

ヘイト・スピーチと理論－日本の学説の整理と検討（1）

奈 須 祐 治

【目次】

はじめに

第1章 学説における論議

1. 規制積極説
2. 規制消極説（以上、本号）
3. 中間説

第2章 論点の整理と検討

1. 論点
2. 前提的問題
3. ヘイト・スピーチの内容
4. 規制に関する政策的配慮
5. ヘイト・スピーチの類型
6. 検討

おわりに

はじめに

周知のように、2000年代の終わり頃からヘイト・スピーチが過激化し、深刻な社会問題となってきた。これに対してヘイト・スピーチ解消法¹⁾をはじめとして、国、地方自治体において様々な対応がなされたことが広く報じられている²⁾。このような動きに伴って、法学の領域でも実に膨大な数の論文が公表された。これにより、ヘイト・スピーチに関する主要な論点は出揃ったように見える。

- 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年法律第68号）であるが、ここでは「ヘイト・スピーチ解消法」、又は単に「解消法」と称する。
- 2) 最新の動向の整理としてさしあたり、川西晶大「日本におけるヘイトスピーチ規制－ヘイトスピーチ解消法をめぐる」レファレンス807号51頁（2018）参照。

本稿はこうした動向を踏まえて、学説を振り返って論点の整理と検討を行うことを目的とする。既にヘイト・スピーチに関する学説を整理した複数の文献が公表されているが³⁾、近時急速に増え続ける論文を最新のものまで綿密にフォローし、体系的にまとめた論文はみられない。ここで改めて学説の整理と検討を行う意義は大きいだろう。

また、従来ヘイト・スピーチ規制の合憲性について規制消極説、中間説、規制積極説というような学説分類が行われてきたが、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人に向けたヘイト・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く、ある種のステレオタイプ化がなされるきらいがあった。さらに、専ら公共の場でのヘイト・スピーチの刑事規制の是非という論点をめぐる見解を軸に学説を分類することが多く、排外主義者による公の施設の利用やヘイト・スピーチを発した被用者に対する懲戒処分等の別の類型の問題への配慮が不十分であった。

近時のヘイト・スピーチの社会問題化に伴い、従来の学説分類を見直す必要が出てきたことも指摘できる。たとえば消極説と思われてきた多くの論者が、中間説にシフトしている現象がみられる⁴⁾。これは、マイノリティ集住地域を標的にした攻撃的なヘイト・デモ等、これまで想定されていなかった類型のヘイト・スピーチが現れてきたことから生じたものだろう。

さらに、近時の理論の進展を受けて、新たな論点が出さていることも見逃せない。たとえば後述するように、日本語訳もされたウォルドロン(Jeremy Waldron)の著作⁵⁾の刊行以来、人間の尊厳等の社会的法益が規制の論拠と

3) 日本の学説を分類するものとして、内野正幸『差別的表現』146-54頁以下(有斐閣、1990年)、市川正人『表現の自由の法理』55-57頁(日本評論社、2003)、小倉一志「インターネット上の差別的表現・ヘイトスピーチ」鈴木秀美=松井茂記=山口いつ子編『インターネットと法』158-60頁(有斐閣、2015)、拙稿「わが国におけるヘイト・スピーチの法規制の可能性—近年の排外主義運動の台頭を踏まえて」法学セミナー707号26-27頁(2013)等参照。

4) 前田朗はこれまでヘイト・スピーチ規制の合憲性を認めようとしないう憲法学に辛辣な批判を行ってきた。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』102頁以下(三一書房、2015)等参照。前田の主張には参考になる部分も多々あるが、本稿にみるように、典型的な規制消極説は憲法学説のなかで多数を占めるとはいえなくなっていると指摘できる。

5) JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH(2012)(邦訳、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))。

して挙げられるようになった。また、理念法と称されてきた解消法の役割と位置づけ、この法律をヘイト・デモの差止めの根拠として用いること等の是非に至っては、日本固有の問題として現れてきたもので、比較法の知見だけでは解答できないものである。これらの新たな論点に対して各論者がどのような見解を示したかを確認する必要がある。

本稿では1990年頃から現在までに公表された法学の領域の文献を考察の対象とする。主に憲法学の文献を扱うが、刑事法学者や実務家による論文も研究の対象に加える。当然のことながら、本稿はヘイト・スピーチに関するあらゆる論文を網羅的に紹介するものではなく、筆者の研究関心に沿って文献の取捨選択を行っている。

以下まず第1章で学説を紹介する。ここでは規制積極説、中間説、規制消極説に分けて紹介を行う。この分類は非常に雑駁としたもので、分析においてそれほど大きな意味は持たない便宜上のものである。特に不特定多数人に向けたヘイト・スピーチの規制に関して、反対する学説を消極説、厳格な条件を付して賛成する学説を中間説、そうした条件を付けずに賛成する学説を積極説と定義しておく。この章は少々冗長になるが、正確を期するために各説を詳しく描写している。

第2章では論点の整理を行う。この章では、筆者のこれまでの比較法研究の成果も活かしつつ複数の論点を列挙し、それに応じて学説を整理する。具体的には、①国家権力と自由の関係、立法事実の認識、違憲審査の方法論といった前提的問題、②害悪や価値等のヘイト・スピーチの内容に関する理解、③規制の濫用の危険性等の政策レベルの諸問題、④ヘイト・スピーチの類型化の可能性というように、論点ごとに既存の学説を整理していく。また、この章では筆者自身の考えも明確にしたい。

第1章 学説

1. 規制積極説

(1) 内野正幸

内野正幸は、これまで規制積極説の代表的論者と位置づけられてきた⁶⁾。内野は、「侮辱を自己目的とする差別表現」は、個人的人格の発達や民主政治にとって役立たない価値の低い表現なので、極めて強い理由がなくてもかなり説得力のある対抗利益があれば禁止できると論じる。そして、差別的表現のもたらす名誉感情の侵害から被差別者を守る必要性は、この対抗利益としての資格をもつので、被差別部落民集団に対する名誉侵害的言論を禁止できる⁷⁾と主張してきた⁸⁾。

そのうえで、「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」する行為を処罰する私案を提示している⁹⁾。内野は、「ことさらに侮辱する意図」を要件とすることにより、罪の範囲を厳しく限定したと主張する¹⁰⁾。内野によれば、こうした極めて悪質な差別表現には対抗言論の原則¹¹⁾が妥当し

-
- 6) いうまでもないが、ヘイト・スピーチに関する内野の代表的業績は内野・前掲註(3)である。
 - 7) 禁止できるという表現からわかるように、内野は政策論として規制すべきだと主張しているのではなく、憲法論として規制が可能だといっているにすぎない。この点につき、「〈座談会〉「差別的表現」は法的に規制すべきか」法律時報64巻9号28頁(1992)〔内野発言〕参照。
 - 8) 内野・前掲註(3)160-61頁。差別的表現が価値の低い言論であるという点については、同上18-19頁も参照。内野は、社会的名誉ではなく名誉感情が差別的表現規制立法による保護に値すると論じる。同上156-58頁。法益については、社会的法益ではなく個人的法益が保護に値するとされる。同上157頁参照。なお、内野は差別的表現を禁止する根拠として、表現者の差別意識の解消といった抽象的な事由を掲げることには反対する。同上161-62頁参照。
 - 9) 同上168頁。私案では集団だけではなく個人に向けられたものも処罰の対象にしており、個人に対するものはより重く処罰すべきだという。この罪はマイノリティ個人、又はその団体による告訴を待つものとされる。同上172-73頁参照。また、内野は「被差別者集団の中のある者の名誉感情が害される実際の危険が生じたこと」をこの罪の要件とすべきであると論じる。ただし、名誉感情が実際に害されたことの証明までは求めていない。同上159頁参照。
 - 10) 同上171-72頁参照。内野は私案の規制範囲はかなり狭く、表現の自由に大きな比重を置くアメリカ的な立場に立つものだと説明している。同上175頁参照。ちなみに、内野は障害者や女性等の他の集団は人種差別撤廃条約がカバーしていないことを踏まえて意図的に保護の対象から外したという。同上174-75頁参照。ただし別の箇所では、女性についてはことさらに女性を侮辱する意図をもって表現は規制しないと述べている。同上215-16頁参照。また、女性差別的表現として性格つけられることのあるポルノについても、暴力的なものは明確な基準を定めたうえで規制可能であるとする。さらに非暴力的なものでも、「とくにどぎついの」に限って法規制は可能であると論じている。同上218-19頁参照。
 - 11) 対抗言論について掘り下げた議論として、同上10頁、内野正幸『表現・教育・宗教と人権』26-28頁(弘文堂、2010年)、同『人権の精神と差別・貧困—憲法にてらして考える』190-91頁(明石書店、2012)、同『人権のオモテとウラ—不利な立場の人々の視点』206-8頁(明石書店、1992)参照。

ない¹²⁾。

このほか、内野は集団全体に向けられた差別的表現に対する民事救済は原則として困難であるとしつつ、継続的になされた表現行為に対して事後的な差止請求を行うことは憲法上許容されるとみる。さらに、簡易で迅速な行政上の救済手段を設けることも積極的に検討されるべきだとされる¹³⁾。

内野はまた、表現媒体や表現の場所等の面で限定された文脈におけるヘイト・スピーチの制約を認めている。第1に、テレビ放送は新聞の場合よりも公器性が強く、そもそも表現内容規制をある程度まで正当化できるので、個人攻撃的でない差別的表現に対してまで法的規制を及ぼすことが合憲とされる余地があるとする¹⁴⁾。

第2に、私人や国家が表現の場所を提供する場合、そこで制約を受ける表現の自由を「半人権」と性格づける¹⁵⁾。そのため、私人であるマスコミが表現場所の提供者である場合、マスコミが番組出演者や投書の投稿者の差別発言の削除を行っても、削除された側は損害賠償を得ることはできないことになる。国家が自ら発行する広報誌や、公共施設の掲示版における表現行為を制約する場合も同様に理解できるという¹⁶⁾。さらに、国公私立の大学や高校の財政援助を受けた、学生、生徒が編集、発行する定期刊行物についても、そこで差別表現を含む原稿が公表された場合に、次号でお詫びを掲載しない限り財政援助を打ち切る措置をとることも許されると述べる¹⁷⁾。

12) 同上『差別的表現』164-65頁。法的規制よりも教育が必要だとする議論に対しては、刑事立法の教育的機能の意義を主張して反論している。同上166頁参照。以上のような内野の学説は憲法学の中では明確に規制積極論に位置づけられるが、内野はかねてから自身の学説を中間説、または厳しい条件のついた合憲説と呼んできた。同上『人権のオモテとウラ』200頁参照。内野正幸「ヘイトスピーチ」法学教室403号64頁(2014)も参照。

13) 同上『差別的表現』165頁参照。

14) 内野・前掲註(11)『表現・教育・宗教と人権』39頁参照。

15) 同上40-42頁参照。

16) 国の一機関、たとえば法務局がある表現を差別文書であると認定して何らかの対応を行うことは許されるとされる。内野・前掲註(3)11頁参照。

17) 以上に関連して、内野は、国公立図書館が自主的にある図書館の差別性を認定して閲覧制限等の措置をとることは、一定の合理的理由があり、かつ図書館以外の行政機関の業務命令に基づいてなされたものでない限り、憲法上の問題はないと考える。同上12頁、内野・前掲註(11)『人権のオモテとウラ』226-29頁参照。

第3に、雇用者が差別的表現行為を理由に、職員に懲戒その他の不利益を課すことも場合によっては許されるという。ただ、人権問題とほとんど関係のない仕事を職業としている者が、職場外で行った差別表現について、雇用者が不利益を課すことはできないとも述べている¹⁸⁾。

第4に、内野は、大阪府部落差別事象に係る調査等の規制等に関する条例で規制されている類の、興信所による部落差別を助長する調査、報告等の行為の規制は、部落の人々のプライバシー保護を援用することで正当化できると主張する¹⁹⁾。関連して、部落地名総鑑の発行は、部落差別を助長する明白な意図をもった行為であり、一定の法的規制も許されると論じる²⁰⁾。

ところで、内野は2010年に公表した著作においては、「公民館の集会室などにおける一般住民の表現行為については、公民館側は公物管理権に基づいて表現規制を行うことはできないであろう」と述べていた²¹⁾。ところが、2014年の論文では、「公民館運営などの立場から、主張の内容(意見)の点で適切でない利用希望者に対しては利用を拒否する、ということが許されうるかもしれない」という立場に転じている。これについて内野は、自治体が排外主義団体に便宜を図っているという印象を与えてはならないという配慮をしたり、自身が掲げる多民族共生の方針と相容れないという点を主張したりしうると説明している²²⁾。

