

## 〔論 説〕

# 保護法益から再考するヘイトスピーチ規制法 —人間の尊厳を手掛かりに—

宮 下 萌

- I はじめに
- II 日本におけるヘイトスピーチを巡るこれまでの状況
  - 1 解消法施行前の日本の状況
    - (1) 京都朝鮮学校襲撃事件を中心に
    - (2) 2014年の人種差別撤廃委員会からの勧告
  - 2 解消法によって状況は改善されたのか—人種差別撤廃委員会からの勧告を受けて—
- III 何が侵害されているのか
  - 1 Jeremy Waldronの「人間の尊厳」の概略
  - 2 人間の尊厳とヘイトスピーチ規制の保護法益との関係
    - (1) 個人的法益
      - (i) 被害状況
      - (ii) ヘイトスピーチに「特有」な個人的法益の侵害
      - (iii) 名誉毀損及び侮辱罪との違い
      - (iv) ヘイトスピーチ規制の個人的法益—「承認される権利」の侵害
    - (2) 社会的法益
      - (i) 民主主義の破壊の防止
      - (ii) ジェノサイド
      - (iii) 公共の平穏は保護法益と考えるべきか
  - 3 保護法益と関連する問題点
    - (1) ヘイトスピーチの定義と保護法益との関係
    - (2) ヘイトスピーチの類型と保護法益との関係
    - (3) ヘイトスピーチの形態と法益侵害の度合い
- IV 結びに代えて

## I はじめに

2016年6月に「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」(以下、解消法)が施行されてから<sup>1)</sup>はや2年が経つが、日本におけるヘイトスピーチ<sup>2)</sup>の状況は全く改善されていない。確かに、解消法施行後<sup>3)</sup>、ヘイトデモの回数は1年間で約半減し<sup>4)</sup>、内容についても、施行直後のヘイトデモについてはトーンダウンした。しかし、同法には、①禁止条項がないこと、②対象が適法に在留する資格がある在日外国人及びその子孫に限定していること、③ヘイトスピーチ撤廃のための基本計画や具体的施策を策定する義務がないこと、④実態調査を行う義務がないこと、⑤第三者機関の設置義務がないことなど様々な問題が孕んでいる。

日本におけるヘイトスピーチを巡る状況が改善されていない背景には様々な問題点が指摘されているが<sup>5)</sup>、ヘイトスピーチによって保護されるべき法益が何であるのかについて、認識が共有されていないことも一因となっているように考えられる。被侵害法益が重大なものであるならば、被侵害法益を保護するため刑事であれ民事であれ、何らかの規制を設けなければならないという方向に進むのが自然である。

しかし、ヘイトスピーチが問題となる場合、そもそも被侵害法益が何であるのかについて、先行研究でも議論の渦中にあり、未だ明らかにされていない。

---

<sup>1)</sup> 解消法の成立に至る経緯については、魚住裕一郎ほか『ヘイトスピーチ解消法 成立の経緯と基本的な考え方』(第一法規, 2016年)が、同法の解説については、師岡康子監修・外国人権法連絡会編著『Q&A ヘイトスピーチ解消法』(現代人文社, 2016年)が詳しい。

<sup>2)</sup> ヘイトスピーチは特定個人に対して向けられたものと不特定の「集団」に向けられたものが存在するが、ここでの考察対象は主に後者であり、何らの留保なしに「ヘイトスピーチ」と記載する場合は後者を指す。何故なら、特定個人に向けられたヘイトスピーチは、現行法でも名誉毀損や侮辱罪などで理論的には処罰可能であり、民事であれば不法行為に該当し得るものであり、ヘイトスピーチの本質的な保護法益を考察するに当たっては適切な事例とはいえないからである。

<sup>3)</sup> これらの解消法施行後の状況については、師岡康子「ヘイトスピーチに関する人種差別撤廃委員会審査とNGO」世界人権問題研究センター研究紀要第23号(2018年)238頁及び外国人権法連絡会編集・出版「日本における外国人・民族的マイノリティ人権白書」2018年版第1章参照。

<sup>4)</sup> 「レイシズム監視情報保管庫」<http://odd-hatch.hatenablog.com> 参照。

<sup>5)</sup> 法規制慎重論の紹介の一例として、師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』(岩波新書, 2013年)146-170頁参照。

特にマジョリティとマイノリティ<sup>6)</sup> とでは、被侵害法益の見え方が異なる。ここでは、不快×人間の尊厳という「非対称性」の図式が浮かび上がる<sup>7)</sup>。被侵害法益の重大性が共有されなければ、それに見合った法規制という動きも進まない。

そこで、本稿では、ヘイトスピーチ規制の保護法益は何であるのかについて、近年注目されている Jeremy Waldron<sup>8)</sup> の「人間の尊厳」概念を手掛かりに検討したい。日本では現在「人間の尊厳」について一般的に使われている訳ではないが、金尚均や前田朗、桧垣伸次などの数名の論者が「人間の尊厳」について言及している。「人間の尊厳」概念は、ヘイトスピーチの保護法益が何かを考察するためには必須の概念であり、保護法益が何かを考えることは、定義などのヘイトスピーチを巡る他の問題点を検討するうえでも有用である。そこで、本稿では、Waldron を中心に、現在議論の渦中にある「人間の尊厳」概念の最大公約数的なものを集約し、ヘイトスピーチの保護法益を探る。そして、派生する他の問題点についても若干の検討を加える。

第 2 章では、議論の前提として、日本におけるこれまでのヘイトスピーチを巡る状況を概説する。解消法施行前の状況を京都朝鮮学校襲撃事件を中心に簡単に紹介したうえで、解消法ができて状況は改善されておらず、解消法だけでは被侵害法益を保護するためには不十分であることを指摘する。その際には、解消法では何が足りていないのかを端的に示すために、2018 年の 8 月に出された人種差別の撤廃に関するスペシャリストである人種差別撤廃委員会の勧告などを参考にする。

<sup>6)</sup> 本稿では、主にエスニックマイノリティについて論ずる。そもそも、「マイノリティ」の概念とは何かという問いや、何故、性別や性的指向などの他のマイノリティについて論じないのかという疑問も生じるが、紙面の関係上、ここでの対象となるマイノリティは人種差別撤廃条約の定義に照らして考察する。もっとも、国籍に基づく差別については、日本に特有な歴史的・構造的な差別がみられるため、マイノリティに含むこととする。国際人権法上のマイノリティの定義については、国連人権小委員会に任命された Capotorti の定義を土台とした師岡の定義が参考になる。師岡康子「試論—ヘイト・スピーチ規制法のマイノリティに対する濫用の危険性と人種差別撤廃条約」龍谷大学矯正・保護総合センター年報第 2 号（2012 年）67 - 68 頁。後者の問いについては、注 133・134 参照。

<sup>7)</sup> 金尚均『差別表現の法的規制—排除社会へのプレリュードとしてのヘイト・スピーチ』（法律文化社、2017 年）195 頁参照。

<sup>8)</sup> Waldron の主張については、日本語に翻訳されたものとして、ジェレミー・ウォルドロン（谷澤正嗣・川岸令和訳）『ヘイト・スピーチという危害』（みすず書房、2015 年）が挙げられる。また、同書を日本のヘイトスピーチをめぐる「議論」の「洗練」のために紹介するものとして明戸隆浩「ヘイト・スピーチにかかわる「議論」の洗練のために」情況 2015 年 6 月号がある。

第3章では、本稿の主題、つまりヘイトスピーチ規制の保護法益は何であるのかについて、Waldronの「人間の尊厳」概説を手掛かりにしながら探っていく。そこでは、まず、ヘイトスピーチが侵害する法益を個人的法益と社会的法益に分類し、ヘイトスピーチ規制の個人的法益は同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ、「承認される」権利であり、社会的法益は民主主義の破壊及びジェノサイドの防止であることを指摘し、その上で、保護法益と「人間の尊厳」概念との関係を検討する。そして、保護法益と関連するヘイトスピーチを巡る何点かの問題点を論ずる。

終章では、これらの議論を踏まえ、重大な保護法益に見合った法規制が必要であることを指摘したうえで、今後の展望について論ずる。

## II 日本におけるヘイトスピーチを巡るこれまでの状況

### 1 解消法施行前までの日本の状況

#### (1) 京都朝鮮学校襲撃事件を中心に

遡れば、2002年9月17日に行われた日朝首脳会談において、朝鮮民主主義人民共和国側が日本人拉致事件を認めて謝罪したことを契機に、激しい朝鮮バッシングがなされるようになり、「朝鮮人に対しては何を言ってもかまわない」といった社会的風潮が形成されはじめた。また、2000年代からインターネットが普及し始めた頃、インターネット上でのヘイトスピーチが見られるようになり、インターネットを通じて市民が連絡を取り合って運動団体が形成されるようになった。その代表例が2007年1月に設立された<sup>9)</sup>「在日特権を許さない市民の会」(以下、在特会<sup>10)</sup>)である。在特会の会員は、拡声器を使用し、マイノリティ集団に対する差別煽動デモ及び街宣を公然と行ってきた<sup>11)</sup>。在特会が起こした著名な事件として、2009年のカルデロン事件、2010年の徳島県教組襲撃事件、2011

<sup>9)</sup> 2006年12月に設立準備会合が行われているため、そちらを設立年月とすることもある。

<sup>10)</sup> 現在は、政党化した「日本第一党」が後継団体であるといえる。党首は在特会元会長の桜井誠(本名、高田誠)であり、最高顧問は「国家社会主義同盟」元副会長瀬戸弘幸である。日本第一党の役員には、元在特会の主要メンバーが名前を連ねている。

<sup>11)</sup> 在特会がどのような活動を行ってきたか、また、会員の素顔や在特会に加入した理由などについては、安田浩一『ネットと愛国』(講談社、2015年)に詳しく書かれている。

年の奈良水平社博物館差別街宣事件などが挙げられるが、2009年から2010年に起こった京都朝鮮学校襲撃事件については、日本におけるヘイトスピーチを論ずる際に避けては通れない事件であり、かつ法益を検討するうえでもヘイトスピーチの害悪が明らかな事例と考えられるため、簡単に説明を加えておく<sup>12)</sup>（被害状況については第3章に譲る）。

2009年12月4日、京都朝鮮第一初級学校の校門前において、「在特会」や「主権回復を目指す会」の会員が、「朝鮮学校、こんなもんは学校ではない」「朝鮮学校を日本から叩き出せ」「北朝鮮のスパイ養成学校」「約束というのは人間同士がするもの。人間と朝鮮人では約束は成立しない」「おまえら、うんこ食っとけ」などといった言葉を、約1時間にわたりマイクを使い大音響で並べ立てた。また、同校前の公園内にあった同校のスピーカー等を繋ぐ配線コードを切断するなどの器物損壊罪にあたる行為を行った。2010年1月には2回目の、同年3月には3回目の襲撃が行われた。

京都朝鮮第一初級学校を運営する学校法人京都朝鮮学園は、在特会らの会員によるこれらの活動が不法行為にあたるとして、損害賠償及び示威活動等の差止めを求めて提訴した。また、これらの活動が、威力業務妨害罪、侮辱罪にあたるとして起訴された。

民事裁判の第1審において、京都地裁<sup>13)</sup>は、これらの活動が単なる不法行為ではなく人種差別撤廃条約の規定する人種差別にあたることを認定し、約1200万円の損害賠償義務を認め、将来にわたって同校の半径200メートル以内における街宣等を禁止する判決を出した。第2審において、大阪高裁<sup>14)</sup>も、本件活動における発言が種差別撤廃条約の規定する人種差別にあたることを判断し、第1審の判断を容認して、在特会の会員らの控訴を棄却した。在特会の会員らは上告したが、最高裁は、上告を棄却した<sup>15)</sup>。

