

# アメリカの公共交通システムにおける憎悪煽動的な 意見広告(ヘイト・スピーチ)の規制についての一考察

小 谷 順 子

- 一 はじめに
- 二 問題の整理
  - 1 AFDIの広告の「表現」としての性格
  - 2 パブリック・フォーラムの法理
  - 3 公共交通システムの広告空間の性格
- 三 広告掲出拒否処分をめぐる裁判例
  - 1 広告掲出拒否処分の差止めが認められなかった裁判例
  - 2 広告掲出拒否処分の差止めが認められた裁判例
- 四 広告掲出を命じられた各都市の対応——パブリック・フォーラムの閉鎖
  - 1 各都市の対応
  - 2 フォーラム閉鎖後の法廷闘争
- 五 若干の考察
  - 1 連邦下級審の判断のばらつき
  - 2 挑発的な憎悪広告の掲出拒否と厳格審査
  - 3 おわりに

## 一 はじめに

本稿では、アメリカの各都市の公共交通システムの広告スペースにおける宗教的な憎悪を煽動する意見広告の掲出をめぐる法廷内外の争いを検証することを通し、公共空間における憎悪煽動表現（ヘイト・スピーチ）への対処法を考察する。

アメリカの都市の運営する地下鉄やバスなどの車体、車内、ホーム、停留所等に掲出される政治的・論争的な意見広告をめぐることは、これまでも規制の可否と限度に関する議論が生じてきたが、本稿で焦点を当てるのは、近年論争となった反イスラム主義を掲げるアメリカン・フリーダム・デイフェンス・イニシアティブ（以下、AFDIと表記<sup>2)</sup>）と称する団体による広告掲出をめぐる論争である。AFDIは、二〇一〇年頃から、全米各地の公共交通システムに対し、イスラム教やその信者を挑発的に批判する内容の意見広告の掲出を求めてきた。これに対し、多くの都市の交通当局が広告の掲出を拒否したため、AFDIは、各地の連邦裁判所に対して拒否処分<sup>1)</sup>の差止め等を求めた。これらの事件のうち、ワシントンDC、ニューヨーク、及びフィラデルフィアの事件では、それぞれ表現の自由が優先されて掲出拒否処分の仮差止めが認められたが、ボストン、デトロイト、及びシアトルの事件では、差止めは認められなかった。こうした下級審の判断の分裂にもかかわらず、連邦最高裁は、差止めの認められなかった二都市の事件の裁量上訴を拒否している。

下級審の判断の分裂傾向については、どのように説明することができるのか。公共交通システムの広告について、政府による統制はどこまで許されるのか。公共交通の広告スペースにおける挑発的な憎悪広告について、合衆国憲法の下でどのように対応することができるのか。本稿では、これらの点を検証することを通し、公共施設における憎悪表現への法的対処のあり方を考察したい。

ところで、AFD Iの広告をめぐる問題は、法廷闘争で決着したわけではない。後述のとおり、掲出拒否処分を違憲と判断されたワシントンDC、ニューヨーク、及びフィラデルフィアの交通当局は、急ぎよ、広告掲出の基準を変更して、意見広告をほぼ全面的に禁止するに至った。これをうけ、二〇一七年、ワシントンDCの新たな広告掲出基準の合憲性を争う訴えが提起されている。<sup>(3)</sup>

本稿では、以下、まず、公共交通システムの広告規制に関する憲法上の論点を整理したうえで、AFD Iの広告掲出をめぐる実務対応と判例を検証していきたい。

## 二 問題の整理

AFD Iの広告をめぐる事件で問題となるのは、主に、AFD Iの広告の「表現」としての性格と、各都市の公共交通の広告スペースにおける表現の自由の保障の程度である。以下、これらの点を順にみていく。

### 1 AFD Iの広告の「表現」としての性格

AFD Iの広告は、合衆国憲法修正一条の表現の自由の保障をうける表現と言えるのか。広告の具体的内容については後述するが、いずれの広告も社会的問題と関連させて宗教又は信者を批判する形をとっているため、政治的表現又は公的論点に関する表現という性格を有しており、この側面からは表現の自由の厚い保障が求められる。一方で、AFD Iの広告は、イスラム教の宗教や信者を挑発的に批判又は侮辱する表現であるとも言えるため、そこには、①ムスリムの人格や尊厳を侵害する憎悪表現、②公共交通設備やムスリムの人々に対する暴力的反応を引き起こす可能性のある暴力煽動表現、③公共交通の設備又は利用者に対するムスリム等による暴力的

反応を引き起こす可能性のある暴力煽動表現又は喧嘩言葉としての要素が混在する。

判例上、暴力煽動表現、喧嘩言葉、及び憎悪表現の規制は表現内容規制に該当するため、厳格な審査基準の適用をうけるし、表現の観点に基づく規制（観点差別）は許されない。そして、暴力煽動表現については、即座の暴力的反応を誘引する意図で発信されていることと、実際に暴力的反応が生じる可能性が高いことが求められるし、喧嘩言葉については、それが表現の受け手個人に直接向けられていて実際に暴力的反応が発生する可能性が高いことが求められる<sup>(4)</sup>。一方、憎悪表現の規制については、事実上、合憲となる道がほぼ閉ざされている<sup>(5)</sup>。

## 2 パブリック・フォーラムの法理

アメリカ社会の公道や公園などの空間は、個人や団体が意見を表明する場として伝統的に活用されてきており、こうした空間における表現の自由の保障は、修正一条の基本的内容の一つとして位置づけられている<sup>(6)</sup>。こうした伝統的な言論空間を含む、自己の所有地ではない言論空間に関して、一九八三年の連邦最高裁のペリー判決は、「伝統的パブリック・フォーラム（伝統的PF）」、「指定パブリック・フォーラム（指定PF）」、「非パブリック・フォーラム（非PF）」の三つの類型を示した<sup>(7)</sup>。もっとも、ペリー判決以降の判例は、PFの分類と適用基準に関して複雑な様相を見せており、それを受け、下級審では、修正一条の保障が「政府所有地で行われる私人の表現行為に対してどのように適用されるのかについて試行錯誤を続けて」いるとされる<sup>(8)</sup>。そこで、ここでは、PFの類型をできるかぎり一般化して記しておく。