以上のように内野は一定の規制を合憲とみなすが、内野はもともと表現の自由を尊重する論者でもある。内野は当初から、「反体制的な言論にも自由を与えることこそ、自由主義の真髄」と述べ、闘う民主主義の思想に立脚して差別的表現規制を正当化することはできないと論じていた。また、人種差別撤廃条約4条(a)・(b)が求める規制はいきすぎた厳しいものであり、そこに留保を付した日本政府の態度は賢明だったと評している²³⁾。一

18) 内野・前掲註(11)『表現・教育・宗教と人権』42-43頁参照。

19) 内野・前掲註(11)『人権のオモテとウラ』202-3頁、同・前掲註(3)136頁参照。

20) 同上『人権のオモテとウラ』211頁参照。

21) 内野・前掲註(11)『表現・教育・宗教と人権』41頁参照。

22) 内野・前掲註(12)62-63頁参照。

23) 内野・前掲註(11)『表現・教育・宗教と人権』36頁、同・前掲註(3)29頁、176-77頁参照。また同上61-62頁参照(特に人種優越思想の表明と流布の規制を問題視し、学問の自由の侵害のおそれも指摘する)。

昔前の『ちびくろサンボ』絶版問題をめぐっては、同書が内容的に望ましくないというだけで国家が出版を規制することは許されず、黒人の名誉感情等の利益を侵害するという根拠で規制を正当化することもできないと論じていた²⁴⁾。さらに、最近の内野は積極的に規制を唱えることはしておらず、むしろ規制に消極的な言い回しを用いるようになっている²⁵⁾。

とはいえ、ヘイト・スピーチが社会問題化して以降の論稿において、内野は『差別的表現』で展開した従来の学説を明示的に変更することはせず、かつての私案を撤回することもしなかった。むしろ、不特定人に向けたヘイト・スピーチを、それによって被害や犠牲を受ける人々の保護を目的として規制しようとする主張を改めて展開している。また、ヘイト・スピーチ解消法によって実際になされたことであるが、「人種的マイノリティ集団への侮辱は良くないことである、という考えを立法化する案もありうる」とも述べていた。さらに、悪質なヘイト・スピーチが問題となっている自治体で、規制のための条例が作られることも考えられてよいと論じていた²⁶⁾。

(2) 棟居快行

もう1人の代表的な規制積極論者である棟居は、規制消極説の挙げる論拠に反論を加える。棟居は、差別的表現の定義が曖昧だとする議論に対して、憲法14条1項後段列举事由に関するマイノリティ集団ないし個人の誹謗だけに対象を絞れば、定義の曖昧さはクリアできるという。そして、「相手方

24) 内野・前掲註(11)『人権のオモテとウラ』218頁参照。同上『差別的表現』174頁も参照。

25) 内野・前掲註(11)『表現・教育・宗教と人権』29-30頁、同・前掲註(11)『人権の精神と差別・貧困』175頁参照。

26) 内野・前掲註(12)64頁参照。さらに同所では、内野は、インターネット上のヘイト・スピーチに対処するため、いわゆるプロバイダ責任制限法4条の規定を改正し、侮辱を受けたマイノリティ集団に属する者が発信者情報の開示を請求できるようにする法改正も考えられるという。この問題は最近大阪府で議論された。大阪府ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪府としてとりうる方策について(答申)」2018年1月17日〈<http://www.city.osaka.lg.jp/hodoshiryō/cmsfiles/contents/0000422/422181/tousinzennbun5.pdf>〉参照。

の反論が意味をなさなくなるような誹謗」は、少なくとも規制の対象にできると論じる。このような誹謗は発言者自身が思想の自由市場を破壊しているし、一部のマイノリティは誹謗に沈黙を強いられるからである²⁷⁾。

集団の名誉を害する表現を個人の名誉毀損と同列に扱えないという主張に対しては、次のように反論する。「集団への誹謗は、その集団に属する特定個人にとっては、自分が当該集団に属するというアイデンティティの持続を困難にするものである。たとえ出自を世間的には隠していても、自分のなかでは自分を規定するアイデンティティとして保持されているはずであるのに、当該出自などが誹謗されると、自分を自分たらしめつづけることが困難になる」²⁸⁾。

差別的表現に関しても対抗言論の原則を維持すべきとする主張に対しては、14条後段列挙の事項は当人の自由意思とは無関係に負わされた属性だから、「もともと対抗言論の法理がストレートに当てはまる場面ではない」と論じる。「マイノリティが自分で反論してマジョリティの差別感情をはねのける、というのはナンセンスであり、「偏見で凝り固まったマジョリティの側に、反論に耳を貸す可能性があるかは大いに疑問である」²⁹⁾。

平等の実現のためには不平等な取扱そのものの禁止によって対応すべきとする議論については、差別的表現規制は平等保障を究極の目的とはいえ、それを直接に目指すものとみなすべきではないと応える。差別的表現規制の直接の目的は、差別の解消ではなく名誉権類似の人格権的利益の侵害を防ぐことなのである。この利益は、「個人が消し去れない属性……において、むしろプライドをもって自分を自分として確立し、アイデンティティを保持しようということにおける利益」と定義される。「差別的表現は、このように個人の尊厳に結びついた重要な人格的利益を揺るがし、しかも当人が有効に反論することが前述のように困難なのであるから、法的規制が許される」のである³⁰⁾。

27) 棟居快行「差別的表現」高橋和之=大石真編『憲法の争点』[第3版]104-5頁(有斐閣,1999)参照。

28) 同上105頁参照。

29) 同上参照。

30) 同上参照。

(3) 江橋崇

江橋も従来から規制積極論者と位置づけられてきた。江橋は人種差別撤廃条約4条の言論規制を6つに整理する。①人種の優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、②人種差別の煽動、③特定の少数者集団に対する暴力行為の煽動、④人種差別を助長し煽動する団体の活動、⑤人種差別を助長し煽動する組織的団体及びその他の宣伝活動、⑥人種差別を助長し煽動する団体又は活動への参加である³¹⁾。江橋は、これらの類型を踏まえて規制のあり方を検討している。

江橋はまず、1986年8月5日に公表された総務庁の地域改善対策協議会基本問題検討部会報告を批判する。江橋は、同報告書が差別的表現には刑罰ではなく啓発によって対応すべきとしたことに対し、世界的には刑罰と啓発のコンビネーションで総合的な施策を追求するのが主流だと反論する。また、その報告書が差別感の潜在化の危険や免責感の発生を説いたり、量刑の限界を唱えたりする部分に対しては、刑罰の教育的機能を強調したうえで、報告書の論理が国際社会の常識とかけ離れていることを指摘する。報告書が特定個人に対する差別的表現については現行の名誉毀損法で十分とする点には、現行法はそのように機能していないと批判する。そして、「より一般的な差別的表現を規制するのは困難でもあるし妥当でもない」とする報告書の主張に対しては、「途方もないという印象が拭えない」、「これでは、人種差別撤廃条約の批准などはどうていおぼつかない」と特に強く批判している³²⁾。

江橋は「人間の表現行為がもたらす害悪については対抗的な表現行為を通じて対処するという言論の自由市場の基本ルール」や、言論抑圧の歴史を踏まえた「表現の自由のある種の弱さ」を強調しつつも、「言論には言論をという原則には、表現の機会への平等なアクセスの確保という前提があり」、「表現行為が、他者との間に立場の互換性のない非対称的な関係を成立

31) 江橋崇「表現の自由と差別的表現行為」日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』267頁(日本新聞協会、1990)参照。

32) 同上270-71頁参照。

させるようなときには、言論には言論をという原則は前提を欠いた不当な議論になってしまう」と主張する³³⁾。非対称的な関係でなされる差別的表現には言論で反撃できないことがあり、法規制による調整が不可避になるのである³⁴⁾。

具体的な規制のあり方として、江橋は概ね次のように論じる。行政的規制、刑事規制、民事救済のいずれがよいかということではなく、これらの組み合わせが大事である。行政的規制、刑事規制は広く公益を実現するのに有効であり、差別的表現が広範囲に及ぶときには適切である。逆に民事救済は下からの問題解決の方法であり、差別的表現が特定個人や小集団に向けられたときには有効である。刑事規制は劇薬であること等を考えると、啓発や人権教育、他の救済措置と関連させ、それらを背後から支えるように用いるのが望ましい。表現の自由の脆さを踏まえると、事前抑制は特定の個人や小集団に向けられた名誉毀損に類する場合を除いては禁止されていると考えるべきである³⁵⁾。

以上の考えを基礎に、江橋は上記の人種差別撤廃条約4条の規制類型のうち②と⑤に含まれる集団的名誉毀損・侮辱を処罰する罪を設けるのが適切な立法措置であるという。他方で、③の暴力行為の煽動を侮辱にあたらぬ場合にまで広げるのは問題であり、④・⑥の結社の規制や①のレイシズムの宣伝、流布の規制についてはそれ以上に問題であると述べる。江橋は、これらの場合には啓発、教育を主とすべきで、刑事法を制定する場合には啓発の効果があがって市民の間でレイシズムの宣伝を有害とみなす等の確信が共有されるまで執行を延期すべきだと論じるのである³⁶⁾。

(4) 桧垣伸次

最近の代表的な規制積極論者として、桧垣伸次を挙げることができる。桧垣は日本における規制の合憲性を論じる前に、アメリカ憲法学の議論の

33) この点につき詳しくは、座談会・前掲註(7)24-28頁の江橋発言を参照。

34) 江橋・前掲註(31)274頁参照。

35) 同上274-76頁参照。

36) 同上276頁参照。座談会・前掲註(7)29頁以下では、人種差別撤廃条約4条の規制類型について特に区別をせずに、啓発期間として30年くらいが必要だと述べている。

分析を通じて以下のような議論を提示している。すなわち、①批判的人種理論、特にそこで主張される「無自覚性」の概念を踏まえ、マイノリティの視点からヘイト・スピーチの害悪を捉えるべきであること³⁷⁾、②ヘイト・クライムは犯罪行為と独立した動機をイデオロギー的に中立ではない方法で罰する側面があることに鑑みて、ヘイト・スピーチの規制と同様に規制の目的、範囲等を緻密に検討する必要があること³⁸⁾、③アメリカ連邦最高裁のとりる範疇化アプローチを基本的に支持しつつ、最近の最高裁が保護されない表現範疇のリストに新たな範疇を加えることに過度に消極的である点を批判的にみるべきこと³⁹⁾、④言論の自由の価値として思想の自由市場論や自律理論には周縁の価値しかなく自己統治の価値を基礎に据えるべきであるが、公的言説に絶対の保護が与えられるわけではなく、人間の尊厳や平等を含む他の価値との衡量が必要であること⁴⁰⁾である。

以上の主張を前提に、松垣は日本における規制について検討する。松垣はまずウォルドロンやヘイマン (Steven J. Heyman) 等の学説を基本的に受け入れ、次のように論じる。ヘイト・スピーチはマイノリティを平等な市民と認めることを拒絶し、個人や集団の差異についての「承認としての尊厳」を傷つける。表現の自由は民主主義社会において非常に重要であるが、ヘイト・スピーチはその前提を崩すものである。それゆえ、ヘイト・スピーチの規制は政治的正統性を損なうものではなく、憲法上正当化できる⁴¹⁾。このような立場を前提にして、松垣は、京都朝鮮学校事件⁴²⁾で問題になったような表現行為は不特定人に向けられた場合でも規制できると明言

37) 松垣伸次『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察』43-58頁 (法律文化社、2017) 参照。「無自覚性」とはtransparencyの訳語で、特権集団が自らの人種の属性のもたらす特権について認識しないことを意味する。同上49-50, 124-26, 136頁参照。なお、批判的人種理論が日本の憲法学説にとって有する意義については、同上136-37頁も参照。

38) 同上73-89頁参照。ヘイト・スピーチの場合と同様に行為の害悪を歴史的な脈に即して検討し、規制範囲を厳格に限定すればヘイト・クライム規制も合憲とされるという。同上89頁註148参照。

39) 同上158頁参照。

40) 同上182-207頁参照。

41) 同上211-12頁参照。

42) 京都地判平 25・10・7 判時2208号74頁、大阪高判平23・10・28 判時2232号34頁、最1小決平24・2・23 Westlaw Japan文献番号2014WLJPCA12096002参照。

する。「日本における差別の実態、歴史等に鑑みると、このような表現行為は、まさに、マイノリティを平等な市民と認識することを拒絶する—すなわち、マイノリティの尊厳を傷つける—表現行為であるからである」⁴³⁾。

