Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-11-09

アメリカ合衆国連邦最高裁判所における表現の自由をめぐる保守とリベラルの対立 ： 戦後の司法審査事例を中心に

井上, 司

(Citation)
国際文化学,31:1-24

(Issue Date)
2018-03-20

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/81010135

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/81010135

KOBE UNIVERSITY

神戸大学国際文化学研究科『国際文化学』（ISSN 2187-2082）　第 31 号（2018.3）

アメリカ合衆国連邦最高裁判所における表現の自由をめぐる保守とリベラルの対立—戦後の司法審査事例を中心に—

How U.S. Supreme Court Justices Voted in Free Speech Cases? —Ideological Contest Over Freedom of Speech—

井上　司
Tsukasa INOUE

Summary

A number of journalistic and academic accounts suggest that conservative justices on the U.S. Supreme Court and political conservatives have become inclined to embrace free speech with regard to the First Amendment cases in the recent past and cast doubts on the traditionally held view that liberal justices are more pro-free speech than conservative counterparts. However, there has been little empirical research to quantitatively assess the above-mentioned trend in the Supreme Court free speech cases. While legal scholars focus on legal interpretation and doctrine in their case centered research, political scientists' study of judicial behavior tend to overlook legal and social context of the Court's rulings. This paper examines how conservative and liberal justices have voted in free speech cases involving judicial review after the World War II and ascertain for each chief justice regime which of the two ideological camps is more supportive of free speech claims and how their stance varies across different types of cases.

The study provides a brief overview of the Court's rulings in major free speech cases and reveals voting patterns of the two camps of the justices by using speech categories defined based on the subject of speech and the capacity of speaker. It shows that while the conservatives as a whole not only support less free speech claims than the liberals but also vote more on the side of government regulation than free speech in the Vinson, Warren, Burger and Rehnquist Courts, their position is reversed in the current Roberts Court. In addition, the attitudinal shift in free speech decisions between the conservatives and liberals on the Roberts Court has been brought about by a bunch of cases concerning government regulation of campaign finance in which the conservative majority declared the statutes unconstitutional and the liberals cast dissenting votes.

キーワード
表現の自由、司法政治、イデオロギー的漂流、ロバーツ・コート、司法積極主義

I はじめに

2017 年 4 月 10 日、同年 1 月に第 45 代大統領に就任したドナルド・トランプ大統領により指名されたニール・ゴーサッチ判事が、連邦上院での承認を経て、連邦最高裁裁判所判事に任命された。この指名判事の就任をもって、トランプ大統領は 2016 年選挙戦で公約に掲げていた故スカリア判事に代わる保守派判事の任命を成し遂げたわけだが、その連邦上院での承認過程は新政権直後のハネムーン期であったにもかかわらず、激しい党派間対立のなかで進められた。大統領指名後の上院司法委員会における審査では、公聴会後の投票で共和党議員 11 対民主党議員 9 という僅差での党派対立的な多数決で通過し、その後の上院本会議における審議では、民主党議員が演説による議事妨害、いわゆるフィリバスターを行なったのに対して、共和党側が「核オプション」という規則変更による異例の審議打ち切り措置を行使することにより、最終的に 54 対 45 の多数決で承認が可決された[1]。2016 年にレームダック期のオバマ大統領から指名を受けたメリック・ガーランド判事の承認手続きが共和党議員による公聴会延期措置により阻止されて以降、トランプ新政権での判事任命をめぐる政治的動向は、各種メディアで大きく報じられ世論の関心を集め、ゴーサッチ判事の指名承認をめぐっては、保守・リベラル派の両陣営から、市民へのアドボカシー活動や議員に対するロビイング活動、世論に向けたテレビでの広告キャンペーンなど、草の根組織・利益団体による積極的な政治的働きかけがみられた[2]。

現代アメリカにおいて、連邦最高裁の司法過程における動向は、政治と密接な関係にある。立法府・行政府に対して違憲審査権を有するアメリカの連邦最高裁は、しばしば国家全体の方向性や政権の政策的立場にかかわる事柄について審理を行い、司法審査において政府の法律・行為の合憲性を判断して、政権の政策的方針や政治社会の動向に多大な影響を及ぼす。また多くの場合、連邦最高裁判事は終身制のもとで大統領や連邦議員よりも長い任期を務めるので、指名した大統領の政権が交代して以降も、長期的に司法から影響力を行使し続ける。こうしたことから、連邦最高裁人事に関する権限を有する大統領と連邦上院議会は、司法長官、自党のリーダー、法曹組織や利益団体との意見調整のなかで、経歴、資質、人格、党派性、イデオロギーに基づき、しばしば自らの政策的方針やイデオロギーに近い判事を任命して、協調的な司法を構築することを目指す。本稿では、こうした連邦最高裁と執政府および立法府との関係を中心に、司法部とのかかわりで展開される政治を扱う司法政治の視点に着目し、連邦最高裁における表現の自由に関する司法審査事例について分析する。

連邦最高裁は、表現の自由に関する司法審査のもと、連邦・州・地方政府の諸機関による法規制・行為から様々な個人・集団の言論・表現活動を保護してきた。19 世紀から 20 世紀初頭の連邦最高裁裁判において、表現の自由の適用は検閲をはじめとする言論の事前抑制の禁止にのみ限られていたが[3]、この約一世紀の間、その法領域は拡大・進展し、あら

ゆる市民の権利に対する憲法的保障を確立してきた。そうした表現の自由の法領域の歴史的発展は、20 世紀以降のリベラリズムの進展と並行して、司法積極主義的なリベラル派によってもたらされてきたとしばしば考えられ、それに対する保守派は表現の自由の進展に関して消極的あるいは否定的であるという見方がとられていた。しかし、ウィリアム・レーンキストが首席判事を務める、いわゆるレーンキスト・コート以降、保守派判事の主導による違憲判決や司法外の保守派による表現の自由の主張がみられるようになり、近年では、表現の自由と保守・リベラルのイデオロギーとの関係をめぐって様々な議論がなされてきている。本稿は、関連する先行研究を網羅的に整理したうえで、そこでは明確に示されてこなかった表現の自由に対する保守・リベラル派の連邦最高裁判事の立場を、戦後における司法審査事例の量的分析を通じて明らかにするものである。

司法部の研究は、現代アメリカ政治過程の重要な研究分野でありながら、日本においては、大沢秀介や松井茂記、大林啓吾をはじめとするアメリカ公法の研究者によって担われ、政治学的視点を交えた研究は依然として不十分である。政治学における日本の先行研究は、現代アメリカにおける保守とリベラルの対立に大きな関心を寄せてきたにもかかわらず、その主要な構成領域の一つである連邦最高裁におけるイデオロギー対立に関しては、体系的な分析がほとんど行なわれていない[4]。本稿の試みは、そうした司法政治研究の不足を補い、現代アメリカの司法に関するイデオロギー分析について新たな示唆を与えるものである。

本稿の構成は、以下の通りである。まず次章で、連邦最高裁と他の政府機関および司法外の政治社会との関係に着目しながら、表現の自由の法領域における司法審査について概観する。第三章においては、連邦最高裁における表現の自由の法領域と保守・リベラルのイデオロギーとの関係をめぐる議論を敷衍しつつ先行研究を考察し、そこでの論争点を明らかにする。その後、先行研究における分析上の問題点と十分に明らかにされていない点を指摘し、本稿第四章で行なう分析の趣旨を示す。第四章では、戦後の連邦最高裁判決において、保守派判事とリベラル派判事がどのような投票傾向を示してきたかを検証する。具体的には、ヴィンソン・コートからロバーツ・コートまでの表現の自由に関する司法審査事例を扱い、その判決における保守・リベラル派判事の法廷意見に対する同調率と表現の自由に対する制約・擁護の立場を、表現に基づくカテゴリーと首席判事の任期別に整理して分析する。最後に、分析結果を踏まえた結論を述べ、今後の研究課題を提示する。

II　現代アメリカにおける表現の自由の法領域の諸相

アメリカ合衆国憲法修正第一条は、「連邦議会は、[.....] 言論または出版の自由、平和的に集会し、苦情の救済を求めて政府に請願する人民の権利を縮減する法律を制定してはならない」と定めている[5]。国教樹立禁止条項、および宗教の自由実践条項を除いた以上の箇所は、政府[6]に対して、自由に表現を行なう個人の権利、すなわち個人の表現の自由[7]を憲法上保障している。この規定に基づき、連邦最高裁は、司法審査において、表現の自由に対する侵害が疑われる政府の法律や行為の合憲性を判断するが、当規定およびこの制定者である建国の父は、審査対象となる表現の自由の内容や程度の基準についてほとんど明ら

かにしていない[8]。そのため、表現の自由に関する法理論は、憲法・修正条項制定時に既に確立されていた理論・原則に基礎付けられているというより、むしろ 20 世紀以降の司法審査の運用のなかで構築された経験的な判例法理と、法哲学や憲法学における諸学説に基づいて発展してきたという側面が強い[9]。さらに、司法における表現の自由に限っていえば、現代の連邦最高裁で適用が検討される法理の大部分が形成されたのは、司法審査の本格的運用が始まった第一次世界大戦前後の時期[10]から時代が下り、多様な事件を修正第一条との関連で審理するようになったウォーレン・コート以降のことである[11]。