第一に、伝統的PFとは、公園や公道などに代表されるように、人々が伝統的に表現活動の場として活用してきた空間を指す<sup>(9)</sup>。伝統的PFにおける表現規制については、表現の内容（題材及び観点）に基づく規制は原則的に禁止されて、厳格な審査が適用されるほか、時間、場所、手法に関する規制についても、重要な政府利益に寄

与するために狭義に規定されていて、他の表現手段による意見伝達の余地が十分に残されている必要がある。<sup>(10)</sup>

第二に、指定P Fとは、伝統的P Fには該当しないものの、政府が市民の自由な表現活動のために設置又は開放した空間を指す<sup>(11)</sup>。指定P Fについては、それが成立する条件も確定していないうえ、そこで許容されうる規制については、伝統的P Fと同じ取り扱いをうけると説明されることが多い一方で、<sup>(12)</sup>空間の性格に応じて題材に基づく規制が許容されると説明されることもあり、<sup>(13)</sup>理解に振れ幅がある。

第三に、非P F(又は「非フォーラム」<sup>(14)</sup>)とは、公共施設の空間でありながら、表現活動には無関係な目的で設置されており、伝統的P Fにも指定P Fにも該当せず、自由な表現活動のためには開放されていない空間を指す<sup>(15)</sup>。非P Fにおける表現規制には、合理性の基準が適用され、合理的で観点中立的であれば許される。<sup>(16)</sup>

これら三種類のP Fのほかに、裁判所は「限定的パブリック・フォーラム(限定的P F)」を認定することがある。<sup>(17)</sup>限定的P Fの説明として、ここでは、特定の団体の利用のため、又は特定の題材に関する議論のために、政府が市民に開放した公設空間と記しておく。<sup>(18)</sup>ここで留意すべきは、指定P Fと限定的P Fの区別の困難さである。連邦最高裁の判例では、政府が指定P Fを創設したのかどうかについては、政府の意図、すなわち、<sup>(19)</sup>①当該空間に関する政府の「方針と実務」、<sup>(20)</sup>②当該空間の本質的性格と表現活動との適合性に依拠すると述べられてきた。しかし、これらの指針は明確ではないため、下級裁判所を悩ませてきたとされる。

### 3 公共交通システムの広告空間の性格

パブリック・フォーラムの分類と審査基準は、複雑で判然としない。また、各都市の公共交通システムの広告掲出の基準や実務上の取扱いも一様ではない。それゆえに、公共交通の広告スペースについては、それが伝統的P Fには該当しないという理解は共有されているものの、それが指定P F、限定P F、又は非P Fのいずれに該

当するのにかについて、統一的な理解は存在しない。

連邦最高裁は、一九七四年のレーマン判決において、政治的表現を全面的に禁止する市バスの広告スペースを非フォーラムと認定したうえで、そこでの政治的表現の全面禁止を正当化した。<sup>(21)</sup> 同判決は、路面電車を含む屋外広告の規制に関する先例を引用しつつ、路面電車等の広告は目撃者の意思を問わず視界に侵入してくる点において、目撃者を「囚われの視聴者」の状態に置くのであるから、立法者は害悪の程度を認定したうえで適切な立法を行うことができる述べた。さらに、市バスの車内の広告スペースはその他の空間、会議場、公園、又は道路などとは異なると述べたうえで、公共交通という営利事業である以上、市は、迅速で便利で快適で廉価なサービスを提供しなければならず、広告規制の方針と実務に関する恣意性、不規則性、不公平性があつてはならないもの、市は、市バスに掲出される広告の種類に関する合理的な選択をする裁量を有するとも述べた。

もつとも、同判決の射程は狭く、AFDIの広告に関するすべての事件の先例となるわけではない。なぜならば、レーマン判決の争点となった市バスは、規定上と実務上の双方において従来政治的広告や公的論点広告を全面的に禁止してきたことをふまえて非フォーラムと認定されたのであつて、政治的表現を許容している公共交通については同判決の射程から外れる可能性があるからである。<sup>(22)</sup> AFDIの広告掲出拒否処分<sup>(22)</sup>の司法審査は、このような判例状況を背景に行われた結果、次に見ていくとおり、広告事業が非PFであると認定された三都市では、合理性と観点中立性の審査が行われて、広告掲出拒否処分が合憲と判断されたが、他方で、指定PFであると認定された三都市では、厳格審査が適用されて、違憲と判断されたことになる。

### 三 広告掲出拒否処分をめぐる裁判例

#### 1 広告掲出拒否処分の差止めが認められなかった裁判例

A F D I の広告をめぐる事件のうち、ボストン、デトロイト、及びシアトルの広告掲出拒否処分をめぐる事件では、いずれも広告事業が非 P F と認定されたいうえて、拒否処分の合理性と観点中立性が認められて、A F D I が敗訴した。以下、これらの事件を紹介する。

##### (1) ボストン地区 M B T A (第一巡回区連邦控訴裁)

ボストン地区の M B T A (Massachusetts Bay Transportation Authority) の広告事業指針は、個人又は集団の品位を落とす (demean) 又は評判を落とす (disparage) 広告 (＝品位評判低下表現) を禁止する。A F D I は、「文明化された人間と野蛮人の間の戦いでは、文明化された人間を支持せよ。イスラエルを支持せよ。ジハードを打破せよ。」という文言の広告の掲出を求めたが、M B T A がこれを品位評判低下表現に該当するとして掲出を拒否したことから、A F D I は拒否処分の差止めを求めた。この事件において、二〇一三年、連邦地裁は、第一巡回区連邦控訴裁の先例<sup>(23)</sup>を踏襲して広告事業を非 P F として位置づけたうえて、本件広告はムスリムやパレスチナ人に対する品位評判低下表現であると合理的に解釈できると述べたうえて、さらに、集団の一員を「野蛮人 (savage)」と呼ぶ<sup>(24)</sup>とは個人の尊厳を直接に低下させると述べて、掲出拒否処分の差止めを認めなかった。

