

ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(一)

——アメリカの諸学説の検討——

奈 須 祐 治

- 一. はじめに
- 二. 表現の有害性と内容中立性原則の射程
 1. 見解中立性原則と表現の害悪
 2. 表現と行為の二分論
 3. 有害性の分析における中立性批判
 4. 害悪評価の視座
- 三. ヘイト・スピーチの害悪
 1. 平等権の侵害
 2. 沈黙効果
 3. 礼節の侵害
 4. 集団的名誉の毀損
 5. 精神的害悪
 6. その他の害悪
 7. リベラルな表現の自由理論による害悪批判
- 四. 広範な刑事規制の主張
 1. 特有の (*sui generis*) カテゴリーとしての規制
 2. 集団的名誉毀損の規制
 3. 価値の低い表現 (*low value speech*) としての規制
 4. 分析と検討
- 五. 表現のコンテキストと害悪
 1. 面前のヘイト・スピーチ
 2. ハラスメントを構成するヘイト・スピーチ
 3. 分析と検討
- 六. 謙抑的かつ多元的な対抗手段の可能性
 1. ファイティング・ワードの規制
 2. ヘイト・クライムの規制
 3. 民事的救済
 4. ハラスメントの規制

ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(一)

五三 (一三一九)

5. その他の手段
6. 分析と検討
- 七. さらになる問題
 1. 立法の困難
 2. 立法の適用上の困難
 3. 立法の効果についての疑問
 4. 集団の特定化と非対称性の問題
 5. 分析と検討
- 八. むすび

一. はじめに

表現内容に基づく規制を敵視するという原則⁽¹⁾「表現内容中立性原則 (content neutrality principle)」はアメリカ連邦最高裁において修正一条の核心的法理として発展し、アメリカにおける表現の自由保護に大きな役割を果たしてきた。

日本国憲法二一条が同様の原則を内包しているかどうかは必ずしも明らかでない。しかし、わが国の憲法二一条も少なくとも修正一条と同様に内容に基づく規制を敵視しているとは言えるかもしれない。たとえば松井茂記教授は日本国憲法二一条の表現の自由保障について論じる文脈の中で次のように言う。「表現の自由保障の中核的機能は、政府が表現内容について判断を加えることを原則として禁止する点にある……。政府が一定の表現を虚偽であるとか、価値がないとか、あるいは危険だとして制約しようとする場合、それが恣意的な制約となる危険性がとりわけ高い⁽²⁾。有害な表現の規制は表現の内容に着目した規制であるがゆえ、表現内容中立性原則との関係で常に鋭い緊張関係を生じさせるが、人種、民族、宗教等に基づいて認識されるマイノリティーを誹謗する差別的表現は、以下の二つの理由でその原則にとりわけ鋭い緊張を迫ると言える。

第一に、差別的表現は表現内容中立性原則の核にある見解中立性 (viewpoint neutrality) の原則 (国家は特定の見解を差別してはならないとする原則) に緊張を迫るものである。人種、民族、宗教等に基づいて認識されるマイノリティの平等というトピックはかなり論争的であり、それらのマイノリティを誹謗する表現の規制はしばしば政治的に争いのある内容に関わる。また、たとえば一部の人種的マイノリティを誹謗するような表現のみを規制の対象に選り出すことは、有る特定の人種集団に属する人々を優遇するアファーマティブ・アクション (affirmative action) と特徴付けられる可能性もある。⁽³⁾ それゆえ、差別的表現の規制は見解中立性の要請との深刻な緊張関係を生じさせるのである。⁽⁴⁾ 人種、民族、宗教等に基づいて認識されるマイノリティの平等のあり方は論争的であるがゆえ、規制は一つの正しい見解の押し付けとなりうるのである。

第二に、見解の押し付けという許容しがたい結果を避けるためには、規制の対象となるほど十分に有害な差別的表現を同定しなければならぬが、それはさほど容易ではないと言える。差別的表現は反政府的表現と違って、通常、私人によって私人に対して向けられるものである。それを規制することは国家による私人対私人の争いへの介入であり、国家からの自由でなく、国家による自由の実現であるがゆえ、有害な差別的表現を同定する際に国家権力に向けられた表現とは異なった考慮が必要となるのである。⁽⁵⁾ また、差別的表現の生み出す害悪はまさにマイノリティの平等を侵すという点にあるが、人種、民族、宗教等に基づいて認識されるマイノリティの平等侵害という害悪は一義的ではなく、多面的な考慮が求められる。さらに、国家が有害な表現を同定するとき、表現価値という観点を導入した上で、より価値の低い表現を見出すということは可能であるかどうかの問題になる。⁽⁶⁾

わが国においては、差別的表現規制全面違憲論はほとんど見られず、規制に極めて消極的な見解ですら、限定的に

規制の余地を認めているが、表現内容中立性原則を前提にすれば、比較的広い規制を合憲とする説はもちろんのこと、かなり限られた規制の提案ですら、原理的に一貫した説明を前提にしなければならぬはずである。⁽⁷⁾しかし、わが国における学説がそのような説明を十分に提供してきたとは言えない。⁽⁸⁾

それゆえ、わが国において、「差別的表現規制の問題が……基本的な原理のレベルに関わるどぎつい選択を迫る問題であることが意識されずに、表現の自由という諸々の自由の中のひとつの自由に関わる、しかも表現の自由の特定のトピックとしてしか意識されていない」という指摘を真摯に受けとめ、表現内容中立性原則を踏まえた差別的表現規制論を展開する必要があると考える。とりわけ、差別的表現の有害性を明らかにして中立性の例外をいかなる範囲で認めるかという問いに対する取り組みが求められるように思われる。

本稿は、主にアメリカのヘイト・スピーチ (hate speech) に関する学説を素材にして、差別的表現の有害性と規制の可能性についての議論を吟味するものである。二では、表現の有害性と内容中立性原則の射程を論じる。表現内容中立性の要請は絶対的なものであるのか、あるいは有害な表現の規制を許すものであるのか、そうであるとすればいかなる程度においてなのかを考える。三では、表現内容中立性原則に例外を生むことを正当化する根拠とされうる、ヘイト・スピーチの害悪を検討する。そして四では、そのようなヘイト・スピーチの害悪を意識して展開された刑事規制の提案を検討する。五においては、より限定されたコンテンツにおけるヘイト・スピーチの害悪を検討する。六では、そのような限定されたコンテンツにおける害悪に向けられた、より謙抑的な規制の提案についての議論を追い、分析と検討を試みる。七において、法規制全般につきまとうさらなる諸問題についての指摘を紹介する。最後に八において、アメリカのヘイト・スピーチ規制に関する主な学説の立場をまとめた上で、「特殊な国」アメリカの

立場の妥当性について若干の考察を及ぼす。

- (1) アメリカにおける表現内容中立性原則の展開につき、拙稿「表現の自由保障における内容中立性原則 (Content Neutrality Principle) の一考察——アメリカの判例・学説を素材として——」法学ジャーナル (関西大学大学院) 七四号四七五頁 (二〇〇三) 参照。
- (2) 松井茂記『日本国憲法』[第二版] 四三四頁 (有斐閣、二〇〇二)。
- (3) 安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学五九号三〜四頁 (二〇〇二) 参照。
- (4) 阪口正二郎「差別的表現規制が迫る選択——合衆国における議論を読む——」法と民主主義二八九号四三頁 (一九九四) 参照。

(5) 同上四二〜四三頁参照。

(6) 同上四三〜四四頁参照。

(7) 拙稿「ヘイト・スピーチ (hate speech) の規制と表現の自由——『内容中立性原則 (content neutrality principle)』の射程——」関西大学法学論集五〇巻六号二四五頁 (二〇〇二) 参照。

(8) 同上二六九〜二七〇頁参照。

(9) 阪口・前掲註 (4) 四四頁。

二. 表現の有害性と内容中立性原則の射程

1. 見解中立性原則と表現の害悪

アメリカ合衆国連邦最高裁が、特定の表現が有害であるがゆえに規制を認め、表現内容中立性原則の例外をアド・ホックに認めるという手法をとることはない。保護される表現については厳格審査を通過する場合に限って規制を認め、保護されない表現についてはあらかじめ定義されたテストを通過する場合に限って規制を認めている。そのよう

な限定的な場合に限って内容差別的規制が認められるとすれば、その規制が許容される根拠は通常、表現が生み出す「害悪」を防止することであろう。

では、害悪に基づいて内容差別を認めることは理論的に可能なのであろうか。この点、保護されない表現については何らかの内容差別的規制が認められることについて争いがないが、そのような規制が見解差別に至ることが正当化されるか否かについて争いがある。⁽¹⁾ 有害性を理由に表現を規制すれば、ほとんど常に対立する見解の一方のみを規制する非対称的な規制になってしまうので、保護されない表現の規制においても見解差別が許されないとすれば、有害性を理由にする規制は一切許されないというラディカルな立場に至ることもありうる。そして、*R. A. V. v. City of St. Paul*⁽²⁾ は一見そのようなラディカルな立場に立っているように見える。

R. A. V. 判決の法廷意見を執筆したスカーリア判事は次のように述べていた。——当該条例は修正一条によって保護されない表現に分類されるファイティング・ワード (*fighting word*) に対象が限定されている。しかしそのような保護されない表現の規制においても政府の不当な動機に基づく内容差別をすることは許されないし、規制は単なる内容差別を越えて見解差別にまで至っている。そして、本件条例が特定の害悪に向けられているとの意見は「言葉の遊び (*word play*)」であり、本件規制は特定のメッセージに基づく規制にすぎない。⁽³⁾

しかし、カジノ広告の禁止やテレビにおけるタバコ、アルコール広告の禁止、違法な製品・活動の広告の禁止のように、対立する見解（カジノ反対の広告、タバコ、アルコール反対の広告、違法な製品・活動反対の広告）は規制されていながゆえに明らかに見解差別に至ってはいるが、許容されている場合がある。このような場合、規制は非常に明白な害悪に基づいているがゆえに見解に基づく規制とは言えないとされる。⁽⁴⁾ また、そもそも対立する表現によっ

て害悪が緩和されるがゆえに害悪に基づく規制が認められないのであるとすれば、害悪を緩和する要因がなく、かつ害悪が深刻なときには、ある特定の問題について説得させられるという現象が存在しないので、当該表現の規制は許容されない見解規制として特徴付けられることはないとも言われる⁽⁵⁾。

仮に R. A. V. 判決が、見解中立性原則が有害性を理由にするすべての表現規制を許容しないとするラディカルな立場に立ったのであるとすればおそらくそれは妥当なものとは言えないであろう。十分に強い害悪の証明がなされれば、政府が「正説 (orthodoxy)」を押し付けているということにはならないであろう⁽⁶⁾。結局、保護されない表現とされうるほど有害な表現に向けられた規制は見解中立性の原則の例外とされることがあると言えそうである。

