

Title	言葉の力 差別的表現・法・法理論（一）：批判的人権理論・フェミニズム法理論と法実践
Author(s)	若林, 翼
Citation	阪大法学. 2003, 52(6), p. 181-205
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54930
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

言葉の力―差別的表現・法・法理論（一）

――批判的人種理論・フェミニズム法理論と法実践――

若 林 翼

はじめに

第一章 侮蔑発言とポルノグラフィの規制――批判的人種理論とフェミニズム法理論

（一）表現／行為の二元論への批判

（二）公／私の二元論への批判

第二章 法実践

（一）キャンパス憎悪表現規制――スタンフォード大学規制

（二）反ポルノ条例――インディアナポリス市反ポルノ条例（以上本号）

（三）裁判における理論の歪みと挫折

第三章 言葉の力

むすびにかえて

「頬への平手打ち (“slap in the face”)⁽¹⁾」が、人種的侮蔑発言 (Racist / hate speech) の衝撃を表現するメタファーとして使われるとき、この身体への痛みに関するメタファーによって、我々は言われた側がどれほど傷つくかということを理解する。しかしそれだけではない。このメタファーには、その衝撃をある一定のイメージ——ある人が別の人いきなり平手打ちを食らわせられるというイメージ——をもって理解させる力があるのである。言葉は単に我々が、表現の対象となった事象を理解するのを助けるだけではない。言葉自体が混沌とした世界をカテゴリー化し、意味を付与し、そして我々のものの見方を規定する力を有するのである。⁽²⁾

言葉の力をこのように捉えるとき、一九八〇年代以降アメリカにおいて侮蔑発言やポルノグラフィの規制をめぐる議論が繰り広げられた批判的人種理論⁽³⁾とフェミニズム⁽⁴⁾の議論もそのような力を持つものであると理解できる。この二つの理論の論者は、ナラティブを使って人種の少数者や女性の経験を鮮やかに描き、あるいは合衆国憲法修正一条の法理を貫く前提に対して異議を唱えることによって、表現の自由を強く擁護する主流理論とは違った視点を提供してきた。しかし、これらの理論はそれが法的な実践の場に移されたとき、その言説的な力を失う。大学における憎悪表現規制と反ポルノグラフィ条例 (以下、反ポルノ条例と記す) の起草において、そしてそれら規制の合憲性が争われた裁判において、理論は歪みと挫折を経験することになる。

筆者は、別稿で性差の自明性を表現する際に使われる「自然」という言葉について、この言葉自体を禁止することよりも、その都度その言葉が使われる前提や思考枠組み、その言葉の意図や意味を問い続けることが大切であると述べた。⁽⁵⁾ 言葉そのものだけが問題ではなく、それが発せられる文脈や歴史的背景も差別や偏見の問題に取り

組む上で重要であると考えるからである。本稿は二つのことを目的とする。一つはアメリカにおいて、差別的表現の規制を訴えた批判的人種理論とフェミニズム法理論が、言葉についてどのような理解を前提としていたのかを考察することである。日本ではマスメディアや文学作品における差別語の取り扱いを中心にかけてこれまで議論がなされてきたし、アメリカにおけるほど活発ではないが、法的議論も展開されてきた⁽⁶⁾。しかし、これまで日本において法と禁止の対象となる言葉についての理論的な考察は十分になされてこなかったように思われる。そうした意味から、批判的人種理論とフェミニズム法理論の議論は、社会にある差別や抑圧の問題に取り組む際に、差別的表現自体の規制は妥当か否かを考える足掛かりになると考える。もう一つは、これらの理論自身の言説的な力がコンテキストによってどのように変化するかを考察することである。理論の持つ力もそれが使われる場の影響を免れない。なぜなら、差別的表現を規制しようと主張する理論自体もまた、別の表現であるからである。法理論が法実践との関係において、どのような役割を果たすべきかというさらなる課題への第一歩として考えている。

第一章では、侮蔑発言、特に人種的侮蔑発言の規制を論じた批判的人種理論と、ボルノグラフィの規制を論じたフェミニズム法理論の内容を検討する。両者に共通の批判的戦略、すなわち、現在修正一条の法理を正当化している二つの二元論、表現／行為の二元論と公／私の二元論への批判を見ていく。第二章では、これらの理論を法実践に移したものとして、スタンフォード大学のキャンパス憎悪表現規制とインディアナポリス市反ボルノ条例を取り上げ、その起草と合憲性が争われた裁判に検討を加える。この二つの規制は両者とも裁判において、修正一条に基づき違憲と判断されることになる。第三章では、この法実践の挫折の背景は何かについて、言語、権力、そして法的な場の関係を手掛かりに論じる。最後にこれらの理論の限界と可能性について若干の私見を述べたい。

第一章 侮蔑発言とポルノグラフィの規制——批判的人種理論とフェミニズム法理論

アメリカ合衆国憲法修正一条は「連邦議会は、……言論または出版の自由……を縮減する法律を制定してはならない」と規定している。しばしば言及される表現の自由の価値、すなわち、思想の自由市場における真理の発見、代表民主主義・自己統治の促進、そして個人の自己実現という価値を理由に、表現活動は他の活動より手厚く保護すべきものとして理解されている。しかし、表現の自由も絶対ではない。表現も様々な人間の行為の一つである以上、社会の他の利益とのバランスにおける制約を免れず、裁判所はそのための法理を形成してきた。

かつてアメリカ社会において、表現規制に与する議論は主に政治的右派によって展開され、他方で表現の自由は一九六〇年代における公民権運動に代表されるように、社会変革の象徴として考えられてきた。しかし近年、表現の規制は修正一四条の平等保護条項に基づき、政治的左派から主張されている。「アウトサイダー」⁽⁹⁾としての批判的人種理論とマッキノン率いるフェミニズムの一派は、それぞれ人種的侮蔑発言とポルノグラフィの規制を求め、修正一条に関する主流法理を批判している。本章では批判的人種理論とフェミニズムがどのように既存の法理を批判したのかを同時進行的に見ていくことにする。なぜなら、規制対象としての表現が違い、人種的マイノリティと女性というそれぞれのグループを取り巻く歴史や環境が違っているにもかかわらず、両者の議論は修正一条の法理で自明のものとして広まっている表現／行為の二元論、そして公／私の二元論を批判するという共通点を有しているからである。

