

# 会社の言論

—— 社会的実在性について考える ——

橋 本 基 弘

はじめに

- 一 八幡製鉄事件最高裁大法廷判決における「社会的実在」論と人権論
  - 二 会社の言論に対する制約について
- おわりに

はじめに

「助教教授になったばかりの先生が会社法の判例を一緒に読んでくれるというのだが、君も参加しないか」。サークルの先輩に誘われて、丸山秀平先生の研究室を訪ねたのは、一九八〇年の五月末のことだったように思う。近寄りがない秀才をイメージし、いくぶんか構えていた。研究室の奥に見付けたのは、穏やかな笑顔をもつ青年であった。

「再来週から始めます」ということで、われわれに与えられたテーマは、「会社の権利能力」、すなわち八幡製鉄事件最高裁大法廷判決であった。二週間でいくつかの論文を探して読んだのはいいが、報告に手ごたえはなかった。しかし、このテーマがきっかけで、なぜか、私は会社法に向かわず憲法に向かつてしまった。その後、この課題は、私の博士論文につながり、群馬司法書士会事件にかかわるきっかけとなった。もしあのとき、そのまま会社法に進んでいたら今と違う人生が待っていたのだろうか。

丸山先生の記念論文集への誘いを受けたとき、私は、四〇年前に先生から与えられた課題をもう一度先生に提出したいと思った。だが、いざ書き始めてみると、問題の大きさにたじろいだ。社会の中に占める会社の存在は、あまりに大きく、多様になっている。会社の人権享有主体性をどのように解釈しようと、問題は解決できそうにないことがわかったからである。

本稿は、八幡製鉄事件最高裁大法廷判決<sup>(1)</sup>(以下「大法廷判決」とする)で述べられた「社会的実在」論を手掛かりにして、合衆国最高裁判所や合衆国の学説を参考にしながら、私なりのアプローチを提示することにとどめた。結論は、きわめて平凡である。会社とは人々が作り出した制度であって、その制度の設計はわれわれに委ねられている。会社にも言論の自由は認められるが、その範囲は限られる。社会が会社に期待している役割を超え、あるいはこれを蹂躪するような活動が禁止されても憲法上の問題は生じない。

## 一 八幡製鉄事件最高裁大法廷判決における「社会的実在」論と人権論

### 1. 憲法判例としての八幡製鉄事件

(1) 八幡製鉄事件とは何だったのか

#### ① 八幡製鉄事件最高裁大法廷判決の特質

八幡製鉄事件ほど研究された最高裁判決は少ない。それは、この判例が法理論のクロスロードに位置するからである。<sup>(2)</sup>

大法廷判決には、会社の権利能力を画定する意義があった。営利法人の目的の範囲に関する従来の判例理論を確認し、これを政治献金に当てはめるといふ役割を担ったのである。その過程で、法人理論についても議論が派生していく。会社の人権という、憲法の基礎理論そのものにかかわる問題にも言及する。さらに、民主主義における政治献金の問題にも触れる。日本社会のあり方に影響を及ぼした最高裁判決はいくつかあるが、八幡製鉄事件はその中でも最も重要なものである。

憲法学説からの評価はどうであったか。人権の享有主体性を拡張した点でのプラスの評価と会社（会社は多様であるが、本稿では主として株式会社を想定して論を進める）の政治献金を追認したことに対するマイナス評価が入り混じる。

八幡製鉄事件は、株主代表訴訟であって、民事事件に過ぎない。判決の結論は、政治献金が会社の目的の範囲内の行為かどうか、政治献金を行うと決め、執行した役員に善管注意義務違反があったかどうかを認定すれば足りる問題であった。だが、最高裁は、半ば原告の主張に引きずられる形で、歴史的な憲法判断を下した。「いわでもの

あまりにいいすぎている」<sup>(3)</sup>のは間違いない。付随的違憲審査制における憲法判断としては、異例の判断である<sup>(4)</sup>。純粋な民事事件における憲法判断のむつかしさを物語るようである<sup>(5)</sup>。

大法廷判決の意味は重い。その後最高裁は、<sup>(6)</sup>①強制加入団体の政治献金の適法性を判断する根拠として、<sup>(7)</sup>②構成員の協力義務を確定する指標として、あるいは、<sup>(8)</sup>③取締役もしくは理事の忠実義務ないしは善管注意義務違反を判断する枠組みとして、また、<sup>(9)</sup>④政党制が憲法に内在している要請であることを確認する理由として、大法廷判決を引用している<sup>(10)</sup>。また、会社の政治献金の可否を判断する下級審判決の基本的な枠組みとして、今日もなおその先例としての力をもち続けている<sup>(11)</sup>。

## ② 大法廷判決の骨子

大法廷判決は、次のように述べる。

会社は、他面において、自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他（以下社会等という。）の構成単位たる社会的実在なのであるから、それとしての社会的作用を負担せざるを得ないのであつて、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然にならうところであるといわなければならない。……会社が、その社会的役割を果たすために相当な程度のかかる出捐をすることは、社会通念上、会社としてむしろ当然のことに属するわけであるから……これらの行為が会社の権利能力の範囲内にあると解しても、なんら株主等の利益を害するおそれはないのである。憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであ

り、政党は議會制民主主義を支える不可欠の要素なのである……したがつて、その健全な発展に協力することは、会社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待されることであり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではないのである……会社による政治資金の寄附が……社会の一構成単位たる立場にある会社に対し期待ないし要請されるかぎりにおいてなされるものである以上、会社にそのような政治資金の寄附をする能力がないとはいえないのである……要するに、会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に觀察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げないのである。

### ③ 大法院判決における「目的の範囲」と社会的実在論

大法院判決は、会社が社会的実在であると述べる。同時に、会社が定められた目的の範囲で活動すべく、国家によつて認められた法制度であることも認めている。会社が人工物であると同時に社会的実在であることは、どのようなことを意味するのか。大法院判決は続けて、災害時における寄附をあげ、社会観念上期待、要請される活動は目的の範囲内の行為であると解釈する。

しかし、この論理はすつきりしない。社会的に期待されたり、求められたりする行為を行うことは責務であつて、権利ではない。むしろ、社会的な責務を果たすためには会社の目的の範囲を広く取つておく必要があるといったかつたのであろうか。この点について、松田二郎裁判官の意見が興味深い指摘をしている。

もつとも、理論的に考察するとき、「定款所定の目的の範囲」と「権利能力の範囲」とは、本来別個の問題であるべきであるが、わが国の判例がかかる理論に泥むことなく、法人は「定款所定の目的の範囲内」において「権利能力」を有するものとし、会社についてはその目的の範囲をきわめて広く解することによつて、会社の権利能力を広範囲に認めて来たことを、私は意味深く感じ、判例のこの態度に賛するものである。

