慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	言語と行為の臨界： 米国におけるポルノグラフィー規制条例違憲論の帰趨
Sub Title	Blurring the boundary of speech and conduct : consequences of constitutional debates over regulating pornography in America
Author	菅谷, 麻衣(Sugaya, Mai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.103, (2014. 12) ,p.69- 102
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20141215-0069

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

言語と行為の臨界

――米国におけるポルノグラフィー規制条例違憲論の帰趨――

菅谷麻衣

一　はじめに
二　ポルノグラフィー規制条例
(一)　わいせつ物規制からポルノグラフィー規制へ
(二)　条例と言論／行為二分論
三　ポルノグラフィー規制条例に対する司法判断
(一)　第一審判決
(二)　控訴審判決
(三)　判決の分析
四　Chaplinsky 事件判決とゼカライア・チェイフィーの所説
(一)　Chaplinsky 事件判決脚注四・五とチェイフィー
(二)　言論・行為・有害性
五　今後の課題

一　はじめに

アメリカ憲法学は言論（speech）と行為（conduct）の区分という問題設定に長い間囚われてきた。しかしながら、言論と行為を区分するというおよそ不可能とも思われるこの問題設定にはいかなる意味があるのだろうか。かつて言語哲学者のオースティン（John L. Austin）が言語行為論（speech acts theory）を唱え、言語と行為の区分を相対化したように[1]、言論と行為の区分という問題設定自体がともすると無意味なようにも思われる。

そもそも、speech とは一体何を意味しているのだろうか。話す内容だろうか、それとも、話すという行為自体を意味しているのだろうか。そこで、Oxford English Dictionary を見ると、speech の項目の最初の説明には“The act of speaking”[2]と記されている。辞書的な意味合いにおいて、speech はまず言語を発する「行為」として定義されており、確かに言語であると同時に行為なのである。

しかしながら、speech から敢えて「行為」を切り離すという発想がアメリカ判例法理には存在する。その発祥は定かではないが、二〇世紀初頭のアメリカ判例法理には既にこの「言論」と「行為」を区分する発想が存在したようである[3]。たとえば、ボリンジャー（Lee C. Bollinger）は、扇動罪処罰の合憲性が争われた Abrams v. United States 事件連邦最高裁判決のホームズ判事（Oliver Wendell Holmes, Jr.）の反対意見[4]では、言論保護のために、言論と行為を両極に対置して、言論が行為に近づくほどにその規制を許容するという検討が行われていると指摘する[5]。この指摘が正しいのであれば、扇動罪をめぐる古典的な刑法理論において、言論と行為を区別する発想が取り入れられていたといえよう。他方で、アメリカ合衆国憲法修正一条の文言につき、「言論（speech）」である限り無条件に保護されるという絶対主義的解釈（absolutism）[6]に立つ場合、the act of speaking に対する制限を正当化するためには、それを「言論

(speech)」以外の類型に落とし込む必要が出てくる。そこで、「行為（conduct）」という類型を創設し、the act of speaking を「行為」とみなし得る場合にそれに対する規制を許容するという理論も古くから存在する。[7] これは、扇動罪処罰の正当化を超えて、より一般的に、修正一条の保護領域を画定しようとする理論であるが、ここにもまた言論と行為を区別する発想が確認できる。

このように、アメリカにおいては「言論（speech）」と「行為（conduct）」を区分し、修正一条によって保護される「言論」とその対極に制限可能な「行為」を対置する理論が存在しており、旧くは二〇世紀初頭にその嚆矢を確認できる。このような理論は、一般に、言論／行為二分論（speech / conduct distinction, speech / conduct dichotomy）と呼ばれている。[8] ただし、言論／行為二分論という場合、典型的には、言論と行為の区分に基づいて修正一条の保護領域を画定するタイプのもの、すなわち前に紹介したふたつのうち後者の理論が想定されるようである。[9] ブラック判事（Hugo L. Black）やエマスン（Thomas I. Emerson）が一九六〇年頃からかかる理論を提唱したことによって、[10] これが言論／行為二分論の典型例として広まったと考えられるが、いずれにしろ、アメリカの判例・学説において言論／行為二分論はかなりの存在感をもって現在まで広く認知されているといえよう。[11]

もっとも、象徴的言論（symbolic speech）のように「言論」とも「行為」とも容易には判断できない表現類型を考慮するとき、この二分論の有用性は疑わしいものとなる。[12] しかしながら、種々の批判を受けながらも今なおこの二分論の影響力は無視できず、現代の論者による注目すべき論稿も公刊されているところである。[13] それはなぜか。言論／行為二分論が未だアメリカ判例法理に通奏低音として存在し続けるのは、「言論」に対立する概念として――保護される言論に対して端的に「保護されない言論（unprotected speech）」を対置するのではなく――「行為（conduct）」が措定されていることに何か特別な理由があるからなのだろうか。「言論」と「行為」というおよそ不可能であるとも思われる区分が何故敢えて行われたのか。その真の問題設定とは一体何だったのか。

本稿では、以上の問題意識に基づいて一九八四年にアメリカのインディアナポリス市で成立したポルノグラフィー規制条例をめぐる議論を素材に考察を進めてみたい。なぜなら、まさにこのポルノグラフィー規制条例こそが「言論」と「行為」を区分するという憲法論を再び表舞台に立たせ、言論／行為二分論の現代的な意義を問い直すものであったからである。

二　ポルノグラフィー規制条例

㈠　わいせつ物規制からポルノグラフィー規制へ

従来、性を題材とした表現物（以下、性表現物と呼ぶ）のうち刑法上の規制対象となってきたものの多くは、「わいせつ物」（obscenity）であった。しかし、一九八四年にアメリカのインディアナポリス市で成立したポルノグラフィー規制条例[14]は、従来の「わいせつ物」規制とは似て非なる規制であった。

アメリカでは、早くも一八一五年のCommonwealth v. Sharpless事件判決[15]で、「裁判所は公共道徳の守護者（guardians of the public morals）」であり、わいせつ物規制の処罰根拠は「道徳の破壊（the corruption of morals）[16]」にあると判示されたように、長らくわいせつ物規制の主たる根拠は性道徳の維持にあった。これに対して、フェミニストであるマッキノン（Catharine A. MacKinnon）とドウォーキン（Andrea R. Dworkin）によって起草されたポルノグラフィー規制条例の根拠は、性表現物が女性にもたらす「害悪（harm）」にあった。マッキノン＝ドウォーキンは、従来のわいせつ物規制においては、性道徳の維持がその主たる根拠となっており、「ポルノグラフィーの被害者としての女性の救済」の視点が欠けていると批判し、従来あまり意識されてこなかった性表現物がもたらす女性に対する様々な害

悪――暴行・虐待の誘発、社会的地位の低下、ひいては社会進出への影響――の存在を明らかにして、これらの害悪の防止を目的としたポルノグラフィー規制条例を構想した。本稿で紹介するインディアナポリス市の条例も、このマッキノン＝ドウォーキンによって構想されたポルノグラフィー規制条例の一つである。[17] この条例は、性表現物規制をめぐる議論の争点を道徳から有害性（とりわけ、その女性差別的効果）へ移行した点において、一九六〇年代に「法と道徳の峻別」という近代法の大原則から、わいせつ物規制を批判したヘンキン（Louis Henkin）の議論（「罪（sin）」から「犯罪（crime）」へ）を受け継いでおり、ある種のリベラルな伝統に立つものである。[18] だからといって、この条例はリベラルを自認する者たちに必ずしも好意的に受け入れられたわけではない。[19] このことは条例の内容と構造に密接に関わっているため、次に条例を概観してみたい。

㈡　条例と言論／行為二分論

ポルノグラフィー規制条例の最大の特徴は、立法事実としてポルノグラフィー（pornography）を差別行為（discriminatory practice）であると認定する点にある。条例は次のように規定する。

