

ブランデンバーク・テストもしくは 「明白かつ現在の危険」基準

——渋谷暴動事件再考、そしてヘイト・スピーチ——

君 塚 正 臣

はじめに

煽動（扇動、せん動）は表現行為の一種でありながら、その惹起する結果は時に重大であるため、様々な法令でしばしば刑罰の対象となっている。日本でも数多くの刑事特別法にその処罰規定があるが、ここでは、1952年の制定時¹⁾に、牧野英一に「行政権の横暴」を懸念され²⁾、平野龍一に「もう、うっかりものがいえない」³⁾と言わせしめた、本格的な治安立法⁴⁾である破壊活動防止法（破防法）の「せん動」罪に関する最高裁判決を軸に、論じてみたい。

煽動は、民主的な立憲体制を転覆することを求める言論も多く、その危険性から議論が始まることがしばしばであるが、他面、表現活動そのものである。民主主義社会では、言論による、煽動、宣伝、鼓舞、説得、叱咤などの技法は不可欠であることも忘れるわけにはいかない⁵⁾。よって、煽動だけを分離して、「犯罪的破壊的手段」だとして安易な規制を憲法上許容することは、民主主義社会を支える表現の自由の保障の観点から疑問である⁶⁾。そこでこれを具体化すべく、憲法学説の多くは長く、「明白かつ現在の危険」テスト（Clear and Present Danger Test）⁷⁾を推奨してきたところである。だが、その不完全性も指摘されて久しい。また、近

時、社会情勢の変化に起因して、新たな煽動的性格の言論の規制を強化すべきだとする批判も生まれている。これらの批判にどう回答し、理論構築を進めるかも含め、ここで検討したいと思う。

1 渋谷暴動事件再考

本格的治安立法である破防法の煽動（せん動）罪規定が最高裁で争われ、かつその範囲の先例となったと思われるのは、1990年のいわゆる渋谷暴動事件最高裁判決⁸⁾である。このため、本件は大法廷に回付されるべきではなかったか⁹⁾とも思えるが、裁判は実際には小法廷による簡単な上告棄却判決で終わっている。

一審¹⁰⁾認定事実によれば、被告人は京都大学経済学部生で、入学年からいわゆる沖縄デーや国際反戦デー等の集会などに参加する一方、教養学部の自治会活動に関与し、革命的共産主義者同盟（革共同）傘下の全日本学生自治会総連合（中核派全学連）に加入して、以後本格的に学生運動に没頭し、中核派全学連の中央執行委員会委員長に選出されていた。

そして、沖縄返還問題が発生する中、沖縄祖国復帰協議会などが即時無条件全面返還をスローガンに掲げて沖縄返還協定粉碎運動を展開し、1971年5月19日及び11月10日に沖縄のほぼ全域でゼネストを決行した。革共同は、機

関紙「前進」に記事等を掲載し、沖縄返還協定批准阻止等のためには武装闘争が必要であること等を繰り返し訴え、闘争への参加を呼びかけていた。

被告人は、1971年10月21日、日比谷大音楽堂において、全国反戦、関東叛軍及び東京入管闘3団体共催の「一〇・二一沖縄返還協定批准阻止、自衛隊沖縄派兵阻止、入管法・外国人学校法案国会に上程阻止全国総決起 中央総決起集会」の席上、午後9時頃から約8分間にわたって、参集した学生、労働者ら約6000名¹¹⁾に対し、沖縄返還協定の批准等に反対する目的をもって、警備等の職務に従事している警察官に対し、凶器を携え多衆共同して暴行を加えてその職務の執行を妨害する罪を実行させる意図で、「今ここにある国会において、返還協定の批准と入管法の上程が何によってなされようとしているか、いうまでもなく機動隊である」、「我々労働者人民は断固として武装した力を持たなければならない」、「我々に今や平和的な言辞は一切必要ないだろう。本集会に結集したすべての諸君、一万数千人を投入した厳戒体制なるものを断固として粉碎しようではないか。私服を粉碎しようではないか」、「すべての諸君、本集会に結集したすべての諸君が自らの攻撃性をいかに発揮し、自ら武装し、機動隊をせん滅せよ。これが本集会の一切の結論だろうと思います。結集したすべての諸君、直ちに国会に向かつて機動隊、私服をせん滅して猛進撃しようではないか」などと演説した。

同年11月10日、芝公園においても、前記3団体共催の「一一・一〇沖縄全島ゼネスト連帯中央総決起集会」の席上、午後8時40分過ぎ頃から約9分間にわたって、参集した学生、労働者ら約1600名¹²⁾に対して沖縄返還協定の批准等に反対する目的をもって、同月14日都内渋谷区内において、現住建造物等の放火罪、殺人罪、騒擾罪及び凶器を携え多衆共同して警備等の職務に従事する警察官に対し暴行を加えてその職務の執行を妨害する罪を実行させる意

図で、「本日の沖縄ゼネスト暴動に応じて、来る14日渋谷に大暴動を実現するための方針と決意を明らかにしたいと思います」、「日本帝国主義のアジア侵略の道具以外の何ものでもなくなった国会そのものを爆砕し、いや国会で物事が決まってくというこの我慢のできない腐敗しきつた形態をこっぴみじんに粉碎し、文字通り我々労働者人民と、機動隊備兵に囲まれての支配階級との決戦から我々の未来を勝ちとつていかなければならない」、「武器を調達し、そこで自らを武装し、徹底的に機動隊をせん滅しようではないか。14日の大暴動をもつて文字通り日本階級闘争の内乱への突入を勝ちとろうではないか。このことが、本日機動隊員1名を殺した沖縄人民の戦いに応える道だろうと思います。我が全学連は、そして中核派は、一切の攻撃を粉碎して必ずや14日渋谷に登場し、渋谷の機動隊員を撃滅し、一切の建物を焼き尽くして渋谷大暴動を必ず実現するというをはっきりと決意表明したいと思います」などと演説した¹³⁾。

10月21日の日比谷公園における集会終了直後頃、同公園内において、主に白ヘルメットを着用していた集会参加者の一部が、警備中の警察官に対し投石をし、あるいは所持していた竹竿等で突き当たるなどの行為に出、約90名が逮捕された。また、上記芝公園における集会の4日後である同年11月14日、国電(当時)渋谷駅周辺において山手線が止められ、警察官に対する石、火炎びんの投擲等が頻発したほか、交番等への放火がなされ、警察官1名が火炎瓶等により死亡した。これに加わった者には、芝公園での集会に参加し、被告人の演説を聞いた者も含まれていた。

被告人は、これらの煽動により、政治上の施策に反対する目的のもとに、刑法108条の罪、同法109条1項の罪、同法199条の罪、同法106条の罪及び凶器を携え多衆共同して警察官に対し暴行を加えてその職務の執行を妨害する罪のせん動をなしたとして起訴され、一審では、

懲役3年執行猶予5年を宣告された。

一審の憲法判断は以下の通りである。

「破防法39条、40条のせん動罪が表現活動そのものを刑罰の対象としているものであることは弁護人指摘のとおりである」が、「せん動罪が、当該表現の内容そのもの、あるいは、表現活動が本来有しているところの他に対する影響力をとらえてこれを処罰しようとするものではなく、当該表現活動が客観的に見て、人に対し特定の犯罪を実行する決意を生ぜしめ、又は既に生じている決意を助長させるに足りるもの限りこれを処罰しようとするものであることは右のせん動の定義規定からして明らかである。そして、このような表現活動は被せん動者による実行行為等をまつまでもなく、破防法39条、40条の予備、陰謀罪と同様に社会的に危険な行為と評価し得るのであつて、表現活動といえどもこのような危険性を有するに至つたものについては刑罰を科してこれを制約したとしても、憲法21条1項の表現の自由を侵すものというべきではない。憲法21条1項の保障する表現の自由といえども、このような危険性を有する表現活動の自由をも許容するものではなく、ここに表現の自由に本質的に内在する制約があるというべきである」と判示した。

次に、両条「のせん動罪が政治目的を有するせん動のみを刑罰の対象とし、政治目的のないせん動を不可罰としていることは、その構成要件上明白であるが、政治目的を有するせん動は、政治目的のないせん動に比して、被せん動者によつてなされるところの実行行為が大規模かつ反覆してなされる可能性が高く、更に政治目的達成のために暴力を行使することは、単なる暴力の行使の場合と異なり、憲法が前提とする民主主義秩序そのものを否定することになる点において違法性が強いのであつて、このことはひいてはせん動そのものの危険性、違法性も一段と強いと認められるのであり、政治目的を有するせん動のみを処罰することには十分な合理性があるというべきである。そして、このような

主観的な目的を有する行為のみを処罰するからといつて、これが主観的目的そのものを処罰するものでないことは右に述べたことから明らかであり、また共産主義的政治思想に基づくせん動のみを処罰しようとするものでないことも規定上明白であつて、破防法39条、40条のせん動罪は「憲法19条、21条1項に違反」し「ない」とした。

弁護人は、「被告人の政治思想の表現である演説に対し、破防法39条、40条のせん動罪を適用することは、憲法19条、21条1項に違反する旨の主張をしている」が、その「の演説は、当該演説の全内容に照らしても、単なる政治思想の表現にとどまるものでないことは明らかであり、これが破防法39条、40条のせん動に該る」。

更に弁護人は、「破防法39条、40条はその構成要件が曖昧であつて不明確である。すなわち、同法4条2項はせん動を定義するが、この規定をもつてしても一般人にとつてはどの程度の行為がせん動に該るのかという判断が極めて困難であり、その限界ははなはだ曖昧であつてこのような不明確な刑罰規定は憲法31条に違反する」、「せん動における『勢のある刺激』はそもそも訴訟法上立証が不可能な概念であり、このような立証不可能な事項を構成要件とする破防法39条、40条のせん動罪は罪刑法定主義に反し、憲法31条に違反する」が、それは、「本件の如く、」 「不特定の大衆を対象になされた場合には、『勢のある刺激』があつたか否かの判断にはその大衆の大半のその時点における内心の理解過程の立証が不可欠となるが、このような立証は物理的にも理論的にも不可能である」からであると主張した。だが、裁判所は、「せん動罪が憲法上最大限の尊重を要する表現活動そのものを刑罰の対象としている」ものの、「犯罪構成要件を定めるにあつて、例えば客観的に明確な数量的な用語のみを使用して定めるようなことはもとより不可能であり、ある程度概念に幅のある用語を使用して構成要件を定めて

も、これが通常の判断能力を有する一般人の理解において具体的場合に、当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるものである限り、憲法31条に違反する不明確なものというべきではない」として、徳島市公安条例事件最高裁判決¹⁴⁾を参照せよとした。

そして、「これを破防法39条、40条のせん動」「の定義」「をより厳格、詳細に定義することは困難であると考えられるとともに、『その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激』という用語も、価値判断を伴うものではあるが、前記のような危険性を有する表現活動のみを罰する趣旨のものであることは明らかで何ら不明確なものとはいえず、」 「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的な場合に、当該表現活動が破防法所定のせん動に該するか否かの判断はおのずから可能であると解される」とした。

続けて、「特定の犯罪を『実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激』があつたか否かは、本件のような演説についていえば、その表現内容や口調のほか当該演説者の地位、所属する団体、その政治目的、闘争方針等、当該集会の主催者、目的等、当該集会における聴衆の総数、構成、反応等更には当該演説がなされるに至るまでの社会的背景事情、演説後における情況等をも総合して判断されるのであり、右のような事情の立証が不可能を強いるものでないことは明らか」だと、「勢のある刺激であつたか否かの判断には演説の相手方である聴衆の大半における内心の理解過程の立証が不可欠である旨主張するが賛成できない」などと判示した。

「弁護人は、破防法39条、40条のせん動罪はいわゆる具体的危険犯であり、その成立のためには、同法の保護法益と解される『公共の安全』に対し、具体的な危険が生じたことを要する」と主張しているが、本件では「具体的危険

はもちろんのこと、被せん動者による犯罪実行行為もなされているのであるから、弁護人の主張はその余の点について判断するまでもない」とも述べた。

控訴審¹⁵⁾も、「結局破防法全体が違憲無効であるとの主張は、すべて採るを得ない」、「破防法の右規定はなんら憲法21条に違反するものとはいえない」、「憲法31条違反の主張は採用の限りでない」、「原判決の内容になんら違憲、違法、事実誤認のかどはない」などとして、被告人の控訴を棄却した。

ところで、いわゆる沖縄デー事件も上告されており、渋谷暴動事件と同日に判断が下されている¹⁶⁾。こちらの事案は、1969年4月28日の沖縄デーにおける四・二八沖縄闘争を実施する団体で各々重要な地位を占める各被告人の行った演説が、警察官に対し凶器を携え多衆共同して行う公務執行妨害罪及び騒擾罪を実行させることを意図して、両罪のせん動をしたとして、3名が起訴されたものである。

一審¹⁷⁾で、破防法40条のせん動罪は構成要件上抽象的危険犯として解され、本件においては、破壊活動防止法の保護法益である公共安全を侵害する危険が一般的に存在していたことを十分認めることができるとして、せん動罪の成立を認められ、被告らに懲役2年から3年の執行猶予付きの判決が下された。

控訴審¹⁸⁾も控訴を棄却した。

ただ、この判決は、「教唆・『せん動』または文書活動は、いずれも違法行為の促進に向けられているとはいえ、言論活動の本質をそなえているので、憲法の基本的人権の保障、わけても憲法21条1項の表現の自由と密接なかわり合いをもつ」、「表現の自由は民主制国家においては特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであるから（表現権の優越性）」、「この視点から破防法所定の表現犯罪の規制が合憲性を保持し得ているかは十分慎重な吟味を経ることが要請されているといわなければならない」と判示した。その上で、「このよ

うな制約基準としてあげられるもののうち最も人口に膾炙しているものとしていわゆる『明白かつ現在の危険の原則』がある」が、「昨今では、右原則と、言葉の『せん動』性を重視するいわゆる『せん動』理論とを組み合わせたとすべきブランデンバーグ原則（1969年のブランデンバーグ対オハイオ事件においてアメリカ国連邦最高裁判所が判示した「憲法における言論の自由及び出版の自由の保障は、州に対し、暴力の行使や違法行為の唱道を、かかる唱道が、さし迫つた違法行為をせん動し、もしくは生ぜしめることに向けられており、かつ、かかる行為をせん動し、もしくは生ぜしめる可能性がある場合を除き、禁止することを認めていない。」との原則）が新しく注目されているといわれる。そしてこの原則の核心は、憲法上禁止できる唱道の範囲を『さし迫つた違法行為のせん動』であつて、少なくとも『せん動』の効果発生の『可能性のある (be likely to) もの』に限定した点にあると解することができると考えられるが、いずれにしてもこの原則は、「彼我の国情の差を超え、わが国における表現犯罪の解釈に当たつてもきわめて示唆的なものがあるといつてよいであろう」と述べたのである。そして、「表現犯罪にあつてこれを単純に抽象的危険犯と解するのは適当ではないと思われる。けだし、法益に対し擬制された危険があるというだけで、その実、何らの脅威をも与えない表現行為は公共の福祉に反するということが困難であり、なかんずくこれを公共の福祉の名のもとに刑罰をもつて規制するのは、表現の自由の重みに照らし許されないと考えるべきであるからである。しかし、さればといつて具体的危険犯と解しなければならぬ必然性はない。もちろん、具体的危険犯と考えるとき公共の福祉に反する程度がより高いといえるが、しかし、もし、表現行為がなされた当時の具体的事情のもとで、一般的ないし定型的に見て公共の安全を害する抽象的危険（具体的危険までに至らないその前段階の危険）を感じさせるような場合には、その行為は公共の福祉に

