

「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」 (ヘイトスピーチ解消法) 逐条解説・再論

吉原裕樹¹

要 約

「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」(ヘイトスピーチ解消法)の逐条解説を行う。

同法について、ヘイトスピーチ規制法であると位置付けるとともに、「政府言論」の一種であり、最初のヘイトスピーチ規制の在り方として、望ましいと論ずる。

キーワード：ヘイトスピーチ、表現の自由、憲法

I はじめに

本稿は、「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」(平成28年〔2016年〕6月3日法律第68号。いわゆる「ヘイトスピーチ解消法」。以下「本法」という。)の逐条解説を行うものである。

筆者はかつて、本法の逐条解説として、拙稿『「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」(ヘイトスピーチ解消法) 逐条解説』月刊大阪弁護士会139号(2016年7月号)63頁以下(以下「旧稿」という。)を公表したことがある。それにもかかわらず、あえて今般、本法の逐条解説を「再論」するに至ったのは、主に、以下の三つの理由による。

第一に、旧稿は、掲載誌の編集方針により、紙幅の制約がきわめて厳しく、やむをえず削除した叙述が相当量にのぼる。そのため、筆者は、解説の補充・追加の必要性を強く感じていた。

第二に、本法をめぐって、旧稿刊後に、重要な解説や裁判例が公表されたことが挙げられる。

ヘイトスピーチをめぐっては、現在も、重要な憲法訴訟が提起され、これに対する判決が出されるなどしている。これらの訴訟において、本法が援用されることも少なくないようである。また、2020年10月現在、本法の他に、ヘイトスピーチを直接の対象とする、国レベルの法律はない。そのため、本法は現在も、ヘイトスピーチと憲法(特に表現の自由や平等)との関係を検討するに当たって、重要な素材である。

旧稿は、本法制定後、速報性を重視して執筆・公表したため、その後に公刊された、本法の各種解説を反映させることがまったくできなかった¹⁾。旧稿公表後、旧稿以外に、本法の解説書が

¹⁾ 旧稿を公表したのは、2016年7月であった。旧稿以外に、最も早期に公刊された本法の解説書としては、師岡康子監修・外国人権法連絡会編著『Q&A ヘイトスピーチ解消法』(現代人文社、2016年〔9月30日〕)、魚住裕一郎ほか『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〔10月30日〕)がある。

¹ 兵庫大学非常勤講師

いくつか公表され、さらに、本法を援用する重要な裁判例も出された。

しかし、管見のかぎりでは、今のところ、本法の逐条解説は、旧稿以外にないようである。そのため、本法の逐条解説に、本法制定後に公表された解説書や裁判例の内容を反映させ、最新の内容としたうえで、再度公表することに意味があると考えた。

第三に、旧稿は、ヘイトスピーチと憲法に関する研究書に引用していただき²⁾、また、読者から有益であるとお言葉をいただくなど、文字どおり望外の反響をいただいた。しかし、旧稿の掲載誌は、大阪府内を中心として頒布されており、大阪府外の地域でお読みいただくことは困難であった。そのため、大阪府外の読者にも、広く旧稿をお読みいただきたいと考えていた。

以上のとおり、本稿は、旧稿に、本法の解説書や、本法を援用する裁判例の内容を反映させて、本法の逐条解説として最新の内容とするとともに、叙述を大幅に加筆したものである。その結果、本稿の内容は、旧稿とは大きく異なるものとなった。

なお、筆者は、2020年10月現在、本法に関連する弁護士会の役職として、

- ・日本弁護士連合会 憲法問題対策本部 幹事
- ・近畿弁護士会連合会 憲法問題連絡協議会 委員
- ・近畿弁護士会連合会 人権擁護委員会 特別委嘱委員
- ・大阪弁護士会 憲法問題特別委員会 副委員長などに就任している。これらの組織・団体では、ヘイトスピーチと憲法・表現の自由との関係についても、貴重な意見交換をさせていただいているが、本稿の内容のうち、意見にわたる部分については、これらの組織・団体を代表するものではなく、もっぱら筆者の私見によるものである。

II 第1条（目的）

この法律は、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 ヘイトスピーチ規制法としての性格

第1条には、本法の目的が掲げられている。

「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」の定義については、第2条参照。ここではさしあたり、外国人に対するいわゆるヘイトスピーチの一部を指すと理解しておけば足りる。

不当な差別的言動の「解消」が喫緊の課題であるとされていることから、本法は、少なくとも目的としては、ヘイトスピーチに対する単なる対処ではなく、その「規制」を掲げていると理解される。

2 ヘイトスピーチ規制の正当化

(1) ヘイトスピーチ規制論の選択

アメリカ合衆国、そして日本の憲法学では、長らく、ヘイトスピーチ規制が、憲法における表現の自由保障に適合するか否かをめぐって、見解が厳しく対立してきた（ヘイトスピーチ規制論／反対論³⁾）。本法は、そのような見解の対立を前提と

³⁾ 日本の憲法学説におけるヘイトスピーチ規制論／反対論の分類については、奈須祐治『ヘイト・スピーチ法の比較研究』（信山社、2019年）429頁以下が有益である。

ヘイトスピーチ規制に消極的な代表的論者として、市川正人がいる。市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）53-63頁参照。もっとも、市川が、市川正人「表現の自由とヘイトスピーチ」立命館法学360号（2015年）131頁にて、以下のように述べていることには、十分な留意がなされてしかるべきである。「本稿は、日本司法書士会連合会（以下、連合会）の機関誌である「月報司法書士」2015年5月号のために執筆したものであり、校正も終了していたが、ヘイトスピーチの実例が記述されているために不掲載となったものである。／本稿では、本文の「2 ヘイトスピーチとその規制」においてヘイトスピーチと捉えられることがある言動の例を括弧の中で挙げており、また、注（8）において京都朝

²⁾ 奈須祐治『ヘイト・スピーチ法の比較研究』（信山社、2019年）388頁にて、旧稿を引用していただいた。

しつつ、ヘイトスピーチ規制を選択したものである。

そのため、本法を検討するに当たっては、ヘイトスピーチ規制が、憲法における表現の自由保障に適合するか否かから論ずる必要がある。ヘイトスピーチ規制が、表現の自由を不当に侵害して違憲であれば、本法も、そもそも違憲な法律といわざるをえない可能性があるためである。

(2) 対抗言論の法理

アメリカ合衆国、そして日本の憲法学では、「名誉毀損の表現など、言論による弊害に対しては、言論で対抗すべきである。」という、いわゆる「対抗言論 (more speech) の法理」が、広く支持されている。

両国では、現在も、ヘイトスピーチについても

鮮学校事件の判決が認定した発言を詳しく紹介している。このようにヘイトスピーチの実例を挙げたのは、どのような発言がヘイトスピーチとして問題となっているのかを知ることなしには、ヘイトスピーチを処罰・禁止することが表現の自由との関係でどこまで許されるかという問題をリアルに検討することはできない、と考えたからである。何がヘイトスピーチであり、それがどんな弊害をもたらしているのかを明らかにせず、「人権」、「人間の尊厳」、「平等」が重要であるという一般論と「表現の自由」が重要であるという一般論を対抗させるだけでは、議論は抽象論のまま推移することになる。それでは、最後は直感的な決断によって「解決」するということにしかならないのではないか。表現の自由保障についての専門家としては、ヘイトスピーチとされるものを具体的に示しつつ、このようなものであっても禁止・処罰することに表現の自由の保障の見地から一定の限界があることを示すべきではないか。このような思いから実例を示したわけである。

