

差別表現規制をめぐるアメリカ法の潮流：
ブラック判決を中心に

メタデータ	言語: ja 出版者: 静岡大学法科大学院 公開日: 2018-11-12 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 根本, 猛 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00025892

■ 論 説 ■

差別表現規制をめぐるアメリカ法の潮流

— ブラック判決を中心に —

根 本 猛

一 はじめに

表現の自由は憲法上最も大切な人権である。平等の重要性も論をまたない。これらは、いずれも憲法学の初歩に属することである⁽¹⁾。こうした背景に、差別表現の規制の是非が近年の憲法学における最も論争的なテーマのひとつとして登場してきた。

周知のとおり、日本国憲法制定以来、わが国の憲法学はアメリカ法の影響の下にある⁽²⁾。表現の自由の尊重は、現代憲法の共通項だろうが、その傾向は、合衆国の憲法学や憲法判例において特に顕著である。阪口正二郎の言葉を借りると、要するに「差別的表現規制に対して頑なに『ノー』と言い続けるアメリカ」ということである⁽³⁾。

わが憲法の解釈にあたって、憲法学の主流は、差別表現の規制に否定的であった⁽⁴⁾。このことは、有権解釈においても同様であって、たとえば、人種差別撤廃条約を批准する際の留保にみられるように、差別表現の規制に潜む問題点を意識しているように思われた。

「日本国は、(人種差別撤廃条約) 第4条(a)及び(b)の規定の適用に当たり、……集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行する」

しかし近年、耳をふさぎたくなるような度を越えた罵詈雑言の類の表現行為に何らかの対応が必要ではないかという世論の高まりから、平等という人権のために差別的な表現に規制を加えようという動きが出ている。

その代表が、2016年に制定されたヘイトスピーチ解消法である⁽⁵⁾。ヘイトスピーチ解消法は、ヘイトスピーチの法的規制までは踏み込んでいないが、前文でヘイトスピーチを許されないものと宣言し、本文では、その解消に向け国や地方自治体が努力することを規定している。

本稿では、2003年のブラック判決を中心に、差別表現規制に関するアメリカ法を検

討し、わが国での規制の動きを評価する手掛かりとしたい。

二 ブラック判決

1 事件の概要

判決で問われたのはバージニア州の十字架焼却禁止法の合憲性である。具体的には、脅迫の意図をもって (with the intent of intimidation) 他人の私有地または公道その他の公的スペースで十字架を焼却した者の処罰と、十字架焼却を脅迫の意図の「一応の証拠」(prima facie evidence) とすることの2点であった。

州最高裁判所は、十字架焼却だけを選び出しての規制で、内容や観点に基づく差別にあたり、R A V判決で違憲とされた条例と区別できないとして、文面上違憲と判断した。

連邦最高裁判所は、意見が分かれたが、多数意見は、主要部分において、原判決を破棄し、事件を差し戻した。脅迫意図の十字架焼却を処罰する州法の主要部分を合憲とする判断は6対3の多数決、「一応の証拠」規定を違憲とする判断は7対2の多数決だった⁽⁶⁾。多数派(オコナー、首席、スティーブンズ、スカリア、フライヤーの5裁判官)が、脅迫の意図で行われる十字架焼却を州が禁止することは第1修正に違反しないとするのに対して、3裁判官(スーター、ケネディー、ギンズバーグ各裁判官)は、R A V判決に照らせば、本件の内容に基づく区別は違憲と反対する。

2 法廷意見(オコナー裁判官)

(1) 合衆国では十字架焼却は、1866年設立以降、黒人、KKKに反対する南部白人、そして一旗組の北部白人を鞭打ち、脅し、殺すことによって、南部中でテロの支配を敷いたKKKの歴史と深く結び付いている。KKKは、しばしば、十字架焼却を、威嚇の道具そして差し迫った暴力の兆しとして使ってきたグループが共有するアイデンティティーとイデオロギーの強力な象徴にとどまることもあるが。しかし、今日、そのメッセージが政治的か脅迫を意味するかにかかわらず、十字架焼却は「憎悪の象徴」である。十字架焼却が伝えるものは必ずしも脅迫のメッセージではないが、行為者はメッセージの受け手が生命の恐怖を抱くことを意図していることもしばしばである。そして、十字架焼却が脅迫のために使われるとき、より強力なメッセージはほとんどないだろう。

(2) 第1修正が言論や表現活動に与えている保護は絶対的ではない。当裁判所は、長い間、政府がある種のカテゴリーの表現を規制しても憲法に違反しないことを承認してきた。たとえば、第1修正は州が「真の脅迫(threat)」を禁止することを許

容している。「真の脅迫」とは、特定の個人やグループに対して、表現者が違法な暴力行為を犯す意図の本気の表明を伝えようとするステートメントを含むものである。表現者がその脅迫を実行する現実の意図は必要ない。真の脅迫の禁止は、暴力が現実が発生する可能性からだけでなく、暴力の恐怖と恐怖が引き起こす混乱から個人を保護するものである。憲法上禁止しうるという意味において、脅迫とは、表現者が個人やグループに対して、犠牲者を傷害や死の恐怖に置くという意図をもって脅迫を向けるという真の脅迫の一種である。被上訴人は、ある種の十字架焼却がこの意味の脅迫的言論にあたることを争っていないし、まさにそのとおりである。わが国の十字架焼却の歴史が示すように、そうした行為は、しばしば、犠牲者に暴力のターゲットであるという広範な恐怖をもたらすことを意図した脅しであった。

- (3) 「バージニア州最高裁判所は、R A V判決に照らして、内容中立的な方法なら十字架焼却の禁止は合憲だとしても、バージニア州の十字架焼却規制法は、内容及び見解に基づき差別しているので、違憲であると判断した。……我々はこの判断に賛成できない。

R A V判決において、我々は、十字架焼却を含むある種の象徴的行動が、『人種、体色、信条、宗教または性別に基づき、怒り、驚きまたは憤慨をかきたてる』だろうという認識で行われるとき、これを禁止した条例を違憲であると判断した。我々が条例が違憲審査に合格しないと判断したのは、法律に特定された理由により『暴力を誘発する』個人のみをターゲットにして内容に基づき差別していたからであった。条例は、他の思想に関連して『けんか言葉』を用いようとする一たとえば、政党加入の如何、労働組合加入の如何または同性愛を理由に敵意を表明する一人々を対象としていなかった。こうした内容に基づく差別は、『不人気なテーマに見解を表明した表現者に特別の禁止を課すことを』セントポール市に許すことになるゆえに違憲とされた。

