

Symposium Hate Speech Regulations in Japan: How Far Could We Go from Here?

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2018-09-13 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Erik, Bleich, Tomimatsu, Shiki, Komamura, Keigo, Nasu, Yuji, Higashikawa, Koji メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00052164

This work is licensed under a Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0
International License.



シンポジウム 『ヘイト・スピーチはどこまで規制できるか』

エリック・ブライシュ・富増四季
駒村圭吾・奈須祐治・東川浩二

はじめに

以下に掲載するのは、2017年12月16日に、金沢大学基礎法研究会が主催したシンポジウム『ヘイト・スピーチはどこまで規制できるか』のために、各報告者によって準備された論稿である。以下では、本シンポジウムの趣旨と背景について、2点ほど説明しておきたい。

第1は、我が国のヘイト・スピーチ規制の状況である。我が国では、2013年ごろから在日特権を許さない市民の会（以下、在特会）を中心として、主として在日韓国・朝鮮人を対象としたヘイト・スピーチが問題化した。同年10月には、京都の朝鮮学校に対する在特会のヘイト・スピーチを違法とした日本で最初の司法判断が下された¹。この地裁判決は、2014年に大阪高裁で理由付けが若干修正されたものの、結論において支持され²、同年、最終的に最高裁で確定した³。高裁判決後には、複数の政治家がヘイト・スピーチ規制について積極的に言及したこともあり⁴、2014年は、我が国で急速にヘイト・スピーチ規制の機運が高まった時期であると言える。

2015年には大阪市がヘイト・スピーチ規制の条例案を発表し、2016年1月には条例が可決した。この条例（以下、大阪市条例）は、我が国で初めてヘイ

1 京都地裁平成25年10月7日判例時報2208号74頁。

2 大阪高裁平成26年7月8日判例時報2232号34頁。

3 最高裁平成26年12月9日LEX/DB25505638。

4 例えば、舛添東京都知事（当時）と安倍首相による発言がある。参照「ヘイトスピーチ規制 首相『党内で検討』」2014年8月7日朝日新聞（夕刊）。

ト・スピーチの法的定義を与えたものとして重要である。その後国会においても、ヘイト・スピーチ解消のための法律（以下、ヘイト・スピーチ解消法）が制定された。大阪市条例とヘイト・スピーチ解消法は、保護の対象が狭いとか、罰則規定が盛り込まれていないなど、いくつかの問題点を指摘できるが、米国を除く欧米各国と同様に、我が国がヘイト・スピーチ規制のために前向きな姿勢を示したものと評価できる。

一方で、大阪市条例以降、複数の自治体が同様の条例を制定する動きをみせたが、中には、ヘイト・スピーチを行う団体からの公共施設の利用の制限を導入する自治体も現れるようになった。言論に対する事前規制にあたるこうした手法は、大阪市が慎重に検討し、結果的に条例に採用しなかったものであり⁵、その意味で、我が国のヘイト・スピーチ規制のあり方について、あらたな問題提起になっているように思われた。本シンポジウムはこのような状況のもとで、ヘイト・スピーチは、合憲的に規制できるものなのか、規制できるとするどどのような方法が考えられるのか、規制できればそれで問題は解決したと言えるのか（差別は無くなるのか、他の問題を引き起こしたりしないか）ということ、そしてそもそもヘイト・スピーチとは一体何かということ、改めて問い直すために企画されたものである。

第2は、本シンポジウムの登壇者についてである。企画者は2016年11月に地方自治学会で、大阪市条例について報告する機会を与えられ⁶、以降、憲法学者がこの問題をどのように考えているか、特に、条例でヘイト・スピーチを規制することの問題についてどう考えるかについて関心を持っていた。そこで、規制について賛否が分かれている憲法学者の立場を整理する必要性を感じ、異なる論者の報告を一度に聞く機会があれば便利だろうと、個人的にぼんやりと考えていた。

5 2015年2月25日に出された大阪市に対する答申「ヘイトスピーチに対する大阪市としてとるべき方策について」9-10頁を参照。

6 東川浩二「自治体行政と人権保障（ヘイトスピーチ規制）」日本地方自治学会2016年研究会共通論題『自治体行政の中の憲法』2016年11月20日（於：南山大学）。

その後 2017 年 3 月に、企画者が別の国際会議で日本のヘイト・スピーチ規制について報告するよう依頼された時に、同じく登壇者として参加していた富増四季弁護士と意見交換する機会があった⁷。富増弁護士は、在特会事件の主任弁護人であり、ヘイト・スピーチの被害者の苦悩についてよく知っているにも関わらず（あるいは、だからこそ）、単純なヘイト・スピーチ規制には反対の立場であった。この時に、以前から日本のヘイト・スピーチの状況について企画者と情報交換を行っていたエリック・ブライシュ教授が、日本のヘイト・スピーチの専門家と交流を持ちたいと言っていたことを思い出し、規制容認の立場をとる政治学者と、規制反対の立場をとる実務家の組み合わせも、双方の視点の違いが際立って面白いのではないかと考えた。

このようにして、ブライシュ教授と富増弁護士を軸にシンポジウムの原案ができあがり、2017 年 8 月ごろから、憲法学の立場からの報告を組み合わせる方向で、登壇者の選定に入った。ブライシュ教授が参加する関係で、登壇者は全員英語で報告することになっていたのだが、幸いなことに、言論の自由の専門家であり、規制を警戒する立場から駒村圭吾教授、公共施設の利用拒否や事前規制型条例の問題点という各論的考察を奈須祐治教授に、それぞれお願いすることができた。企画の趣旨を理解し、短い準備期間で、最新の状況も踏まえた刺激的な報告をしていただいた、各登壇者の先生に、改めてお礼を申し上げたい。また本シンポジウム開催にあたっては、金沢大学人間社会研究域法学系と金沢大学法政学会理事会より、財政面の支援を受けた。記して感謝申し上げたい。

企画・司会 東川 浩二

7 Koji Higashikawa, Hate Speech Law in Japan, Featured Panel Presentation: Free Speech & Hate Speech - History, Story, Narrative, Mar. 23rd, 2017, The Asian Conference on Ethics, Religion & Philosophy.

基調講演 「ヘイト・スピーチとは何か」

エリック・ブライシュ

東 川 浩 二 (訳)

ヘイト・スピーチは、この現代に特有の厄災のように見えるかもしれません。

例えば、2015年にドナルド・トランプは、大統領選挙の選挙戦で、あるとき次のように述べました。「メキシコから人々がやってくるが、彼らはベストな人たちじゃない。彼らは麻薬を持ち込んでくる。犯罪を持ち込んでくる。彼らは強姦魔なんだ。いや、確かに、何人かは良い人もいるとは思うがね」と。

この種の挑発的な言葉に対処しなくてはならないのは、アメリカだけではありません。今年(訳者注：2017年)の10月には、ドイツのための選択政党が議会で第3党の地位につきました。第2次大戦以降のドイツで、極右政党が議席を獲得したのは初めてのことです。党の共同代表の1人は「外国人の侵略」と戦うことを大っぴらに話しています。

問題は選挙政治に限られたことではありません。スペインとアメリカの保守系団体は共同して資金提供し、アメリカ中の都市を回る「言論の自由バス(Free Speech Bus)」を走らせました。バスの側面には、派手なデザインで「男は男らしく、女は女らしく、そういうものさ」と書かれていました。これはトランスジェンダーの人々の主張を攻撃するためのもので、LGBTQの権利擁護団体は、これを「ヘイト・バス」だと非難しました。

さらに2017年の夏には、極右の活動家たちがヴァージニア州シャーロットビルを行進して、「ユダヤ人に俺たちを滅ぼさせるものか」と口々に叫びました。

これらは最近のできごとのほんの一例です。人々は、他人をその属性に基づいて侮辱し続けてきました。何年も、何世紀も、もしかすると1000年の間も。

では、ヘイト・スピーチというのは、一体何が新しいのでしょうか。

ここでの私の話の目的は、1つは、この言葉の歴史的背景を説明することです。これはどのくらい古いもので、どこからやって来たのか。

もう1つの目的は、ヘイト・スピーチとは何を意味するのかに注目することです。というのも、ある人々にとって、先ほどあげた例は、全て明らかにヘイト・スピーチに該当するものです。しかし他の人々にとっては、少なくともあの例のうちの1つについて、何人かはこう思ったかもしれません。「本当にヘイト・スピーチなのか？」と。

もしみなさんがヘイト・スピーチの公式の定義について手短な要約を聞きたいのであれば、私はみなさんをはっきりさせてしまうでしょう。私が申し上げたいのは、ヘイト・スピーチには単純で統一的な定義というものはないということなのです。それは観念的な言葉です。文脈や制度的背景が変われば、その意味もまた変わってくるのです。

まずその文脈や状況ごとに、それがどのような意味になるのかを探求してみましよう。ヘイト・スピーチの学問的議論から始めてみたいと思います。様々な研究者がヘイト・スピーチをどのように概念化しているかを知ることは、これらの議論の重要な出発点になります。しかし、研究者の定義だけでは、ヘイト・スピーチを理解するのに十分とは言えません。

私はこの言葉を公衆全般がどのように使っているのかについても注目しようと思います。ここでは主としてアメリカの文脈に注目してみます。アメリカは、おそらく世界中で最もヘイト・スピーチが公的議論の一部になっている国です。このことは、政治的言論や、より広く政治一般において、どのようにヘイト・スピーチが用いられて来たかという議論へとつながっていきます。そして最後に、法的、そして政策的議論状況において、ヘイト・スピーチが何を意味するのかを考えることにします。

この最後の部分には特に注目するつもりです。私は、アメリカでヘイト・スピーチがどのように規制されてきたかについて、ヨーロッパ諸国の例と比較し

て、その大きな違いについて説明します。そうすることによって、我々がヘイト・スピーチだと考えるであろう様々な表現を評価する際の、基準点を得ることができるでしょう。

個々のヘイト・スピーチと言われている言葉の例がどれほどひどいものであるかを理解するために、我々が共通の語彙を持つとすれば、法的、そして政策的領域における、アメリカとヨーロッパ各国の違いを理解することは特に有意義なことであると思います。

概念としてのヘイト・スピーチの歴史的発展

多くの自由民主主義国家では、政治家や市民社会の活動家たち、そしてメディアは、皆、ヘイト・スピーチやヘイト・クライム、そしてヘイト・グループを喫緊の問題として話しています。「ヘイト」という言葉は、様々な形で現れる、人種差別、性差別、同性愛嫌悪、外国人嫌悪、それらに類する問題に対する懸念を統合する概念として機能しています。しかし、すでに示唆したように、「ヘイト」がこうした感情の根底にあるものとして注目されるようになったのは、比較的最近のことです。

第2次大戦直後の時期では、ドイツ、オーストリア、イタリアといったヨーロッパの国々は、国家社会主義のプロパガンダ、ナチスの旗や鉤十字のようなシンボルや、「ヒットラーに敬礼！」という行為は禁止されました。しかし彼らがそうしたのはヘイト・スピーチと戦うためではありません。それはファシズムと戦うためでした。

1960年代は、まさに国際社会が憎悪にあふれた言論に注目し始めた時代でした。しかしこれもヘイト・スピーチという考え方があったからそうしたものではありません。それは人種差別主義と戦うためでした。この時期は急激な脱植民地化の時代であり、アメリカでは公民権運動が起きていましたし、南アフリカではまだアパルトヘイトがありました。世界中の政策立案者の頭の中には、

人種や人種差別主義という問題があったのです。

1965年に国連は、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（以下、ICERD）を採択しました。この条約はどの国にも法的拘束力を持たないということには注意が必要です。しかしながら、この条約で人種差別主義に注目して行く中で、後に我々がヘイト・スピーチと呼ぶことになるものをやめさせるという考えが定着しました。

例えば ICERD の第 4 条は以下のように規定しています。重要な部分は下線で示しました。基本的に締結国に以下のように求めています。

(a) 人種的優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の扇動、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。

しかし、この国連の努力をヘイト・スピーチと戦う方策の一部として考えるのは、やや時代状況にあっていません。第 4 条は 25 条ある ICERD の 1 条にすぎません。言論について述べているのはこの 4 条だけであり、この 4 条も、ヘイト・スピーチのことだけを述べているのではありません。加えて、ICERD を締結した国のいくつかは明示的にこの 4 条について留保をつけており、アメリカはそうした国の 1 つです。

アメリカとは対症的に、この同じ時期のヨーロッパ各国は人種差別主義者の言論の諸形態を禁止する国内法を制定し始めました。中には ICERD に触発されてできたものもあったし、国際的要因よりも国内的要因の結果として作られたものもありました。

1960年、ドイツは、人口の一部分を、治安を脅かすような態様で憎悪を煽動したり侮辱したりすることを違法化しました。イギリスは、1965年に、人

種関係法 (Race Relations Act) が、肌の色、人種、あるいは民族あるいは出身国を理由に、イギリスの公衆の一部に対して憎悪を掻き立てる可能性のある、脅迫的、口汚い、あるいは侮辱的な言葉を故意に用いることを禁じました。1972年のフランスの反人種差別法は、ある民族、国籍、人種、あるいは確固とした信仰のグループに属している若しくは属していないことを理由として、人や人のグループに向けられた「侮辱」、「名誉毀損」、あるいは「挑発」から、暴力、差別あるいは憎悪までを犯罪としました。

したがって、ヘイト・スピーチに対する規定は国によって、若干異なった形態となっています。しかしヨーロッパでは徐々に共通性がみられるようになってきました。もっとも、ここでもやはりそれらはヘイト・スピーチに対する規定とは考えられていませんでした。それらは人種差別主義に対する規定でした。

アメリカでは、ヘイト・スピーチの歴史は異なる経過を辿りました。アメリカでは「ヘイト」は注意深く選ばれた概念でした。政治的動員を起こすためにより抜かれた言葉でした。80年代から90年代にかけて、左傾化した公民権グループは、人種、民族、宗教、ジェンダー、そして性的指向といった問題を中心に組織され、彼らが言うところの「偏見に基づいた」犯罪、つまり「ヘイト」クライムの問題を取り上げ始めました。

「ヘイト・クライム」は、こうした事件の背景にある感情をはっきりと伝える言葉でした。これらのグループは、彼らが考える程度や状況の重要性を伝えるために「頻発」のような言葉を使い、立法による対応を求めました。彼らの運動の強さは、当時現れつつあった政治的には右寄りの、被害者の権利運動と重なり合いました。

こうした左と右の双方からの勢いが組み合わさることで、1980年代初頭に州レベルでヘイト・クライム法成立の波が起きました。80年代と90年代には40を超える州がヘイト・クライムの規定を持つに至りました。ヘイトへの注目はヘイト・クライムをめぐり政治的動員を通じて行われましたが、同時に、

ヘイト・スピーチもあつという間に全米的に使われる言葉になったのです。

ヘイト・スピーチという用語は 80 年代と 90 年代に急激に広まりました。それは主として Mari Matsuda や Charles Lawrence III、Richard Delgado、Jean Stefancic、そして Kimberlé Crenshaw のような批判的人種理論の理論家たちと関係していました。これらの研究者は、人種差別主義者による侮辱の具体的な害悪に注目しました。彼らは、彼らのいうアメリカ的な「(訳者注：言論の自由を保障する合衆国憲法) 第 1 修正への信仰」がこうした害悪を十分に検討することを妨げていると批判しました。第 1 修正は「連邦議会は・・・言論の自由を縮減する法律を制定してはならない」と定めています。批判的人種理論の理論家たちは、とりわけ言論の自由を絶対とみなすような立場に懐疑的でした。言論の自由絶対主義者たちは、全ての言論は、それがどれほど煽動的なものであれ、第 1 修正によって保護されると主張しています。

80 年代や 90 年代の批判的人種理論の理論家たちは、主として大学の「キャンパス内での言論の規則」に注目しました。こうした規則は大学のコミュニティ内でなされたヘイト・スピーチの諸形態を制限しようとしてきました。これらの規則の多くは 90 年代初頭に州や連邦の裁判所によって棄却されました。こうした大学キャンパスをめぐる論争は現在でもなお激しく続いています。大部分の大学の規則では、実際には「ヘイト・スピーチ」という言葉は使われていません。

換言すれば、ヘイト・スピーチに関する議論は、アメリカでは広く行われてきましたが、その言葉の概念は緩いもので、公的、政策的、あるいは法的な用語としては使われていません。

ヘイト・スピーチの様々な定義を検討する前に、80 年代、90 年代以降に起こった、ヘイト・スピーチの問題の 3 つの大きな進展について明らかにしましょう。

第 1 に、いくつかの国では新しい種類のヘイト・スピーチが明らかになり、それらを禁止してきました。特に、ホロコースト否定は多くのヨーロッパの

国々で禁じられています。地域によっては、ホロコーストは起きなかったとか、ある人々が言うほど悪いことではなかったと言うことさえ、犯罪になります。またいくつかの国は他の若しくは全ての虐殺行為についても、否定や矮小化することを禁止しました。

第2に、保護されるグループが拡大されてきました。イギリスはこのことを示す好例です。1965年の法律は人種、肌の色、あるいは民族若しくは出身国に基づく人々のグループに適用されましたが、「人種関係を悪化させる」言論を禁じる1998年の法律は、これらの4つのグループだけでなく、市民としての地位（国籍）を保護の対象に加えました。2001年には宗教も加えました。2003年には障害と性的指向を、2012年にはトランスジェンダーの人も加えるように改正されました。

第3の発展は、ヘイト・スピーチが新たに起こるようになった場所についてのもので、ヨーロッパの法域では徐々にインターネット上のヘイト・スピーチを制限しようとしてきました。インターネットは規制が難しい場所です。しかし不可能ではありませんし、ある程度は実際に規制しました。対照的にアメリカではインターネット上のヘイト・スピーチを制限する法を作ることにはできませんが、「サービスの利用条件」の規定はあります。フェイスブックやツイッター、（訳者注：オンライン決済サービスである）Paypalあるいは他の人気のあるネット企業のサービスを利用するためには、これらのルールに従わなくてはなりません。アメリカでは、ネット上のヘイト・スピーチの制限は、公的、法的なレベルではなく、私的な、ビジネスのレベルで行われているのです。

ここまでの概略的な歴史の検討の要点は、ヘイト・スピーチの概念はほんのわずか数十年のうちに現れたものということです。ヘイト・スピーチは長く続き、喫緊の問題であるのかもしれませんが、概念としてのヘイト・スピーチは、ごく最近になって、法、政策、そして議論が増えて来るにしたがって生まれたものです。

ヘイト・スピーチとはどういう意味か

こうした歴史を前提にすると、ヘイト・スピーチの定義が難しいことは、驚くべきことではないかもしれません。しかしこう問うてみることは依然として重要です。つまり、ヘイト・スピーチの定義は、まだ作成中なのか、あるいはどうにもならないほど難しいのか、ということです。換言すれば、簡便で普遍的に合意できる定義を持つにはまだ早すぎるということなのか、あるいはヘイト・スピーチは何を意味しているのかについて、我々は根本的に異なった方法で考え直す必要があるのでしょうか。

ここでヘイト・スピーチを概念化しようと格闘してきた数人の重要な研究者の考察を検討しましょう。ここでも、ヘイト・スピーチの最終的な定義を得ることが目的なのではないことを強調しておきたいと思います。私の目標はその用語の複雑さについてみなさんにより深い理解を持ってもらうことです。

ヘイト・スピーチという言葉が最初に使い始めたのは批判的人種理論の理論家たちだということはすでに述べました。もっとも 80 年代という昔にその言葉を使っていたとしても、彼らは滅多にその言葉に正確な定義を与えませんでした。2004 年、批判的人種理論の理論家である Richard Delgado と Jean Stefancic は「傷つける言葉を理解する (Understanding Words That Wound)」という本を書き、そこに「ヘイト・スピーチとは何か」という項目を入れました。これは、こうした研究者たちにとって、ほぼ 20 年間にわたる批判的人種理論の構築を振り返り、用語の簡便な定義を与えるのに理想的な機会となりました。

実際、Delgado と Stefancic は、そうした定義が是非とも必要であると考えています。彼らは「多くの人がヘイト・スピーチという言葉で、その意味を明らかにせず、あるいは考慮の対象になるかもしれない様々な種類の発言と区別することなく、ゆるく使ってきた。確かにこれは分析上の不明確さと政策上の混乱の原因です。」と発言しました。

しかしながら、その次に来るものは正確な定義ではありません。代わりに、

彼らはその概念の多くの様々な側面を取りあげました。ヘイト・スピーチとは「直接的だったり間接的だったり、隠喩的な場合もあればあからさまになされる場合もあり、単発のものあれば繰り返されるものもあり、権威や権力に支持されているものもあればそうでないものもあり、暴力の脅迫を伴うものもあればそうでない」ものもあるのです。個人を対象にしたもの、小グループ、グループ一般に向けられるものもあれば、口頭によるもの、文書によるもの、あるいはネット上のものもあります。モニュメントや旗、スポーツのロゴマークを含む場合もあります。教師が言う場合もあれば、通行人、公に発言する人の場合もあります。彼らの言葉を借りれば「暗い夜に幼い被害者を取り囲む3人の不良少年が言う場合もあれば、教養のある上品ぶった文筆家による場合もある」のです。

こうした長いリストを見ると私たちが何を求めているのかについての直感が得られますが、それでも実際にヘイト・スピーチを定義できるものではありません。

イギリスの政治理論家で、貴族院議員でもある Bhikhu Parekh もはっきりと、ヘイト・スピーチに1つの定義を与えることは難しいと言っています⁸。「ヘイト・スピーチに至らなくても、不愉快で、道徳的に容認できないような言論はあり得る」と彼は注記しています。多少躊躇しながらですが、彼はヘイト・スピーチについて話すときに、「(定義の) わかりやすい代替案として使えるものはない」と言います。というのも、この言葉は非常に幅広く使われているからです。

もし定義を与えることが不可能だとしても、それをできるだけ正確に定義するのは、彼が言うように、良いアイデアでしょう。多くの人がその言葉を使っているというような状況で、彼は、彼の言う「合理的と言える程度に正確な」

8 以下の議論は Bhikhu Parekh, “Is There a Case for Banning Hate Speech?”, pp. 37-56 in Michael Herz and Peter Molnar, eds., *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012. に基づく。

定義をしています。Parekh はヘイト・スピーチを「人種、民族、ジェンダー、宗教、国籍、性的指向のような、特定の（諸）特徴によって区別される個人の集団に対して、憎悪を表明、助長、挑発、あるいは煽動するもの」としました。これは実用的な定義に見えますし、目的次第では、確かに実用的です。

しかしこの定義には弱点もあります。例えばこの定義は聴衆側の憎悪に主要な注目があり、話者の側にはあまり注目していません。Parekh にとって、ヘイト・スピーチは、それを聞いた人が憎悪を掻き立てられるかという点が重要であり、それを話した人が憎悪に動機付けられていたかどうかはあまり注意していません。また、彼の定義では、聴衆が憎悪という特定の感情を持つに至ることが必要であり、不快感や嫌悪感、拒否感あるいは恐怖心を抱いたというだけでは十分ではないのです。

このことはこの定義を実際に当てはめた時に論争を引き起こします。例えば Parekh は 2 種類の言論を比較しています。誰かが「アラブ人はフランスから出て行け」と書く場合と、ブルカを身につけた女性のポスターに「彼女がその下に何を隠し持っているか誰もわからない、盗品？銃？爆弾かも？」と書かれている場合です。

