

## 第2章 憎悪表現の「沈黙効果」——オーウェン・M・フィスの所説を素材として——

憲法問題特別委員会 委員 吉原 裕 樹

### 第1 はじめに

昨今の日本社会では、錯雑した憎悪表現 (hate speech) がメディアを騒がせ、これをめぐる言説も、さながら百家争鳴の相貌を呈している。本稿の目的は、かような状況を背景として、主として原理論的視座から、憎悪表現規制論に、理論的基礎を提供する点にある。そのために、本稿は、アメリカ合衆国の憲法学者オーウェン・M・フィス (Owen M. Fiss) の所説を参照する。それというのは、憎悪表現という問題系において、多くの論者は、自由／平等の二律背反に直面し、いずれかの選択を決断する

のだが、フィスの所論は、自由／平等の二項対立という桎梏を逃れ、如上の二者択一が、問題の短絡ないし矮小化であることを顕わにしている点において、卓抜しているからである。

### 第2 フィスの理論

#### 1 導きの糸としての「沈黙効果」

憎悪表現の規制に肯定的な論者は、たとえば、憎悪表現は「価値の低い (low-value)」言論であるから、規制が許されると主張する (キャス・サンステイン (Cass R. Sunstein) など)。これに対して、

憎悪表現の規制に反対する見解は、仮に憎悪表現からなんらかの害悪 (harm) が生ずるとしても、対抗言論 (more speech) によって解決を図るべきであると反論する。

しかし、対抗言論は、憎悪表現に対して実効的に機能するのか。憎悪表現は、被差別者に対する「沈黙効果 (silencing effect)」を有しており、これが対抗言論を有名無実なものにしてしまうのではないか——フィスはこう危惧する。

なお、フィスは、「沈黙効果」を有する表現類型として、憎悪表現、ポルノグラフィ及び選挙資金の3つを想定する。彼は、これらを並列に論ずるが、本稿はそのなかでも、憎悪表現に焦点を当てる。

## 2 「沈黙効果」発生の機序

フィスによれば、「憎悪表現は、被差別者の価値感覚を傷付け、公共的討論など市民社会の活動への十分な参加を妨げる。被差別者らが発言しても、彼らの言葉は権威を欠き、あたかも何も言っていないかのようである。」

憎悪表現により、被差別者に対する差別構造が再生産されると、社会的多数派は、いっそう被差別者の発言に耳を貸さなくなる。被差別者が、憎悪表現に対して対抗言論を発しようとしても、憎悪表現自体によって、すでに、社会的多数派の、対抗言論に対する等閑視が、再強化されている。その結果、被差別者は、対抗言論を発する動機付け・気力を失い、沈黙してしまう——これが、憎悪表現が「沈黙効果」を生み出す機序である。

## 3 民主主義の閉塞とその打破

憎悪表現により、被差別者に「沈黙効果」が生ずると、公衆は、公共的討論の場において、差別者側の言論以外の、多様な見解に触れることができなくなる。

このように、憎悪表現の沈黙効果により、多面的な公共的討議が阻害されたままでは、あるべき民主主義が実現されたということとはできない。なぜならば、民主主義は、内在的要請として、弱者の言論も含めた、多角的で開かれた討論を要求す

るからである。

そのため、民主主義 (・表現の自由) は、憎悪表現による「沈黙効果」の除去と、それによる弱者の言論の表出を要請することとなる。

## 4 表現の自由／平等の二項対立

憎悪表現に関して、多くの論者が共有している範型とは、憎悪表現規制の是非について態度決定するためには、表現の自由／平等の二者択一を強いられる、というものである。

彼らにとって、憎悪表現という問題系を構成するのは、表現の自由の選択＝憎悪表現規制反対論／平等の選択＝憎悪表現規制肯定論という、強固な二項対立的布置連関である。

そのうえで、多くの論者は、「第一修正 (the First Amendment) が第一 (first) である。」として、表現の自由を選択し、その結果、憎悪表現規制反対論へと赴く。

しかし、上述のとおり、フィスにとって、憎悪表現規制を正当化するのは、被差別者の平等権というよりも、表現の自由・民主主義それ自体である。憎悪表現の規制は、表現の自由を制限するというよりも促進するのである。

