

論 説

Hate Speech規制をめぐる憲法論の展開 —1970年代までのアメリカにおける議論—

小 谷 順 子

一 はじめに

本稿は、主に1970年代までのアメリカにおける「hate speech（ヘイト・スピーチ¹）」の規制をめぐる判例法の展開を分析するものである。Hate speechとは、人種・宗教・性的志向・性別などの要素に起因する「hate（憎悪・嫌悪）」を表す表現行為を指す語であり、いわゆる「差別用語」に加え、偏見や憎悪に満ちた文章・発言、さらには反ユダヤの鉤十字や黒人への憎悪を表象する燃える十字架²などの象徴的表現も hate speech に該当する。

アメリカで hate speech という用語が一般的に用いられるようになったのは1980年代以降のことであるが、それ以前にも、差別や偏見に基づく表現を合衆国憲法修正1条の表現の自由の保障の下で規制しうるかどうかは議論となっており、連邦最高裁でも争点となっていた。連邦最高裁は、

¹ アメリカでは hate speech と称されることが多いが、日本語では、憎悪表現、憎悪宣伝、差別的表現、差別表現等、様々な訳語が用いられる。本稿では hate speech という表記を用いる。

² アメリカ社会において、燃える十字架は hate speech の中でもとくに強烈なメッセージを発するものとして理解されている。このようなメッセージ性は、かつて白人優越主義集団クー・クラックス・クラン（KKK）が黒人を威嚇・迫害するために暗闇の中で赤々と燃える十字架を掲げたうえで放火やリンチを行った歴史に起因している。WYN C. WADE, THE FIERY CROSS: THE KU KLUX KLAN IN AMERICA, 185, 279 (1987).

1952年のBeauharnais事件³において、人種や宗教などの特定の集団に対する差別や偏見に基づく誹謗表現を「集団名誉毀損（group libel）」と称して規制する州法を合憲と判断したが、その後、1969年のBrandenburg事件⁴では、抽象的な人種差別煽動表現を処罰することは修正1条に反すると判断した。さらに、ネオナチ団体のデモ行進の規制の可否が争われた1970年代のSkokie村事件⁵では、連邦最高裁は、デモの自由を重視した下級審判決に対する裁量上訴を認めず、修正1条の絶対性を重視する姿勢を貫いた。

その後、1980年代には、「Political Correctness（政治的な正しさ）」を追求する動きが盛んになったこととも相まって、hate speech規制の合憲性をめぐる議論は、法律論争を超えて広く政治的・社会的な論争としても展開することになる。そのような中、連邦最高裁は、1992年のRAV判決⁶においてhate speechを規制する条例を違憲と判断するに至った。

筆者はこれまでの複数の論文において、1992年のRAV判決前後の憲法論の分析を行ってきたが⁷、本稿では、主に1970年代までのhate speech規制をめぐる憲法論争に焦点を当て、判例法の展開を検証する⁸。以下、第二章では、hate speech規制に関する現在有効な判例法である1992年

³ Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

⁴ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

⁵ National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43 (1977); Smith v. Collin, 436 U.S. 953 (1978); Smith v. Collin, 439 U.S. 916 (1978).

⁶ R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

⁷ 1980年代以降のhate speech規制をめぐる判例法・学説の展開については、拙稿「米国における表現の自由とヘイトスピーチ規制——Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003) 判決を踏まえた検討——」法政論叢40巻2号149頁（2004）、同「合衆国憲法修正1条の表現の自由とヘイトスピーチ」法政論叢36巻1号160頁（1999）、同「合衆国憲法修正1条と大学における表現の自由—RAV判決以降のヘイトスピーチの規制の問題に関する一考察—」法学政治学論究40号263頁（1999）、同「アメリカ合衆国憲法修正1条下における十字架を燃やす行為の規制についてのRAV判決後の一考察」法学政治学論究32号571頁（1997）等参照。

⁸ この時期のhate speech規制をめぐる学説動向については、内野正幸著『差別的表現』（1990）参照。

のRAV判決を確認した上で、第三章では、20世紀を振り返り、規制可能なカテゴリー論の展開を概観し、1952年のBeauharnais判決の分析を行う。そして、第四章では、「明白かつ現在の危険」の理論の展開を概観した上で、1969年のBrandenburg判決の分析を行い、第五章では、1970年代のSkokie村事件をめぐる諸判決を分析する。そして、第六章では、1980年代以降の議論の展開にも言及する。

二 現在の判例法と先例

1 RAV判決（1992年）

hate speech規制に関する現在有効な先例は1992年のRAV判決⁹である。この事件は、ミネソタ州セントポール市の「偏見を動機とした犯罪に関する条例」の合憲性が争われた事件であり、同条例は、十字架を燃やす行為を含む表現行為によって生じる人種、肌の色、信条、宗教、性に基づく怒り、不安、憤りが「喧嘩言葉（fighting words¹⁰）」を構成する程度に至った場合に規制するものであった。

この事件において、連邦最高裁のスカリア判事執筆の法廷意見は、まず、修正1条の保障の例外である名誉毀損や喧嘩言葉のカテゴリーは、修正1条の射程内にあるものの「その憲法上規制しうる内容ゆえに修正1条に反せずに規制しうる」が、本件条例は人種等の不人気な題材に関する表現のみを喧嘩言葉の中から選び出して規制しているゆえに、表現の内容に基づく規制であり、さらに実際に同条例が適用されうるのは上記題材に関する表現の中でも少数派的観点に基づくものに限定されるため適用段階では表現の観点に基づく規制になると述べた¹¹。そして、法廷意見

⁹ R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁰ 挑発的に喧嘩を売る表現を意味する。後に述べるChaplinsky判決において規制可能なカテゴリーとして位置付けられた。

¹¹ R.A. V., at 383-84, 391-92.