Parekh は前者はヘイト・スピーチだが後者は違うと言います。彼にとって、ポスターの方は疑惑や不信感を生じさせますが、憎悪は生じていません。疑惑、不信感、不快感やその他のネガティブな態度や感情が生じることは、その言葉はヘイト・スピーチではないということを意味しています。Parekh のヘイト・スピーチの定義が狭いことを考えれば、こうした考えはわかりますが、一方でこのポスターは憎悪の感情から作られ、そうした非常にネガティブな感情を持つ端緒となっていると主張することもできます。結局、我々が常識に依拠した基準や共通の言葉遣いに頼っている限り、ポスターがヘイト・スピーチではないと言い切るのは難しいということです。

哲学者の Alexander Brown はこうした緊張状態に気づきました⁹。ヘイト・スピーチについてどのような公式の定義を作ってみても、また何度ヘイト・スピーチの例を作ってみても、彼曰く「大抵の普通に言葉を扱える人なら直感的にヘイト・スピーチと呼びたくなるような言葉が、その定義のリストには載っていないという状況に遭遇します」。彼にとっては、ヘイト・スピーチには固有の意味があるわけではないので、1つの定義を与えることは端的に不可能なのです。そこで彼は Wittgenstein の家族的類似性という概念を援用してヘイト・スピーチの複数の例を検討しています。

Brown にとっては、ヘイト・スピーチの例を1つ1つ挙げていくことでしか、我々は真にヘイト・スピーチを理解できません。誰もが合意できるような典型例を明らかにすることから始めてみましょう。例えばある個人に対して、面前で、人種の悪口を用いて直接的な侮辱を言う場合です。そして次に、重要な特徴を共有している別の例に移っていきます。例えば特定の個人に向けられたものではないけども、ある人種グループ全体に向けられた、全面的な侮辱にあたる人種差別的な言明、人種ではなく性的指向に基づく直接的な侮辱、という具合です。そうやって少しずつ検討の範囲を大きくしていきます。ある人は、最終的に、トランスジェンダーの人々による基本的な人としての有り様に関する訴えを否定する（訳者注：冒頭の）バスの事例も含めるでしょうし、またある人はバスの例は、中核的な、典型的と言えるような例ではないと感じるかもしれません。バスの事例と直接的な人種差別的な侮辱との間に、家族的類似性はほとんどみられません。

Brown の主張のポイントは、ヘイト・スピーチについて考えるとき、我々は、多くの例に共通する特徴はたくさんのもをよく知っているけども、すべての例に当てはまる特徴は1つも知らないということです。ですから、ある意味で、この考えでは Delgado と Stefancic がとった、ヘイト・スピーチの様々

9 See Alexander Brown, “What is Hate Speech? Part 2: Family Resemblances”, in *Law and Philosophy*, 2017, 36: 561-613.

な例を集め、具体的で統一的な定義を与えることはしない、というアプローチに戻ってくることとなります。

Brown の究極的な目標は、我々にヘイト・スピーチという言葉の多義性を十分理解させることです。彼は、我々が時間を費やして、ヘイト・スピーチという言葉が指し示す状況の驚くほどの多様性と、その言葉が伝える様々な含意の大変な幅の広さを、できるかぎり正確に描き出すことを期待しているのです。

これは同時に私のアプローチの重要な部分でもあります。とりわけ私は法と政策におけるいくつかの重要な区分に注目したいと思います。しかしその区分において重要なものを示すために、ヘイト・スピーチを取り巻いている多義性が公的議論においてどのような役割を果たしているか、そしてそうした多義性が政治的側面を帯びることが頻繁にあることについて、手短かに話したいと思います。

公的議論

研究者たちがヘイト・スピーチの定義を1つに絞り込めないのであれば、アメリカの公衆が同様に定義を絞り込めないのも当然でしょう。トランプの発言、ドイツの極右政党、ヘイト・パス、シャーロットツビルの騒乱という冒頭の4つの例について、すべて明らかにヘイト・スピーチだと思う人もいれば、そう思わない人もいます。

ここで少し Parekh が取り上げた、女性のブルカの下に何があるのかを疑問視したポスターの例に注目してみます。私がある部屋に集まった100人の人に、これをヘイト・スピーチと思うか、あるいは酷く不快かもしれないが必ずしもヘイト・スピーチとは言えないか、あるいはわからないかを尋ねてみました。結果は、ちょうどそれぞれ3分1くらいに分かれました。この結果を私は彼らに朗報だと言ったんですが、つまり、どう答えようとも、同じように考える人がいたのです。

アメリカ人はこうした質問によく困惑するものです。ジャーナリストの Conor Friedersdorf は、最近 *the Atlantic* という雑誌で、Cato institute と YouGov が 2300 人を対象に行ったヘイト・スピーチについての調査について報告しました¹⁰。その調査結果の完全版はまだ公表されていませんので、ここでは Friedersdorf による結果の要約のみを報告したいと思います。

彼の論文によれば、「圧倒的に多くのアメリカ人が、『どんな言論が憎悪に満ちているかについて合意することができない』ので、ヘイト・スピーチを禁止することは困難だろう」と考えています。また同時に「アメリカ人の多数派はヘイト・スピーチを禁じることができ、また言論の自由を守ることもできる」とも考えています。さらに「アメリカ人の 4 分の 1 は、公的な場面で人種差別的な言明をすることはすでに禁じられている」と信じています。言い換えれば、アメリカ人はヘイト・スピーチの理解について、完全に混乱しているということです。

フェイスブックなどのソーシャル・メディアでも、こうした不安定さは見られます¹¹。フェイスブックは利用条件に反するヘイト・スピーチについて 2 つの定義を用いています。

- 1 : 評価を貶めようとする一般化や中傷のような「攻撃」
- 2 : 性、人種、民族、宗教的信仰、出身国、性的指向、性自認、重篤な障害や疾病などに基づく「保護される人々」に向けられるもの

これは実際のところ Parekh のヘイト・スピーチの定義を援用したものです。Parekh の定義の場合と同じく、これは合理的な定義のように見えます

10 See Conor Friedersdorf, “America’s Many Divides Over Free Speech”, *The Atlantic*, October 9, 2017.

11 See Audrey Carlsen and Fahima Haque, “What Does Facebook Consider Hate Speech? Take Our Quiz”, *New York Times*, October 13, 2017.

が、次の2つの発言に当てはめて考えて見ましょう。つまり「貧乏な黒人はやはりバスの後列に座るべきだ」と「イスラム系の移民は信用できない、やつらは皆盗人で強盗だ」の2つです。

直感で考えてみて、みなさんは両方ともヘイト・スピーチだと思いますか、あるいは1つは違う、もしくは両方ともヘイト・スピーチではないと考えるでしょうか。フェイスブックの基準ではどちらも削除されるべきヘイト・スピーチではありません。しかしたとえみなさんが自分の答えがやっぱり正しいと思ったとしても、それは我々にはどのような意味があるのでしょうか。これらは両方とも比較的明確なヘイト・スピーチの例であり、フェイスブックが間違っているというのは容易いでしょう。やはり、現実の世界でヘイト・スピーチについて無限定の定義を当てはめようとすると、明白な不都合が出てくるものなのです。

政治的語法

ヘイト・スピーチは限定のない概念です。そのため特に政治的対立を生み出しやすく、人々は、その言葉を政治的な意図をもって使ってしまう傾向があります。それは必ずしも悪いことではなく、ヘイト・スピーチのような言葉が政治的目的で使われるのは全く自然なことです。しかしその言葉を理解しようとするとき、ヘイト・スピーチとは何かに関する議論は、単に、あるいは純粹に学問的なものではないことを理解しておくことは極めて重要です。そうした議論は我々の集団生活において極めて有意義なものです。

ヘイト・スピーチという言葉が政治的意図を持って使われてきたということは、その言葉の概念を歴史的に検討するとわかります。その典型は、「憎悪」という言葉が、ヨーロッパの言論法に、人種差別と戦うために取り入れられたことです。アメリカには、ヘイト・クライムへの反動の一部として政治的議論の中に取り入れられました。ヘイト・スピーチという言葉は、研究者によっ

て、人種差別的侮辱を論難するための言葉として取り入れられたのです。

ヘイト・スピーチは決して単なるある概念ではありませんでした。それはある狙いがある存在する概念です。それは、不穏当で、非難に値し、おそらくは検閲すべき言葉を示そうとするものです。

今日、この概念を有効化しようとし続けているグループがあります。ヨーロッパ評議会の No Hate Movement は問題を啓発し、不本意な容認を減らし、ヘイト・スピーチの通告を促し、ヘイト・スピーチと戦うために若者を参加させる運動を行う団体です。

その目的は全て積極的なものですが、Alexander Brown が言うように、こうした動員が定義について争いのある言葉に関して起こる場合には、いくつかの危険も伴います。その第1は「拒否、あるいは非難するべきだと考える人が当人たちを除いてほとんどいないような種類の言葉もヘイト・スピーチとしようとする」人々が出てくるかもしれないということです。こうなると、疑いが少なく、より典型的な例と考えられる言葉をヘイト・スピーチと呼ぶことに、悪い影響が出るかもしれません。言い換えれば、ある人々が比較的より穏当な言葉をヘイト・スピーチと呼んでしまうと、他の人は、より攻撃的な言葉の場合でさえ、過剰規制を懸念してヘイト・スピーチという言葉を使うのに懐疑的になるかもしれません。そうなってしまうと、より悪辣なヘイト・スピーチに対してどれほど道徳的に非難されるべきかという基準が低下することになります。

第2の危険は、政治的反動です。Brown は保守系のキリスト教のテレビ番組で放送された、合衆国議会上院議員の Marco Rubio のインタビューを引用しました。その中で Rubio は「ヘイト・スピーチについて考えてみると、キリスト教主流派の教義がヘイト・スピーチと言われるほどに、我々は追い詰められている」と主張しています。もしヘイト・スピーチという言葉がキリスト教の教義を論難するために用いられるならば、Rubio や他の人たちは、そうした人々に対抗して教徒に呼びかけるために、ヘイト・スピーチという言葉を作り変え

るでしょう。ある敬虔なキリスト教徒たちの中では、ヘイト・スピーチは反キリスト的の価値を連想させるものであるかもしれず、そうなれば、実際に弱者に向けてヘイト・スピーチを発する人々に対してではなく、ヘイト・スピーチを非難する人々に対する反撃が引き起こされるかもしれません。

このように、ヘイト・スピーチを定義しようとするのはしばしば政治的行為であり、事態が思いもよらぬ方向に進むこともあるのです。

規制：アメリカの法と政策

ヘイト・スピーチをどう定義し、法と政策の場面でそれをどう書き記すかは、自由民主主義国家では高い危険を伴う行為です。まずアメリカでこれがどのように行われてきたかを説明しましょう。あるアメリカ人たちは、アメリカ国内には、彼らが言いたいことを何でも、どこでも、そしていつでも言う権利があると信じています。しかしそれは実際には事実ではありません。

ここではこうした考えが間違っている理由の全てを検討するのではなく、アメリカにおける公的状況と私的状況の間に見られる大きな差異について注目してみます。公的な領域に関して言えば、アメリカの対応は他の国と大きく違っています。ここで公的な領域というのは、発言されたのが、街角とか、発行された雑誌とか、発言をアップロードする（ソーシャル・メディア企業が定めた規則に服さない）個人のウェブサイトを指します。

これらの場所では、アメリカは、他のどんな自由主義国家よりも多くの形式のヘイト・スピーチが保護されています。Parekhの言うような「アラブ人はアメリカから出て行け」は保護される言論ですし、シャーロットビルの騒乱のような「ユダヤ人に俺たちを滅ぼさせるものか」も同じです。

アメリカの公的な領域でこれほどヘイト・スピーチが保護されているのかを理解するには、「観点中立性」という言葉を理解することが重要です。観点中立性とは、国家は、ある論点について話者の特定の見方に基づいて言論を抑圧

してはならないという考え方です。最高裁がヘイト・スピーチを規制できないと決定したのはこの理由によります。なぜでしょうか。ヘイト・スピーチ規制は人種の優越性という考えに基づいた言論を規制することになるからです。でも同じ規制が人種的平等という考えを規制することはまずありません。

「アラブ人はアメリカから出て行け」と「人種差別主義者はアメリカから出て行け」を並べてみると、多くの国のヘイト・スピーチ規制法は決まって前者を罰しますが、後者を罰する国はありません。最高裁のスカリア裁判官は、1992年の著名な R.A.V. v. St. Paul 事件で多数意見を書き、この不均衡を強調しました。スカリア裁判官は「論争の一方の当事者にはフリースタイルで戦わせながら、相手方には（訳者注：現代ボクシングの基本的ルールを定めたと言われる）クイーンズベリー規約を遵守し、手にグローブをはめるよう求める権限」は立法者に与えられていないと主張しました。

しかしながらアメリカに明快なヘイト・スピーチ規制法がないからといって、当局はあらゆる公的なヘイト・スピーチに対して何もできないというわけでもありません。ヘイト・スピーチ規制法が観点中立的に書かれている限り、あるタイプのヘイト・スピーチは規制可能です。

例えば公的な場所で人種差別的中傷を叫ぶ者は、治安素行行為によって処罰されることがあります。アメリカのこうした法律の多くは、州レベルで作られています。私の出身州であるヴァーモント州を例にとると、ヴァーモント州加重治安素行行為の処罰規定により、当局は個人に向けられたヘイト・スピーチに対処することができます。当該規定は次のように定めます。

§ 1026a. 加重治安素行行為

(a) 何人も、特定の人に向けて、その人に対して不便や困惑を引き起こす目的で、あるいはその人の安全、平穩、あるいはプライバシーの権利を脅かす目的で行い、かつ以下のいずれかの行為をする場合加重治安素行行為の罪で有罪とする。

- (1) 喧嘩あるいは暴力的、騒々しい、あるいは脅迫的な振る舞いを行う
- (2) 不合理な大きさの騒音を発する
- (3) 公共の場で、口汚い、あるいは猥褻な言葉を使う
- (4) 身体への傷害、あるいは重度の身体への傷害を加えると脅迫する、あるいは本編第 11a 節で定義される重罪たる暴力犯罪を犯すと脅迫する

またこれらの観点中立的な法律に加えて、最高裁は、ある種の形態の憎悪が犯罪の本質的要素である場合、あるいはある犯罪の動機がそれらの憎悪である場合も、処罰できると判示してきました。

例えばワシントン州には、詳細に例示された特徴を持つ個人に向けられた悪意あるハラスメント行為を禁止する条項があります。その法の当該規定は、保護される種類の人々を列挙し、該当する種類の言論を定義しています。

RCW 9a.36.080

悪意あるハラスメント一定義と刑事罰

- (1) 何人も、悪意でかつ意図的に、被害者の人種、肌の色、宗教、先祖、出身国、性別、性的指向、あるいは精神的、身体的若しくは知覚上の障害を認識した上で以下の行為のいずれかを行った者は、悪意あるハラスメントの罪で有罪とする。
 - (a) 被害者、又は第 3 者に対して身体的傷害を負わせること
 - (b) 被害者、又は第 3 者の財産に対して物理的損害を与える、又は破壊すること
 - (c) 特定の人若しくは集団を脅迫し、又はその人若しくは集団のメンバーに、人や財産に対する害悪の不合理な恐怖を与えること

この法や、合衆国の 45 州に存在するヘイト・クライム法では、言論の要素はその基礎となる犯罪と密接不可分なものと考えられています。ヘイト・スピー

一ちによって、その犯罪が人種的憎悪に基づいていることが明らかにされると、その言論に特定の結びついた刑罰が加重されることがあります。

公的な領域と比べると、アメリカ法は、私的な領域におけるヘイト・スピーチに対してはより明確な制限を認めています。私的な領域では、ある形式のヘイト・スピーチを罰する自由度がより広がっています。これらはしばしば反ハラスメント政策という形で実施されています。

例えば私の勤務先であるミドルベリー大学は、4年制の私立の高等教育機関です。大学では、遵守すべき規則と方針についてハンドブックでまとめてあります。それらの規則は、州法や連邦法に違反してはなりません、あらゆる私的団体や雇用者が持っているのと同じように、大学は、相当広い範囲でその政策を決定する権限を有しています。もしその政策が気に入らない場合は、学生や教職員は大学を去ればいいのです。

ミドルベリー大学では、他の多くの高等教育機関や雇用先が持つのとほぼ同様の反ハラスメント方針を定め、その詳細な定義も定めています。その方針は次のように書かれています。

ハラスメントとは、ある特定のプログラムが行われている場所において、個人の、実際の若しくは推定された、性別、性的指向、性的同一性若しくは性的表現、人種、信条、肌の色、出生地、祖先、民族、宗教、出身国、年齢、障害、婚姻状態、その他法によって定義され保護される特徴に基づいて若しくは動機付けられてなされる、口頭、文書、映像、又は身体的行為で、合理人の基準で見て、客観的に、そして実質的に以下のような目的若しくは効果を持つものと定義する

- a. 個人の教育上の、又は仕事上の行為の遂行、又はミドルベリー大学の資源へのアクセスを害する、損ねる、又は妨害する、あるいは
- b. 教育上、仕事上、又は生活上で、脅迫的、敵対的、あるいは不愉快な環境を作り出すこと

中傷、ジョークを装った嘲り、他人に対する軽蔑した言い方を繰り返すこと、又は蔑称、固定観念、コメント、ジェスチャー、脅し若しくは落書きの利用、書面か映写物の表示若しくは回覧、話し方に対する嘲り、そして習慣について否定的に言及することも、そうした行為が、1つ又は2つ以上の上記の保護される特徴、あるいは適用される法によって定義、保護されるその他の特徴に基づいている、あるいは動機付けられている場合は、ハラスメントとなることがある。

この方針は広い範囲のコミュニケーションの様々な種類を含んでいることに注目してください。保護されるグループの範囲、その言論が生み出す影響についても特定していますし、その言葉が発せられる文脈についても特定していません。

この方針で実際のところ多くのヘイト・スピーチが禁止されています。しかし誰もがヘイト・スピーチと考えるかもしれない全てのものが禁止されているというわけでもありません。またミドルベリー大学の書面化された規則では、知的探求の自由の保護を明確化する項目も入っており、そのためヘイト・スピーチを規制するには限界もあります。

結局、ある人々が信じることは対照的に、アメリカは、公的になされるヘイト・スピーチは、その範囲は狭いですが法的な罰則を認めています。こうした罰則は観点中立的な法律か、ヘイト・クライム規制法によるものです。また、私的な領域におけるヘイト・スピーチについては行政罰も認めています。これらは観点中立的である必要はなく、より多くの種類のヘイト・スピーチを規制できます。

制限：ヨーロッパの法と政策

多くのヨーロッパの国々では、これよりさらに先に進んでいます。ヨーロッ

パの法域では、言論の自由に対する懸念に対処するために、決まって、balancing・アプローチと呼ばれる方法を用いてきました。言論の自由はヨーロッパにおいて中核的価値ですが、それは、その他複数の中核的価値のうちの1つであり、これらは互いにバランスを取らなければなりません。

ヨーロッパの国々では、その他の中核的価値として、例えば人間の尊厳を擁護すること、社会的一体性を維持することがあります。特定の形式でなされるヘイト・スピーチはこうした価値を損なうので、ヨーロッパ法はしばしばヘイト・スピーチを規制します。

ヨーロッパの法域では、人種差別を行うような人々に対して憎悪を掻き立てる言論は容認されています。スカリア裁判官に倣うなら、ヨーロッパ人は相手が人種差別主義者であればフリースタイルで戦うことが許されているのです。こうした法は、アメリカ的な意味では、観点中立的ではありません。

ヨーロッパの国々がどのようにヘイト・スピーチに対処するかを理解する具体的な基礎を提供するために、ある1つの国の法に注目してみましょう。私はフランスを取り上げます。もちろんヨーロッパの国々には様々なヘイト・スピーチ規制法がありますが、フランス法に見られる主要概念の多くは、他の国々でも見られるものです。

すでに見たように、フランスで中核的なヘイト・スピーチ規制の規定は、1972年の反人種差別法によって作られました。この法は、犯罪であるヘイト・スピーチとして、侮辱、名誉毀損、又は暴力、差別若しくは憎悪の挑発という3つの類型を定義しています。これらの犯罪行為は、特定された民族グループ、国籍、人種、あるいは宗教に該当する、又は属している若しくは属していないことを理由として、個人、あるいは集団に向けられたものでなければなりません。2004年以降、保護されるグループの範囲は拡大しており、現在では性別、性的指向、障害そして性自認を含むようになっています。

侮辱、名誉棄損、挑発行為を罰するというのは、この法で新しく認められたものではありませんでした。こうした要素について観点中立的に処罰するもの

は以前も存在していました。この法が新しかったのは、保護されるグループをこの法のように特定したことです。そのためこれらの法は、アメリカ人から見ると観点中立的ではなくなったのです¹²。

言論の自由絶対主義者にとって、このことは若干の正当な懸念を生じさせるかもしれません。これらの法によって処罰されてきた言論にはどんな種類のものがあつたでしょうか。この法は、言論の制限へと向かっていく、滑りやすい坂の第一歩だつたでしょうか。

この質問に答えるために、私たちはまず、フランス法で侮辱とは何かを知る必要があります。侮辱とは、事実の主張を含まない「全てのひどい表現、侮辱あるいは非難の言葉」です。聴衆がこれは不快だと感じるかもしれないあらゆるものという定義ではありません。大雑把に例えれば、口汚い言葉を禁じるヴァーモント州の治安素行行為法と同じです。しかしヴァーモント法では「特定の人に向けて、その人に対して不便や困惑を引き起こす目的、あるいはその人の安全、平穩、あるいはプライバシーの権利を脅かす目的」を求めているのみで、それが保護される人々に向けられるということまで求めています。ですからフランス法は規制により高い制限を課しているようです。フランス法における人種差別的侮辱の古典的な例は、人を「薄汚いユダヤ人」と呼ぶことです。

犯罪行為の2番目、名誉毀損ですが、これは「人や集団の名誉や敬意を傷つける主張、あるいは非難する行為」と定義されています。換言すれば、名誉毀損は、人や集団に対して推定されている事実を述べることで彼らを傷つける行為です。アメリカ法では被害者に対する重大な損害の証明が必要ですが、フランス法の場合、必ずしも有形の重大な損害を引き起こさない、名誉に対する損害も検討の対象になります。つまり、その人や集団の名声に対する損害も含むのです。

例えばあるフランスの最高裁判決は、ある政治家の発言に関するものでし

12 挑発に関しては、観点中立的ではない規定が、1972年以前にも存在していました。

た。彼は、フランス人労働者が、アフリカ系フランス人の太鼓奏者が「タムタム」を叩き続けるのを一晩中聞き続けたために眠れなかったことがどれほど大変だったかについて話しました。労働者たちは6時に起床しなければなりませんでした。その政治家が言うには、そのアフリカ系フランス人は6時になってやっと寝はじめたのだが、そんな生活をしていられるのも、彼らが職を得る必要がなく、十分な生活保護を得て、それをあてにした暮らしをしているからだと言うのです。

この発言は、反社会的行為と福祉依存をサハラ以南からのアフリカ系住民の問題として非難しています。そのため、人種的な集団誹謗に該当するとされ、その政治家は有罪判決を受けました。

3番目の挑発ですが、これは基本的に煽動と同じで、アメリカでも言論によって暴力を煽動することは違法です。しかしその言論が「切迫した違法な行為を煽動し、あるいは生み出すように仕向けられ、かつ、そのような行為を生み出す可能性が高い」場合のみ処罰できます。言い換えれば、アメリカでは、多かれ少なかれ、そのあと実際の暴力が起きる場合でなければ処罰できません。このアメリカの規制の基準は、観点中立的なものであることにも注意する必要があります。アメリカの煽動の処罰規定は、本質的に言論の例外的なものに対する限定的な制限なのです。