我々は、R A V判決において、第1修正が、禁止される領域の表現に関して内容に基づくあらゆる差別を禁じているとは判断しなかった。むしろ、ある種の内容差別は第1修正に違反しないと明確に述べた。

『内容差別の根拠が、完全に争点となっている表現全体が規制できるまさにその理由だけから構成されるとき、思想または見解に基づく差別の実質的な危険は存在しない。そうした理由は、ある表現全体を第1修正の保護からの排除を支持するほどに中立的であると判断されたなら、表現を区別する根拠としても十分なほどに中立的である』

実際、ある種の脅迫のみを禁止することは合憲だろうと指摘した。『連邦政府は、大統領に向けられた暴力の脅迫のみを処罰することができる。というのは、暴力の

脅迫が第1修正の保護外である理由が、大統領に対する場合には特にあてはまるからである』。そして、州は『好色さにおいて最も不快なわけつのみを禁止することを選択』できる。したがって、RAVの判示は、第1修正は、『争点となっている特定の表現全体が規制される、まさにその理由に基づく』内容差別を許容している。

同様に、バージニア州法は、脅迫の意図をもった十字架焼却を禁止する限りにおいて、第1修正に抵触しない。RAV判決で争点となった規定と違い、バージニア州法は、『特定の不人気なトピックのひとつ』に向けられた表現のみを非難のために選び出していない。十字架を焼いた者の脅迫の意図が、人種、性別もしくは宗教のゆえか、または『政党加入の如何、労働組合加入の如何もしくは同性愛』かは問題ではないのである。さらに、事実の問題として、十字架焼却者が、その脅迫行為を人種的または宗教上の少数者のみに向けているというわけではない。実際、(黒人の隣人宅の庭で十字架を焼いた) エリオットとオマラの事件では、被上訴人が、人種的敵意に基づいて十字架を焼いたかは明らかではない。

- (4) 第1修正は、脅迫の意図で行われる十字架焼却を違法とすることを許容している。というのは、十字架焼却は特に悪質な形の脅迫だからである。すべての脅迫的なメッセージを禁止するのではなく、バージニア州は、差し迫った暴力のシグナルとしての、十字架焼却の長く邪悪な歴史に鑑み、脅迫的メッセージのうちのこの部分のみの規制を選択できる。したがって、州は、その好色な内容により最もわけつなわけつ表現のみを規制できるように、最も恐怖感をかきたてる可能性の高い脅迫のみの禁止を選択できるのである。脅迫の意図で行われる十字架焼却の禁止は、RAV判決の判示と完全に適合する……。

(以下、相対多数意見、結論にのみスター裁判官ら同調)

- (5) バージニア州法の「一応の証拠」規定は文面上違憲である。

(KKKの集会を主導した) ブラックの事件で、州裁判所は「十字架焼却は、それ自体、脅迫という求められている意図を推論し得る十分な証拠である」という説示を陪審にした。この説示によって、一応の証拠規定は、州が脅迫の意図で行われた十字架焼却を州が禁止し得る理由そのものを剥ぎ取るものである。この規定は、陪審に、被告人が憲法上の権利を行使しているすべての十字架焼却事件で有罪判決を許容する。そして、ブラックのような被告人が抗弁する場合でさえ、この規定により、個々の事件の事実関係にかかわらず、陪審が脅迫の意図を認定する可能性がより高まる。州が、十字架焼却の事実のみに基づき人を逮捕し訴追し処罰することができる。そのように解釈されるなら、思想の抑圧という受け入れがたいリスク

を生むことになる。十字架を焼くという行為は、行為者が憲法上規制可能な脅迫を行っていることを意味することも、単にコアな政治的表現をしていることを意味することもある。一応の証拠規定は個々の十字架焼却が脅迫を意図していたか否かを決定するのに必要な文脈上の要素をすべて無視し、この境界をあいまにする。第1修正は、そうしたショートカットを許容していない。

一応の証拠規定の可分性の問題と、バージニア州最高裁判所が前述の憲法上の問題点を回避できるよう解釈可能か審理させるために差し戻す。

3 個別意見

(一) スティーブズ裁判官の同意意見

『脅迫の意図をもった』十字架焼却は第1修正によって保護されないという簡明な立場は、RAV判決のホワイト裁判官らの個別意見で述べられた理由により、州法の主要部分を支持する十分な根拠となる。

(二) トーマス裁判官の反対意見

あらゆる文化において、アウトサイダーの理解を超えた意味を持つ事柄がある。それは、わが国の200年の歴史における国旗のように神聖な場合もあれば、冒瀆的な場合もある。十字架焼却は、後者の典型例である。

脅迫の意図での十字架焼却の禁止が憲法上許されるという法廷意見の結論には賛成だが、問題の行動から表現の要素を引き出した点で法廷意見は誤っている。私見によれば、十字架焼却の表現的価値がどうであれ、州議会は特定的手段で行われる脅迫的行動の禁止を法律に書き込んだにすぎない。州法が行動の禁止を超えて表現の領域に踏み込んでいるという法廷意見の結論は、法律の文言のみならず現実を見落としている。

我々の文化において、十字架焼却はいつも無法を意味し、犠牲者に十分根拠のある身体的暴力の恐怖感を植え付けていることは十分理解できる。本件の州法は、表現ではなく行動のみを対象としているのであり、第1修正のいかなる基準でも分析する必要はない。

この州法は全体として合憲である。

(三) スカリア裁判官の意見

脅迫の意図で行われた十字架焼却の禁止は第1修正に違反しないとする法廷意見に賛成だが、一応の証拠規定が文面上無効であるとする部分は、根拠がないので反対する。

過度に広汎であるか否かの焦点は、保護される表現をした個人に対する有罪判決の

一逮捕や訴追ではなく一リスクだが、その場合でも文面上無効とするには、過度の広汎さが現実のものであるだけでなく実質的でもある (not only real, but substantial as well) 必要がある。相対多数意見は、陪審への説示の文言のみに依拠しており、そのような先例は存在しない。

(四) スター裁判官の反対意見 (一部結果的同意意見) (ケネディー、ギンズバーグ各裁判官同調)

バージニア州法が、処罰し得るカテゴリーの表現のなかで内容に基づく区別をしている一まさに RAV 判決で検討したタイプの一という法廷意見に賛成するが、RAV 判決の判示に基づき例外として違憲性が救済されるという点には反対である。

十字架焼却の脅迫の手段としての強烈さゆえに、RAV 判決にいう、内容に基づく差別についての第1の例外一争点となっている特定の表現全体が規制可能であるまさにその理由に基づく差別一が、本件に最もあてはまりそうである。

