大学・差別・自由言論

—合衆国のスピーチ・コード論争における「大学」分析—

松 田 浩

- 一 問題の所在
- 二 連邦裁判所におけるスピーチ・コード
 - 1 ミシガン大学事件
 - 2 ウィスコンシン大学事件
 - 3 セントラル・ミシガン大学事件
 - 4 小括
- 三 憲法学説におけるスピーチ・コード
 - 1 類型化の視角
 - 2 一元的規制容認論
 - 3 一元的規制否認論
 - 4 二元的規制容認論
- 四 若干の考察—「大学」分析の効用

一 問題の所在

人種・民族・宗教・性別・性的指向・出自などに基づく差別的な侮辱表現を法的に規制すべきか否かという論点^{*1}には、「表現の自由」と「平等」という二つの憲法的価値の緊張関係に起因する原理的難問が含まれている。優越的地位にある表現の自由を最大限尊重する「特殊な国家」^{*2}たることに自国のアイデンティティをおきながら、その一方で根深い人種差別・人種対立の克服へ向けて困難な歩みを続けてきたアメリカにおいて、この論点をめぐる理論的対抗はそのまま深刻な社会的対立に連なっている。八〇年代末以降、この論点をめぐる新たな論争の火蓋を切る恐らく最大の引き金となったのが、全米の大学に

おけるいわゆるキャンパス・ヘイト・スピーチ・コード (Campus Hate Speech Code) の導入であった。³ 八六年から八七年にかけて、各地の大学キャンパスにおいて一部学生らによる人種主義的(racist)な暴力や威嚇、嫌がらせの事件発生がピークに達し、その対応策として、人種・民族・性別等に基づく侮辱的、威嚇的な言論を含む大学構成員の行為を制裁の下に禁止するキャンパス規則の制定があいつぎ、喧しい合憲論争を惹起した。⁴

スピーチ・コードをめぐる憲法論争の表舞台では、確かに「表現の自由」と「平等」という二つの憲法的価値の綱引きが行われたと見ることができる。一方は、「表現の自由」の絶対的価値を楯に著しく不快な言論といえども寛容されるべきであると主張し⁵、他方は、人種差別の構造と密接不可分の関係にある人種主義的侮辱表現は「平等」理念に照らして許容されるべきでないと反論する。しかし「表現の自由」か「平等」かという一般的な対抗軸に解消されない一つの重大な争点が舞台裏に伏在していたことを見落としてはならない。⁶ それは、比喩的な意味でなくまさに論争の舞台そのものの認識に関わる争点、すなわち「大学」の性質をどうみるかという争点である。

修正一条法学の泰斗 R・A・スモラ (Rodney A. Smolla) はスピーチ・コードの憲法分析の予備作業として「大学」の二つの理念モデルを提示している。第一は、無制約の表現の自由を特徴とし、J・S・ミル流の開かれた「思想の市場」を熱烈に奉じる自由至上主義 (libertarian) の島という見方である (自由至上主義モデル)。第二は、人間の理性的能力が盲目的な感情や偏見にうち勝つべき場所、すなわち平等・礼節・寛容・人間の尊厳といった諸価値を尊重する共同体的な島という見方である (共同体モデル)。⁷ 「大学」という舞台には歴史的にこの二つの理念モデルが潜在的に併存しており、仮にどちらかを意識的に選択すれば「表現の自由」と「平等」の綱引きは自動的に決着が付いてしまうことになる。尤もこれはあくまで理念型であって、スモラ自身もどちらかのモデルがあらゆる場面で絶対に貫徹するとは考えていない。とはいえ、このモデル論が示すように、「大学」という舞台の分析は、スピーチ・コード論争の帰趨にとって極めて重大な位置を占めていることは疑いない。

本稿は、かかる認識を前提としてスピーチ・コード論争において「大学」の分析がもっていた位置を析出する作業である。この検証を通じて、「大学」における自由言論分析が一般社会との関係で有する特殊性を明らかにすることが

さしあたりの目的である。

二 連邦裁判所におけるスピーチ・コード

まず、連邦裁判所に訴えを提起された公立大学のスピーチ・コードがいかなる憲法判断を下され、そこではどのような「大学」分析がなされたかを検討する。

1 ミシガン大学事件*⁸

連邦裁判所に提訴された最初のキャンパス・スピーチ・コードは、ミシガン大学 (University of Michigan) の「大学環境における学生の差別及び差別的嫌がらせに関する政策」であった。本政策は、教室棟、図書館、研究室のような「教育・学問センター」において次のような行為を行った者は懲戒を受けると規定する。すなわち、「人種・民族・宗教・性・性的指向・信条・民族的出自・祖先・年齢・既婚者たる地位・障害・ベトナム時代の退役軍人たる地位に基づいて、個人に汚名を着せ (stigmatizing), 又は苦痛を与える (victimizing) 言語的・身体的な行為」であって、その行為が「(a)個人の学問的努力, 雇用, 大学が支援する課外活動への参加又は個人的安全に対する明示的又は黙示的な脅威を含む, もしくは(b)個人の学問的努力, 雇用, 大学が支援する課外活動への参加又は個人的安全を侵害するような目的又は合理的に予見可能な効果をもつ, もしくは(c)教育上の探求, 雇用, 又は大学の支援する課外活動への参加に対する威嚇的, 敵対的又は品位を傷つける環境を生み出す」場合である。⁹

原告 Doe は生物心理学専攻の大学院生であり、性・人種間の生物学的差異を指摘する論争的な理論が、学生によって「性差別主義的」「人種主義的」と考えられるかもしれず、そうした理論の議論が本政策の下で制裁を受けることを危惧した。そのため、かかる理論を自由かつ公然と論じる権利が萎縮すると主張し、漠然性と過度広汎性を根拠として本政策の違憲性の宣言と差止を求める訴えを提起した。¹⁰

連邦地裁判決は、Doeの原告適格を認めた上で、本政策の合憲性を審査した。まず「許される規制の範囲」を論じ、「一定のカテゴリーは、修正一条によって保護されない」として、闘争的言辞 (fighting words), 猥褻表現, 一定の

名誉毀損 (libel and slander)などを挙げる。「もし本政策がこれらの領域で規制する効果しか持たないとすれば、どんな憲法問題も生じる可能性はない」。「しかし大学が行ってはならないのは、伝達を意図されている意見又はメッセージに不同意であることを理由に、一定の言論を禁止する効果を有する反差別政策を立てることである」。「また大学は、多数の人によって(たとえどんなに甚だしくとも)不快であると見なされるという理由だけで、言論を禁止することもできない」。「これらの原理は、大学環境においては特別な重要性を獲得する。そこでは対立する意見の自由で拘束のない相互作用が、機関の教育的使命にとって不可欠のものである」。¹¹

以上の一般原則を踏まえて過度広汎性につき検討すると、「言論を規制する法律は、正当に規制できる言論とともに、相当量の保護される言論をその射程に含んでいる場合には、過度に広汎なもの見なされる」が、「本政策が文面上も適用上も過度に広汎であることは明らかである」。¹² ついで違憲的漠然性の検討に入り、「法律は、『通常の知性をもつ人間がその意味を必然的に推測しなければならない』場合には漠然性故に違憲となる」が、例えば「汚名を着せる (stigmatize)」や「苦痛を与える (victimize)」は正確な定義ができないから、「本政策の明示的な文言を見ても、その範囲の限界や保護される行為とされない行為の概念的区別を見分けることはできない」。「本政策の諸条項は極めて漠然としているため、その執行はデュー・プロセス条項に違反する」。¹³

