

ヘイトスピーチ条例に係る公金支出無効確認請求 住民訴訟事件

最高裁第三小法廷令和4年2月15日判決 民集76巻2号190頁

嘉 藤 亮

I 事実の概要

1 条例に基づく公表行為

関西地方に居住するZ（本件関係人）は、平成25（2013）年2月24日、大阪市天王寺区、生野区及び東成区内で行われた特定の国との国交断絶を呼びかけるデモ活動（以下「本件デモ活動」という。）を動画で撮影し、同月25日、A社が運営するインターネット上の動画投稿サイトに、Bというハンドルネームを用いて、本件デモ活動及びその開催前に参加者が行った集会の状況を記録した一連の動画（以下「本件動画」という。）を投稿した。本件動画は、大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例（以下「本件条例」という。）が全面施行された平成28（2016）年7月1日（後述の拡散防止の措置及び認識等の公表に関する本件条例4条～6条の施行日）以降も、不特定多数の者による視聴ができる状態に置かれていた（以下「本件表現活動」という。）。

本件動画には、本件デモ活動において、参加者が特定の民族に対し「殺せ」等の発言を繰り返す様子が撮影されていた。

本件条例に基づき設置された大阪市ヘイトスピーチ審査会（以下「審査会」という。）は、本件表現活動について調査審議することとした。審査会は、本件条例9条2項に基づき本件関係人に意見陳述等の機会を付与することとし、平成28年11月頃、A社を通じて、本件関係人に対し、所在・連絡先、氏名又は団体の名称を連絡すれば、本件表現活動をした目的等に関する意見を述べ、有利な証拠を提出できる機会を確保する旨を連絡した。こ

れに対し、Zは、審査会へ所在等を連絡することなく、本件動画を削除した。

大阪市長Y 1は、本件動画が既に削除されていることから特段の拡散防止の措置はとらないこととした上で、本件条例5条1項に基づく認識等の公表として、平成29（2017）年6月1日付けで、本件表現活動が本件条例に規定するヘイトスピーチ（以下「条例ヘイトスピーチ」という。）に該当すると認め、特段の拡散防止の措置はとらないこととした旨及び本件表現活動をした者の氏名又は名称に準じたものとしてハンドルネームBを公表した。

2 審査会委員への報酬、郵便料金等の支出

大阪市の総務課長Y 2及びY 3は、平成28年8月19日から平成29年6月27日まで、合計12回にわたり、専決により、審査会委員らに対して各回報酬9万6,040円及び旅費2,200円（ただし、12回のうち3回分の旅費は1,700円）を支出すべき旨の支出命令をし、当該支出命令に基づき、同額の金員が支出された。支払われた報酬は、合計115万2,480円であった。

また、Y 2及びY 3は、合計2回、審査会の調査審議手続に係る支出について支出命令をし、当該支出命令に基づき支出がなされた。この支出命令には、それぞれ郵便料金880円及び392円（合計1,272円）が含まれていた。

3 住民監査請求と住民訴訟

大阪市の住民であるXらは、平成29年7月7日、大阪市の監査委員に対し、市長Y 1が、大阪市の職員を通じて、本件条例に基づき条例ヘイトスピーチとされる動画の削除及び投稿者の氏名公表に関し、①動画運営会社との通信費用として、合計1,272円を支出するとともに、②審査会委員5名に対し、その報酬として合計115万2,480円を支出するという財務会計行為を行ったところ、これらの行為は違憲無効である本件条例に基づいてされたもので違法であって、不法行為による損害賠償請求権に基づき、大阪市が被った損害を補填するため、市長Y 1に対して合計115万3,752円を返還するよう請求することを大阪市に求める旨の住民監査請求をした（以下「本件監査請求」という。）。大阪市の監査委員は、平成29年8月17日付けで本件監査請求を却下したため、Xらは、平成29年9月19日、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、前記請求及び遅延損害金の支払請求に加えて、本

