

# ヘイトスピーチ規制の保護法益と人間の尊厳

櫻庭 総

〈目次〉

- I. はじめに
- II. ヘイトスピーチ規制論における「人間の尊厳」の諸相
- III. ヘイトスピーチ規制の保護法益
- IV. おわりに

## I. はじめに

ヘイトスピーチの法規制に関して、その保護法益が問題となる（なお、憲法学では規制に値するヘイトスピーチの「害悪」が論じられるが、本稿ではこれを「保護法益」の問題に統一して扱う）。何らの法益侵害結果またはその危険も発生させない行為を法規制することは許されない。加えて、どのような法規制の手法が望ましいかを検討するうえでも、対象行為がもたらす侵害法益の性質を明らかにする必要がある。したがって、法益論は、単に法規制を正当化するだけでなく、その規制の在り方を検討する資料としても重要な役割を果たす<sup>1)</sup>。

たとえば、ヘイトスピーチが面前で直接なされるところに規制すべき害悪を見出す場合、粗暴犯型の犯罪と類似した規制が考えられる一方、インターネット上の表現は規制対象とすべきではないという結論になろう。これに対して、ヘイトスピーチがマイノリティ集団の安全に生活できる環境を破壊するところにその害悪を見出す場合、面前での口頭表現よりも持続性、拡散性のあるインターネット上の表現を規制する適切な方法が模索されるべきことになろう。ヘイトスピーチの適切な規制の在り方を検討する前提として、そ

1) 近年の法益論に関する研究としては、嘉門優『法益論』（成文堂、2019年）など参照。

の保護法益を検討することは重要である。

近年、我が国ではヘイトスピーチ規制の保護法益として人間の尊厳に言及する見解が多くみられるようになってきている。ただし、「人間の尊厳」の意味するところは論者によって異なり、複数の内容が一つの概念に詰め込まれている場合もあるように思われる。もしそのような状況にあるのだとすれば、ヘイトスピーチが「人間の尊厳」を侵害する点でコンセンサスがあるように見えても、具体的な規制の在り方を議論する共通の土台が形成されているとは言い難い。

そこで、本稿では、ヘイトスピーチ規制の文脈において「人間の尊厳」概念の下で主張されている内容を整理し、それらのうち保護法益として適切なものが何かを検討し、より具体化することで、今後の法規制の在り方に関する議論の一助を提供したい。

以下では、まず、ヘイトスピーチ規制論で言及される「人間の尊厳」概念を整理し、それらが異なる諸相から成り立っていることを明らかにする(Ⅱ.)。次に、それらの諸相のうち、ヘイトスピーチ規制の保護法益として適切なものが何かを整理し、その実体をより具体的に把握したうえで、最後に、それに相応しい規制の在り方について若干の検討を行う(Ⅲ.)。

## Ⅱ. ヘイトスピーチ規制論における「人間の尊厳」の諸相

### 1. 人間の尊厳の諸相

#### (1) 精神的苦痛と尊厳の侵害

ヘイトスピーチの害悪に関しては、Mari Matsudaによる、「芯からの恐怖と動機、呼吸困難、悪夢、PTSD(心的外傷ストレス障害)、過度の精神緊張(高血圧)、精神疾患、自死にまで至る精神的な症状と感情的な苦痛」を被害者は経験するとの一節が頻繁に引用される<sup>2)</sup>。

---

2) 梶原健佑「表現の自由の原理論」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地』(日本評論社、2020年)185頁参照。

師岡康子や曾我部真裕は、こうした精神的苦痛を尊厳（に関わるもの）の侵害ととらえる<sup>3)</sup>。その狙いとしては、ヘイトスピーチが単なる不快表現ないし名誉感情を害する表現ではないことを主張することにあると思われる<sup>4)</sup>。

## (2) ドイツ語圏のヘイトスピーチ規制における人間の尊厳

ドイツにおけるヘイトスピーチ規制法としては刑法130条の民衆扇動罪がある。同条の規制する行為類型は複数あるが、その第1項2号に「人間の尊厳への攻撃〔die Menschenwürde anderer … angreift〕」要件が規定されている。判例・通説によれば、「その攻撃が単に個人の人格権（たとえば名誉）に向けられているだけでなく、その人間の人格の中核に向けられており、その結果としてその者が平等原則を無視され、価値の低い存在とみなされ、共同体内での生存権が否定されている場合」に限って人間の尊厳への攻撃要件が該当するとされる<sup>5)</sup>。

これを参照し、楠本孝は、集団に対する粗暴な侮辱を人間の尊厳に対する罪として構成することがふさわしいとする<sup>6)</sup>。その狙いとしては、ヘイトスピーチが現行刑法の名誉毀損罪・侮辱罪といった名誉に対する罪とは異なる、

3) 師岡康子『ヘイトスピーチとは何か』（岩波書店、2013年）151頁は、「マイノリティの尊厳を傷つけ」るものと表現し、曾我部真裕「ヘイトスピーチと表現の自由」論究ジュリスト14号（2015年）155頁は、「これらの被害は、単なる名誉感情の問題だと見るべきではなく、人間の尊厳に関わるものである」とする。

4) 「まずヘイト・スピーチは、単なる『悪い』『不人気』『不適切』『不快』な表現ではないことを確認したい。脅迫や名誉毀損が他人の人権を侵害して許されないのと同様、ヘイト・スピーチは人権を侵害する表現であり、許してはならないものである。」師岡・前掲注3）151頁。「感情侵害と言っても、これは基調報告の中で申し上げたことですが、精神医学や心理学において、かなり実証的に被害が明らかにされてきているところがあって、これは法的な議論にも恐らく影響はあるのではないのでしょうか。従来、単なる感情の侵害と言われていたようなものを保護していくことはあり得るのではないかと思います。」座談会「表現の自由」論究ジュリスト14号（2015年）169頁〔曾我部真裕発言〕。

5) *Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder StBG 29. Aufl. 2014. § 130 . Rn. 6.