2. 表現と行為の二分論

R. A. V. 判決と *Wisconsin v. Mitchell*⁽⁷⁾ は表現と行為を二分し、前者には厳格な中立性を求めたが、後者には比較的緩やかな中立性を要求したに過ぎなかった。中立性に対する危険という点については、両判決で問題にされた法令にそれほど差異がないとするならば、決定的な違いは「表現」と「行為」の有害性の程度における差異ということになりそうである。

R. A. V. 判決法廷意見は人種差別的表現の有害性について、ほとんど何も語らなかった。他方、*Mitchell* 判決はヘイト・クライム (hate crime) がもたらす、個人、社会双方に対する害悪を語った。人種差別的思想は「表現」として現れた場合と、「行為」として現れた場合とで、それほどまでに差異はあるのだろうか。

仮に表現と行為の有害性に差異があるとして、表現と行為はどこまで厳格に分離されるべきなのか。厳格に分離さ

れるべきかどうかは表現と行為のそれぞれがもたらす有害性の差異が明らかであるかどうか⁽⁸⁾に依存する。R.A.V.判決は問題の条例が規制する対象が保護されない表現であったにもかかわらずかなり厳格な審査を行い、他方で *Mitchell* 判決は全員一致で問題の法令の合憲判断を導いた⁽⁹⁾ということを考えればかなり厳格な分離であったとも考えられる。

そもそも一般的に「表現」と「行為」が、それがもたらす有害性の点で異なっているのか。この点、表現は行為と比べ、そもそも与える害悪が些少であるという立場がありうる。

表現は、それがもたらす結果が他の形態の行為がもたらす結果ほど有害でないため、相対的に統制を免れるべきであるという仮説を、シャウアー (Frederick Schauer) は、「表現の害悪はより小さいという仮説 (lesser harm hypothesis)」と呼ぶ。これは「棒や石なら私の骨を打てるだろう。しかし言葉では私を傷つけることは出来ない (Sticks and stones may break my bones, but names will never hurt me)」という格言を言い換えたものである。シャウアーはこの仮説に対して異議を唱える。

第一に、彼は、SがHに何かを言って、その言葉の結果、HがVに害を与えるような場合を想定する⁽⁸⁾。このとき、表現行為は有害な結果に必要な条件であるが、それが十分条件である⁽⁹⁾という⁽⁹⁾ことはありそうになく、それは有害な結果を引き起こすのが表現ではなく行為である場合も同様であるとされる。そして、表現でない行為が害悪を引き起こすときでも、その責任は最初の当事者 (S) に課せられる⁽¹⁰⁾ことがないのが通常であるとされる。また、表現が必要条件であるときに精神的媒介が存在するが、それは行為のときでも同じであるから、行為である場合の方が表現である場合より責任が重い⁽¹¹⁾ということもないとする。

第二に、彼はSの表現が誰の介在もなくVに向けられていて、直接Vを害する場合を想定する⁽¹²⁾。我々が通常「痛み」と呼ぶ不愉快な肉体的感情は、たとえば人種差別的言葉 (epithets) の標的となることから生じる不愉快な感情とは異なった種類のものであり、それより程度が大きいと言えるのであろうか、と彼は問うている⁽¹³⁾。彼は、両者は害悪の永続性 (permanence)、存続期間 (duration)、強度 (intensity) において違いがあるかどうかを問い、いずれにおいても両者の間に大差がないと結論付けている⁽¹⁴⁾。

さらに、思考によって媒介された苦痛とそうでない苦痛とを区別し、前者はより害悪が少ないがゆえに、表現は行為より少ない害悪しか引き起こさないとする考えに反対する⁽¹⁵⁾。前者の苦痛から身を守るのがより容易であるとは言えないし、行為による苦痛から身を守ることも可能であることを考えれば、前者の苦痛は単に信念を変えることによつて除去されるがゆえに後者の苦痛より避けやすいということも言えないとされる⁽¹⁶⁾。

結局、表現が無害であるといった主張は部分的には説得力があるとしても、それらの主張を極端なところにも押し進めることは妥当でないとされている。表現であっても行為と同じくらい、あるいはそれ以上の害悪を生み出すことがありうるということであろう。

そうであるとすれば、ヘイト・スピーチの場合でも同様であり、R.A.V.判決と Mitchell判決の「一見厳格な表現・行為二分論は文字通り受けとめる必要はないということになる。実際、学説の多くは人種差別的思想が「表現」として現れたときには害悪の主張を一切認めないという極端な立場に立たない。それゆえ、ヘイト・スピーチの害悪を慎重に検討した上で、規制に値する有害な表現を確認しておく必要がある。

有力な学説は、十分な表現の害悪が存在すれば、見解差別的規制が許容される場合があるとしていた。また、厳格な表現・行為二分論は批判されており、見解差別が許容されるほど十分有害とされるのは行為のみであり、表現にはそれほど十分な有害性は認められないとする立場は妥当でないとされていた。

それゆえ、以下の分析においては、ヘイト・スピーチが保護されない表現として位置付けられるほど十分有害であるかどうかを考えながら、ヘイト・スピーチの有害性を論じていく必要があるであろう。

3. 有害性の分析における中立性批判

ヘイト・スピーチの具体的害悪を検討する前に、ヘイト・スピーチの有害性を論じる土台を明確にする必要がある。この点、アメリカ合衆国連邦最高裁が展開してきた表現内容中立性原則はリベラルな表現の自由理論と相伴って発展してきた。そして、ヘイト・スピーチ規制に関してもリベラルな立場が貫かれ、*R.A.V.*判決でヘイト・スピーチを規制する条例を違憲とする結論が導かれた。

リベラルな表現の自由理論は表現内容中立性原則を中心に据え、国家は表現の内容を評価してはならず、たとえ不快な表現であっても修正一条によって保護されると考える。連邦最高裁は表現内容中立性の原則をかなり広く展開し、多くの学説がその前提を受け入れている。¹⁷⁾ それゆえ、判例においても、主流の学説においても修正一条は極めてリベラルであることを特徴としている。

このようなりベラルな表現の自由理論をその根底から掘り崩さんとするラディカルな立場が有力に主張されてきた。¹⁸⁾ ヘイト・スピーチ規制に関してそのようなラディカルな立場に立つ理論として「批判的人種理論 (critical race

theory⁽¹⁹⁾」が存在する。批判的人種理論を唱える学者は自らの理論を定義する際に、次のように述べている。「批判的人種理論は人種差別主義がアメリカの生活に特有のものであることを認識する。……批判的人種理論は中立性、客観性、カラー・ブラインドネス (color blindness)、能力主義のような支配的な法的主張に対して懐疑を表明する。……批判的人種理論は非歴史主義に挑戦し、コンテクスト重視の、歴史的な法分析を主張する⁽²⁰⁾」。

批判的人種理論を唱える論者の一人、ディルガド (Richard Delgado) は、このような観点から以下のように従来の修正一条のパラダイムを批判する⁽²¹⁾。社会が、マイノリティーの汚名を着せられた姿を構築する際の手段となるような表現を規制しても修正一条に反しない。人種差別主義は集団全体への害悪であり、その本質は他者による従属化である。遍在し、絶え間なく存在する有害な人種差別的描写は、砂岩への水滴のように、最も頑丈なものでしか耐えられない、浸透性を持った害悪である。支配的な修正一条のパラダイムによって、我々は人種差別的表現を個別的な害悪として扱おうという気にさせられるが、それはあたかも我々が一滴の水の効果を評価すればそれでよいかのようである。我々は個人主義的な自己として自由を求めるが、我々は社会的能力において存在しているとも言えるのであり、この側面が包摂、平等、平等な尊重を求める。

ヘイト・スピーチの問題を論じるアメリカの多くの論者は、批判的人種理論の説くリベリズム批判を正面から否定しようとはしないようである。ただ、その立場を解釈論にそのまま反映させて、広範な規制の提案を行うことについては強い反対が生じている⁽²²⁾。実際、批判的人種理論を唱える論者達の間でも具体的な規制の提案については結論の一致がみられないので、批判的人種理論の前提がいかなる結論を導くかについては、プラクティカルな考慮を含めた慎重な検討を要する。ただし、ヘイト・スピーチの害悪を評価するにあたって、少なくとも、社会の差別的構造、従

属システムを問題視するその主張に耳を傾けておく必要がある。⁽²³⁾

4. 害悪評価の視座

① 対抗言論の有効性

リベラルな表現の自由理論は、自由な思想市場においては、言論が表現の害悪に対抗する最も有効な手段であると考えてきた。ブランドイス判事の次の有名な一節が説くところは今日では広く受け入れられていると言える。「もし議論を通して虚偽や誤謬を露にし、教育の過程によって悪を避ける時間があるならば、用いられるべき矯正策は強制された沈黙より多くの言論である」⁽²⁴⁾。表現が生み出す害悪はそれに対抗する表現によって除去されるべきであり、よほど切迫した状況に陥らない限りはその原則は貫かれるべきであるというのが、アメリカにおけるリベラルな表現の自由理論の大前提であるように思われる。

しかし、このような前提に対しては、少なからぬ批判が提起されている。ディルガド等 (Richard Delgado and Jean Stefancic) は、理論上、邪悪な、あるいは非道な表現と戦う対抗言論への依存はしばしば誤っていると⁽²⁵⁾。その理由の第一として、彼等は次のように言う。⁽²⁶⁾ 我々は古い物語に照らして新しい物語を解釈するがゆえ、支配的なナラティブ (dominant narrative) は非常にゆっくりと変化し、かつ変化に抵抗し、既存のストックからあまりに著しく逸脱する物語は極端であるなどとして退けられる。

第二の理由は要約すると以下のようなものである。⁽²⁷⁾ 人種の物語は我々が経験を解釈するために用いる支配的なナラティブの一部であり、そのナラティブは一定のもののみを理解できるものとするがゆえ、一定の問題だけが議論に開

かれたものとなる。また、支配的な修正一条のメタファーである思想の自由市場は選択主体と思想・メッセージの間の分離を含意しているが、これは単純すぎる見方であり、我々自身が我々のナラティブの現存するストック自体であり、かつそれら自体が我々自身である。それゆえ我々自身の先入観の囲いを避ける能力は限定されている。我々は人種差別主義が通常であり、現状の一部であり、ほとんど矯正の余地のないものとなるように社会を構築しているがゆえ、後になって初めて自分の信じるものが誤っているように感じ始める。

デイルガド等は、言葉による救済を困難にするものとして、人種差別主義の以下の特徴を挙げる。⁽²⁸⁾ (1) マジョリティーの人種の多くの人々が、マイノリティーとの見方の違いゆえに、社会における人種差別主義の程度を過小評価する。(2) マジョリティーの傾向に同調する人々はしばしばマイノリティーがたやすく理解できる知識を獲得するのに苦労しなくてはならない。(3) 有色人種の心に疑いを生む行為に人種差別主義を見ることを拒む人々もいるが、人種差別主義は解釈の問題であり、通常人は自分を不快にするような解釈をとらない。(4) マジョリティーの人種のメンバーは人種差別主義を見たり非難したりする方法を忘れてしまう。

