

論 説

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——

金 尚 均

- I 問題提起
- II 名誉毀損罪と侮辱罪における客体の範囲
- III 名誉保護犯における法益に関連する射程範囲
- IV 平等保護としてのヘイト・スピーチ規制
- V 集団に対する侮辱的表現の規制のあり方

I 問題提起

1 人の名誉に対する罪には、刑法上、名誉毀損罪と侮辱罪がある。人は物理的存在であると同時に心理的存在である。法の根本的存在根拠が人の保護にあると理解するとき、最優先に保護すべきは人の生命であることに異論はないであろう。一般的に、人が独立して世界に存在し、そして世界を構成しまた変革していく。いわゆる人の世界では基本的にその構成員でありかつ主体は人である。人が人として存在を証明するもの、とりわけ物理的存在として証明するものは生命である。生命なしには人は存在し得ない。生命を有する限り人は世界を構成し、変革し続けると言える。逆に言うと、人の世界は人の存在なしには存続し得ない。このような意味で、法の根本的な保護対象は人、とりわけ人の生命である。これは典型的には殺人罪などによって人の生命を侵害する行為を禁圧して、生命を保護することに明確に示されている。これに続く保護対象として身体や身体的自由な

1 もっとも、刑法上の判例・通説によれば、「人」とは、一部露出説であることから、厳密には独立した存在である必要はないとされる。

どがある。しかし、人が心理的存在であることにも目を向けると、上記の保護だけでは世界を構成する存在として未だ十全に保護されているとは言えない。世界の構成員である人が同じ構成員である他人から不当に蔑まれ、差別されるようなことがあれば、心理的存在である人の世界において、彼は対等な構成員であることを否定され、そこに存在することが困難になる。そのために、精神的自由や名誉の保護が肝要となる。

本稿では、心理的存在である人の法益の保護を検討対象とするが、侮辱的表現による人の精神的利益である名誉の毀損に着目して、第1に、どの程度の規模の人的集団を名誉保護犯は保護対象としているのか、第2に、一定の属性をもつ集団に向けられた侮辱的表現が毀損する利益とは何かについて検討を加える。

2 侮辱的表現は、判例によれば、「刑法第二三一条所定の侮辱罪が事実を摘示しないで他人の社会的地位を軽蔑する犯人自己の抽象的判断を公然発表することによつて成立するものであるのに対し、同法第二三〇条第一項所定の名誉毀損罪は他人の社会的地位を害するに足るべき具体的事実を公然告知することによつて成立するものであつて、ともに人の社会的地位を侵害する罪である点においてはその性質を同じうするものとされている²⁾」、つまり、名誉毀損罪では、人の社会的評価を害するに足りる事実の摘示、侮辱罪では、事実を摘示せずに、侮辱的価値判断を表示することと言っても、それが向けられる対象は様々である。個人に直接向けられた場合はもちろんのこと、集団や属性に向けられた場合にも個人の名誉は少なからず毀損される。その意味で名誉毀損罪・侮辱罪の保護対象の限定が一方で課題になる。他方で、罪刑法定主義の要請のもと、刑罰法規の明確性と予見可能性の保障を強調することで、侮辱的表現によって精神的利益ま

2 東京高判昭33年7月15日高刑集11巻7号394頁。参照、大判大15年7月5日大審院刑集5巻303頁、大判大15年10月7日法律新聞2633号13頁。

たは他の利益が毀損されているにもかかわらず、特定個人に向けられていないことを理由に法的保護の対象から除外することが妥当であるのかが課題になる。例えば、集団や人々の属性に向けられた侮辱的表現の場合である。

個人に向けられた侮辱的表現に対する刑法的保護と比較しながら、集団や人々の属性に対する侮辱的表現も全て現行法上保護対象に含められるのか、そして特に個人に対する侮辱的表現と属性に向けられたそれでは毀損される利益は同じなのかを問題とする。とりわけ人の名誉の保護に関する射程範囲が問題である。ここで検討すべき射程範囲とは、①名誉毀損罪と侮辱罪における客体の範囲、②名誉毀損罪と侮辱罪における法益に関連する射程範囲、③集団に対する保護の射程範囲である。

Ⅱ 名誉毀損罪と侮辱罪における客体の範囲

1 名誉毀損罪（刑230条）と侮辱罪（刑231条）とでは「事実の摘示」を構成要件要素とする否かで異なる犯罪類型を構成している。けれども、「人の名誉を毀損した」という構成要件要素は共通しており、人の名誉を保護するのに相違ない。学説上、名誉の概念は、内部的名誉、外部的名誉（＝社会的名誉）、主観的名誉（＝名譽感情）に区分される。とりわけ、名誉毀損罪・侮辱罪は、人の社会的名誉を保護法益としていると解するのが通説的立場と言える。その理解によれば、不特定または多数の人々が認識可能な状況の下で、他人に対して侮辱的表現をすることを通じて、他人の社会的評価を低下させることを構成要件としている。名誉毀損罪の客体は「人の名誉」である。本構成要件における侮辱は人に関係する事柄を表現することであるが、ここで「人」とは誰をさすかといえ、基本的に自然人である特定の個人に異論はない³。またこれに法人などの団体も含むとさ

3 「然し、演説会場において特に何人を指して批判攻撃しているかの明言をし

れる⁴。

侮辱的表現は、単一主体の評価が成立するという意味で⁵、具体的な特定された人に向けられた場合に処罰の対象とされる。ここでは特定の個人に向けられた場合がその典型であることに異論はないが、例えば、双生児の兄弟に対して、双生児であることに関わって侮辱的表現が行われた場合には、単一主体ではない以上、各々に対して名誉毀損罪または侮辱罪の成立することになるが、兄弟が同席するものとどちらか一方に対して侮辱的表現が行われた場合には、他方に対しては名誉毀損罪または侮辱罪は成立しない。双生児であっても単一主体ではないからである。これが3-4人に向けて侮辱的表現が行われた場合にも上記と同じことが言えるであろう。名誉毀損罪または侮辱罪は個別的な人に向けられた侮辱的表現に限り成立する可能性がある。これは、通説のいう両罪の保護法益である社会的名誉が単一主体固有のものであり、他者とは共有できない一身専属的利益であることを示す。世界を構成する一員として社会に存在するにおいて名誉の保護は心理的存在である人間間の対等な関係の構築並び継続するのに不可欠である。社会的評価が不当に低下させられることによってこのような関係構築が阻害されるおそれがある。侮辱的表現が個人に向けられることが一つのひな形といえる。その際に特定個人の社会的評価が低下させられる。その意味で名誉の一身専属的性格が認められる。このことは特定の一個人に向けられた侮辱的表現の場合に問題なく当てはまる。

なくとも演説の全趣旨および当時の一般的風評等により聴衆をして演説者の謂う何らか非行ある者とは何人に該当するかを推知せしめるに足る内容の公言をしたときは、之によつて名誉毀損罪の成立あるものと解するを相当とする。」、との判示にあるように必ずしも表現行為によって特定人の名前が表示されている必要はない（東京高判昭32年5月21日高刑集10巻3号321頁）。

4 大判大15年3月24日大刑集5巻117頁、東京地判昭56年1月29日判時1029号134頁。

5 山口厚『刑法各論』（第2版）（2010年）136頁。

2 それでは団体の場合はどうであろうか。名誉という概念は、自己認識し、承認を通じて他の主体と関係を持つことの可能な主体を前提とする。団体はそのような人格的単位ではなく主体性をもたない。しかし、通説によれば、団体も名誉を有するとされる。

法人に向けられた侮辱の表現としての名誉毀損罪または侮辱罪について、「名誉毀損罪又ハ侮辱罪ハ或特定セル人又ハ人格ヲ有スル團體ニ對シ其ノ名誉ヲ毀損シ又ハ之ヲ侮辱スルニ依リテ成立スルモノニシテ即チ其ノ被害者ハ特定シタルモノナルコトヲ要⁶⁾」するとされている。法人等の団体は、一定の社会的評価の対象となるものであり、自然人と同様、社会的な活動を行っているのであるから、そのような評価は社会生活上保護に値する⁷⁾。ここにおいて団体は、その存在と社会的実体を伴った単一的評価の客体となるものでなければならない⁸⁾。また、集団について、「侮辱罪の保護法益は社会的名誉と解されるところ、これは、自然人に特有のものではなく、自然人の集団にも、その集団の性格によっては個人と別に帰属するものであるところ（なお、集団が名誉の帰属の主体たり得るかはその社会的実態から判断すべきであって、法人格の存否が決定的な要素に当たるとは解されない。）、学校については、長年の教育、文化、芸術活動を通じて社会から一定の評価を受け、このような活動、評価に対し、現に在校する生徒、教職員のみならず、卒業生等も強い関心を持つものであるから、侮辱罪の保護法益たる名誉の帰属主体となる集団に当たるといふべきである⁹⁾」

6 大判大15年3月24日刑集5巻3号117頁。しかしこれは傍論に過ぎないことに注意が必要である。なお、法人に対する侮辱罪について最高裁が初めて判断を下したものとして、最決昭58年11月1日刑集37巻9号1341頁。

7 山口・前掲136頁。最近の判例として、フランチイズによる飲食店の加盟店等の募集及び経営指導等を業とする株式会社の名誉の毀損を認めた事案がある（最決平22年3月15日刑集64巻2号1頁）。

