

## 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

その他のタイトル	The Regulation of "hate speech" and the Freedom of expression : the Scope of "content neutrality principle"
著者	奈須 祐治
雑誌名	関西大学法学論集
巻	50
号	6
ページ	1435-1473
発行年	2001-02-28
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00023582">http://hdl.handle.net/10112/00023582</a>

# 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——

奈 須 祐 治

- 一 はじめに
- 二 連邦最高裁判決とヘイト・スピーチ——内容中立性原則とその拡張——
  - 1 内容中立性原則
  - 2 保護されない表現カテゴリー
    - ① 保護されない表現カテゴリーの確立
    - ② 保護されない表現カテゴリーの限定
  - 3 保護されない表現カテゴリーの中立性
    - ① R.A.V.判決法廷意見
    - ② R.A.V.判決以降
- 三 ヘイト・スピーチの規制における内容中立性原則の射程
  - 1 ヘイト・スピーチの広範な規制と内容中立性原則
  - 2 集団的名誉毀損とヘイト・スピーチ
  - 3 ファイティング・ワードとヘイト・スピーチ
    - ① 規制消極説
    - ② 規制積極説
    - ③ ファイティング・ワードと内容中立性——R.A.V.判決に対する批判——
- 四 むすび

ヘイト・スピーチ (hate speech) の規制と表現の自由

一 はじめに

わが国において、これまで長い間、差別的表現の法的規制の是非についての議論が活発に交わされてきた。<sup>(1)</sup> このような議論は、落書き、チラシ、投書などによるきわめて悪質な差別的表現を念頭に置いたものであり、<sup>(2)</sup> 日本社会に根深く残存する社会問題に対して何らかの解答を用意しようとする努力であると言える。ある集団に属するという事実のみで謂われなき差別を受け続ける人々の、人間として当然享受すべき尊厳を踏みにじる差別的表現は、根絶される必要性がきわめて高いと言える。一部の学説はそのような差別的表現が有害であることを認め、積極的に規制を主張してきた。<sup>(3)</sup>

一方、憲法二一条において保障される表現の自由は、とりわけ内容に基づく規制を敵視していると言える。<sup>(4)</sup> 内容に基づく規制に対して最も厳格な審査が及ぶという原則は、国家による思想の検閲を排除し、自由な市場によって表現内容が判定されるべきであるという表現の自由の基本原理に関わるものである。その内容が差別的であるがゆえに問題とされる差別的表現を規制するとすれば、内容に基づく規制は原則的に禁じられるという表現の自由の基本原則との抵触が正面から問題となる。しかも、差別的表現の規制は、国家が差別的な考えを良くないものとみなして規制するという点からすると、とりわけ危険視されてきた国家による特定の観点の積極的抑圧であるとも言える。<sup>(5)</sup>

アメリカでは差別的表現は従来、集団的名譽毀損 (group libel; group defamation)<sup>(6)</sup> の規制の問題として論じられてきた。規制を認める判例・学説が存在したことは確かであるが、アメリカでは表現の自由の価値が重視され、規制に消極的な姿勢が一般的であったと言える。<sup>(9)</sup> しかし、悪質な差別的表現の事件が八〇年代以降、大学キャンパス内に

において多発したことをきっかけとして、差別的表現は「ヘイト・スピーチ (hate speech)」と呼ばれるようになり、その規制の是非に関する論議が新たに湧き起こった。判例・学説上、伝統的に表現内容に基づく規制に対して一貫して厳しい態度を示してきたアメリカにおいては、わが国以上に差別的表現の規制の主張に対しては慎重であり、表現内容規制の例外となることについて、伝統的な判例法理と整合するような説明を強いられたと言える。

わが国においては、一般に規制に積極的な見解と消極的な見解が見られるが、全面的な違憲論はほとんど見られず、規制にきわめて消極的な見解ですら、限定的にはあるが規制の余地を認めている<sup>12</sup>。その意味で、わが国においては基本的に「条件付合憲説」が有力であると言える。問題は、いかなる規制がいかなる範囲で認められるのかということであるが、わが国の学説は規制が認められる例外について、一貫した理論を欠いていたように思われる。個人に向けられた差別的表現の規制のようなきわめて限られた規制でも、それが内容に基づく規制である以上、安易に例外として規制を許容するわけにはいかない。内容に基づく規制を認める以上、規制される表現が十分に規制に値するものであるということ、規制が保護される表現にまで及ばないということを明確にする必要がある。そこで、差別的表現が内容に基づく規制であることを確認した上で、許容される規制の限界の画定を試みるために、伝統的に表現の自由の内容規制に関する判例が蓄積されている上、差別的表現に関してきわめて盛んな議論がなされてきたアメリカに目を向けることが有用であるように思われる。

以下、二において、内容規制に関するアメリカの連邦最高裁判例を検討し、一般に内容規制に対して連邦最高裁が厳格な態度を保ってきたこと、その態度をヘイト・スピーチの規制の合憲性判断においても貫いたことを確認する。

三では、アメリカの学説を考察し、連邦最高裁判例が明らかにしてきた内容中立性原則を前提にしてもなお規制が許

容されるか否か、もし許容されるとすればどの程度まで許容されるのかを検討する。最後に四において、アメリカの議論を参考に、わが国における差別的表現の規制のあり方について若干の示唆を試みることにする。

## 二 連邦最高裁判決とヘイト・スピーチ

——内容中立性原則とその拡張——

### 1 内容中立性原則

連邦最高裁は一般に内容に基づく規制 (content-based restrictions) と内容中立規制 (content-neutral restrictions) を区別して、とりわけ前者を危険視してきた<sup>(13)</sup>。このことは、「とりわけ、修正一条の意味するところは、政府が表現を、そのメッセージ (message)、思想 (idea)、主題 (subject matter)、すなわちその内容 (content) のゆえに規制する権限を持たないということである<sup>(14)</sup>」という言葉がよく示すところである。

連邦最高裁は特定見解を標的にした規制には特に厳格な態度を示してきた。一定部数以上の出版を行う者の広告に対して特別の免許税を課す法令が問題とされた事例<sup>(15)</sup>において、連邦最高裁はその課税が実際には「ある特定の新聞の出版社を罰し、その新聞の配布を抑制する明白な意図をもって」なされて<sup>(16)</sup>いたことを問題にし、法令を違憲と判断した。Kingsley Pictures Corp. v. Regents<sup>(17)</sup>では、性的に不道德な行為を望ましいものとして描写する映画に対して免許の付与を拒否する州法の下で、姦通することを正しい行為であるかのように描写する映画に対して免許の付与が拒否されたことが争われた。連邦最高裁は、姦通を一定の状況のもとでは正しい行為であるというひとつの考えを積極的に語っているがゆえに州がその映画の上映を妨げたものとして、「修正一条は基本的に思想を主張する (advocate)

自由を保障している。それゆえ州は端的に、憲法上保障された自由のまさに核心と言えるものに抵触している<sup>(18)</sup>とした。

連邦最高裁は表現が生み出す効果を理由にした規制にも一般に厳格な姿勢を保ってきた。裁判所の廊下で「徴兵なんかくそくらえ (fuck the draft)」という言葉の入ったジャケットを着て歩いて州法に違反するものとして起訴された事例である *Cohen v. California* <sup>(19)</sup> において、法廷意見は、「政府が憲法と調和するようなやり方で、ただ他者を聞くことから保護するためだけに対話を閉ざすことができるかどうかは、実質的なプライバシーの利益が本質的に甘受できないほど侵害されているという証明がなされているかどうか<sup>(20)</sup>に依存する」とし、単に聞き手にとって不快 (offensive) であるというのみでは表現を規制する理由にはならないとした。また、大統領の政策等に反対する政治的デモにおいて、市庁舎の前で国旗を焼却したことを罰することの合憲性が争われた *Texas v. Johnson* <sup>(21)</sup> において、連邦最高裁は、「修正一条の下にひとつの根本原理が存在するとすれば、それは社会が思想それ自体を不快であるとか賛同できないと感じるだけで、政府がその思想の表明を禁じてはいけない<sup>(22)</sup>ということである」と述べた。著名な宗教家が、ある雑誌が侮辱的なパロディーを掲載したことによって重大な精神的苦痛を受けたとして、損害賠償を求めた事例である *Hustler Magazine v. Falwell* <sup>(23)</sup> においては、ある表現が非道な (outrageous) ものであるかどうかは、政治的・社会的討議の場においては主観的にしか判断しえず、そのような判断によって損害賠償を認めることは、表現が聴衆に対して感情的な衝撃を与えるというだけで損害賠償が与えられるべきではないという、長きに渡って認められてきた原則に反するとされた<sup>(24)</sup>。

