

ヘイト・スピーチ規制考

—米国の議論を通じて考える，公私区分，
国家権力，そして，思想の自由市場—

榎 透

はじめに——ヘイト・スピーチ規制を取り巻く状況

I 表現の自由とヘイト・スピーチ

II なぜヘイト・スピーチ規制を行うのか

1 人格的利益，人間の尊厳

- (1) 規制されるべきヘイト・スピーチの特質
- (2) 集団と個人

2 平等

- (1) 憲法上の平等の要請に応えるヘイト・スピーチ規制
- (2) 平等と自由の調節を目指して

3 奴隷制度の痕跡の除去

4 マイノリティの表現の自由

5 小 括

- (1) ヘイト・スピーチの特質と憲法観の転換
- (2) 平等という視点について

III ヘイト・スピーチ規制と憲法

1 公／私，行動／言論

- (1) 憲法学説はなぜ公／私にこだわるのか
- (2) 規制の特質
- (3) 表現に対する国家の判断を否定する
- (4) ローレンスとストロッセン①：ローレンス
- (5) ローレンスとストロッセン②：ストロッセン
- (6) 小 括

2 思想の自由市場

- (1) ヘイト・スピーチは思想の自由市場を歪めるか
- (2) ヘイト・スピーチの解消を思想の自由市場に委ねるのはなぜか

3 規制手段

- (1) 効果的な規制を作れるのか
- (2) ヘイト・スピーチを解消することの意味

4 小 括

むすびにかえて——日本では

はじめに——ヘイト・スピーチ規制を取り巻く状況

ヘイト・スピーチ¹⁾は、いまや世界の多くの国でその存在が問題視される。米国における KKK の黒人に対する差別的言論や、ドイツにおける反ユダヤ主義的言論など、ヘイト・スピーチとされる事例は多い。そして、ヘイト・スピーチに対しては、世界各地でその取り組みが行われ、模索され、あるいは、議論されている。特に法的規制については、積極的な姿勢を示すヨーロッパ諸国と、消極的な米国との違いは、日本でもしばしば紹介される²⁾。

日本社会も例外ではない。日本社会におけるヘイト・スピーチは、現在突如として生じた問題ではなく、以前から、部落差別の対象となる人びとに対する差別的言論が存在した。この差別的言論に対する法規制を主張す

1) ヘイト・スピーチとは何か。公益財団法人・人権教育啓発推進センターが2016年3月に出した『ヘイトスピーチに関する実態調査報告書』4頁には、「ヘイトスピーチについては、未だ確立した定義がないとされており、……具体的にどのような言動をもってヘイトスピーチに該当するのか断定することは困難である」としつつ、「『特定の民族や国籍の人々を排斥する差別的言動』が含まれることを念頭に置」くとしていた。ヘイト・スピーチの諸事例は、定義が確立していない中で論じられている。なお、よく紹介される定義として、マツダのものはⅡ1(1)を参照。

2) エリック・ブライシュ(明戸隆浩他訳)『ヘイトスピーチ——表現の自由はどこまで認められるか』(明石書店、2014年)。原著は Erik Bleich, *The Freedom to Be Racist?: How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism* (2011)。訳書については、拙稿「書評と紹介」大原社会問題研究所雑誌678号(2015年)76頁以下を参照。

る見解もあったが、憲法の保障する表現の自由から法規制には消極的な見解が多かったと思われる。しかし、近年生じた在日コリアンに対するヘイト・スピーチは、日本社会において在日コリアンに対する差別が現存することを如実に示すとともに、法規制に積極的な主張を数多く生むものとなった³⁾。また、実際に本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律（平成28年法律第68号）が制定され、各地の地方公共団体でもヘイト・スピーチに対する取り組みがなされている。法規制に対する消極の見解は、その勢いにかき消されている感すらあり、法規制に対する態度の変化には驚くべきものがある。

ヘイト・スピーチの存在はもちろん、多くの者にとって解消されるべきものであろう。問題は、その解消の仕方、換言すれば、法規制を行うか否かである。一方のヘイト・スピーチ規制に消極的な見解（以下、「規制消極主義」という）は、表現の自由を重視し、ヘイト・スピーチの解消を法規制ではなく思想の自由市場における対抗言論で行うべきであると考え。他方の規制に積極的な見解（以下、「規制積極主義」という）は、ヘイト・スピーチの解消を思想の自由市場における対抗言論ではなく法規制で行うべきであると考え。もっとも、規制消極主義でも、いま問題とされるヘイト・スピーチのすべてを法的規制の対象にするべきではない、と発言している者は少ないと思われる。現行法で対処できる、個人や特定の集団に向けられたヘイト・スピーチについては、法規制の対象となる可能性がある。また、規制積極主義でも、表現の自由を重視しないと発言する者も少ないと思われる。それでは、両者は何が違うのであろうか⁴⁾。

3) 法規制に積極的な立場の単著として、師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』（岩波書店、2013年）、前田朗『ヘイト・スピーチ法 研究序説——差別煽動犯罪の刑法学——』（三一書房、2015年）をあげておく。

4) ヘイト・スピーチについては、憲法学に限っても数多くの論考があり、すべてをあげることはできないが、中でも、内野正幸『差別的表現』（有斐閣、1990年）は先駆的業績としてここに掲げておく。また、近年の文献の一端を示すと、小

本稿は、米国におけるヘイト・スピーチ規制を巡る議論を考察の対象として、まず、表現の自由を重視する立場がヘイト・スピーチに消極的な理由を概観し(I)、ついで、規制積極主義者がヘイト・スピーチに対する法規制を行うべきであるとする理由について整理し(II)、その上で法規制を巡る論点を整理する(III)。最後に、以上の整理を踏まえて、日本における法規制を考える上で参考になることを示す(むすびにかえて)⁵⁾。

谷順子「日本国内における憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制についての一考察」法学研究87巻2号（2014年）385頁以下、毛利透「ヘイトスピーチの法的規制について：アメリカ・ドイツの比較法的考察 法学論叢176巻2・3号（2014年）210頁以下、齊藤愛『異質性社会における「個人の尊重」——デュルケム社会学を手がかりにして』（弘文堂、2015年）181頁以下、曾我部真裕「ヘイトスピーチと表現の自由」論究ジュリスト14号（2015年）152頁以下および159頁以下の座談会、小泉良幸「表現の自由の『変容』——ヘイトスピーチ規制をめぐる——」公法研究78号（有斐閣、2016年）94頁以下、藤井正希「ヘイトスピーチの憲法的研究——ヘイトスピーチの規制可能性について」群馬大学社会情報学部研究論集23巻（2016年）69頁以下、田代亜紀「表現の自由の限界を考えるための準備的考察——ヘイトスピーチに関する議論とスナイダー判決を素材として——」専修ロージャーナル12号（2016年）119頁以下。また、法学セミナー736号（2016年5月号）の特集「ヘイトスピーチ／ヘイトクライムⅡ——理論と政策の架橋」に記載されている諸論考などがある。

- 5) 筆者がこれまでヘイト・スピーチに関して公表した（⑤は公表予定）論考は、前掲注2)で示した「書評と紹介」を除いて、以下の①～⑤である。①『「国家による自由」の特質と問題点——差別表現規制に関する議論を手掛かりに——』憲法理論研究会編『「危機の時代」と憲法』（敬文堂、2005年）65頁以下、②「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」専修法学論集96号（2006年）69頁以下、③「第4章 第2節 法律による人権保障と憲法——ヘイト・スピーチ規制を巡る憲法問題」拙著『憲法の現代的意義——アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに——』（比較社会文化叢書Ⅻ）（花書院、2008年）136頁以下、④『「ヘイト・スピーチ」と表現の自由の相克』法と民主主義486号（2014年）54頁以下、⑤「ヘイトスピーチ（在特会の問題を含む）と表現の自由」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二『「表現の自由」の現在（仮）』（法律文化社、2017年刊行予定）。

I 表現の自由とヘイト・スピーチ

米国では、十字架焼却 (cross burning) や集団誹謗 (group libel) に対する立法等の規制⁶⁾が、制定されたり、裁判の俎上に載せられたりしたときに、そうした言論の規制の是非が表現の自由との関係で議論されてきた。一般的な理解によれば、合衆国憲法が修正第1条で表現の自由を保障したのは、言論活動に対する政府の恣意的な干渉を排除し、各個人の自由な表現活動、ひいては自由な言論の流通を確保するためである。そして自由な言論の流通を確保するのは、エマースン (Emerson) によれば、個人の自己実現、真理への到達、政策決定への参加、安定と変化の間の均衡という、民主的社会における表現の自由の4つの機能に資すると考えるからである⁷⁾。ゆえに表現の自由は重要な権利と目され、その規制に対してはしばしば慎重な姿勢が示される。米国におけるヘイト・スピーチ規制の是非を巡る議論の中で、規制に消極的な立場が数多く存在するのも、表現の自由の重要性を理由とした慎重な姿勢の現れであるといえる。

このように理解すれば、ヘイト・スピーチ規制に消極的な理由は、ある表現の当否の判断については——ヘイト・スピーチの当否も含めて——、規制者による判断の特質からして、国家の表現に対する積極的判断を否定し、思想の自由市場の判断に委ねられるべきである、とまとめられる。

6) これらの規制がなされた背景については、拙稿・前掲注5)②論文を参照されたい。

7) T. I. エマースン (小林直樹・横田耕一訳) 『表現の自由』(東京大学出版会、1972年) 1-22頁。

II なぜヘイト・スピーチ規制を行うのか

IIでは、規制積極主義者がヘイト・スピーチに対する法規制を行うべきであるとする理由を検討する。表現の自由の重要性を認めた場合でも、ヘイト・スピーチに対する法規制を是認することはありうる。規制に積極的な論者の中には、ヘイト・スピーチは表現の自由の価値を持たない、または、価値の低いものと捉え、先に見たエマースンのいう表現の自由の4つの機能を果たさないという評価をする者もいる。表現の自由との関係で規制を正当化する上で、どのような戦略を採用しているのであろうか。規制により得られるとされる主要な諸利益に注目しつつ、各戦略の背後にある考え方まで含めて説明しよう。

1 人格的利益、人間の尊厳

人格的利益や人間の尊厳に着目して、法規制を正当化する戦略がある。人格的利益を害するという理由で規制される言論としては、個人に対する名誉毀損があげられるが、集団に対する誹謗であるヘイト・スピーチもそれと同様に、しかも人間の尊厳に対する攻撃と評価されることで、しばしば規制の対象になるかが議論されてきた。

(1) 規制されるべきヘイト・スピーチの特質

ヘイト・スピーチを考える上で必読の文献といえば、M. J. Matsuda, C. R. Lawrence III, R. Delgado & K. W. Crenshaw, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment* (1993) をあげる人は多いのではないだろうか。批判的人種理論 (Critical Race Theory) の立場から、「傷つける言葉」であるヘイト・スピーチに対する積極的な法規制を展開する著作である。

その書物の中で、マツダ (Matsuda) は、人種主義と人種主義的メッセージについて、次のように説明する。人種主義は、人種優越の思想と従属した立場にある被害者集団とを保持し続けるメカニズムからなる。人種主義的なメッセージを受けた者は、精神的な悪影響を受けるために、そうしたメッセージを避けるべく、職をやめ、教育を受けることを断念し、家を離れ、公共の場所を避け、自由に話すことを差し控え、自分の行動に変更を迫られる⁸⁾。このような人種主義的言論は、歴史的に擁護されえず、危険で、かつ、対応する準備が最もできていない人びとの階級に対する暴力と侮辱の永続化に結びついているために、保護されるディスコースの領域の外にあるものだといえる⁹⁾。

このようにマツダは、人種的ヘイト・スピーチの性質を捉えた上で、修正第1条の絶対性の下では上手く処理できないことから、人種的ヘイト・スピーチを独自のカテゴリーとして扱い、法による規制によって断ち切るべきだと主張する。しかし、マツダによれば、修正第1条で保障されない範囲は限定されるべきであるとして、規制される言論は、①そのメッセージが人種的劣等性 (inferiority) を持つこと、②メッセージが歴史的に抑圧された集団に対して向けられたものであること、③メッセージが迫害的で、かつ、憎しみに満ち、侮辱的なものであること、という3条件を満たすものである。この3条件に基づくと、法規制の対象はマジョリティのマイノリティに対するヘイト・スピーチという一方向なものとなり、支配的集団の構成員に対する言葉の攻撃については、対抗言論を含む言論の自由市場にその是非が委ねられる。そして法規制が一方向であるのは、人種的優越の思想、ひいては人種的言論が悪であって、このことが共通の歴史的

8) Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story* in M. J. Matsuda, C. R. Lawrence III, R. Delgado & K. W. Crenshaw, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment* 20-26 (1993).

