

ヘイト・スピーチと理論－日本の学説の整理と検討(2・完)

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, 51巻2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. その他の問題

おわりに

3. 中間説

(1) 市川正人

代表的な中間説の論者は市川である。市川の議論は概ね次のようなものである。人種差別の煽動や少数者に対する侮辱表現に対しては、原則として言論で対抗できる。前者に対しては差別の不当性を主張することによって、後者については侮辱表現の前提となっている主張や差別そのもの、及び侮辱表現を用いること自体を批判できる。マイノリティからの反論ができなくても、マジョリティが差別的表現に批判を行うことを期待できる。思想の自由市場論において、表現行為のしやすさや思想内容の受け入れられやすさは問題とならない。「反論のしやすさ、反論の受け入れやすさを考

慮して「思想の自由市場」論が妥当しないことを安易に認めるなら、広い範囲の表現行為の禁止が認められることになり、表現の自由の保障は大きく損なわれる。「表現の自由保障の根幹は、伝わる価値がある（または高い）思想・意見・事実であるか否かを国家が選択してはならず、そうした選択は市民に委ねられるということである」。それゆえ、裁判所が表現の価値について判断を行う立場には疑問がある。また、そもそも差別的表現にも何らかの価値が認められる¹⁷³⁾。

こうした観点から市川は、差別的表現は例外的にどうしても必要な場合にだけ必要な限りで制約されるにすぎず、明確性の原則も妥当すると論じる。ただ、市川は消極説とは異なり、不特定多数に向けたヘイト・スピーチに関しても状況によっては規制が可能になると考える。たとえば、市川は次のように論じ、対抗言論の原則の限界を示す。「特にひどい侮辱的表現によって少数者集団に属する人の名誉感情が傷つけられる場合には、言論で対抗しても心のいたでは簡単にはいえない。そのかぎりでは対抗言論の原則にも限界はある」。

また、市川によれば、「わが国において、今日、ある特定の少数者集団についてきわめて強い偏見がもたれているために、当該集団に属する者が反論するためにカミングアウトすることがきわめて困難であること、多数者集団の中から差別的表現に対して意味ある批判が聞き入れられるどころか、逆に市民の偏見を強化することになる可能性が高いことが、事実に基づき論証される」場合には、思想の自由市場論の射程を限定することができる¹⁷⁴⁾。

以上の議論を前提に、市川は人種差別撤廃条約4条に規定する表現行為の規制——①人種的優越、憎悪に基づく思想の流布、②人種差別の煽動、③人種等を異にする集団に対する暴力行為の煽動、④人種差別を助長、煽動する団体、⑤人種差別を助長、煽動する宣伝活動、⑥人種差別を助長、煽動する団体、宣伝活動への参加の規制——の可否を検討する。このうち憲法

173) 市川・前掲註(3) 59-61頁参照。

174) 同上59-60頁参照。

上特に争いとなるのは、②と⑤の差別の煽動、③の暴力行為の煽動の規制である。市川は、③はブランデンバーグ・テストに合致する場合にのみ規制が許されると解する。②⑤については、重大な差別が蔓延していて、差別煽動がそれに大きく寄与している場合や、差別煽動が事態を取り返しのつかないほどに悪化する可能性が高い場合等にのみ、ブランデンバーグ・テストを満たす限りの規制が可能であるという¹⁷⁵⁾。

このように市川は消極説とほぼ同様の立場を表明しながら、差別煽動表現の多くが少数者集団を侮辱する表現にあたることも述べる。そして、特にひどい侮辱的表現を当該集団に属する個人の名誉保護のために禁止できる場合があるという。具体的には個人に直接向けられた侮辱表現は処罰でき、個人に直接向けられていないものも、「わが国における少数者集団に対する差別の歴史と現状、当該集団を侮辱する表現がその集団に属する者に与える衝撃の程度、当該集団を侮辱する表現の頻度など」にかんがみて、場合によっては処罰が可能であると論じている¹⁷⁶⁾。

以上のように、市川は規制には非常に消極的であるが、立法事実によっては限定された規制の余地を認める。ただ2003年の著作においては、「今日においても部落差別が根強いことなどは指摘されているが、日本社会がそこまで差別と偏見に満ち満ちているということは差別的表現処罰法支持論者によって証明されていない」との認識を示していた¹⁷⁷⁾。また、市川は法律の合憲性と政策的適否は別問題であることを強調し、表現の自由が根づいていない日本で規制を行うことに慎重な姿勢を示していた¹⁷⁸⁾。そして、市川はヘイト・スピーチが過激化して以降も規制が必要なほど立法事実が変化したとは考えておらず、依然として規制に慎重な立場を表明している¹⁷⁹⁾。

市川は人権擁護法案の差別的言動に係る規定にも消極的な評価を下していた。同法案では、①特定人に対する人種等の属性に基づく侮辱、嫌がら

175) 同上61-63頁参照。

176) 同上63頁参照。

177) 同上60頁参照。

178) 同上63頁参照。

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

せ等の不当な差別的言動、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が規制対象になっていた。①のうち、相手方を畏怖させ、困惑させ、又は著しく不快にさせるもの、②のうち、これを放置すれば当該不当な差別的取扱いを助長し、誘発するおそれが明らかであるもの、③のうち、これを放置すれば当該不当な差別的扱いをする意思を表示した者が、当該差別的扱いをするおそれが明らかであるものについては、人権委員会による特別救済の対象になるとされていた。①に関する特別救済手続では、当該行為の中止等の勧告又はその勧告等の公表、人権委員会の訴訟参加等が認められ、②③については同じく当該行為の中止等の勧告又はその勧告等の公表のほか、場合によって人権委員会自身による差止請求訴訟の提起も認められていた。

市川は、このうち①の特別救済は、「不当な差別的言動」が曖昧で、「畏怖」、「困惑」等も明確ではないので、それが現在の不法行為を構成する言動の範疇に収まるとは限らないし、仮に「不当な差別的言動」をすべて不法行為とするという趣旨であれば、規制範囲が広範になりすぎると指摘する。また、②は部落地名総鑑やそれに類似する表現物の公表を想定していたとされるが、「助長」、「誘発」の概念が曖昧で、助長、誘発する高い蓋然性が求められていないため、文言上は規制対象がより広範になっていると論じる。また、それは表現行為の差止め求められる明確性と限定性を備えていないとされる。③についても差別的取扱いをするおその明確性、限定性の低さを問題とし、さらに、差別行為の抑止のために差別的行為を行う意思の表明を差し止めることの有効性、必要性は疑問であるとしている¹⁸⁰⁾。

(2) 木下智史

木下は市川に近い見解を示している。木下は、①差別的表現の規制利益は何か、②表現価値の高低を設けることは可能か、③規制対象の差別的表

180) 市川・前掲註(3) 68-71頁参照。

現は明確に定義可能か、④差別的表現に対して対抗言論で対応することはできるか、⑤平等の実現のために差別的表現規制を行うべきかという点について、次のように論じる¹⁸¹⁾。

①について、個人が被る苦痛については現行法による救済が可能なので、差別的表現の新たな規制を正当化するには、個人的法益に還元できない損害を示す必要があるという。そして、そうした損害として「歴史的な支配従属関係の固定化」を挙げる。②については、差別的表現の多くが民主主義過程の活性化に役立たないことを認めつつ、思想の自由市場の理念に照らし、あらかじめ価値の高い表現と低い表現を区別することに反対する。③に関しては、上記のように個人的法益に還元されない損害を規制利益とみなした場合、規制の実質的根拠と明確性は自明ではないと論じる。④については、個人の人格権侵害に解消されない集団への誹謗的表現の、被差別集団の中の個人を沈黙させる効果は強くなく、集団の力を用いた反論も可能だという。最後に⑤については、支配従属関係の固定化の防止という目的であれば、表現規制ではなく平等な取扱いの実現によって達成される余地が十分にあると主張している。

木下は差別的表現規制が表現内容規制であることを理由に、アメリカでいう厳格審査の基準を用いるべきだと考える。極めて強い立法理由（真にやむをえない規制目的）を実現するために、厳密に選択された要件の下でのみ規制は合憲とされるというのである。木下によれば、支配従属関係の固定化の防止を目的とした差別的表現規制は、規制の必要性が十分でなく、明確性の原則の要請を満たさない等の理由で、この基準を通過しない。

一方で木下は、そのような差別的表現の規制をすべて否定するわけではない。木下は市川の議論を引用しつつ、「集団に対する侮辱的表現の規制が可能か否かはそれを必要とする立法事実の存在とそうした規制が社会にもたらす効果に依存する」という。日本における規制の是非は、「この社会がいかなる支配従属関係を内包しており、それがいかなる深刻さをもっている

181) 木下智史「差別的表現」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』127頁（有斐閣，2008）参照。

るのか」を十分に検討したうえで論じる必要があるというのである。

(3) 毛利透

毛利は、市川、木下に近い立場から、規制の可能性についてさらに詳細な議論を展開する。毛利は、国家が単にある思想を正しくないと評価するだけでそれを禁止できないとの前提に立つ。そこで、毛利は特定集団への誹謗的・脅迫的言論の規制の可否が主要な論点になると考える。この点につき、毛利はあくまで集団に属する個人の利益という個人的法益の保護のみが規制を正当化するとの認識を示す¹⁸²⁾。

毛利は2008年に公表した著書¹⁸³⁾で展開した議論を要約しつつ、概ね次のように論じる¹⁸⁴⁾。個々人の思想を禁じれば、自己実現が妨げられるうえ、アイデンティティの形成が阻害される。同時に共同体の一部の意見がかき消されることで、共同体としての意思形成過程は歪められ、公共圏による共同体統合機能が阻害される。しかも私的な場に閉じ込められた思想は過激化する危険がある。すなわち、「自らが真であると考えたことを公共の場で自由に述べることは、それが他者の自由な評価を許す無力性を保っている限り、個人と共同体双方の自律を維持するために不可欠であり、「たとえば、その主張が、むしろ共同体を分裂させる内容を有するものだとしても、このような原理的視点を見失うべきではない」。

そこで、「攻撃対象となった人々が抱く不安感が、法的な対処を必要としない主観的な反応にとどまると評価できるか」が争点になる。これについて毛利は次のようにいう。攻撃を受けている「人々が個別に侮辱や脅迫を受けているのではないとしても、集団の一員として感じる恐怖心が、当該社会の歴史的状況からして、単なる個々人の主観的不安にとどまるとは言えない、社会的に根拠のある反応であり、それにより社会における人々の平和的共存が脅かされる危険が客観的に存在するといえる場合には」規制

182) 毛利透「ヘイトスピーチの法的規制についてーアメリカ・ドイツの比較法的考察」法学論叢176巻2・3号234頁(2014)参照。

183) 毛利透『表現の自由ーその公共性ともろさについて』(岩波書店、2008)。

184) 毛利・前掲註(182)234頁参照。

もありうる。日本で規制が可能かは、わが国で少数派集団が置かれている状況の理解に左右される。ただ、毛利の理解では、現在の日本において現状を超える規制を正当化できる状況にはない¹⁸⁵⁾。

毛利は、規制積極論者がしばしば挙げるヘイト・スピーチの沈黙効果についても重要な指摘を行っている。規制消極論者はこの効果の発生が実証されていないと批判してきたが、毛利は「このような社会学的な因果関係を、厳密な意味で「証明」することは不可能であり、表現の自由制約の根拠としても高い蓋然性のレベルで満足せざるをえない」と論じる。この点に関する判断においても、日本における少数派集団が置かれた状況についての社会的認知を行う必要があるという。それらの集団が、「攻撃的・侮蔑的な表現に対して十分対抗できない状態へと社会的に強いられているということが、社会で広く共有される認識となれば」、沈黙効果論も説得力を増すのである¹⁸⁶⁾。

このように毛利は基本的には消極説に立つものの、不特定多数に向けたヘイト・スピーチの場合でも一定の条件下で規制を容認する¹⁸⁷⁾。

毛利は個別の状況におけるヘイト・スピーチの制約のあり方についても自説を展開している。毛利はまず、ヘイト・デモ差止め事件決定について論じている。毛利は差止めについて基本的に消極的な認識を示し、横浜地裁決定の理由づけにも批判的である¹⁸⁸⁾。一方で、毛利はこの事件で問題になったようなマイノリティ集住地区でのデモについては特別な扱いを認める。すなわち、そうしたデモは、特定人を攻撃していない場合でも「地域住民を直接対象にしていると認定でき、当該地域の在日コリアン各人の人格権が具体的に侵害される」と認めうるという。毛利によれば、マイノリティ集住地区でのヘイト・スピーチと一般の繁華街でのそれとでは、マイノリティ住民に対する弊害の質が異なる。集住地区ではマイノリティ住民が「差

185) 同上234-35頁参照。

186) 同上235-36頁参照。

187) なお、毛利はヘイト・スピーチ規制法が設けられた場合に、それが濫用されるおそれを指摘している。同上236-37頁参照。

188) 毛利透「憲法訴訟の実践と理論【第一回】—ヘイトデモ禁止仮処分命令事件」判事2321号4-7頁（2017）参照。

別的言動によって社会からの排除をまさに直接求められている」からである¹⁸⁹⁾。

毛利は排外主義者による公の施設の利用の問題についても独自の見解を示す。毛利はパブリック・フォーラム論に依拠して、公共施設の利用拒否は原則として許されないという。ただ、屋外施設においては例外的に利用を不許可としようと論じる。攻撃対象となる人々が多く暮らす場で行われる集会で、ヘイト・スピーチがなされる蓋然性が高い場合には、周辺の攻撃対象となる住民の具体的な人格権が侵害される危険が大きいため、制約の余地があるというのである¹⁹⁰⁾。

一方で、屋内施設における集会では、集会が参加者以外に直接の脅威を与えるとは評価しにくいので、利用拒否は困難だと考える¹⁹¹⁾。ただ、毛利もこうした場合にまったく利用拒否が許されないと考えるわけではない。「主催者のこれまでの言動から、集会において現実の政治的問題についての議論というよりも、攻撃対象を一方的にののしるような内容が大半を占めると予想できる場合」は、集会を不許可としようというのである。というのも、自治体の施設利用にあたって「最低限の品位」が求められ、上記のような集会は「公共施設利用に求められる最低限の公益性を欠くという判断も可能である」からである¹⁹²⁾。

(4) 曾我部真裕

189) 同上7頁参照。ただ、毛利はあくまで当該デモでなされる表現活動の価値が低いことを示す必要があるとしたうえで、横浜地裁決定のようにヘイト・スピーチ解消法にいう「差別的言動」であることを示すだけでは足りず、在日特権廃止のような排外主義者の主張も原則として保護すべきだと主張する。同上7-8頁参照。この点に関連して毛利は次のように述べる。「抽象的にいえば、特定の人々が人権享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。」同上8頁参照。毛利がかなり内容中立性原則にこだわっていることが看取できる。

190) 同上8頁参照。

191) ヘイト・スピーチ解消法を根拠にこうした措置を正当化するのも難しいとされる。同上8-9頁参照。

192) 同上9頁参照。

曾我部は規制に慎重な姿勢を示しながら、不特定多数に向けたヘイト・スピーチに刑事罰を科す余地があると考え。すなわち、「京都朝鮮学校襲撃事件や、マイノリティの集住地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向けて直接訴えかける誹謗は刑罰をもって禁止しうる」というのである¹⁹³⁾。ただ、当面はこれ以上の刑事規制は難しいとも述べている。この点について曾我部は、非集住地でのヘイト・デモやメディア上でなされるヘイト・スピーチについては、社会的批判やメディアの自主規制等による対策を考えるべきだと論じている¹⁹⁴⁾。

曾我部はヘイト・スピーチ規制の形態についても興味深い議論を展開する。一般にヘイト・スピーチ規制論議では刑事規制を中心とした論議がなされるが、曾我部は民事訴訟におけるヘイト・スピーチ被害者の救済に、次のような積極的意義があるという¹⁹⁵⁾。第1に、民事訴訟は、当事者が自律性をもって権利又は地位を獲得していくプロセスに適合的である。第2に、マイノリティの権利と表現の自由という微妙な憲法的な価値の衡量が求められる領域では、人格権等の一般的な法的根拠に基づいて事例判断が積み重ねられ判例法が形成される民事訴訟の構造のほうが刑事訴訟よりも適切である¹⁹⁶⁾。曾我部はまた、大阪市ヘイトスピーチ条例の策定の際に検討された訴訟支援のような、行政による民事訴訟の支援の可能性を探るべきこと

193) 曾我部真裕「〈基調報告〉ヘイトスピーチと表現の自由」論究ジュリスト14号155頁（2015）参照。木村草太は、マイノリティ集住地区における当該マイノリティを標的にしたヘイト・スピーチについては、未必の故意を認定できる場合が多く、脅迫罪等の既存の刑法の諸規定により処罰可能であると論じる。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』138-42頁〔木村草太発言〕（影書房、2016）参照。

194) 曾我部・同上156-57頁参照。一方で、曾我部真裕「人権訴訟における民事訴訟の意義—ヘイト・スピーチ裁判を例として」自由と正義2016年6月号16頁では、マイノリティ集住地区でのヘイト・スピーチを超えて、「もう少し広い範囲での街頭宣伝の規制も可能なかもしれない」と述べている。

195) 同上「人権訴訟における民事訴訟の意義」16-18頁参照。

196) 他方で、曾我部は刑事訴訟では捜査機関のバイアスが生じる問題があると指摘している。同上17-18頁。

を主張している¹⁹⁷⁾。

曾我部が人権法型規制のメリットを強調していることも注目される。日本において市民社会の自己回復力にあまり期待できず、市民団体への公的助成という手段も憲法 89 条の制約があって困難であることを踏まえ、かつて人権擁護法案等で検討された国内人権機関の設置を選択肢として検討すべきだというのである。そして、人権機関の役割として、処罰や制裁ではなく、個別事案の斡旋、調整、勧告、訴訟支援といった柔軟な対応のための機能を付与すべきだと主張する¹⁹⁸⁾。

