

憲 法

アメリカ合衆国憲法修正一条と覆面禁止法

小 谷 順 子

- 一 覆面禁止法と合衆国憲法修正1条
- 二 覆面禁止法をめぐる憲法問題と違憲審査基準
- 三 匿名での表現活動に対する規制として扱った裁判例
 - (1) 連邦最高裁の先例の状況
 - (2) Indiana州Goshen市の覆面禁止条例をめぐる連邦地裁判決
 - (3) New York州の覆面禁止法をめぐる連邦地裁判決
 - (4) 小括
- 四 行為規制として扱った裁判例
 - (1) New York州の覆面禁止法をめぐる連邦控訴裁判決
 - (2) Virginia州の覆面禁止法をめぐる州及び連邦裁判所の判決
 - (3) 小括
- 五 象徴的表現の規制として扱った裁判例
 - (1) 象徴的表現の規制の合憲性審査基準
 - (2) Pennsylvania州Erie市の覆面禁止条例をめぐる連邦地裁判決
 - (3) Virginia州の覆面禁止法をめぐる州控訴裁判決
 - (4) Georgia州の覆面禁止法をめぐる州最高裁判決
 - (5) 小括
- 六 表現要素に対する規制として扱った例

- (1) 厳格審査と Brandenburg の基準
- (2) Georgia 州最高裁判決の反対意見
- (3) 小括

七 人種差別思想に基づく言動の規制に関する連邦最高裁判例

- (1) 連邦最高裁判決
- (2) 考察

八 結語

一 覆面禁止法と合衆国憲法修正1条

アメリカには、公衆の面前で覆面を着用することを禁じる州法や条例が数多くみられる。このような州法や条例には、犯罪の遂行時の覆面着用のみを限定的に禁止するもの¹のほかに、覆面着用行為を一般的に禁止するものがある²。

後者の型の規制については、白人優越主義を唱導する集団であるクー・クラックス・クラン³ (Ku Klux Klan、以下KKKと記す) による有色人

¹ たとえば、California州法 (CAL. PENAL CODE § 185 (2009) : 犯罪遂行時及び犯罪容疑者の逃走時等の覆面着用の禁止)、Delaware州法 (DEL. CODE ANN. tit. 11 § 1239 (2009) : 重罪遂行時の覆面着用の禁止)、Illinois州法 (720 ILL. COMP. STAT. ANN. 5/10-2 (2010) : 誘拐遂行時の覆面着用の禁止) などがある。

² 本稿で取り上げるGeorgia州法、New York州法、Virginia州法、Indiana州Goshen市条例はこの型に該当する。ほかにも、Louisiana州法 (LA. REV. STAT. ANN. § 14:313 (2009) : 身元秘匿を目的とした覆面着用を禁じた上で適用除外例も規定) がこの型に該当する。これらに加え、Oklahoma州法 (OKLA. STAT. ANN. tit. 21, § 1301 (2009) : 犯罪遂行時の覆面着用に加え脅迫や威嚇の意図を有する覆面着用も禁止)、Tennessee州法 (TENN. CODE ANN. § 39-17-309 (2009) : 「市民権 (行使に対する) 脅迫」と題した同条は、他者の権利行使の侵害を禁止した上で、覆面を着用して当該禁止事項を遂行することを別途禁止)、Pennsylvania州Erie市条例 (後述) などがある。

³ See, e. g., WYN C. WADE, THE FIERY CROSS: THE KU KLUX KLAN IN AMERICA (1987).

種に対する威嚇・暴力行為の高まりを受けて制定されたものが多い⁴。全身を覆う真っ白の装束と覆面を着用したKKKが有色人種に対する威嚇・暴力行為を繰り返すという状況を受け、多くの州や市町村が、覆面を着用することを禁止するという対策を講じたのである。

KKKの構成員による白い覆面と装束の着用は、その直接のターゲットとなる有色人種に恐怖感を与えるのみならず、一般の人々にも不安感や不快感を与える効果をもつかもしれない。また、覆面を着用することによって、着用者自身が身元を識別されない安心感を得て、威嚇的な言動がエスカレートすることになるかもしれない。KKKの発信する白人優越主義の思想は、現代社会において不適切なものと考えられており、多くの人々にとって不快であるのみならず、平等原則や奴隷制廃止を掲げる合衆国憲法の理念に反するから、これを規制することには十分な利益があるという考え方も成り立ちそうに見えるかもしれない。

しかし、KKKの発信するメッセージの内容は、今なお深刻な人種問題を抱えるアメリカにおいて、重要な政治的・政治的課題を論じたものであるとも言える。この側面から見ると、KKKの発信するメッセージが現代の健全な価値観の下でいかに不適切な思想であろうとも、そこには政治的表現の要素が含まれていると言える。そこで、人種差別思想への対処するために制定された覆面禁止法については、合衆国憲法修正1条の表現の自由の保障との整合性を慎重に検証する必要がある。

人種差別表現をはじめとした反社会的・反倫理的な表現は、アメリカの歴史の中でしばしば政府による規制の対象になってきており、そのような規制に対し、連邦最高裁は複数の判決を通して、表現の自由を最大限に保障するべく、修正1条の理論を築き上げてきた。そして、現在の連

⁴ 本稿で取り上げる覆面禁止法については、NY州法がKKKの活動とは無関係に制定されたとされているほかは、KKKの活動への対処という文脈の中で制定されたとされている。詳細は次章以下参照。

邦最高裁は、政府批判を含む幅広い表現活動の自由を保障するという姿勢を貫いており、わいせつ、脅迫、名誉毀損などの例外カテゴリーを除き、表現の内容に基づく規制は原則的に許されないと立場を採っている⁵。このような修正1条の判例法の歴史をふまえると、覆面禁止法が、人種差別思想に基づく非白人への脅迫行為を防止することにとどまらず、人種差別思想の保持及び流布を防止することを意図しているのであれば、このような法律は特定の思想表現に対する規制として位置づけられうるものであり、修正1条の保障に真正面から反するおそれがある⁶。また、覆面禁止法の制定意図がKKKの活動とは無関係であったとしても、KKKによる覆面着用行為のみに適用されているのであれば、適用上の違憲の問題が生じる。

覆面禁止法の合憲性については、連邦の下級裁判所及び諸州の裁判所で審査されたことがあるが、連邦最高裁で判断されたことは無い。このような状況において参考になるのは、連邦最高裁がこれまでに下した、人種差別思想に基づく言動に対する規制に関しての諸判決である⁷。連邦最高裁は、1992年のR. A. V.判決において、喧嘩言葉の中から人種等に関わるものだけを抽出して規制することは修正1条に反すると判断している⁸。

⁵ See, e. g., *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447-49 (1969).

⁶ なお、アメリカ政府は、1994年、人種差別撤廃条約を批准したが、表現規制の立法措置を求める第4条については留保を付し、連邦憲法の表現の自由の保障に反しない限りでの履行を宣言している。

⁷ hate speech規制をめぐる判例法・学説の展開については、拙稿「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—」法政研究14巻1号3頁(2009)、「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 *R. A. V. v. City of St. Paul, Minn.*, 505 U.S. 377 (1992).

