

ヘイト・スピーチと「表現」の境界

梶原, 健佑
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/11004>

出版情報 : 九大法学. 94, pp.49-115, 2007-02-26. Kyudai Hogakkai
バージョン :
権利関係 :

ヘイト・スピーチと「表現」の境界

梶原健佑

- I. はじめに
- II. 規制論の諸相
 - 一. 日本の規制論
 - 二. アメリカの規制論
 - 1 「ヘイト・スピーチそのものが差別社会を構築する」
 - 2 「ヘイト・スピーチは投げ掛けられた側に甚大な害悪を与える」
 - 3 ポルノグラフィ規制論
- III. 規制論の論理
 - 一. 境界線論を分析軸に
 - 1 アメリカの表現の自由と境界線論
 - 2 境界線論からみる規制論の構造
 - 二. 言語行為論を分析軸に
 - 1 発語行為、発語内行為、発語媒介行為
- IV. 規制論の検討
 - 一. 言語行為論を導入できるのか
 - 1 「ヘイト・スピーチそのものが差別社会を構築する」との主張
 - 2 「ヘイト・スピーチが投げ掛けられた側に甚大な害悪を与える」との主張
 - 3 言語行為論にいう「行為」
 - 二. 判例理論と接合できるのか
 - 1 行為アプローチとスペンス・テスト
 - 2 保護されない言論アプローチについて
 - 3 議論の方向性はいかにあるべきか
- V. おわりに
 - 1 境界線論の拡がり
 - 2 本稿の結論と今後の課題

I. はじめに

(1) 憲法上規定された表現の自由を実効あらしめるために裁判所はいかなる枠組みを用いるべきなのか。これは「なぜ (Why) 表現の自由が保護されるのか」という原理論と並んで、「どのように (How) 表現の自由は保護されるのか」という問題として盛んに議論されてきた。「わいせつ三要件」「現実の悪意」「公正な論評の法理」「明白かつ現在の危険」など、表現の自由の限界を説明する際に用いられる諸準則は、冒頭の問題関心への答えの数々である。しかし、このような具体的な個々の準則を超えて、いま少し広い視座から答える方法もあろう。

表現の自由の保護に最も熱心とされるアメリカ合衆国 (以下、「アメリカ」という) 連邦最高裁判所の判例は、時代ごとに大きく二つの見解の対立を含ませながら推移してきたといわれる。すなわち、一九六〇年代には「絶対主義 対 衡量論 (Absolutes versus balancing)」という路線対立が、そしてその後は「範疇化対 (個別的) 衡量論 (Categorization versus balancing)」の対立があったといわれているのである。¹⁾ これらの対立は、先に紹介した表現規制の合憲性を判定するための諸準則の前提となる思考枠組みといえる。

「絶対主義 対 衡量論」の連邦最高裁内部での対立は、H. ブラック (Hugo L. Black) 判事の見解と、F. フランクファーター (Felix Frankfurter)、J. ハーラン (John M. Harlan) 両判事の見解の相違として顕在化した。ブラック判事は、修正一条はその文面上表現の自由を制限することを許しておらず、衡量は起草の段階で済んでいするため、表現の自由は絶対的に保障されなければならない、と説く。²⁾ また、ブラックは「表現／行為」の区別を積極的に論じた判事として知られている。³⁾ これに対して、フランクファーター、ハーラン両判事は、表現の自由の絶対

的保護は貫徹しえず、不可避免的に例外を産み、この例外が結果的には絶対保護というルールを蝕んでいくことになる、という⁽⁴⁾。事実、絶対主義をとるブラックよりもハーランの方が表現の自由保護的な判決を示してきたことが知られている⁽⁵⁾。この対立はL. フランツ (Laurent Frantz) とW. メンデルソン (Wallace Mendelson) の論争として学説上も展開された⁽⁶⁾。

次なる「範疇化対(個別的)衡量論」の対立は、絶対主義的な接近法を否定した上に現われる。範疇化論は、表現 (expression) ないし言論 (speech) のなかで、修正一条のなかに含まれるものとそうでないものを仕分けしようという試みである。その意味で「“two-level” theory of speech⁽⁷⁾」ともいわれる。範疇化によって、保護されるか保護されないかが決した後には、個別の事件での事案に即した衡量は行われない。他方、(個別的)衡量論によれば、もちろん個別の事案に即した価値衡量が行われなければならない。ただし、ここではいかなる程度の審査が行われるかが決定的に結果を左右する。

(2) 以上の二つの対立について、別の表現で述べると、表現の自由を制約していると主張される政府活動についての合憲判断の構造・理由付けは大きく次の二つに分かたれる。一つは、個別具体的な規制について当該規制が対象としている言論が憲法上の保護を受けることを前提に、しかしながら別の保護法益との個別衡量の結果、一定の制限は許されるというものである。もう一つは、当該表現は憲法が保障する表現ではない、として規制を正当化するものである。後者は更に二つに区分することができる。第一のものは、当該活動は「表現 expression (ないし言論 speech)」の範疇から外れるとするものであり、第二のものは、「表現 (ないし言論)」には含まれるけれども、憲法上保護される言論ではない、すなわち当該言論は「保護されない言論 (unprotected speech)」である、とするもの

である。第一の議論では、しばしば「当該活動は行為 (action, conduct) である」と論じられる。

この三つの接近法を、前節で触れた対立の図式でトレイスすれば、まず表現として保護対象であることを前提に個別に衡量する考え方は、「範疇化対衡量論」で議論されるところの後者、つまり個別的衡量論である。さらに、保護対象外とする理由付けのうち、第一のものは絶対主義を支える思考方法であり、第二のものが範疇化論である、
と言ひ換えることができよう。

このうち本稿が問題にするのは「action, conduct」あるいは「unprotected speech」に該当するために「当該表現は憲法が保障する表現 (言論) ではない」という接近法である。この接近法は、憲法が保障する表現とそれ以外のものとの間に線を引き、厳格に分別しようという発想に基づいている。本稿では便宜のため、この二つの接近法をまとめたものに「境界線論」という名を付して議論していくことにする。

「憲法が保障する表現ではない」とするこの論法は極めて歯切れ良い。当該言論が保護されないと予め決めておくことは、それ以外の言論が一応の憲法の保障を受けるということを裏から示すものであり、さらに何が憲法上許されないのが示されていることは、少なくとも明白に許されない表現をくりだすという効果を持ち、その限度でいくらかは予見可能性を高めるものであって、これらの意味で境界線論は有益である。しかしながら、現実の事件の解決にあたっては、表現の自由の優越的な保護の表れである厳格な審査の俎上に載せないという結論を導くのであって、この論法の妥当性については注意深く吟味されなければならない。

(3) 表現の自由に関して、これまでわが国の憲法学はアメリカの判例・学説を積極的に学び、導入しようとしてきた。しかし、アメリカにあって「修正一条の歴史はその境界線の歴史である」とまで言われるこの考え方が十分に

浸透してきたのか、疑問なしとしない。これは、範疇化論と同義の定義づけ衡量論が、わが国では主に「表現」の限界を問うものではなく、内容規制が許される言論ないし低い価値の言論を画定するための理論として論議されてきたことに原因がある。ここでは、わいせつや名誉毀損が低い価値の言論であることは、しばしば所与の前提とされ、その言論の範囲・領域を限定することに多くの力が傾けられてきた。さらに、表現の自由の保障を全く受けなくなるまで明確に考えられてきたわけでもないために、二重の基準論の内側に定義づけ衡量が入り込み、通常、表現内容規制に用いられるとされる厳格審査基準との関係も鮮明でなかったように思われる。

この「混乱」は新たな範疇化が求められる際に際立つ。例えば、営利的言論規制について、通常の表現内容規制だという議論と、「低い価値の言論」に対する規制（厳格な合理性の基準が妥当する）だという議論、さらに、表現規制ではなく経済的自由規制の問題として扱うべきだとする議論の間に横たわる理論上の間隙は一見したところ以上に大きいものがある（このうちの最後の議論が境界線論であり、第二の議論も境界線論と密接に関わる）。憲法上保障される表現であるか否かは、とくに二重の基準論を採用する場合、審査する裁判所の踏み込み方に決定的な相違をもたらすからである。

近年、日本の憲法学界でも俄かに争点化したヘイト・スピーチをめぐる議論にも、境界線論のアプローチで規制を求める議論がある。本稿は、ヘイト・スピーチ問題を考察する一つの視座としてこの論法を取り上げ、批判的に検討する。具体的には、アメリカの表現の自由論体系における境界線論の位置を確認するとともに、ヘイト・スピーチを境界線論の視点から考察することの可否を論じる。

注

- (1) この纏め方は、KATHLEEN M. SULLIVAN, GERALD GUNTHER, *FIRST AMENDMENT LAW*, 2d Ed., Foundation press, 2003, at 10-13による。なお、高橋和之「審査基準論——個別的衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」ジュリスト一〇八九号(一九九六)一六五頁以下参照のこと。
- (2) *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 56 (Justice Black dissenting) (1961), Black, *The Bill of Rights*, 35 N.Y.U. L. REV. 865 (1960).
- (3) *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503, 515-526 (1969), *Street v. New York*, 394 U.S. 576, 609-610 (1969).
- (4) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 524-525 (Justice Frankfurter concurring) (1951).
- (5) SULLIVAN and GUNTHER, *supra* note 1, at 11.
- (6) Mendelson, *On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, 50 CAL. L. REV. 821 (1962), Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 YALE L. J. 1424 (1962), Frantz, *Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson*, 51 CAL. L. REV. 729 (1963).
- (7) SULLIVAN and GUNTHER, *supra* note 1, at 12.
- (8) Frederick Schauer, *The Boundaries of The First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765 (2004). 参考 Norman T. Deutsch, *Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of "Definitional Balancing" as a Methodology for Determining the "Visible Boundaries of the First Amendment"*, 39 AKRON L. REV. 483 (2006) を参照。
- (9) ヘイト・スピーチをめぐるのは、二〇〇六年争点化した「ムハンマド諷刺画問題」以降、ヨーロッパでも再検討が求められている。それは、アウシュビッツの嘘を規制する一方で、宗教的憎悪を表すような表現を「表現の自由」の名の下に擁護する(ダブルスタンダードともいうべき)姿勢がイスラームから批判されたことに由来する(参照、現代思想三四巻六号(二〇〇六)所収の西谷修「誰に『表現の自由』は必要か」、白杵陽「同時代的現象としてのイスラモフォビアと反セミテイズム」、中田考「幻想の自由と偶像破壊の神話」)。なお、関連して、イギリス議会在が Racial and Religious Hatred Act 2006 を制定したことも注目される。

II・規制論の諸相

本章ではヘイト・スピーチ規制がどのような根拠を基に主張されているのかを確認する。

一 日本の規制論

まずはわが国における規制論を見る。アメリカで hate speech と称される言論類型のことを、わが国では差別的表現という語に換えて議論されることが多い⁽¹⁰⁾。わが国でも差別的表現（ないしヘイト・スピーチ）についての議論はかなりの数に上るが、論攷の数の割には、規制の可否及びその限界について態度を明確にしたものはそれほど多くない。

最初に差別的表現の定義について確認しよう。この問題についての代表的論者は次のように定義してみせる。「差別的表現とは、『不利な立場の人々』（社会的少数者）に対する差別、偏見、侮辱ないし蔑視を内容とする表現をさし、またそれは、より広くは、このような差別などを助長する表現を含む。……言葉によらない表現も含まれる。……グループを何らかの蔑称で呼ぶ場合だけではなく、蔑称使用の有無をとわず良くない話のたどえとしてこれらのグループに言及することも、差別的表現に当たる⁽¹¹⁾。また、別の論者は「差別的表現とは、女性差別、民族差別、あるいはいわゆる部落差別など、人の属性に着目して、ある属性を共有する人々全体を一般的に誹謗し、あるいは特定の無能力と結びつける一連の表現を指す。特定の属性を有する人々全体を直接に対象とする表現ばかりでなく、特定の属性に対する低い社会的評価を前提として、特定個人が当該属性を有することをことさらに指摘することも、

差別的表現に含まれうる⁽¹²⁾」と定義しており、概ね内容を一致させている。

このような差別的表現の規制の許容性につき、規制は違憲であるとする議論の根拠は大要次のようにまとめられている。(イ) 差別的表現の定義の曖昧さ、(ロ) 個人の名誉権を超える集団的名誉を認めることへの躊躇、(ハ) 対抗言論がなお維持されること、(ニ) 平等の実現のためには不利益取扱の段階で対処すれば足りること、である。⁽¹³⁾

これに対し、規制容認派は以下のように論じる。中川剛は「差別的表現を制約する法令を制定しては、具体的な危険がないにもかかわらず表現の自由を制限することになって、憲法違反になるのだろうか。人々の心の平和をみだし、本質的平等を損なう表現は原則として認められないという法理論が必要なのではないだろうか⁽¹⁴⁾」として、このような類型の言論自体が表現の自由と相容れないという見解を明らかにしている(ここには差別的表現の定義をみることはできない)。この所説は、「表現の自由にのみ敏感で、表現によって傷つけられる価値にたいしては鈍感な理論は、やはりどこかに傲慢さがある⁽¹⁵⁾」というだけで、法益の分析・衡量も十分ではない。

次に、棟居快行は、規制の根拠として「差別的表現が名誉権そのものとイコールではないが、類似の人格権的利益を侵害すること⁽¹⁶⁾」を挙げ保護法益を人格権に求め、「その人格権的利益とは、個人が消し去れない属性(人種、信条、性別、社会的身分、門地)において、むしろプライドをもって自分を自分として確立し、アイデンティティを保持しようということにおける利益である⁽¹⁷⁾」と説明を加える。さらに、差別的表現は「当人が有効に反論することが……困難」であって「対抗言論という原則を差別的表現の問題に安易に持ち込むことは……誤りである⁽¹⁸⁾」と、規制正当化の論拠を補強する。他方で、棟居が、差別の解消という目的は規制の根拠として合理的関連性を有していない、として主観的な利益の保護と客観的利益とを区別していることに留意しておきたい。

以上に挙げたふたつの見解は、差別的表現についてかなり広い定義をした上で、規制を容認する態度に出ている。

判例研究や事例研究に従事する場合は別にして、研究者の議論は個別の事件の解決に留まらない理論的な考察をしていることが多い。その際、もし論者が焦点を当てたある言論類型について全面的な規制を許容すると結論するのであれば、それは当該言論類型に対する保護がゼロということと同義である。本稿は、一定のカテゴリーの表現には表現の自由の保護が及ばないという論法を境界線論と定義したので、その限りで、この結論は境界線論を主張するものであると考えることが許されるように思われる。

ところが、規制合憲論の理由づけは各々同じではない。「人々の心の平和をみだし、本質的平等を損なわせること」や「個人の尊厳¹⁹」といった抽象度の高い法益の侵害を重視する見解がある一方で、人格権の侵害や対抗言論が役に立たないことを規制根拠に挙げる見解もある。心の平和や本質的平等、個人の尊厳が重要な法益であることを認めたとしても、これら法益がいかなる差別的表現によってどのよう²⁰に害されるのかは明らかにされておらず、またその法益の抽象性ゆえに、証明も困難であろう。法益として人格権的利益を挙げる見解はより慎重であるものの、表現の自由と衡量される人格権的利益の中身についての議論は、必ずしも詰められたものであるとは言えないようである。

他方、内野正幸は、対抗言論の有効性を認めつつも、「侮辱を自己目的とする表現〔は〕……価値が低いというレッテルは貼りうるのではないか²⁰」と述べて、マイノリティ集団に対する侮辱に焦点化して、限定的ながら差別的表現の刑事規制を肯定する姿勢を示している。その場合に想定される法益は、個人に対する侮辱のアナロジーから、集団に対する侮辱の場合も名誉感情の保護であるとされる²¹。ここでは、差別的表現の定義を広く捉えておきながらも、そのうちの一部の規制が主張されていることが注目される。

内野は、差別的表現全体の規制を同一の保護法益から導き出しているのではない点で、先に示した規制論よりも

慎重な姿勢を示している。とはいえ、マイノリティ集団に対する侮辱を個人に対する侮辱の延長線上に観念しうるかは大いに議論となろう。とまれ、マイノリティ集団に対する侮辱という類型については、価値が低い言論であつて、内容規制が可能だとしている点で、その範囲は狭いながらも境界線論を採っているとみることができるとはならないだろうか。