私は、バージニア州法が、RAV 判決にいうこの悪質性の例外 (virulence exception) に該当するとは考えない。州法は、RAV 判決で示された具体例一いずれも特定のメッセージと一般に結び付いているコミュニケーションに関するものではない一とあまり適合していない。実際、法廷意見は本件で、悪質性の例外を、RAV 判決における原型よりもより柔軟な概念に変化させた。これについての判断は留保するが、バージニア州法は、RAV 判決とその例外の現実的理解によっても、違憲審査に合格しない。最も明白なハードルは、州法の「一応の証拠」規定である。この規定は、メッセージを抑圧する傾向により、州法が、RAV 判決の原則から例外として救済されないという理解に不可欠である。

RAV 判決は、特別な悪質性の例外を「にもかかわらず、もうひとつのカテゴリーによる禁止は、『争点となっている特定の表現全体が規制されうる、まさにその理由に完全にに基づく』ときには合憲である」と定義している。判決によれば、もうひとつのカテゴリーが規制可能である最も明白な場合に限定されているならば、『思想または見解による差別の実質的危険は存在しない』。そして、いくつかの具体例を説明しているが、いずれも、本件とは異なるものである。

第1の例は、『好色さにおいて』異常に不快なわいせつの禁止である。実際の人間と模型との区別に基づくようなわいせつ出版物の区別は、伝えられるメッセージに基づく差別ではない。しかし、十字架焼却による脅迫という独特の規制が選択され脅迫全般の禁止が退けられているときは、その反対である。十字架が選出されたのは、その特別な威嚇力によってかもしれないが、白人の優位性というそのメッセージへの不賛成によってかもしれないのである。したがって、十字架焼却規制法と核心の好色さの例との間には類似性はない。

悪質性の例外の第2例であり、本件の法廷意見が拠りどころとしている大統領に対する脅迫の禁止とも、本件は似通っていない。この内容差別は、脅迫の相手方に関連しており、大統領脅迫に結び付いた特別なリスクとコストを反映している。ここでも、脅迫に伴うメッセージの内容に言及があるわけではない。実際、被害者とメッセージの間には何の関係もないのである。大統領に対する脅迫の特別扱いは、特別のリスクだけを選び出したものであり、特別なメッセージだけを選んだものではない。他方、十字架焼却という内容に基づく禁止は、十字架焼却が引き起こす強烈的な脅迫を禁止しようという努力かもしれないが、脅迫的ではない十字架焼却によっても伝えられる白人の優位性という特定のメッセージをも禁止しようとしているかもしれない。

このように、私は、悪質性の例外の個別例を特定の見解と明白に結び付いているわけではなく、したがってバージニア州法とは異なる禁止をカバーするものとして理解する。この理解に立つと、法廷意見は、RAV判決の悪質性の例外を、原型より、より柔軟に現実的に取り扱っているように思わざるを得ない。

いずれにせよ、本件での私の関心は、こうした現実的变化の是非にあるのではない。……『政府による思想抑圧が起きる』ことがないという確実性が高くなければ、内容に基づく規制法は、RAV判決の現実的読み直しの下でも生き残ることはできないからである。私は、本件では、「一応の証拠」規定がそうした高い確実性の認定を邪魔すると考える。……「一応の証拠」規定の主要な効果は、脅迫の意図の証拠が比較的弱く、単なるイデオロギー上の理由で焼いたと言えそうな場合でも、陪審員の考慮を有罪の方向に歪めることである。……重要な点は、この規定によって、状況証拠によって意図が処罰し得るものか許されるものかはっきりしないときに、事実認定者が脅迫の意図を認定する方向に過ちやすくすることである。……つまり、この規定は、オコナー裁判官が指摘するように、脅迫的ではないイデオロギー上の表現を、脅迫的表現の禁止の領域に引き込む傾向がある。

一応の証拠規定が訴追を歪めるかぎり、州法を思想抑圧の方向に歪めている。私の見解では、州法の一応の証拠規定の文言を検討する適切な方法は、過度に広汎な州法の定義が可分性や限定解釈により治癒されるかということではない。本件で問われているのは、過度に広汎であると主張されている州法の許容範囲ではなく、明らかに内容に基づく州法が、一般的禁止の例外にあたるという主張である。そして、その例外は、州法の文言が政府による思想抑圧が起きる可能性を示すならば認められないのである。この目的で当該規定をみるならば、たしかに嫌悪すべきだが脅迫か疑わしい表現を州法の禁止の範囲内におくメカニズムとして非常に明白な意味をもっている。

脅迫が存在すると示唆されるあらゆる状況を想定しても、十字架焼却よりも脅迫の証明が容易なケースは考えにくい。規定は、脅迫の訴追を正当化するのに不必要なことが明らかであるゆえに、内容規制であるバージニア州法が、悪質な形の脅迫からの

単なる保護以上のものを求めているという疑いを提起するのに十分である。その結果、『政府による思想抑圧が起きる現実的な可能性は全くないかほとんどない』という理由でRAV判決の一般原則に対する例外が正当化されるという結論を閉ざしている。

三 差別表現をどう評価すべきか

1 表現の自由に関する判例の基調

表現の自由に対する憲法上の保護は厚く、特に表現内容規制には、ブランデンバーグ基準に代表される厳格審査が妥当する。もっとも、この原則には、わいせつ、名誉毀損、児童ポルノなどの狭い例外が存在し、こうした概念にあたれば厳格審査にかけられることなく規制は容認される⁽⁷⁾。ただ、名誉毀損に関する1964年のニューヨークタイムズ対サリバン判決⁽⁸⁾にみられるように、これらの例外は厳格に解釈される傾向にあるとあってよいだろう。

合衆国の憲法学や判例は、差別表現であることを理由とする規制に理解を示すどころか、きわめて冷淡であったといえる。有名なブランデンバーグ判決⁽⁹⁾が、KKKの集会でのアジ演説にかかわるものであることは誰でも知っているし、リベラル派憲法学の旗手ローレンス・トライブも、「第1修正は、女性は男性に、黒人は白人に、ユダヤ人はキリスト教徒に支配される定めであり、被支配者たちは屈辱的な取り扱いに相応しいだけでなく、そうした取り扱いを潜在意識のなかで喜んでいるという意見の表明を保護している」と述べている⁽¹⁰⁾。

