

合衆国連邦最高裁判例に見る 20世紀中葉の「プレス」の自由」観

ユビキタス時代における「プレス」の役割を求めて

上 出 浩

はじめに

ニア事件：出発点

- 1 ニア事件の歴史的位置
- 2 事実の概要
- 3 連邦最高裁判決

- (a) ヒューズ首席裁判官による法廷意見
- (b) パトラー裁判官反対意見

- 4 ニア判決の意義

- (a) 事前抑制の法理と「プレス」への期待
 - (b) 「制度」としての「プレス」の抽出：「公共性」をキーワードに
- サリバン事件：新たな展開

- 1 サリバン事件の歴史的位置
- 2 事実の概要
- 3 連邦最高裁判決

- (a) ブレナン裁判官による法廷意見
- (b) ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見
- (c) ゴールドバーグ裁判官（ダグラス裁判官同意）結論同意意見

- 4 サリバン判決の意義

- (a) 名誉毀損と「公共性」
- (b) 「萎縮効果」, 「息づく空間」と現実的悪意の法理
- (c) キャリア装置としての「新聞」メディア

ペンタゴン・ペーパーズ事件：一つの到達点

- 1 事実の概要

- 2 下級審判決

- (a) ニューヨーク・タイムズ事件下級審判決
- (b) ワシントン・ポスト事件下級審判決

- 3 連邦最高裁判決

- (a) 裁判所意見（Per Curiam）
- (b) ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見

合衆国連邦最高裁判例に見る20世紀中葉の「プレス」の自由」観（上出）

- (c) ダグラス裁判官（ブラック裁判官同意）同意意見
 - (d) ブレナン裁判官同意意見
 - (e) スチュワート裁判官（ホワイト裁判官同意）同意意見
 - (f) ホワイト裁判官（スチュワート裁判官同意）同意意見
 - (g) マーシャル裁判官同意意見
 - (h) バーガー首席裁判官反対意見
 - (i) ハーラン裁判官（バーガー首席裁判官，ブラックマン裁判官合意）反対意見
 - (j) ブラックマン裁判官反対意見
- 4 ペンタゴン・ペーパーズ判決の意義
- (a) ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見の意義
 - (b) ブラシによる「checking value」論
 - (c) 「checking value」の二つの「主体」と内容志向型保護
 - (d) 「思想の自由市場」論による埋没への対抗
- 「プレス」の自由観，その前景と背景
- (a) 太平洋の兩岸：二つのねじれ
 - (b) 前景：「プレス」の自由」と背景：「思想の自由市場」

まとめにかえて

はじめに

ネットワーク化されたコンピュータが身の回りにあふれるユビキタス化の進展で、いわゆるマス・メディアとしての旧メディア（印刷メディア：新聞、雑誌、書籍、電波メディア：ラジオ、テレビ）の情報流通に占める影響力が相対的に低下し、情報媒介者としてのこれらミドルマンの凋落が著しいと言われる¹⁾。特に「プレス」の代表格であり印刷メディアである新聞は、新メディアの代表格である NET の台頭により消滅の危機に瀕していると言われる²⁾。

このような状況の中で敢えて新聞を中心とした「プレス」が³⁾、過去に期待され、実際に不完全ながら果たしていた役割と責任を抽出しようとする試みは、ともすれば単なる懐古主義と捉えられるかも知れない⁴⁾。しかしながら民主主義を前提にした情報コミュニケーションの中で、例え偏っていようと「プレス」が果たしてきた役割は大きく、今後この役割を「プレス」自身が担っていくのか、それとも他のメディアが肩代わりする

のか、あるいはそもそもミドルマンは不要になったのかを評価するためにだけでも⁵⁾、「プレス」が望まれ、そして自負して果たしてきた役割と責任の輪郭を今一度探ることは必要であると思われる。情報伝達とその質との強い相関関係を考えただけでも民主主義の質に関わる問題として、「プレス」という主体に焦点を当て足下を固める必要があると思われる。

本稿においては以上の認識の下、合衆国憲法修正第1条に保障された「プレス」の自由を扱った合衆国連邦最高裁判例を中心に、1930年代から「プレス」の中でも新聞が最も華々しくこれらの役割と責任を果たした1970年代初期にかけ、その成立と変遷を概観したい。この作業においては、裁判所や法学者の法的な議論だけでなく、「プレス」の側からの視点を背景の中で示しながら⁶⁾、時代を追っていき⁷⁾たい。

この過程で明らかになるように、合衆国連邦最高裁の代表的な意見は、「プレス」の主体性を意識し、期待を寄せ、有るべき姿を示しており、報道の主体を検討するにつきユビキタス社会でも示唆的であると思われる。また同時にここにおいて既に「プレス」の役割の限界が見えており、この点でもユビキタス社会における民主主義システムを考察する手がかりを与えてくれるものと思われる。

更に、その頂点として扱うペンタゴン・ペーパーズ事件は、ベトナム戦争という、海外ではありながらもその泥沼化により自国民の生命をも危うくする政策に関する事件であり、緊急事態における「プレス」及び司法の役割を明確に示しているものとして、参照に値すると思われる。

ニア事件：出発点

1 ニア事件の歴史的位置

「プレス」の自由が語られる時、多く最初に取り上げられる1735年のゼンガー（Zenger）事件以来、1931年のニア（Near）事件までには多くの判例が積み重ねられている。特に治安妨害扇動罪（seditious libel）に関す

る諸事件は、治者と被治者及びこれらを結ぶ情報の伝達者としての「プレス」とその自由の成立を考察するためには不可欠な分析対象ではあるが、本稿の趣旨とその膨大な量に鑑み、その中から議論を進めるために必要ないくつかの論点を挙げるに留めておきたい⁸⁾。

まず奥平『「表現の自由」を求めて』が強調しているように、アメリカ合衆国成立期における1735年ゼンガー事件当時の治安妨害扇動罪は⁹⁾、当該記事の事実性（真実性）が強ければ強いほど治安妨害に該当する割合が高くなるとされる¹⁰⁾。治安妨害扇動罪は、州あるいは連邦による支配を脅かすいわば国家反逆罪であり、支配や支配システムの正当性と妥当性を維持するために、都合の悪い言論及び「プレス」に事後の刑罰をもって臨み、よってこれを抑圧しようとするものである。後にサリバン（Sullivan）事件で chilling effect（萎縮効果）として論じられるように¹¹⁾、事後抑制であってもその態様によっては合衆国憲法修正第1条が禁じている事前抑制と同様の効果をももたらすが、治安妨害扇動罪はそのような意味で言論及び「プレス」にとってまさに重大で危険な規制である。危険な規制を科すに当たり、当該内容が治安妨害に該当するかどうかを評価するために、前記の通り事実の指摘こそ治安妨害である（指摘された事実が真実であればあるほどダメージが大きくなる）との認識と評価実践は、効果的な批判を効率的に排除するために大いに役立ったはずである。これは名誉毀損事件ではあるが、後に扱うサリバン事件において、「事実」の保護を前提に「誤った記述」をどう保護するかという議論とは全く逆の発想である¹²⁾。また現在日本の刑法230条の名誉毀損罪に対し、刑法230条の2が公共利害に関わる事実につき、目的の公益性が備わったものに対し真実性の証明によって違法性を阻却しようとしている態度とも正反対の方針である¹³⁾。これは支配の正当性を保持しようとする強い意志の表れとも見ることができるが、他方でいわゆる「思想の自由市場」を確保しようとする考え方は後退していたことを示している。換言すれば、治者から見た記事あるいは表現の評価が保護の範囲を決していたのであり、この点に十分注意しなければ

ばならない。

次に、当初「プレス」は現代のような、あるいは1964年サリバン事件におけるニューヨーク・タイムズ(The New York Times)のようにネットワーク化された広域をカバーする巨大組織ではなく、1905年の Peterson 事件でも、そしてここで取り上げる1931年のニア事件でもうかがえるように、多くのものが地方密着型の小規模な、それでいて政界との繋がりが深い、党派的色彩の濃いものであった¹⁴⁾。現代においてもマス・メディアの党派色は政党機関誌などを除いてもぬぐい去れはしないが、王の印刷人であった建国期だけでなく、20世紀初頭においてもより直接的な利害関係を持ち、またより直裁に党派色あるいはその立場を主張していた。一応なりとも「客観報道」が目指される現代とは様相を異にし、従ってこれらの諸事件で扱われた「表現」は、「事実」であるよりもむしろ党派色を色濃くにじませた「意見」を大いに含んだものであることに留意すべきである。

更に奥平『表現の自由』を求めて』では、1905年の Peterson 事件について指摘されるように、「二〇世紀に入ってもなお、憲法で保障されたはずの『出版の自由』が一定のはっきりした内実をもっては、ちっとも確立していなかった」ことが再確認されている¹⁵⁾。漸くここで取り上げる1931年のニア事件において、合衆国最高裁は一定の内実と方向性を提示するに至るのである。

2 事実の概要

ニア(Near)事件として知られるこの事件は、ミネソタ州のいわゆる言論抑圧法(Gag Law)の合憲性が問われた事件として有名である¹⁶⁾。同法は俗悪な定期刊行物を取り締まろうとするものであるが、従来の検閲、すなわち行政権による事前の公表差し止めあるいは直接的な処罰を内容とするものではないところに特色がある。その方法はユニークで、営業としてわいせつなあるいは人の名誉を毀損するような俗悪な新聞雑誌など定期刊行物を出版配給する行為を、生活不法妨害(nuisance)の罪に当たると

するもので、次のような手続きがとられる。まず、このような犯罪が行われたと考える県検事あるいは地方検事が裁判所に対し、同様の出版継続に対する禁止命令を請求する。通常の禁止命令事件と同様の審理が行われその結果、当該州法に該当し生活不法妨害が成立すると、ここではじめてこれ以後の出版配給に対し禁止命令が発せられる。更に、もし被告人がこの禁止命令に反した場合には裁判所侮辱罪についての手続きが開始され、最高1000ドルの罰金又は1年以内の拘禁が同法により科せられることとなるのである。連邦最高裁でも、この規制目的とこの規制方法が合衆国憲法修正第1条の禁ずる検閲に当たるかが争われることになった¹⁷⁾。

本件の被告人となるニア（J. M. Near）は、ミネソタ州ミネアポリス市で「The Saturday Press」なる新聞を発行していた。彼は1927年9月27日から同年11月19日にかけて8回にわたり、ユダヤ人ギャングが同市においてギャンブル、酒の密売、ゆすりなどを欲しいままにしており、これを取り締まるべき市長以下の法務執行官ないし法執行担当当局などの官吏及び陪審を含む関係者は、その職責を果たしていないことを名前を挙げて非難する表現が甚だしく罵言的な一連の記事を掲載した¹⁸⁾。

これらの記事に対し上記州法が適用され、被告人は事実関係を含めこれを争い、さらに同法の違憲性を争ったが受け入れられず、同法が命ずるような中傷の記事を掲載した新聞を今後永久に発行しないことを裁判所により命じられた。ミネソタ州の最高裁判所もこれを支持したので、被告人が合衆国憲法違反であるとして連邦最高裁判所に上訴をした。

この上訴に対し、連邦最高裁は1931年6月1日に5対4で同法を違憲とする判決を下した¹⁹⁾。

3 連邦最高裁判決

(a) ヒューズ首席裁判官による法廷意見

この判決における法廷意見と反対意見は、好対照を成していると言える。争われたのは事実認定と共に、事前抑制と本件州法との関係についてであ

る。

ヒューズ (Charles E. Hughes) 首席裁判官による法廷意見はまず、「自由は、それぞれの段階において、歴史及び暗示的な意義を持っており、そして、現段階においては、審査は『プレス自由』(the liberty of the press) の歴史的な概念についてであり、また当該州がその自由の本質的な特質を侵害したかについてである」とし²⁰⁾、歴史的考察の必要性を強調する一方で、ニアによる当該州法の違憲性に集中した主張に対し、単なる形式的問題ではなく実質的に当該州法の運用と効果を審査するとして、歴史的考察の上に立った実践的で実質的な検討を行う姿勢を示している。

この方針の下、法廷意見は当該州法の性格を原審の認定を確認あるいは修正を行いながら詳細に分析する。その中で、当該州法は個人の保護や誤った権利不法侵害を罰するためではなく公共の福祉の保護のためであり²¹⁾、法律に背く新聞や定期刊行物を抑圧することが目的であるとしている²²⁾。その上で当該州法は抑圧だけではなく、当該発行者を効果的な検閲の下におこうとしているとする²³⁾。そして、墮落し不法行為を行ったあるいは重大な懈怠のある公務員の告発は必然的に当該州法の言う「スキャンダル」を招き²⁴⁾、本件の新聞や定期刊行物は主として犯罪の多発とその保護につき公務員を告発するものであるから²⁵⁾、真实性と共に善良な動機に基づいた公共目的性を立証しなければ、刑事罰だけでなく上記抑圧を受けることになる。これこそが当該州法の目的であるとされている²⁶⁾。結局手続き的な詳細を除けば、特に公務員の欠点を暴くスキャンダラスで名誉毀損的な新聞あるいは定期刊行物の所有者あるいは公刊者を裁判官の前に連れ出し、真实性及び善良な動機に基づく正当な目的のためであることを証明できなければ公刊を許さず、また命令に反した将来の公刊も裁判所侮辱罪として可罰とするものであり、「これこそが検閲の本質である」としている²⁷⁾。加えて本件のような場合でも、文書誹毀罪 (libel) による処罰は当該州法とは別に可能であることも忘れずに指摘している²⁸⁾。

次に上記のごとく当該州法の性格付けを行った上で、これと対抗する

「プレス」の自由」の性格付けを行い、上記州法が整合的かを判断する。ここにおいても歴史的な意義を強調し、イングランドにおける検閲官に対する闘争から始められている。

ヒューズ首席裁判官は、「プレス」の自由（the freedom of the press）」を保護するに当たっての主要な目的は、公表に対する事前抑制の禁止にあるとし²⁹⁾、ブラックストーン（Blackstone）の「プレス」の自由は、実際、自由国家（Free state）の性質に本質的である」という言葉を引く³⁰⁾。しかしながら事前抑制禁止に的を絞る、更にその事前抑制禁止にさえ例外を認めていくブラックストーン的な考え方を、マディソン（Madison）などの批判を借りながら修正を行っている³¹⁾。ここでは単なる事前抑制からの免除では十分ではないとのブラックストーンへの批判が紹介される³²⁾。併せてこの事前抑制禁止は絶対ではなく、いくつかの例外があるとはしながらも³³⁾、「制限が例外としてしか認められないという性質は、歴史的に考察され、連邦憲法上の問題として取り上げられた場合、プレス」の自由が専らそうとは言えないとしても、主に事前抑制あるいは検閲からの自由という一般的な考え方を強調するものである」として、改めて拡張的な事前抑制原則禁止が強調される³⁴⁾。そして、ここで最も重要なものとしてこの事前抑制から逃れるべきだとされるのが、圧政に対する公務員及び公務員の非行に対する非難の自由である³⁵⁾。「プレス」という「回路」を通じて非行・圧政が正される期待と³⁶⁾、この期待がどのように捉えられてきたかを、「およそ150年の間、公務員の違法行為に関する刊行に事前抑制を課そうとする試みが全くなかったという事実は、そのような抑制が憲法上の権利を侵害するであろうという根強い確信の重大性を示す」という言葉で表している³⁷⁾。また自由の濫用、すなわち本件に関しては公務員への無謀な攻撃が存在したとしても、複雑化した行政における市民生活を脅かす公務員の非行の可能性の高まりの中では、「警戒を怠らない、勇敢なプレス」の必要性を高めこそすれ減ずることは無く、その濫用は、現存する事後的な処罰によって憲法上の特権と整合的に救済が行われるべきであるとするの

である³⁸⁾。

このように、一方で当該州法を拡張的な事前抑制であると性格付け、他方で「プレス」の自由の意義を特に本件事実に合わせ、「プレス」による公務員不正是の役割への期待から強調し、当該州法は「プレス」の自由を不当に侵害し、違憲であると結論している³⁹⁾。

(b) バトラー裁判官反対意見

次に法廷意見との比較を行いながら、少数反対意見を見ていくことにする。

まずヒューズ首席裁判官による法廷意見が、合衆国憲法修正第14条のデュー・プロセス (due process) 条項を介し、合衆国憲法の言論及び「プレス」の自由を州政府の行為に適用することについて、あっさりとして認めているのに対し⁴⁰⁾、バトラー (Butler) 裁判官による反対意見 (Van Devanter, McReynolds, Sutherland 各裁判官同意) は、1925年まですなわちこの判決の僅か5、6年前まで、合衆国憲法修正第14条を介する州政府の行為への合衆国憲法が定める諸自由の適用は認められていなかったという断り書きから始められる⁴¹⁾。この断り書きの下で、本件で問題となるのは、当該州法の被告人ニアへの適用が法の適正手続き (due process of law) 無しに彼の自由を奪うことになるのかであるという限定を行っている⁴²⁾。

バトラー裁判官による反対意見は結局、法廷意見を「これまでには認められてこなかった意義と範囲をプレス」の自由に与え、修正第14条のデュー・プロセス条項内の自由を、先例の無い州に対する連邦による規制を課すために解釈している」とものと批判し⁴³⁾、対決姿勢を明らかにしているのである。

事実認定においては、ニアの記事は通常悪意のあるスキャンダラスで、名誉毀損的であることを強調することに終止している⁴⁴⁾。この事実認定を踏まえた上で、憲法がこのような記事を保護しようとしているか、更に保

護しているのであればどのような方法で保護しているかを検討する。ここではまず、先に挙げた合衆国憲法修正第14条を介した合衆国憲法の州政府による行為への適用とも関わり、まず州憲法レベルで「スキャンダルと名誉毀損を目的とする公刊に保護を与えることは、けっして（州：引用者加筆）憲法の意図ではなかった」という州最高裁の判断を引き⁴⁵⁾、次に合衆国憲法のレベルで、Story 裁判官の言葉を引きながら合衆国憲法修正第1条の保護する言論及び「プレス」につきその絶対性を否定し、制限の必要性を強調している⁴⁶⁾。そしてその保護されるべきは、文書誹毀罪法に導入された基準である「全ての人は、善良な動機と正当な目的に基づいて、真実であることを、自由に公刊にできなければならない」という範囲までであるとする⁴⁷⁾。

また、法廷意見においても引かれたブラックストーンの諸説についても、ブラックストーンが禁じた事前抑制の禁止は「プレスを行政官の自由裁量による意思の下に服従させる」事前抑制禁止であり、法廷意見は、拡張解釈をしすぎているとする⁴⁸⁾。この意味で当該州法は事前抑制としては働かず、本件における悪意に満ちスキャンダラスで名誉毀損的記事の業としての（business）公刊は、自由な「プレス」の権利濫用を構成するとする⁴⁹⁾。その上で、一方で当該州法における生活不法妨害（nuisance）は道徳や秩序、善良なる政府を危うくするものであり⁵⁰⁾、他方で法廷意見が適用を主張する当時の文書誹毀罪法は、このような公刊に対しては効果的でないことをも考慮し⁵¹⁾、当該州法の採用する手法を違憲無効とすることは、元発行人である Guilford の行った強請や恐喝への「プレス」の利用、そして彼自身の射殺のように社会秩序を崩壊させることになるとしている⁵²⁾。

4 ニア判決の意義

(a) 事前抑制の法理と「プレス」への期待

これまで見てきたように、ヒューズ首席裁判官による法廷意見とパトラー裁判官による反対意見は、被告人ニアによる記事が名誉毀損的である

という事実認定以外ほとんど全ての論点において対立している。この対立を生むより現実的な理由を推察すると、共和主義的な観点を除いても、当時の「プレス」の在りよう 反対意見が強調するような、公共の福祉に反するような使われかた をどの程度「プレスの自由」の名の下に許容するか、そしてその背後にはそのような「プレス」の民主主義過程での役割をどの程度に評価し、よってどれほどの規制が適切であると考えるか、ひいては「プレス」を含んだ市場 思想のみならず経済市場も含め⁵³⁾

にどの程度ゆだねるかの違いと言える。これにより「プレス」に対する態度が全く正反対のものとなっていると思われる。

いずれの意見も「プレス」を全面的に信頼しているわけではなく、絶対的な自由を与えるものではない⁵⁴⁾。しかし、いずれの意見も歴史的経験を踏まえ、事前抑制に対して程度の差はあれ警戒的である。結論を異にすることになるのはその先であり、法廷意見は従来の事前抑制禁止概念を、ある意味反対意見が言うように拡張解釈し、「プレスの自由」を若干の濫用も含め保護しようとしているのであり、これはサリバン事件に繋がっていく姿勢である。反対意見はこの拡張を行わず、素直に当該州法は事前抑制を課してはいないと結論し⁵⁵⁾、秩序維持に軍配を上げたと言える。

この差を確認した上で次章以降「プレスの自由」に係わる代表的な二つの事件を中心に見ていくが、その検討のためにも出発点として、当時「プレス」がどのように捉えられ、どのような役割を果たし、あるいは果たそうとしていたかを、この判決及び問題とされたミネソタ州の Gag Law (言論抑圧法) から抽出しておく。

(b) 「制度」としての「プレス」の抽出：「公共性」をキーワードに

活版印刷の発明により印刷物が大量に公衆に配布されることとなり、印刷業者の影響力が増し、その影響力をコントロールしようとして検閲制度が発達したことから分かるように、「プレス」を含むメディアは本来的に公衆と深く結びつきあるいは公衆に向けており、従って「公共」的な性

格を少なからず有している。

そうであったとしても、本件のような「プレス」による名誉毀損や侮辱、スキャンダルは、文書誹毀罪（libel）法がそう捉えているように、公衆内での評判が問題だとしても、公衆の利益を第一義的な保護法益にするのではなく、私人同士の「私的な」事柄として特定個人の個人的法益を第一義的な保護法益として掲げ処理することが可能であるし、少なくともそう考えられている。即ち個対個の「私的」レベルで捉えることが出来る⁵⁶⁾。これに対し、本二ア事件において問題とされた州法（Minnesota Gag Law）は、連邦最高裁判決の法廷意見も反対意見も示すように、単なる個人法益を保護するのではなく公共の福祉あるいは社会秩序、倫理を含めた公衆の利益を保護しようとするものである⁵⁷⁾。これは seditious libel（治安妨害扇動罪）の系統に近く、これら社会的法益とも言えるものに「プレス」が継続的に与える影響力を重視し、単なる個人とは別の一つ高いレベルで「プレス」を扱おうとしている、あるいは扱わざるを得なかったのではないかと考えられる。即ち「プレス」を「私なるもの」であるだけでなく、それを超えて「公なるもの」という性格を具備したものとして、より「公共性」を強調してその危険性を問題とする手法が採られていると言える⁵⁸⁾。

