

# 災害時憎悪流言の規制と「虚偽表現の自由」

梶原健佑

## 1. はじめに

2018年6月18日朝に大阪府北部を震源とし最大震度6弱を観測した地震が、そして、9月6日未明には北海道胆振地方を震源とし最大震度7を観測した地震が発生した（大阪府北部地震、北海道胆振東部地震）。いずれの地震に際してもインターネット上では「近々さらに大きな地震が来るらしい」などの流言蜚語が確認され、「震災時のデマ」として社会問題となった。災害に際して流言蜚語・デマ<sup>1)</sup>が拡散されるのは多かれ少なかれ見られる現象であって、例えば近年の大規模地震に限っても、2011年3月11日の東北地方太平洋沖地震（東日本大震災）に際しては福島原発事故に関連して「放射性物質対策としてイソジンを飲めばいい」<sup>2)</sup>、2016年4月の熊本地震では「動物園からライオンが逃亡した」、大阪府北部地震では「京阪電車が脱線した」「シマウマが脱走したらしい」<sup>3)</sup>、北海道胆振東部地震では道内全域停電に関連して「docomoの携帯電話があと4時間で使えなくなる」等のそれぞれ特徴的な流言も確認された。古くから災害時には流言が確認されてきた理由は、災害後には特に不安が高まるためだと分析されているが<sup>4)</sup>、特に近年は、SNSを

1) 流言とデマを互換的に用いる論者がある一方で、両者を区別する見解も有力である。例えば、社会学者の廣井脩は、流言を「社会に流通する、虚偽の情報ないし誇張された情報」と定義する傍ら、デマはデマゴギーのことであるから「本来、政治的な対立者を誹謗したり中傷したりする目的で悪意ある情報を捏造する現象」であって、意図的に仕組まれた作為性を帯びているデマと、自然発生的に生まれた流言とを峻別してみせる（廣井脩『流言とデマの社会学』〔文春新書、2001年〕5、29、33頁）。本稿では（引用文を除き）基本的に「流言」「流言蜚語」の語を用いることとし、「デマ」の語は上記の区別を意識して例外的に使用する。

2) 荻上チキ『検証 東日本大震災の流言・デマ』（光文社新書、2011年）78～82頁。

3) 詳細は、福長秀彦「流言・デマ・フェイクニュースとマスメディアの打ち消し報道～「大阪府北部の地震」の事例などから～」放送研究と調査68巻11号（2018年）84頁以下。

4) 参照、関谷直也「東日本大震災後の不安と情報行動」情報の科学と技術62巻9号（2012年）372頁以下。

通じてそれが一気に拡散する傾向が強まっている<sup>5)</sup>。また、災害に伴う流言は、かつては被災地を中心に確認されていたところ、近時、やはりSNSを通じて（リツイート等）、被災地以外にも瞬時に当該情報が拡散されるようになったことが指摘されている。

さらに、発災後には、「朝鮮人が井戸に毒を投げ込んだ」とか、「被災地で外国人窃盗団が略奪しているらしい」とか、「不逞鮮人が活動を起こす可能性がある」「外国人による暴動・略奪・強姦等に注意しよう」といった人種差別的な流言（以下、憎悪流言<sup>6)</sup>という<sup>7)</sup>）が、残念なことに、近年しばしば拡散されてきた<sup>8)</sup>。なお、それら流言で述べられたような犯罪事実が捜査当局によって確認されたとの情報は公表されていない。周知のように、「朝鮮人が井戸に毒を投げ込んだ」「災害に乗じて掠奪や婦女暴行を行った」といった流言は、1923年に発生した関東大震災の際に拡散されたのを嚆矢として<sup>9)</sup>、その後、幾度も繰り返されてきた<sup>10)</sup>。関東大震災時には、この流言

5) 参照、川岸令和「災害と情報」公法研究76号（2014年）179頁。むろん、災害時の流言だけが一気に拡散されるようになったわけではなく、虚偽表現全般の拡散がインターネットの利用拡大により極めて迅速に行われるようになったことが、本稿の以下の議論にとって重大な変化である。See Erwin Chemerinsky, *Fake News, Weaponized Defamation and the First Amendment*, 47 SW. L. REV. 291, 291 (2018).

6) 参照、廣井脩編『災害情報と社会心理』（北樹出版、2004年）39～40頁〔三上俊治〕。

7) Robert H. Knappは、憎悪をかきたてた社会の分断を狙う流言を「分裂流言 (Wedge-Driving Rumor)」と呼んでいる。Knapp, *A Psychology of Rumor*, 8 THE PUBLIC OPINION QUARTERLY 22, 27ff. (1944). なお、G. W. オルポート=L. ポストマン（南博史訳）『デマの心理学』（岩波書店、1952年）11～14頁も併せ参照のこと。

本稿は、災害時における分裂流言は「危機的な状況で立ち上がる、その集団的な……崇高な意志は容易に犯罪の主体（犯人）と想定された集団に対する『集団的な強固な憎悪』へと姿を変えてしまうだろう。それは『狂気』へと瞬刻間に暗転し、場合によっては……残虐な行為へと走らせる」との認識に留意しつつ、憎悪流言という語をあてることにする。引用は、郭基煥「震災後の『外国人犯罪』の流言」震災学10号（2017年）184～185頁。

8) 荻上・前掲注2, 49～66頁、郭・前掲注7, 曹慶鎬「インターネット上の災害時『外国人犯罪』の流言に関する研究——熊本地震発生直後のTwitterの計量テキスト分析——」応用社会学研究60号（2018年）79頁以下参照。

9) 参照、中森広道「関東大震災と流言（1）——東京における流言の検証——」研究紀要（日本大学文理学部人文科学研究所）61号（2001年）（117）頁以下。

10) 大阪府北部地震では「スリーパーセル」という単語を用いての流言がみられた。北海道胆振東部地震では朝鮮人が井戸に毒という類の憎悪流言は拡散しなかったという（毎日新聞2018年9月11日東京朝刊総合面）。

を機縁として自警団による朝鮮人殺害事件が起こっており<sup>11)</sup>、憎悪表現が少なからぬ犯罪・治安紊乱をもたらした実例として我が国において稀有な例といえる。また、これほどではないにしても、災害時の流言は、人々の不安を増幅させたり、警察官等に本来不要の業務をさせることになったりして、社会に何らかの損失を発生させるのが常である。そのため、災害時の流言に対する規制を求める声が聞かれることは少なくない。

ところで、最近のとある報道によると<sup>12)</sup>、政府は選挙・災害時の流言の拡散を抑止することを狙って本格的に対策をまとめることにしたという。対策の内容としては、SNSを手掛ける民間事業者に自主的な行動規範の策定を求めることになる模様で、流言に対する直接の法規制は見送られる方向、と報じられた<sup>13)</sup>。むろん、政府に法規制を躊躇させたのは、憲法が保障する表現

---

11) 参照、中央防災会議 災害教訓の継承に関する専門調査会報告書（第3期報告書）「1923 関東大震災報告書【第2編】」（2008年3月）187～189頁。[http://www.bousai.go.jp/kyoiku/kyokun/kyoukunnokeishou/rep/1923\\_kanto\\_daishinsai\\_2/index.html](http://www.bousai.go.jp/kyoiku/kyokun/kyoukunnokeishou/rep/1923_kanto_daishinsai_2/index.html)

12) 西日本新聞2019年1月15日3面。

13) この課題を議論する総務省プラットフォームサービスに関する研究会では「フェイクニュースや偽情報への対応については、プラットフォーム事業者を始めとする民間部門における自主的な取組を基本として、正しい情報が伝えられ、適切かつ信頼し得るインターネット利用環境となるよう、ユーザーテラシー向上及びその支援方策、また、ファクトチェックの仕組みやプラットフォーム事業者とファクトチェック機関との連携などの自浄メカニズム等について検討をすることが適当であ」り、「その際、憲法における表現の自由に配慮し……プラットフォームサービスを通じて流布されるフェイクニュース等に対して求められるプラットフォーム事業者の役割の在り方にも留意して、本研究会において更に検討を深めることが適当である」と述べる中間報告書（案）が示されている（第6回研究会〔2019年2月13日〕配布資料、44～45頁）[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000600599.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000600599.pdf)

なお、こうした民間事業者の自主的な取り組みの重視、ファクトチェック、リテラシー教育への着目等は2018年4月に公表された欧州委員会のdisinformation対策と方向性を共通させている（<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>）。参照、水谷瑛嗣郎「欧州連合におけるフェイク・ニュース対策の現在」メディア法研究1号（2018年）187頁以下、井上淳「欧州連合（EU）におけるオンライン・プラットフォームによる違法コンテンツ対策の政策動向について」情報通信学会誌36巻2号（2018年）144～145頁。欧州委員会はこの報告書の中で、かかる対策が上手くいかなかった場合には法規制に踏み込む可能性を示していたが、2019年1月29日に進捗レポートが出され、一定の前進を評価しつつ2019年選挙に向けてさらなる努力をオンライン・プラットフォームに求めている。<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-results-eu-code-practice-against-disinformation>

の自由との抵触の懸念によるところが大きいに違いない。本稿は、かかる直近の政策動向と筆者の年来の研究テーマであるヘイトスピーチ法との交差点として、災害時の憎悪流言に対する法的規制の可否・是非に焦点を定め、関連する幾らかの情報を整除した上で、極めて大雑把にはあるものの論点の整理を試みたいと思う。世界的な課題となっているフェイクニュースへの公的対処と表現の自由保障との関係をめぐる公法学的研究は、各国ともに緒に就いたばかりというべき状況にあるが、本稿が扱う憎悪流言規制の論点もまた、この課題の一端に位置づけられよう。

以下の叙述は次のように展開される。まず、昨今の災害時の流言に対してどのような公的対処が行われてきたのかを整理し、現行法による対処の可能性を確認する。併せて、かつて存在していた流言規制についても簡単に紹介する(2.)。その上で、災害時の憎悪流言規制の当否を探るべく、まず、虚偽の情報を流布する行為が憲法の保障する表現の自由の範囲に含まれるか、仮に含まれるとする場合の保護の程度について考察する。そのために、我が国の現行法における虚偽表現規制を確認し、また、諸外国の中でも表現の自由をとりわけ厚く保護していて議論の蓄積もあるアメリカ合衆国の判例学説も素材とする(3.)。続けて、非常時における表現規制の憲法適合性は通常時におけるそれと異なって考えられるべきかを、再び合衆国の判例学説を参考に検討し、また、災害時憎悪流言特有の害悪は何かを探る(4.)。最後に、行論中に組み込めなかった論点に簡単に触れて稿を閉じる(5.)。

