

ヘイト・スピーチ規制論と表現の自由の原理論

松 垣 伸 次

はじめに

- 一 アメリカにおける表現の自由の原理論
 - (1) 思想の自由市場論
 - (2) 自治の理論
 - (3) 本稿の枠組
- 二 ヘイト・スピーチ規制に消極的な議論
 - (1) C. E. Bakerの議論
 - (2) R. Postの議論
- 三 ヘイト・スピーチ規制に積極的な議論
 - (1) S. Heymanの議論
 - (2) A. Tsesisの議論

ヘイト・スピーチ規制論と表現の自由の原理論

同志社法学

六四卷七号

九九七

(三〇二三)

四 検討

むすび

はじめに

本稿は、アメリカ合衆国におけるヘイト・スピーチ規制に関する議論に着目して、表現の自由の原理論を概観するものである。

アメリカでは、ドイツやイギリス、カナダ等の他の西欧諸国（以下、カナダも含め、「ヨーロッパ諸国」とする）に比べ、表現の自由を厚く保護してきたと言われる。ヨーロッパ諸国では、表現の自由と、平等、人間の尊厳、個人の名誉などの他の憲法的価値とを調整しようとしている。^①すなわち、平等や人間の尊厳といった価値も民主的価値を有するために、それらの権利を攻撃的な言論から保護することは、言論の規制の民主的正当化事由となると考えられる。^②それに対し、アメリカでは修正一条が憲法の中心的価値をなすとさえいわれる。^③ヘイト・スピーチ規制に関しても、アメリカとヨーロッパ諸国との対応の相違はしばしば指摘される。「政府は、その思想自体が攻撃的あるいは不快であるからという理由だけで思想を禁止するべきではない」という原則を固持しているとされるアメリカに対し、ヨーロッパ諸国では、「その表現が人種的、民族的、宗教的憎悪を表現されたものである場合は、表現の自由の原則は、覆され、また見当外れものとなるという、強力な国際的なコンセンサス」^④が存在するとされる。「イスラム過激主義の高まりやテロリストの行動を受け、ヘイト・スピーチにどのようにに対処するのかについての議論は激しくなっている」^⑤現代において、ヘイト・スピーチ等の過激な言論への対応につき、アメリカの特殊性（American exceptionalism）^⑥が、しばしば指摘さ

れる。⁽⁷⁾この点、アメリカにおける言論の自由の法理は、多くの民主国家に影響を与えてきたが、「近年指摘される、アメリカの特殊性（という言説）は、このような影響が衰えていることを示している」と指摘される。⁽⁸⁾そのような中、アメリカ国内においても、ヨーロッパ的なアプローチをとるべきであるとする主張もなされている。このような動向に対応するためには、その原因を探り、改めて言論の自由の原理論を問い直す必要がある。そこで、本稿では、この問題が顕著に見られるアメリカにおけるヘイト・スピーチ規制をめぐる議論に着目し、表現の自由の原理論を検討していく。

一 アメリカにおける表現の自由の原理論

アメリカにおける言論の自由の理論は、ほとんどは二〇世紀につくられたものとされる。⁽⁹⁾言論の自由を支える価値として、①個人の自己実現、②真理への到達、③社会的政策決定への社会の構成員の参加、④社会における安定と変化の均衡の維持を挙げる J. Emerson の所説が有名である。⁽¹⁰⁾ Emerson の所説及び、その後の D. Farber 等の議論が示すように、修正一条を支える価値は一つではなく、様々な価値の混合物に支えられている。⁽¹¹⁾しかし、R. Krotoszynski は、「これらの価値は、二つに収斂できると指摘する。一つが思想の自由市場のメタファーで、もう一つが民主的な自治（self-government）のパラダイムである。」

(1) 思想の自由市場論

思想の自由市場論は、「真理は市場における思想の自由な競争と通じて発見されるものであり、思想の自由市場を維持するためには表現の自由を保護する必要がある」とする議論であり、「表現の自由の最も古典的な正当化論」といわ

れる。⁽¹²⁾ この理論は、古くから、J. Milton や J. S. Mill が展開してきたが、Abrams v. United States における、「人々が、時が、多くの闘っている信条を覆してきたことを理解したとき、彼らは、自身の行動の基礎を信じる以上に、望ましい究極の善は、思想の自由な取引を通じてより達成されてきた、すなわち、真実の最上のテストは、市場での競争において自らを受け入れさせる思想の力であり、真実は彼らの願望が安全に達成される唯一の基礎であると信じるようになるだろう。いずれにせよ、それが我々の憲法の理論である。」⁽¹³⁾ という、O. W. Holmes 裁判官反対意見により定式化されたといわれる。⁽¹⁴⁾

自由市場論に対しては、それにより、価値の低い言論——人種差別的あるいは性的にあからさまな言論——までも保護してしまうため、過大包摂であるという批判や、自身の見解を普及させるための経済的あるいは政治的基盤を欠く話者が周縁化することを許容してしまうため、過少包摂であるといった批判があった。また、完全に無制約な思想の自由市場が真実の発見へと導くであろうという前提がそもそも争われるとの批判や、言論の自由を、個人の権利としてではなく、それが生み出す社会全体に対する善という観点から正当化するものであるため、思想の自由市場論は、周縁的な価値ではないとの批判もある。⁽¹⁵⁾

しかし、それらの非難にもかかわらず、自由市場論は合衆国最高裁において、あるいは法学の世界において生き延びてきた。なぜなら、自由市場論は、それが完全に見解中立的であるため、魅力的であったからである。⁽¹⁶⁾ 自由市場論は、修正一条や、思想や情報の自由な交換を促進するというその役割の強力な根拠を示す。⁽¹⁷⁾ E. Volokh は、確かに、真実と虚偽とを分ける必要はあり、思想の自由市場はある意味で「規制される」べきではあるが、それは、政府が強制力を通じて、そのような規制を課すことができることを意味しないと指摘する。⁽¹⁸⁾ Volokh は、政府はむしろ、大学教授やシンクタンクの研究員、見聞の広い市民等の、真実と虚偽とを分けようとしている者が、強制的ではない市場の「規制」に、

自由に関与できるようにするべきであると主張する。⁽¹⁹⁾ それゆえ、Volokh は、「公的関心事」や、「公的言説 (public discourse)」における言論は特に強力に保護されるとする主張に異を唱える。⁽²⁰⁾

(2) 自治の理論

自治の理論は、自由な言論は代表民主政に不可欠であるとする議論であり、「現代の西洋の民主政諸国において、おそらく最も容易に理解され、また確かに広くいきわたって」おり、また、「現在の言論の自由の法の展開において最も有力な理論となっている」といわれる。⁽²¹⁾ 自治の理論については、「Mr. 言論の自由」と言われる A. Meiklejohn の所説が有名である。⁽²²⁾ Meiklejohn は、公的言論は人民の自治に影響を与えるので、修正一条により絶対的な保護を受けると主張する。⁽²³⁾ このような Meiklejohn 流の自治の理論は、L. Brandeis 裁判官の主張する、自由な言論と開かれた民主的熟慮との連関を強調する。⁽²⁴⁾ Brandeis は、Whitney v. California の結論同意意見において、「我々の独立を勝ち取った者は、州の最終的な目的は、人間を、その能力を発達するために独立させることである。……彼らは、自由を、結果と手段の双方として評価していた。彼らは、望むままに考える自由や考えるままに話す自由は、政治的眞実の発見と普及に不可欠の手段であると考えていた。」と述べている。⁽²⁵⁾ Brandeis 裁判官の見解では、言論の自由は、公的関心事の開かれた議論を生むことで、民主的自治を促進させるとされる。⁽²⁶⁾

Meiklejohn の理論の主な魅力は、平等のような他の重要な価値よりも言論の自由を保護するための正当化事由を示すことにある。⁽²⁷⁾ しかしながら、Meiklejohn の理論は、自治に関係のない言論を保護するための正当化事由を示すことができず、個人の自律を促進するという重要な役割を理解することができていないとの批判がある。⁽²⁸⁾ このような批判を受け、Meiklejohn は、単なる政治的言論だけではなく、教育、哲学、文学、芸術など、広い範囲に渡って保護が及ぶ

としたが、⁽²⁹⁾同様の批判は依然としてなされる。また、Melkijon の理論に対しては、その保障範囲の「狭さ」に対してだけでなく、⁽³⁰⁾政治的言論であれば、名誉毀損的表現等にも保障が及ぶことから、その言論範囲の「広さ」に対する批判もなされている。