なお、遠藤比呂通は、1993年の段階では、ヘイトスピーチ規制について、思想検閲になりかねないこと、ヘイトスピーチがなくなったとしても、差別感情はなくならないのではないかと疑問があること、差別問題に対しての議論が減少すること、などから、ヘイトスピーチ規制に対して、批判的な立場を表明していた。しかし、遠藤はその後、「差別の実態についての考え方が変化した」ことを理由として、ヘイトスピーチ規制に明示的に賛成するに至った。遠藤比呂通「表現の自由とは何か——或いはヘイト・スピーチについて」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』(法律文化社、2014年) 67-68頁、遠藤比呂通『自由とは何か——法律学における自由論の系譜』(日本評論社、1993年) 参照。

同様に、対抗言論による対処を基本とし、法律等による規制は原則として許されない、との見解が支配的である。

(3) 対抗言論の法理に対する Antithesis としての「沈黙効果」論

しかし、対抗言論は、ヘイトスピーチに対して実効的に機能するのか。「対抗言論による解決」は、現実から遊離した、空疎な想定にすぎないのではないか。実際、ヘイトスピーチにより攻撃された被差別者が、無力感を吐露することは、少なくない。

この点に関し、アメリカ合衆国の憲法学者オーウェン・M・フィス (Owen M. Fiss) は、「ヘイトスピーチは、被差別者に対する「沈黙効果 (silencing effect)」を有しており、これが対抗言論を有名無実なものとしてしまう。」として、ヘイトスピーチ規制論を展開しており、傾聴に値する⁴⁾。

さらに、フィスのヘイトスピーチ規制論は、後述のように、ヘイトスピーチにおける差別者と被差別者の利害対立を、表現の自由内在的に解決しようとするものである。この意味で、フィスの所説は、「表現の自由の優越的地位」を前に、対抗言論以外の方途を放棄する、ヘイトスピーチ規制反対論に対する鋭い批判であるとともに、「被害者保護」名下に、表現の自由規制を無批判に容認する、かつてのヘイトスピーチ規制論とも異なる、第三の途を呈示しており、卓見というべきである。

(4) フィスの「沈黙効果」論

以下に、フィスの「沈黙効果」論、及び、それに基づくヘイトスピーチ規制論を概観する。

ア 「沈黙効果」発生の機序

フィスによれば、「ヘイトスピーチは、被差別

⁴⁾ フィスの所論について、詳しくは、奈須・前掲151頁を参照。また、ヘイトスピーチでなく、ポルノグラフィ規制論を中心とするものであるが、田代亜紀「リベラリズムとフェミニズムの対話可能性 (一)——ポルノグラフィをめぐる議論についての一試論——」法学(東北大学)72巻1号(2008年)96頁以下、田代亜紀「ポルノグラフィをめぐる議論——その憲法学的考察——」東北法学21号(2003年)67頁以下も、示唆に富む。

者の価値感覚を傷付け、公共的討論など市民社会の活動への十分な参加を妨げる。被差別者らが発言しても、彼らの言葉は権威を欠き、あたかも何も言っていないかのようである。」。

ヘイトスピーチにより、被差別者に対する差別構造が再生産されると、社会的多数派は、いっそう被差別者の発言に耳を貸さなくなる。被差別者が、ヘイトスピーチに対して対抗言論を発しようとしても、ヘイトスピーチ自体によって、すでに、社会的多数派の、対抗言論に対する等閑視が、再強化されている。その結果、被差別者は、対抗言論を発する動機付け・気力を失い、沈黙してしまう——これが、ヘイトスピーチが「沈黙効果」を生み出す機序である。

イ 民主主義の閉塞とその打破

ヘイトスピーチにより、被差別者に「沈黙効果」が生ずると、公衆は、公共的討論の場において、差別者側の言論以外の、多様な見解に触れることができなくなる。

このように、ヘイトスピーチの沈黙効果により、多面的な公共的討議が阻害されたままでは、あるべき民主主義が実現されたということではできない。なぜならば、民主主義は、内在的要請として、弱者の言論も含めた、多角的で開かれた討論を要求するからである。

そのため、民主主義（・表現の自由）は、ヘイトスピーチによる「沈黙効果」の除去と、それによる弱者の言論の表出を要請することとなる。

ウ 表現の自由／平等の二項対立

ヘイトスピーチに関して、多くの論者が共有している範型とは、ヘイトスピーチ規制の是非について態度決定するためには、表現の自由／平等の二者択一を強いられる、というものである。

彼らにとって、ヘイトスピーチという問題系を構成するのは、表現の自由の選択＝ヘイトスピーチ規制反対論／平等の選択＝ヘイトスピーチ規制肯定論という、強固な二項対立的布置連関である。

そのうえで、多くの論者は、「第一修正 (the First Amendment) が第一 (first) である。」として、表現の自由を選択し、その結果、ヘイトスピーチ規制反対論へと赴く。

しかし、前述のとおり、フィスにとって、ヘイ

トスピーチ規制を正当化するのには、被差別者の平等権というよりも、表現の自由・民主主義それ自体である。ヘイトスピーチの規制は、表現の自由を制限するというよりも促進するのである。

そのため、少なくともヘイトスピーチに関して、表現の自由と平等とを対立的に捉えることは誤謬である。ヘイトスピーチを規制することにより、平等のみならず、表現の自由・民主主義が、よりよく実現されるのである。

なお、フィスは、ヘイトスピーチ規制論の根拠として、被差別者の表現の自由を重視するが、被差別者の平等権がヘイトスピーチ規制論を基礎付けることを、否定するわけではない。ここにおいて、表現の自由と平等は、二律背反の関係には立たず、被差別者を支援 (empower) するため、協働することになる。

エ 「公正な議会人」としての国家

では、ヘイトスピーチに対して、国家はどのように対応すべきか。

国家は、前述の民主主義の要請から、多面的で開かれた公共的討論を実現しなければならない。

国家が、単に被差別者に権利を付与するだけで、かようなあるべき民主主義を実現できるならば、それによって、民主主義に関する国家の目標は達成される。しかし、国家は、公共的討議において、ある者の発言が聞こえるように、他の者の発言を制約しなければならない場合がある。その一つが、ヘイトスピーチ規制である。

フィスによれば、国家は、ヘイトスピーチに対して、「公正な議会人 (a fair-minded parliamentarian)」の役割を担う必要がある。「公正な議会人」としての国家は、公衆が聞くべきすべての見解が提出されるように、諸言論・発言者を調整する。国家は、「私たちは、もう十分こちら側から聞きました。投票前に、他の人が話す機会が必要でしょう。」「自制してください。あなたの主張の仕方があまりに口汚いので、多くの人が議論から完全に退いてしまいました。」などといって、一定の言論・発言者を制止すべき場合がある。

この局面において、国家の表象は転換する。すなわち、国家は、純粋な「自由の生来の敵」ではなくなり、「自由の友」として、現前するのであ

る(ただし、この局面においても、国家が、「自由の生来の敵」としての性質を、全面的に喪失するわけではない。)

オ 集团的討議の結論の変容

国家が、「公正な議会人」としてヘイトスピーチを規制した場合、集团的討議の結論が変わることがありうる。しかし、これは、公共的討論が豊かに、多面的になった結果であるから、むしろ望ましいというべきである。

カ ありうる批判とそれへの対処

フィスの所説に対しては、国家が、「不公正」な議会人としてふるまう危険性があるとの批判がありうる。

フィスは、この問題に対する方策として、議会人は、政治的論争から独立していなければならず、また、司法部が、議会人による規制について、実際に議論の質を向上させているかを審査しなければならないとしている。