「**ポルノグラフィーは性別に基づく差別行為（discriminatory practice）であり、社会における女性の平等な機会を奪う**。ポルノグラフィーは差別の根拠として性別を作り上げ、かつ、それを維持する（creating and maintaining sex as a basis for discrimination）中核をなしている。ポルノグラフィーは性別に基づく、搾取と従属の制度的な行為であり、女性に差別的な被害をもたらす（differentially harms women）。その根強い差別と侮蔑はポルノグラフィーが助長する攻撃的な行為とあいまって次の被害を生じさせる。雇用、教育、公共施設へのアクセス及びその利用、並びに、不動産の取得に関する権利を女性が平等に享受する機会を妨げる。強姦、暴行、虐待、児童誘拐、並びに、売春を増進し、そのような行為に対する法の公正な執行を妨げ

る。特に、女性が完全に市民権を行使し、地域活動を含む公的生活に参与することを著しく制限することに寄与する。[20]」（強調筆者）

この規定はかなり議論の余地のあることをさらっといってのけている。この引用箇所の後半部で詳述されているように、条例はポルノグラフィーによって、女性に対する差別意識が生産・助長され、その結果、女性の社会的な地位が低下するという害悪がもたらされると認定している。しかしそうであるならば、女性を貶めるメッセージを含有するポルノグラフィーは「言論（speech）」としてまさに修正一条の保護領域に属するはずであり、通常であれば、言論規制に対する厳格な審査をクリアしない限り、それを規制する条例は違憲となるはずである。もっとも、ここで効いてくるのがこの引用箇所の前半部の記述である。条例は、まさにこのように女性に差別的な害悪をもたらすポルノグラフィーを「差別行為（discriminatory practice）」であると認定することによって、ポルノグラフィーを脱「言論」化し、言論規制に対する厳格な審査を回避しようとするのである。一般的にポルノグラフィーは表現物であると理解されているため、[21]ポルノグラフィーを差別行為であると認定したまさにこの点が条例の最大の争点となった。

このように条例はポルノグラフィーを何とか差別行為であると認定しようとしているため、条例によって規制される「ポルノグラフィー」にどのような性表現物が該当するのかを列挙した規定では、まさに差別行為というに相応しい性表現物が羅列してある。その箇所を引用してみよう。

「ポルノグラフィーとは、図画であるか言葉であるかにかかわらず、性的にあからさまな女性の従属（the graphic sexually explicit subordination of women）を写実的に描いた作品であって、かつ、次の描写を一つ以上含む作品を意味する。

(1)　女性が苦痛、屈辱を楽しむ性的対象物として描写されている。

(2) 女性が強姦されることに性的喜びを感じる性的対象物として描写されている。
(3) 女性が縛られ、切りつけられ、手足をもぎ取られ、あざをつけられ、肉体的に痛めつけられる性的対象物として、又は、手足を切断され、頭部を切り取られ、断片化され、身体の各部位に分断された形で、描写されている。
(4) 女性が物、動物により貫通されて描写されている。
(5) 女性が堕落、傷害、虐待、拷問の筋書きの中で、それらの状況を性的なものとする文脈において、汚く劣った存在として示され、血を流し、あざをつけられ、痛めつけられた形で描写されている。
(6) 女性が支配、征服、暴行、搾取、所有、使用のための性的対象物として、又は、隷属、服従、陳列の姿態ないし姿勢が与えられた形で、描写されている。[22]」

この定義の下では、単に性的にあからさまな描写が含まれるだけでなく、女性差別的な描写が含まれることが要求されている。したがって、この条例の下では、一般的な意味でいうところの「ポルノグラフィー」全てが規制されるわけではない。実はこの点が後述するHudnut事件控訴審判決[23]で問題となるのだが、それについては後程詳しく説明したいと思う。

さて、条例はこのようなポルノグラフィーの定義を前提にして、①ポルノグラフィーの製作・販売など、②ポルノグラフィーへの出演の強制、③望まない者にポルノグラフィーを強制的に見せる行為、④ポルノグラフィーによって影響を受けた者による暴行脅迫を違法とし、条例の定める例外に当たらない限り、被害者が行政的・民事的な救済措置を受けることができると定めている。この条例の構造を見る限り、条例は差別行為規制として構想されていたといえよう。

以上のようにポルノグラフィーを差別行為として認定しようとする背景には、言論と行為を区分し、両者に異なる

憲法的な保護を与えようとする言論／行為二分論が控えているとも思われるが、[24] 起草者の一人であるマッキノンは必ずしもそうは考えていない。端的にいうと、マッキノンは言論／行為二分論に対してある種矛盾するともいえる態度を採っているのである。マッキノンは「言論と行為の区別（the distinction between speech and conduct）」[25]を「修正第一条の泥沼（First Amendment bog）」[26]と呼び、「ほとんどの行為は行動的であると同時に表現的である。言葉は、行為とは切り離された精神活動の媒体であるばかりでなく、しばしば、行為そのものである。」[27]と述べ、いたずらに「言論」と「行為」を切り離し、「言論」を保護しようとする絶対主義者を批判する。この限りにおいて、マッキノンは言論／行為二分論を採らないようにも思われるが、しかし同時に、ポルノグラフィーは「行為（act）」に類似しているから規制することができると主張するのである。[28] 結局、マッキノンは言論／行為二分論を批判しながらも、「言論」と「行為」の区分というその問題設定の下に論を進めるのである。[29]

以上の事情を鑑みたとき、ポルノグラフィー規制条例は言論／行為二分論に依拠して成立したと簡単に断ずることはできないが、少なくとも、この条例をきっかけに、言論／行為二分論が司法判断の俎上に載せられ、その現代的意義が問われることとなったのである。[30]

三　ポルノグラフィー規制条例に対する司法判断

ポルノグラフィー規制条例に対する司法判断は、一九八四年に始まるAmerican Booksellers v. Hudnut事件にかかる諸判決[31]の中で下された。この事件は同年に成立したインディアナポリス市条例に対して、出版業者・販売業者などがその執行の差し止めを求めて連邦裁判所に提訴した事件である。

㈠　第一審判決

第一審判決を執筆したバーカー判事（Sarah Evans Barker）は「ポルノグラフィー」が言論なのか、行為なのかを問題にし、それが修正一条によって保障される「言論（speech）」に含まれるとの前提に立って条例の合憲性を判断してゆく。

まず、バーカー判事は、行為規制として立法されたといわれる本件条例につき、「条例は言論を規制するのか、行為を規制するのか（内容か、行為か）（Do the Ordinances regulate speech or behavior（content or conduct））」[32]という問いを立てる。この問いは本件に適用されるべき憲法条項を明らかにしようとするものであった。なぜなら、被告であるインディアナポリス市はポルノグラフィーを単なる行為ではなく、女性に対する差別行為であると主張していたため、本件は修正一四条の観点から検討される余地があったからである。

しかしながら、バーカー判事はポルノグラフィーの実態――女性に対する害悪の有無、その社会的影響力の強弱等――を検討することなく、条例の文言それ自体から、本件を表現の自由の問題であると判断した。条例で用いられている次の文言、すなわち、「描写され（depicted）」「図画であるか、言葉であるかにかかわらず（whether in pictures or in words）」「提示され（are presented）」などを挙げてバーカー判事は、「有害な行為（harmful action）として攻撃的な言論（offensive speech）を再定義しようとしている被告の試みにもかかわらず、条例の明確な言葉遣い（wording）は被告が言論（speech）を規制しようとしていることを明らかにしている」[33]（傍点筆者）と判断したのである。この判断によって、本件は表現の自由の問題として検討がなされることとなった。

その検討にあたって、バーカー判事が依拠したのが類型的アプローチ（a limited categorical approach）である。このアプローチは、修正一条の保護領域を画定するために、予め保護から除外される言論類型を決めておき、問題となっ

ている言論がその類型に該当しさえすれば、他の利益を衡量することなく、その言論に対する修正一条の保護を剝奪するというアプローチである。このアプローチで排除されるのは、わいせつ、名誉毀損、喧嘩言葉等の長期にわたって判例法上、修正一条の保護から除外されてきた類型である（一般的に「低価値言論（low value speech）」[34]ないし「保護されない言論（unprotected speech）」[35]と呼ばれる）。これらの言論類型は修正一条の射程外に置かれることから、時に修正一条の「言論（speech）」ではないといわれることがあるため、類型的アプローチと被告の主張には一定の接点が存在する。被告は、ポルノグラフィーを言論ではなく、差別行為とおくことにより、ポルノグラフィーを類型的に排除しようとしているからである。いずれにしても、憲法的保護から除外される理由が必要となる。低価値言論を排除する実質的な規制根拠を見つけ出し、ポルノグラフィーにもそれが当てはまることを論証しなければならない。被告は、一九四二年の Chaplinsky v. New Hampshire 事件連邦最高裁判決[36]を低価値言論一般の先例と捉え、この判決を使って、低価値言論の実質的な規制除外根拠を基礎づけようとした。被告が依拠した Chaplinsky 事件判決の有名な判示部分を掲げる。

