

ヘイト・スピーチ規制法の違憲審査の構造：「**害悪アプローチ** (harm-based approach)」から

著者	奈須 祐治
雑誌名	関西大学法学論集
巻	59
号	3-4
ページ	393-415
発行年	2009-12-18
その他のタイトル	Hate Speech and Judicial Review Structure; A Harm-based Approach
URL	http://hdl.handle.net/10112/1529

ヘイト・スピーチ規制法の違憲審査の構造

——「害悪アプローチ (harm-based approach)」から——

奈 須 祐 治

目次

- 一 はじめに——問題の所在——
- 二 アメリカのヘイト・スピーチ規制法
- 三 害悪の範疇化
- 四 比例原則
- 五 おわりに

一・はじめに——問題の所在——

ヘイト・スピーチの法的規制に関しては、既に国内外に膨大な文献が存在する⁽¹⁾。この問題に関する憲法上の議論は、言論の自由に関して世界で最も多くの研究蓄積を誇るアメリカでここ数年やや沈静化している感があり、わが国でも同様の状況にある⁽³⁾。わが国ではアメリカ法に依拠した規制慎重論⁽⁴⁾が優勢だと思われ、学説はこれ以上の積極的議論を直ちには要しないと考えているからかもしれない。

一方で、とりわけ法科大学院発足後、わが国においてアメリカ型違憲審査方法論への批判が噴出している⁽⁵⁾。これまでのヘイト・スピーチ規制慎重論の多くがアメリカ型の審査方法論に依拠してきたことを考えると、その議論の正当性を論証するためには、アメリカ型に拠らなくても同様の議論が可能かどうかを検討する必要がある⁽⁶⁾。

そこで、本稿は、これまでアメリカの主流の学説に支持されてきた、ヘイト・スピーチ規制に慎重な立場に立つ連邦最高裁の判例法理の内的構造に立ち入り、検討することによって、アメリカの判例・学説の背景にあるものを探ることを試みる。そのような作業を行うことよって、わが国への応用の足がかりをつかみたい。また、このような作業を経ることで、近時有力なドイツ型審査方法論⁽⁷⁾との接合の糸口も得られるかもしれない。

具体的には、アメリカのヘイト・スピーチ規制を〈目的—手段〉関係に分解し、目的・手段審査双方の内的構造を明らかにする。とりわけ言論の自由の領域ではアメリカの特殊性が主張されることが多いが、言論が生む何らかの害を抑止するという目的で特定の規制手段がとられるという意味ではアメリカにおける規制も〈目的—手段〉関係で把握可能であり、違憲審査基準・テストもそれに対応する形に還元可能である⁽⁸⁾。

ヘイト・スピーチを規制する際の政府の「目的」は、一般に政府がヘイト・スピーチが生む害悪を抑止・除去することである。「手段」とは、そのような害悪の抑止・除去という政府の目的達成のためにとられる規制手段のことである。⁽⁹⁾ アメリカの違憲審査基準・テストは、この両方の段階で、他の立憲民主政諸国とは異なった利益衡量を行い、かつ、事件ごとの例外を原則として認めないという意味で、かなり「硬質な」審査手法を志向している点に特徴がある。

ただ、当然のことながら〈目的―手段〉関係の部分は他国と構造上同一であり、決して「異質」というわけではない。それゆえ、〈目的―手段〉関係への還元によって、アメリカの法理の普遍的部分と特殊な部分を明確にすることができ、さらに、他国の法理（特にドイツ、カナダ、イギリス、欧州人権裁判所等で用いられている比例審査）、⁽¹⁰⁾ についてはわが国の法理（目的・手段審査）との共通基盤を見出すための示唆が得られると考える。

以下、まずアメリカのヘイト・スピーチ規制法を簡単に概観した上で（二）、規制「目的」審査の内的構造を明確化する（三）。具体的にはヘイト・スピーチが生む害悪の性質とその範疇化の手法を検討する。次に、目的に対する規制「手段」の審査の構造を明らかにする（四）。ここではとりわけ、手段の目的に対する比例性の意味について検討する。最後に、アメリカの法理のわが国への応用のあり方について若干の主張を行う（五）。

二. アメリカのヘイト・スピーチ規制法

① 連邦最高裁判例概観

合衆国憲法は修正一条で言論の自由を保障している。連邦最高裁は、特に内容に基づく規制を原則として禁止し、

限定された範疇の言論を硬質な定義的テストで例外的に排除するという手法をとってきた。ヘイト・スピーチ規制においても、同様の枠組みで合憲性を審査するというのが連邦最高裁の一貫した態度である。ヘイト・スピーチに関する連邦最高裁判例はすでにわが国でも広く紹介されているため、ここでは必要な限りで簡単に概観しておくに留める。

まず、連邦最高裁は一九五二年に、今日明らかにヘイト・スピーチとして分類されうる言論を規制する州法を合憲とした。人種統合に反対する組織の長が、「黒人による、白人、白人の財産、近隣関係、身体に対するこれ以上の侵犯、ハラスメント、侵害をやめさせる」ことを請願する等して白人の団結を呼びかけたことによって、集団的誹謗を禁止するイリノイ州法に違反するものとして有罪とされたという事件である *Beauharnais v. Illinois* ⁽¹¹⁾ において、連邦最高裁は、名誉毀損がそもそも修正一条の保護の範囲外にあるとした上で、集団的名誉毀損 (*group libel*) ⁽¹²⁾ はその有害性ゆえに規制しても違憲とはならないとし、問題の州法の規制を合憲とした。