強調された「公共性」を前提に当該州法の規定の仕方を見ていくと、まず当該 Minnesota Gag Law 第1条（Section 1）は、公刊を「定期的に、習慣的に行う業務に」関わった者を生活不法妨害（nuisance）として罰している。また、処罰対象になる「関係者」の中に株式保有者まで列挙している。更に第2条（Section 2）以下の定める規制も、将来に対する差し止めであり、裁判所命令に反し公刊した場合のために裁判所侮辱罪が適用できるよう準備している⁵⁹⁾。これらは全て1度や2度の頒布ではなく、継続的な公刊、多くは「業として行う」公刊を前提としている。即ち「公共」に継続的に係わる主体として、その「公共性」を理由に広く規制を行おうとしていると見ることができる。

同様の視点からニア事件連邦最高裁判決を見ていくと法廷意見は逆に、「公共性」を強調する「プレス」を公益に係わるものとして捉え、「効果的な事前抑制」の下に置こうとする Minnesota Gag Law を危険視して違憲とする⁶⁰⁾。その上で本件のような事例では、私的な処理と言える libel (文書誹毀罪)による処理が可能であることを示唆する⁶¹⁾。この構成をどのように見れば良いかは見解の分かれるところではあるかも知れないが、最も単純化した素直な捉え方として、「公共性」を十分に発揮する「プレス」をその「公共性」を理由とした規制の下に、特に事前規制 これ自体「公共性」をその一部に付随している の下に置くことを拒絶し、「公共性」を尽くすために付随的に起こってしまったミスを例外的に「私的」なレベルで処理をすべしとの構成であると考えられることも可能である。これに対してはもちろんそのようなレベル分けではなく、単に事件の性質による振り分けであるとの見方も可能である。しかしながら少なくとも法廷意見は、「プレス」の「公共性」を重視し、その「公共性」を損ねることを嫌っているように見える。

他方反対意見は、この「プレス」による公衆への影響を強調しながらも、それ故に Minnesota Gag Law を合憲とし、規制を課すことを容認する⁶²⁾。当該ニアの新聞刊行に係わる諸事件そのものが効果的でない libel による規制ではなく⁶³⁾、当該州法が採用するような規制手段の必要性を示しているとする⁶⁴⁾。そして、法廷意見がブラックストーンによりほめかされた検閲官による「プレス」に対する事前抑制と⁶⁵⁾、本件州法の手法との間に類似点を見いだすのは「現実的でない (fanciful) 」と言い切っている⁶⁶⁾。

二つの意見はいずれも歴史的な考察を踏まえつつ「プレス」を継続的な存在として捉え、「プレス」の影響の評価を行い、その評価を下に機能重視(法廷意見)に傾くか、秩序維持(反対意見)に傾くかの違いと言えらる。両意見とも少なくとも「プレス」を「公」の存在として、そしてただならぬ存在として認めていることは共通し、またその持続性により公衆の中で情報を発信し、その情報が公衆の中で蔓延し、これに併せてまた情報が発

信されるという一種の回路あるいは「制度」のように捉えているように思われる。当該ミネソタ州法に見られるように、「プレス」が何らかのきっかけを与えまた加速させるという役割を十分に果たすと考えられている⁶⁷⁾。その中で法廷意見は特に、「プレス」による行き過ぎが存在したにもかかわらず事前抑制禁止の原則を拡張し、公の事柄、特に公務員の不正是正での役割を果たしチェックを行い、市民に知らせる「警戒を怠らない、勇敢なプレス」像を強調することによりその「行き過ぎ」をカバーし、「プレス」保護の結論を導いたといえる。そして次に検討するサリバン事件においては、「プレス」によるこの役割が強く確認され、この行き過ぎのカバー範囲がより明確により広範囲に明言されることになる。ここに改めて二つの市場 思想、ひいては経済市場 にどの程度ゆだねるべきかが問われることになる。

サリバン事件：新たな展開

1 サリバン事件の歴史的位置

1931年のニア事件判決から1964年サリバン（Sullivan）事件判決までは、世界史的にも1919年の第一次世界大戦終了から1945年の第二次世界大戦終了までの戦期・戦間期を経て⁶⁸⁾、冷戦期、1950年から1953年の朝鮮戦争、1973年の撤退へと続く泥沼のベトナム戦争など危険な緊張状況が続く期間である。アメリカ国内に於いても、1930年代からのニューディール、1950年代のマッカーシズム、1960年代の公民権運動、そして1970年代高まりを見せるベトナム反戦運動へと続く、社会秩序、正義、イデオロギー、平和、愛、信仰、権利、自由など基本的、根元的価値が揺さぶられる動乱期であった。そこでは「言論の自由」や「良心の自由」あるいは「信仰の自由」など精神的自由に関する大事件が最高裁判所に突きつけられているにもかかわらず、「プレスの自由」に関する大事件はサリバン事件まで画期的な転換は見られないように思われるが、周辺部分も含め、その後の展開

を見ていくのに必要な限りで留意すべき点を指摘しておきたい。

留意すべきは、国家あるいは秩序に対する脅威の捉え方が言論及び「プレス」の自由をめぐる事件を見ても、少しずつ変化してきたことである。建国当時はその統治体制も軟弱であったため、当然に統治体制に対する批判はかなり警戒されると共に厳しい対応が行われてきた。1735年ゼンガー事件で争われた治安妨害扇動罪はまさしくその厳しさを表している。しかしながらゼンガー事件から始まる修正は、少なくとも言論及び「プレスの自由」の分野においても、先に見たように1931年のニア事件では Gag Law が違憲とされ、ジョージア州の古い奴隷反乱鎮圧法が争われた1937年の Herndon 事件においては合衆国連邦最高裁は「危険な傾向」のある文章というだけでは規制できないとするに至っている⁶⁹⁾。しかしながらその間にも、1917年スパイ防止法を争った1919年の Shenck 事件では、「明白かつ現在の危険性」テストが言論・出版の自由を擁護する形では現れず⁷⁰⁾、カリフォルニア州刑事サンディカリズム法が問題とされた Whitney 事件においても言論・出版の自由の擁護に傾くことはなかった⁷¹⁾。更に冷戦を背景としたマッカーシズムの時代、単なる統治体制ではなく共産主義に立ち向かう統治体制への脅威への対抗として、たとえばスミス法は1951年 Dennis 事件において相対的多数意見によってであったとしても合憲とされた⁷²⁾。これに加え1952年には集団侮辱罪あるいはヘイト・スピーチ罪が問題とされた Beauharnais 事件において、合衆国連邦最高裁は「明白かつ現在の危険性」テストの適用を拒否し、名誉毀損などの libel (文書誹毀) はそもそも憲法の保障の範囲に含まれないとの結論を出している⁷³⁾。

このような紆余曲折を経る中で、国家あるいは公務員への批判 即ち統治体制や権威に対する脅威 につき、その保護の頂点たるペンタゴン・ペーパーズ事件に向けて一つの方向を明確に指し示し、飛躍させることとなったのが1964年のサリバン事件である。

2 事実の概要

1952年の Beauhanais 事件当時から1954年の Brown 判決にも見られるように⁷⁴⁾、黒人公民権運動は徐々に広がりを見せつつあったが、サリバン事件はそのような公民権運動の盛り上がりが見られた頃の事件である。

1931年のニア事件判決から約四半世紀、アメリカ南部アラバマではアメリカ黒人女性オーザリン・ルーシーが1956年2月6日にアラバマ大学に初登校をした。それは白人の登校とは違い群衆と南部連合の旗、そして反黒人のシュプレヒコールに取り囲まれ、交通警察隊にガードされた登校であり、それを取材したクロード・シットンの言葉によれば、「革命」だったという⁷⁵⁾。

1960年になると黒人公民権運動に新たな大きな動きが起こる。1960年2月1日ノースカロライナ州グリーンズボロの食堂で始まった座りこみに端を発した新たな波は、南部全体へと広がっていった。当時の南部の雰囲気を表す一つのエピソードが、ニューヨーク・タイムズの記者ソールズベリー（Salisbury）によって書かれている。アラバマ州バーミンハムでこの南部の波を取材していた彼が、バーミンハムでの人種差別を批判する記事を書いたため、ニューヨーク・タイムズと彼はバーミンハムの局長職にある人物達に名誉毀損による損害賠償請求の訴訟を起こされた。

その手続きの中、ウォルター・ジョーンズ巡回判事の予備審問で同判事が「この法廷には、憲法修正第14条など存在しない」と怒鳴ったというのである⁷⁶⁾。このような混沌とした状況の下、北部のニューヨーク・タイムズが南部の人種差別を批判し、黒人公民権運動を支持し続け多数の名誉毀損訴訟が南部の公務員などからニューヨーク・タイムズに対して起こされた⁷⁷⁾。その中の一つが連邦最高裁まで審理されることになったサリバン（Sullivan）事件である⁷⁸⁾。

1960年3月29日付けのニューヨーク・タイムズに、ニューヨーク・タイムズが執筆したものではないが、それまでのニューヨーク・タイムズの態

度と一致した『彼らの沸き上がる声に耳を傾けよ』と題する全頁大の意見広告が掲載された。この意見広告には次のような叙述が含まれた後、南部の学生運動支援、公民権闘争、そしてその当時偽証罪に問われていた黒人公民権運動指導者キング牧師(Martin Luther King Jr.)に対する法的防御及びこれら三つの目的のための基金募集が呼びかけられていた。「今や、全世界が知っているように、南部の何千という黒人学生達が、合衆国憲法とその権利章典により保障されているように、人間の尊厳を持って生存する権利の積極的な確認を求めて、非暴力の抗議を行っている。これらの保障を獲得しようという努力の中、彼らは近代的自由のパターンを定めたものとして全世界がみなしているその文章を否定し無視しようとする人々による前例のないテロの波に襲われている」。これらに続きアラバマなど南部の諸州でのテロの波、キング牧師の非暴力主義が示されている。この意見広告には宗教、労働組合などの分野における著名な64名の名前が掲載されていた⁷⁹⁾。この中で「尊厳と自由のために日々闘っているわれわれは、このアピールを心から支持する」との一文の下に名を連ねた20名のうち4人が、アラバマ州モンツゴメリー市市委員であるサリバンが提起した本件名誉毀損訴訟で、ニューヨーク・タイムズとともに被告となった。

この審議は、1960年4月26日に始められた。この意見広告にはいくつかの誤りがあり、これがニューヨーク・タイムズにとっては技術的な弱点となった。対するサリバンにも、当該広告に彼の名前が触れられていないという問題があった。第一審のCircuit Court of Montgomery Countyでは、陪審による審議によりニューヨーク・タイムズに50万ドルの支払いが命じられた。アラバマ最高裁では、サリバンの名前に直接触れられていないことからこの広告がサリバンに対する直接的な攻撃でないと言われ、しかもニューヨーク・タイムズがその著者でないことが明らかであるとされたにもかかわらず、ニューヨーク・タイムズに対し賠償命令が下された。これは意見広告の記事とサリバンの公務に一定の関係が認められ、ニューヨーク・タイムズがこの意見広告を掲載し流布したその行為についてニュー

ヨーク・タイムズの責任が認められたからである。アラバマ州最高裁判所判決はなんら新しい法理を作らず、従来からの名誉毀損の法理を忠実に適用したのであった⁸⁰⁾。

アラバマ州最高裁判所が一審の判決を支持したために、ニューヨーク・タイムズ側が合衆国連邦最高裁に裁量的上訴の申し立てをし、これが認められた。「プレス」の自由の発展史を追った Powe は、ニューヨーク・タイムズが最高裁に望むにつき、ニューヨーク・タイムズ自身は気付くべくもないが非常に大きな希望があったとする。それは、当時の最高裁が南部の連邦からの離脱に強く反対する指導的立場にあり、その最高裁が南部での人種差別を批判する北部の新聞を黙らせ、そして1909年からはじめての全国組織として活動する NAACP（全国黒人地位向上協会）を除去することを許すとは考えられるものではなかったという。「憲法上珍しく100パーセントの確実性があった」とする。そして、ニューヨーク・タイムズの弁護士ウィスラー（Whisler）は、すばらしい事実と法の欠如という事件を担当し、「彼の仕事は最高裁に、どうやって法を現実にも適合させるかを示すことであった」とその後の展開を暗示的に示す。ウィスラーは、このような大きな理論の転換を行うため治安妨害扇動罪（seditious libel）の適用を主張し、それが認められることになる⁸¹⁾。

こうした状況の下、1964年3月9日に判決が下された。ブレンナン裁判官により法廷意見が書かれ、ブラック裁判官とダグラス裁判官の同意意見と、ゴールドバーグ裁判官とダグラス裁判官の同意意見の二つが付されている。

3 連邦最高裁判決

(a) ブレンナン裁判官による法廷意見

ブレンナン（Brennan）裁判官による法廷意見はその冒頭で、最高裁は「公務員によるその公務批判に対する名誉毀損訴訟において損害賠償を認める州権限を限定する、言論及びプレス自由の憲法上の保護の範囲を定めるよう求められている」として、まず本件の名誉毀損訴訟を州法レベル

で扱うのではなく合衆国憲法の問題として扱うことを宣言している。サリバン事件におけるいわゆる名誉毀損の「憲法化」である⁸²⁾。

ここで注意しなければならないのは、本件は一般には「プレス自由」あるいは「言論自由」と「名誉毀損」との対抗であると強く認識されているのであるが、この2「事実の概要」でも触れたように、被告はニューヨーク・タイムズだけではなく、広告中の支援者、広告の執筆者、広告主が当然に含まれて良いはずである。むしろニューヨーク・タイムズは自らの記事ではなく、審査基準は有るにせよ「広告」を掲載したに留まるのであり、第一次的な損害賠償の相手方は広告執筆者及び広告主ではあろう。しかし容易に察しがつくように、原告側はニューヨーク・タイムズの日頃の論調、そして金銭的な問題もあってニューヨーク・タイムズを広告主らと「同列」に被告席に着かせようとしたと思われる⁸³⁾。これに対して連邦最高裁は、このニューヨーク・タイムズを救うためにこそ名誉毀損の「憲法化」を行ったのである⁸⁴⁾。本件において連邦最高裁は、公務や公的事柄を批判をする(あるいは、その発言をする)自由だけでなく、その批判を伝達する自由をも含め批判的なコミュニケーションの自由を確保しようとしているように思われる⁸⁵⁾。このことを意識しながら基準とされた現実的悪意(Actual Malice)の法理が、どのように何のために導き出されたかを確認しておきたい。

まず議論の前提の事実として、法廷意見は以下を示す。当該意見広告にはニューヨーク・タイムズ側も認める誤りが数力所有り⁸⁶⁾、この誤謬をどのように評価するかが問題となっている。また同時に、この記事信頼したことに関してニューヨーク・タイムズに落ち度がないかを判断するにつき、ニューヨーク・タイムズ側の信頼する人物によって持ち込まれた広告ではあるが⁸⁷⁾、ニューヨーク・タイムズは広告の正確さを確認しようとはしていない⁸⁸⁾。また当該広告には、ニューヨーク・タイムズが信頼する人々の名が連ねられていたが⁸⁹⁾、彼らの多くは実際には名前を使うことを承諾していないことが指摘されている⁹⁰⁾。更に、別の人物に対する記事訂

正には応じていることが認められている⁹¹⁾。

当該意見広告と合衆国憲法との関係については、サリバン側の主張する二つの論点処理される。一つには、合衆国憲法修正第14条は州の行為に向けられたものであり、個人の行為に向けられたものではないというものであり、二つには、少なくともニューヨーク・タイムズに関する限りそれが料金を伴う広告であるのであるから「商業的 (commercial)」広告に当たり、言論及び「プレス自由」保障の域外であるとの主張である⁹²⁾。法廷意見は前者につき形式ではなく実際に州の権限が行使されたかが問題とし、後者につき本件広告は前記のごとく意見などを伝達しようというものであり、「商業的」なものではないとし、いずれも形式ではなく実質から見て合衆国憲法を適用すべきことを示している⁹³⁾。

次に当該アラバマ州法では、評判や事業などを攻撃し、あるいは公の侮辱を企てるものは「それ自体誹毀的 (libelous per se)」であり、当該記事が「それ自体誹毀的」であれば、公刊そのものだけで法的な損害が認められかつ虚偽性や悪意は推定され一般的な損害が推定されるためにその証明は必要とされず、当該記事が「原告の、あるいは原告に関する (of and concerning the plaintiff)」と認められれば責任が認められる。ブレナン裁判官による法廷意見は後に見るようにこれを否定するのであるが、下級審においては本件記事は直接にサリバン達を氏名あるいは役職名で名指ししていないにもかかわらず、当該記事が原告 (サリバン) の監督する部署に関わる追求であるため当該記事が原告に関するものであると認められ、よってニューヨーク・タイムズらの責任が認容されている⁹⁴⁾。

ブレナン裁判官による法廷意見は、当該アラバマ州法では原告の公的な地位と政府における階級から考えると、公務に関する苦情などは全て原告の評判に影響を与えると評価されざるをえないであろうとしている⁹⁵⁾。更に、これを覆す真実性の証明を行わなければ一般的な損害が仮定され、金銭上の損害が立証の必要なく認められる上、現実的悪意を否定する善良なる動機と真実だと信じたことにつき陪審が重視しなければ、悪意の推論を

排除されないことも確認されている⁹⁶⁾。

法廷意見は結局、ニューヨーク・タイムズが誤りを含んだ記事を確認もせず掲載した事実及びアラバマ州法の文書誹毀に対する厳しいこのような性格といういずれもニューヨーク・タイムズには極めて不利な状況から立論を行わなければならなかったと言える。

最初の壁は原告(サリバン)達が前提としているように、合衆国憲法修正第1条が文書誹毀的な公刊を保護していないというものであり、連邦最高裁は公務員の公務に対する批判に関してこの壁をどのように突破するかに苦心する筈であった。これに対しブレナン裁判官による法廷意見は、文書誹毀(libel)についても合衆国憲法修正第1条を満たす基準が必要であると、公共的論点についての表現の自由は合衆国憲法修正第1条により保障されていることはこれまでの諸判決により長く根付いてきている。これは人々によって望まれた政治的社会的変化をも引き起こすためであり、良い結論はいかなる権威による選択に比べても多様な言論からの方が生まれる可能性があるとの認識をいくつかの判例を挙げながら確認している⁹⁷⁾。そして「公的論点についての論争は、制約されず、たくましく、そして広く開かれた形で行われなければならない、また、それは、政府や公務員に対する激烈で、痛烈で、時には不愉快な程鋭い非難を含むであろうという原則への深い信頼を持って審査する」とし⁹⁸⁾、本件広告はこの意味で連邦憲法上の保護を受けるものであるとしている⁹⁹⁾。

ここで残った問題は、事実についての誤った記述及び原告によって申し立てられた名誉毀損によって、当該憲法上の保護を失うことになるかである¹⁰⁰⁾。

ブレナン裁判官による法廷意見はまず、誤った記述は自由な討論には避けられないものであり、もし表現の自由が生き残るために「息づく空間(breathing space)」を必要とするならば、その誤りは保護されなければならないと指摘する¹⁰¹⁾。また公務に対する批判は、単にそれが効果的な批判であり、この故に彼らの職務上の評価を減じただけでは憲法上の保護を

失わないことをやはりいくつかの判例などを引きながら示している¹⁰²⁾。

この中で特に注目すべきは、当該アラバマ州法と1798年扇動法（the Sedition Act of 1798）との比較である。1798年扇動法は、結局憲法違反との批判を浴びながらも連邦最高裁で争われることなく、またその効果を果たすことなく失効する¹⁰³⁾。この法律は合衆国政府、議会、大統領などを批判することを禁ずるものであるが、ここでも真実性の証明による免責が規定されており、また陪審が事実のみならず法的評価も評決するという制限が行われているにもかかわらず、Jefferson や Madison 達に違憲であると批判されたのである¹⁰⁴⁾。ブレナン裁判官による法廷意見は、1798年扇動法への批判を基礎に、政府及び公務員に対する批判への抑制は修正第1条に相反するとの考えを示す¹⁰⁵⁾。

公務あるいは公務員に対する批判につき、上記のごとく一般的に修正第1条によって強く保障されることが示された後、法廷意見は記事の誤りについての検討に入る。ここでは、当該アラバマ州法でも他でも採用されている真実性の証明による免責の、免責されるという公刊者に有利な側面に対し、真実性を証明しなければ免責されないという公刊者に不利な側面を強調する。すなわち文書誹毀訴訟などにおいて、記事が真実であるかどうか争われた際、真実であることを証明できない場合に責任を負わされる危険を恐れる「プレス」は、自然、事実真実であるとしても公務に対する批判となりそうな記事の公刊を控えることとなり、その記事は不法な領域よりかなり手控えたものになってしまうという¹⁰⁶⁾。記事について真実であることを求め誤謬に厳しく対処をすれば、この恐れから「自己検閲（self-censorship）」が行われ、ゴールドバーグ裁判官（ダグラス裁判官同意）結論同意意見が「萎縮効果（chilling effect）」と称した結果をもたらしてしまうというのである¹⁰⁷⁾。この「萎縮効果」が起これば公衆の論争における多様性が失われ、修正第1条の趣旨に反する。従って公務あるいは公務員に対する批判は、原告側によって現実的悪意（actual malice）が証明されない限り、すなわち、当該記事が誤りであると知っていたと、あるいは

は誤りであるかどうかにつき無謀な無視を行ったことが証明されない限りその責任を問えないとするのである¹⁰⁸⁾。いわゆる現実的悪意の理論によって誤りを許容範囲に取り込もうとしているのである¹⁰⁹⁾。

ブレナン裁判官による法廷意見は、記事における誤謬をこのように保障範囲に取り込んだ上で、ニューヨーク・タイムズが現実的悪意を持っていたことを否定していく。中でも機関としての「プレス」を考えていく上では、前述のごとくニューヨーク・タイムズはサリバンの訂正要求に応えない一方で、アラバマ州知事 John Patterson の訂正要求に応えていることは現実的悪意の立証にならないとしていること¹¹⁰⁾、ニューヨーク・タイムズがその広告の正確性を確認するために自らの記事をチェックしなかったことが現実的悪意を示していないとされたことが注目される¹¹¹⁾。これらについては後述する。また政府機関との関係では、下級審においては直接名指しされていない本件記事もその監督、統括を行っているサリバンなどへの批判であると認定しているが、ブレナン裁判官による法廷意見は政府に対する文書誹毀はアメリカの司法制度で認められたことはないとした上で、本件記事はサリバンに言及したものではないとしている¹¹²⁾。

最後に、名誉毀損の「憲法化」について確認しておく。ブレナン裁判官による法廷意見は、合衆国憲法修正第1条が、修正14条を通して本件のような公務に関する公務員への名誉毀損訴訟に適用されることを示し、その上で憲法上の基準として現実的悪意の法理を定式化しているのであるが、それだけではない。当然ではあるが、たとえば現実的悪意が証明されているかの検討に当たっても、原告側の提示した証拠は「憲法上不完全 (constitutionally defective) である」とし¹¹³⁾、ニューヨーク・タイムズが自らの記事をチェックしなかったことについても、現実的悪意が認められるための無謀さを示すには「憲法上不十分 (constitutionally insufficient)」であるとし¹¹⁴⁾、ニューヨーク・タイムズがサリバンの訂正要求に応えなかったことについても「憲法上の意図に合致した (for constitutional purpose)」適切な証拠ではないとするなど¹¹⁵⁾、各所で「憲法上」のレベ