二 アメリカの規制論

次いで、アメリカの議論を取り上げることにはしたい。同国での議論は膨大なので、ここでもまた一部の議論を取り上げるに留めざるを得ない。本節で第一に取り上げるのは、ヘイト・スピーチ規制論の代表的な主張である批判的人種理論 (Critical Race Theories)⁽²²⁾ と称される理論家たちのものである。彼らが議論しているのはヘイト・スピーチ一般ではなく、対象が人種に限られるところの racist speech である。その後、ポルノグラフィの規制論を取り上げる。

規制を求める彼らの議論には少なくとも二つの根拠が含まれていると考えられる。以下では、その二つの根拠について、本稿が分析軸とする「憲法上保護される言論か否か」という視点に留意しながら、確認してみることにする。⁽²³⁾

1 「ヘイト・スピーチそのものが差別社会を構築する」

批判的人種理論の代表的論者の一人であるC. ローレンス (Charles R. Lawrence III) は、人種の構築主義 (constructionism) 的理解を示し、racist speech もまさに人種差別的社会・世界を再生産する要因のひとつであるとの認識を示している。つまり、racist speech そのものが人種差別を構築しているというのである。⁽²⁴⁾

人種差別主義は一〇〇%言論 (speech) であり、一〇〇%行為 (conduct) である。⁽²⁵⁾ 差別行為は、その文化の中で白人優位の構造やイデオロギーを促進させるよう解釈され、白人優位のメッセージを伝達するのでない限り人種差別的なものではない。また、すべての racist speech は、人種の故に非白人の自由を抑制する社会的現実を構築する。かような社会を構築する意義をもった行為は、他者の生存の機会を制限するのであって、それゆえ racist speech は行為だといえる。⁽²⁶⁾

ここでは、ローレンスが racist speech を「行為」をキーワードにしながら説明していることを確認しておこう。

2 「ヘイト・スピーチは投げ掛けられた側に甚大な害悪を与える」

(1) ローレンスは、次のようにも述べている。

Racist speech が面と向かって侮辱し野次る形式をとったとき、または assaultive speech が個人若しくは小規模なグループを狙ったものであるとき、それは修正一条の保護の例外である「喧嘩言葉」の一種となる。……「喧嘩言葉」のような面と向かったの侮辱は、ふたつの理由から修正一条の保護を受けるに値しない。第一の理由は、人種による侮辱の有害な(傷つける)衝撃の即時性である。「nigger」「spic」「Jap」「kike」と呼ばれる経験は頬を平手打ち (slap in the face) されるようなものである。……避けられるべき危害は明白かつ現実のものである。第二の理由は、人種による侮辱は修正一条を支える目的と関連した保護された発話の下に置かれるべきではないというものである。修正一条の目的は発話の偉大な意義を促進することにある。人種による侮辱はその目的と相容れない。

Assaultive racist speech は先制パンチとして働く。人種による罵りは思想の伝達ではなく暴力として体験され、その暴力が決まった途端、不幸なことに対話は終結する。人種に基づく侮辱は、加害者の意図が真理の発見や対話の促進にあるのではなく、被害者を傷つけることにあるために修正一条の保護に値しない。⁽²⁷⁾

ローレンスは、racist speech と並び assaultive speech という用語を用いている。assault とは、通常、「脅迫」「暴行の着手」などと訳される専門用語である。⁽²⁸⁾ 一定の要件を満たせば刑法犯・不法行為となることがある。ただし、一切の身体的接触がない場合を指し、これを伴う battery (暴行) とは区別される。ローレンス自身は assault を相手方に畏怖を抱かしめるという意味で用いているようである。ということは、assaultive speech とは、相手方の平穏な精神的利益を侵襲する言論を指しているものと解される。また、彼は右のように、投げかけられた側に害悪を与える racist speech と喧嘩言葉との近似性を説明している。喧嘩言葉 (fighting words) とは、「話し手が目前の聞き手にたいして攻撃的で侮辱的な表現を用いることによって、聞き手が話し手にたいして即時的な暴力的反応を惹起させる蓋然性の高い表現」と定義される言論類型で、Chaplinsky 判決の判示によれば、修正一条によって保護されることのない (境界線の外側に位置する) 類型の一種である。

ただし、人種を理由とする喧嘩言葉と racist speech とには共通点はあるものの、相違点にも留意が必要である。喧嘩言葉はその対象が特定個人あるいは特定の小規模な集団に限定されるのに対して、racist speech はそうではないこと、そして、喧嘩言葉はそれを向けられた人が暴力的報復に出る直接的傾向のある言葉であるのに対して、racist speech は暴力的報復に出ることは本質的な要素でないこと、などである。そうすると、主な共通点は向けられた人の精神的ダメージだけということになり、喧嘩言葉との相違点の方にむしろ重要な要素が存しているとい

えるかもしれない。さらにローレンスは racial assaultive speech の特徴を次のように述べる。

喧嘩言葉の原理は、侮辱語による（言語による）顔面への平手打ちが暴力的反応を呼び起こし、結果として平和を乱すことにあると考えられている。人種による侮辱がマイノリティに浴びせられるとき、それへの対応は抵抗というよりも、沈黙あるいは脱出ということになる。……女性あるいはマイノリティは、差別的言語による攻撃を前にした自分たちの語れなさ (speechless) をしばしば伝えてきた。⁽³⁰⁾

このような応答不可能性は、加えられる攻撃に対して本能的な防禦的精神的反応を生み出し、攻撃に対する本能的・感情的応答が発話を不可能にすることなどの要因によるものであって、そのため racist speech という先制的な言語攻撃は「非・言論的な特徴 (the nonspeech character)⁽³¹⁾」をもっている、というのである。

(2) 同じく批判的人種理論の論者である M. マツダ (Mari J. Matsuda) は、racist speech に対してサンクシオンを伴う規制を必要とする理由として、それが投げかけられる人間に与える害悪について次のように論じている。

悪意に満ちたヘイト・プロパガンダの被害者たちは、芯からの恐怖と動悸、呼吸困難、悪夢、PTSD、過度の精神緊張（高血圧）、精神異常、自殺にまで至る精神的な症状と感情的な苦痛を経験する。Patricia Williams は人種差別的メッセージによるショックを被害者の精神破壊体験の認識から「精神殺人」と名づけた。被害者たちは彼らの個人の自由を制限される。ヘイト・メッセージを受け取ることを避けるためには、被害者たちは職を辞さねばならず、

教育を見合わせ、家を離れ、公共の場を避け、表現の権利の行使を削減し、あるいは自身の振る舞いや物腰を改めなければならぬ⁽³²⁾。

日系人として自らも被差別体験を持つマツダは、重視する被害者の経験を基礎に論を展開し、⁽³³⁾ racist speech が現実に損害を惹起することを強調する。そして、このような racist speech が修正一条の表現の自由といかなる関係に立つかについて、次のように論じる。

行為 (action) に近い言論は数多い。共謀の言論、煽動言論、詐欺の言論、わいせつ言論、中傷の言論は思想を超えたものとして人間の口から出てくる類の言葉の例である。その例には、製品の効用に関する商人の嘘、ギャングのリーダーによる敵を殺せという命令、子供たちに向けての性描写の放送、身体的危害の脅しも含まれるだろう。アメリカの原理には、表現の範囲を超えた性質を持つ幾つかの限定された言論のカテゴリーがある。それらの範囲は原理的に区別され、我々の修正一条の価値へのコミットメントは、行為 (conduct) を統制するのだという口実で思想が抑圧されるのを避けるため、最も用心深く精密な調査を要求する。……アメリカが人種について採っている立場が意味することは、人種的劣勢あるいは人種的嫌悪の思想の表現は保護されているということである。アフリカ系アメリカ人あるいはユダヤ人は劣っていて迫害に値する、と誰が言おうとも保護される。それがどんなに忌まわしい思想であつたとしても、それは依然として政治的な言論なのである。⁽³⁴⁾

中傷的言論に関する私人間の紛争解決にあたって裁判所は、彼らは憲法の次元でのやむにやまれぬ利益、すなわち表

現の自由と、個人の尊厳、精神の平穩、個性に対する一定の暗黙の権利との間の調整を現実に行う。……公序への侵害的発話は伝統的に保護されない領域である。爆破脅迫、騷擾の煽動、「喧嘩言葉」、わいせつ電話は修正一条の保護の網の目から滑り落ちた言論犯罪 (speech-crime) の一部である。³⁶⁾

このようにマツダはまず、一定の修正一条の保護を受けない言論類型を「行為」類似のものと捉える。次いで、それらと racist speech を並べて論じること、害悪を与える言論には法的規制が必要であるという方向へ議論を展開する。

マツダは慎重に「racist speech が行為だ」という言い方は避けつつ、「行為」類似のものとして規制が許容される煽動的言論や喧嘩言葉などと同様に、racist speech も受け手が現実に傷つくにも拘らず、それらは依然として修正一条の保護を篤く受ける「表現・言論」であることに異を唱えている。

3 ポルノグラフィ規制論

(1) 以上の racist speech 規制の根拠についての主張は、ラディカル・フェミニズムの論客として知られる C. マッキノンのポルノグラフィ規制論と興味深い符合を見せている。³⁶⁾ 今や周知に属することであるが、マッキノンのいうポルノグラフィは独自の定義を与えられている。³⁷⁾ この定義は重要なので、些か長くなるけれどもマッキノンらが作成した反ポルノグラフィのモデル条例 (Model Anti-pornography Civil-Rights Ordinance) の中から引用し、これを確認しておきたい。³⁸⁾

第2条 定義

1 「ポルノグラフィ」とは、図画および／または文書を通じて、性的にあからさまな形で女性を従属させる写実的なものであり、かつ次の状態の一つまたはそれ以上を含むものを言う。

- a. 女性が人間性を奪われた形で、性的な対象物、物、または商品として提示されている、
- b. 辱めや苦痛を快楽とする性的対象物として提示されている、
- c. 女性が強姦、近親姦その他の性的な暴行において性的快感を覚える性的対象物として提示されている、
- d. 女性が縛られ、切りつけられ、損傷を加えられ、殴られ、または身体を傷つけられた性的対象物として提示されている、
- e. 女性が性的服従、奴隷または見せ物の姿勢もしくは状態で提示されている、
- f. 女性が、その身体の諸部位（臍、胸、尻を含むが、それに限定されない）に貶められるような形で示されている、
- g. 女性が物や動物によって挿入された状態で提示されている、
- h. 女性が、貶められたり、傷つけられたり、拷問されたりする筋書きにおいて、汚らわしいもの、もしくは劣等なものとして描かれ、または出血したり、殴られたり、傷つけられたりし、かつそれらの状態を性的なものとする文脈の中で提示されている。

以上がモデル条例のポルノグラフィの定義である。ここでは「わいせつ」概念の中心的な原理である「性行為の非公然性」は本質的要素とされておらず、したがって性交、性器露出の度合いは問題とされていない。問題とされているのは従属性をキーとする、権力と支配の関係性である。³⁹⁾ そのため、マッキノン（しばしば誤解されるよう

に)すべての性行為がレイプであり、すべての性表現はポルノグラフィだと主張しているわけではない。「性行為の非公然性―わいせつ」の現在の法原理は、性行為の描写を「非公然」であるべきものとし、すなわち「公」から「私」の領域に押し込んだことによって、男女間における性的支配―従属関係を拡大再生産してきたとマッキノンらは考えている。〈公/私〉区分を批判し、「個人的なことは政治的なこと (the personal is political)」とする第二派フェミニズムの基本的な思考はここにも表れていると言えよう。

(2) マッキノンは、「ポルノグラフィは表現である」という主張を「嘘」と断じ、ポルノグラフィと表現の自由の関係について論を以下のように展開する。

著書 ONLY WORDS⁽⁴⁰⁾の第一章「ポルノグラフィは名誉毀損か差別か」のなかで、現在の法的アプローチではポルノグラフィは名誉毀損として扱われており、その場合の被害としては被害者の頭の中にある不快という出来事以上のことは組上に載らないと批判する。

マッキノンがポルノグラフィの生み出す害悪として挙げるのは、第一に、製作過程での女性への犯罪行為⁽⁴¹⁾、第二に、性犯罪の惹起⁽⁴²⁾である。第三は、ポルノグラフィの制作、販売、視聴が社会に蔓延する状況下で、女性の発言を困難にし、その主張は軽視すべきものと判断させる環境創出の効果(沈黙効果)である。

この第三の点と関連するのが「ポルノグラフィは行為である」との主張である⁽⁴³⁾。沈黙効果と相乗的にポルノグラフィ的社会的現実が創出されるというのである。つまり、ポルノグラフィによって「女性はどうあるべきか」「女性はあるか」のように見られるべきか」「どのように扱われるべきか」「女性に対して何をしたいか」「それを行う男とは何か」という性に対する根本的な考え方が社会内で形成され固定化され、それによって女性を従属させている現

実社会が再生産されるというのである。⁽⁴⁴⁾ マッキノン「ポルノグラフィとは、ポルノグラフィがすることである。ポルノグラフィがすることとは、女性を——普通は性的にあからさまな図画と文書を通して——従属させることである」⁽⁴⁵⁾と述べ、「ポルノグラフィは性差別主義者の社会秩序の精髓であり、その本質をなす社会的行為 (social act) である」⁽⁴⁶⁾と説明する。性的支配—従属関係は、現実には物理的暴力や経済的その他社会的な暴力を背景にした日々の性的営みによってのみ構築されるのではなく、そうした制度としてのポルノグラフィによっても支えられているとされる。「差別を行為と言論に分けることはできない。言論は行為なのである。それは行為面から見ても同じで、行為は言論なのである」⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾。

右の害悪を持つ「ポルノグラフィを『表現』として構築することの危険性は、ポルノグラフィがやっていること、つまり性行為を通じて女性を隷属させることに憲法上の保障を与えてしまうことである」⁽⁴⁹⁾とマッキノンはいう。

以上に紹介した一連の主張を見る限り、マッキノンの論理は先に racist speech 規制論の第一の根拠としたもの、すなわち「ヘイト・スピーチそのものが差別社会を構築する行為である」というものに近似しているように思われる。ローレンス自身が「キャサリン・マッキノンは『ポルノグラフィが社会的現実を構築するのに成功したという限りにおいて、それは害悪であると認識されなくなる』とする。したがって、ポルノグラフィは『思想類似 (thought-like) というよりむしろ行為類似 (act-like) である』⁽⁵⁰⁾。このジェンダー差別の真相は等しく人種差別主義にも当てはまる」⁽⁵¹⁾と述べていることは、この見方を支えることになる。⁽⁵²⁾

(3) ところが、マッキノンがポルノグラフィを行為類似のものと言うとき、ポルノグラフィには思想の伝達が無いから「行為」と評価されると言っているのではない。「ポルノグラフィの持つ『思考』とか、ポルノグラフィの

『思想』として機能するものは、少なくとも修正第一条の表現の自由の下で保障されるべき『思考』や『思想』でなく、⁽⁵³⁾「ポルノグラフィの伝える思想とは、この社会で支配的な女^{ミッヅニー}ぎらい思想と同じである。女^{ミッヅニー}ぎらい思想とは、性差別制度における男性の権威であり、物化された女性に対する男性の所有⁽⁵⁴⁾」だ⁽⁵⁵⁾という。さらに注目しなければならぬのは、マッキノンが「ポルノグラフィは、修正一条の意味での『行為』(“conduct”)であることを議論するものではない⁽⁵⁶⁾」と述べている箇所である。この主張の意味するところは次章で検討する。

以下本稿では、主として批判的人種理論の racist speech 規制論を分析・検討していく。その際、アメリカでのヘイト・スピーチの典型的な対象が人種 (race) とエスニック (ethnic) であること、さらに同国でヘイト・スピーチの一カテゴリーと見られるポルノグラフィの規制論が racist speech 規制論と同様の論じ方をしていることに鑑み、これらを一括してヘイト・スピーチ規制論として議論を進めることにしたい (ポルノグラフィの議論は従として、必要な限度で論及するに留める)。