また、同様に大隅健一裁判官意見も次のように指摘している。

しかしながら、会社の目的と権利能力との関係の問題は、単に会社の法人たる性質から観念的、抽象的にのみ決するのは不適當であつて、会社の活動に関連のある諸利益を比較衡量して、これをいかに調整するのが妥當であるか、の見地において決すべきものと考ええる。

営利法人としての会社においては、取引の安全の見地から、目的の範囲は広く解釈できるとした方がわかりやすかつた。また、今日、多くの会社法学説が唱えるように、民法上の目的の範囲は、会社には適用されないとした方がよかつた。<sup>(12)</sup>要するに、権利能力の範囲は定款の目的によつては画定しきれない。同様に、定款の目的は、認められる人権の範囲とも一致しない。これは当たり前のことであつて、法人格をもたないカラオケサークルには人権を認めないということが、ナンセンスであることを考えれば十分である。

#### ④ 会社の言論における二つの問題

ところで、本来、会社の人権が争われるとき、そこには二つの問題が含まれている。ひとつは、会社が国家からの介入に対して主張できる権利、すなわち防御権の問題と、もうひとつは、会社が自由に行動することにより構成員の権利が侵害されるとき調整にかかわる問題である。八幡製鉄事件は、後者の問題を前者の問題にかかわらせることで争われた事件であり、大法院判決以降争われた同種の問題もこの図式によっている。

しかし、この二つの問題は混同してはならない。仮に株主の全員一致で決議され、特定政党を支持する旨の意見広告を掲出することが行われた場合、構成員の思想良心への侵害はない。しかし、会社が政治活動の主体たり得るのかという問題は残る。現行の政治資金規正法が定める会社の政治献金規制（上限規制）が憲法違反である旨争われるような場合には、会社の防御権が問題となる。

会社の政治的自由が肯定されたからといって、ただちに構成員の権利侵害が否定されることにはならないし、構成員の権利侵害がないからといって、会社の政治的自由が肯定されることにはならない（もつとも、後に触れるように、大法院の論理からすると、会社に政治的自由があるとしても、その具体的範囲については立法裁量で決まるということになりそうである<sup>13</sup>）。また、会社にも言論の自由が保障されるかという問題と株主の思想良心の侵害も別問題である。大法院判決は、定款所定の目的の範囲を憲法を使って画定するという離れ業を演じている。

わが国では、司法権が「法律上の争訟」と同義であるとされ、原則として、個人の権利侵害がなければ憲法問題を争うことができない。政治資金規正法上の献金規制が憲法違反であると争えば話は別である。ただ、その場合でも政治資金の制限は立法政策に委ねるとされている以上、会社の言論規制が違憲であるとされる可能性は、限りなく低い。

したがって、会社の言論に関する憲法論には、いまひとつリアリティがない。政治資金規正法には、会社が行える寄付の制限が定められているが、これは違憲なのではないかとか、憲法改正国民投票において、会社が意見広告を掲載することは禁止できるかというような問題が議論されにくいのである。ただ、将来このような現実の問題が議論されることもあるなら、どう考えたらよいのかを示しておく意義はある。そこで、まず大法院判決が大上段に構えた「社会的実在」論から検討を進めていくことにしたい。

## 2. 大法院判決における「社会的実在論」

### (1) 社会的実在とは何か

#### ①ギールケと社会的実在論

大法院判決がいう、「社会的実在」とはどのような存在なのであろうか。「自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他の構成単位たる社会的実在なのであるから」という説示は、理解するのに苦労する。社会において実在しているから権利が認められるというのなら、人と物の二元論にこだわる必要はなくなる。「実在している」という事実から「権利を認めるべき」という規範はただちには導き出せない。

法律の世界において、実在とは証明の問題ではないということを覚えてくれたのは、オットー・フォン・ギールケであった。法人実在論の唱道者、O・ギールケは、団体が社会的実在であることを直接証明することはできないという。団体が社会的実在であることを証明することができないのは、自然人が社会的実在であることを証明することができる(14)と同じであると、巧妙に挙証責任を転換すること以外、この問題には答えられない。自然人である(14)が、

法人であろうが、法が作り出した「人格」であることには変わりがないのである。では、実在する人格とはどのような概念なのであろうか。

ギールケ理論は、W・メイトランド (William Maitland) によって英国に紹介された<sup>(15)</sup>。ギールケ理論は、その後、英国における多元主義の理論的な支柱となる。メイトランドを継承した、ケムブリッジ大学のアーネスト・バーカー (Sir Ernest Barker) は、ギールケ理論を掘り下げ、人格の社会的実在性は、経験によってしか確かめることはできないことを明らかにした<sup>(16)</sup>。社会の中で一定の役割を果たすべく法によって資格が与えられた法的な人格 (person morale) という意味では、自然人も法人 (団体) も変わるところはないというのである<sup>(17)</sup>。自然人も会社も「今ここにある」ことを認めようということである。

## ② 社会的実在としての「人格」

バーカーの紹介によれば、ギールケの「人格」には、物事を感じし、痛みや喜びを感じる主体としての「心理学的人格」、これを前提として、規範を認識し行動できる「道徳的人格」、そして「法的人格」の三種類があるという。法的な人格は、法の世界において活動を行う資格が与えられている (わが国の通説的な言葉で言えば、「私法上の権利能力の帰属主体となる」) ことを意味している<sup>(18)</sup>。

このうち、「法的人格」は「心理学的人格」と「道徳的人格」を前提としない。あくまで法の世界で活動できる資格が与えられているにとどまる<sup>(19)</sup>。そして、法人が社会的に実在しているとは、法的意味での人格として活動していることを意味しているに過ぎない。会社には、痛みも、喜びもない。自分の世界観を表明し、物事の善悪を判断することもできない。多くの憲法理論が認めるように、言論の自由と「道徳的人格」が結びついているならば、会社の言論

を保障するには、「道徳的人格」以外の理由を探さなければならない。それは、法的人格として実在するために必要な自由ということに帰着する。

会社が社会的実在であることと、会社が人工的に作り出された制度であることは矛盾しない。ギールケ自身、会社が人為的なくみであることを認めている。<sup>(20)</sup> そのようななくみがどのように、またどの程度活動できるかを決めるのは法である。会社は、その結果法的人格を与えられる。会社の人権とは、法が会社に何を担わせるのかによって決まる問題である。憲法秩序を出発点にした民主的意思決定の規範のみならず、会社法制や証券取引の制度まで含めた法によって、会社の役割が決まる。