「修正一四条の文言、及び、目的を広範に認めたとしても、言論の自由の権利がいつでも、どのような状況でも、完全に保障されるのではないことはよく知られている。特定の明確に定義され、厳格に制限された言論の類型（class of speech）の規制は、いかなる憲法的問題も提起しないと考えられてきた。**それらは、下品かつわいせつな言葉、冒涜的言葉、名誉毀損的言葉、侮辱的又は〝喧嘩的〟言葉（These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words）である――それらはまさに発話されることによって、害を負わせ、又は、直接的な治安紊乱を引き起こす傾向にある言葉である（-- those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace.）**。そのような発話がアイディアの表明（any exposition of ideas）にとって本質的な部分を成さず、真理への接近（a step to truth）と

いう社会的価値をほとんど有しないがゆえに、そこから得られるいかなる便益も秩序や道徳に関する社会的利益より明らかに劣位にたつことは、よくいわれていることである。[37]」（強調筆者）

この記述からChaplinsky事件判決を低価値言論一般の先例として理解することが可能であり、現に被告はそのように解釈した。しかし問題は、低価値言論から修正一条の保護が剝奪される実質的な規制根拠について同判決が何を述べているのかという点にある。この引用箇所を見る限り、少なくとも、二つの規制根拠を挙げることができよう。

一つは低価値性である。ここで列挙される言論類型は「低価値言論」という名称で総称されてきたが、それは、前記判示部分の後半部で言及されている「真理への接近という社会的価値」の高低によって決せられる。他方で、別の実質的論拠も拾うことができる。それは有害性である。前記判示部分で、言論類型を列挙した直後に、「それらはまさに発話されることによって、害を負わせ、又は、直接的な治安紊乱を引き起こす傾向にある」という説明が付け加えられていることの意味を素直に受け止めるのであれば、類型的排除の実質的理由として有害性（直接的治安紊乱を含む）を判決は想定していると解釈するのが自然であろう。つまり、これらの類型に属する言論は、発話という媒介を契機に、「他者加害」や「直接的な治安紊乱」といった害悪をもたらすので、その規制が正当化されるのである。[38]

このように、修正一条の保護から類型的に排除される実質的な規制根拠としては、低価値性と有害性の二つが挙げられているが、Chaplinsky事件判決は、両者がどのような関係に立つのか、どちらが決定的な根拠なのかについて明言していない。[39] さらにいえば、同判決は、列挙された諸類型と二つの規制根拠がどのように接合するのかについても説明していない。かかる判例状況の中、本件被告は、ポルノグラフィーという類型は、女性に差別という「害を負わせ、又は、直接的な治安紊乱を引き起こす傾向にある」ので、修正一条の「言論」ではない、と主張したのである。[40] この主張が持つ意義は大きい。なぜなら、被告の主張は、有害性という排除理由を根拠に「ポルノグラフィー」とい

う類型の新規参入を求めることによって、類型論的アプローチや言論／行為二分論が自明のものとして切り分けてきた「言論」とそれ以外の行為類型の区分、そして、先例があいまいにしてきた類型的排除の論拠及びその論拠と各類型との連関を再度問い直す試みであったからである。アメリカ判例法理としての言論／行為二分論や類型的アプローチは実践の上で広く活用されながらも、切り分けの限界を画定できるような実質的な規制根拠を特定するには至っていない。[41] むしろ、規制根拠の中身や規制根拠と各類型の連関を不問に付してきたがゆえに、修正一条で保護されない領域があることを説明する便利な道具として利用されてきたのである。[42] 被告の主張はまさにこの課題に対する一つの挑戦であった。それは保護されない領域の内実・限界を有害性に求めるものであり、同時に、「『言論』とは害悪を生み出さないものである」というテーゼをもたらし得る問いかけでもあった。

しかしながら、バーカー判事はこの問いに正面から答えることはしなかった。[43] バーカー判事は、被告が低価値言論の実質的な規制根拠を示す記述であるとして重視した「害を負わせ、又は、直接的な治安紊乱を引き起こす傾向にある」という記述は、この記述の直前に列挙された「喧嘩言葉」にだけかかるものと判断したのである。この判断によって、「喧嘩言葉」の実質的な規制根拠が明らかになったものの、この記述を用いて、低価値言論一般の外延を画定する実質的な規制根拠を読み取り、ポルノグラフィーを新たな排除類型にカウントさせようとした被告の試みは受け入れられなかったのである。

さらに、バーカー判事は、自身がその有害性による規制の正当化を唯一認めた「喧嘩言葉」という類型にポルノグラフィーは含まれないと形式的に判断した。そこでは、ポルノグラフィーは伝統的に用いられてきた「喧嘩言葉」には含まれないと述べられただけで、両者の類似性や包摂関係、定義の内包や外延が問われることはなかったのであり、したがってまた、喧嘩言葉の「害悪」とは何なのかについての実質的な検討もなされなかったのである。

そうなると、バーカー判事は、ポルノグラフィーは修正一条で保障される「言論」ではないという被告の主張を完

全に否定したのかと思われるが、必ずしもはそうではない。バーカー判事はポルノグラフィーの「喧嘩言葉」該当性を否定した後に、次に、ポルノグラフィーの「わいせつ物（obscenity）」該当性を検討するのである。先程確認したように、わいせつ物はChaplinsky事件判決に列挙される排除類型の一つに含まれ、修正一条で保障される「言論」ではないとされている。では、排除類型としての「わいせつ物」該当性はどのように判断されるのか。この点、バーカー判事はMiller基準を採用した。この基準は、一九七三年のMiller v. California事件連邦最高裁判決[44]で採用されたものであり、以後も連邦裁判所で使用される基準である[45]。この基準は、①同時代のコミュニティの基準に照らして、その作品を全体として見た場合に、平均人がその作品を好色的関心（the prurient interest）に訴えるものであると認めるかどうか、②その作品が、適用される州法によって明確に定義された性的行為を明白に不快な方法で描写ないし叙述しているかどうか、③その作品が全体として真摯な文学的、芸術的、政治的、あるいは、科学的価値を欠くかどうか、という三要件から成るものである。バーカー判事はこの三要件に対応させて、①条例は「コミュニティ基準」という用語を用いておらず、「好色的関心」に訴える表現物の規制を目的としていないこと、②条例は「明白に不快な」表現物だけを規制するよう規定されていないこと、③文学的・芸術的・政治的・科学的価値が高いポルノグラフィーに対しても条例の適用が除外されないことを理由に、「ポルノグラフィー」の中に修正一条によって保障される「言論」が含まれると判断した。ここでもまた喧嘩言葉のときと同様に、両者の類似性や包摂性、定義の内包や外延は実質的に問われなかった。しかも、わいせつ物についての実質的な規制根拠についてはここでも一切触れられることはなかったのである。しかしながら、形式的な判断であったとしても、ポルノグラフィーに「言論」が含まれることさえ明らかになれば、それはバーカー判事にとって条例を違憲とするのには十分であった。

こうして市条例は違憲と判断された。言論／行為二分論にアンビヴァレントな姿勢を示していた起草者のマッキノンによれば、本件で問われなければならなかったのは、言論と行為の技術的区分ではなく、ずばり「『言論』とは何

か」であり、それがHudnut事件判決第一審判決を貫く「始まりにして終わり（the beginning and the end）」[46]の問いであった。にもかかわらず、Chaplinsky事件判決の類型論を機械的・形式的に適用するばかりの第一審判決は、その問いに実質的に取り組むことはなかったのである。

(二) 控訴審判決

続く控訴審判決はイースターブルック判事（Frank H. Easterbrook）によって執筆された。この判決は「ポルノグラフィー」が「言論」に含まれることを前提に、条例が特定の観点（viewpoint）を基礎にして制限を加えるものかどうかによってその合憲性を判定している。