ルの問題であることを強調していることには留意するべきである。

(b) ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見

本判決には、ブラック（Black）裁判官（ダグラス（Douglas）裁判官同意）による同意意見とゴールドバーグ裁判官（ダグラス裁判官同意）による結論同意意見の二つが付されている。いずれも「プレス」及び政府批判をより広く保障しようというものではある。

ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）による同意意見は、公民権運動を擁護するニューヨーク・タイムズなどの「プレス」が、南部において本件のような文書誹毀による高額な賠償請求などを用いていかに攻撃されているかを背景に¹¹⁶⁾、連邦最高裁がこれまで合衆国憲法修正第1条が一定の表現を保障の範囲外にしているとしてきたことを認めながらも¹¹⁷⁾、公共的な事柄の論争を絶対的に保護しようというものであり¹¹⁸⁾、これは後に見るペンタゴン・ペーパーズ事件の彼らの同意意見にそのまま繋がるものである。ここでは特に、本件アラバマ州法が公的な論点につき不人気な意見を公表し、そして公務員を批判する「プレス」を迫害していることが強調されており、そのためにこそ「プレス」の保護の拡張が目指されている点を確認しておく必要がある¹¹⁹⁾。

ブレナン裁判官による法廷意見が公務員についての公務員批判に対して公務員に救済を与える州の権限を制限しようというものであるのに対し、ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）による同意意見は、「制限（delimit）」では充分でなく「完全に禁じ（completely prohibit）」なければならないとしている¹²⁰⁾。法廷意見が採用した具体的な現実的悪意（actual malice）の法理についても、「悪意」は「分かりにくく、抽象的な概念（elusive, abstract concept）」であり、立証するのでもまた否定するのでも困難であり不明確で¹²¹⁾、「悪意」、「真実性」、「善良なる動機」、「正当な目的」などの定式も間に合わせの処置であり（stopgap measures）、不十分で、公共的事柄についての論争はこのようないやふやなものに頼らず絶対的に

保障されなければならないとしている¹²²⁾。

(c) ゴールドバーグ裁判官(ダグラス裁判官同意)による結論同意意見

ゴールドバーグ(Goldberg)裁判官(ダグラス(Douglas)裁判官同意)による結論同意意見は、基本的にはブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)による同意意見と同様に公的な論点についての論争を絶対的に認めようとするものであるが、この意見で特に強調されているのは条件を付けない絶対的な保護の必要性であり、また政府批判は個人の名誉毀損になり得ないという点である。

前者においては、権利の濫用による危害にもかかわらず絶対的に無条件に保障することが主張される¹²³⁾。その理由としてまず、政府への批判を名誉毀損として扱うことが出来ないのと同様に、政府の構成員たる公務員に対する批判についても完全に免責されなければならないことが確認される。他方公務員は公務について批判されることは予測でき、批判されるのは当然であるとされ、従って個人の名誉毀損は当てはまらないというのである¹²⁴⁾。そして、ブレナン裁判官による法廷意見の示した制裁に対するおそれの理論を「萎縮効果(chilling effect)」と称し、これを人種差別との関わりで確認し¹²⁵⁾、他の意見と同様に歴史的教訓を示しながら¹²⁶⁾、更に公務員が一般市民よりも情報伝達のための手段を得やすいとして補強している¹²⁷⁾。なお、ゴールドバーグ裁判官(ダグラス裁判官同意)結論同意意見では、「プレス(the press)」に関し他の意見が単に「プレス」という言葉を使用していることに対し「the Times(ニューヨーク・タイムズ)」でもなく、いくつかの場面で具体的に「新聞(newspaper)」という言葉を用いている¹²⁸⁾。

これら二つの同意意見は、いずれも選挙を含めた民主主義システムの中で本件のような新聞による意見広告が少数派集団の意見表明の場を提供するとのゴールドバーグ裁判官(ダグラス裁判官同意)結論同意意見の認識のように¹²⁹⁾、体制側(=多数派)と少数派との対立をブレナン裁判官に

よる法廷意見より鮮明に意識し、少数派の保護と意見の反映を確保しようとしている点に特徴がある。

4 サリバン判決の意義

(a) 名誉毀損と「公共性」

本件でも問題となったように、行政、立法、司法を含めた政府批判及びその構成員たる公務員に対する批判は、サリバン達原告が主張したように、そして下級審が認めたように、その監督や指導責任を通して個人に対する攻撃、従って個人に対する名誉毀損と構成することが出来なくもない。しかし少なくとも本判決の各意見が示すように、直接の言及のないものまで名誉毀損を認めるべきではなく、例え名指しで批判がなされたとしても、ゴールドバーグ裁判官（ダグラス裁判官同意）結論同意意見が言うように、そもそも公の地位にある者は批判を浴びることが予測でき、また場合によっては伝達手段へのアクセスが可能であることを考えれば、名誉毀損という形で救済を与える必要はあまり無いように思われる。後に「公的人物（public figure）」論として展開されるように、「公的」であれば、「一般」市民より社会に与える影響が大きくなることは当然で、そうであるならば「公的人物」に対して批判が起こることは容易に想像がつく¹³⁰⁾。ここではその影響力をどう評価するかが問題となるが、少なくとも官吏たる者については代表民主主義の制度を採る場合、やはり批判を甘んじて受けることが各意見の言うように必要であると思われる。問題は、やはりその許容限度とその評価のための基準である。

(b) 「萎縮効果」、「息づく空間」と現実的悪意の法理

ブラック、ダグラス及びゴールドバーグの3裁判官は、その二つの同意意見に表されているように、少なくとも公務に関わる事柄についての批判の自由は、公務員に対するものも含め合衆国憲法修正第1条により州の場合は合衆国憲法修正第14条を通して合衆国憲法修正第1条により

絶対的な自由として保障されなければならないとしている。その主体としては、「プレス」の中でもゴールドバーグ裁判官(ダグラス裁判官同意)結論同意意見においては、おそらくニューヨーク・タイムズのような新聞が中心が主たる役割を果たすと考えられているが、それに限らず一般市民をも含めて考えられている。

これに対してブレナン裁判官による法廷意見は、公務に関わる事柄についての批判の自由を絶対的なものとせず、現実的悪意(actual malice)の法理を用いることで、批判の自由(修正第1条(州の行為においては修正第14条を通しての修正第1条)の言論及び「プレス」の自由と公務員達の名誉法益との調整を図ろうとしている。従来たとえば建国当時の「被治者は彼らの統治者を批判してはならない」という原則とは比べものにならない保障であり¹³¹⁾、あるいはニア事件における事前抑制禁止に別角度から内実を与える保障を与えるにつき、ブレナン裁判官による法廷意見は、事実、あるいは意見のみならず記事における誤りを合衆国憲法修正第1条(州の行為においては修正第14条を通しての修正第1条)の保障範囲に取り込もうとしている。

この法理論の転換に用いられたのが上記の通り現実的悪意(actual malice)の法理としてよくまとめられる理論であるが、その内実は3段階の内容からなり、以下詳しく見てみる。

まず検閲制度など直接の抑制手段でなくとも、特に多額の損害賠償責任を負わされる可能性のある文書誹毀法(本件アラバマ州法によるものなど)などの存在とそこにおける真実性証明の過度の要求は、公刊を行おうとする「プレス」に誤りに対する過度の恐れを抱かせ萎縮させ、より安全な記事のみを公刊させることとなり、結局ますます萎縮させていく「萎縮効果(chilling effect)」をもたらす。この効果は文書誹毀だけでなく、実際には様々な場面で「気弱な」「プレス」や市民を作り上げることになる¹³²⁾。

次に、誤りに対するこの「萎縮効果」を排除あるいは少なくとも緩和す

るために、表現には「息づく空間（breathing space）」が必要であるとされる。すなわち誤りについてある程度許容する、その許容範囲を設けようというものである。活発な表現や議論を保障するためには正当な表現や議論だけでなく、いわばこれらの表現や議論に刺激を与え、あるいは補強する誤りや行き過ぎをもある程度保障しなければならないというものである。また本件においては、文書誹毀につき記事に書かれた事実が問題になっており、事実における「真実」と「誤り」が検討の対象となっているがため、その表現方法についての許容範囲は定かではないが、たとえば前述ニア判決で見られたように、その内容及び表現が行き過ぎたものと思われるようなものでも、事前抑制禁止の原則で保障が行われること¹³³⁾、またブレナン裁判官による法廷意見において、「激烈で痛烈、そして時には不快なほど鋭い攻撃」を含む議論が保障されなければならないとしていることなどを考えると¹³⁴⁾、表現方法についても有る程度許容しなければならないと考えられているようである。

このように公の事柄につき「萎縮効果」を防ぐための「息づく空間」を保障するすなわち一定の「誤り」を保障範囲にいれるために、具体的な基準として提示されたのが、現実的悪意（actual malice）の法理である。公の事柄についての「誤り」につき責任を追及するためには、原告が「それが誤りであると知っていたか、あるいはそれが真実であるかどうかにつき、無謀な無視が行われた」ことが証明されなければならない¹³⁵⁾。ニューヨーク・タイムズが本件意見広告の正確性につき、自らの過去の記事をチェックして確認をしなかった事実をブレナン裁判官による法廷意見が「現実的悪意」の証明にならないとしていることから分かるように¹³⁶⁾、「現実的悪意」の証明はかなり困難であると思われ、絶対的な自由を保障しようとする二つの同意意見はなおさらのこと、連邦最高裁は公の事柄についての議論や批判の自由保障を大胆に広げていることが見て取れる。このような素地を作り上げていったからこそ、ペンタゴン・ペーパーズ事件連邦最高裁判決に繋げていくことが出来たと思われる。

(c) キャリア装置としての新聞メディア

これらを前提にここでは、意見広告という媒体と各意見に特に二つの同意意見に強く現れる民主主義システムにおける少数意見表明回路の保障に注目をしてみたい。

第一に、本件で問題とされたのは意見「広告」なのであって「記事」ではない。すなわちニューヨーク・タイムズが執筆したものでも、執筆依頼を行ったものでもない。すなわちその内容についての統制権はもちろん掲載に条件を付けることは可能であろうが、単純化すれば掲載するかしないかの選択肢しかない非常に限定されたものであるはずである。そうであるにもかかわらず連邦最高裁が、法廷意見も同意意見も単なる商業広告の問題に矮小化しないことから推測できるように、かなりニューヨーク・タイムズの関与を前提としているように思われる。

そもそも自らの意見を反映することのない「広告」を掲載するだけの媒体として「プレス」あるいは新聞を見ているのであれば、どちらかという内容に関知しないいわゆる「コモンキャリア」のように扱ってしまう

内容に関知しておらず掲載には責任無しと、あるいは自ら執筆した「記事」とはかなりかけ離れたレベルで処理することも可能であったはずである。実はその方が新聞社にとって有利だったかも知れない。新聞広告や「プレス」の広告をそのような運営主体とは無縁の、あるいはかなり統率の度合いの低い「自由」な媒体として確保しておくことも可能であったのかも知れない。

現実的には勿論先ほど触れたように、掲載を拒否する権限を持ち一定程度新聞社の方針に従わせることができるのであるから、内容に関知してはならないとされる「コモンキャリア」と同列に扱うことには無理があったとも言える。しかしながら実は各意見、特に二つの同意意見が強く示すように、民主主義制度あるいは代議制を採用する体制における少数意見の重要性が社会の平和的な改革発展に関わって認識されており¹³⁷⁾、表現機会を得ることが難しい少数意見を広めるためにも、意見広告という「言論の

自由」実現の場を確保した上で、「プレス」の自由」という要素を加味して本件意見「広告」の誤りが公の事柄についての議論において合衆国憲法修正第1条の保障内に取り込まれた、あるいは取り込むことが可能となったと考えられる。

当時おそらく連邦最高裁自身も認めるように、ニューヨーク・タイムズが以後に繋がる 端的に表せば北部の、あるいは連邦最高裁の価値を反映する 公民権運動の擁護者であったため、広告主と運営主体の意思が合致し本件広告が掲載されたとも言え¹³⁸⁾、更に上記見たような判決があっさり下されたのかも知れない¹³⁹⁾。本件は、結果としては「望まれる」方向で結論がもたらされその後に繋がっていくのであるが、当時の社会的な流れとともにこれら二重のバイアスがかかっていたものであるかも知れないこと、またその構成においてキャリア装置の性格付けとして一方で広告運営媒体の主体性を強めながら その統制力を強く認めながら、他方でその責任を緩和していくという難しい均衡を図ることを余儀なくさせたのかも知れない¹⁴⁰⁾。

ところで、本稿は連邦最高裁判決における「プレス」の主体に焦点を当て検討を行っているが、サリバンの事件連邦最高裁判決の諸意見を見ると、それぞれで微妙に捉え方が異なるように見える。先程も少し触れたが、ゴールドバーグ裁判官（ダグラス裁判官同意）による結論同意意見では「press」だけでなく、「newspaper」という具体的な言葉遣いが時に見られるが、ブレナン裁判官による裁判所意見では、「press」という言葉は必要最小限のように思われる。どちらかという、主体がぼやけているように思われる。例えば、良く引かれる「公的論点についての論争は、制約されず、たくましく、そして広く開かれた形で行われなければならない、また、それは、政府や公務員に対する激烈で、痛烈で、時には不愉快な程鋭い非難を含むであろう」との主体は¹⁴¹⁾、実はそれほど明らかではないと思われる。「プレス」を含む「市民」一般かそうでないのか。これに対し、ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）による同意意見には、「press」と

という言葉が散見され、明らかに「プレス」に焦点を当てているように見える。例えば、ニューヨーク・タイムズ他、新聞、放送が多額の請求を求められる致命的な危険につき「合衆国憲法は、自由なプレスを破壊に対し無防備でないよう、唯一の可能な方法 プレスに対して、公務員がその公務を果たす方法を批判するにつき、完全な免責を与えるという方法 で対処してきた」との表現から¹⁴²⁾、公的論点への批判を行う中心的「主体」は「プレス」であると読める。そしてこの認識が、ペンタゴン・ペーパーズ事件のブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)による同意意見における「プレス」への評価、そして信頼へ、ひいては、ブラシの「checking value」論におけるまさに能動的主体としての「プレス」へと繋がっていくことになる¹⁴³⁾。

ペンタゴン・ペーパーズ事件：一つの到達点

1 事実の概要

合衆国憲法修正第1条の保障は通常、一定の範疇 猥褻物、犯罪の扇動などが除外されるとされるが¹⁴⁴⁾、次に見るペンタゴン・ペーパーズ事件においてはまさに合衆国憲法修正第1条の保障の限界を探り、一連の論争と判決は¹⁴⁵⁾、「プレス」の役割を示すものとなった¹⁴⁶⁾。

1971年6月13日、ニューヨーク・タイムズの日曜版に後言う「ペンタゴン・ペーパーズ(the Pentagon Papers)」あるいは「マクナマラ文書」が公表されることにより、その社会的背景と相俟って、政府や裁判所のみならずアメリカ合衆国を揺るがす大事件が表面化した。この「異常な」大事件は¹⁴⁷⁾、「熱狂的性急さ」をもって¹⁴⁸⁾、事件の表面化からわずか2週間後の6月30日の連邦最高裁判決によって一応の決着を見ることとなる。

本件を扱うに当たってはいくつか踏まえておかなければならない背景が存在する。一つには時代的背景であり、もう一つには「ペンタゴン・ペーパーズ」という文書自体の性格である。時代的背景とは言うまでもなく、

当時拡大に次ぐ拡大により泥沼化した、「ペンタゴン・ペーパーズ」の主題でもあるベトナム戦争である。後に検討する連邦最高裁判決においてもたとえば Blacknum 裁判官による反対意見に見られるように、言論の自由あるいは「プレス」の自由の保護は「戦時」と「平時」においてその程度が異なるとの主張に関わり¹⁴⁹⁾、合衆国憲法修正第1条による事前抑制の禁止を絶対視する立場への大きな批判となりうる。次に「ペンタゴン・ペーパーズ」は実際には事件の3年以上前までの記述しかないが¹⁵⁰⁾、多くの部分は「極秘 (top secret)」扱いとなっており¹⁵¹⁾、海外での軍事活動（ベトナム戦争）に結びついた外交上の秘密を暴露しようとする試みをどのように捉えるかに関わって、権力分立構造や民主主義過程、その中で「プレス」や裁判所の役割の捉え方により評価が異なる。

まず時代的背景から見ていくと、1946年に始まったインドシナ戦争は1954年、Dien-bien-phu の陥落でフランスの敗北が決定的となっており、ジュネーブ会議で休戦が実現したにも関わらず、既にインドシナへの干渉を行っていたアメリカは南北ベトナムを分割するこの協定に署名せず、南ベトナム共和国を作りインドシナ半島を一方的にその保護地域に指定した。アメリカ国内では1963年にケネディー (John F. Kennedy) 大統領が射殺され、一種のショックが蔓延する。このような中で、南ベトナムでは Ngo Dinh Diem の独裁政権に対し1960年に南ベトナム民族解放戦線が結成され、これを北ベトナムの侵略と見なすアメリカは軍事介入に踏み切り、1965年から大規模な北爆を開始すると共に南ベトナムにアメリカ軍を派遣した。こうしてアメリカはベトナムにおいて抜き差しならぬ状態に陥っていった。

カリブ海では1959年カストロが革命を起こし、アメリカ資本と結ぶバチスタ独裁政権が倒されている。アメリカがこれを当然敵視する一方、カストロ政権は急速にソ連に近づき社会主義の道を歩み始め、1962年にソ連がキューバに核ミサイルを持ち込もうとしたためいわゆる「キューバ危機」が勃発した。

ベトナムでは北ベトナム国民と南ベトナムの解放戦線がソ連及び中国の

援助を受けながら頑強に戦い、アメリカは苦戦を強いられていく。そしてジョンソン (Lyndon B. Johnson) 政権期の1968年には、アメリカによる派遣軍は50万人以上にも膨れあがったにもかかわらず、アメリカはかつて経験をしたことのない非常な苦戦を強いられていた。

この頃になると国内でもベトナム戦争に対し疑問が大きくなり¹⁵²⁾、反戦運動が激しくなっている。この時期に当時の国防長官マクナマラ (Robert McNamara) の疑問に答えるために国防省内に作られた研究組織によって「ペンタゴン・ペーパーズ」と呼ばれることとなった本件「歴史」研究が作成されることになったとされている¹⁵³⁾。

このように編纂が開始された「ペンタゴン・ペーパーズ」の対象は、第二次世界大戦 (1945年終戦)、トルーマン (Harry S. Truman) 大統領の時代から、アイゼンハワー (Dwight D. Eisenhower)、ケネディーの両大統領期を含み、ジョンソン大統領がベトナム軍事介入に制限を設け引退の意向を明らかにし、パリでの和平交渉が開始された1968年5月までである。すなわちインドシナ戦争介入からベトナム戦争への発展、行き詰まり、そしてようやく和平への動きが試みられるまでの約24年間を対象とされた。「ペンタゴン・ペーパーズ」は約1年半の研究の末に完成し、1958年12月に『ベトナム政策に関する合衆国の政策決定過程の歴史』と題され、総計47巻で約3000ページに及ぶ歴史的叙述と、4000ページを超える付属資料類、合計250万語に及ぶ研究であり、多くが「極秘」あるいは「機密」とされた。それに加え『トンキン湾事件の指令と統御に関する研究』と題される別の1巻の研究があり、やはり「機密」指定がなされた¹⁵⁴⁾。

この「ペンタゴン・ペーパーズ」が研究員の一人であるダニエル・エルズバーグ (Daniel Ellsberg) によりコピーされ、紆余曲折の後リーク (故意の情報漏洩) され、1971年6月13日、ニューヨーク・タイムズ紙 (the New York Times) に掲載された。これに対し政府は抗議を行い、掲載の即時停止と本件文書の引き渡しを求めたが、ニューヨーク・タイムズ側が応じないため¹⁵⁵⁾、掲載差し止めなどを求めニューヨーク南部地区連邦地

方裁判所に訴訟が提起された。なおこの訴訟の係争中にエルズバーグから多数の新聞にもリークされ、そのうちワシントン・ポスト紙（the Washington Post）の掲載につき同様の訴訟が提起された。

2 下級審判決

(a) ニューヨーク・タイムズ事件下級審判決

ニューヨーク・タイムズが6月13日日曜日に公表を始めた「ペンタゴン・ペーパーズ」につき、合衆国政府より以後の公表差し止め措置を求められたニューヨーク南部地区連邦地方裁判所ガーフェイン（Murray I. Gurfein）裁判官はまず、6月15日火曜日に暫定的差し止め命令につき判断を行い¹⁵⁶⁾、6月19日土曜日予備的差し止めについての判断を下している¹⁵⁷⁾。これらは連邦最高裁へ基本的な論点と基本の方針を提供しており、いくつか確認をしておく。

まずガーフェイン裁判官は6月15日火曜日、本件には憲法上の問題も推測される重要な問題が含まれているとし、本件文章を予備的差し止め命令の申し立て継続中公開しないことから生ずる一時的な損害と、究極的に広く公開され行き渡ったときに加えられる合衆国への回復しがたい損害を比較衡量すると後者の方が遙かに重大であると思われるとして¹⁵⁸⁾、申し立て継続中に限り暫定的差し止め命令を容認している。しかしながら同時にガーフェイン裁判官は、合衆国によりニューヨーク・タイムズに対し本文書及びその他の証拠を裁判所に提出させることを命じるよう求められたが、ニューヨーク・タイムズが「故意にわれわれの差し止め命令の精神を無視するとは思えない」として拒絶している¹⁵⁹⁾。これはガーフェイン裁判官が本件を審議する際の基本的なスタンス、ひいては「国家秘密」を公表した「プレス」への一定の評価、信頼を示すものと思われ、連邦最高裁判所意見に引き継がれていったと考えられる。

続いて6月19日土曜日に予備的差し止め命令について地方裁判所としての判断を下している。ガーフェイン裁判官は前述のように審議を確保する

ための暫定的差し止め命令を容認しているが、予備的差し止め命令については認めていない。この判断の中で連邦最高裁でも基礎とされる多くの論点と検証が示され、特に連邦最高裁裁判所意見及び多くの同意意見へと繋がっていく基礎を提供している。

一つには、当該文書「ペンタゴン・ペーパーズ」の性格と本件差し止め請求との関係である。ガーフェイン裁判官は一方で本件差し止め請求を一般的に嫌悪される異なった見解を抑制する「事前抑制」とは異なり、国家の安全を守るための善意の請求と評価しておいて、他方で当該文書を現政策とも異なっている「歴史」として考えなければならないとしている¹⁶⁰⁾。

