HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	Book Review or Essay 前田朗「ヘイト・スピーチ法研究要綱 －反差別の刑法学－」（三一書房、2021 年）を読んで（下・完）
著者	秦，博美; HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究，58(4)：109-129
発行日	2023-03-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

研究ノート

Book Review or Essay
前田朗『ヘイト・スピーチ法研究要綱 ── 反差別の刑法学 ──』（三一書房、2021 年）を読んで（下・完）

秦　　博　美

目次

一　はじめに
二　本書のはしがきと全体構成
三　憲法学者の見解（総論）
四　憲法学者の見解（各論）
五　検討
　1　（近代）個人主義
　2　思想の自由市場論（以上 57 巻 4 号）
　3　見解規制、観点規制、内容規制
　4　事前規制、予防規制
六　その他の論点
七　終わりに

3　見解規制、観点規制、内容規制

（1）前提議論

駒村圭吾教授は、「既存の法的措置で対抗してなお残存するもの、つまり『不品行としてのヘイトスピーチ』として仮称している言論」のような「残余の言論に明白かつ現在の危険があるのか」と問題提起し、次のように述べる。「集団誹謗に対する法的規制の導入も、定義的衡量による『不品行としてのヘイトスピーチ』のカテゴリカルな保障排除も、表現の自由に対する典型的な内容規制（content-based regulation）であるという点がまっさきに想起されるべきでしょう。しかも、導入される集団誹謗規制や類型的排除が、例えば、国籍等に基づく集団誹謗にだけ限定されるとしたら、内容規制だけでなく、見解規制あるいは見解差別（viewpoint regulation／viewpoint discrimination）の問題にもなり得ます。これらに対して、従来の憲法学説は、最高度の厳格審査で臨むべき

であるとして、原則として許されるものではないと考えてきたのではないでしょうか」（下線評者）[28]。

また、桧垣伸次教授は、「表現の自由を保障するアメリカ合衆国憲法修正１条[29]は、政府による表現規制を原則として禁止している。とくに、表現内容に着目した規制（表現内容規制）については、裁判所は厳格に審査しなければならないとされる。しかしながら、政府言論の法理は、政府が表現主体となる場合には、修正１条が適用されないとする。民主制のもとでは、政府が自身の見解を表明することはむしろ必要とされ、そのため、政府が表現主体となる場合には、観点差別すら許されるとされる。」と述べた上で、次のように我が国の議論に繋げる。「ヘイトスピーチは許されないと宣言する」ヘイトスピーチ解消「法自体、一種の政府言論といえるが、さらに、同法４条以下は、様々な類型の政府言論を求めており、同法は、その政府言論を方向付けるものであると考えられる。ヘイトスピーチ解消法を理念法とみる限り、政府は『規制主体』ではなく『表現主体』であり、観点中立性は求められない。そのため、表現の自由との相克という問題を避けることもできる」[30]。

以上の論稿の中に出てくる「政府言論」については「六　その他の論点」で触れることとし、内容規制、見解規制及び観点規制という、憲法学での基本的用語について、その相互関係はどうなっているのかを見てみよう。

代表的な憲法教科書[31]によると、表現の自由の規制立法は、①検閲・

28　駒村圭吾「ヘイトスピーチ規制賛成論に対するいくつかの疑問 ── 憲法学的観点、政治学的観点、哲学のそれぞれから ──」前掲注(13) 232・233 頁

29　1791 年に成立した修正１条は、「合衆国議会は、……言論もしくは出版の自由または人民が平穏に集会し、不平の解消を求めて政府に請願する権利を奪う法律を制定してはならない。」と規定している。高橋和之編『新版世界憲法集第二版』（岩波書店、2012 年）75 頁（土井真一訳）

30　桧垣伸次「ヘイトスピーチ解消法と非規制的施策」桧垣伸次＝奈須祐治編著『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』（法律文化社、2021 年）５・６頁

31　芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法第七版』（岩波書店、2019 年）203 頁以下。評者が学んだ半世紀近く前の憲法教科書とは隔世の感がある。例えば、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971 年）は、361 頁～376 頁を「表現の自由」に充てているが、今日常識的と思われる「表現内容規制」「表現内容中立規制」の用語も見あたらないようである。

事前抑制、②漠然不明確又は過度に広汎な規制、③表現内容規制、④表現内容中立規制、という四つの態様に大別されるが、③と④については区別すること自体に有力な異論があるとしている。

③の表現の内容規制とは、ある表現をそれが伝達するメッセージを理由に制限する規制である。その対象として、高い価値の表現と低い価値の表現がある。前者の例として、政府の暴力的転覆を唱道する言論や国の秘密情報の公表が、後者の例として、性表現・名誉棄損的表現や憎悪的表現（hate speech）が挙げられる。そして、「高い価値の表現の内容規制については、アメリカの判例法で用いられてきた『明白かつ現在の危険』の基準（…）と、必要不可欠な公共的利益（compelling public〔governmental or state〕interest）の基準が参照に値する。」（下線評者）と述べる。引用した芦部（高橋）教科書では、憎悪的表現（hate speech）を「低い価値の表現」と位置付けていることになり、その場合は、「明白かつ現在の危険の基準」の適用事例ではないことになる。

④の表現内容中立規制とは、表現をそれが伝達するメッセージの内容や伝達効果に直接関係なく制限する規制である。アメリカ法では規制の態様を、ⓘ時・所・方法の規制と、ⓘⓘ象徴的表現の規制ないし行動を伴う表現（speech plus）の規制に分け、それぞれに異なる違憲審査の基準が用いられてきた。ⓘの例として、病院・学校近くでの騒音の禁止、一定地域・建造物での公告掲示の禁止、ⓘⓘの例として、ベトナム戦争反対の意見を表明するために徴兵カードを公衆の前で焼却する行為、政府の政策に反対するためのハンガーストライキが挙げられよう。