20 世紀以降に発展してきた表現の自由の法領域は、司法外における政治社会の動向と密接にかかわっており、両者を切り離して考えることはできない。司法における判例法理は、法解釈や法理の適用判断を担う連邦最高裁判事によって構築されるものの、その判例法理の形成材料となるのは実際の社会のなかで生じた争訟事件にほかならない。社会において表出された個人・集団による表現と、政府行為・規制による不当な抑圧との間で引き起こされた法的紛争に対して、連邦最高裁は司法審査を通じて合憲性の判断を下し、そうした判決の積み重ねのなかで表現の自由の法領域における法理の発展は促される。したがって、どのような個人・集団の活動について表現の自由を検討するかという表現の自由の法領域の射程についての問題は、法廷で扱われる実際の事件に依存しているのであり、その意味で司法における表現の自由に関する法的議論のあり方は、同時代における世の中の趨勢や社会問題に少なからず影響されるのである[12]。実際に、表現の自由の法領域において、20 世紀前半には戦時体制下での市民統制、そして後述するように、戦後直後には共産主義者に対する抑圧的行為、60 年代には公民権運動に対する弾圧的行為、70 年代にはカウンター・カルチャーを代表するポルノや反戦運動に対する政府規制が事件のなかで争われ、それぞれ類似事件の審理が行われてゆくなかで関連する判例法理が確立されていった。

司法において審理を担う判事の司法行動もまた、統治機構の一部門としての司法、あるいは裁判の大前提となる一般原則としての法規以外の要素によって少なからず影響を受ける。表現の自由に関する裁判過程においては、先例や法理、判事の司法哲学・憲法理論等、司法において構築される法的論理に加え、社会文化的変容やコミュニケーション技術の発展といった人々の表現を取り巻く環境の変容や、表現の自由それ自体の有する価値など、その他の諸要素も決定に際する考慮の対象として含まれうる。こうした部分に、判事の自己裁量が働く余地があり、法の領域に直接に関連するとは限らない主観的な見解が入り込むと考えられる。判事の司法行動に着目する司法政治学の見地では、判事の決定には、司法外の利益団体の利益や社会との関係で形成される判事個人の価値観・イデオロギーが影響するとされており[13]、先行研究では表現の自由の判決における判事のイデオロギーと投票行動との関係についても解明が進められている。そこでは、社会全体における保守・リベラル派間のイデオロギー対立の動向に対する注目から、判決における判事の投票行動の方向性が保守・リベラル派の社会的集団のイデオロギーや利益を支持する傾向にあるか、あるいは表現の自由をどの程度保護しているか、といった統計的な問題関心に基づく量的分析がなされている[14]。実際、保守あるいはリベラルな集団と関係の強い表現者についての表現の自由が争われる連邦最高裁判決では、保守派とリベラル派の判事の間で投票が両派に分裂することが少なくなく、近年では連邦最高裁におけるイデオロギー対立が問題視

されている[15]。

保守とリベラルの対立の文脈において、判決における連邦最高裁判事の司法行動や一連の連邦最高裁判決にみられるイデオロギー的動向は、その時代の執政部や連邦議会を中心とする政治部門とのかかわりにおいて特に問題となる。フランクリン・ルーズベルト大統領の主導の下でニューディール体制が発足した 1930 年代以降にはリベラリズム、レーガン大統領による共和党保守政権が成立した1980年代には保守主義が政治社会に普及したように[16]、時期によって程度の差こそあれ、政権が掲げる国家的な理念と社会的要請や世論の問題関心に基づく社会的な思想潮流との間には一定程度の関連がみられるが、この両者の関係は、しばしば連邦最高裁の判決によって影響を受ける[17]。連邦最高裁は、いわば「国家的政策の決定者」として、司法過程を通じて政治的決定の形成に対して働きかけてゆく側面を有しており[18]、ときに政治部門において目指される政策的目標の達成を支える役割を担う。1960 年代のウォーレン・コートは、貧困者や少数者の権利を手厚く保護し、ケネディ・ジョンソン政権期のリベラリズムを進展させ[19]、またレーガン政権期に発足したレーンキスト・コートは、州に対する介入の強い連邦法を違憲無効と判断することで、小さな政府を掲げる保守イデオロギーに親和的な姿勢をとった[20]。これに対し、連邦最高裁は新たに可決された連邦立法に違憲判断を下すことで、政権や議会が進める政治的方針に対して抑制的な役割を果たす場合も少なくない。例えば、20 世紀初頭における保守的な連邦最高裁は、改革的な州立法や 1930 年代のニューディール諸立法を違憲無効にし、現在のロバーツ・コートもその保守的な判決によってオバマ大統領としばしば激しい対立を展開してきた[21]。このように連邦最高裁の判決は、政治部門とそこでの政治的動向との関連で、保守とリベラルという枠組みにおいて重要なイデオロギー的な含意をもつ政治的な帰結をしばしばもたらし、政治と司法の両領域で展開される連邦最高裁をめぐってのイデオロギー対立に影響を及ぼす。20 世紀以降に拡大・進展してきた表現の自由の法領域についても、その判決動向と保守とリベラルを両極とするイデオロギーとの関係は、政治部門において推進される国家的方針や社会における思想的潮流といった司法を取り巻く政治社会的な文脈とのかかわりにおいて論じられてきた。

III　表現の自由の立場をめぐる保守とリベラル

アメリカにおける表現の自由と政治的イデオロギー、あるいは政治思想としての保守主義・リベラリズムとの関係については、様々な議論がなされてきている。まず、アメリカにおける表現の自由はリベラリズムとの理念と強く結びついているという通説的な見方がある。表現の自由の原理は、現代におけるリベラリズムの根本的価値の一つであるというだけでなく[22]、司法における表現の自由の法領域は、ニューディール体制成立以後のアメリカ社会におけるリベラリズムの理念の進展に伴って歴史的に形成されてきた[23]。実際、表現の自由を侵害するような政府規制に対して、厳格な審査を行なう司法権の行使を根拠づけた United States v. Carolene Products Co.判決[24]が下されたのは、ニューディール期のヒューズ・コートにおいてである[25]。また、リベラル派の判事によって主導されたウォーレン・コートは、修正第一条のもとで、多数派の社会的抑圧に挑戦する少数派の表現を

積極的に保護することで社会における平等の推進に大きく貢献し、司法内外のリベラル派に表現の自由の価値を認識させることとなった[26]。

これに対して、リベラリズムは必ずしも常に、表現の自由の原理を支持する立場にあるわけではないという見解がある。例えば、ポルノの性的描写やヘイト・スピーチ、上限のない選挙資金支出、暴力的なテレビ放送、反中絶団体によるデモ等について、リベラル派を構成する社会的集団は、政府による規制の立場を擁護してきた[27]。リベラル派は、不正や不平等の是正を中心とする現代的リベラリズムの社会的目標に合致する市民権の拡大・進展には積極的に取り組んできた一方で、掲げる理念に対立するような暴力的・差別的表現や、支配的勢力に属する個人・集団による表現に対しては、表現の自由の保護に消極的な姿勢をとることがある[28]。レーンキスト・コート以降の連邦最高裁において、表現の自由に関する特定の判決では、リベラル派よりもむしろ、保守派の判事が表現者の保護について主導的な役割を果たしているという指摘がある[29]。

バルキンは、表現の自由の原理は、変化する政治社会的な状況に応じて、異なる政治的価値やイデオロギーとの結びつきを示すものであると主張する[30]。文化や政治社会全体に対する理解にかかわる思考の様式や枠組み、物事の認識についての「意味をめぐる闘い」、すなわち、政治社会におけるイデオロギー的な対立のなかで、表現の自由の法的理念と政治的な価値やイデオロギーとは変動的な関係にあり、表現の自由の意味内容も、それを取り囲む文脈によって影響を受ける[31]。こうした現象を、バルキンは「イデオロギー的漂流(ideological drift)」と呼ぶ[32]。この解釈にしたがえば、表現の自由という考え方は、それ自体として保守的あるいはリベラルな志向をもっていない。むしろ、政治社会で優位な立場を確保することを目指す保守・リベラル派は、自分たちのイデオロギーの立場との関連で、表現の自由について日和見主義的に立場を表明するのであり、自らの政治的利益やイデオロギーに有利に働く場合は表現の自由を支持し、そうでない場合は支持しない[33]。過去において、リベラリズムと表現の自由とが相互に深く関連して展開されてきたという事実は、必ずしもその両者が永続的に関係を保持することを保証せず、表現の自由の原理が保守派のイデオロギーと結びつきを深めることも十分に考えられるのである。こうしたバルキンの見解は、表現の自由の法領域をめぐる司法政治を捉えるための視角を新たに提供し、レーンキスト・コートにおける連邦最高裁の保守化を背景に、表現の自由とイデオロギーとの関係についての議論を呼び起こした。

レーンキスト・コート以降の連邦最高裁で、表現の自由に対する制約・擁護の立場について保守・リベラル派の間で転換が生じつつあるという見解に関しては、様々な議論がなされている。松井は、レーンキスト・コートにおける差別的表現や営利的表現についての判決に注目して、社会的少数派と異なる主体による特定の表現を保護していることに、レーンキスト・コートの保守性を見出した[34]。また、1990 年代初頭から表現の自由の判決における保守派判事の行動に着目してきたサリヴァンは、レーンキスト・コート以降の連邦最高裁において、リベラル派判事だけでなく保守派判事によっても表現の自由の保護が進められていることを認めたうえで、ロバーツ・コートにおける Citizens United v. Federal Election Commission 判決[35]を中心的事例として、保守派判事はリバタリアニズム、リベラル派判事は平等主義というそれぞれ異なる立場から表現の自由を理解し、判断してきて

