

ヘイト・スピーチ解消法と政府言論

— 非規制的施策の可能性 —

桧垣伸次*

はじめに

ヘイト・スピーチは世界中で深刻な問題となっている。日本でも、2000年代以降、排外主義者団体による街宣活動が活発化して大きな問題となっている。ヘイト・スピーチの規制が憲法上正当化されるのかは、憲法学にとって大きな問題となっている。いわゆる京都朝鮮学校事件などをきっかけとして、ヘイト・スピーチの規制を求める世論も大きくなり、2016年には「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」（ヘイト・スピーチ解消法。以下、「解消法」とする）が成立した。しかし、後にみるように、同法は、ヘイト・スピーチは「許されない」としつつも、刑罰等は規定していない。そのため、その実効性を疑問視する意見もある。他方で、表現の自由の観点から、同法を評価する意見もある。そこで本稿が着目するのは、解消法が制定された意義である。筆者は、同法は、政府が、ヘイト・スピーチについて、その立場を明確にした点で意義があると考ええる。政府が「ヘイト・スピーチは許されない」というメッセージを発する

*福岡大学法学部准教授

ことにより、ヘイト・スピーチを抑制する効果が期待できる。しかし、それは同時に、特定の立場の表現を萎縮させうる点で問題となる。本稿では、解消法を概観し、その意義・射程を検討する。

1 ヘイト・スピーチ解消法

(1) 構造

解消法は、前文と7条で構成されている。

前文は、立法事実及び立法目的を述べている。そこでは、本邦外出身者に対する不当な差別的言動（以下、「不当な差別的言動」とする）により、被害者が「多大な苦痛を強いられるとともに、当該地域社会に深刻な亀裂を生じさせている」ことを指摘し、このような不当な差別的言動は「許されない」と宣言している。そして、「更なる人権教育と人権啓発などを通じて、国民に周知を図り、その理解と協力を得つつ、不当な差別的言動の解消に向けた取組を推進」することが解消法の目的であるとしている。

第1条もまた、立法目的を述べている。同条は、不当な差別的言動の解消が、日本にとって喫緊の課題であるとして、この問題に取り組むことを宣言している。

第2条は、同法が取り組む「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」とする）を、「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」と定義する。すなわち、同法が対象とする「不当な差別的言動」は、特定の対象に向けたものだけではない。これまで、名誉毀損罪や侮辱罪など、既存の法が適用されうるヘイト・スピーチとは、特定の人あるいは集団に向けられたものだけであるとされてきた。このように、同法の不当な差別的言動の定義が、既存の法の射程を超えている点に特徴が

ある。

第3条は、国民に対する努力義務を規定している。同条は、国民に対して、「差別的言動の解消の必要性に対する理解を深める」こと及び「差別的言動のない社会の実現に寄与するよう努め」ることを求めている。

第4条は、同法は、4条で、国及び地方公共団体に対して、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ことを求めている¹。そして、5条以下で、本邦外出身者に対する不当な差別的言動に対する具体的な施策を示している。5条では、相談体制の整備、6条では、教育活動の実施、7条では広報その他の啓発活動の実施を、それぞれ国及び地方公共団体に対して求めている。

（2）問題点

解消法については、いくつかの問題点が指摘されている。

1つは、第2条の定義についての指摘である。第2条は、同法が対象とする不当な差別的言動とは、「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」に向けられたものであると定義する。つまり、本邦内出身のマイノリティや、不法移民などに向けられたヘイト・スピーチは、解消法の対象となっていない。いうまでもなく、日本

¹ また、国に対しては、地方の取り組みに対して、「必要な助言その他の措置を講ずる責務を有する」とし（4条1項）、地方公共団体に対しては、「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た施策を講ずるよう努める」ことを求めている（4条2項）。人種構成や差別の現状などが地域によって異なることから、2項が求めるように、地域の現状に応じた施策を講ずることは重要である。なお、国については、「責務を有する」としながら、地方公共団体については、「努めるものとする」としている。これは、地方公共団体についてはさまざまな違いがあるため、その実情に応じて施策を講じる必要があるのに対して、国は啓発等を主体的にやる責務があることから異なる表現にした——すなわち、「国と地方公共団体が果たすべき役割の違いを踏まえて書き分けを行った」と説明されている。第190回国会参議院法務委員会会議録第8号（平成28年4月19日）9-10頁。

には、アイヌ民族や琉球民族など、多くの民族的マイノリティがいる。これについては、国会審議において、「現在も問題となっているヘイト・スピーチ自身は、……在日韓国・朝鮮人の方がターゲットになっている」という「立法事実を踏まえて、この法律に対して対象者が不必要に拡大しないように」、対象を限定したと説明されている²。そして、アイヌに対するヘイト・スピーチについては、「立法事実を今、問題把握しているわけでは」ないため、同法の対象に含まれていないと説明される³。また、不法滞在者については、「本国に送還される」ことから、同法の対象に含まれていないと説明される⁴。ただし、アイヌや不法滞在者に対するヘイト・スピーチが許されると考えているわけではないとも説明されている⁵。この点は、衆議院法務委員会及び参議院法務委員会の附帯決議において、解消法第2条が規定する不当な差別的言動以外のものであれば、いかなる差別的言動であっても許されるとの理解は誤りである旨明言しているのも同趣旨である⁶。