松垣は、「既存の法よりも広い範囲の規制—すなわち、人種などの一定の集団に属する者全体に向けられたヘイト・スピーチ規制」が憲法上正当化できるというだけで、憲法上許容される規制の具体的な範囲については述べていない。ただ、松垣は以下のように、規制範囲を明確化するにあたっての指針を提供している。まず、ヘイト・スピーチが歴史的な支配・従属関係を強化するものであることを踏まえ、歴史的な文脈に鑑みてヘイト・スピーチの害悪を緻密に分析する必要がある。また、規制消極論と積極論の間に存する現状認識の差異を埋めるためにも、実証的な研究が求められる。さらに、ヘイト・スピーチが侵害する法益が多様であることから、ヘイト・スピーチの害悪を類型化したうえで規制範囲を明確化すべきである⁴⁴⁾。

なお、松垣は理念法と性格づけられるヘイト・スピーチ解消法に大きな意義があることを認める。ただ、松垣が、同法2条に定義された言論を直ちに表現の自由保障の範囲外とすべきでないとする等、表現の自由に配慮した慎重な姿勢を示していることに注意を要する⁴⁵⁾。また、松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⁴⁶⁾。

(5) 師岡康子

規制積極論をリードしている弁護士の師岡康子は、ヘイト・スピーチの広範な規制を主張してきた。師岡は、ヘイト・スピーチは、①規制に値するほど有害で、②表現の自由の価値が低く、③その規制において線引きを行うことは可能であると論じる。さらに、④規制が逆効果になる、規制が濫用されるといった議論に反論を加える。そして、師岡は、⑤刑事規制、

43) 同上224-25頁参照。

44) 同上225-28頁参照。

45) 同上219-20頁参照。

46) 同上224頁参照。

民事救済を含む様々な具体的対応策を提案している。

まず①について確認する。師岡によれば、ヘイト・スピーチは「マイノリティの尊厳を傷つけ、平等権を侵害し、黙らせ、差別と暴力を社会に蔓延させ、他民族虐殺や戦争に導くという深刻な害悪」をもたらす。暴力行為が発生する差し迫った危険があるときに規制を限定すべきとの主張に対しては、ヘイト・スピーチは暴力行為を直接煽動するものでなくとも、差別を煽動することで差別を蔓延させ、後にマイノリティに対する暴力を導く危険性があると反論する⁴⁷⁾。このような害悪は、集団に向けられているからといって希釈化するものではない。マイノリティにとって民族等の属性はアイデンティティの核心を占めることが多く、当該属性に向けられた言葉の暴力は集団を標的にする場合でも、その集団に属する各人の存在価値を否定するメッセージを発するからである⁴⁸⁾。

また、こうした害悪に対抗言論で応じることは難しい。「そもそもヘイト・スピーチは、平等な社会の構成員の誰もが議論に参加して議論により解決するという対抗言論の前提を破壊する」。政治的、経済的、社会的に不利な立場に置かれたマイノリティの発言力は不当に低く抑えられており、発言の機会も少なく論戦において圧倒的に不利である。ヘイト・スピーチと向き合ったマイノリティは、「深く傷つけられ、言葉を失うことが多く、その苦痛を乗り越えて議論に参加することは容易ではない」。マジョリティの一部による対抗言論を期待する者もあるが、マイノリティ自身が平等な議論の主体として参加する条件が整っていなければ、マイノリティを一段低い位置に固定してしまうおそれがある⁴⁹⁾。

②の点に関する議論は次のように要約できる。表現の自由の自己実現の価値を援用して、ヘイト・スピーチの保護を導くことはできない。マイノリティ集住地域で「害虫を駆除せよ」等と叫ぶ行為は表現者の人格形成に

47) 師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』150-52頁(岩波書店, 2013) 参照。

48) 同上156-57頁参照。

49) 同上159-60頁参照。師岡は、排外主義者のデモに対するカウンター・デモに期待することには限界があるとも主張する。これについて師岡は、排外主義者のデモが合法である限り実力行使でそれを阻止すれば違法になってしまうこと、実力行使なしにそれを止めようとすればかなりの人数の動員が必要になること、警察も合法的なデモである限りそれを守ろうとし、取り囲む側を弾圧することになること等を指摘している。同上166-68頁参照。

資するとはいえない。ヘイト・スピーチはマイノリティに沈黙を強い、自己実現の機会を奪い、ときには自死という究極の自己否定に追いやる。自己実現の価値は、そもそも他者の自己実現を否定しない限度で認められるものである。自己統治の価値もヘイト・スピーチを正当化しない。ヘイト・スピーチは被差別集団を黙らせ、社会から排除することを目的とする。マイノリティの表現活動を保障し、意見の多様性を確保することは民主主義の過程において最も重要である。社会に差別、憎悪等を蔓延させるヘイト・スピーチは、民主主義社会の基盤そのものを掘り崩し、歴史の発展を後退させる。政治課題に関する真摯な意見表明は規制対象から除外すべきであるが、マイノリティを差別し、傷つけ、排除することを目的とする言論を放置すべきでない⁵⁰⁾。

③の点については、師岡は次のように論じる。どのような表現規制にも萎縮効果が伴うが、それを承知で多くの言論が規制されている。ヘイト・スピーチも深刻な法益侵害をもたらす以上、萎縮効果を最小限にする工夫をしつつ規制する方法を探るべきである。規制範囲の明確性については、他国の規制や国際人権基準において様々な努力がなされており、ここから学ぶことができる。そもそも侮辱罪等の既存の罪の構成要件はそれほど明確でないのに、ヘイト・スピーチに関してのみ明確性を過度に求めるのは、マイノリティが受ける心身への傷を軽視するものである⁵¹⁾。

④に関して、師岡はまずヘイト・スピーチが潜在化する危険性について、次のような反論を行う。この議論は表現の自由を社会防衛機能の観点から捉え、ヘイト・スピーチの犠牲者が言葉の暴力のサンドバックになることを耐えろというに等しい。公然たるヘイト・スピーチが減少すれば実害が減るといえる。現時点で排外主義者が暴力に走っていないという認識が誤っており、ヘイト・スピーチだけではなく、ヘイト・クライムの規制も必要である。ヘイト・スピーチを放置したことにより、偏見を蔓延させ、暴力や殺人を起こしてきた歴史を直視すべきである⁵²⁾。

50) 同上152-55頁参照。

51) 同上155-56頁参照。

52) 同上161-62頁参照。

規制の濫用のおそれについては以下のように論じる。この問題は国際的に共通の問題であるが、濫用の危険性があるというだけで現実の切迫した法益侵害を放置するというのは極論である。そもそもすべての法規定には濫用のおそれがあるが、だからといってそれらを削除すべきということにはならない。ヘイト・スピーチの規制は必要がある以上実施すべきであり、濫用を最小限に防ぐ工夫をすべきである⁵³⁾。

⑤について、師岡はまず現行法による対処には限界があるという認識から出発し、次のように論じる。現在の法制では特定人に対するヘイト・スピーチに対する救済措置すら十分でなく、まして不特定人に向けたものについては原則として対応が困難である⁵⁴⁾。現行法上も公職者によるヘイト・スピーチについて懲戒処分等の一定の措置を講ずることはでき、排外主義者による公の施設の利用拒否の場面でも、人種差別撤廃条約を解釈基準としたり、直接または間接にそれを適用したりすることで、対応が可能ではある⁵⁵⁾。しかし、これらの措置は限定的なものである。ヘイト・スピーチ被害の救済にあたって、包括的な基盤整備がまず必要である。具体的には、国際人権基準に照らし、差別に関する実態調査の実施、マイノリティの権利に関する基本法の制定、差別禁止法の制定、人権教育の充実、個人通報制度の導入等が求められる⁵⁶⁾。

具体的なヘイト・スピーチの規制案について、師岡はまず、規制の濫用を防止するため、マイノリティを標的にするものに限定して規制することを提唱している。また、規制で保護される法益としては、個人の尊厳、平等権等の個人的法益と、平和的な諸民族間の友好関係という社会的法益の両方を挙げている。さらに、具体的な規制条項は刑事法ではなく差別禁止法の中に挿入すべきだとされる⁵⁷⁾。

次に、師岡は個々のヘイト・スピーチの類型ごとに規制のあり方を検討する。第1に、ジェノサイドの煽動は最も悪質であるから、刑事規制をす

53) 同上164-66頁参照。濫用防止のための具体案として、同上168-69頁参照。

54) 同上172-73頁参照。

55) 同上174-85頁参照。

56) 同上185-208頁参照。

57) 同上209-10頁参照。

べきだと論じる。それ以外のヘイト・スピーチについては、まず公務員によるもの限定して刑事規制しつつ、民間人によるものは「人種的マイノリティを傷つけることを目的として公然と行うようなとりわけ悪質なもの」に限定して刑事規制の対象にすることも考えられるという。一方、法執行機関をあまり信頼できず、実態調査を先行させるべきなので、まず差別禁止法の中でヘイト・スピーチに対する民事救済を図っていくことから始めることもありうると述べている⁵⁸⁾。

ヘイト・スピーチ解消法に対する師岡の評価も確認しておこう。師岡は、解消法の問題点として、人種差別一般ではなくヘイト・スピーチに特化した理念法であるにすぎないこと、適法居住要件が置かれていること、国による基本方針策定と国会への報告義務、差別禁止条項、インターネット対策、実態調査の義務等、必要な規定を欠いていることを指摘する。一方で、師岡は解消法を日本初の反人種差別法であり、国が建前として反差別の立場に立ち、反差別が国と社会の標準となったことの意義は大きいと考える。また、解消法制定以降、桜本のデモ差止め事件⁵⁹⁾にみるように、ヘイト・スピーチが不法行為に該当すると主張する側の立証負担が軽減したこと、警察を含む法執行機関がヘイト・スピーチに厳格な態度を示すようになったこと等の現実的な効果がみられると述べている⁶⁰⁾。師岡の解消法に対する評価は概して高いといえよう⁶¹⁾。

このほか、師岡は排外主義者による公の施設の利用を拒否できる場合があると論じている。この場面では、師岡はとりわけ人種差別撤廃条約2条1項(b)⁶²⁾を強調する。師岡は、排外主義者に対する施設の貸与が同条にい

58) 同上210-12頁参照。

59) 横浜地川崎支決平28・6・2判時2296号14頁参照。

60) 師岡康子「ヘイトスピーチの法規制をめぐる情勢について」自治研作業委員会報告『自治体から発信する人権政策－ヘイトスピーチを含むすべての人種差別の撤廃に向けて』50-53頁(2016)〈http://www.jichiro.gr.jp/jichiken_kako/sagyouiinnkai/36-jinkenseisaku/contents.htm〉、同「差別の撤廃に向けて－ヘイトスピーチ解消法成立の意義と今後の課題」世界2016年8月号219-23頁参照。

61) 師岡は同上『世界』掲載論文で、解消法施行以降の、ヘイトスピーチ解消に向けたロードマップを示している。同上224-25頁参照。

62) 同条は次のように規定する。「各締約国は、いかなる個人または団体による人種差別も後援せず、擁護せずまたは支持しないことを約束する。」

う人種差別の後援等にあたるとして、現行法においても施設利用の拒否を正当化できるという⁶³⁾。師岡はまた、この文脈でヘイト・スピーチ解消法4条2項を援用している⁶⁴⁾。なお、後で紹介する一部学説にみられるように、公園等の開放型施設では利用拒否を認めるが、公民館等の閉鎖型施設では認めないとする見解もありうるが、師岡は閉鎖型でもヘイト集会名が施設に掲示されたり、集会の様子がネット中継されたりすることで、集会当日の施設利用者以外にも被害が及ぶと論じ、このような分類を否定する⁶⁵⁾。

こうした観点から、師岡は川崎市が公表した公の施設の利用に関するガイドラインを高く評価しているが、同ガイドラインが掲げた「迷惑要件」は、他者による妨害行為による物理的衝突の危険性という異なった文脈の害悪を問題にした泉佐野市民会館事件判決⁶⁶⁾を参照することで導入されたと評価する⁶⁷⁾。そして、マイノリティへの被害が問題になる排外主義者の集会に関してはこの要件は不要であり、これを削除すべきだと論じている⁶⁸⁾。

63) 師岡・前掲註(47) 183-84頁参照(同条を単独の根拠とするのではなく、それを各施設の条例の解釈指針とすることで利用拒否を行う可能性を指摘する)。師岡康子「川崎市によるヘイトスピーチへの取組みについて—公共施設利用ガイドラインを中心に」法学セミナー757号36頁(2018)も参照(「公共施設で行われる場合、マイノリティから見れば公的機関すら自分たちの尊厳と安全を守らないとの絶望をもたらし、マジョリティから見れば、公的施設で行われた集会ということで信頼性が高くなり、煽動効果が質的に異なる」とする)。

