

# 政府言論とヘイト・スピーチ

桧垣伸次\*

はじめに

## 1 私人によるヘイト・スピーチと政府言論——Walker 判決を中心に

### (1) 事実

(2) Breyer 裁判官による法廷意見(Thomas 裁判官、Ginsburg 裁判官、Sotomayor 裁判官、Kagan 裁判官同調)

(3) Alito 裁判官による反対意見(Roberts 首席裁判官、Scalia 裁判官、Kennedy 裁判官同調)

### (4) 若干の検討

## 2 政府によるヘイト・スピーチと平等保護条項

### (1) 政府言論の法理の限界

### (2) 政府言論と平等保護条項

むすび

## はじめに

本稿は、政府言論におけるヘイト・スピーチをめぐる憲法上の問題を検討するものである。

表現の自由論は、伝統的に、主として表現「規制」の文脈で論じられてきた。しかし、政府は、表現を規制する主体となるだけではなく、自身が表現

---

\*福岡大学法学部准教授

主体となることがある（政府言論）<sup>1</sup>。政府が表現主体である場合には、見解差別も許容される<sup>2</sup>。民主政のもとでは、政府が自身の見解を表明することはむしろ必要とされるため、政府はいつどのようなことを話すことも自由であるとされる<sup>3</sup>。

政府がヘイト・スピーチを規制するときは、その規制が表現の自由を侵害するか否かが問題となる。そして、ある特定の見解のみを規制することは、原則として許されない（見解差別禁止原則）。しかしながら、政府がヘイト・スピーチを批判する声明を出す場合などは、見解差別禁止原則は適用されない。この点を強調して、ヘイト・スピーチについて、規制か否かではなく、第3の道として、政府言論を、ヘイト・スピーチを防止するために利用することができると主張する論者がいる<sup>4</sup>。しかし、他方では、政府が差別的なメッセージを発することもありうる。また、私人が政府の言論を通じて差別的なメッセージを発することもありうる。本稿では、政府がヘイト・スピーチとかかわる場合の憲法上の問題を検討する。

---

<sup>1</sup> 「政府言論」に関する邦語文献は枚挙に暇がないが、さしあたり、蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）91頁、蟻川恒正「政府の商業言論」企業と法創造6巻4号（2010年）125頁、金澤誠「政府の言論と人権理論（1）～（4）」北大法学60巻5号（2010）年248頁、同61巻2号（2010年）236頁、同61巻5号（2011年）144頁、同64巻3号（2013年）442頁、中林暁生「『表現の自由』論の可能性（一）、（二・完）」法学67号2号（2003年）90頁、同67巻3号（2003年）40頁、藤井樹也「政府の言論と個人の自律」法学教室212号（1998年）39頁、森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻1号（2003年）113頁、横大道聡『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、2013年）等参照。

<sup>2</sup> 「政府自身が表現主体である場合には修正第1条は適用されない」。ARTHUR D. HELLMAN & WILLIAM D. ARAIZA & THOMAS E. BAKER, FIRST AMENDMENT LAW: FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM OF RELIGION 777 (LexisNexis 2d ed. 2010).

<sup>3</sup> RANDALL P. BEZANSON, TOO MUCH FREE SPEECH? 105-106 (University of Illinois Press 2012).

<sup>4</sup> See Charlotte H. Taylor, *Hate Speech and Government Speech*, 12 U. PA. J. CONST. L. 1115 (2010).

## 1 私人によるヘイト・スピーチと政府言論——Walker 判決を中心に

政府は自らメッセージを発することはもちろんのこと、政府言論に私人が様々な形で関わることもある。本項では、2015年のアメリカ連邦最高裁判決（Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc.<sup>5</sup>）を中心に検討する。この判決では、南北戦争時の南軍の旗（Confederate Flag）を自動車のナンバープレート（ライセンスプレート）のデザインに加えることを、政府が拒むことができるか否かが問題となった。

### (1) 事実

テキサス州では、車の所有者は、通常のナンバープレートと、特別な許可を得たナンバープレートのどちらかを選ぶことができた。特別なナンバープレートには、スローガンを掲げたり、写真を載せたりすることができた。テキサス州自動車管理局の委員会（以下、「委員会」とする）が承認すれば、州内において、登録された特別なナンバープレートを使用することができる。

2009年、Sons of Confederate Veterans（以下、「SCV」とする）<sup>6</sup>テキサス支部は、南軍の旗を強調したナンバープレートを申請した。委員会は、この申請を承認しなかった。2010年には、SCV は再申請した。委員会は、ウェブサイトおよび公開集会でパブリックコメントを求め、その結果、再申請を認めなかった。その理由としては、問題となったナンバープレートの南軍の旗の部分につき、多くの人が不快であると感じており、そのことは合理的であることおよび、多くの市民が南軍の旗と憎悪を主張する団体とを結びつけて考えていることを挙げた。

---

<sup>5</sup> 135 S.Ct. 2239 (2015).

<sup>6</sup> 同団体は、「南北戦争時の南軍のために戦った兵士の地位の名声と地位を守るために戦うことを目的とする非営利団体」である。Sumner Fontaine, *Recent Development: The South Will Ride Again: License Plate and First Amendment Speech in Texas Division, Sons of Veterans, Inc. v. Vandergriff*, 89 TUL. L. REV. 921 (2015).

2012年、SCV およびその職員は、委員会が申請を拒否したことは修正 1 条および修正14条違反であると主張して、委員長および委員会の構成員を相手取り、訴訟を提起した。テキサス州南支部連邦地方裁判所は、ナンバープレートの申請の拒否は、許容される内容規制であり、SCV の修正 1 条の権利を侵害していないとして、SCV の訴えを認めなかった<sup>7</sup>。控訴審において、第 5 巡回区連邦控訴裁判所は、ナンバープレートのデザインは私人による言論であり、申請の拒否は憲法上禁止されている見解差別に当たるとして、SCV の訴えを認めた<sup>8</sup>。

## (2) Breyer 裁判官による法廷意見（Thomas 裁判官、Ginsburg 裁判官、Sotomayor 裁判官、Kagan 裁判官同調）

### ①政府言論について

政府が表現するときは、表現する内容を決めることを言論の自由条項によって禁止されていない。この自由は、政府の言論の抑制をもたらす最初の、そして最も権威的なものは民主的な選挙過程であるという事実を一部反映している。そのため、政府の意見表明（言論の形をとる政府の行為とプログラム）は通常、言論の自由市場を守るための修正 1 条の規則を引き起こさない。政府が伝達しようとするメッセージを選択する自由を欠いている場合、そのような政府がどのように機能するのか、想像することは難しい。

それゆえ、我々は、政府がある許容された目的を遂行するプログラムを推進するために基金を助成する際に選択することは、見解に基づいた憲法上許されない差別であると判示することを拒絶してきた。我々は、「政府は自身のために見解を表明できる」ということを明らかにしてきた。これは、政府

---

<sup>7</sup> Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc., v. Vandergriff, 2013 U.S. Dist. LEXIS 52785 (W.D. Tex. 2013).

