

ヘイト・スピーチに対する非強制的施策 に関する原理的考察 (一)

—Corey Brettschneider の価値民主主義 (Value Democracy) 論と
民主的説得 (Democratic Persuasion) 論の考察を中心として—

山 邨 俊 英

第一章 問題の所在

第二章 Corey Brettschneider の価値民主主義論と民主的説得論

(一) Brettschneider の議論の概要

(二) 問題設定と基本的立場

(1) ヘイト・スピーチの定義

(2) 回避すべき二つのディストピアとヘイト・スピーチに対する二つのアプローチ

(3) Brettschneider の立場 (以上本号)

(三) 公的関連性の原理と公的に正当化されるプライバシー

(四) 権利の尊重と公的関連性の原理とを調和させる手段

(五) 各論的考察

第三章 若干の検討——強制と説得との区別の問題を中心として——

第四章 結びに代えて

第一章 問題の所在

現在、日本におけるヘイト・スピーチに関する法状況は転換期を迎えているといえる。それは、「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例(以下、『大阪市ヘイト・スピーチ条例』とする)」と「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律 (以下、『ヘイト・スピーチ法』とする)」という2つの法令が成立したことによるものである。これらの法令が成立した背景には、(1) 近年、「在日特権を許さない市民の会 (以下、「在特会」とする) が差別的な街宣などの示威活動を繰り返しており、その様子がメディアで報道されたことによって、その問題性が認知されたこと⁽¹⁾、(2) このような状況の中、京都朝鮮第一初級学校に対して在特会が3度にわたっ

て行った示威活動について、当該活動が不法行為に当たるとして損害賠償及び将来にわたる同様の活動の差止めを認める判決が下され確定したこと⁽²⁾、が挙げられる⁽³⁾。

以上の2点は、社会的にも法理論的にも一定の影響を与えたと言える。まず社会的な影響としては、差別的な街宣に対する一定の抑止効果が挙げられる。実態調査報告書は、「一般的に、ヘイトスピーチであると指摘されることの多い内容、すなわち、①特定の民族や国籍に属する集団を一律に排斥する内容（例えば、特定の民族等について、一律に『日本から出て行け』などと

-
- (1) 『平成27年度 法務省委託調査研究事業 ヘイトスピーチに関する実態調査報告書（以下、「実態調査報告書」とする）』（公益財団法人 人権教育啓発推進センター、2016年）61 - 125頁は、ヘイト・スピーチに関する新聞記事等の掲載回数と記事内容について不十分ながら調査を加えている。そして、実態調査報告書124頁によれば、「ヘイトスピーチ関連報道は、平成25（2013）年春頃から始まり、当該年が235件、同26（2014）年が324件、同27（2015）年が180件」であり、「ヘイトスピーチ関連報道が平成26（2014）年半ばに多かったのは」、後述する「京都朝鮮第一初級学校事件に関する判決や人種差別撤廃委員会による日本政府への勧告等があったことなどが背景にあったものと推察できる」。
- (2) 京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁、大阪高判平成26年7月8日判時2232号34頁、最決平成26年12月9日判例集未登載。人種差別撤廃条約の趣旨をどのように実現するかについて地裁と高裁との間で解釈の違いが存在したが、少なくとも民法709条の適用において人種差別撤廃条約の趣旨を考慮するという点では一致しており、また損害賠償額も維持された。
- (3) 以上に加えて、大阪市ヘイト・スピーチ条例成立までの経緯について、金尚均「差別に立ち向かう姿勢を明示した大阪市のヘイトスピーチ対処条例」世界879号(2016年)33 - 34頁は、橋本徹前大阪市長の発言等を挙げている。また、ヘイト・スピーチ法の野党案であった「人種差別撤廃施策推進法案」の提出の背景についてであるが、師岡康子「審議入りした『人種差別撤廃施策推進法案』の意義」世界874号(2015年)21 - 22頁は、2014年7年半ばには自由権規約委員会、8月には人種差別撤廃委員会による日本政府報告書審査があり、そこで日本政府へ厳しい批判がなされたこと、また、「地方議会からもヘイト・スピーチ等に対する法整備等の国の対策強化を求める意見書が人種差別撤廃委員会勧告を契機に次々と」あげられていること等を挙げている。

発言するもの)、②特定の民族や国籍に属する集団の生命、身体等に危害を加えらるる内容(例えば、特定の民族等について、『皆殺しにしろ』などと発言するもの)に加え、③特定の民族や国籍に属する集団を蔑称で呼ぶなどして殊更に誹謗中傷する内容の発言⁽⁴⁾に着目し、「デモ等の発生件数については、平成 27 (2015) 年に至って、直前の 2 年間の件数から相当程度、減少している傾向が認められ、また、デモ等における発言内容については、やはり、同 27 (2015) 年には、デモ等の動画再生時間との比較において、前記の①ないし③に該当する発言が減少していると読み取ることのできる傾向⁽⁵⁾があると指摘して、その要因となった可能性のあるものとして上記の 2 点を挙げている⁽⁶⁾。次に法理論的な影響としては、特に京都朝鮮第一初級学校事件の地裁判決が現行「法制度の限界」⁽⁷⁾を明らかにしたことが重要である⁽⁸⁾。つまり、本判決は、メディアにおいてはヘイト・スピーチを違法とする判決として報道されたが、理論的には「業務妨害と名誉毀損の不法行為責任のみを認めた判決」⁽⁹⁾にすぎない。そのうえ、本判決は不特定多数に対するヘイト・スピーチについては既存の民事上の手段では救済できないことを明らかにしており、その射程には限界がある⁽¹⁰⁾。また、刑事についても同様な立場が取

(4) 実態調査報告書・前掲注 (1) 45 頁。

(5) 同上 59 頁。

(6) 同上 59 - 60 頁。ただし、後に触れるように、デモ等の発生件数についても発言内容についても沈静化したとは言えない、といった趣旨の指摘がなされている点に注意が必要である。

(7) 奈須祐治「判批」新・判例解説 Watch14 号 (2014 年) 18 頁。

(8) 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 卷 2 号 (2014 年) 389 - 395 頁は、既存の法制度の限界を明らかにする文脈であるが、当時の国内法制度下で考えられるヘイト・スピーチへの対処方法として、①刑事法による規制 (表現内容規制と二次的効果規制)、② (新規の) 人権法による規制、③公安条例によるデモ規制、④民事法の不法行為を挙げていた。

(9) 梶原健佑「名誉毀損不法行為責任と人種差別的発言——京都地判平成 25 年 10 月 7 日判時 2208 号 74 頁——」山口経済学雑誌 62 卷 4 号 (2013 年) 118 頁。

られており、特定人に向けられた名誉毀損や侮辱等の罪を構成する言論以外は処罰できないと考えられている⁽¹¹⁾。このように現行「法制度の限界」を明らかにしたことは、新たな立法の必要性を印象付けるのに一定の影響を及ぼしたと言えよう⁽¹²⁾。

しかし、以上のような背景の中で生まれた2つの法令だが、その内容は非

(10) この点、これまでのヘイト・スピーチに関する議論で主に念頭に置かれていたのは、不特定多数に対するものである。ヘイト・スピーチに関する文献は数多いので、比較的近年の憲法学の業績の中で代表的なものを列举すると、曾我部真裕「日本国憲法研究 基調報告 表現の自由 ヘイトスピーチと表現の自由」論究ジュリスト14号(2015年)152頁以下、市川正人「表現の自由とヘイトスピーチ」立命館法学2015年2号(2015年)122頁以下、齋藤愛『異質性社会における「個人の尊重」——デュルケーム社会学を手がかりに』(弘文堂、2015年)181頁以下、毛利透「ヘイト・スピーチの法的規制について——アメリカ・ドイツの比較法的考察——」法学論叢176巻2・3号(2014年)210頁以下、渡辺康行「『たたかう民主制』論の現在——その思想と制度——」石川健治編『学問／政治／憲法 連環と緊張』(岩波書店、2014年)159頁以下、成嶋隆「ヘイト・スピーチ再訪(1)・(2)」獨協法学92号(2013年)29頁以下・93号(2014年)1頁以下、小谷順子「アメリカにおけるヘイト・スピーチ規制」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I 状況へ』(尚学社、2011年)454頁以下、桧垣伸次「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64巻7号(2013年)997頁以下、桧垣伸次「ヘイト・スピーチ規制と批判的人種理論」同志社法学61巻7号(2010年)231頁以下、梶原健佑「ヘイト・スピーチと『表現』の境界」九大法学94号(2007年)49頁以下、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(2006年)69頁以下、藤井達也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由——アメリカ連邦最高裁のR.A.V.判決とBlack判決」国際公共政策研究9巻2号(2005年)1頁以下、奈須祐治「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(1)・(2・完)」関西大学法学論集53巻6号(2004年)53頁以下・54巻2号(2004年)161頁以下等がある。

(11) 本件に関する刑事上の判断について、京都地判平成23年4月21日判例集未登載、大阪高判平成23年10月28日判例集未登載、最決平成24年2月23日判例集未登載。ここでは侮辱罪(刑法231条)や威力業務妨害罪(刑法233、234条)等の適用が争われ、全員に執行猶予付きの有罪判決が言い渡された。これらの判決の詳細については、前田朗『ヘイト・スピーチ法研究序説——差別煽動犯罪の刑法学——』(三一書房、2015年)35-38、41-48頁、小谷・前掲注(8)396-400頁参照。

