

◇ 研究ノート ◇

## 表現の自由とヘイトスピーチ

市川 正人\*

### 目 次

- はじめに
- 1 日本国憲法における表現の自由の保障
- 2 ヘイトスピーチとその規制
- 3 ヘイトスピーチ規制と憲法
- 終わりに

### はじめに

特定の民族や国籍を有する人々などに対する憎悪を表明し、憎悪を煽る表現であるヘイトスピーチ (hate speech) が深刻な社会問題となっている。在特会 (在日特権を許さない市民の会) などによる在日韓国・朝鮮人を口汚くののしる街宣活動が活発になされ、それが「ネット右翼」によって拡散されており、ヘイトスピーチが日本社会において跋扈している感がある。「ヘイトスピーチ」が2013年の新語・流行語大賞のトップテンに選ばれたほどである。

こうした事態は国際的にも関心を呼び、昨年7月に自由権規約委員会が、8月には人種差別撤廃委員会が、それぞれヘイトスピーチに対する法的規制を求める勧告を行っている<sup>1)</sup>。もっとも、京都朝鮮学校事件については、抗議活動に参加した者の刑事責任、民事責任が認定されている。このことは、ヘイトスピーチに対して現行法によって一定の規制がなされうることを示すものである。しかし、現行法では不十分であるとして、また、ヘイトスピーチの禁止・処罰が国際的な人権条約の要請であり、既に100ヶ国以上の国においてヘイトスピーチを禁止し処罰する法律が制定されているとして、わが国においてもヘイトスピーチを禁止し処罰する法律を制定すべきであるとする意見も強い。

そこで、以下では、ヘイトスピーチを禁止することには、日本国憲法による表現

---

\* いちかわ・まさと 立命館大学大学院法務研究科教授

の自由の保障との関係でどのような問題があるのか、あるいは、日本国憲法の下でヘイトスピーチの禁止がどこまで許されるのか、について論ずることとしたい。

## 1 日本国憲法における表現の自由の保障

まず最初に、日本国憲法における表現の自由の保障の意味内容、意義について簡単にまとめておきたい。

最高裁の諸判決も認めているように、「憲法21条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人權のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである」<sup>2)</sup>。すなわち、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」（自己統治の価値）<sup>3)</sup>。さらに、表現の自由には、民主主義にとっての意義と共に、「国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ」という人格形成にとっての意義も認められる（自己実現の価値）<sup>4)</sup>。

もちろん表現の自由も絶対的に保障されるわけではなく、他者の権利、自由を守るために、あるいは、公共の利益のために制限することは認められる。しかし、表現の自由の重要性を認めるのであれば、表現の自由に対する制限は、表現の自由に対抗することができるような重要性をもった諸自由、諸利益を守るために必要最小限度のものであればならない（「表現の自由の優越的地位」）。「表現に優越性を認めるということは、ある表現がそれを制限することの根拠となっている利益との関係で対立したり、衝突することになってもそれを一定の場合に許容すること」なのである<sup>5)</sup>。

この表現の自由の保障は、国家の干渉がなく、すべての思想が市場に登場することを認めれば、思想の自由競争の結果、人格の実現や民主主義過程の維持保全にとってよい結果が達成されうろという考え方（「思想の自由市場」論）に立っている。こうした考え方の下では、問題のある言論についても言論でもって対抗するのが筋であり（対抗言論の原則）、言論で対抗するなどといった悠長なことをいって

いられない緊急の場合にのみ思想・意見の流布を抑止することが許されることになる。

「思想の自由市場」論は、市民の自律的判断能力に対する信頼に依拠したものであり、こうした立場からすれば、国家が表現内容の真偽、価値の有無・程度を判断することは表現の自由に対する重大な脅威と理解されることになる。そこで、多数の学説は、表現の内容を理由とした表現活動の規制（表現内容規制）は、表現内容と無関係な表現の時、場所、方法の規制（表現内容中立的規制）よりも表現の自由保障にとって危険なものであるとし、より厳しくその合憲性が判断されなければならない、としている（表現内容規制・内容中立的規制二分論<sup>6)</sup>）。