は、喧嘩言葉のような禁止しうるカテゴリー内の小領域を例外的に規制しうる場合として、小領域の規制根拠がカテゴリー全体を規制しうる根拠と同一である場合、表現のもたらす「二次的効果」を規制する場合、表現抑圧の可能性が全く認められない場合という三例を挙げた上で、本件条例はいずれの場合にも該当しないと述べた¹²。さらに、法廷意見は、本件条例の規制利益の重要性は認められるものの当該利益の達成のために表現内容に基づく規制を課す必要性はなく、また、当該規制目的は喧嘩言葉全体の規制によっても達成可能であるゆえ人種等の特定の題材のみを選び出した規制をする必要はないと述べ、同条例を違憲と判断した¹³。

2 RAV判決と先例

このように、RAV判決の法廷意見は、①名誉毀損や喧嘩言葉は修正1条の射程内にある「規制可能なカテゴリー」であること、②「規制可能なカテゴリー」内の小領域を規制する場合も表現の題材に基づくものは表現内容規制であるゆえに許されないことを明示したが、このような判事内容は、それ以前の連邦最高裁のhate speech規制の合憲性をめぐり先例とは異なっていると批判を受けた。たとえば、後に詳しく説明する1952年のBeauharnais判決¹⁴では、人種・宗教的集団に対する名誉毀損(group libel。以下、集団名誉毀損と記す)の禁止の合憲性の判断に際し、法廷意見は、①集団名誉毀損が一般の名誉毀損というカテゴリー内の小領域であること、②名誉毀損が修正1条の保障を受けない表現であること、③名誉毀損の規制には「明白かつ現在の危険」の要件が求められないことを明示した上で、④「明白かつ現在の危険」の要件を満たさずに集団名誉毀損を規制することも許容されると判示していた。これをRAV

¹² *Id.* at 388-91.

¹³ *Id.* at 395-96.

¹⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

判決の判旨と比較すると、(a) 名誉毀損などのカテゴリーが修正1条の射程内に位置づけられるのか否か、(b) 名誉毀損などのカテゴリー内の小領域の規制がどのような場合に許されるのかという点における決定的な差異があるように思われる。このような差異はなぜ生じたのだろうか。次にこの点を検証する。

三 Beauharnais 判決（1952年）とその背景

1 規制可能な表現カテゴリー論の展開

20世紀の半ば頃、連邦最高裁は、修正1条の表現の自由の保障の射程に入る表現と入らない表現という「表現の二層化」を打ち出すようになり、意見の交換に寄与しない一定の表現については修正1条に反せずに規制が可能であるという立場をとるようになった。このような姿勢が明確に現れたのが、1942年のChaplinsky判決である。同判決の法廷意見は、次のように述べた。「一定の厳密に定義されて狭義に限定された表現クラスについては、その防止及び処罰が憲法上の問題を引き起こすと考えられたことすらない。このような表現クラスには、卑猥 (lewd)、わいせつ、流神 (profane)、名誉毀損、侮辱、『喧嘩』言葉などが含まれる。これらの表現は、その発信自体が侵害を生む又は即座に治安を崩壊する引き金となる傾向がある。このような発信は、意見の発信の本質的な要素ではまったくない上に、真実に近づくという社会的価値が極めて低いため、その表現から生じうる利益が明らかに秩序と道徳という社会的利益によって淘汰されることは十分に示されている¹⁵。」

このようにChaplinsky判決では、卑猥、わいせつ、流神、名誉毀損、侮辱、喧嘩言葉を特殊なカテゴリーとして位置付けた上で、これらに属する表現の規制は修正1条に反しないと説いた。後述するとおり、その後

¹⁵ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-72 (1942).

の判例法の展開の中で、これらのカテゴリーのうちの多くは否定されることになり、また、規制可能なカテゴリーを修正1条の射程内に位置づけようとする傾向も強まることになるのだが、その一方で、この時期には、hate speechを規制可能なカテゴリーに位置づけて規制を試みる動きも見られた。その典型例が、人種・宗教的集団に対する名誉毀損を規制しようとする動きである。集団名誉毀損の概念については、1942年にRiesman教授の論文¹⁶において丹念な分析がなされて以来、そのような表現の規制の可否をめぐる議論が高まっていったと言われる¹⁷。次に紹介するのは、このような集団名誉毀損を規制する州法の合憲性が争われた事件である。

2 Beauharnais判決（1952年）

連邦最高裁は、1952年のBeauharnais事件において、Chaplinsky判決を引用しつつ、集団名誉毀損を禁止するイリノイ州法は修正1条に反しないと判示した¹⁸。この事件の争点となったイリノイ州刑法224条a項は、特定の人種、肌の色、信条、宗教に属する市民の集団の不道徳性や犯罪性を描写することによってその集団を侮辱・誹謗するような表現物を公共の場所で販売・宣伝・出版・陳列することを禁止していた¹⁹。

Beauharnaisは、白人優越思想に基づく団体（White Circle League of America）の代表者であり、本件で問題となったチラシ及び他の印刷

¹⁶ David Riesman, *Democracy and Defamation: Control of Group Libel*, 42 COLUM. L. REV. 727 (1942).

¹⁷ Loren P. Beth, *Group Libel and Free Speech*, 39 MINN. L. REV. 167, 167 (1955).

¹⁸ Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

¹⁹ Illinois Criminal Code § 224a; Ill. Rev. Stat., 1949, c. 38, Div. 1, § 471. 「その出版又は展示が特定の人種、肌の色、信条又は宗教に属する市民の集団の不道徳性若しくは犯罪性又は美德の欠如を描写しており、その出版又は展示が特定の人種、肌の色、信条、若しくは宗教に属する市民を侮辱、嘲笑、誹謗にさらず又は秩序崩壊若しくは暴動を生む、石版画、動画、演劇、芝居又はスケッチを、州内の公共の場所において製造、販売、販売申し出、宣伝、出版、提示、又は展示することは、いかなる個人、組織、法人についても違法である。」