そのため、少なくとも憎悪表現に関して、表現の自由と平等とを対立的に捉えることは誤謬である。憎悪表現を規制することにより、平等のみならず、表現の自由・民主主義が、よりよく実現されるのである (なお、フィスは、憎悪表現規制論の根拠として、被差別者の表現の自由を重視するが、被差別者の平等権が同規制論を基礎付けることを、否定するわけではない)。

## 5 「公正な議会人」としての国家

では、憎悪表現に対して、国家はどのように対応すべきか。

国家は、先述の民主主義の要請から、多面的で開かれた公共的討論を実現しなければならない。

国家が、単に被差別者に権利を付与するだけで、かようなあるべき民主主義を実現できるならば、それによって、民主主義に関する国家の目標は達

成される。しかし、国家は、公共的討議において、ある者の発言が聞こえるように、他の者の発言を制約しなければならない場合がある。その1つが、憎悪表現規制である。

フィスによれば、国家は、憎悪表現に対して、「公正な議会人 (a fair-minded parliamentarian)」の役割を担う必要がある。「公正な議会人」としての国家は、公衆が聞くべきすべての見解が提出されるように、諸言論・発言者を調整する。国家は、「私たちは、もう十分こちら側から聞きました。投票前に、他の人が話す機会が必要でしょう。」「自制してください。あなたの主張の仕方があまりに口汚いので、多くの人が議論から完全に退いてしまいました。」などといって、一定の言論・発言者を制止すべき場合がある。

この局面において、国家の表象は転換する。すなわち、国家は、純粋な「自由の生来の敵」ではなく、「自由の友」として、現前するのである(ただし、この局面においても、国家が、「自由の生来の敵」としての性質を、全面的に喪失するわけではない)。

## 6 集団的討議の結論の変容

国家が、「公正な議会人」として憎悪表現を規制した場合、集団的討議の結論が変わることがありうる。しかし、これは、公共的討議が豊かに、多面的になった結果であるから、むしろ望ましいといえるべきである。

## 7 ありうる批判とそれへの対処

フィスの所説に対しては、国家が、「不公正」な議会人としてふるまう危険性があるとの批判がありうる。

フィスは、この問題に対する方策として、議会人は、政治的論争から独立していなければならない、また、司法部が、議会人による規制について、実際に議論の質を向上させているかを審査しなければならないとしている。

## 第3 私見

### 1 「沈黙効果」の具現化

フィスのいう「沈黙効果」は、主として、被差別者の自己表象・自尊心に着目したものである。

しかし、憎悪表現の「沈黙効果」は、より実際的な形態をとりうる。すなわち、憎悪表現は、被差別者の住居や職場に街宣車で乗り付け、拡声器で侮辱的な言辞を浴びせる、などといった様でなされることが多い。このような場合、被差別者は、当該住居・職場にいつらくなり、転居・転職を余儀なくされる場合も、少なくない。

被差別者は、このように私生活や職業生活を攪乱された状況で、はたして現実的に対抗言論を発することができるか。憎悪表現規制反対論は、被差別者に対して、人格を基底する空間を壊乱された状態で、なお対抗言論を発することのできる「強靱さ」を求めることとなるが、かような見解は、人間の「被傷性 (vulnerability)」を等閑に付するものであり、支持することができない。

### 2 「沈黙効果」の不可視化作用

フィスの「沈黙効果」論に対しては、次のような批判がありうる。すなわち、憎悪表現を受けても、現に対抗言論を発することができる被差別者もいる。したがって、憎悪表現による「沈黙効果」は、必ずしも現実に生じているとはいえない。また、同効果は、科学的に立証されているわけでもない。よって、「沈黙効果」を根拠とした憎悪表現規制には、慎重であるべきである、という批判である。

しかし、憎悪表現によって「沈黙」した被差別者は、対抗言論によって反論することはもちろん、被差別集団に帰属することの顕示・公言すら、困難になる場合が、少なくないであろう(もともと、被差別集団に属する人々は、差別・偏見を恐れて、同集団への帰属を秘匿していることが多い)。「沈黙」した被差別者の不可視化こそが、「沈黙効果」の重要な作用である。

したがって、仮に、対抗言論を発することのできる被差別者がいるとしても、後景には、そうするこ

とのできない被差別者が、少なからず潜在している。そのため、「沈黙効果」を過小評価することはできない。また、「沈黙効果」の科学的立証を要求することは、科学的調査の対象とすべき母体が不可視化されている以上、不可能を強いるものである。

