

## ヘイト・スピーチ規制と表現の自由

安 西 文 雄

- 一 問題の状況
- 二 ヘイト・スピーチ規制をめぐる議論の状況——総論
- 三 ヘイト・スピーチ規制をめぐる議論の状況——各論
- 四 最高裁の立場
- 五 最高裁の立場の検討
- 六 ヘイト・スピーチとヘイト・クライム

### 一 問題の状況

一 アメリカ合衆国の憲法理論は、表現の自由に大きな意義を見だし、その保障に強いこだわりを抱いている。しかし、これに関わる一つの限界問題がある。例えば人種的マイノリティに対してあからさまな憎悪、敵意を表明するスピーチがなされた場合、あるいはそういったスピーチが当該マイノリティのメンバーに直接向けられた

場合、こういったものにまで表現の自由の保障が及ぶのか、というものである。

これがいわゆるヘイト・スピーチ (hate speech) の問題である。ヘイト・スピーチは「憎悪と敵意に満ちた言論」<sup>(1)</sup>、「差別的表現」<sup>(2)</sup>などと訳されるが、そもそもヘイト・スピーチの捉え方自体が多様であるため、必ずしも一義的に定義しうるものではない。ただしここではある論者の定義を借りて、<sup>(3)</sup>「人種、宗教などのグループの人々に対して、憎悪、偏見を表明するスピーチ」としておこう。

ヘイト・スピーチが問題になった具体例として、一九七七年から一九七八年にかけての Skokie 事件が名高い。<sup>(4)</sup> Skokie はシカゴの郊外で、ユダヤの人々が多く住み、第二次世界大戦中のホロコーストの生存者も多いところである。<sup>(5)</sup> ここでアメリカ・ナチ党 (F. Collins がリーダー) が、かぎ十字の行進を試みたのがこの事件である。この企ては結局実現しなかったが、もし実現すれば、ユダヤの人々に対する憎悪、偏見を表明するスピーチとして、ヘイト・スピーチになったはずである。

またアメリカで一九八〇年代後半から顕著にみられるようになった大学でのスピーチ規制もヘイト・スピーチ規制の問題の一環である。<sup>(6)</sup> これは、人種などを理由として、そういったカテゴリーに属する人々に対しあからさまに敵意を表して尊厳を傷つけるスピーチがあった場合、大学の規範によって規制しようとするものである。

二 このようなヘイト・スピーチ——以下、とりわけ人種に関わるヘイト・スピーチを考察対象とし、この種のヘイト・スピーチを単にヘイト・スピーチと略称する——を倫理的にみた場合、望ましくないことは当然である。しかし問題は、そういった内容のスピーチを法的に規制することの可否である。<sup>(7)</sup> そもそもヘイト・スピーチ規制は、スピーチの内容を理由とした表現規制 (content-based regulation) である。<sup>(8)</sup> これは表現の自由の領域で最も警戒されるものの一つであるが、それでも憲法上許容されるのか、という問題がここで提示されるわけである。

問題の状況をさらに検討してみよう。ヘイト・スピーチ規制は表現の内容規制だと述べたが、実は通常の場合の

表現内容規制とは異なった性格を帯びていることが指摘される。

通常のタイプの表現内容規制の場合、例えば公権力側が自らに批判的なスピーチを望ましくないものとして抑制する場合をまず考えてみよう。このような抑制がなされれば、社会に流通する言論・情報が、量的にみれば減少し、質的にみれば偏つてしまう。こういった弊害を真剣に捉え、表現の内容規制に対しては厳しくチェックすべきだという議論が提示され、それをもとにして司法審査においては厳格審査 (strict scrutiny) の基準が適用される。

ところがヘイト・スピーチを理由とした表現内容規制の場合、通常のタイプのものと異なる。ヘイト・スピーチをあげせられたマイノリティは、自らの尊厳を傷つけられたショックで、あるいは自らのスピーチの価値を否定されて、黙らされてしまう。ヘイト・スピーチ規制を主張する論者は、このようにマイノリティのスピーチが社会における情報・意見の流通のなかに入ってこない点を指摘する。つまりここでの表現内容規制は、マイノリティの人々のスピーチが表明されるようにする、ひいては社会における豊かな情報・意見の流通を保護することを企図するものといえよう。

このようなヘイト・スピーチ規制については、視野を転ずれば、アファーマティヴ・アクション<sup>(9)</sup> (affirmative action＝積極的差別是正措置) に部分的にせよ類似した性格を持つことが指摘されうる。

アファーマティヴ・アクションとは、これまで差別されてきた人々——人種的マイノリティなど——への処遇を、一時的にはあれ、その他の人々より優位におくものである。これは「平等のための差別」というパラドクシカルな性格を持つ。人種に関わるアファーマティヴ・アクションについていえば、通常のタイプの人種差別と異なつて、公的機関 (または私的機関) が社会的平等の実現のため不平等処遇を行なうという面があるからである。伝統的なタイプの人種差別が悪性の (malign) 人種差別だとすれば、人種に関するアファーマティヴ・アクションは良性的 (benign) 人種差別といわれるゆえんである。

これとパラレルにヘイト・スピーチ規制は、「表現の自由のための表現規制」というパラドクシカルな性格を持つ。通常のタイプの表現内容規制と異なつて、公的機関が、マイノリティの発言力を保持し、社会における情報・意見の多様性の実現のため表現内容規制を行なうという面が指摘できるからである。

しかも人種を考慮したアファーマティヴ・アクションが、人種による別異扱いという平等保護の領域で最も警戒すべきだとされる手段を用いるのとパラレルに、ヘイト・スピーチ規制は、表現内容規制という表現の自由の領域で最も警戒すべきだとされる手段を用いるのである。

アメリカ合衆国の憲法理論において最大級の重要性を持つ人権領域——表現の自由と平等保護——において、以上のような類似したパラドックスが出現しているのは、興味深い現象である。

しかしながら、ヘイト・スピーチ規制とアファーマティヴ・アクションとの間には、類似点のみではなく、重要な相違点が指摘される。アファーマティヴ・アクションの場合、想定される受益者はマイノリティのみである<sup>(10)</sup>。マジョリティ——アメリカの場合、白人男性など——が受益者になることはなく、むしろ負担を負わされる側に立つ。このように受益・負担のあり方は一方向的である。これに対しヘイト・スピーチ規制の場合、ヘイト・スピーチに該当すれば、マジョリティ側のスピーチのみならず、マイノリティ側のスピーチも規制される<sup>(11)</sup>。すなわちアファーマティヴ・アクションが一方向的であるのに対比すれば、ヘイト・スピーチ規制は双方向的であるという相違が認められる。しかもヘイト・スピーチの規制権限を握るのは、多くの場合マジョリティ側の人々であろう。

このような相違点を考慮に入れるとき、ヘイト・スピーチ規制はアファーマティヴ・アクションよりも危険な性格を帯びることが注意される。

三 本稿においては、以上のような問題意識の下に、主として人種に関するヘイト・スピーチ規制の問題について、しかも、アメリカ合衆国の議論状況を検討することに焦点を当てる。従つて人種に関わらないヘイト・スピー

チは検討の主要対象からは外される。また、ヘイト・スピーチについては、例えばヨーロッパの諸国では、アメリカ合衆国とは異なって規制を容認する方向に傾いている<sup>(12)</sup>。そもそもアメリカ合衆国の理論状況もヨーロッパ諸国の立場も、ともに憲法的価値に関する選択の一つとして尊重に値するものと思われる、その対比は興味深い課題である。しかし本稿においては、議論の拡散を防ぐ見地から、このような問題にも立ち入らない。

- (1) 紙谷雅子「表現の自由——憎悪と敵意に満ちた言論の規制——R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota, 112 S. Ct. 2538 (1992)」ジュリスト 一〇二二号一三六頁以下 (一九九三)。
- (2) 内野正幸『差別的表現』(一九九〇)、大沢秀介「差別的表現」法学教室一七八号五五頁以下 (一九九五)、棟居快行「差別的表現」『憲法の争点【第三版】』一〇四頁以下 (一九九三) など。戸松秀典「表現の自由と差別的言論」ジュリスト一〇二二号五七頁以下 (一九九三) は、差別的言論という訳を用いる。
- (3) Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal*?, 1990 DUKE L. J. 484, 488. なお、長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ——表現の自由のディレンマ——」(一)早稲田法学七二巻二号一七七頁以下一八五頁 (一九九七) によれば、いわゆるPCが無意識の日常言語に潜む差別・偏見のイデオロギーを問題にするのに比して、ヘイト・スピーチは「差別的・侮蔑的・脅迫的色彩を帯びた言葉(言語)による表現」を問題にするという。
- (4) G. GUNTHER & K. SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 1112-14 (13th ed. 1997) に簡略な経緯の解説がある。See also Downs, *Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment*, 60 NOTRE DAME L. REV. 629 (1985).
- (5) L. BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY 13 (1986) によれば、第二次世界大戦の強制キャンプの生存者数千人が、事件当時 Skokie に住んでいたという。
- (6) 大学の学則については、ミシガン大学の学則に「Doe v. Univ. of Michigan, 721 F. Supp. 852 (1989) があり、学則は過度に広範で不明確であると判断された。また、ウィスコンシン大学の学則に「UWM Post v. Board of Regents of U. of Wis. 774 F. Supp. 1163 (1991) があるが、やはり学則は過度に広範で不明確であると判断されている。」
- (7) 江橋崇「浦部法穂・内野正幸・横田耕一」座談会・『差別的表現』は法的に規制すべきか」法律時報六四巻九号一六頁以下、一六〇一七頁 (一九九二) 参照。
- (8) もっとも、表現内容中立的な規制方法もある。例えば the law of trespass に対処するなどである。C. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 183 (1993, 1995).