刑事裁判については、第1審において、京都地裁<sup>16)</sup>は、被告人らの行為について、「正当な政治的表現行為」と認めず、懲役1年から2年の有罪判決を出し

<sup>12)</sup> 京都朝鮮学校襲撃事件の様子は、中村一成『ルポ 京都朝鮮学校襲撃事件〈ヘイトクライムに抗して〉』（岩波新書、2014年）が詳しい。

<sup>13)</sup> 京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁。

<sup>14)</sup> 大阪高判平成26年7月8日判時2232号34頁。

<sup>15)</sup> 最決平成26年12月9日LEX/DB25505638。

<sup>16)</sup> 京都地判平成23年4月21日LEX/DB25471643。

た（いずれも執行猶予つき）。第2審においても、大阪高裁<sup>17)</sup>は、憲法21条違反との主張について、「本件について侮辱罪を適用することが憲法違反になるとはいえない」と述べ、控訴を棄却した。最高裁は、上告を棄却した<sup>18)</sup>。

以上が、簡単な事件の概要及び裁判所が下した判断の結論である。本稿の主題はあるべきヘイトスピーチ規制法の保護法益の検討であり、これらの判決の解説は主題に必要なかぎりでも説明するにとどめ、ここでは事件及び判決の内容に詳しく立ち入らない。しかし、特に民事第1審判決が、「在特会」の会員らの行為が人種差別にあたることを認め、不法行為が人種差別を動機として行われた場合、同条約が民法の解釈に影響し、無形損害について「公正かつ適正な賠償」（同条約6条）となるように加重すべきとして高額な認定をした点は画期的であり、注目すべき点である。また、同判決は、朝鮮人一般に対する差別街宣などの不特定の集団に対するヘイトスピーチに関しては、現行法では対処できないとして、現行法の限界を示した点でも有意義である<sup>19)</sup>。

「在特会」らによる同事件はヘイトスピーチかつヘイトクライムにあたる<sup>20)</sup>が、同事件だけでなく、ヘイトデモ・街宣は同事件の民事第1審判決がなされた2013年及び次の年である2014年には最も多く発生しており、2013年には年間347件、2014年には年間378件のヘイトデモ・街宣が見られた<sup>21)</sup>。また、2012年4月から2015年9月までのヘイトデモ・街宣の総数は1152回である<sup>22)</sup>。

これらの深刻なヘイトスピーチ及びヘイトクライムの発生状況に鑑みて、2016年6月3日、解消法が施行された。

## (2) 2014年の人種差別撤廃委員会からの勧告

日本は1995年に人種差別撤廃条約に加入しており、同条約第9条1項では、

---

<sup>17)</sup> 大阪高判平成23年10月28日 LEX/DB25480227。

<sup>18)</sup> 最決平成24年2月23日 LEX/DB25480570。

<sup>19)</sup> もっとも、同判決は、学校側が求めていた民族教育を実施する権利については触れなかった。

<sup>20)</sup> ヘイトスピーチとヘイトクライムの違いについて著者により様々な定義がなされているが、ここでは両者の違いについて、両者ともマイノリティに対する属性に基づく差別による攻撃であるが、前者が「有形力を伴わない言動による暴力」であるのに対し、後者が「主要に有形力を伴う犯罪」であると指摘しておく。詳しくは、師岡・前掲注5) 38-40頁参照。

<sup>21)</sup> これは、2015年、法務省が国としてはじめて「ヘイトスピーチに関する実態調査報告書」の結果に基づくものである。なお、法務省はヘイトスピーチに関する実態調査について、同報告書の提出以降、行っていない。

<sup>22)</sup> 前掲注) 21と同じ調査結果に基づく。

発効後 1 年以内（それ以降は 2 年に一度）の報告書提出を義務づけている。前回の人種差別撤廃委員会（以下、CERD）の日本審査は 2014 年に行われ、解消法が成立する前だった。2014 年の審査の際には、同条約第 4 条の留保の撤回に関する勧告<sup>23)</sup> やヘイトスピーチとの闘いに関する一般的勧告 35 を想起し、ヘイトスピーチの法規制における原則が指摘された。その上で、法規制目的がマイノリティを保護することであり、マイノリティの表現活動や政府を批判する表現活動を抑圧されるために濫用されてはならないと釘を刺し、インターネット上のヘイトスピーチや公人におけるヘイトスピーチや教育・啓発活動に関する勧告<sup>24)</sup> がなされた<sup>25)</sup>。CERD の委員は、人種差別の撤廃に関する専門家で構成され、審査は、条約の履行を確保するための制度である。勧告には法的拘束力はないものの、国際人権基準は法的拘束力のある条約の他に一般的意見や勧告をも含み、抽象的な文言になりがちな条約は、このような他の文書と一体となることにより、実質的な法規範として力を発揮するのであり、条約を「誠実に遵守する」（日本国憲法第 98 条 2 項）ためには、勧告を含めた国際人権基準の実現に向けて努力する義務がある<sup>26)</sup>。残念ながら、日本や委員からの勧告をずっと無視し続けており、同条約に加入してから 20 年以上が経つが未だに包括的な差別禁止法や国内人権機関もない。もっとも、禁止条項はないものの、日本で初めての反人種差別法である解消法ができたことにより、ヘイトスピーチを巡る状況は改善されたといえるのであろうか。

## 2 解消法によって状況は改善されたのか

### —人種差別委員会からの勧告を受けて—

解消法が理念法であり、禁止条項も制裁もないことから、施行前の過激な内容に戻りつつある。ヘイト街宣については、レイシストが選挙活動という形態をとりはじめたこともあり、減少もみられない。公人のヘイトスピーチはむしろ悪化しており、インターネット上のヘイトスピーチについても改善が見られず、ヘイトクライムについての報道も増えている<sup>27)</sup>。

<sup>23)</sup> CERD/C/JPN/CO/7-9, para10.

<sup>24)</sup> CERD/C/JPN/CO/7-9, para11.

<sup>25)</sup> 第 3 回の審査については、師岡・前掲注 3) 218-238 頁参照。

<sup>26)</sup> 師岡・前掲注 5) 76 頁。

<sup>27)</sup> 前掲注 3) 参照。

一例を挙げれば、インターネット上のヘイトスピーチについては、災害、事故及び事件が起こると、その直後に必ず、朝鮮人や中国人が犯人である又は災害に乗じて犯罪を行っているとのデマが Twitter 等で出回る。2018年6月18日に大阪府北部を中心に地震があったが、在日外国人のテロや犯罪発生等の差別的なデマが多数ツイートされた<sup>28)</sup>。

日本政府は、2017年7月に第10・11回政府報告書として実質第4回目の報告書を CERD に提出した<sup>29)</sup>。同報告書<sup>30)</sup>では、「我が国では以下のとおり人種差別を規制しており、御指摘の包括的差別禁止法が必要であるとの認識には至っていない。」(第101パラグラフ)としている。しかし、法務省が2017年に発表した外国人住民調査報告書<sup>31)</sup>によれば、過去5年間で入居差別経験者が約40%、就職差別経験者が約25%、侮辱的言動の経験者が約30%など、深刻な差別の実態が明らかになった。何故「包括的差別禁止法が必要であるとの認識には至っていない」といえるかについて、日本政府から合理的な説明はなされていない<sup>32)</sup>。

そして、2018年の審査の場においても、日本におけるヘイトスピーチの状況を改善するためには、解消法では全く足りていないことが明らかになった。同年8月30日、CERDの総括所見が出されたが、ヘイトスピーチ及びヘイトクライムに関するパラグラフは以下のとおりである<sup>33) 34)</sup>。

13. 委員会は、2016年6月の本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律（「ヘイトスピーチ解消法」）の採択を含む、締

<sup>28)</sup> [https://www.huffingtonpost.jp/2018/06/18/jisin-sabetu\\_a\\_23461417/](https://www.huffingtonpost.jp/2018/06/18/jisin-sabetu_a_23461417/)

<sup>29)</sup> 第1回、第2回の審査については師岡・前掲注3) 211-217頁参照。

<sup>30)</sup> 人種差別撤廃条約に関して日本政府が提出したすべての報告書の全文（英語及び日本語）並びに委員会からの総括所見全文（英文及び政府公定訳）は外務省ホームページに掲載されている。<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/>参照。

<sup>31)</sup> 法務省のホームページ内に掲載されている。[www.moj.go.jp/content/001226182.pdf](http://www.moj.go.jp/content/001226182.pdf)参照。

<sup>32)</sup> なお、同報告書について、当初日本政府は何らの言及もしておらず、人種差別撤廃 NGO ネットワーク(ERD ネット)の働きかけでようやく2018年2月に追加情報として提出した。この点につき、師岡は、委員会から三度にわたり差別の実態調査を行うように勧告され、それに応えた実績といえるのに、調査を行ったこと自体に触れていないことは不自然であり、政府報告書と矛盾する結果を隠ぺいしたと疑わざるを得ないと指摘する。師岡・前掲注3) 241頁参照。

<sup>33)</sup> CERD/C/JPN/CO/10-11, para13-14.

<sup>34)</sup> 日本語訳については、反差別国際運動のホームページを参考にした。

<https://imadr.net/wordpress/wp-content/uploads/2018/10/51753d9d0d44c8694afb2d15192dc987.pdf>



約国がとったヘイトスピーチに対処する措置を歓迎する。しかしながら、委員会は以下について依然として懸念する。

(a) 法律の適用範囲はあまりにも狭く、“日本に適法に居住する”人びとに向けたヘイトスピーチに限定されており、締約国の民族的マイノリティには非常に限定された救済措置しか提供できていないこと

(b) 法律通過の後でさえ、締約国において、特にデモ参加者が在日コリアンなどの民族的マイノリティ集団に対する暴力的なヘイトスピーチを使う集会などにおいて、ヘイトスピーチと暴力の扇動は続いていること

(c) インターネットとメディアを通じたヘイトスピーチ、ならびに公人によるヘイトスピーチと差別的発言の使用が続いていること、ならびに

(d) そのようなヘイトクライムは常には捜査・訴追されず、公人および私人は人種主義的ヘイトスピーチとヘイトクライムへの責任を負わないままであること（第4条）

14. 委員会は、前回の勧告(CERD/C/JPN/CO/7-9para. 11)を再度表明し、その一般的勧告 35(2013年)を想起し、締約国に以下を勧告する。

(a) ヘイトスピーチ解消法を、適切な保護範囲をもつものとし、あらゆる人に対するヘイトスピーチを対象に含め、民族的マイノリティに属する人に十分な救済を提供することを確保するよう改正すること

(b) 法的枠組みと被害者の救済へのアクセスを強化するために、ヘイトスピーチ解消法で対象とされていないヘイトクライムを含む人種差別の禁止に関する包括的な法律を採択すること

(c) 表現と集会の自由に十分に考慮しつつ、集会中に行われるヘイトスピーチおよび暴力の扇動の使用を禁止すること、ならびに加害者に制裁を科すことを確保すること

(d) 自主規制的な機構の設置を含む、インターネット上およびメディアにおけるヘイトスピーチと闘うための効果的措置をとること

(e) 次回の定期報告書において、メディアにおいて広がっている人種差別および人種主義的暴力への扇動の防止に関する放送法などの措置の実施および効果について、詳細な情報を提供すること

(f) 警察官、検察官および裁判官を含む法執行官に対して、とりわけ、か

かる犯罪の背景にある人種的動機を特定し、苦情を登録し、ならびに事件を捜査および訴追するための適切な方法を含む、ヘイトクライムとヘイトスピーチ解消法に関する研修プログラムを実施すること