(5) 櫻庭総

ドイツの民衆煽動罪に関する体系的な研究書¹⁹⁹⁾を著した刑法学者の櫻庭は、中間説に分類しうる独特な学説を提示する。櫻庭によれば、日本のこれまでの学説は規制範囲の不明確性という問題に明確な回答を提示できてこなかった。一方、一部の学説がそのハードルを越えようとした結果、規制範囲が結局現行法の可罰範囲に近づくことになり、実効性の乏しい提案となってしまった。櫻庭は従来の学説がジレンマに陥っていると考えてるのである²⁰⁰⁾。

櫻庭は、このような認識を踏まえて次のような議論を展開する²⁰¹⁾。まず、ドイツの民衆煽動罪の解釈実践に倣い²⁰²⁾、「差別の歴史も含んだ実態解明およびその社会的認知の取り組み」を行うべきである。櫻庭によれば、これはある種の「社会基盤の整備」である。日本では差別に関する実態調査が不足しており、この点が喫緊の課題である。櫻庭はこの課題に取り組むため、

197) 同上18-19頁参照。

198) 同上157-58頁参照。

199) 櫻庭総『ドイツにおける民衆煽動罪と過去の克服—人種差別表現及び「アウシュビッツの嘘」の刑事規制』（福村出版、2012）。

200) 櫻庭総「刑法における表現の自由の限界—ヘイト・スピーチの明確性と歴史性との関係」金・前掲註（75）119頁参照。

201) 以下の櫻庭の学説の要約は同上論文に依拠するが、櫻庭・前掲註（199）276-87頁でも同旨の議論が展開されている。

202) 詳細は櫻庭・同上書参照。

「まずは刑事罰を含まない何らかの基本法を制定し、それを根拠法として実態調査・研究を行うといったことが考えられてよい」と述べる²⁰³⁾。

櫻庭は、この調査の結果として規制範囲を明確化できた場合、刑事規制を行うことも否定しない²⁰⁴⁾。ただ、刑事規制はあくまで補足的、謙抑的であるべきだとされる。また、刑事規制の範囲外のヘイト・スピーチが許されるという、誤ったメッセージを発信する危険性も懸念されるという。そこで、櫻庭は人権救済制度を設け、それによりヘイト・スピーチ被害の救済を広く行う可能性を展望する²⁰⁵⁾。それは「処罰型」ではなく、和解や調整を目的とする「理解促進型」として運用されるべきだとされる。「不平等な立場にあるマイノリティが当事者として参加し、適切な対抗言論を行使できる「場」を設定する、いわば議論・対話をエンパワーメントする調停手段として人権救済機関を位置づけ」るべきだというのである²⁰⁶⁾。

このほか、櫻庭はウェブ上で流布される歴史修正主義の言論に対して、政府から独立した第三者機関等が検証を行い、その結果を指針として発表

203) 櫻庭・前掲註 (200) 120頁参照。櫻庭は、ドイツのホロコースト否定罪はこのような社会的基盤を欠いたまま制定されたもので、「処罰先行型の立法」になってしまったという。櫻庭によれば、このような立法は「象徴刑法」に陥り、処罰範囲の安易な拡大を許してしまう。櫻庭総「名誉に対する罪によるヘイト・スピーチ規制の可能性—ヘイト・スピーチの構造性を問うべき次元」金・前掲註 (75) 141頁参照。

204) 櫻庭総「現在の刑事司法とヘイトスピーチ」法学セミナー736号27頁 (2016) も参照。櫻庭は刑事規制の対象になるヘイト・スピーチは、個人的法益ではなく社会的法益を侵害するものとして構成することが適切だと考える。櫻庭総「ヘイトスピーチ規制における運用上の諸問題」徳田他・前掲註 (84) 813-15頁参照。

205) 櫻庭は、刑事規制は性質上、行為者個人の責任を問うものなので、社会の差別構造や偏見の部分が置き去りになってしまうことを問題視する。また、ヘイト・スピーチが生む様々な複合的被害に、刑事裁判で過不足なく対応することも難しいと考える。一方で、人権救済制度によれば、社会の差別構造に影響されたより穏健な形態の差別に対応することができると論じる。櫻庭・前掲註 (203) 143-46頁参照。

206) 櫻庭・前掲註 (200) 121-23頁参照。以上のように櫻庭が刑事規制に消極的で、差別の実態調査の必要性を強調するのは、日本においては、ほかならぬ国家が差別の構造を創出、強化、容認してきた歴史があると認識するからである。人権救済制度の理解促進型の運用を指向するのもそのためであろう。櫻庭・前掲註 (199) 285-86頁参照。なお、櫻庭は刑事規制以外の救済制度が求められる理由として、刑事司法制度では差別の被害がマジョリティに理解されにくいという問題があるとも指摘する。同上283-84頁参照。

することを提案している。このような第三者による非規制的な制度であれば憲法上問題はないとされる²⁰⁷⁾。

櫻庭は最近の論文で、刑事規制が設けられた場合の運用上の問題について注目すべき議論を展開している。櫻庭によれば、ヘイト・スピーチの刑事規制の運用上の問題として、①検挙、起訴すべき事案において、適切に検挙、起訴がなされないこと、②検挙、起訴すべきでない事案において、検挙、起訴がなされることがある²⁰⁸⁾。

このうち①について、櫻庭は、現行の検察審査会制度の機能は期待できないので、捜査機関の教育、研修を行うとともに、検察審査会とは別の、マイノリティが被害者となる事案に特化した審査機関の設置もありうると論じる²⁰⁹⁾。②は、ヘイト・スピーチ規制法が濫用され、マイノリティの起訴のために用いられるという問題で、解決がより困難だとされる²¹⁰⁾。櫻庭は、この問題に現行法の枠内で対処することはできないので、実態調査に基づいて立法事実を検証したうえで、現行の法体系と整合する制度の構築を行うべきだと論じる²¹¹⁾。この点について、櫻庭は独占禁止法の専属告発制度に倣って、専門性と独立性をもった行政委員会等に刑罰権発動の是非を判断させることを提案している²¹²⁾。

(6) 小泉良幸

小泉の説は、消極説寄りの中間説と位置づけられる。小泉は欧米の多くの学説と同様に、ヘイト・スピーチの害悪を直接的害悪と間接的害悪に分類する。前者は「標的とされた人々がヘイト・スピーチに直面することで被る「害悪」」を、後者は「ヘイト・スピーチの「受け手」である「第三者」の行為を媒介として、犠牲者に対して危害をもたらすべく作用する《力

207) 同上「刑法における表現の自由の限界」123頁参照。

208) 櫻庭・前掲註(204)「ヘイトスピーチ規制における運用上の諸問題」817頁参照。

209) 同上819,821頁参照。

210) 同上819,822頁参照。

211) 同上828-29頁参照。

212) 同上829-31頁参照。

(power)》のなかに見出される「害悪」をいう。小泉は直接的害悪については、特定可能な個人や団体に向けられている場合か、それに準じる場合には現行法の枠内で概ね対処できると考え、間接的害悪を主たる分析の対象にする²¹³⁾。

小泉は間接的害悪として、平等権の侵害、沈黙効果の発生、発語内行為による差別の現実の構成、集団に対する名誉毀損を検討する²¹⁴⁾。小泉は、これらは受け手を媒介として支配従属関係を維持、強化する力にヘイト・スピーチの害悪を見出す点で共通していると解する。そして、憎悪煽動による秩序破壊については、それ自体は違法行為でない「憎悪」の煽動を罰する場合、人種差別撤廃条約4条にいう憎悪等の流布、宣伝の規制に等しくなると性格づける²¹⁵⁾。

小泉は、「送り手」と「受け手」の自律の保障を強調し、これらの間接的害悪の議論を支持しえないと説く。「送り手」の自律については、ヘイト・スピーチ規制が「道徳的環境」除染のための政府介入請求権の主張であり、「道徳的環境」形成への「平等な参加権」保障という意味での個人の自律を犠牲にすると論じる、ドゥオーキンの理論を援用する。一方、「受け手」の自律に関しては、スキャンロン (Thomas M. Scanlon) の初期の理論に依拠している。それは、表現行為から害悪が生じたとしても、それが、「当該表現行為の影響を受けて、“受け手”が間違っただ信念をもつようになること」、又は「当該表現行為の“受け手”によって実行された行為によって危険な結果が発生したが、表現行為と結果として生じた危険との間の関連性は、当該表現行為によって、表現行為の“受け手”が、右の危険な行為は実行するに値すると信ずるに至り、又はそう信ずる傾向が強まること」を理由として規制してはならないとするものである²¹⁶⁾。

213) 小泉良幸「表現の自由の「変容」—ヘイトスピーチ規制をめぐる—」公法研究78号 95-96頁 (2016) 参照。

214) 小泉によれば、聞き手に直接向けられたヘイト・スピーチが生む沈黙効果は実証的に観察可能であるという点で、間接的害悪としての沈黙効果とは区別される。同上 95-96頁参照。

215) 同上96-98頁参照。

216) 同上98-100頁参照。

もちろん、自律の保障が必ずしも支配従属関係の解体という目標に優越するとは限らない。ところが小泉は、政府によるレイシズムを非難するメッセージの発信や、アフターマティブ・アクションを含む教育的措置の実施等の手段が残されていることを踏まえると、公共圏でのヘイト・スピーチ規制が必要不可欠とはいえないと論じる²¹⁷⁾。なお、小泉はヘイト・スピーチを規制しないことにより、標的集団に対する社会的承認の否定を是認するメッセージが発信されてしまうとする議論もとりえないと考える。「公共図書館に書物を収蔵することが、その書物の著者の見解を政府が「是認」するものではないことと同様に、パブリックフォーラムを典型とする公共圏のなかで流通している議論に対して、政府は「是認」し、肩入れするものでもない」からである²¹⁸⁾。

このように小泉は規制に消極的な立場を表明しているが、徹底した消極説をとる論者とは少し距離を置いている。たとえば、ヘイト・スピーチが職場や教室等で囚われの状況にある特定可能な個人に向けられ、それが個人の就労、就学環境を敵対的なものとし、個別化された人格的利益を侵害するとき、「直接的な害悪」が生じているとみなされる。アフリカ系市民の家の玄関前で十字架を燃やしたり、自宅郵便受けに文書を投げ込んだりする行為もこれに準じて扱われる²¹⁹⁾。また、公共圏で発信されたヘイト・スピーチは原則として規制できないが、不特定集団に向けられてはいるが、当該集団の成員がそれに直接さらされる場合は「限界的事例」とされる²²⁰⁾。また、規制消極論に与することを明言しつつも、立法事実次第では規制が正当化される余地があることを留保するとも述べている²²¹⁾。このほか小泉が、ヘイト・スピーチが社会的差別を構成する差別行為そのもの、すなわち「発語内行為」となることはまれであると解しつつ、「家、貸します。白人に限る」というような契約の申込みの誘引行為は例外的にそのような行為とし

217) 同上100頁参照。

218) 同上101-2頁参照。

219) 同上95頁参照。

220) 同上102頁註7参照。

221) 同上100頁参照。

て性格づけられると理解していることも重要である²²²⁾。

(7) 駒村圭吾

駒村の見解も消極説寄りの中間説といってよいだろう。駒村はまず、「構造的差別の解消」や「他者・異文化との共存」といった目的による規制の正当化は難しく、より具体的な法益侵害として構成する必要があるという。これらの目的の実現を阻む行為の排除は、「ある意味で品格の問題であり、思想の自由市場における健全な言論の応酬による淘汰に委ねるべきだ」からである²²³⁾。

一方で駒村によると、憲法が一定の言論秩序を「憲法的公序」として要請している可能性もないとはいえない。憲法14条1項が想定する「差別排除の憲法的公序が立ち上がることに連動して、差別表現の制限が精神的自由に関わる憲法的公序の一環として要請される」可能性を認めるのである。ただ、駒村はあくまでここでの事の本質を品格の問題とみており、法的規制がPC運動のような社会運動と重畳的に言論統制の強化に働くことに強く警戒している²²⁴⁾。

この精神的自由に関わる憲法的公序について、駒村は別の論文で「意味の秩序」という独特の概念を用いた議論を行っている²²⁵⁾。ここで駒村は、アメリカのSnyder事件判決²²⁶⁾における同性愛者を差別する言葉を用いて死者を誹謗するデモは、「偉大なるアメリカ」という意味秩序、及び葬儀の静謐や死者に対する無条件の敬意を要求する意味秩序に対する異議申し立てであったと捉える。そして、こうした「意味秩序への挑戦は、その戦略的操作も含めて、広く思想の自由市場に委ねるべき」だとして、かなり表現の

222) 同上96-97頁参照。

223) 駒村圭吾「憲法の観点から—憎悪と表現の規制をめぐる—」国際人権24号71頁(2013)参照。

224) 同上参照。

225) 駒村圭吾「「意味の秩序」と自由」曾我部真裕=赤坂幸一編『憲法改革の理念と展開(下巻) 大石眞先生還暦記念』172頁(信山社, 2012)参照。

226) See Snyder v Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

自由保障を重視した判断を示している²²⁷⁾。

駒村は「内容規制に対しては極めて厳格に合憲性を問うというのが、日米ともに、基本であり、内容規制禁止原則が「定石どおり、適用される」となると、憎悪表現・差別表現規制が正当化される余地はほとんどなくなる」と述べる。そのため、構造的差別の助長は許されない等の観点に基づき、真正面からヘイト・スピーチの内容規制を断行するような方法は、「判例・学説上、評判の悪い方法」だとして、明確に消極的な評価を示す。他方で駒村は、十字架焼却のような特定内容の表現が、「一定の危険な mode を構成することを問題にする」余地はあると述べている²²⁸⁾。したがって駒村は、極めて限られた範疇の表現について、不特定多数人に向けられた場合でも規制を合憲とする余地があると考えているようにもみえる。

ただ、より最近の論稿ではかなり規制に消極的な態度が表明されている。駒村は、ヘイト・スピーチに対しては既存の法令を駆使することで対処すべきであるとし、それを超えた手段を用いることには否定的である。特に集団的名誉毀損に対する法的規制について、それが個人の集合的アイデンティティを前提とすることになり、「あらゆる歴史的・社会的文脈から個人を析出することを旨とする近代的前提と原理的な不整合を生む」とされる。また、こうした原理的問題を克服できても、民事救済の場合には原告適格の問題等があるという。そして、刑事規制の場合にはヘイト・スピーチという新たな保護されない範疇を設けることに否定的になるべきだし、明白かつ現在の危険の法理の観点から規制は困難だという。また、集団誹謗の規制は内容及び観点に基づく規制になることが何より問題とされる²²⁹⁾。駒

227) 同上192-93頁参照。

228) 同上72頁参照。この表現のmodeという概念は、*R.A.V.*事件判決のスカリア法廷意見の駒村による独自の解釈に基づくものである。「Mode of Speech—*R.A.V. v. City of St. Paul*事件判決におけるスカリア法廷意見の可能性」小谷順子＝新井誠＝山本龍彦＝葛西まゆこ＝大林啓吾編『現代アメリカの司法と憲法—理論的対話の試み』22頁（尚学社、2013）参照。駒村は、スカリアによる法廷意見が、「表現の「内容」をメッセージあるいはアイデアに関わる部分と、脅迫や攻撃という従来の議論では“行為”と見られてきたmodeを具現化する部分に分け、後者の規制は内容規制であるものの例外的に許容しうる」旨を説いたと解するのである。同上33頁参照。

229) 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

村の学説はアメリカ連邦最高裁の立場にかなり近く、中間説といってもかなり消極説寄りであるといえそうである。

(8) 阪口正二郎

阪口はかつての論文において、アメリカにおける差別的表現規制の要求は、緊張に満ちた「選択」を迫るものであると論じていた。阪口の議論は次のようなものである。第1に、差別的表現の規制においては従来の絶対主義的な表現の自由の保障の伝統という「特殊な国家」を維持すべきかが問題となっており、「自由」や「民主主義」というシンボルをめぐる国家観の選択が問われている²³⁰⁾。第2に、差別的表現の規制は「個人か集団か、個人の多様性か集団の多様性かという深刻な選択を迫る問題」である。規制を求めることは、「表現の自由の伝統に対する挑戦という次元では済まず、合衆国における自由の伝統の根幹にある個人主義に対する挑戦を示すもの」である²³¹⁾。第3に、伝統的な表現の自由は国家からの干渉を排除するという意味で「国家からの自由」と理解され、差別的表現には対抗言論の原則が妥当すると考えてきたが、規制を求める側は差別的表現についてはその原則が機能せず、規制によってこそ表現の自由が実現されるという「国家による自由」論を対置してきた²³²⁾。

阪口は次のようにいう。このようにアメリカでは、「差別的表現規制の問題は、様々な意味で原理的なレベルにおけるどぎつい選択を迫る問題」と認識されてきたが、日本でもこうした原理的な問題を避けることはできず、「具体的な解釈論を展開するにあたっては自覚的な選択がなされなければならない」、やわな対応では済まない。そして、次のように私見を述べる。「私

治学的観点、哲学的観点のそれぞれから」金沢法学61巻1号228-34頁（2018）参照。

230) 阪口正二郎「差別的表現規制が迫る「選択」—合衆国における議論を読む」法と民主主義289号41頁（1994）参照。差別的表現規制に関するアメリカの特殊性については、同「表現の自由をめぐる「普通な国家」と「特殊な国家」—合衆国における表現の自由法理の動揺の含意」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』20-23頁（東京大学出版会、1998）参照。

231) 同上「差別的表現規制が迫る「選択」」42頁参照。

232) 同上43-44頁参照。

自身は、この問題については「特殊な国家」,「個人主義」,「絶対主義」といったものに、たとえもの分かりの悪い頑固もの (bigot) と呼ばれても執着すべきだと思う」²³³⁾。

このように阪口は規制に慎重な立場に立っていた。ただ、阪口はヘイト・スピーチが社会問題化して以降に書かれた最近の論文では、明確な規制消極論をとっていない。阪口は、ヘイト・スピーチ規制を検討するにあたっては、まずはそれをどう評価するかが問題になるという。そして、「ヘイト・スピーチは、差別や差別意識を温存・助長するだけでなく、その表現が向けられた集団に属する人々の尊厳を著しく傷つけることが多く、その意味で「弊害」が大きい」という認識を示す。また、「ヘイト・スピーチは、文脈次第では政治的表現となりうるものの、一般的に見れば、表現の自由の「優越的地位」を支える諸価値との関係は強くない」と述べる²³⁴⁾。

