

# ヘイトスピーチを刑事規制する川崎市条例について

楠 本 孝

## はじめに

「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」が、2019年12月12日に川崎市議会において可決、成立し、2020年7月1日から全面施行されている。

本条例は、人種、国籍、民族、信条、年齢、性別、性的指向、性自認、出身、障害その他の事由を理由とする「不当な差別」を包括的に禁止し、これを解消するための基本計画の策定・推進等に係る諸規定からなる人権基本法的部分と、「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」のうち特に悪質なものを括りだして禁止した上で、勧告、命令にもかかわらずこれを繰り返した者に刑事罰を科すヘイトスピーチ規制法部分とから成っている。

本条例は、「不当な差別」を包括的に禁止したことだけでも重要な意義を有するが、日本の法制史上はじめてヘイトスピーチに刑事罰を科す、すなわち差別を犯罪と規定したことから、画期的なものであると評されている<sup>(1)</sup>。

川崎市では、2013年5月から2016年1月までの間に、JR川崎駅周辺の繁華街を中心として、12回にわたるヘイトデモが行われ、このうち2015年11月8日と2016年1月31日のヘイトデモは、在日コリアンが集住する桜本地区をターゲットにしたもので、街宣車や拡声器を用いるなどした極めて悪質なもので、「ヘイトスピーチ解消法」成立の立法事実となった<sup>(2)</sup>。同法成立後も、市内で同様のデモが企てられるなどしたため、川崎市は、「今なお、こうした行為が再現されかねない事案が継続している『地域の実情』があることを踏まえ、こうした行為が、市内において、再び繰り返されることは看過できない」<sup>(3)</sup>として、刑事規制に踏み込んだ条例を制定したものである。

## 1 原理的消極論から技術的消極論へ

ヘイトスピーチを法規制することには根強い消極論があるが、これには原理的な側面からの消極論と立法技術的な側面からの消極論がある。

原理的な消極論は、自分の思想や価値観を表現することで外的環境に働きかける機会を保障することを表現の自由の核心原理と位置づけ、ヘイトスピーチを規制すべきだという議論は、このような日本国憲法の基本原理に大きな修正を迫るものであると主張したり<sup>(4)</sup>、「思想の自由市場」論から、ヘイトスピーチ規制は政府が言論の価値を判定してはならないという表現の自由の中核的原理に反する<sup>(5)</sup>などと主張する。しかし、こうした原理的なヘイト

スピーチ規制消極論は、ヘイトスピーチの危害が一般に認識されるにしたがって、次第に後景に退き、今日では立法技術論的な消極論が前面に出てきている。

ヘイトスピーチは、差別を助長するだけでなく、その表現が向けられた集団の構成員の尊厳を傷つけることから、「弊害」が大きいのに比して、文脈によっては政治的表現となり得るものの、一般的には表現の自由の「優越的地位」を支える諸価値との関係は強くない。一方で、社会に根強い差別構造があって、対抗言論が「二級の市民」の言説としてその価値が切り下げられ、対等な言論市場が機能しないだけでなく、それでもなお声を上げた当事者に容赦ないヘイトスピーチが集中的に浴びせかけられることによる「沈黙効果」も深刻であることが明らかになって来た。ヘイトスピーチの政府による規制の必要性が次第に認識されるに及んで、残された課題は、ヘイトスピーチに関する規制権限を与えて政府がそれを濫用する危険がないか、政府の恣意を排除できるような明確で限定的な規制をなすことが可能か、この問題について政府を信頼することが可能か<sup>(6)</sup>という点に問題が集約されて来ている。

## 2 ヘイトスピーチ刑事規制の明確性と適正処罰の原則

立法技術的にみて、「ヘイトスピーチ」の定義を過不足なく法律に書き込むことは難しい。そこから、ヘイトスピーチを刑事規制する場合、法執行機関が政府に都合の悪い言論を封じ込めるためにその法律を濫用するという危険性は、常につきまとう<sup>(7)</sup>。もともと、刑罰法規には、犯罪として規制される行為とそうでない行為を明確に区別することによって、その適用を受ける市民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知するとともに、法執行機関の恣意的な法運用を防止することが求められる（明確性の原則）とともに、人権保障の観点から、処罰範囲が必要以上に広くなりすぎておおよそ処罰の対象とすべきでない行為まで処罰の対象に含めるようなことがあってはならない（適正処罰の原則）ということが要請される。それに加えて、表現の自由については、「民主的政治過程の維持」あるいは「個人の自律」を根拠に他の人権に比して厚く保障されるべきという「優越的地位」が一般に認められており、同時に表現の自由には、歴史的経験から「壊れやすく傷つきやすい」という点に着目した「萎縮効果」論が特に強調される。こうした表現の自由の特性を考慮すれば、表現の自由を刑事規制する場合には、明確性の原則と適正処罰の原則が刑罰法規一般に対して要請されるより一層厳格に求められる。

### (1) 明確性の原則

表現の自由を規制する刑罰法規の明確性に関するリーディングケースは、徳島市公安条例事件である。最高裁は、「刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常的判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民

に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。」と明確性の原則を承認しつつ、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認められるべきかどうかは、通常判断能力を有する一般人の理解において、**具体的場合に**当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによってこれを決定すべきである」と、明確性の判断基準を示した。その上で、「本条例3条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その3号に『交通秩序を維持すること』を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穏に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解されるのである。そして、通常判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあたっては、その行為が秩序正しく平穏に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり、例えば各地における道路上の集団行進等に際して往々にみられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、秩序正しく平穏な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為に当たるものと容易に想到することができるというべきである」と判示したのであった<sup>(8)</sup>。

本判決は、「交通秩序を維持すること」とは「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきこと」を意味すると解して、本件だ行進を煽る行為が「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為」に該当することは明らかであるから、不明確であるとはいえないとした。規制の中核部分に当たる行為（だ行進、うず巻行進など）が明確であるから、法文そのものも不明確ではないとしたのであるが、この「具体的場合」ごとに判断する手法では、当該規定の定める構成要件の外延の不明確性を払拭することはできない。規制の中核部分に当たる典型的な行為以外のどのような行為がかかる阻害行為に当たるのかはなお明確ではなく、集団行動それ自体に対する萎縮効果が働くことが避けられない。少なくとも、「通常判断能力を有する一般人」が、だ行進、うず巻行進程ではないが肅然とした形態にとどまらない行為についてはどう取り扱われることになるのか、さほどの困難なしに判断しうることであるかどうかは疑問である<sup>(9)</sup>。

刑法理論においても、不明確な罰則自体が有する不当な萎縮効果に問題がある以上、罰則の明確性の有無は、罰則自体について一般的・抽象的に判断されなければならないとされる。

明確な処罰範囲を示すことのない、あいまいな罰則の存在自体が不当な萎縮効果を持ち、国民の自由を侵害するのであるから、当該の事案は明らかに罰則による処罰対象の中核部分に位置するから、その周辺部分に不明確さがあるとしても、当該事案への適用に関する限り罰則は不明確ではない、との判断手法は取られるべきではないとされる。また、罰則を解釈して得られた結果が明確であればよいというのでもなく、そのような解釈結果が、法文に接した一般の国民に認識・理解できるものでなければならぬとされる<sup>(10)</sup>。このように、刑法理論においても、萎縮効果への配慮はなされている。ただし、「罰則の解釈はかなり技術的になっており、一般人が処罰範囲を認識することができるかには、實際上問題がある。この意味で、さほど厳格な明確性が要求されるものでないことは認めざるをえないであろう」と付け加えられていることに注意を要する<sup>(11)</sup>。

この、法文を解釈した結果（犯罪構成要件＝処罰範囲）を法文に接した「通常の判断能力を有する一般人」が容易に想到することができるのでなければ、その法文は明確とはいえないという帰結は、福岡県青少年保護育成条例事件で最高裁も取り入れたところであり<sup>(12)</sup>、刑罰法規一般に当てはまることではある。しかしながら、刑法理論では、この「解釈の明確性」の要請は、「結論の具体的妥当性の要請」を前にして、これを徹底できないきらいがある<sup>(13)</sup>。そして、ここに、表現の自由に対する刑事規制については、刑罰法規一般における場合よりもより厳格に明確性の要請が働くことを問題にする意義がある。民事事件ではあるが、札幌税関検査事件で最高裁は、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈することが許される」要件を、「その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものと明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象とされるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならぬ」としつ、「かかる制約を付さないとなれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広範に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控える効果を生むこととなるからである」と判示している<sup>(14)</sup>。刑罰法規一般に求められる明確性を上回る明確性が表現の自由の刑事規制に要請されるとすれば、法文を解釈した結果（犯罪構成要件＝処罰範囲）を法文に接した「通常の判断能力を有する一般人」が容易に想到することができるかという「解釈の明確性」テストにあると言えよう。

それ故、川崎市条例のヘイトスピーチ刑事規制が「明確性の原則」を満たしているかを検討する際には、第一に、規制の中核部分だけでなく外延も明確になっているか、第二に、「解釈の明確性」テストに照らしても明確であると言えるかが検討されなければならない。

## (2) 適正処罰の原則

刑罰法規には、以上のような明確性の要請に加えて、人権保障の観点から、無害な行為を処罰しない、処罰範囲が必要以上に広くなりすぎておおよそ処罰の対象とすべきでない行為まで処罰の対象に含めるようなことがあってはならないという適正処罰の原則が当てはまる。

これまでに合憲性が問題となった表現に対する規制が、間接的・附随的な規制であったのに対して、本条例のヘイトスピーチ規制は、表現に対する直接の規制である。間接的・附随的規制であるから厳格な審査は必要でないという判例理論<sup>(15)</sup>には学説の強い批判<sup>(16)</sup>があるが、直接的規制の場合に、間接的・附随的規制に比して、より厳格な審査が必要であることは否定できないように思われる。それだけ本条例のヘイトスピーチ規制がクリアしなければならない審査基準のハードルは高いと言わなければならない。

適正処罰の原則については、まず①無害なものを規制しようとしていないか、②刑事規制以外により制限的でない他の選択しうる手段が存在しないか（「より制限的でない他の選択しうる手段の法理」）、③当該規制が過度に広汎にわたっていないか（「過度の広汎性故に無効の法理」）が問題になる。

### ① 無害なものの規制か

無害な行為に刑罰を科すことが許されないことは言うまでもない。まったくの無害でなくても、刑事罰を使ってまで禁圧すべき害悪と言えないときも、適正処罰の原則からは、やはり許されない。ヘイトスピーチのもたらす害悪は、単なる不快感に過ぎず、刑事規制が許されるほどの危害とはいえないという見解がある<sup>(17)</sup>。

しかし、この点については、すでにヘイトスピーチ解消法が、ヘイトスピーチが「本邦外出身者に多大な苦痛を強い、地域社会に深刻な亀裂を生じさせている」と闡明したことにより、ヘイトスピーチのもたらす危害が、単なる不快感に過ぎないといった門前払い的な議論では済まなくなった。ただし、それが刑事罰を用いてでも禁圧すべきものであるか否かは、依然議論のあるところである。この点は、本条例のヘイトスピーチ規制が何を保護しようとしているか、保護法益をどう理解すべきかの問題ということになる。