さらに、表現の自由は規制に弱いデリケートな性格をもっていることに留意しなければならない。すなわち、何が禁止される表現行為であるか法令から明らかにならなければ、自己の行おうとする表現行為が規制対象でないとの確信をもてない者が、規制を受けることをおそれて表現行為を自粛してしまう可能性が高いのである（規制の萎縮の効果 [chilling effect]）。それゆえ、表現の自由を規制する法令は、何が禁止される表現行為であるかを明確に示していなければならない（明確性の要件）。

## 2 ヘイトスピーチとその規制

「はじめに」では、ヘイトスピーチをさしあたり、特定の民族や国籍を有する人々などに対する憎悪を表明し、憎悪を煽る表現としておいたが、実際にヘイトスピーチとして議論されているものはかなり多様である。

まず、被差別部落出身者や同性愛者、女性などに対するものもヘイトスピーチとして論じられることがある。特定の民族・国籍を有する人々に対するものに限定しても、憎悪の表明、憎悪の助長にこだわらず、広く人種的な差別的表現一般がヘイトスピーチとして理解されることが多い<sup>7)</sup>。

人種差別撤廃条約の4条は、「a 人種の優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の扇動、いかなる人種若しくは皮膚の色若しくは種族的出身を異にする人の集団に対するものであるかを問わずすべての暴力行為又はその行為の扇動及び人種主義に基づく活動に対する資金援助を含むいかなる援助の提供も、法律で処罰すべき犯罪であることを宣言すること」と、「b 人種差別を助長し及び扇動する団体及び組織的宣伝活動その他のすべての宣伝活動を違法であるとして禁止するものとし、このような団体又は活動への参加が法律で処罰すべき犯罪であることを認

めること」などを行うことを締約国の義務としている。

人種差別撤廃条約4条が処罰すべきとする差別的行為のうち、その禁止が表現の自由・結社の自由の制限となるものは、主として、① 人種的優越・憎悪に基づく思想の流布、② 人種差別的煽動、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、宣伝活動への参加である。こうしたものが広義のヘイトスピーチということになる。但し、わが国は、4条a bにつき「日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行する」といった留保を付して、人種差別撤廃条約に加入している。これらすべてを処罰する国際法上の義務を負っているわけではない。

他方、国際人権規約自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）20条2項は、「差別、敵意又は暴力の扇動となる国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道は、法律で禁止する」と定めている。わが国は国際人権規約批准にあたりこの部分に留保を付していないので、同条項が掲げるような憎悪の唱道——人種差別撤廃条約4条の挙げる②、③、⑤（少なくともそれらの一部）にあたる——を法律で禁止する国際的な義務を負っている。もっとも、通説的な理解によれば、国内法秩序においては憲法が条約に優越し、憲法に違反する条約を国内的に執行することはできないので、結局、そうした唱道の禁止が憲法に違反しないか否かが問題となる。

いずれにせよ、特定の民族や国籍を有する人々に対するものに限っても、あからさまな罵倒・侮辱（「うじ虫韓国人」、「人殺し、強姦魔。それが朝鮮人」等）、脅迫や殺害予告、ジェノサイドや暴力の煽動（「韓国人を絞め殺せ」、「朝鮮人ハ皆殺シ」等）、差別の煽動、いわゆる差別用語、差別の歴史の否定、差別思想の流布などさまざまなものがヘイトスピーチと捉えられることがあるのである。また、それらには特定人に向けられたものと特定人に向けられていないものがあり、方法も、デモ行進や街頭演説、ビラ配布によるものからインターネットによるものまでさまざまである。

また、ヘイトスピーチの規制の方法についても、刑罰を科すだけでなく、人権擁護機関（人権委員会）による救済、民事責任（損害賠償責任）の追及もある。

### 3 ヘイトスピーチ規制と憲法

#### (1) 現行法とヘイトスピーチ

わが国では、現在、特定の民族や国籍を有する人々に対するヘイトスピーチ（以下、人種的ヘイトスピーチと呼ぶ）それ自体を禁止し、処罰する法律はないが、表現行為や表現行為と同時に行為が行われる行為が現行法による処罰の対象となることはありうる。

実際、京都朝鮮学校事件では、京都第一朝鮮初級学校に11人で、近隣の公園を運動場などとして利用していたことへの抗議活動として押しかけ、多数の児童がいる朝鮮学校付近において、拡声器を使って侮辱的言辞を繰り返して怒号し、学校に隣接する公園内にあった朝礼台を校門前に移動させて門扉に打ち当てて、これらの引き取りを執拗に要求するなどして喧噪を生じさせたことが、威力業務妨害、当該朝鮮学校等に対する侮辱にあたるとして有罪とされている<sup>8)</sup>。

