

日本におけるヘイトスピーチ規制の現状と課題

佐藤 潤 一[†]

Introduction to the study of “sanctions” on “hate speech” in Japan

SATO Junichi

Summary

The “Act on the Promotion of Efforts to Eliminate Unfair Discriminatory Speech and Behavior against Persons Originating from Outside Japan” was enacted by the National Diet of Japan and brought into force on Friday, June 3, 2016. The *International Covenant on Civil and Political Rights* has a provision that permits an interpretation that affirming a “distinction” between foreigners with respect to political rights, and on the other hand, with respect to the regulation of “hate speech” required by the provisions of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, the Japanese government has held back from the beginning of the ratification of the *Convention*, claiming that there is a problem in relation to the freedom of expression in the *Constitution of Japan* (Article 21). While it is necessary to tighten up the constituent requirements, it is time to expand the definition of defamation and insult to minorities who at least fall under the definition of the “Hate Speech Elimination Law”.

目次

問題の所在	56
第 1 章 「ヘイトスピーチ」解消法を考えるための視点	58

[†]大阪産業大学 国際学部 教授

草稿提出日 7月25日

最終原稿提出日 8月25日

第 1 節 歴史的視点の欠如	58
第 2 節 判例の検討	60
(1) 政見放送削除事件判決	61
事実の概要と判旨	61
考察	62
(2) 街頭宣伝差し止め事件	64
事実の概要と判旨	64
① 第 1 審判決	64
② 第 2 審判決	66
考察	66
第 3 節 「ヘイトスピーチ」解消法の概要	68
(1) 法律の概要	68
(2) 附帯決議	71
第 2 章 法的課題検討の前提	72
第 1 節 人種差別撤廃条約 4 条とその留保	72
第 2 節 「ヘイトスピーチ」規制の積極論と消極論	76
第 3 節 「ヘイトスピーチ」規制積極論への疑問	79
第 3 章 「ヘイトスピーチ」刑事規制の再検討—法的課題の中心的課題	82
第 1 節 「ヘイトスピーチ」刑事規制の再検討	82
第 2 節 「差別的表現」の規制か「憎悪（煽動）言論」の規制か	86
第 3 節 刑事規制以外の手法	89
結語 「ヘイトスピーチ」規制の課題	90

問題の所在

世論と司法の動向によりやく国会議員が動き、超党派的な「ヘイトスピーチ」を縮減させる施策として、いわゆる「ヘイトスピーチ」解消法が制定された¹⁾。

1) 正式名称は「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」（平成28年6月3日法律第68号）。なお本稿は*hate speech*概念それ自体も検討対象とするため、本来は、いわゆるヘイトスピーチ、という趣旨で「ヘイトスピーチ」と記載すべきであろうが、検討それ自体は判例等の検討の後に行うため、煩雑さを避けるために、基本的には「ヘイトスピーチ」ではなく、

さて、国際人権規約自由権規約には、政治的権利に関する外国人「区別」を肯定する解釈を許す規定があり（たとえば13条²⁾、他方で、人種差別撤廃条約の規定が要請する憎悪言論規制に関して、条約批准当初から日本政府は、表現の自由（憲法21条）との関係で問題があると主張して留保してきた。こういった事情に鑑みて、ヘイトスピーチ解消法は、ヘイトスピーチ解消の必要条件ではあるが十分条件とは言い難い。

ヘイトスピーチ解消法の制定によっていささか進展したように見える現在の日本におけるヘイトスピーチ規制は、しかし種々の点で問題を抱えている。

ヘイトスピーチ規制はヨーロッパ諸国を中心とする規制積極論と、アメリカを典型例とする規制消極論とが存在する。規制積極論はそもそも差別解消の強調、典型的にはドイツ憲法の「自由で民主的な基本秩序（die freiheitliche demokratische Grundordnung）」維持の観点からの権利行使制約を肯定する視点（ドイツ連邦共和国基本法18条）が基本思考の基礎に置かれていると解される。ただし規制積極論は必ずしも刑事規制積極論を意味しない。イギリス法系とってよいコモン・ロー諸国、具体的にはイギリスやオーストラリアなどは、民事規制、不法行為法制の活用や国際人権法を実施する機関の充実をもって対処する

単にヘイトスピーチ、と表記する。また「ヘイトスピーチ」を「差別的表現」と等置する主張も多いが（後述註38参照）、そのような主張は多くの問題があると解される（第3章第4節で検討する）。なお、「部落差別の解消に関する法律」（平成28年法律第109号・平成28年12月16日）が「ヘイトスピーチ」解消法と、構造からして、明らかに同様の発想に立っていることは、規制に消極的な政府の立場としては首尾一貫している。

- 2) 自由権規約13条は次のような規定で、①国の安全のためやむを得ない場合は追放される可能性があることを認め、②それ以外の場合は一定の慎重な審査を認める規定である。下線部からも明らかのように、本来②に重点があり、そのことによる人権保障が趣旨であるが、しばしば①の点のみが強調されるきらいがある。

第13条【外国人の追放】合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行われた決定によつてのみ当該領域から追放することができる。国の安全のためのやむを得ない理由がある場合を除くほか、当該外国人は、自己の追放に反対する理由を提示すること及び権限のある機関又はその機関が特に指名する者によつて自己の事案が審査されることが認められるものとし、このためにその機関又はその者に対する代理人の出頭が認められる。

International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR Article 13 *An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled there from only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority.*

なお自由権規約25条の参政権規定や同28条の少数者の人権規定についても外国人に対する差別的取り扱いを容認する規定であるとの誤解があるが、本稿の検討範囲を超えるため、扱わない。

場合もある。他方で規制消極論は、表現の自由保障の持つ原理的な重要性を強調している。

日本のヘイトスピーチ規制に関する研究は、規制積極論者が中心であったが、表現の自由に対する考察が十分であったとは思われない（本稿第2章第3節及び第3章での検討を参照）。本稿は、規制消極論、そして罪刑法定主義の重要性を考慮してヘイトスピーチ規制を考察する。なお、規制消極論に立つことは、規制否定論を意味しない。この点に対する誤解の解消もまた本稿の課題である。

より具体的な法的課題としては、日本国憲法においては「外国人」の権利については明文がなく、最高裁判例（マクリーン事件）による日本国憲法解釈論としての権利性質論の意義とともに、近年しばしば指摘されるような限界を意識し、また世界人権宣言や国際人権規約自由権規約が、政治的権利に関する外国人「区別」を肯定する規定を有することをどのように評価するかとの問題がある。さらに、難民条約や拷問等禁止条約を批准しているにもかかわらず、その実施に様々な問題があることは周知の事実である³⁾。これらすべての課題を、ヘイトスピーチ規制の法的検討という視点で考察する⁴⁾。

第1章「ヘイトスピーチ」解消法を考えるための視点

第1節 歴史的視点の欠如

第一の問題点として、歴史的視点の欠如を挙げるができる。ヘイトスピーチ解消法の法案提出者や法務省が前提しているのはこの問題が「近年」「近時」の問題であるということである⁵⁾。しかし日本の植民地支配と、その結果としての多くの特別永住者の存在が、ヘイトスピーチを行っている人々と無関係であるはずがない。ヘイトスピーチを行う者の多くが「在日特権」なる虚構を信じ込んでいる⁶⁾一事が典型的な反証である。

3) 簡潔には、窪誠「国際人権法における外国人の人権」移民政策研究 第3号 (*Migration Policy Review 2011 Vol.3*) 2-11頁を参照。なお本稿において多数の学説に言及するが、本文において敬称は省略した。

4) 佐藤潤一「ヘイトスピーチ規制の法的問題点 憲法と国際人権法の視点から」国際人権ひろば No.133 (2017年5月発行号) 所収。同論文は、本稿と同様の問題意識に立つものであるが、紙幅が極めて限られていたため、十全な論旨展開が出来ていない。本稿はそのような意味で、同稿の論旨を、論批判例等を含め論じるものであるから、主張には重複する点を含む。なお、同誌に掲載された論文は、次のURLでも閲覧できる。<<https://www.hurights.or.jp/archives/newsletter/section4/2017/05/post-13.html>>

なお、以下本稿で言及するURLは、2021年7月18日にアクセスし、確認している。

5) すぐ後で検討する板垣論文などを参照。

6) ジャーナリスティックなものではあるが、野間易通『増補版 在日特権の虚構』（河出書房新社、

歴史学者の板垣竜太は法務省が2014年の国連人種差別撤廃委員会による勧告に対応して開始したヘイトスピーチ対応の啓発事業を行っていることに対して、的確な批判を行っている⁷⁾。

この勧告に対する法務省の啓発事業として配布されているパンフレット（ポスターデータ）には次の文言がある。

「近年、特定の民族や国籍の人々を排斥する差別的言動がいわゆるヘイトスピーチであるとして社会的関心を集めています。こうした言動は、人々に不安感や嫌悪感を与えるだけでなく、人としての尊厳を傷つけたり、差別意識を生じさせることになりかねません⁸⁾。

このような政府の啓発事業に関して、板垣が指摘する問題点は三つある。すなわち、第一は、「『近年』といういい方」であり、第二は「『ヘイトスピーチ』が特殊言動であるかのように書かれてい」る点であり、そして第三が「あたかも法務省はこのヘイトスピーチないしはレイシズムの当事者ではない、少なくとも『やる側』ではないという、当事者意識のなさともいえるべきもの」だという点である⁹⁾。これをさらに、次の二点に集約する。第一は「法務省は『歴史』と『現在』を切りはなし、『特殊な団体』による『特殊な現象』ということと切りとってとらえてい」る¹⁰⁾点である。しかし、「これは必ずしも新しいとはいえない、歴史的な現象である¹¹⁾。そして「これが社会的・制度的なレイシズムの問題であるということ¹²⁾が問題であるとする。「レイシズムには、国家的なレベルのものと、社会のレベルのもの、個別的な事件として起こるものなど、さまざまなレベルがあ¹³⁾る。「このうち国家的なもの、社会的なものをあわせて、「制度的レイシズム」という」。

この板垣の主張は、「レイシズム」という大きな問題の氷山の一角が「ヘイトスピーチ」であると位置づけるものである。「ヘイトスピーチがさらに物理的暴力を伴った場合には、

2015年)をさしあたり参照。著者自身の活動(「レイシストをしばき隊」,後にC.R.A.C.)については異論もあるが、本書は独立の価値を有する。

7) 板垣竜太「日本のレイシズムとヘイトスピーチ」LAZAK編『ヘイトスピーチはどこまで規制できるか』(影書房,2016年)9-47頁。

8) 法務省内にある「ヘイトスピーチ許さない」のポスター <<http://www.moj.go.jp/content/001184411.pdf>>。

9) 板垣註7前掲13頁。

10) 板垣註7前掲14頁。

11) 同前。

12) 同前。

13) 板垣註7前掲15頁。

京都朝鮮学校襲撃事件のように現行の刑法でも違反になることもある。これは『ヘイトクライム』と呼ばれている。「さらに暴力が拡大すれば、ナチズムでのユダヤ人虐殺のようなジェノサイドにまでいたることもありえ」る。「つまり、物理的暴力はヘイトスピーチに基礎づけられ、ヘイトスピーチはレイシズムに基礎づけられるといえる」¹⁴⁾。この板垣の問題意識それ自体は共有しつつ、しかし第3章で検討するようにこれは明らかに規制積極説の立場であり、憲法との関係では問題があると解される。

第2節 判例の検討

では、法的に「ヘイトスピーチ」はいかなる形で扱われてきたのであろうか。

古典的には最高裁判例といえるのは「政見放送削除事件判決」だけであった¹⁵⁾。本件はそれ自体をヘイトスピーチと関連させて検討している文献自体が管見の限りほとんど見当たらない。この点赤坂正浩教授はこれを体系的に検討している著書を公刊しており、まずは当該文献によりつつ、問題点を整理しておこう。

