

《論 說》

ヘイト・スピーチ再訪(2)

成 嶋 隆

Hate Speech Revisited (2)

Takashi Narushima

Chapter 3 of the article deals with two cases which were reviewed by the United Nations' Human Rights Committee under the Individual Complaints Procedures which give an opportunity for individuals or groups to have their claims of human rights violations considered in a quasi-judicial procedure. The first case, *Faurisson v. France*, was brought to the Committee by the applicant Robert Faurisson in 1993 after he was convicted by the Court of Appeal of Paris under the "Gayssot Act." In this case, at issue were (1) whether the communication was admissible or not, (2) whether the restriction on the applicant's expressive conduct was permissible under the Article 19, paragraph 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights which sets out several grounds of justification for restriction on freedom of expression. These grounds include "respect of the rights or reputation of others," "the protection of national security or of public order, or of public health or morals." After approving the admissibility of the communication, the Committee conducted a close examination of the merits. And it finally found that "the restriction served the respect of the Jewish community to live free from

fear of an atmosphere of anti-semitism,” thereby upholding the observation of the State Party (France). The second case, *Ross v. Canada*, followed almost the same process as the first case. In this case, the applicant Malcolm Ross was censured for his off-duty anti-semitic statements. He was finally expelled from teaching-post by an order of the school board under the New Brunswick Human Rights Act. He made a communication in 1996 arguing that his right to freedom of expression was violated by the State Party (Canada). In this case again, the Committee, after approving the admissibility of the communication, finally upheld the arguments of the State Party saying, “the restriction imposed on him were for the purpose of protecting the ‘rights or reputations’ of persons of Jewish faith, including the right to have an education in the public school system free from bias, prejudice and intolerance.”

In Chapter 4, the author addresses the problem of permissibility of the criminal sanction on hate speech (Section 4), after referring to the terminology concerning the issue (Section 1), types of conduct to be regulated (Section 2) and several controversial issues to be examined (Section 3).

In Section 1, two types of translation of the word “hate speech” are examined. The first type is to translate it as “discriminatory expression,” and the second as “hate inciting speech.” Considering the current situation where, as shown in “the Kyoto Korean School case” or “hate speech-fuelled anti-Korean rallies” in Japanese cities, hateful and discriminatory words are violently thrown at some identifiable minority groups, the author chooses the latter translation. In this section, the author also examined such relevant notions as “hate crimes” and “fighting words.”

The next section deals with the types of conduct of which the

necessity and reasonableness of criminal punishment should be scrutinized. Referring to the Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the author distinguishes 5 types of conduct to be examined: (1) dissemination of ideas based on racial superiority, (2) dissemination of ideas based on racial hatred, (3) incitement to racial discrimination, (4) acts of violence and (5) incitement to acts of violence. As to these conducts, the Convention requires each State Party to criminalize them. Meanwhile, the government of Japan, on the occasion of ratification of the Convention, made a reservation to the Article 4 on the ground that the article runs counter to the Constitution of Japan which guarantees the right to freedom of expression in its Article 21. Now that Japan faces serious problems concerning hate speech, this reservation has come into question and there have been strong arguments which urge criminal punishment on these conducts.

Section 3 deals with several issues which are raised in the course of the current controversy. These controversial issues are as follows: (a) whether there are “legislative facts” which provide the criminal punishment with necessity and reasonableness, (b) what are the “protected rights” of the sanction, (c) how to appreciate the “more speech” doctrine in the area of hate speech regulation, (d) how to consider the “symbolic and educational function” of the criminal sanction, (e) whether the criminalization brings about “reverse effect”, (f) whether it causes “chilling effect” or “abuse” on legitimate expression and (g) what are the characteristics of discrimination against ethnic Koreans in Japan.

After examined the above-mentioned issues, the author proceeds to the final consideration on the problem of whether the criminal punishment on hate speech can be justified under the current

Constitution, or whether it is desirable in terms of legal policy. In this part, the constitutionality or reasonableness of criminal punishment is examined in conformity with each type of conduct mentioned above.

As a tentative conclusion, the author makes the following remarks: Conducts of the type (1) and (2) cannot be criminally punishable under the current Constitution and a kind of “responsive speech” at the level of civil society should be invoked as more appropriate countermeasures against these conducts. On the other hand, conducts of the type (4) can be punishable under the current criminal law system. As to the conducts of the type (3) and (5), the author finds considerable difficulties in the criminalization thereof. The difficulties mainly derive from the problematic notion of “incitement.” If conducts of incitement to racial discrimination or acts of violence are to be criminalized, the legal terminology should be well-tailored so as not to be interpreted in an abusive way. However, it is in nature quite difficult to give clear definition of “incitement” in advance of some concrete conducts. Consequently, in terms of criminal policy, it is more appropriate to implement the current legal system rather than to enact a new type of provision which specifically criminalizes the hate speech.

はじめに

第1章 フランスの状況

- 1 反ユダヤ主義の動向
- 2 法的対応
- 3 フォリソン事件

第2章 カナダの状況

- 1 法的対応
- 2 キーグストラ事件とマルコム・ロス事件
- 3 学説状況

- (1) 刑事制裁容認論
 - (2) 刑事制裁否認論・懐疑論
 - 4 カナダ人権法改正問題 (以上前号)
 - 第3章 国連自由権規約委員会の個人通報審査
 - 1 「フォリソン対フランス」事件
 - 2 「ロス対カナダ」事件
 - 第4章 日本の状況
 - 1 用語法
 - 2 行為類型
 - (1) 人種差別撤廃条約4条
 - (2) 条約4条(a)(b)についての日本政府の留保
 - (3) 国連人種差別撤廃委員会の懸念・勧告
 - 3 法規制をめぐる諸論点
 - (1) 立法事実
 - (2) 保護法益
 - (3) 「対抗言論」
 - (4) 「象徴的・教育的機能」
 - (5) 「逆効果」
 - (6) 「萎縮効果」
 - (7) 在日コリアン差別問題の特異性
 - 4 刑事規制の可能性——行為類型に即して
- おわりに (以上本号)¹⁾

第3章 国連自由権規約委員会の個人通報審査

「はじめに」で触れたように、フランスのフォリソン事件とカナダのマルコム・ロス事件は、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）第1選択議定書の定める個人通報制度のもとで、国連の自由権規約委員会の審査に付されている。本章では、同委員会の行った両事件についての審査から、考察の素

1) 前号における目次の表記を若干変更し、第4章の2の(3)および同4を付け加えた。

材となりうるものを探ることにするが、検討に入る前に、個人通報制度について略述する²⁾。

個人通報制度を定める自由権規約第1選択議定書 (Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)によれば、同制度は、自由権規約に定める人権を議定書の締約国 (State Party) に侵害されたと主張する被害者 (victims) が、条約実施機関である人権委員会 (Human Rights Committee) に通報 (communication) して救済を申し立てる制度である。通報にはいくつかの要件があるが、とくに重要なのは通報者が国内的救済措置 (domestic remedies) を尽くしていることである。申立の通報があった場合、委員会は、通報者および締約国政府の双方から書面による意見の提出を求めたうえで、まず当該通報の受理許容性 (admissibility) について審査し、受理しようと判断した後に本案審査 (examination of the merit) に移る。審査結果は、委員会の見解 (views) として通報者および締約国に示される。

1 「フォリソン対フランス」事件³⁾

ゲソ法により処罰されたフォリソンは、パリ控訴裁判所での敗訴の翌年、1993年1月2日に自由権規約委員会への通報を行った。通報にかかる申立の趣旨は、ゲソ法が表現の自由および学問の自由一般を侵害している、またフォリソンに適用された同法の罰条 (9条) は歴史研究を阻害しこれを犯罪とするものであり、受け入れがたい検閲 (censorship) を構成しているというものである。

委員会は通報後2年半にわたってその受理許容性について審査し、これを認める決定を1995年7月19日に下した。通報が受理されたのは、前号で述べたように、共同被告人パトリス・ボワゾの破毀院への上告が受理されなかったこと

2) 両事件について、阿部浩己・今井直・藤本俊明『テキストブック国際人権法〔第3版〕』日本評論社、2009年、162-163頁に簡単な解説がある。また、フォリソン事件の紹介として、中井伊都子「判例紹介・ゲソ法事件」国際人権9号72-73頁がある。

3) *Robert Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993, U.N.Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

が主たる理由である。

続いて行われた本案審査では、締約国フランスの次のような反論が検討された。——“1980年代にフランスで制定された人種差別撤廃立法は、ナチスの犯罪を否定する見直し論者を訴追し処罰するうえで不十分なものであった。”“この法的間隙を埋めるために制定されたゲソ法は、意見の表明それ自体を処罰するのではなく、国際的に定義が確定している人道に反する罪を否定する表現のみを処罰の対象としている。”“ゲソ法は、ナチズムの犠牲者の権利と名誉を保護するのみならず、公的な秩序と道徳（public order and morals）を保護するために必要な立法であった。”——

また、本案審査にあたって委員会がとった基本的なスタンスは、ゲソ法に対して抽象的な規約適合性審査を行うのではなく、問題とされた表現の自由の制限が、①法律によって定められたものであるか、②表現の自由の制約事由を定めた自由権規約19条(a)または(b)に合致しているか、そして③正当な目的を達成するうえで必要不可欠のものであるかを審査することにあるとされた。上記3点は、いずれも自由権規約19条3項の次のような規定に関係している。

19条3項 第2項に定める権利〔表現の自由〕の行使は、特別の義務及び責任を伴う。したがって、この権利の行使については、一定の制限を課することができる。ただし、その制限は、法律によって定められ(provided by law)、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る。

- (a) 他の者の権利又は名誉（rights or reputation）の尊重
- (b) 国の安全（national security）、公の秩序（public order）又は公衆の健康若しくは道徳（public health or morals）の保護⁴⁾

本案審査の結果は1996年11月8日に示された。そのなかで委員会は、上記3つの審査ポイントにつき、以下のように判断した。——①については、当該表

4) 本条の公定訳では、3項(a)のreputationは「信用」と訳されているが、本稿では、同条全体の趣旨をふまえ、これを「名誉」と訳した。

現の自由の制限はまさしくゲソ法に基づくものであり、また規制法律それ自体は自由権規約に合致するものであるとするのが委員会の先例であるとして、当該制限の規約適合性を端的に認めた。②については、フォリソンの言説が反ユダヤ感情を掻き立てまたは強化する性質のものであることから、これを制限することはユダヤ人社会が反ユダヤ主義的風潮の恐怖にさらされることなく生きることを尊重する (the respect of the Jewish community to live free from fear of an atmosphere of anti-semitism) ために有用であるとし、自由権規約19条3項のもとで許容されうる制限であると認定した。そして③について委員会は、人種主義や反ユダヤ主義と闘うためにゲソ法を導入したという締約国政府の主張、および「ホロコーストの存在を否定することは、反ユダヤ主義の主要な手口である」とした当時の仏法務大臣の発言を援用し、フォリソンの表現の自由の制約は自由権規約19条3項の制約事由に該当するとした。

以上のように委員会は、ゲソ法のフォリソンへの適用が自由権規約に違反しないと結論(全員一致)に達した。締約国フランスの主張を、ほぼ全面的に認めたことになるが、見解に付された委員会委員の個別意見(7名の委員による5つの意見)のなかには、結論には同意しつつも、いくつか重要な論点を提起するものがある。

まず、日本から選出された安藤仁介(Nisuke Ando)委員は、ゲソ法のキーワードである(人道に反する罪の)「否定」(negation, contestation)という文言について懸念を表明した。この語が緩やかに解釈される場合、同法の規制対象は「意見表明のさまざまな形態を含むこととなり、その結果、民主的な社会が正常に機能するための不可欠の条件である表現の自由の権利を脅かし、これを侵害する可能性がある」というのである。そして、このような可能性を排除するために、ゲソ法は、「十分に定義づけられた(well-defined)反ユダヤ主義の行為のみを禁止する特別法(a specific legislation)」または「他者の権利または名誉を一般的に保護する刑法規定(a provision of the criminal code)」に置き換えられるべきであるとの提言を行っている。

安藤意見を除く他の4つの個別意見は、いずれも、委員会見解がゲソ法のフォリソンへの適用を自由権規約19条3項の制約事由に適合するとしたことに對

し、むしろ同規約20条2項に言及すべきであるとするものである。規約20条とは、戦争宣伝 (propaganda for war) および憎悪唱道 (advocacy of hatred) を法律で禁止すべきことを定めたものであり、同条2項は後者について次のように定める。

20条2項 差別、敵意又は暴力の扇動 (incitement) となる国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道 (advocacy) は、法律で禁止する (shall be prohibited by law)。

ゲソ法による処罰の問題を、19条3項よりもむしろ20条2項との関連で検討すべきであったとする個別意見として、たとえば、モーリシャスのラジスーマー・ララー (Rajsoomer Lallah) 委員によるものがある。同委員は、ゲソ法による犯罪規定の創出は、規約20条2項の要請する憎悪唱道の法禁に根拠を求めるべきだとする。その理由を同委員は次のように述べる。——「〔表現の自由の規制につき〕19条3項の制限事由にその根拠を求めることには困難が多く、制限される権利 [= 表現の自由] そのものの存在を危うくしかねない。意見および表現の自由は最も貴重な権利であるが、それは、19条3項(a)および(b)のもとであまりにも広範囲な領域にわたって繰り返し主張される制限の必要性の議論に直面した場合、存続が危ぶまれる脆弱な権利となってしまう可能性がある。」この意見は、20条2項が、とくに「incitement(扇動)」の語を用いて、当該言論のもたらす実質的な害悪を制限の根拠とするのに対し、19条3項が「他者の権利または名誉」「公共秩序」「公共道徳」といった抽象的・多義的な文言で制約事由を定めていることを問題とするものであるといえよう⁵⁾。

5) この点に着目した考察として、2008年10月にジュネーヴで開かれた国連人権高等弁務官事務所の専門家セミナー「表現の自由と差別、敵意又は暴力の扇動となる宗教的憎悪の唱道」におけるオックスフォード大学ナズィラ・ガニ博士の報告がある。Nazila Ghanea, “Article 19 and 20 of the ICCPR,” Conference Room Paper #3 prepared for the UN Office of the High Commissioner for Human Rights Expert Seminar: Freedom of Expression and Advocacy of Religious Hatred that Constitutes

2 「ロス対カナダ」事件⁶⁾

マルコム・ロスによる自由権規約委員会への通報は、1996年4月3日のカナダ最高裁判決の約1ヵ月後である同年5月1日になされた。申立の趣旨は、締約国カナダにより自己の宗教的意見の表明を拒否され、自由権規約18条の思想・良心・信教の自由および19条の表現の自由を侵害されたというものである。

通報の受理許容性について委員会は、通報者および締約国の主張を逐一検討した後、規約上の権利侵害についての通報者の申立が、本案審査に付するに十分な実質を備えているとしてこれを認めた。

本案審査は、次のような争点に即して行われた。第1は、カナダ最高裁により適法とされた調査委員会命令により、ロスの表現の自由が侵害されたかという争点である。締約国は、ロスが非教育職にあってもその見解を自由に表明できたことなどを理由として、表現の自由の侵害はなかったと主張した。これに対して委員会は、教育職を失うことは大きな損害 (detriment) であるところ、その損害はまさにロスの表現行為に起因するものであるから、自由権規約19条の保障する表現の自由の侵害があったと判断した。

第2の争点は、先のフォリソン事件の審査と同様のものである。すなわち、当該表現の自由の制限が、①法律により定められたものであるか、②自由権規約19条3項(a)または(b)に定められた表現の自由の制約事由に該当するか、③正当な目的を達成するうえで不可欠のものか、という3点の審査である。①について委員会は、ロスを教育職から排除するという結果をもたらした州人権法の規定に曖昧な基準 (vague criteria) があることを指摘したが、カナダ最高裁が本件事案のすべての法的争点について審査したうえで調査委員会命令には十

Incitement to Discrimination, Hostility or Violence, 2-3 October 2008, Geneva, at p. 18.

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/2008Seminar/Pages/ExpertSeminar2008.aspx>.