この事件で、二〇一五年、第一巡回区連邦控訴裁は、次のように述べて、M B T A の指針及びその適用は修正一条に反しないと判断した<sup>(25)</sup>。まず、連邦控訴裁は、M B T A の広告事業を非 P F と認定した同巡回区先例に言及しつつ、改めて広告事業のフォーラム性の確認を行なった。連邦控訴裁は、M B T A の広告指針において、そ

の事業目的が(a)広告及び運賃収入の最大化、(b)安全で秩序ある運営及び乗客への歓迎的環境の維持、(c)広告内容がM B T A又は州と同一視されることの防止であることが明記されているだけでなく、掲出可能な広告内容も明記されており、これらに基づいて実際に広告内容が審査されていることなどを指摘したうえで、同巡回区の先例を参照しつつ、たとえ他の意見広告が許容されていたとしても、そのこと自体が広告事業に指定P Fの性格を付与するものではないと述べ、本件広告事業を非P Fと認定した。そして、連邦控訴裁は、M B T Aの品位評判低下基準はあらゆる論点、立場、及び主体に適用される「合理的な理由の基準」なのであつて特定の観点に対する差別ではないうえ、仮に基準を満たさない広告を拒否されたとしても深刻な表現萎縮効果が生じるわけでもない」と述べた。また、連邦控訴裁は、本件広告事業指針は、不当な観点差別の懸念や、収入目的のフォーラムとは無関係な理由による特定観点を攻撃の懸念を生み出すおそれがあるような裁量濫用の余地を与えるほどに不明瞭ではないと述べて、その違憲性を否定した。二〇一六年、連邦最高裁は、本件の裁量上訴を拒否した。<sup>26)</sup>

(2) デトロイト地区S M A R T (第六巡回区連邦控訴裁)

デトロイト地区のS M A R T (Suburban Mobility Authority for Regional Transportation)の広告に関する基準は、不公平な外観を帯びたり「囚われの聴衆」に対する押し付けとなったりする可能性を最小限にすることを目的に、掲出の認められない五つの項目を明記しており、それには、政治的広告(基準①)と、明らかに名誉毀損的又は特定の個人又は集団を侮辱又は嘲笑にさらす広告(基準④)が含まれる。A F D Iは、「あなたにファトゥワが出されている? 自分の家族に脅迫されている? イスラムから抜け出したい? 質問がある? 回答を得よう! RefugeeFromIslam.com」という文言の広告の掲出を求めたが、S M A R Tが基準④に基づいてこれを拒否したことから、A F D Iは仮差止めを求めた。連邦地裁は、本件広告場所を非P Fであると述べつつも、広告

内容規制の適切な基準が示されておらず、判断実務にも恣意性が認められると述べて、仮差止めを認め<sup>(27)</sup>た。

一方、二〇一二年、第六巡回区連邦控訴裁は、第一巡回区と第六巡回区の先例を参照しつつ、次のような論理で原審を破棄した<sup>(28)</sup>。まず、連邦控訴裁は、本件広告スペースについては、明文で非PFと規定されてはいないものの、S M A R Tが強い監督力を有しており、広告掲出基準の下で公共的討論が不可能となっているうえ、広告事業は歳入増加を目的としていることから、非PFに該当すると述べた。そのうえで、連邦控訴裁は、合理性と観点中立性の審査を行い、交通当局が商用と公共サービスの広告のみを認めて政治広告を拒否することは一般に許されるし、S M A R Tの基準は政治的広告を一切禁止している点において恣意が働く余地がないと述べたうえで、さらに、イスラム法の米国内での適用そのものが政治的論点の一つになっていることをふまえると、交通当局が本件広告を政治的と判断したのは合理的であると述べて、原審を破棄した。

(3) シアトル地区(キング郡メトロ)(第九巡回区連邦控訴裁判所)

シアトル地区のメトロ(King County Metro)の広告基準では、広告掲出の認められない一一の類型を規定しており、それには、虚偽又は誤導的な内容(④)、侮辱する又は評価を下げる(demeaning or disparaging)内容(⑧)、交通システムへの有害又は妨害的な内容(⑨)が含まれており、メトロはこの基準に照らして広告内容の審査を行っている<sup>(29)</sup>。

同メトロは、二〇一三年、国務省の申請により、「国際テロリストの顔」と題する一六名の国際テロリストの顔写真を並べた手配広告を掲出したが、人種的及び宗教的マイノリティへの配慮を求める意見が寄せられたことをうけ、国務省が自主的に広告を撤回した。一方、翌月、今度はAFDIが、同じく「国際テロリストの顔」と題して同じ一六名の国際テロリストの顔写真を並べた類似の広告の掲出を求めたが、メトロが広告基準④、⑧、

⑨に該当すると判断して掲出を拒否したことから、AFDIが当該拒否処分の仮差止めを求めた。この事件において、連邦地裁は、第九巡回区の先例に基づいて本件広告場所を非PFとして位置づけたうえで、合理性と観点中立性の審査のみを行い、掲出拒否の差止めを認めなかった。<sup>(30)</sup>

控訴審の第九巡回区連邦控訴裁も、本件広告事業のフォーラム性については同巡回区の先例を参照しつつ、<sup>(31)</sup>当該広告スペースには事前審査を通過した広告のみ掲載されること、実際に多様な広告が拒否されていること、及び本件の政府施設が安全かつ効率的な公共交通の提供を主目的とするスペースであること指摘して、本件広告スペースを非PFであると認定したうえで、合理性と観点中立性の審査を行った。<sup>(32)</sup>そして、メトロの乗客を「囚われの聴衆」として位置づけたうえで、広告基準④の「虚偽又は誤導的」基準について、メトロの目的が安全かつ効率的な公共交通の提供であることを考慮すると、虚偽広告禁止の基準自体は十分に合理的であると述べた。さらに、AFDIの広告中のFBIによる最大二五〇〇万ドルの賞金という記載について、正しくは国務省による最大五〇〇万ドルの賞金であることを指摘したうえで、本件広告は客観的かつ明確に虚偽なのであるから、本件広告については当該基準が恣意的に適用される可能性はないと述べ、さらに、違憲性があることを示す証拠が示されていないことから、本件拒否は観点中立的であろうと判断した。