### ② 民事規制で足りるか

ヘイトスピーチ規制は、刑事規制によらなくても民事規制で足りる、あるいは民事規制の方が有効であるとの議論がある<sup>(18)</sup>。民事規制で足りるのなら、「より制限的でない他の選択しうる手段」が存在することになる。

本条例は、「不当な差別」を「人種、国籍、民族、信条、年齢、性別、性的指向、性自認、出身、障害その他の事由を理由とする不当な差別をいう」（2条1号）と幅広く定義し、その上で、「何人も…不当な差別的取り扱いをしてはならない」（5条）として、これまで法律によっても「禁止」されてこなかった不当な差別を幅広く禁止し、違法とした。本条例は、

また、ヘイトスピーチについては「行い、又は行わせてはならない」（12条）として、一層強い表現で明確に「禁止」している。これはヘイトスピーチ解消法が、前文で「不当な差別的言動は許されないことを宣言」したにとどまっていることと比較して、踏み込んだ表現になっている。これにより、ヘイトスピーチのうち悪質なものは、「違法」評価を受ける可能性が高くなり、民事損害賠償やデモ差止仮処分といった法的手続にも影響を与えることになろう<sup>(19)</sup>。その意味で、民事規制もこれまでよりは有効性が増したとはいえる。

しかし、民事規制は被害者個人のイニシアティブに委ねられるものであるから、被害者が自ら名乗り出て、被害の立証をしなければならない。その間に二次的、三次的な攻撃を受ける可能性が極めて高い（特定による被害拡大のリスク）。差別が構造化している社会において、ヘイトスピーチからの救済を被害者個人の努力に委ねることは、あまりに過大な期待と言わざるを得ない<sup>(20)</sup>。デモ差止めの仮処分についても、同様のことがいえるであろう。それ故、ヘイトスピーチ規制には民事規制だけでは足りず、公益を図る観点からの刑事規制も不可欠である。

### ③ 過度に広汎な規制か

厳格な審査基準の中で特に重要なのは、「過度に広汎な規制」禁止の法理であろう。規制すべきヘイトスピーチを過不足なく規定することは困難であるから、ヘイトスピーチは法的に規制できないというのがヘイトスピーチ規制消極論の主たる論拠でもある。しかし、ヘイトスピーチを「過不足なく規定する」ことは、必要ではない。過度に広汎な規制にならなければ足りるのであり、規制範囲が狭すぎる（「不足する」）ことは、刑法の謙抑性・断片性に鑑みれば、当然のことである。地方自治体が、その地域社会に存在する様々なヘイトスピーチの中から、それが引き起こす危害の重大性に即して放置することができないと判断したヘイトスピーチだけを選び出して規制の対象にしたとしても、その選択が恣意的ではないかという観点から問題になり得るとしても、それは個々の立法ごとに個別に審査されるべき立法裁量の問題に過ぎない。法益侵害性の強いヘイトスピーチが法益侵害性の強い態様で行われた場合のみ処罰することは、規制の最小限度性からの要請でもある。その意味で、立法者がヘイトスピーチのうち危害の重大性に着目して規制対象を絞り込むことは、いわゆる「観点規制の禁止」法理にもかかわらず、憲法上許されるものと言わなければならない。

## 3 構成要件化と『解釈指針』と段階的規制

明確性の要請と過度に広汎な規制は許されないという要請に応えるために、川崎市条例は、構成要件を場所、手段、表現の類型という3段階で絞り込んだ上に、差別的言動を行う「理由」を限定することでさらに絞り込むという手法をとって「過度に広汎な規制」にならないようにするとともに、『解釈指針』の公表という方策をとって明確性の要請に応えようとし

ている。さらに、こうして設定された規制権限が濫用されることを防止するために本条例が用意した対策が、段階的規制である。

「ヘイトスピーチ解消法」は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動を「専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身者である者又はその子孫であって適法に居住するもの（以下この条において「本邦外出身者」という）に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で公然とその生命、身体、自由、名誉若しくは財産に危害を加える旨を告知し又は本邦外出身者を著しく侮辱するなど、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、本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する不当な差別的言動をいう」と定義した。川崎市条例のヘイトスピーチ刑事規制は、これを三つの行為類型に再定義するとともに、行為の場所を道路や公園などの「公共の場所」に限定し、拡声器を使用するなどの行為の手段で限定し、さらに「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」行い、又は行わせたことを構成要件要素とすることによって限定を加えることによって、「過度に広汎な規制」とならない工夫を凝らした。

しかし、構成要件をいかに厳密に記述しようとも、刑罰法規が一定の抽象性を持ち、解釈の余地を残すことは避けられない。成文法のこの弱点を補うため、川崎市は、『解釈指針』を公表することによって、市民に処罰されるヘイトスピーチとそうでないヘイトスピーチの境界をできるだけ明示する方策を採った。『解釈指針』は、それ自体法的な拘束力を持つものと理解することはできないが、勧告、命令、告発をする権限を持つ市長を事実上拘束するものと理解すべきである。だとすれば、この『解釈指針』に反するような勧告、命令、告発を行うことは、市民の信頼を裏切る行為といわなければならない。逆に言えば、『解釈指針』を信頼して行為した者には、違法性の錯誤につき相当な理由があるから、責任を阻却されることになる。このように考えれば、予め『解釈指針』を公表したことは、刑罰法規の明確性の要請に応える手段として妥当であると言える。ただし『解釈指針』の公表が、明確性の原則が求めている程度に処罰される行為の範囲を明確にすることには寄与したとしても、規制の実効性の確保という点でどのような作用をするかについては検討を要する。

本条例は、ヘイトスピーチ刑事規制が濫用されることを防止するために段階的規制を採用した。表現の自由の規制に段階的規制を用いた先例としては、広島市暴走族条例があるが、広島市暴走族条例では、「段階的」とはいうものの連続した一連の行為を対象としており、日において再び同様な行為を行った場合に処罰するというような、熟慮の機会を与えていない。したがって、「段階的規制」であるということはさほど意味をもつわけではない<sup>(21)</sup>。それに対して、川崎市がヘイトスピーチ規制に導入した段階的規制は、勧告、命令を経てなおヘイトスピーチを繰り返す者を告発するという形で、二度の「熟慮の機会」を保障し、しかも、勧告、命令を発するには、市長に第三者機関の意見を聴取することが義務付けられてお

り、本格的な段階的規制になっている。この段階的規制が、濫用されない十分な担保となっているかを検証する必要がある。

処罰の対象となる「不当な差別的言動」の構成要件化と『解釈指針』の公表、さらに段階的規制の採用によって、本条例のヘイトスピーチ刑事規制は、表現の自由の刑事規制に求められる厳格な審査基準をクリアできているかを検証する、これが本稿の課題である。

## II ヘイトスピーチ規制法部分の構造

本条例は、ヘイトスピーチ規制を行うに当たって、表現の自由に配慮し、構成要件を厳密に規定した上で、段階的規制を用いることで慎重な運用を図るという二重三重の濫用防止措置を施している。

### 1 構成要件

条例第 23 条は「第 14 条 1 項の規定による市長の命令に違反した者は、50 万円以下の罰金に処する」と規定し、いわゆる行政刑罰を定めるもので、形式的な構成要件は「第 14 条 1 項の規定による市長の命令に違反」することであるが、犯罪の実質的な構成要件は、条例第 12 条が定める「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」の要件である。

条例 12 条は、「何人も、…次に掲げる本邦外出身者に対する不当な差別的言動を行い、又は行わせてはならない」として、以下の 3 類型を規定している。

①本邦外出身者（ヘイトスピーチ解消法第 2 条に規定する本邦外出身者をいう。以下同じ）をその居住する地域から退去させることを煽動し、又は告知するもの、

②本邦外出身者の生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加えることを煽動し、又は告知するもの、

③本邦外出身者を人以外のものにたとえるなど、著しく侮辱するもの、  
そして、以上のようなヘイトスピーチが、

「市の区域内の道路、公園、広場その他の公共の場所において」、

a. 拡声器（携帯用のもを含む。）を使用し、又は、

b. 看板、プラカードその他これらに類似するものを掲示し、又は、

c. ビラ、パンフレットその他これらに類似するものを配布する、

という行為形態で行われることを要し、

さらに、それが、「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」行い、又は行わせたことを構成要件としている。

以上のように、本条例は、ヘイトスピーチのすべてを捕捉しようとしているのではなく、



ヘイトスピーチのうち特に悪質なものを括りだして規制するものである。

素案<sup>(22)</sup>の段階では、不当な差別的言動の客体を「特定国出身者等」（特定の国若しくは地域の出身者である者又はその子孫）としていたが、不明確であるとの指摘を受けて、ヘイトスピーチ解消法2条と同じ「本邦外出身者」と改め、その代わりに、不当な差別的言動が「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」行い、又は行わせたことを要件とした。これによって、外国人政策や移民政策に係わって、外国人あるいは移民全般を排斥しようとする差別的言動は、本条例の禁止する言動ではあっても、犯罪構成要件には該当しないことが明らかにされている。

素案の段階では、第1号で、特定国出身者等を「本邦の域外」に退去させることをあおり、又は告知するもの、と定められていたのを、本邦外出身者を「その居住する区域から」退去させることを煽動し、又は告知するもの、と改められた。本罪の保護法益を、後述するように、「居住する地域において平穩に生活する権利」とする以上、行為は「本邦の域外」に退去させることを煽動するものである必要はなく、「その居住する区域から」退去させることを煽動するものであれば足りるとするのは自然なことである。ただし、「本邦の域外」に退去させることを煽動することが、「その居住する区域から」退去させることの煽動に含まれることは言うまでもない。

素案の段階では、第3号で、特定国出身者等を「著しく侮辱するもの」と定められていたが、本邦外出身者を「人以外のものにとえるなど、著しく侮辱するもの」と改められた。「人以外のものにとえるなど」という例示によって構成要件の明確化を図ったものであるが、「など」とされていることから、人以外のものにとえるのと同程度に「著しく侮辱」するものといえれば、本号に該当することになる。『解釈指針』では、「人以外のものにとえる」例しか明示されていないが<sup>(23)</sup>、本邦外出身者を一律に犯罪者にとえることが、本号に該当するか、保護法益の理解との関係で問題となりうる。

素案の段階では、ヘイトスピーチの手段として、「多数の者が一斉に大声で連呼する」行為形態が規定されていたが、削除された。やはり、その内容が不明確であるとの指摘を受けてのことである<sup>(24)</sup>。その他素案の段階では、「公共の場所」の例示に「駅」が挙げられていたが、削除されている。駅構内は、鉄道営業法35条により、駅係員の許諾を受けずに乗降客らに対しビラを配布して演説するなどの行為が処罰されており、また駅の管理者からの退去要求を無視して滞留すれば刑法130条後段の不退去罪も成立するとされているところから<sup>(25)</sup>、駅に隣接する「道路」や「広場」以外に、駅構内まで本条例に含める必要がないためであろう。

以上のように、本条例が禁止する「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」の要件は、相当に厳密に規定されているが、それでも、その言動が処罰に値するほど悪質なものである