反する性質のものということができ、優に可罰性を持ち得ると考えられるからである」ことから、「表現犯罪においてこれを具体的危険犯と見るか、上述のような実質的に理解される抽象的危険の発生を必要とする危険犯と見るかは、当該表現犯罪の立法趣旨、立法形式等に照らして検討すべき構成要件解釈の問題であろう」などとして、最終的には合憲の立場を示したものの、煽動表現に関する憲法法理に踏み込もうとする慎重な判断を行った点で注目された。

最高裁第2小法廷は、これらの上告を斥け、渋谷暴動事件において以下のように判示した。

弁護人は、「破壊活動防止法39条及び40条は政治思想を処罰するものであり、憲法19条に違反すると主張する。しかしながら、破壊活動防止法39条及び40条のせん動罪は、政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的（以下「政治目的」という。）をもって、各条所定の犯罪のせん動をすることを処罰するものであるが、せん動として外形に現れた客観的な行為を処罰の対象とするものであつて、行為の基礎となつた思想、信条を処罰するものでないことは、各条の規定自体から明らかであるから、所論は前提を欠き、適法な上告理由に当たらない。」

弁護人は、「破壊活動防止法は戦時特別刑法の性質を有しており、憲法9条に違反すると主張するが、破壊活動防止法39条及び40条が所論のような性質を有する規定でないことは、各条の内容に徴し明らかであるから、所論は前提を欠き、適法な上告理由に当たらない。」

弁護人は、「破壊活動防止法39条及び40条は表現活動を処罰するものであり、憲法21条1項に違反すると主張する。確かに、破壊活動防止法39条及び40条のせん動は、政治目的をもって、各条所定の犯罪を実行させる目的をもって、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その犯罪行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与える行為をすることであるか

ら(同法4条2項参照)、表現活動としての性質を有している。しかしながら、表現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないのであるところ、右のようなせん動は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ないものというべきであり、右のようなせん動を処罰することが憲法21条1項に違反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例「の趣旨に徴し明らかであり、所論は理由がない」として、食糧緊急措置令第11条違反事件¹⁹⁾、国家公務員法並びに地方公務員法違反及び昭和25年政令第325号違反事件²⁰⁾、チャタレイ事件²¹⁾、地方税法違反事件²²⁾、「悪徳の栄え」事件²³⁾、全農林警職法事件²⁴⁾の各最高裁判決を引用したのである。

また、最高裁は、弁護人は、「破壊活動防止法39条及び40条のせん動の概念は不明確であり、憲法31条に違反すると主張する。しかしながら、破壊活動防止法39条及び40条のせん動の概念は、同法4条2項の定義規定により明らかであって、その犯罪構成要件が所論のようにあいまいであり、漠然としているものとはいえない」として、地方税法違反事件、全農林警職法事件、そして三無事件²⁵⁾の各最高裁判決を引用したのである。

2 煽動事案の判例展開

ところで、日本の最高裁が煽動罪について判断した事案は多くない。

煽動のリーディング・ケースと言われ、それどころか、戦後、「言論の自由を制約する法令の合憲性にかんする最初のもの」²⁶⁾であるのが、終戦直後に示された、前述の食糧緊急措置令第11条違反事件最高裁判決である。

控訴審判決²⁷⁾の認定事実によると、この事

件の被告人は、日本農民組合北海道連合会の常任書記である。1946年11月15日、日本農民組合加盟の比布農民連盟主催の比布国民学校に農民大会において、午前10時頃から午後1時30分頃まで、同村在住農民約250名乃至350名集合の席上で、「大体供出割当の字句さえ不合理である。俺達百姓が自分で作つて取れた米を政府が一方的行為によつて価格を決定し、それを供出せよなどは虫がよい。今までのようなおとなしい気持ではだめだ、百姓は今まで騙されてきたのだから供出の必要も糞もない」、「今の政府は資本家や財閥にはいかなることをして強権発動をしたことがない。それに反してわれわれ百姓には取締に名を藉りて、あらゆる弾圧をしているではないか。供出米も月割供出にして政府が再生産必需物資をよこさぬかぎり、米は出さぬことに決議しようではないか。今頃陳情とか請願とかいうようではだめだ」との趣旨を述べ、食糧緊急措置令による政府に対する売渡しをしない決議を煽動したのである。煽動が成功するためには、煽動者が傍観者であってはならないと鈴木安蔵は述べていた²⁸⁾が、本件では聴衆の共感を得ることなく、決議もなされず、米は供出され、被告人は虚しく起訴された。

食糧緊急措置令第11条違反により、被告人は懲役6カ月の実刑を宣告された。上告審である札幌高裁も棄却していた²⁹⁾。

最高裁大法廷は、以下のように述べて、全員一致で再上告を棄却した。

まず、昭和20年勅令第542号ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件及び銃砲等所持禁止令の内容が日本国憲法に反しない限り、新憲法施行後も効力を有するとした判例³⁰⁾を引用して、「新憲法施行前に適宜に制定された法規は、その内容が新憲法の条規に反しない限り、新憲法施行後においてもその効力を有することは、当裁判所の判例として示すところである」とした。

次に、「新憲法の保障する言論の自由は、」立

法によつても妄りに制限されないものであることは言うまでもない」としつつ、それが「公共の福祉によつて調整されなければならぬ」と言う。そして、「現今における貧困なる食糧事情の下に国家が国民全体の主要食糧を確保するために制定した食糧管理法所期の目的の遂行を期するために定められたる同法の規定に基く命令による主要食糧の政府に対する売渡に関し、これを為さざることを煽動するが如きは、所論のように、政府の政策を批判し、その失政を攻撃するに止るものではなく、国民として負担する法律上の重要な義務の不履行を懲瀆し、公共の福祉を害するものである。されば、かゝる所為は、新憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、社会生活において道義的に責むべきものであるから、これを犯罪として処罰する法規は新憲法第21条の条規に反するものではない」と判示したのである。

同様に、松坂第一国民学校で開かれた日本農林組合三重県連合会秋季大会などの事案³¹⁾でも、最高裁は、上記判決等を先例として引用し、「憲法における言論の自由といえども国民の無制約な恣意のままに許されるものではなく、公共の福祉によつて調整されなければならぬ場合がある」先例を引用しつつ、「措置令11条が憲法21条に違反するものでない」と判示し、簡単に斥けた。

これらの判決は、「決議しよう」という比較的穏当なものであった被告人の発言内容を問題にせず、実際に被害が生じていないこともおよそ検討しなかった³²⁾。また、戦後の混乱期のものであり、かつ本格的な治安立法とも言い難く、先例としての射程も狭いと解すべきように思える。加えて、煽動法理はおろか、「特殊的個別的な問題解決のための、手がかり足がかりを、ほとんど全く与えていない」³³⁾ものだと言えよう。そして、食糧緊急措置令の諸判決は、食糧事情が著しく好転した時代になると事案の区別が可能であり、今日、先例としての意味があるか疑問がある³⁴⁾。

政令325号（占領目的阻害行為処罰令）違反事件一審判決（確定）³⁵⁾では、刑が廃止されたとして被告人らを免訴とする判断を下したが、その際、「本件の指令の実質を検討して見るのに、その内容とするところは或る新聞紙が公共の安寧と福祉とを害する宣伝をするものであるという理由によりその後継紙同類紙をも含めて一切の関係行為を禁じこれについて司法上の救済の途をも許さないものとするのである。従つてこれが憲法第21条に牴触するものであることは極めて明らかであり、このような指令を憲法の下に存立させるような余地は到底ないわけであるから、右指令が前記政令によつて実質的に国内法として取入れられたものとしてもそれはとりもなおさず違憲であるといわなければならない」などとして、踏み込んだ実体判断を行っており、かつ、その基準として、「殊に政治的言論に関しては、これを社会そのものの存立に関わる緊迫した危険が明白且現在に存在するときに限り社会としての自衛上真に必要な已むを得ない限度でだけ制限することができるものと解すべきであり、苟くも拡張して解釈されるようなことがあつてはならない」との基準を示し、「明白かつ現在の危険」基準の適用を明言した³⁶⁾。

納税拒否に関する事案が幾つかある。

まず、1954年の国税犯則取締法違反事件³⁷⁾である。最高裁は、「所為は所論のように吉田内閣のとつている税制に対する批判にとどまるものではなく、国民が負担する納税の義務（憲法30条）の不履行を懲瀆し、公共の福祉を害するものであつて、憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、これを処罰する法規は、憲法21条の条規に反するものでない」などとして、主に煽動罪の成立時期を争点とする上告を斥けている。

次に、1962年の地方税法違反事件がある。広島県遊興飲食税撤廃期成同盟会の役員となつて遊興飲食税の撤廃運動を続けていた被告人らが、広島市本川小学校講堂に開催された同税撤

廃運動蹶起大会において、約300名の業者に対し、「業者各自の店頭に納税箱を設け客の自由意思によつて之に税金を入れて貰い納税日に右箱を県税事務所に持参し中に入っている丈を当該期の税金として納める」ことでそれ以外の同税を納入しないことを煽動した事案である。一審³⁸⁾は、「業者の利益のみを追求した非難を免れぬ」などとして、被告人らを有罪とした。控訴審³⁹⁾では、かえって主犯が実刑判決となるなどしたため、上告したものである。

最高裁は、「地方税法12条1項にいう煽動とは、同条項に掲げた所為のいずれかを実行させる目的で文書若しくは図画または言動によつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめるような、または既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えることをいうものと解するを相当とする」ので、「漠然としているものとは言い難い」などとして、上告を斥けた。

破防法⁴⁰⁾の煽動罪が最高裁で問われたものとしては、前述の1970年の三無事件判決がある。

一審判決⁴¹⁾の認定事実によると、経済政策に重点をおいた幅広い政治構想を練り始めたKが、永久無税(約30兆円と評価される国有の財産を担保に紙幣を発行し、余剰財源を公共建設事業に投資し、将来、終局的には徴税しない)、永久無失業(諸般の公共事業を起し、失業者をこれに吸収する)、永久無戦争(軍隊は指導軍人約2万人を置くだけで、警察軍以上のものとせず、永久に戦争をなくす)を骨子とする「三無主義」を纏めた。Kは旧陸軍出身者ら側近と1961年9月上旬頃から種々の会合を催して策を練り、この政策の実施を基本とし、暴力による共産革命は絶対に許さない、我が国の歴史や伝統は、あくまで尊重すべきである程度の共通の目的をもって、武装した数百名の多人数で開会中の国会を急襲し、その附近を騒乱状態に陥れ、かつ、抵抗する者等に対しては殺害も辞さずという意図で騒擾及び殺人の陰謀をした事案である。公

安三課による内偵で未然に探知され、同年12月に13名が逮捕され、日本刀8振、ライフル銃2丁、防毒マスクなどが押収された。最終的な逮捕者は34名に上った。

一審は、破防法第30条及び40条は、政治的目的をもって実現しようとする殺人及び騒擾の予備あるいは陰謀を処罰の対象としているもので、政治的目的をもってする騒擾、殺人は、社会公共の利益に対する重大な侵害であるから、右規定をかような侵害の危険が直接かつ差し迫って存在する場合にだけに関する規定と解する限り「明白かつ現在の危険」の原則に反するものということとはできないとし、騒擾および殺人の陰謀と認め、Kらに有罪を言渡した。他方、4名に対する証明が十分でないとし、無罪を言渡した。

憲法判断については、「破防法第39条及び第40条は、いずれも、政治的目的をもって実現しようとする殺人及び騒擾の予備あるいは陰謀を処罰の対象としているもので、政治的目的をもってする騒擾はもとより、政治的目的をもってする殺人は、かような目的を伴わない騒擾、殺人と異なり、社会公共の利益に対する重大な侵害であるから、右規定をかような侵害の危険が直接かつ差し迫って存在する場合だけに関する規定と解する限り前記『明白かつ現在の危険』の原則に反するものということとはできない」などとして、違憲の主張は簡単に斥けられている。

控訴審判決⁴²⁾も、空想的要素もなくはないが、あくまで決行を目指して下準備を続けているとして、控訴を棄却した。

最高裁判決は、憲法31条、21条違反などを理由とする上告部分についても、「行為は、一定の目的等の主観的意図にもとづくものであることによつて、違法性を帯びあるいは違法性を加重することがありうるのであるから、その主観的意図の存在を犯罪の構成要件要素とすることは決して不合理なことではなく、また、破壊活動防止法39条および40条は106条等の罪を執行するための具体的な準備をすることや、そ

の実行のための具体的な協議をすることのような、社会的に危険な行為を処罰しようとするものであり、その犯罪構成要件が不明確なものとも認められないから、所論はいずれも前提を欠き、上告適法の理由にあたらぬ」などとする短いものである。

本事案は、破壊活動防止法が主舞台ではあるが、同法の予定していたと思われる左翼全体主義による革命運動のような事例ではなかった。また、赤軍派大菩薩峠事件⁴³⁾は、最高裁で十分な審理を経ることなく決着してしまっただけでなく、これによって破防法が休眠したわけではなく、1967年頃から学園紛争等が本格化すると、1968年の新宿騒擾事件にその適用が模索されたほか、破防法の存在意義を再認識させることとなった⁴⁴⁾。その意味で、渋谷暴動事件判決は、戦後初の本格的治安立法の煽動罪の合憲性が最高裁で問われた事件と評価してよいのである。

この後、破壊活動防止法40条が最高裁で争われた事案⁴⁵⁾があるが、最高裁は、これまでの先例を引用しつつ、「破壊活動防止法40条（平成7年法律第91号による改正前のもの。以下同じ。）のせん動は、公共の安全を脅かす騒擾罪等の重大犯罪を引き起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、集会、結社、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ないものというべきであり、このようなせん動を処罰することが憲法21条1項に違反するものでない」、「憲法19条違反をいう点について」も、同罪は、「せん動として外形に現れた客観的な行為を処罰の対象とするものであって、行為の基礎となった思想、信条を処罰するものでない」、同「条のせん動の概念は、同法4条2項の定義規定により明らかであり、その他同罪の構成要件が、所論のいうように広範に過ぎ、あいまいで不明確であるとはいえない」などとして、簡単に上告を棄却している。

だが、何れの判決とも、理由が極めて簡易であり、「旧態依然の『公共の福祉』論に基づく

ものであつて⁴⁶⁾、煽動といえども表現行為であるという視点に欠けている。そして、事案も少なかった。煽動罪について、総じて、重大な憲法問題があり得べき事案で争われているとの実感がおよそないように思われる。渋谷暴動事件は、そう考えると、本格的治安立法の煽動罪規定の合憲性が、左翼的運動の中で問われた典型的な事案であると捉えられたが、必ずしも適切でない先例を引用して⁴⁷⁾、簡単な合憲判断となったことは、疑問の多いところであった。

