

論説

ヘイトスピーチの「害悪」 ——「受け手」の視点から——

2022 年 4 月入学

澤田公平

I. 序

II. 「音」と「言論」

III. 本判決

1 ヘイトスピーチの「害悪」

2 事実

(1) 概要

(2) 本件条例の内容

(3) 本件条例制定の経緯

3 判決の内容

(1) 判旨

(2) 整理

4 問題提起

(1) 私見

(2) 本判決の解釈

5 社会という「受け手」

6 再考

IV. 結

I. 序

本稿は、大阪市ヘイトスピーチ条例事件最

高裁判決¹⁾（以下「本判決」）を分析することを直接の目的とする。分析の方法としては、表現の「受け手」²⁾に定位した視点を採る。これにより、大阪市ヘイトスピーチ条例³⁾（以下「本件条例」）の立法事実となった「害悪」を具体的に特定することを目指す。これまで学説においても顧みられることは少なかったものの——表現のプロセスにおいて「受け手」の存在は不可欠であり、「害悪」の発生メカニズムを解明することに役立つと考える。

本稿の構成は以下の通りである。まず、解釈論の前提となる「受け手」像について敷衍する（II）。ここでは、「囚われの聴衆」の議論を手掛かりに、「受け手」の性質を検討する。次に、本判決を紹介し、本件条例の解釈を試み、本判決の分析を行う（III）。最後に、本稿の意義と課題をまとめる（IV）。

II. 「音」と「言論」

管見の限り、表現の「受け手」に注目した議論は多いとはいえない⁴⁾。そんな中、「囚われの聴衆」に関する議論は、「受け手」の解釈論を展開する上で手掛かりとなる分析概念を提供する点で、参照する価値があると考え

1) 最判令和4年2月15日民集76巻2号190頁。

2) 本稿では、「受け手」に鍵括弧を付けることとする。表現に対して中立的な者と、表現を強制的に受領させられている者をどちらも単に受け手とすることは、後者の苦境を切り捨てることになりかねないためである。この用語法は、蟻川恒正「表現の自由」法時72巻11号88頁、91頁（2000）の問題意識を承けたものである。

3) 大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例（平成28年大阪市条例第1号）。

4) 「受け手」に定位した表現の自由の解釈論が必要だとする見解として、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて 奥平憲法学の継承と展開』121頁、172-173頁（日本評論社、2009）を参照。

える⁵⁾。「囚われの聴衆」の議論は、「受け手」がどのような権利を主張して表現を拒絶しようとするのかという問題について論じており、その成果は、「受け手」に拒絶する意思がある場合という元の文脈を離れて、「害悪」の発生メカニズムの構想を具体的に提示する点で、「受け手」に／から生じる「害悪」を理由にした表現規制を検討する上でも有用だと考える。

「囚われの聴衆」とは、「交通機関の車内での広告放送など、その場に居合わせた公衆が聞くことを余儀なくされる場合」における「公衆」の立場を指すとされる⁶⁾。この概念は、判例上は、大阪市営地下鉄事件最高裁判決⁷⁾の伊藤正己補足意見に見られるように、プライバシー権の文脈で捉えられている。伊藤正己補足意見の構造は以下の通りである（以下傍点は筆者によるもの）。

まず、本件で問題になっているのが、「聞きたくない音を聞かない自由」だとし、これを（広義の）プライバシー権と捉えて、それが法的な利益であると位置づけている。

私は、個人が他者から自己の欲しない刺激によつて心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができると考えており、聞きたくない音を聞かされることは、このような心の静穏を侵害することになると考えている。このような利益が法的に保護を受ける利益としてどの程度に強固なものかについては問題があるとしても、現代社会においてそれを法的な利益とみることを妨げないのである。

そして、「聞きたくない音を聞かない自由」が保護されるかについては、対立する他の利益との衡量によって決せられるとされる。

さらに、「囚われの聴衆」（補足意見の中では「とらわれの聞き手」とされる）について検討している。長くなるが検討箇所を全て引

用する（以下の傍点も筆者による）。

問題は、本件商業宣伝放送が公共の場所ではあるが、地下鉄の車内という乗客にとつて目的地に到達するため利用せざるをえない交通機関のなかでの放送であり、これを聞くことを事実上強制されるという事実をどう考えるかという点である。これが「とらわれの聞き手」といわれる問題である。

人が公共の交通機関を利用するときは、もとよりその意思に基づいて利用するのであり、また他の手段によって目的地に到達することも不可能ではないから、選択の自由が全くないわけではない。しかし、人は通常その交通機関を利用せざるをえないのであり、その利用をしている間に利用をやめるときには目的を達成することができない。比喩的表現であるが、その者は「とらわれ」た状態におかれているといえよう。そこで車内放送が行われるときには、その音は必然的に乗客の耳に達するのであり、それが乗客にとつて聞きたくない音量や内容のものであつてもこれから逃れることができず、せいぜいその者にとつてできるだけそれを聞かないよう努力することが残されているにすぎない。したがつて、實際上このような「とらわれの聞き手」ととつてその音を聞くことが強制されていると考えられよう。およそ表現の自由が憲法上強い保障を受けるのは、受け手が多くの表現のうちから自由に特定の表現を選んで受けとることができ、また受けとりたくない表現を自己の意思で受けとることを拒むことのできる場を前提としていると考えられる（「思想表現の自由市場」といわれるのがそれである。）。したがつて、特定の表現のみが受け手に強制的に伝達されるところでは表現の自由の保障は典型的に機能するものではなく、その制約をうける範囲が大きいとされざるをえない。

5) 以下の「囚われの聴衆」の議論は、「音」と「言論」の区別という本稿の中心的な対概念を含めて、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障 (1)』105頁（日本評論社、1994）に依拠している。