その検討にあたって、イースターブルック判事は内容規制論に依拠した。しかも、類型論的アプローチを経ることなく、条例が内容規制の一つである観点規制（viewpoint discrimination）に該当するか否かを検討したのである。ここで言う内容規制論とは、規制の類型を内容規制と内容中立規制に大別し、それぞれ異なる違憲審査の基準を妥当させる判断枠組みのことである。[47] 観点規制はこの前者の内容規制に含まれる。内容規制に対しては原則として厳格審査が妥当するが、その中でも、観点規制は言論を「見解（viewpoint）によって差別的に取り扱う規制」[48]であるため、いったん観点規制であると判断されれば、違憲の結論を免れることは難しい。したがって、観点規制であると判断されるかどうかは条例の帰趨を分ける重要な問題であった。

条例はポルノグラフィーの定義に、「女性の従属」「苦痛、屈辱を楽しむ」等の文言を含めることによって、本来的に表現物であるポルノグラフィーを差別行為として認定しようとしている。しかし皮肉なことに、イースターブルック判事は、この定義上の工夫を「観点（view）」に基づくものと考えた。彼は次のように述べ、条例を観点規制であると判断したのである。「女性を『従属させる』言論（speech）や、またたとえば、女性を苦痛、屈辱、強姦を楽し

むものとして描写する言論、あるいは単に女性を『隷属、服従、陳列された姿勢』で描写する言論でさえも、その作品を全体として見た場合の文学的・政治的価値がいかに高くとも規制される。他方で、女性を平等の姿勢で描写する言論（speech）は、その性的内容がいかに写実的であっても合法である。これは思想統制（thought control）である。それは女性についての『公認された』観点（“approved” view）、つまり、女性が性的状況下でどう反応するか、両性が互いにどう関係を築くかについての『公認された』観点を確立するものである。この公認された観点を支持する者は性的イメージを用いることができるのに対し、そうでない者は性的イメージを用いることができないのである。[49]」

以上の判断によって、条例の違憲性はほぼ確定されたとも思われるが、続けてイースターブルック判事は、害悪を根拠に条例を正当化するインディアナポリス市の主張について検討する。ここでイースターブルック判事は、インディアナポリス市の主張を「ポルノグラフィーはアイディア（idea）ではなく、権利侵害（injury）である[50]」というように整理し、それを基本的に受け入れる。彼は、ポルノグラフィーを差別行為として認定した条例の規定を参照しながら、「われわれは条例の前提を受け入れる。従属の描写は従属を永続化させる傾向にある。同様に、女性の従属的地位は、職場での侮辱や低賃金、家庭での侮辱や暴力、道端での暴力や強姦に結びつくだろう。[51]」というのである。そうであれば、害悪を理由に条例を正当化する理論そのものが認められたとも思われる。しかしそうではない。イースターブルック判事は、インディアナポリス市がいうところの有害性を「言論」のもたらす効果として認めたに過ぎないのである。つまり、イースターブルック判事は、ポルノグラフィーの害悪といわれている現象を「単にポルノグラフィーの言論としての力（the power of pornography as speech）を証明しているに過ぎない。[52]」というのである。イースターブルック判事は、人々が世界、仲間、社会的関係をどのように考えるのかに対して、ポルノグラフィーが影響を与えることを認めるが、それは、言論から憲法の保護を奪う「害悪」ではなく、憲法で保護される「言論」として当然に期待される効果であると考えるのである。確かに、イースターブルック判事は、ポルノグラフィーが人々に影

響を与えることによって「不幸な結果」[53]が引き起こされることを認めているが、それはポルノグラフィーの利用者がポルノグラフィーをどのように受け止めるのかに依存しているのであり、ポルノグラフィーに対する憲法の保護を剝奪する根拠にはならないと考えるのである。科学研究によって誰かが爆弾を作る可能性もあるし、ある話者のアイディアが暴力的な抗議活動を引き起こす場合もある。しかしながら、それは、修正一条の保護を剝奪するような「害悪」ではなく、あくまでも「言論の力」に付随して生じる「不幸な結果」に過ぎない。イースターブルック判事が「言論は多分に危険なものである。（Much speech is dangerous）」[54]というとき、このような思考がめぐらされていると思われる[55]。

以上のように、本件条例は、観点規制であることを理由に違憲と判断された。なお、連邦最高裁は、理由を付けずにこの判断を是認しているため[56]、紹介は割愛せざるを得ない。

㈢　判決の分析

Hudnut事件において、被告たるインディアナポリス市は、「ポルノグラフィー」を新たな排除類型としてアメリカの修正一条論の中に参入させようとした。それは同時に、一九四二年のChaplinsky事件判決を一九八四年の時点で再解釈することにより、低価値言論の法理を形成してきた、排除類型の布置関係と排除の実質的根拠を再度問い直すという試みにつながり得るものであった。しかしながら、第一審判決はChaplinsky事件連邦最高裁判決のテクストをかなり硬直的に解釈して、類型的排除の論拠である有害論を「喧嘩言葉」のそれに限定した。その上で、あくまでカテゴリカルに、ポルノグラフィーが「喧嘩言葉」あるいは「わいせつ物」には該当せず、したがって、修正一条の保護から排除されないと判断したのである。このような処理を前提とすると、そもそも類型的排除の実質的な根拠を問うこと自体がナンセンスであり、むしろ、実質的規制根拠を不問に付したまま修正一条の保護されない領域を画

定できる点にこそ類型論や言論／行為二分論に期待される役割があるとも思われる。

他方、控訴審判決は、ポルノグラフィーを当然に修正一条で保護される「言論」として扱い、条例を観点規制であると捉えて違憲と判断した。Chaplinsky 事件判決以来の伝統をまるで無視するかのようなアプローチを採用した控訴審判決は、違憲という結論は同じくするものの、第一審判決とその意味で対照的である。このようなアプローチの相違が明確になったにもかかわらず、連邦最高裁は理由を付せずに原審を認容したため、問題は解決されないまま終わってしまった。

あるいは、言論／行為二分論等を含む修正一条の保護領域を画定する理論自体、実は役割を終えたのかもしれない。Hudnut 事件において、第一審判決が類型論的アプローチによって保護領域の画定を行ったのに対し、控訴審判決はそれを行わずに当然のように修正一条を適用して条例が観点規制に該当するか否かを検討している。このような判断枠組みの変化は、実は、その後の連邦最高裁判例の動向と一致しているのである。その最たる例として、一九九二年の R.A.V. v. City of St. Paul 事件連邦最高裁判決[57]を挙げることができる。この R.A.V. 事件判決では、Chaplinsky 事件判決が引用されており[58]、喧嘩言葉を始めとする内容規制可能な言論類型を一般的には承認していると思われるものの、このような類型に対しても内容差別（当然、観点差別も含む）は許容されない、という枠組みが示された。この枠組みの下では、低価値言論に対しても一応、修正一条の保護が及ぶため、この枠組みは、低価値言論該当性によって、一律に、修正一条の保護領域を画定しようとしてきた類型論の伝統を没却するものであった。この類型論の無視ないし軽視という点において、R.A.V. 事件判決と Hudnut 事件控訴審判決は酷似しているといえよう。

さらに付言すれば、R.A.V. 事件判決の形成過程そのものが、「類型論から内容規制論へ」という連邦裁判所の潮流を示しているともいえる。小谷順子教授によると、この判決は、当初は類型論の伝統に則ったホワイト判事（Byron White）の意見が法廷意見となるはずであったのに、最終的には従来の類型論の理解とは一線を画するスカリア判事

（Antonin Scalia）の意見が法廷意見となるという路線変更を経ているということである。[59] このような路線変更の過程は、Hudnut事件の第一審判決から控訴審判決にかけての流れとまさに相似形をなすものがある。ここで、法廷意見の座を勝ち取ったスカリア判事の意見は、その後の判例で先例とされるばかりではなく、アメリカの代表的な教科書でも必ず言及されていることから、[60] 類型論は既にその役割を終えたとの推測も成り立ち得るだろう。