ただ、阪口はただちに規制を肯定してはいない。阪口は、ヘイト・スピーチの沈黙効果について論じた後で、規制の正当性を考えるにあたってはどの程度の沈黙効果が働いているのか見定める必要があると述べる。また、政府が規制を濫用する危険がないかを見定める必要があるとする。「政府の恣意を排除できるような明確で限定的な規制をなすことが可能か、この問題について政府を信頼することが可能かどうか最終的な評価は関わってくる」というのである²³⁵⁾。

(9) 渡辺康行

渡辺はヘイト・スピーチ規制の合憲性について明確な立場を表明していないが、闘う民主主義²³⁶⁾の観点からヘイト・スピーチを論じる文献のなかで、明確に規制消極説から距離を置いている。渡辺は、仮に日本国憲法の下で闘う民主主義的な発想はとらないという自由観に立ったとしても、採用可

233) 同上44頁参照。

234) 阪口正二郎「表現の自由はなぜ大切かー表現の自由の「優越的地位」を考える」阪口他・前掲註(127)22頁参照。

235) 同上22-23頁参照。

236) 渡辺は「たたかう民主制」と表記しているが、本稿の表記の統一のため、ここではやや意味は異なるものの「闘う民主主義」という用語を用いる。

能なヘイト・スピーチ規制法のあり方を具体的に検討することも必要な作業だと論じる。法規制の立案にあたっては「おそらくかつての人権擁護法案や人権委員会設置法案が、たたき台になるのであろう」という展望を述べる。そして、この点についてかなりの蓄積をみせる比較法研究を踏まえた考察を行う必要があるという²³⁷⁾。

具体的な規制のあり方として、次のようにも述べている。「戦争宣伝の禁止や集団に対する憎悪を煽動する表現の規制などに対してブランデンバーグ原則を求めつつ、集団に対する差別的名誉棄損・侮辱型の差別的憎悪表現については「少数者集団侮辱罪」として構成し、右原則を幾分か緩和して適用しようとすることも、それぞれの保護法益が異なるため成立可能な立場である」。渡辺によれば、闘う民主主義等の思想の次元での基本的選択はヘイト・スピーチ規制に関する結論をただちには指示しない。そうした選択を前提としたうえで、「それぞれの事例の個性や現実の要求を踏まえつつ、しかし全体として整合的に説明可能な法制度論や解釈論を行うことが、法律家の仕事」であるというのである²³⁸⁾。

渡辺は規制の合憲性について断定的な意見は述べていないものの、立法事実の精査等の作業を経たうえで、場合によっては不特定多数に向けたヘイト・スピーチの規制をも容認するという立場に立つものと考えられる。

(10) 小谷順子

小谷はこれまで数多くのヘイト・スピーチに関する論文を発表してきたが、初期の論文では規制に積極的な見解が表明されていた。小谷は1997年の論文で、十字架焼却の規制の合憲性をめぐるアメリカの判例と学説を検討したうえで、十字架焼却の規制はヘイト・スピーチ一般の規制とは異なり、ごく特徴的なヘイト・スピーチを対象にするにすぎず定義づけも容易なので、表現の自由全体の脅威となるものではないと論じていた²³⁹⁾。

237) 渡辺康行「「たたかう民主制」論の現在—その思想と制度」石川健治編『学問／政治／憲法—連環と緊張』181頁（2014）参照。

238) 同上182-83頁参照。

239) 小谷順子「アメリカ合衆国憲法修正一条下における十字架を燃やす行為の規制につ

表現の自由の安全弁としての役割を強調し、規制が差別構造の改善等の最終目的には逆効果となるとの見解に対しては、小谷はそれに対する批判的見解を引用したうえで次のように述べる。「十字架を燃やす行為については害悪が顕著であり、安全弁というレベルを超えているとも言えよう」。また、次のようにもいう。人種問題のような複雑な問題に完璧な解決策はなく、一定の代償を伴う試行錯誤が不可避である以上、「立法による救済策が現実には害悪を軽減しない可能性がある、或いは逆に新たな問題を生み出す可能性があるというだけの理由から改善策を諦める必要はないと言えるのかもしれない」²⁴⁰⁾。

小谷は、「十字架を燃やす行為は、白人優越主義の思想に基づいた表現の中でも、暴力や迫害等の歴史と直結しているために特に顕著な影響を齎す表現である」との認識を示し、次のように締めくくる。「十字架を燃やす行為について、それが個人の尊厳、自由、および修正一条、修正一三条、修正一四条の価値に与える害悪を認識した上で、その害悪の防止が十字架を燃やす行為の表現としての価値の保護よりも重要であることを示し、必ずしも喧嘩言葉や脅迫の条件を満たさなくとも特有の害悪を根拠に規制する、とする解釈も十分に考慮に値するのではないだろうか」²⁴¹⁾。

ところが、ヘイト・スピーチが社会問題化してから公表された論文では、小谷はむしろ規制に消極的な態度を示すようになった。小谷が2つの章を執筆した『ヘイト・スピーチの法的研究』では、5章において、ヘイト・スピーチ規制を何らかの論理で正当化することは可能であり、表現の自由の価値論に照らしても規制を正当化しようと述べていた²⁴²⁾。しかし、次章では規制消極論の論拠を詳細に紹介したうえで、表現規制という選択肢のみに限定した議論に終始するのではなく、啓発等の多様な施策も選択肢に含めて議論をすることが有効だと論じていた²⁴³⁾。

いてのRAV判決後の一考察」法学政治学論究32号592頁(1997)参照。

240) 同上参照。

241) 同上592-93頁参照。

242) 小谷順子「表現の自由の限界」金・前掲註(75)87頁参照。

243) 小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」同上102頁参照。

2018年の論文では、小谷が考える許容可能な規制の範囲が述べられている。この論文で、小谷は「不特定多数の人種集団に対して公然となされる憎悪表現」で、個人的法益に害悪をもたらすものについては、「脅迫・侮辱・名誉毀損の害悪レベルに匹敵する個人的法益への害悪が発生することが示される」ことを条件に、規制を導入する余地があるという。ただ小谷は、このような規制を設ける場合にもその根拠を人種差別撤廃条約に求め、憎悪の事由を条約上規定されたものに限定すべきだとしている。憎悪の事由を国際社会でコンセンサスの得られている人種差別に限定することで、恣意的にその他の事由が規制対象に盛り込まれることを防止する必要があるからである²⁴⁴⁾。

ここでは小谷は依然として慎重ではあるものの、不特定多数に向けたヘイト・スピーチの規制の余地を認めつつ、保護の対象となるマイノリティ集団が拡張しないように警戒している。また、この論文で小谷は、アメリカがヘイト・スピーチ規制に消極的である一方、ヘイト・クライムの規制や公共の場での人種差別行為の禁止等を行なっていることを紹介したうえで、「憎悪表現規制に関してアメリカの表現の自由理論を参照するのであれば、アメリカのこれらの法制度の存在を含めた人種差別問題への対応策の全体像に目を配る必要がある」と論じている。そして、「日本は、人種差別問題に対処するための法律を一切設けていないのであり、憎悪表現規制のない特殊な国と評されるアメリカよりも更に特殊な国であることに留意すべきである」という。この叙述からも、小谷が消極説から距離を置き、中間説をとっていることがわかる。

以上の小谷の学説は1997年論文の積極説に近い立場から変遷してきたようにみえるが、1997年論文がヘイト・スピーチ一般ではなく十字架焼却という特定の象徴物の有害性に限定して規制の可否を論じていたことを考えると、2018年論文における中間説の立場を当初から維持していたと考えることもできよう。

244) 小谷順子「人種差別主義に基づく憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制と憲法学説」法学セミナー757号15頁（2018）参照。

(11) 中村英樹

中村は、特に地方自治体によるヘイト・スピーチへの取組みを主題とする、いくつかの論稿を発表してきた²⁴⁵⁾。中村は、排外主義団体による公の施設の利用について独自の見解を表明している。中村は、自治体は市民会館の一室のような閉鎖型の施設では利用を拒否できないものの、公園等の開放型の施設では他者の権利が侵害される危険を根拠に利用を拒否しようという²⁴⁶⁾。また、中村は利用拒否が許されるのはマイノリティ集住地区に限定されるという²⁴⁷⁾。これらの議論は上記の毛利説に類似しているが、毛利は最低限の品位を欠く言動がなされる可能性が高い場合には例外的に閉鎖型施設でも利用を拒む余地を認めていたが、中村はこのような例外を設けていない。また、中村の議論はマイノリティ集住地区でのみ利用の拒否が容認されるとしている。毛利もそれを示唆しているが、中村はこれを明言している点に特徴がある。これらの点で中村の説は利用拒否により消極的であるといえる。

(12) 萩原重夫

このほかの折衷説として、萩原の説が挙げられる。萩原は、人種差別撤廃条約4条が締約国に求める表現規制の合憲性について次のように論じる。言論が言論にとどまる限り、その内容によって権力による規制を認めれば、恣意的抑圧につながるおそれがある。言論の自由の実質的保障のためには、不快な言論をも憲法上保護すべきである。いかなる内容であれ、言論、結社そのものを処罰してはならず、具体的行動による現実的害悪の発生を条件としなければならない。人種差別撤廃条約4条a号のうち人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布、人種に基づく活動に対する資金援助を含む援

245) 中村英樹「地方公共団体によるヘイトスピーチへの取組みと課題」法学セミナー736号41頁(2016)、同「ヘイトスピーチ解消法を受けた地方公共団体の取組みと課題」法学セミナー757号37頁(2018)参照。

246) ここでいう開放型／閉鎖型の分類は、毛利のいう屋外型／屋内型の分類にほぼ相当すると思われる。

247) 中村・前掲註(245)「ヘイトスピーチ解消法を受けた地方公共団体の取組みと課題」41頁参照。

助の提供の部分、及び団体規制に関する同条b号全体は違憲とされる。4条a号の人種差別や暴力行為の煽動については、現実的、具体的な危険を生むおそれがあるので、厳格な構成要件の下で合憲と解する余地がある。また、自由権規約20条2項の人種的又は宗教的憎悪の唱道の禁止規定については、煽動の範囲の限定において恣意性を排除できず、政府に都合の悪い言論のみが取り締まられるおそれがあり、言論そのものの批判となってしまう²⁴⁸⁾。

このように萩原は限定的な規制を合憲と認めるが、別の論文では差別的表現処罰立法の政策的妥当性はないと述べているので²⁴⁹⁾、かなり消極説に近い中間説であると評しうる。

(13) 戸松秀典

戸松は1993年に公表した論文で大要次のような議論を展開している。日本ではいまだ差別的言論の規制に関わる裁判法理が構築されておらず、議論を闘わせる土俵がない状況にある。そして、とりわけ表現の自由の重要性についての認識も高められたものとはなっていない。このような現状で差別的表現の規制を行えば、自由な社会を崩壊させるおそれが多分にあり、差別の潜在化、固定化が進み、かえって差別解消の目的が達成されないままとなるおそれもある²⁵⁰⁾。

このように戸松は規制に消極的な態度をみせるが、他方で日本独自の差別問題である部落差別問題については異なった結論を導く。戸松によれば、部落差別においては人種・民族差別とは違って認識可能な集団が存在しないにもかかわらず、それが存在するかのように設定したうえで差別的言論がなされる。これは極めて醜悪で、標的となる人に計り知れない痛手を与える。それゆえ戸松は、これに対しては「差別解消積極主義」を推進すべ

248) 萩原重夫「国際人権法の発展と日本国憲法」愛知県立芸術大学紀要18号54-55頁(1988)参照。

249) 萩原重夫「差別的表現と表現の自由—人種差別撤廃条約4条と憲法21条」法学セミナー503号52-53頁(1996)参照。

250) 戸松秀典「表現の自由と差別的言論」ジュリスト1022号62-63頁(1993)参照。

きだと論じる²⁵¹⁾。ただ、「その推進は、表現の自由の保障原理の活力に満ちた発展と共になされなければならない」とも述べている。

4. 論点の整理と検討

(1) 論点

以上において検討した学説で展開されていた、多岐にわたる複雑な論点の整理を行う必要がある。日本の学説は次のように、アメリカの学説とほぼ同様の論点をめぐって議論してきた。まずヘイト・スピーチの規制に関しては前提的な問題が論争になってきた(①)。第1は自由観についてである(①-1)。「国家からの自由」を強調し、内容中立性原則を堅持すべきとする立場が一方にあった。これに対し、闘う民主主義を支持したり、そこまで行かなくても支配従属関係の歴史にかんがみて、ヘイト・スピーチに関しては思想の市場の機能は期待できない、既存の法を中立に適用すれば差別構造の維持につながると考える立場を対置できる。これに関連して、ヘイト・スピーチに関する立法事実をどう認識するかについても対立があった(①-2)。これについては、現行法で対処できるという立場と新たな立法が必要であるとの立場が対立していた。次に、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た(①-3)。この論争は比較法研究の対象国としてのアメリカをどう扱うかの問題でもある。そして、人種差別撤廃条約や自由権規約といった国際人権条約と憲法との関係に関しても争いがあった(①-4)。前者を重視して規制を支持する立場と、後者を重視して規制に消極的になる立場の違いである。

学説において何より問題になってきたのは、ヘイト・スピーチの内容(②)をどう捉えるかである。これについては、ヘイト・スピーチが憲法に規定された表現の自由の保護領域に含まれるかがまず問題とされる(②-1)。

251) 「差別解消積極主義」は、差別的言論は価値が低く、規制をしても表現の自由の保障原理に反しないとする立場として定義されている。そのため、ここで戸松は部落差別表現については明確に規制を肯定していると考えられる。同上58頁参照。

次に、そこに含まれるとしても、憲法で保護するに値するだけの表現価値を有するかが問題になる（②-2）。ここでは表現の自由の優越性、公共性を尊重し、規制に反対する立場と、ヘイト・スピーチがマイノリティに対して不当な負担を課す性格をもつことから規制を肯定する立場があった。次に、ヘイト・スピーチが社会において最低限求められる礼節を損なっていると評価できるかも議論されてきた（②-3）。思想の自由市場において過激な表現も広く容認する立場から、礼節を欠くことは規制の理由にならないとする立場と、社会一般、又は特定の限られた文脈において最低限の礼節を求めうとする立場があった。そして、当然のことながらヘイト・スピーチが規制に値するほどの害悪を生み出すかが問題とされる（②-4）。ここでは害悪に対抗する言論の有効性も論じられてきた。規制消極論者はヘイト・スピーチの害悪を規制に値するほど十分なものと認めないか、対抗言論で十分に治癒されると論じてきた。他方で、規制積極論者はヘイト・スピーチの多様な害悪を、理論的、経験的な観点から明確にし、一定の類型のヘイト・スピーチには対抗言論が有効でないと主張してきた。

次に、特定の範疇のヘイト・スピーチが十分に価値が低く、有害であること等を明らかにできたとしても、ただちに規制できることにはならず、政策的配慮が必要になる（③）。まず、立法にあたって過大な規制にならず、かつ萎縮効果を引き起こさないような適切な線引きをしなければならない（③-1）。規制消極論者のなかには、国会が的確な立法を行う能力を疑う者がみられた。これに対して、規制積極論者は既に規制されている他の言論類型にかんがみて、ヘイト・スピーチの規制は十分に可能だと主張していた。また、仮に立法段階で適正な線引きができたとしても、運用の問題が生じる（③-2）。規制消極論者は、法執行においてマイノリティが狙い撃ちにされる、規制の濫用がなされる等の理由で規制に反対してきたが、規制積極論者はこのような問題をすべて否定するわけではないものの規制は可能だと考える。

多くの学説では、上記の各要素はヘイト・スピーチの類型ごとに検討されてきた（④）。学説が蓄積するにつれ、類型化を行って個別範疇ごとに規

制の可否を論じる傾向が出てきた。まずヘイト・スピーチの内容の面から類型化が行われてきた。学説では概ねヘイト・スピーチが特定人に向けられているか否かに着目して議論されてきた。特定人に向けられたヘイト・スピーチについては、脅迫、侮辱、名誉毀損等の既存の犯罪カテゴリーに該当する限りで処罰が可能かが問題となる。また、ヘイト・クライムに対する刑罰加重が可能かが問題となる。不特定型のヘイト・スピーチとしては、まず害悪が明確かつ重大で、比較的容易に規制を正当化できる場合として部落地名総鑑の流布を挙げることができる。より論争的なものとして、不特定人に向けられたヘイト・スピーチを、集団的名誉毀損・侮辱、憎悪や差別の煽動、歴史的事実の否定といった類型で規制できるかが問題にされてきた。

このほかヘイト・スピーチを発する主体として、私人と公職者に分けて議論されてきた。媒体としては、特にマス・メディア、インターネットを用いたものについて特別な取扱いの是非が論じられてきた。行為の態様については、過激であるか、繰り返しなされるものが区別されてきた。規制手段としては、民事救済、刑事規制、人権法による規制が論じられてきた。表現の場の問題として、マイノリティ集住地区を標的にするデモの差止め、国・自治体が提供するフォーラムでのヘイト・スピーチの規制、雇用者としての政府によるヘイト・スピーチを理由とする懲戒処分、図書館の蔵書に対する統制、公共施設貸与の拒否等が議論されてきた。他方で、私人が提供する場でのヘイト・スピーチとして、私人設置の言論フォーラムでのヘイト・スピーチの規制、雇用者によるヘイト・スピーチを理由とする懲戒処分等が問題になってきた。