6) 高橋和之ほか編『法律学小辞典（第5版）』1025頁（有斐閣、2016）。

7) 最判昭和63年12月20日判時1302号94頁。

本件商業宣伝放送が憲法上の表現の自由の保障をうけるものであるかどうかには問題があるが、これを経済的自由の行使とみるときはもとより、表現の自由の行使とみるとしても、右にみたように、一般の表現行為と異なる評価をうけると解される。もとより、このように解するからといって、「とらわれの聞き手」への情報の伝達がプライバシーの利益に劣るものとして直ちに違法な侵害行為と判断されるものではない。しかし、このような聞き手の状況はプライバシーの利益との調整を考える場合に考慮される一つの要素となるというべきであり、本件の放送が一般の公共の場所においてプライバシーの侵害に当たらないとしても、それが本件のような「とらわれの聞き手」に対しては異なる評価をうけることもありうるのである。

結論としては、「とらわれの聞き手」であることを考慮しても、本件では上告人のプライバシーの侵害は受忍限度を超えたものではないとした。

以上に示した通り、伊藤正己補足意見の構造は、「聞きたくない音を聞かない自由」の侵害が受忍限度を超えるものか否かを検討する際の考慮要素の一つとして、「とらわれの聞き手」という状況にあることが挙げられている、というものと解される。この構造においては、「囚われの聴衆」の問題も、「思想の自由市場」への言及があるものの、結局は、心の静穏が乱されるという意味で（広義の）プライバシー権の問題だと捉えられている。この認識では、「表現」の強制的受領という側面を捉え切れていない。ここで働いている

のは「音」の思考である⁸⁾。「受け手」とされている人にとって自身の心の静穏を乱す「音」は無関心ないし嫌悪の対象であり、「受け手」にされた人と「音」との心理的な距離は遠いのだといえる。

しかしながら、以上のような問題は、「囚われの聴衆」という概念が問題にしてきたものではない。「囚われの聴衆」とは、自律的な個人が政府言論を強制的に受領させられると、政府によるプロパガンダの対象になりかねないという問題意識の下に編み出された概念だった⁹⁾。ここでは、表現によって——強制的に受領させられるという意味で——不当に説得されるおそれがあるという理由で、その表現を排除しようとしているのである。つまり、「音」の思考とは異なり、表現だからこそ、その受領を拒もうとしているのである。ここで働いているのは、「言論」の思考である¹⁰⁾。「受け手」とされている人は、「言論」に耳を傾ける可能性があり、「言論」との関係は中立的であるといえる。

従って、「受け手」の地位は複雑だといえる。表現によって傷つく者という側面と、表現を受け取ることによって自らの行動をより良いものに変える、理性的で自律的な存在という側面がある。

「受け手」は、一方で、望んでもいない表現を受領させられることによって心の静穏を乱されることがあり、比較衡量の枠組みのもと、その拒絶が認められる場合がある。

他方で、「囚われの聴衆」に言論を拒絶する権利が認められるか否かという問題において、思想の自由市場の考え方からすれば表現は多い方がよい¹¹⁾、といった見解が見られるのは、表現の自由の保障根拠を客観的に捉

8) これらの概念（後の「言論」の思考も併せて）は、蟻川恒正の表現を借りたものである（蟻川・前掲注 5）107 頁）。表現であっても「音」として把握されることがあるということについては、（興味がない人にとっての）選挙カーの放送や、目覚ましのアラームに設定した音楽などを想起すればよいだろう。

9) 「囚われの聴衆」(captive audience) の概念は、Pollak 判決 (Public Utilities Commission of District of Columbia v. Pollak, 343 U. S. 451 (1952)) が初出の判決だとされる。そこでダグラス判事は「政府は、公共交通機関のラジオ（もしくはテレビ）を様々な目的のために使う。今日は文化的目的のために使うかもしれないが、明日には政治的目的のために使うかもしれない」(Id., at 468), 「もし人々が他者の意見を聞くことを強制するなら、プロパガンディストに強力な武器を与えることになる」(Id., at 469), 「自由を繁栄させるなら、政府は、いかなるラジオ番組の聴取を人々に強制することも許されてはならない」(Id., at 469) と述べている。

10) この概念の説明は、蟻川・前掲注 5）107 頁を参照。

11) 参照、蟻川・前掲注 5）110-111 頁。紙谷雅子「批判」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I（第 7 版）』44 頁、45 頁（2019）は、「思想の自由市場には、自分の見解と調和的な心地よい意見ではなく、聞き手が戸惑う挑発的な

えるか、主観的に捉えるか、といった違いはあるものの、「受け手」が表現を受領して自律的に判断する能力を有していることを前提にしているように思われる¹²⁾。自律的な「受け手」像と表現規制の関係は両価的である。表現をどう受け取るかについては、個人の自律的な判断に委ねることができるし、委ねるべき、という発想からは、表現を促進させる結果をもたらすといえるが、自律的な判断が困難な場合は表現規制が正当化される¹³⁾。

「受け手」の問題を考えるには、これらのいずれの側面も勘案しなければならない。例えば、プライバシー侵害の判断枠組みでは、プライバシーに係る事実を公表されない法的

利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立するとされる¹⁴⁾。「音」を開かされている者以外の、自律的な「受け手」の存在を考慮しなければならないのである。他方で、「受け手」を説得する余地がないときには、「音」の思考のみが働き、直ちに排除されることになる¹⁵⁾。

Ⅲ. 本判決

1 ヘイトスピーチの「害悪」

ヘイトスピーチ規制については、いかなる

見解を通じて聞き手に再考を促すことこそ保護に値するという哲学が内在しているのであれば、表現の自由の観点から、『とらわれの聴衆』を保護する立論は難しい」とする。以上は思想の自由市場の観点であったが、「受け手」の自律の観点からしても、馴染みがなく、当初は拒絶していた言論こそ、自らの発想を大きく変化させる契機になるということは、経験則としても首肯できるのではないか。