9) *Id.* at 35.

認識により普遍的に受け入れられているからである¹⁰⁾。

マツダが指摘するように、人種的ヘイト・スピーチは、その対象者に対する人種的劣等性を示すものであって¹¹⁾、それによって対象者（正確に言えば、対象集団の成員）が社会における日常生活を十分に送ることのできない状態に追い込まれるものである。ゆえにヘイト・スピーチには、侮辱や暴力に結びつく、あるいは暴力そのものであるという評価もある。

このような特徴を持つにもかかわらず、人種的ヘイト・スピーチに法的保護を与えることは不適切である、と彼女は主張する。すなわち、人種主義を法的に保護することは、3つの法理論的な要素——①修正第1条の例外を限定すること、②平等と自由という価値の衝突を認識しないこと、③人種的ヘイト・スピーチの保護をステイト・アクションの一形態としてみないこと——の中に見出せるとして、①については、人種的ヘイト・スピーチの保護は対抗言論のような私的な救済手段にアクセスできない人種的ヘイト・スピーチの犠牲者に対して、他の者より重い負担を負わせることになる、②については、犠牲者の物語に耳を傾けていない、③については、人種的ヘイト・スピーチの保護、すなわち政府が人種的ヘイト・スピーチを黙認し、犠牲者を救済しないことで、政府はそうした言論を促進するのであって、ここに公的行為が存在すると主張する。その上でマツダは、人種主義の犠牲者の物語は人種主義を打ち破るのに特別な価値があること、また人種的言論の規制が可能、かつ、必要であることを訴えるのである¹²⁾。

もう少し別の側面からも見てみよう。“Words That Wound”の著者の1人であるデルガド (Delgado) は、人種差別の害悪は公然たる尊厳に対す

10) *Id.* at 35-38, 50.

11) ヘイト・スピーチの人種的劣等性については、*See, e.g., Wells, Whose Community? Whose Rights?— Response to Professor Fiss*, 24 *Cap. U. L. Rev.* 319 (1995); *Tsesis, The Empirical Shortcomings of First Amendment Jurisprudence: A Historical Perspective on the Power of Hate Speech*, 40 *Santa Clara L. Rev.* 729 (2000).

12) *Matsuda, supra* note 8), at 47-50.

る攻撃であって、法がこのことを過小評価していると批判する¹³⁾。デルガドは、エマースンのいう表現の自由の4つの機能という点から、①人種的ヘイト・スピーチは、個人の自己実現を阻害するばかりでなく、そもそも自己実現の核心でない、②修正第1条の保護は「政治的」言論に及ぶのであって、ヘイト・スピーチは対話的なものではなくこれに該当しない、③ヘイト・スピーチは社会の序列化と政治的権力の不平等を生じさせ、社会構成員の参加機会を阻害する、④ヘイト・スピーチは加害者のモラルを低下させ、被害者の社会参加を阻害すると指摘して、人種的ヘイト・スピーチが表現の機能を果たさないと述べる。ヘイト・スピーチがマイノリティの公的議論への参加を実質的に排除するものであることから、人種的侮辱に対する独自の不法行為訴訟を提唱する。そして、その訴訟が「高度な政治的伝統と道徳的価値の一部である人格や平等な市民権という利益を保護し、それによって各人の尊厳や精神的高潔さに対する攻撃から自由に生活する権利を肯定する」と述べる¹⁴⁾。デルガドの指摘は、人種的ヘイト・スピーチがその対象者（集団）の尊厳を傷つけるものであって、ゆえに表現の自由で保障されるものではないというものである。

このようにデルガドもマツダも、人種的ヘイト・スピーチがその被害者に与える人格や尊厳に対する悪影響に注目した上で、法規制による解消が修正第1条に抵触しないことを示しつつ、その実現を強く訴えるものといえよう。ここで言及された人種的ヘイト・スピーチの性質については、人種主義打倒に特別の価値を見出すかはともかくとして、規制に積極的な姿勢を示す論者には共通するものである¹⁵⁾。

13) Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling* in M. J. Matsuda, C. R. Lawrence III, R. Delgado & K. W. Crenshaw, *supra* note 8).

14) *Id.* at 107-110.

15) 尊厳に対する安全の確保という観点から、ヘイト・スピーチ規制を認める立場として、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

(2) 集団と個人

ヘイト・スピーチの問題を検討する上で、しばしば個人と集団の関係が注目される。リベラルな立場であれば、個人を基礎とした理論を組み立てることから、集団誹謗、すなわち集団に対する名誉毀損は、その対象となる集団の構成員に対する人格的利益や尊厳に対する攻撃と捉える。例えば、ウォルドロンは、「集団に対する文書名誉毀損は、平等な立場の規範的基礎を直接的に攻撃し、集団の成員を、彼らの属性的特徴を人間以下のものにおとしめ、彼らを虫けらや動物として描き出す悪意に満ちた特徴づけによってのしる」。そして、評判に対する攻撃は、「地位、すなわちしっかりとした立場をもつ社会の成員としての人の地位の問題であり、そしてその地位にふさわしい承認と取り扱い」の基盤という意味での「尊厳」、「影響を受ける人々の尊厳に対する攻撃」である¹⁶⁾。

個人と集団との関係でいえば、次のラッソン (Lasson) の説明も同趣旨であろう。「諸個人と彼らの所属する集団・団体との間には、密接な関係がある」¹⁷⁾。そして「社会が集団に対して破壊的な攻撃を許容するとき、その集団に所属する諸個人が苦しむことは避けられない。ユダヤ人や黒人が集団として誹謗される場合、話者の標的は個々のユダヤ人や黒人である」。人種やエスニック・アイデンティティという理由で誹謗表現をする者は、「彼ら〔誹謗される者〕が先祖を選択してこなかった」ことを、「軽蔑の主観的な源泉というよりはむしろ、客観的事実と考えることは少ない。このように集団の個々の構成員は、誹謗表現にますます傷つくことにな

という危害」(みすず書房、2015年)を参照。彼によれば、集団に対する文書名誉毀損を禁じる法律は、秩序ある社会に存在する「正義に対するお互いのコミットメントに関して」持つべきである「公的な安心」を、「ひどい形をとった侮辱、攻撃、指揮統制された挑戦に対抗して保護するものだと考えることである」。同119頁。

16) ウォルドロン・前掲注15)69-72頁。

17) Lasson, *Racial Defamation as Free Speech: Abusing the First Amendment*, 17 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 11, 39 (1985).

る」ために、こうした害悪から救済される権利を有する¹⁸⁾。ウォルドロンやラッソンのように、個人のアイデンティティがその所属する集団のそれと密接な関係にあることを捉えて、集団に対する攻撃を当該集団に所属する個人のそれとみなし、そうした攻撃に対する法規制を主張する見解がある。

コミュニタリアニズム (communitarianism) の観点から、集団誹謗に対する法規制を正当化する立場も存在する¹⁹⁾。1988年にハーバード・ロー・レビューに掲載されたノートである。このノートの整理によれば、コミュニタリアニズムとは「集団の構成員であることが個人の自律 (autonomy) の前提条件であり、「各個人がどのように生きるかについて思慮深く、慎重な選択をする能力は、各個人の所属する構成的な (constitutive) コミュニティに事実上含まれている共通の意味によってのみ発揮できる」という考え方である²⁰⁾。そしてコミュニタリアニズムの観点からは、これらの共通の意味を保持することが政府の重要な役割となる²¹⁾。このコミュニタリアニズムは、リベラリズム——個人の自律が自己のアイデンティティに基づいて決定され、政府の目的は個人の自律が可能である最も広い範囲であるように保障する——とは、異なる思想である²²⁾。

このノートによれば、集団に対する中傷は、個人と政治的コミュニティ全体に対して、深刻な害悪を引き起こす。前者についていえば、人種あるいは宗教集団は、その構成員が人生に関する合理的な選択をする上で不可欠な見方や価値を提供し、構成員の自由を支えているため、そのような中傷に寛容でいることは、中傷された集団の構成員の人格を十分に尊重せず、

18) *Id.* at 40-41.

19) Note, *A Communitarian Defense of Group Libel Laws*, 101 Harv. L. Rev. 682 (1988).

20) *Id.* at 700.

21) *Id.* at 690.

22) *Id.* at 687-689.

自律を成し遂げる力を損なう。また後者についていえば、集団に対する中傷はコミュニティの概念に固有である平等の理念を汚すものであり、そのような表現に寛容でいることは、標的となった人に対して、政治的コミュニティの平等な構成員であることを否定し、個人の自由をサポートするという理解を崩す。それゆえコミュニタリアニズムは、法によって集団に対する中傷を規制すべきだ、と主張するのである²³⁾。

これに対してリベラリズムの立場から、人種あるいは宗教集団に対するライバルを規制する法が、コミュニタリアンにより正当化された範囲を超えて、政治的集団を含む他種の集団に対する批判を制限する場合にも使用される可能性がある、という批判がありうる。しかし、このノートによれば、集団には「道具的」(instrumental) 集団——各個人の目的を追求する手段となる集団(職業、教育、政治)——と、「構成的」(constitutive) 集団——構成員のアイデンティティの形成に影響のある集団(人種、宗教)——の2種があり、後者に対する中傷のみが規制されるべきである。そしてこうした規制が正当化されるのは、当該中傷がすべての個人の平等なメンバーシップを尊重することと調和しない言論だからである²⁴⁾。

集団をどう捉えるかは、個人を基盤として理論構築を図る立憲主義憲法学にとって、そもそもの大きな課題である²⁵⁾。集団に属する構成員の属性に注目する場合と、集団そのものに注目する場合とでは、表現の自由の保障目的である「個人の自律」の理解に差異をもたらす。前者の場合には、いろいろな属性をもつ各人が自己のアイデンティティによって個人の自律を形成すると捉えるのに対して、後者の場合には、所属集団の存在が構成員個人の自律を形成する前提条件になると捉える。ヘイト・スピーチ規制

23) *Id.* at 690-692.

24) *Id.* at 692-694.

25) 人権論における集団の扱いについては、例えば、横田耕一「『集団』の『人権』」公法研究61号(1999年)46頁以下。

が人格的利益や尊厳を確保することにあるならば、「個人の自律」に関する理解の違いは規制の範囲や正当化に差異を生じる可能性がある。そして、後者の場合にはもちろんのこと、前者の場合でも集団に対する人格的利益の侵害が個人に対するそれと同視できるという評価を与えるのであれば、ヘイト・スピーチに対する法規制は容易になるであろう²⁶⁾。

2 平 等

(1) 憲法上の平等の要請に応えるヘイト・スピーチ規制

平等に着目して、ヘイト・スピーチに対する法規制を正当化する戦略がある。このタイプの戦略をとる論者の1人が、“Words That Wound”の共著者ローレンス（Charles R. Lawrence III）である。彼はヘイト・スピーチ規制の中心的問題を、自由な言論と平等との間のバランスの問題と捉えた上で、従来の議論が平等に対する注意を払ってこなかったことを指摘する²⁷⁾。

26) ヨーロッパ諸国がヘイト・スピーチ規制に積極的である理由の1つは、尊厳、人格の保護、平等といった諸価値を強調するためであるとした上で、米国における幾分原始的な個人像と対比しつつ、ヨーロッパにおける個人・市民と集団・コミュニティとの結びつきを強調する。Douglas-Scott, *The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches*, 7 Wm. & Mary Bill Rts. J. 305, 343-345 (1999).