(g) 政治家およびメディア関係者を含む、私人あるいは公人によるヘイトクライム、人種主義的ヘイトスピーチおよび憎悪の扇動を調査し、適切な制裁を科すこと

(h) 被害者の民族的出身および民族別に細分化した捜査、訴追および有罪判決に関する統計を次回の定期報告書で提供すること

(i) 具体的目標と措置および適切なモニター活動を備えた、ヘイトクライム、ヘイトスピーチおよび暴力の扇動を撤廃する行動計画を制定すること

(j) 特にジャーナリストおよび公人の役割と責任に焦点を絞りながら、偏見の根本的原因に取り組み、寛容と多様性の尊重を促進する啓発キャンペーンを実施すること

今回の審査では、多くの委員がヘイトスピーチ及びヘイトクライムに関心を抱き、多くの質問がなされた。とりわけ、「ヘイトスピーチ、許さない」と題したポスターを、日本政府が自分たちの成果として意気揚々と掲げたのに対し、マルガン委員が「どうやって許さない (not allow) のか？」と質問したのは非常に印象的であった<sup>35)</sup>。これに対し、政府代表は「解消法はまだできて2年であるから、効果については時間が欲しい。」と答えていた。この「時間が欲しい」という言葉は、解消法では不十分であることを率直に認めたものと考えられる。

折角委員が日本の現状を踏まえた現実的な勧告を出してくれたのであるから、勧告を重く受け止め、できるところから確実に着手し、一刻も早く条約の実施 (implementation) に向けて動くべきであろう<sup>36)</sup>。

---

<sup>35)</sup> 審査の様子については、国連のウェブキャストによる審査の実況中継がアーカイブに保存されている。

8月16日の審査については、

<https://webtv.un.org/watch/consideration-of-japan-2662nd-meeting-96th-session-committee-on-elimination-of-racial-discrimination/5823254962001/?term=>

8月17日の審査については、

<https://webtv.un.org/watch/consideration-of-japan-contd-2663rd-meeting-96th-session-committee-on-elimination-of-racial-discrimination/5823402297001/?term=> 参照。

<sup>36)</sup> 勧告の内容については、前回の審査のときと比較して「調査」「統計」「報告」など、日本政府のレベルに合わせた、確実に実施可能であり「できない」との言い訳が通じないような具

ヘイトスピーチによって侵害される法益は以下に述べるように非常に重大であるにもかかわらず、禁止条項すらない解消法では同法益を保護するためには全く足りていない。では、本稿の主題であるヘイトスピーチの被侵害法益とは具体的には何であるのだろうか。次章では、「人間の尊厳」概念を手掛かりにして、保護法益を検討する。

### Ⅲ 何が侵害されているのか

#### 1 Jeremy Waldron の「人間の尊厳」の概略

ヘイトスピーチ規制の保護法益を検討するにあたって、近年注目されているのが Jeremy Waldron の「人間の尊厳」概念である<sup>37)</sup>。本稿の目的は、Waldron を中心に、「人間の尊厳」概念の最大公約数的なものを集約し、ヘイトスピーチの保護法益を探ることであるため、まずは Waldron の「人間の尊厳」概念について概説する。

Waldron は、ヘイトスピーチは、標的となった人々の「尊厳」(dignity) を攻撃するものであり<sup>38)</sup>、ここでの「尊厳」とは、「彼らの基本的な社会的立場、社会的平等者として、そして人権と憲法上の権利の担い手としての彼らの承認の基盤の意味」であり、「地位」の問題—しっかりとした立場をもつ社会の構成員としての地位—であるとする<sup>39)</sup>。Waldron は、John Rawls の述べる「秩序だった社

---

体的なものとなっていた。勧告を解説することは本稿の主題ではないが、特に重要なパラグラフである 14 の b 項と i 項についてのみ説明を加えておく。包括的な差別禁止法 (b 項) は国際人権基準から見て既に当然もつべきものとして世界の共通認識となっている。i 項は、目標、措置並びに監視を備えたヘイトスピーチ及びヘイトクライムの撤廃に向けた行動計画の策定を勧告している。基本方針と計画がなければ全く見通しが立たず、ヘイトスピーチを許さないとしても「どのように許さない」のかが分からない。省庁にまたがるヘイトスピーチ及びヘイトクライムの対策本部を作り、計画を立てるべきである。そのためには、人種差別撤廃政策の枠組みとなる人種差別撤廃基本法の制定が不可欠である。

<sup>37)</sup> Waldron の議論については、桧垣伸次の『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察—表現の自由のジレンマ—』(法律文化社、2017年) 199-206 頁や奈須裕治「憎悪煽動の規制と表現の自由—マイノリティの地位と尊厳という視点から」孝忠延夫編『差異と共同—マイノリティという視覚』(関西大学出版部、2011年) が詳しい。

<sup>38)</sup> ウォルドロン前掲注 8) 6 頁。

<sup>39)</sup> ウォルドロン前掲注 8) 70 頁。

会」(well-ordered society)<sup>40)</sup>の概念に着目する。

「秩序だった社会」とは、「①他の人々も同一の正義の原理を承認しており、②基礎的な社会の制度がその原理を充たしかつ充たしていることが周知されている、以上の2点を全員が承服・承知している社会である」<sup>41)</sup>。Waldronは、「秩序だった社会」がどのように見えるかに関心を注いでいる<sup>42)</sup>。「秩序だった社会」がどのように見えるのかが重要であるのは何故かという問いについて、Waldronは「安心」(assurance)<sup>43)</sup>という概念と関連付けて論じている。

ヘイトスピーチが傷つけるのはある種の「安心」という「公共財」(public good)である。「安心」は、同じ社会の構成員から、日常生活において攻撃されたり差別されたりすることがないという前提条件とそれが実現する環境及びそのような環境を享受することにより得られる感覚を指す<sup>44)</sup>。「安心」は、「それが効果的にもたらされるときは、ほとんど気づかれない」、「人々が呼吸する空気のきれいさや、泉から飲む水の水質のように、だれもが当てにできる」ものである<sup>45)</sup>。そして、Waldronは、「秩序だった社会」の目に見える自己表現の要点とは、「すべての市民に対して、正義にかなった仕方で扱われることを当てにできるという安心を伝えることである。」と述べる<sup>46)</sup>。

次に、Waldronは、「安心」がどのように「尊厳」と結びつくかについて着目する。上述したように、「尊厳」とは「地位」の問題である。「人が一定の地位をもつのは、その人がたまたま一定の権限の集まりをもつ場合」ではなく、「そうした権利なり権限なりに承認が、その人が実際にどう扱われるかにとって基本的である場合」である<sup>47)</sup>。「人がこうした基盤にのっとして扱われるだろうという安心の最も基本的な要素が、尊厳が要求することによって本質的な部分の

<sup>40)</sup> ジョン・ロールズ(川本隆史=福間聡=神島裕子訳)『正義論』(紀伊國屋書店、2010年)第69節「秩序だった社会という概念」595-606頁参照。

<sup>41)</sup> ロールズ・前掲注40) 595頁。

<sup>42)</sup> ウォルドロン前掲注8) 80頁。

<sup>43)</sup> 桧垣や奈須は、感覚としての“assurance”を強調するためか「安心感」と訳し、“public good”も「公共善」と訳す。桧垣前掲注37) 204頁。奈須前掲注37) 166-167頁。しかし、筆者は、感覚という主観面よりも、「すべての人に供給される無形のインフラストラクチャーである」という万人に共通する性格を強調するため、“assurance”を「安心」、「public good」を「公共財」と訳す。

<sup>44)</sup> ウォルドロン前掲注8) 96-100頁。

<sup>45)</sup> ウォルドロン前掲注8) 5頁。

<sup>46)</sup> ウォルドロン前掲注8) 100頁。

<sup>47)</sup> ウォルドロン前掲注8) 101頁。

ひとつ」であるから、「尊厳」は、社会的評価の根本にあるもの（the fundamentals of social reputation）と共にある<sup>48)</sup>。

それでは、ここでいう「尊厳」とは具体的には何を指すのであろうか。Neomi Rao は、憲法裁判所上使用されている「尊厳」の概念は3種類存在し、それらはしばしば重なり合い、または衝突していると論じる<sup>49)</sup>。

1つ目の概念は、個人の固有の価値に由来する、もともと普遍的で開かれた尊厳、つまり「固有の尊厳」(inherent dignity)であり、これは、個人が人間であることに由来するという<sup>50)</sup>。この意味での尊厳は、価値中立的であり、消極的権利(negative liberty)を基礎づけるものである<sup>51)</sup>。

2つ目の概念は、様々な実体的な価値に仕える尊厳、つまり「実体的尊厳」(substantive conceptions of dignity)であり、これは、善き生に関する判断を促進する<sup>52)</sup>。これは、しばしば個人の自律としての尊厳と衝突する。例えば、売春やポルノグラフィを法規制する場合等が問題となる<sup>53)</sup>。

3つ目の概念が本稿の主題である「尊厳」概念である。この概念は「承認としての尊厳」(dignity as recognition)であり、個々人の特殊性に対する尊重を要求する、自由権、社会権に次ぐ第3世代の「連帯する権利」(solidarity rights)に着目するものである<sup>54)</sup>。「承認としての尊厳」は、「すべての市民の『平等な人間の尊厳』ではなく、差異の尊厳、すなわち、個人及び集団の差異についての承認の尊厳である。<sup>55)</sup>」この尊厳は、国家だけではなく、他の個人からの尊重と承認を受ける、市民及び共同体の構成員として互いに承認しなければならない個人に依拠している<sup>56)</sup>。国家は、名誉毀損やヘイトスピーチを規制するなどして、市民の間で、「人間相互間の尊重」を要求し、実施しなければならない<sup>57)</sup>。

Waldron のいう「尊厳」は上述した3つの概念のうちの3つ目の「承認としての尊厳」であろう。何故なら、Waldron は「承認の基盤」等、人と人とが同等の

48) ウォルドロン前掲注8) 101頁。

49) Neomi Rao, Three Concept of Dignity in Constitutional Law, *NOTRE DAME L.REV.*183, 2011, pp.86.

50) *Id.* at 196.

51) *Id.* at 201-201.

52) *Id.* at 221.

53) *Id.* at 228 - 229.

54) *Id.* at 243.

55) *Id.* at 248.

56) *Id.* at 249.