ただし、本当にそのように整理してよいのか。連邦最高裁判所の判断枠組みが変化したとしても、類型論や言論／行為二分論の役割がどのように消化されていったのか、の解明はなお必要であるように思える。たとえば、駒村圭吾教授は、R.A.V.事件判決のスカリア判事の法廷意見を「従来の類型論的アプローチや言論／行為二分論が果たしてきた古典的な役割を、内容規制論の枠組の中に持ち込むものになるのではないか。[61]」（傍点筆者）と評しており、内容規制論がトレンドとされる昨今においても、類型論や言論／行為二分論が担ってきた役割は何かを解明する必要は残されていると思われる。結局、Hudnut事件第一審が棚上げにした問題は、アメリカ判例法理が置き去りにしてきた課題として残存しているといえよう。

ではどうやってこの課題に取り組むべきか。焦点は、やはりChaplinsky事件連邦最高裁判決である。このChaplinsky事件判決自体は、一九四二年に下された判決であるが、それ以降の判決でも度々引用されており、先例としての価値はとてつもなく高い。[62] そこで、同判決で列挙された、下品かつわいせつな言葉、冒瀆的言葉などの排除類型が、同判決の前後でどのように扱われてきたのかを、さらには個別判例を分析することによって、各類型がどのような実質的論拠との関連において修正一条上の保護を否定されてきたのかを検証する作業が必要になろう。そのような判例史の中で、R.A.V.事件判決をベンチマークと位置づけて、「類型論から内容規制へ」という潮流を、果たしてそのような標語通りに整理できるのかどうかを含めて、確認する理論的な作業が行われるべきであろう。

しかし、そのような作業に出る前に、原点であるChaplinsky事件判決そのものがどのような理論的背景の下で生

み出されたのかを確かめなければならない。同判決の何がどのように継承され、排除されたかを見るためには、そのような作業は不可欠である。そこで、本稿の最後に、Chaplinsky 事件判決そのものに遡行していく作業の暫定的見立てについて触れておくことにする。

四　Chaplinsky 事件判決とゼカライア・チェイフィーの所説

㈠　Chaplinsky 事件判決脚注四・五とチェイフィー

そもそも、Chaplinsky 事件は、街頭で警察官を「悪漢野郎」「ファシストの畜生」などと罵倒した被告人が、公共の場所で人を不快にさせる言葉を他者に向かって発することを禁じるニュー・ハンプシャー州法[63]に違反したとして起訴された事件である。したがって、Chaplinsky 事件判決はいわゆる「喧嘩言葉」に対する先例として理解されている[64]。しかし同時に、同判決は、喧嘩言葉が修正一条の保護領域の外に置かれることを論証する中で、喧嘩言葉と同様に修正一条の保護領域の外に置かれる他の言論類型についても言及しているため、低価値言論一般の先例としても理解されている[65]。

先程紹介した Hudnut 事件第一審判決では、被告たるインディアナポリス市が、Chaplinsky 事件判決を喧嘩言葉だけではなく低価値言論一般の先例として理解した。つまり、同判決の「それらはまさに発話されることによって、害を負わせ、又は、直接的な治安紊乱を引き起こす傾向にある」という記述を低価値言論の一般的・実質的規制根拠と見て、害悪を理由とする表現規制を広く正当化するものとおき、そこに「ポルノグラフィー」という排除類型を新規参入させようとしたのである。これに対し、バーカー判事はこの記述部分を喧嘩言葉にだけかかるものと解釈し、害

悪による表現規制が正当化されるのは「喧嘩言葉」だけであるかのような立場をとった。

この両者の対立は、Chaplinsky 事件判決の問題となっている記述箇所だけを見てみても解決できない。しかし、これらの記述箇所には脚注がほどこされており、そこではアメリカで現代的な表現の自由を語る上で欠かせない伝説的な人物とその著作が参照されていることに気が付く。[66] それが、ゼカライア・チェイフィー（Zechariah Chafee Jr.）であり、彼の一九四一年の作品[67]、Free Speech in the United States[68] である。チェイフィーは第一次世界大戦期に活躍したハーヴァード大学ロー・スクールの教授であり、表現の自由論の泰斗とされる人物である。[69] チェイフィーの知名度がこれほどまでに高いのは、現代的な修正一条論が確立される時期に、ホームズ判事（Oliver Wendell Holmes, Jr.）やハンド判事（Learned Hand）といった表現の自由にかかる判例形成に深く関わった著名裁判官たちと交流をもち、彼らと共に現代的な表現の自由の判例法理を構築したと考えられている人物だからである。Chaplinsky 事件判決に引用されたFree Speech in the United States は、それまでのコモン・ローの体系からの脱却を試み、憲法理論によって表現の自由の諸法理を再構築し、体系立てた本として現在も古典として読みつがれているものであるが、[70] Chaplinsky 事件判決が引用する同書の該当部分を以下に引用してみたい。

①「一般的な刑法は、犯罪（crimes）や、犯罪ではないがたとえば軍隊への入隊及び身体拘束を拒否するような政府の機能に対する妨害行為（non-criminal interferences）を防ぐことを目的としている。刑法は基本的に現実の法益侵害（actual injuries）に向けられている。そのような法益侵害は通常は行為（acts）によって生じるが、法は同様に、わいせつ的言葉、冒瀆的言葉、個人に対する粗暴な名誉毀損的言葉のようないくつかの言葉の類型（a few class of words like obscenity, profanity, and gross libels upon individuals）をも禁止する。なぜなら、それらの言葉は、まさに発話されることによって（the very utterance of such words）、聴衆、読者、中傷された人に現在する害を負わせ（inflict a present injury）、あるいは、直接的な治安紊乱を引き起こ

す高度の蓋然性を有すると考えられているからである。これは言葉を規制することと全く異なる問題である。なぜなら、それは合衆国に将来的に危殆をもたらすと考えられるアイディアを伝達するからである。[71]」

②「〔冒瀆的かつ下品な会話や図画が規制される理由の〕正しい説明は、冒瀆的かつ下品な会話や図画が、アイディアの表明にとって少しも本質的な部分を成さず、真理への接近という社会的価値をほとんど有しないので、秩序、道徳、未成年の教育、その聴衆や読者の心の平穏といった社会的価値より極めて劣位にたつ、というものである。この類型の言葉は、通常、反論（counter-argument）の余地がほとんどない。害悪（harm）はそれらが伝達されると同時に発生し、あるいは、ほとんど直後に報復的な暴力のようなものを発生させる傾向にあるからである。わいせつや冒瀆が規制される唯一の正しい説明は、それらの言葉が、それらが伝達するアイディアを理由としてではなく、五感に作用しすぐさま結果を引き起こす行為のような（like acts）ものであることを理由に、犯罪となる、というものである。[72]」（〔　〕内筆者）

チェイフィーの著作からの引用箇所①を見ると、そこでは、「わいせつ的言葉、冒瀆的言葉、個人に対する粗暴な名誉毀損的言葉のようないくつかの言葉の類型」が「人に現在する害を負わせ、あるいは、直接的な治安紊乱を引き起こす高度の蓋然性を有する」ことを理由に規制されると説明されている。ここを読む限りでは、チェイフィー自身は、有害性を広く低価値言論や類型的排除論一般の論拠として考えていたと言えよう。その意味では、Hudnut 事件第一審判決で、チェイフィーの「原意」に沿うのは、むしろバーカー判事によって無視された被告の解釈であったといえよう。

(二)　言論・行為・有害性

では、本稿のテーマである言論と行為の臨界について、チェイフィーの言説はどのような示唆をもたらすのだろう

か。チェイフィーの所説を明らかにするにはより立ち入った文献の渉猟と分析が必要であるが、ここでは前記の引用箇所①②のテクストを素材に暫定的な整理をしておくにとどめたい。

第一に、チェイフィーが想定していた排除類型には、喧嘩言葉が含まれていないという点である。もちろん、これは、後年、Chaplinsky 事件判決によって連邦最高裁が新規参入させた言論類型であるが、それはチェイフィーの著作で展開された議論の実質に照らして排除類型を拡張させる作業を行ったものと推測できる。だとすれば、Hudnut 事件第一審判決においてバーカー判事はなぜそのような拡張解釈の伝統をポルノグラフィーについては遮断したのだろうか。そこには、判例伝統の理解に関する誤りがないだろうか。