常に限定されている。いずれも罰則は定められておらず、(大阪市ヘイト・スピーチ条例には 1 つ実効性確保手段が定められているが) 基本的にはあくまで理念法であると言える。この点、「法の象徴的効果」あるいは「法の表現的機能」をどのように評価・統制するか、という点が問題となり得る⁽¹³⁾。しかし、いずれにせよ、その役割は限定的なものだと言わざるをえないだろう。

そのように 2 つの法令の内容が非常に限定されたものとなったのは、憲法學上多数説であると考えられる「規制消極説」⁽¹⁴⁾をその理論的前提としたた

(12) また、本判決はヘイト・スピーチに関する学問的な議論を喚起した点でも重要だったといえる。紙幅の関係上逐一列挙しないが、実際、本判決を契機として、法律専門誌上でヘイト・スピーチ規制に関する多数の特集が組まれている。

(13) この問題につき、志田陽子「シンボルをめぐる政治と憲法」法学セミナー 738 号 (2016 年) 45 頁以下、小泉良幸「国民の義務と、愛国心」ジュリスト 1289 号 (2005 年) 109 - 110 頁、福嶋敏明「法・政府行為の表現的次元とその問題性に関する一考察——アメリカ合衆国における『法の表現理論』をめぐる議論状況——」早稲田法学会誌 54 卷 (2004 年) 215 頁以下、安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学 44 号 (1996 年) 81 頁以下参照。また、ソフトローの観点からこの問題を取りあげるものとして、斎藤民徒「法の象徴的次元——『ソフトな法』から『法のソフトな働き』まで」中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトロー研究叢書第 1 卷 ソフトローの基礎理論』(有斐閣、2008 年) 267 頁以下参照。

(14) 「規制消極説」については、奈須祐治「ヘイトスピーチ規制消極説の再検討」法学セミナー 736 号 (2016 年) 18 頁以下、塚田哲之「表現の自由とヘイト・スピーチ」人権と部落問題 867 号 (2015 年) 15 頁以下、榎透「『ヘイト・スピーチ』と表現の自由の相克」法と民主主義 486 号 (2014 年) 55 - 56 頁、小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』(法律文化社、2014 年) 90 頁以下、師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』とする』(岩波書店、2013 年) 146 - 170 頁参照。なお、後述するように、奈須の規制消極説理解とその他の論者の規制消極説理解は異なる可能性がある。

また、梶原健佑・櫻庭総・中村英樹・奈須祐治・桧垣伸次「[座談会] 理論と政策の架橋に向けて」法学セミナー 736 号 (2016 年) 55 頁〔櫻庭発言〕は「ヘイトスピーチ規制について消極論、積極論といったときに、どういう規制に対し消極、積極なのかとか、その辺りの議論のしかたに注意する必要がある」と指摘している。この点、従来の議論では圧倒的に刑事規制が念頭に置かれてきたと言える。

めである。ヘイト・スピーチ規制に関しては、すでに指摘されているように、その憲法適合性の問題と政策的適否の問題とを区別する必要がある⁽¹⁵⁾。そして憲法適合性について奈須祐治は、日本の学説上の議論を整理・分析したうえで「結局、・・・アメリカ型審査基準論を援用して違憲説に近い消極説を説くのは少数派であり、多くの学説は上記の過激な言論を規制する余地を認めるのではないだろうか」⁽¹⁶⁾と指摘している⁽¹⁷⁾。このようにヘイト・スピーチ規制の憲法適合性について、規制は全く不可能であるとする議論は規制消極

(15) 市川・前掲注(10) 130頁。

(16) 奈須祐治「わが国におけるヘイト・スピーチの法規制の可能性——近年の排外主義運動の台頭を踏まえて」法学セミナー707号(2013年)27頁〔本文中の注釈は省略〕。また、曾我部・前掲注(10)152頁も「限定的な規制が日本のこれまでの議論に接続不可能ではないということについては一定のコンセンサスが見られるようにも思われる」〔本文中の注釈は省略〕と述べている。

(17) 日本の学説上の議論に対する奈須の評価は、従来規制積極説として理解されてきた内野正幸説や棟居快行説を含めたものである点に注意が必要である。おそらく、日本の憲法学における規制消極説と積極説との距離はそこまで離れていない、ということなのだと思う。内野正幸『差別的表現』(有斐閣、1990年)、棟居快行「差別的表現」高橋和之・大石眞編『憲法の争点』(有斐閣、第3版、1999年)104頁以下参照。

この点、少なくとも刑事規制についてその射程や役割を非常に限定的に理解しようとしているという点では、憲法学の一般的立場として規制消極説を語れるのではないかと考える。特に近年、内野や棟居の見解以上に積極的な規制積極説を唱える論者が憲法学の分野以外で現われていること、またそのような論者が憲法学者のほとんどが規制消極説であるかのような理解を示していることを考えれば、奈須のような現状理解は首肯できるように思われる。ヘイト・スピーチに関する憲法学以外の立場からの分析として、刑法学からは、規制に積極的な見解として金尚均の一連の業績、規制に消極的な見解として櫻庭総の一連の業績、国際人権・刑事法学からは、前田・前掲注(11)、弁護士の立場からは、師岡康子の一連の業績、法学的な議論も一部含むが法学以外の諸分野の立場については、「[特集]ヘイトスピーチ/ヘイトクライム——民族差別被害の防止と救済」法学セミナー726号(2015年)11頁以下の所論考〔ただし、所収の論考の内、刑事法学者である内田博文は刑事規制に消極的な態度をとっている〕、金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』(法律文化社、2014年)第I部の所論考参照。特に、金尚均・前田朗・師岡康子の三人は近年の規制積極説をリードする存在であると言える。

説の中でも少数であると思われるが、小谷順子が政策的適否について指摘しているように、「合憲性審査をクリアしうる明確性および厳格性を有する規制では、ごく一部のヘイト・スピーチしか規制しえないのであって、それではヘイト・スピーチの害悪の防止や軽減には役立たない。また、ヘイト・スピーチ規制は、問題の根本にある人種的・民族的な憎悪や偏見を軽減する効果をもたないという指摘も有力である、・・・そうすると、ヘイト・スピーチ規制は、そのリスクの大きさに比べて効用が極めて小さいことになる」⁽¹⁸⁾。そのため、その政策的適否の観点から消極的な結論に至ることになる⁽¹⁹⁾。

しかし、かといって規制消極説がヘイト・スピーチを放置してよいと考えているわけではない。小谷は、日本と同様にヘイト・スピーチに対する表現規制に消極的なアメリカについて、「アメリカでは、・・・ヘイト・スピーチをピンポイントで規制する立法こそ設けていないものの、人種的な動機で遂行された犯罪に刑罰を加重するヘイト・クライム法は現在も存在している。また、連邦の市民的権利に関する法律は、不特定多数の利用する施設における人種差別を禁じている。さらに、こうした立法に加え、政府も人種差別や宗教差別の解消をめざすメッセージを積極的に発信している。つまり、アメリカは、表現規制こそは避けているものの、それ以外のさまざまな施策を通して、人種的な憎悪や偏見の解消に努めるとともに、こうした憎悪や偏見がマイノリティの社会生活に支障をきたすという事態を防止することに努めている」⁽²⁰⁾と指摘したうえで、「日本におけるヘイト・スピーチの拡散・蔓延の

(18) 小谷・前掲注 (14) 102 頁。

(19) もっとも、政策的適否の観点からも全く認められないと考えられているわけではない。例えば、奈須・前掲注 (14) 21 頁は、彼の主張する「限定的規制はおそらく象徴的なものに留まり、効果はかなり小さい」と認めつつも、「日本が人種差別撤廃条約や国際人権規約 (B 規約) により規制を求められていること」や「上述のような規制が適正に執行されれば、少なくとも公共の場でのヘイトスピーチの態様を穏健にすることができると」という点を「規制の大きなメリットとして評価できる」と述べている〔本文中の注釈は省略〕。

問題に向き合う際には、表現規制という選択肢のみに限定した議論に終始するのではなく、啓発活動を含めた多様な施策も選択肢に入れて議論を展開することが有効であるように思われる⁽²¹⁾と主張している。類似の問題関心は一定の論者たちによって共有されているものと考えられ⁽²²⁾、最近ではヘイト・クライム法の憲法適合性⁽²³⁾やヘイト・スピーチに対する民事救済の憲法適合性⁽²⁴⁾を論ずる業績等が現われている⁽²⁵⁾。