（アメリカの）近時の判例により、ⓘⓘの規制に適用される厳格度の最も弱い合理的関連性の基準（オブライエン・テスト）が、従来、中間審査基準といわれる「より制限的でない他の選びうる手段」（LRA の基準）が主として用いられてきたⓘの規制にも用いられるようになり、表現内容中立規制の違憲審査の基準は動揺している、とのことである[32]。

佐々木弘通教授は、上記③と④に関し、表現の内容規制は、表現行為のメッセージ内容が何らかの社会的害悪をもたらす場合であり、例えば、ビラのメッセージ内容が A 氏の名誉権を侵害する（刑法 230 条）のに対し、表現の内容中立規制は、表現行為のメッセージ内容ではなくその行為の外形が何らかの社会的害悪をもたらす場合であり、メッセージ内容

32　芦部信喜・前掲注(31) 205 頁

とは無関係に、ビラを貼ったそのことが家屋所有者の所有権を侵害する（軽犯罪法 1 条 33 号）と説明する。

佐々木教授は、表現内容規制はさらに、「見解規制」と、見解中立的な内容規制である「主題規制」とに区別されるとし、イラク戦争に反対する内容の表現行為だけを規制するのが見解規制、賛成・反対を問わず一般的にイラク戦争に関する内容の表現行為だけを規制するのが主題規制であると説明している[33]。

既述したように、駒村教授は、「導入される集団誹謗規制や類型的排除が、例えば、国籍等に基づく集団誹謗にだけ限定されるとしたら、内容規制だけでなく、見解規制あるいは見解差別（……）の問題にもなり得ます。」と述べている。評者には、国籍、民族を限ったヘイトスピーチの規制が、立法事実に基づき対象を限定しており、また、国家施策への批判とも無関係であるにもかかわらず、何故「見解規制」としてのハードル（価値観に対する介入？）をも課せられるのかが理解できない。

佐々木教授は、他に全面的規制と「時、所、態様（time, place and manner）の規制」（TPM 規制）の区別があるとし、これは、表現の内容規制・内容中立規制とは区別の観点を異にしているので、両者を掛け合わせると、次の 4 通りがあることになると説明している。

① 表現内容の全面的規制 … 刑法 175 条のわいせつ表現物頒布販売規制

② 表現内容の限定的 TPM 規制 … 青少年保護などを理由とする性表現物の頒布販売等のゾーニング規制

③ 表現内容中立的な全面的規制 … およそ街頭演説行為を禁止する。

④ 表現内容中立的な限定的 TPM 規制 … 街頭演説行為を一定の時間帯や場所や音量に限って禁止する。

TPM 規制≒表現内容中立規制と雑に理解していた評者にとって、勉強になるとともに、ヘイトスピーチ規制の具体的態様を考えるときに、参照すべき分類といえよう[34]。

---

33 佐々木弘通「言論の内容規制と内容中立規制」大石眞＝石川健治編『ジュリスト増刊憲法の争点』（2008 年）118 頁

34 在日コリアン弁護士協会（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）139 頁は、ヘイトスピーチについて、「対象による分類」と

安西文雄教授は、従来の「規制のあり方が、表現内容規制、表現内容中立規制という二種に判然と区別されるとする理解は成り立ちがたい。内容規制のなかにあって、見解規制か否かの相違がある。内容規制と内容中立規制の境界線は、ある程度流動化している。内容中立規制のなかにあって付随的な規制か否か、他に表現のチャンネルを残している規制か否か、などの点で相違点がある。つまり規制のあり方は、多段階のグラデーションをなしているとみた方がよいのではないか」[35] と述べ、見解規制、見解中立的な内容規制、内容中立規制の三者を分類している[36]。佐々木弘通教授の用語法では、見解中立的な内容規制は「主題規制」ということになる。

（2）著書に戻って

著者は、斉藤拓実講師の説を比較的詳しく紹介している。「斉藤は奥平康弘と芦部信喜以来、憲法学説ではアメリカの判例法理に学んだ表現の自由論が圧倒的に強く、定説となっていることを確認する。」「集会の自由と公共施設利用権に関する新潟県公安条例事件最高裁判決、泉佐野事件最高裁判決を踏まえて、日本では『明白かつ現在の危険』論が採用されず、独自の『明らかな差し迫った危険』論が採用されているという。明白かつ現在の危険に始まり、二重の基準論、表現内容規制、表現内容中立規制、ブランデンバーグ原則、LRA をはじめ、アメリカの理論を借用して数々の『理論』が提示されてきたが、斉藤によると、最高裁はこれを受容していない。」「結論において、斉藤は『少なくとも最高裁判所の立場に立てば、日本国憲法は必ずしもアメリカ例外主義を受容してい

「内容・態様による分類」を交差させた 6 種類のカテゴリーを示している。前者は「特定の個人・団体に向けた言動」「マイノリティ集住地区での言動（例：鶴橋、新大久保）」「公開・公共の場での言動（例：銀座の公道での許可を得たデモ）」の 3 種、後者は「生命・身体等への害悪の告知、犯罪煽動（例：○○人を殺せ、○○人の家に火をつけろ）」「集団に対する誹謗・名誉毀損、差別煽動（例：○○人は日本から出て行け、○○人はゴキブリだ）」の 2 種で構成されている。そして、同頁は刑事面・民事面での規制の「現状の評価」の、147 頁は規制の「新たな立法について」の論点整理表を示している。

35　安西文雄「表現の自由の保障構造」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第 2 版〕』（有斐閣、2009 年）382 頁

36　同・前掲注(35) 385 頁

るものではないように思われる。…』と問う。」（85 頁）

「斉藤は、①表現の自由論による規制消極論と、②差別解消のための規制積極論の対立を、上記の確認に照らして見直す。①の立場を自明の前提のように語る憲法学者が多数いる。この立場は最高裁によって採用されていない。ヘイト・スピーチの議論で、いきなり①の立場を大前提とすることはできない。②の立場に立つためには、規制が予防的なものとなるため『憲法第二一条違反を問われた時、立法政策上それに耐える十分なものとはなりえず、そればかりか不当な動機に基づく表現規制であることさえ疑われるだろう』という。」（85・86 頁）