3 煽動法理を考える

ところで、煽動とは何か。日本における煽動処罰の源流は、明治時代の1884年の爆発物取締罰則4条、1900年の治安警察法9条及び17条にあり、1909年の新聞紙法21条、1925年の治安維持法5条、6条、11条、12条などに遡る⁴⁸⁾が、戦後すぐにこれら治安立法は廃止された。そして、終戦直後の立法では、食糧緊急措置令11条のほか、爆発物取締規則4条、1947年の国家公務員法98条2項、110条1項17号、1950年の公職選挙法234条などに規定された⁴⁹⁾。このほか、ポツダム勅令である、1946年の「政党、協会その他ノ団体ノ結成ノ禁止等ニ関スル件」や「連合占領軍の占領目的に有害な行為に対する処罰等に関する勅令」⁵⁰⁾、2・1ゼネスト禁止指令やアカハタ発刊禁止指令などが治安維持のために発令されており、そこには煽動罪規定が含まれていた⁵¹⁾。その後、1952年に日本が沖縄などを除き独立を回復すると、日米安全保障条約3条に基づく行政協定に伴う刑事特別法7条2項と破防法39条、40条が立て続けに立法され、1954年には日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法5条3項、義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法3条、4条などに煽動罪は規定されていたのである⁵²⁾。破防法は、レッド・パージが進んだ1950年3月頃から検討が開始されており、日本共産党の「軍事方針」に基づく武装闘争に対処すべく、失効す

る占領法規に代わる法律として研究され、制定されたのである⁵³⁾。

さて、煽動は、教唆とどう異なるのか。まず、煽動は、実行行為と別個独立して構成される謂わば特別刑法に見られる現代法型の犯罪類型である⁵⁴⁾ため、刑法の定める教唆は従属犯と解され、実行行為がなされなければ教唆犯は処罰されないのに対し、煽動は独立犯(独立教唆)と解されているので、実行行為がなくとも処罰できるという違いがある⁵⁵⁾。これと関連して、教唆犯では、教唆が、犯行の決意を持っていない者に対する者になされなければならないのに対し、煽動は、その時点で正犯者の犯意の有無は無関係であるとされる⁵⁶⁾。一般に、刑法の教唆の罪に比べ、「破壊活動防止法の」煽動罪の「方がややひろい範囲で処罰できる」が、殺人の教唆で見ても、「法定刑は、原則として、破壊活動防止法の方が軽くなっている」⁵⁷⁾。また、教唆の方が、実行犯に対する刺戟が強いものとも言われる⁵⁸⁾一方、煽動についても「勢のある」刺戟を与えるものでなければならないとされる⁵⁹⁾。また、煽動罪の外国の立法例にあるような、「公然と」という限定も日本ではなされていない⁶⁰⁾。このほか、煽動は、行為者の感情に訴える点で、理性に訴える教唆とは異なり、また、相手方も特定少数ということはある⁶¹⁾、行為予定者が実行の決意を要するものではないから、「教唆・幫助よりも、さらに一步手前の段階を問題とするもの」だとする見解もある⁶²⁾。こういったことから、煽動と教唆の違いは実はあまり「はつきりしない」のである⁶³⁾。

食糧緊急措置令11条に関する判決を見ても、最高裁は「煽動」の定義を行わず、かと言って「公共の福祉」の理念なども説明せず、抽象論に終始し⁶⁴⁾、かえって、「煽動トハ他人ニ対シテ中正ノ判断ヲ失シテ実行ノ決意ヲ創造セシメ又ハ既存ノ決意ヲ助長セシムヘキ勢力ヲ有スル刺戟ヲ与フルコトヲ指シ其ノ煽動罪ハ煽動行為アルニヨリ成立シ必スシモ相手方ニ於テ其ノ結果

ヲ惹起スルヲ要セサルモノトス」という1930年の治安維持法の大審院判決⁶⁵⁾を暗黙のうちに承認したのかと思うほどであった⁶⁶⁾。

こういったこともあり、破防法制定の際には、濫用を防止するため、定義規定が4条に挿入された。だが、これも、治安維持法に関する前述の大審院判例の内容を踏襲したに過ぎなかった⁶⁷⁾。その意味で、治安維持法、食糧緊急措置令判決、破防法で系譜は同じと見るべきであった。そして、この挿入によって、「せん動」の意味が合憲的に明確になったわけでもない⁶⁸⁾。最高裁は、地方税法違反事件で、同法の「煽動」について若干の判示を見る程度であり、最高裁もまた、その後も同様に、「煽動」の定義及びその処罰根拠の説明を怠ってきたと言えよう。最近の煽動ではあまり問題とはならないが、文書による煽動については、犯罪の成立時期が、文書が相手方の了解可能な地点に到達した時点なのか、相手方の認識に到達(閲読)した時点なのかという争いもある⁶⁹⁾。これらのことから、このような解釈論争は刑法学には付き物⁷⁰⁾と雖も、複数の有力な解釈があるということは条文の意味が明確ではないということであり、表現規制の刑罰法規としては明確性を欠き、法令違憲の疑いもある⁷¹⁾。煽動の諸判決が、徳島市公安条例事件最高裁判決の示した一般人基準さえ提示していないことは疑問である⁷²⁾。事案が表現の刑事規制である以上、「法文がある程度抽象的な言葉や価値概念を用いて規定されるときには常につきまとうことであり、それをもって明確性を欠いているとは到底いえない」⁷³⁾とは、到底言えない。併せて、文面上無効だったのではないかとの疑念も消えない⁷⁴⁾。

加えて、思想それ自体の処罰はできず⁷⁵⁾、もしそうであれば、違憲の疑いが生じよう⁷⁶⁾。特定の具体的な事実を支持する場合に限定されると、当初から言われていた⁷⁷⁾。だが、実際に破防法はほぼ全てが左翼的政治活動に適用され、三無事件も無政府主義に関するものである。20

世紀末に2つのサリン事件を起こしたオウム真理教にすら慎重にも適用されなかった⁷⁸⁾ことは、かえってその疑いを濃くしよう⁷⁹⁾。渋谷暴動事件最高裁判決の曖昧さは、単なるスローガンの連呼でも煽動となる危険を残した⁸⁰⁾。しかも、右翼・ファシズム運動ではなく、左翼的政治活動に限ってそうなのではないかという疑いを残している。破防法の煽動規制の目的が不適切であるとは言えない⁸¹⁾との主張もあるが、破防法により暴力主義的破壊活動として特殊化された⁸²⁾思想は、他と区別されるべきである。また、具体的な犯罪実行行為の危険性が全くなくとも煽動を処罰すると解されている、各煽動処罰条項も合憲性が疑わしい⁸³⁾。表現の処罰がいかに重大かは、没却されていた。単なる煽動と、現実の犯罪行為は決して同じではない⁸⁴⁾。ここには、国家にとって危険と推測される意思活動を、何ら損害が生じない段階で無害化しようという、政治的予防主義の機能さえ感じる⁸⁵⁾。そのような規定であれば、法令違憲であろう。仮に法令違憲ではないとしても、まず、実行行為の存在、その危険性を認定し、それと当該煽動の因果関係を確定しなければ、煽動罪規定が一般的に合憲だったとしても、処罰は適用違憲となろう。食糧緊急措置令に関しても、単なる不供出罪で対応できないとする状況が客観的であったかについて、立法者が厳正であったかは再考する余地があったであろう⁸⁶⁾。こういった点を日本の最高裁が丁寧に検討してきたとは、およそ言えなかった。

これに対し、アメリカでは連邦最高裁判所によって煽動法理の発展が見られてきた⁸⁷⁾。それはそのまま、アメリカにおける表現権の保護法理の発展の歴史と言っても過言ではない。

1919年のSchenk v. United States⁸⁸⁾では、1917年連邦防諜法(Espionage Act)の下、徴兵対象者が徴兵に応じないように反戦文書を配布するなどした者が、徴兵活動を妨害したなどとして起訴された。ホームズ裁判官による法廷意見は、当該言論は「明白かつ現在の危険」を創

出していたとして、戦争中には平時では許される言論も許されないと結論付けた。このように、「明白かつ現在の危険」基準は、第一次世界大戦を背景に、危険な言論を処罰する、寧ろ言論弾圧的基準として登場した⁸⁹⁾。続くFrohwerk v. United States⁹⁰⁾でも、徴兵反対の暴動に論評した新聞の発行者が防諜法違反に問われたが、やはり処罰が維持され、Debs v. United States⁹¹⁾でも、社会党の指導者が、社会主義の正当性を語っただけの演説が徴兵を妨害したとして、防諜法違反での処罰が支持されたのである。両判決では、「明白かつ現在の危険」という言葉さえも登場しなかった。そして、「明白かつ現在の危険」基準が、法令の合憲性判断基準ではなく、法令自体の合憲性を前提として、それを具体的表現行為に適用して処罰することの適否(可罰性)の判断基準として考えられた⁹²⁾ことにも留意したい。そして、この頃はまだ、United States v. Carolene Products Co. 判決⁹³⁾の脚註4を起点とする二重の基準論の考え、表現の自由の優越的地位が確立する前という事情もあろう⁹⁴⁾。

ところが、同じ1919年のAbrams v. United States⁹⁵⁾は、資本主義を批判し、アメリカがロシア革命を潰しにかかっていると信じて、労働者に戦争をしないように呼びかける反戦ビラを撒いた者が、防諜法違反で起訴されて有罪となった事案であるが、「真理を確かめる最善の基準は、その思想が市場の自由競争において承認する力である」と述べたホームズ裁判官に加え、ブランドイス裁判官が、「明白かつ現在の危険」基準を提唱しつつ、更に思想の自由市場論を展開し、本件では切迫した害悪の現在の危険がないとして、少数意見に回った。これにより、同基準は言論保護的基準としての可能性を有するようになった⁹⁶⁾。その後、社会党左派が革命的サンディカリズムによる共産主義革命を唱導した「左翼のマニフェスト」を配布して、州法違反に問われ有罪となったGitlow v. New York⁹⁷⁾でも、ホームズとブランドイス

は、「全ての思想は煽動である」⁹⁸⁾として、それが犯罪となる場合を判断するために「明白かつ現在の危険」基準を適用して、この事案には政府転覆の危険はないとしたほか、共産主義労働党の組織を助け、それに加わったことが州法違反に問われ、被告が有罪となった *Whitney v. California*⁹⁹⁾ でも、両裁判官は同意意見の中で、制約には重大な害悪が必要であると主張した。

そして、皮肉なことにホームズが連邦最高裁を去った後、1930年代終わり頃から、アメリカ連邦最高裁は表現行為の保護に傾き、言論保護基準としての「明白かつ現在の危険」基準を用いるようになった。この時代のこの傾向の判例としては、共産党の集会参加者を処罰することは違憲であるとした *De Jonge v. Oregon*¹⁰⁰⁾ があり、共産党への入党を勧める文書を配布した被告を無罪とした *Herndon v. Lowry*¹⁰¹⁾、平和的ピケについて無罪判決を下した *Thornhill v. Alabama*¹⁰²⁾、カトリック信者の多い町の公道上でカトリック教会を攻撃する録音を通行人に聞かせる辻説法を明白かつ現在の危険なしに処罰する州法を違憲とし、エホバの証人の信者を無罪とした *Cantwell v. Connecticut*¹⁰³⁾ などがある¹⁰⁴⁾。そして、この頃になると、「明白かつ現在の危険」基準は法令そのものの合憲性を判断する基準ともなった¹⁰⁵⁾。

しかし、冷戦が始まり、いわゆるマッカーシー旋風が吹き荒れると、事態は暗転する。1951年の *Dennis v. United States*¹⁰⁶⁾ では、共産党の幹部が政府を転覆することを故意に唱導したとして、1940年外国人登録法(スミス法)違反に問われたが、この事件で、米最高裁は、「明白かつあり得べき危険」基準に立ちながら、謂わば共産党の国内的・国際的増大による危険性から、マルクス・レーニン主義を教えただけで被告を有罪としたのであった。フランクファーター裁判官の意見は、これは、ホームズ判事が意図した「明白かつ現在の危険」基準とは異なると批判しつつも、国家の安全という利益も加えて考えるべきであり、言論制限をその切迫性

と重要性だけで推し量るのは無理があったとした。辛うじて、ダグラス裁判官とブラック裁判官の反対意見だけが、何れも「明白かつ現在の危険」基準の維持を唱えただけなのであった。

しかしその後、ウォーレン・コート期に入った1957年、スミス法の下、共産党を組織したとして構成員が起訴された *Yates v. United States*¹⁰⁷⁾ で、米最高裁は、抽象的な理論の唱導と不法行為の唱導とを区別して、後者のみを処罰することを宣言し、事案を限定して被告らの有罪判決を破棄した。1961年、*Scales v. United States*¹⁰⁸⁾ では、最高裁は、積極的構成員のみを処罰対象と法令を限定解釈した上で、処罰には暴力による政府転覆という具体的な意図が必要であるとしたし、*Noto v. United States*¹⁰⁹⁾ では、不法な行為の唱導の証拠がなかったとして処罰を認めなかった。このようにして、「明白かつ現在の危険」基準は言論保護法理基準として復活したのである¹¹⁰⁾。「明白かつ現在の危険」基準は適用審査の基準として運用され、その後、法令自体の審査基準として転化していったものと言えよう。こういったアメリカでの経過から、日本でも「明白かつ現在の危険」基準を、表現保護のための合憲性判断テストとして用いるべきだとする見解が有力である¹¹¹⁾。

「明白かつ現在の危険」基準は、言論により理性に訴えることと行動の間に区別があり、そこに時間的余裕があるならば、表現に保護を与えねばならないことを含む¹¹²⁾。できない状況でこそ、発言者を処罰することでこれを止める可能性がやっと生ずるのである。理性的説得がこれを考えたとき、それが、具体的な煽動の聴衆が行動を直ちに起こす危険であることを指しているのか、時代状況から見て、全国のどこかで誰かがそのような行動を速やかに起こす危険があることを指しているのか、不鮮明な部分がある¹¹³⁾。アメリカ連邦最高裁判例の変遷を見ても、時代状況により、言論規制基準から言論保護基準までの幅で振幅してしまっているの

である。「明白かつ現在の危険」基準は、基準が曖昧で、裁判官の恣意が入りやすいことは明らかである¹¹⁴⁾。「危険」には多様な意味が与えられ¹¹⁵⁾、客観的な判断基準を有せず¹¹⁶⁾、理論的緻密化を図った形跡もない¹¹⁷⁾。本来、この基準は、法令の合憲性を判断するところに意味のある基準だった筈なのである¹¹⁸⁾。「明白かつ現在の危険」があれば処罰できると積極的に機能する危険もある¹¹⁹⁾。裁判所が、危険の有無を相対する諸利益と比較衡量する能力を有するののかも、微妙である¹²⁰⁾。つつい、公益の側を重く判断することが危惧される¹²¹⁾。具体的な発言内容、その惹起する事態の危険性の中身に関し、この基準は全く無関心である¹²²⁾。そもそも、革命運動が盛り上がると危険は増大すると評価されることになり¹²³⁾、一般的に言っても、世の中を揺るがす有力な言論ほど規制されるという矛盾を抱えており、不完全であるとの批判も強い。