なお、ポウスト（Post）は、民主的な自己統治の過程にとって、各人が自己決定をし、それらを調整し合意に導くための開かれたコミュニケーションの構造（パブリック・ディスコース）が必要であるところ、コミュニティがその構成員のアイデンティティに対して規範を教え込むのだとすれば、パブリック・ディスコースにおけるコミュニケーション手段に関してコミュニティと民主制との間には明らかな緊張関係があるという。Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 Wm. & Mary L. Rev. 267, 278-290 (1991).

27) Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus* in M. J. Matsuda, C. R. Lawrence III, R. Delgado & K. W. Crenshaw, *supra* note 8), at 55-58. ローレンスの見解についての本稿の記述は、拙稿・前掲注5)③論文139-140頁をもとに執筆している。

ローレンスによれば、人種主義的言論の規制の是非を決める最良の方法は、自由な言論（修正第1条）と人種的平等（修正第14条）を直接衡量することである。そして、彼は衡量する上で人種主義的言論の性質や程度に着目して、人種主義的言論が標的となった者に対して明らかな害悪——心理的害悪（生活のあらゆる面で不安や恐怖という深い傷跡・感情をしばしば引き起こす）、名誉侵害、平等な教育の機会の否定——を引き起こすとし、これら害悪に対して法による救済の必要性を指摘する。そしてローレンスは、人種主義的言論がマイノリティの言論を沈黙させたり、またその価値を減じたりすることによって、思想の自由市場を歪め機能させないようにし、また標的となった集団の構成員を沈黙させることによって、市場に入る言論の総量を減らすものだという²⁸⁾。さらにヘイト・スピーチが既存の階級システムを維持する目的・効果をもって使われた場合には、修正第14条で表明された十分かつ平等なシティズンシップ（citizenship）という価値が侵される²⁹⁾。以上より、人種的ヘイト・スピーチが許容されなければならないという考え方は、黒人等のマイノリティに対して、良き社会のために負担を負わせることになる³⁰⁾。

このようにローレンスは、不合理な人種主義が存在する中での人種主義的言論はその受け手にとって深刻な害悪を与えること、そして、その害悪が思想の自由市場を歪めるといったマイナスの効果があることを指摘した上で、平等の価値を積極的に保障するために人種的ヘイト・スピーチ規制を正当化する（この点は1で見たマツダも同様である）。ただし、彼の議論の特徴は、平等を憲法上の要請と捉え、その平等の前には「思想の自由市場」を貫徹する論理に一定の限界があることを明確にした点である。

28) Lawrence III, *supra* note 27), at 71-79.

29) Lawrence III, *Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment*, 37 Vill. L. Rev. 787, 792 (1992).

30) Lawrence III, *supra* note 27), at 80.

(2) 平等と自由の調節を目指して

次にヘイト・スピーチ規制を検討する上で平等を重視するものの、極端な平等の重視に慎重な姿勢を示す Accommodationists (調節主義者) と呼ばれる見解を見ておきたい。この見解は、表現の自由を重視する Civil Liberties Theorists と平等を重視する Civil Rights Theorists に、それぞれに問題があることを指摘する³¹⁾。この立場から論陣を張るのが、グレイ (Grey)³²⁾とマッサロ (Massaro) である。

まず Civil Liberties と Civil Rights は、それぞれどのようなものか。グレイによれば、両者の特徴はそれぞれ以下ようになる。一方の Civil Liberties は、「検閲に対して表現の自由を守ることに主たる関心があり」、政府が感情や自尊心等の保護を理由に言論に介入することをひどく嫌悪する。これは Civil Liberties が、公／私 (公私区分) を重視し、積極国家を市民的自由に対する比類のない、または、支配的な脅威と捉えるからである。他方の Civil Rights は、反差別法と社会政策——差別された「人びとに対するスティグマや侮辱といった害悪に主たる関心があり」、侵入行為から個人の自律・安全の領域を保護することよりも、潜在的にマージナルな構成員がコミュニティから排除されないことに、その主眼を置く。そして Civil Rights は政府の作為による平等保護を否定しない³³⁾。

2つの理論の対立について、グレイは次のように説明する。Civil Rights は、白人優越主義や黒人への強固な偏見には「誤った観念やイデオロギーが存在する」ことから、自尊心の保護を平等保護の核心と捉えるため、ま

31) Massaro, *Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma*, 32 Wm. & Mary L. Rev. 211 (1991). マッサロを検討した邦語文献に、長峯信彦「アメリカにおける人種差別的ヘイトスピーチ——調節主義の提案——」憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討』(敬文堂, 2000年) 129頁。

32) Grey, *Civil Rights vs. Civil Liberties: The Case of Discriminatory Verbal Harassment*, *Social Philosophy and Policy* Vol.8 Issue 2, 81, 91-92 (1991).

33) *Id.* at 82-83.

た、市民社会における人種等の偏見に基づく頑迷な慣行の浄化を求めるため、差別法の領域では公／私という憲法上の語法が崩壊する傾向にある。これに対して Civil Liberties は、Civil Rights が言論／行為（言論と行為の区分）、公／私を無視することを問題視する。ただし、グレイの分析によれば、現行法では雇用・住居・教育・宿泊施設等の私的領域でも差別が禁止されることから、Civil Liberties は敵対的環境差別（hostile environment discrimination）に関する現行法を否定しない³⁴⁾。

しかし、グレイは相対立する両者の必要性を説く（Civil Rights アプローチに傾くが）。一方では、反差別法の中立性を確保するために「疑わしい分類」（suspect classifications）——個人の特性に基づく区別——による除去を強調し、他方では、自由な言論法の結果を志向して思想の自由市場における不完全性の修正を行う。このように Civil Rights アプローチのプ

34) *Id.* at 97-101. 私立大学スタンフォード大学の規則には、①性別、人種等に基づき、個人または少数の人びとに対して、侮辱し、スティグマを押しつける意図を持つ、②個人または少数の人に直接向けられる、③侮辱的もしくは闘争的な言語または非言語表現をする、という3条件を満たした表現は、差別的なハラスメントを構成すると規定されていた。Grey, *How to Write a Speech Code Without Really Trying: Reflections on the Stanford Experience*, 29 U. C. Davis L. Rev. 891, 948 (1996). グレイは、この規則が表現のきわめて狭いカテゴリーを禁止するにとどまり、通常キャンパスの聴衆に向けられるひどいヘイト・スピーチでさえも規制を免れることになるを指摘する。Grey, *supra* note 32), at 91-92. 例えば、白人学生が黒人学生に面と向かって「おまえは劣っている、ここにいないべきではない」ということは許されないが、KKKやネオナチのデモは許される。グレイによれば、この規則は、政治的言論、漠然性、萎縮効果といった Civil Liberties の関心に合致し、ハラスメント・ルールの侵害という Civil Rights の関心にも合致する。*Id.* at 94-95. その一方で、この規則は、米国における支配集団と従属集団の非対称性という社会関係の排除を目指す Civil Rights を具体化するものではなく、また Civil Rights の特徴たる反人種主義を採用することから Civil Liberties のいう内容および観点の中立性という原則と衝突する。*Id.* at 96-97. そのためスタンフォード大学規則は、Civil Liberties からは修正第1条の原理に高いコストを求めるものだと批判され、反対に Civil Rights からは申し訳程度の努力をするものだと批判される。*Id.* at 104.

プロジェクトは、Civil Liberties アプローチの枠組みの中で具体化されると考える。Civil Rights は法を主として人種主義の廃絶に向けての道具と考えるのに対して、Civil Liberties では権利が十分に実現している社会がどのようなものかは明確でない。グレイはこの両者の中間に答えを求めて、禁止される差別的ハラスメントが十分に狭いものであれば、実質的な中立性が維持され、ヘイト・スピーチ規制は許容されるという³⁵⁾。

もう1人の調節主義者マッサロは、2つの理論の問題点を次のように指摘する。すなわち Civil Liberties は、規制できる言論の正当化を物理的暴行のアナロジーに依拠するため、「人種主義的あるいは他の悪質な侮辱やののしり言葉」が引き起こす害悪による「人の苦しみ」の扱いが不完全であるという。彼曰く、リベラルの思考は、「人の苦しみ」を狭く理解し、基本的に侮辱的言論それ自体を規制に値するような人を傷つける害のないものと評価するが、彼らもヘイト・スピーチに対する「不寛容がリベラルな社会の基本的な社会条件を脅かしうることも認識している」³⁶⁾。しかし、Civil Liberties は、ヘイト・スピーチの「害悪を除外したり、減少させる最良の方法がどのようなものであるか、ということについて明確な答えを与えていない」³⁷⁾。

マッサロによれば、それゆえ調節主義は、真の平等が欠如している場合には平等が言論に優越すること、すなわち「ヘイト・スピーチの犠牲者に対する害悪は深刻であり、こうした言論を社会が許容する価値はわずかである」ことから、害悪と言論の価値とを衡量し、ヘイト・スピーチ規制に賛成する Civil Rights の立場に与する³⁸⁾。しかし調節主義は、規制をマイ

35) *Id.* at 83, 102-103.

36) Massaro, *supra* note 31), at 229-230.

37) *Id.* at 248.

38) *Id.* at 230-235. なお、喧嘩言葉とは、聞いた者が暴力に訴えるような反応を惹起するような言葉である。連邦最高裁によれば、喧嘩言葉はわいせつ表現および名誉毀損的表現とともに、修正第1条によって保護されない言論とされる。Chaplinsky

ノリティに対するヘイト・スピーチに限定するという一方向とする点（マツダの議論を想起せよ）で、また、ヘイト・スピーチの中でも人種のその害悪を重視して「人間の苦しみ」にランク付けを行う点で、厳格な Civil Rights アプローチの採用に躊躇する³⁹⁾。

そこで調節主義者の採用した立場は、「基本的に既存の憲法の枠内で作用する Civil Rights」である。この立場は、ヘイト・スピーチを検閲の適切な対象としつつも、しばしば集団誹謗法による規制に賛成しない。というのは、彼らの提案は基本的に、集団そのものを保護するのではなく、人種、性別、宗教等の「保護されるべき属性に基づき、直接に遭遇したときに個人または小集団を標的とした、意図的な中傷の規制を求める」ものだからである。調節主義者の提案は、具体的に、適切な言葉で書かれている（tightly worded）点、規制される文脈が明確にされている点、また、喧嘩言葉（fighting words）の法理や故意に感情的苦痛を与えた場合の不法行為理論と密接に結びつけられている点に、その特徴を有するのである⁴⁰⁾。

このように調節主義者は、思想や言論を基本的に「思想の自由市場」の論理に基づいて評価するものの、ヘイト・スピーチの害悪を承認して、それを「思想の自由市場」の論理の例外に位置づける。しかし、この立場は、表現の自由の枠内で平等を考慮するスタンスを採用する点で、憲法上の要請である平等の前に「思想の自由市場」は道を譲ることもあると考えるローレンスとは異なる。具体的な法規制においても、調節主義者とローレンスとは、どのような者に対する中傷を処罰するか、という規制の対象に関して差異を生じる可能性がある。

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

39) Massaro, *supra* note 31), at 241-248.

40) *Id.* at 249-252.