また、第2条の定義については、他の問題もある。同条が規定する、不当な差別的言動は、本邦外出身者の地域社会からの排除の煽動である。このような表現行為は、それが特定の者または集団に向けられていない限りは、それ自体は犯罪ではない。解消法は、明白かつ現在の危険のない差別的言動であっても、「許されない」としている。しかしながら、犯罪行為の煽動ですら、明白かつ現在の危険なしには規制するべきではないと主張される⁷。そ

² 第190回国会参議院法務委員会会議録第8号（平成28年4月19日）4頁。

³ 第190回国会参議院法務委員会会議録第8号（平成28年4月19日）4・5頁。

⁴ 第190回国会参議院法務委員会会議録第8号（平成28年4月19日）5頁。

⁵ 第190回国会参議院法務委員会会議録第8号（平成28年4月19日）5頁。

⁶ 参議院法務委員会における附帯決議は <http://www.moj.go.jp/content/001184403.pdf>、衆議院法務委員会における附帯決議は <http://www.moj.go.jp/content/001184407.pdf> で確認できる。なお、本稿が参照するウェブサイトの最終閲覧日はすべて2018年6月20日である。

⁷ たとえば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、第6版、2015年）208頁は、明白かつ現在の危険の基準について、「一定の表現内容を規制する立法（たとえばせん動を処罰する法律）に用いるのが妥当だと思われる」と指摘する。

うであるならば、第2条の定義は、十分に限定されているといえるのか、疑問が残る⁸。

最も大きな問題は、解消法が、ヘイト・スピーチに対する罰則を規定していない点である。同法は、国及び地方公共団体、そして国民に対して、不当な差別的言動の解消に努めるように求めている。つまり、同法は、不当な差別的言動をした者に向けられたものではない⁹。解消法は、基本原則を宣言したもの、いわゆる「理念法」である。一方で、同法は、ヘイト・スピーチ対策の必要性と表現の自由とをうまく調整したものとの評価が可能である。定義が困難であることや、規制法が濫用される危険性があることなどを理由に、ヘイト・スピーチの規制に消極的な主張が多い。そのため、規制を設けない理念法にしたことにより、表現の自由との衝突を回避（棚上げ？）することができたといえる。他方で、同法の効果を疑問視する意見もある。罰則のない理念法に、ヘイト・スピーチを抑止する効果があるのかが問題となりうる。Craig Martin は、解消法が、ヘイト・スピーチの被害者であるマイノリティ集団の苦境を認識しておきながら、彼（女）らを、ヘイト・スピーチに曝されて、保護されないままにしていまい、また、「継続する侵害を覆い隠してしまった」と批判する¹⁰。

このような批判に対して、小谷順子は、解消法は、「裁判所や政府に対する解釈指針として機能しうる」と指摘する¹¹。また、小谷は、解消法は、「国

⁸ 松井茂記は、ヘイト・スピーチの規制は、「過激なヘイト・スピーチ及びマイノリティ集団へ向けられる憎悪の意図的な助長に限定されるべきである」と主張する。Shigenori Matsui, *The Challenge to Multiculturalism: Hate Speech Ban in Japan*, 49 UBC L. REV. 427, 475-476 (2016); 後に検討するように、同法が法的拘束力をもつのであれば、この点が問題となる。

⁹ Craig Martin, *Laws Without Sanction: Hate Speech Laws and Balancing of Rights in Japan*, 139, in GENDAI NIHON NO HOKATEI: MIYAZAWA SETSUO SENSEI KOKI KINEN 169, 175 (Keiichi Ageishi et al. eds. Shinzansha Publisher 2017)（上石圭一ほか編『現代日本の法過程』（信山社、2017年））。

¹⁰ *Id.* at 171.

及び地方公共団体の態度を変化させた」と指摘する¹²。実際に、解消法の国会審議において、ある委員が、解消法が、「法律の解釈の指針」になる旨述べている¹³。この点は、解消法が施行される数日前に下された桜本事件においてみられる。この事件は、2016年に、在日韓国・朝鮮人が多数居住する地域で、民族差別解消・撤廃に向けて取り組み、社会福祉事業を行っていた社会福祉法人（代表理事が韓国籍で、職員にも在日韓国・朝鮮人が多数いる）の近隣で、「在日は大嘘つき」、「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。」、などの文言を発したデモを行った団体が、再びデモを予告したため、社会福祉法人がデモの禁止仮処分命令を求めて提訴した事件である。横浜地裁川崎支部は、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」と述べている。川崎支部は、デモの差止めを認めるか否かの判断において、明確に解消法を解釈指針として用いている¹⁴。その後、団体は、デモ行進のために、市が管理する公園の使用を申請したが、川崎市は、当該団体が過去に2回不当な差別的言動

¹¹ Junko Kotani, *A Comment on Hate Speech Regulation in Japan After the Enactment of the Hate Speech Elimination Act of 2016*, 21-3&4 HŌSEI KENKYŪ [SHIZUOKA U. J. OF L. & POL.] 1, 9 (2017).

¹² *Id.* at 11.