いることを指摘する[36]。

さらに、保守主義および保守派と表現の自由との関係を、保守イデオロギー内で台頭・発展してきたリバタリアニズムとのかかわりで論じる試みもある。ヘイマンは、表現の自由に関するロバーツ・コートの判決と保守派判事による意見が、保守リバタリアン的な憲法理論に基礎付けられることを示したうえで、こうした憲法学的アプローチは偏狭的で、誹謗中傷の表現に対しても過剰に擁護的な判決を導いていると批判した[37]。またバッチスは、修正第一条に関するバーガー・コート以降の判決と保守派判事による意見を、戦後保守主義運動における政治的イデオロギーと関連づけて論じ、リベラル派との政治的対立のなかで、司法政治にかかわる保守イデオロギーが道徳的な保守主義からリバタリアニズムへと傾倒してゆくにつれて、表現の自由の原理と保守派との結びつきが強くなったことを示した[38]。

以上の通り、司法における表現の自由の法領域と保守・リベラルのイデオロギーとの関係についての議論は、連邦最高裁における判決動向と司法外での政治的動向に対応して展開されてきており、連邦最高裁の保守的傾向がみられる近年では、とりわけ、表現の自由に関する保守派の立場が注目されるようになっている。これまで述べてきた先行研究においては、司法行動論モデルによる計量的分析、表現の自由とイデオロギーとの関係についての理論的考察、連邦最高裁判決に関する憲法学的な事例分析や、司法に影響を及ぼす政治的イデオロギーの変容に着目した分析などがなされており、法哲学や憲法学、政治学を中心とする多様なアプローチから、表現の自由とイデオロギーとの関係をめぐる重要な議論が提起されてきている。しかしながら、先行研究では、次に述べるいくつかの理由で、連邦最高裁での表現の自由の判決における保守・リベラル派判事の立場は十分に明らかにされていない。特に、近年注目されている表現の自由に関する保守・リベラル派判事との間での立場の転換を経験的に検証した実証研究はわずかながら存在するものの、それらは分析の手法あるいは結果において知見に乏しい[39]。

先行研究のうち、司法行動論モデルによる計量的分析では、過去の連邦最高裁判決データをもとに保守・リベラル派判事の投票傾向が解明されてきたが、統計的手法上の制約により、異なる首席判事による連邦最高裁ごとの分析はほとんどなされていない。また、判事による判断を政治的な決定として単純化することにより、個々の裁判内容や判例法理といった判決の中心的要素の大部分が考察の対象から除外されているので、連邦最高裁を取り巻く政治社会的文脈や判決の時代的傾向は検討されることが少ない。第二に、判決の裁判過程や判事の法解釈、判例法理の変遷等を分析する憲法学的な事例研究では、保守・リベラル派という判事のイデオロギーについての問題関心それ自体が薄く、判決や判事の投票がもつ政治社会的な含意についてもほとんど考察されない。第三に、一時代の連邦最高裁の動向に関する共時的な分析や、表現の自由をめぐる保守・リベラル派のイデオロギー的動向に着目する最近の分析では、保守とリベラルのイデオロギーの定義を明確に示さないまま、その時代において支配的な保守・リベラル観に基づいて議論を展開しがちである。そこでは、司法政治における画一的な保守・リベラル評価軸を批判し、あえてそれらの定義づけを政治社会における保守・リベラル派の立場や言説に委ねておくことに分析上の意義を見出す立場もとられている[40]。たしかにこうしたアプローチに基づく分析は、連邦最

高裁におけるイデオロギー的動向を、司法と政治の両領域にひろがるダイナミズムのなかで体系的に把握するうえでは確かに有効だが、保守・リベラル派判事の投票傾向の分析に対する貢献は少ない。これらの先行研究における限界を踏まえ、本稿次章では、戦後のヴィンソン・コートから現在のロバーツ・コートまでの表現の自由の司法審査事例を首席判事の任期という時代区分と独自の表現のカテゴリー分類に基づいて整理し、戦後の保守・リベラル派判事が表現の自由に対してどのような立場を示してきたか、そして両者間の立場転換がみられているのかを量的な考察を通じて検証する。

Ⅳ　表現の自由の司法審査事例における保守・リベラル派判事の立場

連邦最高裁判決における表現の自由と判事のイデオロギーとの関係を検証するため、戦後における表現の自由に関する司法審査の事例について、判決の全体動向と保守・リベラル派判事の投票傾向を首席判事の時期別に分析した。本章では、各時期の連邦最高裁判決を取り扱いながら、その分析結果を提示する。

過去の連邦最高裁判決については、スペースとエプスタインによる 2017 年度版のアメリカ連邦最高裁判所データベースを用い、連邦最高裁判事のイデオロギーについては、マーティン･クインスコア(Martin-Quinn scores)に基づき保守･リベラルの分類を行なった [41]。また分析では、表現の自由に関する多様な事件を表現の種類別に分類するため、表 1 に示す独自の表現カテゴリーを設けた。表現カテゴリーのうち、「誹謗中傷･デモ」、「性的表現」、「名誉毀損」、「営利的表現」、「選挙関連」、「政府忠誠・宣誓」、「映画・出版・報道」については表現の性質、「公務員・公職者」、「組織団体・企業」、「囚人・犯罪者」については表現を行う主体に基づくカテゴリーとして定義し、以上のいずれにも当てはまらない特殊な表現については「その他」に分類した [42]。判決で争われた表現が二つ以上のカテゴリーに該当すると判断された場合には、「誹謗中傷・デモ」から「性的表現」と続き「その他」に終わる上記の順序において、最も先方にあたるカテゴリーに分類した。例えば、猥褻な描写を含む映画や名誉毀損にかかわる報道記事に関する判決の場合、それらを包含する「映画・出版・報道」ではなく、それぞれ「性的表現」、「名誉毀損」として扱った。

表１　表現の自由の判決における表現カテゴリー分類

「誹謗中傷・デモ」	誹謗中傷・差別的表現，　煽動表現，　反対デモ運動・ピケ表現
「性的表現」	猥褻な言論，　ポルノ・その他の性的描写の出版・報道
「名誉毀損」	名誉を傷つける批判的言論，個人のプライバシーを侵害する言論
「営利的表現」	個人・集団による営利目的の広告掲示, 宣伝・勧誘活動
「選挙関連」	候補者に対する選挙資金寄付・支出，選挙に関する表現
「政府忠誠・宣誓」	安全保障にかかわる政府行為，政府による忠誠宣誓や情報提供等の要求に強制されない自由
「映画・出版・報道」	映画・音楽表現, 出版・報道の自由, 出版社・メディア関係者による言論
「公務員・公職者」	教員，警察官，政府関係者，議員・高官等による表現
「組織団体・企業」	集団，非政府・非営利組織，企業による表現
「囚人・犯罪者」	囚人・犯罪者，不法滞在者による表現
「その他」	表現内容，表現主体，表現の場について以上のいずれにも該当しない表現

4.1　ヴィンソン・コート,1946-1952

戦後直後に発足したヴィンソン・コートでは、表現の自由にかかわる 27 件の争訟事件のうち、5 件について違憲判決が下され、次の表２に示す通り、全体として表現の保護には消極的(-55.6%)である。 表現カテゴリーでは、「誹謗中傷・デモ」、「営利的表現」、「政府忠誠・宣誓」、「映画・出版・報道」、「公務員・公職者」に関する表現が取り扱われ、「映画・出版・報道」を除くすべてのカテゴリーにおいて、表現規制に対する合憲判決が違憲判決を大きく上回っている。比較的件数の多い「誹謗中傷・デモ」のカテゴリーでは、公共の安寧秩序を乱しうる扇動的な街頭デモやピケ行為等に対する政府の取り締まり行為が中心的に扱われ、本コートはトルーマン政権や地方の政治家を批判する学生による扇動的な表現を争った Feiner v. New York 判決 [43]やアフリカ系市民を侮辱する街頭での言論を争った Beauharnais v. Illinois 判決 [44]で、政府側の規制を合憲と判断した。また、「政府忠誠・宣誓」では、世界大戦から対ソ冷戦を背景として展開された反政府的な言論や政府転覆活動に対しての政府による統制行為が審査の主な対象とされ、Dennis v. United States 判決 [45]では、「明白かつ現在の危険」の原則のもと、アメリカ共産党の指導者による主張に適用された連邦政府の政府転覆取締法、いわゆるスミス法に対して合憲の判断が言い渡された。しかし他方、本コートは「映画・出版・報道」での 5 件のうち 4 件で表現の自由に基づく違憲判断を下しており、Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson 判決 [46]では、先例を変更して映画の事前検閲を違憲無効と判示することで当領域での表現の自由の法理を進展させた。

表２　ヴィンソン・コートにおける表現の自由の判決と保守・リベラル派判事の投票傾向

	判決		判事の投票			
	判決数	表現制約・擁護	法廷意見同調率		表現に対する立場	
			保守派	リベラル派	保守派	リベラル派
誹謗中傷・デモ	33.3%(9)	−77.8%	84.2%	55%	−78.9%	+30%
性的表現	—	—	—	—	—	—
名誉毀損	—	—	—	—	—	—
営利的表現	11.1%(3)	−100%	88.2%	70%	−76.5%	−40%
選挙関連	—	—	—	—	—	—
政府忠誠・宣誓	33.3%(9)	−77.8%	89.1%	25%	−56.4%	+75%
映画・出版・報道	18.5%(5)	+60%	59.3%	88.2%	−3.7%	+88.2%
公務員・公職者	3.7%(1)	−100%	100%	33.3%	−100%	+33.3%
組織団体・企業	—	—	—	—	—	—
囚人・犯罪者	—	—	—	—	—	—
その他	—	—	—	—	—	—
全体	100%(27)	−55.6%	82.5%	57.6%	−58.8%	+45.5%