3 奴隷制度の痕跡の除去

次は、修正第13条の利益・価値に着目し、ヘイト・スピーチ規制を正当化する戦略を見ていこう。この戦略を描くアマー（Amar）とモデスト（Modeste）⁴¹⁾によれば、修正第13条は奴隷制度の痕跡を除去する目的で制定された規定であって、この目的達成のための人種的ヘイト・スピーチに対する法的規制は正当化される。

モデストによれば、人種的ヘイト・スピーチは、黒人の劣等、不寛容、知的無能力等を当然視する言論であり、奴隷制度の基礎にある信念を明らかに永続化させるものであるため、「奴隷制の標章」（badges of slavery）である。つまり人種的ヘイト・スピーチは、黒人の能力や業績を常に問題視するため、自らの願望をくじく世界に彼らを直面させる点で奴隷制度と同様であり、修正第13条の起草者の描いた白人と同様の特権や平等を享受できなくさせるものである⁴²⁾。またアマーも連邦議会や連邦最高裁の見解にふれつつ、人種的ヘイト・スピーチを修正第13条の禁止する「奴隷であることの標章」（badges of servitude）と捉えることの重要性を指摘する⁴³⁾。

それでは修正第13条は人種的ヘイト・スピーチをどのように捉えるのか。モデストによれば、米国では言論の自由の下で「奴隷であることの標章」が保護され続けているので、連邦議会は「奴隷制度のすべての標章」を除去するための修正第13条の責務を認識すべきであるという。そして人種的ヘイト・スピーチを「奴隷制の標章」と捉えないことは、修正第13条を不合理なものとするところから⁴⁴⁾、「修正第13条は、連邦議会が人種的ヘイ

41) Amar, *The Case of the Missing Amendments: R. A. V. v. City of St. Paul*, 106 Harv. L. Rev. 124 (1992); Modeste, *Race Hate Speech: The Pervasive Badge of Slavery That Mocks the Thirteenth Amendment*, 44 How. L. J. 311 (2001). アマーとモデストの見解についての本稿の記述は、拙稿・前掲注5)③論文140-142頁をもとに執筆している。

42) Modeste, *supra* note 41), at 341-342.

43) Amar, *supra* note 41), at 156-157.

44) *Id.* at 346.

ト・スピーチを禁止するように（表現の自由とは）独立した命令を与えている」と主張する⁴⁵⁾。また、アマーによれば、R. A. V. v. City of St. Paul⁴⁶⁾で問題となった十字架焼却や“nigger”といった言葉は修正第13条の禁止する「奴隷であることの標章」であり、それゆえ法規制が認められるとし、これによって喧嘩言葉を越えた規制が可能になる⁴⁷⁾。

このように修正第13条に着目し、ヘイト・スピーチ規制を正当化する立場は、まず同条を奴隷制度の痕跡の排除のための規定と解し、この規定から奴隷にはならない憲法上の権利を観念する見解もある。そしてこの修正条項は、私的領域を規律し、国家による規制を容認するものと理解されることで、国家に対する防禦権という憲法上の規定の、いわば例外規定と解され、言論の自由を保障する修正第1条とは別個の論理を提供する。人種的ヘイト・スピーチは、黒人の劣等、不寛容、知的無能力等を当然のこととする言論で奴隷制度の基盤にあると捉えられ、修正第13条の禁止する「奴隷の標章」または「奴隷であることの標章」に該当し、それには同条の論理が適用される。その限りで表現の自由の保障は及ばない。すなわち政府は、「奴隷の標章」または「奴隷であることの標章」たる人種的ヘイト・スピーチを規制する憲法上の義務を負う。換言すれば、修正第13条という憲法上の権利ないし利益を保障するために、表現の自由の保障が制約される。ただし、それは修正第13条の禁止する標章に該当する人種的ヘイト・スピーチに限定されることになる。

このように理解しても、表現の自由の観点から問題は生じない。モデストによれば、マジョリティとマイノリティの力関係を考えたときに、人種的ヘイト・スピーチに対してマイノリティが反論することは深刻な身体的危害や死を引き起こしうる。ゆえにこのような言論に対して、対抗言論で

45) *Id.* at 348.

46) 505 U.S. 377 (1992).

47) Amar, *supra* note 41), at 155-157.

は問題が解消しない⁴⁸⁾。すなわち人種的ヘイト・スピーチは、「奴隷制度の基礎たる標章」と理解され、深刻な被害をもたらすものであるがゆえに、国家による規制が必要とされる。これは、そもそも思想の自由市場に委ねる問題でないのである。

4 マイノリティの表現の自由

最後にヘイト・スピーチを行う者の表現の自由とその受け手の表現の自由との対立から、ヘイト・スピーチ規制を正当化する戦略を見てみよう。これら2つの表現の自由は、いずれも憲法上の表現の自由と観念されている。2つの表現の自由の対立・調整をどのように理解するのか。ここではゲイル (Gale) とフィス (Fiss) の議論を検討したい⁴⁹⁾。

修正第1条の平等基底理論を主張するゲイルの議論から見てみよう⁵⁰⁾。ゲイルによれば、差別的言論の規制を認めない従来表現の自由理論は、自由・中立・公開を謳うが、実のところ既存の社会的・政治的支配—従属関係を補強し、偏見と不平等を正当化するものである⁵¹⁾。またそれは、①平等が民主主義に資するとの視点がなく、現代における自由言論の実際の配分を無視している点、②私的言論が政府言論よりも害悪が少ないことは明白でないと思われるが、個人の自己決定と相容れない強制からの自由を保護しない公／私などの区分に依拠する点で問題がある。結局のところ、表現の自由絶対主義者は、人種的言論の犠牲者の自由・平等よりも、話し手の自由を選択して保障するものと評価する⁵²⁾。

48) Modeste, *supra* note 41), at 344-345.

49) ゲイルとフィスの見解についての本稿の記述は、拙稿・前掲注5)③論文143-146頁をもとに執筆している。

50) Gale, *Reimagining the First Amendment: Racist Speech and Equal Liberty*, 65 St. John's L. Rev. 119 (1991).

51) *Id.* at 140.

52) *Id.* at 146-153.

ゲイルは、そもそも「平等という観念が、修正第1条の構造の中に組み込まれている」という「修正第1条の平等基底理論」を主張する。この理論は、自由言論の保障を実現する重要性から、修正第1条が私的な偏見構造（表現等への平等なアクセスに対する障壁）さえ取り除くことを正当化する。この理論に対して、自由言論は「政府や法によって課される規制からの自由」を意味するはずだという批判が考えられるが、そうした批判は当たらないという。その第1の理由は、「自由」には「積極的自由（自己の生活・決定を制御する自由）」が存在し、かつ、この自由が修正第1条に含まれるとすれば、政府と関係のない社会的な抑圧から自由を保護することができ、自由言論の目的である「個人の自律」に資するというものである。第2の理由は、偏見に満ちた私的言論は、犠牲者の自己決定と平等を直接阻害し、彼らの声を沈黙させることで公的議論（public debate）を間接的に貧しくさせるものであるため、州が偏見に満ちた言論のいくつかの形態を規制することで公的議論をより豊かにできるというものである⁵³⁾。しかもゲイルは、修正第1条の平等基底理論が、修正第14条の平等保護によって強化・活発化され⁵⁴⁾、犠牲者の自由と平等の権利および我々の社会

53) *Id.* at 154-158. ゲイルによれば、「自由言論の平等基底理論」に対しては、リベタリアンからのさらなる批判が考えられるという。それは、①従属者集団よりも支配者集団の方が自分たちの優越を強調するために政府を利用することを考えれば、政府の規制は従属者集団の保護に資するとは限らない、②規制には萎縮効果（chilling effect）がある、③自由の平等理論といっても、政府に対するものとして理解されるべきだ、というものである。ゲイルは①②について、規制範囲を明確にすれば自由言論の価値を破壊することにならない、また③については、支配者集団・個人の抑圧的言論を制限すれば、従属者集団・個人の言論を促進することになるので、修正第1条の諸目的により適合する、と反論する。*Id.* at 158-161.

54) *Id.* at 161-163. ゲイルは、修正第14条が州による偏見を抑制するものであったとしても、政府が私的な偏見行為を維持するようなシステムに対して何の措置もとらないことは、そうした不作為によって政府が偏見をサポートすることになる、また、修正第14条がアフーマティヴ・アクションの原理を組み入れる限り規制へとシフトすると述べる。

を継続的に再構築する民主的対話に対する重大な害悪を防ぐために、ある種の人種的言論に対する政府の規制を許容するものと述べる⁵⁵⁾。

ゲイルが表現の自由の背後に平等を観念する議論を展開するのに対し、自由と自由の衝突、その衝突を解決するための国家の役割という視点からヘイト・スピーチ規制の問題を論じるのがフィスである⁵⁶⁾。フィスによれば、従来の議論では、州は話し手を沈黙させる存在であり、抑制されるべき対象であったが、いまや自由に影響力を持つ私的権力から弱者の自由を守る存在でもある。つまり、政府は自由の「敵」として活動する場合と、「友」として活動する場合がある、ということになる。それゆえフィスは、この2つの場合の線引きを探求する必要性を説く⁵⁷⁾。

フィスによれば、ヘイト・スピーチは、犠牲者とその者の属する集団の価値を減じ、公的議論を含む市民社会における活動への十分な参加を阻害する。それゆえヘイト・スピーチ問題の解決にとって、対抗言論はむなし結果に終わり、規制が必要とされる。そして彼は、州のヘイト・スピーチ規制を、自由と平等の対抗の問題でなく、自由と自由の問題と捉えた上で、言論の自由を制約するものではなく促進するものと考え。というのはヘイト・スピーチ規制は、マイノリティ集団に対して言論の自由を確保することで、公的議論への参加の十分かつ平等な機会を促進するからである⁵⁸⁾。したがってフィスによれば、ヘイト・スピーチ規制の問題は、修正第14条ではなく、修正第1条に根差した問題になる⁵⁹⁾。

修正第1条の下での言論の自由には、州が表現内容に基づいて人びとの選択を制御してはならないという内容中立性の原則が存在する。フィスに

55) *Id.* at 164.

56) O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996).

57) *Id.* at 2-4.

58) *Id.* at 11-16.

59) *Id.* at 18.

よれば、この原則は、州がある結果を出すべく議論を歪める目的で権力を行使することに基本的な関心があるものなので、ヘイト・スピーチのようなそもそも議論を歪めるような私人の言論を州が規制する場合にまで拡大されるべきではない⁶⁰⁾。というのも、「修正第1条が神聖なものとする民主的な自己統治の原理は、単に市民の選択ではなく、十分な情報を持ち、熟慮するにふさわしい状況の下でなされた選択を保障する」⁶¹⁾。彼は、そのためにも修正第1条が、州による権力の濫用を抑止するメカニズムであると同時に、公的議論の力強さを促進するものであって、民主的価値を促進させるための規制を含むべきであると考え⁶²⁾。

以上、ゲイルやフィスが2つの表現の自由の対立・調整をどのように理解しているかを見てきた。両者は、修正第14条に対するスタンスに差異があるものの、修正第1条下の表現の自由が話し手の自由絶対主義を貫徹するものではない点で一致する。すなわち差別的言論は、その対象となった者の声を沈黙させる効果を持ち、公的議論への参加の十分かつ平等な機会を直接的に阻害するものと理解される。それゆえ修正第1条には、そうした言論を規制して、公的議論への参加の十分かつ平等な機会を促進する役割も含まれると解する。

この点はローレンスも次のようにいう。ローレンスによれば、R. A. V. 事件における十字架焼却の目的は、黒人家族との対話を図ることではなく、差別的効果を持ちつつ当該家族を怖がらせ、コミュニティから追い払い、居住の人種的分離を行うことなどであって、そこには言論を規制する上でやむにやまれぬ政府利益がある⁶³⁾。ヘイト・スピーチは、十字架焼却を見

60) *Id.* at 21.