(9) アフアーマティヴ・アクションに関しては、安西文雄「法の下の平等について(四・完)」国家学会雑誌一二二巻三・四号六九頁以下、七〇〜一〇四頁(一九九九)参照。

(10) アフアーマティヴ・アクションに関しては、想定される受益者自体がステイグマを押しつけられるという捉え方も有力であることに注意。安西・前出注(9)九一〜九二頁参照。また、*Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) における Thomas 裁判官の部分的同調・結論同調意見もこの点を強調する(*id.* at 240)。

(11) ちなみに M. Matsuda は、歴史的に抑圧されてきたマイノリティに直接向けられた人種差別的ヘイト・スピーチのみ規制すべきであると「マジョリティに向けられたものは対抗言論で処理すべきであると主張する。Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320, 2357-58 (1989)。

(12) アメリカ合衆国以外の法域におけるヘイト・スピーチ規制の概観を提供するものとして、*See, e.g., Lasson, Racial Defamation as Free Speech: Abusing the First Amendment*, 17 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 11, 50-53 (1985); *Perea, Strange Fruit: Harassment and the First Amendment*, 29 U.C.D.L. REV. 875, 886-88 (1996) また内野・前出注(2)が包括的な概観を提供するともに、大沢・前出注(2)六一〜六二頁もカナダの判例理論を紹介している。

## 二 ヘイト・スピーチ規制をめぐる議論の状況——総論

一 まずはじめに、表現の自由に関わるアメリカ合衆国連邦最高裁(以下、最高裁)の判例論理の枠組みをまとめておきたい。そもそも表現の自由の保障が及ぶか否かについて、最高裁はカテゴリーカル・アプローチをとっている。すなわち、ある種の表現が憲法上の保障の枠からカテゴリーカルに除外されるのである。具体的にそういった「保護されない表現」(*unprotected speech*)として、わいせつ(*obscenity*)、ライベル(*libel*)文書による名誉毀損<sup>(1)</sup>、けんか言葉(*fighting words*)などがあげられる<sup>(1)</sup>。

また表現の自由に対する規制について、判例上二つに大別される<sup>(2)</sup>。一つには、表現内容にもとづく規制がある。これは表現内容が適切でないからという理由で公権力が規制を行なうものであり、表現の自由に対する非常に危険

な規制であるとして、厳格審査に付される。もう一つには、表現内容中立的な規制がある。これは表現の内容ではなく、表現のとき、場所、方法が適切でないとして規制を行なうものであり、内容規制ほど危険ではなく、いわゆる中間審査 (intermediate scrutiny) に付される。

では、以上のカテゴリカル・アプローチと規制二分論とは、いかなる関係にあるのであろうか。伝統的な理解によれば、まずカテゴリカルに保護されないスピーチが除外される——従って、こういったスピーチが規制されても違憲とならない——。次に保護の枠内に入るスピーチについて規制が及ぶとき、その規制が内容にもとづくものか内容中立的なものが問われることになる。

こういった伝統的な理解に反する立場を示したのが、後にみる *R.A.V. v. City of St. Paul*<sup>(3)</sup> であり、その点でこの判決は表現の自由の領域における新展開といえるが、これについては後に触れることとし、さしあたりは、伝統的な理解にもとづいて検討を進めてゆきたい。

二　そもそもヘイト・スピーチ規制の合憲性に関わる学説上の議論は、大きく二つに分けることが可能である。一つは、ヘイト・スピーチはその内容の悪性のゆえに、そもそも憲法上保護されないスピーチのカテゴリリーに入るとする議論の方向であり、もう一つは、ヘイト・スピーチも憲法上保護されるスピーチのカテゴリリーに含まれるとする議論の方向である。

G. Gunther と K. Sullivan の整理を参酌すれば<sup>(4)</sup>、前者の議論の方向に属するものとして次の三つの立場があげられる。第一は、ヘイト・スピーチがけんか言葉に含まれるとする立場である。第二は、ヘイト・スピーチがグループ・ライベル (group libel) グループに対する文書による名誉毀損<sup>(5)</sup>に含まれるとする立場である。そして第三に、ヘイト・スピーチが独自のカテゴリリーとして、憲法上保護されないスピーチを構成すると考える立場である。とくに第三の立場については、未だこういったカテゴリリーを認める判例がないことが指摘されなければならないが、とも

かく第一ないし第三の立場においては、ヘイト・スピーチは憲法上保護されないもので、その規制は憲法違反の問題を生じないことになる。

後者の、ヘイト・スピーチにも表現の自由の保障が及ぶことを前提とした議論の方向に属するものとして、やはり Gunther と Sullivan の整理を参酌すれば、<sup>(5)</sup>さらに二つの立場が認められる。一つはヘイト・スピーチに憲法上の保障が及ぶが、それでも平等保護など、それを凌駕する価値のためヘイト・スピーチ規制は合憲となるとする立場である。もう一つは、ヘイト・スピーチに憲法上の保障が及び、かつこれを凌駕する理由がないとして、規制を違憲とする立場である。

以上のように総計五つの立場が考えられる。次章においては、これらに関わる議論をより立ち入って検討してゆくこととしたい。

- (1) See *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942).
- (2) See *G. GUNTER & K. SULLIVAN*, CONSTITUTIONAL LAW 1203-34 (13th ed. 1997).
- (3) *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
- (4) *G. GUNTER & K. SULLIVAN*, *supra* note 2, at 1110.
- (5) *Id.* at 1110-12.

### 三 ヘイト・スピーチ規制をめぐる議論の状況——各論

#### 一 けんか言葉の論理

- (一) まずはじめに、けんか言葉の論理に依拠してヘイト・スピーチ規制を根拠づける考え方から検討してゆき



たい。

けんか言葉が憲法上の保護を受けないことを示したリーディング・ケースは、*Chaplinsky v. New Hampshire*<sup>(1)</sup>である。W. Chaplinsky はエホバの証人の信者であり、ある土曜日の午後、路上で自派宗教のパンフレットを配っていた。市の警察署長 Bowering が Chaplinsky に対して、群衆が彼を襲おうとしている旨、伝えようと近付いたところ、Chaplinsky は Bowering に向かって、「You are a God damned racketeer」などの暴言をあげたというのが本件の事実関係である。

ニュー・ハンプシャーの州法によれば、路上または公共の場所にいる人に対し、不快な、嘲笑的な、または困惑させるようなスピーチをあげてはならない、などと定められていた。Chaplinsky はこの州法の規定に反したとして刑事責任を問われたので、当該州法は表現の自由に反しており違憲であると主張して争った。

最高裁においては、一定のカテゴリーに属するスピーチについて、それが表現の自由の枠外におかれるとする立場が示された。判旨によれば、ある種の「カテゴリーに属するスピーチについては、それを抑制したり処罰したりしても、憲法問題を生じないと考えられている」という。そして「そういったものとして、みだらでわいせつな言葉、冒瀆的な言葉、名誉毀損となる言葉、侮辱的なけんか言葉がある。これらは発言と同時に害悪を生ずるか、または即座に治安を乱す傾向のあるものである<sup>(2)</sup>」と論じられた。

ちなみに最高裁は、これらの表現について次のようなバランス論を展開する<sup>(3)</sup>。一方で、表現を保障する方向に働きうるファクターをみると、これらの表現は思想表現の本質的部分ではないし、真理到達への社会的価値が乏しい。他方で、表現を抑制する方向に働きうるファクターをみると、これらの表現を抑制して秩序と道徳への社会的価値を守る必要がある。従ってこのバランスングをもとに、これらの表現はカテゴリーカルに表現の自由の保障の枠外におかれると捉え、たとえ規制しても違憲とはならないとしたのである。

以上が Chaplinsky 判決の概要である。こうして判例上、けんか言葉を規制しても憲法に反しないという論理が認められたのであるが、その後の判例展開において、この論理は限定される方向にある。Gunter と Sullivan<sup>(4)</sup>によれば、それは少なくとも二つの点に現われる。

第一は、そもそも Chaplinsky 判決が、けんか言葉について二つのあり方を示していることに関わる。関連する判旨の部分を繰り返し返せば、「発言と同時に害悪を生ずる」タイプのものと、「即座に治安を乱す傾向」のタイプのものである。しかしその後の判例展開においては、後者のタイプのものだけに焦点が当てられている。これが一つの限定である。第二に、けんか言葉は個人に向かってあびせられるものに限るという限定である。

この第二の点の限定に関わる重要判例としてあげられるのが、Cohen v. California<sup>(5)</sup>である。この事件は P. Cohen が “Fuck the Draft” という言葉を書いたジャケットを着てロス・アンゼルス郡裁判所の廊下を歩いた行為が刑事責任に問われたものである。そもそも Cohen の意図は、ベトナム戦争反対、徴兵反対のメッセージを伝えようとするものであったが、カリフォルニア州の刑事法典は、不快な行為により近隣の治安、平穏を悪意をもって意図的に害する行為を処罰していた。そこでこの刑事法典によって Cohen を処罰しうるか否かが争点となったのである。

判旨においてはまず、けんか言葉の論理に関して検討が展開された<sup>(6)</sup>。判例上、州はけんか言葉を禁止しうるが、本件の場合この論理が適用されない。なぜならば Cohen のスピーチは相手方に向かって直接あびせられたものではないし、かつ、その場に居合わせた人、または居合わせるであろう人は、本件スピーチを直接の個人的侮辱とはみなさないからである。

次に、個人のプライバシー論についても議論が展開された<sup>(7)</sup>。個人のプライバシー領域に本人の望まない見解が侵入してこないよう州が規制することは考えうる。しかし、本件の場合、Cohen のジャケットから人は眼をそ

むけることによってこれを回避することが可能である。従ってプライバシー保護を理由とした規制も成り立たない。

よって結論的に、よりはっきりしたやむにやまれぬ理由が示されない限り、州は卑猥な罵り言葉であるからといって、その表現を刑事処罰の下におくことはできない、と判断された。

(二) けんか言葉の論理については以上のように判例論理が展開しているが、この論理の下でヘイト・スピーチ規制を考えてゆく見解として、T. GreyがStanford大学のために起草したポリシーが著名である<sup>(8)</sup>。ちなみに同大学は私立大学であるが、Greyは、仮に公立大学で修正一条の適用を受けるとしても、そのポリシーは合憲であるとする見解をとっている。

このポリシーによれば<sup>(10)</sup>、表現が以下の条件を全て満たすとき、差別的ないやがらせ (discriminatory harassment) に該当し、大学による懲戒の対象となるとされる。すなわち、第一に、性別、人種、皮膚の色、ハンディキャップ、宗教、性的傾向、もとの国籍、民族的出自にもとづいて、個人または少数の人々に対し、侮辱し、スティグマを押しつける意図を持ち、かつ、第二に、そういった個人または少数の人々に直接向けられ、さらに、第三に、侮辱的または闘争的な言語または非言語表現をすること、である。このようにこのポリシーは、一般的な差別的発言と、個人に向けられた侮辱的または闘争的発言を区別し、後者のみを規制しようとするものであり、既述のけんか言葉の論理に依拠するものといえる。

ちなみにGreyは、このポリシーについてコメントを付している<sup>(11)</sup>。まず、どうして人種や性別などにもとづくもののみ規制するのか、という点である。彼によれば、こういった特性によって差別されてきた人々は蓄積的差別——繰り返されるスティグマの押しつけ、侮辱、尊厳侵害——という特別の害悪を被っている。そして蓄積的で社会に広がってしまった差別が、差別的いやがらせの耐え難い害悪を浮かび上がらせるのだという。次に、こういっ

た表現は何回も繰り返されることが必要か、それとも一回でよいのか、という点である。Greyによれば、一回でも規制対象となるという。社会に広がってしまった害悪を前提とするため、たとえスピーチが一回なされただけであつても、大学教育に害悪があるからである。

以上がGreyの提示するキャンパス・スピーチ規制の概略である。これにつき若干のコメントを付しておこう。彼の立論の前提には、マイノリティのメンバーが、社会における蓄積的差別の害悪を被っているという認識が存在する。そこから、彼らに直接あびせられるヘイト・スピーチを規制すべき強い要請が導出される。ただしそれにしても表現の自由の保障を重視する見地から、規制対象となるスピーチにつき、けんか言葉の論理になぞらえられるものに限定するわけである。<sup>(12)</sup>

