

《論説》

テロ行為の称賛と表現の自由

五十嵐 宙

はじめに

第1章 米国における表現の自由規制とテロ行為の称賛

1-1 米国における表現の自由と思想の自由市場主義

1-2 米国における扇動表現規制とテロ称賛表現規制

第2章 ヨーロッパおよび国際社会におけるテロ称賛表現規制

2-1 英国におけるテロ称賛表現規制

2-2 フランスにおけるテロ称賛表現規制

2-3 国連安保理による決議 1624

第3章 ヨーロッパ人権条約における表現の自由とテロ称賛表現規制

3-1 ヨーロッパ人権条約における表現の自由

3-2 Zana v. Turkey 事件

3-3 Leroy v. France 事件

3-4 ヨーロッパ人権条約におけるテロ称賛表現規制の限界

第4章 自由権規約における表現の自由

4-1 自由権規約における表現の自由の保障と制限

4-2 一般的意見 34 による自由権規約 19, 20 条の解釈

第5章 日本における表現の自由規制とテロ称賛表現規制

5-1 日本国憲法における表現の自由規制

5-1-1 二重の基準論

5-1-2 明白かつ現在の危険

5-1-3 漠然性ゆえに無効の法理

5-1-4 過度の広汎性ゆえに無効の法理

5-2 テロ称賛表現の法的性質

テロ行為の称賛と表現の自由（五十嵐）

5-2-1 名誉棄損表現とテロ称賛表現との異同

5-2-2 わいせつ物規制とテロ称賛表現との異同

5-3 日本におけるテロ称賛表現規制の可能性

5-3-1 現行の破壊活動防止法

5-3-2 純粋なテロ称賛表現に対する規制の可能性

5-3-3 「時」を限定した規制の可能性

おわりに

はじめに

2022年7月8日に、奈良県内において参議院議員選挙の投票日直前というタイミングで、安倍晋三元首相が、街頭演説中に銃撃を受け殺害されるというショッキングな事件が発生した¹⁾。しかしながら、この事件の背景や容疑者の目的が報道されると共に、世間の関心は、宗教法人法の下で現状合法的な宗教法人として認定されている団体と政治家との関係という問題や国葬儀の是非という、事件が端緒だったとはいえ、事件そのものと直接関係を有しているとは言えない方向へとシフトしていった。

この事件が「暴力による主義主張の実現」という「テロ行為」に該当する否かは別として、インターネット上では一部、当該犯罪を称賛するような書き込みが、無視できない規模で存在するという事態が発生している²⁾。

このような事態が、今後の社会にどのような影響を及ぼすことになるか

1) 日本における現職国会議員の殺害事件は、2002年の石井紘基議員暗殺事件以来約20年ぶりのことであり、日本国憲法制定前の出来事と比較する意味はそれほど大きくないと思われるが、首相経験者の殺害は、1936年の二・二六事件で高橋是清元首相及び斎藤実元首相が暗殺されて以来のことである。なお、高橋是清元首相は事件当時、帝国議会議員の職は辞しており、軍人出身の斎藤実元首相は帝国議会議員の経験がないため、首相経験者で現職国会議員の殺害は、五・一五事件において首相及び衆議院議員在職中に殺害された犬養毅元首相の暗殺事件にまでさかのぼることになる。

2) この事件に限った話ではないが、特に「5ちゃんねる」上ではこのような書き込みが多くみられる。

は予断を許さないものであるが、その後のマスメディア等での上述した宗教団体に関する報じ方を見ると、当該事件が、少なくとも一部の人々の間で「正当性」を獲得しかねないという懸念は、決して杞憂ではないと筆者には感じられる。

日本をはじめとした民主的で人権が保障されている社会では、当然の前提として、暴力による社会の変革は、「抵抗権の行使」という極めて例外的な状況以外においては、法的に許容されることはないと理解するべきであり、上述した事件は、その背景がいかなるものであろうと、刑法上の違法性阻却や責任阻却事由に該当することがない限り、本来は非難されてしかるべきものであり、称賛の対象となるべきではないはずである。

他方で、日本をはじめとした、多くの民主的な国家においては、人権の一つとして「表現の自由」が保障され、しかもそれは少なくとも経済的自由権との比較においては優越的な地位を与えられており、テロ行為の称賛も、この表現の自由を行使しているものであると理解することも可能であり、こうした言論を規制することが憲法上可能であるかについては検討の余地がある。特にヨーロッパではこうした表現に対して厳しく制約を課す事例も発生しており、本稿は、各国の立法例等を参照ながら、表現の自由とテロ称賛発言規制の関係性を検討することを目的とするものである。

特にヨーロッパの場合には、多くの国で国内で当該規制が人権侵害であると認められなかったとしても、ヨーロッパ人権裁判所は人権侵害の判決を下すことが可能であり³⁾、このような国においては、国内裁判所の立場のみならずそれに対してヨーロッパ人権裁判所の立場を理解しておくことが重要であるし、直接この条約に参加していない日本にとっても「国際比較」という観点では得るものが大きいと解される⁴⁾。

3) むしろ国内裁判所において救済を受けることができなかったという事実は、ヨーロッパ人権裁判所を利用するための要件でもある。

4) 日本は同条約の締約国ではないが、ヨーロッパ評議会のオブザーバーとなっている事実も無視できない。

第1章 米国における表現の自由規制とテロ行為の称賛

表現の自由をめぐる問題は、日本の憲法学における極めて重要な論点であり、米国憲法学上の議論の参照を含めて、これまでに数多くの先行研究がなされているところである。先述した通り、本稿は、「テロ行為の称賛」という個別具体的な表現行為の規制について検討を行うものであり、そのために必要な範囲において、テロ行為称賛が問題となりうる扇動表現規制の現状について簡潔に振り返ることとする。その前提として、米国が表現の自由規制について消極的である根拠となる、思想の自由市場主義についても簡潔に紹介しよう。

1-1 米国における表現の自由と思想の自由市場主義

米国においては、いわゆる「思想の自由市場主義」という考え方の下、表現の自由は、合衆国憲法修正1条の下で、幅広い保護を受けてきた。思想の自由市場主義という考え方は、よく引用されるように、1919年に米国連邦最高裁が *Abrams v. United States* 事件での M. Holmes 判事の少数意見における議論に端的に表現されている。少数意見の中で Holmes 判事は「真理の最上のテストは、市場競争において自ら受け入れられる思想の力であり、当該真理こそが人々の願いを安全に実現される唯一の基盤になる。いずれにしても、これは我々の憲法における理論である。」と述べて、思想が市場競争の中で勝ち残ることが、当該思想が真理であることの証明になるという考え方を示した⁵⁾。

さらに、その8年後には、*Whitney v. California* 事件において、Holmes 判事も賛同した J. Brandeis 判事の意見の中で、緊急時を除き、悪しき言論に対する救済は沈黙の強制ではなく、対抗言論である旨が述べられるに至り⁶⁾、悪しき言論であっても規制は行うべきでなく、市場競争における対抗言論に委ねるべきであるという考え方が表明されることとなったのであ

5) See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at 630.

6) See *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at 377.