本文文章が「歴史」であるとの性格付けを踏まえながら次にガーフェイン裁判官は、求められている差し止め命令の根拠について検討を加える。政府の主張に対し合衆国法典第18編第793条などに該当しないことを確認し、よって制定法上の根拠はなく、求められている差し止め命令を是認するには政府の固有の権限に基づかなければならない旨を示す。これと共に793条の起草過程にも触れ、連邦議会は「自由なプレスに関する修正第1条の憲法上の問題を認識して、戦時においてさえ事前抑制の形を含むことを拒否した」との認識に立つ¹⁶¹⁾。

このように、一方で連邦議会の意思及びその結果として、本件に適用されるべき制定法の不存在を確認するのであるが、他方でガーフェイン裁判官は「制定法が無くても、安全の侵犯からみずからを守る政府の固有の権利があることは明白である」との立場に立ってはいら¹⁶²⁾。ガーフェイン裁判官は「現在の国家の安全にとって絶対的に重大な情報または文書をまさに公表しようとしている新聞に対して、差し止め命令による救済を求める政府の権利があることは疑わない」としながらも、本件においては非公開の手続きまで採ったにもかかわらず、「これらの歴史的な文章の公表が国家の安全に重大な侵犯をもたらすであろうことを確信させられなかった」とし、本件ではこれに該当しないとするのである¹⁶³⁾。

最後に示す基本原則が示しているようにガーフェイン裁判官は一般的な

立場としては、公表に対する事前抑制は憲法違反であるとの前提ではあるが、ニア判決でも示されたように合衆国憲法修正第1条は絶対的なものではなく、戦時における例外をも許容する立場を採っている。しかし、本件政府の主張から得られる結論は極めて限定的なこの例外として抑制が許される程の回復しがたい損害ではなく、公表により「当惑」を生じさせる程度であり、事前抑制を認められないとするものであった¹⁶⁴⁾。

この「当惑」に関わってガーフェイン裁判官は、「プレス自由」と「国家の安全」について次のように展開する。すなわち「国家の安全は、皆にのみあるわけではなく」、「われわれの自由な制度の価値にも存在」し、「けんか好きなプレス、頑固なプレス、くだらないプレス」であっても、「表現の自由と国民の知る権利というより大きな価値を維持するために、権力の座にある者は、それを容認しなければならない」としている。更に合衆国憲法修正第1条により保護されているのは「情報の自由な流れ」であり、また「表現の自由ほど大きな安全弁はない」としている¹⁶⁵⁾。後に見る最高裁判所裁判官の意見よりかなり「制度的」な見方をしているようにも思われる。

連邦地裁のガーフェイン裁判官により予備的差し止め命令の請求を拒否された合衆国政府は、第二巡回区控訴裁判所に中止命令を請求する。これに対し第二巡回区控訴裁判所のカウフマン（Kaufman）裁判官はまず1971年6月19日土曜日、多くの問題が提起される本件を合議により判断が下せるよう連邦地裁のガーフェイン裁判官による暫定的差し止め命令を延長する¹⁶⁶⁾。これにより1971年6月23日水曜日に合衆国控訴裁判所による判断が下された。

第二巡回区控訴裁判所裁判所意見（Per Curiam）は、非公開の訴訟手続きにより当該公表が「合衆国の安全に重大かつ直接的な危険を及ぼし、かつそうした発表の危険性がその公表を差し止めさせるのに値するほどであるかどうかを決定する」ために、地方裁判所へ事件を差し戻している¹⁶⁷⁾。

(b) ワシントン・ポスト事件下級審判決

ところで、同様にエルズバークによりペンタゴン・ペーパーズ (the Pentagon Papers) をもたらされ、ニューヨーク・タイムズ係争中に公表を始めたワシントン・ポスト (the Washington Post) についても、合衆国政府により裁判所に対し差し止め命令が求められているが、地方裁判所、控訴裁判所共に認めていない。1971年6月23日水曜日の控訴審判決でもやはりコロンビア特別区控訴裁判所により、連邦最高裁でも扱われるいくつかの論点が提起されている¹⁶⁸⁾。

一つにはその裁判所意見において、政府が合衆国憲法修正第1条上の利益を覆すほど当該公表により合衆国の安全に対し損害を与えると立証し得ていないとの地方裁判所の判断は、前述ニア判決の基準に適合しているとしていることである¹⁶⁹⁾。連邦最高裁による裁判所意見においても前提とされているように¹⁷⁰⁾、公表に対するいかなる事前抑制もその憲法上の有効性に対し重い(違憲)推定をもって裁判所で審議されることが確認されている¹⁷¹⁾。

また、コロンビア特別区控訴裁判所による裁判所意見は、既に公表が始まっていることから、政府が求めているような公表の差し止めという救済による効果は疑わしいとも指摘している¹⁷²⁾。

次にマッキノン (MacKinnon) 裁判官による意見では、本件「ペンタゴン・ペーパーズ」の更なる検討が求められると共に、「本件がよく示しているように、裁判所は国防及び外交政策を適切に扱うように意図されていない」との指摘が注目される¹⁷³⁾。この問題は連邦最高裁における同意意見及び反対意見において、三権分立に関わり異なる評価がなされ、またその結論に直結している¹⁷⁴⁾。

ウィルキー (Wilkey) 裁判官による意見は、最高裁判所判決に繋がる更に多くの論点を提示している。ウィルキー裁判官は、ペンタゴン・ペーパーズが不可分なものではなく可分なものとして、公開すべき部分と公開してはならない部分で構成されることを前提として議論を組み立ててい

る¹⁷⁵⁾。問題は、このより分けをどのような考え方にに基づき、どのような基準で行うかである。

合衆国憲法修正第1条の捉え方については、後述の連邦最高裁判決における意見の対立　特に、ダグラス裁判官とパーカー裁判官、ブラックマン裁判官の各意見　に見られるように¹⁷⁶⁾、その事前抑制の禁止を絶対的とする立場と場合によっては例外的に事前抑制も許されるとの立場があり、ウィルキー裁判官は修正第1条の意義を充分認めつつも後者を採る。修正第1条の事前抑制禁止を相対的に捉えた上で事前抑制が認められる基準としては、前述のニア判決の基準を用いるべきとしている¹⁷⁷⁾。ニア事件判決でヒューズ裁判官による法廷意見が、事前抑制が正当化される例外として具体的に挙げる内容　「物資輸送の日程、隊の人数や配置の公表」など　を基準とすべきとするのである。すなわち、軍の犠牲者の拡大を招くなどの明白かつ現在の危険の存否を基準とし、公開部分と非公開部分を判断すべきであるとしている¹⁷⁸⁾。

しかしここでも問題となるのが事件の余りにも早い展開と当事者の秘密主義であり、ウィルキー裁判官も審議が尽くされていないため更なる審議を求めている。しかし、ここで連邦最高裁における反対意見　特に、公開をすべきかどうかを決する第一義的責任は政府にあるとするブラックマン裁判官反対意見　とは異なり、より資料が調った今、事件が差し戻され、ニア事件判決の基準が適用されれば大多数は即時公開され、新聞と政府が同意できない公開部分あるいは非公開部分については裁判所が判断すればよいとしている点が注目される。これは、大多数の部分で政府と新聞が公開・非公開につき同意することが想定されており、この中でも示されている通り、ワシントン・ポストが「ペンタゴン・ペーパーズ」の一部非公開の必要性を認めているからでもあろうが、後に見る連邦最高裁の反対意見とは対照的に真摯な「プレス」への信頼があるように思われる¹⁷⁹⁾。

このように基本的な視点は、ニューヨーク・タイムズ及びワシントン・ポストに対する二つの事件における下級審判決においておおそ提起され

ており、これが二つの事件を併合して審理した連邦最高裁判決における結論と、そこでそれぞれに各裁判官が展開する意見へと繋がっていく。そしてこれらの意見の中では、求められる「プレス」像、そしてその「プレス」に対する事前抑制の許容性につきそれぞれの立場がより鮮明に描き出されることになる。

3 連邦最高裁判決

(a) 裁判所意見 (Per Curiam)

連邦最高裁判所によって出された裁判所意見は、多数派を構成した裁判官の共通項をまとめたものと言えるが、本件における裁判所意見は極めて短く、その内容も極めて簡潔である。このことはいかに調整が難しいかあるいは調整を行う時間的余裕がいかに無かったかを示している。

裁判所意見では、表現に対する事前抑制の制度はその合憲性に対し重い違憲性の推定を科せられており、政府は合憲性立証のために重い立証責任を負っているが、政府はその責任を果たしていないために、政府が求めている当該研究の公表差し止めを認められないとしているにすぎないように見える¹⁸⁰⁾。

確かにこの意見からははっきりした結果が得られ、概括的な態度を読みとることはできるが、それ以上の具体的な内容を読みとることは難しい。この事件の持つ衝撃に対しあまりにも簡明な回答しか得られていない。従ってこの裁判所意見を含め本判決を位置づけるためには、例を見ない合せて9個にも及ぶ同意意見と反対意見を詳細に検討しなければならない。以下、それぞれの意見につき検討を行っていく。

ペンタゴン・ペーパーズ事件では見てきたように、1971年6月13日日曜日のニューヨーク・タイムズによる掲載からわずか半月、1971年6月30日水曜日には連邦最高裁が判決を下す。連邦最高裁は同年6月26日土曜日の公判からわずか4日後の6月30日水曜日に判決を下しており、類を見ない程火急な展開である¹⁸¹⁾。このことは当事者及び裁判所(少なくとも多数

派）が本事件の重要性を認識し、かつ公表支持派裁判官達が公表が差し止められている現状を深刻な状況であると考え、一刻も早くこの状況を打破しなければならぬと考えたからだと思われる。連邦最高裁判決においても最小限の内容で裁判所意見（per curiam）が合意されたにすぎず、公表支持派の中でさえ意見の調整が行えず、裁判官それぞれが相乗りも含めた形でそれぞれの同意意見及び反対意見を述べている。これを肯定的に評価することもあるいは否定的に評価することも出来るが、調整がおこなわれていない分、それぞれの思想が直接的に明確に表されており、本件を考察する上で一つの大きな収穫と言えなくはない。実は、特に同意意見を組み合わせると、より明確な「プレス」像が現れもするのである。

(b) ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見

ブラック（Black）裁判官（ダグラス（Douglas）裁判官同意）同意意見はダグラス裁判官（ブラック裁判官同意）同意意見と共に、本事件の結末を主導する意見であり、当時の社会的な雰囲気と期待を最も端的な形で反映した導くものであったと言えるであろう。

ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見もダグラス裁判官（ブラック裁判官同意）同意意見も共に、後に見る「チェック理論」へと繋がる意見であり、またブラック裁判官が主張する絶対的な言論の自由への志向を基礎としたものであり、あるいは本件により提供された題材を用いこれを表現したものとと言える。ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見は、本件が連邦最高裁に持ち込まれたときにワシントン・ポスト事件は却下されるべきであったし、ニューヨーク・タイムズに対する禁止命令は口頭弁論なしに無効とされるべきであったとし、「私は、これらの新聞に対する差し止めの継続、その全ての瞬間が、修正第1条の甚だしい、弁護の余地のない、そして継続的な冒瀆であると信ずる」と言い切り、差し止めを場合によって認めるようなことは修正第1条の「よろめき（shamble）」をもたらすとして¹⁸²⁾、言論及び「プレス自由」の絶対

性を強調する¹⁸³⁾。

ブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見においては、本件のような人々に致命的に重要な最新ニュースの流布を食い止めるようにとの政府による連邦裁判所への請求は、連邦成立以来182年間で初めてであるとの位置づけである¹⁸⁴⁾。

合衆国憲法と修正第1条の成立過程の検討においても、マディソンによる主張を引きながら、修正第1条の歴史も文言も「プレス」は「いかなる情報源のもので、検閲も、禁止命令も、あるいは事前抑制もなく、ニュースを自由に公表させなければならない」ことを求めているとしている¹⁸⁵⁾。

またこのような「プレスの自由」の保護は、「プレス」が民主主義制度の中で「統治者でなく、被治者に仕える」ためであり、「自由で抑制されないプレスだけが、政府における欺瞞を暴くことができる」とし¹⁸⁶⁾、秘密についても民主主義との関係で、「事情に通じた代議政体を犠牲にしてまで軍事及び外交の秘密を守ることは、われわれの共和国のために真の安全を提供することにならない」としている¹⁸⁷⁾。

ブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見はこのように、「プレス」を信頼し「プレスの自由」の絶対性を以上のように強調するが、これらの考え方を強く形作る源泉が次の言葉の中に現れている。いわく「自由なプレスの責任の中でもっともきわだっているのは、政府内のいかなる部局にせよ、国民を欺まんして、異国の熱病や外国の砲弾で死ねとかれらを遠い国土に送り込むことを防止する義務である」¹⁸⁸⁾。

(c) ダグラス裁判官(ブラック裁判官同意)同意意見

ダグラス(Douglas)裁判官(ブラック(Black)裁判官同意)同意意見は、ブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見と共に合衆国憲法修正第1条が保障する「プレスの自由」の絶対性を強調しながら、具体的に本件に対し適用すべき法令が無いことを検証している¹⁸⁹⁾。また戦争遂行

能力は宣戦布告の権限に由来し、この権限は大統領でなく議会に与えられていることを確認する¹⁹⁰⁾。戦争遂行において議会優位を保とうとするものである。

これらを前提として、本件記事の公表が重大な衝撃を与える可能性を認めながらも、ニア事件における公表による危害の可能性は「プレス」の事前抑制からの保護の必要性を減じないとの連邦最高裁判決も引きながら¹⁹¹⁾、修正第1条の保障が政府の困惑しそうな情報の流布を政府が抑圧するという広く行われてきた慣例を禁止することにこそあるとし、本件はその顕著な例であるとする¹⁹²⁾。

この上で、「統治における秘密は、基本的に反民主主義的であり、官僚政治における過ちを永續させる。公的な論点についての制約されない討論と議論は、私たちの国家の健康に致命的に重要である」とし¹⁹³⁾、本件において認められていた差し止め命令は、ニア事件でも解釈されたような修正第1条の侮辱に当たると厳しく断じている¹⁹⁴⁾。

(d) ブレナン裁判官同意意見

多くの意見に同意者ががついているが、ブレナン（Brennan）裁判官によるこの意見は、マーシャル裁判官による同意意見、パーカー首席裁判官による反対意見、ブラックマン裁判官による反対意見と同様に、単独で書かれている点でも、また本判決の将来への影響への懸念から書かれているものである点でも特徴的である。

ブレナン裁判官による同意意見は、本事件の重大さや歴史上初めて新聞の保有する題材の公表差し止めを政府により求められたという新しさと火急性、そしてそれ故に連邦最高裁の判断を仰ごうとすることは理解ができ、今回の暫定的な差し止め命令は致し方ないものとして正当化できるかも知れないが、何よりも修正第1条が本件のような状況における司法による抑制を絶対的に禁じていることから、将来、本件において認められたような抑制は行われてはならず、本件が将来においてこのような差し止めが

認められる根拠とされてはならないと釘を刺している¹⁹⁵⁾。

加えて、「戦時」においては海上に既にある輸送船を危険にさらすのと同様の「必然的に、直接的に、そして即座に」危険が起こるような場合でなければ暫定的な差し止め命令も許されておらず、政府の主張するような国家の利益が様々な方法で危険にさらされる「可能性がある」あるいは「かも知れない」との立証では、暫定的なものであっても差し止め命令を認めることは出来ないとしている¹⁹⁶⁾。

(e) スチュワート裁判官(ホワイト裁判官同意)同意意見

スチュワート(Stewart)裁判官(ホワイト(White)裁判官同意)同意意見では、権力分立の観点から考察が行われている。そこでは国防と外交につき、「良かれ悪しかれ、アメリカ合衆国大統領は、これら極めて重大な二つの権力分野において、他、即ち議院内閣制における首相よりも、極めて強大な憲法上の独立を有している」としていることが注目される¹⁹⁷⁾。ダグラス裁判官(ブラック裁判官同意)同意意見が戦争遂行能力は宣戦布告の権限に由来し、この権限を議会が持っているとして議会の役割を重視しているのとは少し重点のかけ方が異なっている¹⁹⁸⁾。この認識を前提に政府内における抑制均衡機構を持ち合わせていない分野において、この強大な権力と政策を抑制するのは「啓発された市民(an enlighten citizenry)」であるとされ、このために「油断ない、事情通の、そして自由な(alert, aware, and free)」「プレス」が最も合衆国憲法修正第1条の目的に役立ち、よって保護されているとされている¹⁹⁹⁾。

また国家の安全のための外交、そのための秘密の必要性を認めながら、秘密を守るためには最大限の公開が必要であるとする。他方で三権の役割につき立法府は秘密保護などのための法を作り、司法府は当該法の合憲性を判断するのであり、これらの施策を行うのは憲法上、外交、防衛の権限が与えられている行政府であると整理する。そして本件においては、行政府の担うべき役割を司法に求められているため政府の要求を受け入れられ

ないとしている²⁰⁰⁾。

スチュワート裁判官（ホワイト裁判官同意）同意意見はこのように、後に見る「チェック理論」を三権分立のバランスから補強するものであり、その中に「プレス」及び「プレス」により「啓発された市民」を位置づけるものと捉えることができる。

(f) ホワイト裁判官（スチュワート裁判官同意）同意意見

ホワイト（White）裁判官（スチュワート（Stewart）裁判官同意）同意意見は、合衆国憲法修正第1条による「プレス」の特別な保護を強調しながらも全く例外を認めないわけではなく、本件のような公表が公共の利益に実質的な損害を与える可能性も認める。この点ではブラック裁判官ら修正第1条絶対主義者と一線を画す。しかしながら、少なくともも立法府による明示的な適切に制限された事前抑制の授権が無い現状では、政府は事前抑制を正当化する立証責任を果たしていないとしている²⁰¹⁾。その他にもホワイト裁判官（スチュワート裁判官同意）同意意見は、国益に対して「ゆゆしく、回復できない」損害が発生しそうな場合に事前抑制が可能とする政府の主張に対しても、「ゆゆしく、回復できない」との基準が不明確であり²⁰²⁾、また本件において差し止めを認めると今後も更に微妙な題材が公表されなくなり、裁判所は「少なくともも立法府の指導と指揮がない状態では、望まない長く危険な道を進むことになる」として政府の要求に嫌悪感を示している²⁰³⁾。

なおホワイト裁判官（スチュワート裁判官同意）同意意見は、このように事前規制については認めない態度を取りながらも、1917年スパイ防止法（the Espionage Act）との関連などで事後処罰の可能性につき認めていることが注目される²⁰⁴⁾。

(g) マーシャル裁判官同意意見

マーシャル（Marshall）裁判官同意意見でも三権分立の原則に関わり、

行政や司法が法を作ることが出来るかが論じられている。この議論においてマーシャル裁判官同意意見は、法の不在の場合などいくつかの場合には行政や司法が法を作ることにも許されることもあるかも知れないが²⁰⁵⁾、本件に関しては、スパイ防止と検閲 (the Espionage and Censorship) と題された刑罰を備えた法令がある²⁰⁶⁾。これらに頼らない本件のような行政による裁判所に対する禁止命令請求は、議会に立法を求めあるいは刑事陪審に有罪判決を求めるよりも容易いものと思われ²⁰⁷⁾、本件禁止命令を容認するためには行政権の権限を補足拡張するであろうという証明を必要とするように思われるが、そのような主張はされていないとする²⁰⁸⁾。

ここでは、上記スパイ防止法などの立法過程や法案廃案の過程を考察し、本件で政府によって求められているような権限を大統領に与え、ここで新聞がとった行為を違法とする法案の廃案が議会による拒絶であることを強調し、本件において行政府はこのように議会が拒絶したことを改めて認めよと裁判所に求めているのであり判断をやり直すことであるとし、懸念を示している²⁰⁹⁾。

なおマーシャル裁判官同意意見は、第2巡回区合衆国控訴裁判所の判決を更なる審理を求めるために差し戻すべきだとしている²¹⁰⁾。

以上が6つの同意意見であり、更に3つの反対意見がこれに続く。

(h) バーガー首席裁判官反対意見

バーガー (Burger) 首席裁判官反対意見も単独で執筆されており、バーガー首席裁判官の秩序重視の思考が明確に現れている。

バーガー首席裁判官反対意見はまず、公益に関わる報道に対する事前抑制については今まで余り論じられてこなかったという認識を示す²¹¹⁾。その上で本件は、合衆国憲法修正第1条をいかなる場合でも絶対であると考える者以外にとっては、単純な問題ではないとする²¹²⁾。

バーガー首席裁判官反対意見は次の三つを最も問題視している。一つ目は、審議及び判決が余りにも急がれたこと、そして二つ目は一つ目と関わ

りながら、ニューヨーク・タイムズによる「公衆の『知る権利』」の主張の仕方を批判する。その上で三つ目はニューヨーク・タイムズが責任有る新聞として、市民としての義務を果たさなかったことを批判する。

バーガー首席裁判官反対意見は第一に、審議手続きがその重大性にもかかわらずあるいはその重大性によって熱狂的な圧力を受けながら、見苦しいほどの性急さをもって処理されたことを批判する。それ故誰も本件についての事実を知らないとし、審議未了を強く主張する²¹³⁾。

次に上記とも関わりながら、ニューヨーク・タイムズのやり方を批判している。前記の早急性をもたらしした一因として、ニューヨーク・タイムズによる「公衆の『知る権利』」の主張の仕方を批判している。ニューヨーク・タイムズは、ニューヨーク・タイムズが「ジャーナリスティックな『スクープ』」のおかげで「公衆の『知る権利』」の唯一の受託者であり当該権利は絶対であると主張するが、バーガー首席裁判官反対意見は、合衆国憲法修正第1条自体が絶対でなく、例外が認められるのは明らかであることを確認し、同時にニューヨーク・タイムズが「公衆の『知る権利』」の重要性及び絶対性を主張しながら、自ら「ペンタゴン・ペーパーズ」の検討及び記事執筆のために公表を遅らせ、よって「公衆の『知る権利』」の実現を遅らせたにもかかわらず、そのニューヨーク・タイムズが「公衆の『知る権利』」の即時実現を図るために火急な審理及び判断を求めていることを批判し、またこれが本件審議がそれ程までにせかされた一因であると分析している²¹⁴⁾。

さらに続けて、ニューヨーク・タイムズが盗まれた財産を見つけた時あるいはそれを保持している時に取るべき市民としての義務を果たしていないとする。この背景には政府への信頼があり、当該機密書類をニューヨーク・タイムズが入手した際、政府に届け、協議を行い、公表についての合意を得るという手段を選ばなかったことに対し、やはりニューヨーク・タイムズを非難している。当該文書が1968年（公表の約3年前）までを対象としていることから、本当に安全が脅かされないのであれば政府は公表に