しかし、以上のような手法はヘイト・スピーチに対する刑事規制以外の手段かもしれないが、未だ法規制についての考察であると言える。先程引用し

(20) 小谷・前掲注（14）102頁〔本文中の注釈は省略〕。

(21) 同上。

(22) このような指摘は数多いが、例えば奈須・前掲注（16）28頁も「人種的、民族的平等を推進する総合的な施策のなかに法規制を適切に位置付け、抑制的に運用していくことが妥当ではないだろうか」と指摘している。また、刑事法学の立場でも、例えば内田博文「刑事法および憲法と差別事件」法学セミナー726号（2015年）47頁は「ヘイトスピーチの防止および被害救済のための施策等を検討するに当たっては、刑事規制の問題に偏るのではなく、禁止法に基づく国等による被害実態調査の実施とこれを踏まえた実効性のある啓発活動の開発および普及ならびに多方面における被害救済策の策定とその実施の義務規定の問題に加えて、これらの施策をいかにして現実のものにしていくのか、さらには、これらの施策の立案および実施において当事者参加をどのようにして実現していくのかということが議論の中心に据えられなければならない」と指摘している。さらに、曾我部・前掲注（10）157 - 158頁や梶原他・前掲注（14）55 - 56頁では、より具体的にヘイト・スピーチに対する刑事規制以外の手段について言及されている。

(23) 桧垣伸次「ヘイトクライム規制の憲法上の争点」法学セミナー736号（2016年）36頁以下、同「ヘイト・クライム規制と思想の自由」福岡大学法学論叢59巻2号（2014年）297頁以下参照。なお、ヘイト・クライム法については蟻川恒正「思想犯罪の法構造（1）」法学67巻5号（2004年）1頁以下が既に主題として取り上げていたが、この論文は未完である。その他、ヘイト・クライムに関する議論を取り扱う節が設けられている文献として奈須・前掲注（10）54巻2号171 - 172、180 - 181頁と安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学59号（2001年）39 - 43頁が存在するが、そこでの検討はそれほど詳細なものではなかった。

た小谷の指摘の中では「表現規制」という用語が用いられていたが、そこでは（ヘイト・クライム法は行為規制であるという理解だと思われるが⁽²⁶⁾）ヘイト・スピーチに対する表現規制以外の法規制と法規制以外の手段が念頭に置かれていると思われる。この点に関連して、多文化主義的観点からヘイト・スピーチについて分析する志田陽子は、「そのような表現規制以外にとりうる手段はないかという観点からは、こうした私人間の表現について対処を論じる前に解決すべき問題として、先に多文化主義の要請のひとつとして言及し

(24) 梶原健佑「ヘイトスピーチに対する民事救済と憲法」法学セミナー 736 号 (2016 年) 30 頁以下参照。なお、民事救済については、内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂、2010 年）45 頁以下や民法学者である山本敬三「差別表現・憎悪表現の禁止と民事救済の可能性」国際人権 24 号 (2013 年) 77 頁以下で主題として取り扱われていたが、そこでの分析はいずれも憲法的視点からのものではなかった。その他、ヘイト・スピーチに対する民事救済について取り扱う節が設けられている文献として奈須・同上 173 - 175、181 頁が存在するが、そこでの検討はそれほど詳細なものではなかった。

(25) なお、管見のかぎりではヘイト・スピーチに対する人権法による規制の憲法適合性を主題として論じた業績は見受けられないが、上述したように小谷・前掲注 (8) 393 頁は、人権法による規制について論じ、「人権法による憎悪表現規制については、表現発信者の権利の保護が、万全ではない制度のなかで幅広い表現が規制対象となる点において、表現の自由の保障への重大な脅威となりうる」〔本文中の注釈は省略〕と述べている。ここでは、人権法 13 条が廃止されたカナダの例が考慮されているものと考えられる。ヘイト・スピーチに対するカナダの取り組みについて検討したものとして、成嶋・前掲注 (10) 92 号 41 頁 - 61 頁、奈須祐治「ヘイト・スピーチ規制の可能性と限界——カナダにおける法実践とその含意」孝忠延夫・安武真隆・西平等編『多元的世界における「他者」(下) 関西大学マイノリティ研究センター最終報告書』（関西大学マイノリティ研究センター、2013 年）135 頁以下、小谷順子「カナダにおける表現の自由の保障と憎悪表現の禁止」法政論叢 42 卷 1 号 (2005 年) 145 頁以下参照。また特に、カナダにおける国内人権機関の役割に着目したものとしては、小谷順子「カナダにおけるヘイトスピーチ（憎悪表現）規制——国内人権機関の役割——」国際人権 24 号 (2013 年) 48 頁以下参照。なお、関連して、2002 年に国会に提出され廃案となった人権擁護法案をヘイト・スピーチとの関係で分析するものとして、小林直樹「差別的表現の規制問題——日本・アメリカ合衆国の比較から——」社会科学雑誌創刊号 (2008 年) 123 - 130 頁、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003 年）64 - 71 頁参照。

た政府言論の問題がある」と指摘したうえで、「政府（法律）による排除的言論が存在するとき、これを棚上げにしたままで私人間の偏見に基づく差別、暴力、言論を統制しようとするのは、不毛なあるいは自己矛盾的な対症療法ということになる。より人権制約性の度合いの少ない手段があるならばそちらを採用するべきであるとする理論（LRA原則）が妥当する権利領域であることを考えれば、政府言論のほうに解決すべき問題が残されている場合には、政府（公権力）の側がこの問題への修復努力を行ってからでなければ、一般市民の側の『表現の自由』への制約は正当化されないのではないか」と指摘している⁽²⁷⁾。このような志田の指摘を前提とすれば、刑事規制よりも非刑事的法規制を、さらに非刑事的法規制よりも非法的施策の憲法適合性と政策的適否について検討を加えるべきであると言える⁽²⁸⁾。しかし、このような点についてはほとんど議論が展開されてこなかった。確かに、従来からヘイト・スピーチに対する非法的施策として例えば教育や啓発の重要性が指摘されてきたが⁽²⁹⁾、そこではヘイト・スピーチに対する教育や啓発の憲法適合性と政策的適否についてはほとんど議論されてこなかったと言える⁽³⁰⁾。また、志田が指摘した政府言論の問題も、刑事規制を検討する以前に国家の排除的なメッセージを是正すべきという消極的な主張に留まっていたと言える⁽³¹⁾。

以上のような法状況（すなわち、事実上理念法に過ぎない2つの法令の成立）と学説における議論状況とを考慮すると、ヘイト・スピーチに対する非

(26) ヘイト・クライム法の憲法適合性との関連で言論／行為区別論の問題性について指摘するものとして、桧垣・前掲注(23)法学セミナー736号38頁、福岡大学法学論叢59巻2号311-315頁参照。

(27) 志田陽子「表現の自由とマルチカルチュラルリズム」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I 状況へ』（尚学社、2011年）519-520頁〔本文中の注釈は省略〕。また、この点に関するより詳細な分析として、志田陽子『文化戦争と憲法理論—アイデンティティの相剋と模索—』（法律文化社、2006年）232-242、285頁参照。なお、この議論では、上述した「法の象徴的効果」あるいは「法の表現的機能」の問題が重要な地位を占めている。

法的施策のようなより制限的でない手段からその憲法適合性と政策的適否の

(28) この点、理論的には対抗言論に委ねて政府は一切関与しないという選択も考えられる。ヘイト・スピーチへの対抗言論に関する批判論と肯定論については、成嶋・前掲注 (10) 93 号 36 - 41 頁参照。

対抗言論について、内野・前掲注 (17) 10 頁では、対抗言論について「第 1 は、厳密な意味での対抗言論であり、それは、ある言論の内容に反対する別の言論をさす。第 2 は、緩やかな意味での対抗言論であり、これは、ある言論が行われたこと自体に抗議する言論をさす。差別的表現の場合、後者が重要な意味をもってこよう」と指摘している。この点、内野正幸「ヘイトスピーチ」法学教室 403 号 (2014 年) 62 頁は、対抗言論を①攻撃された側による反論と②当該言論の趣旨に反対する内容の別の言論とに区別し、①のタイプは「対抗言論に必ずしもなじまない」と指摘し、そして「最近のヘイトスピーチ問題で話題になっている対抗言論は」②のタイプだと指摘している。前者の文献における「緩やかな意味での対抗言論」は部落差別に関する糾弾行動を念頭に置いていたため、後者の文献では取り上げられていないのかもしれない。しかし、成嶋・同上 41 頁は、「ヘイト・スピーチの諸類型のうち、人種的優越性・人種的憎悪に基づく思想を不特定多数の者に向けて発信するものについては、その対抗措置は〈市民社会レベルの対抗言論〉でしかありえない」と指摘し、〈市民社会レベルの対抗言論〉は内野の言う「緩やかな意味での対抗言論」と同旨であると示唆している。

ここで内野の言う②のタイプの対抗言論にしても、成嶋の言う〈市民社会レベルの対抗言論〉にしてもその有効性には限界があるだろう。実際、師岡・前掲注 (14) 11 - 12 頁が指摘しているように、ヘイト・スピーチに対する抗議活動（いわゆる「カウンター」）の活発化が見受けられるところであるが、その有効性についての評価は困難である。この点、上述したように、実態調査報告書・前掲注 (1) 59 - 60 頁によれば、デモ等の発生件数は 2015 年に至って減少傾向にあると指摘されているが、デモ等の発生件数は平成 27 (2015) 年第 3 四半期には再び増加に転じているとも指摘されている。発言内容の穏健化の傾向は継続しているようであるが、このような動向に対し対抗言論がどのような影響を与えたのかは定かではない。そこで、本稿では、内野の言う②のタイプの対抗言論や成嶋の言う〈市民社会レベルの対抗言論〉の意義は認めつつもその有効性には限界があるという見地から、政府の関与の余地について考察することとする。