デイルガド等は、表現の自由は大要以下の理由でしばしば事態をさらに悪化させるとする。⁽²⁹⁾ 第一に、思想の自由市場があるがゆえに、ある人種差別的表現に対して別の表現行為者が自由に反人種差別的表現行為に従事することができると考えられるから、表現の自由は表現行為者が自らのすることに責任がないと感ずるように仕向ける。第二に、反抗的な集団が表現を改革の道具として用いるとき、裁判所は常に修正一条の原理をそれらの集団に不利なように解釈する。

このように、少なくともヘイト・スピーチ規制に関して、思想の自由市場の健全な機能は期待しえず、対抗言論は

有効ではないと主張されている。⁽³⁰⁾

リベラルな表現の自由理論を唱える論者の多くは修正一条が平等を獲得するのに十分な貢献をしてきたと考える。⁽³¹⁾ ウェインスタイン (James Weinstein) は表現の自由が奴隸制廃止運動、公民権運動、経済的不平等に対して果たしてきた積極的役割を評価するが、⁽³²⁾ そのような歴史認識を疑問とする声もある。

ローレンス (Charles R. Lawrence II) は、⁽³³⁾ マイノリティーの請願は、しばしば抵抗運動が通常の業務を妨害し、権力者の利己的な注意を要求するまで相手にされないということを経験が教えてくれるとする。妨害行為が抵抗の言論を効率的にするのであるが、まさにその行為によって抵抗の言論が修正一条の保護に値しないと考えられることになるという矛盾を、彼は指摘する。⁽³⁴⁾ アメリカの正義のシステムは、人種に関する限り、決してシメトリカルでなかったとされ、疑いなく我々は平等を表現の自由の前提条件とみなし、平等の側により大きなウェイトをかけるのであるとされる。⁽³⁵⁾

デイルガド等 (Richard Delgado and David H. Yun) も、修正一条はほぼ一〇〇年間、奴隸制と共存したし、修正一条は公民権運動の時代の活動家を保護しなかったとし、⁽³⁶⁾ マイノリティーが修正一条を無視して行動したとき最も大きな進歩をしてきたとする。

リベラルな表現の自由は言論が表現の害悪に対抗する有効な手段であることを前提としているが、このような前提に強い疑いが投げかけられている。歴史の評価についても、リベラルな表現の自由理論の主張に対して批判がなされている。少なくとも、対抗言論の有効性を極端に推し進める立場は強い疑いの目をもって見られている。ラディカルな理論の主張は有力であり、それを軽視するわけにはいかないであろう。

② 害悪の配分の問題

シャウアーは次のように指摘する。「修正一条の現在の理解が前提とするところによれば、表現に関連する害悪の法的な許容は通貨のようなものであり、それを用いて我々、社会全体は修正一条の保護のために支払いをしている。かくして、より多くの害悪を法的に許容することによってより高い代価を支払うことは、より多くの修正一条の保護を受けるために必要とされる⁽³⁷⁾」。また、修正一条の既存の理解は、表現の自由のための代価を支払うべきなのは有害な表現の犠牲者でなければならぬという前提に基づいている⁽³⁸⁾。

しかし、「全体としての社会的利益のために求められるコストが少数の受益者によって、排他的に、あるいは不均等に負わされなければならないときはいつでも（このような前提は）厄介なものになるはずである⁽³⁹⁾」とされる。彼は、「もし表現の自由が我々皆を利するならば、有害な表現の犠牲者である人々だけでなく、我々皆がそのために支払いをすることが理想的である⁽⁴⁰⁾」とする。

ヘイト・スピーチの場合はどうか。シャウアーは、例として、犠牲者の人種、宗教、ジェンダー、あるいは性的性向に基づく暴力行為や違法な差別行為を犯すように誘う効果を持つことを意図された発言（かつそのような効果を持つ可能性のある発言）と、人種、宗教、ジェンダー、あるいは性的性向のゆえに聞き手に語りかけられ、かつその聞き手を害するよう意図された発言を挙げる⁽⁴¹⁾。

前者の場合について、人種差別的暴力、あるいは人種差別的の唱導を許可することを除いて、修正一条についての他のすべてが同じである場合に、人種差別や人種差別的暴力がより多くなるのであれば、修正一条のために犠牲者が不均等な代価の支払いをすることになり、暴力や差別の量の増加は増大された修正一条のために求められるマージナル

なコストであり、そのコストは増大された修正一条の保護から利益を受けるすべての人々が均等に負うことのないものである⁽⁴²⁾。

後者のケースでは、コストを負担する余裕が最も少ない人々、あるいは他者よりもしばしばコストを多く負担しなければならぬ人々が不均等に表現の標的にさせられているとされ、もし我々が、ある人々が他者より人種差別的言葉 (epithets) の標的になる可能性が高いと理解するならば、ヘイト・スピーチへの反応についての考え方はおそらく全く異なったものになりうるであろうとされる⁽⁴³⁾。すなわち、保護のコストがすべての市民やために選択された市民によってではなく、むしろ排他的に、あるいは不均等に特定の集団によって負わされるとき、表現を保護するかどうかについて我々は異なったふうを考えるかもしれないとされる。

シャウアーが言うように、ヘイト・スピーチの害悪を評価するにあたって、それが与えるマイノリティーへの害悪は社会全体の利益である修正一条のため求められるコストであるという点を見逃してはならないであろう。ヘイト・スピーチの与える害悪の受忍を強いるとき、そこには少なからぬ不公平が生じているかもしれないのである⁽⁴⁴⁾。

(1) 保護される表現の内容規制に対して厳格審査が適用され、当該表現の有害性ゆえに規制がやむにやまれぬものとして合憲とされる場合もありえ、そのような場合に見解差別的規制が許容されるかどうか、ということも一応問題にはなりうる。しかし、厳格審査が適用されて合憲の判断が導かれることは極めてまれである。See *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 211 (1992). それゆえ、ここでは保護されない表現の規制の際の見解差別の問題に検討対象を限定しておく。

(2) 505 U.S. 377 (1992).

(3) See *id.* at 381, 391-96.

(4) See *CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* 175 (1993)

(5) See *Wojciech Sadurski, Does the Subject Matter? Viewpoint Neutrality and Freedom of Speech*, 15 *CARDOZO ARTS &*

ENT. L. J. 315, 351-53 (1997).

- (6) 修正一条における「正説 (orthodoxy)」の強制について、拙稿「表現の自由保障における内容中立性原則 (Content Neutrality Principle) の一考察——アメリカの判例・学説を素材として——」法学ジャーナル (関西大学大学院) 七四号五 一七〇—一七八、五三二—五三三頁 (二〇〇三) 参照。
- (7) 508 U. S. 476 (1993).
- (8) See Frederick Schauer, *The Phenomenology of Speech and Harm*, 103 ETHICS 635, 642 (1993).
- (9) See *id.* at 642-43.
- (10) See *id.* at 644.
- (11) See *id.* at 645.
- (12) See *id.*
- (13) See *id.* at 646-47.
- (14) See *id.* at 647-49.
- (15) See *id.* at 649.
- (16) See *id.*
- (17) 拙稿・前掲註(6)参照。
- (18) そのようなラディカルな立場を紹介する最近の文献として、市川正人『表現の自由の法理』四五—四八頁 (二〇〇三)、若林翼「言葉の力—差別的表現・法・法理論(一)—」批判的人種理論・フェミニズム法理論と法実践—」阪大法学五二巻六号一八四—一九二頁 (二〇〇三) 等参照。
- (19) この理論についてはわが国でも紹介がなされている。木下智史『批判的人種理論 (Critical Race Theory)』に関する覚書」神戸学院法学二六巻一号 (一九九六)、大沢秀介「批判的人種理論に関する一考察」法学研究 (慶應大学) 六九巻二二号 (一九九六)、植木淳「人種平等と批判的人種理論 (Critical Race Theory)」六甲台論集 (法学政治学篇) 四四巻三号一 九頁 (一九九八) 参照。この流れを汲んだ最近のヘイト・スピーチに関する文献として、ALEXANDER TSEIS, *DESTRUCTIVE MESSAGES: HOW HATE SPEECH PAVES THE WAY FOR HARMFUL SOCIAL MOVEMENTS* (2002) が有名。
ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性 (一)

- (20) MARI J. MATSUDA et al., WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT 6 (1993).
- (21) See Richard Delgado, *Legal Theory: Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision*, 85 NW. U.L. REV. 343, 383-84 (1991). See also Richard Delgado, *First Amendment Formalism Is Giving Way to First Amendment Legal Realism*, 29 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 169 (1994) (支配的な修正一条のパラダイムが変化しつつあり、我々が修正一条リール・リアリズムの到来を目撃しつつあるとして、そのような新たな修正一条の概念のアウトラインを示す)。
- (22) Steven H. Shiffrin, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, 80 CORNELL L. REV. 43 (1994) (アメリカ社会が人種差別主義に満ちており、特定人を標的にしない人種差別的表現が反生産的であると認める点でリベラルと一線を画しつつ、そのような表現の規制の効率性を問題にし、特定人を標的にする表現に限定した規制を提案する。批判的人種理論の側からは、シフリンの立場は「現れつつある修正一条リール・リアリズムへの歓迎すべき参入」であると考えれ、一定の評価を受けているが、具体的提案については若干の疑問が提起されている。See Richard Delgado, Book Note, *Toward a Legal Realist View of the First Amendment*, 113 HARV. L. REV. 778, 779, 785 (2000) (reviewing STEVEN H. SHIFFRIN, *DISSENT, INJUSTICE, AND THE MEANINGS OF AMERICA* (1998)).
- (23) 長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ——表現の自由のディレンマ——(一)」早稲田法学七二巻二号一九一〜一九二頁(一九九七)参照。
- (24) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., concurring).
- (25) See Richard Delgado and Jean Stefancic, *Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills?*, 77 CORNELL L. REV. 1258, 1277 (1992). See also Richard Delgado and Jean Stefancic, Essay I, *Hateful Speech, Loving Communities: Why Our Notion of "a Just Balance" Changes So Slowly*, 82 CAL. L. REV. 851, 856-58 (1994).
- (26) See *id.* at 1279.
- (27) See *id.* at 1279-81.
- (28) See *id.* at 1282-84.

- (29) See *id.* at 1284-88.
- (30) See also Richard Delgado and David H. Yun, Essay II, *Pressure Valves and Bloodied Chickens: An Analysis of Paternalistic Objections to Hate Speech Regulation*, 82 CAL. L. REV. 871, 883-85 (1994); Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in WORDS THAT WOUND, *supra* note 20, at 77; TESIS, *supra* note 19 at 129-37. 反論として JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE 101-03 (1999) 参照 (ラディカル達は平等のメッセージを伝える人々を異端者あるいは反対者として、偏狭な表現を伝える人々を支配的なナラティブとして特徴付けるが、それは時代遅れであり、今日、露骨な人種差別的表現は反対者の表現である。一方、人種差別が誤っているという考えは公認の正説 (orthodoxy) である。また、人種差別の除去はやむにやまれぬ政府利益と考えられている。さらに、人種、ジェンダーの平等という基本的考えはパブリック・ディスコースで十分表明されていないということを真剣に主張することはできない)。
- (31) 阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』——合衆国における表現の自由法理の動揺の含意——」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム 5 国家の多様性と市場』二四～三二頁 (東京大学出版会、一九九八) 参照。
- (32) See WEINSTEIN, *supra* note 30, at 104-18. See also Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: Modest Proposal?* 1990 DUKE L. J. 484, 567-68.
- (33) See Lawrence, *supra* note 30, at 76.
- (34) See *id.*
- (35) See *id.* at 77.
- (36) See Delgado and Yun, *supra* note 30, at 881.
- (37) See Frederick Schauer, *Uncoupling Free Speech*, 92 COLUM. L. REV. 1321, 1322 (1992).
- (38) See *id.*
- (39) *Id.*
- (40) *Id.*
- (41) See *id.* at 1349.