「筆者は①や②ではなく、③表現の自由を理由にヘイト・スピーチ規制積極論を唱えてきたが、斉藤の視野には入っていない。」とする（86 頁）。浦部法穂教授のいうように、①も②もその「人権感覚」は健全であるとするなら（三の３）、それらを止揚（発展的に統合）するものとして、劣位に置かれているマイノリティの表現の自由の実質的回復を目指す③の立論には十分な合理性があるというべきである（後記（３）参照）。

ここで、印象に残る記述があった。「表現の自由についてアメリカ憲法学と判例に関する研究は膨大にある。多くの憲法学者がアメリカの法理を楯にヘイト・スピーチ刑事規制を否定してきた。その法理はそもそも最高裁によって採用されていない。半世紀以上採用されなかったし、今後も採用される見込みがあるわけではない。憲法学者にとっては重要な『理論』かもしれないが、およそ現実と切り結んでいない。」（下線評者）という箇所がそれである（86 頁）。

松井茂記教授は、従来の憲法学の立場から次のように述べている。「日本では、様々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。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。それゆえ最高裁判所は、具体的な危険性がなくても違法な行為の煽動の禁止を支持し[37]、性道徳の保護のために

[37] 最大判 1949〈昭和 24〉年 5 月 18 日刑集 3 巻 6 号 839 頁。引用箇所の注について

わいせつな表現の禁止を支持し[38]、公職選挙法にある選挙運動としての戸別訪問の個別的禁止および文書配布の事実上の全面禁止を支持し[39]、公務員の政治的行為の包括的な禁止などもすべて支持してきた[40]。それゆえ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」（注番号及び下線評者）[41]。

宍戸常寿教授も、「表現の自由一般に関する判例法理を考えたときには、憲法学説が主張してきた違憲審査基準論あるいは表現内容規制と内容中立規制の二分論を判例は取っておらず、基本的には表現の自由を規制することによって得られる利益と失われる利益を比較衡量する。その際、取り分け最近では立法目的の正当性、目的達成手段の合理性・必要性を尺度に比較衡量するという大枠を立てて、その中で学説の言う審査基準を観点として、状況ごとに使いながら判断をするのだという姿勢を最高裁が強く打ち出してきています」（下線評者）[42] と述べ、判例と学説の「断絶」を説明している。

憲法学者が「およそ現実と切り結んでいない」という批判を「甘受」するとするなら、それは、半世紀以上変わらない日本の最高裁判所の判例法理[43] に対してであるとともに、ヘイトスピーチの被害の現状（六の２参照）に対してということになろう。

は判例のみ挿入し、以下注（40）まで松井教授の表記を用いている。

38　最大判 1957〈昭和 32〉年 3 月 13 日刑集 11 巻 3 号 997 頁。

39　最大判 1969〈昭和 44〉年 4 月 23 日刑集 23 巻 4 号 235 頁、最大判 1955〈昭和 30〉年 4 月 6 日刑集 9 巻 4 号 819 頁。

40　最大判 1974〈昭和 49〉年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁。

41　松井茂記『表現の自由に守る価値はあるか』（有斐閣、2020 年）28 頁。毛利透教授も 1974 年 11 月 6 日の「猿払判決の立場からは、ヘイトスピーチ処罰も『行動のもたらす弊害の防止』だとしてすんなり合憲とされるかもしれない」と述べる。判例時報臨時増刊『法曹実務にとっての近代立憲主義』（2017 年）24 頁

42　宍戸常寿「座談会　表現の自由」での発言。論究ジュリスト 2015 年夏号（14 号）160 頁

43　駒村圭吾教授は、広島市暴走族追放条例事件判決（最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 巻 6 号 601 頁）に関し、「違憲審査基準論の呪縛を司法に持ち込みたくない最高裁は LRA の基準を明示的に用いる旨を述べていない」と述べている。前掲注(41) 156 頁

（3）ルール（原理主義？）とスタンダード（柔軟性！）

このことについては、三の4で概要を既述したが補足する。評者は、憲法学者が「およそ現実と切り結んでいない」主たる原因は法解釈の「方法論」にあると（現時点で）考えるからである。

多くの憲法学者が依拠する「アメリカの法理」に関し、奈須裕治教授は、別稿でヘイト・スピーチ規制の「方法論として例外をできる限り認めない範疇的な手法（ルール）を志向するか、反対に事例ごとの差異を尊重する柔軟な手法（スタンダード）を志向するかの差異がみられ」[44]、「一般にルールは法の厳格な適用を、スタンダードは逆に個々の事例に応じた法の柔軟な適用を志向する」[45] と述べ、その上で、次のように総括している。

「消極説は、アメリカの判例に従って明らかにルールの性格が強い方法論をとっている。たとえば消極説の代表的論者である長谷部〔恭男〕の議論は、アメリカの判例法理に沿った極めてルール指向性の強いものである。長谷部は内容中立性原則を厳格に理解し、特に悪質なヘイト・スピーチについても例外を認めようとしていないし、立法事実の認定も厳格である。……こうしたルール指向の方法論は、同じく消極説を唱える松井茂記、横田耕一、榎透、中間説の小泉良幸、駒村圭吾にも共通する特徴である。／これに対して、一部の積極説の論者は顕著にスタンダード指向である。内野正幸は内容中立性原則を厳格に理解せず、侮辱を自己目的とする差別表現の刑事規制を認めるし、表現媒体、表現の場等の文脈を個別化して制約の可否を判断しようとしていた。……／内野は内容中立性原則、ヘイト・スピーチの害悪、表現の媒体、表現の場等

