月12日に、コメントを付さずに Brandenburg の上訴を却下した。この2か月前には Martin Luther King 牧師が暗殺されたこともあり、多くの都市で暴動が起こるなど、人種間の緊張が高まっていた。このタイミングで KKK が十字架を燃やす権利を保護した場合、さらなる人種間の対立を煽ることになるのではないかと危惧されていた<sup>20)</sup>。

Brandenburg は人種主義者で反ユダヤ主義者であったが、「皮肉なことに」、彼の代理人となったのはシンシナティの ACLU に所属していたユダヤ人の Allen Brown であった<sup>21)</sup>。また、ACLU から Brown の援助のために派遣されたのは、アフリカ系アメリカ人の Eleanor Holmes Norton だった。

20) RONALD K.L. COLLINS & SAM CHALTAI, WE MUST NOT BE AFRAID TO BE FREE: STORIES OF FREE EXPRESSION IN AMERICA 168 (Oxford University Press 2011).

21) WILLIAM BENNETT TURNER, FIGURES OF FREE SPEECH: FIRST AMENDMENT AND VILLAINS 122-123 (PoliPointPress 2011).

## (2) 判 旨

本件で問題となったオハイオ州法が、Whitney 判決で問題となったカリフォルニア州のサンディカリズム法と極めて似ている。しかし、1927年のWhitney 判決では同法を合憲としたが、同判決は後の判例によって全面的に覆されている。これらの後の判例は、自由な言論とプレスに与えられる憲法上の保護は、暴力の使用や法違反の唱導は、それが差し迫った不法な行為を煽動するあるいは生み出すことに向けられていて、かつそのような行為を煽動しそうまたは生み出しそうな場合を除いては、州は禁止することができないという原則を作り上げてきた<sup>22)</sup>。

道徳的な適否または力や暴力に訴えることの道徳的な必要性の単なる抽象的な教導は、暴力行為のための準備をすることなどとは同じではない。この区別ができていない法は、修正1条と14条によって保護された自由を許容できないほど侵害するものである。この基準によって審査すると、オハイオ州刑事サンディカリズム法は支持されえない。同法は、産業または政治の改革を達成する手段としての暴力の義務、必要性、そして適否を唱導または教導する者、そのような唱導を含む書籍や論文を出版、配布、展示した者などを処罰する。起訴状や事実審における裁判官による陪審員への説示のいずれも、同法による犯罪の広い定義について、差し迫った不法行為の煽動から区別されていない唱導という点について精密化していない<sup>23)</sup>。

以上のように述べたうえで、法廷意見は、本件で問題となった法は、その文言や適用において、単なる唱導を処罰しようとしており、かつそのような行為を唱導するために他者と集会することを禁止しようとするものであると主張する。そのような法律は、修正1条及び14条に反する。法廷意見は、以上の理由づけとは異なるWhitney 判決は覆されると述べる<sup>24)</sup>。

---

22) *Brandenburg*, 395 U.S. 447.

23) *Id.* at 448.

24) *Id.* at 448-449.

## 2 ブランデンバーグ基準と Hand 裁判官の影響？

### (1) Hand 裁判官の影響を肯定する見解——Gerald Gunther の指摘

以上みてきたように、同判決は、「暴力の使用や法違反の唱導は、それが差し迫った不法な行為を煽動するあるいは生み出すことに向けられていて、かつそのような行為を煽動しそうまたは生み出しそうな場合を除いては、州は禁止することができないという原則」を提示する。これがいわゆるブランデンバーグ基準である。

このブランデンバーグ基準について、Hand 裁判官の影響がしばしば指摘される。たとえば、アメリカ憲法の著名なケースブックでは、ブランデンバーグ基準によって、「差し迫った不法な行為を煽動するあるいは生み出すことに向けられていて」(①)、かつ「そのような行為を煽動しそうまたは生み出しそうな」(②)唱導に適切に限定される場合には、規制が許容されるとしたうえで、①は「煽動の言葉のみを保護されないものとして扱うという Hand 裁判官の主張を取り入れたもの」であると指摘される<sup>25)</sup>。そして②については、害悪の可能性に着目する Holmes 裁判官と Brandeis 裁判官の主張を取り入れるものであるが、害悪のない煽動者を保護するものに変換されていると指摘される<sup>26)</sup>。また、日本におけるアメリカ憲法の代表的な概説書も「Masses 判決のアプローチと明白かつ現在の危険基準のアプローチの双方を結合させ、表現内容と結果ないし文脈の双方で厳しい限定を付した」<sup>27)</sup>と述べている。この理解は、Hand 裁判官のロー・クラークを務めたことがあり、また Hand の伝記の執筆者でもある Gerald Gunther が1975年の論文で提示したものである。

25) LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 848 (Foundation Press 2nd ed. 1988).

26) なお、後者によって、害のない煽動者が保護されるようになっていないと指摘される。Id. at 848-849.

