

憲法の現在

OBA MJ 連載

《 憲法問題特別委員会だより 》

第61回

「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

憲法問題特別委員会 委員 吉原 裕樹

はじめに

近時の日本では、いわゆるヘイトスピーチが頻発し、社会的注目を集めている。

従前、日本では、ヘイトスピーチそのものに対処するための立法は存在しなかったが、日本のヘイトスピーチ規制論議においては、従前の法体系はヘイトスピーチ規制として不十分であり、ヘイトスピーチそのものに対する新たな規制立法が必要であるとの見解が有力であった。

このようななか、大阪市は、平成28年1月、全国で初めてとなるヘイトスピーチそのものに対する対処立法として、「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」を制定した。これに引き続き、国レベルのヘイトスピーチ対処立法として、平成28年5月、「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。以下「本法」という。)が制定された。

このように、本法は重要な意義を有するため、本稿では、本法に関する逐条解説を行う。

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 総論

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、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。

ヘイトスピーチ解消のための方策としては、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、ヘイトスピーチ対処に関する基本法、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」たる性格

ヘイトスピーチ規制としては、刑事規制をはじめとする非常に厳格なものから、緩やかなものまで、多種多様な形態がありうる。

そもそもヘイトスピーチ規制の根拠は、次の点に求められるべきである。すなわち、ヘイトスピーチは被差別者に対して「沈黙効果 (silencing effect)」を及ぼすので、ヘイトスピーチに対しては「対抗言論 (more speech) の法理」が妥当しない。国家は、「沈黙効果」によって沈黙した被差別者の表現の自由を回復するとともに、機能不全に陥った民主主義・思想の自由市場を正常化するために、一定程度、民主主義・思想の自由市場に介入する必要がある。そのために、ヘイトスピーチ規制が必要となる。

この観点から、ヘイトスピーチ規制として有力な選択肢となるのが、「政府言論 (government speech)」である。「政府言論」とは、「言論市場に規制的手法ではなく、直接発言者として、また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」などと定義される (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)。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、政府による啓発キャンペーンや記者会見など、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。

「政府言論」は、国家固有の民主的正統性に基づく「裏書き (endorsement)」等により、思想の自由市場を操作する可能性をもつ (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74巻1号 (2002年) 32頁、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)。「政府言論」の有するこの特性は、思想の自由市場・民主主義にとって大きな脅威である一方、ヘイトスピーチ対処に関しては、大きな利点たりうる。

すなわち、ヘイトスピーチにより被差別者が沈黙し、思想の自由市場が機能不全に陥った場合に、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。また、「政府言論」により思想の自由市場・民主政治が操作されうるとしても、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「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」を撤回することも、容易である。

ヘイトスピーチに対抗する「政府言論」の具体例としては、国会による反ヘイトスピーチを内容とする基本法・理念法の制定、国会両議院による非難決議、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。)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 (以上の詳細については、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) 87-92、120-124頁 (吉原裕樹執筆箇所)、吉原裕樹「憎悪表現の「沈黙効果」——オーウェン・M・フィスの所説を素材として——」月刊大阪弁護士会107号 (2013年11月号) 17頁以下参照)。

本法は、ヘイトスピーチ対処に関する基本法、理念法たる性格を有するところ、かような法の制定は、「政府言論」によるヘイトスピーチ規制として、望ましいものであった。

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つ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 「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」という要件

本要件については、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、台湾や「イスラム国 (ISIL、ISIS)」が想定される。

「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。もっとも、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される。

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出した外国人が、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 「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。

「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。

4 「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。

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

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。

5 「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（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）34頁以下）。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し自嘲としての性格を有する場合が少なくなく（この点に関し、最三小判平成2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）、そのような場合には、「差別」性は否定されるべきであろう。

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。

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（ないし要請）されよう。

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。

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 (前掲・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) 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 (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頁以下参照)。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どころ、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 (樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会、1994年) 99頁以下、樋口陽一『国法学 人権原論 (補訂)』(有斐閣、2007年) 149頁以下、樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、2002年) 165頁以下参照)、かつ、ヘイトスピーチは、平等など近代立憲主義の基底的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ろう。

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。

後注

(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變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。表現の自由が現実的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(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)。

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。

もっとも、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 of 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。

OBA MJ
月刊大阪弁護士会 July 2016
Vol.139(通巻745号)

2016年(平成28年)7月29日

- 発行：大阪弁護士会
- 発行責任者：広報委員会 委員長 山西美明
〒530-0047 大阪市北区西天満1-12-5
URL <http://www.osakaben.or.jp>
- 印刷：西村印刷株式会社

■ From Editor