

反復的に行われるヘイト・スピーチに対する 将来に向けての規制は「事前抑制」か？ —Clay Calvert の議論を素材として—

山 邨 俊 英

第一章 ヘイト・スピーチに関する横浜地裁川崎支部平成 28 年 6 月 2 日決定の意義と課題

ヘイト・スピーチに関する法状況にとって、2016 年は大きな転換点となった。それは、「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例（以下、『大阪市ヘイト・スピーチ条例』とする）」⁽¹⁾と「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律（以下、『ヘイト・スピーチ解消法』とする）」⁽²⁾という二つの立法が成立したことによるものである。これらは、基本的には理念法であって規制法ではないのだが、事実上一定の影響力を及ぼしていると言える。特に、ヘイト・スピーチ解消法については、その施行の前後からヘイト・スピーチの利害関係者たちに対し一定の影響を及ぼしていることが指摘されている⁽³⁾。

以上のような状況を象徴的に表すものと言えるのが横浜地裁川崎支部平成

(1) 大阪市ヘイト・スピーチ条例については、金尚均「差別に立ち向かう姿勢を明示した大阪市のヘイトスピーチ対処条例」世界 879 号 (2016 年) 33 頁以下、前田朗「大阪市ヘイト・スピーチ条例の意義」部落解放 723 号 (2016 年) 70 頁以下参照。

(2) ヘイト・スピーチ解消法については、師岡康子監修・外国人権法連絡会編『Q & A ヘイトスピーチ解消法』（現代人文社、2016 年）、師岡康子「ヘイトスピーチ解消法の成立の意義と今後の課題」世界 885 号 (2016 年) 218 頁以下、金尚均「ヘイトスピーチ解消法成立までの経緯とサイレントマジョリティへの警戒」部落解放 729 号 (2016 年) 72 頁以下参照。

97 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）

28年6月2日決定⁽⁴⁾である。この事案は、在日韓国・朝鮮人集住地域として周知されている地域で福祉サービスを提供している社会福祉法人（代表者理事が在日韓国人であり、また職員や利用者における在日韓国・朝鮮人の割合も高い）が、繰り返し在日韓国・朝鮮人の排斥を訴える内容のデモを主宰・参加していた団体に対し、その団体が平成28年6月5日に計画していたデモについて、社会福祉法人の主たる事務所の入り口から半径500メートル以内でデモ等を行い、街宣車等を利用して差別的言動を行い、社会福祉法人の事業を妨害する行為を禁止する仮処分命令を申し立てたものである。そして、横浜地裁川崎支部は、この時点ではまだ施行されていなかったヘイト・スピーチ解消法を援用しつつ、当該仮処分命令を認めた。

この決定について、上田健介は、「本決定は、差別的言動解消法2条に該当する差別的言動（いわゆるヘイト・スピーチ）が、住居において平穩に生活する（また法人が平穩に事業を行う）権利に対する侵害行為として不法行為を構成するとし、さらに違法性が顕著な場合には差止めの権利をも認めた。そして、違法性が顕著な例として、当該権利者が住居で平穩に生活していることを認識し、または容易に認識し得るのに、その近隣でデモ等を行いかつ街宣車等を使用して差別的言動を行うことを挙げ、本件はこれに当たるという事例判断を示したものである」⁽⁵⁾と評価したうえで、「憲法上の観点からは、ヘイト・スピーチに対する制約が、何を根拠に、どこまで許されるのかが関心の対象となる」⁽⁶⁾と述べている。そして、このような観点からは、京都朝鮮学校事件⁽⁷⁾が特定の学校法人に対する名誉毀損と業務妨害を根拠に損害賠

(3) ヘイト・スピーチ解消法の影響について、さしあたり、『Q & A ヘイトスピーチ解消法』・同上11 - 13頁〔師岡康子〕参照。

(4) 判時2296号14頁。

(5) 上田健介「判批」法学教室433号（2016年）153頁。

(6) 同上。

(7) 京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁、大阪高判平成26年7月8日判時2232号34頁、最決平成26年12月9日判例集未登載。

償と差止めを認めたのに対し、本決定は、ヘイト・スピーチ解消法を援用し、「不特定多数に対する不当な差別的言動について違法性を認め、また特定人の平穏に生活する（また事業を行う）権利が憲法 13 条に由来する人格権に含まれるとしたうえで差止めの根拠とした点が注目される」⁽⁸⁾と指摘している。この点、引用部分における「不特定多数に対する不当な差別的言動について違法性を認め」の部分に関する本決定の射程の理解については注意が必要なように思える。なぜなら、①ヘイト・スピーチ解消法の効果との関連で本決定に触れた上での指摘であるが、「不特定の集団に対する差別的言動についてその集団に属する誰もが被害者として認定されるかどうかは不明確」⁽⁹⁾であること、②本決定のような事案は小泉良幸の言う「不特定集団へのヘイト・スピーチに直面する当該集団に属する個人の救済」が問題となる「限界事例」であり、そこでは「救済や規制の是非は、特定個人か不特定集団かではなく、憎悪表現の害悪の対象を個人と社会とに区別し、・・・前者では個別化された人格的利益の侵害の有無や程度が・・・重要となる」ところ⁽¹⁰⁾、本決定は個別化された人格的利益の侵害を認めたものと理解することも可能であるためである。したがって、本決定の射程については、ヘイト・デモという表現手段の特殊性（聞き手、特にこの事案では在日韓国・朝鮮人との近接性⁽¹¹⁾）を考慮して、限定的に評価すべきだと言える。