また、あるトピックの表現を包括的に規制するにすぎない場合にも、連邦最高裁は多くの事例で厳格な態度を示し

てきた。学校から一五〇フィート以内でピケを行うことを禁じながら、労働紛争に関わる平和的ピケのみを規制から除外する条例が争われた事案で、<sup>(25)</sup> 法廷意見は、政府が表現内容に基づいて差別することの危険性を強調し、<sup>(26)</sup> 労働紛争に関わる平和的ピケのみを許容し、その他の平和的ピケを許容しないことは、明らかに平等条項に違反する<sup>(27)</sup>としてその条例を違憲とした。電力会社の料金請求書に、論争的な公共政策に関する論点を論じる同封物を挿入することを禁じる命令が争われた事例<sup>(28)</sup>でも、連邦最高裁は違憲の判断を下した。ある主題について、賛成する見解も反対する見解もまとめて規制するがゆえ、特定見解の規制とまでは言えず、表現の自由を侵害しないと主張に対し、連邦最高裁は、「修正一条の内容に基づく規制に対する敵意は、特定見解の規制ばかりでなく、あるトピック全体を公的に論じることの禁止にまで及ぶ<sup>(29)</sup>」と述べた。<sup>(30)</sup>

連邦最高裁はこのように、概して表現内容規制に対して厳格な姿勢を示してきたと言える。学説はそのような連邦最高裁の姿勢を支える根拠として、<sup>(31)</sup> 政府による不当な動機からする規制によって自己実現・自己統治等の修正一条の基本的価値が侵される<sup>(32)</sup>、政府が表現の生み出す効果を理由に規制をするとき、諸個人が違法な行動をしないように規制をしたり、他人を不快にしたり敵対的・破壊的な反応を起させたりしないように規制<sup>(33)</sup>をしたりしてしまふ、政府が特定見解の伝達を妨げる<sup>(34)</sup>ことによって公共討論を歪曲する効果がある、等といった点を挙げている。

## 2 保護されない表現カテゴリー

### ① 保護されない表現カテゴリーの確立

一方で連邦最高裁は、内容に基づく規制が許容される、修正一条によって保護されない表現カテゴリーがあること

を認めてきた。ヘイト・スピーチの規制を支持する多くの学説は、規制が内容に基づくものであることを認めつつ、ヘイト・スピーチは修正一条によって保護されない表現カテゴリーに属するものであるとして規制を主張する。これらの学説の多くは、特にファイティング・ワード、集団的名誉毀損の概念を用いて規制を主張してきた。しかし、連邦最高裁は一般にそれらの範囲を徐々に縮小し、内容中立性原則の及ぶ範囲を広げてきた。

エホバの証人の信者が、公共の歩道で不快かつ侮辱的な言葉を発して有罪とされた *Chaplinsky v. State of New Hampshire* <sup>(35)</sup> において、マーフィー判事は次のように述べて、修正一条の保護が及ばない表現カテゴリーを初めて明らかにした。「もし妨げたり罰したりしても憲法問題を生じさせるとは考えられない、十分に定義され、狭く限られた部類の言論がある。そこには、みだらで猥褻な言葉、不敬な言葉、名誉を毀損するような言葉、侮辱的な言葉、『ファイティング』・ワード (‘fighting’ words) (まさにその発言によって、害悪 (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つような言葉) が含まれる。かような言葉を発することは思想の表明に必要なものでなく、真理への到達の段階としての社会的価値をわずかにしか持たないので、そこから得られる利益は明らかに秩序及び道徳への社会的利益より軽視されるということは十分に認められてきた。侮辱的語句や人身攻撃に訴えることは、本来憲法によって守られる情報や意見の伝達とは言えず、刑事制裁に値する行為として罰しても何らの問題も生じない」<sup>(36)</sup>。

彼の考え方によれば、これらの保護されない表現カテゴリーに属する表現の規制は明らかに内容に基づく規制であるが、原則として内容規制において用いられる厳格な審査基準は適用されないことになる。ファイティング・ワードや名誉毀損等はそのような保護されない表現カテゴリーに属するものと位置づけられたのであった。<sup>(37)</sup>

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」ことを請願した上、白人が黒人によって「雑種化」させられる危険があるなどと主張し、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刑事法典に違反するものとして有罪とされた *Beauharnais v. Illinois* <sup>(39)</sup> において、フランクファータ判事法廷意見は *Chaplinsky* 判決を引用し、「みだらで猥褻な言葉、不敬な言葉、名誉を毀損するような言葉、侮辱的な言葉、『ファイティング』・ワード」<sup>(40)</sup> はそれを禁止、処罰しても何ら憲法問題を引き起こすものではないとし、「名誉毀損の発言は、憲法上保護された言論の範囲に属さない」<sup>(41)</sup> とした。そして名誉毀損がそもそも修正一条の保護の範囲外にあるとされたため、明白かつ現在の危険の原則はその適用を考慮するまでもないとされ、<sup>(42)</sup> きわめて容易に差別的な表現の規制が認められた。

このように、*Beauharnais* 判決は名誉毀損を保護されない表現カテゴリーに属するものとする *Chaplinsky* 判決のアプローチを率直に受け止め、規制の合憲性を容易に認めたが、連邦最高裁はその後、修正一条によって保護されない表現カテゴリーに属するとされたファイティング・ワードや名誉毀損の範囲を徐々に限定していくことになる。

## ② 保護されない表現カテゴリーの限定

先に挙げた *Cohen* 判決で、連邦最高裁は以下のように述べて、ファイティング・ワードは特定の個人に対して直接向けられたものでなくてはならず、不特定多数に向けられた言動をそれにあたるものとすることはできないとした。「コーエンによって示された徴兵に関する四文字語は個人を挑発させるようにして使われることがまれであるとは言えないが、この場合には明らかに聞き手に直接向けられたものではなかった。実際に目の前にいた人も、いた可能性のあった人も上訴人のジャケットを直接的な個人に対する侮辱とみなしたということは合理的にみてありえない」<sup>(43)</sup>。

また連邦最高裁は *Gooding v. Wilson* <sup>(44)</sup> 以降一貫して、単に侮辱的であるにすぎない表現を規制する法に基づく処罰を否定していった。Gooding 判決は「何人も他者に向かって、その人の面前で、扇動を行うことなく、侮辱的な (opprobrious)」、あるいは口汚い (abusive) 言葉を用い、そのことによって平穩の侵害が生じる傾向がある場合、軽罪で罰するものとする」と規定するジョージア州法典二六—六三〇三が曖昧かつ広範であるとして争われたものであった。連邦最高裁は「侮辱的」「口汚い」の辞書の定義によれば、それはファイティング・ワードの定義をはるかに越えるとした。連邦最高裁は *Chaplinsky* 判決を明示的に覆すことはなく、法令が狭く限定されていれば *Chaplinsky* 判決の基準の下で有罪を支持しうるとしながら、<sup>(45)</sup> 一方で、州の判決が法令を、言葉を直接投げかけられた人が暴力的行為を引き起こす直接の傾向があるような言葉に限定していなかったとして、<sup>(46)</sup> 州裁判所による法令解釈は憲法上問題があるとした。<sup>(47)</sup> 連邦最高裁はあたかも「切迫した平穩の侵害を引き起こす傾向」がある場合にのみ、ファイティング・ワードとして規制が可能であったとしたかのようであった。仮にそのように考えるならば、ファイティング・ワードとされる表現の範囲は相当に限定されることになったと言える。<sup>(48)</sup>

トライブは、このような判例の流れにおいて、ファイティング・ワードにあたるかどうかの判断がコミュニケーションの内容よりも、発せられる際のコンテキストに重点を置いてなされるようになったとし、ファイティング・ワードは状況によって規制すべきか否かを当局が判断する「敵対的聴衆 (hostile audience)」の問題と同化されることになったとしている。<sup>(49)</sup>

