

Learned Hand 裁判官の表現の自由論

桧垣伸次

はじめに

- 1 Hand 裁判官
- 2 Masses 事件
 - (1) Masses 事件前後のアメリカ
 - (2) Masses 事件の事実
 - (3) Hand 裁判官による法廷意見
 - (4) 直接の煽動テスト
- 3 Hand 裁判官と民主政理論
- 4 Hand 裁判官の影響
 - (1) Hand 裁判官と Holmes 裁判官
 - (2) Hand 裁判官と Brandeis 裁判官

むすび

はじめに

本稿は、Learned Hand 裁判官の表現の自由論を概観するものである。

表現の自由には、自己実現と自己統治の価値があるといわれる。これらの価値は相互に排他的なものでない。しかし、どちらの価値が優位するかにより、表現の保護の範囲が変化すると考えられる。

自己統治の理論については、Alexander Meiklejohn の影響¹⁾ がしばしば指

1) Meiklejohn の表現の自由論については、さしあたり伊藤正己『言論・出版の自由——その制約と違憲審査の基準』（岩波書店、1959年）、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、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』——『自己統治』と『自律』の間——」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』（日本評論社、2009年）39頁など。

摘されるが、Hand 裁判官は、Meiklejohn の議論を30年も先取りしたと評価されることもある²⁾。

Hand 裁判官は、Oliver Wendell Holmes Jr. 裁判官、Louis D. Brandeis 裁判官、そして Benjamin Cardozo 裁判官と並んで、アメリカにおける真に偉大な裁判官の1人であると言われている³⁾。Hand が活躍した20世紀初頭のアメリカでは、1917年の防諜法 (Espionage Act of 1917) や1918年の煽動法 (Sedition Act of 1918) による表現の規制が行われていた。この防諜法は、「1798年の煽動法 (Sedition Law of 1798) 以来、初めて表現の自由を抑制しようとする連邦議会による試みである⁴⁾」といわれる。

「表現の自由法理は1919年に始まった⁵⁾」といわれるように、1917年の防諜法や1918年の煽動法をめぐる議論を通じて、アメリカの表現の自由の法理は発展する⁶⁾。この時期における表現の自由の発展に関して、キープレイヤーとして挙げられるのが3人の裁判官——Holmes 裁判官、Brandeis 裁判官、そして Hand 裁判官である⁷⁾。連邦最高裁が防諜法や煽動法の合憲性を支持する判決を下していたのに対して、Hand 裁判官は、第1次世界大戦中に市民的自由に対して猛威をふるったこれらの法律に反対した「事実上ただ1人の連邦裁判官」であるともいわれる⁸⁾。Hand 裁判官は、Masses Publishing

2) Vincent A. Blasi, *Rights Skepticism and Majority Rule at the Birth of the Modern First Amendment*, in *THE FREE SPEECH CENTURY* 13, 15 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds. Oxford University Press 2019).

3) GERALD GUNTHER, *LEARNED HAND: THE MAN AND THE JUDGE* xv (Oxford University Press, 2d ed. 2011).

4) Bernard Schwartz, *Holmes Versus Hand: Clear and Present Danger or Advocacy of Unlawful Action?*, 1994 SUP. CT. REV. 209, 210 (1994).

5) Frederick Schauer, *Toward an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256, 1278 (2005).

6) Ronald K. L. Collins と Sam Chaltain も、1919年を境に現代的な表現の自由法理が少しずつ発展していったことを指摘する。RONALD K. L. COLLINS & SAM CHALTAİN, *WE MUST NOT BE AFRAID TO BE FREE: THE STORIES OF FREE EXPRESSION IN AMERICA* 101 (Oxford University Press 2011).

7) *Id.* at 102.

8) James Weinstein, *The Story of Masses Publishing Co. v. Pattern: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet*, in *FIRST AMENDMENT STORIES* 61, 62 (Richard W. Garnett & Andrew Koppelman eds. Foundation Press 2012); 連邦最高裁は、第一次世界大戦終了後の1919年まで、これらの法律に関する判断を下さなかった。

Co. v. Patten⁹⁾において、ラディカルな雑誌に掲載された表現を、防諜法で罰することはできない旨の判断を下した。

これに対して Holmes 裁判官は、第 1 次世界大戦後の 1919 年の Schenck v. United States¹⁰⁾において、「明白かつ現在の危険」に言及して、表現規制立法を合憲とした。しかし、同年の Abrams v. United States¹¹⁾において、Holmes 裁判官が明白かつ現在の危険のテストを言論保護的に用いたことは周知のとおりである。このように Holmes 裁判官が「変化」した理由の 1 つに、Hand 裁判官の影響が指摘されることがある。また、後に見るように、Masses 判決は、Whitney v. California¹²⁾における Brandeis 裁判官の結論同意意見にも影響を与えたともいわれる。

しかしながら、Masses 判決の存在は、Schenck 判決や Abrams 判決の陰に隠れてしまっているとも指摘される¹³⁾。アメリカが、しばしば「特殊」ともいわれる表現の自由法理を発展させてきた出発点として、Holmes や Brandeis の存在が指摘されることがあるが、彼らの表現の自由論を検討するにあたり、Hand の表現の自由論も検討する必要がある。Hand 裁判官の表現の自由論とはどのようなものだったのか、本稿ではその特徴を概観し、それが与えた影響を検討する。

1 Hand 裁判官¹⁴⁾

Hand は 1872 年にニューヨーク州のアルバニーで生まれた。彼の父や祖父

9) Masses Publishing Co. v. Patten, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

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

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

12) Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

13) Gerald Gunther, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 STAN. L. REV. 719, 721 (1975).

14) 以下の記述は、Weinstein, *supra* note 8 at 68–69, GUNTHER *supra* note 3, ロナルド・ドゥオーキン (石山文彦訳) 『自由の法——米國憲法の道徳的解釈』(木鐸社、1999年) 435頁に依拠している。

も裁判官であった。彼の名前は Billings Learned Hand だったが、彼は後にミドルネームをファーストネームとして用いるようになった。Hand は、ハーバード大学で哲学を学び、1893年に最優等で卒業した。その後、大学院でも哲学を学ぶことを希望していたが、家族のプレッシャーもあり、ハーバード・ロースクールに進学し、当時は新しい雑誌であったハーバード・ロー・レビューの編集者を務めた。1896年にハーバード・ロースクールを優等で卒業したのち、Hand はアルバニーで弁護士として活動した。また、アルバニー・ロースクールで教鞭をとることもあった。

革新主義者であった Hand は、New Republic の創刊に関わっており、また同誌に論文を掲載している。また Hand は、Holmes や Felix Frankfurter と同様に司法消極主義者であった。Hand は、彼のハーバード・ロースクール在籍時の教員であり、ロックナー時代の最高裁のデュープロセス理論に対する主導的な批判者であった James Bradley Thayer の影響を受けており、弁護士であった若き頃には、Hand も Lochner 判決を猛烈に批判する論文を執筆している¹⁵⁾。1909年に、当時37歳だった Hand は、William Howard Taft 大統領により、ニューヨーク南地区連邦地方裁判所の裁判官に指名された¹⁶⁾。1912年の大統領選挙では、Taft の対立候補であった、革新党の候補者の Theodore Roosevelt を支持し、またその政治綱領の草案作成にも関わっている。1913年には、同党の候補としてニューヨーク州最高裁判所 (New York Court of Appeals) の首席裁判官に立候補したが落選した。

後に述べるように、Masses 判決が当時の法理論に与えたインパクトは大きいものではなかったが、彼のキャリアへの影響はそうではなかった。同判決は、Hand の、第2巡回区控訴裁判所裁判官への就任に影響したといわれている。Holmes が1923年よりも前に Hand を自身の理想とする最高裁裁判官のリストに加えていたとされるなど、高く評価されていた Hand だったが、

15) Leaned Hand, *Due Process of Law and the Eight-Hour Day*, 21 HARV. L. REV. 495 (1908).