6) 楠本孝「集団侮辱罪と民衆扇動罪」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報2号（2012年）50頁以下参照。

より重大な罪質を有しており、立法論による解決が必要である点を示すことにあると思われる<sup>7)</sup>。

なお、楠本は、スイス刑法の人種差別に関する規定である261条bisの人間の尊厳概念にも言及し、人間の尊厳概念を「共同体内での普通の成員としての（あるいは同権的・同価値的）地位」として把握する点でドイツ刑法130条の解釈と通底するものがあるとする<sup>8)</sup>。

また、金尚均は、民衆扇動罪における人間の尊厳への攻撃要件を参照しつつ、そもそもすべての法は人間の尊厳を保護することを根本理念として創造されているはずであるから、人間の尊厳の保障というだけでは不十分であり、ヘイトスピーチの有害性は、「同じ人間を人間としてみないこと、対等かつ平等な社会の構成員であることを否定すること、そしてそれにより社会のマイノリティに属する人々の社会参加の機会を阻害するところにある」とする<sup>9)</sup>。

### (3) 承認されるべき社会的地位としての尊厳

Jeremy Waldronはヘイトスピーチの害悪を論じるにあたり「尊厳 [Dignity]」に着目する<sup>10)</sup>。我が国でもWaldronのこの見解に注目が集まっている<sup>11)</sup>。

そこでWaldronが問題とする「尊厳」とは、社会の成員が「周りの他者と

7) 同43頁参照。

8) 楠本孝「ヘイトスピーチ刑事規制法の保護法益」徳田靖之ほか編『刑事法と歴史的価値とその交錯』（法律文化社、2016年）807頁参照。

9) 金尚均『差別表現の法的規制』（法律文化社、2017年）21頁以下参照。

10) Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012. 邦訳としてジェレミー・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）。以下では訳語は邦訳に依り、適宜、原語を〔 〕で挿入している。

11) 遠藤比呂通「尊厳とヘイト」法律時報92巻12号（2020年）103頁以下、宮下萌「保護法益から再考するヘイトスピーチ規制法」*Law and Practice* 13号（2019年）193頁以下、桧垣伸次「ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察」（法律文化社、2017年）201頁以下、小泉良幸「表現の自由の『変容』」公報研究78号（2016年）100頁以下、楠本・前掲注8）799頁以下など。

ともに、公共の場所で、通りで、商店で、仕事場で、何ごともなく普通に交流し、社会の保護と関心の当然の対象として——ほかの誰とも同じように——取り扱われる」という「基本的な社会的地位〔social standing〕」のことを指す<sup>12)</sup>。この基本的な社会的地位は、「他人による敵意、暴力、差別、あるいは排除に直面する必要はないという安心〔assurance〕」によって確証される。この安心は、日ごろ何気なく享受しているときは特段に意識されていないが、きれいな空気や水のように、生活に必要な不可欠な「公共財〔public good〕」である。ヘイトスピーチはこの公共財を傷つけ、標的とされた人々の尊厳を傷つける<sup>13)</sup>。Waldronはこのような意味でヘイトスピーチが尊厳を侵害するのだと述べる。

#### (4) 憲法上の規定

ヘイトスピーチ規制の正当性を憲法上の根拠規定に求めるときに「人間の尊厳」に言及される場合もある。

近藤敦は、憲法13条の個人の尊厳が人間の尊厳を保障しているとの通説的理解を引き合いに出し、「人間の尊厳という保護法益を侵害する表現は、公共の福祉に反し、表現の自由の濫用として制約されうる」とする<sup>14)</sup>。

金は、「戦争の本質が人間の尊厳の否定であるとするれば、ターゲットとなった集団の人々が社会的および法的に排除される」点で、「ヘイト・スピーチはまさに人間の尊厳の否定である」とし、「日本国憲法において、人間の尊厳は憲法9条において保護されている」とする<sup>15)</sup>。その狙いとしては、ヘイトスピーチの名誉毀損とは異なる側面を際立たせるため、名誉を含む人格的利益の根拠規定とされる13条とは異なる規定からその規制根拠を示すことにあると思われる<sup>16)</sup>。

12) See Waldron, note 10, at 5. ウォルドロン・前掲注10) 6頁。

13) See *ibid.*, at 4. 同5頁。

14) 近藤敦「ヘイトスピーチ規制の課題と展望」移民政策研究9号(2017年)9頁。

15) 金・前掲注9) 208頁以下。

16) 「日本では、名誉という法益が憲法13条の個人の尊重から導き出されたと理解されることから、憲法13条に人間の尊厳が内在されているとするのは問題がないとはいえない。

## 2. 学説の整理

### (1) 多義的な「人間の尊厳」概念

このように、ヘイトスピーチ規制を論じるなかで人間の尊厳に言及する学説は少なくないが、その文脈や具体的内容はさまざまである。

さらに、論者によっては人間の尊厳に複数の意味合いを持たせているものも見受けられる。例えば、Matsudaの主張する「精神的苦痛」とWaldronの主張する「承認されるべき社会的地位」は明らかに異なる内容であるように思われるが、これらをともに「人間の尊厳」の内容として一括りに論じているように見受けられる見解<sup>17)</sup>や、両者を人間の尊厳の主観的側面と客観的側面に区別したうえで、「ヘイトスピーチ規制の保護法益としての人間の尊厳概念は、『共同体内での普通の成員としての（あるいは同権的・同価値的）地位』という客観的側面に加えて、それが粗暴な表現によって否定される体験に伴う心的外傷から保護される権利という主観的側面を捨象してこれを把握することはできないように思われる」とする見解もある<sup>18)</sup>。

「人間の尊厳」概念に統一的な理解がないとすれば、仮にヘイトスピーチ規制の保護法益が人間の尊厳であるとの理解が多数説であったとしても、生産的な議論は生まれにくいであろう。規制一般の正当化が争点となるいわば総論段階ではコンセンサスがあるように見えながらも、そこから各論的にどのような態様のヘイトスピーチを規制すべきであるか、また、どのような規制手段によることが望ましいかを検討する段階では、その論者の依拠する「人間の尊厳」概念により見解の相違が明らかになると思われるからである。

### (2) 新たな概念の必要性

では、こうした状況を改善すべきであるとするれば、どのような検討が必要であろうか。

---

……人間の尊厳概念に独自の意義を求めるためには、憲法13条とは別の条文に根拠を見出すべきであろう。」金・前掲注9) 208頁。

17) 近藤・前掲注14) 9頁参照。

18) 楠本・前掲注8) 808頁。

一つには、「人間の尊厳」概念を精緻化し、各論的検討にも資する共通概念を形成することが考えられよう。しかし、この試みは相当に困難が伴うように思われる。というのも、我が国の法律では既に30余りの法律で「尊厳」の語が用いられているが、その意味するところは自己決定であったり、身体の不可侵性であったりと、法律によって異なっており、「日本の法律では『尊厳』がかなり多義的に用いられているため、これをそのまま保護法益として理解することは立法論・解釈論として不適切である」と指摘されているからである<sup>19)</sup>。加えて、ヘイトスピーチ規制の保護法益に関する文脈でも、「人間の尊厳」概念自体が曖昧な表現であること等から、「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」との指摘もみられる<sup>20)</sup>。

したがって、人間の尊厳に関して主張されたさまざまな諸相に共通する統一的な概念を模索するよりも、それらの諸相についてそのヘイトスピーチ規制の保護法益としての適性を個別に検討するほうが有益であろう。その検討を通じて、場合によってはヘイトスピーチ規制の保護法益を示すものとして人間の尊厳以外のより適切な概念を与えることも考えられてよい。