日本の現行の各法令の煽動罪規定は、実行行為と分離して、煽動そのものの定型的な危険性を考えている点で、以上のように不完全とすら思われる「明白かつ現在の危険」基準にも適合しない恐れが大である¹²⁴⁾。間接的な方法で表現権規制を行う立法に対し、この法理を用いられるかとの疑念もある¹²⁵⁾。しかし、重要な利益との判断に傾きがちで、国家ないし社会公共の安全の阻害を広く捉えれば、「明白かつ現在の危険」という限定は無意味になろう¹²⁶⁾。表現保護のための歯止めにならないであろう。

このため、奥平康弘も早くから「明白かつ現在の危険」基準に変わるテストを求め¹²⁷⁾、アメリカでも、煽動の事例における安定した合憲性判断基準の定立が求められていた。その定立に成功したのが1969年のBrandenburg v. Ohio判決¹²⁸⁾である。当初は、「ウォーレン・コートが総意としてこの段階で『明白かつ現在の危険』基準の改訂復活を図った」¹²⁹⁾が、ブレナン裁判官によってそれに留まらないように書き換えられた¹³⁰⁾とも言われている。事件

は、オハイオ州刑事サンディカリズム法の下、KKK団の指導者が、集会で、白人抑圧を続ける政府への「報復」の可能性を主張して起訴されたものであった。アメリカ連邦最高裁は、暴力の行使ないし法違反の唱導(advocacy)を州が処罰することは、その唱導の内容が切迫した不法な行為を煽動したり生み出したりすることに向けられていて、かつ、即時の違法な行動を煽動するのでない限り、禁止されているという原則が判例として確立していると宣言し、州法を違憲としたのである。この基準の下では、表現内容の違法性と害悪発生蓋然性が要求されている。判決文は既に先例があるとしているが、表現のなされた文脈を重視する「明白かつ現在の危険」基準に、1917年の下級審判決¹³¹⁾によるところの、表現内容に基づく表現の自由の限界を画定¹³²⁾しようとする方向性を加味したものであり¹³³⁾、実際にはそれはこの判決で確立されたのである¹³⁴⁾。ここで示されたテストは一般に、ブランデンバーグ・テスト(基準)と呼ばれている。

日本でも、違法な行為の煽動が、政治的文脈で行われるのが通常であることから、抽象的な理論の唱導で処罰を認めるべきではなく、「話し手の客観的な言葉に力点を置き、「利益衡量論のような相対主義のアプローチによる判断の不明確性が相当程度緩和されている」¹³⁵⁾という理由から、現時点で最も表現に保護的で、審査枠組みがより厳密なブランデンバーグ・テストによって処罰の合憲性は判断されるべきように思われる¹³⁶⁾。なお、「明白かつ現在の危険」基準やブランデンバーグ・テストは、あくまでも表現の自由の規制、特に煽動規制に関する法理であり、労働基本権など、他の憲法分野への拡張は想定外である¹³⁷⁾。そして、ブランデンバーグ・テストは、法文の審査ばかりか、その適用においても憲法の拘束はあるのであり¹³⁸⁾、適用違憲の判断においても有効であると考えられる。この基準によれば、具体的危険がおよそない場面で煽動を処罰することは憲法21条違

反であり、抽象的危険で足りるとする見解¹³⁹⁾には無理がある。法文がそれを認めていれば法令違憲であり、これを微妙に含むようなケースについても、少なくとも適用違憲で対応すべきことになろう。表現の自由の保護法理が、まず文面審査¹⁴⁰⁾、法文の審査に及びながら、適用においても合憲でなければならないことを要求する以上、この点は、何れの基準を用いようと同じである¹⁴¹⁾。

破防法の「せん動」罪規定も、具体的危険犯ではなく、荒唐無稽な言動や興奮の上での発言、遠い将来や実現不能な行為の煽動は処罰対象ではないであろうとはいえ、抽象的危険犯であると解されている¹⁴²⁾。しかし、ブランデンバーク・テストなどに従えば、犯罪実行に至らない煽動行為まで処罰するとする解釈は許されず、少なくともそのような事案では適用違憲の判断がなされるべきことになろう¹⁴³⁾。演説等が違法行為を引き起こす危険性を具体的に証明できて初めて煽動罪の適用が認められるのであるから、少なくともその範囲に限定解釈を施すべきでもある¹⁴⁴⁾。そして、ここでの「明白性」とは、表現行為と害悪の発生との明らかな因果関係を言うべきであり、これが合理性の基準でいうような、何らかの関連性では足りないことは明らかである¹⁴⁵⁾。「現在性」とは、表現行為と害悪の発生との時間的近接性を言うが、具体的に害悪が生じる危険性を言おう¹⁴⁶⁾。だが、これだけでは基準の中身がなお曖昧であり、「危険」原則の適用がされない場合を明確にしておくべきである¹⁴⁷⁾などの慎重論が強い。何れの点でも、破防法の煽動罪規定は、ブランデンバーク・テストには抵触しそうである。

なお、極左勢力をターゲットに、端的には共産党対策の一環¹⁴⁸⁾という破防法の立法動機¹⁴⁹⁾も問題にすべきとする批判もあり得る¹⁵⁰⁾。当初から、日本国憲法21条に反するとの批判が強かった。仮に共産党対策が正当だとしても、立法当時の政府答弁はその効果を確信できないとしており、「意義なき立法と断ぜざるを得な

い」¹⁵¹⁾との評価もある。しかも、当初の標的であった日本共産党は、今や完全に議会内野党であって、典型的な革命政党ではなく¹⁵²⁾、これに対する適用例が近年なく、法律は本来の意義を失っている。破防法39条と40条については、ここまで極左か極右の過激な活動にのみ適用が限定されており、この動機は立法当時に懸念したほどのことはなかった¹⁵³⁾とも言えよう。

少なくとも、破防法39・40条は「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的をもつて」する教唆や煽動のみを処罰するとしているのであり、いかなる政治的立場も平等に扱っているとしても、政治的目的での煽動等のみを処罰していることは間違いない。このことは、政治的目的の表現をそうでない表現と比べて、差別的にかつ不必要に規制していると言える¹⁵⁴⁾。表現規制の場面の司法審査基準について、煽動を含む政治的言論の規制は思想表現の自由に重大な影響を与えるとの指摘¹⁵⁵⁾もあり、非政治的表現についてはこれを下げる見解はある¹⁵⁶⁾が、逆はまずない¹⁵⁷⁾。この点からすると、政治的目的の言論に限定して処罰する破防法の規定は、違憲の疑いがあるものと言わざるを得ないものであろう¹⁵⁸⁾。

以上を踏まえて、より具体的に渋谷暴動事件最高裁判決を検討すると、合憲性判断テストの設定もなく、「危険」の程度は何も示しておらず¹⁵⁹⁾、極めてあっさりとした違憲判決であることが解る。事実として、煽動から実行行為までの間に4日があったことを「現在の」危険と言えるかも疑問であった¹⁶⁰⁾。この事実だけでも、「明白かつ現在の危険」基準の下でも、適用違憲は導き出せるように思われる。況やブランデンバーク・テストを全面展開すればをや、である。

この点、沖縄デー事件控訴審判決はブランデンバーク・テストに言及し、刑法学における抽象的危険犯に関して有力化していた実質説を採用し、それと具体的危険犯との関係を相対的に捉えた点で注目された。しかし、ブランデン

バーグ・テストは、実質的に理解された抽象的危険があれば処罰法規は合憲となるという基準であり、刑法学の枠組みで言えば、刑罰法規自体が具体的危険犯を処罰するタイプのものでなければ文面違憲もしくは法令違憲であることを要求するものであり¹⁶¹⁾、なお、この判決ですら、このテストに対する理解が足りなかったと言えよう¹⁶²⁾。現行の日本の煽動罪規定の多くは、およそ法令違憲である恐れが大である。

4 近年の情勢から煽動法理を再考する

煽動表現規制に対してはブランデンバーグ・テストで対応するとして、これにより周辺問題を整合的に処理できるだろうか。決起集会を認めたならば、暴力を伴う衝突が生じ、結果、グループ構成員ほか会館の職員、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害される事態を生ずることが具体的に明らかに予見されるとして、条例にいう「公の秩序をみだすおそれがある場合」に当たるとして、限定的パブリック・フォーラムの使用不許可を是とした、泉佐野市民会館事件最高裁判決¹⁶³⁾に見られるように、「集会の自由」で保障される筈の集会自体が危険性を帯びているときには、この基準が応用されることはあり得よう。結社自体がそうであるときもそうなのかもしれない¹⁶⁴⁾。この点は、安易に治安立法を合憲と評価しないように注意しながらも、一貫性を保てるであろう。

より大きな現在の問題は、近年蔓延してきた、差別的表現、ヘイト・スピーチ (hate speech) である¹⁶⁵⁾。歴史的に、もしくは現在、既に差別を受けているマイノリティ或いは「脆弱な集団」が攻撃の矛先である¹⁶⁶⁾。アメリカでも、反ユダヤの鉤十字や黒人への憎悪を示す燃える十字架などの象徴的表現は既にあった。Beauharnais v. Illinois 判決¹⁶⁷⁾において、集団に対する名誉毀損を禁ずる州法は修正1条に反しないとする判示を行っている。このようなものが典型的に問題となり、「ヘイト・スピーチ」という語が一般的に用いられたのは比較的新し

く、1980年代のことである¹⁶⁸⁾。1992年には、白人が多数を占める住宅地で、スキンヘッドの少年らが深夜に黒人の住宅の敷地内で十字架を燃やしたことが、市条例違反に問われたことが問題となった。R. A. V. v. City of St. Paul 判決¹⁶⁹⁾において、アメリカ連邦最高裁で同条例が違憲とされると、ヘイト・スピーチ規制は謙抑的となったが、この判決への非難も強かった¹⁷⁰⁾。

そして、白人男性が空き地でKKK団の集会を行い、そこで10m近くの大きさの十字架を燃やした事件である Virginia v. Black 判決¹⁷¹⁾において、連邦最高裁は、2003年に、その行為の黒人に対する意味を詳細に説明した上で、最も威嚇的な脅迫を禁じることは違憲ではないとしたのである。これにより、ヘイト・スピーチの広汎な規制は修正1条に反するが、ヘイト・クライムや十字架を燃やすことの規制は憲法違反ではないとすることで一応の決着を見たように思われる¹⁷²⁾。多くの州で十字架を燃やす行為を規制する立法がなされたが、他面、この判決は理論的整合性に欠けるとの批判も浴びた¹⁷³⁾。

日本でも、まず、パソコン通信のプロバイダーがインターネットへの接続サービスを始めたことを端緒に、マス・メディアの全盛期が過ぎ¹⁷⁴⁾、一気にネット社会になると、インターネットは「公共的な性格」¹⁷⁵⁾を持つようになってきた。パソコンの技術革新は、価格の低下と操作性の向上を産み、ほぼ誰でも容易にアクセスできる状況にまで到達した。このため、匿名の一般大衆による大量の発言が噴出した。そして、しばしば「ネトウヨ」と呼ばれる人たちなどによるブログ等の「炎上」、即ち、匿名での十分な根拠なき感情的で一方向的同時発生的な一斉非難が横行し始めた。

2011年頃以降に盛んになったヘイト・デモは、こういった表現が路上に出現したものと捉えられるだろう。三次元の出来事ながら、表現者の顔は十分に見えない。在日、外国人、女性、

障害者、生活保護受給者などを攻撃し¹⁷⁶⁾、一方で「勉強する時間もお金も気力もない」人たちの「ガス抜きもできて、娯楽にもなり、手軽に正義感を満たせる行為」となっていると評価¹⁷⁷⁾がある。これは、東日本大震災以降、政府やマスコミの評価が下がり、ネットの中にこそ真実があると信じ出した人々が生じたことと関連していよう¹⁷⁸⁾。憎悪の矛先は、決して政府、二世議員、官僚、大企業・大資本、運良く成功した起業家などではなく、身近な地方公務員や教員、高学歴有名人や知識人などであり、安倍政権の支持率はこういった「リベラル」を憎む人々抜きには説明できなくなっている¹⁷⁹⁾。「大東亜戦争」を美化し、「靖国」思想に傾倒した彼らは、気に入らない主張者、例えば天皇制反対のような主張者は「虫けらの中でも害虫」などと呼ぶほか、彼らを実は「朝鮮人」なのだ決めつけて、排除の記号とする傾向にあるようである¹⁸⁰⁾。社会的弱者に対して一方的な決め付けを行い、その出自や身体的特徴だけを理由に「迫害と暴力を煽動し脅迫する」、「人間社会」の「根幹にある最も重要な価値を否定する行為」¹⁸¹⁾とも評せよう。その差別的発言の主体は、被差別から縁遠い「パソコンの使える高学歴の日本国籍のヘテロの男」でもなく、「加害者は年齢も、性別も、社会階層もバラバラ」で「子どもも含む」のである¹⁸²⁾。

ヘイト・スピーチ特有の問題点は、その向けられている人々の経験する心理的な害や不快感というよりも、「ある特定の歴史的社会的な文脈を前提にしてみてもつ意味」に求められ、通常煽動に関する基準によってはその悪質さが把握できず、「表現内容」そのものを評価する必要にある点にあるように思われる¹⁸³⁾。煽動の場合、それを受けての殺人などの実行行為の方が害悪の本体であるが、ヘイト・スピーチについては、その表現そのものも悪質さにおいて引けを取らない¹⁸⁴⁾。このような意味でヘイト・スピーチは、煽動と、相手方の評価を下げる、名誉毀損の対集団版的性格を併せ持つものと言え

よう。発言が、文法的には命令文ではなく、穏当な形式を採っていても、マスクに「ジハード基地」という張り紙をするように、「マイノリティの社会成員としての平等な地位を否定し、象徴的に平等処遇から除外することを要求する内容をもつ」のである¹⁸⁵⁾。但し、それが煽動としての性格を有する以上、煽動として評価する限りは、不特定多数に対する「切迫性」は必要であり、およそ実現されない、「人類を撲滅せよ」のような言動はこれに該当しないことになる¹⁸⁶⁾。名誉毀損・侮辱類似と考えれば、相手方の評価を下げないもの、対象者一般から見て不快の程度が軽度なもの、一般人が信じるに値しないものや、容易に反論が可能なもの、意見としての性格の強いものは、特に刑罰をもって禁じることに憲法上疑義があることになる筈である。

ヘイト・スピーチについては確かに醜悪だと評価されている事例も多く、品位を欠く場合が多いように思われる。名誉やプライバシーを傷つける言論と平行し、「個人の尊厳を踏みにじる差別語も原理的に規制可能と解される」¹⁸⁷⁾との見解もある。憲法学の中にも、価値の低い表現類型の規制には「きわめて強い理由づけは必要でなく、かなり説得的な正当化がなされれば足りる」¹⁸⁸⁾とする見解もある。