件条例に基づく財務会計上の措置が無効であることの確認を求める旨の本件訴えを提起した（ただし、同月28日、当該確認請求に係る訴えを取り下げた）。

原々審（大阪地裁令和2年1月17日判決（判自468号11頁））及び原審（大阪高裁令和2年11月26日判自488号18頁）が原告の請求を棄却したため、Xらが上告。

II 判旨 上告棄却

「本件条例の制定当時、市内においては、特定の民族等に属する集団を一律に排斥する内容、同集団に属する者の生命、身体等に危害を加える旨の内容、同集団をその蔑称で呼ぶなどして殊更にひぼう中傷する内容等の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。そして、本件答申（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）」（2015年）※筆者註）は、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るとした上で、市が、ヘイトスピーチと認定した事案について、ヘイトスピーチであるという認識、その事案の概要及び講じた措置を公表することが適当であるなどとする一方、憲法上の表現の自由との関係を考慮し、単なる批判や非難を上記措置等の対象外とし、社会からの排除等を目的とする表現活動にその対象を限定することが適当であるなどとしており、これを受けて、本件条例に係る条例案が提出され、可決成立したものである。以上のような本件条例の制定経緯に加え、本件条例が、条例ヘイトスピーチが差別の意識を生じさせるおそれがあること等に鑑み、市民等の人権を擁護するとともに条例ヘイトスピーチの抑止を図ることを目的とする旨を規定した（1条）上で、その適用に当たっては、表現の自由その他の憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない旨を規定している（11条）ことに照らせば、本件条例は、表現の自由の保障に配慮しつつ、上記のような人種又は民族に係る特定の属性を理由とする過激で悪質性の高い差別的言動の抑止を図ることをその趣旨とするものと解するのが相当である。」

「本件条例2条1項柱書きは、拡散防止措置等の対象となる条例ヘイトスピーチの定義として、同項各号のいずれにも該当する表現活動をいう旨を規定しているところ、その文理及び上記の本件条例の趣旨に照らせば、同項1号は、一定の不当な目的を有することを要件としたものであり、具体的には、当該表現活動が、人種又は民族に係る特定の属性を理由とし、同号ア～ウのいずれかを目的として行われるものであることを要する旨を規定

したものと解するのが相当である。また、同項2号も、表現の内容及び表現活動の態様が特に悪質性の高いものであることを要件としたものであり、具体的には、当該表現活動が、特定人等をその蔑称で呼ぶなど、特定人等を相当程度侮蔑し、若しくはひぼう中傷するものであること（同号ア）、又は特定人等の生命、身体若しくは財産について危害を加える旨を告知し、若しくは同危害を加えかねない氣勢を示すなど、社会通念に照らして、特定人等に脅威を感じさせるものであること（同号イ）を要する旨を規定したものと解するのが相当である。そして、同項3号も、上記の本件条例の趣旨等を踏まえて、当該表現活動が、仲間内等の限られた者の間で行われるものではなく、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を要する旨を規定したものとすることができる。」

「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……。

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、……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変わりはないというべきである。加えて、市内においては、実際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。

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。

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うべきである。そして、以上説示したところによれば、本件各規定のうち、条例ヘイトスピーチの定義を規定した本件条例2条1項及び市長が拡散防止措置等をとるための要件を規定した本件条例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。」

Ⅲ 検 討

1 本件における争点と本判決の意義

本判決は、ヘイトスピーチを規制する条例の憲法適合性について最高裁が初めて判断を示したものである。ヘイトスピーチとは、一般的に、特定の国の出身者であること又はその子孫であることのみを理由に、日本社会から追い出そうとしたり危害を加えようとしたりするなどの一方的な内容の言動をいう⁽¹⁾。日本においては、特に2000年代に入ってから排外的な団体によるデモ活動がみられるようになり、京都朝鮮学校への暴力的な街宣活

(1) 法務省ホームページ「ヘイトスピーチ、許さない」https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00108.html（最終閲覧2023年2月28日）。

また、人種差別撤廃条約は、人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布や人種差別の煽動等を法律で処罰すべき犯罪であるとし、人種差別を助長し、又は煽動する行為の禁止を求めている。小谷順子「人種差別主義に基づく憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制と憲法学説」法学セミナー757号（2018年）12-13頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂 2020年）301頁、辻村みよ子『憲法〔第7版〕』（日本評論社 2021年）216頁参照。

動等に係る民刑事の訴訟⁽²⁾を契機として、「ヘイトスピーチ」という言葉が一般に知られるようになった。この点、特定の個人や集団に向けられたヘイトスピーチについては、名誉棄損罪や侮辱罪での対応が可能であるものの、特定民族一般、つまり不特定多数の対象に向けられたヘイトスピーチには妥当しない⁽³⁾。他方で、平成26（2014）年には人種差別撤廃委員会が日本におけるヘイトスピーチの広がり懸念を示し、ヘイトスピーチに対処するよう勧告する、といった背景があったことから、ヘイトスピーチに対する法的対応が国際的にも強く求められる状況にあった⁽⁴⁾。

そこで、国にあっては、「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の推進に関する法律」（以下「差別解消法」という。）が、平成28（2016）年の5月に成立し翌月に公布・施行された。本件条例はこれに先立ち同年1月に公布・施行されたものである。このうち、後述する拡散防止の措置及び認識等の公表に関する部分は同年7月に施行されている。