かどうかは形式的には決しえず、その言動が行われた具体的状況を考慮して実質的に判断せざるを得ない。そこで、本条例は、上で禁止された不当な差別的言動を行った者に対して、直ちに刑事罰を科すのではなく、まず、市長が同様のヘイトスピーチを行わないよう勧告し（13条）、勧告に従わなかった場合には命令を下し（14条）、それでも従わなかった場合に氏名の公表（15条）と刑事罰（50万円以下の罰金）を科す（23条、24条）段階規制の形式をとっている。

条例第24条は、法人（法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるものを含む）の代表者、代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、第14条1項の規定による市長の命令に違反したときは、行為者を罰するほか、事業主である法人又は人に対しても、50万円以下の罰金を科すと規定している。このような両罰規定は、違反行為によって利益を得ているのが、行為者を使用する事業主（法人又は人）であると考えられ、犯罪抑止のためには、行為者を処罰するだけでは不十分であり、当該事業主をも処罰することが必要と考えられる場合に用いられるが、本条も、このような考え方に立って両罰規定を採用したとされる<sup>(26)</sup>。団体が法人格を有することは本条の適用対象要件ではなく、政治資金規正法6条1項の規定による届出を行った政治団体も対象に含まれる。

## 2 告発要件

本条例が規定する段階規制の内容も特筆すべきものである。

市長は、12条の規定に違反して同条各号に掲げる本邦外出身者に対する不当な差別的言動を行い、又は行わせた者が再び同一の国又は出身であることを理由とする不当な差別的言動（「同一理由差別的言動」）を行い、又は行わせる明らかなおそれがあると認める十分な理由があるときに、地域を定めて、同一理由差別的言動を行い、又は行わせてはならない旨勧告することができ（13条1項）、勧告に従わなかった者が、再び同一理由差別的言動を行い、又は行わせる明らかなおそれがあると認める十分な理由があるときに、地域を定めて、同一理由差別的言動を行い、又は行わせてはならない旨命ずることができる（14条1項）。勧告、命令の有効期間はそれぞれ6か月である。

勧告、命令を発しようとするときには、市長は、緊急を要する場合を除いて、あらかじめ、川崎市差別防止対策等審査会の意見を聴かなければならない（13条2項、14条2項）。『解釈指針』によれば、市長は、審査会に対して、原則として、ア 第12条の規定に違反する行為があったか、イ 再び「同一理由差別的言動」を行い、又は行わせる明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があるか、ウ 「勧告」をすることが適当か否か、エ 「勧告」をする場合、どのような「地域」の定め方が適当か否か、について意見聴取を行う。その際、審査会には、客観性を担保するため、原則、他者からの通報及び提供による情報では

なく、川崎市が収集した情報及び映像や音声の記録が提供される<sup>(27)</sup>。また、「緊急を要する場合」で、あらかじめ、審査会の意見を聴かずに、勧告、命令を発した場合は、後日、速やかに、審査会の意見を聴き、市長の判断と審査会の意見が異なった場合には、勧告、命令の取消しなどを含め、改めて、その取扱いを検討することとされている。

14条1項の命令を受けた者が、命令に従わなかったときは、市長は、条例15条1項に従って、その者の氏名又は名称及び住所並びに法人（法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。）にあつては、その代表者又は管理人の氏名（1号）、命令の内容（2号）等を「公表」する。公表しようとするときは、市長は、あらかじめ、命令違反があった否かについて川崎市差別防止対策等審査会の意見を聴かなければならず（同条2項）、当該公表される者にその理由を通知し、その者が意見を述べ、証拠を提示する機会を与えなければならない（同条3項）。

第14条1項の命令に対する違反があった場合、川崎市は、条例の実効性を確保するため刑事告発を行うが、この刑事告発に際して、市長があらかじめ川崎市差別防止対策等審査会の意見を聴かなければならないとする明文の規定は置かれていない。しかし、『解釈指針』に示された手続の流れ図<sup>(28)</sup>などから、刑事告発には必ず15条による氏名等の「公表」が伴うものと解され、15条所定の手続が刑事告発の前に必ず履踐されるものと解される<sup>(29)</sup>。このことは裏を返せば、刑事告発は川崎市のみが行うことができることになる<sup>(30)</sup>。

刑事告発後は、刑事訴訟法の定める手続によることになるが、検察官の不起訴処分に対しては、川崎市は告発人として検察審査会へ不起訴処分の適否について審査の申立てができる。

川崎市差別防止対策等審査会は、上記の「勧告」、「命令」、「公表」及び「インターネット表現活動に係る拡散防止措置及び公表」（17条4項）のほか、不当な差別の解消のために必要な事項について、市長の諮問に応じ、調査審議するために設置され（18条1項）、5人以内の学識経験者で構成される（同条2項、3項）。『解釈指針』によれば、学識経験者は、学術機関の研究者や実務経験のある弁護士等の法曹経験者から委嘱するとされているが、その際、委員の選任に当たっては、審議の公正性・公平性を担保する必要から、「中立的な専門家」であることが強調されており<sup>(31)</sup>、必ずしも差別撤廃に関する専門家や被害当事者性を有する者であることは求められていない<sup>(32)</sup>。

### 3 保護法益

『解釈指針』によれば、本罪の保護法益は、「居住する地域において平穏に生活する権利」である<sup>(33)</sup>。「権利」という以上、その地域に居住する個人の権利ということであろうから（日本国憲法の下で集団の権利は考え難い）、保護法益は個人的法益ということになる。個人の生活の平穏を保護するために、行政が勧告、命令を発し、その違反者に刑罰を科す仕組みは、

ストーカー規制に類似するものと言えよう<sup>(34)</sup>。

ヘイトスピーチ規制の保護法益をこのように解する背景に、川崎市ヘイトデモ禁止仮処分命令申立事件に対する横浜地裁川崎支部平成 28 年 6 月 2 日の決定<sup>(35)</sup>があることは明らかである。この決定は、差別的言動を差止める根拠となる被保全権利について、以下のように判示している。「何人も、生活の基盤としての住居において平穩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穩に生活する権利、自由に活動する権利、名誉、信用を保有する権利は、憲法 13 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」と一般論を述べた上で、「本邦外出身者が、専ら本邦の域外にある国また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は、本邦の地域社会内の生活の基盤である住居において平穩に生活し、人格を形成しつつ、自由に活動し、名誉、信用を獲得し、これを保持するのに必要となる基礎を成すものであり、上記の人格権を享有するための前提になるものとして、強く保護されるべきである」と判示し、ヘイトスピーチ解消法 2 条に該当する差別的言動は、この「住居において平穩に生活する人格権」に対する違法な侵害行為として不法行為を構成するとしたのである。

差止決定での「住居において平穩に生活する権利」が、条例では「居住する地域において平穩に生活する権利」に拡大されているが、本邦外出身者が「人格を形成しつつ、自由に活動し、名誉、信用を獲得し、これを保持する」ためには、単に「住居において平穩に生活する権利」だけでは足りず、「地域において平穩に生活する権利」が保障されることが不可欠であるから、この権利の拡大は当然に必要なことであった。ヘイトスピーチの危害を避けるために「市の区域内の道路、公園、広場その他の公共の場所」の利用を避けなければならないとすれば、人格の自由な発展の機会が大きく制限されることになるだけでなく、共同体内の平等な価値を持った構成員としての地位（尊厳）が脅かされる。ヘイトデモ差止決定は、「本邦外出身者が抱く自らの民族や出身国・地域に係る感情、信条や信念は、それらの者の人格形成の礎を成し、個人の尊厳の最も根源的なものとなるのであって、本邦における他の者もこれを違法に侵害してはならず、相互にこれを尊重すべきものであると考える」と判示したが、個人の尊厳が尊重される状態を保障するには、住居に隣接する区域だけでなく、公共の場所でのヘイトスピーチを禁圧しなければならないのである。

### Ⅲ 検討

#### 1 ヘイトスピーチ解消法との関係

ヘイトスピーチ解消法は、ヘイトスピーチを処罰する規定はおろか、これを禁止する条項も持たない、いわゆる「理念法」である。法律に罰則がないのに条例で罰則をつけることが適法かということが問題になる。

この点、最高裁は、徳島市公安条例事件判決において「地方自治法 14 条 1 項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法 2 条 2 項の事務に関し条例を制定することができる、と規定しているから、普通地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しないことは明らかであるが、条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみではなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない。例えば、ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することになりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律する国の法令と条例が併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果を何ら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間には何らの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである」と判示している<sup>(36)</sup>。

この判例を前提とすれば、法律と条例が同一の目的であっても、法律がその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、各自治体がその地方の実情に応じて別段の規制を施すことを容認する趣旨であれば、条例による上乗せが許されるものと言えよう。

しかし、この判例には、「公害規制の場合は、事柄の性質上、地方の状況に応じた条例による特段の規制が認められてしかるべきだとしても、集団行動という態様での表現の自由の行使に対する規制についてもこれと同様に考えてよいかどうかは疑問である。本判決には、表現の自由の権利としての重要性に関する認識が不足しているか、または、集団行動の規制が表現の自由の制約に当たるという意識が希薄であると思われる<sup>(37)</sup>」との批判があることに注意を要する。いわゆる「上乗せ条例」の可否は、主として公害規制の在り方を巡って議論がされてきたが、それを表現の自由の規制に同様に適用できるのかは、確かに検討を要する。

ヘイトスピーチ解消法は、「地方公共団体は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組に関し、国との適切な役割分担を踏まえて、当該地域の実情に応じた施策を講ずるよう努めるものとする」(4条2項)としていることから、「全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨」でないことは明らかである。しかし、法律は、ヘイトスピーチ被害者が「多大な苦痛」を強いられているという認識を示しながら、なぜこれを禁止あるいは処罰する規定を置かなかったのか、法律が理念を示すにとどめ、あえて規制しなかった事項について、理念から規制への「上乘せ」が許されるかについて、検討を要する。殊に表現の自由の規制に係わる場合には、「上乘せ条例」の合理性は、より慎重な検討が求められよう。

解消法は、「不当な差別的言動はあってはならず」(前文)、「解消が喫緊の課題である」(1条)としつつ、地方公共団体に、その解消に向けた取組を「国との役割分担を踏まえて、当該地域の実情に応じた施策を講ずる」ことを要請しているところから、少なくとも、解消法の規定を客観的に解釈すれば差別的言動を禁止しあるいは処罰する規定を条例に設けることを禁止する趣旨と解することはできない。

しかし、解消法の国会審議で、表現の自由擁護の立場から、法律の中に不当な差別的言動を禁止し、あるいは処罰する規定を置くことに消極的な見解が多数を占めたことは否定できない。その消極論には、原理的な消極論<sup>(38)</sup>もあったが、消極論の主流は、禁止・処罰されるべき「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」の範囲を明確に定義することが困難であること、定義ができたとしても、問題となる表現がそれに該当するか否かを誰が判断するのか、すなわち濫用防止の仕組みが構築できるのか、という技術的な消極論であった<sup>(39)</sup>。確かに、ヘイトスピーチのもたらす危害は、状況依存的なものであり、具体的状況と切り離して、発言内容だけで可罰的なヘイトスピーチとそうでないものを区別することは容易でない上に、パリ原則に基づく国内人権機関のような、ヘイトスピーチの刑事告発を委ねうるような機関も存在しない現状では、国会審議が消極論に傾いたとしても無理のないことであった。