## (2) 会社の言論と民主的意思決定論

### ① 会社の言論と民主的意思決定論

会社自体に頭や口があるわけではない。会社には思考力もなければ、良心というものもない。会社に「個人の尊厳」を観念することは不可能であるから、個人の尊厳にかかわる権利を認めることはできない。現実には、会社の言論は、会社の背景にいる代表者の言論である。結局八幡製鉄事件で争われたことは、会社の代表者の考えを、会社という媒体と資金を使って、会社の名で表明する自由があるのか、その自由は、会社内における少数意見を犠牲にしてまでも保障しなければならぬのかという問題であった。最高裁はこのことに気づいていたからこそ、次のような理由に頼らざるを得なかったではなからうか。

会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。のみならず、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。

民主主義における意思決定の正当性は、その決定の影響を受ける者を決定プロセスに参加させることによつて担保される。「代表なければ課税なし」の原則はここから生まれる。道徳的判断力とは無縁の会社に言論の自由を認めるためには、このような論理によらざるを得ない。ならば会社を選挙権を与えてはどうか。大法院判決はこれを否定する。民主的意思決定プロセスの理論によつて言論の自由を導き出したのであれば、会社を選挙権を与えるのもむづかしくはない。しかし、大法院判決は、「政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではないばかりでない」と述べ、選挙権は国民（自然人）固有の権利にであると断言する。その意味では、「現行法上（一九七〇年当時）、会社の政治資金を禁止する法律がないから、これを行うことは可能である」といえば問題がこじれることはなかったのかもしれない。

## ②会社の人権共有主体性

要するに、大法院判決は、「会社は社会的実在であるがゆえに社会で活動が許されなければならない」ことを人権の享有主体と呼んだのである。しかし、このことから政治的自由を認めるのには、論理の飛躍がある。なぜなら、外国法人ですら、社会的実在であることから政治的自由が認められる必要が生じるからである。大法院判決の論理を突き詰めると、外国法人も民主的決定の影響を受けるため、意思決定プロセスに関与させなければならないが、これは否定されている。民主的意思決定論によって、内国法人と外国法人の人権共有主体性を区別することはできない。<sup>(21)</sup>

大法院判決は、会社の人権、とりわけ言論の自由について、論理的な問題に決着をつけたのではない。問題を生み出したというべきである。大法院判決に対する憲法学の微妙な評価はここから生まれている。会社（あるいは一般的に団体）の人権享有主体性を否定する立場が唱えられ、会社が享有するのは（道徳的人格である自然人がもつ）人権ではなく、公共の福祉や個人の権利のために奉仕する「憲法上の権利」であるとする立場が有力になった。<sup>(22)</sup> むろん、どのような立場をとるにしても、社会的実在である会社がどのような言論の自由をもつのかという問題に直接的な答えを出すことはできない。むしろ、会社の言論とはどのような性質をもち、誰のいかなる権利や自由と対立するのかによって答えを探していくしかない問題である。そこで、以下、アメリカ合衆国の判例や学説を踏まえつつ、この問題を考えてみようと思う。

## 二 会社の言論に対する制約について

### 1. 合衆国最高裁における Corporate Speech のあゆみ

(1) 第一修正の享有主体としての会社

①合衆国憲法における person と言論の自由

合衆国最高裁判所の判例上、会社は実在としてではなく、法技術として扱われてきた。<sup>(23)</sup> 英国における Ultra Vires 法理の影響なのであろうか、会社を自然人と同列に扱う法解釈は有力にはならなかったのである。合衆国最高裁は、ダートマスカレッジ事件において、大学の名称変更 (College から University) は政府が介入すべき事項ではないと判断し、法人が合衆国憲法上という Person であることを初めて認めた。<sup>(24)</sup> ただし、本判決でマーシャル首席裁判官法廷意見は、大学の設立運営は自然人の契約の束であるとして、法人契約説的な立場を取っている。その一方で、会社が第一修正表現の自由の主体であることは、報道機関に関する事例を除いて、長く認められてはこなかったのである。表現の自由に関する古典的学説は、A・マイクルジョンにしても、T・I・エマソンにしても、いずれも個人を想定したものであって、団体もしくは組織が一つの主体となって第一修正の権利を行使できるとは考えてこなかったようである。ここには、合衆国憲法制定以来の反結社思想 (セクトに対する警戒感) をうかがい知ること<sup>(25)</sup> ができる。

この理解が決定的な転換点を迎えるのは、わが国の最高裁より遅く、一九七六年のことであった。まずは、会社の営利的言論の自由が、次いで政治的意見表明の自由が第一修正によって認められることになった。

②営利的言論の自由の展開

合衆国最高裁は、医薬品の価格広告が第一修正によって保障されるのが争われたヴァージニア薬事委員会判決<sup>(26)</sup>において、これを認める判決を下した。その際に用いられたのが情報受領者の権利であった。ただし、営利広告の場合、虚偽または詐欺的な内容は規制される。これは営利広告と政治的表現との間にある「常識的差異 (commonsense

difference)」によるとされる。この考え方は、一九八〇年に判示されたセントラルハドソン社判決によって確立された。本判決によって、営利広告規制の合憲性は、セントラルハドソンテストと呼ばれる四段階審査基準で審査されることになった。

これは、①問題となる表現が違法な活動にかかわったり、公衆を誤解させるようなものでなければ、②主張される政府利益が本質的であり、③規制利益を直接的に促進し、④必要以上に強力でないときに営利広告規制が許されるというものである。以後、合衆国最高裁における営利広告規制はこのテストによって判断されることになる。<sup>(27)</sup>

その適用における厳格さのレベルについて、セントラルハドソンテストは若干の紆余曲折を見たものの、かなり高度なレベルの審査基準として適用されてきた、そして現在では、実質的に虚偽もしくは詐欺的広告だけが規制できる状況となっているといえよう。さらに、営利的言論のカテゴリーを否定し、営利広告の内容が規制される場合には、厳格審査を施す判例も登場している。今日、営利広告であるがゆえに特別な規制に服するというような姿勢は維持できなくなっている。<sup>(28)</sup>

## ② 政治的意見表明の自由

営利的言論への保障に遅れること二年、合衆国最高裁は、ベロッティ判決<sup>(29)</sup>において、会社の政治献金が第一修正によって保障される自由であると認める判断を下した。法廷意見を述べるパウエル裁判官は、会社の行う政治的表現も第一修正の核心部分に位置し、その利益は一般市民の知る権利に奉仕することにあると述べたのである。この判旨は、その後、公益事業者が行う政治的意見表明が争われた一九八〇年のエディソン社判決<sup>(30)</sup>や一九八六年のバシフィックガス社判決<sup>(31)</sup>に継承される（いずれも法廷意見を執筆したのはパウエル裁判官であった）。

