

論 説

刑法及び民法における名誉毀損の攻撃客体について

——人種差別撤廃条約の「人種差別」概念に係る ヘイト・スピーチと名誉毀損——

金 尚 均

- I 問題
- II 属性に対する攻撃への人種差別撤廃条約の適用の可能性
- III 人種差別と名誉毀損の交錯と相違

I 問題

1 日本では、名誉毀損や侮辱などの名誉侵害について、民法上及び刑法上も、特定の「人」——自然人並び法人などの統一的意思をもつとされる集団——を攻撃客体としている。しかも、これは具体的に特定できる「人」のことをさす。これにより、同じ人であっても、不特定多数人は名誉侵害における攻撃客体としての「人」に含まれないことになる。それゆえ、日本における名誉侵害に係る刑法上並び民法上の規定は、特定の個人のみを保護客体としており、法律上、具体的に特定できる人のみが名誉の享有主体であると理解されていると言ってよい。また、このことを敷衍すると、現行法上、その攻撃との関係で、特定できる人しか名誉をもたないということになる。これに伴い、たとえ、行為者によって公の場において一定の属性によって特徴づけられる集団に対して侮辱的表現が行われたとしても、しかも行為者にとっては特定の集団を標的にしてそれが行われたとしても、いわば統一的意思をもたない集団であることから、とりわけその属性について攻撃的な侮辱的表現が行われた場合であっても、個別的かつ具体的な被害者を特定できないとしてそのような侮辱的表現は制裁の対象か

ら除外される。しかし、被害客体である人を特定できないことを根拠に、全て、不特定という枠組みで理解してよいのであろうか。ここで注意を向けるべきこととして、具体的に特定可能な人を被害者として限定することは、必ずしもそれ以外の侮辱的表現が人に対して何らの害を生じさせないことを含意しないというべきではなかろうか。ここでは、侮辱的表現が向けられる攻撃客体との関係では、不特定という枠組みは特定の個人と区別するものでしかなく、表現行為が特定の人だけに向けられるわけではなく、(特定)の集団に向けられることがあるという実態、社会における現実の害を考える場合、つまり社会に与える害と社会が受ける害と同時に、それだけでなく攻撃客体である当事者に与える害と当事者が受ける害を考えた場合に、かなり大雑把な括りであり、十分なものとは言えないのではなかろうか。

人は、孤島に一人で生きる場合は別として、社会生活を送る際、たった一人で孤立して生きることができない限り、純粹個人としての存在の側面をもつ同時に、その個人の背景にある人種、民族、出自、性別等々の属性をもつ存在の側面がある²。属性は、人間が単に一人称、二人称の世界だけで暮らすのではなく、これを超えて三人称の世界の中で生活する社会において人々の存在の社会的ないし歴史的背景となり、そのアイデンティティの構築に大きな影響をもつ³。そういうことからすると、なにも人に対する

1 被害者が特定される必要があることに関連して、参照、高橋則夫『刑法各論』(2011年)158頁。

2 なお、この属性という概念は、しばしば社会においてある集団を攻撃対象とするために用いられる場合があることに注意が必要である。自ら属性を形成するのではなく、逆に他者によって一定の集団を属性によって一まとめにされることがある。

3 属性は、これによって特徴づけられる集団が社会において少数者である場合には、その構成員のアイデンティティの構築に肯定的または否定的影響を及ぼすことが往々にしてある。その意味で、属性は他との区別のために用いられる概念だけではなく、個人としての人の思考、精神または思想の構築に大きな影響を与える。

侮辱的表現が特定の人に向けられたものだけに限らないことになるのではなかろうか。つまり、特定の個人ではなく、一定の属性によって特徴づけられる集団に向けて侮辱的な表現が行われるということである。いわゆる差別表現はかつてから現在に至るまで散見される。その意味では、新しい問題ではなく、今もなお解決していないそれである。本稿で議論の対象とする行為は、街角や公衆トイレの壁に書かれている一人の個人的行為者によって密かに行われる陰湿な差別落書きなどのいわゆる差別的表現とは一線を画して、多数人が集合して、デモや街宣活動と称して、——密かにばれないように表現するどころか——公の場で公然と攻撃的に侮辱的な表現を連呼する、いわゆるヘイト・スピーチである。なお、議論の最初に、本稿では、人種差別撤廃条約1条の「人種差別」の定義に基本的に習い、ヘイト・スピーチを、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身等、一定の属性によって特徴づけられた集団に対して、当集団の区別、排除、制限、蔑み又は優先の目的をもって、公の場において、公然と攻撃的に侮辱的表現をすることと定義する。従来の差別表現とヘイト・スピーチとは、排外性、差別性、属性に向けられている点で共通するが、公然性、攻撃性、情報拡散性⁴において際だって異なる。ここで注意すべきなのは、侮辱的表現の攻撃の矛先が特定の人ではないということと、被害者が特定の人でないということを混在させてはいけないということである。このような混在から生じるのは、両者とも特定の人でないから名誉侵害の構成要件の保護対象から除外されるという帰結である。このような帰結は、侮辱的表現による攻撃は特定の人にしか向けられない、ないしは個人にしか害が生じないという純粹個人主義的な権利概念に根ざした理解に基づくので

4 YOU TUBEなどのインターネット上のメディアを通じてデモの様子を生放送することや、またその様子のデータをアップロードして不特定多数の人々が閲覧できる状態にすることをさす。このような映像はいったん削除されたとしても、投稿者の匿名性を悪用して再びアップロードされることが常である。これによって被害が拡散し、増幅する。

はないかと思われる。

また、このような理解は、侮辱的表現は（社会的）名誉を毀損することにその本質があり、その名誉の帰属主体は具体的な「人」又は統一的な意思をもつ「人」であるとする考えを基礎としている。人は個人的権利を有し、これに対する侵害の問題があるのはいうまでもない。ここでは、基本的人権である個人の人格権から導出された個人的名誉とその毀損のことを指す。しかし、侮辱的表現がある属性によって特徴づけられる集団（民族、人種、出自、性別など）に対して行われ、しかも当該表現が、下品かつ侮蔑的だけでなく、例えば、当該属性を有する人々が日本社会においてマジョリティ・日本人の人々と平等の立場で生活することを妨害しようとする発言であった場合には⁵、個人的権利の救済だけでは問題は解決しえないことがあることを看過してはならない。このような侮辱的表現による攻撃が個人でなく、一定の属性を有する集団に向けられるとは、その集団の存在そのものに向けられることを意味することから、その害は、個人ではなく集団の経験として被ることになる⁶。この場合、一人の個人の名誉が保護されたとしても、これで問題を十分に汲み尽くしたとは言えず、同じ集団に属する他の人々は保護されないままではあり、同じ攻撃が繰り返されるということである。人の属性に向けられた侮辱的表現は、その意味で、個人の権利や法益の保護とその侵害の問題として捉えるだけでは問題の本質を把握しきれたとは言えない⁷。

5 京都地判平25年10月7日判時2208号74頁。

6 もちろん個人として経験することもある。侮辱的表現が自己の有する属性に関連して行われる場合には、直接的な攻撃対象となった個人は、個人的事情の背景にある事柄を理由に攻撃されているのであり、この攻撃は同じ属性を有する他の人々にも当てはまるという意味で、集団的経験といえることができる。または自己の属する集団の経験といえることができる。