差別解消法は、「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消が喫緊の課題であることに鑑み、その解消に向けた取組について、基本理念を定め、及び国等の責務を明らかにするとともに、基本的施策を定め、これを推進することを目的とする」（1条）。他方、本件条例は、「ヘイトスピーチが個人の尊厳を害し差別の意識を生じさせるおそれがあることに鑑み、ヘイトスピーチに対処するため本市がとる措置等に関し必要な事項を定めることにより、市民等の人権を擁護するとともにヘイトスピーチの抑止を図ることを目的とする」（1条）。

差別解消法は、ヘイトスピーチについて、「専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出

(2) 刑事事件については、侮辱罪の成立が認められ（京都地判平成23年4月21日 L E X / D B 25471643）、控訴審もこれを是認した（大阪高判平成23年10月28日 L E X / D B 25480227（上告不受理））。民事事件においては、不法行為に基づく損害賠償請求が認められ（京都地判平成25年10月7日判例時報2208号74頁）、控訴審も同様にこれを是認している（大阪高判平成26年7月8日判例時報2232号34頁（上告不受理））。また、救済のあり方について、松井茂記『表現の自由を守る価値はあるか』（有斐閣 2020年）19-25頁参照。

(3) 渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣 2017年）378頁。

(4) 人種差別撤廃委員会「日本の第7回・第8回・第9回定期報告に関する総括所見（日本仮訳）」（2014年）第11パラグラフ 外務省ホームページ <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000060749.pdf>（最終閲覧2023年2月28日）、桧垣伸次「ヘイトスピーチ解消法と非規制的施策」桧垣伸次＝奈須裕治編著『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』（法律文化社 2021年）2頁、法務省「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の推進に関する法律に関する参考情報1」1-2頁 <https://www.moj.go.jp/content/001308138.pdf>（最終閲覧2023年2月28日）。

身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……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蔑するなど、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。」（2条）と規定する。

本件条例は、差別解消法の規定を受けた形ではなく、ヘイトスピーチを独自に定義し、目的と表現内容又は表現活動の態様から限定し、それが不特定多数の者に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と定義づけており（2条）、非常に網羅的かつ詳細に規定している⁽⁵⁾。

条例ヘイトスピーチ

*目的 次のいずれかに該当するものであること（2条1項1号ア～ウ）

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（当該目的が明らかに認められる場合に限る。）

*表現の内容又は表現活動の態様 次のいずれかに該当すること（2条1項2号ア・イ）

ア 特定人等を相当程度侮蔑し又は誹謗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

その上で、本件条例は、市長が、①市の区域内で行われた表現活動又は②区域外で行われたがその内容が市民や人種・民族に係る特定の属性を有する市民により構成される団体（市民等）に関するものであると明らかに認められるもの若しくは③その他の表現活動で

(5) これは本件条例が差別解消法よりも先に制定されたことに由来するものでもあるが、抽象的なレベルでは共通するものの、差別解消法の定義をより細分化したものと理解することができる。この点、差別解消法は、行政執行を予定していないことが影響していると説かれる。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）31-32頁。

区域内で行われた条例ヘイトスピーチの内容を区域内に拡散させるものについて、条例ヘイトスピーチに該当すると認めるときは、当該表現活動の内容の拡散を防止するために必要な措置（拡散防止措置）をとるとともに、当該表現活動が条例ヘイトスピーチに該当する旨、表現内容及びその拡散防止の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ものとしている（認識等公表 5条1項）（条例ヘイトスピーチに該当する旨の認識を公表することから、「認識等の公表」としている。）。

拡散防止措置の具体例としては、表現内容が施設に掲示されているような場合に施設管理者へ看板や掲示物の撤去を要請することや、インターネット上に書き込みがなされている場合に、プロバイダに削除要請を行うことなどが挙げられている⁽⁶⁾。

この拡散防止措置及び認識等公表は、条例ヘイトスピーチの対象とされる特定人等たる市民等からの申出又は職権で行うものとされ（同条2項）、公表の手段としては、あらかじめ当該公表に係る条例ヘイトスピーチを行った者へ公表の内容と理由を通知するとともに、相当の期間を定めて、意見を述べ、自己に有利な証拠を提出する機会を与えなければならない（3項）。なお、市長が認めるときは、口頭での意見陳述も可能である（4項）。