8 山中敬一『刑法各論』（第2版）（2009年）187頁。

9 大阪高判平23年10月28日LEX/DB【文献番号】25480227。続けて本件判例は、「また、複数の学校を運営する学校法人や公共団体等については、特に法人格を

とした判例がある。社会的実態の見地から学校を集団であると判断し、侮辱罪の成立を認めた。本判決では、学校法人そのものではなく、これに属する一学校を集団と認めた上で、「人」に当たるとした。「長年の教育、文化、芸術活動を通じて」との判示にあるように、自然人と同様の社会的活動をする主体であることが「人」構成要件要素の一条件であると考えることができる。しかし、これだけでなくもう一つの条件として、「一定の評価を受け、このような活動、評価に対し、現に在籍する生徒、教職員のみならず、卒業生等も強い関心を持つ」ものでなければならない。つまり、名誉毀損罪または侮辱罪において自然人以外の「人」については、当該集団への社会的評価とこれに対する関係者の関心があるものに限定される。たとえ、集団であっても、何らの社会的評価もなく、また当該集団の活動と評価について関係者の関心がないような場合には「人」には当たらない。自然人以外に名誉毀損罪または侮辱罪の客体として集団が加わる場合、上記の判例からすると、当該集団の関係者の関心とは、当該集団に対して侮辱的表現が行われると、関係者も間接的であれ侮辱されたと感じることである。そのような集団に侮辱的表現が行われた場合に、社会的評価が低下する危険が認められる。法人などの集団は、自然人と同様の人格権を持たない以上、何らの評価および関係者の関心のない場合にまで保護する必要はない。しかし、ここでも集団が単一的評価を受けるに値する客体でなければならないことには変わりはない。

集団といえども、烏合の衆のような単なる人的集合に過ぎず、人的集合によって構成された一つの集団として統一的な意思や社会的評価のないものについては名誉毀損罪または侮辱罪の客体とはなり得ない。整理する

付与され、独自に社会経済活動を営み、所属する個々の学校活動はその一部を構成するに過ぎないのであるから、学校法人と学校に名誉が個別に帰属し得る場合があるというべきで、本件学校とこれを含む複数の学校を運営している本件学校法人とが同時に侮辱罪の被害者となることは法益侵害の二重評価となるものではない。」と判示している。

と、集団とは人的集合によって構成されたものであり、かつ個々人の評価とは別個独立した、独自の社会的評価を受ける存在である。そうすると、集団とは、法人、法人格のない団体、学校等がこれに当たるが、いずれも一つの意味主体として活動することが社会的に承認されている。

3 それでは、集団といえども必ずしも一つの意味主体として活動することがあり得ないものについてはどうであろうか。例えば、社会において存在する民族集団、出自に由来する集団などである。これらは、一つの意味主体として活動することはない。また名誉の一身専属的性格から見てもこれを持つとは言い難い。しかし、例えば、民族のような集団について、民族というファクターは、個々人の社会的評価の一部を構成するものであり、彼らが積極的ないし消極的にアイデンティティを形成するに際して大きな影響をもつ。人が歴史的また社会的存在である意味において民族などのファクターは人の人格形成とともに、彼に対する社会的評価にも影響を及ぼす。その意味で、これらのファクターは烏合の衆とは異なる性格を有する。反対に、これらのファクターが攻撃の対象となることも歴史の教えるところである。烏合の衆に対する侮辱的表現は、烏合の衆という集団そのものは、他の者と区別できる何らかの特徴や原因等がない限り、人の個別の人格形成や社会的評価に影響を及ぼさない。これに対して、特に民族や出自に対する軽蔑、偏見、差別意識に基づく侮辱的表現が行われることは周知のことである。また、これによってこの集団に属する者またはこれに（積極的、消極的であれ）アイデンティティをもっている者は精神的に傷つくだけでなく、偏見が固定化されることによってその人々の社会的評価も低下させられる。個人を超えて、そのような集団は一つの社会的評価を受ける可能性があり、かかる評価が個々人の評価へと還元される可能性がある。そう考えると、集団として単一的評価を受ける可能性があるが、一つの意味主体として活動しないので、名誉毀損罪または侮辱罪の客体と

はなり得ないということで、端的にそのような侮辱的表現を処罰の対象から外してもよいのであろうか。このことは、一つの社会において様々な集団が共在し、そこでマジョリティとされる集団とマイノリティとされる集団に区分される場合には深刻な問題になる。ここでは、保護客体が明確でないことを理由に名誉毀損罪または侮辱罪による処罰から外れると解することは確かに可能である。けれども、このような理解は、同時に、これら集団に向けた侮辱的表現によってこれに属する人々への偏見や社会的評価の低下もないというのであろうか。それとも直接個人に侮辱的表現が向けられていないことを根拠とするのであろうか。構成要件解釈の領域では、攻撃の直接性とこれに基づく被害者範囲の明確性は一定説得力を持つと言える。ところが、法益保護の見地からすると、名誉毀損罪または侮辱罪のような名誉保護犯において保護すべきは名誉（社会的名誉）であるが、心理的存在である個人の背景となるアイデンティティとして民族や出自などが侮辱されることでこれに属する人々の社会的評価は低下するし、社会において蔑まれるおそれすらある。その意味では、民族や出自に対する侮辱的表現に対する規制がないことは名誉の保護に欠けるとも言える。確かに、個人は名誉の主体であることは間違えない。これに対して民族や出自そのものは名誉の主体ではなく、個人の人格を形成する一要因である。他方で、民族や出自は自他とを区別するための要因ともなりうるので、これに対して偏見などをもって侮辱的表現が行われると、社会的に偏見や差別意識を強固にさせることから、単に個人だけでなく、民族や出自というファクターでひとくくりに扱うことを可能にすることで、これに属する人々の社会的評価を低下させる可能性がある。しかも一括りで扱うことによって形成された認識を個々人に当てはめる可能性もある。

4 ドイツにおいて名誉保護構成要件はドイツ刑法典第14章としてドイツ刑法185条（侮辱）以下で規定されている。これらの構成要件では名誉を（龍法 '14）46 - 3, 8（612）

保護しているが、ここで名誉とは、個人 (individueller Mensch) の人格的法益とされる¹⁰。侮辱可能性と関連して、法益主体は各々の人 (jeder Mensch) である。独立性は生存する人格だけがもっている¹¹。法人などの法人格をもつ人的共同体や法人格をもたない団体もそれ自体として、法的に承認された社会的任務を果たしそして統一的意思を構築することができる場合には¹²、名誉保護罪の対象とされる¹³。これは、労働組合、政党、宗教団体、住宅建設組合、赤十字などに当てはまる。しかし、純粋私的な趣味の団体には当てはまらないとされる。ここでは、名誉保護犯の保護客体であるためには、統一的意思を有していると見なされる団体でなければならない。自然人と比較可能な主体として団体を位置づけるために統一的意思の存在が要件とされるのは日本と同様である。侮辱的表現が向けられた際、これに対してそれ自体として感受可能性のある主体のみが保護の対象とされる。統一的意思とは、侮辱的表現に対して自己に対する事柄として感受可能であり、これにより社会的評価が低下される可能性のある主体である。

それでは統一的意思をもたない集団はどうであろうか。人的集団 (Personenmehrheit) に属する者としての多数の個々人 (Mehrere Einzelpersonen) は、集団を表す表示 (Kollektivbezeichnung) のもとで侮辱の対象とされる¹⁴。集団に対する侮辱について、①行為者が集団を表す表示によってある一定の集団を向けて、その構成員の個人または複数人をさげすむ形で表現行為をした場合、ここでは被害者はこの集団に属することを通じてのみ個人化される。例えば、「バイエルンの大臣はコールガール

10 Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 54.Aufl, 2007, S.1245.

11 Heribert Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch (Band2), 2.Aufl, 2005, S.3347.

12 BGHSt 6, 186.

13 Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 54.Aufl, 2007, S.1249.

14 Tröndle/Fischer, a.a.O. S.1248.子どもや精神障害者も含む。

リングの客だ¹⁵」といった表現があげられる。もう一つとして、行為者が集団を表す表示を介して集団の全ての構成員に対する攻撃をする場合である。ここでも個々人の名誉の保護が課題であるが、表現は個人だけでなく、集団の各々の構成員に関係する¹⁶。集団を示す表示をすることによる侮辱は、集団に属する全ての者が行為者の表現の被害者なのかという問題を提起する¹⁷。この表示は、外的特徴に基づいて区別可能な集団に当てはまるものでなければならない。明示的に集団の個人にはあるが、詳しく特定されていない者に向けられた表現によっても多数人が侵害されうるのである¹⁸。集団を示す表示とは、例えば、ドイツ系ユダヤ人¹⁹、国家社会主義者によって迫害された現在ドイツで生存しているユダヤ人全て²⁰、全ての現