7 これとは対照的な見解として、萩原重夫「差別的表現と表現の自由」法学セミナー503号52頁。

2 では、なぜ、本質を把握しきれたとは言い難いのであろうか。

侮辱的表現の標的は、個人の場合と、これにとどまらず、個人を超えた集団の場合もあることは既知のことである。個人を超えた集団に対する侮辱的攻撃について検討する前提として、先にも述べたように、それぞれの人は自己の存在の背景に人種、民族、出自、性別等の属性を有していることをあらためて想起しなければならない。このこと自体は全ての人に当てはまることである。全ての人は、人という属性だけでなく、そこからさらに上記のような属性を有しており、これが人々の人格形成に大きな影響をもつ。属性とは、自己と他者を区別する概念としてだけ用いられるのではなく、もっと広く、例えば、民族や人種などによって特徴づけられる集団という、他の集団と区別する枠組みを構築するために用いられる。属性そのものはそのほとんどが本人の意思とは関係なく生来備わっているものであり、個人では変更できるものではないが、属性に基づく集団の形成は、何も当該属性を有する人々によって積極的に行われるとは限らない。むしろ、一定の人々が自分たちと「異質な」ものとして区別するために、不特定多数の人々について属性を当てはめることで集団として「一括り」にするために他者によって形成されることが往々にしてある。このことこそが問題である。歴史的、社会的、物理的関係ないし事情などから、一定の属性によって特徴づけられる集団が蔑まれることがあったし、そして現在もこのようなことがあることは周知のことである。このように蔑まれる集団は、通常、社会的少数者、社会的弱者である。このような集団に対してマジョリティ・社会的多数の側から侮辱的表現が投げかけられる。この侮辱的表現をすることの意味は、一定の属性によって特徴づけられる集団に属する個人を蔑むだけでなく、集団そのものとその存在を蔑むことに本質がある。ここであらためて疑念とせざるを得ないのは、一定の属性によって特徴づけられた集団に対する侮辱的表現が行われた場合、ここでは何らの損害はないのであろうか、ということである。一般的に言うと、属性に向

けられた侮辱的表現は、憲21条の表現の自由の行使と言うべきなのであろうか。しかし、具体的な被害者がいないという解釈は上述のことからすれば理屈に合わない。逆に、当該集団に属する全ての構成員が被害者とも言える。

それではどのような害があるのであろうか。一つには、集団に対する侮辱的表現の真意は、被攻撃集団に対する蔑み（二級市民、人間以下と見下すこと）と憎悪（敵として扱うこと）にあり、しかも当該集団の構成員の生命・身体などの法益に対する侵害の将来の危険性を胚胎している。もう一つとして、このような表現を受けた人々は、大変怒りと悲しみを抱き、そして自己の存在する社会に対して敵対心と防衛心を抱くと同時に、なによりも社会生活において自尊の感情を喪失してしまう可能性がある⁸。Rawlsが述べているように、人にとって最も重要な基本財（primary good）とは、自尊（self-respect）である。自尊には、彼自身が価値あるものだという感覚、すなわち、彼にとっての善の概念、つまり彼の人生の計画は遂行するに価値のあるものだということを含意しており、また自己のもっている能力に対する信頼を含んでいる。自尊を喪失させられた人は自分自身の存在、生そして自己の価値をどのように評価するであろうか。自尊なしには人は自分自身の人としての価値を認識できず、自分自身を尊重することはできないであろう。

あえて言うならば、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現による攻撃は、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べきではなかろうか。具体的被害者がいないということは、侮辱的攻撃が直接特定の個人に向けられていないことと、これに加えて表現内容が具体的な個人を指す内容ではないことに基因する。しかし、このことから、常に何らの利益も侵害・危殆化していないと演繹することができるとは限らない。何らの利益も侵害・危殆化していないと解するの

8 John Rawls, A Theory of Justice, 1999, p.386.

は、個人の人格権及び名誉の毀損の側面しか見ていないことによるものと思われる。一定の属性によって特徴づけられる集団が蔑みの対象とされることによって、これに属する構成員は、社会的にそもそも価値の低い者と見なされるおそれがあり、その名誉は十全に保護されないことが十分に考えられる。そうであるとすれば、個人の名誉に対する攻撃とは別に、特定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現による攻撃の問題を扱う必要があるのではなかろうか。このような場合、——日本の法事情とは異なり——ドイツでは集団侮辱罪（Kollektive Beleidigung）（ドイツ刑法185条）ないし改正された民衆扇動罪（Volksverhetzung）（ドイツ刑法130条⁹）の構成要件に該当する可能性がある。

3 このような法事情に照らして、以下のことが本稿の主要関心事である。

日本では、一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられた侮辱的表現は何ら規制されていない。しかし、このような集団に対する侮辱的表現による攻撃は、例えば、「人」の法的解釈等を通じて考慮されないのであらうか。また、そうでないとなると、このような侮辱的表現は、憲法の保障する表現の自由なのであろうか。つまり権利の行使なのであろうか、もっと言うと、——一定の属性によって特徴づけられる集団を社会において低劣なものとして位置づけることまたは社会から排除することを表現す

9 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。」

る——政治的言論なのであろうか¹⁰。そして、表現の自由に限界があるとするれば、それはどのようなメルクマールによって限界づけられるのであろうか、その上、そのようなメルクマールが現行法に適合すると同時に、個人に対するのとは異なる、集団に対する侮辱的表現による攻撃を十分に包摂するように現行法上解釈されるのであろうか。

II 属性に対する攻撃への人種差別撤廃条約の適用の可能性

1 憲98条2項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定している。本規定の文言である「誠実に遵守」とは、条約は国際法であるけれども、日本国内において国内法として通用することを意味する¹¹。ここで問題は、日本政府が批准または加入した国際条約について、これを遵守するという文言に関連して条約が国内法として通用することの意味である。本稿では人種差別撤廃条約を例にするが、ここで検討すべき問題は、本条約の「人種差別」に該当する侮辱的表現行為が日本の裁判所において認定されれば、どのような形式で法的措置が採られるのか、はたまた、民法上または刑法上、名誉毀損や侮辱に当てはまると理解することができるのかということにある。

日本政府が加入している人種差別撤廃条約によれば、同条約1条1項「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

10 ここでは、つぎのような疑問が常に存在する。つまり、被害者が特定の人でないから現行法上規制されていないのか、それとも密かに陰湿に行為が行われているので法益侵害が軽微であるから法的規制をする必要はないとされてきたのか、規制されていない以上表現の自由の行使と考えられているのか、それとも、そもそも属性に向けられた侮辱的表現は表現の自由の行使と考えられているのであろうか。

11 芦部信喜/高橋和之（補訂）『憲法』（第5版）（2011年）374頁。

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。」、同条約2条1項「締約国は、人種差別を非難し、また、あらゆる形態の人種差別を撤廃する政策及びあらゆる人種間の理解を促進する政策をすべての適当な方法により遅滞なくとることを約束する。このため、(d) 各締約国は、すべての適当な方法（状況により必要とされるときは、立法を含む。）により、いかなる個人、集団又は団体による人種差別も禁止し、終了させる。」、そして同条約第6条「締約国は、自国の管轄の下にあるすべての者に対し、権限のある自国の裁判所及び他の国家機関を通じて、この条約に反して人権及び基本的自由を侵害するあらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を当該裁判所に求める権利を確保する。」と規定している。