一方で、*Chaplinsky* 判決において修正一条によって保護されない表現カテゴリーのひとつとされた名誉毀損についても連邦最高裁は *Beauharnais* 判決以来その範囲を著しく限定していくことになる。

*New York Times Co. v. Sullivan* <sup>(87)</sup> において、連邦最高裁は公職者による名誉毀損の訴えは、当該言明が虚偽であることを知っていたか、または虚偽であるかどうかに全く不注意であったこと、すなわちそれが現実の悪意 (actual malice) をもってなされたことの証明を要するとした。その後、連邦最高裁は *Curtis Publishing Co. v. Butts* <sup>(88)</sup> と *Associated Press v. Walker* <sup>(89)</sup> において、公的人物の場合にも *New York Times* 判決の法理が適用されるとして、名誉毀損の成立範囲をさらに限定した。また、*Gertz v. Robert Welch, Inc.* <sup>(90)</sup> で、連邦最高裁は、私人が名誉毀損の訴えを起こす場合、州は被告に何らかの過失がある限り自由に責任基準を設定できるが、虚偽であったことの証明を要し、さらに被告に「現実の悪意」があったことを証明できなければ現実の損害以外の賠償を求めることはできないとした。これによって私人に対する名誉毀損の成立範囲も限定された。

このように名誉毀損の成立範囲が限定されていった後、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、*Beauharnais* 判決の集団的名誉毀損の法理が正面から問題とされることになった。スコークー村がデモを封じるために制定した三つの条例のうちの一つは、「スコークー村における、意図的に人種、国家的由来、宗教を理由に人に対して意図的に嫌悪を促進したり、扇動したりする物の流布」を禁じていた。第七巡回区裁判所は、「*Cohen v. California*」*Gooding v. Wilson*」*Brandenburg v. Ohio* のような事例が出された今となつては *Beauharnais* 判決によって暗黙に認められた『暴力を誘発する傾向』が今日の憲法の審査を通過するかどうかは疑問であるかもしれない」としてその条例を無効とした。<sup>(94)</sup> ブラックマン判事が、控訴審の判決は「二五年前の *Beauharnais* 判決における連邦最高裁の判決と一定の緊張関係にある」とし、

「*Beauharnais* 判決は決して覆されていないし、何らかの点で正式に限定されたこともない」としたにもかかわらず、連邦最高裁はスコークキー村が求めた控訴審判決の手續停止を拒否した<sup>(55)</sup>。さらに連邦最高裁は、スコークキー村の条例を無効にする第七巡回裁判所の判決を審査することを拒んだ。ブラックマン判事は再び反対意見を出して、「第七巡回裁判所の判決と *Beauharnais* 判決との間に存在するかもしれない衝突に決着をつけるために」サーシオレイライを認めるようにせき立て、反対意見を出したが、連邦最高裁はスコークキー村の条例に対する第七巡回裁判所の判決と *Beauharnais* 判決との間にある矛盾について判断を示さなかった<sup>(56)</sup>。

このような判例の流れの中で、*Beauharnais* 判決の集団的名譽毀損の法理が今日なお有効性を保っているかどうかはさておくとしても、少なくともその法理は相当限定的に解釈されるようになったと言えるだろう。

以上のように修正一条によって保護されない表現カテゴリーに属するとされたファイティング・ワードと名譽毀損は相当限定されてきた。こうしたプロセスの中で、内容中立性原則という一般原則が例外領域にまで拡張されたと言うことができる。連邦最高裁は現在でも一般に、保護される表現と保護されない表現を二分する「二層理論 (two level theory)」をとってきたと言えるが、初期に用いていた比較的厳格な二層理論から徐々に離れて、より柔軟なアプローチをとるようになってきているという指摘がなされている<sup>(57)</sup>。保護されない表現カテゴリーに属するとされたファイティング・ワードや名譽毀損の範囲を限定しようとする連邦最高裁の姿勢はまさにその一例と言える。

3 保護されない表現カテゴリーの中立性

① R. A. V. 判決法廷意見

連邦最高裁は差別的な表現の規制についての自らの立場を、*R. A. V. v. City of St. Paul, Minnesota* <sup>(58)</sup> において明らかにすることになった。この事件は、未成年者数名が、夜明け前に黒人家族の住む家の庭で、壊れた椅子の足で作った十字架を燃やしたとして、「人種、肌の色、信条、宗教、ジェンダーに基づいて、怒り、驚き、恨みを生じさせる」と知っている、あるいは知るべき合理的根拠があるにもかかわらず、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、グラフィティーを置く者は、すべて無秩序な行為を犯したものとされ、その行為につき、有罪とされる<sup>(59)</sup>と規定するセントポール市の条例に基づき起訴されたものであった。この条例が文面上無効であるとの主張に対して、州最高裁は、これまでの州裁判所の判決が条例の適用範囲をファイティング・ワードに限定しているので、過度に広範であるとは言えないとしたが、連邦最高裁は本条例を修正一条に反し文面上違憲無効として、原判決を破棄して差し戻した<sup>(60)</sup>。

スカーリア法廷意見はまず、本件条例は州最高裁においてファイティング・ワードに限定して適用されてきたという解釈を受け入れた。そしてスカーリア判事は保護されない表現カテゴリーが限定されてきたとしつつ、猥褻、名譽毀損、ファイティング・ワード等の表現は伝統的に修正一条の保障の範囲外とされてきたことを認め、「限定されたカテゴリーカル・アプローチはいまだ修正一条の重要な一部である<sup>(61)</sup>」と述べた。一方でスカーリア判事は、ファイティング・ワード、猥褻等の表現カテゴリーが憲法上保護される表現の領域内でない、あるいは修正一条の保護がそれらの表現カテゴリーにまで拡張しないといった言葉は「コンテキストの中で理解されねばならず、文字通り真実ではな

「い<sup>(62)</sup>」とし、「そのような言葉が意味することは、これらの領域の表現は修正一条と一貫して、憲法上禁止できる内容(猥褻、名誉毀損等)を理由に規制することができるということであり、はっきりと禁止できる内容とは無関係な内容差別の手段となるほど、憲法に全く目に付かない (invisible) 表現のカテゴリであるということではない<sup>(63)</sup>」とした。すなわちスカーリア判事はカテゴリカル・アプローチを維持しつつ、保護されないカテゴリーに属する表現の規制にも司法審査が及ぶことがあるとする。

そして彼は本件「条例が人種、肌の色、信条、宗教、ジェンダーに基づいて侮辱したり、暴力を引き起こしたりするファイティング・ワードのみに適用され<sup>(64)</sup>」、「いかに悪質な、あるいは深刻なものであろうとも、ひどい侮辱的言辞を含むディスプレイは、もし特定の好まれない話題のひとつについて話さなければ許容できることになる<sup>(65)</sup>」ことを問題にする。そして「修正一条は好まれない話題に関して見解を表明する話者にセントポール市が特別な規制を課すことを認めない<sup>(66)</sup>」とし、本件条例の内容差別的な性格を問題にする。

さらにスカーリアは次のように述べて、本件条例が特定見解を差別するように機能していることを指摘した。「実際の運用において当該条例は単なる内容についての差別を越え、実際的な見解についての差別へと進んでいる。たとえば、憎悪的な人種に関する差別語のような言葉を含むディスプレイはあらゆる見解の支持者にも禁じられるであろう。しかし、それ自体人種、肌の色、宗教的信条、あるいはある人の母親についての中傷のようなジェンダーなどを持ち出すものではないファイティング・ワードは、人種や肌の色などの寛容性、平等性を主張する人々のプラカードの中で使用できる宣伝文句であるように思われるであろう。しかしそれらをその話者の対立者が用いることはできない。……セント・ポール市は論争をなす一方の側に自由な闘争の仕方を許し、他方にはMarquis of Queen Rulesに従

うように要求する権限はない」<sup>(67)</sup>。

連邦最高裁の伝統的な立場からすれば、本件条例は人種等に関わる主題のみを選んで規制しているものであるがゆえ、そのみを理由に厳格に審査されてもおかしくはなかった。さらにもしスカールアが言うように、規制する側が特定の主題に対する不同意からそれを規制対象に選んだのであれば、特定の見解を抑圧するものとみなして即座に違憲とすることもできたかもしれない。しかし、法廷意見は本件条例が州最高裁によってファイティング・ワードに限定して適用されてきたと解釈されてきたことを受け入れた上で、保護されない表現カテゴリーの中にある表現でも内容に基づいて差別することは許されないと<sup>(68)</sup>して、これまでになかった新しい論理を持ち出したのであった。