以上のように、日本の学説ではかなり網羅的に論点の検討がなされている。上記の各論点について、学説がどのように論じてきたかを整理する。

(2) 前提的問題

① 「自由」 観をめぐる論議

まず①-1の論点、つまり国家観の問題について学説を整理する。阪口

正二郎は差別的表現規制に関して「国家からの自由」と「国家による自由」を対置したうえで、前者の理念をとるアメリカの立場を支持していた。上記のように阪口は現在消極説をとっていないようだが、消極説の論者の多くはこのような「国家からの自由」観に立って議論を展開する。横田耕一は日本国憲法の解釈論として闘う民主主義を否定し、アメリカの判例法理に依拠する旨を表明していた。榎透はより明確に、憲法の自由権に係る規定が何より「国家からの自由」を意味すると論じていた。「国家による自由」の観点から国が差別表現の被害者を保護しようとするれば、憲法が義務の法典へと転化しうるというのである。これは最も強力な「国家からの自由」論だといえるが、松井茂記、長谷部恭男、齊藤愛、塚田哲之、成嶋隆をはじめとする多くの消極論者や、中間説をとる市川正人、木下智史、小泉良幸、駒村圭吾も程度の差はあれ認識を共有するようにみえる²⁵²⁾。

一方、規制積極論者のほとんどはこうした立場に立っていない。「国家からの自由」を貫く場合必然的に対抗言論の法理に依拠することになるが、内野正幸、棟居快行、江橋崇、師岡康子は、当該法理に全幅の信頼をおけないと論じていたからである。ただ、ここで紹介した積極論者のほとんどは、闘う民主主義の理念を支持することまでは明言しておらず、内野に至ってはそうした思想に立脚した規制の正当化はできないと明確に述べていた。師岡が具体的な規制のあり方を論じるに際し、法執行機関に対する強い警戒心を示していたことも銘記すべきである。

以上の点は①—②の論点に直接関わってくる。消極論者である横田耕一、榎透、長谷部恭男、成嶋隆らは、明確にヘイト・スピーチ規制法の制定を裏づけるだけの立法事実は存在しないと論じていた。これに対して、規制

252) 大日方信春も同様の立場に立つと思われる。大日方は次のようにいう。「ヘイトスピーチ規制は、表現の自由の優越的地位を認めてきた憲法原理論にある種の修正を迫るものであろう。なぜなら、それは、真の個人の自律やまさにここで規制されようとしている表現の自由は国家による規制の中であってこそ実現するものであるという法思想を採用するものなのだから。それは、自由はあくまで「国家からの自由」であるのか、それとも、自由は国家によって設けられるものであるのか（「国家による自由」）という原理論レベルでの自由論をわれわれに迫るものとして捉えることができるであろう。」〔原文中の註は省略〕大日方信春「アメリカにおける「ヘイトスピーチ規制」について」比較憲法学研究29巻45頁（2017）参照。

積極論者のなかには、金尚均のように既に規制に値する立法事実があるという立場から具体的な規制案を提唱するものがあつた。また、師岡康子や櫻庭総は立法事実に関する判断の前提として、差別に関する実態調査を実施する必要性を強調していた。なお、日本における差別の歴史に関する認識をどのように規制立法に反映させていくかについて議論が成熟していなかった。この点について松垣伸次は批判的人種理論が唱える「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だと主張していた。

②ルールとスタンダードの対立

次に①-3の論点を確認する。積極説と消極説は、違憲審査の方法論の面でも明確な相違を示している。この点に関して、アメリカ憲法学においてしばしば用いられるルール (rule) とスタンダード (standard) の概念区分を参照することが有用である。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。

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。さらに、泉佐野市民会館事件判決等の判例法理の射程を広く解釈し、様々な文脈でなされるヘイト・スピーチにカテゴリーカルに適用されると考えているように見える。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。表現媒体としては、たとえば放送メディアにおけるヘイト・スピーチの規制を、表現の場としては、私人や政府

によって提供されたフォーラムにおけるヘイト・スピーチや、使用者によるヘイト・スピーチを理由とする不利益処分を特別に扱うことを認めていた。さらに、部落地名総鑑の流布の規制の合憲性も認めていた。

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、表現の場等を個別具体化することにより、様々な種類のヘイト・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、曾我部真裕、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する。

以上の点は、①-4の論点、すなわち比較法研究の対象としてのアメリカの扱いの問題とみることもできる。繰り返しになるが、アメリカの表現の自由の法理は諸外国に比べて硬直性の強い、ルール指向のものである。松井茂記、横田耕一、榎透、長谷部恭男をはじめ、どの消極説も明確にアメリカの判例法理を受容したうえで、日本における規制の可能性を論じている。このことは、消極説寄りの中間説の論者である、市川正人、木下智史、小泉良幸、駒村圭吾、阪口正二郎にも共通する。これに対して、積極説は明らかにアメリカの判例法理とは距離を置いている。

国際人権条約に対する積極説と消極説の間の立場の相違も確認できる。積極説の代表的論者である江橋崇は人種差別撤廃条約への加入が必要であるとの立場の下で、可能な規制の範囲を検討していた。師岡康子は規制の範囲を定めるにあたって、人種差別撤廃条約をはじめとする国際人権条約に何度も言及してきた。近藤敦は国際人権規約や人種差別撤廃条約等の人権条約との適合的解釈によって、一定の種類のヘイト・スピーチの刑事規制が容認されると論じていた。中間説の論者である小谷順子も、規制の範囲を限定するにあたって人種差別撤廃条約に依拠すべきだと論じていた。他方で、消極説は国際人権条約に依拠することに慎重な態度をみせている。

横田耕一や成嶋隆は人種差別撤廃条約4条が求める規制の実現は困難だと述べていた。榎透はヘイト・スピーチ規制が国際標準であるという議論に対し、「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」と反論していた。

(3) ヘイト・スピーチの内容

①保護領域

ヘイト・スピーチの内容、すなわちその害悪や価値をめぐっては、いっそう激しい学説の対立がみられる。まず保護領域の問題(②-1)を確認しよう。明らかに価値が低いため、憲法21条の表現の自由の射程外にあるヘイト・スピーチに関しては、その害悪や価値を詳細に検討し、立法における線引きのあり方に悩む必要はない²⁵³⁾。おそらくどの積極説の論者もヘイト・スピーチの価値や害悪を詳細に論じ、線引きの努力を行っていることを考えると、積極説は不特定多数人に向けたヘイト・スピーチが憲法21条の保護領域の外にあるとは考えていないと思われる。

ただ、特定個人を標的にしたヘイト・スピーチや職場におけるハラスメントは憲法21条の射程外として位置づけられるように思われる。必ずしも明らかではないが、これらの言論類型に関して表現の自由との調整の議論がほとんどなされていないことからすると、消極説を含むどの学説もそのように解している可能性がある。また、小泉良幸が「家、貸します。白人に限る」のような契約の誘引行為を差別行為そのものと位置づけているのは、この類型の表現が憲法21条の保護領域外であるとの趣旨であると理解できる。そうすると小樽入浴拒否事件における「外国人の方の入場をお断りします。JAPANESE ONLY」という張り紙の類も、同様に憲法21条の保護領域外の言論とみなしうる。

②価値

253) 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25頁(2013)参照。

憲法 21 条の保護領域内にあるヘイト・スピーチの表現価値という論点 (②-2) については激しい論争がなされてきた。多くの消極説の論者は、政府が表現の価値を判断すること自体に否定的な評価を行い、ヘイト・スピーチについてもそうした判断を認めるべきでないと考える。これを明確に主張する論者として、榎透と塚田哲之を挙げることができる。また、中間説の代表的論者である市川正人は、国家が表現価値の高低について選択をしてはならないという原則が「表現の自由保障の根幹」だと論じていた。同じく中間説の木下智史もこれに同意している。

この論点により深く切り込む論者として、消極説寄りの中間説に位置づけられる小泉良幸がいる。小泉はドゥオーキンに依拠して、道徳的環境形成への平等な参加権という、表現の「送り手」の自律の広範な保障を説く。また、小泉はスキャンロンの理論を援用して、表現の影響により「受け手」が誤った信念をもつこと等を理由に、政府がパターンリズムの観点からの介入を行うことにも反対する。小泉は表現の自由の基底に個人の自律を見出すことにより、少なくとも不特定多数人に向けたヘイト・スピーチを原則として規制しえないと考えるのである。小泉のいう送り手の自律については、同じくドゥオーキンの議論を支持する齊藤愛もほぼ同様の見解を示している。

一方で、積極説の論者のなかには、一部のヘイト・スピーチの価値が低いことを明確に論じる例がみられる。内野正幸は、侮辱を自己目的とする差別表現が個人の人格の発達や民主政治にとって役立つ価値の低い表現だとしていたし、棟居快行は相手方の反論が意味をなさなくなるような誹謗は発言者自身が思想の自由市場を破壊しており、マイノリティに沈黙を強いると主張していた。

最近の積極説もヘイト・スピーチの価値の低さを論じる。師岡康子はヘイト・スピーチが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ものだから、自己実現の価値による正当化はできないと論じていた。また、師岡は、ヘイト・スピーチが社会に差別、憎悪等を蔓延させ、民主主義社会の基盤そのものを掘り崩

すと主張していた。近時の積極説の傾向としてウォルドロンの理論の影響が顕著にみられる。ヘイト・スピーチが市民的地位を否定することで、民主政の基礎を損なうという議論である。たとえば松垣伸次は、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」を傷つけると論じていた。金尚均は、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ことにより民主主義社会に脅威となると論じていた。遠藤比呂通と楠本孝もウォルドロンの議論に依拠していることを確認した。

③礼節

②－③の礼節については、消極説をとる駒村圭吾の議論が重要である。駒村は構造的差別の助長等を問題として真正面からなされる表現内容規制は憲法上許されないと論じていた。これはあくまでも「品格」の問題として扱われるべきだというのである。奥平康弘は、civilityを「市民性」と訳し、権力による規制よりも市民が歴史認識を学び直す等して市民性を形成していくべきだと述べていた。一方で、限定的な規制を容認する毛利透は、公の施設の利用においては利用者に最低限の品位が求められると説き、攻撃対象を一方的に罵る内容が大半を占めるような集会は不許可にしようと論じていた。

④害悪

②－④のヘイト・スピーチの害悪については特に激しい論争になってきた²⁵⁴⁾。ヘイト・スピーチの害悪については、特定型／不特定型、面前型／非面前型、個人的法益／社会的法益、1段階型／2段階型、即時型／蓄積型という分類が可能である。これらの分類は、たとえば特定型－面前型－個

254) 一般にはヘイト・スピーチが何らかの害悪を生む場合でない限り規制はできず、不快にすぎないものを規制した場合には表現の自由の侵害となると考えられている。一方で、梶原健佑「ヘイトスピーチ・害悪・不快原理」松井茂記＝長谷部恭男＝渡辺康行編『阪本昌成先生古稀記念論文集 自由の法理』（成文堂、2015）735頁は、不快原理によってヘイト・スピーチを規制する可能性について探っている。本稿はこの点について考察を及ぼす余裕がなかった。

人的法益—1段階型—即時型というように単純に結びつくわけではない。個人的法益の侵害は、特定型のみならず、不特定型+面前型のヘイト・スピーチによっても生じうる。たとえば路上のデモで過激な差別的発言を行うような場合には、特定人を標的にしていなくても通行人であるマイノリティが聞き手として直接被害を受ける。また、特定型+面前型のケースで、当該ヘイト・スピーチを傍らで耳にした第三者が偏見を抱く等して2段階型の害悪が生まれることがある。こうした点を念頭におきつつ、以下では個人的法益と社会的法益に分けて、学説の整理を行っていく。

まず規制積極説や一部の中間説が、ヘイト・スピーチの生む個人的法益についてどう考えているのかを確認する。特定型のヘイト・スピーチが個人的法益を侵害する点についてはそれほど争いがないようなので、ここでは不特定型のヘイト・スピーチによる個人的法益の侵害に関する学説の対立を確認する。

内野正幸は主に差別的表現が名誉感情を侵害すると主張していた²⁵⁵⁾。棟居快行もおそらく名誉感情の侵害を問題にしており、内野よりも害悪の内容に踏み込んだ説明をしている。棟居は集団への誹謗が集団に属する個人の、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し、自分を自分たらしめることを困難にするという。師岡康子も、マイノリティにとって集団的属性はアイデンティティの核心を占めることが多く、属性に向けられた言葉の暴力は集団内の各人の存在価値を否定するという類似の議論を展開していた。

これに対して小谷順子は、不特定多数人に向けたヘイト・スピーチが「脅迫・侮辱・名誉毀損の害悪レベルに匹敵する個人的法益」を害する場合に規制を導入しようとして、より多様な害悪を承認する。毛利透は、個人的法益のみが規制を正当化するとしたうえで、攻撃を受ける人々が集団の一員として感じる恐怖心が主観的不安を超えた社会的に根拠のある反応であ

255) 社会的名誉の侵害は差別的表現の本質的問題であるとはいいたいという。内野・前掲註(3)157頁参照。ただ、内野はヘイト・スピーチが多様でありその害悪も様々であることを認めている。たとえば部落地名総鑑の流布はプライバシーを侵害するものとみている。

り、それにより社会における人々の平和的共存が脅かされる危険が客観的に存在する場合には規制もありうると論じていた。これは脅迫によってもたらされる害悪を規制の論拠とする議論といえよう。また、「社会における人々の平和的共存」という言葉からは、社会的法益とのつながりを意識していることがわかる。

これらの論者は、自身が問題にする害悪が1段階型／2段階型のいずれであるかを明確にしていない。この分類は、小泉良幸のいう直接的／間接的害悪の区別に対応するものである。内野のいう名誉感情や棟居のいう人格権的利益は聞き手に対して直接向けられたヘイト・スピーチによって侵害されることが通常であるし、小谷や毛利が問題にする脅迫型のヘイト・スピーチは典型的に聞き手に直接向けられることを想定していると思われる。したがって、これらの学説は主に1段階型の害悪を問題にしていると考えられる。また、面前型／非面前型の区別もなされていないが、特に脅迫型のヘイト・スピーチについては面前型のほうが害悪が明確かつ重大であると考えられる。消極説に近い中間説の小泉良幸が、公共圏で発信されたヘイト・スピーチは原則として規制できないとしつつ、不特定集団に向けられてはいるが当該集団の成員がそれに直接さらされる場合は「限界的事例」だというのは、この点を意識したものだと考えられる。

上記の積極説と中間説の議論に対して、消極説や一部の中間説は疑義を唱える。集団の名誉毀損がそのなかの個人を傷つけるという棟居らの議論に対しては、阪本昌成は黒人等の集団は一定の特性をもつ人々の総称にすぎず、統一的法益としての社会的評価を有しないと述べていた。成嶋隆も法人や団体ではない外延の不明確な集団にまで、法的保護の対象を拡大すべきでないと論じていた。

集団に帰属していること自体から法的保護を認めれば、個人の尊重という憲法の根本原理と緊張関係に立つという塚田哲之や、これに近い立場を表明する駒村圭吾も、棟居らの立論を否定しているといつてよい。個人的法益の侵害が認められるにもかかわらず規制の余地を認めないとすれば、それこそ個人の尊重原理に反するはずであるが、そのようには考えないか

らである。一方で、齊藤愛は集団のアイデンティティが社会的に形成されるもので国家が固定すべきではないと論じるので、集団的名誉毀損と集団のなかの個人とのつながりのみでなく、集団の名誉の存在そのものを認めないのである。

次に、個人的法益のうち、典型的な2段階型の害悪を問題にする議論をみる。師岡康子はヘイト・スピーチが、「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」を生むと述べていた。このうち差別、暴力、虐殺、戦争といった害悪は、主としてヘイト・スピーチによって煽動された人々が生み出すことを想定していると考えられる。金尚均も同様の議論を行っていた。

これに対して消極説が伝統的に異論を提起してきた。松井茂記は、差別表現による違法な差別行為の煽動に対してはブランデンバーグの基準や明白かつ現在の危険の基準を用いるべきだという。横田耕一もほぼ同様の立場に立つ。中間説の駒村圭吾も明白かつ現在の危険の基準に依拠することを明確に述べていた。この点については成嶋隆がより踏み込んだ議論を行っていた。成嶋は、人種差別等の煽動については観点規制禁止原則にかんがみて具体的危険犯として構成すべきだとしていた。そして、日本の現状から具体的危険が生じることが想定できないので、抽象的危険犯概念に基づく恣意的な処罰がなされてしまうというのである。

続いて社会的法益についての学説の対立を確認する。規制積極説のうち師岡康子は、尊厳の侵害、平等権侵害、差別の蔓延といった社会的法益を規制の論拠に挙げていた。社会的法益は基本的に「蓄積型」の害悪を問題にするものと思われる。この点、積極説の論者は近時ウォルドロンらの学説を参照している。桧垣伸次はヘイト・スピーチが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」を傷つけるとしていた。遠藤比呂通は、ウォルドロンの学説をほぼそのまま受け入れ、ヘイトスピーチが「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を侵害すると論じていた。

社会的法益の保護を早くから訴えてきたのは金尚均である。金はヘイト・スピーチが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と論じていた。金はこうした地位の格下げが民主主義社会にとっての脅威であるという。民主主義社会では個々の市民が社会を構成する主体であり、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参加することが保障されねばならないからである。楠本孝も基本的にウォルドロン²⁵⁶⁾の学説を支持し、人間の尊厳を保護法益と捉えるべきだというのが、金の学説を批判する。楠本は、平等な社会参加の権利を民主制の維持にとって不可欠な権利と位置づけるのではなく、「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」と構成し、個人的法益である人格権的利益の1つとして位置づける²⁵⁶⁾。

ウォルドロンへの言及はないが、近藤敦も人間の尊厳を制約根拠としていた。近藤はヘイト・スピーチの規制ができる場合として集団に対する民族的憎悪唱導が人間の尊厳を害するケースを挙げるのである。近藤の議論の特徴は、人権条約と憲法を適合的に解釈する必要を指摘する点、憲法13条が人間の尊厳を保障すると解したうえで同条と憲法21条を結びつけて解釈する点であろう。

消極説の論者が社会的法益を根拠に持ち出すことに反対することはいうまでもないが、中間説に分類される多くの論者もそれに警戒してきた。木下智史は個人的法益への侵害は現行法により対処可能であるとしたうえで、規制の根拠としてありうるのは歴史的な支配従属関係の固定化への対応だとしていた。木下は一定の条件で規制を肯定する余地を留保しつつ、こうした理由による規制は明確性の原則を満たさない等の理由で問題があると論じていた。小泉良幸も木下と類似の議論を行う。小泉は、平等権の侵害や沈黙効果の発生等の間接型の害悪は、受け手を媒介として支配従属関係