フランス法も切迫した暴力行為を煽動することは禁じています。しかし、それに加えて、暴力が直ちには起こらないかもしれない場合でも煽動を禁じますし、差別や憎悪を引き起こすことも禁じています。ここでは憎悪の挑発行為に注目してみましょう。というのも、暴力を振るうことも差別を行うことも違法ですが、憎むこと自体は違法ではないからです。したがってアメリカ人の目から見ると、憎悪を引き起こしたということで処罰されるというような言い方は、特に論争の対象になるのです。

しかし、多くのヨーロッパ人にとって、憎悪の挑発行為は、社会的一体性とその挑発が向けられたグループのメンバーの尊厳や評判を損ねるものと考えら

れています。保護されるグループに対して憎悪を引き越すことは、社会にとって有害です。差別や暴力を生み出す、小さくない危険を孕むものです。

例として、次の言葉を紹介しましょう。この言葉は処罰されましたが、大きな論争とはならなかったものです。曰く「ラジオ放送局『France Culture』は実質的にユダヤ人コミュニティのものであり、ユダヤ人を賞賛し、ヨーロッパ人にとって代わるというプロパガンダをいつもブリターニュに撒き散らしている」という発言です。

なぜこの発言が有罪となったのでしょうか。それはユダヤ人を、フランス文化を発信する重要な放送局を支配するグループとして非難し、その支配力を用いて、定義上相互排他的なカテゴリーであるヨーロッパ人を服従させるよう主張しているグループとして論難しているからです。発言全体で見た場合、この発言は、そのグループと社会に対して有害な方法で、あるグループの人々に対する憎悪を掻き立てているものです。

また別の事例では、これはやや複雑な結論になりましたが、フランス国民戦線の指導者 **Le Pen** は、極右雑誌のインタビュー記事が元で有罪判決を受けました。彼はこういったとされています。「フランスに 2500 万人のムスリムが住むことになったら、フランス人は視線を落として歩く羽目になるだろうと発言してからというもの、(訳者注：私の話しを聞きにその場にいた) 人々がこう言うのも無理からぬことです。『いや、**Le Pen** さん、もうそうになっていますよ』と」。

一見ただけでは、これは何が問題なのかかわからないかもしれません。どうしてこれが有罪判決につながるのでしょうか。**Le Pen** は、実は過去の自分の発言に言及していたのです。以前彼は「フランスに 500 万ではなく 2500 万人のムスリムが住むような日が来たら、その時は彼らがこの国の支配者になるだろう。そしてフランス人は視線を落として歩道をトボトボ歩くようになる。そうしなければ、彼らに難癖をつけられるだろうから」と発言し、人種的憎悪の挑発行為で有罪判決を受けました。

フランスの裁判官は、これが彼の主張の支持者たちにこっそり伝えられたメッセージであることを見抜き、それを罰したのです。この事件では、話者は、ムスリムをフランス人とは対立するものとして言及し、ムスリムが恐怖政治の元でこの国を支配することを目指していると、はっきりと意味していたのです。これは刑事罰の対象となる憎悪の挑発行為に該当します。

もちろんフランスの裁判官は、憎悪に満ちた言論を行う人をいつも処罰するわけではありません。別の事件では、極右の政治家が選挙用チラシを配布して、ストラスブルグにモスクを作るために公的助成金を使うことを非難しました。チラシには「メッカには聖堂はないのだからストラスブルグにモスクもいらない・・・コソヴォでは教会は燃やされモスクに作り変えられた・・・主流政党はイスラム共和国を作ろうとしている・・・私はアルザスのイスラム化にあなたが立ち向かうことを支持します」と書かれていた。

なぜ裁判所はこうした明確に挑発的な言葉を許したのでしょうか。それらは選挙期間中の政治的言論であり、政治的利益が関係する、議論を呼ぶ論点に関係していました。対象的に、**Le Pen** の場合は選挙期間中ではありませんでした。またより重要なことに、公共政策に関する特定の論争に関係しているわけでもありませんでした。だから人種的憎悪の挑発とされたのです。

そして注意すべきことは、こうした犯罪の類型に対する最も一般的な刑罰は罰金刑です。悪質な事件でも執行猶予が付されることがあります。ヘイト・スピーチが特に攻撃的だとか、再犯の場合でない限り、実際に刑務所に入るのはかなり稀な場合と言えます。

要約すると、ヨーロッパでは、言論の自由の保護と、人間の尊厳、社会的一体性、その他の重要な価値の保護のバランスを取ろうとします。そのために言論が引き起こす害悪と個々の事件が起きた諸事情を衡量します。特に、公的利益に関する議論が関係している言論は手厚く保護されます。真面目な政治的目的や、報道上、学問上、あるいは芸術上の目的を有する言論も、同じように保護されます。

ヨーロッパでは40年間にわたってこうした諸規則を執行し、何が訴追の対象となるヘイト・スピーチであるかを決定するためのガイドラインを発展させてきたのです。そして醜悪で有害でさえあるけども、民主主義社会では法によって保護される言論を区別してきました。いつも我々全員が合意できる結論になるわけではありません。しかし自由な言論の保護とヘイト・スピーチの処罰の間にどう線を引くかについて考える、多くの経験を有していると言えます。

結論

私はヘイト・スピーチの歴史、定義、そしてその取締について幅広い見方を提供しようとしてきました。「ヘイト・スピーチとは何か」という問いに、正確で簡便な答えを出すことはできないと言いました。しかしこの問題を探求することで、この問題をより深く理解することは可能だろうと思います。

私のここまでの分析で、3つの主要な点が明らかになりました。第1に、ヘイト・スピーチは1つの定義に集約させることはできません。この言葉は比較的最近出てきたものであり、時間と場所を超えて進化してきたのです。研究者たちは何がヘイト・スピーチにあたるかについて様々な見解を持っているし、企業や個人も、各々の視点で問題を捉えています。何がヘイト・スピーチで何がそうでないのかということについて全員が合意することはないでしょう。

第2に、ヘイト・スピーチは概念的ツールであり、また政治的ツールでもあります。社会の現実を理解しようとする時に用いられる用語であるときもあれば、また社会を変革しようとして用いられる用語の時もあります。この次にみなさんがこの言葉に出会うとき、話者がその言葉をどんな目的で使っているのかについて考えてみてください。

第3に、ヘイト・スピーチ法とその政策は、その規制主体が置かれた状況によって相当大きく異なっているということです。私はその状況のうち3つを特に取り上げました。アメリカの公的な状況における規制、アメリカの私的な状

況における規制、そしてヨーロッパの公的な状況における規制です。

議論を締めくくるにあたって、私はここで、こうした3つの状況の特徴について補足して、ヘイト・スピーチについて将来議論する際の若干の共通理解を得ることは可能であることを示そうと思います。

広い範囲の言論について、ある人々が憎悪に満ちていると考えるかもしれないことと、その言論について別の規制主体が訴追可能であると判断してきたこととは、大きな意味の違いがあります。ヘイト・スピーチのある種の形態が訴追の対象であるということは、その規制主体の置かれた状況の影響を受けています。そうしたヘイト・スピーチはとりわけ有害であると考えられているので、慎重に議論され、法や政策において丁寧に具現化されてきました。

ここで「訴追の対象となるヘイト・スピーチ」という概念を使っていますが、ヘイト・スピーチが訴追可能であると言うだけでは不十分です。この言い方はより限定が必要です。何が訴追可能かは、規制主体の状況によって変わるからです。

私が紹介した規制主体の状況を比較することで、ヘイト・スピーチの明確性とその激烈さを理解するための、可変的な物差しのようなものを得ることができます。

アメリカの公的な状況に言う訴追可能なヘイト・スピーチの基準は、すべての状況の中でもっとも狭いものです。それは攻撃対象に向けられた人種差別的な暴言、脅迫、人種差別による暴力の煽動を含みますが、これらは、治安素行行為や悪意あるハラスメント、あるいは暴力の煽動という、より広い範囲の観点中立的な犯罪の一部を構成しているという意味において訴追可能なのです。ヘイト・クライムを行う過程においてなされた憎悪に満ちた言論もやはり訴追可能ですが、それは実際の犯罪やその犯罪の動機にとって本質的な部分であるとみなされる場合のみです。

アメリカの私的な状況においては、私的雇用者や私立大学では上述のような言論は全て罰することができるのはもちろん、個人やグループに向けられた

様々なハラスメントの事例を含めた、より多くの種類のヘイト・スピーチを規制できます。しかしそれが処罰されるためには、反復的な行為であるとか特に悪質な事案であるという条件が必要です。アメリカの私的な状況における規制の基準では、観点中立性は求められていません。保護されるカテゴリーは一般的に名称が与えられていますが、その罰則は単に当人を職場や大学から排除するというだけです。それ以外の法的効果はありません。

ヨーロッパの公的な状況では、アメリカのどちらの状況の表現も規制の対象に含まれます。これらに当てはまる言葉は、国家からの公的な制裁という結果を招きます。言い換えれば、法的な不利益があります。しかしヨーロッパの公的な状況における規制はさらにその先へと進みます。ヨーロッパの基準では、侮辱や名誉毀損、暴力、差別、あるいは憎悪の挑発は、単発の場合でも禁じられます。ヨーロッパの国々ではさらに、ホロコーストや虐殺の否定も、憎悪の引き起こすものと見なされ処罰されます。決定的なことは、ヨーロッパの国々は観点中立的ではないということです。保護される集団に向けられた広い範囲のヘイト・スピーチを明示的に制限しています。公的な状況で規制するのは、彼らが考える公共善のためです。

「訴追可能なヘイト・スピーチ」の反対語は「訴追不可能なヘイト・スピーチ」です。こうしたヘイト・スピーチは、どのような状況下であっても訴追できません。個人はそれをヘイト・スピーチとみなすかもしれませんし、不快で、有害な場合さえあるでしょう。そして、喧嘩を売る、爪弾きにする、抵抗、対抗運動をするといった、対人的な、あるいは社会的制裁へと人々を掻き立てることがあります。こうしたヘイト・スピーチが引き起こす結果は、しばしば非常に強力なものです。しかし、こうした言論は、どのような状況下であっても、公的な制裁を発動させるレベルにはならないことを理解することが重要です。

私は、こうした階層的な分析は、我々がヘイト・スピーチと言われる個々の行為について話す際に、我々の理解をうまく調整することを容易にしたいと思います。

ます。特に、ヨーロッパの公的状況では訴追可能でも、アメリカの公的状況はもちろん、私的状況でも訴追できないような様々なタイプの言論があることを強調しておきたいと思います。

そうすることで、アメリカを除いて、世界のほとんどすべての自由民主主義国家が、有害で、刑罰に値すると考えるヘイト・スピーチを明らかにし、そのレベルにまで達していないヘイト・スピーチの例と区別することができます。このことは、大部分の人々がヘイト・スピーチだと考えるようないくつかの表現が、たとえ明らかに害を引き起こすかもしれないという場合でさえ、明確に保護されるということを示しています。こうした区別をすることは、ヘイト・スピーチの様々な例にとって、その批判が^お^お^よ^そ^普^遍^的^な^も^の^で^あ^る^と^い^う 感覚を与えることとなります。

もちろん、こうした類型学はどんな言論が訴追可能であるべきか、あるいは訴追不可能なヘイト・スピーチにどう対処するかという問いに答えるものではありません。それらは政治的、社会的な問いです。

しかし、アメリカの公的な状況、私的な状況、そしてヨーロッパの公的な状況のそれぞれの基準で、特定の言論が訴追不可能か、あるいは訴追可能かを明らかにすることは、我々が何かをヘイト・スピーチと呼ぶ時に、それが何を意味しているかについての、終わりの見えない混乱を回避するのに役立つものです。

訳者あとがき

エリック・ブライシュ教授は米国ミドルベリー大学政治学部に所属し、ヨーロッパ政治における人種とエスニシティの問題について多数の論文を発表している¹³。最近の著作として *The Freedom to Be Racist? How the United States and*

13 最新の論文として Erik Bleich, *Historical Institutionalism and Judicial Decision-Making: Ideas, Institutions, and Actors in French High Court Hate Speech Rulings*, 70 *WORLD POLITICS*

Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism (Oxford University Press, 2011)がある。同書はヘイト・スピーチについて、米国だけでなくヨーロッパ各国の状況を概観・分析する好書であり、我が国では翻訳も出版されている¹⁴。

私は2014年に米国ミネアポリスで行われていた Law and Society Association の年次総会でブライシュ氏と知り合った。各国の状況を比較しながらヘイト・スピーチの問題を論じる氏は、日本でも在特会を中心としたヘイト・スピーチの問題があることを、報道を通じて知っていた。しかしながら、在特会事件の判決の詳細については英語で入手できる情報が少なく苦勞していたようなので、そこから日本法の状況について情報交換が始まったのである¹⁵。その後2015年9月から1年間、私が在外研究で米国アクロン大学ロースクールに滞在したので、その機会を利用して、氏が所属するミドルベリー大学での自分の講義で、ゲスト・スピーカーとして日本の状況について講演することとなった。ちょうど大阪市条例が公布されて2週間もたたないような時期で、同条例についての、おそらく世界最速での英語による解説になったのではないかと、講演終了後の食事会で談笑したのを覚えている。食事会では、条例に続いて法律の制定が実現するか予想しようということになり、過去に同様の法案がことごとく不成立に終わったことを紹介し、私は成立しないと予想した。この講演の4ヶ月後にはヘイト・スピーチ解消法が成立したので、私の予想は結局外れてしまった。

53 (2018) がある。

14 エリック・ブライシュ (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』 (2014)

15 その後、日本人研究者による英語で外国の媒体で書かれたものが少しずつ増えているようである。Junko Kotani, *Proceed with Caution: Hate Speech Regulation in Japan*, 45 HASTINGS CONST. L.Q. 603 (2018), Koji Higashikawa, Comment, *Japan's Hate Speech Laws: Translations of the Osaka City Ordinance and the National Act to Curb Hate Speech in Japan*, 19 ASIAN-PAC. L. & POL'Y J. 1 (2017), Shigenori Matsui, *The Challenge to Multiculturalism: Hate Speech Ban in Japan*, 49 U.B.C.L. REV. 427 (2016).

本稿は基調講演として準備された論稿である *What is Hate Speech?* を訳出したものである¹⁶。規制賛成、あるいは反対に偏ることなく、ヘイト・スピーチの定義とその困難さ、歴史、ヨーロッパと米国との比較を、現代的な事例を織り込みながらバランスよく論じている。ヘイト・スピーチについて関心はあるけども、必ずしも詳しくはない聴衆がいる可能性を考えると、シンポジウムの企画者としては理想的な基調講演となった。企画の段階から丁寧に意見交換しながら、論稿を準備してくれた氏に、改めてお礼申し上げたい。

16 ICERD については外務省訳を用いた。

「ヘイトスピーチ事案における不法行為法・填補賠償法理 の担う役割の再評価～京都・徳島事件を題材に、 反差別（差別被害への共感醸成）の運動展開の文脈において」

弁護士 冨 増 四 季

第 1 はじめに

1 司法の役割の再認識

弁護団事務局長あるいは主力メンバーの一員として、京都事件¹、徳島事件²と2つの代表的なヘイトスピーチ事案を担当し、この種の差別事案において民事司法が果たす重要な役割について再認識した。行政・立法作用の取り組みでは、多数派の動静を睨みながらの政策課題（獲得目標）の優先順位づけと、思い切った取捨選択を要求され、事実精査よりも迅速さをその特徴とし、それが限界³ともなる。これと対比することで、民事司法が差別被害への共感醸成を

- 1 1 審・京都地判 H25.10.7 判時 2208-74。控訴審・大阪高判 H26.7.8 判時 2232-34。被害当事者自身による事件の描写として、朴貞任「京都朝鮮学校襲撃事件」法セミ 2015.7 月号 23 頁。
- 2 高松高判 H28.4.25LLI/DB 収載、ジュリ 1518-296 に評釈論文。刑事の有罪判決として徳島地判 H22.12.1・LLI/DB 収載、京都地判 H23.4.21・LLI/DB 収載、徳島地判 H25.12.25・LLI/DB 収載。執筆者は民事控訴審から弁護団に加入した。
事案の概要は、2010 年 4 月 14 日、徳島県教組事務所に突如乱入した在特会のメンバーら十数人が、前書記長を取り囲み、「朝鮮の犬」「腹切れ」「売国奴」などと怒号し、その動画をネット上で公開し、もって威力業務妨害、名誉毀損及び暴行等の犯罪に従事したというもの。在特会が徳島県教組をヘイト攻撃の標的とする口実としたのが、日本労働組合総連合会が同教組を通じて四国朝鮮初中級学校に寄せたカンパであった。直接の威力業務妨害の客体とされたのが日本人ないし日本団体であったという違いはあるが、朝鮮学校を標的とする差別扇動・差別攻撃であるという本質は、京都事件と共通していた。
- 3 各種案件の訴訟対応と並行して、「京都府・京都市に対する有効なヘイトスピーチ対策を求める会」の共同代表として行政との折衝にも携わり、ヘイトスピーチ対策法案の国会審議の推移を見守ってきたなかでこうした特徴が実感された。

実現するにあたり、独自に果たすべき役割がより明確となる⁴。

すなわち、それは個々の事案の審理をとおして当該差別体験の理解を深めていく場を提供し、民事訴訟が備える真実発見機能を活用することで果たされる役割であり、その中核をなすのが差別被害の立証に伴う一連の作用である。これについては、まず、代理人となる弁護士らによる被害実態の調査から始まる。重層的な差別被害の一般的な特徴を社会的背景⁵・歴史的背景⁶のなかから掘り起こし、当該事案と結びつけていく。丁寧な調査であればその分だけ、得られる情報の総量は膨大となり、また情報の質としても一読して理解できる類のものではなくなる。このため、主張立証の段階では裁判官に咀嚼可能な分量のプレゼンテーション（弁論）へと集約・洗練させ、情報の絞り込みが必須となる。こうして整理・凝縮された知見は、裁判報告集会などで一般社会への発信にも活用される。効果的に作用すれば、理解・共感の輪が広がり、新たな人のつながりを生む。こうした一連の作用は、判決文の検討分析のみで把握しきれものではない。一般社会への波及効果や裁判支援活動の成果まで盛り込んで評価することは、より広い視点で司法の役割を再検討する契機ともなるはずだ。

4 ヘイトスピーチ対策という観点からの検討の1つとして、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 vol.67 No. 6 (2016.6月号)を参照。

5 鄭映恵「ヘイトスピーチ被害の非対称性」法セミ 2015.7月号 14頁等参照。例えば、執筆者が法セミ 2015.7月号 41頁に述べた、ヘイト被害の方向性についての一般的理解はほとんど広がっていない。（「私は、日本で生活するにあたり、自身の人種・性別に対する「日本人男性をぶっころせ」とのツイートや、あるいは、「日本人であれば誰でもよかった」とする殺人未遂事件の報道に接しても、「アイデンティティそのものを破壊するほどに人格の深い部分にまで及ぶ」「人間の尊厳への攻撃」（金尚均編「ヘイトスピーチの法的研究」133頁）として受け止めることなどはない。これは、攻撃対象とされたのがマジョリティ属性だからである。社会問題として取り上げるべき深刻なヘイト被害、例えば、「持続する感情的苦悩」、「逸脱感情」、「帰責の間違い」といったヘイト被害特有の現象（同35頁）は、マイノリティ属性が標的となる場合にはじめて生じる。これが「ヘイトの方向性」の仮説である。）

6 板垣竜太「レイシズムの歴史性と制度性」法セミ 2015.7月号 12頁。

2 本稿における問題設定

本稿の表題は、今回の検討の問題設定が明示できるように工夫した。まず、「反差別（差別被害への共感醸成）」ということで、克服すべき課題対象を、広く社会問題としての差別意識や差別行為全般と設定する視点での検討とする。限られた一類型にしかすぎない、いわゆる「ヘイトスピーチ行為」の抑止のみを主眼に論じるものではない。また、個別の訴訟において高額の損害認定を容易にする解釈論を模索し、判決内容による個別当事者の救済拡大を目指すための考察でもない。

ヘイトスピーチ行為を「新しい現象」として捉え⁷、対症療法的ではあっても、まずは抑止こそを最優先すべきとの考え方は、そのわかりやすさもあって世間の支持を集めやすい。この場合、民事不法行為の解釈の方向性は、旧来の民法判例が基軸としてきた填補賠償ではなく、懲罰賠償や制裁的慰謝料の色合いを強め、各種人権条約の捉え方も禁圧的なアプローチを強調することとなる。加害者側の悪質さは、(少なくとも差別被害の立証の困難との対比においては)比較的立証が容易といえるから、被害当事者の立証負担の軽減にも寄与するはずである。

しかし、司法における懲罰的・制裁的なアプローチの希求は、必然的に、悪質性など加害者側の事情へと主張・立証の重点をシフトさせる。そして、知らず知らずのうちに、差別被害の実態解明などの被害者側の事情への関心を薄れさせる⁸。それどころか、言葉狩りの印象を与え、社会の一部に反感や反発を抱かせてしまうという反作用すらもある。いずれも差別被害への共感醸成や、社会に蔓延する差別意識の軽減という観点からは懸念すべき作用である。

填補賠償アプローチにおいてはこうした作用は弱まる。本稿では、京都、徳島の差別事案の検討をとおして、これまで十分な意識が払われてこなかった填

7 前記脚注5・板垣は、社会学の見地から、こうした「新しい現象」としての捉え方に批判的な考察も提示する。

8 拙著「加害行為だけでなく、具体的被害実態に目を向けるべき」法セミ2015.7月号38頁。

補賠償法理の新たな役割を見いだすことを試みる。両事件における被害者らは、いずれも反差別の取り組みで社会的に認知され多文化共生・反差別運動において象徴的な役割を果たしていた。それがゆえに差別扇動者の攻撃対象とされた、という必然性において、両事件は共通している⁹。攻撃の差別性と被侵害利益の民族性が、相乗して被害者に大きな衝撃と莫大な無形損害を与えた。ここに事案の本質を見だし、損害賠償を認容する判決理由中に表現して捉えていけるような解釈論を模索すべきとの問題意識をもって、以下、述べる。

3 民事不法行為制度への人権条約の趣旨充填 ～ 填補賠償アプローチの利点

裁判官に広範な裁量がある損害額の認定においても、日本政府が批准する各種国際人権条約の趣旨を考慮することは必要的と解される。こうした解釈は、京都事件の1審判決を皮切りに、後続の判決¹⁰及び学説の支持¹¹によって定着した。

もっとも、国際人権条約のうち、制裁的、禁圧的な政策を要請する条項の取扱いについては、さらなる検討を要する。例えば、一重に人種差別撤廃条約の趣旨といっても、同条約は多岐にわたる政策の組み合わせを各締約国に義務付けており¹²、被害救済の観点を強調する同条約6条のような規定、政策策定と実行を求める2条のような規定と、刑罰による抑止の観点を重視する同条約4条のような規定とが混在している。条約の趣旨を私法関係に間接適用すべきとしても、問題行為の抑止の趣旨を我が国民事司法の不法行為法に充填することが許容されるかという点が問題となる。これについては懲罰的賠償を否定した

9 同じく代表的なヘイトスピーチ事案への司法判断として、横浜地裁川崎支判 H28.6.2 判決 1428-86 が挙げられるところ、同事案においても反差別運動の拠り所となってきた社会福祉法人が標的とされていた点で共通する。

10 京都事件、徳島事件の外、大阪地判 H28.9.27LLI/DB 掲載、同控訴審の大阪高判 H29.6.19 LLI/DB 掲載など。

11 寺谷広司・平成 25 年重判解説 292 頁等

12 師岡康子「包括的な人種差別撤廃制度の必要性」法セミ 2015.7 月号 57 頁

平成9年最高裁判決¹³と整合させる余地があるのか、あるいは民法の判例法理を修正するある種の特別法のような位置づけで禁圧の趣旨を充填し填補賠償を凌駕する独立の賠償を認めうるのか、若干の増額程度ではなく、大幅増額あるいは別個の損害認定ですらも許容されるのか、等々、さまざまな検討が必要となる。