(一) 表現／行為の二元論への批判

修正一条の文脈では、伝統的に最高裁は表現を行為と区別できるものとして認識し、政府は後者をより容易に規

制することができるという立場をとっている⁽¹¹⁾。しかし、批判的人種理論とフェミニズムは「傷つける言葉 (words that wound)」「傷 (injury)」「頬への平手打ち (slap in the face)」「従属 (subordinate)」「差別 (discriminate)」「という比喩的表現を用いて、最高裁や主流理論が前提とする表現と行為の境界線を無効化した。つまり、この二つの理論は、表現がもつ「行為遂行的 (performative)」な側面を強調することによって、人種的侮蔑発言やポルノグラフィが実際に何を「行っている」のかを描いて見せたのである。

(1) 言葉による傷

批判的人種理論は、二種類の説明の仕方では表現と行為の間の区別を流動化する。一つは、人種的侮蔑発言が相手に与える直接的衝撃である。アメリカ社会において、“nigger” (アフリカ系アメリカ人への蔑称)、“spic” (ラテン系アメリカ人への蔑称)、“jap” (日本人あるいは日系アメリカ人への蔑称) あるいは“kike” (ユダヤ人への蔑称) と呼ばれることは頬に平手打ちを受けるようなものであり、これらの人種的侮蔑発言が相手に呼吸困難やストレス、精神病などといった心理学的・生理学的反応を引き起こすことから、それが実際に人を傷つけることは明らかであるという主張である⁽¹²⁾。またこのような言葉による傷という議論に基づき、彼らは人種的侮蔑発言が思想の自由市場の機能不全を引き起こすとも主張する。というのも、人種的侮蔑発言の相手側は、恐怖、強い怒り、ショックのあまり、反抗して応酬するどころか、ものが言えなくなり、また逃げてしまうことから、真実の探求や対話の開始などに貢献する「さらなる言論」を生み出すことはない⁽¹³⁾と説明するのである。この議論によれば、人種的侮蔑発言それ自身が、その言語的暴力により相手側を「傷つけ」、沈黙させてしまうことになる⁽¹⁴⁾。

もう一つの説明は、人種差別的行為と表現は切り離せないというものである。チャールズ・ローレンスは、最高裁が人種別学を違憲とした *Brown v. Board of Education* を例として取り上げ、人種別学という実践は、劣った黒

人の子供は白人の子供と一緒に教育を受けるに値しないという考えを伝える表現であると分析している。⁽¹⁶⁾ また彼は、人種差別主義的なレストランに掲げられた「白人以外入店禁止 (whites only)」という看板を別の例として挙げている。この看板は黒人は入れないという意味の表現ではあるが、同時に、この看板を掲げること自体が黒人を排除するという行為でもある。白人と黒人を区別するという行為は、それが白人至上主義的文化の中で解釈される白人至上主義的なメッセージを伝えるものでなければ人種差別的行為とはならない。人種別学も「白人以外入店禁止」の看板も後に法によって禁止されたが、このことが示しているのは、差別的な行為の禁止はその行為によって伝えられるメッセージの禁止であるということである。ローレンスはこれを「人種差別主義は一〇〇パーセント表現であり、一〇〇パーセント行為である」と表現している。⁽¹⁷⁾

(2) ポルノグラフィによる女性の抑圧

ポルノグラフィの規制を求めるマッキノンとアンドレア・ドゥオーキンも、批判的人種理論の論者たちと同様、表現と行為の区別を曖昧にするという戦略をとるが、そのやり方はより挑発的で複雑である。彼女たちの議論ではポルノグラフィにおける表現と行為のいくつかの違った側面が描き出される。第一の議論は、ポルノグラフィは男性消費者の行動に影響を及ぼし、彼らをより攻撃的にしてしまう、というものである。⁽¹⁸⁾ 男性消費者は自分の周りにいる女性にポルノグラフィで見た同様のことをするようになる。すなわち、それ以前には考えも及ばなかったような仕方でも女性を強姦し、責め苛むようになるという説明である。

第二の議論は、ポルノグラフィの撮影において、現実にも男性によって女性が暴行され、強姦され、そして時には殺人まで行われる、というものである。⁽¹⁹⁾ ポルノグラフィの中心的なテーマは男性権力であり、これは男性の暴力とその恐怖による女性の服従と密接に結びついている。⁽²⁰⁾ ポルノグラフィにおいて女性が強姦され、殴打され、拷問さ

れ、辱められ、さらには殺されるというような暴力は、それをエロティックであると見る男性にとって必要不可欠な要素なのである。⁽²¹⁾ ポルノグラフィにおける強姦は「ファンタジー」や「まねごと（simulation）」であり、その中の女性は演じているのだと主張されるかもしれないが、実際に男性のペニスはその女性に挿入され、現実に行いが彼女になされているのである。⁽²²⁾ それに加え、スクリーンの中の男性性器の勃起は演技としてとることはできない。⁽²³⁾ この説明では、表現は実際の行為によってなされ、表現と行為の区別、現実と演技の区別ははっきりと線引きできないものとして描かれている。

第三の議論は、ポルノグラフィが男性に働きかけ、男性性器を勃起させるのであり、勃起自体は思想や感情といったものではなく行為なのだ、というものである。⁽²⁴⁾ マッキノン⁽²⁴⁾は、ポルノグラフィはマスターベーションを通してセックスそのものとなると説明する。この意味において、ポルノグラフィには、修正一条の保護対象である思想や表現内容と認識され得るものは何もない。なぜならマッキノンによれば、セックスをすることは考えることと正反對のことだからである。

最後に、フェミニズムの議論で最も重要なものとして、ポルノグラフィ自身が表現をすることで女性を抑圧し、差別するのだ、という議論を挙げておきたい。⁽²⁵⁾ ポルノグラフィは社会をポルノグラフィのような世界にしてしまう。それは、男性至上主義の社会的現実、すなわち男性の支配と女性の服従を作り上げるのである。ポルノグラフィはイメージや歪曲、投影、表現、ファンタジーあるいはシンボルでもない。それ自身が性的な現実なのである。ポルノグラフィによって作られた世界において、女性は沈黙させられる。性的虐待に対して女性が「ノー」という声を上げようと、彼女の「ノー」は、まさにポルノグラフィで描かれているように「イエス」と捉えられるのである。⁽²⁶⁾ 男性と女性が不平等である世界では、男性がものを名づける力（the power of naming）を持ち、その力は現