物をシカゴ中心部の街角で配布することを計画した上で、ボランティアの人々にそれらの配布を指示した²⁰。当該チラシは、白人という人種集団そのもの及び白人の財産・居住地域に対する黒人の侵略・侵入を阻止することをシカゴ市長及び市議会に求めるための請願を呼びかけるものであり、「シカゴの自尊心ある100万人の白人の団結²¹」を呼びかけ、さらに「白人種が黒人によって混血化されることを防止すべきという信念と必要性の下で我々が団結しないのであれば、黒人の強姦、強盗、ナイフ、銃、マリワナ…などの浸透によって我々は団結せざるをえなくなる²²」などと述べられており、同団体の入会申込書も添付されていた²³。これらの事実により、Beauharnaisは、黒人市民の不道徳性又は犯罪性若しくは美德の欠如を描写し、黒人市民を侮辱、嘲笑、誹謗にさらすチラシを公共の場所に展示したとして有罪判決を受けた²⁴。Beauharnaisは、重大な害悪の生じる「明白かつ現在の危険」の存在が認められない限り刑罰の賦課は許されないと主張したが、イリノイ州最高裁は当該主張を退けて有罪と判断した²⁵。

連邦最高裁のフランクファーター判事執筆の法廷意見は、まず、本件事案が州裁判所において名誉毀損罪として処理されたことに言及した上で、名誉毀損罪は確立したコモンロー理論であることを確認した。さらに法廷意見は、1942年のChaplinsky判決を引用し、名誉毀損などの表現カテゴリーについては、その表現の「防止及び処罰が憲法上の問題を引き起こさないと考えられて」いると述べた上で²⁶、個人に対する名誉毀損に刑事罰を課すことが許される以上は、安寧秩序に関連する目的を達成

²⁰ *Beauharnais*, at 252-53.

²¹ *Id.* at 252.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Id.* at 252-53.

²⁵ *Id.* at 251-52.

²⁶ *Id.* at 255-57, *citing* *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568, at 571-72 (1942).

するために特定の集団に対する名誉毀損に刑事罰を課すことも許されると述べた²⁷。そして法廷意見は、州内の人種間対立の悪化とその暴力化傾向に言及し、そのような傾向の一因が集団への誹謗であると述べた上で、極端な人種・宗教的プロパガンダの歴史的経緯を踏まえれば、公共空間において特定の人種や宗教集団の感情に強烈な衝撃を与える目的で発信される集団名誉毀損を規制するという手法を選んだイリノイ州は合理性を欠いていたとは言えないと述べた²⁸。さらに、法廷意見は、仮に表現規制では根深い人種間対立の改善にはつながらない可能性があるとしても、このような根深い社会問題に取り組むために立法府が採った表現規制という選択については、不可避な代償として理解すべきであって、司法府がこれを否定すべきではないと述べた²⁹。そして、最後に法廷意見は、修正1条の射程外にある名誉毀損表現は「明白なる現在の危険」の要件を満たなくとも規制しうるものであり、本件のような表現規制が賢明で効果的であるかはさておき、本件州法に違憲性は認められないと述べた³⁰。

3 Beauharnais判決の評価

このように、Beauharnais判決では、Chaplinsky判決の規制可能なカテゴリー論を引用しつつ、修正1条の射程外にある名誉毀損のカテゴリー内に集団名誉毀損を位置づけることによって、「明白かつ現在の危険」が存在しなくとも集団名誉毀損の規制は可能であるとの結論を導いた。この判決が出されたのは1952年であり、後に述べるようなChaplinsky判決の希釈も途中の時期であり、さらに、ナチス政権によるユダヤ人迫害の記憶も鮮明な時代であった。このような時代背景を踏まえると、スモ

²⁷ *Id.* at 257-58.

²⁸ *Id.* at 261.

²⁹ *Id.* at 261-62.

³⁰ *Id.* at 266-67.

ラ教授が今日批判的に述べるとおり、「ホロコーストの恐怖が人類の記憶に鮮明に残る中、hate speechを規制するイリノイ州法について、連邦最高裁がChaplinskyの理論を援用して合憲と判断したことは歴史的には完璧に意味をなす³¹」のかもしれない。しかし、スモラ教授自身も法廷意見には批判的であるのをはじめとして、法廷意見への批判は幅広くみられる³²。そこで、そのような批判の代表として同判決の反対意見を見ておきたい。

ブラック判事執筆の反対意見³³は、本件規制が表現内容に基づく規制であることを冒頭で確認した上で、立法府には表現内容に基づく規制を課す権限はないと述べた³⁴。さらに、本件規制を名誉毀損罪に類似する集団名誉毀損罪として扱った法廷意見に対し、ブラック判事は、刑事上の名誉毀損は個人に直接向けられた虚偽で悪意の表現に限定されるのであり、本件規制のような膨大な集団に対する煽動的な表現にとどまる場合は規制できないことを示唆した³⁵。また、法廷意見がChaplinsky判決に依拠していたことについても、ブラック判事は、Chaplinsky判決で規制可能とされたのは個人に直接向けられた表現であるのに対し、本件表現は集団に向けられたものである上に立法の必要性を説く内容のものであるゆえに、表現の自由のみならず請願・集会の自由にも関連する表現なのであり、Chaplinsky判決の下で規制しえないと述べた³⁶。このように論じた上で、ブラック判事は、表現内容に基づく規制を許容してしまうことによって、マイノリティ自身の表現が規制対象とされることもあることを警告し、修正1条の絶対性を説いた³⁷。

³¹ Rodney A. Smolla, *The Life of the Mind and a Life of Meaning: Reflections on Fahrenheit 451*, 107 MICH. L. REV. 895, 903 (2009).

³² See, e.g., Beth, *supra* note 17, at 174.

³³ Beauharnais, 343 U.S. at 267-76 (Black, J., dissenting).

³⁴ *Id.* at 267-70 (Black, J., dissenting).

³⁵ *Id.* at 271-72 (Black, J., dissenting).

³⁶ *Id.* at 272-73 (Black, J., dissenting).

³⁷ *Id.* at 274-75 (Black, J., dissenting).

