

翻訳

「テロリズムと第一修正」

ダニエル・A・ファールバー^①

翻訳 辻

雄一郎

本稿は、二〇一一年度駿河台法学会における講演を日本語に訳したものである。

I. 導入

諸政府が存在して以降、政府は権限を行使して敵対者を抑圧し、批判者を黙らせてきた。確立した秩序の敵に向けられる寛容さは、言論の自由のために厳格に審査される。アメリカは革命によって生まれ、言論の自由を保護して、反対者の言論―暴力を唱導するものですら―を支持するという最初の連邦憲法を持っている。けれども、裁判所によって憲法上の保護が与えられてきたのは今世紀だけである、ということは皮肉なものである。しかしながら、今日、どれだけ危険で非民主主義的に思われるかもしれない思想であっても、思想を禁止する権限を政府は有しな

い、という憲法の基本的な原理を連邦最高裁は認識している。

九・一一のテロ以降、アメリカ政府は力強い対抗的措置を講じた。これらの対抗措置のいくつかは、テロの被疑者を勾留したり、軍事裁判所で審理したりして、市民的自由について深刻な問題を惹起した。⁽²⁾ 本原稿では、第一修正の権利―言論、プレス、人的結合体と宗教の自由が「恐怖に対する闘い (war against terror)」の文脈で憲法上の保護を十分に与えられているかどうか、という問題を検討する。

第二部は、暴力の唱導を含めて、政治的に極端な意見を有する者に対して、連邦憲法の保護の発展を辿ることによって、基礎知識を提供する。この原稿の残りで、テロやそれと関係する展開を抑圧する努力によって、どれだけ第一修正が衝撃を受けてきたのかを検討する。

アメリカには、イスラム教の中でも極端な形態についての意見を聴いてもらえる機会には潜在的に見て少なく、国内での暴力の刺激についての恐怖は管理することができる、という利点がある。おそらくこの理由によって、基本的な第一修正の自由はこれまで九・一一以降、深刻に脅かされてこなかった。概して、第一修正の自由の嚴重な保護は、些細な修正しか経験していなかった。

II. 反政府言論に対するアメリカ連邦憲法上の保護の展開

A. 現代の第一修正の理論の起源

第一修正は、一八世紀にまで遡るが、二十世紀初頭まで裁判所は深刻に熟考してこなかった。連邦最高裁は、一九一七年スパイ防止法に関係する反政府的な言論について第一修正の問題に直面しはじめた。⁽³⁾ 連邦最高裁は、第一

次世界大戦中、スパイ防止法を広範に適用した。例えば、愛国心は悪であると記述した本を発送した行為が起訴された。その本は、兵士や海兵の人生が戦争においてどのような価値があるのか、を問うていた。⁽⁴⁾有罪判決を支持して、連邦控訴第九巡回裁判所は、「戦争の遂行されるための大義を攻撃し、忠誠心を崩す」行為は本法に違反するのに十分であると述べた。⁽⁵⁾

連邦最高裁はスパイ防止法も広範に適用した。Schenk v. United States⁽⁶⁾ (以下、シェンク)において、被告は徴兵制が第十三修正に違反していると主張して、徴兵の年齢に達した男性にリーフレットを配布してきた。ホームズ裁判官が法廷意見を執筆した。彼は、リーフレットは「一定の影響を及ぼすように意図されていないとすれば、そもそも送付されなかっただろう。徴兵の実行を妨害する影響を除いて、徴兵の対象となる人に対してリーフレットがどのような影響を及ぼすことを期待しているかどうか、を我々は検討し」ない。⁽⁷⁾

ホームズは、通常時であればリーフレットは第一修正によって保護されただろう、と認めた。しかし、文脈が決定的である。「言論の自由の最も厳格な保護は、劇場の中で火事だと誤って叫んで、パニックを引き起こす人には及ばないだろう」⁽⁸⁾と述べた。

シェンクにおいて、ホームズは、第一修正の新しいテストを宣言した。ホームズによれば、問題は「使われた言葉が当該状況において、その性質が明白で現在の危険を惹起し、実質的な害悪を将来、発生させる場合、連邦議会は無然に防ぐ権限を有する」⁽⁹⁾である。このテストは、後に、言論の自由の重要な保護となった。しかし、シェンクでは、検閲を正当化するために利用された。

一九一九年は、第一修正の原理の展開において偉大な転換点の一つであった。連邦最高裁の多数派が言論の自由について、現実の保護を与えるのに準備するまでかなりの時間が掛けられただろうが、初めて、力強い反対者の

声が上げられた。

これらの反対者の見解が *Abrams v. United States* ⁽¹⁰⁾ (以下 エイブラムズ) であらわれた。被告らは、ロシアに對する連合軍の侵攻を批判したことでスパイ防止法に違反した、と起訴された。被告らのパンフレットは、オフィスの窓からばらまかれた。パンフレットは、ドイツに對して、ではなくロシアに對して軍事物資が提供されているかもしれないと労働者たちに警告していた。多数意見が有罪判決を支持するのは難しいことではなかった。「彼らの意図し、彼らの行為の惹起しようとした効果について責任があると判断されなければならない」⁽¹¹⁾ という。たとえ彼らの主要な目的がドイツではなくロシアのボルシェビキを幫助することであっても、パンフレットによって軍事物資の生産が妨害されるだろう。