同意していたとの判断に立っている²¹⁵⁾。

バーガー首席裁判官反対意見によれば、このような状況の下、また余りにも火急な手続きのため、双方の弁護士がしばしば事実についての質問に答えられなかったような状況が生まれ²¹⁶⁾、「司法機能のパロディーという結果」を招いたとしている²¹⁷⁾。

なおバーガー首席裁判官反対意見は、ホワイต์裁判官が示した刑事上の制裁の可能性につき基本的に合意をしていることから²¹⁸⁾、ニューヨーク・タイムズの採った手法に強い嫌悪感を示していることが見て取れる。

(i) ハーラン裁判官(バーガー首席裁判官、ブラックマン裁判官合意)反対意見

ハーラン(Harlan)裁判官(バーガー首席裁判官、ブラックマン裁判官合意)反対意見も、他の反対意見と同じくその中心は火急な手続きに対する非難であるが、若干その観点が異なる。ハーラン裁判官(バーガー首席裁判官、ブラックマン裁判官合意)反対意見は、ホームズ(Holmes)裁判官の言葉を引きながら、重要な事件においては直接的で圧倒的な利益が感情に訴え、そして判決を歪めるとの指摘から始められる。ホームズ裁判官によるこの言辭は、実はブラックマン裁判官による反対意見にも再び引かれており、反対意見を構成する裁判官達の共通の基盤となっている。その上で本件において、裁判所は無責任に熱狂したと批判するのである²¹⁹⁾。

ハーラン裁判官(バーガー首席裁判官、ブラックマン裁判官合意)反対意見は、日時を挙げて本件訴訟手続きがいかに急がれ、準備不足のまま短期間に終えられたかを強調しながら論じられるべきであったとする7つの論点を挙げる²²⁰⁾。ここでも合衆国憲法修正第1条によって作り上げられた事前抑制に対する仮定がこのような早急性をもたらし、これらの論点が検討されないまま判決が下されてしまったとしている²²¹⁾。

列挙された論点の中でも注目されるのは、2番目である。で取り上げたニア事件連邦最高裁判決におけるヒューズ首席裁判官による法廷意見は、社会秩序の強調を主張するパトラー裁判官による少数意見とは異なり、

「プレス」による弊害を認めつつも合衆国憲法修正第1条の名の下に「プレス」に対し事前抑制を科すことを拒絶している²²²⁾。ハーラン裁判官は、このニア事件連邦最高裁判決との比較で、合衆国憲法修正第1条は、連邦裁判所が国家の安全保障に重大な脅威となる記事の公表を禁ずることを許しているかどうかという、最も基本的な事柄さえ検討されていないと言うのである²²³⁾。

このような審議未了の諸論点を議論するために、公表を禁じ、政府に公判準備をさせるためにも時間を作らなければならないとするのであるが、ハーラン裁判官は続いてその視点を提示する。すなわち三権分立の観点から、外交分野における政府の連邦行政府活動についての司法判断は極めて狭く制限されているとし²²⁴⁾、更に外交交渉などの成否は「秘密性」に負うところが大きく、司法統制の完全な放棄は許されないとしながらも、国民の福祉に直接責任を負う行政府の判断を尊重すべきで、司法判断にはなじみにくいとしている²²⁵⁾。その上で政府に対し十分な機会が与えられるよう配慮しながら、地方裁判所に更なる審査を求め、その間の公表差し止めを求めている²²⁶⁾。合衆国憲法修正第1条による事前抑制禁止原則も、このような国家の重大事に責任を果たすために現状維持すなわち公表差し止めを行うことまでを排除してはいないと考えられている²²⁷⁾。

(j) ブラックマン裁判官反対意見

ブラックマン（Blackmun）裁判官もまた、ホームズ裁判官の言葉を引き、事件の重大性や異常性もたらした即決を批判する。ブラックマン裁判官反対意見は、問題となる文章が一部であることを認めつつ、ニューヨーク・タイムズが公表までに3ヶ月もの検討を行っているにもかかわらず、公表が始まればいかなる抑制も合衆国憲法修正第1条違反となり、また「人々の『迅速に知る権利』（people's "right immediately to know"）」の侵害となると主張する新聞各社への批判を行っている²²⁸⁾。またワシントン・ポストが、第1審で実際にどの文章を保持しているかも明かさなかっ

たことにも触れている²²⁹⁾。そして本文文章が少なくとも3年以上前の記述であり、ニューヨーク・タイムズが公表に3ヶ月を費やしたことから、即決を求める矛盾を指摘している²³⁰⁾。

もう一つ、合衆国憲法を全体として見るべきであり、修正第1条のみを見るべきでないとしている点があげられる。すなわち、外交及び国家の安全への第一義的な権限が連邦行政政府にあることと同時に、合衆国憲法修正第1条絶対主義には賛同できず、広範な「プレス」の印刷する権利と非常に限定された政府によるこれを防ぐ権利を適切に作り上げられた基準に基づいて衡量されることが必要であるとされるが、この基準が確立しておらず、さらに「平時」と「戦時」では基準が異なるという指摘もしている²³¹⁾。

このような観点からブラックマン裁判官はより詳細な審議を、ただし迅速な審議を求めている²³²⁾。

また加えて、当該一部文章公表による、戦況、同盟、外交その他への悪影響を懸念し、判決に基づき文章を公表するであろう両新聞社に、その公表の重大性を自覚し、責任有る行動を取るよう求めるとともに、そのような結果を導いた責任の所在(連邦最高裁を含む)を国民が知るであろう事を指摘して終えている²³³⁾。

4 ペンタゴン・ペーパーズ判決の意義

(a) ブラックマン裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見の意義

ペンタゴン・ペーパーズ事件は、1960年代後半からのベトナム戦争の泥沼化が多く市民に「アメリカの圧勝」や「正義の戦争」を疑わせ、公民権運動から引き継がれた人権意識の高まり、そして「博愛」への欲求を背景に持つ「平和」への欲求が頂点へと盛り上がるまさにそのさなかに起こり、ウォーターゲート事件へと続く、それまでの「統治」や「権力」、より具体的には戦争を遂行する「政府」への懐疑心の中で、その象徴として争われ下された判決である。従ってバーガー首席裁判官らが指摘するよう

にあまりにも火急に進められ、「結果」を出すことを求められ、特に何人かの裁判官の意見にあってはあたかも結論が先にあるような印象さえ受ける。

従って、この事件については、時代背景との密接な関係を十分に意識しながら評価を行わなければならないが、そのためにも本稿は時代背景をも述べてきた、やはり現実的にこの事件と判決が社会にもたらした影響は大きい。この影響の大きさと各裁判官のある種はっきりしたものの言い方に彩られ、この判決において何らかの法原則が生まれ、あるいは発展したとの見方も出来るかも知れないが、そうではなく、それまでに積み上げられてきた諸原則の下に対立を内包したまま一旦決着が付けられたとの評価が正しいかも知れない。実際に社会の構造変化も手伝って、ペンタゴン・ペーパーズ事件最高裁判所意見の示した「プレス」への評価は、今や「幻想」とも言われかねない状況である。

これらを見据えた上で、ユビキタス時代においてもなお検討に値すべきは、ブラック裁判官が示しブラシによって「checking value」論としてまとめられた「プレス」の位置づけであると思われる²³⁴⁾。

ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見は前述の通り、非常に明確に事前抑制への嫌悪感を示している。これはよく知られているように、ブラック裁判官が合衆国憲法修正第1条「絶対主義者（absolutist）」と呼ばれるほど修正第1条の原則を強く貫こうとするからでもあり、言論の自由や「プレス自由」への信頼が厚く、バーガー首席裁判官反対意見などにも見られるように、修正第1条を相対的に扱おうとするあるいは衡量を良しとする見方からは激しい批判を浴びる。

従って言論あるいは「プレス自由」を強く擁護しようとするブラシも、ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見のうち、修正1条「絶対主義」を抜き取るのではなく、ペンタゴン・ペーパーズ事件において彼らが信頼する民主主義過程における「プレス」の役割あるいは機能を抽出し、これをより制度的に捉え直している。

(b) ブラシによる「checking value」論

ビンセント・ブラシ (Vincent Blasi) は、1919年から1970年代半ばまでの主に連邦最高裁判所判決を検討し、ペンタゴン・ペーパーズ事件連邦最高裁判決をその到達点として「checking value」論を展開する²³⁵⁾。ブラシの「checking value」論は、既にいわゆる表現の自由の「原理論」に関わり奥平康弘により紹介されている²³⁶⁾。本稿の趣旨は、後に示すように、少し異なったアプローチに基づいた「checking value」論の再確認とも言える。

ブラシの「checking value」論の一つの特徴は、民主主義過程における「プレス」の果たす役割を肯定的に捉え、その過程に積極的に位置づけようとするところにある。ブラシによる「checking value」論は、いわゆる表現の自由の「原理論」との関わりにおいては奥平も評するように、表現の自由が憲法保障上優越的な地位を占める根拠として、Emerson によって示された4つの価値のうち、「政策決定への参加」の契機を強調するものであり、Meiklejohn の「自己統治」理論に近いとされるものである²³⁷⁾。ブラシはこの理論を新しい理論としては展開せず、既存理論への補完的なものとして提示している²³⁸⁾。「checking value」論は同時に、「第4の権力」としての「プレス」との位置づけを確認するものでもある²³⁹⁾。

ブラシは、「checking value」論を展開する背景として、一つには、1960年代から1970年代において連邦最高裁にもたらされた表現の自由に関する訴訟事件の変化を挙げる。それまでの形式的な「フェア」な取り扱いあるいは象徴的な政治過程への参加が求められていたものと異なり、この時期に提起された訴訟事件は、社会的諸権力からの解放要求や制度への不信、型にはまった処理の廃絶要求など、権力に関する問題が提起されているとする²⁴⁰⁾。本稿において検討対象としてきた3つの事件をこの流れに位置づけるとすれば、法務執行官を非難した「プレス」に対するいわゆる言論抑圧法 (Gag Law) が違憲とされた1931年ニア事件判決では、権力に対する批判への基盤整備の萌芽が見られ、公民権運動を支持する意見広告掲載

において、その誤謬を保護した1964年のサリバン事件では、広告自体に諸権力に対する懐疑と批判が強く込められており、連邦最高裁はこれに応えて権力非難への基盤を拡大、強化し、1971年ペンタゴン・ペーパーズ事件でついに最も激しい権力批判である、国家機密の「リーク（故意の秘密漏洩）」と反戦の主張が争われ、連邦最高裁は「プレス」側を支持した。このようにこれらの事件と判決が、「プレス」にその役割を自覚させ、権力との緊張感を醸造し、ウォーターゲート事件へと連なる、権力批判の後ろ盾となっていくと考えられる²⁴¹⁾。

ブラシが「checking value」を最もよく体現しているとするのは、ペンタゴン・ペーパーズ事件における連邦最高裁、ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見であり、彼の論文は、この意見の一部、「checking value」の中心的役割を示す引用で閉じられている。その引用部分は、次の通りである。

「プレスが政府を批判するのが永遠に自由であるように、プレスを検閲する政府の権限は廃止された。プレスは、それが政府の秘密を裸にし、そして国民に情報を与えることが出来るように保護された。自由にして抑制されないプレスのみが政府の欺まんを効果的に露呈できるにすぎない。また、自由なプレスの責任の中でもっともきわだっているのは、政府内のいかなる部局にせよ、国民を欺まんして、異国の熱病や外国の砲弾で死ねとかれらを遠い国土に送り込むことを防止する義務である。」²⁴²⁾

ブラック裁判官によるこの意見があつてこそ、ブラシが「checking value」論を展開し、構想し得たと思われるが、その中には戦争を遂行する政府権力への強い懐疑があると同時に、「プレス」に対する信頼があり、国民の良識への信頼が読みとれる。すなわち、「プレス」という「checking value」を担う機関が、政府による介入や、裁判所による罰則をも恐れずに、厳しくそのチェック機能を働かし、国民に真実を伝え、ブラシ自身はそれを当然としているように思われるが、国民がこの真実をしっ

かりと受け止め、国民自身が正しい判断を行い、政府行動を正していく、との道筋が見える。

しかしながら21世紀初頭の現在、「プレス」の置かれている状況、すなわち一方で、マルチメディア化、ユビキタス化の進展に伴うその影響力の低下、他方で「プレス」への不信が蔓延する現況から振り返ると、いくつかの問題が浮かび上がるように思われる。一つ目には、「checking value」を担う「プレス」と、そしてこれに呼応する「市民」という二つの主体と保護されるべき内容、二つ目には、平時と戦時の区別も関わりながら、システムとして「checking value」が機能する前提である「思想の自由市場」に関する課題が少なくとも挙げられるであろう。これらの問題を検討することにより、本稿の目的の一つである歴史の時間の中に埋め込まれた一連の判決の評価が可能となり、現在に於ける「プレス」の評価が可能になると思われる。いずれも究極的には、議会制民主主義過程をどれほど「信頼」するかにたどり着くことになる。

まずは、「checking value」を巡る二つの主体とこれに関わる問題から見ていくことにする。

(c) 「checking value」の二つの主体と内容志向型保護

本稿で垣間見てきた3つの判例には、「checking value」を担う「プレス」について一つの流れを見いだすことが出来る。1931年ニア判決においては、ミネソタ州の言論抑圧法(Gag Law)による「public nuisance」(公共迷惑)としてのスキャンダラスな新聞取り締まりが問題となったが、連邦最高裁ヒューズ首席裁判官は、当該新聞が主にスキャンダラスな新聞であるとの事実審の判断をあっさり認めた上で²⁴³⁾、何事においても正当な使用といくらかの濫用を区別することはできず、このことは「プレス」に関しても妥当するとし²⁴⁴⁾、事前抑制の禁止概念を広げる²⁴⁵⁾。ここには「思想の自由市場」論を背景に、情報を送る側＝「プレス」の行き過ぎを保護し、その内容、審議、評価、判断を受ける側＝「市民」に、あるいは

「プレス」も含めた「市民」の討議に任せようという意思が見えるように思われる。このように考えるとニア事件でヒューズ裁判官は、「自由」を濫用する「プレス」よりも、情報を受け取る「市民」に信頼を置いているように思われる。続く1964年サリバン事件では、問題とされたのは意見広告であり²⁴⁶⁾、前述の如くその記事に対する「プレス」側の統制は自らの記事ほどには働かない²⁴⁷⁾。このように見るならば、ニア事件にせよ、サリバン事件にせよ、「プレス」の主体的判断は、やや後方に退いた形で評価され判断が下されていると言える。他方で、1971年ペンタゴン・ペーパーズ事件では²⁴⁸⁾、スチュワート裁判官（ホワイト裁判官同意）同意意見が、「事情に通じしかも自由であるプレスがなければ、めざめた国民はありえない」とし²⁴⁹⁾、ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見が、「新聞は、その勇敢な報道の故をもって非難を受けるところか、建国の祖父たちがこれほど明白に意図した目的に沿ったということで賞賛されるべきである」としているように²⁵⁰⁾、少なくとも国家秘密を公表するとの判断を行った「プレス」の判断を強く尊重している²⁵¹⁾。すなわち、情報を受け取る「市民」と「プレス」を含めた討議を前提としながらも、「プレス」の主体的判断に頼り、これを尊重しているように見える。これらの傾向は、事件内容、社会的背景および「プレス」の発展に従ったものだとも言えるが、連邦最高裁において「プレス」の主体的判断への評価が、受け手との関係と相俟って、「プレス」への「信頼」に傾く方向で変化していることが読みとれるであろう。このような変化は、「第4の権力」論の実質化であるとも言える²⁵²⁾。

このように、民主主義過程における主体を浮かび上がらせることで、二つの問題が表面化する。一つには、21世紀におけるマルチメディア化およびユビキタス化に伴うメディア主体の増加と変化であり、もう一つは次項での議論とも関わる報道内容による保護格差の可否である。

主体については、以下のような問題が浮かび上がる。「第4の権力」として、議会制民主主義過程の中に君臨しているとされた「プレス」である

が、18世紀には主に政治的党派のメッセージの強い「新聞」がその中心となりつつあったと考えられるが²⁵³⁾、20世紀半ばからラジオやテレビとその力を分け合い、新たなマス・メディア構造を形成することになる。更に20世紀後期に登場した携帯電話、「インターネット」を初めとする「ニューメディア」は、「知る権利」が導き出された原因である市民と「表現手段」との乖離状況を、すなわち既存型マス・メディアを打ち破るものとして期待もされている。

本稿の対象としている「プレス」は、20世紀中葉(1931年から1971年)の「プレス」であり、この期間にはラジオやテレビの登場があり、テレビのお茶の間への影響力がますます注目されてきた頃ではあるが、未だ「公的」な場面では、特に議会制民主主義過程の中では、従来型の「プレス」、すなわち新聞がその存在を強く示していた頃である。政治的主導権を握っているのは新聞であると自負されていた時代である²⁵⁴⁾。「プレス」という言葉は現在に於いては、「報道機関」や「取材陣」などとも同意として扱われ、当然その中には新聞だけでなく、雑誌、ラジオ、テレビなど様々なメディアが混在しながらも、おそらくは20世紀中葉、中心は新聞と意識的にあるいは無意識に捉えられていたように思われる。しかもペンタゴン・ペーパーズ事件におけるダグラス裁判官(ブラック裁判官同意)同意意見にも引用されたニア事件ヒューズ裁判官の言でも「とくに大都市では、用心深く勇気のあるプレス」の第一次的必要性が強調されている。「プレスの自由がスキャンダルの不徳義なまかない屋により濫用されるかもしれないという事実があるからと言って、プレスをして事前の抑制を免れさせる必要性がより少なくなるものではない」との表現からも推測できるように²⁵⁵⁾、新聞は、時折行き過ぎや間違えは起こすものの、権力に対峙する主体的判断を行える存在として、また「第4の権力」として相応しいと捉えられているように見える。

ブラシによる議論も時代的背景と共に、「プレス」自体を上記のような
観点 ある意味では実証されない観点 で、少なくとも出発点として

は主に「プレス」としての新聞に限定したものと捉えるべきものであると思われる²⁵⁶⁾。このような主体の限定の妥当性については、後にユビキタス社会との関連で論じなければならない。

次に、想定主体の限定に相応しながら、内容の限定が問題となる。民主主義過程における「checking value」を強調する場合、修正第1条による「プレス」の自由保護は、民主主義過程に関わる内容を主たる対象としており、例えば全く「社会的でない」娯楽番組は、「プレス」の報道内容として、このような特別な保護を受けるべきものとしては想定されていないとの主張に結びつく²⁵⁷⁾。ここに表現内容志向的な保護、つまり民主主義過程に関わる「情報」と民主主義過程に関わらない「情報」との保護の差を認めること、あるいは区別すること自体の可否が問題となる²⁵⁸⁾。しかしながら、奥平も指摘するように、ブラシによる「checking value」論は、保護の拡大を目指す理論として受け入れることが可能であると思われる²⁵⁹⁾。

「プレス」という主体を浮き上がらせ、その主体的判断を強調する立場に対して今ひとつの問題は、「客観報道」との関わりである。「客観報道」は第一に、市民と表現手段の乖離状況を背景にした「知る権利」論すなわち「プレス」は、市民の「知る権利」に奉仕するために「報道の自由」を認められているとの論理から要請される。これはいわゆる「中立性」あるいは「公平原則」として、特にテレビ放送につき、周波数の有限性を最大の論拠に主張される²⁶⁰⁾。

しかしながら、ブラシによる「checking value」論の基礎となったペンタゴン・ペーパーズ事件におけるブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見に代表されるような²⁶¹⁾、合衆国憲法修正第1条「絶対主義」にあっては、「絶対主義」故に、実は内容は結論に影響を与えないはずであり、実際この意見もほとんど内容を検討しておらず、またする必要もなかった。問題は、修正第1条が政府による「プレス」の事前抑制を許すかどうか、許すので有ればどのような権限で許されるのかであり、パーガー

首席裁判官反対意見が言うように、ペンタゴン・ペーパーズ事件は修正第1条「絶対主義」者にとっては「単純で容易」なものであった²⁶²⁾。そして前述の如く「プレス」による主体的判断を強調するこの立場からは、「客観報道」はこの文脈では問題とならないように思われる。この立場を採るならば、政府による規制、違憲審査基準、そして具体的な事前抑制の司法判断においても内容中立を貫き通すことが出来ると言える。

このような修正第1条「絶対主義」を採用しない立場にとっては、その保護内容や範囲を確定するためには、どうしても問題となっている素材(記事や番組など)の内容に踏み込まざるを得ない。そこで改めて問題とされるのは、本件ペンタゴン・ペーパーズ事件においては特に、その内容のみならず時代的・社会的背景である。時代的・社会的背景とその影響は、前述のブラックマン裁判官反対意見でも見られたように、「戦時」と「平時」の評価にも深く関わり²⁶³⁾、修正第1条「絶対主義」を採らなければどうしても評価しなければならず、かつ結論に大きく影響することとなる。従って、修正第1条「絶対主義」者が最も嫌うアド・ホック(ad-hoc)な、「内容中立的」でない保障内容と範囲になる可能性があるかもしれない。比較衡量に付き物のこの問題は、サリバン事件において名誉毀損の文脈で持ち出された「chilling effect(抑止効果)」が、事前抑制と、事前抑制と密接に関わる事後抑制の両方で、別の文脈で働く可能性があることを示し²⁶⁴⁾、「戦時」の評価と「戦時」の保護内容につき、ホームズの「劇場の例」のような単純で容易な例は希であろうことから、難しい判断を迫られることとなる。

これに対し、修正第1条「絶対主義」を採るブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見は、「事情に通じた代議政治を犠牲にしてまで軍事及び外交の秘密を守ることは、われわれの共和国のために真の安全を提供することにならない」とし²⁶⁵⁾、あくまでも「絶対主義」を貫こうとしている。この中には「主体的判断」を行う「プレス」への信頼と、「プレス」を含めた「市民」の討議への信頼と傾倒を読みとることが可能であろう。

そうであるならばこそ、そして「ブレス」自体の市場による淘汰を含め考えるならばこそ、その論理的基盤となっている「思想の自由市場」論の評価が問題となってくる。

(d) 「思想の自由市場」論による埋没への対抗

ブラシは、2004年の論文において修正第1条の問題を論じるにつき、「思想の自由市場」論は、真実の追究の価値及び自己統治の価値、そして社会機構としての言論の自由機能への過剰な注目をもたらすという、望ましくない三重の害悪をもたらしたと示唆している²⁶⁶。その害悪とは、以下のものとされる。一つには、対抗言論「more speech」へと繋がる刺激的な言論現象が、いかに満足すべき共同体としての（corrective）討議をもたらすかという、説得力のない主張に過度に依存したため、高度な言論の自由保護訴訟が弱体化される。二つには、言論の自由とうまく機能する思想の自由市場という理想とを同一視することにより、この理想を実現するための手段として、コミュニケーション(権)力の再分配を試みるという、気を逸らせ、危険な規制提案を生む。三つには、共同体としての理解と政治的正当性を創出する国民投票機構として言論の自由を第一のものとする結果として、言論の自由が、権力の濫用を制御し、柔軟な特性を持つ「徳」の促進に寄与する文化的な力としていかに働くかを正しく理解し損ねてきたとしている。そして、Abrams v. United States 事件におけるホームズ裁判官の反対意見の中に、思想の自由市場論が、自己修正（self-correcting）、知識の最大化および最大利用による判断（judgment-optimizing）、合意形成、参加を可能とする社会機構のような信じがたい見方によりも、チェック、徳性、そして文化に修正第1条は関連するという理解の端緒を見つめることが出来るとする²⁶⁷。これは、「思想の自由市場」論へ埋没する楽観主義への批判に対するブラシの一つの反論である。