## 二 グループ・ライベル

(一) 次に、グループ・ライベルの論理に依拠して、ヘイト・スピーチ規制を根拠づける考え方を検討してみたい。

この論理のリーディング・ケースとしては、*Beauharnais v. Illinois*<sup>(13)</sup>があげられる。J. *Beauharnais vs the White Circle League of America* という人種差別的団体の長であるが、*"Preserve and Protect White Neighborhoods"* (白人の地域を守ろう) と題されたパンフレットを配布した。このパンフレットはアフリカン・アメリカン<sup>(14)</sup>を誹謗する内容であつたので、名誉毀損を処罰するイリノイ州の刑事法によって *Beauharnais* は刑事責任に問われた。そこで彼は、当該法は表現の自由の侵害に該当すると主張して争つたのである。

最高裁の判断は、九名の裁判官が五対四に分かれるものであつた。多数意見を執筆した *Frankfurter* 裁判官は、既にみた *Chaplinsky v. New Hampshire* の一節を引用し、<sup>(15)</sup> まず個人に対するライベルは表現の自由の保障の枠外におかれることを指摘する。

本件は、個人ではなくグループに向けられたものであるが、Frankfurter 裁判官は、ライベルが個人に向けられた場合に処罰できるのなら、グループに向けられた場合にも処罰できるはずであるとする。なぜならば、個人の権利のあり方が、彼の属する人種的・宗教的グループの地位に依拠しているからである。換言すれば、個人の仕事・教育の機会、個人の尊厳は、彼自身の能力に依拠するのと同じくらい、彼が好むと好まざるとにかかわらず属する人種的・宗教的グループに対する社会的評価に依拠するからである。

(二) 以上が Beaharnais 判決の概要である。この判決のようにグループ・ライベルを憲法上保護されないスピーチであると捉えれば、ヘイト・スピーチをこの論理の下で規制しても憲法上の問題を生じないとの結論が得られそうである。

しかしこういった論理の方向に対しては、いくつかの側面からの批判がありうる。一つには、Beaharnais 判決における社会の捉え方の問題である。確かに個人の権利・利益が、その属するグループの社会的位置づけに大きく影響されることは一般に認識されることであろう。しかし、この判決はさらに一歩進めて、グループ自体を一つの実体 (entity) と認める方向を示唆している。アメリカにおける強固な個人主義の伝統からすれば、Beaharnais 判決はやや逸脱したもののように思われる。

もう一つには、この判決の論理に従うとき、表現の自由に対する広範な制限になってしまうことが危惧されることである。判決において反対意見を執筆した Black 裁判官によれば、<sup>(16)</sup>グループ・ライベルとけんか言葉とは異質であるという。個人に向けられたものかという点でみれば、けんか言葉は個人に向けられたものである (Cohen 判決) が、グループ・ライベルはそうではない。Beaharnais とそのグループは政治的に陳情しようとしたのであって、それは個人に関する、あるいは個人に向けた表現ではないのである。また誹謗の悪質度という点でみれば、けんか言葉は人に向かってあびせられる誹謗であるが、グループ・ライベルが問題になった Beaharnais 事件のパン

フレットは、人種に関する通常の議論に比べて穏やかなものだという。

Beauharnais のパンフレットの記載が穏やかなものかどうか、Black 裁判官の見解には異論のあるところであろう。ただし、この事件を離れて抽象的に考えた場合、グループ・ライベルは、けんか言葉より誹謗の程度が穏やかになりうる。従ってグループ・ライベルは拡散的な概念とはいえよう。そうだとすれば、Black 裁判官の言うように、Beauharnais 判決のような広範な規制を認めれば、人種差別主義の主張に対する規制にとどまらず、平等を求め人種隔離に反対する人々の主張についても規制が適用されるおそれが出てくる。

Beauharnais 判決については、以上のように表現の自由に対する侵害の危険が伴う。この判決はその後、明確に判例変更されたわけではないが、表現の自由の保障に重点をおいた New York Times Co. v. Sullivan<sup>(17)</sup>によって実質的に否定されたとみる向きが学説上一般である。<sup>(18)</sup>

(三) グループ・ライベルそれ自体に関する判例・理論の状況は以上であるが、次にこの理論に依拠してヘイト・スピーチ規制を考える立場をみてみたい。

既に第二次世界大戦中、D. Riesman はこの方向を切り開く議論を展開している。彼によれば、現代のデモクラシーはグループ間の相互交渉によって成り立っているものと捉えられ、従って個人はグループに参加することによって社会の福祉に貢献でき、かつ、自己の能力を展開できるのだという。こういった社会の捉え方を前提にするとき、マイノリティ・グループに対する名誉毀損によって、それに属する個人が心理的・物理的に害悪を被っていることを認識すべきだ、と指摘したのであった。<sup>(20)</sup>

また K. Lasson は、グループ・ライベルにもとづいて人種差別的な名誉毀損 (racial defamation) の規制を容認する議論を展開する。<sup>(21)</sup>

まず彼は、Beauharnais 判決が後の New York Times Co. 判決で実質的に否定されたとみる一般的な捉え方に

異を唱える<sup>(22)</sup>。New York Times Co. 判決は、公務員が批判を受けたとき、当該公務員が名誉毀損を理由とする損害賠償を批判者に対し求めうるか否かが争点とされたケースであった。従ってグループ・ライベルを扱った Beauharnais 判決とは事案が異なるという。つまり彼によれば、New York Times Co. 判決が Beauharnais 判決まで否定したとみるのは広きに失した理解の仕方だという。こうして Beauharnais 判決にもとづいて理論展開を行なう可能性が留保される。

こういった判例理解の下で Lasson は、人種差別的な名誉毀損を規制することは認められるという。その理由として第一に<sup>(23)</sup>、そういった表現に価値がないことがあげられる。グループに対する名誉毀損には、自由かつ強靱な思想の交換は認められず、価値ある思想、意見、提案はみられないのである。第二に以上の価値評価を前提として<sup>(24)</sup>、人種差別的な名誉毀損は、もはや表現として捉えられる限界を超えて、発話者の憎しみの実行行為 (the practice of hatred of the speaker) となる、換言すれば、暴行 (assault) を構成すると理解される。従って、身体に対する暴行が憲法上保護される表現とはみられないのと同じく、言葉による暴行も保護される表現と誤解されてはならないという。

ただし Lasson は、完全な抽象論として人種問題を論ずることと、人種に関わって現実に憎しみを表わすこととを分ける。彼によれば<sup>(25)</sup>、南アフリカにおけるかつてのアパルトヘイトを客観的に論ずることは表現として保護されるが、論者がアパルトヘイトを唱道すれば、表現として許容されるラインをこえてしまうのだという。

(四) さて、こういった議論につき、若干だけコメントを付しておこう。Lasson の立論においてもそうだが、規制される表現の幅が広く、とりわけ規制の双方向性の問題——規制が、マジョリティの表現のみならず、マイノリティの表現にも向けられる——が危惧される。Beauharnais 判決における Black 裁判官の反対意見が論じたように<sup>(26)</sup>、例えば人種隔離に反対するアピールなども場合により規制対象とされる危険性が浮上する。

### 三 独自のカテゴリー論

(一) けんか言葉の論理やグループ・ライベル論など、判例上の保護されないスピーチのカテゴリーに依拠する立場をみてきた。次に、人種に関するヘイト・スピーチが、憲法上保護されないものとして独自のカテゴリーを構成すると思われる立場につきみてゆきたい。

そもそもどうして独自のカテゴリーを提唱するのであろうか。以下にみるごとく、こういった理論的試みを提唱する論者たちは、人種（あるいはそれに準ずる民族）に関わるヘイト・スピーチに規制を限定する傾向があるように思われる。アメリカにおける歴史的経緯に照らせば、この種のヘイト・スピーチこそ最も深刻な害悪を生ずるものであり、それに明確に焦点をあわせたいという事情があろう。しかし、けんか言葉やグループ・ライベルは、人種に限らず一般的に表現の自由の例外として論じられるものであるから、人種的マイノリティに向けられたヘイト・スピーチの害悪の深刻さに焦点を限定することができない。そこからして新たに独自のカテゴリーを提唱することになる。そうだとすれば、以下に検討する独自のカテゴリー論は、人種問題の歴史的・社会的脈絡を重視する考え方を背景に持つものといえよう。

(二) 独自のカテゴリーを論ずる有名な論者として、やはり R. Delgado があげられよう。<sup>(27)</sup> 彼によれば、人種差別的侮辱 (racial insults) は通常の侮辱とは比較にならない独特の性質を持つという。一方で、<sup>(28)</sup> 人種差別的侮辱は害悪を生ずる危険性が大きいことが指摘される。人種という指標は不可変更的であるし、アメリカにおける人種差別の歴史全体を喚起するものである。従ってこのような侮辱は、それが向けられた人の尊厳、自尊心を害するものであるし、特にマイノリティの子どもが犠牲者の場合、自己の価値・能力を疑問視するようになってしまう。

他方で、<sup>(29)</sup> 人種差別的侮辱の被害者が害悪に対処する方法をほとんど持たないことが指摘される。一般に表現の自由の領域では、適切でない表現がなされたとしても対抗言論で対処すべきものと考えられている。しかし、この対



処法が人種差別的侮辱の場合、成り立たない。なぜならば、マジョリティ対マイノリティの力関係のなかで、力のあるマジョリティが力のないマイノリティを侮辱するとき、力のないマイノリティにとって反論すること自体困難であるし、仮にマイノリティが反論したとしても、さらなる侮辱を受けるだけだからである。

Delgado はこのように論じて、人種差別的侮辱は独自の性格を持つものであり、従ってこれについて独自の不法行為訴訟を認めるべきだという立場をとる。<sup>(30)</sup>

彼はさらに考察を展開し、そもそも人種差別的侮辱には表現の自由の価値が欠けていると論ずる。表現の自由の価値については T. Emerson の四つの価値論が有名であるが、Delgado はそのそれぞれについて考察を展開する。

Emerson のあげる表現の自由の価値の第一は、<sup>(31)</sup>個人の自己実現である。表現は思想の展開や自己の肯定のために不可欠だといふのである。しかし Delgado によれば、<sup>(32)</sup>偏見とそれにもとづく人種差別的侮辱は、偏見を持つ人々の道徳的・社会的成長を促進するどころか、阻害してしまうのだといふ。

第二に、<sup>(33)</sup>真実への到達の価値があげられる。人間の知識の向上は、表現の自由の保障の下で、仮定にチャレンジすることによって得られるのだといふ。しかし Delgado は、<sup>(34)</sup>人種差別的侮辱は、聞く者に情報を与えたり説得しようとしたりするものではないし、議論を誘発するものでもないといふ。

第三に、<sup>(35)</sup>判断過程への参加の価値があげられる。しかし Delgado によれば、<sup>(36)</sup>人種差別的侮辱の場合、政治的パワーは一部の人々に留保され、他の人々が除外されるという状況が醸し出され、階級社会を形成してしまうのだといふ。