ところが、連邦最高裁は、一九七八年にこの判決を覆すかのような判断を示した。住民の半数以上がユダヤ人で占められているシカゴ郊外のスコークリー村において、アメリカ国家社会主義党がかぎ十字のついた米ナチ党の制服を着て集会・デモを行うことを計画し、それを予告したことによって起こった一連の訴訟で、連邦地裁・控訴裁は、当該村がデモを封じるために制定した一連の条例すべてが修正一条に反する ⁽¹³⁾ とした。控訴裁が *Beauharnais* 判決の有効性を疑問視し、連邦最高裁内では判決との一貫性を問うべきだとの意見が出されたにもかかわらず、連邦最高裁は裁量上訴を認めなかった ⁽¹⁴⁾ のである。

連邦最高裁は、その後何十年もの間、この問題に関する態度を明確にしていなかったが、一九九二年に重要な判決を下した。未成年者数名が黒人家族の家の庭で、壊れた椅子の足で作った十字架を燃やして条例 ⁽¹⁵⁾ によって訴追された

という事件である *R. A. V. v. City of St. Paul, Minnesota* ⁽¹⁶⁾ において、連邦最高裁は当該条例の規定を修正一条に反し文面上違憲無効とした。

法廷意見はまず、本件条例が修正一条によって保護されないとされてきた喧嘩言葉に限定して適用されてきたという州最高裁による解釈を受け入れた。その上で、法廷意見は、本件条例が特定の好ましくない話題のみを選び出しているため許容し得ない内容・見解差別として厳格審査の対象になるとし、結論として条例を違憲とした。

ただし、法廷意見は、内容差別が許容される例外的場合がいくつかあることを認めていた。たとえば、当該内容差別が、もっぱら問題となっている表現範疇全体が禁止されるのと同様の理由からなされているときには、それは許容しうるとしていた。⁽¹⁷⁾

その翌年の判決では、いわゆるヘイト・クライム規制法には *R. A. V.* 判決と同様の論理が及ばないことが確認されている。⁽¹⁸⁾ *Wisconsin v. Mitchell* ⁽¹⁸⁾ は、黒人の若者数名が、意図的に白人を狙って白人に暴行を加え、加重暴行傷害 (aggravated battery) の罪で有罪とされたというものであった。この事件で、罪を犯す相手を、人種、宗教、肌の色、障害、性的性向、民族的出身、家柄に基づいて意図的に選び出した場合に刑を加重すると規定する州法により、被告人に対する刑が加重された。連邦最高裁は、身体的な攻撃はいくら想像を広げても修正一条によって保護された表現行為でないとして *R. A. V.* 判決と事案を区別し、⁽¹⁹⁾ 問題の州法を合憲とした。

その後、連邦最高裁は十字架焼却が問題になった二つの事件を併合審理した *Virginia v. Black* ⁽²⁰⁾ で、明らかにヘイト・スピーチの一類型である十字架焼却のヴァージニア州法による規制を、*R. A. V.* 判決で示された内容差別禁止原則の例外にあたり、合憲とする判断を示した。⁽²²⁾

この事件で最高裁は、当該規制が、先述した R.A.V. 判決の設けた内容差別禁止原則の例外にあたることとした。すなわち、州は十字架焼却をとりわけ脅迫的であるがゆえに規制したのであり、修正一条の下で禁止しうる「脅迫」という言論範疇全体が禁止されるのと同様の理由でそれを規制したと考えたのである。

さらに、連邦最高裁が職場等におけるハラスメントを構成する人種主義的発言の類を広く規制しうると考えていることにも注意が必要である。最高裁はそもそもハラスメントに該当する言論を修正一条の問題にしてこなかったし、州最高裁が人種ハラスメントを構成する特定の発言の差止請求を認めたことが違憲であるとする主張にすら耳を貸さなかったのである。⁽²⁵⁾

② 判例の意義と射程

結局、連邦最高裁の立場は以下のようにまとめられる。連邦最高裁は、原則として、不特定多数に向けられた、あるいは公的な場で公衆に向けられたヘイト・スピーチの規制は、通常の内容規制禁止原則の射程にあるものとして、厳格な審査に付す。⁽²⁶⁾ 他方で、特定人に向けられたヘイト・スピーチは、許容し得ない内容差別に至らない限り禁止しうる。⁽²⁷⁾ 許容しうる場合とは、規制対象の言論が脅迫、喧嘩言葉等の既に存在する保護されない言論範疇に該当し、かつその言論範疇全体が禁止されるのと同様の理由で規制されている場合等である。⁽²⁸⁾ そして、ヘイト・クライム、ハラメントの規制は原則として修正一条の問題にすらならない。

このような連邦最高裁が立てた一般原則を踏まえ、欧州諸国、オーストラリア、カナダ等に存在する不特定多数に向けられたヘイト・スピーチ規制はアメリカでは違憲とされる可能性が極めて高い。他方で、特定人に対する脅迫を、

人種等を理由に行った場合、刑事罰を加重することは連邦・各州ヘイト・クライム法の枠組みの中で広く行われている。また、このような行為に民事訴訟の提起も可能である。⁽²⁹⁾ さらに、職場でのヘイト・スピーチについては公民権法第七編に基づき使用者を訴えることができるし、各州法による訴えも可能である。大学（及び高校以下の学校）においても類似の言論制約が許容されると考えられ、かつ私立大学の言論規則には原則として憲法上の制限が及ばないと考えられている。⁽³⁰⁾

このようなアメリカの立場は、ヘイト・スピーチを広く規制するイギリス、フランス、ドイツ等の欧州諸国や、カナダ、オーストラリア等の英連邦諸国とは著しく異なっており、その意味で「特殊」な立場であると評価されてきた。⁽³¹⁾ 確かにアメリカの特殊性は際立っており、その点を強調することに重要な意味があると思われる。しかし、アメリカでも一定のヘイト・スピーチが規制の対象になっている。その意味で、他国と同様にヘイト・スピーチが生む害悪に対して特定の法的手段をもって対抗しているのである。すなわち、特定の政府目的（＝利益）に対して、その目的達成に必要かつ比例した手段をもって対抗しようとしているという点で、〈目的―手段〉関係という他の諸国と同様の枠組みが出発点にある。