一方、ダグラス判事の反対意見も、修正1条の絶対性を説き、表現規制を正当化しうるのは、表現のもたらす害悪が明白かつ切迫している場合で、惨劇を防止するためには表現規制が不可欠であることに異論の余地がない場合に限定されると述べた上で³⁸、「自由な意見交換（free trade in ideas）」の重要性を強調し、恣意的な「正統性」判定に基づく表現規制は許されないと述べる³⁹。

このようなブラック判事、ダグラス判事の反対意見は幅広い支持を受けることになる。たとえば、Emerson教授は1963年の論文において、名誉毀損罪の伝統的な保護利益は名誉を毀損された者による私的な報復によって生じる治安破壊の防止であったと述べた上で、そのような保護利益は今日ではほぼ支持できないし、集団名誉毀損罪についても表現の自由の法理に適合しないと述べる⁴⁰。さらにEmerson教授は、仮に集団名誉毀損罪を設けた場合、公判において真実性の抗弁が許されないのであれば表現の自由への深刻な侵害となるが、他方、真実性の抗弁が許されるのであれば、訴追対象となった名誉毀損表現を広範かつ劇的に公表する公的な機会が提供されることになるゆえ（つまり集団名誉毀損の真実性を証明するための公的な場を被告人に与えることになり）、激しいジレンマに陥ることになると指摘する⁴¹。このように述べた上で、Emerson教授は、Beauharnais判決に関しては法廷意見ではなくブラック判事とダグラス判事の反対意見の論理の方が適切であろうと述べている⁴²。

このように、Beauharnais判決では、Chaplinsky判決で明示された規

³⁸ *Id.* at 284-85 (Douglas, J., dissenting).

³⁹ *Id.* at 285-86 (Douglas, J., dissenting). ダグラス判事は、恣意的な「正統性」の例として、日々変容する「正統性」や、社会の安全や道徳のために必要であると多数派が認定した「正統性」を挙げている。*Id.* at 285.

⁴⁰ Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *YALE L.J.* 877, 923-24 (1963).

⁴¹ *Id.* at 924.

⁴² *Ibid.*

制可能な表現カテゴリーの理論が踏襲され、かつ、人種的集団に対する誹謗表現の規制が一般の名誉毀損の規制の枠組みの中で論じられることによって、いとも簡単に集団名誉毀損の規制が合憲と判断されることになったものの、そのような判断は批判を呼んだのであった。そしてその後、Beauharnais判決の依拠していた規制可能なカテゴリーの理論自体が判例法の中で徐々に薄められていくことになる。たとえば、1942年のChaplinsky判決では、卑猥、猥褻、洗神、名誉毀損、侮辱、喧嘩言葉が規制可能なカテゴリーとして列挙されていたが、その後、卑猥や洗神については修正1条の保護を受ける表現であると判示されるに至り⁴³、さらに、名誉毀損についても修正1条の射程内に存することが示されるに至る⁴⁴。もっとも、規制可能なカテゴリーの理論がどこまで否定されたのかについては議論のあるところであり、たとえば、これらのカテゴリーが修正1条の射程の内外のいずれに位置するのかという論点につき、1992年のRAV判決の法廷意見がこれらを射程内に位置づけた際には⁴⁵、先例からの乖離であるとの批判も有力になされている⁴⁶。

さて、Beauharnais判決では、人種や宗教の集団に対する抽象的な名誉毀損を規制することが合憲とされ、名誉毀損が修正1条の射程外の表現である以上は「明白かつ現在の危険」の要件を満たすことが不要であるとされた。この点につき、そもそも、hate speechの発信によって重大な害悪の発生する「明白かつ現在の危険」が存在する場合には、このような表現を規制することも可能なのではないのかという疑問が生じる。このような疑問が争点となったのが次に取り上げるBrandenburg判決であ

⁴³ 卑猥については、Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971); Hustler Magazine Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)、冒瀆については、Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952)を参照。

⁴⁴ See, e.g., New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

⁴⁵ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 383-84 (1992).

⁴⁶ *Id.* at 398-402 (White, J., concurring).

るが、その前に「明白かつ現在の危険」の理論の展開を確認したい。

四 Brandenburg 判決（1969年）とその背景

1 「明白かつ現在の危険」の理論の展開

合衆国憲法修正1条の表現の自由の保障の下、連邦最高裁が煽動的な表現の規制の可否に正面から立ち向かうようになったのは、20世紀に入ってからである⁴⁷。なかでも、連邦最高裁のホームズ判事がいわゆる「明白かつ現在の危険（clear and present danger）」の論理を展開した1919年の Schenck 判決⁴⁸は有名であるが、この理論は表現規制の正当化のために展開したことに留意が必要である。つまり、Schenck 事件においては、第二次世界大戦中に徴兵拒否を呼びかけるチラシを流通させた被告人らが、軍隊の採用活動を妨害したとしてスパイ防止法（Espionage Act）違反に問われたが、被告人らがチラシの流通は修正1条に保障される活動であると主張したのに対し、ホームズ判事執筆の法廷意見は、被告人の行為が通常の時期においては修正1条に保障されるものであるとしても、「表現の用いられた状況及び表現の性質が、連邦議会が防止の権限を有するほどに実質的な害悪を引き起こす『明白かつ現在の危険』を生じさせる」場合には規制は可能であると述べた上で、連邦議会は戦時に徴兵制を妨害する行為を処罰する権限を有するゆえに、被告人の行為に対する刑罰の賦課は憲法に反しないと述べたのである⁴⁹。

このように、当初、「明白かつ現在の危険」は表現規制を許容するための理論として展開したものであるが、その一方で、1919年終盤の Abrams 事件では、スパイ防止法違反の有罪判決を支持した法廷意見に対し、

⁴⁷ スモラ教授は、第一次大戦期以前の裁判所は「修正1条上の訴えに受容的でなく、むしろ今日の基準で見れば積極的に敵対的であった」と述べている。RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH § 10:2 (2007).

⁴⁸ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

⁴⁹ *Id.* at 52.