(29) 江橋崇・内野正幸・浦部法穂・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 64 卷 9 号 (1992 年) 34 頁や内野・前掲注 (17) 166 頁の時点で教育や啓発についてすでに指摘されている。

問題を検討することは、現在とり得る選択肢について考察するだけでなく、今後更なる規制を検討する際の前提を形成する意義があると考えられる。この点、近年このような問題について取り組んでいる議論として Corey Brettschneider の価値民主主義 (value democracy) 論に基づく民主的説得 (democratic persuasion) 論が存在し、彼の議論について一定の議論が展開されている。そこで本稿では、彼の議論を紹介・検討し、それに対する批判や指摘を踏まえて検討することで、何らかの示唆を得ることを目的とする。ただし、本稿では紙幅の関係上、彼の議論に対する批判や指摘を包括的に取り上げることはできない。そのため、本稿では、彼の議論の理解に必要な限りで批判や指摘を取り上げる場合もあるが、主として (彼の議論の要の一つだと言える) 強

(30) 正確に言えば、江橋他・同上でヘイト・スピーチに対する教育や啓発の内容を国家が決定することの問題性が指摘されており、また内野・同上でヘイト・スピーチに対する教育の有効性についての限界が指摘されていたのだが、それ以降の研究ではほとんどこの点について議論が展開されてこなかったと言える。この点、法的な議論ではないが、ヘイト・スピーチに対する人権教育について吉田俊弘「人権教育の現状と改善のための視点」法学セミナー 726 号 (2015 年) 62 頁以下、現行の人権教育の問題点について阿久澤麻里子「人権教育再考」石崎学・遠藤比呂通編『沈黙する人権』(法律文化社、2012 年) 33 頁以下参照。なお、公教育における「中立性」の問題について、さしあたり西原博史『良心の自由と子どもたち』(岩波書店、2006 年) 第 3 章参照。この問題については、本格的な検討が必要であるが、今後の課題とする。

(31) この点、管見のかぎりでは、ヘイト・スピーチに対する政府言論による対応について論じていたのは、邦語文献では志田・前掲注 (27) の業績の他は奈須・前掲注 (10) 54 巻 2 号 177 - 178、182 頁のみであると思われる。ただし、本文で指摘しているように志田は政府の差別的政策の是正を要求するために政府言論という概念を用いているのに対し、奈須は政府の非規制的介入手段を包括するものとしてこの概念を用いている。この点、本稿も政府言論の概念を政府の非規制的介入手段を包括するものとして用いる立場である。なお、政府言論の法理については、さしあたり横大道聡『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制——』(弘文堂、2013 年) 第 3 部参照。本稿では、筆者の能力上の問題から、政府言論の法理についてこれまでの判例や学説の展開を踏まえた上での議論はできなかった。今後の課題としたい。

制と説得との区別に関する問題に焦点を当てることとする。以下本稿では、第二章で、Corey Brettschneider の価値民主主義論に基づく民主的説得論について詳細に紹介する。次に第三章では、彼の議論に対する批判や指摘の中から強制と説得との区別の問題に着目し、若干の検討を加える。最後に第四章で、以上までの議論から我が国の議論についてどのような示唆を得られるかを検討する。

第二章 Corey Brettschneider の価値民主主義論と民主的説得論

Corey Brettschneider は、Brown 大学で憲法と政治理論 (political theory) のコースを受け持っている政治科学 (political science) の教授である⁽³²⁾。専門は政治哲学であるが、憲法学的な議論にも積極的に取り組んでおり、本稿で取り上げる議論のような憲法上の権利に関係する業績も多数公表している。本稿では、彼の著書⁽³³⁾を中心として彼の議論を紹介・検討することを目的としている。以下では、まず第一節で、彼の議論の概要を取りあげる。これは彼の議論を紹介・検討する意義を明らかにするためである。そして、第二節以降で、彼の議論の各部について比較的詳細に紹介していくこととする。

(一) Brettschneider の議論の概要

Brettschneider の議論の概要は以下の通りである。ヘイト・スピーチへの対応に関して、法規制反対の立場である中立主義者 (neutralist) と法規制容認の立場である禁止主義者 (prohibitionist) に対する第三の選択肢を提示する。その第三の選択肢とは、ヘイト・スピーチに対して強制的 (coercive) 規制は許容されないが、国家はその表現的能力 (expressive capacities) を用いてその

(32) 彼のプロフィールについては、<https://vivo.brown.edu/display/cbrettschneider> を参照。

(33) COREY BRETTSCHEIDER, WHEN THE STATE SPEAKS, WHAT SHOULD IT SAY? : HOW DEMOCRACIES CAN PROTECT EXPRESSION AND PROMOTE EQUALITY (Princeton University Press, 2012).

ような見解を非難すべきである、というものである。このような立場をとる前提として、彼は、後述する「自由かつ平等な市民としての地位 (free and equal citizenship)」の価値を基礎とする価値基底的な民主主義論である「価値民主主義」論を提示し、価値民主主義における国家の重要な関与手法として「民主的説得」という概念を提示している。ここで注目すべきは、民主的説得を正当化及び統制するために、彼が明確に政府言論⁽³⁴⁾の概念を用いて議論を展開している点である⁽³⁵⁾。

このように、ヘイト・スピーチに対し国家の表現的能力を用いて対応することを主張し、そしてその正当化及び統制のために政府言論の概念を用いる彼の議論は、政治哲学的なアプローチではあるが、前章で考察の必要性を指摘した非法的施策等のような手段の憲法適合性と政策的適否の問題に取り組む貴重な業績であると言える⁽³⁶⁾。そのため、彼の議論を紹介・分析することは、今後のヘイト・スピーチ規制の議論にとって非常に有益であると考えられる。

(二) 問題設定と基本的立場

(1) ヘイト・スピーチの定義

ここまで、あえてヘイト・スピーチを定義することはしなかった。それは、

(34) 通例、「政府言論」とは government speech の訳語であるが、Brettschneider は一貫して state speech という用語を用いている。しかし、彼の著作ではその意味内容は異ならないと思われるので、本稿では state speech という用語も「政府言論」と訳する。

(35) See BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 4.

(36) 管見のかぎりでは、アメリカでもこの問題を主題として取り扱っているのは、Charlotte H. Taylor, *Hate Speech and Government Speech*, 12 U. PA. J. CONST. L. 1115 (2010) のみだと思われる。ただし、この論文は、政策的適否の問題により重点が置かれている。また、僅かながらヘイト・スピーチ規制の代替手段としての政府言論に言及するものとして、see JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE 185-186 (Westview Press, 1999). なお、奈須・前掲注 (10) 54 巻 2 号 177 - 178 頁は、この Weinstein の議論を援用して、僅かながらヘイト・スピーチ規制の代替手段としての政府言論に言及していた。

Brettschneider によるヘイト・スピーチ理解が独特であり、また彼の議論にとって重要な概念が含まれているためである。そこで、本項では彼がヘイト・スピーチをどのように理解しているのかを確認するが、その前に一般的なヘイト・スピーチの定義に関する議論を概観する。そうすることで彼のヘイト・スピーチ理解の独自性が鮮明になると考えられるためである。

ヘイト・スピーチの定義については確立されたものが存在しないと論じられることが多いが、アメリカの議論を素材にヘイト・スピーチの定義について分析した梶原健佑によると、「ヘイトスピーチの定義の共通要素、すなわち内包は、第一に何らかの属性をもつ集団およびそれを構成する個人に向けられた表現であること、第二に攻撃的な性格を有していること、の 2 点のみ」であり、「かかる広い定義の採用は、ヘイトスピーチと認定され得る実際の表現を非常に広範囲なものにして、それによって害される法益もまた多様であることへ繋がる。したがって、ヘイトスピーチ概念全体のうち規制を必要とするそれは、中でも限定された領域に縮減されたものになるはずである」と指摘している⁽³⁷⁾。このようなヘイト・スピーチの定義と規制対象の限定という問題は、(特に刑事規制について) 規制対象の明確性の要請や過度に広汎な規制の回避の観点から、規制消極説によって批判されるところである⁽³⁸⁾。これに対し、James Weinstein は、表現の抑圧と(本稿が着目する) 政府言論との相違について以下のように指摘している⁽³⁹⁾。つまり、「第一に、表現の抑圧には誤った適用、選択的執行、萎縮効果のような政府言論にはない危険があるとされる。第二に、一定の見解が不十分にしか表明されていない場合、政

(37) 梶原健佑「ヘイトスピーチ概念の外延と内包に関する一考察」比較憲法学研究 27 号 (2015 年) 130 頁〔本文中の注釈は省略〕。また、梶原とは異なる視点からヘイト・スピーチの定義について検討するものとして、金尚均「ヘイト・スピーチの定義」龍谷法学 48 卷 1 号 (2015 年) 19 頁以下、成嶋・前掲注 (10) 93 号 12 - 18 頁参照。

(38) 規制対象の限定の問題について、さしあたり奈須・前掲注 (14) 20 - 21 頁、曾我部・前掲注 (10) 154 - 157 頁、小谷・前掲注 (14) 90 - 92、96 - 97 頁参照。

(39) See WEINSTEIN, *supra* note 36, at 185.

