

ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(二・完) : アメリカの諸学説の検討

著者	奈須 祐治
雑誌名	関西大学法学論集
巻	54
号	2
ページ	313-366
発行年	2004-07-25
その他のタイトル	Legal Responses to Harms of Hate Speech : Controversies in the United States
URL	http://hdl.handle.net/10112/12330

ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性（二・完）

——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 (以上、五三巻六号)

五．表現のコンテキストと害悪 (以下、本号)

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（二・完）

一六一（三二三）

5. その他の手段
6. 分析と検討
- 七. さらなる問題
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

五. 表現のコンテキストと害悪

先に紹介・検討したヘイト・スピーチの害悪は、広範な刑事規制を導くほど十分に強力なものとは言えないとされていたが、そのような害悪の主張は限定されたコンテキストにおいては説得力を増すとと言えるかもしれない。とりわけ、ヘイト・スピーチが面前で発せられるときと、職場や大学の教室等の中で発せられるときに生じる害悪がしばしば問題にされる。

1. 面前のヘイト・スピーチ

聞き手による暴力的返答は規制を正当化するほどの害悪とは言えないとする説が多く見られたが、面前の表現の場合に限ってそれを十分に強力な害悪と認める説が存在する。グリーンハウルトは、一定の面前の侮辱や差別語(epithets)は、極端な場合、硬直的な返答を招く(さらにはそれを「要求する」)⁽¹⁾ことがあると考えている。このような言葉は規範的環境を変化させるがゆえ「状況変更的(situation-altering)」であり、聞き手に戦いをする特権を与えるものとされ、さらに、ある環境においては聞き手に一種の戦いをする義務を課すものとされる。⁽²⁾

面前で投げかけられるヘイト・スピーチはそれが与える精神的害悪についても特別であるとされる。グリーンナウオルトは、聞き手がけんかを始める類のコメントは人を最も傷つけるコメントでもあるとし、面前でヘイト・スピーチが発せられた場合、犠牲者が暴力的返答をなす能力を持たなくとも、それがもたらす精神的な害悪のゆえに規制が正当化されるとする。⁽³⁾

ローレンスは面前での人種差別的侮辱がファイティング・ワードと同様に修正一条の保護に値しないとす。⁽⁴⁾ その理由として彼は人種差別的侮辱の有害な影響の即時性を挙げ、「ニガー (nigger)、スピック (spick)、ジャップ (Jap)、カイク (kike) などと呼ばれる経歴は顔面に平手打ちを受けるようなものである」とする。⁽⁵⁾

また、面前のヘイト・スピーチは、それが引き起こす沈黙効果についても特別であるとされる。ウェインスタインは、ラディカル達による沈黙効果の主張に反対しつつ、面前の人種差別的言葉 (face-to-face racist epithets) やその他の個人に向けられた人種差別的表現が実際の沈黙を導くということは十分にありうるとする。⁽⁶⁾

このように、ヘイト・スピーチはそれが犠牲者の面前で向けられたとき、特別な有害性を持っているとする説は、リベラルな表現の自由論を説く論者の間でもかなり広く受容されていると言える。

2. ハラスメントを構成するヘイト・スピーチ

ヘイト・スピーチが職場や大学の教室等の中で発せられるとき、ハラスメントとなることがありうる。とりわけ職場においては、雇用差別を禁じる市民権法第七編が環境型ハラスメントを禁止することが連邦最高裁判例において確立されており、言葉のみによるハラスメントも雇用差別として第七編に違反するとされることもある。

このようなハラスメントを構成するヘイト・スピーチがとりわけ有害であることは、多くの論者によって指摘されている。⁽⁷⁾

ヘイト・スピーチが平等権を侵害するという主張に対しては有力な反対論が提示されていたが、ハラスメントを構成するヘイト・スピーチが平等権を侵害するという説はしばしば見られる。「職場におけるヘイト・スピーチであるハラスメントは確立されたカーストや従属の関係を維持し、第七編の中心にある平等という核心的価値を損なう」ものであり、「平等な扱いは平等を損なうハラスメントからの自由を意味すると考えられるべきである」⁽⁸⁾と言われる。実際、ハラスメントが第七編に違反するような雇用差別となることは既に広く受け入れられているので、ハラスメントを構成するヘイト・スピーチが平等権を侵害するという主張は、通常のヘイト・スピーチが平等権を侵害するという主張ほどラディカルなものではないであろう。

また、職場や大学の教室のような場では、一般社会以上の礼儀と節度が求められるので、通常においては礼節を損なうものとはされないヘイト・スピーチも規制に値すると言われることがある。ポストは、パブリック・ディスコースに拡張される憲法的保護は、ノンパブリックな表現に拡張される保護とは重要な点で異なっていると、たとえば修正第一条が新聞紙上の人種差別的思想の流布を法的規制から免除するとしても、職場内で、その同じ表現を政府が抑制することができないわけではないとする。⁽⁹⁾ 彼は、職場では自律的な、自己を統治する市民間の対話のイメージは明らかに場違いであろうとする。⁽¹⁰⁾

サンステインは、大学は礼節と市民にふさわしい参加に関する規制ルールを敷くことができるとし、学生が口汚い(abusive)言葉を教室内で繰り返し使ったならば、たとえその言葉が路上では堅固な憲法的保護を受けるとしても、

その学生を停学にすることは正当であるとしている⁽¹¹⁾。

また、職場や大学の教室のような場においては、ヘイト・スピーチが犠牲者に与える精神的害悪もより大きいというとも言えるかもしれない⁽¹²⁾。

3. 分析と検討

先に、ヘイト・スピーチの害悪を検討する前提として、対抗言論が機能しうるか、マイノリティーの犠牲者に不当な負担が課されていないか、という二点を考慮する必要性を示唆した。

ストラウス (David A. Strauss) は、政府が、悪の勧めがあまりに効果的であるということを理由にそれを抑圧してはいけないという原則を、「説得原理 (persuasion principle)」と呼び、それをアメリカの表現の自由体系に中心的なものとして位置付けた上で⁽¹³⁾、精神を傷つける言葉がほとんど、あるいは全く聞き手がいない状況で、犠牲者に直接語りかけられるとき、説得が行われている可能性はほとんどないとする⁽¹⁴⁾。彼は、ハラスメント、ファイティング・ワード、脅し (assault) 等の、話者の面前の犠牲者に向けられた表現を罰する政府の確立された権限は、説得原理と矛盾しないとする⁽¹⁵⁾。

ストラウスの見解によれば、ハラスメントやファイティング・ワードによって聞き手が説得され、それに対する返答がなされることはほとんど考えられない。つまり、それらは対抗言論で立ち向かうことが期待される類の表現ではないということになる。確かに、面前でのヘイト・スピーチや職場等におけるハラスメントを構成するヘイト・スピーチに対して、言論によって対抗することはとりわけ困難であり、この場合、表現の害悪を除去する必要性がより

高いと言えよう。

面前のヘイト・スピーチや、ハラスメントを構成するようなヘイト・スピーチを放置することは、とりわけマイノリティに不当な負担を課すものと考えられることもできる。面前の表現は特定人を標的にするがゆえ、負担の不均衡は明らかであるが、そもそも職場や大学の教室内では表現の受け手は「囚われ」の身であるので、このようなときにも不当な負担が課されていると言うことができる。⁽¹⁶⁾

以上より、面前のヘイト・スピーチと職場や大学教室内等の場でのヘイト・スピーチはとりわけ有害であるとすることができる。これらは連邦最高裁において保護されない表現とされてきた表現諸類型と完全に一致するとは言えないが、少なくともその有害性においてそれと等しい、あるいはそれを上回ると言えそうである。だとすれば、それらの表現類型は十分に有害であるがゆえ、それを規制しても見解中立性の原則に反することはないとと言えるであろう。

- (1) See KENT GREENAWALT, *FIGHTING WORDS* 48 (1995).
- (2) See *id.*
- (3) See *id.* at 54.
- (4) 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* 66-71 (1993).
- (5) *Id.* at 67-68.
- (6) See JAMES WEINSTEIN, *HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE* 133 (1999).
- (7) 特に大学におけるヘイト・スピーチの害悪につき、小谷順子「合衆国憲法修正一条と大学における表現の自由——RAV判決以降のヘイトスピーチの規制の問題に関する一考察」法学政治学論究(慶應大学大学院)四〇号二七四―二七五頁(一九九九)参照。ハラスメントは、職場においてはその成立がかなり容易に認められているが、それを、大学の教室を含めた

他のコンテキストにどのように応用するかは困難な問題である。一般社会と大学を区別して後者においてはより規制が認められやすいとする説につき、松田浩「大学・差別・自由言論——合衆国のスピーチ・コード論争における『大学』分析——」一橋研究二四巻一六五―七一頁（一九九九）参照。

- (8) Juan F. Perea, *Strange Fruit: Harassment and the First Amendment*, 29 U. C. DAVIS L. REV. 875, 879 (1996).
- (9) See Robert C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 WM. & MARY L. REV. 267, 289 (1991).
- (10) See *id.*
- (11) See Cass R. Sunstein, *Words, Conduct, Caste*, 60 U. CHI. L. REV. 795, 830 (1993). See also Rhonda G. Hartman, *Revitalizing Group Defamation as a Remedy for Hate Speech on Campus*, 71 OR. L. REV. 855, 871-76 (1992).
- (12) 特に職場に「つづつ」たじろぎ Mary Becker, *How Free Is Speech at Work?*, 29 U. C. DAVIS L. REV. 815, 830-31 (1996) 参照。
- (13) See David A. Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 COLUM. L. REV. 334 (1991).
- (14) See *id.* at 343.
- (15) See *id.*
- (16) See J. M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, 99 COLUM. L. REV. 2295, 2310-15 (1999).

六. 謙抑的かつ多元的な対抗手段の可能性

以上で論じたように、十分に限定されたコンテキストにおけるヘイト・スピーチがとりわけ有害であるとするれば、そのような特に有害なヘイト・スピーチに向けられる謙抑的な対抗手段の可能性が探求されるべきであるということになる。実際、アメリカの学説はそのような謙抑的な対抗手段の多様な可能性を検討している。そのような対抗手段は、ファイティング・ワードの規制、ヘイト・クライムの規制、民事的救済、ハラスメントの規制、その他の手段に

分けることができる。

1. ファイティング・ワードの規制

ファイティング・ワードの概念をヘイト・スピーチ規制の文脈で持ち出そうとする場合、第一にファイティング・ワードという規制しうる表現類型が存在しうるのかが問題となる。第二に、仮に存在しうるとして、*Chaplinsky v. New Hampshire*⁽¹⁾、「まさにその発言によって、精神的傷 (injury) を与えたり、切迫した平穩の侵害を引き起こす傾向を持ったりするような言葉」という定義のうちの「平穩の侵害を引き起こす傾向を持つ」言葉という後半部の定義にあてはまる表現に加え、「精神的傷を与え」る言葉という前半部の定義にあてはまる表現を規制しうるのかという問題がある。

第一の問いに対する答えとして、「平穩の侵害を引き起こす傾向を持つ」言葉すらファイティング・ワードとして規制することが妥当でないとする見解がある。⁽³⁾ そのような見解に賛同する者もあるが、⁽⁴⁾ ここではとりわけヘイト・スピーチ規制の合憲性に関連する第二の問いに関して学説がいかなる対立を示しているかを見る。

① 違 憲 説

多くの論者は、*Chaplinsky* 判決において、「まさにその発言によって、精神的傷 (injury) を与えたり、切迫した平穩の侵害を引き起こす傾向を持ったりするような言葉」と定義されたファイティング・ワードは、*Gooding v. Wilson*⁽⁵⁾以降、「平穩の侵害を引き起こす傾向を持つ」ような言葉にその定義が限定され、「精神的傷を与える」という定義はファイティング・ワードの定義から抜け落ちたとする。⁽⁶⁾

たとえばストロクセンは、そもそも *Chaplinsky* 判決において「精神的傷を与える」という前半部の定義は傍論として述べられたにすぎず、実際の判決は、「一般人を闘争に駆り立てる可能性の高い言葉」を禁じることによって公共の平穩を保護する州の利益を根拠にして、問題となっている州法を正当化したのである⁽⁷⁾。そして *Gooding* 判決以降の判例はファイティング・ワードの定義を *Chaplinsky* 判決の実際の判決の線に沿って限定していったのであり、「精神的傷を与える」という傍論を破棄したのであるとされる⁽⁸⁾。