2 ウィスコンシン大学事件¹⁴

ついで連邦裁判所において争われたのは、ウィスコンシン大学機構 (University of Wisconsin System) の学生行為規則 (以下、UW規則) であった。その八九年改正規則では、大学が以下の状況における非学問的事項において学生を懲戒できるとされた。すなわち、「一個人に向けられ、もしくは別々の機会に異なった諸個人に向けられた人種主義的もしくは差別的なコメント、罵り言葉 (epithets)、その他の表現行為、または身体的行動」であって、そうした行為が意図的に「当該個人または諸個人の人種・性別・宗教・肌の色・信条・障害・性的指向・民族的出自・祖先・年齢を貶め (demean)」、かつ「教育、大学関係の仕事、またはその他の大学公認の活動にとって、威嚇的、敵対的、または品位を貶める環境を生み出す」場合である。¹⁵ 原告は、過度広

汎性法理と漠然性法理の侵害を理由として本規則の違憲宣言と執行差止などを求めて提訴した。

過度広汎性の主張に対して、被告は本規則が闘争的言辞のカテゴリーに入るとして合憲性を主張する。連邦最高裁の *Chaplinsky* 判決^{*16}は「(1)その発言自体によって損害 (injury) を与える言辞, (2)その発言自体によって即時的な治安紊乱 (breach of the peace) を誘発する傾向のある言辞」^{*17}として闘争的言辞を定義したが、その後、最高裁は少なくとも三点において同法理の適用範囲を狭め明晰化した。①現在の法理は(2)だけを含む。②(2)に該当するためには当該言辞が「暴力的憤慨を当然に誘発する傾向」がなければならない。③闘争的言辞は「聴き手たる当人に向けられ」ていなければならない。しかるに「UW規則の諸要素は、規制される言論がその発言自体によって暴力的反応を誘発する傾向があることを要件としていないから、本規則は闘争的言辞法理の現在の範囲を逸脱している」。^{*18}

また「UW規則は内容に基づいて言論を規制するので、〔被告の主張するように〕本裁判所が本規則の合憲性を判断するために比較衡量のテストを適用するのは適切ではない。さらに〔被告〕理事会の提案する衡量テストの下でさえ、本規則は違憲であると本裁判所は判断する」。以上により、「本裁判所は本規則が過度広汎であり、従って修正一条を侵害すると判断する」。このほか被告は市民的権利に関する法律第七編との相似性、UW規則の限定解釈を主張して合憲性を説くが、判決はいずれについても否定に解する。^{*19}

漠然性の主張については、「原告の指摘する〔『差別的コメント、罵り言葉、その他の表現行為』という〕フレーズと〔『眨める』という〕単語は、不当に漠然としているとは見えない。しかし本規則は、話者が敵対的な教育環境を現実生み出さなければならないのか、或いは、そうする意図がなければならないだけなのか、という点を明確にしていないから漠然としている」。^{*20}

3 セントラル・ミシガン大学事件^{*21}

第三の事件は、セントラル・ミシガン大学 (Central Michigan University) の「差別的嫌がらせ政策」(以下、CMU政策)の下で発生した。この政策は以下の行為を阻止しようとする。すなわち、「(c)人種のまたは民族的属性のゆえに、・文書によって個人を眨め (demean) または中傷する (slur) こと、

もしくは(d)個人の人種的または民族的属性についての否定的含意を暗示する象徴、罵り言葉〔原文では epitaphs だが、裁判所は epithet の誤りと推定する〕、スローガンをを用いること〕によって、「個人を威嚇的、敵対的または不快な教育・雇用・生活環境にさらず、故意の有無に関わらず、また身体的であると言語的であると非言語的であるとを問わない何らかの行為」である。^{*22}

原告の一人 Dambrot は、大学バスケットボール・チームのヘッド・コーチであったが、ロッカールームでの選手とスタッフへの話の中で、“nigger” という言葉を使って彼ら呼んだことから騒動が持ち上がり、大学は Dambrot はもはや有効にチームを指導できないとして次年度の契約更新を拒否した。そのため Dambrot らは、CMU 政策の文面上の違憲性とそれが本件解職に適用された際の修正一条の権利の侵害などを訴えて提訴した。^{*23}

過度広汎性については、「本政策は、その射程内にできるだけ多くのものを包含するべく起草されたように見え、事実その文言は包括的 (sweeping) である」。「基本的な修正一条の保護を受ける言論が当該政策によって効果的に抑圧される。文面上、この政策は過度広汎である」。^{*24}また、「CMU は『闘争的言辞』にのみ対処するものとして本政策の禁止をカテゴリー化しようとする」。だが、連邦最高裁 R.A.V 判決^{*25}に従えば、「仮に『闘争的言辞』にのみ適用されると解釈されるとしても、本政策は文面上の違憲性をもたらすような内容 (content) および観点 (viewpoint) への制限を含んでいる」。「R.A.V. におけると同様に、CMU 政策は特定のトピック＝人種と民族にその目的を限定している」。また、「CMU 政策は〔R.A.V. における条例と〕同様に観点を制限しようとする」。「『否定的』な人種的含意は禁止されるが、同じ人種的もしくは民族的属性に基づく『肯定的』な (少なくとも否定的でない) 含意は許容される」のである。^{*26}

さらに「本政策は漠然性の故に憲法上無効でもある」。「『不快な (offensive)』や『否定的 (negative)』のような単語は定義のために主観的な言及を要する」。^{*27}

従って、本政策は文面上違憲であり、被告大学は本政策の執行を差止められる。しかし、Dambrot の言論は、「彼と恐らく彼の選手にとっての私的関心事にのみ関わるもの」であり、「公共的関心事 (a matter of public concern) に属する言論ではなかった」ので、連邦最高裁 Connick 判決の分析枠組におけ

る最初の要件^{*28}を充足せず、修正一条の保護を受ける権利を有しない。従って「本政策の過度広汎性は彼に影響を与えるものではない」。

Dambrot らの上訴と大学側の交差上訴をうけて、第六巡回区連邦控訴裁判所は、CMU 政策の文面上違憲と Dambrot の言論が修正一条の保護を受けないとした点の双方について、ほぼ同様の根拠で原判決維持の判断を下している。^{*29}

4 小括

以上のように連邦裁判所のスピーチ・コード分析はいずれも過度広汎性と漠然性を主たる根拠として文面上違憲を宣言し、執行差止を命じた。仮に「闘争的言辞」に狭く限定され、文言も明確なコードが起草されたとしても、Dambrot 判決が示したように、R.A.V. 判決以降においては主題ならびに観点差別的規制として文面上違憲の判断が下る可能性が高い。コード制定の動機が人種主義的、性差別的な侮辱や威嚇への対応であったことからすれば、人種や性別といった主題に無関係な規制は所期の目的を達することができないだろう。R・M・オネイル (Robert M. O'neil) が言うように、連邦裁判所は公立大学のほとんどのスピーチ・コードに「吊いの鐘を鳴らした」^{*30}のである。

スピーチ・コードを審査した裁判所は、系統的な「大学」の分析を行っているとはいえないが、そこではかなり素朴な自由至上主義モデルが前提にされていると見てよい。その証拠に Doe 判決は、最高裁の Keyishian 判決^{*31}や Sweezy 判決^{*32}を引いて「[大学環境では] 対立する意見の自由で拘束のない相互作用が、機関の教育的使命にとって不可欠のものである」^{*33}ことを基本原理として宣言している。「本裁判所は、全ての学生に平等な教育機会を保障する大学の義務に共感するが、そうした努力は自由言論を犠牲にするものであってはならない」^{*34}。「多様性の増大は『明らかに憲法上許容される高等教育機関の目標』である。しかし UW 規則はウィスコンシンの各キャンパスの多様性を助長するのと同じくらいにそれを傷つける。内容に基づいた言論規制を確立することによって本規則は学生間の意見の多様性を制限し、それによって知的に多様なキャンパスの提供する『活発な意見の交換』を妨げる」^{*35}こうした説示に見られるように、「大学」は一般社会よりもいっそうの自由を必要とする典型的な思想市場であるという理念が、紛れもなくスピーチ・コード違憲論の