¹³ 第190回国会参議院法務委員会会議録第8号（平成28年4月19日）6頁。

¹⁴ 上田健介は、桜本事件の評釈において、解釈法は、「司法判断を行う際の解釈指針となることが意図されており、司法がこれに応える形となった」と指摘している。上田健介「判批」法学教室433号（2016年）153頁。

をしており、それが繰り返される可能性が高いとして、公園の使用を不許可とした。このように、桜本事件では、横浜地裁川崎支部及び川崎市が、解消法を解釈指針として用いている。

ここで、再び強調するのは、解消法は、何ら罰則規定を設けておらず、ヘイト・スピーチを違法としているわけではない点である。解消法はあくまで、ヘイト・スピーチに対する基本原則を明示しただけである。つまり、同法はヘイト・スピーチを規制しているわけではない。そのため、参議院法務委員会での審議の中で、第2条が定める「不当な差別的言動」の定義については、同法が理念法であることを理由に、厳格に解釈しない旨繰り返している¹⁵。つまり、政府は、解消法は理念法であるため、厳格審査を通過するほど厳格に限定しなくてもよいと考えている。しかしながら、桜本事件では、横浜地裁川崎支部は、解消法2条の定義にあてはまる表現は不法行為を構成する旨述べている。この解釈に従うのであれば、解消法は、実質的にヘイト・スピーチを規制しているといえる。ところが、先述のように、第2条の定義は明らかに観点差別となっている。R.A.V.事件で、合衆国連邦最高裁は、内容差別は原則として禁止されるが、(1) 禁止しうるクラス内の下位範疇の規制根拠が、クラス全体を規制しうる根拠と同一である場合、②規制される表現行為に二次的効果がある場合や、それにより行為規制に吸収される場合、③思想弾圧が起こる可能性が全くない場合、という例外的な場合にのみ正当化されると述べている¹⁶。解消法は、これらの例外にあてはまらない。在日コリアンに向けられたヘイト・スピーチが特別苛烈なものであるにしても、解消

¹⁵ たとえば、解消法の起草に携わったある議員は、「この理念法で理念として、もうこのような排斥することを扇動する言動というのはこれは許されないということを理念として訴えた、それに文脈上該当するようなものはこれは広く捉えるということが、理念法であるが以上のこの立て付けになっております」と述べている。第190回国会参議院法務委員会会議録第10号（平成28年4月26日）19頁。

¹⁶ R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota, 505 U.S. 377, 387-390 (1992).

法は、在日コリアンの中でも適法の居住していない者に向けられたヘイト・スピーチについてはその対象としていない。このように、解消法は正当化されない内容差別となっており、また、その射程は厳格に限定されていない。そのため、解消法が法的規範力を持つのであれば、同法は文面上違憲となる。解消法が、問題となった表現行為の「権利侵害の重大性を考慮する際の一要素として考慮される」ことは問題ないが、少なくとも、解消法2条に該当する表現行為が即不法行為となる、という解釈はするべきではない¹⁷。

2 ヘイト・スピーチ解消法と政府言論——何ができるのか

(1) 政府言論としてのヘイト・スピーチ解消法

上述のように、解消法は、あくまでも理念法である。そのため、ヘイト・スピーチを規制するものではない。それでは、解消法を制定した意義はどこにあるだろうか。

「はじめに」で述べたように、解消法は、政府が「ヘイト・スピーチは許されない」という立場を明確にした点で大きな意義がある。そして、前述のように、同法は、4条で、国及び地方公共団体に対して、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ことを求めて、5条以下で、国及び地方公共団体に対して、相談体制の整備、教育活動の実施、広報その他の啓発活動の実施することを求めている。たとえば、

¹⁷ 毛利透「憲法訴訟の実践と理論【第1回】——ヘイトデモ禁止仮処分命令事件」判例時報2321号（2017年）3、6-7頁。毛利透は、以下のように指摘している。

差別的言動解消法自体が表現規制の条項を含んでいない以上、不当な差別的言動に該当する行為は常に禁止可能となると解せるわけではない。あくまでも、直接問題となる権利との関係で、差別的言動によるその権利侵害の重大性を考慮する際の一要素として考慮されるにとどまると解するべきである。この点で、差別的言動解消法によって、ヘイトデモが常に対象となった集団に対する各人の住居において平穩に生活する権利を侵害するものとして違法と解されることになったというのは、一般化のしすぎであると思われる。

これをうけて、法務省は、新聞広告、ポスター・リーフレット、啓発冊子、交通広告（駅構内広告）、インターネット広告及びスポット映像による啓発を行い、また、人権教室等の各種研修における啓発機会及び相談窓口の周知広報を充実させるなどしている¹⁸。これらの解消法が求める政府の行為について、政府言論と捉えることができる。

政府言論の法理は、アメリカの判例理論を通じて発展してきた法理である。政府は、規制主体としてだけでなく、自身が表現主体となることがあり、その場合には、見解差別も許容される¹⁹。民主政のもとでは、政府が自身の見解を表明することはむしろ必要とされるため、政府はいつどのようなことを話すことも自由であるとされる²⁰。連邦最高裁は、もし政府が、自身が望むメッセージを選ぶ「自由がないのであれば、政府がどのように機能するのかを想像することは難しい」とまで述べる²¹。

政府は、解消法を制定することにより、ヘイト・スピーチは許されないとする強いメッセージを発しており、また、同法は、国及び地方公共団体に、教育や啓発活動など、さらにメッセージを発することを求めている。つまり、ヘイト・スピーチは許されないと宣言する解消法自体、一種の政府言論といえるが、さらに、同法4条以下は、様々な種類の政府言論を求めており、解消法はその政府言論を方向付けるものであると考えられる²²。解消法を理念

¹⁸ 「ヘイトスピーチに焦点を当てた啓発活動」

http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00108.html

¹⁹ 「政府自身が表現主体である場合には修正第1条は適用されない」。ARTHUR D. HELLMAN & WILLIAM D. ARAIZA & THOMAS E. BAKER, FIRST AMENDMENT LAW: FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM OF RELIGION 777 (LexisNexis 2d ed. 2010).