256) ウォルドロン²⁵⁶⁾の学説は不特定多数人に向けたヘイト・スピーチを主に問題にし、2段階型の害悪も含めて問題にしているもので、やはり主として社会的法益が想定されているといえる。そのため、本稿ではウォルドロン²⁵⁶⁾の議論を取り込んだ学説を、社会的法益を問題にするものとして整理しておく。

を維持、強化する点に害悪を見出していると考える。小泉は先述のように送り手と受け手の自律を強調し、こうした害悪を規制の根拠として用いることに消極的な姿勢を示していた。

駒村圭吾も木下、小泉に近いが、やや異なった議論を行っている。駒村は、「構造的差別の解消」や「他者・異文化との共存」という目的で規制を行うことは困難で、思想の自由市場における淘汰に委ねるべきだという。駒村は既存の「意味の秩序」に挑戦する表現の規制の可能性も探るが、これについても消極的で、やはり思想の自由市場を信頼すべきだと論じる。ただ、駒村は特定の表現が「一定の危険な mode を構成する」場合には規制しようとしていたので、社会的法益を規制の根拠とすることを限定的に認めている可能性がある。

櫻庭総は将来的に刑事規制を行うとすれば社会的法益を根拠とすべきとしていたが、日本では国が差別の構造を創出等してきた歴史があるとの認識から、現状では規制に慎重な姿勢をとっていた。櫻庭はただちに規制を行うのではなく、差別の実態調査を先行させるべきだと主張していた。

このほか上記のように、中間説に立つ小谷順子と毛利透は、不特定多数に向けたヘイト・スピーチの規制は個人的法益への侵害が存する場合にのみ正当化されると論じており、やはり社会的法益を援用することに消極的である。曾我部真裕がマイノリティ集住地区における「不特定又は多数のマイノリティの人々に向けて直接訴えかける誹謗」を規制できるというのも、やはり個人的法益の侵害に限って規制の根拠にできるという趣旨だろう。

要するに中間説の各論者は、社会的法益を理由とする規制は不明確な規制とならざるをえないこと、それに伴い国家による表現価値の判定を認めてしまうこと、しかも日本では国家自身が差別を生みだし、強化してきたと疑われること、表現の送り手と受け手の自律が侵害されること等の問題を指摘するのである。

対抗言論の有効性は、ヘイト・スピーチの害悪と直接関連する論点である。対抗言論が十分に機能するのであれば、害悪を理由に規制する必要は

なくなるからである。積極説は限られた類型のヘイト・スピーチには対抗言論が有効でないと論じてきた。内野正幸は自身の私家で規制対象となるような極めて悪質な差別表現には対抗言論の原則が妥当しないと述べていた。棟居快行も14条後段列挙の諸事由は当人の自由意思とは無関係に負わされた属性であり、それらに関する誹謗はもともと対抗言論の法理がストレートにあてはまる場面でないと論じていた。江橋崇は、ヘイト・スピーチは非対称的な関係でなされるものなので、対抗言論が成り立たないと主張していた。師岡康子によれば、ヘイト・スピーチは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ものである。ヘイト・スピーチが民主主義社会における平等な構成員としての地位を奪い、マイノリティを二級市民に陥れると論じる金尚均も、対抗言論の前提を問題にしていると思われる。遠藤比呂通や楠本孝もこの点に限っては金とほぼ同じ立場に立つと思われる。

一方で、消極説の論者は対抗言論の有効性を強く信頼する。松井茂記は、差別表現の真の問題は人々の中にある差別意識だから、必要なのは規制ではなく反論と抗議だと論じていた。一方で松井は部落地名総鑑の流布は明白かつ現在の危険を生じうることを認めていた。このケースでは反論がほとんど意味をなさないからだろう。横田耕一は対抗言論につき多くを語っていないが、ほとんどの規制を違憲と評価しつつ、部落地名総鑑の流布の規制の合憲性を認めているところから、松井と同様の立場に立つとみられる。

その他の消極説の主張も簡単に確認しておこう。成嶋隆は、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として、確信的ではないものの対抗言論を信頼している。齊藤愛は、対抗言論については、マイノリティによる反論が難しくてもマジョリティによる対抗言論を期待しうるとだけ述べていた。塚田哲之は、国家による思想市場の確保という表現の自由の根幹に関わる手段をとるよりは、まず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を評価すべきだと主張していた。阪本昌成は、差別的表現のもたらす弊害に対する

対処法として、教育、良識等に加え、対抗言論を挙げていた。一方で、阪本が同和地区居住の事実を報告等する行為の規制の合憲性を認める点は、松井・横田説と軌を一にする。川岸令和は、差別者に意見表明の自由を与えた場合に道徳的軋轢が生じても、それ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ていた。

このほか消極説のなかで注目されるのは奥平康弘の議論である。奥平は最近のカウンター動きを評価しつつ、今はまだ市民の文化力が問われている段階で、規制は尚早だと論じる。奥平は市民性 (civility) の概念を強調しつつ、市民が歴史認識を学んでヘイト・スピーチに対抗していくべきだとしていた。対抗言論を市民性の形成というより広い文脈で捉え直す試みといえる。

中間説の論者は対抗言論の限界を規制の合憲性判断の分岐点にしているように見える。市川正人は、人種差別の煽動や少数者に対する侮辱表現に対しては、原則として言論で対抗できると主張していた。市川は、マイノリティからの反論ができなくても、マジョリティのなかから差別的表現に批判を行うことも期待できると論じ、対抗言論の意味を広く解釈していた。市川はまた、思想の自由市場論において、表現行為のしやすさや思想内容の受け入れられやすさは問題とならないこと、国家が表現の価値を判断しえないことを述べていた。他方で市川は、特にひどい侮辱的表現によって少数者集団に属する人の名誉感情が傷つけられる場合には、対抗言論の原則が妥当しないと述べていた。また特定のマイノリティについて極めて強い偏見が存在し、当該マイノリティによる反論が困難であることが事実に基づいて論証できる場合には、思想の自由市場論の限界が認められるとも述べていた。一方で市川は、ヘイト・スピーチの過激化以降も対抗言論が機能しない状況にまでは至っていないと判断していた。

同じく中間説に立つ毛利透は、一部の規制積極論者が援用する沈黙効果論を条件付きで受け入れる議論を展開していた。沈黙効果の発生如何は社会学的な因果関係の問題であるから、それが生じる蓋然性が高いことを証明すれば足りると述べていた。そして、日本におけるマイノリティがヘイ

ト・スピーチに対して十分に対抗できない状態にあるという点についての認識が社会で広く共有されれば、沈黙効果論の説得力は増すと論じていた。他方で毛利は、市川と同様に現状は規制を行うべき段階ではないと考えていた。

(4) 規制に関する政策的配慮

続いて③の論点に関する学説を整理していきたい。上記のように、この論点は立法府による線引きの問題（③－1）、法律を制定した後の運用の問題（③－2）に区分できる。

①立法における範囲画定の問題

まず③－1の論点を整理したい。規制積極説は立法による線引きは可能だと論じ、消極説は不可能又は著しく困難と論じる。たとえば内野正幸は具体的な私案を提示していたし、いくつかの限られた文脈での規制も可能だと論じていた。棟居快行は、憲法14条1項後段列挙事由を参照することで定義の曖昧さはクリアできると述べていた。師岡康子は萎縮効果は他の言論規制にもあてはまることなので、ヘイト・スピーチにだけことさら明確性を求めるべきでないとしていた。また、師岡は他国の規制や国際人権基準を参照して明確化を図るべきだと述べていた。ただ、師岡も実態調査の必要性を強調しているので、線引きの困難さは明確に認識しているといえる。桧垣伸次は具体的な規制の提案を行ってはいないものの、害悪の緻密な分析、害悪の実証的な研究、害悪の類型化の必要性といった、規制を明確化するための指針を提示していた。金尚均はヘイト・スピーチ解消法を改正して新たな条項を設けるべきだと論じ、具体的な規制案を提示していた。

これに対して消極説は、規制の範囲画定の困難さを強調する。松井茂記は、特に人種、宗教等の集団を特定し、切り分けることの難しさを指摘していた。また、松井は人権擁護法案のなかの差別的取扱いの「助長」、「誘発」の概念の曖昧さと広範さ等を批判し、うまく線引きができていないことを問題

にしていた。一方で、松井が部落地名総鑑の流布の規制を認めていたことを踏まえると、松井の線引きの基準は厳格であるものの不可能を強いるものではないことがわかる。横田耕一は、人種差別撤廃条約4条の立法化は明確性の原則を満たさないと述べていた。榎透は、差別表現の類型の確定が困難であるとしていた。長谷部恭男はヘイト・スピーチというこれまでにない保護されない言論範疇を設けるとき、真っさらのところから範囲を確定しなければならないと述べていた。塚田哲之は、規制対象の限定性と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って困難だとしていた。

中間説の論者も立法の線引きの難しさを指摘していた。たとえば木下智史は、個人的法益に還元されない損害を差別的表現の規制利益として位置づける場合、規制の明確性は自明ではないと論じていた。市川正人は、人権擁護法案について松井よりも詳細な批判を加えていた。市川は、「不当な差別的言動」、「畏怖」、「困惑」等の概念が明確性に欠ける等と批判していた。この点については小林直樹も同旨の議論を行っていた。

一部の中間説の論者は、保護される集団を限定することで規制立法の範囲の明確性を確保しようとする。小谷順子は不特定人に向けたヘイト・スピーチでも個人的法益に害悪をもたらすものについては一定の範囲で規制できるとしていたが、規制を行う場合にも憎悪の事由を人種差別撤廃条約に挙げられたものに限定すべきだと主張していた。松井と同様に、保護される集団が無限定になることを懸念しているのである。戸松秀典は、概して規制に消極的な態度をみせながら、部落差別表現については醜悪で、標的となる人に計り知れない痛手を与えるとして規制を肯定していた。規制範囲の明確化については、櫻庭総も注目すべき見解を提示する。櫻庭は日本の従来学説が規制範囲の不明確さの問題に明確な回答を示してこなかったと考え、差別の歴史も含んだ実態解明とその社会的認知の取り組みを行うべきだということである。櫻庭はこの取り組みのためにまずは刑事罰を含まない基本法を制定し、それを根拠法として実態調査・研究を行うべきだとしていた。

②規制の運用上の問題

続いて③-2の論点を整理する。規制積極説の論者はそれほどこの問題を詰めて論じていないが、師岡康子は特に規制の濫用に注意を払っている。師岡は、規制の濫用のおそれがあるというだけで法益侵害を放置するのは極論であり、濫用を最小限に防ぐ努力をすればよいとしていた。ヘイト・スピーチが潜在化するおそれに対しては、公然たるヘイト・スピーチが減ることでは被害が減ると論じていた。またヘイト・スピーチを放置して偏見を蔓延させることで、暴力等が起こってきた歴史を直視すべきだとも主張していた。他方で、師岡は規制の濫用を危険視しており、規制の対象はマイノリティを標的にしたヘイト・スピーチに限るべきだとしていた。また、法執行機関を信頼できない現状では、刑事規制については実態調査を経るから行うことにして、差別禁止法による民事救済を先行させることもありうることを述べていた。このほか積極説の論者では、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する江橋崇も、規制の濫用の問題を強く意識していたといえる。

消極説の論者としては、横田耕一が規制の濫用の危険に若干言及するほか、榎透が特に刑事法によるヘイト・スピーチの規制は、国家権力の濫用の危険性があると指摘していた。成嶋隆も、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を指摘していた。山田健太は、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りうることや、規制がさらに広範な規制に拡大しうること等、様々な運用上の問題点を列挙していた。

中間説には運用の問題を詳細に扱う論者は少ないが、櫻庭総はこの点についても重要な議論を行っている。櫻庭は刑事規制がなされる場合に検察の権限が濫用されるおそれを懸念する。そして、検挙、起訴すべき事案において適切に検挙、起訴がなされない場合、逆に検挙、起訴すべきでない事案において検挙、起訴がなされる場合を想定して、濫用を防ぐ具体的な制度を提案している。

(5) ヘイト・スピーチの類型

学説はヘイト・スピーチを類型化し、規制の可否を議論している(④)。ルールを指向する消極説の論者は内容に基づく言論規制の類型化を好まないが、スタンダード指向の積極説・中間説の論者は類型化によって規制可能な例外領域を設けようとする傾向にある。

①内容

まず内容による類型化について確認する。最初に比較的議論の余地なく規制が認められる類型をみておきたい。特定人に対するヘイト・スピーチについては、脅迫や名誉毀損等の既存の犯罪カテゴリーに該当する場合に規制が可能である点について争いはない。また、ヘイト・クライム法を設けることにも問題はないと考えられている。消極説の論者のうち松井茂記は面前的侮辱の規制を合憲としていたし、榎透、長谷部恭男はヘイト・クライム法が憲法上問題はないと明言していた。この点について、むしろ積極説に位置づけられる桧垣伸次は、ヘイト・クライム法を設ける際には規制の目的と範囲を慎重に定めるべきだとしていたが、桧垣も規制範囲を厳格に限定すれば規制はできると解していた²⁵⁷⁾。部落地名総鑑の流布は不特定人に向けられるヘイト・スピーチの一類型だが、例外的に規制は可能と考えられている。消極説の代表的論者である松井茂記、横田耕一、阪本昌成ですら規制が可能であると主張していた。ただ、松井は部落地名総鑑を想定する人権擁護法案の規定に曖昧性、広範性の問題を指摘しているので、このような規制でも容易に合憲性を認めないと思われる。

規制積極説のなかには、集団的名誉毀損・侮辱型の規制を提唱するものが多い²⁵⁸⁾。たとえば内野正幸、棟居快行、江橋崇らの1990年代の学説は、

257) ヘイト・クライム法の合憲性について慎重な態度をとる最近の文献として、山邨俊英「アメリカにおけるヘイトクライム法の憲法適合性—表現の自由に対する萎縮効果の問題を中心として」法学政治学論究117号137頁(2018)参照。

258) ただ、集団的名誉毀損・侮辱という同一の用語を用いていても、上記のように各論者の想定する法益の内容には相違がある。

明確にこの型による規制を唱えていた。中間説の論者のなかでも、市川正人、木下智史、小谷順子は集団的名誉毀損・侮辱を規制する余地を限られた文脈で認めていた。

最近のヘイト・スピーチの過激化を反映してか、脅迫型のヘイト・スピーチの規制を合憲と認める論者も増えてきた。金は民族等の属性を理由に「生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加える旨を告知」することを規制の対象にできるとしていた。近藤は「違法な暴力行為を加える真の脅迫」を規制しようと論じていた。毛利は、ヘイト・スピーチの攻撃対象になる人々の「感じる恐怖心が、当該社会の歴史的状況からして、単なる個々人の主観的不安にとどまるとは言えない、社会的に根拠のある反応であり、それにより社会における人々の平和的共存が脅かされる危険が客観的に存在するといえる場合に」規制を容認しようとしていた。小谷は、脅迫の害悪レベルに匹敵する個人的法益への害悪が生じる場合には規制が合憲となりうると論じていた。駒村圭吾は、十字架焼却のような特定内容の表現が「一定の危険な mode を構成する」場合に規制を容認することを示唆していた。

以上の主張は、既存の犯罪類型である名誉毀損罪、侮辱罪、脅迫罪を集団に拡張しようとするものと理解できる。一方で、新たな範疇である憎悪や差別の煽動を規制する範疇として挙げる者もいる。萩原重夫は、人種差別撤廃条約4条a号の人種差別や暴力行為の煽動を厳格な構成要件の下で規制しようと論じていた。近時の積極説は、ヘイト・スピーチが尊厳を侵害するという議論を行ってきた。この議論を行う論者のなかには、金尚均や近藤敦のように、名誉毀損や侮辱という概念を用いて規制を唱える論者もいるが、これらの論者もそうした概念を用いつつ、そこに新たな法益を盛り込もうとしていると評価できる。特に楠本孝や近藤敦は名誉感情を保護法益とすることを批判しているので、集団的名誉毀損・侮辱という類型とは別個の類型を設けようとするものと評しうる。これらの論者も、憎悪や差別の煽動というカテゴリーによる規制を唱えていると解することができる。

このほか、師岡康子のようにジェノサイドの煽動を別個に規制すべきと

する説もある。また、歴史的事実の否定を規制の対象にすべきだと主張する者は少ないが、遠藤比呂通は従軍慰安婦に関する歴史的事実の否定を規制できると考えているようである。金尚均も特定の歴史的事実を否定する言論は、被害集団の社会的平等を侵害すると主張していた。燃える十字架やナチスの制服等の特定の象徴を規制すべきとする主張は日本ではほとんどみられない。

②主体

ヘイト・スピーチを発する主体として、特に公職者を区別する議論がある。たとえば師岡康子は、ヘイト・スピーチの刑事規制はまず公務員によるもの限定して行うこともありうると述べていた。遠藤比呂通も日本が人種差別撤廃条約4条c号を留保していないことに照らして、公人による慰安婦に対するヘイト・スピーチを禁止する必要があると述べていた²⁵⁹⁾。

③媒体

学説のなかには特定の媒体によるヘイト・スピーチの伝達を特別扱いするものもある。内野正幸はテレビの公器性の強さを理由に、個人攻撃的でない差別的表現でもテレビ放送の場合は規制が可能だと論じていた。また、内野はインターネット上のヘイト・スピーチを特に厳しく処罰できるとは主張していないが、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が考えられるとしていた。このほか、櫻庭総はインターネット上で流布される歴史修正主義の言論に対し第三者機関等が検証を行い、その結果を指針として発表するというユニークな提案を行っていた。