背後に潜んでいた。

三 憲法学説におけるスピーチ・コード

1 類型化の視角

連邦裁判所判例において素朴な自由至上主義の「大学」分析しか存在しないとすれば、本格的分析は学説の展開に待たねばならない。しかし学説においても「大学」分析を意識的に組み込んだスピーチ・コード論はむしろ少数派であるのかもしれない。ここでは代表的なスピーチ・コード論にどのような「大学」分析が含まれているかを検討する。^{*38}

スピーチ・コードの合憲違憲論争は、具体的なコードの中味を見なければしばしば不毛な議論に終わる。典型的な合憲論が実は限定的な合憲論に過ぎないことがあり、違憲論と言われるものにも一定の規制を許容する議論が存在するからである。混乱を避けるためには、すべての論者が同一のコードを前提に議論する必要があるが、遺憾ながら現実の論争はかく整然と行われたわけではない。そこで以下では、検討の俎上に載せる学説が、どのような内容のコードを念頭においているかを可能な限り明示した上で、その合憲／違憲評価の相対的傾向性を判定することにした。

検討の焦点は、合憲／違憲論の錯綜した応酬のありようではなく、あくまで「大学」分析のありようにある。このため学説類型化の視角として、「大学」と一般社会における規制の許容性に差を設けるかどうかという点が一つの分岐点となる。ここでは差を認めない見解を「一元論」、差を認める見解を「二元論」としておく。この観点から、「大学」と一般社会の双方で規制を認める「一元的規制容認論」、双方で規制を認めない「一元的規制否認論」（最高裁R.A.V.判決を含めて実質的に評価すれば、連邦裁判所の立場はここに分類されるだろう）、「大学」では規制を認めるが一般社会では規制を認めない「二元的規制容認論」、「大学」では規制を認めないが一般社会では規制を認める「二元的規制否認論」という四つの類型が論理的には成立する。既述のように学説ではメスを入れるコードの具体的内容の曖昧さもあって、類型化自体が多分に便宜的・相対的なものにならざるを得ないが、一応の指標としての意味はあろう。本稿は興味深い「大学」分析を含んだ六つの代表的学説を採り上げて類型化を行った。ただし、ここには最後の「二元的規制否認論」に該当すべきものが含まれ

ていない。これは偏に筆者の能力的限界によるが、「二元論」と評価されるべき学説のかかなりの部分が結論として「規制容認論」を採っていることは疑いない事実であり^{*37}、そこにこの論争の特徴の一つが現れているようにも思われる。その原因も含めて論争の全体像の解明は後日に委ねたい。

以下では論争の展開過程に即して、まず問題提起を行った「一元的規制容認論」、続いてそれに全面的批判を行った「一元的規制否認論」、これらを踏まえてより精密な「大学」分析を行った「二元的規制容認論」の順序で、「大学」分析のありようを検討する。

2 一元的規制容認論

S・ウォーカー (Samuel Walker) が指摘するように、「思想は唱道者がいなければ世間で影響力を持たない」。^{*38}アメリカにおけるヘイト・スピーチ規制をめぐる論争史の中でも八〇年代末以降のスピーチ・コード論争が、四〇年代から五〇年代にかけての集団誹謗 (group libel) 法論争^{*39}や七〇年代末のユダヤ人居住地区におけるナチ党の集団行進をめぐる Skokie 論争より一段と激しさを増したのは、規制を唱道する有力な議論が形成されたからである。その最前衛の役割を担ったのが、「批判的人種理論 (Critical Race Theory)」と自らの立場を命名する^{*40}マイノリティ法学者の一団であった。^{*41}彼らの業績の中で、スピーチ・コードとの関連で最も重要性なのは、M・J・マツダ (Mari J. Matsuda)^{*42}とC・R・ローレンス三世 (Charles R. Lawrence III)^{*43}の論文であろう。^{*44}

マツダは、広く人種主義的なヘイト・スピーチに対して不法行為法による私的救済^{*45}だけでなく、刑事的・行政的制裁を伴う「公的対応」を迫る。「人種主義的言論は、独特な (sui generis) カテゴリーとして扱うのが最も善い。それは極めて歴史的に擁護されえず、危険で、なおかつ最も対応の用意がない人々の階級そのものへの暴力と侮辱の永続化に結びついているから、保護されるディスコースの領域の外にあるものとして適切に扱われるような思想を提示している」。かくして、闘争的言辞法理や「内容・行動 (content/conduct)」区分論のような既成の修正一条の例外を拡大解釈するアプローチを「究極的には修正一条の構造を脆弱化させるもの」として退け、最悪の形態の人種主義的言論を特別扱いするアプローチが採用される。マツダによれば、このアプローチは

「非中立的かつ価値の付加されたアプローチだが、自由言論の維持によりよく役立っだろう」。そしてその最悪形態を三つのメルクマール（①メッセージが人種的劣等性に関わる。②メッセージが歴史的に抑圧されてきた集団に対して向けられている。③メッセージが迫害的（persecutory）・憎悪的（hateful）・侮辱的（degrading）である）で特定する。この三つ全てに該当する最悪のカテゴリーの言論が「公的対応」を必要とする根拠は、明らかにその内容と有害な効果にある。人種の優越性理論が誤りであることは国際的にも普遍的に受容されており、人種主義の継続に結合する考えとして犠牲者に実質的害悪を生むからである。^{*46}

マツダは、このカテゴリー・アプローチを幾つかのハード・ケースに適用してみせるが、スピーチ・コードとの関連で重要なのは、「完全に誤った社会科学者のケース」と「大学の特殊なケース」という二つの事例である。前者では、学問的環境において科学的証拠に基づいて人種的劣等性を支持する社会学者の見解表明は、「違法化することは不適切であるかもしれない」と述べる。それが「憎悪と迫害のメッセージを伴っていないければ、通常の私的解決で十分である」。^{*47}後者では、より一般的な「大学」の分析が行われているが、マツダによれば、「大学は特殊な場所であり、教育の責任を負い、特殊な弱さを持った顧客に対する義務を負う」。学生は「コミュニティと知的発達と自己定義を大学にとりわけ負っている。このような環境における人種主義的言論の公的寛容は、社会全体における一般的寛容よりも有害である」。それは加害者と被害者にとって有害であるばかりでなく、「大学がそのために存在し、象徴するところの包容、教育、知識の発展、倫理といった諸目的にとって害を与える。シニズムと憎悪の教訓が、批判的な思想と探求に取って代わる」。また学生は「囚われの聴衆（captive audience）」に準えられることも、人種主義的言論規制がより重要性を増す要因として示唆される。^{*48}

かくして独自のカテゴリーに基づく人種主義的言論規制を唱道するマツダは、大学環境の特殊性によって規制の必要性が一層高まるとするが、そこでは、「教育環境における特殊な有害性」、「学生の『囚われの聴衆』性」がキー・ワードになっている。

批判的人種理論のもう一人の旗手ローレンスは最高裁判例の再解釈と既存法

理の拡大を通じて、人種主義的言論規制の憲法的正当性を訴える。ローレンスの独創性は、何よりもその Brown 判決^{*48}の再解釈に現れている。周知のように公立学校の人種別学制を違憲としたこの判例は、「政府」の人種差別的「行動」に関するものであって、「私人」の人種主義的「言論」に関するものとは考えられてこなかった。しかし、ローレンスによれば、「分離の慣行は、・・『言論』であった」。「Brown は、分離学校が違憲であるのは第一次的に分離が伝達する「メッセージ」—黒人の子供は不可触のカーストであり、白人の子供と一緒に教育を受ける適格性を欠いているというメッセージ—の故であると判示した」のである。従って「Brown は人種主義的言論の内容を規制するものとして読むことができ、そのようなものとして「言論内容の規制が推定的に違憲であるという通常のルールの例外」なのである。^{*49}