だが、一般的に、差別的表現、ヘイト・スピーチの刑事処罰については、憲法学界は消極的であった¹⁸⁹⁾。この点は、暴力や自殺を奨励するような言論についても同様なかもしれない¹⁹⁰⁾。その理由はまず、価値の評価を、裁判所を含む国家機関に委ねることは危険であるし、その区別も困難である点にあらう。そして、日本国憲法の有する個人主義や自由主義を強調すれば、非政治的言論について厳格審査から外す理由はない筈であるからでもある。

加えて、一点突破的な救済には慎重になるべき点には留意すべきであり、憲法理論として、他の論点と整合的な結論を導くべきことも忘れてはなるまい。刑法上、「暴力」概念が比較的

広い¹⁹¹⁾ことは理解できるものの、刑法230条等の名誉毀損罪や旧200条の尊属殺人罪が憲法上問題となったように、当該法条とその適用が憲法、この問題については特に21条に反しないことは確認されねばならない。ヘイト・スピーチ規制の限りで人格権や平等権を強調することは、心情的には理解できるが、これを強調するあまり、表現の自由の「優越的地位」の「事実上絶対化」は「不適切」とまで断じる¹⁹²⁾と、通常の政治的表現、特定政治家の政策等への批判も萎縮する危険が大きく、憲法論としては首肯できないものになろう。「表現の自由のないところに民主主義はありえない」¹⁹³⁾のであり、ヘイト・スピーチ規制強化を望む主張が、個人情報保護法法制化に反対したジャーナリズムが「『表現の自由を守れ!』と叫ぶ“節操のなさ”に世間が否定的な意思表示をした」¹⁹⁴⁾ことを挙げるにせよ、それがマス・メディア批判としては成り立つとしても、それをもって表現規制を憲法上認するわけにもいかないのである。

そして、ヘイト・スピーチが醜悪だからと言って広汎にこの種の言論に規制の網を速やかに被せるべきという主張は、ヘイト・スピーチなどと呼ばれてきたものも相当に幅が広いことには留意して、慎重にされるべきである。

まず、「ヘイト・スピーチ」という新たな法概念を定立せずとも、解決できる事案が相当数含まれているからである。例えば、先駆的なヘイト・デモの事案と捉えられる、2009年の京都朝鮮学校襲撃事件のような事案は、拡声器を用いて叫んだ言葉の内容もさることながら、事実認定によれば、「サッカーゴールを倒すなどして、これらの引き取りを執拗に要求して喧嘩を生じさせ、もって威力を用いて同校の業務を妨害する」などしており¹⁹⁵⁾、主に威力業務妨害であって、特段、表現の自由本体の問題でもない¹⁹⁶⁾。行為自体は付随せず、表現活動に止まっても、それが被害者に外傷的ストレスを与えるようなものも、それが憲法上は「表現」であっても、必要最小限の規制であれば可能であ

り、一般的にはそれは可能であろう。脅迫や強要ならその罪で処罰すればよい。また、2012年には、水平社博物館の前でハンドマイクを使用して差別用語を用いた演説を行い、この状況を自己の動画サイトに投稿したことについて、奈良地裁は名誉毀損の成立を認めている¹⁹⁷⁾。このケースも意見表明ではなく、純粋に同団体等に対する名誉毀損の問題であり、名誉毀損の表現に最も保護的な理論家であっても、民事賠償は許容すると思えるものである。侮辱的主張（「この人種・民族は知的レベルが低い」、など）は、批判を加えれば足り、それが著しく名誉感情を害するときや、排他的運動が明らかに生じそうなどときなど、言論で対抗できない場合に、表現の自由の保護の限界と考えるべきであろう¹⁹⁸⁾。

次に、人種的少数者に危害を加えることを煽動するようなものについては、これまでの煽動法理で処理すればよい¹⁹⁹⁾。ブランデンバーグ・テストの下でも、許されざる表現内容の暴力行為の差し迫った唱導を禁止しても、憲法上問題はない²⁰⁰⁾。一般的に見られる、インターネット上での暴動や差別行動を呼びかけるような書き込みは、従来の煽動が場を大規模公園からネット上に移動させただけのことであり²⁰¹⁾、ブランデンバーグ・テストをクリアすれば、処罰も合憲となろう。上記のように、脅迫、強要とすら言い得る事案も考えられる。これらは、既存の表現保護法理の中で対応できる事案であって、ヘイト・スピーチが急増したからといって、表現の自由に関する憲法論を組み直す必要はない。

もし、集団的な差別表現そのものがいわゆる「喧嘩言葉」に匹敵し、差別が決定的になるもしくは反撃的暴動が起きうるほどの「危険」があるとすれば、発言の時点で差し迫った危険が招来していることになる。その時点では、特定不可能な受容者が重大な害悪を発生されるからである²⁰²⁾。必要最小限度のヘイト・スピーチ規制は合憲であり、これによって、問題となっている、意見や純粋な主張とは言えないような

ヘイト・スピーチは規制できる筈であるし、その種の立法を違憲とする有力な憲法学説は殆どないように思われる。集団に対する誹謗中傷表現は、現行法でかなり対応でき、できない部分については、刑罰的規制等を行う立法が、ブランデンバーグ・テストやLRAの基準²⁰³⁾、明確性の基準²⁰⁴⁾、過度の広汎性ゆえ無効の法理²⁰⁵⁾などに抵触せずに成立しうるかにかかっていよう²⁰⁶⁾。そもそも、Brandenburg v. Ohio事件は、KKK団による発言が争点であった。もし、ヘイト・スピーチ規制は広範に可能なのだとする結論を得ることになれば、同判決の評価も一変し、また、ブランデンバーグ・テストの根本的再検討が必要なことになり、表現の自由の優越的地位、日本国憲法の民主主義や立憲主義に関する基本的な考え方を全面的に組み直す必要が生じるであろうから、事は重大である。包括的で安易なヘイト・スピーチ規制は体制批判を封じる口実に使われるだけだという懸念もあり、政治的少数者の表現の自由がかえって抑圧される端緒となりかねず、賛成できない。

そしてまた、このように絞ってくると、ヘイト・スピーチとして新たな法規制が議論されるのは、その表現内容が意見と紙一重であるが純粹な意見とは思えず、表現方法も粗暴ではあるが名誉毀損や脅迫などの類型で法的責任を問うまでには至らなかったような、限られた事案なのではないかと思えるのである。人種的少数者全体の名誉を毀損し、侮辱する言動は、これまでの表現法理の範疇になく、差別禁止の観点からは強い禁止のベクトルがあるものの、表現の自由の保護の観点からすれば、対象となる表現が極めて不明確で広汎であるため、規制立法により、本来、憲法上保護されるべき表現まで規制される危険もあって安易な規制は躊躇せざるを得ない、難問である²⁰⁷⁾。また、一般的に事実ではない(誰某は「在日」であり、朝鮮名は何々であると書き込む²⁰⁸⁾ことなど)が、真偽の証明不能な決め付けを行うことや、当事者が取り合わず黙殺しているのを奇貨として、事実だから

反論しないのだと更に決めつける手法も横行している。結果、従来の憲法学の有力説に従えば、個々の煽動や侮辱等としては規制できないが、連続して不特定多数が表現し続けることで、差別もしくは少数者の自由の潜在的危機、圧迫感が増す結果になっているような言論が、なお規制されずにあることが現在の社会問題である。表現者が匿名多数であったり、失うものがない人々であったりすると、刑罰の対象ともできず、かつ民事賠償も困難で、更に厄介なことになろう。これらについては、具体的な類型を挙げて、差別的で悪質だと評価される表現を明示し、これを法的に禁じることはやむを得ないかもしれない。そして、法制化は、匿名による不適切な発言の抑止にはなり、刑罰や行政処分が軽微であったとしても、悪質なヘイト・スピーチを撲滅したいという象徴的な意味合いもあろう。

つまり、ヘイト・スピーチ禁止について別途正当化論を考える必要も、それによって表現法理を組み替えてその優越的地位を失わせるような必要もない²⁰⁹⁾。ブランデンバーグ・テストなどを再考する必要もない。従来の考え方によって、典型的で悪質なヘイト・スピーチは法的に十分に抑制できる。ただ、煽動、名誉毀損・プライバシー侵害・侮辱、喧嘩言葉のエア・ポケットに入る幾つかの種類の言論がそこには含まれており、これを処理する限りの立法は必要かもしれない。しかし、あくまでも憲法21条に反しない、表現の自由に関する諸々の合憲性判断テスト(ブランデンバーグ・テストやLRAの基準、明確性の基準、過度の広汎性ゆえ無効の法理、事前抑制の禁止など)に反しない²¹⁰⁾、つまりは必要最小限度の規制であることが求められよう²¹¹⁾。

おわりに

煽動の事案については、「明白かつ現在の危険」基準ではなくブランデンバーグ・テストを用いるべきであり、法令審査を軸に、仮に適用審査となってもそうであるというのが結論であ

る。煽動事例も、それが表現活動であることに鑑み、各種の表現保護法理の全てに適合する判断でなければならないという、原理原則としては当然のことが、やはり再確認される。

ここでは併せてヘイト・スピーチにも議論を広げた。その蔓延は、煽動法理、延いては表現の自由の諸法理を揺るがしそうな空気もあるが、これらを検討しても結論は揺るがず、寧ろ、差別的表現として網羅的に議論してきたものを、従来の表現法理から見て、許容される規制範囲を画定するよう、思考を変えるべきである、というのが、付随して言うべき点であろうか。石の道標を動かすべきでない。

注

- 1) 最終的には、参議院における緑風会 57 名の態度によって修正可決された。伊藤修「破防法になぜ反対したか」法律のひろば 5 巻 10 号 25 頁 (1952)。経過などにつき、鶴飼信成ほか「座談会・問題点の理論的究明」法律時報別冊 1952 年 8 月号 121 頁 (1952)、夏目文雄「コンメンタール・破壊活動防止法」法律時報 41 巻 13 号 16 頁 (1969) など参照。
- 2) 牧野英一「破壊活動防止法案について」警察研究 23 巻 7 号 3 頁, 5 頁 (1952)。
- 3) 平野龍一「破防法とせん動」法律のひろば 5 巻 10 号 23 頁 (1952)。
- 4) この研究については、平野義太郎「基本的人権と治安立法」法律時報 24 巻 1 号 3 頁 (1952)、宮内裕「戦後治安立法の再編と基本的性格」季刊法律学 12 号 29 頁 (1952)、小林好信「戦後における我が治安立法の発展—破壊活動防止法の制定を機縁として (1, 2・完)」天理大学学报 4 巻 2 号 53 頁 (1952)、3 号 21 頁 (1953)、夏目文雄「戦後治安立法史 (1-4)」愛知大学法経論集 21=22 号 107 頁, 23=24 号 69 頁 (1958)、25 号 245 頁, 28 号 103 頁 (1959)、同「治安刑法の研究—戦後治安立法の基本的構造 (1-11・完)」愛知大法経論集 31 号 65 頁, 32 号 147 頁 (1960)、33 号 117 頁, 34 号 169 頁, 35 号 51 頁 (1961)、39 号 45 頁 (1962)、法律編 40 号 103 頁, 41 号 101 頁 (1962)、42 号 41 頁, 43 号 59 頁 (1963)、44 号 63 頁 (1964) [以下、夏目前掲註 4) II 論文、と引用]、中山研一「治安立法—戦後法制度の 20 年」ジュリスト 361 号 226 頁 (1967)、齊藤豊治「現代福祉国家論

- と治安刑法」法社会学 21 号 105 頁 (1969)、石堂功卓「戦後治安立法の法制別検討」中京法学 5 巻 1 号 95 頁 (1970)、荻野富士夫「戦後治安体制の確立」(岩波書店, 1999) など参照。
- 5) 鈴木安蔵「煽動」読売評論 2 巻 6 号 5 頁, 12 頁 (1950)。
 - 6) 同上同頁同旨。
 - 7) これは文字通り直訳である。1994 年に同名の映画が作られた (この法理とは無関係) が、その際の邦題は「今そこにある危機」である。樋口範雄『アメリカ憲法』341 頁 (弘文堂, 2011)。
 - 8) 最判平成 2 年 9 月 28 日刑集 44 巻 6 号 463 頁。本件評釈には、右崎正博「判批」ジュリスト増刊 980 号『平成 2 年度重要判例解説』22 頁 (1991)、山下威士「判批」法学教室 126 号別冊『判例セレクト' 90』12 頁 (1991)、松井幸夫「判批」法学セミナー 438 号 126 頁 (1991)、毛利晴光「判批」法律のひろば 44 巻 3 号 56 頁 (1991)、曾根威彦「判批」判例評論 391 号 56 頁 (1991)、酒井安行「判批」判例タイムズ 806 号 40 頁 (1991)、吉本徹也「判批」法曹時報 44 巻 11 号 265 頁 (1992) [以下、吉本前掲註 8) I 評釈、と引用]、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成 2 年度』132 頁 (法曹会, 1992)、平川宗信「判批」警察研究 63 巻 5 号 42 頁 (1992)、君塚正臣「判批」阪大法学 41 巻 4 号 501 頁 (1992) [以下、君塚前掲註 8) I 評釈、と引用]、同「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法 I』87 頁 (悠々社, 2010) [以下、君塚前掲註 8) II 評釈、と引用]、宇都宮純一「判批」法学 56 巻 6 号 65 頁 (1992)、中野目善則「判批」中大法学新報 99 巻 5=6 号 339 頁 (1993)、工藤達朗「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法 II』58 頁 (三省堂, 2000)、木下智史「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕112 頁 (有斐閣, 2007)、市川正人「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕116 頁 (有斐閣, 2013) などがある。このほか、小泉敬太「最高裁破防法・扇動罪で合憲判決」新聞研究 473 号 90 頁 (1990) などもある。
 - 9) 宇都宮前掲註評釈 8) 68 頁同旨。
 - 10) 東京地判昭和 60 年 10 月 16 日刑月 17 巻 10 号 953 頁。
 - 11) 集会参加者の約 3 分の 1 はヘルメットを着用しており、その大部分は革共同及び中核派全学連の同調者らであると思われる白ヘルメットを着用していた。
 - 12) 集会参加者の約 8 割がヘルメットを着用しており、その大部分が中核派の同調者らと思われる白ヘルメットを着用していた。
 - 13) このほか、「もはや結論は、14 日渋谷に総結

