

社会的法益を根拠としたヘイトスピーチ規制の可能性

— J. ウォルドロンの理論とその批判 —

奈 須 祐 治

西南学院大学法学論集
第55巻 第1号 抜刷
2022年 6月 発行

社会的法益を根拠としたヘイトスピーチ規制の可能性

—— J. ウォルドロンの理論とその批判 ——

奈 須 祐 治

はじめに

ヘイトスピーチをめぐるウォルドロン (Jeremy Wardron) の理論は、日本でもその著書¹が邦訳されたこともあって広く知られるようになり、多くの学術論文でも検討が加えられている²。本稿において、このように既に日本で詳しく紹介、検討されてきたウォルドロンの理論を改めて扱うのは、以下の理由からである。

第1に、ヘイトスピーチに関するウォルドロンの理論をめぐる最新の理論動向の紹介を行うこと自体に意味がある。上記のウォルドロンの著作が2012年に公表されて以来、英語圏でこれを批判的に検討する多くの論文が書かれ、いくつかの論点が深く掘り下げて検討された。ところが、これらの論文は重要な学問的意義があるにもかかわらず、日本でほとんど研究されていないのである。第2に、不特定人に向けられたヘイトスピーチの、社会的法益を根拠とした規制の可能性を再検討する必要がある。この種の規制は規制積極論者によってなお強く主張されているが、同時に最も論争的なものである。ウォルドロンの理論の最大の特徴は、この種の規制の理論的基盤を提示しようとしたことである。ウォルドロンの理論が批判に耐えうるものなの

1 JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH (2012) (ジェレミー・ウォルドロン (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))。以下、単に「著書」という場合、この著書を指すものとする。本稿でこの著書の訳を掲載する場合には、原則として邦訳書の訳文に依拠するが、一部の訳に修正を加えている。

2 最近のものとして、玉蟲由樹「ヘイトスピーチと尊厳」松垣伸次=奈須祐治編著『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』157頁 (法律文化社, 2021) 参照。

か、改めて考察する意義は大きい。

本稿は次のような構成をとる。1において、上記の著書で展開されたウォルドロン¹の議論の概要を示す。2において、ウォルドロン²の議論に対して、英語圏の学界で展開された批判を概観する。具体的には、ヘイトスピーチの言語行為としての構成、ヘイトスピーチと害悪の因果関係、ヘイトスピーチに対する制裁、ヘイトスピーチ規制による民主的正統性の損傷という4つのテーマに分けて、批判説を紹介する。これらの批判説の検討を通して、ウォルドロン³の議論の限界と可能性を明らかにすることを目指す。3では、ウォルドロン⁴の説を基礎にして、不特定多数に向けられたヘイトスピーチの規制を唱える日本の学説を紹介したうえで、これらの説の限界を明確にする。ここでは、今後の日本におけるありうる規制のあり方や望まれる議論の方向性を示したい。

1 ウォルドロン⁵のヘイトスピーチ規制論

ウォルドロン⁶の理論については、その著書の邦訳もあるうえ、既に多くの論者による紹介があるため、ここでは簡単に叙述するにとどめる。なお、ウォルドロン⁷の著書は多様な論点を扱っているが、ここでは本稿の関心に関わる部分に限って要約することとする。

ウォルドロン⁸は、マイノリティを誹謗する言論が流布されることにより社会の環境が汚染され、マイノリティの日常生活における「安心 (assurances)」が脅かされるという。そしてそれにより、マイノリティの市民としての地位の格下げがなされると論じる。ウォルドロン⁹はこの市民としての地位を意味するものとして、「尊厳 (dignity)」という言葉を用いる。ヘイトスピーチは尊厳を毀損するものであり、法的規制に値するのである³。

ヘイトスピーチ規制論議においては、ヘイトスピーチがいかなる害悪を生むのが争点となる。この点、ウォルドロン¹⁰のいう安心は「正義の基礎 (fundamentals)」の一部であるとされ、身体・精神への危害等の具体的

3 See WALDRON, *supra* note 1, at 4-5 (邦訳5-7頁)。

つ実体的な害悪とは区別されている⁴。また、ウォルドロンは「集団的名誉毀損 (group libel)」という概念を多用するが、ここでいう「名誉」も個人個人の社会的評判という個別化された法益ではなく、「社会的地位の基礎 (basics of social standing)」を意味する⁵。ウォルドロンは、ヘイトスピーチ規制法の究極的関心は個人的法益の保護であることを示唆するが⁶、ヘイトスピーチが社会に徐々に蓄積することで環境を汚染し、マイノリティの日常生活の安心を奪うという側面に主たる問題を見出していることを踏まえると、第1に社会的法益の保護を念頭に置いていると考えるべきである。

ウォルドロンは市民の地位を意味する「尊厳」の概念を理論の核に据えているが、尊厳という言葉はそもそも多義的であるという難点がある。アメリカには言論の自由を尊厳に根拠づける学説や判例もある。この見解によれば、ヘイトスピーチの文脈では尊厳と尊厳が衝突することになり、規制の根拠として尊厳を援用しても問題の解決を導かない⁷。これに対し、ウォルドロンは尊厳という言葉自体には強いこだわりを示しておらず、尊厳概念が混乱を呼ぶのなら自身の議論の中身のほうに目を向けてほしいと述べている⁸。これに関し、尊厳概念の多義的な意味を構造的に捉え、ヘイトスピーチの害悪の性格を示す方向性や、尊厳概念の多義性を受け入れたうえでその核心部分の把握に努め、その部分を侵害するヘイトスピーチの類型を探る方向性もありえよう⁹。しかし、ウォルドロン自身がそのような可能性を探求していないため、本稿ではこれ以上立ち入らない。

ウォルドロンはロールズ (John Rawls) の「秩序だった社会 (well-ordered society)」の概念を用いつつ、ヘイトスピーチが秩序だった社会の視覚的側面を損なうことに懸念を示す¹⁰。そのため、口頭の言論よりも文字になった

4 See *id.* at 92, 179 (邦訳109, 213頁).

5 See *id.* at 56-57 (邦訳67頁).

6 See *id.* at 56 (邦訳67頁).

7 See Neomi Rao, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 183, 213-14 (2011).

8 See WALDRON, *supra* note 1, at 139 (邦訳166頁).

9 拙稿「ヘイトスピーチと「個人の尊厳」」西南学院大学法学論集53巻4号93頁 (2021) 参照。

10 See WALDRON, *supra* note 1, at 65-66 (邦訳77-78頁).

言葉のほうを重視している¹¹。ただ、口頭の言論でも環境の一部を形成する永続性をもつ可能性があることを認めている¹²。ウォルドロンは、規制の形態として主に刑事規制を想定しているようである。たとえばウォルドロンは、憎悪煽動に比較的重い刑事罰を科すイギリスの1986年公共秩序法(Public Order Act 1986)を著書の中で何度か取り上げている¹³。

ドゥオーキン(Ronald Dworkin)によれば、「上流」におけるヘイトスピーチ規制は話者による公的討論への参加を阻み、「下流」における差別禁止法等のマイノリティを保護する法律の民主的正統性を損なう。たとえば差別禁止法が制定されるとき、ヘイトスピーチを含む口汚い異議が遮断されていけば、その法律の民主的正統性が奪われることになるというのである¹⁴。これに対し、ウォルドロンはこうした民主的正統性の損傷は、全か無かの問題ではなく程度問題であると論じる。悪質なヘイトスピーチに限定して規制するだけならば、特定の立法に異議を述べる人々の発言の機会が奪われるわけではないので、正統性の損傷の程度は低いというのである¹⁵。

ヘイトスピーチの規制論議では、どの集団属性を立法で保護するのかが争われる。ウォルドロンが著書において主に扱っているのは人種であるが、人種に加えて宗教も保護すべき属性に含めうることを示唆しており¹⁶、これに加えて性的指向にも若干の言及を行っている¹⁷。とはいえ、ウォルドロンは、この属性の選別という問題について著書の中で詳しく語っていない。ただ、ウォルドロンは人種に関しては、各人種の地位や優劣の問題は既に真剣な論