したがって、アメリカ型の審査手法は、他国とまったく異なる次元にあるわけではない。アメリカにおけるヘイト・スピーチ規制を原初的な〈目的―手段〉関係の形態に還元し、どの部分が他の諸国と共通していて、どの部分が異なっているのかを分析することが必要である。

三・害悪の範疇化

① 害悪ゆえの規制

ヘイト・スピーチを規制する「目的」は、通常の場合、ヘイト・スピーチが生む「害悪」を抑止することであろう。アメリカでは、害悪の考慮を排除した包括的言論保障法理がしばしば唱えられてきたが、そのような法理は成立しないというのがアメリカの多数の見解だと思われる⁽³²⁾。意図的な虚偽により公職者の名誉を毀損することが許容しえないことから分かるように、高度に政治的な言論ですら、害悪抑止の政府利益を常に覆す範疇を明確に括り出すことはできない⁽³³⁾。

ただし、修正一条のそもそもの目的とはまったく無関係な言論は、修正一条に包含されないがゆえに、害悪を考慮するまでもなく規制されるとする説が多い⁽³⁴⁾。ヘイト・スピーチに関しても同様のことがあてはまると考える説がある。たとえば職場でのハラスメントを構成するあらゆるさまざまな差別的言論のような、一定のヘイト・スピーチは害悪への考慮とは独立した理由で規制を合憲とする余地がある⁽³⁵⁾。実際に、先述のように、連邦最高裁はヘイト・スピーチの一種ともいえる一定類型の言論（ハラスメント、ヘイト・クライム等）について、事実上違憲審査を拒んでいるように思われる。

とはいえ、ヘイト・スピーチは多くの場合、言論の自由の基底にある価値と関わることも広く認められている⁽³⁶⁾。そこで、多くのヘイト・スピーチは修正一条に包含されることを前提とした上で、害悪の緻密な範疇化作業が求められることになる。

② 害悪の二類型

ヘイト・スピーチがもたらす害悪は多様であるが、従来この文脈でよく用いられてきた、犠牲者が特定的かどうかという区分論に加え、アレクサンダーのいう、害悪の一段階型 (one-step harms) と二段階型 (two-step harms) の区分論の参照が有用である。⁽³⁷⁾アレクサンダーによれば、一段階型の害悪とは、話者が発する言葉が、第三者を媒介することなく直接被害者に加えられるものである。二段階型の害悪とは、話者の言葉が聞き手に伝わり、その聞き手による何らかの理解を経た後、何者かに加えられるものを指す。

この説明からすると、面前で他者を攻撃する言論やプライバシー侵害等は典型的な一段階型であり、煽動や教唆のような害悪を誘発する言論等は典型的な二段階型であるといえる。ヘイト・スピーチもこの二つの類型に分けることができる。脅迫や侮辱に該当するヘイト・スピーチは典型的な一段階型の害悪を生み、第三者の暴力を誘発するような煽動的ヘイト・スピーチは二段階型の害悪を生むといえる。⁽³⁸⁾

スコキー事件、R.A.V.事件を前提にすると、連邦最高裁が、原則として (ブランデンバーク・テストを満たすような例外的な場面を除いて) 二段階型の害悪を生むヘイト・スピーチの規制を認めないのは明らかである。

他方で、R.A.V.判決、Black判決、Mitchell判決を前提にすると、最高裁は、一段階型の害悪を生む言論は、明確に範疇化されている限り規制しようと考えている。ただし、スコキー事件における言論が一段階型の害悪を生むことが予想されたにもかかわらず規制しえないとされたこと、R.A.V.判決において十字架焼却という同じく一段階型の害悪を生む言論の規制が許容しえない内容差別だとされたことから、一段階型の規制であっても合憲になるとは限らない。特に、不特定多数人を標的にする (あるいは標的が十分に特定のでない) ヘイト・スピーチは、一段階型

の害悪を生む場合でも規制しえないことになると思われる。

③ 範疇化手法

ヘイト・スピーチが生む害悪の処理として、言論とその対抗利益を等価的なものと考え、事件ごとに等価的衡量をすることが考えられる。しかし、ほとんどの立憲民主政諸国と同様、アメリカではこのような手法はとられず、言論の保障を原則としつつ、例外的に対抗利益を考慮するという衡量手法がとられるのが普通である。⁽³⁹⁾

加えて、アメリカでは、事件ごとの衡量ではなく、事前の範疇化による衡量がなされるのが普通である。予測可能性を保障し、裁判官の恣意を排除するためには当然であるが、この点について、シャウアーは次のような興味深い説明を付加している。合衆国憲法の言論の自由の規定は、言論の保護自体を目的とするものではなく、背景にある諸価値を実現する手段にすぎない。そのため、個々の言論ごとに規制の可否の検討を行うとき、当該言論の生む害悪を阻止する利益のほうが、修正一条の背景の価値に貢献するということも十分に起こりうる。そこで、事件ごとの衡量アプローチでは言論の自由の憲法的保障が無意味になりかねない、と。⁽⁴⁰⁾確かに、一定範疇の言論保障のあり方を事前に規定しておかなければ、言論の自由は常に対抗利益によって覆されうるものとなり、極めて不安定なものとならざるをえないだろう。