しかし、このことは、刑罰法規に求められる明確性の要請と過度に広汎な規制にならないという要請を満たす構成要件を考案し、かつ具体的状況に照らして可罰性を慎重に判断する手続を経て刑事告発する仕組みが構築されるならば、そうした消極論も克服され得るものであることを示している。地方公共団体が、地域住民がヘイトスピーチに苦しんでいる実情と、解消法が実効性を伴わず、実効性のある条例の制定を望む住民の要望を受けて、「やむにやまれぬ公共的利益」の保持のために<sup>(40)</sup>、ヘイトスピーチ規制の技術的困難を乗り越えようとすることは、地方自治の本旨に即したことのようと思われる。そもそも地方公共団体の条例制定権は、法律の授権によるものではなく、憲法に根拠をもつ自治立法であることを強調するなら、「法律の範囲内」ということも「地方自治の本旨」に合致することを前提としてのものであり、むしろ、その地域住民の尊厳や生活環境をヘイトスピーチの危害から護るた

めに必要不可欠な規制を条例で行うことを禁止する効果をもたらす法律は、その限りで、「地方自治の本旨」に反し、違憲であると考えべきであろう<sup>(41)</sup>。

## 2 規制手段の厳密性

それでは、本条例のヘイトスピーチ刑事規制は、技術的消極論を克服するものになっているであろうか。これを、犯罪構成要件が明確性の要請と過度に広汎な規制にならないという要請を満たしているかという問題と、その具体的事件への適用に関して濫用防止の仕組みが採られているかという問題に分けて検討する。

### (1) 構成要件の明確性・非広汎性

表現の自由規制立法に係る規制手段の厳密性を審査する枠組みとしては、札幌税関事件判決<sup>(42)</sup>が示した枠組みがある。すなわち、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、①規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、②一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」。これは、合憲限定解釈の可否について判断する枠組みとして提示されているが、表現の自由規制立法の規制手段の厳密性を審査する基準にもなり得るものであろう。

#### a. 規制手段の非広汎性

本条例のヘイトスピーチ規制は、①規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされているという基準を満たしているだろうか。まず、この基準の後段「合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされているか」という基準に適合しているかを検討しよう。

本条例のヘイトスピーチ規制の構成要件は、川崎市で平成27年11月8日と平成28年1月31日に行われたヘイトデモで実際に行われた差別的言動を基に考案されている<sup>(43)</sup>。前掲横浜地裁川崎支部の差止決定の事実認定によれば、これらのヘイトデモで行われた差別的言動は以下のようなものであった。

「債務者ないしデモへの参加者は、在日韓国・朝鮮人を対象として、『在日は嘘つき』、『帰れ、半島へ』などと記載したプラカードを掲げ、また、『帰ればいいんだよ、おまえら。一匹残らずたたき出してやるからよ、日本からよ』、『朝鮮人をたたき出せ。』、『川崎に住むごみ、ウジ虫、ダニを駆逐するデモを行うことになりました。』、『半島に帰れ』、『韓国、北朝鮮は我が国にとって敵国だ。その敵国人に対して死ね、殺せというのは当たり前だ。ゴキブ

リ朝鮮人は出て行け。』『桜本は日本なんだ。日本人がデモをやっても問題ねえんだ。これから、存分に発狂するまで焦ればいい。じわじわ真綿で首を絞めてやるからよ。一人残らず日本から出ていくまでな。』などの文言を発した。このデモは、ワゴン車のスピーカーや拡声器を用いるなどして、騒々しくされたものである」

このように認定された事実に対し、同決定は、「故意又は重大な過失によって人格権を侵害するものであり、かつ、専ら本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で、公然とその生命、身体、自由、名誉を若しくは財産に危害を加える旨を告知し、又は本邦外出身者の名誉を毀損し、若しくは著しく侮辱するものであることに加え、街宣車やスピーカーの使用等の上記の行為の態様も併せて考慮すれば、その違法性は顕著であるといえるものであり、もはや憲法の定める集会や表現の自由の保障の範囲外であることは明らか」であると判示していた。

一方、本条例 12 条が規定するヘイトスピーチ規制の構成要件は、前記のように、「本邦外出身者をその居住する地域から退去させることを煽動し、又は告知する」(1号)、「本邦外出身者の生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加えることを煽動し、又は告知する」(2号)、「本邦外出身者を人以外のものにとえるなど、著しく侮辱する」(3号)という差別的言動を、市の区域内の道路、公園、広場その他の公共の場所において、a. 拡声器を使用し、b. 看板、プラカードその他これらに類する物を掲示し、又は c. ビラ、パンフレットその他これらに類する物を配布することにより、「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」行い、又は行わせることである。

この構成要件と差止決定を比較すると、差止決定では言及されていない行為態様として「c. ビラ、パンフレットその他これらに類する物を配布する」が挙げられていることと、差止決定が「専ら本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で」という主観的要素を挙げていたものが、条例 12 条では、「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」と、言動の内容から客観的に認定できる要素に置き換えられている点を除けば、両者はほぼ一致しているといえよう。

「ビラ、パンフレットその他これらに類する物を配布する」と「看板、プラカードその他これらに類する物を掲示する」とことは、行為態様は異なるが文字あるいは図画によって表現する点においては同じで、法益侵害性にも変わるところがないから、違法性評価に影響を与えるものではないことは明らかである。

他方、「専ら本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で」という主観的要素は、行為の違法性を強めるいわゆる主観的違法要素であり、これを「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」と置き換えたことの効果は慎重に判断する必要がある。行為者が「専ら本邦外出身者に対する差別的意識を助



長し又は誘発する目的」をもって行為したか否かは、自白に依存しない限り、実際には、「本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する」客観的危険性を認識していたか否かによって決することになる。そうすると、本邦外出身者を「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」排斥し、危害を加えるよう煽動し、著しく侮辱することは、「本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する」客観的危険性を持っているといえるから、故意にこれらの行為をした者には、「専ら本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的」があったとみなしてよいように思われる<sup>(44)</sup>。だとすれば、「専ら本邦外出身者に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的」という主観的要素を、「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」と客観的に判断できる要素に置き換えたことは、違法性評価に影響するものではないと言えるだろう。

以上のことから、本条例 12 条が規定するヘイトスピーチ規制の構成要件は、川崎ヘイトデモ差止決定が、「その違法性が顕著」で、「もはや憲法の定める集会や表現の自由の保障の範囲外であることが明らか」と評価した諸行為を類型化したものと言える。川崎ヘイトデモ差止決定については、「違法性の強い差別的言動が表現の自由の保護領域に含まれないとするのは行き過ぎではないか」との疑問が提示されているが<sup>(45)</sup>、決定が「表現の自由の保障の範囲外」としたのは、保障そのものが及ばないとしたということではなく、裁判所が、当該ヘイトデモの表現の価値と、被害者側の前記対抗利益との利益衡量を行った結果として、明らかに後者の利益が上回ると判断したものであって<sup>(46)</sup>、このような場合には、権利の制約が正当化されることを明らかにしたものと解すべきであろう<sup>(47)</sup>。そうすると、本条例 12 条が規定するヘイトスピーチ規制の構成要件は、ヘイト・デモの表現としての価値を対抗利益である本邦外出身者の人格権の価値が上回る場合を類型化したものと言うことができ、札幌税関事件判決が示した「合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされているか」という基準に適合していると言えることになる。

#### ① 12 条 1 号、2 号の当罰性

12 条が禁止・処罰の対象としている三類型のうち、1 号及び 2 号は、「本邦外出身者をその居住する地域から退去させることを煽動し、又は告知するもの」（1 号）、「本邦外出身者の生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加えることを煽動し、又は告知するもの」（2 号）のように、「煽動」と「告知」を禁止、処罰している。

「告知」は本邦外出身者に向けて直接「その居住する地域から退去させること」や「生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加えること」を告知することである。仮にこれらの言動が特定の個人に向けられたものであれば、脅迫罪（刑法 222 条）を構成するものであるが、不特定の「本邦外出身者」に向けられている場合は脅迫罪に問擬することはできず、本条例

による禁止、処罰の対象になる。不特定であっても、法益（本邦外出身者の居住する地域において平穩に生活する権利）の脆弱性<sup>(48)</sup>と拡声器を用いるなどの行為態様の悪質性によって、当罰性が肯定される。脅迫罪は、その成立に被害者が現実恐怖感をもった（あるいは意思決定の自由が侵害された）ことは必要でなく、害悪が被害者に知らされればその時点で既遂に達する抽象的危険犯と解されている。本条例 12 条 1 号及び 2 号も、その成立に本邦外出身者の「居住する地域において平穩に生活する権利」が現実に侵害されたことは必要でなく、害悪が本邦外出身者に知らされれば足りると解される。

「煽動」は、「人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ、又はすでに生じている決意を助長させるような勢いのある刺激を与えること」をいう<sup>(49)</sup>。この「煽動」の定義は、食料緊急措置令違反事件判決<sup>(50)</sup>で用いられ、それがそのまま破壊活動防止法 4 条 2 項の「せん動」の定義に用いられている。この「せん動」の定義を前提とする同法 39 条及び 40 条のせん動（政治的目的のための放火・騒乱のせん動）について、判例は、「公共の安全を脅かす現住建造物放火罪、騒擾罪等の重大犯罪を引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ものというべきであり、右のようなせん動を処罰することが憲法 21 条に違反するものでないことは」明らかであるとし、さらに「同法 39 条及び 40 条のせん動の概念は、同法 4 条 2 項の定義規定により明らかであって、その犯罪構成要件が…あいまいであり、漠然としているものとはいい難い」としている<sup>(51)</sup>。これに対して学説の多くは、せん動は、差し迫った違法な行為をせん動するものであり、かつ、せん動された相手方が実際に違法行為に出る危険性が高い場合にのみ処罰できる（ブランデンバーグ基準）と解している<sup>(52)</sup>。これを刑法論の次元に移すと、判例はせん動罪を抽象的危険犯と解し、学説は具体的危険犯と解しているということになる。

ヘイトスピーチがもたらす危害についても、聞き手に直接的に与えられるものと、聞き手を媒介にして第三者によって与えられるものを区別し、前者については対抗言論という概念自体がほとんど成り立たないことから法で規制することも可能であるが、後者については、言論による対抗が可能であるから、煽動された第三者が実際に違法行為に出る危険性が高い場合に限り、法で規制できると主張されることがある<sup>(53)</sup>。本条例 12 条 1 号及び 2 号の「煽動」についても、この 2 段階型の害悪と解して、「本邦外出身者をその居住する地域から退去させる」行為や「本邦外出身者の生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加える」行為が実際に行われる具体的危険性があることを要件としていると解する余地がある。

しかし、条例 12 条 1 号及び 2 号所定の「煽動」が、地域における生活に欠くことのできない公共の場所で、拡声器などの拡散手段を用いて行われた場合には、それで直ちに本邦外出身者の「地域において平穩に生活する権利」は直接に脅かされるのであって、ここでも対

抗言論というものがほとんど意味をなさないのである。その意味で、条例 12 条 1 号及び 2 号所定の「煽動」は、2 段階型の害悪のように見えて、実際には 1 段階型の害悪である。このように、条例 12 条の保護法益の脆弱性と拡声器を用いるなどの行為態様の悪質性に鑑みて、条例 12 条 1 号及び 2 号所定の「煽動」は、実害が発生する具体的危険性の立証がなくても可罰性を肯定できる抽象的危険犯と解すべきである<sup>(54)</sup>。