② R. A. V. 判決以降

R. A. V. 判決以後、キャンパスにおけるヘイト・スピーチの規制を扱ういくつかの下級審判決において、R. A. V. 判決において問題とされたような内容差別的規制の合憲性が争われた。Iota XI Chapter of Sigma Chi Fraternity v. George Mason University<sup>(69)</sup>において、第四巡回区裁判所は人種差別的・性差別的な意味を含んだ「醜女コンテスト」を開催した学生団体に対して、大学が課した罰を無効なものとした。裁判所は、大学が学生と地域社会に伝えようとしている見解と反していたがゆえに、当該学生団体の表現が規制の対象に選び出されたのであるとした。<sup>(70)</sup>そして裁判所は、大学が内容と見解に基づいて表現を沈黙させないような代替的手段を持っているということを強調した。<sup>(71)</sup>

さらに大学のバスケットボール・クラブのコーチが練習中に「ニガー」という言葉を用いていたために職務契約が更新されなかったために争いが起こった *Dambrot v. Central Michigan University*<sup>(72)</sup> では、連邦地方裁判所は大学のスピーチ・コードが広範であるとして違憲とした。裁判所は、学則がその適用をファイティング・ワードに限定してい

ると解釈しても、学則が人種や民族といった話題について語られる言葉に禁止の対象を限定しているがゆえに合憲とはしえないとした。<sup>(73)</sup> さらに第六巡回区裁判所は、学則は個人のアイデンティティーと特性に依存して、ある人々を罰し、その他のある人々を処罰から免れさせるがゆえに、見解に基づく差別であるとして、地方裁判所の判断を支持した。<sup>(74)</sup>

またある学生が、差別的ハラスメントを規制する学則が保護された表現を広範に禁じ、表現の自由に萎縮効果をもたらしていると主張した *Corry v. Leland Stanford Junior University*<sup>(75)</sup> でも、学則が違憲とされた。まず裁判所は、ファイティング・ワードが平穩の侵害を引き起こす傾向を持つ言葉に限定されることを前提に、「大学は単にそれを聞く人の感情を害するにすぎない表現を禁じることはできない」とし、さらに学則が人種や性別などの一定の列挙されたカテゴリーに基づいてファイティング・ワードを禁じているので、*R.A.V.* 判決の観点から見れば禁じられるべき内容差別であるとした。<sup>(77)</sup>

下級審は、以上のようにヘイト・スピーチを規制する学則に対してきわめて厳しい態度を示した。いずれの判決も、保護されない表現カテゴリーの内容差別にさえも厳格な審査を及ぼすという *R.A.V.* 判決の論理をストレートに支持したと言える。

これに対して、*R.A.V.* 判決の翌年に下された *Wisconsin v. Mitchell*<sup>(78)</sup>、*R.A.V.* 判決の論理をある程度限定的に理解したと言える。この事件は黒人の若者数名が、意図的に白人をねらって、路上において白人の少年に暴行を加え、加重暴行傷害 (aggravated battery) で有罪とされたというものであった。その罪の上限は通常二年であったが、罪を犯す相手を、人種、宗教、肌の色、障害、性的性向、国家的由来、家系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§九三九—六四五により、罪の上限は七年になり、被告人に対して四年の刑が言い渡された。この規定は、被告人の差別的な動機を根拠にして刑罰を加重するものであり、特定の見解を特に重く罰しているという意味で、見解差別を禁じるという *R.A.V.* 判決の趣旨を嚴格に解すれば、違憲とされてもおかしくはないものであった。しかし法廷意見は、問題とされた規定を全員一致で合憲とした。法廷意見はまず、差別的な動機を量刑の際に考慮することは従来一定限度で許されてきたとした。<sup>(79)</sup> *R.A.V.* 判決は明らかに「表現」に向けられた規制が問題となったが、本件は「行為」に向けられたものであるとし、<sup>(80)</sup> *R.A.V.* 判決の論理を本件に及ぼすことを否定した。

この判決はあくまで行為に向けられた法令の規定に限って人種的偏見に基づく犯罪を認めたものと言えるが、この論理をヘイト・スピーチを規制する法令にも拡張することが可能な場合があるだろうか。この点、*Michell* 判決の二年後に下されたある下級審判決が興味深い判断を示している。

ある男女数名が、主に同性愛者が居住する地域において、数名の同性愛者に向かって、同性愛者を罵倒するような差別語を大声で発した上、その同性愛者のひとりがあるトラックを打ち壊そうとしたところ、それを止めに入った数名の同性愛者に対して差別的な意味のこもった脅迫的な言葉を発し、暴力まで振るったという事件である *In re M.S.*<sup>(81)</sup> で、被告はカリフォルニア州ヘイト・クライム法四二一・六(a)の規定の合憲性を争った。<sup>(82)</sup> 州最高裁は、まず脅迫が修正一条の保護の範囲外であるとして、次に *R.A.V.* 判決で問題にされた見解に基づく差別にあたるか否かを検討した。州最高裁は、*R.A.V.* 判決におけるセントポール市の条例は表現内容の直接的な規制であったとした。<sup>(83)</sup> 一方、問題となっている法律は、威力や脅迫によって、傷つけたり、中傷したり、干渉したり、抑圧したり、脅かした

りすることを禁じているのであり、表現と行為の連続線上の、行為に近いところに位置するものであるとした。<sup>(84)</sup> 州最高裁はさらに、人種、宗教等の望ましくない話題について語りかける脅迫のみを罰し、その他の脅迫は罰しないであることは許容できないとする主張に対し、当該法律の規定は脅迫という特定の禁止できる表現のカテゴリーを選び出した後で、人種、宗教等に対する偏見に動機付けられている場合に刑罰を加えているだけであるとした。<sup>(85)</sup>

この判決は、脅迫を「行為」に近いものと位置づけた上で、人種、宗教等に基づく偏見に動機付けられている場合に刑を課しているがゆえに法令を合憲としているものであり、*Mitchell* 判決の論理を表現規制の場合に応用することによって *R.A.V.* 判決の論理の射程を限定する試みと捉えうる。<sup>(86)</sup>

### 三 ヘイト・スピーチ規制における内容中立性原則の射程

以上で論じた内容規制に対する一般原則とその拡張の中で、学説はヘイト・スピーチの規制についてどのように考えてきたのであろうか。規制肯定説は、ヘイト・スピーチの特殊な害悪ゆえ、判例において確立された内容中立性原則に抗してストレートに内容規制を肯定する見解と、ヘイト・スピーチを修正一条の保護の範囲外とされてきたカテゴリーの表現と同一視して規制を肯定する、より限定的な見解に区分される。さらに後者は、おおよそ、集団的名誉毀損の概念を用いる見解と、ファイティング・ワードの概念を用いる見解に二分される。

#### 1 ヘイト・スピーチの広範な規制と内容中立性原則

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

ひとつにしようとする。たとえばマツダは、人種差別思想 (racism) 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、しかもきわめて有害な影響をもたらすがゆえに、「異質な (sui generis)」カテゴリーとして扱われるべきであるとする<sup>(87)</sup>。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<sup>(88)</sup>。

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、前述したように、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。ウェインシュ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、最高裁によって厳格審査を待つまでもなく即 (per se) 違憲とされても十分おかしくないとする<sup>(89)</sup>。また、人種差別思想が悪であるという認識は決して普遍的に共有されているとまでは言えないとする批判<sup>(90)</sup>、そのような見解差別的規制は、パブリック・ディスコース (public discourse) 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<sup>(91)</sup>などが見られる。

ヘイト・スピーチを、それがもたらす悪しき影響を理由に規制しようとする見解も見られる。たとえば、ヘイト・スピーチは犠牲者に対して重大な精神的衝撃を与えるがゆえに規制すべきものとされる<sup>(92)</sup>。そのような精神的衝撃は、精神的・肉体的な病にまで至ることがあり、さらには個人のアイデンティティーの喪失をも導くことがあるとされる<sup>(93)</sup>。また、ヘイト・スピーチは公的討論への参加を妨げることによって犠牲者を沈黙させることになるがゆえに規制されるべきとする主張<sup>(94)</sup>も、ヘイト・スピーチがもたらす悪しき影響を理由に規制を図るものと言えよう。