6) *Malcolm Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, U.N.Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

分な法的根拠があると判示したこと、また処分手続も適法であったことをふまえ、本件における表現の自由の制約は法律に基づくものであったと判断した。②については、ロスの表現活動への制約は、「偏見 (bias)、先入観 (prejudice) および不寛容 (intolerance) のない公教育制度において教育を受ける権利を含む、ユダヤ教信仰者の権利または名誉 (rights or reputation) を保護する目的で課せられたもの」であり、自由権規約19条3項の制約事由に該当すると判断した。この部分では、先に紹介した自由権規約20条2項の趣旨が、当該制約を正当化するものとして援用されている。最後に③ (制限の不可欠性) について委員会は、本件で調査委員会やカナダ最高裁が認定した、ロスの表現活動と「毒された学校環境」(poisoned school environment) との間の因果関係に言及し、これを肯定した。そして、ロスを教育職から排除することは、「偏見、先入観および不寛容のない学校制度を享受するユダヤ人子弟の権利と自由を保護する」ために不可欠な制約であったとの判断を示した。

「ロス対カナダ」事件の委員会審査において注目されるのは、締約国カナダが「フォリソン対フランス」事件についての規約委員会見解を援用し、規約委員会もまたフォリソン事件に言及したという点である。締約国は、調査委員会命令が、自由権規約19条3項が制約事由として挙げる「他者の基本権 (fundamental rights of others) の保護」および「公共道徳 (public morals) の保護」という目的で発せられたと主張したが、前者の点についてフォリソン事件を援用し、当該命令は「ユダヤ人社会 (Jewish community) の宗教・表現の自由および平等への権利 (right to equality)」を保護するためのものであったと主張した。一方、規約委員会は、上述の制約事由該当性についての判断部分で、「フォリソン対フランス事件でも説示されたように、反ユダヤ感情を惹起し強化するような性質を有する言説を制限することは、宗教的憎悪 (religious hatred) から保護されるというユダヤ人社会の権利を尊重するという目的により許容されるであろう」と述べている。

この事情は、国連自由権規約委員会が、フォリソン事件とロス事件に共通する反ユダヤ主義言説に対する法規制につき、主として自由権規約19条3項(a)の「他者の権利または名誉の尊重」という制約事由に該当するものとして、その

規約適合性を認定したということを意味する。

ところで、上記のように規約委員会が自由権規約19条3項との関係で事案を処理したことにつき、唯一、反対意見を述べたアルゼンチンのイポリト・ソラーリ・イリゴージェン（Hipólito Solari Yrigoyen）委員は、規約20条への言及の重要性を次のように指摘した。——「表現の自由の行使は規約20条の要請と無縁のものともみなすことはできない。締約国が通報者に対して行った規制措置を正当化するために援用したのも、まさにこの条文なのである。」この反対意見は、「フォリソン対フランス」事件における何人かの個別意見の主張と同じ趣旨であるといえよう。

第4章 日本の状況

1 用語法

本章では、1～3章における考察をふまえ、日本におけるヘイト・スピーチ（憎悪扇動言論）をめぐる問題状況につき考察を行うが、考察の予備作業として、用語法について整理しておきたい。

ヘイト・スピーチ（hate speech）という語は、1980年代にアメリカで使われ始めた言葉である。これを「憎悪扇動言論」と訳した奥平康弘は、この語について「原義的に憎悪・侮辱・いちじるしい不快などをかきたてる言動のことを指し、40年代ころから意識された、人種にもとづく侮辱的な発言の取り締まり要求に端を発する、かつては『集团的侮辱行為（罪）』（“group libel”）と呼ばれた類型の表現行為⁷⁾であると説明する。

奥平は、ヘイト・スピーチを「人種・性別その他なんらかの識別要素によって集団を差別する言論」とも定義しているが、そのことは、ヘイト・スピーチ概念が「差別的」という意味を含んでいることを示唆する。菊池久一も、「アメリカ英語における憎悪表現というときの『憎悪（hate）』は、もともと人種

7) 奥平康弘『表現の自由を求めて』岩波書店、1999年、226、317-318頁。

差別的な社会的関係のなかで生起するものという意味が強い⁸⁾としている。

このことを反映して、日本の法学界ではヘイト・スピーチに該当する言論が「差別的表現」と呼ばれることがある。たとえば、市川正人は「差別的表現 (hate speech)」⁹⁾と表記しており、ほかにも、棟居快行¹⁰⁾、大沢秀介¹¹⁾、阪口正二郎¹²⁾らが「差別的表現」の語を用いている。一貫してこの語を用いている内野正幸は、これを「ユダヤ人、黒人、被差別部落民などの少数者集団（マイノリティ）に対する侮辱、名誉毀損、憎悪、排斥、差別などを内容とする行為」¹³⁾あるいは「不利な立場の人々にたいする差別、偏見、侮辱ないし蔑視を内容とし、もしくは助長する表現」¹⁴⁾と広く定義し、これとヘイト・スピーチの関係を次のようにいう。——「アメリカといえば、差別的表現に相当する言葉としては、最近では、ヘイト・スピーチ (hate speech) という語が学問上よく使われている。この語は、嫌悪を示す表現という意味で“嫌悪表現”と訳すことができよう。」¹⁵⁾

日本における「差別的表現」というタームの使用は、人種差別撤廃条約の批准問題と関係があるとみられる。すなわち、同条約がそのタイトルどおり「あらゆる形態」(all forms)の人種差別の撤廃を標榜し、とくにその4条が、後述するように、締約国に対して人種差別的な表現行為を犯罪として処罰することを要請していることから、「人種差別撤廃条約にうたっているような、差別的表現の規制が許されるか」¹⁶⁾という論点が提起されたことと無関係ではない。

8) 菊池久一『憎悪表現とは何か』勁草書房、2001年、159頁。

9) 市川正人『表現の自由の法理』日本評論社、2003年、37頁。

10) 棟居快行「差別的表現」『憲法の争点〔第3版〕』有斐閣、1999年、104頁。

11) 大沢秀介「差別的表現」法学教室178号55頁。

12) 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40頁。

13) 内野正幸『差別的表現』有斐閣、1990年、5頁。

14) 内野『人権のオモテとウラ』明石書店、1992年、192頁。

15) 内野『表現・教育・宗教と人権』弘文堂、2010年、36頁。

16) 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16頁〔横田耕一

このようなコンテキストのなかで議論が展開されてきたことが、「差別的表現」という用語が定着した理由であり、さらにはヘイト・スピーチが「差別的表現」と訳された理由であるとみられる。その意味では、ヘイト・スピーチを「憎悪（扇動）言論」などと訳すほうがむしろ不適切なのかもしれない。実際、師岡康子はこの用語法の問題につき次のように述べている。——「ヘイト・スピーチという用語は、……『憎悪表現』と直訳されたがゆえに、いまだ意味が誤解されていることが多い。……ヘイト・スピーチの核心部分は、人種、民族、性などの属性を理由として、その属性を有するマイノリティの集団もしくは個人に対し、差別、憎悪、排除、暴力を煽動し、または侮辱する表現行為である。ヘイト・スピーチの禁止を求める『人種差別撤廃条約』第4条および『自由権規約』第20条で共通して使われているincitement to discriminationすなわち『差別煽動』との訳の方が適切であろう。」¹⁷⁾

発言]。

- 17) 師岡康子「国際人権基準からみたヘイト・スピーチ規制問題」世界2013年10月号210頁（以下、〔世界論文〕）。師岡の最新の書においても、用語法につき次のような説明がなされている。——「……ヘイト・クライムもヘイト・スピーチもいずれも人種、民族、性などのマイノリティに対する差別に基づく攻撃を指す。『ヘイト』はマイノリティに対する否定的な感情を特徴づける言葉として使われており、『憎悪』感情一般ではない。本書では現在最も焦点化している新大久保、鶴橋などにおける排外主義デモに代表される人種主義的ヘイト・スピーチracist hate speechについて中心的に取り上げる。それは『人種的烙印の一形態としての攻撃』であり、標的とされた集団が『取るに足りない価値しか持たない』というメッセージであり、それ自体が言葉の暴力であると同時に、物理的暴力を誘引する点で、単なる『表現』を超える危険性を有し、『人種の偏見、偏見による行為、差別、暴力行為、ジェノサイド』の5段階の『憎悪のピラミッド』の一部としてしばしば説明される。このような用語の生まれた経緯や性質から考えれば、ヘイト・スピーチは、人種主義的ヘイト・スピーチを規制する国際人権条約……で共通して使われている用語である『差別煽動』……と意識する方が適切だろう。」（師岡『ヘイト・スピーチとは何か』岩波書店、2013年、i—ii頁（以下、〔新書〕））。一方、エリック・ブライシュ（Erik Bleich）の著書*The Freedom to Be Racist? How the United States and Europe Struggle to*

筆者がここで用語法にこだわるのは、現在の日本において喫緊の問題となっているヘイト・スピーチに対する法規制のありかたを検討するに際して、この表現行為を、「差別助長」性に力点をおいて捉えるか、それとも「憎悪扇動」性に力点をおいて捉えるかが、大きなポイントとなると思われるからである。行為の性質の把握のしかたの違いは、当然、当該行為を法的に規制する際の保護法益や規制目的の問題とも連動するから、この用語法の問題は決して疎かにはできないであろう。管見では、いま問題化しているのは、後者の憎悪扇動性を有する言論の規制問題と考えられる。本稿が、奥平のいう「原義的」な理解をふまえて、ヘイト・スピーチに「憎悪扇動言論」の語を充てたのは以上の理由に基づく¹⁸⁾。

*Preserve Freedom and Combat Racism*の邦訳(共訳)を行った明戸隆浩は、訳語の問題について次のようにいう。——「……『ヘイトスピーチ』(hate speech)という言葉だが、これは直訳すれば『憎悪言論』である。確かにhateは『憎む』とか『憎悪』とかいった意味の単語なので、その点ではこれも間違いではない。しかし、日本語としての『憎悪』がイメージさせるのは相手が憎いとか嫌いとかといったことであり、そうなるたん相手に罵詈雑言を浴びせることもヘイトスピーチに含まれるような気がしてしまうのだが、実際にはこれはまったくの『誤解』である。なぜなら、ヘイトスピーチがヘイトスピーチであることの決定的な条件は、それが『相手が属する集団』それも『本人の意思では変更が難しい集団』に基づいて、侮辱や扇動、あるいは脅迫が行われるということだからだ。したがって、たんその人個人を罵倒したり、汚い言葉を浴びせたりしても、それはヘイトスピーチではない。こうしたことをふまえて本書では、『ヘイトスピーチ』に『差別言論』、『ヘイトクライム』に『差別犯罪』という訳語を当てている。」(明戸隆浩「訳者解説」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』明石書店、2014年、276頁)。

- 18) 「差別的言論」(discriminatory speech) とヘイト・スピーチの相違についての次のような指摘も参考となろう。——「差別的ではあるがヘイト・スピーチには含まれない多くの言論がある。それらは偏見や有害な固定観念を反映しかつ助長するが、汚名を着せたり、侮辱したり、中傷したり傷つけるために軽蔑の言葉を用いることはない。これらの差別的言論に対し、ヘイト・スピーチはより有害である。ヘイト・スピーチが、特定の集団のメンバーを中傷する際に伝統的な軽蔑の言葉や嘲笑的な

なお、「ヘイト・スピーチ」の類義語ないし類縁概念として、「ヘイト・クライム」(hate crime)と、「けんか言葉」(鬭争的言辞、fighting words)とがある。各々につき略述する。

まず、「ヘイト・クライム」だが、これにつき多くの論稿を著している前田朗は、「人種差別を規制する総合的法律」である「人種差別禁止法」という概念を立てたうえで、その一部をなす刑事法として「ヘイト・クライム法」を位置づける¹⁹⁾。そして、ヘイト・クライムの類型として「差別的動機に由来する暴力行為」「差別的発言を伴う暴力行為」および「暴力行為を伴わない差別発言(ヘイト・スピーチ)」の3つを挙げている²⁰⁾。ヘイト・スピーチをその内に含む広範な概念としてヘイト・クライムを定義づけているが、その点で、やや内包・外延が不明確な定義といえる。

ヘイト・クライムとは、より正確には、80年代のアメリカに登場した「人種的な偏見などを動機とした通常犯罪に対して、特別に重い刑罰、加重刑を科する立法」²¹⁾、ないし「憎悪犯罪に対する量刑加重法」²²⁾をさすものとみられる。岩田太は、ヘイト・クライムを「被害者に対して個人的には面識も恨みなども一切ないのに、被害者が特定の人種、宗教、また同性愛者などのグループに属することを理由として、いわば無差別に被害者を選び出し行われる犯罪」と定義づけたうえで、これを処罰するヘイト・クライム法には2つの類型があるとす。すなわち、なんらかの偏見、差別が動機となった暴行罪に対して、「①差別的な動機を従来の暴行罪の構成要件に加え、加重暴行罪という別個の犯罪

シンボルを用いることは、ターゲットに対する侮辱を表明するものであり、[差別的言論よりも]感情的な苦痛(emotional distress)をもたらし、冷静さを欠く本能的な反発(visceral response)を惹起する可能性が高い。」(David O. Brink, "Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech," *Legal Theory* 7 (2001) pp. 138-139, cited in Ghanea, *supra* note 5, at p. 4.)

19) 前田朗『ヘイト・クライム [増補新版]』三一書房、2013年、116頁。

20) 前田「ヘイト・クライム法研究の論点」法の科学44号150頁。

21) 奥平・前掲注7) 318頁。

22) 岩田太「ヘイト・クライムをめぐる手続的保障」ジュリスト1200号16頁。

類型を作り対処する」タイプと、「②暴行罪の構成要件は変えずに、差別という動機を量刑段階で考慮して刑を加重する」タイプである²³⁾。アメリカでは、現在40を超える州がこの種の法律をもっているが、日本には存在しない。

もう1つの類縁概念である「けんか言葉」は、「ヘイト・スピーチの中でも、面と向かって、人の集団的特性について侮辱的で一触即発の言明をなすこと」²⁴⁾、あるいは「聞き手の暴力的反応を惹き起こす粗暴で暴力的な言葉」²⁵⁾などと説明されるものである。もともと、アメリカ憲法判例理論のなかで形成された語であり、そこでは「けんか言葉」について、「発せられることによって精神的傷害 (injury) を生じさせ、即時的な治安妨害 (immediate breach of the peace) を惹起する」発言、あるいは「真理への一階梯 (a step to truth) としての社会的価値がほとんどないため、それから得られる利益よりも、秩序 (order) や道徳 (morality) といった社会的価値のほうが明らかに優越する」²⁶⁾ 発言といった説示がなされている。アメリカ連邦最高裁は従来、「けんか言葉」は、わいせつ表現、名誉毀損的表現とともに憲法的保護が及ばないとしてきたが、「けんか言葉」に該当する言論の範囲を絞る傾向にあるといわれる。つまり、「喧嘩言葉の場合、平均的な人をして応報に訴えざるを得ないので秩序紊乱をもたらすような発言から、対象となった人をして個人的に暴力的行為に訴えざるを得なくなるような直接的な傾向のある発言へと限定されている。換言すると、面と向かって、とくに個人的で侮辱的で挑発的な罵詈雑言を用いたときにだけ、喧嘩言葉に該当する」²⁷⁾と解されるようになってきているということである。「けんか言葉」の意味がこのようなものであるとすれば、現在の日本における排外主義的なデモのなかで発せられる暴言は、「けんか言葉」に類似しているものの、特定の個人には向けられていないことから、この範

23) 岩田・前掲注22) 16頁。

24) 杉原泰雄編『新版体系憲法事典』青林書院、2008年、518頁〔執筆：阪本昌成〕。

25) 小林直樹「表現の自由と『闘争的言辞 (Fighting words)』法理の展開」獨協法学 69号169頁。

26) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

27) 紙谷雅子「表現の自由——憎悪と敵意に満ちた言論の規制」ジュリスト1021号137頁。

に含まれるとみることは困難であろう。

2 行為類型

(1) 人種差別撤廃条約4条

日本の問題状況について考察するうえで次に必要となる予備作業は、いかなる行為類型を問題とするのか、つまり、いかなる行為についてその法規制（とくに刑事規制）の是非を論ずるのかという点を明確にすることである。現在の議論状況をみると、各論者が念頭においている行為類型が必ずしも一致していないことが、ある種の混線状態をもたらしていると思われるので、この点の確認は不可欠であろう。

行為類型という点では、国連自由権規約委員会の個人通報審査において問題となっていた自由権規約20条の定める「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」という行為がまず挙げられる。しかし、法規制のありかたが問題となりうる行為類型として挙げられるのは、日本の場合、やはり人種差別撤廃条約4条の列挙する行為類型ということになろう。前述のように、同条約がこれらの行為を犯罪として処罰することを締約国に求めていることが、日本における議論の1つの発端となっているからである。また、自由権規約20条の行為類型も、人種差別撤廃条約4条のそれに吸収されるとみられることから、後者に素材を絞ることが許されよう。