(3) 本稿の枠組

しはしは、Holmes と Brandeis は、まとめて論じられるが、Brandeis の道具主義的な言論の自由論は、Holmes の自由市場論とは大きく異なる。⁽³¹⁾ Brandeis のアプローチのもとでは、熟慮の過程は、効果的な自治という目的のための手段である。それに対し、Holmes 流の自由市場のアプローチのもとでは、言論は、他の何らかの善のための手段ではなく、それ自体が目的である。⁽³²⁾ Holmes が言論の自由に機能的な役割を認めるとしても、それは卓越した真実の探求に関するものであり、良い政府に関するものではない。⁽³³⁾ これらの理論は、究極的には、政府が言論の自由を規制しようとするのは正当であると推定されるかあるいは不当であると推定されるかという基本命題への寛容さあるいは敵意を前提とする。⁽³⁴⁾ 民主的な自治や思想の自由市場は、この対極の選択に関し、有用なパラダイムを提示する。なぜならば、政府が言論の脅威となるかあるいは助けとなるかという見解は、自由市場論が良いのか、あるいは自治の理論が説得的かを一般的に示すことができるからである。⁽³⁵⁾ すなわち、政府の干渉の全くあるいはほとんどない自由市場が良いのか、熟慮を促進し強化する政府の規制は合憲的かつ望ましいのかという二分論である。⁽³⁶⁾

多くの議論は上記の二つの枠組みに遡ることができる。すなわち、言論の自由の理論は、自由市場論をもとにした理論 (Holmes)、⁽³⁷⁾あるいは公共善をもとにしたアプローチ (Brandeis と Melkijohn) のいずれかを、言論の自由の中心的価値として扱っている。⁽³⁷⁾

合衆国最高裁は、一方では、二〇世紀後半以降は、わいせつや営利的言論に保護を与える等、自治に関係のない言論も保護してきた。このような最高裁の姿勢は、Holmes流の思想の自由市場論と適合的であるといえる。⁽³⁸⁾しかし、他方では、政治的言論は修正一条の中心的価値であることを認め、より強力に保護してきた。すなわち、基本的にはHolmes流の理論を採用しながら、Brandeisの理論にも同意を示している。⁽³⁹⁾

このように、合衆国最高裁は、二〇世紀中盤以降は、Holmes、Brandeis双方の理論を取り入れながら、言論自由を比較的強力に保障してきたといつてよい。しかしながら、確かに一九九〇年代までには、少なくとも合衆国最高裁裁判官の間においては、言論の自由のリバタリアニズムの解釈につき、保守とリベラルとの間にコンセンサスがあったが、現在は「地殻変動」が起こっているとされる。⁽⁴⁰⁾すなわち、かつては、検閲は右派と結びつき、言論の自由のリバタリアニズムは左派と結びついていたが、今日では政治的な極は転換し、左派が言論の規制を主張している。⁽⁴¹⁾K. Sullivanは、左派からの新しい言論規制の主張として、①ポルノグラフィ、②ヘイト・スピーチ、③選挙に関する支出規制、④暴力的な内容の無線放送、ケーブルテレビ、ビデオゲーム、その他のメディア、⑤中絶反対派による妊娠中絶医院への妨害、という五つの例を挙げている。⁽⁴²⁾これらの言論については、「自由を守るために規制されるべき」であると主張される。⁽⁴³⁾すなわち、修正一条は、かつてとは異なり、進歩的な課題を促進するための有効な道具たりえないのである。⁽⁴⁴⁾このような状況において、修正一条は自明の真実であるという主張はもはや有効ではない。⁽⁴⁵⁾この問題は、ヘイト・スピーチ規制をめぐる議論において顕著となる。そこで、以下では、Holmes流の議論、Brandeis流の議論双方の、ヘイト・スピーチ規制論の文脈での、言論の自由の原理論を検討する。

二 ヘイト・スピーチ規制に消極的な議論

(1) C. E. Baker の議論

まずは、言論を道徳的ではなく、権利として捉え、「言論それ自体」の価値を強調する C. E. Baker の議論を概観する。Baker は、修正一条に関し、リバタリアン的な解釈を採ってきた。⁽⁴⁶⁾ Baker は、言論の自由条項は、市場ではなく、個人の自由の領域を特定の類型の政府規制から保護するものであると捉えている。⁽⁴⁷⁾ また、言論は集合的な善の手段として保護されるのではなく、個人にとっての言論行為の価値ゆえに保護されると主張する。⁽⁴⁸⁾ すなわち、言論は、個人にとっての価値ゆえに保護されるのである。⁽⁴⁹⁾ すなわち、Baker の議論は、自由市場論を否定するが、本稿の視点においては、Holmes 流の議論に属する。

Baker の議論の前提は、①州の正統性は、人民の平等と自律の尊重に依存する、②州は、人民が、自身の価値を表現することを許容しなければ、人民の自律を尊重するとはいえないというものである。⁽⁵⁰⁾ このように、市民の自律と基本的な平等の尊重は、民主主義の基本的な規範的原理を提供するのである。⁽⁵¹⁾

ここで州が尊重しなければならない自律の概念は、実質的なものではなく、形式的なものである。⁽⁵²⁾ 法が、人民が自身の見解を具体化する権利を否定する時、その人は形式的に自律的な存在として扱われていない。すなわち、形式的な自律は、結果や手段指向的なものではなく、行動と選択である。

ヘイト・スピーチは、少なくとも話者の瞬間的な世界観や価値を表現する。⁽⁵³⁾ 確かに、その言論は他者の平等や尊厳を尊重するものではないが、法規範の内容を評価する際に問題となるのは州の正統性である。⁽⁵⁴⁾ ヘイト・スピーチを意図的に規制する法は、話者の形式的自律を侵害するのに対し、たとえばその言論が、ときには他者の実質的自律を減ずる内容

を含む害悪を引き起こすとしても、他者の形式的自律を妨げることはない⁽⁵⁵⁾。このような理由から、Bakerは、ヘイト・スピーチ規制は一般的には許容されないと主張する⁽⁵⁶⁾。

Bakerは、Postの議論は、解釈的にも規範的にも強い説得力を持ち、また、ほとんどのヘイト・スピーチ規制につき、自身と同様の立場に到達するとしながらも、公的言説の一部とみなされない言論を保護しない点で自身の立場と異なる⁽⁵⁷⁾と指摘する。Bakerは、Postのような民主政論に対し、そもそも、なぜ我々は民主主義に執心しなければならぬのか、あるいは、なぜ民主主義が基本的な前提となるのかという、議論の前提から疑問を呈する⁽⁵⁸⁾。Bakerは、この問いに対する答えとして、アメリカ特有の文脈において、我々は実際に民主主義にコミットメントしているだけではなく、我々の民主主義の概念は公的言説における市民の完全な自律を要求する、というものがありうるが、この主張には以下の問題があると指摘する⁽⁵⁹⁾。一つには、なぜ我々が民主主義、特に我々の民主主義の概念にコミットメントすべきかという点につき、応えていないというものであり、もう一つは、そもそも、実際にヘイト・スピーチを規制する法を制定している点において、我々の民主主義の概念は少なくとも議論の対象となっていないものである⁽⁶⁰⁾。すなわち、Bakerによると、多数者の見解では、Postの主張する民主主義概念は採用されていないのである。このように、Bakerは、自治の理論を否定し、法規範は、たとえ共同体における他者の自律の尊重を否定するものであっても、その個人の自律を尊重しなければならないと主張する⁽⁶¹⁾。Bakerの議論は、「言論の強力な保護は、より良い結果をもたらす」という確信に基づくものであり、Postよりも広く言論を認めるべきであるとする。その意味で、より特殊アメリカ的な議論であると見える。

(2) R. Post の議論

次に、Brandeis や Meiklejohn と同様、言論の自由と民主主義との結びつきを強調する R. Post の議論を概観する。Post は、両者は「自由な言論を、民主主義という目的のための手段であると捉えている。⁽⁶⁴⁾ すなわち、「言論それ自体」ではなく、修正一条の価値にかたう言論のみが保護されると考える。⁽⁶⁵⁾