注

(10) ヘイト・スピーチに対応する日本語としては「憎悪表現」という訳を充てるのが正当かもしれない (参照、菊池久一『憎悪表現とは何か——差別表現の根本問題を考える』(勁草書房、二〇〇一)。ちなみに、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、一九九五) 六三頁は、そうした種類の言論が地域の平穏を乱すことをもって規制されるべきと議論する場合には「憎悪をおおる言論」と言うべきであるとする。そこでは、喧嘩言葉同様に相手方の内部に憎悪を生み出すような言論類型として考えられている。しかし、ヘイト・クライムが何らかの憎悪感情を理由にした犯罪であるのと同じく、ヘイト・スピーチもまた、話者の側の憎悪感情が問題とされるものと考えるべきであろう。

ヘイト・スピーチがその語感どおり hate を基本要素としているならば、差別的表現よりも範囲が狭いものと考えなければ

ならないだろう。本稿では、ヘイト・スピーチはアメリカでの議論を指して用い、差別的表現は日本での議論を指して用いるというように区別するが、その実質においては互換的なものとして論を展開する。

- (11) 北川高嗣ほか編『情報学事典』(弘文堂、二〇〇二)三五八頁〔内野正幸〕。
- (12) 棟居快行「差別的表現」高橋和之・大石眞編『憲法の争点(第三版)』(有斐閣、一九九九)一〇四頁。
- (13) 参照、同右、一〇四頁。差別的表現「を規制しなければ重大な事態が生じるような状況にあるとも考えられない」との認識も表明されている(横田耕一「『差別表現』についてどう考えるべきか」法学セミナー四七五号(一九九四)五九頁)。
- (14)(15) 中川剛「表現の自由・再訪(下)」書齋の窓三六八号(一九八七)七六頁。
- (16)(17)(18) 棟居「差別的表現」前掲注(12)一〇五頁。
- (19) 戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい、一九九八)二五九頁
- (20) 内野正幸・林陽子・松井茂記「座談会」現代社会と『差別的表現』書齋の窓三九八号(一九九〇)七頁〔内野発言〕。内野正幸『差別的表現』(有斐閣、一九九〇)一九頁も参照。
- (21) 参照、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」法律時報六四卷九号(一九九二)一六頁以下の内野発言。
- (22) 批判的人種理論は、公民権運動及びそれに伴う法律制度改革にもかかわらず、有色人種の実際の社会的・経済的地位向上が実現しないことを問題意識とし、一九七〇年代後半から登場してきた考え方である。論者の具体的な主張・方法論は一致をみているわけではないが、その名が如実に示すとおり、人種差別主義の克服・根絶を目的としている点で少なくとも共通する。ローレンスらは、その共通目標のほか、①アメリカ社会に浸透している人種差別主義の認識、②伝統的リベラル法学が標榜する中立性、客観性等の観念への疑問、③文脈的・歴史的な法分析、④人種差別を受け、対抗してきた経験と知識の重視、⑤新しい方法論の取捨選択、⑥人種差別以外の抑圧形態の終息をも目的とすることも特徴として挙げており(Lawrence, Matsuda, Delgado, and Crenshaw, *Introduction*, in CHARLES R. LAWRENCE III, MARI J. MATSUDA, RICHARD DELGADO, and KIMBERLE WILLIAMS CRENSHAW, *WORD THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT*, Westview Press, 1993, at 6-7)。「同理論の論者の論文にあつては、経験に基づく物語(narratives)を使用した執筆スタイル(Legal Storytelling)が採られることがある。そこでは、被差別体験を重視する姿勢が貫かれ、それと法理論との架橋が課題となる。」

(23) 安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学五九号(二〇〇一)二〇〇〜二二頁は、以下に挙げるローレンスの議論を、「表現の自由の保障がヘイト・スピーチにも及ぶものと考えつつ、修正一条(表現の自由)と修正二四条(平等保護)という憲法上の価値の対立の構図で考える立論」として整理している。SULLIVAN and GUNTHER, *supra* note 1, at 92 は同旨のことを述べる。この分析は、「expressive な要素を持つ全ての conduct を unprotected speech として扱うべきだと言っているのではない」といった表現から導かれたものと思われる。

(24) ここでいう構築主義とは、本質主義に徹底的に対抗するものとして用いられる。つまり、言語や政治の法構造の磁場からできている権力の内部で、権力がいかに自らを正当化してきたのか、「黒人」や「女」というカテゴリーがどのようにして「捏造」されてきたのかを暴露する思想である。参照、千田有紀「構成主義」現代思想二八巻二号(二〇〇〇)一一二頁以下、同「構築主義の系譜学」上野千鶴子編『構築主義とは何か』(勁草書房、二〇〇一)一頁以下、上野千鶴子「構築主義とは何か」同編『構築主義とは何か』二七五頁以下、赤川学「言説分析と構築主義」同『構築主義を再構築する』(勁草書房、二〇〇六)五二頁以下。

アメリカにおける黒人人種の「人種化」に関して、中條献『歴史のなかの人種 アメリカが創り出す差異と多様性』(北樹出版、二〇〇四)は、センサスや史料の分析をもとに議論を展開しており興味深い。また、大森一輝「アメリカニゼーションとカラー・ライン 南北戦争後のボストンにおける『人種』と『国民』」油井大三郎・遠藤泰生編『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』(東京大学出版会、二〇〇三)三五頁も参照。なお、「人種づけられた社会 (raced society)」に関しては、植木淳「人種平等と批判的人種理論 (Critical Race Theory)」六甲台論集四四巻二号(一九九八)がこの視点からの分析を試みている。

(25) この言の回しについては J. Ely, *Flag Desecration: a Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1495-96 (1975) 参照。

(26) Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in WORD THAT WOUND, *supra* note 22, at 62.

(27) *Id.* at 67-68.

(28) 参照、田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一)六七頁、九三頁。

(29) 小林直樹「表現の自由と『闘争的言辭 (Fighting words)』法理の展開」獨協法学六九号(二〇〇六)一三四〜一三五頁。

- (30) Lawrence, *supra* note 26, at 68.
- (31) *Id.* at 68.
- (32) Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *WORD THAT WOUND*, *supra* note 22, at 24.
- (33) Mari J. Matsuda, *Looking to the bottom: Critical legal studies and reparations*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 323 (1987).
- (34) Matsuda, *supra* note 32, at 32.
- (35) *Id.* at 34-35.
- (36) 本稿が焦点化するポルノグラフィ規制論における行為性は、従来のポルノグラフィの行為性に関する幾つかの分析とは意味を異にしている。しばしば取り上げられてきたポルノグラフィの行為性とは、ポルノグラフィの製作過程と実際の使用場面におけるそれであった。つまり、製作過程で出演者に暴力がふるわれることや、ポルノグラフィを見る際に男性が女性にポルノグラフィと同様のことを強制する行為などを指していたのである。参照、田代重紀「憲法解釈とフェミニズムの視点——ポルノグラフィ論を素材として——」齊藤豊治・青木秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、二〇〇六）六五頁。
- (37) 一般に「わいせつ」と同義に用いられる「ポルノ」と、マッキノンが言う「ポルノグラフィ」の相違について、赤川学は「大きく分類すれば、ポルノグラフィという言葉を、①『猥褻 obscenity (表現)』と同じものとして考える日常言語あるいは法律学的使用法と、比較的最近の使用法だが、②女性に対して差別的・暴力的な表現と定義するフェミニズム的使用法がある」(赤川学『性への自由／性からの自由 ポルノグラフィの歴史社会学』(青弓社、一九九六)一〇頁)と述べている。また、チャイルド・ポルノグラフィという場合の「ポルノグラフィ」についても事情は変わらない。
- なお、マッキノンは反ポルノグラフィ条例がジェンダー・バイアスのかかったものでないことを明らかにするため、条例のポルノグラフィの定義に、「前項の定義における各号の女性の代わりに男性、子どもまたは性転換者が使われている場合も、この条例の対象のポルノグラフィである」という一文を挿入している。これによって同性愛ポルノグラフィをも射程に含んだことは間違いないが、それがために切れ味の鋭さを失っている。同性愛ポルノグラフィにおける権力関係がいかなる社会的権力関係を構築するのか、明らかでない。マッキノンはゲイ男性がポルノグラフィによってセクシュアルなものにされることで、その市民としての地位が引き下げられているというが、そこには男女間の性的支配—従属関係が歴史的に構築されてきたとい

う程の説得力はなく、単なる暴力表現と同列の意義しか有さない。劣位の人種としての非白人も従属性としての女性も、これまでの長い歴史・文化の中で構築されてきており、いまなお再構築され続けていることをもって規制を主張していたことからすれば、焦点がぼやけてしまった印象は拭えない。

(38) 訳は、キャサリン・マッキノン II アンドレア・ドウオーキン (中里見博、森田成也訳) 『ポルノグラフィと性差別』(青木書店、二〇〇二) 一七三頁を基に、一部修正を加えた。なお、二項以下は省略している。

(39) 参照、中里見博『ポルノグラフィと法規制』のためのノート(1)『ポルノ・買春問題研究会 論文・資料集 vol.1』(二〇〇〇) 二二三頁。

(40) 同書のタイトルは、ポルノグラフィが女性を貶め従属させる行為とは隔絶された、「単なることば(＝表現)」に過ぎないものとして扱われていることをアイロニカルに批判したものである。

(41) ポルノグラフィ産業が女性を強要し、威嚇し、圧力をかけ、ごまかし、騙して、ポルノグラフィに出演させ、その撮影において強姦され、暴行され、究極的には殺されるという事態である。ただし、マッキノンは「ポルノグラフィの作成過程には必ず虐待がともなう事実、ポルノグラフィには(女性の出演について)強制がともなうことがある、ということ」を全ポルノグラフィを法的に規制する基本的理由とするべきであるといっているのではない」と述べている(マッキノン(柿木和代訳)『ポルノグラフィ 「平等権」と「表現の自由」の間で』(明石書店、一九九五)三八頁)。

(42) マッキノンによれば、「ポルノグラフィを見る人はやがては、なんらかの形で、それを二次元の世界で実行したくなるのだ。やがては、なんらかの形で彼らは『やる』のだ。……自分たちが影響力をおよぼせる分野にしたがって、自分たちの持っている力をすべて使って、この世の中をポルノグラフィ的場所に保ち、いつもペニスが勃起しているようにする」のである。(マッキノン『ポルノグラフィ』前掲注(41)二二六頁)。

(43) この点がマッキノン自身にとつては非常に重要な指摘であるとされている。参照、ロナルド・ドウオーキン(石山文彦訳)『自由の法』(木鐸社、一九九九年)三二六頁。ポルノグラフィ規制につき「行為」を論じる見解としては、Rae Langton, *Speech Acts and Unspeakeable Acts*, 22 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 293 (1993) や SUSANNE KAPPELER, *THE PORNOGRAPHY OF REPRESENTATION*, Polity Press, 1986, at 60 を参照。なお Langton の議論については Daniel Jacobson, *Freedom of Speech Acts? A Response to Langton*, 24 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 64 (1995) も合わせて参照されたい。

(44) マッキノンの女性差別的社会に関する理解について、若林翼「構造的差別と法」法哲学年報二〇〇四・リバタリアニズム

と法理論(二〇〇五)一四七〜一四八頁を参照。

- (45) マッキノン『ドウォーキン』『ポルノグラフィと性差別』前掲注(38)五二〜五二頁(傍点ママ)。
- (46) MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED, Harvard University Press, 1987, at 154. [邦訳・奥田暁子、加藤春恵子、鈴木みどり、山崎美佳子訳]『フェミニズムと表現の自由』(明石書店、一九九三)二五九頁]
- (47) マッキノン『ポルノグラフィ』前掲注(41)四九頁。
- (48) 参照、フランシス・ファーガソン(石井香江、小ヶ谷千穂訳)「ポルノグラフィは、理論」現代思想二八巻二号(二〇〇〇)八四頁。
- (49) マッキノン『ポルノグラフィ』前掲注(41)四八頁。
- (50) この表現は、MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE, Harvard University Press, 1989, at 204, 246。
- (51) Charles R. Lawrence III, *supra* note 26, at 62.
- (52) 参照、後藤浩子「アンティゴネにおける転位とミメーシス」現代思想二八巻二号(二〇〇〇)一八六頁。
- (53) マッキノン『ポルノグラフィ』前掲注(41)三九頁、同旨四九頁。
- (54) 同右、四二頁。
- (55) ミソジニーについて、クレア・マリイ「ミソジニー」現代思想二八巻三号(二〇〇〇)一一六頁以下参照。
- (56) MACKINNON, *supra* note 46, at 300. [邦訳・四九四頁]

Ⅲ. 規制論の論理

この章では、前章で確認したアメリカでのヘイト・スピーチ規制論の論理を分析する。用いる分析ツールの背景や内容についてまず明らかにし、その上で、規制論がどのような構造になっているのか分析する。なお、具体的な規制論の検討・評価は次章で行う。

— 境界線論を分析軸に

ここまで確認したヘイト・スピーチ規制論には、「行為」という言葉や、身体的な損傷の比喩がしばしば用いられている。この規制論の主張は、アメリカ憲法学における「表現」と「行為」の区分という考え方に影響を受けていると考えられる。そこで「表現」と「行為」の区分の観点から、アメリカの表現の自由論の大枠を確認しておくことにしたい。〈表現／行為〉区分論以外の境界線論のもうひとつのアプローチである「保護されない言論」も、この展開のなかで確認することができる。

なお、本稿では「行為」と「行動」、または「action」と「conduct」を互換的なものとして議論を進める。厳密に言うと、すぐに触れるT.エマソン (Thomas I. Emerson) は、actionとconductを区別している (conductが上位概念で、expressionとactionを包含する) ようであり、木下毅の訳もconductに「行為」を、actionに「行動」の語を充てており、この区別を批判する阪本昌成もまた「表現／行動」モデルと呼んで対象化している。しかしながら、これらを除いて、わが国でもアメリカでもこれらの厳密な区別が意識的に行われてきたとは考えられないため、本稿は上記のように区別を行わないことにする。⁽⁵⁸⁾

1 アメリカの表現の自由と境界線論

(1) 保護される言論／保護されない言論／行為 〈表現／行為〉峻別論の主唱者であるエマソンによれば、「表現の自由に関する法理は、一方における信念や意見および思想の伝達と、他方における種々の形態の行為との間の基本的区別、すなわち『表現』(expression)と『行動』(action)の基本的区別に基⁽⁵⁹⁾づいている」。そして前者には憲法上「表現の自由」として手厚い保護が与えられ、後者にはそれは一切与えられない。「表現の自由の定義は、『表現』

(expression) と『行動』(action) の区別を詳細に定式化することによって構成することができ、「表現の自由に
関する理論と実践とは、すべてこの区別にかかっている」⁽⁶⁰⁾とされる。なお、表現か行動かの線引きの基準は「常識
(common sense)⁽⁶¹⁾」とされている。⁽⁶²⁾

エマソンの所説に従うと、「表現」に含まれる領域はどのようなものになるのだろうか。エマソンは「たとえば、
唱道は、明らかに表現であり、説得的行為ないし感化を及ぼす行為も表現に属するが、これに対し、威嚇的・物理
的・暴行的行為は、行動に分類される場合が多い」と論じている。この説明からすると、かなり広い範囲が表現と
して修正一条の保護のもとにおかれるように思われる。しかしながら、エマソンは「営利的言論のほか、軍隊構成
員による表現や子供による表現」⁽⁶³⁾はそもそも「表現の自由の体系から必然的に排除される」⁽⁶⁴⁾としているし、すぐ後
で述べるように、わいせつ、名誉毀損、喧嘩言葉などの保護されない言論は「行動」と考えられている。そのため
最終的に「表現」と判定される領域は極めて狭い。⁽⁶⁵⁾

ところが、連邦最高裁の判決と照らし合わせてみると、このモデルは連邦最高裁の思考を説明することに成功し
てはいない。それは、判決が「保護されない言論」というカテゴリーを提示してきたからである。この論理を明快に
打ち出した一九四二年のChaplinsky判決は、「明確に定義され、狭く限定されたある種の表現で、それを禁止し処
罰しても何ら憲法上の問題を生じない、と考えられてきた表現が存在する。淫らなわいせつ言論、神冒瀆言論、名
誉毀損言論、侮辱的ないし喧嘩言葉——すなわち、かかる言論を発することそのことにより、他人の権利を侵害し、
また直接治安の紊乱を惹起する傾向のある言論がそれである」⁽⁶⁶⁾と述べた。ここでは、修正一条の範囲外に置かれる
ことの理由は「行為」であることには求められていない。その後、一九五二年のBeauharnais判決⁽⁶⁷⁾で集団に対する
名誉毀損が、さらに一九八二年のFerber判決⁽⁶⁸⁾でチャイルド・ポルノが保護されない言論であると判示された。