(42) See *id.* at 1351.

(43) See *id.* at 1355.

(44) See also Lawrence, *supra* note 30, at 80 (「我々が人種差別的ヘイト・スピーチは不人気な表現を甘受する重要性のゆえに甘受されなければならないと判断するときはいつでも、我々は黒人その他の従属的地位にある集団に、社会的善のために負担を背負うように、すなわち表現のためのより多くの余地を設ける社会的利益のための代価を支払うように頼んでいるのである。そして、我々はこの負担を忠告や同意を求めることなしにそれらの人々に割り当てるのである。……それは代表なき課税である。」)。

三. ヘイト・スピーチの害悪

1. 平等権の侵害

① 平等権侵害の主張

ヘイト・スピーチの害悪の主張の中には、人種差別を黙認する政府が平等権を侵害しているという主張が存在する。たとえば、人種差別的ヘイト・スピーチの規制根拠として *Brown v. Board of Education*⁽¹⁾ を援用するローレンスは、平等保護条項は政府の行為のみを規制するがゆえ *Brown* 判決を持ち出すことは妥当でないとする説に対し、「もし政府が黒人の名誉を傷つけるビジネスに従事する私的契約者との共同事業に関係したならば、単に著作権や印刷機を犯罪のパートナーに手渡すことによって、そのビジネスを違法とする憲法上のマニフェイトから逃れることができるのであろうか⁽²⁾」、と問うている。

彼は次のように述べている。「ステイト・アクション (state action) の法理を再び呼び起こすことによって、

Brown 判決は人種差別的表現をなくすことを命じているとする議論に応える人は、人種差別的表現を規制することの代替手段が黒人の自由、平等保護の主張を排除することであるということとを考慮しない。これらの競合する利益を憲法上保護する最善の方法は直接それらのバランスをとることである。ステイト・アクションの法理を援用すれば、これらの競合する利益のバランスのとり方に関する我々の価値判断を迂回することになる⁽³⁾。

② 反対説

ローレンスの主張に対し、ストロッセン (Nadine Strossen) は次のように述べている。「平等保護条項が禁じる人種差別を是認する政府の表現と、表現の自由規定が保護する人種差別を是認する私人の表現との間には決定的な違いがある⁽⁴⁾」。彼女によれば、テキストを貸与するプログラムを通して人種差別的な学校を直接政府が支持するようなことは、政府が私人の人種差別的表現を違法としないことによって人種差別的行為を間接的に支持することとは決定的に異なる⁽⁵⁾。

ローレンスの主張に対しては、伝統的な平等論からのより根本的な批判も見られる。グッドパスター (Gary Goodpaster) は、連邦最高裁は常に、政府が同じような場所を占める人々を等しく扱うことを要求するものとして平等保護条項を解釈してきたのであり、平等保護の原理のどの部分もそれ自体実体的平等を達成することと関わっていないし、連邦最高裁は事実上このように平等保護条項を解釈する努力から離れてきたとする⁽⁶⁾。

彼によれば、実体的平等理論 (ローレンスの説を含め、実体的平等を実現するために修正一条の再評価を求める理論を、彼はこのように呼んでいる。) を唱える人々は、平等保護条項を社会的、あるいは構造的不平等を消し去る義務を国家に課すものとして解釈する。すなわち彼／彼女等は、人種やジェンダーに関わる社会的権力の不平等の問題

について再配分、均等化を行うものとして平等保護の保障を解釈する。また、彼／彼女等は、もし国家が社会的不平等を減少させるという義務を持ちながらそうすることを怠るならば、その不作為は一種の作為であるとし、もし私的な行為者が社会的不平等を生み出すとき、国家が介入することを怠るならば、その不作為はステイト・アクションとなるとする。⁽⁷⁾

立憲民主主義においては、すべての市民は平等な表現の自由を含めた平等な形式的権利を持っているが、実体的平等を唱える人々はこの種の表現の自由における平等のスペースが多く、生活側面を通じた女性やマイノリティーの継続的従属という別のスペースにおける不平等へと導くとし、自らが好むスペースのための平等（反従属）を生み出し、表現の自由のスペースにおける不平等（一定の思想や話者の差別）を生み出そうとしているとされる。⁽⁸⁾ それゆえ、実体的平等論者の基本的議論は、平等保護を担保することによって実体的平等が最重要の憲法的権利としての価値を持つものとなるということであるが、これは平等の考慮を修正一条の解釈に持ち込むことによって憲法上の権利の解釈を調和させようと試みるべきであるという主張を越えて、実体的平等が他の権利を打ち負かすという主張であるとする。⁽⁹⁾

彼は、形式的な平等ルールとしての主要な政治的・市民的権利が国家から分離された、すべての市民が形式的に平等な参加者となる市民社会の領域を生み出す一方で、（実体的平等論者が目指すような）⁽¹⁰⁾ 集団、結果志向の平等ルールは、国家によって統制され、差別化された参入の権利を伴うスペースを生み出すとする。熟慮民主主義と国家から独立した市民という考えは国家による統制から完全に自由なパブリック・ディスコース（public discourse）と私的な行動領域を前提とするが、実体的平等論者は、不利な立場にある集団のメンバーを他者より自由で平等なものとし

て扱い、私的な選択の領域を実体的平等の目的を破壊するものとして、それゆえステイト・アクションとして扱う必要性を強調する。彼によれば、これは民主主義が引く、大衆と国家との間の基本線を溶解し、自己決定のスペースを消滅させることにつながる主張である。⁽¹¹⁾

2. 沈黙効果

① 沈黙効果の主張

フィス (Owen Fiss) は、ヘイト・スピーチ、ポルノグラフィ等の表現からくる自由に対する脅威は直接的かつ切迫しており、そのような表現が不利な立場にある集団が議論に参加することを不可能にする恐れがあるとする。⁽¹²⁾

彼は次のように言う。「ヘイト・スピーチは犠牲者の価値の感覚を減じ、それゆえ公的議論を含めた市民社会の活動の多くに完全に参加することを妨げる傾向があると主張されている。これらの犠牲者が話すときでさえ、その言葉は権威を失う。それはそれらの犠牲者がまるで何も話さなかったかのようなものである」。⁽¹³⁾

ローレンスは、そのような沈黙効果を二つの次元に分けて捉えている。

第一に、人種差別的表現は黒人その他のマイノリティーによる表現の音を消し、あるいはその価値を減じることによって思想の自由市場を歪める。言葉や思想は思想の自由市場で売れなくなり、白人によって提供されれば多くの人々によって支持される思想は、それを提供する人がマイノリティー集団に属するときには、拒絶されてしまうか、あるいはあまり信用されないであろうと言うのである。⁽¹⁴⁾

第二に、人種差別的表現は標的である集団のメンバーを沈黙させることによって市場に届く表現の総量を減じる。

彼は、白人至上主義の性質を持つ表現・行為の主要な目的と効果は白人でない人々が国家 (the body politic) に完全に参加することを排除することであるとし、人種差別主義の表現や行為は直接的かつ明白であるとするのである。⁽¹⁵⁾

ローレンスは、ヘイト・スピーチが発せられたとき、思想市場が歪曲されることによってマイノリティーによる表現の価値が減じられること、その標的となる人々が沈黙させられることによって表現の総量が減じられることを問題にしているのである。⁽¹⁶⁾

② 反対説

ウェインスタインはまず、パブリック・ディスコースの一部であるヘイト・スピーチ (たとえば、本として出版されたり、人種差別的なインターネット・サイトで入手されたりする人種差別的プロパガンダ) はマイノリティーが話すときに彼／彼女らの「権威 (authority)」や「信用性 (credibility)」に傷をつけることは十分にありうるが、このような表現が文字通り多くの沈黙に責任があるということは疑わしいとする。⁽¹⁷⁾

さらに彼は、沈黙効果によってパブリック・ディスコースから価値のある観点が奪われるとするフィスの主張に対し、ヘイト・スピーチやポルノグラフィの抑制効果のゆえにある考えや観点がパブリック・ディスコースから奪われるという証拠をフィスは提供していないとし、公的な議論が貧弱なものとされていると想定することもできないとする。⁽¹⁸⁾ 彼は、いかなる思想や見解をヘイト・スピーチが抑制しているかについては推測に頼らざるをえないとする。たとえばジェンダーと人種の平等のメッセージがパブリック・ディスコースから排除されていると主張することはほとんどできないし、パブリック・ディスコースから女性やマイノリティーのラディカルな観点が奪われていることもないとされる。⁽¹⁹⁾

フリード (Charles Fried) は、フィスやローレンスの沈黙効果の主張に類似するマッキノン (Catherine Mackinnon) のポルノグラフィによる沈黙効果の主張に反論して次のように述べている。⁽²⁰⁾ マッキノンの不満の対象である沈黙効果は女性が話す権利を持っていないと確信し、他者が、女性が聞かれる価値がないと確信する場合にのみ生じる沈黙効果であるとし、果たしてローマ・カトリック教会は、ヴォルテールによる批評が、信者の信仰を揺るがし、信者でない人々が教会の主張を受け入れようとする気持ちを減じるがゆえに、教会から信教の自由を奪うという不平を述べることができるであろうか、と問うている。⁽²¹⁾ このような批判はフィスやローレンスの主張に対しても向けられうるであろう。⁽²²⁾

3. 礼節の侵害

① 礼節侵害の主張

ヘイト・スピーチが社会一般の礼節を損なうがゆえにそれを規制しようとする主張は、現在ではほとんど見当たらないが、特定の差別語 (epithets) を用いることが許されないとする説は社会における最低限の礼節を要求するものとみなしうる。

ディルガドは、一定の言葉は不快であり、傷つけるようにのみ図られていることを、今日ほとんどの人々が知っているとし、「ニガー (nigger)」、「ウォップ (wop)」、「スピック (spick)」、「カイク (kike)」、「それぞれ黒人、イタリア人、スペイン系アメリカ人、ユダヤ人に対する侮蔑語」のような言葉にはそれ以外の用い方はないとする。⁽²³⁾ ローレンスは、「ニガー」、「スピック」、「ジャップ (Jap)」、「カイク」と呼ばれる経験は顔面に平手打ちをくらうような