しかしながら、Post は、Meiklejohn の理論は不十分であると考える。なぜならば、Post にとって、自治の実践は、人民が、統治の過程それ自体に参加するという確信を持つことを要求するからである。⁽⁶⁶⁾ すなわち、自治は決定過程 (making of decision) に関するのではなく、決定の正統性 (authorship of decision) に関するものである。⁽⁶⁷⁾ Post は、歴史的に見て、自治には二つの潮流があると指摘する。一つが Meiklejohn のように、民主主義を、「賢明な決定の投票」の過程と捉える立場である。⁽⁶⁸⁾ それによると、州を「調整者」として想定し、「濫用的な」言論は規制されうるし、また、規制されるべきであるとする。すなわち、この立場は、修正一条を個人の権利ではなく、集合的な決定過程を守るためのものとして捉える。⁽⁷⁰⁾ これに対し、もう一つの立場は、Post が「参加理論」と呼ぶもので、自治を、意思決定のメカニズムではなく、市民が政府を自身のものであるとみなすようになる過程と捉える。⁽⁷¹⁾ この立場は、修正一条の機能を、民主的正統性と抵触する規制から、公的言説を守ることにあるとする。⁽⁷²⁾

Post は、以下の二つの点で自身と Meiklejohn との違いを指摘する。一つは、Meiklejohn のアプローチは、修正一条を「共同体の思考過程の切斷」に対する盾と解釈するが、参加理論は、修正一条を、公的意見の構築に参加する個々の市民の能力を守るものと理解するという指摘である。⁽⁷³⁾ すなわち、Meiklejohn のアプローチは公的討論の質に圧力を加えるが、参加理論は個々の市民の自律を強調するものである。⁽⁷⁴⁾ 二つめは、Meiklejohn の見解は、州を、濫用的な議論かそうでないかを区別することにより、公的言説を「切斷」から守ることのできる、公的言説における中立的な仲裁

者として想定するが、この見解は、公的言説が「制約のない多弁」に満ちた「ハイド・パーク」であるという観念を拒絶するものであるという指摘である⁽⁷⁵⁾。それに対し、参加理論は公的言説においては、いかなる中立的な立場もあり得ない⁽⁷⁶⁾と考える。なぜならば、公的言説は、集合的アイデンティティの性質に関する政治的主張の場であり、言論が濫用的かそうでないかといった類型化は、特定の集合的アイデンティティの見解を参照することによってのみ可能だからである⁽⁷⁷⁾。

そして、Postは、現代民主主義において、市民は、自らの思想と価値に責任を持つ国を作るために、公的言説に自由に参加でき、国が市民の思想や価値と相反するような行為をしても、市民はそれにもかかわらず、国との同一性を維持できると主張する⁽⁷⁸⁾。Postによると、民主主義においては、法は、それを適用する者と同じ人民により制定されるが、この点に関し、修正一条は、民主主義の規範的な要素を、マジョリティとマイノリティとの議論を通じた「共同体の意思」の構築に参加する機会であると⁽⁷⁹⁾する。市民は、少なくとも、国家の自治と同一性を維持することと関連する限りでは、自律的で、自己決定的な人間として扱われる⁽⁸⁰⁾。このような市民は、自らの選ぶ手段・方法・環境において、意見を述べることができる⁽⁸¹⁾。なぜならば、市民が、自らの意義や信念に適當であると信じるやり方で表現することができるならば、彼（彼女）らは、公的意見に影響を与える機会を与えられていると⁽⁸²⁾感じることができ、それにより、公的意見に責任のある国との同一性を維持することができるように⁽⁸³⁾なる。このように、Postの議論は、表現の「受け手」に着目するMeiklejohnとは異なり、「話し手」に着目するものである⁽⁸⁴⁾。また、Postは、Meiklejohnとは異なり、個人が公的言説に参加する権利を、民主的自治の構成要素であると考えている⁽⁸⁵⁾。このようなPostの議論は、民主制の範囲に限定された自律理論であり、ここでは、自律は、民主制を通じて言論と結びついている⁽⁸⁶⁾。

Postは、このような相違を指摘したうえで、修正一条の伝統はMeiklejohnの見解も思想の自由市場論も拒絶すると

主張する。Post は、*Cantwell v. Connecticut* ⁽⁸⁶⁾以来、修正一条は、公的言説内における無礼な、あるいは不快な、誇張された、中傷的な、受け手の尊厳を打ち砕くといった表現にも憲法上の保護が及ぶべきであるという立場に立っていると主張する。⁽⁸⁷⁾そして、これらの言論は、構成的な思考の必要条件と正反対のものであるため、*Meiklejohn* の議論や、思想の自由市場論では、これらの言論を保護する憲法上の理由がないとする。⁽⁸⁸⁾それに対し、参加理論ではなぜこれらの言論が保護され、またなぜその保護が限定されるのかを説明できると主張する。⁽⁸⁹⁾なぜなら、参加理論は、民主的参加の促進に着目するものであり、濫用的な言論ですら民主的正統性の構築のための道具となりうるからである。⁽⁹⁰⁾濫用的な言論がこの機能を果たすなら、それは公的言説内にあるということができ、その制限は州の中立性と参加者の自律を危うくするのである。⁽⁹¹⁾

上記の観点から、Post は、修正一条は、言論を、民主的正統性——国が共同体の規範を強制することが憲法で禁止されている「公的言説」という領域——を維持するために必要なものとして、それゆえ、ヘイト・スピーチの規制は許容されないと主張する。⁽⁹²⁾アメリカの憲法は、すべての共同体や、すべての可能な善や道徳の観点に平等に開かれている領域としての公的言説を保護することに関心を持っている。⁽⁹³⁾公的言説においては、「ある者にとって俗悪なものは、あるものにとつては抒情的なもの」である。⁽⁹⁴⁾このように、Post は、修正一条の目的は民主的正統性の過程を保護することであり、また公的言説における参加者の自律は民主的正統性にとって必要であるという前提から、修正一条は公的言説という領域においては、話者の権利を保護すると主張する。⁽⁹⁵⁾それとは対照的に、公的言説外の言論については、そのような文脈における言論の自律は、修正一条により保護された民主的正統性の確保に必要なため、公的言説内のような保護は受けない。⁽⁹⁶⁾すなわち、Post によれば、公的言説の内か外かに着目し、前者ならば、ヘイト・スピーチ規制は許容されないが、後者ならば許容されうる。

そうであるならば、問題は、公的言説の範囲をどのように確定させるかだが、この点、Postは、公的言説の範囲は、公共の関心事か否かといった、言説の内容や、メディアによるものかそうでないかといった言説の伝達方法など、様々な要素を参照して確定されると述べる。Postは、例えば、絵画などの非政治的言論も、民主主義において公的意見の構築に関連するため、憲法上の保護に値すると主張する。⁽⁹⁷⁾ すなわち、Postによれば、公的言説として憲法上の保護を受けるには、政治的言論である必要はない。憲法上の保護を受けるためには、公共において人々が話し合う際に彼（女）らが考えること——すなわち、「公的意見」——に寄与すればよいのである。⁽⁹⁸⁾ ここでいう「公的意見」は、統治上の意思決定に関する伝達よりも広いものであり、社会が一般的に信じ、考えることに言及するものである。⁽⁹⁹⁾ このように、Postの想定する公的言説の範囲は、相当程度広い。

もちろん、公的言説は絶対無制約というわけではなく、時・場所・方法の制約などはありうるが、その民主的目的と矛盾するやり方で管理されるべきではない。⁽¹⁰⁰⁾ すなわち、公的言説の民主的機能は、特定のナショナル・アイデンティティを負わせるために公的言説内において言論を抑圧するような政府の規制とは相容れない。⁽¹⁰¹⁾