27) 松井茂記『アメリカ憲法入門〔第8版〕』(有斐閣、2018年)243頁。

Gunther は、Brandenburg 判決が「単なる唱導」と「煽動」とを区別することに着目する。この区別はまさに、Holmes 裁判官が *Gitlow* 判決反対意見において「すべての思想は煽動である」と述べて否定しようとした考え方である<sup>28)</sup>。Gunther によると、この煽動／非煽動の区別を確立したのは Brandenburg 判決であり、これは Hand 裁判官が遺したものを確立させるものであるといえる<sup>29)</sup>。Gunther はこのように述べ、ブランデンバーク基準は、煽動と非煽動とを明確に区別するというハードで客観的なアプローチ——これは Hand 裁判官が *Masses* 判決でしようとしたことである——を採用している点で、Holmes 流の「明白かつ現在の危険」基準とは異なると指摘する。

そのうえで、Gunther は、ブランデンバーク基準のうち、「煽動」に着目する点は Hand 裁判官に由来するものであり、「切迫性」に言及する点は Holmes 裁判官による限定された影響によるものであると述べる<sup>30)</sup>。つまり、ブランデンバーク基準は、Hand 裁判官と Holmes 裁判官のテストを合わせたものである。しかしながら、Gunther は、害悪の可能性はもはや表現の規制が許容されるか否かの基準ではなく、表現者による煽動的な言葉が主要な考慮点であると述べる<sup>31)</sup>。*Schenck* 判決に由来する危険な結果の可能性の要件は、無害な煽動者を処罰することを防止するためにあるに過ぎない<sup>32)</sup>。後者については、「直接の煽動」テストの問題点として指摘されていた点である<sup>33)</sup>。ブランデンバーク基準は、「明白かつ現在の危険」基準の系譜に連な

---

28) Gerald Gunther, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 STAN. L. REV. 719, 754 (1975).

29) *Id.*

30) *Id.* at 754-755.

31) *Id.* at 755.

32) *Id.*

33) *Masses* 判決は、無害な煽動者を処罰することを許容してしまうという点で過剰包摂であるとともに過少包摂でもあると指摘される。後者の点については、アントニウスによるカエサルの追悼演説のように、直接的ではないが煽動する意図を持った表現を規制することができないという点が指摘される。Richard A. Posner, *The Learned Hand Biography and the Question of Judicial Greatness*, 104 YALE L.J. 511, 516 (1994).

る基準であるとの理解<sup>34)</sup>があるが、Gunther からすると、ブランデンバーグ基準は Hand 裁判官のテストを基礎としつつも Holmes 裁判官のテストがそれを補ったものであるといえる。

このように、Gunther は、①「煽動」に着目している点は Hand 裁判官に由来する点、②ブランデンバーグ基準は、「明白かつ現在の危険」の基準のように害悪の可能性に着目するものではなく、Masses 判決のように表現者による煽動的な言葉、つまり「客観的な言葉」に着目するものであるという点を主張している<sup>35)</sup>。

Gunther によるブランデンバーグ基準の理解について、賛同する（少なくとも異論を唱えない）見解も多い。たとえば、Frederick Schauer は、Brandenburg 判決は、Hand 裁判官の Masses 判決に「建て増した」ものであると主張する<sup>36)</sup>。

## (2) Hand 裁判官の影響を否定する見解

Brandenburg 判決は、当初は Fortas 裁判官が法廷意見を執筆する予定であり、ドラフトを執筆している。その Fortas 裁判官は Hand 裁判官の主張を直接引用してはならず、また Masses 判決を取り入れる意図があったわけではないとも指摘される。当時 Fortas 裁判官のロー・クラークだった Martha A. Field は、Gunther の主張を明確に否定する。

Field によると、Fortas 裁判官は、Holmes-Brandeis による「明白かつ現在の危険」の基準は表現保護的な基準であるにもかかわらず、これまで最高裁の多数派によって誤って適用されてきた——罰する必要がない表現を罰してきた——と考えていた<sup>37)</sup>。Fortas 裁判官は、明白で実質的な差し迫った危険

34) Rodney A. Smolla は、ブランデンバーグ基準を、「厳格な明白かつ現在の危険基準」であると述べている。RODNEY A. SMOLLA, *FREE SPEECH IN AN OPEN SOCIETY* 115 (Vintage Books 1992).

35) James Weinstein, *Learned Hand's Masses Decision: Vindication and Influence*, 50 ARIZ. ST. L.J. 927, 929 (2018).

36) Frederick Schauer, *Intentions, Conventions, and the First Amendment: The Case of Cross-Burning*, 2003 SUP. CT. REV. 197, 218 (2004).

37) Martha A. Field, *Brandenburg v. Ohio and Its Relationship to Masses Publishing Co. v.*

は、表現を規制する際に求められるものであると考えており、Brandenburg 判決では、「明白かつ現在の危険」の基準を蘇らせて明確化する意図があった<sup>38)</sup>。つまり、Fortas 裁判官は、Holmes 裁判官と Brandeis 裁判官が述べたことの最善の状態を捉えようとしており、Masses 判決や Hand 裁判官のことは全く頭になかった<sup>39)</sup>。Field は以上のように述べて、Hand 裁判官の影響を否定する<sup>40)</sup>。

Martin H. Redish は、ブランデンバーグ基準が、「違法行為を煽動するあるいは生み出すことに向けられていて」と述べている点に着目する<sup>41)</sup>。このう

*Petten*, 50 ARIZ. ST. L.J. 791, 792 (2018); Fortas 裁判官の伝記においても、Fortas 裁判官は、「明白かつ現在の危険」テストは、後の事例により実質的に覆され、また機能していないテストであると考えていたと指摘される。BRUCE ALLEN MURPHY, *FORTAS: THE RISE AND RUIN OF A SUPREME COURT JUSTICE* 543 (William Morrow & Company).