本条約1条に該当する「人種差別」が行われた場合、どのようにこの侵害は日本の裁判所で扱われるのであろうか。どのような法的手続並びに法的解釈を経て処理されるのであろうか。つまり、人種差別が、即、民709条に当たり、また刑230条の名誉毀損に該当するのであろうか。

3 この問題について、人種差別撤廃条約を引用した判例を紹介し、具体的事案に対する法適用に当たって、本条約がどのように位置づけられ、そして解釈されているのかを見ることにする。これを通じて、本条約にいう人種差別が行われた場合に、どのような形式で、民刑事法上、違法性または不法行為に該当する可能性があるのかを検証する。

まず、静岡地裁浜松支部は、原告が宝石店にてウインドウショッピングをしていたところ、ブラジル人であると分かると、被告が外国人は立入り

禁止である旨告げて店から追い出そうとしたので、謝罪を求めたが、謝罪を受けることができなかったとして損害賠償を求めた事案について、本判決では、条約と国内法との関係については、分立説と統一説が存在するとし、その上で、「条約優位説によれば、条約により憲法を変更し得ることを認めたことになる。すなわち、国民投票を要せず、単に内閣と国会によって簡単に成立する条約によって、国民投票を要する憲法が変更され、實際上、憲法が国民投票によらずに改正されることを認めなければならないことになる。これは、国民主権主義に反する。」とする。このことを前提としつつも、「人種差別撤廃条約は、この条約の前文に掲げている世界人権宣言等が、自由権、平等権、人種差別の禁止等の基本的人権を高らかに世界に宣言しているのにとどまるのに比べて、一步を進め個人や団体の差別行為についての採るべき立法その他の措置を締約国に要求している。」「このことは、我が国内において、人種差別撤廃条約の実体規定に該当する人種差別行為があった場合に、もし国または団体に採るべき措置が採られていなかった場合には、同条約第六条に従い、これらの国または団体に対してその不作為を理由として少なくとも損害賠償その他の救済措置を採りうることを意味する。」「そしてまた、何らの立法措置を必要としない外務省の見解を前提とすれば、本件のような個人に対する不法行為に基く損害賠償請求の場合には、右条約の実体規定が不法行為の要件の解釈基準として作用するものと考えられる。」¹²⁾と判示する。

本静岡地裁の判例では、本条約を間接適用している。憲法や法律などの国内法の解釈に際して、解釈の基準や指針として条約を用いている¹³⁾。

12 静岡地判浜松支部平11年10月12日判時1718号92頁。

13 村上正直「国際人権条約の国内への適用 (1)」『国際法判例百選』(第2版)(2011年) 105頁。これに対して、直接的適用とは、自国が当事国である人権条約を直接に適用して、具体的な国家行動と人権条約の整合性を判断する方法とされる。村上によれば、「直接に適用するのは国内法令であることや、上位法を用いて下位法を解釈することは国内法令の解釈方法として珍しいものではないことな

本条約の人種差別に該当する行為が行われた場合、直接、民法の不法行為が認められるわけではなく、同条約に規定する人種差別が名誉毀損という不法行為であるか否かの解釈基準であると解している¹⁴。村上は、裁判所が「人種差別の観点から不法行為の成立を認めたのか、Xを犯罪者扱いすることによってXの名誉を侵害したが故に不法行為の成立を認めたのかは、必ずしも明確ではない。¹⁵」と指摘するが、後の京都地裁判決なども考慮すると、静岡地裁判例では、問題の行為そのものが人種差別に当たるかどうかについては明言しなかったが¹⁶、同条約の人種差別が不法行為の一類型である名誉毀損の判断基準に用いられているといえるのではなかろうか。被告人の表現が同条約の人種差別に該当し、これを基準として民法上の不法行為としての名誉毀損があったと判断されたといえる。本判例では、具体的な個人の名誉の毀損の有無の判断に際して、表現による人種差別行為が個人の社会的評価を低下させたか否かを検討したことになる。このような判断手法からすると、本条約が定義する人種差別に該当すると認定された行為に対し、加害者側の権利や公共性を考慮する余地があり人種差別ではあるが、不法行為とはならないという判断がありうるものであり¹⁷、本件では人種差別表現が名誉毀損に当たらないこともありうる。表現による人種差別行為全てが名誉毀損に該当するとは考えられていない。

つぎに、本判例では、外国人である特定の個人が被害客体であることを

どからすれば、裁判官の心理的抵抗感は直接適用の場合よりも少ないかもしれない。』と指摘する。高田映「人種差別撤廃条約の私人間適用」ジュリスト平11年度重要判例解説（1999年）292頁。

14 内野正幸「差別的表現と民事救済」芦田他編『国際人規範の形成と展開』（2006年）35頁以下。内野によれば、「解釈基準」とは、単なる参考資料よりも強い意味をもつ。

15 村上正直『人種差別撤廃条約と日本』（2005年）198頁。

16 阿部浩己「外国人の入店拒否と人種差別撤廃条約の私人間適用」ジュリスト1188号（2000年）93頁。中井伊都子「国際人権条約の国内法への適用（2）」『国際法判例百選』（第2版）（2011年）107頁。

17 参照、中井・前掲107頁。

当然の前提にしており、このことに何らの疑問も示されていない。しかし、「外国人は立入り禁止」の旨の発言が行われたことに着目すると、本表現は何も原告個人に特定ないし限定して示された表現ではない。たとえ原告でなくとも、姿形や言葉遣いなどから「日本人」ではないと推定される人々一般に向けておこなわれる可能性のある表現である。つまり、外国人一般に向けられた表現である。本静岡地裁判例では、原告が個人であり、そして問題の表現にある外国人——外国人という属性によって特徴づけられる集団の1人の構成員——であったから名誉毀損を認定した。ここでは、個人に対して「おまえは貧乏に見える」とか、「泥棒のように見える」と表現して個人的な事柄を示して入店を拒否しているわけではなく、「外国人」という指標を示した表現を用いている。貧乏とか泥棒などの表現は個人に向けられた場合にその侮辱の意味が明らかになるが、「外国人」という表現は、日本社会において「日本人」ではないことと関連して特徴づけられるマイノリティ集団である¹⁸。本表現は、実は原告個人だけでなく、他の外国人にも向けられている。本表現では、例えば、一人の外国人は持ち金を見せることで入店を「特別」「例外」に入店が認められるとした場合、これにより確かに個人の問題としては解決したとしても、他の外国人は同じ問題に遭遇することを考えれば問題の本質が何であるかは明らかであろう。

4 札幌地裁は、原告らが、被告人が経営する公衆浴場に入浴しようとしたところ、外国人であることを理由に入浴を拒否されたことについて人格権や名誉を侵害されたとして、損害賠償および謝罪広告の掲載を求めた事案について、私人相互の関係については、「国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、国内法としての効力を有するとしても、その規定内容からし

18 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」矯正・保護総合センター研究年報2号（2012年）67頁。