第二に、チェイフィーは、修正一条の保護から言論が排除される主要な根拠はその有害性にあると考えていたと思われる点である。引用箇所①では、刑法上の犯罪行為が生み出す「現実の法益侵害（actual injuries）」の延長で、表現行為の害悪が語られている。この点、引用箇所②では、当該表現行為に真理の探究のような「社会的価値」が備わっている場合には一定の比較衡量があり得ることが示唆されているものの、ある表現行為が修正一条の保護を排除される実質的理由はあくまでもその有害性に求められている。ついでに言えば、引用箇所②は、類型的排除の根拠となる「有害性」としてチェイフィーがどのようなものを想定していたかを、一定の基準化をもって明らかにしている。同箇所によれば、それは、(a)反論の余地のないものであり、(b)発話の直後に報復的な暴力を招来し得るものであり、(c)五感に直接働きかけるようなものである。このような害悪論がどのように形成され、どのように継承されていったのかを検証する必要があろう。

第三に、言論／行為二分論的な思考形式についてである。チェイフィーはこの思考形式自体には批判的であるが、[73]「行為」に対する特別な意味づけが彼の言説の中に散見できるのも事実である。たとえば、引用箇所②では、わいせつや冒瀆が「行為のような（like acts）もの」であるから犯罪となると述べられている。また、引用箇所①では、各

種の危うい言葉が「発話されることによって」「現在する害」を負わせることを強調し、それらを規制することは「言葉を規制することと全く異なる問題である」といってのけている。チェイフィーにおいても、少なくとも「言葉(words)」と「発話(the very utterance)」が区別されており、そこには言論／行為二分論に連なり得る発想が垣間見える。

第四に、「行為」に対するこだわりが、チェイフィーのみならず、当時の理論家・裁判官たちの中にどのようなものとして存在していたのか、という問題がある。チェイフィーのように「有害性」を表現規制の実質的根拠に置くのであれば、修正一条の保護する言論といえども、害悪を伴う場合には一定の制限を受ける、と説明すれば足りるように思われる。しかし、チェイフィーを含めて、アメリカでは、行為は害悪を引き起こすが、原則として言論は害悪を引き起こさないとでもいうような論法が根強い。なぜ、チェイフィーは、排除類型に該当する表現行為を言論であるとした上で、害悪を生み出すので修正一条によって「保護されない言論」となる、というような説明をしなかったのであろうか。

この問題は、言論によって引き起こされる反応のうち、何を期待される効果とみなして許容し、何を害悪としてその責任を言論に帰責するのか、といった問題に関わっている。Hudnut事件の控訴審判決が、ポルノグラフィーの害悪を「言論としての力」[74]と見て許容したように、言論によって引き起こされる反応のうち、どこまでを法的に許容するかは実に難しい問題である。この点、チェイフィーの引用箇所①②を見ると、犯罪行為に相当する行為か否かが許容水準の分かれ目になっている。そして、このことは次のことも示唆するように思われる。すなわち、チェイフィーの前記引用箇所①②はいずれも刑法上の犯罪として言論を処罰することを念頭に置いて書かれており、ある害悪を犯罪として帰責するには（あるいは不法行為として帰責する場合も含むかもしれない）、「行為」を基礎にしなければならないということなのかもしれない。しばしば、言論も行為のひとつであって、言論と行為の区別などナンセンスだと言わ

れることがあるが、問題は害悪的効果の帰責対象となる行為とそうでない行為を切り分けるためには、言論を――言葉そのものと発話をチェイフィーが区別したように――帰責の視点から「行為」として析出する必要があるのかもしれない。このあたりは、当時の議論状況やコモン・ロー上の刑法の伝統をより深く検討しないと明確なことはいえないので、展望はここまでにとどめたい。

五　今後の課題

以上本稿では、ポルノグラフィー規制条例の合憲性をめぐる Hudnut 事件判決の紹介を通じて、「言論」と「行為」の区分の問題設定やそれが提起する理論的課題について考察してきた。一九八〇年代中葉の Hudnut 事件第一審判決と控訴審判決の対照から、一九四二年の Chaplinsky 事件連邦最高裁判決を経て、四一年のチェイフィーの所説へと遡行する過程でいくつかの示唆を見つけることができたが、特に四(二)で行ったチェイフィー学説の四つの暫定的整理は、そのまま筆者の今後の課題といえるだろう。したがって、将来の作業としては、チェイフィーの所説をより広範な文献渉猟を経て明らかにするとともに、それが Chaplinsky 事件判決の形成にどのようにつながっていくのかを解明することである。

しかし、その作業を遂行するには、さらなる時間的遡行が必要になるかもしれない。アメリカの修正一条論が現代的な転換を果たした分岐点として一九一九年が挙げられる。[75] この年には、Schenck v. United States 事件連邦最高裁判決[76]や Abrams v. United States 事件連邦最高裁判決[77]などのランドマーク判決が次々と下され、思想の自由市場論や明白かつ現在の危険の法理といった判例法理が登場した。本稿との関係でこの年が重要なのは、まさしくこの一九一九年界隈こそ、チェイフィーが活躍した時期に相当するからである。だとすると、この時期におけるアメリカの学説と

判例の展開を、言論・行為・有害性をキイワードに再検証することから見えてくることは多そうである。たとえば、駒村圭吾教授は、次のように述べている。

「一九一九年は表現の自由にとって銘記されてよい年である。この年、同じくホームズ裁判官の手によって、もうひとつの重要な憲法法理が生み出された。いわゆる『明白かつ現在の危険の法理（clear and present danger test）』である。プラグマティストであるホームズ裁判官が、思想の自由市場論と明白かつ現在の危険の法理をパッケージとして同時に生み出した点は注目すべきであろう。プラグマティズムの何であるかを一言で表現するのは困難であるが、その要諦の一つは、思考（idea）を行動（practice）の一環として理解するというものである。そもそも『表現』は、この思考と行動の両者にまたがる営みであるだけになおさらなのであるが、『思考＝行動』の図式に則れば、思考は、行動の帰結によって評価されるとともに、行動のもたらす結果を理由とする帰結主義的な規制は、表現行為、さらに理論的には思考そのものに及ぶ可能性がある。この思考と行動の接続関係を、そして、表現の帰結主義的規制の限界線を、プラグマティクに定式化したものこそが、ホームズの明白かつ現在の危険の法理なのである。[78]」

ここでは、「表現」が思考と行動の双方にまたがるものであり、両者を結合させたプラグマティックな思考方法が、一九一九年に生み出された諸法理の背後にあることが指摘されている。他方で、山口いつ子教授は、次のように述べている。

「当時、扇動罪において言論を保護するためには、違法な行為とその唱道とを区別することが重要なポイントであったということである。そこでは、言論は、行為と異なり、原則として害悪を生まないことが強調された。それゆえ、言論の自由が他の利益

と衝突する場合の調整を考えるにあたっては、この考え方を指標として、本来的に害悪を生むものでない言論と害悪を生む行為とを、両極に捉えたスケールの上で検討が行われた。すなわち、言論が行為に近づく程度に対応して、言論も規制に服することになるのであって、ここで、どの程度行為に近づいているかの判断には、『明白かつ現在の危険』の基準が適用された。つまり、言論が『明白かつ現在の危険』をもたらす場面が、規制が許容される地点とされたのである。

このように、二〇世紀初頭の時代背景のもとで言論の保護を図っていくために、『思想の自由市場』理論は、言論と行為の峻別、そして言論の害悪の過小評価という態度と不可分に成立していたのである。[79]」

ここでは、「言論と行為の区別」が、一九一九に生み出された諸法理とともに「言論」と害悪を切り離し、言論を保護するための理論装置として機能していたと指摘されている。

両教授の所説が果たして妥当するのかどうかも含め、二〇世紀初頭の修正一条論を再度検証し、そこから言論・行為・有害性の連関構造について示唆を得たいと思う。

本稿の考察でひとつだけ明確に指摘できることがあるとしたら、それは次のことである。言論／行為二分論を考察することは、言論と行為の臨界を見定めることであり、言論とは峻別される行為の類型と本質を議論することである。しかし、結局、この文脈で「行為」を論ずることは、「言論」そのものを論ずることにほかならない。ポルノグラフィー規制の憲法論についてマッキノンが寄せた言説を再度引用すれば、「『それは言論であるのか否か（“Is it speech or isn’t?”）』」ということに尽きるのである。[80]

（1）John L. Austin, How to Do Things with Words 20, 40, 52, 148, 150 (James O. Urmson & Marina Sbisà eds., Oxford University Press, 2nd ed. 1975) (2009).