## 2. 災害時流言に対する行政の対応と法的責任

### (1) 政府による広報

近年のSNSの発展に伴い、流言対策として、国や地方自治体が注意を呼びかけたり、流言だと認定したりする例が表れている。一種の政府言論(government speech)といえよう。

大阪府北部地震に際しては、地震当日に、法務省人権擁護局の公式Twitterにおいて「災害発生時には、インターネット上に、差別や偏見をあ

おる意図で虚偽の情報が投稿されている可能性もあり得ますので、その真偽をよく確かめてから冷静に行動しましょう。」と、また、大阪府の公式サイトでも「SNSでは実際に起こっていない事故など、事実と異なる情報が発信、拡散されています。情報の発信元にはご注意ください、信頼できる情報かどうか、十分に確認をしてください。また、未確認の情報をむやみに拡散しないでください。」との注意喚起が行われた。これらは個別具体の情報を特定することのない抽象的な注意喚起に止まっている。

他方で、特定の情報を公的機関が流言と認定し、その事実を公開する例もみられる。2019年2月21日夜に起きた北海道胆振東部地震の最大震度6弱の余震に際しても流言が多数確認され、そのうち道警が流言であると認定した具体的ツイートを「SNS上における流言飛語認知状況一覧」としてまとめ、22日開催の道災害対策本部の会議資料の一部として道庁のサイト上に置いて公開した（本稿のいう憎悪流言の類は認定された中に含まれていない<sup>14)</sup>。

## (2) 行政による削除要請

注意喚起に加えて、行政が流言の削除を民間事業者等に要請する例もある。

例えば、東日本大震災の後の2011年3月17日に警察庁は、事業者団体・サイト管理者に対して、利用者が流言蜚語に惑わされぬよう注意喚起をするとともに、管理するサイト上で「不審な情報」を発見した場合には「適切な措置」をとるよう要請した。

また、同年4月6日に総務省から電気通信事業者協会、日本インターネットプロバイダ協会等に対して、「地震等に関する不確かな情報等」「国民の不安をいたずらにあおる流言飛語等」、法令や公序良俗に反すると判断するものを自主的に削除する等、「適切な対応」「必要な措置」が要請された<sup>15)</sup>。「なお、電気通信事業を所管する総務省においては、表現の自由を尊重する観点から、個別の情報について削除要請を行っておらず、今後も個別の情報につ

14) <http://www.pref.hokkaido.lg.jp/sm/ktk/310221/honbuinkaigisiryou02.pdf>

15) 「東日本大震災に係るインターネット上の流言飛語への適切な対応に関する電気通信事業者関係団体に対する要請」（平成23年4月6日付け総基消第145号。[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000110048.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000110048.pdf)）。なお、川岸・前掲注5、179～180頁参照。

いて削除要請を行う予定はない<sup>16)</sup>」という。

これらとは別に、3月15日から4月20日までの間には、都道府県警察から、「法令や公序良俗に反し、被災者等の安全を脅かし、又は著しく不安感を高める悪質な情報について、サイト管理者等に対し、表現の自由を尊重しつつ自主的に適切な採ることを求める要請を41件行ったところ、13件が削除された<sup>17)</sup>」という。これら個別の削除要請のなかには「避難所で某国人がやりたい放題、食品に毒物が混入など」の犯罪に関する不安をあおる流言が7件含まれていたと公表されている<sup>18)</sup> <sup>19)</sup>。

こうした削除要請に関連していえば、2009年に福岡県警が県内のコンビニエンスストアに対して暴力団関係書籍の店頭からの撤去を要請した事案や、2018年に議論となった海賊版サイトに対するブロッキング要請の問題とやや似通った構造が見て取れる<sup>20)</sup>。いずれの要請も本件同様に行政による事実行為であり、仮に撤去・削除が実行されても媒介者（コンビニ、インターネット接続業者、サイト管理者等）の自主的な判断に基づいて行われる形となり、次の指摘が当てはまる。すなわち、「媒介者を国家の代理人と捉えることができるのは、一定の措置を媒介者がとることを法令上義務づける場合に限ら

16) 2011年3月31日付け関係省庁申合せにより設置された内閣官房副長官補を議長とする被災地等における安全・安心の確保対策ワーキングチームが公表している『『被災地等における安全・安心の確保対策』フォローアップ』（2015年6月1日現在）による。  
[https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hisaitiwg/h270601\\_honbun.pdf](https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hisaitiwg/h270601_honbun.pdf)

17) 同上。

18) 警察庁が2011年6月21日に公表した「警察におけるインターネット上の流言飛語への対応について」による。  
<https://www.npa.go.jp/archive/keibi/biki/cyber/0621ryuugenhi.go.pdf>

19) 北海道胆振東部地震では、北海道警のサイバーパトロールは9月末までに200件以上の流言を把握し、内容に応じて道、自衛隊、气象台に情報提供したという。平成30年北海道胆振東部地震における警察活動の概要（北海道庁）  
<http://www.pref.hokkaido.lg.jp/sm/ktk/300906/kennsyuinkai01/11siryou6doukei.pdf>

20) 前者に関しては、最三小判平成26年7月22日LEX/DB25504708（福岡高判平成25年3月29日判タ1415号134頁〔控訴審〕、福岡地判平成24年6月13日LEX/DB25444722〔一審〕）、青井未帆「私人を介した表現の事前抑制——法的根拠の必要性について——」学習院法務研究7号33頁以下、後者に関しては、[www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/susumekata.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/susumekata.pdf)及び  
<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/honpen.pdf>、成原慧「海賊版サイトのブロッキングをめぐる法的問題」法教453号（2018年）45頁以下参照。

れる。他方、公権力の非公式な働きかけを契機とはするが形式上は媒介者の自主的な措置として実施されるような場合もあり、このような場合には当該規制を国家に帰責して憲法的規律を及ぼすことは困難であると思われる<sup>21)</sup>。とはいえ、政府が特定の言論を名指しして削除を促すことは、いわば「代理人による表現規制」と観念する余地がある。仮に今後、憎悪流言に対する削除要請が行われるとすれば、上記の総務省の要請よりは個別的なものになり、警察による要請とほぼ同じような形になると想像される。そして、逐一個別に憎悪流言の削除要請が行われるとするならばそれは、政府が表現内容を理由に特定の表現を狙い撃ちして言論空間から除去しようとする試みであること、さらに、削除要請の主な根拠が憎悪流言そのものの害悪というより、それから間接的にもたらされる害悪の防止であることに鑑みると<sup>22)</sup>、少なくとも法律の根拠が求められるべきではなかろうか<sup>23)</sup>。

21) 曾我部真裕ほか『情報法概説』(弘文堂、2016年)40頁〔曾我部〕。引用箇所が続けて、「日本の情報通信行政では、このような公権力の非公式な働きかけ、特にステークホルダーや有識者から構成される研究会等の報告書を契機とする事業者の取り組みによって実質的に規制が行われる『報告書行政』とでも称すべき傾向が顕著であるように思われる。」と分析されている。

22) 法務省人権擁護局では従来、「特定の者に対し、その者の有する人種、民族、信条、性別、社会的身分、門地、障害、疾病又は性的指向の共通の属性を理由とする侮辱、嫌がらせその他の不当な差別的言動を内容とする情報をインターネット上に流通させていると認めた場合に、人権侵犯事件として、プロバイダ等に対して当該情報の削除を要請する対応を採ることができるとされていた(平成16年10月22日付け法務省権調第604号。http://www.moj.go.jp/content/001290355.pdf)。

さらに2019年3月、「集団等が差別的言動の対象とされている場合であっても、①その集団等を構成する自然人の存在が認められ、かつ、②その集団等に属する者が精神的苦痛等を受けるなど具体的被害が生じている(又はそのおそれがある)と認められるのであれば……『特定の者』に対する差別的言動が行われていると評価すべき」であり、人権侵犯事件として削除要請を行うことが可能であるとの解釈が地方法務局等に宛てて示された(平成31年3月8日付け法務省権調第15号。http://www.moj.go.jp/content/001290358.pdf)。また同じ文書で、特定の者に対する人権侵犯性が認められない場合であっても、調査の結果、ヘイトスピーチ解消法2条にいう「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」に該当すると認められる場合には(プロバイダ等の約款において禁止されていると想定できることから)情報提供と削除等対応の検討を促すことが望ましいと通知されたことが注目される。

23) なお、検閲禁止法理の本質を、発信のタイミングではなく、「国家が有体物による記号表現を規制する場合、規制前または規制直後に、完全、公正かつ迅速な司法的手続を経ない限り、当該規制は原則として違憲となる」(阪本昌成『憲法理論Ⅲ』〔成文堂、

ちなみに、東日本大震災後の風評被害について論じた曾我部真裕は、自主的な削除の要請では確実な削除は期待できず、拡散された情報の一部のみを削除しても救済としての効果に乏しく、他方で、強制的削除を立法化するにしても非常に厳格に要件を定めることになるので「対象はごく限られた悪質な書き込みに限られ、やはり効果はあまりないだろう<sup>24)</sup>」という。事態は憎悪流言に関しても同様であると思われる。ただし曾我部は、「緊急事態」における「要請」であることから、現行法上違法ではない表現に対する削除要請にも理解を示している。

### (3) 法的責任追及の可能性

流言そのものを包括的に規制する法律は、現下、存在していない。しかし、発信者が一切の法的責任から免れるかといえ、それは否である<sup>25)</sup>。例えば、熊本地震時の「ライオン脱走」流言の発信者が偽計業務妨害の疑いで逮捕されたことが記憶に新しい。2016年4月14日の最初の地震の直後に神奈川県在住の男が、Twitterに“熊本の動物園からライオンが逃げた”という偽の情報を、ライオンが路上を歩いている熊本地震とは全く無関係の写真とともに投稿したところ、1万7000回以上もリツイートされ、熊本市内の動物園には問い合わせの電話が殺到し対応に追われたという。熊本県警は同年7月に、動物園の業務を妨害したとして男を偽計業務妨害の疑いで逮捕した(最終的には不起訴処分(起訴猶予)となったのだが)。

この例からも分かるように、流言の内容によっては信用毀損・業務妨害(刑法233条)や名誉毀損(同230条)が適用される余地がある<sup>26)</sup>。また、仮

1995年) 124頁) という手続の意味で理解する場合には特に、削除要請の適否についての裁判所による審査が制度的に組み込まれていなければならないこととなろう。See also *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *FW/PBS, Inc. v. City of Dallas*, 493 U.S. 215 (1990); *Thomas v. Chicago Park District*, 534 U.S. 316 (2002).