これに対し、翌1993年のMitchell判決では、犯罪遂行時に人種の偏見に基づいて被害者を選別した場合に刑罰を加重する規定（差別犯罪重罰規定）を合憲と判断し⁹、さらに、2003年のBlack判決では、脅迫に該当する十字架を燃やす行為の規制を合憲と判断している¹⁰。人種差別思想への対処という文脈の中で登場した覆面禁止法の合憲性を検証するに際しては、このような差別的表現や差別犯罪の規制に関する最高裁判例を参照する必要もあると考えられる。

このような背景状況をふまえ、本稿では、覆面禁止法を人種差別思想表現の規制という側面からとらえた上で、裁判例の分析を通して修正1条との整合性を検証していく。以下、第二章において、覆面禁止法の合憲性が争われた州及び連邦裁判所の裁判例を類型化した上で、その類型に基づき、第三章では、覆面禁止法を匿名表現に対する規制として扱った裁判例を、第四章では行為規制として扱った裁判例を、第五章では象徴的表現の規制として扱った裁判例を、第六章では表現要素に対する規制として扱った事例を検証する。そして、第七章において、差別的表現や差別犯罪に関する連邦最高裁の先例を確認した上で、覆面禁止法に厳格審査を適用して違憲と判断した例を紹介し、若干の考察を行なう。

二 覆面禁止法をめぐる憲法問題と違憲審査基準

アメリカ国内の各法域の覆面禁止法の文言の特徴を大別すると、(a)覆面を着用して犯罪を遂行することを禁止するものと、(b)他者の権利等を侵害する意図で覆面などを着用することを禁止するものと、(c)覆面を着用することで身元を隠して公衆の面前に出ることを一般的に禁止しつつ、伝統的な祝日用の衣装や演劇用の衣装の着用などを適用除外としている

⁹ Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476 (1993).

¹⁰ Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

ものに分けられる。

上記(a)型の規制については、犯罪遂行時の覆面着用が犯人特定を難航させる点に着目し、潤滑な法執行及び犯罪防止を目的として制定されているものであれば、表現の自由を侵害する可能性は低い¹¹。一方、上記(b)及び(c)型については、法執行及び犯罪防止を目的として制定されている場合のほかに、身元不明の覆面着用者の存在が公衆に不安感や恐怖感を与える点に着目し、このような威嚇効果の防止を目的として制定されている場合もあるため、これらの型の規制は修正1条に反するおそれがある。さらに、とくにKKKによる覆面着用がもたらす威嚇的效果に着目し、そのような効果の防止を目的として制定されている場合は、修正1条の問題は重大となりうる。

規制の形態と問題点とは上記のように説明できるが、規制の合憲性の審査を行なった連邦及び州裁判所の判決に注目し、それぞれの理論を分析すると、次のような四つのパターンに分かれる。

第一の類型として、覆面禁止法が思想・表現の自由に与える影響に着目し、これを匿名での表現の自由に対する制約としてとらえて審査を行なった裁判例がある。Indiana州Goshen市条例の合憲性が争われた連邦地裁判決¹²と、NY州法の合憲性が争われた連邦地裁判決¹³は、いずれもこの点について論じ、違憲の判断をしている。

第二の類型として、覆面禁止法を覆面着用という行為に対する行為規制として位置づけた上で、表現規制としての性格を否定して行為規制と

¹¹ See Wayne R. Allen, NOTE, *Klan, Cloth and Constitution: Anti-Mask Laws and the First Amendment*, 25 Ga. L. Rev. 819, 859-60 (1991). 覆面禁止法が無ければ、脅迫・暴力行為を行う者の身元特定が極めて困難になり、そのような行為が抑止できなくなると述べられている。

¹² *Am. Knights of the Ku Klux Klan v. City of Goshen*, ID, 50 F. Supp. 2d 835 (N. D. Ind. 1999).

¹³ *Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik*, 232 F. Supp. 2d 205 (S. D. N. Y. 2002).

しての審査を行なった裁判例がある。たとえば、Virginia州法の合憲性が争われた州控訴裁判決¹⁴及び連邦地裁判決¹⁵や、上述のNY州法の連邦控訴裁判決¹⁶では、いずれも各州法を行為規制として位置づけた上で合憲性の審査を行なっており、合憲の判断を下している。

第三の類型として、覆面禁止法が一定の思想・表現要素を有する象徴的表現に対する規制である点に着目し、象徴的表現の規制に適用されるO'Brien判決の基準¹⁷を適用した上で、覆面禁止法の目的は表現制約ではないと判断し、O'Brien基準の四条件に照らしても合憲であると判断している例がある。Georgia州法の合憲性が争われた州最高裁判決¹⁸がこれに該当する。

第四の類型として、第三の類型と同様に、覆面禁止法が一定の思想・表現要素を有する象徴的表現に対する規制である点に着目し、象徴的表現の規制に適用されるO'Brien基準を適用した上で、表現要素に対する規制であると判断し、Brandenburg判決等の基準¹⁹をはじめとした厳格な審査を行なった例がある。Georgia州最高裁の反対意見²⁰は、このような厳格審査を行なった上で、違憲と判断している。

これまでの裁判例はこのように大別することができるが、一つの裁判の中で複数の種類の審査が行なわれている場合もあることを付言しておく。以下、それぞれの類型に該当する典型的な裁判例を見ていく。

¹⁴ Hernandez v. Commonwealth, 12 Va. App. 669 (Ct. App. 1991).

¹⁵ Hernandez v. Fredericksburg-Rappahannock Joint Sec. Ctr., 800 F. Supp. 1344 (E. D. Va. 1992).

¹⁶ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 356 F. 3d 197 (2nd Cir. 2004).

¹⁷ United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 377 (1968).

¹⁸ State v. Miller, 260 Ga. 669 (1990).

¹⁹ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447-49 (1969).

²⁰ Miller, 260 Ga. at 677-81 (1990) (Smith, J., dissenting).

三 匿名での表現活動に対する規制として扱った裁判例

(1) 連邦最高裁の先例の状況

KKKの発信する白人優越主義のメッセージは、近代国家で望ましいとされる価値観に反する内容をもつ。それゆえに、そのようなメッセージを顔をさらして実名で発信した場合、社会的な不利益や嫌がらせを受けられる可能性が高いと言われる²¹。そこで、このようなメッセージの発信に際しては、匿名性を確保した表現活動の自由の保障がとくに重要であると主張されることがある²²。

匿名での表現活動をめぐり、連邦最高裁はいくつかの指針を示している。1958年のNAACP対Alabama事件²³は、黒人の地位向上に大きな貢献をした団体であるNAACP（有色人種地位向上協会）がAlabama州に支部を開設した際に、州外法人の活動に関する同州法規に基づく手続を行なわなかったため、同州裁判所がNAACPの構成員の氏名等の開示を求める命令を発したことを受け、NAACPが当該命令の違憲性を主張した事件である。連邦最高裁は、まず、(a)名簿提出によって当該団体の構成員が他者と共同して合法的利益を追求する権利が実質的に制約されるか否か、(b)そのような権利の制約を正当化するやむにやまれぬ政府利益が認められるか否かを審査すべきであるとの基準を示したうえで、本件裁判所命令は団体構成員の権利を実質的に制約するものであり、氏名開示を正当化する州利益が示されていないがゆえに違憲であると判断した²⁴。

²¹ Am. Knights of the Ku Klux Klan v. City of Goshen, ID, 50 F. Supp. 2d 835, 841 (N.D. Ind. 1999); Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 232 F. Supp. 2d 205, 213 (S. D. N. Y. 2002).

²² *Kerik*, 232 F. Supp. 2d at 213.

²³ NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958).

²⁴ *Id.* at 462-66. 当該判決では、議論を呼ぶような見解を社会に広める手段として、個人ではなく集団として表現活動を行なうのが効果的であると述べられた。 *Id.* at 460.