実の暴力によって支えられている。そしてその力を背景に、男性が女性の言う「ノー」を「イエス」であると決めるのである。⁽²⁷⁾

表現と行為、演技と現実という区別をラディカルに再考することによって、フェミニストたちは、自身の主張の根幹である「ボルノグラフィが作り上げる女性の抑圧」という「社会的現実」を描こうとしたのである。

(二) 公／私の二元論への批判

リベラリズムに基づけば、政府は公的領域では法を用いて正義を行い、私的領域では私的な人間関係や財の分配には干渉しない。⁽²⁸⁾ この二元論に基づき、人種的侮蔑発言やボルノグラフィは政府の干渉の及ばない私的事項として扱われてきたのである。このような公私の区分は、批判的人種理論とフェミニズムによる批判の対象となってきた。⁽²⁹⁾ 特にフェミニストたちは、女性が抑圧され、政治的に無視されている私的領域への政府の不介入に対して、鋭い批判の目を向けてきたのである。⁽³⁰⁾

(1) 差別と闘うための法の言葉

ローレンスが論じるように、もしもブラウン判決が人種別学という人種差別的表現を禁止したものであるとすれば、表現規制との関係で次に問題となるのは、私的な差別行為が政府の差別行為から区別されるかどうかである。アメリカ憲法における権利保障は、連邦政府と州の行為を拘束するが、私人による行為を拘束しないと考えられている。私的な差別行為が憲法に拘束されるのは、その私人の行為がステイト・アクションと呼ばれる政府ないし州の行為と認められる場合のみであり、それ以外は修正一四条の平等保護の問題ではないとされる。⁽³¹⁾ よって、修正一条の下では行為は表現より容易に規制され得るが、それが私的行為であるならば規制は難しい。ローレンスは、このようなステイト・アクションの法理によって、我々が、私人による人種の少数者の権利侵害と政府による人種差

別主義者の権利侵害とを比較衡量する機会が奪われていると批判する。⁽³²⁾

ローレンスによれば、教育の現場においては、差別的行為が私的個人によるものであると、政府によるものであろうと違いはない。彼は *Melvin v. Oklahoma State Regents* ⁽³³⁾ を例にとり、もしもこの事件において、すべてのクラスメートが顔を黒く塗って教室に現れたと仮定した場合、その状況は州立大学によるマクローリンの別扱いとどれほどの違いがあるのか、ということを問う。つまり、相手側に与える傷の深さという観点からすれば、大学という公的機関による黒人学生の分離という差別的表現と、私的個人としてのクラスメートの侮蔑的な象徴的表現との間に違いはないというのである。ローレンスは、もし大学が私人によってであろうと公的機関によってであろうと侮辱や屈辱から学生を保護しない場合には、その学生の学習や参加への機会の平等が否定されると議論する。この意味で大学は、他の学生個人によって行われ／表現された、差別的な行為／表現から、学生個人を保護する権威 (authority) としての義務を有するのである。

権威に関する同様の主張はマリ・マツダの議論にも見られる。彼女は、政府は法を使って、人種的侮蔑発言の被害者を保護するための重要な役割を果たすべきだと論ずる。⁽³⁴⁾ マツダの議論によれば、法が介入しようとする私的領域はこれまで、有色人種、女性、子供あるいは貧しい人々のための場所であった。私的領域における政府の沈黙つまり私的な人種的侮蔑発言を罰しないこと自体が国家の行為であり、それは人種差別的グループが持つ社会的に受け入れ難い嫌悪、恐怖、そして攻撃性というような感情に正当性を与えてしまうことになる。⁽³⁵⁾ さらに被害者は、政府による人間性の否定という第二の傷を負う。すなわち、侮蔑発言を受けた経験に対して何の法的救済も与えられないことによる人間性の否定である。マツダは、人種的侮蔑発言に対する応答を私的領域から公的領域へと移すべきだと主張する。ローレンスと同様、マツダは人を「傷つけ、排除する言葉と闘うための法と政治の言葉」⁽³⁶⁾ の重

要性を論ずるのである。

(2) 女性の表現獲得手段としての法

公私の二元論はフェミニズムにおいて中心的な問題であり、主に「国家／市民社会」と「国家・市場／家族」という二つの枠組みで議論がなされてきた。⁽³⁷⁾ フェミニストたちはこの区別を女性の抑圧の根本的な源泉の一つであると捉え、私的領域の決定自体が政治的な判断であるにもかかわらず、政府はそこには介入しないという立場をとり、結果的に私的領域内部での既存の権力関係と財の配分を維持しているという議論を展開する。⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾

ポルノグラフィへの批判は、このようなフェミニストによる公私二元論批判の一領域であると考えられる。リベラルな社会においてポルノグラフィは、公的領域ではポルノ製作者の表現の自由の名の下に保護され、私的領域では公的な介入がなされない私的閲覧・所持の対象としてまた保護される。⁽⁴⁰⁾ マッキノンによれば、公私のこのような区分の影響は男女同様というわけではない。というのも、公的権力から守られた私的領域において、女性にポルノグラフィの世界を押し付け、苦しめるのは男性の権利だからである。⁽⁴¹⁾ こうした意味から、ポルノグラフィ的な世界で制度的に沈黙させられた女性の差し迫った課題は、表現にアクセスするための積極的な手段を見つけることである。⁽⁴²⁾ そして法がその手段であると主張されるのである。

批判的人種理論もフェミニズムも、表現の自由の法理・言説において前提とされている、表現／行為の二元論と公／私の二元論を批判することによって、リベラルなアメリカ社会で制度化された人種差別と性差別に闘いを挑んできた。だが、同じ二元論批判であっても、その批判の仕方には相違が見られる。表現／行為の二元論の場合は、表現は行為であるとして両者の境界線をなくす方向で議論を展開したが、公／私の二元論の場合には既存の境界線をそのまま温存した形で、法・政府による介入を求めた。このような公権力への要求が両理論を実践へと導くこと

になるのである。

第二章 法実践

批判的人種理論とフェミニズムが、差別的表現への対抗手段として法という公権力の必要性を論じていることは、第一章で検討を加えたとおりである。本章では両理論の実践として、キャンパス憎悪表現規制と反ボルノ条例、特に「スタンフォード大学基本規則解釈 表現の自由と差別的いやらせ (Fundamental Standard Interpretation: Free Expression and Discriminatory Harassment 以下スタンフォード大学規制)⁽⁴⁴⁾とインディアナポリス市反ボルノ条例を取り上げ、その内容を詳しく検討する。さらに、両者の合憲性が問題となった二つの裁判を考察することによって、裁判所がこれら二つの規制をどのように捉え、そして両理論が裁判の場でいかに歪みを経験し、挫折することになったのかを論じる。