る。

こうした考え方が基調にある米国では、表現の自由に対する介入は、一部の例外を除き、修正1条の違反として司法上処理されてきたという歴史がある。例外として具体的に挙げられる代表例が犯罪扇動表現である。しかも、以下に示すように、犯罪扇動表現についても、厳しい要件の下に規制が認められており、米国においては、思想の自由市場主義の下で、表現の自由規制は、ごく限られた場合にのみ認められるものと理解することができる。

1-2 米国における扇動表現規制とテロ称賛表現規制

米国連邦最高裁は、1919年の *Schenck* 事件判決において、いわゆる「明白且つ現在の危険」という法理を採用した。本件は、第一次世界大戦時に徴兵の拒否を奨励する文書を配布したことが、徴兵活動の妨害に当たるとして起訴されたものであるが、先にも取り上げた *Holms* 判事は、法廷意見の中で、戦時における言論規制を平時における言論規制とを区別し、本件は、前者の場合に該当し、かつ明白かつ現在の危険が存在するとして、修正1条の違反には該当しないと判示した⁷⁾。有名なブランデンバーク事件判決において、オハイオ州のテロ等の昌道を禁止する州法を、「唱道が差し迫った不法な行為 (lawless action) を扇動又は生産することに向けられ、かつ当該行為を実際に扇動又は生産する蓋然性がある場合以外に、当該規制は許容されない⁸⁾」ことを前提に、本件では、単なる昌道と差し迫った不法な行為の扇動とを区別していない旨を認定し⁹⁾、当該州法を違憲と判断した。

7) See *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), at 52. なお、引用記号からもわかる通り、この判決は上述した *Abrams* 判決よりも前に出されたものであり、*Holms* 判事が思想の自由市場主義を提唱する以前の判決であることには注意する必要があるだろう。

8) See *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), at 447.

9) See *ibid.*, at 448-449.

テロ行為の称賛と表現の自由（五十嵐）

これがいわゆる「ブランデンバーグ・テスト」と呼ばれるものであり、実際には、この法理の確立に至るまでには、いくつかの重要な判決が下されているのであるが、本稿の主題は米国における扇動表現規制ではないため、ここでは割愛する¹⁰⁾。

この法理を前提とするならば、米国においてテロ行為を称賛する表現を規制するためには、当該表現が、差し迫った新たなテロ行為の実行を扇動する効果があり、かつ当該テロ行為が実際に引き起こされる蓋然性が高い場合にのみ認められるという結論が導き出されることになるだろう。

もっとも、あくまでもこれは「ブランデンバーグ・テストを適用した場合」について言えることであり、あくまでも合衆国憲法1条の「解釈」に関するもので、修正1条の文言から「必然的に導きだされる結論」であるとは言えない。

Schenck 事件において Holms 判事が採用した「戦時と平時の区別」に依拠し、かついわゆる「テロとの戦争」の下にある状況を「戦時」とみなせば、少なくとも国際的なテロ行為の称賛表現規制について、実際に法規制が行われ、裁判所が違憲判決を下さないことは全く可能性のない推測であるともいえないように思われる。

これは、第二次世界大戦下における日系人への弾圧を合憲とした Korematsu 事件判決¹¹⁾や、近年のドローンによる空爆による被害について「政治的問題の法理」を適用し、司法判断を下さない米国裁判所¹²⁾の立場からも推測できるところであるが、単なるテロ行為の称賛を可罰的言論としてこなかったのは、米国において、「表現の自由」なる権利が高い地位を有していることはうかがえる。なお、国際人道法上の助言を含むテロリスト団体への支援については米国でも犯罪化しているが、これについては合憲判決

10) こうした判決の流れを整理した日本語文献としては、君塚正臣「ブランデンバーグ・テストもしくは『明白かつ現在の危険』基準——渋谷暴動事件再考、そしてヘイト・スピーチ——」横浜国際社会科学研究所第21巻4・5号1頁がある。

11) Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

12) Bin Ali Jaber v. United States, 861 F.3d 241.

を下している¹³⁾。

第2章 ヨーロッパおよび国際社会におけるテロ称賛表現規制

2-1 英国におけるテロ称賛表現規制

英国では、2005年にロンドンで起きた同時爆破テロ事件を受けて、当時のブレア首相が行った演説の中で、以下のような主張を行った¹⁴⁾。

我々が直面しているのは、悪のイデオロギーである。それはすべての文明人による文明の衝突ではない。ムスリムもその他の人々も、それについて深い嫌悪感を抱いている。しかしながら、これは地球規模での格闘であり、イスラムとその外両方における思想、心、精神の闘争である。これは我々が勝利しなければならない闘争であり、この闘争は単にテロリストが採用する手段に関するものではない。かれらの意見に対する闘争でもあるのだ。したがってこれは、暴力的な手段のみならず暴力的な思想に対する闘争であり、彼らの行動のみならず、かれらの考え方、彼らが他者に植え付けようとする考え方に対する闘争でもある。

さらに、英国はブレアが述べた「勝利」のため、実際にテロ対策の立法を行った。それが、2006年テロリズム法であり、同法1条1項では、直接、間接を問わず、テロリズムを奨励する行為、誘発する行為が処罰対象とされている。さらに、米国におけるブランデンバーク・テストとは異なり、同条5項では、実際にテロ行為が奨励・誘発されたかは考慮されないことが明記され、本稿の主題との関係では、同条3項は、合理的な人間がテロ行為の間接的な奨励である理解する例として、攻撃の実行及び準備を称賛することを挙げている¹⁵⁾。

13) See *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 177 L. Ed. 2d 355, 130 S. Ct. 2705 (2010).

14) See *New York Times*, “Prime Minister Blair's Speech”, July 16, 2005, available online at <https://www.nytimes.com/2005/07/16/international/europe/prime-minister-blairs-speech.html>.

15) なお、「合理的な人間」という基準そのものは、2019年に制定されたテロ対

2-2 フランスにおけるテロ称賛表現規制

フランスでは、1881年のフランス・プレス法において「テロの擁護」が犯罪とされていたが、近年、刑法典の421-2-5条において、新たにテロ擁護罪を規定するに至った¹⁶⁾。同条においては、テロの誘発もしくは擁護発言について、5年の禁固及び75000ユーロの罰金が法定刑として規定された。さらに、当該発言をインターネット上で行った場合、法定刑が7年の禁固と100,000ユーロの罰金へと引き上げられている¹⁷⁾。

なお、法改正以前にも適用例は存在し、その一つが、9.11米国同時多発テロの後、フレンチバスクの週刊誌であるEkaitzaにおいて、Denis Leroyという漫画家が、テロのイラストに「我々すべてがこれを夢見ていた。ハマスはやってのけた」というキャプションを付けたマンガを掲載したという事例について適用されている¹⁸⁾。この事件は最終的にヨーロッパ人権裁判所へ持ち込まれることとなったが、その点については次章において触れることとする。

2-3 国連安保理による決議1624

国連安保理は、先に紹介した2005年のロンドン同時爆破テロ事件を承けて、同年、決議1624を採択した。同決議においては、テロ行為やテロの扇動行為への非難、テロの扇動につながるテロの称賛を否認、世界人権宣言19条及び自由権規約19条において保障されている表現の自由に留意して、法律によって必要な範囲内でのみ制限が行えることに言及したうえで、テロの扇動行為については各国が法整備を行うように求めた¹⁹⁾。Yael

策及び国境安全保障法によって挿入されたものである。

16)

17) See Nadim Houry, “France’s Creeping Terrorism Laws Restricting Free Speech”, Just Security, May 30, 2018, available online at <https://www.justsecurity.org/57118/frances-creeping-terrorism-laws-restricting-free-speech/>.

18) Vaibhav Chadha, “Freedom of Speech and Expression versus the Glorification of Acts of Terrorism”, *The Age of Human Rights Journal*, No.17, pp.63-34.

19) See U.N. Doc. S/RES/1624.