なお、連邦控訴裁の判断は、賞金に関する表示の正確性(基準④)についての検討のみに基づいて下されており、より慎重な分析の求められる二つの基準、すなわち侮辱する又は評価を下げる表現(基準⑧)と交通システムへの害悪となる表現(基準⑨)の該当性については検討されておらず、そのことは判決文中でも明示されている。<sup>(33)</sup>連邦最高裁は、二〇一六年、本件の裁量上訴を拒否した。<sup>(34)</sup>

## 2 広告掲出拒否処分の差止めが認められた裁判例

今述べたとおり、広告掲出拒否処分<sup>(34)</sup>の差止めを認めた裁判所は、いずれも、当該巡回区の連邦控訴裁の先例をふまえたフォーラム性の審査によって広告事業を非PFと認定して、合理性と観点中立性の審査のみを行った。一方、次に示すのは、広告事業を指定PFであると判断したうえで、厳格審査を適用したうえで、掲出拒否処分の差止めを認めた三都市の事例である。

(1) ワシントンDC地区WMATA (DC連邦地裁 (DC連邦控訴裁法域))

二〇一二年、AFDIは、ワシントンDC地区の公共交通システムWMATA (Washington Metropolitan Area Transit Authority) に対し、「文明化された人間と野蛮人の間の戦いでは、文明化された人間を支持せよ。イスラエルを支持せよ。ジハードを打破せよ。」という内容の広告の掲出を求めた。しかし、WMATAは、同時期に大規模な反米デモが世界各地で発生して在リビア合衆国大使館がテロ攻撃をうけるなどしていたことをうけ、本件広告に関する運輸保安庁の個別の助言(要旨…DCのメトロはテロ攻撃の独特の対象であるゆえに当該広告の掲出に懸念を覚える)と国土安全保障省の一般的な公式警告(要旨…ビデオに反応した暴力に対して国内及び国外において警戒せよ)をふまえ、当該広告の掲出を「将来決定する期日」まで延期をすることをAFDIに伝えたところ、AFDIが仮差止めを求めた。

この事件で、二〇一二年、連邦地裁は、まず、本件広告の表現のうち、政治的表現の要素については最高位の修正一条の保護をうけ、憎悪表現の要素についても保護をうけうると述べたうえで、本件広告は喧嘩言葉(表現の受領者に直接向けられていて暴力的反応の発生可能性が高い挑発的な表現)には該当しないと述べた。<sup>(35)</sup>そして、連邦地裁は、WMATAが本件広告事業を指定PFであると認めていることをふまえ、表現内容規制としての厳格審査を行った。<sup>(36)</sup>そして、連邦地裁は、ムスリム社会の米国嫌悪感情、DCメトロの連邦政府施設からの至近性、

及び国土安全保障省と運輸保安庁の助言の存在という事情をふまえて、W M A T A は乗客と職員の安全に関する重要な規制利益 (a) 地下鉄ホーム上での乗客間の論争の結果としての乗客の転落の防止、(b) テロ攻撃の防止 を示すことができていと述べた。しかし、連邦控訴裁は、W M A T A の指摘する危険の防止は他の手段でも可能であると述べ、さらに、W M A T A が代替の掲出場所を検討せず、無期限かつ主観的な延期期間を設定したことは、最も制約の小さい規制とは言えないと述べて、掲出拒否処分<sup>37</sup>の終局的差止めを認めた。

その後、二〇一五年、A F D I は、W M A T A に対し、自らが同年に主催したムハンマド似顔絵コンテストの優勝作品に文言を書き加えた内容の広告の掲出を申請した。当該コンテストをめぐることは、コンテスト会場の襲撃を試みたイスラム過激派の武装男性二名が会場で警察官によって射殺されるという事件が発生したこともあり、同年五月、W M A T A は、年内の意見広告の全面中止を決定したうえで、同年一月に広告掲出基準を改正し、意見広告を含む多様な広告を正式に禁止した<sup>37</sup>。

(2) ニューヨーク地区 M T A (連邦地裁 (第二巡回区法域))

ニューヨーク地区の M T A (Metropolitan Transportation Authority) は、二〇一一年の時点では、掲出しな<sup>38</sup>い広告に関する基準を有しており、虚偽、誤導的、若しくは欺罔的な商用広告、名誉毀損的広告、又はわいせつ表現を含む広告を禁止するほか、人種、肌の色、宗教、出身国、祖先、ジェンダー、年齢、障害、又は性的指向に基づき個人又は集団を侮辱 (demean) するイメージ若しくは情報を含む広告を禁止していた (「侮辱禁止基準」)。M T A は、二〇一一年、A F D I ではない団体の申請したイスラエル批判の意見広告とイスラエル・パレスチナ和平の意見広告を掲出したところ、これに<sup>39</sup>応答して、A F D I は、「文明化された人間と野蛮人の間の戦争では、文明化された人間を支持せよ。イスラエルを支持せよ。ジハードを打破せよ。」という文言の広告の掲出を希望

した。しかし、MTAが、「野蛮人 (savages)」という表現が宗教、出身国、又は祖先に基づいてムスリム又はパレスチナ人を侮辱すると判断して掲出を拒否したことから、AFDIは当該拒否処分の変更を求めた(第一事件)。