16) なお、当時は「この仕事は、将来を囑望されている法律家はほとんど希望しないものであったし、給料も非常に低かった」ため、この職を希望した Hand を、「彼の義父は愚か者と思ったほど」だったといわれる。ドゥオーキン・前掲注14・436頁。

1924年まで第2巡回区控訴裁判所裁判官に任命されることはなかった¹⁷⁾。

Handのロークラークを務めたGerald Guntherは、Masses判決はHandに負の影響を及ぼしたが、表現の自由法理の歴史に大きな貢献をしたとして、Masses判決を高く評価する。Guntherによると、Masses判決のHand意見は、「独創的で、鋭い分析で、そして民主的な社会における反対意見の重要性についてのアウトサイダーによる最も深い信条の表明」である¹⁸⁾。ただしHandは後に、共産党を組織し政府転覆を唱導したとして反共法であるスミス法により共産党指導者が起訴されたDennis事件¹⁹⁾において、被告人らの有罪を支持して、Masses判決を高く評価していたZechariah Chafeeらを失望させた²⁰⁾。この点については、1917年当時は、実質的に最高裁のリーディングケースがなかったのに対して、1950年には従うべき最高裁判決があるという違いに着目してHandを擁護する見解もある²¹⁾。これに対して、Masses事件当時と比較して、「言論の自由を裁判所が保護することに対する彼の関心が大きく低下し」たこと、また、「司法部の抑制的態度に関する彼の関心が大きく高まったこと」を指摘する見解もある²²⁾。この点は興味深いだが、本稿では、Masses判決をめぐるHandの表現の自由論にのみ焦点を当てる。

17) VINCENT BLASI, *IDEAS OF THE FIRST AMENDMENT* 480 (2d ed. West Academic 2011); 1930年にWilliam Howard Taft 首席裁判官が辞任した際に、Herbert Clark Hoover 大統領は Harlan Fiske Stone 陪席裁判官を首席裁判官にして、空いた席にHandを任命することも考えたが、結局はCharles Evans Hughes (以前最高裁の陪席裁判官だったが、1916年の大統領選挙でWilson 大統領の対抗馬として立候補するために辞任していた)を選んだ。

18) GUNTHER, *supra* note 3 at 128.

19) *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950).

20) MARVIN SCHICK, *LEARNED HAND'S COURT* 178 (Johns Hopkins University Press 2019); 同判決で、Handは明白かつ現在の危険の基準に言及しているが、危険の即時性を重視しておらず、これがVinson裁判官による最高裁判決 (*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)) に採り入れられたことに対する批判がある。See, e.g., Schwartz, *supra* note 4 at 231-236.

21) GUNTHER, *supra* note 3 at 519; SCHICK, *supra* note 20 at 179-181.

22) ドゥオーキン・前掲注14・444頁。このようにRonald DworkinはHandが「変化」したことを指摘する。これに対して、金井光生は、「そもそもハンドが表現の自由の擁護者であったという一般的理解自体も、甚だ疑わしい」と述べている。金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——〈思想の自由市場〉論における調和の靈感』(風行社、2006年)402頁。

2 Masses 事件

(1) Masses 事件前後のアメリカ²³⁾

1917年4月6日に、アメリカはドイツに対して宣戦布告をして、第1次世界大戦に参戦した。Woodrow Wilson 大統領の主張に応じて、議会は防諜法²⁴⁾を制定した。1801年に煽動法が廃止されて以降、防諜法が制定されるまでの約120年間、アメリカでは煽動的な表現を処罰する連邦法はなかった²⁵⁾。同法は、①合衆国の戦争遂行を妨害するあるいはその敵の成功を助長する目的をもって、故意に誤ったレポートあるいは言明をすること、②合衆国の陸軍及び海軍における義務に対する不服従、不忠実、犯行または拒否を故意に引き起こすあるいは引き起こそうとすること、③合衆国の募兵を故意に妨害することを禁止しており、また、これらの条項に反する出版物を「郵送してはならない」と規定していた。

また、防諜法は、戦争遂行を妨害するような表現だけでなく、当時アメリカで広がっていた急進的な労働団体による政治的アジテーションなどにも向けられていた。1800年代後半から、急進的な団体が既存の秩序の転覆を表立って主張するようになっていた。政治家などの暗殺もあり、労働者や急進主義者に対するヒステリアが国中を揺るがしていた。20世紀にはいっても、William McKinley 大統領が無政府主義者を自称する者に暗殺されるなどの事件があった。McKinley の暗殺後に大統領に昇格した Theodore Roosevelt は無政府主義者やそのシンパに対する戦争を宣言した。1905年には、急進的な労働組合である世界産業労働者組合 (International Workers of the World、以

23) 以下の記述は、*Masses*, 244 F. 535、Weinstein, *supra* note 8 at 62-68による。

24) 防諜法については、木下ちがや『国家と治安——アメリカ治安法制と自由の歴史』(青土社、2015年) 52-57頁、*Masses* 判決で問題となった郵便規制条項については同61-62頁。

25) Geoffrey R. Stone, *Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917: A Mystery Unraveled*, 70 U. CHI. L. REV. 335, 336 (2003).