Ronen が指摘するように、この決議は、国連安保理が初めて正面からテロの扇動を扱った決議であり²⁰⁾、歴史的にも重要な決議であると解される²¹⁾。

他方、英国やフランスが行った立法との比較では、テロの擁護や称賛については法整備を求めている点が目される。同決議について言及した国連事務総長報告書によれば、これは意図的なものであり、報告書の中では「扇動は称賛とは区別され、前者は法的に禁止され得るが、後者はそうではない。」と明言されている²²⁾。報告書においては、その理由として、「称賛」や「推奨」が漠然とした言葉であり、権利を制限する際には用いられるべきでないことを挙げている²³⁾。このような議論は、米国裁判所が採用してきている、「漠然性ゆえに無効の法理」の存在を意識させる。

この考え方は、その名称の通り、漠然性を有するゆえにその内容が文面上確定できないような法規制について、それを違憲無効とするというものであり、具体例として例えば、州の被用者に共産党の活動に対して援助、支援、助言、勧告、影響力行使を行ったことがない旨を宣誓させるという当時のフロリダ州法の合憲性が問題となった *Cramp v. Board of Public Instruction* 事件判決が挙げられる。この事件では、偽証罪の適用可能性との関係でこの法理が適用され、裁判所は、「援助、支援、助言、勧告、影響力行使」という文言が具体的にどのような行為を指すのかが不明である旨を指摘し²⁴⁾、この報告書における議論は、当該法理の適用を想起させるものであるといえるだろう。いうまでもなく、米国は安全保障理事会において拒否権を行使することができる常任理事国である。

なお、この安保理決議は、国連憲章7章に基づくものではなく、また、

20) See Yael Ronen, “Incitement to Terrorist Acts and International Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol.23, No.3, p.646.

21) Ronen も指摘するように、テロの扇動が国連の目的に反するという認識は、すでに2001年の安保理決議1373において言及されている。See *ibid.*

22) See U.N. Doc. A/63/337, Report of the Secretary-General, “The protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism”, para.61.

23) See *ibid.*

24) See *Cramp v. Board of Public Instruction*, 368 U.S. 278 (1961), at 286.

法的拘束力を付与する別の法的根拠も援用されていないため、一般的な理解では、国連加盟国に対して強制力を有するものではないと解されることにも留意する必要がある²⁵⁾。そのレベルの決議であっても、テロ称賛表現の禁止に言及することはなかったというのは、国連安保理が、英仏という処罰に積極的な国を常任理事国として採用しているにもかかわらず、テロ称賛表現規制については相当程度消極的な立場であることを示しているといえるだろう。上述したように、その背景に米国の存在があることは想像に難くない。この点については、Daphne Barak-Erez と David Scharia が、テロの称賛を法整備を求める本文ではなく前文を移行したこと、法整備を求めたのが「処罰」ではなく「禁止」であることなどについて適切に指摘しているところである²⁶⁾。

第3章 ヨーロッパ人権条約における表現の自由とテロ称賛表現規制

3-1 ヨーロッパ人権条約における表現の自由

ヨーロッパ人権条約は、ヨーロッパ評議会（Council of Europe）によって制定された条約であり、EU 加盟の有無にかかわらず、同審議会のメンバー国はすべて、ヨーロッパ人権条約の締約国となっている。したがって、EU から脱退した英国も引き続き拘束することになる²⁷⁾。

同条約は、10 条において表現の自由を保障している。すなわち、第 1 項

25) 但し、この点については学説上の対立がありどのような決議が法的拘束力を有するのかについては、いくつかの学説が存在する。岩沢雄二『国際法』有斐閣（2020 年）496 頁参照。

26) See Daphne Barak-Erez and David Scharia, “Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional Law,” *Harvard National Security Journal*, vol.2, no. 1, pp.21-22.

27) なお、ロシアは長らく同評議会のメンバーであったが、2022 年のウクライナ侵略を承けて、評議会を除名され、26 年にわたる加盟国としての歴史に終止符を打つことになった。See Newsroom of Council of Europe, “The Russian Federation is excluded from the Council of Europe”, available online at <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>.

においては、「すべての者は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、公の機関による干渉を受けることなく、かつ国境とかかわりなく、かつ、意見を持つ自由並びに情報及び考えを受け及び伝える自由を含む。この規定は、国家が報道、テレビ又は映画の諸企業にライセンスを要求することを妨げるものではない。」と規定し、マスメディアに対する許可制という例外を除いて、広範に表現の自由を規定している。

そのうえで、第2項ではこれを制限する際の要件として、「前項の自由の行使については、義務および責任を伴うため、法律によって定められた手続、条件、制限または刑罰であって、国の安全、領土保全もしくは公共の安全のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、他の者の名誉もしくは権利の保護のため、秘密に受けた情報の暴露を防止するため、または、司法機関の権威および公平さを維持するため、民主的社会において必要なものを課することができる。」と規定している。

つまり、表現の自由を制限するためには、①法律によって定められた制限であること、②公共的利益もしくは個人の権利の保護を目的としていること、③民主的社会において必要なことという3つの要件を満たしている必要とされるのである。後に検討するように、日本国憲法における表現の自由とその制限については、もっぱら「公共の福祉」という一般的な制限事由の解釈に委ねられていることを考えると、権利及びその制限が、きわめて詳細に規定されているという特徴を有していると考えられる。

この規定の下、テロ行為の称賛を禁止することは可能か否かが問題となったリーディングケースといえる事件が、*Zana v. Turkey* であり、以下では本件における裁判所の判断について概観する。

3-2 *Zana v. Turkey* 事件

本件における原告となった Mehdi Zana は、Diyarbakır 市の前市長である²⁸⁾が、1987年8月に、ジャーナリストの取材に対して、「私は民族解放

運動である PKK（クルド労働者党）を支持する。他方で、私は虐殺を好まない。誰もが過失を犯しうるし、PKK は過失により女性や子供を殺害したのである。」との発言を行った²⁹⁾。

PKK は、トルコ政府と敵対する武装勢力であり、トルコは彼らの拠点に対する越境攻撃も行っている³⁰⁾。トルコは、「法律によって重大犯罪とされている行為の擁護」を刑法上の犯罪としており、当局はこの規定の違反の容疑で捜査を開始した³¹⁾。彼は当局によって起訴され、軍事法廷から一般法廷へ移送されたのち、Diyarbakır 市の国家安全保障裁判所は、1991 年 3 月 26 日に、重大犯罪擁護罪及び階級間闘争扇動罪によって有罪とされた³²⁾。

Zana は、同年 9 月 30 日に、ヨーロッパ人権裁判所への提訴を行い、裁判所による審理が開始されたのである。裁判ではトルコが上述した条約 10 条違反を構成する行為を行ったか否かが争点となり、裁判所は、Zana のインタビューにおける発言は、条約 10 条が保障する表現行為に該当し、この発言に対する訴追及び有罪判決が、表現の自由への干渉に該当することを前提とした³³⁾上で、トルコの行為が条約 10 条 2 項の規定する例外に該当するか否かを検討した。

第一に、法律による制限であることについては、当該干渉がトルコ刑法に基いて行われていることから、これを肯定し³⁴⁾、第二に、当該干渉の目的に関しては、PKK が違法なテロリスト集団であること、Zana が Diyarbakır 市の前市長であり、彼の発言の影響力故に、この発言がテロリストに

28) See European Court of Human Rights, ZANA v. TURKEY (69/1996/688/880), Judgment, para. 9.

29) See, *ibid.*, para.12.

30) この越境攻撃の国際法上の評価については、拙稿『『テロとの戦い』における不干渉原則の違反に対する違法性阻却～近年の国家実行と新たな慣習国際法～』青山社会科学紀要 40 巻 2 号 1 頁参照。

31) See *supra* note 28, para. 13.

32) See *ibid.*, paras. 13–30.

33) See *ibid.*, para. 42.

34) See *ibid.*, para. 47.