38) Field, *supra* note 37 at 792.

39) なお、Fortas 裁判官が「明白かつ現在の危険」の基準を適用しようとしていたとすれば、なぜ Dennis 判決を引用したのかが問題となる。Brandenburg 判決は Dennis 判決を引用して、同判決は Brandenburg 判決で示された新しい基準と矛盾しないとしているが、Richard A. Posner はこの点は「真剣に受け取ることはできない」と指摘する。Posner, *supra* note 33 at 518; Dennis 判決の引用について、Field は、たしかに Dennis 判決では議会の判断に敬讓を払い、危険の程度や切迫性について考慮することなく有罪を支持したが、それでも同判決で最高裁は、Whitney 判決や Gitlow 判決以降の事例は、これらの判決を明示的に覆してはいないものの、Holmes / Brandeis の理論に傾いてきていることに疑いはないと述べていたと指摘する。つまり、「明白かつ現在の危険」基準を拒絶してきた Whitney 判決等の過去の判例は実質的に覆されていた。そして、Fortas 裁判官は、Dennis 判決を引用して、「Whitney 判決（および単なる唱導に対する処罰）は完全に拒絶されてきたと述べていた」。Field は、Fortas 裁判官がこの脚注を加えたのは、法廷意見が *per curium* になることを知っており、全くの新しいアプローチを先導するのは *per curium* 意見にとってはふさわしくないだろうという理由からかもしれないと指摘する。Field, *supra* note 37 at 799-800.

40) ただし、Field は全く影響がなかったとまでは主張しておらず、Holmes 裁判官や Brandeis 裁判官への影響があったことは否定しない。Field, *supra* note 37 at 792-793; よく知られているように、Holmes 裁判官と Hand 裁判官は、1918年6月18日にニューヨークからボストンに向かう列車の中で偶然出会い、そこで表現の自由について話し合う機会があり、それ以降このテーマについて手紙を交わしている。Holmes 裁判官は、Schenck 判決で「明白かつ現在の危険」基準により表現規制立法を合憲としたのに対して、Abrams 判決では同基準を表現保護的に用いている。この Holmes 裁判官の変化の理由の1つとして、Hand 裁判官の影響が指摘される。拙稿・前掲注2・109-114頁およびそこで引用されている文献を参照。

41) Martin H. Redish, *Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger*, 70 CALIF. L. REV. 1159, 1176 (1982).

ち、「生み出す」は、間接的な煽動もまた規制されうることを意味していると読むことができる<sup>42)</sup>。つまり、「違法行為は、間接的な言明によって『生み出され』うる」のである<sup>43)</sup>。Masses 判決では“directly”という言葉が用いられているが<sup>4)</sup>、Brandenburg 判決では“directed to”という言葉が用いられている<sup>44)</sup>。Redish は、Brandenburg 判決と Masses 判決との類似を強調する見解は、この点を混同していると指摘する<sup>45)</sup>。

### (3) Brennan 裁判官による修正

たしかに、Brandenburg 判決において、Fortas 裁判官は Hand 裁判官の意見を引用しておらず、また彼がこれ参照したという形跡はない。むしろ当時の Fortas 裁判官のロー・クラークであった Field はこの点を明確に否定している。しかし、上述のように、多くの論者が<sup>4)</sup> Gunther の主張を肯定している（あるいは積極的に否定はしていない）。Fortas 裁判官の主観はともかく、少なくとも、同判決をそのように読むことは可能である<sup>46)</sup>。

そもそも、確かに Fortas 裁判官は法廷意見のドラフトを執筆したが、それがそのまま法廷意見になったわけではない。Fortas 裁判官のドラフトの回覧後、John Marshall Harlan 裁判官が<sup>4)</sup>、ドラフトの内容には同意したものの、Hugo Black 裁判官が2つの関連する事件<sup>47)</sup>の法廷意見の執筆を終えるまで

---

42) *Id.*

43) *Id.*

44) *Id.*

45) *Id.*

46) 毛利透は、ブランデンバーグ基準は Hand 裁判官のアプローチを採用したという見解を否定しつつ、両者の類似性は、「後から見ればそのようにも言えるという程度のものである」と指摘する。毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）234頁。

47) ニューヨーク州刑事アナーキー法が問題となった *Samuels v. Mackell*, 401 U.S. 66 (1971) およびカリフォルニア州刑事サンディカリズム法が問題となった *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971) である。両事件とも、Brandenburg 事件で問題となったオハイオ州法と類似のものであり、Harlan 裁判官は、3つの事件を同時に判示することを提案したとされる。Bernard Schwarz, *Justice Brennan and the Brandenburg Decision: A Lawgiver in Action*, 79 JUDICATURE 24, 28 (1995).