11 See *id.* at 37-38 (邦訳44-45頁).

12 See *id.* at 72 (邦訳85頁).

13 See *e.g., id.* at 8, 149 (邦訳10, 178頁).

14 See *id.* at 173-75 (邦訳207-9頁). ドゥオーキンの議論について、Ronald Dworkin, *Foreword*, in *EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY*, (Ivan Hare & James Weinstein eds., 2009), at v 参照。「上流」・「下流」という表現は、立法過程を川の流に喩えたもので、法律が提案・審議される段階を「上流」、法律が制定された後の段階を「下流」と呼んでいるようである。

15 See *id.* at 186-92 (邦訳221-28頁).

16 See *id.* at 130 (邦訳156頁).

17 See *id.* at 65, 116 (邦訳76, 137頁). ヘイトスピーチ規制法により保護される属性について論じるものとして、村上玲「ヘイトスピーチ規制と保護属性」松垣=奈須編著・前掲註(2)120頁参照。

争の対象となる時代は終わったとする議論を行っている¹⁸。

このウォルドロンの理論の意義は、ヘイトスピーチの規制を支持する立場から、その理論的基礎づけを図ったことにある。もちろんウォルドロンの著書刊行以前から、ヘイトスピーチ規制を主張する学説は数多くみられた。しかし、特定の個人に対するヘイトスピーチや、公共の場でマイノリティの面前でなされるヘイトスピーチ等、限定されたヘイトスピーチの規制の合憲性を支持する論者は多くいたものの、不特定多数に対するヘイトスピーチ全般の規制を支持する論者はアメリカでは多くなかった。しかも、特にそのようなタイプのヘイトスピーチを、社会的法益を侵害することを論拠に規制できることを、説得力をもって正当化する議論は英語圏全体でみても存在しなかった。ウォルドロンの学説は、社会的法益による規制正当化論を体系的に理論化したという点に最大の特徴がある。

2 ウォルドロンに対する批判

上述したウォルドロンの理論に対しては、多くの批判が表明されてきた。ここでは、そのうち主要なものを紹介、検討したい。

①言語行為としてのヘイトスピーチ

ウォルドロンは、ヘイトスピーチがマイノリティの安心を脅かし、その尊厳が毀損されるという議論を行っていた。これは、ヘイトスピーチがこうした害悪を生み出すという「帰結」に着目していると理解するのが自然であるが、ウォルドロンはこの害悪の性格について著書の中で異なった説明も行っており、混乱を呼んでいる。

この点についてはバレント（Eric Barendt）が指摘を行っている。バレントは、ウォルドロンの議論が、ヘイトスピーチが害悪という帰結を生むことを問題にしているのか、それが害悪そのものを構成することを問題にしてい

18 See *id.* at 192-97 (邦訳 228-34頁).

るのが不明確だという。バレントによれば、ウォルドロン¹⁹の尊厳毀損という害悪は、経験的証拠によって証明されるタイプの害悪ではなく、ヘイトスピーチがもたらす可能性のある影響に着目したものである。その意味でウォルドロンは、「弱い形態の帰結主義的議論 (weak form of consequentialist argument)」を行っているのだとされる¹⁹。

ところが、ウォルドロンはベイカー (C. Edwin Baker) の批判に応答する中で次のように論じている。「本書で強調される害悪はしばしば、単に言論によって引き起こされるものではなく、むしろ言論によって構成されるものである」²⁰。ヘイトスピーチが安心の感覚を損なう「側面において、ヘイトスピーチが行っていることは、主として遂行的である」。マイノリティの安心が損なわれるときに問題となるヘイトスピーチの「害悪は、安心の打ち消しそのものであり、その安心の打ち消しは言語行為である」²¹。

バレントによれば、このような言語行為としての性格づけは、弱い形態の帰結主義と矛盾する。ウォルドロンはヘイトスピーチの害悪の性格について曖昧な説明を行っているというのである²²。仮にヘイトスピーチがそれ自体害悪を構成する言語行為なのであれば、言論の自由を保障する合衆国憲法第1修正の保護領域外にあるとも考えられる。しかし、ウォルドロンはこうしたアプローチを拒絶し、あくまでヘイトスピーチを保護領域内に置いたうえで規制根拠としての害悪を検討すべきだと考えている²³。

こうした指摘を行ったうえで、バレントはヘイトスピーチを言語行為として規制する可能性を検討する。バレントは第1に、オースティン (John L. Austin) の言語行為論を拡張的に解釈し、ヘイトスピーチが脅迫や警告のメッ

19 See Eric Barendt, *What Is the Harm of Hate Speech?*, 22 *ETHIC. THEORY MORAL PRAC.* 539, 544 (2019).

20 See WALDRON, *supra* note 1, at 166 (邦訳198頁) [傍点部分は原文イタリック]。

21 See *id.* at 166-67 (邦訳198-99頁)。言語行為論の観点からヘイトスピーチ規制を論じる先行業績として、梶原健佑「ヘイト・スピーチと「表現」の境界」九大法学94巻49頁(2007)参照。またウォルドロン¹⁹の議論に即した分析として、本多康作「差別発言の発話行為論的分析—H.L.A. ハートの法理論を補助線に用いて」法哲学年報[2017] 187頁(2018)参照。

22 See Barendt, *supra* note 19, at 544-45.

23 See WALDRON, *supra* note 1, at 147 (邦訳175頁)。

セージを聴衆に伝達することをもって発語内の力をもちうとする説、すなわち、ヘイトスピーチが脅迫や警告等の行為をなすものだとする説の問題点を指摘する。バレントによれば、こうした説をとった場合、価値のある政治的言論を含むきわめて広範な言論が言語行為とみなされかねない²⁴。第2にバレントは、レストランの店主が「白人に限る (Whites Only)」という掲示をする場合のように、一定の権限をもつ者による言論が差別行為と同視できるような場合に、これを言語行為とみなす説を取り上げる。バレントは、典型的なヘイトスピーチはこうした権限なしに伝達されるため、この意味の言語行為に該当しないと論じる²⁵。こうした考察を踏まえバレントは、ウォルドロン理論はやはり、主として弱い形態の帰結主義に基づくものとしか解せないと結論づける²⁶。

このバレントの指摘は的を射たものといえる。そもそもヘイトスピーチを言語行為と性格づけられるのは、上述の「白人に限る」の例のように差別行為と同視できる場合等に限定されるだろう。それ以外の場合には、あくまでヘイトスピーチが生みだす害悪の観点から、規制の可能性を検討せざるをえない。ウォルドロン議論も、帰結主義に立つものと理解すべきである。

ウォルドロンのベイカーへの批判の中には、もう一つ矛盾を孕んだ議論がある。バレントのいうようにウォルドロンが帰結主義の議論を行っているとしても、ヘイトスピーチの害悪が発生する経路として2通りがありうる。すなわち、聴衆であるマイノリティに直接害悪を生むタイプのもの（直接的害悪）、公衆に流布され、憎悪や偏見が助長された結果、マイノリティに害悪が加えられるタイプのもの（間接的害悪）である²⁷。

ウォルドロンはヘイトスピーチの害悪を、長期的に蓄積し、環境を汚染するものと特徴づけている。そうなると、ウォルドロンは主に間接的害悪を想定しているの考えるのが自然である。しかし、ウォルドロンはヘイトスピー

24 See Barendt, *supra* note 19, at 547-48.

25 See *id.* at 548-49.

26 See *id.* at 551-52.

27 拙稿「ヘイト・スピーチ規制法の違憲審査の構造—「害悪アプローチ (harm-based approach)」から」関西大学法学論集59巻3・4号88頁（2009）参照。

チが直接的害悪を生むことを強調している。ベイカーは、ヘイトスピーチの害悪が聴衆の精神の媒介によって生じるものであり、違法行為を行う聴衆ではなく話者の言論に制約を加えるべきでない」と論じた。これは聴衆の自律に対する政府のパターナリズムに基づく介入を嫌い、聴衆が違法行為をなしたときに初めて介入がなされるべきだとするものである²⁸。