ほかにも、一貫してネオナチ党のデモ行進の自由を擁護したスコキー村事件での裁判所の態度⁽¹¹⁾や、インディアナポリス市のポルノ規制条例違憲判決⁽¹²⁾にもみてとれる。条例が、女性は性的パートナーにどう接するべきかや両性の関係はどうあるべきかという、女性に対する公式見解を確立しているゆえに、見解に基づく憲法上許容されない差別にあたるとしている。要は、思想の如何により表現を規制するのは許されないというのである。トライブも、この判決を支持し、強盗の扇動について、反資本主義的扇動だけを禁止すれば憲法上疑義があると述べている⁽¹³⁾。

もちろん、批判的な見解も少なくない。その多くは、差別表現は自己統治の原理に無関係であり、差別表現による被害者の平等に関する利益を重視する⁽¹⁴⁾。フェミニズムの論客、キャサリン・マッキノン⁽¹⁵⁾は、表現の自由一辺倒ともみえる憲法学主流の状況を、伝統的表現の自由はポルノ商人とネオ・ナチとKKKの活動を擁護しながら、被害者については何もしないと毒づいている⁽¹⁵⁾。

全体としては、差別表現についても表現の自由擁護派が優勢である。その根底には、表現内容に関する公的な価値づけへの嫌悪感といってもよい否定的な見方があると思

われる。どんなに差別的であっても、特定の個人に対する名誉毀損などにならない限り、法的規制は不可とする点で、他の西欧諸国と比べてユニークといえる⁽¹⁶⁾。

こうした状況でさらなる論争を巻き起こしたのが、1992年のRAV判決であった。

2 RAV判決

(一) 事件の概要

黒人家庭の庭に侵入して十字架を焼き人種的憎悪を表明した白人少年が訴追された事件で、セントポール市のヘイトスピーチ規制法が、人種・宗教・性などに基づく、怒りなどを他人がかきたてることを知り、または知り得べきことが相当なシンボル（燃えた十字架、かぎ十字など）などを掲示した者の処罰を規定したことが争点だった。

ミネソタ州最高裁判所は、限定解釈すればけんか言葉（fighting words）の規制として合憲性を説明しようとしたが、連邦最高裁判所は、全員一致でこれを破棄した。最高裁判所は結論は全員一致だったが、その理由づけでは真っ二つに割れた⁽¹⁷⁾。

(二) 最高裁判決

多数派5裁判官による法廷意見（スカリア裁判官執筆、首席裁判官、ケネディー、スーター、トーマス各裁判官同調）は、大要、次のようにいう。

表現の内容に基づく規制は違憲の推定をうける。内容に基づく規制が許容される少数の例外（名誉毀損・わいせつなど）はあるが、しかし、このことは、名誉毀損・わいせつなどという内容に基づく規制が可能ということであって、憲法は全く無関係ということではない。「すなわち、政府は〔名誉毀損という表現の内容に基づいて〕名誉毀損を禁止し得る。しかし、さらにもうひとつの内容に基づく区別をして政府に批判的な名誉毀損のみを禁止することはできない」。「たとえば、わいせつという、ひとつの内容の要素に基づく禁止権限は、別の内容の要素に基づく禁止権限を帰結するものではない」

もっとも「我々が第1修正の要求と考える内容による区別の禁止といえども絶対的ではない。禁止可能な言論の文脈と完全に保護される言論の領域においては適用が異なる。結局、内容に基づく区別に対する一般的禁止の根拠は、内容に基づく区別によって、政府は特定の思想や見解を市場から効果的に追放できるという亡霊を生き返らせることである」。好色さにおいて極端に不快なわいせつのみを禁止することはできるが、不快な政治的メッセージを含むわいせつのみを禁止することはできない。

「他人の庭で十字架を焼くことが非難すべき行為であるという我々の信念については誤解なきようお願いしたい。しかし、セントポール市は、第1修正を火にくべることなくそうした振る舞いを抑止する十分な手段を持っているのである」

ホワイト裁判官の結果的同意意見（ブラックマン、スティーヴンズ、オコナー各裁判官同調）は、限定解釈が不十分だから、過度の広汎性ゆえ違憲とするが、表現の自由に関しては、以下のように真っ向から反論する。

最高裁判所が繰り返してきた、ある種のカテゴリーの表現は「憲法が保護する表現の領域内にはない」という説明はそのとおりの意味である。けんか言葉のすべての禁止にせよその一部の禁止にせよ、市場から思想を追放する危険を生むことなく、ヘイトスピーチの社会的害悪のみを規制できる。最高裁判所が長い間無価値と判断してきたけんか言葉を最大限の社会的価値をもつとみなしてきた他の言論と同等の地位に置くことによって、後者を貶めている。法廷意見がいうように内容に基づく規制だとしても本件のヘイトスピーチ規制法は厳格審査に合格する。

「第1修正はけんか言葉のような保護されない言論のカテゴリーに適用されないが、平等保護条項は、保護されない言論の規制が政府の正当な利益に合理的に関連するものであることを要求する」。法廷意見が例示する、政治的な区別による名誉毀損やわいせつの規制が、合理的根拠の審査に合格しないことは疑いない。

(三) 小括

ホワイト結果的同意意見が、差別表現一般についてはともかく、差別表現が憲法上の規制可能なカテゴリーの表現としてなら、差別表現規制は可能とするのに対して、法廷意見はこれを否定したものである。すなわち、規制は、見解中立的・内容中立的であるのが原則として、限定解釈が可能としてもけんか言葉の一部のみの規制によって、差別表現だけを規制できないとする点で対立している。

過度の広汎性ゆえ違憲でも決着可能なのになぜ踏み込んだのか。表現の自由に関して、一見手厚い保護を唱えるのが従来の保守派であることには、やや違和感があるが、反差別法に一言いちゃもんをつけておきたいという政治的意味合いがあったと囁かれている⁽¹⁸⁾。

3 ブラック判決の意義と問題点

(一) 差別表現に対する基本的評価

表現内容に基づく規制は、わいせつ、名誉毀損、児童ポルノなど狭い例外あるが、表現の自由の対極にあるものであり、けんか言葉や脅迫にあたらなにかぎり差別表現一般の規制は許されない、というのが合衆国の判例の前提であり、憲法学説もこれを基本的に支持している。

ブラック判決は妥当とする数少ない論者の一人、Eberie も、「ヘイトスピーチは、抑圧するよりも立ち向かうことが重要であり」、「ヘイトスピーチの抑圧は、現実世界の醜さを隠すだけであり、現実について我々をミスリードする危険がある」。「ヘイト