条約4条が締約国に求めている内容を整理すると、以下のようになる。この整理は、村上正直のそれ²⁸⁾を参考にしつつ筆者なりに再構成したものである。

- (1) 「法律で処罰すべき犯罪 (an offence punishable by law)」とすることを求めるもの (4条(a))
 - ① 人種的優越に基づく思想の流布 (dissemination of ideas based on racial superiority)
 - ② 人種的憎悪に基づく思想の流布 (dissemination of ideas based on

28) 村上正直『人種差別撤廃条約と日本』日本評論社、2005年、78-80頁。

racial hatred)

- ③人種差別の扇動 (incitement to racial discrimination)
- ④人種集団に対する暴力行為 (acts of violence)
- ⑤人種集団に対する暴力行為の扇動 (incitement to acts of violence)
- ⑥人種主義に基づく活動に対する援助 (資金援助を含む) (the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof)

(2)「違法であるとして禁止する (declare illegal and prohibit)」ことを求めるもの (4条(b))

- 人種差別を助長し及び扇動する団体、組織的宣伝活動その他の宣伝活動 (organizations, organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination)

(3)「法律で処罰すべき犯罪」とすることを求める行為 (4条(b))

- 上記のような団体又は活動への参加 (participation in such organizations or activities)

(4)「認めないこと (shall not permit)」を求めるもの (4条(c))

- 国・地方の公の当局・機関が「人種差別を助長し又は扇動すること (promote or incite)」

上記の諸行為のうち、(1)の①は、フランスのゲソ法が対象とするもの、そして(1)の②は、カナダ刑法典の憎悪助長罪に相当するものといえる。いずれも日本では犯罪として処罰されない。また、(1)の④は、行為の動機を問題としないことから、一般犯罪としての暴行罪にあたとみてよい。当然に合憲的処罰が可能である。

ヘイト・スピーチに対する刑事規制の是非という本稿のテーマとの関連では、したがって、上記(1)の④、(2)および(4)を除く他の諸類型が問題となりうる。と

くに、(1)の①(人種的優越に基づく思想の流布)、②(人種的憎悪に基づく思想の流布)、③(人種差別の扇動)および⑤(特定の人種集団に対する暴力行為の扇動)の4類型が中心的な考察対象となろう。なお、前述の自由権規約20条の行為類型は上記(1)の③および⑤に該当するとみてよいだろう。

(2) 条約4条(a)(b)についての日本政府の留保

ところで、人種差別撤廃条約4条については、周知のように、条約批准時において日本政府がこれを留保したといういきさつがある。考察の参考となるので、以下、留保の内容、それに対する条約実施機関の対応などにつき言及する。

問題の留保とは、同条約が公布された1995年12月20日に外務省告示674号として示されたもので、以下のような内容である。——「日本国は、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約第4条(a)及び(b)の規定の適用に当たり、同条に『世界人権宣言に具現された原則及び次条に明示的に定める権利に十分な考慮を払って』と規定してあることに留意し、日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行する。」

留保文中の(二重)カギ括弧部分は、条約4条の柱書きにある「十分な考慮条項」の文言である。同条項にいう「世界人権宣言に具現された原則」および「次条〔5条〕に明示的に定める権利」が何をさすかについては解釈の対立があるが、文脈からして、「主として表現の自由及び結社の自由に配慮することを求める規定」²⁹⁾と解するのが妥当といえる。したがって、日本政府の留保は、条約自体が承認し、かつ日本国憲法の要請でもある表現の自由の保障という観点に立って条約上の義務を履行するというものであり、内容的には「留保」というより「解釈宣言」に近い³⁰⁾。

29) 村上・前掲注28) 101頁。

30) 「留保」は、批准する条約の一部の規定が自国にとって不都合な場合にその効力を一方的に否認すること、「解釈宣言」は、特定の規定に関してあらかじめ自国の解釈を明示することを指す(阿部ほか・前掲注2) 33頁)。

(3) 国連人種差別撤廃委員会の懸念・勧告

条約4条(a)(b)についての日本政府の留保（解釈宣言）に対し、条約実施機関である人種差別撤廃委員会（Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 以下、CERD）は、これまで数次にわたって懸念を表明し、その撤回を要請してきた。要請に対する日本政府の対応を含めて、その経緯を示そう。

まず、条約の定める国家報告制度に基づき、日本政府が提出した最初の定期報告（第1回報告および第2回報告）に対するCERDの「最終見解」（concluding observation）である。2001年3月20日にリリースされた同見解で、CERDは次のように指摘した。（訳文は外務省仮訳）――

「委員会は、本条約に関連する締約国の法律の規定が、憲法第14条のみであることを懸念する。本条約が自動執行力を持っていないという事実を考慮すれば、委員会は、特に本条約第4条及び第5条に適合するような、人種差別を非合法化する（to outlaw）特定の法律を制定することが必要であると信じる。」（パラグラフ10）

「委員会は、〔条約4条(a)(b)に関する締約国の〕留保に留意する。委員会は、かかる解釈が、本条約第4条に基づく締約国の義務と抵触することに懸念を表明する。……本条約のすべての規定が自動執行力のある性格のものではない（non-self-executing character）ことにかんがみれば、第4条は義務的性格（mandatory nature）を有しており、また人種的優越や憎悪に基づくあらゆる思想の流布を禁止することは、意見や表現の自由の権利と整合する（is compatible with）ものである。」（パラグラフ11）

「人種差別の禁止全般について、委員会は、人種差別それのみでは刑法上明示的かつ十分に処罰されない（not explicitly and adequately penalised）ことを更に懸念する。委員会は、締約国に対し、人種差別の処罰化（penalisation）と、権限のある国の裁判所及び他の国家機関による、

人種差別的行為からの効果的な保護と救済へのアクセスを確保すべく、本条約の規定を国内法秩序において完全に実施することを考慮するよう勧告する。」(パラグラフ12)

「委員会は、韓国・朝鮮人、主に児童、学生を対象とした暴力行為に係る報告及びこの点に関する当局の不十分な対応 (inadequate reaction) に対し懸念を有するものであり、政府に対し、当該行為を防止し、これに対処するためのより毅然たる措置 (more resolute measures) をとることを勧告する。」(パラグラフ14)³¹⁾

人種差別撤廃条約の国家報告制度には、CERDの見解における勧告に対して、締約国がその対応状況につき応答するフォローアップの手続がある。上記の第1・2回政府報告審査にかかる「最終見解」に対する日本政府の応答は、2007年8月になされている。その主な項目は次のとおりである。――

〔「最終見解」パラグラフ10・11・12 について〕

「……我が国の現状が、既存の法制度では差別行為を効果的に抑制することができず、かつ、立法以外の措置によってもそれを行うことができなほど明白な人種差別行為が行われている状況にあるとは認識しておらず、人種差別禁止法等の立法措置が必要であるとは考えていない。」

「……人種差別思想の流布や表現に関しては、それが特定の個人や団体の名誉や信用を害する内容を有すれば、刑法の名誉毀損罪、侮辱罪または信用毀損・業務妨害罪で処罰可能であるほか、特定の個人に対する脅迫的内容を有すれば、刑法の脅迫罪等により処罰可能である。また、人種差別

31) 「人種差別の撤廃に関する委員会の最終見解」(Concluding observation of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Japan. 20/03/2001. CERD/C/58/Misc.17/Rev.3.) 英語版は、一般社団法人部落解放・人権研究所のホームページ (http://blhrri.org/blhrri_e/news/new119/new11902.html) を、外務省仮訳は、外務省のホームページ (<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/saishu.html>) を参照。

的思想を動機、背景とする暴力行為については、刑法の傷害罪、暴行罪等により、処罰可能となっている。」

「また、私人による人種差別行為については、不法行為（民法第709条）に該当する場合にはそのような行為を行った者に損害賠償責任が発生し、公序良俗違反の法律行為（民法第90条）に該当する場合には無効とされる。」

〔「最終見解」パラグラフ11の条約4条(a)(b)の留保への委員会の懸念表明について〕

「……第4条の定める概念は、様々な場面における様々な態様の行為を含む非常に広いものが含まれる可能性があり、それらのすべてにつき現行法制を越える刑罰法規をもって規制することは、その制約の必要性、合理性が厳しく要求される表現の自由や、処罰範囲の具体性、明確性が要請される罪刑法定主義といった憲法の規定する保障と抵触する恐れがあると考えたことから、我が国としては、……留保を付することにしたのである。

また、右留保を撤回し、人種差別思想の流布等に対し、正当な言論までも不当に萎縮させる危険を冒してまで処罰立法措置をとることを検討しなければならないほど、現在の日本が人種差別思想の流布や人種差別の扇動が行われている状況にあるとは考えていない。」

〔「最終見解」パラグラフ14について〕

「我が国においては、こうした暴力行為については、刑法に定める殺人罪、傷害罪、暴行罪、暴力行為等処罰に関する法律違反等により、処罰の対象とされており、人種差別的動機に基づく暴力行為については、法と証拠に基づき厳正に処分を行うよう努めている。」³²⁾

2008年には、日本政府から第3～6回政府報告が提出され、それに対する

32) 「人種差別撤廃条約の日本政府報告審査に関する最終見解に対する日本政府の意見の提出」(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/iken.html>.)

CERDの審査の結果が、2010年3月16日に公表された。ここでもCERDは、日本政府に対し以下のような懸念表明と勧告を行っている。――

「委員会は、……条約第4条(a)および(b)に付された留保を懸念する。委員会は、また、韓国・朝鮮学校(Korean schools)に通う子どもたちを含む集団に向けられる露骨で粗野な(explicit and crude)発言と行動が相次いでいること、ならびに、特に部落民に向けられたインターネット上の有害で人種主義的な(harmful and racist)表現と攻撃が相次いでいることを懸念をもって留意する(第4条(a)及び(b))。

委員会は、人種的優越または憎悪に基づく意見の流布の禁止が意見および表現の自由と両立する(compatible with)という見解を繰り返し、この点に関し、締約国に対し、条約第4条(a)および(b)に付された留保の範囲を縮小し、望ましくはこれを撤回することを目的として、留保の維持の必要性(the need to maintain its reservation)を検討することを奨励する。委員会は、表現の自由の権利の行使には特別な責務と責任、特に人種主義的思想を流布しない(not to disseminate racist ideas)という責務を伴うことを想起し、締約国に対し、第4条の規定が非自動執行的であることにかんがみ、第4条が実施において裁量の余地のない性格をもつとした、委員会の一般的な性格を有する勧告7(1985年)と15(1993年)を考慮するよう再び要請する。委員会は、締約国に以下のことを勧告する。

(a) 第4条にもとづく差別禁止規定を完全に実施する(give full effect)ための法律の欠如を是正すること。

(b) 憲法、民法および刑法の関連規定が、効果的に実施される(effectively implemented)ように確保すること(特に憎悪に満ちた人種主義的発言を調査(investigate)し、関係者を処罰する取り組みを強化することにより当該発言に対処するさらなる措置をとることを含む)。

(c) 人種主義的思想の流布に対する敏感さ(sensitization)と意識を高める(awareness-raising)キャンペーンを強化し、インターネット上での憎悪発言と人種主義的宣伝を含む、人種差別を動機とする犯罪(racially

motivated offences) を防止すること。』³³⁾

以上のように、CERDの懸念・勧告は、2001年段階よりも踏み込んだものとなっている。条約4条(a)(b)の留保についても繰り返しその見直し・撤回を要請している。また、在日コリアンに対する人種主義的攻撃について「露骨で粗野」と評したことも注目される³⁴⁾。

なお、日本政府は、2013年1月に第7～9回の政府報告をCERDに提出している³⁵⁾。内容的には、上記2007年8月の日本政府意見とはほぼ同趣旨であるので、これについては省略する。

33) CERD/C/JPN/CO/3-6.

([http://www.mofa.go.jp/policy/human/pdfs/race_rep_concluding .pdf](http://www.mofa.go.jp/policy/human/pdfs/race_rep_concluding.pdf))

訳文は、やや的確さを欠く外務省仮訳ではなく、反差別国際運動日本委員会(IMADR-JC)その他によるもの(村上正直監訳)を用いた。

(<http://imadr.net/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/D46-X3.pdf>)

34) これには、今回の日本政府報告を審査した2010年2月24・25日のCERD会議の前に、人種差別撤廃NGOネットワークと日本弁護士連合会が京都朝鮮学園襲撃事件のビデオを上映して日本における人種差別状況を告発したことが関係しているように思われる。師岡はこのときの模様を次のように伝えている。——「委員たちは会の冒頭で上映した京都朝鮮学校襲撃事件の数分間のビデオ(……)を見て、顔色を変えた。上映後、議事どおり次の報告に移ろうとした司会者を遮り、委員たちは口々に質問した。『この団体は合法なのか?』『政府の公認団体なのか?』『日本にはこのような差別的言動を規制する法律はないのか?』『警察は対応しなかったのか?』。国際人権基準からかけ離れた、あまりに明白な条約違反の人種差別を目の当たりにしての反応だった。」(師岡・前掲注17)〔新書〕18頁)。

35) Seventh, Eighth, and Ninth Combined Periodic Report by the Government of Japan under Article 9 of the International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Japan, January 2013.

(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000023045.pdf>)

3 法規制をめぐる諸論点

本節では、憎悪扇動言論に対する法規制とりわけ刑事法による規制の是非というテーマをめぐるこれまでの議論のなかで提起されてきた個別的な論点をいくつか抽出し、それらについて検討を行いたい。以下でとりあげるのは、(1) 立法事実の有無、(2) 保護法益は何か、(3) 「対抗言論」の可能性、(4) 刑事処罰の「象徴的・教育的機能」論、(5) 刑事処罰の「逆効果」の問題、(6) 刑事処罰の「萎縮効果」の問題、そして、現在の排外主義的なヘイト・スピーチの主要なターゲットとなっているのが在日コリアンであることに鑑み、(7) 在日コリアン差別問題の特異性、といった諸論点である。

一般に表現行為に対する刑事規制の問題を考察するにあたっては、(憲)法解釈論上の論点と立法政策ないし刑事政策論上の論点とを区別することが要請される。ただ、目下のテーマにあっては、これら2つの論点を截然と区別するのは困難である。上記の諸論点のうち、(1)~(3)は(憲)法解釈論上の論点、(4)~(6)は立法政策・刑事政策論上の論点といちおう区別できようが、以下に検討するように、2つの論点は交錯している。

(1) 立法事実

立法事実 (legislative facts) とは、ある立法の必要性・合理性を裏づける社会学的事実である。憲法訴訟においてある法令の合憲性が審査される際、この立法事実の有無は重要な審査項目となる。本稿のテーマに即していえば、ここでの立法事実論とは、ヘイト・スピーチに対する法規制 (刑事規制) の必要性・合理性の有無という問題となる。この問題は、見方を変えると、ヘイト・スピーチによりどのような害悪が規制を要するものとしてもたらされるか、というかたちで提起される。この点につき、前出の師岡康子は次のように述べている。やや長い引用となるが、次の論点である保護法益の問題にも言及しているので紹介しておく。――

「……ヘイト・スピーチの法規制の是非の議論に関し、最も重要なのは、

そもそも法規制をする必要性があるのか、ヘイト・スピーチのもたらす害悪とはどのようなものか、法的に言えば、立法事実があるのか、その法益は何かである。

第1に、ヘイト・スピーチは、歴史的に形成された差別構造の中で幾世代にも亘る差別の負の財産を背負わされ、また、日常的に、様々な理不尽な差別を受け、民族的・人格的尊厳、アイデンティティを傷つけられ苦しめられている人々に対するものゆえに、その心身に極めて深刻な害悪をもたらす。……また、ヘイト・スピーチは、マイノリティ被害者に対し、生活・行動面でも、その事件のあった場所に行けなくなる、外に出られなくなるなど行動を自己規制せざるを得なくなったり、職場や学校をやめざるを得なくなるなど、人生を大きくゆがませる害悪をもたらす。……ヘイト・スピーチはさらに、このような理不尽な害悪を被るにも拘わらず、マイノリティが沈黙を強いられるという効果ももたらす。自己喪失感、無力感により言葉を失うというのみならず、被害を訴えたり、反論することにより、真似して攻撃を仕掛ける者などが出て、さらなるターゲットとなることを避けるためである。……元々社会的に不利な立場におかれ、参政権の制限等、発言力が不当に低められているマイノリティに沈黙を強いることは、マイノリティを社会からさらに排除し、見えない存在へと貶める。……このような回復困難で、心身・生活に継続的で深刻な実害をもたらす害悪は、マイノリティに属する諸個人の歴史的・民族的アイデンティティ——人格権、尊厳を傷つけ、攻撃や暴力にさらされず平穩に暮らす権利や、時には生命すら奪うものであり、平等権、さらには実質的に表現の自由や社会の構成員として参画する権利を侵害するものである。……