²⁰ RANDALL P. BEZANSON, TOO MUCH FREE SPEECH? 105-106 (University of Illinois Press 2012).

²¹ Pleasant Grove City v. Summun, 555 U.S. 460, 468 (2009).

²² 政府言論は、多義的な概念であり、後に述べるように、様々な種類がある。政府は一般的に、自身が望むメッセージを発することができるが、法律でその方向付けをすることができるのか、また、その際の根拠は何なのかが問題となりうる。山邨俊英は、Corey Brettschneiderの見解に着目して、「自由かつ平等な市民としての地位」が根拠である旨示唆している。山邨俊英「ヘイト・スピーチに対する非強制的施策に関する原理的考察——Corey Brettschneider

法とみる限り、政府は「規制主体」ではなく「表現主体」であり、観点中立性は求められない。

ヘイト・スピーチについては、しばしば、規制に消極的なアメリカと積極的なヨーロッパ諸国とが対比される。一方で、何らの規制をしない場合には、マイノリティの尊厳が侵害される等の指摘がなされる。他方で、ヘイト・スピーチの規制は、表現の自由との関係で深刻な問題をもたらす。従来はこれらの2つの立場を巡って議論がなされていたおり、両者は厳しい緊張関係にある。これに対し、Charlotte H. Taylor は、ヘイト・スピーチについて、政府言論という非規制的な手法で対応するという、「第3の道」を探る²³。Taylor は、政府言論については、内容差別禁止法理及び観点差別禁止法理が適用されないことから、公職選挙で選ばれた者によるスピーチ、情報の宣伝、マス・コミュニケーションのチャンネルに対するコントロール、生徒への教育などを想定しつつ、政府言論は、ヘイト・スピーチを思いとどまらせるために有用であると主張する²⁴。また、Taylor は、声明などの直接的な言論だ

の価値民主主義 (Value Democracy) 論と民主的説得 (Democratic Persuasion) 論の考察を中心として——(一)、(二)、(三)」広島法学40巻2号(2016年)134頁、同41巻1号(2017年)75頁、同41巻2号(2017年)17頁。See COREY BRETTSCHEIDER, WHEN THE STATE SPEAKS, WHAT SHOULD IT SAY?: HOW DEMOCRACIES CAN PROTECT EXPRESSION AND PROMOTE EQUALITY (Princeton University Press 2012); 後にみるように、「分離して孤立したマイノリティ」を対象とする政府言論とそうでない政府言論との区別が可能であると考えらるべきである。この点から、一般に、政府が、人権保障の理念にかなうような一定の価値観に基づいて方向付けることは許されると考え、具体的な権限行使の限界を問題とするべきである。後掲注121-123および本文参照。内野正幸は、教育の文脈ではあるが、「一般論として、国家が道徳教育の面で一定の権限をもつことは是認されてよい」と述べる。そして、「道徳教育の具体的あり方こそ批判的にチェックすべきなのである」と指摘する。内野正幸『表現・教育・宗教と人権』(弘文堂、2010年)143頁。

²³ Brettschneider も、ヨーロッパ型およびアメリカ型とは異なる「第3の立場」を擁護する旨主張する。BRETTSCHEIDER, *supra* note 22 at 3.

²⁴ Charlotte H. Taylor, *Hate Speech and Government Speech*, 12 U. PA. J. CONST. L. 1115, 1120 (2010).

けでなく、私的な表現主体への助成などの間接的な政府言論も想定している²⁵。

Taylor は、このような政府言論によってヘイト・スピーチを防ぐという手法について、法や裁判所の判決とは異なり、市民を拘束しないことから、憲法上正当化できない内容差別あるいは観点差別にはならないと主張する²⁶。また、Taylor は、非規制的手法を採る理由の1つとして、ヘイト・スピーチを明確に定義することのむずかしさを指摘する²⁷。一般的に刑罰法規に対しては、明確性が求められるが、表現の自由を規制する立法については、萎縮効果を除去するために、より一層の明確性が求められる。しかし、Taylor は、ヘイト・スピーチとの闘いに向けた政府言論であれば、個人の表現に対する積極的な規制はないため、この問題は避けられると指摘する²⁸。ヘイト・スピーチの規制に反対する James Weinstein も、仮にヘイト・スピーチにマイノリティを沈黙させる効果があるのであれば、政府は自身の声を用いて失われた観点を提供することにより、ヘイト・スピーチの害悪を矯正することができると指摘する²⁹。Weinstein は、規制は特定の見解を公的議論から排

²⁵ *Id.* at 1121.

²⁶ *Id.* at 1122.