本決定の意義と射程に対する評価は以上のようなものであるが、残された課題としては以下のようなものが挙げられている。例えば、「違法性の強い差別的言動が表現の自由の保護領域に含まれないとするのは行き過ぎではない

(8) 上田・前掲注 (5) 153 頁。また、判時・前掲注 (4) 解説 16、18 頁や『Q & A ヘイトスピーチ解消法』・前掲注 (2) の多数の項目でも同様の理解が述べられている。

(9) 『Q & A ヘイトスピーチ解消法』・前掲注 (2) 62 頁〔師岡康子〕。

(10) 「小泉良幸会員の部会報告に対する質疑」公法研究 78 号 (2016 年) 158 - 159 頁〔小泉発言〕。また、小泉良幸「表現の自由の『変容』——ヘイトスピーチ規制をめぐって——」公法研究 78 号 (2016 年) 102 頁注 (7) 及びそこで引用されている諸文献も参照。

95 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）か]、「権利保有者を（差別的言動解消法と同じく）適法に居住する者に限定するのは妥当か」という理論上の問題点の指摘⁽¹²⁾や、「本決定が『生活の平穩』を人格権として構成する理由付けや本決定が掲げる各要件については、今後様々な見解によって多角的に議論されることによって理論的に深化し、また、今後の裁判例の集積によって判例として確立していくことが期待される」⁽¹³⁾といった実務上の指摘である。

以上のような課題に加えて、本稿の主題につながるものとして北方ジャーナル事件⁽¹⁴⁾との関係が重要である。この点について、上田は、「裁判所は、すでに京都朝鮮学校事件で、制約の程度が小さいから北方ジャーナル事件の事前抑制の法理は妥当しない旨を述べており、本件でも問題とされていない。この点、北方ジャーナル事件は公職候補者という公共の利害に関わる表現であったのに対し、本件はこれに関わらないものなので、差止めの要件を『石に泳ぐ魚』事件（最判平成14年9月24日判時1802号60頁）に引き寄せて捉えたことが示唆される……。しかし、本件で北方ジャーナル事件の法理が妥当しないのは、むしろ本件が出版ではなく行動を伴う言論であること、また差止めの対象となる言動の場所が限定されているからだと考えられる」⁽¹⁵⁾

(11) 聞き手のパーソナル・スペースでの表現行為における聞き手との「近接性 (proximity)」に着目する論者として、see TIMOTHY ZICK, SPEECH OUT OF DOORS: PRESERVING FIRST AMENDMENT LIBERTIES IN PUBLIC PLACES ch.3 (Cambridge University Press, 2009). Zick の議論については、阪口正二郎「『隔離』される集会、デモ行進と試される表現の自由」法律時報 88 巻 9 号 (2016 年) 106 頁以下、平地秀哉「『公共空間』と憲法理論」法学セミナー 742 号 (2016 年) 40 - 41 頁参照。また、関連して、特定の標的に対するデモやピケッティングの憲法適合性について論ずる業績として、岩倉秀樹「アメリカの標的型抗議活動と表現の自由 (1)・(2) —京都朝鮮学校街宣事件京都地裁判決を契機に—」高知県立大学文化論叢 2 号 (2014 年) 11 頁以下・3 号 (2015 年) 17 頁以下参照。

(12) 上田・前掲注 (5) 153 頁。

(13) 判時・前掲注 (4) 解説 18 頁。

(14) 最判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 巻 4 号 872 頁。

(15) 上田・前掲注 (5) 153 頁。

と指摘したうえで、続けて「さらに、反復的に行われた言動の将来に向けての差止めがそもそも事前抑制にあたるのかも検討する必要があると思われる」⁽¹⁶⁾と述べている。確かに、(本決定で問題となったようなヘイト・スピーチに限らず) 反復して行われた表現行為については、その思想内容あるいは表現内容は既に思想の自由市場に登場しており、また反復して行われた表現行為を根拠として将来に向けての規制が行われるため、それを事前抑制とするのは直観に反しているように思える。しかし、事前か事後かを区別する基準次第でその評価は変わり得るし、また既に思想の自由市場に存在する思想内容あるいは表現内容に対する将来に向けての規制が「事前抑制」に該当しないとすれば、この現代社会において「事前抑制」となる規制はほとんど存在しなくなってしまうのではないだろうか。そもそもそれ以前に、過去の表現行為に対する否定的評価を根拠に将来の表現行為を規制することが憲法上そもそも許容され得るのか、という点自体問題だと言える。だが、従来、このような問題点についてはほとんど議論が展開されていない⁽¹⁷⁾。この点、アメリカで言論の自由を専門として研究している Clay Calvert が(ヘイト・スピーチに関してではないが) 類似の問題について考察を加えており、その考察は基本的に本稿の主題にも当てはまると考える。そこで、本稿は、Clay Calvert の議論を素材として、過去の表現行為を根拠に将来の表現行為を規制することの憲法適合性について考察を加えることを目的とする。