ホームズは、この理屈づけを拒絶した。彼によれば、連邦議會は「國家の精神を變革しようとするいかなる努力を禁止することができないことは確かな」ことであり、「見知らぬ人が愚かなリーフレットを内密に出版する行為について、いかなる差し迫った危険が存在するだろうとはだれも思わないだろう」⁽¹²⁾。それからホームズは、言論の自由について、感動させる防禦策を執筆した。

「時間によって、多くの競合する信念が覆ることを人々が知ったとき、思想の自由な取引によって、究極の望ましい善に優れて到達するという、人々の行為のまさに根幹を一層信じるようになるかもしれない。真実の最良のテストは、市場の競争によって自らを受け入れさせる思想の力であり、彼らの願いが平穩に運ばれうるという根拠にのみ真実は存在している」⁽¹³⁾。

ホームズは、次のように述べる。「法律の遵守に即座に介入し、法の目的を圧迫するので國を救うために差し迫った検査が必要であるという場合を除いて、我々の忌み嫌ひ、死をはらむと信じる意見の表明を検査しようとする

る試みに対して、常に警戒しなければならない⁽¹⁴⁾。ホームズの反対意見にブランドイスが同調した。ブランドイスは、*Whitney v. California*⁽¹⁵⁾（以下、ホイットニー）で言論の自由についてもう一つの主要な主張を執筆した。

ブランドイスとホームズはすぐには成功しなかった。第一次世界大戦の後、アメリカでのボルシェビキ革命の思想に国家がパニックになっていた間、「赤狩り」が起こった。たとえば、一九二五年、連邦最高裁は、無政府主義の唱導を禁止するニューヨーク州法に合憲判断を下した⁽¹⁶⁾。労働者革命を唱導するマニフェストの出版を補助したことが本法に違反すると判断された。連邦最高裁によれば、「組織された政府の打倒を刺激する発言」は制裁を受けうるという。なぜなら「革命のたった一つの火花が炎をたきつけ、時間を経て、くすぶり、広範で破壊的な大火災に燃え上がるかもしれない⁽¹⁷⁾」からである。この第一修正のアプローチは、ホームズによる別の強い反対意見の主題となった。

しかし、連邦最高裁の見解は変化しはじめていた。たとえば、*Terminiello v. Chicago*⁽¹⁸⁾（以下、ターミネーロ）では、ひどく込み合った群衆場面だと反対意見によって形容された騒然とした公的集会で、耳障りな右翼派の話者の有罪判決を審査した。初期の事件で客観的であると判断されてきたパンフレットと比べて言論ははるかに写実的であった。通りに匿名のリーフレットを窓からばらまくというよりもむしろ、抗議者に囲まれた建物の中で、話者は怒る群衆に対して訴えていた。しかし、連邦最高裁は有罪判決を破棄した。ダグラス裁判官による法廷意見は、もし言論が「人々の怒りに拍車をかけ、公衆を論争に招き、不穏な状態を惹起する⁽¹⁹⁾」なら有罪であると陪審に説示していた点に注目した。ダグラス裁判官によれば、自由な言論の機能の一つは、論争を招くことである。すなわち、「不穏な状態を惹起し、現状に不満をつくりだし、人々の怒りに拍車を掛ける場合に、言論の自由の高い目的⁽²⁰⁾」に資する。これこそが、「公衆の不安定さ、いらだち、不穏さを越えて深刻な実質的な害悪を惹起する明白かつ現在

の危険を生み出す可能性が立証されない限り⁽²¹⁾、言論の自由は保護される。法の広範な文言によって有罪となるかどうかを被告はあらかじめ知ることは不可能であるし、特定の状況が明白かつ現在の危険を構成するのだから、有罪判決は維持できなかった。

第二次世界大戦以降、連邦最高裁の「明白かつ現在の危険」のテストの利用方法は変化した。スターリンの東ヨーロッパへの厳しい支配、西ヨーロッパの政治的そして経済的不安、ロシアの核兵器保有は全て結びつき、共産主義の侵略という新たな恐怖の引き金となった⁽²²⁾。

Dennis v. United States ⁽²³⁾ (以下、デニス) は、スミス法に従い、共産党の指導者に対する有罪判決を支持した。本法は、暴力によって政府を打倒することを唱導する行為を違法と規定した。多数意見は存在しない。ビンソン主席裁判官がひとつの意見を執筆して、他の裁判官が個別の見解について同意意見を執筆した。彼らの様々な意見の文言の示しているのは、将来の革命の害悪はあまりに深刻なので、その蓋然性を増加させる場合、いかなる言論も制裁の対象になりうることである。他の文言によれば、言論と将来の害悪との間隙は、政府を打倒する刑事上の謀議によって架橋され、言論は謀議の実行と密接に結びついていなければならないという。