府言論は表現の抑圧という不器用かつ間接的な解決に比べ、それに対するより正確な返答になるとされる。第三に、表現の抑圧は、政府言論とは違って、特定の観点をパブリック・ディスコースから完全に除去する恐れがあるとされる。さらに、表現の抑圧は、政府言論とは違って、ある方法で世界を見るように他者を説得しようとする個々人の基本的な道徳的権利を侵害する⁽⁴⁰⁾。つまり、政府言論は表現の抑圧と比べて侵害性が低いということである。そのため、ヘイト・スピーチへの対応手段として政府言論を論じる場合、ヘイト・スピーチの定義の問題に拘泥する必要はないと指摘されている⁽⁴¹⁾。以下からは Brett Schneider のヘイト・スピーチ理解を見ていくこととする。

Brett Schneider は、ヘイト・スピーチについて論じるにあたって「差別的な見解 (discriminatory viewpoints)」と「憎しみに満ちた見解 (hateful viewpoints)」という概念を用いている。まず、「差別的な見解」とは「自由かつ平等な市民としての地位の理念 (ideal) に反対する (oppose) 若しくはそれと矛盾する (are inconsistent with) 見解 (views)」⁽⁴²⁾を意味する。次に、「憎しみに満ちた見解」とは「自由民主主義 (liberal democracy) の中核的理念 (core ideals) に公然と敵意を示す (are hostile to) 見解 (opinions)」⁽⁴³⁾を意味し、「憎しみに満ちた見解を定義する際に、憎悪の感情 (emotion of hate) と憎しみに満ちた見解の内容 (content) との間に区別が存在する点を強調することが重要である。憎しみに満ちた見解は、必ずしも感情によって定義されないが、自由かつ平等な市民としての地位に反対する考え (idea) あるいはイデオロギーを表現することによって定義される」⁽⁴⁴⁾と説明されている⁽⁴⁵⁾。そして、「『憎

(40) この要約は奈須・前掲注 (10) 54 卷 2 号 178 頁によるものである。

(41) See Taylor, *supra* note 36, at 1141-1142. また、Taylor は、このような定義の問題の存在が非規制的アプローチ (すなわち、政府言論) について検討する理由の一つであると述べている。

(42) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 4.

(43) *Id* at 1.

(44) *Id*.

しみに満ちた見解』は差別的な見解の極端な場合 (extreme instances) である⁽⁴⁶⁾とされる。彼の議論では両者は並置されて用いられることが多いことから、両者の区別はそこまで重要ではないと思われる⁽⁴⁷⁾。以上から、両者の定義において後述する「自由かつ平等な市民としての地位」という概念が共通しており、また「憎しみに満ちた見解」の定義から、彼が「自由かつ平等な市民としての地位」という概念を「自由民主主義の中核的理念」として捉えていることが分かる。

この点、成嶋隆は、日本の文脈を前提としてではあるが、ヘイト・スピーチの用語法にこだわる理由として、ヘイト・スピーチ規制のありかたを検討する際に『差別助長』性に力点をおいて捉えるか、それとも『憎悪扇動』性に力点をおいて捉えるかが、大きなポイントとなると思われるからである。行為の性質や把握のしかたの違いは、当然、当該行為を法的に規制する際の保護法益や規制目的の問題とも連動するから、この用語法の問題は決して疎かにできない⁽⁴⁸⁾と指摘している。この指摘は、ヘイト・スピーチの用語法

(45) Jeremy Waldron は、「ヘイト」という語が「特定の言語行為の背後にある情念や感情を正すことに関心もっていることを示唆する」ためミスリーディングであるという理由から、「集団に対する文書名誉毀損 (group libel)」という用語を用いるべきだと主張する。JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH 34 (Harvard University Press, 2012)、邦訳としてジェレミー・ウォルドロン著 (谷澤正嗣・川岸令和訳) 『ヘイト・スピーチという危害』 (みすず書房、2015 年) 42 頁。また、Waldron は、「『ヘイト・スピーチ』というフレーズは、『憎悪』とは何かを定義する不毛な試みの泥沼に私たちをはまり込ませる可能性がある」と指摘し、「憎悪」の定義を試みる論者として Robert Post を挙げている。Id. at 35-36 (訳著 43 頁), see Robert Post, *Hate Speech in EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY*, (ed. IVAN HARE & JAMES WEINSTEIN) 123 (Oxford University Press, 2009).

(46) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 4.

(47) なお、日本におけるヘイト・スピーチと差別的表現との異同についてはあまり判然としない。この点について、梶原・前掲注 (37) 130 - 131 頁、成嶋・前掲注 (10) 93 号 12 - 15 頁参照。

(48) 成嶋・同上 15 頁。なお、成嶋は、「憎悪扇動」性に着目し、ヘイト・スピーチを「憎悪扇動言論」と訳している。

に論者の問題意識が表れるということを示すものと言える。しかし、Brettschneiderのヘイト・スピーチ理解は、「差別助長」性にも「憎悪扇動」性にも力点をおいたものではない。つまり、ヘイト・スピーチに対する彼の問題意識は、「差別助長」性にも「憎悪扇動」性にもないということである。では、彼の問題意識はどこにあるのか。それを明らかにするために、次項では従来のヘイト・スピーチ規制に関する議論を彼がどのように評価しているのかを概観する。

(2) 回避すべき二つのディストピアとヘイト・スピーチに対する二つのアプローチ

結論から述べると、Brettschneiderはこれまでのヘイト・スピーチに対する対応を二つの立場に整理し、そしてそのいずれにも問題があると評価している。その二つの立場とは、第一に中立主義 (neutralist) アプローチ、第二に禁止主義 (prohibitionist) アプローチである。特に、前項で見たヘイト・スピーチ理解との関連では、中立主義アプローチの問題点が重要である。本項ではこの二つのアプローチの内容とその問題点について概観するが、その前に彼が仮定している二つのディストピアについて概観したい。それは、彼が仮定する二つのディストピアは、二つのアプローチの間にある理論的な亀裂をより深い次元で表しているためである⁽⁴⁹⁾。

1. 回避すべき二つのディストピア

Brettschneiderは、まず二つのディストピアを仮定することから議論を展開している。なぜなら、「政治理論を定式化する際、実現したい理想よりも避けたい種類の社会について考察することから始めるのがしばしば有益」であり、「実際、ユートピアよりもディストピアについて理論化することは、正当な社

(49) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 9-10.

会が実現したいと望むべき価値を明らかにできる」ためである⁽⁵⁰⁾。そして、彼が仮定する二つのディストピアとは、第一に、「私事を詮索する国家 (the Invasive State)」、第二に「憎しみに満ちた社会 (the Hateful Society)」である。この二つのディストピアは、特にリベラリズムとフェミニズムとの対立に示唆を受けていると考えられ、公私区分論に対する彼の問題意識が反映されていると言える⁽⁵¹⁾。以下で、それぞれについて概観する。

第一に、リベラリズムが恐れる「私事を詮索する国家」は以下のようなものである。そこでは、「移動する警察車両が絶えず市民を監視する。市民は、自宅の私的領域で行われるときでさえ、自由かつ平等な市民としての地位という公的価値と対立する会話をしたこと及びそのような実践に参加したことで起訴される」⁽⁵²⁾。このような私事を詮索する国家については、二つのバリエーションが考えられる。第一は、ファシズムや独裁主義 (authoritarian) のような権威主義的国家を想定するものである。このような国家は、「差別を促進若しくは統治者 (rulers) の権力を維持するため」という「反自由主義的な価値の名の下に権利を侵害する」⁽⁵³⁾。これに対し、第二は、自由主義的価値のために介入する国家を想定するものである。むろん、ヘイト・スピーチ規制の文脈で問題となっているのは「自由主義的価値のために介入する国家」であ

(50) *Id.* at 10. なお、憲法学における人権理論には自然権思想のようなある種のユートピアに基づくものがあることを指摘した上で、その不要性を主張するものとして、石崎学「ユートピアと人権——従来の人権論の意義と限界」石崎学・遠藤比呂通編『沈黙する人権』(法律文化社、2012年)9頁以下参照。

(51) 公私区分論については、さしあたり巻美矢紀「公私区分批判はリベラルな立憲主義を越えうるのか」井上達夫編『岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』(岩波書店、2007年)151頁以下参照。また、フェミニズムについては、さしあたり中里見博「フェミニズムと憲法」杉田敦編『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』(岩波書店、2007年)191頁以下参照。

(52) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 10.