よる活動に発展する恐れが高まることを認定して、目的の正当性を肯定した³⁵⁾。

そして、民主的社会における必要性という要件について、裁判所は、先例を引用しながら①表現の自由は民主主義及び自己実現のために必要な権利であり、これは多様性、寛容さ、寛大さの要求でもあり、これがなければ民主的社会は存在しないこと³⁶⁾、②締約国は10条2項における「必要性」判断について、裁量の余地を有しているものの、それはヨーロッパによる監視を受け、ゆえに裁判所による有権的判断が行われること³⁷⁾、③判断にあたっては、正当な目的との比例性及び、政府当局による正当化の関連性及び十分性が問題となること³⁸⁾という三つの考慮要素に言及したのである。

そのうえで裁判所は、本件にこうした要素を適用し、Zanaの真意が暴力の否定にあったことは認めたものの、暴力による目的達成を行うPKKへの支持と虐殺の否定が矛盾しており、「過失」への言及の真意があいまいであること、このインタビューがPKKによる民間人殺害行為に付随して行われたものであり、Diyarbakır市は、緊張状態にあったトルコ南東部の中心都市であり、その前市長がPKKを「民族解放運動」と述べ、また掲載された新聞が現地で最も影響力のある日刊紙であったため、当時の緊張状態をさらに悪化させる蓋然性を有していたことなどを総合的に考慮し、条約10条2項の下で正当化が行われる干渉であり、本件において条約10条の違反は存在しないと判示した³⁹⁾。

本件は、長年テロの脅威に悩まされてきたトルコにおける事件という、ある意味特殊な状況下で発生したものではあるが、ここで言及されている点のいくつかは、本稿の関心との関係でも重要な示唆を与えるものである

35) See *ibid.*, paras. 48–50.

36) See *ibid.*, para. 51.

37) See *ibid.*

38) See *ibid.*

39) See *ibid.*, paras. 52–62.

と解される。

第一に、裁判所が述べている通り、本件は、テロを擁護する発言すべてを処罰対象とすることを正当化するものではないという点は注目に値する。すなわち、裁判所は原告の Zana が持つ影響力の大きさについて目的の正当性と民主的社会における必要性という二つの文脈で言及していること重要である。換言すれば、影響力が大きい人物がテロ活動を擁護した場合についてまで処罰対象とすることはいずれの要素も満たさないことになると理解することができるのである。

第二に、必要性の文脈においては、当該発言によって緊張状態を悪化させる蓋然性があったことに言及している点も注目される。蓋然性 (likely) という用語は、上述した米国におけるブランデンバーク・テストにおいても用いられているものであるが、単なる可能性を超えて、一定以上の確度をもって起こりうる場合でなければ、処罰を行うことはできないことを含意しているものと解されるのである。そしてこれは同時に、当該干渉は、「テロの否定」を意図したものではなく「テロの防止」を意図している必要があるとも言えることになる。

3-3 Leroy v. France 事件

上述した通り、Leroy は、9.11 同時多発テロが発生した後、これを称賛するような内容のマンガを描いてフランス当局によって処罰されたのであるが、Leroy は、これがヨーロッパ人権条約 10 条の違反であるとして、ヨーロッパ人権裁判所に提訴した⁴⁰⁾。裁判所は先例を引用しつつ本件について検討を行っているが、総じてみると、裁判所が採用した判断枠組みは Zana 事件と同様のものであり、本件がバスク地方という、政治的に敏感な地域において行われた言論であり、その影響力を無視することはできないとして⁴¹⁾、本件について 10 条の違反は存在しないと判示したのである⁴²⁾。

40) See European Court of Human Rights, *Leroy v. France* (36109/03), judgment, para. 3.

3-4 ヨーロッパ人権条約におけるテロ称賛表現規制の限界

2つの事件は、いずれもテロリスト集団によってテロ行為が行われた直後に、テロ行為が行われる可能性のある地域で、テロ行為を支持もしくは称賛する表現が行われたという共通した特徴を有していることがわかる。また、いずれも法文上はそのような制限はかけられておらず、これはあくまでも適用に際しての制限であるという点も共通している。本項で先に紹介した英国の立法も同様であり、これらの法律を、実際にテロを助長する可能性がない場合にまで適用することについては、極めて重大な人権上の問題があると言わざるを得ない。しかも、こういった法文上からは読み取れない適用上の制限は、行為規範としての法という役割を考えたときには、問題があると解される。これは、次章で紹介するように、規約人権委員会の一般的意見³⁴でも述べられているところであるし、ヨーロッパ評議会自身が曖昧な文言による表現の自由に対する規制については、警鐘を鳴らしているところである⁴³⁾。

その意味において、フランスの事例に関しては、適用上の制限のみならず、法文上も実際のテロ行為助長の蓋然性について規定することが望ましいといえるし、現実の助長を要件としないことを明記し、テロ行為の称賛を犯罪している英国の立法については、ヨーロッパ人権条約の基準に照らしても、10条違反の疑義があると言わざるを得ない。なお、裁判所が述べているように、原告に暴力を助長する意図があったか否かは問題とせず、客観的な状況に依拠している点については、ヨーロッパ評議会のテロ抑止条約5条が、「行為者の意図」を要求している⁴⁴⁾こととの関係も問題となる

41) See *ibid.*, para. 45.

42) See *ibid.*, para. 48.

43) See Council of Europe, “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on protecting freedom of expression and information in times of crisis”, para. 19.

44) テロ防止条約では、5条2項において、テロ行為の挑発について、「違法かつ意図的なもの」を国内法で犯罪化するように求めている。

だろう。いずれにしても、本稿の目的は、日本におけるテロ行為称賛表現の規制の適法性について検討することであり、ヨーロッパにおける運用について考察を加えることではないため、本稿では問題の指摘にとどめることとする⁴⁵⁾。

次章以下では、日本も締約国として直接的に拘束される自由権規約と、日本国憲法の下における表現規制について検討を加える。

第4章 自由権規約における表現の自由

4-1 自由権規約における表現の自由の保障と制限

自由権規約は、第19条において、表現の自由を保障している。すなわち同条は、第1項で「すべての者は、干渉されることなく意見を持つ権利を有する。」として、内心における意見を持つ自由を保障し、第2項で、「すべての者は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む。」として、様々な形態での表現の自由を保障しているのである。

そして、第1項の自由には例外規定を置かず、第2項の自由については、第3項において、以下のような例外規定を置いている。

第2項の権利の行使には、特別の義務及び責任を伴う。したがって、この権利の行使については、一定の制限を課することができる。ただし、その制限は、法律によって定められ、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る。

(a) 他の者の権利又は信用の尊重

45) ヨーロッパ人権条約において、表現の自由が容易に制限され得るものであることについては、多くの論者が指摘しているところである。See e. g. Shawn Marie Boyne, “Free Speech, Terrorism, and European Security: Defining and Defending the Political Community”, *Pace Law Review*, vol. 30, Issue2, p.438.

(b) 国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護

一見してわかる通り、ここでの例外規定は、ヨーロッパ人権条約 10 条 2 項と類似した内容を有している。規約人権委員会は、個人通報⁴⁶⁾に対する意見として、表現の自由が民主的社会において卓越した重要性を有しており、この権利に対する制限は厳格な審査の要求を満たさなければならないことを明言している⁴⁷⁾。

また、19 条 3 項による制限については、締約国の裁量に委ねられているが、規約 20 条では、第 1 項で、「戦争のためのいかなる宣伝も、法律で禁止する。」と規定し、第 2 項では、「差別、敵意又は暴力の扇動となる国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道は、法律で禁止する。」として一定の表現については、各国が法律で禁止する義務を課している。この規定で禁止が義務付けられているのは、「国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道」であるが、テロ行為の称賛が、これに該当し、かつそれが「差別、敵意又は暴力の扇動」になる場合には、締約国はそれを禁止する義務が課されていることになる。

規約人権委員会は、規約 19 条及び 20 条の解釈について、一般的意見 34 を採択しており、そこでは、規約に明記されていない点についても検討が加えられている。以下では当該一般的意見について概観することとする。

4-2 一般的意見 34 による自由権規約 19, 20 条の解釈

2011 年 9 月 12 日、規約人権委員会は、一般的意見 34 を採択した。ここでは自由権規約上の意見保持の自由及び表現の自由について様々な論点

46) 自由権規約第一選択議定書は、締約国による条約違反について、個人が規約人権委員会に通報する制度を導入している。なお、日本は第一選択議定書の締約国とはなっていない。

47) See Human Rights Committee, Velichkin v. Belarus, CCPR/C/85/D/1022/2001, para. 7.2.