12) 「受け手」という文脈を離れてではあるが、憲法上、個人が自律的な存在として前提されているという見解は、中間団体の破壊を通して理性的で自律的な個人が析出されたという説明を行う樋口陽一に代表させることができる。『近代立憲主義の想定する個人は、ひとことでいえば、強い個人である。みずからの意思によって自己決定する自立した個人が、その結果をみずからにひきうける負担に耐えることが、想定されていたはずである』(樋口陽一『憲法Ⅰ』33頁(青林書院, 1998))。他の論者も、日本国憲法が自律的な個人であるという前提を採用しているとする(芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』56-57頁(有斐閣, 1994))。

13) 「受け手」の自律から表現規制を論じる見解としては、Thomas Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, 1(2) *Philosophy and Public Affairs* 204, (1972) が挙げられる。

スキャンロンは、「ミルの原理」として、

特定の表現行為がなければ生じないような害悪でも、その行為に対する法的規制を正当化するための理由として用いることができないものがある。その害悪とは以下の通りである：

(a) その表現行為の結果、「受け手」たる個人が誤った考えを持つようになるという害悪

(b) 表現行為の結果として生じた害悪のうち、表現行為とそれに続く害のある行為の間に、表現行為が、その行為主体に対し、その行為を行う価値があると信じさせた(もしくは信じる傾向を強めた)というだけのつながりしかない場合の害悪。

という理論を提示する(*Id.* at 212)。ここでは、「受け手」の自律が表現促進的に機能しているといえる。

他方で、混雑した劇場で、嘘で「火事だ」と叫んだ場合など、個人の理性的な行動が期待できない場合には、規制が正当化される(See, *id.* at 220)。また、「受け手」が子どもである場合のように、「受け手」の属性から判断して、理性的な判断が期待できないと考えられる場合も規制が正当化されよう。

なお、「囚われの聴衆」の問題においては、表現の受領強制によって、自律的な判断能力自体が壊されることを問題にする論者がいる(蟻川・前掲注5)112頁)。

14) 長良川事件報道訴訟(最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁)やGoogle事件(最判平成29年1月31日民集71巻1号63頁)(ただし後者は削除の仮処分命令を申し立てた事案)。後者の判決では、原告が児童買春をして逮捕されたという事実は、公共の利害に関する事項といえることを重視している。ここでは「公共」という形で、「受け手」がその事実を知る機会を考慮しているといえる。

15) 特定商取引に関する法律3条の2第2項は、「販売業者又は役務提供事業者は、訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約を締結しない旨の意思を表示した者に対し、当該売買契約又は当該役務提供契約の締結について勧誘をしてはならない」と規定する。これは、契約を締結しない意思を表明した消費者にとっては、もはや勧誘は「音」に変化しており、「言論」の思考が働く余地がないため、勧誘を規制することができる、という説明ができるだろう。なお、このように、私人間で聞きたくない表現を強制的に受領させられているときに規制を正当化する概念として、現在のアメリカの判例において用いられているのが、まさしく「囚われの聴衆」だという(横大道聡『現代国家における表現の自由』343頁(弘文堂, 2013))。

「害悪」を理由に規制が正当化されるかが活発に論じられている。ヘイトスピーチがいかなる「害悪」をもたらすかについては、個人の「受け手」との関係では、ヘイトスピーチの標的たるマイノリティ集団(に属する個人)に直接生じる「害悪」(一次的害悪)と、ヘイトスピーチを受け取った第三者を介して生じる「害悪」(二次的害悪)の二つが挙げられる¹⁶⁾。これらは、「受け手」に生じた「害悪」と、「受け手」から生じる「害悪」である。そして、いずれを立法事実とすることができるか、いずれも可能なのか、といった問題は理論的には解決されていないように思われる。このような状況の中では、本件条例がいずれを立法事実としていると解せるのか、本判決はいずれだとしたのか(あるいはいずれでもないのか)、という問題は検討する価値があると考ええる。そして、「害悪」を分析する上で有用だと考えられるのが、以上で紹介してきた、「音」と「言論」の区別を施した「受け手」論である。

2 事実

(1) 概要

本件は、大阪市の住民が、本件条例が憲法21条1項等に反し、無効であると主張して提起した住民訴訟である。

原告の主張は以下のようなものであった。すなわち、本件条例は、一定の表現をヘイトスピーチ(以下「条例ヘイトスピーチ」)とした上で、これに該当する表現については、ヘイトスピーチと認定した旨及び氏名等を公表し、拡散防止措置を取るというものであるところ、このような条例は憲法21条1項等に反し違憲であり(法令違憲)、また、大阪市内で行われた街宣活動を撮影した動画をインターネット上の動画投稿サイトに投稿した

としてこの投稿者のハンドルネームを公表したことが違憲であるから(適用違憲)、いずれにせよ、大阪市が本件条例に基づいて行った、大阪市ヘイトスピーチ審査会(以下「審査会」)の委員への報酬の支出と、郵便料金の支出も違法となる。

(2) 本件条例の内容¹⁷⁾

本件条例は、理念的な内容に留まらず¹⁸⁾、ヘイトスピーチと認定された個別の表現について、市が具体的な措置を取ることを定めている。本稿の問題関心からは、条例ヘイトスピーチの定義を規定した2条1項と、条例ヘイトスピーチに対する措置について規定した5条1項が特に重要なので、以下で紹介する(以下の条文の引用における傍点は筆者によるもの)。