アメリカ連邦最高裁は、ヘイト・スピーチの場合にも言論保障を推定し、その例外を事前にカテゴリーカルに画定するという方法論をとる。R. A. V. 判決や Black 判決によると、内容差別禁止原則を前提に、害悪が明確に範疇化されている場合のみ規制の合憲性を認め、そうでなければ通常の内容規制に用いられる厳格な審査基準を適用するとい

う手法がとられるのである。

④ 言論の自由保障根拠と害悪

連邦最高裁の判例上、以上の害悪の範疇化は、言論の自由を保障する根拠（目的、価値）を考慮しつつなされているように思われる。すなわち、害悪及び因果関係について、どれだけの範疇化の誤差が許容されるか（あるいはどれだけの立証強度が要求されるか）は保障根拠との関連性に依存するとされているように思われる。⁽⁴¹⁾

この点を前提にすれば、言論の自由の保障根拠の一つとしての民主政の実効的運営の確保に関わる、公共の場での、公的議論を提起するためになされたヘイト・スピーチは、よほど重大な害悪を立証できない限り、保障に値することになる。逆に、言論の自由の保障根拠と関係が薄いヘイト・スピーチは、その害悪・因果関係が多少不明確でも規制を許容する余地がある。⁽⁴²⁾

連邦最高裁は必ずしも明確ではないが、判例の流れからはこのことが十分に推測できる。たとえば、スコキー事件で問題となったような、不特定多数（あるいは特定の小コミュニティ）に向けられたヘイト・スピーチは、連邦最高裁の判例上、公共的価値があるがゆえに規制しえないとされてきたように思われる。他方で、職場での人種ハラシメントのような、専ら特定人を侮辱することだけを目的にしたヘイト・スピーチは、ほとんど言論としての価値がないからこそ、容易に規制しうるとされてきたのではないだろうか。

⑤ 範疇化の硬度

さらに、範疇化の「硬度」(事件ごとの例外取り扱いがいかにかに許容されるべきか)の設定を別に考慮する必要がある。一般に、硬度が高いほど、裁判所の事件ごとの裁量の余地は狭くなり、予見可能性、他機関への指導機能は高まるが、事件ごとの緻密な判断、結論の正確性はむしろ犠牲になることもありうる。

アメリカ連邦最高裁は、概して硬度の高い審査方法論を用いることで有名である⁽⁴³⁾。ヘイト・スピーチ規制についても、同様に硬質な審査が用いられている。R.A.V.判決で確認されたとおり、内容規制/内容中立的規制二分論がここでも貫徹されるし、内容規制のうち、主題・見解規制がカテゴリカルに厳格な審査に服する。また、Black判決で確認されたように、害悪が明確に範疇化されている場合には規制の対象になりうるが、R.A.V.判決やBlack判決によると、喧嘩言葉や脅迫のような既存の保護されない言論範疇に収まらない限り、通常の内容規制に用いられる厳格な審査基準が適用される(その意味で、個々の事件での言論の有害性判断には限界がある)。

以上で整理したアメリカの法理をまとめよう。第一に、アメリカでは、ヘイト・スピーチの害悪を理由に規制を行うことが認められている。第二に、原則として規制することができるのは、害悪が一段階型の場合で、しかも犠牲者が特定のな場合のみである。第三に、言論の保障が推定され、それに対する例外として言論の有害性を立証するという方法がとられ、かつ有害な言論を事前にカテゴリカルに画定する範疇化手法がとられる。第四に、害悪ゆえに規制を行う際には、言論の自由保障根拠が考慮されているようにみえる。第五に、範疇化の硬度がかなり高く設定されており、事件ごとの柔軟な考慮を許さない。

このうち、ヘイト・スピーチに関してアメリカの法理を特殊なものにしているのは特に第二、第五の二点だと思われる。⁽⁴⁴⁾前者は実体的な次元、後者は形式的な次元の特殊性ということもできるだろう。⁽⁴⁵⁾わが国への応用を検討するにあたっては、特にこのアメリカの法理に特有の性質を踏まえる必要がある。

四・比例原則

害悪の範疇化がなされた場合、規制手段がそれに比例しているかを審査する必要がある。広く知られているように、アメリカの審査基準論においては、従来から審査基準の段階に応じて規制手段の比例性が検討されてきた。

通常の「厳格審査—中間審査—合理性審査」という三段階の区分によれば、求められる比例性はこの段階に応じて決定されることになるが、本稿で問題にするヘイト・スピーチの他、名誉毀損、プライバシー侵害等の規制しうる言論範疇の場合には、求められる比例性はこのような基準にあてはめるだけでは解決できない。

ヘイト・スピーチ規制において求められる比例性について、既存の研究は必ずしも明確でないが、ここでは若干の論者を援用して二点指摘しておきたい。

まず、この「比例性」の意味については、(1) 規制を行う時点での害悪と規制手段の比例性に加え、(2) 規制が設けられた後の規制利益と規制によるコストの均衡という二つがある⁽⁴⁶⁾という主張がある。確かに、規制制定の際に比例性(1)の意味の比例性)が満たされていたとしても、その後の運用過程で比例性(2)の意味の比例性)が満たされなくなった場合には、規制は目的を達成しているとはいえない。

これまで、アメリカを中心とする多くの国において、ヘイト・スピーチ規制の利益とコストが論じられてきた。規

制の利益としては、害悪の除去・矯正、規制の象徴的機能等が論じられ、規制のコストとしては規制の濫用、規制の逆効果、保障される言論への萎縮効果等が論じられてきた。⁽⁴⁷⁾このような規制の費用便益は、規制の運用において比例性が保たれているかを実証的に検証する際に検討されるべきだということになろう。