また、特定人等たる市民等の申出があったとき又は表現活動が条例ヘイトスピーチに該当するおそれがあると認めるときは、当該表現活動が上記の目的及び内容・態様のいずれかに該当するものであること、あるいは当該表現活動が条例ヘイトスピーチに該当するものであることについて、審査会に意見を聴かななければならない（6条1項）。

以上のとおり、本件条例は、ヘイトスピーチの抑止のため、拡散防止措置と認識等公表を中心に構成したものであり、それ以上の制裁を伴うものではない。また、本件のように、拡散防止措置をとっておらず、かつ、認識等公表に関しても、投稿者の氏名や通称ではなく、いわゆるハンドルネームにとどまる場合にあっては、その制限の程度はさらに限定的なものになると思われる⁽⁷⁾。

(6) 大阪市ホームページ「『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（5条）」<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000438270.html>（最終閲覧2023年2月28日）。

(7) 本件条例は、ヘイトスピーチの抑止を図る観点から、ヘイトスピーチに該当する表現活動が行われていることを広く市民に情報提供することで市民の関心と理解を深めることを目的とするため、公表による抑止効果は情報提供に付随する程度に過ぎず、その結果、発信者情報を取得することが困難であることから、制裁制度の整備等、より厳格な対応の必要性が指摘されていた。田島義久「『大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例』の運用状況と課題」法学セミナー757号（2018年）33頁。

2 住民訴訟（4号請求）について

本件は住民訴訟のうち、請求権の行使を義務付ける4号請求である。その内容としては、本件表現活動をした者に接触するため行ったA社への連絡に係る通信費と、審査会委員への報酬の支払が違憲無効な条例に基づくものであって、当該違法行為に起因する損害として同額の賠償を市長に請求するよう求めるものである。大阪市監査委員は、本件監査請求に対し、表現の自由の侵害等の見地から条例そのものが違憲無効と主張するのみで、本件監査請求が対象とする財務会計上の行為等が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであることを摘示していない、つまり条例が財政経理の見地から違法であることを摘示していないとして、監査請求の対象にならないことからこれを却下していた（平成29年8月18日大監第37号）。この点、大阪地裁は、原告の主張は各支出命令を対象に含むものということができるから、適法な監査請求を前置したものと判示して本案の審理に進んでいる。

ここでいう支出の原因となったものは、正確に言えば、本件に関する事案の処理について、条例9条に基づき表現活動を行った者に対し書面により意見を述べ、かつ、自己に有利な証拠を提出する機会を与える旨を伝えるために行われた通知行為である。また、いまひとつは、本件に関する事案の処理に際し審査会が行った審議・調査活動である。そこで、原告は、こうした行為が違憲・違法なものであるがゆえに、それに関する支出命令（＝財務会計行為）もまた違法であると主張する。その論理は、財務会計行為たる支出命令そのものの違法性を争うにあたり、その原因行為（先行行為）が違法であるがゆえに、それへの支出命令もまた違法となるとする、いわゆる「違法性の承継」論に類似する。「類似する」という点については、原因行為が依拠する条例そのものが違憲無効と主張する点でやや趣を異にするためである。すなわち、本件においては、原因行為自体が何らかの実定法上の定め違反するものであるといった主張をするわけではなく、当該行為の根拠法が違憲無効であるがゆえに当該行為も違憲無効であって、その行為に係る支出もまた違法なものであるという多段階的な構成となる。しかし、そもそも個々の原因行為の違法性を基礎づける根拠は条例の違憲性のみであって、結局のところ、紛争の根本的な解決にあたっては、根拠法たる条例の合憲性・適法性について判断する他なく、本判決が直ちに条例の全体的な合憲性の判断を行ったこと自体は、結論として正当であると思われる。