第2に、ヘイト・スピーチは、マイノリティへの差別構造の一部であるとともに、偏見をステレオタイプ化し、差別を当然のものとして社会に蔓延させて差別構造を強化する害悪をもたらす。……このような害悪は、諸民族間の平和で平等で友好的な関係を建前とする社会自体を破壊するものである。特にこの害悪は、社会に憎悪が蔓延してからでは阻止することが極めて困難であることが歴史的に証明されている。そのような予防的・緊

急的措施を要する社会的法益侵害の性質からも、法規制の必要性は明らかであろう。とりわけ日本において何万人もの民間人がヘイト・スピーチにやすやすと乗せられて大量の他民族虐殺を行った歴史を真摯に反省し、二度とそのような事件を起こさないと誓うなら、日本にこそヘイト・スピーチ法規制の必要性があるのではないか。³⁶⁾——

上記の師岡の議論にもその一端がうかがえるが、ヘイト・スピーチの有害性とかかわって、この種の言論それ自体の〈暴力性〉を問題とする論調がある。たとえば、内野正幸は〈権力行為としての表現〉という視点を次のように提示する。——「……差別的表現などの問題を考える場合には、表現行為を（法学的ならぬ社会学的な意味の）権力行為としてとらえる視点が必要となる。」³⁷⁾一方、齋藤純一は憎悪表現自体の暴力性との関連で、いわゆる表現／行為二分論に対する疑義を次のように述べる。——「人種差別、性差別、障害者差別など既存の権力関係を利用して行なわれる侮辱や否認の振舞いがこの間あらためて『憎悪表現』ないし『憎悪発言』と呼び直されてきたのは、そうした『表現』が同時にそれを被る心身を深く傷つける危害の『行為』でもあるということに人びとの注意を喚起するためである。憎悪表現に晒される人びとは、その場で一時的な苦痛や辱めを被るだけでなく、しばしばPTSDをとまなうような癒しがたい傷を被る場合があることを数々の告発や報告が実際に伝えている……。『表現』と『行為』を峻別し、眼に見える危害をとまなわない『表現』については極力寛容でなければならないとするこれまでの法学的思考の伝統に掉さすかぎり、『表現』そのものが他者の心身に回復不可能な傷を負わせる……。『発言内行為（illocutionary act）』であるというパースペクティブを得ることはできない。」³⁸⁾

36) 師岡・前掲注17)〔世界論文〕211-213頁。

37) 内野・前掲注15) 21頁。

38) 齋藤純一「現われの消去——憎悪表現とフィルタリング——」藤野寛・齋藤純一編『表現のリミット』ナカニシヤ出版、2005年、7頁。

齋藤の議論は、1980年代後半からアメリカにおいて精力的に唱えられている「批判的人種理論 (Critical Race Theory)」とその論旨において共通する。批判的人種理論は、「人種的侮辱発言が相手方に与える直接的衝撃」を強調して「表現と行為の間の区別を流動化」³⁹⁾するものだが、その代表的な論者の著作を収録した『傷つける言葉』(*Words That Wound*)において、主唱者のマリ・J・マツダ (Mari J. Matsuda) は、「人種の憎悪メッセージに特有な否定的効果」について次のように述べている。——「憎悪メッセージの否定的効果は被害者にとって現実のかつ直接的なものである。悪意のある憎悪宣伝の被害者は、恐怖感から始まり動悸、呼吸困難、悪夢、PTSD、過度の精神的緊張、精神異常そして自殺にいたるまでの生理的症状や感情的苦痛を経験する。パトリシア・ウィリアムズ (Patricia Williams) は、人種差別的メッセージの被害者が経験する精神的破壊に鑑み、そのようなメッセージによる打撃を『精神的殺人』 (“spirit murder”) と呼んでいる。」⁴⁰⁾

ここで注意しなければならないことがいくつかある。第1は、批判的人種理論によるヘイト・スピーチ規制論が、本章2で検討した行為類型のうち、主として (あるいはもっぱら)、特定の個人または集団に対して面と向かって発せられる憎悪言論を念頭においているものとみられる、ということである。このことは、批判的人種理論の主著『傷つける言葉』のサブ・タイトルに「暴力的

39) 若林翼「言葉の力——差別的表現・法・法理論(1)——批判的人種理論・フェミニズム法理論と法実践——」阪大法学52号1651頁。批判的人種理論によるヘイト・スピーチ禁止論の要点を、市川正人は次のように紹介している。—— “[人種差別的表現は] ①対象となった人々の尊厳に対する攻撃であり、すべての人が等しく尊重と配慮を受けるべきという社会の基本的原理と矛盾する、②被害者に情緒的な不安定、身体的な不調、自己嫌悪感、孤独感をもたらし、対人関係に必要な能力を失わせる、③人種的偏見を社会に広める、④社会における人種差別とそれに基づく支配構造を永続化する。” (市川・前掲注9) 46頁の記述を成嶋が番号をつけて整理)

40) Mari J. Matsuda, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story,” in Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado and Kimberlè Williams Crenshaw, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview Press, 1993, p. 24.

言論」(assaultive speech)の語があることや、論者の一人であるローレンスⅢ(Charles R. Lawrence Ⅲ)が、「けんか言葉のように、面と向かってなされる人種的侮辱(face-to-face racial insults, like fighting words)は、……修正1条の保護に値しない」⁴¹⁾と述べていることからもうかがい知ることができる。

第2は、この批判的人種理論を実質的に援用する日本の議論も、憎悪感情を相手方に直接的に表出する行為形態を念頭においているとみられることである。先の師岡の場合も、主として念頭におかれているのは、本稿の「はじめに」で触れた京都朝鮮学園に対するヘイト・スピーチ事件⁴²⁾や、東京の新大久保や大阪の鶴橋などで執拗に繰り返されている暴力的な排外主義的デモンスト

41) Charles R. Lawrence Ⅲ, "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus," in Matsuda & Lawrence Ⅲ, *supra* note 40, at p. 67.

42) 京都朝鮮学園事件とは、2009年12月4日に、京都朝鮮学園が運営する京都朝鮮第一初級学校の校門前に、「在日特権を許さない市民の会」(以下、「在特会」)の会員ら11名が押しかけ、大音響のスピーカーを用いて街宣活動を行った事件である。発せられた言葉は、「朝鮮学校を日本から叩きだせ」「朝鮮学校は北朝鮮のスパイ養成機関」「朝鮮ヤクザ、出てこい」などという激越なものであった。「大音響は校内にも響き渡り、校内にいた約150人の子どもたちの一部は恐怖で泣きじゃくり、パニック状態となった。教員らや駆け付けた保護者らは、子どもたちに罵り合いを聞かせることを避けるため、ほぼ反論せずに一方的に罵られ続けた。」(師岡・前掲注17)〔新書〕iv頁)

同事件についての司法的対応としては以下のようなものがある。——①在特会に対し、学校から半径200メートル以内での街宣を禁止する仮処分決定(2010年3月24日・京都地裁)、②仮処分に違反した在特会に対する違反金100万円の支払い命令(同年5月19日・京都地裁)、③襲撃の実行犯4名に対する侮辱罪・威力業務妨害罪等での有罪判決(2011年4月21日・京都地裁)、④被告人1名の控訴に対する棄却判決(2011年10月28日・大阪高裁)、⑤同人の上告に対する棄却判決、刑の確定(2012年2月23日・最高裁)、⑥在特会に対し学校の半径200メートル以内の街宣活動の禁止と1220万円の損害賠償の支払いを命じた地裁判決(2013年10月7日・京都地裁)。

同事件については、師岡・前掲注17)〔新書〕のほか、以下も参照。中村一成「短期集中連載・ヘイトクライムに抗して——ルポ・京都朝鮮第一初級学校襲撃事件(第1回・第2回)」世界2013年7月号261頁以下・同8月号274頁以下。

レーション⁴³⁾であることは間違いない。

第3は、ここに示されたヘイト・スピーチ刑事規制にかかる立法事実が、じつに広範囲にわたるということである。そこでは、ヘイト・スピーチのもたらす害悪、したがってその規制の必要性・合理性を裏づける事実として、マイノリティに属する諸個人の身体的・精神的傷害や人格権的諸利益の侵害から社会における差別意識の蔓延にいたる広範な事象が挙げられている。ここには、いわば、立法事実論の〈拡散〉状況があり、ヘイト・スピーチ刑事規制論の説得力を減殺させているように思われる。この事情は、次の保護法益論についてもあてはまる。

(2) 保護法益

ある行為を犯罪として処罰することにより保護されるべき利益を保護法益(protected interests)といい、あらゆる犯罪につき保護法益は何かが問題となる。保護法益とは、視点を変えると、ある犯罪行為により侵害される利益(被侵害利益)と捉えることができる。したがって、保護法益論は、ある行為によりどのような害悪がもたらされるか、その害悪は刑事処罰により除去すべきものかという、上記の立法事実論とリンクすることになる。

ヘイト・スピーチに対する刑事規制にかかる保護法益については、以下のような諸見解がある。

まず、阪本昌成は「差別的表現」規制の保護法益について次のように述べる。

43) 東京都新宿区新大久保や大阪市鶴橋地区などで、2013年ごろから定期的に行われている在特会らによる排外主義的なデモ。京都朝鮮学園襲撃事件と同様の言説が大音響のスピーカーを通して発せられ、沿道の市民や商店で働く人びとに恐怖感を与え、営業活動などを著しく妨害している。デモ行進の後には、「お散歩」と称して各商店を訪れ、買い物客や店員らに直接、脅迫的言辞を投げつけるといった行為も行っている。これについては、師岡・前掲注17)〔新書〕のほか、有田芳生『ヘイトスピーチとたたかう!——日本版排外主義批判』岩波書店、2013年、前田朗編『なぜ、いまヘイト・スピーチなのか——差別、暴力、脅迫、迫害——』三一書房、2013年など参照。

「〔差別的表現規制の〕保護法益としては、①人々の偏見を払拭すること、②当該集団の社会における地位・社会的評価を低下させないこと（平等化を実現すること）、③当該集団に属する人々の平穏な感情を保護すること、更には、④集団的な人格の統合性・完全性（integrity）を守ること等をあげることができる。この最後の捉え方は、……集団の人格権又は集団の名誉権の保護と言い換えることもできよう。が、ルーズな人の集合について、人格や名誉を語りうるとは思われず、この捉え方は断念された方がよい。」⁴⁴⁾

金尚均は論文「ヘイトクライムと人権」において、次のようにいう。――

「ヘイトスピーチは、単に『公共の平穏』を害するから処罰されると解すべきではない。それは、一般的に社会におけるマジョリティからマイノリティに対して向けられる。民主主義は、すべての社会の構成員が自分の存在する社会におけるさまざまな決定に参加することができるというのが基本である。しかし、ヘイトスピーチは、……。それが意味するところは、彼らを同じ社会の民主制を構築する構成員とは認めないということにあり、それにより、民主制にとって不可欠な社会参加の平等な機会を阻害することになる。ヘイトスピーチの有害性は、主として、社会のマイノリティに属する人びとの社会参加の機会を阻害するところであり、それゆえ、ヘイトスピーチを規制する際の保護法益は、社会参加の機会であり、それは社会的法益に属すると再構成すべきである。」⁴⁵⁾

上記の2説に共通しているのは、ヘイト・スピーチの刑事規制の保護法益と

44) 杉原編・前掲注24) 518-519頁〔阪本昌成〕。

45) 金尚均「ヘイトクライムと人権――いまそこにある民族差別」石埼学・遠藤比呂通編『沈黙する人権』法律文化社、2012年、191-194頁。

して、「平等化」(阪本)ないし「マイノリティの社会参加の平等な機会」(金)が挙げられていることである⁴⁶⁾。この点は、先に引用した師岡説にあっても同様である。同説では、ヘイト・スピーチにより侵害される利益(=ヘイト・スピーチ規制の保護法益)として、「平等権、さらには実質的に表現の自由や社会の構成員として参画する権利」を挙げているからである。

ヘイト・スピーチ規制の保護法益として平等(差別是正)を挙げるのは、本稿(1)および前章で検討した、フランス、カナダおよび国連自由権規約委員会における議論でも同様であった。カナダでは、ヘイト・スピーチ刑事規制容認論のアーウィン・コトラーがその論拠の1つとしてカナダ権利自由憲章15条の平等権を挙げ、キークストラ事件最高裁判決におけるディクソン意見も憎悪助長罪の合憲性を平等原則により弁証していた。国連自由権規約委員会の「ロス対カナダ」事件の審査では、カナダ政府が「ユダヤ人社会の宗教・表現の自由および平等への権利」を保護法益として主張していた。

そこで問題となるのは、平等という利益がヘイト・スピーチ刑事規制の保護法益となりうるかという点である。この点につき、ヘイト・スピーチ刑事規制容認論の棟居快行は次のように述べる。――

「[平等の実現は不利益取扱いそれ自体を禁止することにより達成されるべきであるとの見解は]、平等保障が現実に損なわれるのは入居差別など現実の不利益が発生した時点であって、単なる差別的表現の段階では現実的不利益が発生する『明白かつ現在の危険』が発生していない、といった主張であると言い換える。この論点は、差別的表現の規制が目的とするのは何か、という問題にかかわっている。平等保障が防ごうとするのは不合理な差別的取扱いであって、何らかの権利・利益の分配がそのような取扱いによってゆがめられることを禁止しているのだとすれば、表現がなされ

46) 金は、同上論文でヘイト・スピーチの「実体は、同じ人間に対して不当な蔑みをすることでその集団に属する(個々の)人びとの社会的平等性を毀損することにある」とも述べている。(同上、191頁)

ただけでは特定の権利・利益の分配には直結しないから、いまだ規制するだけの正当な理由があるとはいえない、ということになる。

しかしながら、差別的表現の規制は、平等保障の実現を究極の目的とするとはいえ、そのような目的を直接に目指す表現規制であると捉えられるべきではない。『言葉狩り』だけでは、平等保障は実現されず、むしろ言葉を失った差別感情だけが潜在化し、是正の機会を失うだけだともいえるから、差別解消という目的だけでは、差別的表現の規制とは、合理的な関連性を有していないように思われる。むしろ、差別的表現が名誉権そのものとイコールではないが、類似の人格権の利益を侵害することを、差別的表現規制の根拠とすべきであろう。その人格的利益とは、個人が消し去れない属性(人種、信条、性別、社会的身分、門地)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である。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、しかも本人が有効に反論することが……困難なのであるから、法的規制が許されるのである。⁴⁷⁾——

限定的な刑事規制の必要性を説く内野正幸も、次のようにいう。——

「……差別的表現の対抗利益としては、しばしば平等があげられてきた。このような捉え方は、平等という言葉をも、差別意識や差別的表現・差別的取扱いの解消していること、という意味に広く理解するかぎり、妥当なものと評されよう。しかし、法律的な意義での平等は、差別的取扱いの禁止を意味するのであり、差別的表現の禁止を含むものではない。まして、それは、差別意識を抱くことを禁ずる趣旨をもつものではない。したがって、差別的表現禁止の正当化根拠として平等の要請をもちだすのは、必ずしも妥当でないといえよう。」「……平等や非差別的の要請は、原則的に、差別的表現禁止を正当化するものとはならない。⁴⁸⁾——

47) 棟居・前掲注10) 105頁。

48) 内野・前掲注13)) 62-163頁。

この問題を、より一般的に「平等の刑法的保護」というテーマのもとに考察するのが平川宗信である。平川は、「差別の解消・平等の実現に関して刑法がなしうることは、一定の差別行為を犯罪として処罰することである。しかし、この場面で刑法がなしうることは、かなり限定的であるように思われる」との観点を示したうえで、「差別的表現の刑法的規制」の問題を、「差別の扇動・宣伝の処罰」の場合と「差別的名誉毀損・侮辱の処罰」の場合とに分けて考察している⁴⁹⁾。その要点は、差別行為を被差別者の「人間の尊厳」を侵害するものと捉え、したがってこれに対する刑法的規制の保護法益を被差別者の人格権的諸利益に求める点にある。詳細については、後述する。