ウォルドロンはこれに対する批判の中で、次のように述べている。「ある者が『黒人は全員アフリカに送り返されるべきだ』といった言葉を用いるのは、聞き手の心に、黒人は全員アフリカに送り返されるべきだというのが話し手の見解であることを伝えたいときである。脆弱なマイノリティの成員である聞き手は、この理解の連関の中で役割を果たしはするが、それはひとたびその騒音が意味のある言論と理解されたならば、慣例的に規定される役割である。」ウォルドロンは、マイノリティである聞き手が自律を行使することによって、この言論のメッセージを文字通り受け止めることも反対の意味に理解することも可能であるというのは馬鹿げた想定だとして、ベイカーの議論を批判する²⁹。また、ウォルドロンは自身のいう安心の侵害を煽動による害悪と区別すべきだとしたうえで、マイノリティの安心の打ち消しは、聴衆の精神を媒介して生じる必然性はないという。そして、「その言語行為は、他の人種主義者がそれに影響を受けようが受けまいが、安心の打ち消しを構成する」と述べている³⁰。

このように、ウォルドロンは自身の主張するヘイトスピーチの害悪が直接型であることを示唆している³¹。確かにこのような直接型の害悪を根拠とする場合、言論と害悪の複雑な因果関係に拘泥する必要がなくなるというメリットはある。しかし、ウォルドロンがヘイトスピーチの害悪を、長期的に蓄積し、環境を汚染するものと性格づけていることを考えると、ヘイトスピーチ

28 See WALDRON, *supra* note 1, at 168-69 (邦訳200-1頁) (citing C. Edwin Baker, *Harm, Liberty, and Free Speech*, 70 S. CAL. L. REV. 979, 990-91 (1997)).

29 See *id.* at 170-71 (邦訳202-4頁).

30 See *id.* at 169 (邦訳201頁).

31 See Robert Mark Simpson, *Dignity, Harm, and Hate Speech*, 32 LAW AND PHILOSOPHY 701, 722-24 (2013).

の害悪が、マイノリティである聴衆が直接見聞きすることにより発生するという単純な構造で理解すべきでない。無数の聴衆がヘイトスピーチを内面化したり、それに影響を受けて差別的な行為に出たりすることによっても環境の悪化が生じうると考えるべきだろう³²。

ウォルドロンは直接型・間接型の害悪分類に関し、詳しい議論を行っていないが、ウォルドロンの問題にするヘイトスピーチは、直接型の害悪だけでなく、間接型の害悪をも生むものと理解するのが自然だろう。

②ヘイトスピーチと害悪の因果関係

先にみたように、ヘイトスピーチは害悪それ自体というよりは、害悪を生み出すものである。また、ヘイトスピーチは直接型の害悪だけでなく、間接型の害悪も生み出す。一般に直接型の害悪の場合、言論と害悪の因果関係は単線的であり比較的単純であるが、間接型の害悪は因果関係が複雑になる。1で示したように、ウォルドロンは、精神や身体への危害のような実害ではなく、マイノリティの日常生活の安心を脅かすことによる尊厳の毀損を問題にしていた。この安心の損傷という害悪はきわめて抽象度が高いため、いっそう因果関係を明確にしづらい。

シンプソン (Robert Mark Simpson) は、ウォルドロンの理論にはこの因果関係に関して問題があると指摘する。シンプソンは概ね次のような説明を行う。ヘイトスピーチの害悪としては間接型のほうがより深刻である。ヘイトスピーチが問題となるのは、ヘイトスピーチにおいて表明される内容を聴衆が内面化するときである。ヘイトスピーチは、社会の中のマイノリティを抑圧する風潮を反映するようになるときに真の力を獲得する。政治共同体に自身への侮辱や敵意を感じている他者がいるという知識自体が安心を侵食する。この知識は、過激な態様によってだけでなく、間接的で遠回しな態様によっても伝達される。そのためウォルドロンが想定するような、過激なヘイトスピーチに限った規制がこの知識を緩和するとは限らない。ウォルドロ

32 See *id.* at 724.

ンがというような規制が有効であるというためには、さらなる実証的根拠が必要である³³。

類似の指摘はブラシ (Vincent Blasi) によってもなされている。ブラシによると、ウォルドロンが規制対象として想定する過激なヘイトスピーチよりも、穏健なものの方が問題は大きい。穏健なヘイトスピーチは過激なものに比べ周縁化されにくいいため、マイノリティの安心という公共善は、マイノリティの平等な地位を否定する内容の表現が穏健に伝達されたときにこそ問題になる。ウォルドロンはヘイトスピーチが社会の外観を損なうというが、ヘイトスピーチが尊重に値するものとして提示されたときにこそ、この外観の変更が起こる可能性が高い³⁴。「市民的地位に関して必要とされる、基礎的な正説に対する穏健な批判は、節度を欠いた批判よりも破壊的なのである」³⁵。

これらの批判はウォルドロンの理論の難点を正当に指摘している。シンプソンのいうように、安心の毀損は多様な要因によって生じるのは十分にありうることであり、悪質なヘイトスピーチに限定した規制によって問題が大幅に改善するとは思われない。ウォルドロンのいう安心の毀損という標的はあまりに広範かつ曖昧であるため、悪質性による限定が恣意的になってしまうという問題もある。すなわち、最も安心を脅かすヘイトスピーチだけを類型化し、規制の対象にしようとしても、安心や地位という概念が明確性を欠くため、何が最も「悪質」なのかがはっきりしない。

33 *See id.* at 724-25. シンプソンは上述の内容を別の論文でより詳しく展開している。Robert Mark Simpson, 'Won't Somebody Please Think of the Children?': *Hate Speech, Harm, and Childhood*, 38 *LAW AND PHILOSOPHY* 79 (2019). シンプソンによると、ヘイトスピーチが体系的な物質的、制度的不平等を正統化し、かつ常態化することにより、社会を階層化するという害悪に寄与するという仮説は、上述のようにヘイトスピーチと害悪との因果関係が複雑であるがゆえ、成り立ちにくい。*See id.* at 15-19. 一方、シンプソンは、聴衆が子どもである場合はこの仮説が成立する可能性があるとして論じる。子どもが聴衆になるという想定でエビデンスを見出すことができれば、規制は十分にありうるというのである。*See id.* at 19-26.

34 *See Vincent Blasi, Hate Speech, Public Assurance, and the Civic Standing of Speakers and Victims*, 32 *CONST. COMMENT.* 585, 585-86 (2017).

35 *See id.* at 590.

また、ブラシのいうように穏健なヘイトスピーチこそが問題の主因であるとすれば、そもそもより悪質なものに限定して規制することが、政策としての適切さを欠くという批判が妥当する。むしろ政府言論のような非規制的な施策のほうが、安心を損なう言論を広く対象にして、柔軟な対処をすることができる可能性もある。

シンプソンとブラシの批判は、安心の毀損という結果を生む原因となる言論の特定化の困難、すなわち因果関係の明確性の問題を示すものである。ウォルドロンはこの点を認識していたからこそ、上記のように、自身の問題にする害悪を直接型のものとして説明する混乱に陥った可能性がある。しかし、既述のように、ウォルドロンの問題にするヘイトスピーチの害悪はもっぱら直接型であると説明するのは無理があろう。

③ヘイトスピーチに対する制裁

先にみたように、ウォルドロンは著書や論文の中で、自身の提唱する理論を具現化するものとして、イギリスの1986年公共秩序法の憎悪煽動罪を好意的に取り上げている。この法律では最大で7年の自由刑というかなり重い制裁が定められている（27条3項）。ウォルドロンが主に規制対象に想定するヘイトスピーチは、このような制裁を正当化するだろうか。

ベイカー（Dennis J. Baker）らはこれを否定する。ベイカーらの説明は次のようなものである。ウォルドロンはヘイトスピーチが環境を汚染するという説明をしていた。多数の主体による行動は、個々にみれば小さな害悪しか生まなくても、それが蓄積した結果、大きな環境汚染に至る可能性がある。しかし、汚染に寄与する個々人は蓄積されて生じた汚染全体ではなく、自身の寄与度に応じた処罰を受けるべきである³⁶。ヘイトスピーチの発話者を自由刑により刑務所に収容するべきではなく、法違反者に罰金の支払いを求め、支払われなかった場合にのみ訴追される仕組みである反則金通告（penalty