259) 公職者による差別発言の問題を扱うものとして、岡本雅享「日本におけるヘイトスピーチ拡大の源流とコリアノフォビア」駒井洋監修・小林真生編著『レイシズムと外国人嫌悪』50頁(明石書店, 2013), 秋葉丈志「差別と公人・公的機関の役割—「平等」と「個人の尊厳」の実現のために」法学セミナー757号26頁(2018)参照。師岡康子監修・外国人権法連絡会編著『Q&Aヘイトスピーチ解消法』40-42頁(現代人分社, 2016) [宋惠燕執筆]は、公職者による差別的言動が行われた場合に適用しうる法令の規定を整理している。なお、内海愛子=高橋哲哉=徐京植編『石原都知事「三国人」発言の何が問題なのか』(影書房, 2000)も参照。

④態様

ヘイト・スピーチの態様による類別も行われていた。学説のなかにはヘイト・スピーチの過激さや悪質さに着目するものがある。内野正幸の私案では、少数者集団を「ことさらに」侮辱するものが規制対象とされていた。金尚均は規制の対象となるヘイト・スピーチの特徴として、「きわめて攻撃的、脅迫的若しくは侮辱的」なものであることを挙げている。師岡康子は公務員によるヘイト・スピーチの刑事規制を優先的に実施し、私人によるものはマイノリティを傷つける目的でなされた「とりわけ悪質なもの」に限定して規制することがありうると述べていた。また学説においてはヘイト・スピーチが反復的になされたものであることが特別に考慮されることがある²⁶⁰⁾。たとえば表現行為に対する差止請求は一般に慎重になされるが、内野は反復的になされた表現行為を事後的に差し止めることは憲法上可能だと論じていた。また、金は規制対象となるヘイト・スピーチの特徴として、「反復的な態様で」なされるものを挙げている。

⑤規制手段

ヘイト・スピーチの規制手段としては、刑事規制、民事救済、人権法による救済が主に議論になってきた。消極説はいずれの規制手段によるものも原則として憲法上容認できないと考えているようだが、積極説・中間説の論者の多くは、これらをうまく組み合わせることを提唱していた。内野正幸は私案を提示して刑事規制の合憲性を主張していたが、継続的になされた差別的表現に対する民事の差止請求を合憲とみなしていた。また、簡易で迅速な行政上の救済手段を設けることを検討すべきだとしていた。江橋崇は行政的規制、刑事規制、民事救済のそれぞれの長所と短所を踏まえ、それらの組み合わせによる体系的な措置を提唱していた。

上記のように、師岡康子は公務員によるヘイト・スピーチに対しては優

260) この論点を掘り下げる最近の文献として、山邨俊英「反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は「事前抑制」か？—Clay Calvertの議論を素材として」広島法学40巻4号91頁(2017)参照。

先的に刑事規制で対処すべきで、私人によるものは悪質なものに限定して規制することが考えられるとしていた。一方、師岡は法執行機関をあまり信頼できないことから、まずは差別禁止法を制定してヘイト・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していた。近藤敦も刑事規制とともに、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を唱えていた。

この論点に関しては、曾我部真裕と櫻庭総が重要な指摘をしている。曾我部は上記のように一定類型のヘイト・スピーチの刑事規制を認めつつ、当事者が自律性をもって権利や地位を獲得するプロセスに適合的であるとか、人格権等の一般的な法的根拠に基づいて事例判断を積み重ねることができるといった、民事救済の独自の意義を説いていた。また、曾我部はヘイト・スピーチに関して日本社会の自己回復力にあまり期待できず、市民団体への公的助成も憲法上困難であることから、斡旋や訴訟支援等の機能をもつ国内人権機関の設置を検討すべきだとしていた。

櫻庭は刑事法の補充性や謙抑性を強調して刑事規制を行うことに慎重な態度をとり、まずは基本法を制定して、それを根拠法として実態調査・研究を行うことを提唱していた。一方で、櫻庭は人権救済制度を設けることには積極的である。櫻庭はそれを「処罰型」ではなく、和解や調整を目的とする「理解促進型」として運用すべきだというのである。櫻庭は、不平等な立場にあるマイノリティが「適切な対抗言論を行使できる「場」を設定する、いわば議論・対話をエンパワーメントする調停手段」としてこの制度を構想していた。

⑥場

最後にヘイト・スピーチが行われる場の類型について整理しておく。まず近時マイノリティ集住地区を特別に扱おうとする議論が散見される²⁶¹⁾。

261) 在日コリアン弁護士協会はヘイト・スピーチ規制の可能性を論じる討論会において、「ヘイトスピーチ事例の分類表」を作成し、ヘイト・スピーチを「内容・態様」、及び「対象」の観点から分類を行った。後者の分類において、「特定の個人・団体に向けた言動」と「公開、公共の場での言動」という両極の間に、「マイノリ

たとえば毛利透は、マイノリティ集住地区におけるデモを特別に扱うことを認めていた。そのような場でのヘイト・スピーチは、マイノリティ住民の社会からの排除を直接求めるもので、弊害の質が異なるというのである。毛利は公の施設の利用拒否をめぐることも、当該施設が集住地区にあるか否かが許可の付与の判断に影響することを示唆していた。この点については中村英樹がより明確な主張をしていた。曾我部真裕も、刑事規制に関しては集住地区で行われるものを対象にすべきだと考えていた。

国・自治体・私人が提供するフォーラムでのヘイト・スピーチを特別視できるという議論もあった。内野正幸は私人や国家が表現の場を提供する場合、そこで制約を受ける表現の自由を「半人権」と性格づけていた。こうした考えから、内野は私人たるマス・メディアが番組出演者等の差別発言を削除することを容認していた。また、国が発行する広報誌、公共施設の掲示版等におけるヘイト・スピーチに対しては通常よりも強い制約をなすうると論じていた。関連して、内野は合理的理由が存する限り、国公立図書館が差別的内容の図書の閲覧等の制限をなすうると論じていた。さらに、内野は民間企業であるか官庁であるかにかかわらず、雇用者が差別的表現を理由に不利益処分を課すことも許されると考えていた。

内野のこれらの議論は他の論者によって深められていないが、排外主義団体による公共施設の利用拒否の問題は近時活発な議論を呼んでいる。ここで各論者の立場をまとめておく。まず多くの積極説の論者は、一般に利用拒否を認めうると解していた。内野は当初は利用拒否に消極的だったが後に説を変更した。内野は排外主義者への施設の貸与が、自治体による便宜の促進という印象を与えうることや、自治体の方針と抵触しうることを理由に利用拒否ができると論じていた。師岡康子は、排外主義者に対する施設の貸与が人種差別撤廃条約2条1項b号にい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主張していた。楠本孝は、公共施設の利用拒否が内容規制にあたるとしても、解消

「マイノリティ集住地区での言動」という範疇を設定している。在日コリアン弁護士協会・前掲註(193)132-34頁参照。

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と論じていた。そして、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は利用拒否が可能だとしていた。

中間説の論者はより制限的に利用拒否を認めていた。毛利透は屋外施設では例外的に利用を不許可とすることも認めうると論じていた。攻撃対象となる人々が多く暮らす場で行われる集会で、ヘイト・スピーチがなされる蓋然性が高い場合には、周辺の攻撃対象となる住民の具体的な人格権が侵害される危険が大きいため、制約の余地があるという。屋内施設の集会では、集会が参加者以外に直接の脅威を与えるとは評価しにくいので、利用拒否は困難だと考えるが、「主催者のこれまでの言動から、集会において現実の政治的問題についての議論というよりも、攻撃対象を一方的にのしるような内容が大半を占めると予想できる場合」は、例外的に集会を不許可としうるとしていた。中村英樹は、市民会館の一室のような閉鎖型の施設では利用を拒否できないものの、公園等の開放型の施設では他者の権利が侵害される危険を根拠に利用を拒否しうると論じていた。中村がマイノリティ集住地区においてのみ利用拒否が認められる点を明言していたこと、毛利のように最低限の品位を欠く言動がなされる可能性が高い場合の例外を認めていないことも確認した。

一部の消極説の論者は利用拒否に消極的である。榎透は、公の施設の利用拒否のような措置はヘイト・スピーチの解消等に有効でなく、差別意識、差別感情、偏見や、国民と外国人の分断といった問題の解決に向けては、適切な差別対策、ナショナリズムの増大を抑止する措置、経済的格差の是正等に取り組むべきだと論じていた。長谷部恭男は、泉佐野市民会館事件等の最高裁判例によれば、明らかに差し迫った危険の発生が具体的に预见される場合で、しかも通常の警備等により対処できない場合でなければ施設利用を拒否できないとしていた。

(6) 学説の検討

以上で整理したわが国の学説を検討し、私見を提示したい。

①前提的問題について

学説は「自由」観をめぐって対立していた(①-1)。また、関連して立法事実の認識をめぐる見解の相違もあった(①-2)。これらの点に関する学説対立を考えるうえで、闘う民主主義等の思想の次元での基本的選択が、ヘイト・スピーチ規制に関する結論をただちには指示しないとする渡辺康行の指摘を踏まえるべきだろう。榎をはじめとする一部の消極論者は、「国家からの自由」観に立ったうえで、中立性の前提を疑うことなく、また差別の実態調査を経ることもなしに、対抗言論の原則の堅持を唱えているように見える。このような議論の仕方は適切でない。もちろん反対に、日本国憲法の解釈論として闘う民主主義の考えを選択したうえで、害悪の論証を経ることなく規制を合憲とすることもできない。

消極説のいうように憲法21条の背景に「国家からの自由」観を読み取り、思想の自由市場における対抗言論を原則とみなしても、憲法13条の「個人の尊重」の理念を踏まえれば、マイノリティに対する不当な負担を軽視することはできない。そのような負担を正当化し、思想の市場における国家の中立性を保持する議論として、言論の自由の公共性を援用する可能性がありえよう。すなわち、マイノリティも社会の成員として言論の自由の利益を享受する以上、一定程度の害悪を甘受することが求められるのである。しかし、アメリカの学説が論じていたように、この負担が一部のマイノリティに対して継続的かつ集中的に課せられている場合には、公共性を理由に多数派がその負担を甘受するように求めることは著しく公正さを欠く²⁶²⁾。

やはり師岡と櫻庭が強調するように、差別に関する実態調査を行うことにより、そのような不正な状況が存するかどうかを明確にする必要がある。このような調査により十分な立法事実が存することを確認できれば、国会

262) See Frederick Schauer, *Uncoupling Free Speech*, 92 COLUM. L. REV. 1321, 1322, 1355 (1992).

は規制立法を設けることを検討すべきだろう。

学説が違憲審査の方法論に関して対立を示していたことも確認した (①—3の論点)。とりわけルールとスタンダードのいずれに寄った立場に立つかが、ヘイト・スピーチ規制の合憲性に影響を及ぼしていた。筆者は、ルールを重視する議論は過度な抽象化、範疇化を行っていると考える。ヘイト・スピーチ規制といっても一様ではなく、標的、害悪、媒体、態様、規制態様等の様々な要素の各々について、どのような選択をするかによって規制の合憲性は変わってくる。規制のありうるバリエーションを考えれば、内容中立性原則に依拠して一律に厳格審査を用いることは適切ではない。また、日本の裁判所が従来複数の要素を総合的に衡量する、明確にスタンダード指向の方法論を採用してきたことを踏まえると、そこからあまりに乖離した解釈論を提唱することは現実的ではない。

また、消極説の最高裁判例の引用にも疑問がある。消極説は判例の射程をカテゴリカルに捉える傾向がある。師岡康子がいうように、泉佐野市民会館事件、上尾市福祉会館事件の判例法理は、敵対的な聴衆による秩序紊乱が問題となった状況について形成されたものであり、標的となるマイノリティへの害悪が問題となる文脈にはあてはまらない。判例の射程を限定するこの師岡のアプローチが支持されるべきだろう。

ただし、観点中立性原則のようなアメリカの表現の自由論における中核的法理は日本にもあてはまるだろう。このような規制が法令に忍び込まないように、違憲審査を行う裁判所は規制当局に対して最小限の害悪の証明を求める必要がある²⁶³⁾。他方で、このような核心的原則を維持する限り、内容規制が許容される余地はある。

なお、齊藤愛はヘイト・スピーチ規制が観点規制の性格をもつため、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ていた。筆者は

263) 観点に基づく制約が疑われた最近の事例として、金沢市役所前広場訴訟 (金沢地判平28・2・5判時2236号53頁、名古屋高裁金沢支判平29・1・25判時2336号49頁、最1小判平29・8・3, 2017WLJPCA08036002) がある。市川正人「公共施設における集会の自由に関する一考察—金沢市役所前広場訴訟を素材に」立命館法学373号32-33頁 (2017) は、この事件における市の広場利用拒否は観点差別である疑いがあるとする。

次の理由でこの説を支持できない。観点規制禁止原則を狭く定義し、害悪が生じていないにもかかわらず、専ら政府の当該言論に対する不同意や嫌悪から規制がなされる場合や、同程度に害悪を生む対立する言論の一方のみを規制する場合等を絶対的に禁止することはありうる。ところが、このようなあからさまな規制がなされることはほとんどないので、このような定義を用いれば観点規制禁止原則の登場場面は相当限定される。一方で、観点規制を対立する観点の一方に肩入れする規制というように広く定義した場合には、多くの有害言論規制がこのような性格をもつため、多数の例外を認めざるをえなくなる²⁶⁴⁾。社会的法益を根拠としたヘイト・スピーチ規制であっても、有害で低価値な言論が明確に画定されるのであれば、そもそも観点規制の定義に入らないか、その例外として規制を正当化できることになるだろう。

次に①-4の論点のうち、まず比較法研究の対象としてのアメリカの扱いをめぐる学説を検討する。上記のルール指向の消極説の論者が、主にアメリカの法理を参照していたことを確認した。筆者はこのような比較法研究の方法論に疑問を感じる。これらの論者が、歴史的な文脈に十分な考慮を払わずにアメリカの法理の日本への応用を図っているようにみえるからである。ヘイト・スピーチに関するアメリカの法理は、様々な要因が複雑に絡み合って形成されたものである。その要因として、マイノリティ系の団体が自ら規制を要求しなくなったこと、ACLUを代表とする市民権団体が早くから強力な表現の自由保護を求めたこと、20世紀初頭から最高裁が表現の自由を手厚く保障するようになり、これがヘイト・スピーチ規制の合憲性審査にも反映されたこと、80年代以降、ヘイト・クライム、ハラスメントの規制等の代替的スキームが構築されたこと等が挙げられる²⁶⁵⁾。

これらの要因には日本にあてはまらないものも多い。日本における規制

264) 拙稿「自己統治―表現の自由の「理論」と「法理」の架橋とその隘路」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ―状況へ』52-53頁（尚学社，2011）参照。

265) 拙稿「アメリカにおけるヘイト・スピーチ規制の歴史と現状―「特殊」なモデルの形成と変容」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』108頁（敬文堂，2016）参照。

の可能性を考えるにあたっては、固有の文脈を踏まえつつ、法規制の体系全体をみながら検討していく必要がある。特に現在主要なマイノリティ系団体が揃って規制を求めていること、ヘイト・クライム法等の代替的規制がほとんど未整備であること等に注意が必要である。消極説はこうした事実を十分に踏まえていないと思われる。

①—4の論点のうち、国際人権条約に対する学説の対立についてはそれほど議論が成熟していない。ただ、日本政府が自由権規約20条2項を留保しておらず、人種差別撤廃条約についても4条の一部に限って憲法の条項と調和しない限りで留保しているにすぎないこと、憲法が条約の上位にあるとしても憲法21条の内容はかなりの程度曖昧で、その内容を条約が充填することもありうることを踏まえると、積極説や一部の間説の論者のいうように、条約の積極的な参照が求められるだろう。

実際に京都朝鮮学校事件以降の判例はそのような姿勢を示している。今後は京都朝鮮学校事件で参照された、留保が付されていない人種差別撤廃条約1条1項、2条、6条等の規範内容を明らかにする作業や、留保が付されている4条a・b号のうち憲法21条と調和する部分を明確化する作業が求められる。また、民法709条の解釈において、国際人権条約、ヘイト・スピーチ解消法、憲法の各条項の解釈基準としての役割を個別に精査し、整理する必要がある²⁶⁶⁾。

以上、前提的問題に関する学説を検討した。筆者は上記の理由で基本的に消極説を支持できない。消極説は自由観や比較法研究の方法論等をめぐって特定の立場を共有し、規制反対の結論を前提の段階で決めているようにみえる。ところが、このような前提にはいずれも十分な根拠がない。やはり以下でみるように、ヘイトスピーチの内容に踏み込んだ検討が必要になる。

266) 以上につき、拙稿「ヘイトスピーチと不法行為—京都朝鮮学校事件（大阪高判平成26・7・8）」長谷部恭男＝山口いつ子＝宍戸常寿編『メディア判例百選』〔第2版〕157頁（有斐閣、2018）参照。なお、手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈—「参照」を支える理論とその限界』（法律文化社、2018）が、条約の参照のあり方について詳細な検討を行っている。この点については今後の検討課題としたい。

②ヘイト・スピーチの内容について

ヘイト・スピーチの内容をめぐっては、保護領域 (②-1)、表現価値 (②-2)、礼節 (②-3)、害悪 (②-4) という各論点に分けて整理した。このうち②-1についてはあまり議論がなされていないが、不特定多数人に向けたヘイト・スピーチを保護領域内のものと扱いつつ、特定人に対する面前のヘイト・スピーチや、差別行為と同視できる表現を保護領域の外にある無価値な、又は著しく低価値な言論として扱うべきだと思われる。上記のように、ほとんどの学説はこのような想定の下で議論をしていると思われる。

②-2については、最初に政府による表現価値の判断自体に否定的な榎透、塚田哲之、市川正人、木下智史等の主張の検討を要する。筆者は表現価値の高低の判断を一般的に否定することは困難だと考える。これらの論者はアメリカの法理に依拠するが、アメリカ最高裁が打ち出してきた言論の自由の合憲性判定のためのテストにおいても明らかに価値の考慮がみられる²⁶⁷⁾。アメリカの主要な憲法学者も、政府が言論価値を考慮することをはっきりと認める。たとえばシャウアーは、第1修正は辞書的意味の「言論」をすべて包摂せず、言論の自由を保障するそもそもの理由と関係のない多くの形態のコミュニケーションを排除すると考える。グリーンウォルトも、「すべてのコミュニケーションが言論の自由原理によってカバーされるという想定は馬鹿げている」という。もちろん言論の価値の判定を事案ごとに個別に行うことは妥当でないが、立法府がヘイト・スピーチの現実を踏まえて有害なものを事前に類型化して規制の対象にしたり、裁判所が違憲審査において言論の価値を考慮した法理を形成したりすることは許容されるだろう。