確かに、いかに表現活動であっても、人の「自由意思を制圧するに足る……勢力」を使用して<sup>9)</sup>人の業務を妨害すれば威力業務妨害罪（刑法234条）が成立する<sup>10)</sup>。他者の社会的評価を低下させるような表現行為をすれば、事実の摘示によるものなら名誉毀損（同法230条）として、事実の摘示を伴わないものなら侮辱として（同法231条）刑事責任が問われ、さらに、不法行為責任も問われる。

もっとも、表現の自由の保障との調整が必要であり、表現活動が威力を用いて人の業務を妨害したと言えるかについて、表現の自由の重要性を踏まえて、粗野な言動の程度、そうした言動に至る経緯、業務を妨害する程度を考慮して慎重な検討がなされなければならない<sup>11)</sup>。また、名誉毀損の場合、① 公共の利害に関する事実を② 公益目的で公表した場合には、③ その事実が真実だと証明できる（刑法230条の2第1項）か、③' 真実と信じたことに相当の理由があれば、名誉毀損の責任を問われない<sup>12)</sup>。また、事実の摘示と意見の表明とが結びついている場合について、最高裁は、上記の名誉毀損の免責事由を満たす場合には、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉毀損の責任は問われないとしている<sup>13)</sup>。それゆえ、口汚いののしりの言葉の場合、仮に上記①②③③'を満たしても名誉毀損は成立する。また、そうした言葉を事実の摘示なしに他者に向けた場合、侮辱罪も成立する。

しかし、威力業務妨害、名誉毀損、侮辱となるのは、特定の個人や団体に向けられたものであるため、特定の個人・団体に向けられていないヘイトスピーチについ

ては、それらにあたるとして法的責任が追及されることはない。そこで、特定の個人・団体に向けられたものでない人種的ヘイトスピーチを禁止し処罰する法律を制定することが憲法上許されるか否かが、問題となる。

ただ、日本国憲法の下で人種差別的な思想の流布や人種差別の歴史の否定を禁止し処罰することは、とうてい認められないであろう。誤った思想や誤った事実の公表については、まさに言論でもって対応すべきことであり、国が「誤った思想」、「誤った事実」を認定し抑圧することには最大限警戒的であるべきだからである。それに対して、日本国憲法の下で許されるか否か立ち入った検討に値するものとしては、特定個人・団体に向けられたものでない人種を理由とした差別や暴力の煽動の処罰や、特定の民族集団に対することさらな侮辱そのものの処罰が考えられる。

## (2) 特定の個人・団体に向けられていないヘイトスピーチの規制 差別・暴力煽動罪

確かに、諸外国では、人種差別や人種等を異にする集団に対する暴力行為の煽動を処罰する法律が見られる。たとえば、ドイツ刑法130条1項は、「公共の平穩を乱すのに適した態様で……国籍、人種、宗教若しくはその民族的出自によって特定される集団に対して、住民の一部に対して、若しくは上に掲げる集団若しくは住民の一部に属することを理由に個人に対して憎悪をかきたて若しくはこれに対する暴力的若しくは恣意的な措置を誘発する者」を民衆煽動罪で処罰するとしている<sup>14)</sup>。また、カナダの刑法は、ジェノサイドを唱道または助長する者と共に、公的な場における陳述の伝達により、何らかの識別しうる集団に対する憎悪を煽動した者を処罰するとする規定を置いている<sup>15)</sup>。

しかし、「思想の自由市場」論からすれば、言論には言論で対抗するのが原則であり、言論で対抗する余裕がないような緊急の場合にのみ言論が禁止できるのが原則であるから、差別や暴力行為の煽動についても、少なくとも、言論が重大な害悪を発生させる蓋然性が明らかであり、かつ、害悪の発生が差し迫っている場合のみ言論を処罰しうるという「明白かつ現在の危険」の基準が妥当すべきであることとなる。さらに、学説では、犯罪行為の煽動については、「唱道が差し迫った違法な行為を煽動または引き起こすことに向けられており、かつ、かかる行為を実際に煽動または引き起こす見込みのある場合」にのみ煽動を処罰しうるという、表現の自由により有利なブランデンバーク判決の基準<sup>16)</sup>を用いるべきである、という立場も有力である。