### Ⅲ. ヘイトスピーチ規制の保護法益

#### 1. 精神的苦痛

##### (1) 法益と解することへの批判

Matsudaの主張する精神的苦痛は、ヘイトスピーチが相手の主観面に与える作用が単なる不快感にとどまらないものであることを示すものであるが、それを規制の保護法益と解することに対しては批判が加えられている。

19) 高山佳奈子「将来世代の法益と人間の尊厳」岩瀬徹・中森喜彦・西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開（上）』（信山社，2014年）20頁。

20) 宮下・前掲注11) 209頁。

宮下萌は、「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……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」と指摘する<sup>21)</sup>。

Waldronもまた、ヘイトスピーチ規制の根拠を不快感からの保護に求めるべきではないとするが、さらに、単なる不快感に解消されないものであっても感情一般を規制根拠とすべきではないとする。たしかに英米法の領域で感情的な苦痛に対する損害賠償を認めるような諸原理は存在するが、しかし、そのような諸原理はヘイトスピーチ規制の文脈では、まぎらわしい雑音でしかない。しかもそれは、ヘイトスピーチ規制に反対する立場から、「頼みもしないのに持ち込まれた雑音」であるとする<sup>22)</sup>。つまり主観的側面を規制の根拠とすることは、それがどれほど耐え難いものであっても、むしろ規制を批判する口実として用いられてしまうために、控えるべきであるというのである。

もちろんWaldronもヘイトスピーチの対象とされたマイノリティ集団の成員が心理的に深く傷つき、ショックを受けることを否定しない。むしろ、「憤慨、不快感、屈辱、信じられないという思い、鋭い居心地の悪さをとまなう自己意識、脅迫の認識、恥辱、怒り、自分の世界がひっくり返されてしまったという感覚、胸が悪くなるようなわかりきった感覚（『ああ、またか』）、さらなる攻撃か、それよりもっと悪いことが起きるのではという懸念」といった「ありとあらゆる思考や感情を経験するだろう」ことを認める。しかし、だからこそ、「これらの荒れ狂ういくつもの感情からなる全体の中で、立法的関心にふさわしくない感情を、ふさわしい感情から……切り分けることができないか試してみようとして、細かくより分けたり選んだりし始めることは、困難であるだろうし、場合によっては不毛で無神経だと思

---

21) 宮下・前掲注11) 203頁。

22) See Waldron, note 10, at 111. ウォルドロン・前掲注10) 131頁。なお、アメリカの不法行為言論における故意による精神的苦痛の惹起 (Intentional Infliction of Emotional Distress) については、梶原健佑「Tortious Speech (不法行為言論)の憲法学・序説 (上・下)」山口経済学雑誌61巻1号 (2012年)93頁以下、61巻2号 (2012年)181頁以下が詳しい。

われることもあるだろう」とし、そのような感情の区別が不可能である点をとらえて規制に反対する論者から批判されることになる懸念しているのである<sup>23)</sup>。

## (2) 検討

宮下やWaldronの指摘するように、ヘイトスピーチがその対象とされた人々にさまざまな精神的苦痛をもたらすことは事実であるが、それを保護法益と解すべきか、つまり規制根拠として用いるべきかは別の問題である。とりわけ、主観的側面を規制根拠とすることは、むしろヘイトスピーチ規制の正当化を困難にするとのWaldronの指摘は傾聴に値する。

また、精神的苦痛に着目する論者は、それが単なる不快感情ではないことを強調するため、PTSDなどを引き合いに出すが、これはヘイトスピーチに特有の害悪とは言い難く、それを規制の保護法益とすべきではないように思われる。PTSDの発症などによる精神的機能障害は、すでに傷害罪の適用領域であり<sup>24)</sup>、当該表現により被害者にPTSDの発症したことが証明された場合にのみヘイトスピーチは可罰的であるとするのは、ヘイトスピーチに対する新たな規制の導入に積極的な論者の意図するところではないであろう。

したがって、ヘイトスピーチ規制論において、人間の尊厳の一つの諸相として言及されてきた精神的苦痛は、これを保護法益と解すべきではない。

## 2. ドイツ刑法における人間の尊厳

前述したように、ドイツ語圏のヘイトスピーチ規制における人間の尊厳概念が、我が国でヘイトスピーチ規制の保護法益を人間の尊厳と解すべき論拠として参照されている。我が国の解釈論における関連性の高さに鑑み、ここではドイツ刑法に限って検討する。

23) See Waldron, note 10, at 113.ウォルドロン・前掲注10) 134頁。

24) この問題に関する近年の詳細な研究として、藪中悠『人の精神の刑法的保護』(弘文堂、2019年)も参照。

### (1) 民衆扇動罪における「人間の尊厳への攻撃」要件と基本法1条との関係

ドイツ刑法130条の民衆扇動罪に関して、二点ほど確認しておくべきことがある。

第一に、ドイツ法における人間の尊厳といえは、まずは基本法1条1項に規定されるそれが想起されるであろうが<sup>25)</sup>、刑法130条における「人間の尊厳への攻撃」要件は、基本法1条1項の規定とは直接的な関連性を持っていない。

1960年に民衆扇動罪が新設される際、「人間の尊厳への攻撃」要件は、処罰範囲の限定を図るために立法過程の最終段階で挿入されたものである。1960年第六次刑法一部改正法案の立法理由書では、基本法1条1項に規定された人間の尊厳は、たしかに法秩序全体の根本規範ではあるが、実務上その輪郭を明確に特徴づける解釈は定まっておらず、刑法上の構成要件メルクマールとして用いることができるか疑問であるとして、むしろ1957年3月30日の軍刑法31条における人間の尊厳要件が引き合いに出され、この要件に関する判例解釈を利用することで構成要件の明確な限定が可能であることが示されている<sup>26)</sup>。

上記の立法理由書では1957年軍刑法における人間の尊厳要件に関する判例が確立していることが強調されている。なぜ1957年軍刑法の規定に関する判例が60年当時にすでに確立していたかといえは、それは、1957年軍刑法31条の規定がさらに1940年（旧）軍刑法122条を前身規定としており、その時代からの判例実務を参照することができたからである。この点をとらえ、刑法における人間の尊厳を検討したFlorian Knauerは「人間の尊厳の刑法的保護には二つの異なる歴史的ルーツがある」とし、「ひとつには、基本法1条1項の人間の尊厳条項があげられ、これはナチス期の不法へのリアクションとして憲法に規定されたものであり、「もうひとつには、1940年軍刑法122条か

25) ドイツ基本法における人間の尊厳に関しては、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）が詳しい。

26) BT-Drs. 3/1746, S.3. より詳しい立法過程については、櫻庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』（福村出版、2012年）88頁以下参照。