これに加え、連邦最高裁は、1960年のTalley対California事件²⁵において、あらゆる状況下におけるビラ配布に際して発起人の氏名と住所をビラに明記することを義務づける条例を違憲と判断したが、その際、匿名による批判表現が歴史上で重要な役割を果たしてきた点に鑑み、当該条例は表現者に身元の特定や報復のおそれを抱かせ、重要な公共事項に関する平和的な議論の抑制につながるものであると述べている²⁶。

このような先例に照らすと、匿名による表現活動を制約するという性格を持つ覆面防止法はどのように評価されるのか。ここでは、Indiana州Goshen市の条例の合憲性を審査した連邦地裁判決²⁷と、New York州法の合憲性を審査した連邦地裁判決²⁸を見ていく。

(2) Indiana州Goshen市の覆面禁止条例をめぐる連邦地裁判決

Indiana州Goshen市の覆面禁止条例（市条例3829号²⁹）は、「18歳以上の者が、公共の場において、変装又は身元秘匿のために覆面、頭巾、その他の物を着用すること」を禁止した上で、適用除外の場合として、「宗教、安全、医療上の理由で公共の場において覆面、頭巾、その他の物を着用すること」を規定していた。当該条例につき、American Knights of the Ku Klux Klan（クー・クラックス・クラン米国騎士団、以下、AKKKKと記す）と称する団体が違憲性の判断を求める申立てを行ったことを受け、1999年、連邦地裁は次のように述べて当該条例を違憲と判

²⁵ Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960).

²⁶ *Id.* at 64-65 (1960). さらに、連邦最高裁は、政治資金関連の情報開示の合憲性を論じる文脈においても、匿名による結社・表現の自由を制約する規定の合憲性は、当該規定が促進する政府利益の性質と、当該規制が個人の権利に及ぼす制約の程度とに照らして分析すべきであると述べている。Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 68 (1976).

²⁷ Am. Knights of the Ku Klux Klan v. City of Goshen, ID, 50 F. Supp. 2d 835 (N. D. Ind. 1999).

²⁸ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 232 F. Supp. 2d 205 (S. D. N. Y. 2002).

²⁹ GOSHEN, IND., ORDINANCE 3829 (June 16, 1998).

断した³⁰。

連邦地裁は、連邦最高裁のNAACP対Alabama判決やTalley判決を引用しつつ、本件で提示された証拠に基づき、公共の場における身元秘匿のための覆面着用を禁じることはAKKKK構成員の表現及び結社の自由を制約することになると述べた上で³¹、AKKKKの表現は、（無価値で不人気かもしれないが）公的関心事に関する表現として修正1条の保障の中核に位置し、本件条例は表現内容の規制であると言えるため、本件には厳格な審査基準を適用すると述べた³²。そして、連邦地裁は、同条例の政府利益である暴力防止と犯罪者の身元特定・逮捕という利益はやむにやまれぬものと言っていると述べつつも³³、本件条例は匿名表現を完全に禁止する点においてAKKKKの構成員の表現活動を深刻に制約するにも関わらず、顔面露出が当該政府利益を促進するという証拠が示されていないと述べた³⁴。さらに、連邦地裁は、修正1条は多数派による圧政から身を守るための匿名性を保護するものであるが、本件条例は匿名性を禁じることで表現活動の萎縮効果を生み、表現及び結社の自由に広汎な制約をもたらしていると述べて、本件条例を違憲と判断した³⁵。

（3）New York州の覆面禁止法をめぐる連邦地裁判決

NY州覆面防止法（刑法240.35(4)³⁶）は、「覆面又はその他の一般的ではない或いは不自然な衣装或いは顔面変装をして、同様の覆面或いは変装をした他の人々と共に公共の場において滞留し、残留し或いは集会すること、又は、そのような覆面或いは変装をした人々が公共の場所にお

³⁰ *City of Goshen*, at 836.

³¹ *Id.* at 840.

³² *Id.* at 841-42.

³³ *Id.* at 842.

³⁴ *Id.* at 842-43.

³⁵ *Id.* at 844.

³⁶ N.Y. PENAL LAW § 240.35 (4) (2010).

いて集会することを故意に許可する或いは援助すること」を禁止した上で、適用除外の場合として、「そのような行為が仮装パーティー或いは同様な娯楽との関連で生じた場合」を規定している。同法の下、Church of the American Knights of the Ku Klux Klan（クー・クラックス・クラン米国騎士団教会、以下、American Knightsと記す）³⁷と称する団体が、裁判所前でイベントを開催する許可を警察に申請したところ、覆面の着用については当該州法に反するとして認められなかったことから、当該州法の修正1条違反を主張して違憲確認等を求めて提訴した³⁸。

当該州法は2004年に第二巡回区連邦控訴裁において合憲と判断されるに至るが³⁹、ここで紹介するのは2002年の連邦地裁判決である。連邦地裁は、次のように、主に匿名表現の重要性に着目した審査を行なうとともに、象徴的表現の規制としての審査も行い、当該州法を違憲と判断した⁴⁰。

連邦地裁は、まず、連邦最高裁のNAACP対Alabama判決を引用しつつ、本件州法は白人分離主義者集団の構成員が政治的デモを行う際に身元を秘匿することを妨げるものであると述べた上で、当該団体の構成員が公共の場で身元を明かした場合に生じるであろう報復のおそれが合理的であるという証拠が示されていることから、本件州法は当該集団の修正1条の下における匿名表現の権利を侵害していると述べた⁴¹。そして、

³⁷ 本件のAmerican Knightsは、同団体によると、白人分離主義及び「白人の自尊心」を提唱する思想集団である。公式にはKKKとの関連はないが、KKKと共通の理念を有しており、アフーマティブ・アクション、他人種との婚姻、移民などに反対する。同団体によると、暴力の行使や特定人種集団への憎悪は唱導していない。Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 232 F. Supp. 2d 205, 208 (S. D. N. Y. 2002).

³⁸ *Id.* at 207-08. 警察による不許可処分を受けたAmerican Knightsが連邦地裁に対してイベント開催及び覆面着用を認める命令を求め、これを受けて連邦地裁が当該命令を発したものの、連邦控訴裁が当該命令を停止したことから、American Knightsは、覆面を着用せずにイベントを実施した後に、当該州法規定は修正1条違反であると主張して違憲確認等を求めた。

³⁹ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 356 F.3d 197 (2nd Cir. 2004), *cert. denied*, 543 U.S. 1020 (2004).

⁴⁰ *Kerik*, 232 F. Supp. 2d at 210-20.

⁴¹ *Id.* at 210-13.

連邦地裁は、NAACP対Alabama事件の争点が団体構成員の氏名等の開示の強制であったのに対し、本件の争点は匿名による表現活動の禁止であるものの、いずれの場合も修正1条に保障される活動に関するものであるがゆえに両事件は差別化できないと述べた上で、本件州法がやむにやまれぬ政府利益を追求するための限定的な規定であるかどうかを審査すべきだと述べた⁴²。

そして、連邦地裁は、本件州法が合法的なデモ参加者の覆面着用をも禁止している点において狭義に規定されているとは言えないと述べた上で⁴³、本件州法の規制利益として挙げられた安全及び法執行上の利益については、実質的な利益であるとは述べつつ、やむにやまれぬ利益であるならば娯楽関連の文脈での覆面着用であろうとも適用除外とはしなかったはずであると述べ、やむにやまれぬ利益として認定しなかった⁴⁴。

その上で、連邦地裁は、象徴的表現の規制に関する連邦最高裁のO'Brien判決に照らした分析も行い、American Knightsの覆面着用は表現行為であり、O'Brien判決の基準もクリアできず、修正1条上の象徴的表現の自由の保障も侵害すると述べた⁴⁵。また、連邦地裁は、本件州法は、表現の政治的要素に基づいた規制であるがゆえに、表現の時・場所・手段に対する規制として位置づけることはできないとも述べた⁴⁶。さらに、連邦地裁は、本件州法が他の覆面を着用した集団には適用されずに当該集団にのみ適用されている点において、本件州法の適用に際して観点及び視点に基づく差別になっているとも述べた⁴⁷。

⁴² *Id.* at 213.