赤坂は、まず「差別的表現」を次のように定義する。「『差別的表現』とは、少数民族、同性愛者など社会の少数者集団に対する差別・排斥・憎悪・侮辱等を内容とする表現である」¹⁶⁾。相当に範囲の広い定義ではあるが、このような定義を前提にして、赤坂は「差別的表現の自由」を次のように説明する。「差別的表現の自由とは、『マイノリティに対する差別・排斥・憎悪・侮辱等を内容とする表現を国家から妨害されない市民の権利』ということになる」¹⁷⁾。そのうえで、人種差別撤廃条約（あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約）4条の(a)(b)につき、日本政府が条約加入にあたって、「日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において」条約4条(a)(b)の義務を履行するという留保宣言を付したことを指摘する¹⁸⁾。

14) 同前。

15) 最高裁判所平成2年4月17日民集44巻3号547頁。参照、赤坂正浩『憲法講義（人権）』信山社、2011年72-73頁。政見放送を「差別用語」が含まれるとの理由で「品位を損なう言動」（公選法150条の2）該当として削除して放送したことの違法性が争われた事件である。以下、同書の《IV 差別的表現 [※本書の「市民」は国民も外国人も含む概念として用いられている。]》に基づいて若干の整理を行う。

16) 赤坂註15前掲書72頁。

17) 同前。

18) 同前。本稿筆者はすでに『平和と人権』（晃洋書房、2011年）第2章第3節でこの点を取り上げておいたが、その後の進展特に後述するいわゆるヘイトスピーチ解消法が公布・施行されたのは2016年（平成28年）であるから、赤坂教授の著書同様同法には触れていない。人種差別撤廃条約とその留保については第2章第1節で検討する。なおここで「差別的表現の自由」との用語が用いられているが、それは「ヘイトスピーチ」とイコールではあり得ない。この点は第3章第2節で論じる。

問題は、「差別的表現の自由の規制の合憲性審査」がいかなるものであるべきかである。この点、赤坂も指摘しているように、「差別的表現を規制する法律の制定もまったく許されないわけではないが、その合憲性は『明確性の原則』と『ブランデンバーグの原則』によって厳格に審査されるべきだという見解もある」¹⁹⁾。「しかし、日本では、差別的表現に関するメディアの広範な自主規制がすでにおこなわれており、過度の自主規制が表現の自由に対して萎縮効果を及ぼす面があることにも注意が必要」である²⁰⁾。第3章第4節で後述するように、本稿筆者は、この赤坂の主張と問題意識を同じくしている。

さて、先に述べたように、最高裁判例としては、政見放送削除事件判決²¹⁾が数少ない先例である。ここで同判決をもう少し詳しく見ておこう²²⁾。

（１） 政見放送削除事件判決

事実の概要と判旨

昭和58年（1983年）6月実施の参議院比例代表選出議員選挙に立候補した「雑民党」代表者を称する原告が、NHKと国に対して提起した損害賠償請求事件である。

具体的には、「候補者届出政党が録音若しくは録画した政見をそのまま放送しなければならない」と定める公職選挙法150条1項後段にもかかわらず、「『めかんち、ちんば』という表現を含む二カ所を削除」²³⁾して放映したことが理由である。NHKがこれらの表現を削除したのは、「明らかに身体障害者に対する差別感、侮べつ〔蔑〕感を与える特定の文言」にあたるという理由であった²⁴⁾。

これに対して、この候補者が、NHKの措置は公職選挙法150条1項後段に違反する不法

19) 同前。ここで赤坂教授がまとめている市川教授の主張については、市川正人『ケースメソッド憲法』（日本評論社、初版1998年、第2版2009年）137～140頁参照。なお「ブランデンバーグの原則」とは「暴力行為・違法行為の唱道は、そうした行為がただちに発生することを意図するものであって、そうした行為が発生する蓋然性が存在する場合にのみ処罰できるという考え方である。『明白かつ現在の危険〔clear and present danger〕の原則』では、表現者にその意図がなくても、重大な害悪の発生を切迫させたという判断で煽動の処罰が可能となるのに対して、『ブランデンバーグの原則』では、違法行為をただちにおこなうように呼びかけなければ処罰されないことになるので、合憲性の審査方法としてはより厳格だとされる（市川正人『ケースメソッド憲法』（日本評論社、初版1998年、第2版2009年）134頁）。」赤坂註15前掲書71頁。

20) 赤坂註15前掲書72頁。

21) 最高裁判所平成2年4月17日民集44巻3号547頁。

22) 本判決については、なお、尾吹善人「政見放送削除事件」同『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007年）619-625頁を参照。

23) 尾吹註22前掲619頁。

24) 赤坂註15前掲書72頁。

行為だとして、損害賠償を求めた民事事件である²⁵⁾。

この判決は、①NHKは行政機関ではなく、②しかも公職選挙法の明文にもかかわらず、「言動をそのまま放送される法的に保護された利益はない」と断定し、③検閲にも当たらない、としている。しかし、この点は疑問である²⁶⁾。

考察

そもそも、最高裁は、憲法21条2項の検閲該当性を問われたすべての事案で、結局のところ検閲該当性を否定してきている²⁷⁾。

札幌税関事件は「憲法21条2項にいう『検閲』とは、行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものと解すべき」であるとするが、これらすべての性質を本来的な制度の目的としていなければ検閲ではないという。これでは明らかな検閲制度でなければ検閲ではない、というに等しい。

25) 赤坂註15前掲書は、判旨を「最高裁は、本件削除部分は『他人の名誉を傷つけ善良な風俗を害する等政見放送としての品位を損なう言動を禁止した公職選挙法150条の2の規定に違反する』と述べ、そもそも150条の2違反の言動をそのまま放送される法的に保護された利益はないという理由で、本件措置は不法行為にあたらぬと判断した。また、NHKは行政機関ではないので、本件措置は憲法21条2項前段が禁止する『検閲』にもあたらないとした」と整理したうえで、その評価を「この判決に対しては、学説から以下のような疑問が提起されている。本件判決は、当該発言部分がたして公選法150条の2に該当するかどうかの綿密な検討を欠いている。仮に150条の2に該当するとしても、この条項は本来立候補者の心構えを規定したもので、強制力をもたない。仮に150条の2に強制力を認めるとすれば、重要な政治的表現行為の内容規制法であるから、その合憲性について厳格な審査が必要となる。また、公法上の特殊法人であるNHKを安易に行政機関ではないと解釈して、その事前審査を『検閲』ではないと簡単にいってよいかも疑問である」とまとめている(同73頁)。

26) 尾吹註22前掲評釈も、赤坂註15前掲書もこの点に疑義を示している。

27) 詳述はしないが、税関検査に関する判決(札幌税関事件・最大判昭和59(1984)年12月12日民集38巻12号1308頁)および教科書検定に関する判決(東京地判昭45(1970)・7・17行集21-7別冊(判時604-29), 東京高判昭50(1975)・12・20行集26-12-1446(判時800-19), 東京地判昭49(1974)・7・16判時751-47, 最三小判平9(1997)・8・29民集51-7-2921など)はいずれも相当に無理のある理由付けで検閲該当性を否定している。検閲に該当するかどうかについては、他に、教科書検定制度に関する判例がある。もちろん、「教科書の一定の内容規制の必要は確かである。教育の機会均等の確保という観点からである。注目すべきは、教科書は検定に不合格になっても一般図書としての出版・販売可だから、検閲にはあたらないという主張があることである。けれども教科書として出版できなければ意味が無いし、検定が思想内容及ぶ場合は問題となる」(佐藤潤一『教養 憲法入門』敬文堂、2013年、第9章第3節3)。

名誉棄損を理由とする出版差し止めも、プライバシー侵害を理由とする出版差し止めも、いずれも行政権によらないものであるがゆえに検閲には当たらず、しかし事前抑制には違いない。

最高裁は、名誉棄損を理由とする雑誌の出版差し止め請求について、「個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものである」場合は、検閲には当たらない。しかし、「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし視聴者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後抑制の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的効果が事後抑制の場合より大きいと考えられるのであつて、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない」。したがって原則としては検閲に該当しないような事前抑制も許されないが、「その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であつて、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具備するときに限って、例外的に事前差止めが許される」と判示したことがある（北方ジャーナル事件最高裁判決²⁸⁾。本判決は、検閲該当性を否定する判例に配慮しつつ、出版差し止めを歯止めをかけたという意味では評価されるが、結局検閲該当性を否定している。

検閲を行政権による網羅的一般的事前抑制制度に限るのであれば、検閲に該当するがゆえに憲法に違反する事態は生じえない。

政見放送削除事件においては、たしかに原告の「政見放送」それ自体はすみずみまで品のないものではあったが、そのことは内容の削除が検閲に該当しないことを意味しない²⁹⁾。内容が品位を欠くというだけで規制が正当化されるというのは、戦前におけるエロ・グロ・ナンセンスに対する規制の正当化と通じるものであり、不適切な論理である。

28) 最高裁大法廷判決昭和61(1986)年6月11日最高裁判所民事判例集40巻4号872頁・判例時報1194号3頁。

29) 尾吹註22前掲621頁参照。

(2) 街頭宣伝差し止め事件

事実の概要と判旨

いわゆる在特会による京都朝鮮学校襲撃「デモ」事件である³⁰⁾。第1審は、人種差別撤廃条約適用を民法不法行為の解釈問題として提示している。法的に注目すべき事実認定と法解釈については、下線で強調している。

① 第1審判決

ここでは個別具体的な発言を引用することは控えるが、第1審判決は、それらの発言について、「いずれも下品かつ侮蔑的であるが、それだけでなく在日朝鮮人が日本社会に

30) 本事件についてのWikipediaの記載は比較的正確であるが、「在特会」側の主張を大きく取り上げすぎである点問題がある。「在特会」は、「在日特権を許さない市民の会」の略称であるという。第1審は、平成22(ワ)2655 街頭宣伝差し止め等請求事件 平成25年10月7日京都地方裁判所第2民事部判決である。判決本文は裁判所サイト内で閲覧可能である<http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/675/083675_hanrei.pdf>。第2審は、街頭宣伝差し止め等請求控訴事件 大阪高等裁判所平成25(ネ)3235 平成26年7月8日第12民事部判決〔①の控訴審〕である。本判決も裁判所サイト内で閲覧可能である<http://www.law.tohoku.ac.jp/research/publiclaw/2014_7_8.pdf>。上告審は2014年12月9日最高裁第三小法廷判決(②の在特会による上告棄却判決)であり、裁判所サイト内には判決本文が掲載されていない。参考、<<http://www.nikkei.com/article/DGXLZO80765640Q4A211C1CR8000/>>。(日経新聞2014年12月11日)。本判決の事実関係については、中村一成(なかむら・いるそん)『ルポ京都朝鮮学校襲撃事件』(岩波書店、2014年)が比較的詳細に取り上げている。人種差別撤廃条約の規定の趣旨からすれば、刑事処罰規制こそが重要であるが、「在特会」の事件のうち、刑事(京都朝鮮第一初級学校・威力業務妨害事件)については、公式判例集には現時点では掲載されていないようである。朝鮮初級学校前校長が京都市管理下にある公園の無許可占有を理由として書類送検され、罰金10万円の略式命令を受けたこと自体も問題である。本事件にかかわる刑事事件判決については、その地裁判決(京都地裁平成23(2011)年4月21日判決)、高裁判決(大阪高裁平成23年10月28日判決(一部被告の控訴棄却)、最高裁判所第一小法廷平成23年(あ)第2009号 平成24年2月23日決定(一部被告の上告棄却))はいずれも上記の民事訴訟地裁判決の中で言及されている。これらの判決は、「ヘイトスピーチ規制」の考察には重要な意味を持つと思われるが、そのための条件は十分には整っていないと言わざるを得ない。なお、本件の背景事情を考察するにあたっては、特に、高史明『レイシズムを解剖する 在日コリアンへの偏見とインターネット』(勁草書房、2015年)が有益であった。また、法律制定以前の状況把握として、安田浩一『ヘイトスピーチ「愛国者」たちの憎悪と暴力』(文春新書、2015年)が簡潔で有益である。なお、国際人権法学会の機関紙『国際人権』24号(信山社、2013年)はヘイトスピーチの国際比較が特集されており、佐藤潤一「オーストラリアにおける差別表現規制——差別禁止法と国内人権機関の役割」も掲載もされている。なおオーストラリアは日本と比べてそもそも人権保障の仕組み自体が相当に異なるため、そのような違いを捨象しては有益な比較にはならない。この点については、佐藤潤一「オーストラリアにおける人権保障—成文憲法典で人権保障を規定することの意義・研究序説—」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』12号(2011年6月)19-54頁を参照。