この点について、おそらく調査官の手に成るものと思われる本判決の解説は⁽⁸⁾、本判

(8) 判例タイムズ1498号（2022年）26頁。

決が条例の合憲性の判断を行ったことについて、市町村警察を廃止して都道府県警察を創設した警察法が憲法92条に違反し無効である等を主張して大阪府の警察費予算の支出の差止めを求めて（つまり1号請求として）提起された住民訴訟に関する判決（最判昭和37年3月7日民集16巻3号445頁。以下「昭和37年最判」という。）を引く。昭和37年最判は、住民監査請求の監査が議会の議決の当否には及ばないとした原審の判断に対し、住民訴訟の制度趣旨につき、「直接請求の方法ではならず、個々の住民に、違法支出等の制限、禁止を求める手段を与え、もって、公金の支出、公財産の管理等を適正たらしめるものと解するのが相当である」として、「大阪府議会の議決があった一事をもって直ちに上告人の請求を棄却すべきものとしては法令の解釈を誤った違法があるといわなければならない」と判示する。その上で、住民側の主張を無効な法律に基づく支出であるがゆえに違法であることをいうものと整理した上で、「両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきではない」として無効とはせず、かつ、制度変更自体が地方自治の本旨に反するものとはいえないとして憲法違反との主張を簡潔に退けている。そこで、昭和37年最判をもって、「行政機関等の設置に関する法令が違憲無効であれば、当該行政機関等の活動に係る公金の支出についても、法律上の根拠を欠くことになり、違法となるというべきであるから、少なくとも、上記最判のような事案においては、住民訴訟により法令の合憲性を争うことができると考えられる」と述べる⁽⁹⁾。そして、さらに進んで、「法令の違憲が個別の財務会計行為の違法を基礎付けるものである限りにおいては、住民訴訟において、当該法令の合憲性を争うことができると解すべきである」とする。本件について言えば、「審査会の設定……、審査会の組織……等に係る規定が違憲無効であれば、審査会の委員の地位や審査会による手続自体が法令上の根拠を欠くこととなることから、同委員に対する報酬等に係る支出命令の違法が基礎付けられると考えられる」ということとなる。ここにおいて、支出の直接の原因となった具体的な活動への関心は見受けられず、この意味で、判例上確立されてきた原因行為の違法性を争う余地は実質的に拡張されたとも言えそうであるが⁽¹⁰⁾、俯瞰的に見れば、こ

(9) 昭和37年最判については、議会の議決に基づく公金の支出をも住民訴訟の対象としたものと解し、また、原因行為と財務会計行為の関係をあまり意識したものではなく、ケースバイケースで対応してきたものとの評価もなされている。園部逸夫編『住民訴訟 第4版』（ぎょうせい 2003年）203、246—248頁〔佐藤英善〕。

(10) 阿部和文「判批」ジュリスト1573号（2022年）112頁。

の分野に新たな事例を積み重ねたということであろう。

ただし、仮に司法審査の対象範囲が拡張され、その適法性を争う余地が生じたとしても、住民訴訟における請求が認容されるには、あくまでも財務会計行為の違法性が認められなければならない。条例の違憲・違法が認められたとしても、直ちに財務会計行為が違法となるわけではない。4号請求におけるいわゆる「違法性の承継」論については、神道方式での地鎮祭の挙行（と玉串料の支出）の合憲性が争われた津地鎮祭訴訟における最高裁判決（最判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）のように、これを積極的に捉えるものがある。また、収賄容疑で逮捕された職員の分限免職処分と当該職員への退職手当の支給に関し、最高裁（最判昭和60年9月12日判例時報1171号62頁）は、前者が後者の「直接の原因をなすものというべきであるから、前者が違法であれば後者も当然に違法となるものと解する」。

一方で、教育委員会による昇格処分及び退職承認処分に基づく退職手当の支給決定が争われた際に、原因行為の違法が直ちに財務会計行為の違法を導くわけではなく、「原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」とし、原因行為が「著しく合理性を欠きそのためにこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」があるか否かを審査することを明確にしたのが一日校長事件についての最高裁判決（最判平成4年12月15日民集46巻9号2753頁。以下「平成4年最判」という。）であった。一日校長事件は教育委員会と首長という、原因行為の権限者と財務会計行為のそれとが異なる場合であったため、平成4年最判の射程が問題となりうるが、その後の判決を見れば、地方議会の議長が行った議員の旅行命令に基づく旅費の支出命令の違法性に関する事案（最判平成15年1月17日民集57巻1号1頁）において、最高裁は、原因行為の権限者が独立した執行機関のみならず、議会である場合にも平成4年最判の枠組みが妥当するものとし、「旅行命令が、著しく合理性を欠き、そのために予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるとまでいうことはできないから、知事としては、県議会議長が行った旅行命令を前提として、これに伴う所要の財務会計上の措置を執る義務がある」として支出命令の違法性を認めなかった。

さらに、知事部局の職員に対する旅行命令に基づき首長部局の財政課の職員が専決により発出した支出命令の違法性に関する事案（最判平成17年3月10日判例時報1894号3頁）において、最高裁は、原因行為と財務会計行為の本来的な権限者が同一の事案だったものの、専決を行った職員が「旅行命令を是正する権限を有していたとはいえず、本件旅行命

令が著しく合理性を欠き、そのために予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるときでない限り、これを尊重し、その内容に応じた財務会計上の措置を執る義務がある」として支出命令の違法性を認めなかった。そして、地方公共団体と土地開発公社との委託契約に基づく土地売買契約の違法性に関する事案（最判平成20年1月18日民集62巻1号1頁）において、最高裁は平成4年最判を引用した上で、原因行為が財務会計行為である場合にもその枠組みが及ぶことを明確にしていた。