アナウンスを待つように言ったとされる<sup>48)</sup>。しかしながら、判決までの間に Fortas 裁判官は、ニクソン大統領の圧迫に負けて1969年5月15日に辞任した。この時点で同年の開廷期は約5週間残されており、口頭弁論が終わり各裁判官にドラフトが回覧された事件もいくつか残されていた<sup>49)</sup>。Brandenburg 事件もその1つである。その後、Fortas 裁判官によるドラフトは、Brennan 裁判官により若干の修正が施され、結局は per curium による法廷意見となった<sup>50)</sup>。

Fortas 裁判官のドラフトでは「現在の危険」という言葉が使われており、これは Holmes 裁判官の「明白かつ現在の危険」の基準の系譜に属するものであるが、Brennan 裁判官が補訂した最終的な意見ではその言葉が削られている<sup>51)</sup>。これは「明白かつ現在の危険」の基準との結びつきを断ち切るものであると指摘される<sup>52)</sup>。つまり、「明白かつ現在の危険」の基準を念頭に置いていた Fortas 裁判官とそうではなかった他の裁判官との認識の違いは大きい。Brennan 裁判官が修正した部分はそれほど多くはないが、しかしこのわずかな部分が Brandenburg 判決法廷意見の性質を「完全に別のものに作り替えた」と指摘される<sup>53)</sup>。この点から考えると、Fortas 裁判官の意図とは異なり、ブランデンバーク基準は「明白かつ現在の危険」の基準とは異なるものとなったといえる。

とはいえ、Brennan 裁判官による修正も「明白かつ現在の危険」の基準の

---

48) MURPHY, *supra* note 37 at 544.

49) Stephen Wermiel, *SCOTUS for law students: Lessons from history for rulings after Justice Scalia's death*, SCOTUS Blog, March 15, 2016 (<https://www.scotusblog.com/2016/03/scotus-for-law-students-lessons-from-history-for-rulings-after-justice-scalias-death/>, last visited Jan. 30, 2023).

50) Brandenburg の有罪を覆すこと自体には、裁判官全員が賛成していたといわれる。Schwarz, *supra* note 47 at 27; 以下の記述については、毛利・前掲注46・193-197、234-236も参照。

51) Black 裁判官と Douglas 裁判官が同意意見において「明白かつ現在の危険」の基準を否定したのは、これらの意見を執筆する段階ではこの言葉が残っていたからだといわれる。Field, *supra* note 37 at 801; Black 裁判官は Fortas 裁判官に対して、「明白かつ現在の危険」の基準への言及を削除しない限り Fortas 裁判官の意見には同意できないと主張したが、Fortas はそれを拒絶したとされる。Schwarz, *supra* note 47 at 28.

52) Wermiel, *supra* note 49.

53) Schwarz, *supra* note 47 at 28.

否定に主眼が置かれ、Masses 判決を意識したものではない。では何故 Gunther の主張に賛同する見解が多いのだろうか。そこで次項では、ブランデンバーグ基準を検討して、Masses 判決との異同を検討する。

### 3 ブランデンバーグ基準の検討

上述のように、Gunther は、①「煽動」に着目している点は Hand に由来する点、②ブランデンバーグ基準は、明白かつ現在の危険の基準のように害悪の可能性に着目するものではなく、Masses 判決のように表現者による煽動的な言葉、つまり「客観的な言葉」に着目するものであるという点を主張している。本項では、この2点について検討する。

#### (1) 「煽動」への着目

James Weinstein は、「単なる唱導」と「違法行為の煽動」との区別は、Masses 判決ではなされていないと指摘する<sup>54)</sup>。Hand 裁判官は、法違反を「直接の煽動すること」と「勧めるあるいは助言すること (counsel or advice)」を同義的に述べている<sup>55)</sup>。つまり、問題となった唱導が十分に明示的に法違反の助言となっている場合には、Hand 裁判官のいう「直接の煽動」は「単なる唱導」も含んでいる<sup>56)</sup>。Weinstein はこのように述べ、Masses 判決に従うと、単なる唱導でも規制されうる場合がある、つまり Hand 裁判官は「単なる唱導」と「違法行為の煽動」を明確に区別しているわけではないと指摘する。

Weinstein は、煽動について、むしろ Harlan 裁判官の影響を指摘する。Noto 判決において、Harlan 裁判官は、スミス法は、「政府転覆についての単なる抽象的な理論ではなく、人々が即座にあるいは将来において行為をする

---

54) Weinstein, *supra* note 35 at 930.

55) *Id.*

56) *Id.*

ように煽動するものと合理的かつ通常は評価される、その目的に向けた行動の唱導」を規制するものであると解釈している<sup>57)</sup>。Brandenburg 判決は、「道徳的な適否または力や暴力に訴えることの道徳的な必要性の単なる抽象的な教導」と「暴力行為のための準備」を区別する文脈でこの Noto 判決を引用している<sup>58)</sup>。

Gunther の論文と同じく1975年に公表されたコメントにおいて Staughton Lynd もまた、Hand 裁判官ではなく Harlan 裁判官に着目する。Lynd が着目したのは、Dennis 判決と同じくスミス法が問題となった Yates 判決である。同判決で Harlan 裁判官法廷意見は、単なる唱導は犯罪とはならないと述べる<sup>59)</sup>。同判決は、スミス法は不法な政府転覆行為に向けられた具体的な行為の唱導または教導のみ禁止するものであり、行為から離れた理論は禁止されないと指摘する。暴力的な政府転覆の原理を唱導することは修正1条により保護される。Lynd は、ブランデンバーグ基準は、Harlan 裁判官が示したこの煽動基準と「明白かつ現在の危険」の基準を組み合わせたものであると主張する<sup>60)</sup>。