スピーチへの真の対策は、我々自身と世の中を変革することである」と述べる⁽¹⁹⁾。

問題は、保護外の表現について、全部ではなく一部が内容規制の対象となったときどう見るべきかというRAV判決の争点である。

Kitrosser は、RAV判決と同様、保護外の表現であっても内容に基づく規制は許されないとの立場で、その理由を2点示す。まず、保護外表現のうちで最も不人気なものだけの規制を許容することで公的議論をねじ曲げるなどの懸念から、表現の自由の価値に悪影響が及ぶ。次に、保護される表現を侵害するための手段となる危険があるとす。すなわち、保護される表現への「萎縮効果」が内容に基づく不公平な方法で生ずる可能性、保護表現と保護外表現の双方をした者を処罰する恐れ、標的とされる要素（十字架焼却など）があれば現実に脅迫か否かにかかわらず本来的に可罰とされる傾向が懸念されるという⁽²⁰⁾。

Hartley がいうように、平等な表現の自由、すなわち、公的な討論の片方のみを抑圧して討論の方向をねじ曲げてはならないという原則⁽²¹⁾がRAV判決の基本だったと理解すれば、保護されない表現にも内容規制が原則として許されないという見解は支持し得るもののように思われる。同じ表現の自由に関する事前抑制（及び明確性）の理論が保護外表現にもほとんど何の議論もなく適用されてきたこともこの考え方の正しさの証左となるのではないか。

実際、ブラック判決でも、大多数の裁判官がRAV判決を前提に議論している。また、ブラック判決についての評釈も、RAV判決を土台に論評している。とかく批判も多かったRAV判決だが、先例として定着したと思われる⁽²²⁾。

(二) ブラック判決に対する肯定的評価

ブラック判決は、おおむね常識的結論 (intuitively satisfying) と評される⁽²³⁾。Hartley も「ソロモン王（日本なら大岡越前？、根本）のように、最高裁判所は、結局、ブラック判決で中道を追求した」と評し、実際、バランスのとれた判決とマスコミからも人権団体からも支持が高いとされている⁽²⁴⁾。

学界でも、Eberie によれば、ブラック判決は、人種差別的振る舞いに対応する権限を社会に与えた点で重要であり、「RAV判決と比べて、ブラック判決は、表現の自由と平等とのより良い調和を作り出している」⁽²⁵⁾とするが、このような好意的評価は少数で、ブラック判決は、両側からの批判にさらされている。

(三) ブラック判決に対する批判的な見解 1

批判の主流は、RAV判決との整合性を問い、表現の自由の保護に問題を残したとするものである。

Berlin は、十字架焼却に特定した規制は、まさに見解に基づく規制であって、白

人優越思想の規制は第1修正に違反するとして、ブラック判決は先例に反すると批判する⁽²⁶⁾。たしかに強烈だが、十字架焼却の白人優位のメッセージゆえの規制とみるべきだろう⁽²⁷⁾。なお Schauer も、十字架焼却は人種差別思想の反映だからこそ特に脅迫的なのであって、見解に基づく規制にあたり、RAV判決との整合性は疑わしいとする。そして、「規制は正しいように思えるが、その代償は大きすぎる」と述べ、解決策として、脅迫・放火・住居侵入など既存法による規制を提示する。すなわち、RAV判決が指摘したように、問題の十字架焼却は、数多くの法律のいずれかによって処罰可能であった。「この選択肢こそが、表現の自由と暴力の恐怖なく生活する個人の権利とのバランスをとれる」⁽²⁸⁾

Kitrosser も、基本的に、表現の自由の保護に不十分との立場をとる。特に、「一応の証拠」規定について、脅迫の意図の証明が弱いときでも陪審の審理を有罪の方向にねじ曲げることから、州法を全体として違憲とすべきだった、とする⁽²⁹⁾。

判決を合衆国版「大岡裁き」と評した Hartley は、自由の防壁は、しばしば、あまりろくでもない人々にかかわる論争のなかで作り出されてきた、とする。ブラック判決については、成果として、社会で忌み嫌われているという理由だけでは規制できないことを確認し不人気な見解の保護に力強い防壁となる、規制には実質的な害悪の発生が必要で、単にその傾向があるからという理由では規制できない、一応の証拠規定に関して憲法上の保護を侵食する「ショートカット」を拒否したことの3点を挙げる。その一方で、内容中立的な選択肢があるのに、RAV判決の第1例外の広すぎる理解に立ち特定のメッセージのシンボルを選び出した規制を支持したこと、そして十字架焼却の歴史に鑑み規制可能との判決は他のシンボル（鍵十字など）にも広がることを懸念する。また（その意図がないにもかかわらず）陪審がたやすく脅迫の意図を認定し不人気な見解の保護が不十分になる可能性を指摘している⁽³⁰⁾。

私も整合性に欠けるとする見解に説得力を感じず。RAV判決の第3例外—「政府による思想抑圧が起きる現実的な可能性は全くない」に照らせば、「一応の証拠」規定を一体として判断し、違憲とすべきだったと考える⁽³¹⁾。

(四) ブラック判決に対する批判的な見解 2

もちろん、逆方向からの批判もある。Schauer は、「表現者の意図が第1修正上の分析の重要な要素だとする広く受け入れられている見解は誤っており」、第1修正の保護の如何は、表現の意図ではなく、実際に表現したことに拠る。すなわち、表現者の意図よりも社会で一般にどのように受け止められているかという通常の意味を重視すべきで、十字架焼却について、結果を招来する可能性の大小ではなく、恐怖感やストレスゆえに規制されるとして、基本的にトーマス反対意見を支持する⁽³²⁾。

また、Bell も、言葉は、使用された文脈と使用方法から意味が定まるという立場か

ら、文脈に基づき、犠牲者に中心をおくアプローチによれば、十字架焼却は、憲法上保護されるヘイトスピーチではなく、憲法上規制可能なヘイトクライムであり、脅迫の意図が証明される者に限らず、犠牲者に向けて十字架を焼却した者を訴追できる広い権限を州に与えるべきだとする。そして、ブラック判決は、十字架焼却がもたらす害悪を正しく認識したが、重大と認めた害悪へ対処する州の権限を制限しすぎていると批判している⁽³³⁾。

しかし、このような見方は、広く象徴的表現にも憲法上の保護を認めてきた判例や学説の動向とは相いれないもので、彼の地では、トーマス反対意見に同調者がいなかったように、少数説とみられる。