15 BGHSt 19, 235.

16 Ostendorf, a.a.O. S.3353.

17 Eric Hilgendorf, in; Leipziger Kommentar StGB (Band6), 12.Aufl, 2010, S.1248.

18 BGHSt 14, 48.

19 NJW 1952, S.1184.

20 BGHSt 11, 207.本判決は、被告人が友人に当てた手紙に次のように書いたことを事案とする。「ユダヤ人は毛皮についているシラミのようだ。ヒトラーは社会と一緒にこれをきれいに駆除したのだ。これが再び現れ始めている」。この手紙の内容は、E博士に向けられたものであり、被告人は彼のことをユダヤ人だと勘違いしていた。ドイツ連邦通常裁判所刑事部は、多数人が関係する個々人の範囲が明確に区分されるほど一般から際立つ場合には、表現が集合的表示・集団を示す表示によって多数人を侮辱し蔑むことが可能であることは判例や文献において認められており、現在ドイツに生存し国家社会主義時代の迫害の被害者であったユダヤ人はその以上に過酷な運命の結果一般から際立つほど区分される集団を構成すると判示した。本部は、「ユダヤ人」を侮辱可能な対象とするのではなく、ユダヤ人として国家社会主義によって迫害された人々が対象と見なすとし、この範囲は明確だと判示する。本部は、これらのユダヤ人をその数ではなく、国家社会主義による迫害によって特徴づけられる運命ゆえに侮辱可能な人的範囲として認められる。また、本部は、ユダヤ人は、宗教、人種または活動によってではなく、国家社会主義によって被った運命輸贏に公共において狭く画別された集団と見られるのであり、「プロテスタント」、「カトリック教徒」、「科学者」などの標識は、国家社会主義によって迫害されたユダヤ人の人々と比較可能な出来事をもって一般から際立つような単位とは結びつけられないと判示する。

職中の兵隊²¹、等がある。この集団は、一定のメルクマールを根拠にして被害者の範囲が明確に枠づけられるほどに公衆から区別されることで、個々人が当該集団に属することが疑いないことが基準とされている²²。ここでは、集団に向けられた侮辱的表現を集団構成員各人の個人的名誉に還元して、個人の名誉の保護という観点から侮辱罪の成否が検討されている²³。ヴェインガーによれば、集団の範囲が広くなればなるほど個々の集団構成員を個人的に確定することが困難となるのであり、行為者が集団の個々の構成員に対して個人的判断をしなければならないのであって、その際、集団とは、行為者が集団をなお個別的・個人的に概観可能な程度の範囲に限られるとする²⁴。それゆえ、個人関連性がなく、より上位概念である人々全体に対する包括的、標準的、全体判断であってはならないとする。ヴェインガーによれば、表面上、全ての集団の構成員を示す特性が表現される場合にのみ例外であると述べる²⁵。原則的に、集団の個々の構成員に対する個人的連関のない口頭による表現は人格の名誉において個々の構成員に対して行われてはいないと解する²⁶。これらの集団は統一的意思をもたない。また数的ないし規模によって確定できない。ドイツ系ユダヤ人や国家社会主義者によって迫害された現在ドイツで生存しているユダヤ人全てといった表示は、具体的な個人に向けられたものとは言えない。

集団を示す表示を用いて行われた表現が具体的な個人に向けられた場合には問題はないが、そうでない場合にも集団に属する個々人に対する侮辱が行われたと解するのは、保護客体である個人の特定と攻撃の直接性に関

21 BGHSt 36, 83. NJW 1989, S.1365.

22 Vgl. Markus Wehinger, Kollektivbeleidigung, 1994, S.60.

23 上村都「集団に対する侮辱的表現」日本法政学会法政論叢36巻1号（1999年）151頁。

24 Wehinger, a.a.O. S.57.

25 Wehinger, a.a.O. S.58.

26 Wehinger, a.a.O. S.58f.

して侮辱罪構成要件の解釈に困難が伴うことは想像に難くない。ここでは、集団それ自体の名誉ではなく、集団構成員各人の個人的名誉が保護法益であり、侮辱罪（ドイツ刑法185条以下）の保護法益も個人の名誉である²⁷。民族や出自について、これらを擁護する団体などが活動することはあっても、このような団体が個々の人々を統制し、しかも全ての人々を代表するわけではない。団体そのものは名誉の主体となりうることはあっても、これに対する侮辱が個々人に対する侮辱をも意味するわけではない。上記のユダヤ人の例であれば、人口調査を経て具体的な人数を明らかにすることで集団の規模を知ることは可能であるが、しかし、集団を示す表示を用いて侮辱的表現を行うことでこれに属する全ての個人が被害者となると解することは別問題である。このような表現を直接的に投げかけられた個人は明らかに精神的に傷つくと同時にその社会的評価も低下する可能性がある。その意味で、このような表現による個人に対する侮辱罪などの成立は疑いがない。このような表現が行われたことを間接的に知ることになった集団に属する者も同じく精神的に傷つくであろうし、社会的偏見も相まって社会的評価の低下のおそれもある。ただし、名誉保護犯が個人の名誉を保護するだけでなく、統一的意思をもたない集団の名誉までも保護することになると、その集団の名誉の実体も個人の名誉と同列に扱うことの可能なものなのかが疑われる。統一的意思をもたない集団の場合、具体的に名誉を想定することは不可能ではなからうか。つまり、直接的に個人に向けられた場合には、ドイツであれば侮辱罪等で、日本でも名誉毀損罪・侮辱罪で処罰可能であるが、それ以外の者に対しても同じく同罪が成立するというのは攻撃の直接性をあまりにも拡張している。

27 参照、上村都「集団に対する侮辱的表現」日本法政学会法政論叢36巻1号（1999年）154頁。

Ⅲ 名誉保護犯における法益に関連する射程範囲

1 統一的意思をもたない集団に対する侮辱罪などの成立可能性は、名誉の保護ではなく、歴史的・文脈上または社会システム上重要とされる集団に対する配慮及び尊重を本質としているのではなかろうか。国家社会主義時代におけるユダヤ人に対する迫害の歴史から、迫害を受けた人々そしてその子孫等、ユダヤ人という集団を示す表示はドイツ社会において重大な意味を持つことは周知のことである。ドイツの過去の歴史に対する反省と清算の一環としてまた社会に根強く残る蔑視観の克服のために集団を名誉の主体と解するのも理解できないわけではない。つまり、運命共同体という要件が量的限界づけの例外を示しているように見える²⁸。また、ドイツの現役の兵隊、保護並び犯罪警察の公務員²⁹などについては、社会システム上の重要性から保護客体とされている。しかし、一定の集団に対する配慮及び尊重は法益であろうか。それは社会歴史的に構築された社会規範であり、その内実は一定の集団、職業または身分・地位に対する他とは異なる配慮及び尊重である。

侮辱罪における侮辱的表現は、基本的に対等な者同士を念頭に置いてそれぞれ行為者と行為客体にわかれ、後者に対して侮辱的表現を投げかけ、これによって被害者の社会的名誉を低下させることを想定しているように思われる。ここでは、対等な者同士において、被害者を「ひどいやつだ」と不当に侮辱することを特徴としている。しかし、人間としての対等関係は維持されている。このことは、集団に対する侮辱的表現の場合にも当てはまるのであろうか。結論から言うと、当てはまらない。統一的意思をもたない集団に対する侮辱的表現には、単に「あの集団はひどい」というこ

28 Karsten Krupna, Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland, 2010, S.100.ここでは運命共同体という要件が、集団が概観可能でない場合に重要となる。

29 MDR 1981, S.868.

とだけでなく、「二級市民」、「人間以下」という蔑みの意味や意図が介在している。そうでなければ、例えば一民族や出自の場合に明確になるが一、戦時中でもない限り、そのような集団に対してこれを表す一定の表示を用いて侮辱的表現をする意義はない。そうすると、このような侮辱的表現が名誉を毀損するだけでなく、「二級市民」、「人間以下」というように蔑むことで、人としての対等性または平等性の否定を本質としているのではなかろうか。名誉の毀損は一個人に向けられた侵害行為であるが、統一的意思をもたない集団に向けられた侮辱的表現はまさに集団そのものに向けられ、当該集団に属している人々は全て上記のように見なされ続ける。ここでの侮辱的表現の特徴は、単に一過性の被害を与えるだけではなく、当該集団に属する人々が不当な立場や地位に貶められ続けることにある。その集団を表示する言葉や別称が社会に執拗に根づくことでこれらの人々をまさに即自的に「二級市民」、「人間以下」と見なしてしまうおそれがある。そのような意義がなければ、あえて集団を示す表示を用いて侮辱的表現を行うことの意味はない。ここにおいて、名誉に対する毀損の真相として、人間の存在にかかわる対等または平等な関係が毀損されているのではなかろうか。しかも、対等でないという意識のもと、そのような集団に属する人々は将来のいわれなき犯罪行為にさらされやすい。このように理解するならば、集団に対する侮辱を名誉保護犯の枠組みのみで把握するだけでは侮辱的表現によって攻撃された法益を見つけ出すことはできていないというべきではなかろうか。

2 個人に対する侮辱的表現や統一的意思をもつ団体に対するそれも攻撃客体ないし被害者が明確であることから誰の社会的名誉の低下する危険があったのかを判断しやすい。これに対して、民族や出自などの統一的意思をもたない集団に対する侮辱的表現は攻撃客体の具体的個別性を欠くことから個人的社会的評価を保護する名誉保護犯では構成要件に該当しないと