本件条例2条1項柱書きは、本件条例においてヘイトスピーチとは、以下に示す1号ないし3号のいずれにも該当する表現活動をいう旨を規定する。

- 1 次のいずれかを目的として行われるものであること(ウについては、当該目的が明らかに認められるものであること)
 - ア 人種若しくは民族に係る特定の属性を有する個人又は当該個人により構成される集団(以下「特定人等」という。)を社会から排除すること
 - イ 特定人等の権利又は自由を制限すること
 - ウ 特定人等に対する憎悪若しくは差別の意識又は暴力をあおること
- 2 表現の内容又は表現活動の態様が次のいずれかに該当すること
 - ア 特定人等を相当程度侮蔑し又はひぼう中傷するものであること
 - イ 特定人等(当該特定人等が集団である

16) 例えば、那須祐治『ヘイト・スピーチ法の比較研究』487-490頁(信山社、2019)。

17) 本件条例の条文は、以下のウェブページに掲載されている。大阪市民政局ダイバーシティ推進室人権企画課「「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」の解説及び審査の実例」(2023年4月14日)(<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000437100.html>, 2024年3月14日最終閲覧)。

本文の記述は、本稿の関心から特に重要な条文を取り上げて紹介したものである。

18) 法律レベルでは、ヘイトスピーチ解消法が制定されている。これは個別のヘイトスピーチについて規律を及ぼすものではなく、一般的にヘイトスピーチが解消されるべき不当な言論であることを述べる理念的な内容に留まるものであると解される。

ときは、当該集団に属する個人の相当数)に脅威を感じさせるものであること

- 3 不特定多数の者が表現の内容を知り得る状態に置くような場所又は方法で行われるものであること

以上のように、2条1項は、①一定の「目的」をもって、②一定の「内容」を持ち又は一定の「態様」で行われた、③公然性のある表現を条例ヘイトスピーチと規定しているといえる。

本件条例5条1項柱書き本文は、市長は、次の1号又は2号の表現活動が条例ヘイトスピーチに該当すると認めるときは、以下の二つの措置をとるものとする旨を規定する。すなわち、①事案の内容に即して当該表現活動に係る表現の内容の拡散を防止するために必要な措置（以下「拡散防止措置」）及び②当該表現活動が条例ヘイトスピーチに該当する旨、表現の内容の概要及びその拡散を防止するためにとった措置並びに当該表現活動を行ったものの氏名又は名称を公表する措置（以下「認識等公表」といい、拡散防止措置と併せて「拡散防止措置等」という）。

- 1 市の区域内で行われた表現活動
- 2 市の区域外で行われた表現活動等で次のいずれかに該当するもの
 - ア 表現の内容が市民等に関するものであると明らかに認められる表現活動
 - イ 上記に掲げる表現活動以外の表現活動で市の区域内で行われた条例ヘイトスピーチの内容を市の区域内に拡散するもの

(3) 本件条例制定の経緯

本判決によれば、大阪市人権施策推進審議会は、市長から諮問を受け、平成27年2月、市内において現実にヘイトスピーチが行われている状況にあり、市は、市民の人権を擁護するために、ヘイトスピーチに対して独自で可能な方策をとることで、ヘイトスピーチは許さないという姿勢を明確に示していくことが必要である旨の答申（以下「本件答申」）

をした。

本件条例に係る条例案は、本件答申を受けて、平成27年5月、市会に提出され、その審議を経て、同28年1月15日、可決成立した。

3 判決の内容

(1) 判旨

最高裁は、以下のような行論で、本件条例は合憲であるとした（以下括弧内は筆者によるもの）。

①「そこで、進んで本件各規定〔本件条例2条、5条～10条〕が憲法21条1項に違反するかを検討する。

憲法21条1項により保障される表現の自由は、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であるものの、無制限に保障されるものではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない限度の制限を受けることがあるというべきである。そして、本件において、本件各規定による表現の自由に対する制限が上記限度のものとして是認されるかどうかは、本件各規定の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的な制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である（最高裁昭和……58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁〔よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判決〕等参照)」

②「本件各規定は、拡散防止措置等を通じて、表現の自由を一定の範囲で制約するものといえるところ、その目的は、その文理等に照らし、条例ヘイトスピーチの抑止を図ることにあると解される。そして、条例ヘイトスピーチに該当する表現活動のうち、特定の個人を対象とする表現活動のように民事上又は刑事上の責任が発生し得るものについて、これを抑止する必要性が高いことはもとより、民族全体等の不特定かつ多数の人々を対象とする表現活動のように、直ちに上記責任が発生するとはいえないものについても、前記で説示したところに照らせば、人種又は民族に係る特定の属性を理由として特定人等を社会

から排除すること等の不当な目的をもって公然と行われるものであって、その内容又は態様において、殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別の意識、憎悪等を誘発し若しくは助長するようなものであるか、又はその者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものであるといえるから、これを抑止する必要性が高いことには変わりはないといえるべきである。加えて、市内においては、実際に上記のような過激で悪質性の高い差別的言動を伴う街宣活動等が頻繁に行われていたことがうかがわれること等をも勘案すると、本件各規定の目的は合理的であり正当なものといえることができる」

③「また、本件各規定により制限される表現活動の内容及び性質は、上記のような過激で悪質性の高い差別的言動を伴うものに限られる上、その制限の態様及び程度においても、事後的に市長による拡散防止措置等の対象となるにとどまる。そして、拡散防止措置については、市長は、看板、掲示物等の撤去要請や、インターネット上の表現についての削除要請等を行うことができると解されるものの、当該要請等に応じないものに対する制裁はなく、認識等公表についても、表現活動をしたものの氏名又は名称を特定するための法的強制力を伴う手段は存在しない」

④「そうすると、本件各規定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものといえるべきである。そして、以上説示したところによれば、……本件条例2条1項及び……本件条例5条1項は、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該表現活動がその適用を受けるものかどうかの判断を可能とするような基準が読み取れるものであって、不明確なものということとはできないし、過度に広汎な規制であるということもできない」