その後、この傾向には一定の揺り戻しが生じることになり、会社の政治献金規制が維持されるケースも出てきた。しかし、合衆国最高裁は、二〇一〇年のシテイズン・ユナイテッド判決において、会社の行う政治献金規制を実質的に全廃させるような判断を下した。<sup>(32)</sup> 法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、連邦政府が主張する政府利益である「腐敗の防止」が政治献金規制という手段では実現できない点を指摘する。連邦政府が規制する政治献金規制は過大包摂であり、また過少包摂であるというのである。

シテイズン・ユナイテッド判決では、第一修正は誰のための自由なのかが厳しく争われている。反対意見を展開するステイブンス裁判官は、「自然人とは異なり、会社はその経営者にとつては有限責任を負わせ（るにとどめ）、『永続的な生命』をもち、所有と支配が分離され、財産の蓄積と分配について優遇措置を設け、それにより資本を集め、株主の利益に対して配当を最大化することで資源を開発する能力が強められている……会社には良心がなく、信念も感情もない……会社は憲法を定め、またその目的である『われわれ人民 (We the People)』ではない」と激しく法廷意見を批判している。

合衆国最高裁は、二〇一四年のマッカチオン判決でも、会社の行う政治献金規制を違憲と判断する判決を下している。<sup>(34)</sup> ここでは、政治献金の総額規制を定める連邦法の合憲性が争われたのであるが、法廷意見を述べるロバーツ首席裁判官は、「連邦議会は、単に政治献金の総額を減らしたいとか、他者の相対的な政治的影響力を強めるため、ある者の政治参加を規制しようとすることはできない」と述べている。そして、シテイズン・ユナイテッド判決同様、連邦法の規制目的である腐敗防止の利益が広すぎることを排撃する。<sup>(35)</sup> これに対してプレイヤー裁判官は、政治献金規制によって防止されるべき腐敗は広くとらえられるべきであつて、それは連邦政府の裁量に任されるべき旨反論する。<sup>(36)</sup>

## (2) 表現者の平等と受け手の利益

## ① 表現の自由の平等

このような判例の展開を促した理論的支柱は、表現者は平等であるべきだとする理念と表現の自由な行使によって利益を受けるのは市民であるとする考え方であった。<sup>(37)</sup> 表現の自由の平等は、表現内容規制への厳格審査から派生する原理である。<sup>(38)</sup> 表現内容を規制することは検閲に比肩する危険性をもつ。これは「何を話すか」のみならず、「誰が話すか」の規制にも適用されるべきであるから、表現主体の平等性が求められる。自然人であろうと会社であろうと、表現の自由のフィールドでは平等なプレイヤーとして扱われなければならないという。

一方で、表現空間（思想の自由市場と呼んでもよい）の自由を確保することで、多様な内容かつ多様な話者の表現が覇権を争い、あるいは真理を争うことが可能となる。表現の受け手は、この多様性から自分の考え方を形成し、真偽の判断を行うことができる。この空間に国家が手を入れることは許されないと考えるのである。<sup>(39)</sup>

## ② 合衆国最高裁における会社の言論

今日、会社が言論の自由の主体たり得ることは、合衆国においても確立された法理となっている。ある調査によると、合衆国で争われる表現の自由事例のうち会社がかわるものは六〇%に達しており、勝訴率は営利的言論のケースで五五%に達しているいわれている。<sup>(40)</sup> この数字が表すように、今日、言論の自由の主体もしくは担い手として、会社は個人を凌駕する存在になっており、会社の言論は、今後の第一修正のあり方を左右するところまで達しているといえよう。

このことから、今日、個人ではなく組織が言論の自由の地平を切り開いていくありさまを *institutional turn* と呼

び、個人を想定した表現の自由理論から、組織に着目した理論構築を目指すべきだとする学説も唱えられている<sup>(4)</sup>。もちろん、言論の自由の institutional theory に会社が含まれるかどうかについては議論があるが、言論の自由理論のありよう自体の変革もしくは再構築は避けられない。言論の自由は、これまで個人をベースにして構築されてきた。言論の自由を自己統治と結びつけ、あるいは自己実現の手段として位置付け、真理を見極める（あるいは真理について合意する）手続ととらえてきた、伝統的表現の自由理論にも修正が求められている。会社の言論は、このような問題状況の中でとらえなおす必要がある。

## 2. 会社の言論—ひとつの考え方

### (1) 内在的視点と外在的視点

#### ①問題のありよう

大法廷判決が下されてから、今年でちょうど五〇年を迎える。すでに、この問題は、会社には言論の自由が認められるかという単純な思考方法ではとうてい太刀打ちできない難問になっている。たとえば、会社の言論の自由を否定しても、会社が社会において実在しているがために、その政治的影響力を消し去ることはできないからである。

この五〇年の間に会社の社会的実在の意味も変わり、表現のありようも多様化している。政治献金によらずとも、会社はさまざまな媒体とツールを用いてみずからの立場を表明できるようになっている。会社の社会的責任論が叫ばれ、コーポレートガバナンスへの社会的な認識が高まる一方で、社会責任投資による会社統治へのコントロールも行われるようになっていく。会社は、SNSを用いた批判にさらされる一方で、各種プラットフォームを操作すること

で、みずからの社会的評価を作り出す技術も高めている。GAF Aのような巨大企業が登場し、世界規模で多くの人々の日常生活に重大な影響を与えるようにもなっている。

他方で、企業規模（会社の規模）が大きくなればなるほどステークホルダーは多様化し、価値観や政治的立場も多様化していくことは避けられない。つまり、会社の社会的影響力が高まるほどに会社構成員の思想良心は拡散し、会社の政治的活動が構成員のものと考え方と対立する可能性は高まってくる。このとき、「会社における通常の意思決定手続を経ているから、少数意見者は黙れ」といえるかどうか。たとえば、電力会社において原子力発電所の再稼働を促進したいと考える経営陣と再生可能エネルギーへのシフトを志向すべきだとする経営陣が対立したとき、原子力発電所再稼働に積極的な政党への政治献金を通常の手続で（取締役会の多数などで）決定することは適切なのであるか。また、会社にかかわる多くのステークホルダーの考え方や利益、社会一般の利益との調整はどう考えるべきなのであるか。

## ② 内在的視点と外在的視点

このような難問を前に、憲法の解釈論は何をなし得るのであるか。ここでは、ひとつの試論として、内在的視点と外在的視点を分けて考えることにする。

内在的視点とは、会社とはどのような組織で、会社の言論とはどのような活動を意味するのかを考える作業を指す。また、外在的視点とは、そのような会社に言論を認めることで、社会はどのような影響を受けるのか、民主社会はそれにどう対応するのかにかかわっている。

### (A) 内在的視点

## ⑦ 会社の言論とその性質

まず、内在的な視点に立って、会社の言論を考えてみよう。結社の自由によって作られた組織＝corporationは、個々の自然人が自発的に結合する行為の結果である。しかし、会社は、自由に設立できる状況でも、有限責任にふさわしい運営を義務付け、ステークホルダーを保護する制度を前提にして活動するものであるから、さまざまな法規制によってコントロールされている。<sup>(42)</sup>