第一事件で、連邦地裁は、まず、MTAの広告事業を指定PFと認定した第二巡回区連邦控訴裁の先例をふまえて<sup>(38)</sup>、本件広告事業の目的が広告収入だけならば非PFに該当しうが、論争を呼びうる政治的広告も従来認めていることをふまえると、MTAは規制者 (regulator) の役割を果たしているため、本件広告事業は指定PFに該当すると述べたうえで、そこでの表現内容規制は厳格審査に服すると述べた<sup>(39)</sup>。また、連邦地裁は、本件広告は保護される表現の中核に位置する政治的表現に該当すると述べたうえで、本件広告は同じスペースに掲出された同じ問題に関する政治広告への応答であるため、修正一条の下で最高レベルの保護を受けると述べた。そのうえで、連邦地裁は、人種や宗教等の列挙事由に基づく侮辱のみを禁止する本件基準は特定の好まれない題材のみを禁止する点において表現内容に基づく差別的規制であると述べたうえで、政治的表現までもが規制対象になる点において高度に不公平であると述べて、侮辱禁止基準の変更を認めた<sup>(40)</sup>。

これをうけ、MTAは、二〇一二年、侮辱禁止基準を廃止したうえで、新たに、暴力又はその他の即座の治安崩壊を今にも煽動又は誘発することで安全、効率的、かつ秩序ある運輸事業に有害、妨害、又は干渉を及ぼすことをMTAが合理的に予見しうる内容を含む広告を禁止した(「治安崩壊禁止基準」)。その後、二〇一四年、AFDIは、「ハマスMTVによると、ユダヤ人殺害は我々をアラブに近づける信仰 (worship) だ。これは彼のジハード。あなたのジハードは？」という文言とともにスカーフで頭部と顔面の大部分を隠した威嚇的な外見の男性の描写を添えた広告の掲出を希望したが、MTAが治安崩壊禁止基準に照らして掲出を拒否したことから、AFDIは治安崩壊禁止基準の変更を求めた(第二事件)。

この第二事件において、連邦地裁は、本件広告スペースが指定PFであることについて両当事者が同意していることをふまえ、まず、本件広告が修正一条によって保護される表現であるのか、それとも規制の許される喧嘩言葉及び暴力又は無法状態の煽動表現に該当するのかを検討した<sup>(41)</sup>。そして、連邦地裁は、喧嘩言葉の成立要件であるところの、聞き手に直接向けられていて暴力的反応を引き起こす可能性が高いという要件が、本件広告スペースを通じた表現発信の場合でも満たされるとする判例が示されていないと述べたうえで、仮に満たされるとしても、本件広告が「即座の治安崩壊」を引き起こす傾向があるということが示されていないと述べて、喧嘩言葉の該当性を否定した。また、「暴力又は無法状態の煽動」の該当性についても、連邦地裁は、本件広告の「ユダヤ人殺害」という文言はハマスのTV番組の引用ですぎず、また、本件広告は文面上は暴力を唱導しておらず、メッセージの名宛人も定かでないうえ、本件広告が即座の暴力を引き起こす可能性が高いという客観的な証拠も示されていないと述べたうえで、さらに、実質的に同一の広告が他都市で掲出されたときも問題は生じておらず、ニューヨークが他都市よりもテロの対象となりやすいという一般的な可能性の高さのみに基づいて表現規制をすることは許されないと述べて、その該当性を否定した。

そして、連邦地裁は、厳格審査を行い、MTAは本件広告とは無関係な一般的な安全上の懸念を提示しているものの、公共の安全への脅威を示す現実かつ客観的な証拠は提示しておらず、重要な利益が示されていないと述べた。さらに、連邦地裁は、掲出拒否よりも制約の少ない統制手段(例えば、MTAと本件広告とが無関係である旨を書き添えるなど)が存在すると述べたうえで、(広告に直接起因するのではない)自然発生的な暴力的攻撃への警戒ということだけでは表現規制は許されないと述べて、広告掲出拒否処分の仮差止めを認めた。

これをうけ、同年四月、MTAは、急きよ、広告場所の法的性格を指定PFから限定的PFに変更をすることを目的に、政治的な性格を有する広告をすべて禁止する新基準を採択したうえで、先のAFDIの広告は政治的

性格を有するという理由を挙げて、改めて当該広告の掲出を拒否した。<sup>(42)</sup>

(3) フィラデルフィア地区SEPTA(連邦地裁(第三巡回区法域))

フィラデルフィア地区のSEPTA(Southeastern Pennsylvania Transportation Authority)と広告代理店との契約文言中の広告掲出基準では、特定の個人又は集団をその人種、宗教的信念、年齢、性別、外国人性、出身国、病气、又は障害に基づいて評価を下げたり(disparage)嘲笑したり(ridicule)する傾向のある広告を禁止していた(＝評価低下禁止基準)。SEPTAの広告事業は、商用及び非営利団体の広告に重点を置いてきたが、公的論点に関する広告も掲出していた。AFDIは、二〇一四年、「イスラムのユダヤ人憎悪」と題するヒトラーとムスリム指導者の対談写真を掲載した広告の掲出を求めたが、SEPTAが評価低下禁止基準に基づいてこれを拒否したことから、AFDIが拒否処分<sup>(43)</sup>の差止めを求めた。

この事件で、二〇一五年、連邦地裁は、次に述べる論理で本件基準を違憲と判断して、掲出拒否処分の仮差止めを認め<sup>(43)</sup>た。連邦地裁は、まず、本件広告が政治的表現及び宗教典籍解釈を含む修正一条の中核に位置する表現であると述べたうえで、SEPTAの広告事業を指定PFと認定した第三巡回区の先例を参照し<sup>(44)</sup>つ、SEPTAが政治的及び公共的論点の広告を禁じる公式基準を有していないこと、SEPTAの広告基準と実務実績が商業広告及び論争を呼ばない広告のみに限定しているとは言えないこと、及び、SEPTAがこれまで多くの公共的論点の広告を認めてきたことを指摘し、本件広告事業が指定PFであることを確認した。

そのうえで、連邦地裁は、評価低下禁止基準については、他者の評価を下げる表現のうち、好まれない題材として列挙された人種等の事由に該当する場合のみを規制する点において表現内容に基づく規制であると述べて、厳格審査を行った。そして、連邦地裁は、憎悪表現規制を違憲としたRAV判決の論理を用いつつ、仮にSEP