填補賠償を基軸に置くアプローチはこうした法解釈上の障壁が存しないので、裁判所としては受け入れやすいであろう。それとともに、争点の設定次第では、民事訴訟の真実発見の機能が効果的に作用し、重厚な差別被害の実情の把握に適した装置を提供する点で優れた面がある。例えば、具体的な事件の審理において填補賠償を主たる立証命題として原告被告双方に意識させることができるならば、被害の調査検討を粘り強く実施する立証活動へと、当事者の訴訟対応のあり方を導くことができる¹⁴。好奇の目を引く軽薄な加害行為の裏側に覆い隠されがちな、差別被害の本質が掘り起こされていくような作用が期待される。法廷では、加害者側からの反論、反対尋問の機会等が十分に与えられ、審理が熟したと評価されるまで再反論、再々反論が繰り返され、そのうえで中立の裁判官が法に照らして判断する。この過程は、一方向的なルポルタージュや、あるいは双方向であっても表面的になりがちなテレビのディベートにはない、司法手続ならではの作用で、唯一無比のものといえる。認定事実は特別な客観性と信用性を帯び、差別偏見に毒された世間一般の思い込みに対抗す

13 最判平9.7.11 民集51-6-2573

14 前述の横浜地裁川崎支決 H28.6.2 判タ1428-86において、裁判所は、「債権者の代表者理事は韓国籍を有する者であり、その他の理事及び監事も同国籍を有する者がおり、かつ、債権者の職員や施設利用者の内訳としては在日韓国・朝鮮人が比較的高い割合を占めている」「債権者の役員、職員及び施設利用者のうちの在日韓国・朝鮮人の個人の尊厳をないがしろにし、耐え難い苦痛を与え、ひいては、債権者の職員の業務に従事する士気の著しい低下や、債権者の施設利用者による利用の回避・躊躇を招くことを容易に推測することができる」といった被害者側の具体的な事情を認定した。こうした被害者側の事情を重視することで、表現の事前規制の正当化根拠の説得性を安定させることに成功している。

る、確かな足がかりとなる。

加害行為と差別被害は対照的な面を持っており、あたかもコインの表裏をなすかのような対応関係にある。このため、当該事案において懲罰的・制裁的に評価すべき具体的事情が仮にあるならば、そうした事情を、あらためて受け手のマイノリティ被害の深刻化や拡大を生む要素として評価しなおし、填補賠償の考慮事情に読み替えていくことが可能である。こうした読み替えを経て、マイノリティとして生きる日々の日常の、あるいは長年の生きづらさに関して、社会一般からの共感を育む、貴重な「語り」が紡ぎ出されることにもつながる。

本稿では、京都、徳島の各事例において、不法行為における填補賠償法理が意識されたこと（あるいはされなかったこと）により、司法が果たした（あるいは果たせなかった）役割を確認し、今後の検討材料を提供したい。

第2 京都事件 ～制裁・填補の対立軸から見た、京都地裁判決、大阪高裁判決の比較

1 はじめに

京都事件における控訴審・大阪高裁判決は、原審の京都地裁判決と認容額が変わらなかったこともあり、世間一般には、京都地裁判決を単に是認しただけであったかのように受け止められている。そして、国際人権法の研究者からは、裁判所の条約適合解釈義務に積極的に言及するなどした地裁判決のほうを、より高く評価する傾向が見られる。

しかし、教員、学父母らや、私を含めた弁護団の一部は、民族教育の重要性¹⁵を認定しなかった地裁判決に落胆し、反対に、これを認めた高裁判決には

15 朝鮮学校が行ってきた民族教育事業は、ここに通う児童らの、民族教育を受ける権利の実質化のために欠くことのできないものである。同校では、民族固有の言語、伝統文化などの承継とともに、日本人も含めた地域住民との交流、相互理解にも重点が置かれている。低年齢の時期から国籍や民族性を超えた友好的な交流を経験していくことで、児童らは、在日コリアンとしての出自を明らかにしても人として尊重される安心

歓喜した¹⁶。加害行為や差別扇動を非難する姿勢では共通するはずの両判決で、ここまでの違いをもたらしたのは、損害認定における制裁と填補のバランスの取り方の違いにあった。「制裁的賠償」対「填補賠償」の対立軸でみると、両判決は対照的とすらいえる判断をしていた。

2 京都地裁判決

京都地裁判決は、「賠償額は、人種差別行為に対する効果的な保護及び救済措置となるような額を定めなければならない」と条約6条の文言を引用するとともに、刑事手続での量刑加重を類推し、民事不法行為での損害加重が許容されることを前提としていた。ここには、加害者の人種差別性に対する禁圧の要請を損害増額に直結させる前提が読み取れる。この判断の限りでは、反差別の姿勢そのものといってよいもので、学校当事者を落胆させるような要素はない。同じ事件に対する刑事判決（京都地判 H23.4.21 LLI/DB 収載）が、加害者のあからさまな人種差別性にすら一切言及していなかったことからすれば¹⁷、日本司法における画期的な前進と受け止められたのは事実である¹⁸。

感を身に付け、その後の人生においても堂々と振る舞っていくことができる。こうした民族教育事業の実施にあたって、偏狭な民族差別意識に起因した人格攻撃に晒されず、安全・安心して過ごせる学習環境を提供することが不可欠の前提となる。

- 16 当事者の受けとめにおける両判決の違いはほとんど報道されることはなく（例外として大阪高裁判決翌日の京都新聞記事）、世間一般には認知されないまま推移している。
- 17 本件の特殊性が、民族教育を実践する学校において、殊更に在日コリアンの民族性を攻撃対象としたことにあることは明らかであった。それにも関わらず、民族性に照らした検討を徹底的に回避し、差別的動機の悪質性や、同種のヘイトスピーチの一般予防、特別予防に対する評価を完全に欠落させている事は、この判決の特徴であり最大の欠点である。被害実態の把握についても、本来であれば、民族性を踏まえうえて、在日コリアン児童らの健全な人格形成への影響や、父母その他の関係者の本校への期待・愛着といった事情の検討が必要であったはずだが、検事の立証方針もあり、こうした点も審理の主題となっていない。（拙稿「Law Journal 京都第一初級学校に対するヘイトスピーチ街宣」法セミ 2011.10 月号）
- 18 拙稿「京都朝鮮学校襲撃事件に関する京都地裁判決の評価とその活かし方」（「人権と生活」No.37・2013年12月号・10頁）

しかし、問題は被侵害利益の考慮である。地裁判決は、原告の一連の主張で一貫して「民族」教育事業と表現されていた被侵害利益につき、無色透明な「学校教育」と書きかえて損害認定をしたのである。判決理由の細部にわたるまで、この書き換えは徹底されていた。侵害されたのはあくまで「学校法人としての教育業務」であって、損害評価の対象は「組織の混乱，平常業務の滞留，組織の平穩を保つため，あるいは混乱を鎮めるための時間と労力の発生といった…悪影響」と表現されたのである。

京都事件におけるヘイト加害と被害の両面は、民族的自尊心というキーワードのもとでコインの表裏の関係にある。ヘイトスピーチ行為の悪質性の本質は、民族的自尊心を傷つける作用と社会への差別意識の蔓延がもたらす弊害にある。この点について十分な理解が得られれば、自ずと、在日コリアンへの民族教育の重要性への理解が得られ、その権利性¹⁹が判決理由に示されるものと期待されていた。原告の学校事業で民族性の育成に重点が置かれ、特殊な重要性があることは、被告ですら争っていなかった。

それにも関わらず、1番・京都地裁判決においては、本件学校の教育事業の評価に限っては、民族性の要素が注意深く取り除かれていた。ここに裁判所の確固たる意思が表されていたといえる。被侵害利益の評価における、民族性の「漂白」とすらいってもよい。かかる評価の不自然さについては、先行する刑事判決²⁰において示された頑なさ、すなわち人種差別性や民族性を完全に考慮から外し、他の一般的な事件と同様に取り扱おうとした姿勢と共通する面があった²¹。

19 本件訴訟に提出された元百合子（大阪女学院大学特任講師）2013.2.28 付意見書

20 京都地判 H23.4.21・LLI/DB 収載

21 判決理由の随所に、ヘイトスピーチ現象に対する抑止の役割を強化する姿勢、原告らへの共感が見られただけに、なお一層、民族教育の理解・共感を広めることのハードルの高さを実感させ、当事者らを落胆させる判決となった。

3 大阪高裁判決

控訴審判決は、被害法益の民族性を重視する姿勢を明快にした。

地裁判決の特徴といえる制裁的な判示内容を削除し、そのうえで本件学校関係者らが「人種差別という不条理な行為によって被った精神的被害の程度は多大である」とした。このように加害行為の悪質な人種差別性の認定を、填補賠償を基礎づける精神的苦痛に読みかえる操作を介在させることで、高額賠償の認定を導く根拠とするものである²²。

判決理由では、学校法人京都朝鮮学園の無形損害として、次のように認定した。①学校法人京都朝鮮学園には「在日朝鮮人の民族教育を行う…人格的価値」があり、昭和28年認可以来の歴史と、学校数約120校・生徒数約12,000人の規模をもって展開する「民族教育…を実施する場として社会的評価」が形成されてきたこと、②学校法人としての「存在意義、適格性」等の人格的利益について社会から受ける客観的評価を低下させられたこと、③本件学校の教職員等の関係者が受けた心労や負担、④本件活動により、本件学校における教育業務を妨害され（たこと）、⑤本件学校の教育環境が損なわれた（こと）、⑥「我が国で在日朝鮮人の民族教育を行う社会環境」も損なわれたこと等である。

注目すべきは、①の学校の「社会的評価」の指摘部分で、わざわざ「甲152, 153, 191」と付記して書籍の書証を引用したことである。甲152は「語られないものとしての朝鮮学校」（宋基燦著・岩波書店・2012年）、甲153は同志社大学・板垣ゼミの「朝鮮学校の社会学的研究」（未公開）、甲191は「ルポ・京都朝鮮学校襲撃事件」（中村一成著・岩波書店・2014年）である。これらの書籍では、民族教育の具体的実践の歴史が詳細に、かつ体系立てて整理さ

22 高裁判決は、地裁判決の理由における条約6条「賠償額は、人種差別行為に対する効果的な保護及び救済措置となるような額を定めなければならない」の引用箇所を維持して前提としたうえで、填補賠償の評価へと進む。この点、一般的意見26を見る限り、この条項は必ずしも制裁的な賠償を要請するものではなく、条約の趣旨を盛り込んだ填補賠償をもって「効果的な保護及び救済」とすることが可能であり、我が国の不法行為法の判例法理と整合的に理解しうる。

れた形で描かれている。膨大で散らばってしまいがちな書証や証言調書を有機的に関連づける役割を果たし、裁判官の理解・共感の助けになったものと思われる。

学校当事者にとって、判決文における上述の三文献の引用は重要な意味を持った。民族教育の重要性への理解を日本社会に広く浸透させていく将来への展望を抱かせるものであったからである。このような引用をしなくとも判決理由としては説得的に成立していたはずのところを、裁判所は、判断の中核部分であえてこれらの文献を引用し、保護対象とされる「民族教育」の内実を示した。これは民族教育への共感と賛同を積極的に示したものと受け止められた。

4 小括

以上のとおり、大阪高裁判決における填補賠償のアプローチが、より当事者の思いに近づく判決内容を導いたというのが執筆者の評価である。今後の同種ヘイト事案の訴訟対応や反差別運動の取り組みにおいても重要な示唆を含むと考えている。

第3 徳島事件控訴審判決 ～不十分であった填補賠償の検討

1 はじめに

徳島事件の高松高裁判決は、上述した京都事件の地裁判決、高裁判決の対立軸でいえば、加害者の悪質性からストレートに賠償増額を導く点で、京都地裁判決と類似する。個人的には、填補賠償アプローチを介した大阪高裁判決の到達水準から後退してしまったものと受け止めている。徳島事件でも、填補賠償法理に軸足を置いた審理が実現していれば、原告らの強い思い²³を受け止め、より効果的な民族教育支援のメッセージを発信できたはずであったのにと、悔

23 教員生活の大半を校区内に被差別部落を有する学校で過ごし、生徒に「差別から逃げたらアカン、目を逸らしたアカン」と言い続けた前書記長にとって、民事訴訟提起は自らへの「筋目」「『民主主義の抹殺』に抗う私自身の闘い」であったという。

やまれる。そして、それこそが被害者の思いにも近づき、かつ、真の救済にもなったのではないだろうか。

以下、執筆者の考えるところの本件被侵害利益の実態及び本質を、高裁審理に提出された弁護団主張に沿って示す。本件の填補賠償の評価において中心に据えるべきは、原告ら（徳島県教職員組合（以下「原告組合」という。）及び元書記長個人（以下「原告書記長」という。））の朝鮮学校支援の取り組みが継続困難な状況に追い込まれたことにあった。控訴審での裁判支援への共感が広がる原動力となったのは被侵害利益の公益性にあり、原告らが多文化共生・反差別のテーマに取り組んできた確固たる信念、さらには献身性といったものであった。単にヘイト加害者の悪質さを強調し、あるいは単純な名誉回復等の個人的な法益の被害救済のみを訴えていたならば、控訴審からの裁判支援の急速な広がりには生まれなかったように思う²⁴。

原告書記長は、献身的な貢献で長年にわたる朝鮮学校支援の展開で中心的役割を担ったが、その根底には教員としての信念があり、学校支援は反差別の取り組みの集大成の一つである。これら支援の実績としては、日本や朝鮮といった民族を超えた相互理解、信頼関係の形成といったものを挙げることができる。広報を通じて将来の活動展開の礎となる社会的認知や支援を獲得できていた点も重視すべきである。これらの総体たる無形資産に手厚い法的保護を与えることは、憲法及びこれを具体化する各種国際人権条約の趣旨に照らし、重要な社会的意義を帯びたものといえた²⁵。

朝鮮学校支援の取り組みは、原告組合にとっては存在価値の根幹に関わる重要課題の1つであり、原告書記長にとっては個人の自己実現、いわば生き様と表現してもよい重要性を持つものであった。こうした活動が、真逆の価値感を強要する差別扇動者らの違法行為によって誹謗中傷され、事実上の休止状態に

24 刑事や民事第1審（地裁審理）のなかで、原告らへの支援の輪が広がらず、孤立を深めていたが、これは刑事手続の制度趣旨や、制裁的観点に重点を置いた民事弁護の方針と無関係ではなかったように思われる。

25 本件に提出された申恵丰（青山学院大学法学部教授）作成に係る H27.8 月付意見書

迫り込まれた。これによる、原告らの屈辱感や精神的苦痛は計り知れない。民事不法行為の審理において加害行為の悪質性を考慮した増額を検討することが一般であるが、こうした操作を行う前の段階において、まずは「素の」填補賠償の認定を行う必要がある。本件では、この「素」の填補賠償の評価の段階において、手厚い憲法的保護を反映させて高額の損害額を認定すべきであった。

以下、原告らによる朝鮮学校支援の概要、本件により生じた不利益を確認した後、高松高裁判決の評価につき、詳説する。

2 原告らによる朝鮮学校支援の概要

(1) 朝鮮学校支援の沿革

原告組合は、毎年、他の教職員組合や市民団体とも協力しながら、四国朝鮮初中級学校への訪問活動や、ドキュメンタリーのビデオ視聴会・交流会などを実施してきた。実際の教室での朝鮮学校児童の様子を見学し、その後の懇親会では児童・教員・学父母らと直接ふれあい、話し合う機会を設けることで相互理解を深めていた。参加者は年々人数と幅広さを増し、教職員のみならず、大学生、市民運動に従事する人々なども参加するようになっていた。

将来にわたり長期的かつ効率的に、多文化共生の実現という公益的価値を生み出していく貴重な無形資産が形成されていた。本件各示威行為の攻撃に晒された当時は、将来に向け実のある成果がようやく各方面で実を結びかけていた状況にあった。全国規模での「子ども救援カンパ」²⁶の取り組みの一環として、四国朝鮮初中級学校への2009年8月の150万円の募金の実現したのも、さらには、これが触媒となって多様な反差別の取り組みへの展開が期待された

26 2009年（平成21年）6月から2010年（平成22年）2月にかけて日本教職員組合（日教組）が貧困に苦しむ児童の経済的支援を目的として行った募金活動。格差と貧困の解消を目的に掲げて困窮・困難な環境にある子どもたちとその家庭支援を目指したものの。この全国キャンペーンもまた、憲法14条、25条、26条の各規定の理念に直結する。全国の単位組合のなかには、各県の特殊性に応じて、児童養護施設や虐待防止NPO団体への支援など、独自で支援を行っていたものもあったと報告されている。

ことも、原告らの長年にわたる地道な人的関係の蓄積が背景としてあったからである。

支援活動の企画・運営には、事前の準備²⁷や事後的な対応²⁸において、相当の事務負担を伴い、経費や人件費も生じる。それによって得られる信頼やつながりは貴重な無形資産で、その形成や維持は決して容易なものではない。しかしながら、各年の形成・運営・維持コストが可視化されにくく、公益・非営利目的であるがため、収益性による金銭評価には性質上なじまない。

このため、裁判所が適切に裁量²⁹を行使し（民訴法 248 条参照）、憲法的価値を反映した金銭賠償を認定し、その評価要素を判決理由に示す必要がある。この種の無形資産の憲法的価値が、判決理由を通して社会内に視覚化、顕在化されることの意義は大きい。被害者が目的とする真の名誉回復、被害救済は、こうした方法によって実現するものなのかもしれない。

(2) 教職員が構成員であることの特殊性

原告組合は、日本教職員組合（以下「日教組」という。）に加盟する地方組織で、組合員が教員で構成されている特殊性がある。このため、労働者の地位向上、労働条件の改善と併せて、子どもを守り育む教員の役割を果たすべく、

27 訪問の打診、日程調整、学校側での受け入れ態勢の準備、広報と参加者の募集、人数の把握、移動手段の手配、当日の移動、学校での交流と、実際に体感して感想等を記録すること、カンパとりまとめと手渡し等が挙げられた。

28 訪問の感想を文章にしてお礼状として送付する、関心がありそうな人々への結果報告、集会等での取り組みの案内、機関誌等への原稿執筆、次回企画への参加勧誘等が挙げられる。

29 不法行為（民法 709 条）の無形損害・慰謝料の評価は裁判官の裁量とされ、「賠償せしむるを相当とする額」の算定（我妻「事務管理・不当利得・不法行為」203 頁、塩崎勤論文・判タ 1055-4 参照）であり、原告がその額を証明する必要がなく（最判 S32.2.7・民集 25-383）、裁判所が斟酌すべき事情は無制限で（大判 T9.5.20・民録 26-710）、既にある事実が証拠により「発見されるのではなく」、課すべき賠償額が裁判官の裁量によって「創り出されるべきもの」（西原道雄「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリ 339-26）とされる。

すべての子どもたちに平等に充実した教育環境を提供することを重要課題と位置づけ活動を展開してきた。組合員たちは、こうした活動方針に賛同し、反差別の運動を含め多方面における公益活動を展開する素地となってきた³⁰。

原告らによる四国朝鮮学校への支援は、「すべての子どもたちが平等に教育を受けられる社会にしなければならない」という、学校現場で日々子どもたちに接している組合構成員らの思いを受けて行われてきたものである³¹。国の施

30 本件訴訟に提出された原告書記長の陳述書によれば、差別の現実、もともと立場の弱い子どもの教育に如実に反映される。日々の教育に従事するなかで、教職員らは、自身が受け持つ教室で「今日もあの子が机にいない」という現実と直面し、子どもの荒れの背景に、その父母への経済格差、差別構造の影響があることを実感する。子どもや父母らと対峙するなかで自らの差別意識と向き合うことも要求される。教室内で目の前の子どもを守るだけでなく、教室の外、校舎の外に追いやられた子どもたちにも手を差し伸べられるように、貧困格差、差別問題その他様々な社会問題についても他の教職員と連携して取り組んでいく必要性を実感するようになる、という。

31 こうした格差は正、差別克服の観点は、日教組の組合全体としての活動方針の重要な柱として位置付けられてきた。例えば、戦前の1920年において既に、日教組の前身「日本教員組合啓明会」は、①教育理想の民衆化③教育自治の実現と並んで「②教育の機会均等」を重要な活動目的として位置づけていた（「日教組の50年を振り返る」1997年・6頁）。

戦後の日教組の創立後、第2回臨時大会での「学校白書」の取り組みを経て設けられた1948年の中央教育復興会議でも、「③教育の機会均等と学問の自由」が重要な運動方針として採択されている（同9頁）。

1986年4月には、日教組は、子どもの権利条約の批准及びそのための国内法改正に取り組むための「子どもの人権保障をすすめる各界連絡協議会」の発足にも重要な役割を果たし（同25頁）、その後も条約の趣旨を実現する取り組みに精力的に従事してきた。日教組の活動において、障害児教育とともに重視されてきたのが外国籍児童に対する支援であり、また、「90年代に入ってから生じた朝鮮学校生徒へのいやがらせや暴力行為に対しても、日教組は人権を尊び、民主主義を確立する観点からさまざまな活動を行った」とされる（同130頁左段）。

1990年の第72回定期大会では「反差別の立場から人権教育をすすめる」指針が確認され、国際識字年、夜間中学の取り組み、アイヌ、外国人労働者の子どもたちの問題とともに、在日韓国・超先日のアイデンティティと教育保障を実現する取り組みなどが決定された（同131頁左段）。

こうした方針が、1991年3月の「人権教育指針」の採択へとつながり、「差別がなく、人権が尊重される社会を実現させるために、教育は極めて重要な役割を持ちます。私たちはその教育に直接に携わる者として、あらゆる予断・偏見・差別・抑圧を

策において、マイノリティの子どもたちに対する不十分な部分を補完する重要な社会的役割を担ってきた。国際情勢、法制度の限界、格差社会の深化等、いづれをとっても子どもたちには全く関係のない事情である。子どもの学習権、教育の機会均等が侵害されている現実を前に、原告らは、市民として、教員として何ができるか、それを考え抜き、実践していた。

憲法上及び国際人権条約上、すべての個人に対する最低限の教育の保障及び不当な不平等の除去については、社会権保障の観点から、政府の責任で完遂すべき役割である。しかし、条約起草にあたっては、各国の予算の制限や、その他、各国の社会の実情、政治状況、法制度上の限界などで手が回りきらない部分が生じることも想定されていた。本件に関しては、こうした政府の施策の限界を、市民活動が補完しているという重要な局面で、条約2条(c)「人種間の融和を目的とし、かつ、複数の人種で構成される団体及び運動を支援し」「人種間の障壁を撤廃する他の方法を奨励すること」の要請にも適うものといえる。冒頭に述べたとおり、本件朝鮮学校支援の重要な社会的役割がゆえに、必然的に差別的攻撃の標的となったということこそが本件の本質と考えられる。

さらに、本件のように、違法な妨害行為により、公益団体の存在意義の根幹に関わる活動に対して壊滅的かつ多方面にわたる支障が生じたような場合には、結社の自由(憲法21条)の私人間侵害として捉え、高額は無形損害に根拠を与える理論構築を急ぐべきと思われる。

本件訴訟に提出された意見書で、樋口教授が指摘するところでは、「在特会が在日コリアンその他の在日外国人を直接の敵手とするのは、全体の3割程度にとどまる。…在特会は、在日コリアンの排斥に反対する者も標的としており、対象が日本人であろうが、人種差別思想の流布を目的としているとみなすべきである。」³² このため、同種事案における填補賠償評価の枠組みのなかで、