<sup>8</sup> Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc., v. Vandergriff, 759 F.3d 388 (5th Cir. 2014).

は例外なしに自身の意見を表明できると述べているのではない。言論の自由条項の外に、政府言論を制限する憲法上あるいは制定法上の規定がある。また、政府が自身の見解を伝達するように私人に強制するような場合には、言論の自由条項は政府言論を制限する。

②本件で問題となったナンバープレートの性質

我々の見解では、テキサス州法の目的を追求するために発行される特別のナンバープレートは、政府の言論を伝達する。我々の理由付けは、近年の *Pleasant Grove City v. Summum* 判決<sup>9</sup>に依拠しているが、同判決には若干の問題が示されている。我々は、政府言論に関する先例が、本件に適用される適切な枠組みを提供していると結論付ける。

*Summum* 判決における我々の結論は、いくつかの要素に基づいている。

1つ目は、政府が長い間、意見を表明するために記念碑を用いてきたことを、歴史が示している点である。2つ目は、自身が望まないメッセージを発するような記念碑を設立するためにその財産を用いることを、その財産の所有者が受け入れていると考えるのは通常ではないという点である。3つ目は、市が、記念碑の選別について、統制権を有してきた点である。

これらの要素を本件にあてはめると、1つ目に、ナンバープレートが州の名前と識別番号以上のものを記載していた場合においては、ナンバープレートの歴史は、それが州のメッセージを伝達してきたことを示している。2つ目に、テキサス州のナンバープレートのデザインは、しばしばテキサス州の公共の精神と密接に関連付けられてきた。3つ目に、テキサス州は、特別なナンバープレートによって伝達されるメッセージについて、直接的な統制権を有してきた。

これらの考察は、本件で問題となっているナンバープレートは、*Summum*

---

<sup>9</sup> 555 U.S. 460 (2009).

判決における記念碑と同様のものであり、同様の結論を要求するものであるということを我々に確信させる。ただし、すべての要素が同様というわけではない。Summun 判決では、我々は、記念碑は永続的なものであり、公共の公園では限られた数の記念碑のみを設置することができる点を強調した。それに対し、本件で問題となったナンバープレートは、理論上ははるかに多くのナンバープレートのデザインを提供することができ、またそのデザインは永久に用いることができる必要はない。しかし、Summun 判決におけるこれらの特徴は、私人による言論を伝達するための伝統的なパブリック・フォーラムである公園における政府言論であるがゆえに重要であった。それに対して、ナンバープレートは、私的な言論のための伝統的なパブリック・フォーラムではない。また、本件における特別なナンバープレートの他の特徴は、そのデザインにより伝達されるメッセージは、政府に代わって伝達されていることを示している。テキサス州は、州の特別なナンバープレートに描かれるデザインを選別している。テキサス州は、それらのデザインが、伝統的に政府言論の媒体として用いられてきた、州によって委任され、統制され、そして発行された ID であると示している。

SCV は、少なくとも私的な団体によって提案されたデザインに関しては、テキサス州の特別なナンバープレートは政府言論ではないと主張する。SCV によれば、テキサス州は、ナンバープレートを、私的な団体のデザインを掲げることができるようにすることで私人の言論のためのフォーラムを創り出している。我々はこれに同意しない。

我々はこれまで、政府の財産を利用した純粋な私的な言論に対する制約を評価するために、「forum analysis」と呼ぶものを用いてきた。しかし、本件においては、この分析は誤りである。なぜなら、本件では政府の代理として表現しているため、政府が作り出したさまざまなフォーラムに適用される修正 1 条の法理は適用できないためである。

両当事者は、ナンバープレートが、道路や公園のような伝統的なパブリック・フォーラムではない点には同意している。ナンバープレートが指定されたパブリック・フォーラムあるいは限定されたパブリック・フォーラムではないこともまた、同様に明らかである。なぜならば、テキサス州は特別なナンバープレートのデザインに対して、最終的な決定権を有しているからである。また、テキサス州は特別なデザインについて所有権を有しており、州がナンバープレートを公的な言説のためのフォーラムを提供するために用いているという主張はできない。さらには、テキサス州のナンバープレートは伝統的に政府言論のために用いられてきた。同様の理由で、テキサス州の特別なナンバープレートは非パブリック・フォーラムでもない。テキサス州は、単に政府の財産を管理しているだけではなく、表現行為に携わっているのである。

私的な団体がデザインやメッセージの伝達に携わっているという事実は、政府言論の性質を失わせるものではない。Summum 判決でも、私人が寄付をするなどしていた。本件でも同様に、政府によって統制されたメッセージを伝達する目的で私人による補助を受けた場合でさえ、政府はその見解を表現する自由を行使している。テキサス州は、Summum 判決で許可された記念碑よりもはるかに多くのナンバープレートを許可している。これは、テキサス州がより多くのメッセージを伝達しようとしたということであり、メッセージがテキサス州のものではないということは意味しない。

### ③政府言論と私人の言論

特別なナンバープレートのデザインが政府言論であるという決定は、そのデザインが私人の表現の自由に全く影響を与えないということの意味しない。我々は、州が選別したナンバープレートのデザインを掲げる運転者は、そのデザインによって示されるメッセージを伝達するということを認めてきた。そして、我々は、私人に対して、その私人が同意しない見解を表明すること