64) 同上「川崎市によるヘイトスピーチへの取組みについて」35頁参照。4条2項は次のように規定する。「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。」

65) 同上36頁参照。

66) 最3小判平7・3・7民集49巻3号687頁。

67) 「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に基づく「公の施設」利用許可に関するガイドライン」(<http://www.city.kawasaki.jp/templates/pubcom/cmsfiles/contents/0000088/88441/gaidoraimn.pdf>)参照。川崎市のガイドラインは、「警告」、「条件付き許可」、「不許可」、「許可の取消し」の4種の措置を設ける。そして、「当該施設利用において、不当な差別的言動の行われるおそれが客観的な事実を照らして具体的に認められる場合(言動要件)」と「その者等に施設を利用させると他の利用者に著しく迷惑を及ぼす危険のあることが客観的な事実を照らして明白な場合(迷惑要件)」という2つの要件を設け、「不許可」、「許可の取消し」の処分については両方の要件の充足を求めている。同上3-6頁参照。

68) 師岡・前掲註(63) 35-36頁参照。

(6) 金尚均

師岡と同様に以前から規制積極論を提唱してきたのが刑法学者の金である。金の議論の要諦は次のようなものである。ヘイト・スピーチは標的となるマイノリティを二級市民に貶め、その社会的地位を格下げする。それによって、マイノリティ集団に属する個々人の尊厳が損なわれ、社会的評価が毀損され、自尊が奪われる⁶⁹⁾。

金によれば、このようなヘイト・スピーチによる地位の格下げは、民主主義社会にとって脅威である。民主主義社会においては、個々の市民が社会を構成する主体となるべきである。そのためには対等かつ平等な社会の構成員として、個々人が社会に参加することが保障されなければならない。ヘイト・スピーチはこのような参加を阻害する社会侵害的な行為であり、社会的法益を害するものである⁷⁰⁾。さらに、金は、ヘイト・スピーチの害悪はそれにとどまらず、マイノリティへの暴力を正当化する社会的環境を醸成し、果てには民族虐殺等をも導き、社会を破壊すると論じる⁷¹⁾。

以上を踏まえ、金は以下のようなヘイト・スピーチを規制の対象にすることを提案する。①特定の属性によって特徴づけられる集団、又はこれに属することを理由に個人を標的対象にし、②公然と、③(特定・不特定を問わず)多数人に認識させるのに可能な態様、又は方法で、④一度の表現行為による認識可能な範囲が広範で、かつ伝播可能性がきわめて高い手段を用いて、⑤差別煽動目的でなされる、⑥きわめて攻撃的、脅迫的若しくは侮辱的又は反復的な態様での表現行為、又は⑦集団に対する誹謗若しくは中傷又は社会的排除若しくは暴力の扇動である⁷²⁾。

69) 金尚均『差別表現の法的規制—排除社会へのプレリユードとしてのヘイト・スピーチ』44-51頁(法律文化社, 2017) 参照。金は、各人が個人として尊重されるべきことは当然だが、それに加えて人種、民族等の集団的属性が各人の人格の一部を構成しているという指摘も行なっている。同上13-14頁参照。なお、金はヘイト・スピーチが標的集団に属する者を人間として承認しないメッセージを発することから、単に名誉を毀損するだけでなく名誉の保護の前提となる人間の尊厳を損なうのだと説明している。そのため、ヘイト・スピーチは名誉毀損罪よりも罪責が重いものとして扱われる。同上247-48頁参照。

70) 同上15, 23, 132頁参照。

71) 同上133頁参照。

72) 同上153頁参照。金はまた、ホロコーストの否定のような歴史的事実を否定する言論も、被害集団の社会的平等を侵害するものであると主張している。同上190-91頁参照。

金はこの提案に沿って、ヘイト・スピーチ解消法を改正して次のような条文を設けることを提唱している⁷³⁾。

第〇条 (人種差別及び排除扇動の禁止)

「人種差別撤廃条約の趣旨に反して、公然と、広く公共に対して認識可能な態様で、民族、世系又は出自等の属性を共通する集団に対して、その属性を理由に、差別的意識を助長し又は誘発する目的で、その生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加える旨を告知し、又は著しく侮蔑して、地域社会から排除することを扇動してはいけない。

(2) 公然と、広く公共に対して認識可能な態様で、言葉、文書、画像、拳動、行動又は他の方法を用いて、上記に示した集団に対して、その属性を理由に、誹謗又は侮蔑してはいけない。」

第〇条 (属性を理由とする侮辱の処罰)

「人種差別撤廃条約の趣旨に反して、公然と、民族、世系又は出自等の属性を理由に、人に対して、生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加える旨を告知し又は侮蔑した者は、〇〇年以下の自由刑に処する。人種差別撤廃条約の趣旨に反して公然と、広く公共に対して認識可能な態様で、言葉、文書、画像、拳動、行動又は他の方法を用いて、上記の理由で、人に対して誹謗又は侮蔑した者も、同様とする。

(2) 前項の人には、民族、世系又は出自等の属性を共通する集団を含む。」

(7) 遠藤比呂通

遠藤比呂通も近時活発に規制積極論を展開している。遠藤はかつて、部落差別的表現の規制に次のような消極的な立場を示していた⁷⁴⁾。第1に、このような規制は思想検閲になりかねない。差別が撤廃されない限りすべての言葉が差別的表現候補生になり、差別的表現か否かを判定する主体と基

73) 同上255-56頁参照。

74) 遠藤比呂通『自由とは何か—法律学における自由論の系譜』76-77頁(日本評論社、1993)参照。

準に関して問題が生じる。第2に、差別的表現が全くなくなったとしても差別感情がなくなるかは疑問である。むしろ「人々が以前にもまして、この部落差別問題に対して議論し合う状況を減少させ」てしまい、「差別される側の少数の人々だけに解放闘争を担わせるという困難な課題をしょいこますことになりかねない」。

遠藤は日本でヘイトスピーチが社会問題化した後、明確に学説の変更を行った⁷⁵⁾。遠藤は、上述の第2の点について真に問われるべきだったのは、「差別感情にもとづく差別的表現によって、被害者はどのような苦しみを受けるのだろうか」であったとする。そして、そのうえで、「たとえ差別感情はなくなっても、差別的表現の規制によって、苦しみを受けている被害の再発がどの程度抑止できるのか」という問いを発するべきだったという。上述の第1の点については、判定の主体は被害者自身であるという解答を提示している。

このように明確に改説を行った遠藤は、ヘイト・スピーチが表現の自由の価値に資することが少ないと論じる。すなわち、「自己統治や自己実現は、自律の観点からみるとき、他者の人格を傷つけ、ときには死に追いやるような内容の表現を正当化するわけではなく、「むしろ、これを制限することの方が、自律に資することにもなるのではないか」というのである⁷⁶⁾。

遠藤はまた、ヘイト・スピーチの害悪の内容を明確化しようとする。この点については、遠藤はウォルドロンの議論にほぼ全面的に依拠して次のように論じる⁷⁷⁾。「直接的な暴力の煽動や国家転覆の煽動と違って、ヘイトスピーチが与える危害は、「子供の前で侮辱されない権利」という意味でのマイノリティ市民の地位の侵害であり、この意味での人間の尊厳の侵害で

75) 遠藤比呂通「表現の自由とは何か—或いはヘイト・スピーチについて」金尚均編『ヘイトスピーチの法的研究』68-69頁（法律文化社、2014）参照。

76) 同上56頁参照。また、遠藤比呂通「表現の自由二題—特定秘密とヘイト・スピーチ」法律時報86巻12号3頁も参照。

77) 遠藤比呂通「ヘイトスピーチ解消法と生きる」法学教室436号53-54頁（2017）参照。遠藤によるウォルドロンの理論の紹介として、同「寛容な社会とヘイトスピーチ—ジェレミー・ウォルドロンの知」2015年度龍谷大学人権問題研究委員会助成研究プロジェクト報告書『ヘイトスピーチによる被害実態調査と人間の尊厳の保障』29頁以下（2015）参照。

ある」。ここでいう尊厳は、「マイノリティ市民の権利であるとともに、社会が「思想の自由市場」を維持するために供給しなければならない安心 (assurance) という特殊な公共財である」。「ガス、電気、水道などの公共財は、特定の公企業により供給されるが、安心という公共財は、皆で担わねばならず、一握りの違反者によってたちまち供給できなくなってしまう。安心は無意識なものでなければならず、侮辱や危害を受けることを恐れて、外出を控えたり、交際から遠ざかったりすれば、それだけで失われてしまう。したがって、安心は社会の構成員全員が相互に対して供給義務を負う公共財である」。

具体的な規制のあり方としては、まず現行法を活用するという手法には限界があると論じる⁷⁸⁾。そして、わが国が人種差別撤廃条約4条(c)を留保していないことから、公人による慰安婦に対するヘイト・スピーチを緊急に禁止する必要があるという⁷⁹⁾。

そして、遠藤はヘイト・スピーチ解消法を基本的に評価し⁸⁰⁾、同法がいくつかの帰結を導くと論じる。まず、従来交通秩序の維持という公共の危険発生の防止を目的として、現場の警察官がデモ隊を囲んで警備を行ってきたが、解消法により、本邦外出身者の地域社会からの排除を煽動する差別的言動が公共の安寧を脅かすものとして排除されるべきことが、解釈指針として明確にされた。そのため、同法施行後は、いわゆるヘイト・デモの申請を不許可にすることを妨げる理由は全くなくなり、むしろ同法4条2項にいう地方自治体の責務に鑑み、不許可にしなければならないと論じる⁸¹⁾。第2に、遠藤は、地方自治体が排外主義団体による公の施設の利用を

78) 遠藤・前掲註(75)67頁、同・前掲註(76)3頁参照。

79) 同上「表現の自由とは何か」69-70頁参照。遠藤は、日本でアウシュビッツに匹敵する南京大虐殺や従軍慰安婦について、責任追及が余りに不十分であったという認識を示す。「肝心のジェノサイド自体に対する国家の責任が果たされていないことに、ヘイト・スピーチ規制が困難である真の原因がある」と考えるのである。同上67頁参照。

80) 遠藤は上述のようにヘイト・スピーチの害悪に関してウォルドロン理論を支持するため、解消法がヘイト・スピーチの害悪の定義にあたり、害悪の発生の危険性や蓋然性を問題にしなかったことを肯定的にみている。遠藤・前掲註(77)「ヘイトスピーチ解消法と生きる」53頁参照。

81) 遠藤・同上51-52頁参照。

拒否できるとする内野説を支持する。この文脈では、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に対応することが、地方自治法244条2項にいう「正当な理由」に該当するからである⁸²⁾。

このほか、遠藤が上記のようにヘイト・スピーチが公共財を損なうという前提に立って、解消法がヘイト・スピーチ解消に向けた国民の努力義務を規定したことを肯定的に評価している点も重要であろう⁸³⁾。

(8) 楠本孝

刑法学者の楠本も、近時規制積極論者として注目すべき見解を表明している。楠本は、刑事規制は差別の解消や人々の心に潜む差別感情の克服を目的とするものではなく、マイノリティ集団の成員に対する現実の被害に対応するものであることを議論の出発点とする⁸⁴⁾。楠本はヘイト・スピーチの刑事規制の保護法益を個人的法益として理解する立場に立つ。世界的にはヘイト・スピーチ規制法の保護法益を社会的法益として位置づける例も多いが、ヘイト・スピーチを刑罰で禁圧しなければならない根拠は、標的集団の成員に深刻な危害が加えられることに求められるからである⁸⁵⁾。

以上の議論を前提にして、楠本は規制によって保護される具体的な法益について大要以下のように論じる。内野正幸が主張する名誉感情という法益は、ヘイト・スピーチを刑事規制する根拠として十分でない。名誉感情は単なる侮辱によっても侵害されるもので、これを保護法益と考えれば、ヘイト・スピーチが単に不快な表現と理解されかねない。しかし、ヘイト・スピーチは単なる不快な表現ではなく、聞き手に深刻な恐怖を抱かせ、PTSDを伴う癒やしがたい傷を与えることすらある。「そこで問題になって

82) 同上53頁参照。

83) 同上54頁参照。

84) 楠本孝「ヘイトスピーチ刑事規制法の保護法益」徳田靖之＝石塚伸一＝佐々木光明＝森尾亮編『刑事法と歴史的価値とその交錯－内田博文先生古稀祝賀論文集』786-87頁(2016)参照。なお、同「集団侮辱罪と民衆煽動罪」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報2号38頁(2012)、「ドイツにおけるヘイト・スピーチに対する刑事規制」法と民主主義485号27頁(2014)においても同様の議論がなされている。