配するという自覚的認識にたちます」と謳われた(同131頁右段)、こうした活動は2015年現在まで活発に続けられてきた(「日教組60年」2007年・7頁、44頁)。

32 樋口直人「在特会による徳島県教組襲撃事件裁判に対する意見書」徳島大学社会科学研究29巻(2015年)209頁

公益・非営利団体の被る無形損害が過小評価されることのないように、あらかじめ議論の整理をしておくことは有益であろう。

一般論として、本件に限らず反差別の取り組みは、インターネットを介した差別扇動攻撃に晒されると際だった脆弱性を呈するのではないか。この点について社会学などからの一般的な知見を集積し、個別事案での立証活動を経て判決理由に反映させていく取り組みも重要であるように思う。そして、そうした方向での立証をより効果的に促すのは填補賠償法理に軸足を置き、被害実態に重点を置く解釈論と思われる。

3 本件侵害行為によって生じた不利益

前述の京都事件高裁判決①～⑥の判断要素の整理に従い、上述した徳島事件における無形損害・慰謝料を評価すれば、原告らは、①長年の朝鮮学校支援の取り組みにより蓄積・結晶してきた信頼関係および社会的評価（名誉）を形成していたなかで、②公益活動を行う団体としての存在意義、適格性等の人格的利益について社会における客観的評価を低下させられ、③直接的な被害のみならずその後の継続的な嫌がらせ、各種対策を取るにあたって受けた心労や負担、④本来、予定されていた組合の通常業務が阻害され、⑤組合の執務環境が損なわれ、⑥さらには、日本社会全体で、朝鮮学校支援を応援する社会環境が損なわれたこと、といった共通点を挙げることができる。

特に、⑥の観点について述べると、日本全国で差別扇動活動が蔓延するなか、朝鮮学校を支援していることを公にすれば、差別街宣の標的になる、という不安があった。このため、原告らは以前からの朝鮮学校支援の活動を差し控えざるを得ない状態に追い込まれた。また、その後も支援活動を行い広報することで、今度は支援者ではなく朝鮮学校に対する直接の攻撃を誘発する危険もある。これでは支援をすることが逆効果になってしまい本末転倒となる。このため、支援を継続したくても断念せざるを得ない理不尽な状況が事件後、何年も続いた。差別扇動活動に従事する者の望んだ結果が、正に実現しているとい

うことであって、著しく正義に反する状況にあった。

これに加え、日本社会全体に対して、類似の朝鮮学校支援をする機運が大きく削がれる効果が生じていた。原告らの活動により獲得・醸成されつつあった学校支援を支持する地域社会の理解や、社会的な認知度を高めてきた効果が根本から損なわれたといえる。朝鮮学校の教職員、学父母ら関係者が、原告らの活動をとおして日本の市民社会に抱きつつあった信頼も、大きく傷つけられたことは想像に難くない。相互の理解・信頼関係の構築に向けられた長年の努力が水泡と化し、かけがえのない無形資産が損なわれた³³。将来的な機会損失の観点から、被害がなければ付随・発展していくはずであった、将来にわたる学校支援の取り組みも困難となったという面も適正に評価する必要があったはずである。しかし、高松高裁判決の認定は、以下のとおり、抽象的で不十分であった。

4 高松高裁判決の認定

(1) 民族教育支援の公益性を加味しない抽象的な損害認定

高松高裁判決における①直接被害者が日本人であるなかでの人種差別性の認定、②複合差別（女性差別との併存）の評価、③「萎縮効果」という三点については、有意義な判示内容として積極的に評価すべきである。このうち、①、②の観点については、ともに、「当該不法行為の違法性、非難可能性の程度を評価するにあたって十分に考慮しなければならない」「強い非難に値し、違法性の強いもの」「違法性の程度も強い」といった違法性（悪質性）評価の要素として、③の観点は①認定の理由づけを補強する要素として用いている。もっとも、同判決は損害認定にあたり、こうした違法性評価に言及しながらも「精神的苦痛は察するに余りがある。」「大きな精神的苦痛を与えるものである。」「本件各示威活動等やその映像をインターネット上で公開する行為という不法行為により、私生活の平穏・人格権を侵害される」「外傷後ストレス障害に罹

33 書記長個人の精神的苦痛、屈辱感としても同様。

患したものである³⁴。」などと抽象的に認定するに留まった。判決理由において具体的に、人種差別被害の特殊性や、上述した被侵害利益、すなわち民族教育支援や反差別の取り組みの特殊な公益性に言及されるようなことはなかった。

このような損害認定のあり方は、民族教育事業という被侵害利益から「民族」性を漂白した、上述の京都地裁判決と共通性を持つ判示内容といえる。

(2) 本件の特殊性の認定と、被害者視点の貫徹の必要性

本来、あるべき填補賠償の検討としては、こうした悪質な侵害行為を認定した後、それがゆえに、被害者の側にはどのような具体的支障が生じたのかに関心を向ける必要がある。差別被害のインパクトや発生機序等を解明し、その被害実態に迫るような立証が要請されていたはずである。

例えば、②女性差別の観点について、判決理由は『メンタ』『ババア』などと女性の尊厳を傷つけるような侮辱的言辞や性的暴力を示唆するような言辞を弄し」と加害行為の特徴を認定するところで止まってしまっている。そこからの被害は想像で補うかのような高松高裁の姿勢と、被害者の日々の生活に実際のところほどの程度の波及効果が生じたのか、その被害実態全体を予断なく謙虚に知ろうとする姿勢を持つのとでは、審理の質や対象が自ずと異なっていく

34 原告組合の無形損害についても、同判決には民族教育支援事業の重要性や公益性、差別攻撃で事実上の休止に追い込まれたことについての評価はない（「前記認定事実によれば、第1審原告組合は、平成22年4月14日にその事務所内において約13分間にわたって継続された示威活動等により、その継続中及び終了後しばらくの間、業務の停止を余儀なくされた上、また、その後も、刑事告訴等の事件に対する対応や、第1審被告在特会の会員等による襲撃に備えるために、その本来の業務に支障が生じたものと認められる。また、上記示威活動等やその映像をインターネット上で公開する行為において、謂われのない「募金詐欺」とレッテルを貼られて、誹謗中傷を受け、その名誉を毀損されたものである。そして、これらの不法行為は、上記4で検討したとおり、第1審被告らの人種差別的思想の発現にほかならず、強い非難に値するものである。/以上によれば、第1審原告組合が被った無形損害は60万円と認めるのが相当である。」)

る³⁵。

①人種差別性についても、徳島事件の被害者は徳島県教職員組合という団体とその書記長であって、マイノリティの人種属性を持つ個人・団体が、直接の被害当事者となる事案ではない。このため、填補賠償のなかに条約の趣旨を読み込んで慰謝料・無形損害を評価していくにあたっては、原告らの受けた被害が大きかったにせよ「人種差別被害」と評価できるのかといった点で、理論的な課題を呈していた³⁶。本件の審理においては、被害実態の検討を出発点にして、こうした課題に取り組む姿勢が求められていたはずであり、それにより、人種差別被害の本質の理解をさらに一步深める契機となるはずであった。残念ながら高松高裁の上記のような抽象的な認定では、この点にさしたる寄与はない。

この点、一般に、在日朝鮮人や米国における黒人人種など、マイノリティの属性を有する個人が、人種差別思想に基づく犯罪被害を受けた場合には、通常一般の犯罪被害とは異なる深刻な影響を及ぼすものとされている。例えば、ヘイトクライム被害者は、自分が受けた犯罪を「非常に深刻」と受け止め、怒りよりも「恐怖」「非常に動揺している」といった感情に苛まれる。さらに、PTSD被害はより長期化するとされ、「極端な恐怖」を感じて各種の「疲弊的影響」をもたらす外、「世界には善意が存在し…自身が価値ある存在であるという…基本的前提に疑問を投げかけ」るようにさえなる、とされる³⁷。

35 報道メディアの同種の姿勢に対する疑問を投げかけた「私たちは、加害行為からの想像のみで、ヘイト被害の実相に迫れるものなのだろうか」との問いかけ（拙著・法セミ 2015.7月号 38頁指摘）は、こうした判決の認定手法に対しても妥当するものと考えられる。

36 原告主張においては、ナチス政権下のドイツにおいてユダヤ人を支援したドイツ人に対する迫害、関東大震災直後に在日朝鮮人をかばった日本人に対する迫害といった史実を指摘した。これに加えて、イギリス雇用法における「関連差別」概念の定着を、山田「イギリス雇用法における関連差別及び誤認差別」季刊労働法 250号（2015秋季）を引用して指摘した。

37 “After the Hate: Helping Psychologists Help Victims of Racist Hate Crime” Kellina Craig-Henderson and L. Ren Sloan. *Clinical Psychology: Science and Practice* V10N4, Summer 2003

日本人としてマジョリティに属する原告書記長についても、被害の質と深刻さの両面において顕著な類似が見られていた。自身の人種的、民族的な属性が「極めて否定的固定観念の標的」となり、「自分たちにどうすることもできない」「自身のアイデンティティの中核部分に対する攻撃」といった作用は、マイノリティ固有の作用に思われるのに、マジョリティ民族（日本人）であった原告書記長に対しても類似の心理的影響が生じるのはなぜか。この点については、マイノリティを支援した日本人であったことを基点に、ヘイトクライム被害者の心情推移との比較検討をすることで作用機序を解明していくことも可能と思われたが、判決理由では消化不良のままであった。

さまざまな事案における填補賠償の吟味のなかで、差別被害の特殊性を、判決理由中の表現として蓄積していくことは重要な意味があると思われる。ジグソーパズルの一片一片を組み合わせていくように、断片の蓄積から差別被害の全体像を明らかにしていくことができれば、私たち鈍感なマジョリティが差別被害の重みを知ろうとする際の大きな助けとなる。同種の後続事案において、弁護士、裁判官が、判例検索を通して差別被害の特徴を効率的に把握し、目の前の事案を理解する際の貴重な参照資料として生かすこともできるだろう。さらに、被害者自身は、一般に、自らの被害を語ることには大きな困難を伴い、孤立して自分が悪いと思ひ込みがちであるとされる。このような苦境のなかにあって、過去の同種事例における判決文の存在は、自らの被害を言語化する手がかりとなり、こうした帰責の誤り³⁸に気づくきっかけを提供するものにもなりうる。

懲罰や制裁を求める視点から、加害者の悪質性について判断の集積を重ねるのみでは、ここに述べたような効果は期待できない。

38 金尚均「ヘイトスピーチの法的研究」（法律文化社・2014年）46頁収載、中村一成「ヘイトスピーチとその被害」参照。本来は、明らかに加害者が非難されるべき事案においても、被害者の側では、自分の落ち度のほうばかりに目を向け、自分を責めて精神的苦痛を深めていくという傾向が指摘される。

5 ③「萎縮効果」の特殊な用法から得られる示唆

(1) 伝統的な「萎縮効果」論との相違

高松高裁判決における「萎縮効果」という用語は、伝統的な憲法の議論とは真逆ともいいうる方向性で用いられている。実は、ここには今日の差別被害の特殊性についての重要な示唆が含まれている。

従来の用法においては、この用語は、表現行為に対する刑罰等のペナルティが重きに過ぎ、あるいは不明瞭な基準でペナルティを課されるのを見せられた場合の、社会的な波及効果として、一般の人々が同種表現を自主規制してしまい、活発な意見交換を萎縮させてしまう現象をさしていた。そして、主として表現規制を受ける側から、規制の不当性を公権力に対し主張する文脈で言及される概念であった。この用法において本件にあてはめるならば、民事訴訟において高額賠償のペナルティを課されるのはヘイトスピーチ行為者であるから、行為者の側から「萎縮効果」論を引用されるはずであった。そして、過大なペナルティを課す裁判所に対し表現の自由が主張される、という構図となったはずである。

しかし、本件の判決理由における「萎縮効果」は、私人間の紛争にこの用語をもちこむ点で従来の用法とは決定的に異なっており、しかも、表現者の側に対してではなく、問題視される当該表現の受け手に生じる効果を問題視する用法となっている。具体的には、「第1審被告らが差別の対象とする在日朝鮮人らを支援する者は第1審被告らから攻撃を受け、様々な被害を蒙るということ」を広く一般に知らしめ、その支援活動に萎縮効果をもたらすことを目的としたもの」とされ、高松高裁は、表現規制のほうを正当化し、しかも積極的に要請する理由づけでこの概念を用いている。

(2) 本件被害に見られた「萎縮効果」

この認定は、「萎縮効果」の用法において異質であるとはいえ、今日の差別被害の実情を正しく把握した正当なものである。すなわち、徳島県教組と前書

記長は、「在日朝鮮人、朝鮮学校に関われば『こんな目に遭う』とのメッセージ」³⁹をネット上に拡散され、見せしめの標的とされてきた。ネット上で扇動される差別意識と、差別意識によって増幅される誤解、偏見、誹謗中傷の影響が、マイノリティに直接作用するのは当然である。しかし、それに留まらず、マイノリティの支援活動をしようとする市民にも作用することが実感された。明らかな犯罪行為が、何故か、臨場した警察官によって黙認され、その結果、被害者は、24時間、どこにいても、ネット上の聴衆とでくわすかもしれない恐怖感で、日々、極度の身の危険を感じざるを得ない状況へと追い込まれる。そのような社会的効果をもたらしていた。ヘイト被害の標的にされうるという心配から、市民の善意に基づく公益活動や、支援のメッセージの表明が躊躇されてしまう方向での「萎縮効果」が確かに生じていたといえる。仲間内から聞こえる「教組があんな余計なことをせんかったら」の声など、被害者に落ち度があったかのような非難を前に⁴⁰、原告らは孤立を深め、朝鮮学校への支援活動は事実上の中止を余儀なくされていた。

高裁判決が「萎縮効果」という用語を、伝統的な憲法の議論とは逆方向の理由づけで用いたことは、今日的なインターネットを媒介とする差別扇動被害の特徴への示唆を含んでいる。

まず、萎縮させる侵害主体は国家ではなく、私人である。しかも、その私人は、大企業や組織された団体ではない。人権侵害主体の新たな典型類型が現れたということであり、ネット扇動に長けた数名の個人（極端に言えば一人でも可能）が差別扇動行為に従事するによって、国家や大企業に匹敵する影響力・破壊力を及ぼしうる。その背景として、地理的に隔離されたままであったはずのごくごく少数の極端な考えや価値観を持つ人々が、ネット技術を介して現実社会で集い、行動できるようになった社会環境の変化がある。差別扇動の結果、悪意に満ちた差別意識が共鳴し伝染していく作用や、悪貨（差別デマ）が

39 中村一成氏のルポ記事（「週刊金曜日」二〇一五年三月一五日号・31頁）

40 脚注38 中村「週刊金曜日」記事・31頁

良貨（真実を反映した言及）を駆逐していく傾向等については、ネット技術の浸透前から一般に指摘されてきた。インターネットや SNS の浸透は、何らかの理由でこの作用を強化しているように見受けられる。

そして、この種の差別扇動を用いた攻撃・妨害は、政府の差別的政策や為政者による差別発言等があればそれを背景に飛躍的に破壊力を増す。しかも、差別扇動者らの狙いどおり効果的に「萎縮効果」が発揮されれば、現政権への支持をより強固にする方向で機能する⁴¹。極論すれば、現政権としては目障りな個人や団体に対して差別扇動が行われれば、現政権は自身の手を汚すことなく「萎縮効果」の「恩恵」に預かることができることになる。市民活動の多くは、憲法的価値を体現する貴重な活動に従事するからこそ現政権と対立し敵視されうる立場に身を置かれることを考え合わせると、このような「恩恵」の不当性は明らかであり、司法における何らかの手当てが要請される。

これらは加害者側の事情の分析ともいえるが、こうした攻撃に晒された場合に、被害を受けた者の視点からは世界はどのように映り、被害者の内面にどのような影響（精神的苦痛・無形損害）を生じさせていくのか、意識的に読み替えて吟味していく姿勢が求められる。被害者の思いや事情を介在させて、人種差別の悪質性に言及することで、社会的共感がより得られやすくなる作用も期待される。填補賠償に重点を置く審理をとおして、こうした被害実態が客観的に明らかにされていくことの意味は大きい。

第4 填補賠償を介した司法府からの政策評価と、善処を促す見解の呈示

不法行為訴訟の主目的は原告らの個別被害救済であるが、多文化共生・反差別の市民運動的に取り組んできた原告らにとって、政策形成訴訟として反差別政策を促進する方向で、立法や行政の各方面に社会的影響を及ぼすような判決の獲得を目指すことは当然のことといえる。こうした依頼者の思いを、不法行

41 津田大介他著「安倍政権のネット戦略」創出版 2013 年は、この観点について重要な示唆を含む。

為法の填補賠償の枠組みの制限のなかで実現しうる訴訟戦略はありうるか。本件では、弁護団内部での議論を経て、最終的に「日本政府の無策がゆえに原告の損害拡大をもたらした側面については、填補賠償の評価に反映すべき」という主張に辿り着いた。指紋押捺事件の大阪高裁判決⁴²が、損害「額」の認定の場面で政府運用の条約違反状態に言及したことが、法改正前の指紋押捺制度への強力な批判として機能し、その後の議論に影響を与えたことにも言及した。

日本政府は、加害者・被害者から見れば第三者の立場にあり、政府の不作為による損害拡大があっても、それ自体で直接、本件被告らに責任を問えるものではない。しかし、野放しの状況を認識・利用して侵害行為に及んだといえるならば被告らに帰責する余地がある。判決理由にこうした認定が盛り込まれば、司法から立法・行政に対し人種差別撤廃に向けた政策の無策について状況改善を求める強い問題提起として機能するはずである。

この考え方は京都事件でも妥当するが、その当時は十分に意識されず原告からの主張として法律論を展開するには至らなかった。そして、積極的に主張を行った徳島事件高松高裁でも、最終的には判決で理由のなかで採用されることはなかった。しかし、この観点は、三権分立のなか司法が果たすべき役割について重要な論点を含んでおり、今後も積極的に問題提起されるべきと考えている。以下は、今後の議論の材料を提供する観点から、弁護団の主張の概要を紹介するものである。

42 大阪高判 H6.10.28・判タ 868-59。賠償されるべき損害「額」の認定において、憲法及びB規約(条約)の趣旨を慎重に検討したうえで高額な賠償額を導いている点が注目される判決である。

同判決では、国家賠償の「違法性」要件の検討で、条約とは全く関連のない「逮捕の必要性」の欠如を認定して逮捕状発付行為の違法性を根拠づけた。違法性の判断において条約による根拠づけは一切ない。そのうえで、なお、損害「額」の認定にあたっては、あえて詳細に条約の規範を引用し検討したうえで、高額な賠償の根拠として明示した。この判決において、既に、京都事件各判決の、損害認定における条約の「要素の考慮は義務的」と評される考え方(前述脚注の寺谷論文参照)が採用されていたともいえる。

日本社会は、2010年の本件発生当時（あるいは現在においても）、「日本は、(条約により) 求められている人種差別撤廃制度のすべてがないと言っても過言ではない。」とまで酷評され⁴³、差別撤廃政策分野での客観的指標の国際比較をもとに、欧州の国際NGOから『致命的に取り組みが遅れており、改善の動きもないわずかな国』の一国として名指しで厳しく批判されて⁴⁴いるほどの状況にあった⁴⁴。

条約上の各種抑止対策については、人種差別撤廃条約起草過程において、「あったらよい」程度の努力目標や道義的義務を念頭に制度設計されたものではなく、意識的に「なくてはならない」対策として締約国の具体的義務として位置付けられていた。差別扇動行為の反復性・扇動容易性といった二つの特徴が掛け算的に作用して、被害の拡大・再生産を生み出す連鎖を阻止する必要性は起草者全員に共有された共通認識であった。そして、そのためには、条約の具体的な規定において敷衍される多方面にわたる「規範と手続」は「不可欠」との考えが前提とされた⁴⁵。今日のインターネット動画等の浸透をふまえれば、こうした対策の必要性は増すばかりであったといえる。にもかかわらず、日本社会は、条約が義務づける措置がほとんど講じられない特異な状況にあった。

43 師岡康子「包括的な人種差別撤廃制度の必要性」法セミ 2015.7月号 59頁左段

44 欧州に基盤を置く国際NGOの移住政策集団 Migration Policy Group が中心となって行った定住外国人政策に関する2010年調査結果（前掲師岡論文及び「ヘイト・スピーチをめぐって」東京新聞 2015.6.3夕刊にて紹介）

45 条約の多角的アプローチの根底にある国連・人種差別撤廃委員会の基本的な考え方につき、2014年の一般的意見 35 参照。具体的には、人種差別撤廃条約の沿革として、「本条約の起草者らは、スピーチが人種的憎悪と差別の風潮を生み出すおそれについて認識し」（5項）、委員会も「人種主義的ヘイトスピーチがその後の大規模人権侵害及びジェノサイドにつながってゆく」と強調する（3項）。このため、「ヘイトスピーチ行為を認定し、それに対して闘うこと」は「本条約の目的の達成（人種差別撤廃）にとって不可欠」とし（8項）、起草者らが「スピーチが現実にも生み出してきた危険について詳しく検討してきた」結果として（1項）、「条約のあらゆる規範と手続を動員しないことには、人種主義的ヘイトスピーチとの効果的な闘いができない」ことを念頭に、多方面にわたる「規範と手続」を条約規定で起草したと説明される。

被害者は、ヘイト犯罪の顕著な反復性⁴⁶・扇動容易性⁴⁷への対策も何らなく⁴⁸、効果的な救済を得られる施策⁴⁹も全くない社会に放置され、無形損害・精神的苦痛を深化させる⁵⁰。本件原告書記長にあっては、極度の恐怖感、閉

- 46 2009～10年当時の状況は、在日朝鮮人及びその支援者に対する抗議活動であるかのような装いをまとえば、犯罪被害を与えても社会的に許容されるかのような混乱が広がっていた。ある場所で騒動を起こして注目されると、同じ場所で反復して同種街宣行為を実施することも確信犯的に意識的に行われていた。本来、厳しく対応すべき警察機関は「表現行為の装い」に戸惑い、差別偏見の影響も受け、差別街宣を許容するかのような態度をとることがある。警察職員内部の人種差別撤廃教育の不徹底も指摘される（前掲師岡論文 59頁）。こうした警察官らの寛容な態度が差別街宣者の確信を強め、再犯を誘発していた。被告らの1人は犯行態様をエスカレートさせていき、執行猶予中の再犯で実刑判決を受け、収監に至り、服役までした。その後、2017年に再びヘイトクライム（名誉毀損）を犯し、2018年に起訴された。
- 47 遅くとも京都事件の地裁判決が大きく報道されるまでの時期においては、社会に蔓延する差別意識への無策を背景に、扇動が容易な状況が続いていたといえる。行為者らは、自らの政治的・人種差別的発言の話題性・影響力を高めるために、意図的に差別扇動を行い、過激さを演出していた（被告らの1人による被告人尋問（京都地裁審理））。
- また、模倣犯による犯罪遂行の可能性も小さくない。差別意識を背景に、こうした暴力の模倣が扇動され危険が伝播・拡散していく点に、ヘイトスピーチの一つの特徴がある。
- 48 齋藤民徒「ヘイトスピーチ対策をめぐる国内法の動向と国際法」論究ジュリ No.19.2016 秋号 91頁。また、CERD 日本政府 2014年審査において、人種差別撤廃委員会の総括所見は、条約解釈という法的観点から、こうした日本における施策不備を厳しく批判した。具体的には、(a) 集会における憎悪及び人種主義の表明並びに人種主義的暴力と憎悪の扇動に断固として取り組むこと、(b) インターネットを含むメディアにおけるヘイトスピーチと闘うための適切な手段を取ること、(c) そうした行動に責任のある民間の個人及び団体を捜査し、適切な場合には起訴すること、(d) ヘイトスピーチ及び憎悪扇動を流布する公人及び政治家に対する適切な制裁を追求すること、(e) 人種差別につながる偏見と闘い、異なる国籍、人種もしくは民族の諸集団の間での理解、寛容及び友好を促進するために、人種主義的ヘイトスピーチの根本的原因に取組み、教育、文化及び情報の方策を強化すること、といった条約上の義務履践を勧告している（CERD/C/JPN/CO/7-9, para.12）。
- 49 裁判提起に伴う有形・無形の負担があるなか、司法救済以外の早期解決手段の選択肢が極めて限られているといった点も、精神的苦痛・無形損害の深刻化、長期化をもたらす。
- 50 確かに、無策な政府は、加害者・被害者から見れば第三者となる。しかし、加害者であるヘイトスピーチ行為者は無策な政府施策の現状や、社会状況を十分に認識したう