ものであるとする。⁽²⁴⁾

これらの説が強調する差別語の有害性は、比較的謙抑的な規制を提案している論者の間でも認められている。⁽²⁵⁾

② 反対説

しかし、そのような説には多くの批判が寄せられている。カースト (Kenneth L. Karst) は、市民がテーブルを囲んで座り、最大限の礼節をもって熟慮し、見解を交換し、公的問題を決定するような、市民的眞実に向かってともに思考するというイメージを呼び起こす修正一条のモデルを市民的熟慮モデル (the model of civic deliberation) と呼び、それはほとんどすべての主要な価値が共有され、不一致が主に方法・手段に関わる国家にとっては適切であるように思われるが、文化的な境界線では表現は概して慎重なものではなく、しばしば礼儀正しいものではないとする。⁽²⁶⁾

カーストは次のように言う。⁽²⁷⁾ 従属させられた集団にとって、解放する表現 (the liberating expression) の目的は単に特定の政府行為だけでなく、何百もの人々の文化的適応の繰り返しを含む。表現の自由はこのプロセスの核心にあるが、我々が最も必要とする表現は修正一条の市民的熟慮モデルの中心外にあり、包含のナラティブ (the narratives of inclusion) を聞くことを奨励する慣習を生み出すために、我々はそのモデルの限界を越えなければならない。また、修正一条の市民的熟慮のビジョンにおいて、伝統的でない表現形態は理性的表現 (the Speech of Reason) の境界を越えたものとして退けられうるが、そのような表現形態は比較的貧しく正規の教育を欠いている人種的・民族的マイノリティのメンバーにとって特に重要である。

彼によれば、市民的議論のモデルの貧弱な理解は表現の自由の機能についての見解を曇らせるばかりでなく、従属させられた集団の解放する表現を脅かすものである。⁽²⁸⁾

また、不快な表現の規制は一定の発言や行動が礼節を尊重する対話において用いられる（あるいは用いられない）表現であるとのコンセンサスに依存するが、このコンセンサスは古い地方のエリートが衰えていき、政治的コミュニケーションが同質的でなくなるにつれて大部分は消えていったとする見解もある。⁽²⁹⁾ さらに、差別語（epithets）のみを禁じるようなことは低い知的水準の表現を差別することになるであろうとも言われる。⁽³⁰⁾

ある差別語（epithets）が有害であるかどうかは時によって変わるとも言える。ダマト（Anthony D. Amato）はある表現がもたらす有害な結果の独立した証拠を示すことは可能であるが、特定の発言をそれ自体（*Per se*）有害なものとすることはできないとする。⁽³¹⁾ 彼によれば、我々がそれ自体有害な言葉を考えるとき、我々は、今日では仰天させるような表現が次の年にはパロディーとなり、その次の年には運動場でのわめき声になるほど急速に変化している不確定な（indeterminate）文化と衝突するのである。⁽³²⁾

4. 集団的名誉の毀損

① 集団的名誉毀損の主張

ローレンスは、*New York Times Co. v. Sullivan*⁽³³⁾とその後の一連の事例は、十分に情報を与えられる大衆の利益と、自らの名声を主張する名誉を毀損された人々の競合利益とのバランスをとることへの関心を示しているとした上で、名誉を毀損された人々の利益は、*Sullivan* 判決とその後の一連の事例においてよりも、人種差別的な名誉毀損のケースにおけるほうがはるかに強いとする。⁽³⁴⁾

なぜなら、彼によれば、*Sullivan* 判決のルールは後に誤っていると証明される事実の言明を保護することである

が、人種差別的言葉 (epithets) は真偽を証明されうる事実の言明としてではなく、脅し (assault) として発せられるものだからである。⁽³⁵⁾ また、Sullivan 判決とその後の一連の事例は、公的問題は活発に議論されるべきであり、誤った考えのようなものはないとしているが、彼は、人種差別的侮辱は広く開かれた議論を奨励するものではないと考えているようである。⁽³⁶⁾

今日、ヘイト・スピーチが集団の名誉を毀損するという主張は、とりわけコミュニティの存在を重視する理論の中に見られる。人間は共同生活への参加を通じてのみ人間独特の能力を発展させ、発揮するがゆえ、個人としては不完全であるとするコミュニタリアンの政治理論を前提とするある論者は概ね次のように述べる。⁽³⁷⁾ コミュニティを持つことは、個人の、他のメンバーと平等に共有される能力による帰属の主張を認めることに等しい。特定のコミュニティに独自の特徴を与えるものは、誰が平等で、それゆえ誰がメンバーシップの資格を持つかを同定する原理である。集団を誹謗する表現を許容すれば、そのような表現がコミュニティの概念に固有のものである平等の理想を傷つけるがゆえに政治的コミュニティ全体が害される。すなわち、集団的名誉毀損を許容することは、集団的名誉毀損の甘受がアイデンティティーに不可欠な感受性 (sensibilities) を認めないことによって人格の尊重を怠るがゆえに、そのような表現の標的の、政治的コミュニティにおける平等なメンバーシップを否定することに等しい。

サンデル (Michael Sandel) は、*Beauharnais v. Illinois* からスコッキー事件、インディアナポリスの事件に至る三〇年は手続的共和国 (procedural republic) ⁽³⁸⁾ の勝利を示しているとした上で、リベラリズムが前提とする、表現と社会的プラクティスとの関係、個人のアイデンティティーと共同体のアイデンティティーとの関係についての理論について以下のような異議を唱えている。⁽⁴⁰⁾

第一に、人種差別主義者やナチス等を、中立性の名の下に保護することは、特定のコミュニティー（そこに人々が属し、その地位に社会的評価が大いに依存する）のメンバーとして、人々を尊重しないことであるかもしれないとされる。また、表現が社会的プラクティスを唱導するだけであり、決してその一部となることがないという理論を推し進めることは、表現が引き起こすかもしれない物理的害悪から独立してそれが投げかける害悪を認めないに等しいとも言われる⁽⁴¹⁾。

② 反対説

これに対し、フリードは、集団的名誉毀損が大衆の価値観や感情を変化させるということを恐れるがゆえにそれを禁止することに反対している⁽⁴²⁾。彼によれば、公的な領域においては、国家は真実の一つの見方を押し付けてはならず、大衆は自ら真実を選び分けることを委ねられなければならないのである⁽⁴³⁾。

ウェインスタインは、集団の名誉を毀損するような表現は、支配的集団のメンバーを犠牲者から遠ざけることになり、マイノリティーが支配的集団に属する人々を疑いの目で見るとして、独特の害悪があることを認めつつ、これらの害悪を生み出す主な原因が集団の名誉を毀損するような表現にあるという点を疑問視し、教育等の社会的営為や、大衆的メディアにおけるより穏やかなイメージ付けに主な責任を見出すことができるということを示唆している⁽⁴⁴⁾。

5. 精神的害悪

① 精神的害悪の主張

ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性（一）

マツダ (Mari J. Matsuda) は次のように述べる。「ヘイト・メッセージの消極的効果は犠牲者にとって実際的かつ即時的なものである。冷酷なヘイト・プロパガンダの犠牲者は、内臓疾患、心拍数増加、呼吸困難、悪夢、PTSD、高血圧、精神病、自殺にわたる生理的兆候と感情的苦痛を経験してきた。⁽⁴⁵⁾」

ローレンスは、ヘイト・スピーチが生む精神的傷は顔を殴られるのと同様に有害であり、しばしばそれ以上に深刻であるとする。⁽⁴⁶⁾ 人種差別的言葉 (epithets) とハラスメントは、しばしば犠牲者のすべての生活側面に広がる深い感情的傷跡、不安感、恐怖をもたらすものであるとされる。また、多くのヘイト・プロパガンダの犠牲者は心拍数増加や呼吸困難のような生理的、感情的兆候を経験してきたとされる。

② 反対説

アレクサンダー (Larry Alexander) は、「ヘイト・スピーチはかなり精神的に苦痛であるというのはもっともであるが、ヘイト・スピーチはヘイト・スピーチそれ自体として本質的に有害であるのか」という問いに対して否と答え、精神的に苦痛であるのはヘイト・スピーチを発する人が差別的な態度や信念を持っていると知ることであるとする。⁽⁴⁷⁾

ヘイト・スピーチはそのような態度や信念を示すものではあるが、そのような態度や信念は別の、いろいろな方法で (たとえば表現ではなく行為を通じて) 知られうるし、たとえヘイト・スピーチによってそれらが知られるのであるとしても、そのスピーチはたとえば新聞広告の中での人種差別的言明と同様の知識を伝えるものであるという意味で、そもそも修正一条による保護を受けるものであるとされる。⁽⁴⁸⁾ 彼は、もしある人が、別の人が自分の人種のメンバーについて悪く思っているという痛ましい知識を持っているならば、実際に人種差別的言葉 (epithets) をあびせられるようなことをされても、それ自体は何ら苦痛を追加するものではないであろうとする。⁽⁴⁹⁾

ハイマン (Franklyn S. Haiman) は、表現から生じる害悪と行為の結果として生じる害悪は異なるとし、ヘイト・スピーチがもたらすマイナス効果はヘイト・スピーチの犠牲者の心の中で生じるものによって媒介されるのであり、自動的な、あるいは不可避なものではないとする⁽⁵⁰⁾。彼は、犠牲者を傷つけるのがヘイト・スピーチによって伝えられる思想であるならば、発言の意味が脳を通じて処理されるまでは、その傷は感じとられないであろうとする⁽⁵¹⁾。「精神がコミュニケーションを処理するときはいつでも、それは刺激になるものと返答との間の媒介として作用している。そのことは、……熟考が行われていることを意味する」⁽⁵²⁾。

6. その他の害悪

① 人種差別思想の害悪

一部の学説は、ヘイト・スピーチが生み出す害悪以前に、その内容自体を悪とみなし、それを規制の正当化事由の一つにしようとする。

たとえばマツダは、人種差別思想が誤っているということは我々が歴史的経験から得た普遍的な共通認識であるとし、人種差別的表現はそうした思想の表明であり、しかも極めて有害な影響をもたらすがゆえに、「特有の (swi. generic)」カテゴリーとして扱われるべきであるとする⁽⁵³⁾。彼女は人種差別的表現がその内容のゆえに質的に異なったものであり、従来の修正一条の法理から切り離して規制を正当化できるとするのである⁽⁵⁴⁾。

ポスト (Robert C. Post) はこのような主張に反対する。民主主義はコミュニケーションの構造を打ち立てることによって自己決定の価値に仕えるとし、もし国家が特定の思想の表明を禁じるならば、政府は他律的で非民主的に

なってしまうとする。⁽⁵⁵⁾そして、自己決定の価値はパブリック・ディスコースがすべての意見に開かれていることを要求するのであり、人種差別的思想は「本来的悪」であるがゆえにパブリック・ディスコースの中で禁じられるべきであるという考えは修正一条の自由の理論的根拠と根本的に矛盾するとされる。⁽⁵⁶⁾

ポストは、マツダらが人種差別的プラクティスの蔓延を緊急のものと感じているがゆえに人種差別的表現規制を支持するものとみなが、そのようなプラクティスの蔓延は人種差別主義が普遍的に非難されているという結論を弱めるとする。⁽⁵⁷⁾