において日本人や他の外国人と平等の立場で生活することを妨害しようとする発言であり、在日朝鮮人に対する差別的発言といって差し支えない。」と認定したうえで、被告団体が行った「本件活動に伴う業務妨害と名誉毀損は、いずれも、在日朝鮮人に対する差別意識を世間に訴える意図の下、在日朝鮮人に対する差別的発言を織り交ぜてされたものであり、在日朝鮮人という民族的出身に基づく排除であって、在日朝鮮人の平等の立場での人権及び基本的自由の享有を妨げる目的を有するものといえるから、全体として人種差別撤廃条約1条1項所定の人種差別に該当する。」「したがって、本件活動に伴う業務妨害と名誉毀損は、民法709条所定の不法行為に該当すると同時に、人種差別に該当する違法性を帯びている」と判示している。

また過去の判例法理に照らしての違法性阻却等については、「……判例法理によって免責されるのは、名誉毀損表現が事実摘示であろうが論評であろうが、専ら公益を図る目的で表現行為がされた場合だけである。では、本件活動における……名誉毀損表現が専ら公益を図る目的でされたのかといえ、そう認定することは非常に困難である。なぜなら、本件示威活動は、本件学校の付近で拡声器を用い又は大声で行われたものであり、示威活動①では、本件学校が本件公園に設置していたサッカーゴールを倒し、スピーカーの配線を切断し、朝礼台を移動させるという実力行使を伴うものであり、示威活動②③では街宣車を伴うという威圧的な態様によって行われたものである。公益を図る表現行為が実力行使を伴う威圧的なものであることは通常はあり得ない。加えて、前記のとおり、本件活動は、全体として、在日朝鮮人に対する差別意識を世間に訴える意図の下、在日朝鮮人が日本社会で日本人や他の外国人と平等の立場で生活することを妨害しようとする差別的発言を織り交ぜてされた人種差別に該当する行為であって、これが『専ら公益を図る』目的でされたものとは到底認めることはできない。したがって、本件活動における名誉毀損が判例法理により免責される余地はないものといわなければならない。」

さらに、応酬的言論による免責の主張についても「被告らは、招かれてもいないのに本件学校に近づき、原告の業務を妨害し、原告の名誉を貶める違法行為を行ったものである。被告らの違法行為に反発した本件学校関係者が被告らに敵対的な態度や発言をしたことは否定できないが、被告らは、自らの違法行為によってそのような反発を招いたにすぎないから、上記法理によって免責される余地はない」と断定している。本判決は歓迎されたが、b-2)で述べるように人種差別撤廃条約の直接適用を示唆しており、その意味では問題もある。

② 第2審判決

本件高裁判決は、基本的な事実関係についての補正を行ったうえで、第1審判決を次のように部分的に修正している。

すなわち、「人種差別撤廃条約は、国法の一形式として国内法的効力を有するとしても、その規定内容に照らしてみれば、国家の国際責任を規定するとともに、憲法13条、14条1項と同様、公権力と個人との関係を規律するものである。すなわち、本件における被控訴人と控訴人らとの間のような私人相互の関係を直接規律するものではなく、私人相互の關係に適用又は類推適用されるものでもないから、その趣旨は、民法709条等の個別の規定の解釈適用を通じて、他の憲法原理や私的自治の原則との調和を図りながら実現されるべきものであると解される。したがって、一般に私人の表現行為は憲法21条1項の表現の自由として保障されるものであるが、私人間において一定の集団に属する者の全体に対する人種差別的な発言が行われた場合には、上記発言が、憲法13条、14条1項や人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、合理的理由を欠き、社会的に許容し得る範囲を超えて、他人の法的利益を侵害すると認められるときは、民法709条にいう『他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した』との要件を満たすと解すべきであり、これによって生じた損害を加害者に賠償させることを通じて、人種差別を撤廃すべきものとする人種差別撤廃条約の趣旨を私人間においても実現すべきものである。」

考察

論理が若干難解であるが、1審判決が「本件活動に伴う業務妨害と名誉毀損は、民法709条所定の不法行為に該当すると同時に、人種差別に該当する違法性を帯びている」として、人種差別＝不法行為と認定しているのに対し、具体的な発言内容が民法709条該当性を満たす場合に、「人種差別を撤廃すべきものとする人種差別撤廃条約の趣旨を私人間においても実現すべきもの」というのであるから、人種差別撤廃条約の趣旨を民法709条に読み込んで、ある意味「間接適用すべき」ものと判示していると解される。

このような判示の変更は、人権条約の日本国内における直接適用を主張する立場（1審判決はある意味この立場であるとも解される）からすれば不十分に感じられるであろうが、この点については、最高裁判例との整合性を考えれば当然とも解される³¹⁾。

憲法が「私人間に効力を持つ」かどうかにつき、直接に効力があるというのでは、たとえ個人や企業であっても、国家と同様の義務を負うことになる。そこで、判例は、間接効

31) 以下三菱樹脂事件最高裁判決についての検討は佐藤潤一『教養 憲法入門』（敬文堂、2013年）第6章第1節3参照。

力説といわれる考え方を採用しているのである。念のため確認しておけば、この考え方を表明したとされる代表的な判決が、「三菱樹脂事件」判決である。

「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を越えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を越える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。そしてこの場合、個人の基本的な自由や平等を極めて重要な法益として尊重すべきことは当然であるが、これを絶対視することも許されず、統治行動の場合と同一の基準や観念によつてこれを律することができないことは、論をまたないところである」³²⁾。

これを一般的にいえば、民法90条にいう「公序良俗違反」は、憲法上の権利侵害を含む、あるいは、憲法上の権利侵害と同視できるような権利侵害を許さない、という意味合いを含む、と解釈できるということである。したがって外国人の権利を侵害するような民間での法律行為（契約など、法的効果を生じる行為を指す）も、憲法の趣旨を反映して、無効と解すべきである、ということになるのである。また、契約の進め方それ自体について、民法1条、とくに民法1条2項（信義則）および民法1条3項（権利濫用の禁止）が重要であり、それらを包摂するかのように民法1条1項に「公共の福祉に適合しなければならない」旨が規定してあることは、重要な意味を持つ。すなわち、電話や電子メールでのやり取りでは契約を進めるかのような態度を示しながら、実際に顔を合せた際に、その人の人種や外見を理由として契約を交わすことそれ自体を拒否するような場合がこれにあたる。このような場合には、憲法14条が関係することになる。

「なお、控訴人らは、本件示威活動における発言のうち、日本国籍を持たない外国人について日本国籍を持つ日本人と区別して扱うことを内容とするものは、人種差別撤廃条約1条1項所定の『人種差別』には国籍による区別は含まれないので、原則として『人種差別』ではなく、外国人政策ないし移民政策に関する政治的意見である旨主張する。しかし、本件示威活動における発言は、その内容に照らして、専ら在日朝鮮人を我が国から排除し、日本人や他の外国人と平等の立場で人権及び基本的自由を享有することを妨害しようとするものであって、日本国籍の有無による区別ではなく、民族的出身に基づく区別又は排除であり、人種差別撤廃条約1条1項にいう『人種差別』に該当するといわなければ

32) 最高裁大法廷判決昭和48（1973）年12月12日最高裁判所民事判例集27巻11号1536頁。

ならない。]

「……控訴人らは、本件活動は、仮に差別的な目的を併有していたとしても、朝鮮学校による公園の不法占拠を糾弾し、その継続を阻止して周辺地域の法秩序を回復するという目的に基づくものであり、更に示威活動〔2〕及び〔3〕については、示威活動〔1〕を民族差別や弱い者いじめという文脈でしか報道しないマスコミに対する批判という目的が加わっていたので、主として公益を図る目的であった旨主張する。しかし、本件活動は、本件学校が無許可で本件公園を使用していたことが契機となったとはいえ、本件発言の内容は、本件公園の不法占拠を糾弾するだけでなく、在日朝鮮人を劣悪な存在であるとして嫌悪・蔑視し、日本社会で在日朝鮮人が日本人その他の外国人と共存することを否定するものであって、本件発言の主眼は、本件公園の不法占拠を糾弾することではなく、在日朝鮮人を嫌悪・蔑視してその人格を否定し、在日朝鮮人に対する差別意識を世間に訴え、我が国の社会から在日朝鮮人を排斥すべきであるとの見解を声高に主張することにあつたというべきであり、主として公益を図る目的であったということとはできない。」

以上のように、不法行為に関する民放709条の規定との関わりで一部地裁判決を変更している部分はあるものの、いわゆる「ヘイトスピーチ」が、民事的には「不法行為であること」を確立したという意味で極めて重要な判決であると解される（最高裁判決は高裁判決を認容しているため個別には取り上げない）。

第3節 「ヘイトスピーチ」解消法の概要

(1) 法律の概要

本法は、すでに述べたように、平成28(2016)年6月に成立した。

法案提出の経緯を概観しよう³³⁾。

経緯

平成28年	4月8日	本法律案が参議院に提出(同月13日、参議院法務委員会に付託)
	5月12日	参議院法務委員会において、本法律案修正議決、附帯決議
	5月13日	参議院本会議において、本法律案修正議決
	5月20日	衆議院法務委員会において、本法律案可決
	5月24日	衆議院本会議において、本法律案可決
	6月3日	本法律の公布、施行

33) 法務省サイト内にある「いわゆるヘイトスピーチ解消法の成立等について」<<http://www.moj.go.jp/content/001206812.pdf>>より引用。

上記で明らかなように、非常にハイペースで法律が成立している。すでに見た街頭宣伝差し止め事件それ自体が法案を後押ししている³⁴⁾。議事録からしても、なにしろ自民党だけでなく共産党をも含む超党派での法案提出であるため、あまり踏み込むことができなかったという評価がなされるのもやむを得ない。

ヘイトスピーチ解消法は、すでに述べたように正式には「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律（平成28年6月3日法律第68号）」である。同法前文は「我が国においては、近年、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、適法に居住するその出身者又はその子孫を、我が国の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が行われ、その出身者又はその子孫が多大な苦痛を強いられるとともに、当該地域社会に深刻な亀裂を生じさせている」、とまず述べる。この前文第1段は基本的には正鵠を得ているにせよ、第1章第1節で述べたように、あえて「近年」の事象であるかのように述べていることは問題がある。しかし、それに次ぐ第2段落では「もとより、このような不当な差別的言動はあってはならず、こうした事態をこのまま看過することは、国際社会において我が国の占める地位に照らしても、ふさわしいものではない」との言明、同第3段落にある「ここに、このような不当な差別的言動は許されないことを宣言するとともに、更なる人権教育と人権啓発などを通じて、国民に周知を図り、その理解と協力を得つつ、不当な差別的言動の解消に向けた取組を推進すべく、この法律を制定する」との言明は、国際社会との関わりで、もはや本法制定が避け得ないことであったことを端的に示していると言える。