⑤「したがって、本件各規定は憲法21条

1項に違反するものということとはできない。

以上は、当裁判所大法廷判決（前掲最高裁昭和58年6月22日大法廷判決，最高裁昭和……59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308頁〔札幌税関事件最高裁判決〕，最高裁……平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁〔成田新法事件最高裁判決〕）の趣旨に徴して明らかといえるべきである。論旨は採用することができない」

(2) 整理

本判決は、本件条例2条1項を限定解釈¹⁹⁾した上で、本件各規定が憲法21条1項に反するかを、よど号判決の比較衡量の枠組みを踏襲しつつ検討している（①）。

まず、本件各規定の目的のために制限が必要とされる程度について判断している（②）。本件各規定の目的は、「条例ヘイトスピーチの抑止」である。この目的のために、個人に対するヘイトスピーチのみならず、不特定多数に対するヘイトスピーチについても抑止の必要性を肯定した。さらに、市内においては、実際に悪質な街宣活動等が頻繁に行われていたと窺われることも勘案して、本件各規定の目的の合理性・正当性を肯定している。

以上が本件各規定の目的に応じた、表現の自由の制限の必要性に関する説示であったと解すると、次に、制限される権利の性質・内容や、具体的な制限の態様・程度を検討しなければならない（③）。最高裁は、制限される権利の性質・内容の重大性を否定し、制限も強力でない判断している。

これらを総合的に検討して、本件各規定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむをえないものとした（④）。漠然不明確性、過度広汎性の主張も退けている。そして、本件各規定は憲法21条1項に反しないとした（⑤）。

19) 本判決が、本件条例の適用対象につき合憲限定解釈をしたのか憲法適合的解釈をしたのかという点については、筆者は、限定解釈しなければ違憲である旨を表示していないから合憲限定解釈ではなく（高橋和之『憲法訴訟』202-203頁（岩波書店，2017）），憲法適合的解釈だと考える。本稿の関心から逸れるのでこれ以上立ち入らない。なお、調査官解説も同様の理解を示して、合憲限定解釈ではないとする（高瀬保守「判解」曹時75巻7号201頁，222-223頁（2023））。

4 問題提起

(1) 私見

「受け手」に基づく視点からすれば、本件条例はどのように解釈できるか。本稿は、本件条例が「音」の思考に基づいた規制だったのではないかと考える。

まず、本件条例の前提となった大阪市人権施策推進審議会による本件答申では、2条1項1号の目的規定は、控除的な規律だったとする²⁰⁾。つまり、1号アイウに該当しない表現は、規制の対象とすべきではない、という考慮の下で設けられた規定であったのであり、これらの目的に該当することが積極的な意義を持たないと解されるのである。

さらに、「目的」という語には、2号の「内容」「態様」といった言葉と対比すると、「実現することが確実ではない」というニュアンスが含まれているといえよう²¹⁾。1号のアイウに即して具体的にいえば、ア「特定人を社会から排除すること」、イ「特定人の権利・

自由を制限すること」、ウ「特定人等に対する憎悪若しくは差別の意識又は暴力をあおること」のいずれも、発生するかは確実ではないということである。なぜ実現が確実でないかといえば、それらの結果は、特定人自身もしくは第三者の自律的な判断によって実現するものだからである。以下、敷衍する。まず、1号柱書きには、「(ウについては、当該目的が明らかに認められるものであること)」と括弧書きが付されている。これは、ウを目的とする表現については、アを目的とする表現と、イを目的とする表現より制限する趣旨だといえる。それは、ア・イが特定人等自身による行動によって生じる「害悪」であるのに対して、ウは第三者によって生じる「害悪」だからではないだろうか。つまり、被害者たる特定人等自身が当該表現によって説得され、行動を起こす蓋然性が、第三者が説得される蓋然性より、規範的に高く見積もられていると解すべきではないか²²⁾。ここからは、アとイに当てはまる表現の名宛人は特定人等であり、ウに当てはまる表現の名宛人は第三

20) 大阪市人権施策推進審議会「ヘイトスピーチに対する大阪市としてとるべき方策について(答申)」3頁(2015年2月)(<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/cmsfiles/contents/0000299/299917/tousinkagamituki.pdf>, 2024年3月14日最終閲覧)。

21) 文脈は大きく異なるが、「ろくでなし子」事件(最判令和2年7月6日刑集74巻4号343頁)の調査官解説(野村賢「判解」曹時74巻12号331頁, 351-352頁(2022))に、表現の「目的」に関する興味深い記述がみられる。

この事件は、被告人が自身の女性器をスキャンしたデータを頒布したという事案である。被告人は、「女性器に対する卑わいな印象を払拭し、女性器を表現することを日常生活に浸透させたいという思想に基づき、本件データ又は本件CDRを頒布した」ことを目的としており、正当行為として違法性が阻却されると主張したところ、判決は、「結局のところ、女性器を表現したわいせつな電磁的記録等の頒布それ自体を目的とするものであるといわざるを得ず、そのような目的は、正当なものとはいえない。したがって、被告人の本件各頒布行為は、所論指摘の諸事情により正当行為として違法性が阻却されるものではない」とした。

これに対し、調査官解説は、「正当行為として違法性が阻却されるか否かを論ずるに当たって検討すべき構成要件該当行為の目的は、その行為を実行することによって保全又は実現された利益・価値でなければならないであろう。構成要件該当行為によって実現されることのない理念や思想を掲げてそれが行為の目的であると主張しても、それは行為者にとっての最終目標を述べるものにすぎない。……実現されていない最終目標は、構成要件該当行為の目的として、侵害された法益と比較衡量することもできない。」とする。これは、被告人の「女性器に対する卑わいな印象を払拭し、女性器を表現することを日常生活に浸透」させるという目的は、実現していない以上、違法性阻却事由として勘案すべきではないということである。