²⁷ Taylor, *supra* note 24 at 1141; 松井によると、ヘイト・スピーチには、少なくとも4つの類型がある。1つ目は、特定の集団の構成員に対する殺人や身体への攻撃のような、違法な暴力の唱道または煽動で、2つ目は、特定の集団の構成員に対する名誉毀損、中傷あるいは侮辱、3つ目は、特定の集団の構成員に対する差別的煽動や助長、そして、4つ目は特定の集団の構成員に対する憎悪の促進である。Matsui, *supra* note 8 at 462; 梶原健祐は、ヘイト・スピーチの多義性に着目して、「ヘイトスピーチは上位概念として祭り上げてしまった方が精緻な議論に資するのではないか」と指摘する。そして、「この上位概念のうちに含まれる種々の表現を、ヘイトスピーチの内容の性質、表現行為の態様、被害法益等を軸にして分類してゆくことが今後の議論の進展に有益である」と主張する。梶原健祐「ヘイトスピーチ概念の外延と内包に関する一考察」比較法学研究第27号（2015年）127、137頁。

²⁸ Taylor, *supra* note 24 at 1142; 解消法を巡る国会審議においても、定義の曖昧さへの批判に対して、理念法であるので、定義は厳格に画定する必要はない旨答えている。前掲注15参照。

²⁹ JAMES WEINSTEIN, HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE RADICAL ATTACK ON FREE SPEECH DOCTRINE 185 (Westview Press 1999).

除する点などを指摘し、これに対して政府による言論はそのような効果を持たないため、代替手法として有用であると主張する³⁰。このように、政府言論という非規制的手法により、表現の自由の問題を回避しつつも、ヘイト・スピーチを抑制できる効果が期待できる。

（２）具体的手法

上述のように、解消法は、政府言論と捉えることができ、法による規制に比べてソフトな施策であるといえる。しかし、政府言論の射程は必ずしも明確ではない。どのような政府の行為が、政府言論として、憲法上許容されるのかが問題となる。Taylor は、政府言論の例として、①政府の職員又は機関による助言的・奨励的意見、②記念する表現、③公教育、④私的言論への政府の助成及び非パブリック・フォーラムにおける表現の選択的コントロール、⑤勧告・調査声明を挙げる。

①政府の職員又は機関による助言的・奨励的意見

ここで採り上げるのは、「拘束力のあるルールを作ることや特定の補助金を支給することなく、市民がどのように話すべきかについての政府の立場を明らかにする政府言論」である³¹。このタイプの政府言論は非常に幅広く、単なる奨励から、政府が批判する表現行為を行った場合には直接的な報復が予想されるような政府言論まで様々なものがある³²。Taylor は、まず、単なる奨励から検討している。執行府の職員が、脚光を浴びている事件に対応して、ヘイト・スピーチを批判することはしばしばある³³。それだけでなく、立法

³⁰ *Id.*; ここで Weinstein が想定する手法とは、公民権法などの実施の強化や、教育的キャンペーン、政府によるレイシズムに対する強い非難などである。*Id.* at 186.

³¹ Taylor, *supra* note 24 at 1146.

³² *Id.*

³³ *Id.*

府の職員や裁判官がヘイト・スピーチを批判することもしばしばある³⁴。Taylor は、このような政府言論は、ヘイト・スピーチは許されないという空気をつくると主張する³⁵。また、Taylor は、政府職員による奨励的な声明は、裁判所による法理論の適用に影響を与える点を指摘する³⁶。また、ヘイト・スピーチの特別な害悪についての執行府や立法府の構成員による声明は、Black 判決におけるバージニア州法にならってつくられる——すなわち、合憲的に規制できる——法の下での訴追への道を敷くと指摘する³⁷。

Taylor は、純粋に奨励的な政府言論について、誰の表現の規制されていないことから、重要な修正 1 条の問題は生じないと主張する³⁸。しかしながら、奨励的な声明は、時には非難を超え、市民に対して、特定の振る舞いをするように求めることになりうる³⁹。形式的には、単に行動を求めるような奨励であっても、立法や起訴に関する優先順位を再調整することを目的とするアジェンダセッティングとなり、そのような声明は表現を萎縮させる⁴⁰。ただし、Taylor は、内容に基づいて起訴に関する裁量を行使することは、Black 判決に基づくと容認されると指摘する⁴¹。すなわち、立法府がある脅迫を特別に悪質であるとして選び出すのと同様に、検察官が、それらの行為が特別に悪質であると判断した行為を起訴することは許容される⁴²。それゆえ、Taylor は、ヘイト・スピーチの起訴の増加を求める奨励的な声明は、

³⁴ *Id.* at 1146-1147.

³⁵ *Id.* at 1147.

³⁶ *Id.* at 1148; この点で、解消法が、裁判において、問題となった表現行為の権利侵害の重大性を考慮する際の一要素として考慮されることが容認されると解することができます。

³⁷ *Id.* at 1148-1149.

³⁸ *Id.* at 1149.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* at 1151.

⁴² *Id.*

特定の言葉や象徴を用いることを萎縮させるかもしれないが、裁判所によって禁止されることはないだろうと主張する⁴³。

②記念する表現 (Commemorative Expression)

Taylor が2つ目に検討するのは、記念碑の設立や祝日の制定、硬貨に刻まれたモットー、切手など、何かを記念する表現である。Taylor は、これらの表現は、「市民的価値を形作る」ためになされることを指摘する⁴⁴。これらの表現によって、政府は、「歴史的な出来事の意義や人物の重要性、そして、異なる集団の尊厳や価値」に関するメッセージを伝達する⁴⁵。Taylor は、①で検討した奨励的な声明とは異なり、これらの表現は、共同してつくられた——共同体の声が集まった——ものである点が特徴的であると指摘する⁴⁶。