(五) 小括

結局、法廷意見の真意は、RAV判決で進みすぎたと感じた最高裁判所が軌道修正を図ったということではないか。RAV判決で、「暴力の表明には、秩序やモラルという社会的価値—伝統的にけんか言葉を第1修正の範囲外においてきた—に優越する十分な価値がある」サインだと警鐘を鳴らし、以降十字架焼却を違法とする試みは違憲とされようと予言したホワイト裁判官が狼少年であったことを証明した、とのいささか上品さに欠ける評⁽³⁴⁾は、そのことを物語っている。

つまり、十字架焼却規制法の主要部分を合憲とすることで世論に配慮し、「一応の証拠」規定を違憲とすることで表現の自由への悪影響に歯止めをかけようとした。その点が良く言えばバランスがとれているとも評価できるが、反面、前半と後半で一貫しないとも批判されるゆえん⁽³⁵⁾であろう。論旨の明快さでは、スター裁判官などの個別意見のほうが優れているように思われる。

ただし、法廷意見の十字架焼却と暴力の脅迫との特異な関連性に関する長々とした記述は、規制容認は十字架焼却に限定されたもので、本件は例外中の例外とするシグナルと読めなくもない⁽³⁶⁾。法廷意見としては、できるだけ表現の自由の価値に障らないように結論の妥当性を得ようとしたが、その試みは部分的にしかうまく行かなかったというところであろう。

四 結びに代えて—わが国の議論状況・素描

最後にわが国の学説の議論状況を素描しておく。

(一) ヘイトスピーチ規制反対論

すでに述べたとおり、憲法学の主流は、ヘイトスピーチの法的規制に消極的であった。ヘイトスピーチ規制が、内容規制であり、観点規制であることへの警戒感がその

背景にある。このことは昨今においても変わらないと思われる。

市川正人によれば、表現内容規制は、表現内容中立的規制よりも表現の自由保障にとって危険なものであるからより厳しくその合憲性が判断されなければならないという前提から、「明白かつ現在の危険」の基準やブランデンバーグ基準が適用されるといふ。そのうえで以下のように、国家の規制によってこそ健全な思想の自由市場が確保されるとか、価値が低い表現だからという理由による、表現内容規制に強い嫌悪感を示す⁽³⁷⁾。

「そもそも「思想の自由市場」論においては、本来、だれでもが思想の自由市場に登場することを禁止されていなければいいのであって、表現行為のしやすさや思想内容の受け入れられやすさは問題とならない。それゆえ、実際に反論することが困難であるとか、反論が有効性をもたないがゆえに「思想の自由市場」論は十分には機能しないので、当該表現を禁止すべきだという主張は、「国家の規制によってこそ健全な思想の自由市場が確保されるという理解」をとるものであって、「思想の自由市場」論に立つ表現の自由論に大きな修正を加えようとするものである。しかし、こうした立論を安易に認めれば、「『思想の自由市場』の実質的な保障」、「表現の自由を守るため」といった名目で、国家による広い範囲の表現行為の禁止が認められることになり、表現の自由の保障は大きく損なわれることになる。

この主張は、表現の有する価値の高低ないし質によって表現を類型化し、「価値の低い表現」には強い保障は及ばないとするものである。しかし、表現の自由の保障の根幹は、伝わる価値がある（または高い）思想・意見・事実であるか否かを国家が選択してはならず、そうした選択は市民に委ねられるということである。それゆえ、裁判所という国家機関が、表現の自由の機能にとって役立つか否かで価値の高い表現と価値の低い表現とを分類することを認める立場には、疑問がある」

榎透もこうした論者の代表格である。榎によれば、公私区分、国家権力、そして、思想の自由市場という従来の憲法学や表現の自由理論に立てば、規制積極論には難点が多いとして、特に以下のように指摘する⁽³⁸⁾。

「集団を誹謗する者がどんなに誤った考えの持ち主であったとしても、……それを最終的に受け入れるか拒むかは思想の自由市場の中で決まる。邪悪と思われている意見を拒むことは、そうした意見の禁圧によるよりも、議論と思考に基づいた非難によって実現されるべきである。そうでなければ、ある種の言論がなくなれば社会が良くなるという論理によって、表現の自由にとって得られていた諸価値は排除される」

結論として、内容規制や公権力が善悪判断することへの警戒感からわが国での規制にも懐疑的な立場を堅持している。

さらに齊藤愛は、「日本国憲法は、いかなる思想や価値観であっても一たとえそれが憲法自身を否定するようなものであったとしても一等しく尊重されなければならないという考え方を根本原理としており、それゆえ、日本国憲法における表現の自由は、『表現の根底にある思想や価値観がいかなるものであっても、それを理由に表現を規制することは許されない』と述べる。そのうえで昨今のヘイトスピーチ規制の議論について、「差別問題を解決する必要がある」などという理由で憲法21条の解釈をゆがめることが許されないのは、「有事に対処する必要がある」などという理由で憲法9条の解釈をゆがめることが許されないのと同様である、とまで評価している⁽³⁹⁾。

(二) 規制消極論

伝統的な憲法学の表現の自由尊重の立場でありながら、ヘイトスピーチ規制に理解を示すのが小谷順子である。ヘイトスピーチ全体の規制については「特定の個人に向けられておらず、個人的法益を直接に侵害するとは言えない表現の規制に対する憲法学説の警戒心は強い」とするが、憎悪表現の特異性に着目して、不特定多数に対するヘイトスピーチでも、実際には特定の具体的な人々に向けられていて、脅迫・侮辱・名誉毀損の害悪レベルに匹敵する個人的法益への害悪が発生することが示されるのであれば、導入の余地はあるとしている⁽⁴⁰⁾。

しかし小谷も、実際に規制可能なのはヘイトスピーチのうちのごく一部であること、他方このような内容規制を許容することが表現の自由の保障に対する脅威（強者に対する憎悪表現も規制対象になるなどマイノリティー側の表現が規制される可能性など）となるおそれが拭えないことから、「ごく一部の限定的な憎悪表現を規制するために、又は極めて小さな効果を追求するために、表現の自由全体の脅威となりうる規制を認めることは不合理だ」として結論としては法規制に慎重であるように思われる⁽⁴¹⁾。

(三) 規制積極論

昨今、勢力を増しつつあるヘイトスピーチ規制論の代表格が師岡康子である。師岡は、表現の自由に関するアメリカ法をおおむね適切に引用して、逐一反論している。そして、「脅迫や名誉毀損が他人の人権を侵害して許されないのと同様、ヘイト・スピーチは人権を侵害する表現であり、許してはならない」と述べる。また、いわゆるブランデンバーク基準が満たされる場合にのみ法規制すべきという主張も不適切と退けていることから、師岡の主張は、わいせつ表現などと同様、ヘイトスピーチという憲法の保護外の表現という新たなカテゴリーの規制を求めているのだろう⁽⁴²⁾。