ところで、(1)の立法事実論の部分で、立法事実論の〈拡散〉状況を指摘したが、この傾向は保護法益論にもみられる。上記の「平等」のほか、ヘイト・スピーチの刑事規制にかかる保護法益として挙示されるものには、個人的法益から社会的法益にいたる広範囲の利益が含まれている。さらに、前引の金論文が「ヘイトスピーチを規制する際の保護法益は、……社会的法益に属する」と明言するように、個人の人格権的諸利益よりも社会的利益、しかもかなり抽象的に把握された「利益」を重視する傾向もみられる。

この事情は、先に検討したフランス、カナダの議論や、国連自由権規約委員会での議論などにも看取されるところであった。たとえば、カナダのキークストラ事件最高裁判決におけるディクソン意見は、憎悪宣伝のもたらす「社会全体 (society at large)」への害悪を指摘していたし、「フォリソン対フランス」事件の自由権規約委員会審査において、締約国フランスは、問題とされたゲソ法が「公的な秩序と道徳 (public order and morals)」を保護するための立法であったと主張していた。同事件について自由権規約委員会は、「ユダヤ人社会 (the Jewish community) が反ユダヤ主義的風潮の恐怖にさらされることなく生きること」という保護法益を認定してフォリソンの言説の刑事処罰を(自由権)規約違反ではないとした。このような法益の把握も、社会的レベルに着

49) 平川宗信『刑法各論』有斐閣、1995年、265-271頁。

目した、かなり抽象的で漠然としたものといえる。

上記の事情には、いくつかの理由がある。1つは、自由権規約委員会審査の基準である自由権規約19条が、表現の自由の制約事由として「他者の権利または名誉の尊重」(3項(a))とともに、「国の安全(national security)」、「公の秩序(public order)」、「公衆の健康(public health)」および「公の道徳(public morals)」(同(b))など国家的・社会的法益の保護を挙げていることである。もう1つは、フォリソン事件におけるゲソ法も、キエグストラ事件における憎悪助長罪規定も、人種差別撤廃条約4条の定める行為類型のうち、「人種的優越性・人種的憎悪に基づく思想の流布」(先の類型論では(1)の①および②)を対象とするところ、これらの行為により、なんらかの個人的法益に対する侵害が直接的かつ顕在的に惹起される可能性はほとんどないといってよいことである。いきおい、この種の行為を処罰することを正当化しうる保護法益は、抽象的に把握された社会的利益とされざるをえず、しかも、それらの利益に対する間接的かつ潜在的な侵害の可能性が持ち出されることになるのである。

(3) 「対抗言論」

表現の自由論における「対抗言論」(more speech, responsive speech)の法理は、名誉毀損の言論に対する対抗措置として、法的規制ではなく言論(反論)を対置すべきだとする考え方である。「思想の自由市場」論に立脚するものであり、表現の自由により配慮した法理である。

ヘイト・スピーチについても、この対抗言論の法理が説かれているが、昨今の議論においては、これに対して批判的な論調が展開されている。その共通する論旨は、暴力的なヘイト・スピーチには対抗言論は成立しないというものである。たとえば師岡は、ヘイト・スピーチに関して日本政府が提唱する「自発的的正論」ないし「自主的解決論」を批判するなかで、対抗言論につき次のようにいう。――

「自主的解決論の核にあるのは、対抗言論で立ち向かうべきとの主張である。しかし、マイノリティを屈服させ、黙らせ、議論の場――ひいては社

会から排除する目的のヘイト・スピーチは、本来、対等な人間同士の論争を通じてよりよい結論を導くという対抗言論があてはまる場合ではない。ヘイト・スピーチは、すべての人が平等に社会の構成員として参加して議論するという民主主義の前提を掘り崩すものである。……

また、対抗言論は、マイノリティ側に反論を求めることになるが、ヘイト・スピーチという言葉の暴力により心身を深く傷つけられ、また、反論によりさらなる攻撃が加えられる危険性も高く、それ自体が大きな負担となる。……

……表現内容がマイノリティへの差別となると、急に、あたかも表現の自由が絶対であり、規制一般を放棄し、言論で対抗すべきだという主張がなされるのはなぜか。そこにマイノリティの被る人権侵害に対する軽視はないだろうか。』⁵⁰⁾

同様の趣旨を、棟居快行は次のように述べる。これは、論者が「差別的表現規制の違憲論」を批判的に検討するなかで述べられたものである。――

「対抗言論という原則を差別的表現の問題に安易に持ち込むことは、まさに対抗言論という考え方そのものに照らして、誤りである。差別的表現で主に問題となるのは、……14条1項後段列举事項にかかる表現の場合である。この列举事項は、歴史的定型的に繰り返されてきた差別事象にかかわるものであるとともに、当該属性は人が自由意思で選択したものではなく、生まれつき負わされている。……対抗言論とは、思想の自由市場を前提とした考え方であって、ある思想Aを表明した者は、それに対して加えられたBという批判に対しては、名誉毀損法理などでの法的救済を期待すべきではなく、Cという反論で自らの思想を守るべきだ、ということである。14条1項後段の事項は、当人が自分で選択した思想などではなく、自由意思とは無関係に負わされた属性なのであるから、もともと対抗言論の法理

50) 師岡・前掲注17)〔世界論文〕216-217頁。

がストレートに当てはまる場面ではない(……。)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る。また、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。以上から、14条1項後段列举事項については、国家権力が差別的表現を規制する法律を設けて、思想の自由市場に介入することも許されると考えられる。]⁵¹⁾——

棟居と同様、ヘイト・スピーチの刑事規制を条件付きで容認する江橋崇も、対抗言論の法理には懐疑的である。——「……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る。これがあるからこそ、論戦は……攻撃と防御の立場を交換しあいながら平等の立場で展開されるのである。逆に言うと、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。]⁵²⁾——

この論点に関して最も辛らつな発言をしているのは、前田朗である。前田は、「憲法学の多数説は、『マジョリティの責任なき表現の自由』を絶対視する」とし、対抗言論については、「カルデロン事件の被害者は中学生、京都朝鮮初級学校事件の被害者は小学生である。対抗言論などと唱えるのは常軌を逸している」と斬って捨てる⁵³⁾。

51) 棟居・前掲注10) 105頁。

52) 江橋崇「表現の自由と差別的表現行為」新聞研究453号61頁。

53) 前田・前掲注20) 155頁注25。引用文中のカルデロン事件とは、2006年に起きた以下のような事件である。——在留資格なしに日本で働いていたカルデロン一家全員に対する退去強制命令に対し、一家が在留特別許可を申請したところ、法務省入国管理局が日本の中学校に通う少女にしか在留を許可せず、家族と引き離す決定をした。これを報道機関が批判的に取り上げたことを契機に、退去強制支持を掲げる在特会らが少女の通う中学校付近で「犯罪フィリピン人カルデロン一家をたたき出せ」などと呼号するという行動に出た。(師岡・前掲注17〔新書〕6-7頁参照)

以上のように、“ヘイト・スピーチには対抗言論で”との立論に対して、かなり強力な異論が唱えられている。これらの対抗言論法理への批判論をどう受け止めるべきか。参考となる言説をいくつかみてみよう。

差別的表現の問題で積極的に発言している内野正幸は、対抗言論について次のようにいう。――

『『思想の自由市場』の考え方によれば、“悪い内容の言論に対しては、国家権力による禁止によってではなく、それを批判する別の言論をもって対応せよ”、という原則が妥当することになる。これは、対抗言論の原則と呼ぶこともできよう。不正な言論に対しては、それに反対する表現活動によって、その影響力を弱め、すたれさせることをねらう、という態度で臨むべきであろう。ただ、ここで対抗言論という場合、2つの種類のものがある。第1は、厳密な意味での対抗言論であり、それは、ある言論の内容に反論する別の言論をさす。第2は、緩やかな意味での対抗言論であり、これは、ある言論が行われたこと自体に抗議する言論をさす。差別的表現の場合、後者が重要な意味をもってこよう。』⁵⁴⁾

「言論には言論で」という原則について考えてみよう。たとえば、『部落民を殺せ』という悪質きわまりない差別発言があった場合、『被差別部落民には生きる権利がある』と反論せよ、と主張するのは、ばかげたことであろう。厳密な意味での対抗言論（……）が効果を発揮するのは、主として、部落解放運動や同和行政などのあり方をめぐって意見の対立が生じている場合である、というべきであろう。まさに、悪質な差別的表現行為に対する、より有効な対処方法は、緩やかな意味での対抗言論、つまりそのような行為は許されないとする抗議の言論であろう。これは、主として、差別発言を行った者に対する糾弾を意味する。……』⁵⁵⁾

54) 内野・前掲注13) 10頁。

55) 内野・前掲注13)、164-165頁。

次に、対抗言論の可能性に関する市川正人の議論を紹介する。――

「……差別的思想の流布はもちろん、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。ただ、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著しく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、少数者集団に属する者が差別的表現に反論できなくても、多数者集団の中から差別的表現に批判を加える意見が表明されるであろう。多数者集団に属する者がみな差別者であるという想定は現実的でない。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、『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。⁵⁶⁾

市川は別稿において、「差別的表現は、……基本的には社会的な相互批判という形で対応すべきであろう」とも述べている⁵⁷⁾。この「社会的な相互批判」の観念は、内野のいう「緩やかな意味での対抗言論」と同旨とみられ、また、カナダにおける刑事制裁否認・懐疑論にみられた、“法のさるぐつわ (legal muzzle) ではなく、政治的な非難 (political censure) を” (ロンダ・ベスナー、

56) 市川・前掲注9) 59-60頁。

57) 市川 (書評) 「内野正幸著『差別的表現』」法学セミナー430号124頁。

“憎悪宣伝と闘うことはすべての市民の道徳的責務（moral burden）である”（H・W・アーサーズ）といった言説とも共鳴する。このような、いわば〈市民社会レベルの対抗言論〉の有効性は、少なくとも、ターゲットが特定されないヘイト・スピーチについては否定できないであろう。というよりも、ヘイト・スピーチの諸類型のうち、人種の優越性・人種の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〈市民社会レベルの対抗言論〉でしかありえない。

(4) 「象徴的・教育的機能」

第4の論点は、ヘイト・スピーチに対する刑事規制には、かかる言論が法的に許容されないというメッセージを社会に発信することによりこれを抑止する機能——象徴的・教育的機能——がある、という言説の評価である。

まず、かかる言説の例をいくつか紹介する。

内野正幸は、次のようにいう。——「……刑罰に訴えることにより、犯人に強い倫理的非難を浴びせることができよう。また、刑罰立法に対しては、差別的表現行為を一般的に予防する効果が期待できよう。より広くいえば、立法の教育的機能ということになる。」⁵⁸⁾

師岡は、CERDに対する第7・8・9回政府報告書において日本政府が主張した「自発的是正論」を批判するなかで、次のように述べる。——

「法が社会の規範の主軸となっている以上、ヘイト・スピーチを許さないという規範を形成する最速の途は、それを違法とすることである。例えば、セクシャル・ハラスメントに該当する職場等における女性差別的言動は戦前から存在していたが、男女雇用機会均等法の中にその条項が入ったことにより、セクシャル・ハラスメントは許されないものだとの社会的合意が一举に進んだことは参考になる。法規制には社会に対する教育的意味が大きいことは、人種差別撤廃委員会が何度も指摘している。」⁵⁹⁾

58) 内野・前掲注13) 166頁。

59) 師岡・前掲注17) 〔世界論文〕215頁。

なお、師岡説の最後にある「人種差別撤廃委員会」(CERD)の指摘については、次のような例がある。これは、同委員会における日本政府第1・2回定期報告書の審査において、フランスのデグート委員が述べたものである。――

「日本国憲法第14条のような差別禁止原則だけでは、私たちにすれば不十分です。特別規定を設けてこれを犯罪とするべきなのです。この点に関して想起されるのは、人種主義に関する特別法の重要性です。それはある程度まで教育的な役割、象徴的な役割を果たすものだからです。社会における価値観を確認する、あるいは宣言する役割もあります。これは社会における法律の目的のひとつでもあります。」⁶⁰⁾

一方、ユネスコ「人種差別に関する顧問」の経歴もある国際人権法学者ナタン・レルナー(Natan Lerner)は、この問題について次のようにいう。――

「法、ことに刑事法は教育と啓発のための最も有効な手段である。法は、人間なら誰でも従わなければならない行動基準を定めている。法、それも刑事法の主目的は、犯罪者を処罰するというよりも、犯罪の発生を防止するということである。」⁶¹⁾

以上が、ヘイト・スピーチ刑事規制にかかる「象徴的・教育的機能」論の例である。最後のレルナーの議論にもみられるように、この議論は、刑罰論のタームでは刑罰の一般予防効果論ということになるが、かかる議論に対し、桜庭総が次のような批判的指摘を行っているのを紹介しておく。――

60) 内田博文「差別事件の刑事裁判について――現行法は差別事件に対応できているか」ヒューマンライツ213号12頁において、内田が、反差別国際運動日本委員会編集「国連から見た日本の人種差別」2001年8月、158頁から引用したもの。

61) ナタン・レルナー「ステレオタイプと集団に対する誹謗」部落解放研究59号90頁。

「残るは、近時主張されている積極的一般予防という観点である。確かに、差別禁止という規範の強化、確証のための象徴的機能を付与させる論理は説明としてはスマートであり、また事実、差別表現の規制の意義を『法の教育的機能』とする論者も存在する。

しかし、積極的一般予防効果に安易に依拠することは、あらゆる刑罰法規が『象徴的機能を担っている』という点から正当化されかねず、刑罰論の意義が単なる説明論理に墮する危険なしとしない。積極的一般予防論が説くような抽象的な説明から、実際に刑罰を科すことで差別禁止という規範がどのように確証され、現実の差別問題がどのように解消されるのかも、全く不明である。経験的実証性を離れて専ら観念的な規範確証に意味を持たせるといふのであれば、それがなぜ『刑』法でなければならぬのか、厳しく問われることとなろう。加えて、積極的一般予防概念の内包について、論者によるばらつきが大きいことも指摘され、そもそも日本においては、積極的一般予防効果が刑罰の機能として自明視されているとは言い難い状況にある。」⁶²⁾

(5) 「逆効果」

「逆効果」(reverse effect)の問題とは、ヘイト・スピーチに対する刑事規制が、逆説的にかかる言説の宣伝の場を提供することになるのではないか、という論点である。本稿(1)にみたとおり、フランスのフォリソン事件でもカナダのキーグストラ事件でも、この点はヘイト・スピーチ刑事規制上の難問の1つであった。

ところで、日本の議論では、この論点への言及は意外と少ない。刑事規制容認論の前田朗が、「今後の検討課題」を述べるなかで、「確信犯に対する処罰は、却って『勲章』になってしまう場合がある。犯罪抑止効がないばかりか、潜在

62) 桜庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服——人種差別表現及び「アウシュヴィッツの嘘」の刑事規制』福村出版、2012年、46頁。

的逆効果をもちかねない」⁶³⁾と指摘する例が挙げられる程度である。

日本の議論において「逆効果」への論及が少ない理由は、刑事訴追により刑事裁判の法廷がヘイト・スピーカーの自己主張の舞台に転化するような犯罪類型（その典型がフランスのゲソ法であろう）が現在の日本には存在しないことにある。逆にいえば、かりに日本において、ゲソ法類似の立法がなされた場合には、必ずこの問題に直面することになるだろう。つまり、かかる立法のもとでの刑事訴追が、〈確信犯〉に〈勲章〉を与える効果や、被告人に自己を〈殉教者〉として演出させる効果をもたらすであろうことは容易に想定できる。さらに重大なのは、この「逆効果」という現象が、特定の内容の言説の流布を犯罪として処罰することにもなう、いわば宿命的な所産でもあるという点である。つまり、たとえばゲソ法のように「歴史的事実の否定」を処罰しようとするれば、被告人の防御権の保障という〈適正手続〉の要請から、刑事裁判における被告人の言説の開陳は当然のこととなるのである。

(6) 「萎縮効果」

「萎縮効果」(chilling effect)の問題は、ある表現規制法令の文言が漠然・不明確(vague)であったり、過度に広範(overbroad)である場合には、市民はほんらい許容されるべき表現行為をも自己規制してしまい、その結果、言論活動が萎縮してしまう、というものである。ヘイト・スピーチの刑事規制に反対する側から表明される疑義ないし危惧である。