ホームズ判事は興味深い反対意見を執筆した⁵⁰。ホームズ判事は、「思想の自由な交換」を重視し、人々の忌み嫌う意見の表明を含むあらゆる表現を市場において競争させることが最善であるという前提に立ち、規制が可能なのは、表現のもたらす害悪が真に差し迫ったものである場合に限られるという条件を提示することを通し、「明白かつ現在の危険」の法理の厳格化を図ったのである⁵¹。そして、このような考え方は以後の「明白かつ現在の危険」の理論の展開に影響を与えるようになり、判例法は個別事例毎の比較衡量による判断を好むようになっていく。そして、このような変化に伴い、「明白かつ現在の危険」の理論は「人気を失った末、連邦最高裁が変則的に採用するだけのもの⁵²」になっていく。そのような展開の中で出されたのが、次に挙げる1969年のBrandenburg判決であり、この判決を通して、単なる抽象的な煽動表現を規制することは許されないという、今日に通じる「Brandenburg基準」が確立することになる。

2 Brandenburg 判決（1969年）

1969年のBrandenburg事件は、白人優越主義集団KKK（クー・クラックス・クラン）の指導者による発言に対してサンディカリズム（急進的な労働組合主義）規制法が適用された事件であり、この事件において、連邦最高裁は当該州法を修正1条に違反すると判断した⁵³。

この事件で争点となったオハイオ州のサンディカリズム規制法⁵⁴は

⁵⁰ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-631 (1919)(Holmes, J., dissenting)

⁵¹ *Id.* at 630-631(Holmes, J., dissenting). ホームズ判事は、真実の判定方法として最善なのは市場の競争に委ねることであると述べた上で、合法かつ重要な立法目的に対する真に差し迫った脅威に対処するために迅速に検閲を行わなければ国家の安全が確保できない場合を除き、我々は、常に検閲には警戒心を持たなければならないと述べている。

⁵² Frank R. Strong, *Fifty Years of "Clear and Present Danger": From Schenck to Brandenburg—And Beyond*, 1969 SUP. CT. REV. 41, 41 (1969).

⁵³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁵⁴ Ohio Rev. Code Ann. § 2923.13.は、「産業又は政治改変を達成するための手段とし

1919年に施行されたものであり、産業・政治構造を変革するために違法行為や暴力を用いることを唱導することを禁止するとともに、違法なサンディカリズムを唱導する集団に参加することも禁止するものであった。これに類似するカリフォルニア州法の合憲性について、連邦最高裁は1927年のWhitney判決において、政治的・経済的な変革をもたらすための暴力的手段の唱導は州の安全に対する重大な危険であるために規制しうると述べ、合憲と判断していた⁵⁵。しかし、同判決の理論は1951年のDennis判決⁵⁶などを通して完全に否定されたと考えられており、1969年のBrandenburg事件の判決時には、違法行為を抽象的に唱導するにとどまる表現を規制することは許されないとの判例法が蓄積されていたと言われる⁵⁷。

さて、本題のBrandenburg事件の詳細は次のとおりである。KKK組織の主導者であるBrandenburgは、KKKの集会において白人を抑圧する政府への報復を唱導したことなどで、オハイオ州のサンディカリズム法に基づき有罪判決を受けたため、同法の文言及び適用の修正1条違反を主張して連邦最高裁の裁量上訴を求めた。連邦最高裁の匿名による法廷意見（per curiam）は、まず、違法行為の煽動表現に関する判例法を振り返り、違法行為を唱導する表現で規制可能なのは、「差し迫った違法行為を煽動又は惹起することを直接指示する表現であり、かつそのような違法行為の発生可能性が高い場合」のみに限定されると述べた⁵⁸。そして、

での犯罪、妨害行為、暴力、違法なテロ行為の義務、必要性、適切性…を唱導すること」を禁止した上で、「違法なサンディカリズムの理論を教示又は唱導するために形成された組織、集団、人的集合体に自発的に参加すること」も禁止していた。

⁵⁵ Whitney v. California, 274 U.S. 357, 371 (1927).

⁵⁶ Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 507 (1951).

⁵⁷ Noto v. United States, 367 U.S. 290, 297-98 (1961). このような法理がBrandenburg判決以前の判例法によって既に蓄積されていたというのはBrandenburg事件の法廷意見自身の評価であるが、他方、Brandenburg判決こそがこのような理論を明示的に確立したのだとする評価も有力である。

⁵⁸ Brandenburg, at 447-48.

法廷意見は、本件州法の文言が単なる抽象的な教義の唱導をも規制対象に取り込んでいることを指摘した上で、規制の許される「差し迫った違法行為の煽動」と規制の許されない「単なる唱導」とが公判過程においても区別されなかったことも指摘し、本件州法は文言上も適用上も、「単なる唱導を罰するとともに、規定された類型の行為の単なる唱導のための他者との会合を刑罰の脅しをもって禁じることを目的」とするものであり、修正1条に違反すると述べた⁵⁹。さらに法廷意見は、当該論理に反する1927年のWhitney判決が無効であることも明言した⁶⁰。

3 Brandenburg 判決の評価

このように、Brandenburg事件は、煽動的な表現の規制の条件として、害悪の発生を直接指示していることと、害悪の発生切迫性・蓋然性が高いこととを挙げ、これらを満たさない表現を規制するオハイオ州法を違憲と判断した。このような厳格な条件の設定は、その後、Warren Courtの成果の一つとして広く支持を受け⁶¹、日本の法学界にも「Brandenburg基準」として紹介されることになる⁶²。

さて、1952年のBeauharnais事件は名誉毀損の文脈で処理され、個人

⁵⁹ *Id.* at 444, 448-49.

⁶⁰ *Id.* at 444, 449.