また、アメリカで明確に主張されているわけではないが、求められる比例性の厳密度は言論の自由保障根拠に依存することになると思われる。

たとえば、アメリカで公民権法第七編に基づくハラスメントの訴訟がかなりの萎縮効果を生んでいるという主張がなされてきたにもかかわらず、⁽⁴⁸⁾連邦最高裁は、同法によって人種的ハラスメントに該当する言論を訴えの対象にすることが、修正一条の問題となるとは考えていない。⁽⁴⁹⁾また、連邦最高裁は、ヘイト・クライム法による脅迫罪の刑罰加重規定のような、事実上のヘイト・スピーチ規制法が各州に数多く存在し、萎縮効果を生んでいることも十分考えられるにもかかわらず、それらを問題にはしていない。

他方、連邦最高裁が、スコキー事件における三つの条例がすべて違憲にされたことを是認したこと、*R.A.V.*判決で規制を主題・見解差別だとしたことを考えれば、保障根拠と関わる言論にまで規制が及ぶ場合、厳密な比例性を要求していると思われる。

結局、アメリカ連邦最高裁は、二つの意味の比例性を要求し、特に言論の自由保障根拠と関わる場合には高度の比例性を求めているといえる。求められる比例性の度合いに関しては、アメリカの特殊性が際立っているといえるが、比例審査の構造自体は、欧州・英連邦諸国等と共通しているといえるだろう。

五. おわりに

極めてカテゴリーカルな内容規制禁止原則の例外範疇として、規制しうるヘイト・スピーチの範疇を狭くかつ厳密に設定するアメリカの法制は、世界的にみればなお例外的にヘイト・スピーチに寛大であるといえる。しかし、言論の自由の保障根拠の考慮が求められる点、等価的的利益衡量が許容されない点、害悪の範疇化がなされるべきだという点、比例性が要求される点、ルール帰結主義的な比例性の検討が要求される点、比例性判断においても保障根拠の考慮が求められる点は、日本国憲法二二条からも導き出せるといえるだろう。⁽⁵⁰⁾

わが国のヘイト・スピーチに係る目的・手段審査の枠組み⁽⁵¹⁾を構築するにあたっては、本稿で述べた一段階型・二段階型の害悪区分等を踏まえた上で、次のような手順を踏むべきではないだろうか。

第一に、目的審査においては、十分に重大な害悪が、明確に範疇化されているかを実証的に明らかにし、かつ他国の例を参照しつつ、線引きが明確に行われているかを検討するべきである。ここでは、言論の自由保障根拠にそぐわない規制をしていないか、保障される言論に規制が及んでいないか、萎縮効果や恣意的運用をもたらす線引きをしていないかが問われる。

第二に、手段審査においては、範疇化された害悪を軽減・除去するために、十分に限定された効果的措置がとられているかが問われる。ここでも言論の自由保障根拠が考慮され、保障される言論に規制が及んでいないか、萎縮効果や恣意的運用をもたらす線引きをしていないかが問われるべきである。さらに、法規定の制定以後の運用を踏まえ、規制利益が十分に実現されているか、コストが利益を上回っていないかが実証的に検証されることになる。

このように考えると、アメリカ的方法論は、二段階型の害悪を生むヘイト・スピーチに関する限り、日本でも通用しうるだろう。⁽⁵²⁾ このような場合には、害悪を明確に範疇化すること、比例性を保った規制を制定することがいずれも困難だからである。⁽⁵³⁾

他方で、特定個人を狙った脅迫、ハラスメントはもちろん、それを超えて、特定の小コミュニティに向けられたヘイト・スピーチも一段階型の害悪（精神的衝撃、苦痛、恐怖感等）を生む。それゆえ、この種の規制を行う余地がないと直ちにいうことはできない。このような場合には、標的が十分に特定されていないとしても、対抗言論を持ち出すことが難しい。また、犠牲者を保護する必要性が高いことをも考えると、規制できないとは必ずしもいえないだろう。

ただし、日本における「マイノリティ」概念の不明確性、それに対するヘイト・スピーチが生む害悪の不明確性、比例性確保の困難（特に過度の萎縮効果が生じる危険性）、適正な立法を実現することの政治的困難、表現規制以外の多様な手段の存在等から、日本では合憲性の範囲を超えた規制がなされる可能性が、一段階型についてもやはり高いといえるだろう。それゆえ、合憲性を通過する規制手法については、やはり一段階型に限定した上で、さらにその範囲を絞り、憲法に違反しない規制のあり方を検討していくことが望ましいように思われる。

(1) 国内の文献としては、内野正幸『差別的表現』（有斐閣、一九九〇）、市川正人『表現の自由の法理』三七頁以下（日本評論社、二〇〇三）、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』一三頁（東京大学出版会、一九九八）、同「合衆国表現の自由理論の現在（一）」「（二）——表現の自由の二〇世紀システムの動揺？——」社会科学研究所（東京大学）四六巻一号五一頁（一九九四）、四七巻一号二〇一頁（一九九五）、安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現