本件条例とは、規制を根拠づけるか、違法性阻却事由とできるかという意味で、反対の志向であるとはいえ、共通する思考だと考える。

22) このように、被害者自身による行動の蓋然性を第三者による行動の蓋然性より高く見積もり、被害者を保護しようとするのは、間接正犯において「道具」とされたのが被害者自身であるか、第三者であるかによって成立しやすさを変えるという思考と類似しているように思われる。最高裁がそのような立場を明示したわけではないが、判例を見ると、第三者を利用した場合には、意思を抑圧されていたか否かが、間接正犯を肯定した判決と共同正犯とした判決の違い(の一つ)だと解される一方で(最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁と最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁を比較)、被害者を利用した場合には、より緩やかな程度で間接正犯を認めているように解される(最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁)。

者であるといえる。そうすると、アイウの意味も次の通りに解釈できる。すなわち、アに当てはまる表現は、特定人等が当該地域社会から出ていくことを目的とした表現であり、イに当てはまる表現は、特定人等が委縮することによって種々の権利・自由が制限されることを目的とした表現であり、ウに当てはまる表現は、第三者が特定人等に対して憎悪・差別の意識を向けたり、暴力をふるったりすることを目的とした表現だと解される。いずれも、「受け手」に判断の余地が残されており、直ちに実現するとはいえない。

これに対して、2号の内容又は態様に関する規定については、どのような「受け手」であっても、侮蔑的な表現については名誉が毀損されるといえるし、脅迫的な文言であれば畏怖すると考えられるという点で、確実に発生する「害悪」が記述されている。

以上の点を総合すると、本件条例は、一義的には、名誉毀損的、脅迫的な表現を規制するという趣旨の条例であり、2条1項1号にあるような、確実に発生するとはいえない「害悪」を理由に規制する条例ではないのではない。これは、大阪府人権施策推進審議会による、目的規定が控制的なものであるという理解とも整合する。

「音」と「言論」の区別からすると、条例ヘイトスピーチをどう性格づけられるか。一方では、名誉毀損的表現や脅迫的表現は、表現であるからこそ、傷つけられるのであり、この点を捉えれば、「言論」の思考に基づく規制だといえそうである。他方で、特定人等が条例ヘイトスピーチに「説得される」と捉えることには違和感もある。特定人等とそれらの表現の関係は中立ではなく、排除したいものであるはずであり、このように考えれば「音」の思考に基づく規制だとも考えられる。ではどう考えるかであるが、「音」の思考が働いていた大阪府営地下鉄事件の伊藤正己補足意見が、「受け手」の心の静穏を乱すことに着目していることに、考察の手掛かりを求めたい。つまり、「音」の場合は心の静穏が

乱されたことが問題の本質なのであり、本来的には、実際に表現を受領するという意味で「受け手」になっていることは不要であるとさえいえる²³⁾。名誉毀損的表現も、脅迫的表現も、もちろん自らがそれを聞くことによって「害悪」が生じるという側面もあるが、それを「言論」として受け取る第三者がいるという事実によって心の静穏が乱されているといえよう。そうすると、2号に規定する内容・態様の表現については、特定人等が「受け手」となりうることは本質ではないから、「言論」の思考というよりも、「音」の思考が働いているといえるだろう。

(2) 本判決の解釈

これに対して、本判決は本件条例をどのように解釈したといえるか。

本判決は、不特定多数に対する条例ヘイトスピーチも、「人種又は民族に係る特定の属性を理由として特定人等を社会から排除すること等の不当な目的をもって公然と行われるものであって、その内容又は態様において、殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別の意識、憎悪等を誘発し若しくは助長するようなものであるか、又はその者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものである」といえるから、これを抑止する必要性が高いことによりはならないというべき」とした（傍点は筆者による）。これはつまり、本件条例上で「目的」として念頭に置かれていた「害悪」を、「内容」・「態様」としており、「目的」と「内容」・「態様」の区別を解消している。その結果、「目的」という語の、「実現するか否かはわからない」というニュアンスは後退し、そのような「内容」・「態様」の表現であるという現在の性質として捉えられる。

個々の「受け手」に定位した視点から本判決の判示を解釈すると、以下のように評価できる。本判決のように、条例ヘイトスピーチを憎悪煽動的・犯罪煽動的な表現だと捉えた場合、本件条例は「音」の思考に基づく規制とは言いづらくなる。規制の根拠が、特定人

23) 「音」の思考は privacy の利益と関わり、「言論」の思考は public な利益と関わるといえる（蟻川・前掲注5)108-109頁, 113頁の表現による）。

等の心の静穏が乱されるという「害悪」ではないからである。そうすると、いかなる理由で規制が許されることになるかが問題となる。(1)私見で述べた通り、憎悪や犯罪を煽動する内容だとしても、「受け手」が実際にそのような判断をして憎悪を持ったり、犯罪行為をしたりするかはわからない。そのため、「言論」の思考から、「受け手」の自律的な判断が困難になる事情があれば正当化できるが、そうでなければ、「受け手」の自律的な判断の余地を残すべき、つまり規制はできないということになる。しかし、本判決では、判断が困難になる事情が特に論証されておらず、はたして規制が正当化されるのが問題となる。私見からすれば、本件条例はこの問題をクリアしていたが、本判決のように解釈すると問題として再浮上するように思われる。もっとも、判例上は、「音」の思考に基づく規制ではないのに、「言論」の思考からも説明できない規制が認められてきた。次はそのような表現類型について検討したい。