24) 曾我部真裕「風評被害」駒村圭吾=中島徹編『別冊法学セミナー 3・11で考える日本社会と国家の現在』(日本評論社, 2012年) 55頁。

25) 参照, 橋本純次「東日本大震災発生直後のインターネット上におけるデマ伝播のメカニズムと、その規制の可否」東北大学法学部合同ゼミ『東日本大震災に関する法律問題の研究』(2012年) 57頁。

26) 軽犯罪法1条16号の虚偽申告罪(「虚構の犯罪又は災害の事実を公務員に申し出た者」)の該当可能性も検討に値するものの、「犯罪……が発生しようとしている事実含まれ

に憎悪流言の拡散により警察官が出動する事態になった場合には、警察の本来の業務を妨害したとして、業務妨害罪が成立する可能性が理論上は存在し得ると考えられる<sup>27)</sup>。

憎悪流言に関して民事責任を問うことは刑事の場合に比べると容易ではない。不法行為法上、表現によって原告に生じた具体的な被害の立証が求められるところ、「外国人」「朝鮮人」といった組織化されざる集団（の一部）が犯罪行為を行った（行うらしい）と述べられたとしても、例えば、それによって在日コリアンである特定個人の社会的評価が傷つけられたとか、在留中国人である特定の個人の信用が損なわれて取引が不成立となった等の主張を、証拠をもって裁判所に納得させることにはかなりの困難が伴うだろう。

#### (4) 旧憲法下での流言規制

ところで、大日本帝国憲法の下では流言そのものを犯罪として取り締まることを根拠付ける法が存在していた。参考までにその概要を、本稿の関心に資するかぎり確認しておきたい<sup>28)</sup>。

1923年9月1日の関東大震災の発災後、間をおかずに“不逞朝鮮人が暴動を起こしている”といった流言（本稿のいう憎悪流言に該当する）が広まり始め

---

ず、「犯罪……の概要のほか、概略の日時、場所等が明示により、あるいは暗黙のうちにわかるものでなければならない」と解されており、しかも、公務員に申し出ることが必要とされている。伊藤榮樹〔勝丸充啓改訂〕『軽犯罪法〔新装第2版〕』（立花書房、2013年）146～147頁。

なお、災害下で実際に生じた犯罪に関して、偏見に基づいて人種的マイノリティが犯人である旨の虚偽の情報を流布させる行為も、本稿のいう憎悪流言の一種を発信するものといえる。当該虚偽情報を当局に申告した場合には虚偽告訴罪（刑法172条）の適用が議論となり得るが、しかし、同条は実在の特定人を指して申告する行為を罰することとしている点に注意が必要である。人種的偏見に基づく虚偽告訴等の悪質性をめぐる議論について、Katheryn K. Russell, *The Racial Hoax as Crime: The Law as Affirmation*, 71 *IND. L. J.* 593 (1996) 参照。

27) 参照、伊藤研祐=松宮孝明編『新・コンメンタール刑法』（日本評論社、2013年）418～419頁〔木村光江〕。なお、野澤充「虚偽犯罪予告行為と業務妨害罪」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）335頁以下も参照。

28) 以下の本項の叙述は、主として、中央防災会議・前掲注11、「第4章 混乱による被害の拡大」、内田博文『治安維持法の教訓』（みすず書房、2016年）第1章、宮地忠彦『震災と治安維持構想』（クレイン、2012年）第3章、中村古峡『流言の解剖』（愛之事業社、1942年）5～20頁、廣井・前掲注1、74～79頁を参考にしている。

た。当局は当初、1908年施行の警察犯処罰令2条16号の「人ヲ誑惑セシムヘキ流言浮説又ハ虚報ヲ爲シタル者」という条項を根拠に取り締まりを行ったようである<sup>29)</sup>。地震翌日の2日から7日までの間に32件が検挙され、そのうち20件で拘留処分が下されたという。処分された流言のなかには所謂不逞鮮人流言が含まれていた。

9月2日に戒厳令が公布されて以降も流言の拡散は深刻度を増し、複数の朝鮮人が殺害されるに至り、政府は被害拡大の防止を狙って7日に勅令第403号「治安維持ノ為ニ関スル罰則ノ件」、所謂「治安維持令」を公布した。そこでは、「出版通信其ノ他何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス暴行、騷擾其ノ他生命、身體若ハ財産ニ危害ヲ及ホスヘキ犯罪ヲ煽動シ、安寧秩序ヲ紊亂スル目的ヲ以テ治安ヲ害スル事項ヲ流布シ又ハ人心ヲ惑亂スル目的ヲ以テ流言浮説ヲナシタル者ハ十年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ三千圓以下ノ罰金ニ處ス」と定められ、人心惑乱目的での流言浮説に該当する不逞鮮人流言は重く処罰され得ることになったのである。ところが実際には、取締範囲を悪意をもって為した場合に限定する等、特に悪質なものを以外への同令の適用を避ける解釈を司法省が採ったこともあってか<sup>30)</sup>、同令による処罰例は少なく、1924年末までの起訴件数は20件、流言蜚語の罪に限れば5件<sup>31)</sup>にとどまった。治安維持令は「大地震直後に急激に増殖し過激化していった流言を、効果的に取り締まり得るものであったかどうかは疑わしい<sup>32)</sup>」とも評されている。

なお、この治安維持令は1925年の治安維持法の施行にあわせて廃止された。しかし、その後も流言そのものを取り締まる法令は幾つも制定された。例えば、1941年の刑法改正では「人心ヲ惑亂スルコトヲ目的トシテ虚偽ノ事実ヲ流布シタル」こと（105条ノ2〔1項〕）、「戦時、天災其他ノ事變ニ際シ人心ノ惑亂又ハ経済上ノ混亂ヲ誘発スヘキ虚偽ノ事実ヲ流布シタル」こと（105条ノ3）が安寧秩序に対する罪の中に組み込まれ、同じく1941年施行の言論

29) 30日以下の拘留または20円以下の料金が罰則として用意されていた。

30) 参照、宮地・前掲注28、143～145頁。

31) 菊田幸一「思想犯保護観察法の歴史的分析（1）」法律論叢44巻5=6号（1971年）98頁。

32) 中央防災会議・前掲注11、180頁。

出版集会結社等臨時取締法17条では「時局ニ關シ造言飛語ヲ爲シタル者」を、同18条では「時局ニ關シ人心ヲ惑亂スベキ事項ヲ流布シタル者」を処罰対象としていた。

これら過去の規制例でさしあたり注目されるべきは、「人心を惑乱する目的」と「虚偽」の2点であろう。まず、上に紹介した流言規制はおおむね「人心を惑乱する目的で」との限定を付して目的犯として構成され、流言浮説を軽信して善意のうちに拡散させた者は処罰対象とされていない。次に、刑法に挿入された罪は「虚偽ノ事実」を流布する行為が処罰対象とされ、表現内容が虚偽であることが要件となっている。虚偽の事実が流布されることによって特に安寧秩序が害され、表現内容が虚偽であることの認識が行為者を処罰するに足る悪質性を根拠づけると考えられたものと思われる。

ともあれ、このような包括的な流言規制は、現行憲法下では許されないであろう。社会の安寧秩序といった抽象的な保護法益を掲げて行われる自由に対する規制には最大限の警戒の眼差しが向けられなければならない、ということが戦前の治安維持法制に対する反省だったはずだからである。

### (5) 小括

以上の概観によって、かつて存在した包括的な流言規制が日本国憲法の施行と共に最終的に廃止されて後、目に見える法益侵害を直接発生させるわけではない憎悪流言に対しては、現行法がそれに対処する法条を持たないことが確認された。そこで、今後仮に災害時の憎悪流言に対する規制を新たに設けようとする場合に、検討されるべきいかなる論点が存在するのかについて、本稿は災害時憎悪流言の3つの性質に着目して論点整理を試みたい。その3つの性質とは、①「虚偽」、②「災害時（非常時）」、そして③「憎悪」である。それぞれの性質が規制を正当化し得るか、以下、順に検討しよう。

## 3. 「虚偽表現の自由」?

前節では1941年刑法改正によって導入された流言規制において虚偽性が必要的とされていたことを確認した。流言の定義として、流布された内容が

「虚偽である」もしくは「根拠をもたない」という性質がある。本稿が焦点を当てる憎悪流言の場合も、おそらく最初の発信者はそうした事実が実際に生起しているかに全く頓着せず、否、むしろ起きていないであろうとの認識を持ちながら、「外国人が略奪行為に及んでいる」、「朝鮮人が井戸に毒を投げ入れた」などの情報を公表しているのである。本節では、そもそも虚偽情報の公表が憲法により保障される表現の自由の保護を受けるのか、仮に享受するならば厚く保護されるのか、を検討する。もしこれらの問いに肯定の結論が得られるのならば、流言規制を正当化する材料が減少することになる。

### (1) 犯罪としての虚偽表現

虚偽表現が処罰される例は、実は現行法の中に幾つも確認できる。例を挙げると、まず名誉毀損罪（刑法230条）が成立するケースの多くは虚偽事実の公表により被害者の社会的評価が低下させられた場合であろうし、「虚偽の風説を流布し……て、人の信用を毀損し、又はその業務を妨害した者」を処罰する刑法233条は、虚偽事実の公表により個人的法益が害されるとして犯罪とされているものである。このほか、国家的法益に対する罪として位置づけられるもののうち、偽証罪（刑法169条）、虚偽告訴罪（同172条）も虚偽表現を処罰するものである。社会的法益に対する罪に分類される金融商品取引法上の風説の流布（158条、197条1項5号）は、流布された情報が少なくとも合理的根拠をもたないことが求められ、当然、虚偽であれば要件を充足する<sup>33)</sup>。それぞれ虚偽表現がもたらす法益侵害への対処を狙っている。

さらに、公職選挙法235条2項は「当選を得させない目的をもつて公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関し虚偽の事項を公にし、又は事実をゆがめて公にした者は、四年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。」と定め、やはり虚偽事実の公表を犯罪としている（虚偽事項公表罪）。同法は当該行為が「選挙人をしてその公正な判断を誤らせる原

33) 参照、山口厚編『経済刑法』（商事法務、2012年）214頁〔橋爪隆〕。有価証券市場の公正を害するおそれが被害法益と解される。一方、不正競争防止法では「競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知し、又は流布する行為」（2条1項15号）が不正競争の一として定義されている。

因となるものであって、選挙の自由公正を害するところ大なるものがある点に鑑みて<sup>34)</sup> 処罰することにしており、「国家的法益を保護法益とする<sup>35)</sup>」罪に分類できる。

いずれの罪に関しても最高裁がそれを表現の自由を不当に侵害するものとして違憲判決を出したことはもちろんないし、名誉毀損罪を除いては、表現の自由との抵触すらほとんど疑われてこなかったと言ってよかろう。それは言明内容が虚偽であることと無関係ではないと想像される。虚偽事実の公表は表現の自由の範囲外、と解されてきたのではないだろうか<sup>36)</sup>。