36 See Dennis J. Baker & Lucy Zhao, *The Normativity of Using Prison to Control Hate Speech: The Hollowness of Waldron's Harm Theory*, 16 NEW CRIM. L. REV. 621, 625-26 (2013).

notice) の制度の利用が適切である³⁷。

ベイカーらは、ヘイトスピーチがマイノリティの社会参加への障害のような実体的害悪を生む現実の危険があるときにのみ、自由刑を伴う処罰が可能であるという。ベイカーらによれば、イギリスやアメリカのような国でこのような参加の障害という状況は生じていない³⁸。

このベイカーらの批判は、上述のシンプソンとブラシの指摘する因果関係の問題と密接に関係している。マイノリティの安心を脅かす外観が形成されるという結果を想定した場合、ヘイトスピーチの結果への寄与如何に加え、寄与の程度も問題になる。ウォルドロンが長期的に蓄積する害悪を問題にしていることを考えると、個々のヘイトスピーチの寄与の程度は小さいと考えられる。他方で、ウォルドロンは悪質なヘイトスピーチに限定した規制を唱えているため、厳しい制裁も正当化できそうに思える。しかし、上述のように安心の毀損や地位の格下げという結果が曖昧なため、悪質なものに限定する際の指標を欠いている。そのため、このような限定によって真に自由刑に値する言論を範疇化できるのかは疑わしいだろう。また、安心の損傷が真の問題なのであれば、その一因であるヘイトスピーチのうちの、悪質な一部のものに絞って刑事規制で対応するよりも、政府言論を含む非規制的手段を用いて、原因となる言動に広く対応していくほうが良いようにも思える。

ベイカーらは、ウォルドロンの理論から社会参加の障害という実体的害悪を読み込むことによって、自由刑に値する言論の特定の可能性を考えた。しかし、ベイカーらは、こうした障害は経験的に生じていないと判断するのである。このようなヘイトスピーチの害悪をめぐる経験的証拠の問題は、後述のゲルバー (Katharine Gelber) らの議論の紹介の中で振り返る。

④ヘイトスピーチ規制による民主的正統性の損傷

1でまとめたように、ドゥオーキンがヘイトスピーチ規制法による民主的正統性の損傷という難点を指摘したのに対し、ウォルドロンはこの正統性の

37 See *id.* at 622-23.

38 See *id.* at 646-53.

損傷は程度問題であり、規制の対象を悪質なものに限定すれば正統性の問題は大きくないと反論していた。確かに規制の対象がこのように限定されていれば、過激な言葉を用いることなく反差別政策や移民政策等に異議を述べることは可能であり、民主的プロセスへの参加を阻害される程度は小さい。特に悪質な言動を用いる一部の異議申立人に対し差別禁止法を適用しても、民主的正統性の問題は大きくないだろう。この点では、ウォルドロンの見解のほうに説得力があったと思われる。

しかし、その後この問題をめぐって議論が交わされ論点が深められ、さらなる検討課題が明らかになった。ここでは、ヘイトスピーチ規制による民主的正統性の損傷の問題、特に上述のウォルドロンとドゥオーキンの論争をテーマにした、CONSTITUTIONAL COMMENTARY 誌上の特集に寄せられた論文を中心に扱う。この特集は、ウェインスタイン (James Weinstein) のリード論文に始まり、アメリカ、イギリス、オーストラリアの8人の論者による論文の後、ウォルドロンの応答論文が続き、最後にウェインスタインの応答論文が掲載されるという構成をとっている。ウェインスタインは基本的にドゥオーキンの理論を支持する立場に立ち、ウォルドロンの理論を批判している。これに対し、ウォルドロンは反論し、ヘイトスピーチ規制による正統性損傷の問題は小さいとする以前の立場を堅持している。

(a) 正統性損傷の類型

ウェインスタインはウォルドロンの議論を参照しつつ、次のように正統性の損傷を類型化する³⁹。政府が統治権を行使するとき、とりわけ法令を執行するための強制力を用いるとき、政治的正統性が条件となる。この正統性は、記述的／規範的正統性に区別される。記述的正統性は、権力を行使する政府が実際にその権力行使の資格をもつ、または政府が定めた法律に従う義務があると国民が信じるときに確保されるものである。この意味の正統性は当為ではなく現実社会の存在の問題である。各個人の主観の次元において、遵法

39 See James Weinstein, *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*, 32 CONST. COMMENT. 527, 533-35 (2017).

義務の感覚が確保されているときに正統性の存在が肯定される。規範的正統性は、政府に統治権行使の資格を与える客観的基準、とりわけ法に従う義務を生み出す客観的基準、または法を執行するための強制力使用を正当化する客観的基準に関わる。個々人がどのような遵法意識をもっているかは関係なく、政府の権力行使がこの基準を満たした場合にのみ正統性を認められることになる。ウェINSTAインはヘイトスピーチ規制の文脈で、記述的／規範的両レベルの正統性を問題にしている。

なお、規範的正統性を欠いた権力行使は不正になるが、ウォルドロンはこの意味の正統性の損傷は程度問題であり、ヘイトスピーチ規制がなされたからといって、ただちに関連する法律の正統性が完全に失われ、その法律に従う義務が無くなるわけではないと説いていた。ウェINSTAインも、規範的正統性の損傷は程度問題と考えている。また、ウェINSTAインは規範的正統性の損傷があった場合、法律に従う法的義務よりも政治的義務が問題になり、かつ法執行の道徳性が問題になると考えている⁴⁰。それゆえ、たとえば差別禁止法の民主的正統性が損なわれた場合でも、差別禁止法に違反する行為を公然と行ったり、差別禁止法の執行を妨げたりすることが法的に認められるとは考えられていない。

次に、ウェINSTAインは正統性の損傷を、法制度全体の正統性の損傷と、特定の法律の正統性の損傷に区別している。上記のようにドゥオーキン は後者のレベルの正統性を問題にし、上流のヘイトスピーチ規制によって、下流の法律の正統性が損なわれると論じていた。ウェINSTAインも特定の法律、とりわけ差別禁止法の正統性の損傷（その法律に従う義務・その法律を執行する道徳性への影響）を問題にしている⁴¹。ただし、ウォルドロンの認識では、ドゥオーキンは差別禁止法というひとつの法律の正統性が損傷されるとはいつておらず、より広範な下流の法律への影響を問題にしていた点でウェINSTAインと異なる⁴²。

40 See *id.* at 546-49.

41 See *id.* at 535.

42 See Jeremy Waldron, *The Conditions of Legitimacy: A Response to James Weinstein*, 32 CONST. COMMENT. 697, 705-6 (2017).

このほか、ウェインスタイン自身が明確にしたものではなく、ウォルドロンによるウェインスタイン説の評価の中で示されたものとして、正統性の損傷が問題になるのは、実際に下流の法律の適用を受ける特定個人のレベルなのか、法律の名宛人である国民全体のレベルなのかという区別がある。ウォルドロンによれば、ウェインスタインは前者のレベルを問題にしているが、このような理解は法の支配の概念と矛盾するものである⁴³。

(b) 正統性損傷の内容と程度

ウェインスタインは、上記のように記述的／規範的両レベルの正統性を、そして、法制度全体の正統性よりも特定の法律、とりわけ差別禁止法の正統性を問題にしていた。ここでは、ウェインスタインのいう正統性の損傷をより詳しくみていきたい。

限定されたヘイトスピーチ規制による正統性の損傷の程度は小さいとするウォルドロンの主張⁴⁴に対し、ウェインスタインは次のように反論する。第1に、ヘイトスピーチは喧嘩言葉や冒瀆的表現とは違い、本来的に観点差別的に機能する。こうした観点差別的な効果のゆえ、過激な表現に限定された規制であっても下流の法の正統性により大きな損傷を与える⁴⁵。ウェインスタインの理論の中で、観点差別禁止原則は重要な位置を占める。観点差別的な制約は、その観点を表明したいと望む個人の、平等な政治参加に対する基

43 *See id.* at 706.