(16) 上田・同上。

(17) 唯一の例外として内野は、「差別的表現に対する事前の差止請求は、事前抑制の原則的禁止の考えにてらし、表現の自由を侵害するおそれがある。ただ、継続的な表現行為に対する事後的な差止め請求は、合憲的であり、しかも有効である、といえよう」と述べているが、その根拠は述べられていない。内野正幸『差別的表現』(有斐閣、1990年) 165頁。

第二章 過去の表現行為に対する否定的評価を根拠にする将来の表現行為の規制の憲法適合性—Clay Calvert の議論⁽¹⁸⁾を参考に—

(一) Calvert の議論が取り扱っている主題—パフォーマンス保証 (performance bonds) —

上述したように、Calvert は反復して行われたヘイト・スピーチの問題を取り扱っているのではないため、まず彼が取り扱っている問題について説明する。

彼の議論において考察の対象とされているのは、Federal Trade Commission v. Trudeau⁽¹⁹⁾ という事案である。この事案の概要は以下の通りである。

Kevin Trudeau は television pitchman（売込みの強引なセールスマンの意）である。本件で問題となったのは、Trudeau が再びインフォーマショナルを放送したいならば事前に支払わ (post) なければならない 200 万ドルのパフォーマンス保証を裁判官が課したことだった。Trudeau はかつて、彼の著書について莫大な消費者被害を引き起こす詐欺的なテレビ放送を繰り返し、またサンゴのカルシウムのサプリメントのマーケティングについて出された予備的差止命令 (preliminary injunction) に反したことで民事的裁判所侮辱 (civil contempt of court) と判断されたことがある。以上を根拠に、強制的な民事的裁判所侮辱⁽²⁰⁾の方法としてこの保証は課された。このパフォーマンス保証に対し、Trudeau は、それが自身の修正 1 条の言論の自由を侵害すると主張した。

Calvert は、この事案で問題とされているパフォーマンス保証の意義 (logic)

(18) Clay Calvert, *Past Bad Speakers, Performance Bonds & Unfree Speech: Lawfully Incentivizing "Good" Speech or Unlawfully Intruding on the First Amendment?*, 3 HARV. J. SPORTS & ENT. L. 245 (2012).

(19) 662 F. 3d 947 (7th Cir. 2011).

(20) 民事的裁判所侮辱とは、「例えば、injunction（差止命令）を無視するなど、裁判所の命じたことに故意に従わないこと」である。田中英夫編集代表『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会、1993年）31頁。

について、正しい (truthful) 言論を促進するためのインセンティブを課すことにあるという理解を示している⁽²¹⁾。つまり、本件の例で説明すると、過去に詐欺的な表現行為を行った者に対し、そのことを根拠として将来の表現行為について金銭的な制約を課すことによって、(詐欺的ではない) 正しい言論を行うように誘導することを目的とする規制であると理解するのである。ここで彼は、Trudeau のように過去に詐欺的な表現行為を行った者を「かつてのバッド・スピーカー (past bad speaker)」と呼び、そのような者に対しパフォーマンス保証を課すことの憲法適合性はそれほど明確ではないと指摘する⁽²²⁾。しかし、この問題について、本件で第 7 巡回区控訴裁判所はほとんど判断を示しておらず⁽²³⁾、また連邦最高裁でも判断が示されていないため、Calvert はその問題性を明らかにすることを目的として議論を展開している⁽²⁴⁾。そこで、節を改めて、パフォーマンス保証の憲法上の問題点を Calvert がどのように理解しているのかを明らかにする。

(二) パフォーマンス保証の憲法上の問題点

(21) Calvert, *supra* note 18, at 249.

(22) *Id.*

(23) なお、第 7 巡回区控訴裁判所は、営利的表現に対する規制の合憲性判定基準であるセントラル・ハドソン・テストを適用して、パフォーマンス保証について合憲判断を下している。この点 Calvert は、第 7 巡回区控訴裁判所判決の問題点として、①かつてのバッド・スピーカーに課されたパフォーマンス保証が事前抑制を構成するかどうかを検討していない、②厳格審査を適用していないため、Trudeau が将来誤った及びミスリーディングなインフォーマーシャルを生み出すという単なる可能性から消費者を保護することがやむにやまれぬ利益であるかどうかを検討していない、③パフォーマンス保証がこの主張された利益を満たすのに最も制約的でない手段であるかどうか、又は言論を促進する別のより制約的でない手段が存在するかどうかを検討していない、という点を指摘している。*Id.* at 259-260. セントラル・ハドソン・テストについては、さしあたり、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』（中央大学出版部、2014 年）第 II 部参照。

(24) Calvert, *supra* note 18, at 251.

将来の表現行為に先立つ条件としてパフォーマンス保証を課すことが提起する憲法上の問題点について、Calvert は以下の5点を挙げている⁽²⁵⁾。つまり、①パフォーマンス保証を表現に対する事実上（de facto）の事前抑制と理解すべきか、それよりもかつてのバッド・スピーチに対する事後処罰に類似するものと理解すべきか、②もしパフォーマンス保証が懲罰的損害賠償類似の機能を果たすならば、かつてのバッド・スピーカーの憲法上の権利を過度に侵害していないかどうかを判断する適切な枠組みとは何か、③適用されるべきなのは厳格審査か中間審査か、④パフォーマンス保証の活用は、思想の自由市場の機能若しくは失敗について何を明らかにするか、⑤詐欺的な言論だけでなく、わいせつや名誉毀損のような言論に従事した場合でもパフォーマンス保証を賦課できるのか⁽²⁶⁾、という問題である⁽²⁷⁾。これらの問題はどれも重要な点を含んでいるが、紙幅の問題から本稿の主題と関連する①と③の問題を中心に取り扱い、その他の問題に関する詳細な検討は今後の課題としたい。

（三）事前抑制と事後処罰との区別

①の問題を論ずるにあたり、出発点として Calvert は、パフォーマンス保証

(25) See *Id.* at 250-251.