また、会社の人権とは、構成員の個別的な人権の総和なのか、あるいはそれ以上もしくはそれ以外の権利なのかという問題もある。会社の背景にある自然人の存在を意識するのか、会社を別個独立の人権主体として考えるのかという問題である。この点について、ベロッティ判決<sup>(43)</sup>、レーンクイスト首席裁判官反対意見<sup>(43)</sup>、さらにはシテイズン・ユナイテッド判決<sup>(44)</sup>、ステイブンス裁判官反対意見<sup>(44)</sup>は、会社が構成員から独立した人権の主体であることを否定している。一方で、ベロッティ判決<sup>(45)</sup>、パウエル裁判官法廷意見<sup>(45)</sup>やシテイズン・ユナイテッド判決<sup>(46)</sup>、ケネディ裁判官法廷意見<sup>(46)</sup>は、会社が構成員から離れた独立の人権主体であると考えているようである。

繰り返しになるが、会社自体に口はない。思考力も良心もない。会社の言論は、会社の代表者の考えを会社という媒体と資金を使って、会社の名で表明する自由があるのか、その自由は、会社内における少数意見者を犠牲にしても保障しなければならないのかという問題である。<sup>(47)</sup> 会社の言論とは、会社の執行機関が自らの考えを会社を通じて発信するものである以上、そこに会社自体の自己実現の価値を見出すことは論理的には不可能である。会社の言論は、決して人間にとって不可欠 (essential) なものではあり得ない。<sup>(48)</sup>

## ⑧ 思想の自由市場と会社の言論

会社の言論が真理の発見に寄与することはあるのか。否定的に考えるべきである。会社の目的は利潤を追求することであって、社会に対して真理を語る保証はない。営利的言論論理が、虚偽や詐欺的な広告の規制をいまだ許し、証券取引法が会社に一定の事実の公表を義務付け、会社情報を強制的に開示させているのは、会社が真実を語らないことの裏返しである。<sup>(51)</sup>

また、O・W・ホームズのいう「思想の自由市場」は神話の世界でのみ成立する空間であって、現実世界を反映してはいないとの主張がある。「思想の自由市場」をまったく規制が許されない場としてとらえるような新古典派経済学的な見方は、経済学の世界でも過去のものとなつていくのである。それにもかかわらず、あらゆる言論を市場で戦わせるべきだとするのは、「頑固な信念によるもの (tenacity)」だとの評価もある。<sup>(52)</sup>

これを先に述べた制度論的アプローチ (institutional theory) から説明するとどうなるか。言論の自由の担い手としての制度には、報道機関や大学、教会、各種政治団体のように、憲法上直接あるいは間接に憲法価値の実現が付託されている組織がある。<sup>(54)</sup>しかし、会社にはこのような価値の実現が期待されていない。また、政治や市民生活に対するその影響力は絶大であるから、これを一定のコントロールの下に置く必要が生じる。他方で、会社の行う言論活動が市民の意思決定に何らかの参考となることも十分あり得る。その限りで、会社の言論に一定の保護を与えることも可能となる。会社に認められる言論の自由は、パーカーのいう「法的人格」から派生するものに限られると説明してもよい。

#### ㉞ 取締役の責任

会社の言論については、誰がいつ、どのように決定し、実施するのが問題となる。この点で、営利的言論の場合

は、それが利潤獲得活動と直結しているため、通常の経営判断で行うことに問題はないであろう。ただし、営利的言論とは何かがはっきりしない点には注意が必要である。かつて、自社の海外生産拠点で、現地の労働者を酷使し、ハラスメントが横行しているとの報道に対して反論を行うことが営利的言論に当てはまるのかが問われたケースがあった。<sup>(55)</sup>これが営利的言論に該当するならセントラルハドソンテストが適用され、虚偽の内容が規制されることになるが、該当しないならこの制約を免れることになるため、営利的言論に当たるかどうかが裁判の結論を決する意味をもつ。

政治的事項や社会的関心事に対する言論活動はどうか。<sup>(56)</sup>これについては、通常の経営判断とは異なる意思決定手続が必要であるとの見方もある。少なくとも、あらかじめ株主に同意を求め、場合によっては反対株主に反論の機会を与える必要があるというのである。この点で、合衆国の学説には、会社の政治献金がこれほどまでに争われる時代背景として、株主権限の低下と代表権限の強化があるとの指摘に注目したい。<sup>(57)</sup>かつてバリーとミーンズが描いた、所有と経営の分離が長い時間をかけ、会社の言論にも現れたというべきであろうか。この点で、会社の利益に直接関係のない政治献金については、役員に慎重な姿勢を求める学説もあるが、逆に会社の利益と直接的関係に立つ政治献金は、民主過程の廉直さ (integrity) を損なうものと考えるべきではないだろうか。

#### (B) 外在的視点

次に外在的な視点から会社の言論を考えてみよう。

#### ⑦ 政治腐敗と会社の言論

ジョージ・ソロスやウォーレン・バフェットのような大富豪なら、個人献金でも政治の方向性を変えるほどの力を

もっているかもしれない。しかし、多くの市民はこのような立場にはない。献金や意見表明の機会が投入できる資金量に依存するならば（ただし、SNSの発信が世の中を変えることは少なくない）、表現の影響力を等しくするためには、個人献金者が団結するか、会社の言論を制限するほかない。問題は、マッカチオン判決法廷意見の中で、ロバーツ首席裁判官が述べるように、会社の言論を制約することが「他者の影響力を相対的に強めるために、ある者の政治参加を規制すること」<sup>(58)</sup>を意味するのか、そしてそのような措置は許されないのかにある。

アメリカの政治献金が苛烈な誹謗中傷合戦に用いられ、政治資金の集金力が大統領選挙を支配する状況となつていることが指摘されて久しい。<sup>(59)</sup>わが国の場合も、大法院判決の後、ロッキード事件が起き、金権政治に対する批判が高まったことも思い出す必要がある。J・コーツは、腐敗防止のための政治資金規制が無効とされ続けると、アメリカ社会がロシア化すると警告する。政治資金を通じたレントシーキングが避けられないからである。<sup>(60)</sup>

自分のもつ資金は自分が用途を決定すべきであり、それを支持する政党や候補者にどれほど費やすかは自己決定の領域に属すると考えるなら、会社であれ個人であれ、政治献金規制はパターンリズムに基づく介入になつてしまふ。また、発言力のある著名な人物と一般市民が等しく政治に参加するには、連帯して資金を提供することにも合理性がある。したがって、政治献金を完全に禁止することには慎重な姿勢が求められる。