もっとも、最高裁は、煽動を「特定の行為を実行させる目的をもって、文書若し

くは図画又は言動により、人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること」(破壊活動防止法4条2項)と理解した上で、「明白かつ現在の危険」の基準等を用いることなく、重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるとして、公共の福祉を理由にそのような煽動の処罰は憲法21条1項に違反しないと判示している<sup>17)</sup>。ただ、こうした最高裁の立場を前提としても、重大犯罪を引き起こすよう強く働きかけるものであって初めて処罰可能な煽動にあたるのであるから、日本社会において差別を蔓延させる可能性があるというだけで、煽動として処罰することが許されるわけではない。

#### ヘイトスピーチと「思想の自由市場」論

以上の叙述は、ヘイトスピーチについても「思想の自由市場」論が妥当するということ的前提としているが、そのことに対しては批判がある。すなわち、ヘイトスピーチについては「思想の自由市場」論、対抗言論の原則は妥当しない、あるいは、限定的にしか妥当しないというのである<sup>18)</sup>。すなわち、ヘイトスピーチを向けられた側は、それによって人格を傷つけられ反論することができなくなってしまう。対抗言論の原則が成り立つのは、当事者間に立場の互換性がある場合であって、ヘイトスピーチの場合には、プライバシー侵害表現の場合と同様に、当事者間に立場の互換性がない。マジョリティの中に同化して暮らさざるをえないマイノリティは、反論することで自分の出自を認めることをおそれ沈黙せざるをえない。反論しても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疑問である。社会的にもやもやしたムードを組み立てていく闇に隠れた言論に対しては、本人の言論では対抗できない。強烈なレッテルを貼るヘイトスピーチがなされると、反論しても反論自体がそのレッテルの正しさを証明していると世間に受けとめられてしまうのであるから、そうした相手方の反論が意味をなさなくなるような誹謗は、思想の自由市場を破壊するものである、等々。

しかし、人種差別の煽動に対しても、原則として差別の不当性を主張する言論によって対抗することが可能である。また、少数者集団に属する者がヘイトスピーチに反論できなくても、多数者集団の中からヘイトスピーチに批判を加える意見が表明されるであろう。「ヘイト・スピーチの諸類型のうち……人種的憎悪に基づく思想を不特定多数の者に向けて発信するものについては、その対抗措置は<市民社会レベルでの対抗言論>でしかありえない」のではなからうか<sup>19)</sup>。

また、そもそも「思想の自由市場」論においては、本来、だれでもが思想の自由市場に登場することを禁止されてはいなければいいのであって、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。それゆえ、実際に反論することが困難であるとか、反論が有効性をもたないがゆえに「思想の自由市場」論は十分には機能しないので、当該表現を禁止すべきだという主張は、「国家の規制によってこそ健全な思想の自由市場が確保されるという理解」<sup>20)</sup>をとるものであって、「思想の自由市場」論に立つ表現の自由論に大きな修正を加えようとするものである。しかし、こうした立論を安易に認めれば、「『思想の自由市場』の実質的な保障」、「表現の自由を守るため」といった名目で、国家による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ことになるであろう。それゆえ、こうしたことを理由とする「思想の自由市場」論の射程の限定が認められるためには、少なくともわが国において、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ヘイトスピーチに対して意味ある批判がなされるとはほとんど期待できないこと、ヘイトスピーチに対する反論や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必要があるであろう。

#### 民族侮辱罪

次に、特定の民族集団に対することさらな侮辱そのものを処罰する法律が考えられる。たとえば、内野正幸は、少数者集団に向けられた侮辱的表現から当該集団に属する個人の名誉感情を保護するために「少数者集団侮辱罪」を設定することも許されると主張している。そして、「日本国内に在住している、身分的出身、人種または民族によって識別される少数者集団をことさらに侮辱する意図をもって、その集団を侮辱した者は、……の刑に処す」、とする立法試案を提示している<sup>21)</sup>。