を強制する州の権限を、修正 1 条が強力に制限していることを認めてきた。しかし、本件では、強制された私人の言論は問題とならない。テキサス州が、SCV に対して、州のイデオロギー的メッセージの伝達を求めることができないのと同様に、SCV も、テキサス州に対して、南軍の旗をナンバープレートのデザインに含めることを要求できない。

以上により、テキサス州の特別なナンバープレートは政府言論であり、テキサス州は、SCV が提案するデザインのナンバープレートの発行を拒絶することができる。

### (3) Alito 裁判官による反対意見 (Roberts 首席裁判官、Scalia 裁判官、Kennedy 裁判官同調)

Alito 裁判官による反対意見は、法廷意見は、政府が同意しない私的言論を脅かす先例をつくってしまったと批判する。そして、本件で問題となったナンバープレートが政府言論か否かについて、以下のように述べる<sup>10</sup>。

法廷意見は、Summun 判決を大いに誤解している。我々は、記念碑は政府言論を表明するものであると結論付け、その結論を導くいくつかの重要な要素を明らかにした。

1 つ目は、政府は長い間、政府のメッセージを伝達する手段として記念碑を用いてきたことである。2 つ目は、土地所有者が、その土地を、土地所有者が望まないメッセージを発するような大きな記念碑を設置する用地として、第三者が利用することを許容してきた歴史はない点である。3 つ目は、我々の分析において、空間的制約が果たした重要な役割である。テキサス州のナ

---

<sup>10</sup> *Walker*, 135 S.Ct. 2258-2263.



ナンバープレートには、これらの特徴が示されていない。

我々が Summun 判決で述べたように、政府ははるか昔から、重要な政府のメッセージを伝達するために、記念碑を用いてきた。そして、政府が、反対の見解を表明することを望む者のために、等しく空間を与えたという歴史はない。ジョージ 3 世や自由の女神、リンカーン記念堂、キング牧師記念碑など、政府は常に、メッセージを伝達するために公的な記念碑を用いてきており、また、公衆もそれを理解している。ナンバープレート上に表明されたメッセージの歴史は、これとは大きく異なる。1990年代までは、自動車の所有者は、“Read to Succeed” や、“Keep Texas Beautiful” などの10のメッセージから選択することを許されていた。これらの言葉は政府言論と考える。しかし、その後、州は、私人が自身のメッセージを伝達するためにナンバープレートを用いることを許容するようになった。1990年代までのテキサス州のように、政府が発行して、車の所有者はそれを受け入れるしかないような場合は、その言葉は政府言論である。しかし、私人によって製作され、私人によって選ばれたメッセージを伝達するプレートは、それとは異なる。Summun とは異なり、ナンバープレートの歴史は、メッセージが政府言論であるということを示していない。

テキサス州の特別なナンバープレート事業は、Summun で示されたような選択的受容を示していない。この事業の目的は、「州が新たな歳入を確保する」ために「私人によるナンバープレートを促進する」ことだった。選択的な需要を行ってきたことを示すために、テキサス州は、委員会の前任者が、「プロライフ」のプレートを不許可としたことをあげる。しかし、それはテキサス州が見解差別を行った事例が本件だけではないことを示したに過ぎない。テキサス州は、州が支持するメッセージを伝達するプレートのみを承認したのではない。本件のような、不快に思う者がいるようなメッセージを除いて、すべての私人によるメッセージに開かれている。政府言論と、政府が

承認している（または批判している）メッセージとの間には大きな差がある。

Summum 判決において、もっとも重要な要素は、空間である。公園は、あくまでも多くの記念碑に提供されうるに過ぎない。記念碑は、たいていは石で作られた大きなものであり、何世紀も存在し、また、動かすことが難しい。他方で、ナンバープレートは、小さく、軽く、持ち運びが可能で、比較的短い時間持ちこたえるように作られている。州が発行しうる特別なナンバープレートの数の限度は登録された自動車の数である。また、利用可能なプレートの種類は無限である。

要するに、テキサス州の特別なナンバープレートの事業は、Summum で示された要素を持っていない。特別なナンバープレートを望むものは、毎年登録費用を払う必要がある。テキサス州は、何百万もの小さな広告掲示板として利用できる空間を持っている。そして、テキサス州は、その空間を、個人的なメッセージを伝達することを望むものに売っている。これは政府言論ではない。

テキサス州がナンバープレートの空間を売ることではしてきたことは、いわゆる「限定されたパブリック・フォーラム」を作ることである。これは、州の財産を、私的な話者が、州が制定した規則に従って利用することを許容するものである。しかし、修正 1 条のものでは、その規則は、見解に基づいた差別をすることはできない。本件で、委員会は、多くの州民が南軍の旗を不快に思っていることを理由に不許可としている。これは紛れもなく見解差別である。テキサス州は、私人の言論をその見解に基づいて差別してはならない。

#### (4) 若干の検討

本件で問題となった南軍の旗は、多くの人にとって憎悪の象徴であり、不快なものである<sup>11</sup>。したがって、上诉人が、旗のメッセージを理由に被上訴

人の申請を拒否したのは明らかである。法廷意見は、本件は政府言論の問題であり、したがって修正1条の法理は適用されず、合憲であるとする。これに対して、反対意見は、ナンバープレートは政府言論ではなく、したがって被上訴人のナンバープレートを認めなかったのは見解差別であり、違憲であるとしている。

本件の主要な論点は、テキサス州の特別なナンバープレートは政府言論か否かである<sup>12</sup>。

本件の下級審（Vandergriff 判決）において、第5巡回区連邦控訴裁判所は、本件で問題となったナンバープレートは私人の言論であるとしている。同裁判所は、いわゆる「合理的な観察者」テストを用いて、公園における記念碑とナンバープレートとの違いに着目して、「合理的な観察者は、特別なナンバープレートは私人による言論であると理解するであろう」と述べる<sup>13</sup>。これに対して、同判決の反対意見は、本判決は政府言論であるとしている。

---

<sup>11</sup> James Forman Jr. は、南軍の旗が持つ力は、その歴史の所産であると指摘する。Forman によると、この旗を掲げて戦った南軍が守ろうとしていたものは、黒人を動産であるとみなし、彼（女）らの権利を認めないような生活であった。彼（女）らは、「動物のように海を渡って連れてこられて、オークションに売買され、非人間的な条件で働かされ、所有者によってレイプされ、焼かれ、あるいは打擲された」。南軍の旗は、「このような残忍な制度を賞揚し、記念するものである」。James Forman, Jr., Note, *Driving Dixie Down: Removing the Confederate Flag from Southern State Capitols*, 101 YALE L.J. 505, 513 (1991).