（2）The Oxford English Dictionary v. 16 174 (John A. Simpson & E. S. C. Weiner eds., 2nd ed. 1989).

（3）山口いつ子「『思想の自由市場』理論の再構築――『言論の害悪』及び『言論と行為の区分』を分析視座として――」マス・コミュニケーション研究四三号（一九九三）一四九頁。

（4）Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630（1919）(Holmes, J., dissenting).

（5）Lee C. Bollinger, The Tolerant Society 59（1986).

（6）アメリカ合衆国憲法修正一条は（U.S. Const. amend. I）「**連邦議会は、**国教を樹立し、又は宗教上の行為を自由に行うことを禁止する法律、**言論（speech）又は出版の自由を制限する法律**、並びに、人民が平穏に集会する権利、及び苦情の処理を求めて政府に対し請願する権利を侵害する法律**を制定することはできない**。」（強調筆者）と規定しており、この規定の文言から、修正一条は「言論（speech）」を絶対的に保障しているとの解釈がなされる。

（7）二〇世紀初頭にチェイフィーは次のように述べている。「最初に、わたくしたちは、この論争におけるふたつの極端な見解を拒絶する。第一に、権利章典は平時のドキュメントであるので、戦時下において、言論の自由は無視してもよいという見解である。この見解は公式に否定されている。この対極にあるのが、修正一条は、『言論又は出版の自由を制限する』連邦議会の法律を例外なく違憲にする、という多くの扇動者が信じる見解である。**この見解は、すべての言論は自由であり、ただ行動だけが規制され、処罰の対象になり得るというものである（all speech is free, and only action can be restrained and punished)。この見解も同様に擁護することはできない**。権利章典の規定は完全に文字通りに（absolute literalness）適用されるのではなく、そこにはいくつかの例外が存在するのである。」(Zechariah Chafee Jr., *Freedom of Speech in War Time*, 32 Harv. L. Rev. 932, 937（1918–1919). 強調筆者）なお、この文章は一九四一年の著作にもそのままの形で引き継がれている（Zechariah Chafee Jr., Free Speech in the United States 8（1941))。この著作については後述する。

（8）論者によってこの理論の呼び方は多少異なる。芦部信喜教授が「表現・行動二分法の基準」（芦部信喜「表現の自由」清宮四郎ほか編『憲法講座（二）』（有斐閣、一九六三）一五九頁〔芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、一九七四）所収、一一九頁〕）、小林直樹教授が「『表現と行動の分離』（Expression-action distinction）の理論」（小林直樹『〔新版〕憲法講義（上）』（東京大学出版会、一九八〇）三九九頁）、阪本昌成教授が「行動／表現モデル」（阪本昌成「第一章　精神活動の自由」佐藤幸治編『憲法Ⅱ』（成文堂、一九八八）一六六頁）と各々呼称する理論は、本稿でいうところの「言論／行為二分論」に相当するものと思われる。

（9）　このような理解から、言論／行為二分論を批判的に検討する近年のわが国の論稿として、梶原健佑「ヘイト・スピーチと『表現』の境界」九大法学九四号（二〇〇七）四九頁以下、奈須祐治「言論の自由保障における『言論（speech）』の外延――ヘイト・スピーチ規制の合憲性判断における言論／行為区分論（speech/conduct distinction）の限界――」九州法学会会報二〇〇六年号（二〇〇七）五頁以下。

（10）　ブラック判事は「言論」と「行為」の区分に基づいて修正一条の保護領域を確定する絶対テストを提唱する（*See* Adderley v. Florida, 385 U.S. 39, 48（1966）; 榎原猛「象徴的表現（二）」阪大法学九〇号（一九七四）一〇九頁）。他方で、エマスンは絶対テストを批判しながらも、その長所を取り入れ、「表現（expression）」と「行動（action）」の区別を詳細に定式化することによって、修正一条の保護領域を確定する表現―行動識別テストを提唱する（Thomas I. Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment 60-61（1966）; T・I・エマスンほか『現代アメリカ憲法』（東京大学出版会、一九七八）九六～九七頁；榎原・前掲一一〇頁）。

（11）　Jeremy Waldron, The Harm in Hate Speech 38（2012）; John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 Harv. L. Rev. 1482, 1495-96（1974-1975）; Louis Henkin, *Foreword: On Drawing Lines*, 82 Harv. L. Rev. 63, 78-80（1968-1969）.

（12）　言論／行為二分論を提唱したブラック判事は、象徴的言論に対する規制の合憲性が問題となったCox v. Louisiana事件判決（379 U.S. 559（1965））で次のように判示したことによって、しばしば批判される。「わたくしは、州の街路及びハイウェイにおけるすべてのピケッティングを禁じるルイジアナ州の一般的権限に関して疑問をもたない。路上に立つこと、パトロールすること、または、行ったり来たりすることは、言論ではなく、行為であるので（conduct, not speech）、行為として（as conduct）それを規制することができる。」（*id.* at 581.）。

（13）　*E.g.*, Eugene Volokh, *Speech as Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct, "Situation-Altering Utterances," and the Uncharted Zones*, 90 Cornell L. Rev. 1277（2004-2005）.

（14）　Code of Indianapolis and Marion County Indiana, Chapter 16（1975）（amended 1984）. 条例の原文を入手することができなかったため、本稿では条例起草者の著作から条例を引用する（Andrea Dworkin & Catharine A. MacKinnon, Pornography and Civil Rights 106-32（1986））。

（15）　Commonwealth v. Sharpless, 2 Serg. & Rawle 91（Pa. 1815）. Sharpless事件では、被告人が、室内で不特定多数に対して、

「みだらで、不道徳で、恥ずべき、いまわしい、わいせつな図画（a certain lewd, wicked, scandalous, infamous, and obscene painting）」を有料で見せたとして起訴された。

(16) *Id.* at 102.

(17) 一九八〇年代のアメリカでは、各地でこの条例の成立が試みられたが、実際に成立したのは、インディアナポリス市の条例だけであった（*see, e.g.,* Paul Brest & Ann Vandenberg, *Politics, Feminism, and the Constitution: The Anti-Pornography Movement in Minneapolis,* 39 Stan. L. Rev. 607, 644, 653, 657（1986–1987））。

(18) Luis Henkin, *Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity,* 63 Colum. L. Rev. 391（1963）. マッキノンは同論文を引用し、次のようにいう。「ある論者〔ヘンキン〕は、『わいせつ（obscenity）規制の主な目的は、他の人々の保護にあるのではない。その多くは《コミュニティ》の純潔のために規制されるのである。わいせつ（obscenity）は、根底において、法律上の犯罪（crime）ではない。わいせつは、道徳上の罪（sin）である』と述べている。これはあるレベルで見れば極めて正確である。」（Catharine A. MacKinnon, *Not a Moral Issue in* Feminism Unmodified 150（1987）.〔 〕内筆者）

(19) *E.g.,* Ronald Dworkin, Freedom's Law Chapter 9, 10（1996）.

(20) Ind. Code Ch. 16 §16–1（a）（2）（1975）（amended 1984）; Dworkin & MacKinnon, *supra* note 14, at 106.

(21) Oxford English Dictionary において、pornography は「売春婦やその客の生活、習慣等の描写。つまり、文学、芸術の中のわいせつや不貞の描写、暗示。」と定義されている（The Oxford English Dictionary v. 12 136（John A. Simpson & E. S. C. Weiner eds., 2nd ed. 1989））。

(22) Ind. Code Ch. 16 §16–3（q）（1975）（amended 1984）; Dworkin & MacKinnon, *supra* note 14, at 113–14.

(23) American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F. 2d 323（7th Cir. 1985）.

(24) 実際に、後述する Hudnut 事件第一審判決（American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 598 F. Supp. 1316（S.D. Ind. 1984））において、被告であるインディアナポリス市は「条例は行為（conduct）を規制するのであって、言論（speech）を規制するものではない」と主張している（*id.* at 1330.）。

(25) Catharine A. MacKinnon, *The Sexual Politics of the First Amendment, in* Feminism Unmodified, *supra* note 18, at 208.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*

(28) *E.g.*, Catharine A. MacKinnon, *Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech*, *in* Feminism Unmodified, *supra* note 18, at 193-94.