② 暴力的返答

面前にいないヘイト・スピーチの犠牲者によって暴力的返答がなされうることを理由にヘイト・スピーチを規制することは可能であろうか。

グリーンナウォルト (Kent Greenawalt) は、表現の自由を保護する理由が事実の表明や価値の主張を広く包含することを前提に、目の前にいない人々について侮辱や集団的差別語 (epithets) が語られるとき、それは特徴づけを行い、判断を下す極端に粗野な方法であり、表現の自由を保護する広範な理由の多くが明らかにあてはまるとする。⁽⁵⁸⁾

このような説に対して反論する見解はほとんど見当たらない。アメリカの学説が、ヘイト・スピーチ規制が目前にいない聞き手による暴力的返答の危険から正当化されるということを認めることはほとんどないようである。

ヘイト・スピーチ規制の主張の中には、表現が、それにさらされた人々が有害に行動するように導く性質を持つがゆえに規制されるという理論的根拠を持ち出すものもありうる。

ウェインスタインは人種差別的信念と人種差別的行為との間に強いつながりが存在することは疑いえないとしつつ、

問題となる人種差別的行為を法的審理の対象になるものに限定すれば、人種差別的信念を持つすべての人々が人種差別的行為に従事するというのはありそうにないとする⁽⁵⁹⁾。彼によれば、ヘイト・スピーチの禁止の支持者は人種差別的プロパガンダが「違法な (unlawful)」差別的行為の重大な原因であると示すデータを提示していない⁽⁶⁰⁾。
アメリカの学説が、ヘイト・スピーチ規制が煽動された第三者による暴力的返答の危険から正当化されるということとを認めることもほとんどないようである⁽⁶¹⁾。

③ 自尊侵害

ローレンスは *Brown* 判決において、汚名を着せることを妨げることが連邦最高裁の判決の核心であったとし、人種別学は、主として人種別学が伝えるメッセージ、黒人の子どもは不可触民であり、白人の子供と教育されるには適さないというメッセージのゆえに違憲であったとする⁽⁶²⁾。

このことから彼は、*Brown* 判決は人種差別的表現の内容を規制するものとして読まれうるとし、その判決は表現内容の規制が違憲と推定されるという通常のルールの例外であるとする⁽⁶³⁾。このような結論は表現と行為を混同するものであるという想定される批判に対し、彼は、表現要素を伴うすべての行為が保護されない表現として扱われるべきであるとするわけでないとし、*Brown* 判決において人種別学を違法とするメッセージとは無関係な目的はなかったことを強調している⁽⁶⁴⁾。

これに対しストロッセンは、表現と行為の区分が重要であることを強調し、ローレンスによる *Brown* 判決の解釈を批判する。

彼女は *Brown* 判決において問題となった行為の副産物はメッセージであったが、そのメッセージは付随的なもの

にすぎなかったとし、黒人の子どもが白人と学校に行くにふさわしくないと口にすることは黒人の子どもが白人と学校に行くことを法的に禁じることは実質的に区別できるとする。⁽⁶⁵⁾

彼女は、もし付随的なメッセージが行為を表現に転換できるならば、すべての行為はメッセージを伝えるので、表現と行為の区別は完全に消えうせるであろうとした上で、行為に緊密に結びついていないメッセージは保護されなければならぬとする。⁽⁶⁶⁾

また、ローレンスは限られた一部の人種差別的表現のみを規制しようとするが、人種差別的表現全体が行為とみなされるがゆえに規制されうるはずであり、禁止されるべき人種差別的表現を選び分ける原理を提示していないと批判される。⁽⁶⁷⁾

④ 政府による差別的メッセージの是認

ヘイト・スピーチの害悪はそれを発する話者のみから生じるものではなく、それを黙視する政府からも生じるものであるとする主張がある。

マツダは次のように述べる。「何百人もの警官が人種差別的デモの参加者を保護するために出動するとき、裁判所が人種差別的侮辱に対する救済を拒否するとき、人種差別的攻撃が悪ふざけであるものとして政府によってあっさり片付けられるとき、犠牲者は国籍を失う。標的となる集団のメンバーは人種差別的表現を促進するコミュニティーに共感を示すか、コミュニティーが自らを中に含まないことを認めるか、いずれかを選ばなければならない。⁽⁶⁸⁾」

これに対し、グリーンナウォルトは、政府は憲法的価値に反するすべての種類の表現を許容するとした上で、政府は自らの行動、教育等によって平等を促進したり、表現以外の行動を規制したりすることができるとし、人種差別的表

現を許すことが必ずしも人種差別主義を是認することになるとは限らないとする。⁽⁶⁹⁾

また、ポストは、マツダの議論は民主的自己統治によって求められる公私区分を拒絶するものであり、たとえパブリック・ディスコースにおいて個人によって示される思想の責任が政府に帰せられるようなことがあるとしても、政府は、自己決定原理によって求められる方法で、その思想に対して「応答している」(responsive)とは考えられないとする。⁽⁷⁰⁾ 図書館が、収集し、陳列する本の著者の見解を是認していると理解されればそれが機能しえないのと同様に、民主主義においても、政府がパブリック・ディスコースにおいて私人によって表明される思想を是認していると理解されたならば、それは自律の価値に仕えることができないとされる。⁽⁷¹⁾

7. リベラルな表現の自由理論による害悪批判

一部の学説は、リベラルな表現の自由理論がヘイト・スピーチの害悪を評価するのに不十分であり、対抗言論の機能不全、害悪の不均等な配分を十分考慮する必要があると述べてきたことは既に述べた。しかし、犠牲者が特定されていない場合をも含めて一般的に、ヘイト・スピーチによって対抗言論が機能不全に陥る、あるいは害悪が極度に不均等に配分されていると言い切ることはできないかもしれない。

確かに、以上で論じた害悪の主張はいずれも完全に否定することのできるものではないであろう。しかし、それらいずれの主張も、犠牲者が特定されていない場合にまで、単独で規制の根拠としようるものとは言えそうにない。

1から4の害悪の主張はラディカルな立場に立つ論者によってかなり有力に主張されてきたが、アメリカにおいては、いずれの主張もかなりラディカルなものであり、伝統的な表現の自由理論の根底を崩す危険を孕むものとみなさ

れているように思われる。アメリカの多くの学説がなお強い抵抗を示しているのは首肯しうるところであろう。

他方、5の精神的害悪の主張に対する反対説は、人種差別的思想の害悪が表現の形態で現れた場合、それをマイナス評価することを全く認めないが、そこまで極端にリベラルな主張はほとんど賛同を得ていない。しかし、犠牲者が特定されていない場合にヘイト・スピーチがどれほどの精神的害悪をもたらすかは明らかでなく、そのような場合に規制に値する精神的害悪を見出すことは困難であろう。

確かに、いずれの害悪の主張も一定の説得力を有しているが、そこから即座に規制の正当性を導くことができるようなものではなさそうであり、アメリカにおける多くの学説は依然として対抗言論による解決に依存しているように思われる。

連邦最高裁はとりわけ修正一条の領域において正説を定立することを敵視し、「正説敵視の原則 (anti-orthodoxy principle)」を見解中立性の中心原則としてきた⁽⁷²⁾と言える。対抗言論の健全な機能を期待できるときにまで表現に規制を及ぼすとき、まさに国家が正説を定立しているということができ、見解中立性が求めるものにそぐわない結果が生まれることになってしまう。だとすれば、そのような規制は連邦最高裁が確立してきた見解中立性の原則に真つ向から反するということになる。

この点、ポルノグラフィの害悪の主張に対する反論としてなされたポズナー (Richard Posner) の議論が参考になる。彼はフェミニストが不平を述べ立てているポルノの主要なコスト (女性のセクシャリティーに関するステレオタイプを永続化させたり、男性をレイプ、その他の女性を貶める行為へと煽ったりする傾向) はいまだ証明されていないとした上で、そのようなコストの代替物としてポルノの不快感 (offensiveness) を強調する議論を批判する⁽⁷³⁾。彼

は、不快さは測定しがたいとし、表現規制の基礎として不快さにウェイトが置かれることに疑問を提示した上で、以下のように述べる。

「不快さはしばしば人々にとって重要な価値や信念に挑戦することの副産物である。そして、これらの挑戦は思想と意見の市場の重要な一部である。人々は自らの生活様式に異議を唱えられたとき、狼狽するのであるが、その狼狽は疑いの始まりであり、最終的に有益な変化を導くものであるかもしれない。最初に発せられたとき、非常に不快であったが、現在は耳慣れた (conventional) ものとなっている思想や意見のすべてを考えてみよ。おそらく、他者の価値や信念に異議を唱えるかもしれない思想を聞き、発することを許される条件は、同様の権利を他者にも進んで拡張しようとする⁽⁷⁴⁾こと、したがって不快さが表現を罰するための許容しうる根拠でないことに進んで同意しようとする⁽⁷⁴⁾ことであるはずだ。」

ヘイト・スピーチに関しても同様のことが言えるであろう。対抗言論の健全な機能を期待できるほど害悪が不明確なヘイト・スピーチに対して規制を及ぼすことは、いわばその表現の不快さを根拠に規制を正当化することに等しいと言えるかもしれない。仮にそうであれば、その規制はポズナーの言う「人々にとって重要な価値や信念への挑戦」を抑圧することであり、現在は非常に不快であるが、将来は耳慣れたものとなるかもしれない思想や意見を抑圧することであるかもしれない。これはまさに国家による正説の定立であると言える。⁽⁷⁵⁾

(1) 347 U.S. 483 (1954).

(2) See Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT* 64 (1993).

(3) *Id.* See also Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victims Story*, in *WORDS THAT WOUND: HEIT・スピーチの害悪と規制の可能性* (一)

id. at 48-49; ALEXANDER TESIS, DESTRUCTIVE MESSAGES: HOW HATE SPEECH PAVES THE WAY FOR HARMFUL SOCIAL MOVEMENTS 142-43 (2002).