(一) キャンパス憎悪表現規制——スタンフォード大学規制

スタンフォード大学規制の制定にあたっては、なるべく既存の修正一条の法理に沿うよう努力が払われた。起草にかかわった批判的人種理論の論者であるトマス・グレイは、スタンフォード大学規制は主に二つの法理、すなわち、公民権法第七編における敵対的環境型差別 (hostile environment discrimination) と喧嘩言葉 (fighting words) の法理を基礎としたと述べている。⁽⁴⁵⁾ 前者は、公民権法の下で私的企業が反差別法に従わなければならないと同様、私立大学を含めた大学は、平等な教育サーヴィス提供義務の一環として「人種、国籍、性別、そして他の個人的な特徴に基づいてなされた学生への侮蔑発言に対処する法的・道徳的義務を有する⁽⁴⁶⁾」という主張である。

スタンフォード大学規制は、主に後者の修正一条における喧嘩言葉の法理に基づいていた。規制対象となった言

葉は、*Chaplinsky v. New Hampshire* 判決⁽⁴⁷⁾で保護されない表現として認められた、喧嘩言葉の「傷つける言葉」と「即座に治安破壊を引き起こす傾向のある言葉」という二つの要素に依拠し、定められた。スタンフォード大学規制第四項の規定は以下のように記されている。

4 以下のような場合に、言論、その他の表現 (speech or other expression) は個人的中傷によるいやがらせを構成する。

(a) その表現が性別、人種、肌の色、障害、宗教、性的指向、あるいは出身国や民族的出自に基づいて、個人あるいは少数の個人を侮辱する、または烙印を押す (stigmatize) 意図でなされた場合、

(b) その表現が侮辱し、または烙印を押す対象となる個人やグループに対して直接的に向けられた場合、

(c) その表現が、侮辱的あるいは「喧嘩的」な言葉や非言語的象徴を使用するものである場合、個人的な中傷による差別的いやがらせの状況において、侮辱的、「喧嘩的」な言葉や非言語的象徴とは、「まさにその発話が相手を傷つけ、即座の治安破壊を引き起こす傾向にあるようなものであり」、そして性別、人種、肌の色、障害、宗教、性的指向、あるいは国や民族的出自に基づいた人間への直接的であからさまな憎悪と侮蔑を伝えるものとして「一般的に理解されているもの (commonly understood) である」⁽⁴⁸⁾。

この規制の重要な要素は「意図」と「個人」の二つである。「意図」という条件によって合理的な疑いを超える程度の証明 (proof beyond a reasonable doubt) が必要になり、処罰することが難しくなるものの、スタンフォード大学は規制の対象とする表現の範囲を狭くし、より明確に定義することによって表現の自由を保護しようと努力した。「個人」という条件を付した理由は、最高裁が *Cohen v. California* 判決⁽⁴⁹⁾で、喧嘩言葉を特定の個人に対して直接向けられたものに限定していたからであった。さらに、スタンフォード大学規制は他の法理にも注意を払って

いた。個人攻撃 (personal abuse) 75 *Cantwell v. Connecticut* 判決⁽⁵⁰⁾において保護されないとの判断がなされたが、それ以降の最高裁は、表現が公的言論である場合には個人攻撃的な言葉を含め、広く保護を与えてきている。⁽⁵¹⁾ また、*Gooding v. Wilson* 判決⁽⁵²⁾以降最高裁は、単に侮辱的であるにすぎない表現は喧嘩言葉に入らないとしている。⁽⁵³⁾ 以上のような判例・法理を考慮した上でスタンフォード大学は、侮辱する意図なしに発せられた表現、例えば、冗談、議論のための引用や言及などは、たとえそれが怒りを引き起こすとしても処罰しないこととした。また、侮辱する意図はあっても、その表現が個人ではなく一般的な聴衆に向けられている場合、さらに個人に向けられていてもその言葉が侮辱的言葉であるという共通理解がない場合も処罰できないとしたのである。

このように限定的に、注意深く起草されたにもかかわらず、スタンフォード大学規制はカリフォルニア州地裁判決 *Cory v. Stanford* ⁽⁵⁴⁾ において違憲と判断された。ここでは二つの点が争われた。一つはスタンフォード大学規制に関する合憲性であり、もう一つはカリフォルニア州教育法、レオナード法の⁽⁵⁵⁾、スタンフォード大学規制への適用に関する合憲性の問題である。⁽⁵⁶⁾ レオナード法は私立大学に通う学生に、キャンパス外同様の表現の自由をキャンパス内でも認め、学生がこの法律を犯した私立大学に対して民事訴訟を提起することを認めた法律である。⁽⁵⁷⁾ ステイト・アクションの法理により、私立大学であるスタンフォード大学への私人による訴訟提起は、このレオナード法を通してのみ可能であった。⁽⁵⁸⁾

まず初めにスタンフォード大学規制の違憲性の問題に関して裁判所は、喧嘩言葉の法理は「即座に治安破壊を引き起こす傾向のある言葉」に限定されていると判断した。⁽⁵⁹⁾ 裁判所は、スタンフォード大学規制はそれが暴力を引き起こすような言葉のみならず、侮辱したり、ステイグマを与える言葉をも禁止している点で、過度に広汎であり違憲と判断した。

それに加え裁判所は、*R. A. V. v. City of St. Paul* (60)「スタンフォード大学規制はすべての喧嘩言葉を禁止するのではなく、性別、肌の色などに基づく喧嘩言葉のみを規制しているので、内容に基づく規制であり、認められないと判断した。これに対してスタンフォード大学は、規制は表現それ自体に向けられているのではなく、差別的ないやがらせという行為に向けられていると主張したが、裁判所はこれを退けた。裁判所はスタンフォード大学規制を公民権法第七編の性的な侮辱にあたる喧嘩言葉と区別し、後者は表現よりもむしろ行為を対象とした制定法の適用範囲において、付随的に表現が規制されてしまうようなものであるとした⁽⁶¹⁾。スタンフォード大学規制の場合には、それが行為に向けられたものであることを示す証拠はほとんどなく、むしろ、平和を乱す結果となるようなある一定の表現カテゴリーに向けられたものであるとされた。裁判所の判断を要約すれば、スタンフォード大学の規制は規制の範囲が過度に広汎であり、またそれが内容に基づく規制であることにより違憲である、ということであった。