そのうえで、会社の政治献金に上限規制を設けたり、用途制限を課したり、さらには政治献金の出資プロセスを透明化することは、いずれも立法政策に委ねられるべきことであつて、これらをもつて憲法違反とすることはできない。会社の政治的自由は法の選択の中でのみ許されるからである。「思想の自由市場」が健全に作用するためには、言論に費やされる資金の規制が求められる。「言論には言論で対抗すべき (more speech)」との考え方も土俵そのもの

が等しく開かれていない限り機能しない。

#### ① 対抗言論としての会社の言論

一方、市民団体や消費者団体から行われる批判に対して、会社として応答する権利は認められてよいように思う。原子力発電所のケースでは、原発に対する理解を求め、その政策上の適切さを社会に発信することは認められてよい。わが国でよく行われる会社の謝罪会見と正反対に、経営方針を社会に伝え、一定の弁明を行う権利も言論の自由に含まれる。このような言論は、一般市民に対して会社の視点を提供するものであって、公的議論への素材を提供するからである。

言論空間における支配 (domination) を避けるためには、会社の資金や影響力によるアジェンダセッティングや言論機会の (実際上の) 制約から一人ひとりの参加を保障する必要がある。そのためには会社の言論は制約を受ける。もちろん、思想の自由市場への参入は妨げられてはならない。しかし、財力によって聞かれるべき意見や立場が駆逐されることにも警戒が<sup>(61)</sup>いる。民主過程における参加の自由と平等の要請の調和は、立法府に任せるべき問題である。

#### ② 少数株主保護と会社の言論

少数株主はどう保護されるか。少数株主保護は会社の内部問題にとどまり、国家が会社の言論を規制できるかという問題とは無関係と考えることもできようが、通常の経営判断では足りず、特別な保護が必要であって、そのため法規制は憲法に違反しないとする解釈に注目すべきである。<sup>(62)</sup> 会社構成員の思想は多様であって、すべての見解に対して平等でなければならぬとするのもむづかしいが、少なくとも、会社業務の廉直性を損なうような寄付については、役員<sup>(63)</sup>の善管注意義務違反となる可能性が高い。

株式会社は株式を譲渡すれば会社の決定に従わなくてもよいのではないかとの考え方もあるが、これは会社の言論を考えるうえでは補助的な意味をもつにとどまる。株式を譲渡するコストは抽象的には判断できないし、「嫌ならやめればよい」という姿勢は、会社の社会的責任からは真逆の姿勢だからである。会社にとどまり、会社のあるべき姿を実現させようとする株主がいるからこそ、会社の社会的責任が実現できる。

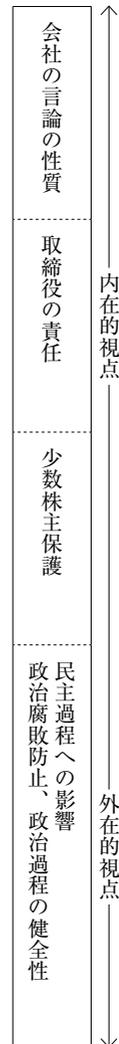
結局、外在的視点から見たとき、会社の言論で問われていることは、民主主義の中に巨大な富の集積センターをどう位置付けていくのかという問題、つまり民主主義の型の問題であるように思う。<sup>(63)</sup> 合衆国最高裁のように、敵対的民主主義を極端まで追求していく方がよいのか、そうではなく、会社に、表現の自由を用いた私的利益の最大化を許さない方途を選ぶのかの選択が求められているのではなからうか。

## おわりに

丸山先生のゼミから四〇年が経過した今、会社の言論をめぐる憲法問題がまったく新たなフェーズに入っていることを痛感する。先に述べた、G A F Aのような、ある面では国家をしのごく影響力と富の集積を有する企業体が多くの人類の生活に影響を及ぼし、あるいは支配力を行使する今日、会社の言論もまた、あらたな検討が求められているではなからうか。そこでは、富による支配 (domination) を避け、すべての市民が等しく公共善とは何かを論じあい、追求できる社会をいかに構想するかが求められているように思う。一部の敵対的民主主義を主張する憲法学者のように、国家は言論空間に指一つ触れてはならないと考えるならともかく、会社が政治に関わることそのものは是非を含

め、考えなければならないことは多い。会社は、私たちに利益を提供するしくみとして、私たちが作り出した「制度」であるから、これを独り歩きさせることはできないのではなからうか。

四 会社の言論とその考察ポイント



(1) 最大判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁。

(2) 大法院判決を扱う文献は膨大な数に上る。ここでは、最近のもののみを掲げる。毛利透「法人の基本権享有主体性」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿『憲法判例百選Ⅰ』〔第七版〕(二〇一九年)一八頁、小泉良一「法人と人権」大石眞・石川健治『憲法の争点』(二〇〇八年)七八頁、川口恭弘「会社の政治献金」岩原伸作・神作裕之・藤田友敬『会社法判例百選』〔第三版〕(二〇一六年)八頁、泉田栄一「会社の政治献金」江頭憲治郎・岩原伸作・神作裕之・藤田友敬『会社法判例百選』〔第二版〕八頁(二〇一一年)。

(3) 鈴木竹雄「政治献金事件の最高裁判決について」商事法務研究五三一号一一四頁。

(4) 実際には、最高裁判事の多くは、わが国の違憲審査制がアメリカ流の司法審査制度とは異なり、一般的抽象的な憲法判断を下したり、主文を導く中で、あるいはそれとはかわりなく、一般的な憲法判断をすることも可能であると考えていたのではなからうか。少なくとも八幡製鉄事件最高裁判決までは、そのような暗黙の理解があったように思われる。そして、それは必ずしも間違った憲法解釈であったとはいえないであろう。

(5) 判決主文に対する理由を判例とするならば、大法院判決の場合、会社の人権享有主体性にかかわる説示は判例としての意味をもたないと考えらるべきであろうか。高橋和之「団体の人権主張適格」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集』(二〇〇四年)二五頁。