こうして内容中立性原則に対する明示的例外を確立したのとして Brown 判決を読み替えた上で、ローレンスはスピーチ・コードの問題に接近するが、彼がさしあたり推奨するコードは、この大胆な再解釈から予想されるような広汎な規制ではなく、より狭く既存の闘争的言辞法理に沿って起草されたスタンフォード大のコードである。^{*50} ここで規制されるのは意図的な対面的 (face-to-face) 侮辱であり、これは闘争的言辞の「機能的等価物 (functional equivalent)」と見なすことができる。またスタンフォード・コードだけでなくそれよりも範囲の広い規制も、侵害的な言論から「囚われの聴衆」を保護するのに必要なものとして正当化できる。最高裁判例においても、不快な言論が望まない聴き手のプライバシーを侵害したり、望まない聴き手がそれを避けられない状況（「囚われの聴衆」状況）におかれた場合には、規制が許容される。寮、教室、その他の共有生活空間での人種主義的ポスターの掲示などはこれに該当する。「[マイノリティー] 学生が平等な教育機会を受けることを確保する大学の責任が、全ての共有エリアにおける安全な通行を確保する規制のためのやむにやまれぬ (compelling) 正当化事由を提供する」。^{*52} ローレンスはこうして、対面的な中傷を禁止し、「囚われの聴衆」を保護する狭く起草された人種主義的言論の規制を、既存の修正一条法理の拡大として正当化する。ローレンスによれば「学問的対話において礼節と尊重を要求するルールは、十全な意見の交換を抑制するよりも助長する」。

マツダにおいてもローレンスにおいても一般社会においても人種主義的言論が

規制されるべき論拠の他に、「囚われの聴衆」論と「平等な教育機会の保障」論^{*53}という二つの論拠が「大学」の規制を正当化する追加的根拠として援用されている。彼らの「大学」分析の基調は、スモラの「平等と礼節の島」としての共同体モデルといえよう。

3 一元的規制否認論

批判的人種理論の潜在的には広汎な人種主義的憎悪言論規制を容認ないし要請する立論にたいして、伝統的な市民的自由擁護派（Civil Libertarian）の立場から反論が開始された。その典型は、N・ストロッセン（Nadine Strossen）の包括的なローレンス批判^{*54}に見ることができる。ACLU（American Civil Liberties Union；アメリカ市民的自由協会）を中心とする市民的自由擁護派にとって、批判的人種理論の問題提起は二重の意味で深刻に受け止められた。第一は、それがこれまで自明視されてきた市民的自由（表現の自由、修正一条）と市民的権利（平等、修正一四条）の「蜜月」関係^{*55}への理論的挑戦であったことに関わる。敢えて標語的にいえば「表現の自由を通じての平等」から「表現の自由を抑えての平等」へパラダイム転換を図ることが、批判的人種理論の最大の理論的課題であったといえよう。第二は、この挑戦がローレンスのような年来の市民的自由擁護派の内部から提起されたことである。こうした内部対立の危機に直面して、市民的自由擁護派の「伝統」を再確認し、市民的自由と市民的権利の共生を訴えることがストロッセンの課題であった。^{*56}

ストロッセンの分析でも、一定の限定された形態のキャンパス・ヘイト・スピーチは現在の憲法法理の下で規制可能である。ストロッセンのアプローチの基本は、既存の法理の厳格な適用にあり、そして「一般的に言論規制の許容可能性を支配する諸原理が、大学環境における特殊な言論規制の許容可能性の分析を指導する」ことにある。大学環境では表現の自由は高められた保護を受けるという *Sweezy* 判決のような最高裁の宣言が一方にあり、他方に人種主義的言論規制は大学の文脈でとりわけ重要であると論じるマツダの立場があるが、ストロッセンは「どちらの一般論が仮定するよりも適切な分析はより複雑である」として、「大学内の特定の文脈（context）」に即した見取り図を示す。①公園、散歩道、伝統的集会所のようなエリアはパブリック・フォーラムに準じて「高められた自由言論保障」が妥当するが、学生寮室のような私的エリアに

は適用されない。寮内の廊下や共同室のようなエリアはその中間に入る。②教室のような学問活動のエリアも計算は複雑である。教室は、一方で典型的な「思想の市場」として不快な言論の交換すら活発に行われるべきであるが、他方でマイノリティ学生は人種主義的言論が混入することによって学問的対話は刺激されるよりも台無しになると論じる。ローレンスの論じるところでは、彼らは学問的交流に参加する機会を奪われ、意見交換自体が貧困化する。しかしこの根拠で規制に服す表現は、学問共同体に不可欠な思想の自由な流れを保護するために狭く定義されねばならないだろう。もう一つの規制根拠としての「囚われの聴衆」論は、必修コースの場合や人種主義的発言者が聴衆に強い影響力を持つ場合（教師の場合など）に妥当する。③しかし観点差別的な言論規制は、パブリック・フォーラムに分類されない領域や「囚われの聴衆」状況においても、無効であろう。提案採択された多くのコードは文面上あるいは適用上、違憲的な特定観点の差別である。⁵⁷

こうしてストロッセンは、「大学」においても一般社会に適用される法理を厳格に適用してスピーチ・コード違憲論をとるのだが、批判的人種理論の主張する「囚われの聴衆」論と「平等な教育機会」論にも一定の理解を示している。問題は、既存の法理をクリアする態様での規制が可能であるかどうかということになる。彼女の「大学」分析では、連邦裁判所の前提とする素朴な自由至上主義モデルはあまりに単純に過ぎると同時に、批判的人種理論の前提とする共同体モデルもそれだけでは一面的であって、真正の分析は個々の文脈に応じて Fact-Specific になされねばならないということになる。

4 二元的規制容認論

ストロッセンは「大学」と一般社会について分析枠組を変えずに、結論としても一元論を展開したが、その文脈アプローチを押し進めていけば、当然、一般社会には存在しない「大学」固有の文脈が視野に入ることざるを得ないだろう。そしてその固有性を理論化して、一般社会ではできない規制を許容する二元論が成立する余地が生じる。

R・R・ポウスト (Robert R. Post) の九一年論文⁵⁸は、一般社会と「大学」における自由言論分析を全く異なるものと措定する。すなわち、「公共的ディスコース」と「公立高等教育機関」という二つの領域における人種主義的

言論規制の分析枠組を泰然と区別するのである。この論文は後に『憲法の諸領域』と題する論文集^{*9}に収録されるが、この序章で体系化される「共同体・管理・民主制の理論」が九一年論文の分析枠組と密接に関連するので、まずそのアウトラインを示そう。

①「共同体」とは、「共通の信条や運命、個人的アイデンティティ、帰属意識、活動と関係を支える構造を確立する、共有される信条・利害・関与の枠組み」である。「管理」とは、「合理的で効率志向の目的的な組織」を示し、「所与の目的の達成のために社会生活を規律する」。「民主制」は、「集团的自己決定を約束する」。「民主制の本質的問題は個人的自律性と集团的自律性の調和にあり」、「この調和は開かれたコミュニケーションの構造 [= 公共的ディスコース] の中でなされる」。

②法は「一定の価値ないし目的の達成を可能とする社会秩序形態を支持および確立することを求める」。共同体的法は「共通の文化的規範に含まれるアイデンティティを維持しようとし」、管理的法は「道具的理性の利益を得ようとし」、民主制的法は「自己決定の目的を体現しようとする」。

③三つの社会秩序形態は相互補完的であると同時に相互対立的である。「所与の領域の内部では、特定の社会秩序形態の論理が支配的であり、他の競争者を排除している。しかしこれら諸形態は究極的には相互依存的なので、排除された論理も抑圧できない」。^{*10}

ポウストは、人種主義的言論規制の問題は「民主制・共同体・管理の關係の全体的範囲の包括的議論を要する」ものであるとして、九一年論文を論文集の結章においている。この論文の要諦は、前半で論じられる「民主制」の集团的自己決定に仕える「公共的ディスコース」領域においては、(批判的人種理論の立論を逐一攻撃して)人種主義的言論規制を原則許容しない^{*11}のに対して、後半で論じられる「公立高等教育機関」は「管理」の論理が支配する全く別の領域に属することにある。公立大学は「明示的な教育目的のために設立された公的組織である」。そこは、「政府の目的が確立ずみのものとされ、コミュニケーションはその目的達成に必要なものとして規制される」領域 (= 非パブリック・フォーラム) なのである。ストロッセンと違い、ポウストは「大学」内におけるパブリック・フォーラムの存在を完全に排除する。そしてそこでの規制は、「道具的理性の論理、とりわけ①大学の教育的使命の性質、②その使命の達成に対する規制の道具的関連性、③機関当局の道具的判断に対して裁判所が示す