57) *Id.*

「地位」を持つ者として扱われることを主眼に置いており、消極的権利や善き生に関する判断などが問題となる場面とは異なるからである。

個人は社会の構成員として、互いを「承認」しなければならない。社会の構成員一人一人が互いに「尊厳」を認め合わないかぎり公共財としての「安心」は供給されないのである。ヘイトスピーチは、こうした「相互尊重の雰囲気」を否定し攻撃することで、安心を掘り崩す。それゆえ、政府のみならず各個人もまた、安心の安定供給のために、ヘイトスピーチが社会の表面に現れないようにする責務を負うのである<sup>58)</sup>。

## 2 人間の尊厳とヘイトスピーチ規制の保護法益との関係

上述で Waldron の「人間の尊厳」概念を概説したが、これとヘイトスピーチ規制の保護法益との関係はどうなるのであろうか。法益は個人的法益、社会的法益、国家的法益の3つに分類されるが、「人間の尊厳」はこれらのいずれに分類されるのであろうか<sup>59)</sup>。本稿の目的は、「人間の尊厳」概念の最大公約数的なものを集約し、ヘイトスピーチの保護法益を探ることである。そこで、まずは、ヘイトスピーチが侵害する法益を個人的法益と社会的法益に分類したうえで、これらと「人間の尊厳」との関係について若干の検討を加えたい。

筆者は、「人間の尊厳」概念は、個人的法益及び社会的法益のどちらも包摂される概念と考える。そして、それらの最大公約数として挙げられるものは、具体的には、個人的法益としては同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ、「承認される」権利であると思われる。ヘイトスピーチが切り崩すものは、そのような「同じ人間」として扱われるという「信頼」及びそのような前提条件が実現する環境を享受することにより得られる感覚としての「安心」である。そして、社会的法益としては民主主義の破壊及びジェノサイドの防止であると考えられる。

以下では、まずは、ヘイトスピーチが侵害する法益を個人的法益と社会的法

<sup>58)</sup> ウォルドロン前掲注 8) 訳者解説 285 頁。

<sup>59)</sup> 金は、人間の尊厳概念に独自の意義を見出すため、憲法第 9 条を根拠条文として指摘する。金尚均「人種差別表現規制の法益としての人間の尊厳」『差別表現の法的規制—排除社会へのプレリュードとしてのヘイト・スピーチ』(法律文化社、2017 年)。本稿では、保護法益が何であるかを指摘するに留め、憲法上のどこに根拠があるかまでは論じない。金の主張は、人間の尊厳が「個人の尊重」の包摂によっては汲み尽くせない独自の意義があり、それを憲法 9 条に求める点で非常に興味深い。

益に分類し、これらの法益は具体的にはどのようなものなのかを概説したい。

### (1) 個人的法益

個人的法益侵害を論じるにあたっては、上述した京都朝鮮学校襲撃事件から見ると、何が侵害されたのか、その被害状況がよく分かる。

#### (i) 被害状況

批判的人種理論の論者である Mari Matsuda は、ヘイトスピーチの犠牲者は、「芯からの恐怖、動悸、呼吸困難、悪夢、PTSD、過度の精神的緊張、精神疾患並びに自死にまで至る精神的な症状及び感情的な苦痛」を経験すると指摘する<sup>60)</sup>。

同じく批判的人種理論の代表論者である Richard Delgado は、身体的害悪として、短期的には呼吸促迫、頭痛、高血圧、めまい、動悸、薬物摂取、危険行為、自殺すら含まれると指摘する<sup>61)</sup>。また、長期的な害悪として、繰り返されるヘイトスピーチのストレスによる、損なわれた自己イメージ、低い目標意識、鬱病等を挙げる<sup>62)</sup>。精神的害悪としては、恐怖、悪夢、引きこもり等を挙げる<sup>63)</sup>。そして、若い犠牲者、特に子どもはもっとも損害を受けやすいと主張する<sup>64)</sup>。

また、社会心理学者の Craig-Henderson, K. は、被害者に共通する心理的影響として、①長期にわたり持続する感情的苦痛、②前提の粉砕、③逸脱感情、④帰責の誤り、⑤同じ集団メンバーに与える影響の5つに分類する<sup>65)</sup>。

中村一成は、以下のように、京都朝鮮学校襲撃事件の当事者の具体的な被害状況について聞き取りを行っている。

襲撃の当時、学校の中にいた子どもたちの被害は深刻であり、身体的症状が伴う被害（夜尿や夜泣きが再発する、「音」に過敏になる、襲撃者を思わせる作業服姿の人間を見て「在特会が来た」と取り乱す等）や自己否定（親に「朝鮮人って悪いことなん?」「私らなんで日本に住んでんの?」と尋ねる等）が多くみられた<sup>66)</sup>。

<sup>60)</sup> Mari J. Matsuda, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, *MICHIGAN L. REV.*, 87, 1989, 2336.

<sup>61)</sup> RICHARD DELGADO & JEAN STEFANIC, *UNDERSTANDING WORDS THAT WOUND*, Westview Press, 2004, 13.

<sup>62)</sup> *Idid.*

<sup>63)</sup> *Id.* at 14.

<sup>64)</sup> *Idid.*

<sup>65)</sup> Craig-Henderson, K. “The Psychological Harms of Hate: Implications and Intervention” in *Hate Crime: The Consequences of Hate Crime, Preager Perspectives* ed by Barbara Perry 2009, 21-24.

<sup>66)</sup> 中村・前掲注 12) 68-71 頁, 中村一成「ヘイト・スピーチとその被害」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社, 2014 年）37-41 頁。

それを聞いた大人たちも著しい精神的ダメージを受けていた。中村は、「その心的被害は、子どもたちの直反応的なそれに比べ、日本社会における自身の被差別体験と歴史性や社会性と深く結びついている。彼らの口を衝いたのは『喪失感』『引き戻される』『無力感』『アウェー感』『不安感』『恐怖感』といった言葉の数々だった。」と表現する<sup>67)</sup>。刑法学者であり、校門前にかけつけた生徒の保護者でもある金尚均が、長時間にわたる罵声のシャワーを浴び、その後帰宅したときに感じたことは「喪失感」だったという<sup>68)</sup>。金は、本名ではなく日本名で通った日本の小学校で「チョンコ」と言われ、「キムチを食べる者は同じ人間ではない。対等な人間ではない。朝鮮人はワンランクもツーランクも劣った存在である。」とい趣旨の言葉を浴びせられた。幼少時に浴びた言葉が、事件時に突き刺さった罵詈雑言とリンクし、「引き戻された」のである<sup>69)</sup>。中村は、「彼らは、日本に生まれ育った『在日』として、日本社会の一員として、共生社会の実現を目指して努力を積み重ねてきた。その努力によって差別が克服されていくとともに、徐々にこの社会が生きるに足る社会になっていくことを信じ、子どもにより展望のある社会を残そうとしてきた彼らの思いをあの街宣は傷つけた。」と語る<sup>70)</sup>。今までの彼らの努力が一瞬で「無駄だったのではないか」と感じさせてしまう。それこそが「喪失感」であろう。また、中村は、「何よりもあのデモは、日本の官憲によって許可され、多数者の無関心のもとで完遂されたのだ。官憲ともどもあの街宣は、彼らがこの社会に対して覚えた信頼が、実は『幻想』に過ぎないことを突きつけたのだった。ヘイト・クライム犠牲者に共通する、この世界は生きるに値する世界だという『前提の崩壊』である。」とも語る<sup>71)</sup>。中村は、インタビューをすると、スイッチを押したように感情が制御できなくなり泣き出す人や、語ると「あの時」を想起して腹痛に苦しむ人、動画を観ると子宮が痛くなる人がいたと言う<sup>72)</sup>。「あの時」は過ぎても、一度遭った被害は未だに癒えない。また、3回の街宣を防げなかったことで「私が甘かった」と「自分の甘さ」を責める者もいたという。子どもたちへの襲撃を防げない「無

67) 中村・前掲注 66) 41 頁。

68) 中村・前掲注 12) 60 - 61 頁。

69) 中村・前掲注 12) 61 頁。

70) 中村・前掲注 66) 44 頁。

71) 中村・前掲注 66) 44 頁。

72) 中村・前掲注 66) 46 頁。



力感」や、やり場のない怒りは自分に向けられていた<sup>73)</sup>。加害者は街宣を行った者たちである。しかし、あまりにも非合理的な差別に遭ったマイノリティの中には、何かしらの合理的な説明をつけるための理由を探し、「自分に落ち度があったからである」といったような「自責」で自らを納得させようとする者もいる。

心的ダメージだけではない。次なる襲撃に備えるため見回りや会議等に大きく時間を割かれて「自習時間」が増え、本来の職務である授業がほとんどできない状態になって疲労困憊した教員たち、それに伴う子どもたちの学力低下、見回りのために時間を取られて仕事を辞めざるを得ずに経済的負担が更に増す<sup>74)</sup>こととなった保護者たち等、直接の被害から派生した多岐にわたる被害も多く見られた<sup>75)</sup>。当時の教員の半数近くは、身体的・精神的疲労等が理由で退職を余儀なくされた<sup>76)</sup>。入学希望者は激減し、予定していた校舎移転を早めて近隣への挨拶やセレモニー等も行われぬまま「夜逃げ」同然に閉校せざるを得ない状況にまで追い込まれたのである<sup>77)</sup>。

これらの被害状況は、Matsuda, Delgado 及び Craig-Henderson が指摘する害悪に当てはまるものである。

## (ii) ヘイトスピーチに「特有な」個人的法益の侵害

京都朝鮮学校襲撃事件を例として、ヘイトスピーチの被害を見てきたが、これらの被害は、ヘイトスピーチに「特有な」個人的法益の侵害によって発生したといえるのだろうか。

ヘイトスピーチに「特有な」個人的法益の侵害とは何であろうか。筆者は、民族・国籍共に「日本人」であり、本土の人間であり、被差別部落出身ではなく、この国においてはマジョリティである<sup>78)</sup>。例えば、筆者に対して、面前で「日

<sup>73)</sup> 中村・前掲注 66) 46 頁。

<sup>74)</sup> 朝鮮学校は、各種学校であることを理由に私学助成から排除されている。

<sup>75)</sup> 中村・前掲注 66) 46-48 頁。

<sup>76)</sup> 中村・前掲注 66) 47-48 頁。

<sup>77)</sup> 中村・前掲注 66) 176-179 頁。

<sup>78)</sup> マーク・レヴィンは、自分自身が白人などの属性を有し、米国においても世界においても（比較的）裕福な立場にいることを認識しないまま本論稿を書いていることは無思慮なことであると指摘する。批判的人種理論によれば、自分自身を定義しないことは、人種をめぐる力学において自分が果たしている役割を自身が理解し損ねていることを意味してしまうと適示し、「マーク・レヴィン」自身を定義づけている。マーク・レヴィン（尾崎一郎訳）「批判的人種理論と日本法—和人の人種的特権について」法律時報 80 巻 2 号（2008 年）83 頁参照。自分自

本人は出ていけ。」「おまえら、うんこ食っとけ」「ゴキブリ日本人」と在特会が言ったとしても頭痛、高血圧、めまい、薬物摂取、危険行為、損なわれた自己イメージ、低い目標意識、鬱病等の身体的害悪や恐怖、悪夢、社会からの離脱等の精神的害悪に悩まされることはあるだろうか。ましてや、自殺に至ることがあり得るだろうか。答えはノーである。

確かに、このような醜悪な言葉を自分の面前で浴びせられた場合、ショックは受けるだろう。実際にヘイトデモを見る場合も、何度見ても精神的に嫌な気持ちにはなる。しかし、筆者にとってヘイトスピーチは「不快な表現」で済むのである。筆者がヘイトスピーチを聞いた後、家から外に出るときに「誰か見知らぬ人に日本人であることを理由として攻撃されるかもしれない」と精神が張り詰めるということもなければ、「今まで努力してきたことは何だったのか」という「喪失感」を感じることもない。この世界は生きるに値する世界だという前提が崩れることもない。それは、筆者がこの国においてはマジョリティであり、日常的に差別されることのない地位にあるからである。ヘイトスピーチとは差別の問題であり、差別の本質は「非対称性」である。

この「非対称性」を論じるときに鍵となるのが「無自覚性」という概念である。この「無自覚性」という概念は、原語では *transparency* であり、直訳すると「透明性」となる。しかし、「透明性」と訳すことは言語の意図が伝わりにくいいため、桧垣が訳した「無自覚性」という言葉を用いることとする<sup>79)</sup>。ここでいう無自覚性とは、「特権集団が自らの人種的性格 [自らの人種がもたらす特権] についての意識を欠いていること」である<sup>80)</sup>。すなわち、マジョリティが、特権を享受していながら、そのことにつき根本的に無自覚である社会状況を「無自覚性」現象という<sup>81)</sup>。「特権」を享受している者がそれを特権によるものと認知するのは特に困難である<sup>82)</sup>。Peggy McIntosh は、ホワイトネス<sup>83)</sup>としての彼女が当