の自由」立教法学五九卷一頁(二〇〇二)、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——」(二)「早稲田法学七二巻二号一七七頁(一九九七)、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」法政論叢三六巻一号一六〇頁(一九九九)、同「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)四〇号五七一頁(一九九九)、志田陽子『文化戦争と憲法理論——アイデンティティの相剋と模索』二五二頁以下(法律文化社、二〇〇六)、梶原健佑「ヘイト・スピーチと「表現」の境界」九大法学九四号四九頁(二〇〇七)、藤井樹也「IT化時代における表現の自由と差別規制——オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム問題を素材に——」筑波ロージャーナル一巻九五頁、木下智史「差別的表現」大石眞・石川健治編『憲法の争点』二二六頁(有斐閣、二〇〇八)、榎透「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」専修法学論集九六号六九頁(二〇〇六)、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二四三頁(二〇〇一)、同「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(一)・(二)・(完)——アメリカの諸学説の検討——」関西大学法学論集五三巻六号五三頁、五四巻二号二二三頁(二〇〇四)所収等がある。海外の文献は数多いが、以下英語圏の法域を扱った代表的なものに限定して掲げる。アメリカ法については、STEVEN J. HEYMAN, FREE SPEECH & HUMAN DIGNITY ch. 10 (2008); JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE (1999); ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT 291-331 (1995); KENT GREENAWALT, FIGHTING WORDS (1995); CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH ch. 6 (1993); MARI J. MATSUDA et al., WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT (1993) 等数多し。イギリス法については、David Feldman, *Content Neutrality*, in *IMPORTING THE FIRST AMENDMENT: FREEDOM OF EXPRESSION IN AMERICAN, ENGLISH AND EUROPEAN LAW* 139 (Ian Loveland ed., 1998); ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH ch. 5 (2nd ed., 2005) (邦訳「比較言論法研究会編・エリック・バレンット著『言論の自由』(雄松堂出版、近刊)参照。および「カナダ法の業績とこぼれ」STEFAN BRAUN, DEMOCRACY OFF BALANCE (2004); L. W. SUMNER, THE HATEFUL AND THE OBSCENE: STUDIES IN THE LIMITS OF FREE EXPRESSION (2004) 参照。オーストラリア法については、LUKE MCNAMARA, REGULATING RACISM: RACIAL VILIFICATION LAWS IN AUSTRALIA (2001); HATE SPEECH AND FREEDOM OF SPEECH IN AUSTRALIA

(Katharine Gelber and Adrienne Stone ed., 2007)がある。なお、以上の諸国を含めた複数の国を扱う最近の重要な業績として、EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY (Ivan Hare & James Weinstein ed., 2009)がある。

(2) 派生的なテーマを扱う論文は数多いが、ヘイト・スピーチ問題に直接切り込む業績は少なくなっている。また、最近でも重要な論者による論考が見られるものの、新たな理論の展開はあまり見られない。

(3) 二〇〇五年以降の憲法学の主要業績としては、前掲註(1)木下、志田、梶原、榎、藤井論文がある。他分野におけるものとしては、藤野寛・斉藤純一編『表現の(ヘリミット)』(ナカニシヤ出版、二〇〇五)の一、三、六章の各論稿、伊藤高史『「表現の自由」の社会学——表現の自由と管理社会をめぐる分析——』(八千代出版、二〇〇六)、江口聡「ポルノグラフィに対する言語行為論アプローチ」現代社会研究科論集一号二三頁(二〇〇七)等参照。

(4) アメリカ的な規制消極論を明示的にとることを主張する論者、あるいはそれを支持すると思われる論者はかなり多い。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)、同「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』[第四版]一六五頁以下(日本評論社、二〇〇八)参照。その他、註(1)に掲げた、市川、長峯、阪口、榎、木下論文等参照。

(5) とりわけ公法研究七一号の各論考参照。

(6) もちろん、アメリカ型審査方法論の直輸入を正当化しようと考えた場合には、このような必要性は生じない。本稿はこのような前提はとりえないと仮定して議論を進めたい。

(7) ドイツ型審査手法の導入、あるいはそれによる日本の判例の読解の試みとして、石川健治「憲法解釈学における「議論の蓄積志向」」法律時報九一九号六〇頁(二〇〇二)、渡辺康行「思想・良心の自由」と「国家の信条的中立性」(一)——「君が代」訴訟に関する裁判例および学説の動向から——」法政研究七三巻一号(二〇〇六)、小山剛「憲法上の権利」の作法』(尚学社、二〇〇九)、松本和彦「基本的人権の「保護領域」」『論点探究 憲法』九四～一〇四頁(弘文社、二〇〇五)等参照。

(8) アメリカの審査基準論を利益衡量の一種と見る、阪口正二郎「違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由」法律時報八〇巻一一号七〇頁(二〇〇八)参照。

ヘイト・スピーチ規制法の違憲審査の構造

- (9) このような目的・手段審査の整理について、浦部法穂『憲法学教室』〔全訂第二版〕八五頁以下（日本評論社、二〇〇六）から多くの示唆を得た。
- (10) 本稿ではあくまでヘイト・スピーチ問題に限定した議論を展開するが、ここから得られる結論は審査基準論一般への含意を持ちうる。
- (11) Ill. Crim. Code, Ill. Rev. Stat., Ch. 38, Div. 1, § 471 (1949) (repealed 1961). この法律の 224a 条は次のように規定していた。「いかなる人、会社も、この州におけるいかなる公共の場においても、特定の人種、肌の色の、あるいは特定の信条、宗教を奉じるある階級の市民が墮落している、罪を犯しやすい、不貞である、徳を欠いているということを示すように、リトグラフ、動画、演劇、スケッチを、製造、販売、販売目的で提供、広告、公刊、贈与、展示することにより、特定の人種、肌の色の、あるいは特定の信条、宗教を奉じる市民を、侮辱、あざけり、汚名にさらしたり、平穩侵害や暴動を生み出した場合には違法とされる。」
- (12) 343 U. S. 250 (1952).
- (13) *Collin v. Smith*, 447 F. Supp. 676, 693-98 (1978); *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197, 1204 (7th Cir., 1978).
- (14) *Smith v. Collin*, 436 U. S. 953 (1978).
- (15) 訴追の根拠となった規定は以下の通りである。「公的・私的財産の上に、燃える十字架やナチスのかぎ十字等の象徴、物体、名称を示すもの、特徴を示すもの、落書きを置く者は、それらが、人種、肌の色、信条、宗教、ジェンダーのゆえに、怒り、恐怖、憤慨を生じさせると知っている、あるいは知るべき合理的根拠がある場合、無秩序な行為を犯したものとされ、軽罪で罰せられ得る。」St. Paul, Minn., Legis. Code 292. 02 (1990).
- (16) 505 U. S. 377 (1992).
- (17) *See id.* at 387.
- (18) 508 U. S. 476 (1993).
- (19) *See id.*, at 484.
- (20) 538 U. S. 343 (2003).
- (21) 「いかなる者も、ある人やある集団を脅す (intimidate) ことを意図して、他者の不動産、公道、その他の公的場所におい