それでは、小泉と齊藤のいう送り手の自律の保障についてはどう評価できるだろうか。この議論はドゥオーキンの理論に依拠している²⁶⁸⁾。ドゥオー

267) 詳しくは、拙稿「ヘイト・スピーチ規制消極説の再検討」法学セミナー736号19頁参照。

268) 以下の叙述について、同上18-19頁参照。

キンは、個々人が自己の意見等を表明することにより道徳的環境に寄与することを認められなければならないとしていた。特定の個人や集団による思想や価値観の表明を制約した場合、当該思想、価値観と相矛盾する法令が民主的正統性を失うというのである。ドゥオーキンはこの民主的正統性の維持を重視してヘイト・スピーチのほぼ絶対的な保障を唱えるとともに、自身の議論の普遍性を主張していた。これに対して、ウォルドロンは民主的正統性の問題は程度問題にすぎず、特に悪質なヘイト・スピーチに限った規制は可能だと論じていた。筆者は、民主的正統性をめぐるドゥオーキンの議論はあまりに極端であり、日本国憲法 21 条の解釈論としてはウォルドロンの説のほうが馴染みやすいと考える。

それでは、ドゥオーキンが自身の説の普遍性を唱える点についてはどうだろうか²⁶⁹⁾。実際に、ヘイト・スピーチ規制と民主的正統性の関係についてドゥオーキンと類似の議論を展開するポストも、ヘイト・スピーチを規制する際の民主的正統性とマイノリティの利益の衡量が各国の文脈に依存することを端的に認めている。確かに民主的正統性の問題は程度問題といわざるをえないし、世界には人種、民族等の集団の統合に関して問題を抱えた多くの国があり、普遍性を主張するドゥオーキンの議論も明らかに極端である。アメリカは民主的正統性を重視してヘイト・スピーチの規制を原則として違憲とみなすが、この立場が普遍性をもつとはいえない。この点について、小泉はドゥオーキンの議論に一定の普遍性を認めているように見えるが、小泉もヘイト・スピーチによって「直接的な害悪」が生じる場合や不特定集団に向けられてはいるが当該集団の成員がそれに直接さらされる場合等は規制を容認するので、それほど極端な主張ではないと思われる。

小泉のいう受け手の自律についてはどのように考えるべきだろうか。ここでいう「受け手」はヘイト・スピーチの標的以外の表現受領者である。憎悪や敵意の煽動の害悪はまさにこのような表現受領者によってもたらされるものであり、小泉の立論によれば原則として規制できないことになる。

269) 以下につき、同上参照。

ただ、通常公的な場におけるヘイト・スピーチは聞き手に標的となるマイノリティを含みうるので、そのようなマイノリティに対する1段階型の害悪を問題にして規制することが可能だろう。

他方で、立法府が憎悪や敵意の煽動による害悪を立法事実として明確に認定した場合はどうだろうか。この場合に問題になる害悪は2段階型であり、合憲性の論証がより困難である。筆者もこのような場合における規制の合憲性を認めるのは、従来の日本の表現規制の実務や学説の論調からの乖離が大きく、困難だと考える。ただ、日本国憲法において受け手の自律が至上の原理として掲げられているわけではないので、後述の礼節、害悪等の観点からも狭く限定を行うことによって例外を認めることはできるだろう。たとえば公的討論に資する価値をほとんど有しないだけでなく、極めて過激な態様をとり、かつジェノサイドを煽る場合のように煽動が実現したときに甚大な被害をもたらす類型のヘイト・スピーチは、媒体や状況の面でも限定を加えることにより規制の合憲性を認めうと思われる。

結局のところ、自己実現や自己統治といった表現の自由の価値によってヘイト・スピーチ規制を否定するのは困難だと考える。他方で、後述の礼節、害悪等の面で十分な限定を加えずに、表現の価値が低いというだけで規制を行うことも妥当でないだろう。ウォルドロンのように一定の類型のヘイト・スピーチが市民的地位を否定し、民主主義社会の前提を崩すという議論は、それのみでは非常に抽象的で、不当な言論の制約を招きかねない。現にウォルドロンもヘイト・スピーチの悪質さ等の点から限定を加えて規制を行う可能性を論じていた。

②—3の礼節の問題に関しては、アメリカの立場を日本にあてはめる理由があるのかが問題となる²⁷⁰⁾。アメリカは公共討論における礼節の法的強制を嫌う国として比較法的にみて際立っており、ヘイトスピーチでもその姿勢が貫かれている。礼節の観点から規制に消極的な姿勢を示す駒村圭吾や奥平康弘は、このアメリカの立場を支持するものと位置づけられる。この点について筆者は、公的言説における礼節の要求の度合いはその国の文脈

270) 以下の叙述については、同上19-20頁参照。

に即して検討すべきだと考える。また、アメリカでも新たな理論展開がみられる。ウォルドロンとヘイマンは、ヘイト・スピーチがマイノリティの市民としての地位を脅かすもので、すべての市民がそれを行わない義務を負うと主張していた²⁷¹⁾。これらの議論は公的言説に最低限のルールを課すものである。アメリカと日本の歴史や社会状況の差異を踏まえれば、日本ではウォルドロンらの学説のほうが適合的であると考えられる。

また仮に日本において、アメリカと同程度の礼節のレベルを設定するとしても、アメリカとは異なった結論を導きうる。ウォルドロンらと好対照をなす議論を展開してきたポストは、「民主政」と「共同体」の領域を区別し、後者で広く用いられる礼節の規範は、前者の領域の公的言説には妥当しないとしていた。しかし、ポストも礼節の規範の自発的生成に期待できないような限界的状況では、それを法的に強制することが求められると述べている²⁷²⁾。現在の日本の状況はまさにこのような状況にあたりと判断する余地がある²⁷³⁾。

確かに自己の主張の切実な訴えがしばしば過激になることは認められべきであるし²⁷⁴⁾、言論が明確な害悪を生じない段階で公的言説にルールを課すことには問題がある。しかし、明確な害悪を生むヘイト・スピーチを規制の対象として範疇化するにあたって、公的言説の最低限のルールを侵害しているかを考慮することはむしろ不可欠であろう。

②—4の害悪の問題について、筆者は消極説の議論に十分な説得力がないと考えるが、積極説のほうもこの問題について十分に明確な解答を示してこなかった。この点については、次のように害悪の性質に応じた場合分けをすることにより明確化を図るべきである。なお、学説は対抗言論の有

271) 同上19頁参照。

272) 同上参照。駒村も、憲法14条の「社会的関係」における差別禁止の要請を反映した、新たな「精神的公序」を憲法論として構築する可能性に言及する。座談会・前掲註(131)171頁[駒村発言]参照。

273) 小泉は個々の市民の責務を唱えるウォルドロンの議論を批判していた。小泉・前掲註(213)101頁参照。ただ、ここでの小泉の主張は原理的に規制に反対という趣旨ではなく、まずは他の手段を尽くすべきだという議論であると思われる。

274) 座談会・前掲註(131)170頁[駒村発言]参照。

効性についても争っていたが、この点も以下の分類を通じて議論を整理できると思われる。

[α] まず、ヘイト・スピーチが1段階型の害悪を生み、かつ個人的法益を侵害する場合は検討する必要がある。このような場合には、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。このような害悪をターゲットにした規制は十分に合憲となりうるだろう。

デモや街宣において特定民族の人間性を否定する言動は、このような類型として規制が可能だと考えられる。ただ、この類型に関しても慎重な絞り込みは必要である。イギリスの *Norwood* 事件のように、差別的な内容の旗や幟を自宅の窓から掲げたケースを取締りの対象にするのは行きすぎのように思われる²⁷⁵⁾。態様の点からの限定を行い、過激で威迫的なもののみを規制対象にする等の努力が必要であろう。また、インターネットや書籍における言論のような非面前型の言論も、マイノリティが直接目にして衝撃を受ける可能性があるが、表現の自由を尊重するならば規制対象を面前型の言論に限定すべきだろう。脅迫的なヘイト・スピーチの規制を合憲とする小谷順子と毛利透の学説も、このような限定を付したうえで規制を認めるものと解する。

なお、消極説のいう個人の尊重原理や個人主義を損なうというおそれ、集団の固定化の危険は、このようなケースで問題にすべきでない。このような個人的法益が明確に侵害される場面では、抽象的な原理や理念への影響を優先させるべきではないし、このような場面での立法は、個人の尊重原理や個人主義にむしろ適格的であるといえる。

[β] 次に、ヘイト・スピーチが2段階型の害悪を生み、かつ個人的法益を侵害する場合は検討しよう。差別、暴力、虐殺等の煽動は、実行された場合に個人的法益を侵害するし、場合によっては重大な侵害を生む。ただ、確かに成嶋隆がいうように、日本の現状からみて実際に煽動が実行される

275) See *Norwood v. DPP*, [2003] EWHC 1564 (Admin). 詳しくは、拙稿「イギリスにおけるヘイト・スピーチ規制法の歴史と現状」西南学院大学法学論集48巻1号121頁註153参照。

可能性は低そうに見える。筆者は、このケースでの規制は政策的優先性が高いとはいえないと考えるが、表現の価値や態様等を併せて考慮し、しかも媒体や状況を限定する方法論により、やはり憲法の枠内での規制が不可能ではないと考える。

また、アメリカ連邦最高裁のバランスの取り方をそのまま日本に導入する必然性はないので、ブランデンバーク・テストをクリアする場合に限らず規制は可能であろう。確かに2段階型の害悪の場合、言論と害悪の因果関係が明確でないという問題があるが、表現の価値の低さ、用いられる言葉の過激さ、害悪の重大性、用いられる媒体等の観点から絞り込むことでカバーしうる。

なお、街宣やデモの場で特定民族の殺害を煽るようなケースでは、マイノリティが直接それを見聞きしうる以上、2段階型の害悪とともに1段階型の害悪を生み、かつ個人的法益を侵害する可能性がある。この場合には上記の α の場合と同様に考えることができよう。

[γ] 尊厳や平等権の侵害、差別の助長といった社会的法益の侵害をヘイト・スピーチ規制の根拠にすることは、消極説や多くの中間説のいうようになりに困難である。このようなケースでは、駒村のいう「意味の秩序」の形成に政府が直接乗りだし、政府が正しい考えを公定するおそれがある。小泉のいうように送り手と受け手の自律を侵害する程度も大きい。また何より害悪が不明確であるため、規制立法の明確性を確保しがたい。この場面では害悪は蓄積型のものが主に問題にされるので、即時型の害悪の場合とは異なり対抗言論の有効性を期待できるともいえる。

筆者もウォルドロンがいうように、ヘイト・スピーチが蔓延することで、民主主義社会を構成する主体としての市民的地位が損なわれるおそれがあると考え。しかし、金尚均、楠本孝、近藤敦のように人間の尊厳を保護法益とすることは妥当ではない。市民的地位の毀損はより根源的な害悪とみなし、生活の平穏や名誉感情等の個人的法益の保護を通じて対応していくべきだと思われる。

もちろん憲法21条の条文は抽象度が高く、社会的法益を侵害するヘイト・

スピーチの規制を許す可能性もある。しかし、この種の規制を認めることは、従来の日本の表現規制の実務や学説の論調からの乖離が大きく困難だろう。ただ、この種のヘイト・スピーチの規制が将来的に絶対違憲であるとまではいえない。社会状況の有意な変化がある場合には、上記の価値や礼節の点から十分に絞り込みを行い、媒体や場を限定し、かつより制約の程度が弱い規制手法を用いることにより、一定の規制を行う余地もあるだろう。

なお、この場面でも同時に1段階型の害悪を生み、かつ個人的法益を侵害するケースを想定できる。この場合にも α の場合と同様に考えられる。

規制積極論者である内野正幸、棟居快行、江橋崇、師岡康子、金尚均、楠本孝、近藤敦等の規制の提案は、上記のような害悪の分類を踏まえることで、より明確になるものと思われる。またこのような分類によれば、規制消極論者も不特定多数人に向けられたヘイト・スピーチでも規制可能な部分があることを承認する可能性がある。

③規制に関する政策的配慮について

③の論点についても、学説が対立していることを確認した。まず③-1の立法による線引きの問題を検討したい。この点について、規制消極論者は立法における線引きが困難だと指摘していた。他方で、一部の規制積極論者は立法による線引きが可能であると考え、かなり明確な規制の提案を行っていた。この点は、上記のように価値と礼節の観点から絞り込みを行い、かつ害悪の分類を踏まえて考えるべきである。消極説はこうした努力を行わずに線引きを諦めている点で妥当でない。他方で積極説のほうもこうした限定を十分に行っていない。

立法にあたってはいくつかの留意事項がある。まず、松井茂記がいうように、規制にあたって集団の切り分けを行うことは難しい。小谷順子や戸松秀典も説くように、集団を限定する努力が必要である。他方で、集団を不当に限定した場合には観点差別の問題が生じる。明確な害悪の存在を示すことで、保護される集団の範囲を適正に定める努力が必要になる。他国に目を向ければ、カナダは比較的この点に無頓着で、イギリスがより慎重

に議論を進めてきたといえる²⁷⁶⁾。保護される集団の拡張にあたっては各集団の政治力が左右する部分も大きいので²⁷⁷⁾、イギリスのように慎重に事を進めるべきだろう。ヘイト・スピーチ解消法は立法事実を踏まえ、立法の文言上は保護される集団を限定した。他方で同法は定義が曖昧で、付帯決議でも他の集団の保護を否定しないことが確認された。このように解消法は不分明な態度をとっており、明確化が必要だと考える。

第2に、師岡康子や櫻庭総は、ヘイト・スピーチの実態調査を求めている。わが国でも既に調査が行われているが²⁷⁸⁾、ヘイト・スピーチ解消法にはこの点に関する規定が設けられず、附則や衆・参法務委員会の決議で言及されるにとどまった。適格な線引きを行うためには継続的な調査・研究が求められるので、解消法に根拠規定を置くべきである。また、桧垣伸次がいうように、害悪の実証的研究も踏まえる必要がある。本稿で検討する余裕がなかったが、多様な分野でヘイト・スピーチ、ヘイト・クライムの害悪の実証分析が行われてきた。従来は規制積極論の裏づけとして引用されることが多かったが²⁷⁹⁾、最近では規制消極論の論拠として実証研究が援用されることもある²⁸⁰⁾。立法にあたってはこの点に関する学際的な検討が必要になるだろう²⁸¹⁾。

次に③-2の規制の運用について検討する。ヘイト・スピーチ規制立法が濫用されるおそれについては、消極説のみならず積極説も警戒心を示し

276) この点については、拙稿「カナダの州人権法によるヘイト・スピーチ規制（3・完）」西南学院大学法学論集51巻1号31頁註422参照。

277) アメリカのヘイト・クライム法の制定過程における集団のロビーイングの動向を描いたものとして、前嶋和弘「ヘイトクライム [憎悪犯罪] 規制法とその問題点」アメリカ・カナダ研究18号86-89頁（2000）参照。

278) 公益財団法人人権教育啓発推進センター『平成27年度法務省委託調査研究事業 ヘイトスピーチに関する実態調査報告書』（2016）〈<http://www.moj.go.jp/content/001201158.pdf>〉参照。

279) たとえば規制支持の論調で書かれたTHE PRICE WE PAY: THE CASE AGAINST RACIST SPEECH, HATE PROPAGANDA, AND PORNOGRAPHY (Laura Lederer & Richard Delgado eds., 1995)所収論文参照。

280) See e.g., NADINE STROSSEN, HATE: WHY WE SHOULD RESIST IT WITH FREE SPEECH, NOT CENSORSHIP ch. 6 (2018).

281) わが国における実証研究の成果として、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）参照。

ていた。海外でも規制が濫用されるおそれをはじめ、規制がマイナスに働いたり有効に機能しなかったりする点について懸念が示されてきた。

ここで実効的な規制のあり方について具体的な提言を行う余裕はないが、濫用のおそれは政策的考慮として規制を行わない理由にはなるものの、濫用のおそれのみを根拠に規制を違憲とすることまではできないと考える。主たる規制手段である刑事規制、人権法による規制の場合に分けて実効的な規制のあり方を探る必要がある。刑事規制の濫用の問題については、上記のように櫻庭総が独創的なアイデアを示して参考になる。またヘイト・クライム規制の運用実態を詳細に研究したアメリカの業績も参照に値する²⁸²⁾。イギリスやカナダで設けられている、起訴の際の法務総裁の同意要件は、規制立法の過剰な適用を抑えるのに有用だが、同意が渋られることで法律がほとんど用いられなくなるおそれもあり²⁸³⁾、バランスをとる工夫が必要になる。

人権法の場合は制度設計にもよるが、刑事法とは逆に過剰な法適用がなされるおそれがある。カナダの連邦・州の人権法の経験を踏まえ、申立人の資格や政府機関の関与のあり方等を検討する必要がある。メディアの報道やインターネット上の言説が保守により歪曲された場合に、政府が積極的に正しい情報を発信する等の対策を検討する必要もあろう²⁸⁴⁾。

④ヘイト・スピーチの類型について

スタンダードを指向する学説は、ヘイト・スピーチを内容、主体、媒体、態様、規制手段、場等の要素によって積極的に類型化する傾向にあることを確認した。筆者は上記のようにスタンダード指向の方法論を支持してお

282) See JEANNINE BELL, POLICING HATRED: LAW ENFORCEMENT, CIVIL RIGHTS, AND HATE CRIME (2002).