べき敬讓、の三要因に依存する」。ポウストは最近のスピーチ・コード論争は①の要因に関する争いだと理解し、裁判所が展開してきた三つの目的概念を検討する。第一は「市民的教育」の概念である。これは「共同体の価値を若者に権威的に伝達する文化的再生産の過程として教育を概念構成する。この価値の有効性は大部分当然視され、それを伝統的コモン・ローのようなやり方で言論規制の根拠として用いる傾向が強い」。第二の「民主的教育」の概念によれば、「『公立学校』は『多くの点でわが民主制のゆりかご』である」。従って「公教育の目的を、公共的ディスコースの入り乱れた世界に十分参加する能力を備えた自律的市民を排出することと理解する」。「民主的教育の主要な特徴は、公立高等教育機関内の言論を公共的ディスコースのモデルに同化させる傾向にある」。第三は「批判的教育」の観念である。これによれば大学の「第一次的機能は教育と研究によって知識を発見し普及させること」である。この概念は修正一条の伝統的な「思想の市場」理論に密接に関わり、政治的関心より認識的関心が高い。「批判的教育」は、「市民的教育」と対照的に、「若者の間に再生産されるべき聖典の価値という考えを排除」し、「礼節を欠く (uncivil) 言論を検閲する大学の権能を著しく制約する」。また「民主的教育」とも対照的に、真理探究は「誠実、理性への忠実、方法と手続の尊重を要求する」から「独自の特別な礼節 (civility) の要件」が必要とされ、また真理追究的対話に関してのみ思想の自由を要求するから、嫌がらせや恥辱を与えることのみを目的とする悪質な人種主義的言論の規制を妨げるものではない。ポウストの結論的考察では、憲法は「市民的教育」の名の下に共産主義的教育を禁止することを許さないだろうし、「民主的教育」の名の下に教室での高度に不快な人種的罵り言葉を規制することを排除するものではない。こうした事例はポウストをして「批判的教育」の概念に向かわしめる。だが、いずれかの教育的使命の追及を憲法上どの程度『要求』されるべきなのかは難しい問題であり、さらに憲法上異なった性質をもつ多様な教育機能を持つ可能性からいっても分析は難しい。そのため、学寮においては「市民的教育」を追求することが許されようし、広場 (open space) に関しては「民主的教育」の要求に従うことが求められるかもしれない。⁶²

ポウストの「大学」分析は、「市民的教育」「民主的教育」「批判的教育」の三つの教育的使命から、人種主義的言論規制の許容性を判別しようとする。批

判的人種理論が前提とする「礼節と尊重」の共同体モデルは、「市民的教育」概念に近似的であり、これは人種主義的言論の規制に最も親和的である。他方、「思想の市場」を信奉する自由至上主義モデルは、その認識的効能に着目すれば「批判的教育」概念に、その政治的効能に着目すれば「民主的教育」概念に接近するだろう。前者に含まれる真理探究的対話の要件は一定の人種主義的言論の規制を容認するが、後者は「公共的ディスコース」と同等に規制を許容しない。ポウスト自身は教室を中心に「批判的教育」の妥当範囲を重視するが、学寮における「市民的教育」や広場における「民主的教育」の妥当可能性も否定しない。

M・E・ゲイル (Mary Ellen Gale) 論文^{*63}は、「人種主義がアメリカの生活にまだつきまどっている」という認識以外はポウスト論文との類似性はない、と冒頭で断りを入れているようにアプローチは全く異なるが、結論として二元的規制容認論となっている点ではポウストと同一であるように思われる。彼女のアプローチの基本は、批判的人種理論に共感的な立場から修正一条の「再想像 (Reimagining)」を試みるものだが、ローレンスのように修正一条 (自由言論) と修正十四条 (平等) を対立的なものとするのではなく、「平等に基礎をおく修正一条理論」を構築しようとする。^{*64}「修正一条は、修正十四条によって強化されて、平等な自由の原理を含み、この原理は、犠牲者の自由と平等の権利ならびにわが社会を継続的に再構築する手段である民主的対話への重大な害悪を阻止するために、あるカテゴリーの人種主義的およびそれに類似した偏見的な言論の規制を許容する」。この平等な自由の原理は、大学環境において、偏見的言論がマイノリティの教育の平等の権利、大学の対話への平等なアクセスを破壊するとき、とりわけ重要となる。「教育は、投票と同じく、他の権利を保存する権利」であって、「個人の自己実現だけでなく民主的自己統治にとっても根本的なもの」だからである。^{*65}

ゲイルの立場からみれば、「典型的な思想の市場」としての自由至上主義モデルを抱懐する論者は、人種主義的加害者の「強力で第一次的な自由表現の権利」に犠牲者の「弱く二次的な礼節と尊重に対する権利」を比較考量するのだが、これは誤りである。まず、これは犠牲者の「教育と表現の平等への第一次権利」を無視している。さらに、修正一条が「平等な自由」を保護することを

認識しておらず、全学生が対等に参加する教育環境を提供する大学の責任に向き合っていない。「ある者の自由が、別の者の自由と平等を犠牲にして追求される場合、大学も修正一条も傷を負う」。ポウストのいう「民主的教育」と「批判的教育」を提供しようとする大学は、普遍的自由のみならず「普遍的教育」—全学生の平等な機会、参加と自己実現の平等な権利—にも貢献している。「少なくとも一定の偏見の言論を規制しないことは、この大学観を直接的に浸食する可能性がある」。退学や転学や自制によって「犠牲者が新しい思想に向き合い、異なった背景と観点を持つ人とコミュニケーションするというかつて追い求めた機会を放棄するならば、彼らと加害者の双方が一そして全体としての社会が一修正一条の阻止しようと図る損害を被ることになる」。⁶⁶

ゲイルの議論の要点は、犠牲者には「平等な発言、平等な自由、平等な教育への修正一条および修正十四条の権利」があり、これが問題となる場合、保護される言論と保護されない言論の境界を移動することが要請される、ということであろう。「修正一条は、大学が少なくとも一定の形態の差別的な言葉による嫌がらせを除去された教育的労働環境を提供する合理的な努力を行うことを許容しており、（さらに修正十四条と一体となって、それを要求している）。だが、修正一条は毒舌的、残虐的、過誤的、偏見の言論さえも保護している」。そのため、関連する諸権利と諸自由の比較考量を指導する原理が必要となり、ゲイルは帰納的考察によって次のような原理を導く。「大学は、話者が害悪をもたらすことを意図し、かつ合理的人間が犠牲者の教育上の権利への重大な侵害の潜在力を認定する場合に、特定個人に向けられた直接的な言語的攻撃—重大で持続的な偏見に实际的または歴史的に結びついた標識をもつ集団への所属を根拠とする重大または染みついた嫌がらせ—を禁止・処罰できる」。⁶⁷

ゲイルの「大学」分析は、批判的人種理論の「平等な教育機会保障」論を大学の義務論としてだけでなく、犠牲者の権利論（修正十四条の平等な教育の権利、修正一条の平等な自由と平等な発言の権利）として再構成し、この諸権利が話者の自由言論の権利に対して衡量される結果、「大学」に特殊な人種主義的言論規制が許容されることになる。一般社会では、これら諸権利が犠牲に供されない場合、人種主義的言論規制は必要とされない。この点でゲイル論文もやはり二元的規制容認論に含めることができよう。