(5) 「沈黙効果」論の検証

ア 「沈黙効果」の具現化

フィスのいう「沈黙効果」は、主として、被差別者の自己表象・自尊心に着目したものである。

しかし、ヘイトスピーチの「沈黙効果」は、より実際的な形態をとらうる。

たとえば、ヘイトスピーチは、被差別者の住居や職場に街宣車で乗り付け、拡声器で侮辱的な言辭を浴びせる、などといった態様でなされることが多い。

また、大阪地堺支判令和2年(2020年)7月2日労働判例1227号38頁・裁判所ウェブサイト(フジ住宅事件)では、被告会社にて、「中国人又は中国企業による我が国の土地の購入や、中国政府によるサイバー攻撃、サッカーの国際試合における韓国人の振る舞いの問題などを主題として、中韓北朝鮮の国家や政府関係者を強く批判したり、在日を含む中韓北朝鮮の国籍や民族的出自を有する者に対して『死ねよ』『嘘つき』『卑劣』『野生動物』などと激しい人格攻撃の文言を用いて侮辱したり、日教組や株式会社朝日新聞社、親中親韓派の特定の議員・評論家に対して『反日』『売国奴』などの文言で同様に侮辱したり、我が国の国籍や民族的出自を有する者を賛美して中韓北朝鮮

に対する優越性を述べたりするなどの政治的な意見や論評の表明を主とする」文書(以上、判決文ママ)が、被告会社の役員や従業員に対して配布された。

このような場合、被差別者は、当該住居・職場にいづらくなり、転居・転職を余儀なくされる場合も、少なくない。

被差別者は、このように私生活や職業生活を攪乱された状況で、はたして現実的に対抗言論を発することができるか。ヘイトスピーチ規制反対論は、被差別者に対して、人格を基底する空間を壊乱された状態で、なお対抗言論を発することのできる「強靭さ」を求めることとなるが、かような見解は、人間の「被傷性(vulnerability)」を等閑に付するものであり、支持することができない⁵⁾。

なお、前述のような私生活、職業生活の妨害を伴うヘイトスピーチについて、問題があるのは、表現活動の内容ではなく、表現態様にとどまるから、内容規制たるヘイトスピーチ規制ではなく、内容中立規制たる表現態様規制によって十分対応可能である、という見解がありうる。

しかし、差別者が、被差別者の住居や職場にて、あるいはこれに接着してヘイトスピーチを展開した場合、被差別者は、地域社会及び職場の人間関係を慮って、その場でただちに強力な対抗言論を発することができないことも、少なくないであろう。この場合、差別者は、ヘイトスピーチを一方的に発し続けることができる。被差別者が被差別者の住居や職場に乗り付けてヘイトスピーチを発する意図も、この点にあると考えられる。

それゆえ、前述のような私生活、職業生活の妨害を伴うヘイトスピーチは、その態様のみに問題性があるわけではなく、「沈黙効果」が極大化される点にこそ、重大な問題があるのである。

イ 「沈黙効果」の不可視化作用

フィスの「沈黙効果」論に対しては、次のよう

⁵⁾ 憲法学説のなかで、人間の「被傷性」に対して最も誠実に向き合おうとするものの一つとして、山元一「一にして不可分の共和国」の揺らぎ——その憲法学的考察」同『現代フランス憲法理論』(信山社、2014年)5頁以下。

な批判がありうる。すなわち、ヘイトスピーチを受けても、現に対抗言論を発することができている被差別者もいる。実際、上記大阪地塚支判令和2年（2020年）7月2日労働判例1227号38頁・裁判所ウェブサイトでは、原告は、在日コリアンであることを明らかにしたうえで、被告会社に対して訴訟を提起した。したがって、ヘイトスピーチによる「沈黙効果」は、必ずしも現実に生じているとはいえない。また、同効果は、科学的に立証されているわけでもない。よって、「沈黙効果」を根拠としたヘイトスピーチ規制には、慎重であるべきである、という批判である。

しかし、ヘイトスピーチによって「沈黙」した被差別者は、対抗言論によって反論することはもちろん、被差別集団に帰属することの顕示・公言すら、困難になる場合が、少なくないであろう（もともと、被差別集団に属する人々は、差別・偏見を恐れて、同集団への帰属を秘匿していることが多い。）。「沈黙」した被差別者の不可視化こそが、「沈黙効果」の重要な作用である。

したがって、仮に、対抗言論を発することのできる被差別者がいるとしても、後景には、そうすることのできない被差別者が、少なからず潜在している。そのため、「沈黙効果」を過小評価することはできない。また、「沈黙効果」の科学的立証を要求することは、科学的調査の対象とすべき母体が不可視化されている以上、不可能を強いるものである。

ウ 基本権保護義務論との接合

フィスは、国家に対し、ヘイトスピーチ規制に際して、一定程度「自由の友」としての機能を期待する。このような立論に対しては、とりわけ古典的リベラリズムの立場から、厳しい批判があろう。

しかし、比較法的に見れば、フィスの理論は、ドイツにおける基本権保護義務論と親和性を有する。すなわち、ヘイトスピーチ規制の局面において、国家は、差別者の表現の自由に対する過剰侵害を禁止されると同時に、被差別者の表現の自由に対する過少保護を禁止される。

それゆえ、フィスの所説は、比較法的見地からすれば、特に異端的というわけではなく、理論的にも十分首肯しうるものである。

エ 表現の自由の実質的保障・表現の自由の積極目的規制

フィスの理論は、第一に、表現の自由の「実質的」保障を企図したものであるということが出来る。なぜならば、被差別者は、ヘイトスピーチによって「沈黙」しても、対抗言論を発する形式的（機会）保障はなされている。それゆえ、仮にフィスのように、「沈黙効果」による表現の自由への侵害を肯定するとすれば、それは、同自由の実質的保障が阻害されている点に、着目することになるからである。

第二に、フィスの所説は、表現の自由に対して、積極目的規制を正面から認めようとするものである。たしかに、フィスのヘイトスピーチ規制論について、「沈黙効果」を害悪（harm）と捉えて、その除去を目指す消極目的規制である、と評価することも可能であろう。しかし、フィスの所説は、差別者による放逸な表現活動から、被差別者の零細な表現活動を保護しようとするものということができるから、むしろ、営業の自由における積極目的規制との類似性を看取することができる。

一方、従来の日本の憲法学説においては——どこまで自覚的であったかは措くとして——表現の自由の保障として認められるのは、形式的（機会）保障のみであり、実質的保障は認められないと考えられてきた。また、日本の憲法学説は、表現の自由に対する規制態様としては、消極目的規制しか許されず、積極目的規制は認められない、との教説に支配されてきた。

それゆえ、日本の憲法学説がフィスの理論を收容するに当たっては、同理論が、表現の自由の実質的保障、及び、同自由に対する積極目的規制を正面から肯認しようとしている点が、大きな障壁となる。

(6) 小括

多くの論者は、ヘイトスピーチ規制において、表現の自由／平等の二項対立という陥穽に陥りがちである。しかし、フィスの理論はこれを回避しており、さらには、表現の自由と平等の内在的連関を剔抉している点において、卓抜している。

もともと、彼の所説は、表現の自由の実質的保障、同自由に対する積極目的規制を企図したもの

であり、特にこの点において、憲法学説からの厳しい反発が予想される。

しかし、憲法理論は、経済活動だけでなく、民主主義についても、自由放任主義 (laissez-faire democracy) 一辺倒から脱却し、福祉主義 (welfarism of democracy) の契機を、導入すべきである。「沈黙効果」を理由としたヘイトスピーチ規制を認めることは、その一里塚となろう。