そのうえで、同法第1条は、本邦の目的を「この法律は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消が喫緊の課題であることに鑑み、その解消に向けた取組について、基本理念を定め、及び国等の責務を明らかにするとともに、基本的施策を定め、これを推進することを目的とする」と定める。下線部分からも明らかなように、あくまで理念法であることが明確に述べられている。その評価には対照的に二つの評価があり、「理念に過ぎない」「罰則がないため法的効力はない」との立場と、表現の自由との関係で罰則を課すことには問題があっても、本法が制定されたことによりたとえ事後的にであっても行政による注意勧告や警察による指導が容易になる側面は明らかにあるとの評価もある³⁵⁾。

34) 基本文献：魚住裕一郎、西田昌司、矢倉克夫、三宅伸吾、有田芳生、仁比聡平、谷亮子監修『ヘイトスピーチ解消法 成立の経緯と基本的な考え方』（第一法規、平成28年〔2016年〕10月）。本書は、法案提出者の提案理由、議会での答弁などが収録されている（ただし学問的に詰めた議論がなされていない）。

35) 本稿筆者は大阪府の在日外国人施策有識者会議の委員として会議に参加した際に複数の大阪府の

本法で多くの異議が惹起されたのは対象の定義であろう。『本邦外出身者に対する不当な差別的言動』とは、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」であるとされた。下線に示されているように「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」とあり、現時点で日本国籍である者を含めていることは大いに評価される。しかし他方で、この後に紹介する衆参両議院における附帯決議にもみられるように、あえて法文上「適法に居住するもの」と規定したことは不適切である。

理念法であるという側面は第3条で基本理念につき「国民は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消の必要性に対する理解を深めるとともに、本邦外出身者に対する不当な差別的言動のない社会の実現に寄与するよう努めなければならない」と定めている。しかし本規定は「国民」に対し「理解を深める」こと、「差別的言動のない社会の実現に寄与するよう努めなければならない」と定めているのであり、国民への努力義務を課している。これは法的に意味あるものと解し得るかという点では法的にはほとんど意味を持たないと評せざるを得ない。第4条で国について「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組に関する施策を実施するとともに、地方公共団体が実施する本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組に関する施策を推進するために必要な助言その他の措置を講ずる責務を有する」と定め（1項）、地方公共団体について「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組に関し、国との適切な役割分担を踏まえて、当該地域の実情に応じた施策を講ずるよう努めるものとする」（2項）。地方自治法が第2条で国と地方公共団体の役割分担について「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づき、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない」（同条11項）と定めたことと法的意義としてはさして変わらないと考えられる。要するに当該規定のみでは法的にはさしたる意義がないと解されるのである。

第2章は「不当な差別的言動に関する相談に的確に応ずるとともに、これに関する紛争の防止又は解決を図ることができるよう、必要な体制を整備する」ことを国の努力義務と

職員から国法があつてはじめて予算を伴う施策の実行が可能になる旨の発言を受けたことがある。なお大阪府在日外国人施策有識者会議の概要については、<<https://www.pref.osaka.lg.jp/jinken/yushikisyakaigi/>>を参照。

し（5条1項）、「国との適切な役割分担を踏まえて、当該地域の実情に応じ、本邦外出身者に対する不当な差別的言動に関する相談に的確に応ずるとともに、これに関する紛争の防止又は解決を図ることができるよう、必要な体制を整備するよう努める」ことを地方公共団体に要請する。以降同程度の具体性で、「教育の充実等」（6条）、「啓発活動等」（7条）について定める。結局のところ、他の法律や条令での具体化がなければ機能しないという意味で理念法なのである。

本法付則2で「不当な差別的言動に係る取組については、この法律の施行後における本邦外出身者に対する不当な差別的言動の実態等を勘案し、必要に応じ、検討が加えられるものとする」としているが衆参両院とも附帯決議がある。

（2） 附帯決議

本法の附帯決議は、衆参両院ともにほぼ同様である³⁶⁾。

「参議院法務委員会附帯決議」は「国及び地方公共団体は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消が喫緊の課題であることに鑑み、本法の施行に当たり、次の事項について特段の配慮をすべき」ものとする。第一に「第2条が規定する以外のものであれば、いかなる差別的言動であっても許されるとの理解は誤りであり、本法の趣旨、日本国憲法及び人種差別撤廃条約の精神に鑑み、適切に対処すること」、第二に「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の内容や頻度は地域によって差があるものの、これが地域社会に深刻な亀裂を生じさせている地方公共団体においては、国と同様に、その解消に向けた取組に関する施策を着実に実施すること」、第三に「インターネットを通じて行われる本邦外出身者等に対する不当な差別的言動を助長し、又は誘発する行為の解消に向けた取組に関する施策を実施すること」である。

「衆議院法務委員会附帯決議」は「国及び地方公共団体は、本法の施行に当たり、次の事項について特段の配慮をすべき」ものとする。第一に「本法の趣旨、日本国憲法及び人種差別撤廃条約の精神に照らし、第2条が規定する以外のものであれば、いかなる差別的言動であっても許されるとの理解は誤りであるとの基本的認識の下、適切に対処すること」、第二に「本邦外出身者に対する不当な差別的言動が地域社会に深刻な亀裂を生じさせている地方公共団体においては、その内容や頻度の地域差に適切に応じ、国とともに、その解消に向けた取組に関する施策を着実に実施すること」、第三に「インターネットを通じて行われる本邦外出身者等に対する不当な差別的言動を助長し、又は誘発する行為の

36) 註33前掲「いわゆるヘイトスピーチ解消法の成立等について」2頁より引用。

解消に向けた取組に関する施策を実施すること、第四に「本邦外出身者に対する不当な差別的言動のほか、不当な差別的取扱いの実態の把握に努め、それらの解消に必要な施策を講ずるよう検討を行うこと」である。

この附帯決議にみられるように、2条の定義が持つ問題点は、国会において明らかに認識されていたにもかかわらず、「適法に居住している」との要件が規定されてしまったのは、結局のところ「不法滞在」が公的に用いられ続けていることに鑑みれば当然ともいえよう³⁷⁾。

以上雑駁な内容紹介を踏まえ、法的課題について検討する。

第2章 法的課題検討の前提

第1節 人種差別撤廃条約4条とその留保

第1章第2節で検討したように、判例によって、「ヘイトスピーチ」の不法行為該当性は、(一応)確立したと解される。しかし、刑事処罰は、確立はしていない(第3章で後述)。判例を踏まえた考察はさほど多くあるとはいえない³⁸⁾。本稿第1章でも触れたように、

37) 出入国在留管理庁のサイトは「不法滞在」について「出頭申告のご案内～不法滞在で悩んでいる外国人の方へ～」<http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan_nyukan87.html>とのページを置いている。佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性―「外国人法制」の憲法的統制に向けて』(専修大学出版局, 2004年)第一部第一章で論じたように、「不法」入国、「不法」就労、というとき、「基本的なことは、その『不法』性の中身である。職のあるところに行き、生活費を稼ぐ、これが彼ら・彼女ら〔いわゆる「不法就労者」を指す―筆者〕をして『不法就労者』たらしめる行為であって、本来それ自体にはなんらの不法性もない」ことから、「国連では、彼ら・彼女らを『不法就労者』と呼ぶことを、すでに1975年以来やめている。総会決議3449(第30会期)は、それに代えて『就労許可証を交付されていないnon-documented,あるいは規則外の地位にあるin an irregular situation』労働者という呼称を採用するよう勧告した。この決議、およびそれを受けついで『すべての移住労働者とその家族構成員の権利の保護に関する国際条約』によって「規則外労働者」という呼称が採用されている(渡辺洋三・甲斐道太郎・広渡清吾・小森田秋夫編『日本社会と法』〔岩波新書, 1994年〕97頁)。移民政策学会<<http://iminseisaku.org/top/>>は「不法滞在」に替えて「非正規滞在者」という用語を用いている。

38) 法的な簡潔かつ有益な整理として、近藤敦『人権法〔第2版〕』(日本評論社, 2020年)216-219頁。また、『法学セミナー』(日本評論社)2015年7月号特集記事「ヘイトスピーチ/ヘイトクライム―民族差別被害の防止と救済」(pp. 12-65)も有益。憲法問題に関する包括的業績として内野正幸『差別的表現』(有斐閣, 1990年), 市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2003年), 松井茂記「第1章 ヘイトスピーチと表現の自由」同『表現の自由を守る価値はあるか』(有斐閣, 2020年)1-89頁。なお市川正人「研究ノート 表現の自由とヘイトスピーチ」『立命館法学』2015年2号(360号)122(516)-134(528)頁<<http://www.ritsumeai.ac.jp/acd/cg/law/lex/15-2/ichikawa.pdf>>も参照。以上の文献は、基本的にすぐ後に本文で整理する規制消極説であると解される。規制積極説に親和性

人種差別撤廃条約 4 条適用問題と解される。

人種差別撤廃条約 4 条は以下のように定めている。

“States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote *racial hatred* and *discrimination* in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia:

- (a) *Shall declare an offence* punishable by law all dissemination of ideas based on *racial superiority or hatred*, incitement to *racial discrimination*, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;
- (b) *Shall declare illegal and prohibit* organizations, and also organized and all other propaganda activities, *which promote and incite racial discrimination*, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;
- (c) *Shall not permit* public authorities or public institutions, national or local, *to promote or*

がある論考ではあるが、小林直樹「差別的表現の規制問題—日本・アメリカ合衆国の比較から—」『奈良学園大学 社会科学雑誌』創刊号（2008年12月）87-148頁< http://www.naragakuen-u.jp/social_science/pdf/jss01_kobayashi.pdf>は、比較的丁寧な差別的表現の日本における歴史をたどった上で論じている。規制積極説に立つと解される刑事規制の観点からの包括的な研究としては、前田朗『ヘイトスピーチ法 研究序説—差別煽動犯罪の刑法学—』（三一書房、2015年）がある。規制積極説に立つと解される文献としてさらに、松垣伸次『ヘイトスピーチ規制の憲法学的考察—表現の自由のジレンマ—』（法律文化社、2017年）、師岡康子『ヘイトスピーチとは何か』（岩波書店、2013年）、奈須裕治『ヘイトスピーチ法の比較研究』（信山社、2019年）などがある。比較的中立的な視点から歴史的視点に配慮しつつ、憲法論としての問題点を簡潔に整理しているものとして、見平典（みひら・つかさ）「第14章 表現の自由 III ヘイトスピーチの規制」曾我部真裕（そがべまさひろ）・見平典編著『古典で読む憲法』（有斐閣、2016年）238-244頁。筆者自身による日本の状況との関係についての簡潔な整理については、28年12月12日時点のものであるが、大阪府のウェブサイト内に公表されている。佐藤潤一「基調報告『大阪府における「外国人の人権」の現状と課題』」<<https://www.pref.osaka.lg.jp/jinken/yushikisyakaigi/yuusikisyu43.html>>。

incite racial discrimination."³⁹⁾

本条は、公定訳では次のように訳されている。

「第4条

締約国は、一の人種の優越性若しくは一の皮膚の色若しくは種族的出身の人の集団の優越性の思想若しくは理論に基づくあらゆる宣伝及び団体又は人種的憎悪及び人種差別（形態のいかんを問わない。）を正当化し若しくは助長することを企てるあらゆる宣伝及び団体を非難し、また、このような差別のあらゆる扇動又は行為を根絶することを目的とする迅速かつ積極的な措置をとることを約束する。このため、締約国は、世界人権宣言に具現された原則及び次条に明示的に定める権利に十分な考慮を払って、特に次のことを行う。