ガード (*Stephen W. Gard*) は、連邦最高裁は不快な言葉が聞き手に非常に深刻な感情的苦痛を引き起こすがゆえに修正一条の保護を奪われるべきであるという考えを繰り返して拒絶してきたとし、深刻な精神的動揺のような無定形で際限のない不平を政府による検閲の正当化要因として認める危険が、修正一条に具現化された主要な社会的価値を深刻に傷つけるであろうとする⁽⁹⁾。さらに彼は、人の感受性 (*sensibilities*) を保護するという利益の本質的な曖昧さは常に裁判官の嗜好を社会に押し付けたり、マイノリティーを差別したりする等の不当な結果を導くであろうとする⁽¹⁰⁾。不快な言葉は政府によって規制されるべき、言葉による暴行 (*assaults*) にあたるとする主張に対しては、そのような言葉が果たして単なる不快 (*discomfort*) や瞬間的な不快感 (*momentary unpleasantness*) 以上の深刻な反応を引き起こすかどうかは疑問であると、彼は答えている⁽¹¹⁾。

② 合 憲 説

Gooding 判決以降、ファイティング・ワードの範囲はかなり限定されたが、一九六〇年代までに反戦運動や市民権運動を行う人々を狙い打ちにして訴追するためにファイティング・ワードの概念が利用されていたという事実が、連邦最高裁をこのような方向に駆り立てたにすぎない⁽¹²⁾ということが指摘されている。また、面前で発せられる表現に

は、より大きな聴衆に向けられた表現に比べ、しばしば、より低い保護しか与えられることがなかったということも指摘しうる。⁽¹³⁾ さらに、先に論じたように、面前のヘイト・スピーチが与える害悪は深刻なものである。

それゆえ、切迫した平穩の侵害を引き起こす傾向を持つものだけではなく精神的な傷を与えるものもファイティング・ワードとすることができるとい主張が見られることも不思議ではない。

グレイ (Thomas C. Grey) は、ファイティング・ワードの定義の中の「切迫した平穩の侵害を引き起こす傾向を持つ」という部分と「精神的傷を与える」という部分は同種の表現に対する二つの異なった反応を認めたものとする⁽¹⁴⁾。攻撃的な若い男性に対して刺激を与えれば平穩侵害という結果が生じる可能性があるが、他の人々、とりわけマインリティー集団に属する人々の場合には恐怖や怒りという消極的な反応にとどまることが通常であることから、一部の男性に対する挑発的言葉のみをファイティング・ワードとすることは不当であるとされ、一定の限度を超えた言葉を一様に規制すべきであるとされる。⁽¹⁵⁾ 「精神的傷を与える」言葉は、「切迫した平穩の侵害を引き起こす」ような言葉と等価のものと主張されているのである。⁽¹⁶⁾

またヘイマン (Steven J. Heyman) は、法によって人格的尊厳が保護されるべきであるがゆえ、*Chaplinsky* 判決における定義の「精神的傷を与える」という部分は維持されるべきであるとしている。⁽¹⁷⁾

Chaplinsky 判決における定義の「精神的傷を与える」という部分を維持しようとするこれらの説からすれば、ヘイト・スピーチが「精神的傷を与える」という理由でファイティング・ワードにあたるものとみなされ、その規制が正当化される可能性が生まれるであろう。⁽¹⁸⁾

2. ヘイト・クライムの規制

① 違憲説

ゲルマン (Susan Gellman) はヘイト・クライム法には憲法上の問題があるとする。その理由は多岐にわたるが、とりわけ憲法上の問題として、彼女は、ヘイト・クライム法の曖昧さ、広範さ、思想を犯罪にすることの問題、平等保護条項違反を挙げる⁽¹⁹⁾。

このうち、第三のもの、思想を犯罪にすることの問題が特にヘイト・クライム法の合憲性に関して重要であるように思われる。まず彼女は動機を罰することを問題にする。彼女によれば、動機、意図、目的はそれぞれ異なっており、動機は行為者の行動理由以上の何ものでもなく、刑法上の犯罪や犯罪の一要素にはなりえない⁽²⁰⁾。

次に彼女は、偏見は修正一条によって保護されないとする考えを批判する。偏見の表明はファイティング・ワードに等しいとすることはできず⁽²¹⁾、ヘイト・スピーチ自体を新たな保護されない表現類型とするマツダのようなアプローチは採りえないとされる⁽²²⁾。競合利益が自由の利益を上回るときには保護されない表現に入らない表現でも内容規制に服するとすることはできないし⁽²³⁾、偏見の表明を禁止することはやむにやまれぬ政府利益とすることもできないとされる⁽²⁴⁾。また、規制が *United States v. O'Brien* のテスト⁽²⁵⁾ (表現要素を含む行為の規制は「重要な、あるいは実質的な政府利益を促進し、政府利益が表現の自由の抑圧と無関係であり、問題となっている修正一条の自由の付随的な規制がその利益の促進に不可欠な程度を越えない」場合には許される。) をパスするとも言えないとされる⁽²⁶⁾。さらに、ヘイト・クライム法は基礎となる犯罪への罰に加えて動機への罰を加えるものではなく、偏見に動機付けられた中傷を発生して犯される犯罪全体は当該犯罪の各部分の総計より大きいとする説を、彼女は批判する⁽²⁷⁾。

ゲルマンは、修正一条が、既存秩序への脅威にかかわらず、信じる人の信じる権利のゆえに、社会にとって危険と思われる思想を保護したと指摘し、典型的なヘイト・クライム法は意見の問題において正説 (orthodoxy) を指示するものであるとする。⁽²⁸⁾

② 合 憲 説

連邦最高裁は R. A. V. 判決において厳格な内容中立性を要求し、問題の条例が見解差別をしているとの結論を導いたが、*Mitchell* 判決においては見解中立性の要求を貫かず、偏見に動機付けられた犯罪の刑罰を過重する法を合憲とした。実際、ヘイト・クライムの規制が見解差別に至ることを理由に、それが修正一条に反すると主張する論者はあまりいない。多くの論者はヘイト・クライムの有害性ゆえにその規制は見解差別に至ることはなく、それが修正一条に反することもないと考えているようである。

動機の処罰を非難する見解に対しては、動機を処罰の基礎にしたり、刑罰を加重する要因としたりすることは許されてきたと反論されている。⁽²⁹⁾ 動機と意図を区別した上で、前者を基礎に処罰することは許されないとする議論に対しては、あるコンテキストにおいては意図の問題であるものが別のコンテキストでは動機の問題になるのである。同じ犯罪の描写の仕方を変えることによって動機、意図のいずれの問題にもなりうるという反論がなされている。⁽³⁰⁾

問題は、言葉のみによるヘイト・クライムの規制が正当化されるかどうかである。F・ローレンス (Frederick M. Lawrence) は、言葉のみでもときにはヘイト・クライムの基礎となる犯罪を構成することがあるとし、深刻な恐怖をしみ込ませるように意図された行動は処罰されてもよいとする。⁽³¹⁾ 多くの州が恐怖を生み出す行為を禁じるいくつかの形態の法を持っているが、被告人の言葉のみを通じてそれらの法の違反が導かれるとされる。⁽³²⁾

3. 民事的救済

① 違憲説

ハイマンは、最近になって初めて物理的結果がなくても故意による感情的苦痛の賦課 (intentional infliction of emotional distress) の不法行為に対して損害賠償が認められるようになってきたが、それは特別な状況においてのみであったとし、同等の人の間での個人間のコミュニケーションや大衆一般に広められたメッセージに関しては、故意による感情的苦痛の賦課に対する法的制裁の使用は非常に問題があるとする。⁽³³⁾

Hustler Magazine v. Falwell⁽³⁴⁾において、公人による、故意による感情的苦痛の賦課の訴えの認められる範囲が限定されたが、ハイマンは、感情的反応の主観性は公人や政治的・社会的ディスコースに特有のものでなく、*Hustler Magazine* 判決と同じ論理は私人による訴えの場合にもあてはまるとする。⁽³⁵⁾

② 合憲説

デイルガドは、故意による感情的苦痛の賦課の不法行為という名の枠内では人種差別的侮辱の重大性が認められないとし、人種差別的侮辱のための独立した不法行為のみが人種差別的侮辱の独特な性質とその害悪を十分に説明できるとする。⁽³⁶⁾

彼は人種差別的侮辱に関する訴訟で勝利するために、次のことを証明することが求められるとする。「人種についての言及を通じて品位を下げるように意図された言葉が被告によって彼女に向けられたこと、原告が人種についての言及を通じて品位を下げるように意図されたものとして理解したこと、通常人が人種差別的侮辱とみなすであろうこと」。⁽³⁷⁾

この基準の下では「ニガー (You damn nigger.)」のような差別語 (epithets) は、侮辱的かつ人種差別的であるがゆえ、ほとんど常に訴え可能であり、白人によって黒人に向けられた「無能な愚か者 (You incompetent fool.)」のような侮辱は、人種差別的要素を欠くがゆえ、訴え不可能であるとされる⁽³⁸⁾。若い黒人男性に向けられた「ボーイ (Boy.)」という言葉は話者の意図や聞き手の理解等に応じて訴え可能であるかもしれないとされ、黒人同士で挨拶としてやさしく発せられる「やあ、ニガー (Hey, nigger.)」という言葉は訴え不可能であろうとされる⁽³⁹⁾。白人に向けられた「ホンキー (You dumb honkey.)」(白人に対する侮蔑語) のような侮辱は稀な状況でのみ訴え可能であるとされる⁽⁴⁰⁾。

かようなデイルガドの提案は次のように批判されている。リステイトメントの§56は、「極端かつ常軌を逸した (outrageous) 行為によって意図的に、あるいは不注意に他人に深刻な感情的苦痛を引き起こす者はそのような感情的苦痛に対して責任を負い、もし他者に対する身体的害悪が生じればそのような身体的害悪に対して責任を負う⁽⁴¹⁾」として、故意による感情的苦痛の賦課が認められるための要件を明らかにしているが、デイルガドの提案は明らかにそこから逸脱し、§46によって求められるよりも低い程度の証明で損害賠償を認めるものであるとする指摘がある⁽⁴²⁾。

そこで、ステインソン (Michael K. Stenson) はより謙抑的な提案を行なう。彼は、ある連邦最高裁判決⁽⁴³⁾において集中的なピケッティング (focused picketing) が修正一条によって保護されなかったことを指摘した上で、集中的な言葉による脅しにも類似の害悪があり、それは同様に保護に値しないと⁽⁴⁴⁾する。彼は、犠牲者の人種、ジェンダー等に基づく差別的言葉や行為が個人に集中的に向けられている場合、それが特に甚だしい害悪を生む⁽⁴⁵⁾ことを認め、R. A. V. 判決における連邦最高裁の理論的根拠と衝突することはないとする⁽⁴⁵⁾。彼はリステイトメントの§

おによる救済の可能性を認めるのであるが、デイルガドの提案と違ってリステイトメントの⁵⁰おは内容中立的であるとされ、口汚い差別語 (abusive epithets) に対する訴えを認めても、それは故意による感情的苦痛の賦課に対する一般的な民事請求権 (cause of action) を事例に応じて用いているにすぎないものとされる。⁽⁴⁶⁾

4. ハラスメントの規制

① 違憲説

ブラウン (Kingsley R. Browne) は、市民権法第七編によって言葉による環境型ハラスメントに対する責任を認めることが修正一条の問題を惹起すると言⁽⁴⁷⁾う。彼はまず、EEOCによる環境型ハラスメントの定義⁽⁴⁸⁾や、それを限定する *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson* の基準⁽⁴⁹⁾はいかなる表現が禁止されるかについてほとんど予告を与えることがないとする⁽⁵¹⁾。また、環境型ハラスメントは全体的な状況を考慮してその成否が決められるが、使用者は、訴訟が起るまでハラスメントの主張を支持するために持ち出される様々な表現を知りえないので、限定されたルールを定立できないと言⁽⁵²⁾われる。