つまり、判例理論は「表現／行為」の二分論に立っているのではなく、「保護される言論」「保護されない言論」「行為」をそれぞれ区別していると考えの方が正確なようである。しかしながら、この保護されない言論という類型が、文字通り「保護されない unprotected」であるとすれば、現実の事件への対応上「保護されない言論／行為」の区別が特段の意味を持つことはなく、これら二つの領域と「保護される言論」との区分が問われれば十分であることになる。事実、この「保護されない言論／行為」の境界線は常に明確に意識されてきたわけではなく、エマソンは保護されない言論について、「理論的には……『行動』(action)として位置づけることができよう」と述べている。⁶⁹

ちなみに、先にみたように、マツダが保護されない言論を指して「行為に近い言論」という表現をしていることも、まさに保護されない言論と行為とが彼女のなかでそれほど明確に区別されていないことを表していると理解できるのではないだろうか。

わが国では正面から論じられることの少なかつた「表現／行為」二分論であるが、数少ない論評のなか、阪本昌成はこの点に対して、「もともと『表現／行動』二分論は私人の名誉を毀損する表現が『行動である』と論ずる点に端的に表われているように、表現・行動の正確な定義づけを欠いたまま、『保護されない表現』と処理しているにすぎない⁷⁰」という批判を加えていた。⁷¹ ちなみに阪本はこの「表現／行動」の峻別を次のように分析している。すなわち、認識論哲学のいう「精神／身体」という区別を法学的にモディファイした「内心／行動」という基本枠組⁷²に、「表現」という第二領域を付加したものである。つまり、「内面的精神作用(内心)／外面的精神作用(表現)／行動」という二三区分のうち、「表現」は内心と区別されて「本質的に社会的で公共的な営み」とされ、「身体の活発な活動を伴う外面的・物理的行態である『行動』」とも区別される。⁷³ その上で阪本は、「表現という人の営み自体を実

実践的・外面的・公共的行為として捉えるべきであ(「つて」表現も行動も、ともに、他者にとって理解可能な人間の公共的営為である点では共通しているのである「るから、これらを」) 区別する根拠は薄弱である⁽⁷⁴⁾ことを理由にこの区分の有用性を疑問視している。

(2) 連邦最高裁の判例理論 エマソンの、わいせつ物や名誉毀損表現が言論ではなく行為であるという説明は、論理の一貫性を求めるあまり、日常言語の理解からずれてしまっている⁽⁷⁵⁾。一般に unprotected speech といわれるように、一応は言論のなかに含まれるとはいえ修正一条上の保護に差異があると理解した上で、「行為」と「保護されない言論」とを区別するのが素直な解釈といえよう。実際、近年の判例には保護されない言論と行為との間の違いを意識しつつ、各々に審査方法の面からも異なったアプローチを示している、と分析できるものがある(後述)。本稿ではこの最近の動向を重視して、(保護される言論/保護されない言論/行為)の三分を連邦最高裁の考え方と見ておくことにしたい。すると、この三分は次のようなモデルとして我々の前に立ち現れてくることになる。対応する審査の準則・基準にも言及しつつ、このことを確認しよう(本稿では、文面審査や事前規制の審査の問題については措くことにする)。

まず「保護される言論・保護されない言論」と「行為」の区分は、星条旗に平和のシンボルマークをつけて自宅窓から垂らしたことが国旗の不正使用にあたるとして起訴された事件の連邦最高裁判決である *Spence v. State of Washington*⁽⁷⁶⁾ において定式化されたスペンス・テストで判断されることになる。本件では、この行為がカンボジア爆撃反対のメッセージとして修正一条の保護に浴するかが争われたのである。

同テストによれば、ある行為が修正一条の保護を受ける「活動を通じての意見表明 (expression of an idea

through activity)」と認定されるためには、第一として、特定のメッセージを伝達しようとする行為者側の主観的な意図の存在、第二には、当該メッセージが周囲の観客から理解され得る客観的可能性、の両方が必要である。その判定に当たっては、行為の性質や前後関係など、その行為の置かれたコンテキストが材料とされる。このテストは、いわゆる象徴的言論と認められるための基準といえることができる。このテストによって、問題となっている活動が「言論」であると認定されたならば、ひとまず修正一条の保護に浴することになる。⁽⁷⁷⁾

次に、身体的動静を含まない verbal な言論が修正一条の保護範囲に含まれるか否かが問われる。保護されない言論であるかどうかは、連邦最高裁が定式化した法原則 (legal rule)、たとえば名誉毀損という現実の悪意ルール⁽⁷⁸⁾ やわいせつにいうミラー・テスト⁽⁷⁹⁾ によって判定される。このようなルールと司法事実とを照らし合わせ、当該表現が保護されない言論に該当するか否か判断される。ただし、近年の判例によれば、ここで保護されない言論と判断されたものでも、行為と同じ意味で境界線の外側にあるわけではなく、修正一条の保護がいくらか及ぶ (IV、二、2 参照)。しかしながら、次項で分析する規制論はこの新たな判例動向以前に展開されたものであるから、そこでは行為と保護されない言論との間に憲法保障の程度の差はないものと考えられていることに注意を促しておきたい。行為でもなく、保護されない言論でもないとして、上述の関門を潜り抜けたものが「憲法上保護される言論」として表現の自由の保障を受ける。しかし、この保障は「絶対的」なものではない (この意味で、ここでいう「保護される言論」とはエマソンのいう「表現」よりも広い)。この言論を規制する法令は、立法事実についての実体的審査基準 (法原則とは区別される基準 (standard)) である厳格審査基準あるいは中間審査基準で合憲性を審査されることになる。内容規制・内容中立規制の区別はこの段階での思考モデルである。(なお、言論と非言論 non-speech の要素が分かちがたく結びついている場合 (いわゆる象徴的言論の場合) に用いられるとされるオブライエン・テスト⁽⁸⁰⁾ を内容中立

規制に対応する中間審査基準の一類型とみるか、⁽⁸¹⁾直前までにまとめた純粹言論の場合とは異なる、行為を伴う言論独自の審査基準として類別するかには議論の余地があるう。

2 境界線論から見る規制論の構造

前章で見た規制論を直前で確認した思考モデルのフィルタから再検討すると、次のような二つのアプローチを読み取ることが可能なように思われる。

ひとつは社会構築主義的な世界観を背景に、発言自体が差別構造を構築・再生産する「行為」であるとし、この種の発言は「行為」であるとする接近法である。以下ではこれを、ヘイト・スピーチ規制に関する「行為アプローチ」と呼ぶことにしよう。⁽⁸²⁾

この立論は、従来「表現」の枠内であると考えられてきたものを、「行為」であることを理由にその枠から引き摺り出そうとする思考方法である。この発想は、先に見た象徴的言論の議論が、従来「行為」とされてきたものを「表現」の枠内に滑り込ませることで修正一条の保障を及ぼそうとしていたことと、丁度反対のベクトルを示していると言うことができ、興味深い。

もうひとつは、喧嘩言葉やわいせつ物などの保護されない言論を「行為」類似のものとして認識しつつも、これらを合憲的に制限する理由については、人を傷つけたり、対抗言論を許さなかったりする点に求め、その限りにおいてヘイト・スピーチも同様の害悪を生ぜしめることを理由に規制されるべきだとする議論である。こちらをヘイト・スピーチ規制に関する「保護されない言論アプローチ」と名付けておこう。批判的人種理論の論者たちは、被害者

の生の現実を基礎に、*racist speech* による心の傷・精神的ダメージを強調する。批判的人種理論の論客たちによる、*racist speech* 規制論の代表的著作である *WORDS THAT WOUND* には *wound* という語が用いられており、こゝとばが心身への痛みや傷に類するものを人に与えうる、*racist speech* とは正にそうしたものである事が暗に示されている。⁽⁸⁸⁾

また、マッキノンが、考え得るポルノグラフィの害悪を挙げて規制を主張しているのは保護されない言論アプローチに立っているとみるべきであろう。女性差別社会を構築・再生産する行為であるという彼女の主張は一見したところ行為アプローチのようである。しかしながら、ポルノグラフィが行為であるとして規制を求めているわけではないと彼女が明言している以上、これは害悪の一要素として唱えられていると考えねばなるまい。

二 言語行為論を分析軸に

次いで本節では、上にみた規制論を別の角度から分析してみることにはしたい。そこで分析ツールとなるのは哲学の領域に属する言語行為論 (*speech act theory*) である。

racist speech、ポルノグラフィの行為遂行的 (*performative*) な認識が言語行為論の影響を受けているという理解は、とくに社会学やフェミニズムの領域で有力である。例えば、J. バトラー (*Judith Butler*) は、彼らの議論が J. オースティン (*John. L. Austin*) の理論に関連していることを指摘している。⁽⁸⁹⁾ すなわち、オースティンの分類にいう、一種の「発語内行為 (*illocutionary act*)」ないしは「発語媒介行為 (*perlocutionary act*)」として、*racist speech* (ないしポルノグラフィ) を捉えたものである、と考えられている。

なお、この観点は前節での分析と排他的ではない。というのも、ある論者は『表現』と『行為』を峻別し、目

に見える危害をとまなわないう『表現』については極力寛容でなければならぬとするこれまでの法学的思考の伝統に掉さすかぎり、『表現』そのものが他者の心身に回復不可能な傷を負わせる——語ることが同時に行うことでもある——『発語内行為 (illocutionary act)』であるというパースペクティブを得ることはできない⁽⁸⁵⁾として、へ表現／行為を区分論よりも、むしろ言語行為論を用いた検討の必要を説き、また別の論者は、「批判的人種理論とフェミニズムは『傷つける言葉 (words that wound)』』『傷 (injury)』』『頬への平手打ち (slap in the face)』』『従属 (sub-ordinate)』』『差別 (discriminate)』』という比喩的表現を用いて、最高裁や主流理論が前提とする表現と行為の境界線を無効化した⁽⁸⁶⁾とまで述べている。こうした分析は果たして妥当なのだろうか。

1 発語行為、発語内行為、発語媒介行為

日常言語学派 (ordinary language philosophy) に分類されるオースティンの言語行為論は、J. サール (John R. Searle)、P. ストロロン (Peter F. Strawson)、P. グライス (Paul Grice) らによってその理論化が進められ、言語哲学隆盛の哲学界において確固たる地位を占めている。ただ、その細部や、志向性など心の哲学と関連するような理論の発展の動向⁽⁸⁷⁾を紹介することは、もはや筆者の能力を超えるものといわなければならない。ここではオースティンの理論の基本的な考え方を示しておこう⁽⁸⁸⁾。

オースティンによれば、現実との対比で文を検証し、真と偽という概念で文を捉える思考は記述主義的誤謬に陥っており、文には真／偽が問題となる「事実確認的な (constative)」文と、適切 (happy)／不適切 (unhappy) ということが問題となる「行為遂行的な (performative)」文が存在する。後者の例としては「明日あなたの家にお邪魔します」「部屋から出て行け」「次の会合においでください」などを挙げることができる。それらの文は、音や文

字を通じて意味を伝達すると同時に、「私は明日あなたの家に行くことを約束する」「私はあなたに部屋から出るよう命じる」「次の会合にあなたを招待する」という行為を実行している、というわけである。その上でオースティンは、この行為遂行的文を、どのように事実確認的文と区別するかを検討する。オースティンは行為遂行的動詞(約束する、命令する、招待する等)に着目して、人称、時制等の条件にも考察を加えていく。ところが、実際は事実確認的な文と行為遂行的な文を区別することは容易ではない。その発言の中には区別を可能にする指標は存在しないからである。そのため、後年のオースティンは事実確認と行為遂行的の区別を最終的に放棄し、すべての文は何かの意味において行為遂行的であるとの結論に達する。これが言語行為論の一般理論である。

そこで次なる問題は、「何ごとかを言うことが何ごとかを言なうことであり得る、あるいは、何ごとかを言いつつ何ごとかを言なっている、というのは、いかなる意味で言われているのか」という局面へと移る。この課題を分析するにあたってオースティンは、言語行為を、「発語行為 (locutionary act)」「発語内行為」「発語媒介行為」の要素に分ける。発語行為とは、一定の文法に従って文章を意味の通る形で述べることをいう(それはさらに、音を発する「音声行為」、単語を発する「用語行為」、意味のある語を発する「意味行為」に区別される)。

発語内行為とは、「何かを言うという行為の遂行ではなく、何かを言いつつ行っている別な行為」であって、発語された言葉が意味とともに持つ力によって、発語と同時に、それ自体で行う別の行為のことである。illocutionとは、in saying の「in」を、発語行為を表す locution に接頭辞として付加したオースティンの造語である。先に挙げた、断言、命令、約束、宣言、詫びなどが基本的な発語内行為の例である。オースティンは、次のような例を紹介している。⁽⁹⁾結婚式の進行の中で、神父から「あなたはこの女性を生涯の伴侶とし、富める時も貧しき時も、病める時も健やかなる時も、愛し続ける事を誓いますか?」と問われた場合の「I do.」という発言がそれである。

この場合、その男はその言葉を述べると同時に、「私はこの女性と、法律上の婚姻関係に入ります」との意思表示によって結婚を行っている。とみるべきであって、二人が結婚を行いつつあるという事実を報告している。とみるべきではない、という。話し手が適切な文脈で、何らかの意図をもって文を発するときには常に、ひとつ以上の発語内行為を遂行している。また、そこでは命題が社会のコンテクストの中で意味づけられ、世界に関係づけられる。

発語媒介行為とは、発語行為と発語内行為の遂行とは別に、発語が聞き手を悩ませたり、喜ばせたり、説得したりすることをいう。perlocutionとは、locutionに「くを通して」という意味の接頭辞 *per* を付した造語である。発語行為と同時に発語内行為が問題なく遂行された場合、聞き手の中には話し手の発話の意味の理解という効果が生じるが、それに加えて、聞き手の感情や態度などに発語の直接の効果以上のものを生ぜしめることがある。このような効果を生み出す行為が発語媒介行為と呼ばれるものである。それは間接的なものであり、必ずしも話し手が意図的に行なっているとは限らない。

以上三つの行為は一つの発話によって遂行されるのである。例えば親が子どもに「誕生日におもちゃを買ってあげる」と言った場合、その文を発したという発語行為を遂行し、同時に約束という発語内行為を遂行し、さらに「子どもを喜ばせる、期待を抱かせる」という発語媒介行為を遂行する、という具合である。これらのうち、オーステインの主な関心は発語内行為に向けられた。

2 言語行為論から見る規制論

以上確認した上で、前章でみた規制論を振り返ってみよう。

ローレンスやマツダの議論によれば、*racist speech* は投げつけられた人に甚大な精神的なダメージを与えるも

のであり、あるいは、劣位の人種としての「黒人」というものを構築する行為であって、その個人を劣位に置く効果を生む、とするものであった。つまり、このような racist speech の働きは、単に一定の意味を伝達するのみではなく、なんらかの行為を行っているとは評価されることになる。この理解は、racist speech を発語内行為もしくは発語媒介行為として捉えたものということになる。換言すれば、racist speech のもつ行為遂行的な性格を強調しているのである。

他方、マッキノン⁽⁹²⁾はポルノグラフィについて、女性を従属的位置に置き、女という階級を劣位のものとして構築するものと捉えていた。そこでは、「行為」としてのポルノグラフィが問題となっている。マッキノンは、彼女自身が起草に携わったインディアナポリス市の反ポルノグラフィ条例に違憲判断を下したアメリカ書籍商協会判決⁽⁹³⁾に関して、「裁判所は行為が発話する (acts speak) とともに、言論が行為する (speech acts) ことを見逃している」と述べている。この理解もまた行為遂行性に注目したものであって、発語内行為ないし発語媒介行為としてポルノグラフィを捉えたものとみることができる。