- (a) 人種的優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の扇動、いかなる人種若しくは皮膚の色若しくは種族的出身を異にする人の集団に対するものであるかを問わずすべての暴力行為又はその行為の扇動及び人種主義に基づく活動に対する資金援助を含むいかなる援助の提供も、法律で処罰すべき犯罪であることを宣言すること。
- (b) 人種差別を助長し及び扇動する団体及び組織的宣伝活動その他のすべての宣伝活動を違法であるとして禁止するものとし、このような団体又は活動への参加が法律で処罰すべき犯罪であることを認めること。
- (c) 国又は地方の公の当局又は機関が人種差別を助長し又は扇動することを認めないこと。⁴⁰⁾

39) 英文は、<<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>より引用した（強調 [イタリック] は筆者による）。

40) 邦訳は、<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html>>から参照できる外務省の公定訳を引用した。下線による強調は筆者による。概ね英文に対し加えた強調に対応している。ethnic originが種族的出身と訳されている点についてはそもそも種族との訳語自体が適切ではないと解される。種族は生物学的用語であり、人に対して通常用いられないからである。小山貞夫編著『英米法律用語辞典』（研究社、2011年）は人種、民族との訳語を当てており、もちろん本条の訳語としてはraceやracialがある以上人種との訳語は不適切であり、あえていえば「民族」とすべきではなからうか。

本条については、広く知られている留保が日本政府によって行われている。

「我が国は、本条約を締結するに当たって、第4条(a)及び(b)に関して、次のような留保を付している。／『日本国は、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約第4条の(a)及び(b)の規定の適用に当たり、同条に「世界人権宣言に具現された原則及び次条に明示的に定める権利に十分な考慮を払って」と規定してあることに留意し、日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行する』⁴¹⁾。

この理由は次のように説明されている。

「我が国憲法は第21条第1項において、集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由（以下、これらを併せて『表現の自由』という。）を保障している。表現の自由は、個人の人格的尊厳そのものにかかわる人権であるとともに、国民の政治参加の不可欠の前提をなす権利であり、基本的人権の中でも重要な人権である。かかる表現の自由の重要性から、我が国憲法上、表現行為等の制約に当たっては過度に広範な制約は認められず、他人の基本的人権との相互調整を図る場合であっても、その制約の必要性、合理性が厳しく要求される。特に最も峻厳な制裁である罰則によって表現行為等を制約する場合には、この原則はより一層厳格に適用される。また、我が国憲法第31条は、罪刑法定主義の一内容として、刑罰法規の規定は、処罰される行為及び刑罰について、できるだけ具体的であり、かつ、その意味するところが明瞭でなければならないことを要請している。／本条約第4条(a)及び(b)は、人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布や人種差別の扇動等を処罰することを締約国に求めているが、我が国では、これらのうち、憲法と両立する範囲において、一定の行為を処罰することが可能であり、その限度において、同条の求める義務を履行している。しかし、同条の定める概念は、様々な場面における様々な態様の行為を含む非常に広いものが含まれる可能性があり、それらすべてにつき現行法制を越える刑罰法規をもって規制することは、上記のとおり、表現の自由その他憲法の規定する保障と抵触するおそれがある。そこで、我が国としては、世界人権宣言等の認める権利に留意し、憲法の保障と抵触しない限度において、本条約第4条に規定する義務を履行することとしたものであ

41) 外務省サイト内にある「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告（仮訳）」<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/99/4.html>>パラグラフ [49]。／は原文における改行を示す。

る」⁴²⁾。

日本政府自身が本留保で明言しているように、結局は憲法問題である。しかし後述するように、政府が憲法上の制約を理由とすること自体に対する異論も存在する。

第2節 「ヘイトスピーチ」規制の積極論と消極論

様々な整理が提唱されているが、比較的簡潔に問題点を整理している見平による整理を、検討の基軸として紹介したい⁴³⁾。

見平は「表現の自由は最大限に尊重されなければならない、言論には言論で対抗するのが原則とされる。しかし、その一方で、人間の根源的平等という価値を重視する現代立憲主義において、差別のない社会を実現することも重要な課題である。このため、現代の立憲主義諸国は、ヘイトスピーチ規制の導入をめぐって苦悩しており、国によって対応も分かれてきた」としたうえで、「ヘイトスピーチに対する規制の積極論と消極論」を整理している⁴⁴⁾。見平によれば、「ヘイトスピーチ規制の積極論」は、「第一に、ヘイトスピーチは、その標的とされた集団の構成員（犠牲者）に深刻な精神的・身体的害悪をもたらすという点である。たとえば、人種差別的ヘイトスピーチは、犠牲者の自尊感情や安心感に壊滅的な影響を与え、「屈辱、孤独、そして自己嫌悪の感情」をもたらす（マリ・J・マツダほか『傷つける言葉』[Matsuda, Mari J.; Lawrence, III, Charles R. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*. Westview Press, 1993. ISBN 9780813384283.]）。それは、『顔面に平手打ち』を食らわせるようなものであり、犠牲者は『深い恐怖、頻脈、呼吸困難、悪夢、心的外後ストレス障害、過度の緊張、精神疾患、自殺』等のさまざまな精神的・身体的被害を受けることが指摘されている（前掲書）」という⁴⁵⁾。そして、「第二に、ヘイトスピーチは、既存の差別構造を強化・再生産

42) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告（仮訳）」パラグラフ [50]。以上の留保について、パラグラフ51以下に言及されている内容も含めて、外務省「Q&A人種差別撤廃条約」『時の動き』（1996年3月号）68-69頁は簡略化して説明している。しかしのちに検討するように不十分な点があると解される。この点については後述する。本質的にはこのような留保主張は本来自由権規約20条〔戦争のためのいかなる宣伝も、法律で禁止する〕（第1項）。「差別、敵意又は暴力の扇動となる国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道は、法律で禁止する」（第2項）にも当てはまるはずである。確かに20条は刑事処罰までも要請していないと読むことは一応可能であるが「禁止する」の解釈として問題もあろう。

43) 見平註38前掲論文。

44) 見平註38前掲論文238-239頁。

45) 見平註38前掲論文239頁。

する」ことを強調し、「ヘイトスピーチは多数者集団に対する不信を犠牲者の間で産み、その結果、多数者集団の構成員の側も犠牲者との間に距離を感じるようになる。こうしてヘイトスピーチは、両者間の社会的関係の構築を阻害する。さらに、心理学の知見によれば、ヘイトスピーチは繰り返し発せられることによって、そのようなスピーチを拒否している人びとの知覚や対人関係にも影響を及ぼすという（前掲書）。こうしてヘイトスピーチは、多数者集団と標的とされた少数者集団の間に存在する抑圧的な力関係、社会の差別構造を、強化・再生産する機能を果たすことになる」という⁴⁶⁾。「第三に、ヘイトスピーチの領域においては、通常に対抗言論の原則や思想の自由市場の考え方が機能しないとされる。規制積極論によると、ヘイトスピーチは、前記のように犠牲者に精神的・身体的被害を与えるため、犠牲者が公的空間に出て反論するのを阻害する。また、反論するとさらなるヘイトスピーチや差別的暴力にさらされるおそれがあることも、犠牲者を沈黙に追い込む。このように、〔中略〕対抗言論を不可能にする効果がある（沈黙効果）。さらに、差別的な社会構造のもとでは、標的とされた集団の構成員に対して歪んだ理解が構築されており、彼らの言説の価値や権威が切り下げられているため、仮に反論しても、彼らの言説は多数者集団の構成員の言説のように真剣に受け止められにくい⁴⁷⁾。だからこそ「思想の自由市場の歪みを、ヘイトスピーチは前記のように、さらに強化・再生産する」という。さらに「第四に、ヘイトスピーチは表現の自由を支える諸価値に寄与しない」。なによりも「ヘイトスピーチが表現者の自己成長・自己実現を促すとは考えにくいし、仮にこの点を措くとしても、ヘイトスピーチは犠牲者の自律や自己実現を前記のように侵害する⁴⁸⁾」。以上のように、「規制積極論は、ヘイトスピーチはさまざまな害悪をもたらす一方で、そのマイナスを埋め合わせるようなプラスの価値がなく、通常に対抗言論の原則も妥当しないことを指摘する。そして、特に犠牲者に対する精神的・身体的害悪は、ヘイトスピーチ規制を正当化しうる強力な事由となると主張する。これらを踏まえ、ヘイトスピーチ規制は「表現の抑圧ではなく、むしろ思想の自由市場の歪みを矯正し、犠牲者の表現の自由を確保するためのものであると主張する。経済市場における歪みを矯正するために、国家の規制が求められるのと同様に、言論市場における歪みを矯正するために、国家の規制が必要であるとされる」と整理し、「規制積極論は、これまでの表現の自由の考え方に再考と転換を迫るもの」だという⁴⁹⁾。

46) 同前。

47) 同前。

48) 同前。

49) 見平註38前掲論文240頁。ここで整理されているような規制積極論に立っていると解される文献とし

これに対し、「ヘイトスピーチ規制の消極論」として、「第一に、政府が規制を濫用するおそれが存在する点である」としたうえで、「支配集団が法執行機関を担っていることから、ヘイトスピーチ規制がマイノリティの言論を抑圧するために用いられる危険性も存在しており、規制はマイノリティによって諸刃の剣である」⁵⁰⁾。「第二に、規制が市民に広範な萎縮効果を及ぼすおそれがある」。「特に、何がヘイトスピーチに当たるかを事前に明確に定義することが難しく、規制されるヘイトスピーチと、保護されるべき政治的表現との区別が曖昧になりやすいため、政府による規制の濫用の危険性が大きいのみならず、市民が必要以上に表現を控えるおそれがある」⁵¹⁾。「第三に、ヘイトスピーチの領域においても、対抗言論や思想の自由市場は機能しうるとされる。それによると、ヘイトスピーチの沈黙効果により、犠牲者が反論できない場合でも、多数者手段の中からヘイトスピーチを批判する言論が現れると考えられる。多数者集団も一様ではなく、皆が差別主義者であるとは限らないため、ヘイトスピーチに対しては、多数者集団の構成員による対抗言論も期待できる。そして、実際に、ヘイトスピーチ規制を支持する声が少数者集団・多数者集団に跨る形で存在しており、規制導入の是非が議論されていることは、対抗言論や思想の自由市場、民主的討議が機能していることを例証している」⁵²⁾としたうえで、「第四に、ヘイトスピーチは表現の自由を支える諸価値にまったく寄与しないとはいえない、とされる。たとえば、ヘイトスピーチは社会の中に差別思想が存在していること、差別主義者が活動していることを明らかにするが、これは、差別の原因やとるべき政策を議論することを促すという点で、民主的討議に(消極的に)寄与しているとみることも可能である」という⁵³⁾。「第五に、差別の克服や平等の実現のためにとりうる手段は、ヘイトスピーチ規制以外にも存在している」としたうえで、「不平等取扱いの規制や教育等の方法が存在することから、第一・第二のような問題を伴う表現規制は行われるべきではない」とし、なによりも「差別の克服という点からみれば、ヘイトスピーチ規制によって社会に存在する差別思想が隠蔽されてしまうことの方が問題である」とする⁵⁴⁾。