<sup>12</sup> なお、vanity plate（自動車の所有者が文字または数字あるいはその両方を選んだナンバープレート）が問題となった事例では、州は政府言論の主張をしていない点が非常に興味深い。Amy Riley Lucas, Comment: *Specialty License Plate: The First Amendment and the Intersection of Government Speech and Public Forum Doctrine*, 55 UCLA L. REV. 1971, 1999-2000 (2008).

<sup>13</sup> *Vandergriff*, 759 F.3d 394；そのように判断する理由として、記念碑とは異なり、ナンバープレートは伝統的に何らかのメッセージを伝達するために用いられては来なかった（自動車を区別するための手段であった）点や、ナンバープレートには、記念碑のような永続性という性質がない（自動車の所有者は、毎年ナンバープレートを変更することができる）点、記念碑は伝統的に市のアイデンティティを明確にするために重要な役割を果たしているが、ナンバープレートはそうではない点などを挙げる。

反対意見は、そもそも Summum 判決では「合理的な観察者」テストは適用されておらず、Souter 裁判官が一人主張しているだけであるとして、多数意見の理解を批判する<sup>14</sup>。同反対意見は、Summum 判決は、何らかの基準を作り上げたのではなく、公共の公園の様々な側面を考慮して、政府言論であると判断したのだと指摘する<sup>15</sup>。

本件と同様に、自動車のナンバープレートに、特定のメッセージを用いることを拒絶された Children First Foundation 判決では、第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、最高裁が明確な基準を打ち出していないとして、Vandergriff 判決を引用して、「合理的な観察者」テストを用いる<sup>16</sup>。そして、メッセージとそれを選んだ自動車の所有者との関連は、メッセージとそれを承認した陸運局との関連よりも強いなどとして、ナンバープレートは私人の言論であるとする<sup>17</sup>。同裁判所は、自動車のナンバープレートは非パブリック・フォーラムであるとした<sup>18</sup>。そして、本件では、見解中立的な政策を理由に拒絶されてたため、本件に適用される限りでは、問題となったプログラムは違憲とはならないとした<sup>19</sup>。なお本件は Walker 判決後に再審理が行われている。

また、Choose Life Illinois, Inc. v. White<sup>20</sup>では、第 7 巡回区連邦控訴裁判所

---

<sup>14</sup> *Vandergriff*, 759 F.3d 401-402 (Smith, J., dissenting).

<sup>15</sup> *Id.* at 402.

<sup>16</sup> *Children First Foundation v. Fiala*, 790 F.3d 328 (2nd Cir. 2015)；本件は、妊娠中絶の代替手段として養子縁組を促進している非営利団体である Children First Foundation が、“Choose Life” というメッセージを含むナンバープレートを申請したところ、陸運局が不許可とした事例である。

<sup>17</sup> *Id.* at 338-339.

<sup>18</sup> *Id.* at 339-342.

<sup>19</sup> *Id.* at 348-352.

<sup>20</sup> 547 F.3d 853 (7th Cir. 2008)；本件では、養子縁組を促進することを目的とした非営利団体である Choose Life Illinois が、“Choose Life” という文字を入れたナンバープレートの承認を求めて、25000人の署名を集めて、イリノイ州州務長官に申請したところ、州務長官から、州議会の承認を得られなかったため、発行できないとされた。

は、自動車のナンバープレートは、非パブリック・フォーラムであるとした<sup>21</sup>。そして、非パブリック・フォーラムにおいては、フォーラムの目的を維持するためであれば内容差別は許容されるが、見解差別は原則的に許容されないと指摘し、本件では合理的な内容差別にあたるため、修正1条の侵害はないと判断した<sup>22</sup>。

ACLU v. Bredesen<sup>23</sup>では、第6巡回区連邦控訴裁判所は、Johanns v. Livestock Marketing Association<sup>24</sup>に依拠して、自動車のナンバープレートは政府言論であるとした<sup>25</sup>。第6巡回区連邦控訴裁判所は、Johanns 判決は、政府がメッセージを決定し、その言葉を広めることを承認する権限を留保している場合には、そのメッセージは政府に帰属するとしており、本件はまさにそのような場合に当たるとした<sup>26</sup>。最高裁は、裁量上訴を認めなかった<sup>27</sup>。

このように、下級審の判断は割れていた。Walker 判決で裁量上訴を認めた連邦最高裁は、5対4で、自動車のナンバープレートは政府言論であるとした。Breyer 裁判官による法廷意見は、Summum 判決の要件に基づいて、

---

<sup>21</sup> *Id.* at 864-865.

<sup>22</sup> *Id.* at 865-867.

<sup>23</sup> 441 F.3d 370 (6th Cir. 2006)；本件では、自動車のナンバープレートに、“Choose-Life” という言葉を用いることは認めるが、“pro-choice” という言葉を用いることは認めないとするテネシー州法が問題となった。テネシー州は、特別な言葉を用いたナンバープレートを発行することができ、その発行による利益の半分を、その言葉に関連する活動に従事する非営利団体に配分することができた。問題となった州法は、“Choose-Life” という言葉を用いた特別なナンバープレートを、通常のナンバープレートの料金+35ドルで発行することを認めていた。また、同法は、その利益を配分する団体の活動を厳しく規制していた。なお、同法の制定過程において、Planned Parenthood of Middle and East Tennessee は、“pro-choice” という言葉を用いたナンバープレートの発行も認めるようにロビー活動を行っていたが、失敗していた。ACLU が、同法は文面上違憲であるとして、連邦地裁に提訴した。

<sup>24</sup> 544 U.S. 550 (2005).

<sup>25</sup> *Id.* at 13.

<sup>26</sup> *Id.* at 375.

<sup>27</sup> *New Life Res., Inc. v. ACLU*, 126 S.Ct. 2972 (2006).