T Aが特定の集団を虐待から保護するという重要な規制利益を主張したとしても、その利益の達成は列挙された集団に対する評価低下表現だけを規制するという手段ではなく、あらゆる評価低下表現を禁止するという手段でも可能である以上は、本件基準は限定的な規制であるとは言えないと述べた。さらに、連邦地裁は、本件基準の下では、列挙された集団を称美する表現は禁止されない一方で、評価を低下させる表現は禁止される点において、表現の観点に基づく規制にも該当すると述べて、掲出拒否処分<sup>(45)</sup>の仮差止めを認めて、争点の広告の掲出を命じた。なお、連邦地裁は、本件規制の目的についての審査は行っていない。

これをうけ、SEPTAは、二〇一五年四月の一カ月間、本件広告を掲出したが、五月に入り、すべての政治的広告を禁止する広告基準を設けた。<sup>(45)</sup>

#### (4) 小括

このように、これらの裁判所は、各々の法域の連邦控訴裁の先例を参照して、広告事業を指定PFと認定して、厳格審査を行った結果、ワシントンDCの事件では、規制目的の重要性は認められたものの、規制手段の審査で不合格となり、ニューヨークの事件では、そもそも規制目的の重要性が認められず、さらに規制手段の審査も不合格となった。一方、フィラデルフィアの事件では、観点規制の審査が行われた結果、過小包括規制ゆえに不合格となった。そこで、このような司法判断をうけた各都市の対応を次に紹介する。

### 四 広告掲出を命じられた各都市の対応——パブリック・フォーラムの閉鎖

## 1 各都市の対応

大都市の公共交通システムにおける憎悪煽動的な広告の掲出は、安全の確保という観点からも、すべての利用者に友好的な環境を確保するという観点からも、現実には困難を伴う。そのため、広告掲出拒否処分が司法判断で差止められた三都市は、広告スペースを多様な意見広告に開放するという対応を採るのではなく、広告掲出基準を改正して、意見広告を全面的に禁止して、広告事業を非PFに転換するという対策を講じた。

まず、ワシントンDCのWMATAは、二〇一五年、商用広告に関する指針を改訂して、禁止される広告として、多様な見解の存在する論点に関して公衆に影響を与えることを意図した広告(九号)、特定の宗教、宗教的慣習、又は信念を推進又は批判する広告(一二号)、公共政策に影響を与えることを意図した広告(一四号)を含む一四項目を明示した。<sup>(46)</sup>

一方、同年、ニューヨークのMTAも広告指針を改正して、「政治的な性質を有する広告を排除することによってMTAの施設を指定PFから限定的PFに変換すること」を目的とした改正であることを明記したうえで、許可される広告として、商業広告、政府広告、及び公共サービスの案内の三種類を挙げて、さらに、許可されない広告として、暴力又は平穏崩壊を即座に煽動等することによって安全で効率的で秩序立った公共交通運営に害悪又は干渉を与えることをMTAが合理的に予見できるもの(IVB一二)、個人又は集団を侮辱する又は評価を落とす内容を含んでいるもの(IVB一三)を含む一五項目を明記した。<sup>(47)</sup> IVB一三については、判断基準も明示しており、それによると、MTAの利用者層に関する知識を有する合理的に思慮分別のある人間が、支配的な社会通念(prevaling community standard)に照らして、特定の個人又は集団を罵倒する又は彼等の尊厳を傷つける内容を含むと考えるかどうかを、MTAが判断するものとされる。

また、同年、フィラデルフィアのSEPTAも、広告代理店との契約文書における広告掲出基準を修正して、広告スペースを非PFに転換することを明記したうえで、個人、集団、事業、又は団体の評価を落とす、不名誉

となり、又は不敬となることを意図した広告や(第三)、個人又は集団に対して向けられており非常に侮辱的、品格低下的、又は敵対的であるがゆえに違法な行動を煽動等することが予見できる内容の広告(第四)を含む九項目の広告を禁止した。<sup>(48)</sup>

## 2 フォーラム閉鎖後の法廷闘争

先述のとおり、ワシントンDCのWMATAは、AFDIがムハンマドの似顔絵広告の掲出を申請した直後に、暫定的に意見広告を全面的に禁止したうえで、AFDIの広告掲出を正式に拒否して、さらに正式な指針改定を行った。そのため、AFDIは、指針改定がAFDIの広告を標的にした観点差別的なものであって本件広告掲出拒否処分は修正一条に違反すると主張して提訴した。これに対し、二〇一七年三月、連邦地裁は、AFDIの広告が標的にされた証拠が提示されておらず観点差別とは言えないと述べたうえで、論争的な広告に対する器物損壊の被害や論争的広告の審査にかかる行政負担の解消を目的とした指針改定であるとするWMATAの主張を受け入れて、指針改定を合理的であると判断した。<sup>(49)</sup> なお、WMATAの指針改定に関しては、二〇一七年八月、アメリカ自由人権協会(ACLU)が、意見広告の掲出を拒否された複数の団体の代理人となり、新基準の違憲性の確認等を求める訴えを提起しており、今後の司法判断が注目される。

## 五 若干の考察

### 1 連邦下級審の判断のばらつき

前述のとおり、連邦最高裁は、政治的表現を全面的に禁止していた公共交通の広告事業を非フォーラムと位置

づけたことがあるが(レーマン判決)、その射程は狭く、本件の問題に関する連邦下級審の指針としては十分ではない。そのため、ニューヨーク(第二巡回区)やワシントンDC(DC巡回区)などの法域は、広告事業を指定PFとする先例に拘束されていて表現内容規制が許されない一方で、ボストン(第一巡回区)やシアトル(第九巡回区)などの法域では、広告事業が政治的表現にも開放されているにもかかわらずPFとして扱われており、表現内容規制が許されている<sup>(50)</sup>。さらに、第二巡回区、第六巡回区、第七巡回区、及びDC巡回区の法域では、多様な政治的及び意見広告が受け入れられている事実があれば、政府が指定PFを創設することを意図したこととなり、厳格審査に付されることになるが、第一巡回区と第九巡回区の法域では、論争的な広告の掲出を認めるという交通当局の決定だけでは、指定PFは創出され<sup>(51)</sup>ない。このような状況について、連邦最高裁のトーマス判事は、シアトルの事件の裁量上訴拒否への反対意見のなかで、実質的に類似する公共交通の広告事業における表現の自由の保障が地理的な条件次第で極端に異なることを批判しているが、その指摘自体は妥当であろう<sup>(52)</sup>。