このように「思想の自由市場」論によりもたらされた行き過ぎを改め、修正第1条のいわば背景的価値を強調することは、言論の自由だけでなく、

「プレス」の自由においても当てはめることが出来ると思われる。民主主義過程における「プレス」の役割を情報の提供だけに求めるのではなく、世論を形成し、その背後も含めた指導的立場にも求めていくものと拡張することが可能であろう。ここで「プレス」は、再び「checking value」をより広い意味で体現しなければならないこととなる。

ブラシによれば、ホームズは多元論者であり²⁶⁸⁾、このことも手伝い基本的な政治的反論の正当化を行い、全ての人々が共通に抱く哲学的に絶対であるものを放棄し、変化を強調するとしている²⁶⁹⁾。また、「思想の自由市場」は理想主義的に調和するものではなく、調整が必要であり、探求心、過ちの許容能力、経験や創意からの学習能力、柔軟性に親和的であり、盲目的な服従への評価を低め、確信を疑う性向があるとされる。このような形で、ホームズによる「思想の自由市場」論は、社会的システムと言うよりは、文化的言及としてよりうまく機能するとされる²⁷⁰⁾。

「プレス」の自由観、その前景と背景

1 太平洋の兩岸：二つのねじれ

議論を進める上で、「プレス」に関し、太平洋を隔てて存在する二つの奇妙なねじれに注意しなければならない。一つには、1970年代にアメリカと日本に於いて下された二つの判決、すなわちペンタゴン・ペーパーズ事件最高裁判決(1971年6月30日判決)と²⁷¹⁾、外務省沖縄秘密電文漏洩事件(いわゆる西山記者事件、1978年5月31日判決)である²⁷²⁾。もちろん単純に比較することは出来ないが、いずれも「プレス」あるいは記者が主人公となった、国家機密に係わる、また直接・間接に戦争に係わる「リーク(故意の秘密漏洩)」事件でありながら、その結果が対照的である²⁷³⁾。もう一つは、昨今の取材源秘匿に関する両国最高裁判決に見られる。アメリカに於いてはペンタゴン・ペーパーズ事件以降取材源秘匿は、1972年の *Branzburg v. Hayes* 事件で連邦最高裁で拒絶されたにも拘わらず²⁷⁴⁾、そ

の結果が僅差であったことも手伝って、「知る権利」運動にも支えられながら、下級審においては概ねある程度のジャーナリストの証言拒否が認められる傾向にあったと言われる²⁷⁵⁾。しかしながら近年、2005年6月のCIA 工作員情報漏洩事件でのニューヨーク・タイムズの Judith Miller 記者の収監が象徴するように²⁷⁶⁾、取材源秘匿特権が認められない方向づけがなされたようにも見える。他方で日本においては、1952年の石井記者事件判決を筆頭に証言拒絶が一定の限度に留まる状況であったが²⁷⁷⁾、ここに来て、2006年10月3日最高裁第3小法廷決定などに見られるように²⁷⁸⁾、証言拒絶を認めようとする流れがあるように思われる。これらの事件は、民事事件、刑事事件など手続きを異にしており、簡単に比較するわけにはいかないが、両国の判決の間に時系列に一定のねじれが見て取れよう。

これら二つのねじれをどのように整序するか、これは困難な課題ではある。この問題は、「or of the Press」論と「プレス」の特権論、あるいはメディア状況の変化、「プレス」の役割、司法の役割など、様々な観点から総合的に検討しなければならない。しかし評価軸の一つとして、裁判所による「プレス」あるいはジャーナリストへの信頼あるいは期待を持ち出すことが許されるのではないかと思われる。

この観点から評価するならば、一見全く単純な答えが返ってきそうである。アメリカに於いては信頼から不信へ、日本に於いては不信から信頼へという構図である。勿論このような問題の矮小化には十分注意すべきではある。日本の近年の傾向は、どちらかというところ、民主主義過程への不安と²⁷⁹⁾、「プレス」への信頼というより消去法的な期待と、その期待に応えた「プレス」による自己反省を求める色合いが濃いようにも思われる²⁸⁰⁾。

2 前景：「プレス」の自由」と背景：「思想の自由市場」

本稿は、この太平洋を挟んだ二つのねじれを呈する現在から振り返り、ニア事件からペンタゴン・ペーパーズ事件、そしてウォーター・ゲート事件という一つの流れとも言って良い歴史の中で²⁸¹⁾、それではどのような

問題が提示され、どのように処理され、どのような問題が残されたのかを抽出するため、これらの歴史とその産物を概観してきた。そこには、「第4の権力」論も示すような、民主主義過程における権力の対抗原理があり、ブラシがこの対抗関係の中で「checking value」の担い手とした現実の「プレス」という主体が存在し、「思想の自由市場」論を前提に、この「プレスの自由」あるいは「プレス」を含めた「市民・国民」の討論の自由が強調され、保護を獲得してきた。この時期は、ペンタゴン・ペーパーズ事件判決において、ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見が求めたように、そしてブラシがその中から「checking value」論を紡ぎ出せるほどに社会的背景を伴う大きな流れの中で、権力との対抗関係、多様な「プレス」、そして司法という安全装置までを含め、これらの機構がうまく働いた時代である。

それでは果たして、ねじれや現在のような「プレス」の危機的状況をもたらした元凶は、これらの歴史とその産物の中に既に潜在していたのか。この問いはやはり、「プレス」とは何か、「プレス」は信頼できるのか、「プレス」は期待された役割を果たしうるのか、そして大前提となる「思想の自由市場」は完全に機能するのか、という問いとおおいに重なり合いそうである。

「プレス」とは何か、との問いに関し、の4(c)『checking value』の二つの主体と内容志向型保護」でも触れたように、ブラック裁判官及びダグラス裁判官の意見では、強く「プレス」の主体性が強調され、具体像が念頭に置かれているようであるが、その他の意見には、「プレス」を指すのか、一般に「市民」なのか、あるいはその両方が曖昧なものがある。このことから分かるように、一見「プレス」の存在は当然視されながら、「プレス」の内容はさほど明確でなく、よって「プレス」への信頼には大きな差が生まれる。このような中で、ペンタゴン・ペーパーズ事件に見られるような鋭い対立を残したまま、衝撃をもたらす結論が出されてくる。ブラシによる事実に基づく整序はこの結果を支援し、修正第1条の体現す

る価値を豊富化しただけでなく、「checking value」を軸に、「プレス」とは何かの問いに機能的内実をもって応えたものとも言える²⁸²⁾。

しかしながら既に見たように、ブラシ自身が大前提である「思想の自由市場」論に修正を掛けようとしている。そしてその修正は、1919年 Abrams 事件のホームズ裁判官反対意見に遡って出発し、その上、機構や民主主義過程ではなく、徳や特質という、いわば文化に重きが置かれる²⁸³⁾。これをどのように評価するか。模式的に言えば、自由な言論における真実の探求、自己統治の価値及び社会機構としての機能への過度の傾倒をもたらしたほどの「思想の自由市場」論という明確な背景の上に、前述のように意識的あるいは無意識的にやや不明確な「プレス」が現状追認的に描かれていたのであるが、この背景をぼやかしたか、あるいはより彩りを添えあざやかにしたのか、いずれかであるという状況であろう。私見では、前景である「プレス」が、市場原理と新メディアの登場の中で大きく揺らぎ始め、背景も含めた全体を崩壊させないために前景である「プレス」だけでなく、背景である「思想の自由市場」論にも手を付けなければならなくなったとの観がぬぐえない²⁸⁴⁾。少し観点を移すと、ブラシによる「checking value」論の抽出は、「プレス」の果たすべき機能を現に存在したペンタゴン・ペーパーズ事件において実際に「プレス」が果たしている機能から抽出したものであり、果たすべき機能・役割と果たしている機能・役割はほぼ一致している。これに対し、様々な問題が露呈している例えば現在において、「プレス」が果たしている機能・役割と果たすべきと考えられる機能・役割は一致せず、重なるところが少なくなる。ブラシによる背景（「思想の自由市場」論）からの修正は、「プレス」を巡るあまり好ましくない状況から、果たすべき機能・役割と果たしている機能・役割との距離を測りながら、バランスをとり、重なりを保とうとする試みであるとも言えるのではなからうか。

結局、機能論あるいは役割論からの本質描画は、見てきたように、その多くの部分を社会的・時代的背景によるところが多く、果たしている機

能・役割と果たすべき機能・役割の乖離によりいずれ限界が来るのかもしれない。しかしながらそうであるとしても、「プレス」とは何かとの問いには、現状とその果たしているあるいは果たすべき機能・役割から応えるしかないようにも思われる。少なくとも事実と実践の中でその輪郭と距離を探りながら、一つ一つ確認をしていくことは必要であると思われる。そうであるからこそ、「プレス」の役割が頂点に達した時期に求められた機能を、その社会的・時代的背景を確認しながら検討してきた。

まとめにかえて

それでは、果たすべき機能・役割と果たしている機能・役割とのバランスを保ちながら現状において主張できる最大限の「プレス」とは何か、あるいはその果たすべき機能・役割は何か。それはブラック裁判官やダグラス裁判官の示した修正第1条絶対主義と重なる「プレス」の絶対的な保護ではないであろう。「プレス」への信頼は余りにも薄れつつあると思われるからである。期待は、徐々に表現手段を獲得しつつある個人としての「市民」へと移りつつあると思われる。対抗言論への過剰とも言えるほどの傾倒が、この「プレス」への不信と「市民」への期待を最も良く表している²⁸⁵⁾。

信頼された「プレス」を失うことは、「市民」と「表現手段」との乖離状況の打破の中で、あるいは「プレス」と「市民」との格差の解消の中でなら気に病むことではないのであろうか²⁸⁶⁾。少なくとも現状では未だ格差は存在し、別な格差が生まれつつある²⁸⁷⁾。

毛利透はサリバンの事件でも採用された「萎縮効果(chilling effect)」をキーにウォーレン・コートからパーカー・コートにかけての表現の自由関連判例を追った分析の後、表現の自由の「敏感さ」への配慮が必要であり、「個人の表現へのインセンティブがくじけやすいものであることを認識し、その保護に欠けない立場を採るべき」だとする²⁸⁸⁾。そうであるなら

ば、権力、特に国家権力との対抗という最も激烈な分野をも個人としての「市民」に全て負わせるのは酷である。そうではなく、変容しつつあるにしても実績のある「プレス」に、ともすると巨大な「プレス」にこの役割の一部を負わせるとの選択肢があるように思われる²⁸⁹⁾。そうすることの危険性も認識しながら、ペンタゴン・ペーパーズ事件におけるブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見において頂点を極め、ブラシによって紡ぎ出された「checking value」は²⁹⁰⁾、ブラシ自身の背景修正とも相俟って、この文脈で再び「プレス」に存在意義を与える基盤となるように思われる。

民主主義過程を情報と意思のコミュニケーション過程として捉え、多種多様な意見と討論という多元主義を良しとするならば、その主体には様々な形態のものが存在すべきである。また対抗言論を基本としつつも、情報の質を問題にするならば、やはり主体も内容も多元化多層化する必要があるように思われる。必ずしも異議のない同質化を良しとしないのであれば²⁹¹⁾、「プレス」と「市民」との格差が縮まり、複数の径路が存在する条件の下で、「プレス」の存在をその危険性を認識しつつ警戒を怠らず利用をすることは許されると思われる。そして、ニア事件からサリバン事件を経てペンタゴン・ペーパーズ事件で鮮やかに結実した民主主義過程における権力との対抗を第一の意義として、「プレス」への枠組みを作り、様々な課題がありながらも「プレス」の自由につき内容志向型保護拡張をもって司法判断において導くという道が考えられるであろう。そして様々なレベルの安全装置としての「リーク（故意の秘密漏洩）」する者への選択肢としても²⁹²⁾、個人でない組織としての「プレス」を有効な伝達手段として残しておくべきであると思われる²⁹³⁾。

「プレス」の意義付け、内容志向型保護拡張、「リーク」の承認とある意味での保護、これらいずれに対する判断基準も「プレス」への信頼であるかもしれない。しかし先に見たように、ペンタゴン・ペーパーズ事件におけるブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見で表明され、ブラ

シによって「checking value」を最も良く体现するとしてその論文の最後に引用された部分は、「プレス」が権力との対抗関係の枠組みの中で、まさしくこれらの機能と役割を果たすために「プレス」が修正第1条によって保護されることを示していると言える²⁹⁴⁾。そこには政府の欺まんを暴き、政府を批判し、国民を救う「プレス」の姿が示されていた。

以上、「プレス」保護への基本的態度や方針につき一つの可能性を提示したがもちろんこれだけでは不十分であり、具体的な方策を検討しなければならない²⁹⁵⁾。この中で、主体創出が必要であるからこそプラシの言う「思想の自由市場」論の文化的特性にも具体的な方策の検討において改めて焦点を当てるべきである²⁹⁶⁾。気質や特性を含めたこれらの立論は今後の課題としたい。

- 1) ミドルマンの凋落：NETというユーザー同士（送り手と受け手）が直接に「繋がる」ことのできるメディアの登場により、ミドルマンとして情報仲介業（情報収集，加工，伝達）を引き受けることにより「第四の権力」と呼ばれるほどの影響力を誇っていた旧マス・メディア陣営が不要となり、あるいは影響力が極端に低くなるという。ユビキタス社会の到来とマス・メディアとの関係については、拙著『ユビキタス社会における「民主主義システム」 新たなマス・メディアの位置づけに向けて』（立命館法学291号31ページ（2003年））の他、松井茂紀『インターネットの憲法学』（岩波書店，2002年9月6日）15ページを参照のこと。
- 2) NETの登場により、各メディアの垣根が消失し、その中で印刷メディアとしての既存新聞社が生き残る道がない、との意味と、いわゆる旧来マス・メディアという形態自体が変遷し、異なった性格のものという意味がある。
- 3) 「プレス」という言葉は、多様に用いられるが、ここでは新聞（全国紙，地方紙）を中心とした旧メディアの報道機関を意味するものとする。
- 4) 近年、本稿が「サリバン事件：新たな展開」で扱う、サリバン事件を中心に本稿の扱う年代と判例の再評価を行う論功が発表されている。一つには、山口いつ子『表現の自由のメタモルフォーゼ アメリカ合衆国憲法第1修正における構造変化とその価値原理』（東京大学社会学情報研究所紀要67号23ページ，2004年）であり、もう一つが、毛利透『アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論 ウォーレン・コートからバーガー・コートへ』（法学論叢158巻1号1ページ，3号1ページ，4号28ページ，159巻2号1ページ，2004年～）である。いずれも、表現の自由の原理論に関わるが、「プレス」を抽出して論じているものではない。あるいは、故意にその「主体」を明確にはしていないように思われる。この点で、本稿とは異なった視点からの吟味である。いずれにせよ、根本的な部分においても残された課題が多いことを示していると言える。

- 5) この評価の一部については、先行した拙著「ユビキタス社会における民主主義システム」前掲注1, を参照のこと。
- 6) このような手法は、例えば、Lucas A. Powe, Jr. “The Fourth Estate and the Constitution”, University of California Press, 1991 や、奥平康弘『「表現の自由」を求めて』（岩波書店、1999年12月17日）が採用しており、本稿も多くこれに倣っている。歴史的な経験を叙述する場合、双方当事者の視点は不可欠であると思われる。
- 7) 本来であれば、プレスの創生期や、合衆国憲法起草当時の議論をも範疇に入れなければならないが、私の力量のなさにより後に譲りたい。
- 8) これらの諸事件だけでなく、広く歴史的概観を行うものとして、Powe, Jr., “The Fourth Estate and the Constitution” supra n. 6 及び奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6の他、毛利『アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論 ウォーレン・コートからバーガー・コートへ』前掲注4, を参照のこと。
- 9) 治安妨害扇動罪 (seditious libel) は、奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 5~6ページに、「統治のありよう、すなわち政府、憲法、役人、法令、行政活動、政策などを、悪しざまに言い、非難し、ばかにすることにより、公共の安全を妨げるとき犯行」と要約され、かつ抽象的なものを多くを含み込むものであることが示されているように、多用されたものである。なお、「扇動的文書誹毀罪」とも訳される。以下では、区別のためにも「libel」を「文書誹毀罪」としている。
- 10) 奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 11ページ。合衆国憲法修正第1条成立後の修正及び1798年扇動法（1801年失効）につき、背景と共に、53ページ以降、サリバン（Sullivan）事件との関連につき、238ページ参照。
- 11) 4(b)『「萎縮効果」, 『息づく空間』と現実的悪意』を参照のこと。
- 12) 「サリバン事件：新たな展開」を参照のこと。
- 13) 刑法230条の2及び、民法709条に関わる真実性の証明要件の緩和などについては、アメリカにおける動向も含め、まずは、松井茂紀『「マス・メディアと法」入門』（弘文堂、1988年）第4章、浜田純一『情報法』（有斐閣、1993年4月20日）70ページ以下、を参照のこと。
- 14) なお、ニア事件を連邦最高裁まで後押ししたのは、有数の全国有力紙、「シカゴ・トリビューン」紙の経営者であるとも言われる（奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 174ページ参照）。ペンタゴン・ペーパーズ事件のような、将来の連邦と全国紙の対立を予見し、布石を敷いたものとも考えられる。「プレスの自由」が、実践的に確保されていったことを示した例の一つとも言える。
- 15) 奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 118ページ。
- 16) この判決についての紹介は多数に及ぶが、ここでは、伊藤正巳『言論・出版の自由』（岩波書店1959年）108ページ以下を挙げておく。
- 17) この州法は、出版継続に対する禁止命令を、県検事あるいは地方検事（これらの者が怠った場合には市民）が請求するものであり、現代においても検事が公益を代表しているとされることから、一定の公共利益追求の制度であるとも言えるが、本件では上記のごとく、これらの治安当局自体が批判に曝されているのであり、その治安当局がこの制度を

利用していることに注意する必要がある。

また、当該法は、猥褻な定期刊行物と名誉毀損的な定期刊行物を区別し、後者に対してのみ、真実を正当な目的のために、善良なる動機によって公刊したことを立証することにより罰則を免れる防御権を与えている。これは、両者を質的に、あるいは価値的に区別するものである。また日本においても、刑法175条が猥褻文書頒布罪を規定するのに対し、刑法230条が名誉毀損を規定しながら刑法230条の2において、公共の利害に関する場合の特例で、バランスを計る方策を採る系譜にも繋がるものであり、それだけでは特殊な類型ではなく、やはり以後の定期刊行物発行停止命令を可能としている部分が問題となる。なお、刊行物が公刊された場所以外に、流布された場所においても告発しうるものとなっている。

- 18) *Near v. State of Minnesota*, 283 U.S. 697. at p. 704. なお、最終の1927年11月27日版の記事は、パトラー裁判官の反対意見の脚注として一部が引用されている。Ibid. at p. 724. この記事を読むと、差別的な雰囲気があることはいがめず、このことは現代であれば何らかの影響を与えたかも知れないが、1931年当時の状況では、この点が正面から取り上げられることはされていない。差別的表現につき、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003年2月28日)37ページ以下参照のこと。
- 19) *Near v. State of Minnesota*, 283 U.S. 697. at pp. 700-706.
- 20) Ibid. at p. 708.
- 21) Ibid. at p. 710.
- 22) Ibid. at p. 711.
- 23) Ibid. at p. 712. 当該禁止命令に反した場合、裁判所侮辱罪に問われることは、前述の通りである。従って、公刊者は、その後公刊するものにつき、命令に反していない、新しい性質のものであるということの立証を求められることとなることも、公刊者が「効率的な検閲」の下におかれるとする理由としてあげられている (Ibid. at p. 721)。
- 24) Ibid. at p. 710.
- 25) Ibid. at p. 711.
- 26) Ibid. at pp. 711-712.
- 27) Ibid. at p. 713.
- 28) Ibid. at p. 715.
- 29) Ibid. at p. 713.
- 30) Ibid. at p. 713.
- 31) Ibid. at pp. 714-715.
- 32) Ibid. at p. 715.
- 33) Ibid. at pp. 715, 716. その例外として挙げられているのは、(1) わいせつ、(2) 軍事的な防衛上の秘密、(3) 政府転覆の扇動、である。ここに、軍事的な防衛上の秘密が挙げられていることは、ペンタゴン・ペーパーズ事件地裁判決 (*The NEW YORK TIMES Company v. United States*, 328 F. Supp. 324 (1971)) でもふれられている。後の議論のために、留意すべきである。
- 34) *Near v. State of Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931) at p. 716. この考え方は、ペンタゴン・

合衆国連邦最高裁判例に見る20世紀中葉の「プレス」の自由」観（上出）

ペーパーズ事件地裁判決の中にも、Emerson を引きながら表されている（The NEW YORK TIMES Company v. United States, 328 F. Supp. 324 (1971)）。

- 35) Ibid. at p. 717.
- 36) 当該州法が、公刊そのものではなく、ビジネス（継続的な公刊）を対象とするものであり、違憲では無いという主張に対し、ある号を公刊する憲法上の権利があるのであれば、続く号を公刊する権利もあるはずである、と反論し、継続性をも保護しようとしていることから、「プレス」という「回路」に期待をしていることが読みとれる（Ibid. at p. 720）。
- 37) Ibid. at p. 718.
- 38) Ibid. at pp. 719-720.
- 39) Ibid. at p. 723. なお、真実性の証明との関係でも、事前の自由（The preliminary freedom）は、真実性の証明にその存在を頼ってはいけなとも釘を刺している（Ibid. at p. 721）。
- 40) Ibid. at p. 707.
- 41) Ibid. at p. 723.
- 42) Ibid. at pp. 726-727.
- 43) Ibid. at p. 723.
- 44) Ibid. at p. 724. 被告人ニアは、彼の記事の内容が、当該州法に抵触しないことを強く主張するのではなく、当該州法が合衆国憲法（特にその修正14条の due process 条項）に抵触することを強く主張し、これを争点にしている（Ibid. at p. 705）。
- 45) Ibid. at pp. 728-729.
- 46) Ibid. at pp. 732-733.
- 47) Ibid. at p. 733. 上記の通り、少数意見によれば、本件ニアの記事は、この保護の範囲を超えている。
- 48) Ibid. at p. 733.
- 49) Ibid. at p. 735.
- 50) Ibid. at p. 737.
- 51) Ibid. at p. 737.
- 52) Ibid. at pp. 737-738.
- 53) 「プレス」が経済主体である限りにおいて、市場の支持を得られない事による淘汰がありうることは確かである。しかしながら、この事が両意見にどれほど意識されたかははっきりしない。
- 54) 法廷意見においても、当該州法ではなく、文書誹毀罪での処理の可能性を示しており、濫用を認めてはいない（Ibid. at p. 715.）。
- 55) 「事前抑制」禁止原則の中心である「検閲の禁止」は、日本国憲法においても第21条第2項において「検閲はこれをしてはならない」と規定され、この禁止は絶対的であると解釈されている。しかしながら、この「検閲の禁止」の絶対性を強調することにより、例えば税関検査事件（最判昭和59年12月12日大法廷判決、民集38巻12号1308ページ、判時1139号12ページ）において見られるように、現実的判断に基づき「検閲」概念を絞り込むことにより、税関検査など一見「検閲」に非常に近い機能を果たす制度を「検閲」ではないと