「虚偽表現の自由は表現の自由による保護を受けない」というこの理解は別段日本独自のものではなく、表現の自由を最も厚く保護するといわれるアメリカ合衆国においても、そのように考えられてきた。日本国内における関連議論の蓄積は豊かでないようなので、合衆国の議論状況を簡単に確認してみたい。

## (2) 表現の自由法理における《真／偽》～真実情報と嘘の間

合衆国では、思想の自由市場 (free marketplace of ideas) 論の観点から、虚偽表現は表現の自由を保障する合衆国憲法修正1条の保護を受けないと解されてきた。かかる理解は、例えば、伝統的コモンローにおける名誉毀損法とも平仄があっていた。つまり、そこでは表現内容が真実であることが表現者側にとって絶対的な免責事由と解されてきたのであるが、裏返していえば、規制対象とされるのは虚偽言明に限られるということでもあった。

34) 安田充・荒川敦編『逐条解説 公職選挙法 (下)』(ぎょうせい, 2009年) 1832頁。

35) 小林充『選挙犯罪の研究 (司法研究報告書第22輯第3号)』(司法研修所, 1971年) 313頁。

36) より正確には、「嘘をつくこと」は表現の自由の範囲外と解されてきたように思われる。ここで「虚偽事実の公表」から「嘘をつく」に表現を変えている趣旨は、表現の送り手と受け手が共にその情報が事実を述べるものではないと理解しているフィクション小説を発表する行為や、少なくとも送り手の側には情報が真実だと誤信させる意図が隠されていない、未来に関する占い (See Catherine J. Ross, *Incredible Lies*, 89 U. COL. L. REV. 377, 383ff. (2018)) やパロディ表現、あるいは経済見通しの表明などは、仮に「虚偽事実の公表」の定義内に含まれるとしても、「嘘をつく」という行為とは区別されて、ひとまず表現の自由の範囲内と言い得ると考えられるからである。See also Jessica Stone-Erdman, *Just the (Alternative) Facts, Ma'am: The Status of Fake News Under the First Amendment*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 410, 417-18 (2017).

ところが、虚偽表現規制であって、本来は憲法上の疑義を指し挿む余地はなかったはずの伝統的名誉毀損法が、1964年以降、一部虚偽表現を憲法の保護下に置く形で憲法化 (constitutionalization) されていくことになった。つまり、*New York Times v. Sullivan*において合衆国最高裁は、現実の悪意ルールを採用するに至った。よく知られているように、*Sullivan*判決で示された現実の悪意ルールは、公職者またはその候補者は、自身の職務行為に関係する名誉毀損的虚偽言明に対しては、それが虚偽であることを知っていたか、あるいはそれが虚偽であるか否かを無謀にも無視して発表されたことの証明に成功しない限りは損害賠償を勝ち取れない、とするものである。これにより、客観的には虚偽と評価される事実言明であっても、虚偽であることを知らずに (または適切な注意を払ったにもかかわらず誤信したまま) その虚偽言明を拡散させた場合には表現者は法的責任を問われないことになる。すなわち、合衆国最高裁は、疑いもなく虚偽である言明を統制しようとする局面のみに政府の規制権限を限定したということであって、その裏面として、一部の虚偽表現に対する規制は憲法上許されないものと判断したことになる<sup>37)</sup>。

その理由を法廷意見は、「自由な討論においては誤った言明 (erroneous statement) は不可避なものであり、表現の自由の“存続にとって必要な”“息つく場 (breathing space)”を確保するためには、そうした発言も保護されなければならない<sup>38)</sup>」と論じた。つまり、虚偽表現はそれ自体の価値ゆえに保護されたのではなく、真実表現の流通を不当に萎縮させることのないように、手段的に保護されたのである<sup>39)</sup>。この判示からすると、一口に虚偽表現といっても、意図せぬ誤言 (誤表現) と意図的な偽言 (偽表現、嘘) に区別することが有用であろう。手段的にであれ憲法が保護範囲に含めるのは

37) See CASS R. SUNSTEIN, *ON RUMORS* 76 (Princeton Edition 2014).

38) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271-72 (1964).

39) See David S. Han, *Categorizing Lies*, 89 U. COLO. L. REV. 613, 614 (2018); Alan K. Chen and Justin Marceau, *High Value Lies, Ugly Truths, and the First Amendment*, 68 VAND. L. REV. 1435, 1451 (2015).

前者までであって、後者は当初の原則が維持されると考えられた。それゆえ Sullivan判決以降の判決でも、真理探究という思想の自由市場の機能を十全に働かせるうえで虚偽表現は阻害要素であり<sup>40)</sup>、真実言明と同じような修正1条の保護を享受することはない<sup>41)</sup>と述べられてきたし、真実と誤信して述べられた事実言明はいざしらず、「意図的な虚偽言明や、真実性を顧慮することなく発せられた虚偽言明は、憲法上の保護を享受しない<sup>42)</sup>」とも表明されてきたのだ<sup>43)</sup>。この理解を基盤として、連邦レベル・州レベルを問わず、詐欺、偽証、虚偽通報・虚偽告訴といった意図的な虚偽言明 (knowingly false statements) に対する刑事規制が合衆国内には数多存在し続けており、さらに、それが憲法違反になるとは殆ど考えられてこなかった<sup>44)</sup>。

### (3) 嘘も憲法による保護を受ける？

ところが、近年、合衆国最高裁は従来の立場を変えたようにみえる判決を示し、研究者の間でその読み解き方をめぐって議論となっている。この議論を喚び起こしたのは、軍功により勲章を受けた旨の嘘をついた者を処罰対象としていた Stolen Valor Act の憲法適合性が争われた2012年の U.S. v. Alvarez である<sup>45)</sup>。合衆国最高裁は同事件の相対多数意見<sup>46)</sup>で、一部の虚偽表現が憲法による保護から排除されないと述べており、従来の判例とは距離があるように見える。しかし、相対多数意見は過去の判例を変更したとの自己理解に立ってはいない。判旨を確認してみよう。

相対多数意見は最初に、「勲章を授かったという発言者〔被告人〕の言明

---

40) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U. S. 46, 52 (1988). *See also Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

41) *Brown v. Hartlage*, 456 U. S. 45, 61 (1982).

42) *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64, 75 (1964).

43) *Chemerinsky, supra* note 5, at 292も「虚偽表現に対して憲法の保護は及ぶべきではないという理由がある。修正1条は、知識の進歩を提供するために存在している。定義の上では、虚偽表現はそれに資するところがない。」と述べる。

44) *Brief of Professors Eugene Volokh and James Weinstein as Amici Curiae in Support of Petitioner in U.S. v. Alvarez*, at 2-11.

45) 567 U.S. 709 (2012).

46) ケネディ判事執筆で、ロバーツ長官、ギンズバーグ判事、ケーガン判事が同調。

は、意図的な、疑いようもない嘘である<sup>47)</sup>」と明確に認定している。そして、過去の判例を引用しつつ展開された“虚偽表現は修正1条の保護下になり”との政府側の主張を大要次のように述べて斥けている<sup>48)</sup>。過去の判例が虚偽表現に憲法の保護が及ばないかのように述べていたのは、名誉毀損や詐欺のような事例、つまり、表現内容が虚偽であることに随伴して生じる法的に認められた害悪について議論した事例でのことだった。虚偽であることが議論を分ける決定的な要素だったわけではなく、過去、名誉毀損や詐欺を扱った裁判でも、当該表現を保護の外側に追いやるのに言明内容の虚偽性だけでは十分でない并注意深く判示してきた。当法廷は“虚偽言明は修正1条の保護を受けない”というカテゴリカルなルールを裏書きしてきたことはない。以上のように述べた上で相対多数意見は、内容規制に対する厳密なる審査 (exacting scrutiny) をStolen Valor Actは突破できないとして憲法違反の判断を下している<sup>49)</sup>。

---

47) 567 U.S. at 715.

48) *Id.* at 718-19.

49) その筋道はまず、当該規定がその文面上、発言のなされた時間や場面（場所や相手方等）、発言が何らかの利益を得る目的でなされたかどうか等を問わず規制対象に含んでしまっていることを確認する（567 U.S. at 722-23）。さらに、仮に裁判所が、当該表現が利益を得ようとしてなされたという証拠もないままに、真実を述べる言説を大事にするのだからという理由単独で表現を禁止するのに十分であると判断するようなことがあれば、過去に例のない広範なる検閲権限を政府に認めることとなり、その権限行使の可能性だけで許されざる萎縮効果もたらされる、という（at 723）。“軍のメダルには、軍事任務における英雄的行為と犠牲を認識し、それらに謝意を示すという重要な公的機能があり、また、隊員らの士気・任務の達成・団結心を育む効果があるから、その名誉勲章の高潔さを保護する政府利益は十分に存在する”との政府側の主張は相対多数意見も認めつつも、目的達成のために当該規制が実際に必要なものであるか否かを別途検証しなければならないという。続けて、勲章を授かったという嘘は勲章の価値を低下させる点で政府に被害を与え、また、真の受章者を怒らせることになるので政府側は主張するが、その証明はできておらず、虚偽に対して真実をぶつける対抗言論では対策として不十分である（がゆえに処罰が必要である）ことの理由も明らかにできていないとする（at 724-27）。また、保護される言論を規制しようとするときには、政府は、利用可能で効果のある手段のうち最も制限的でないものを選びなければならないところ、本件の場合、受賞者をデータベース化して受章の真偽を確認できるようにするという制限度の低い手段が少なくとも1つ存在する以上、政府は当該制定法の必要性、厳密な審査によって要求される必要性を示すことに失敗している、と結論されるのである（at 729-30）。

本件での合衆国最高裁判事たちの見解は、相対多数意見（4名）と結果同意意見（2名）、反対意見（3名）に分かれているが<sup>50)</sup>、虚偽表現に一定以上の憲法的保護が及ぶという見解自体は多数を構成している。結果同意意見は、哲学、宗教、歴史、社会科学に関する虚偽表現の場合とは異なり、本件のように真偽が容易に判定できる表現については、思想の自由市場の働きに貢献するところが少なく、仮にそれを規制しても価値ある表現を抑制する危険性も低いので中間審査（intermediate scrutiny）が妥当すると論じている<sup>51)</sup>。これらに対して反対意見は、一般論として虚偽言明はやはり憲法の保護の外側にあるのであって、それが許容されたのは真実言明に対する息つぎの場を与えるための例外的な保護を及ぼされたからに過ぎず、確かに哲学、宗教、歴史、社会科学、芸術、公衆の関心事に関する表現に関しては国家に真偽の裁定権限を与えるべきではなく、虚偽言明を保護することに意味はあるものの、本件のように真偽の判定が容易でそれ自体に価値のない表現を禁じることに何の支障もない、という<sup>52)</sup>。