⁴³ *Id.* at 213-15.

⁴⁴ *Id.* at 215-16.

⁴⁵ *Id.* at 215-17. 詳しくは後述する。

⁴⁶ *Id.* at 217-19.

⁴⁷ *Id.* at 219-20.

(4) 小括

このように、Goshen市条例をめぐる連邦地裁判決は、暴力防止と犯罪者の身元特定という政府利益をやむにやまれぬものであると位置付けつつも、顔面露出が当該政府利益を促進するという証拠が示されていない点を指摘して当該条例を違憲と判断し、他方、NY州法をめぐる連邦地裁判決は、合法的なデモ参加者にも適用されうるゆえに限定的な規定ではないとした上で、安全及び法執行上の利益がやむにやまれぬものであることも認めなかった。なお、NY州法の連邦地裁判決は、その後2004年に、控訴審である第二巡回区連邦控訴裁判所判決⁴⁸によって覆されるに至る。その際、連邦控訴裁は、次のような理由を挙げ、本件を匿名表現の規制として理解することを避けている。

連邦控訴裁は、まず、連邦最高裁で認められている匿名表現の権利は公共の場におけるデモの際に外貌を隠す権利をも含むものではないと述べた上で、仮に本件州法のせいで表現活動を躊躇する者がいたとしても、それは行為規制に付随する影響にすぎないと言えるため修正1条の侵害にはならず、NAACP対Alabama判決の基準で審査する必要はないと述べている⁴⁹。さらに、連邦控訴裁は、本件州法は、純粋な表現を規制するものではなく覆面着用という行為を規制するものであって、行為規制が行為の種類に応じて選択的な規制であることが文面上違憲となるものではないし、修正1条の保護を受けるべき表現の制約となるものでもない⁵⁰と述べた⁵¹。そして、観点 (viewpoint) に基づく規制であるか否かという点についても、本件州法の本件行為への適用は純粋な表現行為を規制するものでないゆえ、観点に基づく規制には該当しないし、本件行為への適用が選択的であったとの主張を裏付ける証拠も提示されていないと述べた⁵¹。

⁴⁸ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 356 F.3d 197 (2nd Cir. 2004).

⁴⁹ *Id.* at 209.

⁵⁰ *Id.* at 209-10.

⁵¹ *Id.* at 210-11.

同判決を受けて連邦最高裁への裁量上訴が行われたが、連邦最高裁はこれを受理していない⁵²。

このように連邦控訴裁は、匿名表現に関するNAACP判決の基準に基づき審査を避けたのであるが、これに対しては、匿名表現の自由や結社の自由を守るための審査基準の射程が不当に狭められたとする批判もある⁵³。NAACP対Alabama判決が禁止したのは集団への参加を深刻に抑制する効果を生み出す政府行為であったと理解したうえで、本件においてもNAACP対Alabama判決に照らした審査を行うべきであったというのである⁵⁴。たしかに、NAACP対Alabama事件も本件も、匿名性が失われることにより自由な表現活動ができなくなるという状況であったことをふまえると、両事件を区別することは困難であると言えよう。

四 行為規制として扱った裁判例

次に、覆面禁止法を純粹な行為規制として位置づけた裁判例を見ていく。まず、第三章で紹介したNY州法の合憲性をめぐる事件の控訴審である第二巡回区連邦控訴裁の判決⁵⁵に焦点を当て、とくに当該州法を表現規制ではなく行為規制として位置づけた部分を掘り下げて紹介した上で、Virginia州法の合憲性をめぐる同州控訴裁⁵⁶及び連邦地裁⁵⁷の判決を紹介する。いずれの裁判所も覆面禁止法を合憲と判断している。

⁵² Church of the Am. Knights of the KKK v. Kelly, 543 U.S. 1020 (2004).

⁵³ Recent Case: *Constitutional Law-Free Speech-Second Circuit Upholds New York's Anti-Mask Statute Against Challenge by Klan-Related Group-Church of the American Knights of the Ku Klux Klan v. Kerik*, 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004), 117 Harv. L. Rev. 2777, 2780 (2004).

⁵⁴ *Id.* at 2780-81.

⁵⁵ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004).

⁵⁶ Hernandez v. Virginia, 12 Va. App. 669 (Ct. App. 1991).

⁵⁷ Hernandez v. Fredericksburg-Rappahannock Joint Sec. Ctr., 800 F. Supp. 1344 (E.D. Va. 1992).

(1) New York州の覆面禁止法をめぐる連邦控訴裁判判決

第三章で述べたとおり、NY州法の合憲性をめぐる連邦地裁判決⁵⁸は、当該州法を表現規制として位置づけた上で違憲と判断していたが、2004年、第二巡回区連邦控訴裁判所⁵⁹は、本件が表現規制に該当するか否かという点につき、次のように述べて原審を覆した。

まず、連邦控訴裁は、本件州法の制定経緯とKKKの活動の歴史とを検証し、本件州法の起源は覆面を着用した小作農民の武装蜂起に対処するために制定された1865年の法律にあることを確認した上で、本件州法は暴力の抑止及び犯罪者の潤滑な逮捕を目的としたものであり、KKKなどの特定の観点・視点の抑圧を目的としたものではないと述べた⁶⁰。そして、連邦控訴裁は、本件州法が象徴的表現の規制に該当するかどうかの審査に入り、まず、身体を覆う布、覆面、頭巾で構成されるKKKの正装は、KKKへの帰属を示すメッセージを発する表現であるが、このメッセージは覆面なしでも成立するものであり、覆面そのものが身体を覆う布や頭巾とは異なる又はそれらを補足するメッセージ性を有するものではないゆえ、本件州法は表現の自由を制約するものではなく、象徴的表現の規制に関するO'Brien判決の基準で審査する必要はないと述べた⁶¹。

連邦控訴裁はさらに、本件州法は純粋な表現を規制するものではなく、集団での覆面着用という行為を規制するものであって、行為の種類によって選択的に規制することが文面上違憲となるものではないと述べた上で⁶²、本件州法の本件行為への適用は、純粋な表現行為を規制するもので

⁵⁸ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 232 F. Supp. 2d 205 (S. D. N. Y. 2002).

⁵⁹ Church of the Am. Knights of the KKK v. Kerik, 356 F.3d 197 (2nd Cir. 2004). 法廷意見はCabranes判事が執筆。陪席判事の一人は現・連邦最高裁判事のSotomayor判事。

⁶⁰ Kerik, 356 F.3d at 199-205.

⁶¹ Id. at 206-08.

⁶² Id. at 209-10.