ら借用された、まさにナチス期に遡る尊厳の刑法的保護がある」と指摘している<sup>27)</sup>。

もちろん、そのような経緯があるとしても、民衆扇動罪がナチス期の不法を繰り返さないために導入されたこと自体は疑いえない。また、Knauerも、「ナチス期における刑法上の尊厳保護という歴史的ルーツにもかかわらず、今日は尊厳への攻撃要件について、憲法に裏づけられた尊厳理解を顧慮すべきである」ことは否定しない<sup>28)</sup>。ただし、その一方で、人間の尊厳を刑法上の保護法益と解する場合、それを侵害する犯罪の法定刑が問題となるが、殺人罪よりも軽い法定刑であるとすれば、場合によっては人間の尊厳が生命権よりも優先するとの憲法学との理解と齟齬をきたすことになるとも指摘している<sup>29)</sup>。

## (2) 民衆扇動罪の保護法益

第二に、通説・判例によれば、刑法130条の保護法益は第一に公共の平穏であり、人間の尊厳はせいぜい付随的に保護されるにすぎないと解されている<sup>30)</sup>。

このことは立法過程からも明らかである。「人間の尊厳への攻撃」要件が立法の最終段階にもつばら限定要件として挿入されことは前述したが、そもそも刑法130条に民衆扇動罪を新設する案を最初に示した1950年の第一次刑法一部改正法案では、本罪が侮辱罪よりも高い法定刑で威嚇されるべき理由が、本罪が公共の平穏を危殆化することをもって説明されており<sup>31)</sup>、それゆ

27) Florian Knauer, Der Schutz der Menschenwürde im strafrecht, ZStW 2014, 126 (2), 305ff.

28) Knauer, *a.a.O.*, S. 318.

29) Knauer, *a.a.O.*, S. 322 f.

30) Lackner/Kühl StGB 29. Aufl. 2018. § 130 . Rn. 1. ; Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder StGB 29. Aufl. 2014. § 130 . Rn.1a. ; Schäfer in Münchener Kommentar 3. Aufl. 2017. § 130. Rn. 2-3.

31) 「〔民衆扇動罪法案の〕高い法定刑は、基本法3条1項の基本権に厳粛に規定されているように、あらゆる住民集団が平等であるという意識を公衆に強烈にもたらすべきものである。したがって、規定された住民集団が公衆の中で扇動により攻撃を受けるかまたは品位を貶められる場合、公共の平穏のために高い法定刑をもって処罰されなければならない。」BT-Drs. 1/1307, S. 44.

えに刑法典第7章「公共の秩序に対する罪」に組み入れられたのである。

とはいえ、公共の平穩概念にも問題がないわけではない。従来から学説ではその概念の不明確性やそれを独自の保護法益と解することへの批判は根強く、そのような文脈から民衆扇動罪の保護法益を人間の尊厳とする見解が主張されたのである。たとえば、民衆扇動罪の保護法益を「人間の尊厳」と解する見解の嚆矢であるFranz Strengは、「公共の秩序や公共の平穩は、本来はそれ自体で真の法益とはいえず、(他の) 諸法益の保護を前倒しするための、つまりは究極的には政治目的のための言い換え表現にすぎない」と批判している<sup>32)</sup>。また、近年は、民衆扇動罪の攻撃対象となる集団に属する集合的な人間の尊厳が保護されていることを示すため、Heribert Ostendorfは「量的な人間の尊厳」が保護法益であるとしている<sup>33)</sup>。

しかしながら、人間の尊厳に対しても、公共の平穩概念と同様に、その概念の不明確性や刑法上の独自の保護法益とはなりえないことを理由に、それを刑法の保護法益として認めることには批判が示されている<sup>34)</sup>。Knauerは、人間の尊厳を一律に刑法上の保護法益と認めない見解には反対するが、たしかにそれが保護法益として不明確であるとの批判は考慮に値するとし、また、刑法で規定された複数の人間の尊厳について立法者の統一的な構想も欠けていることから、それぞれの構成要件において限定解釈による対応が必要だとしている<sup>35)</sup>。

したがって、公共の平穩にせよ、人間の尊厳にせよ、民衆扇動罪の保護法益をあらゆる概念としてはなお不十分であり、民衆扇動罪が侵害する固有の法益をより明確に彫琢する概念を模索する必要があるといえる。これに関連して、近年、連邦憲法裁は、いわゆるヴンジーデル決定において刑法130条4項の合憲性を審査するにあたり、公共の平穩概念の限定解釈を図った<sup>36)</sup>。同

32) Franz Streng, in Festschrift für Lackner, 1987, S. 510.

33) Ostendorf, in Nomos Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 130 Rn. 4.

34) Brigitte Kelker, in Festschrift für Puppe, 2011, S. 1687.

35) Knauer, *a.a.O.*, S. 320 ff.

36) BverfGE 124, 300.

決定は、公共の平穏について、それを市民の主観的動揺からの保護等と解することは許されないとし、「平穏な状態の保障という意味で理解された公共の平穏」の保護こそが刑法130条4項の正当な目的であるとする一方、同規定が被害者の尊厳の保護をも意図しているかについては判断を留保している<sup>37)</sup>。

### (3) 検討

以上を踏まえると、ドイツ刑法130条の民衆扇動罪については、人間の尊厳概念はあくまで処罰範囲の限定要件として立法の最終段階で導入されたものであり、それを保護法益と解すべきとの主張は、不明確な法益である公共の平穏概念への代案として提起されてきたことがうかがわれる。その意味で、民衆扇動罪という犯罪類型によって侵害される法益の性質をあらわすものとして、人間の尊厳はやや付随的な位置づけにとどまらざるを得ないように思われる。

これに対して、民衆扇動罪における保護法益の性質として第一に注目すべきは、それが個人的法益を超えたものとして捉えられている点であろう。前述のとおり、このことは本罪が公共の秩序に対する罪の章に組み入れられた経緯からも明らかであり、また、人間の尊厳に着目する見解のなかでも、近年はOstendorfのように量的な人間の尊厳という集合的法益として把握する学説も見受けられる。その意味で、ドイツ刑法はヘイトスピーチの罪質をいわゆる公共危険犯のようにとらえる点では、広く一致が見られるといってい

いだろう。

したがって、ドイツ刑法130条の民衆扇動罪を検討する限り、ヘイトスピーチ規制の保護法益として着目すべきは人間の尊厳よりもその超個人的法益性にあるというべきである。ただし、人間の尊厳を保護法益と解する見解が、判例・通説の採る公共の平穏という法益の抽象性、不明確性を批判して展開されてきたという経緯は看過すべきでない。ヘイトスピーチ規制の保護

37) BverfGE 124, 300 (Rn. 76-79).