て、憲法と同様に、公権力と個人との間の関係を規律し、又は、国家の国際責任を規定するものであって、私人相互の間の関係を直接規律するものではない。」、しかし、「憲法14条1項、国際人権B規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法14条1項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっの基準の一つとなりうる。」としながら、「これを本件入浴拒否についてみると、本件入浴拒否は、Oの入口には外国人の入浴を拒否する旨の張り紙が掲示されていたことからして、国籍による区別のようにもみえるが、外見上国籍の区別ができない場合もあることや、第2入浴拒否においては、日本国籍を取得した原告Jが拒否されていることからすれば、実質的には、日本国籍の有無という国籍による区別ではなく、外見が外国人にみえるという、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区別、制限であると認められ、憲法14条1項、国際人権B規約26条、人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるといふべきである。¹⁹⁾」、「原告らは、本件入浴拒否によって、公衆浴場であるOに入浴できないという不利益を受けたにとどまらず、外国人にみえることを理由に人種差別されることによって人格権を侵害され、精神的苦痛を受けたものといえる」と判示した²⁰⁾。

本札幌地裁判決では、私人間での紛争につき、「憲法14条1項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあ

19 札幌地判平14年11月11日判時1806号84頁。

20 参照、近藤敦「入浴拒否と人種差別」法学セミナー585号112頁。

たっの基準の一つとなりうる」との判示をもって、これらの規定の直接適用を否定しつつも、私法の諸規定の解釈にあっの基準の一つとなりうるとしている²¹。本判例は、本条約を間接適用したものであるが²²、本条約は不法行為の基準であり、しかもそのうちの一つであるとして、静岡地裁判例によりも詳細に判示している。先の静岡地裁判例のように不法行為の一類型としての名誉毀損の解釈基準として人種差別を位置づけつつ、本判例では、人種差別が不法行為の基準の一つであるとして、原告に対する人格権侵害があり、外国人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否が不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたるとした。

ここで明らかなのは、外国人一律入浴拒否のような人種差別的表現が人格権侵害となり不法行為責任を生じさせる可能性があるということである²³。本判決においても条約を間接適用していることは判示から明らかであり、私権及び私的自治に対するやむを得ない制限は立法によることを原則としていることの反映といえる。本判決では、「私人による条約上の人権の侵害行為は、私人間関係を規律する司法の枠組みを前提として、人種差別禁止の条約規範を不法行為の違法性判断に読み込んで救済をはかる²⁴」という法解釈の手法が採られている。

5 京都地裁は、3回にわたって被告らが行った街頭での示威活動及びその映像をインターネットを通じて公開したことが不法行為に該当し、これにより原告が損害を被ったとして損害賠償を求めた事案について、「人種差別撤廃条約は、『人種差別』について『人種、皮膚の色、世系又は民族的

21 参照、村上・前掲書43、61頁。

22 大村敦志「小樽温泉訴訟」法学教室357号（2010年）137頁。

23 大村・前掲137頁。

24 薬師寺公夫「国際人権法から見た憲法規範の『限界』と可能性」法律時報84巻5号23頁。

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」と定義し（1条1項）、締結国に「人種差別を非難し…あらゆる形態の人種差別を撤廃する政策…をすべての適当な方法により遅滞なくとる』ことを求め、『すべての適当な方法（状況により必要とされるときは、立法を含む。）により、いかなる個人、集団又は団体による人種差別も禁止し、終了させる』ことを求めている（2条1項柱書き及びd。）、「さらに、人種差別撤廃条約の締結国は、その『管轄の下にあるすべての者に対し、裁判所…を通じて…あらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を…求める権利を確保する』ことをも求められる（6条。）、「このように、人種差別撤廃条約2条1項は、締結国に対し、人種差別を禁止し終了させる措置を求めているし、人種差別撤廃条約6条は、締結国に対し、裁判所を通じて、人種差別に対する効果的な救済措置を確保するよう求めている。これらは、締結国に対し、国家として国際法上の義務を負わせるというにとどまらず、締結国の裁判所に対し、その名宛人として直接に義務を負わせる規定であると解される。」とする。このことを前提として、人種差別と名誉毀損との関連で、——個人を特定しなくても——属性に対する名誉毀損があり得るのかにという重要な論点について、「もっとも、例えば、一定の集団に属する者の全体に対する人種差別発言が行われた場合に、個人に具体的な損害が生じていないにもかかわらず、人種差別行為がされたというだけで、裁判所が、当該行為を民法709条の不法行為に該当するものと解釈し、行為者に対し、一定の集団に属する者への賠償金の支払を命じるようなことは、不法行為に関する民法の解釈を逸脱しているといわざるを得ず、新たな立法なしに行うことはできないものと解される。条約は

憲法に優位するものではないところ、上記のような裁判を行うことは、憲法が定める三権分立原則に照らしても許されないものといわざるを得ない。」「したがって、わが国の裁判所は、人種差別撤廃条約2条1項及び6条の規定を根拠として、法律を同条約の定めに適合するように解釈する責務を負うが、これを損害賠償という観点からみた場合、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。」「本件活動に伴う業務妨害と名誉毀損は、いずれも、在日朝鮮人に対する差別意識を世間に訴える意図の下、在日朝鮮人に対する差別的発言を織り交ぜてされたものであり、在日朝鮮人という民族的出身に基づく排除であって、在日朝鮮人の平等の立場での人権及び基本的自由の享有を妨げる目的を有するものといえるから、全体として人種差別撤廃条約1条1項所定の人種差別に該当するものというほかない。したがって、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。²⁵⁾」と判示した。

6 本京都地裁判決は、侮辱的表現が人種や民族などの属性を指標として示して行われた場合、人種差別撤廃条約6条に照らして、締結国の裁判所に対し、その名宛人として直接に人種差別に対する効果的な救済措置を施す義務を負わせたのであり、人種差別撤廃条約2条1項及び6条の規定を根拠として、法律を同条約の定めに適合するように解釈する責務を負うが²⁶⁾、これを損害賠償という観点からみた場合、日本の裁判所は、単に人種差別

25 京都地判平25年10月7日判時2208号74頁。

26 「法律を同条約の定めに適合するように解釈する」とは、「参考資料よりも強い意味をもつ」ものとしての解釈基準よりも、より強い意味があるといえるのではなかろうか（参考、内野正幸「差別的表現と民事救済」芦田他編『国際人規範の形成と展開』（2006年）35頁以下）。

行為が行わ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にとどまると解釈する。これを前提として、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する人種差別発言が行われた場合、一定個人に「具体的な損害」が生じていないにもかかわらず、人種差別行為がされたというだけでは民709条の不法行為に該当するものと解釈できないとする。これについて寺谷は、「そもそも具体的な損害が発生しているかどうかは人種差別の定義を離れては判断できず、人種差別を人種差別撤廃条約の参照なしに定義することを裁判所は予定していないからである。事実、裁判所は、問題となっている行為を人種差別撤廃条約に照らして人種差別に該当すると判断している。²⁷⁾」と指摘しているが、本稿の問題関心からすれば、裁判所の判示は不法行為の範囲をまさに特定個人に対する害の発生に限定するためになされたと言える。ここで明確に、特定個人に向けられた表現でなければ不法行為としての名誉毀損の対象とならないとしている。これにより「具体的な損害」とは、特定個人に対する名誉毀損のことであり、民法上の名誉毀損とは、個人に対するそれとこれに伴う損害を意味することが明らかになる。それゆえ、個人の名誉を保護法益とする既存の法理では、不特定多数人を対象とする差別的表現について救済は難しいとされることになる²⁸⁾。