ないゆえ、表現の視点・観点に基づく規制には該当しないし、本件行為への適用が選択的であったとの主張を裏付ける証拠も提示されていないと述べ、同法を合憲と判断した⁶³。同判決を受けた連邦最高裁への裁量上訴は受理されていない⁶⁴。

(2) Virginia州の覆面禁止法をめぐる州及び連邦裁判所の判決

Virginia州法 § 18.2-422⁶⁵は、「16歳以上の者が、身元を隠すために覆面、頭巾、その他の物を着用して顔面の大部分を隠して又は覆って、公共の場所又は所有者か占有者の書面による許可なしに私有地に居る又は現れること」を禁じる。本件州法の下、KKK構成員である被告人は、覆面を含む正装でプロパガンダ文書を配布したことで逮捕及び起訴され有罪判決を受けたことから、本件州法の違憲性を主張して控訴した⁶⁶。本件は、次に示すとおり、州裁判所⁶⁷と連邦裁判所⁶⁸の双方において合憲と判断された。

Virginia州控訴裁は、まず、連邦最高裁の先例を引用しつつ、本件州法が文面上違憲となるのは、本件州法の適用対象に憲法上の保護を受ける行為が相当程度に取り込まれて合法的な表現活動が現実に相当程度萎縮される場合であると述べた上で⁶⁹、本件州法の適用対象は身元の秘匿を目的として顔面を隠すことを意図した場合のみに限定されており過度に広汎ではないと述べた⁷⁰。

そして、本件州法が象徴的表現の規制に該当するか否かという点につ

⁶³ *Id.* at 210-11.

⁶⁴ *Church of the Am. Knights of the KKK v. Kelly*, 543 U.S. 1020 (2004).

⁶⁵ VA. CODE ANN. § 18.2-422 (2010).

⁶⁶ *Hernandez v. Virginia*, 12 Va. App. 669, 670-71 (Ct. App. 1991).

⁶⁷ *Id.* at 670-75.

⁶⁸ *Hernandez v. Fredericksburg-Rappahannock Joint Sec. Ctr.*, 800 F. Supp. 1344, 1350-51 (E.D. Va. 1992).

⁶⁹ *Hernandez*, 12 Va. App. at 671-72.

⁷⁰ *Id.* at 672.

いて、州控訴裁は、KKKの覆面には固有の象徴的なメッセージが存するものではなく、覆面なしの衣装でも同じ社会的・政治的メッセージは伝わるゆえ、覆面の着用禁止が象徴的表現の制約になるわけではないと述べた⁷¹。さらに、州控訴裁は、KKKの構成員に差別的に適用されていることを示す記録もないと述べている⁷²。

この判決の後、州最高裁が裁量上訴を受理しなかったため、本件被告人は連邦地裁に対して人身保護請求を行なった⁷³。そして1992年、連邦地裁は、州裁判所の記録に基づき、本件覆面が伝えるメッセージは覆面以外の衣装が伝えるメッセージと同じものであって覆面固有のメッセージは認められないと述べた上で、覆面の着用禁止は修正1条の問題ではないと判断した⁷⁴。同判決を受けて上訴がなされたが、連邦控訴裁は上訴を棄却し⁷⁵、連邦最高裁も裁量上訴を受理しなかった⁷⁶。

(3) 小括

このように、NY州法をめぐる連邦控訴裁判決も、Virginia州法をめぐる州控訴裁判決及び連邦地裁判決も、KKKの覆面に固有のメッセージ性を見出すことを否定した上で、覆面禁止法を修正1条の問題として論じることを拒否した。これらのうち、NY州法の連邦控訴裁判決に対しては、象徴的表現の規制に関するO'Brien判決の基準の適用を避けることによって、象徴的表現を守るための審査基準の射程を不当に狭めてしまったとの批判が寄せられている⁷⁷。たしかに、覆面もKKKの思想を伝える表現の一部な

⁷¹ *Id.* at 672-73.

⁷² *Id.* at 673-74.

⁷³ *Hernandez*, 800 F. Supp. at 1347.

⁷⁴ *Id.* at 1350-51.

⁷⁵ *Hernandez v. Fredericksburg-Rappahannock Joint Sec. Ctr.*, 8 F. 3d 818 (4th Cir. 1993).

⁷⁶ *Hernandez v. Fredericksburg-Rappahannock Joint Sec. Ctr.*, 510 U.S. 119 (1994).

⁷⁷ Recent Case, *supra* note 53, at 2780.

のであるから、仮に他の衣装と同じメッセージを伝えるだけであったとしても、O'Brien 基準を用いるべきであったと指摘には説得力がある⁷⁸。

五 象徴的表現の規制として扱った裁判例

（1）象徴的表現の規制の合憲性審査基準

第四章で見たとおり、覆面禁止法はその文言上、覆面着用という行為を規制対象としていることや、全身を覆う正装の一部分のみを規制対象としていることが理由となって、表現規制として位置づけられないことがある。しかし、覆面禁止法が覆面に存する特定の思想や表現要素を取り締まるために制定又は運用されているのであれば、それは表現の内容又は観点に基づく規制に該当する可能性がある。そのため、覆面禁止法については、表現の自由の保障との整合性を慎重に審査すべきである。

覆面を思想・表現要素を含む象徴的表現として見た場合、覆面着用の規制に対しては、これまでも言及した、連邦最高裁のO'Brien 判決の審査基準が適用される⁷⁹。当該基準によると、問題とされる規制が、(a)政府の権限範囲内にあり、(b)重要又は実質的な政府利益を促進し、(c)その政府利益が表現の抑制とは無関係であり、(d)付随的に生じる表現制約が政府利益の促進のために必要な範囲内ならば、合憲とされることになる⁸⁰。次に紹介するPennsylvania州Erie市条例をめぐる連邦地裁判決⁸¹とGeorgia州法をめぐる州最高裁判決⁸²は、いずれもO'Brien 判決の基準を適用して審査を行なった上で各規制を合憲と判断している。

⁷⁸ *Id.* at 2782-83.

⁷⁹ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

⁸⁰ *Id.* at 377.

⁸¹ *Church of the Am. Knights of the Ku Klux Klan v. City of Erie*, 99 F. Supp. 2d 583 (W.D. Penn. 2000).

⁸² *State v. Miller*, 260 Ga. 669 (1990).

(2) Pennsylvania州Erie市の覆面禁止条例をめぐる連邦地裁判決

Pennsylvania州Erie市の覆面禁止条例（市条例733条⁸³）は、第2項で「公共の場において、顔面を覆って身元を隠す頭巾又は覆面を着用すること」を禁止した上で、第4項で第2項の適用除外者として「(a)16歳未満の者、(b)伝統的な祝日の衣装をその季節に着用する者、(c)演劇において覆面を着用する者」などを規定し、さらに、第5項で第2項の適用条件として「(a)個人又は個人の集合体の法の平等な保護・・・を剥奪する意図」で行なった場合、「(b)力又は力を用いるという脅迫を用いて連邦、州又は地方の法によって保障されている権利の行使を侵害、威嚇又は干渉する意図・・・」で行なった場合、「(c)他者を威嚇、脅迫、虐待、嫌がらせる意図・・・」で行なった場合、「(d)他者に身の安全に対するおそれをもたらす意図・・・」で行なった場合、及び「(e)民事又は刑事法によって禁止された行為に従事する際に身元識別を避ける意図」で行なった場合を規定する。

本件条例の下、Church of the American Knights of the Ku Klux Klan（以下、KKKと記す）が裁判所前におけるデモを計画したところ、市は、覆面又は頭巾で顔面を覆って身元を秘匿する場合は本件条例を適用する意図を伝えたため、KKKは、当該適用は修正1条の表現・結社の自由及び修正14条の平等保護に反するなどと主張し、本件条例の適用の差止命令を求めて提訴した⁸⁴。連邦地裁は、2000年、次のように述べて、本件条例733条は第5項(c)を除き合憲であると判断した。

連邦地裁は、まず、KKK構成員による頭巾着用は、修正1条の保障を受ける象徴的表現であると述べたうえで⁸⁵、本件条例は、表現そのものを規制するものではなく、特定の状況下における覆面の着用を規制するも

⁸³ ERIE, PA., ORDINANCE art. 733 (Feb. 3, 1999).