第四にあげられるのは、<sup>(37)</sup>安定と変化のバランスである。そもそも意見表明を抑圧すれば、社会が状況の変化や新しい思想の展開に対応できなくなり、変化が真に必要なになったとき、より暴力的でラディカルな変化になってしまう。しか<sup>(38)</sup> Delgado は、人種差別的侮辱は安定と変化のバランスをとるといふ点でも欠けていると指摘する。人種

差別的侮辱は、暴力の発生につながってしまうので安定に資するものではないし、しかもそれによって人は偏見にとらわれ、変化にも対応できなくなるのである。

(三) ヘイト・スピーチについて、Delgadoの主張より規制対象を限定しつつも、やはり独自の保護されないスピーチのカテゴリーを提唱するものに、M. Matsudaの見解がある。<sup>(39)</sup> 彼女の人種差別的スピーチ (racist speech) の理解の仕方は、Delgadoのそれにかなり近い。

Matsudaによれば、一方で、<sup>(40)</sup> 人種差別的スピーチの害悪は大きい。こういったスピーチの被害者の被る心理的崩壊や自由制約——ヘイト・スピーチを避けるため職を去ったり、教育をあきらめたり、家をかえたり、さらには公的な場所に出ることを避けたり、スピーチ抑制を余儀なくされたりすること——が指摘される。他方で、<sup>(41)</sup> このような人種差別的スピーチについては対抗言論が有効ではない。マイノリティを貶すスピーチは、その犠牲者のスピーチを真剣に捉えられないものとしてしまうのである。

以上のような状況理解の下に、Matsudaは人種差別的スピーチはそれ独自のカテゴリー (a sui generis category) として捉えられるのが最も妥当だといふ。<sup>(42)</sup> つまりこういったスピーチは、歴史にかんがみて、対抗言論を行使する能力を欠く人々を恒久的に格下げする思想を示すものであるから、憲法上保護されるディスコースの領域の外におかれるべきだというのである。

Matsudaはこうして保護されないスピーチのカテゴリーを認めるが、ただし修正一条の価値を尊重する見地から、当該カテゴリーは狭く定義されるべきだとする。ちなみに付言すれば、そういった狭い定義は、保護されないものとしての人種差別的スピーチにいかなる制裁が加えられるのかという点にも関わる。つまりDelgadoのように不法行為による制裁を考えているのではなく、<sup>(43)</sup> 刑事・行政上の制裁が適切としていふこととの関係で、制裁対象を限定的に定義づける必要がでてくるのである。

具体的に Matsuda は、どのように人種差別的スピーチを定義づけるのであろうか。彼女によれば次の三つの特質によって限定的に定義づけられるという。<sup>(44)</sup> 第一に、人種的劣等性を主張するメッセージであることである。これはもちろん人種差別的スピーチの主要な特性である。第二に、歴史的に抑圧されてきたグループに直接向けられたメッセージであることである。このようにマイノリティに対するスピーチのみを規制し、マジョリティに対するスピーチは、たとえ不快であっても言論の自由市場に対処を任せるという一方向性が、Matsuda の議論にとって特徴的な点である。その背景には、人種差別主義と社会におけるパワー・従属化の関係の認識がある。つまり人種差別的スピーチが特に有害なのは、それが従属化のメカニズム (mechanism of subordination) をになうものだからであり、歴史的に存する人種の上下関係の補強につながるからである。第三に、メッセージの内容が迫害的なもの、敵意あるもの、相手を格下げする内容のものであることが条件とされている。

(四) Delgado' Matsuda の立場をみてきた。さらにもう一人、D. Downs の立論を検討してみたい。<sup>(45)</sup> Downs の議論の立て方においては、一般的なグループ・ライベルと、相手方に向けられた人種的・民族的中傷 (targeted racial or ethnic vilification) の区分論が重要な位置をしめる。<sup>(46)</sup> ちなみに本稿で既に言及した Skokie 事件は、後者のカテゴリーに含まれるという。この事件においてアメリカ・ナチ党は、そこに住むユダヤの人々に向けてかぎ十字の行進を企図したからである。

以上のように分類しておいて Downs は、一般的なグループ・ライベルには表現の自由の保護が及ぶが、相手方に向けられた人種的・民族的中傷には保護が及ばないと主張する。保護が及ばない理由として次の三点があげられる。<sup>(47)</sup> 第一は自律性 (autonomy) である。人種的・民族的中傷は、人種、民族という要素が中傷をあびせられた人の行動を規定していると把握するものであり、人間の道徳的自律性を否定し、ひいては人間性それ自体を否定する害悪があるという。第二は暴行 (assault) である。このようなスピーチは相手方に襲いかかるものであり、心理的

にトラウマ (trauma＝外傷) を与えてしまう。従ってこのようなスピーチについては、対抗言論で救済することができないという。第三には合理性 (rationality) である。スピーチが合理的であれば理性的な個人・社会にプラスをもたらすが、相手方に向けられた人種的・民族的中傷にはそういったプラスがないのである。

Downsによれば<sup>(48)</sup>、一般的なグループ・ライベルに表現の自由の保障が及ぶことの根拠も、以上の要素の検討との関係で考察することができ。一般的なグループ・ライベルであれば、相手方に直接襲いかかるものではないので、対抗言論に必要な精神状態が侵害されることがなく、従ってそれによって対処しうるわけである。

では彼の立論において、現実にとどのようなスピーチが表現の自由の保障から除外されるのであろうか。<sup>(49)</sup>先にみた Beauharnais 事件の場合は一般的なグループ・ライベルだが、仮に Beauharnais がそのパンフレットをアフリカン・アメリカンの家庭の前で配布したり、彼らに手渡したりすれば、相手方に向けられた人種的・民族的中傷となり表現の自由の枠から除外されるという。また Skokie 事件の場合、「相手方に向けられた」という要件が充足されるか問題であるが、この要件は特定の近隣に向けられた場合のみならず、まれにはエスニック・コミュニティ全体に向けられる場合があり、Skokie の場合はこれに該当するという。

以上が Downs の立論の概要である。彼は「相手方に向けられた」(targeted) という言葉をかぎにして、独自の憲法上保護されないスピーチのカテゴリーを提唱するわけである。このかぎ概念は、けんか言葉で言うところの「相手方に直接あびせられる」という要件よりも広いものと理解される。Skokie 事件のようにコミュニティ全体に向けられた場合も含まれているからである。つまりグループ・ライベルよりは狭く、かつけんか言葉よりは広い範囲で、人種・民族に焦点を合わせて規制対象を考える立場と理解されるであろう。

#### 四 憲法上の価値の対立のなかでの規制合憲論

これまでみてきたのは、一定のカテゴリーのスピーチが表現の自由の保障の枠外におかれることを前提に、ヘイ

ト・スピーチがそれに該当することを論ずるものであった。次に以上の諸説とは異なり、表現の自由の保障がヘイト・スピーチにも及ぶものと考えつつ、修正一条(表現の自由)と修正一四条(平等保護)という憲法上の価値の対立の構図で考える立論として、C. Lawrence IIIの論文を検討してみよう。<sup>(50)</sup>

彼の議論の特徴は、平等保護の領域で名高いBrown v. Board of Educationを人種差別的スピーチに関する判決とみている点である。<sup>(52)</sup> 人種によって通う学校を別々にした州法の合憲性などが争われたこの事件において、隔離教育は隔離という行為が伝えるメッセージ——アフリカン・アメリカンの子どもは白人と共に教育するに適さないというメッセージ——のゆえに違憲と判断されたと彼は捉えるわけである。

さて、彼の理解において修正一条と修正一四条とのバランシングはどうなるのであろうか。一方の修正一条からは表現の自由を擁護する論理が導出されるが、人種差別的スピーチの場合、むしろ表現の自由市場を歪めるものであり、保護する価値が低いことが指摘される。すなわち人種差別主義は不合理かつ無意識のものであって、よい考えを表現の自由市場から排除してしまうし、マイノリティを格下げし彼らの主張・考え方を受け入れがたくしてしまう。<sup>(53)</sup> さらにマイノリティを沈黙させ、社会におけるスピーチの総量を減少させてしまうのである。

他方の修正一四条の側では、平等の見地から人種差別的スピーチを抑制すべき論理がでてくる。先にみたようにBrown判決はこの種のスピーチの害悪を明らかにしたものと理解されるわけである。その害悪とは、心理的な害悪——Brown判決では、アフリカン・アメリカンの子どもたちに回復困難な心理的害悪を与えること——、名誉に対する害悪、平等な教育の機会の否定——Brown判決など教育に関する場合——など、多様である。<sup>(54)</sup>

このように理解しつつ修正一条と修正一四条とを衡量すれば、人種差別的スピーチの規制が許されるところである。<sup>(55)</sup>

## 五 規制反対論

(一) 以上、ヘイト・スピーチ規制合憲論の立場をみてきた。そこには、人種差別などの問題の持つ歴史的・社会的脈絡を重視し、ヘイト・スピーチが及ぼす特別の害悪を考慮する姿勢が通底する。しかし既に指摘したようにヘイト・スピーチ規制は、マイノリティのスピーチをも規制し、場合によってはマイノリティを抑圧する手段となりうる危険性を持つ。いわば「危険な薬」である。「薬」の側面を捉えれば合憲論に傾くが、「薬」の有効性に疑問を抱いたり、「危険」性の側面を重視したりすれば違憲論、あるいは不支持論に傾くであろう。こういった認識の下で、次に、規制反対論を唱える著名な論者であるN. Strossen<sup>(56)</sup>の立場を検討したい。

Strossenの基本的立場は、これまでみてきた諸論者とはかなり異なる。彼女は、表現の自由を保護すること——人種差別的スピーチを含めて——と、人種差別に対処することとは、対立するのではなく、相互に補強関係に立つとみる。歴史の教えるところによれば、マイノリティこそが表現の自由を強固に保護することの受益者であり、検閲がマイノリティを従属させようとする人々の手段であった。従って表現の自由を強靱に保護することが人種差別とたたかうために必要なのだという。

こういった基本的立場は、別の側面からみれば、ヘイト・スピーチを規制して人種差別に対処しようとする自体が、妥当性を欠くという立場につながる。つまりヘイト・スピーチ規制は、それによって人種差別問題に対処できるものではないし、それどころか人種差別主義を悪化させるものだという。なぜならば、スピーチ規制をすれば規制法規を執行する者に裁量を認めざるをえないが、その結果マイノリティの方が処罰対象とされてしまうし、たとえ人種差別的スピーチを規制したとしても、むしろ規制を受けた者が栄えある殉教者になってしまう。さらに規制は人種差別主義の思想・表現を地下に潜らせ、対処することのできないものとしてしまい、人種差別主義に関する率直な対話ができなくなってしまうのである。