61) Fiss, *The Supreme Court and the Problem of Hate Speech*, 24 CAP. U. L. REV. 281, 288 (1995). See Fiss, *supra* note 56), at 23.

62) *Id.* at 1-4, 17-19.

63) Lawrence III, *supra* note 29), at 788-797.

た黒人を沈黙させるゆえ、平等の利益だけでなく、修正第1条も侵害する。黒人家族がある通りに引っ越し、家や隣人を選択したとき、「私たちはここにいる。私たちは誇り高き黒人家族で、ここに住みたい」という発言は、自己表現であり、自己決定の表れである。また、黒人家庭はセントポール市の政治的ディスコースに新たな声をもたらすが、十字架焼却はその民主過程を悪化させるものだといえる⁶⁴⁾。

5 小 括

(1) ヘイト・スピーチの特質と憲法観の転換

なぜヘイト・スピーチ規制を行うのか。本稿で言及した範囲でその理由をまとめておこう。第1に、ヘイト・スピーチの特質が規制に値すると考えるからである。すなわち、ヘイト・スピーチ規制に積極的な論者は、ヘイト・スピーチがその対象者に人格や尊厳に対して害悪に与える言論または行為である（人種主義思想の独自性を強調するものもある）ことから、また、それが思想の自由市場における言論の流入を阻むものであることから、法規制による解消が修正第1条に抵触しないことを示しつつ、その法規制の実現を強く訴える。ただし、そこで規制の対象とされるヘイト・スピーチについては、批判的人種理論を唱える論者や修正第13条に規制の根拠を求める論者は、人種的ヘイト・スピーチについて論じるが、他方で、調節主義者は人種以外のヘイト・スピーチも検討の対象に置いている。

第2に、論者によっては、規制の積極性を唱える上で憲法観を転換し、国家の積極的役割を承認するからである。ヘイト・スピーチに対する規制を正当化する際に、ローレンスやアマー、モデスト、ゲイルのように表現の自由とは異なる憲法上の要請を持ち出す戦略をとる場合、思想の自由市場の重要性は相対化され、国家が私人からの自由を確保すべく積極的活動

64) *Id.* at 799-801.

を行う（特に、修正第14条の平等を根拠に、ヘイト・スピーチ規制に対する国家の積極的義務を主張する立場が存在することについても、ここで併せて確認しておく）。そこでは、公／私を前提に理論を組み立ててきた憲法学はその理論枠組みに大幅な修正を迫られることになる。すなわち、憲法上の「自由」は妨害排除にとどまらない意味を付与され、「個人の自律」を確保することも国家の役割になる。それゆえ、私人の人種差別的行為に対して政府が沈黙し何の措置も講じないことは、そうした不作為によって政府がその差別を促進しサポートすることになる、というローレンスやマツダ、ゲイルのような見解が登場するのである。国家権力を制限する規範としての憲法は、その役割を大幅に変更されることにならう⁶⁵⁾。

(2) 平等という視点について

最後に、平等に着目してヘイト・スピーチに対する法規制を正当化する戦略について、コメントしたい。

第1に、規制の一方向性（非対称的規制）についてである。すなわち、人種的ヘイト・スピーチを法によって規制する場合に、それは人種的マジョリティのマイノリティに対するヘイト・スピーチに限定してもよいのか、という問題である。規制消極主義や規制に積極的な立場でも調節主義を唱える論者は、このような一方向性に慎重な姿勢を示す。例えば、修正第1条の観点から十字架焼却が保護に値しない理由について、それが暴力

65) ヘイト・スピーチを規制する理由について、〈人種主義という思想は普遍的に非難されるため独特の (*sui generis*) ものである〉、〈人種主義的思想を規制しないことが人種主義的言論を象徴的に支持したことになる〉、〈人種主義的思想を自由に表現することは憲法上の平等に対する責務と一貫しない〉という整理がある。Post, *supra* note 26), at 291-292. また、邦語文献では、米国の議論を参照しつつ、ヘイト・スピーチのもたらす害悪として、①マイノリティに対するサイレンシングの効果、②不平等を構築する、③集団のアイデンティティ、または、それを背負った個人のアイデンティティを傷つける、という整理がわかりやすい。齊藤・前掲注4)185-191頁。

を惹起し喜ばない聴衆を生じさせること、および、その多くが政治的言論でないことに求め、喧嘩言葉に該当するからだとしばしば説明される。しかし、修正第1条は黒人に向けられたヘイト・スピーチが他のヘイト・スピーチと異なる取り扱いを受けるべき理由を説明しないと指摘される⁶⁶⁾。しかし、ローレンスは平等条項を根拠に規制の一方向性を認めるが、その場合でも修正第14条を根拠としてあげるだけでは説明が不十分で、さらなる説明が必要である。この点について、一方向規制を人種の少数者に対するアファーマティヴ・アクションと捉え、政府は誰がアファーマティヴ・アクションの利益を受ける資格のある「黒人」であるかを決定するとの説明がある。もっとも、アマーによれば、修正第13条に基づけば、人種的ヘイト・スピーチの非対称的規制は憲法上の障害が少ない⁶⁷⁾。

第2は、平等を理由に表現の自由に対する制約を考える場合でも、憲法の条文からは、規制を容認するために表現の自由よりも平等条項を重視しなければならない理由が理論的に導出されないことである。ヘイト・スピーチを規制する場合に、表現の自由の絶対主義に与しない限り、言論の自由という価値と規制を支えるために州によって促進される価値とのバランスを図らなければならない。この点、ヘイト・スピーチ論争に関わった従来の論者は、ヘイト・スピーチ規制を自由（修正第1条）と平等（修正第14条）の対抗と捉えている。しかし、フィスによれば、憲法は自由と平等のどちらを選択すべきかを示していないので、平等を重視するという理由でヘイト・スピーチ規制を正当化することはできないとし、どちらを重視すべきかは、原理的な解決方法はなく、選択の問題である。フィス自身は、この問題については、自由と自由の対抗の問題であって、言論の自由という共通の目的を達成するための問題であると見ることができるとする⁶⁸⁾。

66) See Amar, *supra* note 41), at 159-160.

67) *Id.*

68) Fiss, *supra* note 56), at 11-16.

Ⅲ ヘイト・スピーチ規制と憲法

Ⅲでは、ヘイト・スピーチ規制を巡る論点について整理し、規制積極主義と規制消極主義の分岐点を探る。このため、①公／私、行動／言論、②思想の自由市場、③規制手段（ヘイト・スピーチを解消する手段）、という3点から両主義の見解をまとめる。なお、規制積極主義については、Ⅱで説明していることもあり、基本的に簡単な整理にとどめ、規制消極主義について記述のスペースを割くものとする。

1 公／私、行動／言論

(1) 憲法学説はなぜ公／私にこだわるのか

調節主義者グレイが説明するように（Ⅱ 2 (2)）、ヘイト・スピーチ規制に消極的な者は、公／私を重視し、国家による積極的介入を市民的自由に対する比類のない、または、支配的な脅威と捉える。他方、規制に積極的な者は、公／私を重視して侵入行為から個人の自律・安全の領域を保護することよりも、その区分を崩してでも、政府の作為による平等保護を否定しない立場に立つ⁶⁹⁾。

それでは、憲法学説はなぜ公／私にこだわるのか。ステイト・アクション法理を論ずる学説の説明を借りよう。理由の1つは、政府が莫大な権力を持ち、強大な人権侵害をしようする存在だからである。政府による人権侵害と私的権力による人権侵害との間には質的な差異がある。つまり、政府は、

69) Grey, *supra* note 32), at 82-83. ヨーロッパでヘイト・スピーチ規制が積極的である理由の1つは、ヨーロッパのアプローチでは基本的に、国家が自由や民主主義、平等の実現を促進する役割を果たすという考え方に共感するからである。それゆえ国家が、憲法上の特定の権利を実現する際に——言論の自由の領域内であっても——、より積極的な役割を引き受けることも要求されるという分析がある。Douglas-Scot, *supra* note 26), at 345-346.

立法権、司法権、執行権といった広範かつ極度に強大な制度上の力を持ち、私的権力に比べてマイノリティの権利やプライバシーのような「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」存在である。しかも、政府の莫大な権力が常に人びとに対して適切な形で行使されることなど、どこにも保障されていない。したがって、憲法的価値の破壊を避けるために、憲法は政府の強大さに縛りをかける規範として存在する⁷⁰⁾。

憲法の対公権力性が持つ意味は、表現の自由にも当てはまる。修正第1条で保障される表現の自由は、私人ではなく、政府に対する防禦権である。すなわち、修正第1条によって、政府は人びとが話すことを禁止してはならないし、話したことによって罰してはならない。また憲法は政府が私的言論を沈黙させることを禁止する。沈黙させることは、話し手と聞き手双方に対して州の権力を行使することであって、他人に危害を与えない場合でも純粋な自律の利益を損なう。自由で公正な社会において、善の特定の理論を採用したり否定したりすることを強制できないという観点から、政府の規制は制限される。しかし、私的な強制や制限は、それが規制者の権利に基づく点で、政府によるそれとは基本的に異なるものである⁷¹⁾。

(2) 規制の特質

それでは、キャンパス・スピーチ・コードを手掛かりに、規制者による判断の特質について検討するフライド (Fried) の議論を見ていきたい。彼によれば、スピーチ・コードによって規制者たる大学が非難する考え方は虚偽や害悪のあるものだが、大学は虚偽や害悪のある考え方をすべて非難するわけではない。例えば、合衆国を圧制者としたり資本主義を搾取的

70) Jakosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 193, 222-224 (1984).

71) Fried, *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, 59 U. Chi. L. Rev. 225, 225-237 (1992).

な体制であると非難することが罰せられない一方で、当該コミュニティでは人種やジェンダーの点でなんらかの優越性を示すことは許されない。このように規制の対象とするかどうかの区別は、規制を公布する者がどのような考え方を虚偽と考えるか、また虚偽の中でどのようなものを表現できないものとするかについて決定する権限を、彼ら自身に割り当てていることを明らかにしている。有害な考え方を持つ者は抑圧され、また、政治的な力が示されることで、当該コミュニティの他の者は威圧される⁷²⁾。こうしてフライドは、言論規制の対象が規制者の考える有害なものに限定されるために、「有害」という点で規制者と異なる考え方を持つ者は抑圧され、自己の見解をコミュニティに問うことも許されないことを指摘する。

しかも、規制はその制定段階だけでなく、制定された規制の実施段階でも、規制者の考えが反映される。話を国家に戻せば、「いったんヘイト・スピーチ規制のための規則がそれを執行する人に対して与えるだろう実質的な裁量を認めると、我々は政府に誰の言葉を保護し、あるいは、罰するかを選択する権限 (power) を譲渡している。そのような自由裁量を持つ政府の権力は、基本的に自由な言論の保障と相容れない。いったん政府が内容に基づいていかなる言論でも罰することを許されると、自由な言論は権力を持つ者だけが行使できるものとなる」⁷³⁾。

以上のように、国家が表現に対して規制を加えることは、規制の対象を有害とする国家の判断がその前提にある。その結果、国家が有害と考える表現行為を行った者は、国家による抑圧の対象になる。言い換えれば、実際に規制の対象にされるのは、国家権力の行使をする者が有害と考える表現行為を行った者に限られるのである。

72) *Id.* at 245-246.

73) Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal?*, 1990 Duke L. J. 484, 538-539. 後に H. L. Gate (et al.), *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties* (1994).