(26) See *id.* at 270-273. 本来、ヘイト・スピーチとの関係から出発している本稿の問題関心からはこの問題は非常に重要である。しかし、この問題に関する Calvert の議論自体仮想的な検討に留まっている。また、もし詐欺的な営利的表現以外の分野にパフォーマンス保証を適用した場合にどのような憲法判断がなされるべきかという点については、基本的な発想は詐欺的な営利的表現の場合と共通しているため、ここでは詳しく取りあげない。さしあたり、詐欺的な営利的表現の領域以外にもパフォーマンス保証という手法は活用され得るといふこと、そしてそこには類似の憲法上の問題が生じ得るといふことが確認できれば十分である。

(27) なお、パフォーマンス保証として支払った金銭は、Trudeau の場合、裁判所命令に反して不実表示をしない限り払い戻されるのだが、「それは修正1条審査の必要性を消去しない」と第7巡回区控訴裁判所自身が指摘している。See *FTC v. Trudeau, supra* note 19, at 953.

が過去の言論を理由に話者を不平等に取り扱っており、それゆえ、パフォーマンス保証は話者の地位を理由とする差別ではないか、と指摘する⁽²⁸⁾。ここで、彼は、話者の地位に基づく差別が問題となった事案として *Citizens United v. Federal Election Commission* 判決⁽²⁹⁾を取り上げ、検討を加えている。Kennedy 裁判官による法廷意見は、以下のように述べて話者の地位に基づく言論規制の問題性を強調している。すなわち、Kennedy 裁判官は、「話者のアイデンティティーに基づく言論規制は、あまりにもしばしば (all too often) どうしても内容統制の手段になる」⁽³⁰⁾と指摘し、さらに「法によって特定のより好ましい話者を同定 (identify) するとき、政府は憲法上の誤りを犯し得る」⁽³¹⁾とも指摘する。そして、そのような指摘の背景には「修正 1 条は、言論及び話者を保護し、そしてそれぞれから生まれる考え方を保護している」⁽³²⁾という理解が存在している。ただし、本判決における Kennedy 裁判官の法廷意見には、その射程を政治的言論 (political speech) の文脈に限定するものと理解できる部分も存在している⁽³³⁾。Trudeau の事案では営利的表現が問題となっていたことから、本判決の法理を Trudeau のような事案にも適用できるかは重要な問題である。

しかし、この問題について Calvert は、「かつてのバッド・スピーカーにパフォーマンス保証を課すことの問題における *Citizens United* 判決の含意

(28) Calvert, *supra* note 18, at 260-261. 関連して、修正 1 条における平等の問題を考察する業績として、see Daniel P. Tokaji, *First Amendment Equal Protection: On Discretion, Inequality, and Participation*, 101 MICH. L. REV. 2409 (2003).

(29) 558 U.S. 310 (2010). 本判決の詳細については、さしあたり、辻雄一郎「選挙活動と表現の自由に関する考察—2010 年シティズンユナイテッド判決を中心に—」駿河台法学 24 卷 1・2 合併号 (2010 年) 57 頁以下参照。

(30) *Id.* at 340.

(31) *Id.*

(32) *Id.* at 341.

(33) See *id.* at 341.

89 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）

（relevance）は、話者の平等の問題より広範に及ぶ⁽³⁴⁾と指摘し、Kennedy 裁判官が修正 1 条における事前抑制の意味について柔軟な理解をとっている点に着目する。この点、Kennedy 裁判官は、United States v. Alexander 判決における反対意見の中で、事前抑制と事後処罰との「区別はそれほど厳密（rigid）でもなければ正確（precise）でもない」⁽³⁵⁾と述べたうえで、「いくつかの政府行為は、事前抑制と事後処罰の両方の特徴を有し得る」⁽³⁶⁾と指摘している。このような事前抑制と事後処罰との区別に関する厳格なカテゴリカル・アプローチに懐疑的な Kennedy 裁判官の立場を援用して、Calvert は、パフォーマンス保証にも事前抑制としての側面と事後処罰としての側面が同時に存在することを指摘する。つまり、パフォーマンス保証は、一方で、「以前にバッド・スピーチに関与した後の個人にのみ課せられる限りで事後処罰を意味」⁽³⁷⁾し、他方で、「話すことができるようになる前に払い戻しされ得る手数料のようなもの（a refundable user fee）を支払うことを政府（裁判官）が話者に要求するため事前抑制を構成する」⁽³⁸⁾ということである。

以上のように事前抑制と事後処罰との区別を柔軟に解することで、Calvert は更なる実質的な考察の必要に迫られる。そこで、彼は、思想の自由市場との関連（問題④）及び許可制における公的秩序維持に関する手数料の設定の問題との関連（問題②）に議論を展開している。

（四）思想の自由市場及び許可制における公的秩序維持に関する手数料の設定との関連

先述したように、紙幅の問題から、以下の二つの論点については簡単な言

(34) Calvert, *supra* note 18, at 261.