下“IWW”とする)が設立された。また、この時期にはアメリカ社会党(Socialist Party of America、以下“SPA”とする)が躍進し、1912年には340の地方都市で1200人の職員を抱えていた。SPAは1917年の市議会議員選挙では、21.7%の票を獲得し、アメリカの第1次世界大戦への参戦に強く反対する立場を表明していた。これに対して Wilson 大統領は SPA の立場を「ほとんど反逆である」、また社会主義者や労働組合の指導者などはドイツ政府の傀儡であるなどと批判した。

このような中、防諜法は制定され、司法部による修正1条の解釈は、自由な表現、特に現状に急進的に異議を唱える表現に対する保護をほとんどもたらさなかった。司法部による修正1条への配慮は全体的に欠けており、そのため、急進的な言論だけでなく、多くの言論が規制された²⁶⁾。また、連邦最高裁は、下級審裁判所よりもさらに表現の自由に対して無頓着であったといわれる²⁷⁾。このような最高裁の態度を示すのが、いわゆる「悪しき傾向の基

26) Geoffrey R. Stone は、立法過程を検討して、議会は防諜法にそれほど抑圧的な効果をもたせる意図はなかったと指摘する。Id. at 345-354; そして、同法が持つ言論抑圧的な効果は Wilson 大統領率いる執行府と司法部によるものであったと指摘する。Stone は、その一例として、「煽動への不同意や平和の唱導は防諜法のものでは犯罪ではない。しかし、ここでの争点は、問題となった言葉の自然で起こりそうな傾向と効果が、同法によって非難される結果を生み出すと判断されるか否かである」と述べる Shaffer v. United State, 255 F. 886 (9th Cir. 1919) を挙げる。Id. at 335-337; これに対して、1918年の煽動法は防諜法による表現規制を拡大、強化するものであったことが指摘される。同法が制定されたのは、戦争の最中であり、アメリカ国内および国会の雰囲気が大きく変わり、1917年時点では多少なりともあった反対意見への寛容が消散していたといわれる。Id. at 356; このような Stone の指摘に対して、防諜法の立法過程は、議会が反戦的な表現を広く規制する意図があったことを示しているとの指摘もある。See DAVID M. RABBAN, FREE SPEECH IN ITS FORGOTTEN YEARS 165 (Cambridge University Press 1997); しかし、Stone は立法過程における議論や当時の議員の発言などを詳細に検討してこれを否定し、「Hand は正しかった」と主張する。たとえば、当初は、当該表現が敵を利するあるいはその可能性があるとして大統領が判断した場合には違法となるという条項があったが、議会はこれに猛反発してこの条項を法案から削除させるなど、規制範囲を限定しようとしていることがうかがえる。Stone, *supra* note 25 at 345-354; Geoffrey R. Stone, *The Origins of the Bad Tendency Test: Free Speech in Wartime*, 2002 SUP. CT. REV. 411, 418 (2002).

27) 第1次世界大戦以前の司法部は表現の自由に敵対的ですらあったとの指摘もある。David M. Rabban は、この点は Holmes と Brandeis が少数意見ながら表現の自由の保護を主張し始め、1930年代以降最高裁の多数派も彼らの意見を受け入れ始めたことにより忘れられたと指摘する。See David M. Rabban, *The First Amendment in its Forgotten Years*, 90 YALE L.J. 514 (1981).

準 (bad tendency test)」である。保守派も進歩派も、基本的にはこの弱い保護に反対はしなかったことが指摘される。保守派は平和や秩序を破壊する表現が憲法上保護されることには反対しており、また進歩派は社会改革立法を違憲としたような司法積極主義には反対していた²⁸⁾。

同法により2000人以上が起訴され、1000人以上が有罪になったとされる。このような状況の中で Masses 事件が起こった。当時の政治的あるいは法的な雰囲気は、反対意見を唱える者にとっては極めて好ましくないものであり、Masses が負ける見込みが極めて大きいとみられていた。

(2) Masses 事件の事実²⁹⁾

Masses Publishing Company (以下、Masses とする) は、The Masses という派手で卑猥な月刊誌を発行していた。同誌は20000部以上発行されていた。同誌は、記事やカートゥーンを通じて、賃金体系や資本主義を批判するだけでなく、進歩主義時代を通じても拭い去ることのできなかったビクトリア朝風の性風俗も批判していた。Masses のスタッフはみな社会主義者であり、多かれ少なかれ集産制を支持していたが、19世紀の Thoreau や奴隷廃止論者らの拒否の伝統——個々の人間は、州の権威と対決することができる——にも傾倒していた。それらをうまくまとめ上げたのは主任編集者であった Max Eastman であった。Eastman は、John Dewey の指導の下、コロンビア大学で哲学の学位論文を提出していた。彼は自身を、「アメリカ人の社会主義者」、「Karl Marx に育てられた Walt Whitman の子ども」であるなどと描写していた。Masses は狭義の理論的な束縛を逃れ、その情熱を「楽しいこと、真実、美、現実主義、自由、平和、フェミニズム、革命」に向けていた。IWW や無政府主義者のような硬質なあるいは純理派の社会主義者にとってはそのような気まぐれで無関係なものは不要なものだった。

Masses は1911年に創刊されたが、Eastman がコロンビア大学で哲学の学

28) Weinstein, *supra* note 8 at 65–66.

29) 以下の記述は、Masses, 244 F. at 535、Weinstein, *supra* note 8 at 62–68に依拠している。

位論文を提出したのち、1912年に Masses の主任編集者となるまで刊行されなかった。

1917年、ニューヨーク郵便局長であった Thomas G. Patten は、郵政公社総裁の指示のもと、The Masses の 8月号を郵便物から除外した。問題となったのは、「自由の鐘」、「徴兵」、「資本主義のために世界を平和にする」、そして「議会と大企業」と題した4つのカートゥーンと、当時収監中であった Emma Goldman および Alexander Berkman に捧げられた詩、そして徴兵と良心的兵役拒否についての社説だった。

1つ目のカートゥーンは、割れた自由の鐘の絵である。それが意味するところは、戦争の始まり、目的、そして行為がこの国の自由をすでに壊しているということだった。2つ目は、砲口には「若者」と書かれた裸の若者が、車輪には「民主政」と書かれた女性が、そして砲架には「労働者」と書かれた裸の男性が縛り付けられているカノン砲の絵である。この絵が意味するのは明らかに、徴兵制は若者、民主政、そして労働者を破壊するものであり、また家族を荒廃させるということである。3つ目は、机に座って「真の民主政に向けた計画」という題の論文を勉強している、労働者や兵士の評議会を象徴するロシア人の労働者の絵である。その片側には、Root 上院議員が「アドバイス」と書かれた首吊り縄をもってこそこそと忍び寄り、その背後には同意の姿勢をとっている社会主義者の Charles E. Russell が立っていた。逆側には、「脅威」と書かれた刀を掲げた日本人が扉から近付いてきており、その背後にはジョンブルがその日本人をけしかけていた。この絵が意味するところは、ロシアがアメリカとその同盟国により、真の民主政を害する目的の戦争を継続するように誘惑されまた脅されているということである。4つ目は、「戦争計画」と書かれた地図が置いてある机の周りを囲む有力者たちの絵である。彼らから少し離れた部屋の入り口には帽子を持った、申し訳なさそうな顔をした男性が立っており、有力者の1人から離れるように警告されている。その下の説明文には、「議会『皆さんすいません、私はどこに入れていいですか?』、大企業『すぐに立ち去れ!お前が我々のため