## ② 12 条 3 号の当罰性

12 条が禁止・処罰の対象としている三類型のうち、第 3 号は、「本邦外出身者を人以外のものにたとえるなど、著しく侮辱するもの」を処罰する。ただし、12 条各号の言動は、「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」行われた場合にのみ可罰的とされていることに注意を要する。本邦外出身者のなかでも、本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることによって名指しされた集団は、他の市民と区別可能で、見渡すことのできる比較的小規模な集団であるということが出来る。条例の立法者は、こうした小規模集団で、これまでの歴史的経緯から、「地域において平穩に生活する権利」が脅かされがちな集団に対する、粗暴で悪質な侮辱は、刑罰を用いてでも禁圧すべきものと判断したと思われる。

特定人を対象とする名誉毀損や侮辱と異なり、集団に向けられた侮辱がその集団の個々の構成員にまで及ぶと言えるためには、まず、その集団に属する人々がその特定のメルクマールに基づいて公衆から明確に区別されることが必要である。被害者となりうる者の範囲が明確に画されるということである。さらに、その範囲が数の上で見渡すことができる程度の規模のものに限られるであろう<sup>(55)</sup>。例えば、「外国人」といった大規模な集団に対する侮辱は、その集団の個々の構成員の「地域において平穩に生活する権利」を侵害したと言えるか、断定できない。

しかし、集団に向けられた侮辱が、刑罰を用いてでも禁圧すべきものといえるためには、見渡すことのできる小規模集団というだけでは十分ではなく、その集団がしばしば侮辱の対象になり、「地域において平穩に生活する」という誰にでも承認されるべき権利が脅かされがちであるという、法益の脆弱性が一般に承認される集団であることが必要であろう。川崎市に集住する本邦外出身者で、本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることによって区分された集団は、見渡すことのできる比較的小規模な集団であるというだけでなく、これまでしばしばヘイトデモのターゲットにされてきた。こうした小規模集団に向けられた「人以外のものにたとえるなどの著しい侮辱」は、それが拡声器を用いるなど悪質な行為態様で行われた場合には、その集団に属する個々の人びとの「地域において平穩に生活する権利」を侵害するものとして、当罰性を肯定することができるのである。

名誉毀損罪及び侮辱罪は、外部的名誉に対する抽象的危険犯と解されている。行為の結果、

社会的評価が低下したかどうかを立証することは極めて困難であることから、名誉が現実には侵害されたことはおろか、具体的に侵害の危険性が生じたことも必要でないとされている<sup>(56)</sup>。条例 12 条 3 号についても、集団侮辱によって名指しされた集団の構成員の「地域で平穏に生活する権利」に対する抽象的危険犯と解される。「人以外のものにたとえるなどの著しい侮辱」が、公共の場所で、拡声器を用いるなど拡散力の強い方法で行われた場合には、当該集団の構成員の「地域で平穏に生活する権利」が具体的に危険にさらされたことの立証は必要でない。

#### b. 規制手段の明確性

次に、本条例 12 条の規定が、札幌税関事件判決が要求する、「①規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、②一般国民の理解において、具体的場合に（前述のとおり、本稿はこの要素を省いて考察すべきものとする）当該表現が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるか」、すなわち 12 条の構成要件の明確性について検討しよう。

##### ① 12 条 1 号、2 号の明確性

上述のように、12 条 1 号及び 2 号の抽象的危険犯と解するとしても、脅迫罪において「客観的に畏怖するだけの害悪の告知」がなければ同罪は成立しないとされるのと同様に、本条例 12 条 1 号、2 号についても、客観的に見ておよそ「居住する地域において平穏に生活する権利」を侵害するとまではいえないような態様のもの（本条例 12 条は、場所と手段でも成立範囲を限定しており、これらの限定条件を満たすもので、客観的に見ておよそ「居住する地域において平穏に生活する権利」を侵害するとまではいえないような態様のものは考えにくい）は、それぞれの構成要件に該当しないものと言わなければならない。ただし、本邦外出身者については、その法的地位の不安定さや被差別の歴史、経験等を考慮して、この点を判断する必要がある。しかし、このことをもって、本条例 12 条 1 号、2 号の構成要件が不明確であるということとはできない。本条例 12 条 1 号、2 号の「その居住する地域から退去させること」や「生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加えること」という文言、12 条柱書が規定する行為の場所、手段、理由の限定、さらに『解釈指針』で公表されている「該当する言動例」を参照すれば、通常判断能力を有する一般人の理解において、当該表現が規制の対象となるかどうかの（その中核部分のみならず外延についても）判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることは困難ではないと言えるからである。

##### ② 12 条 3 号の明確性

第 3 号は、「本邦外出身者を人以外のものにたとえるなど、著しく侮辱するもの」を処罰する。前述のように、素案の段階では、単に「特定国出身者等を著しく侮辱するもの」とさ

れていたが、不明確であるとの指摘を受けて、「人以外のものにたとえるなど」という例示が入った<sup>(57)</sup>。『解釈指針』では、「人以外のもの」とは、「衛生害虫（ゴキブリ、ノミ、ダニ等）、汚物その他著しく不快又は嫌悪の情を催させるようなもの」をいうとし、該当する言動例として、「ウジ虫〇〇人」、「ダニ〇〇人」、「〇〇人はごみ」が挙げられている。逆に言うと、文字通り「人以外のもの」にたとえる例しか挙げられていない<sup>(58)</sup>。

12条の保護法益は、本邦外出身者の「地域において平穩に生活する権利」であるが、そこには、生活の基盤としての地域において平穩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こと、自由な人格の発展の基盤が地域での平穩な生活になることが含意されている。地域で自由に人格を発展させ、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ことを阻害するという点では、「人以外のもの」にたとえられる場合だけでなく、例えば、「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」一律に犯罪者であると決めつける場合も同じであるように思われる。

条例12条3号は「人以外のものにたとえるなど」という例示になっているので、「人以外のものにたとえる」ことに限定したものでなく、それと同等に法益侵害的な表現であれば、「人以外のものにたとえるなど、著しく侮辱するもの」に該当すると解する余地を残したものであることは明らかである。そして、特定国又は地域の出身である本邦外出身者を一律に「犯罪者」と決めつける言動は、「人以外のものにたとえる」のと同様に「地域において平穩に生活する権利」に対して法益侵害的であると言えるから、一律に「犯罪者」と決めつける言動は、「人以外のものにたとえるなど」に包摂される。それ故、本邦外出身者を「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」一律に犯罪者であると決めつける言動は、12条3号に該当すると解して差し支えないようにも思われる。

しかし、前記のように『解釈指針』は、該当する言動例として、文字通り「人以外のもの」にたとえる例しか挙げていない。それ故、通常の判断能力を有する一般人の理解において、「人以外のものにたとえるなど」の例示から、特定国又は地域の出身である本邦外出身者を一律に「犯罪者」と決めつける場合を含むということを読みとることができるかが問題になる。この点について、刑法解釈の方法論として、「可能な語義の枠内」であれば法益の保護を考慮に入れた目的論的な解釈が許されるはずであり、「解釈の明確性」まで要求すべきでないという考え方もありうる<sup>(59)</sup>。しかし、本条例の場合のように、構成要件の解釈について判例の蓄積のない分野では、取締り当局が発している『解釈指針』は、市民が可罰的な行為とそうでない行為の限界を知る極めて重要な指針であって、そこに例示されていない種類の言動にまで処罰範囲を拡張することは、やはり慎まなければならないだろう。仮に、特定

国又は地域の出身である本邦外出身者を一律に「犯罪者」と決めつける場合をも12条3号に包摂しようとする場合には、『解釈指針』を改訂して、市民に明示することが必要であろう。このような謙抑的な解釈を維持することによって、規制対象の外延の明確性が保たれると考えるべきである。

## (2) 段階的規制

広島市暴走族追放条例事件で最高裁は、条例の合憲性判断に際し、条例が「規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象にとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること」を「弊害防止手段の合理性」の根拠としている<sup>(60)</sup>

「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」のヘイトスピーチ規制も「事後的かつ段階的規制」を採用しているが、段階規制が「熟慮の機会」を保障するものである点、市長が勧告、命令をする際には、あらかじめ「川崎市差別防止対策等審査会」の意見を聴取することになっている点で、広島市暴走族追放条例のそれとは大きく異なっており、本格的な「事後の一段階的規制」になっている。

段階的規制を採用する意義について、「命令が出されたことと、処罰されることとの間には、その結果に大きな差がある以上、——刑事法も含めた、広義の——公法において妥当すべき、比例原則の観点からしても、直罰なのか、間接罰なのか、という法形式の差異は、なお無視できない重みがある」<sup>(61)</sup>との評価がある一方で、段階的規制は、「予防的な行政命令と事後的な刑事処罰との複合的な規制構造」<sup>(62)</sup>をとることによって、それ自体としては犯罪には至らないものの、放置すべきでないといわれる社会的迷惑行為ないし反社会的行為を迅速・柔軟に規制することを可能にする手段として用いられ、刑法の謙抑性ないし刑罰の補充性の要請に適うかについて慎重な検討が必要である、という指摘がある<sup>(63)</sup>。そこで、川崎市条例の段階規制と他の法令で用いられている段階規制を比較しながら、川崎市条例の段階規制がヘイトスピーチに対する規制手段として合理性があると言えるか、検討する。

### ① 暴対法型の段階規制

暴力団対策法9条は、指定暴力団員が、所属する指定暴力団の威力を示して、暴力的要求行為（例えば、「人に対し、その人に関する事実を宣伝しないこと又はその人に関する公知でない事実を公表しないことの対償として、金品その他の財産上の利益の供与を要求すること」（同条1号））を禁止し、指定暴力団員が暴力的要求行為を現に行っており、その相手方の生活の平穏又は業務の遂行の平穏が害されている場合には、都道府県公安委員会が当該行為の中止等を命ずることができ（同法11条1項）、暴力的要求行為が既に行われた場合においても、その再発を防止するために必要な事項を命令することができ（同条2項）、これら

の命令に違反した者に刑事罰を科す(同法 46 条)としている。暴力的要求行為それ自体は、いまだ恐喝罪、強要罪、威力業務妨害罪等の既存の刑罰法令に該当しないものの、放置できない反社会的行為であるとして行政的に介入し、その規制権違反に刑罰を科すという間接的方法を用いることによって、実質的に刑罰権の発動が拡大されている<sup>(64)</sup>。ここでは、事後的一段階的規制がグレーゾーンの行為への刑罰権拡大を正当化する手段とし用いられている。

しかし、暴力団対策法の真の問題点は、規制の対象を「行為」ではなく「人」によって選別していることである。一般の市民が行う「暴力的要求行為」は規制の対象外であるが、指定暴力団員が、指定暴力団の威力を示して行う「暴力的要求行為」だけが規制の対象となる。過度に広汎な規制になったり、不明確な規制になったりするおそれがあるために、市民一般を対象にして規制することは憲法上許されないが、指定暴力団員であれば規制することが許されるというのは、指定暴力団員を社会の「敵」とみなして、社会の敵には市民刑法の原則を適用しないことも容認する敵刑法の論理であろう<sup>(65)</sup>。段階的規制は、比例原則への配慮を示すことで、敵刑法の論理を中和する機能を果たしている。