する結論を導く立論がされる。「海外では公表済み」という理由付けの中にも見られるように、ここには「検閲の禁止」の絶対性の強調と死守により、理論的なねじれがおきつつあることにも留意しなければならない。本件ニア判決の中でも、この問題は違う形で既に提示されている。

- 56) これに対し、当該州法も扱う「わいせつ」文書頒布の禁止は、個対個ではなく、公衆の利益を保護法益にしている。
- 57) 法廷意見につき、Ibid. at p. 710, 反対意見につき、Ibid. at p. 737. 少数意見が認知しているように (Ibid. at p. 732), 強請や恐喝という、随分「個人的」な使われ方がされているが、この使われ方も、公衆があつてこそなのではないかとも言える。
- 58) 「表現の自由」が「公共財」の供給機能を果たすとの捉え方について述べられる長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂, 1992年)12ページ以下, 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理 表現の自由の公共的使用』(嵯峨野書院2001年7月20日), 特に324ページ以下を参照のこと。
- 59) Ibid. at p. 702の法廷意見内に、条文が引用されている。
- 60) Ibid. at p. 712.
- 61) Ibid. at p. 715.
- 62) 例えば、Ibid. at pp. 737-738 など。同時に、合衆国憲法修正第14条に係わり、合衆国憲法並びにその修正条項を州に直接適用することの是非につき、法廷意見と反対意見との間に温度差があることは忘れてはいけない。第1章第3節第2項「パトラー裁判官による反対意見」冒頭、及び Ibid. at p. 707 と Ibid. at p. 723 を参照のこと。
- 63) Ibid. at p. 737.
- 64) Ibid. at p. 731.
- 65) ブラックストーンの事前抑制概念は、コモン・ロー上のプレスの自由においては、不適切な公刊に対する事後規制とは区別された、事前抑制の不在を求めるものであることに注意しなければならない。反対意見もこれを確認する。Ibid. at p. 735.
- 66) Ibid. at p. 736.
- 67) Seditious Libel (治安妨害扇動罪)でも、「プレスの影響力」は、一過性のもではなく、継続的な加速性が有るからこそ、かくも厳しく対処しようとしているのであると考えられる。
- 68) 太平洋戦争よりも広いものと捉えておく。
- 69) Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937).
- 70) Shenck v. U.S., 249 U.S. 47 (1919).
- 71) Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).
- 72) Dennis v. U.S., 341 U.S. 494 (1951).
- 73) Beauhaneis v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952). なお、一定の表現がそもそも憲法保障の範囲外であるという捉え方と、ヘイト・スピーチの関係につき、奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 226ページを参照のこと。まさに、本章で検討する1960年代において、憲法保障の範囲についての見直しが無かったならば、現代のヘイト・スピーチを巡る議論は異なっていただろうと、指摘されている。

- 74) *Brown v Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
- 75) Harrison E. Salisbury, "Without Fear or Favor", (Curtis Brown Ltd. 1980), at 360, 386. 同書翻訳小川水路訳『メディアの戦場』（集英社，1992年）388ページ以下。
- 76) *Ibid.* at pp. 378, 385, 386. 翻訳403ページ以下，410ページ，411ページ。
- 77) *Ibid.* at p. 382（翻訳407ページ）によると，アラバマ州の名誉毀損訴訟すべてを合わせると，ニューヨーク・タイムズが650万ドル，Salisbury が150万ドルの賠償請求をされていたという。更に，*Ibid.* at p. 381（翻訳406ページ）によると，パーミンハム・ポスト・ヘラルドなど地元紙にも Salisbury は攻撃されており，如何に，南部の抵抗が強く，そして，名誉毀損法があてにされていたかがわかる。この状況については，サリバン事件連邦最高裁ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見も，「プレス」の保護の理由としてあげている（第2章第3節第2項「ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見」及び，*The NEW YORK TIMES Company v. Sullivan*, 84 S. Ct. 710 at p. 295 参照のこと）。
- 78) *The NEW YORK TIMES Company v. Sullivan*, 84 S. Ct. 710. なお，山口『表現の自由のメタモルフォーゼ』前掲注4は，サリバン事件を中心に，1951年 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 からの流れを追い，1969年の *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 を「言論保護的な基準論の到達点」としている。社会的背景を重視しながら，「プレス」という「主体」に焦点を当てた本稿とは，異なる位置づけとなっている。
- 79) この意見広告は，*The NEW YORK TIMES Company v. Sullivan*, 84 S. Ct. 710 at p. 740 に付録として掲載されている。
- 80) *The NEW YORK TIMES Co. v. Sullivan*, 273 Ala. 656, Powe, Jr., "The Fourth Estate and the Constitution" supra n. 6 at pp. 83-86.
- 81) *Ibid.* at pp. 86, 87.
- 82) 堀部政男『名誉・プライバシーの現段階』ジュリスト653号（1977年12月1日）35ページ，43ページ。
- 83) 例えば，ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見で強調されているように，50万ドルの損害賠償はあまりにも高額であり（*Ibid.* at p. 294），アラバマ州の訴訟だけで，地方及び州公務員による11の訴訟において，ニューヨーク・タイムズは560万ドルを，Columbia Broadcasting System は170万ドルを請求されているとされている（*Ibid.* at p. 295）との指摘を挙げる。なお，脚注77参照。
- 84) 連邦最高裁のブレナン（Brennan）裁判官による法廷意見を見ても，あるいは，ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見，ゴールドバーグ裁判官（ダグラス同意）同意意見を見ても，広告主や広告執筆者の責任ではなく，広告を掲載したニューヨーク・タイムズの責任を問題としている。
- 85) 例えば，*Ibid.* at p. 266. では，本件広告が合衆国憲法上保護の対象外とされる可能性のある商業表現に該当するかに関して，本件広告は，「情報を伝達し，意見を表し（以下略）」とし，本件のような意見広告（editorial advertisement）の手法は，出版設備を持ち合わせない者達のための有効な伝達手段であり，合衆国憲法修正第1条は，「多様な，そして相反する源泉からの情報の，可能な限り広い伝搬」を確保しようとしている，という *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 20 を引いて確認をしている。

- 86) Ibid. at pp. 256-, 258. なお、サリバンは、現実的な金銭上の損失を被っているという主張は行おうとしていない (Ibid. at p. 260)。
- 87) Ibid. at p. 260.
- 88) Ibid. at p. 261.
- 89) 当初の広告にはこれらの名簿は無く、後で追加されたものであるとされている (Ibid. at p. Ibid. at p. 260.)
- 90) Ibid. at p. 260.
- 91) Ibid. at p. 261. サリバンによる訴訟提起後に、アラバマ州知事の要求に対して、訂正したものである。
- 92) 合衆国憲法修正第1条は、純粋な「商業的」表現、あるいは「扇動的」表現、「猥褻な」表現などを保障の範囲外としているという議論は、よく行われる。例えば、後述のごとく、法廷意見においても、検討されている (Ibid. at p. 269)。
- 93) Ibid. at pp. 265-266.
- 94) 下級審のレベルでは、アラバマ州法においては、「可罰的な損害」については、「現実的悪意 (actual malice)」の立証が必要であり、「単なる不注意や不注意 (mere negligence or carelessness)」では不十分であると陪審にも釘が刺されているにも関わらず、少なくとも陪審は、「一般的な損害 (general damage)」と「可罰的な損害 (punitive damage)」が区別されず、従って、損害認定時の立証責任の範囲及び強度の差を区別しなかったようである (Ibid. at p. 262.)
- 95) Ibid. at p. 267.
- 96) Ibid. at p. 267.
- 97) Ibid. at pp. 269-270.
- 98) Ibid. at p. 270.
- 99) Ibid. at p. 271.
- 100) Ibid. at p. 271.
- 101) Ibid. at pp. 271-272. なお、「breathing space」に関しては、N. A. A. C. P. v. Button, 371 U. S. 415, 433 からの引用である。
- 102) Ibid. at pp. 272-273.
- 103) 時限立法のため、1801年に失効している。これについては、奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 11ページ, 53ページ以降, サリバン事件との関連につき, 238ページ参照。
- 104) Ibid. at p. 274 以下。この中で、マディソン (Madison) の「政府に対してチェックを行う権限 (censorial power) が、人々の中に有るのであり、人々に対するものが政府に有るわけではない」との引用を行い、その上で、プレスがこの役割を果たすとしている (Ibid. at p. 275)。
- 105) Ibid. at p. 276.
- 106) Ibid. at p. 279.
- 107) Ibid. at p. 279. なお、「chilling effect」につき, Ibid. at p. 300 及び、第2章第3節第3項「ゴールドバーグ裁判官 (ダグラス裁判官同意) による結論同意意見」を参照のこと。

- 108) Ibid. at pp. 279-280.
- 109) この理論は、本判決で初めて発明されたわけではなく、法廷意見が示すように、下級審において既に有る程度形成されていたものを整理しながら採用したものである。例えば、78 Kan., at 723, 98 P. at 286 などが挙げられている。なお、ここでは公務員についてののみ「現実的悪意」の法理が言及されているのであるが、同様に、公務員、政府に対する批判についてもこの法理が適用されるべきであるとされている (Ibid. at p. 282)。ただし、これは「連邦のルール (federal rule)」であるとしていることにも留意が必要である (Ibid. at pp. 283, 284)。
- 110) Ibid. at p. 286.
- 111) Ibid. at p. 287.
- 112) Ibid. at pp. 291-292.
- 113) Ibid. at p. 288.
- 114) Ibid. at p. 288.
- 115) Ibid. at p. 286.
- 116) Ibid. at p. 295.
- 117) Ibid. at p. 296。ここには、猥褻、喧嘩言葉が挙げられている。
- 118) Ibid. at p. 294.
- 119) Ibid. at p. 294.
- 120) Ibid. at p. 293.
- 121) Ibid. at p. 293.
- 122) Ibid. at pp. 293, 295。なお、ここで保護の対象は、主に「プレス」であるようである (Ibid. at p. 295 など)。
- 123) Ibid. at p. 298.
- 124) Ibid. at p. 299.
- 125) 「萎縮効果 (chilling effect)」と言う言葉は、Brennan 裁判官による法廷意見の本文には現れず、ここ (Ibid. at p. 301) に初めて登場している。
- 126) Ibid. at p. 301.
- 127) Ibid. at p. 305.
- 128) 例えば、「公共的関心事について全ての新聞はその考えを表明する」(Ibid. at p. 299)、「もし新聞が、公共的論点に関する広告を公刊したら」(ibid. at p. 300) との表現がとられている。
- 129) Ibid. at p. 300.
- 130) なお、「公的人物」については、Powe, Jr., "The Fourth Estate and the Constitution" supra n. 6 at 89, 91, 松井 『「マスメディアと法」入門』前掲注 13, 146ページ以下, 堀部 『名誉・プライバシーの現段階』前掲注 82 などを参照のこと。
- 131) この原則については、ゴールドバーグ裁判官 (ダグラス裁判官結論同意) 同意意見でも触れられている (Ibid. at p. 301)。
- 132) 毛利 『アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論 ウォーレン・コートからパーカー・コートへ』前掲注 4 は、分野をも時には超えて、理論、歴史の両面から詳

細な検討を行った上で、「chilling effect (萎縮効果)」論が、ウォーレン・コートからパーガー・コートへの変化を評価する上で鍵となる概念であることを示している。ここでは、『抑止効果』への着目がウォーレン・コート諸判例を貫く視点だったのであり、そのことが学会の視野から落ちてきたのである」とされている(158巻3号18ページ)。

- 133) 第1章第3節など参照のこと。
- 134) Ibid. at p. 270.
- 135) Ibid. at pp. 279-280.
- 136) Ibid. at p. 287. なお、本件広告が、ニューヨーク・タイムズが信頼を置く人物からの依頼であったこと、また、ニューヨーク・タイムズの広告掲載基準を満たしていたことも、「現実的悪意」を否定する材料とされている。
- 137) 例えば、ブレナン裁判官による法廷意見, Ibid. at p. 269, ゴールドバーグ裁判官(ダグラス裁判官結論同意)同意意見, Ibid. at p. 301.
- 138) 例えば, Ibid. at p. 294 では、ブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見は、公民権運動支持を南部においては少数意見としているように思われるが、その実、連邦レベルではそうでないように思われる。奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 238ページにもこの「特殊事情」が指摘されている。
- 139) この点について、ペンタゴン・ペーパーズ事件と同様連邦最高裁は、重要な事件としてはかなり短時間で結論を下しているとされているとされている, Anthony Lewis, "MALE NO LAW—The Sullivan Case and the First Amendment", Vintage Books, at p. 164. ここでは、本来名誉毀損法への連邦憲法のルール適用に懐疑的になるはずの Harlan 裁判官も含め、6名の裁判官が裁判所意見に快く与したのは、ブレナン裁判官による歴史への言及と法的分析があったからというのだとされている。
- 140) また、これと関わり「営利的表現」につき、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2003年2月28日)100ページ以下を参照のこと。
- 141) Ibid. at p. 270.
- 142) Ibid. at p. 295.
- 143) 第3章第4節第1項「ブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見」以下を参照のこと。
- 144) サリバン事件における連邦最高裁ブレナン(Brennan)裁判官による法廷意見も、「暴動,(裁判所)侮辱, 不法行為の唱道, 治安侵害, 猥褻物, 法律業務の教唆のように, 文書誹毀は, 憲法上の諸制限からの魔術的な免除を要求できない」とする(Ibid. at p. 269)。
- 145) これらのうち、主要判決及び一部の訴状は、法律時報43巻11号(1971年)44ページ以下、堀部政男訳『ベトナム秘密文書公表事件と裁判所の対応』として、ニューヨーク・タイムズにより掲載されたものが、脚注などを抜きにして全訳されるという、異例の扱いを受けている。本件が、アメリカだけでなく、日本においても大きな衝撃となったことも表している。本稿では、可能な部分につき「邦訳」として該当部分を併せ示すことにする。
- 146) この事件については, Harrison E. Salisbury, "Without Fear or Favor", (1980. Times Books), 邦訳, ハリソン・ソールズベリー著, 小川水路訳『メディアの戦場』(集英社, 1992年7月8日)が、その内部関係も含め詳述しており、本稿もこれによるところが多い。

- 147) ブラックマン裁判官は、本事件を、「偉大ではないにしても、その姿勢と含蓄の点で異常な (unusual) もの」としている。The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713 p. 759. 邦訳70ページ。
- 148) バーガー首席裁判官による反対意見は、この「熱狂的早急さ」は、ニューヨーク・タイムズのやり方がもたらしたとしているが (Ibid. at p. 749. 邦訳66ページ), Harlan 裁判官は、本事件が経た日程を示しながら、「裁判所が、これらの事件を扱うに当たって無責任とも言えるほどに熱狂していた」としている (Ibid. at p. 753. 邦訳67ページ)。
- 149) 連邦最高裁判決ブラックマン裁判官反対意見は、Schenck 事件 (Schenck v. U.S., 249 U.S. 47 (1919)) のホームズ裁判官の言葉を引きながら「戦時」と「平時」での保護レベルが異なることを示し、同時に、彼自体は認めていない「ペンタゴン・ペーパーズ」公表によって「兵士の戦死」や「同盟関係の破壊」、そして「捕虜の解放の遅れ」をもたらされることを恐れている (Ibid. at p. 762)。当時「戦時」に近い状態であるように評価されている。また、公表に同意したブレナン裁判官も、「戦争状態にあるとき」は、合衆国憲法修正第1条による司法による事前抑制禁止のきわめて狭い例外であるとしている (Ibid. at pp. 725-726 邦訳57ページ)。
- 150) ニューヨーク・タイムズが編集出版したものとして、The NEW YORK TIMES Company, "The Pentagon Papers As published by the New York Times", Times books, 1972 がある。
- 151) 実際には、膨大な量になるからでもあろうが、「極秘」だけではなく、様々なレベルの扱いとなっているようである。邦訳、「合衆国政府の訴状」、45ページにも記されている。
- 152) Salisbury, "Without Fear or Favor", supra n. 146 at p. 45, 邦訳59ページによると、それまではインドシナ政策に好意的であったニューヨーク・タイムズがその社説で Johnson 政権の「エスカレーション」に挑戦したのは、1965年2月9日であるとされている。
- 153) Salisbury, "Without Fear or Favor", supra n. 146 at p. 57, 邦訳72ページ以下。なお、ここでは、McNamara が、この研究を「歴史の出発点」として将来に役立てるつもりであったようであることも示されている (id. at p. 58, 邦訳74ページ)。
- 154) 大まかな内容につき、The NEW YORK TIMES Company, "The Pentagon Papers As published by the New York Times", 脚注 150 を参照のこと。
- 155) Salisbury, "Without Fear or Favor", supra n. 146, at p. 240, 邦訳270ページには、ミッチェル司法長官がニューヨーク・タイムズ紙の発行人に当たった要請が引用されている。
- 156) UNITED STATES of America v. The NEW YORK TIMES COMPANY, 328 F. Supp. 324 (1971). 邦訳47ページ。
- 157) Id.
- 158) Ibid. at p. 325. 邦訳47ページ。
- 159) Id. なお、予備的差し止め命令についての判断においては、「証拠の無いことを理由に」認めなかったとしている。Ibid. at p. 328. 邦訳48ページ。
- 160) Ibid. at p. 327. 邦訳49ページ。
- 161) Ibid. at p. 329. 邦訳51ページ。

- 162) Ibid. at p. 328. 邦訳50ページ。
- 163) Ibid. at p. 330. 邦訳52～52ページ。なお、ガーフェイン裁判官は更に進めて、予備的差止め命令を指示するためには、(1) 回復しがたい損害の発生の立証だけではなく、(2) その訴訟自体の勝訴の蓋然性を立証しなければならない、とし、実際には更に厳しい制限を設けている。
- また、Ibid. at p. 330. 邦訳52ページでは、「公衆の知る権利」を弁護するためのニューヨーク・タイムズ側の努力にも触れている。
- 164) Ibid. at pp. 330-331. 邦訳52～53ページ。なお、3^(a)「ヒューズ首席裁判官による法廷意見」を参照のこと。
- 165) Ibid. at p. 331. 邦訳52ページ。
- 166) 444 F. 2d 544. 邦訳53～54ページ。
- 167) Id. 邦訳54ページ。なお、Kaufman, Feinberg, Oakes 裁判官は、中止命令を取り消し、地方裁判所の判決を支持すべきであると、反対意見を付加している。Id.
- 168) UNITED STATES of America, Appellant, v. The WASHINGTON POST COMPANY et al. 446 F. 2d 1327.
- 169) 3^(a)「ヒューズ首席裁判官による法廷意見」を参照のこと。
- 170) 3^(a)「裁判所意見 (Per Curiam)」を参照のこと。
- 171) Ibid. at pp. 1328-1329.
- 172) Ibid. at p. 1329. 連邦最高裁判決におけるホワイト裁判官同意意見(脚注 203)。
- 173) Ibid. at p. 1329.
- 174) 連邦最高裁諸意見, 同意意見につき, 3^(c)「スチュワート裁判官(ホワイト裁判官同意)同意意見」, 3^(g)「マーシャル裁判官同意意見」, 反対意見につき, 3⁽ⁱ⁾「ハーラン裁判官(バーガー首席裁判官, ブラックマン裁判官合意)反対意見」を参照のこと。
- 175) Ibid. at pp. 1329-.
- 176) 3「連邦最高裁判決」を参照のこと。
- 177) ニア判決については, 3「連邦最高裁判決」を参照のこと。
- 178) Ibid. at p. 1330. その他にも, ウィルキー(Wilkey)裁判官は, 外交に対する影響と軍事活動との関連に触れ, 外交の失敗による生命の損失に対する危険も, この基準に含ませている。
- 179) Ibid. at pp. 1330-1331. なお, ニューヨーク・タイムズも一部を非公開とすべきであると考えていたようであり, また, エルズバーグ(Ellsberg)も全てをリークしていたわけではないようである。戦時の外交交渉における経過にふれた部分4巻は, 記者 Neil Sheehan は入手していないとされている(Salisbury, Without Fear or Favor, at p. 121, 邦訳144ページ)。なお, 該当部分は後に, George C. Herring ed. "The Secret Diplomacy of the Vietnam War: The Negotiating Volumes of the Pentagon Papers", University of Texas Press, 1985 として, 出版されている。
- 180) The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U. S. 713, at pp. 713-714, 邦訳55ページ。

- 181) 後に見るように、Harlan 裁判官（バーガー首席裁判官、ブラックマン裁判官同意）反対意見において、この展開の速度も問題とされる（Ibid. at p. 753, 邦訳67ページ）。
- 182) Ibid. at pp. 714-715, 邦訳61ページ。
- 183) 既に見たように、ブラック裁判官とダグラス裁判官の修正第一条「絶対主義」についての共同執筆は、サリバン事件においても行われている。ここにおいて、「actual malice」の基準採用さえ、比較衡量的で、アド・ホックな対応に結びつくとして否定され、「絶対性」が強調されている。3(b)「ブラック裁判官（ダグラス裁判官同意）同意意見」を参照のこと。
- 184) Ibid. at p. 715, 邦訳62ページ。
- 185) Ibid. at p. 716-717, 邦訳62ページ。
- 186) Ibid. at p. 717 邦訳62ページ。
- 187) Ibid. at p. 719, 邦訳63ページ。
- 188) Ibid. at p. 717, 邦訳62ページ。
- 189) Ibid. at pp. 720-, 邦訳55ページ以下。いわゆるスパイ防止法（the Espionage Act: Title 18 U.S.C. § 792 以下など）の検討を行っている。この中で、「伝達（communicates）」に「公刊（publishing）」を含ませることを、議会は条文上の言葉遣いにより拒否しているが、ここにおける「伝達」は、本稿の扱う民主主義過程における情報の「伝達」、すなわち広い意味での連続的な「相互伝達」という大きな捉え方ではなく、可罰的で個別的な行為としてのものであり、民主主義過程における「伝達」に、新聞が行う「公刊」が含まれないという意味ではない。
- 190) Ibid. at p. 722, 邦訳56ページ, 合衆国憲法第1章第8項。
- 191) Ibid. at p. 723, 邦訳56ページ, 3(a)「ヒューズ首席裁判官による法廷意見」参照のこと。
- 192) Ibid. at pp. 723-724, 邦訳56ページ。
- 193) Ibid. at p. 724, 邦訳57ページ。
- 194) Ibid. at p. 724, 邦訳57ページ。
- 195) Ibid. at pp. 724-725, 邦訳57ページ。
- 196) Ibid. at pp. 725-727, 邦訳58ページ。
- 197) Ibid. at p. 727, 邦訳58ページ。
- 198) Ibid. at p. 722, 邦訳56ページ, 3(c)参照のこと。
- 199) Ibid. at p. 727, 邦訳58ページ。
- 200) Ibid. at pp. 727-730, 邦訳58-59ページ。
- 201) Ibid. at pp. 730-731, 邦訳63ページ。
- 202) Ibid. at p. 732, 邦訳63ページ。
- 203) Ibid. at p. 733, 邦訳64ページ。なお、同時に、本件では公表が既に始まっており、実質的な損害が既に発生しているとの指摘もしている。
- 204) Ibid. at p. 733, 邦訳63ページ。実際、機密書類である「ペンタゴン・ペーパーズ」を持ち出したダニエル・エルズバーグ（Daniel Ellsberg）は、後に、Anthony Russo と共に起訴されたが、1973年5月2日解放された。