このような消極論と積極論についての整理を踏まえたうえで、「この問題は表現の自由が保障される根拠を私たちに鋭く問うもので」、「それは表現の自由の保障について、あく

て、師岡註38前掲書。

50) 同前。

51) 同前。

52) 見平註38前掲論文241頁。

53) 同前。

54) 同前。

まで『国家からの自由』として捉えるか、それとも『国家による自由』という局面も認めるかという問いを投げかける⁵⁵⁾。

ヘイトスピーチ規制については、ここまで見てきたように、規制に積極的な立場と規制に消極的な立場とがあり、規制を積極的に支持する学説も近年見受けられる⁵⁶⁾。しかし、人種差別撤廃を強調するあまり、不十分な論拠でヘイトスピーチ規制を正当化しているように解されるのである。

第3節 「ヘイトスピーチ」規制積極論への疑問

ヘイトスピーチ規制積極論は、松井茂記が簡潔に整理しているように、そもそも対象が多岐にわたるにもかかわらず、その点が十分に留意されていないらしいがある。すなわち「第1は、特定される集団に対する違法な暴力の行使の煽動や唆しである。第2は、特定されうる集団およびそのメンバーに対する集団的名誉棄損や誹謗中傷、侮辱である。第3は、特定されうる集団のメンバーに対する差別の煽動や助長である。第4は、特定されうる集団のメンバーに対する憎悪の増進である。これらの表現は、それぞれが提起する害悪は若干異なっており、それゆえ禁止の正当化の根拠も異なってくる⁵⁷⁾」ことが規制積極論者は十分に考慮されていないのではないか。そしてなにより、「ヘイトスピーチも憲法上保護された表現である」という率直な承認である⁵⁸⁾。

これに対し、まさに規制積極論の立場から「『ヘイトスピーチ』それ自体が『言論の自由』として保護されるべきものであるわけではない、ということである」とし、「〇〇人を叩き出せ！」とか「ぶっ殺せ！」などと叫んで集団で練り歩くような行為が『自由』に許されてよいわけがない。だから、そういう行為を規制することには憲法上なんの問題もない。それどころか、その攻撃対象とされた人々の人権擁護のために、規制すべきである。だから、『ヘイトスピーチ』に対する法規制に慎重な意見が、『ヘイトスピーチ』それ自体も『言論の自由』として保護されるべきところがあるという趣旨でいわれているのだとしたら、それは人権論として正当なものとはいえない」との主張が対局に置かれる⁵⁹⁾。

55) 見平註38前掲論文241-242頁。

56) 註38前掲の師岡康子、松垣伸次、奈須裕治らがその代表的な論者といえる。

57) 松井註38前掲論文34頁。

58) 同前。

59) 浦部法穂『憲法学教室 [第3版]』（日本評論社、2016年）182-183頁。松井註38前掲論文も *R v. Keegstra*, [1990]3S.C.R. 697におけるカナダ政府の主張を「ヘイトスピーチは他の人を傷つけるだけであるから、あるいは公共の事項に関する討論に貢献しないから、表現の自由として保護するに値しないという見解もあろう」と整理している（松井註38前掲論文34頁）。

ここで注目されるのは、ここで規制積極論を体系書で展開している浦部自身が、制度的保障を日本国憲法解釈に当たって採用すべきかを論ずる文脈においてではあるが「日本国憲法のもとでは、立法府は、人権をどこまで制限するかについての裁量権限をいっさいもつものではないのである」⁶⁰⁾と述べていたにもかかわらず、ヘイトスピーチ規制の文脈において、「フランス人権宣言第4条にあるように、『自由』とは『他人を害しないすべてをなしうること』である。他人を害するような行為は、もはや『自由』ではないのである。だから、『ヘイトスピーチ』を行う『自由』など、どこにもない」⁶¹⁾と主張するのは、その直後に規制慎重論について「権力側が国民の側からの規制要求を奇貨として『ヘイトスピーチ』だけにとどまらない広範な規制をかけてきたり、その法規制を乱用して権力にとって都合の悪い言論を規制するために利用したり、といったことを危惧するからである」としていることと整合しないように思われる。

なによりも、フランス人権宣言第4条を援用して「自由」とは「他人を害しないすべてをなしうること」であり、他人を害するような行為は、もはや「自由」ではない、との論理は、公共の福祉による外在的な表現の自由に対する規制を正当化する論理以外のなものでもないと解される。浦部は権力が表現の自由を根拠に自由権規約に留保を付すことや、ヘイトスピーチ規制に対して消極的であること自体を不適切であるかのように主張する⁶²⁾。しかし、このような論理でヘイトスピーチ規制を正当化することは、松井が指摘するように、「日本では、さまざまな表現の自由に対する制約があるが、最高裁判所は、表現の自由も公共の福祉のための制約に服するとして、国会が必要と判断して制定した法律をことごとく支持してきた」のであり、「最高裁判所は、公共の福祉を図るための必要かつ合理的な制約は許容されるとしつつ、実際に法律が公共の福祉を促進しているのか、その目的のために本当に必要なのか、法律の定める措置が最小限度の措置で他に手段はないのかどうかを、真剣に審査することなく、立法者の判断をそのまま受け入れて法律は必要かつ合理的だと結論してきた」⁶³⁾。したがって、「もしヘイトスピーチが禁止されたとしても、最高裁判所はその合憲性を支持する可能性は高い」⁶⁴⁾。規制積極論はこのことへの考慮が十分であるとは解されない。なによりも、表現の自由、言論の自由を憲法が保障していることについて、表現や言論の内容が価値あるものであるから保障されるとの論理は、

60) 浦部法穂「人権と制度的保障」同『事例式演習教室 憲法 第二版』(勁草書房、1998年)5頁。

61) 浦部註58前掲書183頁。

62) 浦部註58前掲書184頁。

63) 松井註38前掲論文28頁。

64) 同前。

表現の自由を保障する根源的な理由を根本的に破壊することになりかねないのではないか⁶⁵⁾。

表現の自由が憲法上保障されるべきである理由、そして大日本帝国憲法とは異なり、法律による規制が条文で明言されなかった理由を十分に考慮すべきではなからうか。

大日本帝国憲法29条は「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」と定め、立憲主義的立場に立っていた学説ですら治安維持法も国家総動員法も違憲とは明言できなかったことを改めて想起すべきである。

日本国憲法21条2項が検閲を禁止しているのは、そもそも国家権力が言論内容を事前に審査することのおろかしさ、戦時体制に突入したような場合の危険性に由来している。そもそも表現を、内容的に価値序列をつけて階層化し、保護されるべき言論とそうでない言論を区別することは本質的に不可能であるからこそ、表現の事前規制を原則として一律に禁止する検閲の禁止が正当化されるのである。

芦部信喜が「検閲の対象は、従来、思想内容と解されてきたが、現代社会においては、広く表現内容と解するのが妥当である。新聞の誤字に対する審査なども、検閲の問題となる」とし、さらに「表現の自由を知る権利を中心に構成する立場をとれば、むしろ思想・情報の受領時を基準として、受領前の抑制や、思想・情報の発表に重大な抑止的な効果を及ぼすような事後規制も、検閲の問題となりうると解するのが妥当であろう」と述べていることは注目される⁶⁶⁾。

以上を踏まえて改めて考察すると、ヘイトスピーチ規制についてのほとんどの主張は、「ヘイトスピーチ」に当たる言動がいかなるものであるかについて、十分な限定がなされていないのではないかが疑われる。本稿の立場は、先に引用した松井説のうち第1及び第2の点についてであれば、きわめて限定的な場合においてのみ、刑事規制が可能ではないかというものである。

そもそも、ヘイトスピーチを縮減させる施策としては、本質的に「外国人」差別を解消するとともに、共生を推進するための施策としての、日本語を母語としない人に対する「日本語教育」の推進が必要と考えられるのであり⁶⁷⁾、この点について、若干の検討を行っ

65) 松井註38前掲論文は、「表現の自由の問題を提起する多くの事例では、問題となっているのは社会の中の少数者の表現であり、それは社会の多数者にとっては保護に値しない、価値のない表現とみられ、それゆえ制約されているのである。このように社会の多数者に対して、少数者の見解に価値はないという理由で表現の自由を否定することを許しては、そもそも表現の自由が保護される余地はなくなってしまおう」と整理する(34-35頁)。

66) 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第七版』(岩波書店、2019年)208頁。

67) 背景事情として考慮すべき日本語教育問題として筆者自身、次のような研究に分担者として参加し

てきた⁶⁸⁾。さらにいえば、「CSRと人権」の視点、サンクションだけでなくインセンティブも必要であるとの視点は、十分に考慮されてきたとは思われない⁶⁹⁾。刑事規制だけが問題解決の手段ではないはずである。「ヘイトスピーチ解消法」の理念を生かそうとするのであれば、環境法で多く採用されている税免除や報奨金などの経済的手法を取り入れることが検討されなければならない。インセンティブの付与であれば、地方自治体が条例(場合によっては長制定の規則)で実施することも法的に大きな問題を惹き起こさないであろう。

第3章 「ヘイトスピーチ」刑事規制の再検討—法的課題の中心的課題

第1節 「ヘイトスピーチ」刑事規制の再検討

ここで改めて刑事規制について考察する。

日本政府は、先に紹介したように人種差別撤廃条約批准に際して留保を付しているが、当該留保にかかる報告書において、刑事処罰に関して次のように述べていることが注目される。

『人種的優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布』に関して、我が国は、本条約を締結

あるいは研究員として参加して、検討を行ってきた。①日本語教育保障法の検討(科研費研究)「日本語教育保障法」に向けた理論的・実証的研究—言語教育学と公法学の視点から—<<https://kaken.nii.ac.jp/ja/report/KAKENHI-PROJECT-21320097/RECORD-21320097seika/>>, ②ニューカマーに対する日本語教育保障法案の創出をめぐる言語教育学・公法学的研究<<https://kaken.nii.ac.jp/ja/grant/KAKENHI-PROJECT-19652050/>>, ③日本語教育法制化推進委員会(公益財団法人日本語教育学会)日本語教育法制化推進委員会最終報告書 現場の知恵を日本語教育政策に生かす道筋<<http://www.nkg.or.jp/oshirase/2014/houseikahoukoku.pdf>>。

68) 日本在住外国人への日本語教育と、日本語による情報発信, すなわち、本質的な「多文化共生」「異文化共生」「異文化理解」教育充実の必要性が理化されるべきであり、日本国民による日本語を母語としない住民に対する理解、日本語を母語としない住民の日本語・日本文化理解、相互理解こそが重要であるとの立場からの研究として、佐藤潤一「多文化共生社会における外国人の日本語教育を受ける権利の公的保障」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』1号(2008年3月)pp. 1-30参照。なお本論文については、Nanette Gottlieb, *Language Policy in Japan The Challenge of Change*, Cambridge UP, 2012, pp. 154-155で紹介検討されている。

69) 企業の「人権推進」活動への「褒賞・報奨」の推進こそが自治体の役割ではないか, との点は註38前掲, 佐藤潤一「基調報告『大阪府における「外国人の人権」の現状と課題』」において示したことがある。すなわち, 田中宏司「企業の社会的責任(CSR)と人権」『東京交通短期大学研究紀要』第16号(2011.3)3-15頁, 元(もと)百合子「マイノリティの権利に関する国際人権基準の進展と課題」『立命館法学』2010年5・6号(333・334号)1527-1541頁, 公益財団法人人権教育啓発推進センター「企業の社会的責任(CSR)・人権パンフレットの無料配布」<<http://www.jinken.or.jp/archives/882>>などの取り組みがこの問題を検討するにあたってより積極的に考慮されるべきではないかと解されるのである。