3 「政府言論」としての性格

(1) ヘイトスピーチ解消に関する基本法・理念法たる性格

本法第1条では、ヘイトスピーチ解消のための方策として、基本理念の定立、国等の責務明示、基本的施策の定立及び推進が掲げられている。ここから、本法が、ヘイトスピーチ解消に関する基本法、理念法たる性格を有することが明らかとなる。

(2) 「政府言論」としての性格

ヘイトスピーチが思想の自由市場を機能不全に陥らせるとの立場（そのなかでも特に、上記のとおり、ヘイトスピーチが思想の自由市場を機能不全に陥らせる機序として、「沈黙効果」に着目する立場）に立脚した場合に、ヘイトスピーチを規制し、思想の自由市場を回復させる方策として注目に値するのが、「政府言論 (government speech)」である。

以下のとおり、本法は、まさしくこの「政府言論」としての性格を有する。

(3) 「政府言論」の概要

ア 「政府言論」の意義

「政府言論」という概念を提唱したのは、1979年のアメリカ合衆国におけるマーク・G・ユードフ (Mark G. Yudof) の論説である。以後、「政府言論」について、諸種の定義がなされてきたが、現在の一般的な定義は、「言論市場に規制的手法ではなく、直接発言者として、又は助成といった間接的な手法を用いて参入してくる現象一般」といったものである⁶⁾。

政府は、表現の自由の享有主体ではないから、政府が表現の自由の行使として表現活動を行う余地はない。しかし、一定の局面においては、政府が「言論」を發出しているように見え、この現象を「政府言論」と呼称している。

具体的には、記者会見等における、公務員による政府公式見解の発表、私人に対する啓発キャンペーン、及び、私人の表現活動に対する財政面、設備面での支援などがこれに当たる。

イ 「政府言論」の法理

アメリカ合衆国最高裁判所では、1991年の *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) 判決にて、「政府言論」の法理が採用され、それ以降、現在に至るまで、同法理が維持されている。同判決は、「政府言論」の法理につき、「比較的新しい」法理であり、「進歩の初期段階」にあるとした。

アメリカ合衆国最高裁判例及び学説は、公権力が表現活動を規制する伝統的な局面においては、表現規制の区別として、「表現内容中立規制 (content-neutral restrictions)」と「表現内容規制 (content-based restrictions)」を区別し、さらに、表現内容規制の一形態として、「観点に基づく規制 (観点規制、観点差別。viewpoint-based restrictions)」という区分を採用することが多い。表現内容規制と観点規制の差違について一例を挙げれば、観点規制は、戦争に反対する内容の表現活動だけを規制するものであるのに対し、表現内容規制は、賛否を問わず、戦争に関する内容の表現活動を規制するものである。

合衆国最高裁判例及び学説では、伝統的に、表現内容中立規制は合憲と判断されやすいのに対し、表現内容規制には強い違憲性の推定が働き、さらに、観点規制には、最も強い違憲性の推定が働くという解釈がとられてきた。

しかしながら、*Rust* 判決以降の合衆国最高裁判例によれば、「政府言論」の場合、公権力による表現規制という伝統的な場面とは異なり、観点差別も合憲とされる。

ウ 「政府言論」の光と影

ア 「政府言論」の効用

「政府言論」の法理によれば、「政府言論」に該当する場合、観点差別の許容という重大な効果が

⁶⁾ 横大道聡『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、2013年）221頁。

もたらされる。Rust 判決は、その正当化根拠を、民主的正統性 (legitimacy) の確保に求めた。

すなわち、民主主義国家における政府の正統性は、被治者である人々の同意に由来するものであるから、「政府言論」は、「治者と被治者の自同性」を確保し、人々が「自己統治」を果たすため必要不可欠な手段であって、政府自身の立場や政策、業績等を説明、推進するという「説明責任 (accountability)」の一環として位置付けられる、とされた。

政府の基本的立場、発想は、終局的決定として顕現した立法や行政処分のみから、十分読み取ることができるとは限らない。私人は、「政府言論」を通じて、政府の基本的立場、発想を把握しえ、不満のある私人は、表現の自由や参政権の行使を通じて、同立場、発想の是正、転換を図ることができる。これにより、私人の意思がよりよく政府の決定に反映され、民主主義が貫徹される。

b 「政府言論」の危険性

他方、「政府言論」の危険性に警鐘を鳴らす見解も、少なくない。

すなわち、「言論の伝達能力において圧倒的な潜勢力をもつ政府が、特定の viewpoint にもとづいて強力で表現活動を遂行するならば、その活動の言論市場に与える影響は無視することができない。それは、政府による国民の同意獲得過程を政府に有利な方向で操作すること (falsification of consent) を可能にするだけでなく、より一般的に、言論市場における情報伝達過程を歪める危険がある」⁷⁾。

「言論市場への参加者という観点から見た場合、競争力において国家と私人との間には三つの重大な違いが存在する。第一の違いは、自己の立場を表明するために動員できる経済的資源の違いである。一般的に国家は私人に比べてこの点で優位に立っている。第二の違いは、情報の保有において国家がやはり私人に比べて一般的には優位に立っているということである。しかし、資源の面におけるこれらの国家の優位性は、極めて重要ではあ

るものの、やはり相対的なものである。これに対して、第三に、国家にのみ固有の力というものを考えることができる。それは、国家のみが固有に有している正統性に関わっている。国家はこの面において比類なき存在である。『裏書き (endorsement) するだけで、一定の議論を正統化する能力』……は『国家にのみ固有に利用可能なもの』であると言ってもいいかもしれない⁸⁾。

政府は、潤沢な経済的資源、保有情報及び民主的正統性を有するから、政府が強力に「政府言論」を展開した場合、私人は容易に「誤導」され、思想の自由市場が歪曲されるおそれがある。

c ヘイトスピーチに対抗する「政府言論」の有効性

「政府言論」による思想の自由市場の操作可能性は——とりわけ、自由放任主義の民主主義観 (laissez-faire democracy) をとる場合には——民主主義にとっての脅威とも映る。

しかし、「政府言論」が思想の自由市場を操作しようという点は、ヘイトスピーチに関しては、大きな利点たりうる。すなわち、ヘイトスピーチにより思想の自由市場が機能不全に陥っている場合に、政府が、ヘイトスピーチを批判する、反差別の「政府言論」を発すれば、被差別者の対抗言論が「政府言論」により支援 (empower) されて、再度思想の自由市場に参画し、思想の自由市場が回復する可能性がある。

ヘイトスピーチがなされても、政府は容易に「沈黙」しないから、なお強力で反差別的「政府言論」を発することができる。このため、ヘイトスピーチが思想の自由市場を機能不全に陥らせる機序として、「沈黙効果」に着目する立場からは、「政府言論」は、ヘイトスピーチに対する有効かつ合理的な対抗策たりうる。

また、「政府言論」により思想の自由市場が操作されうるといっても、その作用は、表現活動に対する直接的な刑事的・行政的・民事的規制と比べれば、緩慢である。そのため、状況が変化して

⁷⁾ 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号(2003年5月1-15日号)93-94頁。

⁸⁾ 阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報913号(74巻1号、2002年1月号)32頁。

「政府言論」の問題性が前景化した場合には、人々が、通常の民主過程を通じて、当該「政府言論」の転轍を図ることも、容易である。

d フィスの所説

先に、オーウェン・M・フィスの論説を援用しつつ、ヘイトスピーチ規制論を展開した。そのため、ここで、フィスの「政府言論」に関する所説を瞥見しておく。

前述のとおり、公的な表現助成は、「政府言論」の代表例の一つであるところ、フィスによれば、公的表現助成は、集団的自己決定 (collective self-determination) を支える、多元的で開かれた公共的討議に資するように配分されるべきである。