内野は、侮辱を自己目的とするような差別的表現は、個人の人格の発達にとっても民主政治にとっても役立つことがないのであるから、価値の低い言論に属し、きわめて強い理由がなくても、かなり説得力のある正当化事由・対抗利益があれば、合憲的に禁止できる、としている。この主張は、表現の有する価値の高低ないし質によって表現を類型化し、「価値の低い表現」には強い保障は及ばないとするものである。しかし、表現の自由の保障の根幹は、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、裁判所という国家機関が、表現の自由の機能にとって役立つか否かで価値の高い表現と価値の低い表現とを分類することを認める立場には、疑問がある<sup>22)</sup>。それゆえ、差別的表現も他の表現と同様、例外的

にどうしても必要な場合にだけ必要なかぎりでも制約されるにすぎず、また、明確性の原則も妥当するという立場が適切であろう。

特定の民族を侮辱する表現についても、侮辱的表現の前提とされている主張（たとえば「〇〇人は知的レベルが低い」）について言論で対抗することができるし、差別そのものおよび侮辱的な表現を用いることに批判を加えることもできる。しかし、特にひどい侮辱的表現によって当該民族に属する人の名誉感情が著しく傷つけられる場合には、言論で対抗しても心の痛手は簡単にはいえない。そのかぎりでは対抗言論の原則の妥当性に限界はある。それゆえ、特にひどい侮辱的表現については、特定の民族に属する個人の名誉感情保護のために禁止することが許される余地があろう。ただ、特定の民族に対する特にひどい侮辱表現を当該民族に属する個人に直接向けられていない場合であっても処罰する法律が許されるかどうかを判断するためには、わが国における民族的マイノリティに対する差別の歴史と現状、当該民族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、当該民族を侮辱する表現の頻度などを考慮する必要があるであろう。

## 終わりに

以上の私の立場からすれば、人種差別撤廃条約 4 条 a b が挙げているものをそのまま禁止・処罰するような法律は日本国憲法の下では認められないが、他方、ブランデンバーグ判決の基準を満たすような人種集団に対する暴力行為の煽動や、侮辱を自己目的とするような特定の民族に対する特にひどい侮辱的表現を処罰するような、きわめて限定的なヘイトスピーチ処罰法ならば、規定の文言が明確であるかぎり、日本国憲法の下でも許容される可能性があることになる。しかし、憲法上の許容性と立法することの政策的適否とはまた別の問題である。後者についても、ヘイトスピーチ処罰法の差別解消にとつての効果<sup>23)</sup>、表現の自由の保障に与える影響を考慮に入れて、慎重に検討すべきである。

こうした拙稿のような立場については、ヘイトスピーチがマイノリティの人々に対して与えている被害についての理解、想像力を欠いたものである、所詮、マジョリティの立場からの立論に過ぎないといった強い批判がある<sup>24)</sup>。確かに、ヘイトスピーチの問題を考えるにあたりマジョリティに属する者にはマイノリティの人々の被害についての想像力が求められる。しかしまた、ヘイトスピーチを禁止し処罰する法律を制定した場合、それがわが国における表現の自由の保障に対してどのような影響を与える可能性があるかについての想像力も必要ではないだろうか。

[補足]

本稿は、日本司法書士会連合会（以下、連合会）の機関誌である「月報司法書士」2015年5月号のために執筆したものであり、校正も終了していたが、ヘイトスピーチの実例が記述されているために不掲載となったものである。

本稿では、本文の「2 ヘイトスピーチとその規制」においてヘイトスピーチと捉えられることがある言動の例を括弧の中で挙げており、また、注(8)において京都朝鮮学校事件の判決が認定した発言を詳しく紹介している。このようにヘイトスピーチの実例を挙げたのは、どのような発言がヘイトスピーチとして問題となっているのかを知ることなしには、ヘイトスピーチを処罰・禁止することが表現の自由との関係でどこまで許されるかという問題をリアルに検討することはできない、と考えたからである。何がヘイトスピーチであり、それがどんな弊害をもたらしているのかを明らかにせず、「人権」、「人間の尊厳」、「平等」が重要であるという一般論と「表現の自由」が重要であるという一般論を対抗させるだけでは、議論は抽象論のまま推移することになろう。それでは、最後は直感的な決断によって「解決」するというにしかならないのではないか。表現の自由保障についての専門家としては、ヘイトスピーチとされるものを具体的に示しつつ、このようなものであっても禁止・処罰することに表現の自由の保障の見地から一定の限界があることを示すべきではないか。このような思いから実例を示したわけである。