85) 同上「ヘイトスピーチ刑事規制法の保護法益」789-95頁参照。

いるのは名誉感情の侵害などではなく、人格の中核領域への攻撃というべきもの」である⁸⁶⁾。

そこで、楠本はヘイト・スピーチ規制法の保護法益は人間の尊厳であると主張する。楠本は、集団に対する差別的な名誉毀損・侮辱を人間の尊厳に対する侵害であると説き、立法論としてそれを罰する可能性を論じた平川宗信の説を検討する。平川は、人間の尊厳は基礎的、根源的なものであるが、それだけでは刑法による保護の必要性は小さいので、名誉毀損罪よりも侮辱罪のほうが科される刑が軽いことも正当化できると論じた。楠本はこれを批判し、「人間の尊厳への攻撃は、その人のアイデンティティそのものを破壊するほどに人格の深い部分にまで及ぶもの」だと主張する。なぜならそれは、人格のうちその人が主体的に作り上げた部分ではなく、本人にはどうしようもなく決定されている部分を侵すものだからである⁸⁷⁾。

楠本はヘイト・スピーチ規制の正当化根拠として「尊厳」を掲げ、それを「共同体内での普通の成員としての地位」と理解するウォルドロンの説を基本的に支持する⁸⁸⁾。楠本は、ウォルドロンの説はドイツの判例、学説のいう「共同体内での平等な生存権」としての人間の尊厳とほぼ同義であるという⁸⁹⁾。また、スイス刑法の解釈論においても、刑法上規定される人間の尊厳は究極において「人間としての同権的・同価値的地位」を意味すると解されており、やはりウォルドロンの説とほぼ同義で理解されていることを確認している⁹⁰⁾。

なお、注目すべきことに、楠本は平等な社会参加の権利を民主制の維持

86) 同上796-97頁参照。

87) 同上798-99頁参照。この部分は、ドイツの判例及び学説において展開された理論を参考にした議論である。同上802頁参照。

88) ただ、楠本はウォルドロンの説のうち、「安心」が法的に保護される利益であるとする部分は、規制の対象が網羅的になるという欠点を伴うとして支持できないとする。同上792頁参照。また、ウォルドロンが恐怖や怒り等の感情という主観的側面を捨象し、専ら本人の社会の中での地位という客観的側面に焦点を当てている点も賛同できないという。ヘイト・デモが日常的に反復されている日本において、主観的側面を捨象して人間の尊厳を定義することはできないというのである。同上800-1頁参照。

89) 同上799-800,804頁参照。

90) 同上804-7頁参照。

にとって不可欠な権利として位置づけることで、社会的法益として構成する金の議論に疑問を呈している。楠本は、「平等な社会参加の権利は、もっと広く、人間が他の人間との偏見のない相互行為を通じて自分の能力を自由に発展させていく機会がすべての社会構成員に平等に保障される権利として捉えるべきである」とし、「それは「人格権的利益」のひとつとして、個人的法益と位置付けられるべき」だと述べている⁹¹⁾。

楠本は、ヘイト・スピーチ解消法に関しては、野党が2015年に提出した人種差別撤廃施策推進法案に比べ後退はしているものの、一定の肯定的評価を下している。ただ、この法律が本邦外出身者に保護の対象を限定したうえ、適法居住要件を付したことには批判的である⁹²⁾。

楠本は、とりわけ解消法が地方自治体の条例やガイドラインの策定の際の指針になるべきことを強調する。そして、排外主義者による公共施設の利用制限の問題に関して、以下のようにまさに指針としての解消法を活かす解釈論を展開している⁹³⁾。これまで判例において生命、身体等が集会の自由の対抗利益として認められてきたが、解消法成立以降はマイノリティの人格権的利益が新たに対抗利益と認められるようになった。公共施設の利用拒否が内容規制にあたるとしても、解消法が規定する不当な差別的言動から住民を保護することはやむにやまれぬ利益であり、限定的な施設利用制限は必要最小限度の規制である。施設利用拒否は事前規制の性格をもつが、従来の判例の基準をあてはめれば、「当該集会においてヘイトスピーチが行われることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合に」利用を拒否できる⁹⁴⁾。

(9) 近藤敦

91) 同上795頁参照。

92) 楠本孝「ヘイトスピーチ対策としての公共施設利用制限について」地研年報22号1-2頁(2017)参照。

93) 同上17-19頁参照。

94) 楠本は、この人格権的利益が侵害される危険性が客観的な事実によって具体的に明らかに予測されるのはいかなる場合かを示した1つの例として、前掲註(59)のヘイト・デモ禁止仮処分決定を挙げる。同上19-22頁参照。

近藤敦も注目すべき議論を提示している。近藤の議論は次のようなものである。国際人権規約や人種差別撤廃条約等の「人権条約適合的解釈からは、憲法「21条と結びついた13条」が、民族的・人種的・宗教的憎悪の唱導（ヘイトスピーチ）によって人間の尊厳を侵されない自由を保障し、表現の自由の必要やむをえない制約として、一定の場合の刑事罰も許される」。「集団に対する民族的憎悪唱導が、侮辱・名誉毀損により人間の尊厳を害する表現、差し迫った危険を伴う扇動、違法な暴力行為を加える真の脅迫にあたる場合は、表現の自由の制約が、正当化される」。通説のように憲法13条の個人の尊重が人間の尊厳の保障を意味すると解するならば、「人間の尊厳という保護法益を侵害する表現は、公共の福祉に反し、表現の自由の濫用として制約されうる」。「ヘイトスピーチの被害は、単なる名誉感情の問題とみるべきではなく、人間の尊厳にかかわる問題」だから、13条を根拠に規制できるのである⁹⁵⁾。

なお、近藤は憲法の構造上ヘイト・スピーチ規制が容認されるというだけでなく、現在の日本において規制を正当化するだけの立法事実が存するとも述べている⁹⁶⁾。政策論としては、職場や大学でセクシャル・ハラスメントに加えてエスニック・ハラスメントの禁止にも取り組む必要性が指摘されている⁹⁷⁾。また、世界各国の動向に鑑みて、ヘイト・スピーチの規定を含む包括的な差別禁止法の制定が唱えられている⁹⁸⁾。

(10) その他の規制積極論

このほかの規制積極論もここで紹介しておく。少し前の業績になるが、東京大学名誉教授の小林直樹による次の指摘が参考になる。「人種差別等の唱道も、人間の尊厳と平等の原則に反する点で、それを禁止することで実

95) 近藤敦「ヘイトスピーチ規制の課題と展望」移民政策研究9号9頁(2017)参照。近藤は、日本国憲法が13条で人間の尊厳を保護している点に着目すれば、平等よりも自由を重視するアメリカではなく、平等を重視するヨーロッパのほうに近いと指摘する。同上13頁参照。

96) 同上14頁参照。

97) 同上10頁参照。

98) 同上15-17頁参照。以上の議論は、近藤敦『人権法』221-24頁(日本評論社, 2016)でより簡明にまとめられている。

質的に表現の自由を狭めるとはいえないように思われる」。市民的及び政治的権利に関する国際規約前文の「権利の増進及び擁護のために努力する責任を有する」という文言に鑑みて、「明らかにヒューマニズムに反する宣伝活動の禁止は、むしろ積極的に実現すべき意味あいのもの」である⁹⁹⁾。

また、戸波江二はハフィントン・ポストのインタビューのなかで、ヘイト・スピーチを法律で禁止する国が多数あることを紹介したうえで次のようにいう。「言論の自由をできるかぎり広く認めようとする日本の憲法学説は、ヘイトスピーチであっても規制は許されないと解釈しています。しかし、在日の人々を憎み、脅迫的に『日本から出て行け』などと叫ぶことは、在日の人々の人格を不当に傷つけるものです。ヘイトスピーチを規制する法律はやはり必要だと思います」¹⁰⁰⁾。

2. 規制消極説

(1) 松井茂記

松井茂記は規制に最も消極的な論者の1人として知られる。松井の主張はかなり以前から一貫している。すなわち、松井によれば、「差別を誘発・助長するという理由ですべての差別的表現を制約することは、表現の自由のよって立つ原則に反する」。「いかに気持ちを傷つけられたからといって、それだけで表現に責任を負わせることは、表現の自由を大きく制約する」。それゆえ、「差別的な表現が、違法な差別行為の煽動としてブランデンバーグの基準や「明白かつ現在の危険」基準を満たしている場合や、それが面と向かって行われたため侮辱として責任を負わされてもやむをえないような場合を除いては」規制が認められない¹⁰¹⁾。

松井は最近の文献のなかでこの議論を敷衍し、ヘイト・スピーチを類型

99) 小林直樹『憲法講義(上)』[新版] 402頁(東京大学出版会, 1980) 参照。

100) 「ヘイトスピーチの法規制は必要か」ハフィントン・ポスト2013年6月1日(<http://www.huffingtonpost.jp/2013/06/01/hate_speech_n_3370141.html>) 参照。

101) 松井茂記『マス・メディア法入門』[第5版] 167-68頁(日本評論社, 2013) 参照。ブランデンバーグの基準については、*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444(1969)参照。

化したうえで規制の可否を論じている¹⁰²⁾。すなわち、ヘイト・スピーチは、①人種の少数者などに危害を加えることを煽動するもの、②人種の少数者などに対する差別を助長するもの、③人種の少数者集団などの名誉を毀損するもの、④人種的小数者などを侮辱するものに分けられるという。そして、このうち①と②はブランデンバークの基準を充足する場合に限って規制可能であるが、③と④は規制できないと論じる。また、仮にヘイト・スピーチを規制するとしても規制の対象は過激なものに限定されるべきだとも述べている¹⁰³⁾。

松井がこのように規制可能な範囲を限定するのは、差別表現の真の問題は「人々の中にある差別的な意識」にあり、「差別をなくし、平等を確保するために必要なのは、差別的表現を禁止することではなく、反論によって差別の不当性を指摘すること」だと考えるからである。「差別的表現には、反論と抗議こそがとるべき対抗手段」であるべきなのである¹⁰⁴⁾。これに加えて、松井はアメリカの*R.A.V.* 事件判決を踏まえて、人種、宗教等の集団を規制立法の中で特定し、切り分けることの難しさも指摘している¹⁰⁵⁾。特定の集団だけを法律上保護の対象にする、やむにやまれぬ利益を示すことに困難が生じると考えるのである¹⁰⁶⁾。

松井は人権擁護法案における差別表現規制にも反対していた。同法案は、①特定人に対する人種等の属性に基づく侮辱、嫌がらせ等の差別的言

102) 松井茂記『インターネットの憲法学』〔新版〕274頁(岩波書店、2014) 参照。
See also Shigenori Matsui, *The Challenge to Multiculturalism: Hate Speech Ban in Japan*, 49 *UBCL Rev.* 427, 462-70 (2016) (ここでは、後述の各類型に憎悪を煽動するタイプの表現を加えている。)

103) 同上274-75頁参照。See *id.*, at 476 (citing *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, at para. 46, [2013] 1 S.C.R. 467).

104) 松井・前掲註 (101) 168頁参照。松井はボルノグラフィ (同上169-70頁参照)、宗教冒瀆 (同上280頁) に関しても同じ結論に達している。松井は近時の在日朝鮮人に対するヘイト・スピーチの高まりを受けて、韓国・北朝鮮政府、在日朝鮮人、韓国・北朝鮮との外交関係、竹島領有権等の論争的問題に関する広汎な議論の必要性を強調し、改めてヘイト・スピーチの規制に警戒感を示している。See *id.*, at 477-78.

105) 松井茂記『マス・メディアの表現の自由』190-91頁(日本評論社、2005)、同・前掲註 (102) 269頁参照。See *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

106) 同上『インターネットの憲法学』269頁参照。See also Matsui, *supra* note 102, at 473-75.