B. 違法行為の唱導に対する現代憲法の取り組み

十年後の *Brandenburg v. Ohio* ⁽²⁴⁾ (以下、ブランデンバーク) の判決で違法行為の唱導についての現在のテストが宣言されるまで、デニスは混乱を残した。連邦最高裁は、次のルールを確立した。「法律違反や暴力の利用の唱導が、切迫した違法行為を惹起あるいは実行させる行為に向けられており、その行為が実行されるだろう場合を除いて、自由な言論と自由なプレスの憲法上の保障は、法律違反や暴力の利用の唱導を禁止する権限を政府に認めない⁽²⁵⁾」。

従って、暴力の唱導は次の二つの場合に制裁が科される可能性がある。第一に、違法行為を即座に実行することに暴力の唱導が向けられており、第二に、その行為の実行される可能性が存在する場合である。ブランドンバーグのテストは、過去の判決で使われた「明白かつ現在の危険」のテストを類型化した。

その後の事件はこの取り組みを維持する。Hess v. Indiana⁽²⁶⁾（以下、ヘス）で連邦最高裁は、「このくそ通りを（将来再び）いただくぜ⁽²⁷⁾」という反戦のデモンストレーションを行った人の有罪判決を破棄した。連邦最高裁は、この発言は、「将来にいずれかの時点において、違法行為の唱導⁽²⁸⁾」の程度に至ると判断した。証拠によれば、彼の発言は、いかなる集団に明白に向けられたというよりは絶叫であり、彼の発言が切迫した無秩序を惹起する意図あるいは可能性について証拠を欠く以上、彼の発言は憲法上保護される。

NAACP v. Claiborne Hardware Co.⁽²⁹⁾（以下、NAACP）でも同様に、ミシシッピの町の白人商業者に対するNAACPの不買運動に関する損害賠償請求は受け入れられなかった。不買運動の過程で、NAACPの構成員の一人が公的な演説で「もし、君たちの誰かが差別主義者の店に入るなら、そいつを捕まえて首をへしおるだろう⁽³⁰⁾」と述べていた。連邦最高裁は、発言は、本質的に不買運動を支持するために群衆の気持ちを高ぶらせる訴えであり、使われた言葉は非常に強いものであることは認められる。もし、発言後に違法行為が続けば、話者の責任を問うかどうかという実質的な問題が浮上したかもしれない。しかし、連邦最高裁によれば、暴力行為だけが数週間後あるいは数カ月後に現実化するのであれば、責任は問われない。唱導者は、自分の言葉の重みを注意深く測ることなく、自発的で感情的な訴えを自由にできるべきであり、そのような訴えは、切迫した違法行為を即座に促さない場合、保護された言論である。

総合的に、前世紀では、政治的に極端な見解や暴力を唱導する人々の言論に強い保護を与える傾向があった。し

かしながら、特定の時点、言論と違法行為の間の結びつきはあまりに強くなりすぎる場合に違法であると判断された。*Noto v. United States* ⁽³¹⁾ (以下、ノト)において、連邦最高裁は、「理論、道徳的礼儀作法や暴力に訴える道徳的必要性の教示を単に抽象的に教示する行為は、集団が暴力的行為を準備して実行に移すものと同視できない⁽³²⁾」という。ブランデンバークとその後の事件は、政府の介入するまでに、その結びつきがかなり密接に結びついていなければならぬことを示している。

第一修正についての多様な意見に関わらず、意見の一致した分野も存在する。およそ三十年前まで、言論の自由について最も論争を招く争点は、確立された秩序を打倒するかもしれない過激主義を抑圧できる権限を政府は有しているか、という問題である。その問題は、今日では明らかに解決されているので、現在の法理を吟味するのに数ページしか必要でない。違法行為の唱導にかなりの程度の保護を提供するブランデンバークのテストは合意に至っているように思われる。

極端な見解についての強い保護を与えるこの姿勢はテロの時代においても生存可能だろうか？本稿の残りで、言論の自由、結社の自由、信教の自由が九・一一以降アメリカでどのように暮らしてきたのか、を検討する。

Ⅲ. テロリズムを促進あるいは唱導する言論

イギリスでは、「公衆の構成員の全員あるいは数名に対してテロを犯す行為の直接的、間接的な奨励、誘導すると理解される言論を出版⁽³³⁾」することは犯罪とされる。本法は、広範に適用され、例えば、殉死を賛美する詩も対象となる⁽³⁴⁾。本法は、ブランデンバークに照らして解釈すれば、第一修正に違反することは確かなことである。なぜな