- 205) Ibid. at p. 742, 邦訳60ページ。
- 206) Ibid. at p. 743, 邦訳60ページ。なお、司法長官は、犯罪の可能性について主張していないとされている。Ibid. at p. 744, 邦訳60ページ。
- 207) Ibid. at p. 742, 邦訳60ページ。
- 208) Ibid. at p. 744, 邦訳61ページ。
- 209) Ibid. at pp. 745-, 邦訳60~61ページ。
- 210) Ibid. at p. 748, 邦訳61ページ。なお、上記の如く、犯罪の可能性をも示している。Ibid. at p. 744, 邦訳60ページ。
- 211) Ibid. at p. 748, 邦訳65ページ。表現への事前規制に対する合衆国憲法による制限があまりにも明らかであったため、挑戦されず、論じてられなかったとされている (Id.)。
- 212) Ibid. at p. 748, 邦訳65ページ。ブラック裁判官に代表される合衆国憲法修正第一条絶対主義者との対抗である。ブラック裁判官の本件意見につき、3(b)などを参照のこと。
- 213) Ibid. at p. 749, 邦訳66ページ。
- 214) Ibid. at pp. 749-750, 邦訳66ページ。
- 215) Ibid. at pp. 750-751, 邦訳66ページ。
- 216) Ibid. at p. 752, 邦訳66ページ。
- 217) Ibid. at p. 752, 邦訳66ページ。
- 218) Ibid. at p. 752, 邦訳67ページ。
- 219) Ibid. at pp. 753-754, 邦訳67ページ。
- 220) Ibid. at pp. 753-755, 邦訳67~68ページ。7つの論点は、(1) スパイ防止法 (the Espionage Act, 18 U.S.C. § 793 (e)) の不分明さが寄与して、司法長官が本件のような訴訟を合衆国の名の下に提起できるか、(2) 合衆国修正第1条は、連邦裁判所に、国家の安全に重大な脅威をもたらす記事の公表差し止めを認めているか、(3) 高度機密文書の公表による脅威は、当該文書の内容にかかわらず、当該機密の侵害の立証のみによって十分な危害の脅威であるとする理論によって、それ自体が、禁止命令を正当化する、国家の安全との充分な関係 (implication) であると言えるか、(4) これらの特定文書のいくつかは、無権限で暴露されることが、国家の安全をひどく害することになるか、(5) (3)及び(4)について、政府の行政政府における高官の意見に、いかなる重みが置かれるべきか、(6) 新聞社は、政府から盗まれた (あるいはそうであることを知っている) : この点につき、見たところ争いはない) 文書 (あるいはコピー) を保持する権限を有するか、(7) 国家の安全への脅威あるいは当該文書の政府による所有利益への脅威は、以下の観点から公表の差し止めを正当化するか。 a . 合衆国憲法修正第1条による公表事前差し止めに対する強い方針、 b . 刑事法令違反行為を禁ずることに対する当該主義、 c . 当該係争中素材 (materials) が別な方法で既にばらまかれている範囲、である。
- 221) Ibid. at pp. 753-754, 邦訳66ページ。
- 222) *Near v. State of Minnesota*, 283 U.S. 697. at p. 719.
- 223) Ibid. at p. 754, 邦訳67ページ。ただし、ここでは検討すべきことを主張しており、事前抑制を科すべきでないとの主張ではないことである。
- 224) Ibid. at p. 756, 邦訳68ページ。

- 225) Ibid. at pp. 757-758.
- 226) Ibid. at p. 758, 邦訳69ページ。
- 227) Ibid. at p. 759, 邦訳69ページ。
- 228) Ibid. at pp. 759-760, 邦訳70ページ。
- 229) Ibid. at p. 760, 邦訳70ページ。
- 230) Ibid. at pp. 759-761, 邦訳70ページ。
- 231) Ibid. at p. 761, 邦訳71ページ。なお、新聞社自体が、抑制が有効である場合があることを認めているとしている。
- 232) Ibid. at pp. 761-, 邦訳70~71ページ。なおその中で、本件に於いて採られたプロセスが、質において充分でないとしながらも、時間的制約のために訴訟準備が整わなかったことに対して、自らの厳しい経験から、どの弁護士もどの裁判官も責めはしないが、さらなる審議を可能とすれば、光明が差すであろうとするとともに、人柄だけではなく、裁判に対する姿勢を見て取れる（Ibid. at p. 762, 邦訳70~71ページ。）。
- 233) Ibid. at pp. 762-763, 邦訳71ページ。なおこの中で、ベトナム戦争長期化への懸念、また戦争捕虜解放の遅れを具体的に挙げており、ブラックマン裁判官も戦争の早期終了を望んでいたことを伺わせる（Ibid. at p. 763, 邦訳71ページ）。
- 234) Vincent Blasi, "THE CHECKING VALUE IN FIRST AMENDMENT", AMERICAN BAR FOUNDATION JOURNAL 1977, pp. 521-. なお、山口『表現の自由のメタモルフオーゼ』前掲注4, 32ページは、サリバン事件の意義は、「政府や『公職者（public official）』の『職務行為（official conduct）』に対する批判的な言論は、第1修正の『中心』に位置づけられるという、第1修正法における価値秩序が明らかになった点である」としている。後に見るように、ブラシは、内容志向型の保護拡張と強調を行う。
- 235) Id.
- 236) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年3月31日）46ページ以下。
- 237) 奥平『なぜ「表現の自由」か』前掲注236, 47ページ。なお、Thomas I. Emerson, "Toward A General Theory of the First Amendment, 72. Yale L. J. 877 (1963), 邦訳：T. I. エマーソン著、小林直樹他訳『表現の自由』（東京大学出版会、1972年12月15日）、Blasi, "THE CHECKING VALUE IN FIRST AMENDMENT" supra n. 234, at 554 以下を参照のこと。
- 238) Blasi, "THE CHECKING VALUE IN FIRST AMENDMENT" supra n. 234, at 523, 奥平『なぜ「表現の自由」か』前掲注236, 47ページ。
- 239) 「第4の権力」については、本稿の扱う判例との関わりでも、さし当たり、Powe, Jr., "The Fourth Estate and the Constitution—Freedom of the Press in America" supra n. 6を参照のこと。
- 240) Blasi, "THE CHECKING VALUE IN FIRST AMENDMENT" supra n. 234, at 524. なお、ブラシの区分では、1931年に下されたニア事件は、古いタイプと区分されるが、本稿では、第1章「ニア事件：出発点」において見たように、「制度」としての「プレス」としての、すなわち権力との対抗という意味での意義をより直接的に認め、その萌芽と見ている。いずれにせよ、ブラシにより一連の流れの出発点であるとされ、本稿もこれに因っている

(see, at 528)

- 241) 奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 175ページでは、「表現の自由」保護の理論面で、「事前規制」の法理につき、法発展の「種子」がニア事件で「播かれた」とされている。
- 242) The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713, at p. 717, 邦訳62ページ, Blasi, “THE CHECKING VALUE IN FIRST AMENDMENT” supra n. 234, at 649.
- 243) Near v. State of Minnesota, 283 U.S. 697. at p. 706.
- 244) Id. at 718.
- 245) 3(a)「ヒューズ首席裁判官による法廷意見」を参照のこと。
- 246) The NEW YORK TIMES Company v. Sullivan, 84 S. Ct. 710 at p. 740.
- 247) 4(c)「キャリア装置としての「新聞」メディア」を参照のこと。
- 248) The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713.
- 249) Id. at 728, 邦訳58ページ。
- 250) Id. at 717, 邦訳62ページ。
- 251) 3(b)「ブラック裁判官(ダグラス裁判官同意)同意意見」を参照のこと。
- 252) 「第4の権力」論及び以下の歴史的な評価の一部については、とりあえず, Powe, Jr. “THE FOURTH ESTATE AND THE CONSTITUTION—Freedom of the Press in America”, supra n. 6.
- 253) 奥平『「表現の自由」を求めて』前掲注6, 8ページは、1735年 Zenger 事件, 25ページからは、事前許可制に関して、当時の「プレス」特に新聞の状況について述べる。
- 254) 本稿が、事実やペンタゴン・ペーパーズ事件の背景の多くを負っている, Harrison E. Salisbury, “Without Fear or Favor”, Curtis Brown Ltd. 1980. 同書翻訳: 小川水路訳『メディアの戦場』集英社(1992年)には、ペンタゴン・ペーパーズを掲載するニューヨーク・タイムズ社と、その記者達の自負が見事に表されている。
- 255) Near v. State of Minnesota, 283 U.S. 697. at pp. 719-720, The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713, at p. 723.
- 256) なお、奥平『なぜ「表現の自由」か』前掲注236, 51ページには、奥平が「the Press」の「意識」として「ジャーナリズム」を用いていることが示されている。本稿においては、「ジャーナリズム」に関わる諸々のイメージとそれに関わる誤解を一端排除するために、「プレス」という日本的でない言葉を括弧付きで用いている。
また、同箇所には、ブラシ理論が、制度論的であるが故に、「よかれ悪しかれ、諸個人が諸個人として終始する形の表現行為は、ブラシの考察の外におかれている」との指摘がなされている。本稿についても、ユビキタス社会の到来を見たとしても、同様の志向を敢えて採る(後述参照)。
- 257) 漫画などにつき、新聞が多くそれに頼ったように、風刺的なものが存在し、全ての娯楽

を排除するものではないことは、言うまでもない。

- 258) 本稿は、「プレス」の自由を論じており、「表現の自由」あるいは「言論の自由」一般をその対象としていないため、括弧付きの「情報」と表している。対象としているのは、記事、論説、意見広告、広告など、「プレス」の発信している「情報」である。本来、「言論の自由」一般についても内容志向的な保護格差は問題とされるが、本稿の対象範囲を超えているため、外している。なお、パーカーコートでの規制を含め、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社2003年2月28日）第2章95ページ以下を参照のこと。
- 259) 奥平『なぜ「表現の自由」か』前掲注236, 48ページでは、ブラシの民主主義過程における「checking value」を体現する内容重点型特別保護に関し、表現内容志向型としての問題として二点を指摘する。まず、第1点は、Borkなどの「政治的な価値」の排他的優先とそれに伴う、一定の表現の排除と区別され、ブラシのそれは、「民主主義的（自己統治的）価値論の現代化あるいは近代化」と捉えるべきであり、「両者は、交わる場所がない、といってよい位である」としている。第2点は、国家の規制権力の内容中立性に関するものであり、内容志向型の特別な保護に対しても、従来型内容中立性の要請は、「権力による自由の否定（介入、侵害）にむけられ」たもので、ブラシの「自由保障を拡大的に承認することをねらい」としているものとは異なる、とされている。いずれにせよ、これらの批判は当たらないとされているが、本稿で扱う論点とは重なり合いながら、本稿のそれはより現実処理的なレベルのものと言えよう。
- 260) これらの概観として、市川『表現の自由の法理』前掲、注258)を参照のこと。また、ここでも触れられているが、脚注259)にも関わり、内容志向型だけでなく、メディア別志向型の典型として、Lee C. Bollinger, “IMAGE OF A FREE PRESS” (the University of Chicago Press, 1991)を参照のこと。Bollingerはここで、古典的な「プレス」の「the Central Image」として、サリバン事件連邦最高裁判決を挙げ (ibid. at Chap. 1, 本稿「サリバン事件：新たな展開」を参照のこと)、これに対して「the New Image」を構想する (ibid. at chap 7.)。Bollingerのメディア別志向型は、「マスメディアの部分規制」として、長谷部恭男『テレビの憲法理論』（弘文堂、1992年12月25日）において紹介されている。
- 261) *The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al.)*, 403 U.S. 713, at p. 714, 邦訳61ページ。
- 262) *Ibid.* at p. 748, 邦訳65ページ。
- 263) *The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al.)*, 403 U.S. 713, at p. 759, 邦訳69ページ。

なお、「戦時」については、ペンタゴン・ペーパーズ事件の1971年当時と、2001年9月11日のいわゆる「同時多発テロ」事件以後では、アメリカ本土の象徴への攻撃による「精神的」衝撃と「テロ」という新しい大きな要素により、評価が大きく異なっていると思われる。例えば、反テロ法「USA Patriot Act (米愛国者法)」（The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and

Obstruct Terrorism Act of 2001 (Public Law 107-56) の制定もこれまでの「戦争」概念を大きく変えるものである。

- 264) 毛利透『アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論 ウォーレン・コートからパーカー・コートへ』前掲注4, 158巻3号14ページ以下を参照のこと。また, 159巻2号43ページにおける日本の憲法学における評価を参照のこと。
- 265) The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713, at p. 719, 邦訳63ページ。
- 266) Vincent Blasi, "HOLEMS ANDTHE MARKETPLACE OF IDEAS", 2004 Sup. Ct. Rev. 1. また, 山口いつ子『デフォルトとしての「思想の自由市場」』(法律時報74巻1号16ページ(2002年1月))も参照のこと。特に, 「四 真理への到達から自由の基本枠組みへ」を参照のこと。
- 267) Id. Blasi, "HOLEMS ANDTHE MARKETPLACE OF IDEAS" at 2.
- 268) Blasi, "HOLEMS ANDTHE MARKETPLACE OF IDEAS" supra n. 266 at p. 15. なお, 懐疑主義あるいはシニシズムとの指摘もされている。
- 269) Blasi, "HOLEMS ANDTHE MARKETPLACE OF IDEAS" supra n. 266 at p. 46.
- 270) Blasi, "HOLEMS ANDTHE MARKETPLACE OF IDEAS" supra n. 266 at p. 47.
- 271) 事件発生は, 1971年6月13日曜日。The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713.
- 272) 事件発生は, 1972年3月27日月曜日。係争は, 1972年4月15日, 国家公務員法違反。最高裁昭和53年5月31日第1小法廷決定(刑集32巻3号457ページ, 判時887号17ページ)。なお, 概要については, 斎藤文男『国家秘密と取材の自由 外務省秘密電文漏洩事件』(『別冊ジュリスト 憲法判例百選 (第3版)』(162ページ))を参照のこと。記者は, その取材方法の問題もあり, 有罪が確定している。
- 273) 前者と後者につき, 無罪と有罪, 誇り高き事件と不名誉の影が差す事件などと, 対照的である。
- 274) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).
- 275) 長谷部恭男『取材源秘匿と公正な裁判 憲法の視点から』(ジュリスト1329号2ページ(2007年3月1日号))7ページ。
- 276) IN RE: GRAND JURY SUBPOENA, JUDITH MILLER, 365 U.S. App. D. C. 13; 397 F. 3d 964 (2005), Judith Miller, Petitioner v. United States, 545 U.S. 1150; 125 S. Ct. 2977; 162 L. Ed. 2d 906 (2005). なお, 収監の道を選ばなかった Matthew Cooper 記者につき, Matthew Cooper and Time Inc., Petitioners v. United States, 545 U.S. 1150; 125 S. Ct. 2977; 162 L. Ed. 2d 906 (2005).
- 277) 最高裁昭和27年8月6日大法院判決(刑集6巻8号974ページ, 判タ23号44頁)。尾吹善人『取材源の秘匿と表現の自由』, 別冊ジュリスト「メディア判例百選」(2005年12月号, No. 179)4ページ, 6ページ参照。
- 278) 最高裁平成18年10月3日第3小法廷決定, 民集60巻8号2647ページ, 判時1954号34ページ

- ジ。本件は、「重大な民事事件」ではないとされていることに注意しなければならない。
なお、曾我部真裕『取材源に関わる証言拒絶と取材の自由』（ジュリスト臨時増刊『平成18年度重要判例解説』（1332号，2007年4月10日号））20ページを参照のこと。
- 279) 当の司法自体の民主的統制としての裁判員制度の評価にも関わるものと思われる。
- 280) 個人としてのジャーナリストに焦点を当て、内部的自律及び編集権などを論じたものとして、浜田純一『情報法』（有斐閣，1993年4月20日）54ページ以下を参照のこと。
- 281) この間、1950年代の「マッカーシズムという嵐」を含め、多くの紆余曲折があったことは言うまでもないが、その伏線としての流れは、やはり読みとることが出来るであろう。
なお、「マッカーシズムという嵐」については、その言葉表現と共に、奥平『表現の自由』を求めて』前掲注6，第7章（195ページ以下）を参照のこと。
- 282) 現在の「機能分化」に着目した議論として、西土彰一郎『メディアの自由における機能分化の位相 再送信精度を素材として』（名古屋学院大学論集社会科学編，（一）：41巻3号203ページ，（二）：41巻4号175ページ，（三）：42巻2号69ページ，（四）：42巻4号113ページ，（五・完）：43巻1号125ページ）を挙げられる。
- 283) 4(d)『『思想の自由市場』論による埋没への対抗』を参照のこと。
- 284) 記者の独立と編集権の主張や、西土彰一郎による全国憲法研究会2007年春季研究集会での発表「メディア環境の変容と表現の自由」は、市場経済を前提にしつつ、この前景たる「プレス」の中身、すなわちジャーナリストに注目し、内実を豊かささせ、よってばやけていた「プレス」の輪郭を明確にしようとする試みと捉えることも許されるかもしれない。やはりここにもジャーナリストの背景が存在することに留意されているものと思われる。
- 285) 例えば、松井『インターネットの憲法学』前掲注1，202ページでは、NET上のフォーラムにおいては、「批判に対しては批判で対抗すること」が「原則であるべきであり」、「たとえ『公人』に関するものでないとしても、名誉毀損の成立を認めるのには慎重であるべきであろう」としている。
- 286) なお、ユビキタス時代が到来してもなお、この「格差」が完全に消え去ることは無いのではないかの分析を、拙著『ユビキタス社会における「民主主義システム」 新たなマス・メディアの位置づけに向けて』前掲注1，において論じている。
- 287) NET上での「自由な」表現においても、影響力の「格差」は「市民」間でも当然に存在することに留意すべきである。
- 288) 毛利『アメリカの表現の自由判例における萎縮効果理論 ウォーレン・コートからパーガー・コートへ』前掲注4（四・完，法學論叢159巻2号1ページ）43ページ。
なお、「プレス」なのか「個人」なのかは、ペンタゴン・ペーパーズ事件でもはっきりしていない（2『前景：『プレス』の自由』と背景：『思想の自由市場』』を参照のこと。
- 289) 山口『表現の自由のメタモルフォーゼ アメリカ合衆国憲法第1修正における構造変化とその価値原理』前掲注4，32ページにおいても確認されているように、サリバン事件での一つの大きな意義は、「政府や『公職者（public official）』の『職務行為（official conduct）』に対する批判的な言論は、第1修正の『中心』に位置づけられるという、第1修正法における価値秩序が明らかになった点である」。
- 290) 4(b)「ブラシによる『checking value』論』を参照のこと。

- 291) 同じレベルの対抗言論により、同じ土台とレベルに収まって決着を付けるだけでなく、異なったあるいは高い次元からの「対抗」言論や「指摘」があつてこそ、「議論」が「発展する」かも知れない。その意味で、ブラック裁判官や、ダグラス裁判官の言う政府への批判や、Sunstein などの言う「言論」への「異議申し立て」は(Cass R. Sunstein, "Why Societies Need Dissent, Harvard University Press, 2003参照のこと)、多層的な観点からのそれであると考えられ、また考えられるべきである。そして、従来、社会一般に向け、個人に向け、この役割を果たし、あるいはこの役割を求められてきた一つが、「プレス」であり、プロフェSSIONALとしてのジャーナリストである。ここには、もちろん、多分に政治的、イデオロギー的な色彩が反映され、また、ある意味その言葉はこれらに支配されてきたとも言えるのではあるが、民主主義システムの中の「言論」機構としては、これは嫌忌され排除されるべきではなく、その多様性を確保できるので有れば、大いに歓迎されるべき事とも考えられる。泥沼化した議論に、新しい地平を与えることは、決して消極的に捉えられるべきではないと思われる。問題は、新しい地平を与えるべき存在が、新しい地平ではなく、同じ泥沼化したレベルにおいて、「力」を背景に受け入れやすい「正義」や、安易な人気を博する「同意」を与えることではないかと思われる。この意味に於いて、平坦な「同質化」や「共感」の提供は、言論においても、ましてや自由な言論を前提としている民主主義システムに於いても、素直に喜び受け入れられるべきものではないと考えられる。また、山口『デフォルトとしての「思想の自由市場」』前掲注266を参照のこと。
- 292) 「リーク(故意の秘密漏洩)」自体、ある組織における異議申し立ての一つの手段である。
- 293) この意味で、特にいわゆる「国家機密」に関し、証言拒否権は重要であり、「裁判の公正」との関わりに埋没するだけでなく、論じられるべきである。
- 294) 4(b)「ブラシによる『checking value』論」において引用している。The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner v. UNITED STATES (UNITED STATES, Petitioner v. The WASHINGTON POST COMPANY et al), 403 U.S. 713, at p. 717, 邦訳62ページ, Blasi, "THE CHECKING VALUE IN FIRST AMENDMENT" supra n. 234, at, at 649.
- 295) 上述の記者の証言拒否特権も一つの問題である。最高裁平成18年10月3日第3小法廷決定(民集60巻8号2647ページ)も示す「事件の重大性」との比較衡量だけでは、例えばペンタゴン・ペーパーズ事件のような事件では、証言拒否を認められることはないであろう。
- 296) Blasi, "HOLEMS ANDTHE MARKETPLACE OF IDEAS" supra n. 266, 及び 4(d)「『思想の自由市場』論による埋没への対抗」を参照のこと。