いうことになる³⁰。それでは、民族や出自などのいわゆる人々の属性に向けられた侮辱的表現は社会的に侵害的ではないと言い切れるであろうか。人々は民族、出自、国籍、性別など属性を有している。これらは本人の努力では変更できないものでもある。属性とは社会において人々を区別する重要なファクターとなりうる。それは人種や民族による特徴または地域的特徴を明らかにするために用いられる。そのためだけでなく、人々に優劣をつけるためにこれらのファクターが用いられることがある。それが直接個人に向けられる場合もあれば、街宣活動やデモで、直接、ある集団に向かって侮辱的表現をする場合、街宣活動やデモで、ある民族や出自によって区分される集団について侮辱的表現をする場合、また、単独または少人数での街宣活動やインターネット上で、これらの集団について侮辱的表現をする場合も考えられる。直接個人に向けられた属性に対する侮辱的表現の場合に、表層的には個人の社会的評価を低下させる可能性があるが、侮辱の内容が被害者個人にのみ専属に関係する事柄ではなく、被害者の属する集団に関係する事柄であり、しかもこの集団関係の事項が他と区別するために重要であることから、これに属する個人に対する侮辱的表現の手段としても用いられる。その際、個人に対する侮辱と同時に、その集団そのものに対する侮辱も行われている。なぜなら、集団に対する蔑視観によらなければ、集団関係の事項を用いて個人を侮辱することに意味はないからである。集団に対する侮辱的表現は単に個人の社会的評価の低下だけで言い尽くすことのできない問題を孕んでいる。

30 憲法学の見地から規制を肯定する見解として、「差別的表現の規制については、特定の相手方に向けられた表現に対する規制が厳格審査を満たす場合に限り、例外的に処罰が正当化される可能性があるにとどまるというべきである。」、との説示があるが、このことは、既に現行刑法上の名誉保護罪でカバーされている（藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」国際公共政策研究9巻2号（2005年）14頁。

3 以上の問題に対する法的対応の糸口を提供するものとして、日本の刑法が多くの影響を受けているドイツ刑法において民衆扇動罪（ドイツ刑法130条）がある³¹。

民衆扇動罪は、直接的な人間の尊厳に対する侵害の前段階において歴史的に危険だと証明された固有の推進力（Eigendynamik）が始動することに対処し、その端緒を抑止するために制定された³²。本刑罰規定の保護法益は、公共の平穏と人間の尊厳とされる³³。公共の平穏とは、公共の法的安全

31 ドイツ刑法130条1項（民衆扇動罪）

「公の平和を乱し得るような態様で、

1 国籍、民族、宗教、また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、悪意で侮蔑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。」

現行規定は、2011年3月16日に改正されており、同年同月22日に施行された（BGB I、418）。従来は集団に対する侮辱的・差別的表現を構成要件該当行為としていたが、それにとどまらず、今回の改正では、これに属する個人に対するそれも構成要件に含めることにより、行為客体を拡張している。参照、2003年、欧州評議会の「コンピュータシステムを通じてなされる人種差別及び排外主義的性質の行為の犯罪化に関する欧州サイバー条約の追加議定書の2条及び5条」。内野は、「A氏は、〇〇人種だから不潔で定脳である」という発言を示して、この場合、侮辱されたのは、A氏だけでなく〇〇人種の全体である、と見ることもできようと説示するが、このような表現が公の平和を乱し得るような態様で行われた場合には、ドイツ刑法130条に該当することになろう。参照、内野正幸『差別的表現』（1990年）5頁。

なお、民衆扇動罪の旧規定はつぎのとおりである。

「公の平和を乱し得るような態様で、

1 住民の一部に対する憎悪をかき立て若しくはこれに対する暴力的若しくは恣意的な措置を求めた者、又は

2 住民の一部を冒瀆し、悪意で侮蔑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。」

32 BGHSt 46, 212.

33 Matthias Krauß, in: Leipziger Kommentar StGB (Band5), 12.Aufl, 2009, S.452.

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態のことである。ドイツの立法者は直接的な人間の尊厳侵害の前段階において刑法的保護の前倒しの方法で様々な市民の集団に属する者の平穏な共同生活を毀損する政治的雰囲気を阻止しようとした。なぜなら、一定の人々が同等な人格としての生存権を否定されしかも彼を低い価値の者として取り扱われ、扇動的表現により一定の集団に対する敵愾心を高められまたは強固にされ、そのことによって一定の集団に対する暴力的行動を準備させ、そして暴力行為へと潜在的行為者が扇動されるからである³⁴。民衆扇動罪は、全ての侮辱ではなく、特に重大な人間の尊厳に敵対的な名誉に対する攻撃が構成要件に該当する。つまり、ドイツ刑法130条1項の行為態様に拡張された名誉保護の機能が与えられているわけではない。そのような攻撃は、攻撃された人々が、国家的共同体における同等の価値を有する人格としての縮減させられない生存権を否定され、そして低い価値の者として取り扱われる場合に、存在する。攻撃された者の人間性が否定され、問題視され、または相対化され、被害者がその人格の中核領域に対して被害を受けねばならないとされる³⁵。ここでは、個人の法益の侵害は明らかに個人の他の社会構成員との関係が集団に属することを理由に害され、個々人が平穏に生活できず、一定の集団に属することを根拠に他の社会構成員から差別されしかも敵対視されるような社会的雰囲気のそれとは区別される³⁶。オステンドルフは、民衆扇動罪では、攻撃の対象とされる住民集団は、彼らの人間の尊厳において保護されるとし、それは多数の、住民の一部としてくくられた人々、つまり数量的な人間の尊厳(quantitative Menschenwürde)であり、人間の尊厳に対する基本権は常に人

Jürgen Schäfer, in: Münchner Kommentar StGB (Band3), 2.Aufl, 2012, S.649.

34 Krauß, a.a.O. S.453.

35 NJW 2003, S.685.

36 Krauß, a.a.O. S.454.

格関係であるが、多数の人々の人間の尊厳を保護することを排除するものではないと述べる。本条では人間の尊厳に対する攻撃が刑罰のもとに置かれ、人間性に対する犯罪 (Delikt gegen die Menschlichkeit) と解する³⁷。

2 本条における法益の危殆化はどのような表現によって惹起されるのであろうか。

第1項1号の「憎悪をかき立てる (zum Hass aufstachelt)」要件に関して、出版社の社長である被告人が「アウシュヴィッツ神話、伝説それとも現実？」と題する本を出版し、その文章に「ユダヤ人は、民族虐殺の嘘をつくり出した者として、ドイツ人に対する政治的抑圧と経済的搾取を企てている³⁸」、との主張をすること、午前4時10分頃、警察車の前部と後部に紙を貼って、そこにスプレー2カ所に「ユダヤ人くたばれ」書き、数カ所にハーケンクロイツを描いたこと³⁹、「おまえら異国人はユダヤ人のようにガス死させられるべきだ」と外国人の電車の乗客に向けて表現すること⁴⁰、インターネットの3つのアドレス上で「ドイツコレク」と題するタイトルで文章を掲載して、外国人労働者の失業保険制度からの排除、ドイツ市場で外国人労働力の雇用の禁止、外国人労働者の稼働禁止、失業した外国人の排除、ドイツに住んでいる外国人を「駆除されるべき集団⁴¹」として表現すること、「難民申請者は詐欺師で、一生懸命働いているドイツ人の犠牲の下で豊かな生活を送り、社会の寄生虫として間拔けなドイツ人を見て楽しんでいる⁴²」と描写すること、「ダッハウ (のガス室) がもはや熱せられ

37 Ostendorf, a.a.O. S.2754.

38 BGHSt 31, 226.

39 OLG Koblenz 11.11.1976, MDR 1977, S.334.

40 MDR 1981, S.71.

41 NStZ 2007, S.216.

42 NJW 1995, S. 143.

ていないのが残念だ」との外国人に向けて表現すること⁴³、被告人共同被告人とともに2新聞社に2通の手紙を送ったが、そこで、『死んだドイツ人は良きドイツ人だ』といつもユダヤ人が言っているように、われわれも同じことをユダヤ人について言う権利を得た」、と表現すること⁴⁴、パンフレットを作成して、そこに『ヒトラーガス室』や『ユダヤ人に対する民族虐殺』はなかった。ユダヤ人に対する民族虐殺はシオニズムに端を発する嘘で、巨大な政治的かつ経済的詐欺である」、と記述すること⁴⁵、「ドイツ系ユダヤ人というマイノリティは、嘘の歴史を使ってドイツを縛り上げ、利用しつくしている寄生虫国民だ」、とユダヤ人を特徴づけること⁴⁶、「ユダヤ人!!!」、と怒鳴ること⁴⁷等の表現行為があげられる。

「暴力的若しくは恣意的な措置を求める」要件に関して、(zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert)、「ユダヤ人は出ていけ」、「外国人は出ていけ」、「トルコ人は出ていけ」等の表現と共に侮辱的表現をすることがその典型といえるが、判例では、被告人は祝典に行く道すがら、50人ほどの人々が3人～15人のグループに無秩序に分かれながら歩いている際に、「勝利万歳、外国人は出て行け、高い国民的連帯を、ドイツをドイツ人に」と集団で連呼したこと⁴⁸、被告人がナチスの宣伝資料確定や事業所のポストに投函するだけでなく、公共の建物のできるだけ目立つ場所にできるだけハーケンクロイツの張り紙や「ユダヤ人のところでは買わない」との張り