連邦最高裁は、表現の聞き手に対する効果を理由とする規制についても、多くの場面で表現の自由に保護的な判断

を下してきたが、以上のような根拠による規制の主張に対しては学説によっても多くの批判がなされている。それが与える精神的衝撃を理由にヘイト・スピーチを規制すべきとする主張に対して、レディッシュは、ある表現によって引き起こされる感情的害悪は民主主義プロセスの必然的な代価であるとしている<sup>(95)</sup>。ヘイト・スピーチが聞き手を沈黙させるという主張に対しては、そのような議論は実証的な論拠を欠くとする批判がなされている<sup>(96)</sup>。また、どちらの主張も特定の個人に直接向けられている場合とそうでない場合とを混同しているのではないかという疑問が提起されている<sup>(97)</sup>。

結局、ヘイト・スピーチの無限定的な規制は、連邦最高裁が繰り返し表明してきた内容中立性の原則とうまく調和しえないと言える<sup>(98)</sup>。多くの学説はそのような広範な規制に反対する一方で、ヘイト・スピーチが伝統的に修正一条の保護の範囲外とされてきたカテゴリーに含まれることを主張している。

## 2 集団的名誉毀損とヘイト・スピーチ

しかし、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<sup>(99)</sup>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<sup>(100)</sup>という指摘や、*Sullivan* 判決は「名誉毀損的な言明が単にひとつの集合体としての政府ではなく、公務員個人に向けられていることを、名誉毀損の訴えを起こす公務員が

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譽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<sup>(四)</sup>とする指摘が見られる<sup>(四)</sup>。

ウェインシュタインは、集団の名譽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るし、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原因にもなるとして、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譽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<sup>(四)</sup>。また彼は、*R.A.V.* 判決の論理からは、人種等の集団に限った名譽毀損の規制は内容差別的なものであるとして違憲になるとか、集団の名譽を毀損する表現は、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とか、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などという指摘をしている<sup>(四)</sup>。

### 3 ファイティング・ワードとヘイト・スピーチ

#### ① 規制消極説

学説の中には、*Chaplinsky* 判決において認められたファイティング・ワードの概念を援用して規制を主張する見解が見られる。こうした見解に反対する論者は、*Chaplinsky* 判決において、「まさにその発言によって、害悪 (*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つような言葉」と定義されたファイティング・ワードは、*Gooding* 判決以降、「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、「害悪を

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。多くの論者がこのような見解をとっている。<sup>(105)</sup>

とりわけストロッセンの説明が詳細である。彼女はそもそも *Chaplinsky* 判決において「害悪を与える」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」を禁ずることによって公共の平穏を保護する州の利益から、問題となっている州法を正当化したのであるとする。<sup>(106)</sup> として *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、「害悪を与える」という傍論を破棄したのであるとする。<sup>(107)</sup>

さらに彼女は「平穏の侵害を引き起こす傾向を持つ」という後半部の定義から規制を正当化することもできないとする。<sup>(108)</sup> 第一に、たとえ面前で罵倒したとしても法を遵守する一般人が暴力に走るといふことは信じがたいことであるし、ファイティング・ワードの概念を認めたとしても不法な行為を思いとどまらせることはありえないとする。<sup>(109)</sup> 第二に、人種差別的な表現の真の害悪は、暴力を生み出すことではなくそこで表明される思想と犠牲者が被る精神的な傷であり、ファイティング・ワードの概念を暴力が生じる危険を理由に認めることは適当でないとする。<sup>(110)</sup>

## ② 規制積極説

これに対して、ローレンスはヘイト・スピーチとファイティング・ワードを機能的に等価のものと考え、ファイティング・ワードの概念を用いて規制を正当化しようとする。<sup>(111)</sup> 彼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<sup>(112)</sup>し、その理由として、第一に人種差別的侮辱の有害な影響の即時性を挙げ、「ニガー、スピック、ジャップ、カイクなどと呼ばれる経験は顔面に平手打ちを受けるようなものである<sup>(113)</sup>」とする。

第二に、修正一条の目的は表現の総量を増大させることであるが、悪質な人種差別的表現は先制攻撃として機能し、対話を導かないという理由を挙げる<sup>(11)</sup>。

彼によれば、ファイティング・ワードは通常、暴力を引き起こすものであり、人種差別的な侮辱は沈黙や逃走を導くものであるという点で異なるが、先制攻撃として機能し、返答を許さないという点では両者は同じであると<sup>(12)</sup>する。

また、*Gooding* 判決以降、ファイティング・ワードの範囲はきわめて限定されたが、一九六〇年代までに反戦運動や公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ということが指摘されている<sup>(13)</sup>。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、そもそも高い価値が与えられてこなかったという指摘もなされている<sup>(14)</sup>。

多くの学説は、ファイティング・ワードのような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、一方で、より広範な規制には反対するという折衷的見解をとる<sup>(15)</sup>。さらに、ヘイト・スピーチの犠牲者に対して民事救済を主張する論者もそのような二分論を主張している<sup>(16)</sup>。このような学説は、保護されない表現カテゴリーに属するとされてきたファイティング・ワードをいわば再定義するものであり、規制に値するだけの害悪を明らかにし、個人に向けて面前で発せられたか否かという明確な基準によって規制範囲をカテゴリカルに画定しようとする試みであると評価することができる。

③ ファイティング・ワードと内容中立性——*R.A.V.* 判決に対する批判——

*R.A.V.* 判決は、修正一条によって保護されない表現カテゴリーに属するファイティング・ワードの規制において

も内容中立性を厳しく要求したが、そのような判決の論理に対しては批判が見られる。そもそも R. A. V. 判決において問題とされた条例は、広く人種、肌の色、信条、宗教、ジェンダーに基づく差別的表現を規制するものであった。条例の違憲性を説明するために、法廷意見が繰り返し宗教・ジェンダーの例を引いたのに対し、ホワイト、ブラックマン判事の結果同意意見は R. A. V. 判決を人種に関する事例と考えていたことが指摘されている。<sup>(120)</sup>

法廷意見は、セント・ポール市の条例が実際の機能において見解差別に至っていることを説明するために、「すべての『反カトリックの偏屈者』は卑しむべきものであると書かれた看板を掲げることとはできるが、すべての『カトリック教徒 (papists)』は卑しむべきものであると書かれた看板を掲げることとはできない」として宗教に関する例を挙げている。それに対してホワイト判事は、ファイティング・ワードによって伝えられるメッセージは「長い間差別の標的になってきた集団に向けられたとき最も醜悪になる」としているし、ブラックマン判事も、「私は、セント・ポール市に住む人々が自らの地域をきわめて偏見に満ちたものとする、人種に基づく、ファイティング・ワードを特に罰することを妨げるときに、そこに大きな害悪を見出す」(傍点筆者)<sup>(121)</sup>としている。

この点アマーは、人種に関するヘイト・スピーチの禁止が奴隷制を廃止する修正一三条に根拠付けられていたならば、宗教・ジェンダー等に関するヘイト・スピーチとは異なった特別なものとして扱われる可能性があったことを示唆している。<sup>(122)</sup> また彼は、とりわけ宗教に基づくヘイト・スピーチと人種に基づくヘイト・スピーチは明確に区別されるべきものとしている。<sup>(123)</sup> また、マツダは特に人種に基づくヘイト・スピーチとジェンダーに基づくヘイト・スピーチとの区別を明らかにしている。彼女は、ヘイト・スピーチの規制を論じる前提において、ジェンダーに基づくヘイト・スピーチが同様に深刻な問題を提起するとしながらも、その従属構造の複雑かつ暴力的性質、性が抑圧の場とし

て異なったかたちで機能することを理由に、考察の対象を人種差別的・反ユダヤ的表現に限定している。<sup>(106)</sup>

ホワイト、ブラックマン判事の結果同意見が、条例が差別の対象となるグループについてやや無限定的に規定していたと考えていたのであれば、それを過度に広範なものと考えたのは自然なことであったと言える。