⁸⁴ *City of Erie*, at 585.

⁸⁵ *Id.* at 588.

のにすぎないゆえ、修正1条で保護される象徴的表現に一定程度の影響を与えとしても、文面上は表現内容に基づく規制ではないと述べた⁸⁶。そして、連邦地裁は、同条の過度の広汎性及び曖昧性についての審査に移り、覆面着用の意図について規定した第5項(a)、(b)、(d)及び(e)については過度の広汎性及び曖昧性は認められないと述べた⁸⁷。

一方、連邦地裁は、第5項(c)については、「威嚇・脅迫・虐待・嫌がらせ」が定義されておらず、これらの文言の一般的意味に照らせば、同条が修正1条に保護されるべき表現活動にも適用される可能性があり、過度に広汎かつ曖昧であるゆえ、第5項(c)に関してのみ違憲であると述べた⁸⁸。

(3) Virginia州の覆面禁止法をめぐる州控訴裁判決

第四章で紹介したVirginia州法の州控訴裁判決は、KKKの覆面に固有の表現要素が存することを認めなかったが、それでもなお、KKKの覆面が修正1条に保障される表現要素を有している場合を仮定し、O'Brien基準に基づく審査を行なっている。州控訴裁は、本件州法がKKKによる十字架を燃やす行為の規制などの規制と同時にKKKの覆面着用を阻止する目的で制定されたものであることを認めつつも、本件州法は文面上は特定の状況下における覆面着用を禁じるにすぎず、KKKの表現の自由を制約する目的のものではないと述べた⁸⁹。

(4) Georgia州の覆面禁止法をめぐる州最高裁判決

Georgia州法 § 16-11-38⁹⁰は、「覆面、頭巾、又はその他の物によって着
用者の身元を隠す程度に顔面を隠し、秘匿し、又は覆った上で、公道、

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Id.* at 588-91.

⁸⁸ *Id.* at 591-92.

⁸⁹ *Hernandez v. Virginia*, 12 Va. App. 669, 673-74 (Ct. App. 1991).

⁹⁰ GA. CODE ANN. § 16-11-38 (2009).

公共の敷地、又は他者の私有地に所有者或いは占有者の文書による許可を得ずに居る」ことを禁じた上で、適用除外の場合として、伝統的な祝日行事やスポーツ活動の覆面などの着用を規定する⁹¹。同条の下、被告人は、覆面を含むKKKの伝統的正装を着用して一人で裁判所前広場に現れたところ、逮捕及び起訴された⁹²。そこで、被告人は、本件州法に反対する意見を表明する目的で覆面を着用したと主張した上で、(a)本件州法の被告人への適用は、修正1条で保護される象徴的表現の規制であるゆえ違憲であり、(b)本件州法は曖昧かつ過度に広汎であり、(c)修正1条で保障される結社の自由及び匿名表現の自由を侵害し、(d)政治的目的での覆面着用行為のみを規制対象としている点において差別的規制であると主張した⁹³。これに対し、州最高裁は、次のような理論で、同法は連邦憲法修正1条に反しないと判断した。

州最高裁は、まず上記(a)の点につき、表現要素を含む行為であっても規制しえないということではなく、O'Brien判決の審査基準に照らして許容される場合もあると述べた上で、O'Brien基準に基づく審査に入った⁹⁴。そして、州最高裁は、本件州法の立法時の背景事情を検討し、当時、KKK等が覆面を着用して人種・宗教的マイノリティーに対する嫌がらせ、威嚇、暴力行為を行なうという事件が増加していた中、覆面によって加害者の身元が秘匿されているために被害者は加害者を識別できない上、加害者に警察官が含まれる可能性をおそれて通報すらできないという状況

⁹¹ 本件州法の適用除外条項は、「(1)祝日に伝統的な祝日用の衣装を着用する者、(2)身体の安全を確保する目的で、又は職務、通商、雇用、或いはスポーツ活動の性質を理由として、覆面を着用する通商、雇用、或いはスポーツ活動に合法的に従事する者、(3)マルディ・グラの祝典及び仮面舞踏会における着用を含む、演劇製作において覆面を着用する者、(4)危機管理訓練又は非常時において支給されるガスマスクを着用する者」を規定する。

⁹² State v. Miller, 260 Ga. 669, 669 (1990).

⁹³ *Id.* at 669-70.

⁹⁴ *Id.* at 671.

が生じており、覆面を着用する犯罪者による威嚇から州民を保護する姿勢を表明する必要性があったと述べた上で⁹⁵、本件州法の目的は人々の市民的権利の行使と暴力・威嚇をうけない自由とを擁護することであり、このような権利や自由の擁護は、やむにやまれぬ利益であるのみならず、「州議会の積極的な憲法上の義務」であると述べた⁹⁶。そして、州最高裁は、本件州法は覆面着用者の発信したいメッセージとは無関係に特定の威嚇的な行為を規制するにすぎない点において、表現内容に中立的な規制であると述べた⁹⁷。さらに、州最高裁は、覆面着用行為の表現的要素が制約されるとしても、それは修正1条の保障をうけない脅迫・威嚇という表現要素にすぎないとも述べ⁹⁸、本件州法がO'Brien基準をクリアすることを明らかにした。

また、州最高裁は、同法の過度の広汎性及び曖昧性の問題につき、通常の知性を有する者であれば、いかなる状況下における覆面着用が威嚇・脅迫・暴力予告についての合理的な不安感を引き起こすのかを理解できるゆえ、本件州法の文言は曖昧とは言えないと述べた⁹⁹。そして、結社及び匿名表現の自由の問題につき、州最高裁は、本件州法は公共の場所において威嚇・脅迫・暴力予告についての合理的な不安感を引き起こす状況下での覆面着用を制限するにすぎない点において、匿名での表現活動に与える影響は無視しうる程度であり¹⁰⁰、公共広場における威嚇的・脅迫的な覆面着用行為に関しては、その匿名性を維持する利益よりも州の規制利益が優越すると述べた¹⁰¹。さらに、本件州法の差別的適用の問題につき、州最高裁は、本件州法は威嚇的、脅迫的、暴力的な覆面着用と善良

⁹⁵ *Id.* at 672.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Id.* at 673.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Id.* at 674.

¹⁰⁰ *Id.* at 676.