に宣戦したら、後は我々が片付ける』と書かれていた³⁰⁾。

Masses は予備的差止めを求めて提訴した³¹⁾。防諜法の制定から6週間も経たない1917年7月24日、ニューヨーク南地区連邦地方裁判所は差止めを認めた。

(3) Hand 裁判官による法廷意見³²⁾

① Patten は、問題となっているカートゥーンやそのほかの文章は戦争に対する悪意に満ちた攻撃であり、合衆国の戦争遂行を妨害しうるものであると主張する。Hand は、これらの表現が「合衆国の戦争遂行を妨害するあるいはその敵の成功を助長する目的をもって、故意に誤ったレポートあるいは言明をすること」という条項に該当するか否かを判断するにあたり、問題は、これらの攻撃が、故意による虚偽の言明か否かであると指摘する。そして、規制されるのは発言者が虚偽であると知っていた事実の表明であるが、問題となった表現は事実の表明ではなく、また原告が虚偽であると信じていたとは言えないとする。これらの表現はすべて、意見あるいは批判の範囲に含まれる。そして、これらはすべて間違いなく、発言者により真実であると信じられていた。それらは節度のある理由付けあるいは節度のない無作法な非難によって批判する権利の範囲に含まれ、それは通常、自由な表現を最終的な權威の源とする国家における個人の特権である。その議論はとるに足らないものかもしれないし、やり方も暴力的あるいは誤ったものであるかもしれないが、既存の制約や法に対する批判にとどまる限り、それを事実の虚偽の表明であると分類することはできない³³⁾。

②次に、Hand は、「合衆国の陸軍及び海軍における義務に対する不服従、

30) これらのカートゥーンは、Amy Adler, *Art's First Amendment Status: A Cultural History of The Masses*, 50 ARIZ. ST. L.J. 687, 693-696 (2018) で確認できる。

31) なお、Masses の弁護人であった Gilbert E. Roe は、かつて Brandeis とともに活動した革新派の弁護士だった。COLLINS & CHALTAIN, *supra* note 6 at 103.

32) ①～⑤の番号は筆者による。以下、「判旨○(番号)」という形で当該部分を示す。

33) *Masses*, 244 F. at 538-539.

不忠実、犯行または拒否を故意に引き起こすあるいは引き起こそうとする」表現を禁止する条項について検討する。Hand は、問題となった表現が戦争や徴兵の遂行に携わる人々の間に不平不満を引き起こし、さらにそれが軍の中に反抗的な気質をもたらすことは真実であると認めている。しかし、「引き起こす」という言葉を広く解釈することは、必然的にすべての敵対的な批判や、既存の政策への賛同あるいは節度のある議論の範囲に含まれるもの以外のすべての意見の抑圧という結果につながる。これは、敵対的な批判の抑圧は、その実態の正義あるいはその気質の品位や礼節に拠らないという民主的な政府についての通常の仮定に反する³⁴⁾。

③ Hand は、既存の法や政策に対する批判に対する制限は常に認識されてきたと述べる。何人も、他人に対して法そのままを犯すように勧めることあるいは助言することは許されない。言葉は説得の唯一のカギではないが、行動の引き金であり、法を犯すことを進める意図しかない者は、いかなる解釈によっても、民主的な国家における最終的な政府の権威の源である公的意見の一部とはなりえない³⁵⁾。

④ある人に行為を勧めるあるいは助言することは、それがその人の利益あるいは義務であると主張することである。もちろん、それは間接的にも明示的にも同様になしうる。なぜなら、言葉は意味を伝えるからである。政治的アジテーションは、それが引き起こす感情あるいはそれが生じさせる信念により、人々に対して、法を犯すように刺激しうる。既存の政策をひどく嫌うことは、容易に権威への暴力的な抵抗に変換されうるものであり、両者の因果関係を見捨てることは愚かである。それとして合法的なアジテーション (agitation) を、暴力的な抵抗の直接の煽動 (incitement) と同質化することは、平時には自由な政府のセーフガードである政治的アジテーションのすべての手法に対する寛容を全く考えないことである。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。

34) *Id.* at 539-540.

35) *Id.* at 540.

Handは、これが基準とならないならば、本節において、煽動的な雰囲気を作り出しそうであると示されうるすべての政治的アジテーションが違法となるとせざるを得ないと述べる。そして、Handは、議会はそのような革命的な目的は持っていなかったと主張する³⁶⁾。

⑤ Handは、本件で問題となった表現はすべて不服従を直接進めるあるいは助言するものではないと結論付けて、3つ目の問題（合衆国の徴兵を故意に妨害する表現の禁止）に取り掛かる。Handは、同項が言葉ではなく行為のみに言及しており、またその行為が成功したことが証明されなければならないとする原告の立場を否定する。しかし、ここでも規制される表現は、徴兵に対する抵抗の直接の煽動に限定されているとする。そして、Handは、問題となった表現はそれに該当しないと³⁷⁾。

Handは以上のように述べ、問題となった表現は、直接の煽動にあたらないとして、予備的差止命令を認めた。

(4) 直接の煽動テスト

—— Holmesによる明白かつ現在の危険基準との違い³⁸⁾

本判決で、Handは立法の解釈をしているのみで、憲法判断をしていない。しかし、Handは、憲法上の価値という観点から防諜法を解釈しており、それにより同法の限定的な解釈を正当化しているといえる³⁹⁾。

36) *Id.* at 540.

37) *Id.* at 540-542.

38) Handのロークラークを務めた経験があり、Handの伝記の著者でもあるGuntherによる憲法のケースブックでは、Handの直接的な煽動テストと、Holmesらの明白かつ現在の危険テストを対比している。この点について、Guntherは、Masses判決は最高裁判決ではないものとしては「唯一の主要なケース」であり、「Masses判決の煽動テストと明白かつ現在の危険テストとの違いに注意を促した」と述べている。Gunther, *supra* note 13 at 721; なお、Guntherのケースブックは現在ではKathleen M. SullivanとNoah R. Feldmanが改訂しているが、HandとHolmesのアプローチを比較する箇所は残されている。See, e.g., KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, *CONSTITUTIONAL LAW* 959-961 (Foundation Press 19th ed. 2016).

39) GUNTHER, *supra* note 3 at 133; 後に見るように、Handにとっては、敵対的な批判に直面しな

判旨④では、防諜法についてそれほど表現を抑制する意図は議会にはなかったということを指摘している。Geoffrey R. Stone は、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は明確ではなく、Hand が本判決でしたことは、それを明確にすることであったと指摘する⁴⁰⁾。Hand は、法に対する暴力による抵抗を直接煽動する表現のみが規制されると主張する(判旨④、⑤)。なお、この Hand のアプローチは、「直接の煽動テスト」と呼ばれる)。煽動的な表現の規制について、Hand のこのアプローチは、Holmes による「明白かつ現在の危険」テストと比較されることがある⁴¹⁾。Gerald Gunther によると、Hand のテストは、Holmes のそれよりも「はるかに言論保護的で、またより望ましい⁴²⁾」とも評価される。

Masses で示された Hand のテストは、表現がなされた環境や表現により生ずることが予測される結果に着目する明白かつ現在の危険テストとは異なり、表現者の言葉にのみ着目するものである。Gunther は、この Hand の厳格で客観的な基準は他の法理によって規制される不人気な表現を保護するものであると評価する⁴³⁾。Hand は、言葉の起こりうる結果を後付けで予測することは司法府の役割ではないと考え、言葉それ自体の性質に着目する、より絶対的で客観的なテストを求めていたといわれる⁴⁴⁾。つまり、言葉が法違

がらも成立した政府の行為や政策のみが正当なものであるため、表現の自由は、表現規制的な立法を無効とする憲法上の根拠であるだけでなく、そのような立法を解釈する出発点でもあった。Vincent Blasi, *Learned Hand's Seven Other Ideas About the Freedom of Speech*, 50 ARIZ. ST. L.J. 717, 720 (2018).