また、セント・ポール市の条例は規制の対象となる害悪の程度の点でもやや広範であったと指摘されている。ホワイト判事は、州最高裁が「まさにその発言によって」「怒り、驚き、恨み」を生じさせる表現を禁じても憲法上問題がないと考えたことを疑問とし、そのような反応は表現から憲法上の保護を剥ぎ取るのに十分でないことを、ファイティング・ワードの事例が明らかにしてきたとする。<sup>(107)</sup>そして、表現活動が感情を傷つけ、不快や怒りを引き起こすという事実のみでは、表現は保護されないものとはならないとする。<sup>(108)</sup>

実際、ファイティング・ワードの概念を用いて規制を主張する学説は、ファイティング・ワードの定義の中の「害悪(Harm)」を、本件条例よりも限定的に理解する。たとえばグレイは、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「害悪を与える」という部分は同種の表現に対するふたつの異なった反応を認めたものとする。<sup>(109)</sup>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、その他の人々、とりわけマイノリティー集団に属する人々に対する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動のみをファイティング・ワードとすることは不当であり、一定の限度を超えた言葉を一律に規制すべきであると、<sup>(110)</sup>「害悪を与える」言葉を、「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捉える。<sup>(111)</sup>

結局、法廷意見が保護されない表現カテゴリーの中立性という新たな論理を展開したのに対し、ホワイト判事らの

結果同意意見は、セント・ポール市の条例がファイティング・ワードを明らかに越えたものを規制していると考え、条例を過度に広範な規制であるとしたのであった。さらに、そもそも規制が過度に広範であったという点はさておくとしても、修正一条によって保護されない表現カテゴリーにまで厳格審査を及ぼすことが果たして妥当であったのだろうかも問題である。

スカーリア判事は、問題となっている表現のカテゴリー全体が禁止できるとまさに同じ理由で内容差別がなされているときそれを許容しようとした。<sup>(12)</sup>そしてファイティング・ワードという表現カテゴリーはその内容に関係なく、表現方法 (mode) が受け入れられないがゆえに規制されるのであるが、R. A. V. 判決で問題とされたセント・ポールの条例は特にひどい表現方法のファイティング・ワードを選び出すのではなく、人種・宗教等に関する不寛容のメッセージを伝えることを理由にファイティング・ワードを選び出しているため、許容しえないものとした。<sup>(13)</sup>

これに対してシフリンは、セント・ポール市の条例はまさに表現のカテゴリー全体が禁止できると同じ理由で内容差別をするものであったとしている。<sup>(14)</sup>彼は、最もひどい表現方法のファイティング・ワードが選出されていたかどうかが問題なのではなく、最も深刻な害悪をもたらすファイティング・ワードが選出されていたかどうか問題であったとするのである。<sup>(15)</sup>

それゆえ彼は、法廷意見が修正一条によって保護されない表現の内容差別的規制に対して厳格審査を及ぼしたことに ついて批判的である。彼は、保護される表現カテゴリーである営利的表現の内容差別的規制に対して緩やかな審査がなされた例<sup>(16)</sup>を挙げ、保護されない表現カテゴリーに厳格審査が適用されたこととの矛盾を指摘する。<sup>(17)</sup>さらに、名誉毀損と猥褻を例に挙げ、思想や見解を差別するような規制ですら必ずしも厳格審査で判断されてきたわけではないこ

とを指摘している。<sup>(138)</sup>

このように、シフリンは保護されない表現カテゴリーの中立性を求めること自体は一般に好意的に受け止めているが、その厳格さの程度について強く批判するのである。<sup>(139)</sup> 結局、スカーリア判事自身が述べた内容差別が許容される例外的場合にあたるか否か、仮にあたるとしてそれをどのような基準で審査するべきかということが問題となろう。スカーリア法廷意見はこの点、必ずしも説得的とは言えないと批判されているのである。

#### 四 む す び

以上、アメリカにおけるヘイト・スピーチの規制に関わる議論を検討した。連邦最高裁判例が長い年月をかけて打ち立ててきた内容中立性原則は、ヘイト・スピーチの規制の場合にも同様にあてはまること判例・学説において前提とされてきたようであり、基本的にアメリカの判例・学説は広範な規制に対して消極的であるように思われる。一方で、ヘイト・スピーチに関する事件が多発するにつれ、それが生み出す害悪が広く認められるようになり、規制を唱える見解も有力になった。そのような流れの中で、学説の多くは限定的な規制を主張する折衷の見解をとったと言える。とりわけ本稿では、内容中立性原則を維持しながら、面前での侮辱的表現であるファイティング・ワードとそれ以外のものを二分するアプローチをとる学説を紹介・検討した。R.A.V.判決は修正一条の保護の範囲外にあるファイティング・ワードに対しても表現内容中立性原則が及ぶとしたが、この判決の論理は必ずしも無限定的に受け入れられているとは言いがたく、R.A.V.判決以後の一部の判例、折衷の見解をとる学説は何らかの限定を加えるべきであるとするのであった。

このようなアメリカのヘイト・スピーチに関する議論は、わが国における差別的表現の規制の議論にいかなる示唆をもたらすであろうか。わが国では、差別的表現の規制に積極的な学説と消極的な学説が存在する。比較的規制に積極的な論者である内野教授は差別的表現規制立法の私案<sup>(14)</sup>を提示し、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<sup>(15)</sup>。

一方、内容規制の危険性を意識し、許容しうる規制の範囲を狭く限定する学説も見られる。市川教授は、表現の自由保障の基本的な趣旨への考慮から、内野教授のように差別的表現を「価値の低い表現」と位置づけることに反対し、*Brandenburg* 判決の基準を満たすような人種集団に対する暴力行為の扇動や、侮辱を自己目的とする特にひどい表現の規制のような限定的な場合にしか規制は許容されないとする<sup>(16)</sup>。また横田教授も、*Brandenburg* 判決の基準を満たす場合のようなきわめて限定的な場合を除いて原則として規制は許されないとする<sup>(17)</sup>。また江橋教授は、個人や小集団に向けられた差別的表現に限った規制が可能であることを示唆しつつ、刑事規制、事前規制に消極的な姿勢を示す<sup>(18)</sup>。アメリカの判例は差別的な表現の規制において、伝統的に形成された内容中立性原則を維持し、それを保護されない表現カテゴリーにまで拡大しようとした。そこでは、きわめて限定された規制でも、あくまで内容に基づく規制であることが前提とされた。わが国でも国家が表現内容を判定する危険性は十分に認知されてきた。たとえば、松井教授は「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<sup>(19)</sup>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<sup>(20)</sup>」としている。本稿におけるアメリカの判例・学説の検討からは、比較的

広く規制を認めようとする見解はやはり表現の自由保障の観点からして問題が多いと言えるであろう。一方、規制を狭く限定しようとする見解も、規制が認められる例外を認める以上、どのような害悪を規制の対象とし、どのような方法で規制を行うのかをより明らかにする必要がある。わが国の多くの学説は特定個人に向けられた差別的表現の規制をあつさりとするが、<sup>(146)</sup>このような場合にもいかなる規制が可能であるかを明らかにする必要がある。

そこで、基本的にすべての表現に内容中立性原則が及ぶということ前提に、表現の自由の保護に値しない特に有害な表現をカテゴリカルに画定し、ファイティング・ワードとそれ以外の表現を二分するアメリカのアプローチが参考になると思われる。<sup>(147)</sup>どのような差別的表現が、どのような場合に規制に値するほど有害であるのかを明らかにし、過度な規制になったり、保護された表現にまで影響したりすることのないように、十分に限られた規制を考えると、このような明確な限界設定を試みるアプローチが有用となろう。

以上、差別的表現規制の問題について検討を試みたが、本稿における検討は決して完全なものとは言えない。まず、差別的表現が有害であるがゆえに規制されると言っても、その「有害性」は決して一義的ではない。人種差別的表現、女性差別的表現、同性愛者や障害者等に対する差別的表現を同一の平面で論じることが不可能であるし、<sup>(148)</sup>また、差別的表現が発せられる「場」によってその有害性が異なりうるとも言える。<sup>(149)</sup>また、ファイティング・ワードのような特定の差別的表現は価値が低いがゆえに規制が可能であるとするならば、そもそも表現価値の高低を認めることは可能か、さらに可能であるとしてどのような方法で、どの程度までそれを認めるのか、といった表現内容規制一般に連なる原理的な問題に答える必要性が生じる。<sup>(150)(151)</sup>これらの問題を含めたさらなる検討は筆者の以後の課題である。