43 NJW 1985, S.2430.

44 BGHSt 29, 26.

45 NStZ 1981, S.258.

46 NStZ 1995, S.128

47 NJW 2001, S.61.

48 NJW 2002, S.1440.

紙をすること等がある^{49 50}。

3 同項2号（「悪意で侮蔑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」）に関して、同1号とは異なり、人間の尊厳の侵害を構成要件としている⁵¹。ここで犯罪化されている行為は人間の尊厳に対する攻

49 NStZ 1985, S.165.「ドイツよ、私はおまえが好きだ。それはバナナでもなく、チョコレートでもない。私は自分の国を失った、それがほんとに悔しい。」（"Deutschland ich lieb dich so/das ist keine Banane und keine Schokolade. ich vermisste meine Heimat und das finde ich sehr schade"）（BGHSt, Urteil vom 03. April 2008-3 StR 394/07.）。ここでバナナとチョコレートとは、黒色の皮膚の南方出身者を意味する。

50 なお、ドイツ刑法130条1項の1号と2号の体系についてヘルンレは、130条1項が号を分けて規定を置いたことの意味があるとすれば、後に紹介するドイツ刑法130条1項2号を基本的構成要件として位置づけ、誹謗中傷することで人の尊厳を侵害した上で、これを超えた不法実体を示す行為が同1号に該当すると解する。そのような行為とは、人々の生命、身体、健康、財産そして自由などの個人的法益を同2号に基づく行為として大規模に危殆化するところにあるとする（Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S.297）。ヘルンレの主張によれば、誹謗中傷することを通じて暴力的・恣意的措置を要求することが明確であるとし、その比較において「憎悪をかき立てる」ことは暴力的・恣意的措置の過程に含まれており、それ自体としては不明確であると解する。したがって、同2号を基本として、人間の尊厳に対する侵害に加えて、生命・身体などの法益に対する危険が存在する場合に同1号の「暴力的若しくは恣意的な措置を求める」要件の適用がある。これに対して、「憎悪をかき立てる」要件の廃止を主張する（Hörnle, a.a.O. S.338）。しかし、1994年の犯罪撲滅法による法改正の目的としては、社会状況に照らして本条の適用を容易にするために、同1号において「人間の尊厳」要件を刑罰規定の構成要件から外した経緯がある。「デモ」などでの「誹謗中傷」により「明白な敵意」を表明することで「憎悪をかき立てる」「暴力的若しくは恣意的な措置を求める」ところに同1号の特徴があると解すべきではなかろうか。しかし、この問題については別の機会に論じたいと思う。

51 1994年の犯罪撲滅法によってドイツ刑法130条1項から人間の尊厳の侵害が条文から削除された。ドイツ刑法130条1項の1号と2号の適用に関連して「人間の尊厳」の侵害の有無について、ハム上級裁判所決定は、「表現の自由に照らして、人間の尊厳は不可侵であり、衡量できないので、この構成要件は狭く解釈すべきである。それゆえ人間の尊厳に対する攻撃は、表現によって他人の名誉または一般的人格権が影響を受ける場合には常に仮定することができるわけではない。市民の

撃を含んでいるので、実際にはこのことから何らの変更も生じないとされる⁵²。人間の尊厳に対する攻撃は、個々人の人格権（例えば、名誉）に向けられる場合だけでなく、攻撃が平等原則を無視して低い価値の者であると、共同体における生存権が否定されることによって、人間を彼の人格の中核に対して行われた場合にもあるとされる⁵³。カールスルーエ地方上級裁判所は、被告人は水門を管理しており、1992年10月25日頃、船長からビラをもらい、それを執務の建物の外壁に設置されている、事務上および他の航行にとって重要な事項を掲載するために設けられ、しかも一般の人も見ることのできる陳列ケースにそのビラを張った事案について本号の適用を肯定した。それによれば、そのビラの内容は、以下のようなものである。

「ドイツの庇護を求める詐欺師は、
——キリスト教民主同盟と自由民主党、特に社会民主同盟と緑の党に可愛がられ、
——ドイツの納税者によって我慢されている。しかもこの詐欺を経済的に

一部に対する宣伝効果の大きくかつひどい侮辱自体は問題なしにドイツ刑法130条1項2号が予定している特に重大な、人間の尊厳を侵害する攻撃の要件を充足するわけではない。人間の尊厳に対する攻撃は敵対的態度が人間を彼の人格の中核に対して行われ、国家的共同体において同等の人格として生存する被攻撃者の人間性（＝人間であること）を問題視ないし相対化することを要件とする。」と判示している（NStZ-RR 2010, 173. NJW 2008, S.2907.）。本刑罰規定は特に拡張された名誉保護の機能を与えられているわけではない。ブランデンブルク上級地方裁判所は、「単なる中傷または『単純』罵倒はそれゆえ十分ではない。また明白な差別でもない。むしろ、ドイツ刑法130条1項2号の構成要件には、被攻撃者を国家的共同体における同等な人格として中傷されることのない生存権が否定され、しかも彼を『低い価値』の人間として特徴づけるような特に重大な中傷、歪曲そして差別のみが含まれる。」と判示する（Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 15. Mai 2006 – 1 Ws 75/06, 1 Ws 76/06 –, juris）。このようにして同条2号の適用が否定される場合、同条1号のみが適用される。

52 Ostendorf, a.a.O. S.2758.

53 Schönke/Schröder, 26.Aufl, 2001, S.1219.

まかわなければいけない。

しかも全くこう見えるよ。

ドイツの庇護を求める詐欺師さんたち、お元気かい??

すばらしい。ドイツ人にエイズをもってきてね。

海から直接やってきて、まるで雪のような白い麻薬をもってきて、夏も冬もそれをばらまいて、しかも多くをドイツの子どもたちに撒いている。仕事をしなくてもいい、なんてすばらしい。間拔けなドイツ人を工場に連れて行って働かせ、自分たちにはケーブルテレビがあって、ベッドで寝転がっている。じきに太っていくんだよ。・・・・・・⁵⁴」。

4 これら判例に現れた具体的な事例は、個別的な人に向けられたというよりも、人々の属性に向けられた侮辱的表現といった方が正確である。ましてや表現行為の現場に標的とされた一定の属性を有する集団が現在しなかった場合には特にそう言える。これらの表現は、直接的に個人の名誉を攻撃していないし個人の名誉だけを攻撃しているとは言い難い⁵⁵。ある集団や属性に向けた攻撃を意図した表現といえる。これらの表現が「公の平和を乱し得るような態様」で行われることを構成要件が予定しているので、全ての侮辱的表現が構成要件に該当するわけではない。このような限定は、一定の意図をもって行われた侮辱的表現に処罰範囲を限定することにもなる。このような限定とは、単に自己の思想・信条の自由の範囲に止まるものではなく、一定の属性をもつ集団への攻撃手段としての侮辱的表現に構成要件該当性が絞られるということである。この攻撃は、一定の属性を有する集団に属する人々を自分たちとは異なる存在であると示すこと

54 MDR 1995, S.735.なお、類似事例で同号の適用を否定する判決としてフランクフルト上級裁判所判決がある (NJW 1995, S.143.)。

55 差別的表現の対象となった人々の名誉を保護法益と解するものとして、内野正幸『差別的表現』(1990年) 155頁以下。

である。ここでは、攻撃客体は、共に生活している社会において「二級市民」、「人間以下の存在」、果てには「敵」へと貶められ、従属的地位に置かれ続けることになる。

ドイツでは、民衆扇動罪の法益を人間の尊厳とも理解している。ドイツ連邦憲法裁判所は、「ドイツ刑法130条に基づく処罰の前提は人間の尊厳に対する攻撃である。人間の尊厳は、表現によって他人の名誉または一般的人格権に関わる場合に、つねに攻撃されるとは限らない。ドイツ連邦憲法裁判所の判例によれば、憲法上、ドイツ基本法1条1項によって保障される人間の尊厳は社会的価値および尊重要求を保護している。これは、人を単なる国家の客体にすることまたはその主体を問題視するような取扱いをすることを禁止する。これと一致して、ドイツ連邦憲法裁判所は、人格の名誉の侵害だけが『人間の尊厳の攻撃』として当てはまるわけではないことを前提としている。むしろ、攻撃された人が国家共同体における同等の価値のある人格としての生存権を否定され、彼が価値の低い存在として取り扱われることが要件である。この攻撃は、したがって彼の人間の尊厳を形成する人格の中核に向けられているのであり、個々の人格権だけに向けられているのではない。⁵⁶⁾」と判示する。ここで属性に向けられた侮辱的表現によって侵害・危険にされる法益の中身が見えてきた。国家共同体における同等の価値のある人格としての生存権を否定され、価値の低い存在として取り扱われることが人間の尊厳に対する攻撃を意味するのである。

しかし、人間の尊厳に対する攻撃としてヘイト・スピーチを理解するだけで侵害の実体を十分に把握したことになるのであろうか⁵⁷⁾。人が人であ

56 NJW 2001, S.61.

57 日本国憲法13条は個人の尊重を保障しており、これは「個人の尊厳と人格価値を宣言したもの」とされている（最判昭23年3月24日裁時9号8頁）。個人の尊厳からすると、属性に対する誹謗・中傷が個人の尊厳に対する侵害へと還元されると理解できるかもしれない。しかし、やはりこれだけでは一定の属性を有する集団とこれに属する人々の地位の格下げの問題を把握することはできないように思われる。