三 ヘイト・スピーチ規制に積極的な議論

(1) S. Heyman の議論

S. Heymanは、言論の自由は自律と人間の尊厳に根ざした固有の権利であると考える。しかし、それは、他の基本的な権利についても同様である。Heymanは、以下のように述べ、言論の自由と他の権利との関係を検討する。

Heymanは、自由の核心的な意義は、自己決定、すなわち、自由な人間は自身の思考や行動の作者であることだと考

える。⁽¹⁰⁾ 人間が自由に自己の行動を決定できる理由は、同時に、その自由の限界も示す。すなわち、自由は、他者の自由を尊重する義務も含む。⁽¹¹⁾ また、権利は個人的なものである一方、他方では、権利は共同体的な側面も有する。⁽¹²⁾ Heyman は、社会契約の観点から、個人は、共同体に所属することにより、自由、尊厳、そして権利を有すると考える。⁽¹³⁾ Heyman によると、人間は、自己決定のための能力を、個人的にのみならず、共同生活に関する物事の意思決定に参加する際には、集合的に用いている。⁽¹⁴⁾ このことは、人間は、集合的な権利——民主的過程を通じて、自己を統治する権利——を持っていることを意味する。⁽¹⁵⁾ このように、Heyman は、人間は、個人的な権利と集合的な権利の双方を有していると主張する。⁽¹⁶⁾ このような観点から、Heyman は、修正一条は人間としての個人と民主的な社会における市民としての個人双方に属する固有の権利であると主張する。⁽¹⁷⁾ そして、言論の自由は基本的な権利ではあるが、他の市民や共同体の権利により拘束される権利でもあるとする。⁽¹⁸⁾

上記の観点から、Heyman は、ヘイト・スピーチを私的なもの——特定の個人や小さな集団に向けられたもの——と公的なもの——社会全体に向けられたもの——とに分類し、後者については、その政治的性格ゆえに正当化されるか否かを検討する。

Heyman は、言論の自由の重要性を指摘したうえで、しかしながら、この自由は、他者の基本的な権利により、制限されうると主張する。⁽¹⁹⁾ Heyman は、この原則は、権利章典あるいは再建修正が採択されたときから示されていたが、一九世紀から二〇世紀にかけて、Holmes 裁判官や R. Pound などの影響から、法の目的は、内在的な権利を守ることでなく、州や共同体に定義される社会福祉を促進することにあると考えられるようになった結果、修正一条の問題は、自由な言論における「社会的利益」と、他の「社会的利益」との対立としてとらえられるようになったと指摘する。⁽²⁰⁾ その結果、現在では修正一条の問題は、自由な言論の権利と種々の社会的利益との対立として理解されている。⁽²¹⁾ Heyman は、

その結果、州の利益の保護は言論の自由を犠牲にする結果となる一方、言論の自由の強力な保護は他者の権利を犠牲にする結果となるという問題に直面するが、この問題は、他者の権利を、修正一条の事例において独立の要素として認識することを怠ったことに由来すると指摘する⁽¹⁵⁾。このような理解を批判し、権利基底概念 (rights-based conception) に立ち返るべきだと主張する⁽¹⁶⁾。この観点によると、憲法は単に、道具主義的な理由や、個人的あるいは社会的利益を促進する傾向ゆえに言論の自由を保護するのではなく、言論の自由は人間の尊厳や自律に根ざした固有の権利である⁽¹⁷⁾。しかし、これらの価値は、個人の安全や、プライバシー、名誉、市民権、平等といった他の基本的な権利も生じさせる。Heyman は、話者は、これらの権利を尊重する義務があると主張する⁽¹⁸⁾。このような観点からみると、私的なヘイト・スピーチは、標的に与える傷に優越するだけの価値に欠けるので、修正一条により保護されない⁽¹⁹⁾。

次に、Heyman は、Skoke 事件のような、公的なヘイト・スピーチにつき論じる。Heyman は、権利基底アプローチから、この種の言論が他の個人の権利を侵害するか、そして、侵害するとしても、その政治的な性質故に保護されるべきかについて論じる。

Heyman は、これらの言論は、その標的となった者を、人としてではなく、抑圧あるいは殺害されるべき低劣な者として扱うため、その人格に深刻な損害を与えると指摘する⁽²⁰⁾。Heyman は、公的な領域においては、人格は保護されないと考えることは誤っている、そして、個人は、共同体の公的な生活に参加するときでも人間 (person) であることをやめるべきではなく、また、その人格権を全面的に犠牲にすることを要求されるべきではないと主張する⁽²¹⁾。

また、ヘイト・スピーチは、承認の権利 (right to recognition) を侵害するものであると主張する。権利は、人間性 (personhood) の尊重に根ざすものであり、個人は、他者との関係において、他者が彼 (女) を人間として承認しない限り、権利を享受することはできない⁽²²⁾。それゆえ、個人は他者を人間あるいは市民として承認する義務があり、ヘイト・

スピーチはこのような義務を侵すものである。⁽¹²⁾

ヘイト・スピーチは、上述の他者の承認を否定することにより、個人の安全、他者の尊厳、平等、感情の平穩の権利を攻撃するものである。⁽¹³⁾ そうであるならば、この言論の価値が他者の権利に与える影響よりも優越するかが問題となる。

そして、Heyman は、独自の公的言説の概念を示し、その観点からみると、公的なヘイト・スピーチは民主的な討議を統治する原則を侵害するため、憲法上の保護を与えられないと主張する。⁽¹⁴⁾ 自治は、互いを共通する事業に参画する自由で平等な市民であるとする人の相互承認という基盤においてのみ可能である。⁽¹⁵⁾ また、民主的な立憲国家は、自身を自由で平等な人格の集合体であると理解している。⁽¹⁶⁾ このような集合体は、各人が、すべての人から自由で平等な者として尊重されることを期待しうる、相互承認の關係により構築される。⁽¹⁷⁾

このような議論から、Heyman は、政治的言論とは、互いを自由で平等な人間または共同体の構成員として承認する個人間におけるディスコースとして理解すべきだと主張する。⁽¹⁸⁾ そして、公的なヘイト・スピーチは、修正一条の保護の範囲外にあると主張する。⁽¹⁹⁾ 自由な政治的言論は、共通の関心事におけるディスコースに参加する自由で平等な市民としての他者と、相互に作用する権利である。⁽²⁰⁾ これは、公的言説の外部から課される制約ではなく、自由な政治的言論という概念の内在する制約である。⁽²¹⁾

以上のように述べ、Heyman は、公的なヘイト・スピーチは、他者を承認することを否定することにより、民主的な熟慮と同様に、その標的の基本的な権利を侵害するものであるゆえ、憲法上の保護に値しないと主張する。⁽²²⁾ しかし、Heyman のアプローチを受け入れたとしても、それでもなお、ヘイト・スピーチは具体的に深刻な傷をもたらさないの⁽²³⁾で規制できないとの結論に行きつくことはありうる。この点、最終的には、言論を許容することあるいは規制することが、人間の自由と尊厳という価値を促進するか否かに行き着くが、それには文脈が決定的な役割を果たす。⁽²⁴⁾ それゆえ、

この問題に関しては、オール・オア・ナッシングで解決される問題ではないのである。⁽¹⁵⁾

(2) A. Thesis の議論

Thesis も、言論の自由民主主義との関連を強調するが、言論の自由を道具主義的にのみにはとらえてはいない。Thesis は、言論の自由は、個人の尊厳や政治的多元主義にコミットする民主主義に不可欠なものであると考える。この点は多くの論者と同様の立場にあるが、Post のように、ヘイト・スピーチを保護された言論であると考えられる見解に異を唱える。Post は、公的言説は民主的な集合的意思の発達に不可欠であるため、人種差別的な言論は公的言説内においては、規制されないと主張するが、Thesis は、このような Post の立場を批判し、また、言論の自由の重要性を認識することは、ヘイト・スピーチのような言論をなす者の自由への、無批判な献身を要求しないと主張する。⁽¹⁶⁾

Thesis は、Post が、他の民主的価値と衡量することなく、修正一条の個人の自律の側面を強調する点を批判する。Thesis は、Post のアプローチは、自己表現 (self-assertion) を尊重するという民主主義の義務を適正に強調する点では正しいが、煽動的な言論から生じる、合理的に予期される危険から逃れようとする個人の利益もまた考慮に入れるべきであると主張する。⁽¹⁷⁾ また、Post の言論の自由の保護に関する主張は一面的なものであり、多元的な社会においては、平等な者の間での利益の衝突は避けられないため、言論は、他の権利と同様、平等のような他の民主的価値に道を譲らなければならないこともあると主張する。⁽¹⁸⁾ すなわち、Thesis によれば、自己表現は、平等主義の意思決定に対する絶対的な切り札とはなりえないのである。⁽¹⁹⁾ 民主主義における言論の自由の機能は、一見絶対的に見える修正一条の文言と、自己表現の適切な抑制とを調和させることを助けることにある。⁽²⁰⁾ 個人の安全や尊厳の社会的価値が、言論の内容の規制を許容する場合がありますが、それは歴史的な文脈を考慮して決せられるべきである。⁽²¹⁾ Thesis は、この点を、十字架を燃