結局、平成4年最判のこの判示は、住民訴訟の4号請求が職員個人の責任を迫るものであることから、原因行為と財務会計行為の関係性を考慮して前者の違法それ自体が後者の違法を自動的に導き出すものとはせず、あくまでも当該財務会計行為そのものの財務会計法規上の義務違反のみが問題とされ、原因行為の違法はいわばその判断の際の一要素となることを示すものといえよう⁽¹¹⁾。

こうしてみた場合、本件条例は大阪市議会において適法に可決成立したものであって、その執行ないし運用について市長（実際には専決権者）が支出等の財務会計行為を行った場合に、本件条例に予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存すると判断し、賠償請求を命ずるのは困難ではなかろうか⁽¹²⁾。

なお、支出命令を発令した専決権者自身の責任は故意または重過失がある場合に限られることから（自治法243条の2の2第1項）、当該専決権者に対し賠償命令を求める4号請求が提起された場合、条例がたとえ憲法に違反し無効であるとされ、本件において予算執行の適正確保の見地から財務会計行為の違法が認められたとしても、賠償責任が直ちに認定されるとはいえないであろう。

(11) 平成4年最判の射程に関し、4号請求の性格を踏まえて検討すべきことを主張するものとして、人見剛「判例の射程についての一考察——一日校長事件最高裁判決を素材として」速報判例解説vol.9（2011年）32頁。また、芝池義一「住民訴訟における違法性（下）」法曹時報51巻7号（1999年）1634-1635頁参照。

(12) この点、地方公共団体が事務を処理するにつき、最少の経費で最大の効果を挙げることを求める地方自治法2条14項の規定や、地方公共団体の経費につき、目的を達成するための必要かつ最少の限度をこえて、これを支出してはならないことを定める地方財政法4条1項から、不文の財務会計法理として、あるいはこれら規定の解釈により、「支出の目的である事務・事業が違法であり、違法の性質や程度に鑑みて、当該事務・事業が行政目的や公益の実現に資するといえない場合には、そのための支出は地方公共団体にとって不要ないし無駄な支出であるから違法である」と主張される。野呂充「住民訴訟における違法性論の再検討」曾和俊文他編『行政法理論の探究』（有斐閣 2016年）468頁。また、野呂充「一日校長事件最高裁判決の射程」法律時報86巻6号（2014年）59頁、高野修「住民訴訟における違法性について」稲葉馨＝亘理格編『行政法の思考様式』（青林書院 2008年）462頁以下参照。

3 法律と条例の関係について

繰り返しになるが、本件条例は「ヘイトスピーチが個人の尊厳を害し差別の意識を生じさせるおそれがあることに鑑み、……市民等の人権を擁護するとともにヘイトスピーチの抑止を図ることを目的とする」（1条）。他方で、差別解消法もまた、「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消が喫緊の課題であることに鑑み、その解消に向けた取組について、基本理念を定め、及び国等の責務を明らかにするとともに、基本的施策を定め、これを推進することを目的とする」（1条）。このため、両者の目的は共通しており、ここにおいて、条例が憲法94条にいう「法律の範囲内」であるか否かに関し、いわゆる法律と条例の抵触が問題とされる余地が出てくる。特に、差別解消法は、いわゆる理念法であって⁽¹³⁾、差別的言動を禁止するといった規制措置を講じていない。その根底には、表現の自由に対し萎縮効果をもたらすことへの懸念があり、そのため差別解消法自体は相談体制の整備、教育・啓発活動の推進等を定めるにとどまる（5条から7条まで）。こうした側面を重視すれば、条例をもってヘイトスピーチないし差別的言動を違法とする規制措置を講ずることは許容されず、法律の範囲を超えるものと評価される可能性がある。

しかし、法律の趣旨・目的に着目するのであれば、差別解消法もヘイトスピーチは許されない行為であるとの認識を有しており⁽¹⁴⁾、また、地方公共団体に対しては、「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）と規定する。この点、差別解消法が指摘する国と地方の役割分担、そして地方公共団体に関する法令の規定内容及び解釈運用における地方自治の本旨と役割分担の考慮（自治法2条11項及び12項）を踏まえるならば、差別解消法は憲法に違反する程度に至るような規制を容認しない趣旨であると解すべきである。そうであるならば、結局のところ条例は憲法に違反してはならない、というに過ぎず、そもそも法律と条例の抵触が問題となるようなケースではないということになる。