### 3 基本権保護義務論との接合

フィスは、国家に対し、憎悪表現規制に際して、一定程度「自由の友」としての機能を期待する。このような立論に対しては、とりわけ古典的リベラリズムの立場から、厳しい批判があろう。

しかし、比較法的に見れば、フィスの理論は、ドイツにおける基本権保護義務論と親和性を有する。すなわち、憎悪表現規制の局面において、国家は、差別者の表現の自由に対する過剰侵害を禁止されると同時に、被差別者の表現の自由に対する過少保護を禁止される。

それゆえ、フィスの所説は、比較法的見地からすれば、特に異端的というわけではなく、理論的にも十分首肯しうるものである。

### 4 表現の自由の実質的保障・表現の自由の積極目的規制

フィスの理論は、第一に、表現の自由の「実質的」保障を企図したものであるといえることができる。なぜならば、被差別者は、憎悪表現によって「沈黙」しても、対抗言論を発する形式的（機会）保障はなされている。それゆえ、仮にフィスのように、「沈黙効果」による表現の自由への侵害を肯定するとすれば、それは、同自由の実質的保障が阻害されている点に、着目することになるからである。

第二に、フィスの所説は、表現の自由に対して、積極目的規制を正面から認めようとするものである。たしかに、フィスの憎悪表現規制論について、「沈黙効果」を害悪（harm）と捉えて、その除去を目指す消極目的規制である、と評価することも可能であろう。しかし、フィスの所説は、差別者による放逸な表現活動から、被差別者の零細な表現活動を保護しようとするものといえることができるから、むしろ、営業の自由における積極目的規制との類似性を看取することができる。

一方、従来の日本の憲法学説においては——どこまで自覚的であったかは措くとして——表現の自由の保障として認められるのは、形式的（機会）保障のみであり、実質的保障は認められないと考えられてきた。また、日本の憲法学説は、表現の自由に対する規制態様としては、消極目的規制しか許されず、積極目的規制は認められない、との教説に支配されてきた。

それゆえ、日本の憲法学説がフィスの理論を受容するに当たっては、同理論が、表現の自由の実質的保障、及び、同自由に対する積極目的規制を正面から肯認しようとしている点が、大きな障壁となろう。

### 5 具体的制度設計

フィスは、憎悪表現に対して、国家が「公正な議会人」の役割を果たすべきであるとするが、その具体的な制度設計は、漠然としている。

日本における具体的制度設計としては、たとえば、憎悪表現を理由として差別者が起訴された刑事裁判において、裁判所が、同差別者の表現の自由を保障するために、憲法上の適用審査や正当行為（刑法 35 条）による違法性阻却の判断を行うに際して、差別者の表現の自由と、被差別者の同自由とを衡量する、といった手法が考えられる。

## 第4 おわりに

多くの論者は、憎悪表現規制において、表現の自由／平等の二項対立という陥穽に陥りがちである。しかし、フィスの理論はこれを回避しており、さらには、表現の自由と平等の内在的連関を剔抉している点において、卓見というべきである。

もっとも、彼の所説は、表現の自由の実質的保障、同自由に対する積極目的規制を企図したものであり、特にこの点において、憲法学説からの厳しい反発が予想される。

しかし、憲法理論は、経済活動だけでなく、民主主義についても、自由放任主義（laissez-faire democracy）一辺倒から脱却し、福祉主義（welfarism of democracy）の契機を、導入すべきである。「沈黙効

果」を理由とした憎悪表現規制を認めることは、その一里塚となろう。

## 第5 文献

日本語文献のなかで、フィスの「沈黙効果」論に言及したものは、いまだ僅少である。

憎悪表現よりも、ポルノグラフィに重点を置いたものではあるが、田代亜紀「リベラリズムとフェミニズムの対話可能性（一）—ポルノグラフィをめぐる議論についての一試論—」法学（東北大学）72巻1号（2008年）96頁以下、同「ポルノグラフィをめぐる議論—その憲法学的考察—」東北法学21号（2003年）67頁以下が、先駆的業績であり、示唆に富む。

**OBA MJ**  
月刊 大阪弁護士会  
November 2013  
Vol.107(通巻713号)

2013年(平成25年)11月29日

- 発行：大阪弁護士会
- 発行責任者：広報委員会 委員長 桂 充弘  
〒530-0047 大阪市北区西天満1-12-5  
URL <http://www.osakaben.or.jp>
- 印刷：西村印刷株式会社