て、十字架を燃やしたり、あるいは燃やす原因となることを行なった場合、「違法な行為を犯したものとされる」。「そのような十字架を燃やす行為は、ある人やある集団を脅す (intimidate) 意図の、一応の証拠 (prima facie evidence) とされる」。
Va. Code Ann. § 18.2-423.

(22) 最高裁は、併合審理したうちの一方の事件の中での、下級審裁判官による州法の一部の解釈を違憲としたが、十字架焼却を規制する部分は合憲であるとした。

(23) See *Harris v. Forklift Sys.*, 510 U.S. 17 (1993). See also Richard H. Fallon, JR., *Sexual Harassment, Content Neutrality, and the First Amendment Dog That Didn't Bark*, 1994 SUP. CT. REV. 1.

(24) See *Aguilar v. Avis Rent A Car System, Inc.*, 21 Cal. 4th 121 (1999).

(25) See *Avis Rent A Car System, Inc. v. Oscar Aguilar*, 529 U.S. 1138 (2000).

(26) 先述したスローキー事件から、この点は明らかである。

(27) See *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003). ただし、修正一条の範囲外にもる喧嘩言葉の規制でも、特定の主題・見解を差別する場合には厳格審査に付するところとした *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) の前提からすると、生じる害悪が不明確であれば主題・見解規制とされ、違憲とされる可能性が高い。

(28) See *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

(29) See e.g., JAMES B. JACOBS AND KIMBERLY POTTER, *HATE CRIMES: CRIMINAL LAW & IDENTITY POLITICS* (1998); FREDERICK M. LAWRENCE, *PUNISHING HATE: BIAS CRIMES UNDER AMERICAN LAW* (1999). また、前嶋和弘「クイートクワイム [憎悪犯罪] 規正法とその問題点」*The Journal of American and Canadian Studies* (上智大学), 18, pp. 77-96 (2000) 参照。なお、二〇〇九年一月二八日に制定された新たな連邦法 (National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2010/Division E, Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crime Prevention Act) は、従来の連邦ヘイト・クライム法を拡張するものであり、アメリカにおおむね大きな議論を巻き起こしている。各州法の最新の状況としては、名誉毀損防止同盟 (Anti-Defamation League (ADL)) の *HA* http://www.adl.org/learn/hate_crimes_laws/map_frameset.html が詳しい。ほとんどの州が何らかの規制を設けていることが分かる。

(30) 公民権法第七編 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964, s. 2000e-2 (a) (1)) に基づく職場のハラスメントの規制について、ヘイト・スピーチ規制法の違憲審査の構造

以下参照。Kingsley R. Browne, *Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment*, 52 OHIO ST. L. J. 481 (1991); 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); Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Workplace Harassment*, 39 UCLA L. REV. 1791 (1992); *How Harassment Law Restricts Free Speech*, 47 RUTGERS L. REV. 563 (1995); *What Speech Does "Hostile Work Environment" Harassment Law Restrict?*, 85 GEO. L. J. 627 (1997); Marcy Strauss, *Sexist Speech in the Workplace*, 25 HARV. C. R.-C. 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 23; 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); 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).

大学キャンパスにおける規制について、TIMOTHY C. SHELL, *CAMPUS HATE SPEECH ON TRIAL* (2nd. ed., 2009); JON GOULD, *SPEAK NO EVIL: THE TRIUMPH OF HATE SPEECH REGULATION* (2005) 参照。

(31) 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』」参照。

(32) 拙稿「自己統治——その法理への架橋の隘路について——」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I——状況へ——』（尚学社、近刊）所収。

(33) 同上参照。

(34) 拙稿「アメリカ合衆国憲法修正第一条の射程——言論の自由法理の構造に関する比較法的考察——」佐賀大学経済論集四 一卷三号七五頁（二〇〇八）参照。

(35) Frederick Schauer, *Speech-ing of Sexual Harassment*, in *DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW* (Catharine Mackinnon & Reva Siegel eds., 2004). See also GREENAWALT, *supra* note 1, at 48-49, 90.

(36) See e.g., POST, *supra* note 1, at 303-23; SUNSTEIN, *supra* note 1, at 163; GREENAWALT, *supra* note 1, at 90.