J・P・バーン (J. Peter Byrne) は、大学の大学構成員に対する関係は、国家 (州) の市民に対する関係とは根本的に異なることを基点として、二元的規制容認論を構築する。⁶⁸バーンによれば、国家 (州) が人種的侮辱を禁止できない一つの理由は、表現の検閲者たる資格を持たないからであるが、大学は思考と知識の具体化としての言論に敬意を払っており、大学の中核機能には構成員に対する「質を向上させるための表現規制」が含まれている。教師と学生の学問的言論は、「批判とディスコースを促進するためのディシプリンの規範」に従っているのであって、大学の設定する言論の水準を満たさないものは制裁に服すのである。それは「明晰・厳密・応答力・バランスといった言論の規範的目標」である。⁶⁹

したがって人種的侮辱の規制の可能性も、それが大学の学問的な価値と目的にどのような効果を持つかを測定することによって明らかにされねばならない。バーンによれば、大学には三つの核心的価値が認められる。第一に、「真理」価値である。真理とは「苦痛を伴い、専門的で、公平な探求を通じて一時的に確立された知識、教訓、仮説」であって、真理へのコミットは全ての表現を許すわけではない。人種的侮辱は、真理価値を持たない嘲りや怒りに過ぎず、むしろ合理的議論を抑制する敵意と緊張を生み出すことによって真理探究を妨害するから、真理へのコミットは人種的侮辱を禁止する根拠を提供する。第二の価値は、「人文主義 (humanism)」であり、これは学生の知的発達、知識と知的技能の獲得を目的とする。人種的侮辱は、標的学生の学習遂行能力に負担を負わせるばかりか、大学の民族的・国籍的多様性に基づくコスモポリタンの文化における文法違反 (solecism) である。したがって人文主義的価値も人種的侮辱の禁止を支持する。バーンは「真理」と「人文主義」を併せて「リベラル」な価値と呼ぶ。しかし、重要なことは、こうした価値に基づく人種的侮辱の禁止が、理性的態様において論駁可能な実体的思想の禁止となつてはならないことである。人種的に不快なものであっても理性的態様でなされる言論の禁止は、「真理」価値を害するからである。もしこれを正当化するものがあるとすれば、それは大学の第三の価値である「民主制」へのコミットに含まれるだろう。バーンのいう「民主制」価値とは社会的流動性と国富の増大を目的とした実践的・有目的価値のことであって人種的正義の促進も含まれ (アフーマティブ・アクション等もこの価値に仕える)、理性的態様でなされる人種的に不快な思想

の禁止も正当化しうる。しかしバーンがこれを認めないのは、第一に、「リベラル」なコミットと「民主制」のコミットが抵触する場合には、後者は大学のアイデンティティに不可欠のものではないから前者が優位すべきだからであり、第二に、大学が「民主制」的コミットに従事する場合は一般社会の問題に立ち入っているのであって、そこでは大学内でも市民対国家（州）と平行な関係が生じ、話者の一般的な修正一条権によって完全に掣肘を受けるからである。^{*70}

かくして、バーンによれば、キャンパスでは、自由言論の一般的権利は、学問的対話の知的価値（「真理」と「人文主義」）によって条件づけられる。これらの学問的価値の保護が、人種の侮辱言論を州立大学が禁止することを許容する。しかし同時に、合理的態度で人種的に不快な意見を唱道する話者を処罰することはできない。^{*71}

四 若干の考察—「大学」分析の効用

連邦裁判所は「大学」の自由至上主義モデルを基調に据え、既存の法理に依拠したスピーチ・コード違憲判決を下した。これは大学を典型的な「思想の市場」と性格づける連邦最高裁の伝統にそったものである。スピーチ・コードの合憲性を弁証しようとする批判的人種理論は、新たな法理の創造・既存法理の組み替えと同時に、自由至上主義モデルとは反対の「大学」モデルをも提示する必要に迫られた。「囚われの聴衆」論と「平等な教育機会保障」論を実質的根拠とする「礼節と平等」の共同体モデルがそれである。

しかし、論争の進展は不可避的に、この二つのモデル論の選択に止まらないヨリ複雑な「大学」分析を生み出すに至った。その一つの方向性が、「大学」の空間的多様性に着目した機能的議論である。「大学」には、広場や道路のような公共空間、教室や研究室のような教育研究空間、学寮のような居住空間などが併存し、それらが全体として一個の社会を構成している。もともとこうした諸々の空間を一色で塗りつぶしてしまうことには限界があった。もう一つの方向性が、「大学」の目的的多様性に着目した本質的議論である。ポウストは①礼節を弁えた市民の育成、②真理と知識の批判的探求、③政治社会で活躍する公民の養成、といった諸目的を区別したし、バーンは①真理の追求、②学生の知識と技能の修得、③社会的流動性と国富の増大、といった諸目的を弁別す

る。こうした諸目的のどれをヨリ貴重なものと見るかによって、確かに「大学」における望ましい言論の規範は変わってこよう。

こうした機能的議論と本質的議論は複雑に交錯するだろう。まず、「大学」の本体とも言うべき教育研究空間が真理の追求（ポウストの②，バーンの①）を第一次的目的とすることに異論はなかろう。ここでは、真理と知識にわずかでも裨益すべき合理的・理性的な言論は殊更に保護されねばならない。典型的な「思想の市場」としての自由至上主義モデルが第一次的に含意しているのは、まさにこの場面である。しかし重要なのは、「大学」における学問的認識には一定的内容的・手続的要件が備わっており、正確な認識を阻害するような非理性的言論には制約を加える余地が認められることであろう。その認定は困難ではあるが、可能な限り大学人の自主的判断に委ねられるべきものである。「真理」目的が教育研究空間の研究面を重視するものだとすれば、同時に学生の知的発達（バーンの②）という教育面を重視する目的も軽視してはならないだろう。この観点からは、学生が平等に教育過程に参加することが保護されなければならない。批判的人種理論が「平等な教育機会保障」論として説き、それをゲイルが「平等な教育・発言・自由」の権利として再構成するところは、ここに関連してくる。これを直接的に阻害するような言論には「大学」に固有な制約を認める余地が存在しよう。

本体たる教育研究空間の目的に少なくとも以上の要素が含まれ、ここでは「大学」特有の言論規範が妥当すべきだとすれば、それ以外の空間では、この本体との性質的・目的的距離に応じて妥当な規範を確立することができよう。広場のような公共空間が、「大学」外の同種の空間と同様のパブリック・フォーラムとして扱われるべき（ストロッセン）なのか、それともやはりそこも「大学」の一部として特殊な「管理」目的に委ねられる（ポウスト）のかは議論が分かれるところであった。ただそこは、教育研究空間のように「真理」目的や「学生の知的発達」目的に直接仕えることを予定された場ではないから、「大学」に特殊な言論規制を認める余地は相対的に少ないと思われる。公共空間が「大学」と一般社会の境界として、目的的にも曖昧な限界領域を構成するとしたら、学寮のような居住空間はまだしも「大学」の内部としての性格を色濃く備えている。もともとイギリスのカレッジ制度に範をとって誕生したアメリカの大学は、ユニバーサル段階の大衆化を迎えた現在でも、大学生活に占める学寮の比

重は依然大きい。ここは生活空間であると同時に、目的的にも教育研究空間の延長と見るべき余地がある。

スピーチ・コード論争の展開から明らかとなったことは、「大学」が機能的にも本質的にも多面体であって、そこでの自由言論分析には多様な空間と複雑な目的を考慮に入れたきめ細かさが要求されるということであった。真理の探究とその伝達を最大の目的とする「大学」が、その目的に仕えうる言論空間を創出するためには、一般社会とは異なった基準による言論の保護と規制が必要とされる。では、その基準はどのようなものとして一般理論化できるであろうか。本稿はこの課題へ向けてのささやかな予備作業に過ぎない。