以上簡単にまとめた判事たちの見解を読み解いてみると、むしろ「本件によって……一般論として嘘をつく憲法上の権利が新設されたとするのは早計<sup>53)</sup>」であるけれども、「合衆国最高裁は、場合によっては嘘をつくことを修正1条上の権利として認めた<sup>54)</sup>」とあって差し支えないであろう。先にも

50) 結果同意意見はブライヤー判事が執筆しケーガン判事が同調、反対意見はアリート判事が執筆しスカーリア、トマス両判事が同調した。

51) 567 U.S. at 731-32 (Breyer, J., concurring). 結果同意意見は過去の判例を虚偽表現を完全に保護から除外したものと読むべきではないと述べつつ、きまり悪さを回避し、プライバシーを護り、偏見から保護し、病人に慰めを与え、子どもの無邪気さを守り、パニックを阻止し、あるいは、危機に直面して平穏を維持させるため、といった諸文脈においては、虚偽言明にも有用性があると述べている (*Id.* at 733)。

52) *Id.* at 750-52 (Alito, J., dissenting). 反対意見も、結果同意意見が挙げる幾つかの虚偽表現は社会において許容されていることを認めている (*Id.* at 749)。

53) 東川浩二「United States v. Alvarez, 132 S.Ct. 2537 (2012) ——軍の勲功の受賞歴について詐称することを禁止する勲功詐称禁止法は、言論の自由を保障する合衆国憲法第1修正に反するとされた事例」アメリカ法[2013] 158頁。

54) Louis W. Tompro, Richard A. Crudo, Alexis Pfeiffer and Rahel Boghossian, *The Constitutionality of Criminalizing False Speech Made on Social Networking Sites in a Post-Alvarez, Social Media-Obsessed Worlds*, 31 HARV. J. LAW & TEC. 65, 68 (2017).

述べたように、この判決以後、学界では保護される虚偽表現と保護されないそれとをどのように切り分けるのか、いかなる審査基準を用いるべきか、議論が続いている。昨今のフェイクニュースに対する法的対処の是非という論点と密接に絡み合いながら、おそらくは彼国における議論は当分続くものと思われる<sup>55)</sup>。

#### (4) 小括

しかし、争われている虚偽表現がいかなる害悪が発生させるのか、いかなる害悪が発生させる意図で表現されたかという点の検討が、いずれにしても規制正当化にあたって不可欠のポイントであって<sup>56)</sup>、虚偽性は単独で規制を正当化できないというのがAlvarez判決の相対多数意見及び結果同意意見のいうところとってよいであろう<sup>57)</sup>。虚偽表現というカテゴリーを作ってその全体を「保護されない言論」として括り出すような思考は適切ではないし、合衆国最高裁が採用することもなさそうである<sup>58)</sup>。そして、我が国の虚偽表現規制もまた、虚偽性単独で規制を根拠づけているわけではない。したがっ

55) 参照、大塚一美「米大統領選とメディア——フェイクニュースとマスメディアの信頼性の考察を中心に」韓永學ほか編『権力vs市民的自由——表現の自由とメディアを問う』(花伝社、2018年)198頁。

56) 例えば、嘘がもたらす害悪を、詐欺、IIED、名誉毀損等から生じる個人または組織への直接的害悪、偽証や虚偽通報等から生じる重要な政府機能に対する制度にかかわる害悪、選挙時のフェイクニュース等から生じる社会全体の公的言説に対する抽象的でシステムティックな害悪に分類してみせるHan, *supra* note 39, at 630-31. 殆どの嘘が何らの害悪をもたらすと同時に何らかの便益を生じさせているのであって、Alvarez判決がいう深刻な害悪云々を指標に保護範囲内外を区分しようという試みは個別の事件を前にしたときに困難を極めるだろうと論難して、嘘を価値関係的に階層に切り分けて審査基準を変動させるアプローチを提唱するAlan K. Chen and Justin Marceau, *Developing a Taxonomy of Lies under the First Amendment*, 89 U. COLO. L. REV. 655 (2018) など参照。Clay Calvert and Austin Vining, *Filtering Fake News Through a Lens of Supreme Court Observations and Adages*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 153, 166 (2017) は、客観的には虚偽と判断される情報を信じていることそれ自体は、法的に認識可能な害悪とはいえない、という。

57) Chen and Marceau, *supra* note 39, at 1453. 参照、東川浩二「虚偽の事実の憲法上の価値——フェイク・ニュース規制のための基礎的考察」比較法研究79号(2018年)287～288頁。

58) See Brief of Professors Eugene Volokh and James Weinstein as Amici Curiae in Support of Petitioner at 17.

て、真実／虚偽の区分の検討だけをもって、憎悪流言規制の是非・当否の問題に結論を与えることはできない。なお、虚偽性が憲法適合性審査の厳格度を低減させると考えるべきか否かについては、我が国の最高裁が審査基準論を明確に採用しているわけではなく、また、合衆国での議論も継続中であることに鑑み、本稿ではひとまず結論を留保しておきたい<sup>59)</sup>。

#### 4. 災害時憎悪流言と政府の規制権限

##### (1) 災害時の流言／災害の流言

虚偽表現がもたらす害悪に関して言うと、そのなかでも、公衆の間にパニックを引き起こす類のものが修正1条の保護を受けないという理解は合衆国でも一般的である。その主張を展開する際に必ず引用されるのは、Schenck v. U.S.のO. W. ホームズ判事執筆の法廷意見における「言論の自由の最も厳格な保護とて、劇場で火事だと偽りを叫んでパニックを引き起こす者を保護することはない」という一節である<sup>60)</sup>。

合衆国内では、連邦法、州法のいずれのレベルでも、緊急事態や大災害の発生に関する虚偽情報の公表に対する刑事規制が存在している。連邦法では、大量破壊兵器等による攻撃を受けた（あるいは、受けている、受けそうだ）という虚偽情報の公表が禁じられている（18 U.S.C. § 1038 (a) (1)）。なお、この規定は警察などの公的機関に虚偽通報する行為を処罰対象として構成しているわけではないことに留意が必要である<sup>61)</sup>。同規定違反で起訴された事案では修正1条と抵触しないのが争われたこともあったが、違憲判断は出されていない。例えば、翌月に7つの都市で爆発装置がそれぞれに起動し、爆発により10万人近い被害者が生じ、さらにはそれに起因する放射性降下物の結果として無数の死者が出るであろう、とウェブサイト書き込

59) 参照、井上聡「『嘘をつく自由』は保護されるか」藤倉皓一郎=小杉丈夫編『衆議のかたち2』（羽鳥書店、2017年）54頁以下。

60) 249 U.S. 47, 52 (1919).

61) 連邦法は、公衆の財産または健康・安全に対する直接・現実の損害を引き起こす虚偽表現、法執行・他の公衆衛生・健康機関を彼らの職務から脇へ逸らすような虚偽表現をラジオ・テレビ放送に乗せることも禁じている（47 C.F.R. § 73.1217）。

んだ行為が同規定違反として起訴された事件において、被告人側の違憲の主張に対して裁判所は、Schenck判決を引用しつつ、劇場で火事だと叫ぶ発言と同様に、差し迫った公衆の危険を惹起するこの種の発言は修正1条の保護範囲の外にある、と断じている<sup>62)</sup>。判決はさらに、連邦法の保護法益が、秩序を維持すること、存在しない脅威に対する無駄で、しかも潜在的に危険を孕んだ対応を当局隊員がせずに済むようにすることにあるとし、これら利益を保護する必要性は非常に大きく、市民を保護するという政府の責任にとって欠かせないものであるとも述べている<sup>63)</sup>。Alvarez判決以降の別の裁判例は、虚偽表現の処罰は当該虚偽言明に関連する法的に認識可能な害悪が存在する場合に可能だというのが同判決の趣旨と解した上で、「テロ行為を示唆する虚偽で誤解を招く情報は単なる嘘ではない」と述べる。判決は、連邦法の規制対象となる表現からは、Alvarez判決も保護範囲外と認めた「政府が防止する権限を持つ重大で差し迫った脅威を引き起こす表現<sup>64)</sup>」と同種の害悪が発生すると理解し、被告人側の憲法違反の主張を斥けている<sup>65)</sup>。

また、多くの州では、アメリカ法律協会の模範刑法典 (Model Penal Code) に沿った虚偽表現規制が存在している<sup>66)</sup>。模範刑法典は、差し迫った爆発や大惨事・カストロフが始まるという内容を、それが虚偽であって、人々が避難を余儀なくさせられたり、迷惑を被ったり、警報が発せられたりする蓋然性が高いことを知りながら発信したり回覧に付したりした行為を刑事罰の対象としている (§ 250.3)。こちらも、虚偽通報を政府機関に行った場合には別の条項が用意されており<sup>67)</sup>、公衆に向けて当該虚偽情報が発せられることによる特有の害悪を防止するための規定であることを確認しておきたい。§ 250.3は、2つの限定を付している<sup>68)</sup>。第一は、虚偽性に関する認識を必要

62) U.S. v. Brahm, 520 F. Supp. 2d 619, 626 and 627 (D.N.J. 2007).

63) *Id.* at 628.

64) 567 U.S. at 717.

65) U.S. v. Keyser, 704 F. 3d 631, 639-40 (9th Cir. 2012).

66) Tompros et al., *supra* note 54, at 84.

67) § 241.1及び§ 241.5を参照。

68) Tompros et al., *supra* note 54, at 83.

としている点である。第二は、害悪の発生する可能性がそれなり以上に存在しているとの認識も求めている点である。これら限定により、同情報を聞きつけて善意で拡散した行為等は対象外となる。ただし、幾つかの州は限定を緩和して模範刑法典よりも強い規制を課している。最も広範な規制条項を持っているといわれるのがニューヨーク州である<sup>69)</sup>。同州では、第一の限定は維持し、虚偽または根拠を欠いていることの認識を求めている一方で、公表によってもたらされる公衆の警戒や不便についての認識または意図を必要とするしていない<sup>70)</sup>。州法が、そうした害悪の発生可能性に関して処罰対象から除外しているのは、状況からみて“害悪は発生しそうもない”といえる事例のみであり限定の程度は非常に弱いといえ、理論的には表現の自由との抵触が疑われ、たびたび裁判で争われていても不思議でないように思われる。ところが、同法の修正1条適合性を検討した裁判例は殆どないようで、例外的に検討を及ぼしている裁判例でも、やはりSchenck判決における劇場で火事だと叫ぶ例を引用して保護対象外だと結論するのみである<sup>71)</sup>。

以上で確認した合衆国内の虚偽表現規制の実例と裁判例からは、表現の自由を極めて保護してきた彼国にあっても、大パニックを引き起こすおそれのある虚偽情報に関しては、対応にあたるべき当局職員に通報する行為のみならず、一般に向けて発せられるそれも処罰の対象として差し支えないとの考えが広く受け入れられているということがわかる。また、それら規制の合憲性を導く材料としてSchekknck判決が引用され続けている<sup>72)</sup>。

とはいえ、上に示した虚偽表現規制は、テロや大規模自然災害の発生と

69) *Id.* at 69 and 84.