たとえば、正統派の言説と非正統派の言説とが対立している場合、前者の固定化、後者の周縁化を回避するため、後者に、より積極的な助成を行うべきである。

かようなフィスの所説をヘイトスピーチの局面に敷衍すれば、ヘイトスピーチの生み出す「沈黙効果」により、被差別者の言論は、思想の自由市場から排除されているため、被差別者の言論が思想の自由市場に回帰し、多面的で開かれた公共的討議が再生するよう、被差別者の言論に対して、より積極的な、表現助成その他の「政府言論」による支援が図られるべきである、との議論が導出されよう。

ゆえに、ヘイトスピーチの「沈黙効果」を除去するために、「政府言論」という規制手段を用いることは、フィスの理論とも整合するものである。

e ヘイトスピーチに対抗する「政府言論」の具体例

ヘイトスピーチに反対する「政府言論」としては、具体的には、ヘイトスピーチを批判し反差別を訴える、内閣総理大臣等による「談話」(「河野談話」や「村山談話」を想起されたい。)、国会両議院による非難決議、国会による差別禁止(基本)法の制定や、私人による反差別の表現活動に対する財政面、設備面での支援などを想定しうる。

f ヘイトスピーチ規制論の論証の必要性

ヘイトスピーチを批判する「政府言論」により、差別者は差別的言論を行いにくくなるであろう。差別者が被差別者に転落し、かえって「沈黙効果」を受ける可能性も想定しうる。そのため、刑事的・

行政的・民事的制裁を伴わないものであったとしても、反ヘイトスピーチの「政府言論」が、ヘイトスピーチに対する「規制」であることには変わりがない。

それゆえ、ヘイトスピーチに対処するために、「政府言論」を用いる場合も、ヘイトスピーチ規制の必要性が論証されなければならない。

(4) 小括

上記のとおり、本法は、ヘイトスピーチ解消に関する基本法、理念法たる性格を有し、直接的な刑事的・行政的・民事的制裁を伴うものではない。それでも、ヘイトスピーチを批判する、強力な「政府言論」と評価することができる。

日本の国会は、直接的な刑事的・行政的・民事的制裁を伴う立法でなく、まずは、より緩やかな手段というべき「政府言論」として、本法を制定した。本法は、表現の自由をはじめとして、憲法上の価値に十分配慮したものとして、合憲かつ憲法政策上、賢明な立法措置である。

なお、筆者は、近畿弁護士会連合会人権擁護委員会編『第28回 近畿弁護士会連合会人権擁護大会シンポジウム第1分科会「ヘイト・スピーチは表現の自由か」報告書』(近畿弁護士会連合会、2014年[11月28日])120-124頁(吉原裕樹執筆部分)にて、ヘイトスピーチ規制論に与したうえで、いきなり刑事的・行政的・民事的制裁を伴う規制を行うのではなく、まずは、国会による差別禁止(基本)法の制定を含め、「政府言論」によるヘイトスピーチ規制を行うべきであると論じた。もちろん、当時、本法はいまだ制定されていなかった。筆者が当時調査したかぎりでは、ヘイトスピーチ規制の手段として、「政府言論」に言及する論稿は見当たらなかった。しかし、本法制定後、本法を「政府言論」と位置付け、積極的に評価する論稿が見られるようになった⁹⁾。

⁹⁾ 梶垣伸次『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察—表現の自由のジレンマ』(法律文化社、2017年[2月15日])221-224頁(初出も同時)など。

Ⅲ 第2条（定義）

この法律において「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」とは、専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出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。

1 「本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの」という要件

(1) 国・地域

「本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの」という要件については、近時の日本におけるヘイトスピーチが、主としていわゆる在日外国人に対してなされている、という立法事実を念頭においたものと理解される。

このうち、「地域」については、日本政府が国家として承認していない、台湾（中華民国）及び北朝鮮（朝鮮民主主義人民共和国）や、本法制定当時、その活動が頻繁に報道されていた、「イスラム国（ISIL、ISIS）」が想定される。

日本国内における居住人口からすると、第2条における「地域」としては、主に台湾・北朝鮮が問題となろう。

(2) 適法居住要件

第2条のうち、「適法に居住するもの」という要件（いわゆる適法居住要件）については、難民申請者等に対するヘイトスピーチを許容する反対解釈を招く、として、批判的見解が有力である¹⁰⁾。

この適法居住要件について、本法の発議者は、「適法でない方は、これは国の法律によって本国に送致されてしまうという形になるわけでありませう。ですから、法律がしっかり機能していますと、本来不法な方はおられない形になってくるわ

けなんです。……だからといって……適法に居んでいない方々にヘイトスピーチをやってもいいとか、そういうことを言っているわけではもちろんございません。」¹¹⁾と説明している。

しかし、在留資格のないまま、出入国在留管理庁（通称「入管」）にて長期にわたり身体拘束されている外国人は、多数にのぼる。

たとえば、日本弁護士連合会は、人権救済申立てに基づき、2019年11月25日、出入国在留管理庁長官に対し、以下の内容を含む勧告を行った。

「申立人ら〔37名〕は、退去強制令書に基づき、大村入国管理センターに収容されている者又は収容されていた者であるところ、現在収容されている申立人らについては、放免あるいは仮放免されることもなく、本国に送還されることもなく、収容期限を示されないまま漫然と6か月を超え、多くは数年間にも及ぶほど長期間にわたり収容されており、また、既に本国に送還された者及び仮放免を受けた者についても、同様に長期間の収容を余儀なくされていた。

このような申立人らに対する長期収容は、送還のための身体拘束であるという収容目的に違反しているばかりでなく、身体拘束は必要最小限の範囲に留めるべきであるという比例原則にも反しており、憲法13条、31条、34条及び自由権規約9条等で保障された申立人らの身体の自由を不当に侵害するものであることは明らかである¹²⁾。

そのため、本法の発議者が、在留資格のない外国人は、まもなく本国に送還されるということを前提とした説明を行っているのは、事実の基礎を欠くといわざるをえない。

いわゆるヘイトスピーチのなかには、政治的言論としての性格を併有するものが存在し、これについては表現の自由の十分な保障がなされるべきであるところ、「適法に居住」しない外国人に対して「地域社会から排除することを煽動する」表現の典型例は、「不法滞在者を日本から追い出せ」というものであり、これはヘイトスピーチに該当

¹¹⁾ 魚住ほか・前掲22頁。

¹²⁾ 日本弁護士連合会公式ウェブサイト（2020年10月30日閲覧）<https://www.nichibenren.or.jp/document/complaint/year/2019/191125.html>

¹⁰⁾ 師岡監修・前掲22-23頁（金昌浩執筆部分）など。

するとしても、外国人政策に関する政治的言論としての性格が強く、表現の自由の十分な保障を受けるべきである。このような観点から、適法居住要件が定められていると理解すべきである。

(3) 外国人からのヘイトスピーチ

本条の定義によれば、外国人から本邦外出身者に対するヘイトスピーチも対象に含まれる。もっとも、ヘイトスピーチを発した外国人が、日本において差別を受けている場合、その事実は、本条の要件の一つである差別的言動の「不当」性を否定する方向に働く。

2 「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」という要件

本要件は、全体が「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」の例示である。

読点(「、」)の位置からすると、「差別的意識を助長し又は誘発する目的で」・「公然と」は、「告知し又は本邦外出身者を著しく侮蔑する」にかかり、「排除することを煽動する」にはかからない。言い換えれば、「差別的意識を助長し又は誘発する目的で」・「公然と」は、「排除することを煽動する」を限定する要件ではない。