(3) 表現に対する国家の判断を否定する

憲法で表現の自由を保障する観点からは、国家は表現に対して積極的に判断する能力を否定される。言論等の諸自由の大前提は、いかなる政府機関——司法機関でさえ——も、どのような個人の表現が社会的重要性を欠いているかについて決定する能力を持たないことである⁷⁴⁾。例えば、「表現の自由」理論の碩学エマースンは、集団誹謗法を、集団に対して侮辱的であったり、集団への憎悪などを引き起こす傾向にあるコミュニケーションを禁止する法と捉える⁷⁵⁾。彼によれば、こうした集団誹謗法には、政府が表現の社会的価値を決定する能力を持ち、政府が価値を十分に持たないと判断した表現を禁止する資格を持つとの前提がある。しかし、修正第1条の下では、政府はさまざまな社会的・政治的内容に関わる真実が何であるかについて、裁判官に決定させる役割を持たない⁷⁶⁾。

また、リチャードも次のように述べる。集団誹謗訴訟は、個人に対する誹謗の訴訟と比べて、発言の価値やそうした主張に対する反論の正当性について、抽象的な評価に関わる判断を国家（州）に要求する。言い換えれば、集団誹謗を禁止する法律は、話し手と聞き手のモラルに訴えている評価概念の中核領域において、国家（州）の規制を課すものである。もちろん国家（州）は、憲法上問題なく、差別禁止法の制定や憎悪を生まないための教育政策をすることができる。しかし、国家（州）が集団誹謗を法律で規制することは、我々の憲法的伝統の中で良心への尊厳がしめている地位と適合しない⁷⁷⁾。

これらの見解は言論に対する国家の積極的な評価を否定する。規制には

74) Pemberton, *Can the Law Provide a Remedy for Race Defamation in the United States?*, 14 N. Y. L. F. 33, 47-48 (1968).

75) T. I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* 391-392 (1970).

76) *Id.* at 397-398.

77) D. A. J. Richards, *Toleration and the Constitution* 190ff. (1986).

規制者の価値観が反映されるため、規制者たる国家の持つ価値観によって言論の認否が決定される。そのため「人種等の集団に対する言論を禁止しないことの危険があるにもかかわらず、そうした危険よりも人種等の集団に対する言論を抑圧することの危険はるかに大きい」⁷⁸⁾という指摘のように、国家が言論を抑圧する危険が大きく存在する。こうした状況で人種的ヘイト・スピーチに対する規制を支持することは、国家を言論の検閲者という地位に置き、また、良い言論と悪い言論とを明確にする権力にその濫用の機会を与えるものである⁷⁹⁾。ゆえに規制消極主義は、規制積極主義が公／私を無視ないし軽視することを問題視するのである。

(4) ローレンスとストロッシン①：ローレンス

米国において、ヘイト・スピーチに対する法規制と公私区分を前提した憲法の対公権力性との関係を最も問われているのは、憲法上の平等を重視して法規制を正当化する戦略である。この問題について、ローレンスは、*Brown v. Board of Education*⁸⁰⁾と1964年公民権法によって乗り越えようとする。憲法が公権力を制限する規範とする通常理解からすれば、私人に対してヘイト・スピーチ規制を行う文脈において、話者の表現の自由と対抗する利益を憲法上の利益と位置づける者は、憲法の対公権力性をどのように乗り越えるかを示さねばならないからである。ローレンスは、正当にもこのことを自覚している⁸¹⁾。彼は自身の見解に対する批判を予想して、

78) Pemberton, *supra* note 74), at 47-48.

79) See *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 25 (1971).

80) 347 U.S. 483 (1954).

81) 私人が守るべきヘイト・スピーチ規制に憲法上の価値が反映されているとすれば、その規制は憲法の対公権力性と衝突する可能性がある。日本においても憲法上の平等を理由にヘイト・スピーチ規制を主張する者は、規制を根拠づける憲法上の平等と憲法の対公権力性との関係について検討しなければならない。この問題については、拙著・前掲注5)『憲法の現代的意義』146-148頁。

あらかじめ自由な言論を重視する立場が依拠する思考枠組み——行為／言論，公／私——を批判する⁸²⁾。

その際に彼が注目するのは、公立学校の人種別学を違憲と断じた *Brown* 判決である。彼はこの判決が違憲と断じた理由を、黒人と白人を分離した行為にでなく、人種別学によって、白人が優れ、黒人が劣るというメッセージ——黒人児童は、汚らわしい階級に属する者であり、白人児童と一緒に教育を受けるのに適さない——に求める。そして、行為／言論に関していえば、ローレンスは、人種分離の害悪はそれが伝えるメッセージによって達成されるというが、言論になるのは、表現の要素を持つすべての行為ではなく、人種主義的行為に限定されるという。そして「白人の学校から黒人児童を排除すること……は行為と特徴づけられるけれども、[この] 行為は主として白人至上主義の思想を伝えることと関係がある。メッセージが単に不法な行為の副産物であるというよりも、非言論 (non-speech) 的要素が主なメッセージの副産物である」と説明する。つまりローレンスによれば、人種主義は100パーセント言論であり、かつ、100パーセント行為である。それは、白人優位のメッセージを伝えるからであり、また、人種を理由に非白人の自由を奪う社会的現実を構成するからである⁸³⁾。

また、公／私に関していえば、①従来の表現の自由論が内容規制に対しては厳格な態度で臨んでいたこととの整合性、②憲法の対公権力性すなわち「国家からの自由」の意味、その前提としての公／私理解という問題がある。ローレンスは、①について、人種主義的表現に対する内容規制を、厳格な基準で審査されるべき表現内容規制の例外と位置づけることで問題の解決を図る。彼によれば、*Brown* 判決は人種主義的言論の内容を規制したヘイト・スピーチの事例と読みうるとして、その規制は内容規制を違

82) *Lawrence III*, *supra* note 27), at 59-60.

83) *Id.* at 59-62.

憲と推定する通常のルールの例外と解する⁸⁴⁾。また、ローレンスは②について、ヘイト・スピーチ規制の問題で公／私に障壁にならないと主張する。彼によれば、ステイト・アクション法理は、修正第14条の適用を政府に限定することで、私的差別を憲法上の精査から免除し、私的差別の無罪 (rule's exculpation) を正当化する。それゆえ同法理は、人種主義的言論の規制を検討する場合に自由な言論と平等とを衡量するための価値判断を妨げる⁸⁵⁾。その上で、米国での人種主義的言論が、歴史的に存在し続け、また活発かつ受けの良い言論であることから、規制のない私的な市場の中では残存するともいう。しかし連邦最高裁は、私的差別の禁止を定める1964年公民権法を支持したことで、「ステイト・アクション要件を満たさないことが、私的差別を行う者に対する修正第1条の保障を意味する」という議論を拒絶したと解せるといふ。このようにローレンスは、人種的ヘイト・スピーチ規制には内容規制に伴う厳格審査の適用のないことが、憲法上要請されることもあるとし⁸⁶⁾、ヘイト・スピーチ規制によって生じる憲法問題を回避する。

ローレンスの見解は、人種主義的ヘイト・スピーチは言論であると同時に行為でもあるとして、言論／行為を否定する。公／私についても、人種的ヘイト・スピーチ規制の領域では、Brown 判決と私的差別を禁止する1964年公民権法を援用することによって、修正第1条の下での厳格審査の例外を導くものである。

(5) ローレンスとストロッセン②：ストロッセン

ローレンスに真っ向から反対するのが、ストロッセン (Strossen) である。彼によれば「歴史が証明しているのは、もしある人、ある集団、また

84) *Id.* at 59.

85) *Id.* at 62-63.

86) *Id.* at 64-66.

は、あるメッセージの言論の自由が弱められるならば、そこには他の言論の自由は存在しない、ということである。Civil Libertarian が人種主義や anti-Civil Libertarian のメッセージを表明する権利を擁護するために勝ち取った言論の自由は、反人種主義や pro-Civil Libertarian のメッセージを宣言する言論を保護するために使われてきた⁸⁷⁾。その上でストロッセンは、人種主義的言論を唯一の例外とする言論の自由原理、言い換えれば、人種主義的言論を禁止することは、slippery slope の危険があることを指摘する。

規制賛成論者のローレンスは、行為／言論、公／私の区分を批判するが、ストロッセンによれば、前者に関しては、両者が相互に関連するものだとしても、そのことが直ちにいかなる行為／言論も保護しないことにはならないし、また保護される行為／言論の射程を限定するものとは限らない。それゆえ、行為／言論の区別が明確でないことは、ローレンスが主張するような規制されるべき人種主義的言論の概念を支えないと説明する⁸⁸⁾。

また公／私についても、ストロッセンは次のように指摘して、ローレンスが示している、政府の人種差別に対する不作為は政府が当該差別を促進したものと評価する、という主張を批判する。裁判所の先例に照らせば、憲法の平等条項により禁止される〈人種主義を支持する政府言論〉と、自由な言論条項により保護される〈人種主義を支持する私的言論〉との間には、重大な区別がなされている。「直接的かつ具体的に、そして明白に政府が人種差別を支持することは、政府が私的な人種主義的言論を違法とせず、人種主義的行為に手を貸すという間接的かつ漠然とした、そして默示的な政府の支持と極めて異なる」⁸⁹⁾。

これを推し進めると、マッセイ (Massay) のような指摘になる。政府

87) Strossen, *supra* note 73), at 536-537.

88) *Id.* at 542-543.

89) *Id.* at 544-547.

がヘイト・スピーチを制限しないこと、すなわち、政府が当該スピーチに支持を与えたという理由で、憲法が私的なヘイト・スピーチを制限するという議論には固有の限界がある。この考え方によれば、政府が抑圧しないすべての私的言論は暗黙のうちに政府に支持されたことになる。もしそうであれば、政府はパブリック・ディスコースにより生み出される個々人の意思を凝縮しない。しかし、政府をパブリック・ディスコースにおける個人の私的な言論を支持する者として捉えるのであれば、そうした言論はもはや自律した個人の表現ではないことから、自己統治に決定的に重要な自律は存在しえない。自律の概念はその一貫性を失う⁹⁰⁾。

(6) 小 括

行為／言論については、規制積極主義が両者の境界線に意味を見出さないことで、表現の自由に対する規制法の厳格審査を回避する糸口をつかもうとしている。これに対して、規制消極主義からは、行為と言論の区別に明瞭でない領域があるとしても、そのことが直ちにヘイト・スピーチ規制の射程を決定しないとの反論がなされる。

公／私については、規制積極主義は人種的ヘイト・スピーチに関して公と私の区別を撤廃し、国家の積極的な解消を容認する。これに対して、規制消極主義は、国家権力の強大さと権力行使における濫用の危険性を示して公／私の重要性を確認するとともに、公権力の不作為を行為と捉える主

90) Massey, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, 40 UCLA L. Rev. 103, 170-174 (1992). なお、規制積極主義が憲法の平等から国家の積極的役割を導出する議論についていえば、それは平等の2つの側面を混同した議論である。すなわち、パブリック・ディスコースにおける自由な言論の保障のために、各人がパブリック・ディスコースに参加する上での平等と、パブリック・ディスコースを制限することで確保される実質的な平等とは違いがある。マッセイは、自己統治の基礎である自律が実質的平等の名で縮減されてきたことを理由に、立法による実質的平等の実現に消極的である。

張が自律した個人を否定しうる、あるいは、国家の介在する個人の自律を想定しうる点に問題を見出しているといえよう。

2 思想の自由市場

(1) ヘイト・スピーチは思想の自由市場を歪めるか

規制積極主義は、ヘイト・スピーチの解消は思想の自由市場に委ねられないと主張する。その第1は、ヘイト・スピーチがマイノリティの公的議論への参加を実質的に排除するものであって、その解消には思想の自由市場が機能しないというものであろう。例えば、先に見たローレンスは、人種主義的言論がマイノリティの言論を沈黙させたり、またその価値を減じたりすることによって、思想の自由市場を歪め機能させないようにし、また標的となった集団の構成員を沈黙させることによって、市場に入る言論の総量を減らすものと指摘していた⁹¹⁾。

第2は、ヘイト・スピーチの内容に注目して、ヘイト・スピーチが民主主義に役立たない、誤った情報である、あるいは、思想ではない、といった性質であることを理由に、その解消を思想の自由市場に委ねないとする者もある。例えば、ラッソンは、人種的誹謗はその害悪性のゆえに、「自由かつ健全な思想の交換」ができない、すなわち証拠に基づきあらゆる政治的・道徳的問題を決めることのできないものと捉え、「自己統治の民主的原理を妨げる」と述べる⁹²⁾。また、ある論者は、思想によってではなく、思慮を欠いた有害な熱情によってなされる人種的誹謗は、思想の自由市場によって正当化することはできないと主張する⁹³⁾。

91) Lawrence III, *supra* note 27), at 71-79.