¹⁰¹ *Ibid.*

な目的の覆面着用とを適切に区別するものであると述べた¹⁰²。このように述べた上で、州最高裁は、本件州法は着用者の身元秘匿を意図した覆面着用行為を規制するものであり、かつ、威嚇・脅迫・暴力予告についての合理的な不安感を引き起こすことを着用者が知っている又は知っているべき場合に規制をするものであるゆえ合憲であると述べた¹⁰³。

(5) 小括

本章で取り上げたErie市条例に関する連邦地裁判決、Virginia州法に関する同州控訴裁判決、Georgia州法に関する同州最高裁判決の3判決は、いずれも覆面規制に対してO'Brien 審査基準を適用した上で、合憲と判断した。

これらのうち、Erie市条例の連邦地裁判決は、条例第5項(c)についてのみ文言の定義の不十分さを理由に過度の広汎性及び曖昧性を認めて違憲と判断したが、他者の権利等を侵害する意図での覆面着用を限定的に禁止する他の条文については、表現要素への一定の影響が及ぶことは認めつつも、表現内容に基づく規制ではないとして合憲と判断している。一方、Georgia州最高裁は、O'Brien 基準に照らし、同州におけるKKKの活動の歴史を確認した上で、当該州法の規制利益を人々の市民的権利や自由の擁護という点に見出し、これを「やむにやまれぬ利益」と位置づけた上で、当該州法によって表現要素が制約されることがあってもそれは特定の威嚇的表現要素にすぎないとして合憲と判断している。

Georgia州最高裁は、O'Brien 判決の審査基準に照らした審査を行ないつつも、規制の政府利益を「やむにやまれぬ」利益であると述べているおり、仮に厳格審査を適用しても合憲となりうることが示唆されている¹⁰⁴。

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *See, e. g.*, RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH § 13:23 (1996 & Supp. 2009).

また、Georgia州最高裁判決に関しては反対意見が付されており、そこでも本件には厳格な審査基準を適用すべきだとの指摘されている。そこで、次の章では、覆面禁止法に厳格審査を適用する場合について考えていきたい。

六 表現要素に対する規制として扱った例

(1) 厳格審査とBrandenburgの基準

覆面禁止法がその文言上、覆面着用という行為を規制対象としていようとも、政府の規制目的が表現内容の制約である場合は、通常の表現規制と同様に厳格審査の対象となり、その制約がやむにやまれぬ政府利益の追求のための必要最小限度にとどまっているかどうか審査されるほか、Brandenburg判決¹⁰⁵の基準などが適用される。Brandenburg判決の基準によると、違法行為を唱導する表現で規制可能なのは、「差し迫った(imminent)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¹⁰⁶、違法行為の「単なる唱導」は罰しえない¹⁰⁷。

このような審査を行なうべきだと主張したのが、すでに第五章で紹介した1990年のGeorgia州法の合憲性をめぐる事件の州最高裁の反対意見である¹⁰⁸。次にこの反対意見を見ていく。

(2) Georgia州最高裁判決の反対意見

Georgia州最高裁のSmith判事の反対意見は、同州の覆面禁止法がKKKの思想に対抗してKKKの覆面着用を阻止することを目的として制定され

¹⁰⁵ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁰⁶ *Id.* at 447-48.

¹⁰⁷ *Id.* at 444, 448-49.

¹⁰⁸ State v. Miller, 260 Ga. 669, 677-81 (1990)(Smith., J., dissenting).

たことを強調し、本件は表現内容に基づく規制であって厳格な審査基準を適用すべきであると述べた上で、次のような審査を行なっている¹⁰⁹。

反対意見はまず、「人々の市民的権利の行使と暴力・威嚇をうけない自由の擁護」という規制利益のためであっても、本件規制の手段は、当該規制利益との関連性が乏しく、規制利益を達成するために厳格に起草されていないと述べる¹¹⁰。つまり、本件規制は、単に覆面による身元秘匿を禁じるのみであって、市民的権利の侵害や暴力や威嚇を禁じておらず¹¹¹、また、他の様々な州法が当該規制利益の達成のために存在しているという¹¹²。

そして反対意見は、多数意見がKKKの覆面は象徴的表現性を有するという前提に立ち、その覆面が自動的に威嚇・脅迫・暴力予告の不安感を引き起こすと述べたことに対し、これでは修正1条で保障されるべき表現活動を意図した覆面着用であっても刑罰対象となってしまうと批判する¹¹³。

さらに反対意見は、州が規制しうるのは差し迫った違法行為を煽動又は惹起することに直接向けられた表現であって、かつ、そのような煽動又は惹起が発生する蓋然性の高い場合のみに限られると述べた上で、違法行為の単なる唱導は規制してはならない（*Brandenburg* 判決基準¹¹⁴）にもかかわらず¹¹⁵、本件州法は覆面着用という形での脅迫的思想の表明にすぎない行為を規制していると述べる¹¹⁶。

このように述べた上で、反対意見は、本件州法は文面上及び適用上、公共の場における異端分子による政治表現を規制対象とする表現内容規

¹⁰⁹ *Id.* at 678-79.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Id.* at 679-80.

¹¹⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 448-49 (1969).

¹¹⁵ *State v. Miller*, 260 Ga. 669, 681 (1990)(Smith., J., dissenting).

¹¹⁶ *Ibid.*

制であり、やむにやまれぬ州の利益を達成するために厳格に規制されていないゆえ違憲であるとした¹¹⁷。

（3）小括

第五章で紹介したとおり、Georgia州最高裁の法廷意見は、同州法が表現要素と非表現要素を併せ持つ象徴的表現を規制するものであることを確認した上で、O'Brien基準を適用し、当該州法は表現制約とは無関係な政府利益を追求したものであるとして合憲としていた。これに対し、本章で紹介した反対意見は、当該州法がKKKの活動への対処という文脈で制定されたことを踏まえ、これを表現内容規制として位置づけて厳格な審査基準を適用すべきであると述べた上で、当該州法の規制手段は規制利益との達成のために厳格に規定されていないことを指摘し、連邦最高裁のBrandenburg判決等の先例の下では単なる違法行為の唱導は規制しえないと述べている。

この点につき、Smolla教授も、仮に本件に適用すべき基準がBrandenburg判決の基準なのであれば、覆面禁止法が同基準の下で合憲と判断されることは想定し難いと述べている¹¹⁸。たしかに、覆面は違法行為を引き起こす可能性を有するが、すべての覆面着用行為がBrandenburg事件の意図と即座性の条件を自動的に満たすものではないと言うべきであろう¹¹⁹。

これまでに述べてきたとおり、覆面禁止法については、表現内容に基づく規制としての性格を安易に否定すべきではない。そして、KKKの活動の高まりの中で制定された覆面禁止法の合憲性を検証する際には、これを表現内容規制として位置づけて審査を行なうべきである。そこで重要となるのは、覆面禁止法に類似する特徴を有する、Brandenburg判決

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ SMOLLA, *supra* note 104, at § 11:25, § 13:23.

¹¹⁹ *Id.* at § 13:23.

以降の人種差別思想に基づく言動の諸規制に関する連邦最高裁判例である。この点について次章で見ていく。

七 人種差別思想に基づく言動の規制に関する連邦最高裁判例

(1) 連邦最高裁判決

すでに述べたとおり、連邦最高裁は、*Brandenburg* 判決以降、単なる違法行為の唱道や不快な表現の規制は修正1条の下では許されないという判例法を築いている¹²⁰。そのような先例の下、1970年代にユダヤ系住民が多数居住する *Skokie* 村においてネオ・ナチ団体がデモ行進を行なう計画を表明したことを受け、同村が急ぎょ行進や集会を許可制として人種・宗教的憎悪の扇動や軍服着用のデモを禁止する条例を制定した際も、連邦最高裁は表現の自由を最大限に保障する立場を貫いた¹²¹。連邦最高裁は、条例を文面上違憲と判断した連邦控訴裁判決を受けた裁量上訴を認めず¹²²、また、ナチスの鍵十字の掲揚などを禁止する命令を違憲と判断した州裁判所判決を受けての裁量上訴も認めなかったのである¹²³。

さらに、1992年の *R. A. V.* 判決において、連邦最高裁は、十字架を燃やす行為などの表現行為によって生じる人種、肌の色、信条、宗教、性に起因する怒り、不安、憤りが「喧嘩言葉 (*fighting words*¹²⁴)」(規制可能とされるカテゴリーの一つ) を構成する程度に至った場合に規制するミネソタ州セントポール市条例を違憲と判断した¹²⁵。同事件の法廷意見は、まず、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

¹²⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447-49 (1969). 詳細は第六章参照。

¹²¹ *Skokie* 村事件については、前掲注7・拙稿 (2009) 参照。

¹²² *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916 (1978).