注

(57) 参照、T. I. エマソン、木下毅『現代アメリカ憲法』(東京大学出版会、一九七八) 九六頁。

(58) たとえば一九九三年の Mitchell 判決では、"the status in this case is aimed at conduct" (Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476, 487) とし expression と conduct を対比している。ブランドン判決のトマス反対意見も "this statute prohibits only conduct, not expression" (Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536, 1566) としている。そのほか、このモデルが「expression」と「conduct・action」の区分として読み替えられているように思われる。この点につき、紙谷雅子も「行為と行動は共に言論と対立するものとして考えられることが稀ではない」(紙谷雅子「象徴的表現(1)」北大法学四〇巻五・六号(一九九〇)七二二頁)と述べ、あるいは長峯信彦はこのモデルを「言論—行動二分論 speech-conduct dichotomy」(長峯信

彦「象徴的表現(4)」早稲田法学七〇巻四号(一九九五)二二〇頁)と表していることが注目される。

(59) エマソン、木下『現代アメリカ憲法』前掲注(57)八七頁。

(60)(61) 同右、九六頁。

(62) のちにエマソンも次のような一定の定式化を図っている。「(一) 当該行為は、情報、思想又は感情を伝達することを意図したものか否か。(二) 当該行為は、表現の自由の体系の下にある一組の価値を促進するものであるか。(三) 当該行為が他人に及ぼすインパクトの性質に關し、特に、そのインパクトが、本質的に身体的なものであるというよりもむしろ精神的なものであるか否か、暴力的であるよりもむしろ非強圧的なものであるか否か、また、秩序ある変化を求める民主的社會に耐え忍ぶことを要求することが合理的な性質のものであるか否か。(四) 当該行為は、それ自体特別の法的保護の対象となるに適用しないが、かかる法的保護が他の適した行為を保護するために必要であるか否か。(五) 当該行為概念の發展に伴い、發見され、または表現しうるその他の要因。」(T. I. Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CAL. L. REV. 422, 478-479 (1980). [邦訳・木下毅訳「合衆國憲法第一修正の法理とバーガ・コート(第6回・完)」ジュリスト七五〇号(一九八一)一五一〜一五二頁]。)

(63) *Id.* at 481. [邦訳・一五三頁(ただし、訳は一部修正している)]

(64) *Id.* at 481. [邦訳・一五三頁]

(65) このような体系的理解の結果、最終的に「表現」として残るものは限定されたものになり、その範圍は絶対的に保障されたと説いたため、エマソンはしばしば、表現の自由の絶対的保障論者といわれるのである。

(66) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

(67) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

(68) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

(69) エマソン、木下『現代アメリカ憲法』前掲注(57)一五三頁。

(70) 阪本『憲法理論Ⅲ』前掲注(10)三三頁。

(71) このほかに表現／行為区分論を正面から扱っているものとしては、高橋和之『立憲主義と日本國憲法』(有斐閣、二〇〇五)一九一頁、志田陽子「アメリカ合衆國におけるヘイト・スピーチ規制立法をめぐる議論——『文化戦争』と公権力の責任——」武蔵野美術大學研究紀要三三三号(二〇〇二)一一三頁以下、山口いつ子『思想の自由市場』理論の再構築』後掲注(130)。

- (72) たとえば、内心の自由としての信教の自由と、外部的活動の自由としての宗教活動の自由の区別を想起すると良いであろう。齊藤小百合・奥平康弘「合衆国連邦憲法条項と一九世紀なかばに至るアメリカにおける宗教の自由」時の法令一五七八号(一九九八)六七頁は、これを「信念／行動」二元論 (belief-action dichotomy) として紹介している。しかし、「内心／行動」という区別ほどの客観性を「表現／行為」の区別に期待することは、原理的に難しいと考える。また、著作権をめぐる「アイデア／表現」の区別 (idea-expression dichotomy) もまた、こうした考え方の延長に位置していると見ることができよう(参照、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社、二〇〇四)七六頁以下、山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』(太田出版、二〇〇四)五頁以下)。
- (73) 阪本『憲法理論Ⅲ』前掲注(10)三〇〜三二頁。
- (74) 同右、三三頁(「」内は梶原、傍点はママ)。
- (75) 参照、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)の「訳者あとがき」二六三頁、佐藤幸治「明白かつ現在の危険」小嶋和司編『憲法の争点〔新版〕』(有斐閣、一九八五)八三頁。
- (76) Spence v. State of Washington, 418 U.S. 405, 409-411 (1974).
- (77) スペンズ・テストは「表現／行為」を峻別するためのテストというよりは、「言論」と「そうでないもの」との峻別のテストというべきかもしれない。JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE, Westview Press, 1999, at 32を参照。
- (78) New York Times co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) において連邦最高裁は、公職者がその公的職務に関する事実の表明に対して名誉毀損を主張する場合には、相手方に現実の悪意 (actual malice) があったことを証明しなければならない、とした。その後、公職者のみならず公的人物にも同法理は拡大されている。
- (79) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973). ①平均人が、同時代の地域共同体の基準 (community standard) に照らして、対象となる作品を全体としてみた場合に、淫らな関心 (prurient interest) に訴えるものと考えられるか否か、②作品が、州法が特定の定義する性行為を、明白に羞恥心をおよぼせるやり方で (patently offensive way) 描写・叙述しているか否か、③作品が全体として、真摯な文学的、芸術的、政治的若しくは科学的価値を欠いているか否か。この基準によって禁止されるわいせつ物は「ハード・コア・ポルノ」に限定されたと解されている。
- (80) United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

(81) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). なお、オプライエン・テストと内容中立規制に対する中間審査基準とがどのような関係に立つのか必ずしも明らかではないが、ほぼ同じようなことを意図しているものと考えられている(参照、橋本基弘「時間・場所・方式規制に関する司法審査」法学新報一〇一卷八号(一九九五)六一頁)。他方、日本の判例に目を転じれば、猿払事件最高裁判決での付随的規制論と右の理論との関係が問われなければならない。香城敏磨は、この事件では「直接規制／間接・付随的規制」の区別のうち後者の事案として「合理的に必要な行動類型規制の基準」が用いられたとしている。このなかで香城は、猿払事件判決はいわゆる合理性の基準を用いたものではないと指摘すると同時に、オプライエン判決を引用しながら「表明される意見の内容とは無関係に、これに伴う行動がもたらす弊害を防止することを目的とする」法令が争われた事案であった、とする。このような表現規制類型のその他の例としてはデモ規制や屋外広告物規制が挙げられており、これらが一般に内容中立規制と見られていることは言うまでもない。参照、香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、二〇〇四)五八―六七頁「初出一九七五年」。さらに、香城は「内容的規制と内容につき中立的な規制の区別は、直接的規制と間接的・警察的規制という区別を表現の自由について特殊化した区別だと思っております」(若部信喜ほか「研究会 憲法判断の基準と方法」ジュリスト七八九号(一九八三)二四頁での発言)とも述べている。

(82) あるいは、正確にはローレンス自身は「表現／行為」の峻別そのものに重きを置いていないとみるのが正當かもしれない。現にそのような批判があるところである。Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal*, 1990 DUKE L. J. 484, 542 (1989). しかし、後述するように、区別を無効化することは表現の自由そのものの無効化に繋がりにかねない。そこで、ローレンス自身、分離が不可能だと述べているのは、少なくとも人種に関するもののみである(“the inseparability of the idea and practice of racism” (at 62) “inseparability of discriminatory speech and action” (at 75)) ことに着目して、本稿では、彼のこの主張を、人種の構築主義的理解の下に、修正一条と修正一四条の衡量を「表現／行為」峻別のために行つたものとして考えておきたい。

(83) JUDITH BUTLER, *EXCITABLE SPEECH: A POLITICS OF THE PERFORMATIVE*, Routledge, 1997, at 4. [邦訳・竹村和子訳『触発する言葉』(岩波書店、二〇〇四)七頁]

(84) *Id.* at 17-18. [邦訳・二八頁] さらに、Langton, *supra* note 43, at 295-296 も参照。

(85) 齋藤純一「現われの消去——憎悪表現とフィルタリング——」藤野寛・齋藤純一編『表現のヘリミット』(ナカニシヤ出版、二〇〇五)七頁。

- (86) 若林翼「言葉の力——差別的表現・法・法理論(一)」阪大法学五二卷六号(二〇〇三)一八五頁。この直後は「つまり、この理論は、表現がもつ『行為遂行的(performative)』な側面を強調することによって、人種的侮蔑発言やポルノグラフィが実際に何を『行っている』のかを描いてみせたのである」と続けられている。後に詳述するが、現実にヘイト・スピーチが行為遂行的であることと、「表現／行動」の峻別論は矛盾しない。少なくとも判例・学説の動向に限定するかぎり、この区別が無効化されたと評価するのは早計であるように思われる。「境界線を混乱させた」という表現に留めておくのが正当な評価であろう。
- (87) 例えば、以下に紹介するオースティンの言語行為論をめぐってとり交わされたデリダ／サール論争などが有名である。この論争については、ジャック・デリダ(高橋哲哉・増田一夫・宮崎裕助訳)『有限責任会社』(法政大学出版局、二〇〇二)に、サールの論考を含めた応酬が収められている。
- (88) 以下の記述にあたって、オースティンやサールの著作のほか、ダニエル・ヴァンダーヴェーケン(久保進訳)『発話行為理論の原理』(松柏社、一九九五)、服部裕幸『言語哲学入門』(勁草書房、二〇〇三)一四二〜一四八頁、門脇俊介『現代哲学』(産業図書、一九九六)一一六〜一二二頁、渡邊二郎『現代哲学』(放送大学教育振興会、一九九二)二四五〜二六一頁を参考にした。
- (89) 立川健二・山田広昭『現代言語論』(一九九〇、新曜社)一七三頁。
- (90) J. R. オースティン(坂本百大訳)『言語と行為』(大修館書店、一九七八)一七二頁。
- (91) 参照、同右、一〇頁、一二三頁。
- (92) American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut, 598 F. Supp. 1316 (1984), 771 F. 2d 323 (1985), 475 U.S. 1001 (1986). *さびしき* の違憲判決後の展開に *さびしき* Margaret A. Baldwin, *Pornography and the Traffic in Women: Brief on Behalf of Trudee Able-Peterson, et al., Amici Curiae in Support of Defendant and Intervenor-Defendants*, Village Books v. City of Bellingham, 1 YALE J. L. & FEMINISM 111 (1989) を参照。
- (93) CATHARINE A. MACKINNON, *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, at 324.

IV・規制論の検討

以下では、前章で分析した規制論の二つの論理について検討を加える。結論を先取りすれば、言語行為論との関係では、言語行為論を導入するだけでは規制を正当化できないということを、境界線論との関係では、保護されない言論の成立可能性を探るにあたって「ヘイト・スピーチ（ないし差別的言論）」という大きな類型だけをを用いて考察するのは妥当でなく、保護法益に対応した細かなカテゴリーで検討すべきことを述べる。

一 言語行為論を導入できるのか

まずは言語行為論との関係から解いていくことにしたい。ここでは、規制論の二つの大きな論拠である、「ヘイト・スピーチそのものが差別社会を構築する」という主張と、「ヘイト・スピーチは投げ掛けられた側に甚大な害悪を与える」という主張を、おのおの発語内行為、発語媒介行為として把握することが可能かを検討していく。⁹⁴さらに、そもそも言語行為論自体が表現の自由と調和的であるかという論点にも論及する。

1 「ヘイト・スピーチそのものが差別社会を構築する」との主張

(1) 発語内行為 差別社会の構築を発語内行為と捉えることには次のような疑問が浮かぶ。それは、発語内行為をそれとして（成功裡に）完遂するためには、一定の条件が必要であるはずではなかったか、という点である。

サールの分析するところに従えば、発語内行為を成立させるためには、一定の規則を満たしていなければならぬ

い。統制的規則 (regulative rule) と構成的規則 (constitutive rule) とがそれであり、ここで問題にするのは後者である。⁽⁹⁵⁾ 構成的規則とは、話者(そして受け手)の立場であったり、状況であったり、コードであったりするのだが、racist speech やポルノグラフィが発語内行為だとする場合に、こうしたものを満足しているのか問われねばなるまい。ある個人の発言(ないし振る舞い、特定の画像・映像)が、社会そのものの性格を「直ちに」構築するといふのであるならば、そこで発信者に要求される立場とは現実にとのようになるものになるのだろうか。長期的な集積の結果としてならば、そのような意味づけを付与することを不可能と断じ得ないとしても、その一回ごとの行為を発語内行為と捉えるのは困難であるように思われる。

また、そもそも殆どの場合、差別社会を構築しようという意思など個々の発信者にはないであろうし、それに対応するように、一般にもそうした受け取り方はされないであろう。このような疑問について、たとえばマッキノンに言わせれば、「女性を従属させている」ことが人々に気付かれないほど浸透しているこの社会では、当然そう機能するのだ、ということになろう。しかし、そうした社会認識も因果関係の認識も、彼女の独自の見解ではないとの保障は無い。⁽⁹⁶⁾

(2) 発語媒介行為 発語媒介行為であるとみるこの捉え方の場合、その客観的因果関係の証明はきわめて困難といふことは明白である。わいせつ物と社会の性的墮落との因果関係が、絶えず問題とされながらも、その証明に成功したものが無いように、本稿が取り上げたような racist speech やポルノグラフィが、差別社会を構築・再生産していることと証明することは容易なことではない。社会の構築のみを理由とする場合、そうした証明がないままに規制を加えることは許されないと考えるべきである。

2 「ヘイト・スピーチは投げ掛けられた側に甚大な害悪を与える」との主張

(1) 発語内行為 具体的な事案によっては、投げ掛けられた側に害悪を与えたことを発語内行為と言い得る余地があると思われる。傷つけようという意図のもとに、適当な状況下で、適切な話者の発する一定の発言が、対象者に精神的なダメージを与えることは現実に想定されうるからである。しかしながら、ヘイト・スピーチ一般について、その全ての場合において論理必然に対象者に害悪を与えると論じることが容易なことではないだろう。

さらに、それが発語内行為だと言い得たとしても、発語内行為を行っている発語行為が「行為」であるとして表現の自由の保護から排除されるのか否かは、また別の問題である（本項3でふれる）。

(2) 発語媒介行為 この捉え方は、個別の発語行為がメッセージを伝達する以外に、話者の意図とは差し当たり無関係に聞き手の内部に変化をもたらすというのであるから、名誉毀損規制の保護法益を「名誉感情の侵害」と見る考え方や、わいせつ物規制を「見たくない人の感情保護」として再構成しようとする議論と同様のものと考えることができると述べている。既述のように、発語内行為として理解できるのは極めて限られていることを踏まえると、害悪論の主戦場は発語媒介行為としての行為性に求められることになろう。⁽⁹⁷⁾

しかし、発語内行為を行うからといって直ちに表現の自由の埒外に放り出されるわけではない。発語内行為の所で述べたのと同様、発語媒介行為としての行為^{performance}を遂行するとしても、それだけで表現／行為^{conduct}区分にいう「行為」となる訳ではないからである。また、行為遂行性が「保護されない言論」該当性の要素だとしても、後述するように保護されない言論と類型づけられたものは、対抗利益との衡量の末に定式化されたものと考えられている。そのため、どのような被害を与えるのかという個別の経験の側面を強調するばかりでは足りず、発言と被害との間の客

観的因果関係が承認され、そうした言論の憲法上の価値と発語媒介行為によって失われる法益との衡量を回避することはできない。こうした憲法学的な思考の枠組に従って、丹念に検討する作業は不可欠である。

「行為遂行的」であることのみをもって、表現の価値との衡量を不要だと論じるのであれば、それは不当な結論先取りの議論⁽⁹⁸⁾との非難を免れまい。

3 言語行為論にいう「行為」

言語行為論にいう行為遂行性を強調して、当該言論は「行為」であって保護されないものだとする論法には、何より根本的な疑問がある。それは、そもそもオースティンが言う「行為」と、我々が問題にしている（「表現」に配置されるところの）「行為」とが同じものであると言えるだろうか、ということである。筆者には、オースティンのいう「行為」は、「表現」と排他的であるとは思われない⁽⁹⁹⁾。つまり、オースティンの言う意味で一定の発言が行為遂行的であるとしても、それが直ちに修正一条との関係で保護対象から外れる「行為」であるということにはならないのではないかと考えるのである。