容される要件が参考になるだろう。

委員会は、第一に、上述した Velichkin 事件における意見を引用したうえで、権利の制限は厳格な必要性及び均衡性の要求を満たさなければならぬと指摘した⁴⁸⁾。19 条 3 項が規定する例外規定は限定列举であり、(a) 及び (b) に該当しないいかなる制限も許容されないと指摘している⁴⁹⁾。さらに、規制を行う法は、人々が自らの行動を律することができるよう、十分な正確性を持っていることを要し、幅広い裁量に基づく規制は許されない旨を指摘した⁵⁰⁾。

また、3 項 (a) の適用について、ここでの権利とは、規約に規定されている権利のみならず、国際人権法上保障される権利全般のことを意味し、かつ、他者とは、個人としての他者もしくは特定の団体構成員としての他者を意味すると指摘した⁵¹⁾。また、当該規制は、均衡性が要件となっている以上、過度に広汎なものであってはならないのは当然のことである⁵²⁾。

本項が主題とするテロ称賛表現についても言及があり、委員会によれば、テロの称賛や正当化に対する規制は、19 条 3 項と両立する必要がある、表現の自由に対する不必要かつ不均衡な介入となつてはいけないことが指摘されている⁵³⁾。

以上の点に照らせば、上で紹介した英国、フランス、トルコの実行は、いずれもあいまいかつ過度に広範な規制となっており、自由権規約 19 条の下での正当化は困難であるということになるだろう。そして、その議論は当然に日本にも当てはまることになる。次章では、日本国憲法における表現の自由規制をめぐる伝統的な議論を概観した後、国際法と調和する形

48) See Human Rights Committee, General Comment 34, CCPR/C/GC/34, para. 22.

49) See *ibid.*

50) See *ibid.*, para. 25.

51) See *ibid.*, para. 28.

52) See *ibid.*, para. 34.

53) See *ibid.*, para. 48.

での、テロ称賛表現規制の限界について検討する。

第5章 日本における表現の自由規制とテロ称賛表現規制

日本国憲法では第22条において表現の自由が、集会・結社の自由とともに保障され、それに対する制限は、一般的に、経済的自由権に対する規制よりも厳しい基準で審査されると理解されてきた。本章では、表現の自由が憲法上どのような場合に規制されてきたか簡潔に整理することとしよう。

5-1 日本国憲法における表現の自由規制

日本国憲法では、特に表現の自由をめぐり、従来、米国憲法学の知見を一部では継受し、一部では継受を否定する形で、独自の進化を遂げてきた。ここでは、本稿の主題に関係する範囲において、その歴史を概観することとする。

5-1-1 二重の基準論

米国では、表現の自由規制が厳格に審査されることは、1930年代の段階ですでに米国連邦最高裁によって示唆されていた。すなわち、有名な *United States v. Carolene Products co.* 事件の脚注4において、政治的プロセス自体に対する制限立法に対しては、より厳密な審査が行われ得る旨が指摘されていたのである⁵⁴⁾。

これに対して日本では、経済的自由権に対する規制が問題となった小売市場距離制限事件において、最高裁が、「憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ず

54) *United States v. Carolene Products co.*, 304 U.S. 144 (1938), at 153.

ることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり」と述べ⁵⁵⁾、精神的自由権に対する規制との違いに言及したのである。

他方で、この議論は、経済的自由権を精神的自由権よりも下に見ているかのようなものであること、精神的自由規制の審査基準厳格化ではなく、経済的自由規制の審査基準緩和の根拠として援用されてきたことなど、いくつかの非難にさらされてきた⁵⁶⁾。この点に関しては、佐藤幸司が指摘するように、当該自由の性質の違いから生ずるものであり、価値の優劣とは必ずしも直結しない事や、精神的自由権に関するいくつかの判例でも、「二重の基準論」を明らかに意識している事例があることを反論として挙げることができるだろう⁵⁷⁾。

例えば、泉佐野市民会館事件において、最高裁は、薬事法距離制限事件判決⁵⁸⁾を引用したうえで、「集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない」として、明らかに二重の基準論を採用している⁵⁹⁾。最高裁は、精神的自由権と経済的自由権とを区別し、前者と後者とで、判断枠組みを使い分けていることは間違いない。以下では、こうした結論を前提として、日本における表現の自由規制の具体的なあり方について、本稿の主題と関係がある範囲において概観する。

5-1-2 明白かつ現在の危険

米国では、扇動をめぐる問題とされてきた「明白かつ現在の危険」であるが、日本では、扇動表現規制について、この基準が採用されたことは、最高裁レベルでは一度もない。最高裁は、渋谷暴動事件判決において「表

55) 最大判昭和47年11月22日刑集第26巻9号586頁。

56) 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』有斐閣（2020年）714頁参照。

57) 同上714～715頁参照。

58) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

59) 最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁。

現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないものであるところ、右のようなせん動は、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」として、重大犯罪を「引き起こす可能性のある」というレベルで、政治上の主義主張の実現を目的とした扇動を禁止している破防法39条及び40条を合憲としている⁶⁰⁾。

最高裁が「明白かつ現在の危険」に言及した事例としては、上述した泉佐野市民会館事件判決が挙げられる。この事件は、市民会館の利用を制限することができる場合として、「人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決(薬事法距離制限判決：筆者注)の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」として集会の自由制限につき、ブランデンバーク・テストで言及された「蓋然性」を超えて、明白かつ現在の危険がある場合に限って許容されると判示したのである⁶¹⁾。もっとも、このような基準が該当することは、法文上は明らかでなく、その意味では次項で述べる「漠然性」の問題は残されていると解される⁶²⁾。

60) 最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁。

61) 前掲注59。

62) 集会の自由が極めて重要な憲法上の権利であることは言うまでもないことであるが、行為規範としての法の役割を考えると、本件において原告に発生する不利益は「市民会館を利用できない」というものであり、申請を行うことで刑罰等が発生するわけではない点には留意する必要がある。

5-1-3 漠然性ゆえに無効の法理

佐藤幸治が指摘するように、人の行為を規制し、処罰する法律が明確性を有していなければならないのは、憲法 13 条や 31 条の要請であるが、特に表現の自由については、それが当てはまることになる⁶³⁾。それは、表現の自由には強力な萎縮効果が発生することと関係する⁶⁴⁾。

日本において漠然性ゆえに無効の法理が判例上採用された例は存在せず、むしろ以下に紹介するように、漠然性を持っていたとしても、違憲とはならないという運用が定着していると解される。