資料　Harold J. Spaeth, Lee Epstein, et al. 2017 Supreme Court Database, Version 2017 Release1(http://Supremecourtdatabase.org)における判決データ、Martin-Quinn Scores (http://mqscores.wustl.edu/)における判事のイデオロギーに関するデータをもとに筆者作成。判決に関して、括弧内の数値は、該当する判決の件数、表現規制・擁護は、該当する判決における表現の自由を保護した判決の割合と保護しなかった判決の割合との差分、判事の投票に関して、法廷同調率は、出席した判決において多数派側に投票した割合、表現に対する立場は、該当する判決における表現の自由を保護した投票の割合と保護しなかった投票の割合との差分をあらわす。

表２右には、ヴィンソン・コートの判決において、保守・リベラル派の判事が、出席した裁判において、どれだけ法廷意見、つまり多数派側の立場を表明したか、そして表現に

対して規制あるいは保護の立場を表明したか、について調べた結果を示している。全体として、ヴィンソン・コートでは、法廷同調率に関して、保守派(82.5%)がリベラル派(57.6%)を大きく上回っており、表現の自由に関する立場では、保守派判事が表現制約的(-58.8%)、リベラル派判事が表現擁護的(+45.5%)な投票傾向を示している。カテゴリー別に見ても、表現制約的な保守が判決を主導するという同様の投票傾向がみられるが、違憲判決が多数を占める「映画・出版・報道」では、表現擁護的なリベラル派の投票が判決を主導した。

4.2　ウォーレン・コート,1953-1968

表３にみるように、アメリカ社会におけるリベラリズムの最盛期に審理を担ったウォーレン・コートは、全 97 件の争訟事件のうち 70 件で表現の自由を保護し(+44.3%)、「性的表現」や「組織団体・企業」、「名誉毀損」など、かつて表現の自由の法領域で扱われなかった多様な表現に対して憲法的権利を認めた。「映画・出版・報道」、「囚人・犯罪者」を除くすべてのカテゴリーで表現の自由保護が進められ、1960 年代における公民権運動に関連する表現が争われた「誹謗中傷・デモ」、対ソ冷戦下での反共主義的な風潮のなか展開された政府の統制的行為を多く扱った「政府忠誠・宣誓」でも表現擁護的な傾向を示している。また、判例法理に関しても、本コートは「現実的な害悪」の意図がなかったとしてニューヨークタイムズの広告の記事に対する名誉毀損の訴えを退けた「名誉毀損」に関する New York Times v. Sullivan 判決[47]や、煽動的表現の規制基準に関して、「差し迫った違法行為」を引き起こしうる表現を規定した「誹謗中傷・デモ」での Brandenburg v. Ohio 判決[48]など、その後の類似裁判において重要な先例となったランドマーク的判決を残した。

表３　ウォーレン・コートにおける表現の自由の判決と保守・リベラル派判事の投票傾向

	判決	表現制約・擁護	法廷意見同調率		表現に対する立場	
			保守派	リベラル派	保守派	リベラル派
誹謗中傷・デモ	15.5%(15)	+46.7%	86.5%	79.6%	+13.5%	+52.7%
性的表現	18.6%(18)	+55.6%	76.7%	87.3%	+16.7%	+76.5%
名誉毀損	9.3%(9)	+77.8%	92%	87%	+60%	+81.5%
営利的表現	—	—	—	—	—	—
選挙関連	1%(1)	+100%	100%	100%	+100%	+100%
政府忠誠・宣誓	36.1%(35)	+20%	75.7%	60.9%	−38.9%	+76.4%
映画・出版・報道	3.1%(3)	−33.3%	100%	73.3%	−40%	−20%
公務員・公職者	2.1%(2)	+100%	100%	92.3%	+100%	+84.6%
組織団体・企業	10.3%(10)	+80%	70.3%	95.9%	+24.3%	+95.9%
囚人・犯罪者	1%(1)	−100%	33.3%	100%	+33.3%	−100%
その他	3.1%(3)	+100%	46.2%	100%	−7.7%	+100%
全体	100%(97)	+44.3%	77.4%	78.5%	−3.9%	+72.6%

資料　Harold J. Spaeth, Lee Epstein, et al. 2017 Supreme Court Database, Version 2017 Release1 (http://Supremecourtdatabase.org)における判決データ、Martin-Quinn Scores (http://mqscores.wustl.edu/)における判事のイデオロギーに関するデータをもとに筆者作成。

社会的公正・平等を掲げる現代的リベラリズムの理念に親和的なウォーレン・コートは、当時の社会で問題化した政治性の高い事柄に関する事件においても、表現に関する市民の

権利を手厚く保護した。「組織団体・企業」における NAACP v. Alabama 判決[49]では、公民権運動を支援する全米黒人地位向上協会(NAACP)に対して、アラバマ州出身の会員および代表者に関する情報の提出を要求するアラバマ州政府の行為が争われ、出席判事の全会一致にて、NAACP の修正第一条の権利が保護された。Dombrowski v. Pfister 判決[50]では、公民権運動の支援団体に適用された共産主義者取締法の合憲性が問題となり、本コートは、当立法が不当に表現行為を萎縮させる効果をもっているとして、立法違憲無効の判断を言い渡した。こうした一連の判決は、政治社会における公民権運動の推進を肯定するものであり、支配的な社会体制に挑戦する社会的少数派の立場に対するウォーレン・コートの擁護的な姿勢をあらわしている。

表 3 右にみるように、判事の投票では、法廷意見への同調率で、リベラル派(78.5%)が保守派(77.4%)をやや上回り、表現の自由に関する制約・擁護の立場については、表現制約的な保守派(-3.9%)と表現擁護的なリベラル派(+72.6%)という構図がみられる。しかし、本コートにおいて、保守派はおよそ半数に近い投票において表現の自由保護側に同調しており、同調率の比較的低い保守派判事においても表現制約的な傾向が極めて強いわけではなかった。カテゴリー別に投票傾向をみてみても、件数の少ない「映画・出版・報道」と「その他」、そして「政府忠誠・宣誓」を除いた表現カテゴリーにおいて、保守派は表現擁護的な投票傾向を示している。しかし他方で、「政府忠誠・宣誓」では、保守派の投票に表現制約的(-38.9%)な傾向がみられ、リベラル派(+76.4%)との立場の違いが明瞭にあらわれている。

4.3　バーガー・コート, 1969-1985

次の表 4 にみるように、ニクソン政権期に任命された保守派判事を抱えるバーガー・コートは、表現の自由の法領域にて扱った 165 件の司法審査のなかで、90 件について表現の自由を保護し(+9.1%)、過去のコートで扱われてきた「誹謗中傷・デモ」、「政府忠誠・宣誓」、「映画・出版・報道」、そして 70 年代以降に審査件数が増加した「営利的表現」、「選挙関連」についても表現擁護的な傾向がみられた。「誹謗中傷・デモ」では、1960 年代から 70 年代にかけて高まったベトナム反戦運動に関連するデモや反国家的な象徴的行為に憲法的保障が認められ、例えば、徴兵反対のメッセージの書かれたジャケットの着用に対する政府取り締まりを違憲無効と判断した Cohen v. California 判決[51]、反戦のピースシンボルとともに星条旗を掲げる表現行為に表現の自由を保障した Spence v. Washington 判決[52]がある。また本コートは、当時判例の蓄積が少なかった「営利的表現」に関し、立法合憲性を判断する 4 つの基準を確立した Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission 判決[53]や、選挙資金の制限に関し、候補者に対する資金寄付と候補者自身による資金支出とを区別した「選挙関連」での Buckley v. Valeo 判決[54]など、いくつかの判決において表現の自由を保護しつつ、重要な判例法理を構築した。他方、本コートでは、「性的表現」、「組織団体・企業」、そして一般市民とは異なる公務員の政治的表現が争われた「公務員・公職者」で、表現規制に対する合憲判決がその過半数を占めている。なかでも件数の多い「性的表現」について、本コートは、Miller v. California 判決[55]にて、憲法的保護の対象外である猥褻なポルノに対するコミュニティ基準での規制を認め、また New York v. Ferber 判決[56]では、児童に関するポルノに対して厳格な立場から規制立法を擁護した。

表４　バーガー・コートにおける表現の自由の判決と保守・リベラル派判事の投票傾向

	判決	表現制約・擁護	法廷意見同調率		表現に対する立場	
			保守派	リベラル派	保守派	リベラル派
誹謗中傷・デモ	12.1%(20)	+60%	71.4%	82.3%	+10.7%	+67.7%
性的表現	24.8%(41)	−17.1%	83.4%	52.8%	−29.3%	+73.2%
名誉毀損	12.1%(20)	0	83.8%	67.2%	−20.7%	+34.4%
営利的表現	6.1%(10)	+20%	78%	71.4%	+22%	+57.1%
選挙関連	4.8%(8)	+50%	81.8%	81.8%	+27.3%	+9.1%
政府忠誠・宣誓	5.5%(9)	+11.1%	78.7%	64.5%	−31.9%	+74.2%
映画・出版・報道	10.3%(17)	+29.4%	82.5%	69.4%	+13.4%	+67.3%
公務員・公職者	8.5%(14)	−28.6%	80.5%	42.1%	−34.1%	+42.1%
組織団体・企業	4.2%(7)	−14.3%	76.9%	89.5%	−43.6%	+15.8%
囚人・犯罪者	1.2%(2)	0	100%	66.7%	0	+66.7%
その他	10.3%(17)	+17.6%	84%	70%	+2%	+72%
全体	100%(165)	+9.1%	81%	65.5%	−10.5%	+58.5%