たとえば、「私はX党の政策は正当と考える。皆さんも、ぜひX党に投票してほしい。」というスピーチを考えてみる。これは常識的な理解では政治的な意見表明であり、当然に修正一条によって保護される「表現」ということになる。他方、これを言語行為論で分析するならば、このように発言すること（発語行為）は、同時に「勧誘する」というような発語内行為を行なっているということができ得るであろうし、それが対立政党Yの支持者の面前で成されたならば、その人を「不快にさせる」あるいは「反発させる」という発語媒介行為を行なっているかもしれない。かように、言語行為論のいわんとすることは、発語することは事実を伝達するのみならず、それ自体として

行為遂行している、というものであって、そこにいわれる「行為」とは、それが同時に「表現」であることと二者択一の関係にはない。

他方、先に確認したように、エマスのモデルにせよ、判例理論にせよ、現実の事件では当該活動が表現と行為のどちらに分類されるか微妙な類型は確かに存在するものの、一度（表現／行為二分論にいうところの）「表現」に該当すると判断されれば、それはもはや（同じ意味での）「行為」ではなくなるという意味で、「表現」であり「行為」でもあるということはありえないのである。このことが、言語行為論をそのまま導入することへの筆者の違和感の原因である。

再言しよう。事実の問題として、「表現」と「行為」はスペクトラム（あるいはグラデーション）の両極にあるものの、一定の判断に基づいて当該活動が「表現」か「行為」かのいずれかに分類されてしまえば、それは他の一方ではあり得ないものとして（法学上は）位置づけられ、截然と区別されるのである。そして、そこにこそ表現／行為二分論の核心があるはずなのである。憲法典が表現の自由を特に条文化して規定しているのは、さまざまな人間活動の中の「表現活動」を、それ以外の活動とは区別して掬い上げているのだとみななければならない。言語行為論を用いて表現と行為の区分を無効化しようとすれば、「表現の自由」保障の根幹を揺るがすことになる。要するに、言語行為論を行為アプローチに直線的に結びつけて、それだけで結論を得るのは不可能だ、ということである。

他方、言語行為論にいう行為遂行性を「保護されない言論」であることの理由付けに用いているのだとすれば、こちらは十分に議論が成り立つ余地がある。⁽¹⁰⁾しかし、既述のように、表現の行為遂行性は保護される言論にも存在しているのであって、行為遂行性だけを理由に保護されない言論となると断ずることはできない。行っている行為

の性格や被害の大きさなどを表現としての価値と慎重に衡量して決せられなければならない。

二 判例理論と接合できるのか^(四)

以下では、規制論が現在の連邦最高裁の判例理論とうまく接合して、ヘイト・スピーチ規制合憲の結論を導くことができるのかを検討する。規制論の立論は基本的に以下で扱う判例以前に示されたものであるため、いささか公正さを失する感もなくはないが、判例理論は新しく展開してきており、今日の我々の検討は現段階での判例理論を基にする方がより適切であると考ええる。

1 行為アプローチとスペンス・テスト

先に見たように、連邦最高裁判例は修正一条の保障が問題となる「表現」に該当するか否かを、スペンス・テストによって判定するとしてきた。このテストを用いた場合、ヘイト・スピーチが「憲法上保護される言論でない」と判断されるのかを確認する。

繰り返しになるが、スペンス・テストとは、大きく二つの要素から「言論」該当性を判断するものである。第一に、発信者側の意図という主観的な要素であり、第二に、受信者側にその意図が伝わるかという客観的な要素である。判断に当たってはコンテスクトが判断材料とされる。

ところで、ヘイト・スピーチの場合、通常は verbal な活動がまずイメージされる。しかしながら、これも既に述べておいたように、スペンス・テストは expression of an idea through activity といえるかの判定基準であって、従来「行為」に属するものと考えられてきた一定の身体的動静を「表現」の枠内に入れるための基準なの

である。すると、スペインス・テストは、従来「表現」であると考えられてきた *verbal* な活動を「行為」へと放逐するための基準ではない、と理解するのが相当であろう。とはいえ、判例上これ以外の基準は打ち出されていないので、ひとまずスペインス・テストに従って判断することにした。

ここでは具体例として、「黒人は劣位の人種だ」という文章を考えることにする。まずはスペインス・テストの第一基準である行為者の意図について。これはどのようなメッセージを伝えようとしているのか、という意図のことである。言語を用いているのであるから、差し当たってそれ以上の意図を推測する必要も無いであろう。意図は明白である。第二は客観的な要素である。この文章が黒人解放側から逆説的に使用されているような特別な状況でない限り、メッセージは発信者の意図のとおり正確に伝達されることであろう。つまり、疑いなくこの文章は行為とは判断されない。

次に、何らかのシンボルを用いてヘイト・メッセージを伝えるヘイト・スピーチを検討する。その典型例は後でも触れる「燃える十字架 (burning cross)」である。多くの日本人には庭先で木製の十字架が燃やされていたとしても、そこから特段のメッセージを読み取ることはできないであろう。しかし、アメリカでは、非白人、とりわけ黒人に対して迫害や暴行予告としての脅迫のメッセージであるという認識が明確に共有されている^(註)。かようなコンセンサスを得ているアメリカで、燃える十字架が黒人宅の庭先に設置されたとすれば、それはスペインス・テストの基準からして表現と判断されることになる。発信者側の主観的意図と客観的な解釈可能性の二つの要素を満たしているからである。事実、燃える十字架規制の合憲性が問われた *R.A.V.* 判決^(註)は表現規制の問題として事件を処理した。

R.A.V. 判決が表現規制の問題と判断されたことは、*Mitchell* 判決の判示から確認される。判決は、*R.A.V.* 事件

で扱われた条例は表現 (expression) に向けられていたが、Mitchell 事件が扱った州法規定 (犯人が被害者を、その人種・宗教・肌の色・障害・性的嗜好・出身国又は家系に基づいて意図的に選択した場合、刑を加重することとしていたウィスコンシン州法) は修正一条によって保護されない行為 (conduct) に向けられている、と述べたのである。⁽⁹⁴⁾ 「表現規制」と「行為規制」を明確に区別しており、R.A.V. 判決と Mitchell 判決が扱った規制が各々対応していると連邦最高裁は考えていたのである。

また、同じく燃える十字架規制の合憲性を審査した Black 判決⁽⁹⁵⁾ では、燃える十字架規制について簡単に「表現」に対する規制であると認められた。明確なヘイト・メッセージを伝えるとされる燃える十字架が表現と判断されたことからすると、既に指摘されているように、「今後、ヘイト・スピーチ規制は、象徴物を用いるものを含めて基本的に『表現』規制とみなされることになる⁽⁹⁶⁾」。言論のうち「保護される言論／保護されない言論」のいずれに分類されるかは別論として、ヘイト・スピーチ全般について、それが「行為」規制と判断されることにはならないものと思料される。

ヘイト・スピーチが発信者の意図どおりに意味を伝えれば伝えるほどに、修正一条の保護を受けるものと評価されることになるのである。なお、メッセージが正しく伝わることと、対象となった人に害悪を与えることとは区別されねばならない。後者の連関の必然性について慎重に判断されなければならないことは前節で確認した。

以上、行為アプローチによってヘイト・スピーチを「表現」から追放する途は判例理論上妥当ではないことを論じてきた。次いで保護されない言論アプローチについて検討しよう。

2 保護されない言論アプローチについて

(1) 保護されない言論の要件 最初に「保護されない言論」はどのように決められるのかを確認しておきたい。冒頭述べたように、保護されない言論をカテゴリー化する範疇化論は、個別衡量論とは区別される。しかし、実際には範疇化論は予め行われた衡量の結果と考えるべきである。それ以後の個別の事案に応じた衡量を省略するべく、一定の類型の言論が衡量の末に保護の範囲から排除されるものと枠づけられる。その類型が保護されない言論である。つまり、*definitional balancing* の結果である。⁽⁹⁴⁾ この事前の衡量にあたって考慮される保護されないための条件について、連邦最高裁はこれまで明示的かつ体系的に示したことはない。通常、その要件として、第一に、言論自体の価値が低いこと、第二に、言論規制を支える対抗利益が大きいこと、が挙げられる。⁽⁹⁵⁾

(2) *R.A.V.* 判決法廷意見 ここでは判例理論上、「保護されない言論」がどのように扱われているのかを、セント・ポール市条例の合憲性について争われた *R.A.V.* 事件を例としながら論じる。同条例は次のように規定して燃える十字架を規制していた。「人種、肌の色、信条、宗教や性別に基づいて、他人に怒り、不安又は憤りを引き起こすことを知りながら、又は知りうべきことが相当な、燃える十字架又はナチスの鉤十字、その他シンボル、物、呼称、特徴の描写あるいは落書きを、公共あるいは私有財産の上に設置したものは全て秩序紊乱行為を犯したものととして軽罪に処す。」

R.A.V. 事件の連邦最高裁判決法廷意見 (A. スカリア (Antonin Scalia) 判事執筆) は次のように述べて違憲判決を下した。⁽⁹⁶⁾

従来の判例は、名誉毀損、わいせつ、喧嘩言葉といった例外的なカテゴリーを保護されないものと述べてきたが、

それは文字通りに真実であるわけではなく、これらの言論領域は、その憲法上禁止しうる内容のゆえに規制されるのである。セント・ポール市の条例は保護されない言論である喧嘩言葉に限定されるとしても、条例がそのうちの人種、肌の色、信条、宗教や性別に基づいた喧嘩言葉のみ適用されるものとなっている。その意味で同条例は内容に基づいた規制であって、この内容規制は、歴史的に差別されてきた集団のメンバーの基本的人権の擁護という、やむにやまれぬ規制利益に仕えるよう設えられたものとなっていない。

この判決からは二つのことを読み取ることができると思われる。まずは、保護されない言論といえども完全に修正一条の埒外にあるのではなく、あくまで *speech* の規制として表現の自由の問題の内に残るということである。これは喧嘩言葉のような類型の言論をまさに「保護されない言論」として完全に境界線の外側に位置づけてきたこれまでの解釈を覆したものである⁽¹⁰⁾。第二に、燃える十字架が喧嘩言葉に該当するならば、燃える十字架規制は、喧嘩言葉を規制するのと同じ理由によるかぎり合憲的に規制することができる、ということである⁽¹¹⁾。

二〇〇三年の *Black* 判決は、*R.A.V.* 事件と同様に燃える十字架を規制していたヴァージニア州法（「いかなる者も、ある人やある集団を怖がらせることを意図して、他人の不動産、公道、その他公的な場所において、十字架を燃やしたり、あるいは燃やす原因となることを行ったりすれば、違法行為を犯したものとみなす」と規定していた）が争われた。

S. オコナー (*Sandra Day O'Connor*) 判事が執筆した法廷意見では、*KKK* と燃える十字架の歴史が詳細に分析され、その結果、燃える十字架は *KKK* のイデオロギーと団結の象徴であり、今日まで憎悪の象徴 (*symbol of hate*) であって、ただ脅迫的メッセージのみを伝達するものと考えられ、ある特定の人物に向けて燃える十字架を投げかける場合には、行為者は対象者に対して深刻な脅し (*intimidation*) を行っていると見なされている。そのため、燃える十字架は象徴的言論であるけれども、修正一条によって保護されない言論であるとされたのである。

R.A.V.判決とBlack判決の両判決を整合的に読むことは困難であるものの、次のように言うことが可能であると思われる。つまり、Black判決におけるヴァージニア州法が特定の観点からの燃える十字架のみを規制しているのではなかったことに重大なポイントがある。燃える十字架が従来の保護されない言論に該当する限りは（その保護されない言論規制の理由と符合する限りで）規制されうるということである。Black判決の法廷意見は、燃える十字架が脅迫にあたることを理由にして（しかも、特定の観点からする脅迫のみを禁止するのではないことから）規制を合憲なものと判断したのである。

そうであるとすれば、R.A.V.判決やBlack判決をもつて、ヘイト・スピーチについてカテゴリーカルに保護される言論であるか否かを検討した判例と見ることは正当ではなからう。ヘイト・スピーチというカテゴリーを論じたのではなく、燃える十字架について、既成の保護されない言論（喧嘩言葉や脅迫）に該当するか否かが検討されたに留まるものと考えられる。

(3) 「保護されない言論」と境界線論　すでに述べたように、保護されない言論か否かは definitional balancing によって決まる。そこで衡量の要素となるのは第一に言論の価値であり、第二に対抗利益であった。これらは実際にはしばしば一体的に考慮される。たとえば当該言論が与える害悪の大きさの故に、その言論の価値が判断されることがある。

第一の言論の価値については、何を基準に価値の高低を量るのが問われる。通常は、民主過程にとって役立つかどうか、そして、自己実現に役立つかどうか、の二点が挙げられる。しかし、いずれの観点に立つにしても客観的に価値が皆無であると断言することはほぼ不可能といえるだろう。そうであるとすれば、グラデーションとして

考えられる価値の高低と、対抗する保護法益との衡量ということになる。その上で、保護されない言論と結論することは、保護法益に対応する限りにおいて当該言論の価値を無視する、という決断の結果であると考えられる⁽¹⁶⁾。

もつとも、このような保護されない言論は判例上限定される傾向にあることが注目されなければならない。Sullivan 判決以降、名誉毀損は原則として表現の自由の問題とされるようになったし、神冒瀆表現も表現の自由に取り込まれた。さらにわいせつはハード・コア・ポルノに限定されることになり、喧嘩言葉と判断される領域も次第に限定されてきている⁽¹⁷⁾。チャイルド・ポルノグラフィの領域でも、生身の子どもを用いて作成されたものではないヴァーチャル・チャイルド・ポルノグラフィは保護される言論であるとの判断が下されている⁽¹⁸⁾。このように見れば、アメリカの判例上、保護されない言論は極めて限定されているといわなければならない。

さらに、R.A.V. 判決での判示からすれば、保護されない言論は、行為と同じ意味で境界線の外側に位置するのではなく、一定の憲法上の保護が及ぼされる。その保護の内容は、衡量の際に天秤に載せられた保護法益との一致が厳しく求められることであり、さらに観点規制は禁止されるということであろう⁽¹⁹⁾。この意味で、保護の程度に差のある二種の境界線があると考えられる。

以上のように、境界線の外側におかれるものは極めて限定されており、また R.A.V. 法廷意見が示した考え方が今後も踏襲されるとすれば、保護されない言論との関係では境界線は完全なものでなく、観点規制の禁止がなお及ぶ。それにもかかわらずヘイト・スピーチを新たにそれに加えるとするならば、それだけの理由が存在するのか厳しく検討されなければならないであろうし、観点到に注目しないヘイト・スピーチ規制の可能性如何も問われなければならない。そのためには、どのような害悪がいかなる表現行為によってもたらされたのかを各々対応させながら確認しなければならない⁽²⁰⁾。

3 議論の方向性はいかにあるべきか

(1) 再度、ローレンスやマツダの議論を見ると、その主張の中には規制されるべき racist speech として複数のものが読み取れる。第一には、「面と向かって」 racist speech が発せられる場面である。この場合には身体的ダメージの比喩が用いられていることが特徴である。第二には、相手方の特定とは無関係に、発せられた言論が一般的に差別社会を構築し、再生産する場面である。これらの二つの場面は、各々救済手段や与える害悪、そして規制するための政府利益が異なっている。そのため、同じ racist speech の規制を論じていても、話者ごとに別の場面を念頭において議論が噛み合わなくなる可能性が大いにある。であるならば、 racist speech として一括りにして議論するのは生産的ではない、といわなければならない。人種に特化された racist speech ですらそうなのであるから、より広い領域を扱うヘイト・スピーチについても同様のことが言える。

(2) わが国でも(1)で触れた相違を重視せずに差別的表現ないしヘイト・スピーチを議論する傾向にある。すでに指摘されているように⁽¹⁰⁾、差別的表現と一口に言っても多様なあり方が存在するのである。差別の唱道、差別に基づいた犯罪の煽動、差別的な侮辱、差別的な名誉毀損などである。

わが国初の差別的表現規制になるのではないかと注目されていた人権擁護法案についても同じことが言える。第三条第一項二号が「特定の者に対し、その者の有する人種等の属性を理由としてする侮辱、嫌がらせその他不当な差別的言動」と「特定の者に対し、職務上の地位を利用し、その意に反してする性的な言動」を禁止する。ここには、侮辱、セクシュアル・ハラズメントなどの類型を見ることができ⁽¹¹⁾る。また、第二項のなかではプライバシーの侵害や差別の唱道などの類型が禁止されている⁽¹²⁾。