5 社会という「受け手」

判例上、「音」の思考に基づく規制ではなく、かつ自律的な個人像と整合しないのに合憲とされている例がある。まず、わいせつ表現である。判例においては、わいせつ表現については、それを嫌がる者がいるという立法事実による規制ではなく、性秩序・性道德の維持に根拠が求められてきた²⁴⁾。しかし、自律的な個人を想定すれば、社会の性道德が墮落するとは直ちには言えないはずである。

煽動表現も同様である。例えば破壊活動防止法は、「公共の安全の確保に寄与すること」を目的とする(1条)。「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対す

る目的をもつて、刑法第八十八条、第九十九条第一項、第一百七条第一項前段、第二百六条第一項若しくは第二項、第九十九条若しくは第二百三十六条第一項の罪の予備、陰謀若しくは教唆をなし、又はこれらの罪を実行させる目的をもつてするその罪のせん動をなした者は、五年以下の懲役又は禁こに処する」(39条)とされ、殺人をせん動することも処罰対象とされているが、1条及び他に列举されている刑法上の罪が社会的法益を保護法益とする罪であることに鑑みれば、あくまで公共の安全の保護が目的ということになる。判例²⁵⁾も、「右のようなせん動〔文脈から、「破壊活動防止法三九条及び四〇条のせん動」と解す以外にない〕は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ない」(括弧内は筆者によるもの)とし、殺人罪といった個人的法益を侵害する罪のせん動を、社会的法益を侵害する罪のせん動と区別せず、一体的に「公共の安全を脅かす……犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為」と捉えている。

これらは、個々の「受け手」に還元できない「害悪」をもたらす表現と捉えられている。表現によって、直ちに社会全体に「害悪」が発生すると考えるということである。「音」と「言論」の概念を用いて表現すれば、社会全体が「受け手」であり、社会にとって排除したい「音」となっている、ともいいうる²⁶⁾。

以上の通り、個人の「受け手」概念を媒介にして分析しづらい表現類型が存在するといえる²⁷⁾。「害悪」発生メカニズムを細かく

24) 「チャタレー夫人の恋人」事件最高裁判決(最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁)。

25) 最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁。

26) わいせつ物頒布罪(175条)の罪質につき、「公衆の性的感情に対する侵害を罪質とする社会的法益に対する罪に属するものであることは疑いがなく」とする説明がある(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第9巻〔第174条～第192条〕(第3版)』4頁〔亀山継夫＝河村博〕(青林書院, 2013))。これは公衆を一個の主体と捉えて、その性的感情を侵害する罪と捉えているということであろう。

27) もっとも、社会的法益の侵害が問題になっていても、自律的な「受け手」を想定し、「害悪」の発生メカニズムを具体的に明らかにする判例もある。「宮本から君へ」事件最高裁判決(最判令和5年11月17日民集77巻8号2070頁)はその一つである。薬物犯罪を行った者が出演する映画への助成金の支出が、薬物犯罪を増加させか

分析せずに、社会にとって「害悪」が生じているとすることは批判もありうる²⁸⁾が、本稿は判例法理の批判を行うのではなく、その前の段階として、本判決の位置付けの再検討を行いたい。

6 再考

以上の考察を踏まえて本判決を捉え直そうとすれば、本判決も、本件条例を、社会的法益の侵害を理由とした規制だと考えていると整理できる²⁹⁾。そのように考える根拠は、一つには煽動罪の性質にある。すでに述べたように、本判決は、不特定多数の人々に対する条例ヘイトスピーチにつき、内容・態様の点で憎悪煽動・犯罪煽動として認識している。煽動罪の特徴として、被煽動者の実行行為を俟たずとも成立する点が挙げられる³⁰⁾。これは、煽動表現が社会に現れた時点で処罰根拠となる「害悪」が発生しているとしていると解することができる。その構造はヘイトスピーチにおいても同様のものを見出すことができるだろう。私見からすれば、本件条例

においては、煽動表現を規制する側面は重視すべきでないと考えているが、本判決が行ったように、煽動表現規制の側面を強調するならば、社会的法益の侵害を理由にした規制と説明することが容易になる。

本判決が本件条例を社会的法益の侵害を理由にした規制だと捉えていると考えられる根拠をさらに見出せるとすれば、それは、本判決が、本件条例の目的を、「差別助長の防止」といった「大目的」ではなく、「条例ヘイトスピーチの抑止」という「小目的」に置いている点である³¹⁾。これは、本判決が、条例ヘイトスピーチが発信された時点ですでに社会にとって「害悪」が生じており、本件条例はその「害悪」を防止することを目的としている、という理解を採っているのだと解される。

IV. 結

本稿の内容をまとめたい。本稿は、「受け手」に定位した視点から本判決を分析することを目的としていた。そのために、まずは個

ねないことが問題とされた。この事件では、薬物犯罪の抑止という社会的法益の保護が念頭に置かれていたといえる。それでも、最高裁は、「本件出演者〔コカインを使用したとして麻薬取締法違反の罪により有罪判決が確定した出演者〕が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にあるとはいえないこと等からすれば、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付したからといって、被上告人が上記のような「国は薬物犯罪に寛容である」というメッセージを発したと受け取られるなどということ自体、本件出演者の知名度や演ずる役の重要性にかかわらず、にわかに想定し難い上、これにより直ちに薬物に対する許容的な態度が一般に広まり薬物を使用する者等が増加するという根拠も見当たらないから、薬物乱用の防止という公益が害される具体的な危険があるとはいえない」とし、薬物犯罪が増加するという想定を退けている（括弧内は筆者によるもの）。意図した表現ではないという点で、「低価値表現」と異なる点もあるが、社会的法益が問題となっているからといって、一概に、個人の「受け手」を観念できないわけではないことを示しているといえる。