広島市暴走族追放条例についても同じことが当てはまる。広島市暴走族追放条例の場合は、条例自体は、規制対象者を「何人も」としており、かつ規制対象行為も「公共の場所において、当該場所の所有者または管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」であり、この規制対象行為が「本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てるなど威勢を示すことにより行われたとき」、市長は当該行為者に行為の中止と退去を命ずることができ、この命令に違反したときに刑罰を科すとしていた。しかし、最高裁判所は、「本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっているなど、規定の仕方が適切でなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法 21 条 1 項及び 31 条との関係で問題がある」としつつ、条例の規制の対象となる「暴走族」を「暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味での暴走族の他には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られる」と限定解釈すれば、事後的一段階的規制をとっていることなどから合憲であると判示した。ここでも規制の対象となる行為が、「行為」そのものではなく「人」によって選別されている<sup>(66)</sup>。一般の市民が規制対象になれば憲法 21 条 1 項や 31 条に抵触することになるが、「暴走族」に限定されていればその問題が生じないと言うのである。規制の合憲性を基礎づける利益衡量は、規制対象者を「本来的な暴走族と社会通念上これと同視できる集団」に限定し

たことによってほぼ決しているのであって<sup>(67)</sup>、事後的一段階的規制がとられていることは、ここでも、比例原則への配慮を示すことで、「暴走族」の集会の自由の制約は、一般の集会の自由の制約より容易にできるという敵刑法の論理を中和する機能を果たしているにすぎない。

「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」のヘイトスピーチ規制は、「人」による選別を前提としたものではなく、あくまで「行為」を基準とした規制であり、「事後のかつ段階的規制」も、当該行為の構成要件該当性を見極めるためのものとして機能することが期待されており、その意味で暴対法型の段階規制とは性格を異にしている。

## ② ストーカー規制法型の段階規制

ストーカー規制法は、「つきまとい等」を同一の者に対して反復して行う行為を「ストーカー行為」と定義し、「ストーカー行為」を直接罰する（18条）他に、「つきまとい等」により、その相手方に身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせていると認められる場合には（3条参照）、警察本部長等は、「つきまとい等」をされた者の申出を受けて、行為者に対し更に反復して「つきまとい等」をしてはならない旨の警告を発し（4条）、警告を受けた者がこれに従わず更に反復して「つきまとい等」をするおそれがあるときには、都道府県公安委員会が禁止命令を発し（5条）、この禁止命令に違反して、「ストーカー行為」をした者に刑事罰を科すとしている（19条1項）。

直罰方式の規制の他に段階規制が用いられている理由は、規制の対象である「つきまとい等」の行為の特性にある。「つきまとい等」は、恋愛関係やそれに準じる人間関係において生じがちなトラブルで、迷惑行為ではあるけれども、その悪質性はそれほど高いものではなく、これらを一律に禁止することは国民の行動の自由を不当に制限することにもなりかねないが、他方で、「つきまとい等」が相手方に身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせている場合に、これを放置すると、次第に「ストーカー行為」その他の犯罪にエスカレートし、被害者に深刻な被害が生じかねないものである。また、「つきまとい等」は、元交際相手、元配偶者、知人等から行われることが多く、自らの行為が「つきまとい等」に該当することを自覚していない場合もある<sup>(68)</sup>。加えて、「つきまとい等」の構成要件には、「被害者の視点に立って被害防止に効果的な対応ができるように」、「著しく粗野な言動」（2条1項4号）であるとか「嫌悪の情を催させる」（同6号）といった、被害者の不安感によって左右される概念が多用されている<sup>(69)</sup>。そこで、まずは被害者の申出を受けた警察本部長等が警告を行うことにより、行為者に自覚を促して問題の解決を図り、警告に従わないでなお「つきまとい等」を行う者に対しては、公安委員会が、聴聞の機会を保障してその言い分を聴いた上で禁止命令を発することで、「つきまとい等」の反復を自制させようとし、それでもなお禁止命令に違反して「ストーカー行為」



を為した者に刑事罰を科すものである。一連の「つきまとい等」のはじめは処罰に値するほどの法益侵害性を備えていないが(しかも、行為者に加害の意図が欠けている場合が多い)、その行為が警告・禁止命令にもかかわらず、反復継続して行われることにより、徐々に法益侵害性を増し(加害の意図も明確になって行き)、やがて処罰に値するほどの法益侵害性に至るというストーカー行為の特性が、段階的規制の必要性を基礎づけている。

それに対して、「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」のヘイトスピーチ規制は、当初は加害の意図がなかった差別的言動が、徐々にエスカレートして、やがて処罰に値する程度の法益侵害性に至るといような筋道を想定していない。条例12条の構成要件に該当する差別的言動は、当初から高度の法益侵害性と加害の意図を確認できるもので、その意味では、直罰方式の規制も不可能ではなかったと思われる。それでもなお、条例が直罰方式を取らず、段階規制を採用したのは何故なのだろうか。

### ③ 川崎市条例におけるヘイトスピーチの段階的規制

ヘイトスピーチの刑事規制を行う場合、「捜査機関による現行犯逮捕などの恣意的な運用を避けるシステムがその前提として必要不可欠」<sup>(70)</sup> だということが夙に指摘されてきた。川崎市条例におけるヘイトスピーチ規制は、直罰方式を採用しておらず、段階規制の手続を経た後に川崎市長が告発することによって刑事手続が始動する仕組みになっているので、現行犯逮捕は不可能である。ヘイトスピーチの刑事規制に求められた「実効性」は、刑事規制による「ストップ効果」であるが、このストップは、現場での現行犯逮捕によるストップではなく、事後的な処罰によって将来においてヘイトスピーチが繰り返されることを防止しようとするものである。これまで、ヘイトスピーチを行った者が何の罰も受けないことで、その者又は他の者によりヘイトスピーチが繰り返されてきた。段階規制は、すぐその場で止めることはできないが、事後的に刑事罰を科し、ヘイトスピーチが「社会的な非難」に値する行為であることを明確にすることで人々の行為意思に働きかけて、将来のヘイトスピーチを防止しようとするものである。それは、直罰方式を取るのに比べて緩慢な方法ではあるが、確実な前進であるように思う。また、ヘイトスピーチを繰り返す者が不処罰のままであることによって被害者の尊厳が蔑ろにされてきたが、行為者に対する「社会的な非難」を明示することによって被害者がいくらか慰撫されるという反射的效果もあろう。

川崎市条例がヘイトスピーチ規制に段階的規制を用いる理由は「段階を踏んで、慎重に判断する」ためである<sup>(71)</sup>。「段階を踏んで、慎重に判断する仕組み」とすることで、「恣意的な運用」となることを避けようというのである。条例は、恣意的な運用となることを避けるために、イ 反復の内容の限定、ロ 第三者機関への諮問、ハ 「熟慮の機会」の保障、という三つの方策を取っている。

イ 反復の内容の限定

条例 13 条及び 14 条は、市長が「勧告」、「命令」を行うに当たって、条例 12 条の規定に違反して本邦外出身者に対する不当な差別的言動を行い、又は行わせた者が、再び本邦外出身者に対する不当な差別的言動を行い、又は行わせるおそれがあると言える場合を「当該本邦外出身者に対する不当な差別的言動に係る国又は地域と同一の国又は地域の出身であることを理由とする」場合（「同一理由差別的言動」）に限定している。「同一の国又は地域の出身であることを理由」としている場合には、その手段（拡声器の使用、看板・プラカードの掲示、ビラ・パンフレット類の配布）や、言動の種類（居住する地域から退去させる、生命身体等に危害を加える、著しく侮辱する）が異なるときも、「勧告」の対象になる<sup>(72)</sup>。「本邦の域外にある国又は地域を特定し、当該国又は地域の出身であることを理由として」不当な差別的言動を行い、又は行わせることを禁止しようとするのであるから、「同一の国又は地域の出身であることを理由」としている場合を「反復」とみなすのは妥当な限定であると言えよう。

勧告、命令を行うには、同一理由差別的言動が行われる「明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があるとき」に限られる。表現の自由の不当な侵害にならないように留意するという観点から、厳格な審査基準が設定されている。

勧告、命令は、「地域を定めて」行い、有効期間は「勧告の日から 6 月間」に限られる。いずれも、表現の自由を過度に制約することがないように留意したものである<sup>(73)</sup>。

#### ロ 第三者機関への諮問

勧告、命令をする場合には、表現の自由その他の日本国憲法が保障する権利を侵害することがないように留意し、恣意的な運用にならないようにするために、市長は、学識経験者で構成される第三者機関である川崎市差別防止対策等審査会の意見を聴いた上で、慎重に判断を行うものとされている<sup>(74)</sup>。前述のように、市長が命令違反者を告発するに当たっては、15 条 1 項の「公表」の措置が必ず取られ、「公表」する場合には、市長は、あらかじめ同審査会の意見を聴かなければならないことになっているので（同条 2 項）、刑事告発の前に少なくとも 3 回にわたって同審査会による審査が行われることになる。

勧告、命令をする場合に、市長が川崎市差別防止対策等審査会に諮問する事項は、原則として、①勧告の場合は第 12 条の規定に違反する行為があったか、命令の場合は勧告書に記載された地域と期間内に、再び「同一理由差別的言動」を行ったか、②再び「同一理由差別的言動」を行い、又は行わせる明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があるか、③「勧告」、「命令」をすることが適当か否か、④「勧告」、「命令」をする場合、どのような「地域」の定め方が適当か否か、の 4 項目であるが、このうち最も難しく、慎重な判断が求められるのは、②の認定であろう。この点、『解釈指針』は、再び同一理由差別的言動を行い、又は行わせる「明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があるとき」を、同

一理由差別的言動が「相当高い確率で発生すると認められる状況」といい、「具体的には、再び同一理由差別的言動が行われようとしている場所、日時、態様等について、その実施予定者からの告知や、十分な証拠を伴う通報により、具体的に把握していることが必要」であるとしている<sup>(75)</sup>。

審査会は、審査に当たって、市長に意見書又は資料の提出を求めることができるほか、「適当と認める者」<sup>(76)</sup>にその知っている事実を述べさせることその他必要な調査を行うことができ（19条1項）、調査審議の対象になっている者には、相当の期間を定めて、書面により意見を述べる機会を与えることができる（同条2項）。このような機会を与えるか否かは、審査会の判断に委ねられており、対象者に意見を述べる義務を課すものではないが、審査会は、再び同一理由差別的言動が行われる明らかなおそれがあると認める十分な理由の有無を見極めるために、明らかにその必要がない場合を除いて、対象者に意見を述べる機会を与えるべきであろう。

#### ハ 「熟慮の機会」を保障する

市長は、勧告、命令、公表を行うときには、あらかじめ、川崎市差別防止対策等審査会の意見を聴かなければならない。審査会が調査審議の対象になっている者に、意見を述べる機会を付与するか否かは、審査会の裁量によるとされているが、「命令」は川崎市行政手続条例2条5号の「不利益処分」（「特定の者を名宛人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分」）に当たるので、命令をする場合には、市長は、緊急の場合を除いて、名宛人に弁明の機会（原則として書面による）を与えなければならない（同条例13条1項2号、27条1項）。「公表」についても、市長は、「あらかじめ、当該公表される者にその理由を通知し、その者が意見を述べ、証拠を提示する機会を与えなければならない」（川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例15条3項）