この萎縮効果論への反論として、師岡は以下のように述べる。——「萎縮効果への危惧は当然のことだが、それは表現の自由を規制するすべての立法についてありうることであり、表現の自由であっても、他人の人権を侵害することは許されず、重大な法益侵害がある以上、萎縮効果をできる限りなくすべく、規制する範囲を明確にするなど、立法上の工夫により解決すべきである。実際、日本を含め世界各国で、名誉毀損、侮辱、脅迫等は、表現行為であるにもかかわらず、犯罪として規制されている。しかし、これらを犯罪として規制するこ

63) 前田「人種差別的刑事規制について」法と民主主義435号61頁。

とが、萎縮効果をもたらすから廃止すべきだとの主張は聞かない。』⁶⁴⁾

萎縮効果の問題と表裏をなす論点として、ヘイト・スピーチ規制法の「濫用」の危険性という問題がある。ほんらい、悪質な憎悪扇動の言論のみを対象とすべき規制立法が、そのような害悪をもたらさない許容されるべき言論をも捕捉してしまう、あるいは、正当な言論を規制する方向で〈逆用〉されてしまうのではないか、という問題である。

この論点についても、師岡は次のように応答する。――

「最後に、それでも表現の自由との関係で問題となるのは、……濫用の危険があるのではないかという点であろう。……この懸念は当然であり、特にマイノリティの人権保障の名の下で、マイノリティの表現活動が規制されることは本末転倒であり、最大限回避する必要がある。

しかし、すべての法規制は権力により濫用される恐れがあり、事実、2004年の立川反戦ビラ配布事件等において住居侵入罪などの現行法も運動規制に悪用されているが、それらの規制条項自体を廃止するということにはなるまい。

また、ヘイト・スピーチを違法として規制する法がなく、排外主義デモもカウンターもどちらも『表現の自由』であることを建前とする現行法においては、権力の恣意的運用により、表現の自由が侵害される危険性があることも見落とせない。……』⁶⁵⁾

このように、萎縮効果ないし濫用・逆用の問題をめぐる日本の議論は、これも素材が与えられていないこともあって、十分にかみ合っていないという観がある。しかし、師岡も別の論稿で指摘するとおり、「他国でも差別的表現の自由の規制が、マイノリティによる政府やマジョリティ批判の規制に悪用された例はあり、この点の注意は不可欠」⁶⁶⁾である。師岡が、他国の例の1つとして

64) 師岡・前掲注17)〔世界論文〕217頁。

65) 同上、217-218頁。

66) 師岡「人種・民族差別禁止法の意義——日本における制定に向けて」法学セミナー 686号47頁。

挙げているのは、イギリスで1967年に、黒人解放運動の指導者マイケル・アブドゥル・マリクが公的な会合で反白人的発言を行ったことで人種関係法により12カ月の自由刑に処せられたという事例である⁶⁷⁾。内野の著書においても、アメリカで集団誹謗禁止法（group libel law）の制定が問題となった際に、「アメリカ自由人権協会」や「黒人の地位向上のための国民協会」など〈反差別〉を標榜する団体がこれに反対したという経緯が紹介されている⁶⁸⁾。

法律時報誌の座談会で浦部法穂が、「表現の規制を考えるとときにいちばん考えなければいけないのは、実際に規制を求めるのは市民団体なりであったとしても、いざできあがった規制法を執行するのは国家だということです⁶⁹⁾と述べているが、日本の場合、言論規制立法の濫用・逆用とそれのもたらす萎縮効果の問題には敏感すぎるほど敏感でなければならない。帝国憲法下の治安維持法・軍機保護法・不穩文書臨時取締法などのようなあからさまな言論規制立法こそ存在しないものの、破防法の扇動罪規定をはじめとして、正当な言論の規制に〈転用〉されうるものは現に存在する。くわえて、自衛隊官舎ビラ配布事件のように、ほんらい、言論規制を目的としないはずの刑罰規定（住居侵入罪など）により正当な言論活動が処罰されるという法状況さえある。名誉毀損罪・侮辱罪などの名誉保護法制にしても、そのルーツは、権力批判の言論を封殺することを企図した讒謗律（明治8年太政官布告110号）や旧刑法の官吏侮辱罪であったことを看過してはならない⁷⁰⁾。

（7）在日コリアン差別問題の特異性

前出の桜庭は、「差別問題の構造的性——差別の歴史と構造的性の検証」という標題のもとで、次のような論述を行っている。――

67) 師岡・前掲注17〔新書〕90頁。

68) 内野・前掲注13) 39頁。

69) 前掲注16) 座談会、30頁〔浦部法穂発言〕。

70) 家永三郎『歴史のなかの憲法・上』東京大学出版会、1977年、16-18頁、130-131頁。

「……第一義的に問題とすべきは、日本において差別を被ってきたさまざまなマイノリティの歴史に対して、国家がどのような態度をとってきたか、換言すれば、差別の構造を国家がいかに創出、強化ないし容認してきたかということではないだろうか。そのような国家社会の差別構造との関係において、私たち個人の責任も明らかとなる。国家がその統治政策において『日本人』たること、『一人前の国民』たることを要求し、私たちがそれに応えていくとき、その影では何が起こっていたか、そして今も何が起きているのか、その現実にも光を照らすことなくして、差別の問題は決して解消し得ない。」⁷¹⁾

目下のテーマを考察するうえで、この桜庭の忠告は決して看過されてはならない。そこで、以下では、現在の排外主義的なヘイト・スピーチの最大のターゲットとされている在日コリアン（在日韓国・朝鮮人）について、その被差別の歴史と構造を検証し、在日コリアン差別問題の特異性を明らかにしたい。もっとも、在日コリアン差別問題のルーツは1910年の「韓国併合条約」にまでさかのぼり、差別の内容も政治・経済・社会の全領域にわたるので、紙幅の関係上、その全容に言及することはできない。ここでは、在日コリアン差別問題の象徴ともいえる朝鮮学校（およびそこにおける民族教育）をめぐる問題に焦点をあてる。最新の突出事例である京都朝鮮学園襲撃事件をもたらした、この朝鮮学校の処遇問題こそ、在日コリアン差別の特徴を最も鮮明に示しているとみられるからである⁷²⁾。――

在日朝鮮人の民族教育は、日本の敗戦つまり彼らにとっては解放の日から開始された。当時、日本には約260万人の朝鮮人が在留していた。いうまでもな

71) 桜庭・前掲注62) 285頁。

72) 以下の記述は、金昌宣『在日朝鮮人の人権と植民地主義』社会評論社、2008年、「第1章 在日朝鮮人の権利問題の推移と現状」および「第3章 在日朝鮮人の法的地位の確立過程」、朴三石『教育を受ける権利と朝鮮学校——高校無償化問題から見てきたこと』日本評論社、2011年、「第3章 朝鮮学校をめぐる教育段階別の権利課題」および「第4章 朝鮮学校をめぐる教育の権利保障の歴史」その他を参照。

く彼らは、36年におよぶ日本の朝鮮植民地支配の結果、あるいは生活の手段を奪われて日本に流入し、あるいは国家総動員法の朝鮮人への適用により朝鮮半島各地から強制連行されてきた人々とその子孫である。彼らのうち大部分は、解放と同時に朝鮮半島に帰還したが、諸般の事情から日本に在留せざるをえない人々もいた。

民族教育の事業は、当初は帰国準備のためのものであった。解放直後、全国に約500カ所の「国語教習所」が開設され、徐々に学校としての体裁を整えていく。ところが、1948年4月24日、兵庫県の朝鮮初中級学校で、朝鮮人生徒が警官隊により射殺されるという事件が起きた。同年1月、GHQの指示を受けて朝鮮人学校閉鎖命令が出されたが、これに反対する朝鮮学校の教師・生徒・父母が各地で抗議行動を展開した。そのなかで起きたのが、この「阪神教育事件」であった。学校閉鎖命令により民族教育は大きな痛手を被ったが、親たちの努力で同事業はかろうじて継続された。

1960年代に入り、在日朝鮮人がとった新たな方針は、朝鮮学校を日本の正規の法令に基づく学校として認知させるということであった。これは日本社会への定住性を深めつつある在日朝鮮人が、日本の主権を尊重する在日外国人としての立場を明確にするという趣旨に出たものである。この方針のもと、各地の朝鮮学校は、都道府県知事に対し朝鮮学校を学校教育法83条（現134条）の定める「各種学校」として認可することを求めて申請を行うことになる。これらのうち、最も注目されたのが、民族教育の最高学府である朝鮮大学校（東京都小平市）の認可をめぐる問題である。

朝鮮大学校は1967年、美濃部亮吉東京都知事（当時）に対し、各種学校認可の申請を行った。知事がこの問題につき東京都私学審議会に諮問した頃から、朝鮮大学校に対する攻撃とその認可への妨害が始まる。その特徴を一言でいえば、〈民族教育＝反日教育〉という決めつけと、民族教育を〈治安の対象〉と捉える視点である。たとえば、当時の内閣調査室『調査月報』には、次のような記述がみられる。――

「わが国に永住する異民族が、いつまでも異民族としてとどまることは、

一種の少数民族として将来困難深刻な社会問題となることは明らかである。彼我双方の将来における生活と安定のために、これらのひとたちに対する同化政策が強調されるゆえんである。すなわち大いに帰化してもらうことである。帰化人そのものは、たとえば半日本人として日韓双方の人から白い眼で見られることもあり、大いに悩むであろう。しかし、二世、三世と先に行くに従って全く問題ではなくなる。……国家百年の大計のため、また治安問題としても、帰化を大々的に認めるとか、彼らの民生安定のための思い切った措置を取るとか、大乗的見地に立脚した政策が必要である。ここでも南北のいずれを問わず彼らの行う在日の子弟に対する民族教育に対する対策が早急に確立されなければならないということが出来る。」「最近において、ようやく政界の一部もこのような朝総聯の教育活動、特に日本の公費公有財産を使つての共産主義教育に対して、何とか是正すべき方策を見出したいとして動き出しているようである。この問題は文教問題として取り上げるより、閉鎖の実力行使をどうするかというような治安問題としての処理を考えねばならない。』⁷³⁾

当時の国会では、次のような文部大臣答弁がなされた。——「一部に朝鮮系の学校の中には反日教育をやっているというふうなうわさがあります。明確には承知致しておりませんが、そういう説をなす者もさうとう世間にはございます。』⁷⁴⁾

この国会答弁の後、文部省は各都道府県教育委員会および知事宛に「朝鮮人のみを收容する教育施設の取り扱いについて」と題する通達を發出した。そのなかで同省は次のように示達している。——

「朝鮮人のみを收容する私立の教育施設（以下「朝鮮人学校」という。）の

73) 内閣調査室『調査月報』1965年7月号73-74頁。

74) 1965年12月4日参議院日韓特別委員会における中村梅吉文部大臣答弁。

取り扱いについては、次によって措置すること。(1) 朝鮮人学校については、学校教育法第一条に規定する学校の目的にかんがみ、これを学校教育法第一条の学校として認可すべきではないこと。(2) 朝鮮人としての民族性または国民性を涵養することを目的とする朝鮮人学校は、わが国の社会にとって、各種学校の地位を与える積極的意義を有するものとは認められないので、これを各種学校として認可すべきでないこと。なお、このことは、当該施設の教育がわが国の社会に有害なものでない限り、それが事実上行われることを禁止する趣旨でない。(3) すでに学校教育法第一条の学校又は各種学校として認可されている朝鮮人学校の取り扱いについては検討を要する問題もあるが、さしあたり、報告、届出等の義務の履行等法令を遵守した適正な運営がなされるよう留意するとともに実体の把握につとめること。なお朝鮮人を含めて一般にわが国に在住する外国人をもつばら収容する教育施設の取り扱いについては、国際親善等の見地から、新しい制度を検討し、外国人学校の統一的扱いをはかりたいと考える。]⁷⁵⁾

この通達が、都知事の諮問を受けて朝鮮大学校の認可問題を審議していた都私学審を牽制したものであることは明らかであった。実際、同審議会が1968年7月に都知事に提出した答申は、次のようなものとなった。——「外国人がわが国で学校を設置し、組織的な教育を行う場合、そこに学ぶ外国人子弟の生活の基盤がわが国である以上、当該民族の主義主張のみを教育し、わが国およびわが国民との友好関係を無視したものであった場合、わが国としてこれを認可し、保護する必要はないと思います。」

文部省通達の(3)で言及されていた「外国人学校の統一的扱い」を図る法案が、朝鮮大学校の認可申請の翌年に国会に提出された。その後、4度にわたって立法化が企図され、結局成立にいたらなかった「外国人学校法案」である。この法案にも、民族教育＝反日教育という予断が貫かれている。同法案の目的規定

75) 「朝鮮人のみを収容する教育施設の取り扱いについて」文管振第210号昭和40年12月28日。

には「〔外国人学校の教育が〕わが国の利益と調和を保ちつつ発展することができるようにすること」(1条)との文言があるが、これを受けるかたちで、「外国人学校の教育」に関する2条2項は次のように規定する。——「外国人学校においては、わが国と外国との間における理解及び友好関係を著しく阻害し、又はわが国の憲法上の機関が決定した施策をことさらに非難する教育その他わが国の利益を害すると認められる教育を行ってはならない。」——この規定の後段は、「施策(の実施)」の「妨害」ではなく「非難」することさえ禁止しているから、外国人学校に直接・間接にかかわる「施策」の批判さえ許されないことになる。

朝鮮学校の法的処遇をめぐる問題は、上述の60年代における各種学校認可の段階を経た後、新たなステージに入る。そこでの問題は、朝鮮学校が学校教育法上、いわゆる「一条校」ではない「各種学校」としての地位にあることにより、さまざまな不利益を被っているという点であった。関係者の懸命の努力により、すでに解消された、あるいは改善の方向にある問題もあるが、たとえば、朝鮮中級学校卒業生の日本の公立高校への入学(受験)資格および同高級学校卒業生の日本の国公立大学への入学(受験)資格が認められていない、高体連・中体連への正式加盟が認められていない、朝鮮学校への公的助成がなされず、その不足を補うための父母からの寄附金が税法上の損金として控除の対象とされていない、といった差別待遇である。

朝鮮学校の処遇問題をめぐる最近の事例である高校無償化措置からの朝鮮学校の排除も、こうした差別待遇の延長上にある。ただ、この問題では、上記の「各種学校」という法的地位にあることによる差別という要素よりも、朝鮮学校とそこでの民族教育を政治的観点に基づいて排除するという趣旨が露骨に表れている。このことは、たとえば、第2次安倍政権発足直後の記者会見で、下村文部科学大臣が2013年度から朝鮮学校に対し高校授業料無償化法を適用しない方針を表明した際に、「拉致問題の進展がなく、朝鮮学校は朝鮮総連と密接な関係にあり、教育内容、人事、財政に影響が及んでいるため」⁷⁶⁾と述べたこ

76) 読売新聞2012年12月28日付。なお、高校無償化措置からの朝鮮学校除外の問題性に

とに示されている。――

以上、朝鮮学校の処遇の経緯をたどってきたが、ここには、朝鮮学校の民族教育に対する、日本政府のほぼ一貫した差別と敵視の姿勢が看取される。紹介はしなかったが、朝鮮学校に通う児童・生徒に対して、日本国民によるいやがらせや暴行が頻発しているのは、このような差別・敵視政策と決して無縁ではない。在日コリアンに対するヘイト・スピーチについても、同じことがいえる。つまり、この種の言論が生起するのには、在日コリアンに対する差別・敵視政策が温床の1つとなっているということである⁷⁷⁾。

また、先に紹介した京都朝鮮学園襲撃事件におけるヘイト・スピーチをみてもわかるように、その内容は、かつて朝鮮学校に対して日本政府が投げつけていた言辞と驚くほど似通っている。この点で、在日コリアンをターゲットとするヘイト・スピーチは、いわば政府見解の〈受け売り〉ないし〈代弁〉という面もなくはない⁷⁸⁾。当然に、この種の言論は、基本的には政府による〈暗黙の承認〉を得ている、言い換えれば、政府による〈お墨付き〉を与えられているということになる。このことを、ヘイト・スピーチに対決する市民グループ「のりこえねっと」の共同代表の一人である辛淑玉(シン・スゴ)は、次のようにいう。――「ヘイト(憎悪)を叫ぶ人々は『朝鮮人は出ていけ』などと口汚く