---

身がマジョリティであることを認識しないまま下記の「非対称性」や「無自覚性」を論じることはできない。そこで、本稿でも筆者がマジョリティであることを明示したうえで、ヘイトスピーチ規制の個人的法益の特殊性を論ずる。

<sup>79)</sup> 桧垣・前掲注 37) 49-50 頁参照。

<sup>80)</sup> レヴィン・前掲注 78) 86 頁。

<sup>81)</sup> 桧垣・前掲注 37) 50 頁。

<sup>82)</sup> レヴィン・前掲注 78) 85 頁。

<sup>83)</sup> アメリカ社会において、白人が享受している一連の明瞭な社会状況のこと。レヴィン・前掲注 78) 85 頁。

然として受け入れている日常生活の事柄で、彼女のアフリカン・アメリカンの同僚、友人、知人には当然でないとわかったものを多数列挙している。例えば、「私はいつでも、万引き監視員につきまといわれ嫌がらせを受ける心配なく、買い物に行くことができる」し、「テレビのスイッチをいれても新聞の第一面をみても自分と同じ人種の方が大きくかつ肯定的に扱われている」し、「私たちの子どもに対して物理的危険から身を守るためにシステムティックなレイシズムについて教える必要もなかった」ということである<sup>84)</sup>。このように、マジョリティが日常的に「普通」だと思っていることが、実は「特権」なのであるが、そのことについて私たちマジョリティは「無自覚」である。この「無自覚性」が、ヘイトスピーチという話題になったときは顕著に現れる。つまり、マジョリティにとっては「不快な表現」にすぎなかったとしても、マイノリティにとっては単なる「不快な表現」では済まされない。この世界は生きるに値する世界だという前提が崩れる。その結果として、上記のような身体的及び精神的害悪が生じるのである。金は、ここでは（単なる）不快×人間の尊厳の侵害という被害に関する認識の非対称性が生じる場合があるという<sup>85)</sup>。「人間の尊厳」概念については後述するため、ここでは立ち入らない。ただ一ついえることは、ヘイトスピーチの害悪はマイノリティとマジョリティで認識が異なる「非対称性」という特徴があること及びマジョリティにとっては「不快」な思いをするという以上の深刻な被害が生じていることである。

あるマイノリティにとっては自死に至るような深刻な被害が生じていたとしても、なかにはそこまで傷つかないマイノリティもいるため、「非対称性」という概念でマイノリティとマジョリティを区別することは妥当ではない、と論じる者もいるかもしれない。しかし、一人一人のマイノリティによって感じ方が異なり得ることは当然であり、このことをもって、「非対称性」という概念が有用ではないといことはできない。重要なのは、マイノリティによって感じ方の濃淡があったとしても、私たちマジョリティにとっては単なる「不快な表現」で済むということに変わりはないという事実である。ヘイトスピーチの害悪を語る時、私たちマジョリティは「被害の認識はマジョリティとマイノリティ

<sup>84)</sup> Peggy McIntosh, "White Privilege and Male Privilege: A PERSONAL ACCOUNT OF COMING TO SEE CORRESPONDENCES THROUGH WORK IN WOMEN'S STUDIES", *Wellesley Coll. Ctr. for Research on Women, Working Paper No.189*, 1988, 4-5.

<sup>85)</sup> 金・前掲注7) 195頁。

で異なる」ことを自覚しなければならず、「無自覚性」を意識するための「非対称性」という概念は有効である。個人的被害はマイノリティにのみ発生するというのが、ヘイトスピーチに「特有な」害悪である。

### (iii) 名誉毀損及び侮辱との違い

現行法上、ヘイトスピーチそのものを規制する法律はない。解消法は理念法であって、禁止条項もなければ、制裁条項もない。もっとも、現行法上民事上の不法行為に該当する場合や、刑事上でも名誉棄損罪や侮辱罪に該当することは十分あり得る。京都朝鮮学校襲撃事件においては、民事事件では、学校法人京都朝鮮学園が原告として損害賠償請求を行い、刑事事件でも、客体を同学園として侮辱罪や威力業務妨害罪の成立が認められた。

しかし、これらの法益は「名誉毀損罪」や「侮辱罪」といったもので捉えられるものなのであろうか。この点、金は、「個人の名誉とは別の事柄、つまり別の利益を侵害している」という<sup>86)</sup>。つまり、「ヘイト・スピーチの発する真のメッセージが、攻撃対象となる属性によって特徴づけられる集団に対する蔑みと格下げそして当該集団を排除又は社会的に従属的地位に貶めることにあることからすると、名誉毀損の問題だけでは汲み尽くせない人間の尊厳と法の下での平等の問題としてヘイト・スピーチを把握する必要があるが出てくる。」<sup>87)</sup>のである。

金は、John Rawls の「人間にとって最も重要な基本財 (primary good) とは、自尊 (self-respect) である」<sup>88)</sup> という主張を引用した上で<sup>89)</sup>、ヘイトスピーチは、対象となった集団を同じ人間であることの否定又は二級市民へと貶めるものであり、人間の尊厳、より現実的には人としての平等に保障されるべき生存権が侵害され続ける状態におかれると指摘する<sup>90)</sup>。金は、ここでの「尊厳」とは、「社会において人々が名誉権を保持するのに不可欠な基盤としての権利」であり、「諸権利をもつための権利」と捉えていると考えられる<sup>91)</sup>。「人間の尊厳は、人格権から導出される名誉を保障するための不可欠な基盤としての権利である<sup>92)</sup>。」

<sup>86)</sup> 金・前掲注 7) 59 頁。

<sup>87)</sup> 金・前掲注 7) 70 頁。

<sup>88)</sup> ロールズ・前掲注 40) 577-578 頁参照。

<sup>89)</sup> 金・前掲注 7) 58 頁。

<sup>90)</sup> 金・前掲注 7) 74-75 頁。

<sup>91)</sup> 金尚均「刑法改正、ヘイトスピーチ解消法改正の可能性」法学セミナー757号(2018年)21頁。

<sup>92)</sup> 前掲注 91) 21 頁。

このように、金は、ヘイトスピーチの被侵害法益を名誉あるいは社会的評価とは異質なものと捉えている。ヘイトスピーチが侵害するものは、名誉の前提である。筆者も、金のこの主張を支持する。ヘイトスピーチは、同じ社会の構成員として扱うことの否定であり、名誉の前提となる権利を侵害している。人間の尊厳は、人格権そのものではなく、人格権の前提となる権利ではないだろうか。

(iv) ヘイトスピーチ規制の個人的法益—「承認される権利」の侵害

ここでの個人的法益の侵害とは、結局のところ何であろうか。筆者は、上記のように頭痛、吐き気といった身体的害悪や喪失感、自己否定等の精神的害悪を述べたが、これは、あくまで法益が侵害された結果としての「症状」であり、「法益」そのものではない。そこで侵害されている「法益」は、同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ、「承認される」権利ではないだろうか。そして、ヘイトスピーチが切り崩すものは、そのような「同じ人間」として扱われるという「信頼」及びそのような前提条件が実現する環境を享受することにより得られる感覚としての「安心」である<sup>93)</sup>。そして、これらの「信頼」や「安心」は人間として生きる権利の前提条件である。

これらの法益は一見すると社会的法益のようにも思われるが、一人一人のマイノリティ個人が享受するものであり、以下に述べる「民主主義の破壊」としての社会的法益とは異なったものである。

そして、デモや街宣で行われるヘイトスピーチを「聴く」またはインターネット上で「見る」ことにより「信頼」や「安心」が破壊されたと感じるのは、あくまでも「マイノリティ」であり、私たち「マジョリティ」ではない。私たちがヘイトスピーチを浴びせられたとしても、それはただの「不快な表現」でしかない。何故そのような違いが生じるかというと、ヘイトスピーチは差別の一形態であり、差別は「非対称性」をその本質とするからである。

個人的法益侵害としてのヘイトスピーチはすべての人間の法益を侵害しているのではなく、マイノリティのみを対象としている。例えば、包丁で人を切りつけた場合に、人の生理的機能に障がいを生じさせて「傷害」を負わせたとし

<sup>93)</sup> ヘイトスピーチと信頼を扱った研究として、和泉悠・朱喜哲・仲宗根勝仁「ヘイト・スピーチ—信頼の壊しかた」小山虎編『信頼を考える—リヴァイアサンから人工知能まで』（勁草書房、2018年）が挙げられる。

よう。この場合、傷害罪の保護法益は「人の身体」である。被害者の生理的機能に障がいを生じさせれば、マジョリティ、マイノリティの区別なく「傷害罪」の構成要件に該当することになる。それは、包丁による切りつけ行為が、「等しく」人の身体を傷害するからである。例えるなら、ヘイトスピーチは、文言・場所・方法・形態が同じ条件でなされたとしても、マイノリティに対しては包丁による切りつけであり、マジョリティに対しては切りつけられてすらいないのである。マジョリティにとっては「不快な」ものですむ。ヘイトスピーチは、「等しく」人の身体を傷害するものとはいえないのである。保護法益が片面的なのはこのような理由による。つまり、ヘイトスピーチが破壊するのは、「マイノリティ」の「信頼」及び「安心」に限定されるからである。言い換えれば、ヘイトスピーチを浴びせられたとしても、「マジョリティ」の「信頼」及び「安心」は破壊されないからである。

したがって、日本国内において、マジョリティである「日本人」に対するヘイトスピーチは成り立たず<sup>94)</sup>、このことは保護法益から導かれる帰結である。だからこそ、ヘイトスピーチは、「マイノリティに対する」属性に基づく言動による差別と定義されるのである<sup>95)</sup>。

また、個人的法益の特徴として、金が言うように、法益侵害の継続性が挙げられる。金は、「ヘイト・スピーチは、『民主主義社会における根本基盤である、同じ人間として対等に交渉することが保障され、人格権・生存権を保障されている環境で生きること』を否定し、特定の属性をもつ人々が生きながらにして人格権・生存権を否定されながら生き続けなければならないという意味において、一時的な人格権・生存権の侵害だけでなく、その侵害が継続する、つまり同じ人間としては承認せず、不平等な状態に置く」と指摘する<sup>96)</sup>。

怪我をしたとしても、後遺障害などが残らない限り、いつか傷は癒える。しかし、一旦破壊された「信頼」及び「安心」はなかなか取り戻せない。コリアンであることを理由として、見知らぬ人間から攻撃されるのではないかという恐怖はなかなか癒えることがない。

---

<sup>94)</sup> もっとも、アメリカにいる在米日本人は、アメリカ社会におけるマジョリティとはいえない。マイノリティの概念は歴史的な脈で判断されなければならない、同じ民族であっても、住む社会が異なればマイノリティになることは当然あり得る。

<sup>95)</sup> この点は、下記III3 (1) で詳細する。

<sup>96)</sup> 金・前掲注7) 48頁。

このように言うと、見知らぬ人間から包丁で切りつけられた場合でも同じようなことが言えるのではないかという疑問も生じてきそうである。つまり、犯罪の被害者は、一旦被害を受けた場合、この社会は「安全である」という前提が崩れ、いつまた被害に遭うかもしれないという恐怖に直面するのであるから、ヘイトスピーチによる被害を別異に扱う必要はないという反論である。しかし、刑法は傷害罪の場合、「人の身体」を保護法益としており、このような被害者の「安全である」という前提条件は、刑事政策上保護すべき対象であるかもしれないが、「傷害罪」が本来的に保護する法益とはいえないであろう。「この社会は安全である」という信頼及び安心と、この社会で自身は「同じ人間として扱われる」という「信頼」と「安心」では、その性質が異なる。ヘイトスピーチは「人間として」扱われるという「信頼」ないし「安心」を切り崩すことをその本質としている。ここでいう「信頼」ないし「安心」は、「同じ社会の構成員として扱われる権利」の重要な要素であり、単なる刑事政策上考慮すべき事由にはとどまらない。