最高裁は、徳島市公安条例事件判決において、「交通秩序の維持」という条例の文言について、「その文言だけからすれば、単に抽象的に交通秩序を維持すべきことを命じているだけで、いかなる作為、不作為を命じているのかその義務内容が具体的に明らかにされていない。（中略）義務内容の明確化を図ることが十分可能であるにもかかわらず、本条例がその点についてなんらの考慮を払っていないことは、立法措置として著しく妥当を欠くものがある」ことを認定したにもかかわらず、結論において、ここでの処罰対象は「殊更な交通秩序の阻害をもたらす行為」であり、かつ「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為であるかどうかは、通常さほどの困難なしに判断しうる」として、「確かにその文言が抽象的であるとのそしりを免れないとはいえ、集団行進等における道路交通の秩序遵守についての基準を読みとることが可能であり、犯罪構成要件の内容をなすものとして

63) 前掲注 56、289 頁参照。

64) Leslie Kendrick は、表現の自由の萎縮効果について、米国の諸判例を整理して、次のような萎縮要素を挙げている。①有罪判決および刑事的制裁のリスク、②損害賠償その他の民事的責任発生のリスク、③その人に認められていた利益喪失のリスク、④結果に関わらず発生する刑事、民事、行政手続きにおける弁護士費用、⑤結果に関わらず発生する刑事、民事、行政手続きにおける人的もしくは評判に関するコスト、⑥言論が行われる前の法的アドバイスを受けるコスト、⑦それが法的手続きに移行するか否かを問わず、捜査あるいは調査を受ける脅威。Leslie Kendrick, “Speech, Intent, and the Chilling Effect”, *William and Mary Law Review*, vol.54, no.5, p.1654.

明確性を欠き憲法三一条に違反するものとはいえない」として合憲判決を下すに至った⁶⁵⁾。

この事件では、最高裁の理屈としては、「交通秩序の維持」の意味を絞り込んでいるのではなく、通常の文言解釈として「殊更な交通秩序の阻害」を処罰対象とするかのように読み取ることができるが、税関検査事件判決はそうではない。

最高裁は、税関検査事件において、以下のように判示した⁶⁶⁾。

法二一条一項三号は、輸入を禁止すべき物品として、「風俗を害すべき書籍、図画」等と規定する。この規定のうち、「風俗」という用語そのものの意味内容は、性的風俗、社会的風俗、宗教的風俗等多義にわたり、その文言自体から直ちに一義的に明らかであるとはいえないことは所論のとおりであるが、およそ法的規制の対象として「風俗を害すべき書籍、図画」というときは、性的風俗を害すべきもの、すなわち猥褻な書籍、図画等を意味するものと解することができるのであつて、この間の消息は、旧刑法(明治一三年太政官布告第三六号)が「風俗ヲ害スル罪」の章の中に書籍、図画等の表現物に関する罪として猥褻物公然陳列と同販売の罪のみを規定し、また、現行刑法上、表現物で風俗を害すべきものとして規制の対象とされるのは一七五条の猥褻文書、図画等のみであることによつても窺うことができるのである。

このように、最高裁は旧刑法の下での規定を参照して、「風俗」＝「性風俗」という定義を行っている。しかしながら、現に通用していない法の参照を要求することは、明らかに通常人の判断能力を超えた要求であるし、当時の刑法でわいせつ物頒布罪は刑法第22章の「猥褻、姦淫及ヒ重婚ノ罪」に規定されており、そこには「風俗」などという用語は一切登場しないものである。本件で研究者出身の伊藤正己裁判官ら4名の裁判官は『『風俗を害すべき書籍、図画』等という規定が具体的に何を指すかは、規定の

65) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

66) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

文言それ自体から一義的に明確にされているとはいえない。右規定の中に猥褻表現物が含まれると解することは可能であるとしても、それ以外に右規定による規制の対象として何が含まれるのが不明確であり、規制の対象の一部が明らかになつていくにすぎない。「風俗」という用語の意味内容は性的風俗、社会的風俗、宗教的風俗等多義にわたるものであり、これを多数意見のいうように性的風俗に限定し、『風俗を害すべき書籍、図画』等を猥褻表現物に限ると解すべき根拠はない。」と述べている⁶⁷⁾が、適切な指摘であると言えるだろう。

5-1-4 過度の広汎性ゆえに無効の法理

法規定が抽象的でないとしても、本来規制すべき対象ではない行為にまで規制を及ぼしている場合、当該規制は全体として無効となるという考え方が、「過度の広汎性ゆえに無効の法理」である。

最高裁は、広島市暴走族追放条例事件において、「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ことなど、規定の仕方が適切ではなく、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」と指摘したうえで、条例を「限定的に解釈すれば、本条例 16 条 1 項 1 号、17 条、19 条の規定による規制は、（中略）いまだ憲法 21 条 1 項、31 条に違反するとまではいえない」と判示した⁶⁸⁾。

研究者出身の藤田宙靖裁判官は、「これらの規定の規律対象が広範に過ぎるため本条例は憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反するとの論旨を、いわゆる合憲限定解釈を施すことによって斥けるが、私は、本件においてこのような合憲限定解釈を行うことには、賛成することができない。」と述べ⁶⁹⁾、田

67) 同上。

68) 最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 巻 6 号 601 頁。

原陸夫裁判官も、「本条例がその文言どおりに適用されることになると、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることを認めながら、限定的に解釈すれば、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない、とするが、私は、本条例は、通常の判断能力を有する一般人の視点に立ったとき、その文言からして、多数意見が述べるような限定解釈に辿りつくことは極めて困難であって、その規定の広範性ととも、その規制によって達成しようとする利益と規制される自由との間の均衡を著しく欠く点において、憲法11条、13条、21条、31条に違反するものと言わざるを得ない」と述べている⁷⁰⁾が、どちらも適切な指摘であると言えるだろう。

このように適用される事例を絞り込んで、事例判断で合憲とするという。いわゆる「合憲限定解釈」は、上述したテロ称賛表現に対するフランスの事例と共通したものである。上述した通り、ヨーロッパ人権裁判所はこうした手法を採用し、当該事例への適用について、条約違反に該当するか否かを判断しているが、法の明確性は、表現の自由規制における重要な要求であり、こうした手法を「違憲審査権」を有する国内裁判所が採用することには、憲法論としても強い疑問を呈さざるを得ないところである。

5-2 テロ称賛表現の法的性質

本稿の主題は、テロ称賛表現規制が日本において法的に許容される否かの検討であるが、そのためには、この表現をどのように性格づけるかが重要になる。第一に考えられるのは、各国が採用しているように、テロ称賛表現が、実際のテロを助長することになるがゆえに、これを規制するという考え方である。この枠組みでは、従来の扇動罪と同様の法的判断が行われることになる。では、こうした犯罪発生危険性とは関係なく、「テロ称賛表現そのもの」を規制対象とすることは、許容されるのであろうか。日

69) 同上。

70) 同上。

本において「表現が持つ害悪」そのものに着目した規制の典型としては「名誉棄損表現」と「わいせつ表現」があるが、以下では、これらの表現とテロ称賛表現との異同について検討する。

5-2-1 名誉棄損表現とテロ称賛表現との異同

日本では、刑法において名誉毀損が犯罪とされているが、いうまでもなく、これは当該表現によって他人の「名誉」という「法益」が侵害されているからであり、表現の自由に内在する当然の制約である。これに対し、テロ称賛表現は、テロ被害者の悪性を強調し「被害を受けて当然である」という文脈で行われるのであれば、名誉棄損表現との類似性を獲得することになるが、それは「暴力による主義主張の実現」という「本来のテロ行為」とは関係のない怨恨的な側面を獲得することになる。従って、こうした被害者に対して向けられた表現と、暴力行為そのものを称賛する表現とは分けて考えることが必要になるだろう。