集し、そしてそこで機動隊を徹底的にせん滅して大暴動を実現すること、この一点以外に何もものないと思います。」「我々は9月の三里塚決戦において、確かに機動隊3名を殺すという偉大な戦果を勝ちとつている。しかしながら、その時同時に、死の危機に瀕していた機動隊を我々自身が病院に送り込み★★という許し難いこういった行動を行ったということを同時に知っておかなければならない。」「14日の闘いの一切の鍵は、我々が緒戦において機動隊を徹底的にせん滅するかどうかということにかかっているというをはっきり確認しなければならぬ。我々が機動隊を一人でも多くせん滅した瞬間、我々は渋谷に結集している数十万の人民との大合流を勝ちとることが必ずできるんだということを確認しようではないか。」「我々は人民大衆の14日渋谷の総決起を確認し、なんとしてもこれとの大合流を勝ちとって、そして、渋谷において、機動隊せん滅のみならず渋谷駅を断固として焼き払い、銀行をはじめとする独占資本を焼き払おうではないか。」「暴動的状态をつくり出すこそが14日の闘いの鍵であるということをはっきり確認しようではないか。我々は、すでに14日の戦いに向かつて全国の警察官とそして私服刑事、自警団の諸君に対して警告を発してきた。にもかかわらず、彼らがお警察官たることをやめず、あるいは反革命党員たることをやめずに、14日渋谷にやってくるならば、これは殺す対象以外の何ものでもないことを我々にはっきり確認しなければならぬ。本集会のまわりにいる機動隊員諸君、あるいは本集会にまぎれ込んでいる私服刑事、我々は断固として君達を14日にせん滅し、そのピストルを我々の手に奪い、君達を断固としてせん滅するだろう。そして、本集会に結集しているすべての諸君、14日までに残された日にはあと3日だ。我々は、この残された3日間、更に大胆に渋谷に行き渋谷の地理を習熟し、どこに武器が隠されているのか、そういったことをことごとく自らの頭の中にたたき込んで渋谷に行こうではないか」などと演説した。なお、★印部分は、証拠によっても特定できなかった部分である。

- 14) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。本件評釈には、古川純「判批」法学セミナー245号4頁(1975)、河上和雄「判批」法律のひろば28巻12号21頁(1975)、小田健司「判批」ジュリスト605号31頁(1976)、同「判批」法曹時報28巻5号132頁(1976)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和50年度』156頁(法曹会、1979)、石村善治「判批」ジュリスト臨時増刊615号『昭和50年度重要判例解説』9頁(1976)、

竹内正「判批」同144頁、曾根威彦「判批」判例タイムズ330号2頁(1976)、長谷川正安「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕70頁(1977)、武田誠「判批」同志社法学145号107頁(1977)、高田敏「判批」雄川一郎編『行政判例百選I』116頁(1979)、京藤哲久「判批」警察研究52巻8号53頁(1981)、三井誠「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕14頁(1984)、茂田忠良「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例100』238頁(1985)、榎原猛「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕134頁(1988)、山下淳「判批」成田頼明=磯部力編『地方自治判例百選』〔第2版〕40頁(1993)、浦田一郎「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕220頁(1996)、畑博行「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕178頁(2000)、廣澤民生「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選II』〔第4版〕466頁(2000)、野坂泰司「判批」法学教室310号56頁(2006)、村山健太郎「判批」高橋和之「憲法判例百選I」〔第5版〕182頁(2007)、北村喜宣「判批」自治実務セミナー48巻5号73頁(2009)、山下淳「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第4版〕54頁(2013)、木村草太「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕186頁(2013)などがある。

- 15) 東京高判昭和63年10月12日判時1308号157頁。
 16) 最判平成2年9月28日裁判集刊255号261頁。
 17) 東京地判昭和60年3月4日刑月17巻3=4号165頁。本件評釈には、香川達夫「判批」判例評論318号61頁(1985)、清水陸「判批」ジュリスト臨時増刊862号『昭和60年度重要判例解説』20頁(1986)などがある。
 18) 東京高判昭和62年3月16日判時1232号43頁。本件評釈には、江橋崇「判批」法学セミナー393号130頁(1987)、長谷部恭男「判批」ジュリスト臨時増刊910号『昭和62年度重要判例解説』22頁(1988)、藤井俊夫「判批」法学教室89号別冊附録『判例セレクト'87』10頁(1988)などがある。
 19) 最判昭和24年5月18日刑集3巻6号839頁。本件評釈には、橋本公巨「判批」ジュリスト臨時増刊276-2号芦部信喜編『憲法判例百選』32頁(1963)、伊藤正己「判批」我妻栄編『続判例百選』〔第2版〕8頁(1965)、奥平康弘「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第2版〕33頁(1971)、横川博「判批」芦部信喜編『憲法判例百選I』54頁(1980)、鳥居喜代和「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第3版〕104頁(1994)、君塚正臣「判批」佐藤幸治=

- 土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』85頁（悠々社、2010）、太田裕之「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕114頁（2013）などがある。
- 20) 最大判昭和30年11月30日刑集9巻12号2545頁。本件評釈には、岩田誠「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和30年度号』353頁（法曹会、1956）、吉川経夫「判批」警察研究31巻9号78頁（1960）などがある。
- 21) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。本件評釈には、宮沢俊義「判批」ジュリスト129号20頁（1957）、木村亀二「判批」法律時報29巻6号4頁（1957）、井上正治「判批」判例評論9号4頁（1957）、松本勝夫「判批」法曹時報9巻5号93頁（1957）、同「判批」法律のひろば10巻5号37頁（1957）、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和32年度』163頁（法曹会、1958）、吉田常次郎「判批」中大法學新報65巻10号867頁（1958）、奥平康弘「判批」ジュリスト臨時増刊276-2号『憲法判例百選』34頁（1963）、植松正「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕174頁（1965）、鵜飼信成「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔第3版〕44頁（1974）、浦部法穂「判批」法学セミナー244号104頁（1975）、松尾浩也「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕39頁（1977）、仲地哲哉「判批」平野龍一編『刑法判例百選Ⅰ』132頁（1978）、振津隆行「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ』〔第2版〕120頁（1984）、中山研一「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ』〔第2版〕30頁（1984）、初宿正典「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕80頁（1996）、田中利幸「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔第4版〕98頁（1997）、阪本昌成「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕118頁（2000）、工藤達朗「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅱ』60頁（三省堂、2000）、石井徹哉「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔第5版〕90頁（2003）、阪口正二郎「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』112頁（2005）、杉本一敏「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔第6版〕92頁（2008）、君塚正臣「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』104頁（悠々社、2010）、諸根貞夫「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕120頁（2013）、松原久利「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』〔第7版〕96頁（2014）などがある。
- 22) 最大判昭和37年2月21日刑集16巻2号107頁。本件評釈には、吉川由己夫「判批」ジュリスト247号36頁（1962）、同「判批」法曹時報14巻5号112頁（1962）、同「判批」ジュリスト臨時増刊276-2号『憲法判例百選』224頁（1963）、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和37年度』48頁（法曹会、1963）、須貝脩一「判批」法律のひろば15巻5号23頁（1962）、橋本公亘「判批」判例評論48号8頁（1962）、河村澄夫「判批」シュトイエル8号38頁（1962）、芳野勝「判批」高知短大社会科学論集13号67頁（1963）、田上穰治「判批」雄川一郎＝金子宏編『租税判例百選』174頁（1968）、熊倉武「判批」藤木英雄編『続刑法判例百選』154頁（1971）、北野弘久「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第2版〕404頁（1988）などがある。
- 23) 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁。本件評釈には、奥平康弘「判批」ジュリスト440号66頁（1969）、前田信二郎「判批」團藤重光編『刑法判例百選』〔新版〕174頁（1970）、新井隆一「判批」法学セミナー171号129頁（1970）、平出禾「判批」法律のひろば23巻2号24頁（1970）、同「判批」警察研究43巻2号100頁（1972）、中山研一「判批」判例タイムズ242号10頁（1970）、坂本武志「判批」法曹時報22巻5号159頁（1970）、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度』497頁（法曹会、1970）、田中久智「判批」ジュリスト443号73頁（1970）、同「判批」伊藤正己＝堀部政男編『マスコミ判例百選』〔第2版〕32頁（1985）、野阪滋男「判批」慶大法学研究45巻7号87頁（1972）、筑間正泰「判批」同122頁、真野英一「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕238頁（1976）、岩井直子「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ』78頁（1978）、平田友三「判批」研修362号95頁（1978）、庭山英雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕244頁（1986）、清水英夫「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第2版〕86頁（1988）、小早川義則「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕208頁（1992）、工藤達朗「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅱ』62頁（三省堂、2000）、佐々木弘通「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』114頁（2005）、阪口正二郎「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕118頁（2007）、君塚正臣「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』106頁（悠々社、2010）、右崎正博「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕122頁（2013）などがある。このほか、S・H・E「マルキ・ド・サドの『悪徳の栄え』（続）は、やはりわいせつ罪の対象になる文書である（1-

- 3) 時の法令 698号 52頁, 699号 51頁 (1969), 700=701号 115頁 (1970) などもある。
- 24) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号 547頁。本件評釈には、片岡昇「判批」判例評論173号 142頁 (1973), 同「判批」『労働判例百選』〔第5版〕12頁 (1989), 橋本顕信「判批」地方自治308号 17頁 (1973), 石川吉右衛門『労働判例百選』〔第3版〕16頁 (1974), 佐藤功「判批」『昭和48年度重要判例解説』18頁 (1974), 山本吉人「判批」同174頁, 大谷実=上田健二「判批」法学セミナー226号 131頁 (1974), 川添利幸=横井芳弘「判批」判例評論181号 2頁 (1974), 向井哲次郎「判批」法曹時報26巻6号 198頁 (1974), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度』305頁 (法曹会, 1975), 南川諦弘「判批」天理大学学报25巻4号 64頁 (1974), 鳥田信義「判批」法学セミナー236号 22頁 (1975), 浦田賢治「判批」法学セミナー249号 80頁 (1976), 藤沼謙一「判批」石川吉右衛門=山口浩一郎編『労働法の判例』〔第2版〕20頁 (1978), 棟居快行「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』89頁 (1983), 盛秀雄「判批」大阪学院大法学研究8巻2号 145頁 (1983), 横山晃一郎「判批」『刑法判例百選I』〔第2版〕54頁 (1984), 浜田富士郎「判批」『公務員判例百選』168頁及び178頁 (1986), 林修三「判批」『判例解説憲法編(4)』237頁 (1989), 中村陸男「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕28頁 (1996), 若狭勝「判批」研修593号 33頁 (1997), 室井力「判批」『憲法判例百選II』〔第4版〕312頁 (2000), 中山和久「判批」『労働判例百選』〔第6版〕12頁 (1995), 渋谷秀樹「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』110頁 (三省堂, 2000), 本秀紀「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』236頁 (三省堂, 2000), 清水敏「判批」『労働判例百選』〔第7版〕12頁 (2002), 横田耕一「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕320頁 (2007), 野坂泰司「判批」325号 120頁 (2007), 道幸哲也「判批」村中孝史=荒木尚志編『労働判例百選』〔第8版〕12頁 (2009), 藤井樹也「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』206頁 (悠々社, 2010), 大河内美紀「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕312頁 (2013) などがある。このほか、佐藤功ほか「特集・官公労争議と刑事罰」ジュリスト536号 39頁 (1973), 則定衛ほか「特集・4.25労働3判決の意義と問題点」法律のひろば26巻7号 4頁 (1973), 和田英夫ほか「特集・労働3事件大法廷判決をめぐって」判例時報699号 3頁 (1973), 萩沢清彦「4.25大法廷判決の検討(上, 下)」判例タイムズ295号 2頁, 297号 10頁 (1973), S・H・E「全農林警職法改正反対闘争事件に関する4.25最高裁判決に対するコメント」時の法令829号 55頁 (1973), 舛井常喜ほか「特集・最高裁4.25判決の問題点」労働法律旬報833号 10頁 (1973), 影山日出弥「最高裁判所と司法の政治化」労働経済旬報892=893号 19頁 (1973), 田上穰治「全農林警職法事件判決の感想」教育委員会月報25巻3号 13頁 (1973), 室井力「公務員の労働基本権」ジュリスト569号 27頁 (1974), 中山和久「4.25判決以後の官公労働関係」同72頁 (1974), 野村平爾ほか「特集・最高裁と労働基本権」法律時報45巻8号 8頁 (1974), 小山高次「労働基本権の制限に関する判例の変遷と4.25判決の意義」警察学論集27巻3号 54頁 (1974), 川口実「労働基本権制限の法理(1-6・完)」同306号 2頁, 307号 2頁 (1974), 315号 12頁, 324号 2頁 (1975), 329号 2頁, 333号 2頁 (1976), 竹澤哲夫「全農林警職法事件」法学教室113号 53頁 (1990), 戸松秀典「事件でみる裁判100年—全農林警職法事件判決—判例変更の在り方」同121号 72頁 (1990), 渡辺賢「労働基本権問題を歴史的視点で考える」国公労調査時報491号 20頁 (2003) などもある。
- 25) 最決昭和45年7月2日刑集24巻7号 412頁。本件評釈には、福田平「判批」藤木英雄編『続刑法判例百選』136頁 (1971), 坂本武志「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和45年度』136頁 (法曹会, 1971), 筑間正泰「判批」慶大法学研究46巻5号 103頁 (1973), 吉川経夫「判批」警察研究51巻7号 (1980) などがある。
- 26) 奥平前掲註19) 評釈34頁。
- 27) 旭川地判年月日不明高刑集1巻2号 194頁。一審は区裁判所だが、年月日不明判例集未登載。
- 28) 鈴木前掲註5) 論文10頁。
- 29) 札幌高判昭和23年7月20日高刑集1巻2号 189頁。本件評釈には、山本桂一「判批」東大判例研究2巻7号 93頁 (1948) などがある。
- 30) 最大判昭和23年6月23日刑集2巻7号 722頁。
- 31) 最大判昭和27年1月9日刑集6巻1号 4頁。本件評釈には、高田義文「判批」警察研究25巻10号 81頁 (1954) などがある。
- 32) 君塚前掲註8) I評釈508-509頁。
- 33) 奥平前掲註19) 評釈34頁。
- 34) 宇都宮前掲註8) 評釈67頁, 高田前掲註31) 評釈85頁など。
- 35) 東京地判昭和27年10月7日裁時120号 4頁。
- 36) 宮崎啓一「米法における言論の自由と明白かつ現在の危険の法則」法律時報27巻3号 78頁 (1955)。