塞感、無力感を強め、PTSD等の症状を一層悪化させていた。ヘイト行為の反復性、扇動容易性の傾向からすれば、再被害、もしくはさらに酷い被害に晒されうるのは、現実の危険として想定せざるを得ない。こうした要素は当然、高額な填補賠償を要請するものであった。

第5 おわりに

以上、京都事件、徳島事件を題材に、填補賠償を基軸とする不法行為法が果たしうる役割と課題について検討した。

本文中に触れた「萎縮効果」の構造に留まらず、憲法や条約上の人権に関する諸問題は、私人間の紛争のなかで顕在化される傾向が強まるものと予想される。司法がかかる紛争類型に対処するにあたっては、民法の不法行為法に憲法や国際人権法を接合する解釈論の充実が不可欠となる。そのなかで、損害認定における制裁的アプローチと填補的アプローチの間での比重の置き方は、差別被害への共感醸成の運動展開の方向性にも影響しうるところなので、下級審判決における傾向の推移や法学での議論の趨勢を含め、各方面における動向に関心を払いたい。

インターネット技術を背景に、一私人が広く社会に発信し、価値感が共通する人々と即時に行動することができるようになった。現実の世界で、大きな社会的影響（あるいは他の一般人への私生活上の平穏への脅威）を及ぼすことが可能となった。

個々人の日々の生活に占める政府の影響力は相対的に低下していると評価しうる。これは、市民団体が各種人権の充実や反差別施策などの課題で国の取り組みを補完する方向でも⁵¹、あるいは、新たな人権侵害主体として私人・私団体が台頭しはじめる方向でもいえることである。本稿では、私人間におけるこ

えて、その状況をフルに活用して攻撃をしていることが多い。従って、この拡大損害についても帰責されるべきとの解釈は十分に可能である。

51 前述脚注の人種差別撤廃条約2条(c)参照

の二つの方向性が交わりぶつかりあうことがあり、差別扇動者らが、多文化共生に貢献する象徴的な市民団体を標的に据えることに、ある種の必然性があることを述べた。今後も、同様の構図の深刻な差別事案が裁判所に持ち込まれることが見込まれる。

裁判所には、こうした私人間の紛争類型において、憲法的価値の促進のために果たすべき役割があることが、京都事件、徳島事件において示された。真実発見の機能を活かし差別被害の実態を解明し、社会に認知させていく潜在力が十二分に発揮されることが期待される。本稿では、こうした副次的な作用に鑑み、不法行為法の填補賠償のアプローチを積極評価すべき面について指摘したものである⁵²。

差別扇動は、社会のマジョリティ側の多数意見形成にも強い影響を及ぼし、それは日本政府の差別的な政策への支持強化（より正確には不支持意見の弱体化）に直結するため、現政権に都合良く働く側面がある。他方で、政府が差別に対峙する姿勢を欠落させ、あるいは、偏見に基づく差別政策の是正に消極的であれば、差別扇動者の言説を正当化する根拠を与えることになり、その拡散効果と攻撃性を飛躍的に高めてしまう作用もある。相互に強化しあうサイクルを切断する歯止めの役割は、司法が担うべきである。

裁判所により、私人間の紛争で憲法的価値や条約上の趣旨を充填する判断が出されるようになれば、直接的な目的が当該紛争の解決にあっても、判示内容からの論理的帰結として、自ずと現在の差別政策への批判となるものが含まれてこよう。のみならず、マイノリティ被害者の差別体験は、重層的に歴史性、非対称性を帯びている。それゆえ、誠実に填補賠償アプローチを追求しその判断を蓄積していけば、過去及び現在の差別的な政策で個々人の人生や当該事件における差別体験にいかほどの影響を及ぼしてきたのか、自ずと浮き彫りとなるはずである。こうした観点は、加害者側の悪質性に焦点が集まる制裁的アプローチにおいては、見過ごされがちとなる傾向がある。

52 マイナス面として、立証の負担を被害者に課すことの深刻な問題性がある。

被害者代理人となる弁護士が、差別被害の実相に迫る立証を追求する必要性に気づく基礎知識と資質を持っているか。そして浮き彫りとなった差別被害に直面したときに、裁判官が自身の社会的役割を理解し、周囲の雑音や予想される反響にひるむことなく当該紛争の解決のための判断に徹することができるのか。多数派の意見から独立して自由な立場で判決理由を書けるような司法制度が維持されているか。司法が少数者の人権の砦の役割を果たせるかどうかは、このような要因で方向付けられていくものと思われる。私人間の紛争に人権問題が現れる場合においても警戒して監視していくべきであり、各方面の動向を注視していく必要がある。

填補賠償アプローチは、重厚な差別被害に依拠した事実在即した慎重な認定を可能とする⁵³。制裁的なアプローチとの対比で、より司法作用に親和的で、安定した説得力を提供できるのではないだろうか。

以上

53 制裁的アプローチは、加害者側の悪質性の事情によって高額賠償を正当化していく必要があるが、事案によっては、思いつきの行動や軽薄さに特徴付けられる具体的事情に依拠せねばならない。同時に、禁圧と制裁を是とする裁判所の価値判断の説得性、客観性に疑義が持たれる余地もあり、判断の信用性がぐらつく場面も生じるのではないか。

ヘイトスピーチ規制賛成論に対するいくつかの疑問

—憲法学的観点、政治学的観点、哲学的観点のそれぞれから—

駒 村 圭 吾

まず、はじめに申し上げておきたいことは、私は憎悪表現を憎悪している、という点です。日本社会において憎悪表現と指称される発話のいくつかはまったく私の言論作法の埒外にありますし、二度と耳にしたくないものです。したがって、私は、時に誤解されるのですが、“ヘイトスピーチ容認派”ではありません。

加えて、時としてまた、私は“ヘイトスピーチ規制消極派”と紹介されることがありますが、これも正しくありません。従来からの私の主張は、ヘイトスピーチとして括られる発話は、既に定着している様々な規制手段によって、あるいはそれらの適切な拡張解釈によって対処可能であり、それを超えてなお残存するヘイトスピーチなるものがあるとしても、それは社会の品格の問題として対応すべきものではないだろうか、それを民事刑事等の手段で規制するには、確立した憲法法理を大幅に変更することになりはしまいか、というものです¹。既存の法的手段を駆使するという点では、自分で言うのも何ですが、規制派であります。もっとも、差別という悪魔の所業の前では、単なる規制派では足りず、規制“積極”派でなければならないと見る方たちからは私は規制“消極”派にカテゴライズされるのかもしれないかもしれません。既存の手段を駆使せよ、とことん使い倒せ、と考えておりますので、その意味では、むしろ積極派に分類していただきたいところです。

1 例えば、駒村圭吾「憲法の観点から—憎悪と表現の規制をめぐって」国際人権 24 号（2013 年）72 頁所収、座談会「表現の自由」論究ジュリスト 14 号（2015 年）159 頁所収。

ある種のヘイトスピーチ例外主義に立ち、この規制に限っては確立した憲法法理も変更してかまわないという声もありそうですが、私はやはり表現の自由論一般に対する波及効果が気になります。また、私は既存の法的措置を駆使することによってヘイトスピーチの弊害の多くは除去できると考えておりますが、それでは手ぬるく、ヘイトスピーチのいわば残照であっても社会から完全に消去しなければならないと考える方たちがもしあれば、上述の「例外」を認めない以上、ヘイトスピーチ容認論者、否、差別擁護論者に映るのかもしれませんが。もちろん、私はそうではありません。

なお、言うまでもなく、原則には例外がつきものですから、例外を認めるのはやぶさかではありません。が、例外と原則の関係にもある種の“原則”があるはずで、例外的措置を求める緊要性があるとしてもそれだけでは法理の変更はできず、原則に対して例外を設けることにも原則性が必要であり、例外的対応を一般性を備えた合理的な措置にしなければなりません。現在のところ、私にとって納得のいく例外論は見当たらないので、本日のこのワークショップでそれに会えればと期待しているところであります。

実は、ゲストスピーカーであるエリック・ブライシュ (Erik Bleich) 教授の所説と私の立場はいくつかの見解と観測を共有していると考えております。例えば、ブライシュ教授のご高著、*The Freedom to Be Racist? : How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism* (2011) (邦訳 (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』 (2014年、明石書店)) から引用してみますと、「不快な物言いをするのは確かに失礼であり、道徳的に間違っさえているかもしれないが、違法とされるべきではない」との記述がみられ、また、「レイシズムを処罰することの基礎が個人や集団に対する強い影響にあるとするのなら、傷つけられたという感情以上に、危害がより重大であるという証拠がなくてはならない」のであって、「中傷によって受けた主観的な痛みは過小評価されるべきではないが、社会的な手続きを踏んで対抗する上では、客観的な危害を提示するのが最良の方法で

ある」と述べていらっしゃいます²。

誠に正鵠を射た主張であり、法学の常識的な応答として私も強く同意するところであります。おそらく、私とブライシュ教授の違いは、それを前提として権利侵害未満の不快発言に対してどのような措置をとるべきか、にあると思われませんが、いずれにしても、本日私がお話することの出発点として、上記のブライシュ教授の主張を掲げておきたいと思います。

それでは表題に従って、憲法的観点、政治学的観点、哲学的観点の順で、ヘイトスピーチ規制賛成論に対する疑問を素描していきたいと思います。

I. 憲法学的観点から

ヘイトスピーチとして総称される行為は、よく知られているように、多くの法的要素から出来上がっている複合体であります。それぞれの要素を攻撃するには、多くの伝統的で確立した権利や救済手段をそれらに対応して用いることができます。例えば、不法行為法の領域では、名誉毀損、侮辱ないし名誉感情侵害、プライバシー侵害、刑事法の領域では、名誉毀損、侮辱、脅迫、威力業務妨害、行政的措置としては、騒音防止、公的施設の利用不許可処分、等々が思い浮かびます³。

2 エリック・ブライシュ（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』（2014年、明石書店）255頁（Erik Bleich, *The Freedom to Be Racist? : How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism* 146（2011））。

3 例えば、京都朝鮮第1初級学校前事件（民事）第1審判決（京都地判平成25年10月7日判例時報2208号74頁）は、人種差別撤廃条約2条1項および6条の法解釈責務について、「わが国の裁判所は、単に人種差別行為がされたというだけでなく、これにより具体的な損害が発生している場合に初めて、民法709条に基づき、加害者に対し、被害者への損害賠償を命ずることができるということとどまる」と指摘しつつ、無形損害も具体的な損害のひとつであるとして、「加害者に対し支払を命ずる賠償額は、人種差別行為に対する効果的な保護及び救済措置となるような額を定めなければならない」と述べている。これを前提にして、同判決は、「本件活動に伴う業務妨害と名誉毀損は、民法709条所定の不法行為に該当すると同時に、人種差別に該当する違法性を帯びているということになる」と判断しており、不法行為の認定はあくまで「業務妨害」と「名誉毀損」を主軸とし、「人種差別」そのものは違法性認定の要素（そして損

これらの法的対応を尽くしてもなお残るものは何でありましょうか。私はある種の「品格」の問題が残るのみではないかと考えております。敢えて言えば、「不品行としてのヘイトスピーチ (hate speech as incivility)」と呼べましょうか。ここで重ねて強調しておきたいのですが、私はヘイトスピーチと総称される言論行為そのものを「不品行」にすぎないと申し上げているではありません。既に述べましたように、確立した権利と救済手段を駆使しても、なお残るものについて申し上げているわけです。

こうした私の主張ないし問いかけに対しては、いくつかの批判が考えられます。

その主なもののひとつが、私の主張は集団誹謗（集団的名誉毀損）に対する規制の可能性を捨象している、という批判です。個々人に対しては具体性を欠く「不品行としてのヘイトスピーチ」も、その分散化された危険性や不快感を集約して、法的対応措置を講じることは必要ではないかというわけです。

集団誹謗に対する法的規制—刑事法？不法行為法？行政罰その他の行政的措置？—をどのように構想するかが直ちに問題になりますが、いずれにしても、集団誹謗の法的規制は、個人の集合的アイデンティティを前提とする話になりますので、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恐れがあります。

そのような原理的問題を克服したとしても、まだ問題が残ります。例えば、集団誹謗を不法行為として構成し、集団帰属者に対する損害賠償をどのような

害額の算定における加重要素）として勘案するという構成をとっている。

また、川崎市ヘイトデモ禁止仮処分命令申立事件（横浜地裁川崎支部平成28年6月2日（判時2296号14頁）は、その法的構成の基軸になったのは、憲法13条に根拠をおく「住居において平穏に生活する人格権」であり、在日韓国・朝鮮人については、人種差別撤廃条約や憲法14条から、かかる人格権を「本邦の地域社会から排除されることのない権利」とパラフレイズしている。そして、本決定は、①生命・身体・自由・名誉・財産に対する危害、名誉毀損、著しい侮辱、等から成る差別解消法2条の定義をいわば侵害態様の諸要素として参酌しつつ、②「住居において平穏に生活する人格権」が違法に侵害されたことを主軸において不法行為を認定する枠組を提示している。

範囲で認め、原告適格の設定をどのようにするのが問われるでしょう。

これに対しては、刑事的規制で対応することが提案されるでしょう。集団誹謗を、個人的法益ではなく、社会的法益の観点から問題とし、一種の抽象的危険犯として構成するのです。

しかし、言うまでなく、そのような方向で法的規制を導入するにしても、最大の難題は憲法 21 条で保障された表現の自由のハードルをいかに超えるかでありましょう。これに対しては、人を深く傷つけ、差別を助長する集団誹謗は、たとえそれが表現行為であったとしても、①低価値言論に過ぎず、②抽象的危険犯として社会的な害悪を振りまくものであるから、定義的衡量の手法を用いて新たな排除カテゴリーとして位置づければ、憲法 21 条の保護範囲から類型的に除外され、保障の対象外におかれる…そのような主張が聞こえてきそうです。このようなアプローチは、1942 年の *Chaplinsky v. New Hampshire* 事件合衆国最高裁判決⁴で採用された手法ですが、同判決において憲法的保護から除外されるカテゴリーとして挙げられたのは、猥褻 (*obscenity*)、名誉毀損 (*libel*)、侮辱的言辞 (*insulting words*)、喧嘩的言辞 (*fighting words*) 等でした。そして、その後のアメリカ最高裁判例の展開を見てみますと、この排除カテゴリーを新設ないし拡張することに慎重な姿勢が採られてきたように解されます。また、そもそも、この定義的衡量のアプローチをよく知悉してきた日本の憲法学界においては、特定言論の類型的排除については批判的であり、定義的衡量 (*definitional balancing*) ではなく個別的衡量 (*ad hoc balancing*) を採用すべきであるという主張が有力であったと思われます。

また、危険犯的な構成で対応することについても、やはり従来 of 憲法学ならびに判例⁵は、表現の自由の制限に対しては、明白かつ現在の危険 (*clear and present danger*) を求めてきたのではないのでしょうか。重ねて指摘させていただきますが、ここで問題にしておりますのでは、既存の法的措置で対抗してな

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

5 泉佐野市民会館使用不許可処分事件第 3 小判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁。

残存するもの、つまり「不品行としてのヘイトスピーチ」として仮称している言論に対する規制です。そのような残余の言論に明白かつ現在の危険があるのか、という問題です。

そしてなによりも、以上の提案、つまり、集団誹謗に対する法的規制の導入も、定義的衡量による「不品行としてのヘイトスピーチ」のカテゴリカルな保障排除も、表現の自由に対する典型的な内容規制（content-based regulation）であるという点がまっさきに想起されるべきでしょう。しかも、導入される集団誹謗規制や類型的排除が、例えば、国籍等に基づく集団誹謗にだけ限定されるとしたら、内容規制だけでなく、見解規制あるいは見解差別（viewpoint regulation/viewpoint discrimination）の問題にもなり得ます。これらに対して、従来の憲法学説は、最高度の厳格審査で臨むべきであるとして、原則として許されるものではないと考えてきたのではないのでしょうか⁶。

「不品行としてのヘイトスピーチ」が社会的にも道徳的にも非難されるべきだとしても、上に見てきましたように、確立された憲法解釈や法理の多くを犠牲にすることになります。それが言い過ぎであるとしても、確立された多くの憲法解釈や法理を“修正”することになりますが、従来これらの法理を強力で擁護してきた点からすれば、憲法学説はかかる“修正”が例外的に許容されることを相当の説得力をもって提示しなければなりません。くどくなりますが、ここで問題にしているのは、ヘイトスピーチとして総称される表現行為一般ではなく、従来の規制措置を駆使したのちに、なお残るヘイトスピーチです。そのような表現行為を制限するために、確立した憲法解釈や法理を大きく変更させる準備が果たしてあるのでしょうか。

なお、ちなみに付言しますと、私は集団誹謗と呼ばれる表現行為のうち一部の形態については、既存の枠組の中でも規制することは可能であると考えてお

6 アメリカにおけるヘイトスピーチ規制と内容規制・内容差別に関して、駒村圭吾「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」小谷順子他編『現代アメリカの司法と憲法』（2013年、尚学社）22頁以下、参照。

ります。2009年に発生した、京都朝鮮第1初級学校前で繰り広げられたヘイトスピーチの事例を考えてみますと、そこで展開されたヘイトスピーチには種々のものがありましたが、朝鮮人一般に対する集団誹謗も含まれておりました。しかし、特定の朝鮮学校の教職員ならびに生徒の面前で繰り返し集団誹謗を行った場合、それは当該特定個人ないし法人との関係で不法行為を構成すると言って差し支えないと思います。

京都朝鮮第1初級学校前事件（刑事）に対する控訴審判決（大阪高判平成23年10月28日（LEX/DBインターネット【文献番号】25480227）では、「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」といった集団誹謗的言動が含まれておりました。控訴趣意によれば、それは、特定人に対する誹謗ではなく、朝鮮人という集団を誹謗するものにすぎず、したがって、集団に対する誹謗ないし侮辱だから侮辱罪の対象とはならないと主張されています。これに対して、裁判官は次のように応じています。

本件の侮辱行為は一連のものとして解すべきところ、本件学校の前で、本件学校や運営主体である本件学校法人のありようについてる批判する中での発言であるから、特に朝鮮人との範疇について発言したと解されず、所論は前提を欠く。

集団誹謗もそれが吐かれた文脈に応じて単なる不品行ではなく具体的な不法行為に転換する可能性があることに留意すべきであります。

II. 政治学的関連から

時として、ヘイトスピーチ規制は、社会の分断を防ぎ、マイノリティの苦境を改善するために不可欠であり、その意味では、例外的に従来の憲法解釈を修正する十分な理由がある、と言われることがあります。マイノリティの保護や社会の分断化の防止が、ヘイトスピーチ規制の大義名分として掲げられている

ことはみなさまも御承知であろうかと思えます。

この点、そもそもマイノリティとは何かが問われますが、この点に立ち入る余裕はありませんので、2015年に論究ジュリスト誌上で行われた「日本国憲法研究」の座談会で述べた論点をここにもう一度指摘するだけにとどめたいと思えます⁷。先ほど言及しました京都朝鮮第1初級学校前でのヘイトスピーチの事案ですが、そこで展開されたヘイトスピーチは熾烈を極めるものであり法的規制の対象になるものであったことは明らかであると思えますが、他方で、公園占有に対する抗議という文脈にだけに限定すれば、公的言論として保護されるべき内容を含むものであったことも認めざるを得ないと考えます。もちろん、かかる公共的争点を提示する方法として、どのようなものでも許されるというわけでは毛頭ございません。しかし、これから先は一般論になりますが、公的争点を長年にわたり提起してきても公権力や市民社会がまったくこれを取り合ってくれない状況があるとすれば、ヘイトスピーチに出たことは問題であるとしても、かかる激烈な表現に出た団体もまた市民社会から孤立したマイノリティである可能性があります。ヘイトスピーチをめぐる問題においてマイノリティの擁護が強調されなければならないとしたら、単にマジョリティの

7 この点について、筆者はかつて次のように発言したことがある。「…そもそも言論は過激なものだと思うのです。過激でない誰も振り向いてくれない。集団暴徒化論などと言いますが、暴徒化する一歩手前までいかなかったら、静かに行進しているだけでは、誰もそこで掲げられた公的争点に注目しないと思うのです。先ほど象徴的言論の話が出ましたが、国旗消却という行為もそうだと思います。内容で勝負だと言いますが、パブリシティを獲得したいと思ったら、やはりカメラが来て報道してくれるとか、周囲の人が振り向いてくれるという効果が表現にないといけない。ですから、在特会のやっていることを擁護するつもりはありませんし、あそこまで過激にわたる必要は全くないと私は思います。しかし、ヘイトスピーチに打って出る人たちもまたある種のマイノリティだということだと思うのです。自分たちはこの日本という言論空間では全く無視されているという切迫感があるのではないかと。そういった窮状に目配りすると同時に、やはり言論というのは過激にわたるすれすれのところまで行かないとなかなか社会に伝わらないという点を前提として認めないと、表現の自由論としては不十分なのではないかと思っています」（座談会「表現の自由」前掲注1）170頁（駒村発言）。

罪悪感に訴えるのではなく、広く市民社会におけるマイナー・ヴォイスへの対応問題を議題に据えなければならないように考えます。

その意味で、孤立した団体やある種の偏見に見舞われた団体からの公的争点の提示に社会や公共団体がどう取り組むのか、そういったマイノリティの政治学ないし社会学の観点からの考察が不可欠のように思うのです。

Ⅲ. 哲学的観点から

さて、最後に哲学的観点からの疑問提示になります。以下のお話は私の二本の既発表論稿⁸をベースにするもので、そのとき依拠しました言語哲学者のジュディス・バトラー (Judith Butler) の所説を紹介したいと思います。

バトラーは、発話を特定の結果をもたらす「行為体 (agency)」であるとおきます。つまり、言葉を発することは一定の現実的效果をもたらす力ないし作用そのものであり⁹、言葉そのものが行為体である以上、発話内行為であろうが発話媒介行為であろうが、一定の力を持つのであって、発話の帰結や波及効果ではなく、平手打ち同様、発話それ自体が加害力を持つことになるのだ (“Words that Wound”)¹⁰ と言うのです。

となりますと、行為体としての言葉がもたらす力を一体何に帰責・還元すればよいのかが直ちに問題になります。それは当然、発話の主体に帰責されるはずだと見るのが普通でしょう。法もまた、このような発想を共有していると思います。つまり、例えば、問題となる言葉がヘイトスピーチの場合、多くの規制立法がそうであるように、発話の主体にその種の言葉の使用を禁止・制限することになる。しかし、この点、バトラーは、かかるアプローチは、発話の

8 駒村圭吾「言葉／意味／権力」法律時報 89 卷 5 号 (通巻 1111 号) (2017 年) 5 頁所収、また本論稿に加筆を加えたものとして、駒村圭吾「言葉／意味／権力—トランプの場合、天皇の場合—」法学研究 91 卷 1 号 (2018 年) 21 頁所収。