現行法上、被害者が存命であれば、名誉棄損罪及び侮辱罪が適用されることになり、被害者が死亡している場合には虚偽の事実に基づく場合にのみ名誉棄損罪が適用されることになる。名誉棄損が成立するためには、刑法 230 条の規定に従い、①公然と事実を適示すること、②他人の名誉を毀損することという二つの要件が求められ、「事実の摘示」によらず他人を侮辱した場合には侮辱罪が適用されることになる。なお、「名誉を毀損」と「侮辱」とが法文上使い分けられているが、いずれも外部的名誉を保護法益とし、名誉感情は含まず、両者の差異は事実の摘示によるか否かのみであると解されている⁷¹⁾。また、名誉棄損に関しては刑法 230 条の 2 によって違法性阻却要件が規定されており、①公共の利害に関わる事実であること、②専ら公益を図る目的であること、③当該事実が真実であることという 3 要件を満たした場合には違法性が阻却されることになる。加えて、判例上

71) 山中敬一『刑法各論』成文堂（2015 年）230 頁。

は、事実が虚偽であった場合にも、真実と信ずるに足る相当の理由があればよいとされている⁷²⁾。

つまり、現行法上でも被害者の悪性を指摘することによってテロを称賛した場合、その悪性の指摘が被害者の外部的名誉を毀損していれば、事実の摘示による場合には名誉棄損が成立し、事実の摘示によらなければ侮辱が成立することになる。そのような場合は、実際に考えられるところであるが、これは現行法の枠組みにおいて、十分に対処することができるものであろう。

こうした場合に当てはまらず、もっぱら当該テロ行為そのものを称賛している場合については、他人の利益を理由とせず、当該表現が持つ害悪性ゆえに規制が行われている、わいせつ物規制との類似性が指摘できることになる。

5-2-2 わいせつ物規制とテロ称賛表現との異同

現在の日本では、上述したように刑法上わいせつ物頒布罪が犯罪とされているが、この規定の憲法適合性は、判例・学説上度々問題とされてきた。最高裁は、大審院判例を踏襲する形でわいせつ物の定義として一貫して、「羞恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義觀念に反すること」を挙げてきた⁷³⁾。しかしながら、憲法学の領域では、こうした最高裁の意見については、批判的な見解が強く主張されている。本稿は、わいせつ物規制に関する検討を主題とするものではないので、ここで詳しく述べることはしないが、多くの論者の議論をまとめると、他人の利益を害さない表現を規制することへの疑問ということになる。例えば、渋谷秀樹は「見たくない者の見たくない自由、すなわち情報受領拒否権」から「性行為非公然性の原則」を再構成するべきであると指摘する⁷⁴⁾。これ

72) 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁。

73) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。

74) 渋谷秀樹『憲法(第3版)』有斐閣(2019年)372~373頁参照。

は、つまるところ公然わいせつ罪と同様に、公衆の面前においてわいせつ物が露見することを防ぐことを目的とするという考え方でありポルノの大量陳列等を犯罪として構成するべきであるということになる⁷⁵⁾。

他人に嫌悪感を抱かせる表現としては、暴力表現なども十分に考えられるところであるが、暴力行為自体は刑法上の違法性阻却事由に該当しない限りにおいて、「暴行罪」「傷害罪」として刑法上犯罪化されている。これに対してわいせつ行為は、それ自体が犯罪ということではなく、むしろ生殖行為そのものは生物として必要な行為である。ここでは「裸体・性交」＝「羞恥」という構図が定着しているがゆえに、「非公然的行為」であることが問題となる⁷⁶⁾。こうしたこともあり、性行為を称賛することは、現行法上規制の対象とはなっていない。

そして、刑法上禁止されている暴力行為についてもそれを称賛することは、特にそれ自体が犯罪とはされていない。但し、テロも暴力を定義上必然的に含むものではあるが、テロ行為が問題とされるのはそれが暴力を含むからということのみならず、暴力という違法かつ不当な行為によって、自己の主義主張を実現しようとするからである。テロの称賛は「表現の自由を行使することによって表現の自由を否定する」という自己矛盾を抱える行為であり、その点においては、わいせつ表現とも暴力行為の称賛とも異なる性質を有している。

この性質は、憲法 12 条が「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。」と規定していることとの関係では矛盾が生ずることになるが、伊藤正己が指摘するように本条はマニフェスト的な規定であり、法的な意味を有するものではない⁷⁷⁾。

75) 前掲注 56、295 頁参照。

76) それが善いか悪いかは別として、日本では、学校教育の段階からして、性行為の秘匿性が強調され、性教育について消極的である以上、多くの人々がそのように考えるということは否定できない。

77) 伊藤正己『憲法（第 3 版）』弘文堂（1996 年）192 頁参照。

従って、テロ称賛表現が法的に規制され得るのだとすれば、諸外国でも同様の枠組みが採用されているように、当該表現が、実際のテロ行為に繋がる恐れがあるなど、現実の社会的害悪が発生することにつながるからという理由による他なくなる事となる。日本では先にも触れた破防法がテロ行為の扇動について規定しているが、以下では現行法の解釈と新たな立法の可能性について、検討することとする。

5-3 日本におけるテロ称賛表現規制の可能性

5-3-1 現行の破壊活動防止法

日本においては破壊活動防止法 39 条及び 40 条がテロ行為の扇動について処罰対象としているが、特に同法 39 条は、「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、刑法第百八条、第百九条第一項、第百十七条第一項前段、第二百六条第一項若しくは第二項、第百九十九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錮に処する。」と規定し、政治情報主義もしくは施策を支持する目的で行う放火や殺人の扇動を処罰対象としている。

上述したように同条につき、最高裁は、明白かつ現在の危険の法理を採用することなく、「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」ことを理由として、合憲判決を下している⁷⁸⁾。そして、同法 4 条 2 項は、扇動の定義として「特定の行為を実行させる目的をもつて、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」と規定している。

従って、現行法の裁判上の運用では、テロの称賛表現についても、それ

78) 前掲注 60。

が実際のテロ行為を実行させる目的があり、かつ実行する決意を生ぜしめ、また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」のであれば、扇動の定義に該当し、可罰的であるとされることになる。ここでの「ような勢のある刺激」の程度が不明確であり、運用によっては、抽象的な危険の段階での処罰を許容することに繋がることは指摘できるが、それでもこの規定は、いうまでもなくヨーロッパにおける立法よりは謙抑的である。

先の紹介した通り、イギリスにおいてもフランスにおいても、目的への言及も実際の犯罪発生の可能性への言及もなく、端的に「テロの称賛」が可罰的なものとされており⁷⁹⁾、日本における現行法との間には、きわめて大きな差が生じていると言えるだろう。では、日本においてヨーロッパ型の法制度を導入することは可能なのであろうか。

5-3-2 純粋なテロ称賛表現に対する規制の可能性

すでに、発生から長い年月が経っているもの、日本はかつて、「地下鉄サリン事件」という化学兵器を用いた、重大なテロ犯罪に直面した歴史がある。ある意味において幸いなことに、あの当時、インターネットの存在は現在ほど一般的なものではなく、SNSなども普及する以前の出来事であったため、世の中に当該テロ事件を称賛する言論が広く流布されることはなかった。

しかしながら、現在はそのような時代ではなく、想定したくもないことであるが、同様の事件が発生し、それが実際の政治状況に何らかの影響を及ぼした場合、当該行為を称賛する声は、インターネット上に拡散される可能性があることは、先の安倍元首相殺害事件の例を見ても十分に想像できるところである⁸⁰⁾。

79) しかもヨーロッパ人権裁判所の基準に照らせば「テロを称賛する」意図すら必要ないことになる。

80) もちろん、民間人を標的にする行為と公人を標的にする行為との間に反応の

こうした中で、行為者の意図とは別に、現行の破防法が規定する扇動のレベルに該当するテロ称賛表現が行われることは十分にあり得るところであるが、繰り返し述べるように、テロ行為称賛表現への規制は、少なくとも刑罰のレベルにおいては、実際のテロ行為発生を防止する目的でのみ行えると解するべきであり、そうであれば、単なる抽象的な危険の発生によってテロ称賛表現を可罰化することは、過度に広汎な規制であり、許されないと解するべきであろう。