資料　Harold J. Spaeth, Lee Epstein, et al. 2017 Supreme Court Database, Version 2017 Release1 (http://Supremecourtdatabase.org)における判決データ、Martin-Quinn Scores (http://mqscores.wustl.edu/)における判事のイデオロギーに関するデータをもとに筆者作成。

判事の投票については、法廷意見同調率で、保守派(81%)がリベラル派(65.5%)を大きく上回っており、全体として保守派の表現制約的傾向(-10.5%)、リベラル派の表現擁護的傾向(+58.5%)が示されている。こうした傾向はカテゴリー別でも同様にみられ、表４右に示す通り、本コートでの「性的表現」や「公務員・公職者」をはじめとする表現制約的な判決の傾向は、保守派の主導でもたらされており、逆に「誹謗中傷・デモ」では表現擁護的なリベラル派が主導した。しかしながら、「選挙関連」においては、双方の相対的な立ち位置が逆転しており、保守派の投票がリベラル派よりも表現擁護的な傾向を示している。

4.4　レーンキスト・コート,1986-2004

レーガン保守政権期に発足したレーンキスト・コートは、表５に示す通り、104 件中 53 件の事件について表現の自由保護の判断を示し(+1.9%)、カテゴリー別で表現に対する制約・擁護傾向の方向性が異なっている。表現擁護的な傾向がみられた「誹謗中傷・デモ」、「名誉毀損」、「営利的表現」、「公務員・公職者」のうち、とりわけ積極的に表現の保護が進められた「誹謗中傷・デモ」では、Texas v. Johnson 判決[57]と United States v. Eichman 判決[58]で星条旗を燃やす反政府の政治的表現、R. A. V. v. City of St. Paul 判決[59]と Virginia v. Black 判決[60]において、白人差別主義と関連の深い十字架焼却によるヘイト・スピーチを保護し、他者ひいては社会全体に好ましくない影響を与えうる表現への規制にも厳しい立場を明確にした。「名誉毀損」では、精神的苦痛を及ぼすパロディ記事に対する名誉毀損の訴えを退けた Hustler Magazine v. Falwell 判決[61]、性犯罪の被害者に関して書いた新聞記事の出版の自由を保障した Florida Star v. B. J. F.判決[62]があり、「営利的表現」では、カジノにおけるギャンブルの広告表現を保護した Greater New Orleans Broadcasting Association, Inc. v. United States 判決[63]や、禁酒促進を目的とした酒類広告規制を違憲と

した 44 Liquormart v. Rhode Island 判決[64]など、特殊な表現主体に対しても表現の自由を認めた。しかし一方、表現制約的な傾向がみられたその他のカテゴリーのうち、児童ポルノに関する判決件数が増えた「性的表現」、選挙資金問題や政治的表現を扱った「選挙関連」にならび、件数が増加した「囚人・犯罪者」において、表現の自由の保障に特に厳しい態度をとっている点は、レーンキスト・コートに特徴的である。

表５　レーンキスト・コートにおける表現の自由の判決と保守・リベラル派判事の投票傾向

	判決	表現制約・擁護	法廷意見同調率		表現に対する立場	
			保守派	リベラル派	保守派	リベラル派
誹謗中傷・デモ	8.7%(9)	+77.8%	67.4%	82.4%	+13%	+76.5%
性的表現	17.3%(18)	−22.2%	84.4%	51.4%	−44.4%	+37.1%
名誉毀損	5.8%(6)	+66.7%	65.5%	91.7%	+10.3%	+50%
営利的表現	12.5%(13)	+7.7%	82.4%	65.3%	+8.8%	+34.7%
選挙関連	9.6%(10)	−20%	67.3%	69.2%	−6.1%	+2.6%
政府忠誠・宣誓	―	―	―	―	―	―
映画・出版・報道	10.6%(11)	−9.1%	77.4%	65.1%	−1.9%	+39.5%
公務員・公職者	7.7%(8)	+50%	62.5%	81.3%	−25%	+37.5%
組織団体・企業	1%(1)	−100%	100%	100%	−100%	−100%
囚人・犯罪者	7.7%(8)	−50%	97.6%	75.9%	−52.4%	−10.3%
その他	19.2%(20)	−10%	82.2%	83.3%	−40.6%	+12.8%
全体	100%(104)	+1.9%	78.4%	72.1%	−20.3%	+28.7%

資料　Harold J. Spaeth, Lee Epstein, et al. 2017 Supreme Court Database, Version 2017 Release1 (http://Supremecourtdatabase.org)における判決データ、Martin-Quinn Scores (http://mqscores.wustl.edu/)における判事のイデオロギーに関するデータをもとに筆者作成。

レーンキスト・コートでの判決における判事の投票傾向については、法廷意見に対する同調率で、やや保守派(78.4%)がリベラル派(72.1%)より高いが大差はなく、表現に対して保守派が制約的(-20.3%)、リベラル派が擁護的(+28.7%)な立場を示している。カテゴリー別に投票傾向をみると、「選挙関連」を例外として、本コートにおけるカテゴリーごとでの表現制約・擁護の判決傾向の違いが、表現制約的な保守派とそれとは逆のリベラル派との間での法廷意見同調率の優劣と関係していることがわかる。判決全体と同様、すべてのカテゴリーにおいて、保守派の表現保護に対する積極性はリベラル派よりも下回っており、保守派は「誹謗中傷・デモ」、「名誉毀損」、「営利的表現」以外では表現制約的な投票傾向がある。

4.5　ロバーツ・コート,2005-2016

表 6 にみるように、現在のロバーツ・コートは、2016 年開廷期までに行なわれた表現の自由に関する司法審査 33 件のうち、18 件の判決で表現の自由の保障を言い渡してきており(+9.1%)、カテゴリー別では、「営利的表現」、「政府忠誠・宣誓」など、該当する判決件数が少ないカテゴリーがある一方、「選挙関連」、「公務員・公職者」での裁判の数が比較的多い。個人・集団による選挙資金支出・寄付に関する紛争が中心的に扱われた「選挙関連」では 9 件中 7 件で違憲判断が下され、そのうちランドマーク的判決として知られる Citizens

United v. FEC 判決 において、本コートは、Buckley v. Valeo 判決以後の二つの判例[65]を覆して、選挙前における法人による特定の選挙キャンペーン活動に対する連邦法を違憲無効と判断した。「誹謗中傷・デモ」には、葬儀場近隣で死者を中傷する侮蔑的なピケッティング表現を保障した Snyder v. Phelps 判決[66]と、特定の人種を中傷するような音楽グループ名に適用された連邦商標法の規定を憲法違反とした Matal v. Tam 判決[67]の全２件で表現保護が進められ、さらに「性的表現」における United States v. Stevens 判決[68]では、性的嗜好商品として出回る動物虐待のビデオに対する連邦法の規制を違憲無効にした。しかし他方で、ロバーツ・コートは、一般市民と異なる特殊な主体による表現や、特殊な領域における表現に関して、規制を実施した政府側を擁護してきている。「公務員・公職者」においては、公務上遂行した任務や公務員として行なった行為に対する、同僚や上司による報復的な行為が主に争われ、そのうち最初の裁判である Garcetti v Ceballos 判決[69]では、公務に基づく表現は、たとえ公的関心に触れるものであっても制約することが可能であることが示された。また、テロリスト組織に対する情報提供を禁じる連邦法を合憲とした「政府忠誠・宣誓」の Holder v. Humanitarian Law Project 判決[70]、自動車ナンバープレートを政府による表現として扱い、そのデザインに関する規定を認めた Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc.判決[71]、学校関連のイベントで大麻使用を支持する学生の表現に対する学校側の規制を合憲とした「その他」の Morse v. Frederick 判決[72]など、内容や場所、主体に関して政府とかかわりのある表現を争った判決では、表現規制が認められた。

表６　ロバーツ・コートにおける表現の自由の判決と保守・リベラル派判事の投票傾向

	判決	表現制約・擁護	法廷意見同調率		表現に対する立場	
			保守派	リベラル派	保守派	リベラル派
誹謗中傷・デモ	6.1%(2)	+100%	88.9%	100%	+77.8%	+100%
性的表現	9.1%(3)	+33.3%	80%	81.8%	−6.7%	+63.6%
名誉毀損	−	−	−	−	−	−
営利的表現	3%(1)	+100%	100%	25%	+100%	−50%
選挙関連	27.3%(9)	+55.6%	91.1%	25%	+73.3%	−94.4%
政府忠誠・宣誓	3%(1)	−100%	100%	25%	−100%	+50%
映画・出版・報道	3%(1)	+100%	80%	75%	+60%	+50%
公務員・公職者	18.2%(6)	−33.3%	93.1%	70.8%	−51.7%	+25%
組織団体・企業	9.1%(3)	−100%	71.4%	100%	−42.9%	−100%
囚人・犯罪者	6.1%(2)	0	100%	75%	0	+50%
その他	15.2%(5)	−20%	87%	70%	−39.1%	+40%
全体	100%(33)	＋9.1%	88.6%	61.1%	+7.6%	−8.4%