(35) See Alexander v. United States, 590 U.S. 544, 566 (1993) (Kennedy, J., dissenting).

(36) See *Id.* at 567.

(37) Calvert, *supra* note 18, at 263.

(38) *Id.*

及に留め、より詳細な検討は今後の課題としたい。

問題④については、まず思想の自由市場論の限界が指摘されている。つまり、真実が誤りに勝利するという前提の妥当性、そして当事者間の情報の非対称性の問題が指摘されている⁽³⁹⁾。それに加えて、パターナリズムとの関係が問題とされる。つまり、Trudeau の事案におけるパフォーマンス保証は、消費者を Trudeau の詐欺的な表現から保護すること及び思想の自由市場を浄化 (purify) することを目的としているため、パターナリスティックな介入のように思えるということである⁽⁴⁰⁾。以上のような問題点を指摘しつつも、Calvert は、「しかしながら、パフォーマンス保証は、思想の自由市場のメタファーの完全な放棄を意味せず、むしろ、言論の自由市場における政府の介入主義の限定的な手法を構成している」⁽⁴¹⁾と述べて、パフォーマンス保証を「思想の自由市場へのアクセスに影響を与え、また思想の自由市場へのアクセスを制限する」⁽⁴²⁾ものと特徴づける⁽⁴³⁾。そして、「アクセスの妨害は、言論の自由市場におけるかつてのバッド・スピーカーへの事後処罰、そして将来により良い言論を供給するためのインセンティブの両方とみなされ得る」⁽⁴⁴⁾と評価し、また「パフォーマンス保証は、正しいインフォーマーシャルを受け取る聞き手の権利をおそらく (supposedly) 益するために、金銭的入場料 (financial entry fee) によって話者の修正 1 条の権利 (Kevin Trudeau の権利) が抑制されるのを認めている」⁽⁴⁵⁾と評価したうえで、問題②の検討へと議論を展開している。

問題②については、許可制における公的秩序維持に関する手数料の設定が

(39) See *id.* at 264.

(40) See *id.* at 264-265. もっとも、思想の自由市場を浄化するための国家による介入という点は、パターナリズムというよりも国家による自由の問題と言った方が適切かもしれない。

(41) *Id.* at 266.

(42) *Id.*

87 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）

問題となった事案である *Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123 (1992) との類推によって一定の示唆を導き出すことが検討されている⁽⁴⁶⁾。結論だけを述べると、「Forsyth County 判決は、〔手数料の〕総額を決定するとき、最低でも、パフォーマンス保証を課す裁判官は明確（clear）・限定的（narrow）・確定的（definite）なガイドラインに従わなければならない、とアナロジーによって示唆している」⁽⁴⁷⁾〔括弧内は筆者による〕として、パフォーマンス保証の場合でもこの法理は妥当するものと示唆している。ただし、Calvert は、Forsyth の事案と Trudeau の事案との間には、（1）前者は行政裁量が問題となった事案であるのに対し、後者は司法裁量が問題となった事案であること、（2）前者は内容中立規制の事案であったのに対し、後者は内容規制の事案であったこと、という基本的な相違が存在することを指摘して⁽⁴⁸⁾、三つの理由から「かつてのバッド・スピーカーに課されたパフォーマンス保証は、本質的に内容規制であり、それゆえ常に厳格審査に服すべきである」⁽⁴⁹⁾と主張している。

(43) 関連して、Calvert は、「パフォーマンス保証は、少なくともそれらが思想の自由市場へのアクセスの不平等を促進している限りで、言論の自由の原理にとってやや反直観的（counterintuitive）なように思われる」と指摘している。Id. (emphasis in original). 確かに、一般的に学説上問題となるのはアクセスの平等を促進するための介入の憲法適合性であることを考えれば、このような指摘は首肯し得るだろう。See generally Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L. J. 1, 49-71 (1984). 邦語文献では、さしあたり、堀部政男『アクセス権』（東京大学出版会、1977年）、奥平康弘「言論の自由を生かす反論権——言論に見合った救済制度の探求——」『表現の自由Ⅱ——現代における展開——』（有斐閣、1983年）〔初出1975年〕203頁以下、川岸令和「表現の機会を求めて——アクセスが沈黙を呼ぶパラドクスを超えられるか——」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開——』（日本評論社、2009年）63頁以下参照。

(44) Calvert, *supra* note 18, at 266 (citation omitted).

(45) Id.

(46) See id. at 267-270.

(47) Id. at 268.

(48) See id. at 269.