9 ジュディス・バトラー (竹村和子訳)『触発する言葉—言語・権力・行為体』(2015 年、岩波書店)の序章参照。

10 Mari Matsuda, et al., Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment (1993).

「主体」を発話の「起源」と見るものであって、それは言葉の行為体としての性格を見誤るものであると批判します¹¹。

バトラーによれば、そもそも、言葉が行為体として力や効果を持つのは、多様な状況においてその言葉の“引用”を可能にする「慣習」の存在を前提とします。言葉は、時の経過の中で反復され、発話されるたびにその慣習をよみがえさせる、ある種の儀式性を帯びたものとして存在します。したがって、言葉は、発話の瞬間（ならびに発話の主体）に還元ないし限定することのできない作動領域を持つため、その行為遂行性はもっと広い射程で捉えられなければならないこととなります。バトラーはこれらをまとめて次のように言います¹²。

発話内行為は、発言の瞬間に行為をおこなうが、その瞬間が儀式的であるかぎり、それがおこなわれるのは決して語られる瞬間だけではない。儀式における「瞬間」は、凝縮された歴史性である。それは過去や未来へと拡大し、発話のまやあとを呼びおこす効果をもち、したがって発話の瞬間を構築すると同時に、その瞬間から逃げ去りもする。

ヘイトスピーチの発話主体もまた過去の行為体の反復の中で発話主体とされた存在であるということになるわけです。したがって、ヘイトスピーチの責任は、発話の起源にはなく、発話の反復（「発話の瞬間を超えた反復の凝集」）に求められるべきであるとバトラーは主張するのです¹³。

では、どうすればいいのか。バトラーは、言論規制とはむしろ正反対の方策、すなわち、行為体としての言葉の可能性を積極的に開くことを提案します。反復の凝集である言葉は、まさにその性質故に可変性を潜在させているのであって、反復を強制終了させるのではなく、むしろ言葉の反復を活性化させ

11 バトラー・前掲注8) 61頁、12頁、122-126頁。

12 バトラー・前掲注8) 6頁。

13 バトラー・前掲注8) 61頁、24頁。

(つまり、行為体の行為遂行性を開放させ)、そのことによってヘイトスピーチによって封じられんとする「対抗的発話」(つまり、発話を返すこと)を誘発し、言葉の中傷力から分離して別の文脈へと再定位すべきである、と彼女は主張するのです¹⁴。

バトラーの主張をまとめてみましょう。発話は一定の現実的効果を有する行為体である。行為体としての発話が発する害悪の責任を発話主体とか発話の起源に帰責するのは問題を見誤っている。ヘイトスピーチが加害性を持つのは、その言葉の引用に意味を与える慣習が存在しているからであって、その引用の反復を可能にする慣習とその上で展開される反復の歴史的凝集が言葉そのものとなる。そして、反復の凝集である言葉は、反復によってその加害力を高めると同時に失う可能性も秘めている。だから、政府規制によってはヘイトスピーチの問題は解消しない。結局、言葉の問題は言葉そのものに帰責するしかなく、対抗的発話の応酬により、慣習と引用の集積体を動揺させ、言葉の新しい意味の構築に向かうべきであると…。彼女の主張はおよそこのように整理して差し支えないでしょう。

そして、対抗的発話を返すことにより反復を活性させ、“反復の凝集”を解きほぐし、言葉の意味を変化させる、というバトラーの戦略は、憲法学の領域では親しみのある「思想の自由市場 (free marketplace of ideas)」を念頭に置いた対抗言論の思考方法と相同するものであることは明らかでしょう。私が他所でよく使う言葉に“意味の秩序”というものがありますが、それに倣えば、意味の秩序の構築・解体は思想の自由市場における発話の反復に委ねよ、ということになります。

彼女が強調するのは、言葉の加害力は、対抗的な言葉の投げ返し、つまり“反復”によってしか、根源的に相対化できない、というもので、換言すれ

14 バトラー・前掲注8) 23-25 頁。バトラーによれば、「言葉を言わずにおくこと、言えないものにしておくこともまた、その言葉をその場所に固定して、その中傷力を温存し、その文脈や目的を転換させる再加工の可能性を阻止するものとなる」(同 59 頁)。

ば、言葉の力の問題性は、言葉それ自体に帰責しない限り、解消されないということでした。ですが、この点、加害力や影響力は、言葉を行為体と見る以上、それは今現実に発生しているものです。その解決を、挙げて、反復の歴史性に委ねるではすまないでしょう。法ないし法学が権利侵害等に至ったもの限り発話の主体に帰責する方向をとるのにはそのような理由があります。確立された法的規制手段を駆使することの意味はここにあるわけです。

それでもなお残存するヘイトスピーチに対して法的規制ではなく、バトラーの戦略に委ねることはできるのでしょうか。彼女は、汚された言説も、反復的に再流用されることにより、それが既存の慣習とともに引用され続ける文脈と異なる別の文脈に置き換えられることによって、違った意味を持ち得るようになることを信じています。

そういった再流用が示しているのは、汚された言葉が、これまで予測しえなかったような無害なものになりえるということである¹⁵。

しかしながら、汚された言葉が「無害なもの」になり得る可能性は何が保証しているのでしょうか。汚された言葉を、その起源と発話主体から切り離し、対抗的発話との応酬を活性化することによって、言葉を別の文脈へと置きなおして、その加害性を相対化・無化するという結末は、果たして確実なものなのでしょうか。言語使用に関する旧弊な慣習に従って無数に繰り返された“反復の凝集”を解きほぐすと言っても、それが都合よくリベラルな価値に沿った解体となる保証はありません。この点、思想の自由市場が生み出すダイナミズムに賭けるといのが表現の自由論のレガシーであったわけです。私自身はその方向性を大事にしたいと思っております。

ご清聴ありがとうございました。

15 バトラー・前掲注8) 248-249頁。

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¹

奈 須 祐 治

I はじめに

本稿は、排外主義団体²による「公の施設」の利用の制限に伴う憲法上の問題を扱う³。最近のヘイト・スピーチ⁴の過激化以降、在日特権を許さない市民の会（以下、在特会）等の一部の排外主義団体が集会を行うために地方自治体の施設の利用を申請し、激しい議論が起こった。そして、具体的な議論は、昨年 11 月に神奈川県川崎市が利用申請の許否を判断するために公表したガイド

- 1 本稿は昨年 12 月 16 日に金沢市のしいのき迎賓館で行われたシンポジウム、「ヘイト・スピーチはどこまで規制できるか」における報告を基礎にしている。報告用に作成した英語の読み上げ原稿を和訳したうえで加除修正を加えた。シンポジウムに招待してくださった東川浩二教授（金沢大学）、質疑応答、懇親会において貴重なご指摘をくださった先生方に感謝する。特に筆者とともに報告を担当されたエリック・ブライシュ教授（ミドルベリー大学）、駒村圭吾教授（慶應義塾大学）から貴重なご助言をいただいた。記して謝意としたい。なお、本稿執筆時期の関係で後述する京都府のガイドラインについては本格的な考察を加えるに至っていないが、京都府ガイドラインは川崎市のそれと概ね同様の構造をとっているため、本稿の考察は前者にも概ねあてはまる。ただ、両者には顕著な差異もみられるので、その点は特に脚注で言及した。
- 2 本稿では主に 2000 年代の終わり頃からヘイト・デモを繰り返している、特定の人種、民族の排除を唱える極右、排外主義団体を単に「排外主義団体」と称する。
- 3 この論点を扱う文献として、師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』180-85 頁（岩波書店、2013）[師岡、2013]、同「川崎市によるヘイトスピーチへの取組みについて—公共施設利用ガイドラインを中心に」法学セミナー757号34頁（2018）[師岡、2018]、楠本孝「ヘイトスピーチ対策としての公共施設利用制限について」地研年報22号1頁（2017）、中村英樹「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40-42頁（2018）、前田朗「公共空間におけるヘイトの規制」部落解放737号62頁（2017）等参照。
- 4 本稿ではヘイト・スピーチを、人種、民族、宗教、性的指向等の集団の属性を理由とする差別的な表現と広く定義しておく。

ライン（以下、(川崎市)ガイドライン)をめぐって行われた。

この点について、憲法 21 条が保障する集会及び表現の自由⁵と、特にマイノリティ住民の利益をどのように調整するかが争点となる。何人かの論者が既にこの問題について見解を公表しているものの、いまだ議論は継続しているところである。筆者は、とりわけマイノリティ住民の保護のために一定の限られた条件の下で施設利用を拒否することは憲法上可能であると考え。また、川崎市ガイドラインにはいくつかの問題があるものの、十分に合憲と評価できると考える。

本稿は次のような構成をとる。まずⅡにおいて予備的作業として用語と概念の整理を行い、その後、Ⅲでガイドラインが制定された経緯を追った後で、その内容を概観する。Ⅵでは日本の代表的な学説の主張を整理する。Ⅴでは分析のツールとしてアメリカのルールとスタンダードの概念区分に触れたうえで、利用拒否が可能な場合を明確にするとともに、川崎市ガイドラインの合憲性を論じる。最後にⅥで本稿の結論を簡単に確認したい。

Ⅱ 用語と概念の整理

最初に用語と概念の整理を行う。本稿の主題である「公の施設」は、地方自治法で用いられているものである⁶。同法 244 条 1 項では、公の施設は「住民の

5 集会の自由と表現の自由は憲法の同一条項で保障されているものの、その保護領域や規制の正当化事由において相違が生じうる。初宿正典＝小山剛「憲法 21 条が保障する権利」井上典之＝小山剛＝山元一編『憲法学説に聞くーロースクール・憲法講義』100-4 頁（日本評論社、2004）参照。ただ、これら 2 つの自由は保障の根拠や範囲等の面で重複する部分も多く、本稿のテーマに関しては違憲審査基準の面で有意な違いはほとんどないと思われるので、ここでの議論は両者に共通してあてはまるものと想定する。

6 この概念は 1963 年の法改正によって導入された。それまでは同法において「營造物」という用語が用いられていた。これは「国又は公共団体等の行政主体により、特定の公の目的に供される人的物的施設の総合体」を意味する漠然とした概念で、政府の広範な裁量を正当化する特別権力関係論の残滓を匂わせるものであった。「公の施設」という用語に置き換えられることで、住民の権利や福利が強調されることになった。村

福祉を増進する目的をもつてその利用に供するための施設」と定義される。この定義は非常に漠然とした広範なもので、公園、市民会館、上下水道施設、道路、野球場といったかなり雑多なものを包含する⁷。ただ本稿で公の施設というとき、基本的には公園、市民会館、公会堂等の集会に適した施設のみを想定する。

ここで「行政財産」という概念との区別も明らかにしておきたい。行政財産には公共用財産と公共財産が含まれる。公の施設はこのうち前者と概ね重なる⁸。ただし、公共財産が集会の用に供されることもある。学校の教室が教職員組合の集会に用いられるような場合である⁹。これは一般に行政財産の目的外利用と呼ばれる。この場合には許可権者の裁量が広く認められるが、判例によればそれも無制限ではない¹⁰。ただ、排外主義団体の集会において行政財産の目的外利用の事例は多くないと思われるので、本稿ではこのようなケースを除外して検討を進める¹¹。また、公共用財産であっても集会を主たる目的とする施

上順＝白藤博行＝人見剛編『新基本法コンメンタール 地方自治法』357頁（日本評論社、2011）〔三野靖〕、橋本基弘『表現の自由－理論と解釈』253-54頁（中央大学出版部、2014）等参照。公の施設は「公共施設」とは概念上区別される。後者の用語も法令上用いられているものである（都市公園法4条14項等）。公の施設は地方自治法で用いられる用語であるため、地方自治体の施設を指すものとして使われる。公共施設はより包括的な概念で、国の施設も含むものとして用いられる。橋本・同上253頁参照。

- 7 宇賀克也『地方自治法概説』〔第7版〕368-70頁（有斐閣、2017）等参照。
- 8 両者は同一の物を異なった観点から定義したものである。公の施設は行政管理の観点から定義された行政財産であり、公共用財産は財産の観点から行政財産を定義したものである。
- 9 地方自治法238条の4第7項参照。
- 10 最3小判平18・2・7民集60巻2号401頁参照。この事件では、教職員組合が市立中学校の施設の使用を市教育委員会に申請したところ、右翼団体による治安素乱の恐れがあるという理由で不許可の処分を下された。最高裁は本件において右翼団体による妨害の動きがあったことは認められないこと等いくつかの理由を挙げ、教育委員会による処分が裁量権を逸脱すると判示した。
- 11 ただし、アメリカの判例、*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) を参照。いずれも極右団体が学校施設の利用を

設であるか否かによって、違憲審査基準が異なるとする学説もあるが¹²、本稿では集会が主たる目的である施設の利用拒否の問題に限定して考察を行う¹³。

関連する法令の規定にも触れておく必要がある¹⁴。国の施設に関しては、都市公園法と、国民公園、千鳥ヶ淵戦没者墓苑並びに戦後強制抑留及び引揚死没者慰霊碑苑地管理規則（以下、国民公園等管理規則）がある。都市公園法 18 条は、都市公園の設置及び管理に関する詳細な規定を政令と条例に委任する。各自治体の設置する市民会館等に関しては、既に触れた地方自治法 244 条が基本的な規範となり、その委任に基づいて多くの条例とそれに基づく施行規則が設けられている¹⁵。なお、当然のことであるが憲法 94 条は「法律の範囲内で条例を制定すること」を求めているので、これらの条例と規則が地方自治法 244 条の委任を超える場合には憲法違反となる¹⁶。

条例等の定める具体的要件は多様であるが、概して極めて曖昧で広範な文言が用いられている¹⁷。たとえば、都市公園法は、「公衆の都市公園の利用に著しい支障を及ぼすおそれのある行為で政令で定めるもの」を禁止する¹⁸。自治体

申請したものである。どちらの事例でも団体の主張が認められた。内野正幸『差別的表現』94-96 頁（有斐閣、1990）参照。

- 12 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 23 頁（2017）参照。
- 13 なお、本稿は地方自治法上の公の施設を検討対象にするが、国の施設も集会の用に供されることがある。皇居前広場事件・最大判昭 28・12・23 民集 7 卷 13 号 1561 頁参照。本稿では議論の対象を地方の施設に限定したが、概ね国の施設にも本稿の結論をほぼそのまま応用できると考える。
- 14 詳しくは、齊藤芳浩「集会の自由と公共施設の利用（1）」福岡県立大学紀要 9 卷 1 号 19-22 頁（2000）参照。
- 15 地方自治法 244 条の 2 第 1 項参照。
- 16 地方自治法 244 条は公の施設の管理、運営に関する規定なので、公共秩序の維持を目的とする警察権の行使を授權するものではない。そのため、244 条の授權により制定された条例等の規定を根拠にして警察権を行使した場合には委任の範囲を逸脱する。泉佐野市民会館事件・最 3 小判平 7・3・7 民集 49 卷 3 号 702-3 頁（園部逸夫補足意見）参照。橋本・前掲註（6）269, 271 頁参照。
- 17 齊藤・前掲註（14）20-22 頁、橋本・同上 261 頁参照。
- 18 都市公園法 11 条 4 号参照。また、同法の委任によって設けられた、福岡市公園条例 4

の公園や市民会館等に関する条例では、公の秩序を害しないこと、他人の迷惑にならないこと、公益を害しないこと等が要件として掲げられている¹⁹。さらに、「そのほか、管理上支障があるとき」のような、概括的な文言によって管理者に広範な裁量権が付与されることもある²⁰。国民公園等管理規則に至っては何の基準も定めておらず、禁止される行為を列挙するのみである²¹。これらの規定は憲法 21 条に反すると論じることがも可能だが、泉佐野市民会館事件判決を初めとする最高裁判例により限定解釈の手法が定着したこともあり、学説から法改正の主張が頻繁になされているわけではない²²。

ところで、住民が公の施設を利用する「権利」を有することについては議論の余地がないだろう。この権利として、法律上のものと憲法上のものを観念することができる。最高裁が明確に法律上の権利を認めているわけではないが、公の施設の利用の場面では泉佐野市民会館事件判決等により行政の裁量が厳しく限定されているので、実質的には権利性が確認されていると解される。地方

条 4 項，秋田市都市公園条例 3 条 3 項，那覇市公園条例 3 条 4 項等参照。

- 19 公の秩序の侵害を要件とするものとして，秋田市都市公園条例 3 条 3 項，浜松市都市公園条例 3 条 4 項 1 号，高槻市立文化会館条例 7 条 1 項 1 号，札幌市教育文化会館条例 9 条 1 号等参照。他人に迷惑をかけないことを要件とするものとして，福岡市公園条例 4 条 4 項 1 号，秋田市都市公園条例 4 条 1 項 8 号，那覇市公園条例 3 条 4 項 2 号等参照。公益を害しないことを要件とする例としては，都市公園法 27 条 2 項 3 号，福岡市公園条例 4 条 4 項 2 号，那覇市公園条例 3 条 4 項 5 号等参照。
- 20 那覇市公園条例 3 条 4 項 6 号，川越市都市公園条例 2 条 4 項 3 号，高槻市立文化会館条例 7 条 1 項 3 号等参照。
- 21 国民公園等管理規則 4 条 1 項参照。
- 22 公の施設の利用拒否の違法性を争う場合にはいくつかの道がある。最も広く用いられるのは国家賠償法 1 条 1 項であるが，利用申請を不許可とされた場合や，いったん出された許可が撤回された場合には行政事件訴訟法 3 条 2 項に規定する取消訴訟を提起することも可能である。場合によっては執行停止の仮処分を求めることもできる。同法 25 条 2 項参照。2004 年の行政事件訴訟法改正以降は，同法 37 条の 5 による仮の義務付けの訴えという手段を用いることもできる。岡山地決平 19・10・15 判タ 1259 号 182 頁参照。救済手段については，齊藤・前掲註 (14) 13-16 頁，橋本・前掲註 (6) 261-66 頁参照。

自治法 244 条 2・3 項にもそうした権利が含意されていると解釈しうる²³。それでは憲法上の権利はどうか。合衆国最高裁はパブリック・フォーラム論により、このような権利を明確に認めている。この法理は、公共の場を伝統的／指定的／非パブリック・フォーラムの 3 種に区分し、それぞれの場に応じた権利を保護するものである²⁴。特に伝統的、指定的フォーラムにおいては、広範な言論活動が手厚い保護を受ける²⁵。日本の最高裁はこの法理を正式に採用していないが、少数意見ではこの法理について言及がある²⁶。また、調査官解説においても触れられており²⁷、最高裁も集会の自由の場面でこの法理を意識していることが推察される。学説も公の施設を利用する憲法上の権利を否定しないだろう²⁸。

公の施設における集会の自由の制約については、泉佐野市民会館事件、上尾市福祉会館事件²⁹における最高裁判決が指針となる。泉佐野市民会館事件では、①集会の自由の制約は比較衡量によって判断されるが、集会の自由のような精神的自由の制約の合憲性は経済的自由の制約の場合よりも厳格な基準により判断されること、②公共の安全が損なわれる危険があるときには集会の自由

23 法律上の利用権に関する理論的に踏み込んだ説明として、齊藤・同上 28-29 頁参照。

24 パブリック・フォーラム論の先駆として、*Hague v. CIO*, 307 U.S. 496, 515-16 (1939) 参照。パブリック・フォーラムの 3 分類の簡明な説明として、*Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37, 44-46 (1983) 参照。日本におけるパブリック・フォーラムの紹介として、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究 50 号 103 頁 (1988) 等参照。

25 See *Perry Education Association, id.*, at 45-46.

26 最 3 小判 59・12・18 刑集 38 卷 12 号 3030-33 頁 (伊藤正己補足意見)、最 3 小判 62・3・3 刑集 41 卷 2 号 17-25 頁 (伊藤正己補足意見) 参照。

27 近藤崇晴「判解」最判解民事篇平成 7 年度 (上) 295 頁註 1、秋山壽延「判解」最判解民事篇平成 8 年度 (上) 208 頁参照。

28 齊藤・前掲註 (14) 29-32 頁は、「集会を行うことを本来の目的の一つとしていて、しかも現に供用されている公共施設、あるいは、「現在の社会通念」によって、集会を行うにふさわしいと観念され、現に供用されている公共施設」に関して、憲法上の利用権を肯定する。

29 最 2 小判平 8・3・15 民集 50 卷 3 号 549 頁。

の制約が許されるが、その場合にも明らかな差し迫った危険の発生が客観的な事実を照らして具体的に明らかに予見されることが証明される必要があること、③集会主催者が平穩に集会を行おうとしているときに、対立集団がそれを妨害するおそれがあること等を理由に施設の利用を拒否できないこと、④集会を行おうとしている団体の性格そのものを理由に施設利用拒否をしてはならないことが確認された。そして、上尾市福祉会館事件では、③の点をより明確にし、敵対的な聴衆による治安破壊の危険を理由に施設利用を拒否できるのは、警察の警備等によってもなお混乱を防止できない等の特別な事情があるときに限られるとされた。

これらの判例法理は集会の自由を尊重するものとして評価に値するが、本稿の課題に直接の解答を提示しない。確かに排外主義団体による公の施設利用が敵対的な聴衆による秩序紊乱を招く場合にはこれらの法理が妥当するが、ここで主に問題になるのはマイノリティ住民に対する危害の防止である。この点について最高裁は何も語っていないのである。

Ⅲ 川崎市ガイドライン

A. 前史

2013年6月、山形県が在特会による県施設の利用申請を斥けた。具体的には、在特会による施設利用が当該施設の管理要綱にいう「集团的又（また）は常習的に暴力行為又は不法行為を行うおそれがある団体の利益になると認められる場合」等に該当するとされたが³⁰、このような規定の適用が可能かは明らかでなかった³¹。その翌年5月に大阪府門真市で、在特会の元副会長が「他文化共生の時代 朝鮮の食糞文化を尊重しよう」というタイトルで、同市の市民

30 「言論、すくむ自治体」朝日新聞2014年5月2日朝刊30頁、師岡・前掲註(3)〔師岡, 2018〕180-85頁参照。

31 県には多くの抗議が寄せられた。県公式ウェブサイト「県生涯学習センターの研修室利用について」、<http://www.pref.yamagata.jp/pickup/opinion/search/2013/06/06151134.html>参照。

文化会館の会議室の利用申請を行った³²。門真市は一度許可を出したが、開催前にそれを撤回した³³。その後、市は見解を取りまとめ、原則として活動内容にかかわらず一律に申請を受け付け、使用を許可するのが原則であるという立場を強調した³⁴。

2015年9月7日には、東京弁護士会による意見書（以下、（東弁）意見書）が公表された³⁵。意見書は、日本が加盟している国際人権規約、人種差別撤廃条約の諸規定に照らし、ヘイト・スピーチを含む人種差別行為を後援、擁護、支持せず、これを禁止、終了させるため、地方自治体が公共施設の利用を制限できることがあると論じる³⁶。

他方で意見書は表現の自由の重要性に鑑み、以下の留意点を明記した³⁷。①規制が自由権規約や人種差別撤廃条約で禁止された人種差別行為であることを理由とすることを明らかにする必要がある。そのためにも、関連条例の一般条項に関する解釈指針の整備等を通じて基準の明確性を高めるべきである。②公の施設の利用拒否は事前抑制の性格を帯びるため、厳格かつ明確な要件の下においてのみ拒否が認められる。たとえば、「公共施設においてヘイトスピーチなど人種差別行為が行われるおそれが、客観的な事実

32 「弁護士会が求める公共施設利用制限 ヘイトスピーチとは何か、明確化できるのか」J-CAST ニュース 2015年9月9日、<https://www.j-cast.com/2015/09/09244794.html?p=all> 参照。