ら、切迫した暴力を誘発するだろう言明に限定されていないからである。

イギリスと比べて、対テロとの関係で見れば、言論の抑圧は主要な市民的自由の問題ではなかった。しかし、言論の自由についていくつかの懸念が存在する。Al-Timimi（以下、アルティミミ）事件は政府がテロリズムに関係する言論を統制できる権限の範囲について難しい問題を生じさせた。⁽³⁵⁾ アルティミミ氏はワシントンDCで生まれたアメリカ市民だが、サウジアラビアで幼年期を過ごしたこともあった。彼に嫌疑がかけられたとき、彼は大学院生だった。十数名の一群が森で模擬訓練（サバイバルゲーム）をして、イスラム系軍事力による有力な幫助の準備をしていた。彼らの二人はパキスタン基地で訓練を受けていた。アルティミミ氏自身は、これらの活動に参加していなかったが、模擬訓練を承認していたと彼は参加者に話していた。インフォーマルな小さな集団の討論において、彼は主催者に電話の電源を切り、窓のブラインドを閉じるように話した。それから彼は、集団の構成員に、アメリカを出て、アフガニスタンにおけるアメリカに対する戦闘活動を含めてイスラムの敵に対する軍事的闘争に参加すべきであると述べた。何人かがパキスタンに向けて訓練のために出発する準備をするときも、彼は注意深く振る舞い、そして別々に旅行するように警告し、警察に立ち止まるように言われた際の応答の方法を教えた。他の人々は別の違反で有罪判決を受け、アルティミミ氏は、違法行為の助言を理由に有罪判決を受けた。第一審において、彼は自分の言論はブランデンバークに従い、制裁を受けるべきではないと主張した。⁽³⁶⁾

切迫した行為の可能性が不十分であるという理由からこの主張を支持する批評もある。⁽³⁷⁾ ブランデンバークの限定的な解釈に従えば、彼の有罪について疑念が生じるかもしれないが、彼の言論は過去の事例において連邦最高裁の保護しようとしてきた類の言論からかけ離れている。彼の言論は公の集会で行われたものではないが、彼の知る小さな集団は動機づけられ、違法行為のための訓練を受けていた。彼はこの行為の違法な過程を追求するように奨励

していたのみならず、彼らが活動を始める際に、探知を回避する方法について特定の助言を集団の構成員に与えていた。

政府には、進行中の刑事的謀議を行う構成員を奨励したり、幫助したりするよう意図された言論を抑制し、そのような言論が極端な立場も含めて宗教的、政治的思想と自由に交換することを抑圧する強い利益が認められる。⁽³⁸⁾ 上記の事実には照らせば、アルティミミ氏の事例は自由な言論の原理に一致する。

IV. 外国テロリスト組織の支持

制裁の根拠は、個人のそれぞれの破壊的言論や暴力的行為ではなく、反政府活動や暴力に関与する組織との連携にあるかもしれない。この種の人的結合に対する制裁は憲法上の懸念を生みだす。⁽³⁹⁾ アメリカの対テロ立法は、テロリスト集団に対する「物質的扶助」を刑事的犯罪と規定しているのは明らかである。⁽⁴⁰⁾ この立法は、人的集合体の自由を侵害しているだろうか。あるいは、扶助が言論の形態をとる場合、言論の自由の侵害か

A. 「物質的扶助」法

関連する法律についての基礎知識が幾つか必要となる。一九九三年のワールドトレードセンター爆破未遂事件以降、連邦議会は、九・一一以来、テロ組織を標的にした法律を強化して制定した。⁽⁴¹⁾ 本法は、組織をテロリストとして指定し、該当する組織に対する物質的扶助を犯罪とする詳細な手続きを創設した。⁽⁴²⁾ もし組織がアメリカ国家の安全を脅かすテロ活動に従事している場合、国務長官は、「外国テロ組織」として組織を分類できる。この決定は認

定された記録に基づくが、認定された記録は機密扱いとされる。⁽⁴³⁾

もし組織の指定が、恣意的で一方的である場合、裁判所の審理を受けることができる。⁽⁴⁴⁾ しかしながら、一般的に、裁判所は、組織指定についての政府の決定を尊重してきた。⁽⁴⁵⁾ 下級裁は、外交政策についての判断と過度に絡み合うと考えるため、当該組織がアメリカ国家の安全を脅かすかどうかの判断を拒絶してきた。⁽⁴⁶⁾ 組織だけが、テロリスト組織の指定を争うことができる。組織を物質的に支援するという容疑をかけられた個人は、テロリスト組織としての組織指定を争うことができない。⁽⁴⁷⁾

本法は、テロリスト組織を支援する物質的扶助を広範に定義している。医療的あるいは宗教的物資を除いて、テロリストの活動や財政的支援の具体的な幫助に加え、「いかなる財産、有形的、無形的あるいはサービス」が含まれる。⁽⁴⁸⁾ 本法に明白に含まれる「訓練」は、一般的知識に對置され、特定の技術を伝えるよう設計された指導や教育として定義される。⁽⁴⁹⁾ 「専門的助言や幫助」も違法法である。科学的、技術的、他の専門的知識に由来する助言や幫助として定義される。⁽⁵⁰⁾ この広範な禁止は、組織を幫助する言論も含まれているため、言論の自由と人的結合の自由両方と関係する。

B. 人的結合についての憲法上の保護

「物質的扶助」法に関係する憲法上の問題を理解するために、人的結合体の自由に関係する先例を検討しなければならない。冷戦中の共産主義の革命擁護に制裁を科すことに加えて、政府を暴力によって打倒することを唱導する集団の構成員を知っていることも重罪とするスミス法は規定した。⁽⁵¹⁾ *Scales v. United States* (以下、スケールズ) では、ハーランの法廷意見は、構成員に関する条文を狭く解釈した。彼によれば、共産党の党員が制裁を受け