70) New York Penal Law § 240.50 (1) は、「公的警戒や不便迷惑を生じさせる可能性が殆ど存在しないとはいえない状況の下で、犯罪、カストロフ、非常事態が起こりそう、あるいは差し迫っていると、虚偽の報告ないし警告を最初に発したり、伝播させたりした」者を軽罪 (misdemeanor) に処すとしている。

71) *People v. Hanifin*, 910 N.Y.S.2d 212, 214 (2010). Tompros et al., *supra* note 54, at 101ff. は、Alvarez判決がニューヨーク州法にとって逆風になると述べ、厳格審査基準をパスすることは難しいだろうと論じている。

72) Tompros et al., *supra* note 54, at 68は、「緊急事態や自然災害に関する虚偽報告は、時に、混雑した劇場で『火事だ!』と叫ぶことのデジタル版だ」という。

いった惨事の発生に関する情報公表に限定されており、また、多くの場合に実際にパニックが生じるであろう蓋然性についての故意を必要としている。本稿が検討しようとしている“災害時に人種差別を助長し偏見を増幅させ、最悪の場合にはヘイトクライムを引き起こすかもしれない虚偽情報”全般とは表現内容の性質・範囲にずれがあり（災害に関する流言と災害時の流言と言い換えてもよい）、今日の我が国の状況では多くの場合、憎悪流言によって現実にパニックが生じ、ヘイトクライムが続発する蓋然性を認識しながら発信されたと証明することは容易でないと想像される。したがって、如上の合衆国内の規制は、本稿の関心にとっては間接的な参考資料にとどまる。

以下、項を改め、「2.」末尾で挙げた、災害時憎悪流言に対する新規規制について考察すべき残る2つの要素、すなわち、「非常時の規制であること」、「流言の憎悪性」について検討する。

## (2) 非常時の表現規制と憲法適合性審査

災害時の憎悪流言規制が法制化されることがあると仮定して、その憲法適合性審査のあり方について若干の考察を及ぼしておきたい。本項で検討されるのは、災害時に限定した規制であれば、平時における同様の規制よりも緩やかに審査することは許容されるか、非常時には憲法による権利保護が弱まるのか、という点である。

合衆国における当該論点の議論において常に参照されてきたのは、本稿でもすでに登場した、防諜法違反（共同謀議）等が争われた1919年のSchenk判決である<sup>73)</sup>。「合衆国がドイツ帝国と交戦状態にある中で<sup>74)</sup>」、陸海軍の新

73) 本稿が検討対象としている「災害時」と、以下本項で検討する「戦時」を、同じ「非常時」という概念の下に包括してよいのか、実は躊躇がないわけではない。とりわけ後者にあつては、抑圧されるのは政権・政策批判の言論であることが通例で、また、制約の憲法適合性審査にあつては、政府の戦争遂行権限、戦時下における国家安全保障と軍事的必要性に関する裁判所の判断能力、総力戦態勢下における裁判所の第三者的立場からの判断可能性なども考慮に加えられたりする一方、前者の状況下ではそれら考慮要素の全てが妥当するわけではないからである。See GEOFFREY R. STONE, PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME 543 (2004); David Strauss, *Conference Transcript: Presentation by David Strauss*, 36 RUTGERS L. J. 919, 920 (2005).

74) 249 U.S. at 49.

兵徴募を妨害したり命令拒否を引き起こしたりしようとする文書を配布しようとして準備した被告人の行為が罪に問われたのだった。法廷意見は、「平時において、多くの場所で、回報に記された事柄全てを被告人らが述べることは、彼らの憲法上の権利の範囲内であることを我々も認める」と述べつつ、「しかし、あらゆる行為の性質は、それが為された状況にかかっている」という。そして、「用いられた言葉が、連邦議会がそれを防止する権限をもつ重大な害悪を引き起こす、明白で差し迫った危険（clear and present danger）を生み出す状況で用いられるか否か、ないし、そうした性質のものであるか否か」が裁判所の判断にとって重要なのであり、「国家が戦争を行っているとき、平和なときに発言されるかもしれない多くの事柄は、国家の努力の妨げとなるので、人々が闘っている限りはそうした発言が許されることはなく、また、いかなる裁判所もそれを憲法上の権利によって保護されていると考えることはない」と続けられる<sup>75)</sup>。ここから読み取れるのは、平時には許容されない表現規制が戦時下においては正当化される、との考えである。また、表現の自由とは直接関係しないものの、第二次世界大戦期の日系人強制疎開・収容に係るKorematsu判決は、国家非常時には戦争遂行権限に伴う連邦政府の規制権限が広範に認められることとなり、（平時には許容されない）別異取扱いも憲法違反ではないとの結論が導かれている<sup>76)</sup>。W. レンキスト前長官も1998年の著作で、「市民的自由が戦時において、平時においてと同様の厚遇された地位を占めるという事態は、好ましくもないし、また、およそ可能性もない」と述べ、戦時と平時では法の「声」は異なる、と明言していた<sup>77)</sup>。

とはいえ、第二次世界大戦期・ベトナム戦争期、合衆国最高裁には戦時下であることを理由にして特別な表現規制を許容する判例は見られなかつ

---

75) *Id.* at 52.

76) *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

77) WILLIAM H. REHNQUIST, *ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WARTIME* 224-25 (1998).

た<sup>78)</sup>。ある論者の言うところでは、合衆国における戦時表現権理論の展開は、Schenck判決ではじまり1969年のBrandenburg判決<sup>79)</sup>で終わるのであって、戦時に適用される基準として、明白かつ現在の危険テストは、厳格な基準（ブランデンバーク・テスト）に取って代わられたと一般的に考えられている、という<sup>80)</sup>（ただし、Schenck判決が今なお明示的に判例変更により覆されたことがないことは留意されておいてよい<sup>81)</sup>）。また、Korematsu判決に関しても、2018年のとある判決が、人種に基づく強制疎開・収容は客観的に違法なもので大統領権限の範囲外であって、歴史の法廷によって既に効力は否定されており、合衆国憲法の下に存在の余地はないと述べており、同判決は撤回された形となっていることにも注意しておきたい<sup>82)</sup>。

ところで、Korematsu判決の法廷意見はこう書き始められていた。「まず初めに注意されるべきは、単一の人種集団の市民的権利を縮減するあらゆる法規制は直ちに疑わしいものであるということである。これはかかる規制が普く憲法違反であることを意味しない。裁判所はこれら規制を最も厳密な審査（most rigid scrutiny）で審査しなければならない。緊急の公的な必要性がときにこれら規制の存在を正当化するかもしれないけれど、人種的な敵意は決して正当化材料となり得ない<sup>83)</sup>」。つまり、同判決は、平時と比べて憲

78) 参照、奥平康弘『「表現の自由」を求めて』（岩波書店、1999年）191～193、263～269頁。むろん、スミス法及びDennis v. U.S., 341 U.S. 494 (1951)には留意が必要であるが、スミス法は「平時の煽動法」であって、戦時・非常時であることを規制根拠としておいているわけではない。参照、右崎正博「国家の安全と言論結社の自由——1940年スミス法——」早稲田法学会誌26号（1976年）359頁以下。

79) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

80) Ronald K.L. Collins and David M. Skover, *What is War?: Reflections on Free Speech in Wartime*, 36 RUTGERS L. J. 833, 848 (2005). 戦時下において名誉毀損不法行為の免責範囲が狭くなったり、わいせつ処罰の範囲が拡大したりする事態はあまり想定できないので、非常時に特に規制されやすい表現は、社会秩序の維持、スパイ防止等を目的とした表現規制ということになる。この論者が戦時の表現権理論として、主に煽動規制の文脈で発展してきた明白かつ現在の危険テストやブランデンバーク・テストを持ち出しているのも、その趣旨で理解されるべきであろう。

81) *Id.* at 849.

82) Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018). See Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029, 1043 (2004).

83) 323 U.S. at 216.

法適合性審査のレベルを下げて合憲の結論を導いたわけではなく、非常時には審査レベルが下がってよいと考えられているわけでもない<sup>84)</sup>。

以上を総合して考えてみるならば、合衆国最高裁判例の展開が示すところとしては、非常時であることが合憲性審査の厳格度を緩和させるわけではなく、市民の活動からもたらされる害悪が通常時の場合と非常時の場合とで異なる可能性があり、その特有の害悪を防止する権限（政府利益）がときに肯定されることがあり得る、といえそうである。また、違法行為の惹起を理由にした表現規制は、非常時であっても、表現が直接それを煽動していること、時間的な切迫性、実質的害悪発生の蓋然性といった条件を充足する場合にしか規制は正当化されない、ということになりそうである。

翻って我が国の法体系に視線を戻してみても、非常時限定の表現規制法は存在しておらず、また、災害対策基本法に定める災害緊急事態が布告された下でも表現の自由を縮減する内容の政令を定める権限が認められているわけではなく、戒厳に関する法的根拠も不存在である。万一、緊急事態条項が新設された後であればいざ知らず、現行憲法下において、非常時であることだけを理由に、表現規制に対する憲法適合性審査を平時以上に緩和させる理屈を見出すことはやはり容易ではないはずである。

### (3) 憎悪流言の害悪、災害時憎悪流言の害悪

そこで、議論の対象は最後に、災害時の表現であることが平時の表現よりも大きな害悪をもたらす、害悪発生の蓋然性を高める、もしくは、災害時特有の害悪を発生させる、という事情が認められるのかどうか、という点に向けられる。憎悪流言の害悪、とりわけ災害時のそれについて、検討すべきと思われる点を簡単に挙げておきたい。

憎悪流言の害悪は、基本的には、（警察等の業務を妨害する可能性を除く

84) 本稿は、Korematsu判決にいう「最も厳密な審査」と所謂「厳格審査基準」が同一のものであると主張したいわけではない。参照、城野一憲「表現の自由と厳格審査——アメリカ連邦憲法の修正1条解釈におけるルーツと展開——」早稲田法学会誌65巻2号(2015年) 103頁。