奈須は、「本判決は、民事の枠組みで問題を処理しながら、709条の規定に人種差別撤廃条約上の義務を読み込んだうえで、本件発言が同条約の禁じる差別行為に当たることを論証し、多額の損害賠償を認めた²⁹⁾」とし、

27 寺谷広司「ヘイトスピーチ事件」ジュリスト平25年度重要判例解説（2014年）293頁。

28 上村都「『憎悪表現』に対する救済」ジュリスト平25年度重要判例解説（2014年）27頁。

29 奈須祐治「大きな意義を持つ京都地裁判決 この国の法制度の限界も明らかに」Journalism 282号（2013年）115頁。

「少なくとも特定の個人や団体を標的としたヘイトスピーチに対して実効的な救済が可能になる。」と述べる一方、「不特定多数に向けられたヘイトスピーチについては、民法709条による救済は不可能であり、新たな立法を行うほかないことが明確に示されている³⁰⁾」と指摘する。この奈須の指摘からも明らかなように、本京都地裁判決では、在日朝鮮人という属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現そのものは名誉毀損の対象とならない可能性がある。またこのような日本の裁判所の立場は、個別事案の審査による司法的救済という手法といえる。このような司法的救済では、事案に応じて異なった判断枠組みをとらざるを得ず、申によれば、「差別を訴える側にとっては、司法的救済に期待しう程度が定かでなく、提訴にいつそのリスクを伴うということになるが、逆に、訴えられる側にとっても、どのような場面におけるどのような行為が違法な差別となるのか、予測が難しいということでもある。これはすなわち、私人による差別の禁止を、司法的救済のみに頼ろうとすることの根本的な限界である。個別の事案における司法的救済は、もちろん重要であり必要ではあるが、何が違法であり禁じられる差別であるかを具体的、明確に定義した立法には、取って代わることはできない。³¹⁾」、と主張して立法の必要性を唱える。このことは、棟居によれば、人種差別撤廃条約ではまず立法・行政措置による積極的作為義務があり、裁判所による慰謝料などの認容は前者が失敗した結果の後始末にすぎないのだとすれば、誤りというほかないとしながら、まず、一義的な法的作為義務及び自治体の立法・行政に対して発生しており、その結果として私人間でも条約が裁判規範性をもつ、という順番になると説示する³²⁾。

しかし、このような立法的措置のないのが現状である。申は、日本の人

30 奈須・前掲115頁。

31 申恵丰『人権条約の現代的展開』（2009年）407頁以下。

32 棟居快行「人種差別と国家の差別撤廃義務」法律時報84巻5号75頁。

種差別撤廃条約への加入の際に、適切な国内法の整備が行われていないことで個別的な司法的救済によらざるを得ない状況に関連して、その問題点として、第1に、不法行為に当たる差別行為があったことを原告側が立証しなければならないという、事実立証自体の難しさによる救済事案の希少性、第2に、仮に勝訴しても、個別の事案において不法行為という民法の一般規定を解釈・適用したものでしかない以上、社会生活におけるどのような局面でどのような行為を行うことが人種差別に当たるかについて規範意識を広め、もって同様の差別行為の発生を防止するという効果が薄いこと、第3に、訴訟での救済は金銭賠償のみであって、差別の禁止について広く社会に知らしめ根付かせる取組みにはつながりにくいこと、等を挙げる³³。その上で申は、「人種差別を『禁止』する義務は、社会生活の様々な局面において禁じられる人種差別行為を具体的に明記し、その違反に対しては被害者が公的機関に対して救済を申し立てることができると共に、加害者に少なくとも損害賠償等の民事上の制裁を科しうる法律がなければ、実効的に実施されているとは言い難い。³⁴」と主張する。このように国内法の立法整備の行われていない現状において、想像できることとして、例えば、道路使用許可を各都道府県の公安委員会に申請して、これが認められたうえで街宣活動する人々が、拡声器などを使用して不特定多数人に聞こえるような態様で上記のような属性を名指しして侮辱的表現を連呼した場合を考えてみると問題の本質が見えてくるだろう。このような街宣活動における侮辱的表現が法的規制の対象から外れる可能性があるということである。しかし、このことから演繹的に、このような表現が憲21条の表現の自由が想定する表現に含まれると推論できると言えるであろうか。また、このような表現は、一定の属性を社会から排除または従属的地位におくことを真の意図としているという意味では政治的言論ともいえる。かつ

33 申恵丰『国際人権法』（2013年）463頁以下。

34 申・前掲（『国際人権法』）464頁。

てナチス政権によるユダヤ人迫害も強固な政策として行われたのであり、これも政治的言論に含まれる可能性がある。けれども、人を社会から排除することを訴える表現をも民主主義社会は許容すると言い切れるであろうか。もし、このような言論も許容されるとするならば、その効果としての一定の集団・人々の排除をも許容することになってしまうのではなかろうか。それは、表現の自由と民主主義の堅守の名目の下に、表現の自由は暴力と化し、最終的に民主主義を否定するという逆説的な帰結となるであろう。

Ⅲ 人種差別と名誉毀損の交錯と相違

1 判例によると、条約である人種差別撤廃条約に関する日本の裁判所の取り扱いは、直接適用を認めるのではなく、間接適用される。条約は国内法としてそのまま効力を有するのであるから、場合によっては条約規定の直接適用も可能であるほか、条約の主旨を国内法の解釈・適用の指針としてあるいは解釈・適用の補強として反映させるという間接適用の手法も当然用いるとされる³⁵。判例は、人種差別は不法行為としての名誉毀損の有無を判断するための一基準であると解している。このような解釈は、京都地裁判決が、侮辱的表現により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条に基づき損害賠償を命じることができると判示していることから、人種差別そのものだけでは不法行為に当たらないということが明らかになった。人種差別と名誉毀損の連関は、個人の損害を検討するレベルではあまり問題にならないが、人種差別が、——特定個人の問題としての——個人の損害を超えた害を生じさせていることを看過させてしまうおそれがある。けれども人種差別が具体的な個人に向けられていない場合に、個人が密かにこ

35 申・前掲（『人権条約の現代的展開』）403頁。

ここで悪口を言う場合と、公共の場で拡声器などを使って怒鳴りながら侮辱的表現をする場合とで同じであると言い切れるであろうか。つまり、人種差別に当たるような侮辱的表現に何ら害悪（＝社会的侵害性）はないといえるのであろうか。確かに、現行法の解釈に忠実に従うならば、損害を被る客体を特定できなければ不法行為を認定できないということも理解できないわけではない。けれども、京都地裁判決が「一定の集団に属する者への賠償金の支払を命じるようなことは、不法行為に関する民法の解釈を逸脱しているといわざるを得ず、新たな立法なしに行うことはできない」と判示していることを幾分積極的に解釈するならば、人種差別に当たるような侮辱的表現に何ら害悪がないとはいっていないとも理解することができる。条約の直接適用を認めない裁判所の姿勢からして、このような表現行為に明確な害悪はあるものの、これを国内法上規制する法律がない、その限りでは人種差別は不法行為の一基準と理解せざるを得ないといっていることができる。本判例は、人種差別の直接適用の問題についてこれ以上のことを判示しているわけではないものの、「新たな立法なしに行うことはできない」との判示から推察すると、属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱を本質とする表現行為と民法又は刑法上の処罰対象としている表現行為とでは、毀損する利益が異なるのであり、前者に何らの利益侵害・危殆化がないということを意味するのではなく、これを規制する立法があれば処罰することができることを示唆している。このことを反映するガイドラインとして、人種差別撤廃条約4条aとbをあげることができる³⁶。いずれも締約国に対して一定の立法措置を講じることを求めて