この点、大阪地裁は徳島市公安条例事件の最高裁判決（最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）及び神奈川県臨時特例企業税事件に関する最高裁判決（最判平成25年3月21日民集67巻3号438頁）を引き、「条例が国の法令に違反するか否かは、両者の対象事項

(13) 魚住他編・前掲註(5)8頁、小谷・前掲註(1)13頁。

(14) 魚住他編・前掲註(5)7-8頁。

と規定文言を対比するのみでなく、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」とする。そして、目的と対象の共通性を認めた上で、差別解消法4条2項から、地域の実情に応じた規制を容認する趣旨であるとして条例の適法性を導いている。大阪高裁もこれを是認した上で、「憲法と抵触しない範囲内において、当該地域の実情に応じ、相談体制の整備、教育の充実、啓発活動等に加え、本邦外出身者に対する不当な差別的言動を解消するための施策を講ずることを容認しているものというべきである」としていた。そこで、本件における争点は、条例が憲法に反するものであるか否かに収斂されることとなる。

4 条例の憲法適合性について

本判決は、よど号ハイジャック記事抹消事件に関する最高裁判決（最判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。以下「昭和58年最判」という。）を引き、表現の自由確保の重要性を指摘しつつも、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあるとして、その制限が是認されるかどうかは、具体的な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、そして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すべきこと、つまり利益衡量論により決すべきことを示している。昭和58年最判は、未決勾留者の新聞紙閲読の自由の制限の合憲性が問われた事案であるが、新聞紙等の閲読の自由が憲法19条や21条から派生原理として導かれるものとしており、表現の自由への規制措置の合憲性判断の先例として位置付けられているようである⁽¹⁵⁾。昭和58年最判においては、自由の制限について所定の目的達成のために真に必要と認められる限度にとどめられるべきものとされ、「その閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず……具体的事情のもとにおいて、その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解する」として、厳格な審査基準を用いて判断していた。ヘイトスピーチへの対処に際し、表現の自由への規制について、相当に慎重な姿勢をもって対応し

(15) 阿部・前掲註(10)109頁は、昭和58年最判を「表現の自由全般に関する先例と捉えており、したがって本件にも援用可能と判断したもの」と評する。

ていることが見て取れよう⁽¹⁶⁾。

また、本件条例による条例ヘイトスピーチへの措置は、拡散防止措置と認識等の公表にとどまるものであるが、それでも最高裁はこうした措置が表現の自由を一定の範囲で制約するものであるとした上で、その目的をヘイトスピーチの抑止にあるとし、その性質、内容又は態様から抑止する必要性が高いものであって、かつ、大阪市における具体的な実情を踏まえ、これが合理的で正当なものとする。そして、規制対象となる行為が過激で悪質性の高い差別的言動を伴うものに限定されており、こうした行為に対する規制の程度としても、事後的な拡大防止措置と認識等の公表にとどまるものであって、かつ、制裁や法的強制力を伴う手段が講じられていないことから、本件条例による制限が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものとしている。

本件条例における措置が、表現の自由への制約であると評価されたものの、強制にわたるものではないという、最低限の規制にとどまることを踏まえれば、目的の合理性が結論を導く重要なポイントになったと言えるが、この点について、本判決は大阪市を取り巻く状況について丁寧に検討したところに特徴がみられる。なお、本判決は最後に昭和58年最判と並び、2つの判決（最判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁、最判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）を引くが、前者は税関検査によるわいせつ表現物の輸入規制に関するものであり、後者は規制区域内の建築物の使用を禁ずる、いわゆる成田新法の合憲性に関するものである。双方とも法の定める規制の憲法21条1項適合性が検討されたものであり、また明確性の原則について判断を示したものでもある。さらに、その規制目的について、前者においては、国内における健全な性的風俗を維持確保することが、後者においては、空港の設置、管理等の安全確保がやむを得ない利益であると位置づけられていた。特に後者については、その審査方式が厳格なものであった点で昭和58年最判と軌を一にす

(16) もっとも、そもそも利益衡量論に依拠すること自体に問題がないわけではない。また、定義についても同様にその合憲性への懸念が示されている。松井・前掲註(2)67-70、85頁、金尚均『差別表現の法的規制』（法律文化社 2017年）126頁以下参照。

る⁽¹⁷⁾。

おわりに — 判決の射程

本判決は、大阪市における具体的な事情を踏まえ、本件条例の定める措置の合憲性を判断したものであって、その判示事項は事例判断にとどまる⁽¹⁸⁾。また、拡大防止措置と認識等の公表にとどまるものであっても表現の自由を制限するものであるとした点は、本判決を受けて意識的に適切な対応をとるべき必要性があるという意味で、他の類似の対応をとる自治体の実務に少なからず影響するであろう。