* 1 この論点について日本でも近年、人種差別撤廃条約批准問題とも絡み、部落差別的表現、女性差別的表現（ポルノグラフィ等）の規制を実践的視野に入れた憲法論争が活発に展開されてきた。代表的な憲法分析として、内野正幸『差別的表現』（有斐閣、1990年）、同『人権のオモテとウラ』四章（明石書店、1992年）、奥平康弘『憲法の眼』七章（悠々社、1998年）、横田耕一「人種差別撤廃条約と日本国憲法」『現代立憲主義の展開・上』713頁（有斐閣、1993年）、戸松秀典「表現の自由と差別的言論」ジュリ1022号 57頁（1993年）、大沢秀介「差別的表現」法学教室178号 55頁（1995年）等、参照。

* 2 阪口正二郎は、アメリカの表現の自由の伝統を「絶対主義的な『国家からの自由』」であるとし、そこに「普通の」欧州諸国と異なる「特殊な国家」たる所以を見出し、近年の差別的表現規制や選挙資金規制といった争点をめぐるその伝統の「動揺」を論じるが、結論的には「現状の記述としては、そう簡単にパラダイムの転換を語りうる状況までに至っているわけではない」という。阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」東大社研編『20世紀システム・5 国家の多様性と市場』13頁（東大出版会、1998年）。

* 3 スピーチ・コード論争をアメリカのヘイト・スピーチ問題史の中に位置づけたものとして、Samuel Walker, *Hate Speech: The History of American Controversy* (1994). 邦語で論争の概要を知るには、脇浜義明編訳『アメリカの差別問題』（明石書店、1995年）参照（原書は、Patricia Auferheide ed., *Beyond PC: Toward a Politics of Understanding* (1992)）。

* 4 スピーチ・コードは公立・私立を問わず多くの大学で制定されたが、私立大学の場合は制定主体がstateに当たらないので直接には憲法上の制約を受けない。従って本稿で扱う憲法論は第一次的に公立大学のコードを念頭におくものである。

* 5 その最も透徹した理論として、Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* (1986)。

* 6 ヘイト・スピーチ論争から、「集団」か「個人」か、「国家からの自由」か「国家による自由」か、など多様な理論的対抗軸を読みとるものとして、阪口正二郎「差別的

表現規制が迫る『選択』法と民主主義289号 40頁 (1994年)。同じくヘイト・スピーチ論争一般を分析するものとして、長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ(1)」早稲田法学72巻2号 177頁 (1997年)。ヘイト・スピーチ論争の一部としてのキャンパス・スピーチ・コード論争にはこれらとともに「大学」固有の対抗軸が内包されている。

* 7 Rodney A. Smolla, *Academic Freedom, Hate Speech, and the Idea of a University*, in *Freedom and Tenure in the Academy* 195, 216-17 (W. W. Van Alstyne ed., 1993). スモラのヘイト・スピーチ論として, *see also*, Smolla, *Free Speech in an Open Society* 151 (1992).

* 8 *Doe v. University of Michigan*, 721 F.Supp. 852 (E.D.Mich. 1989). 本判決およびUWM判決(後掲)につき、内野正幸「最近の判例」アメリカ法(1993-1)110頁参照。なおDoe判決に関する総括的検討として, *see*, Symposium: *Campus Hate Speech and the Constitution in the Aftermath of Doe v. University of Michigan*, 37 Wayne L. Rev. 1309 (1991).

* 9 *Doe*, *supra* note 8, at 856.

* 10 *Id.* at 858.

* 11 *Id.* at 861-863.

* 12 *Id.* at 864-866.

* 13 *Id.* at 866-867.

* 14 *UWM Post v. Board of Regents of University of Wisconsin*, 774 F.Supp. 1163 (E.D.Wis. 1991).

* 15 *Id.* at 1165.

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

* 17 *Id.* at 572.

* 18 *UWM*, *supra* note 14, at 1169-73.

* 19 *Id.* at 1173-78.

* 20 *Id.* at 1178-81.

* 21 *Dambrot v. Central Michigan University*, 839 F.Supp. 477 (E.D.Mich. 1993).

* 22 *Id.* at 481.

* 23 *Id.* at 478-480. なお、Dambrotの他に数人のチーム・メンバーの学生も修正一条権の侵害を主張して訴訟に参加したが、裁判所はCMU政策の文面上違憲の訴えについてのみ彼らの原告適格を認めた。*Id.* at 480.

* 24 *Id.* at 481-482.

* 25 *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 505 U.S. 377 (1992). セント・ポール市の「偏見を動機とする犯罪条例」を違憲とするこの判決で、スカリア法廷意見は「闘争的言辞」に関するカテゴリー・アプローチに重大な改変を行った。既存の法理では、闘争的言辞は修正一条上の「言論」ではないとしてすべて保障対象外と解されてきた。しかし法廷意見の新見解によれば、闘争的言辞は「『極めて表現的な』要素を具有し得る、けれども同時に『憲法上禁止されうる内容』すなわち『非言論要素』をも具有してしまうので、後者の要素の存在故の規制は仕方がない」とされるのであり、従って

闘争的言辞といえども「憲法上保障される要素」が含まれる以上は、それに対する規制は内容規制(=主題規制)であってはならないのである。(長峯信彦「憎悪と差別の表現」大須賀明編『社会国家の憲法理論』(敬文堂, 1995年) 484-485頁。引用文中、原語による表記を省略。)この改変によって、たとえ規制が闘争的言辞だけに及ぶとしても、本件条例は「人種、肌の色、信条、宗教、性別の故に」侮辱・挑発する闘争的言辞のみを規制する内容(並びに見解)差別的規制であるとして文面上違憲の結論が導出された。一方、ホワイトの手になる結果同意意見は、法廷意見を批判して既存のカテゴリー・アプローチを維持し、規制が闘争的言辞以外の表現にも及ぶ過度広汎性を理由に文面上違憲の結論を採っている。R.A.V.判決のその他の論点も含めて参照、市川正人「最近の判例」アメリカ法(1993-2) 305頁、紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣, 1998年) 63頁。

* 26 Dambrot, *supra* note 21, at 482-484.

* 27 *Id.* at 484.

* 28 本判決は, Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983)以降の諸判決が定式化する公務員の自由言論の権利の行使に基づく解職の合憲性に関する分析枠組を, (1)当該言論が公共的関心事に属すること, (2)それが肯認される場合に, 衡量テストの下で保護を受ける権利を有すること, (3)何らかの修正一条侵害が解職の実質的要素であること, という三段階のステップ・バイ・ステップのものと捉え, 本件では既に(1)の要件が充足されないとする。Dambrot, *supra* note 21, at 485-490. Connick判決につき, 新井章「公務員の言論」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣, 1998年) 10頁参照。

* 29 Dambrot v. Central Michigan University, 55 F.3d 1177 (6th Cir. 1995).

* 30 Robert M. O'neil, *Free Speech in the College Community* 20(1997). 「(R. A.V.判決後), 少数の大学はまだ【コードの修正復活のような】努力にコミットし, 法の変遷に適応しようとした。・しかしほとんどのコードは公式の行動によって礼にかなった埋葬に付されるか, 静かに気づかれぬまま息を引きとるに任された。」(*Id.* at 21.)

* 31 Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967).

* 32 Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

* 33 Doe, *supra* note 8, at 863.

* 34 *Id.* at 868.

* 35 UWM Post, *supra* note 14, at 1176.

* 36 スピーチ・コードの憲法分析を行う論文は, 九〇年代初頭を中心に膨大な数に上る。本稿はそれらを網羅的に参照できたわけではなく, 最も影響力のあった少数の論文に素材を限定せざるを得なかった。また, 現実のスピーチ・コードは, 判例に見られるように人種, 民族, 宗教, 性別, 性的指向その他諸々の多様な標識に基づく差別表現を規制しているが, 精密な憲法分析のためにはそれぞれの標識について異なった取扱いが必要となる。このため特に初期においては「人種」に焦点を絞った論文が多数であり, 本稿もそのような学説に素材を限定している。

* 37 See, e.g., Cass R. Sunstein, *Academic Freedom and the Law*:

Liberalism, Speech Codes, and Related Problems, in *The Future of Academic Freedom* 93 (L. Menand ed., 1996). サンスティンの結論は次のようになる。「私は学問の自由の問題をリベラルポリティクスへのコミットメントの文脈で議論しようとしてきた。自由表現のシステムは意見の交換を保護するよう設計されるべきである。この理解は、ヘイト・スピーチと考えられるものの多くを保護することを要求する。しかし罵り言葉になる言論の制限を許容しもする。大学の環境にはそれに加えて複雑性がある。大学は広く必然的に言論の規制に従事し、この事実はヘイト・スピーチ・コードについての多くの現存する要求を複雑化させる。結局、テストとなるのは、言論の制限が機関の教育的使命の正統な部分であるのかいなか、という点だろう。その理念を、リベラルな教育へのコミットメントによって理解した上でである。」(*Id.* at 116.)