Weinstein や Lynd は、Brandenburg 判決が「明白かつ現在の危険」の基準と煽動基準を組み合わせたものであることを肯定しつつ、それは Hand 裁判官ではなく Harlan 裁判官に由来するものであると指摘する。

これに対して、Gunther は Harlan 裁判官の一連の法廷意見は Hand 裁判官のアプローチを採用するものであると述べている。Gunther によると、Harlan 裁判官とウォーレン・コートの最後の年の最高裁の多数派を経由して、Masses 判決の Hand 裁判官のアプローチはこの国の中心的な法となったのである<sup>61)</sup>。Gunther によると、最高裁は Brandenburg 判決以前から Hand の

---

57) *Id.* (citing *Noto v. United States*, 367 U.S. 290, 297 (1961)).

58) *Id.* (citing *Brandenburg*, 395 U.S. 448).

59) *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

60) Staughton Lynd, Comments, *Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Seasons*, 43 U. CHI. L. REV. 151, 159 (1975).

61) Gunther, *supra* note 28 at 755.

理論を取り入れつつあった。Dennis 判決は、表現の自由の保護を弱めるものであると批判されたが、その後の判例で、このような弱い保護を否定する判断が出されるようになった。一連の判例で、Harlan 裁判官は、スミス法と Dennis 判決を再解釈して、被告人による言論が保護されない言論であることについて、より強い証拠を要求した<sup>62)</sup>。たとえば Yates 判決では、Harlan 裁判官は、スミス法は、政府転覆という目的のために行為をするように煽動する取り組みからは乖離した、悪意を持った抽象的な原理としての政府転覆の唱導や教導については禁止していないと述べている<sup>63)</sup>。同判決で Harlan 裁判官は、「抽象的な原理の唱導」と「違法行為の促進に向けられた唱導」とを区別して、スミス法の射程を限定している<sup>64)</sup>。Gunther は、被告人の実際の言論に着目するこの Harlan 裁判官のアプローチについて、Masses 判決の Hand 裁判官により火が灯されたトーチに再び火を灯すものであると述べている<sup>65)</sup>。

スミス法を合憲とした Dennis 判決とは異なり、同判決の射程を限定してスミス法は「抽象的な唱導」ではなく「違法行為の煽動」のみを規制しているとして同法を限定解釈した Yates 判決は、Dennis 判決とは異なる新しい法理を展開するものであった。しかしそれは、あくまで制定法の解釈であり、憲法上の原則を主張したわけではない<sup>66)</sup>。このように、Yates 判決の Harlan 裁判官法廷意見は、スミス法を狭く解釈して、同法を違憲と判示するのを避けている。この点で、Masses 判決の Hand 裁判官法廷意見の手法との類似性が指摘される<sup>67)</sup>。

---

62) GERALD GUNTHER, *LEARNED HAND: THE MAN AND THE JUDGE* 519 (Oxford University Press 2nd ed, 2011).

63) *Yates*, 354 U.S. 318.

64) *Id.*

65) GUNTHER, *supra* note 62 at 519.

66) Marc Rohr, *Communists and the First Amendment: The Shaping of Freedom of Advocacy in the Cold War Era*, 28 SAN DIEGO L. REV. 1, 68 (1991).

67) STONE, *supra* note 17 at 414; Masses 判決では、Hand 裁判官は防諜法について憲法判断をしていないが、同法を限定解釈して、同法により規制される表現と規制されない表現との境界を明確にしている。Geoffrey R. Stone, *Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917: A*

Harlan は、1954年2月～55年3月という短い期間であるが、第2巡回区控訴裁判所の裁判官であったが、当時 Hand は、同裁判所の現役復帰裁判官 (Senior Judge) であった<sup>68)</sup>。Hand 裁判官にとって、Harlan 裁判官は長年の友人であり、また Harlan が Jackson 裁判官の後任としてリストアップされた際に、Eisenhower 大統領に Harlan を薦める手紙を送ったとされる<sup>69)</sup>。このように両者が親しい関係にあったことからすると、Harlan 裁判官の「煽動」基準は Hand 裁判官の影響を受けたものである可能性は当然否定できない。しかし、Yates 判決、Noto 判決及び Scales 判決では Masses 判決を引用しているわけではなく<sup>70)</sup>、Harlan 裁判官が Masses 判決のアプローチを意識していたという形跡はない<sup>71)</sup>。Gunther も特段根拠を示しているわけではない。

*Mystery Unraveled*, 70 U. CHI. L. REV. 335, 355 (2003).