- (4) Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: Modest Proposal?* 1990 DUKE L. J. 484, 545.
- (5) *See id.*
- (6) See Gary Goodpaster, *Equality and Free Speech: the Case against Substantive Equality*, 82 IOWA L. REV. 645, 660 (1997).
- (7) *See id.* at 661.
- (8) *See id.* at 662.
- (9) *See id.*
- (10) *See id.* at 673-74.
- (11) *See id.* at 675. *See also* Robert C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 WM. & MARY L. REV. 267, 293 (1991).
- (12) *See* OWEN FISS, *THE IRONY OF FREE SPEECH* 16 (1996).
- (13) *Id.*
- (14) *See* Lawrence, *supra* note 2, at 78.
- (15) *See id.* at 79. たとえば黒人の家の芝生で十字架を燃やすような行為は一種の脅しであり、潜在的な話者を沈黙させる脅しでもあるとされる。この脅しは人種差別的に動機付けられた暴力が広く知られた歴史的かつ現代的な現実であるがゆえ、効果的なものにならなければならない。
- (16) *See also* Richard Delgado, *Legal Theory: Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision*, 85 NW. U.L. REV. 343, 343, 385 (1991). 「人種差別的表現が支配的集団にすべての信頼を置くことによって、支配的な物語を強化するだけではなく、それは反論の表現の効率性を損なうことによってマイノリティー集団の力を奪うようにも機能する。」
- (17) *See* JAMES WEINSTEIN, *HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE* 134 (1999).
- (18) *See id.*
- (19) *See id.*

- (20) ボルノグラフィーの沈黙効果論に対して向けられたその他の批判として、RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW 221-23 (1996)、『ロナルド・ドゥオーキン著／石山文彦訳『自由の法』二八八―二九〇頁(木鐸社、一九九九) 参照。
- (21) See Charles Fried, *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, in THE BILL OF RIGHTS IN THE MODERN STATE 250 (Geoffrey R. Stone et al. eds., 1992).
- (22) See also Post *supra* note 11, at 306-11.
- (23) See Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in WORDS THAT WOUND, *supra* note 2, at 94.
- (24) See Lawrence, *supra* note, 2 at 67-68.
- (25) See Ronald Turner, *Regulating Hate Speech and the First Amendment: The Attractions of, and Objections to, an Explicit Harms-Based Analysis*, 29 IND. L. REV. 257, 298-302 (1995); CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 163 (1993).
- (26) See Kenneth L. Karst, *Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups*, 1990 U. ILL. L. REV. 95, 96-97.
- (27) See *id.* at 125.
- (28) See *id.* at 127.
- (29) See Bruce Boyden, Book Note, *Freedom to Offend*, 105 YALE L. J. 1415, 1419 (1996) (reviewing KENT GREENAWALT, FIGHTING WORDS (1995)).
- (30) See *id.* at 78.
- (31) See Anthony D'Amato, *Free Speech and Religious, Racial, and Sexual Harassment: Harmful Speech and the Culture of Indeterminacy*, 32 WM. AND MARY L. REV. 329, 344 (1991).
- (32) See *id.*
- (33) 376 U. S. 254 (1964).
- (34) See Lawrence *supra* note 2, at 75.

- (35) *See id.*
- (36) *See id.*
- (37) *See Note, A Communitarian Defense of Group Libel Laws*, 101 HARV. L. REV. 682, 689-91 (1988).
- (38) 343 U.S. 250 (1952)
- (39) サンデルは、政府が、市民が支持する道徳的・宗教的見解に対して中立的であるべきであり、特定の善き生活のビジョンを法的に肯定すべきでなく、人々を自らの価値や目的を選ぶことのできる自由かつ独立した自己として尊重する権利の枠組みを提供すべきであるとする考えとしてリベラリズムを定義し、それが特定の目的より公正な手続の優越を主張するがゆえ、それによって導かれる公的生活を、手続的共和国と呼んでいる。 *See MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY* 4 (1996).
- (40) *See id.* at 88-89.
- (41) リベラリズムのヘイト・スピーチ擁護論に対するサンデルによるコミュニタリアニズムの立場からの批判に対して、リベラリズムの立場からの再批判を試みる説も見られる。 *See Colin Farrelly, Public Reason, Neutrality and Civic Virtues*, Ratio Juris, Vol. 12, No. 1, March 1999 (11-25).
- (42) *See Fried, supra note 21*, at 238.
- (43) *See id.* at 239.
- (44) *See WEINSTEIN, supra note 17*, at 132-33.
- (45) Matsuda, *supra note 3*, at 24.
- (46) *See Lawrence, supra note 2*, at 74.
- (47) *See Larry Alexander, Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, 13 CONST. COMMENTARY 71, 76 (1996).
- (48) *See id.* at 76-77.
- (49) *See id.* at 77-78.
- (50) *See FRANKLYN S. HAIMAN, "SPEECH ACTS" AND THE FIRST AMENDMENT* 27-28 (1993).
- (51) *See id.* at 29.

- (52) *Id.*
- (53) See Matsuda, *supra* note 3, at 35-38. See also David Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, 8 *CARDOZO L. REV.* 445, 458 (1987) (彼もまた、人種差別的表現の規制を論じる前提として、それが悲惨な歴史的経験を生み出したこと、非難を招くおびおびとしたものが普遍的に認識されていることを理由に、人種差別思想を独特のものであるとしている。)
- (54) See Matsuda, *id.* at 36-38.
- (55) See Post, *supra* note 11, at 290.
- (56) See *id.* at 290-91.
- (57) See *id.* at 291.
- (58) See KENT GREENAWALT, *FIGHTING WORDS* 48 (1995).
- (59) See WEINSTEIN, *supra* note 17, at 131.
- (60) See *id.*
- (61) See Wojciech Sadurski, *Racial Vilification, Psychic Harm, and Affirmative Action*, in *FREEDOM OF COMMUNICATION* 77-78 (TOM CAMPBELL AND WOJCIECH SADURSKI eds., 1994). ただし、長期間にわたるヘイト・スピーチの蔓延が徐々にマイノリティ集団のステレオタイプを生み出し、それらの集団への暴力につながる危険を主張する有力な見解がある。See generally ALEXANDER TSESIS, *DESTRUCTIVE MESSAGES: HOW HATE SPEECH PAVES THE WAY FOR HARMFUL SOCIAL MOVEMENTS* (2002).
- (62) See Lawrence, *supra* note 2, at 59. 人種別学は黒人に劣等感のバッジを刻み込み、このバッジはそれを身に付けている黒人ばかりでなく、コミュニティの他の人々に対しても、黒人にとって有害なメッセージを伝えるとされる。
- (63) See *id.*
- (64) See *id.* at 60.
- (65) See Strossen, *supra* note 4, at 542.
- (66) See *id.*
- (67) See *id.* at 543-44.

- (68) See Matsuda, *supra* note 3, at 25.
- (69) See GREENAWALT, *supra* note 58, at 61.
- (70) See Post, *supra* note 11, at 291-92.
- (71) See *id.* at 292.
- (72) 拙稿「表現の自由保障における内容中立性原則 (Content Neutrality Principle) の一考察——アメリカの判例・学説を素材として——」法学ジャーナル (関西大学大学院) 七四号五一七―五一八頁 (二〇〇三) 参照。
- (73) See RICHARD POSNER, *FRONTIERS OF LEGAL THEORY* 78 (2001).
- (74) *Id.*
- (75) See also Sadurski, *supra* note 61, at 81 (彼はヘイト・スピーチ規制の是非を論じる文脈で概ね次のように述べる。単なる不快な表現と、アイデンティティーに直接関わる不快な表現との区別は保護に値する感受性 (sensitivity) の重要性についての価値判断を伴うが、そのような判断によって、我々は無制約の多数決主義という結果に直面しなければならない。そのような区別をすること以外に唯一採りうる手段は区別を完全に放棄し、感情的害悪の法的保護のレベルを下げることであるが、それがより率直で正直な解決である。法は保護に値する感情的害悪と法的関心に値しない感情的害悪との間の線引きをしない。個人による、より大きな集団との同一視、一体感 (identification) の程度は法によって決められない。)

四. 広範な刑事規制の主張

1. 特有の (*sui generis*) カテゴリーとしての規制

① 合憲説

マツダは修正一条の例外を拡張することによって修正一条の構造が弱められるとし、むしろ最悪の形態の人種差別的表現を特別扱いすることが、表現の自由をよりよく保護する非中立的で価値負荷的なアプローチであるとする。⁽¹⁾

彼女は、その最悪の人種差別的表現を明らかにする三つの特徴を掲げる。⁽²⁾

1. メッセージが人種の劣等性を伝えるものであること。
2. メッセージが歴史的に抑圧された集団に向けられていること。

3. メッセージが迫害するような、憎悪に満ちたものであり、品位を下げるようなものであること。

第一の要素は人種差別的表現を認識する主要なものであるとされ、人種差別的表現は人種の劣等性を示し、標的となる集団のメンバーの人格を否定するものであるとされる。⁽³⁾ 第二の要素はさらに詳しく人種差別主義を定義しようとする試みるものであるとされ、人種差別的表現は歴史的な垂直関係を強化する従属のメカニズムであるがゆえ、特に有害であるとされる。⁽⁴⁾ 最後の要素はファイティング・ワードの考えと関わっており、最悪の形態の人種差別的表現の中で用いられる言葉は、迫害するような、憎悪に満ちたものであり、品位を下げるような言葉であり、かつそのようなものとして意図された言葉であるとされる。⁽⁵⁾

② 違憲説

ストロッセンはある特定の思想を表明する表現を抑制するための原理的基礎はないとし、これを表現の自由の不可分性 (indivisibility) の原則と呼んでいる。⁽⁶⁾ 彼女は歴史的な観点から、人種差別のアメリカにおける独自性、国際的な文書の中で表明されている、人種差別を除去するという国際的なコミットメント、国際的な合意の下でも、多くの他国における国内法の下でも人種差別的表現は違法にされていることを指摘した上で、なお、不可分性の原則の真実は経験によって確認されており、もし表現の自由が一人の人、一つの集団、一つのメッセージのために弱められたならば、もはや他者にとっても表現の自由はなくなってしまうということを歴史が証明しているとする。⁽⁷⁾

また、ヘイト・スピーチの見解差別的規制は、パブリック・ディスコースがあらゆる意見に対してオープンであることを前提として成り立つ個人の自己決定の価値を侵すという批判が見られる。⁽⁸⁾

2. 集団的名誉毀損の規制

① 合 憲 説

Beauharnais 判決の有効性が疑われるにつれ、集団的名誉毀損法を合憲とする論者、規制立法を提案する論者は次第に姿を消してきた。このような説は九〇年代以降、ほとんど見られないが、⁽⁹⁾今でもそのような法を支持する学説は少数ながら存在する。⁽¹⁰⁾

たとえば、ジョーンズ (Thomas David Jones) は、名誉の毀損は修正一条によって保護されないがゆえ、名誉毀損的な虚偽を法的に禁止しても修正一条の問題は生じないとする。⁽¹¹⁾ 彼は、連邦の刑事立法が集団的名誉毀損の問題にとって最も適当な矯正法であるとし、たとえ象徴的価値しか持たないとしても、それが制定されるべきであるとする。⁽¹²⁾ さらに彼は、アメリカが中央の立法府による集団的名誉毀損法を持たない数少ない国の一つであることを指摘する。⁽¹³⁾

また、アメリカが集団的名誉毀損を禁ずる立法を採用するように勧めることによって、マイノリティーの「平等な配慮と尊重の権利」は実現されると言われる。⁽¹⁴⁾ 彼は、集団的名誉毀損法はすべての形態の人種差別を除去するという国家の方針を奨励し続けるという目的を達成する可能性を高めるとも言っている。⁽¹⁵⁾ 問題は表現の自由との衝突というものではなく、「純然たる正義」の問題として、アメリカが社会的変化の道具として法を使うことを通じて、マイノリティーの保護と生存を保障することを選ぶかどうかであるとされる。⁽¹⁶⁾