そして実際、ヘイトスピーチを批判・告発し、あるいはその禁止・処罰を求める図書や論文は多数のヘイトスピーチの実例を挙げて論じているし、新聞においてもヘイトスピーチとして問題となった発言の一部を挙げて報道している。私としては、このようにヘイトスピーチとその規制の可否についての社会的な議論が、先ほど述べたような抽象論でなされているわけではないこと、そして、月報司法書士が法律家である司法書士のための雑誌であることをも考慮に入れていた。

しかし、それに対して、校正終了後に、連合会の担当理事の方から、理事会における議論を踏まえてとして、ヘイトスピーチとされるものの実例の削除を求められた。その理由は、大要、① 在日の司法書士会員が目にしてショックを受けるおそれがある、② 司法書士会がヘイトスピーチを容認していると受け取られるおそれがある、③ ヘイトスピーチを助長してしまうおそれがある、④ 司法書士だけでなく一般市民も月報司法書士の読者であることを考慮に入れなければならない、といったことであった。

私としては、本文の括弧書き内での実例の削除と、注(8)の京都朝鮮学校事件における発言の記載を半分程度に減らすことには応じられると返事をしたが、連合会

側からは注(8)の発言例を冒頭の1つだけとすることが提案された。これでは、「ヘイトスピーチと表現の自由」という問題をリアルかつ具体的に論ずることはできなくなるため、この要望を受け入れることはできなかった。その結果、不掲載という結果となったわけである。

月報司法書士は連合会の機関誌であるから、依頼した論稿を掲載しないと連合会が判断したことは、表現の自由行使の結果であり、非難されるべきことではない。ただ、本稿をめぐるやりとりが、ヘイトスピーチの規制の可否を論ずることの難しさを示していることは確かである。

本稿は、司法書士会員向けの雑誌のために紙幅の制限の下で書かれたものである。外国法の紹介・検討や、ヘイトスピーチ処罰法の差別解消効果の検討が十分ではない。また、関連文献の引用も必要最低限度で行っているにすぎないので、「ヘイトスピーチと表現の自由」問題について包括的な分析を加えたものとは言い難い。それでも、「ヘイトスピーチと表現の自由」問題について「表現の自由の優越的地位」を認める立場から簡潔かつ明確に論じたものとして議論の一素材となりうると考え、立命館法学にほぼそのまま「研究ノート」として掲載することとした次第である。

なお、本稿脱稿後に、わが国におけるヘイトスピーチの実状を明らかにし、それを「暴力」そのものと批判する安田浩一『ヘイトスピーチ「愛国者」たちの憎悪と暴力』（文藝春秋、2015年）が文春文庫から刊行されている。ヘイトスピーチを禁止し処罰する法律を制定するか否か、それが憲法上どこまで許されるか否かを議論するには、ヘイトスピーチの実状（そのマイノリティへの影響も含む）を知ることが不可欠である。同書に紹介されているような目を背けたくなるヘイトスピーチの現状を十分踏まえた上で、自由な社会を維持しつつヘイトスピーチや差別をなくしていくためにはどのようにしたらよいのか、真剣に考えるべきであろう。

- 1) 自由権規約委員会「日本の第6回定期報告に関する最終見解」（外務省仮訳。<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000054774.pdf>）、人種差別撤廃委員会「日本の第7回・第8回・第9回定期報告に関する最終見解」（外務省仮訳。<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000060749.pdf>）参照。
- 2) 猿払事件判決・最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。但し、判例上、この一般論が貫徹されているかは疑わしい。
- 3) 北方ジャーナル事件判決・最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。
- 4) 成田新法訴訟判決・最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。但し、同じく憲法21条1項が規定している集会の自由についての判示。