⁶¹ もっとも、Emerson教授は、このような条件では法理論面の安定性も実務面の有効性も得られないと述べている。理論面に関し、Emerson教授は、表現の自由には特別の保護が与えられるべきであるゆえに表現の煽動的性格や害悪発生可能性のみでは規制の理由となりえず、本件の害悪発生防止のためには表現規制以外の手段を講じるべきであると述べる。また、実務面については、上記の条件の曖昧性ゆえに規制の範囲が確定されないことになるゆえ、行為（害悪）規制と表現規制とを明確に区分した上で表現については完全な自由を保障すべきであると主張する。Thomas I. Emerson, *Colonial Intentions and Current Realities of the First Amendment*, 125 U. PA. L. REV. 737, 749 (1977), Thomas I. Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CAL. L. REV. 422, 436-38 (1980).

⁶² なお、本件法廷意見の執筆過程の調査分析を行った毛利透教授は、本件が「明白かつ現在の危険」の法理をブラッシュ・アップしたものとして評価されていることにつき、次のような興味深い分析を行っている。毛利教授によると、本件法廷意見の

に対する名誉毀損の概念を応用することで集団に対する名誉毀損の規制が合憲とされたのに対し、1969年のBrandenburg事件は煽動表現の規制の文脈で処理され、判例法の流れを踏襲して州法が違憲とされたと言える。このように、Brandenburg判決はBeauharnais判決を覆したものではないものの、KKKの集会における危険発生の蓋然性の低い煽動表現の規制を違憲と判断したBrandenburg判決は、その後のhate speech規制の合憲性をめぐる議論に影響を与え、「RAV判決のための重要な基盤⁶³」を築くことになった。そして、連邦最高裁は、次に取り上げるSkokie事件においても、差別思想に基づく抽象的な煽動表現の規制を違憲とする姿勢を貫くことになる⁶⁴。

五 Skokie村事件（1970年代）

1 Skokie村事件の概要⁶⁵

Skokie村事件とは、1977年、ユダヤ系住民が多数居住するSkokie村において、国家社会党（National Socialist Party of America）と称するネオナチ団体が「白人の表現の自由」の保障を求めてデモ行進を行う

当初の執筆者であったフォータス判事は、法廷意見中で「明白かつ現在の危険」に明示的に言及していたが、フォータス判事の突然の辞任後に法廷意見を改稿したブレナン判事が、「明白かつ現在の危険」に関する記載をすべて削除した上で、それを正式な法廷意見として公表したとのことである。さらに、毛利教授は、本件の同意意見が当初の法廷意見の「明白かつ現在の危険」基準への反対を強調する内容であったため、「むしろ、皮肉にもこれらの同意意見の存在が、Brandenburg判決の基準が「明白かつ現在の危険」のブラッシュ・アップであるとの理解を裏付けるものとなってしまった」と述べている。毛利透著『表現の自由——その公共性ともろさについて』193-97頁（2008）。

⁶³ SMOLLA, *supra* note 47, at § 12:10.

⁶⁴ Emerson教授も、1977年の論文において、連邦最高裁も今や1952年のBeauharnais判決の判旨を支持しないであろうと述べていたEmerson, *Colonial Intentions*, *supra* note 61, at 746.

⁶⁵ スコーキー村事件の経緯及び判決内容の詳細は、小林直樹著「Skokie村事件（1）（2）（3）」独協法学57号（2002）、同59号（2002）、同60号（2003）が詳しい。

計画を表明したことに端を発した事件である⁶⁶。デモの回避を望む同村とネオナチ団体とが対立する中、村はデモの差止命令を求める申立てを州巡回裁判所に提起し、州巡回裁判所は、ナチスの鉤十字の掲揚に加え、軍服着用での行進、ユダヤ系への憎悪を煽動する表現物の配布や掲揚を禁止する差止め命令を出した⁶⁷。さらに村は急遽、デモ阻止のために3つの条例を制定し、条例第994では50名以上の参加する行進や集会を許可制とするとともに、損害補償のための高額な保険加入を義務づけ、条例第995では人種・宗教的憎悪を煽動する表現物をそのような憎悪の煽動を意図して配布することを禁止し、条例第996では政党の党员による軍服着用のデモを禁止した⁶⁸。

そこで、ネオナチ団体は、条例第994に基づきデモ実施の申請を行った上で、デモの差止命令の執行停止を求める訴訟を州裁判所に提起するとともに、3つの条例の違憲性の判断を求める訴訟を連邦裁判所に提起した。これに対して村は、(a) デモはChaplinsky判決で定義された「喧嘩言葉」に該当すること、(b) 暴力発生の「明白かつ現在の危険」が存在すること、(c) 本件状況下のネオナチ集団の表現は物理的暴行に匹敵すること、(d) Beauharnais判決で集団的名誉毀損の規制が正当化されたことなどを主張し、村の対応の正当化を試みた。このようにしてデモの差止と条例の合憲性が争われる中で、州裁判所及び連邦裁判所は次のように判断した。

⁶⁶ スコーキー村の約7万の人口のうちの約4万人がユダヤ系であり、そのうちの3千人がナチスの迫害を受けてヨーロッパから移住した者であった。David Goldberger, *Skokie: The First Amendment Under Attack by Its Friends*, 29 MERCER L. REV. 761, 761 (1978).

⁶⁷ *Skokie v. National Socialist Party*, 51 Ill. App. 3d 279, 281 (App. Ct. 1977).

⁶⁸ *Collin v. Smith*, 447 F. Supp. 676, 681 (1978).