つまり、「第一に、Kevin Trudeau の事案 (situation) において、規制された主題は、書籍・会報 (newsletter) 及び製品 (products)・プログラム・サービスをうるさく勧誘している (touting) その他の情報のインフォマーシャルである。第二に、パフォーマンス保証は、過去のある時に話者が従事した特定の類型の内容(Trudeau の事案では、誤った及びミスリーディングなインフォマーシャル) だけが、それらの最初の賦課 (initial imposition) の引き金とされるため、内容規制である。・・・最後に、パフォーマンス保証は、まさに特定の類型の内容に従事したことに対して Kevin Trudeau のような話者に報復する (reward) ことを意図しているという理由で、本質的に内容規制である」⁽⁵⁰⁾。

(五) 小括

以上までの Calvert の議論から、パフォーマンス保証のような過去の表現行為に対する否定的評価を理由に将来の表現行為に対して規制を課すという手法が事前抑制と事後処罰との区別を相対化し、思想の自由市場へのアクセスの不平等を促進し、そしてそのような規制手法は本質的に内容規制であるため常に厳格審査に服するべきであることが明らかとなった。パフォーマンス保証のような金銭的インセンティブの賦課という手法を用いる場合にのみ問題②が生じ得るという点に留意すべきであるが、過去の表現行為に対する否定的評価を理由に将来の表現行為に対して規制を課すという点は、本稿の問題関心である反復して行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制の問題と親和性があると考えられる。そのため、Calvert の議論が検討したパフォーマンス保証の憲法上の問題点は、反復して行われるヘイト・スピーチの場合にも基本的に共通すると考えられる。このような問題についてアメリカと日本の議論に関する包括的な検討を踏まえたうえでの考察は、筆者の能

(49) *Id.* at 269.

(50) *Id.* at 269-270.

85 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）
力及び紙幅の観点から今後の課題としたい。そこで次章では、日本の議論との関係で若干の問題提起をし、本稿の結びに代えたい。

第三章 結びに代えて——若干の問題提起——

Calvert の議論の重要な理論的立場として事前抑制と事後処罰との区別に関する柔軟な理解が挙げられる。特に、Alexander 判決における Kennedy 裁判官の反対意見を援用しつつ事前抑制と事後処罰の両方の性質を有する政府行為が存在し得る、という理解は非常に独特なように思われる。この点、日本における事前抑制法理に関する議論を概観すると⁽⁵¹⁾、検閲と事前抑制との区別に関する一元論と二元論の問題のような検閲と事前抑制との関係に関する議論が主たる論点であり、事前抑制と事後処罰との区別はほとんど所与のものとなっているように思われる⁽⁵²⁾。ここで歴史をさかのぼってみると、戦後

(51) 事前抑制法理に関する主要な先行業績として、川岸令和「表現の事前抑制と検閲——表現の自由の源流、そしてその擁護のために」駒村圭吾・鈴木秀実編『表現の自由 I 状況へ』（有斐閣、2011 年）161 頁以下、戸波江二「検閲概念の再検討」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004 年）163 頁以下、長尾一紘「検閲の法理（一）・（二）——ドイツにおける検閲法理を手がかりとして——」法学新報 101 巻 7 号（1995 年）1 頁以下・法学新報 103 巻 9 号（1997 年）1 頁以下、安念潤司「『事前の抑制』雑考」成蹊法学 28 号（1988 年）391 頁以下、高橋正俊「検閲について」法学 50 巻 7 号（1987 年）172 頁以下、長岡徹「検閲と事前抑制」ジュリスト 1089 号（1996 年）237 頁以下、中村睦男『論点憲法教室』（有斐閣、1990 年）134 頁以下、浜田純一「事前抑制の諸相——集団行動の許可制・税関検閲・教科書検定・裁判所の事前差止——」法学教室 106 号（1989 年）16 頁以下、浜田純一「事前抑制の理論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第 2 巻』（有斐閣、1987 年）267 頁以下、芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界——アメリカ法を素材として——」『人権と議政』（有斐閣、1996 年）〔初出 1986 年〕150 頁以下、阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社、1986 年）〔初出 1985 年〕95 頁以下、奥平康弘「税関検査の『検閲』性と『表現の自由』」『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988 年）〔初出 1985 年〕83 頁以下、伊藤正己『言論・出版の自由——その制約と違憲審査の基準——』（岩波書店、1959 年）89 頁以下参照。

初期の議論には事前抑制と事後処罰との区別を否定する議論が存在したようである⁽⁵³⁾。そして、その代表的な論者として柳瀬良幹が挙げられる。少々長くなるが、煩を厭わず引用すると、「凡そ権利自由に対する制限は性質上すべて皆その行使の以前に対する事前の制限たるべきもので、事後の制限といふことはそれ自身考へられないことであり、従ってまた事実決してあるものではないからである。・・・即ち刑罰や損害賠償は犯罪や権利侵害の自由に対する事前の制限を意味することは検閲や届出制度が出版や集会結社の自由に対する事前の制限であるのと何等変るところはないのであって、違ふところはただ、後の場合には検閲とか届出義務とかいふ自由に対する国家の干渉が出版や集会結社の行為の前に行はれ、前の場合には処罰とか賠償判決とかの国家の行為が犯罪行為や権利侵害行為の後に行はれる点だけである」⁽⁵⁴⁾。この

