

はじめに

本書は、表現の自由をめぐる重要な現代的課題であるヘイト・スピーチ(Hate Speech(人種、民族、宗教、性別等の集団に対して、憎悪等を表明する表現))規制に関する憲法上の問題について検討するものである。

表現の自由は、民主主義にとって非常に重要な権利であるとされており、自由で民主的な国家の憲法で遍く保障され、また、国際人権規約等でも保障されている。歴史的に、表現の自由は時の政府によって弾圧されることもしばしばあった。それゆえ、政府の不当な干渉からいかに表現の自由を保障するかというのは、憲法学にとっても重要な課題であり続けた。

しかしながら、近年では、ヘイト・スピーチなどの過激な表現を規制すべきであるという主張がなされるようになってきている。日本でも、「在日特権を許さない市民の会(以下、「在特会」とする)」の活動などをきっかけに、「ヘイト・スピーチ」という言葉が人口に膾炙するようになり、その規制の是非について国会や多くのメディアなどで議論されるようになって¹⁾いる。

これらの問題について、以前と大きく異なるのは、(政治的に)リベラルな立場からも規制が主張されていることである。以前は、たとえば、道徳を理由に、わいせつ表現の規制が主張されていたように、(政治的に)保守的な立場か

1) ヘイト・スピーチという言葉が広く知られるようになる以前の2002年には、人権擁護法案が国会に提出されたが、結局は廃案となった。以降、同様の法案が何度か検討されている。

2014年8月には、政権与党である自由民主党が、「ヘイトスピーチ対策等に関する検討プロジェクトチーム」の会合を開き、「法規制を含めた防止策を検討」したことが注目された。朝日新聞2014年8月29日朝刊。ただし、同会合においては、国会周辺におけるデモ活動の規制についても議論され、集会の自由に対する過度の規制となるのではとの批判がなされた。

また、2016年には、「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)」が成立した。同法については終章を参照。

らの規制論があり、それに対し、リベラルな立場から規制に反対する主張がなされていた。これに対し、Jack M. Balkinは、1980年ころから、「イデオロギーの転回 (ideological drift)²⁾」が起こったと指摘する。すなわち、現代では、リベラルな立場から様々な表現類型に対する規制論が主張され、逆に保守的な立場から表現を擁護する主張がなされるようになってきているという、一種の逆転現象が起こっている³⁾。このような「イデオロギーの転回」が起こった理由として、様々な論者が、表現の自由をめぐる問題枠組が変化したことを指摘する。従来の表現規制は、政府や法、公共政策に向けられた表現に関するものだったが、現在問題となっているのは、人々の人種、民族性、宗教、性的指向に対する攻撃のような、他の個人に向けられた表現である⁴⁾。すなわち、かつては、表現の自由論は、主として「国家権力との敵対関係⁵⁾」という文脈で論じられてきたのに対し、現代では、表現の自由は、専制ではなく正義のために意見を述べようとする「新しい敵——自己決定、平等、人種的憎悪や偏見からの自由といった他の価値——」によって挑戦されている⁶⁾。

本書は、このような表現の自由をめぐる現代的課題に対し、憲法学はどのように対応すべきなのかについて検討する。その際に、主として、ヘイト・スピーチを素材として検討する。ヘイト・スピーチに対しては、自由で民主的な国家の間でも対応が分かれており、しばしば「規制に積極的なヨーロッパ」と「規制に消極的なアメリカ」とが対比される。従来、「アメリカの表現の自由論

2) See J. M. Balkin, *Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment*, 1990 DUKE L.J. 375.

3) 後にみるように、Kathleen M. Sullivanは、リベラルの側から規制が主張される表現類型は5つあると指摘する。Kathleen M. Sullivan, *Free Speech Wars*, 48 SMU L. REV. 203, 204 (1994).

4) Ivan Hare & James Weinstein, *General Introduction: Free Speech, Democracy, and the Suppression of Extreme Speech Past and Present*, in *EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY* 1, 5 (Ivan Hare & James Weinstein eds., Oxford University Press 2009).

5) 奥平康弘 = 樋口陽一「対談」樋口陽一編『講座 憲法学3』(日本評論社、1994年) 259、270頁。

6) Ronald Dworkin, *Foreward to EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY*, *supra* note 4 at v.