るがゆえに生来的に賦与される人格的尊厳に対する侵害の側面もさることながら、ヘイト・スピーチが発するメッセージは、攻撃対象である一定の属性を有する集団に対して、当該属性を有することを理由として、「二級市民」、「人間以下」であるとその地位を格下げすることをその中身としているのだとすると、人間の尊厳から導かれる対等かつ平等であるはずの社会的地位を侵害・危険にさらし、そのことによって継続的に帰属的に不当な地位に貶められる続けることにあるのではなからうか。また、人間の尊厳というだけで、共に生活している社会において一定の属性を有する集団に属する人々を「二級市民」、「人間以下の存在」、果てには「敵」へと貶めて不当に扱い、それによって従属的地位にあり続けることを強いることの侵害性を語り尽くせていると言えるだろうか。極端な言い方になるかもしれないが、そもそも全ての法は人間の尊厳を保護することを根本的理念として創造されているはずである。人間が法社会を形成し、維持、発展させる主体であるとする、法の任務の根本は、人間の尊厳の保障に尽きる。そうだとすると、人間の尊厳の保障というだけでは、何も保護していないといわれても仕方がない。その意味で、共に生活している社会において一定の属性を有する集団に属する人々を「二級市民」、「人間以下の存在」、果てには「敵」へと貶めて不当に扱い、それによって従属的地位にあり続けることを強いるような侮辱的表現行為が何を侵害するのかを検討する必要がある。

Ⅳ 平等保護としてのヘイト・スピーチ規制

1 日本では、憲法19条で思想信条の自由が保障されている。個人の抱いている立派な考えや発想も、また社会的に見て有害または邪悪と見なされるそれと同じく国家は侵してはならない。個人の内心的自由が保障されなければ、人々は自由に物事を考え、世の中の出来事を観察し、評価し、は

たまた創造することはできない。本来的に、思想信条の自由という権利は、自由主義や社会主義などの国家の政治体制に関係なく保障されなければならない。これが常時制限されている社会では、人々が自分たちの力で社会を構成し、変化させることはほとんどあり得ない。思想信条の自由が保障されていない社会は、一握りの少数の者たちや独裁君主による支配によって全て統制された状態にあるといえ、逐一、支配者による統制と監視を受け、人々の考え方も統制の対象になるので、そこには支配と服従の関係しか存在せず、また権利も常に一定の留保付きでしか認められず、そもそも「社会」というものは存在しないといえる。

人が自分の頭の中で物事を考えた際、もちろんこのことをずっと自分の心の中に閉まっておく場合もある。そのような場合、通常ほとんど問題になることはない。これを世の中、つまり社会に向けて発進する場合に、思想信条の自由だけでなく、これを表現することが自由でないといけない。表現の自由の保障がなければ、思想信条の自由は絵に描いた餅であり、思想信条の自由が保障されていたとしても、これを実践する自由がなければ、結局のところ、前者も保障されていないのに等しいと言わざるを得ない。その意味では、表現の自由は、人々は自由に物事を考え、世の中の出来事を観察し、評価し、はたまた創造する上でなくてはならない基本的人権である。憲法は、その前文において国民主権と民主主義の採用を宣言しているが、表現の自由はこれら2つの根本原理を現実の社会で実践するのに不可欠な権利と言っても過言ではない。したがって、表現の自由は民主政と密接に関連している。

しかし、表現の自由という権利を全ての市民が享受するとしても、これは何らの限定も課せられない絶対的なものではない。人の表現行為には多種多様の形態があるが、表現がもはや問題となっている事柄に関する論争ではなく、例えば、口頭によって他人に対してあからさまに傷つけるような言葉を発したような場合、この発言も表現の一種であることは明らかで

あるが、表現の自由という権利行為として許容されるのであろうか。表現の自由の名のもとに他人の名誉を傷つけてよいとは誰も言わない。ここで、表現の自由と個人の名誉との間に一定の調整が必要になってくる。表現の自由といえども他人の命を害する表現行為は制約を受ける。表現の自由とは、市民が社会における諸問題を自律的に解決するために人々に訴え、また国家権力の不正や怠慢に対して訴えることによって民主政の維持・発展に寄与するところに真骨頂がある。これとは正反対に、根拠なく他人の名誉を傷つける表現は、表現の自由の許容範囲を逸脱している。一定の場合に言論行為は表現の自由の逸脱と評価され、犯罪とされる。この一定の場合とは、他人の名誉を毀損する場合である。名誉とは個人の尊厳から導き出される具体的な権利であり、また、民主政の下では、本来対等で平等な関係に相互に立つ人々によって物事が決められなければならないはずであるということからすると、人々は個人相互間で隣人である他者を尊重しなければならないことは言うまでもない。それが行われなければ、民主政の社会的前提である個人相互の対等な関係は成り立たない。その際、名誉は個人の精神的権利であると同時に、民主政の基礎を構築している。たとえ民主政において表現の自由が保障され、その上で議論を戦わせることで最終的に合意や決定を生み出すことは根本的に重要であったとしても、他人に対して不当に傷つける言論までも表現の自由として保障されるのでは必ずしもない。つまり、名誉を毀損する言論は表現の自由を逸脱している

上述のように名誉毀損罪や侮辱罪は、基本的に具体的な個人の名誉の毀損に対して刑罰を科している。そのため侮辱的言動が街宣や街頭デモなどで行われた場合、とりわけ具体的な個人などに対して誹謗中傷や侮辱的・差別的言動が行われるわけではなく、ある一定の属性を有する人々をターゲットにしており、特定可能な個人ではない場合、名誉毀損罪や侮辱罪にしても具体的な個人の名誉、社会的名誉を保護しているのに対し、個別的

な人格とはいえない一定の属性を有する人々に向けられた言動はその保護の範囲に含まれない。個人に対して行われるのと同様またはそれ以上の社会的に有害な行為であるにもかかわらず、一定の属性を有する人々一般にむけられた誹謗中傷などは処罰対象とはなっていない。

2 現実の社会では、単に物理的な個体ではなく、人々は、様々な理由から現在いる場所に存在しており、その意味で歴史的な存在である。また、言葉などの媒体手段を用いて他者とコミュニケーションをとることで社会において存在するという意味で社会的存在である。このような人々の存在に関する歴史性と社会性に照らすと、人々は、各々、個人として尊重されなければならないことは当然のことであるが、同時に、個人としての人には、それぞれの背景がある。それは、例えば、民族、人種、性別、等である。人の背景は、彼の属性によって構成されるのであり、まさにそれは歴史的であり、また社会的である。人の背景としての属性は、個々人の人格の一部であると言っても過言ではない。この属性は、本来的には、個人の社会的評価、つまり外部的名誉ではない。なぜなら、憲法第14条「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と定められているように、そもそも、その属性如何によって評価されることがあってはならないからである。しかし、このような議論は、現実の社会を直視するならば、ある種の理想論になるかもしれない。悲しい現実として未だ差別が社会にはある。人が、同じ人である他者に対して、低劣・低俗として扱う。例えば、人は、個々に固有の名前をつけるなどして自らを他人と区別する。それは、固有の存在としての自己のアイデンティティを確保するという意味できわめて社会的に重要である。名前に始まって、私たちの社会は差異を利用することで社会システムを形成している側面がある。しかし、その差異が、自己と他者のコミュニケーションのために利用

されるのではなく、他者に対して憎しみや蔑みの感情を持って、不平等な関係を形成するために用いられる場合、それは差別となる。いわれのない偏見や蔑みが社会化されている場合が多々ある。安西は、差別はグループを対象にしており、それがグループの経験だとすれば、差別を社会から除去してゆく救済においても、グループ全体としての社会的地位を向上させる方途をとらなければならない、差別されているグループに属する個人に対して、ある差別行為があった場合、当該個人に関して当該差別行為からの救済を行ったとしても、彼が属するグループが差別されている状況が存する限り、同様の差別は繰り返されてしまうからだと指摘する⁵⁸。安西は、差別を平等の侵害と解し⁵⁹、平等侵害の害悪には、平等に関わる当該諸権利、機会の喪失という有形的なものにとどまらず、スティグマを押しつけるという心理的な害悪があること、しかもそれが蓄積的であると述べる⁶⁰。社会化された差別や偏見は、個人においてその意識に根拠なく根付いている。いわばそのように認識することが当たり前のようにである。このように差別というのは、歴史的な背景を有する深刻な問題であり、しかもそうであるがゆえに人々の社会生活において蔑視・偏見を生み、他人を「不当に」区別することから、社会的な問題でもある。そのため、差別は、個人に向けられることが最も卑劣なことに違いはないが、それが歴史的・社会的であることから、社会、すなわち、街宣活動やインターネットなどで、広く一般に向けて差別表現が行われる場合もあり、これにより一層社会における差別意識や偏見を醸成させることも大いに考えられる。安西は、カーストの議論を用いながら、平等な市民的地位の原理を社会における十全たるメンバーシップの尊厳であるとし、それが格下げ、スティグマの押しつけ、といったことをされないことの保障であるとしつつ、スティグマを押