## 2 挑発的な憎悪広告の掲出拒否と厳格審査

公共の空間における表現の自由の保障を最大限に守るためには、表現活動のために開放された公共施設を指定PFと位置づけたうえで、そこでの表現規制は厳格審査に付すことが好ましい<sup>(53)</sup>。また、従来の修正一条の理解の下では、挑発的な表現に対しては「対抗言論」で対抗することが求められる。さらに、表現への暴力的反応を理由に規制をすることは、「heckler's veto(野次を飛ばす者による拒否権発動)」ならぬ「thugs' veto(悪党による拒否権発動)」又は「assassin's veto(暗殺者による拒否権発動)」となり、許されないはずである。このような強い表現の自由を追求する連邦最高裁の判例の下では、暴力煽動表現や喧嘩言葉の規制であろうとも、観点差別は許されないし、広告内容が即座な暴力的反応を誘引することが示されなければならないことになる。

そのため、厳格審査が適用されたワシントンDCの事件では、AFDIの広告に起因する具体的な危険から乗客乗員を守るという極めて重要な規制利益が肯定されたにもかかわらず、より緩やかな規制手段の存在が指摘されて、違憲と判断された。また、ニューヨークの事件では、具体的な危険発生の可能性が提示されなかったために規制目的の存在が認められなかったうえ、より緩やかな規制手段の存在も指摘されて、違憲と判断された。後者の判例法理の下では、具体的な危険が指摘されれば規制利益が正当化される可能性はあるが、規制手段の審査を通過する見通しは暗い。一方、フィラデルフィアの事件では、特定観点のみを規制する過小包括規制であるとされて違憲とされている。

もつとも、ワシントンDCやニューヨークは、実際にテロ攻撃をうけた経験をもつ都市であるし、公共交通システムという存在は、悪意ある物理的攻撃に対して脆弱なものである。これらのことをふまえると、万全な安全対策を講じることよりも、表現の自由を万全に保障することを優先した司法判断は、はたして妥当だったのだろうか。こうした司法判断をうけ、ワシントンDC等の大都市は、フォーラム性を変更して合理性の審査基準の適用される非PFへと転換させたが、もしもこれらの都市の政治判断がやむをえないものだと断言するのであれば、それは、高度に厳格化した厳格審査が実用性を失いつつあることを意味するのではないか。

### 3 おわりに

本稿で取り上げた広告規制の問題は、一般社会の表現全般にかかる規制の問題ではなく、公共交通システムの広告スペースという特殊な条件下における憎悪表現、暴力煽動表現、又は喧嘩言葉の要素をもつ挑発的な表現の規制の問題である。したがって、たとえ指定PFであったとしても、公共交通システムの特異な性質、すなわち、①公共サービスの空間であるということに加え、②多種多様な属性の人々が通勤、通学、又は生活のために利用

せざるをえない特殊な空間であること、そして、③悪意ある物理的攻撃に対して極めて脆弱な公共交通システムの看板塔ともいえる空間であることを十分に考慮する必要があるように思われる。<sup>(56)</sup>すると、「囚われの聴衆」たる利用者に対する憎悪煽動表現であるという点や、暴力的反応の発生可能性についても、考慮することが求められる<sup>(57)</sup>。また、レーマン判決等で述べられたように、交通サービスを提供する事業者には、すべての利用者が安心して歓迎される環境を提供する責任を考慮する必要があることについても、考慮されるべきであろう。

- (1) RODNEY A. SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH, § 8:26 (updated April 2017).
- (2) AFDIは、Pamela Gellerという人物が「アメリカのイスラム化阻止」(Stop Islamization of America)という団体とともに創設した。人権擁護団体であるSouthern Poverty Law Centerは、両団体を憎悪団体として指定している。なお、AFDIがカナダで展開した広告戦略のうち、アルバータ州のエドモントン市当局による広告撤去及び契約解除については、二〇一六年、地裁は合憲と判断している。Am. Freedom Def. Initiative v. Edmonton (City); [2016] A.J. No. 1025.
- (3) See, e.g., *Archdiocese of Wash. v. WMATA*, No. 17-2554, 2017 U.S. Dist. LEXIS 202519 (D.D.C. Dec. 8, 2017).
- (4) *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 20 (1971).
- (5) *R. A. V. v. City of St. Paul, Minn.*, 505 U.S. 377 (1992).
- (6) See, e.g., *Minn. State Bd. for Cmty. Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271, 280 (1984).
- (7) *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 45-46 (1983).
- (8) *Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty.*, 136 S. Ct. 1022, 1022 (2016) (Thomas, J., dissenting).
- (9) *Perry*, 460 U.S. at 45.
- (10) *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989).
- (11) *Perry*, 460 U.S. at 45.
- (12) *Perry*, 460 U.S. at 46; Smolla, *supra* note 1, at § 8:7.