- (6) 最判平成八年三月一九日(南九州税理士会事件) 民集一七八号八八九頁、最判平成五年五月二七日(大阪合同税理士会事件) 民集一六九号五七頁。
- (7) 最判昭和五〇年一月二八日、民一一六号五九九頁(国労広島地区本部事件)。
- (8) 最判平成六年七月四日 税務訴訟資料二〇三号一九〇五頁。
- (9) 最判昭和六三年二月二〇日、民集一五五号四〇五頁、(政党からの党員の除名と司法審査の可否)、最判昭和五六年六月一五日刑集刑事二二三号六五頁など。
- (10) ただし、会社の人権享有主体性に関しては、その後の最高裁判例の中で大法院判決が引証されることはないため、本判決が憲法判例としての先例価値を失っているともいえる。参照毛利前掲注(2) 一九頁。
- (11) 福井地判平成一八年八月三〇日判例集未搭載(なお、LexDB 文献番号二八一三〇〇〇三(熊谷組政治献金等株主代表訴訟事件)、同控訴審名古屋高判平成一九年四月二五日判例集未搭載(なお LexDB 文献番号二八一三〇〇〇三))。
- (12) 学説状況については、浜田道代「定款所定の目的と会社の権利能力」浜田道代・岩原伸作編『会社法の争点』一二頁(二〇〇九年)を参照した。英国に端を発する Ultra Vires の考え方が解釈によって空文化されたともいえようか。参照、前田重行「会社の能力と目的の範囲」鴻常夫・落合誠一・江頭憲治郎・岩原伸作『会社判例百選「第六版」六頁(一九九八年)・北村雅史「会社の権利能力と目的の範囲」岩原伸作・神作裕之・藤田友敬『会社法判例百選「第三版」七頁(二〇〇六年)。
- (13) 法廷意見は次のように述べている。「さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであつて、憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもつて国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない」。いずれにしても、会社の政治献金規制は立法裁量に委ねられることになりそうである。
- (14) アーネスト・バーカー『近代自然法をめぐる二つの概念 社会・政治理論におけるイギリス型とドイツ型』(一九八八年)一〇八頁参照。
- (15) Otto Gierke, *Political Theories of The Middle Age*, Translated with an introduction by F. Martland (1996).
- (16) バーカー前掲注(14) 一一三頁以下参照。

- (17) 法人を *Person morale, moral person* と呼ぶが、これは法人に道徳的人格が認められることを意味しているわけではなく、「法的に与えられた権限もしくは資格をあらわすために用いられてきたもので、その際の道徳的人格には、なんら倫理的な意味は含まれていないのである」。パーカー前掲注(14) 一〇一頁。
- (18) パーカー前掲注(14) 一〇〇頁。我妻栄・有泉亨・川井健『民法第三版①』六三頁(二〇〇八年)。
- (19) 団体(法人)が社会的実在であることと、その実在が人工的に作られたしくみであることは矛盾しない。自然人によって作り出され、法によって活動が承認されたとしても、その活動は、自然人と同じく社会的な作用を営み、したがって実在であるとするには何ら差し支えないからである。
- (20) オットー・フォン・ギールケ『ドイツ団体法論第一卷ドイツゲノッセンシャフト法史第四分冊』(庄司良男訳) 三五八頁(二〇一五年) およびパーカー前掲注(14) 一二三頁。
- (21) ちなみに、大法院判決は、人権の享有主体性について、内国法人については一般的にこれを認め、その種類や範囲については性質説をとり、外国法人にはこれを否定するように読める。しかし、たとえば、外国法人に対する著しく差別的な課税が行われているとき、この課税の無効性を争う外国法人が憲法一四条一項の法の下の平等を主張することは許されないであろうか。
- (22) 長谷部恭男『憲法 第七版』一二六頁(二〇一八年)。
- (23) 合衆国における法人理論については、David Millon, *Theories of Corporation*, 1990 *Duke L. J.* 201 に詳しい。邦語文献としては、早川禮子「アメリカにおける会社の法人論の展開」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集』(二〇〇四年) 六三頁。また、拙稿『近代国家における個人と人権』一六四頁以下も参照願いたい。ただし、合衆国において、法人理論が会社の人権の問題にどれほどの影響を与えたのか疑問視する意見もある。Adam Winkler, *Corporate Personhood and the Rights of Corporate Speech* 30 *Seattle L. Rev.* 863 at 867 (2007)。
- (24) *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 *U.S.* (4 *Wheat.*) 518 (1819)。
- (25) 合衆国における団体の人権享有主体性については、木下智史『人権総論の再検討 私人間における人権保障と裁判所』(二〇〇七年) 二一〇頁以下に詳細かつ包括的な研究がある。
- (26) *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 *US* 748 (1976)。

- (27) この点については、拙稿「表現の自由―理論と解釈」(二〇一四年) 五一頁以降参照。また、拙稿「営利的な広告の自由の規制」憲法判例百選Ⅰ「第六版」(長谷部恭男・石川健治・穴戸常寿編) 一二六頁および「営利的言論の自由」憲法の争点(大石眞・石川健治編、二〇〇八年) 一二四頁などを参照願いたい。
- (28) 拙稿「営利広告規制と情報バタナリズム」法学新報一二四巻七・八号七七頁(二〇一八年)。
- (29) First National Bank of Boston vs Bellotti 435 US 765 (1978).
- (30) Consolidated Edison Co. of NY vs Public Service Commission of NY, 447 US 530 (1980).
- (31) Pacific Gas & Electric Co. vs Public Utility Commission of California, 475 US 1 (1986).
- (32) Citizens United vs FCC, 558 US 310 (2010)。この判決については、村山健太郎「政治資金の支出制限と文面審査」戸松秀典編「続・アメリカ憲法判例」四〇頁(二〇一四年)に詳しい解説がある。なお、拙稿「政治資金規制と司法審査の役割」比較法雑誌四九巻一号二頁(二〇一五年)参照。
- (33) 558 US 424.
- (34) McCutcheon vs FCC, 134 S. Ct. 11434 (2014)。この判例に関する研究として、落合俊行「アメリカ連邦選挙資金法制における寄付総額規制の憲法学的考察 McCutcheon v. Federal Election Commission 事件連邦最高裁違憲判決(二〇一四年)の法理」『法経論集』(愛知大学)二〇四号七三―二八頁(二〇一五年)。
- (35) Id. at 1461.
- (36) Id. at 1465。なお、拙稿「政治資金規制と司法審査の役割」前掲注(32) 一七頁。
- (37) この点については、拙稿「表現の自由 理論と解釈」前掲注(27) 一六九頁以降参照。
- (38) 表現の自由の平等とは、「表現規制には内容規制と内容に関わらない規制があること、表現規制は原則として許されないこと」を意味する。この考え方は、一九七二年のモズレイ判決 (Police Department of Chicago vs Mosley, 408 US 92 (1972)) サークナム・ブーシヤル裁判官法廷意見に端を発し、ケネス・カースト (Kenneth Karst, Equality in the First Amendment, 43 U. Chi. L. Rev. 20 (1975)) ギョットロー・ストーン (Geoffrey R. Stone, Restrictions of Speech because of its Content: Peculiar Case of Subject Matter Restrictions, 46 U. Chi. L. Rev. 81 (1978))、マクニツァブライニン・マティン (Martin H. Redish, Content Distinction, 34 Stan. L. Rev. 113 (1981)) などによって理論化され、今日では確立された憲法理論となり

ところ。

(39) 様々に対立する意見を自由に表明させ、あらゆる者の政治参加を認めるべきであるとの考え方を「敵対的民主主義」と呼ぶ。この観点から合衆国最高裁の判断を是認するものとして、Martin H. Redish, *The Advisory First Amendment*, (2013); Money Talks (2001). この視点は異なるものとして、同じく合衆国最高裁の傾向に賛同するものとして、Larry Ribstein, *Corporate Political Speech*, 49 Wash. & Lee L. Rev. 109 (1992).