Taylor は、このような表現が、ヘイト・スピーチを抑止するために用いることができると主張する。ただし、このような表現が伝達するメッセージには限界があるとする⁴⁷。記念の表現は、歴史的に周縁化されてきた集団の構成員を、州の榮譽を受ける者という立場に高めることによって、平等や尊厳といった価値を具体化する⁴⁸。たとえば、キング牧師の像によるメッセージを市民が内面化する場合、市民はアフリカ系アメリカ人を、共同体の構成員としてみるようになり、また、すべての人種の平等な公民権を、受け入れられた価値であるとみるようになる⁴⁹。そして、このような信条は、ヘイト・

⁴³ *Id.*: 解消法制定後に、警察庁は、名誉毀損罪や侮辱罪などの現行法を駆使して、ヘイト・スピーチに厳しく対応していく方針を固めて、各都道府県警に通達を出した。Taylor の指摘に従うなら、ヘイト・スピーチが特別悪質であることを認定し、現行法を厳しく適用していくべきとしたこの通達も、憲法上問題がないことになる。

⁴⁴ *Id.* at 1151-1152.

⁴⁵ *Id.* at 1152.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 1154.

⁴⁸ *Id.*

スピーチの有効性についての話者の確信を揺さぶる⁵⁰。

また、記念の表現は、消極的な形態——犠牲者を称賛する——もある。このメッセージは、訓話的な意味を持つ⁵¹。すなわち、犠牲者を称えることにより、過去において迫害を許した価値観の悪用を避けるよう、現在の構成員に気付かせることができる⁵²。ヘイト・スピーチに関しては、ヘイト・クライムの犠牲者の記念碑を建てることにより、ヘイト・スピーチを抑えることができる⁵³。なぜなら、ここで伝えられるメッセージは、偏見によって行われた個人行為を無価値とみなすものだからである⁵⁴。

このような表現について、Taylor は、異議を免れると考える。Summum 判決が示すように、政教分離規定に抵触しない限り、修正 1 条は政府の中立性を求めないため、州は公共空間において特定の価値観を促進することが許される⁵⁵。

③教育

次に、Taylor は、教育について検討する。教育は、政府が市民に価値を教え込むための基本的な手法であると理解されてきた⁵⁶。Taylor は、非常に多くのヘイト・スピーチ事例が、学校という文脈で起きていることを指摘する⁵⁷。そして、裏付けが乏しい証拠が示すには、これらの事件の少なくとも一部では、生徒は、人種差別的あるいは憎悪に満ちた言葉を、その重要性を

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* at 1155.

⁵⁵ *Id.* at 1156.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

理解せずに使っていると指摘する⁵⁸。それゆえ、差別や暴力の歴史を教えることによってそのような状態を解消できると指摘する⁵⁹。すなわち、一部のヘイト・スピーチについて、無知がその根源にあるのであれば、教育によって、その多くを減らすことができる⁶⁰。ただし、政府言論としての教育には重要な憲法問題がある。Taylor によると、裁判官が、許容できる政府によるコントロールと検閲とを区別する基準を確立するために多大な努力をしてきた分野が、教育である⁶¹。一般論としては、政府は教育に関して広い裁量を持つが、学校当局による介入について、正統な思想を強制するものであるとして、違憲となるものもある⁶²。この点で、学校の反ヘイト・スピーチ方針が問題となる。Taylor は、Morse 判決⁶³に着目して、生徒の表現の自由は、公的な場では保護されるものであっても、学校内では規制されうることを指摘する⁶⁴。Morse 判決に依拠するならば、学校が、ヘイト・スピーチが教育目的を阻害すると合理的に考えた場合には、ヘイト・スピーチを禁止できる⁶⁵。ただし、Morse 判決は、学校が、薬物の使用を防ぐ正当な利益を有していたことを強調し、表現は、それが不快なだけでは禁止できないことを明確にしている⁶⁶。この点で、Morse 判決は、反ヘイト・スピーチコードが違憲となる余地を残している⁶⁷。

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* at 1156-1157.;

⁶¹ *Id.* at 1157.

⁶² *Id.*; 旭川学テ訴訟における最高裁判決が述べるように、「自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなこと」は許されない。最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁。

⁶³ *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007).

⁶⁴ Taylor, *supra* note 24 at 1158.

⁶⁵ *Id.* at 1159.

⁶⁶ *Id.*

このように、公立学校におけるヘイト・スピーチの禁止について、その正当性が問題となりうるのならば、どのような教育プログラムならば合憲となりうるのかは未解決の問題である⁶⁸。Taylor は、図書館が特定の図書を廃棄した Pico 判決⁶⁹に着目する。Brennan 裁判官による相対多数意見は、図書館の特殊性および選書と廃棄との違いに着目し、生徒の情報を受ける権利が侵害されたと判断している⁷⁰。Taylor は、Pico 判決は、図書館の事例あるいは、生徒がこれまでアクセスできていた情報を剥奪される事例であると射程を限定した場合、学校当局はカリキュラムを完全に統制できるので、ヘイト・スピーチを減らすことを意図した教育プログラムを自由に採用できると指摘する⁷¹。

④政府による助成

政府による助成についても、観点差別は許容されると考えられている。Taylor は、ヘイト・スピーチと闘うために助成を利用しうるやり方は多くあること、そして政府が統制するフォーラムも多くあることを指摘する⁷²。

Taylor が指摘するように、連邦最高裁は、政府は、助成に際して観点中立であることは求められず、また、個人の表現主体の表現の自由を制約しない限りは受給者に条件を課すこともできる⁷³。その場合、特定のメッセージに携わることあるいは、そのメッセージを発さないことを求めることも可能である⁷⁴。

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853 (1982).