(1) 内野正幸『差別的表現』一四六―一五四頁(有斐閣、一九九〇)参照。

- (2) 同上二三五―二三八頁参照。
- (3) 一般に規制に積極的な学説につき、同上二四七―一五〇参照。また内野教授自身の規制の主張につき、同上二六八頁参照。
- (4) 松井茂記『日本国憲法』四四八―四四九、四五五―四五六頁(有斐閣、一九九九)、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』三七―三九頁(成文堂、一九九五)、浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』〔新版〕二〇九頁(日本評論社、一九九四)参照。
- (5) 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。
- (6) この概念の説明につき、内野・前掲註(一)三六―三七頁参照。
- (7) See *Beauharnais v. Illinois*, 343 U. S. 250 (1952).
- (8) 内野・前掲註(一)一〇八―一九頁参照。
- (9) 集団的名誉毀損を規制する州法はいくつか存在したが、まれにしか適用されなかったとされる。同上四二頁参照。また規制に反対する学説については、同上二〇一―二〇八頁参照。差別的表現の規制に対して消極的なアメリカの立場は、第二次大戦期以降、長期に渡って自覚的に選り採られてきたとする指摘につき、阪口正二郎「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?——」東社四七巻一号二二二―二二五頁(一九九五)参照。
- (10) See *Mari J. Matsuda et al., Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* 1 (1993).
- (11) 「ヘイト・スピーチ」という用語について明確な定義付けがなされているわけではないが、本来「人種憎悪 (race hatred)」と呼ばれてきたものを指し、最近では「人種差別的表現 (racist speech)」と互換的に用いられていることからすれば、主に人種に基づく差別的な表現を意味すると言つてよいだろう。長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ——表現の自由のデイレクマ——」(一)「早法七二巻二二二頁註八二参照。ただしアメリカでは最近、女性・同性愛者等に対する差別的表現の問題も表面化しており、ヘイト・スピーチという語もその射程を拡大していると言われる。同上参照。なお、ヘイト・スピーチといっても言語的表現のみを指すわけではなく、象徴的表現 (symbolic speech) も含むことを前提として議論されている。同上二八六―一九〇頁参照。
- (12) たとえば市川正人「人種差別撤廃条約と差別的表現の規制」法七五〇四号八四頁(一九九六)、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―七三九頁(有斐閣、一九九四)参照。

一七三七頁(有斐蘭)一九九三「江橋崇」表現の自由と差別的表現行為」新聞研究四五三号六一頁(一九八九)参照。

- (13) 内容規制・内容中立規制二分論の妥当性自体について疑問が提示されることもあるが、本稿には直接関わない論点なので、この点の検討の対象外とする。

- (14) *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92, 95 (1972).
- (15) *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233 (1936).
- (16) *Id.* at 251.
- (17) 360 U. S. 684 (1959).
- (18) *Id.* at 688.
- (19) 403 U. S. 15 (1971).
- (20) *Id.* at 21.
- (21) 491 U. S. 397 (1989).
- (22) *Id.* at 414.
- (23) 485 U. S. 46 (1988).
- (24) *See id.* at 55.
- (25) *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972).
- (26) *See id.* at 94-98.
- (27) *See id.* at 99-102.
- (28) *Consolidated Edison Co. v. Public Serv. Comm'n*, 447 U. S. 530 (1980).
- (29) *Id.* at 537.
- (30) その他にも、ドライフ・イン・シアターにおいて特定の性的内容を含む映画を上映することのみを禁じる市条例 (*Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U. S. 205 (1975))、大学施設の利用について、礼拝や宗教教育を目的とするものを禁じる条例 (*Widmar v. Vincent*, 454 U. S. 263 (1981))、犯罪者との協力によって出版された特定内容の作品のみに対して金銭的の償担を課す法律 (*Simon & Schuster v. Crime Victims Bd.*, 502 U. S. 105 (1991)) などが違憲と判断されてお

た。

- (31) 本稿より詳しい説明につき、市川正人「表現内容の規制・内容中立規制二分論と表現の自由(三・完)」三重七卷一号二二―四六頁(一九八九)参照。
- (32) See Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 *Wm. & Mary L. Rev.* 189, 227-28 (1983).
- (33) See *id.* at 212-17.
- (34) See *id.* at 217-27.
- (35) 315 U.S. 568 (1942).
- (36) *Id.* at 571-72.
- (37) この判決で修正一条によって保護されないとされたその他の表現カテゴリー(みだらで、猥褻な言葉、不敬な言葉)については本稿における分析と関わりが希薄であるため、これらがその後いかなる解釈的変容を経たかは論じない。
- (38) III. *Crim. Code*, III. *Rev. Stat.*, Ch. 38, Div. 1, § 471 (1949) (repealed 1961). この法律の22a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、信条、宗教に関して、ある階級の市民が墮落しているとか、犯罪を犯しやすいとか、不貞であるとか、徳がないなどというようなことを示すように、リトグラフ、動画、演劇、スケッチを、宣伝したり、提供したり、販売したり、広告したり、贈与したり、展示したりして、特定の人種、肌の色、信条、宗教に関した市民を侮辱、あざけり、汚名にさらしたり、それらによって平穩侵害や暴動を生み出したたりした場合には有罪とされる。」
- (39) 343 U.S. 250 (1952).
- (40) *Chaplinsky*, 315 U.S., at 572.
- (41) *Beauharnais*, 343 U.S., at 266.
- (42) See *id.*
- (43) *Cohen*, 403 U.S., at 20.
- (44) 405 U.S. 518 (1972).
- (45) See *id.* at 523.

ヘイト・スピーチ (hate speech) の規制と表現の自由

- (46) *See id.* at 524.
- (47) *See id.* at 528.
- (48) 上の後の判決は *Gooding* 判決に沿って、侮辱的な表現、不快な表現を処罰する法令の適用を一貫して否定していった。  
*See Rosenfeld v. New Jersey*, 408 U.S. 901 (1972); *Plummer v. City of Columbus*, 414 U.S. 2 (1973); *Norwell v. City of Cincinnati*, 414 U.S. 14 (1973); *Lewis v. City of New Orleans*, 408 U.S. 913 (1972); *Karlan v. City of Cincinnati*, 416 U.S. 924 (1974); *Lucas v. Arkansas*, 416 U.S. 919 (1974).
- (49) *See LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 850-56 (2nd ed. 1988).
- (50) 376 U.S. 254 (1964).
- (51) 388 U.S. 130 (1967).
- (52) 388 U.S. 130 (1967).
- (53) 418 U.S. 323 (1974).
- (54) *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir., 1978).
- (55) *Smith v. Collin*, 436 U.S. 953 (1978).
- (56) *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916 (1978).
- (57) 岡村みゆの「表現の自由における『価値の低い言論理論』(一)」早研八三号二七頁(一九九七)参照。
- (58) 505 U.S. 377 (1992).
- (59) *St. Paul, Minn., Legis. Code* 292. 02 (1990).
- (60) 判決の結論については全員一致だったが、五名の判事が支持する法廷意見の理由付けに対し、四名の判事が反対し、そのうちホワイター判事、ブラックマン判事、ステイブンス判事がそれぞれ結果同意意見を書いた。
- (61) *R. A. V.*, 505 U.S., at 382.
- (62) *Id.* at 383.
- (63) *Id.* at 383-84.
- (64) *Id.* at 391.