3 「専ら」という要件

(1) 二つの解釈

第2条における「専ら」という要件について、「出身である」という文言にかかるという解釈と、「目的」という文言にかかるという解釈とがありうる。

(2) 「出身である」という文言にかかるという解釈

「(以下この条において「本邦外出身者」という。)」という文言の位置からすれば、「専ら」という要件は、「出身である」という文言にかかるという解釈が自然である。

この解釈の実質的な根拠は、ある者の「出身」となる国・地域は、複数ありうるという前提のもとで、日本以外の国・地域の出身であると同時に、

日本出身でもある者については、出身国・地域がもつばら日本以外である者に比べて、ヘイトスピーチの標的となる可能性、ヘイトスピーチの標的となった場合におけるヘイトスピーチの悪質性が相当程度低いと考えられるため、ヘイトスピーチからの要保護性も、相当程度低い、との判断に求められる。

しかし、仮に、ある外国人(たとえば在日コリアン1世)が、もつばら日本以外の国・地域の出身であるか否かによって、ヘイトスピーチからの要保護性が異なるとしても、日本のヘイトスピーチの現状を前提とすれば、上記外国人の子孫(たとえば在日コリアン2世、3世……)については、その先祖である上記外国人が、もつばら日本以外の国・地域の出身者であるか否かによって、ヘイトスピーチの標的となる可能性、ヘイトスピーチの標的となった場合におけるヘイトスピーチの悪質性が異なるとは考えにくい。

(3) 「目的」という文言にかかるという解釈

そのため、「(以下この条において「本邦外出身者」という。)」という文言の位置からすると不自然ではあるが、「専ら」という要件は、「目的」という文言にかかると考えるべきである。

この解釈の実質的な根拠は、ある者に、「差別的意識を助長し又は誘発する目的」があるとしても、同時に、政治問題について自己の見解を主張する目的が併存している場合がありえ、そのような場合には、表現の自由による保障が十分認められる必要があるため、対象を、目的がもつばら「差別的意識を助長し又は誘発する目的」である場合に限定したという点に求められる。

「専ら」という文言の後に、「など」という例示を示す文言が挿入されているため、「専ら」という要件は、第2条における「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」を限定する意義は大きくはない。しかし、「専ら」という文言を挿入することにより、本法が表現の自由に配慮したという基本姿勢は、本法の解釈、さらには、ヘイトスピーチをめぐる憲法解釈において、重視される必要がある。

(4) 改説

筆者は、旧稿において、「専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫で

あつて適法に居住するもの」という文言を、一体の要件として取り扱い、「専ら」という要件が、「出身である」という文言にかかるとの解釈を前提としていた。本稿において、上記のとおり、見解を改める¹³⁾。

4 「地域社会から排除する」という要件

本要件の解釈に当たっては、立法事実たる近時の日本のヘイトスピーチが、必ずしも物理的排除のみを主張しているわけではなく、精神的・象徴的排除を主張している場合も少なくないことが重要である。このような観点からは、「地域社会から排除する」は、物理的な排除（「日本から追い出せ」など）のみを指すのではなく、精神的・象徴的排除（「〇〇は人間じゃない」「〇〇を吊し上げろ」など）をも包含する¹⁴⁾。

「地域社会から〔の〕排除」は、日本や大阪市など特定の地域社会からの排除のみを指すのではなく、「我々」の一員として認めないこと、つまり平等論にいわゆる「二級市民 (second-class citizen)」化を意味すると理解すべきである¹⁵⁾。

5 「煽動する」という要件

本要件があるため、本法では、いわゆる煽動表現のみが規制の対象となり、本邦外出身者に対して直接なされる差別的言動は規制の対象となっていない（「〇〇を日本から追い出せ」は対象に含まれるが、「〇〇は日本から出ていけ」は含まれない）とも解釈しうる。

¹³⁾ 韓雅之弁護士（大阪弁護士会 人権擁護委員会 委員）・大橋さゆり弁護士（大阪弁護士会 人権擁護委員会 委員長〔当時〕）から、旧稿、特に本文記載の「専ら」の解釈に対し、貴重な問題提起・ご意見をいただいた。記して厚く御礼を申し上げる。

¹⁴⁾ 師岡監修・前掲24頁（金昌浩執筆部分）も、「ここにいう『排除』は物理的な排除のみではなく、相手の人格を否定するような精神的な排除も含むと解釈すべきである」としている。

¹⁵⁾ 平等論において、「二級市民化」への対抗の契機を重視する論者として、ケネス・L・カースト (Kenneth L. Karst) がいる。カーストの所論については、茂木洋平『Affirmative Action 正当化の法理論——アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に』（商事法務、2015年）36-38頁などを参照。

しかし、いわゆる煽動表現は、主張される被侵害法益が一般的・抽象的で、被害の発生なくして成立するため可罰性の範囲が広がるおそれがあること、名誉毀損罪などの自然犯と異なり、通常は、政策的考慮に基づいて可罰性が付与されること、政治的言論には多かれ少なかれ煽動的要素が含まれていること、などから、その他の表現規制に比べて、合憲性を慎重に検討しなければならないとされている¹⁶⁾。

このため、いわゆる煽動表現のみを規制の対象とし、本邦外出身者に対して直接なされる差別的言動は規制の対象としないならば、合憲性に重大な疑義が生ずる。

上述のとおり、本条では、「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」(A) ことが、「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」(B) の例示となっているから、本邦外出身者に対して直接なされる上記Aは、当然にB（煽動表現）に該当するという解釈がとられていると考えるべきである。

6 「不当な差別的言動」という要件

「不当」・「差別」の定義規定はない。

「不当」性と「差別」性とは個別に判断されるべきである。

本法における「差別」とは、立法事実からすれば、別異取扱い（取扱いの区別・相違）自体を指すのではなく、被差別者の人格・尊厳を貶め、「二級市民 (second-class citizen)」化する行為を指す。アメリカ合衆国の憲法理論では、平等保護の基礎に、「反差別原理 (anti-discrimination principle)」と「反従属原理 (anti-subjugation principle)」のいずれを据えるかについて、見解の大きな対立がある。ごく簡単にいえば、前者は、個人の特徴・属性を考慮してはならない（取扱いを異なるものとしてはならない）ことを平等の本質と見るのに対

¹⁶⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) (増補版)』（有斐閣、2000年）426頁。

し、後者は、従属関係(市民的地位の格下げや社会からの排除)への反対を平等の本質と捉える¹⁷⁾。本法は、ヘイトスピーチによる被差別者の社会的排除を解消しようとするものであるから、平等保護について、反従属原理を採用したものと理解すべきである。この点は、ただちに憲法14条の解釈に影響を及ぼすものではないが、今後の憲法14条解釈において、参照されるべきである。

「不当」性については、一応「差別」性が認められる言動であっても、なんらかの事情により「正当」と評価されるべきものを、規制の対象から除外する機能を有する。

たとえば、「差別」性が認められる言動であっても、政治的論争に関する言論など、政治的価値が認められる場合には、表現の自由によって十分に保護されるべきであって、「不当」性を欠くと判断すべきであるし、「差別」性にも強弱があり、「差別」性が微弱である場合には、「不当」とまではいえないと解釈すべきである。

「不当」性・「差別」性は、差別者及び被差別者の社会的立場、言動の内容・態様等に照らして判断することとなる。差別者の側から発出された場合には差別的と評価される言動であっても、被差別者の側があえて発出する場合には、差別的な社会構造に対する異議ない自嘲としての性格を有する場合が少なくなく¹⁸⁾、そのような場合には、「差別」性は否定されるべきであろう。

IV 第3条(基本理念)

国民は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消の必要性に対する理解を深めるとともに、本邦外出身者に対する不当な差別的言動のない社会の実現に寄与するよう努めなければならない。