40) Hand は本判決で立法過程には言及していないが、Stone によると、防諜法をめぐる議会における議論はプレスにより広く報道されていたため、Hand もこれをよく知っていた。Stone, *supra* note 25 at 355.

41) Hand と Holmes のアプローチのどちらがより表現保護的かについては議論がある。例えば Harry Kalven は、「私の考えでは、Holmes の成果よりも Hand の意見のほうが大いに優れている」と述べている。HARRY KALVEN JR., *A WORTHY TRADITION: FREEDOM OF SPEECH IN AMERICA* 125 (Harper and Row Publishers 1988); これに対して、Bernard Schwartz は、Holmes のアプローチのほうが表現保護的であると評価する。Schwartz, *supra* note 4; 非常に興味深い論点ではあるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

42) GUNTHER, *supra* note 3 at 599.

43) GUNTHER, *supra* note 13 at 728.

44) *Id.* at 725.

反の助言のみとなるならば、それは規制されうるが、それ以外の言葉はすべて許容される⁴⁵⁾。Handにとって、言論と行為との間の因果関係を厳しく問うというアプローチでは、戦時のヒステリアという群集心理から逃れるのは難しい多くの裁判官や陪審員は、多数派による言論抑制的な審理に迎合してしまうため、言論の保護には不十分であった⁴⁶⁾。

3 Hand 裁判官と民主政理論

Handの直接の煽動テストは、当時はほとんどといっていいほど受け入れられなかった。また、Masses判決を引用する判例はあまり多くはなく、Handの基準を採用した判例は皆無であると指摘される⁴⁷⁾。その後、Dennis判決あるいはBrandenburg判決においてHandあるいはHand理論の果たした役割についても言及されるが、ここでは別の角度からHandの表現の自由論を検討したい。

ここで本稿が目指したいのは、Masses判決におけるHand裁判官の基準ではなく、それを正当化するための理由付けである。Handは自身の理論を支える権威として、司法部の先例や立法者の意図、特定の時代の政治的コミュニティの共通理解などを持ち出すのではなく、アメリカという国がコミットする一般的な政府の形態の必要条件に言及している⁴⁸⁾。「本当に驚くべ

45) *Id.* at 725.

46) GUNTHER, *supra* note 3 at 132.

47) Vincent Blasi, *Learned Hand and the Self-Government Theory of the First Amendment: Masses Publishing Co. v. Patten*, 61 U. COLO. L. REV. 1, 4 (1990).

48) Handのこのような主張について、Blasiは、1798年煽動法が修正1条に反すると主張したJames Madisonの1800年バージニアレポートに書かれている内容の影響を示唆する。Massesの弁護人であったGilbert Roeは、Masses判決の控訴審において、第2巡回区控訴裁判所に提出したブリーフにおいて、Madisonの議論を強調していた。また、彼はDebs v. United Statesにおいて提出したアマカスブリーフでも、防諜法の違憲性を主張する中でMadisonに言及している。HandがMadisonのレポートを実際に読んだか否かは不明だが、Blasiは、「Masses判決におけるHandの分析は、Madisonによる、憲法上の体系において公的意見が中心であることを確立するための、共和国政体における人民主権へのコミットメントからの推論の手法を再現している」と指摘する。Blasi, *supra* note 39 at 725-729; また、New York Times v. Sullivan,

き⁴⁹⁾」ことに、Hand は1917年という時点において、表現の自由と民主政との関連という、現代的な表現の自由の法理において中心的なテーマの1つについて論じている。Hand は、問題となった表現の害悪の可能性を認識しつつも、それらの表現は規制されないとしている。その根拠として、民主政と表現の自由との関係が指摘されている。

判旨①では、自由な意見表明を「国家の最終的な権威の源」であると述べ、民主政における表現の自由が特別な地位にあることを示している⁵⁰⁾。ここでは、「政府に対する批判と民主的な自己統治との関係」が強調されている⁵¹⁾。判旨②では、民主政理論から「敵対的な批判」を保護する理由を、そして判旨③ではそこから言論の自由の限界を導き出している⁵²⁾。この「敵対的な批判」は、民主的な政府においては、なくてはならないものである⁵³⁾。Hand は、言論の自由の限界を、民主的な政府の権威を作り出すための意味のある同意を生み出すために不可欠の機能に役立つ表現はどのようなものであるかという点から導き出そうとしている⁵⁴⁾。判旨④では、自身のテストに従うと暴力を導きうることを認めつつも、それは民主政において払わなければならないコストであるとしている⁵⁵⁾。Hand は直接の煽動にあたる表現は規制されるとしつつも、それ以外の政治的アジテーションについては、それが自由な政府のセーフガードになるため規制されないとしている。

Blasi は、Hand は「修正1条の意味を理解するために民主政理論に拠り所をおいた最初の裁判官であり、民主政の過程に必要な表現は、たとえそれが

376 U.S. 254 (1964) において、Herbert Wechsler が提出したブリーフおよび William Brennan 裁判官の法廷意見でも Madison のバージニアレポートは引用されている。Blasi によると、Wechsler は、Sullivan 判決で裁判所に提出するブリーフを執筆する際には、Masses 判決において Roe が Madison のレポートを参照していたことには承知していた。Id. at 736-737.

49) Weinstein, *supra* note 8 at 81.

50) Blasi, *supra* note 47 at 8.

51) Weinstein, *supra* note 8 at 71.

52) Blasi, *supra* note 47 at 9.

53) Blasi, *supra* note 39 at 718.

54) Id. at 721.

55) Blasi, *supra* note 47 at 9.

実質的な害悪を引き起こすとしても保護されなければならないと判示した最初の裁判官である」と指摘する⁵⁶⁾。James Weinstein は、Holmes と Brandeis という偉大な裁判官ですら、少なくとも当初は、一連の判決で問題となったような不摂生で辛辣な、そしてまた不忠であるような表現が公的な議論の正当な一部分であることを見誤っていたのに対して、Hand は、政府に対する批判の正当性は、その表現が礼節にかなっているかどうかとは関係がないということを見誤っていたことを指摘する⁵⁷⁾。

Blasi によれば、Hand 以前の裁判官は、表現の自由を、「個人の自由」の側面でのみとらえており、個人や社会全体にとっての害悪をもたらすと思われる表現を規制することは容易であった⁵⁸⁾。すなわち、表現の自由は特別な権利であると考えられていなかった⁵⁹⁾。このような観点から導き出される法的基準が、いわゆる「悪しき傾向の基準」であった⁶⁰⁾。

これに対して、Blasi は、Masses 判決における Hand 意見は、上記の観点から大きく外れるものだったと指摘する。つまり、Hand は、表現の自由を「全くの個人的な自由とみなすことはなかった⁶¹⁾」。Hand は、表現の自由を「政府に対する敵対的な批判の源」であると考えた⁶²⁾。このような観点からすると、個人の自由を制約する危害原理は、表現の自由の規制をめぐる議論には適用されない⁶³⁾。つまり、通常は自由の規制を正当化する害悪とみなされる

56) *Id.* at 5.