44 本稿では詳しく取り上げないが、悪質な態様のヘイトスピーチに限定した規制であれば、正統性の損傷の問題が大きくないというウォルドロンの議論に対しては、表現態様は表現内容と不可分であるという批判がポストとハインズによってなされている。See Robert C. Post, *Legitimacy and Hate Speech*, 32 CONST. COMMENT. 651, 655-56 (2017); Eric Heinze, *Taking Legitimacy Seriously: A Return to Deontology*, 32 CONST. COMMENT. 631, 639-43 (2017)。ウェインスタインも表現態様の規制が思想表明を相当程度阻害すると考えるが、ポストとハインズのように態様と内容が不可分であるとまではいえないという。See James Weinstein, *Viewpoint Discrimination, Hate Speech, and Political Legitimacy: A Reply*, 32 CONST. COMMENT. 715, 747, fn. 126 (2017)。

45 *See Weinstein, supra note 39*, at 545-46。特定の観点や見解を標的にした規制や、それらの差別的な取り扱いは、連邦最高裁によって第1修正の典型的侵害とみなされてきた。拙稿「表現の自由保障における内容中立性原則 (Content Neutrality Principle) の一考察—アメリカの判例・学説を素材として」法学ジャーナル74号481-97頁 (2003) 参照。

本的な利益を侵害することになるというのである⁴⁶。このような表現の自由を行使する主体である個人の地位を重視するウェインスタインの議論は、ヘイトスピーチを受けるマイノリティ個人の地位を重視するウォルドロン、ゲルバー、ブラウン(Alexander Brown)らの議論と対照的である。この点は後述の(d)の論点にも関わる。

第2に、ヘイトスピーチ規制は、差別禁止法の記述的レベルの正統性に問題を生む。ウェインスタインは次のように説明する。上記のように、ヘイトスピーチ規制法は観点差別の性格を帯びる。ヘイトスピーチ規制法が、差別禁止法の定める措置に反対する者による、差別禁止法の保護対象の集団に対する差別的な言葉の使用を禁じながら、その措置を支持する者の罵りを禁じない場合、不公平なものとして受け取られる可能性が高い。そうすると、差別禁止法に反対する人々の差別禁止法への遵法義務の感覚が相当程度減退するか、場合によっては失われてしまうことになりかねない⁴⁷。

第3に、ヘイトスピーチ規制は差別禁止法の規範的レベルの正統性をも損傷する。ただし、この点については記述的レベルの正統性ほど大きな問題は生じないとされる。ウェインスタインは、この規範的レベルの正統性を、法に従う規範的義務と法執行の道徳性という2つに分けて説明する。まず前者に関しては、ウェインスタインがこのレベルの正統性として、法に従う政治的義務を問題にしていることを先に確認した。ウェインスタインは、政治プロセスに平等な主体として参加する機会が確保されている以上、法に従う政治的義務は推定されるという想定を出発点とする。仮にウォルドロンのいうように、ヘイトスピーチ規制が過激な言動のみを対象としたものであれば、そうした言動の使用は有害であり、マイノリティの地位を脅かすものである。うえ、マイノリティとその他の人々との間の関係に悪影響を及ぼす。他方で、差別禁止法に反対する者らは、差別禁止法への反対をそうした過激な言動を用いずに表明することができる。こうしたことから、ウェインスタインはそのような限定的なヘイトスピーチ規制であれば、政治的義務を相当程度減退

46 See *id.* at 540-1.

47 See *id.* at 546.

するか、場合によっては消失させるということまでは起こらないと認める⁴⁸。同様に、ウェINSTAインは差別禁止法の執行の道徳性が失われることもないという。ただ、ヘイトスピーチ規制法の観点差別的な効果を踏まえると、差別禁止法の正統性への影響はウォルドロンがいうほど小さくはないとも指摘される⁴⁹。

以上をまとめると、ウォルドロンのいう限定的なヘイトスピーチ規制法が設けられた場合、ウェINSTAインによれば、記述的レベルでの正統性損傷は深刻だが、規範的レベルではそれほどの問題は生じない。ウェINSTAインはこれらを総合的に判断した結果、ヘイトスピーチ規制の費用が便益を上回ると結論づけている⁵⁰。

(c) 規制の濫用による問題

ここまでの叙述では、ウェINSTAインの議論はウォルドロンとそこまで距離があるようにみえないが、ウェINSTAインはこれに加え、ヘイトスピーチ規制法は諸国の実際の運用においてウォルドロンのいう過激な言動への限定がなされておらず、しばしば濫用を生んでいると指摘している。ウェINSTAインは、現代の民主政国家では、特に同性愛に批判的な言論の制約においてこうした不当な言論制約が起きていると指摘する⁵¹。

ウェINSTAインによれば、こうした運用がなされた場合、正統性の損傷は深刻なものとなる。第1に、記述的レベルの差別禁止法の正統性が損傷される。性的指向に基づく差別を禁じる法律が多くの国で制定されているのは歓迎すべきだが、これらの法律の制定過程での議論において、一部の人々の見解表明が阻害されていたならば、下流にある多くの差別禁止法への政治的遵守義務の感覚が低減し、場合によって消失する⁵²。

第2に、規範的レベルの差別禁止法の正統性にも問題が生じる。まず同性

48 *See id.* at 546-48.

49 *See id.* at 548-49.

50 *See id.* at 549, fn. 90.

51 *See id.* at 552-62.

52 *See id.* at 563-64.

愛の不道徳性等を穩健に表明することさえ制約された場合には、差別禁止法の政治的な遵法義務は、消失してもおかしくはない。同性愛批判は過激なものから穩健なものまで様々だが、制約が後者の方向に向かうほど政治的遵法義務が低減する。次に差別禁止法の執行の道徳性という点でも問題が生じる。異議を唱える者に強制力を伴う法執行をするのを正当化するには、その人に立法過程に参加する十分な機会を与えることが必要である。確かに差別禁止法の道徳的重みにより、通常はこうした法執行も正当化されうるが、差別禁止法が信教や良心の自由等の権利と衝突する場合のような、差別禁止法の道徳的重みが曖昧になるケースには、法執行は不道徳なものとなりうる⁵³。

このように、ウェインスタインは過激な言動に限定されたヘイトスピーチ規制に関してはウォルドロンの議論に大きな間違いを見出さないが、そのような限定は実際には働かないと考える。そして、運用の中で広範な言論が制約される場合には、正統性の損傷に大きな問題が生じるというのである。ウェインスタインは特にウォルドロンがほとんど著書で扱わなかった同性愛差別表現において、こうした懸念が大きくなると考えている。

こうしたウェインスタインの批判への反論において、ウォルドロンはヘイトスピーチ規制による正統性の損傷は特定の法律ではなく法制度全体のレベルで問題になるものとしたうえで、その影響は無視できるほど小さいと主張する⁵⁴。また、ウォルドロンによれば、問題となっているヘイトスピーチ規制がその内容において正当化可能であれば、法制度全体のレベルの正統性損傷も問題にならない⁵⁵。この問題は内容の正当性に還元できるとするもので、シフリン (Steven H. Shiffrin) も同じ見解を表明している⁵⁶。ウォルドロンは、ヘイトスピーチ規制法が濫用されてきたというウェインスタインの批判に対しては、ウェインスタインの持ち出す1986年公共秩序法5条はヘイトクライムの規制を行うもので、典型的なヘイトスピーチ規制を行う18条と

53 See *id.* at 564-74.

54 See Waldron, *supra* note 42, at 710-11.

55 See *id.* at 712.

56 See Steven H. Shiffrin, *Hate Speech, Legitimacy, and the Foundational Principles of Government*, 32 CONST. COMMENT. 675, 678 (2017).