- 68) なお Harlan 裁判官の前任者は Hand 裁判官の従兄の Augustus Hand であった。SCHICK, *supra* note 4 at 66.
- 69) TINSLEY E. YARBROUGH, JOHN MARSHALL HARLAN: GREAT DISSENTER OF THE WARREN COURT 87 (Oxford University Press 1992); Nadine Strossen は、Harlan 裁判官の特徴の1つとして、彼の「中立的なアプローチ」を挙げる。Strossen は、Harlan は公平で、進んで新しい議論を聞いていたという彼の元ロー・クラークの証言を引用しつつ、判決において意見を修正した例を挙げる。そのうえで、Harlan 裁判官は、Hand 裁判官のいう「『自由の精神』の重要な要素を体現していた」と評価する。ここでいう「自由の精神」とは、「正しいと確信しすぎない精神」である。Nadine Strossen, *Justice Harlan's Enduring Importance for Current Civil Liberties Issues, from Marriage Equality to Dagnet NSA Surveillance*, 61 N.Y.U. SCH. L. REV. 331, 332-333 (2016).
- 70) それとは対照的に、連邦行政職員のプレスリリースに対する名誉毀損訴訟における免責が問題となった事件では、Harlan 裁判官相対多数意見は、Hand 裁判官による第2巡回区控訴裁判所の判決を明示的に引用している。Barr v. Matteo, 360 U.S. 564, 571-572 (1959) (*citing* *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579, 581 (2d Cir.1949)).
- 71) これらの一連の判決と時間的にも近接しており、また相対多数意見ではあるが最高裁に採用された Dennis 判決とは異なり、Masses 判決は判決後約40年も経過しており、また同判決は控訴審で覆され、その後最高裁に一度も採用されることはなかった。そのため、そもそも Harlan 裁判官が Masses 判決を知っていたのかについて疑問が出るかもしれない。Posner は *Brandenburg* 判決の文脈ではあるが、「どの裁判官が実際に Masses 判決を知っていたのか明確ではない」と述べている。Posner, *supra* note 33 at 516; 上述の関係からすると、Harlan 裁判官が Masses 判決を認識していた可能性は十分あり得るが、この点についても証拠はない。なお、Harlan 裁判官は Dennis 判決における Hand 裁判官のアプローチには批判的であったといわれる。YARBROUGH, *supra* note 69 at 201-202.

## (2) 「客観的な言葉」への着目

Weinstein は、Brandenburg 判決が、「発話者が実際に用いた言葉に『客観的に』焦点をあてること」<sup>72)</sup>を採用したか否かについて検討する。

Hand 裁判官は、Masses 判決や Nearing 判決<sup>73)</sup>において、言葉の意味は、発話者の主観的な意図ではなく、聴衆がその言葉をどのように理解したのかに従って客観的に決定されると述べている。これに対して、Weinstein は、ブランデンバーグ基準の「差し迫った不法な行為を煽動するあるいは生み出すことに向けられていて」という重要な箇所は発話者の主観的な意図に着目しているように見えると指摘する<sup>74)</sup>。しかしながら、Weinstein は、「Gunther は Brandenburg 判決と Masses 判決との類似性を誇張しているが、それでもなお Brandenburg 判決は、『言葉それ自体の性質に着目した基準』に対する Hand 裁判官の選好を大部分は擁護しているという点で彼は正しい」<sup>75)</sup>と主張する。

Weinstein は、ブランデンバーグ基準の発話者の意図を問題にする箇所は、「暴力の使用や法違反の唱導は」の後に続いていることに着目する<sup>76)</sup>。この箇所は、暴力や法違反の唱導ではない表現は、ブランデンバーグ基準の下では「煽動」として処罰されないことを意味している<sup>77)</sup>。この箇所は、発話者の意図ではなく、問題となった言葉の客観的な意味に着目するものであり、Masses 判決の Hand 裁判官のアプローチと一致する<sup>78)</sup>。Weinstein は、発話者の意図の前に言葉の客観的な意味を問題とすることから、後者を「入口の基準」と呼んでいる<sup>79)</sup>。

---

72) Weinstein は、この点は「Masses 判決の最も重要かつ間違いなく最も表現保護的な要素」であると指摘する。Weinstein, *supra* note 35 at 931.

73) United States v. Nearing, 252 F. 223 (S.D.N.Y. 1918).

74) Weinstein, *supra* note 35 at 931.

75) *Id.*

76) *Id.* at 932.

77) *Id.*

78) *Id.*

79) *Id.*

Weinstein は、1973年の Hess 判決<sup>80)</sup> がこの解釈を支持すると主張する。同判決において最高裁は、問題となった表現は、いかなる人あるいは集団にも向けられていないため、上訴人は、通常の意味において、いかなる行為も唱導していたとは言えないと述べている<sup>81)</sup>。この言明は、Hess の表現が、同判決の事実の下では、彼の主観的な意図の如何にかかわらず、法違反の唱導とはみなされないことを示している<sup>82)</sup>。その後、最高裁は Hess の言葉について、「差し迫った混乱を生み出す意図があったあるいは生み出しそうであった」(傍点引用者)かどうかを問題としている<sup>83)</sup>。このように、Hess 判決においても、まずは言葉の客観的な意味を問題として、その次に発話者の主観的な意図を問題としている<sup>84)</sup>。

Weinstein は、以上のように述べ、Gunther は、Brandenburg 判決と Masses 判決との重要な違いを過小評価してはいるが、ブランデンバーク基準が「客観的な言葉」に着目するものであり、その点において Hand 裁判官のアプローチと一致するという彼の評価を肯定する。

### (3) 小 括

これまでみてきたように、ブランデンバーク基準は、「明白かつ現在の危険」基準と「煽動」基準とを組み合わせたものであるという理解が Gunther により指摘され、この理解は広く受け入れられてきた。

たとえば、Thomas I. Emerson は、ブランデンバーク基準では「明白かつ現在の」という言葉は使われていないが、代わりに「差し迫った (imminent)」

80) Hess v. Indiana, 414 U.S.105 (1973); 1970年のカンボジア侵攻の際に、大学キャンパスでの反戦活動が治安紊乱として起訴された事例。

81) *Id.*, at 108-109.