と)ヘイトスピーチ一般の害悪と同様に考えることができそうである<sup>85)</sup><sup>86)</sup>。「外国人が窃盗を繰り返しているらしい」「〇〇人による性犯罪の被害が多発しているようだ」といった流言は<sup>87)</sup>、「〇〇人はスパイだ、潜在的犯罪者だ」というヘイトスピーチと概ね同様の効果をもたらすのではないかと考えられる。したがって、例えばSNS上での憎悪流言に限定しての規制となれば、特定の伝達経路によるヘイトスピーチだけを狙い撃ちすることになるが、これに限定しなければならない理由は見当たらないというべきではないだろうか。それゆえ、単なる憎悪流言規制の要否・適否はヘイトスピーチ全般の規制の問題として検討されればよいであろう。

ちなみに、ドイツのフェイクニュース規制として注目された所謂「SNS法」も、虚偽言明を狙って規制を及ぼしているわけではなく、既に刑法で禁じられている表現、具体的には、名誉毀損罪、煽動罪、民衆扇動罪、脅迫罪等に該当する表現についてSNS上で投稿された場合に、SNS事業者に一定の対応義務を課しているにとどまる<sup>88)</sup>。繰り返しになるが、同法により「SNS事業者が対応しなければならない虚偽情報は、あくまで刑法が従来から犯罪として公表を禁止してきた一定の虚偽情報に限定されており、意図的な事実の歪曲を新たに一般的に禁止するものではない<sup>89)</sup>」。表現内容が虚偽言明で

85) C. サンステインは、虚偽の噂が極端なケースでは、軽蔑、恐怖、憎悪、さらには暴力さえも引き起こす可能性があるとして述べており (SUNSTEIN, *supra* note 37, at 90)、これらは大凡、憎悪流言の害悪として認識されるものと合致していると思われる。

86) 郭・前掲注7, 215頁は、平時のヘイトスピーチのことを「『通常時分裂流言』という語で概念化できるかもしれない」とする。

87) 廣井・前掲注1, 6~13頁など参照。

88) Alexandra Andorfer, *Note: Spreading Like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation*, 69 HASTING L.J. 1409, 1426 (2018) は、ドイツSNS法に言及しつつ、インターネット上の虚偽情報規制が憎悪に満ちた無法行為を排除するのに役立つかどうか、アメリカでも検討すべきと論じる。

89) 鈴木秀美「インターネット上のヘイトスピーチと表現の自由——ドイツのSNS対策法をめぐって」工藤達朗ほか編『戸波江二先生古稀記念 憲法学の創造的展開 上巻』(信山社, 2017年) 582頁。同法に関しては他に、鈴木秀美「ドイツのSNS対策法と表現の自由」メディア・コミュニケーション68号(2018年)1頁以下、神足祐太郎「ドイツのSNS法——インターネット上の違法なコンテンツ対策——」外国の立法278号(2018年)49頁以下、實原隆志「ドイツのSNS法——オーバープロッキングの危険性について——」情報法制研究4号(2018年)46頁以下も参照。

あること、手段がSNSを通じた発信・拡散であることを理由にした新規規制ではなく、表現主体に対する従来の表現規制の延長上に位置づけられるプラットフォーム事業者に対する規制であって、SNS法の要否・適否についての議論は、刑法規定に対するそれと同一基盤の上で論じられるはずである。

さらに、災害時の憎悪流言が通常のヘイトスピーチ以上に危惧されているのは、関東大震災時の教訓として、流言をきっかけにして外国人に対する殺戮等の重大な犯罪が発生してしまうかもしれない、との想像が掻き立てられるからである。規制の要否・適否を考える際には、この想像にどれほどのリアリティがあるのか、すなわち、災害時憎悪流言がかかる犯罪を惹起させる危険性を実際にどれほど有しているかが検討されなければならないだろう。例えば、災害時憎悪流言が煽動処罰の対象となることはあり得るだろうか、明白かつ現在の危険テストやブランデンバーグ・テストをクリアする害悪を発生させ得るだろうか。まず、「〇〇人が井戸に毒を入れた」「〇〇人が被災地で盗みを働いている」という流言の場合、少なくとも併せて「不逞〇〇人を殲滅せよ!」「〇〇人は見つけ次第排除すべし!」といった言明を伴わない限り、それら言明の内容が単独で“〇〇人に対するヘイトクライムを直接煽動している”と理解するのは困難と考えられる。他方で、「どんな暴動も……デマなしには起らない<sup>90)</sup>」との指摘も意味深長である。この論者は、流言自体は常時社会に存在していながらも、「社会という生体の健康が一ぱんその抵抗力を失っているときに爆発する。戦争、……災害などは、それらだけでも被害の大きなものであるけれども、デマという病気が加わると、さらに惨害をもたらす<sup>91)</sup>」ともいう。社会構成員の分裂を促進する憎悪流言は、社会が弱っているタイミングではとりわけ、深刻な害悪を招来させてしまう危険性を孕む。とはいっても、あらゆる憎悪流言が常に暴動を引き起こすわけではない以上、全面的な規制は正当化されまい。それゆえ、規制を考える上では、パニック・暴動といった憎悪流言が惹起する（しかねない）害悪の

90) オルポート=ポストマン・前掲注7, 223頁。

91) 同上（引用中の旧字体は置き換えた）。さらに223～228頁も併せ参照。

重大性や当該害悪発生の切迫性・蓋然性などを当然検討の射程に収めなければならず、結果として、明白かつ現在の危険テストやブランデンバーグ・テストの導入が唱えられるのは自然なことである<sup>92)</sup>。

とはいえ、ある論者は、仮に害悪の重大性や発生の蓋然性は客観的に評価しようとしても、害悪発生の切迫性「に関しては、膨大で多種多様な情報が随時掲載され、氾濫するインターネット上に、流言飛語やデマがネットの掲示板に書き込まれた、あるいはチェーンメールとして送信された場合の、どの時点において、『重大な実質的害悪(危険)が発生する切迫性が高いか否か』について判断することは極めて困難である<sup>93)</sup>」と評価している。また、憎悪流言に限定して考えると、それによって、どういったパニック・暴動もしくはその他の害悪が生じると想定するか、害悪発生の蓋然性をどのように見積もるのかという点についても衆目の一致する結論を得ることは容易ではなさそうである。ともあれ、規制を正当化できる範囲を明白かつ現在の危険テストやブランデンバーグ・テストによって画するならば、広範な流言規制が肯定されるようなことはないであろう。

また我々が考慮に入れておかなければならないことは、東日本大震災や熊本地震の際にも憎悪流言が一部見られたにもかかわらず、少なくとも大規模なヘイトクライムが発生したとの報告はないという事実である。しかし、にもかかわらず、ある調査によれば、東日本大震災時に仙台市内で外国人犯罪の噂を聞いたと答えた者は半数以上に上り、そして、それを信じたと回答した者が86%に達したという。両者の関係をどう整理して理解するべきだろうか。ヘイトクライムが起こらなかったのは幸運な偶然だったと考えるべきか<sup>94)</sup>、あるいは、国内に暮らす人々が短慮に走ることのない成熟度を持って

92) インターネット、特にSNS上での表現がパニックや犯罪を惹起するといわれる場合に、ブランデンバーグ・テストの採用が適切か、明白かつ現在の危険テストが適切か、議論がある。See Daniel S. Harawa, *Social Media Thoughtcrimes*, 35 PACE L. REV. 366, 384-85 and 392-95 (2014).

93) 千代原亮一「インターネット上の流言飛語に対する法規制」日本情報経営学会誌32巻2号(2012年)55頁。

94) 郭・前掲注7, 194頁。

いると考えるべきか。SNSという流言伝播ツールの特性、過去の災害時流言とその効果についての検証等も含めた、社会学的・情報学的な評価・検討が慎重に行われる必要がある。

#### (4) 小括

ここまで2つの節を費やして、災害時憎悪流言の3つの性質、すなわち、「虚偽性」「非常時」「憎悪」が規制を正当化し得るか、論点と思しき要素を簡単に眺めてきた。それぞれ単独で、規制の憲法適合性を支える（あるいは審査を緩和する）には十分とはいええず、また、仮に一部に対する規制を正当化し得るとしても、規制対象はごく限定されるべきことが確認されたと考える。ただ、これら要素が掛け算された場合に何らか異なった結論が導き出されるかどうか、現在の筆者には解答の用意がない<sup>95)</sup>。

### 5. 結びにかえて

相変わらず総花的な内容に止まり、狙いとしてきた論点整理も不十分なままに本稿を閉じることには忸怩たる思いを抱くが、さらなる検討は今後の課題と心得て、他日を期すほかはない。以下ではここまでの行論で取りこぼしてきた幾つかの論点を落穂拾いのような形で列記して、結びにかえることにしたい。

#### (1) 萎縮効果

虚偽表現に対する規制が真実情報の発信を萎縮させるかもしれないとの危惧は合衆国に根強い。そのようななかC. サンステインは、虚偽の噂 (false rumor) に関しては、萎縮効果を適度に働かせることがセーフガードとして機能するという。虚偽の噂の多くは単に損害を与えるだけではなく、真理探究にとって完全に無用のものであり思想の自由市場の機能を将来にわたって

95) 辻雄一郎『情報化社会の表現の自由——電腦世界への憲法学の視座』（日本評論社、2011年）191頁は、ブランデンバーク・テストは平時に編み出された基準で、危機の時代に妥当するかどうかは、まだ判例によって確かめられていないという。しかし、平時に表現保護的な原則を冷静に確立しておくことが非常時の表現保護にとって重要だとも言われることがあり、この見解に従えば、基準を使い分けるべきではないことになろう。STONE, *supra* note 73, at 548-49.