は伝統的に、他の民主国家に大きな影響を与え続けてきた⁷⁾とされているが、ヘイト・スピーチに対してはアメリカとヨーロッパ諸国とでは対照的な対応をしている。これに対して、上述のように、表現の自由をめぐる問題枠組の変化にともない、アメリカにおいても、ヨーロッパ的なアプローチをとり、ヘイト・スピーチを規制すべきであるとの主張もなされるようになっていく。

本書は、アメリカにおける近年のヘイト・スピーチ規制をめぐる議論を参照し、日本へ与える示唆を検討する。そこでは、表現の自由を最大限保障するという立場を維持しつつもヘイト・スピーチ規制は憲法上正当化されると主張する。表現の自由は、民主主義社会において、非常に重要な権利である。表現——特に政治的表現——はできる限り自由でなければならないのは言うまでもない。しかしながら、後で述べるように、ヘイト・スピーチは、その対象となった集団を、同等の市民として認めず、公的意見の構築から排除しようとするものである。特定の集団の意見が排除されるならば、民主的過程は機能不全に陥る可能性がある。なぜならば、民主主義社会が機能するためには、多様な意見が必要なのであり、そこから特定の集団を排除するならば、「知識や情報の不完全さが増幅・維持され、望ましくない状況に陥ってしまう」⁸⁾危険性もある。このような観点からも、特定の集団が公的意見の構築から排除されないようにしなければならない。

本書は、このような問題意識から、ヘイト・スピーチをめぐる憲法上の議論を検討する。

第1章では、ヘイト・スピーチ規制をめぐるアメリカの議論を概観する。ヘイト・スピーチは古くから存在するが、重大な問題であると認識され始めたのは1930年代からだといわれる。第1章では、まずアメリカにおけるヘイト・スピーチ規制の歴史を、アメリカ合衆国連邦最高裁判所（以下、「連邦最高裁」とす

7) Steven P. Lee, *Hate Speech in the Marketplace of Ideas, in FREEDOM OF EXPRESSION IN A DIVERSE WORLD* 13, 14 (Deirdre Golash ed., Springer 2010).

8) 飯田高「カスケード現象——行動選択の連鎖反応」法学教室405号(2014年) 68、70頁。このように、矛盾するようではあるが、表現の自由のため——思想の自由市場が機能するため——に、「ヘイト・スピーチ」という表現を規制する必要がある。

る)の判例を素材に概観する。そして、判例の枠組では犠牲者の救済は不十分となるとの立場から、ヘイト・スピーチの害悪につき積極的に論証しようとする批判的人種理論の主張に着目し、同理論が与える示唆を検討する。

第2章では、ヘイト・スピーチと関連する問題であるヘイト・クライム(Hate Crime)の規制をめぐる憲法上の問題について検討する。ヘイト・クライムは従来、ヘイト・スピーチと比べ、研究が多くはない。しかし、ヘイト・クライムはヘイト・スピーチに付随して起こることも多く、また、ヘイト・スピーチと本質的に区別できない面がある。そのため、ヘイト・スピーチの境界を画定させるためにも、ヘイト・クライム規制の憲法適合性を検討する必要がある。

第3章では、批判的人種理論につき概観し、同理論の近年の動向を検討する。批判的人種理論は、主としてマイノリティの学者によって担われており、レイシズムと闘うための様々な方法論を主張してきた。レイシズムと闘うためには、何よりもまずレイシズムを理解しなければならない。批判的人種理論の論者は、レイシズムおよびその害悪を理解するためには、「マイノリティの視点」、「歴史的背景の検討」が必要であると主張する。この点は、連邦最高裁判決が2003年の判決で、十字架を燃やす行為の害悪を歴史的な背景を詳細に参照しながら検討したことと一致する。それゆえ、連邦最高裁の判例理論を理解するためにも——また、なぜヘイト・スピーチの害悪を検討するために「マイノリティの視点」、「歴史的背景の検討」が必要なのかを理解するために——批判的人種理論がなぜ「マイノリティの視点」、「歴史的な文脈」の検討が必要であると主張するようになったのかを理解しなければならない。そこで、第3章では、批判的人種理論の理論的起源、同理論の生成・発展を概観し、内部対立を中心とした近年の動向を検討する。

第4章では、連邦最高裁の表現の自由論を概観する。近年、連邦最高裁は、不人気な表現を規制する立法をしばしば違憲としている。特定の種類の表現については、連邦最高裁はあたかも絶対的な保護を与えているかのようである。これらの判例が「表現保護的なアメリカ」というイメージの形成に寄与しているといえる。特に、ヘイト・スピーチなどの過激な言論への対応につき、規制

に消極的なアメリカと、規制に積極的なヨーロッパという対比がしばしばなされる。しかし、アメリカは建国以来常に表現保護的な立場をとっていたわけではない。なぜアメリカが表現保護的な立場をとるようになったのかについて、アメリカとヨーロッパ諸国の歴史的観点から、両者のアプローチの違いの原因を探る。

第5章では、表現の自由の原理論の観点から、ヘイト・スピーチ規制論を検討する。上述の通り、表現の自由をめぐる枠組は近年変化しており、それが顕著に現れるのがヘイト・スピーチをめぐる議論である。そこで、第5章では、Oliver W. Holmes裁判官とLouis Brandeis裁判官の2人の主張（思想の自由市場論と民主的熟議の理論）に着目し、ヘイト・スピーチをめぐる議論を表現の自由の原理論から問い直す。

終章では、日本の現状を概観し、本書で得た視点をもとに、今度の課題を提示する。