82) Weinstein, *supra* note 35 at 933.

83) *Id.*

84) Weinstein は、問題となった表現について、主観的な意図ではなく客観的な意味に着目するアプローチは、Brandenburg 判決以前にも採用されていると指摘する。たとえば、Bond v. Floyd, 385 U.S. 116 (1966) では、最高裁は、「専ら問題となった言葉の客観的な意味にのみ依拠して、それが『徴兵に対する違法な拒否を呼びかけるものであると解釈しえない』と判示している」としており、Yates 判決もまた同様である。Weinstein, *supra* note 35 at 934.

という言葉が使われていることを指摘する<sup>85)</sup>。そして、危険が明白かつ現在のものであるという要求に、「煽動」基準の要素が加えられており、後者が、処罰範囲を「思想の唱導」ではなく、「行為の唱導」に限定していることを指摘する<sup>86)</sup>。

このように、ブランデンバーグ基準は、「明白かつ現在の危険」基準と「煽動」基準を組み合わせて、両基準よりも規制範囲を限定するものである。Lynd は、Schenck 判決に従うと、以下の表の 1 と 2（現在または差し迫った危険を作り出す表現）が規制可能であり、Yates 判決に従うと 1 と 3（現在あるいは将来の時点での危険の煽動）が規制可能であるとする<sup>87)</sup>。そしてブランデンバーグ基準に従うと、1（現在の危険の煽動）のみが規制可能となると指摘する<sup>88)</sup>。

	現在のまたは差し迫った危険	将来のある時点における危険
煽動	1	3
抽象的または単なる唱導	2	4

Lynd はこの解釈を検討するため、Hess 判決に着目する。有罪を支持したインディアナ州最高裁は、ブランデンバーグ基準に基準に依拠しながらも、同基準を、問題となった表現が暴力行為を導く傾向を有していたということのみを要求するものとして解釈している<sup>89)</sup>。これに対して、連邦最高裁は、問題となった表現は、せいぜい現状の修正への助言であり、最悪の場合でも不確かな未来における違法な行為の唱導に過ぎないと述べる<sup>90)</sup>。そして、ブランデンバーグ基準を引用して、問題となった表現は、いかなる人あるいは集団にも向けられていないため、上訴人は、通常の意味において、いかなる

85) Thomas I. Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CALIF. L. REV. 422, 436 (1980).

86) *Id.*

87) Lynd, *supra* note 60 at 160; 上記の表も同頁に基づく。

88) *Id.*

89) *Id.*

90) *Id.* at 161.

行為も唱導していたとは言えないと述べる<sup>91)</sup>。Lynd は、Hess 判決のこれらの言明から、同判決は、ブランデンバーグ基準について、煽動基準と切迫性基準とを統合したものであることを肯定したものとみている<sup>92)</sup>。

このように、ブランデンバーグ基準は、表現の潜在的な効果に着目する「明白かつ現在の危険」の基準と、表現の内容に着目する「煽動」基準を組み合わせたものであるという Gunther の主張は正しいとみるべきである。つまり、本来法廷意見を執筆するはずだった Fortas 裁判官の意図とは異なり、ブランデンバーグ基準は「明白かつ現在の危険」基準とは異なる基準であるといえる。そして、その「煽動」基準は Masses 判決のアプローチと一致する点が多い。しかしながら、Brandenburg 判決が用いた「煽動」基準が Hand 裁判官に由来するものであるか否かは明確ではない。Brandenburg 判決は Yates 判決、Scales 判決、そして Noto 判決を引用しており、これらの煽動基準を念頭に置いているのは間違いないだろう。これらの判決で「煽動」基準を主張したのは Harlan 裁判官であるが、同裁判官が Masses 判決を意識していたのか否かは明らかではない。この点については、結局は、Gunther の、「自らの執筆対象に対する過大評価」<sup>93)</sup> であるかもしれない。

## むすび

ブランデンバーグ基準をめぐる論点が多いが、本稿では Hand 裁判官の影響という観点から検討した。

ブランデンバーグ基準は、少なくとも Masses 判決における Hand 裁判官

---

91) *Id.* at 161-162 (*citing Hess*, 414 U.S. at 108-109).

92) *Id.* at 162.

93) 毛利・前掲注46・234頁。Posner は、「私は Hand 裁判官の憲法思想に対する貢献はわずかなものであると評価するだろう」と述べており、これと対立する Gunther の主張については、「英雄崇拜」の一側面であると指摘する。Gunther は、Hand 裁判官の伝記のはしがきの最後に、「彼はそれでもなお私のアイドルである」と書いている (GUNTHER, *supra* note 62 at xvii) が、この言明について、Posner は、「Hand 裁判官が Gunter に与えた、強烈な個人的印象を反映している」と受け止めている。Posner, *supra* note 33 at 520.