92) Lason, *supra* note 17), at 39.

93) Note, *Group Vilification Reconsidered*, 89 Yale L. J. 308 (1979). See, e.g., Note, *The Power of Words: The Power of Advocacy Challenging the Power of Hate Speech*, 52 U. Pitt. L. Rev. 955, 973-982 (1991).

第2の立場からは、ヘイト・スピーチはその暴力性ゆえに憲法上保護する価値がなく規制されるべきだという主張もある⁹⁴⁾。ラッソンによれば、人種主義者の主張は、たしかに「社会集団間の関係、都市問題、政治、財政に正当な思考を表明」し、「政治的言論にしばしば類似する」が、集団誹謗はいかなる思想・意見・提案も与えるものではなく、「言葉の暴力……としてより正確に認識できる」ものである。ゆえに彼は「物理的暴力が自己表現として保護されないのと同様に、人種的誹謗という言葉の暴力は、保護される言論として解釈されるべきではない」と主張する⁹⁵⁾。

そしてラッソンによれば、人種的誹謗の問題は思想の自由市場に解決を委ねるべき問題ではない。すなわち「人種的誹謗は、奇妙な教義または偽の思想としてではなく、暴力の形態として禁止されうる。言論の自由条項は思想の自由市場を保護するのであって、戦う場を保護しない」。また、「人種的誹謗は単に『憎悪を衝動』するものではない。それは話者による憎悪の実行であり、その話者は聴衆に同様の反応をするように鼓舞しようと努める」ものである。人種的誹謗には、対抗言論による対応も可能ではあるが、州の規制が十分に許容されるものである⁹⁶⁾。

このように規制積極主義は、ヘイト・スピーチを、その対象者の市場への参加を阻む性格を持ち、また、思想の自由市場に適しない言論または暴力と理解することで、その解消のための法規制を容認するのである。

(2) ヘイト・スピーチの解消を思想の自由市場に委ねるのはなぜか

規制消極主義者のように国家の言論規制に危険を見出す者は、ヘイト・スピーチの当否を諸個人の判断、ひいては思想の自由市場に委ねる。その理由は、人種的侮辱が思想や意見、特に政治的メッセージといえるからで

94) Lasson, *supra* note 17), at 53.

95) *Id.* at 43-46.

96) *Id.* at 46-48.

ある。例えば、ヘイマン (Haiman) は、集団誹謗に対するすべて論評もまた必要な政治的見解の表明であると主張し、黒人と白人との関係についてボハネ (Beauharnais) の表明した恐れや嫌悪⁹⁷⁾は、市民に対する名誉毀損的論評というよりも、むしろ政治的・社会的見解の言明であって、公共政策を形成するものと説明する。それゆえ、彼は法規制に反対する⁹⁸⁾。

また、ストロッセンもこれと同じ見方をする。彼は「感情的なディスコースが保護される地位を否定されるのであれば、多くの政治的言論は——通常は修正第1条の保護のコアであると見られる——保護される領域の外に出る」として、感情的言論であることを理由に人種の言論を規制することは正当ではないという。そして「人種的侮辱は、人種の優越および劣等の思想を伝達するものである。これらの思想は、それに異論を挟む余地があり、また信用に値しないものであっても、にもかかわらず、それらは思想なのである」と説明する⁹⁹⁾。政治的メッセージと人種主義的言論との区別の困難さはしばしば指摘されているが、ヘイマンやストロッセンによれば、人種主義的言論は思想であり言論である。

人種的メッセージが思想や言論であるならば、それらメッセージに対する是非は思想の自由市場で判断される。すなわち、集団を誹謗する者がどんなに誤った考えの持ち主であったとしても、そこでは通常、見解が表明されているのであり、それを最終的に受け入れるか拒むかは思想の自由市場の中で決まる。邪悪と思われている意見を拒むことは、そうした意見の禁圧によるよりも、議論と思考に基づいた非難によって実現されるべきである¹⁰⁰⁾。そうでなければ、ある種の言論がなくなれば社会が良くなると

97) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

98) F. Haiman, *Speech and Law in a Free Society* 95f. (1981). *See also* Strossen, *supra* note 73), at 541.

99) Strossen, *supra* note 73), at 549.

100) Leflar, *The Social Utility of the Criminal Law of Defamation*, 34 Tex. L. Rev. 984, 1030 (1956).

いう論理によって、表現の自由によって得ていた諸価値は排除される¹⁰¹⁾。

思想や言論の当否は思想の自由市場に委ねられるべきであることを強調するのが、ジャーナリストのローチ (Rauch) である。彼は「自由科学」(真理を偽物からふるい分ける自由社会体制) を堅持するために、自由な思考の重要性を説く¹⁰²⁾。信念、思想、意見、体験などは本来多様であって、それら多様なものの中から真理・真実を見分けるルール (何が真理・真実か、誰がそれを決めるのか) が必要となる。この点についてローチは、自由な知識・科学体制の下では、①あらかじめ、あるいは、永久に結果を固定してはならない (各人に最終的発言権はない)、②議論の参加者を分け隔てしてはならない (各人に個人的権威はない) という2つのルールを採用する¹⁰³⁾。我々は実際に、議題を設定し、ある命題に関して合意を形成する際に、多くの間違いをし、また議論を通してその間違いを矯正していくことが必要である。偏見や強力な意見は議論を活性化させ自由な知識にとりプラスになるのであって、偏見を根絶することは皆に同じ偏見を共有させ、ひいては知識・科学を殺してしまう。自由科学は、知識・科学を殺さぬよう、意見の相違を解決する権威を持った特定の個人の存在を認めず、また人びとがお互いに異議を唱える余地を残すために「意見の相違を平和的に解決し、知識の政治的操作を抑止するという特質をもっている」¹⁰⁴⁾。

こうした自由科学・知識体制に対して、人道主義者などからの批判が存在する。人道主義者とは、人を傷つける言葉や観念を一種の暴力と捉え、

101) See Boggs, *Reining in Judges: The Case of Hate Speech*, 52 SMU L. Rev. 271, 274 (1999).

102) ジョナサン・ローチ (飯坂良明訳) 『表現の自由を脅かすもの』 (角川書店, 1996年) 第1章; J. Rauch, *Kindly Inquisitors: The New Attacks on Free Thought* (1993) Ch. 1.

103) ローチ・第2章; Rauch, Ch2.

104) ローチ・第3章; Rauch, Ch3.

それを行った者はしかるべく処置されるべきだと考える人たちである。人道主義者の中には、邪悪な言論は害があるばかりでなく、平等に議論に参加するという相手の権利を奪うことになるので、思想の自由市場における平等が達成されて初めて言論は真に自由になるのであって、議論は公正になる、と考える人たちも含まれる。彼らには、いわゆるヘイト・スピーチを規制すべし、ということが念頭にある。しかし彼らの考え方は、平等への権利に基づき他者の言論を封殺し、また邪悪な言論が平等に議論に参加するという相手の権利を奪うという考えの下で、強力な批判を黙らせることでかえって議論のバランスを欠く。さらに人道主義者の考え方は、言論が平等であることを判定する者（中立者である保障はない）に強大な規制のための権限を付与することになる。よって人道主義者の考えは、知的探求の敵といわざるを得ない¹⁰⁵⁾。

偏見を突き止め、何が正しいかを判断する唯一の方法は、批判と質問を通して競争的、合意的にチェックしあうことである。また中央からの強権を用いて、自分の信念に特別の取り扱いを要求するような人は、自由科学体制の下ではふさわしくないといえる¹⁰⁶⁾。

このように規制消極主義は、ヘイト・スピーチであっても、そこには話者の見解や意見が表明されていると考える。法規制によってヘイト・スピーチの解消を目指すことは、規制対象を決定する国家に強力な権限を付与するとともに、自分と異なる考えを持つ者に対して自分の信念を押しつけ、各人が自らの意思に基づいて偏見を修正する機会、ヘイト・スピーチの根

105) ローチ・第5章；Rauch, Ch5. なお、ファンダメンタリストも自由科学・知識体制を批判する。ファンダメンタリストとは、真理を知る者が正しい者を決めるべきだと考える人たちである。彼らは、ある問題について1つの結果だけが正当・真理であると考えため、それ以外ものを無価値と断じ、また彼らにとっての異端的思考を危険な存在と捉え、そのような思考を持つ者を罰することで、知識を中央集権的に統制しようとする。ローチ・第4章；Rauch, Ch4.

106) ローチ・第6章；Rauch, Ch6.

底にある差別意識を修正するという機会を奪うものである¹⁰⁷⁾。

3 規制手段

(1) 効果的な規制を作れるのか

規制積極主義は、ヘイト・スピーチ解消には法規制が効果的だと考えていると思われる。少なくとも思想の自由市場における対抗言論よりも法規制が適切な手段というであろう。彼らも表現の自由が重要な権利でないと考えないから、表現の自由と対抗利益との衡量を行い、規制範囲の明確化を心がける。

しかし、規制のための法律が実際には役に立たないとの指摘がある。憲法上のテストをパスする集団誹謗禁止法は、集団誹謗に対する武器として実際上あまり価値がない¹⁰⁸⁾、あるいは、集団間の衝突を解決するためにそれほど役に立たない¹⁰⁹⁾といった指摘である。

さらに、ヘイト・スピーチを禁止する法律の作成者は、表現の自由に抵触しないように注意深く作成を試みることだろう。しかし、「これらの規則がどんなに注意深く作られるにもかかわらず、それらの規則は必然的に曖昧であったり、執行過程において実質的に裁量を公務員に与えたりすることは、避けられない。したがって、そのような規則は文言の射程を超えて言論に対して萎縮効果を働かせる」としつつ、「狭く作成した規則でさえ、保護されるべき言論を抑止する危険がある」という指摘がある¹¹⁰⁾。そうであれば、どんなに注意深く規制法を作ろうとも、それは民主政の重

107) See Comment, *Group Libel*, 41 Calif. L. Rev. 290 (1953). ヘイト・スピーチに対しては、立法による言論の規制という手段ではなく、自由な討論の積極的な発展や、友愛・寛容という民主的な概念を拡大・維持しようとする人びとの良識に頼る方が良いと思われる。

108) Tanenhaus, *Group Libel*, 35 Cornell L. Q. 261, 297 (1950).

109) Emerson, *supra* note 75), at 397-398.

110) Strossen, *supra* note 73), at 528-529.