## （2）社会的法益

これまで、ヘイトスピーチが侵害する個人的法益を概説したが、次に、社会的法益について概説する。筆者は、社会的法益の侵害は、民主主義の破壊及びジェノサイドの防止であると考えている。

### （i）民主主義の破壊の防止

民主主義とは、多様な人々が同一の社会で暮らすなかで、相互に「うまくやっていく」ために人類が考え出した装置である。ヘイトスピーチは、「同じ社会の構成員である」ことの否定を発信するメッセージであるが故に、それを見聞きしたマイノリティは、反論することが出来ず、逆に黙り込む傾向にある。いわゆる「沈黙効果」である。ここでは対抗言論が成り立つ土俵にない。そのため、マイノリティの意見は社会には反映されず、「多様な意見が存在する」中で、同じ社会の構成員がそれぞれ意見を出し合うことを通じ、真理が発見されるということもなくなる。

思想の自由市場論は、「真理は市場における思想の自由な競争を通じて発見されるものであり、思想の自由市場を維持するためには表現の自由を保護する必

要がある」とする議論である<sup>97)</sup> <sup>98)</sup>。同理論には様々な批判がなされているが<sup>99)</sup>、ここでは、経済市場においては政府による一定の規制が重要だと一般的には思われているにもかかわらず、「思想の自由市場」に関しては、それに類比されるものがないという反論を挙げておく<sup>100)</sup>。真理が到達されるためには、様々な意見がまずは市場に参入されていなければならない。「参入」なしに「競争」は成り立たないからである。ヘイトスピーチは「参入」そのものを拒むものであり、真理への到達を妨げる。適切な自由市場にするためにもヘイトスピーチ規制は必要なのである。金が言うように、民主主義社会においては、個々の市民が社会を構成する主体であり、同じ人間として承認され、対等な社会の構成員であることの保障なしには社会参加の機会を得ることができない場合がきわめて多く、このような状態では社会を構成する主体とはなり得ず、ヘイトスピーチは、「民主主義にとって不可欠な社会への参加を阻害するという意味で社会侵害的」なのである<sup>101)</sup>。なお、「沈黙効果」について実証的研究はなされていないと批判する者もいる。しかし、例えば、外国人住民調査報告書<sup>102)</sup>によれば、普段ネットを使う外国人のうち約4割がネット上のヘイトスピーチを見たことがあり、そのような書き込みを見るのが嫌でサイトの利用を控えた人が、外国人全体で約20%、朝鮮籍では約48%、韓国籍では約39%にのぼることを考えれば、マイノリティが不合理な差別に直面した場合、反論できずに沈黙を強いられていると考えざるを得ない。

確かに、思想の自由市場論は、完全に見解中立的であって魅力的であるように思える。しかし、これまで築き上げられた民主主義や平等といった普遍的な価値観に反する価値観、「反民主主義」や「ジェノサイド」「レイシズム」などに対しては、完全な見解中立はむしろ許容されるべきものではない。ヘイトスピーチで問題となるのは人種的平等といった議論の余地がないものであり、近

---

<sup>97)</sup> 杉原泰雄『新版 体系憲法事典』(青林書院, 2008年) 490頁(阪口正二郎執筆)。

<sup>98)</sup> *Abrams v. United States*, 250U.S.616, 630 (1919) における Oliver Wendell Holmes 裁判官の反対意見により定式化されたと言われている。

<sup>99)</sup> 思想の自由市場論に対する批判としては、前田朗『ヘイト・スピーチ法研究原論—ヘイト・スピーチを受けない権利』(三一書房, 2019年) 232 - 235頁参照。

<sup>100)</sup> ウォルドロン前掲注8) 186頁。

<sup>101)</sup> 金・前掲注7) 50-51頁。

<sup>102)</sup> 前掲注31) 参照。



代社会では既に解決しているものである<sup>103)</sup>。これに対して見解中立を装うのは、却ってレイシズムに加担するというメッセージを発信することになるであろう。

「ヘイトスピーチ」対「表現の自由」という二項対立ではなく、「表現の自由」ひいては「民主主義」を守るためにもヘイトスピーチ規制は必要であるという観点を忘れてはならない<sup>104) 105)</sup>。何故なら、マイノリティの意見が排除されれば、一部の貴重な意見の「参入」すら許されないこととなり、多様な人々が同一の社会で暮らすなかで、相互に「うまくやっていく」ことはできないからである。

## (ii) ジェノサイド

また、ヘイトスピーチは民主主義の前提を崩すだけでなく、ジェノサイドにもつながる危険性を有する。これは大袈裟でも何でも無い。ナチスにおけるホロコーストやルワンダにおける大虐殺、日本でいえば関東大震災時における朝鮮人虐殺事件など、ヘイトスピーチを放置すればその前段階であるヘイトクライムに発展し、最終的にはジェノサイドへとつながる。ヘイトスピーチと暴力の関係は、しばしば「人種的偏見、偏見による行為、差別、暴力行為、ジェノサイド」という五段階の「憎悪のピラミッド」(The Pyramid of Hate)で説明される<sup>106)</sup>。ヘイトスピーチを含むレイシズムが、ジェノサイドや戦争をもたらしたという認識は、国際社会の共通認識である<sup>107)</sup>。

金も、「ヘイト・スピーチが単なる表現にとどまらず、公の場において何らの規制もなく行われることでその害は社会において蓄積し、そのことで特定の集団に対する蔑視感ないし敵体感を醸成し、そのような社会的環境のもとで将来において重大な犯罪を生じさせ、しかもそれが軽視されるおそれがある」と指摘する<sup>108)</sup>。ヘイトスピーチは害悪が「蓄積」するところにその特徴があり、一種の「環境」に対する侵害ともいえる<sup>109)</sup>。(iii) 公共の平穏は保護法益と考えるべきか

<sup>103)</sup> ウォルドロン前掲注 8) 231-232 頁。

<sup>104)</sup> Steven J. Heyman, *FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY*, Yale University Press, 2008, pp.279 (fn.65).

<sup>105)</sup> 前田・前掲注 100) 266-267 参照。

<sup>106)</sup> 「The Anti-Defamation League」が作成したものであり、人権学習教材として教育・啓発用に用いられている。 <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf> 参照。

<sup>107)</sup> ジェノサイドの経験と国際社会の認識については、師岡・前掲注 5) 61-70 頁。

<sup>108)</sup> 金・前掲注 7) 76 頁。

<sup>109)</sup> 櫻庭も、Waldron の考え方を「環境破壊」のような捉え方をしていると指摘する。奈須ほか「理論と政策の架橋に向けて」法学セミナー736号〔櫻庭発言〕(2016年) 49頁。

ドイツの民衆扇動罪<sup>110)</sup>では、保護法益は公共の平穩と人間の尊厳と解されている<sup>111)</sup>。そのため、社会的法益として、上記に挙げた民主主義の破壊及びジェノサイドの防止以外に、公共の平穩も別個に保護法益として理解すべきかが問題となる。

この点、公共の平穩とは、「公共の法的安全の保たれた、しかも恐怖から解放された国家市民の共同生活という客観的に明白な生活状況のことである<sup>112)</sup>。」

ここでの「国家市民」とは誰のことを指すのであろうか。マイノリティのことを指すのであれば、次章で述べるように、筆者は、個人的法益として同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ、「承認される」権利を挙げている。公共の平穩は、この個人的法益である「承認される」権利に昇華できるものではないだろうか。むしろ、公共の平穩を別個独立の法益と解することは、国家による濫用の危険があるため、妥当ではない。したがって、社会的法益は民主主義の破壊及びジェノサイドの防止に限定すべきであり、公共の平穩は保護法益と解すべきではない。

### (3) 若干の検討

筆者は、ヘイトスピーチの個人的法益を同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われる権利と述べた。そして、ヘイトスピーチが切り崩すものは、そのような「同じ人間」として扱われるという「信頼」及びそのような前提条件が実現する環境を享受することにより得られる感覚としての「安心」と述べたが、これと Waldron がいうところの「人間の尊厳」概念とはどのような関係にあるのであろうか。上述のとおり、ここで言う「尊厳」は「承認としての尊厳」であるが、この概念自体、個人的法益及び社会的法益のどちらにも関連する概念であり、分けられるものではない。何故なら、「同じ社会の構成員として扱われる権利」という意味での「人間の尊厳」は個人的法益であ

<sup>110)</sup> ドイツ刑法 130 条 1 項 (民衆扇動罪)

「公共の平穩を乱し得るような態様で (sein geeignet) ,

1 国籍、民族、宗教、又はその民族性によって特定される集団、住民の一部に対して、又は上記に示した集団に属することを理由に若しくは住民の一部に属することを理由に個人に対して憎悪をかき立て若しくはこれに対して暴力的若しくは恣意的な措置を求めた者、又は  
2 上記に示した集団、住民の一部又は上記に示した集団に属することを理由として個人を冒瀆し、悪意で侮辱し若しくは中傷することにより、他の者の人間の尊厳を害した者は、3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。」

<sup>111)</sup> 金・前掲注 7) 38 頁。

<sup>112)</sup> 金・前掲注 7) 38 頁。

るのに対し、「同じ人間として承認され、対等な社会の構成員であることの保障なしには社会参加の機会を得ることができず、多様な人びとが同じ社会で生きていくための民主主義の前提を守る」という意味では社会的法益に関係するからである。ここでの共通項は「承認」である。

したがって、「人間の尊厳」概念は、個人的法益及び社会的法益のどちらも包摂される概念なのではないだろうか。「人間の尊厳」概念自体が曖昧な表現であるが、少なくとも、ここでいう「人間の尊厳」概念は、「固有の尊厳」や「実体的尊厳」概念とは異なる。誤解を生じさせないためにも、なるべく「人間の尊厳」概念を使わず、個人的法益なのか社会的法益なのかを分類したうえで保護法益を論じることが望ましい<sup>113)</sup> <sup>114)</sup>。

なお、ここでの「人間の尊厳」とドイツの民衆扇動罪における「人間の尊厳」概念が同じか否かという問題もあるが、櫻庭は、同罪における「人間の尊厳」への攻撃という要件は、必ずしもドイツ基本法における「人間の尊厳」から直接もってきたわけではなく、あくまで60年の法案の最終段階に処罰範囲を限定し、明確化する目的として加えられたと指摘する<sup>115)</sup>。もともと、尊厳が攻撃されたといえるのはどのような場合かという消極的、裏面からの定義で見ると、対象となる集団を、同等の価値ある市民とみなさず、社会的な生存権を脅かす場合は尊厳が攻撃されたとしている。具体的には、ナチス期にみられたユダヤ人迫害表現との類似性が判断のポイントとなっている<sup>116)</sup>。「同等の価値ある市民とみなさず」という指摘からすれば、ヘイトスピーチが侵害する「人間の尊厳（承認としての尊厳）」と、同罪における「人間の尊厳」はほぼ同意のものとみることができるともかもしれない<sup>117)</sup>。

<sup>113)</sup> 使用するにしても、「承認としての尊厳」という方が誤解は少ないであろう。

<sup>114)</sup> 奈須も、人間の尊厳を直接、刑法上の法益にするのは難しいだろうと述べる。そして、人間の尊厳の保護を、背景的な価値や目的とみて、生活の平穏や名誉感情の保護を直接的な法益として立法を行うことを指摘する。奈須ほか前掲注110・49頁〔奈須発言〕。確かに、「人間の尊厳」概念が曖昧であるため、立法上の困難性が伴うことは事実だが、ヘイトスピーチが侵害する法益は、生活の平穏や名誉感情で捉えきれないものであることはこれまで述べたとおりである。