するに際し上述の留保を行っていることから明らかなとおり、憲法で保障する基本的人権である集会、結社及び表現の自由等の重要性にかんがみ、人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布にあたる人種差別的な表現類型を一般的に処罰の対象とはしていない。しかし、それが、特定の個人や団体の名誉や信用を害する内容を有すれば、刑法の名誉毀損罪（第230条）、侮辱罪（第231条）又は信用毀損・業務妨害罪（第233条）で処罰されるほか、特定個人に対する脅迫的内容を有すれば、刑法の脅迫罪（第222条）、暴力行為等処罰に関する法律の集团的脅迫罪（第1条）、常習的脅迫罪（第1条の3）等により処罰される⁷⁰⁾。

『人種差別の扇動』については、上記で述べた各罪が成立する場合に、その教唆犯（刑法第61条）又は幫助犯（同法第62条）として処罰されるほか、公務員の平等取扱の原則違反（国家公務員法第27条、109条、地方公務員法第13条、60条）など差別的取扱いを禁じる法令に違反する行為を教唆し、幫助する行為についても、同様に処罰の対象とされている⁷¹⁾。

『いかなる人種若しくは皮膚の色若しくは種族的出身を異にする人の集団に対するすべての暴力行為』に関して、我が国には、特定集団に対する暴力行為のみ取り出して重罰化した法律は存しないものの、刑法は、多衆が集合して行った場合として騒乱罪（第106条）を規定するほか、強姦罪（第177条）、殺人罪（第199条）、傷害罪（第204条）、凶器準備集合罪（第208条の2）、強盗罪（第236条）等を規定し、暴力行為を処罰している。また、暴力行為等処罰に関する法律は、集团的暴行・脅迫・器物損壊等（第1条）及び常習的暴行・傷害・器物損壊等（第1条の3）の処罰を、爆発物取締罰則及び火炎びんの使用等の処罰に関する法律は、爆発物や火炎びんを使用する行為等の処罰を、それぞれ規定している⁷²⁾。

「（これら暴力）行為の扇動」については、前段落で述べた罪が成立する場合に、その教唆犯（刑法第61条）又は幫助犯（同法第62条）として処罰されるほか、刑法第206条が、傷害の現場助勢罪を処罰している。⁷³⁾

外務省の報告書は以上のように述べ、そのうえで1994年に発生した全国各地での在日朝鮮人児童・生徒に対する嫌がらせや暴行等の事象に関する逮捕例を列举し、また「在日韓国・朝鮮人児童・生徒が多数利用する通学路、利用機関等において街頭啓発を行い、事件の防止を呼びかけるリーフレットやチラシ等を配布すると共に、ポスター掲示等を行い、嫌がらせ等の防止を呼びかけている。／また、地域によっては、直接朝鮮人学校に向向

70) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告（仮訳）」パラグラフ [52]。

71) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告（仮訳）」パラグラフ [53]。

72) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告（仮訳）」パラグラフ [54]。

73) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告（仮訳）」パラグラフ [55]。

き、児童・生徒が嫌がらせ等を受けたときは、直ちに法務省の人権擁護機関に相談するよう呼びかけを行っている」⁷⁴⁾ことを強調する。情報分野における規制として、放送法⁷⁵⁾、日本新聞協会による自主規制⁷⁶⁾、インターネットに関する各種ガイドライン⁷⁷⁾などに言及しているが、結局「我が国には、人種差別の助長及び扇動一般を構成要件として特定の団体及び活動を禁止し、及びそれらの団体への参加を処罰する規定は現行法上存しないが、人種差別を助長し及び扇動する団体が破壊活動防止法上の暴力主義的破壊活動を行った場合には、同法により、一定の要件の下に、当該団体の活動制限及び解散指定処分並びにそれらの処分に反する個人の行為を処罰することが可能である。人種差別を助長又は扇動する団体が、破壊活動防止法所定の要件に該当するものとして、処分がなされた事例はない」⁷⁸⁾。

もちろん、第1章第2節(2)で触れたように、街頭宣伝差止請求事件に伴って下された刑事判決においては、朝鮮学校および校長らへの威力業務妨害罪及び名誉棄損罪、さらには器物損壊罪と、徳島県教育会館に立ち入って徳島県教職員組合の業務妨害を理由として逮捕された関係者らが、建造物侵入及び威力業務妨害によって起訴され、有罪判決が下されている⁷⁹⁾。あくまで具体的に個人が特定された、その他現行刑法上可能な処罰を下したのであって、ヘイトスピーチ規制積極論者が主張しているような「ヘイトスピーチ」を直接の理由とした処罰ではない。

ヘイトスピーチ規制積極論者は、マイノリティに対する公然たるジェノサイドの煽動を刑罰の対象とすべきことを主張するが、具体的な構成要件等についての提言はなされていない⁸⁰⁾。

桧垣伸次は、表現の自由について、「人間の尊厳または平等などの他の憲法上の価値との対立という観点から」、ヘイトスピーチが「マイノリティの『尊厳』を傷つける」がゆえに規制可能だと主張する⁸¹⁾。ここでいう「尊厳」は独自の定義づけによるもので、ヘイトスピーチの標的となる人々＝マイノリティを平等な市民と認めることを拒絶するもので

74) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告(仮訳)」パラグラフ [57]。

75) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告(仮訳)」パラグラフ [58]。

76) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告(仮訳)」パラグラフ [59]。

77) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告(仮訳)」パラグラフ [60]。

78) 註41前掲「人種差別撤廃条約第1回・第2回定期報告(仮訳)」パラグラフ [61]。

79) 註30前掲京都地裁平成25年10月7日判決で言及されている。

80) 師岡註38前掲書210頁および212頁。なお参照、松井註38前掲論文86-87頁。

81) 桧垣註38前掲書211-212頁。

あるから「承認としての尊厳」が損なわれるのだと主張する⁸²⁾。しかし、この主張は、表現の自由とその規制根拠となる「承認としての尊厳」がいずれも直接私人間に適用されることを主張するものとは言えないだろうか⁸³⁾。仮に平等原則からこのような「承認としての尊厳」が保障されるべきことが導かれるとして、なぜそれが表現の自由の保障に優位すべきであるのかは明らかとは言えない⁸⁴⁾。

比較法的検討を多岐にわたって行った奈須裕治の主張⁸⁵⁾は、ジェレミー・ウォルドロン⁸⁶⁾の主張⁸⁶⁾と帰結を同じくすると解される。

すなわち、「私たちには、ヘイトスピーチを軽く考えすぎ、それが含むもの、そしてその結果が何であるかを忘れる誘惑がある。（中略・18世紀のユダヤ人に対する名誉棄損事件とモンテスキューの著書で紹介された事件を示して）どちらも、脆弱な宗教的マイノリティの成員の普通の尊厳——彼らの、しっかりした立場をもった社会の成員としての、他のすべての市民の尊厳と平等な尊厳——に対する、根本的な攻撃を含んでいた。どちらのタイプの効果も、そしてそうした効果をもたらした中傷も、秩序ある社会の誠実さを気にかける人々によって無視されるべきではない。そうした結果や中傷が、たんにそれらが言論の力を含んでいるからという理由で無視されるべきでないことはたしかである」というのである⁸⁷⁾。

また相当に慎重な言及ではあるが、「たとえば、過激な憎悪文学の禁止が平等な尊重と配慮をもって処遇を受ける権利に基づく人種差別主義者の言論の自由を侵害しうることが認められるとしても——実際そうあるべきだが——、そのような表現物の公表が、その被害者の尊厳の権利を侵害する可能性をもつこともまた、たしかに明らかである。したがって、個別の事実の文脈において、言論の自由と尊厳を衡量するほかに選択肢はない」と主

82) 松井註38前掲書211-212頁および214頁。

83) 松井註38前掲論文が「松井教授の理解では、市民が他の市民の平等な市民としての尊厳を侵害したときに、その侵害行為を、たとえ表現の自由の行使であっても、制限することが許されるということになる。松井教授は、このような結論が憲法のどの条文から導かれるのか明らかにしていないが、人間の尊厳ないし平等の要請だと想定されているように思われる」（87頁）と指摘しているのも同様の懸念を示しているものと解される。

84) 松井註38前掲論文87頁。

85) 奈須註38前掲書。同書507-508頁はヘイトスピーチの害悪として、それが個人的法益を侵害する場合について、「当該表現の公的言説としての価値は低く、害悪は明確で、対抗言論の機能はあまり期待できない」ことを根拠として規制を合憲であると主張している。

86) ジェレミー・ウォルドロン（谷澤正嗣・川岸令和訳）『ヘイトスピーチという危害』（みすず書房、2015年）。

87) ウォルドロン註85前掲書276-277頁。

張するエリック・バレントの主張⁸⁸⁾とも整合する。

それでは以上の批判と矛盾しない、刑事規制は可能であろうか。

本稿筆者はすでに「ヘイトスピーチ規制が刑事罰として許されないという憲法解釈をするとすれば、むしろ現行の刑法規定にあるわいせつ物頒布罪、名誉毀損罪、侮辱罪等は全て憲法違反ということにならないであろうか。はっきりと名指しで行われる名誉毀損や侮辱罪は、むしろヘイトスピーチよりも対抗言論での問題解消が容易であろうし、わいせつ物頒布の禁止に至っては、ゾーニング規制が世界的な趨勢であることとつじつまが合わない。表現の自由を制約する刑事規制を全て憲法21条違反とする極端にラディカルな立場に立たない限り、マイノリティの人格権侵害が認定される場合にはかかる行為をヘイトクライムとして立法化することが必須であると解される。確かに構成要件の厳格化が必要ではあるが、名誉毀損、侮辱については、すくなくともヘイトスピーチ解消法の定義に該当するマイノリティに対して拡大することなくして、問題が解消するとは思われない⁸⁹⁾と述べたことがある。

これを、本節でここまで批判的に検討した点に留意しつつさらに考察を進めよう。

第2節 「差別的表現」の規制か「憎悪(煽動)言論」の規制か

ヘイトスピーチ禁止を「差別的表現の禁止」提案として、次のような私案を提示していた内野正幸の主張⁹⁰⁾は参照に値する。

「(第1項)日本国内に在住している、身分的出身、人種または民族によって識別される少数者集団をことさらに侮辱する意図をもって、その集団を侮辱した者は、……の刑に処す。

(第2項)前項の少数者集団に属する個人を、その集団への帰属のゆえに公然と侮辱した者についても、同じとする。

(第3項)前2項にいう侮辱とは、少数者集団もしくはそれに属する個人に対する殺傷、追放または排除の主張を通じて行う侮辱を含むものとする。

(第4項)本条の罪は、少数者集団に属する個人またはそれによって構成される団体による告訴をまってこれを論ず⁹¹⁾。

88) エリック・バレント(比較言論法研究会訳)『言論の自由』(雄松堂出版、2010年)37頁。

89) 佐藤註4前掲「ヘイトスピーチ規制の法的問題点 憲法と国際人権法の視点から」において結論的に「ヘイトスピーチの刑事規制は可能か?」で述べた部分。

90) 内野註38前掲書。

91) 内野註38前掲書168頁。

この提案は、先に引用したように、「第1は、特定される集団に対する違法な暴力の行使の煽動や唆しである。第2は、特定されうる集団およびそのメンバーに対する集団的名誉棄損や誹謗中傷、侮辱である。第3は、特定されうる集団のメンバーに対する差別の煽動や助長である。第4は、特定されうる集団のメンバーに対する憎悪の増進である。これらの表現は、それぞれが提起する害悪は若干異なっており、それゆえ禁止の正当化の根拠も異なってくる」⁹²⁾との指摘を踏まえれば、すべての類型について処罰規定を置こうとするものと解される。しかし、第3及び第4の類型については、問題があろう。