動、②人種等の属性を理由とした不当な差別的扱いを助長、誘発する目的で、当該属性を容易に識別することを可能とする情報を公然と摘示する行為、③不特定多数人に対して人種等の属性を理由に不当な差別的扱いをする意思を広告、掲示等の方法で公然と表示する行為を人権救済の対象とするものだった。松井は次のように論じ、これらの規制は明らかに過度広汎であるという¹⁰⁷⁾。すなわち、①は特定人に向けられたものなのでまだましたが、そこに包含される表現がすべて禁止されることになれば表現の自由を著しく萎縮させる。次に、②は「助長」や「誘発」という概念が極めて曖昧で広汎であるうえ、差別的取扱いをもたらす危険性が要件とされていない。また、③についても同様にそのような危険性を要件にしていない。松井はまた、本来表現の自由の限界は司法権を通して確定されるものであり、人権擁護法案のように行政機関が表現の自由の限界を定める仕組みには問題があるとも考えている¹⁰⁸⁾。

一方で、松井は法案段階にあったヘイト・スピーチ解消法について、刑事罰や行政法上の救済措置を設けていないことから、これまで「提案された、又は制定された立法のなかで最もマイルドな法案」と評していた¹⁰⁹⁾。ただ、この法案の効果を疑問視するとともに、松井が指摘するヘイト・スピーチ規制に関する諸問題を解決できているかは疑問であると述べており、法案にポジティブな評価を下していない¹¹⁰⁾。

以上の松井の議論は、アメリカ的な表現内容中立性原則を厳格に守ろうとするものと評価できる。ただ、松井も特定人に対する面前の侮辱等が規制可能であることを認めているので、その原則を絶対的なものとみなしているわけではない。特定人に対する面前侮辱の規制を認める以上、ヘイト・クライムの規制も合憲と考えるだろう。また、松井はブランデンバーグの基準を満たす場合の規制も認めるので、かなり狭くではあるが、不特定多数に向けたヘイト・スピーチの規制も合憲になりうると考えている。しか

107) 松井・前掲註(105)188-90頁参照。同・前掲註(102)275-76頁も参照。

108) 同上『マス・メディアの表現の自由』197-98頁参照。

109) See Matsui, *supra* note 102, at 484.

110) See *id.*

も物理的な秩序破壊の恐れのみならず、「差別行為」の煽動が発生する蓋然性が高い場合にも規制を認めている。注目すべきことに、松井は、部落地名総鑑が「差別的行為という重大な違法な行為を導く明白かつ現在の危険がある」書物であるとして、その規制の余地を認めている¹¹¹⁾。とはいえ、松井が容認する規制の範囲が極めて狭い点はやはり間違いないといえよう¹¹²⁾。

ちなみに、松井は最近の論文において、日本においてカナダのような多文化主義が指導的な憲法原理として受け入れられるならば、ヘイト・スピーチの規制の余地はあるとする、興味深い議論を展開している¹¹³⁾。しかし、いくつかの理由を列挙したうえで、結論としては多文化主義が日本で指導原理の地位を占めることは困難であるという結論に達している¹¹⁴⁾。

(2) 横田耕一

横田はかなり松井に近い見解を表明している。横田は、自己実現、真理への到達等の価値を持つ表現の自由は、「人間の精神活動のみならず、経済活動、社会活動、政治活動にとって不可欠であり、諸人権の出発点」であるとして、その優越性を強調する。また、「歴史経験的について「表現の自由」の抑圧によって他の人権が確保されたためしはない」として、経験主義的な基礎付けも行っている¹¹⁵⁾。横田は、表現の自由を強く保障するアメリカの判例理論に依拠する立場をはっきりと表明している。「集団主義的傾向や同化傾向が強く、真の意味での個人尊重が確立して」いないわが国の現段階では、米国流の人権理解が意義を有するというのである¹¹⁶⁾。これに関連

111) 松井・前掲註(105)190-91頁参照。But see *id.*, at 477 (部落地名総鑑の流布に刑事罰を科すことの困難さを示唆している。)

112) 松井はヘイト・スピーチが社会問題化してからも依然として表現の自由を尊重する立場に立っている。「朝鮮人を殺せ」といった生命身体に危害を与えることを煽動する表現についても、実際に具体的な危険性が認められない限りはブランデンバーク事件判決の基準を満たさず、処罰できないというのである。松井・前掲註(106)268頁参照。

113) See Matsui, *supra* note 102, at 477-79.

114) See *id.*, at 479-82.

115) 横田耕一「人種差別撤廃条約と日本国憲法—表現規制について」『芦部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開(上)』731-32頁(有斐閣, 1993)参照。

116) 同上732頁参照。

して、横田は日本国憲法が闘う民主主義の理念を採用していないことも強調する¹¹⁷⁾。

このような観点に立って、横田はこの文脈に関係する表現規制立法の物差しとして、立法事実の存在の必要性、規制の必要最小限性の原則、内容規制の原則禁止、事前抑制の原則禁止、明確性の原則、過剰包含の禁止、表現の価値づけの否定、厳格な実体的判定基準をクリアする必要性、規制の濫用、及び国家が表現判定者となることの危険性に警戒する必要性等を列挙している¹¹⁸⁾。

そして、横田はこれらの物差しによれば、人種差別撤廃条約4条を立法化することは困難だと論じる¹¹⁹⁾。まず、4条が求める規制を行わなければならない立法事実の存在に疑問があるという。次に、同条が規制を求める人種的優越等に基づく観念の流布の処罰は、上述の内容規制の禁止原則や明確性の原則等に鑑みて違憲であるとする。同条にいう人種差別等の煽動の犯罪化については、犯罪の実行やその危険性と関係なく煽動自体で処罰することは厳格な実体的判定基準をクリアせず、ブランデンバーグ・テストを満たすような場合に限りて規制が容認されると主張する。このほか、4条が要請する団体規制や人種差別を助長、煽動する宣伝活動の禁止等も、規制は憲法上困難であると論じる¹²⁰⁾。

以上の横田の議論は、松井と同様にアメリカの判例法理に強く影響された、徹底した規制消極論であると評価できる。ちなみに、横田はヘイト・スピーチについて多くの論稿を発表していないため、憲法の枠内での限定的な規制が可能と考えているのかはあまり明らかではない。ただ、横田は部落差別表現の規制に関してかなり消極的な見解を表明しつつ、松井と同じく被差別部落の人々のプライバシーを暴露する行為を規制することはで

117) 同上734-35頁参照。

118) 同上732-34頁参照。

119) 同上735-37頁参照。

120) 横田耕一「「差別表現」についてどう考えるべきか」法学セミナー475号56頁(1994)も参照。横田は差別的表現に対しては徹底して対抗言論によって対処すべきであることを強調している。座談会・前掲註(7)24頁以下の横田発言参照。

きると考えているので¹²¹⁾、不特定人に向けたヘイト・スピーチであっても、非常に狭く限定して規制する余地を認めるように思われる。

(3) 榎透

榎透も同様に規制消極論をとる。榎は憲法の人権（自由権）規定は何よりもまず「国家からの自由」を意味するという立場に立って、概ね次のように論じる¹²²⁾。国家は差別表現の是非を積極的に判断する資格をもたない。また、差別表現の類型の確定は困難であり、規制が明確でもそれを執行するのは国家であるという問題が残る。規制を認めた場合、国家が差別表現の価値の高低を判断することになる。「国家による自由」の観点から国家が差別表現の被害者を保護しようとするれば、「国民にとって国家に対する権利の法典であるはずの憲法が、義務の法典へと転化する危険が生」じてしまう¹²³⁾。

榎は日本国内でヘイト・スピーチが過激化する少し前に発表した論文で、消極論のさらなる論拠を見出そうとする。榎はアメリカのヘイト・スピーチ規制の歴史を概観したうえで、同国で規制の対象となったものは、暴動を引き起こし平穏を侵害する表現、身体的危害や死に対する恐怖を与える意図をもってなされた脅迫、身体に対する暴力であったと概括する。そして、日本で問題となる差別表現はこれらの性格をもたないと評価する。また、仮にそうした性格をもつとしても、規制を合憲とするには立法事実の存在を示す必要があると論じる¹²⁴⁾。

ヘイト・スピーチが国内で社会問題化してからも、榎の学説に変化はみられず、むしろ新たな規制消極論を展開している。まず2014年の論文では、マイノリティ集住地域におけるデモについてはカウンターの活動にみられ

121) 横田耕一「憲法と部落問題の論議によせて—渡辺久丸『憲法と今日の部落問題』を読んで」部落解放研究59巻133-34頁(1987)参照。こうした観点から、同様に大阪府部落差別事象に係る調査等の規制等に関する条例の合憲性も認めている。同上134-36頁参照。

122) 榎透「『国家による自由』の特質と問題点—差別表現規制に関する議論を手掛かりに」憲法理論研究会編『“危機の時代”と憲法』68-77頁(敬文堂、2005)参照。

123) 関連して、榎透『憲法の現代的意義』146-48頁(花書院、2008)も参照。

124) 榎透「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」専修法学論集96巻102-3頁(2006)参照。

るような対抗言論が機能しているとして、依然として国家による規制ではなく思想市場に委ねるべきだと論じる。また、京都朝鮮学校事件において問題となったのはヘイト・「スピーチ」ではなく現行法で対処可能な暴力行為であって、これをヘイト・スピーチとして論じるべきではないと主張する¹²⁵⁾。

2017年に公表した論文においては、榎はヘイト・スピーチが生まれる要因として、在日朝鮮人に対する差別意識、差別感情、偏見の存在、ナショナリズムの勃興、雇用市場の流動化と反グローバルリズムの潮流を挙げる。そして、ヘイト・スピーチやヘイト・クライムの規制はヘイト・スピーチの解消に役立つものではなく、上記の背景的要因に向けた措置を講じ、国民と外国人の分断の拡大を抑止することに取り組むべきだと論じる。また、ヘイト・スピーチ規制が国際標準であるという議論に対しては、「法の世界が基本的に国民国家の枠内で存在する以上、その国の基本法である憲法を無視してはならないはず」だとする反論を行っている¹²⁶⁾。

榎は同年に公表した別の論文では、個別の規制措置について改めて評価を下している。刑事法によるヘイト・スピーチの規制については、表現の自由に対する強烈的な抑止効果が生まれ、規制を運用する国家権力の濫用の危険性があるとしてかなり消極的な見解を示している。また、自治体による公共施設の利用拒否については、ヘイト・スピーチが行われることのみを根拠に事前抑制を行うことは困難だと論じる。ただ、人権法型の規制については、人権擁護機関の構成員が多数派の論理を代弁する者ばかりになることに警鐘を鳴らすに留め、強い反対を述べていない¹²⁷⁾。一方で、榎はブライシュ (Erik Bleich) の著書に対する書評のなかで、ヘイト・クライム

125) 榎透「『ヘイト・スピーチ』と表現の自由の相克」法と民主主義 486号 57頁 (2014) 参照。対抗言論と思想の自由市場に関する主張については、榎透「ヘイト・スピーチ規制考—米国の議論を通じて考える、公私区分、国家権力、そして、思想の自由市場」専修法学論集 129号 93-94頁 (2017) も参照。

126) 榎透「ヘイト・スピーチ、ヘイト・クライム規制」法律時報 89巻 9号 31頁 (2017) 参照。同上「ヘイト・スピーチ規制考」92-93頁も参照。

127) 榎透「ヘイト・スピーチ (在特会の問題を含む) と表現の自由」阪口正二郎=毛利透=愛敬浩二編『なぜ表現の自由か—理論的視座と現況への問い』178-79頁 (法律文化社, 2017) 参照。

の規制には憲法上の問題がないことをはっきりと述べている¹²⁸⁾。

以上の榎の議論は、横田耕一の学説を継承しつつ、それを発展させたものと評価できる。ヘイト・スピーチの規制に原則として反対しつつ、ヘイト・クライムの規制はあっさり容認していることから、榎もアメリカの判例法理にかなりの程度依拠して、「国家からの自由」を徹底的に重視する姿勢を貫いているといえる¹²⁹⁾。榎もヘイト・クライムのほか、ブランデンバーグ・テストを満たす場面での特定民族の虐殺の煽動のような、一部の限られたヘイト・スピーチの規制を容認する可能性はあるが、具体的にどの程度の規制を合憲と認めるのかは明らかにしていない。

(4) 長谷部恭男

長谷部恭男もかなり規制に消極的な論者である。長谷部はヘイト・スピーチを主題とする論文を執筆しているわけではないが、各所で重要な発言を行っている。

長谷部は次のように、規制に慎重になるべき原理的な論拠を挙げている¹³⁰⁾。「表現の内容に基づく規制は、表向きは正当な理由、立法目的を掲げているものの、経験的に言って、政府の側に特定の党派や思想を抑圧しようとする不当な動機があって導入される蓋然性が高い¹³¹⁾。そうすると、思想

128) 榎透「エリック・ブライシュ著／明戸隆浩他訳『ヘイトスピーチ表現の自由はどこまで認められるか』大原社会問題研究所雑誌 678 号 79 頁 (2015) 参照。なお原著は、ERIK BLEICH, THE FREEDOM TO BE RACIST?: HOW THE UNITED STATES AND EUROPE STRUGGLE TO PRESERVE FREEDOM AND COMBAT RACISM(2011)である。