2 裁判所の判断

第一に、デモ差止命令の執行停止の申立てについて、州控訴裁及び州最高裁はこれを棄却したが、連邦最高裁（*per curiam*）は、州最高裁の執行停止の棄却を取り消した上で、申立人の主張する「修正1条に保障される権利の剥奪」を行うのであれば申立人に対して迅速な再審を含む厳格な手続上の防御の機会を与える必要があると述べ、再審理を命じて事件を州裁判所に差し戻した（*National Socialist Party v. Skokie*事件⁶⁹）。

これを受けて再審理を行った州控訴裁は、差止命令のうちの軍服着用
のデモを禁止する部分については、当該行為によって不快感以上の害悪
の発生する蓋然性が示されていないゆえに違憲無効であると判断したが、
鉤十字の掲揚を禁止する部分については、当該シンボルがユダヤ人の生
活空間において意図的に提示された場合は暴力的な反応の生じる可能性
が高いと述べた上で、人種や宗教上の憎悪の侮蔑表現は修正1条に保護さ
れる表現ではないと述べて有効と判断した⁷⁰。しかし、州最高裁は、鉤十
字はCohen判決⁷¹で厳格化された喧嘩言葉に該当する表現ではなく、修正
1条に保障される政治的言論であると述べた上で、聴衆の暴力的な反応が
惹起されうることを理由とした事前抑制は許されないと述べ、差止
命令すべてを違憲と判断した⁷²。これに対し、村は連邦最高裁への裁量上
訴を求めたが、1978年、連邦最高裁は裁量上訴を受理しないと判断した

⁶⁹ *National Socialist Party v. Skokie*, 432 U.S. 43, 44 (1977). なお、ホワイト判事は差止め命令の執行停止の棄却を表明したほか、レンキスト判事（バーガー長官、スチュワート判事参加）は、裁量上訴の受理に反対する意見を執筆し、州最高裁による執行停止の棄却が州の終局判断であるとは言いきれないと述べている。 *Id.* at 44 (Rehnquist, J., dissenting).

⁷⁰ *Skokie v. National Socialist Party*, 51 Ill. App. 3d 279, 287-94 (App. Ct. 1977). なお、差止命令のうちのチラシ類の配布を禁止する部分については、そもそもネオナチ団体側がそのような行為に従事する意図が示されていないと述べ、憲法判断に立ち入らずに無効とした。 *Id.* at 294.

⁷¹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24-26 (1971).

⁷² *Skokie v. National Socialist Party*, 69 Ill. 2d 605, 615-19 (Ill. 1978).

(Smith v. Collin 事件 I⁷³)。

第二に、条例第955の適用上及び文面上の合憲性について、第7巡回区連邦控訴裁は、次のように述べていずれも違憲と判断した⁷⁴。まず、鉤十字掲揚及び軍服着用などの行為に対して条例第955を適用することについて、連邦控訴裁は、本件行為による暴力の誘発可能性が示されていないがゆえに Brandenburg の基準を用いることはできないと述べた上で、本件行為は秩序妨害を発生させる傾向を有する程度にとどまるがゆえに喧嘩言葉の理論を用いることもできないと述べた⁷⁵。さらに連邦控訴裁は、Beauharnais 判決の先例としての有効性に疑問を呈した上で、仮にこれが有効で、人種・宗教的プロパガンダは通常の名誉毀損と同様に暴力や無秩序を惹起する高度の傾向を有することを理由に規制しうるのだったとしても、本件では暴力の発生可能性が主張されていないがゆえに、Beauharnais 判決が前提としていた「暴力を誘発する傾向」の存在の審査は行わないと述べた⁷⁶。このように述べた上で、連邦控訴裁は、条例第955の本件行為への適用の違憲及び条例第955の過度の広汎性ゆえの違憲を認めた⁷⁷。これを受け、同村が連邦最高裁への裁量上訴を求めたが、連邦最高裁はこれを受理しなかった (Smith v. Collin 事件 II⁷⁸)。

3 Skokie 村事件の評価

このように、Skokie 村をめぐる諸事件では、連邦最高裁は hate speech 規制そのものの合憲性を判断したものではない。また、連邦最高裁の

⁷³ Smith v. Collin, 436 U.S. 953 (1978).

⁷⁴ Collin v. Smith, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978). なお、村は本判決に先立ち、条例第946の違憲性を認めていたほか、本件デモに条例第944に基づく保険加入を要求しないことを明言していた。

⁷⁵ *Id.* at 1202-03.

⁷⁶ *Id.* at 1203-04.

⁷⁷ *Id.* at 1207.

⁷⁸ Smith v. Collin, 439 U.S. 916 (1978).

National Socialist Party v. Skokie判決は、仮に「修正1条に保障される権利の剥奪」を行うのであれば手続上の保障が必要であると述べるにとどまっております⁷⁹、ネオナチ団体のデモの権利が修正1条に保障されると述べたのではない。しかし、Smith v. Collin事件 I・IIにおいては、ネオナチ団体の表現の自由を優先させた連邦控訴裁と州最高裁の判断に対して裁量上訴を認めなかったものであり、このような姿勢からは、連邦最高裁が当該表現行為を修正1条に保障される表現活動であることを当然視していたことが読みとれる。

この点につき、Emerson教授も、連邦最高裁はSkokie村事件を通して人種差別的・全体主義的な表現も修正1条の保障下にあるという伝統的姿勢を堅持したと評している⁸⁰。そして、このような連邦最高裁の姿勢を好意的に評する学説は多く、たとえば、Wellington教授は、Skokie村事件を連想させる架空の事例を挙げながら、民主主義社会における個人の自律的な決定の重要性や思想の自由市場の重要性という観点からは特定の思想を誤った思想とみなして禁止することは許されないと説いている⁸¹。

もっとも、Skokie村事件における連邦最高裁の姿勢については、Beauharnais判決との整合性に関する疑義も指摘されている。つまり、Beauharnais判決が正式に破棄されていない以上は、先例である同判決に従った場合、Skokie村事件で争点となった表現規制も合憲と判断される余地が

⁷⁹ National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43, 44 (1977).

⁸⁰ Emerson, *First Amendment Doctrine*, *supra* note 61, at 440-41.

⁸¹ Harry H. Wellington, *On Freedom of Expression*, 88 YALE L.J. 1105, 1132, 1135-36 (1979). もっとも、Wellington教授は、思想の自由市場論が長期的には有効であると述べつつも、ナチスのユダヤ人大量虐殺が発生したのは短期間に「多くの人々が『誤った信念を有する』ようになったからに違いないと述べた上で、大量虐殺の唱道については「明白かつ現在の危険」を満たす場合には例外的に規制しうると述べている。しかし教授はそこでも、「国家は、人々がこの誤った理念を信じてしまうという理由に基づいて唱道を禁止することはできない」ことを強調している。Id. at 1130-32, 1142. なお、Bollinger教授は「寛容」の観点からネオナチ団体の自由を擁護している。Lee C. Bollinger, *The Skokie Legacy: Reflections on an "Easy Case" and Free Speech Theory*, 80 MICH. L. REV. 617, 626-33 (1982).