資料　Harold J. Spaeth, Lee Epstein, et al. 2017 Supreme Court Database, Version 2017 Release1 (http://Supremecourtdatabase.org)における判決データ、Martin-Quinn Scores (http://mqscores.wustl.edu/)における判事のイデオロギーに関するデータをもとに筆者作成。

ロバーツ・コートでの判決における判事の投票行動に着目すると、法廷意見に対して保守派(88.6%)がリベラル派(61.1%)よりも多く同調しており、表現の自由に対する立場については、保守派が表現擁護的(+7.6%)、リベラル派が表現制約的(-8.4%)な傾向を示している。

カテゴリー別では、「誹謗中傷・デモ」、「性的表現」、「組織団体・企業」を例外として、保守派による投票が判決を主導してきているが、その投票の制約・擁護傾向の方向性は、カテゴリーによって明確な違いがみられる。保守派は「性的表現」と「公務員・公職者」のカテゴリーで表現制約的な姿勢をあらわしている一方、「誹謗中傷・デモ」、「営利的表現」、「映画・出版・報道」、そして最も件数の多い「選挙関連」で積極的に表現を保護してきており、これが判決全体における保守派の表現擁護的傾向を生んでいる。また、保守派において表現擁護的な傾向がみられたカテゴリーのうち、「誹謗中傷・デモ」と「映画・出版・報道」では、リベラル派も表現の自由の保護に積極的であるのに対して、「営利的表現」、そして「選挙関連」におけるリベラル派の投票では、表現制約的な方向での反対意見が多数を占めており、保守・リベラル派間での判断の相違が顕著にあらわれている。

4.6　小括

以上において、ヴィンソン・コートからロバーツ・コートまでの表現の自由に関する司法審査事例で、保守・リベラル派判事がどのような投票傾向を示しているかを表現のカテゴリー別に検証してきた。国家・地域社会の安寧秩序にかかわる事件が多数を占めたヴィンソン・コートでは、表現制約的な保守派による投票が多数を占めた結果、表現規制に擁護的な判決が多く下され、これに対するリベラル派判事は表現の保護に積極的で、「映画・出版・報道」では政府規制に対する合憲判決を主導した。様々な表現を取り扱うようになったウォーレン・コートにおいては、表現の自由の保護に積極的なコート全体の姿勢がみられ、保守・リベラル派間の相違は大きいものの、保守派の投票に際立った表現制約的な傾向はみられない。しかし、「政府忠誠・宣誓」では、保守派が明確に表現制約的な傾向にあった。多くの事件が審理されたバーガー・コートにおいては、全体として、表現の自由を保護する判決件数が多いものの、「性的表現」や「公務員・公職者」など一部のカテゴリーにおいては、保守派による投票の影響で表現制約的な判決が多数を占めた。その一方、「選挙関連」では保守派の投票に比較的強い表現擁護的傾向がみられ、リベラル派よりも表現の自由保護に積極的な態度がとられた。その後、レーンキスト・コートの判決では、すべてのカテゴリーにおいて、投票での表現擁護的な傾向に関してリベラル派が保守派を上回っており、保守派は「誹謗中傷・デモ」、「名誉毀損」、「営利的表現」を除き、表現への政府規制を認める投票をより多く行なった。判事の投票は、保守派とリベラル派においておおよそ同程度、判決結果に反映されており、保守派判事の表現規制への擁護傾向、リベラル派判事の表現保護への積極的姿勢が判決全体で対照的にあらわれている。最後に、いまだ裁判件数が少ないロバーツ・コートでは、保守派判事が判決の主導権を握っており、表現に対する規制・保護の判断について、保守派が表現擁護的な傾向、リベラル派が表現制約的傾向を示している。ここに、レーンキスト・コート以前には、全体としてみられなかった表現の自由をめぐる保守・リベラル派間の立場の転換がみられる。しかしながら、こうした傾向は、審査件数の多い「選挙関連」における保守・リベラル派の異なる投票傾向を反映したものであって、「公務員・公職者」をはじめとするその他の多くのカテゴリーでは、依然として表現制約的な保守派と表現擁護的なリベラル派という構図がみられた。

V　おわりに

レーンキスト・コート以降、特定の事例を中心に議論されてきた表現の制約・擁護の立場における保守・リベラル派間の転換が、ロバーツ・コートにおいて示されている。従来、表現の自由に関する司法審査において、市民の権利を積極的に保護してきたのは常にリベラル派の判事であり、一方の保守派は政府規制に対する合憲判断をより多く下してきた。それに代わって、ロバーツ・コートでは、全体として、保守派判事の方が積極的に違憲判断を下して表現の自由の保障を進めてきており、それに対するリベラル派判事は表現保護に消極的な姿勢をとっている。ロバーツ・コートの司法審査において、表現の自由に関する市民の権利保障は、保守派判事の主導で展開されているのである。

では、現在の連邦最高裁において、表現の自由の価値や原理は、リベラル派ではなく保守派によって推進されているのだろうか。表現の自由に関する「イデオロギー的漂流」の進む方向は、リベラル派ではなく保守派の方へ大きく傾いてきているのだろうか。必ずしもそうは言えない。ロバーツ・コートにおける保守派は、Citizen United v. FEC 判決に象徴されるように、選挙資金に対する連邦政府規制についての争訟事件を中心とする限られた領域で表現の自由を積極的に保護してきているものの、他のカテゴリーではむしろ消極的な姿勢をとっており、保守・リベラル派間の構図も従来の通りである。そのため、本稿で分析した判決における投票結果に限っていえば、ロバーツ・コートの保守派判事がリベラル派と対照的に、リバタリアン的な立場から原理的に表現の自由を支持してきているということはできない。この問題に関しては、判事のイデオロギー的立場や特定の表現に関する法廷意見での法解釈を分析することで、さらなる深い知見を得ることができるだろう。しかし、そうした分析は本稿での試みを超えたものであるので、今後の課題としたい。

（神戸大学国際文化学研究科博士前期課程）

注

1) “Judiciary Committee Votes On Recent Supreme Court Nominees: Neil M. Gorsuch to be Associate Justice,” United States Senate Committee on the Judiciary, https://www.judiciary.senate.gov(accessed February 8, 2018); “PN55-Neil M. Gorsuch-Supreme Court of the United States: 115th Congress(2017-2018),” Congress gov., https://www.congress.gov/nomination/115th-congress/55(accessed February 8, 2018).

2) Paul Kane,”Senate Democrats Vastly Outspent by Right in Gorsuch Fight,” *Washington Post,* March 18, 2017, https://www.washingtonpost.com/politics/senate-democrats-vastly-outspent-by-right-in-gorsuch-fight/2017/03/18/1c42c3e2-0b39-11e7-93dc-00f9bdd74ed1_story.html?utm_term=.eb4d41985081(accessed February 8, 2018); Elana Schor, “Democrats Under Fire as Gorsuch Hearings Begin,” *Politico*, March 19, 2017, https://www.politico.com/story/2017/03/neil-gorsuch-confirmation-hearings-scotus-liberal-activists-democrats-236176(accessed February 8, 2018).

3) 奥平康弘『「表現の自由」を求めて－アメリカにおける権利獲得の軌跡』(岩波書店, 1999), pp.103-125.

[4] 保守とリベラルの間でのイデオロギー対立の文脈で、理念を掲げてリベラル派に対抗する戦後保守主義の政治運動史やリベラリズム批判を展開した保守系知識人の政治思想については、佐々木毅や中山俊広、吉原欽一、会田弘継らによって注目されてきた。しかし、そうしたアメリカの保守を対象とした研究のなかで、連邦最高裁における保守・リベラル派判事の司法判断やそれをめぐる政治社会でのイデオロギー対立を中心的に扱ったものはみられない。司法人事をめぐる保守とリベラルとの政治的対立を扱った文献としては、梅川健『大統領が変えるアメリカの三権分立制』(東京大学出版会, 2015)や岡山裕「イデオロギー政治の変容と連邦司法人事－共和党政権の人事戦略の『転換』を中心に」五十嵐武士・久保文明『アメリカ現代政治の構図－イデオロギー対立とそのゆくえ』(東京大学出版会, 2009)がある。

[5] 松井茂記『アメリカ憲法入門（第 7 版）』(有斐閣,2012), p.441.

[6] 1920、30 年代に下された一連の連邦最高裁判決以降、司法審査の対象となる政府には、連邦議会のみならず、連邦政府の諸機関、また州政府・地方政府の諸機関も含まれると一般的に解釈されている。Adam Winkler, "Free Speech Federalism," *Michigan Law Review* 108(2), 2009, p.156.

[7] 本稿では、表現の自由は、修正第一条規定内の「言論または出版の自由」「集会の自由」「請願権」を含むという解釈にしたがう。英語表記での free speech は、必ずしも、規定内の"the freedom of speech(言論の自由)"のみを意味するわけではなく、「言論または出版の自由」「集会の自由」「請願権」を含む freedom of expression の同義語として、しばしば用いられている。Russell W. Galloway, "Basic Free Speech Analysis," *Santa Clara Law Review* 31(4), 1991, p.883.

[8] Jerome A. Barron and C. Thomas Dienes, *First Amendment Law in a Nutshell* (St. Paul: West Group, 2000), p.6; Lillian R. BeVier, "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle," *Stanford Law Review* 30(2), 1978, pp.306-308.