(52) 明確に述べているわけではないので断定はできないが、事前抑制法理の役割を比較的柔軟に考えている論者として川岸令和が挙げられるように思われる。川岸は、事前抑制が事後処罰より特に表現侵害的であるという考え方に対する批判論には一定の説得力があるという理解を前提に、「重要なことは自由で豊かな情報の流通を確保することであり、表現の自由の擁護のためには表現のタイミングだけが決定的である訳ではないことに留意すべきであろう。・・・このような前提をおけば、事前抑制の禁止は歴史的に形成されてきた表現の自由を擁護するための原則であり、表現の自由を保護的に機能させる限りで有利な手段を放棄する必要はないであろう。むしろ混乱して使用されることの多い事前抑制禁止の原則の適切な守備範囲を明確化する努力が求められている」と述べた上で、その一例として権力分立の観点から事前抑制法理を理解する見解を挙げている。川岸・前掲注 (51) 170 - 178 頁参照。川岸の議論は、Calvert のように事前抑制と事後処罰との区別を相対化する方向の議論ではないが、「表現のタイミングだけが決定的である訳ではない」と認めている点で事前抑制法理を柔軟に理解しているように思われる。また、安念潤司は、Calvert のように事前抑制と事後処罰との区別を相対化するものではないが、事後処罰の典型である刑事規制が検閲性を有する場合があり得ることを指摘している点で、事前抑制と事後処罰との区別を柔軟に考えていると言えよう。安念・前掲注 (51) 172 頁以下参照。

(53) 伊藤・前掲注 (51) 90 - 91 頁。

(54) 柳瀬良幹「基本的人権と公共の福祉——それに関する諸家の説について——」末川博編『基本的人権と公共の福祉』(法律文化社、1957 年) 193 - 195 頁。

83 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）

ような柳瀬の主張に対して、伊藤正已は、「この説は、法による制裁には、つねにその前提として、一定の行為に対する禁止規範が存在するところからみて、論理的には正確であるが、そこで認められる差異、すなわち、自由の制約の実現のためにする国家権力の干渉が、個人の行為の事前に行われるか事後に行われるかということは、その自由の存在理由からみて、実質上重要な意味をもつものと考えねばならない」⁽⁵⁵⁾と指摘している。現在では、このような伊藤の立場が一般化し、事前抑制と事後処罰との区別はほとんど所与のものとなったと言える。しかし、本稿で検討した Calvert の議論（特に、事前抑制と事後処罰の両方の性質を有する国家行為があり得るのではないかという視点）及び本稿の主題である問題（反復的に行われるヘイト・スピーチ）の性質⁽⁵⁶⁾を考慮すると、事前抑制と事後処罰との区別を所与の前提とする考え方には再考の余地があるのではないだろうか⁽⁵⁷⁾。

そして、Calvert の議論では事前抑制と事後処罰との区別を柔軟に解した結果、パフォーマンス保証が本質的に内容規制であるという点を重視して厳格審査に服するべきだと主張している。このような主張について考えるとき、事前抑制法理と内容規制・内容中立規制区分論との関係が問題となるように思われる。なぜなら、事前抑制法理の中には既に内容規制と内容中立規制とを分ける考え方が混入されているように思われるからである。例えば、判例・通説における検閲概念を見ると、判例は「行政権が主体となって、思想内容

(55) 伊藤・前掲注 (51) 91 頁。

(56) おそらく、事前抑制法理は、未だ思想の自由市場に登場していない一回の表現行為を念頭に構成されている。例えば、検閲禁止の意義につき、「許されない表現を事前に抑制するためには、その前提としてまだ発表されていない表現一般が規制の対象に該当するかどうか審査する必要がある」との説明はこのような理解を傍証しているように思われる。安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本』（有斐閣、第2版、2014年）136頁〔宍戸常寿〕〔本文中の傍点は筆者による〕。このような前提が事前抑制法理に存在するならば、反復的に行われる表現行為をその射程に含めるかどうかは重要な問題であるように思われる。

等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象

- (57) 関連して、Michael Coenen の Penalty-Sensitive アプローチが注目される。Coenen は、従来の修正 1 条法理において、ペナルティの厳しさ (severity) は言論の自由の価値 (merit) に影響を与えないという考え方 (これを Penalty - Neutral アプローチと言う) が一般的であることを指摘する。しかし、彼は、修正 1 条法理の先例にはペナルティの厳しさを考慮した判決も存在していることを指摘し、このような考え方 (これを Penalty-Sensitive アプローチと言う) の体系化及び射程の拡大を主張している。See generally Michael Coenen, *Of Speech and Sanctions: Toward a Penalty-Sensitive Approach to the First Amendment*, 112 COLUM. L. REV. 991 (2012).