(53) *Id.*

り、「権威主義的干渉は〔もちろん〕問題であるが、自由主義的干渉も独特な困難を提起する。後者の事案では、リベラルは干渉の背後にある実体的価値を是認するが、それらを遂行する手段を是認しない」〔カッコ内は筆者による〕と指摘した上で、ヘイト・スピーチの禁止を念頭に置いて、「平等を強化する(enforce) ための国家の強制的干渉に対する抑制(restraint) を私事を詮索する国家が考慮しないため、リベラルは私事を詮索する国家をディストピアとみなすだろう」と述べている⁽⁵⁴⁾。そして、このディストピアに対するリベラリズムの反応は、国家に対する不信を強調し、公私の区分を強調するものとなる。

以上に対して第二に、主にフェミニズム(Brettschneiderによれば戦う民主主義(militant democracy)も含む)の側が恐れる「憎しみに満ちた社会」は以下のようなものである。そこでは、「国家は、プライバシー・言論の自由・信条の自由のような強健な(robust)自由権保障を支持するが、これらの権利によって保護される文化は、公的価値(public values)(特に平等)にひどく反対している。憎しみに満ちた社会において、女性に従属的な務め(subordinate tasks)を割り当てたり、また女性に対し自分たちが男性よりも価値が低いと信じるように教育したりする家庭をプライバシーの権利は保護する。・・・憎しみに満ちた社会の市民は国家の介入から彼らを保護する言論の自由を享受するが、その市民社会の文化内では、反平等的言論や行動はありふれたものであり制裁を受けない」⁽⁵⁵⁾。このような社会では、形式的には差別を禁じる法律が存在するにもかかわらず、人種差別主義や性差別主義が横行しており、「この広範な私的不平等は必然的に政治的不平等に帰結する。・・・法は差別を禁じるが、憎しみに満ちた社会の市民はそれらの法を無視でき、また公務員はそれらを執行しないことが可能である。・・・たとえ国家が暴力や直接の

(54) *Id.*

(55) *Id.* at 10-11.

脅迫を禁じたとしても、マイノリティの市民は、彼らの安全が脅かされたと感じ、国家の中立性が彼らの基本的な利益を無視していると感じる。中立性の法理によって拘束され、憎しみに満ちた社会で国家は、差別的な見解を禁じることあるいはそれらの激増を止めることを禁じられる。・・・暴力は処罰され得るし、それを止めるために強制が採用されるが、そもそもマイノリティへの暴力行為を導く文化を権利は保護している」⁽⁵⁶⁾。そして、このディストピアに対するフェミニズム側の反応は、構造的な差別を是正するために家庭や市民社会等の私的領域に積極的かつ強制的な介入を主張するものとなる。

以上を前提に両者の関連を見ると、リベラリズムが恐れる「私事を詮索する国家」は、私的領域への積極的な介入を肯定するフェミニズム側の立場が行き過ぎたものであり、逆にフェミニズム側が恐れる「憎しみに満ちた社会」は、公私の区分を強調するリベラリズムの立場が行き過ぎたものであることが分かる。そして、Brettschneider は、「憎しみに満ちた社会を恐れる人々と私事を詮索する国家を恐れる人々との隔たりは、調整できないように思える」と指摘した上で、「要するに、私事を詮索する国家の危険と行き過ぎに対するリベラルの反応は、時折彼らを（憎しみに満ちた社会の問題に答えられない）ある種の中立主義的リベラリズムの是認に導く」と指摘し、リベラリズムが「私事を詮索する国家」を回避した結果「憎しみに満ちた社会」の問題点を回避できない背景には中立主義があることを示唆している⁽⁵⁷⁾。そこで、以下からは、ヘイト・スピーチに対する二つのアプローチについて概観する。

2. ヘイト・スピーチに対する二つのアプローチ

Brettschneider は、まず、「アメリカでもヨーロッパでも、近年偏狭 (bigotry) が増加しているため、ヘイト・スピーチにどのように対応するかはより差し

(56) *Id.* at 11.

(57) *Id.* at 11-12.

迫った問題となっている」と述べた上で、「伝統的に、政治及び法理論家たちはヘイト・スピーチに対する二つのタイプの対応を提案してきた」と指摘し、以下の二つのアプローチとして理論化している⁽⁵⁸⁾。

第一に、中立主義アプローチとは、「権利保護における中立主義の必要性を強調してきた」立場であり、脅迫 (threats) や「闘争的言辞 (fighting words)」を保護しないが、Brettschneider が言う「憎しみに満ちた見解」を保護するアメリカ連邦最高裁の言論の自由法理を広く擁護するものである⁽⁵⁹⁾。そして、「国家はあらゆる価値を是認すべきではないと中立主義は主張するため、差別的な内容にもかかわらず、中立主義アプローチは、言論の自由を擁護し、そして強制的 (coercive) なサンクションから憎しみに満ちた見解を保護する」⁽⁶⁰⁾。

このような中立主義アプローチの立場に対し、Brettschneider は「中立主義アプローチは、憎しみに満ちた見解が (民主主義国家の正統性 (legitimacy) にとって本質的である) 自由と平等の価値に引き起こす難問 (challenge) に答えることができない」⁽⁶¹⁾と指摘し、「中立主義の問題点は、憎しみに満ちた見解が、政治的な理念 (political ideal) だけでなく、そもそもヘイト集団 (hate group) の言論の自由の保護を正当化する自由や平等そのものもおびやかしているという点である。言い換えれば、ヘイト集団は (私が自由かつ平等な市民としての地位と呼んでいる) 自由民主主義の基礎となる最も基本的な公的

(58) *Id.* at 1.

(59) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 1. このような立場の代表として彼は、BRUCE A. ACKERMAN, *SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE* (Yale University Press, 1980) と Ronald Dworkin, *A New Map of Censorship*, 35 *INDEX ON CENSORSHIP* 130-133 (2006) を挙げている。

(60) *Id.* このような立場の代表として彼は、ALEXANDER MEIKLEJOHN, *FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT* (Lawbook Exchange, 2004) を挙げている。ただし、後述するように、Brettschneider は Meiklejohn の議論を単純な中立主義の立場だとは理解していない。

(61) *Id.* at 3.

平等 (public equality) の理念を攻撃している」⁽⁶²⁾と述べている。以上の引用部分から分かるように、彼は、言論の自由を正当化する自由や平等の理念そのものを言論の自由を用いて攻撃している、という点にヘイト・スピーチの問題性を見ている。そして、彼は、そのようなヘイト・スピーチに対してまでリベラリズムが中立性を維持するのならば、リベラリズムは自らの終焉について共犯関係 (complicit) に立たされることになる、と指摘している⁽⁶³⁾。これは、「権利のパラドクス」⁽⁶⁴⁾あるいは「リベラリズムのパラドクス」⁽⁶⁵⁾と呼ばれる問題である⁽⁶⁶⁾。前項で見た、(自由民主主義の中核的理念である) 自由かつ平等な市民としての地位に反対する見解の表明をヘイト・スピーチとする彼の理解は、このような問題意識を反映したものである。そして、中立主義がこのようなヘイト・スピーチの問題性に対し適切に対処していない、という点が中立主義の問題点である。

以上に対して第二に、禁止主義アプローチとは、「自由民主主義社会の価値に敵意を示す見解を言論の自由は保護すべきでない」⁽⁶⁷⁾と主張する立場であり、この立場は「アメリカ以外のほとんどの自由民主主義国に見られるヘイト・スピーチに対する法的制限を広く是認する。これらの国にも言論の自由

(62) *Id.*

(63) *Id.* at 5.

(64) *See* WENDY BROWN, *STATES OF INJURY: POWER AND FREEDOM IN LATE MODERNITY* (Princeton University Press, 1995).

(65) *See* LARRY ALEXANDER, *IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION?* ch.8 (Cambridge University Press, 2005). また、「リベラリズムのパラドクス」の観点から Brettschneider の議論を批判的に検討するものとして、*see* Larry Alexander, *Free Speech and "Democratic Persuasion" : A Response to Brettschneider* in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS*, (ed. ROWAN CRUFT, S. MATTHEW LIAO & MASSIMO RENZO) 379 (Oxford University Press, 2015).

(66) Brettschneider は「権利のパラドクス」という用語を用いているので、以下本稿では「権利のパラドクス」で統一する。

(67) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 1.

保障は存在するが、言論の自由を憎しみに満ちた見解を含むあらゆる見解に拡張する『見解中立 (viewpoint neutrality)』の法原理は存在しない。いくつかの見解は、許容されるにはあまりに極端 (extreme) だと考えられており、しばしば刑事法によって禁じられる⁽⁶⁸⁾とまとめられる。このような立場の例として、カナダ・オーストラリア・フランス・イギリス・ドイツ等が挙げられている⁽⁶⁹⁾。

このような禁止主義アプローチに対し、Brettschneider は「国家にヘイト・スピーチを強制的に禁じさせるという禁止主義の戦略 (strategy) は、市民が自らの政治的見解を展開 (develop) 及び主張 (affirm) することを国家が許すように自由と平等という中核的な民主的価値が要求しているという事実を見落としている。自由な市民は自由民主主義の基礎に異議を申し立てる主張

(68) *Id.* at 1-2.