* 38 Walker, *supra* note 3, at 14.

* 39 内野正幸「人種的集団誹謗の禁止をめぐって・1～3完」法時61巻3号86頁、6号100頁、7号65頁(1989年)参照。

* 40 See, Mari J. Matsuda et al., *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Introduction (1993).

* 41 邦語による紹介として、木下智史『『批判的人種理論(Critical Race Theory)』に関する覚書』神戸学院法学26巻1号199頁(1996年)、大沢秀介「批判的人種理論に関する一考察」法学研究69巻12号67頁(1996年)、同「批判的人種理論」ジュリ1089号89頁(1996年)、植木淳「人種平等と批判的人種理論(Critical Race Theory)」六甲台法学44巻3号19頁(1998年)参照。

* 42 Mari J. Matsuda, Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story, 87 Mich. L. Rev. 2320 (1989). 因みにDoe判決は補遺(Addendum)でこの論文に触れている。「本意見は1989年9月22日昼頃に署名され登録された。この〔ミシガン・〕ロー・レビューの1989年8月号はその朝に判事室に郵便で届けられたが、最初に本裁判所の目にとまったのはその夕刻であった。マツダ教授の論攷にもっと早く気づいていれば、この問題についての本裁判所の見解は確実に鋭いものになっていたろう」(Doe, *supra* note 8, at 869.)。

* 43 Charles R. Lawrence III, If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus, 1990 Duke L. J. 431.

* 44 この他に、Richard Delgado, Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision, 85 NW. U. L. Rev. 343 (1991)が重要である。

* 45 その先駆的問題提起として、Richard Delgado, Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling, 17 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 133 (1982).

* 46 Matsuda, *supra* note 42, at 2356-61.

* 47 *Id.* at 2364-65.

* 48 *Id.* at 2370-73.

* 49 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

* 50 Lawrence, *supra* note 43, at 438-440.

* 51 「スタンフォード差別的嫌がらせ規定(The Stanford Discriminatory

Harassment Provision)」は次のような嫌がらせを禁止する。「言論またはその他の表現は、以下の場合に人格的中傷による嫌がらせとなる。すなわち、a)性別・人種・肌の色・障害・宗教・性的指向・民族的出自に基づいて一個人もしくは少人数の諸個人を侮辱し、もしくは汚名を着せることを意図しており、かつ、b)侮辱し、もしくは汚名を着せる対象たる当の個人もしくは諸個人に直接向けられており、かつ、c)侮辱的または『闘争的』な言辞もしくは非言語的象徴を使用している、場合である」。この文脈で、「侮辱的または『闘争的』な言辞もしくは非言語的象徴というのは、『その発言自体によって損害(injury)を与えるか、または、即時的な治安紊乱(breach of the peace)を誘発する傾向のある』ものであって、性別・人種・肌の色・障害・宗教・性的指向・民族的出自に基づいて人間に対する直接的かつ感情的(visceral)な怒りまたは侮辱を伝達するものと通常理解されるもの」である。その起草者の手になる次の文献を参照。Thomas C. Grey, *Civil Rights vs. Civil Liberties: The Case of Discriminatory Verbal Harassment*, 8 Soc. Phi. & Pol. 81, 106-107(1991).

* 52 Lawrence, *supra* note 43, at 449-457.

* 53 スピーチ・コードの具体的内容には間接的な役割しか果たしていない彼のBrown再解釈は、「平等な教育機会」論において直接的な関連性を帯びてくる。彼は修正一条の侵害に衡量されるべき人種主義的言論の重大な侵害は、Brown判決から引き出される「心理的侵害」「名誉の侵害」「平等な教育機会の否定」であると主張する。(Id. at 462-466) 彼がBrown判決をシンボリックに扱う背景の一つには、大学を含む教育環境における人種主義的言論規制の特異な正当性を弁証しようとする意図があるといえよう。

* 54 Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal?*, 1990 Duke L. J. 484.

* 55 阪口、前掲(註2)論文、26-31頁。それを象徴するのが公民権運動の時代に著されたHarry Kalven, Jr., *The Nigro and the 1st Amendment* (1965)である。

* 56 同様の立場から批判的人種理論の総括的批判を行う文献として、Henry Louis Gates, Jr., *Critical Race Theory and Freedom of Speech*, in *The Future of Academic Freedom* 119 (L. Menand ed., 1996).ただストロッセンと違い、ゲイツは「勿論、大学界の内部統治とそれより大きな憲法学の問題の関係は、それ自体議論的である。確かに、アカデミーにおける会話の限界がパブリック・フォーラムのために規定された限界を反映しなければならない、と論じるものはほとんどなかろう。それでも言論法学によって確立されたエートスは、完全に公的でも完全に私的でもない、そうした機関に甚大な重要性を持つ」(Id. at 120)として、一般自由言論分析に専ら焦点を当て、「大学」分析を行っていない。

* 57 Strossen, *supra* note 54, at 502-507.なおストロッセンは、ローレンスの推奨するスタンフォード規則(see, *supra* note 51)も、内容・観点中立性原理を侵害し、闘争的言辞法理の限界を越えるから「憲法的検閲を通過しないだろう」とする。Id. at 523-541.

* 58 Robert C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 Wm. & Mary L. Rev. 267 (1991).

* 59 Robert C. Post, *Constitutional Domains* (1995).

- *60 *Id.* at 1-20.
- *61 *See, Post, supra* note 58, at 290-317.長峯, 前掲(註6)論文, 228頁以下参照。
- *62 *Id.* at 317-325.
- *63 Mary Ellen Gale, *Reimagining the First Amendment: Racist Speech and Equal Liberty*, 65 *St. John's L. Rev.* 119 (1991).
- *64 *Id.* at 154-164.
- *65 *Id.* at 164.
- *66 *Id.* at 164-169.
- *67 *Id.* at 173-183.さらにその限定原理として, 制裁の比例性と謙抑性, 深刻な心理的害悪あるいは敵対的・威嚇的教育環境を生み出す高度の蓋然性の要件, 大学規則における具体的例示の必要, 「疑わしきは自由言論の利益に」の推定原則などを挙げている。
- *68 J. Peter Byrne, *Racial Insults and Free Speech within the University*, 79 *Geo. L. J.* 399 (1991).
- *69 *Id.* at 416-18.
- *70 *Id.* at 418-23.
- *71 バーンは, 大学が州と異なってかかる規制ができる法的根拠は, 第一に大学を state actor として評価すべきではないこと, 第二に真理と人文主義に仕える限り大学の行為は憲法的学問の自由によって保護されるべきこと, であるという。(*Id.* at 424-26.) 第二の根拠は, バーン独自の学問の自由理論 (*See, J. Peter Byrne, Academic Freedom: A "Special Concern of the First Amendment"*, 99 *Yale L. J.* 251 (1989). その紹介として拙稿「合衆国における『二つの学問の自由』について」一橋論叢120巻1号92頁以下(1998年)参照。)の応用として興味深い, 第一は, 既存の state action 法理からの明らかな離反であり, その説明も説得力を欠いている。

(追記) 校正段階で, 本稿と同一の主題を扱う小谷順子「合衆国修正一条と大学における表現の自由」法学政治学論究40号263頁(1999年)に接した。参照を乞う。