やす行為を規制する州法の合憲性が争われた Virginia v. Black⁽¹²⁾ を挙げて指摘する。本判決では、十字架を燃やす行為と Ku Klux Klan による暴力との歴史的なつながりを指摘し、そのような歴史的文脈を考慮することにより、十字架を燃やす行為を規制する州法の合憲性を支持したが、Tsesis は、本判決は、どのようにして、憲法の民主的原則に抵触することなくヘイト・スピーチを規制するかについての指標を示した点で歴史的価値があると指摘する⁽¹³⁾。

また、ヘイト・スピーチの性質につき、標的とされた集団の平等な市民として扱われる権利や、民主制への平等の参加を否定するものである点を指摘する⁽¹⁴⁾。また、すでに認識されている偏見に依拠するステレオタイプではなく、ヘイト・スピーチは標的とされた集団の構成員から人間性を奪うものである⁽¹⁵⁾。

Tsesis は、言論は、道具的なものではなく、それ自体が目的でもあると述べ、言論の自由の重要性を強調する⁽¹⁶⁾。すなわち、Tsesis は、修正一条は、政治形態を保護するだけでなく、自己アイデンティティの感覚を表明し、また個人の尊厳を維持するための人間の意欲もまた保護すると考える⁽¹⁷⁾。しかしながら、歴史的な文脈を考慮することの重要性に着目し、その観点から、言論の自由は、常にすべての市民の集合的な向上を導くわけではないと指摘する⁽¹⁸⁾。特に、レイシズムに関しては、奴隷制は、その害悪に関する議論を通じて克服されたのではなく、南北戦争により解決された点を指摘し、また、レイシズムの長期的な効果は、人権や社会福祉を荒廃させてきたと指摘する⁽¹⁹⁾。そして、そのような観点から分析されたヘイト・スピーチの害悪や、人間の尊厳や平等などヘイト・スピーチによって侵害される価値と、言論の自由の民主的価値とを適切に衡量するべきであるとする。このように、Tsesis は、民主主義は、絶対的な自由のライセンスではありえず、修正一条は、特定の人々の集団を抑圧することを意図するヘイト・スピーチを保護すべきではないと主張する⁽²⁰⁾。Tsesis は、民主主義は、むしろ、人権を保護することは、そういったメッセージを伝達する偏狭な者の欲望に取って代わることを一般的に認めていると主張する⁽²¹⁾。

四 検討

現在では、言論の自由に関する議論では、Meiklejohnのように、言論を、民主主義のための道具としてのみ捉える立場はみられず、Holmes流、Brandeis流双方の立場を採り入れてきている。各々の主張する表現の自由の価値は、互いを排斥するものではなく、ここでは、どのような価値が言論の自由の原理論において、中心に据えられるとなるかが問われている。すなわち、言論の自由の理論が各々対立する場合に、裁判所が、どの価値が優先されると決定するのが問題となる。⁽¹⁵⁾

この点、思想の自由市場論または自律理論は、表現の自由の中心的な価値とはならないと考えるべきである。なぜならば、これらの理論を採り、修正一条の範囲を拡大すると、公的言説に与えられた強力な保護を希釈することになりかねず、また、民主的過程に委ねられるべき問題にまで介入する力を司法部に与えることになってしまふからである。⁽¹⁶⁾ 自律理論に対しては、話者の自律はしばしば表現の受け手の自律と衝突するため、なぜ公務員に対する名誉毀損が保護されなければならないのかを説明することが難しいとの批判もある。さらには、自律は表現の特有の価値ではないため、言論がなぜ特別の保護に値するかを説明することが困難である。自律理論を採用するならば、言論と行為との区別がでさず、行為に対してもリベタリ的な保護を与えることとなってしまふ。Postはこの点につき、自律理論を言論の自由の中心的価値と考えるならば、ロックナー主義 (Lochnerism) の危機も生じてしまふと指摘する。⁽¹⁷⁾

また、かつて自律を言論の自由論の中心においていたScanlonも、見解を変更し、自律理論を批判している。Scanlonによると、自律理論の主要な問題は、それがあまりにも多くのやり方で理解されていることである。⁽¹⁸⁾ また、Scanlonは、多義性以外にも、自律理論があまりにも広い点を批判する。それにより、公的言説の領域に限っていえば、

保障が十分に強力ではなくなってしまうからである⁽¹⁷⁾。このように、思想の自由市場論あるいは自律理論を中心に置くと、言論の保障範囲があまりに広くなり、公的言説の保護が希釈されるため妥当ではない。この点、G. Stone は、私的な恐喝 (blackmail) と公的な政治的討論に同じ基準を適用する覚悟をしない限りは、憲法上の価値の観点による区別は不可避であり、そのような区別は、自由な言論にとって本質的に付随する効果的な制度であると主張する⁽¹⁸⁾。すなわち、そのような区別をすることで、裁判所が修正一条の保護の核心の言論に与えられる保護を希薄化させることなく、潜在的に有害で相対的に「重要ではない」言論を慎重に論じることができるようになるため、言論の自由にとっての安全弁となると主張する⁽¹⁹⁾。

自由市場論あるいは自律理論に対しては、このような批判がなされ、言論の自由の中心的な価値とはならないと考えられる。他方、民主主義を強調する立場は、多かれ少なかれ、公的な言論により強い保護を与える主張がなされるが、このような立場に対しては、修正一条の保護を受ける言論の範囲が狭くなることの批判がある。しかし、民主主義を強調する論者の多くは、Post のように、言論の保障範囲を、単なる「政治的言論」のみではなく、より広い範囲に広げているため、保障範囲が狭すぎるとはいえないだろう。これに対し、すべての言論は多かれ少なかれ公的効果を持つのであり、その保障範囲が不明確ではないかとの批判がある⁽²⁰⁾。

そのような批判に対し、Post は、もし、言論行為が公的言説内か否かの唯一の判断基準が、それが公的意見の内容に影響を与えるか否かというものであれば、公的言説は確かに無益な範疇であるが、公的言説の範囲はそのようなやり方で決定されるのではないと反論する⁽²¹⁾。Post は、その判断は、社会的役割の分類と、社会的連帯のための機能的な必要条件という二つの要素を考慮すべきであると主張する。前者に関し、Post は、販売のための製品の広告は明らかに公的言説の内容に影響を与える情報を伝達するが、製品の販売の社会的な役割は、公的意見の内容に影響を与えること

を試みることの社会的役割とは異なるものとして区別できるとする⁽¹⁰⁾。そして、言論に公的言説の保護を与えるのは、我々が後者の役割に帰する特権や保護を与えるためであるとする。後者に関し、Postは、私人間の名誉毀損を想定し、名誉毀損に関する法は、ある者の尊厳が、その者の礼節の基本的な規範に対する他者の評価に依存しているとする⁽¹¹⁾。そして、法は両者を相互依存的なものとして想定しており、そのような法は、人々が相互的な社会規範における共通の社会化を通じ、互いにつながっている「共同体」の社会秩序を維持すると主張する⁽¹²⁾。Postは、共同体は、民主主義よりもより基本的なものであり、それゆえ、公的言説に結び付く自律は、より大きな非公的言説の海に囲まれており、そこでは、礼節と尊厳に関する本質的な共同体の価値が生まれ、支えられているとする⁽¹³⁾。そうであるならば、もし、公的言説の内容に影響を与えうるすべての言論が憲法上公的言説と分類されるなら、社会はこれらの本質的な共同体の価値を守らせることができな⁽¹⁴⁾い。そのような社会規範のない (anomic) 社会では、民主主義は不可能であろう⁽¹⁵⁾。

これらの点に鑑み、あくまで、「公的関心事についての言論が修正一条の中心である」と考え、思想の自由市場論あるいは自律理論には周縁的な価値しかなく、これらは言論の中心的な価値ではないと考えるべきである⁽¹⁶⁾。民主主義における公的言説への参加の重要性を強調する点で、PostとHeyman、Tsesisは共通しているが、ヘイト・スピーチ規制論に関しては結論が異なる。Postは、ヘイト・スピーチを規制することは、自律的な個人が公的言説に参加することを抑制することであると考えるが、これに対し、Heymanらは、そもそもヘイト・スピーチは、その犠牲者が公的関心事に関する議論に「参加」することを拒絶するところに特徴があると強調する。