レオナード法に関しては、そのスタンフォード大学規制への適用の妥当性が争われた。まずスタンフォード大学は、自らを私立大学であり、修正一条によって保護される表現の自由の権利を有すると主張した。さらに、レオナード法が適用されないことを主張するため、先に見た議論同様、スタンフォード大学の規制は差別的行為に向けられているのであって表現に向けられているのではない、という議論を展開した。しかし、スタンフォード大学規制そのものが使用している表現、すなわち第四項の「以下のような場合に、言論、その他の表現は個人的中傷によるいやがらせを構成する」という文言によって、対象が明らかに言論とその他の表現に向けられていることから、この議論は功を奏しなかった。よって、表現に向けられたスタンフォード大学規制はレオナード法に服するとされ、レオナード法の適用を通してスタンフォード大学の規制は違憲であると判断されたのである。

批判的人種理論は表現／行為、公／私の区別を政治的な問題として取り上げたが、その議論が法実践の場に移された時、その主張はまさに、裁判所の言説において固定化されたこれらの区別によって敗北してしまったように思われる。同様の結果がフェミニストの挑戦においても見られるのである。

（二）反ボルノ条例——インディアナポリス反ボルノ条例

スタンフォード大学規制と違い、反ボルノ条例はこれまで先例によって培われてきた法理と全く異なった形で起草された。修正一条によって保護されない表現の中で、反ボルノ法の正当化根拠となり得えそうなものとしては、猥褻表現が最も近く、見込みのあるカテゴリーである。⁽⁶²⁾ しかしながら、ボルノグラフィに反対するフェミニストは猥褻表現に関する法を使うことに抵抗する。猥褻はセクシュアリティに対するピューリタンの嫌悪の概念に基づいているので、猥褻に関する法に訴えることは女性の市民としての権利を実現することにはならない、というのである。⁽⁶³⁾ 猥褻概念は男性の視点からみた道徳であるのに対し、ボルノグラフィは女性の視点からみた政治の問題、すなわち、男性と女性の権力格差の問題であるとす。ボルノグラフィは男性至上主義のセクシュアリティを制度化するものであり、⁽⁶⁴⁾ この男性至上主義こそがフェミニストがまさに解体しようとしてきた対象であった。

マッキノンとドウォーキン⁽⁶⁵⁾は自らの理論に従い、反ボルノ・モデル法案を作成し、それに基づいてインディアナポリス市の反ボルノ条例を起草した。そこにおけるボルノグラフィの定義は以下のようなものである。

ボルノとは、映像であれ言葉であれ、女性の性的に明白な従属状態の写実的な描写で、次の要素のうち一つ以上を含むものとする。

- （１）女性が、苦痛や屈辱を快楽とする性的対象として呈示される、
- （２）女性が、強姦されることに性的快感を覚える性的対象として呈示される、

(3) 女性が、しばられ、切りつけられ、手足を切り取られ、打ち傷をつけられ、もしくは身体を傷つけられた性的対象として、または、手足をもぎとられ、体の一部を切断され、ばらばらにされ、もしくは体の部分へと分断されたものとして、呈示される、

(4) 女性が、物体によって挿入された状態で、もしくは獣姦の対象として呈示される、

(5) 女性が、墮落、傷害、屈辱や拷問のシナリオにおいて、これらの状態を性的なものにするような脈絡において、卑猥または劣等なものとして示され、出血し、激しく打たれ、もしくは傷つけられた状態で呈示される、

(6) 女性が、支配、征服、侵害、侵襲、搾取、所有もしくは利用のための性的対象として、または隷属、服従もしくは見せ物の姿勢ないし状態を通じて、呈示される。⁽⁶⁶⁾

インディアナポリス市反ポルノ条例は、ポルノグラフィを女性の性的従属を露骨に描写し、女性を差別する有害なものとして位置づけた。そしてその害に対して損害賠償請求や差し止め請求など、「被害者」が直接的に民事訴訟を提起できることとした。訴えの対象となる違法な行為は「ポルノの流通による差別」「ポルノへ出演の強制」「ある人へのポルノの押し付け」そして「ポルノに起因する暴行もしくは身体攻撃」の四つであった。中でも第一の点に関しては、ポルノグラフィの流通を女性差別として位置づけ、具体的な被害を受けていなくても、一般的に訴権があるという内容となっていた。⁽⁶⁷⁾

このようなインディアナポリス市反ポルノ条例は、*American Booksellers Association v. Hudnut* ⁽⁶⁸⁾においてその合憲性が争われた。そこでは、フェミニニストたちが女性差別に焦点を当ててポルノグラフィを定義したことが違憲判断を導く一因となった。この条例は作品の文学的、芸術的、政治的もしくは科学的価値を考慮することなくポルノ

グラフィを定義づけていることから、猥褻表現を規制しているとは認められないというのが裁判所の理由であった。⁽⁶⁹⁾ 猥褻表現に関する先例では、時にその表現が持つ価値とそれを規制した場合のコストを比較衡量してきたが、その際には特定の作品の内容ではなく、猥褻表現というカテゴリーによってそうしてきたと裁判所は述べた。⁽⁷⁰⁾ 裁判所は、女性の従属の描写がそのような従属を永続させるというこの条例の前提を受け入れたものの、⁽⁷¹⁾ 定義においてポルノグラフィを猥褻表現のような価値の低い表現として位置づけられないことから、ポルノグラフィが引き起こす害悪に関する証拠を求めた。ただ、裁判所は社会科学の信憑性と、特定の表現によって引き起こされる効果を見分けられるかについて疑念を呈した。もしもポルノグラフィが猥褻表現として定義されていたならば、このような裁判所の推論は違ったものになっていただであらうと思われる。

また裁判所は、インディアナポリス市側が主張する、ポルノグラフィによる傷についても言及した。まず、現実の傷に関して述べ、もしもフィルムにおいて暴行や殺人が行われたならば、その表現の内容とは関係なく政府はその違法行為を処罰することができるとした。さらに、痛みのイメージと痛みそれ自体も区別した。フィルムにおいて、女優が暴力を加えられたり、殺されたりしても、視聴者は誰も本当にその女優が痛みに苦しんだり、死んだりしたとは信じない。それと同様「ポルノグラフィが女性を従属させる」とのインディアナポリス側の主張に対して裁判所は、男性による女性に対する性的支配の描写は実際の支配とは違うとした。