これら各々の類型については、それぞれ多様な議論がなされてきたのであって、対抗利益も言論としての価値も一概に論じることができない。差別的表現というカテゴリーで議論するのは止め、細分化して、小項目ごとに詳細に議論することが必要となるだろう。⁽¹⁹⁾

その上で、具体的事案に即した個別の衡量を行わない「保護されない言論」とするか否かは、境界線論そのものがもつ危険性をも考慮に入れた慎重な検討が不可欠である⁽²⁰⁾（他方、一応境界線の内側（保護される言論）だとするならば、内容規制であれ内容中立規制であれ、目的に応じた手段に触れつつ論じられなければならないはずである）。

(3) まずは、特定の個人に対して向けられたものであるか、不特定多数に向けられたものであるかが区別されなければならぬ。特定の個人に対して向けられたものであるとすれば、従来の法理論（不法行為⁽²¹⁾、名誉毀損罪、侮辱罪など）で対応することをまずは考えなければならない。それでは対処できないときに、それ以上に対応する必要について議論が進められるであろう。

犯罪の煽動であれば、これも従来の法理論で対応することが前提である。

論争の的となるのは不特定多数にむけられた侮辱・名誉毀損の場合であろう。この場合に保護されないとする根拠は幾つか存在し、それぞれに慎重な検討が必要である。本稿でその全てに対応することはできないが、ポイントだけは確認しておきたい。まずは、言論の価値がゼロであるという見解がある。しかし、言論の価値をはかるための客観的基準について定見はなく、またその判断を委ねる適任者についても議論の種となり得る。そもそも、将来まで見通しながら価値が皆無だと断言することが本当に可能かは極めて疑わしい。これに関連して、対抗言論が成り立たないという議論もある。この議論に対しては、たとえ一部に対抗言論が意味をなさない場合があるとして

も、類型全体について成り立たないのかという疑義がある。さらに、これを理由にして規制を認めるということは、正常な思想の自由市場を維持する国家の役割を認めることになる。これは営業の自由論争で争点化した、自由を行使する基盤として市場を調整する役割を「自由」の問題として論じることの妥当性についての疑問が生じる。「国家による自由」を表現の自由に認めることは、表現の自由の体系に関わる大問題である⁽¹²⁾。

次に、表現としての価値を無視しうるほどに対抗利益が重要なものであるか。そこで考えられてきたのは人格権侵害である。これについては、なぜ個人の人格権侵害を理由とした対応に留まらないのか、あるいは、集団に何らかの人格権を認めるのか、といった疑問がある。さらに、差別を解消するためには規制が必要だという議論がある⁽¹³⁾。表現の自由に優越する政府利益なのであるから、差別のない社会の実現は政策目標というよりも国家の責務ということになる⁽¹⁴⁾。そうになると、この主張は表現の自由に対する対抗利益として主観的法益をおかず、客観的な法原則を考慮したものであると評価することができるだろう。

注

(94) 仄聞ながら、二〇〇六年五月一四日の日本法社会学会における江口聡教授の報告「ポルノグラフィ・憎悪表現と言語行為論」において、本稿と問題関心を共有するような報告がなされたようである。活字化されていない現段階では、詳細な検討は他日を期すほかないが、氏のホームページ (<http://melisande.cs.kyoto-wu.ac.jp/~eguchi/>)、十一月二七日最終アクセス) 掲載のレジユメによれば、本稿の一部と同じ見解が表明されたようである。

(95) 参照、J. R. サール (坂本百大・土屋俊訳) 『言語行為』 (勁草書房、一九八六) 五八頁以下、同 (山田友幸監訳) 『表現と意味 言語行為論研究』 (誠信書房、二〇〇六) 特に二九〜三〇頁参照。ライカンによれば、統制的規則に違反した場合には「不適切な」行為遂行とされるのに対して、構成的規則に違反した場合には「そこで意図されていた言語行為が失敗に終わる」とされている (W. G. ライカン (荒磯敏文・川口由起子・鈴木生郎・峯島宏次訳) 『言語哲学 入門から中級まで』 (勁草書房、

二〇〇五)二四五〜二四六頁)。

- (96) D.コーネル (Drucilla Cornell) は、「ポルノグラフィが言論であると論じることは、ポルノグラフィに威厳を添えることではない。何故なら言論が、何らかの種類の高尚な (high-minded) 活動に結び付く必然性はないからである」(CORNELL, THE IMAGINARY DOMAIN: ABORTION, PORNOGRAPHY & SEXUAL HARASSMENT, Routledge, 1995, at 139 [邦訳・仲正昌樹監訳『イマジナリーな領域』(御茶の水書房, 二〇〇六)一八七頁])と述べる。コーネルは、マッキノンの「ポルノグラフィは言論ではない」という議論を否定し、あくまで修正一条上の「言論」であると再定位した上で、議論している。彼女によれば、マッキノンの立場は「ポルノグラフィは威圧的な言語行為」(coercive speech act) (at 140 [邦訳・一八九頁]) だという主張として読まれることになる。

「威圧的な言語行為はまさにその表現において差別的な言語行為」(at 141 [邦訳・一八九頁]) であって、「差別を活性化させる」ということは、それほど突飛な発想ではない。それはしばしば例に引かれるように、労働現場でドアに「白人のみ」との貼り紙を貼る行為は、一定のメッセージを伝達すると同時に、黒人を排除する権力行使であって、差別行為そのものである。しかし、言語行為が即、差別行為そのものであるというためには、先に発語内行為のところでも述べたような批判が当てはまる。そこには雇用者であるという一定の「発話者」の立場が不可欠であって、「威圧的な言語行為は、言葉に与えられる意味を含有しているだけでなく、それらを現実にするのに必要な力をも含有しているのである」(at 143 [邦訳・一九三頁])。そういう意味では、ポルノグラフィには「現実にとって代ることによって女性を強制する力」(at 143 [邦訳・一九三頁]) があるわけではない。「ポルノグラフィはまさにその存在を通じて、従属を生じさせ、実行するという議論は、ポルノグラフィにあまりにも多くの力 (power) を与えてしまうことになる」(at 144 [邦訳・一九三頁]) とされるのである。

- (97) 大庭健は「傷つける表現」を問題にする際には、「発語内的 (illocutionary) 行為にとどまらず発語媒介的 (perlocutionary) 行為のレベルまでも射程に入れて、かなり包括的かつ規範的な語用論的な考察が必要となる」(大庭「傷つける表現」藤野・齋藤編『表現のヘリミット』前掲注(85)四四頁)と述べる。

- (98) 不正でないように付言しておけば、規制論もこのような衡量を試みている。しかし、表現としての価値をゼロに近く見積もっているので結論は決まっているも同然である。

- (99) 北田暁大が「これらの理論は、言語の物質(行為)性をめぐる考察と倫理的・政治的省察をある意味で性急に短絡してしまっているともいえないだろうか。本来かなり限定的な射程しか持たないはずのオースティンの言語行為論を『比喩的』に継

承してしまっている点も気にならないではない」(北田「憎悪の再生産——ヘイト・スピーチとメディア空間——」藤野・齋藤編『表現のヘリミット』前掲註(85)六七頁)と述べるのは、筆者と直感的認識を共有しているのではなからうか。

(100) この意味で筆者は、言語行為論を憲法学(ないしは法律学)に導入すること自体に異を唱えているわけではない。その接点は、本文で論じた応用の仕方以外にも存することであろう。参照、小畑清剛『言語行為としての判決——法的自己組織性理論——』(昭和堂、一九九二)、大屋雄祐『法解釈の言語哲学』(勁草書房、二〇〇六)三七〇―四三三頁など。

(101) 判例との符合を取り上げるのは、第一にアメリカが判例法の国であること、第二に表現の自由を擁護するのが判例の傾向であること、第三に一般に学説は判例以上に境界線論に懐疑的であること、などの理由からである。

(102) 現在のアメリカにおける「燃える十字架」の意味は、白人至上主義集団クー・クラックス・クラン(KKK)に関係している。周知のように、白人至上主義的秘密結社は南北戦争後、南部各地で結成され、解放された奴隷すなわち黒人を標的に組織的な暴力と脅迫を行使した。このような暴力がリンチと呼ばれる。実際の暴行は、吊るし首にしたり、生きたまま焼き殺したりと、凄惨かつ残虐であった。KKKは一八六五年、南北戦争終結に伴う奴隷解放によって「黒人に復讐されるのではないか」と恐れた白人によって組織された集団であって、白頭巾、白装束で集結し、木製の十字架を燃やすという儀式をしており、そのような歴史的文脈から「燃える十字架」に象徴的な意味が付加されることになる。それは本文で述べたようなメッセージ伝達手段であると同時に、白人至上主義を象徴しており、その思想を表明する一つの手段であると共に、集会における参加者の意気軒昂のために用いられる。

(103) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). 主として本判決を扱う邦語文献として、長峯信彦「憎悪と差別の表現」大須賀明編『社会国家の憲法理論』(敬文堂、一九九五)四七七頁以下、市川正人「差別的表現の規制」同『表現の自由の法理』(日本評論社、二〇〇三)三七頁以下、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」国際公共政策研究九巻二号(二〇〇五)一頁以下など。

(104) Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476, 487 (1993). 参照、長谷部恭男「人種的偏見にもとづく犯罪への刑の加重規定」ジュリスト一〇五四号(一九九四)一〇五頁以下。

(105) Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003). 主として本判決を扱う邦語文献として、小谷順子「十字架を燃やす行為の規制についての一考察」宮崎大学教育文化学部紀要社会科学九号(二〇〇三)一頁以下、同「米国における表現の自由とヘイト・スピーチ規制」法政論叢四〇巻二号(二〇〇四)一四九頁以下、藤井樹也「Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)——十

字架焼却を禁止する州法が違憲とされた事例」アメリカ法二〇〇五(一)一一一頁以下、同「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」前掲注(103)など。

- (106) 奈須祐治「ヘイト・スピーチ規制に関するアメリカ連邦最高裁判例の最近の動向」関西大学大学院法学ジャーナル七五号(二〇〇四)一〇八頁。

- (107) Melville Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935 (1968).

- (108) この「保護されない」ということについて、いささか古い分析ではあるが、シャウアーは次のように説明してみせる。言論が保護されないとの結論に至る道筋には以下の四つのものがあるとされる。付随的規制であること、修正一条に含まれない言論領域のものであること、修正一条を上回る重要な規制利益が存在すること、価値の低い言論であること、がそれぞれであるに、このうち付随的規制であることは、ある言論が保護されない一つの場合であって、保護されない言論の領域画定には役に立たないと考えられる。また、修正一条に含まれない言論領域については、現段階で判例上残されているこのアプローチはわいせつのみであるとシャウアー自身述べている。このわいせつですらも第四の理由付けである低価値論と本当に区別されてきたのか必ずしも断定することを得ないと考えると、実際には本文で挙げた2つの要素から判断されるのではなからうか。

なお、*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942) は、保護されない言論について、全く思想表明の重要な部分ではなく、それによって齎される利益も秩序や道徳上の社会的利益に明白に劣後するのであって、真理到達という社会的価値も僅かであると、規制正当化理由を述べていた。

また、保護されない言論とされるための要件に「対抗言論が機能しないこと」を挙げる見解も存在する(阪本昌成「わいせつ物規制と表現の自由の基礎理論」同『プライバシー権論』(日本評論社、一九八六)八七〜八九頁)。

- (109) Mari J. Matsuda and Charles R. Lawrence III, *Burning Crosses and the R.A.V. Case*, in *WORD THAT WOUND*, *supra* note 22, at 135-136.

- (110) 参照、飛田綾子「アメリカの表現の自由の『特殊性』——「ボルノグラフィ」——「ヘイト・スピーチ」規制をめぐる——」早稲田政治公法研究七六号(二〇〇四)二〇七頁。小林「表現の自由と『闘争的言辞(Fighting words)』法理の展開」前掲注(29)はR.A.V.判決によって連邦最高裁が「範疇化アプローチを放棄したことはあきらか」(一六〇頁)と評価するが、

なお範疇化されざるものとの間には保障の程度の差異があると思われるため、筆者はそこまでの断言は留保しておきたい。

- (111) R.A.V.判決の読み取り方については、安西「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」前掲注(23)三二一～三四頁を参照のこと。
- (112) ちなみに保護されない言論までも行為の側に位置づけるエマスンも、「問題は、当該行為を『純粹の表現』から『純粹の行動』まで分類するスペクトルの上に、当該行為を位置づけることにある。……表現の自由の体系において決定を要する行為の大半は、スペクトルの一方の端か他方の端の近くに位置している。実際にも、第一修正の下で特別の法的保護が要求される行為の恐らく九五パーセントは、明らかに『表現』であり、その分類の仕方に関しては争いが無い。スペクトルの中央部近くに位置している疑わしい事件の場合には、上述した表現の自由の体系の基本的構造に見出される外的な関連点に訴えなければならぬ」(Emerson, *supra* note 62, at 479. [邦訳・152頁])なお、エマスンの用語法では、行為と行動は区別され、行為が表現と行動とを包摂することに再度注意を促しておきたい)として、一定の指標の下でいずれかに決断されるものと捉えている。
- (113) Chaplinsky 判決において喧嘩言葉とは、それを言うことによつて損害を与え、又は直ちに治安の紊乱を引き起こす傾向のある言葉と定義されていた。その後、より限定され、それが向けられた人が暴力的報復に出る直接的傾向のある言葉と解されている。Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518, 524 (1972).
- (114) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002). A. ケネディ (Anthony M. Kennedy) 判事執筆の法廷意見は、Ferber 判決が、わいせつでも性的虐待の産物でもないようなものは、修正一条の保護範囲内にあるとしていた、とする。そして、チャイルド・ポルノグラフィ規制の理由であるモデル児童への虐待の防止という(規制)利益が無く、児童ポルノの結果生じる児童虐待との関連性が間接的であることを理由に違憲判断を下している。さらに、ヴァーチャル・チャイルド・ポルノグラフィはペドファイルを刺激し違法行為を惹起するとの見解に対しては、その可能性だけを理由に表現を規制することは、思想統制に等しく、ブランデンバーク・テストのように、差し迫った違法行為を現実に煽動することで惹起しうる場合のみ表現を規制することができる、とした。このような論理展開の末、「未成年者のように見える」との文言は過度に広汎で違憲であると結論した。チャイルド・ポルノ規制のための理由付けと、ヴァーチャル・チャイルド・ポルノ規制の理由とが一致することが求められているのである。この判決については、永井善之「児童ポルノの刑事規制について——いわゆる『擬似的児童ポルノ』の規制の検討を中心に——(一)(二・完)」法学六七巻三巻四〇三頁以下、六七巻四号五八〇頁以下(いずれ

も二〇〇三)、加藤隆之「児童ポルノ法理の新展開——仮想児童ポルノ規制に関する二〇〇二年 Free Speech Coalition 判決を考察の中心として——」法学新報一一一巻一・二号(二〇〇四)二二五頁以下を参照。

ちなみに、Amy Adler, *Inverting the First Amendment*, 149 U. Pa. L. Rev. 921 (2001) によれば、マッキノンらの議論は(二〇〇一年の時点で)チャイルド・ポルノグラフィの領域では必ずしも否定された議論ではなかった、という。

Speech と action (conduct) に関する、チャイルド・ポルノグラフィ法の問題は、大きく「表現物そのものと、それが表している内容との同一視」と「表現物そのものと、それが視聴者に与える効果との同一視」であったという。そして、これらはマッキノンらの議論と同じことを述べており、アドラーによれば「チャイルド・ポルノグラフィ法においては、裁判所は暗黙のうちに、フェミニストやアンチ・ヘイト・スピーチ論者が言う speech と conduct の融合を受け入れている」(at 980-981)とされる。その議論は次のとおりである。

New York v. Ferber で連邦最高裁は、チャイルド・ポルノグラフィを作るために子どもを虐待することが犯罪であると認識するだけでなく、意図的に、その画像・映像をも犯罪と認識した。その理由は、端的に言って、表現物が潜在的に違法な行為 action と分かちがたく結びついているためである。「あたかも act の可罰性が picture それ自体にも伝染するかのよう」(at 985) 議論される。そうであるとすれば、このような、「表現物自体」と「その表現が表していること」との同一視は、マッキノン独自の突飛な議論というわけではないことになる。しかしながら、成人女性の場合と異なり、未成年者(特に幼児)の同意を有意なものとして見ることができない以上、(一定のパターナリスティックな観点から)ポルノグラフィへの出演自体を「児童虐待」と捉えることは、あくまでも例外的なものとして許容可能であるという議論も成立し得るかもしれない。