⁷⁰ Taylor, *supra* note 24 at 1159-1160.

⁷¹ *Id.* at 1160.

⁷² *Id.* at 1162.

⁷³ *Id.* at 1162-1164.

⁷⁴ *Id.* at 1164.

連邦最高裁が、伝統的パブリック・フォーラム、限定的パブリック・フォーラム、そして非パブリック・フォーラムを区別しているのは周知のとおりである。伝統的パブリック・フォーラムにおける表現内容規制には、厳格審査が適用される。政府が表現目的のために、その財産を公衆が使用できるようにしたならば、同様の審査基準が適用される。しかし、政府は、そのすべての財産をすべての表現主体に開くことを求められてはいない。そして、十分な数の表現主体が限定的パブリック・フォーラムを作るまでは、政府は、自身が統制するフォーラムにおいて、選択的に表現を許容できる⁷⁵。

Taylor は、このような助成法理あるいはパブリック・フォーラム論は、明確に許容される政府言論の領域を確立したと指摘する⁷⁶。これらの権限は、ヘイト・スピーチに対抗するようデザインされた教育あるいは支援プログラムを策定するために用いることができる⁷⁷。

政府は、軍の基地のような、政府のフォーラムにおいて、ヘイト・スピーチを禁止することができる⁷⁸。しかし、政府が公的な職場においてヘイト・スピーチを禁止できるか否かは明確ではない⁷⁹。少なくとも、政府は、強力な言葉やシンボルの背後にある差別の歴史を、職場において被用者に教えるような教育プログラムを策定することができる⁸⁰。また、政府は、営利業者やNPO に対して、その被用者や構成員に対して、ヘイト・スピーチがマイノリティや女性、LGBT の人々に与える害悪を教える見返りとしての税のインセンティブを設置することができる⁸¹。また、政府は、私企業との契約に

⁷⁵ *Id.* at 1164-1165.

⁷⁶ *Id.* at 1165.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* at 1166.

⁸¹ *Id.* at 1167.

際して、反ヘイト・スピーチ規則や教育プログラムを進んですることという条件を課することができる⁸²。

Taylor は、このような手法の効果として、アメリカにおける差別の歴史およびそのような背景に対するヘイト・スピーチの害悪についての情報を市民に与える教育を増やすことができること、ヘイト・スピーチに反対するという強力な規範のある環境下で働く人の数を増やすことができることを挙げる⁸³。

⑤勧告・調査声明

政府は時に、それ自体法的拘束力はないが、突き詰めていくと規制的・あるいは懲罰的な効果を持つ表現行為をすることがある⁸⁴。このような事例では、個人の表現主体は、政府が発した規範に反した場合には、不利な結果が起ころうと理解させられる⁸⁵。しかし、Taylor は、これらの政府の表現は、明確に違憲とはならないと指摘する⁸⁶。

政府機関は、日常的に、個人や事業の特定の行動に対する警告ではあるが、法的拘束力のない advisory letter や解釈規則を発行し、現実の問題についての調査結果を作成するなどしている⁸⁷。これらの行為は、それが強要されない限り異議を唱えられることはないが、萎縮効果はある⁸⁸。Taylor は、その例として、FCC の政策綱領を例に挙げる。FCC の政策綱領は、非規制行為ではあるが、ラジオ局などは免許を失いうることから、萎縮効果を発生させる⁸⁹。Taylor はまた、1980年代に、Edwin Meese 司法長官が設立した、調査

⁸² *Id.* at 1167.

⁸³ *Id.* at 1167-1168.

⁸⁴ *Id.* at 1168.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* at 1168-1169.

機関であるポルノグラフィに関する委員会を挙げる⁹⁰。多くの出版社や小売店がポルノグラフィを製造・頒布しているとの多くの証言を聞いた後、委員会は、司法省のレターヘッドで言及された会社に対して、その会社はポルノグラフィを広めていると主張されていることを伝達し、さらには委員会が、ポルノグラフィの提供者が同定されるであろう最終レポートを作成する前に、この主張に対して応答できることをアドバイスする書簡を送った（なお、ここでいう「ポルノグラフィ」は憲法上保護されない範疇の「わいせつ文書」に限定されていない⁹¹）。Taylor は、このエピソードと同様に、司法省などにヘイト・スピーチ事件についての、起訴には至らない調査を求めることができるのか、という点を問題にする。ヘイト・スピーチは、犯罪と関連していない限り訴追できない⁹²。しかしながら、Taylor は、「ヘイト・スピーチ委員会」は、ヘイト・スピーチをした者を調査して、公衆にさらすことができると主張する⁹³。このような行為は、ヘイト・スピーチを抑制することができ、また同様に、ヘイト・スピーチに同意しないという空気に寄与することができる。そして、Taylor は、このような拘束力のない機関の行為は、具体的な罰則がない限りは憲法上許容されると主張する⁹⁴。ただし、Taylor は、司法審査を通過するためには、拘束力のない機関は、いかなる罰則も科してはならず、また、起訴をする権限のある政府機関と協働することを避けるなければならないと、そして、公表する調査結果は、適切に事実に基づいていなければならないとする⁹⁵。

⁹⁰ *Id.* at 1169.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*

⁹⁴ ワシントン特別区連邦控訴裁判所は、先述の Meese の委員会について、出版社らは起訴される恐れがなかったことがら、修正 1 条を侵害しないと判断している。Penthouse International v. Meese, 939 F. 2d at 1016; *See* Taylor, *supra* note 24 at 1170.