57) Weinstein, *supra* note 8 at 82; Weinstein は、このことを最高裁が明確に認識するのは、Masses 判決から約50年も後の *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) であると指摘する。

58) Blasi, *supra* note 47 at 11-12.

59) *Id.* at 12.

60) この基準が求める悪い結果の可能性は高いものではなく、また、問題となる表現がもたらす結果は差し迫ったものでなくてもよかった。このように、悪しき傾向の基準は、表現の自由の制約を容易に正当化するものだった。

61) Blasi, *supra* note 47 at 12; Blasi は、Hand にとって、表現の自由を保護することは、個人の権利を多数者主義に反してでも保護することではなく、むしろ多数者主義の過程であったと指摘する。Blasi, *supra* note 39 at 720.

62) Blasi, *supra* note 47 at 12. Blasi は、この点で、Hand は Alexander Meiklejohn を先取りしていたと指摘する。

63) *Id.* at 13.

ものが、そうではないとみなされる。ここで例として挙げられるのが、煽動的な気質を作り出す表現である。多くの大衆が現職の行政職員を不信をもって見るようになれば、政府の事業は妨げられるが、このような結果は政府の権力を持って救済されるに値する深刻な害悪とみなされうる⁶⁴⁾。しかし、敵対的な批判が、政府の権力を正当化するプロセスに必須の要素であるならば、煽動的な気質を上げることは、それ自体では害悪とは考えられない⁶⁵⁾。すなわち、ここでは表現の自由の政治的な機能が、害悪の定義を形成することになる⁶⁶⁾。

このような Hand の考え方は、修正 1 条は、アメリカの自己統治の理念へのコミットメントの観点から解釈されなければならないという前提に基づいている⁶⁷⁾。この観点からは、表現の自由を規制する政府の権限は、政府の職員、そして立法府のような基本的な政府の機関は人民の従属者であるという主権理論から引き出されることになる⁶⁸⁾。修正 1 条は権利規定ではなく、市民が自己を統治するために必要な権限の規定である⁶⁹⁾。代表民主政のもとでは、主権者の代表に権限が委任されるが、効果的な自己統治に不可欠な権利は代表に委任されない⁷⁰⁾。委任されない権限として、政府に対するどのような批判が許容されるのかを決定する権限がある⁷¹⁾。Blasi は、以上のように述べて、修正 1 条の特殊性を主張する。Hand は、公的意見は、民主的な国家における政府の最終的な権限の源であると述べる。そして、政府を批判する権限について指摘する。

表現の自由は、ただの個人の権利ではなく、民主政における市民に留保さ

64) *Id.*

65) *Id.*

66) *Id.*

67) *Id.* at 13-14.

68) *Id.* at 14.

69) *Id.* (citing ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT xv (Harper & Brothers 1948)).

70) *Id.*

71) *Id.*

れた権限であるがゆえに、他の権利とは区別されるという主張は、後に Meiklejohn や他の論者も述べているところである。しかしながら、Blasi によると、この自己統治理論は、特定の政治的正義の観念に基づくものではなく、主権の概念に基づくものであるため、自己統治理論に立つとしても、その修正1条論は異なることがある⁷²⁾。そのため、Hand は初めて自己統治理論を主張した裁判官であるといわれるが、その修正1条論は同理論から必然的に出てくるものではない。自己統治理論に立ったとしても、どのような害悪が表現の規制を正当化するのかについて、異なる結論に達しうる⁷³⁾。Blasi は、自己統治に立つ論者により主張される害悪理論は、功利主義などにより主張されるそれよりも明確ではないと指摘する⁷⁴⁾。繰り返しになるが、Hand が Masses で主張した直接的な煽動テストは、自己統治理論から出てくる唯一のテストではない。

このように、Blasi は、Masses 判決における Hand の修正1条論の原理論として自己統治理論を指摘しつつ、そこから Hand が主張した直接的な煽動テストは、自己統治理論に必然的なものではないと述べる。そのうえで、前者について、以下の3つの点が重要であるとする。1つ目は、表現の自由を、その政治的機能故に重要であるとした点、2つ目は、政府が被治者の同意に基づく正統性の主張を保つためであっても、規制してはならない範疇の表現があるという点、そして3つ目は、民主的な政府へのコミットメントは表現の規制と正当化しうる害悪と考えられる結論を限定する点である⁷⁵⁾。

後の判例において、Hand の直接の煽動テストをそのまま採用されることはなかったが、Hand が Masses 判決で述べた自己統治の理論は重要な役割を担った。Blasi は、最高裁において、自己統治の理論の採用に大きな役割

72) *Id.*

73) Blasi は、Hand は、Masses 判決において法違反の直接的な煽動は規制されうると述べたが、その理由については説明していないと指摘する。*Id.* at 15.

74) *Id.* 15.

75) *Id.* at 16.

を果たしたのが Holmes と Brandeis であると指摘する⁷⁶⁾。次項では、Hand が主張した理論が Holmes と Brandeis に与えた影響について検討する。

4 Hand 裁判官の影響

Masses 判決における Hand 意見は、その後、第 2 巡回区控訴裁判所⁷⁷⁾で覆されたこともあり、研究者からもあまり注目されなかったといわれる⁷⁸⁾。Hand は Chafee に、「実質的に専門家による同意を全く得られなかった」と語っている⁷⁹⁾。直接の煽動テスト自体は最高裁が採用することはなかったが、しかしながら Masses 判決で Hand が示した思考は、のちの表現の自由論に大きな影響を与えたことが指摘される。

Gunther らは、Hand の直接の煽動テストは Brandenburg 判決に取り入れられたと主張する⁸⁰⁾。これに対してその影響は直接的なものではなく、Abrams 判決や Gitlow 判決における Holmes 裁判官の反対意見、さらには Whitney 判決における Brandeis 裁判官の結論同意意見を媒介とした間接的な影響であるとの指摘もある⁸¹⁾。

Weinstein は、「特定の基準の採用よりもはるかに重要なことに、基準の構

76) *Id.*; ここで Holmes を挙げているように、Blasi は Holmes も自己統治の理論を採用したと考えている。*Id.* at 16-24; しかし、Abrams 判決反対意見で Holmes は一度も民主政に言及しておらず、このような彼の表現の自由の原理論は、民主政における市民の参加の重要性を強調する Brandeis としばしば対比される。この点については、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、332頁以下およびそこで挙げられている文献参照。

77) *Masses Publishing Company v. Patten*, 245 F. 102 (2d Cir. 1917).