そして裁判所は、女性に沈黙を強いるポルノグラフィは思想の自由市場に適さないとインディアナポリス市側の主張も退けた。⁽⁷²⁾ 競い合う表現が真理であるか否かは思想の自由市場の条件ではないという理由からであった。真理がまだ発見されていない、あるいは発見されそうもないことを根拠に言論を規制する権力は、真理とは何かを宣言する権力に等しい。インディアナポリス市条例は、作品が全体としてどれほど文学的あるいは政治的価値があ

るかに関係なく女性を従属的に描く表現を禁止し、他方で内容がどれほど性的に描写されていると女性を平等に描いた表現を禁止していなかった。裁判所はそれを「思想統制」と呼び、「修正一条の下では、政府は思想に関する価値判断を人々に任せなければならない」とした。⁽⁷³⁾ 以上のような理由から、裁判所はインディアナポリス市条例を、見解に基づく差別であり、それゆえ違憲であると判断した。

ポルノグラフィの規制に対するフェミニストの主張の特徴、つまり、女性の従属に焦点を合わせたポルノグラフィの定義と、表現／行為、公／私という二つの二元論に関する議論は、実際の法的な争いの場においては十分に機能しなかったのである。

- (1) Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in MARI J. MATSUDA ET AL., *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT* 53, 68 (1993).
- (2) GEORGE LAKOFF AND MARK JOHNSON, *METAPHORS WE LIVE BY* (1980), 渡部昇一他訳『レトリックと人生』(大修館書店、一九八六年)。
- (3) 批判的人種理論 (Critical Race Theory) は批判的法学研究 (Critical Legal Studies) から枝分かれする形で一九八〇年代後半から展開されてきた法律家の研究集団である。Harlon L. Dalton, *The Clouded Prism: Minority Critique of the Critical Legal Studies Movement*, in *CRITICAL RACE THEORY: THE KEY WRITINGS THAT FORMED THE MOVEMENT* 80 (Kimberlé Crenshaw et al. eds., 1995), 大沢秀介「批判的人種理論に関する一考察」法学研究六九巻一二号(一九九六年)六七頁、同「批判的人種理論」ジュリスト一〇八九号(一九九六年)八九頁、植木淳「人種平等と批判的人種理論 (Critical Race Theory)」六甲台論集「法学政治学篇」(一九九八年)一九頁、木下智史「批判的人種理論 (Critical Race Theory)」に関する覚書「神戸学院法学第二六巻一号(一九九六年)一九九頁を参照」。
- (4) フェミニズムと一口に言っても多種多様なフェミニズムがあることは周知の通りである。本稿で簡略化のため表記するフェミニズムとはキャサリン・マッキノンを代表とする、法実践へと向かう「ラディカル・フェミニズム」を意味

するものとして理解していただきたい。

- (5) 拙稿「差異のマネジメント——『自然』という固定的意識からの脱却——」阪大法学五〇巻六号（二〇〇一年）一三三頁。
- (6) 高木正幸『差別用語の基礎知識』99（土曜美術社出版、一九九九年）、内野正幸『差別的表現』（有斐閣、一九九〇年）一三五—一七九頁。
- (7) U.S. CONST. amend. 1 訳は松井茂記『アメリカ憲法入門「第4版」』（有斐閣、二〇〇〇年）三二七頁を参考にした。
- (8) KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 959-963 (14th ed., 2001); GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 998-1004 (4th ed., 2001).
- (9) Ira Glasser, *Introduction to HENRY LOUIS GATES, JR. ET AL., SPEAKING OF RACE, SPEAKING OF SEX: HATE SPEECH, CIVIL RIGHTS, AND CIVIL LIBERTIES 1, 1* (1994).
- (10) Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in WORDS THAT WOUND, *supra* note 1, at 18.
- (11) 政府の規制は内容に基づく規制と内容中立的な規制に区別される。規制が内容に基づく場合、次に考慮すべきは規制対象となっている表現が *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) で示された「保護されない表現」（名誉毀損、猥褻表現、喧嘩言葉など）というカテゴリーに当てはまるかどうかである。もしも、表現がこれに当てはまらない場合、政府の表現内容に対する中立性の義務により、このような規制は厳格な合憲性判断基準に服する。他方、もしも当該表現がこれに当てはまる場合、政府の規制は最小限の手続的制約に服すのみとなる。
- 政府の規制が内容中立的である場合、それが何かを表現する行為に適用されても、その規制は合憲である。この場合、裁判所は表現の自由の価値と政府の利益を比較する利益衡量のテストを使って判断していると一般的に理解されている。ちなみに、内容中立的な規制には二つの類型があり、一つは表現行為の時・場所・態様を内容中立的に規制している場合であり、もう一つは表現行為以外の行為の規制が表現行為の制約として作用する場合である。LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 785-804, 832-840 (2d ed. 1988). 松井・前掲注(一)・一四七—一四八、一七七—一八