①政府が長い間、意見を表明するためにナンバープレートを用いてきたか、②自身が望まないメッセージを発するような記念碑を設立するためにその財産を用いることを、その財産の所有者が受け入れていると考えるのは通常ではないという点、③政府が問題となる言論の選別について、統制権を有してきた点を検討し、本件で問題となったナンバープレートは政府言論であるとする。

これに対し、Alito 裁判官反対意見は、法廷意見が、政府言論の射程を、政府が承認する言論にまで広げたと批判する。Alito 裁判官は、本件は限定されたパブリック・フォーラムにおける私人の言論の問題であるとする。限定されたパブリック・フォーラムにおいては、フォーラムの目的を維持するための内容規制は許容されるが、観点差別は原則として許容させない。Alito 裁判官は、本件のような観点差別は修正 1 条に反するとする。

このように、問題となったナンバープレートについて、法廷意見は政府言論であるとするのに対し、反対意見は限定されたパブリック・フォーラムにおける私人の言論であるとする。Walker 判決について、市民の権利を保護した判決であると好意的にとらえる見解がある一方、他方では、最高裁は政府言論の射程を広げてしまい、その結果、「政府言論」というラベルを張ることにより見解差別をする、広い裁量を州に与えてしまったという批判がある<sup>28</sup>。Morgan E. Creamer は、テキサス州が SCV のプレートの不許可としたにもかかわらず、Buffalo Soldiers のプレートは許可した点を批判する<sup>29</sup>。

---

<sup>28</sup> Morgan E. Creamer, Comment, *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc. and License Plate Speech: A Dangerous Roadblock for the First Amendment*, 65 AM. U.L. REV. 1461, 1463-1464 (2016).

<sup>29</sup> *Id.* at 1481; Buffalo Soldiers とは、アフリカ系アメリカ人の部隊のニックネームである。インディアン戦争において、ネイティブ・アメリカンと戦ったことから、ネイティブ・アメリカンのパッファロー・ソルジャーに対する感情は、アフリカ系アメリカ人にとっての南軍の旗に対する感情と同じようなものであるとの主張もある。

そして、ナンバープレートは、政府のメッセージを伝達するために作られたものではないため、Summum 判決で問題となった記念碑とは異なるとする。まず、本件では、私人は高い金額を払っていることが指摘される<sup>30</sup>。また、Summum 判決では、多くの記念碑について、私人による寄付があったが、それが市の歴史や集団のコミュニティとのつながりといった基準を満たしているかについて、市が関与しているが、Walker 判決では、そのような基準はなく、純粋な政府のメッセージに限定していない点を指摘する<sup>31</sup>。そして、Summum では空間的制約があったが、Walker ではない点を指摘する<sup>32</sup>。Alito 裁判官も、テキサス州が350を超えるナンバープレートを承認している点を挙げ、テキサス州による言論とはいえないとしている<sup>33</sup>。Creamer は、Alito 裁判官と同様に、テキサス州の特別なナンバープレートは、限定されたパブリック・フォーラムであるとする。そして、テキサス州の目的は歳入の増加であり、南軍の旗を認めなかったのは、フォーラムを維持するための内容差別ではなく、許容されない観点差別であると主張する<sup>34</sup>。そして、Walker 判決の論理を認めてしまえば、レインボーフラッグのような LGBT の象徴を拒否することも可能になってくると批判する<sup>35</sup>。

Creamer は、私人が、自身のためではなく、政府のメッセージを伝達するために金銭を支払うことを望むだろうとするのは不合理であると主張する<sup>36</sup>が、Creamer もまた認めるように、Summum 判決においても、私人は多くの寄付をしている。また、Creamer や Alito 裁判官は、Summum 判決

---

<sup>30</sup> *Id.* at 1485-1486.

<sup>31</sup> *Id.* at 1486.

<sup>32</sup> *Id.* at 1487-1488.

<sup>33</sup> *Walker*, 135 S.Ct. 2261 (Alito, J., dissenting).

<sup>34</sup> Creamer, *supra* note 28 at 1489-1492.

<sup>35</sup> *Id.* at 1493.

<sup>36</sup> *Id.* at 1491.

とは異なり、テキサス州が多くのナンバープレートを承認している点に着目して、本件で問題となったナンバープレートは、テキサス州の言論とはいえないと指摘する。これに対して、Frederick Schauer は、Alito 裁判官の主張には問題があるとする。Schauer は、10代の子どもに対して、誰と付き合うかは自由だが、ギャングとは付き合ってはならないと言う両親の例を挙げる<sup>37</sup>。これは、ギャングに対する強い意見表明ではあるが、他の友人に関する選択肢は子どもに開かれている<sup>38</sup>。また、レストランの出資者が、ウェイターに対して、アンチョビが入っているもの以外であれば、最上と思う料理を持ってくるように述べた場合、アンチョビに対する強い意見表明ではあるが、多くの料理の選択肢は残されている<sup>39</sup>。これと同様に、テキサス州が、この言明以外であれば何でも良いとする場合、テキサス州が強い意見表明を述べていないということは意味しない<sup>40</sup>。むしろ、テキサス州は、その性質上排除されるものについて、強い意見を述べているのである<sup>41</sup>。つまり、テキサス州は、「ある特定のメッセージを認めない」という意見を表明していると見ることができる。Schauer はこのように述べたうえで、「テキサス州は間違いなく表現している」<sup>42</sup>と述べる。なお、Schauer は、問題は、テキサス州が意見を述べているか否かではなく、本件のようなやり方でのテキサス州の意見表明が政府言論にあたるか否かであるとする<sup>43</sup>。

なお、この問題について、本件は、政府言論と観点差別の双方の事件であ

---

<sup>37</sup> Frederick Schauer, *Not Just About License Plate: Walker v. Sons of Confederate Veterans, Government Speech, and Doctrinal Overlap in the First Amendment*, 2015 SUP. CT. REV. 265, 280 (2015).

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.* at 280-281.