- (13) Black's Law dictionary (10th ed. 2014) の public forum の説明。
- (14) SMOLLA, *supra* note 1, at § 88.50.
- (15) *Perry*, 460 U.S. at 46.
- (16) *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 470 (2009).
- (17) *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 1749 (2017).
- (18) *Walker v. Tex. Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*, 135 S. Ct. 2239, 2242 (2015).
- (19) *Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund*, 473 U.S. 788, 802 (1985).
- (20) *Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty.*, 136 S. Ct. 1022, 1022 (2016) (Thomas, J., dissenting). なお、トーマス判事が「限定的公共フォーラム」ではなく「公共フォーラム」に分類されることを説明されることもある(「*Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty.*」Black's Law dictionary (10th ed. 2014) の designated public forum の説明)。
- (21) *Lehman v. Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974).
- (22) *Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty.*, 136 S. Ct. at 1022-23 (Thomas, J., dissenting).
- (23) *Ridley v. Mass. Bay Transp. Auth.*, 390 F.3d 65 (1st Cir. 2004).
- (24) *Am. Freedom Def. Initiative v. Mass. Bay Transp. Auth.*, 989 F. Supp. 2d 182 (D. Mass. 2013). その後、AFD I は、「文言を若干変更した広告の掲出を求めたが、掲出を拒否されたため、改めて差止めを求めたが、連邦地裁は先と同様の理由で差止めを認めなかった。Am. Freedom Def. Initiative v. Mass. Bay Transp. Auth., 2014 U.S. Dist. LEXIS 34428 (D. Mass. 2014).
- (25) *Am. Freedom Def. Initiative v. Mass. Bay Transp. Auth.*, 781 F.3d 571 (1st Cir. 2015).
- (26) *Am. Freedom Def. Initiative v. Mass. Bay Transp. Auth.*, 136 S. Ct. 793 (2016).
- (27) *Am. Freedom Def. Initiative v. SMART*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 35083 (E.D. Mich. 2011).
- (28) *Am. Freedom Def. Initiative v. SMART*, 698 F.3d 885 (6th Cir. 2012).
- (29) *Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty.*, 796 F.3d 1165, 1167 (9th Cir. 2015).
- (30) *Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty.*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 11982 (W.D. Wash. 2014).

- (31) Seattle Mideast Awareness Campaign v. King Cnty., 781 F.3d 489 (9th Cir. 2015).
- (32) Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty., 796 F.3d 1165 (9th Cir. 2015).
- (33) *Id.* at 1171-72.
- (34) Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty., 136 S. Ct. 1022 (2016).
- (35) Am. Freedom Def. Initiative v. WMATA, 898 F. Supp. 2d 73, 79-80 (D.D.C. 2012).
- (36) DC巡回区連邦控訴裁の先例では、WMATAの広告事業は「オンライン・フォーラム (public fora) である」として「巡回区連邦控訴裁の先例では、WMATAの広告事業は「オンライン・フォーラム (public fora) である」として「同判決は「ワシントン」でも参照される」。
- (37) Am. Freedom Def. Initiative v. WMATA, No. 15-1038, 2017 U.S. Dist. LEXIS 45232, \*3-5 (D.D.C. 2017).
- (38) New York Magazine v. Metro. Transp. Auth., 136 F.3d 123 (2nd Cir. 1998).
- (39) Am. Freedom Def. Initiative v. Metro. Transp. Auth., 880 F. Supp. 2d 456 (S.D.N.Y. 2012).
- (40) Am. Freedom Def. Initiative v. Metro. Transp. Auth., 889 F. Supp. 2d 606 (S.D.N.Y. 2012) の最終的差止め。
- (41) Am. Freedom Def. Initiative v. Metro. Transp. Auth., 70 F. Supp. 3d 572 (S.D.N.Y. 2015).
- (42) MTAの方針の転換を促したAm. Freedom Def. Initiative v. Metro. Transp. Auth., 109 F. Supp. 3d 626, 629 (S.D.N.Y. 2015) では、新基準の採択により争訟性が喪失したと見て、先の仮処分を取り消した。新基準の内容についての判断は、控訴審のAm. Freedom Def. Initiative v. Metro. Transp. Auth., 815 F.3d 105 (2nd Cir. 2016) により行われよう。
- (43) Am. Freedom Def. Initiative v. SEPTA, 92 F. Supp. 3d 314 (E.D. Penn. 2015).
- (44) Christ's Bride Ministries v. SEPTA, 148 F.3d 242 (3rd Cir. 1998), cert. denied, SEPTA v. Christ's Bride Ministries, 525 U.S. 1068 (1999).
- (45) Paul Duggan, *Muhammad Cartoon Leads Metro to Ban New Issue Ads*, WASH. POST (May 29, 2015).
- (46) Guidelines Governing Commercial Advertising (WMATA), [https://www.wmata.com/about/records/upload/Advertising\\_Guidelines.pdf](https://www.wmata.com/about/records/upload/Advertising_Guidelines.pdf).

- (47) MTA Advertising Policy (April 29, 2015), [http://webmtraintfo/mta/realstate/PDF/MTA\\_Ad\\_Policy\\_April\\_2015.PDF](http://webmtraintfo/mta/realstate/PDF/MTA_Ad_Policy_April_2015.PDF).
- (48) Notice for Special Meeting of the Board of Southeastern Pennsylvania Transportation Authority on May 28, 2015, <http://www.septa.org/about/board/pdf/agenda-special-5-2015.pdf>.
- (49) Am. Freedom Def. Initiative v. WMATA, No. 15-1038, 2017 U.S. Dist. LEXIS 45232 (D.D.C. 2017).
- (50) Am. Freedom Def. Initiative v. King Cnty., 136 S. Ct. 1022, 1022-23 (2016) (Thomas, J., dissenting).
- (51) *Id.* at 1024-25.
- (52) *Id.* at 1025.
- (53) Engy Abdelkader, "Savagery" in the Subways: Anti-Muslim Ads, the First Amendment, and the Efficacy of *Counterspeech*, 21 *ASIAN AM. L.J.* 43, 80 (2014). なお、サンフランシスコの交通当局は、AFDIIの広告を掲出したことを、広告内容を非難する声明を発表する代わりに、対抗広告を掲出した。
- (54) Eugene Volokh, *We Know What Happens When You Criticize Muhammad, We Know How Some People React to That*, *WASH. POST* (May 29, 2015).
- (55) See Abner S. Greene, *The Concept of the Speech Platform: Walker v. Texas Division*, 68 *A.A.L. REV.* 337, note 31 (2016) (指定PFを含めて観点規制の禁止ルールの廃止を推奨).
- (56) 「囚われの聴衆」論に関して、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、二〇一三年)の「第十三章 表現からの自由と囚われの聴衆」参照。
- (57) ただし、暴力的反応の発生可能性を重視した場合、被害者が沈黙する傾向が高い場合に規制が正当化されない点  
に留意が必要である。