要な要素である議論と批判を妨げる傾向があるといえよう¹¹¹⁾。

(2) ヘイト・スピーチを解消することの意味

そもそもヘイト・スピーチの解消は何を目指したものであろうか。ストロッセンは、人種主義的言論に対する規制は、それを撃退する上で効果的でなく、また人種主義の問題をさらに悪化させうるとし、次のように説明する。「人種主義的言論は人種主義という浸透している問題の1つの兆候であって」、それは「その兆候の1つを禁止することによって解決するものではない」。また、「人種主義的言論を検閲することは、人種的偏見を減らさないばかりでなく、その目的を損なうことにさえなる」から、人種主義的言論の話者を罰することでその者の人種的偏見が改まる保証はない¹¹²⁾。

人種主義的言論に対する法規制が人種主義を悪化させるとはどういうことか。ストロッセンに従って、その理由を3つにまとめる。第1は、禁止法はその執行者に裁量を与えることが不可避であり、この裁量の結果、マイノリティの構成員が刑罰の対象になることがありうる。実際にイギリスの1965年人種関係法のもとでは、黒人、労働組合主義者、反核活動家、反ナチス主義者の言論が国の取り締まりを受けた¹¹³⁾。

第2は、人種主義者が政府に対抗する存在として、讃えられる存在となることがある。また人種主義的言論を規制しようとする試みが人種主義思想の公益を増進することに、規制論者は気がついていないと思われる¹¹⁴⁾。

111) Tanenhaus, *supra* note 108), at 301.

112) Strossen, *supra* note 73), at 554.

113) *Id.* at 556.

114) *Id.* at 556-559. ストロッセンによれば、市民的自由論者には、検閲は抑圧する者の声よりも、抑圧された人・集団の声を押さえつけてきたという認識がある。「検閲とは伝統的に、マイノリティを解放しようとする人びとよりも、従属させようとする人びとの道具であった」。*Id.* at 567.

第3は、法による規制は偏見を減らすという目的に適合しない。言論規制は狭く起草されなければならないが、ゆえに不快な人種主義的言論は生き残る。公衆が看取するのは、人種主義的言論は人種主義という社会的問題を強調することである。そうした言論を規制する社会では、人種主義の問題に関する議論が広まるかどうか疑わしい。「人種主義や他の形態のヘイト・スピーチを公にさらすことは、そのような表現を強調する偏見を除去したり、またいかなる差別行為をも食い止めたりするための、共同社会の努力を引き起こす」。ゆえに言論規制政策は、マイノリティが偏見に基づく言論に対して自身を防御できないというパターンリスティックな見方に基づくし、差別を除去する基本的前提である人種主義等の偏見に関する率直な対話を無意味にする¹¹⁵⁾。このように規制消極主義からすれば、重要なことは社会に存在する差別意識の除去であって、それはヘイト・スピーチ規制と同義ではなく、しかも差別意識の除去に有害な場合すらある。

もっとも、ヘイト・スピーチを法的に規制することによって、そうしたメッセージを地下に追いやるといった戦略も考えられる。思想の自由市場においてヘイト・スピーチを公的議論に引きずり出すのではない解決策である。ウォルドロンによれば、地下に追いやるといった戦略の狙いは、「偏狭な考え方もつ人々が……孤立した、恨みに凝り固まった個人なのだという感覚を伝えることである」。そして彼は、ヘイト・スピーチの解消に向けて、それを「公の議論に引き込むことが唯一の適切な応答なのかはまったく明らかでなく」、「地下に追いやるのが全面的に悪いことなのかはまったく明らかでない」と述べている¹¹⁶⁾。

4 小 括

ヘイト・スピーチを巡る規制積極主義と規制消極主義の分岐点を探るた

115) *Id.* at 559-561.

116) ウォルドロン・前掲注15)113-114頁。

めに、①公／私，行動／言論，②思想の自由市場，③規制手段（ヘイト・スピーチを解消する手段），という3点について両主義の見解を整理してきた。

①については，公／私，行動／言論という区分に意義を見出す規制消極主義と，必ずしも（人種差別の領域では）それにこだわらない規制積極主義との間に，鮮明な違いがあった。これは，憲法の役割や国家の役割，憲法上の自由の意味について理解の差異を示すものであって，規制積極主義の理解は従来の憲法学のそれに変更を迫る可能性がある。ゆえに規制消極主義は積極主義の理解に危惧を抱いているといえよう。特に留意すべきことは，実際の規制対象になるのは，国家権力の行使者が有害と考える表現行為を行った者に限られることである。

②については，規制積極主義がヘイト・スピーチを思想・言論と見ない（あるいは「行動」の点を重視する）ことから，その解消を思想の自由市場に委ねないのに対して，規制消極主義はヘイト・スピーチを思想・言論，特に民主過程に寄与しうるものと捉え，その解消を思想の自由市場に委ねる。ローチに従うと，思想の自由市場は人の過誤の修正，誤った考え方の矯正をする。このことから，両主義の背後には，人間は自らの考え方を変えることのできる存在であると捉えるのか，それとも，変えることのできない存在と捉えるのか，という人間観の差異があると思われる。

③については，ヘイト・スピーチ問題で重要なことはヘイト・スピーチを解消することにあるが，それは法規制によって実現するのかという問題である。規制積極主義者は規制に意義を見出すが，規制消極主義者は人種主義的言論は人種差別の兆候の1つにすぎず，言論規制によってそうした差別の解消に効果があるのか疑問を呈している。

このように両主義の見解の差異は大きい。米国においては，規制積極主義の見解が広範な支持を得ているとはいえないように思われる。

むすびにかえて——日本では

本稿でこれまで述べてきた、ヘイト・スピーチ規制を巡る米国の議論から、現在の日本で参考になることは何であろうか。以下は、筆者自身の課題でもあるが、簡潔にまとめたい。

第1は、表現の自由を重要な権利と考えるのであれば、当該権利を規制する法律の憲法適合性については、権利の重要性に見合う説明がされなければならない、ということである。表現の自由を重視するというのは、「たいした必要性もないのに〔表現の自由の〕規制法を制定することは許されない」¹¹⁷⁾ことであり、規制する法律の違憲審査はまさに厳格な審査が要求される。すなわち、やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益・目的の存在や、目的達成手段の必要最小限度性が立法事実を照らして認められなければならないし、条文の文言が漠然不明確または過度に広範な規制であることも許されない。ヘイト・スピーチ規制が厳格審査の対象にならないと考えるのであれば、その理由を示す必要があり、その理由も平等やヘイト・スピーチは特別であるからといった理由では十分な説明にならない（例えば、憲法の平等規定から何を導くのか、導いたものと表現の自由との関係をどのように考えるかについては、検討が要る）。この点を議論せずして、表現の自由を重要な権利と考えているとはいえない¹¹⁸⁾。

第2に、ヘイト・スピーチを解消する上で規制法はどの程度効果的であるのか、ということである。規制法を制定する際には、具体的な立法事実を踏まえ、害悪と立法目的を確定し、規制の対象（どのような言論あるい

117) 横田耕一「人種差別撤廃条約と日本国憲法——表現規制について」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣、1993年）732頁。

118) 田代・前掲注4)は、ヘイト・スピーチ規制と厳格審査との関係や、ヘイト・スピーチがもたらす害悪の明確化について考察する。

は行為を規制・禁止の対象にするのか)と規制手段(刑事罰, 民事罰, 第三者機関による対応など)が決められる¹¹⁹⁾。しかし, 表現の自由を重視すればするほど規制の範囲は狭くなることから, 効果的なヘイト・スピーチ規制としては役に立たない可能性が高い。そもそも, ヘイト・スピーチを法律によって規制することは, ヘイト・スピーチを解消する上でどの程度意味があることなのか。差別をなくすこと, 意識を解消することが真の目的であるならば, 差別の兆候の1つであるヘイト・スピーチを社会の表舞台から力でなくすだけではこの問題の解決にならないのではなかろうか。また, 差別をなくすことが重要であるならば, ヘイト・スピーチの法的規制以外にも, 他の適切な手段があるか否かを検討する必要がある。

第3は, ヘイト・スピーチの解消のために, 思想の自由市場に委ねる選択をするかどうかである。まず, 確認したいことは, 思想の自由市場における参加資格者は当事者に限定されない, ということである。表現が民主主義に資するというのは, 誰でもあるテーマについて自由に意見表明を行うことができるからである。ヘイト・スピーチの当否を思想の自由市場に委ねることはマイノリティの公的議論への参加を実質的に排除するという主張があるが, 健全な民主主義社会であれば, マジョリティからの対抗言論も生じるはずである¹²⁰⁾。例えば, 2013年の新大久保におけるヘイト・デモには, それに対する反ヘイト・デモが起こったが, これにはマジョリティも参加していたであろう。

次に, 本稿において強調したいことは, 思想の自由市場論は誤った考え方を改めるといふ人間への信頼に根ざしている, ということである。思想

119) 新規立法によってヘイト・スピーチ規制を考えるのであれば, まずは現行法で何をどこまで規制できるのかを明確にすべきである。この点については, 小谷・前掲注4)389-395頁, 前掲注4)で示した特集「ヘイトスピーチ／ヘイトクライムⅡ」法学セミナー736号の諸論考。

120) 齊藤・前掲注4)192頁。

の自由市場の中では、あるテーマについて複数の見解が存在し、議論を通じてその社会における妥当な結論に到達すると通常理解される。ここには、人は自己の意見や考え方を改めることがあると想定されている、と見るべきである。ヘイト・スピーチの問題について、人は自ら自己の意見を改めることができる存在と考えるか否か——規制の是非には、このような人間観が潜んでいる。人間観については、論理の問題というよりも、論者の選択の問題である¹²¹⁾。

第4は、ヘイト・スピーチに対する法規制を行う国家に対する信頼の度合いにある。何よりも、法的規制を加えるのは国家権力であることを認識するべきである。規制積極主義には、国家権力に対する絶大とはいわないまでもかなりの信頼感が存在すると思われる。たしかに私人相互間では解決不能な問題に対処することは、国家権力の役割の1つともいえよう。しかし、仮に規制法が精巧にできたとしても、それを執行するのは国家権力である。誰が見ても公正中立で聖人君子といえる理想的な国家であれば、その国家に表現行為の正邪判定権や、悪いと判断した言論に対する権力的規制を行う権限を委ねたとしても、問題はないのかもしれない。しかし、日本の国家は、はたしてそのような存在であろうか¹²²⁾。

また、警察組織を用いた規制の実施ではなく、第三者機関の設置による

121) この問題は、公／私の問題であるが、政府の不作為を政府の支持と捉えることや、個人の自律の意味を考えることにもなる。これらの点については、小泉・前掲注4)98-102頁、ウォルドロン・前掲注15)172頁以下。また、ヘイト・スピーチをどのように捉えるかという点は、公／私や自律という点と合わせながら、民主主義と表現の自由との関係からの考察も必要である。これについては、川岸令和「表現の自由・寛容・リベラリズム——表現の自由の一般理論のための予備的考察——」早稲田政治経済学雑誌304・305号(1991年)311頁以下。

122) ある報道によると、天皇制反対デモに対して、右翼が暴力的行為を振るったところ、警察は右翼の「暴挙見て見ぬふり」であった。仮にこの報道が事実であるならば、警察という国家権力は中立的立場でなければならぬにもかかわらず、右翼の暴力行為を意図的に見逃したといえよう。東京新聞2016年11月23日朝刊。

ヘイト・スピーチへの対応も実施されつつある。とりわけ、近年は、ヘイト・スピーチを行う団体には、地方公共団体が管理する公共施設の利用を認めない動きがある。これらの行為は事前抑制に当たることから、安易に容認できるものではない。また、第三者機関が利用の許否を判断する制度を設ければ、恣意的な権力の行使による利用拒否にはならないということもない。第三者機関といえども、その委員の任命は、地方公共団体であれば、その首長が行うのであるから、中立公正の第三者機関になりえるかどうかは予断を許さない。法規制の可否を検討する議論を行う場合には、国家権力の現実を想起すべきである。

どのようなヘイト・スピーチに、どのような規制を加えるか、その規制を加えなければヘイト・スピーチは解消しないのか、立法事実に基づく丹念な検証が必要だと思われる。抽象的にではなく、具体的に見ていくべきであろう。

(付記) 本稿は平成26年度専修大学特別研究員(特例)の研究成果である。