44　奈須裕治「ヘイト・スピーチと理論 ── 日本の学説の整理と検討（2・完）」西南学院大学法学論集51巻3・4号142頁。奈須教授によると、ルール（rule）とスタンダード（standard）は、アメリカ憲法学で用いられている概念区分であるという（146頁参照）。また、同教授は、別稿で消極説の理論的前提に対し、日本とアメリカの違いを認識しなければならないと指摘している。すなわち、アメリカでは、①多くの主要なマイノリティ団体がヘイトスピーチ規制に反対している、②ヘイトクライムやハラスメントを厳しく規制している、③民間レベルのヘイトスピーチ対策が充実しており、これらが日本とは異なるとのことである。「ヘイトスピーチ規制消極説の再検討」法学セミナー編集部編『別冊法学セミナー　ヘイトスピーチに立ち向かう ── 差別のない社会へ』（日本評論社、2019年）53頁

45　同・前掲注(44) 146頁

を個別具体化することにより、様々な類型のヘイト・スピーチの制約を認めようとしているのである。師岡康子をはじめとする積極説のみならず、中間説である市川正人、木下智史、毛利透、曽我部真裕、櫻庭総、小谷順子にも同様の傾向がみられる。中間説の論者は概して規制に消極的であるが、規制を正当化するだけの立法事実が証明されれば不特定人に向けたヘイト・スピーチの規制も合憲になると考えている。積極説ほどではないものの、消極説に比してスタンダード寄りの手法を用いていると評しうる」[46]。

これに対し、松井茂記教授による次の反論がある。「奈須教授は、そもそも表現の自由の保障に関して、アメリカの理論のような表現の自由を強く保護すべき理由を見出していないようであり、アメリカのようにルールを重視して、表現内容中立性原理を厳格に適用する意図はないようである。だが、果たしてそれで表現の自由の保護は十分なのか、疑問が残ろう」[47]。ここだけの記述に限定すると、「アメリカの理論のような」「アメリカのように」という表現に端的に示されているように、松井教授の反論は、「基本的スタンス」を異にする者への「落胆」の表白の域を出ておらず、残念ながら発展性がない。

著者の立場は、「表現の自由を理由にヘイト・スピーチ規制」をするというものであり、斉藤拓実講師の「アメリカにおける表現の自由の『過剰』」という表現に対し、「現実には『マジョリティの差別表現の自由の過剰』にすぎず、マイノリティにとっては、表現の自由の『過少』ではないだろうか。法の主体はすべて自由で独立で平等であるという『空想』が無媒介に前提とされると現実無視の議論にならないだろうか」（下線評者）という含蓄のある指摘を行っている（86 頁）。

奈須教授の指摘は、方法論に関するものであるが故に、「融合」には困難が伴うように思われるが、典型例における「ヘイトスピーチ規制」の場面では両説に大差ないように思われる（六の 2 参照）。

4　事前規制、予防規制

著者は、斉藤拓実講師が、京都朝鮮学校事件の民事救済、大阪市条例と川崎市の公の施設のガイドラインを挙げ、「以上みてきた通り、ヘイ

46　同・前掲注(44) 146・147 頁

47　松井茂記・前掲注(41) 88 頁

ト・スピーチ規制は本質的に内容規制、予防規制であることを志向する。そのような性格を、近年の日本におけるヘイト・スピーチへの対応の展開、裁判所による民事救済や、地方公共団体による条例の新設・運用の中に読み取ってきた。」と述べていることを紹介している（87 頁）。

これに対し、著者は、後に紹介する「川崎事件について事前規制ではないと見る議論は可能ではないだろうか」と述べ、上田健介教授のヘイトデモ禁止仮処分事件（横浜地裁川崎支部平成 28 年 6 月 2 日決定）の「判批」の最後の記述「反復的に行われた言動の将来に向けての差止めがそもそも事前規制にあたるのかも検討する必要がある〔と思われる〕。」を援用している（132 頁）。

川崎市のヘイトデモ禁止仮処分事件の概要は次のとおりである。X（債権者）は、川崎市内の在日韓国・朝鮮人が集住する桜木地区において、高齢者・障害者交流施設等を運営する社会福祉法人である。X の事業所及び施設は、主たる事務所の入口から半径 500 メートル以内に所在している。また、Y（債務者）は、在日韓国・朝鮮人排斥を訴えてきた活動家で、平成 25 年以降 12 回にわたり、在日韓国・朝鮮人の排斥を訴えるデモを主催しこれに参加した。特に平成 27 年 11 月及び平成 28 年 1 月のデモでは、「在日は大嘘つき」「帰れ、半島へ」等と記載したプラカードが掲げられ、「朝鮮人をたたき出せ」「じわじわ真綿で首を絞めてやるからよ」などの言葉が拡声器等で発せられた。

Y は、平成 28 年 6 月 5 日に、川崎市桜木地区での上記デモの第三弾実施を計画し、参加者を募っていたため、X は、そのデモ等を禁止する仮処分命令を申し立て、認められた。

毛利透教授は、「特に在日コリアンに対するヘイトスピーチが、今日の日本社会においては在日コリアン各人の人格の核心を傷つけると認定できるとしても、後者〔一般の繁華街でのヘイトスピーチ〕の事例の場合には、やはり前者〔在日コリアンが集住する地区でのヘイトスピーチ〕とは、平穏な生活が脅かされる程度において無視できない相違がある」とし、「そのような場合[48] でも、ヘイトデモ禁止を求めるためには、利益

[48] 評者の読解力では覚束ないが、毛利教授のいう「そのような場合」とは、〔一般の繁華街でのヘイトスピーチ〕とは「平穏な生活が脅かされる程度において無視できない相違がある」〔在日コリアンが集住する地区でのヘイトスピーチ〕を受けているのであろうか。

衡量の相手方であるヘイトデモの表現活動としての価値を、非常に低く評価することが必要になろう。本決定は、その点でも参考となる判示を行っている。つまり、差別的言動解消法にいう『不当な差別的言動』を街宣車などを使って騒々しく行うことの『違法性は顕著』であり、『集会や表現の自由の保障の範囲外であることは明らか』だとするのである。このように保護される価値のない行為であれば、その差止めを認める要件をかなり緩く解することも可能になろう。」[49] と解説している。