る場合は、当該構成員が党で活動しており、党の違法目的や、これらの目的を促進する明白な意図を有していた場合に限られる。共産党は、スミス法で名指しされていないので、政府は、当該党が違法の唱導に貢献していたことを新たに立証しなければならなかった。*Noto v. United States* ⁽⁵²⁾ (上記、ノト) では、「力や暴力の道徳的な妥当性や必要性を教示することを含めた共産党理論の理論的な教示だけでは、暴力行為を決意して実行する組織の準備と同視することはでき」な⁽⁵³⁾う。

NAACP v. Claiborne Hardware ⁽⁵⁴⁾ (上記、NAACP) では、人的結合体の自由に向けて同じアプローチが採用された。NAACPは公民権運動を支持する組織で、南部の町で、白人商業者に対して、少数者の人権を保障させる圧力を掛けるため不買運動を組織した。商業者は、州の独禁法に基づいて、不買運動によって被った損害賠償を求める訴えを提起した。幾つかの違法行為が不買運動の一つとして実行されたという。連邦最高裁は、次の理由からNAACPは組織としての責任を負わないと判断した。「違法行為を——実際にあるいは明らかに——授權し、承認したという事実認定抜きにNAACPに責任を負わせることは、第一修正によって守られる政治的人的結合体の権利に負担を与え⁽⁵⁵⁾」ることであり、許容できない。

これらの事件を前提にして、組織のテロリストの活動を促進するような明白な意図が存在しない場合、テロリスト組織との関係を罪に問うことはできない、というもつともな主張が存在する。多くのテロリスト組織は、暴力あるいは非暴力的活動の両方に従事しているので、非暴力的活動を標的にした扶助は憲法上保護されるという主張もありうるかもしれない。

C. ホルダー判決

「物質的扶助」法の憲法適合性が *Holder v. Humanitarian Law Project*⁽⁵⁶⁾ として連邦最高裁で争われた。ロバーツ主席裁判官が多数意見を執筆し、最もリベラルな立場にあるスティーブンスと保守派の裁判官が加わった。ブレイヤーにリベラル派のギンズバーグ、ソトマイヤーが加わった。

原告は、九八年の「物質的扶助」法を争う訴訟をまず提起した。原告（二名の私人と六つの非営利組織）は、「クルディスタン労働者党と、タミル・イーラムの解放運動の虎の人道的、政治的活動を金銭的形態による寄付、有形的訓練と、政治的擁護の提供を希望」⁽⁵⁷⁾したが、「訴追されるかもしれないという恐れから実行できない」と主張した。紛争を平和的に解決し、組織の構成員を支持するように政治的に擁護し、災害時の支援、地方政府との平和的協定を交渉するために人道法や国際法を利用する方法を原告らは教示しなかったという。⁽⁵⁸⁾

基本的争点は、本法の合憲性判定基準であった。連邦最高裁は、厳格審査がふさわしいと述べた。ロバーツ主席裁判官は、「本法は言論というよりも主として行為を規制して」おり、「メッセージの伝達を適用範囲とする本法が行為に適用される」⁽⁵⁹⁾場合、厳格審査が妥当すると結論付けた。

全当事者が、テロとの闘いが政府のやむにやまれぬ利益である点で一致した。⁽⁶⁰⁾しかしながら、原告は、組織の合法的な活動の支援のための幫助は、テロ活動を促進しないと主張した。したがって、これらの活動を禁止することは、政府のやむにやまれぬ利益を達成するのに必要とは言えない。連邦最高裁によれば、経験的問題は連邦議会によって既に熟慮され、解決されており、連邦議会は扶助を広範に定義して、当初認めていた人道的支援を文言から削除した。⁽⁶¹⁾ロバーツの意見は、連邦議会の事実認定の合理性を記述するのにかかなりの分量をさいた。連邦議会は、これらの特定の組織の合法的な活動の危険性を前提にして、合法的な活動とテロリストの活動との間の「組織的な

『ファイヤーウォール』が欠如しており、テロリスト組織のいかなる扶助も許してしまえば、同盟国との関係を損なう」と判断した。⁽⁶²⁾

ロバーツ首席裁判官の決定は、執行府の決定を尊重することにひとつの章（セクションV パートC）を割き、「外国テロリスト組織へのあらゆる貢献は、テロリズムを促進する」という国務省の宣誓供述書の表現も含めていた。第一修正に関する執行府の解釈を尊重するわけではないが、「情報獲得や特定の行為の影響を評価するのが困難な分野」⁽⁶⁴⁾では、扶助の流用可能性について執行府の経験の問題を尊重したと連邦最高裁は注意深く説明した。国家安全の分野において政府は「経験的結論を重視する前に、パズルのすべてのピースを決定的に結びつけるように求められていない」と判断した。⁽⁶⁵⁾

最後に、本法は、明示的に列挙されたテロリスト組織にだけ適用されたのだから、十分に設定されていると判断した。連邦議会は下級裁の判決を反映して、本法の重要な擁護の定義を狭く設定しており、物質的扶助の禁止に一定の例外（医療的・宗教的物資）を創設した。組織構成員に提供される指導と対置される、公衆に対する独立した唱導は制限されていないという。⁽⁶⁶⁾