法益を社会的法益と解すべきとしても、それを公共の平穏と位置付けるだけでは不十分である。上記のヴァンジーデル決定における公共の平穏概念の限定解釈についても、抽象的な定式化は精緻になされているものの、その基準に基づく刑罰法規の具体的検討は表面的なものにとどまっており、説得力に欠けるとの批判もなされている<sup>38)</sup>。この点については、人間の尊厳論の議論も参照し、ヘイトスピーチ規制の保護法益としての概念をより精緻化する必要がある。

### 3. 承認されるべき社会的地位

#### (1) 社会的地位の承認された環境

前述したとおり、Waldronが問題とする「尊厳」とは、公共財のように社会に存在する「安心」によって確証される「基本的な社会的地位」のことであった。ここでは、Waldronがそのような意味での尊厳に着目する狙いをより正確に理解するため、さらに二点ほど補足しておきたい。

第一に、Waldronは尊厳を（我が国の刑法学でいう）社会的評価のようなものから意識的に区別している。このことは、例えばWaldronが、「尊厳は地位の問題であり……大部分規範的なものである」としたうえで、Stephen Darwallの「『評価的尊敬 [appraisal respect]』（これは、ある人のもつ美德、悪徳、犯罪、見解、業績といったものを人がどう評価するかに応じて変化する）と、『承認的尊敬 [recognition respect]』（これは、人の尊厳にとって根本的であり、変化しない。人々がひどい犯罪を犯したときに彼らがどう扱われるべきかを規制するような場合でさえも、変化はしない）」の区別を引き合いに出し、「ここで私たちが話題にしているのは承認的尊敬のほうである」と述べていることから明らかである<sup>39)</sup>。

したがって、ある人物が表面に身にまわっている社会的評価とは異なり、尊厳は万人に等しく認められるべき基本的な社会的地位である。それは当人

38) Tatjana Hörnle, Anmerkung, JZ 2010, S. 313. 詳細については、櫻庭総「ヘイトスピーチ規制における『公共の平穏』」山口経済学雑誌66巻4号（2017年）357頁以下も参照。

39) See Waldron, note 10, at 85-87. ウォルドロン・前掲注10) 101-102頁。

の属性や行動によって変化するものではない<sup>40)</sup>。

第二に、Waldronは尊厳を公共財ないし環境的な財として把握している。Waldronは口頭での表現よりも文書名誉毀損〔group libel〕による害悪に着目するが、その理由は、「文書名誉毀損が体现する非難はより永続的な形態をとるがゆえに、それは二つのうちでいっそう深刻」であるからであり<sup>41)</sup>、そのような表現物が蓄積することで社会が目に見えるかたちで汚染される側面に焦点をあてるべきだとする<sup>42)</sup>。また、Waldronは別の箇所ではヘイトスピーチのある種の環境破壊的な側面を強調している。すなわち、「ある意味で、私たちがここで語っているのはひとつの環境的な財〔an *environmental good*〕——秩序ある社会の雰囲気〔the *atmosphere of a well-ordered society*〕——についてであり、「同時に、尊敬、尊厳、安心の一定の生態系が維持される仕方について、またその生態系が汚染され（比喩を変えれば）掘り崩される仕方についてでもある」とされる<sup>43)</sup>。

Waldronは、このように保護法益を「環境的な財」ととらえ、大気汚染との類比を示すことで、排気ガス規制の比喩を用いつつ、ヘイトスピーチ規制に明白かつ現在の危険の法理を適用することに疑問を呈している<sup>44)</sup>。

---

40) 元来、高い身分と結びついた観念であった尊厳が、社会の構成員すべてが「高い身分」となることでその普遍化が進行したという、Waldronの「尊厳」の普遍化仮説については、蟻川恒正『尊厳と身分』（岩波書店、2016年）5頁以下が詳しい。

41) See Waldron, note 10, at 45. ウォルドロン・前掲注10) 54頁。

42) See *ibid.*, at 65. 同76頁。

43) See *ibid.*, at 96. 同114頁。

44) 「何百万という行為のささやかな影響力——そのひとつひとつは、それだけを取り出せば明らかに取るに足りない——が、大規模な有害な効果を作り出すことがありうる。その効果は、大規模な水準で見た場合ですら、ある種のゆっくりと効いてくる毒のように、気づかれない間に進行するものなのだ。そこでこうした効果を防ぐための規制は、そうした規模の大きさと、そうした因果の速度とを念頭におきながら、個々の行為を狙いにせざるをえないのである。帰結主義の立場に立つ道徳哲学では、この種の規模、この種の速度で働くこの種の因果性を考慮に入れることによって、絶大な進歩が達成されてきている。それなのに、修正第一条にかかわる領域では社会的危害についてのもっと古臭いもっと粗野なモデルが支配的であり続けていることは奇妙であり、当惑を覚えさせる」。See Waldron, note 10, at 97. ウォルドロン・前掲注10) 115頁以下。

## (2) 人間の尊厳の社会的承認

現行刑法における名誉に対する罪の保護法益は事実的名誉である社会的評価（外部的名誉）と解するのが判例・通説の立場であるが、平川宗信は、そうではなく社会的名誉を社会的情報環境に対する名誉主体の地位・状態ととらえ直すべきであるとし、さらには、主観的名誉は保護法益と解するべきではないが、普遍的名誉である人間の尊厳は名誉に対する罪の保護法益であると主張する<sup>45)</sup>。平川の見解は、Waldronの尊厳のとらえ方と共通する点があるように思われるため、ここでは人間の尊厳に関する部分を中心にその内容を確認したい。

平川によれば、「人間の尊厳は、万人に等しく認められている人間的価値の承認すなわち名誉」であり、人間の尊厳という規範的概念それ自体ではなく、「より正確に言えば、『人間の尊厳な状態』すなわち『人間の尊厳が尊重・保持されている状態』」が普遍的名誉であり、これは事実的名誉に属するものだとされる<sup>46)</sup>。そのうえで、事実的名誉のうち、社会的名誉が名誉毀損罪の保護法益であり、普遍的名誉が侮辱罪の普遍的名誉であるとされる<sup>47)</sup>。

したがって、平川によれば、普遍的名誉たる人間の尊厳な状態を害するのが侮辱表現ということになるが、その典型が差別的表現だとされる。すなわち、「弁護士に対して『三百代言』といい、医者に対して『藪医者』といい、学者に対して『無能』というのも、侮辱にあたることになる」が「これは、権威・対面・エリート意識等を刑法で保護するもので、適当でなく、「差別語で呼んだり、動物にたとえたりして他人の人間としての価値を否定する差別的表現が、侮辱にあたりと解すべきである」とされる<sup>48)</sup>。

ここから平川はさらに立法論に踏み込み、大規模集団に対するヘイトスピーチを集団侮辱罪として犯罪化することも可能であるとする。現行の名誉毀損罪・侮辱罪は大規模集団に向けられた表現について該当しないと解する