(69) *Id.* at 2. この点、ヘイト・スピーチに対する諸外国の取り組みについて代表的な邦語文献を憲法学の分野を中心にあげると、カナダの取り組みについては前掲注 (25) の諸論考、オーストラリアの取り組みについては佐藤潤一「オーストラリアにおける差別表現規制—差別禁止法と国内人権機関の役割—」国際人権 24 号 (2013 年) 53 頁以下、フランスの取り組みについては成嶋・前掲注 (10) 92 号 34 - 40 頁、光信一宏「フランスにおける人種差別的表現の法規制 (1)・(2)・(3)」愛媛法学会雑誌 40 巻 1・2 号 (2014 年) 39 頁以下・40 巻 3・4 号 (2014 年) 53 頁以下・42 巻 1 号 (2015 年) 51 頁以下、イギリスの取り組みについては奈須祐治「[研究ノート] イギリスにおけるヘイト・スピーチ規制法の歴史と現状」西南学院大学法学論集 48 巻 1 号 (2015 年) 73 頁以下、奈須祐治「[資料] イギリスのヘイト・スピーチ関連法令」西南学院大学法学論集 48 巻 1 号 (2015 年) 173 頁以下、師岡康子「イギリスの人種主義的ヘイト・スピーチ法規制の展開」国際人権 24 号 (2013 年) 36 頁以下、師岡康子「イギリスにおける人種主義的ヘイト・スピーチ規制法」神奈川大学法学研究年報 30 号 (2012 年) 19 頁以下、村上玲「宗教批判の自由と差別の禁止 (一)・(二・完) —イギリスにおける神冒瀆罪から宗教的憎悪扇動罪への転換に関する考察—」阪大法学 62 巻 5 号 (2013 年) 233 頁以下・62 巻 6 号 (2013 年) 135 頁以下、村上玲「イギリスにおける人種的憎悪扇動規制の展開」阪大法学 64 巻 5 号 (2015 年) 207 頁以下、ドイツの取り組みについては上村都「ドイツにおけるヘイト・スピーチ規制」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由 I 状況へ』(尚学社、2011 年) 476 頁以下参照。

でさえ討議できる必要があるという Meiklejohn の主張の重要性に禁止主義は注意を払っていない。この自由がなければ、市民は民主主義自体を是認できない⁽⁷⁰⁾と指摘している。つまり、「禁止主義は、自身の善の概念 (conceptions of the good) を選択 (choose)・修正 (revise)・追求 (pursue) する能力である、市民の自律 (autonomy) を軽視 (disregard) している」⁽⁷¹⁾のである。

3. 二つのディストピアと二つのアプローチ

以上までの内容をまとめると、「私事を詮索する国家」を恐れるリベラリズムは、ヘイト・スピーチに対して中立主義アプローチを採用し、それが行き過ぎると、「憎しみに満ちた社会」に至ることになる。対して、「憎しみに満ちた社会」を恐れるフェミニズム側は、ヘイト・スピーチに対して禁止主義アプローチを採用し、それが行き過ぎると、「私事を詮索する国家」に至ることになる。つまり、ヘイト・スピーチに対する対応という文脈では、中立主義は「憎しみに満ちた社会」と結びつき、禁止主義は「私事を詮索する国家」と結びつく。そして、中立主義は、政府への不信から公私の区分を強調し、「権利のパラドクス」に対処できないという点で問題があり、禁止主義は、私的領域にも積極的に介入し、市民の自律を侵害する点で問題がある。

Brettschneider は、以上のように二つのディストピアと二つのアプローチとが相互に関連するように理論化している。しかし、いくつか疑問も提起されている。まず、二つのディストピアについては、特に「私事を詮索する国家」に対し、そのモデルとしての妥当性の問題が指摘されている。つまり、カナダなど実際にヘイト・スピーチを規制している国は（例えば、法律ができてあまり適用されない等の理由から）「私事を詮索する国家」にまでは至っていないため、「私事を詮索する国家のおそれはあまり説得的ではないように思

(70) *Id.* at 3.

(71) Sarah Song, *The Liberal Tightrope: Brettschneider on Free Speech*, 79 BROOK. L. REV. 1047 (2014).

われる」と指摘されている⁽⁷²⁾。この点、Brettschneider もカナダなどの諸国が「私事を詮索する国家」に至っていないことは認めている⁽⁷³⁾。しかし、「我々の自律は、現実の処罰事案だけでなく、その潜在的な恐れによっても制限され得る」という Phillip Pettit のような共和主義論者によって最も明瞭に述べられているポイント（すなわち、萎縮効果⁽⁷⁴⁾）に着目することが重要であり⁽⁷⁵⁾、また萎縮効果を措くとしても、法は適用されることを前提に評価される必要がある、と述べて応答している⁽⁷⁶⁾。

(72) Simone Chambers, *Brettschneider Reading Group: Chapter Three, Democratic Persuasion and Freedom of Expression*,

<http://publicreason.net/2012/11/19/brettschneider-reading-group-chapter-three-democratic-persuasion-and-the-freedom-of-expression/> (2012). また、Erik Bleich は、ヨーロッパ諸国におけるヘイト・スピーチ法の制定と運用の傾向について、「自由民主主義における変化の本質は『すべり坂』ではなく、むしろゆっくりにした歩みであると特徴づけるほうがより正確である」〔傍点は原著者による〕と指摘している。See ERIK BLEICH, *THE FREEDOM TO BE RACIST? : HOW THE UNITED STATES AND EUROPE STRUGGLE TO PRESERVE FREEDOM AND COMBAT RACISM* 134-139 (Oxford University Press, 2011)、邦訳としてエリック・ブライシュ著（明戸隆浩他訳）『ヘイトスピーチ 表現の自由はどこまで認められるか』（明石書店、2014年）232 - 241 頁参照。

ただし、Steven G. Calabresi は、「Brettschneider が描く二つのディストピアは前世紀の間に主要な立憲民主主義国家に存在した」と述べて、「私事を詮索する国家」の例として赤狩りとマッカーシー期のアメリカを、「憎しみに満ちた社会」の例としてワイマール期のドイツを挙げている。See Steven G. Calabresi, *Freedom of Expression and the Golden Mean*, 79 *BROOK. L. REV.* 1005-1008 (2014).

(73) See Corey Brettschneider, *Torts, Bans, and Democratic Persuasion: A Reply to West, Fleming, and McClain (with help from Norton)*,

<http://concurringopinions.com/archives/2013/05/torts-bans-and-democratic-persuasion-a-reply-to-west-fleming-and-mcclain-with-help-from-norton.html> (2013).

(74) 萎縮効果論については、さしあたり毛利透『表現の自由—その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）参照。

(75) この点に関連する Pettit の議論について、さしあたり駒村圭吾「共和主義ルネッサンスは立憲主義の死か再生か」井上達夫編『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題 地平』（岩波書店、2007年）139 - 141 頁参照。

次に、Brettschneider が中立主義と禁止主義、そして「私事を詮索する国家」と「憎しみに満ちた社会」という対立するモデルを用いる方法論上の戦略をとった点については、「理論上は、彼の戦略は期待できるように思える。しかし適用に際して、それは難しい (troublesome) とわかる」と指摘されている⁽⁷⁷⁾。つまり、Brettschneider は、カナダやオーストラリアを禁止主義や「私事を詮索する国家」と呼び、また Jeremy Waldron のような論者も同様の立場をとるものとして警戒の目を向けているが、「しかし、そのような諸国や理論家たちが、自由かつ平等な市民としての地位という公的価値を政府は促進すべきだという彼のコミットメントを最も共有しているのである」⁽⁷⁸⁾。このような指摘は、方法論上の問題に留まらない。それは、Brettschneider が自由かつ平等な市民としての地位のような民主的価値を採用するならば、強制的な禁止という手段を認めるべきではないか、という彼の議論の要である強制と説得との区別に関する問題とも関わるため、詳しくは後述することとする。

以上のような方法論上の問題点が指摘されているが、いずれにせよ、Brettschneider は従来の議論を二つの立場に整理し、両者にそれぞれ問題があると指摘した上で、両者の立場のオルタナティブとして自身の議論を展開している。そこで、次項では Brettschneider の立場について概観する。

(76) See Corey Brettschneider, *State Speaks Symposium: Response to Chambers (Chapter3), Rubinstein (Chapter4), Vallier (Chapter5) and Stiltz (Chapter5)*,

<http://publicreason.net/2013/04/08/state-speaks-symposium-responses-to-chambers-chapter-3-rubinstein-chapter-4-vallier-chapter-5-and-stiltz-chapter-5/> (2013).

(77) James Fleming & Linda McClain, *Public Values, Civic Virtues, and the Thinness of Democratic Persuasion: A Comment on Corey Brettschneider's When the State Speaks, What Should It Say?*,

<http://concurringopinions.com/archives/2013/04/public-values-civic-virtues-and-the-thinness-of-democratic-persuasion-a-comment-on-corey-brettschneider%E2%80%99s-when-the-state-speaks-what-should-it-say.html> (2013).