また、第七編の違反は使用者責任を導くが、使用者に責任を課すことによって、個々の話者が直接罰せられるときよりはるかに表現が抑制されやすくなるとされる⁽⁵³⁾。使用者は訴訟や処罰を恐れるので、表現を抑制する動機を持つが、過度の規制を抑制する圧力には直面しないがゆえ、分別のある使用者は許容しえないと見られる可能性のあるすべての表現を禁⁽⁵⁴⁾止することになるであろうとされる。

ブラウンは環境型ハラスメントの規制が見解に基づくものであるため、最高次の政府利益の証明によってのみ支持

されるとし、プライバシー、囚われの聴衆等の現在認められたどの修正一条の法理も表現の抑圧を正当化するのに十分なものでないとする。⁽⁵⁵⁾

② 合 憲 説

R. A. V. 判決においてスカーリア法廷意見は、「ある状況において言葉は表現に対してではなく行為に対して向けられた法に違反しうるので……、禁止しうる表現全体の、特定の内容に基づく副次的類型が表現というよりむしろ行為に向けられた法令の射程内に付随的に掃き込まれうる。したがって、たとえば他の言葉の中でも特に、性的に軽蔑的な『ファイティング・ワード』は市民権法第七編の雇用の場における性差別に対する一般的禁止の違反を生み出すかもしれない⁽⁵⁶⁾」と述べ、ハラスメントの規制を見解中立性の原則に反しないものとした。

エプステイン (Deborah Epstein) は、環境型ハラスメントの定義は明確であり、ハラスメントの法は曖昧であるというブラウンの批判はあたらないとする。⁽⁵⁷⁾ また、環境型ハラスメントの成立基準は厳格であり、裁判所が過度に責任を認める危険はないとする。⁽⁵⁸⁾

環境型ハラスメントの法が重大な萎縮効果を持つというブラウンの主張に対し、彼女は、使用者は責任を課されることを恐れるがゆえに規制に走りやすいというのは必ずしも真実ではないと反論する。使用者は言論の禁止を差し控えるインセンティブを持つし、教育、救済手続等を含む表現保護的な反ハラスメント・ポリシーをつくることができるので萎縮効果はそれほど深刻でないと、彼女は主張するのである。⁽⁵⁹⁾

エプステインは職場において女性は囚われであるとは言えないとするブラウン等の主張に対し、女性労働者は典型的な囚われの聴衆であると反論⁽⁶⁰⁾し、犠牲者の囚われの性質とハラスメントをする人の強制力等を理由に、ハラスメン

トの法は見解中立性の例外が認められる一場面であるとする。⁽⁶¹⁾

大学学内におけるハラスメントも同様に規制されうるとする見解が見られる。ウェインスタインは以下のように、市民権法第七編をキャンパス・コードに应用することが可能であると述べている。⁽⁶²⁾ 彼は多くのキャンパス・コードが差別を禁止するよりむしろ、R. A. V. 判決が非難するような方法で表現の内容に焦点をあてていること、コードの起草者や裁判所が、コードが適用される様々な場所を区別しなかったことを問題にする。

彼は、起草者が市民権法第七編の規制を参考にすべきであるとする。さらに起草者はどのような行為が禁止される差別を構成するかを説明する EEOC のガイドラインにならってガイドラインを起草すべきであるとする。このアプローチの下では教室内の不快な思想の表明を禁じることができないが、たとえば教室内での人種差別的言葉 (epithets) の使用を禁じること等は許されるということになる。⁽⁶³⁾

このように、主に職場において発展してきた環境型ハラスメントの法理を大学にも応用しようとする見解があるが、そもそもそのような応用が可能かどうかについては議論がありうる。⁽⁶⁴⁾

5. その他の手段

ウェインスタインは、「政府が自らの言論の中で、憎しみに満ちた、あるいは品位を落とすような見解を非難することによって、そのような見解を共有しないということをマイノリティーや女性に対して示すことができる⁽⁶⁵⁾」とす。たとえば沈黙効果のゆえに一定の観点がパブリック・ディスコースから奪われている場合、政府はその失われた観点を提供するために自らの声を使うことでその害悪を治癒することができるとされる。⁽⁶⁶⁾

ウェインスタインによれば、このような「政府言論 (Government speech)」という手段は、以下の諸点で表現の抑圧と大きく異なるものである。⁽⁶⁷⁾ 第一に、表現の抑圧には誤った適用、選択的執行、萎縮効果のような政府言論にはない危険があるとされる。第二に、一定の見解が不十分にしか表明されていない場合、政府言論は表現の抑圧という不器用かつ間接的な解決に比べ、それに対するより正確な返答になるとされる。第三に、表現の抑圧は、政府言論とは違って、特定の観点をパブリック・ディスコースから完全に除去する恐れがあるとされる。さらに、表現の抑圧は、政府言論とは違って、ある方法で世界を見るように他者を説得しようとする個々人の基本的な道徳的権利を侵害するとされる。⁽⁶⁸⁾

オグレトリ・ジュニア (Charles J. Ogletree, Jr.) は、政府が表現内容を検閲することは許されないとしつつ、ヘイト・スピーチという手段による権利の濫用を批判する責任は、三つのグループ、すなわち市民、コミュニティ、政府が負うべきであるとする。⁽⁶⁹⁾

彼は第一に市民の責任について述べる。⁽⁷⁰⁾ もし市民の多くが沈黙した傍観者になれば、ヘイト・スピーチの犠牲者の恐怖は増すとされ、そのような傍観者は何もしないことによって道徳的に罪に値する行為を是認し、いわば行為の従犯者になるとされる。彼は、市民が表現に積極的に参加することによって初めて社会的参加が維持されるとしている。

第二に彼は、コミュニティが負う責任について次のように言う。⁽⁷¹⁾ クランが、人種的マイノリティーが近隣に引越してくるのを妨げるために行進をするような場合に、コミュニティがそのデモの効果を和らげる義務を持つ。当該コミュニティは行進に抵抗するだけでなく、マイノリティーが引越してくるのを歓迎し、恐怖を和らげるための積極的手段をとるべきである。コミュニティの沈黙はクランの活動を是認することになり、表現の自由の濫用を

白日の下にさらすことになる。

第三に彼は、アフアーマティブ・アクションの政策を実施し、マイノリティーのために十分な家屋を提供し、教育プログラムに従事することによって、ヘイト・スピーチの害悪を和らげる道徳的義務を政府が持っているとし、政府の責任を強調している。⁽⁷²⁾

このように彼は政府による表現の法的規制に消極的な目を向けつつ、有害な表現に対して多方面からの道徳的な抵抗を提案している。⁽⁷³⁾

アベル (Richard Abel) は、政府による規制が最小化されるべきであるとする一方、政府は市民社会の諸々のコミュニティが表現の害悪を矯正することを奨励すべきであるとする。⁽⁷⁴⁾ コミュニティーは地位を構築するがゆえ、それを変更することができるとされ、メンバーが重要な社会的絆で結び付けられているがゆえ、各メンバーはインフォーマルな制裁を通して影響を与えあうことができる⁽⁷⁵⁾とされる。

彼は、概ね以下のように述べて、とりわけインフォーマルな表現規制を奨励する。⁽⁷⁶⁾ シンボルの曖昧さ、意味のニュアンス、動機の透明性、歴史とコンテクストの複雑さによって、フォーマルな法による二分法は表現を規制するため許容しえない手段となるが、それらはインフォーマルなプロセスにとっては本質的な材料である。そのプロセスは犠牲者によって導かれ、コントロールされなければならない。そのプロセスは、利用可能かつ迅速でなければならず、実質的正義と地位の平等を目標とする。そのようなインフォーマルなプロセスは強制的権威の欠如という利点を持っており、真の問題から道を外れる手続的フェティシズムを除去する。また、インフォーマルなコミュニティによる返答の目的は最小限の社会的コンセンサスを得ることのみに限られるのではなく、各コミュニティはより包含的な

平等を予想できる。地位の関係を支配する規範は不完全で、かつ変わりやすいので、インフォーマリズムはいわば裁判を行いつつ立法を行っており、不服を処理する経験から生じる規範はその後の犠牲者に力を与える。

違反者は第一に説明を提供しなければならず、それが役に立たなければ地位の不平等は謝罪によって矯正されなければならぬとされる⁽⁷⁷⁾。参加を拒んだり、薄弱な言い訳や偽善的な後悔を提示したり、罪を繰り返したりする人々に対しては、コミュニティは公表や特権・利益の撤回、追放を含めた様々な手段を持ち出すことができるとされる⁽⁷⁸⁾。

6. 分析と検討

ファイティング・ワードは面前で発せられる侮辱であるが、面前の侮辱が特に有害な結果をもたらすということは既に述べた。それゆえ、ファイティング・ワードの規制においては内容中立性原則が侵される危険はそれほど際立つたものではないであろう。また、多くの学説は、特定個人に直接向けられたヘイト・スピーチの場合には規制を肯定し、他方で、より広範な規制には反対するという折衷的見解をとっている⁽⁷⁹⁾。

面前で発せられるヘイト・スピーチの特別な有害性を考慮すれば、差別的な発言によるファイティング・ワードを連邦最高裁が保護されない表現としてきたものと等しいとみなすことができるであろう。

連邦最高裁は *Mitchell* 判決においてヘイト・クライム法が修正一条に反しないとしていた。連邦最高裁がヘイト・クライム規制を思想の処罰とみなしたり、見解規制とみなしたりすることはない。このような連邦最高裁の立場は修正一条の一般理論から甚だしく逸脱するものではないと思われる。ヘイト・クライムはヘイト・スピーチ以上の社会的害悪をもたらすと言えるであろうし、それが犠牲者に与える精神的害悪もより明白な場合が多いので、ここで

も規制が内容中立性原則に反する危険は少ないであろう。

脅し等の言葉のみによるヘイト・クライムや、差別落書きや十字架焼却等の表現要素を含むヘイト・クライムの規制の場合には、やや困難な問題が生じる。それらの表現類型の一部はそもそも表現の価値がかなり低いがゆえに、行為と同視することができるかもしれない。たとえばグリーンナウオルトは、犠牲者の環境を変えるような脅しは「状況変動的な (situation-altering)」発言として事実や価値の言明と比べ価値が低いものであると考える⁽⁸⁰⁾。他方、それらの表現類型の一部を率直に「表現」とみなしつつ、その有害性を強調してファイティング・ワード類似の、保護されない表現として扱うこともありうるであろう⁽⁸¹⁾。

謙抑的な民事救済の提案は面前のヘイト・スピーチによる被害に対してのみ救済を許すものであり、ファイティング・ワードを規制可能であるとする諸説と軌を一にするものと言える。仮に面前のヘイト・スピーチによる被害に対してのみ民事救済を認めるにすぎないならば、ファイティング・ワードの場合と同様に修正一条の問題はそれほど深刻ではなさそうである。ファイティング・ワードやヘイト・クライムの場合とは違って、法の濫用の危険は専ら裁判所による法適用において問題になる。ただし、ヘイト・スピーチによる被害に対して故意による感情的苦痛の賦課の民事救済が求められ、それが成功した前例はほとんど存在しないので、裁判所がリーズナブルな法適用をなしうるかどうかは未知数であり、このような民事救済が実際にうまく機能しうるかどうかは明らかでない。

ハラスメントの規制についてはどうか。連邦最高裁は市民権法第七編によってハラスメントの責任を認めることが修正一条の問題になるかどうかについて語っていない⁽⁸²⁾。R. A. V. 判決はその傍論において、第七編による内容差別は内容差別禁止原則の例外であるとしていた。

環境型ハラスメントの責任追及が表現の自由を過度に抑制する危険があることは広く認識されているが、アメリカの裁判所において第七編による表現の抑圧が修正一条に反するという結論が導かれることはほとんどない。とりわけ環境型ハラスメントは囚われの聴衆を犠牲者とするがゆえ、それが成立するコンテキストにおいては、ヘイト・スピーチの害悪は特に際立ったものになると言われている。それゆえ、仮に表現の内容差別が生じたとしても、それは十分に強力な害悪に向けられた規制によるものであり、内容中立性原則の要請と矛盾しないということができるかもしれない。

また、市民権法第七編がすでに存在し、下級審においてかなりの事例の蓄積があるので、他の場合に比して、恣意的に法が適用される危険はより少ないであろう。それゆえ、第七編に基づいて責任が成立する際の基準について詳細な検討が求められるとはいえず、ハラスメントの規制は全面的に修正一条違反であるとする論者はほとんど見られない⁽⁸³⁾。多くの論者は刑事規制が可能かどうかに関心を当てるが、ヘイト・スピーチが実際にしばしば問題となる場を意識するならば、ハラスメントを構成する場合の対処をとりわけ慎重に考える必要がある。

また、政府言論等の非規制的な対抗手段も有力に主張されている。実生活においては何らかのコミュニティの中でヘイト・スピーチが発せられることが多いということを前提にするならば、アベルの唱えるようなインフォーマルな解決手段は傾聴に値すると言える。多数の学説は、これらの刑事規制以外の手段はそれほど大きな修正一条の違反の問題を引き起こすものではないと考えているように思われる。

(1) 315 U.S. 568 (1942).