129) 榎・前掲註 (125) 92頁では、表現の自由を重要な権利と考える以上、「やむにやまれぬ必要不可欠な公共の利益・目的の存在や、目的達成手段の必要最小限度性が立法事実参照して認められなければならないし、条文の文言が漠然不明確または過度に広範な規制であることも許されない」と論じ、アメリカ型審査基準論に依拠することを鮮明にしている。また、同上94頁では、規制積極主義者が法的規制を加える主体である国家を過度に信頼していることを批判し、アメリカ的な権力への懐疑の姿勢も明確に示している。

130) 「憎悪の表現と法規制 ヘイトスピーチ」朝日新聞2015年7月21日朝刊9頁 [長谷部発言]。

131) 長谷部はヘイト・スピーチをテーマにする座談会において、とりわけ構造的差別の是正を根拠にした規制を行う場合には、規制の範囲が際限なく広がる危険があることを懸念している。「〈座談会〉表現の自由」論究ジュリスト14号169-70頁 (2015) [長谷部発言] 参照。また、長谷部は、内容、観点規制を容認する立法上のリスクについても言及している。社会の多数派の声を反映する立法の性質を踏まえ、ヘイト・スピーチ規制の文脈で社会を信頼せずに立法を信頼することに疑問を提起するのである。同上163-64頁 [長谷部発言] 参照。

や情報の流通がゆがめられ、思想の自由市場がうまく機能しなくなる。だから、表現の内容に基づく規制は、原則許さない、というのが憲法学のオーソドックスな考え方。ヘイトスピーチも表現活動であり、その規制は表現の内容に基づく規制ということになる。やはり、慎重の上にも慎重に、規制の必要性や合理性を考えねばならない。」

長谷部は、この文脈における立法事実の存在にも疑問を投げかけている。ヘイト・スピーチが一般にヘイト・クライムと結びつくリスクがあるとしつつ、日本の状況はそこまでには至っていないという認識を示すのである¹³²⁾。

さらには、規制を行うことは最高裁の判例法理からも問題だという。長谷部は、地方自治体は、明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見される場合でなければ公共施設の利用を拒否できないとした泉佐野市民会館事件判決や、警察の通常の警備によっては混乱が防止できない場合を除いて公共施設の利用を拒否できないとした上尾市福祉会館事件判決¹³³⁾を引用し、ヘイト・スピーチ規制を行うにあたってのハードルは相当高いという認識を示す¹³⁴⁾。

もちろん長谷部も、日本でもアメリカと同様に表現の自由の保護が及ばない、名誉毀損や煽動等の範疇が判例上も認められていることを無視しているわけではない。しかし、「ヘイトスピーチという全く新しいカテゴリーを作ったときに、真っさらのところから、範囲を確定するのは相当難しい作業」になるので、ヘイト・スピーチを保護されない範疇とすることに躊躇するのである¹³⁵⁾。

長谷部は、特定人に対するヘイト・スピーチについては現行法による対応が可能であるという。そして、「日本の現行法はそうした〔〔筆者註〕ヘイト・スピーチの〕害悪に柔軟に対処できる懐の深さを備えている」と述

132) 前掲註(130)〔長谷部発言〕、同上「座談会」175頁〔長谷部発言〕参照。

133) 最2小判平8・3・15民集50巻3号549頁。

134) 前掲註(130)「憎悪の表現と法規制」〔長谷部発言〕、前掲註(131)「座談会」159、162頁〔長谷部発言〕参照。

135) 同上「座談会」161頁〔長谷部発言〕参照。ヘイト・スピーチを保護範囲内とみならず以上は、上記の泉佐野市民会館事件等の判例法理があてはまるという。同上162頁〔長谷部発言〕参照。

べる。また、ヘイト・クライムについては、新規立法を行うことも憲法上の問題が少ないという認識を示している¹³⁶⁾。

なお、ヘイト・クライム規制について、長谷部はアメリカのヘイト・クライムに関する指導的判例である *Mitichell* 事件判決の評釈においてより踏み込んだ説明をしている¹³⁷⁾。長谷部は、言論が引き起こす害悪はそれ自体は小さく、政府の規制権限の濫用の恐れが大きいため、対抗言論による対応を原則とするという。一方で、暴行や傷害が引き起こす害悪は比較的大きく、それを取り締まる政府権限の濫用の問題もさほど大きくはないし、暴行等に対して象徴的暴力によって対抗すべきだともいえないと論じる。こうした観点から、ヘイト・スピーチとヘイト・クライムを区別できるとする¹³⁸⁾。ただし、長谷部は次のようにも述べる。ヘイト・クライムの規制は「許容されうる思想信条の範囲を政府が公権的に決定し、それを刑罰権をもって強行するという逆方向の危険をも生み出す」。また、「善の多元性と個人の自律を尊重する以上は、個人の自律を保護するために必要な範囲では、誤った思想の表現活動に対して寛容であるべきであり、原則として被害者のない非行を国家が抑圧すべきでない」¹³⁹⁾。ヘイト・クライムの規制にも慎重さが求められるというのである。

(5) 成嶋隆

最近の規制消極論として、成嶋の学説を挙げるができる。成嶋は、立法事実、保護法益について規制積極論者が多様な内容を盛り込むことで「拡散状況」が生じていること、不特定人に向けたヘイト・スピーチについては対抗言論の有効性を否定できないこと、規制が有する象徴的、教育的機能は刑事法の領域では安易に持ち出すべきではないこと、訴追によって被告人に勲章が与えられたり、被告人を殉教者にしてしまう等、規制が逆効果をもたらすこと、日本ではとりわけ萎縮効果が懸念されることを挙げ、

136) 前掲註(130) [長谷部発言] 参照。

137) 長谷部恭男「人種的偏見にもとづく犯罪への刑の加重規定— *Wisconsin v. Mitchell*, 113 S. Ct. 2194 (1993)」*ジュリスト* 1054号 105頁 (1994) 参照。

138) 同上106-7頁参照。

139) 同上108頁参照。

規制に概して消極的な姿勢を示す¹⁴⁰⁾。また、特に在日朝鮮人についてはわが国に差別的、敵対的な政策や法制が存在し、それによって差別意識や憎悪観念が醸成され、助長されていると指摘し、ヘイト・スピーチ規制が問題の根本的解決となるか疑問であると述べている¹⁴¹⁾。

成嶋は以上の見解を前提に、人種差別撤廃条約4条が規定する各類型の規制の可否を検討する。成嶋の見解は概ね次のようなものである。第1に、特定の人種集団に対する暴力行為は処罰しても憲法に違反せず、日本政府の留保はこの行為類型を対象としていない。第2に、人種的優越性又は憎悪に基づく思想の流布を規制することは、「まさしく表現内容に着目した刑事規制であり、憲法上重大な問題がある」。これは典型的な観点規制であり、憲法に反する¹⁴²⁾。人種差別又は暴力行為の煽動に該当するヘイト・スピーチを処罰することも難しい。この煽動の類型は、観点規制の違憲性に鑑みて具体的危険犯として構成すべきである。現在の日本でヘイト・スピーチにより周辺住民等が煽動され、差別や暴力の行為に至る状況はほとんど想定できない。したがって、煽動規制を行えば、抽象的危険犯概念に基づく恣意的な処罰となってしまう¹⁴³⁾。

最後に成嶋は、集団侮辱・名誉毀損罪の合憲性を検討する。成嶋は、この類型の処罰も困難だと論じる。この罪を規制する場合、当該言論の害悪を集団構成員に還元する論法をとることになるが、法人や団体ではない外延の不明確な集団にまで保護の対象を拡大すれば、前述の人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布の処罰に限りなく近づくからである¹⁴⁴⁾。

成嶋は以上のように論じ、基本的には新規立法は行わず、現行法で対処すべきだと主張する。成嶋によれば、真の問題は恣意的、差別的な刑事訴追のあり方が原因となって、現行法が適切に用いられていないことにある¹⁴⁵⁾。

140) 成嶋隆「ヘイト・スピーチ再訪(2)」獨協法学93号26-46頁(2014)参照。

141) 同上53-54頁参照。

142) 同上55-56頁参照。

143) 同上56-61頁参照。

144) 同上61-66頁参照。

145) 同上67頁参照。

(6) 齊藤愛

齊藤愛も典型的な規制消極論者と位置づけられる。齊藤は、ヘイト・スピーチを規制する論拠は①「害悪」又は②「価値」のいずれかであると整理する¹⁴⁶⁾。

齊藤は、①に関して、①—1 沈黙効果の発生、①—2 不平等の構築や差別の助長、①—3 集団のアイデンティティの毀損という3つの論拠を取り上げる¹⁴⁷⁾。

齊藤は、①—1の論拠は、「いかなる人も自分の考え方を主張しやすい環境を提供してもらうために必要な、もしくは、自分の主張が正しく理解されるために必要な敬意に満ちた他人の注目を受ける権利を有しているという考え方を前提としている」と考える。齊藤は、「自分の発言を適切に理解し尊重してもらえないとか、十分敬意に満ちた他人の注目を受けることができないということを根拠に表現を規制することは、憲法上許されない」と論じ、この論拠を斥ける¹⁴⁸⁾。

また、齊藤は、①—2の論拠によれば、具体的な差別扱いがなされる前の差別感情の発露の段階で規制することを容認してしまい、規制が過度に広範になると主張する。また、このような論拠によれば、民主主義に不可欠な公的討論が行われる場において、国家が何らかの目的を予め設定することになり、それに奉仕しない言論を排除してしまうと論じる。なお、齊藤は、規制が差別感情を心の奥底に封じ込める悪しき効果を生むので、教育や芸術等により他者の痛みや苦しみを共感する能力を養う方法を模索したほうがよいとも述べる¹⁴⁹⁾。

齊藤は、ヘイト・スピーチが集団や集団に属する個々人のアイデンテ

146) 齊藤愛『異質性社会における「個人の尊重」—デュルケム社会学を手がかりにして』184頁(弘文堂, 2015) 参照。

147) 同上185頁参照。なお、齊藤は害悪を根拠にする議論について、ヘイト・スピーチ規制は観点規制の性格を持つため、社会的利益の侵害を根拠にする規制を正当化しえないと論じ、個人的利益の侵害を根拠にする議論に分析の対象を限定している。同上参照。

148) 同上186-87頁参照。

149) 同上187-89頁参照。

ィティを傷つけるとする①—③の論拠に対しても反論する。齊藤はポスト (Robert Post) の議論を援用し、人種等の集団のアイデンティティは社会的に形成される概念であり、「政治的・社会的な論争を通じて形成され、かつ絶えず修正され、変化し続けていくものであり、国家によって固定されるべきものではない」との認識を示す。集団のアイデンティティの形成等の過程に国家が干渉してはならないというのである。また、ヘイト・スピーチの規制は「相対立する集団の価値を法が保障することによって集団相互の間での多元性を確保しようとする多元主義の議論に親和的」なものであり、憲法の根底にある個人主義に対する挑戦となる¹⁵⁰⁾。

齊藤は②のヘイト・スピーチの表現としての価値の低さを持ち出す議論も支持できないという。齊藤はドゥオーキン (Ronald Dworkin) の理論に依拠して、ヘイト・スピーチが民主主義に奉仕しない、思想市場の理性のレベルを下げるといった議論が、「表現の自由を道具的な観点からしか捉えていない」と論じる。つまり「表現の自由は、その表現が社会の何らかの goal に役立つか否かにかかわらず保障されるべきものであるという構成的正当化根拠を見落としている」。「自分の思想・価値観を表現し外的環境に働きかける機会を保障するというのが、表現の自由の核心原理」なのである。ある言論が何らかの目的に資するかどうかとは関係なく憲法による保障を及ぼさなければならない¹⁵¹⁾。

なお、齊藤は、ヘイト・スピーチには対抗言論が有効でないとする主張に対しては、マイノリティ自身の反論が困難でもマジョリティの中から対抗言論が表明されることを期待できると反論している¹⁵²⁾。

(7) 塚田哲之

塚田哲之も齊藤に近い議論を展開している。塚田は、個人を特定せずに集団そのものに向けられたヘイト・スピーチの規制を新設することに消極的な見解を述べる。塚田の議論は次のようなものである。

150) 同上189-91頁参照。

151) 同上191-92頁参照。

152) 同上192頁参照。

第1に、この種のヘイト・スピーチが価値が低いという理由で規制しえないという。「国家権力があらかじめ表現の価値の高低を設定することは「思想の自由市場」の理念に反するので、この種の表現も憲法上保障される「表現」に含まれうることを前提として、それがもたらす特別の害悪ゆえに規制することが許容されうるというのが現在の一般的理解」だからである¹⁵³⁾。