また、京都地裁平成 25 年 10 月 7 日判決において、在日朝鮮人の学校を設置・運営する学校法人である X は、Y の 3 件の示威活動（①平成 21 年 12 月 4 日、「朝鮮やくざ」「こいつら密入国の子孫」等の発言が、②平成 22 年 1 月 14 日、「不逞な朝鮮人を日本から叩き出せ」等の発言が、③同年 3 月 28 日、「ゴキブリ、ウジ虫、朝鮮半島へ帰れー」「京都をキムチの匂いに、まみれさせてはいけない」等の発言がなされた。）を行い、その映像をインターネット上で公開した。そこで、X は、これらの行為が X の業務を妨害し、その名誉等を侵害するとして損害賠償を求めるとともに、法人の人格権に基づき同種の活動の差止めを求めて訴えを提起した。判決は、差止請求に対し、「本件活動と同様の業務妨害や名誉毀損がさらに起こり得る具体的なおそれがある場合、法人の人格権利益に基づき Y らに対し、さらなる権利侵害を差し控える不作為義務の履行請求権を取得する」と判示した。

上村都教授は、「判比」において、「本件の差止めは、繰り返し、継続の禁止であり、典型的な事前差止めとは異なる」[50] と評釈している。

梶原健佑准教授は、ヘイトスピーチに対する差止めが、「表現の要素を含む行為の差止めであるにもかかわらず、諸裁判において表現物の事前差止めのように事前抑制禁止の法理との関係が丁寧に議論されてこないのは何故か、という疑問が生ずる」と述べ、二つの仮説を立てる。第 1

49　毛利透「ヘイトデモ禁止仮処分命令事件」判例時報臨時増刊『憲法訴訟の実践と理論』（2019 年）15 頁。もっとも毛利教授自身は、「特定の人々が人権共有主体であることを否定する言論も、政治的主張として表現の自由の保護を受けるはずである。禁止は、その表現活動から具体的な危険が発生するといえる場合に初めて可能となる。」と一般論的に述べている（16 頁）。上田健介教授は、本決定が「違法性の強い差別的言動が表現の自由の保護領域に含まれないとするのは行き過ぎではないか」とする。「判批」法学教室 433 号 153 頁

50　上村都「判比」ジュリスト臨時増刊『平成 25 年度重要判例解説』（2014 年）27 頁

は、京都と川崎の「両事件は表現物ではなく、ヘイトメッセージを含んだ表現活動（expressive activity）の差止めであ」り、「事前抑制禁止の法理は表現物に対してのみ当てはまる」という仮説であり、第２は、「反復継続される行為の差止めには事前抑制禁止の法理が及ばない。」という仮説である[51]。梶原准教授は、これらの仮説について、「アメリカでの議論」を確認しつつ、（簡単に）検討を加えている。

「事前抑制」とは、表現行為がなされるに先立ち公権力が何らかの方法で抑止する規制方法をいい、情報が「市場」に出る前にそれを抑止するものであることから、原則的に禁止されると解されている[52]。これに対し、「反復継続される行為」の将来に向けての差止めの場合は、「同種の表現」（その特定には慎重さを要求されるが）は既に「市場」に提出済みであり、事前規制の概念に当てはまらず、厳格な審査を伴う「事前抑制禁止の法理」を適用させる必要はないという解釈も十分可能であろう[53]。

六　その他の論点

1　定義の曖昧さ

ヘイトスピーチ刑事規制の消極説の理由として、「定義の曖昧さ」が罪刑法定主義から導かれる明確性の原則に抵触することが挙げられる。それに対しては、師岡康子弁護士の反論に説得力がある。すなわち、「他国と比べて日本の刑法の要件は単純なものが多く、例えば現行法の侮辱罪の構成要件は『公然と人を侮辱した者』（刑法二三一条）とされており、何が侮辱にあたるのかの具体的指標は何も示されていない。しかし、規定が明確でないから、侮辱罪の規定を撤廃すべきとの主張は見あたらない。ことさらにヘイト・スピーチ規制の場合のみ、明確でないと主張するのは、ヘイト・スピーチ規制の必要性、とりわけマイノリティの人々の受ける心身の傷に対する軽視があるのではないか。論者のほとんどはマジョリティに属しており、ヘイト・スピーチが規制されるなら自分の言論も規制されうるため、意識的か無意識的にか、自己防衛的観点から

51　梶原健佑「ヘイトスピーチに対する差止め請求に関する一考察 ── 事前抑制禁止の法理との関係を中心に ──」・前掲注(30) 29 頁

52　佐藤幸治・前掲注(7) 285 頁以下

53　梶原健佑・前掲注(30) 34 頁参照

論じているのではないかとすら思える」[54]。「論者のほとんどはマジョリティに属しており」という背景説明にも強い説得力を感じるものである。

また、棟居快行教授は、「憲法一四条一項後段列挙事項の『人種、信条、性別、社会的身分、門地』に関するマイノリティ集団ないし個人の誹謗だけを、『差別的表現』と定義づければ、明確化はかなり達成されよう」と立法論的に提言し、「もっとも、具体的にどういった内容の誹謗であれば差別的表現として規制することが許されるのか、という実質的な点について、明確なラインを引くことは困難である。しかしながら、少なくとも、相手方の反論が意味をなさなくなるような誹謗であれば、規制の対象とされうるであろう」[55] と述べる。思想の自由市場における対抗言論の余地がないような「誹謗」という趣旨であろう。

2　集団誹謗の可罰範囲

消極論者、例えば松井茂記教授は、刑法の名誉棄損、侮辱規定に関する「従来の解釈では、これらは特定の人に向けられている必要があると考えられてきたため、ヘイトスピーチが特定の人に向けられているか、あるいはせめて特定可能な人を含む小さな集団に向けられていることが必要である。それゆえ、在日韓国・朝鮮人一般に対するヘイトスピーチの場合には、処罰は難しいかもしれない。」（下線評者）[56] とし、「これまでの現行法のもとでは、『特定の個人や法人に向けられた一定の憎悪表現については規制することは可能であるものの、不特定多数で構成される人種集団全体に対する憎悪表現を規制することは困難』であった。」[57] と述べる。