このように、本条例は、本邦外出身者に対して不当な差別的言動をした者に、「熟慮の機会」を与え、意見を述べ、証拠を提示する機会を保障している。これは、広島市暴走族追放条例の事後的一段階的規制にはないもので<sup>(77)</sup>、「段階を踏んで、慎重に判断する仕組み」を具現するものである。

以上のように、川崎市条例におけるヘイトスピーチの段階的規制は、イ 反復の内容の限定、ロ 第三者機関への諮問、ハ 「熟慮の機会」の保障、という三つの方策によって、真の事後的一段階的規制になっていると言える。特に第三者機関への諮問は、ストーカー規制法の段階的規制について、「警察から独立した機関」が審査しなければ、憲法31条の適正手続の保障が要請する公正性が担保されない<sup>(78)</sup>との指摘にも応答するものとして、高く評価できるものではないかと思う。

### (3) 小括

以上検討してきたことから、本邦外出身者の「地域において平穩に生活する権利」を保護するという正当な目的を達成するための手段として、これを侵害する行為のうち処罰の対象とする範囲が過度に広汎であるとも、不明確であるともいうこともできず、かつ、濫用防止のために厳密な事後的一段階的規制が採用されていること、さらに、命令違反に対して科される刑事罰も、50万円以下の罰金<sup>(79)</sup>と、表現行為に対する制裁としても決して過酷なものと言えないこと等を総合すると、川崎市条例のヘイトスピーチ刑事規制は、ヘイトスピーチ規制の技術的消極論を克服する内容なっていると評することができよう。

## III 課題—結びにかえて

最後に、川崎市条例のヘイトスピーチ刑事規制に関して、課題と思われる点を指摘して、結びにかえたい。

条例 24 条は、法人（法人でない団体で代表者又は管理者の定めのあるものを含む）の代表者、管理人、代理人、使用者等が、事業主（法人又は人）の業務に関して、第 14 条 1 項の命令に違反し、第 23 条によって罰金刑に処される場合には、その行為者のほか事業主に対しても、同条の刑を科すとしている。いわゆる両罰規定である。両罰規定は、違反行為によって利益を得ているのが行為者を使用する事業主であり、行為者を処罰するだけでは違反行為の抑止に不十分であると考えられる場合に用いられ、事業主として、行為者の選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかった過失の存在を推定し、事業主において注意を尽くしたことの証明がなされない限り、事業主も刑事責任を免れないとするものである<sup>(80)</sup>。

本両罰規定が「差別主義団体に対する抑止効果」として働くことを期待する意見もある<sup>(81)</sup>。しかし、両罰規定に関する過失推定説にはこれを批判する学説が多く、被告人が無過失の主張をすれば検察官は、過失があったことの証明をしなければならないとする説も有力である<sup>(82)</sup>。人の表現活動は、一人一人の人格に根差した活動であることを前提にするなら、たとえヘイトスピーチを繰り返している団体であっても、事業主が団体の構成員の言動を条例違反にならないように統制することまで求めるのは妥当でなく、団体構成員の違反行為から事業主の過失を推定することは妥当でない。また、両罰規定は二重処罰となる危険も孕んでいる<sup>(83)</sup>。ヘイトスピーチの処罰は、明確な差別的意図をもって差別的言動をする場合に限られるべきで、故意犯に限定すべきである。両罰規定は削除し、組織的に行われたヘイトスピーチには、刑法の共犯（共同正犯を含む）規定で対処すべきであろう。

しかし、川崎市条例のヘイトスピーチ刑事規制の最大の課題は、その実効性であるように

思われる。

川崎市条例のヘイトスピーチ刑事規制の構成要件は、行為の「場所」、「手段」、「類型」の三つの側面から処罰の対象となる差別的言動を限定しているだけでなく、『解釈指針』を公表して、構成要件に該当する言動例を挙げて、処罰対象を明確化しようとしている。その結果として、規制の対象になる言動と規制の対象から外れる言動が明確に区別され、ヘイトスピーチを行おうとする者からすれば、処罰の対象となる言動を巧みに避けて、ヘイトスピーチを行うことが可能になっている。例えば、12条3号の「人以外のものにたとえるなどして、著しく侮辱するもの」の「人以外のもの」について、『解釈指針』が「衛生害虫、汚物その他著しく不快又は嫌悪の情を催させるものをいう」との解釈を示して上で、該当する言動例として、「ウジ虫〇〇人」、「ダニ〇〇人」、「〇〇人はごみ」という例を挙げていることから、特定の国又は地域出身の本邦外出身者を一律に犯罪者にたとえたとしても、「人以外のものにたとえるなどして、著しく侮辱するもの」に該当しないと主張することは可能であろう。この場合、法理論上は、通常の判断能力を有する一般人の理解において、「人以外のものにたとえるなどして、著しく侮辱するもの」という文言から、特定国又は地域の出身である本邦外出身者を一律に「犯罪者」と決めつける場合を含むということを読みとることができるかが問題になり、読みとることができる結論付けることも不可能でないと思われる。しかし、『解釈指針』は、市民だけでなく摘発に当たる市職員にとっても川崎市差別防止対策等審査会の審査対象になる言動とそうでない言動の限界を知る極めて重要な指針となるものであるから、仮に、一律に犯罪者にたとえることが人以外のものにたとえる場合と同等に著しい侮辱に当たると考えた場合でも、解釈指針に例示されていない種類の言動を審査会の審査対象にすることは、市職員にとって躊躇せざるを得ないだろう。そこで、特定国又は地域の出身である本邦外出身者を一律に「犯罪者」と決めつける場合をも12条3号に包摂しようとする、と、『解釈指針』を改訂して、市民に明示することが必要になるが、そうするとまた、ヘイトスピーチを行おうとする者は、「寄生者」といった別のたとえを用いて、著しく侮辱することになる。いちごっこになるが、これはヘイトスピーチを刑事規制しようとする場合に当然予測されることである。通常の犯罪でも、判例が蓄積されることによって、処罰の限界が徐々に明確になって行くのであるから、ヘイトスピーチ規制についても、『解釈指針』の改定を重ねることで、規制の限界が徐々に明確になっていくものと思われ、施行後短期間で、本条例による規制の実効性について云々することはできないように思われる。

ヘイトスピーチ解消法は、ヘイトスピーチを解消するべきものとはしたが、「社会的に非難されるべき行為」であることを明示するには至らなかった。川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例のヘイトスピーチ規制は、ヘイトスピーチを刑事罰の対象とすることで、そ

れが「社会的に非難されるべき行為」であることを明示した。ヘイトスピーチは「社会的に非難されるべき行為」であることを公的機関が繰り返し明示することによって、徐々に人々の規範意識に働きかけて、将来における類似行為の再発を防止することにこそ、刑事罰を用いる意義がある。重要なのは、ヘイトスピーチが「非難されるべき行為」であることを社会が共有することである。言い換えれば、いたちごっこになろうとも、根気強く、非難されるべきことを非難されるべきものと確証し続けることでしかヘイトスピーチを遁滅させることはできないように思われる。

## 注

(1) 師岡康子「差別を犯罪とする日本初の川崎市条例素案」世界924号(2019.9)23-27頁、前田朗「全国初のヘイト・スピーチ刑事規制」部落解放788号(2020.4)104-113頁、神原元「ヘイトスピーチの法規制について—川崎市人権本条例にいたる経緯—」人権と部落問題936号(2020.6)42-48頁。

(2) 神奈川新聞「時代の正体」取材班編『ヘイトデモをとめた街—川崎・桜本の人びと—』(現代思潮新社、2016年)参照。

(3) 『「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」解釈指針』(川崎市、2020年3月)30頁。<https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000113/113041/sisinn2.pdf>

(4) 齋藤愛「表現の自由の現況：ヘイトスピーチを素材として」論及ジュリスト13号62頁以下。

(5) 市川正人「表現の自由とヘイトスピーチ」立命館法学360号129頁。

(6) 阪口正二郎「表現の自由はなぜ大切か——表現の自由の『優越的地位』を考える」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編著『なぜ表現の自由か——理論的視座と現況への問い』(法律文化社、2017年)23頁。なお、脱稿後の2022年2月15日、「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」の合憲性が争われた訴訟で、最高裁がこれを合憲とする判決を下したとの報道に接した(2022年2月16日付朝日新聞)。

(7) 浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』(日本評論社、2016年)183頁。

(8) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

(9) 野坂泰司「公安条例による集団行動の規制—徳島市公安条例事件判決」法学教室310号64-65頁。

(10) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)18頁。

(11) 山口厚、同上書、18頁の注12。

(12) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。

(13) 前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」同『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学

出版会、1992年）63頁。

(14) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

(15) 猿払事件判決は、公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為を「これに内包される意見表明そのもの制約を狙いとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止を狙いとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、附随的な制約に過ぎ」ないから、禁止により得られる利益（公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益）と比較して、利益の均衡を失するものではない、という（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）。

(16) 公務員の政治的行為の禁止を「間接的、附随的な制約」であるとすることによって、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益（すなわち表現の自由に対する不利益）との利益衡量を、著しく前者に有利に行っている（市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」法律時報85巻5号67-68頁）。長谷部恭男「表現活動の間接的・附随的規制」法学教室299号、48頁参照。

(17) 駒村圭吾は座談会で次のような発言をしている。「不快な言論、品位に欠ける言論という水準では、…弊害が個々には発見できるとしても、法的規制の組み立てはなかなか難しいのではないか。自衛官合祀の判決（最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁）の中にもあるように、単なる不快感というのは、ある種の強制的契機があれば別だけれども、なかなかそういうものを法益侵害として受け入れることは難しいという言い方をしている。…そういった判例伝統からすると、確立して刑事規制とか、不法行為法、あるいは治安維持のための警察規制なら別ですが、憎悪表現というものが醸し出す非常に不快で苛烈な感情被害、もちろんマイノリティにとっては非常に心痛の極みであったとしても、自衛官合祀のような判例伝統からした場合に、それはなかなか法的な規制の水準にまではいかないのではないかと思われます」座談会（曾我部真裕、長谷部恭男、川岸令和、駒村圭吾、宍戸常寿）「表現の自由」論及ジュリスト14号、160頁。

(18) 内田博文は、被害救済という点では、刑事規制よりも、「民事訴訟の果たす役割の方が圧倒的に大きい」という（内田博文「刑事法及び憲法と差別事件」別冊法学セミナー13『ヘイトスピーチに立ち向かう——差別のない社会へ』（日本評論社、2019年）105頁）。

(19) 神原元、前掲論文（注1）、43頁。

(20) 若林三奈「集団に対する差別的言動と不法行為一人間の尊厳と平穏生活権」法律時報93巻2号99頁

(21) 渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈——広島市暴走族追放条例事件最高裁判決を機縁として」法政研究（九州大学）75巻2号196頁。

(22) 「『(仮称)川崎市差別のない人権尊重まちづくり条例』(素案)について」  
[https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000108/108168/20190624soan\\_hp.pdf](https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000108/108168/20190624soan_hp.pdf)