のアプローチと一致する点が多いといえる。ただし、Guntherの主張をそのまま受け入れるべきか否かについては留保が必要で、同判決がHand裁判官のアプローチを採用したとまでいえるのかは確かではない<sup>94)</sup>。むしろ煽動に着目する点はHarlan裁判官の影響を指摘する見解も多い。さらには、Brandenburg判決やYates判決よりも前の1955年11月14日の上院の小委員会において、Alexander Meiklejohnが唱導と煽動との区別を指摘している。Meiklejohnは、唱導は、それが何を唱導するものであっても修正1条によって保護されるが、他方で煽動に関しては、同条は何も保護しないと主張する<sup>95)</sup>。ここで注目されるのは、Meiklejohnはこの区別はWhitney判決のBrandeis裁判官結論同意意見によってなされたものだと主張している点である<sup>96)</sup>。このように、Guntherが主張する唱導／煽動の区別がHand裁判官に由来するという点については異論もある。この点については別稿で検討したい。

ともあれ、Brandenburg判決は、「明白かつ現在の危険」基準と「煽動」基準とを組み合わせるものであり、表現の自由を強力に保護するものであった。この点で、表現の自由を強力に保護するウォーレン・コート<sup>97)</sup>最後の

94) 両者の類似性は「後から見ればそのようにも言えるという程度のものである」という毛利・前掲注46・234頁の評価またはBrandenburg判決との「親和性も指摘されている」とする、大林啓吾「第4の壁——表現の自由の社会的機能」毛利透編『講座 立憲主義と憲法学 人権Ⅱ』105、122頁の表現が、現在のところは適切ではないだろうか。

95) ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE 122 (Harper & Brothers 1960); Meiklejohnについては、太田裕之「A. ミクルジョンの自治の理論——多層ガヴァナンスにおける討議民主主義を考えるための予備的考察——」富沢克=カ久昌幸編『グローバル時代の法と政治——世界・国家・地方——』（成文堂、2009年）111頁等。

96) *Id.* at 122-123; Weinsteinもまた、この区別を最初に主張したのはBrandeis裁判官であると主張する。Weinstein, *supra* note 35 at 930; Guntherも、この点についてBrandeis裁判官に脚注で言及しているが、どのように考えていたのかは明確ではない。Gunther, *supra* note 28 at 754.

97) Lee Epsteinらは、1953年から2017年の間の表現の自由が関係する判例について、表現の自由を擁護した判決の割合を分析している。その結果、パーガー・コート、レーンキスト・コートおよびロバーツ・コートについては統計的に有意な差はなく、ウォーレン・コートのみが真に表現保護的なコートであると指摘する。Lee Epstein & Andrew D. Martin & Kevin Quinn, *6+ Decades of Freedom of Expression in the U.S. Supreme Court*, <https://static1.squarespace.com>.

年の判決として、象徴的な判決であったともいえる<sup>98)</sup>。Brandeis 裁判官は、Whitney 判決結論同意意見において、「深刻な損害の恐怖は、それだけでは自由な言論や集会の抑制を正当化できない」としつつも、これまで「人々は魔女を恐れ、女性たちを焼いた」と指摘して、このような「不合理な恐怖の束縛から人々を開放することが、言論の機能である」と主張した<sup>99)</sup>。Brandenburg 判決は、まさに「表現が恐怖に打ち勝ったことを宣言する」<sup>100)</sup>ものであると評価される。

これに対して、修正1条がマイノリティの敵となった、ターニングポイントがこの Brandenburg 判決だったともいわれる<sup>101)</sup>。たとえば、Brandenburg 判決はヘイト・スピーチ法が問題となった事件ではないにもかかわらず、同判決により、ヘイト・スピーチが「保護された言論」であるという理解が主張される<sup>102)</sup>。この点で、同判決は「国際的な考え方からの徹底的な離脱」であるといわれている<sup>103)</sup>。

アメリカの表現の自由法理は、これまで日本を含む多くの国に参照されてきたが、近年では、その「特殊性」が目立つようになり、その「地位がますます揺らぎつつある」<sup>104)</sup>と指摘される。アメリカの表現の自由法理にどのような態度で接するにせよ、その意味を改めて問い直すことが喫緊の課題とな

com/static/60188505fb790b33c3d33a61/t/6050e2cb7018917f3e9e9566/1615913676838/FreedomOfExpression.pdf (last visited Jan. 30, 2023) 12.

98) 同判決は、「他のどの判例よりも、現代のアメリカの表現の自由法理を簡潔な形で示すものである」と評されている。SMOLLA, *supra* note 34 at 355.

99) Whitney v. California, 274 U.S. 357, 376 (1927) (Brandeis, J., Concurring).

100) JIM NEWTON, JUSTICE FOR ALL: EARL WARREN AND THE NATION HE MADE 504 (Riverhead Books 2006).

101) COLLINS & CHALTAI, *supra* note 20 at 168-169; この点については拙稿「ロバーツ・コートと表現の自由——社会の分断と修正1条」中村民雄編『多様化するアメリカと合衆国最高裁判所』(成文堂、2023年)第1章。

102) James Weinstein, *An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech*, in EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY 81, 88 (Ivan Hare & James Weinstein eds., Oxford University Press 2009).

103) SMOLLA, *supra* note 34 at 355.

104) 阪口正二郎「表現の自由に関する『アメリカ・モデル』の意味再考」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性』(日本評論社、2019年)451、468-469頁。

っている。そのためにも、Brandenburg 判決の意味を再検討することは重要な課題であるといえる。

**[付記]**

本稿は JSPS 科研費22K01145の助成による研究成果の一部である。