フリー・アソシエーションは、「外国テロリスト組織との単なる結合」⁽⁶⁷⁾に本法は制裁を科していないと主張したが、連邦最高裁は受け入れなかった。本法が自由な人的結合に課している負担は、「原告の言論の自由に関する主張を否定したのと同じ理由で」⁽⁶⁸⁾正当化しうる。

ブレイヤーは反対意見において、政府のやむにやまれぬ利益に疑いを示した。第一に、ブレイヤーは、テロ組織に対するあらゆる扶助が流用可能であるという政府の主張の事実に疑いを示した。ブレイヤーによれば、「平和的手段を通じて政治的変革を求める唱導を実行する際、明白な方法というものは存在せず、不吉な結果にな

りうる」場合もある。彼によれば、政府の宣誓供述書は、最も広く読めば、テロリストの平和的な活動と暴力的な活動は完全に分離不可能であるという考えを「一般的に高く支持して」いるに過ぎない。⁽⁷⁰⁾

ブレイヤーは、「平和的支援がテロリストの正当性を支えており、第一修正に関する重要な判例法理と致命的に矛盾する」⁽⁷¹⁾という政府の主張を否定した。ブレイヤーは、言論と人的結合は、暴力的組織に普通、資するものだから、「いったんこの主張を受け入れてしまうと、自然な停留所 (natural stopping place) を失う」⁽⁷²⁾と述べた。

政府を強く尊重することと、組織の平和的活動とテロリスト活動を同一視することという、一般的に適用されると混乱する結果を招く二つの原理を法廷意見は適用している。ブレイヤーの懸念は、これらの二つの原理が十分に設定されていない危険性にもとづいている。これらの原理は広範に適用されると、人的結合の自由を深刻に侵害するかもしれない。

ロバーツ裁判官は法廷意見の範囲を限定することで、これらの懸念に応答した。彼は、「言論や唱導に対する物質的扶助の将来のいかなる適用が合憲あるいは違憲となるかもしれない」⁽⁷³⁾と示した。また、「たとえ万が一当該言論が外国のテロリスト組織に便宜を図ることを政府が立証できる場合でも、独立した言論についての規制が、憲法適合審査性を通過するとは決して示唆していない」⁽⁷⁴⁾という。彼は次のようにも付け加える。「連邦議会が本件で問題となる物質的扶助に係る禁止を国内の組織に拡大できる」⁽⁷⁵⁾という点を我々は示していない。代わりに、彼は「外国テロリスト組織に提供しようと原告の望む支援の特定の形態を禁止する点」⁽⁷⁶⁾において、本法は「言論の自由を侵害していない」と「述べるに過ぎ」ない。

範囲を限定しようとする、法廷意見の努力は安堵させるものである。将来の裁判所の判決がこれらの限界を遵守するか、あるいは、敬讓をさらに利用して、組織の平穏な活動と暴力的活動とを同等に扱うかどうか、は明らかで

はない。

V. 信教の自由

今日まで、アメリカ人は、概して、極端なイスラム系テロリストをイスラムに対する一般的な憎悪に解釈することを控えてきた。しかし、反イスラムの兆候がみられる場合もあった。Imam Fiesel Abdulは、異なる宗教間の相互理解を擁護し、ツインタワーの近くのニューヨークシティにCordoba house（以下、コルドバハウス）と呼ばれる建築物を建設しようと考えた。九・一一で破壊された場所の近くにモスクを建設するのは不適切であるという主張に基づき、憎悪の波が押し寄せた。

極端な意見は、アメリカ下院議員で共和党の広報担当であった官Newt Gingrich（以下、ギングリッチ）で、「サウジアラビアに教会やユダヤ教会堂がない限り、グラウンドゼロの近くにモスクは必要ない」と述べた。しかしながら、政府が他の宗教組織の活動とは異なるルールをイスラム組織の活動に適用したり、宗教に言及せずに規制を用意して、そのイスラム同盟を理由にしてコルドバハウスの建設を妨害したりするのが憲法違反であるのは明らかだろう。イスラム主義を理由にして、コルドバハウスを差別することは信教の自由に違反するだろう。

第一修正の信教の自由は、「宗教の自由な行使」を保障している。特定の宗教を制約するよう設計された法律を排除しているのは明らかである。一九九三年に、連邦最高裁はこの点を強調した。

一九九三年に、*Church of the Lukumi Babalu Aye Inc. v. Hialeah*⁽⁷⁸⁾（以下、ルクミ）で、町の条例は、食料の目的以外に動物を殺すことを禁止した。条例は動物を犠牲にする儀式を行う宗教組織を目標にしていた。動物たちは

動脈を切られ、調理され、食され、多くの宗教儀式がその後続いた。土地を賃借して、崇拜のための家屋を建設する計画を宗教団体が公表したところ、市議會は、これを妨害する緊急決議を採択した。市は、その組織の慣習を禁止する意図を正式に宣言した。市は条例も制定して、「犠牲」とは、「儀式において食料として消費することを主とする目的以外に動物を不必要に殺す」行為であると定義し、「いかなる儀式の形態」で、動物を殺し、食料のために儀式を利用する意図がある場合、動物を「所持し、犠牲にし、屠殺」する行為を禁止した。しかしながら、条例は、許可を得ている食料店舗や屠殺場は除外した。