(78) *Id.*

(3) Brettschneider の立場

まず、Brettschneider は、国家の強制的権力 (coercive power) と表現的権力 (expressive power) とを区別する。ヘイト・スピーチ規制の文脈において、強制的権力とは「ヘイト・スピーチに対する法的制限をおく能力 (capacity)」であり、表現的権力とは「ヘイト集団や社会一般に『話すこと』によって、信念 (belief) 及び行動に影響を与える能力」を意味する⁽⁷⁹⁾。両者を区別した上で、彼は「国家は、その強制的能力において憎しみに満ちた見解を保護すると同時に、その表現的能力においてそれらを批判すべきである。国家はヘイト集団の権利を尊重すべきであるが、さらに彼らの憎しみに満ちた見解を批判するためにその表現的能力を用いるべきである。この方法で、国家はあらゆる見解を表明する権利を保護することができ、同時に差別的及び人種主義的異議 (challenges) から自由と平等の価値を守ることができる」⁽⁸⁰⁾と主張する。そして、彼は「自由かつ平等な市民としての地位の価値を擁護する手続」として「民主的説得 (democratic persuasion)」という手法を提案している⁽⁸¹⁾。

以上のような立場を表明した上で、彼は自身の議論の目的として以下の二点を挙げている⁽⁸²⁾。第一に、自由民主主義は憎しみに満ちた見解にどのように対応すべきなのかを明らかにすること。そして第二に、よりマクロな問題として、二つの目的を達成する自由民主主義理論である「価値民主主義」論を提案することである。ここで二つの目的とは、①価値民主主義は強固な (robust) 言論・宗教・結社の自由を保護すべきである、②価値民主主義は、そもそもなぜ権利が尊重されるべきかを正当化する理由を明瞭に述べるべきであり、また市民を説得して自由と平等の民主的価値を彼ら自身のものとし

(79) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 3.

(80) *Id.* at 3-4.

(81) *Id.* at 4.

(82) *Id.*

て採用させるよう試みるべきである、の二つである⁽⁸³⁾。ここで挙げられている①と②は、前項で見た中立主義と禁止主義の問題点への応答となっている。つまり、①が禁止主義の問題点である市民の自律の侵害に対する応答であり、②が中立主義の問題点である「権利のパラドクス」に対する応答となっている。以上のような価値民主主義論は、その他の価値中立的な民主主義理論に対し、「自由かつ平等な市民としての地位の積極的価値 (affirmative values) に民主主義の基礎を置いている」⁽⁸⁴⁾点で特徴的である。そして、「これらの民主的価値が政府の正統性 (legitimacy) を確立し、また権利保護を正当化するため、それらは市民によって採用され、また政府によって促進されるべきである」⁽⁸⁵⁾と主張される。

価値民主主義によれば、「あらゆる見解は、強制的な禁止あるいは処罰から言論の自由によって保護されるべきである。しかし価値民主主義において、政府は言論の自由の保護を超えて拡張する義務 (obligation) をも負って」おり、「(政府が『話す』時全ての市民のために自由と平等の民主的価値を積極的に擁護する) 民主的説得に政府は従事すべき」であるとされる⁽⁸⁶⁾。ここまでの議論で Brett Schneider が「話す」という文言を強調しているのは、彼が「民主的価値の積極的促進を正当化するために」政府言論の法理に依拠するからである⁽⁸⁷⁾。ここで、政府言論とは「言論のような純粹表現から助成の支給 (issues) にまで及ぶ、政府の多様な非強制的機能にしばしば関係する」ものを意味している⁽⁸⁸⁾。このような政府言論の理解を横大道聡は「広義の政府言論」と呼んでいる⁽⁸⁹⁾。この点、内野正幸は、「広義の政府言論」理解があまりにも多様

(83) *Id.*

(84) *Id.*

(85) *Id.*

(86) *Id.*

(87) *Id.*

(88) *Id.*

(89) 横大道・前掲注 (31) 221 頁。

なものを含むことから、「公教育論の場にかぎらず一般に政府言論という概念を使うことは有意義なのであろうか、という疑問も生じる余地がある」⁽⁹⁰⁾と指摘している。このような内野の指摘を受けて、横大道は「『広義の政府言論』理解が、近年日本でも議論になっている『法の表現的側面』に着目する議論と合流するとき、内野の懸念はさらに大きくなろう」⁽⁹¹⁾と述べている。以上のような「広義の政府言論」に対し、横大道は、アメリカ連邦最高裁で実際に用いられている「修正1条が要請する観点中立の例外を構成し、公的関心事について政府が発信することを容認する法理」という文脈での用法を「狭義の政府言論」と呼んでいる⁽⁹²⁾。つまり、「狭義の政府言論」理解は、観点中立性の要求を免除するという法的効果との関連での理解であり、横大道は、その「法的意味に鑑みれば、かかる概念は抑制的に使用することが望ましい」という観点から、「狭義の政府言論」理解を採用すべきだと主張している⁽⁹³⁾。

上述したように、Brettschneider は、横大道の言う「広義の政府言論」理解をとっているが、そもそも基本的な前提が異なる点に注目すべきである。上述したように、Brettschneider の提案する価値民主主義は「自由かつ平等な市民としての地位」という価値を基礎に置いている価値基底的な民主主義論である。そのため、価値中立的な民主主義論において「連邦最高裁は、公権力の行為が『政府言論』に該当する行為である場合には、修正1条が要請する観点中立の要請の例外を構成すること、すなわち、政府が特定の観点に基づいて発言することが容認されると理解している」⁽⁹⁴⁾という理解とは前提を異にしている。この点、Brettschneider は、見解中立性 (viewpoint neutrality) と

(90) 内野・前掲注(24) 154頁。

(91) 横大道・前掲注(31) 222頁〔本文中の注釈は省略〕。

(92) 同上 236頁。

(93) 同上 237頁注73。ただし、横大道は、同じ箇所「筆者が述べようとしたのは、『広義の政府言論』理解が誤っているということではない」とも述べている。

(94) 同上 230頁〔本文中の注釈は省略〕。

中立主義 (neutralism) との区別を強調している。ここで見解中立性とは「権利はあらゆる意見の表現を保護すべきであるという法理論 (legal doctrine)」であり、中立主義とは「国家はいかなる特定の価値のまともにも促進あるいは表明すべきではないという政治理論 (political theory)」である⁽⁹⁵⁾。そして、詳しくは後述するが、Brettschneider は、John Rawls・Ronald Dworkin・Alexander Meiklejohn の議論に依拠して価値基底的な見解中立性法理を正当化し、それに基づいて「見解中立性を権利に適用するが、中立主義は拒絶する」⁽⁹⁶⁾と述べている。つまり、Brettschneider は、強制による権利侵害には見解中立性を要求するが、政府言論には見解中立性を要求していない。そのため、政府言論を見解中立性の要請の例外として考える立場とそもそも見解中立性を要請されていないと考える立場とでは、政府言論の理解が異なるのも当然だと言える⁽⁹⁷⁾。

このように言うと、Brettschneider の立場では政府言論には全く制限がないかのように思えるかもしれないが、そうではない。彼が「本書のタイトル〔前掲注 (33) 参照〕は政府が話すことに関する事実上の問題についてではない、ということを私は明らかにしたい。むしろ、それは政府が話すべきことに関する規範的な問題に関係している。民主的説得の理念はその規範的問題に答えなければならない。民主的説得の理念は、政府言論が適切であるときを特定し、その内容を練り上げ、そしてその適切な限界を定める基準 (guide) を提示する」⁽⁹⁸⁾〔カッコ内は筆者による〕と述べているように、むしろ、彼の提案する価値民主主義論においては、政府言論に対する制限を導き出すことが

(95) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 9.

(96) *Id.*

(97) そのため、政府言論を見解中立性の要請の例外と考える一般的な立場からは、政府言論に関する議論の焦点は政府言論該当性の判断にあることになる。この問題については横大道・前掲注 (31) 第 10 章参照。

(98) BRETTSCHEIDER, *supra* note 33, at 4.

目的とされている。そのため、彼は「あらゆる政府言論が民主的説得とみなし得るわけではないということを」強調し、「自由かつ平等な市民としての地位の民主的価値を促進するとき、そして政府が表現できるものに関する『内容に基づく (substance-based)』及び『手段に基づく (means-based)』制限と私が呼ぶものと調和するときのみ、政府言論は民主的説得とみなされ得る」⁽⁹⁹⁾と述べている。ここで挙げられている二つの制限についてその含意については後述するが、「手段に基づく」制限は「民主主義の基本的価値に反対の見解を表明する市民を政府が処罰あるいは抑圧することを禁じる」ものであり、「内容に基づく」制限は「政府言論が自由かつ平等な市民としての地位と矛盾しないことを要求し、また特定の党派的な見解あるいは包括的な (comprehensive) 理論を政府が促進することを禁じる」ものである⁽¹⁰⁰⁾。このような政府言論の内容に対する規範的な限界について考察する議論は、現在の政府言論に関する議論の焦点が政府言論該当性の判断にあることを考えれば、非常に独特だと言える⁽¹⁰¹⁾。

以上のような **Brettschneider** の問題意識と基本的立場の理解を前提に、次節からは価値民主主義論を構成する要素について見ていくこととする。

(99) *Id.* at 4-5.

(100) *Id.* at 5.

(101) この点、Helen Norton は、**Brettschneider** の政府言論の議論に理解を示しつつも、政府言論該当性の問題の重要性を指摘している。See Helen Norton, *Value Democracy and Government Speech*, <http://concurringopinions.com/archives/2013/04/value-democracy-and-government-speech.html> (2013).