- 37) 最判昭和 29 年 5 月 20 日刑集 8 卷 5 号 692 頁。本件評釈には、吉川由己夫「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 29 年度』111 頁（法曹会，1955）、長島敦「判批」警察研究 31 卷 11 号 85 頁（1960）などがある。
- 38) 広島地判昭和 30 年 4 月 9 日刑集 16 卷 2 号 154 頁。
- 39) 広島高判昭和 33 年 3 月 10 日刑集 16 卷 2 号 158 頁。
- 40) このほか、破防法違反が問われたものとしては、38 条 2 項 2 号が問題となった破防法第一号（釧路）事件＝札幌高判昭和 31 年 3 月 30 日判時 74 号 21 頁、岐阜事件＝最決昭和 39 年 12 月 21 日判時 396 号 19 頁、破防法第二号（津）事件＝最決昭和 42 年 7 月 20 日判時 496 号 68 頁、太秦事件＝最判昭和 42 年 9 月 22 日判例時報 496 号 76 頁などがあるが、およそ表現活動に萎縮の効果を与えぬよう、同条を限定的に解釈し、無罪が確定した。以上は、清水陸「『明白にして現在の危険』原則の適用をめぐる問題」公法研究 22 号 137 頁、141 頁以下（1960）、宮内裕「破防法と表現の自由」法律時報 32 卷 1 号 58 頁（1960）、西原ほか編前掲註 153）書 345 頁以下〔藤永〕など参照。また、45 条が問題となった公安調査官逮捕監禁事件＝最判昭和 36 年 9 月 14 日刑集 15 卷 8 号 1348 頁もあるが、同条の憲法判断を必要としないとした。
- 41) 東京地判昭和 39 年 5 月 30 日下刑集 6 卷 5=6 号 694 頁。
- 42) 東京高判昭和 42 年 6 月 5 日高刑集 20 卷 3 号 351 頁。
- 43) 東京高判昭和 58 年 7 月 27 日判時 1088 号 3 頁。
- 44) 熊倉武「破防法裁判の論理とその適用状況」法律時報 42 卷 8 号 184 頁、190 頁（1970）。
- 45) 最判平成 14 年 6 月 21 日裁判集刑 281 号 579 頁。
- 46) 市川前掲註 8）評釈 117 頁。
- 47) 君塚前掲註 8）I 評釈 513-514 頁。
- 48) 詳細は、熊倉武「煽動罪の刑法学的意味」前編 法学志林 52 卷 1 号 1 頁、9 頁以下（1954）など参照。同論文 24 頁は、岐阜、福岡、佐賀、三重の県条例にもこの種のものがあったことを注記する。関連して、治安警察法については、宮内裕「治安警察法序説（1-3・完）」法学論叢 79 卷 5 号 1 頁（1966）、80 卷 4 号 23 頁、5 号 1 頁（1967）、田村譲「明治憲法体制下の治安立法—治安警察法を中心として」帝京法学 10 卷 1=2 号 119 頁（1979）、中村勝範「治安警察法第 17 条適用の背景と底流—『陸軍省密大日記』を手がかりに」慶大法学研究 65 卷 3 号 1 頁（1992）など、治安維持法については、木村亀二ほか「治安維持法はどう運用されたか」ジュリスト 14 号 1 頁（1952）、奥平康弘『治安維持法小史』（筑摩書房，1977）、荻野富士夫「1920 年代前半の治安立法構想—治安維持法成立の理解のために（1、2・完）」政治経済史学 167 号 25 頁、168 号 33 頁（1980）、山中永之佑「普選・治安維持法の制定と地方制度の改正（1、2・完）」阪大法学 157=158 号 599 頁、159 号 1 頁（1991）、中澤俊輔「治安維持法の再検討—政党内閣期（1918～32）を中心として」年報政治学 61 号 1 号 194 頁（2010）、同『治安維持法—なぜ政党政治は「悪法」を生んだか』（中央公論新社，2012）、内田博文「治安維持法の成立と改正について（1-4・完）」神戸学院法学 44 卷 1 号 1 頁、2 号 199 頁（2014）、3=4 号 551 頁、45 卷 1 号 1 頁（2015）など参照。
- 49) 奥平前掲註 19）評釈 35 頁。熊倉同上 24 頁以下も参照。
- 50) 破防法の直接の前身とされる。小林孝輔「表現の自由に関する立法および判例の動向」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座 2 国民の権利及び義務』164 頁、173 頁（有斐閣，1963）。
- 51) 西原ほか編前掲註 153）書 322 頁〔藤永〕。
- 52) 熊倉前掲註 48）論文 26-27 頁、夏日前掲註 4）II 論文（5）52 頁以下など参照。
- 53) 伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法』785 頁（立花書房，1983）〔小野坂弘〕。
- 54) 奥平前掲註 19）評釈 35 頁。
- 55) PQR「殺人の教唆と煽動」時の法令 384 号 45 頁、46 頁（1961）。
- 56) 長島敦「教唆とせん動」警察研究 23 卷 11 号 19 頁、31 頁（1952）。
- 57) PQR 前掲註 55）文献 45 頁。なお、平野前掲註 3）論文 23 頁によると、煽動罪はフランス刑法由来であるものの、フランスでは教唆と煽動の明確な区別はないという。同論文 24 頁によると、ドイツでは区別があるという。
- 58) 長島前掲註 56）論文 36-37 頁。
- 59) 設楽裕文「組織犯罪と破壊活動防止法」日大法学研究所法学紀要 37 卷 179 頁、205 頁（1995）。
- 60) 平野前掲註 3）論文 23 頁。
- 61) 大塚仁『特別刑法』53 頁（有斐閣，1959）。
- 62) 同上 52 頁。
- 63) 平野前掲註 3）論文 23 頁。
- 64) 鴨良弼「煽動罪、わいせつ概念、証言拒否・名誉毀損と表現の自由」ジュリスト 500 号 395 頁、396 頁（1972）。
- 65) 大判昭和 5 年 11 月 4 日新聞 3210 号 14 頁。本件評釈として、木村亀二「判批」法律時報 3 卷 6 号 106 頁（1931）などがある。
- 66) 奥平前掲註 19）評釈 35-36 頁。
- 67) 大塚前掲註 61）書 51 頁。
- 68) 君塚前掲註 8）II 評釈 87 頁参照。

- 69) 浦辺衛「煽動罪の成立時期について」判例タイムズ49号21頁, 22頁 (1955) 参照.
- 70) 君塚前掲註8) I評釈512頁. 上林邦充「表現犯罪処罰規定の違憲性について—破防法のせん動罪を中心に—」群馬大学社会情報学部研究論集4号229頁, 237頁以下 (1997) は, この点を特に研究する.
- 71) 松井前掲註8) 評釈126頁.
- 72) 毛利前掲註8) 評釈62頁.
- 73) 山下前掲註8) 評釈12頁, 君塚前掲註8) I評釈510頁, 長谷部前掲註18) 評釈24頁など.
- 74) 酒井前掲註8) 評釈42頁.
- 75) 君塚前掲註8) I評釈505頁.
- 76) 平野前掲註3) 論文25頁.
- 77) 西原春夫ほか編『判例刑法研究8—特別刑法の罪』323頁 (有斐閣, 1981) [藤永幸治].
- 78) 足立昌勝「オウム教団と破防法」法と民主主義303号32頁 (1995), 「特集・破防法をめぐる諸問題」法律時報68巻9号6頁 (1996), 鳥居喜代和「動き出した破防法その危険性」法学セミナー494号38頁 (1996), 「特集・オウム破防法—宗教と危機管理」月刊フォーラム8巻72号8頁 (1996), 大泉実成ほか「座談会・破防法は市民社会を破壊する」金曜日4巻27号10頁 (1996), 芹沢斉「『オウム』への破防法団体適用棄却」法学教室203号26頁 (1997) など参照.
- 79) 君塚前掲註8) I評釈506頁.
- 80) 小泉前掲註8) 文献92頁.
- 81) 吉本前掲註8) 評釈272頁.
- 82) 井上正治「せん動の当罰性について」警察研究50巻2号3頁, 10頁 (1979).
- 83) 奥平前掲註19) 評釈37頁.
- 84) 同上同頁.
- 85) 熊倉武「煽動罪の刑法学的意味」後編 法学志林52巻2号31頁, 70-71頁 (1955).
- 86) 奥平前掲註19) 評釈37頁.
- 87) 詳細は, 横川博「『明白かつ現在の危険の原則』覚書」三重県立大学研究年報第一部人文・社会科学3巻1号55頁 (1958), 伊藤正己『言論・出版の自由』213頁以下 (岩波書店, 1959), 太田喜代子「アメリカにおける『暴力による政府顛覆の唱導』と『明白かつ現在の危険』の基準の適用 (1-3・完)」六甲台論集10巻1号42頁, 2号50頁, 3号1頁 (1963), 久保田きぬ子「言論の自由に関するアメリカ判例の一考察」宮沢俊義古稀記念『憲法の現代的課題』237頁 (有斐閣, 1972), 浦部法穂「明白かつ現在の危険」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』243頁, 246頁以下 (有斐閣, 1987), 萩原重夫「表現規制の限界—“Clear and Present Danger” Testの現在 (1, 2)」愛知県立芸術大学紀要23号3頁 (1993), 24号3頁 (1994), 松井茂記『アメリカ憲法入門』〔第7版〕231頁以下 (有斐閣, 2012), 樋口前掲註7) 書339頁以下など参照.
- 88) 249 U.S. 47 (1919). 本件評釈には, 尾吹善人「米判批」田中英夫編『英米判例百選』88頁 (1964), 大沢秀介「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』〔第3版〕44頁 (1996), 駒村圭吾「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』62頁 (2012) などがある.
- 89) 久保田前掲註87) 論文241頁同旨.
- 90) 249 U.S. 204 (1919).
- 91) 249 U.S. 211 (1919).
- 92) 奥平康弘「『明白にして現在の危険』理論について」法学教室4号31頁 (1962), 浦部法穂「検閲と『明白かつ現在の危険』」判例タイムズ421号10頁, 12頁 (1980).
- 93) 304 U.S. 114 (1938). 本件評釈には, 松井茂記「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』46頁 (2012) などがある.
- 94) 松井茂記『二重の基準論』52頁 (有斐閣, 1994) 参照.
- 95) 250 U.S. 616 (1919).
- 96) 松井前掲註87) 書233頁.
- 97) 268 U.S. 652 (1925).
- 98) 関連して, 清水幾太郎「煽動」群像7巻9号48頁 (1950) もまた, 「煽動的要素があつてこそ, 思想は思想であることが出来る」と述べている.
- 99) 274 U.S. 357 (1927).
- 100) 299 U.S. 353 (1937).
- 101) 301 U.S. 242 (1937).
- 102) 310 U.S. 88 (1940).
- 103) 310 U.S. 296 (1940).
- 104) 関連する事件を素材とした, 君塚正臣「親の子どもの教育方法と子どもの保護—公道における子どもの宗教活動—The Story of Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944)」大沢秀介=大林啓吾編『アメリカ憲法と公教育』501頁 (成文堂, 2017) も参照.
- 105) 浦部前掲註92) 論文12頁.
- 106) 341 U.S. 494 (1951). 本件評釈には, 尾吹善人「米判批」田中英夫編『英米判例百選』91頁 (1964) などがある. このほか, 清水虎雄「デニス・ケース—米共産党幹部のスミス法違反事件—を中心とする米国治安立法と司法審査の研究 (1, 2)」富山大学紀要経済学部論集2号139頁 (1953), 3号121頁 (1954), 島田一生「言論の自由の限界—デニス事件を中心として」大阪市大法学雑誌23巻1号96頁 (1976) などもある.
- 107) 354 U.S. 298 (1957). 本件については, 畑博行「資料・共産党取締法たるスミス法の新解釈—イエイツ対合衆国事件の考察」広大政経論

- 叢 10 卷 2 号 91 頁 (1960) などとも参照。
- 108) 367 U.S. 203 (1961).
- 109) 367 U.S. 290 (1961).
- 110) 松井前掲註 87) 書 236 頁。
- 111) 芦部信喜「表現の自由」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座 2 国民の権利及び義務』141 頁、161 頁 (有斐閣, 1963), 宮沢俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕370 頁 (有斐閣, 1971), 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕264-266 頁 (ミネルヴァ書房, 1973), 橋本公亘『日本国憲法』270 頁 (有斐閣, 1980), 小林直樹『憲法講義上』〔新版〕397-398 頁 (東京大学出版会, 1980), 阿部照哉『憲法』〔改訂〕121 頁 (1991), 上田章＝浅野一郎『憲法』492 頁 (ぎょうせい, 1993) [浅野], 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』46-47 頁 (成文堂, 1995), 佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第 5 版〕232 頁 (学陽書房, 1996), 戸波江二『憲法』〔新版〕253 頁 (ぎょうせい, 1998), 初宿正典『憲法 2』〔第 3 版〕273 頁 (成文堂, 2010), 佐藤幸治『日本国憲法論』263 頁 (成文堂, 2011), 浦部法穂『憲法学教室』〔第 3 版〕97 頁 (日本評論社, 2016) など。
- 112) 青木英五郎「明白且つ現在の危険の法則」自由と正義 3 卷 10 号 2 頁, 4 頁 (1952)。
- 113) 奥平前掲註 19) 評釈 38 頁。
- 114) 君塚前掲註 8) I 評釈 509 頁。
- 115) 浦部前掲註 87) 論文 254 頁。
- 116) 島田前掲註 106) 論文 98 頁。
- 117) 奥平前掲註 92) 論文 32 頁。
- 118) 同上 34 頁。
- 119) 井上前掲註 82) 論文 9 頁。
- 120) 奥平前掲註 92) 論文 34 頁。
- 121) 島田前掲註 106) 論文 98-99 頁同旨か。
- 122) 松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕458 頁 (有斐閣, 2007)。
- 123) 浦部前掲註 87) 論文 260 頁。
- 124) 奥平前掲註 92) 論文 32 頁。清水睦「『明白かつ現在の危険』原則の適用について」中大法学新報 66 卷 11 号 13 頁, 42 頁 (1959) は、この基準により破防法 38 条 2 項は「存在を許されないことになるであろう」と述べる。
- 125) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』〔増補版〕420 頁 (有斐閣, 2000)。
- 126) 浦部前掲註 92) 論文 13 頁。
- 127) 奥平前掲註 92) 論文 34 頁。
- 128) 395 U.S. 444 (1969)。本件評釈には、浦部法穂「米判批」伊藤正己ほか編『英米判例百選Ⅰ』110 頁 (1978) などがある。
- 129) 毛利透『表現の自由』194 頁 (岩波書店, 2008)。
- 130) 同上 196 頁。なお、芦部信喜『宗教・人権・憲法学』203 頁 (有斐閣, 1999) は Brandenburg 判決で「復活」したとの理解である。
- 131) Masses Pub. Co. v. Patten, 244 Fed. 535 (S.D.N.Y. 1917)。
- 132) このような基準の設定につき、範疇化とも言うが、榎原猛『憲法—体系と争点』164 頁 (法律文化社, 1986) の示すように、「限界画定衡量」と呼ぶ方が実態に即している。同「表現権における限界画定衡量 (類型別衡量) テストの役割」阪大法学 120 号 27 頁 (1981) も参照。
- 133) 或いは、Yates 判決の「煽動理論」を基礎にしたとの論評もある。浦部前掲註 128) 評釈 111 頁。
- 134) 松井前掲註 87) 書 237 頁。奥平康弘『憲法Ⅲ』191 頁 (有斐閣, 1993) は「結晶化」と表現する。
- 135) 曾根前掲註 8) 評釈 58 頁。
- 136) 松井茂記「公共の安全とインターネット上の人権」法とコンピュータ 23 号 3 頁, 8 頁 (2005)。渋谷秀樹『憲法』〔第 2 版〕383 頁 (有斐閣, 2013), 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第 3 版〕211 頁 (有斐閣, 2013), 長谷部恭男『憲法』〔第 6 版〕208 頁 (新世社, 2014), 市川正人『基本講義憲法』143 頁 (新世社, 2014), 君塚前掲註 8) I 評釈 509-510 頁同旨。芦部前掲註 125) 書 419 頁もこの方向性を示唆する。岩間昭道『憲法綱要』108 頁 (2011) も、「明白かつ現在の危険」基準又は本テストの適用を求める。これに対して、辻雄一郎「情報化社会におけるブランデンバーグテストの運用についての一考察」稚内北星学園大学 9 号 17 頁 (2009), 同「ネット上の不特定多数者に対する情報発信についてのブランデンバーグテストの批判的考察」法政論叢 46 卷 1 号 108 頁 (2009) は、このテストも「平和的な繁栄した時代」の産物であり、サイバー世界では通用しないなどとして、懐疑的である。
- 137) 横川前掲註 87) 論文 79 頁。清水前掲註 40) 論文 139 頁同旨。
- 138) 曾根前掲註 8) 評釈 58 頁。
- 139) 吉本前掲註 8) I 評釈 274 頁。
- 140) なお、毛利前掲註 129) 書 186 頁は、Brandenburg 判決には文面上萎縮的效果論の影響が認められないとし指摘しているにも注意したい。
- 141) 君塚前掲註 8) I 評釈 510 頁。
- 142) 江橋前掲註 18) 評釈 130 頁。
- 143) 曾根前掲註 8) 評釈 60 頁同旨。
- 144) 毛利透ほか『憲法Ⅱ』208 頁 (有斐閣, 2013) [毛利]。
- 145) 浦部前掲註 92) 論文 14 頁同旨。
- 146) 同上同頁同旨。
- 147) 同上 15 頁。
- 148) 夏目前掲註 4) II 論文 (5) 54 頁。
- 149) これについては、時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』275 頁以下 (第一法規, 1996) など参照。