5-3-3 「時」を限定した規制の可能性

Zana v. Turkey 事件や Reloy v. France 事件でヨーロッパ人権裁判所が許容したように、実際のテロ事件が行われた直後に限定して、当該表現を規制することは可能であるかという点は、別の考慮が必要になる。これをいわゆる「内容中立規制」としてとらえることも不可能ではないが、「テロ称賛表現」という特定の内容を伴う言論を狙い撃ちにしている以上、内容規制の一種として解するべきである⁸¹⁾。

「時」を限定して特定の「内容」について規制を行う現行法規制としては、選挙期間中の選挙報道の規制が存在する。公職選挙法 148 条 1 項は、選挙期間中の新聞等による報道・論評を許容しつつ、同条 3 項はその対象となる新聞等につき、発行頻度や第 3 種郵便の取得など一定の条件を付し、それに該当しない出版物については、選挙期間中の報道・論評を刑罰の威嚇によって禁止している。

この規定につき最高裁は、合憲限定解釈を行い、「当該選挙に関する一切の報道・評論を指すのではなく、特定の候補者の得票について有利又は不利に働くおそれがある報道・評論」と、意味を限定して解釈し、合憲の判決を下した⁸²⁾。この規定に関しては、上脇博之が暗に批判するように、な

違いはあるだろうが、テロ行為そのものの定義としては民間人を標的にすることは含まれていない。

81) 前掲注 74、380 頁参照。

ぜ条件を満たしたメディアは特定の候補者の得票について有利又は不利に働く恐れがある報道・論評を行えて、条件を満たしていないメディアにはそれが許されないのか説明できるのかという問題がある⁸³⁾が、判決が述べるように、それが選挙目的の出版物乱造による選挙の公平阻害防止である⁸⁴⁾とすれば、その目的そのものは正当であると理解することができるだろう。上協はこれを弊害発生「恐れ」を理由として規制を加えるものであると批判する⁸⁵⁾が、それに伴って発生する結果が、「資金力に勝る陣営による選挙の勝利」という民主主義の前提そのものを脅かすものであることにかんがみれば、選挙期間中という「時」を限定したこの種の規制は、許容されることになるのではないかと考えられる。

テロ称賛表現規制との関係で言えば、テロ行為直後の称賛表現の拡散が、実際のテロを引き起こすことになるか否かは、現代における事例に乏しく、立法事実裏打ちされたものであるとは言えないだろう。他方で、日本として、トルコやフランスの事例をヨーロッパ人権裁判所が認めたように、可能性のレベルでそれを認めることが許されるか否かについては、想定される害悪の大きさとの均衡性によって判断されることになるものと解される。ここで想定される害悪は、テロ行為やそれに伴う社会の変動という民主主義を否定する害悪であり、先の公職選挙法規制と同列に扱うことが可能であると理解される。しかも、日本において強く想定されるのは、9.11同時多発テロなど「外」からの攻撃ではなく、地下鉄サリン事件のような「内」からの攻撃であり、国内社会に対するインパクトもその分大きくなることが考えられる⁸⁶⁾。このような点を前提とすれば、実際にテロ行為が発

82) 最判昭和54年12月20日刑集33巻7号1074頁。

83) 上協博之「選挙における報道・論評の規制」別冊ジュリスト187号『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』357頁。

84) 同上。

85) 同上。

86) 比較対象とするべきではないかもしれないが、五・一五事件が日本の政治お呼びした影響は、「政党政治の終了」という極めて大きなものであった。

生した直後の社会が混乱している最中に限定して、テロ称賛表現を規制することは、許容されるではないかと考えられる。

この点に関しては、当該事件を「テロ」と称するかは別として、安倍元首相の殺害に伴って、社会の混乱という事実は現に発生しており、事件の背景として報道されていることへのマスメディアの接し方も含めて、それに対する肯定的な論評が説得力を持ちやすくなっていることも肯定できるのではないだろうか。但し、これが表現の自由に対する重大な制約であることは疑いの余地がない事実であり、その制限範囲は必要最小限にとどまるべきであると解される。この点については、より詳細な実証研究が求められるが、対象をマスメディアに限定するといった手法や、SNS上において一定のフォロワー数を有するアカウントに限定するなどの手法は考慮されてよいだろう。

また、方法論の問題で言えば、公職選挙法 148 条において最高裁が行ったように、これを適用によって限定するという手法は採用されるべきでない。上述したように、「漠然性ゆえに無効の法理」も「過度の広汎性ゆえに無効の法理」も残念ながら日本の判例上は採用されていないが、行為規範としての法の役割を考えたときには、漠然とした規定も広汎な規定も許容されるものではない。これは、先に紹介した規約人権委員会による一般的意見 34 が述べるとおりである⁸⁷⁾。

規約人権委員会は条約解釈を法的拘束力を伴って行うことができる機関ではないが、少なくとも「有権 (Authoritative) 解釈」を行うことができるものとして、拘束されることはなくとも尊重するべきであると理解されている⁸⁸⁾。

この意味からすると、あえて委員会の解釈を採用しない積極的な理由がある場合を除き、委員会の指摘は尊重されるべきであるし、法の行為規範

87) See *supra* notes 50 and 52.

88) 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報 29 号 63 頁参照。

テロ行為の称賛と表現の自由（五十嵐）

としての性質は、法の役割として極めて重要な要素であり、それが制限規範であるならばなおのこと、その制限内容は法文上明確でなければならない。したがって、委員会が述べていることは、妥当であると解することができるし、日本の最高裁が繰り返し表現の自由に関して合憲限定解釈という手法を採用していることについては問題があるというよりほかにないであろう。委員会の一般的意見とは関係なく、幅広く威嚇し、実際の適用については秘密裏に絞り込むやり方は、規制効果を最大化するうえでは有用かもしれないが、それは法の支配を標榜する社会が採用すべき方法ではない。

おわりに

本稿においては、近年ヨーロッパ諸国で採用されているテロ称賛表現規制について、日本の法体系における法的適合性を検討したが、そこでも述べたように、この問題については、ヨーロッパの法整備に大きな問題があると言わざるを得ない。表現の自由規制における明確性の要求と、必要性最低限性の要求は、「法の支配」を採用するすべての国で採用されるべき要求であり、日本を含み、実行する以上は必要最低限の範囲内で明確な法文によって規制を行うべきである。

他方、「必要最低限」の範囲については、各国で裁量の余地があり、テロの脅威に頻繁に悩まされている状況にない日本においては、この裁量権は頻繁にテロの脅威に直面している国々と比較すれば低いものであると解される。

本文でも述べたように、具体的な規制の在り方に関しては、より詳細な実証的研究が必要になってくるところであるが、安倍元首相殺害事件以降の世論及びマスメディアの反応は、「人権」というものを軽視する方向にこの国が進むことを恐れさせるに十分なものであった。そしてこれは日本に限った話ではなく、暴力に直面した国家に共通してみられることであり、そうした状況において、国際法や憲法に違反する行為が国家によって採用

されてきたことは、9.11 後「テロとの戦い」におけるいわゆる「敵性戦闘員」に対する国際人道法適用を否定する試みなど、歴史的事実が証明している。

しかしながら、それは法的に正当化されない限りは違法な行為であることに変わりないのであり、厳に慎まなければならないことであると言えるだろう。そのような時世だからこそ、「法」という明確な物差しを基準とした冷静な議論を行う必要が高いと言える。