② 違憲説

ウェインスタインは、R. A. V. 判決の論理からは、人種等の集団に限った名誉毀損の規制は内容差別的なものとして違憲になること、集団の名誉を毀損する表現は、虚偽であることを証明できるとしてもそのような証明は困難であること、さらにはそのような表現は虚偽か否かを判断しうるものではなく、むしろ「思想」とされるべきものであることを指摘している⁽¹⁷⁾。

ゲイツ・ジュニア (Henry Louis Gates, Jr.) は、真偽の判断不可能性をとりわけ問題視している。彼は、人種差別的ののしりに特徴的な評価的判断は事実の証明に向かないとし、個人に対する名誉毀損との比較は成り立たないとする⁽¹⁸⁾。「おまえを軽蔑する! (I despise you.)」という⁽¹⁹⁾こと⁽¹⁹⁾によって誰かの名誉を毀損することはできないが、そのような言葉こそがほとんどの人種差別的言葉 (epithets) に共通の、本質的メッセージであるように思われるとされる⁽¹⁹⁾。

3. 価値の低い表現 (low value speech) としての規制

① 合憲説

サンステイン (Cass R. Sunstein) はより強く保護される政治的表現とその他の表現を区分する修正一条の二層理論 (two-tier First Amendment) を提案する⁽²⁰⁾。彼は、政治的表現を「ある問題についての公的な熟慮に貢献するものとして意図され、かつそのようなものとして受け取られる⁽²¹⁾」表現と定義し、それが上層に属するものとしつつ、それ以外の表現は下層に属するもの⁽²¹⁾と考える。

ヘイト・スピーチについて、彼はそれが政治的内容を持つことが十分ありうるとした上で、それが実際にある問題についての政治的思考に貢献するものとして意図され、受け取られる程度を問題にするべきだとする。⁽²²⁾そして、たいのヘイト・スピーチの規制はこの意味で政治的と言える表現を対象とするが、心底からの侮辱を示す単純な差別語 (epithets) は下層に属し、十分な正当化がなされれば規制されうるとする。⁽²³⁾

彼は、主題規制が一律に厳格に扱われるわけではなく、中立的な害悪に基づく正当化がなされればそれは許容されるとした上で、R.A.V.判決で違憲とされた条例は主題規制であり、規制対象が保護されない非常に狭いカテゴリーのファイティング・ワードに限定されている限り、十字架焼却等のヘイト・スピーチの規制は問題の表現がもたらす害悪ゆえに、許されると考える。⁽²⁴⁾

② 違憲説

ニューボーン (Burt Neuborne) は、サンステインは政治的表現とそれ以外の表現を区別するが、何が政治的表現であるかを知っているのはサンステインだけであり、政治的表現がどこで終わり、政治的でない表現がどこから始まるかを誰が知っているのか、と問うている。⁽²⁵⁾ニューボーンは、政治とその他の文化の間に原理的な線を引くことはできないとする。⁽²⁶⁾

ニューボーンは、政治的表現と政治的でない表現の間で引かれるサンステインの区別の多くが原理的な基礎を欠いているとし、⁽²⁷⁾とりわけヘイト・スピーチに関するサンステインの見解を次のように批判する。

サンステインは、人種差別的言葉 (epithets) や十字架焼却のみを禁じることを提案し、ヘイト・スピーチ一般を禁じることに反対するが、ニューボーンは人種差別的言葉や十字架焼却が禁止されるほど十分な害悪を引き起こすと

いう原理は歯止めがきかないものであり、実際、人種差別的言葉とその他の形態の有害なヘイト・スピーチとの間の主な違いは話者の社会的階級である可能性が高いとする⁽²⁸⁾。サンステインによる、規制に服するヘイト・スピーチと保護されるヘイト・スピーチの間の区別には認識しうる原理が存在しないので、表現抑圧の範囲をコントロールすることは不可能であるとされる⁽²⁹⁾。

4. 分析と検討

アメリカ合衆国連邦最高裁は基本的に内容に基づく規制に対して厳格な姿勢を示してきたが、とりわけ特定の見解を標的にした規制は最も危険なものとされてきた。ウェインスタインはマツダらの提唱するような広範な見解差別的規制は、連邦最高裁によって厳格審査を待たずともなく即 (*Per se*) 違憲とされてもおかしくないとする⁽³⁰⁾。また、マツダの主張は表現内容中立性原則の核心である正説敵視の原則に真っ向から反するものであり、連邦最高裁の判例法理には全く馴染まないものであるように思われる。

ヘイト・スピーチを *Beauharnais* 判決において認められた集団的名誉毀損の概念を用いて規制できるとする説については批判が多い。*Sullivan* 判決以降、集団的名誉毀損の概念はその有効性がすでに疑われてきた。

Sullivan 判決とその後の一連の名誉毀損に関する判決は、「名誉毀損として保護されないものは虚偽の事実の言明であると証明できるものに限る」ということを前提にしてきたのであって、そのことは単なる人種差別的見解の表明に対して名誉毀損の主張をすることを排除するように思われる⁽³¹⁾という指摘や、*Sullivan* 判決は「名誉毀損的な言明が単に一つの集合体としての政府ではなく、公職者個人に向けられていることを、名誉毀損の訴えを起す公職者

が証明することを要求したので、ある人々はその事実が集団的名誉毀損の主張に対して *Beauharnais* 判決が敏感に反応したことを覆い隠すように思った⁽³²⁾とする指摘が見られる⁽³³⁾。

価値の低い表現理論を唱えるサンステインの立論も連邦最高裁の判例法理にそぐわないように思われる。主題規制はそれが刑事規制であるときには緩やかに審査されることはないというのが連邦最高裁の立場である⁽³⁴⁾。また、サンステインは差別語 (*epithets*) を規制しようとするが、いかなる不快な表現をも保護するという立場を連邦最高裁は⁽³⁵⁾とっている。

サンステインは自らの主張する規制はかなり限定されたものであるとしており⁽³⁶⁾、実際、その主張はマツダらに比べればかなり限定されたものであると言える。しかし、表現はその内容が不快であっても最大限保護されると多くの学説が主張しており、たとえ差別語 (*epithets*) であっても規制は許されないとする有力な説があることはすでに確認した。

それゆえ、サンステインの説は連邦最高裁の立場、修正一条に関する多くの学説の前提とするところに反するといふ指摘をすることが可能である。

結局、広範な規制の主張は連邦最高裁判例の表現の自由法理にそぐわない上に、理論的にも問題があり、多くの学説による批判にさらされていると言えるであろう。

(1) See Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victims Story*, MARI J. MATSUDA et al., WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT 36 (1993).

(2) See *id.*

(3) See *id.*

- (4) See *id.*
- (5) See *id.*
- (6) See Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: Modest Proposal?* 1990 DUKE L. J. 484, 534.
- (7) See *id.* at 535-37. See also Larry Alexander, *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, 13 CONST. COMMENTARY 71, 93-96 (1996) (「修正一条の内容中立性は、立法府と裁判所が真実で価値のある思想と虚偽で有害な思想を区別できぬとの信頼を損なうべきでなく、むしろ直感に基礎を置いている」)。
- (8) See Robert C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 WM. & MARY L. REV. 267, 290-91 (1991).
See also Calvin R. Massey, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, 40 UCLA L. REV. 103, 170-74 (1992).
- (9) 主として九〇年代以前の規制合憲論を紹介するものとして、内野正幸『差別的表現』一〇八―一一九頁(有斐閣、一九九〇)参照。
- (10) キャンパスにおける集団的名誉毀損の規制の主張について、Rhonda G. Hartman, *Revitalizing Group Defamation as a Remedy for Hate Speech on Campus*, 71 OR. L. REV. 855 (1992) 参照。
- (11) See THOMAS DAVID JONES, *HUMAN RIGHTS: GROUP DEFAMATION, FREEDOM OF EXPRESSION, AND THE LAW OF NATIONS* 151 (1998).
- (12) See *id.* at 152-53.
- (13) See *id.* at 153.
- (14) See *id.* at 251.
- (15) See *id.* at 252.
- (16) See *id.*
- (17) See JAMES WEINSTEIN, *HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE* 58-59 (1999).
- (18) See Henry Louis Gates, Jr., *War of Words: Critical Race Theory and the First Amendment*, in *SPEAKING OF RACE, SPEAKING OF SEX: HATE SPEECH, CIVIL RIGHTS, AND CIVIL LIBERTIES* 30 (Henry Louis Gates, Jr. et al. eds., 1994).

- (19) *See id.*
- (20) *See* CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 121-65 (1993). 大沢秀介「共和主義的憲法理論と表現の自由」樋口陽一他編『声部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開(上)』五九三〜五九六頁(有斐閣、一九九三)参照。
- (21) *Id.* at 130.
- (22) *See id.* at 163.
- (23) *See id.*
- (24) *See* Cass R. Sunstein, *Words, Conduct, Caste*, 60 U. CHI. L. REV. 795, 822-29 (1993).
- (25) Burt Neuborne, Book Note, *Blues for the Left Hand: A Critique of Cass Sunstein's Democracy and the Problem of Free Speech*, 62 U. CHI. L. REV. 423, 437 (1995) (reviewing CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH (1993)).
- (26) *See id.*
- (27) *See id.* at 437. 大沢・前掲註(20)六〇三〜六〇四頁は価値の高い表現と価値の低い表現の区分に関わる問題を指摘している。
- (28) *See id.* at 438. 大沢教授はむしろ許容されるハイト・スピーチ規制の範囲が不当に狭いことを疑問視している。同上六〇四頁参照。
- (29) *See id.* at 439. Alon Harel, *Bigotry, Pornography, and the First Amendment: A Theory of Unprotected Speech*, 65 S. CAL. L. REV. 1887 (1992) は一定類型のハイト・スピーチを政治的ディスコースの中に包含される表現と区別してそこから排除すべきものとしてこれを同様の批判が向けられるべきであると論ずる。
- (30) *See* WEINSTEIN, *supra* note 17, at 53-55.
- (31) GERALD GUNTHER AND KATHLEEN SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 1046 (14th ed. 2001).
- (32) LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 926-27 (2nd ed. 1988).
- (33) *See also* Dana Moon Dorsett, *Hate Speech Debate and Free Expression*, 5 S. CAL. INTERDIS. L. J. 259, 263-64 (1997);

Strossen, *supra* note 6, at 518-19.

(34) 拙稿「表現の自由保障における内容中立性原則 (Content Neutrality Principle) の一考察——アメリカの判例・学説を素材として——」法学ジャーナル (関西大学大学院) 七四号四九七～五〇二、五二四頁 (二〇〇三) 参照。

(35) 同上五〇五～五〇七頁参照。保護されない表現とは言えないが、修正一条によって保護された通常の表現と同等の保護を受けない「価値の低い表現」というカテゴリーが存在することを認めたように思われる連邦最高裁判決もいくつか見られる。同上五二三頁参照。しかし、そのような表現カテゴリーを連邦最高裁が一般化するに至っていない。同上五二三～五三四頁、岡村みちる「表現の自由における『価値の低い言論理論』(二)」法研論集 (早稲田大学大学院) 八六号八五～八六頁参照。

(36) See Sunstein, *supra* note 24, at 825.