- 150) 君塚前掲註8) I 評釈 506 頁。
 151) 伊藤前掲註1) 論文 26 頁。
 152) この事情については、筆坂秀世『日本共産党』（新潮社、2006）など参照。
 153) 西原ほか編前掲註77) 書 321 頁 [藤永]。
 154) 市川前掲註8) 評釈 116 頁。
 155) 芦部前掲註111) 論文 161 頁。
 156) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』58 頁（東京大学出版会、1988）は、「表現の自由とは、ただたんに」「個人主義的に理解されたものではありえないのであって、それは、政治的な、したがって民主主義的な性格づけを帯有しないわけにはゆかない」と述べている。
 157) 君塚前掲註8) I 評釈 506-507 頁。
 158) 同上 507 頁。
 159) 平川前掲註8) 評釈 47 頁。
 160) 君塚前掲註8) I 評釈 510 頁。
 161) 但し、戸松秀典『憲法』243 頁（弘文堂、2015）は、煽動処罰規定について文面上違憲と言うことはできないと述べている。
 162) 君塚前掲註8) I 評釈 511 頁。
 163) 最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁。本件評釈には、近藤崇晴「判批」ジュリスト1069号82頁（1995）、同「判批」法曹時報47巻9号2342頁（1995）、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成7年度』282頁（法曹会、1998）、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1 公法編』28頁（2003）、小高剛「判批」法学教室180号102頁（1995）、浅利祐一「判批」法学セミナー488号75頁（1995）、関哲夫「判批」法律のひろば48巻8号66頁（1995）、紙谷雅子「判批」判例評論442号21頁（1995）、田中館照橋「判批」法令解説資料総覧162号102頁（1995）、藤井俊夫「判批」ジュリスト臨時増刊1091号『平成7年度重要判例解説』16頁（1996）、井上典之「判批」法学教室186号別冊附録『判例セレクト'95』13頁（1996）、藤田達朗「判批」民商法雑誌115巻1号67頁（1996）、塚田哲之「判批」法学セミナー510号30頁（1997）、佐々木善三「判批」研修608号61頁（1999）、米沢広一「判批」法学教室247号24頁（2001）、駒村圭吾「判批」法学セミナー672号60頁（2010）、川岸令和「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕182頁（2013）などがある。
 164) 君塚正臣「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕67頁、68頁（2013）が示唆するように、私的交わりを目的とする集会や結社が憲法21条の射程内のものかは疑問である。松井前掲註122) 書488頁同旨。このため、暴力そのものを目的とする団体は、憲法21条の保護範囲に属さない。また、同条の「結社」を広く一般的に捉えたとしても、当該団体には「明白かつ現在の危険」があるとするれば、事実上憲法上の保護はないことになるが、株式会社、私立学校、労働組合、家族などの集団を普く考察すれば、この種の広い保護を図る考え方には無理があると思える。
 165) これに関しては、松井茂記「レーンキスト・コートと表現の自由」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』155頁、170-171頁（成文堂、2009）、「特集・ヘイトクライムに対する規制の可能性」龍谷大学矯正と保護総合センター研究年報2号6頁（2012）、ジェレミー・ウォルドロン（谷澤正嗣＝川岸令和訳）『ヘイト・スピーチという危害』（みすず書房、2015）。「特集・ヘイトスピーチ/ヘイトクライム」法学セミナー726号12頁（2015）、「特集・ヘイトスピーチ/ヘイトクライム(2)」同736号18頁（2016）など参照。関連して、イギリスの事情については、奈須祐治「イギリスにおける憎悪煽動（Incitement to Hatred）」名古屋短期大学研究紀要43号111頁（2005）参照。
 166) 堀田義太郎「差別煽動としてのヘイト・スピーチの悪質さ」生存学9巻10頁、11頁（2016）。
 167) 343 U.S. 250 (1952).
 168) 小谷順子「アメリカにおけるヘイトスピーチ規制」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由I 一状況へ』454頁（尚学社、2011）。
 169) 505 U.S. 377 (1992). 本件評釈には、市川正人「米判批」アメリカ法〔1993-2〕305頁、紙谷雅子「米判批」憲法訴訟研究会＝芦部信喜編『アメリカ憲法判例』63頁（有斐閣、1998）などがある。
 170) 小谷前掲註168) 論文461頁。
 171) 538 U.S. 343 (2003). 本件評釈には、藤井樹也「米判批」アメリカ法〔2005-1〕111頁、斉藤小百合「米判批」憲法訴訟研究会＝戸松秀典編『続・アメリカ憲法判例』91頁（有斐閣、2014）などがある。このほか、小谷順子「十字架を燃やす行為の規制についての一考察」宮崎大学教育文化学部紀要社会科学9号1頁（2003）、同「米国における表現の自由とヘイトスピーチ規制」法政論叢40巻2号149頁（2004）、同「十字架を燃やす行為の規制をめぐる憲法問題—The Story of Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』137頁（成文堂、2014）、奈須祐治「ヘイト・スピーチ規制に関するアメリカ連邦最高裁判例の最近の動向」関大法学ジャーナル75号73頁（2004）などもある。
 172) 小谷前掲註168) 論文473頁同旨か。
 173) 同上466頁。
 174) 2016年は、テレビ創世記から活躍した大橋

- 巨泉の死と、SMAPの解散により、テレビ時代の終焉を印象付けた。スポーツ、音楽、バラエティー、報道に進出した「国民的アイドルの高齢化問題」は示準化石として記憶されるのかもしれない。
- 175) 浜田純一「インターネットによる差別の扇動」部落解放研究 126号 44頁, 45頁 (1999).
- 176) 雨宮処凛=北原みのり「ヘイト・スピーチをする『愛国女性』たち」女たちの21世紀 78号 6頁 (2014) [北原発言].
- 177) 同上 14頁 [雨宮発言].
- 178) 辛淑玉『「人種差別」と『女』女たちの21世紀 78号 41頁, 46頁 (2014).
- 179) 現代アメリカの保守主義の精神的背景には、「反知性主義 (anti-intellectualism)」があるとされる。エリートに対する草の根の不信感、ある意味で健全な反骨的精神であると思われる。宇野重規「保守主義とは何か」121頁 (中央公論新社, 2016)。日本の最近の「ヤンキー化する自民党」はそれと一線を画す現象であり、変化は最小限という「保守主義」でもない。安倍政権の思想・人脈的特徴を抽出する、菅野完『日本会議の研究』(扶桑社, 2016)、山崎雅弘『日本会議一戦前回帰への情念』(集英社, 2016)、青木理『日本会議の正体』(平凡社, 2016)なども参照。関連して、井出英策「中の下の反乱 食い止めよ」朝日新聞 2016年12月22日朝刊 15面は、2016年のイギリスの国民投票、アメリカ大統領選挙の結果の原因を、所得階層「中の下」の反乱と分析し、「財源が限られ、給付に所得制限が付き、財政が低所得層の利益で固められている。だからこそ、中間層の不満が沈積し、中の下層に『移民や貧困層があなたたちの暮らしを悪くする』と訴え、下流への転落の恐怖をおおるポピュリズムが威力を発揮する」点は日本にも共通するとし、この階層がその上以上に下の階層に対して反発していることを指摘する。日本では、年間所得が200-400万円の世帯が全体の3割弱に達し、「非正規雇用の割合が4割を超え、平均所得以下の人たちが6割を占める」のに、自分を「下の上」と評価する人は少なく、「中の下」と答える人の割合が内閣府調査 38カ国中1位である。そして井出は、「既得権を無くし、納税者の受益を強め、税への反発を和らげる」ことを提唱するのである。
- 180) 桜井大子「反天皇制と反ヘイト・スピーチ」女たちの21世紀 78号 29頁, 30-31頁 (2014).
- 181) 堀田前掲註 166) 論文 10頁.
- 182) 辛前掲註 178) 論文 42頁.
- 183) 堀田前掲註 166) 論文 13-14頁.
- 184) 同上 21-22頁.
- 185) 同上 19頁.
- 186) 同上 19-20頁.
- 187) 辛前掲註 178) 論文 46頁.
- 188) 内野正幸『差別的表現』19頁 (有斐閣, 1990).
- 189) 戸波前掲註 111) 書 259-260頁.
- 190) 詳細は、君塚正臣「暴力表現・自殺唱導表現と憲法—多数者が不快と感じる・不快な行動を勧めていると感じる表現の規制はどこまで可能か」法律時報 76巻9号 55頁 (2004) など参照.
- 191) このことを特に強調するのが、前田朗「ヘイト・スピーチの憲法論」部落解放 703号 22頁, 24-26頁 (2015) である.
- 192) 同上 30頁.
- 193) 松井前掲註 136) 論文 6頁.
- 194) 北田暁大「憎悪の再生産—ヘイト・スピーチとメディア空間」藤野寛=齋藤純一編『表現の〈リミット〉』55頁, 55-56頁 (ナカニシヤ出版, 2005).
- 195) 京都地判平成 23年4月21日判例集未記載。本件評釈には、楠本孝「判批」法と民主主義 464号 54頁 (2011)、玄守道「判批」人権と生活 34号 37頁 (2012)、金尚均「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』10号 141頁 (2012)、同「判批」法と民主主義 485号 23頁 (2014)、前田朗「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』10号 309頁 (2012)、江頭節子「判批」国際人権 23号 76頁 (2013)、山田健太「判批」同 80頁などがある。このほか、武村二三夫「国際人権条約からみた在日朝鮮人の人権保障と日本の人権政策」人権と生活 38号 6頁 (2014) などもある。
- 196) 大阪高判平成 23年10月28日判例集未記載、最決平成 24年2月23日判例集未記載により確定した。
- 197) 奈良地判平成 24年6月25日判例集未記載。
- 198) 市川正人『表現の自由の法理』59頁 (日本評論社, 2003) 同旨か。
- 199) 松井茂記『インターネットの憲法学』(新版) 274頁 (岩波書店, 2014) 同旨。
- 200) エリック・バレント (比較言論法研究会訳)『言論の自由』198頁 (有松堂出版, 2010)。
- 201) 松井前掲註 136) 論文 5頁は、2005年4月頃、ネットや携帯メールをきっかけに中国で反日デモが生じ、日系の百貨店やスーパーマーケット等への襲撃が起きた例を挙げている。
- 202) 阪本前掲註 111) 書 63頁.
- 203) 詳細は、君塚正臣「LRAの基準—他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め」横浜国際経済法学 19巻3号 103頁 (2011) など参照.
- 204) 福田前掲註 25) 評釈 137頁が、まずは目的論的解釈による限定解釈を求めているのは、単に不明確な刑罰法規の場合はやむを得ないものの、煽動罪規定のような不明確な表現処罰規定

- の場合は妥当ではないことになるまいか。君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324頁（有斐閣，2012）など参照。
- 205) 詳細は、君塚正臣「過度に広汎性ゆえ無効の法理」横浜法学23巻2号1頁（2014）など参照。
- 206) 木下智史「差別的表現」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』126頁，127頁（有斐閣，2008）同旨か。
- 207) 松井前掲註199)書275頁同旨。
- 208) 欧米風，中華風の名前は創出しないあたりに，捏造者の悪意ある差別的感情が重ねてよく見える。
- 209) 総論思考の空中戦は血の通った解決ができず，各論思考の地上戦は理論的統一性を欠くという，法律学の抱える永遠の問題がここにはあると思える。しかし，表現法理を捨象してヘイト・スピーチの解決だけを図ったり，ヘイト・スピーチの解決のために表現の自由の法理全般を改定しようとしたりすることはやはり適切ではない。芦部信喜『人権と憲法訴訟』168頁（有斐閣，1994）は，「明白かつ現在の危険」基準などの「表現の自由の領域において用いられるいくつかの基準」が「それぞれのテストの要件が複雑で，これによって組み立てられる憲法は，まさに『公式憲法』（Formulaic Constitution）と評される」ほどになっており，これに対して「基準を一元化し具体的な判断を通じて表現の自由の強化をねらう」立場も一理あると述べているが，その悩みの真摯な吐露に我々は耳を傾けるべきである。
- 210) 金尚均「ヘイト・スピーチ規制における『明白かつ現在の危険』」龍谷政策学論集4巻2号

79頁，100頁（2015）は，ヘイト・スピーチ規制の法令が「明白かつ現在の危険」基準に抵触しないような工夫をすべきであるとして，「暫定の域を超えない」としながら，例示を行っている。

- 211) 差別的表現の性格を指摘されるのは，一部の性表現，猥褻の表現も同じである。しかし，これらとて，従来の表現法理で保護されるべきものは保護するのであり，性犯罪を直接具体的に煽動するものだけがブランデンバーグ・テストの下でも規制できる。ポルノは女性蔑視である見解もあるが，その考えはかえって儒教道徳にあるべき女性像に束縛されていると見る観方もある。奥平康弘＝環昌一＝吉行淳之介『性表現の自由』71-72頁（有斐閣，1986）〔吉行〕。

付記

本稿は，平成25年度－29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究（C）一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」（課題番号25380029）による研究成果の一部である。なお，本稿は判例研究「煽動罪と破防法—いわゆる渋谷暴動事件最高裁判決」阪大法学41巻4号501頁（1992）や「破壊活動防止法の『せん動』罪と表現の自由—破防法煽動事件」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法I』87頁（悠々社，2010）は参照・引用しつつも，煽動事例の合憲性判断テスト一般を論ずるべく，ほぼ一から執筆したものである。本稿では，原則として敬称は略させて頂いた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授]