28) 「明白かつ現在の危険」や「ブランデンバーグ法理」のように、「害悪」が発生する高度の蓋然性を要求する思考は、まさにこのような批判を行うものといえる。

29) 中曾久雄「判批」判評 774 号（判時 2560 号）104 頁、106 頁（2023）は、本判決が「その者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものである」とした点では個人的法益を問題にし、「殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別的意識、憎悪等を誘発し若しくは助長するようなもの」とした点を社会的法益の問題と捉えている。そのような理解も成り立たないわけではないが、「害悪」の蓋然性の論証をしていないことについて、すでに「害悪」が生じているからその論証をしないという説明が可能になるという点で、両者とも包含して社会的法益の侵害を問題にしていると解したい。

30) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』425-426 頁（有斐閣，2000）、高橋和之『人権研究 1 表現の自由』67 頁（有斐閣，2022）など。破壊活動防止法上の煽動処罰について、大塚仁『特別刑法』52 頁（有斐閣，1959）。条文上も、「この法律で『せん動』とは、特定の行為を実行させる目的をもって、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えることをいう」（破壊活動防止法 4 条 2 項）とされており、実行行為があったことを要求していないと解される。

31) 本件条例の目的の認定の特徴については、今野周「判批」法協 140 巻 10 号 1407 頁、1426-1431 頁（2023）が指摘していた。「大目的」「小目的」という用語も、同論文 1428-1429 頁によるものである。

人の「受け手」を想定し、「音」と「言論」の概念を導入した。私見では、本件条例は、個人的法益（もしくは「集団的法益」）の保護を目的とした、個人的な「受け手」の存在を前提にした、「音」の思考に基づく規制であるが、本判決は、社会的法益の保護を目的とした規制と捉えていると解される。このように、ヘイトスピーチの「害悪」を「受け手」との関係から具体的に分析する試みはこれまでほとんどなかった³²⁾ため、この点に本稿の意義があるのではないかと考えている。

本稿の課題は、社会的法益を保護する規制と個々の「受け手」の関係を明確にできなかったことにある。判例法理の現時点での理解としては、①「送り手」が故意に発した危険な表現に対しては「受け手」を想定することなく規制を簡単に合憲とし、他方で、②「送り手」が「害悪」の発生を意図せずに発した表現については、「受け手」を考慮したような判断がなされる、という準則があるのではないかと想定している。①の例は、前述したわいせつ表現や煽動表現、さらに、公務員の政治活動規制に関する判例群³³⁾であり、②の例は、よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判決や、「宮本から君へ」事件最高裁判決である。今後は、社会的法益が問題となる中で、なお個々の「受け手」を観念できる条

件を探りたい。

* 謝辞

本稿の内容は、筆者が2024年1月に東京大学法学部政治学研究科に提出したリサーチペーパーと、2023年度Aセメスター情報法演習での発表に基づいている。そのため、リサーチペーパーの指導教官であり、上記演習を開講された宍戸常寿先生のご支援がなければ、本稿はありえなかった。とりわけ、リサーチペーパーの口述試験で先生からいただいた質問に対する回答を考えたことが、本稿を執筆する重要なきっかけとなった。また、このように、先生から、答えをお示しいただくのではなく、むしろ質問を尋ねられるというご指導を受けたことで、自ら考える姿勢を学んだと感じている。先生にはこの場をお借りして改めて感謝を申し上げたい。もっとも、本稿の全ての問題点の責めは筆者のみが負う。

(さわだ・こうへい)

32) 例外的に、「受け手」の自律の保障という観点からヘイトスピーチ規制を論じる研究として、小泉良幸「表現の自由の「変容」——ヘイトスピーチ規制をめぐる」公法78号94頁(2016)が挙げられる。小泉も、スキャンロンの見解を参照し、「受け手」の自律を保障する立場から、ヘイトスピーチ規制に対し、消極的な見解を示す(同論文99-100頁)。もっとも、個別の「害悪」を「受け手」との関係で整理するという手法は採っていない。

ジェレミー・ウォルドロンが、ヘイトスピーチをコミュニケーションの手段として捉えるのではなく、それが存在すること自体によって「安心」が損なわれるとして、いわば言語行為論的に扱っていることは、ヘイトスピーチを「音」として扱う考え方と通底するところがあるといえよう。「ヘイト・スピーチは、私たちがお互いのために供給しようと努める安心の感覚、個人の尊厳の社会的な支えを構成する安心の感覚を、消散させることを狙いとする。ヘイト・スピーチがこの側面で行うことは、大部分遂行的である」(傍点筆者。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』199頁(みすず書房, 2015))。ウォルドロンが社会的法益の侵害として主張していると整理してよいかは——他の論者がウォルドロンの見解をそのように位置づけている(例えば、那須・前掲注16)490頁は社会的法益の侵害を「害悪」とする日本の論者が、ウォルドロンの見解を参照しているとする)ことは承知の上で——まだ検討段階である。ウォルドロンは、ヘイトスピーチを、「集団に対する文書名誉毀損」として捉えるべきだと主張する。そのような文脈の中で、文書名誉毀損が刑法の規律対象となる理由として、名誉毀損を処罰することには、治安を維持するという利益だけでなく、社会における地位を保護するという利益もあり、後者も公共の秩序の問題だとしている(ウォルドロン・55-56頁)。後者の利益は、わいせつ表現規制や煽動表現規制と質的に異なる(これらの規制の保護法益はむしろ前者に近いように思われる)ため、わいせつ表現規制や煽動表現規制における保護法益と同じような意味で、社会的法益に当たるとしてよいのか、疑問がある。

33) 公務員の政治活動については、「行政の政治的中立性に対する国民の信頼」が問題とされる(例えば、猿払事件最高裁判決(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁))。行政の中立性に対する国民の信頼も、個々の「受け手」に還元できない法益ということができよう。