283) 拙稿・前掲註 (275) 88頁参照。

284) カナダにおける保守派による人権法への攻撃については、拙稿「ヘイト・スピーチ規制の可能性と限界—カナダにおける法実践とその含意」孝忠延夫＝安武真隆＝西平等編『多元的世界における「他者」：Others in the Multiplicity』159頁以下（関西大学マイノリティ研究センター、2013）参照。保守派に対する反論として、拙稿・前掲註 (276) 36-37頁参照。

り、このような類型化も必要だと考える。ただ、本稿では詳しく論じる余裕がないので、以下では内容、媒体、態様、規制手段、場の各要素に限って簡単に検討したい。

a) 内容

規制消極説も含め、学説は特定人に対するヘイト・スピーチの規制やヘイト・クライムに対する刑罰加重の合憲性を認めていることを確認した。確かにこれらの場合には、表現価値の低さ、害悪の重大性と明確性、立法による線引きの容易さから、原則として合憲性を認めることはできる。いうまでもなく保護される集団を限定すること、特に重大な害悪のみを標的にすること、手段の比例性を確保すること等が求められるだろう。

不特定人に対するヘイト・スピーチであっても、部落地名総鑑の流布の規制については代表的な消極説も合憲と認めていた。確かにこのタイプの言論は、重大で明確な害悪をただちに生じる可能性が高い。また、わが国においてこの種の出版物がかなり以前から問題とされてきたため、規制立法を設ける際に対象を絞りやすい。もちろん学術研究を阻害する等のおそれはあるが、カナダの刑法や各州人権法にみられた抗弁規定を設けることで問題を緩和できる²⁸⁵⁾。

また、この種の言論を民事訴訟で差止めることも認めるべきだろう。一連の「全国部落調査」差止め訴訟でも、当該文書が同和地区出身者にもたらす害悪の重大性が強調され、差止めが認められた²⁸⁶⁾。この種の出版物を差止める場合、部落解放同盟の会員その他の同和地区出身者が原告適格をもちうるが、当事者の負担を考えると刑事規制を行うか、解放同盟等の関連団体に訴権を付与する等の改革が必要になる。

このほか中間説や規制積極説の論者は、①集団的名誉毀損・侮辱型の規制や、脅迫型の規制の合憲性を主張していた。これらは既存の個人に対す

285) カナダの連邦・州の抗弁規定については、同上「ヘイト・スピーチ規制の可能性と限界」146頁参照。

286) この訴訟については、金子匡良「「差別されない権利」の権利性—『全国部落調査』事件をめぐる—」法学セミナー768号7頁(2019)参照。

る罪を集団に拡張しようとするものといえる。これに対して、②既存の犯罪類型にはない新たな範疇である憎悪や差別の煽動を規制すべきとする学説もあった。アメリカ連邦最高裁はあくまで既存の保護されない言論の範疇に該当する場合にのみヘイト・スピーチの規制を認めている²⁸⁷⁾。①の議論はこのアメリカの判例法理に馴染みやすい（アメリカでは集団的名誉毀損・侮辱の規制の合憲性は今日疑わしいが）。

個人的法益の保護としては①のタイプの規制で事足りるので、②は主に社会的法益を保護するための規制と位置づけられよう。上記のように、社会的法益を根拠とする規制は極めて例外的な場合を除いて困難である。②の規制は既存の犯罪類型と乖離する分、立法において規制対象を絞ることも難しい。原則として①の規制を支持する学説が妥当だと思われる。

このほかジェノサイドの煽動を規制すべきとする学説がある。既に述べたように、この類型の言論は2段階型の害悪を問題にするものだが、個人的法益の保護の観点から対象を十分に限定すれば規制を正当化できる。歴史的事実否定型の言論は、わが国ではホロコーストの否定のような明確かつ重大な害悪を生む類型を想定しにくい。また、国内外の規制消極説がしばしば唱えていたように、法廷で歴史修正主義者が既存の学説に挑戦する機会を与えることで彼らの言説が不当に流布されたり、彼らを殉教者にする効果が懸念される。

燃える十字架やナチスの制服等の特定の象徴を規制すべきとする主張は日本ではほとんどみられない。このような規制がなされた場合、規制対象が狭すぎて観点中立性を脅かすという短所がある。その反面、歴史的な文脈に照らして明確かつ重大な害悪を生む象徴物を規制対象に選び出すことができれば、過度広範性や萎縮効果の問題が起りにくいという長所がある。日本では歴史的に有害な象徴物を特定化することは困難なので、短所のほうが目立つことになりそうである。

287) 拙稿「憎悪煽動の規制と表現の自由—マイノリティの地位と尊厳という視点から」孝忠延夫編著『差異と共同—「マイノリティ」という視角』159頁（関西大学出版部、2011）参照。

b) 媒体

学説は、テレビやインターネットにおけるヘイト・スピーチについて論じていた。ここでは媒体ごとのヘイト・スピーチの規制の可否を考察する余裕はないが、上記の害悪の箇所であつた面前／非面前の区分に関連して若干の見解を述べておきたい。書籍やインターネット上のヘイト・スピーチは、通常はそれを視聴することを避けられるが、街中や開放的な構造の公共施設でのデモや街宣は、日常生活において偶然に出くわす可能性がある。また、放送メディアに関して特別な内容規制が及ぶ根拠としてしばしば挙げられることだが、テレビ・ラジオ放送の場合には、マイノリティが偶然にヘイト・スピーチを見聞きするおそれがある。

このような点を考慮して、書籍やインターネット上のヘイト・スピーチには規制を及ぼさず、開かれた公共の場や放送におけるヘイト・スピーチにのみ規制を及ぼすことも考えられる。また、テレビについてはオンデマンド、ケーブル放送、インターネット放送におけるヘイト・スピーチは視聴の選択可能性が大きいこと等を理由に規制を行わず、地上波放送のみ規制することもありうる。

イギリスの法規制は、公共秩序の維持を主たる理由としていたこともあり、公共の場での面前のヘイト・スピーチを中心に規制の対象にしていた²⁸⁸⁾。他方で、インターネット上のヘイト・スピーチが規制される例はほとんどみられなかった。日本で公共秩序の維持を理由とした規制をすることはあまり考えにくいだが、脅迫型のヘイト・スピーチを規制対象に選ぶ場合には、イギリスのように公共の場での面前のヘイト・スピーチに焦点を定めることも考えられる。

c) 態様

内野正幸をはじめとする学説は、ヘイト・スピーチの態様、たとえば悪質さや反復性を考慮に入れるべきだとしていた。上記の礼節の部分で述べ

288) イギリスの法律が公共秩序の維持を主たる目的にしていた点について、拙稿・前掲註(275)80頁参照。イギリスにおいて主に面前のヘイト・スピーチが規制対象とされてきた点については、同上論文に掲げた判例参照。

たように、筆者は公的言説の最低限のルールを侵害するヘイト・スピーチは規制しようとする。人間性そのものを否定したり、殺害や虐殺を煽動したりする、特に過激な態様のヘイト・スピーチは、この種のものとして分類できる。

イギリスでは、法律のなかの「脅迫的な、口汚い又は侮辱的な」という部分が過激なヘイト・スピーチを対象にするものとして限定解釈されてきた²⁸⁹⁾。カナダでも、連邦と州の法律のなかの「憎悪」や「侮辱」という文言が同様に限定解釈されてきた²⁹⁰⁾。両国では法律の文言自体は曖昧かつ広範で、判例等の実務のなかで時間をかけて限定解釈がなされてきた。わが国では立法の段階から過激なものだけに絞り込んだ規制を行うことを考えるべきだろう。

この点について、ヘイト・スピーチ解消法は2条において、「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」比較的過激な言動を列举するが、あくまで例示にとどまっている点で問題がある。

d) 規制手段

上記のようにヘイト・スピーチの規制手段として、刑事規制、民事救済、人権法による救済が議論の対象になってきた。中間説と積極説の論者の多くは、これらをうまく組み合わせることを提案していた。イギリスとカナダも、様々な規制を設けてヘイト・スピーチの多様な害悪に対処している。また、アメリカは公的言説を構成するものは規制の対象にしないものの、ハラスメント、ヘイト・クライムの規制や政府言論等によって、やはり多様なヘイト・スピーチに対応しようとしている²⁹¹⁾。わが国でも同様の手法をとるべきである。

不特定人に向けられたヘイト・スピーチについては、民事救済は原告適

289) 同上123頁参照。

290) 拙稿「カナダの州人権法によるヘイト・スピーチ規制(1)」西南学院大学法学論集50巻2・3号112-13頁(2018)、同・前掲註(276)27-28頁参照。

291) イギリスについて、拙稿・前掲註(275)、カナダについて、同・前掲註(284)Iの2・3、アメリカについて、同・前掲註(265)参照。

格の問題もあり適当ではなく、刑事規制か人権法型の規制を中心に検討すべきである。刑事規制の可能性についてはこれまで多様な議論がなされてきた。上記のように価値、害悪、礼節等の面から限定を加え、保護される集団を絞りこんで立法を行うべきである。立法の線引きが困難との声も多いが、上記のように複数の考慮要素を踏まえて慎重に検討すれば十分に明確な線引きはできる。運用の際の諸問題については議論が十分でないが、これを理由に規制ができないとまではいえそうにない。

従来は刑事規制を中心に議論がなされてきたので、人権法については若干の検討を要する。曾我部真裕と櫻庭総は人権法固有のメリットを強調していた。筆者も国家権力に依存せずにマイノリティ主導で手続を進めることができること、人権を専門にする国内人権機関が法令解釈や判例を積み重ねていくなかで人権法の解釈を確立できること等から、人権法型固有の強みがあると考え²⁹²⁾。なお、曾我部は国内人権機関に訴訟支援の機能を付与することを検討すべきとし、櫻庭はマイノリティのエンパワーメントを期待していた。人権委員会は中立的なものとして設計するのではなく、明確にマイノリティを支援する機関とすべきだろう。

カナダの連邦、州の人権委員会はマイノリティを支援する性格をもち、裁判において原告としてヘイト・スピーチを規制する法令の違反を主張することもできる。また、連邦、州の人権審判所は、数多くの判例を積み重ねて独自の法理を形成し、*Whatcott* 事件における最高裁判決はその一部を取り込む判断を示した²⁹³⁾。保守派による連邦と州の人権委員会・審判所に対する批判はなされたが、*Whatcott* 事件では人権法型の規制の合憲性が明確に認められた。

わが国において人権法型規制を行う際には、カナダの例を踏まえてその欠点も認識しておく必要がある。カナダで起こったように、申立人や国内人権機関が扱う事件を保守派の評論家やメディアが大々的にとりあげて批判することでバックラッシュを招くおそれがある。カナダの学説が批判し

292) 拙稿・前掲註(276) 36-37頁参照。

293) See *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467. 同上25頁以下参照。

たように、保守派の意図的な誇張や歪曲がみられた²⁹⁴⁾。日本でも同じことが起こる可能性は十分にあるので、政府機関による情報発信のあり方等を検討しておく必要がある。また、私人である申立人に過度の負担を強いる制度設計は望ましくない。

ちなみに、頑強な排外主義者に対しては、人権法型の規定の下で提供される調停等のインフォーマルな手続は有効でないおそれがある。特に過激で悪質なヘイト・スピーチに対しては、やはり刑事規制を用いることを考えるべきだろう。

e) 場

ヘイト・スピーチが行われる場については内野正幸らが議論を展開してきた。ここではすべてを検討する余裕はないので、特に近時議論を呼んでいるマイノリティ集住地区におけるヘイト・デモの規制の問題と、排外主義団体による公の施設の利用拒否の問題に限って若干の私見を述べたい²⁹⁵⁾。

筆者は毛利透や曾我部真裕がいうように、ヘイト・デモがマイノリティ集住地区で行われた事実を特別に考慮できると考える。ルール指向の考え方をとる消極説の論者は、こうした個別化を許容しない可能性があるが、筆者は上記のようにスタンダード寄りの方法論のほうがわが国に適合的であると考え。もちろんマイノリティ集住地区といえるか否かについて、判定が難しい場合もあるが、明白にそのような地区といえる場合に限れば足りるだろう。

また、排外主義団体による公の施設の利用についても、限定的な制約は可能であると考え。ここでもルール指向の方法論は妥当でない。確かにアメリカの裁判所は、排外主義者による公共施設の利用の場面でもルール指向の方法論を貫き、パブリック・フォーラムや事前抑制禁止の法理によ

294) 前掲註 (284) 参照。

295) 詳しくは、拙稿「マイノリティ集住地域におけるヘイト・スピーチの規制—「スコーキー村」事件を読み直す」西南学院大学法学論集49巻2・3号209頁 (2017)、同「ヘイト・スピーチと「公の施設」—川崎市ガイドラインを素材として」金沢法学61巻1号240頁 (2018) 参照。

り施設利用の拒否を違憲と判断している²⁹⁶⁾。しかし、従来複数の要素を総合的に衡量するスタンダード指向の方法論を採用してきた日本の裁判所は、フォーラム論等のアメリカ最高裁の法理を採用していない。内野が指摘するとおり、この場面では特定の表現の場の提供者による自由の制約がなされているにすぎず、全面的な規制がなされているわけではないので、内容中立性原則を厳格に適用すべきでない。

確かに公園や市民会館等はアメリカの判例法理にいう伝統的又は指定的フォーラムであるが、これらの施設の利用を拒否されても別の公共の場を利用できるし、雑誌やインターネット等の代替的媒体を用いることもできる。事前抑制禁止の法理もこの場面では厳格に適用すべきでない。上記のように全面的な規制がなされているわけではないし、特定の言論を思想市場から放逐するものでもないからである。この結論は、師岡が主張するように、人種差別撤廃条約2条1項やヘイト・スピーチ解消法4条2項によって補強される²⁹⁷⁾。

それゆえ、一般論としてはある団体が特に有害で価値の低い言動を行うことを理由に利用を拒否することはできると解するべきだろう。また、地域住民の集会等のために設置された施設では、より高いレベルの礼節が求められる²⁹⁸⁾。公の施設の利用制限を行う場合、本来法律や条例において明確な規定を置くことが望ましいが、わが国の法令はこれまで非常に曖昧な規定により集会の自由の制約を認めてきたので、川崎市、京都府、京都市の

296) See e.g., *Matter of Rockwell v. Morris*, 12 A.D.2d 272 (N.Y. App. Div. 1961); *National Socialist White People's Party v. Ringers*, 473 F.2d 1010 (4th Cir. 1973); *Knights of Ku Klux Klan, Realm of Louisiana v. East Baton Rouge Parish School Bd.*, 578 F.2d 1122 (5th Cir. 1978). 公的施設の利用申請において多額の保険への加入を求めることが憲法に反するとした判例としては、*Collin v. Smith*, 447 F.Supp. 676, 684-86 (N.D.Ill. 1978); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197, 1207-10 (7th Cir. 1978); *Collin v. O'Malley*, Dkt. No. 76C2024 (unpublished) 参照。

297) もちろん上の議論は、排外主義者が道路や駅前広場等の別の公共の場を使うことが許されることを前提にしており、あらゆる公共の場を上をロジックで禁止するようなことは憲法上認められない。またいうまでもなく、公共の場での排外主義者の発言を政府が手を貸しているという理由でただちに政府言論と同視したり、排外デモを警察が警備しただけで人種差別撤廃条約2条1項に触れるといった、極端な結論はとるべきでない。

298) このことは、青少年の利用が想定される施設である場合にいっそうあてはまる。

ようにガイドラインを設けて制約できる場合を明確化することも許されよう。

5. おわりに

以上において、日本の学説を概観し、論点を整理したうえで、各論点について筆者の私見を述べた。ここで簡単に要約をしておきたい。日本の学説は、概ね諸外国で議論されてきた論点を扱ってきたといえる。すなわち、国家権力と自由の関係、立法事実の認識、違憲審査の方法論等の前提的問題、害悪や価値等のヘイト・スピーチの内容に関する理解、規制の濫用の危険性等の政策レベルの諸問題、ヘイト・スピーチの類型化の可能性等である。

学説は各論点について複雑に分岐しているが、多くの消極説の方向性が、前提的な部分で決められていることを確認した。多くの学説はヘイト・スピーチを保護領域のなかに含めたうえで、価値、礼節、害悪について論じていることをみた。特に価値と害悪に関しては学説が激しく対立していた。最近になってウォルドロンの学説に依拠する議論が出されたり、害悪の類型化がなされたりしていることをみた。近時のヘイト・スピーチの過激化を背景に、不特定多数人に向けたヘイト・スピーチでも個人的法益を侵害するときには規制できるという学説も現れた。

政策レベルの諸問題についても、法律による範囲確定や規制の濫用の防止等をめぐって新たな学説が登場していることを確認した。ヘイト・スピーチの類型をめぐっても、スタンダード寄りの方法論を支持する積極説と中間説を中心に、内容、主体、媒体、態様、規制手段、場について詳細な類型論が展開されていることを確認した。

筆者は上記の様々な理由で規制消極説は妥当でないと論じた。前提的問題に関しては、消極説のルール指向の方法論やアメリカの法理の取扱い方が適切ではないと述べた。ヘイト・スピーチの内容については、自己実現や自己統治といった表現の自由の価値によって規制を否定するのは困難であること、礼節を理由に規制を行うことは一般論としては妥当でないものの、公的言説の最低限のルールを侵害する場合には規制にあたって考慮さ

れるべきこと、害悪のさらなる類型化を行って明確化を図れば、消極説や多くの中間説が許容する以上の規制が可能であることを論じた。

政策レベルの問題については、まず立法による範囲画定については、個人的法益を理由とした規制であれば原則として可能であるが、保護される集団を慎重に画定し、害悪についての実証的研究を進める必要があることを述べた。また運用の問題としては、濫用のおそれは政策的考慮として重要であるものの、そのみを根拠に法律を違憲とすることまではできないと論じた。そのうえで、諸外国の経験を踏まえ慎重な制度設計を行うべきだと述べた。ヘイト・スピーチの類型については、規制積極説や多くの中間説のように詳細な類型化を行うべきだと論じた。こうした観点から、内容、主体、媒体、態様、規制手段、場について類型化を行い、規制の対象となりうるものを明らかにした。

[付記] 本稿校正中に、中村英樹「ヘイトスピーチ集会に対する公の施設の利用制限—地方公共団体のガイドラインを中心に」北九州市立大学法政論集 46 卷 1・2 号 (2018) に接した。