36 人種差別撤廃条約4条

(a)「人種の優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の扇動、いかなる人種若しくは皮膚の色若しくは種族的出身を異にする人の集団に対するものであるかを問わずすべての暴力行為又はその行為の扇動及び人種主義に基づく活動に対する資金援助を含むいかなる援助の提供も、法律で処罰すべき犯罪であることを宣言すること。」

いる。この点、日本政府はこれらの条文について留保しているが、本判決との関連からすると、留保し続けることの妥当性が問われることになる³⁷。しかも、このことから、本判決では、具体的な個人を特定できなければ不法行為に当たらないとしつつも、表現が人種差別に当たる場合、このような表現行為は単に個人に対する名誉毀損とは異なる問題を有していることをも示唆している。ここに京都地裁判決の特色を見いだすことができる。

2 京都地裁判決への評価を前提にして一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現によって生じる損害とその行為の社会的侵害性を考えると、まず想起すべきことは、損害賠償を認めることだけでは個人の問題しか救済できていないということである。単に個人の問題、つまり名誉毀損の問題に還元してしまうと、なぜ、ヘイト・スピーチをするの

(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。」

これらの条文について日本政府が留保を付す理由として、次のように説明されている。「これらは、様々な場面における様々な態様の行為を含む非常に広い概念ですので、そのすべてを刑罰法規をもって規制することについては、憲法の保障する集会、結社、表現の自由等を不当に制約することにならないか、文明評論、政治評論等の正当な言論を不当に萎縮させることにならないか、また、これらの概念を刑罰法規の構成要件として用いることについては、刑罰の対象となる行為とそうでないものとの境界がはっきりせず、罪刑法定主義に反することにならないかなどについて極めて慎重に検討する必要があります。我が国では、現行法上、名誉毀損や侮辱等具体的な法益侵害又はその侵害の危険性のある行為は、処罰の対象になっていますが、この条約第4条の定める処罰立法義務を不足なく履行することは以上の諸点等に照らし、憲法上の問題を生じるおそれがあります。このため、我が国としては憲法と抵触しない限度において、第4条の義務を履行する旨留保を付することにしましたものです。

なお、この規定に関しては、1996年6月現在、日本のほか、米国及びスイスが留保を付しており、英国、フランス等が解釈宣言を行っています。」(外務省ホームページ<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/top.html>)。

37 参照、東澤靖「憲法と国際人権法」法律時報84巻5号8頁

か、なぜ属性を示して侮辱するのか、そしてそれによってどのような利益が侵害・危殆化されるのかという問題は明らかにされないままとなってしまう。極端に言えば、具体的被害者がいないからそもそも損害がないという考えも出てきてしまう。それであれば、人種差別を認定したにもかかわらず、ヘイト・スピーチの侵害性を十分に評価したとは言い難い。「〇〇人は日本から出て行け。〇〇人を殺せ。」とのヘイト・スピーチの発するメタ・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法の下の平等の問題としてヘイト・スピーチを把握する必要が出てくる³⁸。特定の個人的被害者の名誉が保護されたとしても、誹謗の対象となる属性によって特徴づけられる集団の構成員の法の下の平等は保護されず、従属的地位におかれたままである。つまり、個人の尊厳の問題だけに収斂することのできない集団としての尊厳の問題を認識しなければいけない³⁹。ヘイト・スピーチが集団そのものに対する攻撃であることに照らして、集団に対する攻撃が最終的に当該集団に属する全ての個人の格下げに至る。このような格下げの経験は、純粹個人として経験するのではなく、同じ属性を有する人々が集団として経験する。このことに単なる名誉毀損とは異なるヘイト・スピーチ——人種差別撤廃条約では、「人種差別」——の特徴を見つけることができる。

確かに個人の問題に限定して個人を救済することができたとしても、問題となるヘイト・スピーチのメタ・メッセージを無視するならば、「名誉毀損はいけませんが、差別は規制の対象外」という誤ったメッセージを社会に送ることになってしまいかねず、同じことが繰り返される社会的素地を

38 参照、馬場里美「マイノリティの保護」法律時報84巻5号60頁。

39 参照、広中俊雄「主題（個人の尊厳と人間の尊厳）に関するおぼえがき」広中俊雄責任編集『民法研究』4号（2004年）59頁以下。

形成してしまうと同時に、思いもよらぬ市民の規範意識を生させてしまいかねない。これについて市川は、「少数者集団を侮辱数表現についても、侮辱的表現の前提とされている主張について言論で対向することができる」としつつ、「ただ、特にひどい侮辱的表現によって少数者集団に属する人の名誉感情が著しく傷つけられる場合には、言論で対抗しても心のいたでは簡単にいえない」として、「差別的表現も他の表現と同様、例外的にどうしても必要な場合にだけ必要な限りで制約されるにすぎず、また、明確性の原則も妥当する。⁴⁰⁾と述べる。ここで市川的前提は少数者集団に属する個人とその名誉感情の保護にあるが、これをヘイト・スピーチの問題に結びつけたとき、対抗言論が成り立つそもそもの人的前提条件がどのようなものなのか明確にする必要がある。また、単に個々人の名誉感情という感情レベルの問題にのみ還元されるのか問題が残る。感情のレベルの問題であれば、「不快」という混同されるおそれも否定できない。

3 日本政府は人種差別撤廃条約の批准に際して同条約4条 (a) と (b) を留保している。このような事情も影響してなのか、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する公での攻撃的な侮辱的表現、つまりヘイト・スピーチに対する立法は行われていない。留保の内容は、条約第4条 (a) 及び (b) の規定の適用に当たり、4条に「世界人権宣言に具現された原則及び次条に明示的に定める権利に十分な考慮を払って」と規定してあることに留意し、日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行するとあるので、表現が一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられたものである場合、また、公の場において攻撃的な態様で行われる場合に限定して規制する場合には表現の自由との抵触は生じないのではなかろう

40 市川正人「人種差別撤廃条約と差別的表現の規制」法学セミナー504号84頁。

(龍法 '14) 47-1, 48 (48)

かり。このことについて申は、「この留保は、4条 (a)・(b) を全く履行しないという趣旨ではないはずであるところ、これらの規定を国内でどのように実施していくべきかという議論は、これまで全くと言っていいほどなされてこなかった。」と批判しており、寺谷は、日本政府の留保に関連させて、「集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度では義務を履行するとするものなので、国内法の判断として他の権利と両立すると認定している本判決の論理からすれば、4条に基づく違反も認定できたと思われる。⁴²⁾」と指摘する。