この点、Heymanは、Postは、ヘイト・スピーチの特異な性質を捉え損なっていると批判する。Heymanは、ヘイト・スピーチは他者を市民として承認しないため、公的意見を構築していく独立した市民というPostの想定とは両立しないと主張する⁽¹⁷⁾。すなわち、ヘイト・スピーチは他者の自律を尊重せず、また、他者と討議することを拒絶するのであり、

この点を示すように、そもそも *Posé* の公的言説の前提が不完全なのである。⁽¹⁶⁾ 個人は公的言説に参加する権利を有するが、他の市民をディスコースの平等な参加者として尊重する義務もまたあるのである。⁽¹⁷⁾ Heyman は、このような観点からみると、公的なヘイト・スピーチは民主的な討議を統治する原則を侵害するため、憲法上の保護を与えられないと主張する。⁽¹⁸⁾ このように、ヘイト・スピーチの性質をどのようにとらえるのかが問題となる。また、上述したように、現代社会においては、言論の敵は公権力だけではないため、人間の尊厳や平等など、「他の民主的価値」との関係を考える必要がある。「表現の自由の主張はその時代に特有な歴史的性情を持つ」⁽¹⁹⁾ ため、こうした現代に特有の文脈に即して、ヘイト・スピーチの性質あるいは害悪、他の民主的価値との衡量を行っていく必要がある。

むすび

本稿では、ヘイト・スピーチ規制論の文脈で言論の自由の原理論を概観してきた。これまで概観したように、アメリカにおいても、人間の尊厳や平等といった、他の憲法的価値を強調し、ヘイト・スピーチ規制に積極的な立場も見られる。このように、言論の自由は普遍的な価値であるという強い確信は、今日、専制国家のような、自由の古い敵対者だけでなく、自己決定、平等、人種的憎悪や偏見からの自由といった正義のために意見を述べようとする「新しい敵」によって挑戦されている。⁽²⁰⁾ すなわち、歴史的に、言論の規制は公の秩序の維持のような政府利益の名の下で行われていたのに対し、現代では、人種や民族性、宗教、性的指向のような、人格の中心な特性に基づいて尊厳を傷つけられない個人の権利を保護するために、話者の権利を注意深く制限している。⁽²¹⁾ すなわち、公権力が言論にとつての唯一の敵ではないのである。⁽²²⁾ それゆえ、表現の自由の法理は、フェミニストや批判的人種理論等から、「自由を守るために規制され

るべきである」という批判にさらされた。このような状況の中、表現の自由の原理論を問い直すことが要求されている。本稿では、言論の自由は、個人の権利として重要であるが、民主政への参加という観点から、公的言説にはより手厚い保護が必要であると考えるべきであると主張した⁽¹⁸⁾。これは、自治の価値の観点から、言論の価値序列を認める立場である。すべての言論に同様の保護を与えるとするならば、すべての言論の保護が同様に低くなるか、あるいはすべての言論の保護を厚くするために、規制が必要な言論の規制が困難になってしまったため、言論の自由が機能するためには、このような線引きは避けられない⁽¹⁹⁾。

また、公的言説が重要といえども、絶対の保護を受けることはあり得ない。この点、人間の尊厳や平等など、「他の民主的価値」との衡量が必要となると考えるべきである。すなわち、人間の尊厳や、平等、名誉、礼節、共同体といった価値を強調する、より「個人の権利基底的な枠組」に立ち返ったアプローチを採るべきである。このような立場に対しては、ある規制を許せば、それがさらなる広い規制を招いてしまうという、滑りやすい坂 (slippery slope) をくだってしまうのではという批判がある⁽²⁰⁾。この点は、経験的に検証すべきであるとされるが、ヨーロッパのヘイト・スピーチ規制の歴史を概観すると、第二次世界大戦以降、徐々にヘイト・スピーチ規制が進んでいるが、現在でもその立場が極端なものではなく、言論の自由に配慮し、限界事例や論争的な事例にはほとんど適用されておらず、滑りやすい坂をくだる様子はみられない⁽²¹⁾。むしろ、ゆっくりとした進行 (slow creep) となっているのがわかる⁽²²⁾。個人の尊重を根本規範とし、各人は「個人として評価の対象とされ」、「社会生活において平等なる個人として尊重される」とする日本国憲法の解釈においては、そのような立場が妥当である。

当然のことながら、この立場から、ヘイト・スピーチ等の過激な言論に対する態度が帰結されるわけではない。ヘイト・スピーチは、その対象となった者が公的言説に参加することを拒むものであるという、Heymanの議論が示唆的で

あるが、はたしてヘイト・スピーチの規制が必要か否かは、その害悪をより慎重に検討していく必要がある。この問題は、Heyman の主張しているように、二者択一の問題ではない。ヘイト・スピーチの害悪を検討する際には、批判的人種理論が主張するように、文脈に着目するアプローチを採る必要がある。また、言論が生む害悪を「具体的資料に基づく実証的手法」により研究する必要があるだろう。⁽⁸⁾『自己統治の価値』に配慮しながら、言論が生む害悪に対応していく⁽⁹⁾ためにも、このような研究を通し、言論の害悪を明らかにしていく必要がある。

- (1) RONALD J. KROTOSZNSKI, JR., *THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE* xiv (New York University Press 2006).
- (2) Dieter Grimm, *Freedom of Speech in a Globalized World, in* EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY 11, 13 (Ivan Hare & James Weinstein eds., Oxford University Press 2009).
- (3) C. Sunstein は「修正一条の自由な言論や自由なブレスの保護以上に、アメリカの法のもとにおける自由へのコミットメントを象徴するものはない」と指摘する。CASS R. SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* xi (The Free Press 1993); また、F. Schauer は「一度修正一条が現れたら、ほとんどのケースは終焉する」と主張する⁹。Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765, 1767 (2004).
- (4) Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989).
- (5) Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment, in* AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29, 33 (Michael Ignatieff ed., Princeton University Press 2005).
- (6) ANTHONY LEWIS, *FREEDOM FOR THE THOUGHT THAT WE HATE* 161 (Basic Books 2007).
- (7) アメリカは「安全であるよりも、後悔する方が良く、どうも方を選んだと思われる。Frederick Schauer, *Is It Better to Be Safe than Sorry? Free Speech and the Precautionary Principle*, 36 PAPA L. REV. 301, 305 (2009); また、そのためのアメリカの特殊性は誇張されたものではないと指摘する⁹。C. Edwin Baker, *Autonomy and the Hate Speech, in* *supra* note 2 at 139, 140.
- (8) Steven P. Lee, *Hate Speech in the Marketplace of Ideas, in* FREEDOM OF EXPRESSION IN A DIVERSE WORLD 14 (Deirdre Golsash ed. 2010).

- (9) KROTOSZNSKI, *supra* note 1 at 12; Schauer は「修正一条は一九一九年に始まった」と述べている。Frederick Schauer, *Toward an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256, 1278 (fn. 97) (2005).
- (10) T・I・エマースン(小林直樹・横田耕一訳)『表現の自由』(東京大学出版会、一九七二年)一一二頁。
- (11) KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, *FIRST AMENDMENT* LAW 9 (4th ed. Foundation Press 2010); Emerson は、前述した表現の自由の価値は、分離したのではなく、相互依存関係にあると述べる。トマス・I・エマースン「合衆国憲法第一修正の法理とババガ・コート(第一回)」シユリス ト七七七号(一九八二年)八〇頁。D. Faber も、修正一条は、塔のように一つの頑強な基礎を築いていくと考えるのではなく、むしろ相互に強化し合っている価値の網の一部として考える方が良いと述べている。DANIEL A. FABER, *THE FIRST AMENDMENT* 7 (Foundation Press 3d ed. 2010).
- (12) 杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』(青林書院、二〇〇八年)四九〇頁(阪口正二郎)。
- (13) ロシア革命を妨害しようとするウールソンの政権を批判し、労働者に対し戦争に必要な兵器や弾薬の製造をやめるように呼び掛けるヒマを撤いた被告人が、防諜法違反で起訴された事件。Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).
- (14) 阪口正二郎「表現の自由の『優越的地位』論と厳格審査の行方」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ——状況へ』(尚学社、二〇一二年)五六八頁等参照。これに対し、阪本教授は、「ホームズの真意は、政治的少数(反対)者の言明保護または自由な討議を通しての公民による自己統治を強調するべくにあった」と指摘する。阪本昌成『表現権理論』(信山社、二〇一二年)四頁。
- (15) James Weinstein, *Participatory Democracy as Central Value of American Free Speech Doctrine*, 97 VA. L. REV. 491, 502 (2011).
- (16) KROTOSZNSKI, *supra* note 1 at 15.
- (17) *Id.*
- (18) Eugene Volokh, *In Defense of the Marketplace of Ideas Search for Truth as a Theory of Free Speech Protection*, 97 VA. L. REV. 595, 596 (2011).
- (19) *Id.*
- (20) See Eugene Volokh, *The Trouble with "Public Discourse" as a Limitation on Free Speech Rights*, 97 VA. L. REV. 567 (2011).
- (21) エリック・バレント(比較言論法研究会訳)『言論の自由』(雄松堂、二〇一〇年)二〇―二三頁(前田正義)。
- (22) Cynthia Stokes Brown, *Preface to ALEXANDER MEKLEJOHN: A TEACHER OF FREEDOM VI* (Cynthia Stoke Brown ed., Meiklejohn Civil Liberties Institute 1981); また「Meiklejohn は、修正一条の理論に広く関わったアメリカ人は、みな、このように言うわけである。RONALD K. L. COLLINS & SAM CHALMAN, *WE MUST NOT BE AFRAID TO BE FREE: STORIES OF FREE EXPRESSION IN AMERICA* 39 (Oxford University Press 2011).