第3の類型については、「結果的に差別を助長するような表現は多く存在する」のであり、「悪意のない何気ない表現であっても、差別的だとして抗議を受ける事例は後を絶たない。このような差別を促進するような表現をすべて刑罰でもって禁止することは、明らかに過度に広汎であって、禁止の範囲が不明確であり、許されない」⁹³⁾。また第4の類型については、なによりも「誰かの気分を害し、誰かを傷つける表現は非常に多く、明らかにそれをすべて禁止すれば、もはや表現の自由は無くなってしまう」⁹⁴⁾。さらに第4の類型については「社会に対する危害の防止という利益は、ヘイトの増進がどのような意味で社会に危害を及ぼすのかははっきりしない」⁹⁵⁾のであり、結局は「政府が危険だと思う表現、政府が市民には不適切だと考える表現はすべて禁止可能だということになる」⁹⁶⁾のであって、「そこにはもはや表現の自由も民主主義も存在しないであろう。そしてこのような考え方は、政府にこそ、表現や自由を操作し、権力にとって不都合な表現や情報を禁止することを可能にする危険性があることを無視するものであろう」⁹⁷⁾。

これに対し、第1及び第2の類型については、先に述べた「マイノリティの人格権侵害が認定される場合」が、上記で述べた「尊厳」侵害や「平等原則」侵害とは異なること、すなわち、集団に対して発せられた「ヘイトスピーチ」であって、かつそれが直接名指しをしていないとしても、当該対象者が直接名指しされたと同視できるような極めて限られた場合に限って、刑事規制の対象とすることは可能ではないか。すなわち、名誉棄損あるいは侮辱罪の「人」について、人種的・民族的・宗教的マイノリティ集団の構成員（ここでいう集団は最も緩やかな意味で解されるべきであると思われる）個人に対して名指しした

92) 松井註38前掲論文34頁。

93) 松井註38前掲論文45頁。

94) 松井註38前掲論文50頁。

95) 同前。

96) 松井註38前掲論文51頁。

97) 同前。

と同一視できるような場合に限って、すなわち、集団に対する名誉棄損あるいは侮辱を個人的法益の侵害があるとみなし得る場合に限って処罰対象とするのであれば、必要最小限度の公共の福祉に基づく規制と解されるのではないかと主張したい⁹⁸⁾。

もちろん、これはいわば限定的とはいえ破壊活動防止法38条以下の諸規定にあるような煽動処罰を認めるものであるから、厳格な構成要件の法律による提示が必要である。現行刑法の解釈によることは不可能であろう。その際には、いわゆる「ブランデンバーグ原則」に従った要件の提示が必須である⁹⁹⁾。仮に明白かつ現在の危険テストを用いるとしても、それは芦部信喜が主張するように、①ある表現行為が近い将来、ある実質的害悪をひき起こす蓋然性が明白であること、②その実質的害悪がきわめて重大であり、その重大な害悪の発生が時間的に切迫していること、③当該規制手段が右害悪を避けるのに必要不可欠であること、という三つの要件が論証された場合にはじめて、問題となっている表現行為を規制することが許される原理であるとの立場¹⁰⁰⁾から規定の制定、解釈運用が考えられるべきであろう。

なお、実質上本稿と近い、「ヘイトスピーチ」規制について相当に消極的な立場に立つ松井は、カナダ憲法のように多文化主義が憲法原則であれば、以上のような限定を加えない憎悪煽動表現規制も正当化されることがあり得ると主張する¹⁰¹⁾。しかし、松井自身が多文化主義を憲法原則とするカナダにおいても、そのことだけでは必ずしも積極的規制が正当化されないことと結論付けている¹⁰²⁾。

ここで本稿が留保してきた「ヘイトスピーチ」の訳語について検討しよう。

すでに見たように、これを「差別的表現」と等置する主張がある¹⁰³⁾。このような主張は、「差別用語」の規制と親和性があると考えられ、したがって、いわゆる「部落差別」解消のための「差別用語」の使用禁止、と容易に結びつき得るであろう。しかし差別的な言葉、表現は、文脈によって「差別的」になることは明らかである。「部落差別」について

98) ここで宗教的マイノリティを含めているのは、オーストラリアの法制度を参考にしている。さしあたって、佐藤註30前掲「オーストラリアにおける差別表現規制——差別禁止法と国内人権機関の役割」を参照。

99) 市川註19前掲論文参照。

100) 芦部註66前掲書217-218頁。

101) 松井註38前掲論文89頁。

102) 松井註38前掲論文は、かなりの紙幅を割いて規制に消極的である日米の問題点を考察する一つの視点としてカナダの状況について分析するほか、積極的な規制を肯定するドイツの状況についても検討する。さらに本稿は紙幅の関係で詳述を避けたが大阪府および川崎市の条例の持つ問題点についても分析している(同論文1.7)。

103) 内野註38前掲書(そもそも著書名が『差別的表現』である)ならびに赤坂註15前掲書。

研究する論文が「差別用語」を引用しても当該研究が「部落差別をしている」とは到底言えないように、ヘイトスピーチにあたとされる発言を引用した研究も「ヘイトスピーチをしている」わけではない。ヘイトスピーチを差別的表現と等置する主張は、ヘイトスピーチ規制に積極的な学説がいう平等条項を表現の自由規定に優位させる立場と親和性が高いのであり、したがって、ヘイトスピーチの規制積極論に懐疑的な本稿の立場からすれば不適切と評価されることになる。個人を名指した名誉毀損または侮辱と同視されるようなもののみを「ヘイトスピーチ」として規制可能と解する本稿の立場からすれば、「ヘイトスピーチ」は憎悪言論あるいは憎悪扇動言論と訳されるべきものと解される。

第3節 刑事規制以外の手法

以上判例上すでに可能な民事上の不法行為該当による規制，刑事規制の可能性について若干の検討を行った。それでは、それ以外の手法はあり得ないのであろうか。

この点、第2章第3節末尾で若干言及したようなインセンティブによるヘイトスピーチ縮減の可能性などについて、さらに検討しよう。

少なくとも、ヘイトスピーチを縮減することは、「ヘイトスピーチ」解消法の理念からすれば当然に要請される。立法的解決策として、すでに見たような限定的な刑事規制の刑法への追加（あるいは新法の制定）だけでなく、教育を通じた啓蒙はすでに一定程度行われてはいる¹⁰⁴⁾。社内研修などによる啓蒙を税控除に結びつけるような環境法領域で行われている仕組みはヘイトスピーチ解消のための施策にも応用可能であろう。

もちろん、地方自治体においては、ヘイトスピーチ解消のためにプロジェクトチームが動くにも、条例の後押しがないと予算が獲得できないのが現実であるから、そのような意味では、少なくとも「枠組み条例」の必要性が肯定される。さらに、すでに述べたような、様々な行動を後押しする表彰や、額は多くなくとも支援する仕組みを作ることは、地方自治体においてはより容易である。

罰則規定は、憲法31条からしても明確性の原則を免れえない問題があるのに対し、イン

104) 法務省サイト内にある人権擁護局による、「ヘイトスピーチ、許さない」<http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00108.html>のページはその典型である。

センティブの付与は、知事や委員会制定の「規則」¹⁰⁵⁾でも可能だからである¹⁰⁶⁾。特にCSR (Cooperate<corporate> social responsibility) の視点からの人権の促進が、たとえば企業による「ヘイトスピーチ」拡散が問題視されたDHC問題¹⁰⁷⁾のような事象の解決にも結び付くであろう。

結語 「ヘイトスピーチ」規制の課題

以上検討してきたように、繰り返しになるが、名誉棄損あるいは侮辱罪にいう「人」について、人種的・民族的・宗教的マイノリティ集団の構成員（ここでいう集団は最も緩やかな意味で解されるべきであると思われる）個人に対して名指ししたと同一視できるような場合に限って、すなわち、個人的法益の侵害があるとみなし得る場合に限って、集団に対する名誉棄損あるいは侮辱を処罰対象とするのであれば、必要最小限度の公共の福祉に基づく規制と解されるのではないかと解する。したがって、「ヘイトスピーチ」＝「憎悪（煽動）言論」規制の理念法としての解消法に止まらない刑事罰規制のための法改正は、限定的に可能であると解する¹⁰⁸⁾。

105) 地方自治法第15条は「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」（1項）と規定し、2項では「普通地方公共団体の長は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、普通地方公共団体の規則中に、規則に違反した者に対し、五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる」と規定する。このように過料は科し得るが当然罰則は科すことが出来ない。また地方自治法138条の4第2項が「普通地方公共団体の委員会は、法律の定めるところにより、法令又は普通地方公共団体の条例若しくは規則に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則その他の規程を定めることができる」と規定しているように、インセンティブの付与であれば委員会も規則制定可能である。

106) 註38前掲、佐藤潤一「基調報告『大阪府における「外国人の人権」の現状と課題』」では、既存の取り組みを大阪府で後押しする仕組みは作れないかにつき、大阪市の取り組み「総合的な人権行政の推進（「人権の視点！100！」）と「人権が尊重されるまち」指標」<<http://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000210938.html>>、「大阪府人権教育推進計画」<http://www.pref.osaka.lg.jp/jinken/measure/suishinkeikaku_hajim.html>に加えて、学校教育ですでに実践されている啓蒙活動をより一層推進することの重要性を主張した。

107) 石井紀代美、佐藤直子「DHC吉田会長、ネット上で「コリアン系」ヘイト声明 荒唐無稽な主張次々」東京新聞2021年4月13日<<https://www.tokyo-np.co.jp/article/97800>>参照。

108) 刑事法規制については、第3章での検討、註38前掲の『法学セミナー』特集記事に含まれている、内田博文「刑事法および憲法と差別事件」も参照（社会的法益に関する罪としてヘイトクライムを立法化することの意義と問題点を指摘しておあり、ヘイトクライム立法への疑義として、そもそも名誉毀損、わいせつ物頒布罪、煽動罪等との比較がなされるが、これらの刑法などの現行規定自体に憲法上の疑義があることを簡潔に整理している）。

本稿では紙幅の余裕がなく詳細な検討には至らなかったが、とくにコモンウェルス諸国の法制度との比較の視点¹⁰⁹⁾からは、人種差別撤廃条約に実効性を持たせるための一般的差別禁止法の制定や、パリ原則に従った国内人権機関の設置が検討されるべきであろう。障害者差別に関する対応との差が問題である。特に国内人権機関の設置については、ヘイトスピーチ解消法提案者自体が、この点について否定的であった。もちろん国内人権機関を設置し、パリ原則に従って政府からの独立性が高いものとなったとしても、ただちにヘイトスピーチ規制のために既存の刑法が適用可能になるわけではないし、本稿で検討してきた国内法状況からすれば、民事責任追及が結局中心となるであろう¹¹⁰⁾。

109) 佐藤註30前掲論文「オーストラリアにおける差別表現規制——差別禁止法と国内人権機関の役割」のほか、Dr Bharat Malkani, “Human Rights Treaties in the English Legal System”, [2011] PL 554-577. (佐藤潤一訳「イギリス法体系における人権条約」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』18号225-261頁), George Williams and Lisa Burton, “Australia’s Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection”, *Statute Law Review* (Oxford University Press) 34(1), 58-94.を参照。

110) 本研究は、佐藤潤一研究代表「コモンウェルス諸国における立憲主義」（研究課題/領域番号・18K01266）基盤研究（C）および大阪産業大学産業研究所学内研究助成分野別研究「ブレグジットの憲法状況への直接的影響の研究（コモンウェルス立憲主義研究の基礎）」による研究成果の一部である。