また、立法することが不可能であれば、名誉毀損の解釈基準として「人種差別」を適用する場合に、同条約6条「締約国は、……あらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を当該裁判所に求める権利を確保する。」という規定に対応して、同条約4条 (a) 及び (b) の主旨を含意しながらすることも可能ではなからうか。とりわけ刑法であれば、刑230条及び231条の「名誉毀損」の解釈の場面に於いて問題になる。しかしながら、日本政府が同条約4条 (a) 及び (b) を留保している現状はこれらの条項の適用の可能性を困難にしているのは確かである。その例として、先の京都地裁民事裁判判決にかかる刑事裁判において被告人らに侮辱罪ならび威力業務妨害罪が適用され、有罪とされた。民事判決では被告人らの特に表現行為の内容が人種差別撤廃条約の人種差別に当たり、これに基づき不法行為が認定された。これに対して、刑事裁判では、「被害者らの業務が現実には妨害されたのみならず、被害者とその間に抱いた恐怖心や屈辱感は大いなものとうかがわれ、その結果にも重いものがあり、被害者が強い被害感情を示しているのはもっともである。そうであるのに、被告人らは、公判廷でも本件各行為は正当であった

41 申・前掲(『国際人権法』)466頁。

42 寺谷・前掲293頁。

と述べるなど反省が見られない。」と量刑の理由について判示しているが、しかしここには人種差別撤廃条約の適用の跡はまったく見えない。日本政府は、国連の人種差別撤廃委員会において、人種差別的動機の刑法上の取扱いについて、「人種主義的動機は、我が国の刑事裁判手続において、動機の悪質性として適切に立証しており、裁判所において量刑上考慮されているものと認識している。⁴³⁾」と報告しているが、判決文を見る限り、人種差別に関連する事項が量刑判断要素として考慮されていないといわざるをえない⁴⁴⁾。

4 このような実務の現状に照らして、別の方法も模索する必要がある。日本の法制度においては、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現が行われたとしても刑法上または民法上の「名誉毀損」の解釈基準としてこれらの条文における人種差別を適用することはできない。あくまで個人に対する侵害が認定されなければならない。集団に向けて行われる侮辱的表現が、個人ではなく、まさに集団に対する攻撃であることに照らすと、その攻撃による被害は個人としてではなく、集団として経験することになる。一個人からすると、自己の属する集団に対する蔑みが問題になっていることからすると、自己の属性とこれによって形成される集団を理由にして攻撃されるわけであるから、個人が被害を経験すると同時に他の構成員も同じ被害を経験することになる。このことは、ヘイト・スピーチが集団の蔑みと否定を意味することを証左する。国連人種差別撤廃委員会一般的勧告³⁵⁾では、人種差別撤廃条約4条の機能として、「人種主義的ヘイトスピーチは、人権原則の確信である人間の尊厳と平等を否定し、個人や特定の集団の社会的評価を貶めるべく、他者に向けられる形態のスピーチとして、国際社会が避難しているのだということを強調する機能で

43 人種差別撤廃条約 第7回・第8回・第9回政府報告（仮訳）平成25年1月。

44 最決平24年2月23日LEX/DB【文献番号】25480570

ある。⁴⁵⁾」ことを示している。このことに照らしても、ヘイト・スピーチが集団に対する蔑みと否定であるとすれば、これによる個人的被害しか問題にしないのは、ヘイト・スピーチの問題を個人的な名誉毀損の問題に法的加工によって矮小化させることになる⁴⁶⁾。

このことを回避する方途としてどのようなものがあるだろうか。先の札幌地裁判決は、憲法14条1項が私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうると判示している。名誉毀損が個人の人格権から導出される名誉の問題であるのに対して、ヘイト・スピーチが集団への攻撃を真の特徴であると解すると、後者は、個人の人權の尊重を超えて、集団としての人權の尊重の問題であり、まさに法の下の平等として位置づけることができる。思うに、法の下の平等の問題としての「人種差別」表現ないしヘイト・スピーチと個人の人格権の問題としての「名誉毀損」を区別しつつ、これらをヨコの関係とタテの関係として理解するべきではなかろうか。Rawlsによると、平等について、財の分配の平等と、社会的地位に関わりなく払われなければならない尊敬に関する平等に区別されるのに関心を向け、後者について、これは基底的な平等であるとし、「この平等は正義の第一原理によって、そして相互尊重の義務のような自然本性的な義務によって、明確に規定される。すなわち、この平等は道徳的人格としての人間 (human beings) に帰せられるのである。⁴⁷⁾」と説示する。Rawlsの正義

45 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, CERD/C/GC/35 (Combating racist hate speech). 日本語訳として『知ってほしい——ヘイトスピーチについて』(2014年) 19頁。

46 この場合もやはり、損害賠償を認めることだけでは個人の問題しか救済できていない。単に個人の問題 (= 名誉毀損の問題) に還元されるだけでは、なぜヘイト・スピーチをするのか、なぜ属性を示して侮辱するのか、という問題は明らかにされないままと言わざるをえない。そのためヘイト・スピーチの侵害性を評価したとは言い難い。

47 Rawls, supra n. 5, at 447. Vgl. Jürgen Sirsch, Die Regulierung von Hassrede in liberalen Demokratien, in: Jörg Meibauer (Hg.), Hassrede/Hate Speech, 2013, S.165.

の二原理のうち第一原理とは、「各人は、平等な基本的諸自由のもっとも広範な制度枠組みに対する権利を保持すべきである。」ということの内容とするが、ここで平等とは、それが享受可能な権利として個人に還元される前提として、人々が個人たる以前に道徳的人格たる人間 (human beings) として、相互に尊重されなければならないのである。例えば、「人間」であるということを経験特性として選び出し、その条件を満たす人々に対して平等な正義を付与するのである。このことは、人種差別撤廃条約においても個人に対する差別と同時に、または個人の前提である「人間」であることの否定、つまり人種差別撤廃のための実際的な措置をとることが目的とされている。人種差別が社会におけるマイノリティに向けられる現実を見ると、ここでは特定の属性によって特徴づけられる集団に対する攻撃を本質としていることが明白である。この被害は、個人としてではなく、同じ集団に属する全ての人々が不可避免的にしかも自己の意思にかかわらず共有せざるを得ないのであるから、これは集団的経験として被害を受けることになる。

ヘイト・スピーチが一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられており、それが攻撃対象となる集団を二級市民へと貶める真のメッセージを発することから、まさに憲14条が規定する法の下での平等の侵害が私人間で生じていると理解した場合、ここでの侵害の中身に照らして、憲法14条から（私人間における）「社会的平等」という利益が導き出される。二級市民へと貶められ、二級市民としてのスティグマが押され、それが社会的に常態化した場合、スティグマを押された集団の構成員は、自己の有する属性だけによって社会的に評価も決定されてしまう。自分だけでは変更し得ない又は与り知らないことによって決定されてしまうおそれがある。これによって社会的に従属的地位に貶められる。このような決定は集団そのものに対してなされることから、単に個人の問題としてだけで把握すると問題を見誤る。一人の優れた個人が社会進出を果たしたとしても、他の構

(龍法 '14) 47 - 1, 52 (52)