り、法廷意見と反対意見との違いは、異なるスタート地点（あるいは枠組み）を選んだ帰結に過ぎないとの評価もある<sup>44</sup>。

このように、Walker 判決には様々な批判があるものの、下級審の多くは、ナンバープレートを私人の言論としていた中で、最高裁が特別なナンバープレートを政府言論であるとした意味は大きい。従来、政府言論について、思想の自由市場に与える影響の大きさを懸念する主張等がなされる中、Breyer 裁判官は、政府に意見表明をする自由がなければ、政府は機能しないだろうとまで主張して、政府言論の積極的な意義を指摘する<sup>45</sup>。本稿は政府原論と私人の言論とを分類する基準について検討することが目的ではないので、この点には、これ以上立ち入らない。本稿の目的に沿った、本判決の意義について、若干言及する。

政府言論は、政府が直接表現するだけでなく、私人が関わる場合がある。ある論者は、政府が私的な表現主体を通じて表現する場合として、①私的な表現主体が政府のエージェントである場合、②政府が編集者である場合、③政府が質を決定する立場にある場合があり、これらの場合には、観点差別も許容されるとする<sup>46</sup>。問題となる言論が政府言論であれば、政府は、私人がそれを利用して差別的なメッセージを発することを拒否できる。このことは、従来の政府言論の法理から当然の帰結である。本件では、ナンバープレート

---

<sup>44</sup> Schauer, *supra* note 37 at 283 ; 同論者は、いくつかの法理が適用できる場合（そして、それらが相互に排他的である場合）に、どれを選ぶのかは、結論についての裁判官の選好の問題である（方法論についての選好ではない）とする、Karl Llewellyn の指摘を引用する（at 267-268）。そして、本件は、政府言論、観点差別、パブリック・フォーラム、そして違憲の条件という4つの、相互に排他的な法理があてはまる事例であり、そのどれを選ぶかによって結果が変わると指摘する。裁判官は、望む結果に基づいて、法理を選択しているのだと指摘する（at 292-293）。

<sup>45</sup> Walker, 135 S.Ct. at 2246; Note, *The Supreme Court 2014 Term: Leading Case: Constitutional Law: First Amendment—Freedom of Speech—Government Speech—Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc.*, 129 HARV. L. REV. 221, 226 (2015).

<sup>46</sup> Lucas, *supra* note 12 at 2000-2002.

が政府言論に当たるか否か、つまり政府言論の射程が問題となった本件は、政府が、差別的なメッセージが拡散することを防止できる範囲が問題となった事例といえる。その意味で、政府言論の範囲を画定するための基準の検討は重要である。政府言論と私人の言論が混在する領域において、両者をどのように区別するのかについては、今度も問題となるだろう。当然のことながら、Alito 裁判官および様々な論者が指摘するように、政府言論の範囲を広げすぎると、私人の言論を不当に侵害する結果となってしまうことにも注意が必要である<sup>47</sup>。Walker 判決では、法廷意見が、Summum 判決に依拠し、検討すべき要素を挙げた。同判決に従えば、それらの要素を判断し、政府言論にあたると判断される領域については、政府は人種差別的なメッセージの拡散を防ぐことができる。

## 2 政府によるヘイト・スピーチと平等保護条項

### (1) 政府言論の法理の限界

前項でみてきたように、政府が表現主体である場合には、見解差別も許容される。政府自らがヘイト・スピーチを非難するメッセージを発することができるのみならず、政府は、私人が政府言論を利用して差別的なメッセージを発することを拒否できる。また、差別的なメッセージを発する私人に対する助成を拒否できるという点で、政府が、ヘイト・スピーチが広まることを防ぐ役割を一定程度担うことができる。しかし、政府自身が差別的なメッセージを発することもまたありうる。そのような場合、政府は差別的なメッセージを自由に発することができるのだろうか。政府が差別的なメッセージを発

---

<sup>47</sup> Walker 判決が、明確な基準なしに政府言論の法理を拡大したと批判し、さらには Walker 判決を契機に、政府言論の法理はさらに拡大し、パブリック・フォーラムが消えてしまうと主張する論者もいる。See Catherine R. Rodgers, Note, *The Impact of Walker's Government Speech Extension on Public Transit Advertising*, 43 TRANSP. L.J. 51 (2016).

する場合、私人が同様のメッセージを発する、あるいは差別的な行為をすることを促進することが問題視されている<sup>48</sup>。

表現の自由条項は、政府言論に適用されない。しかし、どのような政府言論でも無制限に許されるわけではない。政府言論の法理の射程には制限があると考えられている。ある論者は、①政府の表現が、修正1条以外の憲法の条項を侵害している場合、②問題となっているメッセージが、実際には政府自身のものではない、あるいは政府自身のものではないと合理的と考えられるような場合には、政府言論の法理は適用されないと指摘する<sup>49</sup>。②は Walker 判決で問題となった点である。①について、政府によるヘイト・スピーチは平等原則の侵害であるという主張がある<sup>50</sup>。本項では、そのような主張を検討する。

## (2) 政府言論と平等保護条項

Helen Norton は、政府言論が平等保護条項との調整を必要とする場合があると主張する。

平等保護条項の解釈については、反従属原理（anti-subordination）と反範疇原理（anti-classification）との対立があるが、Norton は、どちらの原理に立っても、平等保護条項は、人種差別的なメッセージを発する政府言論の射程を制限できると主張する。

Norton は、政府によるヘイト・スピーチの害悪について、行動に関する害悪と、表現的な害悪があると指摘する。前者について、政府によるヘイト・スピーチは、それを聴く者の行動を支配するあるいは強制する効果があると

<sup>48</sup> See Helen Norton, *The Equal Protection Implications of Government's Hateful Speech*, 54 WM. & MARY L. REV. 159 (2012).

<sup>49</sup> William M. Carter, Jr. *Affirmative Action as Government Speech*, 59 UCLA L. REV. 2, 48-49 (2011).