こうして Strossen はあくまで表現の自由を保持する立場をとる。さらに彼女は、ヘイト・スピーチ規制に関わって論じられる判例理論にも検討を加える。<sup>(58)</sup> けんか言葉の論理に関しては、Chaplinsky 判決以降、最高裁はこの論理による刑事処罰を認めていないし、理論的にいって、治安紊乱を防ぐ趣旨のけんか言葉の論理と、治安紊乱を問題にするのではなく、表現内容の倫理的不当性、心理的加害を問題にするヘイト・スピーチ規制とは異質なものであることが指摘される。またグループ・ライベル論に関しては、Beauharnais 判決自体、既に実質的に妥当性を失っているとする。

(二) 社会におけるマジョリティとマイノリティの対立の構図を明確に意識し、この見地から、規制支持論者の多くが前提とする「スピーチ規制による人種問題への対処」という図式により深刻な疑問を呈する K. Karst の論考を次に検討したい。

彼は<sup>(59)</sup>、Chaplinsky 判決において最高裁が一定のカテゴリーの表現を憲法上の保護の枠外におく際に用いた論理を組上にのせる。最高裁はわいせつやけんか言葉などのスピーチについて、<sup>(60)</sup> それらは一方で、思想の表現の本質的部分ではないし、かつ、真理到達への社会的価値が乏しいとし、他方で、そういったスピーチから秩序と道徳という社会的価値を守る必要があるとし、もってこの比較衡量の下に憲法上の保護を受けないと判断したのであった。ここからして Chaplinsky 判決は、合理的なスピーチこそ修正一条の保護の中心にあるという立場が示されたと Karst はみる。<sup>(61)</sup>

こういった合理的スピーチの論理の下で、何が合理的であり、誰が合理的でその主張が聞くに値するかについて、決定しうるのは誰であろうか。それは支配的文化の側である。<sup>(62)</sup> 従って人種的、宗教的、民族的マイノリティの人々は非合理 (unreason) とされ、沈黙させられたり、平等な市民のコミュニティから排除されてしまうのだという。<sup>(63)</sup>

このようにしてKarstは、表現の自由と平等保護とがオーバーラップする状況を捉える。つまりヘイト・スピーチ規制の有力根拠であるけんか言葉の論理を支えるChaplinsky判決を検討し、その論理が結果的にマイノリティの抑圧に至る危険を伴うことを論じ、ヘイト・スピーチ規制が決してマイノリティの保護になるのではなく、むしろ逆の効果を生じうることを指摘するのである。

従って彼は<sup>(64)</sup>、不利な状況におかれた人々のためにこそ、広範な第一修正の保護が必要だと唱える。表現の力こそが平等な市民のコミュニティを広げるのだという。

(三) Karstはマイノリティのスピーチが抑圧されないようにする見地からヘイト・スピーチ規制に反対したが、スピーチを行使する側ではなく、スピーチに対する一般の人々の心の持ち方に焦点を当てることによって、規制反対論を根拠づけようとするL. Bollingerの議論を最後にみておこう。

Delgadoの議論において既にみたように、ヘイト・スピーチに表現の自由の価値があるのか疑問視する立場がある。<sup>(65)</sup> Bollingerもこの立場には反対しない。<sup>(66)</sup> しかし彼は表現の自由の焦点を、表現行為のもたらす価値から、表現に対する人々の対応の方に移す。<sup>(67)</sup> アメリカは多元的社会であり、相互の文化の間での対立の可能性も大きく、寛容が必要である。そこで例えば、Skokie事件で企てられた表現などに対し法的に規制をしないことによって、社会における寛容の倫理を醸成することができる、と論ずるのである。<sup>(68)</sup>

(1) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

(2) *Id.* at 571-72.

(3) *Id.* at 572.

(4) G. GUNTHER & K. SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 1080 (13th ed. 1997).

(5) Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).



- (9) *Id.* at 19-20.
- (7) *Id.* at 21.
- (8) Grey, *How to Write a Speech Code Without Really Trying: Reflections on the Stanford Experience*, 29 U.C.D.L. REV. 891, 947-56 (1996). もっとも、けんか言葉の論理は「発言と同時に害悪を及ぼす」と「即座に治安を乱す傾向」のものがあリ、後者のみに焦点をあてて判例が展開している。人種に関わるけんか言葉を認めるとなれば、これまでの判例展開と異なつて、前者の「発言と同時に害悪を及ぼす」ものとしてのけんか言葉の論理を再生させることになる。
- (6) *Id.* at 910. もっとも Corry v. Stanford, No 740309 (Cal. Super. Ct. Santa Clara County Feb. 27, 1995) (判例集未登載) において、このポリシーは無効と判断された。そして、大学側としてはこの判決に対し上訴しないこととした。Grey, *supra* note 8, at 896.
- (10) Grey, *supra* note 8, at 948.
- (11) *Id.* at 948-56.
- (12) 学説上も、いろいろな立場に対し支持を表明するものがある。See, e.g., Massaro, *Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma*, 32 WM. & MARY L. REV. 211, 252 (1991).
- (13) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). ちなみに *Beauharnais* が配布したパンフレットは、*id.* at 276 に掲載されている。
- (14) 呼称として「アフリカン・アメリカン (African-American)」か黒人 (Black) かについては、長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ——表現の自由のディレンマ——」(一)「早稲田法学七二巻二号一七七頁以下、一八四—一八五頁(一九九七)」が次のように指摘する。「African-American」としてこの呼称が必要以上に「アフリカ中心主義」 (Afrocentrism) を煽り、その結果、黒人にとって現実の困難な課題からの逃避を促しはしないか、と懸念する声もある。現に黒人の多数は、依然として Black の呼称の方を望んでいる、とも言われている」。
- ただし、筆者の在米中の経験から言えば、African-American と Black も、ともに使われている状況のように思われる。
- (15) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. at 571-72.
- (16) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. at 267 (Black, J., dissenting).
- (17) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- (18) See, e.g., G. GUNTHER & K. SULLIVAN, *supra* note 4, at 1110; Karst, *Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups*, 1990 U. ILL. L. REV. 95, 134.
- (19) *Riesman, Democracy and Defamation: Control of Group Libel*, 42 COLUM. L. REV. 727, 731 (1942).
- (20) *Id.* at 771.
- (21) *Lasson, Racial Defamation as Free Speech: Abusing the First Amendment*, 17 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 11 (1985).
- (22) *Id.* at 32-37.

- (23) *Id.* at 39.
- (24) *Id.* at 45-47.
- (25) *Id.* at 46-47 n. 262.
- (26) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. at 267 (Black, J., dissenting).
- (27) Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling*, 17 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 133 (1982).
- (28) *Id.* at 143, 157.
- (29) *Id.* at 146.
- (30) *Id.* at 157.
- (31) Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L. J. 877, 879-81 (1963).
- (32) Delgado, *supra* note 27, at 175-76.
- (33) Emerson, *supra* note 31, at 881-82.
- (34) Delgado, *supra* note 27, at 176-178.
- (35) Emerson, *supra* note 31, at 882-84.
- (36) Delgado, *supra* note 27, at 178.
- (37) Emerson, *supra* note 31, at 884-86.
- (38) Delgado, *supra* note 27, at 178-79.
- (39) Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320 (1989).
- (40) *Id.* at 2335-41.
- (41) *Id.* at 2376.
- (42) *Id.* at 2357.
- (43) *Id.* at 2321, 2380. なお、Matsudaによれば、法律は社会の道德規範を示すのであって、人種差別的スピーチに対して何も対処しないこと  
は、*「自己」* 社会の立場を示すことにはなるが、*(id.* at 2379)°
- (44) *Id.* at 2357-58.
- (45) Downs, *Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment*, 60 NOTRE DAME L. REV. 629 (1985).
- (46) *Id.* at 646.
- (47) *Id.* at 654-658.
- (48) *Id.* at 664.
- (49) *Id.* at 663-64, 683. この点について Downs の立場においては、「相手方に向けられた」といえるか否かが問題となるが、その判断について

は、合理的な人が「相手方に向けられた」と判断するか否かによる」という (*id.* at 683)。

(55) Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, 1990 DUKE L. J. 431. なお、彼の立論は、Delgado' Matsuda' Downs などの「独自のナチホリイ論」に実質的とはかなり近い。しかし、人種差別的スピーチについて修正一条の側から保護する価値が低いと述べている。修正一条の保護から外してはいるものの、この点で Delgado など異なった理論と位置づけられる。See G. GUNTHER & K. SULLIVAN, *supra* note 4, at 1110-11.

(56) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

(57) Lawrence III, *supra* note 50, at 439. したがって Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal*?, 1990 DUKE L. J. 484, 542 などの Lawrence III の立場を批判する。あべも Brown 判決は行為に関するものではない。Lawrence III の捉え方のとびはスピーチと行為の区別がなされていないという。Lawrence III, *supra* note 50, at 468. 彼は「人種的劣等の考えは「コンピューター・ウィルス」のように思想の自由市場を歪め、機能を阻害する」という。

(58) Lawrence III, *supra* note 50, at 468. 彼は「コンピューター・ウィルス」のように思想の自由市場を歪め、機能を阻害する」という。

(59) *Id.* at 462-465. Lawrence III はまた Beaubarnais' New York Times Co.' Brown の各判決の整理は興味深い。Beaubarnais 判決は New York Times Co. 判決よりも限定的な覆われた。したがって Brown 判決は人種に関連する名誉毀損に関する判決で、New York Times Co. 判決の基準を設けている。Lawrence III, *supra* note 50, at 463-64.

(60) Lawrence III, *supra* note 50, at 481.

(61) Strossen, *supra* note 52, at 565-69.

(62) *Id.* at 554-61.

(63) *Id.* at 508-20.

(64) Karst, *supra* note 18, at 99.

(65) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. at 571-72.

(66) Karst, *supra* note 18, at 99.

(67) *Id.* at 108.

(68) *Ibid.*

(69) *Id.* at 117, 149.

(70) Delgado, *supra* note 27, at 175-79.

(71) L. BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY 104 (1986).

(72) *Id.* at 145.

(73) *Id.* at 173, 182, 197. また、規制に批判的な立場として、R. Post の論考も興味深い。彼は開かれた public discourse をあくまで保持する見

地から、人種差別的スピーチの規制に対し批判を加える。Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, 32 WM & MARY L. REV. 267 (1991). なお、彼のこの考察に関連して、Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 HARV. L. REV. 603 (1990).