33 師岡・前掲註(3) [師岡, 2018] 36頁参照。

34 「門真市：施設使用の見解公表」毎日新聞 2014年4月19日朝刊（大阪版）20頁参照。この見解では「市民の安全と尊厳を守ることを土台として、使用の許可申請書の内容などを総合的に判断し、各施設の管理に関する条例及び規則に抵触する場合は不許可とする」、「差別を扇動するような行為が認められる場合は、人権を守るため毅然として対応をとる」とも述べられたが、この種のケースで具体的にどこまで不許可又は許可取消しの措置をとることができるかは明確ではなかった。

35 東京弁護士会「地方公共団体に対して人種差別を目的とする公共施設の利用許可申請に対する適切な措置を講ずることを求める意見書」2015年9月7日、<https://www.toben.or.jp/message/pdf/20150907.pdf>。

36 同上6頁参照。

37 同上7-9頁参照。東弁意見書では3つの留意点に整理されているが、ここでは分かりやすくするために4つに分けて記述した。

かに認められる場合」等の厳格な要件を設定すべきである。③利用制限を受ける者に手続的保障の機会を付与すべきである。行政による恣意的な判断の危険を排除するため、有識者の意見を聴取した上で利用制限の判断を行うことが望ましい³⁸。④制限を必要最小限に留めるため、「人種差別行為を行わないよう警告する措置」、「人種差別行為を行わないことを条件として施設の利用を許可する条件付利用許可」、「施設の利用不許可」等の複数の措置を選択できるようにすることが望ましい。

その後も議論は止まず、東弁意見書に対する懐疑的な見解もみられた。たとえば大阪市人権施策推進審議会の答申は、泉佐野市民会館事件判決と上尾市福祉会館事件判決を引用して、排外主義団体による施設利用申請を拒否することは憲法上困難であるとの認識を示した³⁹。

B. 川崎市ガイドラインの制定

川崎市は在日朝鮮人の排斥を唱道する排外主義者による活動に絶えず悩まされてきた。2016年5月31日、川崎市長が、排外主義的なデモを繰り返していた者による、翌月5日の在日朝鮮人が集住する市内の桜本にある公園の使用許可申請を斥ける決定を下した⁴⁰。同年6月2日には、同じ人物が計画した桜本の公道におけるデモに対して、横浜地裁川崎支部が当該デモ等を禁止する仮処

38 また、公共施設で人種差別行為が行われるおそれが、申請時点で客観的事実に照らし具体的に明らかである場合を除いては、利用制限の不利益を受ける当事者に対して反論の機会を与えることが望ましいとされる。

39 大阪市人権施策推進審議会「ヘイトスピーチに対する大阪市としてとるべき方策について（答申）」2015年2月25日9-10頁、<http://www.city.osaka.lg.jp/shimin/cmsfiles/contents/0000007/7141/tousinkagamituki.pdf>。答申に基づいて設けられた「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」（<http://www.city.osaka.lg.jp/shimin/cmsfiles/contents/0000339/339043/170601zyourei.pdf>）は、公の施設の利用に関する規定を設けなかった。

40 神奈川新聞「時代の正体」取材班編『ヘイトデモをとめた街－川崎・桜本の人びと』161-63頁（現代思潮新社、2016）参照。

川崎市では地方自治法 244 条の委任を受けて、川崎市都市公園条例等の公の施設の設置、管理条例を設けている。ガイドラインは、これらの条例の関連規定の具体的解釈の指針を示すものである⁴⁷。ガイドラインは、解消法 2 条にいう「不当な差別的言動」が行われる一定の場合に公の施設の利用に関して措置を講じることを認める⁴⁸。したがって、同条に依拠して①対象が「本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの」であること、②「差別的意識を助長し又は誘発する目的」を有すること、③「本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として」いること、④「本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する」ものであること、という 4 要件を満たすものだけが制限を受ける⁴⁹。

ガイドラインは、「警告」、「条件付き許可」、「不許可」、「許可の取消し」の 4 種の措置を設ける。そして、「当該施設利用において、不当な差別的言動の行われるおそれが客観的な事実を照らして具体的に認められる場合（言動要件）」と、「その者等に施設を利用させると他の利用者に著しく迷惑を及ぼす危険のあることが客観的な事実を照らして明白な場合（迷惑要件）」という 2 つの要件を設け、「不許可」、「許可の取消し」の処分については両方の要件の充足を求めている⁵⁰。

これらの処分を下す場合には、事前に第三者機関から意見を聴取する必要がある。この機関は、市長の附属機関である川崎市人権施策推進協議会の下に部

kyoto.jp/jinken/documents/kyotogl.pdf 参照。

47 地方自治法 244 条 2 項にいう「正当な理由」を具体化するものといえる。

48 同条は「不当な差別的言動」を、「専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの……に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で公然とその生命、身体、自由、名誉若しくは財産に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など、本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として、本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する」ものと定義している。

49 川崎市ガイドライン・前掲註（43）2 頁参照。

50 同上 3-6 頁参照。

会として設置される。この機関は必要な調査を行ったうえで、当該施設利用が両要件に該当するかを審議する。審議の結果は市のウェブサイト等で公表するとされているが、公表のあり方の詳細は明らかでない⁵¹。

一見して明らかのように、このガイドラインは東弁意見書の枠組みを基礎にしている。ガイドラインの合憲性については、次節にみるように学説において議論になっている。

IV 学説

川崎市ガイドラインの合憲性に関する学説はまだそれほど多くはないが、排外主義者による公の施設の利用拒否一般を論じるものも含めれば、既にいくつかの論文がある。まず合憲性に懐疑的な説（以下、否定説）を確認する。榎透は概ね次のように論じる。公の施設の利用拒否のような措置は、ヘイト・スピーチやヘイト・クライムの解消に有効でない。法的規制において念頭に置かれている差別意識、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、言論規制ではなく、適切な差別対策、ナショナリズムの増大を抑制する措置、経済的格差の是正等に取り組むべきである。また、ヘイト・スピーチ、ヘイト・クライム規制がグローバル・スタンダードであるとしても、わが国はあくまで日本国憲法の規定を遵守すべきである⁵²。

長谷部恭男も否定説をとる。長谷部は、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予見される場合で、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ので、新たなヘイト・スピーチ規制には慎重であるべきだという。長谷部はここでヘイト・スピーチ規制一般について論じているが、公の施設の利用拒否についても同様の立場に立つと考えられる⁵³。

51 同上 6-7 頁参照。

52 榎透「ヘイト・スピーチ、ヘイト・クライム規制」法律時報 89 卷 9 号 31 頁（2017）参照。

53 「憎悪の表現と法規制 ヘイトスピーチ」朝日新聞 2015 年 7 月 21 日朝刊 9 頁〔長谷

他方で、施設利用の拒否を合憲とする説（以下、肯定説）もある。代表的論者である師岡康子は、とりわけ人種差別撤廃条約2条1項(b)⁵⁴を強調する。師岡は、排外主義者に対する施設の貸与が同条にいう人種差別の後援等にあたるとして、現行法においても施設利用の拒否を正当化できるという⁵⁵。師岡はまた、この文脈でヘイト・スピーチ解消法4条2項を援用している⁵⁶。

楠本孝も肯定説の代表的論者である。楠本は、これまで判例において生命、身体等が集会の自由の対抗利益として認められてきたが、解消法成立以降はマイノリティの人格権的利益が新たに対抗利益と認められるようになったと解する。そして、公共施設の利用拒否が内容規制にあたるとしても、解消法が規定する不当な差別的言動から住民を保護することはやむにやまれぬ利益であり、限定的な施設利用制限は必要最小限度の規制であるという。さらに施設利用拒否は事前規制の性格をもつが、従来の判例の基準をあてはめて、「当該集会においてヘイトスピーチが行われることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合に」利用を拒否できると論じる⁵⁷。

内野正幸も肯定説をとる。内野も師岡と同様に、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を理由に、利用拒否が正当化できると論じる。また、多民族共生のような自治体の方針と抵触しうることも拒否の理由にできるという⁵⁸。内野はかつて、言論の場を提供する者による制約の事例では、制約される権利は「半人権」の性格を帯びると論じてい

部発言] 参照。

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

55 師岡・前掲註(3)[師岡, 2013] 183-84頁参照。なお、師岡は同条を単独の根拠とするのではなく、各施設の条例の解釈指針とすることで利用拒否を行う可能性も指摘している。

56 師岡・前掲註(3)[師岡, 2018] 35頁参照。

57 楠本・前掲註(3) 17-19頁参照。

58 内野正幸「ヘイトスピーチ」法学教室 403号 62-63頁(2013) 参照。

た⁵⁹。このロジックによれば肯定説が導かれるのも自然といえるだろう。

毛利透の説も肯定説に分類できるが、制約にはやや慎重な立場に立つ。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することも認めうると論じる。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いため、制約の余地があるというのである⁶⁰。

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⁶¹。ただ、毛利もこうした場合に全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、集会を不許可としうるのである。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⁶²。師岡、内野、楠本は施設の形態やマイノリティの居住の状況といった点を特別に考慮しないので、毛利の議論はやや否定説寄りの肯定説だといえる。

中村英樹は毛利と類似の説をとりつつ、さらに施設利用拒否に消極的である。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うるといふ⁶³。また、中村は利用拒否が許されるのはマイノリ

59 内野正幸『表現・教育・宗教と人権』40頁（弘文堂、2010）参照。

60 毛利・前掲註（41）8頁参照。

61 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。

62 同上9頁参照。

63 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。

ティ集住地域に限定されるという⁶⁴。これらの議論は毛利説に類似するが、中村は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。この点で、中村の説はより否定説に近いといえる。

V 利益衡量のあり方

A. 否定説のルール指向性

以上、肯定説と否定説の対立をみたが、筆者は否定説が過度に範疇化された審査基準・テストに依拠しており、利益衡量において考慮すべき複雑な要素を捨象していると考える。この点に関して、アメリカの法学界において長年論争の対象になってきたルールとスタンダードの概念区分⁶⁵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指向する。ルールは範疇化を、スタンダードは個別具体化を好むともいわれる。合衆国最高裁が表現の自由の領域で（またヘイト・スピーチの領域でも）、ルールや範疇化の方法論をとってきたことはよく知られている⁶⁶。

否定説は、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用いている。この点について、否定説の代表的論者である長谷部の学説をより詳しくみてみよう。長谷部のヘイト・スピーチに関する議論は次のように要約できる⁶⁷。

- 内容及び観点規制は政府の不当な動機に起因する蓋然性が高く、原則として許されない。へ

64 中村・前掲註(3) 41頁参照。

65 See e.g., Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992); Pierre J. Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985); FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* (1993).

66 See generally Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29 (Michael Ignatieff ed., 2009).

67 前掲註(53) 9頁〔長谷部発言〕。

イト・スピーチ規制も内容に基づくので、慎重の上にも慎重に規制の合理性と必要性を考えるべきだ。

- ヘイト・スピーチはヘイト・クライムと結びつくリスクがあるが、日本では他国のようにヘイト・クライムが頻発する状況には至っていない。
- ヘイト・スピーチ規制は最高裁判例と調和しない。判例によると、政府は明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見され、かつ通常の警備によってその危険に対応できない場合にしかヘイト・スピーチの規制をすることができない。
- ヘイト・スピーチとヘイト・クライムは区別すべきであり、後者を重く処罰することは憲法上問題が少ない。

ここから明らかなように、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。これは松井茂記、横田耕一、榎透のようなヘイト・スピーチ規制消極論者に共通する特徴である⁶⁸。これらの論者がアメリカ憲法に造詣が深いことは偶然ではないはずである。ルールを強く指向する議論は、アメリカの表現の自由の法理の影響を受けているとみて間違いないだろう。

このような否定説の議論に対しては、過度な抽象化、範疇化を行っているという批判ができる。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、内容中立性原則等の法理に依拠して一律に制約を違憲とみなすのは適切ではない。

また、否定説は最高裁判例を論拠に利用拒否を違憲とするが、IIで触れたように、これらの判例法理はこの文脈には限定的にしかあてはまらない。師岡が指摘するように、排外主義者の施設利用に関しては、マイノリティ住民の利益

68 Shigenori Matsui, *The Challenge to Multiculturalism: Hate Speech Ban in Japan*, 49 UBC L. REV. 427 (2016), 横田耕一「人種差別撤廃条約と日本国憲法—表現規制について」『芦部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開(上)』715頁(有斐閣, 1993), 榎・前掲註(52)等参照。

を侵害することが制約根拠になるからである⁶⁹。この点で、川崎市ガイドラインが迷惑要件を設けたのは適切でない。排外主義者の集会によりマイノリティ住民が受ける被害は「迷惑」という言葉では説明できない。ガイドラインが泉佐野市民会館事件全文を資料として付したことからも明らかのように、市は秩序破壊のおそれを想定したと推察される⁷⁰。結局のところ、否定説は判例のあてはめにおいても過度にルール指向的で、必要な文脈の考慮を欠いている。

確かに観点規制禁止原則のようなアメリカ表現の自由論における中核的法理は、日本にもほぼそのままあてはまるだろう。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⁷¹。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がある。たとえば、一定の限られた場面において、特に有害かつ無価値で、最低限の礼節を欠く言論を制約の対象として範疇化することは可能である⁷²。

B. 川崎市ガイドラインの合憲性

本稿のテーマである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。内野が指摘するとおり、ここ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、内容中立性原則をあまり厳格に適用すべきでない。確かに公

69 師岡・前掲註(3) [師岡, 2018] 36頁参照。

70 同上参照。京都府のガイドラインは、川崎市と同様に解消法にいう「不当な差別的言動」のおそれがある場合に利用拒否を認めるが、そうした言動が客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測されるだけで足りるとしており、迷惑要件を課していない。京都府ガイドライン・前掲註(46) 4頁参照。師岡はこの点を評価している。師岡・同上参照。迷惑要件を批判するものとして、楠本・前掲註(3) 17頁も参照。

71 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, 名古屋高裁金沢支部平29・1・25判時2336号49頁, 最1小判平29・8・3, 2017WLJPCA08036002)がある。市川・前掲註(12) 32-33頁は、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。

72 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18頁(2016)参照。

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。また、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、ここでは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だろう。

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り施設利用の拒否を違憲と判断している⁷³。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、パブリック・フォーラム論についても事前抑制禁止法理についてもアメリカ最高裁の方法論に準拠しているわけではない。

それゆえ、一般論としては厳格な条件の下で、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できる。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ことにも留意すべきである⁷⁴。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、上記のように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、川崎市の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るだろう。

ただ、川崎市ガイドラインの合憲性を判断するにあたって、さらに留意すべき点がある。第1に、観点差別禁止の法理を踏まえれば、地方自治体は多文化

73 See e.g., *Matter of Rockwell v. Morris*, 12 A.D.2d 272 (N.Y. App. Div. 1961); *Ringers*, *supra* note 11; *Knights of Ku Klux Klan*, *supra* note 11. 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もある。See *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).

74 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だろう。

共生等の当該自治体の基本方針に反するというだけで施設利用を拒否すべきでない。少なくとも当該団体の集会在一定の害悪をもたらすことの証明が求められる⁷⁵。第2に、その害悪は単に切迫しているだけでなく、重大なものでなければならぬ。第3に、泉佐野市民会館事件で確認されたように、団体の性格だけを理由に施設利用を拒否することはできない。暴力団についてはその性格のみを根拠に施設利用の拒否を行うことが広く認められているが、わが国が人種差別撤廃条約4条(b)⁷⁶を留保していることを踏まえれば、排外主義団体の性格のみを理由とした利用拒否は憲法に反する疑いが強い。第4に、公の施設の利用拒否を行う場合、申請した個人や団体の過去の言動を調査する必要がある、これがプライバシー侵害の問題を惹起する。第5に、利用の許否を決する

75 上記のように師岡は人種差別撤廃条約2条に依拠して、排外主義者への施設貸与は人種差別の後援等にあたる」と論じるが、同条を単独の根拠にして利用拒否を行うことも同様に憲法上問題であろう。この点アメリカでは、この問題がステート・アクションの法理という枠組みで議論されてきた。たとえば *Ringers* 事件では、学校委員会が極右政党による学校施設利用申請を拒否した。連邦第4巡回控訴裁判所は、ステート・アクションの法理により、人種差別的な会員ポリシーを採用している団体による施設利用の拒否が要求されるかを検討した。裁判所は、州が当該団体に施設利用を許したとしても、その差別的な会員ポリシーを支持したとみなされるべきではない等と判示し、この文脈でステート・アクションの法理が妥当しないことを確認した。See *Ringers*, *supra* note 11, at 1016-17. 同じく *Knights of Ku Klux Klan* 事件では、KKKの一組織が学校施設の使用許可を求めたところ、いったんは認められたがその後撤回された。ここでもステート・アクションの法理が議論になったが、連邦第5巡回裁判所は本件においてステート・アクションは存しないと判断した。See *Knights of Ku Klux Klan*, *supra* note 11, at 1128. この問題を政府言論の枠組で論じることも可能である。つまり、排外主義者に施設を貸すことで、政府が人種差別や排外主義のメッセージを発してしまう懸念が生まれると論じるのである。これに関して毛利は、排外主義者に公共施設を貸す際に利用許可が決してその者の発言内容を是認する趣旨ではないことを自治体が明示できるという。毛利・前掲註(41)9頁参照。排外主義者に施設を貸しただけで政府がそれを是認するというメッセージを発したことに伴わず、同時に反対の意思を明確にすることもできるというのである。

76 4条(b)は、締約国がとるべき措置として以下のものを挙げる。「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。」

にあたって、開放型か閉鎖型かといった、施設の形態を考慮する必要がある。

川崎市ガイドラインは明確に害悪の証明を求めているので、第1と第3の点については問題がないが、第2の点に関しては問題である。ガイドラインは差別的言動が行われる具体的なおそれや、利用者に迷惑が及ぶ危険の明白性の証明を要求しているものの、発生しうる害悪の重大性については語っていない。解消法にいう「不当な差別的言動」であることが明確であれば害悪の証明はクリアされると考えたのであろうが、同法の定義自体が表現の態様や害悪の程度の面で十分に絞られていない。

第4の点についても検討の余地がある。ガイドラインによれば、市は利用許否の判断にあたり、申請者の性質や活動歴等を勘案することを認めている⁷⁷。確かに公開された情報のみに依拠するのであれば、こうした手続が違憲とまではいえない。ただ、憲法上の疑念を払拭するために、「不許可」のオプションを取り除いて原則としてすべての申請を受け入れたうえで、所定の言動がなされた場合に「許可の取消し」を行うという仕組み等も考慮されてよいだろう。

第5の点についてガイドラインは明確でなく、学説も分かれている。中村は閉鎖型施設では他者の権利を害するおそれが小さいので、開放型施設においてのみ利用拒否が認められるとし、毛利もこの種の施設の利用拒否は原則困難とするが、師岡はこれに真っ向から反対する。師岡は閉鎖型施設でもヘイト集会名が施設に掲示されたり、集会の様子がネット中継されたりすることで、集会当日の施設利用者以外にも被害が及ぶと説く⁷⁸。確かに門真市の事例のように、著しく侮辱的で礼節を欠いた集会タイトルを付して利用申請がなされた場合には、閉鎖型施設であっても拒否は認められるだろう。集會中に施設を利用する他の利用者の権利を害するおそれが小さいとはいえ、このような集會は施設の設置目的⁷⁹に根本的に違反するし、権利の濫用と性格づけることもでき

77 川崎市ガイドライン・前掲註(43)4頁参照。

78 師岡・前掲註(3)[師岡,2018]36頁参照。

79 地方自治法244条1項参照。

る。また、毛利がいうように、仮に害悪が小さくとも品位や公益性の欠如が顕著であることを根拠に挙げることも許されるだろう⁸⁰。

それでは、マイノリティ集住地域の公の施設に限定して利用拒否が認められるという毛利や中村の議論はどのように考えればよいだろうか。確かに桜本の事件のように集住地域をあえて標的にして計画されたデモを民事訴訟で差し止めるような事例では、集住地域であることが法的に有意な差異を生む⁸¹。ただ、本稿のテーマに関しては、制約の対象となる言動を狭く定義できるのであれば、集住地域であるか否かにかかわらず、条例やガイドラインを策定して利用拒否を行うことはできるだろう。拒否の根拠となる他者に対する害悪発生の危険についても、実際にマイノリティ住民が発言を聞いて畏怖する等の具体的危険の証明は必要でなく、典型的にそうした結果をもたらす言動であることが示されればよいだろう。とりわけ有害で無価値な言論に関して、毛利や中村がいうような配慮は行き過ぎであるように思われる。

このほか、ガイドラインが憲法 94 条にいう「法律の範囲」を逸脱するという批判もありうる。しかし、地方分権一括法以降は条例制定権の範囲拡大を積極的に解すべきであり、94 条の侵害までは認められないだろう⁸²。ガイドラ

80 毛利・前掲註(41)9頁参照。この点について、京都府のガイドラインが、施設利用を拒否する場合として、秩序が乱されて管理運営上の支障が生じる場合に加え、公序良俗が害される場合を挙げていることが注目される。前掲註(46)4頁参照。甚だしく侮辱的で礼節を欠いた表現を公序良俗に反するものとして限定的に定義することで、一定の排外主義的集会を排除することが可能となるだろう。

81 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)参照。なお、マイノリティ集住地域にある、ガイドラインを設けていない自治体が、「公益を害しないこと」等の抽象的な条例の文言のみを根拠に、当該マイノリティを激しく攻撃する集会の開催を例外的に拒否できるかも問題になりうる。おそらく屋外施設での集会に関する上記の毛利の議論は、このようなケースを想定していると思われる。本来明確なガイドラインが事前に策定されることが望ましいが、明確に周辺住民や施設利用者に危害が及ぶ蓋然性があるときには、過激な言動がなされる可能性が高い場合に限り利用拒否は許されると考える。

82 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

インは施設管理権の範疇を超えて警察権限の行使を認めており、地方自治法の委任の範囲を超えるという批判もありうる。しかし、泉佐野市民会館事件のような敵対的聴衆による行為ではなく、施設利用者による施設内での言動が害悪の源であるので、施設管理権の行使とみてよいだろう。公の施設は「住民の福祉を増進する目的で」創設されるものであることを踏まえると（地方自治法244条1項）、施設管理者が施設を利用する住民を保護する措置は、施設管理権の中核であるとすらいえる。

以上のように川崎市ガイドラインには問題点もみられるが、制約の対象を限定し、第三者機関が介在する慎重な手続を設けていることもあり、違憲とまではいえない。ただ、やはり改善の余地はあり、今後新たにガイドラインを策定する自治体はより慎重に対象を絞りこむべきだろう⁸³。

VI おわりに

以上論じたように、基本的には排外主義団体による公の施設の利用を拒否することは、一定の条件を満たせば憲法上許されるだろう。これを全く否定する説は過度にルール指向であると批判できる。また、泉佐野市民会館事件等の最高裁の判例法理は、この問題には限定的にしか適用されない。

一方で、公の施設の利用を拒否することで、言論及び集会の自由が制約されることを軽視すべきではない。条例やガイドラインの策定にあたっては、本稿が論じたように十分な限定を加えるべきである。川崎市ガイドラインや京都府ガイドラインは違憲には至らないものの、なお改善の余地があるのではないだろうか。

号43頁(2016)参照。

83 京都府のガイドラインは迷惑要件を設けず、公序良俗概念を導入する点で評価されるべきだが、害悪の絞り込みについては川崎市ガイドラインと同様に解消法の定義に依拠するのみである。前掲註(46)2-3頁参照。また、申請者の活動歴等の調査についても川崎市ガイドラインとはほぼ同様の内容となっている。同上4-5頁参照。