¹²³ *Smith v. Collin*, 436 U.S. 953 (1978).

¹²⁴ 挑発的に喧嘩を売る表現を意味する。 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) において規制可能なカテゴリーとして位置付けられた。

¹²⁵ *R. A. V. v. City of St. Paul, Minn.*, 505 U.S. 377 (1992).

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上で¹²⁶、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た¹²⁷。

R. A. V.判決の直後、差別思想の規制はすべて修正1条に反するとの理解が広まりつつあったが、翌1993年、連邦最高裁はMitchell判決において、人種・宗教的偏見を動機として犯罪を遂行した場合に刑罰を加重するいわゆるヘイトクライム (hate crime) 法を合憲と判断した¹²⁸。同判決は、同規定の規制対象が「行為」であることを強調してR. A. V.判決との差別化を図った上で¹²⁹、犯罪動機を量刑時に考慮することは従来から許容されていると述べ、偏見に基づく行為が個人や社会にもたらす害悪はその他の行為の害悪よりも重大であるゆえに刑罰加重規定は正当化されると述べた¹³⁰。連邦最高裁はさらに、2003年のBlack判決において、脅迫の意図で十字架を燃やすことを禁じる州法を合憲と判断したが、ここではまず、当該州法が規制の許される表現領域である脅迫の中の一部の小領域のみを選び出して規制していることを認めつつも、これは脅迫の中の最も脅威を与える脅迫を禁じているにすぎないゆえにR. A. V.判決で示された例外に該当すると述べ、R. A. V.判決との差別化を図って合憲と判断した¹³¹。

¹²⁶ *Id.* at 383-84, 391-92.

¹²⁷ *Id.* at 395-96.

¹²⁸ *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993).

¹²⁹ *Id.* at 487.

¹³⁰ *Id.* at 487-90.

¹³¹ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 352-57, 362-63 (2003).

(2) 考察

R. A. V.判決の論理の妥当性が適切であったのかどうか、また、Mitchell判決とBlack判決が展開したR. A. V.判決との差別化の理論が適切であったのかどうかは、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¹³²。しかし、ここではこれらを連邦最高裁の先例として位置づけて検討することとする。すると、差別思想に基づく言動に対処するという文脈の中で制定された覆面禁止法については、上の3つの事件で争点となった法令と一定の類似性が認められるように思われる。そして、これらの連邦最高裁判例に照らすと、覆面禁止法の合憲性は次のように分析することができる。

第一に、犯罪遂行時の覆面着用を禁じる覆面禁止法は、Mitchell判決で合憲とされた刑罰加重法と類似性がある。つまり、両者とも合憲的に規制しうる犯罪行為が遂行されることを前提として、その行為の背景に潜む差別思想に刑罰を科すという点が共通する。Mitchell判決において犯罪の動機を量刑時に考慮して重罰を科すことが合憲とされたことを踏まえると、犯罪遂行時の覆面着用を禁じる覆面禁止法については、Mitchell判決に照らすと合憲であると考えられる。

第二に、脅迫を意図する覆面着用行為を禁じる覆面禁止法であれば、Black判決で合憲とされた州法と類似する。つまり、両者とも、脅迫の意図をもってKKKの典型的な象徴的行為を遂行することに対して刑罰を科していると言いうる。ここで、Black判決において脅迫に該当する表現行為を選択的に規制することが合憲とされたことを踏まえると、脅迫に該当する覆面着用行為を禁じる覆面禁止法についても、それが脅迫の中で最も深刻なもののみを規制対象としていることが認められた場合は、合憲と判断されよう。

¹³²前掲注7・拙稿(2004)等参照。

第三に、脅迫には該当しない、他者への嫌がらせなど意図した覆面着用を禁じる規定については、R. A. V.判決の争点となった条例と類似すると言いうるかもしれない。ここで、R. A. V.判決の条例が違憲とされた原因の一つが、当該条例がそもそも規制の認められにくい喧嘩言葉という概念に依拠していたことであつたと考えた場合¹³³、他者への嫌がらせという程度の表現のうちの人種差別の表現要素を有する覆面着用行為だけを選び出して規制する覆面禁止法は、R. A. V.判決の下で違憲とされる可能性が高いように思われる¹³⁴。

八 結語

本稿で見てきたとおり、覆面禁止法を合憲と判断した裁判例の中には、覆面に固有のメッセージ性が存することを否定し、覆面禁止法を単なる行為規制として位置づけた上で、覆面禁止法は修正1条上の問題を生じさせないと判断したものがあるほか、覆面禁止法を象徴的表現の規制として位置づけた上で、O'Brien判決の基準に照らして表現制約を目的とした規制ではないと判断して、合憲としたものもある。これに対し、覆面禁止法を違憲と判断した裁判例の中には、覆面禁止法を匿名表現の自由に対する制約として位置づけた上で、NAACP対Alabama判決の基準等の下で規制利益の実質性と規制文言の限定性を審査して違憲と判断した裁判例があるほか、覆面禁止法を表現要素に対する規制として位置づけた上で、Brandenburg判決等の基準をはじめとした厳格な基準に照らし、当該州法の規制手段が規制利益の達成のために厳格に規定されていないことを指摘して、違憲と判断したものがある。

¹³³ See, e.g., Rodney A. Smolla, *Terrorism and the Bill of Rights*, 10 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 551, 555-56 (2002).

¹³⁴ SMOLLA, *supra* note 104, at § 13:23. Smolla教授は、R. A. V.判決の基準に照らすと妥当ではない可能性があるとして述べている

本稿で見た限りにおいては、覆面禁止法を行為規制として位置づけた場合、つまり、純粹な行為に対する規制として位置づけた場合と、象徴的表現の行為要素に対する規制として位置づけた場合とは、いずれの事件でも合憲と判断されている。これに対し、覆面禁止法を表現規制として位置づけた場合、つまり、匿名表現に対する規制として位置づけた場合と、象徴的表現の表現要素に対する規制として位置づけた場合とは、いずれの事件でも違憲と判断されている。適用する審査基準が結果を左右したと考えるべきなのか、それとも、各裁判所が望ましい結果を導くために特定の審査基準を選んで適用したと考えるべきなのか、断言しにくいところである。

これまでに述べたとおり、何らかの刑事法規定に違反する犯罪行為を遂行する際の覆面着用を禁止する法律については、行為規制として位置づけたり、行為規制に付随する表現・思想の制約として位置づけたりすることも可能であろう。しかし、覆面着用行為の発信する特定のメッセージに着目して設けられた規制については、それが表現要素を規制対象としていることを認め、厳格な審査を行なうべきであろう。そして、人種差別思想に基づく威嚇のメッセージに着目して設けられた規制が、厳格な審査を通過しうるかどうかを考える際には、本稿で紹介した従来の人種差別表現の規制をめぐる判例法が参考になろう¹³⁵。

¹³⁵ただし、人種差別表現の規制に関する判例法には強い批判も寄せられている。この問題については、前掲注7の各拙稿を参照のこと。