45) 平川宗信『名誉毀損と表現の自由』（有斐閣、1983年）13頁以下参照。

46) 同14頁。

47) 同164頁。

48) 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）236頁。

のが通説であるが、「集団に対する差別的名誉毀損・侮辱は、これを集団構成員の人間の尊厳の否定に還元してとらえることが可能であり、すなわち、「これらの行為は、集団に対する侮辱を通じて間接的に構成員の人間の尊厳を侵害する行為としてとらえられる」からであるとされる<sup>49)</sup>。

もっとも、平川説の「人間の尊厳」概念に対して批判が呈されたことから、その後、平川は次のように旧説を若干修正している。現代において名誉は、憲法13条を基礎としなければならず、「憲法13条は、人間の尊厳を守るために人間を個人として尊重し、その見地から個人が自由に自己の独自性・個性を発展させて幸福を追求することを保障し、それゆえに名誉を保護していると解される」<sup>50)</sup>。したがって、「社会的名誉すなわち社会による承認・評価には、……人間としての尊厳の社会による承認と、個人の独自性・個性に基づく価値の社会による承認とを考慮することができ」、「前者は普遍的な社会的名誉（普遍的社会的名誉）、後者は個別的な社会的名誉（個別的社会的名誉）ということができ」<sup>51)</sup>。この観点から、「旧稿以来『普遍的名誉』としてきた『人間の尊厳な状態』を、このような『人間の尊厳の社会による承認』すなわち『普遍的社会的名誉』としてとらえ直し、「名誉に対する罪の保護法益を社会的名誉（広義の社会的名誉）として統一的にとらえた上で、名誉毀損罪（刑法230条）の保護法益を個別的社会的名誉（狭義の社会的名誉）、侮辱罪（刑法231条）の保護法益を普遍的社会的名誉ととらえる考え方を、改めて提唱したい」とされる<sup>52)</sup>。

平川の旧説に対する批判の一つに、「人間の尊厳」は事実的概念ではなく規範的概念で侮辱されて失われるものではないとの指摘があったが、平川は修正説の立場からこれに次のように答えている。「人間の尊厳の社会的承認」は社会的事実であり、「人間としての尊厳に関わる社会的情報状態が侮辱罪の保護法益としての普遍的社会的名誉である」とし、「このように解す

49) 同271頁。

50) 平川宗信『憲法的刑法学の展開』（有斐閣、2014年）265頁。

51) 同266頁。

52) 同上。

るならば、侮辱罪の保護法益は『人間の尊厳』自体とは区別された具体的な社会的事実になり、これに対しては旧説に対する批判は当たらない」とされる<sup>53)</sup>。

### (3) 検討

これまで確認したように、Waldronの所説と平川のそれは、ヘイトスピーチ規制の保護法益に関する人間の尊厳について、承認されるべき社会的地位との関係から理解する点で基本的な一致があるように思われる。そのうえで、両者のより具体的な共通点と違いを明らかにしておきたい。

第一に、両者とも人間の尊厳を、個々人により千差万別の社会的評価とは異なる、万人に平等に認められる地位ないし状態であると捉えている。

第二に、両者とも人間の尊厳を、その人をとりまく環境ないし公共財として捉えている。したがって、表現が直接、面前でなされることよりも、それが公然と社会に流布することに規制の力点が置かれることになる<sup>54)</sup>。

ただし、ヘイトスピーチ規制の保護法益を規範的な概念として捉えているか、事実的な概念として捉えているかについては、Waldronと平川との間に見解の相違があるように思われる。Waldronは、保護法益を規範的な概念である地位それ自体ととらえており、その地位が社会の多数人から承認されることで維持される公共財であると理解しているように見える。これに対して平川は、意識的に保護法益を人間の尊厳とは区別された社会的事実としての「社会的情報状態」と解する。

保護法益としてはどちらの理解も成り立ちうるように思われる。もっとも、平川説については、かつて自説が規範的な概念を採用しているとの批判を受けたことや、自身の見解としても『『人間の尊厳』……そのものは、理念

53) 同271頁。

54) Waldronについては前掲注41参照。平川も、「事実を摘示せずに人間の尊厳を否定する差別的言動は少なくないし、面前でなくても公然と表現・情報流布がされることで人間としての尊厳に関する社会的情報状態は害されるから、私見は、事実の摘示と面前性を要件とせず公然性を要件とする現行の侮辱罪の規定とも良く適合する」とする。平川・前掲注50) 271-272頁。

的・観念的なもの……にすぎず、刑法の保護法益と見ることは妥当でなく、その「尊重を求める権利（尊重請求権）」として規範的にとらえること〔も〕、保護法益を規範化・観念化するもので、妥当ではない」との立場であることが事実的概念を採用する理由であると思われる。したがって、我が国の刑法解釈として検討する場合は、平川説のような捉え方がより適切であるといえるかもしれない。

#### 4. 平穏生活権および平穏生活環境

##### (1) 人間の尊厳の内実：社会的地位の承認状態

これまで「人間の尊厳」概念のもとで主張されてきた保護法益の諸相について検討してきたが、その内容は次のようにまとめることができる。

第一に、精神的苦痛に焦点をあてる見解に関しては、単なる不快感情を保護法益とすべきでないとする点では正当であるが、一方では主観的要素を保護法益と解すること自体に問題があり、他方ではその客観的側面を強調すると傷害罪における保護法益に解消されるため、これを採用することはできない。

第二に、ドイツ刑法130条の民衆扇動罪における「人間の尊厳」を保護法益として参照する見解に関しては、同罪の保護法益としては社会的法益と解すべきであるが、公共の平穏という抽象的で不明確な法益による正当化を回避しようとする点で正当な側面を有しており、さらなる具体化が必要である。

第三に、承認されるべき社会的地位に着目する見解は、主観的要素を保護法益と解さない点で正当であり、保護法益としての「人間の尊厳」を万人に等しく承認されるべき地位という観点から具体化するアプローチであるといえる。ただし、社会的地位という規範的概念それ自体ではなく、そのような地位が承認された社会的情報状態を法益と解するほうが我が国の法解釈とは親和的である。

それゆえ、これまで人間の尊厳に関して主張されてきた、ヘイトスピーチ

規制の保護法益は、「他者と同様に扱われる社会的地位が承認されている状態」と解することができる。これをさしあたり「社会的地位の承認状態」と呼ぶことにする。

問題は、この法益の性質をどのように把握するかである。人間の尊厳は個人的法益であると解するのが多くの論者の採るところであろうが、これに関連して、宮下は、Waldronのいう「承認としての尊厳」につき、「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」と指摘している。すなわち、「『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」という<sup>55)</sup>。