は異なるという反論をしている⁵⁷。

以上をまとめると、まずヘイトスピーチ規制法が悪質なものを標的にするように限定されている限りでは、ウェINSTAインとウォルドロンとの間に若干見解の相違があるものの、大きな相違はない。焦点になるのは、ヘイトスピーチ規制法が濫用される場合である。ウェINSTAインはこの場合に正統性の損傷が大きいと論ずるが、ウォルドロンはウェINSTAインの援用するイギリスの法律の例が不適切だというだけで、あまり詳しい実例の議論に及んでいない。

この点に関し、1986年公共秩序法5条は明らかにヘイトスピーチ規制法として使われてきたので、これをヘイトスピーチの領域と切り離すウォルドロンの議論は適切ではない⁵⁸。他方で、ウェINSTAインの濫用の実例も世界中にヘイトスピーチ規制法が長年存在することを考えると、わずかな例を挙げたにすぎないとの批判がある⁵⁹。いずれの議論に説得力があるのかを知るには、今後の各国における実証研究を待たなければならないだろう⁶⁰。

(d) マイノリティの参加阻害による正統性の損傷

上記のように、ドゥオーキンやウェINSTAインは、ヘイトスピーチ規制によって正統性の損傷が生じることを問題にしていた。これとは逆に、ヘイトスピーチ規制をしないことによって、マイノリティがヘイトスピーチ被害により沈黙させられ、公的討議への参加を阻害される可能性が指摘されている。これによりマイノリティの民主政への参加が妨げられるため、上記のウェINSTAインの議論とは別の経路を通じて民主的正統性の損傷が起ころうとされる。

57 See Waldron, *supra* note 42, at 702-4. See also Alexander Brown, *Hate Speech Laws, Legitimacy, and Precaution: A Reply to James Weinstein*, 32 CONST. COMMENT. 599, 606-7 (2017).

58 拙著『ヘイト・スピーチ法の比較研究』345頁以下（信山社，2019）参照。

59 See Katharine Gelber, *Hate Speech: Definitions & Empirical Evidence*, 32 CONST. COMMENT. 619, 627-29 (2017).

60 オーストラリアの実証研究の例として、Katharine Gelber & Luke McNamara, *The Effects of Civil Hate Speech Laws: Lessons from Australia*, 49 L. & SOC. REV. 631 (2015).

この点に関しウォルドロンは、ウェインスタインへの反論において、「ヘイトスピーチの制約は、民主的正統性を損なうのと同時に、民主政の条件の一部を保持するのを助けることで、民主的正統性に積極的に貢献する」側面があると論じている⁶¹。

この点をより詳しく論じるのがゲルバーとブラウンである。ゲルバーは概ね次のように論じる。個人が良き生の概念を構築し、実行する能力、そして民主的正統化の過程に携わることでそれを具体化する能力の形成が、一部の言論によって危険にさらされるならば、その言論を規制することもありうる。ヘイトスピーチが歴史的かつ体系的な差別と結びつくとき、ヘイトスピーチは、犠牲者が自らに影響する政治的決定に参加する能力を危険にさらすことがありうる。それゆえ、ヘイトスピーチを限定的に規制することはできる⁶²。具体的には、ヘイトスピーチがこうした参加を妨げるほど十分に有害で、歴史的に劣位に置かれたマイノリティに向けられており、当該マイノリティへの制度的差別が残存する社会的文脈で生じる場合には、規制が可能である⁶³。

ブラウンは次のように論じる。下流の法律の正統性維持のために、ヘイトスピーチが社会の成員の尊厳を害しうるものであってもその規制を行わないという選択をした場合、基本的正義に反する事態が生じる⁶⁴。マイノリティの市民的尊厳の確保と政治的正統性をトレードオフの関係でみるべきではない。むしろ前者は後者の前提条件である⁶⁵。集団的名誉毀損法等を通じた平等な市民的尊厳の保護は、自由かつ平等な個人が政治共同体に参加する概念上の合意の前提条件となるものである⁶⁶。

もちろんブラウンも、ヘイトスピーチが害悪を生むことの証拠を必要と考えるのだが、この証拠の要件を厳格なものとはみなさない。ブラウンは気候

61 See Waldron, *supra* note 42, at 699.

62 See Gelber, *supra* note 59, at 625.

63 See *id.* at 626.

64 See ALEXANDER BROWN, HATE SPEECH LAW: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION (2015), at 208.

65 See Brown, *supra* note 57, at 604.

66 See *id.* at 609.

変動などの文脈で用いられる予防原則を援用し、ヘイトスピーチの害悪は原則として規制に値すると考えるのである⁶⁷。ブラウンは、ヘイトスピーチが一定の有害な影響をもつことを示す、最小限のレベルの証拠を提示すれば事足りるという⁶⁸。

実はウェインスタインも、ヘイトスピーチ規制をする場合としない場合の両方の場合に、民主的正統性の損傷が生じうることを認める。ウェインスタインはゲルバーやブラウンと同様に、場合によってヘイトスピーチ規制の不在が基本的正義に反することを認めるのである。この点についてウェインスタインは、社会に蔓延するヘイトスピーチの種類や程度、ヘイトスピーチが犠牲者の公的言説への参加を妨げるリスクをもたらし程度、犠牲者のヘイトスピーチへの反応が理にかなっているかどうか等の複数の要素を考慮すべきであると論じている⁶⁹。ただ、ウェインスタインは現在の成熟した民主政国家において、公的言説の一部を成すヘイトスピーチがマイノリティの公的意見形成への参加を妨げていることを示す証拠は乏しいと考えている⁷⁰。

またウェインスタインによれば、ヘイトスピーチの文脈でブラウンのように予防原則を持ち出すべきではない。ヘイトスピーチの害悪は気候変動等のような破局的なものではないし、ヘイトスピーチがマイノリティの政治参加を阻害する証拠が乏しい中で予防原則を適用した場合、表現の自由へのリスクのほうが深刻になるからである⁷¹。

結局のところ、ヘイトスピーチを規制する場合にもしない場合にも正統性の損傷が生じうるということ自体は、各論者が承認している⁷²。そして、いずれの場合がより大きな損傷を生むかは経験的に得られる証拠に依存するという点、この証拠の提示の負担をどの程度に定めるべきかが問題になるとい

67 See BROWN, *supra* note 64, at 199.

68 See Brown, *supra* note 57, at 613. なお、ゲルバー、ブラウンと同様に、ヘイトスピーチ規制の不在が民主的正統性を損傷しうると論じる者として、ストーンがいる。See Adrienne Stone, *Viewpoint Discrimination, Hate Speech Laws, and the Double-Sided Nature of Freedom of Speech*, 32 CONST. COMMENT. 619, 688, 690-92 (2017).

69 See Weinstein, *supra* note 44, at 760.

70 See *id.* at 758, 766, 768-69.

71 See *id.* at 765-66.

72 See also Post, *supra* note 44, at 658.

う点も、枠組みとしては共有されている。

見解の相違は、経験的証拠をどのように把握するのか、この証拠の提示の負担をどの程度の重さとみるのかをめぐって生じている。前者について、ウェインスタインが示すヘイトスピーチ規制の濫用例が適切ではないという批判が、ウォルドロンやゲルバーらからなされていた。後者については、規制を支持するブラウンの予防原則の考え方に対し、ウェインスタインの批判がなされていた。前者の点をめぐっては現時点では明確な結論を出し難く、今後のさらなる実証研究の蓄積が求められる。後者の点については学説の蓄積が不十分であるが、少なくともブラウンのいう予防原則に基づくヘイトスピーチ規制の擁護論は、あまりに表現の自由を軽視するものであり、適切ではないだろう。

3 日本における議論の定位

①ウォルドロン批判の概要

ここで2において述べたことを簡単にまとめたい。

(a) ①で確認したように、ウォルドロンが規制に値すると考えるヘイトスピーチは、それ自体が害悪を構成するのではなく害悪を生み出すものである。ウォルドロンの議論は帰結主義に基づくものである。また、ウォルドロンは直接型のみならず間接型の害悪も問題にしていると考えるべきである。