連邦最高裁は、本条例は「中立的で、一般的に適用可能」でなく、むしろ一つの宗教を抑圧する目的と影響があると判断した。やむにやまれぬ政府利益に資するように狭く設定されていることを要求する厳格審査が適用された⁽⁷⁹⁾。条例は厳格審査に耐えられなかった。条例は公衆の健康を守り、動物に対する残虐性を防止するよう設計された主張されるが、他の類似の場合を無視する一方で、限られたひとつの事情だけに限り組んでいた。スカリアは、レーンキスト首席裁判官と個別に同意意見を執筆して、法廷意見に同調しながら、市議會の主観的動機に係る審査について反対した。

ルクミとコルドバハウスと異なる点は些細なものである。一方では、ニューヨークでの問題であり、特定の場所に関する反対意見は、宗教全体に対する反対であるとは言いきれない。しかし、特定の場所についての懸念がギングリッチ氏のような個人の反感と結びついているのは明らかである。他方では、ルクミでの反対意見は特定の宗教的慣習と結びつき、コルドバハウスの事例では宗教全体が不適切であると考えられた。これら二つの事例を考量して、法的な違いを判別することは難しいように思われる。イスラムとの連携を理由にコルドバハウスの建設を禁止することは第一修正の信教の自由に違反することは明らかである。

VI・結論

危機の時代は、自由な社会をリスクにさらす。九・一一の出来事は、テロリスト組織に対して強力な措置が必要であることを立証した。同時に、抑圧が広範になりすぎるリスクも存在した。連邦最高裁は、違法行為の唱導者——テロリズムの擁護者——を政府は収監することができないということを明らかにしてきた。言論の制約される場合は、違法行為と言論とが明らかに、そして切迫して結びついている場合だけである。宗教の極端な立場をとる構成員がテロリストになった場合でも、ひとつの宗教を政府は差別することはできない。

これまでのところ、裁判所は、テロリズムを統制する必要性と言論、結社、宗教の自由とを合理的にバランスにかけてきた。大部分のアメリカ人は、イスラム系テロリストの存在があってもイスラムという宗教が自分たちの敵でないということも十分に理解している。長期的に見て、見解や宗教の多様性を確保することが恐怖を招く場合であつても寛容であることが、我々の社会を強固なものにするのだ。

- (1) Sho Sato Professor of Law and Chair of the Energy and Resources Group at the University of California, Berkeley. グループは組織、集団、あるいは人的集合体という表現があるが、本稿では互換的に表現する。
- (2) See Daniel A. Farber, *Justice Stevens, Habeas Jurisdiction, and the War on Terror*, 43 U.C. Davis L. Rev. 945 (2010). For a sample of discussions of civil liberties and counter-terrorism measures, see Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency* (2006); David Cole and Jack X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security* (2006); Martha Crenshaw, *The Con-*

sequences of Counterterrorism (2010); Andrew Peterson, *Addressing Tomorrow's Terrorists* 2 J. National Security Law & Policy 297 (2008).

(30) For a historical overview of the development of freedom of speech during crisis periods, see Geoffrey R. Stone, *Perilous Times: Free Speech in Wartime: From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism* (2004). For broader discussion of the evolution of civil liberties in U.S. history, see Daniel Farber (editor), *Security v. Liberty: Conflicts Between Civil Liberties and National Security in American History* (2008).

(4) *Shaffer v. United States*, 255 Fed. 886, 887 (9th Cir. 1919). The statute is discussed in Zachariah Chaffee, *Free Speech in the United States* 36-108 (1941).

(5) *Id.* at 887.

(6) 249 U.S. 47 (1919).

(7) *Id.* at 51.

(8) *Id.* at 52.

(9) *Id.*

(10) 250 U.S. 616 (1919).

(11) *Id.* at 621.

(12) *Id.* at 628.

(13) *Id.* at 630.

(14) *Id.* A more detailed discussion of the case can be found in Richard Polenber, *Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech* (1987). The early evolution of First Amendment thought is traced in David Rabban, *The Emergence of First Amendment Theory*, 50 U. Chi. L. Rev. 1205 (1983).