成員にとっては未解決のままである。個人の問題に収斂させる見方は問題の本質を隠蔽させることになる。もっといえば、なぜ、蔑まれた集団に属する人々だけが、いわば「普通」になるために他の社会の人々よりも2倍・3倍の努力をしなければいけないのであろうか。この集団に属する構成員は生存のために「普通」になるように努力しなければいけないと思うであろうし、また同じ構成員である家族などからそのように教育されるであろう。ここで深刻な問題は、二級市民と蔑まれた人々は、その生活している社会において自らを価値の低い・劣った存在と自己評価することを社会的に強いられることである。これは、最初のところで紹介したRawlsのいう自尊が喪失させられた状態をさす⁴⁸。自尊とは単に「感情」という内心的要素だけにとどまらない。まさに人にとって最も重要な「基本財」なのである。これは法的に保護すべき利益といえる。それゆえ単なる主観的事柄として軽視することは決してしてはならない。自尊を喪失させられた人々は自らを価値の低い・劣った存在と自己評価し、果てに自己の存在の価値を否定することに追いやられることにもなりかねない。ヘイト・スピーチは、ある属性によって特徴づけられる集団を社会において二級市民へと貶める側面と、その構成員が社会で生存していく際の自尊を喪失させる側面をもっている。

以上のことから、憲14条はヘイト・スピーチに対する「名誉毀損」の解釈基準として適用することは現行法上可能と言うべきではなかろうか。このことにより、刑法上、名誉侵害犯が親告罪であることに照らして、例えば、攻撃された集団に属する構成員による集団告訴の可能性や、民法上、これらの構成員を被害者とする提訴のための理論的可能性が開けるのではなかろうか。

ヘイト・スピーチは、重大な社会侵害性を有する表現行為である。社会は、これを民主主義の根本的基盤として、つまり権利の行使として是認す

48 Id. at 386.

るのであろうか。社会的平等という概念は、憲法以外の他の法領域において、ヘイト・スピーチ規制する際の法的利益として設定することができる。

5 最後に、ヘイト・スピーチは人種に基づく暴力犯罪の前段階として把握する必要がある。現にドイツでは、国家社会主義地下組織(Nationalsozialistischer Untergrund (NSU))のメンバーらが過去10年の間に人種差別的意図での10人の殺害、重大な放火テロ組織の構成員として関与したとの嫌疑で2013年5月6日よりミュンヘン上級裁判所で刑事裁判の審理が開始された⁴⁹。ヘイト・スピーチは単に言葉による悪口にとどまらない⁵⁰。師岡は、「ヘイト・スピーチは、マイノリティへの悪意を社会に充満

49 参照、田中聖香「差別を超えるには——ドイツに見る厳しい法規と根深い極右思想」WEBRONZA (2014年1月29日) (<http://webronza.asahi.com/global/2014012800004.html>)。

50 櫻によれば、「日本で実際に問題となる差別的表現は、投書、落書きやインターネットによる掲示板への書き込みといったものが多いようである(125)。これらの内容の悪質さは別として、これらの差別的表現は、米国のヘイト・スピーチの事例とは随分と趣を異にする。米国においてヘイト・スピーチを規制できると考えられるのは、そうした言論が暴力・暴動を惹起し平穏を害する場合か、歴史的経緯からしてある象徴的言論が真の脅迫や身体的暴力に該当すると評価できる場合であった。一方、日本における投書、落書きやインターネットなどにある差別的表現は、米国の事例のように、暴力・暴動を引き起こし平穏を害すると言えるのであろうか、また歴史的経緯から言って真の脅迫や身体的暴力と評価できるのであろうか。また差別的表現による暴動の惹起は、具体的危険を生じているのであろうか。本来であればこれらについても綿密な検証を要するが、少なくとも現時点では、日本の差別的表現がこのような性格を持つものとはわかに肯定できないように思われる。また仮に肯定できるとしても、規制が合憲であるためには立法事実の存在が必要であるから、差別的表現が暴力・暴動の惹起を生むこと、または脅迫・暴力に当たることにかんする立法事実の存在が示されなければならない。そうでなければ、差別的表現に対する規制が正当化されるために、暴動惹起などとは全く別の立法事実の存在が必要である。差別的表現の規制に賛成する場合、これらについての説明が求められよう。」(櫻透「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」専修法学論集96号(2006年)102頁以下)、と述べており、この指摘自体はまさにその通りであるが、しかし、近年の日本における定住外国人

させ、マイノリティへの暴力、極端な場合には他民族虐殺へ戦争へも導くものであり、平等・平和・有効をめざす社会を破壊する点で『社会的に不正かつ危険』⁵¹⁾と指摘する。師岡の指摘は、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⁵²⁾、そのことで一定の集団に対する蔑視感ないし敵対感を醸成し、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⁵³⁾、しかもそれが軽視されるおそれがあることに警笛を鳴らしており、まさに正鵠を得ている。

ヘイト・スピーチが蔓延する社会では、攻撃対象となる集団に対する無意識の蔑みが広まることにより、同時に人権の享有主体であることを社会的に否定してしまい、このことに対する社会的批判も弱化するおそれがある。ヘイト・スピーチの先にある人種差別に基づく暴力犯罪は、まさに被害客体となる人々を「二級市民・人間以下」と見なし、「人」として尊重

を標的にしたデモの状況に照らして、アメリカとは事情が異なり、規制立法を必要とする事実はないと未だに言えるであろうか。参照、横田耕一「『差別表現』についてどう考えるべきか」法学セミナー475号59頁。

51 師岡・前掲57頁。

52 ここで蓄積という用語を用いたことで、ヘイト・スピーチ規制をドイツの環境刑法における蓄積犯・累積犯(Kumulationsdelikte)のように、共犯関係にない独立した個別の軽微な害の蓄積の結果として重大な法益侵害を惹起させる行為として理解されるかもしれないが、必ずしもそうではない。環境汚染行為では、環境法益に対する軽微な汚染行為の蓄積と、最終的な環境法益の侵害結果という関係において同一の法益の問題であるが、本稿では、ヘイト・スピーチを社会的平等に対する毀損の問題として把握している。ヘイト・スピーチについて当該侮辱的表現行為をそれ自体として処罰に値するものとして評価すべきである。ヘイト・スピーチによる侵害・危険の本質は社会的平等であるのに対して、将来の侵害は生命や身体などの法益に対する侵害であり、両者はそれぞれ別の法益の侵害ないし危険を惹起している。それゆえ、ヘイト・スピーチでは、将来の重大な害を想定して個別の軽微な侵害行為の蓄積をもって処罰根拠するのではない。将来の法益侵害は、経験的な見地からは、自然犯によると理解してよい。これについてはそれ自体として処罰すれば十分である。

53 参照、岩下慶一「ヘイトスピーチがヘイトクライムになる前に」WEBRONZA(2013年12月28日)(<http://webronza.asahi.com/global/2013122800001.html>)。

しないどころか、人として扱わないことを前提にして行われる。その意味でも、ヘイト・スピーチは、単に「不快」、「聞いていて気分が悪くなる」、「腹が立つ」という個人的な不快感情や気持ちのレベルの問題ではない⁵⁴。そうだとすると、路上喫煙取締に係る都道府県レベルの条例の規制根拠と同じである。そうではない。まさに人間としての生存にかかわる深刻な問題として受け止める必要がある。

54 参照、松井茂記『マス・メディア法入門』（第5版）（2008年）167頁以下。松井は、「いかに気持ちを傷つけられたからといって、それだけで表現に責任を負わせることは、表現の自由を大きく制約する」と指摘するが、ヘイト・スピーチの表層だけを捉えた場合には、感情や気持ちのレベルの問題として理解されてしまう。