あったのではないかという疑問である⁸²。この点につき、連邦最高裁のブラックマン判事は、Smith v. Collin 事件 I・IIの両方で反対意見を執筆し、先例であるBeauharnais判決との整合性の確認が必要であるゆえに裁量上訴を認めるべきだと述べている⁸³。そして、II事件の反対意見の中では、「本件のような事案において表現の自由の行使に何らの制約も存在しないのかという点について検討する機会を当法廷に与えているように感じる」と述べ、さらにそのような制約は存在しないのかもしれないがと断りを入れた上で、ある地域におけるデモの計画について、当該地域の市民が真摯な確信に基づいて当該デモ計画が彼等にとって極度に侮辱的で攻撃的であると主張している場合は、それが裁判官にとって困難な作業になろうとも司法審査を行うに値すると述べる⁸⁴。さらに、司法審査の結果、本件デモ行為が「混雑した劇場で火事だと叫ぶ権利と同じカテゴリーに属するということになるかもしれないが、それは行為の文脈によって判断される」べきだと述べている⁸⁵。

六 Skokie 村事件以降の展開

本稿で見てきたとおり、連邦最高裁は、1952年のBeauharnais判決⁸⁶において、集団名誉毀損は規制可能なカテゴリーに属するゆえに明白かつ現在の危険を満たさずとも規制可能であると述べたものの、1969年のBrandenburg判決⁸⁷では、抽象的な人種差別煽動表現に処罰を課すことは修正1条に反すると判断し、1970年代後半のSkokie村事件⁸⁸でも抽象的な煽動

⁸² Bollinger, *supra* note 81, at 621.

⁸³ Smith v. Collin, 436 U.S. at 953 (Blackmun, J., dissenting); Smith v. Collin, 439 U.S. at 919 (Blackmun, J., dissenting).

⁸⁴ Smith v. Collin, 439 U.S. at 919 (Blackmun, J., dissenting).

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

⁸⁷ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

⁸⁸ National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43 (1977); Smith v. Collin, 436 U.S. 953 (1978); Smith v. Collin, 439 U.S. 916 (1978).

表現の規制を認めない姿勢を貫いた。

ところで、皮肉なことに、Skokie村事件が展開していくにつれて、従来一貫して修正1条の絶対性を唱えてきたリベラル陣営に亀裂が生じることになった。つまり、Skokie事件において、ホロコースト生存者を含む多数のユダヤ人が居住する地域でネオナチ団体が鉤十字を掲げてデモ行進をするという特殊な事案に直面した際、果たしてそのような表現にも憲法上の自由が保障されるのかどうかについて、リベラル派内部で大論争が巻き起こったのである⁸⁹。そして、議論の続く中、1980年代以降の学説では、従来とは異なる視点からの規制正当化を説くものも出てきた。たとえば、批判的人種理論の立場から、ヘイトスピーチの害悪を重視しつつ、規制可能なヘイトスピーチの範囲の確定を試み、厳格に定義されたヘイトスピーチについては、喧嘩言葉や脅迫など既存の原則の下で、あるいは独立したカテゴリーとして規制することが可能であるという主張が唱えられるようになった⁹⁰。また、共和主義の立場からは、思想の自由市場の矯正の必要性を説き、規制を合憲とする見解も唱えられている⁹¹。

さて、既に述べたとおり、連邦最高裁はSkokie村事件の後、1992年のRAV判決において、十字架を燃やす行為を含む「喧嘩言葉（fighting words）」に該当するhate speechを規制する条例を表現内容及び観点に基づく規制であるとして違憲と判断し⁹²、その結果、hate speechの規制は事実上不可能になったと考えられた。しかし、連邦最高裁は1993年の

⁸⁹ Skokie村事件では、リベラルな人権擁護団体であるACLU（アメリカ自由人権協会）がネオナチ団体の弁護に当たった。このことはACLU内部でも論争を巻き起こし、ACLUを脱退する者が多数生じたと言われる。また、このようなACLUの姿勢に対し、他のリベラルな人権擁護団体の多くはhate speechの規制を正当化する立場を明確に表明するようになったほか、リベラルな論客からも激しいACLU批判が生じたとされる。See Goldberger, *supra* note 66, at 767-71.

⁹⁰ See, e.g., MARI J. MATSUDA ET AL., *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT* (1993)

⁹¹ See, e.g., Cass R. Sunstein, *Words, Conduct, Caste*, 60 CHI. L. REV. 795 (1993).

⁹² *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

Mitchell 判決において、犯罪遂行時に人種等の要素に基づいて被害者を選定した場合に刑罰を加重する州法を、刑罰の対象が表現ではなく行為であること等を理由に合憲と判断した⁹³。また、2003年の Black 判決では、脅迫の意図で十字架を燃やす行為を明文で禁じる州法を、脅迫の中の最も害悪の強いものを規制するものであるゆえに合憲であると判断した⁹⁴。これら3つの判決から読みとれるのは、hate speech そのものの規制は修正1条に反するものの、憎悪を動機とした犯罪の規制は修正1条に反しないとする連邦最高裁の考え方であるが、このような単純な分類が適切であるのかどうかについては、筆者が他の文献で紹介してきたとおり、議論のあるところである⁹⁵。

2001年の9.11テロ事件以降、白人優越主義やイスラム原理主義に基づいて暴力を推奨する過激な主張を規制しうるのかという論点が再び生じている。このような、国家・社会の安全の確保という観点からの hate speech 規制の可否を考える際には、本稿で見てきた1970年代までの判例の展開が大いに参考になるはずである。

⁹³ Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476 (1993).

⁹⁴ Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

⁹⁵ 前掲注7・拙稿（2004）等参照。