国民の努力義務を定めたものである。違反した場合の制裁は規定されていない。努力義務の内容からすれば、違反した場合の民事法上の責任追及

も不可能であろう。

主体は「国民」であって、外国人は含まれない。

V 第4条(国及び地方公共団体の責務)

- 1 国は、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する施策を実施するとともに、地方公共団体が実施する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する施策を推進するために必要な助言その他の措置を講ずる責務を有する。
- 2 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。

1項は国に対して責務を、2項は地方公共団体に対して努力義務を課している。本法が国レベルの法律であることもあわせ考えれば、2項の努力義務に比して、1項の責務はより要請の程度が強いと理解される。もとより、本条は、国・地方公共団体に直接的な義務を課しているわけではないので、国・地方公共団体が本条の責務・努力義務を怠ったからといって、ただちに国家賠償法上違法の評価を受けるものではない。

2項の「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」については、まず、地方公共団体がヘイトスピーチに関して制定する条例が、憲法94条に違反してはならないことは当然である。加えて、全国レベルで統一的に実施すべき施策については国が実施すべきなのに対し、各地方公共団体で事情が大きく異なる点については、各地方公共団体が実情に応じた施策を講ずべきであるという趣旨である。たとえば、在日外国人の集住地域があり、在日外国人に対するヘイトデモが頻発している地方公共団体においては、デモに対する対処に特別の留意が必要である。また、ヘイトスピーチは、街頭デモだけでなく、インターネット上で氾濫しているところ、東京都には、インターネット掲示板の設置会社やインターネットプロバイダが集中している。したがって、東京都においては、これらの設置会

¹⁷⁾ 茂木・前掲34-43頁。

¹⁸⁾ この点に関し、最三小判平成2年(1990年)4月17日民集44巻3号547頁(NHK政見放送削除事件)を参照。

社やプロバイダに対する対処につき、特別の施策を実施することが許容（ないし政治的に要請）されよう。

VI 第5条（相談体制の整備）

- 1 国は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動に関する相談に的確に応ずるとともに、これに関する紛争の防止又は解決を図ることができるよう、必要な体制を整備するものとする。
- 2 地方公共団体は、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、本邦外出身者に対する不当な差別的言動に関する相談に的確に応ずるとともに、これに関する紛争の防止又は解決を図ることができるよう、必要な体制を整備するよう努めるものとする。

1項は国による体制整備、2項は地方公共団体の努力義務を規定している。本法が国レベルの法律であることもあわせ考えれば、2項の努力義務に比して、1項はより要請の程度が強いと理解される。

本条の「相談」としては、文言上、主として国・地方公共団体の公務員自身が応ずるものが想定されているが、国・地方公共団体が主催し、実際の相談には弁護士等法律専門職が応ずるものも含まれる。

もっとも、ヘイトスピーチが表現の自由という憲法上の重要な人権に関する問題であること、及び、「これに関する紛争の防止又は解決を図る」とも規定されていることからすれば、相談実施者は、法的紛争に関して適切な助言をすることができる者が想定されており、専門的な法的知識をもたない、単なる民間人は相談実施者として想定されていないと理解される。

本条における「相談」は、本邦外出身者のみならず、ヘイトスピーチ加害者（と主張されている者）も利用することができる。本条の文言上、ヘイトスピーチ加害者による相談は排除されていないし、これを許容すれば、「紛争の防止又は解決」にも資するからである。

「紛争の防止又は解決を図ることができるよう、必要な体制を整備する」については、たとえば、

紛争解決に直接関与することのできる、弁護士等法律専門職による法律相談を主催するとか、法律専門職への紹介体制を構築するなどの方策が考えられる。

VII 第6条（教育の充実等）

- 1 国は、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教育活動を実施するとともに、そのために必要な取組を行うものとする。
- 2 地方公共団体は、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、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教育活動を実施するとともに、そのために必要な取組を行うよう努めるものとする。

1 総論

1項は国が実施すべき教育活動等、2項は地方公共団体の努力義務を規定している。本法が国レベルの法律であることもあわせ考えれば、2項の努力義務に比して、1項はより要請の程度が強いと理解される。

上述のとおり、ヘイトスピーチ規制としては、まず「政府言論」によることが適切であるところ、公教育は「政府言論」の1つであるから、ヘイトスピーチ規制の方策として、本条は大きな意義を有する。

2 「囚われの聴衆」に対する「政府言論」としての公教育

もっとも、「政府言論」としての公教育には、特有の問題点があることも事実である。

すなわち、公教育を受ける子どもは「政府言論」に対して「囚われの聴衆（captive audience）」の立場に置かれる。

アメリカ合衆国における「囚われの聴衆」の法理とは、聴衆が侵入的な表現から逃れることができない場合に、聴衆の「表現からの自由（表現を受けない自由）」を保護するために、かかる表現を規制してもよいというものである¹⁹⁾。

¹⁹⁾ 横大道・前掲330頁以下。

同法理は、侵入的な表現には、特有の危険性があることを前提とするものであるところ、公教育においては、聴衆である子どもが未成熟で、侵入的表現に対しても脆弱であるため、特別の配慮が必要である。

もとより、日本国憲法は公教育制度を前提としているため、「囚われの聴衆」たる子どもに対する、「政府言論」たる公教育がおよそ許されないということにはならず、ヘイトスピーチ解消のための公教育も同様である。ただし、ヘイトスピーチ解消のためとはいえ、少なくとも、子どもの価値観・人格の核心を否定するかのとき公教育については、違憲の評価を受ける場合がある。

3 公教育と親の教育の自由

さらなる難問は、公教育と親の教育の自由との関係である²⁰⁾。たとえば、ある子どもが、ヘイトスピーチ解消のための公教育を受ける一方、家庭では、「行動する保守」の親から、公教育とは矛盾する内容の私教育を受けているとしよう。親には、憲法上、子どもに対する教育の自由が保障されること、公教育の内容と親の私教育の内容とが矛盾する場合、親は、かような公教育を排除することができるか。

容易ならざる問題であるが、仮に、公教育の任務を、子どもを親の私教育から切り離し、近代立憲主義の担い手たる〈市民 (citoyen)〉に成長させるため、近代立憲主義の価値に従って教化・陶冶する点に見出し²¹⁾、かつ、ヘイトスピーチは、平等など近代立憲主義の基底価値に反すると考えるのであれば、親の私教育に反して、ヘイトスピーチ解消のための公教育を実施することは、合憲かつ憲法上要請すらされるということになる。

²⁰⁾ 長谷部恭男『憲法の理性 (増補新装版)』(東京大学出版会、2016年) 139頁以下を参照。

²¹⁾ 樋口陽一『憲法という作為——「人」と「市民」の連関と緊張』(岩波書店、2009年) 9-19頁、樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』(平凡社、2013年) 226-239頁、樋口陽一『国法学 人権原論 (補訂)』(有斐閣、2007年) 149-157頁、樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会、1994年) 175-178頁などを参照。

VIII 第7条 (啓発活動等)

- 1 国は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消の必要性について、国民に周知し、その理解を深めることを目的とする広報その他の啓発活動を実施するとともに、そのために必要な取組を行うものとする。
- 2 地方公共団体は、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、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消の必要性について、住民に周知し、その理解を深めることを目的とする広報その他の啓発活動を実施するとともに、そのために必要な取組を行うよう努めるものとする。

1項は国が実施すべき啓発活動等、2項は地方公共団体の努力義務を規定している。本法が国レベルの法律であることもあわせ考えれば、2項の努力義務に比して、1項はより要請の程度が強いと理解される。