たしかに、Waldronの見解では、ヘイトスピーチの侵害法益につき、個人的法益と思われる側面と、社会的法益と思われる側面の両面をうかがうことができる。尊厳の内実である「承認されるべき社会的地位」は、各人の有する個人的法益と解することができる一方で、それは誰もが享受しうる共有財であるともされ、環境との類比から説明されていることから、社会的法益と解する余地も十分にあるように思われる。

平川の見解では、集団侮辱罪はあくまで集団構成員個々人の人間の尊厳(普遍的社会的名誉)を侵害するとの捉え方であることから、その保護法益は個人的法益と解されている。ただし、Waldronの見解について検討したように、そのような普遍的社会的名誉の集合体を公共財ないし情報環境として把握すれば、社会的法益ととらえ直すことも不可能ではないように思われる。

## (2) 個人的法益としての側面：平穩生活権

55) 宮下・前掲注11) 208-209頁。

「社会的地位の承認状態」について、その個人的法益の側面を敷衍すると、我が国ではいわゆる「平穏生活権」にその帰着点を見出すことができる。

近年、ヘイトデモの差止め事案について平穏生活権を引き合いに出す裁判例が注目される。横浜地川崎支決平成28・6・2判時2296号14頁は、「何人も、生活の基盤としての住居において平穏に生活して人格を形成しつつ、自由に活動することによって、その品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から評価を獲得するのであり、これらの住居において平穏に生活する権利、自由に活動する権利、名誉、信用を保有する権利は、憲法一三条に由来する人格権として、強く保護され、また、本邦に適法に居住する者に等しく保障されるものである」とし、その人格権の前提としての「専ら本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として差別され、本邦の地域社会から排除されることのない権利」に言及したうえで、「差別的言動解消法2条に該当する差別的言動は、上記の住居において平穏に生活する人格権に対する違法な侵害行為に当たるものとして不法行為を構成すると解される」とした。

ここで言及されている生活平穏権を検討するにあたり、民法学の立場から、人間の尊厳を引き合いに出して同権利の要保護性を論じる見解もみられる。すなわち、「人間の尊厳は、人の権利享受の前提であり、法的地位の基盤となるものであるから、人として尊厳ある生活（環境）は、人の社会的生存条件（＝尊厳ある生を維持するために必要な社会的環境）の一つと言え」、また、「人間の尊厳を否定するヘイトスピーチは、人間の生活に不可欠な人間の生物的・社会的生存条件（環境）を侵害するものであるから、たとえそれが集団に向けられたものであったとしても、そこに属する個人の人格権を侵害するおそれのあるものとして（＝現実化すれば絶対権の侵害となる）平穏生活権侵害の問題として捉えうる」という<sup>56)</sup>。

もっとも、ヘイトスピーチが平穏生活権を侵害するとの構成に対しては、

---

56) 若林三奈「集団に対する差別的言動と不法行為——人間の尊厳と平穏生活権」法律時報93巻2号（2021年）98頁以下。

その因果関係に関して疑問が呈されている。たとえば、「ムスリムへの差別を声高に主張する書籍が発売されたことをもって個々の信者の平穩に生活する権利が直ちに害されたと理解すること」は困難であり、「特定人に向けられていないヘイトスピーチの規制を個人的法益を理由にして正当化するには、両者を適切に繋ぐだけの因果関係について論理の補強が必要」とされる<sup>57)</sup>。これに対して、ヘイトスピーチは「絶対権の侵害であるから、たとえそれが直接に特定個人の人格に向けられたものではなく、その個人が属する集団に向けられたものであっても、因果関係を補充・拡張し、特定個人の『平穩生活権侵害』として保護することが必要ではなからうか<sup>58)</sup>」との主張もありうる。しかし、前掲横浜地裁川崎支決の事例のような特定地域でのヘイトデモによる当該地域住民の平穩生活権侵害は格別、上記見解が例示していたような書籍やインターネット上での特定人に向けられていないヘイトスピーチについて、たとえばそのターゲットとなった集団に属する構成員全員の平穩生活権侵害が認められるかは疑わしいように思われる。

### (3) 社会的法益としての側面：平穩生活環境

「社会的地位の承認状態」については、その社会的法益の側面にこそ、注目すべき点があるように思われる。

社会的法益といっても個人的法益と無関係なわけではない。騒乱罪や放火罪などの公共危険犯について、判例は騒乱罪の保護法益を公共の静謐または平穩と解する<sup>59)</sup>のに対して、学説は公共の平穩が曖昧な法益であり、処罰範囲の不明確性を招くことを懸念し、不特定または多数の人の生命、身体または財産に対する危険犯だと解するのが一般的である<sup>60)</sup>。

57) 梶原・前掲注2) 186頁。

58) 若林・前掲注56) 99頁。

59) 最判昭和35・12・8刑集14巻13号1818頁。

60) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）366頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（有斐閣、2018年）310頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第5班〕』（成文堂、2018年）335頁など参照。なお、個人的法益への還元を徹底する見解として、原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂、1991年）232頁以下参照。

ドイツ刑法の民衆扇動罪が「公共の秩序に対する罪」の章に規定され、その保護法益が（個人的法益ではなく）公共の平穏とされるのも、同様の視点に立脚していると思われる。もちろん、前述したように、それを「公共の平穏」という批判のある概念で定義することには問題があり、より明確な概念が模索されるべきである。ヘイトスピーチの侵害法益について、Waldronがその公共財としての側面を強調していたように、ヘイトスピーチが向けられた大規模集団に属する不特定多数人の「社会的地位の承認状態」が脅かされていると見るべきではないだろうか。これは、そのような社会的情報状態の集合体としての社会的法益として、「平穏生活環境」と呼びうるかもしれない。

しかし、このアプローチにも問題がないわけではない。たとえば、ヘイトスピーチを公共危険犯のように位置づける場合、おそらく抽象的危険犯として構成されるであろうところ、その場合、「法益侵害的な『結果』による限定が働かないために、刑法の明確性原則を満たすために、具体的危険犯として構成する場合以上に、いわゆる法益侵害的な『行為』をより限定することが求められることになるが、その一方で「行為」による限定を図ると、「加害者らがこの構成要件をかいくぐる新たな差別行為を探し出し、この新たな差別行為をもって適法行為だと喧伝する」という別の問題が生じるとの指摘がある<sup>61)</sup>。

このような問題を回避するため、結果犯ないし具体的危険犯として構成する方向も考えられないではないが、その場合、当該行為に起因する法益侵害結果または危険の発生をどのように認定するかは相当の困難が伴うように思われる。これに対して、Waldronは、前述の通り、ヘイトスピーチの害悪につき環境との類比を用いることで、規制にあたって明白かつ現在の危険の発生を必ずしも要しないのではないかと反論する。環境刑法における、いわゆる蓄積犯の構成に相応するものといえよう。傾聴すべき視点であるが、我が