(40) John C. Coates, IV, "Corporate Speech and the First Amendment: History, Data, and Implications," *Harvard Law School*, February 2015.

(41) その代表たるフレデリック・シャウアーは、組織的言論に会社を含ませないなら、Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 Minn. L. Rev. 1256 (2005). その理由にこの点の明言はながら、多種多様な組織の第一修正によって保護されるものとそうでないものの区別をどう行うのかについては疑問が提起されている。Date Carpenter, *The Value of Institutions and the Values of Free Speech*, 89 MINN. L. REV. 1407 (2005). 一方、シャウアーの考え方を会社に適用し、会社に対する証券取引法上の制約が憲法上許されると考えるものとして、Michael R. Siebecker, *Corporate Speech, Securities Regulation, and an Institutional Approach to the First Amendment*, 48 Wm. & Mary L. Rev. 613 (2006) がある。また、ポール・ホーウィッツは、会社にも公的議論に一定の寄与をする可能性があるが、それは教会や大学、政治組織のようなインフラストラクチャーではないと考えている。Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, 244 (2013). 一方、ジョセフ・プロッチャーは、明確ではないものの、会社の営利活動に関わる言論は第一修正のうえで重要な役割を演じると考えているようである。Joseph Blocher, *Institutions in The Marketplace of Ideas*, 57 Duke L. J. 821 (2008). わが国においても、制度の観点から表現の自由理論を組みなおそうとする試みがなされている。阪本昌成『表現権理論』(二〇一一年)がある。阪本は、これまで支配的であった表現の自由理論とくにその基礎付けとしての思想の自由市場論を問い直す(四一頁)。様々な言論が真理の探究を目指して競争するイメージは正しくなく、思想に真偽などないという立場から、ideaを「思想」ではなく、「知識」と読み替えることを提唱している(四四頁)。この観点からすると、会社の言論も思想の自由市場に寄与するところは大きいということになりそうである。同様な視点に立つものとして、Jonathan Weinberg, *On Commercial—and Corporate—Speech*, 99 Marq. L. Rev. 559 at 599 (2016).

- (42) Wayne Batchis, *Citizens United and the Paradox of "Corporate Speech": From Freedom of Association to Freedom of The Association*, 36 N.Y.U. of Law and Social Change 5 (2012) は、結社の自由が個人の自由として観念されてきたにもかかわらず、ミンチンズン・エナトナッド判決は、結社による自由と改変をせしめてきたことを厳しく批判する。
- (43) 435 US 824.
- (44) 558 US 365.
- (45) 435 US 776.
- (46) 558 US 348.
- (47) 447 US 471. 同様な問題意識に立ちもつて「Carl E. Schneider, *Free Speech and Corporate Freedom: A Comment on First National Bank of Boston vs Bellotti*, 59 S. Cal. L. Rev. 1277-9 (1986). また「ハッチスは、そもそも会社には「言論」行為を観念すべきなにとする立場もあるとしよう。会社に言論を観念できるとすれば、適当にプログラミングして、アウトプットされたものを言論と呼ぶのに等しいと述べる。Batchis, supra note 42, at 8.
- (48) Daniel J. H. Greenwood, *Essential Speech: Why Corporate Speech Is Not Free*, 83 Iowa L. Rev. 995 (1998).
- (49) Batchis, supra note 42, at 45.
- (50) かつてエドウィーン・ヘイカーは、市場の論理に支配された言論は第一修正によっては保護されないと述べた。利益追求の動機に駆られ、自由な討論に奉仕しない言論は第一修正が想定する言論ではないというのである。それは、会社の言論が結局のところ自己利益の拡大にのみ関心を寄せ、冷静な public discourse とはみなされないことを意味している。
- C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* (1989). 同様な議論は、リチャード・ポストの Public discourse 理論にも見出たところだが、Robert C. Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L. Rev. 1 (2000). これらの点については、拙稿前掲注(27)『表現の自由—理論と解釈』五二頁以下を参照願いたい。ただし、ヘイカーは、営利目的の言論が会社だけに限られるとは考えていない。
- (51) Siebecker, supra note 41, at 613. は、なぜ証券取引法上の情報開示が強制されなければならないか、そのような義務付けが消極的表現の自由と違反しないのかを論証している。
- (52) Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L.J. 1, 2 n. 2.

- (53) Joseph Blocher, *Institutions in the Marketplace of Ideas*, 57 DUKE L. J. 821 at 837 (2008). ただし、思想の自由市場論は、どちらかといえば、情報の受け手に傾斜した理論であって、誰もが自由、平等に討論に参加できることを重く見る理論ではない。
- (54) かつて制度 (institution) と組織 (organization) はよくに区別せず用いているが、制度は組織が機能するための土壌あるいはルールであって、組織はそのうえで役割を演じるプレーヤーであると考える方もある。Blocher, *supra* note 53 at 842.
- (55) *Nike vs Kaseky*, 123 S. Ct. 2554 (2003). なお、拙稿前掲『表現の自由—理論と解釈』一二五頁以下を参照願いたい。
- (56) 川口前掲九頁。
- (57) Karl M. F. Loockhart, *A Corporate Democracy?: Freedom of Speech and the SEC*, 104 *va. L. Rev.* 1593, at 1600 (2018).
- (58) 134S. Ct. 1434.
- (59) さしあたり、参照、渡辺靖『アメリカン・デモクラシーの逆説』四八頁(岩波新書・二〇一〇年)。
- (60) Coates, *supra* note 40, at 35.
- (61) Frederick Schauer, *Judicial Review of the Device of Democracy*, 94 *Colum. L. Rev.* 1326, at 1327 (1994).
- (62) Lucian A. Bebchuk and Robert J. Jackson, Jr. *Corporate Political Speech: Who decides?* Discussion Paper No. 676, 9/2010, *Revised*, 10/2010. [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/) わが国におくべき同様な意見がある。近藤光男「会社の寄付と取締役の善管注意義務」商事法務一六六三号一三頁、一九頁。
- (63) その意味で、会社法制があつて憲法秩序があるわけではなく、憲法秩序の中に会社を位置付けることが求められている。上村達男「企業法制と憲法学」戸波江二編『企業の憲法的基础』二八頁(二〇一〇年)。

(本学法学部教授)