本稿との関連で重要なのは、彼のペナルティ概念理解及び Penalty-Sensitive アプローチと時・場所・方法分析との相違についてである。つまり、「Penalty-Sensitive 分析」におけるペナルティという用語は、多様な政府行為を含む。本稿の目的からは、話者の発言の結果としてある程度の害悪を政府行為が話者に負わせる限り、政府行為はペナルティを構成すると言われる」という広い理解を前提に、時・場所・方法分析は個人が言論規制に従うことを選択したときに生じる負担を取り扱うのに対し、Penalty-Sensitive アプローチは個人が言論規制に従わないときに生じる負担を取り扱う、と指摘する。Id. at 1000, and note 31. このような言論規制に従う次元と言論規制に従わない次元とを区別するアプローチを考慮すると、事前抑制は前者の次元の議論であり、事後処罰は後者の次元の議論であると言える。実際、Coenen も、以下のように述べて、アメリカにおける事前抑制の法理は Penalty-Sensitive ではないと評価している。つまり、「事前抑制の法理が Penalty-Sensitive だとみなされるのは、事前抑制と事後処罰という質的区別 (in-kind distinction) が『より厳格な (more exacting)』処罰と『より緩やかな (less exacting)』処罰という量的区別 (in-degree distinction) と合致する (tracks) ときのみである。・・・結果として、事前抑制の法理に関する学説上の議論は、処罰の程度とは無関係な危険に集中してきた」と指摘し、その例として手続保障の相対的欠如 (relative lack) ・言論抑圧の高度な可能性・抽象的な判断となる傾向を挙げる。そして、「これらの論拠 (accounts) は、事前抑制に対する高められた司法審査について十分な説明を提示できるが、それらはペナルティの厳しさにおける相違とは無関係である」と評価して、事前抑制法理は Penalty-Sensitive な法理ではないと主張する。See id. at 1017-1018. 以上を考慮した場合、事前抑制と事後処罰との区別が言論規制に従う次元と従わない次元という異なる次元での区別であるのならば、そもそもその区別自体が正当なのか再考の余地があるように思われる。また、仮にその区別自体が正当だとしても、表現の自由一般の体系的解釈の問題として、言論規制に従う次元と従わない次元とを区別するという発想は非常に示唆的であるように思われる。

81 - 反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？（山邨）

とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきである⁽⁵⁸⁾とし、通説は「表現行為（かつての通説のように『思想の公表』に限定されないことに注意）に先立ち行政権がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止すること」⁽⁵⁹⁾としている。つまり、思想内容と表現内容の違いはあるが、いずれにせよ、表現内容の審査という要素が既に定義上含まれている⁽⁶⁰⁾。そして、事前抑制法理の中に内容規制・内容中立規制区分論の考え方が混入されているという点は、アメリカでも同様であると思われる。実際、連邦最高裁は、Thomas v. Chicago Park District 判決⁽⁶¹⁾において、内容中立的な許可制については Freedman v. Maryland 判決⁽⁶²⁾で示された手続的保障を含む必要はない、と判断

(58) 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁〔傍点は筆者による〕。

(59) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）256 頁〔傍点は筆者による〕。

(60) また、学説上、明示的に検閲と事前抑制との区別を内容規制と内容中立規制との区別に対応させる見解も散見される。例えば、内野正幸は、検閲を「行政機関が出版物などの表現物の内容を（表現の時・所・方法を、ではなく）事前に（もしくはそれに準じる時期に）審査し、不相当と判断した場合にその表現行為を禁止すること」、狭義の事前抑制を「検閲ならざる事前抑制（表現の時・所・方法に着目したもの、および裁判所を主体とするもの）」として、規制主体の区別に加えて、内容規制と内容中立規制の区別を重視した定義を明らかにしている。内野正幸『憲法解釈の論点』（日本評論社、第 4 版、2005 年）74 - 75 頁〔傍点は原著者による〕。また、戸波江二は、「検閲とは別に、違憲的な『事前抑制』を観念できないわけではない。しかし、それは、多数説・判例のように、『検閲＝絶対的禁止』と対置された『事前抑制＝厳格な審査、合憲となる場合あり』という意味での事前抑制ではなく、『事前抑制＝表現内容にかかわらない言論の事前規制』という意味で用いられるべきである」と述べている。戸波・前掲注 (51) 186 頁。加えて、藤井俊夫は、「国民の表現活動の内容に着目してその思想内容を選別して一定の場合にはそれを抑制する」ものを「検閲的な規制」と呼んでいる。藤井俊夫「憲法訴訟と違憲審査基準 (4)」千葉大学教育学部研究紀要 33 卷 (1984 年) 78 頁。

(61) 534 U.S. 316 (2002).

(62) 380 U.S. 51 (1963),

している。しかし、事前抑制と事後処罰の区別と同様に、内容規制と内容中立規制との区別も表現の自由の基礎理論として固有の意義を有していることは周知の事実である⁽⁶³⁾。だとすれば、両者の相互関係をどのように理解するかは表現の自由の体系的解釈の観点からは重要であるはずだが、このような問題意識は従来の研究では希薄だったのではないだろうか⁽⁶⁴⁾。

以上のように、Calvert の議論は、反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制の憲法適合性という特定の問題への示唆に留まらず、表現の自由の基礎理論に対する重要な問題提起としても理解できるように思われる。以上のような指摘は十分な検討を経た上でのものではないが、その問題の所在を含めて今後の課題としたい。

※ 紙幅の問題から割愛せざるを得なかったが、本稿で取りあげた Kevin Trudeau は、長期にわたって FTC と係争を続けており、少なくとも 2003 年から 2016 年まで民事と刑事の両面で係争を続けている。そのため、本稿での紹介は非常に限定的なものとなっている。Trudeau と FTC の係争について詳細は、<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/032-3064/trudeau-kevin-et-al> を参照。

(63) 内容規制・内容中立規制区分論に関しては、さしあたり、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003 年）第 2 編参照。

(64) 関連して、例えば、公共施設の利用拒否や集団行動の許可制の文脈を考えると、事前抑制と事後処罰との区別及び内容規制と内容中立規制との区別のほかに、規制と給付との区別の要素も考慮しなければならない。この三者の相互関係をどのように理解するかも大きな問題である。