駒村圭吾教授も、「集団誹謗と呼ばれる表現行為のうち一部の形態については、既存の枠組の中でも規制することは可能であると考えており」、2009 年に発生した京都朝鮮第 1 初級学校前で繰り広げられたヘイトスピーチの事例（刑事事件の控訴審判決・大阪高判平成 23 年 10 月 28 日）を挙げ、「集団誹謗もそれが吐かれた文脈に応じて単なる不品行では

54　師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』（岩波書店、2013 年）156 頁

55　棟居快行「差別的表現」ジュリスト増刊『憲法の争点（第 3 版）』（1999 年）104・105 頁

56　松井茂記・前掲注(41) 23・24 頁

57　同・前掲注(41) 25 頁

なく具体的な不法行為に転換する場合があることに留意すべきであ」ると述べる[58]。

曽我部真裕教授は、一般的にヘイトスピーチの害悪として挙げられる心身の被害[59]は、「単なる名誉感情の問題だと見るべきではなく、人間の尊厳に関わるものである」との認識を示した上で、「こうした害悪を踏まえれば、京都朝鮮学校襲撃事件や、マイノリティの集住地区での街頭宣伝などの事例のように、特定個人に対するものでなくても、不特定又は多数のマイノリティの人々に直接向けて訴えかける誹謗は刑罰をもって禁止しうると考えるべきだろう」（下線評者）[60]と述べる。曽我部教授の上記記述が、上記行為類型は現行刑法でも（十分）規制可能（解釈論）と考えているのか、新たな法規制が可能（立法論）と考えているのかは一見明らかではない。しかし、同教授が、「刑事罰を科すことが可能だと考えたとしても、具体的にどのような文言規制とすべきかは困難な問題である。」[61]と述べていることから、後者の立場（立法論）での立論と解したい。

中間説に分類される市川正人教授は、政策的当否とは別の法律論として、「人種差別撤廃条約 4 条 ab[62]が挙げているものをそのまま禁止・処

58　駒村圭吾・前掲注(13) 233・234 頁。奈須祐治教授は、ヘイトスピーチ規制の合憲性に関する従来の学説分類（規制消極説、中間説、規制積極説など）がステレオタイプ化される嫌いがあったことを指摘し、「たとえば典型的な消極説でも極めて限定的に不特定多数に向けたヘイト・スピーチの規制を合憲と認めている点等の細部に言及されないことが多」いと述べている。「ヘイト・スピーチと理論 ── 日本の学説の整理と検討（1）」西南学院大学法学論集 51 巻 2 号（2018 年） 2 頁

59　フリージャーナリストの安田浩一は、子どもから大人まで、人間存在の根底を揺るがす多岐にわたる「害悪」について記述しているが、要約するには重く複合すぎる。是非一読していただきたい。「ヘイト・スピーチとその被害」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、2014 年）35 頁以下

60　曽我部真裕「ヘイトスピーチと表現の自由」前掲注(42) 155 頁

61　同・前掲注(42) 155 頁

62　(a) 人種的優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の煽動、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煽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煽動する団体及び組織的宣伝活動その他のすべての宣

罰するような法律は日本国憲法の下では認められないが、他方、ブランデンバーグ判決の基準を満たすような人種集団に対する暴力行為の煽動や、侮辱を自己目的とするような特定の民族に対する特にひどい侮辱的表現を処罰するような、きわめて限定的なヘイトスピーチ処罰法ならば、規定の文言が明確であるかぎり、日本国憲法の下でも許容される可能性があることになる。」（下線評者）[63] と述べる。この場合でも、市川教授は、「特定の民族に対する特にひどい侮辱的表現を当該民族に属する個人に直接向けられていない場合であっても処罰する法律が許されるかどうか」[64] は、諸事情（立法事実等？）を考慮する必要があるとする。

駒村圭吾教授のいう「権利侵害未満の不快発言」（四の１）というのは、結論先取り概念であるものの、侵害される「権利」の構成いかんでは、刑事罰も可能ということになろう。

3　政府言論

（１）著者の見解

著者は、74 頁以下で、「政府言論」についての桧垣伸次教授の見解[65] を紹介する。

「桧垣はさらに政府言論に目を配る」「政府は表現を規制する主体となるだけでなく、自身が表現の主体となることがあり、これを『政府言論』と呼ぶ。」「政府がヘイト・スピーチを批判する声明を出す場合などは、見解差別禁止原則は適用されない」「政府によるヘイト・スピーチの場合には、平等保護と表現の自由の緊張関係は存在しない点で、私人によるヘイト・スピーチとは異なる。その意味で、私人によるヘイト・スピーチよりは広い範囲で制限できるであろう。」

著者は、「桧垣はヘイト・スピーチ解消法は『……私人がかかわる言論

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宣言すること。岩沢雄司編集『国際条約集 2017 年版』（有斐閣）311 頁

63　市川正人「表現の自由とヘイトスピーチ」立命館法学 2015 年 2 号（360 号）130 頁

64　同・前掲注(63) 130 頁

65　奈須祐治教授は、「桧垣は解消法を政府言論（government speech）と位置づけたうえで、その意義と射程を検討する必要があるという主張を行っている」と紹介している。前掲注(58) 12 頁

が政府言論とみなされる場合には、そのような言論を拒絶することができる。このように、ヘイト・スピーチ解消法は、規制か否かではなく、第三の道である政府言論として意義があるといえる』という。」と述べた上で、「政府言論について筆者にはその意義がはかりかねる。政府が差別表現やヘイト・スピーチをしてはならないこと」は憲法 13 条・14 条、人種差別撤廃条約 2 条からも当然のことである。「このことを抜きに政府言論を表現の自由の問題として位置づけることには疑問が残る。表現の自由は個人の自由であって国家の自由ではない。政府言論を表現の自由の問題とするのはなぜだろうか。」（下線評者）と疑問を呈する（75・76 頁）。