(2) *Id.* at 572.

- (3) See Stephen W. Gard, *Fighting Words as Free Speech*, 58 WASH. U. L.Q. 531, 572-76 (1980).
- (4) 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 25 (Henry Louis Gates, Jr. et al. eds., 1994).
- (5) 405 U.S. 518 (1972).
- (6) See e.g., GERALD GUNTHER AND KATHLEEN SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 1046-47 (14th ed. 2001); Dana Moon Dorsett, *Hate Speech Debate and Free Expression*, 5 S. CAL. INTERDIS. L.J. 259, 264-68 (1997); S. Douglas Murray, *The Demise of Campus Speech Codes*, 24 WESTERN ST. U. L. REV. 247, 254-56 (1997).
- (7) See Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: Modest Proposal?*, 1990 DUKE L.J. 484, 508-09.
- (8) See *id.* at 509.
- (9) See Gard, *supra* note 3, at 577-78.
- (10) See *id.* at 578.
- (11) See *id.*
- (12) See JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE 27 (1999).
- (13) See Richard H. Fallon, Jr., *Sexual Harassment, Content Neutrality, and the First Amendment Dog That Didn't Bark*, 1994 SUP. CT. REV. 1, 42.
- (14) See Thomas C. Grey, *Civil Rights vs. Civil Liberties: The Case of Discriminatory Verbal Harassment*, 8 SOC. PHIL. & POL. 81, 93 (1991).
- (15) See *id.*
- (16) See also KENT GREENAWALT, FIGHTING WORDS 54 (1995).
- (17) See Steven J. Heyman, *Spheres of Autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 10 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 647, 682-83 (2002).
- (18) See *id.* at 689-98.
- (19) See Susan Gellman, *Sticks and Stones Can Put You in Jail, but Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and*

Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws, 39 UCLA L. REV. 333, 355-80 (1991).

- (20) *See id.* at 364.
- (21) *See id.* at 368.
- (22) *See id.* at 371-74.
- (23) *See id.* at 374-75.
- (24) *See id.* at 375-76.
- (25) 391 U. S. 367 (1968).
- (26) *See Gellman, supra* note 19, at 376.
- (27) *See id.* at 376-78.
- (28) *See id.* at 378-79. *See also* JAMES B. JACOBS AND KIMBERLY POTTER, HATE CRIMES: CRIMINAL LAW & IDENTITY POLITICS 127-28 (1998) (偏見に基づく罪を犯す人々をより重く罰する唯一の付加的な目的は犯罪者の政治的に適当でなく意見を見解に基づいて余分な罰則を課すことであること)。)
- (29) *See* FREDERICK M. LAWRENCE, PUNISHING HATE: BIAS CRIMES UNDER AMERICAN LAW 106-07 (1999).
- (30) *See id.* at 107-09.
- (31) *See id.* at 98.
- (32) *See id.*
- (33) *See* FRANKLYN S. HAIMAN, "SPEECH ACTS" AND THE FIRST AMENDMENT 30-31 (1993).
- (34) 485 U. S. 46 (1988).
- (35) *See* HAIMAN, *supra* note 33, at 31-32.
- (36) *See* Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in MARI J. MATSUDA et al., WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT 100 (1993).
- (37) *Id.* at 109.

- (38) *See id.* at 109-10.
- (39) *See id.* at 110.
- (40) *See id.*
- (41) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 46 (1) (1965).
- (42) *See* Michael K. Steenson, *Civil Action for Emotional Distress and R. A. V. v. City of St. Paul*, 18 WM. MITCHELL L. REV. 983, 985 (1992).
- (43) *Frisby v. Schultz*, 487 U. S. 474 (1988).
- (44) *See Steenson, supra* note 42, at 994-95.
- (45) *See id.* at 998.
- (46) *See id.* *See also* Shawna H. Yen, *Redressing the Victim of Racist Speech after R. A. V. v. St. Paul: A Proposal to Permit Recovery in Tort*, 26 COLUM J. L. & SOC. PROBS. 589, 626-29 (1993) (人種差別的侮辱が特定個人に向けられた場合に不法行為法の下での救済を行うことは *R. A. V.* 判決の内容差別、見解差別禁止原則と矛盾しない)。
- (47) *See* Kingsley R. Browne, *Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment*, 52 OHIO ST. L.J. 481 (1991).
- (48) 「個人の職務遂行に不当に干渉したり、脅迫的で、敵対的な、あるいは不快な労働環境を生み出したりする目的や効果を持った性的な性質の言葉による……行為」。29 C. F. R. § 1604. 11 (a).
- (49) 477 U. S. 57 (1986).
- (50) 「犠牲者の雇用状況を変え、劣悪な労働環境を創出するほど十分に深刻な、あるいは広範囲にわたる」行為。 *Id.* at 67.
- (51) *See* Browne, *supra* note 47, at 502.
- (52) *See id.* at 503.
- (53) *See id.* at 505.
- (54) *See id.*
- (55) *See id.* at 510-31.

- (56) R. A. V., 505 U. S., at 389.
- (57) See Deborah Epstein, *Can a "Dumb Ass Woman" Achieve Equality in the Workplace? Running the Gauntlet of Hostile Environment Harassing Speech*, 84 GEO. L.J. 399, 409-15 (1996).
- (58) See *id.* at 415-18.
- (59) See *id.* at 418.
- (60) See *id.* at 424.
- (61) See *id.* at 434.
- (62) See WEINSTEIN, *supra* note 12, at 63-64.
- (63) ドゥオーキン (Ronald Dworkin) はむしろに慎重である。彼は、禁止しうる表現は意図的な侮辱に限られるとする。そして、意図的な侮辱とそうでない侮辱を区別するに際して、話者が、自らの述べたことが苦痛を引き起こすことはないと思っていればそれを述べていたであろうか、と問う反事実テスト (counter-factual test) を用いる。このテストがウェインスタインの結論とは異なる結論を導くかどうかは明らかでないが、少なくともそれは学問の自由に十分な配慮をした見解と言える。RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW* 255 (1996)。ロナルド・ドゥオーキン著／石山文彦訳『自由の法』三三三頁(木鐸社、一九九九) 参照。松田浩「大学・差別・自由言論——合衆国のスピーチ・コード論争における「大学」分析——」一橋研究二四卷一七二頁(一九九九) は、「大学」の本体とも言うべき教育研究空間が真理の追求を第一次的目的とし、ここでは真理と知識にわずかも裨益すべき合理的・理性的な言論は殊更に保護されねばならないとしつつ、「大学」における学問的認識には一定の内容的・手続的要件が備わっており、正確な認識を阻害するような非理性的言論には制約を加える余地が認められるとする。
- (64) たとえば Epstein, *supra* note 57, at 426, n. 158 は職場と大学キャンパスとの違いを強調する。松田・同上七一頁は、「大学」の空間的多様性に着目した機能的議論と「大学」の目的的多様性に着目した本質的議論の二つを提示する。
- (65) WEINSTEIN, *supra* note 12, at 185.
- (66) See *id.*
- (67) See *id.*

- (68) ヘイト・スピーチを発したり人種差別的集団に属したりしていることを理由に、政府が助成金交付や役務提供を否定したり、あるいは雇用者としての政府が不利益取り扱いを行なったりした場合には、典型的な政府言論の場合とは異なった、より繊細な考慮が求められる。W. Bradley Wendel, "Certain Fundamental Truths": A Dialectic on Negative and Positive Liberty in Hate-Speech Cases, 65 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2002) 45' もる白人至上主義者への弁護士免許付与が拒否された事件について詳細に検討する。
- (69) See Charles J. Ogletree, Jr., *The Limits of Hate Speech: Does Race Matter?*, 32 Gonz. L. Rev. 491, 507-08 (1996/1997).
- (70) See *id.* at 508.
- (71) See *id.*
- (72) See *id.* at 509.
- (73) Helen Ginger Berrigan, "Speaking Out" about Hate Speech, 48 LOY. L. REV. 1 (2002) はとりわけ市民による対抗言論を促す。
- (74) See RICHARD ABEL, SPEECH & RESPECT 144 (1994). そのコミュニティには学校、大学、職場、労働組合、近隣区域、図書館、店、公共輸送機関、任意団体、スポーツ・チーム、政党、政治団体、宗教団体などが含まれるとされる。
- (75) See *id.*
- (76) See *id.* at 145.
- (77) See *id.* at 146.
- (78) See *id.* at 148.
- (79) See e.g., Steven H. Shiffrin, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, 80 CORNELL L. REV. 43, 82-83 (1994); SPEECH AND EQUALITY: DO WE REALLY HAVE TO CHOOSE? 64 [Martin H. Redish] (Gara Lamarche ed., 1996) (レディッシュは「聞くことを望まない者に対して直接発せられるヘイト・スピーチは憲法上保護されないとして」これをファースト・パーティー・ヘイト・スピーチ (first-party hate speech) と呼ぶ。そして「それ以外の規制しえないものをサード・パーティー・ヘイト・スピーチ (third-party hate speech) と呼び、両者を明確に区別している。); 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, 303-04 (1995) (ヘイト・スピーチはその内容に加え、コンテキストと伝達方法の点から限定されなければ規制可能であること)；「面前で、平穩侵害を引き起すようにして発せられるファイティング・ワードは規制で禁止される」；Wojciech Sadurski, *Racial Vilification, Psychic Harm, and Affirmative Action*, in FREEDOM OF COMMUNICATION 88-89 (Tom Campbell and Wojciech Sadurski eds., 1994) (個人に向けられた口汚い (abusive) 侮辱であること)；「面と向かって発せられること、特定個人を標的にし、かつその個人を描写するものであること、それが伝える辛らつな (assaultive) メッセージを避けることのできない個人に向けられていることを要件に、不快な差別語 (epithets) が抑圧されることを許容する。ただし、連邦最高裁を含めたアメリカの裁判所は、総じて感情的害悪を規制に値するものとは考えつゝなかつた。See generally David Goldberger, *Sources of Judicial Reluctance to Use Psychic Harm as a Basis for Suppressing Racist, Sexist and Ethnically Offensive Speech*, 56 BROOKLYN L. REV. 1165 (1991)。アメリカの折衷的見解を紹介するわが国の学説として、市川正人『表現の自由の法理』四九―五一頁 (日本評論社、二〇〇三)、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』一三二―一三五頁 (敬文堂、二〇〇〇) 参照。

(80) See Kent Greenawalt, *Criminal Coercion and Freedom of Speech*, 78 NW. U. L. REV. 1081, 1097-1100 (1983).

(81) 最近下されたある連邦最高裁判決では、十字架焼却が「表現」であることが簡単に認められてゐる。See *Virginia v. Black*, 123 S. Ct. 1536, 1547 (2003)。この判決の法廷意見は十字架焼却の規制をヘイト・クライムの規制ではなく、表現の一形態である「脅し (intimidation)」の規制とみなしつつ、十字架焼却の有害性を強調してその規制は修正一条に違反しなかつた。

(82) See *Harris v. Forklift Sys.*, 510 U. S. 17 (1993).

(83) ブラウンは最近の論文におつゞき違憲論を主張する。See generally Kingsley R. Browne, *Zero Tolerance for the First Amendment: Title VII's Regulation of Employee Speech*, 27 OHIO N. U. L. REV. 563 (2001)。また、その他のノンラスメント規制消極説として、Jules B. Gerard, *The First Amendment in a Hostile Environment: A Primer on Free Speech and Sexual Harassment*, 68 NOTRE DAME L. REV. 1003 (1993) 参照。

ボロック (Eugene Volokh) は特定人に向けられた表現に限つた限定的規制を支持する。Eugene Volokh, *Freedom of*

Speech and Workplace Harassment, 39 UCLA L. REV. 1791 (1992); *How Harassment Law Restricts Free Speech*, 47 RUT. GERS L. REV. 563 (1995); *What Speech Does "Hostile Work Environment" Harassment Law Restrict?*, 85 GEO. L.J. 627 (1997).