#### 四 最高裁の立場

一 ヘイト・スピーチ規制の合憲性に関する学説上の主張は区々に分かれ、コンセンサスを形成しうる状況にはない。では最高裁はどのような立場にあるのであろうか。一九九二年に下されたR.A.V. v. City of St. Paul<sup>(1)</sup>において、最高裁はヘイト・スピーチと表現の自由との関係につき、その立場を示した。

二 本件の事実の概要は、次のとおりである。上诉人(当時未成年であったためR.A.V.と記された)を含む十代の若者たちが、壊れた椅子の脚部をあわせて十字架を作り、近くに引越してきたばかりのアフリカン・アメリカンの家庭の庭で、未明、午前一時〜三時の間<sup>(2)</sup>、これを燃やした。こういった十字架の焼却行為はミネソタ州最高裁によれば、白人至上主義にもとづいた暴力と憎悪のシンボルと解される。こうして本件はヘイト・スピーチ——シンボリック・スピーチ——の問題の一環となった。

ところでセント・ポール市の条例(Bias-Motivated Crime Ordinance)によれば、人種、皮膚の色、信条、宗教、性別にもとづいて、他者に怒り、不安、憤りを生ぜしめると知られている、またはそう知られることに理由のあるシンボルなど——燃えている十字架やナチスのかぎ十字などを含む——を公共または私的な財産の上に設置した者を処罰する、とされていた。R.A.V.はこの条例の下で刑事責任を問われたので、その規定が過度に広範である、または表現内容にもとづく規制であるとして、表現の自由の侵害に該当するとの争点を提起して争った。

ミネソタ州最高裁においては、この条例はけんか言葉にのみ適用されると限定解釈され、さらにやむにやまれぬ目的のために限定的に策定された条例であるとして、違憲ではないと判断されたが、さらに争いが最高裁に持ち込まれた。

三 Scalia 裁判官による多数意見 (Rehnquist' Kennedy' Souter' Thomas 各裁判官が同調)<sup>(4)</sup> は、ミネソタ州最高裁の行なった限定解釈を受け入れたが、結論的に条例の規定は文面上違憲であると判断した。

まず、セント・ポール市の条例は表現内容規制であって違憲の推定を受けるとされた。ここで多数意見はカテゴリカル・アプローチの下で禁止しうるスピーチ (proscribable speech) とされてきたものについて、これまでと異なる解釈を示す。すなわち禁止しうるスピーチとは、わいせつ、名誉毀損など憲法上禁止しうる内容 (constitutionally proscribable content) を理由として規制することのみが許されるのだという。例えばライベルにあたる表現についてライベルだからということでは禁止することは許される。しかしそのカテゴリーが憲法上の保護から全く外され、禁止しうる内容とは異なる理由によって差別的扱いをなしうるわけではない。例えばライベルに該当する表現について、ライベルだからといって禁ずるのではなく、政府に対して批判的なライベルのみを禁ずるというような表現内容にもとづく差別的取り扱いをすることはできないのである。

こういった理解をけんか言葉の論理に当てはめると、表現をけんか言葉であることを理由として規制することは許されるが、公権力がそのメッセージに対して抱く敵意または好感にもとづいて規制することは許されないのである。

本件のセント・ポール市の条例は、けんか言葉を規制しているが、人種、皮膚の色、信条、宗教、性別に関わるけんか言葉のみを規制しており、例えば政治的支持政党、労働組合員たる地位、ホモセクシャルなどについてのけんか言葉は規制されていない。こういったけんか言葉のなかでの選別は、表現内容にもとづく差別であり、市が特

定の意見の表明を抑制する可能性を生ずる、という。

こうして多数意見は、条例を表現内容規制と捉え、それを厳格審査に付する。まず目的審査である。市側やアミカス・キュリイは、<sup>(5)</sup> 条例の目的として歴史的に差別されてきた人々の基本的人権——平穩に生活する権利を含め——の保護をあげたが、多数意見はこういった利益がやむにやまれぬものであることを認めた。しかし手段審査において、条例の用いた手段は必要不可欠のものではないという。条例は人種、皮膚の色、信条、宗教、性別に関するけんか言葉に限定されているが、こういったものに限定されない条例でも同じ目的を達成することができるというのである。以上のようにして条例の規定は文面上違憲と判断された。

White 裁判官らの結論同調意見 (Blackmun, O'Connor 各裁判官が同調、Stevens 裁判官は一部を除いて同調<sup>(6)</sup>) は、多数意見の禁止しうるスピーチの捉え方に反対する。多数意見によれば、あるカテゴリーのスピーチを禁止することはできるが、そのカテゴリーの一部を禁止することはできないということになる。これは一貫しない。そもそもあるカテゴリーのスピーチが憲法上保護されないなら、その一部も無価値 (worthless) であって憲法上保護されないはずだという。

このように多数意見の論理には賛成できないが、その結論には同調できるという。なぜならば White 裁判官らは条例が過度に広範であると捉えるからである。すなわち条例は単に感情を害したり憤慨を生じたりする表現行為など、修正一条の保護の枠内にある表現を実質的に多く禁止してしまっているという。

Stevens 裁判官の結論同調意見 (White, Blackmun 各裁判官が部分的に同調<sup>(7)</sup>) は、条例の規定が過度に広範であることを理由に違憲と判断することに同調する。しかしカテゴリーカル・アプローチには反対する。さらに彼は、本件条例はスピーチの主題 (subject matter) や視点 (viewpoint) で規制しているのではなく、スピーチが生ずる害悪 (the harm the speech causes) にもとづいて規制しているのだという点を強調する。すなわちより大なる害悪を

生ずることを根拠に人種、皮膚の色、信条、宗教、性別に関する表現を規制しているというわけである。

- (1) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).
- (2) In the Matter of the Welfare of R.A.V., 464 N.W. 2d 507, 508 (1991).
- (3) *Ibid.*
- (4) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. at 379 (Scalia, J.).
- (5) アミカス・キュリイ(裁判所の友)とは、裁判所に係属する事件について裁判所に情報または意見を提出する第三者である。田中英夫編集代表『BASIC 英米法辞典』九頁(一九九三)。
- (6) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. at 397 (White, J., concurring in the judgment).
- (7) *Id.* at 416 (Stevens, J., concurring in the judgment).

## 五 最高裁の立場の検討

一 先に、ヘイト・スピーチ規制を認める学説上の理論的試みとして、けんか言葉やグループ・ライベルなど既存の保護されないスピーチの論理を利用(借用)する立場、保護されないスピーチの独自のカテゴリーとしてヘイト・スピーチを位置づける立場、ヘイト・スピーチも保護されるが表現の自由の保障を凌駕する理由によって規制を認める立場、などをみてきた。

そもそもヘイト・スピーチ規制が、表現内容にもとづく規制として、表現の自由の保障の基本原則との緊張関係に立つだけに、以上の諸々の立場のうち保護されないスピーチのカテゴリーを用いるアプローチは、かかる緊張関係を回避しうるものとして、規制を認めようとする論者の戦略的意図にかなうものであった。

しかも保護されないスピーチのカテゴリーのなかで考えてみると、グループ・ライベル論は広範に失する概念で

表現の自由との関係で問題があり、かつその根拠となっている *Beauharnais* 判決自体、現在では妥当性が危ぶまれている。ヘイト・スピーチを独自の保護されないスピーチとして構成しようとする立場は、未だ判例上認められていないという弱みがあり、かつ表現の自由の保障を推進している現在の判例の流れなかで現実に最高裁によって採用されるか、望みが薄い状況ともいえる。従って、判例上認められた実績があり、表現の自由との関係で最も緊張が少ないものとして、けんか言葉の論理が最有力候補として浮上していた。

二 ところが最高裁の多数意見 (Scalia 裁判官執筆) は、これまでの概念構成をかなり変更してしまった。端的な表現を用いるならば、保護されないスピーチ (unprotected speech) から、禁止しうるスピーチ (proscribable speech) へ、ということになるのではなからうか。保護されないスピーチの概念は、もし当該スピーチがこのカテゴリーに入るならば憲法上の保護から切り離されると捉えるものである。従って表現内容にもとづいて規制することも、そのカテゴリーのスピーチの一部を規制することも可能ということになる。R.A.V. 判決における White 裁判官の立場はこれである。

これに対し多数意見のとした禁止しうるスピーチの概念は、当該カテゴリーのスピーチが憲法上の保護から全く除外されるとは考えない。そういったスピーチについても表現内容にもとづく規制の原則禁止は妥当する。ただし、わいせつ、けんか言葉など憲法解釈上認められた特定の内容にもとづく規制のみが例外的に許容されると解釈するわけである。

このように最高裁が論理の組み替えをしたとすれば、ヘイト・スピーチ規制をしようとしてきた学説にとって、本判決はかなりの打撃ということになる。<sup>(1)</sup>

三 ではその憲法上禁止しうるスピーチの概念とはいかなるものであろうか、もう少し立ち入ってみよう。伝統的なカテゴリーカル・アプローチをとった White 裁判官は、わいせつ、けんか言葉など保護されないスピーチは



全て表現の自由の保障の枠外とみる。その理由は、そういったスピーチが価値のないもの (worthless) だからである。<sup>(2)</sup> そしてそのカテゴリーのスピーチが価値のないものならば、そのうちの一部——例えばけんか言葉の一部としての、人種に関わるけんか言葉——も価値がなく、よって憲法上保護されないことになる。

ところが、多数意見を執筆した Scalia 裁判官はそうは考えない。先に述べたように、禁止しうるスピーチは表現の自由の保障が否定されるものではなく、わいせつだから、または名誉毀損だからというように憲法上禁止しうる内容 (constitutionally proscribable content) にもとづく場合のみ禁止しうるとする。<sup>(3)</sup> こういった論理構成について、Kagan の読み取りを参照すれば、<sup>(4)</sup> 次のように解される。

例えばわいせつなどのカテゴリーの決定に際し、最高裁は当該スピーチから生ずる害悪が大であって、スピーチから得られる価値を凌駕するため、規制が許容されるとの判断を下していると解される。従ってわいせつなどのカテゴリーに該当するスピーチが規制の対象となるとき、政府はスピーチが伝える思想への敵意から規制をしているのではなく、思想には中立的に、価値と害悪に関する判断にもとづいて規制をしていると考えられる。つまり禁止しうるスピーチ内容にもとづいて規制するとき、当該規制は表現の視点にもとづく差別 (viewpoint discrimination) ではないことが確保される。だからこそ「表現内容規制だから違憲の推定」という図式から外され、憲法上許容される。換言すれば、禁止しうるスピーチの規制が許されるのは、そのスピーチが価値のないものだからというより、規制が視点にもとづく差別ではないからである。

ところが禁止しうるスピーチの一部を規制する場合、つまりそのカテゴリーに属するスピーチを、カテゴリーにとって外在的な視点で規制するとき——例えばわいせつなスピーチのうち、政府批判のわいせつスピーチのみ規制する場合——、どうであろうか。このような場合、メッセージへの敵意から規制を行なっているのではないかとの疑いが浮上する。つまり視点にもとづく差別ではないという認定は覆されてしまう。従って表現内容規制として違

憲の推定が働くことになる。

Scalia 裁判官の立場は以上のように読み取ることができるであろう。だが、禁止しうるスピーチにとって外在的な視点でそのカテゴリーの一部を選択的に規制するとき、当然に違憲の推定が働くというというのは、やや抽象的な考察方法である。この点、Stevens 裁判官が、人種、皮膚の色、信条、宗教、性別に関わるヘイト・スピーチは特に害悪が大きいので規制したとみて、本件条例の規定は視点にもとづいて規制しているのではなく、害悪にもとづいた規制であると把握していることは注目される。<sup>(5)</sup>