大阪市の実情に即した判断であったため、類似の条例を制定していたとしてもその地域の事情により結論が異なる場合もありうる。また、同様の立法事実を有していたとしても、規制措置が拡散防止措置や認識等の公表を超えて、ヘイトスピーチを違法なものとして制裁を科す条例について、これが過度な制限であるとして憲法に反するものであると判断される可能性は残る。特に、本件条例による表現の自由への規制措置の合憲性について比較的厳格な基準を用いていたことから、大阪市における立法事実を踏まえて採用された拡散防止措置や認識等の公表が「合理的でやむを得ない限度」のうち、どの程度に至るもので

(17) この点、前者について、本判決の匿名解説によれば、「衡量すべき価値自体の優劣の判断は容易であることから、明白かつ現在の危険の基準を意識した利益衡量にはよらないこととした反面、制限される自由又は利益の外縁の明確性、限定性の点等からみると、その判断が容易とはいえない側面も否定できず、本来の規制対象として想定される表現を超えて、表現の自由を不当に制限することとならないよう、漠然性のゆえに無効の法理、過度の広汎性のゆえに無効の法理等の厳格な基準を意識した利益衡量を行ったものと考えられる」とする。前掲註(8)27頁。ただし、ヘイトスピーチの定義の明確性や過度の広汎性については、あまり立ち入った検討はされていない。安西文雄「ヘイトスピーチ規制の合憲性をめぐって」法学教室504号(2022年)53頁。

(18) 阿部・前掲註(10)112頁、安西・前掲註(17)53頁、飯島淳子「判批」法学教室501号(2022年)126頁、瑞慶山広大「判批」法学セミナー808号(2022年)129頁。また、地裁の判断も同様であろう。小谷順子「判批」新・判例解説Watch28号(2021年)26頁、毛利透「判批」法学教室476号(2020年)127頁。

あるかは、本判決の射程を考える上で重要となろう⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。

(かとう りょう 神奈川大学法学部教授)

キーワード：ヘイトスピーチ／法律と条例／表現の自由／住民訴訟

-
- (19) 阿部・前掲註(10)112頁。なお、仮に条例が違憲無効と判断されたとしても、それによって直ちに財務会計行為の違法が導かれるわけではないことは前述のとおりである。
- (20) 川崎市は令和元(2019)年に「川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例」を制定しており、そこで不当な差別を「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」とし(2条1号)、本邦外出身者に対する不当な差別的言動について差別解消法の定義を踏襲している(同条2号)。その上で、一般的に不当な差別的言動を禁止し(5条)、インターネット上の表現活動について本件条例と類似の拡散防止措置と公表制度を設けている(17条)。加えて、「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、拡声機(携帯用のものを含む。)を使用し、看板、プラカードその他これらに類する物を掲示し、又はピラ、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、……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」との規定を置き(12条)、これに違反して不当な差別的言動を行った後、再び差別的言動を行う「明らかなおそれがあると認める十分な理由があるとき」は、6月間、こうした「同一理由差別的言動を行い、又は行わせてはならない旨を勧告することができる」(13条1項)。さらに、「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に足りる十分な理由があるとき」は、同一差別的言動を行ってはならない旨を命じることができ(14条1項)、当該命令に違反したときは、50万円以下の罰金に処される(23条)。また、勧告に違反した場合には、同時に、対象者の氏名等を公表することができる(15条1項)。主に街宣活動やデモ活動そのものを対象とし、再発防止を企図する規制が、本件条例に比してより厳しいものであることは明らかである。曾我部真裕「ヘイトスピーチ規制の現状と表現の自由——川崎市条例を中心に」曾我部他編『憲法秩序の新構想』(三省堂 2021年)418-431頁参照。他方で、条例上の規定のあり方については本件条例と同様の問題を孕み、デモ活動等を対象とする違いもあるが、大阪市と類似する立法事実があること(いわゆるヘイトデモの差止めの仮処分を認めた横浜地川崎支庁平成28年6月2日判例時報2296号14頁参照)、これら規制が同一の差別的言動を行う場合を契機とすること、上記勧告、命令及び公表に際しては、学識経験者5名からなる川崎市差別防止対策等審査会への諮問手続が用意されていること(この点はインターネット表現活動に関する拡散防止措置及び公表においても同じである)等からすれば、「合理的でやむを得ない限度」にとどまるものと評価する余地はあるのではないか。