（2）政府言論の理論

政府言論（government speech）の理論とは、「表現の規制者たる政府を検閲者たる政府（government as censor）として捉えなおし、表現者たる政府（government as speaker）の側面に光を当てようとする。そして、後者の側面には、政府が自ら表現者となることが私人の表現活動に対してどのような影響を与えるかという問題と、私人の表現活動に政府が助成・支援して、自らは表現者とならないが、いわば黒子としてその表現活動をなしているのと実質的に同様の効果をもたらすのではないかという問題があるとして、従来から存在した諸問題を新たな切り口で分析しようとする」（下線評者）[66] ものである。

木下智史教授は、「近年、アメリカにおいて、政府が自ら言論活動を行うにあたっては、その内容を自由に決定でき、観点差別の禁止などの市民の表現の自由保障のための制約は及ばないとする『政府言論の法理』が判例上確立しつつある。」「政府と私人の表現活動との関係を分類すると、㋐政府広報などのように、政府が自ら表現活動をする場合、㋑政府が私人を自らの表現活動の道具として利用する場合、㋒政府が私人の表現活動に対して便宜供与をする場合、㋓政府が私人の表現活動を規制する場合に分類することができる。」[67] とし、㋐は表現の自由の問題を引き起こすことは想定されず、㋓は政府による表現の自由の規制であり、「政府言論」とは関係がない。そして、㋑と㋒の区別が複雑であるが、「㋑であれば、『政府言論の法理』が適用され、観点差別も許されるのに対し、

66　渋谷秀樹・前掲注(6) 354・355 頁

67　木下智史「集会の場所の保障をめぐる事例」前掲注(49) 38・39 頁

㋒であれば、『パブリック・フォーラム』論が適用されて、観点差別が許されないことになる。」（以上下線評者）と述べる。木下教授は、政府側の全面的な裁量に委ねられる、安易な「政府言論の法理」導入に警鐘を鳴らしている[68]。

市川正人教授は、政府の言論は、「主権者である国民の知る権利に応える活動でもあるが、国家が、国民の間で著しい意見の対立がある場合に、一方の意見のみを繰り返し伝えることには、少数者の思想・良心の自由の保障の観点からみて問題がある。」[69] と述べる。また、阪口正二郎教授は、「伝統的な表現の自由の問題が、政府が私人によって構成される言論市場に外側から『規制者（censor）』として介入する場面で生じる問題であるとすれば、政府言論の問題とは、政府が言論市場に対してみずからも『話し手（speaker）』として参加する場合の問題である。」（下線評者）[70] とし、私人と比べ国家（政府）は、人的・物的資源や情報量において大きな差があり、政府の有する正当性により信頼性が高いと評価される。それゆえ、「競争力において私人に対して圧倒的に優位な地位にある政府が言論市場に『話し手』として参入してくれば、それが言論市場を歪曲する効果はより深刻である。」[71] と述べる。そして、政府言論のグロテスクな表出例として、戦前の「大本営発表」や「臣民教育」を挙げているが、消極的政府言論である「政府が何かを話さないことは、しばしば政府が何かを話すことと同じくらい重要である。」[72] とする。

以上の立論は「常識論」とも思われるが、「政府言論の問題とは、政府が言論市場に対してみずからも『話し手（speaker）』として参加する場合の問題である」とする前提に対しては、以下の高橋和之教授からの問題提起がある。

68　同・前掲注（49）39 頁。松井茂記教授の教科書には「政府言論」の用語はなく、憲法 19 条の「特定の思想・良心の禁止ないし促進」という箇所で「政府広報」の問題として、「広報は、国民の税金によってまかなわれるものである以上、少数者の負担した税金で、少数者の支持しない意見を政府広報として流布させることには疑問の余地もあろう。」と述べている。前掲注（4）425 頁（2022 年の第 4 版では 403 頁）

69　市川正人『憲法』（新世社、2014 年）118 頁

70　阪口正二郎「表現の不自由と日本〈社会〉」奥平康弘＝樋口陽一『危機の憲法学』（弘文堂、2013 年）295 頁

71　同・前掲注（70）296 頁

72　同・前掲注（70）296 頁

（３）高橋和之教授の説示

桧垣教授の「政府言論による萎縮効果を防ぐために、政府言論について観点差別禁止原則以外の憲法上の制約原理を検討することが重要となる。」（76 頁）との立論に対し、著者は、「なぜヘイト・スピーチの問題を政府言論の問題として位置づけられなければならないのだろうか」と問い、「憲法第三章は『国民の権利及び義務』の章であり、憲法第二一条は表現の自由を定めている。諸個人の自由としての表現の自由の保障規定であり、政府言論を規律する規定ではない。政府言論を律するのは民主主義であり、権力分立であろう。」（77 頁）と述べる。評者には、この箇所が理解しづらかったが、高橋和之教授の以下の叙述に接して、何となく了解できたように思われる。

同教授は、「政府は、表現（言論）の自由の規制と援助により『言論市場』（公共言論空間）に介入する。しかし、政府が自らの『言論』により言論市場に介入することは、憲法上許されていない。言論市場は表現の自由の主体により構成される『空間』である。政府は、表現の自由の主体ではないから、言論市場に『参加』する資格は、憲法上ない。」（下線評者）[73]「政府言論と称されるものが、政府が自己の政策の正当化を言論空間に介入して行うことを含むとすれば、憲法の許容しないことといわざるをえない。」[74] と述べる。