四 以上の裁判官の見解の対比に関連するものとして興味深いのが、A. Amar による検討である。彼によれば、<sup>(6)</sup>修正一条だけではアフリカン・アメリカンに向けられた人種的けんか言葉が、他のけんか言葉と異なって扱われるべき理由が示せないという。ところが南北戦争後に制定されたりコンスラクション・アmendメント (Reconstruction Amendments) 修正二三条、一四条、一五条を視野に入れば、異なった見解が導出できるという。とりわけ修正一三条は奴隷制のなごりやその象徴となるものを除去すべき政府の規制を認めるものであり、しかも十字架の焼却行為は奴隷制の象徴と位置づけられる。よって修正一三条を用いることによって、黒人に向けられた人種的けんか言葉を立法者が異なって扱うことが許容されるという。

この Amar の理論的枠組みに依拠すれば、Scalia 裁判官は修正一条のみのフィールドで考察を展開しているといえそうである。つまりけんか言葉をそれとして規制することは許されるが、そのなかで人種に関わるもののみ規制することには理由が見いだせない。

これに対し、けんか言葉をそれとして規制することはもちろん許されるが、けんか言葉一般は規制しない場合でも、そのなかの人種に関わるもののみを、その生ずる害悪に依拠して特に規制することも許されると考えるならば、それは修正一条のみならず修正二三条を付加して考える立場ということになる。

五 こうして、大きく分けて二つの考え方、つまり修正一条のみのフィールドで考えるタイプと、修正一条にリストラクション・アメントメントを付加して考えるタイプとがあることが理解される。これについて少し視野を広げ、さらに考察してみたい。

O. Fiss は、その著 “The Irony of Free Speech”<sup>(7)</sup> において、政府が自由などの権利に対し「敵」(enemy) として活動する場合と、「友」(friend) として活動する場合とを分ける考え方を示している。これを参酌して考えれば、表現の自由の領域で、政府が権利の「敵」として活動する場合の典型が表現内容規制だとすれば、「友」として活動する場合がヘイト・スピーチ規制ということになる。もともとヘイト・スピーチ規制については、既に指摘したようにマイノリティのスピーチも規制されるなど危険な側面もあるので、あくまで「友」として活動しうることとどまり、「敵」として機能しうる可能性もあることが注意されなければならない。目を転じて平等保護の領域でいえば、「敵」として活動する場合の典型が人種差別、「友」として活動しうる場合がアファーマティヴ・アクションだということになる。もともとアファーマティヴ・アクションにも多くの問題点があることが注意されなければならないが<sup>(8)</sup>。こういった図式的対比のなかでは、人種差別が「悪性」の差別、アファーマティヴ・アクションは「良性」の差別となる。同様に考えて、表現内容規制が「悪性」のものだとすれば、ヘイト・スピーチ規制は「良性」と「悪性」の双方の性格を併有する表現規制という把握の仕方もありえよう。

Amar<sup>(9)</sup> は、最高裁の裁判官の立場をみると、彼らのアファーマティヴ・アクションに関する立場とヘイト・スピーチ規制に関する立場とは、ある程度相関する面があると指摘する。それは上記の考察によれば、良性和悪性という区別をするか否かに関わってくるのではなからうか。良性和悪性の区別をせず、アファーマティヴ・アクションも人種による区別であるとして厳格審査に付す立場をとるとき、人種などに限定したヘイト・スピーチ規制も表現内容規制として厳格審査に付されることになる可能性が高い。これに対し、良性和悪性の区別をして、アファーマ

ティヴ・アクションは良性のものであつて、通常の人種差別とは異なるという立場をとるとき、人種などに限定したヘイト・スピーチについても、それについて一概に悪性の表現内容規制と割り切ることはブレイキがかかるのではなからうか。

では、そういった理解の仕方、さらに背景にあるものは何であろうか。思うに、社会およびその構成員である個人をどう捉えるのかが関わってくるのではあるまいか。個人は人種、民族などの属性を持つが、そういった人種的グループ、民族的グループのおかれた歴史的・社会的位置づけによつて、かかるグループに属する諸個人の権利、利益、地位にさまざまな影響が及ぶ<sup>10)</sup>。このように考えて、個人の持つ属性の歴史的・社会的脈絡を重視する理解のあり方を、仮に「歴史的・社会的脈絡重視型」の理解と名づけてみよう。これに対し、個人が人種、民族などの属性を持つものの、その属性の持つ歴史的・社会的脈絡を軽視あるいは捨象する理解のあり方を、仮に「歴史的・社会的脈絡捨象型」の理解と名づけてみよう。

さて、歴史的・社会的脈絡重視型の理解の下では、人種的マイノリティに属する人々の社会的位置づけが、必ずしもマジョリティと平等になっていないことが考察される。従つてアファーマティヴ・アクションは、社会の平等構造実現に資するものとして、通常の人種差別と異なることが明確に認識される。すなわち平等保護の領域で良性と悪性の区別が可能となる。ヘイト・スピーチについても、人種的マイノリティに向けられたヘイト・スピーチが、社会における人種的グループ間のパワーの格差にも絡んで、マイノリティを沈黙させ、彼らに深刻な心理的ダメージを与えたりすることが認識される。従つてこういうヘイト・スピーチに対する規制は、必ずしも悪性のものとはいえない。この点で通常の表現内容規制との違いが意識される。

しかしながら、既に述べたヘイト・スピーチ規制の双方向性という問題がある。つまりマジョリティにもマイノリティにも規制は及ぶし、えてして規制権力を握るのはマジョリティの側である。ここからして二つの選択肢が導

かれる。一つは、ヘイト・スピーチ規制は良性のものである点を強調して認めてゆくものであり、もう一つは、規制のねらいを認めつつも、それにもかかわらず、表現の自由に対する規制の濫用を危惧し規制に消極的な立場である<sup>(11)</sup>。

これらに対し、歴史的・社会的脈絡捨象型の理解の下ではどうかであろうか。この理解の下では、人種的マイノリティがマジョリティと同じく社会においてパワーのある地位についているわけではないという状況は、法的思考の外におかれる。歴史的・社会的脈絡を離れた抽象的な個人が前提とされる。このような理解をする限り、平等保護の領域についていえば、アファーマティブ・アクションであろうと通常の人種差別であろうと、ともに人の資質、能力と全く関係のない人種という指標による区別だからとして厳格審査に付す立場につながる<sup>(12)</sup>。つまり良性という概念は認めがたい。またヘイト・スピーチにおいても、人種的マイノリティに向けられたヘイト・スピーチが、マイノリティのおかれた歴史的・社会的位置づけとあいまって、彼らに強いショックを与えたり、沈黙を強いたりすることが認識されがたい。従って人種などに限定したヘイト・スピーチを他の表現内容規制と区別することは困難になってくるのではあるまいか<sup>(13)</sup>。

(1) 市川正人「R.A.V. v. City of St. Paul, 112 S. Ct. 2538 (1992) — hate speech (差別的表現) を処罰する市条例が合衆国憲法第一修正に違反して文面上無効であるとされた事例」[一九九三]アメリカ法三〇五頁以下、三〇九頁によれば、「差別的表現禁止法を人種などに関する fighting words の禁止として正当化する手法は、これまでの判例の流れからして最も自然な手法であるが、本判決はこの手法を否定した」と指摘される。

(2) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 401 (1992) (White, J., concurring in the judgment). これに対し、Scalia 裁判官は、けんか言葉であっても表現であるという立場をとる。Id. at 385 (Scalia, J.).

(3) Id. at 383-84 (Scalia, J.).

(4) Kagan, *Regulation of Hate Speech and Pornography After R.A.V.*, 60 U. CHI. L. REV. 873, 899-900 (1993). ただし、このような読み取

- りとしても、St. Paulの条例は違憲であるが、より広範に全てのけんか言葉を規制するならばよいとするのは、政府による表現規制は最小限でなければならぬという修正一条の大原則に反するのではないか、という深刻な疑問が呈される。Hurdle, *Recent Developments*——R.A.V. v. City of St. Paul: The Continuing Confusion of the Fighting Words Doctrine, 47 VAND. L. REV. 1143, 1170 (1994).
- (5) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. at 433 (Stevens, J., concurring in the judgment).
- (9) Amar, *The Case of the Missing Amendments*: R.A.V. v. City of St. Paul, 106 HARV. L. REV. 124, 155-57 (1992). また、M. Graber は、Matsuda & Lawrence III の見解は、修正一四条などのリコンストラクション・アメンズメントによって修正一条は変化したと捉えるものである。See Graber, *Old Wine in New Bottles: The Constitutional Status of Unconstitutional Speech*, 48 VAND. L. REV. 349, 363 (1995).
- (7) O. FISS, *THE IRONY OF FREE SPEECH* 2 (1996).
- (8) アフアーマティヴ・アクションの問題点に関して、安西文雄「法の下の平等について(四・完)」国家学会雑誌一一二巻三・四号六九頁以下、九一〜九三頁(一九九九)参照。
- (6) Amar, *supra* note 6, at 147.
- (10) こういった状況の理解として、安西文雄「法の下の平等について(三)」国家学会雑誌一一〇巻七・八号一頁以下、一一〜一五頁(一九九七)参照。
- (11) 例えばKarstは、適切な程度のアフアーマティヴ・アクションであれば支持できるとするが、ヘイト・スピーチ規制については消極的な立場を取っている。See Karst, *Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups*, 1990 U. ILL. L. REV. 95.
- (12) R.A.V. 判決において法廷意見を執筆したScalia裁判官は、後に「アフアーマティヴ・アクションに関する Adarand Constructors Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995) において、当該アフアーマティヴ・アクションを厳格審査に付して違憲と判断した法廷意見に対する部分的同調・結論同調意見を執筆している。そこにおいて彼は、憲法の下で「creditorである人種」や「debtorである人種」は存在しないと論じている(*id.* at 239)。やや強調された表現のように思われるが、これを人種的マイノリティのおかれた歴史的脈絡を捨象する論理が反映したものと理解することもできるのではあるまいか。
- (13) 戸松秀典「表現の自由と差別的言論」ジュリスト一〇二二号五七頁以下、五八頁(一九九三)は、「リベラリズム強調主義」と「差別解消積極主義」という興味深い対立軸を提示する。あわせて参照されたい。

## 六 ヘイト・スピーチとヘイト・クライム

一 ヘイト・スピーチについてみてきたが、これに関連して、ヘイト・スピーチ法 (hate speech law) とヘイト・クライム法 (hate crime law) の区別が論じられているので、これに言及しておきたい。ヘイト・スピーチ法の例としては、例えば既にみた R.A.V. 判決におけるセント・ポール市の条例があげられる。論者の言葉を借りるならば、<sup>(1)</sup>表現行為によって法規に対する侵害がなされるのがこれである。これに対しヘイト・クライム法とはスピーチの規制ではなく、ある犯罪行為があったときにそれに対する適切なレベルの処罰の問題である。つまり犯罪を犯し、かつそれが被害者の人種、宗教、民族、性的傾向などのためであるとき、処罰が加重されるというものである。このようにヘイト・クライム法は、まず犯罪行為があることが前提であり、これがヘイト・スピーチ法との違いだとい<sup>(2)</sup>う。