第二の、「表現物」と「その効果 effect」の同一視が、より重要である。これまで、例えば暴力表現について、暴力の表現が不可避免的に暴力を喚ぶ、というような議論は受け入れられてこなかった。暴力表現とその視聴者の現実の暴力との因果関係はあくまでも「可能性」の問題であり、表現自体にそれを必然的に惹起する要素が含まれているわけではないのである。あくまでも表現そのものではなく、それに続く行為だけが規制対象であった。ところが、チャイルド・ポルノグラフィについては、しばしば「ペドファイルを現実の行為へと駆り立てるのではないか」「人びとが子供たちを性的対象として認識するような世界を構築するのではないか」という懼れが、表現とその効果との決定的な違いを曖昧にすることがあるようである。この点について裁判所は、一貫して否定的態度を示してきた。Ferber 判決においても「視聴者への効果や、チャイルド・ポルノグラフィの拡散がコミュニティにおいてもたらすであろう効果を問題にするような一語 single word すら含んでいなかった」

(Schauer, *supra* note 108, at 291.)」¹¹⁶ Osborne 判決 (Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103) も、チャイルド・ポルノグラフィ規制の理由を「現実の被害者の保護」と述べていた。ところが、この Osborne 判決では、チャイルド・ポルノグラフィの単純所持の規制を正当化するために、それを見たペドファイルによる新しい犠牲者が生まれるかもしれない、という理由付けを、その他複数の理由のなかに忍ばせている。このように、ペドファイルが当該画像・映像に対してどのように反応するかということの問題にすることは、actionではなく、思考やファンタジーを取り締まることに他ならない、という。

しかし、生身の子どもが登場しないヴァーチャル・チャイルド・ポルノグラフィをも禁止対象としており、問題の焦点を完全にポルノグラフィ製作段階における児童虐待ではなく、視聴者におけるチャイルド・ポルノグラフィの効果にあてていた Child Pornography Prevention Act of 1996は、¹¹⁷ すぐ前で述べたように二〇〇二年の違憲判断をうけた。同法は、議会では「子供たちを性的な対象とするような社会構成的観念を助長する」との議論が交わされており、これはまさに、先に見たような「言語による社会構築主義に基礎を置いた」(Adler, at 998) 立法だったと評価される。この意味で、Ashcroft v. Free Speech Coalition は言論の社会構築効果を理由にした制約を否定したものと理解される。

(115) 観点規制に対する厳格審査が及ぶとすれば、unprotected (もしくは uncovered) speech とより less-protected speech という用語の方が相応しいといえるかもしれない。なお、Heidi Kitrosser, *Containing Unprotected Speech*, 57 Fla. L. Rev. 843 (2005) 参照。

(116) 参照、奈須祐治「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性——アメリカの諸学説の検討——」(一)(二・完)「関西大学法学論集五三巻六号五三頁以下、五四巻二号一六一頁以下(ともに二〇〇四)。

(117) 参照、内野・林・松井「座談会『現代社会と『差別的表現』』前掲注(20)五頁〔松井発言〕。

(118) 三条二項「何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

一 人種等の共通の属性を有する不特定多数の者に対して当該属性を理由として前項第一号に規定する不当な差別的取扱いをすることを助長し、又は誘発する目的で、当該不特定多数の者が当該属性を有することを容易に識別することを可能とする情報を文書の頒布、掲示その他これらに類する方法で公然と表示する行為

二 人種等の共通の属性を有する不特定多数の者に対して当該属性を理由として前項第一号に規定する不当な差別的取扱いをする意思を広告、掲示その他これらに類する方法で公然と表示する行為

(119) その意味では、差別的煽動・宣伝と差別的名誉毀損・侮辱を区別し、各々対抗利益にも触れつつ、現行法での対応と立法

論にまで言及する刑法学説の方が、精緻な議論を展開していると評価できるだろう。参照、平川宗信『刑法各論』(有斐閣、一九九五)二六九〜二七一頁。

(120) ヘイト・スピーチの場合、本稿冒頭に例示した営利的言論の場合のように経済的自由の問題として論じることができないことに留意されるべきである。

(121) この点、人格権的利益の内実を、特に名誉についてドイツ憲法学の営為を基に探究する、濱口晶子「個人の人格的尊厳の憲法的保護」法政論集二一五号(二〇〇六)一六五頁以下があり、その名誉以外への理論的な展開が注目される。なお、人格権侵害(参照、内野正幸「差別的表現と民事救済」国際人権一四号(二〇〇三)二五頁以下)として通常考えられる名誉毀損のほか、Emotional (Mental) distress をアプローチする可能性が探られるべきではないだろうか。Emotional distress の事例としては *Husler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) が知られている。同法理について筆者の研究は十分に及んでおらず、他日を期したい。なお、差別的表現と不法行為法との関係について、東川浩二「音楽で人を殺せるか——暴力表現の不法行為責任」金沢法学四八巻一号(二〇〇五)一九九頁以下、同「合衆国における残虐ゲームの法的規制」金沢法学四九巻一号(二〇〇六)一頁以下の分析が参考になる。さらに、大石泰彦「【判例研究】中吊り広告における侮辱的表現」青山法学論集四八巻一・二号(二〇〇六)二九八頁以下参照。

(122) 参照、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』(敬文堂、二〇〇五)六五頁以下。

(123) これと密接に関連しながらも、別の枠組みとして、対抗利益に「平等権」を持ち出す論もある。ローレンスの見解についても、「行為 (conduct) だ」という表現はあくまで比喩的なものと理解し、この段階での衡量論とみた方が正確であるかもしれない(参照、注(23))。本稿がローレンスの見解を、この衡量の末に、racist speech を「conduct」と結論したものと考えて論じてきたことは注(82)参照。

(124) 言論領域への積極的差別是正措置 (affirmative action) とは異なる。Charles Fried, *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, 59 U. Chi. L. Rev. 225 (1992) at 250を参照。

V. おわりに

1 境界線論の拡がり

(1) まず、本稿が考察の補助線としてきた境界線論に関して、日本の判例理論といかなる関係に立つのか、さらに、境界線論の発想自体がもつ拡がりについて、少し確認しておくことにしたい。

本稿が紹介してきたアメリカ連邦最高裁ほどではないにせよ、わが国の裁判所もまた、表現の自由に関する多くの判例を蓄積してきた。ところが、新正幸が指摘するように、わが国の判例は二一条によって保護される「表現」の定義的な範囲について示したことはない。⁽¹⁸⁾ 日本国憲法二一条が「その他一切の表現」と規定することに関連してか、アメリカで「保護されない言論」とされてきたものも、比較的あっさり二一条問題として憲法論の俎上に載せてきたのである。とはいえ、二一条の保護が問題となる「表現」としながらも、公共の福祉を理由に、あるいは問われた制約が「必要かつ合理的」であることを理由にして最高裁が制約に対する合憲判断を続けてきたことは、改めて述べる必要もなからう。こうした展開を指して高橋和之は、わが国の判例が個別的衡量論によってきたのだとしている。⁽¹⁹⁾ 個別的衡量論は結果として広汎な制約理由を容認することになるとして評判が悪い。

こうした現状の打開に憲法学は二つの処方箋を示してきた。一つが、表現内容規制には普く厳格な審査基準を使うべきだとするものである。いまひとつは、全ての表現類型に厳格審査基準を用いた場合の結論に躊躇を覚えてか、一定の低い価値しかもたない表現類型には内容規制も許されるが、その範囲は限定されなければならない、というものである。後者のアプローチを採る論者も、境界線論のように「表現ではない」と断言することは稀であるが、

何の留保もない内容規制を許容するとすれば、それは境界線論と同じ考え方であると診断することが許されよう。

境界線論によらずひとまず表現の自由の枠内に収めてから規制の可否を審査しようという前者の方向性は、基本権ドグマ⁽¹⁷⁾・テイクの根幹とされる「三段階審査」の第一段階としての保護領域を比較的広く認めるドイツの議論と親和的である。しかし、保護領域がいかに広く捉えられるとについても全ての言語活動が表現の自由の保障のもとにおかれるわけではない。そこでは自ずと仕分けが必要とされる。また、一定の範囲を保障の埒外におく場合も、それ以外の内容規制は厳格審査基準を用いるとされるのが通常であるから、その意味で、二つの処方箋は相互補完的である。問われるべきは、いわゆる保護領域にどの程度の広がりを持たせるか、という点である。この問いへの回答は、表現の自由がなぜ保障され、どのような機能が期待されるか、という原理論(冒頭の「Why」の問い)と不可分である。

(2) 本稿が分析軸としてきた個別的衡量論と境界線論を区分けする発想自体は、ただ表現の自由のみに妥当するものではない。日本においては、例えば幸福追求権(あるいは自己決定権)をめぐる一段階画定説と二段階画定説の対立とパラレルである。この対立は憲法上の権利の保障根拠に関する認識の相違に直結するのであるが(人格的自律権説と一般的行為自由説の想定する人間像を想起すれば明らかである)、表現の自由に関する区別もまた、表現の自由の保障根拠の認識に基底されるところが大きい⁽¹⁸⁾。表現の自由を民主過程にのみ結び付けて考える立場であれば、憲法上保障される表現の範囲は極めて限定的なものとなるであろうし、自己実現の価値をも考慮に入れるとしても、自己実現を人格的な領域に限るならば、ある程度限定的なものとならざるを得ない。

所見では、思想の自由市場に期待を寄せる観点から、可能なかぎり表現の自由は広く・篤く保護されるべきであ

り、保護領域は広く認められるべきだと考える。多数者の選好によって「表現」の範囲が決定されることはあってはならない。しかし、一定の言語活動は表現保障の枠外としておく意味もまた、捨て去ることはできないように思われる（ただし、脅迫・詐欺など、ごく限定されるだろう）。この区別の基準として、他者（具体的な個人）危害を超えるものを立て得るかについては更なる検討が必要である。

2 本稿の結論と今後の課題

(1) 本稿はここまで、へ表現／行為区分論と「保護されない言論」という概念とを用いてヘイト・スピーチ規制を求める議論を検証してきた。そこから得られた当面の結論は次の二点である。

第一に、ヘイト・スピーチの現実の機能を「行為」という用語を用いながら説明する論理は言語行為論の影響を受けている。しかし、言語行為論という行為遂行性からへ表現／行為区分論のいう「行為」に直列的に結びつけることはできない。行為遂行性を強調する場合でも、発語媒介行為のそれと認識するのが妥当であって、そこで論じられることは通常ヘイト・スピーチの害悪として論じられることとほぼ同義である。憲法論としては、判例理論上、ヘイト・スピーチも表現の枠内のものと考えざるを得ない以上、対抗利益との慎重な衡量無しに結論を出すことは許されない。

第二に、対抗利益と表現の価値とを厳密に照らし合わせる際には、ヘイト・スピーチの特質に応じた場合分けが不可欠である。性格の異なるヘイト・スピーチを一括して論じることが非生産的である。その意味で、ヘイト・スピーチ（ないし差別的表現）の全体に対する規制の可否につき、一問一答式に解答すべきではない、と考えられる。

(2) 本稿は、表現規制を分析するにあたっての議論枠組みの設定について、その理論上の重要性に絞って検討を加えてきたため、ヘイト・スピーチ規制の可否についての結論を出すには至らなかった。この結論を出すためには、IV章末で簡単に示しておいた諸論点について、より詰めた分析を行わなければならない。また、結論として提示したのも、極めて常識的な範囲に留まっている。しかしながら、差別的表現規制について、アメリカのヘイト・スピーチ規制に関する判例・学説を整理・検討することに多くの力が向けられているわが国の今日の段階では、この程度の交通整理にも一定の意義はあるのではないかと考えている。⁽¹²⁷⁾

また、前節でふれたように、一定の類型は境界線論で対処することも考えられるべきとする筆者の立場からすれば、保護されない言論の判定要素の一つであるところの「低い価値の言論」という議論の分析が不可欠である。「低い価値」しかもたないことは保護されない言論の判定要素であると同時に、低い保護を受ける言論の判定要素⁽¹²⁸⁾でもある。また、わが国の憲法学は表現の自由論のなかで、わいせつや名誉毀損を説明する際に、それらが「低い価値の言論」であるとしばしば述べてきたが、この説明は、当該言論類型が保護されないことを示しているのか、あるいは保障の程度を左右することを示しているのか、十分に明らかにされてこなかったように思われる。かかる点の解明も、筆者にとって残された課題である。

注

(125) 新正幸「基本権の構成要件について」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念』（創文社、二〇〇四）一八三〜一八六頁。

(126) 高橋「審査基準論」前掲注（一）一六九頁。

(127) 芦部信喜も「わいせつ罪・名誉毀損罪などの刑罰法規に触れる疑いのある表現活動も、すべて『表現』から排除されるので

はなく、犯罪構成要件を厳格にしほり、表現者や被害者の社会的地位、表現媒体（たとえばわいせつ文書）の頒布・販売等の仕方を考慮に入れ、できるかぎり表現の自由の保障が及ぶように解釈することが要請される」（芦部『憲法学Ⅲ 人権各論（1）増補版』（有斐閣、一九九八）二四二頁）と述べていた。

(128) ドイツでは憲法典上「表現の自由」が保護されているのではなく、「意見表明の自由」「集会の自由」「芸術の自由」など複数の個別の自由権として規定されている。そのため、表現の自由の保護領域といっても一概に結論を得ることはできず、どの基本権によって保護されるのかは個別に争点となる。さらに、意見表明の自由には憲法典上限界が明示されていることにも注意が必要である。参照、小山剛「表現の自由の保護領域——基本権の区分に関する一考察——」法学研究七七卷二号（二〇〇四）一頁以下、杉原周治「基本権競合論——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として——」（二・完）広島法学二九卷三号二七頁以下、二九卷四号二二九頁以下（ともに二〇〇六）。

(129) 参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、二〇〇二）、同「基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾『論点探求 憲法』（弘文堂、二〇〇五）九四頁以下。差別的表現について、ドイツ判例における保護領域の範囲を扱った、上村都「意見表明の自由と集団の名誉保護」名城法学論集二五集（一九九八）四〇九頁も参照。

(130) 山口いつ子『思想の自由市場』理論の再構築——『言論の害悪』及び『言論と行為の区別』を分析視座として——「マス・コミュニケーション研究四三二号（一九九三）一四六頁以下は、〈表現／行為〉の区分論を表現の自由保障の一つの根拠とされる「思想の自由市場」論との関係で再検討している。

(131) かつて、このように差別的表現を細かく類型化して検討する必要が説かれたことがあった。参照、江橋・浦部・内野・横田『「差別的表現」は法的に規制すべきか』前掲注（21）二二～二四頁。近時のアメリカの議論を辿る研究の一部にもそうした態度をみてとることができる（小谷順子「アメリカ合衆国憲法修正一条下における十字架を燃やす行為の規制について RAV判決後の一考察」法学政治学論究三二二号（一九九七）五七一頁以下）けれども、再度別の視点からこのことを確認するべく本稿を執筆した。

(132) 営利的言論で用いられる四段階審査（セントラル・ハドソン・テスト）は内容規制であっても、その価値の故に、中間審査基準の一種を用いるものと考えられている。Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980). R.A.V.判決によれば、保護されない言論と呼ばれてきたものに（例外的に）適用される基準は厳格審査基準であったことと比較すると、R.A.V.以降の「保護されない言論」と「低い価値ゆえに低い保護の言論」とはどのように整

理されるべきであろうか。

〔付記〕 奈須祐治助教による二度の報告「言論の自由保障における『言論 (speech)』の外延——ヘイト・スピーチ規制の合憲性判断における言論／行為区分論 (speech/conduct distinction) の限界——」(二〇〇六年七月一日・於佐賀大学)、「言論の自由保障における『言論 (speech)』の外延について」(九三回九州公法判例研究会・二〇〇六年一〇月一四日・於九州大学)を拝聴する機会を得た。本稿と問題関心を共有しており、多くの教示を得た。