六頁。

- (12) JOHN L. AUSTIN, HOW TO DO THINGS WITH WORDS (1962), 坂本百大訳『言語と行為』(大修館書店、一九七八年)、JOHN R. SEARLE, SPEECH ACTS: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE (1969), 坂本百大・土屋俊訳『言語行為』言語哲学への試論』(勁草書房、一九八六年)参照。マッキノン・ジョン・L・オースティンの行為遂行的言論の理論に言及し、自身の理論展開の直接的源泉ではないが、基礎になっていると述べている。CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS 121 n.31(1993), 柿本和代訳『ポルノグラフィ「平等権」と「表現の自由」の間』(明石書店、一九九五年)一五〇頁。
- (13) Lawrence, *supra* note 1, at 68; Matsuda, *supra* note 10, at 24-25; Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in WORDS THAT WOUND, *supra* note 1, at 90-96.
- (14) 主流理論では治安破壊が喧嘩言葉 (fighting words) が保護されないことの正当化理由となることがあるから、マリ・メンダやローレンスはこの状況を「闘うより逃げる (fight rather than fight)」と表現している。Matsuda, *supra* note 10, at 35. ローレンスはこの喧嘩言葉の定義における治安破壊の要素は「同等の立場に立つ二人の人間の間でのやり取りが想定された白人男性の視点に基づいてこのことを指摘している」。Lawrence, *supra* note 1, at 68-69.
- (15) 347 U.S. 483 (1954).
- (16) Lawrence, *supra* note 1, at 59-62. (17) *Id.* at 62.
- (18) MACKINNON, ONLY WORDS, *supra* note 12, 5, 18-20, 邦訳二二一-二二七頁、CATHARINE A. MACKINNON, *Not a Moral Issue*, in FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 146, 147 (1987), 奥田暁子他訳『フェミニズムと表現の自由』(明石書店、一九九三年)二四五頁。ポルノグラフィ、猥褻文書とその効果の関係について数多くの研究がなられてきているが、どれも決定的な結論には至っていない。この因果関係に関する文献の一つとして Frederick Schauer, *Causation Theory and the Causes of Sexual Violence*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 737を参照。
- (19) 女性性「狛奇ユキオ (snuff film)」を作るために実際に殺られたこと。MACKINNON, *Not a Moral Issue*, *supra* note 18, 272 n.56, 邦訳四五五頁参照。
- (20) ANDREA DWORKIN, PORNOGRAPHY: MEN POSSESSING WOMEN 26-30 (1989) (1979), 寺沢まゆみ訳『ポルノグラフィ

- 「女を所有する男たち』（青土社、一九九一年）七七—八二頁。
- (21) MACKINNON, *Not a Moral Issue*, *supra* note 18, at 148, 邦訳二四〇頁。Andrea Dworkin, *Against Male Flood*, 8 HARV. WOMEN'S L.J. 1, 12 (1985).
- (22) MACKINNON, ONLY WORDS, *supra* note 12, at 26-27, 邦訳四四—四五頁。 (23) *Id.* at 27, 邦訳四五頁。
- (24) *Id.* at 16-17, 25, 邦訳三三—三四、四四頁。
- (25) *Id.* at 22-25, 邦訳四〇—四三頁。MACKINNON, *Not a Moral Issue*, *supra* note 18, at 149, 邦訳二四九頁。
- (26) MACKINNON, ONLY WORDS, *supra* note 12, at 5, 9, 邦訳二二、二六頁。
- (27) DWORKIN, PORNOGRAPHY, *supra* note 20, at 17-18, 邦訳六一—六四頁（ただし「*power*」は権力をではなく力と訳した）。A・ドウォーキン「男性の『名づける力』を支えるものとして外に六つの力を区別し、分析している。それらは、形而上学的意味での自己、肉体、威嚇、所有、金銭、セックスである。」*Id.* at 13-24, 邦訳五六—七三頁。
- (28) NICOLA LACEY, *Theory into Practice? Pornography and the Public / Private Dichotomy*, in UNSPEAKABLE SUBJECTS: FEMINIST ESSAYS IN LEGAL AND SOCIAL THEORY 71, 72 (1998). ただし、規制の有無に基づいた区別は記述的どころよりも相対的・規範的なものではない。*Id.* at 73-78.
- (29) 批判的人種理論「フェミニズム」、市民的共和主義の公私二元論に対する批判を包括的に検討したものととして、Steven G. Gey, *The Case Against Postmodern Censorship Theory*, 145 U.Pa.L.Rev. 193 (1996) を参照。
- (30) 一例として、SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY (1989)。
- (31) 松井・前掲注(7)・一三〇—一三九頁、菅部信喜『現代人権論』（有斐閣、一九七四年）三—四八頁、同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、一九八一年）三六一—四一五頁。批判的人種理論やフェミニズムによるステイト・アクションの法理への批判を検討したものととして、Matthew D. Bunker, *Constitutional Baselines: First Amendment Theory*, *State Action and the "New Relativism"*, 5 COMM.L. & POL'Y 1 (2000)。
- (32) Lawrence, *supra* note 1, at 64.
- (33) 339 U.S. 637 (1950). オクラホマ州立大学は黒人の大学院生マクローリンを教室、図書館、カフェテリア等において、ロープで他から区切った座席に座らせていた。最高裁はこの州の行為を、原告が有する学習や参加への機会の平

等を奪ったとして、違憲を判断した。

- (34) Matsuda, *supra* note 10, at 18. (35) *Id.* at 49.
- (36) *Introduction to WORDS THAT WOUND, supra* note 1, at 15.
- (37) LACEY, *supra* note 28, at 73. 1) 611 (613) 元論にめぐって論じた文献として、Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983) を挙げたい。
- (38) *Id.* at 75. 岡野八代「家族と政治」立命館法学 271・272 号上巻 (2001 年) 234 頁。
- (39) LACEY, *supra* note 28, at 77. フェミニストは公私の二元論と他の価値のヒエラルキーをもった二元論 (例えば、客観性／主観性、理性／感情、文化／自然、そして男性性／女性性など) との結びつきを問題視している。このようなイデオロギーと二元論との関係にめぐって、Susan Griffin, *The Way of All Ideology*, in FEMINIST THEORY: A CRITIQUE OF IDEOLOGY 273 (Namerl O. Keoghane et al. eds., 1982) を参照。
- (40) LACEY, *supra* note 28, at 88. ただし、ポルノ表現はそれが公に認められた権利であるにも関わらず、私的領域での表現に限定されており、法規制は、公的な場で表現が不快な感情を引き起こす場合にのみ問題となる。公的領域における猥褻文書の配布と区別し、私的保持には政府の規制は及ばないとした最高裁判例 *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 566-567 (1969) を参照。
- (41) MACKINNON, *Not a Moral Issue, supra* note 18, at 155. 邦訳二六〇頁。
- (42) *Id.* at 158. 邦訳二六五頁。
- (43) 主に州立大学における表現規制について論じたものとして、小谷順子「合衆国憲法修正一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——」法政論究四〇号 (一九九九年) 二六三頁を参照。
- (44) 起草のきっかけは二人の白人学生がある黒人学生の部屋のドアに、真っ黒に塗ったベートーベンの顔を貼り付けるという事件であった。この二人の学生の処分の際し、同大学規則の曖昧な文言をより厳密に解釈する必要があるとの理由から起草がなされた。Thomas C. Grey, *How to Write a Speech Code without Really Trying: Reflections on the Stanford Experience*, 29 U.C. DAVIS L. REV. 891, 892-897 (1996).