(29) ただし、マッキノンは「私はポルノグラフィーが修正一条法理的な意味での『行為（conduct）』であるとは主張していない」（*id.* at 300 n.155.）とも述べている。しかしそう述べながらも、マッキノンが言論に対立する概念として「行為（act）」を想定しているところを見ると、「言論」と「行為」を区分するという問題設定自体は支持しているものと思われる。

(30) マッキノンの理論及び条例を言論／行為二分論という観点から検討する論考として、Thomas I. Emerson, *Pornography and the First Amendment: A Reply to Professor MacKinnon*, 3 Yale L. & Pol'y Rev. 130 (1984-1985).

(31) American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 598 F. Supp. 1316 (S.D. Ind. 1984); American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1985); Hudnut v. American Booksellers Ass'n, 475 U.S. 1001 (1986).

(32) American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 598 F. Supp. 1316, 1330 (S.D. Ind. 1984).

(33) *Id.* at 1331.

(34) Geoffrey R. Stone et al., Constitutional Law 1134-35 (7th ed. 2013).

(35) Erwin Chemerinsky, Constitutional Law 1304-05 (4th ed. 2013); Daniel A. Farber, The First Amendment 13-14 (2nd ed. 2003).

(36) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568. (1942).

(37) *Id.* at 571-72.

(38) もっとも、害悪を規制根拠と捉えた場合、低価値言論という名称がネックになるとも思われる。しかし、高橋和之教授は「低価値言論という場合、むしろ表現内容がもたらす社会的害悪に着目していることが多い。わいせつ、名誉毀損、プライバシー侵害、差別表現などは、伝統的にその内容自体が保護すべき法益を侵害するものと考えられてきた。」（傍点筆者）と指摘しており、必ずしもその名称が実質的な規制根拠を示しているとは限らない（高橋和之『立憲主義と日本国憲法　第三版』（有斐閣、二〇一三）二一〇頁）。

(39) 阪口正二郎「表現の自由――表現の内容に基づく規制と定義づけ衡量の関係を中心に」法学教室三五七号（二〇一〇）二九頁。

(40) 598 F. Supp. at 1331 n.1.

(41) 駒村圭吾「Mode of Speech——R.A.V. v. City of St. Paul 事件判決におけるスカリア法廷意見の可能性」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法』(尚学社、二〇一三) 二三頁。

(42) 特に、言論／行為二分論は何を以て問題となる言論を「言論」に分類するのか、「行為」に分類するのかが不明確であり、「すでに引かれた線を合理化するための比喩的考察以上のものではない」などと批判されてきた (Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 Cal. L Rev. 935, 937 (1968))。

(43) 被告にとって Chaplinsky 事件判決の解釈は主要な争点であったにもかかわらず、バーカー判事はこの争点を本文ではなく、脚注1に記した (598 F. Supp. at 1331 n.1.)。

(44) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

(45) *E.g.*, Pope v. Illinois, 481 U.S. 497, 498 (1987).

(46) MacKinnon, *supra* note 25, at 208.

(47) 芦部信喜『憲法学Ⅲ　人権各論 (1)［増補版］』(有斐閣、二〇〇〇) 四〇二頁。*See also* Erwin Chemerinsky, Constitutional Law: Principles and Policies 960–61 (4th ed. 2011).

(48) 芦部・前掲註 (47) 四〇五頁。*See also* Chemerinsky, *supra* note 47, at 962.

(49) American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 771 F. 2d 323, 328 (7th Cir. 1985).

(50) *Ibid.*

(51) *Id.* at 329.

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*

(54) *Id.* at 333.

(55) このようなイースターブルック判事の言論の「害悪」に対する考え方について、マッキノンは「ポルノグラフィーは極めて効果的に害悪を与えるからこそ、言論としての価値があるということができる。(この問題について私のように情熱を込めて語っているわけではないが、イースターブルック判事の意見はまさにこのように述べている。)」と述べて批判する (MacKinnon, *supra* note 25, at 210–11.)。

(56) Hudnut v. American Booksellers Ass'n, 475 U.S. 1001 (1986).

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

(58) *Id.* at 383.

(59) 小谷順子「連邦最高裁における法廷意見の形成過程 小谷順子――憎悪表現規制に関するR.A.V. v. City of St. Paul事件判決」小谷ほか・前掲註（41）二頁以下。

(60) Chemerinsky, *supra* note 47, at 1017, 1037–40; Faber, *supra* note 35, at 167–68.

(61) 駒村・前掲註（41）三三～三四頁。

(62) *E.g.*, Roth v. United States, 354 U.S. 476, 485 (1957); Cohen v. California, 403 U.S. 15, 20 (1971); R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 383 (1992).

(63) N.H. Pub. Laws Ch. 378, §2 (1926).

(64) *See, e.g.*, Chemerinsky, *supra* note 35, at. 1338.

(65) *See, e.g.*, Roth v. United States, 354 U.S. 476, 485 (1957).

(66) 有害性に関する記述に付されている脚注4には、"Chafee, Free Speech in the United States (1941), 149."、低価値性に関する記述に付されている脚注5には"Chafee, op. cit., 150."と各々記されている（315 U.S. 568 (1942) at 572 nn.4–5.）。

(67) 初版は一九四一年だが、一九二〇年に出版された彼の旧著（Zechariah Chafee Jr., Freedom of Speech (1920)）を下地としている（Chafee, *supra* note 7, at vii.）。

(68) Chafee, *supra* note 7.

(69) チェイフィーについては詳しくは、Donald L. Smith, Zechariah Chafee, Jr.: Defender of Liberty and Law (1986). また、邦語文献としては、伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店、一九五九）二〇、二二、一〇二、二九六頁、奥平康弘『「表現の自由」を求めて』（岩波書店、一九九九）一五一、一七〇頁、阪口正二郎「ロスコー・パウンドと表現の自由」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、一九九二）二〇六～二一一頁、蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、一九九四）三五、二二四～二二六、二二九、二三七～二三八、二四一頁。

(70) *See* Stone, *supra* note 34, at 1030.

(71) Chafee, *supra* note 7, at 149.

(72) *Id.* at 150.

(73) 前掲註（7）参照。

(74) 771 F. 2d at 329.

(75) 駒村圭吾「多様性の再生産と準拠枠構築――情報空間における『自由の論理』と『統治の論理』」『表現の自由Ⅰ』（尚学社、二〇一一）三頁以下、阪口正二郎「第一次大戦前の合衆国における表現の自由と憲法学（一）――表現の自由の優越的地位形成過程の歴史的研究序説――」社會科學研究四三巻四号（一九九一）一頁以下、阪口正二郎「第一次大戦前の合衆国における表現の自由と憲法学（二）――表現の自由の優越的地位形成過程の歴史的研究序説――」社會科學研究四三巻五号（一九九二）一〇九頁以下、山口・前掲註（3）一四六頁以下。

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

(77) Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

(78) 駒村・前掲註（75）七～八頁。

(79) 山口・前掲註（3）一四九頁。

(80) 志田陽子教授は、わが国の人権擁護法案において「表現」と「行為」が厳密に区別されていないことを指摘し、わが国の議論状況で、「『表現』と『行為』との決定的な差を意識することなく『言動』や『意思表示（という）行為』といったあいまいな表現で規制が法文化されることは、表現の自由の重みを意識する契機を失わせることになりはしないだろうか。」と述べている（志田陽子「アメリカ合衆国におけるヘイト・スピーチ規制立法をめぐる議論――『文化戦争』と公権力の責任――」武蔵野美術大学研究紀要三三号（二〇〇二）一二〇頁）。この「決定的な差」を論ずるにしても、それは、つまるところ、日本国憲法二一条の保障する「表現」とは何かという問いと切り離して議論することはできない。

〔付記〕本研究は平成二五―二六年度日本学術振興会科学研究費助成事業（13JO2339）の助成を受けたものである。

菅谷　麻衣（すがや　まい）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
日本学術振興会特別研究員（ＤＣＩ）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　全国憲法研究会、憲法理論研究会
専攻領域　憲法