58 安西文雄「法の下での平等（一）」国家学会雑誌105巻5・6号（1992年）314頁。

59 安西・前掲327頁。

60 安西・前掲330頁。

しつける不平等の実体として「自尊」に対する害であり、しかもスティグマを押しつけられた犠牲者を十全たる人間として扱わないので、犠牲者の自尊のみならず、他の諸々の善をも失うと指摘する⁶¹。つまり市民としての地位そのものを格下げし、自尊を侵害するのである。奥平は、人権における差別問題は、「法の下での平等」という一般的レベルにおいてではなくて、当該人権に対する制限・禁止の許容性の問題、つまりそこで問われている人権の問題とし⁶²、「基本的人権」の世界には憲法14条が入り込んで何かをする余地はないと述べるが⁶³、市民としての地位の格下げと自尊の侵害の中に法の下での平等が一般規定にとどまらない理由がある。例えば、アメリカにおいて黒人は社会における尊重されたメンバーとして認められないという害を受けていたのであり、その結果として教育の側面に限られず、およそ社会におけるありとあらゆる側面においてシステムティックに諸権利、利益を制約されていたわけである。問題の根本には地位の格下げ、スティグマがあり、平等こそがこの根本問題をとらえうと述べる⁶⁴。安西は、ある権利、利益が不公正に分配されることが平等侵害であるにとられても間違いではないが、しかし、諸々の権利、利益の不平等分配があり、それが不平等の犠牲者たる人々の、社会における地位の格下げ・排除との相互関係において捉えるのであれば、平等独自の視点が前面に出てくるのであり、つまり、地位を格下げされ、スティグマを押されると、人は相互尊重の枠組みから外され、自尊の社会的基礎を奪われるのであり、これに対して自尊を保障するのが平等であると指摘する⁶⁵。

61 安西・前掲333頁。

62 奥平康弘「『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』」名古屋大法政論集109号（1986年）256頁。

63 奥平・前掲262頁。

64 安西・前掲369頁。

65 安西文雄「法の下での平等（二）」国家学会雑誌107巻1・2号（1994年）197頁。

3 民族、出自、性別等の属性に向けられる侮辱的表現には、個人に対する社会的評価の低下の側面とは異なっている。確かに権利は主観的なものであるが、それを取り巻く客観的な環境が主観的権利に諸々の影響を及ぼすことがあり、客観的環境が或る形で存在することが、主観的権利にとって望ましいまたは求められる⁶⁶。まとめると、平等に関して、権利保障の不十分さだけや不当に重く義務が課されることだけを問題にするのではなく、権利・義務の不平等分配の背後に、不平等処遇の犠牲者たる人々の社会的地位の格下げという害悪とこれによる自尊の侵害を見て取るべきである⁶⁷。このような意味を込めて、このような侮辱的表現は社会的な平等関係（の構築）を阻害し、集団に属する人々の社会参加をする機会を阻害する側面をもっている。なぜなら、このような侮辱的表現は、人を人として見ない、人に格差をつけること、つまり「二級市民」、「人間以下」として蔑むことに本質があるからである。憲法14条を差別的取扱いの禁止に限定してしまうことは、差別のある社会的状態を是正することと憲法14条を別次元の問題としかねない。そうではなく、法の下での平等は、法適用の平等性・公正性、権利・義務の公正な分配、法的保護の平等性、生きる権利の平等な保障をその内実としていると考えるべきである。特に、最後の生きる権利の平等の保障とは、法が保護すべき根本的権利である生存権保護の平等を意味するが、属性に対する侮辱的表現は、集団に属する人々に対して平等に法適用、権利保障そして権利の行使を否定している。「二級市民」、「人間以下」とは、「人間じゃない」ということであり、対等平等な人として法の下に平等に生きることを否定している。

一定の属性を有する人々一般にむけられた侮辱的表現は、表層的には、人格権の否定（自分が人間としての自分であることを否定される）そして生存権の否定（対等な人間として生きる権利・法の下において平等で

66 安西文雄「法の下での平等（三）」国家学会雑誌110巻7・8号（1997年）517頁。

67 安西文雄他著『憲法学読本』（2011年）96頁。

あることを否定される) が問題になる。しかし、その実態としては、特定の属性をもつ人々が生きながらして人格権・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、その侵害が継続している状態にある。ここでは、不平等、つまり、個人を特定できないということではなく、公共の場において一定の属性に向けて侮辱的発言をすることで「民主主義社会における根本基盤である対等で平等に生きること」(＝社会的平等)を否定している⁶⁸。

社会においては、人々は、自己の歴史の一つとして出自、性別、民族などの属性を有することは実体として認識されている。社会の構成員である人々は、この属性に基づいて人格形成をし、自らのアイデンティティを形成・確保する。とりわけ社会の少数派となる属性をする人々は、自己のアイデンティティを形成・確保するために自己の属性を強く意識することもある。問題は、社会が単に何らの背景も持たない個人の集まりとして形成されているだけではなく、様々な属性を有する個人から形成されている。その意味で、社会的存在としての個人にとって、彼の有する属性もアイデンティティに含まれる。この属性に対して侮辱または差別的表現行為をすることは、該属性をする人々を対等な人間とは見ず、社会における平等関係を毀損することにつながる。

特に、公共の場での外国人差別デモの蔓延・頻繁化は、このような差別的表現行為に対する規制を促す事情として理解することができる。その際、規制手段が法的なものであったとしても、即自的に表現の自由に対して萎縮効果を及ぼすと評価するのは早計ではないだろうか。反対に、公共

68 黒人と白人とで学校が分かれている、白人を優先し、黒人を排除することは「教育の受ける権利」の侵害に当たるが、この権利の侵害は一時的なものであり、しかも、個人のレベルでは黒人だけの教育レベル高い学校に行けばこの問題は解決するとも言える。しかし、黒人排除は黒人を「二級市民」ないし「人以下」として扱っていることの証左であり、かれらを従属的地位に置き、しかも生きながらにしてその状態が継続する。このことがまさに不平等である。

の場での差別的表現行為を表現の自由の名の下に「許容」することの方が該属性とこれを有する人々を社会的に否定・排除することになり、民主主義的社会の根本基盤である平等関係を毀損することになる。憲14条は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、」の規定は、何も不平等な取扱いだけを問題にするのではない。例えば、法律上の不平等な取扱いはその効果として法の保護を受けられない人々をそうでない者と区別することになる。それは法制的権利の享受主体であることから排除されることを意味し、その結果、社会的に見て、その地位は「格下げ」されることになる。また、社会において、一定の属性を有する人々に対する差別が現在するにもかかわらず、つまり、偏見などから差別的・侮辱的な表現行為がおこなわれているにもかかわらず、これを放置した場合、このような行為が、いわば表現の自由へと包摂されてしまう可能性がある。そうであれば、法律上の不平等な取扱いだけを法の下での平等の内容と解することで、憲法そのものが一定の属性を有する人々の格下としての地位を是認することになりかねない⁶⁹。

現行憲法が制定される以前から今日に至るまで存在する差別もあれば、社会の変遷の中で生じる差別もある。それは現行憲法の制定の前後と様々であるといえるが、人を不当に区別する行為に対しては国家として対処する必要がある。また、安西によれば、人種的マイノリティに向けられたヘイト・スピーチについて、これが社会における人種的グループの格差にも絡んで、マイノリティを打ちのめし、彼らに深刻な心理的ダメージを与えたりすることが認識されることから、こういうヘイト・スピーチに対する規制は、必ずしも悪性のものとはいえないとしながら⁷⁰、規制はマジョリティにもマイノリティにも規制は及ぶし、えてして規制権力を握るのはマジョリティの側であることから、歴史的・社会的脈絡から離れた抽象的な

69 このような見解に対する批判として、内野・前掲162頁以下。

70 安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学59号（2001年）36頁。

個人が前提とされ、人種的マイノリティに向けられたヘイト・スピーチが、マイノリティの置かれた歴史的・社会的位置づけとあいまって、彼らに強いショックを与えたり、沈黙を強いたりすることが認識されがたいと述べる⁷¹。この説示はヘイト・スピーチ規制ができたとしても、それがいわゆる人種的マイノリティを抑圧するために向けられる可能性もあることを示唆しており、大変傾聴に値する。人種差別に限らず、ヘイト・スピーチ規制の制定に全面的に依拠して社会における差別問題を解決することは期待できない。ヘイト・スピーチに対する法的規制は単にその一端を担うに過ぎない⁷²。けれども、道路使用許可を取ってデモンストレーションが行われ、侮辱的表現をまき散らすことが、「表現の自由」の名を借りて、いわば権利行使として行われることを甘受すべきなのであろうか。マジョリティとマイノリティという言葉を用いることが適切であるとすれば、マジョリティがマイノリティに対する新たな弾圧を抑制するためにヘイト・スピーチ規制の制定を控えるべきと考えるのは、その主張の荒唐無稽さにもかかわらずヘイト・スピーチをまき散らすデモンストレーションが行われている事情を軽視しているように思われる。現実には、聴くに値しない議論は良質の議論によって駆逐されるとは必ずしも言い難い。このような事情からすると、規制に対する消極的態度や決定もマジョリティによって下されるのであるとすれば、それはヘイト・スピーチ規制を制定すべき立法事実があるにもかかわらず、これに目を背けるのと同義である。なお、ヘイト・スピーチ規制について、これを人種関係的にのみ理解する必然性

71 安西・前掲（「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」）36頁以下。

72 参照、志田陽子「アメリカ合衆国におけるヘイト・スピーチ規制立法をめぐる議論」武蔵野美術大学紀要33号（2002年）118頁以下。公権力が発する排除のメッセージに対処することが優先的課題であるとの主張はもっともなことである。このような理解からすると、侮辱的表現の標的とされている集団がヘイト・スピーチ規制の制定を政府に対して訴えることで圧力をかけることをどのように理解するのだろうか。そのような運動そもそもが事の本質を見誤っていると理解すべきなのであろうか。