しかし、学説の多数がより広い規制を合憲と主張している。 See e.g., Marcy Strauss, *Sexist Speech in the Workplace*, 25 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1 (1990); Amy Horton, *Comment, Of Supervision, Centerfolds, and Censorship: Sexual Harassment, the First Amendment, and the Contours of Title VII*, 46 U. MIAMI L. REV. 403 (1991); Fallon, Jr., *supra* note 13; Jessica M. Karner, *Political Speech, Sexual Harassment, and a Captive Workforce*, 83 CAL. L. REV. 637 (1995); Linda S. Greene, *Sexual Harassment Law and the First Amendment*, 71 CHI.-KENT L. REV. 729 (1995); GREENAWALT, *supra* note 16, at 77-96; Juan F. Perea, *Strange Fruit: Harassment and the First Amendment*, 29 U. C. DAVIS L. REV. 875 (1996); David Benjamin Oppenheimer, *Workplace Harassment and the First Amendment: A Reply to Professor Volokh*, 17 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 321 (1996).

七. さらなる問題

以上のような、謙抑的かつ多元的な対抗手段を通じて、ヘイト・スピーチがもたらす様々な害悪を、修正一条を過ぎるだけ損なわないように排除していくことが多くの学説によって考えられているようである。しかし、以上で論じた様々な対抗手段はなおも困難な問題を含んでいる。

1. 立法の困難

ウェインスタインは、ある部類のハード・コアな人種差別的プロパガンダを十分特定のに描写する法令は人種差別

的でない表現への誤った適用を最小化するであろうとし、極度にあからさまで、非常に煽動的な人種差別的プロパガンダをターゲットにすることは可能であるかもしれないとしつつ、このような狭い法令がヘイト・スピーチ法の支持者が達成することを願う目標に効果的に仕えるかどうかという問題が生じるとする。⁽¹⁾

ここ数年、ヘイト・スピーチを禁じるいくつかの国は最もひどい人種差別的表現に起訴を限定することによって誤った適用や萎縮効果を最小化してきたが、このような抑制は、用心深いアプローチによって法から有効性が奪われると信じる人々からの批判を招いているとされる。さらに、そのような問題をさておくとしても、マイノリティー集団に対して不均等なインパクトが与えられるという問題が残るとされる。⁽²⁾

また彼は、ラディカルな主張を行う論者が言うように、社会が大いに人種差別的であるため、見たところ中立的な表現の自由のルールが深く偏見に汚染されているということを前提にするならば、ヘイト・スピーチ法を起草する立法府、検察官、それを適用する裁判官、陪審員は同様にマイノリティーに対して差別する可能性が存することを示唆している。⁽³⁾

2. 立法の適用上の困難

① 立法の適用回避

ハイマンは、ヘイト・スピーチの規制によって、それを発する人々が地下に潜り、そこで後に、憎悪がより暴力的な形態で膿みただれ、爆発することになるであろうとする。⁽⁴⁾ 彼は、見えない敵はより危険であり、それに対して身を守るのが難しいので、偏狭者を見えないところに追いやるのは愚かであるとする。⁽⁵⁾

たとえ最も辛らつな表現が抑制されるとしても、十分に言葉巧みな人々はより間接的で洗練された方法で憎悪を表明することによって法の適用を避け、同時にメッセージをより説得力あるものとする⁽⁶⁾。イギリスにおいては、法が施行されたとき、人種差別的な雑誌は同じメッセージを保ちつつまずい言葉を避け、結果として発行部数を上昇させた⁽⁷⁾とされる。

② 逆執行の問題

ウエインスタインは、広範なヘイト・スピーチ規制の最大の危険はそれが守ろうと意図しているまさにその集団に対して選択的に法が適用されることであるとする⁽⁸⁾。彼は、他国の経験が、ヘイト・スピーチ規制がいかに裏目に出ることがありうるかを示しているとする⁽⁹⁾。

イギリスにおける一九六五年人種関係法 (Race Relations Act of 1965) の下で最初に起訴された人々の中には黒人の地位向上を主張する人々が含まれていた⁽¹⁰⁾、黒人、労働組合員や非核運動の活動家の表現を抑制するためにその法が定期的な用いられることもあったし、ネオ・ナチの団体を抑えることを意図したこの法令がむしろ反ナチスの団体の表現を禁じたこともあったとされる⁽¹¹⁾。この法令の下でほとんどなされなかった起訴のうちうまくいった起訴のいくつかは白人の憎悪を煽動したことで有罪とされた黒人に対するものであったとも言われる⁽¹²⁾。

さらに、弱者を脅えさせる人々に対して措置をとることを目的とした一九八六年の立法の下で、サッチャー首相を風刺するポスターを掲げようとした学生や、南アフリカでプレイするクリケット競技者に抗議するためにクリケットの競技場に駆け込んだデモ隊や、ダウニング街の外でデモを行っている人が起訴された⁽¹³⁾とされる。

カナダでは、虚偽のニュースの流布を禁じる刑法の規定は人種差別的な虚偽を罰するために使われてきたが、その

法規規定は、二〇世紀の初め、自分の店に、アメリカ人はカナダでは歓迎されていないので去ることになると伝えるポスターを貼ったアメリカ人に対して用いられたり、一九五〇年代に市民権活動家に対して政府によるエホバの証人の扱いに批判的なパンフレットを出版したことを理由に用いられたり、一九七〇年にメイン・ストリートの新聞のパロディーを掲載するアンダーグラウンドの新聞の出版社に対して用いられたりしたとされる。⁽¹⁴⁾一九七〇年代の後半、集団に対する憎悪を煽動したり促進したりすることを違法にする刑法の規定は、フランス語の学校のための支援を得るために、反フランス集団からのものであると偽るパンフレットを配布した活動家を有罪とするために用いられたとされ、一九八〇年代には、カナダの税関職員がネルソン・マンデラに関する映画を南アフリカの白人に対する憎悪を促進するという根拠で一ヶ月以上の間国境で留置したとされる。⁽¹⁵⁾

イスラエルにおける、ユダヤ人過激派の活動に対応して制定されたヘイト・スピーチ法の最初の使用は、パレスチナ人に対してであったとされる。⁽¹⁶⁾ドイツでは、個人の名誉への攻撃を罰していた一八七一年ドイツ刑法典の下で、プロイセンに住むドイツ人や大地主等の集団には保護の利益が与えられたが、集団としてのユダヤ人に対する侮辱に対しては当該法規規定を適用することが一貫して拒まれたとされる。⁽¹⁷⁾

これらの経験にもかかわらず、⁽¹⁸⁾法の誤用はそれほど広範にわたるものではないことを示すいくらかの証拠が提示されているが、⁽¹⁹⁾ウエインスタインはアメリカにおけるヘイト・スピーチ立法の制定に際しては他国にはない独自の危険が存在しうるとする。ヘイト・スピーチ法を有する他の民主的国家では、ヘイト・スピーチを起訴する決定はたいいて中央政府の最高レベルで（しばしば司法長官 (attorney general) によって）なされるのに対し、アメリカでは州や地方の政府が刑事法を制定・執行する主要な権限を有するため、他国においてヘイト・スピーチ法の実行を抑制

する要因として機能する中央政府の統制を、アメリカが欠いている点が指摘されている⁽²⁰⁾。さらに州だけでなく地方当局もヘイト・スピーチ法を制定する権限を持っているため、野心的で知名度を渴望する地方の司法官による広範な起訴の可能性は排除されないとされる⁽²¹⁾。

3. 立法の効果についての疑問

ウェインスタインは、ヘイト・スピーチの禁止に伴いうる独特なコストとして、起訴を行う人々が人種差別主義者や、それらの人々が支持する悪意に満ちた思想を知れ渡らせる危険を指摘する。

たとえば、最近のフランスにおける、ホロコーストが起こったことを否定する言論に対する起訴で、ホロコーストの生存者を代表する団体は、裁判所が、被告人が裁判所において自らの見解を繰り返すのを禁じることと、裁判手続が大眾に対して閉ざされることを求めたところ、裁判所はこの要求を拒否し、裁判で当該被告人はホロコーストが起こらなかったことを主張したとされる⁽²²⁾。

イギリスでは、司法長官が、もし有罪とされれば自らが殉教者であると主張し、無罪とされれば自らの立場の正当性を主張する人種差別主義者に、裁判が演壇 (platforms) を提供することを恐れるがゆえ、ますます起訴を許可することを渋るようになったとされる⁽²³⁾。

アメリカでは、一九七〇年代後半に起こったスコッキー事件がこの危険を強調するとされる⁽²⁴⁾。フランク・コリンはいくつかの非常に広く知れ渡った裁判の後、スコッキー村で行進する権利を勝ち取ったが、彼はその計画を取りやめ、スコッキー村における行進は表現の自由の権利を回復するための、まったくの煽動であったと述べた。それに対し、

シカゴのユダヤ人コミュニティの何人かの人々は、コリンの団体とその思想が広く知れ渡るくらいなら、予定通りに最初のデモ予定地でデモを行うことを許されたほうがはるかによかったと考えた。この事件は、連邦最高裁がヘイト・スピーチの起訴に道を開けば、それは広範な大衆の関心を呼び起こし、メディアに広く取り上げられることになるということを示唆しているとされる。

起訴を行う人々は被告人が裁判所で中傷を繰り返す機会を限定しようとするであろうが、アメリカにおける刑事被告人の広範な権利を考えれば、このような抑制はしばしば困難であるとされる。⁽²⁵⁾ 特に、人種差別的言葉 (epithets) 等の起訴においては被告人が裁判所でそれを繰り返すことを妨げられるかもしれないが、差別的な内容の偽りの科学的 (pseudoscientific) 主張や偽りの歴史的 (pseudohistorical) 主張の場合、被告人がその信念の事実的基礎を証明しようとするのを許さなければ問題になるとされる。⁽²⁶⁾

法に教育的機能があることは確かであるが、被告人に無罪が宣告された場合には、一部の人々はこの結果を被告人の見解が正当であることを立証するものとみなす可能性が高いし、被告人が有罪とされた場合でも、彼／彼女らが自らを表現の自由の殉教者として描き出し、また他人がそのように見る可能性が高いとされる。⁽²⁷⁾

ウェインスタインは、現在のところヘイト・スピーチが特に広く流布されておらず、影響力も持っていないならば、ヘイト・スピーチ規制法がほうっておけば大体は無視されるものに大きな関心を生み出すことは嘆かわしい皮肉であろうとする。⁽²⁸⁾

さらに、象徴的的目的でヘイト・スピーチ規制法を用いれば、人々は、人種、ジェンダーの平等の領域でなされる必要のある、より重要な仕事から目を逸らしてしまうと言われる。⁽²⁹⁾ たとえヘイト・スピーチが社会に存在する様々な病

理の原因となるとしても、ヘイト・スピーチが真の問題であると信じる人々はほとんどおらず、市民権に関する運動を行う人々はヘイト・スピーチの広範な禁止が真の戦場の場ではないことを知っている⁽³⁰⁾とされる。

ヘイト・スピーチ立法と真の問題に的をしぼった市民権立法は相互に排他的な救済ではないし、この国の市民的権利を擁護する人々のコミュニティは目的から目を逸らさず、真の問題に的をしぼった解決のために働くことから道はずれないほど十分賢明であるが、白人男性の支配層は真の問題に的をしぼるより、うわべだけの救済を打ち立てることをより好む危険があるとウェインスタインは指摘する⁽³¹⁾。

さらにウェインスタインは、法を実行に移す者が、不人気であったり不快であったりするが、人種差別的ではない表現を罰するように法を誤って適用するという恐れがあるとした上で、そのような誤った適用によって、将来の話者が、自分が表現したいことが誤っているかもしれない⁽³²⁾ということを恐れて自己検閲してしまう可能性が高くなると指摘する。