<sup>50</sup> Summum 判決に見られるように、国教樹立禁止条項が問題となることがある。

主張する<sup>51</sup>。Norton は、その例として、Lombard v. Louisiana<sup>52</sup>を挙げる。この事件では、ニューオーリンズ市の職員の、黒人がレストランにおいて差別のないサービスを求めることは許されないという発言が問題となったが、Norton は、結果として、あたかもそのような行為を規制するような条例があるかのような効果を生んでいると指摘する<sup>53</sup>。また、それだけではなく、政府によるヘイト・スピーチは、私人による差別を助長すると主張する。Norton は、投票用紙等に候補者の人種がわかるように記載することを求める州法が問題となった Anderson v. Martin において、最高裁は、政府言論が他者の差別的決定を促進する危険性があることを認識していたことを指摘する<sup>54</sup>。さらには、政府によるヘイト・スピーチは、その標的となった集団に属する者の行動を変化させると主張する。なぜならば、標的となった集団に属する者は、機会を求める自身の努力を意味のないあるいは愚かなものであると考えてしまうからである<sup>55</sup>。次に、政府によるヘイト・スピーチの表現的な害悪について、そのような言論は、物理的な害悪をうむか否かに関係なく、人種等に基づく劣等生を伝達する点で問題であると主張する<sup>56</sup>。平等保護条項は、等しい取り扱いだけではなく、等しい関心も要求しており、等しい関心の原則は、社会関係における不平等を問題としなければならず、ある人を共同体から排除する、もしくはそれらの人の価値を下げるようなことを

---

<sup>51</sup> Norton, *supra* note 48 at 175.

<sup>52</sup> 373 U.S. 267 (1963).

<sup>53</sup> Norton, *supra* note 48 at 175-176.

<sup>54</sup> *Id.* at 178; Norton は、同判決の以下の箇所を引用する。

本件は、投票権を行使するために必要かつ適切なすべての情報を受け取る市民の権利とは関係がない。本件は、投票者に対して、人種に基づいて差別することを求めている州の権利にのみ関係がある。選挙過程におけるもっとも重要な段階——投票する直前——において候補者に人種のラベルを張ることにより、州は、ある集団に対して作用する人種に関する偏見が刺激される手段を与える。375 U.S. 399, 401-402.

<sup>55</sup> Norton, *supra* note 48 at 180.

<sup>56</sup> *Id.* at 181.

拒絶しなければならない<sup>57</sup>。ここで、Norton は、これらのメッセージは、単に不快であるというだけではなく、社会的な分断や不安定をもたらすものであると指摘している<sup>58</sup>。

これらの害悪について検討するにあたり、Norton は、国境樹立禁止条項が問題となった判例が参考になるとする。国教樹立禁止条項が問題となった事例において、Kennedy 裁判官のような強制を問題にするアプローチと、O'Connor 裁判官のような是認を問題とするアプローチがある。Norton は、行動に関する害悪について、国境樹立禁止条項に関する議論の中でも、強制に着目する議論が参考になるとして、政府言論が、許容されない強制になるあるいは差別的なやり方で行動を変えるか否かが問題になるとする<sup>59</sup>。これは、平等保護条項を、政府が、特定の階級に基づいた敵意を、その標的となった集団の合理的な構成員が行動を変えるようなやり方——たとえば、ある集団の構成員が、自身の努力は意味がないあるいは愚かであると合理的に結論付けて、政府の職員となることや立法府に請願することを諦めるようにする——によって表現することを禁止していると解釈するべきであるという主張である<sup>60</sup>。この主張は、反差別法と同じアプローチであり、政府による表現的な範疇化についての具体的な効果や害悪に着目するものである<sup>61</sup>。

表現的な害悪について、Norton は、政府が特定の階級に基づいた差別や排除のメッセージを伝達する場合、すべての市民を同様の尊重と関心を持って扱わなければならないという憲法上の原則を侵害すると指摘する<sup>62</sup>。Norton は、ここでは、エンドースメント・テストと同様のアプローチが妥当す

---

<sup>57</sup> *Id.* at 182.

<sup>58</sup> *Id.* at 183.

<sup>59</sup> *Id.* at 195.

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.* at 196.

と考えている。

Norton は、以上のように述べ、平等保護条項は、①私人による差別を助長するあるいは標的となったものの行動を歪めるような政府によるヘイト・スピーチおよび、②ある階層の構成員が、アウトサイダーであるあるいは二級市民であるというようなメッセージを伝達するような政府によるヘイト・スピーチを禁止すると主張する<sup>63</sup>。

また、William M. Carter Jr. は、政府によるヘイト・スピーチは、特定の人種は政治過程への参加から排除されるという人種的な敵意を公的に伝達する点を指摘する<sup>64</sup>。そして、このようなメッセージは、伝統的に平等保護条項の下での厳格審査を正当化してきた政治過程における欠陥を作り出し、そしてその欠陥は、政府言論の法理の根拠の1つを掘り崩すと指摘する<sup>65</sup>。それゆえ、同論者は、政府によるヘイト・スピーチは平等保護条項による制限に服するとする。L. Darnell Weeden は、政府言論には言及していないが、州政府が南軍の旗を議会等に掲げる行為について、その行為が発するメッセージを理由として、修正14条に違反して違憲であると主張する<sup>66</sup>。Weeden は、Carter と同様に政治過程に着目する。それによると、政治過程は、マイノリティの保護という点では信頼できないからこそ、「分離して孤立したマイノリティ」の場合には厳格審査が正当化されるはずである<sup>67</sup>。それゆえ

---

<sup>63</sup> Norton, *supra* note 48 at 209.

<sup>64</sup> Carter, *supra* note 49 at 50.

<sup>65</sup> *Id.*; Carter は、政府言論の法理の根拠として、①政府が効果的に機能するには、自身の観点を表明あるいは促進することが必要である点、②民主的なアカウンタビリティの2点を挙げる (*Id.* 31-32)。政府によるヘイト・スピーチが問題となるのは後者の点である。政府言論が司法審査を免れるのは、その言論が、政治過程を通して生まれ、また、政治過程による修正に服するからである。ヘイト・スピーチはそのような機能を害する (*Id.* at 50)。

<sup>66</sup> See L. Darnell Weeden, *How to Establish Flying the Confederate Flag with the State as Sponsor Violates the Equal Protection Clause*, 34 AKRON L. REV. 521 (2001).

<sup>67</sup> *Id.* at 533.