さらに前田朗は、ヘイトスピーチも含めて表現の自由の規制には「結果発生 of 具体的危険性が明白な場合に限られる」とする憲法学通説を引用し、直截にアメリカ法か

らの離脱を提唱する⁽⁴³⁾。

(四) 小括

論究ジュリスト連載の日本国憲法研究16 表現の自由⁽⁴⁴⁾が興味深い。曾我部真裕の基調報告を受けて著名な憲法学者が議論しているが、報告者の曾我部が最もヘイトスピーチ規制に親和的にみえる。

たとえば駒村圭吾の、そもそも言論は過激なもので傷つく人がいるから規制すべきだという発想は危険だという発言を受けて、穴戸常寿は合衆国の国旗焼却問題を引きながら、人の心が傷つく表現に対する考え方の違いが米欧の分岐点ではないかと指摘している⁽⁴⁵⁾。

ヘイトスピーチの規制を是認するなら、同様の論理で、間抜けな女の子こそ愛されるというミニーマウス伝説や忠臣蔵は政治テロ礼賛だから規制すべきなのかという揶揄（前者は長谷部恭男、後者は穴戸常寿）が憲法学主流の雰囲気物語っている⁽⁴⁶⁾。

わが国におけるヘイトスピーチ規制の急先鋒とみられる論者は、厳格審査基準に合格するヘイトスピーチ規制では不十分で、わいせつ表現や名誉毀損などと同様、ヘイトスピーチという憲法の保護外の表現というカテゴリーな規制を求めているようにみえる。あるいは表現の自由について、直截にアメリカ法からの離脱を主張する。

まさに駒村圭吾がいう、憎悪表現や差別表現はいけないというなら表現の自由の背後には14条の趣旨を反映すべしというような「新たな憲法論」が必要ということになる。もちろん駒村はそれに否定的で、不快だから、傷つくからという言葉狩りにつながると懸念している⁽⁴⁷⁾。

- (1) 一例を挙げれば、初宿正典他『いちばんやさしい憲法入門』（第5版）（2017年）も、他のテーマは1章なのに、この2つのテーマだけはそれぞれ2章をさいている。
- (2) Tomatu, *The Reception in Japan of the American Law and its Transformation in the Fifty Years Since the End of World War II: Constitutional Law*, 26 *Law in Japan* 14(2000).
- (3) 阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』13頁、21頁（1998年）。

明戸隆浩は以下のように、やや異なる見方を提示するが、現状の理解においては大差ない。

チャプリンスキー判決（1942年）とボハネ判決（1952年）でけんか言葉や集団誹謗の規制を支持した最高裁（やアメリカ法）が変わった転回点がブランデンバーグ判決とスコークー村事件で、それを完成させたのがRAV判決である。つまり、公民権運動の高揚・成功とほぼ同時期だった。公民権運動は表現の自由があってこそであり、その好例がNYタイムズ対サリバン判決だった。ゆえに、一部の規制論もあったが、ACLUなど従来の

表現の自由擁護派はヘイトスピーチであっても規制に反対している。明戸隆浩「アメリカにおけるヘイトスピーチ規制論の歴史的文脈—90年代の規制論争における公民権運動の「継承」」アジア太平洋レビュー 2014 25頁。簡単なまとめは36頁に。

公民権運動は表現の自由があってこそという合衆国と「日本では言論統制が戦争への道を開いた」という理解に共通点を見いだす。

- (4) 批准前だが、条約の差別表現禁止義務が表現の自由の侵害にあたるとする。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—」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開 上』734頁 (1993年)。
- (5) ヘイトスピーチ解消法についての簡潔なコメントとして、Kotani, A Comment on Hate Speech Regulation in Japan after the Enactment of the Hate Speech Elimination Act of 2016、法政研究21巻3・4号1頁 (2017年) が有益である。
小谷順子によれば、「(憲法学はアメリカ法の強力な表現の自由を支持し、内容規制には厳格審査基準を採用すべしと主張するが) 最高裁は立法部の判断をつねに尊重してきたし表現の自由規制に関して法令違憲の判断をしたことがないので、国会がヘイトスピーチ処罰の新法を制定すれば、合憲と判断されるだろう」(6頁)、「強力な表現の自由を信奉する憲法学者としてこの傾向(政府や地方公共団体がヘイトスピーチの被害者のための活動に解消法に拠っていること)を無条件に歓迎すべきか何とも言えないが、ヘイトスピーチ解消法はこの数ヶ月間機能しているように思われる」(11頁)(いずれも拙訳)
- (6) Virginia v. Black, 538 U.S. 343(2003). ブラック—KKKの集会主導—については上訴棄却、エリオットとオマラー—黒人の隣人宅庭で十字架焼却—については原判決取消、差し戻した。
- (7) 松井茂記『アメリカ憲法入門』(第7版) 252頁 (2012年)。
- (8) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964).
- (9) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444(1969).
「皮肉なことかもしれないし、そうではないかもしれないが、ブランデンバーク・ルールの恩恵を受けた最初の人物は、人種的・宗教的少数者への憎悪を煽ったKKKのメンバーであった。……合衆国以外のほとんどのリベラル・デモクラシー国家は、人種的・宗教的憎悪を煽る言論を範疇化し、禁止してきた。これにならって、合衆国の連邦最高裁も、人間の平等性という憲法の基本的な前提と矛盾するという理由で、人種的・宗教的憎悪を煽る言論を第1修正によって保護されないものとして取り扱うこともできたかもしれない。しかしながら、Brandenburg 判決は、そのような範疇化を行わなかった。……連邦最高裁は、扇動屋に自由に話させるほうが、彼らを公的な空間から排除し隔離してしまうよりもよいと考えたのかもしれない」フェロン(平地秀哉ほか訳)『アメリカ憲法への招待』40頁 (2010年)
- (10) L.TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 925.
- (11) 内野正幸『差別的表現』80-87頁 (1990年)。
- (12) American Booksellers Assn., Inc. v. Hudnut, 771 F. 2d. 323(7th Cir. 1985). なお、内野前掲、196-97頁。
- (13) L.TRIBE, supra, note 10, at 926.
- (14) 内野前掲、124-26頁及び203-05頁。
- (15) キャサリン・マッキノン『ポルノグラフィ—』(柿木和代訳) (1995年)。なお、同じく『フェミニズムと表現の自由』(奥田暁子他訳) 361頁 (1993年) も、合衆国の代表的な人権擁護