(b) ②でみたように、ウォルドロンが問題にする安心の毀損は様々な原因から生じるもので、ヘイトスピーチはその一因にすぎないと考えるのが自然である。ウォルドロンは悪質なヘイトスピーチに限定して規制しようとするが、安心の毀損という標的自体が広範かつ曖昧であるため、悪質性による限定も恣意的になってしまう。また、安心の毀損の主因がむしろ穏健なヘイトスピーチであれば、悪質なものに限った規制は政策的妥当性を欠く。

(c) ③で述べた点はこれと密接に関わる。ウォルドロンはヘイトスピーチによって長期的に害悪が蓄積し、マイノリティの安心を脅かす外観が形成されることを問題にするが、これに対する個々人の寄与の程度は小さい可能性がある。そのため、ウォルドロンが好意的に取り上げる、自由刑を伴う刑事

法の規定を採用することには問題がありうる。

(d) ④では、ヘイトスピーチ規制法による民主的正統性の損傷という論点を取り上げた。ヘイトスピーチ規制法が悪質なものを標的にする限りは、民主的正統性への損傷はそれほど大きな問題とはならないが、法の濫用が生じた場合には深刻な損傷が生じると論じられていた。ただ実際に濫用がどの程度生じうるかは、さらなる実証研究を待たなければならない。ヘイトスピーチがマイノリティの民主政への参加を妨げることで、別の経路から民主的正統性の損傷が生じるとも論じられていた。この点もいまだ経験的証拠が不十分であるため、やはり今後の実証研究を待つ必要がある。いずれの場合にも、証拠提示における負担の程度をどのように設定すべきかが問題になる。

以上の点を日本の議論に位置づけたい。(a) で述べたことは日本でも問題なく受け入れられると思われるので、(b) 以下の点を確認したい。

②因果関係及び制裁をめぐる論点

(b) で述べたことは、日本において法益の概念で議論されていることに関わる。日本でもウォルドロンのヘイトスピーチ規制論の支持者はいるが、多くの論者はウォルドロンの想定する規制対象の曖昧さと広範さへの懸念からか、その議論に限定をかけようとする。とりわけ一部の論者は法益の概念を用いて、規制の対象を明確化し、限定しようとしている。

宮下萌はウォルドロンのヘイトスピーチ規制論を概観したうえで、自説を展開している⁷³。宮下は、人間の尊厳概念は、個人的法益と社会的法益の両方を包摂するという⁷⁴。このうちヘイトスピーチが侵害する個人的法益は、同じ社会の構成員から同等の地位を有した人間として扱われ、承認される権

73 宮下萌「保護法益から再考するヘイトスピーチ規制法—人間の尊厳を手掛かりに」*Law & Practice* 13号183頁 (2019)。ちなみに、宮下はヘイトスピーチの害悪の本質として、マイノリティだけが深刻な被害を受けるという非対称性を挙げる。同上199-202頁参照。ウォルドロンもマイノリティの利益を中心に置いた議論を展開しているが、上述した1986年公共秩序法18条をはじめ対称的規制を行っているいくつかの実例を好意的に取り上げているため、実際の規制のあり方として非対称的規制にこだわっていないと考えられる。

74 同上196頁参照。

利である。宮下によれば、ヘイトスピーチは、そのような同じ人間として扱われるという信頼、及びそのような前提条件が実現する環境を享受することで得られる感覚としての安心を切り崩すものである⁷⁵。宮下はこれに加え、ヘイトスピーチは社会的法益をも侵害すると論じる。具体的には、ヘイトスピーチはマイノリティの社会参加を阻害することで民主主義を破壊し、ジェノサイドを誘発する恐れがあるという⁷⁶。

この宮下の説は、ウォルドロンのいう安心の概念に依拠しつつ独自の定式を図ったものである。宮下の説は、安心や信頼を個人的法益と性格づけることで、法益の内容の明確化を図る努力を行っている点に特徴がある。しかし、宮下もシンプソンとブラシの批判に耐えることはできない。宮下のいう同じ人間として扱われるという信頼や、そのような前提条件が実現する環境を享受することで得られる感覚としての安心という概念は、依然として広範かつ曖昧である。それらを損なう原因は、ヘイトスピーチ以外にも複数のものを想定しうる。また、穏健な態様のヘイトスピーチもその原因になりうるだろう。

宮下は個人的法益と同時に社会的法益を侵害する言動が規制に値すると考えるので、規制の対象はその分限定できるかもしれない。しかし、民主主義の破壊という概念は抽象度が高すぎて限定の機能を果たさないだろう。また、ジェノサイドの防止は規制対象を明確化し、限定する機能を果たしうるが、これは社会的法益というより個人の身体の安全という個人的法益を問題にするものである。こうした法益を理由にした規制はありうると思われるが、実害に焦点を当てた議論として、その具体的な害悪や因果関係等の要素を別途検討すべきだろう。

楠本孝は、ウォルドロンの理論と、ドイツ及びスイスの刑法に通底するものとして、「共同体内での普通の成員としての（あるいは同権的・同価値的）地位」としての人間の尊厳の概念を見出したうえで、これをヘイトスピーチの刑事規制の保護法益と捉えるべきだと論じる⁷⁷。ただ、楠本は社会的法益

75 同上203頁参照。

76 同上205-9頁参照。

の保護に主たる関心を示すウォルドロンとは異なり、あくまで個人的法益、すなわち個人の人格権的利益が保護法益とされるべきだという立場に立っている⁷⁸。この点と関連して、楠本は人間の尊厳概念は、上記の共同体における地位という客観的側面に加え、心的外傷から保護される権利という主観的側面を含むものとして理解している⁷⁹。楠本の関心は第一次的に個人にあり、安心を脅かす社会的環境の汚染を問題にするウォルドロンの関心とは異なるのである。

また、楠本はウォルドロンのいう「安心」について、これを独立の法益とすることはできず、個人の尊厳が保障されることによる反射的效果と捉えるべきだという。安心を直接の法益とすると、刑事規制の対象が網羅的にならざるをえず、街の片隅の落書きまで規制対象とせざるをえなくなるからである。安心の刑事的保障は、法益保護の極端な早期化といわざるをえないとされる⁸⁰。

楠本の議論は、安心があまりに広範なため法益として設定できないとする点で、シンプソンとブラシの問題関心を共有している。また、ウォルドロンと同様に地位としての尊厳を保護法益とみながら、それを個人的法益である個人の人格権的利益でもあるとする点、また心的外傷から保護される権利という主観的側面をその法益に包含させる点でウォルドロンよりも規制対象を限定している。

しかし、楠本のいう人格権的利益の内容も極めて抽象度が高いうえ、十分にその内容が具体化されていない。そのため、ヘイトスピーチがその主因であることを示すのは難しいし、穏健な態様のヘイトスピーチが原因となることも否定できない。それゆえ、結局シンプソンらの批判は楠本の説にも妥当することになるだろう。楠本は心的外傷から保護される権利を持ち出すこと

77 楠本孝「ヘイトスピーチ刑事規制法の保護法益」徳田靖之＝石塚伸一＝佐々木光明＝森尾亮編『刑事法と歴史的価値とその交錯—内田博文先生古稀祝賀論文集』807頁(2016)参照。

78 同上795頁参照。

79 同上808頁参照。

80 同上792頁参照。

で限定を図ろうとするが、宮下の議論と同様、これも実害に焦点を当てた議論として別途検討されるべきものである⁸¹。

櫻庭総は、ウォルドロン⁸²の理論やドイツ刑法の解釈論等を参照したうえで、ヘイトスピーチがマイノリティ集団の安全に生活できる環境を破壊する場合に、どのような法益を見出すことができるかを検討する。櫻庭は、ヘイトスピーチ規制法の保護法益として人間の尊厳を掲げる。そして、この概念を「他者と同様に取り扱われる社会的地位が承認されている状態」、すなわち「社会的地位の承認状態」であると解する⁸³。櫻庭によれば、この法益は「平穏生活権」という個人的法益と、「平穏生活環境」という社会的法益の両面を備えている⁸⁴。そして、個人的法益としての平穏生活権は民事救済によって、社会的法益としての平穏生活環境は刑事罰を伴わない行政規制によって実現されるべきだとされる。櫻庭は平穏生活環境の保護を目的とした刑事規制の可能性も完全には排除しない。ただ、罪刑法定主義の内容である明確性原則と内容適正原則から、処罰範囲を限定せざるをえないとし、規制対象は、「平穏生活環境が侵害ないし危殆化されることが明らかな極めて悪質な態様のヘイトスピーチ」に限られると論じる⁸⁴。