それゆえ、ヘイト・スピーチの害悪が重大で（規制目的の問題）、規制対象を限定できること（規制手段の問題）を示す必要が生じる。塚田はまず規制手段に関して、対象の限定性と規制文言の明確性を確保することは、国家権力の濫用の懸念もあり極めて困難であるという認識を示す¹⁵⁴⁾。

塚田は、規制目的については、ヘイト・スピーチにより標的集団に対する差別を解消し、それに属する個人の人格的利益を保護することや、ヘイト・スピーチが標的集団に属する人々の市民としての地位を格下げするのを防止することを挙げ、いずれも規制を正当化しないと考える。なぜなら、「一定の集団に帰属していること自体から法的保護を認めることは、個人の尊重という日本国憲法の根本原理とは緊張関係に立」つためである。「集団の人権」の承認という選択は人権論の根幹に関わる問題で、人権論、憲法論全体に波及しうることを自覚する必要があるというのである¹⁵⁵⁾。

また、塚田はヘイト・スピーチの規制が「社会における差別解消のために国家権力が表現規制という手段で介入し、ヘイト・スピーチによって沈黙を強いられる側の表現の自由を回復するためのもの」として理解できるという。これは国家の規制により健全な思想の自由市場を確保するという理解をとることを意味すると考える。塚田によれば、この点も表現の自由理解の根幹に関わる。この点に関して塚田は、排外主義者へのカウンター行動が対抗言論として有効に機能しているかについての評価を踏まえる必要があると論じる¹⁵⁶⁾。

塚田は規制対象をかなり限定すれば憲法の枠内での規制を行う余地もあ

153) 塚田哲之「表現の自由とヘイト・スピーチ」人権と部落問題867号20頁（2015）参照。

154) 同上参照。

155) 同上20-21頁参照。

156) 同上21頁参照。

りうると考えるが、規制を行うことは、表現の自由論・人権論に関する重大な選択であることを自覚すべきだと主張する。また、塚田は現在の政治家の表現の自由への無理解や歴史認識の不十分さを指摘したうえで、現状ではヘイト・スピーチ規制の新設にはなお慎重であるべきだという診断を下している¹⁵⁷⁾。

(8) 阪本昌成

阪本もヘイト・スピーチ規制に消極的な姿勢を示している。阪本によれば、黒人、女性、ユダヤ人といった集団は一定の特性を持つ人々の総称にすぎず、これらの人々が結束力を持つ結社を構成しているわけではない。彼／彼女らは厳密な意味で「集団」ではなく、統一的な法益としての社会的評価を有しないというのである。したがって、彼／彼女らに対する差別的表現を集団の名誉毀損として構成することは困難だという¹⁵⁸⁾。阪本は、アメリカにおけるヘイト・スピーチ規制論議に触れつつ、差別的表現のもたらす弊害に対しては、「ひとつは教育、ひとつはエチケット・良識、他のひとつは対抗言論 (more speech) によって対処されるべきだ、という主張が穏当なところであろう」と述べる¹⁵⁹⁾。

ただ、阪本は極めて限られた範囲で差別的表現の規制を認めている。阪本は大阪府部落差別事象に係る調査等の規制等に関する条例の中の、特定人が同和地区に居住している事実を調査、報告する行為等を制約する規定の合憲性を認めている¹⁶⁰⁾。阪本はこの条例に対する批判に反論を加え、上記のような調査、報告等の行為を強く問題視する。そして、この条例の「パイオニアリングな性質について積極的な評価を与えるべき」だという¹⁶¹⁾。こうした阪本の主張は、同じ規制消極論者の松井茂記や横田耕一が、部落地

157) 同上21-22頁参照。

158) 阪本昌成「差別的表現」杉原泰雄編集代表『体系憲法事典』[新版] 518頁(青林書院, 2008) 参照。

159) 同上519頁参照。阪本は、人権擁護法案の差別的言動を規制する条項について、「いかなる表現が規制の対象となるか、明瞭ではなく、表現の自由を萎縮させるおそれをもつ」と、消極に評価している。同上参照。

160) 阪本昌成「部落差別調査等条例と営業の自由」部落解放研究所編『憲法と部落問題』229頁(解放出版社, 1986) 参照。

161) 同上255-58頁参照。

名総鑑の流布の規制の合憲性を認めていたことと通底している。

(9) 奥平康弘

奥平康弘は、かつて部落差別的表現の規制に消極的な立場を表明していた。奥平は基本的に表現の受け手の自主的な判断を尊重し、次のように述べる。「ある人からは「差別表現」「差別用語」と断定されるメッセージであっても、かならず「差別」という現実の不当行為を助長するにきまっているとはいえない。それは、「差別」の不当さにあらためて気づかせ、その解消に役立つという客観的な効果をもつかもしいし、存外に多くの人びとは、そこに「差別的」意味がこめられているとは解釈せず、したがって、抑圧者が断定するような悪い影響は全く生じないということだって大いにありうる」¹⁶²⁾。

奥平は、政府のみならず被差別部落を代表する団体も対話を遮断し、受け手の判断の自由を奪うことは許されないという。「差別」判定権が被差別者にのみ与えられるという理屈がまかり通ると、被差別者以外の者は常にこの判定に屈服し、その応対に振りまわされかねないからである¹⁶³⁾。また、奥平によれば、過去に何度かみられた威迫的な糾弾行為は当然に「対話」といえるものではないから、表現の自由としての保障を受けない¹⁶⁴⁾。

ヘイト・スピーチが日本で社会問題化してからも奥平の基本的な姿勢は変化しなかったが、いくつかの注目すべき発言を行っている。奥平は2013年11月に公表されたインタビュー記事の中で、現時点でもヘイト・スピーチを法的に規制できるかは議論の余地があると述べる。今はまだ「文化力」が問われる段階で、市民が取り組むべき課題だと考えるのである¹⁶⁵⁾。

奥平は国家権力が出る幕も将来的にないとはいえないと認めつつ、法的規制の前にやれることもあると論じる。たとえば奥平はカウンター・デモの動きを表現の自由として肯定的に評価するとともに、公安委員会が許可

162) 奥平康弘『憲法の眼』176頁(悠々社、1998) 参照。

163) 同上178-81頁参照。

164) 同上181-85頁参照。

165) 奥平康弘「法規制はできるだけ慎重に むしろ市民の「文化力」で対抗すべきだろう」Journalism2013年11月号101-2頁参照。

条件を付す際に何らかの要件を課す等の工夫の余地があると述べる。そして、どの段階で法規制が可能になるかは現時点での回答が困難であると答える¹⁶⁶⁾。

奥平はこの記事のなかで、ヘイト・スピーチが市民の地位としての尊厳を損なうと論じたウォルドロン¹⁶⁷⁾の学説を紹介しているが、「市民性 (civility)」を強調し、あくまで市民が歴史認識を学び直し、ヘイト・スピーチに対抗していくべきだとして、ウォルドロンとは異なった結論に到達している。奥平によれば、市民性のひとつとして権力行使を許容することを考えながらも、ひたすら市民性を自律的に形成していくことが望まれ、そしてそれを支える憲法論があるべきなのである。奥平はウォルドロン以上に市民社会を強く信頼しているといえそうである¹⁶⁷⁾。

(10) その他の消極説

樋口陽一もヘイト・スピーチの規制に消極的な姿勢を示す。樋口は昨今のヘイト・スピーチの蔓延に懸念しながらも、公務員の政治活動の自由に関する最近の最高裁判決¹⁶⁸⁾を紹介したうえで、次のように述べる。「やっと方向が見えてきたばかりの公権力からの言論表現の自由を少しでも危うくしないことが、やはり憲法学にとっての優先課題」である。「公権力の発動という媒介により公正な社会に近づいてゆこうという方向は、やはり危ない」。樋口はヘイト・スピーチが人間の尊厳への攻撃であることを認めるが、「それをやめさせるために公権力の規制を求めるという近道は、危険な水域に私たちをつれてゆくおそれが強すぎる」と考える。それゆえ、この問題については、「正攻法を愚直に繰り返す以外にはない」¹⁶⁹⁾。

ヘイト・スピーチに関していくつかの論文を公表してきた姫路獨協大学

166) 同上 102 頁参照。将来の規制可能性を認めている点に力点を置けば、奥平説を中間説に分類することも可能である。

167) 同上105-7頁参照。奥平が在日朝鮮人差別の本質を人種問題ではなく過去の植民地支配に由来する国際関係的な政治活動に見出していることも、この議論の背景にある可能性がある。同上105-6頁参照。

168) 最2小判平24・12・7刑集66巻12号1337頁、刑集66巻12号1722頁。

169) 樋口陽一「ヘイトスピーチと言論表現の自由—正攻法で愚直に抗う「人間の尊厳」を守る闘い」奔流(千曲川・信濃川復権の会)10号1頁(2013)参照。

の小林直樹は、人権擁護法案における差別的言動規制に消極的な評価を行っている。小林は概ね次のように論じる。同法案は規制の対象とする「差別的言動」の定義や基準を設けていないため、無限定に表現活動を制約するおそれがあるうえ、現行法上損害賠償請求の対象となる言動に範囲が限定されているか疑わしい。また、同法案の特別救済手続が「予防を図る必要があると認めるとき」等を実施されるというが、「必要があると認めるとき」とはいかなるときなのか明確性を欠いている。さらに、法務省の外局として設けられ、独立性を欠く人権委員会が予防的な措置をとることは、表現の自由の事前抑制であり、憲法21条2項の検閲の禁止原則に該当する疑いもある。特別救済手続において、人権委員会が差止訴訟を提起できるとする規定も明確性と限定性を欠くうえ、現行法や判例に合致しない。以上から、人権擁護法案は違憲である疑いが強いといわざるをえない¹⁷⁰⁾。

川岸令和は、アメリカのスコキー事件を題材とする論文において、差別的な考えを有する少数者に積極的に意見表明を与えた場合に生じうる道徳的軋轢は、表現の自由を基調とする社会では、原則として社会内の道徳的価値の競争、つまり more speech によって緩和されるべきだと論じる。川岸はここですべての規制を否定しているわけではないが、法的強制手段に訴える必要がある場合には、「少なくとも、表現の自由の制限を主張する側が不寛容でなければならない理由を正当化する重度の義務を負わなければならない」と論じている¹⁷¹⁾。

著名なメディア法学者の山田健太は、京都朝鮮学校事件の地裁判決の評

170) 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」社会科学雑誌1号129-30頁(2008)参照。

171) 川岸令和「表現の自由・寛容・リベラリズム—表現の自由の一般理論のための予備的考察」早稲田政治経済学雑誌304・305合併号342-43頁(1991)参照。後の論文では、アメリカの議論を参照したうえで次のように述べられている。「ある個人を対象とした表現とある集団を対象とした表現との区別は必要であろう。抽象的なレベルでの思想の表明をそれ自体として制約することは、自由で民主的な社会では困難であろう。思想の内容の判断はいかに民主化されようとも国家権力に委ねるべきではないという原則は維持されるべきである。」このすぐ後の箇所では、川岸は「日本の憲法論が合衆国の例をそっくりそのまま真似なければならないわけではない」といつつ、日本の最高裁による表現の自由の保障がこれまで不十分であった点を指摘し、やはりわが国における規制に消極的な見解を示している。川岸令和「表現の自由とその制約—憲法学の立場から」国際人権17号32頁(2006)参照。

積のなかで消極説に立った議論を展開する¹⁷²⁾。山田は、現在の排外主義団体の活動の状況は法による押さえ込みに限界があることを示していること、そもそも思想、表現行為の抑制に公権力は馴染まず、規制が健全な市民的自由の制約につながる危険性を抱えていること、戦後確立されてきた表現の自由は少しのきっかけで簡単に壊れる可能性があること、一定の表現の規制がさらに広範な規制に拡大する危険性があること、日本社会に存在する差別を黙認する「空気」を踏まえると、規制よりも日本型表現の自由モデルを構築することが先決であること、表現の自由の中核である政治的表現行為においては侮辱的であったり威迫的であったりするのも許されるべきであることを挙げ、規制には極めて消極的な姿勢を示している。また、山田はこのような立場から、特に規制積極論者から支持されることが多い京都朝鮮学校事件の地裁判決に消極的な評価を下している。

172) 山田健太「「在特会」メンバー等による朝鮮学校の授業妨害訴訟・コメントー京都地裁2011（平成23）年4月21日判決」国際人権23号81-83頁（2012）参照。