78) Blasi によると、Mass 判決に言及した論文の多くは Hand の意見に反対するか、あるいは無視するものだった。James Weinstein は、「Hand による Masses 判決の即座のインパクトは無かった」と指摘している。Weinstein, *supra* note 8 at 73.

79) Gunther, *supra* note 13 at 768 に Hand から Chafee に宛てた手紙が掲載されている。

80) Gunther は、Brandenburg 判決は、Hand の直接の煽動テストと明白かつ現在の危険テストの双方の要素を取り入れたと主張する。松井茂記も同様に同判決は、「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」と指摘する。松井茂記『アメリカ憲法入門 [第8版]』(有斐閣、2018年)243頁。

81) Weinstein, *supra* note 8 at 86.

築にあたり Hand を動機づけた思想や関心が、今日のアメリカの表現の自由法理において最も突出したテーマである⁸²⁾」と述べる。

(1) Hand 裁判官と Holmes 裁判官

Hand は、Masses 判決に対する反応に失望していたが、それでも同判決の立場を維持し続けた。Hand が Masses 判決の立場を維持して、それを広めようとするのは、自由な表現を守ることの重要性への感度を高めることと、この感度についての彼独自の法実践を主張するためであったといわれる⁸³⁾。Holmes との交流は、前者の目的のためであった。Hand と Holmes 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、自由な言論について話し合う機会があり、それ以降、彼らは手紙を交わしていた。Schenck 判決以前、反対意見を抑圧することについての多数派の権利についての彼らの立場は大きく異なっていた⁸⁴⁾。

1918年6月24日の Holmes から Hand に宛てた手紙の中で、Holmes は、表現の自由が優越的地位にあるという見解を拒絶して、「自由な言論は、ワクチン接種からの自由と変わらない位置にある」と述べている⁸⁵⁾。この手紙では、Holmes は、少数派の反対意見を封殺する多数派の権利を制限する根拠について何ら認識していなかったことが指摘される⁸⁶⁾。Schenck で初めて述べられ、続く Frohwerk 判決、Debs 判決で適用された明白かつ現在の危険の基準は、当初は言論の自由の価値について何ら考慮しないものであった。Gunther は、これらの判決において、Holmes は1918年の立場から何ら動い

82) *Id.* at 95.

83) Gunther, *supra* note 13 at 732.

84) *Id.*; Gunther は、彼らは多くの哲学——絶対的あるいは永遠の真実を信じていないことや、懐疑主義者である（少なくともそのように見える）こと、多数派の感情に対する司法抑制主義の有効性と正当性を疑うこと——を共有していたため、このギャップはなお一層注目すべき事柄であると指摘する。表現の自由の領域を除いては、Hand は多数派への敬讓を信条としていた。

85) *Id.* at 734, 757; Schwatz, *supra* note 4 at 218.

86) Gunther, *supra* note 13 at 735.

ていないことが明らかであったと指摘する⁸⁷⁾。Hand は Holmes を説得しようとしていたが、1919年の春の終わり頃には、それが失敗に終わったと認識せざるを得なかった⁸⁸⁾。Gunther は、この頃に Holmes が表現の自由について考慮を払っていなかったのは、Debs 判決直後の手紙のやり取りからも確認できると指摘する⁸⁹⁾。Hand は、Holmes を説得できる見込みはほとんどないと考えていたが、それでもなお説得に努めた⁹⁰⁾。

Gunther は、Debs 判決への反応から、両者の違いを浮き彫りにする。1919年3月の手紙の冒頭で、Hand は、Debs が有罪であることに同意する旨を書いているが、Gunther は、これを額面通り受け止めるべきではないと指摘する⁹¹⁾。Gunther は、Hand も Holmes も懐疑主義者である点では同様だが、Hand は、今日我々が「萎縮効果」と呼ぶものについての関心を持っていることを指摘する⁹²⁾。Holmes も Hand も観察者ではあるが、Hand の方はこの領域において負わされる傷について考慮している⁹³⁾。両者は起訴を支持してはいないが、Holmes にとってそれは人類の愚かさを示すものであるのに対して、Hand にとってはそれは真の悲劇であった⁹⁴⁾。

Holmes は、Hand が言葉に着目したテストを主張したことに対して、1919年4月3日の Hand 宛の手紙で、あなたに言うことに「全く合点がいない」と述べている⁹⁵⁾。また、同じ手紙の中で、「私が Schenck 判決で述べ

87) *Id.* at 736.

88) *Id.* at 759.

89) *Id.* at 739.

90) *Id.*

91) Gunther は、この部分は Holmes に対する敬讓を示しただけであると指摘する。*Id.* at 740; この点を批判するものとして、John F. Wrenius, *The Road to Brandenburg: A Look at the Evolving Understanding of the First Amendment*, 43 *DRAKE L. REV.* 1, 20 (1994).

92) Gunther, *supra* note at 740.; Harry Kalven, Jr. も、Debs 判決における Holmes は、Hand が *Masses* 判決で示したような政治的反対意見に配慮することへの感度を示していないと指摘する。Harry Kalven, Jr., *Ernst Freund and the First Amendment Tradition: Professor Ernst Freund and Debs v. United States*, 40 *U. CHI. L. REV.* 235, 237-238 (1973).

93) Gunther, *supra* note 13 at 740.

94) *Id.* at 740-741.

95) *Id.* at 741.

たテストとどれほど異なるのかわからない」とも述べている⁹⁶⁾。これについて、Handは、Ernst Freund宛の手紙の中で、「Holmesが我々の側に並ばなかったことを悔しく思う」旨述べている⁹⁷⁾。

このように、HolmesはSchenck判決の時点では、Handの主張に影響されておらず、表現保護的な意見を述べていなかった。しかしながら、Schenck判決から8か月後のAbrams判決では、明白かつ現在の危険の基準を言論保護的に用いる反対意見を書いた。このHolmesの変化⁹⁸⁾の理由の1つとして、Hand裁判官の影響が挙げられる⁹⁹⁾。しかし、GuntherはHandの意見が与えたインパクトは部分的なものであり、Handは明らかに満足していなかったと指摘する¹⁰⁰⁾。思想の自由な交易は我々の憲法の理論であるとするAbrams判決反対意見の有名な一説について、Guntherは、表現の自由の価値の真価を認める必要性、表現の自由特別な保護を与える正当な主張の必要性というHandのメッセージへの応答であると指摘する¹⁰¹⁾。他方で、Guntherは、表現の自由の価値の適切に実施する法理の必要性というHandの別のメッセージについては、Abrams判決反対意見は不十分であると指摘する¹⁰²⁾。Handにとって、Abrams判決反対意見は歓迎すべきものであったが、彼はその法理に賛同するわけではなかった。Holmesの明白かつ現在の危険の基準は、予測される表現の結果に着目するものであるのに対し、Handは、表現の文言に意味に着目しているという点は変わらない。Handにとって、Abramsでの明白かつ現在の危険は表現保護的であるものの、Massesで述べた自身の「ハード」で「客観的な」煽動テストよりも魅力的なものではなか

96) *Id.* at 741,760; この点については、Holmesが批判者を宥めようとしただけではいかと指摘される。Schwartz, *supra* note 4 at 219.