- (37) See LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION? 56-81 (2005).
- (38) ヘイト・スピーチの文脈では、犠牲者が個人か集団か、特定人か不特定人かという区別も頻繁になされてきたが、これらの区別は一段階／二段階型の区別論とは次元が異なる。
- (39) See Frederick Schauer, *Can Rights Be Abused?*, 31 PHIL. Q. 225 (1981); *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415 (1993); Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Constitutional Tension Method*, 3 U. of CHI. ROUNDTABLE 223 (1996).
- (40) See Frederick Schauer, *Who Decides*, in DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA 208 (Judith Lichtenberg ed., 1990). See also ALEXANDER, *supra* note 37, at 187. これは、予測可能性の欠如等の「事件」ごとの衡量を批判する従来の広く見られた見解よりも、原理的に踏み込んだ範疇化擁護論である。シャウアーは範疇化について極めて精緻な分析を行っているが、とりわけ Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1982) 参照。また、シャウアー理論の全体像の紹介として、拙稿「フレデリック・シャウアー——合衆国憲法解釈におけるルールの意義——」駒村圭吾編『アメリカ憲法の群像』（尚学社、近刊）所収参照。
- (41) 「価値の低い言論 (low value speech)」という言葉が頻繁に用いられるが、ここでいう「価値が低い」ということの意味を整理する必要がある。まず、アメリカの多くの憲法学者は、言論価値が低いことのみを理由として規制することは、明らかに修正一条の目的とは無関係で、その範囲外にある言論を除いては許されないと考えている。第二に、ある言論が害悪を生んでいるがゆえに「価値が低い」ということもできるが、このような場合は実際には言論の害悪を問題にしているのではなく、「価値の低い言論」という独立の範疇を設ける意味が無い。事実、アメリカの論者はこのような用法をとっていない。第三に、ある言論が害悪を生んでおり、規制が求められているとき、その規制の可否を検討する、あるいは合憲性の立証強度を確定するために、その言論の価値が低いことを考慮に入れることもありうる。アメリカの連邦最高裁や憲法学者等が、「価値の低い言論」という概念で問題にしているのは、主としてこの第三の場面と思われる。See generally SUNSTEIN, *supra* note 1. 価値の低い言論に関する合衆国での議論の紹介としては、岡村みちる「表現の自由における『価値の低い言論』(一)～(二)」早稲田大学大学院法研論集八三号二七頁(一九九七)、八六号七三頁(一九九八)参照。
- (42) See e.g., SUNSTEIN, *id.*, at 197-207.

- (43) 阪口・前掲註(7)七一頁、拙稿・前掲註(34)参照。
- (44) *See generally* Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* (Michael Ignatieff, ed., 2005).
- (45) 特に形式的次元の合衆国言論の自由法理の特殊性の意義とわが国への含意について、拙稿・前掲註(34)参照。
- (46) L. W. SUMNER, *THE HATEFUL AND THE OBSCENE: STUDIES IN THE LIMITS OF FREE EXPRESSION* 18-50 (2004). (2)の意味での比例性を達成するためには、ルール帰結主義的 (rule-consequentialist) な費用便益計算が要求される。言論の自由におけるルール帰結主義については、Frederick Schauer, *The Second-Best First Amendment*, 31 *WM & MARY L. REV.* 1 (1989); *Expression and Its Consequences*, 57 *U. OF TORONTO L. J.* 705 (2007) (reviewing SUMNER, *id.*); ALEXANDER, *supra* note 37, at 187' 及び拙稿・前掲註(32)参照。
- (47) 拙稿・前掲註(1)「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(一・完)」一九〇～一九六頁参照。
- (48) *See* Browne, *supra* note 30.
- (49) 前掲註(23)とそれに対応する本文参照。
- (50) アメリカの内容規制／内容中立規制二分論、及びそれと密接に結びついた厳格審査をわが国に直接持ち込むべきでない、またその必要もないだろう。「厳格審査」、「やむにやまれぬ利益」はアメリカ連邦最高裁の裁判実践において文字通り「厳格」になっている面があり、日本の違憲審査にそのままあてはめることができないし、アメリカにおいても多くの内容規制が認められる「例外範疇」が設定されているからである。それゆえ、上述のように、害悪を範疇化し、それに比例する規制手段をどのように確保すべきかという点に立ち戻ってアメリカ法を考察し、日本の目的・手段審査の枠組みに適用できる部分を選別する必要がある。
- (51) もちろん、目的・手段審査は法令審査に用いられるものである。しかし、本稿の分析枠組みは適用違憲審査にも、民事不法行為の違法性判断にも応用しうる。適用違憲審査に関していえば、ある立法の目的として想定されている害悪範疇に含まれない害悪(軽微な害悪、種類の異なる害悪等)を生むにすぎない言論を、当該立法の規制対象とした場合に、違憲判断が下されるのだと説明できる。民事不法行為に関してもおそらく前提となる構造は同じである。特定類型の差別的言論をとりわけ違法性が高いものと評価し、それに対して高額な損害賠償を認めるという運用が確立しているような場合、ある言論が

その範疇に入らないにもかかわらず、それについて高額の損害賠償を認めることは憲法の言論の自由保障を損なうといえるだろう。あるいは、損害賠償額が比例性を欠いていれば、違法評価は恣意的だということになろう。

(52) 従来、ヘイト・スピーチ規制に関するアメリカや日本の論文では、当該言論が特定人に向けられているか、不特定人に向けられているかという区分が用いられることが多かった。この区分は規制の合憲性を論じる上で有用だが、アレクサンダーのいう一段階／二段階の区分も同時に用いる必要がある。極めて侮辱的なヘイト・スピーチを、標的となるマイノリティが耳にすることを知った上で、専ら侮辱する目的で不特定多数人に向けて発するという場合、その言論がとりわけマイノリティである聞き手に直接害悪（精神的衝撃、苦痛、恐怖感等）を生むという点では一段階型だが、聞き手は不特定のである。このようなときに、聞き手が不特定多数人であるからといって、常に規制を違憲とするのは容易でないことに留意すべきだと思われる。

(53) See ALEXANDER, *supra* note 37, at 190-93. 二段階型の害悪を狙った規制が言論の自由保障根拠を損なう危険が大きいことは、アメリカで広く支持されてきたシュトラウスとスキャンロンの理論からも、明らかだろう。See generally David Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 COLUM. L. REV. 334, 335 (1991); Thomas Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, 1 PHILosophy & PUBLIC AFFAIRS 213-15 参照。

(付記) 本稿執筆にあたって、「文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成二〇年度～二四年度）マイノリティと法——21世紀における『国家と社会』のパーспекティブ」の助成を得た。