(23) 『解釈指針』35頁。

(24) 「『(仮称)川崎市差別のない人権尊重まちづくり条例』(素案)に関するパブリックコメント手続の実施結果について」のおけるパブリックコメントへの回答(意見番号180,181)  
<https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000125/125973/01kekka.pdf>

(25) 吉祥寺駅構内ビラ配布事件：最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁参照。

(26) 『解釈指針』71頁。

(27) 『解釈指針』42頁。勧告や命令の基礎となる証拠を市職員が収集することには、捜査実務の経験のない市職員が、それをなし得るのかという問題とともに、収集された証拠が刑事裁判でどこまで利用できるのかという問題が発生するであろうとの指摘がある(神原元、前掲論文、47頁)。

(28) 『解釈指針』38頁、70頁。

(29) 15条2項には13条2項、14条2項とは異なり、「緊急を要する場合」の特例は規定されていない。「公表」には事前に審査会の意見を聴取することが必須であり、刑事告発についても同様ということになる。

(30) 師岡康子、前掲論文(注1)、27頁参照。

(31) 『解釈指針』58-59頁。

(32) 師岡康子、前掲論文(注1)、25-26頁参照。

(33) 『解釈指針』35頁。

(34) ストーカー規制法は「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穏に資すること」(1条)を立法目的としおり、最判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁は、この立法目的を正当としている。

(35) 横浜地裁川崎支部決定平成28年6月2日判例時報2296号14頁。

(36) 前掲(注8)。福岡県青少年保護育成条例事件判決が、「児童福祉法34条1項6号は『児童に淫行させる行為』のみを規制し、その適用範囲を児童の自由意思に属しない淫行に限っているにもかかわらず、本件各規定は青少年に対し淫行をする行為のすべてを規制の対象としていて明らかに法律の範囲を逸脱しているから、本件各規定は憲法94条の規定に違反する」との被告人の主張に対して、「児童福祉法34条1項6号の規定は、必ずしも児童の自由意思に基づかない淫行に限って適用されるものでないのみならず、同規定は、18歳未満の青少年との合意に基づく淫行をも条例で規制することを容認しない趣旨ではないと解するのが相当であるから、所論は前提を欠く」と判示しているのも同趣旨であろう(前掲(注12))。



(37) 野坂泰司、前掲論文（注9）、62頁。

(38) 解消法の発議者である西田昌司は、「表現の内容を規制することは、表現行為の萎縮効果をもたらすおそれがある」、あるいは「公権力が個人の表現の自由や内心の自由に関わるようなところに入っていくべきではない」ことを禁止規定や処罰規定を置かない理由としている（魚住裕一郎他編『ヘイトスピーチ解消法 成立の経緯と基本的な考え方』（第一法規、2016年）8頁、10頁）。これは原理的な消極論といえることができる。

(39) 遠山清彦（公明党ヘイトスピーチ問題対策PT座長・衆議院議員）は、「法規制をかけるには、一般的に『どういう表現がヘイトスピーチなのか』を定義づける必要性が出てくるし、さらに実際に公然の場で表現された内容がその定義に当てはまるかどうかを誰が判断するか、という問題もある。ヘイトスピーチ集会の現場にいる警察官などにその権限を与えることは、戦前の思想警察を想起させるし、今の憲法との適合性は疑わしい」ことを理由としている（遠山清彦「ヘイトスピーチへの法的対処について」ヒューマンライツ333号（2015年12月）6頁）。これは技術的な消極論といえる。

(40) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）』（有斐閣、1998年）411-412頁は、「歴史的に差別されてきた団体のメンバーが自己の希望に従って平和的に生存する」権利を保障することは、「やむにやまれぬ公共の利益」の一つで、表現の内容規制が許容される場合に当たるとしている。

(41) 「法律の範囲内」の縛りも「地方自治の本旨」に合致することを前提にすることを強調するものとして、樋口陽一『憲法〔第4版〕』（勁草書房、2021年）404頁）。

(42) 前掲（注14）。

(43) 『解釈指針』32頁以下参照。

(44) 偽造罪における「行使の目的」を、「行使の客観的危険性がある偽造をしていることの認識」（偽造の故意）に解消させて理解するものとして、内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、昭和58年）217頁以下、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）125頁参照。

(45) 上田健介「ヘイトデモ禁止仮処分命令」法学教室433号153頁。

(46) 奈須祐治「マイノリティ集住地域における特定人を標的としないヘイト・デモの仮処分による差止めの可否」ジュリスト1505号『平成28年後重要判例解説』17頁

(47) 武田芳樹「差別的言動を伴うデモの差止めと人格権の保障」法学セミナー743号118頁。

(48) 本邦外出身者の「地域において平穏に生活する権利」は、日本国民のそれと比較して典型的に脆弱である。それは、法的地位において不安定であるだけでなく、社会に根付いた差別の構造がもたらすものといえる。

- (49) 『解釈指針』 34 頁。
- (50) 最大判昭和 24 年 5 月 18 日刑集 3 卷 6 号 839 頁。
- (51) 最判平成 2 年 9 月 28 日刑集 44 卷 6 号 463 頁。
- (52) さしあたり長谷部恭男『憲法 [第 6 版]』(新世社、2015 年) 208 頁、
- (53) 奈須祐治「ヘイト・スピーチ規制法の違憲審査の構造」関西大学法学論集 59 卷 3・4 号 88 頁以下参照。ただし奈須自身は、2 段階型の害悪を生む言論であっても、「表現の態様等の面から限定を加えた規制を行うことは憲法上可能と解される」としている(奈須祐治「ヘイトスピーチ規制消極説の再検討」別冊法学セミナー13『ヘイトスピーチに立ち向かう——差別のない社会へ』(日本評論社、2019 年) 50 頁)。
- (54) 条例 13 条以下の告発に至るまでの段階規制の審査が、川崎市の職員が収集した情報及び映像や音声の記録を基にして行われることから(注 27 参照)、危険性の実質的な審査にまで及ぶことは想定されていないといえるであろう。もちろん、川崎市による告発を受けた検察が、実害が発生する具体的危険性の立証が困難であるとして起訴を見送ったり、刑事裁判所が、具体的危険性の立証がないとして無罪とする可能性が全くない訳ではない。
- (55) ここでの議論は、ドイツの集団侮辱の考え方に依拠している。ドイツの集団侮辱罪については、楠本孝「集団侮辱罪と民集煽動罪」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報 2 号(2012 年) 38-53 頁参照。
- (56) 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016 年) 164 頁。
- (57) パブリックコメントへの回答(前章注(13)参照)、(意見番号 175)
- (58) 『解釈指針』 35 頁。
- (59) 前田雅英、前掲論文(注 13)、63 頁以下参照。
- (60) 最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁。
- (61) 山下純司・島田聡一郎・宍戸常寿『法解釈入門(補訂版)』(有斐閣、2018 年) 189-190 頁(島田執筆)。
- (62) 曾根威彦「暴走族追放条例と合憲限定解釈」同『現代社会と刑法』(成文堂、2013 年) 135 頁。
- (63) 葛野寿之、刑法雑誌 48 卷 2 号 99 頁。葛野はこの形の規制を「ハイブリット型規制」と呼んでいる。
- (64) 福田雅章『暴力団対策法』の問題点と危険性」法律時報 64 卷 2 号 4 頁。
- (65) 井田良は、「市民刑法と敵刑法」について次の様に述べている。「単に価値観が違うというのではなく、もはや一般市民と共存することがおよそ不可能なほど、根本的価値観を異にする人々から成る犯罪組織、宗教団体、政治集団等に対しては、従来のような刑罰権介入の厳格な制限自体が根拠を欠くものとなり得るのである。…しかし逆にいえば、通常の刑法

の領域を支配する一般原理がいわば桎梏となって組織犯罪に対し十分な対応ができないという問題についてどう考えるかが検討されなければならないように思われる」（井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価」『変革の時代における理論刑法学』（慶応義塾大学出版会、2007年）37-38頁）。

(66) 松原芳博「罪刑法定主義と刑法解釈」曾根威彦・松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008年）20頁。

(67) 判決が、「暴力主義的破壊活動者」の集会の自由を特定の区域において禁止する規定の合憲性を肯定した成田新法事件判決（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）を引用していることもこのことを示唆している。規制対象者が「暴力主義的破壊活動者」や「暴走族」に限定されたことをもって、最高裁の利益衡量の帰趨は決していたのである。

(68) 檜垣重臣『ストーカー規制法解説 [改訂版]』（立花書房、平成18年）28頁、32頁。

(69) 安部哲夫「ストーカー規制法とDV防止法をめぐって」法律時報75巻2号68頁。

(70) 内田博文、前掲論文（注18）、103頁。

(71) 『解釈指針』39頁。

(72) 同上、40頁、45条。

(73) 同上、41頁、45頁。

(74) 同上、39頁、44頁。

(75) 同上、41頁、45頁。

(76) 「適当と認める者」とは、「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」の対象とされた者、これを現認した者、これが行われた「公共の場所」の管理者等を指す（『解釈指針』60頁-61頁）。

(77) 広島市暴走族追放条例事件（前掲、注60）では、被告人らは事件当日の午後10時31分ころから集会を行い、午後10時35分ころに市長の権限を代行する広島市職員から退去するよう命令を受け、午後10時41分ころまで集会を継続したことをもって命令に違反したものと認定されている。

(78) 岡田久美子「ストーカー行為等規制法」法学セミナー550号62-63頁。

(79) 『解釈指針』によると、この50万円以下の罰金という法定刑は、表現行為が犯罪の構成要件に該当する「名誉毀損罪」や「神奈川県迷惑行為防止条例」2条の「粗暴行為の禁止に対する罪」を参考にしたという（66頁）。「名誉毀損罪」を参考にしたというのは、侮辱罪の法定刑が「拘留又は科料」と、著しく軽いので参考にならないという趣旨であろう。神奈川県迷惑行為防止条例は、「公衆に著しく迷惑をかける行為を防止し、もって県民及び滞在者の生活の平穏を保持すること」を目的としており（1条）、その2条において、公共の場所又は公共の乗物において、多数でうろつき、又はたむろして、通行人、乗客などに、言

いがかかりをつけ、すごむ等不安を覚えさせるような言動等を禁止し（1 項）、その違反者に 50 万円以下の罰金を科している（15 条 4 項 1 号）。川崎市条例の命令違反の法定刑は、この迷惑防止条例の法定刑を参考にしたものであろう。

（80）最大判昭和 32 年 11 月 27 日刑集 11 卷 12 号 3113 頁、最判昭和 40 年 3 月 26 日刑集 19 卷 2 号 83 頁。なお、『解釈指針』71 頁、72 頁参照。

（81）師岡康子、前掲論文（注 1）、25 頁。

（82）浅田和茂『刑法総論 [第 2 版]』（成文堂、2019 年）121 頁、町野朔『刑法総論』（信山社、2019 年）162 頁。

（83）『解釈指針』は、「事業主を処罰するためには、現実の行為者を処罰しなければならないというのではなく、行為者を処罰しないで事業主だけ処罰すること、逆に、行為者だけを処罰して事業主を処罰しないことは、いずれも差し支えない」としているが（72-73 頁）、処罰範囲の明確化という観点から妥当でない。