- (33) See Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is an Absolute*, 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245; Meiklejohn の議論を紹介するものとして、「伊藤正司」言論「出版の自由」(岩波書店、一九五八年)、若部信喜『現代人権論』(有斐閣、一九七四年)、榎原猛『表現権理論の新展開』(法律文化社、一九八二年)、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、一九八八年)、小林伸一『民主的政治過程における表現の自由の機能に関する一考察——マイクルジョン「自己統治理論」の生成と展開についての分析を通じて——』法学政治学研究一七号(一九九三年)四九頁、太田裕之『憲法改正国民投票法に関する覚書——主権者の表現の自由・知る権利の観点から——』同志社法学三〇九号(二〇〇五年)一頁、山口いつ子『情報法の構造——情報の自由・規制・保護』(東京大学出版会、二〇一〇年)等参照。
- (24) Krotoszynski, *supra* note 1 at 16.
- (25) カリフォルニア州の共産主義労働党の組織化を助け、また、その一員となった被告人が刑事サンジカリズム法により起訴された事件。274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., Concurring).
- (26) Krotoszynski, *supra* note 1 at 16.
- (27) *Id.* at 17.
- (28) *Id.* at 18.
- (29) Meiklejohn, *supra* note 23 at 253-254.
- (30) 奈須祐治「自己統治——言論の自由の『価値』と『法理』の架橋についての一試論」駒村 鈴木・前掲注 14・五九頁。
- (31) 阪本教授が Holmes が「J. S. Mill の自由主義に影響されていた」のに対し、Brandeis は「公民としての徳を重視するリパブリカン」であった点を指摘し、「このふたりを、ホームズ・ブランドイスとまとめ上げることにはわれわれは慎重でなければならない」と指摘する。阪本・前掲注 14・六頁。
- (32) Krotoszynski, *supra* note 1 at 17; この点々々々 Holmes 理解に対し、山口教授は、Holmes の主眼は、「究極の善」や「真理」に到達するための「手段」として枠組みとしての『思想の自由な交換』や「市場での競争」の道具的価値を唱えることにあった、と理解すべきであろう」と主張する。山口・前掲注 23・三二頁。
- (33) Krotoszynski, *supra* note 1 at 17.
- (34) *Id.* at 13.
- (35) *Id.*

- (36) *Id.*, 1) のような観点から、Redish やかつての T. Scanlon 等が主張する自律 (autonomy) や自己実現 (self-realization) も、Holmes 流の議論に属すると考える。これらの議論については、奥平・前掲注 23・二六―二九頁参照。
- (37) ただし、これらの議論は互いを排斥するものではない。
- (38) Krotoszynski, *supra* note 1 at 21; 阪本教授は、アメリカでは、思想の自由市場論が「デフォルト・ルール」として扱われていると指摘する。阪本・前掲注 14・五頁、山口・前掲注 23・七五―七六頁。
- (39) このように、最高裁が、様々な理論を用い、その中での理論も優越的な立場とならなかったのは、最高裁がそのような優越的な理論を必要としなかつたからであるとの指摘がある。Steven Shiffrin, *Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology*, 97 Va. L. Rev. 559, 560 (2011).
- (40) Kathleen M. Sullivan, *Free Speech Wars*, 48 SMU L. Rev. 203, 204 (1994).
- (41) *Id.*
- (42) *Id.* at 205-206.
- (43) Kathleen M. Sullivan, *Discrimination, Distribution and Free Speech*, 37 Ariz. L. Rev. 439, 441 (1995).
- (44) J. M. Balkin, *Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approach to the First Amendment*, 1990 Duke L.J. 375, 384.
- (45) Sullivan, *supra* note 40 at 213.
- (46) C. Edwin Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, 84 Ind. L.J. 981, 985 (2009).
- (47) C. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. Rev. 964, 966 (1978).
- (48) *Id.*
- (49) C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 5 (Oxford University Press 1989); Baker の表現の自由論が「送り手」の自己実現に定位したものである点を指摘するものとして、蟻川恒正「会社の言論」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、二〇〇九年）二二―二頁以下参照。
- (50) Baker, *supra* note 7 at 142.
- (51) Baker, *supra* note 46 at 985.
- (52) Baker, *supra* note 7 at 142.

- (33) *Id.* at 143.
- (34) *Id.*
- (35) *Id.*
- (36) *Id.*
- (37) *Id.* at 145.
- (38) *Id.*
- (39) *Id.*
- (40) *Id.*
- (41) *Id.*
- (42) *Id.* at 146.
- (43) *Id.* at 140.
- (44) Martin H. Redish & Abby Marie Mollen, *Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression*, 103 NW U. L. REV. 1303, 1304 (2009).
- (45) Robert C. Post, *Viewpoint Discrimination and Commercial Speech*, 41 LOY. L.A. L. REV. 169, 175 (2007).
- (46) Robert Post, *Democracy and Equality*, 603 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 24, 26 (2006); マクレージョンとポストの相違を指摘するものとして、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』——『自』統治」と『自律』の間——」長谷部＝中島編・前掲注49・三九頁以下参照。
- (47) Post, *supra* note 66 at 26.
- (48) Robert C. Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 CALIF. L. REV. 2353, 2367 (2000).
- (49) *Id.*
- (50) *Id.*
- (51) *Id.*
- (52) *Id.* at 2368.

- (73) *Id.*
- (74) *Id.*
- (75) *Id.* at 2368-2369.
- (76) *Id.* at 2369.
- (77) *Id.*
- (78) Post, *supra* note 66 at 28.
- (79) Robert C. Post, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, 64 U. Colo. L. Rev. 1109, 1115 (1993).
- (80) Post, *supra* note 66 at 28.
- (81) *Id.* at 29.
- (82) *Id.*
- (83) Susan H. Williams, *Democracy, Freedom of Speech, and Feminist Theory: A Response to Post and Weinstein*, 97 Va. L. Rev. 603, 608 (2011).
- (84) C. Edwin Baker, *Is Democracy a Sound Basis for a Free Speech Principle?*, 97 Va. L. Rev. 515 (2011).
- (85) Williams, *supra* note 83 at 608-609.
- (86) エホヴァの証人の信者が、布教のためにパンフレット等を配布した行為が、治安破壊であるとして起訴された事例。合衆国最高裁は、当該コネチカット州法は修正一条、修正一四条に違反すると判断した。310 U.S. 296 (1940).
- (87) Post, *supra* note 68 at 2370.
- (88) *Id.* at 2370-2371.
- (89) *Id.* at 2371.
- (90) *Id.*
- (91) *Id.*
- (92) Robert Post, *Hate Speech*, in *supra* note 2 at 123, 132.
- (93) *Id.*
- (94) *Id.*

- (95) Post, *supra* note 65 at 176.
- (96) *Id.*
- (97) Robert C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 HARV. L. REV. 603, 667-685 (1990).
- (98) Robert Post, *Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply*, 97 VA. L. REV. 617, 620 (2011).
- (99) *Id.* at 621.
- (100) Post, *supra* note 79 at 1121.
- (101) *Id.*
- (102) STEVEN J. HEYMAN, *FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY* 38 (Yale University Press 2008).
- (103) *Id.*
- (104) *Id.* at 40.
- (105) *Id.*
- (106) *Id.* at 41.
- (107) *Id.*
- (108) Heyman は、「このような考え方は、アングロアメリカン法に深い根を持つと主張する。Heymanによると、この点は、不法行為法と刑事法との区別にみられる。すなわち、不法行為は個人に対する不正であり、犯罪は共同体に対する不正である。たとえば、暴行 (battery) は、共同体の、暴力から自由である権利を侵害するから、不法行為であると同時に犯罪でもあるのである。 *Id.*
- (109) *Id.* at 44.
- (110) *Id.*
- (111) Steven J. Heyman, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in *supra* note 2 at 158, 159.
- (112) *Id.* at 159-160.
- (113) *Id.* at 160.