つき、拙稿「公教育の無償性原則の射程」日本教育法学会年報41号128-130頁において若干の考察を行った。

77) もちろん、ヘイト・スピーチの発生要因はより複合的である。この点、師岡は次のようにいう。――「現在も、たとえば、2012年12月に第2次安倍内閣が発足するや否や、朝鮮学校を高校無償化制度から除外する政策を発表し、中央政府による差別のお墨付きを得て、地方自治体による朝鮮学校の補助金停止が拡大するとともに、レイシスト団体による排外主義デモも頻繁化し、過激化した。レイシストたちが主張している内容の多くは、日本の侵略・植民地支配の歴史を学校でほとんど教えないことや、戦後の日本政府による差別政策、極右政治家の発言に起因する。」(師岡・前掲注17)〔世界論文〕216頁)

78) 京都朝鮮学園襲撃事件において、在特会が攻撃の最大の〈口実〉としていたのは、

ののしります。悲壯感はなく、差別を楽しんでいます。『自分たちには権力の後ろ盾がある』と感じているからです。』⁷⁹⁾少なくとも、在日コリアンをターゲットとするヘイト・スピーチにおいて、ヘイト・モンガー (hate monger) たちは、内容的には「権力の後ろ盾」を得た〈政府公認〉の憎悪と差別の言説を、そして物理的にも、機動隊という「権力の盾」に守られながら⁸⁰⁾、まさに「悲壯感なく」発散しているのである。

社会における特定集団に対する差別意識や憎悪観念の根底に、当該集団を実体的に差別し敵視する政策や法制が存在し、後者によって前者が醸成・助長されるという事情は、在日コリアン差別に限ったことではない。しかし、在日の場合は、この構図があまりにも明瞭に把握されるのである。このことは、差別・

同校が隣接する公園を運動場として「不法占拠」しているというものであった。事実は、この公園利用については開校以来、京都市・地元・学校との協議に基づく了解があったのだが、これが違法とされて攻撃の口実となった背景として、1994年6月6日に、京都府警が、京都朝鮮学園の用地取得にかかる「国土利用計画法」違反を理由に大がかりな捜索（270人の警察官を動員した21か所の捜索）を行ったこと、しかも、これが京都市の検索ミスによる誤認捜査であったことが露呈した後も、京都府警が正式な謝罪をしていない、という事実があったことを見落としてはならない。（この件については、第129国会衆議院地方行政委員会1994年6月10日議事録（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/129/0050/12906100050006c.htm>）、および同国会参議院法務委員会1994年6月20日議事録（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/129/1080/12906201080003c.htm>）を参照。）直接、公園利用が問題となったわけではないが、京都朝鮮学園に対する不当な権力行使であったことに変わりはない。なお、公園利用の問題では、2010年9月9日に、京都簡裁が「都市公園法」違反で同校の前校長に罰金10万円の略式命令を出している。

79) 辛淑玉（シン・スゴ）「ヘイトの叫び、増長させない」朝日新聞2013年12月13日「どうする秘密法」。

80) 「[排外主義の] デモが終了したあとは、いつも滑稽な光景が繰り返されます。デモは、目的地の西新宿・柏木公園で解散します。その柏木公園への帰り道はどれも、機動隊が固くガードしていて誰も入れません。在特会とカウンター勢力との衝突を避けるため、機動隊は在特会を守っているのです。」（有田・前掲注43）50頁）

敵視の政策・構造に胚胎する言論=ヘイト・スピーチを犯罪として処罰することが、根本的な解決となるのかという疑問を提起する。

4 刑事規制の可能性——行為類型に即して

ここでは、これまでの叙述をふまえ、ヘイト・スピーチに対する刑事規制に関するいくつかの試論や提言を素材としつつ、問題となりうる行為類型に即した考察を行いたい。

考察の手がかりとして、まず、村上正直の所説をとりあげたい。村上は、前出の人種差別撤廃条約4条(a)(b)にかかる日本政府の留保について、条約起草過程の議論、CERDの意見および日本の憲法学説をふまえたうえで、次のようなコメントを行っている。本章2（行為類型）における類型化に即して説明する。

第1に、行為(1)の①・②（人種の優越・憎悪に基づく思想の流布）および行為(2)（人種差別扇動団体の禁止）については、次のように評価する。——「第4条(a)が求める人種的優越・憎悪に基づく思想の流布の処罰については、その構成要件が曖昧であり、また、本質的に思想の内容に着目した規制であるから、これを刑罰規制の対象とすることには多くの問題がある。また、第4条(b)が求める人種差別を扇動する団体の禁止措置は、規制の範囲が広範に及ぶ点で問題が多い。」〔したがって〕「日本の留保は当然に付すべきものであったと考えられる。……留保を付したことは妥当であったと評価することができよう。」⁸¹⁾

第2に、行為(1)の④（特定の人種集団に対する暴力行為）については、以下のようにコメントする。——「暴力行為は、そもそも表現・結社の自由とは無関係であり、表現・結社の自由の保護の枠外にあるものと思われる。仮に、これを表現の一形態とみるにしても、条約起草過程においてもこれを処罰の対象とすることには異論は表明されていない。また、国内法上も、これらの行為は処罰の対象となっているのが通常であろう。」〔したがって〕「表現・結社の自由を理由とする日本の留保は、第4条(a)にいう暴力行為の処罰義務を対象としていないと考えられる。」⁸²⁾

81) 村上・前掲注28) 242-243頁。

82) 同上、247・248頁。

第3に、最も論争的な行為類型である(1)の③(人種差別の扇動)および⑤(暴力行為の扇動)については、次のように説く。——「暴力行為の『扇動(incitement)』の刑事規制に対する留保が認められない場合もあり得る。……条約にいう扇動の概念は明確ではなく、その範囲について広狭の解釈があり得る。広義には、いわゆる『独立扇動罪』の意味で理解する解釈があり、これが〔人種差別撤廃〕委員会の見解でもある。これに対して、最も狭義には、(被教唆者による犯罪の実行を伴う)『教唆』の意味に解釈し得る。このうち、広義の解釈では表現の自由との関係の問題が生じるが、最狭義の意味での『扇動』については、おそらくこれを処罰することに大きな困難はないであろう。また、条約起草過程においても、少なくとも、実際に暴力行為が発生した『扇動』を処罰対象とすることに異論はなかった。したがって、このような意味での『暴力行為の扇動』も第4条の核とみられる部分であり、これに対する留保は認められないであろう。暴力行為という直接的な有形力の行使の扇動は、その影響が重大であるからである。』⁸³⁾——

以上が、人種差別撤廃条約の定める各行為類型の刑事処罰に関する村上のコメントである。上記の第1点および第2点については、異論はない。とくに第2点については、先に筆者も「当然に合憲的処罰が可能」と評したところである。したがって、理論的には、村上のいうように、日本の留保はこの行為類型を「対象としていない」はずである。

第1点について考察を補足すると、なによりも「人種の優越性・人種的憎悪に基づく思想の流布」それ自体を犯罪とすることは、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。安西文雄によれば、アメリカの判例理論には、「表現内容規制(content-based regulation)——表現をそれが伝達するメッセージを理由に制限する規制——と、表現内容中立規制(content-neutral regulation)——表現をそれが伝達するメッセージの内容や伝達効果に直接関係なく制限する規制——とに分け、内容中立規制より内容規

83) 村上・前掲注28) 247頁。

制につき厳しい審査基準を適用する」、いわゆる「規制二分論」がある。さらに、前者の表現内容規制について、これを「表現内容のみならず、その視点まで考慮して規制する」「見解規制 (viewpoint-based restriction)」と「視点のいかんは問わないが、表現内容を考慮して規制する」「見解中立的な内容規制 (viewpoint-neutral but content-based restriction)」とに分類するサンステイン (C. Sunstein) の議論も紹介されている。安西は、後者の分類法のもとでは「見解規制の方により厳しい警戒の目が向けられる——見解規制には最も強い違憲の推定が働き、ほとんど自動的に違憲の判断に至る」という。「表現内容の当否、価値、合理性などに関する判断は、各人に留保されなければならない、その判断を政府が篡奪し、それに基づいて表現規制を行うこと——見解規制——は、人を責任ある道徳上の主体として扱っているといえず、正義に合った政治社会の構成的なあり方にそぐわない」からである⁸⁴⁾。

同じ解釈法理を、阪口正二郎は「観点規制」というタームを用いて説明している。——「……合衆国の表現の自由法理は、表現の内容に基づく規制と内容に中立的な規制とを区別し、後者については前者に比べて緩やかな司法審査がなされる。この法理の核心部分は、国家がある思想を『正統』として定立したり、逆にある思想を『異端』として排除することによって表現行為にペナルティを課すことの禁止にある。表現の内容に基づく規制の中でも特に『敵視』されるのはこうした形での表現の観点に基づく規制である。……差別的表現規制はこうした観点規制の典型に該当するよう見える。』⁸⁵⁾——

上記のとおり、「人種的優越性・人種的憎悪に基づく思想の流布」に対する規制は、「見解規制」ないし「観点規制」の典型に属する。憲法上許容されないのはいうまでもない。

以上のように検討してみると、問題が最終的に収斂してくるのは、行為類型(1)の③(人種差別の扇動)および⑤(暴力行為の扇動)の2つであるように思

84) 安西文雄「表現の自由の保障構造」安西ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』有斐閣、2009年、377-384頁。

85) 阪口・前掲注12) 43頁。

われる。村上は、ここでの「扇動」を「広義」の「独立扇動罪」と解した場合には、表現の自由の保障と抵触するが、「最狭義」の「扇動」すなわち「(被教唆者による犯罪の実行を伴う)教唆」と解した場合には処罰が可能であるとしていた。ここには「扇動」概念をめぐる理論問題が提起されているように思われる。

「扇動」概念については、ドイツの「民衆扇動罪」について丹念な検討を行い、日本の問題状況についても説得的な論旨を展開している前出の桜庭が、整理された考察を行っている。ここでは、桜庭が目する論者の一人である曾根威彦の議論と、これに対する桜庭のコメントを紹介して考察の手がかりとしたい。なお、曾根説のターミノロジーは村上説のそれとは異なっている。――

「言論犯罪」の問題性を検討するなかで曾根は、扇動罪および独立教唆罪の2つにつき、「多くの場合、言論（たとえば演説、ビラ、出版物等）が法益侵害に至る直接の危険行為を待たず、それだけで独立して犯罪となる、という意味において憲法の保障する言論の自由と刑罰法規との対抗関係がもっとも先鋭な形で問われる」とする。そして、現行法上の「扇動」概念規定である破防法4条2項の「この法律で『せん動』とは、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をいう」との規定につき、「その前半は教唆に、後半は（精神的）幫助に近い」として、同項の規定を独立教唆罪のそれと捉える。そして、「扇動と教唆・幫助、とくに破防法の規定するような独立教唆との区別が問題となる」とする。扇動については、その結果として、被扇動者が現に実行を決意し、または既存の決意を助長されるにいたったことは必要でない、とする点で共通理解があるのに対し、独立教唆については見解が分かれるからである。

曾根は、この論点についての3つの立場――①「独立教唆についても扇動と同様、他人（被教唆者）に対して一定の犯罪を実行する決意を新たに生じさせるに足りる行為がなされれば十分であって、それによって被教唆者が犯行の決意を実際にいだくに至ったことを要しない」とする立場、②「独立教唆についても、被教唆者に少なくとも犯罪の決意が生じたことを要する」とする立場（「教

唆と扇動の区別は相手方に犯罪実行の決意が生じたか否かによる」とする立場)、③「扇動についても独立教唆の場合と同様、被扇動者に犯罪実行の意思が生じたことを要する」とする立場——を順次紹介し、自らは次のように述べて③の立場への共感を示す。——「実質的な処罰の相当性からみて、犯罪の成立には、被扇動者が、少なくとも外形上犯罪実行の意思が外部から推認できる程度の具体的な準備行為、予備行為あるいは具体的な実行に向かったの共同謀議を行なった段階で初めて扇動罪が成立すると考えるべきである(……)。この立場〔③の立場〕でも理性に訴えるのが教唆であり、感情に訴えるのが扇動だということになる(……)。そして、もし教唆と区別される扇動概念のこのような理解が許されないというのであれば、それは扇動罪を合憲的に解釈することがきわめて困難であることを物語るものといえよう。」

ところで、同じく言論犯罪であっても、名誉毀損罪や偽証罪など「通常の言論犯罪」と扇動罪等とは「可罰性の実質的根拠」という点で相違があるとされる。すなわち、「通常の言論犯罪の可罰性の実質的根拠は、それぞれの行為が独立的にもっている、法益に対する侵害あるいは危険性にある。ところが扇動罪などの言論犯罪は、独立共犯としての性格から、法益の侵害性あるいは危険性を独自にはもっていない。扇動罪などの危険性、したがって可罰性の基礎は『犯罪の慫慂』にあり、被慫慂者により構成要件が実現される可能性に求められる。扇動罪などはしたがって、独立罪であるにもかかわらず通常の言論犯罪と異なって独立的な危険性を自己の中に備えておらず、被扇動者などによる可能的な構成要件実現に依拠しているのであり、ここにその処罰の実質的根拠が求められるのである。」その意味で、扇動罪などの言論犯罪は「基本的構成要件の前段階的類型」とみることができ、同様の類型である「予備・陰謀」との関係が問われる。この点について検討したうえで、曾根は次のように述べる。——「構成要件実現の可能性という面からみれば、予備・陰謀の方が主体的であり、実現のエネルギーを保有するのに対し、扇動罪などの方はより間接的であり、可罰性の根拠もより稀薄であるといえる。それだけに、扇動罪等の言論犯罪を処罰するためには、法益〔侵害?——ママ〕性の重大さのみならず、危険性を高め補強する条件を付随的に必要とすることになるのである。」

扇動罪の特徴・性格をこのように捉えたうえで曾根は、同罪が合憲的に解釈されうるための要件を考察するための基準理論として、表現の自由規制立法の違憲審査基準であり違反行為の可罰性判定基準としても機能するとされる、いわゆる「明白かつ現在の危険」(clear and present danger)の原則、さらにはその発展とされる「ブランデンバーグ」(Brandenburg)原則——“違法行為等の唱道が、差し迫った非合法の行動を扇動しあるいは生じさせることに向けられ、かつ、このような行動を扇動又は生じさせる蓋然性のある場合でなければこれを禁止することができない”との原則——を採用する。これらが提示する要件を「用語自体の扇動性」「害悪発生」および「切迫性」の3点に整理したうえで曾根は、これら3要件を扇動罪のような犯罪にあてはめるとすれば、それは刑法解釈の次元では、「扇動」行為に対する可罰性の判定基準として機能することになり、その結果、扇動罪は具体的危険犯と解すべきことになるとの結論を導く。最後の点は、扇動等の言論犯罪の性格をめぐる「抽象的危険犯説」と「具体的危険犯説」の対立にかかわる。前者は「扇動等の行為があればそれだけでただちに扇動等の罪が成立すると解する立場」、後者は「表現行為の結果としてその対象となっている危険が現実には発生して初めてこれらの罪が成立すると解する立場」をさす。⁸⁶⁾——

扇動罪を具体的危険犯として限定的に解釈すべきとする曾根の見解は、何人かの論者によっても共有されている。たとえば前出の平川は、曾根と同じく「明白かつ現在の危険」法理および「ブランデンバーグ」法理に言及しつつ、次のように述べる。——「表現の自由という重要な人権の制約を認めるためには、単に法益侵害の抽象的な危険があるというのではたりず、相当程度の具体的・実質的な危険の存在が必要と考えられるからである。……この法理〔「ブランデンバーグ」法理〕による限り、処罰が許容されるのは、具体的な差別的取扱・

86) 以上、曾根説については、曾根『表現の自由と刑事規制』一粒社、1985年、序章および第1章(1-61頁)ほかを参照。なお、曾根のいう〈具体的危険犯としての扇動罪〉が、村上のいう〈「最狭義」の「扇動」すなわち「(被教唆者による犯罪の実行を伴う)教唆」に相当するとみられる。

迫害等の実行を扇動し、その行為が現実に行われる蓋然性がある場合に限り得ることになろう。そして、扇動された行為が実行される可能性のない扇動や単なる差別の宣伝を処罰することは、違憲と解されることになろう。それゆえ、憲法21条の下においては、差別扇動の処罰は、きわめて限定的にしか許容されないと解さざるをえない。⁸⁷⁾