に、白人優越主義を是認するようなメッセージを発する州の行為は、平等保護条項違反となる<sup>68</sup>。James Forman Jr. は、州が南軍の旗を掲げた事例について、修正14条だけでなく、修正1条にも反すると主張する。Forman は、Washington v. Davis<sup>69</sup>が示した差別的意図の基準について、差別的意図があるか否かは、①異なる扱いの影響の証明、②歴史的背景、③問題となった決定を導いた事象の連続性、④立法過程および行政過程を検討して判断されるとする<sup>70</sup>。それらを検討する際には、Brown v. Board of Education で示されたような、社会的な文脈の注意深い考察が必要であるとする<sup>71</sup>。その観点から、州が南軍の旗を掲げる行為は、差別的意図に基づくものであり、修正14条に反するとする<sup>72</sup>。個別的な事例を検討することが本稿の目的ではないため、この点については詳述しないが、ここで重要なのは、Forman が、南軍の旗を掲げるという、メッセージを発する州の行為を、差別的意図の基準によって違憲であるとしている点である。すなわち、州が差別的なメッセージを発する行為について、差別的意図が証明された場合には、平等保護原則違反となる。また、Forman は、差別的なメッセージを発する政府言論について、標的となった者が、修正1条の権利を行使する願望および能力に対して、萎縮効果をもたらすため、そのような政府言論は修正1条を侵害すると主張する<sup>73</sup>。Forman は、政府によるヘイト・スピーチは、修正1条の核となる価値を損なうものであると指摘する<sup>74</sup>。Forman によると、そのような政府言論は、一部の市民が政治過程に参加することを阻害するものであり、個人

---

<sup>68</sup> *Id.* at 534-535.

<sup>69</sup> 426 US 229 (1976).

<sup>70</sup> Forman, *supra* note 11 at 507.

<sup>71</sup> *Id.* at 511.

<sup>72</sup> *Id.* at 513.

<sup>73</sup> *Id.* at 520.

<sup>74</sup> *Id.* at 522.

の自律及び自己統治という、表現の自由の価値を掘り崩すものである<sup>75</sup>。Forman のこのような主張は、ヘイト・スピーチを批判する政府言論にも当てはまると批判されるかもしれない。しかし、Forman は、Carter と同様に、United States v. Carolene Products Co.<sup>76</sup>に着目し、「人種差別的な政府言論は、まさに政治過程を抑制する種類の政府行為である」と指摘する<sup>77</sup>。その観点からすると、「分離して孤立したマイノリティ」を標的にする政府言論と、そうでない政府言論とを区別することができるかもしれない。

政府言論は絶対ではなく、政教分離など、ほかの憲法原理との調整が必要であると考えられることはすでに指摘した。本稿で紹介した論者は、平等保護条項も、政府言論の射程を限定すると主張する。これらの論者は、政府によるヘイト・スピーチが発するメッセージを問題として、そのようなメッセージは平等保護条項により禁止されうると主張する。この点、法律や政府の行為のメッセージ的な側面について着目する安西文雄は、Shaw v. Reno<sup>78</sup>を例に挙げ、平等保護条項が問題となる判例において、物理的な害悪だけでなく、メッセージの害悪も問題となっている点を指摘する<sup>79</sup>。安西は、「自己規定において決定的重要性を持つ事柄である人種、民族、宗教について、公権力側がスティグマのメッセージ、または排除のメッセージを送れば、そのメッセージを向けられた人種、民族、宗教の人々は、その政治社会における相互尊重の枠組みから排除され、著しい人格的な害悪を被る」<sup>80</sup>と指摘する。そして、「政府の側に対して、特定の人種、民族を優遇してエンドースする

---

<sup>75</sup> *Id.* at 522-525.

<sup>76</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>77</sup> Forman, *supra* note 11 at 525.

<sup>78</sup> 509 U.S. 630 (1993)；人種的なゲリマンダリングが問題となった事例。

<sup>79</sup> 安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学44巻（1996年）81、87-88頁

<sup>80</sup> 安西・前掲注79・105頁



メッセージを伝達したり、あるいは劣後して否認するメッセージを送ったりする行為をしてはならない、という規範を命ずべき」<sup>81</sup>であると主張する。そのように考えると、平等保護条項は、政府が人種差別的なメッセージを発することを禁止していると解することができる。それゆえ、平等保護条項は、政教分離条項とともに、政府言論の射程を限定する規範であると考えることができる。もちろんその射程は問題となるが、Forman が指摘するように、政府によるヘイト・スピーチの場合には、平等保護と表現の自由の緊張関係は存在しない点で、私人によるヘイト・スピーチとは異なる<sup>82</sup>。その意味で、私人によるヘイト・スピーチよりは広い範囲で制限できるだろう。

## むすび

Walker 判決でみたように、政府は、政府言論にあたる場合には、差別的なメッセージを発することを防止することができる。日本では、2016年に成立したヘイト・スピーチ解消法は、「専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの（以下この条において「本邦外出身者」という。）に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で公然とその生命、身体、自由、名誉若しくは財産に危害を加える旨を告知し又は本邦外出身者を著しく侮蔑するなど、本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として、本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する不当な差別的言動」（第2条）は許されないとしているが、罰則は定めていない。同法は、ヘイト・スピーチは許されないという、メッセージを発するという意味があった。また、同法は、国および地方公共団体に対して、教育活動、啓発活動を実施することなどを求めている。同法に規定された言論について、政府自身がそのような内容のメッセージを発さないこと

---

<sup>81</sup> 安西・前掲注79・106頁

<sup>82</sup> Forman, *supra* note 11 at 514-515.

はもちろん、解消に向けた啓発活動など、積極的な行為を要求している。私人がかかわる言論が政府言論とみなされる場合には、そのような言論を拒絶することができる。このように、ヘイト・スピーチ解消法は、規制か否かではなく、第3の道である政府言論として意義があるといえる。もちろん、Walker 判決で問題となったように、何が政府言論に当たるのかは、日本においても重要な問題といえる。この点は後日検討したい。

また、本件では、政府自身が差別的なメッセージを発する場合について、平等保護条項により、政府言論を制限できる可能性を示唆した。それによると、平等保護条項は、政府が人種差別的なメッセージを発することを禁止する規範であると解釈できる。いずれにせよ、政府言論の法理の射程が問題となり、この点は十分に議論されていない。アメリカの最高裁も立場を明確にしているとはいえない。今後、更なる検討が必要となる。

〔付記〕 在外研究中のため、邦語文献の参照が不十分であるが、その点についてはご寛恕をたまわりたい。