<sup>115)</sup> 奈須ほか前掲注110) 50頁〔櫻庭発言〕。

<sup>116)</sup> 奈須ほか前掲注110) 49-50頁〔櫻庭発言〕。

<sup>117)</sup> 民衆扇動罪と保護法益の関係についての文献は多数存在するが、ここでは差し当たり金尚均「ヘイト・スピーチ規制の意義と特殊性」『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、2014年）、金尚均「刑法における名誉保護犯の処罰範囲—ヘイト・スピーチに対する刑事規制の可能性」『差別表現の法的規制—排除社会へのプレリユードとしてのヘイト・スピーチ』（法律文

### 3 保護法益と関連する問題点

以上のとおり、ヘイトスピーチ規制の保護法益は、①同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ、「承認される」権利、②民主主義の破壊及びジェノサイドの防止と述べた。ここでは、保護法益と関連するヘイトスピーチを巡る幾らかの問題点を指摘する。

#### (1) ヘイトスピーチの定義と保護法益との関係

ヘイトスピーチの定義を考えるうえでも、保護法益が何かを明らかにすることは有用である。つまり、ヘイトスピーチ規制の保護法益が明らかになることにより、マジョリティに向けられた「ヘイトスピーチ」なるものは被侵害法益が存在せず、マジョリティに対する「ヘイトスピーチ」は成り立たないという帰結が導かれる。

ヘイトスピーチの定義は論者によって異なり、統一的又は国際人権法上の条文の定義がある訳ではないが、ヘイトスピーチに関する一般的勧告 35「人種主義的ヘイトスピーチと闘う」<sup>118)</sup>によると、人種差別撤廃条約 4 条<sup>119)</sup> が規定するすべての表現形式はヘイトスピーチにあたり、同条約 1 条<sup>120)</sup> が定める集団が対

化社、2017 年) を挙げておく。

<sup>118)</sup> 人種差別撤廃委員会が 2013 年 8 月に採択した一般的勧告。

<sup>119)</sup> 同条約第 4 条

締約国は、一の人種の優越性若しくは一の皮膚の色若しくは種族的出身の人の集団の優越性の思想若しくは理論に基づくあらゆる宣伝及び団体又は人種的憎悪及び人種差別（形態のいかんを問わない。）を正当化し若しくは助長することを企てるあらゆる宣伝及び団体を非難し、また、このような差別のあらゆる扇動又は行為を根絶することを目的とする迅速かつ積極的な措置をとることを約束する。このため、締約国は、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、特に次のことを行う。

(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。

(b) 人種差別を助長し及び扇動する団体及び組織的宣伝活動その他のすべての宣伝活動を違法であるとして禁止するものとし、このような団体又は活動への参加が法律で処罰すべき犯罪であることを認めること。

(c) 国又は地方の公の当局又は機関が人種差別を助長し又は扇動することを認めないこと。

<sup>120)</sup> 同条約第 1 条

この条約において、「人種差別」とは、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するものをいう。

象となることを示している<sup>121)</sup>。また、「差別、敵意又は暴力の煽動となる国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道の禁止に関するラバト行動計画」（以下、ラバト行動計画<sup>122)</sup>）においても、自由権規約及び人種差別撤廃条約がヘイトスピーチを規制の対象としていることを示している<sup>123)</sup>。

ヘイトスピーチの定義は、論者によって様々だが、ここでは「歴史的・構造的に差別されてきた人種、皮膚の色、世系、民族、国籍などの属性に基づくマイノリティ<sup>124)</sup> 集団又は個人に対する、属性を理由とする言動による差別の煽動」と定義する<sup>125)</sup>。

「マイノリティ<sup>126)</sup> に対する」と限定をつけたのは、保護法益から考察すると、マジョリティに対する「ヘイトスピーチ」が行われたとしても、侵害される法益を観念し難いからである。つまり、ヘイトスピーチの本質は、「マイノリティに対する」属性に基づく言動による差別である。

梶原健佑は、ヘイトスピーチの定義の共通要素として①何らかの属性をもつ集団およびそれを構成する個人に向けられた表現であること、②攻撃的な性格を有していることの2点を挙げている<sup>127)</sup>。梶原は、Matsudaの法的対処を要する人種差別言論（racist speech）の定義を紹介した<sup>128)</sup> 上で、そこでは「歴史的に抑圧されてきた集団に向けられた」との条件が付されているものの、人種差別言論そのものの定義ではなく、“法的に対処すべき”それを示している点に留意が必

<sup>121)</sup> ヘイトスピーチに関する一般的勧告 35 パラ 6

<sup>122)</sup> 国連人権高等弁務官事務所が、2013年1月の国連人権理事会において報告した行動計画。同事務所は2008年から2012年にかけて、国民的、人種的又は宗教的憎悪の禁止に関する立法、司法及び各国の政策を検討するためのワークショップを開催した。最終開催地のラバトにおける会議でそれらの報告書がまとめられ、同理事会で「ラバト行動計画」として報告された。同計画は、自由権規約第20条第2項の解釈におけるガイドラインとなっている。

<sup>123)</sup> ラバト行動計画パラ 14, 17

<sup>124)</sup> ここでのマイノリティは人種差別撤廃条約の定義に照らして考察する（もともと、国籍については、日本に特有な歴史的・構造的な差別がみられるため、ここではあえて列記した）。前掲注 6) 参照。

<sup>125)</sup> 金尚均は、広義のヘイトスピーチ、狭義のヘイトスピーチ及び最狭義のヘイトスピーチの三つに分類した上で、それぞれの定義を示している。金・前掲注 7) 126-129 頁参照。

<sup>126)</sup> マイノリティの概念については、前掲注 6) 参照。

<sup>127)</sup> 梶原健佑「ヘイト・スピーチ概念の外延と内包に関する一考察」比較憲法法学研究 27 号・130 頁。

<sup>128)</sup> Mari J.Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in MATHUDA ET AL., *WORDS THAT WOUND* 36 (1993).

要であるとしている<sup>129)</sup>。しかし、法規制が必要か否かはむしろ公然性の有無や攻撃態様などで区別されるべきものであり、対象カテゴリーが「歴史的に抑圧されてきた集団」であるか否かで区別されるべきものではなく、むしろ「ヘイトスピーチ」に当たらないとして、定義の段階で範囲外とすべきではないだろうか。梶原は、多数派のアプローチであることを理由として「ヘイトスピーチ」の定義を考察する段階では、対象集団が歴史的に差別されてきたものであるか否かを問わないアプローチを採用しているが<sup>130)</sup>、このようなアプローチは、ヘイトスピーチが差別の一類型であることを希薄化するものであり、マジョリティが特権を受けていることへの「無自覚性」が現れているように思われる。マジョリティに対する「ヘイトスピーチ」なるものは存在しない。それはあくまで不快な表現やただの悪口に類するものであり、「差別」であるヘイトスピーチとは全く質が異なるものであることに留意しなければならない<sup>131)</sup> <sup>132)</sup>。そして、その対象はあくまで「その国や地域での」<sup>133)</sup> 歴史的な文脈を考慮しなければならず<sup>134)</sup>、だからこそ「歴史的・構造的に差別されてきた」という限定は必要である。新しく対象カテゴリーに入れるか否かについては慎重に検討すべきであろう<sup>135)</sup>。

<sup>129)</sup> 梶原・前掲注 128) 129 頁。

<sup>130)</sup> 梶原・前掲注 128) 129-130 頁。

<sup>131)</sup> もっとも、立法段階で「歴史的に抑圧されてきた集団」と規定するか否かは別問題である。規定に入れた場合、中村や奈須がいうように、「非対称性」の認識を欠いた社会では、マジョリティからのバックラッシュが起こる可能性はあり、また「無自覚性」を有した議員たちの理解を得られるかという問題もあるからである。しかし、本質論と政策論は分けて考えるべき事柄であり、法規制の段階で対象カテゴリーが限定されていないからといって、ヘイトスピーチの本質がマイノリティに対する差別であることには変わりがない。中村英樹「地方公共団体によるヘイトスピーチへの取組みと課題」法学セミナー736号(2016年)44頁及び奈須ほか・前掲注 106) 51頁〔奈須発言〕参照。ヘイトスピーチ規制法をマイノリティに対するヘイトスピーチのみを対象として規制でき、これは人種差別撤廃条約第4条にも反しないとする主張として、師岡・前掲注 6) 参照。

<sup>132)</sup> 師岡も、マイノリティに対する差別的表現がヘイトスピーチの本質であり、日本における米兵の例を挙げ、米兵が被支配的関係にはないことを理由に、米兵に対する非難はヘイトスピーチには当たらないと結論づけている。師岡・前掲注 5) 40-41, 48 頁参照。

<sup>133)</sup> 主にエスニックマイノリティが想定される。

<sup>134)</sup> 日本における在日コリアンで言えば、植民地時代からの地続き歴史的・構造的差別が存在する。全てを挙げきることはできないが、例えば、1952年におけるサンフランシスコ講和条約で一方的に国籍を奪われ、経済的にも日本人に比して賃金が安く非正規雇用などの不安定な職業に就く者が多く、実名を使用すれば差別に直面することも多いため通名使用を余儀なくされる者もあり、朝鮮学校は就学支援金から排除されていること等が挙げられる。

<sup>135)</sup> 歴史的な背景からすれば、性的指向や障がいという属性に基づく差別煽動は行われてきた

また、個人的法益だけではなく社会的法益から見ても、ヘイトスピーチ規制の対象となる「ヘイトスピーチ」は、やはりマイノリティに対するものに限られると考える。この国でマジョリティである日本人に対して、「日本人を叩き出せ」「日本人を皆殺しにしろ」と言ったとしよう。この場合、圧倒的大多数の日本人はきちんと「対抗言論」によりこのような意見を打ち消すことができ、民主主義の根底を揺るがすという事態は考え難い。また、関東大震災時の朝鮮人虐殺事件のような「日本人虐殺事件」が起こることも想定し難い<sup>136)</sup>。社会的法益の観点からしても、日本社会において「日本人に対するヘイトスピーチ」を論ずることは本質から離れた議論である。

## (2) ヘイトスピーチの類型と保護法益との関係

梶原は、ヘイトスピーチの内容・性質の類別に対応させ、(α) 名誉毀損表現、(β) 社会的評価の低下をもたらさない排斥的、侮辱的表現（差別語や蔑称の使用を含む）(γ) 集団の不特定の構成員に対する犯罪行為を予告したり煽動したりする表現、(δ) 犯罪には至らない差別行為の予告・煽動表現の 4 類型に分類し、特定個人・団体を対象とした場合、社会的評価、名誉感情ないし自尊感情、平穏あるいは意思の自由といった具合にそれぞれ害する法益の性質を異にする<sup>137)</sup>と指摘している。そして、対象を個人・団体から集団そのものに入れ替えた場合には法益にも変容をもたらされ得るとする。例えば、(α) (β) の場合、集団に属する個々人の社会的評価等に還元するのか、あるいは集団そのものの社会的評価等を観念するのかを考察するの必要があり、(γ) (δ) については、個々人に還元しうる法益侵害がある<sup>137)</sup>と考えるか、公共の秩序ないし平穏といった公