また、黒人の学者や活動家の中には、人種差別的表現に対抗する政策はマイノリティーが偏見に満ちた表現から自らの身を守ることができない⁽³³⁾ということを示し、マイノリティー集団に対するパターンナリスティックな見方を永続化させるかもしれないと主張する人々がいる。

さらにウェインスタインは、ヘイト・スピーチがポルノグラフィの有する魅力もサポートも持たない「⁽³⁴⁾のけ者(pariah)」であり、ポルノグラフィに比べ、社会によりわずかしか存在しないと、すでにパブリック・ディスコースにおいて主流から極度に排斥されたこのような表現をさらに減じさせる利益を問うている。

ウェインスタインは人種差別的プロパガンダが人種に基づく差別や暴力の重大な原因でないならば、ヘイト・ス

スピーチ規制はこれらの問題を大して緩和することはできないとし、反対に、たとえヘイト・スピーチがこれらの害悪を引き起こしているとしても、人種差別的なイデオロギーが破滅的結果をもたらすほどになるには、我々の社会の基本的特徴において社会不安以上の根本的变化が必要となるであろうとする⁽³⁵⁾。

ウェインスタインはヘイト・スピーチ規制から期待される主な利益は差別や暴力という違法な行為の防止ではなく、個人の尊厳の保護や適切な社会的価値の形成と維持であるとした上で、これらが規制とは異なる他の手段によって同じくらい効果的に達成されうるかどうかを問い、結論として表現規制以外の手段によってヘイト・スピーチが引き起こす害悪に立ち向かうことをよしとしている⁽³⁷⁾。

4. 集団の特定化と非対称性の問題

さらに困難な問題の一つは、保護の対象となる集団の特定化である。ファイティング・ワードやヘイト・クライムを規制可能とする場合、その手段は刑事法ということになろう。しかし、規制手段が刑事法である場合、保護の対象となる集団の特定化は特に困難である。ヘイト・スピーチ規制を論じるとき、第一に問題にされてきた集団はおそらく人種であったように思われる。それを、女性や同性愛者にまで拡張することが可能かどうかについては、なお議論が未成熟であるように思われる⁽³⁸⁾。

仮に、歴史的に特に抑圧を受けてきたことが明らかかな人種等の集団に対する差別的動機に基づく表現・暴力を禁じる立法が制定されたならば、その立法は十分限定されたものである限り違憲の疑いが少ないであろう。しかし、アメリカにおける連邦レベルでのヘイト・クライム立法制定の際の経験が示すように、現実の立法過程においては、自

らの集団の利益を擁護する様々なロビー団体が自らの主張を通そうと、活動を行うであろう。⁽³⁹⁾ また、アメリカの各州のヘイト・クライム立法が保護する集団を見ると、如何に各州によってそれが多様であるかは一見して明らかである。⁽⁴⁰⁾ また、立法過程において混乱が生じるとすれば、法執行の過程においても同様に難しい問題が生じうるであろう。実際、アメリカにおけるヘイト・クライム法は、この点に関しても矛盾した結果を露呈してきたと言える。⁽⁴¹⁾

以上のような問題は裁判所にも持ち込まれるであろう。そもそも表現内容中立性原則には特定の、明確な害悪が認められるときにのみ例外が設けられると考えられるが、保護される集団が不当に拡張されれば、害悪が特定されており、明確であるとは言えなくなるであろう。裁判所はいかなる集団への差別的表現・暴力が特に有害であるのかを判断しなければならない。

また、このような問題は刑事法による規制の場合に限って生じるものではないだろう。ハラスメントの規制や民事的救済に際しても、同様に問題が生じうる。市民権法第七編は「人種、肌の色、宗教、性別、あるいは民族的出身を理由に」差別することを禁じているが、たとえば宗教的な内容のハラスメントがどこまで規制の対象になるかはかなり論争的なトピックであり、⁽⁴²⁾ 裁判所は難しい判断を迫られるかもしれない。一部の論者が提唱するリステイトメント^{§40}による民事的救済の場合は、集団の特定という作業は完全に裁判所の裁量に委ねられることになる。

仮にヘイト・スピーチから保護される集団を十分に特定化しえたとしても、たとえば人種差別的なヘイト・スピーチをすべて禁じるのではなく、そのうちの一部、たとえば黒人差別的なヘイト・スピーチのみを規制の対象とするような「非対称的な (asymmetrical)」規制は可能であろうか。

ヘイト・スピーチ規制の正当化根拠を再建期修正 (Reconstruction Amendments) に見出そうとするアマー

(Akhil Reed Amar) は、修正一三条に照らして非対称的な規制を正当化する。彼は、アフリカ系アメリカ人に向けられた人種に基づくファイティング・ワードは他のファイティング・ワードとは異なったふうに扱われるべきであるとする⁽⁴³⁾。彼によれば、黒人に対する白人の人種差別的暴力の脅しは特に鮮明な歴史的イメージを呼び起こすがゆえ、燃える十字架やニガー (nigger) という言葉は隷属の象徴であり、憲法は立法府がそれらを他の種類の言論とは別扱いすることを許す⁽⁴⁴⁾。

サダスキー (Wojciech Sadurski) は概ね以下のように述べる⁽⁴⁵⁾。いわゆる「不快な言動の規制」は、しばしば偏ったやり方で用いられ、マジョリティーのメンバーに対する侮辱の深刻さを過度に強調しがちであり、マイノリティーのメンバーに対する侮辱を過小評価しがちである。また、集団的侮辱は社会的構築物であり、過去、現在の差別、支配、ステレオタイプの押し付けによって特徴付けられる社会的コンテクストから意味を得る。それゆえ、黒人やホモセクシャルに対する差別語 (epithets) はたくさんあるが、それに対応するような白人やヘテロセクシャルに対するものはなく、たとえあったとしてもその響きは全く異なる。彼は一部の人種差別的表現のみを規制する「一方向的規制 (one-way prohibition)」を支持している。

一方、ラブ (Jean C. Love) は次のように言う⁽⁴⁶⁾。ヘイト・スピーチがもたらす害悪は、「人間性」や「基本的な人間の尊厳」に対する、普遍的に経験される害悪と定義づけられる。我々は皆、人間性や基本的な人間の尊厳に対する利益を共有しているので、社会の各メンバーがヘイト・スピーチに対する訴訟を提起する資格があると認める必要がある。黒人が白人を訴えることができなければならないのに対し、白人は黒人を訴えることができなければならない。女性が男性を訴えることができなければならないのに対し、男性は女性を訴えることができなければならない。

い。彼は、ヘイト・スピーチの概念を実質的平等の概念に合わせようとしているのではなく、人間性の概念に合わせようとしているのであり、被支配集団のメンバーのみのための人間性の概念を捉えることは危険であるとするのである。

またグリーンウォルトは、ヘイト・スピーチの犠牲者への即時的な害悪は抑圧された集団を有利に扱う「一方的立法 (One-way legislation)」を正当化しないと、文面上公平でない禁止を規定することは平等への長期的な見込みを害するとする。彼は、犠牲となる集団のメンバーが「迫害者」に人種差別的言葉 (epithets) をあびせることを許しておきながら、同種の返答を許さないのは不公平であると⁽⁴⁷⁾するのである。

政策的な側面の配慮も同様に必要になる。立法による規制の場合、ある人種のみを保護するような規定を設けることがそもそも必要であろうか。あるいは対称的な規制によってもマイノリティーを保護することになるのであろうか。また、非対称的な規制は現実の立法過程において成立することが可能であろうか。仮に可能であるとして、そのような規定が執行過程において実際にその人種を保護することになるのであろうか。これらは慎重な考慮が要求される問題であろう。

5. 分析と検討

以上のようにヘイト・スピーチ規制立法については様々な問題が指摘されている。立法の制定、適用、効果についての政策的な問題は、表現内容中立性原則が設けるハードルをさらに高くする⁽⁴⁸⁾ように思われる。特定の法規制が様々な政策的問題のゆえに無意味であったり、さらにはマイナス効果を持っていたりする場合、それは十分に限定さ

れた害悪に向けられた規制とは言えないがゆえに違憲とされるべきであるかもしれない。また、表現の害悪を十分に検討することなく様々な集団をまとめて保護の対象にするような規制に対しても、十分に限定された害悪に向けられていないという批判が向けられよう。

いわゆる「非対称性」の問題はさらに困難な原理的問題を惹起する。そこでは害悪に対してどのように對抗するのではなく、對抗すべき害悪とは何かということ自体が問われていると言えるからである。

先に、ヘイト・スピーチの害悪を評価する視座として、対抗言論の有効性と害悪の配分の問題の二つが重要であると示唆した。そのような視座からすれば、白人等のマジョリティー集団に対する差別的な言葉は対抗言論による治療を待つべきものであり、かつそれは修正一条のために支払われるコストとして甘受しえないほど不均等に課されたものとまでは言えないであろう。

しかし、実際の法規制において「一方向的な」規制を行うことは可能であろうか。相対立する、異なった人種集団に属する二者が互いに相手の人種集団を誹謗するような言葉を発したとき、一方だけを罰しつつ、他方を罰しないような「アフーマティブ・アクション」はきわめて危険な法規制である。文面上「双方向的な」規制法の適用の結果として、マイノリティー集団が主として保護されるというならば、それがセカンド・ベストな妥協点と言えるかもしれないが、既に述べたように法適用上むしろマイノリティーが標的にされやすいという点については多くの指摘がなされていた。

それゆえ、刑事法によるヘイト・スピーチ規制はかなり困難である。アメリカの多くの論者によって、それが可能な限り避けられるべきものとされていることには十分な理由があると言えるかもしれない。先に、謙抑的かつ多元的

な対抗手段を論じたが、そのような手段の具体的提案は上述した困難を十分に理解した上で検討されなければならぬ⁽⁴⁹⁾。
らでもよい。

- (1) See JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE 147-48 (1999).
- (2) See *id.*
- (3) See *id.*
- (4) See FRANKLYN S. HAIMAN, "SPEECH ACTS" AND THE FIRST AMENDMENT 32-33 (1993).
- (5) See *id.* at 33.
- (6) See *id.*
- (7) See *id.*
- (8) See WEINSTEIN, *supra* note 1, at 144. See also Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: Modest Proposal?*, 1990 DUKE L.J. 484, 567. ゲイン・シニアは「このような選択適用が生じる理由として、法による保護の対象となる集団の特定性の問題を指摘している」。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* 32-33 (Henry Louis Gates, Jr. et al. eds., 1994).
- (9) See WEINSTEIN, *id.*
- (10) See Kenneth Lasson, *Racism in Great Britain: Drawing the Line on Free Speech*, 7 B.C. THIRD WORLD L.J. 161, 169 (1987).
- (11) See Strossen, *supra* note 8, at 556.
- (12) See WEINSTEIN, *supra* note 1, at 144-45.
- (13) See *id.* at 145.
- (14) See *id.*

- (15) *See id.*
- (16) *See id.*
- (17) *See Eric Stein, History against Free Speech: The New German Law against the "Auschwitz" and Other "Lies", 85 MICH. L. REV. 277, 286 (1986).*
- (18) キャンパス・ローズの適用にもつても類似の問題が生じてきたと云ねる。 *See Strossen, supra note 8, at 557-58.*
- (19) *See Richard Delgado and David H. Yun, Essay II, Pressure Values and Bloodied Chickens: An Analysis of Paternalistic Objections to Hate Speech Regulation, 82 CAL. L. REV. 871, 880-81 (1994); Jean Stefancic and Richard Delgado, A Shifting Balance: Freedom of Expression and Hate-Speech Restriction, 78 IOWA L. REV. 737, 741-44 (1993).*
- (20) *See WEINSTEIN, supra note 1, at 145-46.*
- (21) *See id.* at 146.
- (22) *See id.* at 150-51.
- (23) *See id.* at 151.
- (24) *See id.*
- (25) *See id.*
- (26) *See id.* at 152.
- (27) *See id. See also HAIMAN, supra note 4, at 33.*
- (28) *See id.* at 153.
- (29) *See id.* at 155.
- (30) *See id.* at 156.
- (31) *See id.*
- (32) *See id.* at 142-43.
- (33) *See Strossen, supra note 8, at 561.*
- (34) *See WEINSTEIN, supra note 1, at 137-38.*