97) Douglas Ginsburg, *Afterword*, 40 U. CHI. L. REV. 243, 244 (1973).

98) Holmes自身は、この「変化」を否定している。Holmesの変化の有無については興味深い論点ではあるが、本稿では立ち入らない。

99) Bernard Schwartzは、「Handとの交流が、Holmesを表現の自由という主題全体について考察するように導いたのは間違いない」と指摘する。Schwartz, *supra* note 4 at 220.

100) Gunther, *supra* note 13 at 741-742.

101) *Id.* at 742.

102) *Id.*

った¹⁰³⁾。Hand にとって、危険について裁判官に決定させる Holmes のテストは、特に国家緊急時においては、あまりに主観的であるように思われた¹⁰⁴⁾。

Hand は Abrams 判決について同判決を歓迎する旨の手紙を出し、Holmes はこれに短い返信をした。ここで両者の修正 1 条をめぐるやり取りは終了した¹⁰⁵⁾。しかし、Hand は Masses 判決のアプローチを広めることを諦めたわけではなかった。

(2) Hand 裁判官と Brandeis 裁判官

Brandeis は Holmes とは異なり、Whitney 判決以前に Hand との個人的な交流が頻繁にあったという記録は残っていない。しかしながら、Masses 判決が Brandeis に与えた影響は、Holmes に対するそれよりも明確であることが指摘される¹⁰⁶⁾。もちろん、Brandeis は Whitney 判決でも明白かつ現在の危険の基準を主張しており、Hand の基準を採用したわけではない。しかし、Whitney 判決で Masses 判決を引用したのは、同判決の基準そのものではなく、その背後にある思想、あるいはその基準を正当化するための理由付けが重要だからである。Brandeis は、以下のパラグラフの後に Masses を引用している。

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。人々は魔女を恐れ、女性たちを焼いた。不合理な恐怖の束縛から人々を解放することが、言論の機能である。自由な言論の抑制を正当化するためには、言論がなされたら深刻な害悪が発生するであろうという恐怖について、合理的な根拠がなければならない。その危険が即座

103) *Id.* at 743-744.

104) DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 61 (3rd ed, Foundation Press 2010).

105) Gunther, *supra* note 13 at 744; Gunther は、Hand は最後の手紙では Holmes への批判を控えたが、決して満足したわけではなかったことを指摘する。

106) Weinstein, *supra* note 8 at 87.

のものであると信じる合理的な根拠がなければならない。防ぐべき害悪が深刻なものであると信じる合理的な根拠がなければならない。既存の法に対する非難はすべて、多少なりともそれに対する侵害の可能性を増大させる傾向にある¹⁰⁷⁾。

ここからうかがえるように、BrandeisはHandと同様に、表現による害悪の可能性を認めながらも、規制される範囲を限定しようとしている¹⁰⁸⁾。Whitney判決における彼の結論同意意見からうかがわれるように、BrandeisはHandと同様に、表現の自由を単なる個人の自由ではなく、活動的な社会の機能に重要な貢献をする力でもあり、既存の制度に対する批判的な表現は民主的な統治の成功の不可欠であると考えている¹⁰⁹⁾。

Weinsteinによると、BrandeisがMasses判決から得た重要な教訓は、「表現の自由の法理の形成において『妥当な結論』に達するために、裁判所は、自由な言論の重要な民主的機能に細心の注意を払わなければならない、そしてこの価値をふまえて、その表現からもたらされる深刻な害悪すらその抑圧の根拠とはならない民主的な自己統治に密接に関連する表現を見分けなければならない」ことである¹¹⁰⁾。また、Brandeisの理論には、Handとは異なり、表現者の意図や表現の効果が重要な役割を果たしているが、それでも、Brandeisが正当に規制される表現と害悪を考慮しても保護される表現とを区別するにあたり、Handと同様に表現それ自体の性質に着目している¹¹¹⁾。

107) *Whitney*, 274 U.S. 376 (Brandeis, J., concurring).

108) Brandeisは脚注3でMasses判決の540頁とだけ書き、具体的な引用箇所を明示していないが、ここでBrandeisが着目したのは特に判旨④の部分であろう。この部分について、Chaffeeも、Masses判決の1節について、「これよりも見事な表現の自由に関する法的言明は存在しない」と高く評価している。Zechariah Chafee Jr., *Freedom of Speech in War Time*, 32 HARV. L. REV. 932, 962 (1919).

109) Blasi, *supra* note 47 at 26.

110) Weinstein, *supra* note 8 at 93.

111) *Id.*

む す び

本稿では、Masses 判決の検討を通して、Hand 裁判官の表現の自由論を概観し、また彼の議論が Holmes 裁判官や Brandeis 裁判官に与えた影響についてみてきた。

Masses 判決の直接の煽動テストを採用した最高裁判例はないといわれる¹¹²⁾が、その背後にある自己統治の理論は、後の最高裁裁判官によって取り入れられていく。また、上述のように、Masses 判決の表現そのものに着目するアプローチは Brandenburg 判決に取り入れられたとの見解もある。さらには、Masses 判決は、見解差別禁止法理や萎縮効果論などにも言及しているとの指摘もある¹¹³⁾。このように、Hand 裁判官による Masses 判決は、後の表現の自由法理に大きな影響を与えている。

これに対して、「防止しようとする害悪が戦争の成果を損なうことという重大なものであっても、それは政府や政策に対する批判的な表現の抑圧を正当化しない」という、Hand から得られる「もっとも重要な教訓は、現代でも完全には活かされていない」ことが指摘される¹¹⁴⁾。Hand は、1917年という、まさに「正統ではない思想に対する不寛容が蔓延していて、政府が反対意見を組織的に抑圧することが大いに可能でありまたそうしそうでもある¹¹⁵⁾」時代に Masses 判決を下している。このような時代にこそ、表現の自由は最大限機能する必要があると指摘される¹¹⁶⁾が、Hand もまた、Chafee に宛てた1920年1月8日の手紙の中で、人々が興奮している時代には、実にひどい

112) Blasi, *supra* note 47 at 15; Masses 判決は、反対意見や結論同意意見では引用されたことはある。

113) Weinstein, *supra* note 8 at 66; Blasi, *supra* note 39 at 729-733.

114) Weinstein, *supra* note 8 at 83.

115) Vincent Blasi, *The Pathological Perspective and the First Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 449, 449-450 (1985).

116) *Id.* at 449.

表現であっても、それが直接の煽動であると「客観的にみなされ、また公平な解釈によってそう判断されうる」場合を除いては、保護されなければならない旨述べている¹¹⁷⁾。

これらの問題を含めて、Hand 裁判官の表現の自由論が、後の修正1条法理にどのように、あるいはどこまで影響を与えたのかについては別稿で検討したい。

117) REASON AND IMAGINATION; THE SELECTED CORRESPONDENCE OF LEARNED HAND 84 (Constance Jordan ed, Oxford University Press 2013).