ところで、曾根の議論に対し、桜庭は次のような疑問を提起している。――

「……曾根の批評は規定の違憲性をも視野にいれたものとなっており、その丁寧な論証とも相まって説得力を有している。しかし若干の違和感もある。憲法との結びつきを意識してはいるものの、それが結局は具体的危険犯としての危険性評価に収斂してはいないだろうか。おそらくその前提には、意識的に表現自体に対する評価を避け、表現の自由の保護領域を最大限確保しようという考慮が働いているように思われる。《中略》

このような考慮から、表現の多様性を最大限保障し、規制の問題をもっぱら行為の危険性に限定することが模索されることになる。これは……差別扇動行為の刑事規制を拒否する論者の立場と基本的に合致するものであろう。しかし、そのような表現行為の危険性という、いわば機能的側面からのアプローチが実際にどれほど成功しているかは、疑いを差し挟む余地があると思われる。⁸⁸⁾――

この桜庭の疑義をどう考えるべきか。私見では、前述の「観点規制」の違憲性に鑑みた場合、表現内容の有する（とされる）抽象的危険性ではなく、表現行為による害悪発生の具体的危険性に着目する視点の重要性は否定しえないように思われる。

ところで、この論点については、現在の日本におけるヘイト・スピーチの具体的態様をふまえて、これを「人種差別扇動罪」ないし「暴力行為扇動罪」と

87) 平川・前掲注49) 269-270頁。

88) 桜庭・前掲注62) 36-37頁。

して処罰することの意味合いを考える必要があるように思う。結論からいうと、かなり問題のある状況が想定されるからである。

朝鮮学校襲撃や新大久保などでの排外主義的なデモを、「差別扇動」行為ないし「暴力行為扇動」行為と認定するには、最高裁も踏襲する破防法4条2項の「扇動」規定を前提とした場合、少なくとも当該行為により被扇動者が差別・暴力行為の「実行を決意」するか、または差別・暴力行為実行の「決意を助長」されるような「勢い」のある「刺激」が与えられることが必要となる。しかし、現実的にみた場合、被扇動者である学校関係者・周辺住民・沿道市民・商店街関係者らが、扇動の結果としてなんらかの差別行為や暴力行為の実行を決意する、あるいはその決意を深めるといふ状況はほとんど想定しえない。実際、これらの出来事においては、たとえば、周辺住民や沿道市民が、ヘイト・スピーチのターゲットとされた朝鮮学校や新大久保・鶴橋地域の在日コリアンに対してなんらかの差別行為や暴力行為に及ぶようなことは、その片鱗さえみられなかった。この事情は、現在のヘイト・スピーチの特徴の1つにも由来する。在日コリアンに向けられたヘイト・スピーチには、前述のように実質的には〈政府公認〉の差別・敵視・憎悪の感情を、暴力的に表出・発散することによりカタルシスを得るといふ面が看取される。感情の表出自体が自己目的となっている行為は、他になんらかの目的（ここでは、他者による差別行為・暴力行為の惹起）を通常はもたない。実際の現場で、差別行為・暴力行為の惹起の片鱗さえみられないのは、このようなことも関係しているであろう。

かかる状況下では、一方では、これらの行為を「扇動」と認定することがほとんど不可能となり、処罰の実効性は期待できない。他方、あくまでもこれらの行為を「扇動」として処罰しようとするれば、抽象的危険犯概念に基づく恣意的な処罰とならざるをえないのである。

以上のように考察してみると、CERDが推奨するような「広義」の「独立扇動罪」の規定はもとより、具体的危険犯としての扇動罪を導入することにも、憲法上あるいは刑事政策上の難点があることが理解される。

こうして、ヘイト・スピーチに対する刑事法的な対応の試みは、これを名誉毀損罪ないし侮辱罪系列の犯罪と位置づけ、その可罰性を探究するという方向

に進むこととなる。

その代表的な試論として、内野正幸の所説を挙げることに異論はなかりう。「条件付合憲説」とされる内野説は次のように主張される。――

「差別的表現のうち合憲的に規制しうるのは、ことさらに侮辱する意図をもって行われる、きわめて悪質なものにかぎられる。」⁸⁹⁾

「おそらく、悪質な差別的表現を、それがいわば被害者に伝わった場合に限って処罰する趣旨の立法は、憲法における『表現の自由』の要請に反しない、と考えることができよう。……

差別的表現のうち一定種類のもの、とくに侮辱を自己目的とするものは、個人の人格の発展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、価値の低い表現に属する。したがって、それは、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ないし対抗利益があれば、合憲的に禁止できる。そして、差別的表現のもたらす被差別者個々人の名誉感情の侵害から被差別者を守ることの必要性は、このような対抗利益としての資格をもつ。それゆえに、被差別部落民集団に対する名誉侵害的な言論を禁止しても、違憲とはならない。」⁹⁰⁾

上記引用の末尾部分からもわかるように、この内野の議論は、直接的には被差別部落出身者をターゲットとする差別的表現の問題（いわゆる「差別語」問題）を背景としている。ただ、この立論は今日のヘイト・スピーチ規制問題にもあてはまるものとみてよい。このことは、上記の議論をふまえて内野が提示した「差別的表現処罰立法」私案の内容からも推認できる。同案は、「身分の出身、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もの」を刑事罰に処すると定めるが、その「侮辱」には、「少数者集団もしくはそれに属する個人に対する殺傷、追放または

89) 内野・前掲注14) 200頁。

90) 内野・前掲注13) 160-161頁。

排除の主張を通じて行う侮辱」が含まれるとされているからである⁹¹⁾。今日のヘイト・スピーチの内実、まさに特定の人間集団の「殺傷、追放または排除の主張」なのである。

内野説の特徴は、①差別的表現を人種差別撤廃条約4条の想定するような扇動行為というよりは、侮辱罪の延長線上で捉えている点、②個人に対する名誉毀損・侮辱などを集団の場合にも拡大しようとする点、および③処罰範囲の明確化のために「ことさらに侮辱する意図」という主観的要件によって限定を図っている点にあるとみられる⁹²⁾。

内野私案については多くの論評があるが、比較的まとまったものとして平川によるものがある。前述のように平川は、「差別的表現の刑法的規制」の問題を、「差別的扇動・宣伝の処罰」の場合と「差別的名誉毀損・侮辱の処罰」の場合とに分けて考察したが、後者についての検討のなかで内野私案に言及している。

「差別的名誉毀損・侮辱は、個人に対する差別的名誉毀損・侮辱と、集団に対する差別的名誉毀損・侮辱とに区別される。

個人に対する差別的名誉毀損・侮辱は、名誉毀損罪(230条)・侮辱罪(231条)で処罰が可能である。名誉毀損罪の最高刑は3年の懲役であるから、差別的名誉毀損を名誉毀損罪で処理することに問題はないであろう。侮辱罪は、私見によれば、まさにかような差別的侮辱を罰するための規定と解される。私は、この見地から侮辱罪を再構成し、法定刑の若干の引き上げを行うのが妥当と考える(……)。

集団に対する名誉毀損・侮辱は、それを個別の構成員に対する名誉毀損・侮辱と解する場合でなければ、名誉毀損罪・侮辱罪で処罰することはできない。独立性のない集団に対しては、名誉毀損罪・侮辱罪は成立しないと解されるからである(……)。しかし、立法論的には、これを侮辱罪の

91) 内野・前掲注13) 168頁。

92) 桜庭・前掲注62) 26頁、大沢・前掲注11) 56頁の指摘から析出した。

延長線上でとらえ、集団侮辱罪として犯罪化することは、考慮に値するようと思われる。集団に対する差別的名誉毀損・侮辱は、差別意思・差別感情の表示を本質とするものであり、その根底には被差別者の人間の尊厳の否定がある。それゆえ、集団に対する差別的名誉毀損・侮辱は、これを集団構成員の人間の尊厳の否定に還元してとらえることが可能である。この見地からは、これらの行為は、集団に対する侮辱を通じて間接的に構成員の人間の尊厳を侵害する行為としてとらえられることになる。そして、このような表現は、市民自治のために市民に知る必要のある情報を伝えるものではないから、これを刑罰で禁じることは、憲法に違反しないと解される(……)。このように考えれば、『集団侮辱罪』を侮辱罪の延長線上で犯罪化することは、必ずしも不当ではないと思われる。ただし、いかなる表現が差別的な集団侮辱にあたるかは、必ずしも明白ではない。処罰が不当に広がる場合には、正当な表現を抑圧し、差別意識を逆に強化・固定化するおそれもないではない。たとえ集団侮辱を犯罪化するとしても、差別の意図・目的をもった差別性が明白な悪質な表現に限定する必要があるように思われる。』⁹³⁾——

平川コメントには、検討すべきいくつかの論点が含まれている。第1は、名誉毀損罪として構成するか侮辱罪として構成するか、第2は、立法論として集団侮辱罪ないし集団名誉毀損罪の創設は可能か、第3は、同じく立法論として差別ないし侮辱の「意図」を構成要件に含めるか否か、である。

第1点については、内野・平川ともに名誉毀損罪ではなく侮辱罪的構成を提唱している。両罪の違いは、周知のとおり事実の摘示の有無にある。このことから、ある侮辱的ないし名誉侵害的言動につき、これを名誉毀損として立件す

93) 平川・前掲注49) 270-271頁。引用文中で、平川が『『集団侮辱罪』を侮辱罪の延長線上で犯罪化』した例として挙げるのが、内野私案である。この部分の注記において、平川は「差別的集団侮辱を集団に属する多数人の名誉感情に対する危険犯としてとらえ、その犯罪化を主張するもの」として内野私案を紹介している。(271頁注11)

るのは侮辱罪でのそれよりもハードルが高いとされる。この事情を、京都朝鮮学園襲撃刑事事件の1審・京都地裁判決（2011年4月21日）へのコメントのなかで、前田朗は次のようにいう。なお、同判決は、本件につき侮辱罪および威力業務妨害罪が成立するとし 被告人（4名）を懲役1年から2年（執行猶予4年）の刑に処するとした。——「本件では、名誉毀損罪（刑法第230条）を適用せず、侮辱罪での起訴となった。事実の摘示の有無に関する法的評価の分かれともいえるが、実際には名誉毀損罪一般につきまとう立証の困難があったのであろう。憲法上の表現の自由との関係があり、被告人側が争えば、検察側は立証に多大の精力を注ぐ必要が出てくる。」⁹⁴⁾——

前田コメントのとおり、名誉毀損罪で処罰しようとする場合、刑法230条の2との関係で、摘示された事実の「真实性」が問題となる。立証の困難さに加え、前述の「逆効果」の問題も生ずる。前田は、「『3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金』が法定刑とされる名誉毀損罪ではなく、『拘留又は科料』の侮辱罪を選択したことには疑問が残る」⁹⁵⁾とするが、これについては、平川の提唱する侮辱罪の法定刑引き上げが一考に値するし、それが困難な場合、京都地裁判決が行ったような、他の犯罪（本件では威力業務妨害罪）の援用による量刑の加重が考えられる。京都朝鮮学園襲撃事件にしても排外主義デモにしても、侮辱罪・威力業務妨害罪・器物損壊罪・脅迫罪・強要罪など複数の犯罪に該当するケースが多いことから、行為実態に即した実効的な処罰の方途を検討すべきであろう。

第2の、集団侮辱罪ないし集団名誉毀損罪の可能性の問題はやや難しい。さしあたり侮辱罪についていえば、判例・通説は、その保護法益を名誉感情ではなく外部的名誉（社会的評価）としたうえで、自然人の集団が同罪の被害者となるのは、法人など独立性を有し統一的な意思のもとに行動するものに限定しているとしている。先の京都地裁判決も、学校法人京都朝鮮学園および同法人の設

94) 前田朗「団体構成員らが学校や労組事務所に押し掛けて侮辱的言辞を呼号し喧騒を引き起こすなどしたことが威力業務妨害、侮辱等にあたるとされた事例」TKCローライブラリー（新・判例解説Watch◆国際公法No. 2)LEX/DB25471643.

95) 同上。

置運営する京都朝鮮第一初級学校を侮辱罪の被害者と認定した。とくに後者について、「社会において統一的な意思の下に行動する団体」とし「その運営主体である学校法人の名誉とは別に保護に値する」⁹⁶⁾と判示している。この侮辱罪の対象を法人・団体ではなく、集団一般に拡大しようとする場合、平川のように「集団構成員への還元」という論法をとることになるが、その法的効果を構成員に還元しうる「集団」の外延は無限ではありえないだろう。外延の不明確な「集団」への侮辱罪を立法化することは、前述の、憲法適合性を認めることのできない「人種的優越・憎悪に基づく思想の流布」の刑事処罰に限りなく近づくことになりはしないか。

以上の考察をふまえると、「集団侮辱罪」(ないし「集団名誉毀損罪」)の立法化は困難であるといわねばならない。

論点の第3(差別・侮辱の「意図」を構成要件に含めるか)は、あくまでも「集団侮辱罪」の立法化を前提とする立法論に属するので、ここで検討する必要はないかもしれない。一言だけ述べると、内野は、これにより処罰の範囲を限定しようというが、逆にいえば、侮辱罪の構成要件に主観的要素を盛り込むことは、実際の適用場面では立証が困難となるということの意味する。前述の「逆効果」問題は、ここでも浮上しよう。立法政策の見地からみて、このように適用困難な犯罪規定を新設することの妥当性は相当に疑わしい。それよりも、現行規定を活用してヘイト・スピーチを実効的に規制するという選択こそが望ましいのではないか。その際、行為の外形的・客観的な評価に基づく法益侵害性の認定——桜庭が疑問視する「機能的側面からのアプローチ」——に徹すべきであると思われる。先に紹介した批判的人種理論や言語社会学の見解は、この「機能的側面からのアプローチ」の場面で援用されるべきであろう。

おわりに

以上の考察を整理するかたちで、本稿の設定した課題(ヘイト・スピーチに

96) 前田・前掲注94)。

対する刑事処罰の是非)につき総括的な見解を示したい。ここでも、前出の行為類型に即した整理となる。——行為(1)の④(特定の人種集団に対する暴力行為)は、現行法で処罰が可能であり、新たな犯罪規定は不要である。行為(1)の①(人種的優越に基づく思想の流布)および②(人種的憎悪に基づく思想の流布)については、これらを犯罪化することには違憲の疑いがある。基本的には、前述の〈市民社会レベルの対抗言論〉で対処すべきである。行為(1)の③(人種差別の扇動)および⑤(特定の人種集団に対する暴力行為の扇動)については、扇動罪の構成・集団侮辱罪の構成のいずれも憲法解釈上および刑事政策上の難点がある。したがって、これらについても既存の犯罪規定で対処すべきである。

このように、基本的には現行法で対処すべきである、というのが筆者のスタンスである。現在のヘイト・スピーチについては、これを犯罪として処罰するための立法措置がなされていないことにはなく、現行法で対処可能であるのにそれが適切になされていない——その原因の1つは現行刑事訴訟法の起訴独占主義(247条)および起訴便宜主義(248条)のもとでの恣意的・差別的な刑事訴追のありかたにある——ことに問題があると思料されるからである。

考察を終えるにあたり、阪口正二郎による、憲法原理論にかかわる次のような問題提起について考えてみたい。

阪口は、アメリカでの議論をふまえて、「差別的表現規制」の要求は、「観点に基づく規制の禁止」および「表現行為の価値序列の設定の拒否」という、「表現の自由の伝統の中核にある2つの考え方」の修正ないし放棄を迫るものであり、その意味で、差別的表現規制の問題は「基本的な原理のレベルに関わるどぎつい選択」を迫るものだとする。「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」ともいう⁹⁷⁾。

阪口の指摘どおり、ある表現行為につき、当該表現の内容・観点に基づいて、あるいは表現行為の序列化をふまえて規制すること、とくにこれに対して刑事

97) 阪口・前掲注12) 43-44頁。

罰を科すことは、憲法原理にかかわる重大な転換を意味する。故事になぞらえるならば、ある国の憲法にとってそれは〈ルビコンを渡る〉(Cross the Rubicon) 所為であるということもできよう。この問題で、すでに〈ルビコンを渡った〉観のあるカナダでは、刑事規制容認論のアーウィン・コトラーが、「憲法は自殺の協約 (a suicide pact) ではない」と断言しつつ、ヘイト・スピーチのもたらす害悪から「民主社会の基本原則」を擁護することの正当性を主張していた。だが、ヘイト・スピーチの刑事規制によって憲法の自滅が回避されるのか、それとも〈ルビコンを渡った〉ことがカナダ憲法の重大な変節を意味するのか、その帰すうは慎重に見極められねばならない。それは、日本の立憲主義の針路を見定めるうえでも緊要である。