---

ことからすれば、これらのマイノリティはヘイトスピーチの対象となるマイノリティに含めるべきと考える。

<sup>136)</sup> ルワンダ大虐殺では、人口約 80%を超えるフツ族が、約 15%のツチ族を虐殺したとされるが、ツチ族の方がやや裕福であり、必ずしも「被」支配階級にあったとはいえず、厳密な意味でのマイノリティといえるかは問題となり得る。もっとも、人口的には圧倒的な差があり、マイノリティが数の問題ではなく「社会的」な意味が重要であるとはいっても、「数」を軽視することはできない。このように考えると、例えば、「女性」という属性のみに基づいて差別煽動が行われた場合、ジェノサイドにまで発展する蓋然性があるとは極めて考え難い。そのため、ヘイトスピーチの対象となるマイノリティに「ジェンダー」を含めるかは別途問題となるが、紙面の関係上、ここでは最初に論じたように、人種差別撤廃条約に規定された属性のみに限定することとする。また、必ずしも「被」支配階級にあるといえなくとも、圧倒的な人口差があれば、ジェノサイドの対象となる蓋然性は否定できないが、いわゆる「支配階級」や「特権階級」をもその対象に含めるのは妥当でないであろう。

<sup>137)</sup> 梶原・前掲注 128) 40 頁。

益に被侵害法益を置き換えるかの判断が求められるとしている<sup>138)</sup>。

しかし、上述したように、集団に対するヘイトスピーチが侵害するものは、社会的評価や名誉感情とは異質のものである。同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われる権利は、名誉や社会的評価の前提であり、「承認としての尊厳」なしに名誉や社会的評価は成り立たない。したがって、(α) (β) について、被侵害法益を社会的評価と捉えるのは、法益の本質を見誤らせることになるだろう。また、(γ) (δ) についても、ヘイトスピーチの社会的な被侵害法益は「民主主義の破壊」ないしジェノサイドの防止であり、公共の秩序ないし平穏とは質を異にする。

ヘイトスピーチは、確かに、①「〇〇人は日本から出て行け」などの排斥型、②「〇〇人を皆殺しにせよ」などの害悪告知型、③「ゴキブリ〇〇人」などの侮辱型などの類型があると想定されるが<sup>139)</sup>、いずれの類型をとったとしても、筆者がこれまで主張してきた被侵害法益は共通するであろう。どのような類型でヘイトスピーチがなされたとしても、同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われる権利は侵害されるし、「信頼」及び「安心」は掘り崩される。もっとも、特に、「殺せ」などといった害悪告知型のヘイトスピーチは、生命・身体に対する危害の煽動そのものであり、ジェノサイドの防止という社会的法益の保護を考えれば、より危険が迫ったものとして、要保護性は高まるとも考えられよう。

### (3) ヘイトスピーチの形態と法益侵害の度合い

法益が侵害される度合いはどのように考えられるであろうか。この点、マイノリティが集中的に住むのではない場所よりも、川崎や鶴橋といったマイノリティ集住地域の方が、ヘイトスピーチをより多くのマイノリティが見聞きするため、被害に遭うマイノリティが多いという意味で侵害の度合いは量的に強い

<sup>138)</sup> 梶原・前掲注128) 140-141頁。

<sup>139)</sup> 解消法における「不当な差別的言動」とはどのようなものを示すのかについて例示したものである。これについては、師岡監修・前掲注1) 24頁参照。また、ヘイトスピーチには具体的にどのような特徴が見られるかについては、ヘイトスピーチ規制を定めたカナダ人権法第13条に違反するか否かを判断する、2006年に人権審判所決定において示された11項目の「憎悪の特徴 (hallmarks of hate)」が参考になる。なお、同条は2014年に廃止された。カナダにおけるヘイトスピーチ規制の動きについては、師岡・前掲注5) 111-122頁及び小谷順子「カナダにおけるヘイトスピーチ(憎悪表現)規制—国内人権機関の役割—」国際人権24号(2013年)参照。



可能性が考えられる。

また、道路上でのヘイトデモや街宣よりも、インターネット上のヘイトスピーチの方が、世界中のどこでも誰でも見ることができ、拡散性が高く、消去が困難であるという点で、法益は常に新たに侵害され続けるという意味において、法益侵害性の度合いは強いであろう<sup>140)</sup>。

ヘイトスピーチの形態により法益侵害の度合いも異なると考えられよう。この点については更なる研究の積み重ねが期待されるところである。

#### IV 結びに代えて

本稿では、これまでの日本におけるヘイトスピーチを巡る状況を概説したうえで、ヘイトスピーチ規制の保護法益は何であるのかについて、Waldronの「人間の尊厳」概念を手掛かりに検討した。筆者は、ヘイトスピーチ規制法の個人的法益として同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ「承認される」権利を、社会的法益として民主主義の破壊及びジェノサイドの防止を挙げた。また、ヘイトスピーチの定義など派生する他の問題点と保護法益との関係についても若干の検討を加えた。

CERDの勧告を見れば分かるように、「ヘイトスピーチ」=刑事規制ではない。最近では見られなくなってきたが、少し前までは「ヘイトスピーチ」=刑事規制と考えているのか、精緻な検討もせず、一律に規制を反対する意見も散見された。ラバト行動計画第20項でも言われているように、ヘイトスピーチ規制には①犯罪を構成する表現、②刑法で罰することはできないが民事裁判や行政による制裁が正当になされ得る表現、③刑法や民法上の違反ではなく行政による制裁の対象ともならないが、寛容、市民的礼節、他者の権利の尊重から憂慮すべき表現、の三種類を区別すべきとする。ヘイトスピーチを考えるにあたって重要なのは、この三種類を区別することである。「問題は線を引くか否かではな

---

<sup>140)</sup> 最近の海外におけるインターネット上のヘイトスピーチ規制として、2017年に成立した「ソーシャルネットワークにおける法執行の改善に関する法律」が挙げられる。同法は、削除又はブロッキング作業並びにそのための体制整備の懈怠に対する代表者及び法人に対する制裁などを規定している。

く、どのようにして正しい線を引くかということである。<sup>141)</sup> 被侵害法益の侵害度に照らして（例えば、ジェノサイドの煽動については、承認される権利の侵害という個人的法益の侵害及び民主主義の破壊の防止という社会的法益にプラスしてジェノサイドの防止も加わるため、法益侵害の度合いは大きくなるため刑事規制まで必要となるなど。）線の引き方を変える必要があるが、この点については、別稿で論じたい。

師岡が言うように「各国の経験から見ても、ヘイトスピーチを刑事規制する場合には、濫用の防止策を同時に検討するべきであるが、そのためには国による人種差別撤廃政策の枠組みの中にヘイトスピーチ及びヘイトクライム規制を位置付けることが極めて重要である。<sup>142)</sup>」これまで NGO は共同方針として、「まずは人種差別撤廃基本法の制定及び実態調査を求め、次いで刑事規制を含む人種差別禁止法を実現するよう」取り組んできた<sup>143)</sup>。この方針はこれからも変えずに、まずは人種差別撤廃基本法を作ることが最優先の課題である<sup>144)</sup>。

世界のほとんどの国が差別を直視し、濫用の危険<sup>145)</sup> などにも目を向け、「様々な試行錯誤を重ねつつ差別を禁止する法制度を作り、多くはヘイト・スピーチも規制している。<sup>146)</sup>」法律が出来ても差別がゼロになるとは限らないが、法律

<sup>141)</sup> Cass R. Sunstein, "DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH", The Free Press, 1993, 149.

<sup>142)</sup> 師岡・前掲注 3) 230 頁。

<sup>143)</sup> 師岡・前掲注 3) 230 頁。

<sup>144)</sup> 近年では、東京都、国立市、観音寺市、世田谷区などの条例制定の動きも注目される。東京弁護士会は、2018 年に人種差別撤廃モデル条例案を発表した。同条例案には幾つか特徴があるが下記の何点かについては特に注目される。

第1条の目的で「社会的少数者の権利利益を擁護」することが明示されていること。

第2条の「人種等」に国籍が含まれること。

第5条で禁止条項が設けられていること。

第9条で、基本方針を定めることが義務づけられていること。

第20条で、基本的施策に被害者の意見が反映されるよう明記されていること。

第15条でインターネット上のヘイトスピーチに対する取組みが明記されていること。

第3章の第21条ないし第28条で是正措置及び公表→警告→命令と段階を踏んでおり、命令に反した者は5万円以下の過料に処するという行政罰が設けられていること。

第29条の公の施設の利用制限では、いわゆる「迷惑要件」は設けられていないこと。

第32条で、第三者機関である審議会の構成員として、人種差別の「撤廃」に関する専門家になること及びマイノリティが一定以上入るように明記されていること。

<https://www.toben.or.jp/message/pdf/180608joureian.pdf>

また、師岡も、具体的な施策を盛り込んだ人種差別撤廃基本条例のモデルを提示している。師岡監修・前掲注 1) 50-51 頁（師岡執筆）。

<sup>145)</sup> 典型例として独立した第三者機関などが挙げられる。

<sup>146)</sup> 師岡・前掲注 5) 214 頁。

なしに差別をゼロにすることは出来ない。各国では様々な方法でレイシズムと闘う措置を設けている<sup>147)</sup>が、ある規制を許せば、それがさらなる広い規制を招いてしまうという、滑り坂 (slippery slope) をくだる様子は見られず、むしろゆっくりした歩み (slow creep) となっていることが分かる<sup>148)</sup>。日本では、未だに人種差別撤廃基本法も包括的な差別禁止も国内人権機関もなく、ゆっくりしすぎる歩みである。

「同じ社会の構成員として承認される権利」が侵害され、その結果として多大な身体的・精神的苦痛を被らされているマイノリティは苦しみ続けている。また、インターネット上では、「ヘイトとフェイクの負のスパイラル」<sup>149)</sup> という現象に悩まされ、私たちが今まで築き上げてきた「共通の価値」というものが、もはや共有されなくなってきている。多様な人びとが暮らす社会の中で、最低限の「共通の価値」というものが共有されなければ、社会は「分断」され、民主主義は機能しなくなる。これらの被侵害法益を守るための法律として解消法では全く不十分である。

私たちマジョリティは自覚がないまま「特権」を享受していることに気付かなければならない。私たちマジョリティは、同じ社会の構成員から「同等の地位を有した」人間として扱われ、それを否定されることのない安全地帯に生きている。「生まれつき恵まれた立場におかれた人びとは誰であれ、恵まれない人びとの状況を改善するという条件に基づいてのみ、自分たちの幸運から利得を得ることが許される。」<sup>150)</sup> 相続に例えるならば、「特権」を享受しているマジョリティは、+の財産だけではなく、当然負の遺産も引き受けなければならない。差別の実態があるなかで、無自覚に「特権」を享受したまま、同じ社会の構成員として否定され、犠牲になってる人びとがいるということを忘れてはならない。差別に向き合うことはマジョリティの義務であり、ヘイトスピーチは決してマイノリティの問題だけではなく、むしろ私たちマジョリティの問題である。

---

<sup>147)</sup> 各国の状況については、エリック・ブライシュ著（明戸隆浩ほか訳）『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）及び師岡・前掲注5）第3章法規制を選んだ社会が詳しい。

<sup>148)</sup> ブライシュ前掲注148）235頁。

<sup>149)</sup> この問題については、古田大輔『「フェイク」と「ヘイト」のスパイラルに抗するには—ファクトチェック実践の場としてのネット—』永田浩三編『フェイクと憎悪—歪むメディアと民主主義』（大月書店、2018年）が詳しい。

<sup>150)</sup> ロールズ・前掲注40）137頁参照。

また、ヘイトスピーチは民主主義を蝕み、多様な人びとが同じ社会で生きていくことを破壊し、究極の人種差別の形態であるジェノサイドの引き金にもなるということも忘れてはならない。民主主義は、マジョリティ・マイノリティに関係なく、この社会で生きていく私たち一人一人の問題である。マジョリティの「無自覚性」の名の下に、マイノリティが日々苦しみ続け、民主主義が破壊されるのを黙認することは許されない。

ヘイトスピーチが侵害する法益を守るための具体的施策をどのように作りあげていくか。これは、待ったなしの喫緊の課題である。