団体、A C L Uに同様の非難を浴びせている。

- (16) 座談会「現代社会と『差別的表現』」書斎の窓398号 (1990年) での松井茂記発言。ジョナサン・ローチ『表現の自由を脅かすもの』(飯坂良明訳) 195頁 (1996年) も、差別表現規制の文脈で、不快な表現の禁止は異端審問と同じ、とする。
- (17) R.A.V. v. St.Paul, 505 U.S. 377(1992).
- (18) 紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制」憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』63頁、66-67頁 (1998年)。
- (19) Eberie, Cross Burning, Hate Speech in America, 36 ARIZ.ST.L.J. 953(2004).
- (20) Kitrosser, Containing Unprotected Speech, 57 FLA.L.REV. 843(2005).
- (21) Hartley, *infra*, note 30, at 14-15.
- (22) 藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」国際公共政策研究 9 巻 2 号 1 頁、15頁 (2005年) によれば、「すべての表現規制に厳格審査が妥当し、特定の相手方に向けられたヘイト・スピーチ規制のみが厳格審査のもとで正当化されうる」
- (23) The Supreme Court, 1995 Term, *infra*, note 34, at 345.
- (24) Hartley, *infra*, note 30, at 2.
- (25) Eberie, *supra*, note 19, at 996.
- (26) Berlin, The Shortcomings of the Supreme Court's Viewpoint Discrimination Analysis in Virginia v. Black, 81 DENV.U.L.REV. 143(2003).
- (27) なお、Schauer も、十字架焼却は人種差別思想の反映だからこそ特に脅迫的なのであって、見解に基づく規制にあたり、R A V 判決との整合性は疑わしいとする。Schauer, *infra*, note 32, at 208.
- (28) Berlin, *supra*, note 26, at 167.
- (29) Kitrosser, *supra*, note 20, at 901-02.
- (30) Hartley, Cross Burning-Hate Speech as Free Speech: A Comment on Virginia v. Black, 54 CATH.U.L.REV. 1(2004).
- (31) 小谷順子「米国における表現の自由とヘイトスピーチ規制」法政論叢40巻 2 号149頁、161頁 (2004年) も、R A V 判決に従うなら、十字架焼却のみの禁止は許されず、州法は全体として違憲と考えるべき、とする。
- なお、十字架焼却に絞った包括的論稿として、小谷順子「十字架を燃やす行為の規制をめぐる憲法問題」『アメリカ憲法判例の物語』第 4 章 (2014年) が非常に有益である。小谷は、前述の見解を繰り返したうえで、両判決の結論の違いは、脅迫が喧嘩言葉より規制されやすいカテゴリーであることによるのではないかと説明している (170頁)。
- 榎透も、十字架焼却が白人優位主義を意味するという見方に立てば、州法は特定のメッセージのみを選び出した内容規制にあたり修正 1 条違反になるのでは、と指摘している。榎透「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」専修法学論集96号69頁 (2006年)。この論稿は、ボハネ判決、スコキー村事件、ブラック判決を中心にアメリカ法、特に判例を分析したもので、スコキー村事件では、州裁判所も連邦裁判所も、伝統的な表現の自由の枠組みで、住民の嫌悪感や感情では規制不可と判断し、ブラック判決は、燃える十字架は憎悪のシンボルであるから、(すべての脅迫メッセージの規制ではなく) このメッセージのみの規制も許されるというのが法廷意見の要旨であると紹介している。
- (32) Schauer, Intentions, Conventions, and the First Amendment: the Case of Cross-Burning, 2003 SUP.CT.REV. 197.

- (33) Bell, O Say, Can You See: Free Expression by the Light of Fiery Crosses, 39 HARV. C.R.-C.L.L.REV. 335(2004).
- (34) The Supreme Court, 2002 Term, 117 HARV.L.REV. 226, 339(2003).
- (35) 「合衆国最高裁判所 2002-2003年開廷期重要判例概観」[2003] アメリカ法245頁、258-59頁も、前半と後半が繋がらないとみる。
- (36) Hartley, supra, note 30, at 21.
- (37) 市川正人『法曹実務にとっての近代立憲主義』62-63頁 (2017年)。
- (38) 榎透「ヘイト・スピーチ規制考-米国の議論を通じて考える、公私区分、国家権力、そして、思想の自由市場-」専修法学論集129号47頁、85-86頁&92-95頁 (2017年)。
 また榎透『『国家による自由』の特質と問題点-差別表現規制に関する議論を手掛かりに-』憲法理論研究会編『『危機の時代』と憲法』65頁 (2005年)は、「国家による自由」による人権論が、権利の法典である憲法を義務の法典へと転化する危険を指摘して、差別表現規制に反対する。
- (39) 齊藤愛「表現の自由の現況-ヘイトスピーチを素材として」論究ジュリスト13号56頁 (2015年)。齊藤はヘイトスピーチ規制の行き着く先は、シェークスピアの『ヴェニスの商人』の上演禁止になりかねないと警鐘を鳴らす。
- (40) 小谷順子「人種差別主義に基づく憎悪表現 (ヘイトスピーチ) の規制と憲法学」法学セミナー 757号12頁 (2018年)。
- (41) 小谷順子「憎悪表現 (ヘイト・スピーチ) の規制消極論とその背景」法と民主主義490号 54頁、56頁 (2014年)、小谷順子「日本国内における憎悪表現 (ヘイトスピーチ) の規制についての一考察」法学研究87巻 2号385頁、407頁 (2014年)。
- (42) 師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』151-52頁 (2013年)。「おおむね適切」と書いたが、ブランデンバーク判決の理解には疑問がある。師岡は「この事件自体はヘイト・スピーチに関するものではなく、反政府表現の規制に関するものだ」(143頁)という。しかし、この事件は白人至上主義団体 KKK 幹部の「黒人ども (the nigger) を葬れ。黒人どもをアフリカに、ユダヤ人をイスラエルに送り返せ」といったまさにヘイトスピーチに関するものだった。それとも、師岡はこの程度の表現は、わが国にはびこるヘイトスピーチとは異質のもので表現の自由として保護すべきというのであろうか。
- (43) 前田朗「ヘイト・スピーチ処罰は世界の常識」『なぜ、いまヘイト・スピーチなのか』160頁 (2013年)。
- (44) 論究ジュリスト14号152頁 (2015年)。
- (45) 同166-67頁。
- (46) 同170-71頁。
- (47) 同171頁。