- (35) *See id.* at 138.
- (36) *See id.* at 138-39.
- (37) *See id.* at 188.
- (38) ヘイト・クライム規制法における保護の対象となる集団の特定化の試みとして、FREDERICK M. LAWRENCE, PUNISHING HATE: BIAS CRIMES UNDER AMERICAN LAW 11-20 (1999) 参照。
- (39) 前嶋和弘「ヘイトクライム「憎悪犯罪」規正法とそとの問題点」『The Journal of American and Canadian Studies (上智大学)』18, 2000, pp. 86-89 参照。
- (40) *See* LAWRENCE, *supra* note 38, at 178-89 (人種、肌の色、エスニシティ、民族的出身、宗教、信条、家柄、性的傾向、性別 (sex/gender)、年齢、障害、政治的所属関係、その他という各項目のうちいずれを各州のヘイト・クライム法が含んでいるかを表にまとめてみる。各州によってかなりのばらつきがあることがわかる)。
- (41) 前嶋・前掲註(39) p. 83 参照。
- (42) *See generally* Thomas C. Berg, *Religious Speech in the Workplace: Harassment or Protected Speech?*, 22 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 959 (1999).
- (43) *See* Akhil Reed Amar, *The Supreme Court, 1991 Term—Comment: The Case of the Missing Amendment: R. A. V. v. City of St. Paul*, 106 HARV. L. REV. 124, 156 (1992).
- (44) *See id.*
- (45) *See* Wojciech Sadurski, *Racial Vilification, Psychic Harm, and Affirmative Action*, in FREEDOM OF COMMUNICATION 90-92 (Tom Campbell and Wojciech Sadurski eds., 1994).
- (46) *See* Jean C. Love, *Tort Actions for Hate Speech and the First Amendment: Reconceptualizing the Competing Interests*, 2 LAW & SEXUALITY 29, 34 (1992).
- (47) *See* KENT GREENAWALT, *FIGHTING WORDS* 64 (1995).
- (48) ただし、ヘイト・スピーチ規制法のマイナス効果の主張に対する反論も見られる。See Richard Delgado and Jean Stefancic, *Ten Arguments against Hate-Speech Regulation*, 23 N. KY. L. REV. 475, 482-90 (1996); *Neoconservative Case against*

Hate-Speech Regulation, 47 *VAND. L. REV.* 1807, 1812-22 (1994); ALEXANDER TESIS, *DESTRUCTIVE MESSAGES: HOW HATE SPEECH PAVES THE WAY FOR HARMFUL SOCIAL MOVEMENTS* 195-98 (2002).

(49) たとえば *Black* 判決で問題とされたヴァージニア州法を含めたいくつかの州に存在する十字架焼却禁止法のように、白人至上主義という特定の有害なメッセージを伝える象徴を対象を限った規制はそれほど問題がないかもしれない。いくつかの州には差別的な脅し (*threat, intimidation*) を規制する立法を含めた様々な種類のヘイト・クライム立法が存在するが、それらの立法の合憲性は、過度に広範でないか、不当な適用がなされていないか、といった点に常に注意を払った上で判断されなければならないだろう。

八. む す び

以上、アメリカの学説を論じたが、多くのアメリカの学説は、具体的な規制の主張においても厳格な表現内容中立性原則を貫き、広範な刑事規制の主張に対して強い批判を提示していた。また、刑事規制には様々なコストがつきまとうとされており、政策的にも問題があるとされていた。他方で、アメリカの諸学説は、謙抑的な規制の主張を多元的に展開してきた。さらに、集団の特定化の問題と非対称性の問題も意識されており、規制の主張にあたって留意すべき事柄とされていた。

冒頭において、差別的表現規制が見解中立性原則の限界を鋭く問うものであるということ、有害な差別的表現を画定することがとりわけ困難であることを指摘したが、本稿の検討を通じて、アメリカの判例や学説の多くが、差別的表現規制が提示するそれらの問題を真剣に受けとめ、慎重な規制を支持していることを明らかにできたと考ええる。

しかし、このような差別的表現規制に対する姿勢は、世界各国から見ればかなり慎重なものであり、それゆえ「特

殊」であると言える⁽¹⁾。このような特殊な立場をわが国に適用することは可能であろうか。ヘイト・スピーチ規制を容認する他の国々は、このようなアメリカの特殊性を必ずしも知らないわけではないようである。アメリカは「自覚的に」特殊な立場を選んできたと言われるが、他の国々はアメリカの厳格な表現内容中立性原則を「自覚的に」拒否していると言えないであろうか。この点、必ずしも明らかでないが、いくつかの他国の学説は確かに自覚的な拒否を表明している。

イギリスの何人かの論者はアメリカの厳格な表現内容中立性原則の固持に批判的であり、イギリスとアメリカの違いを強調した上で、規制支持論を選択しようとする。フェルドマン (David Feldman) によれば、R. A. V. 判決の法廷意見は、個人の「話し手」の立場に集中し、かつ政府が社会的集団の利益について適当なバランスをとるために民主的な決定プロセスを用いる能力を減じる傾向を持つ表現の自由モデルを採用し、燃える十字架を深刻かつ憲法上認識しうる害悪とは認めなかったが、⁽³⁾ 以下のようないくつかの明瞭な理由で、イギリスは修正一条の判例法理にあまりにウエイトを与えすぎるべきでない。⁽⁴⁾

第一に、集团的善に注意を払う機会を開放したままにすることが表現の自由絶対主義を拒否する利点の一つであるとされる。第二に、イギリスの民主主義のアプローチはアメリカより多くの実験を試みる類のものであり、より急進的なものである傾向があったとされる。第三に、イギリスのシステムは表現が生む害悪を必ずしも列挙する必要もなく認めるとされる。

彼の立場はアメリカ的な、厳格な表現内容中立性原則を採用することをはっきりと拒否するものであり、ヘイト・スピーチ規制において集団の利益により大きな価値を認めるアプローチが明らかにされている。

イギリスでは人種差別的表現の規制を支持する見解が多数であり、アメリカ的立場を援用して規制反対論を唱える立場はあまり見られない。⁽⁶⁾ イギリスの規制支持説がアメリカの議論を知った上で自覚的にアメリカ的立場を拒否しているのだとすれば、そのようなイギリスの学説に注意を払っておく必要があるだろう。

カナダにおいても、米加の違いを強調した上で、アメリカ的立場を断固として拒否する見解が見られる。コトラー (Irwin Cotler) はヘイト・スピーチに対するアメリカとカナダの態度の違いを認識した上で、「他の自由かつ民主的な社会における同種の経験と比較して、アメリカ憲法の原理がカナダにとって適切でなく、かつ説得力を欠くことは十分にありうる」⁽⁷⁾ とし、その言明を支えるいくつかの理由を挙げる。そのうち、とりわけアメリカとカナダの相違点として注目されるべきものとしては以下のようなものがある。⁽⁸⁾

- ・アメリカ憲法はアメリカの裁判所が多文化主義の遺産を保存・向上するように修正一条を解釈するように指図する、カナダ人権憲章二七条のような規定を持たない。
- ・アメリカ憲法はカナダ憲法とは違って、修正一条をアメリカ憲法の他の権利・自由を照らして解釈する解釈原理を発展させていない。

- ・アメリカ憲法はカナダ憲法と違って集団の権利保護の理論を持たない。
- ・アメリカの修正一条が前提とする自由市場のメタファーは、聞き手の表現からの自由ではなく、話し手の表現の自由を重視するが、カナダでは、自由は重要な価値であるが唯一の価値ではなく、他の価値から離れて解釈されてはならない。自由はヘイト・スピーチを語る人々だけのものではなく、標的になる人々のものである。⁽⁹⁾

このように、カナダとアメリカの違いが十分に強調された上で、コトラーは規制に好意的な姿勢を示している。⁽⁹⁾ イ

ギリスと同様、カナダにおいても、アメリカ以上に規制に好意的な学説が多く見られる。ここでも自覚的にアメリカ的立場が拒否されている。

このように、ヘイト・スピーチ規制に関して特殊な立場を維持する国、アメリカに対しては、批判が提起されているが、⁽¹⁰⁾それでもアメリカ的な厳格な立場を擁護すべきだとする余地はあるのだろうか。阪口教授はアメリカの特殊性を強調した上で、『特殊な国家』、『個人主義』、『絶対主義』といったものに、たとえもの分りの悪い頑固もの (bigot) とよばれても執着すべきだと思⁽¹¹⁾う」としている。⁽¹²⁾

思うに、アメリカの表現の自由保障法理の中核である表現内容中立性原則は、国家がむやみに表現の内容を判断することによって「正説 (orthodoxy)」を定立したり、表現内容の間に差別を設けたりすることによって、国家が国民の自由な表現活動を阻害し、表現の自由の諸々の価値を損なうようなことがないようにするために打ち立てられたものであった。このような表現内容中立性原則の目的それ自体は人権の保障を重んじる民主的な諸国家において、ほぼ共通に受け入れられるものであると考えられる。また、本稿で詳細に紹介・検討してきたように、アメリカでは、表現の自由の害悪が極めて慎重に認定され、それに見合った規制の提案がなされていた。表現内容中立性原則を中核に据えて、その例外を慎重に画定する作業はいずれの国においても有用なものであろう。とりわけヘイト・スピーチのような繊細な問題においては、表現内容中立性原則を真剣に受けとめることが重要であると言えるだろう。

わが国においても正説の定立となりうるような見解差別的表現規制は許されないであろう。見解中立性の要求を満たすように、害悪は慎重に同定されなければならず、抽象的な根拠で規制に値する差別的表現を選び出すことがあつてはならない。このような観点からは、わが国における一部の規制合憲論には深刻な問題があるように思われる。

内野教授は、差別的表現規制を主張する説に対して、そのような主張が、「ある言論は、それが一定の害悪をもた
 らすがゆえにはなく、それが内容的にみて反倫理的であるがゆえに（規制されることが）許される」（括弧内、筆
 者）と言うに等しいがゆえに支持しがたいとする批判が想定されるとし、このような立場を「根本的なところから違
 憲を唱える見解」、「原理的な違憲論」と呼ぶ⁽¹³⁾。本稿において検討した、表現内容中立性原則を基礎としたヘイト・ス
 ピーチ規制に慎重なアメリカの学説の立場からすれば、差別的表現のうち一定種類のものは表現の自由の価値に鑑み
 て定型的に価値が低いとみなされ、かなり説得的な正当化事由ないし対抗利益があればそれを禁止しうるとする内野⁽¹⁴⁾
 説に対しては、まさにこのような「原理的な違憲論」が対峙されるであろう。

内野教授は、差別的表現のうち一定種類のもは、個人の人格の発達にとっても民主政治にとっても役立つことが
 ないから、価値の低い表現に属し、極めて強い理由がなくても、かなり説得力のある正当化事由ないし対抗利益があ
 れば合憲的に禁止されうるとする⁽¹⁵⁾。このような、表現の自由の価値論から特定部類の表現の価値が低いという判断を
 導く理論（「価値の低い表現」理論）はアメリカ合衆国連邦最高裁によって幾度か示唆されたものであるということ
 が言えよう⁽¹⁶⁾。

しかし、差別的表現は、表現の自由を保障する根拠となる諸価値を欠いているがゆえに規制に値するとするアメリ
 カの学説を、筆者はほとんど見出すことができなかった⁽¹⁷⁾。規制の対象となる表現を選び出す際に、表現の価値を考慮
 に入れることができるのか、あるいは表現の価値を考慮に入れることはできず、あくまでも表現の有害性のみを考慮
 しようのか、という問いに対する十分な回答は、本稿の考察のみによってなしようものでないが、そもそも差別的表
 現の内容規制は論争的になりうることにしばしばであることを考えると、価値の低い表現理論を持ち出して、一定類

型の差別的表現を一律に価値の低いものと分類することは困難であろう。⁽¹⁸⁾

仮に、表現価値の高低論を持ち出すことができないとしても、差別的表現をその有害性ゆえに規制することが可能であると主張しうるかもしれない。⁽¹⁹⁾しかし、アメリカにおけるヘイト・スピーチに関する議論で指摘されていたように、およそ対抗言論の有効性が期待できないほど有害な差別的表現の同定はそれほど容易でない。アメリカでは特定人に向けられたヘイト・スピーチの規制立法ですらその制定・適用に相当困難があり、ヘイト・スピーチが生む真の害悪に対抗するよう十分に限定されることは難しいとされていた。わが国において、差別的表現の害悪は言論によって十分に対抗できるものではないとする主張があるが、対抗言論の機能不全を抽象的に論じることは危険である。⁽²⁰⁾