櫻庭の議論は、ウォルドロン⁸²の理論を巧みに日本における現実の法規制に落とし込むものとして注目されるが、「平穏生活環境」の内容はやはり抽象的であり、それを害する原因を特定することは難しい。櫻庭自身もそのことを十分に認識しており、刑事規制を行う場合は内容を狭く限定すべきだという。しかし、平穏生活環境の内容が曖昧である以上、悪質性による限定も恣意的になるというウォルドロン理論の難点がつきまとう。また、このように根拠が曖昧であれば、行政規制を行うことにも問題がある。

ところで、(c)の論点は日本ではほとんど論じられていないが、櫻庭がこの論点を明確に意識していることが注目される。すなわち櫻庭は、ヘイト

81 精神的苦痛を保護法益とすることへの批判として、櫻庭総「ヘイトスピーチ規制の保護法益と人間の尊厳」山口経済学雑誌69巻6号137頁(2021)参照。

82 同上147-48頁参照。

83 同上148-52頁参照。

84 同上152-53頁参照。

スピーチを環境汚染にたとえ、単独では軽微な行為でも規制を行うべきとするウォルドロンの議論に対し、日本において、大気汚染防止法や水質汚濁防止法の排出基準、排水基準違反への直罰規定のようなものをヘイトスピーチに応用する場合、実際に測定可能な「基準値」を定めることは難しいと指摘する⁸⁵。櫻庭の指摘のとおり、ウォルドロンのヘイトスピーチ規制論は、制裁という面でも日本での実現へのハードルが高いと考えられる。

結局のところ、ウォルドロンの議論を日本に応用し、不特定多数に向けられたヘイトスピーチの規制根拠を明らかにする試みはいまだうまくいっていない。少なくとも現時点では、ウォルドロンのいう安心の毀損を根拠にして刑事罰を伴う規制を行うべきではない。安心を脅かす言動を問題にするのであれば、まずは政府言論のような非規制的手法を中心とした別の手段を考えるべきだろう。

他方で、不特定多数に対するヘイトスピーチを、個人への実害を根拠に規制する道を探る意義はあるだろう。たとえば宮下のいうように、ジェノサイド煽動を誘発するおそれを根拠にした規制は考えられる。宮下はこれを社会的法益を根拠にする規制と位置づけるが、マイノリティ個人の身体の安全という個人的法益に着目するものと捉えるべきだろう。この場合でも安心の毀損の場合と同様に因果関係の論証という困難はつきまとうが、標的となる害悪がより明確であるため、規制対象の言論の限定化における恣意を回避しやすいと思われる。

③ 民主的正統性をめぐる論点

日本では (d) の論点のうち、ドゥオーキンやウェインスタインのいう民主的正統性の損傷は問題とされてこなかった。ただ、ヘイトスピーチを行う人々自体が社会から阻害されたある種のマイノリティなのだと言説議論⁸⁶は、ヘイトスピーチ規制による民主的正統性の損傷の主張に接続しやすいと考え

85 同上153頁参照。

86 「〈座談会〉表現の自由」論究ジュリスト14号170頁(2015) [駒村圭吾発言]、松垣伸次「ヘイトスピーチ解消法と非規制的施策」松垣=奈須編著・前掲註(2)14頁参照。

られる。また、ウェINSTAインのいうように、立法において規制の対象がうまく限定できなかつたり、規制が濫用されたりする場合に民主的正統性の損傷が問題になるという見解には、多くの論者が同調すると思われる。

とはいえ、本稿で述べたように、こうした損傷が生じているかは経験的に検証される問題である。日本では刑罰を伴う規制は、川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例にしかみられない。この条例は規制対象を狭く限定しているが、運用の過程で過剰な表現の自由の制約がなされていないかを今後確認していくべきだろう。ただ、現状では条例による起訴は存在せず、規定の濫用が生じているとは思われない⁸⁷。

他方で、ヘイトスピーチ自体がマイノリティの社会参加を阻害することで民主的正統性が損傷されるという議論は、既に日本でも散見される。代表的な論者は金尚均である。金は次のように論じる。民主主義社会において、個々の市民が社会を構成する主体となるべきである。そのためには対等かつ平等な社会の構成員として、個々人の社会参加が保障されなければならない。ヘイト・スピーチはこの参加を阻害する社会侵害的な行為であり、社会的法益を害する⁸⁸。宮下もこれに賛同し、ヘイトスピーチはマイノリティの社会参加を阻害することで民主主義を破壊する、それゆえ社会的法益を害すると主張していた。また、これまで多くの論者が社会参加の阻害につながる沈黙効果を問題にしてきた⁸⁹。

確かにヘイトスピーチがマイノリティの社会参加を阻むことで、民主的正統性が損傷するおそれはある。しかし、本稿で確認したように、この点も経験的事実の検証を行わないと明らかにならない。宮下は論文の中で、法務省が2017年に公表した『外国人住民調査報告書』⁹⁰を引用しているが、これだ

87 条例により不当な萎縮効果が生じているかも検討の必要がある。石橋学=香山リカ『ヘイトスピーチ攻防の現場』38頁(社会評論社、2020)[石橋学執筆部分]では、排外主義的な主張を行ってきた者が、条例の規制をかいくぐるために発言のトーンを弱めていることを指摘している。これは萎縮効果というよりは、制裁の巧みな回避と評価すべきだろう。

88 金尚均『差別表現の法的規制—排除社会へのプレリユードとしてのヘイト・スピーチ』15, 23, 132頁(法律文化社、2017)参照。

89 師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』153頁(岩波書店、2013)参照。

90 <https://www.moj.go.jp/content/001226182.pdf> (last visited March 10, 2022).

けでは明らかに根拠として不十分である。

今後日本において、ヘイトスピーチ規制法によって、あるいはその不在によって民主的正統性への損傷が生じていないかを、実証的に研究していく必要がある。また、本稿で論じたように、どの程度の根拠があれば損傷が生じたといえるのかは、別途考える必要がある。予防原則を唱えるブラウンのように、過度に低い敷居を設けることは適切でないだろう。

おわりに

以上、かなり雑駁ながらウォルドロンの議論に対する批判説の検討を通じ、不特定多数に向けられたヘイトスピーチを社会的法益を根拠に規制することの理論的問題点を確認した。ウォルドロンの理論は法規制として実現することが難しいが、その理論枠組みの学術的意義は大きく、有益な議論を喚起したことには疑いがない。

ウォルドロンの理論をめぐる今後の議論のあり方としては、様々なものがありうる。たとえば、ウォルドロンのいう安心の毀損に対する、有効な非規制的アプローチのあり方を探ることが考えられる⁹¹。また、差別禁止法やヘイトクライム法などの他の政策手段によって安心の確保に寄与できるかも検討に値する⁹²。さらに、ヘイトスピーチ規制法において保護される集団のあり方にさらなる考察を加える必要がある。ウォルドロンが想定していた人種、宗教、性的指向に加え、近時は障害、性自認、性別等の属性も活発に議論されている。これらの属性に基づくヘイトスピーチを規制することは民主的討論を不当に制約するという批判も強い⁹³ため、本稿で論じた民主的正統性の観点からの検討も必要であろう。

* 本稿は第50回（2021年度）三菱財団人文科学研究助成の成果である（研究題目：ヘイトスピーチの対抗利益としての尊厳概念の考察）。

91 ヘイトスピーチに対する非規制的アプローチについては、桧垣・前掲註（86）参照。

92 拙稿「ヘイトスピーチに対する非規制的アプローチの展開—HATE SPEECH IN JAPAN 出版以降の動向を踏まえて」法律時報94巻4号80頁（2022）参照。