61) 内田博文「刑事法および憲法と差別事件」法学セミナー編集部編『ヘイトスピーチに立ち向かう』（日本評論社、2019年）103頁。

国では実際の環境規制は各種行政規制が中心となっており、刑事規制の領域でそのような因果関係ない危険発生の認定の緩和を認めてよいかは、なお慎重を要するように思われる。

#### (4) 規制の在り方

ヘイトスピーチ規制の保護法益として言及されてきた「人間の尊厳」の諸相を整理し検討した結果、その保護法益は（ややこねない表現ではあるが）「社会的地位の承認状態」というべきものであり、それを個人的法益の側面からは「平穏生活権」と捉えられ、社会的法益の側面からは「平穏生活環境」と捉えられることを論じた。

このように保護法益を整理してみると、その性質に応じた規制手段を検討することが可能となるように思われる。

個人的法益である「平穏生活権」に依拠するアプローチは、ヘイトスピーチの向けられた集団に属する個人が民事救済を求める場合に有益であるといえよう。裁判実務は、大規模集団に向けられた差別的言動につき名誉毀損を理由とする損害賠償を求めた事案において、原告ら個々人の社会的評価が低下したとはいえないとする<sup>62)</sup>。平穏生活権侵害を理由とするアプローチは、大規模集団に向けられたヘイトスピーチに対する民事規制の新たな可能性を開くものといえる。

もっとも、個人の平穏生活権の侵害は、前述の横浜地川崎支決の事案のように、特定地域でのヘイトデモなど限定された状況下でなければ認められにくいようにも思われる。特定の地域におけるヘイトデモは、そこでのヘイトスピーチの攻撃対象はあくまで大規模集団であって特定人に向けられたものでないため、その規模や影響等を考慮してその地域に住む当該集団構成員の平穏生活権を侵害するものであることが認定される必要がある。ただし、横浜地川崎支決についても、差止めを認めた結論の妥当性は格別、権利の確定の在り方には問題が残るとの指摘もある<sup>63)</sup>。

62) 東京地判平成17・2・24判例タイムズ1186号175頁。

63) 奈須祐治「判批」平成28年度重要判例解説17頁。

なお、川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動を禁止しており（12条）、違反者への間接罰を規定している（23条）が、そこでは「居住する地域において平穏に生活する権利」が保護法益であるとされる<sup>64)</sup>。本条で禁止される不当な差別的言動は、公共の場所において拡声器等を手段とするものに限定されていることから、やはり特定の地域におけるヘイトデモが主として想定されているように思われる。

これに対して、社会的法益である「平穏生活環境」に着目するアプローチは、個人的法益の側面に着目するアプローチでは規制が困難であると思われる。書籍やインターネット上の表現など、まさに不特定多数への拡散力の強いメディアを通じた形態でのヘイトスピーチを規制対象とすべきことになる。また、社会的法益の侵害に対しては、民事による救済が困難であるところ、刑事による規制がよりふさわしいように思われる。

しかしながら、刑事規制の対象とする場合、前述したように、罪刑法定主義の内容である明確性原則および内容適正原則から、その処罰範囲は限定されたものとならざるを得ない。平穏生活環境が侵害ないし危殆化されることが明らかな極めて悪質な態様のヘイトスピーチに限定されることになろう。Waldronはヘイトスピーチを環境汚染にたとえ、それ単独では軽微な行為であっても規制すべきことを主張したが、刑事規制を主として検討する限り、公害罪法のような限定された規制とならざるを得ない。大気汚染防止法や水質汚濁防止法では排出基準、排水基準違反に対する直罰が規定されているが、ヘイトスピーチではそのような「基準値」を設定し、実際に測定することはより困難であるように思われる。

したがって、平穏生活環境を保護するためには、刑事罰を想定しない行政規制を活用することが考えられよう。行政規制といっても様々な手法がありうるところであるが、近年は諸外国における人権委員会による和解・調停による解決が注目されている<sup>65)</sup>。

64) 「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」解釈指針（2020年3月）35頁。

65) 奈須祐治『ヘイト・スピーチ法の比較研究』（信山社、2019年）514頁参照。

#### IV. おわりに

従来、法学におけるヘイトスピーチ規制論においては、その形態が過激で執拗なものであっても現行法で規制することが困難であることから、そのような悪質な街宣による現在進行形の被害を早急に防止するという切実な問題意識のもと、規制の正当化根拠としてヘイトスピーチの侵害性・害悪を強調することに力点が置かれてきたように思われる。

これに対して、法学以外の領域ではヘイトスピーチのさまざまな効果や暴力性についての検討がなされている<sup>66)</sup>。これは直接的な害悪よりも、より根深い社会を汚染する害悪を概念化する試みであるといえる。本稿がヘイトスピーチ規制における人間の尊厳の諸相を整理するなかで導き出した平穏生活環境の侵害という捉え方も、そのような試みの一つといえるかもしれない。これは直接的な見えやすい害悪とは異なるため、従来の民刑事の枠組みでは対応が困難であるが、だからといって放置すべきではない害悪である。そのためにも諸外国の人権委員会による調停などを参照し、より適切な新たなアプローチを検討すべきである。

ヘイトスピーチと一口に言っても、その規模や形態などにより被害は異なる。本稿では、人間の尊厳に言及する見解の検討を通じて、ヘイトスピーチ規制の保護法益を「社会的地位の承認状態」と整理し、それをさらに個人的法益の側面からは「平穏生活権」、社会的法益の側面からは「平穏生活環境」としてさらに区別したうえで、民事規制、刑事規制および行政規制それぞれに相応しい法益のとらえ方があることを指摘した。このような視点から、ヘ

66) Galtungの構造的暴力概念を参照し、ヘイトスピーチにおけるそのような側面を分析するものとして、坪井雅史「構造的暴力としてのヘイト・スピーチ」飯野勝己・樋口浩造編著『暴力をめぐる哲学』（晃洋書房、2019年）188頁以下、本稿でも取り上げたWaldronを参照してヘイトスピーチを「場所への暴力」として提示してみせるものとして、飯野勝己「ひとつの暴力、いくつもの暴力」同書217頁以下。van Dijkの知見を参照し、マイノリティに直接向けられる表現ではなく、日常会話において小声で囁き合われるような差別的言動もまたヘイトスピーチの一形態であるとし、そこでの差別の（再）生産過程に着目するものとして、大塚生子「日常会話における差別の（再）生産について」大阪工業大学紀要64巻2号（2020年）37頁以下。

イトスピーチに対する多元的、俯瞰的な規制の全体像を念頭においた法政策が可能になる。もっとも、本稿では基本的な方向性を示すにとどまり、より具体的な規制の在り方については今後の課題である。

※本稿はJSPS科研費JP19K01347の助成による成果の一部である。