- (115) HEYMAN, *supra* note 103 at 34.
- (116) Heyman は「この点について Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989) を例に挙げて説明する。本件は、新聞社が、州法に反し、強姦の被害者の実名を報道したため、彼女のプライバシーを侵害したとして、一〇万ドルの損害賠償を支払うよう命じられた事件である。法廷意見を執筆した Marshall 裁判官は、本件を修正一条の保障するプレスと安全の自由と、強姦の被害者のプライバシーと安全を保護する「州の利益」との対立であると枠づける。そして、州は、このような表現内容の制約が、やむにやまれぬ政府利益を促進するために、厳格に限定されていなければならず、州は、この基準を満たすことができなかつたとして、本件に適用される場合には違憲となると判示した。これに対し、Heyman は、権利基底アローチの観点からみると、フロリダ州の目的は州の利益の保護ではなく、犠牲者の権利を保護することであることは明らかであると指摘する。すなわち、本件は、二つの権利——新聞社の修正一条の権利と被害者のプライバシーと安全の権利——の衝突の事例である。このように考えることにより、権利基底アローチは、表現の自由と、プライバシーのような他の重要な価値とを調整しようとする。Heyman, *supra* note 112 at 160-161.
- (117) HEYMAN, *supra* note 103 at 37.
- (118) *Id.*
- (119) Heyman, *supra* note 112 at 164.
- (120) *Id.* at 166.
- (121) *Id.*
- (122) *Id.*
- (123) Heyman は「この承認の概念は、T. Hobbes や J. Locke の自然権の伝統に深く根をしており、また、G. W. F. Hegel の哲学においてその完全な発現形態を見つとれる」と主張する。*Id.* at 167-168.
- (124) *Id.* at 169.
- (125) *Id.*, Heyman は「以下の議論におおむね、Locke、Maklejohn、J. Habermas の議論を参照している。」
- (126) *Id.* at 174.
- (127) *Id.* at 175.
- (128) *Id.*
- (129) *Id.* at 176.

- (130) *Id.* at 177.
- (131) *Id.*
- (132) *Id.*
- (133) *Id.*
- (134) *Id.* at 178-179.
- (135) *Id.* at 180.
- (136) Alexander Tesis, *The Boundaries of Free Speech*, 8 HARV. LATINO L. REV. 141, 152 (2005).
- (137) Alexander Tesis, *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, 44 WAKE FOREST L. REV. 497, 499 (2009).
- (138) *Id.*
- (139) *Id.* at 499-500.
- (140) Alexander Tesis, *Burning Crosses on Campus: University Hate Speech Codes*, 43 CONN. L. REV. 617, 630 (2010).
- (141) Tesis, *supra* note 137 at 502.
- (142) 538 U.S. 343 (2003).
- (143) Tesis, *supra* note 137 at 503.
- (144) *Id.*
- (145) *Id.* at 517.
- (146) Tesis, *supra* note 140 at 630.
- (147) *Id.*
- (148) ALEXANDER TESIS, *DESTRUCTIVE MESSAGE: HOW HATE SPEECH PAVED THE WAY FOR HAMMILL SOCIAL MOVEMENT 1* (New York University Press 2002).
- (149) *Id.* at 130.
- (150) *Id.* at 208.
- (151) Tesis, *supra* note 136 at 160.
- (152) Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 489 (2011).

- (15) Weinstein, *supra* note 15 at 510.
- (154) Cass R. Sunstein, *Free Speech Now*, 59 U. CHI. L. REV. 255, 304 (1992).
- (155) Post, *supra* note 152 at 480.
- (156) T. M. Scanlon, *Why Not Base Free Speech on Autonomy or Democracy?*, 97 VA. L. REV. 541, 546 (2011).
- (157) *Id.* at 547.
- (158) Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 WM. & MARY L. REV. 189, 195 (1983).
- (159) *Id.* at 195-196.
- (160) 「ふたつ」 R. Bork ふたつ「憲法上保護される言論や「明白に政治的な言論」に限定する立場は採られつつある。 Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 20 (1971).
- (161) Volokh, *supra* note 20 at 573-574.
- (162) Post, *supra* note 98 at 622.
- (163) *Id.*
- (164) *Id.*
- (169) *Id.* at 623.
- (166) *Id.* at 623-624.
- (167) *Id.* at 624-625.
- (168) *Id.*
- (169) *Id.*
- (170) Snyder v. Phelps, 130 S. Ct. 1207, 1215 (2011).
- (171) Weinstein, *supra* note 15 at 502.
- (172) Heyman, *supra* note 112 at 172.
- (173) *Id.*
- (174) *Id.*

- (175) *Id.* at 169.
- (176) 奥平康弘『表現の自由』を求めて——アメリカにおける権利獲得の軌跡』(岩波書店、一九九九年)三四七頁。
- (177) Ronald Dworkin, *Forward to supra* note 2 at v.
- (178) James Weinstein & Ivan Hare, *General Introduction: Free Speech, Democracy, and the Suppression of Extreme Speech Past and Present*, in *supra* note 2 at 6-7, 7 の点。奥平教授が同様の指摘をしている。奥平康弘「樋口陽一対談」樋口陽一編『講座 憲法学』三(日本評論社、一九九四年)二七—二七三頁(奥平発言)。
- (179) David Fontana, *Book Review: Ronald J. Krotoszynski, Jr., The First Amendment in Cross-Cultural Perspective* (New York University Press, 2006), 56 Am. J. Comp. L. 1085, 1093 (2008).
- (180) 本稿では「民主主義を、単なる公的な意思決定とする Meiklejohn を Bork のような立場は採らな。公的意見の構築への参加を重視する Post の立場が妥当であるべきであるが、この点については別稿で論じた。 See Robert C. Post, *A Progressive Perspective on Freedom of Speech*, in *The Constitution* IN 2020 179. (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., Oxford University Press 2009).
- (181) SUNSTEIN, *supra* note 3 at 124-129, 149.
- (182) ERIC BLEICH, *THE FREEDOM TO BE RACIST?: How THE UNITED STATES AND EUROPE STRUGGLE TO PRESERVE FREEDOM AND COMBAT RACISM* 42 (Oxford University Press 2011).
- (183) See Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, 116 HARV. L. REV. 1026 (2003).
- (184) 奈須・前掲注 30・六四頁。
- (185) BLEICH, *supra* note 182 at 17-43.
- (186) *Id.* at 42.
- (187) 佐藤幸治編『憲法Ⅱ基本的人権』(成文堂、一九八八年)八二頁(釜田泰介)。
- (188) 奈須・前掲注 30・六五—六六頁。
- (189) この点で、暴力的なビデオゲームを未成年へ販売・貸付けすること等を規制するカリフォルニア州法が違憲とされた *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729 (2011) において、暴力的なビデオゲームの子どもに対する害悪に関する科学的根拠が争われたことが注目される。本件では、カリフォルニア州は、暴力的なビデオゲームの子どもに対する害悪に関する心理学者の研究を根拠に、規制を正当化できるとした。

これに対し、法廷意見を執筆した *Senior* 裁判官は、上記の研究結果は、相関関係に基づくものであり、因果関係の証拠はないとして、上訴人は、言論の害悪を証明できていないとした (*Id.* at 2739)。いわゆる「有害図書」の害悪につき、「既に社会共通の認識となっているといつてよい」として、何ら立ち入った検討をしなかった岐阜県青少年保護育成条例事件（最判平成元年九月十九日刑集四三卷八号七八五頁）と対照的である。

(190) 奈須・前掲注30・六二頁。