表現の自由とヘイトスピーチ（市川）

- 5) 戸松秀典「判批」判評346号66頁（判時1250号212頁）（1987年）。
- 6) 筆者は、この表現内容規制・内容中立的規制二分論は表現内容中立的規制に対して十分な司法的なチェックを加えるものでないとして批判を加えてきた（拙著『表現の自由の法理』[日本評論社、2003年] 207頁以下参照）。しかし、典型的な表現内容規制が表現の自由の保障に対して重大な脅威となること自体は認められよう。
- 7) 奈須祐治「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『差異と共同：「マイノリティ」という視覚』（関西大学出版部、2011年）156頁注3参照。
- 8) 京都地判平成23年4月21日判例集未登載（LEX/DB25471643）、大阪高判平成23年10月28日判例集未登載（LEX/DB25480227）、最決平成24年2月23日判例集未登載（LEX/DB25480570）。約1,200万円の損害賠償責任も認められると共に、一定の表現行為の差し止めも命じられた。京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁、大阪高判平成26年7月8日判時2232号34頁、最決平成26年12月9日判例集未登載（LEX/DB25505638）参照。判決によれば、在特会メンバーらは、拡声器を用いるなどして、「北朝鮮のスパイ養成機関、朝鮮学校を日本から叩き出せ」、「戦争中、男手がないところ、女の人レイプして虐殺して奪ったのがこの土地」、「ろくでなしの朝鮮学校を日本から叩き出せ。なめとったらあかんぞ。叩き出せ」、「戦後、焼け野原になった日本人につけ込んで、民族学校、民族教育闘争ですか。こういった形で、至る所で土地の収奪が行われている」、「日本から出て行け。何が子供じゃ、こんなもん、お前、スパイの子供やないか」、「朝鮮ヤクザ」、「不法占拠したとこやないかここは」、「お前らがな、日本人ぶち殺してこの土地奪ったんやないか」、「約束というものは人間同士がするものなんですよ。人間と朝鮮人では約束は成立しません」などと怒号したという。京都朝鮮学校事件について詳しくは、中村一成『ルポ京都朝鮮学校襲撃事件 <ヘイトクライム>に抗して』（岩波書店、2014年）参照。
- 9) 最判昭和28年1月30日刑集7巻1号128頁。
- 10) たとえば、最高裁は、高校卒業式の開式直前に保護者らに対して国歌斉唱のときには着席してほしいなどと大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭らに対して怒号するなどし、その場を喧噪状態に陥れるなどした行為をもって刑法234条の罪に問うことが、憲法21条1項に違反しないとされた。最判平成23年7月7日刑集65巻5号619頁。
- 11) 前注で紹介した事例について、弁護側は卒業式開式直前といっても20分ほど前で式場は騒がしかったことや、教頭が被告人の行為をやめさせようとして有形力を行使したため被告人が大声を出したことを指摘している。こうしたことが認定されれば、結論は変わってこざるをえないであろう。
- 12) 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁、最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁等。
- 13) 最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁。
- 14) 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」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、2014年）147頁注28の訳による。
- 15) 成嶋隆「ヘイト・スピーチ再訪(1)」獨協法学92号315頁（2013年）参照。

- 16) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S.444 (1969) においてアメリカ合衆国最高裁が打ち出した基準。松井茂記『アメリカ憲法入門 [第7版]』(有斐閣, 2012年) 236頁参照。
- 17) 最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁(政治目的による現住建造物等放火罪, 騒擾罪等の煽動を処罰する破壊活動防止法39・40条について)。この判決の立場と「明白かつ現在の危険」の基準との相違につき, 拙稿「破壊活動防止法のせん動罪と表現の自由」別冊ジュリ『憲法判例百選 I [第6版]』117頁(2013年)参照。
- 18) アメリカにおいて人種差別表現を禁止すべきであると主張する批判的人種理論(critical race theory)は, 「思想の自由市場」論に対してそのような批判を展開した。拙著『表現の自由の法理』45頁以下参照。わが国においても同様な批判がなされている。師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』(岩波書店, 2013年)157頁以下等参照。
- 19) 成嶋隆「ヘイト・スピーチ再訪(2)」獨協法学93号722頁(2014年)。
- 20) 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21頁(2015年)。
- 21) 内野正幸『差別的表現』(有斐閣, 1990年)167頁以下参照。最近内野が述べているように, この案は, 「『表現の自由』に配慮した中間派的なもの」である。内野正幸「ヘイトスピーチ」法教403号64頁(2014年)。
- 22) 木下智史「差別的表現」ジュリ増刊『憲法の争点』127頁(2008年)参照。
- 23) ヘイトスピーチ規制の差別解消効果に対する懐疑論については, 小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」金編『ヘイト・スピーチの法的研究』99頁以下参照。
- 24) 前田朗「ヘイト・クライム法研究の論点」法の科学44号155頁(2013年), 師岡『ヘイト・スピーチとは何か』156頁等参照。