二 最高裁は、R.A.V. 判決の翌年、<sup>(3)</sup>Wisconsin v. Mitchell<sup>(3)</sup>においてヘイト・クライム法に関する判断を示した。この事件の概要は次のようなものである。一九八九年一〇月、Mitchell を含めたアフリカン・アメリカンの若者たちのグループが Mississippi Burning という映画のシーンについて議論していた。それはお祈りをしているアフリカン・アメリカンの子どもを白人男性が殴打するというシーンであった。たまたまそのとき白人の少年が彼らの方に歩いてきたので、Mitchell らのグループはその少年に走りより、ひどく殴り——少年は意識不明に陥った——、テニスシューズを奪ったというのである。

ウィスコンシン州法によれば、通常こういう行為は二年以下の懲役に処せられるが、相手を人種にもとづいて意図的に選り犯罪に及んだ場合、七年以下の懲役に処するものとされていた。現実に Mitchell は四年の懲役を宣告された。

このようなヘイト・クライム法についてウィスコンシン州最高裁は、不快な思考が加害者にあることを理由に処罰するものであり、当該州法は修正一条に反すると判断した。しかし(連邦)最高裁は、裁判官の全員一致で *Mitchell* の修正一条の権利は侵害されていないと判断した。

法廷意見を執筆した *Rehnquist* 裁判官は、まず本件と *R.A.V.* 事件を区別する。*R.A.V.* 事件においては表現に向けられた規制が問題になっているが、本件では修正一条で保護されていない行為が問題になっているという。こうして問題は修正一条の範囲外におかれた。さらに伝統的に刑の宣告に際しては多くのファクターが考慮されているので、当事者の抱いた人種的敵意を考慮に入れることは許されると判断したのである。

三 以上が判旨の概要である。最高裁はこうして、*R.A.V.* 事件におけるヘイト・スピーチ法については違憲と判断しつつ、*Mitchell* 事件におけるヘイト・クライム法については合憲と判断したわけである。しかし、はたしてこの区別が理論的に可能であろうか。以下に検討するようにさまざまなアプローチが考えられる。

第一にあげられるのは、最高裁がとった立場であり、それはスピーチと行為の二分法である。*R.A.V.* 事件においてはスピーチに対する規制が争点であったが、*Mitchell* 事件においては修正一条の保護を受けない行為に対する規制が争点であった、として区分けするわけである。

*Martin II* の読み取る<sup>(4)</sup>ところによれば、*Mitchell* 判決では次の三つの点が明らかにされたという。第一に、身体暴行は修正一条で保護される表現行為ではないこと。第二に、犯罪意図を処罰の際に考慮することは許されること。そして第三に、*Mitchell* 事件で問題になった刑罰加重法は表現の自由に対する萎縮的效果がないこと、である。

もつとも、ヘイト・クライム法には、人の意図ゆえに刑罰の加重を行なうという面を否定しがたい。従って *Martin II* の指摘する<sup>(5)</sup>ように、こういった法律が不人気な思想の抑圧に使われてしまう危険がある。そこで彼は、刑罰



加重の際に考慮される意図は、犯罪に直接関連するものに限られるべきである、と主張する。<sup>(6)</sup>

第二にあげられるのは、最高裁の論理と異なりスピーチと行為の区別はできないとしつつ、しかし結論的には、ヘイト・スピーチ法を認容せず、ヘイト・クライム法のみ認容する立場である。

ヘイト・クライムであっても、例えば人種的マイノリティに対するリンチなど、コミュニケーションの要素を含むものがあることが指摘される<sup>(7)</sup>、さらにいえば、スピーチと行為とは広く結びついているという<sup>(8)</sup>。この前提の下で考えるとき、ヘイト・クライム法もヘイト・スピーチ法も表現に関わっているといえる。ただし、ヘイト・スピーチ法が表現内容に焦点をあてた規制だとすれば、ヘイト・クライム法は表現内容中立的に、表現に関わる行為がもたらす害悪に焦点をあてて規制をなし、その結果、表現に間接的效果が及ぶものと考えられる。

従って、ヘイト・スピーチ法には厳格審査が適用されても、ヘイト・クライム法にはO'Brienテスト<sup>(9)</sup>——シンボリック・スピーチとなりうる行為の規制が扱われた *United States v. O'Brien* において用いられたテスト——の適用が妥当とされる。

O'Brien テストは、重要または実質的な (important or substantial) 政府の利益のための規制であること、規制が表現の抑制に向けられたものでないこと、必要以上に表現を抑制しないものであること、を求めるものであり、表現の内容規制に適用される厳格審査基準より緩やかなものである。その背景には、表現の内容規制か否かで、表現を思想の自由市場から排除する危険度が異なる、という認識がある。<sup>(10)</sup>

ではこのO'Brien テストをヘイト・クライム法に当てはめてみるとどうか。ヘイト・クライムは一般の犯罪の害悪に加えて、付加的な害悪を及ぼす。被害者は人種ゆえに加害行為を受けたことで苦しめられ、被害者の属する人種グループも苦しめられる。さらに社会の絆も傷つけられる。こういった害悪に対処するための法規制であるから、実質的な政府の利益のための規制であり、かつ、規制は表現抑制に向けられたものでもない、という。<sup>(11)</sup> さらに

ヘイト・クライム法は上記の害悪に対処するために必要なものである、と把握される。<sup>(12)</sup>

以上、第一、第二の立場はともに、R.A.V.事件のヘイト・スピーチ法は違憲、Mitchell事件のヘイト・クライム法は合憲と判断するものである。第三に、R.A.V.事件のヘイト・スピーチ法も Mitchell事件のヘイト・クライム法もともに合憲とするC. Sunsteinの立場を検討してみたい。

そもそもSunsteinによれば<sup>(13)</sup>、表現の自由に対する規制を考える際に二つの点が強調されるべきであるという。一つは政府の表現規制の理由の正当性であり、もう一つは表現規制の性格・程度である。例えば、表現をその伝える視点にもとづいて差別的に規制する場合——政府が大統領批判の表現を禁ずるなど——、非常に警戒すべきだとされるが、その理由は、政府の表現規制の理由の側面からみれば、政府が自らにとって不都合な思想を抑制するなど不法な目的にもとづいていることが多いためであるし、表現規制の効果の側面からみれば、言論のあり方を歪め、偏らせてしまうからである。

ところでSunsteinは<sup>(14)</sup>、リコンストラクション・アmendメントによって平等が憲法を中心に位置するようになったという。ここからして、たとえば表現の内容に関わる場合であっても、人種的カースト制につながるような表現に州が対処する場合、憲法上正当で中立的な行為とされるといえる。

こういった思考方法の下でSunsteinは、ヘイト・スピーチ規制は許容されると考える。政府の表現規制理由はリコンストラクション・アmendメントを考慮するとき正当といえるし、表現規制の効果はリコンストラクション・アmendメントの求める方向に向かおうとするものだからである。従ってSunsteinはR.A.V.判決に反対の立場をとる。<sup>(15)</sup>

ヘイト・クライム法についてはどうか。彼はヘイト・クライムは多くの場合、熟慮に貢献するものではないのでスピーチではないが、先に言及したように人種的マイノリティに対するリンチなど、コミュニケーションの要素を

含むものもある。もしスピーチでなければ、そもそも修正一条の問題を生じないし、スピーチであると理解されるときでも、リコンストラクション・アmendメントにそつた表現規制であるとして合憲とされる。こうしてSunsteinはMitchell判決の結論に賛成の立場をとる。<sup>(16)</sup>

四 先にAnarの論考を考察した際、修正一条のみのフィールドで考察するパターンと、修正一条にリコンストラクション・アmendメントを付加して考察するパターンを分けた。この二つの考察パターンの対比がここでも関係してこよう。

最高裁の立場やヘイト・クライム法にO'Brienテストを適用する立場は、ともに前者の考察パターンに属する。この場合、表現をその内容によって規制することは修正一条により原則として許容されない。ただし、最高裁はヘイト・クライムは行為であつてスピーチではないとして修正一条の適用から外す論理に依拠したし、ヘイト・クライム法にO'Brienテストを適用する立場は、ヘイト・クライム法は修正一条に関わるが表現内容中立的であるとして、内容による規制ではないと捉えたのである。

これに対し、Sunsteinは後者の考察パターンに属する。この場合、表現を内容によって規制することは修正一条の下で原則として許容されないが、人種差別などの害悪に対処する場合であれば、リコンストラクション・アmendメントを考慮して例外的に正当なものと解釈される。そしてこの例外的に正当化される領域に、ヘイト・スピーチ法もヘイト・クライム法も——コミュニケーションの要素をもつものについてであるが——含まれるとみるわけである。

典型的な権利章典に加えて南北戦争後に制定されたりリコンストラクション・アmendメントを憲法解釈上どのように機能させるのか、それがヘイト・スピーチ法のみならずヘイト・クライム法にも関わつて問題となるようである。

- (1) Winer, *The R.A. V. Case and the Distinction Between Hate Speech Laws and Hate Crime Laws*, 18 WM. MITCHELL L. REV. 971, 974 (1992).
- (2) *Id.* at 974-75.
- (3) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993).
- (4) Martin II, *Establishing the Constitutional Use of Bias-Inspired Beliefs and Expressions in Penalty Enhancement for Hate Crimes: Wisconsin v. Mitchell*, 27 CREIGHTON L. REV. 503, 507-08 (1994).
- (5) *Id.* at 523-24.
- (6) Martin II 中、Mitchell 判決は犯罪意図により刑罰を加重するものの合憲性を認めだが、法律が思想の抑圧にならざるようとするためのガイド・ラインは設定しなかったと述べ、*Id.* at 523.
- (7) C. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 194 (1993, 1995).
- (8) F. LAWRENCE, PUNISHING HATE: BIAS CRIMES UNDER AMERICAN LAW 90-92 (1999). See also Lawrence, *Resolving the Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech*, 68 NOTRE DAME L. REV. 673, 691-94 (1993).
- (9) United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).
- (10) Grannis, *Fighting Words and Fighting Freestyle: The Constitutionality of Penalty Enhancement for Bias Crimes*, 93 COLUM. L. REV. 178, 205 (1993).
- (11) F. LAWRENCE, *supra* note 8, at 106. なお、グレイ・スティーヴの著書について、see also Jones, *Proscribing Hate: Distinctions between Criminal Harm and Protected Expression*, 18 WM. MITCHELL L. REV. 935, 941-42 (1992).
- (12) Grannis, *supra* note 10, at 224-25.
- (13) C. SUNSTEIN, *supra* note 7, at 168.
- (14) *Id.* at 193.
- (15) *Id.* at 197.
- (16) *Ibid.*

〈追 記〉

本稿は筆者がカリフォルニア大学ロス・アンゼルス校 (University of California, Los Angeles) に客員研究員として在外研究中に執筆したものである。ご指導をいただいた Kenneth L. Karst 教授に感謝申し上げます。