政府言論の権限の法的根拠として、説明責任と政治に関する情報提供が挙げられる。しかし、高橋教授は、説明責任を果たすべき場は国会であり、言論空間ではないとする。また、「情報提供に名を借りて政策の正当化を行うことは許されない」と述べる[75]。観点「差別に合理性があるとされる限り、その法令を説明する政府言論も合憲ということになる。それは、決して、政府言論による観点差別が『表現の自由による統制』を適用されないからでも、免除されるからでもない」とし、注で「政府言論は表現の自由にいう『言論』ではなく、政府の行為であり、したがって言論空間における問題ではなく、政策執行の問題であり、言論空間への介入を規律する表現の自由による内容中立の要請は適用されない。政策執行を授権する法律の合憲性の問題なのであり、法律が観点差別を許

73　高橋和之『人権研究Ⅰ表現の自由』（有斐閣、2022 年）61・62 頁

74　同・前掲注(73) 63 頁

75　同・前掲注(73) 63 頁

容しており、それが合憲である限り、観点差別を執行することに問題はないのである」（下線評者）[76] と説明している。

著者のいうとおり、「政府言論を律するのは民主主義であり、権力分立であろう」。憲法 99 条は公務員の「憲法尊重擁護義務」を規定しており、「政策執行を授権する法律の合憲性」に問題があれば、公権力は、「規制」の場合のみならず、「政府言論」の場合も、違法性と損害が個別に認められれば国家賠償法 1 条の責任を問われることになろう。

七　終わりに

ジョン・ロールズの『正義論』の中に、「制度あるいは法律が実際に基本的自由を制限するのか、それともたんに統制するだけなのか」[77] という印象的なフレーズがある。それに模して言えば、ヘイトスピーチの規制は、確かにヘイトスピーチの自由を制限するものものではあるが、表現の自由との関係では社会の安全弁としての「統制」と評価すべきもので、「制限」と考えるべきではないということになる。いま、表現の自由の規制の限界ではなく、（マジョリティの）表現の自由の限界が問われているように思われる。

刑法学者の櫻庭総准教授は、ヘイトスピーチ規制と憲法上の表現の自由との関係について、「規制可能性を否定しない見解が多数である。しかし、いずれの見解も、処罰範囲の不明確性の問題については明確な回答をなしえていない状況にあるといってよい。そして、最大のハードルである明確性をクリアしようと、対象を明白な害悪に限定しようとするほどに、処罰範囲は現行法の可罰範囲に近づき、実効性に乏しくなるというジレンマに陥っている。」[78] と指摘している。しかし、これは克服すべき課題というべきであり、思考と実践を止める事由ではない。

言うまでもなく、憲法学（者）は、積極的に「差別とヘイトを擁護する」わけではなかろうが、「国連ヘイト・スピーチ戦略と行動計画」が述

76　同・前掲注(73) 64 頁。渋谷秀樹教授は教科書の中で、研究助成において「特定の研究を優遇することによって、他の研究は重要ではないというメッセージが発信されることになる。それが不当な差別的取扱いとなる場合には、平等原則違反の問題が生じる。」と述べている。前掲注(6) 438 頁

77　John Rawls『正義論改訂版』（川本隆司＝福間聡＝神島裕子訳）（紀伊國屋書店、2010 年）276 頁

78　櫻庭総「刑法における表現の自由の限界」・前掲注(59) 119 頁

べているように、結果において、「沈黙することは憎悪と不寛容に無関心のシグナルを送ること」になるのである（一）[79]。ヘイトスピーチの問題を考察すると、いじめ問題との相似を想起する。いじめは4層構造で行われているという。いじめっ子（加害者）、いじめられっ子（被害者）のほかに、その周囲に多くの観衆（いじめを見てはやしたている者たち）や傍観者（いじめに対して見て見ぬふりふりをきめ込んでいる者たち）が存在すること、結果的には観衆や傍観者も、いじめっ子と一緒にいじめの快感を味わうことになり、また被害者にしてみれば、クラス全員からいじめを受けているような絶望的な気持ちになることが指摘されている[80]。ヘイトスピーチの「被害者」からすれば、積極的「観衆」も消極的「傍観者」も同断なのである。自分が「観衆」ではないことに安住することは許されまい。「観衆」とともに「傍観者」も、（健全な）社会の（健全な）構成員として免責されるわけではない。「民族」一般に解消されない「個人の尊厳」が厳としてあるのである（六の２）。

本稿においては、本書のごくごく一部しか紹介できなかったが、「社会問題」に熱い視線があった学生時代に戻ったかのような感覚があり、法律学に止まらない、この問題の「全体像」に一歩近づけたとの思いがある。本書は、自分の立場（見解）を選択することからは「解放」してくれたが、思索・思考を続けることからは当然のことながら「解放」されそうにない。

本稿（上）に関する著者のブログ[81]を拝見した。後半での憲法上の論点について、「秦による厳しい批判を歓迎したい」と述べているが、残念

79　ニーチェは、『ツァラトゥストラ（上）』（筑摩書房、1993年）の中で、学者について「彼らは、万事につけて単なる傍観者にとどまろうと」する（吉沢伝三郎訳）と観察している（227頁）。

80　村尾泰弘＝廣井亮一編『よくわかる司法福祉』（ミネルヴァ書房、2004年）118頁（村尾泰弘執筆）。評者は、「北海道いじめの防止等に関する条例」の立法事実を検討したことがあるが（2016年）、そのときに学んだことである。前掲注(5) 335頁参照

81　https://maeda-akira.blogspot.com/2023/01/。併せて、拙稿「ヘイトスピーチに対する『公の施設』の利用制限」── 自治体のガイドラインに見る中央省庁の法解釈に対する過剰反応」『北海学園大学学園論集』186号・187号に対する「好意的」コメントをいただいていることにも感謝申し上げる。https://maeda-akira.blogspot.com/2022/12/blog-post_19.html

ながら力及ばずそこまでには至らなかった。ヘイトスピーチ規制は、特定の個人の権利・利益という個人的法益を守るためのものなのか、又は個人に還元できない社会的な利益を守るために規制するのか、はたまたその双方かという被侵害利益の議論も含めて、暫定的な「Book Review or Essay」ではなく体系的論文を遠からず公にしたいと考えている。