表現の自由の法理として明確な位置付けを与えられた表現内容中立性原則を前提にすれば、有害であることが明らかで、対抗言論による治癒の余地がありえないような表現に厳格に対象を絞った、より限定的な規制を唱える説を、⁽²¹⁾内容中立性原則に照らしてより深く検討していくのが妥当な方向性であるように思われる。

アメリカの特殊性は表現の有害性を極めて限定的にしか認めず、ヘイト・スピーチの犠牲者となるマイノリティーにより大きな負担を課すことを甘受するところにある。イギリスやカナダの学説が述べていたように、アメリカの立場は集団の平等への権利よりも表現の自由にウェイトを置くものであることは確かであり、ここで特殊な国、アメリカの妥当性が改めて問われることになる。たとえばアメリカの表現の自由保障原理がある程度普遍的な要素を持っているとしても、それが平等を上回るものと簡単には言えないという批判があるかもしれない。

本稿で紹介したアメリカのリベラルな表現の自由理論はヘイト・スピーチの害悪の主張に対して概して批判的であったが、たとえヘイト・スピーチが短期的に見れば言論で対抗可能であるとしても、ステレオタイプの固定化、マ

イノリティーへの暴力等の長期的に見て取り返しをつかない害悪を生むとすれば、長い目で見て対抗言論は決して有効であるとは言えないということになり、「平等」よりも「自由」という主張の根底が覆されるかもしれない。⁽²²⁾ また、そもそもヘイト・スピーチは各人が持っている人間性への互恵的義務と矛盾するというような、政治哲学的な側面からの反ヘイト・スピーチ論もありうる。⁽²³⁾

他方、「集団」よりも「個人」の価値を、「平等」よりも「自由」の価値を選ぶことがマイノリティー集団自身にとって長期的に見てよりよい結果を生むとすることができらば、ヘイト・スピーチを放置することによって課されるマイノリティーに対する負担は決して不当な負担とは言えないであろう。⁽²⁴⁾ この点、長期的に見て、ヘイト・スピーチに関するアメリカの独自の立場は平等促進に貢献するものであり、ヘイト・スピーチ規制はそれをむしろ阻害するものであるということを主張する論者が存在する。⁽²⁵⁾ この論者はヘイト・スピーチを規制せずに放置することの妥当性を、一定の普遍性を持った政治理論によって「規範論的に」正当化しようとする。⁽²⁶⁾

筆者は、「特殊な国家」、「個人主義」、「絶対主義」に執着する阪口教授の立場に共感を覚えるが、アメリカの特殊な立場をわが国に応用することの是非はそのような「特殊な」アメリカの立場をいわば「普遍的に」妥当なものとして正当化しようとする主張の成否に依存すると言えるかもしれない。⁽²⁷⁾ それゆえアメリカの議論をわが国に応用する前提として、この点についての考察は必須であると考えるが、本稿においてそのような考察を行う余裕はなかった。よって、その点の検討は筆者に残された今後の課題である。

(1) 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』二〇一—二三頁(東京大学出版会、一九九

- 八)、「合衆国表現の自由理論の現在(二)——表現の自由の二〇世紀システムの動揺?——」社会科学研究(東京大学)四七卷一号(二二二—二二四頁)(一九九五)参照。他国における規制の実情につき、内野正幸『差別的表現』四八—七四頁(有斐閣、一九九〇)参照。See ALEXANDER TESIS, DESTRUCTIVE MESSAGES: HOW HATE SPEECH PAVES THE WAY FOR HARMFUL SOCIAL MOVEMENTS 192 (2002).
- (2) 阪口・同上「合衆国表現の自由理論の現在(二)」二二五—二五五頁参照。
- (3) See David Feldman, *Content Neutrality, in IMPORTING THE FIRST AMENDMENT: FREEDOM OF EXPRESSION IN AMERICAN, ENGLISH AND EUROPEAN LAW* 156 (Ian Loveland ed., 1998).
- (4) See *id.* at 169-70.
- (5) See e.g., Christopher McCrudden, *Freedom of Speech and Racial Equality, in PRESSING PROBLEMS IN THE LAW, VOLUME 1: CRIMINAL JUSTICE AND HUMAN RIGHTS* (Peter Birks ed., 1995). 平等は人種差別的憎悪に対する非中立的なアプローチを要求するのではなく、もし平等の理想を促進しようとするなら見解差別はむしろ必要となるものであるとする。彼は、伝統的なアメリカ的アプローチはもしそれが変化しなければますます平等に対立するとし、ヨーロッパが現時のアメリカのアプローチに従うことは「愚の骨頂(the height of folly)」であるとする。See *id.* at 142, 148.
- (6) 例外としてたまたま Ian Loveland, *The Criminalization of Racist Violence, in A SPECIAL RELATIONSHIP?: AMERICAN INFLUENCES ON PUBLIC LAW IN THE UK* (Ian Loveland ed., 1995) 参照。
- (7) See Irwin Cotler, *Hate Speech, Equality, and Harm under the Charter: Towards a Jurisprudence of Human Dignity for a "Free and Democratic Society," in THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* 70 (Gerald-A. Beaudoin and Errol Mendes eds., 3rd ed. 1996).
- (8) See *id.* at 70-73.
- (9) 米加の差異を述べると他の学説と比べてたまたま William G. Buss, *A Comparative Study of the Constitutional Protection of Hate Speech in Canada and the United States: A Search for Explanations, in CONSTITUTIONAL DIALOGUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 94-107 (Sally J. Kenney et al. eds., 1999) 参照。
- (10) 他国との比較研究を通して、アメリカの特殊な立場を批判するアメリカ国内の最近の学説として、Michel Rosenfeld, *Hate Speech: The Harm and the Possibility of Regulation* (二・完)

Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis, 24 *CARDOZO L. REV.* 1523, 1557-67 (2003) 参照。

- (11) 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四四頁(一九九四)。
- (12) さらに阪口教授は、「アメリカにおける『特殊な国家』の伝統は、かつてないほど激しく動揺してはいるものの、少なくとも現在の時点では、実践的にはともかく、現在の記述としては、そう簡単にパラダイムの転換を語りうる状況にまで至っているわけではない」という認識を示す。阪口・前掲註(1)「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」三九頁参照。
- (13) 内野・前掲註(1)一五九—一六〇頁参照。
- (14) 同上—一六〇頁参照。
- (15) 同上参照。
- (16) 岡村みちる「表現の自由における『価値の低い言論理論』(一)」「(二)」法研論集(早稲田大学大学院) 八三号二七頁(一九九七)、八六号七三頁(一九九八) 参照。
- (17) 価値の低い表現理論からの規制主張論として最も有力であると思われるサンステインの説が内野説と比較してより限定された規制の提案であるかどうかは明らかでないが、その説はいくつかの理由で妥当でないと批判されていたことは既にみた。
- (18) とりわけ特定個人を対象にしない差別的表現を規制対象に含ませるときにはなおさらであろう。内野私案(第1項)日本国内に在任している、身分的出身、人種または民族によって識別される少数者集団をことさらに侮辱する意図をもって、その集団を侮辱した者は、……の刑に処す。(第2項) 前項の少数者集団に属する個人を、その集団への帰属のゆえに公然と侮辱した者についても、同じとする。)はそのような差別的表現をも規制の対象にしている。内野・前掲註(1)一六八頁参照。
- (19) 小谷順子「合衆国憲法修正一条の表現の自由とヘイトスピーチ」日本法政学会法政論叢三六卷一号一六〇頁(一九九九)は、ヘイト・スピーチの有害性を強調した上で、規制積極論の立場に立つ。ただしいかなる程度の規制が可能であるのかは明らかにされていない。
- (20) 棟居教授は相手方の反論が意味をなさなくなるような誹謗であれば、規制の対象とされうるとして、そのような限定がなされれば規制対象となる差別的表現の明確化の要請は満たされるとする。そして、とりわけ一四条後段列挙事項に関するマ

イノリティー集団に対する差別的表現に対しては対抗言論が有効でないとする。棟居快行「差別的表現」ジュリスト増刊『憲法の争点』[第三版]一〇五頁(一九九九)参照。しかし、本稿の立場からすれば、差別的表現の有害性はより明確でなければならず、棟居教授の限定化の試みはいまだ十分でないように思われる。江橋教授も差別的表現に対する対抗言論の有効性に疑義を唱えるが、教授が言論によって対抗できないような差別的表現を十分に明確にしているとは言い難い。《座談会》『差別的表現』は法的に規制すべきか」法律時報六四卷九号二四―二八頁(江橋発言)(一九九二)、江橋崇「表現の自由と差別的表現行為」新聞研究四五号六〇―六一頁(一九八九)参照。

- (21) かなり限定的な規制に留めて規制を容認する説として、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——」樋口陽一他編『芦部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開(上)』七三六―七三七頁(有斐閣、一九九三)、「差別表現」についてどう考えるべきか」法学セミナー四七五号五九頁(一九九四)、松井茂記「マス・メディア法入門」[第三版]一五一頁(日本評論社、二〇〇三)参照。横田教授と松井教授は差別的表現が違法な行為の煽動として *Brandenburg* 判決 (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969)) の基準を満たす場合や、特定個人を面と向かって侮辱する場合に限って憲法二一条による保護を認めないという立場に立つようである。市川教授は特定個人に直接向けられた侮辱の規制を支持しつつ、それ以外の差別的表現の規制可能性をも否定しないという立場に立っている。市川正人『表現の自由の法理』六三頁(日本評論社、二〇〇三)参照。これらの限定的な規制を主張する各説の妥当性をわが国における議論に則して検討することが必要であるが、その点は今後の課題としたい。

(22) See generally TESIS, *supra* note 1.

(23) See *id.*

- (24) 志田教授は、アメリカの論者の中でヘイト・スピーチの害の深刻さ自体はほぼ共通に認識されており、賛否の分かれ目となるのは、平等社会実現のための表現規制か、(ヘイト・スピーチを含めた)表現の自由の徹底的な擁護による平等社会構築かであるとする。志田教授は、ヘイト・スピーチ規制はマイノリティー自身の異議申立ての権利を奪う危険性を持つという点、規制によって恩恵を受けると目された人々が、かえってそのことで偏見ないし憎悪を受けるとなるという、「憎悪の許可 (permission to hate)」という事態を生むことを憂慮している。志田教授は、私人間で発せられるヘイト・スピーチ以前の問題として、公権力が発する「排除」のメッセージが、一般私人に対して「憎悪の許可」として作用する状況ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(二・完)

が、優先的に救済されるべき課題であり、そのような状況が問題となる事例の解決を棚上げにしたままで私人間の表現を規制する法政策は、支持し得ないとする。志田陽子「アメリカ合衆国におけるヘイト・スピーチ規制立法をめぐる議論——「文化戦争」と公権力の責任——」武蔵野美術大学紀要三三号一—八—二〇〇頁(二〇〇二)参照。ここでは「平等」よりも「自由」を選ぶという立場が明示的に選択されているわけではないが、少なくとも「自由」よりも「平等」を安易に選択することに警鐘が鳴らされている。

(25) See generally DAVID A. J. RICHARDS, *FREE SPEECH AND THE POLITICS OF IDENTITY* (1999).

(26) See *id.*

(27) ヘイト・スピーチ規制に関して賛成論、反対論の正当性をそもそもある程度普遍的なものとして主張しうるかどうかは明らかでない。デイルガド等は、すべての文化において、あるいは別の時代の同じ文化において機能する単一のバランスは存在しなかつたかもしれない²⁶。See Jean Stefancic and Richard Delgado, *A Shifting Balance: Freedom of Expression and Hate-Speech Restriction*, 78 IOWA L. REV. 737, 749 (1993)。ヘイト・スピーチの規制のあり方を検討する際に、普遍的要素と相対的要素を混合して判断することを提唱する論者も存在する²⁷。See Rosenfeld, *supra* note 10, at 1565.

* 本稿は、筆者が平成一四年一月一日に関西大学に提出した博士学位請求論文、「表現内容中立性原則とヘイト・スピーチ規制の限界」の一部に加筆・修正を加えて新たな論攷としたものである。