阻害することもあると彼は述べ、社会が必要とするのは、萎縮が存在しないことではなく最適レベルの萎縮だ、と言っているのけるのである<sup>96)</sup>。

ここでは萎縮効果の最適レベルを那邊に見定めるべきかとの議論に踏み込むことは控えるが、少なくとも最低限回避しなければならない萎縮効果はあるはずである。特に、客観的な真偽だけを構成要件として処罰対象を括りだすならば、「嘘も方便」というような些細な虚偽表現が規制対象に含まれることになってしまうし、真実であることの証拠がない限りは何らの事実言明も発言できなくなってしまう危険がある<sup>97)</sup>。その限りにおいて実質的な害悪が発生する蓋然性や、害悪を発生させる意図を要求することは不可欠と思料される。しかし、災害時流言の相当量は善意・勘違いの発信からスタートしており、これらを処罰対象とすることは困難が多いただろう（憎悪流言の場合は事情が異なるかとも想像されるが<sup>98)</sup>）。

## (2) プラットフォーム規制のあり方と自主的取り組み

さらに流言規制の難しいところは、事後的に発言者を摘発したり、当該の発言を削除したりするだけでは害悪の回避が限定的だという点にある。もし流言による害悪の発生・拡大を確実に阻止したいのならば、それがリツイート等により瞬時に、また鼠算式に拡散していく傾向がある以上、どこか1箇所あるいは特定少数の発言を削除するだけでは十分な効果は期待できず、より広範に、リツイートやキュレーションサイト等への対処も必要と考えられる。ところが、なお厄介なことに、仮に流言の最初の発信者には際立った悪意があったとしても、拡散させてしまった者は完全に善意という例は多い。災害時の流言の場合には、一層当てはまるように思われる。こうした善意の

96) SUNSTEIN, *supra* note 37, at 75. とはいえ、サンステインも「萎縮効果の危険性は真剣に受け止めるべきである」と述べており、社会規範による適度な萎縮効果に留まらず法規制まで用いて適度な萎縮効果を働かせるべきだ、と明示的に主張しているわけではない。Cass R. Sunstein, *Believing False Rumors*, in SAUL LEVMORE AND MARTHA C. NUSSBAUM (ED.), *THE OFFENSIVE INTERNET* 105 and 106 (2010).

97) See Tompros et al., *supra* note 54, at 107.

98) 加えていえば、害悪という結果発生意図をもたず、冗談で発信したものの、結果的に暴力やパニックを引き起こしてしまった場合に、過失犯としての結果責任を問うことは妥当であろうか（憎悪流言の大半はこうした類型と想像される）。See *Id.* at 92.

表現行為を政府が咎めたり、削除したりすることの適切さには検討すべき要素が多く残されているようである。

仮に発信者に対する規制を断念するとき、プラットフォーム事業者に対して当該情報の削除を義務付ける等の強い規制をかけることは適切だろうか。如上のように最初の発信者のみを規制することで防げる害悪が限定的であることを考えるとき、プラットフォーム事業者に注目することには理由がある。しかし、当該表現類型が既に規制対象になっている名誉毀損や業務妨害に該当する流言の場合はひとまず別論として、最初の発信自体が違法の評価を受けるか不明の流言の場合に、プラットフォーム事業者にだけ対処を命じる法制度には違和感がぬぐえない。それゆえ、発信者を処罰する規定なしに可能なのは、(現在検討されているという)民間事業者に自主的な行動規範の策定を求めることくらいが限度であろうと思われる。

むしろ、既に民間事業者の虚偽表現対応の動きは進んできている。例えば、Facebookは「人間とAIを駆使し、莫大なコストをかけてフェイクニュースのチェックを行っている。さらに、ユーザーがフェイクニュースと思われる記事を報告できる機能も実装した<sup>99)</sup>」。とはいえ、真偽の判断を民間事業者それぞれに委ねるとすれば、真偽の判定が困難な事柄も多いであろうし、対応には限界があるように思われる<sup>100)</sup>。そのようななかでもせめて期待されているのは、人種差別的虚偽情報への対処である。実際に民間事業者は、ヘイト投稿については削除を要請したり、場合によっては、アカウントの永久凍結を行ったりすることがある旨の規約・ポリシーを予め設けて利用者

99) 山口真一「ネット言論の実証研究から解き明かすフェイクニュースの正体と情報社会の未来」ハーバード・ビジネス・レビュー44巻1号(2019年)72頁。

100) だからといって政府が個別に情報の真偽を判断する能力に長けていると主張するつもりはない。政府とて、特に災害時には各種公的機関を通じた正確かつ全面的な情報確認が難しいことを考えると、迅速かつ正確に真偽を判定することは容易ならざることと想像される。フェイクニュース規制に関しても、フェイクであることの判定権限を誰に与えるべきかは難しい問いとなっている。See Philip M. Napoli, *What If More Speech is No Longer the Solution? First Amendment Theory Meets Fake News and the Filter Bubble*, 70 FED. COMM. L.J. 55, 101 (2018)

と「契約」しており<sup>101)</sup>、徐々に対策を進めてきている。災害時憎悪流言にも当然これら規定・ポリシーは適用され得る。民間事業者の自主的な取り組みの今後の展開が注目される。なお、民間事業者がその独自の判断によりポリシーを定め、契約を締結し、これに基づいて削除等を行うとき、対象となる表現の内容が違法とされるものに限定されなければならないとの制限は、もちろん存在しない。

### (3) 対抗言論

災害時の流言をめぐる論攷には、対抗言論 (counter speech) に期待を寄せるものが多い。東日本大震災における憎悪流言を検討した郭基煥は、「ネット上のヘイトスピーチに対して、同じネット上での対抗言説が以前に比べれば明らかに増加している現状がある以上、今後、生じうる災害時分裂流言についてもネット上で合理的／共感的批判的言説が増える可能性がある<sup>102)</sup>」と述べて、憎悪流言を否定する表現がネット上に同時に拡散されることへの期待を示した。実際、熊本地震時には憎悪流言をデマとして批判する言説が多く確認できたとする報告もある<sup>103)</sup>。

災害時の情報の自由について検討した川岸令和は次のように述べている。曰く、「デマや誤った情報を否定する真実の情報を積極的に発信していくところそ情報を保有している者の責務であり、そうした態度こそ情報の自由の理念に適合的である。……たとえデマや流言が溢れていたとしても、責任ある情報主体が時宜にかなった正確な情報を発表していたなら、それらを否定することができ、人びとは不安を払拭できたであろうと思われる。流言が知りたい情報の欠如に由来する社会に広がる不安な心理状態が生じるものであ

---

101) 具体的には、TwitterのHateful conduct policy (<https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>)、Facebookのコミュニティ規定12 (詳細は、<https://newsroom.fb.com/news/2017/06/hard-questions-hate-speech/>)、YouTubeの悪意のある表現に関するポリシー (<https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=ja>) など。なお、松井茂記ほか編『インターネット法』(有斐閣、2015年) 164～166頁〔小倉一志〕参照。

102) 郭・前掲注7, 201頁。

103) 曹・前掲注8, 87～88頁。

る限り、人々の知りたい正確な情報だけがそれを止めることができる。<sup>104)</sup> こうして、とりわけ政府・自治体など信頼性の高い主体が虚偽情報を否定して、正確な情報を発信していくことの重要性が説かれるのである<sup>105)</sup>。

ネット上の虚偽表現に一般化してみても、それらを打ち消す真実情報を対抗させていくことこそが適切な対応策だとの見解が広く見られる。文中で紹介したAlvarez判決もまさに「虚偽の表現に対する救済策は真実を述べる表現である」と述べている<sup>106)</sup>。ネットの特性上、拡散されるのも一瞬だが、検索による真偽の検証も同時に可能なので、物理空間よりも早く虚偽情報は訂正され得るだろうとの観測を語る論者もある<sup>107)</sup>。

その一方で、拡散した虚偽情報が自由市場によって必ずしも淘汰されない可能性、あるいは、訂正されたとしても影響が残存する可能性を唱える見解の存在にも留意したい。サイバースケード、エコーチェンバー、コクーン化（情報の繭）、フィルターバブルといった現象がネット上で拡大している状況にあって、虚偽情報を真実情報によって淘汰していく自由市場の機能は期待できなくなってきたという悲観的な見方も出てきているのである<sup>108)</sup>。例えば、サンステインは「カスケード効果と分極化の1つの帰結として、関連コミュニティにおいて虚偽の噂を広く信じさせてしまう。一定の条件下では、こうした虚偽の噂を排除することは非常に困難となる<sup>109)</sup>」と述べてい

104) 川岸・前掲注5, 180頁。

105) 参照、小林啓倫『災害とソーシャルメディア』（マイコミ新書, 2011年）第4章、川岸令和「災害と情報——東日本大震災を契機として」鈴木庸夫編『大規模震災と行政活動』（日本評論社, 2015年）107頁、曾我部・前掲注24, 55頁。

106) 567 U.S. at 727. See Tompros et al., *supra* note 54, at 106.

107) Tompros et al., *supra* note 54, at 79.

108) See also Napoli, *supra* note 100, at 78. 同論文はさらに、フェイクニュースに関して、フェイクニュースを作るコストが正確な報道より遥かに低くなっており、また、情報量の爆発的增加の中で受領者が真偽を判定することも容易でなくなっており、真実情報によって虚偽情報を淘汰とするという思想の自由市場論のコンセプトがもはや成り立たなくなりつつあるとも論じている (at 70-71 and 82)。

109) Sunstein, *supra* note 96, at 103. キャス・サンステイン（伊達尚美訳）『#リパブリック』（勁草書房, 2018年）18頁でも、カスケードやエコーチェンバーによって「偽情報を信じさせる可能性があり、それを訂正するのは困難若しくは不可能かもしれない」と述べられている。

る。また、仮に対抗言論に触れたことで、事後的に情報が誤っていたことを認識し、その事実を頭では受け入れたとしても、当該虚偽情報が信条レベルで残存し悪影響が維持されるかもしれない、と虚偽表現の害悪を危惧する見解もみられる<sup>110)</sup>。

こうした虚偽情報の特性には目配りが必要であるけれども、現在の我が国の法体系の下では、民間事業者の取り組み、一般ユーザーの対抗言論、そして、政府・自治体による対抗言論（政府言論）が対策として重要であることに変わりがない<sup>111)</sup>。それが完璧な対策でないことは論を俟たないが、流言に包括的な規制をかけることは、どうやら理論上容易でなさそうである<sup>112)</sup>。憎悪流言に関しても、少なくともヘイトスピーチ一般に対する包括的な禁止・処罰法制が存在しない状況下にあっては、それら対策に期待するのがまずもって適切であるように思われる。

〔付記〕本稿はJSPS科研費 JP18K12630の助成による研究成果の一部であり、2018年7月8日に山口大学で行われた研究会での報告を基にしたものである。また、本稿で示したURLの最終確認日は全て2019年3月末である。

---

110) この見解を唱えている政治学者は、選挙時の対立候補へのデマ攻撃のような虚偽情報を扱いながら、仮にそれら事実が否定されたとしても、当該対立候補への信条レベルでの嫌悪や警戒が完全に払しょくされずに残存することが危惧され、こうした政治的行動と結び付いて態度決定に悪影響を及ぼす虚偽情報は修正1条の保護から除外されるべきだと議論している。Emily A. Thorson and Stephan Stohler, *Maladies in the Misinformation Marketplace*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 442, 447 and 451 (2017).

111) See Stone-Erdman, *supra* note 36, at 434ff.

112) 流言を全て法的に野放しにすべきと主張しているわけではない。現行法で責任を問いうる表現に対しては適切な責任追及がなされていかなければならない。