上述のとおり、ヘイトスピーチ規制としては、まず「政府言論」によることが適切であるところ、政府による啓発活動は「政府言論」の一つであるから、ヘイトスピーチ規制の方策として、本条は大きな意義を有する。

IX 後注

1 本法はヘイトスピーチ規制法か

(1) 問題の所在

以上に見たとおり、本法が規定する具体的方策は、相談体制整備・教育の充実・啓発活動等であって、ヘイトスピーチに対する強制的・直接的規制はなされていない。さらに本法は、そもそもヘイトスピーチ規制と評価しうるかということすら問題となるほど、規制的要素が微弱である。はたして、本法を、ヘイトスピーチ規制法と評価すべきか。

この点は、とりわけ、ヘイトスピーチ規制反対論 (違憲論) をとる場合に顕在化する。最近の日本の憲法学説上は、徹底したヘイトスピーチ規制反対論 (違憲論) は少なくなったが、仮にかような立場に立つ場合、本法がヘイトスピーチ規制であるとすれば、本法は違憲となり、逆にヘイトス

スピーチ規制でないとすれば、同規制であることを理由としては、違憲とならないこととなる。

(2) 表現の自由の脆弱性

そもそも、個人の表現によって社会がただちに变化することはおよそ想定できない以上、自己利益を図るために「表現」などという迂遠な手法をとる必然性は本来存在しない。したがって、公共に対してなにかを訴えるという行為のインセンティブは、きわめて小さいはずである。そのため、「表現」は間接的「脅し」によってもくじかれやすい。表現の自由が現実に確保されるためには、「息継ぎする空間」が必要である。表現の自由を十分に保障するためには、表現する弱いインセンティブがくじかれないようにすることが必要である²²⁾。

このような観点からは、表現者が物理的・強制的に表現することができなくなる場合のみならず、精神的・社会的に表現しにくくなる場合を、広く表現の自由に対する制約と評価し、合憲性を慎重に検討する必要がある。

(3) 本法について

本法は、直接的・強制的なヘイトスピーチ規制を含んではいないが、ヘイトスピーチ解消のための「政府言論」たる方策を含み、本法制定自体も反ヘイトスピーチの「政府言論」となる。

これにより、ヘイトスピーチ加害者は、少なくとも精神的・社会的に、表現活動を行いにくくなる可能性が高い。したがって、本法はヘイトスピーチ規制法と位置付けるべきであり、ヘイトスピーチ規制を正当化する根拠が必要となる。

もともと、上述のとおり、本法の規制的要素はきわめて微弱であり（規制の強度）、問題が生じた場合に、通常の民主政治を通じて是正を図ることも容易であると考えられるから（民主過程を通じた回復可能性）、本法は、ヘイトスピーチ加害者の表現の自由等を不当に侵害せず、合憲と評価すべきである。

2 裁判例

本法制定後、本法を援用した裁判例は、決して多くはない。

(1) 横浜地方裁判所川崎支部決定

横浜地川崎支決平成28年（2016年）6月2日判タ1428号86頁（ヘイトデモ禁止仮処分命令申立事件）は、その数少ない例である。本決定は、以下のように判示した。

「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などして、本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由に本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する、差別的言動解消法2条に該当する差別的言動は、上記の住居において平穩に生活する人格権に対する違法な侵害行為に当たるものとして不法行為を構成すると解される。

そして、その差別的言動をする侵害者において、当該権利者が住居において平穩に生活しているにもかかわらず、そのことを認識し、又は容易に認識し得るのに、その住居の近隣において、デモをし、あるいははいかいし、かつ、街宣車やスピーカーを使用し、あるいは大声を張り上げるという、上記の住居において平穩に生活する人格権を侵害する程度が顕著な場合には、当該権利者は、住居において平穩に生活する人格権に基づく妨害排除請求権として、その差別的言動の差止めを求める権利を有するものと解するのが相当である」。

上記判示からすると、本法第2条に該当する差別的言動は、ただちに不法行為を構成することとなりそうである。しかし、上記のとおり、本法は、表現の自由の重要性に照らして、民事上の制裁を含め、強制的な制裁措置を明定しなかったのであるから、本法第2条に該当する差別的言動が、ただちに不法行為を構成するかのような上記判示は、本法の趣旨・目的を逸脱したものといわざるをえない。

この点について、毛利透は、本決定の評釈において、次のように指摘する。「本決定は、本法律

²²⁾ 毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）225-226頁、毛利透『国家と自由の法理論——熟議の民主政の見地から』（岩波書店、2020年）321-325頁。

の制定を、在日コリアンの「地域社会から排除されることのない権利」保護の重要性を指摘するために用いる。さらに、差止め対象となる行為の言語化は、完全に同法の「不当な差別的言動」定義に依拠する形で行っており、「差別的言動解消法2条に該当する差別的言動」が人格権を侵害する不法行為だと認定している。同法は直接の禁止規定を含まないとしても、それが他の確立した権利の内実を充填するかたちで用いられることにより、民事事件として差止めを認めるための一つの根拠として使われているのである²³⁾。

たしかに、「他の確立した権利の内実を充填する」という評価も可能であろうが、本決定の判決は、より進んで、不法行為の要件の相当部分を、本法によって置換するもののように思われる。

なお、本決定は、次のようにも判示している。

「本件に関係する在日韓国・朝鮮人など、本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に本邦に居住するもの（以下「本邦外出身者」という。）が、専ら本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として差別され、本邦の地域社会から排除されることのない権利は、本邦の地域社会内の生活の基盤である住居において平穏に生活し、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。

殊に、我が国が批准する人権差別撤廃条約の前記の各規定及び憲法14条が人種などによる差別を禁止していること、さらに近年の社会情勢の必要に応じて差別的言動解消法が制定され、施行を迎えることに鑑みると、その保護は極めて重要であるというべきである」。

上記のとおり、本法第2条の「専ら」という要件が、「出身である」という文言にかかるという解釈と、「目的」という文言にかかるという解釈とがありうる。本決定は、「専ら本邦の域外にあ

る国又は地域の出身であることを理由として差別され」という判示を行っているので、「専ら」という要件は、「出身である」という文言にかかるものと理解しているようである。

(2) 大阪地方裁判所堺支部判決

大阪地堺支判令和2年(2020年)7月2日労働判例1227号38頁・裁判所ウェブサイト(フジ住宅事件)は、次のとおり判示した。

「差別的言動解消法は、専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出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、「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」として定義した上で(2条)、国及び地方公共団体による基本的施策として相談体制の整備、教育の充実等及び啓発活動等に取り組むことなどを定めるもの(3条から7条)、本邦外出身者に対する不当な差別的言動を禁止する規定や、当該差別的言動に該当する場合の法律上の効果についての規定がない。

そうすると……差別的言動解消法が定める差別的言動に該当することを理由とする民事上の損害賠償請求は、同条約や同法を直接の根拠とすることはできず、民法709条等の個別の規定の解釈適用を通じて、当該表現の内容が個人の権利又は法律上保護された利益を侵害すると認められることが必要と解される」。

本判決は、本法の趣旨・目的にも適合的であり、毛利透の指摘する「他の確立した権利の内実を充填する」手法をとったものと評価することができる。

以上

²³⁾ 毛利透「ヘイトデモ禁止仮処分命令事件」毛利透ほか『憲法訴訟の実践と理論』(判例時報社、2019年)12頁。

SUMMARY

Commentary on Hate Speech Elimination Act Revisited

Yuki Yoshihara

This paper explains the “Hate Speech Elimination Act” clause by clause.

I position this act as a hate speech “regulatory” act, and one of “government speech,” which is desirable as hate speech regulation.

Key words : hate speech, freedom of expression, constitutional law