[9] G. Edward White, "The First Amendment Comes of Age: The Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America," *Michigan Law Review* 95(2):299-392; Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, *First Amendment Law* (New York: Foundation Press, 1999), p.4.

[10] 奥平康弘『「表現の自由」を求めて』, pp.127-128.

[11] 桧垣伸次『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察－表現の自由のジレンマ』(2017,法律文化社), p.139; Lillian BeVier, "Free Speech in the Warren and Burger Courts," University of Virginia School of Law, Legal Studies Working Paper No.001, 1999, pp.4-9, https://ssrn.com/abstract=198908(accessed February 8, 2018); Martin H. Redish, "Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine," Northwestern University Law Review 78(5), 1984:1031-1070.

[12] 表現の自由の法領域の射程についての議論は、Frederick Schauer, "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience," *Harvard Law Review* 117(6), 2004:1765-1809 が詳しい。しかし、表現の自由に限らず、現在の連邦

最高裁で審理される事件の大部分は、判事 9 人のうち 4 人の同意によって裁量上訴(サーシオレイライ)が認められた事件であるという点には留意しておく必要がある。大沢秀介『アメリカの司法と政治』(成文堂, 2016), p.318; Ryan C. Black and Ryan J. Owen, "Supreme Court Agenda Setting: Policy Uncertainty and Legal Considerations," in *New Directions in American Politics*, ed. Kevin T. McGuire(2012, New York: Routledge), p.146.

13) 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣, 2011), pp.96-107; 見平典 『違憲審査性をめぐるポリティクス』(成文堂, 2012), pp.22-26; Wayne Batchis, *The Right's First Amendment: The Politics of Free Speech and the Return of Conservative Libertarianism* (Stanford, California: Stanford University Press, 2016), pp.47-48.

14) 表現の自由の連邦最高裁判決に関する計量的分析を扱った司法政治学での先行研究として、Lawrence Baum, "Freedom of Expression," in *Ideology in the Supreme Court* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2017), pp.40-84; Lee Epstein, Christopher M. Parker and Jeffrey A. Segal, "Do Justices Defend the Speech They Hate?: In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment," APSA 2013 Annual Meeting Paper; American Political Science Association 2013 Annual Meeting, 2013, https://ssrn.com/abstract=2300572(accessed February 8, 2018); Lee Epstein and Jeffrey A. Segal, "Trumping the First Amendment," *Washington University Journal of Law & Public Policy* 21, 2006: 81-121; Eugene Volokh, "How the Justices Voted in Free Speech Cases, 1994-2000," *UCLA Law Review* 48, 2001: 1191-1202 がある。

15) John Hudson, "The Supreme Court Is More Polarized Than Ever," *Atlantic*, Jun 19, 2012, https://www.theatlantic.com/politics/archive/2012/06/supreme-court-more-polarized-ever/326731/(accessed February 8, 2018).

16) 齋藤眞・古矢旬『アメリカ政治外交史（第二版)』(東京大学出版会, 2012), pp.247-265.

17) 政治部門と司法部門との協力的関係のもとで形成される憲法秩序に関する議論については、Mark Tushnet, *The New Constitutional order* (Oxford: Princeton University Press, 2003); Bruce Ackerman, "Constitutional Politics/Constitutional Law," *Yale Law Journal* 99(3), 1989:453-547 が詳しい。

18) Robert A. Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker," *Journal of Public Law* 6(2), 1957, p.281.

19) Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism* (Chicago: The University of Chicago Press, 2004), p.93.

20) 松井茂記「レーンキストと表現の自由」『比較法学』39(2), 2006: 231-232; Keith E. Whittington, "The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review," *Notre Dame Law Review* 89(5), 2014, pp.2220-2221.

21) 大沢『アメリカの司法と政治』,pp.145-149, 293-294.

22) Batchis, *The Right's First Amendment*, ix.

23) Jack M. Balkin, "Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment," *Duke Law Journal* 1990(3), pp.375-394.

24) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144(1938). 本判決の法廷意見におけ

る脚注 4 では、権利章典上で保障された個人の自由や権利を侵すような政府の制約的行為・法律に対して合憲性の推定を弱めること、多数派による政治において不利を被る宗教的・人種的少数者の自由および権利を保護すべきであることが書かれている。

25) ヒューズ・コートは、1930 年代に連邦政府のニューディール諸立法に違憲無効を下すことで政権と対立を深めたが、それに対抗してルーズベルト大統領が連邦最高裁に関する批判的なメッセージや裁判所抱え込み案を展開し始めると、政権の政策的方針に融和的な姿勢をとるようになった。大沢『アメリカの司法と政治』, pp.159-176.

26) Lillian R. BeVier, "Intersection and Divergence: Some Reflections on the Warren Court, Civil Rights, and the First Amendment," *Washington and Lee Law Review* 59, 2002, pp.1075-1093; Own M. Fiss, "Free Speech and Social Structure," *Iowa Law Review* 71(5), 1986, p.1419.

27) Jack M. Balkin, "Some Realism about Pluralism," pp.376-379; Kathleen M. Sullivan, "Free Speech Wars," *Southern Methodist University Law Review* 48, 1994, pp.205-206.

28) Batchis, *The Right's First Amendment*, pp.83-87,108,171-172.

29) Frederick Schauer, "The Political Incidence of the Free Speech Principle," *University of Colorado Law Review* 64, 1993, pp.936-942; Geoffrey R. Stone, "The Roberts Courts, Stare Decisis, and the Future of Constitutional Law," *Tulane Law Review* 82, 2008, pp.1551-1553; J. Harvie Wilkinson III, "Is There a Distinctive Conservative Jurisprudence?," *University of Colorado Law Review* 73, 2002, pp.1394-1396.

30) Jack M. Balkin, "Ideological Drift and the Struggle over Meaning," *Connecticut Law Review* 25, 1993, p.871.

31) *Ibid.*, pp.876-879.

32) *Ibid.*, p.869; "Some Realism about Pluralism," p.383.

33) Schauer, "The Political Incidence of the Free Speech Principle," pp.944-945.

34) 松井茂記「レーンキストと表現の自由」『比較法学』39(2), 2006, pp.240-241.

35) Citizens United v. Federal Election Commission 558 U.S. 310 (2010).

36) Kathleen M. Sullivan, "Two Concepts of Freedom of Speech," *Harvard Law Review* 124(1), 2010, pp.143-145.

37) Steven J. Heyman, "The Conservative-Libertarian Turn in First Amendment Jurisprudence," *West Virginia Law Review* 117(1), 2014, pp.297-301.

38) Batchis, *The Right's First Amendment*, pp.228-229.

39) 表現の自由保護に対する保守・リベラル派判事との間での立場転換に関する実証研究として、Lawrence Baum(2017), Lee Epstein and Jeffrey A. Segal(2006)と Eugene Volokh(2011)があげられる。Epstein and Segal(2006)では、第一に、研究対象となる判決が 1953 年から 2004 年開廷期に限られており、ロバーツ・コートでの判決を含んでない。また該当する判決を、表現の自由と他の自由あるいは権利との衝突がみられる「価値衝突的(value-conflict)」紛争と、そうではない「純粋な(pure)」紛争とに区別しているが、その両者の分類基準は明確でなく、客観性に乏しい。さらに、レーンキスト・コートの判決における判事の投票を分析した結果として、保守・リベラル派の立場転換が「価値衝突的」判

決においてのみ示されたと結論づけられているが、他の首席判事の時期における連邦最高裁との比較はなされていない。Volokh(2011)においては、まず、研究対象が 1994 年から 2000 年開廷期に限られており、首席判事別の比較もなされていない。また、判事の投票分析の結果として、特定の保守派判事がリベラル派判事たちよりも表現の自由保護に積極的であることが示されたが、多数派・少数派に関する判事の投票や判決に関する具体的な記述がなく、全体的に考察に乏しい。Baum(2017)は、表現の自由の事例を扱った第二章において、1946 年から 2012 年開廷期での判決について表現の自由と判事のイデオロギーとの関係性を、首席判事の時期別またはその他特定の期間別に分析している。これは表現の自由をめぐる保守とリベラル間の対立について、政治的エリートや世論を中心とする司法外の動向を含めた包括的な理解を提供するものであるが、分析において 2012 年開廷期以降のロバーツ・コートにおける判決が除外されており、また各時期における個別の判決や判決全体の傾向について具体的に述べられてはいない。

40) 例えば、バッチスは修正第一条に対する政治的保守のアプローチの基盤をなしている考え方をもとに保守主義の 4 類型を提示し、エプスタインらによる連邦最高裁判決データにおける保守・リベラル指標の問題点をあげている。Batchis, *The Right's First Amendment*, pp.32-35, 56-61.

41) 判決分析については、まず Harold J. Spaeth, Lee Epstein et al. 2017 Supreme Court Database, Version 2017 Release 1, http://Supremecourtdatabase.org(accessed February 8, 2018)の判決データとコードに基づいて、第二章にて定義した表現の自由に関する司法審査の事例を抽出した。次に、該当するすべての判決について、執筆された法廷意見を参照し、そこで争われた事件の内容と表現の自由に関する憲法判断を調べた。判事のイデオロギーについては、先行研究で頻繁に用いられる Martin-Quinn Scores, s.n., http://mqscores.berkeley.edu/measures.php(accessed February 8, 2018)を使用した。各判事について、該当する時期以前の開廷期におけるスコア平均を算出し、正の値をとる判事を保守派、負の値をとる判事をリベラル派と定義した。

42) 表現の自由についての表現カテゴリーの分類については、Frederick Schauer, "Towards an Institutional First Amendment." *Minnesota Law Review* 89, 2005: 1256-1279; Sullivan and Gunther, *First Amendment Law*; Barron and Dienes, *First Amendment Law in a Nutshell* を参考にした。

43) Feiner v. New York 340 U.S. 315 (1951).

44) Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

45) Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

46) Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

47) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

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

49) National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama, 357 U.S. 499 (1958).

50) Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479 (1965).

51) Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

[52] Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974).

[53] Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980).

[54] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

[55] Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

[56] New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

[57] Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

[58] United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

[59] R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

[60] Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

[61] Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

[62] Florida Star v. B. J. F., 491 U.S. 524 (1989).

[63] Greater New Orleans Broadcasting Association, Inc. v. United States, 527 U.S. 173 (1999).

[64] 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484 (1996).

[65] Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652 (1990), McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003).

[66] Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

[67] Matal v. Tam, 582 U.S. ___ (2017).

[68] United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010).

[69] Garcetti v. Ceballos, 547 U.S. 410 (2006).

[70] Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010).

[71] Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc., 576 U.S. ___ (2015).

[72] Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007).

参照文献

阿川尚之.2017.「連邦最高裁の独立と政治への関与－司法における保守とリベラルを考える」『外交』42: 61-67.

五十嵐武士・久保文明.2009.『アメリカ現代政治の構図－イデオロギー対立とそのゆくえ』東京大学出版会.

市川正人.2003.『表現の自由の法理』日本評論社.

大沢秀介.2011.『司法による憲法価値の実現』有斐閣.

大沢秀介.2016.『アメリカの司法と政治』成文堂.

大沢秀介・大林啓吾. 2014. 『アメリカ憲法判例の物語』（アメリカ憲法叢書 1）成文堂.

大林啓吾.2017.『ロバーツコートの立憲主義』成文堂.

奥平康弘.1999.『「表現の自由」を求めて－アメリカにおける権利獲得の軌跡』岩波書店.

齋藤眞・古矢旬.2012.『アメリカ政治外交史（第二版）』東京大学出版会.

桧垣伸次.2017.『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察－表現の自由のジレンマ』法律文化社.

松井茂記.2006.「レーンキストと表現の自由」『比較法学』39(2): 197－243.

松井茂記. 2012.『アメリカ憲法入門（第７版)』有斐閣.

見平典.2012.『違憲審査性をめぐるポリティクス』成文堂.

Balkin, Jack M. 1990. “Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment.” *Duke Law Journal* 1990(3): 375-430.

Balkin, Jack M. 1993. “Ideological Drift and the Struggle over Meaning.” *Connecticut Law Review* 25: 869-892.

Batchis, Wayne. 2016. *The Right's First Amendment: The Politics of Free Speech and the Return of Conservative Libertarianism*. Stanford: Stanford University Press.

Barron, Jerome A. and C. Thomas Dienes. 2000. *First Amendment Law in a Nutshell.* St. Paul: West Group.

Baum, Lawrence. 2017. *Ideology in the Supreme Court.* Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

BeVier, Lillian R. 1978. “The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle.” *Stanford Law Review* 30(2): 299-358.

BeVier, Lillian R. 1999. “Free Speech in the Warren and Burger Courts.” University of Virginia School of Law, Legal Studies Working Paper No.001. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=198908(accessed February 8, 2018).

BeVier, Lillian R. 2002. “Intersection and Divergence: Some Reflections on the Warren Court, Civil Rights, and the First Amendment.” *Washington and Lee Law Review* 59: 1075-1093.

Chemerinsky, Erwin. 2011. "The Roberts Court and Freedom of Speech." *Federal Communications Law Journal* 63(3): 579-589.

Collins, Ronald K. L. 2013. “Exceptional Freedom: The Roberts Court, the First Amendment, and the New Absolutism.” *Albany Law Review* 76(1): 409-466.

Dahl, Robert A. 1957. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker.” *Journal of Public Law* 6(2): 279-295.

Epstein, Lee and Andrew D. Martin. 2012. “Is the Roberts Court Especially Activist?: A Study of Invalidating (and Upholding) Federal, State, and Local Laws.” *Emory Law Journal* 61(4): 737-758.

Epstein, Lee, Parker, Christopher M. and Jeffrey A. Segal. 2013. “Do Justices Defend the Speech They Hate?: In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment.” APSA 2013 Annual Meeting Paper; American Political Science Association 2013 Annual Meeting. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2300572(accessed February 8, 2018).

Epstein, Lee and Jeffrey A. Segal. 2006. “Trumping the First Amendment.” *Washington University Journal of Law & Public Policy* 21: 81-121.

Fiss, Owen M. 1986. “Free Speech and Social Structure.” *Iowa Law Review* 71(5): 1405-1426.

Galloway, Russell W. 1991. “Basic Free Speech Analysis.” *Santa Clara Law Review* 31(4): 883-995.

Gans, David H. “Roberts at 10: The Strongest Free Speech Court in History?” Constitutional Accountability Center, May 28, 2015. http://theusconstitution.org/sites/default/files/briefs/Roberts-at-10-First-Amendment-Snapshot.pdf(accessed February 8, 2018).

Gora, Joel M. 2016. “Free Speech Matters: The Roberts Court and the First Amendment.” *Journal of Law and Policy* 25(1): 63-129.

Heyman, Steven J. 2014. “The Conservative-Libertarian Turn in First Amendment Jurisprudence.” *West Virginia Law Review* 117(1): 231-343.

Hudson, John. “The Supreme Court Is More Polarized Than Ever.” *Atlantic*, Jun 19, 2012. https://www.theatlantic.com/politics/archive/2012/06/supreme-court-more-polarized-ever/326731/(accessed February 8, 2018).

Kane, Paul. “Senate Democrats Vastly Outspent by Right in Gorsuch Fight.” *Washington Post,* March 18, 2017. https://www.washingtonpost.com/politics/senate-democrats-vastly-outspent-by-right-in-gorsuch-fight/2017/03/18/1c42c3e2-0b39-11e7-93dc-00f9bdd74ed1_story.html?utm_term=.eb4d41985081(accessed February 8, 2018).

Kairys, David. 2013. “The Contradictory Messages of Rehnquist-Roberts Era Speech Law: Liberty and Justice for Some.” *University of Illinois Law Review* 2013(1):195-220.

Keck, Thomas M. 2004. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press.

Kersch, Ken I. 2011. “Ecumenicalism Through Constitutionalism: The Discursive Development of Constitutional Conservatism in National Review, 1955-1980.” *Studies in American Political Development* 25(1): 86-116.

Magarian, Gregory P., 2017. Introduction and Chapter 1 in: *Managed Speech: The Roberts Court’s First Amendment*, Oxford University Press; Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 17-04-02. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2951431(accessed February 8, 2018).

McGuire, Kevin T. ed. 2012. *New Directions in Judicial Politics*. New York: Routledge.

Redish, Martin H. 1984. “Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine.” Northwestern University Law Review 78(5): 1031-1070.

Schauer, Frederick. 1993. “The Political Incidence of the Free Speech Principle,” *University of Colorado Law Review* 64: 935-956.

Schauer, Frederick. 2000. “First Amendment Opportunism.” KSG Working Paper No. 00-011. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=253832(accessed February 8, 2018).

Schauer, Frederick. 2004. “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Ex-

ploration of Constitutional Salience." *Harvard Law Review* 117(6): 1765-1809.

Schauer, Frederick. 2005. "Towards an Institutional First Amendment." *Minnesota Law Review* 89: 1256-1279.

Schor, Elana. "Democrats Under Fire as Gorsuch Hearings Begin." *Politico*, March 19, 2017. https://www.politico.com/story/2017/03/neil-gorsuch-confirmation-hearings-scotus-liberal-activists-democrats-236(accessed February 8, 2018).

Stachiw, Michael. 2016. "The Classically Liberal Roberts Court." *NYU Journal of Law and Liberty* 10(1), 2016: 429-474.

Stone, Geoffrey R. 2008. "The Roberts Courts, Stare Decisis, and the Future of Constitutional Law." *Tulane Law Review* 82: 1533-1560.

Sullivan, Kathleen M. 1994. "Free Speech Wars." *Southern Methodist University Law Review* 48: 203-214.

Sullivan, Kathleen M. 2010. "Two Concepts of Freedom of Speech." *Harvard Law Review* 124(1): 143-177.

Sullivan, Kathleen M. and Gerald Gunther. 1999. *First Amendment Law*. New York: Foundation Press.

Teles, Steven M. 2008. *The Rise of the Conservative Legal Movement*. New Jersey: Princeton University Press.

Volokh, Eugene. 2001. "How the Justices Voted in Free Speech Cases, 1994-2000." *UCLA Law Review* 48: 1191-1202.

White, G. Edward. 1996. "The First Amendment Comes of Age: The Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America." *Michigan Law Review* 95(2):299-392.

Whittington, Keith E. 2014. "The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review." *Notre Dame Law Review* 89(5): 2219-2252.

Wilkinson, J. Harvie, III. 2002. "Is There a Distinctive Conservative Jurisprudence?" *University of Colorado Law Review* 73: 1383-1400.

Winkler, Adam. 2009. "Free Speech Federalism." *Michigan Law Review* 108(2): 153-188.

Youn, Monica, "The Roberts Court's Free Speech Double Standard." American Constitution Society for Law and Policy, November 29, 2011. http://www.acslaw.org/acsblog/the-roberts-court's-free-speech-double-standard(accessed February 8, 2018).