- (68) たゞし法廷意見は、問題となつてゐる表現のカテゴリー全体が禁止できるのと同じ理由で内容差別がなされてゐる「他」、また内容に基づいて選び出された禁止できる表現の副次的部分 (subclass) がたまたま表現の特定の「二次的効果 (secondary effect)」に結びついており、規制が表現の内容に関係なく正当化されるときには、内容差別が許容されるとしてゐる。 See *id.* at 388-89.
- (69) 993 F.2d 386 (4th Cir. 1993).
- (70) See *id.* at 393.
- (71) See *id.*
- (72) 839 F. Supp. 477 (E.D. Mich. 1993).
- (73) See *id.* at 483.
- (74) See *Dambrot v. Central Michigan University*, 55 F.3d 1177, 1180 (6th Cir. 1995).
- (75) No. 740309, slip op. (Cal. Super. Ct., Feb. 27, 1995).
- (76) *Id.* at 9.
- (77) See *id.* at 11-12.
- (78) 508 U.S. 476 (1993).
- (79) See *id.* at 485-88.
- (80) See *id.* at 487-88.
- (81) 10 Cal. 4th 698 (1995).
- (82) 「何人も法の外観の下であらうとなかろうと、威力や脅迫によって、人種、肌の色、宗教、家系、国家的・民族的由来、性的傾向を理由として、この州の憲法や法律によつて、あるいは合衆国の憲法や法律によつて保障された権利や特権を自由に行使し、享有してゐる他者を、意図的に傷つけたり、中傷したり、干渉したり、抑圧したり、脅かしたりしてはならぬ」

50」

- (83) See *In re M. S.*, 10 Cal. 4th, at 721.
- (84) See *id.*
- (85) See *id.*
- (86) スカーリマが自ら述べた内容差別的規制が許容される第二の場合、すなわち、内容に基づいて選び出された、禁止できる表現の副次的部分がたまたま表現の特定の『二次的効果』に結びついており、規制が表現の内容に関係なく正当化される場合にあたるかが問題とされた事例もある。会社の管理者が被用者である外国人労働者を口汚い蔑称で呼んだり、人種や国籍等に基づいて継続的に卑下したとして、被用者数名が訴えを提起した事例において、州裁判所は、人種差別的な発言の継続が悪質な労働環境を生み出す場合、規制は表現内容というよりも雇用差別という表現が生み出す二次的効果に向けられるとして、差止め命令が内容差別として違憲になるべきではないとした。See *Aguilar v. Avis Rent-a-Car Sys.*, 50 Cal. App. 4th 28, 39-44 (1996). 州最高裁のこの点についての是非は回廊の題解を示した。See *Aguilar v. Avis Rent-a-Car Sys.*, 21 Cal. 4th 121, 134-35 (1999).
- (87) See Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victims Story*, in *WORDS THAT WOUND*, *supra* note 10 at 35-38; see also David Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, 8 *Cardozo L. Rev.* 445, 458 (1987). (彼等はたゞ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て来たこと、非難されるべきいふことが普遍的に認識されつつあることを理由に、人種差別思想を独特のものであるとしてくる。)
- (88) See Matsuda, *id.* at 36-38.
- (89) See JAMES WEINSTEIN, *HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE* 53-55 (1999).
- (90) See Robert C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 *Wm. & Mary L. Rev.* 267, 291 (1991); Calvin R. Massey, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, 40 *UCLA L. Rev.* 103, 171 (1992).
- (91) See Post, *id.* at 290-91; Massey, *id.* at 170-74.
- (92) See Matsuda, *supra* note 87, at 24; Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets,*



- (108) See *id.* at 510-13.
- (109) See *id.* at 511.
- (110) See *id.*
- (111) See Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in WORDS THAT WOUND, *supra* note 10, at 66-71.
- (112) See *id.*
- (113) *Id.* at 67-68.
- (114) See *id.* at 68.
- (115) See *id.*
- (116) See WEINSTEIN, *supra* note 89, at 27.
- (117) See Richard H. Fallon, JR., *Sexual Harassment, Content Neutrality, and the First Amendment Dog That Didn't Bark*, 1994 Sup. Ct. Rev. 1, 42.
- (118) See SPEECH AND EQUALITY, *supra* note 95, at 64 (「レナイシムは、聞へんことを望まぬ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せられんこと」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ぬものをサード・パーティー・ヘイト・スピーチ (third-party hate speech) と呼ぶ。両者を明確に区別する」); 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せられなければならない規制可能であること」面前で「平穩侵害を引き起すものとして発せられる「レナイシム」・ワードは規制せぬこと」や「限定的にのみあるが」「レナイシム」と類似の見解を参照)。
- (119) See 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, 596-600 (1993) (特定個人に向けられた「差別語を用いた直接的な侮辱に限りて救済せらるべき」); Michael K. Steenson, *Civil Action for Emotional Distress and R. A. V. v. City of St. Paul*, 18 WM. MITCHELL L. REV. 983, 997-99 (1992) (個人を標的にして集中的に向けられ「特定の不当苦害を引き起す場合に於て」不

- 実行等の地位を認めず、むしろ禁ずべきもの<sup>(20)</sup>); Note, *First Amendment Limits on Tort Liability for Words Intended to Inflict Severe Emotional Distress*, 85 COLUM. L. REV. 1749, 1767-71 (1985) (原則として故意による感情的苦悶の賦課 (intentional infliction of emotional distress) の法理を根拠に表現の規制を認めることは必要ならしめながら、面前での「口汚い差別語 (abusive epithet)」を伴う不当なライティング・ワードに於ける場合を例外とする<sup>(21)</sup>)。
- (20) 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, 148 (1992).
- (21) R. A. V., 505 U. S., at 391-92.
- (22) *Id.* at 408-09 (White, J., concurring).
- (23) *Id.* at 416 (Blackmun, J., concurring).
- (24) See Amar, *supra* note 120, at 155-60.
- (25) See *id.* at 151 n. 150.
- (26) See Matsuda, *supra* note 87, at 22-23.
- (27) See R. A. V., 505 U. S., at 413-14 (White, J., concurring).
- (28) See *id.* at 414 (White, J., concurring).
- (29) See Thomas C. Grey, *Civil Rights VS. Civil Liberties: The Case of Discriminatory Verbal Harassment*, 8 SOC. PHIL. & POL. 81, 93 (1991).
- (30) See *id.*
- (31) See also KENT GREENAWALT, *FIGHTING WORDS* 50-53 (1995).
- (32) See R. A. V., 505 U. S., at 388.
- (33) See *id.* at 386.
- フォーティンソン・ワードは知的内容を全く有しなからげゆえ、言論ではなく「行為」に属するものであり、本来その規制は思想を禁止するものではなく、思想を表明する「方法」を禁止するものであるとして、そのようなスカーリーへの見解を支持する学説が見られる。See RONALD D. ROTUNDA & JOHN E. NOWAK, *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW* 504-05, 513-15 (3rd ed. 1999).

- (134) See Steven H. Shiffrin, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, 80 CORNELL L. REV. 43, 57-58 (1994).
- (135) See *id.* at 59-60.
- (136) *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.*, 478 U. S. 328 (1986) (競馬や宝くじ等の広告は許しておきながら、カシノの広告を禁じる内容差別的な規制が合憲とされた事例。)
- (137) See Shiffrin, *supra* note 134, at 50-56.
- (138) See *id.* at 60-65.
- (139) See also GREENAWALT, *supra* note 131, at 64.
- (140) 「(第一項) 日本国内に在住している、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。(第二項) 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。……」内野・前掲註(1)一六八頁。
- (141) 同上二六〇頁参照。
- (142) 市川・前掲註(12)八四頁参照。
- (143) 横田・前掲註(12)七三六―七三七頁参照。
- (144) 江橋・前掲註(12)六一―六二頁参照。
- (145) 松井・前掲註(4)四四八―四四九頁。
- (146) 内野・前掲註(1)一七二頁、江橋・前掲註(12)六二頁、江橋崇Ⅱ浦部法穂Ⅱ内野正幸Ⅱ横田耕一「座談会・『差別的表現』は法的に規制すべきか」法時六四巻九号二二―三三頁(一九九二)「内野発言」参照。
- (147) このようなアプローチはわが国において、「定義的衡量」、「限界画定衡量」、「範疇化」などと呼ばれてきたものの一種と見える。榎原猛「表現権理論の新展開」一九〇頁(法律文化社、一九八二)、阪本・前掲註(4)二八―三〇頁、芦部「憲法」(新版)一七〇頁(岩波書店、一九九九)参照。
- (148) 長峯・前掲註(11)は、考察の対象を人種差別的なものに限定している。長峯・前掲註(11)二二―二三頁註八二、二二四―二二五註八六参照。

- (149) 特に大学キャンパス内における規制の可否につき、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——」法政論究四〇号二六九〜二七〇頁（一九九九）参照。
- (150) 表現の価値高低の問題一般については、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）」早研八三号二七頁（一九九七）、八六号七三頁（一九九八）参照。
- (151) 阪口教授は、わが国の憲法学界が差別的表現規制の問題を「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」と意識せず、「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」意識していない現状を問題にしている。阪口・前掲註(5)四四頁参照。