- (45) *Id.* at 897-909. 公民権法第七編に基づく雇用差別の禁止に関しては、中野通明「米国における雇用差別と最近の動向（上）（中）」国際商事法務二〇卷六—九号（一九九二年）を参照。ちなみに、基礎となり得るその他の法理として集团的名誉毀損（group libel）が挙げられる場合がある。憎悪表現規制の根拠をめぐる議論を整理したものととして、奈須祐治「ヘイト・スピーチ（hate speech）の規制と表現の自由——『内容中立性原則（content neutrality principle）』の射程——」関西学院大学法学論集五〇卷六号（二〇〇一年）二四三頁、また長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ——表現の自由のハイレンマ——（一）」早法七二卷二号（一九九七年）一七七頁も参照。
- (46) Grey, *supra* note 44, at 897-902.
- (47) 315 U.S. 568 (1942).
- (48) Grey, *supra* note 44, at 948 (Appendix).
- (49) 403 U.S. 15 (1971).
- (50) 310 U.S. 296 (1940).
- (51) See *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988); *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *cert. denied*, 439 U.S. 916 (1978).
- (52) 405 U.S. 518 (1972).
- (53) Grey, *supra* note 44, at 953.
- (54) *Corry v. Stanford*, No. 740309 (Cal. Super. Ct. Santa Clara County Feb. 27, 1995). 公式記録としては残されていないが、スタンフォード大学のウェブサイトにおいて判決を閲覧することが可能である。http://www.law.stanford.edu/library/special/corrym.shtml 参照。
- (55) CAL. EDUC. CODE § 94367.
- (56) レオナード法自体の合憲性も争われたが、本稿の議論には直接関係しないので割愛する。
- (57) *Corry*, at 3.
- (58) 人種や性別に関する差別的行為は別として、一般的に私立大学の行為をステイト・アクションであると立証するの

は難しいものである。Evan G.S. Siegel, *Comment: Closing the Campus Gates to Free Expression: The Regulation of Offensive Speech at Colleges and Universities*, 39 EMORY L.J. 1351, 1382-1387 (1990). *Corry* 裁判では、私立大学にあるスタンフォード大学の規制が原告の表現の自由を侵害したという形で議論できなことが前提とされている。*Corry*, at 2.

(59) *Gooding* 判決以降、喧嘩言葉の定義から「傷つける」という要素は抜け落ち、「即座に治安破壊を引き起こす傾向のある言葉」という要素に限定されてきたという見解が有力である。See GUNTHER & SULLIVAN, *supra* note 8, at 1014, 奈須・前掲注(45)・二六二—二六三頁。

(60) 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が、保護されない表現である喧嘩言葉のみを対象としていたことは認められたが、人種、宗教、性別など特定の主題によって許される表現と許されない表現を区別していたことについて、内容に基づく差別であり、違憲であると判断された。

(61) *Corry*, at 12.

(62) その他の法理、例えば集団的名誉毀損、違法な行為の煽動、あるいは反差別法も反ポルノ法へ関連する正当化根拠を提供する。Note, *Anti-Pornography Laws and First Amendment Values*, 98 HARV. L. REV. 460 (1984); Nadine Strossen, *A Feminist Critique of "The" Feminist Critique of Pornography*, 79 VA. L. REV. 1099, 1122-1126 (1993) を参照。しかし、マッキノン は集団的名誉毀損についてはこれを拒絶し、ポルノグラフィを表現内容からではなく、それが実際に遂行する手段のものから捉えるべきであると主張する。MACKINNON, ONLY WORDS, *supra* note 12, at 11, 22, 邦訳二七—二八、四〇—四一頁。

(63) Caryn Jacobs, *Patterns of Violence*, 7 HARV. WOMEN'S L.J. 5, 29-36 (1984); Note, *supra* note 62, at 466.

(64) MACKINNON, *Not a Moral Issue*, *supra* note 18, at 149, 邦訳二四八—二四九頁。

(65) まち最初にミネアポリス市反ポルノ条例を起草したが、市長の拒否に合い、不成立に終わった。条例の起草に関し、CATHARINE A. MACKINNON, *Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech*, in FEMINISM UNMODIFIED, *supra* note 18, at 163, 邦訳二七五頁以下、内野・前掲注(6)・一八七—一九四頁を参照。なぜ彼女たちが地方自治体の条例を起草したかについては、「行き渡った」共同社会の基準 (community standards) に切り込むことがポル

ノグラフィの配布を防ぐための唯一の手段であったからというキャロル・スマートの説明がある。CAROL SMART, FEMINISM AND THE POWER OF LAW, 134-135 (1989). ちなみに「共同社会の基準」とは、*Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) で最高裁が示した猥褻表現の三つの基準のうちの一つである。三つの基準とは (a) 平均的な人が、今日の共同社会の基準により、その作品は全体としてみた場合に好色的な興味に訴えるものである、とみるかどうか、(b) その作品は、適用される州の法律が特定の形で定義した性行為を、明らかにみだらなやり方で描いたり叙述したりするものかどうか、(c) その作品は、全体としてみた場合、まじめな文学的、芸術的、政治的もしくは科学的な価値を欠いているかどうか、である。

(66) American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut, 771 F. 2d 323, 324 (7th Cir. 1985). 訳は内野・前掲注(6)・一九〇頁、紙谷雅子「アメリカにおけるフェミニズムとポルノグラフィ規制の動き」自由と正義三八巻二二号（一九八七年）五一頁を参考にした。

(67) Paul Breast and Ann Vandenberg, *Politics, Feminism, and the Constitution: The Anti-Pornography Movement in Minneapolis*, 39 STAN. L. REV. 607, 619-620 (1987); Hudnut, 771 F. 2d at 325; 内野・前掲注(6)・一八八—一八九頁、紙谷・前掲注(6)・四六頁。

(68) 771 F. 2d 323 (1985).

(69) 裁判所は次のようなマッキノンの言葉を引用している。「もしも女性が従属させられているとすれば、なぜその作品が他の価値を有しているか、どうか、問題となるだろうか。」*Hudnut*, 771 F. 2d at 325. Catharine A. MacKinnon, *Pornography, Civil Rights and Speech*, 20 HARV. CIV. RTS.-CIV. LIB. L. REV. 1, 21 (1985). また、前掲注(69)の猥褻表現を判断する三つの基準を参照。

(70) *Hudnut*, 771 F. 2d at 331. (71) *Id.* at 329.

(72) *Id.* at 330-331. (73) *Id.* at 327.