は、今日の多様化が進んだ社会では、ない。

4 また、日本は国民主権のもとで民主主義を政策決定の根本的制度として採用している。民主政は、人種、信条、性別、社会的身分又は門地に関係なく、個々人が他者と等しい権利を有し、対等な関係にあることを大前提としている。こうした関係のもとで社会における諸決定のプロセスに関与することが等しく保障されなければならない。上記の相違や経済的格差に関係なく、人々の政策決定プロセスに関与する機会の保障が具体的な内容である。そうでなければ、民主主義の実施は到底可能ではない。これによって民主政の政治的な枠組みが形成される。この枠組みは、政治的レベルだけでなく、その前提となる社会的レベルにおいても形成されなければならない。このような状態では、到底、社会を構成する主体とは到底なり得ない。民族などの属性を有する集団に対する侮辱表現は、それが不特定または多数の人々に向けて行われる場合、公共に対して偏見と蔑視を醸成する可能性が高い。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る。その際、まず何はともあれ、平等であることが保障されていなければならない。それなしには、現実の社会では、社会に参加する機会を得ることができない場合がきわめて多い。集団に対する侮辱表現は、それに属する人々全体と社会「一般」という形で不当に区別する重大な契機であり、その意味で民主主義社会にとって脅威である。このような表現は、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といえる。

社会生活において人々が他者との関係において対等であり、平等でなければ、政策決定プロセスへの関与は絵に描いた餅にすぎず、その実現は困難である。一定の人々を不当に差別することは、社会的レベルでは彼らを他の者たちとは異なる、つまり対等ではない者たちと見なすことである。これは、対等ではないと見なされた者たちのあらゆる機会を奪うことにな

る。ないしは機会を得ることを阻害する。このような状態は、歴史が教えるように、政策決定プロセスへの関与のためのアクセスそのものを不可能にする。

V 集団に対する侮辱的表現の規制のあり方

1 他の者たちとは異なる、つまり対等ではない者と見なすことは個人に対して行われることが典型的であるが、それに限定されるわけではない。社会においては、人は属性を有している。属性とは、生物学的、歴史的、社会的など、様々な背景をもって形成されてきた。人は個人として尊重されなければならないことは言うまでもないが、個人としての人はそれぞれ属性を有し、これを自己のアイデンティティとして認識する場合も多い。また自己の意思とは関係なく有する場合もある。対等ではない者と見なすとか、差別することは、具体的な個人に対して行われる場合と、属性に対して向けられる場合がある。前者の場合、その個人が有する属性を理由に差別することが典型である。後者の場合、個人に対する差別の際に同時に属性に対しても差別が行われる。またある属性そのもの一般に対して差別が行われることがある。属性に向けられた侮辱的表現について個人が特定できないとして法的規制から外されることにより、これに属する人々の生存権・人格権は侵害されたままであり、二級市民・人以下の評価を受け続け、自尊が侵害され続ける。このような侮辱的表現はその表現内容から行為者の意図において明白であり、つまり「二級市民・人以下」として扱うことであり、それは一定の属性をもつ集団を従属的地位に置くことになる。ヘイト・スピーチは行為者の意図を直接的に表しており、この集団に属する人々を別異な取扱い、しかも従属的地位に置くことを正当化している。しかし、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・生存権を保障され続けている

（法の下に平等な）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、その侵害状態が継続する、つまり不平等な状態に置くのである。

2 上記の議論は、未だ日本の刑事法制上処罰対象にされていない行為と攻撃客体を扱っている意味で刑事立法論といえる。それゆえ理念論を述べてきたとも言える。立法には妥協が必要であるとかねてから述べられてきた。本稿で挙げた大阪高判平23年10月28日判決が集団に対する侮辱罪を肯定しているように、一定の属性を有する集団・人々が通う学校などを統一的意思主体をもった集団として捉え、その集団の属性を蔑むような侮辱的表現について名誉毀損罪または侮辱罪の適用の可能性を探ることも一つの案である。しかし、これでは把握ないし概観可能な規模の、統一的意思をもたない集団に対するヘイト・スピーチを処罰の射程外に置かれることになる。このような問題意識からすると、ドイツ刑法185条以下における集団を表す表示（Kollektivbezeichnung）のもとで侮辱的表現に対する規制について検討の余地があると思われる。

3 平川は、人の属性に対する侮辱的表現に対する規制について普遍的社会的名誉を保護法益として捉えて、従来の侮辱罪とは異なる見地からアプローチする。平川は、社会的名誉の内実を人間としての尊厳の社会による承認と、個人の独自性・個性に基づく社会による評価とし、前者を普遍的な社会的名誉として侮辱罪で保護し、後者を個別的な社会的名誉として名誉毀損罪で保護すると主張する⁷³。この人間としての尊厳の社会による承認を法益に対する集団に対する侮辱罪を肯定することは検討に値する。その際、一定の属性を有する集団にむけて憎悪かき立てるような侮辱的表現

73 平川宗信「名誉に対する罪の保護法益」現代刑事法60号（2004年）7頁以下。

はドイツの民衆扇動罪（ドイツ刑法130条）では3月以上5年以下の自由刑が科せられ、ドイツ刑法の侮辱罪（ドイツ刑法185条）・悪評の流布罪（ドイツ刑法186条、なお、公然と行われた場合または文書の頒布による場合2年以下の自由刑または罰金）が1年以下の自由刑または罰金、中傷罪（ドイツ刑法187条）なお、公然と行われたまたは文書の頒布による場合5年以下の自由刑または罰金に比較して刑罰が重い。民衆扇動罪が公共の平穏と人間の尊厳を保護法益としていることに照らすと、普遍的社会的名誉を保護する侮辱罪の刑罰はあまりに軽いことを考慮すべきであると思われる。平川によれば、侮辱罪を、人間を人間として認めない表現犯としながらも、人間の尊厳を単に表現によって否認するに過ぎないものであるから、人間の尊厳の侵害としてはきわめて単純かつ軽微だと理解する⁷⁴。また、人間の尊厳を害する表現とは、人間としての価値を認めない表現、他の人間以下の価値しか認めない表現ということになろう。例えば、人を軽蔑の意味を込めて動物などにたとえたり、いわゆる差別語をもってよんだりすることがこれにあたるだろう⁷⁵。「これらの表現は、心身障害者や出身、人種、民族などのゆえに差別されている人々などに対してなされることが少なくなく、またその場合がもっとも悪質で、これを罰することは社会的弱者の保護に役立つと思われる⁷⁶」と述べるが、まさにこの説示は正鵠を射ている。にもかかわらず、人間の尊厳の侵害としてはきわめて単純かつ軽微だと解するのは果たして矛盾しないであろうか。それとも現行の侮辱罪の法定刑を説明するための便宜なのであろうか。多数人による攻撃的な侮辱的表現、つまりヘイト・スピーチが行われた場合にも同じく評価することが妥当であろうか。集団に対する侮辱的表現行為を侮辱罪において含めることを提唱する場合にも、ドイツの法事情を参考にすべきではなかろうか。

74 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』（1983年）174頁。

75 平川・前掲（『名誉毀損罪と表現の自由』）175頁。

76 平川・前掲（『名誉毀損罪と表現の自由』）176頁。

4 表現の自由は万能ではない。その意味は、現行法上、名誉毀損と侮辱罪が規定されており、そこでは(具体的な)集団も保護の対象と認められている。ここでは直裁に個人の名誉が毀損されている。しかし、人の属性などに向けられる侮辱的表現は具体的個人の名誉を毀損するわけではない。そうだからといって「表現の自由」ということにはならない。ヘイト・スピーチは属性を有する人々一般に向けられており、社会において彼らを蔑む。ここで社会において蔑むとは、ふつうの人とは違う存在、二級市民ないし人以下と見なすことである。ヘイト・スピーチが具体的個人に向けられていない場合には、個人の名誉を毀損しない。しかし一定の属性をもつ人々を継続的に、つまり生きながらして人格権・生存権を否定されながら生き続けることを強いる。ここに不当にその地位を貶めること、つまり不平等を見ることができる。

一定の属性を有する集団に対する侮辱表現は、それが不特定または多数の人々に向けて行われる場合、公共に対して偏見と蔑視を醸成する可能性が高い。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る。その際、まず何はともあれ、平等であることが保障されていなければならない。それなしには、現実の社会では、社会に参加する機会を得ることができない場合がきわめて多い。このような状態では、到底、社会を構成する主体とは到底なり得ない。集団に対する侮辱表現は、それに属する人々全体と社会「一般」という形で不当に区別する重大な契機であり、その意味で民主主義社会にとって脅威である。このような表現は、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といえる。

他面、このような侮辱的表現が現実の社会において行われる高い可能性があることを捨象して法の下の平等を説いても、それは法の平等原則そのものが社会における差別を是認することになる。それゆえ、集団に対する侮辱的発言により、その集団に属する個々の人々の社会構成員としての地

位を貶め、それにより社会における平等性を毀損するのであり社会侵害的行為といえる

ヘイト・スピーチは表現の自由の範疇ではなく、ただ、日本で法的に規制されていないだけである。