- (15) 274 U.S. 357 (1927). For discussion of *Whitney*, see Vincent Blasi, *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California*, 29 Wm. & Mary L. Rev. 653 (1988).
- (16) *Giltow v. People of New York*, 268 U.S. 652 (1925).
- (17) *Id.* at 669. The statute is discussed in Hans Linde, “*Clear and Present Danger*” Reexamined: Dissonance in the *Brandenburg Concerto* 22 Stan. L. Rev. 1163, 1176 (1970).
- (18) 337 U.S. 1 (1949).
- (19) *Id.* at 5.
- (20) *Id.* at 4.
- (21) *Id.*
- (22) For an analysis of government repression during this period, see Ellen Schrecker, “*Mere Shadows*”: *The Early Cold War* in Farber, *supra* note 3, at 67.
- (23) 341 U.S. 494 (1951). For background on *Dennis*, see William M. Wiecek, *The Legal Foundations of Domestic Anti-communism: The Background of Dennis v. United States*, 2001 Sup. Ct. Rev. 375 (2002); Martin Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review* 63-64 (1966). For a defense of the court’s approach, see Richard Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 Suffolk U.L. Rev. 1 (1986).
- (24) 395 U.S. 444 (1969). For discussion of *Brandenburg*, see S. Elizabeth Willborn Malloy and Ronald J. Krotoszynski, Jr., *Recalibrating the Cost of Harm Advocacy: Getting Beyond Brandenburg*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 1159 (2000); Hans Linde, “*Clear and Present Danger*” Reexamined: Dissonance in the *Brandenburg Concerto*, 22 Stan. L. Rev. 1163 (1970); Lynn Adelman and Jon Deitrich, *Extremist Speech and the Internet: The Continuing Importance of Brandenburg*, 4 Harv. L. & Pol’y Rev. 361 (2010).

- (25) Id. at 447.
- (26) 414 U.S. 105 (1973).
- (27) Id. at 107.
- (28) Id. at 108.
- (29) 458 U.S. 886 (1982).
- (30) Id. at 902.
- (31) 367 U.S. 290 (1961).
- (32) Id. at 297–298.
- (33) Terrorism Act, 2006, c. 11, § 1 (Eng)
- (34) See S. Chehani Ekaratne, *Redundant Restriction: The U.K.'s Offense of Glorifying Terrorism*, 23 Harv. Hum. Rts. J. 205, 218 (2010).
- (35) Because there were no published judicial opinions in the case, except where otherwise noted, the facts are taken from Thomas Healy, *Brandenburg in a Time of Terror*, 84 Notre Dame L. Rev. 655, 674–678 (2009). Al-Timimi's conviction was remanded for further proceedings to determine whether the government had made improper use of electronic eavesdropping. See United States v. Al-Timimi, 2006 U.S. App. LEXIS 32554 (2006).
- (36) Healy, *supra* note 35, at 678–680; Elisa Kantor, *New threats, Old Problems: Adhering to Brandenburg's Imminence Requirement in Terrorism Prosecutions*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 752 (2008).
- (37) Healy, *supra* note 35; Kantor, *supra* note 36.
- (38) See Chris Demaske, *Modern Power and Free Speech: Contemporary Culture and Issue of Equality* 176–180 (2008) (arguing that *Brandenburg* test should take context into account rather than having a rigid definition of immi-

- nence). The federal sedition statute was upheld against First Amendment challenge in *United States v. Rahman*, 189 F.3d 88 (2d Cir. 1999), on the theory that the statute “prohibits ‘speech’ only when it constitutes an agreement to use force against the United States.” *Id.* at 114.
- (39) The Supreme Court has consistently recognized freedom of association as a constitutional right. See *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).
- (40) For analysis of the statute, see Andrew Peterson, *Addressing Tomorrow’s Terrorists*, 2 J. Nat’l Sec. L. & Pol’y 297 (2008).
- (41) Julie B. Shapiro, *The Politicization of the Designation of Foreign Terrorist Organizations: The Effect of the Separation of Powers* 6 Cardozo Public L., Pol’y & Ethics J. 547 (2008).
- (42) *Id.* at 548.
- (43) *Id.* at 550.
- (44) *Id.* at 551. Individuals may not challenge the designation of the organization in criminal proceedings. See *United States v. Chandra*, 514 F.3d 365, 371 (4th Cir. 2008).
- (45) Shapiro, *supra* note 41, at 561.
- (46) See, e.g., *People’s Mojahedin Org. of Iran v. Dep’t of State*, 182 F.3d 17 (D.C. Cir. 1999), cert. denied, 529 U.S. 1104 (2000).
- (47) *Id.* at 569–572.
- (48) 18 U.S.C. § 2339A(b) (1).
- (49) 18 U.S.C. § 2339A(b) (2).
- (50) 18 U.S.C. 2339A(b) (3).

- (51) 367 U.S. 203 (1961).
- (52) 367 U.S. 290 (1961).
- (53) Id. at 297-98
- (54) 458 U.S. 886 (1982).
- (55) Id. at 931.
- (56) 130 S. Ct. 2705 (2010).
- (57) Id at 2714.
- (58) Id at 2716.
- (59) Id. at 2724.
- (60) Id at 2724.
- (61) Id at 2725.
- (62) Id at 2725-27.
- (63) Id. at 2727.
- (64) Id.
- (65) Id. at 2728.
- (66) Id.
- (67) Id. at 2730.
- (68) Id. at 2731.
- (69) Id. at 2735.
- (70) Id.

(71) Id. at 2736–37.

(72) Id. at 2736.

(73) Id. at 2730.

(74) Id.

(75) Id.

(76) Id.

(77) *Build that Mosque: The Campaign Against the Proposed Cordoba Centre in New York is Unjust and Dangerous*.

The Economist (Aug. 5, 2010), available at <http://www.economist.com/node/16743239/print>

(78) 508 U.S. 520 (1993).

(79) Id. at 531–532.