⁹⁵ Taylor, *supra* note 24 at 1170.

次に、Taylor は、これらの行為が議会によってなされた場合について検討する。ここで Taylor が言及するのが、有名な（悪名高い）マッカーシズム時代の、非米活動委員会である。議会は調査権および、レポートを発行する権限を有している。この議会の調査権を濫用したのが非米活動委員会である⁹⁶。同委員会は、共産党員と疑われる者及び共産党に賛同する者を調査した⁹⁷。政府は、共産主義者の脅威を警告する出版物を発行し、特定の組織を、おそらく共産主義活動の隠れ蓑となっていると名指しした事例もあった⁹⁸。Taylor は、同じ権限を、ヘイト・スピーチと闘うために用いることができると主張する⁹⁹。Taylor は、議会が個人や特定の組織を名指ししない限り、問題とはならないだろうと主張する¹⁰⁰。それに加えて、議会はヘイト・スピーチを広めた組織、出版物、個人のリストを作成することができ、また、それを頒布することができる¹⁰¹。話者をより明確に標的とすることは、一般的な声明を発することよりも、明らかに強力な対ヘイト・スピーチの武器となる¹⁰²。ヘイト・スピーチのブラックリストは、ヘイト・スピーチを控える強力なインセンティブとなる¹⁰³。ただし、議会のこの権限は、無制限ではなく、正統な立法府の任務と関連し、それを促進するものでなければならない¹⁰⁴。

Taylor は、以上のように述べて、政府がヘイト・スピーチについて調査し、その結果を公表することができると主張している。この点、大阪市の「大

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.* at 1171.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.* at 1172.

阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」が、問題となった「表現活動がヘイトスピーチに該当すると認めるときは、……当該表現活動がヘイトスピーチに該当する旨、表現の内容の概要及びその拡散を防止するためにとつ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する」(第5条1項)と規定している点が注目される。この規定について、2018年4月16日に、団体や個人名の公表は表現の自由などに反して違憲であるとして、動画投稿のアカウント名を公表された者が、大阪地裁に提訴した¹⁰⁵。解消法が、地方公共団体に、「当該地域の実情に応じた施策を講ずるよう努める」(第4条2項)ことを求めている以上、大阪市の行為は、正統な立法目的に関連しており、またそれを促進するものということができる。そうであるならば、個人または団体名の公表を定めた大阪市の条例は違憲とはならないと考えるべきである¹⁰⁶。

(3) 政府言論の限界

上述のように、政府言論としての解消法は、法による規制に比べてソフトな施策であるといえる。とはいえ、特定の問題について政府が「許されない」とすることは、そのような考えをもつ個人を萎縮させる点で問題となる¹⁰⁷。

¹⁰⁵ 産経 WEST2018年4月16日。

(<http://www.sankei.com/west/news/180416/wst1804160056-n1.html>)。

¹⁰⁶ ただし、大阪市ヘイトスピーチ審査会は、サイト投稿によるヘイトスピーチについて、「公表を行うことを目的として、プロバイダ等による表現活動者の氏名等の情報の大阪市への提供に関する条例の規定を設けることは、情報の提供を義務付けるものはもとより、情報の提供についてのプロバイダ等の判断に影響を与え表現活動を委縮させるようなものである限り」、プロバイダ責任制限法に違反すると指摘する。

<http://www.city.osaka.lg.jp/hodoshiryo/cmsfiles/contents/0000422/422181/tousinzennbun5.pdf>

¹⁰⁷ 小泉『個人として尊重——「われら国民」のゆくえ』(勁草書房、2016年)112-113頁は、「国家の非＝強制的手法による、『道徳的環境』形成」の問題を指摘する。また、同113頁は、「非＝強制的手法による政府の関与が個人の自律にもたらす影響力の程度は、背景的文化のあり方に相関的である」とも指摘する。

たとえば、原子力発電所の設置・運営について、政府が、「自ら思想市場に立ち入り、その圧倒的潜在力を持って反（脱）原発的言説をかき消そうと」したことが指摘される¹⁰⁸。このように、政府は当該言論を直接規制しているわけではないが、思想の自由市場を歪めるということありうる。そのため、一方で、政府言論の必要性は認めつつ、他方で、政府言論の限界を検討する必要がある¹⁰⁹。蟻川恒正は、「政府が、（１）『囚われの聴取（captive audience）』に向けて言論をなす場合と、（２）自らの存在を伏し、『腹話術師（ventriloquist）』として言論をなす場合には、当該言論プログラムが言論空間に不正な影響力を行使する懼れが大きい」と指摘する¹¹⁰。後者に関して、どのような国家行為が政府言論に該当するのかが大きな問題となる¹¹¹。しかし、ここでは、政府が明確に表現主体である場合についての限界を検討したい。

横大道聡は、「政府言論の法理によって免除されるのは、あくまで修正１条の観点中立からの要請であって、その他の憲法上の制約から免除されるということまで自動的に意味するわけではない」¹¹²と指摘する。そして、横大

¹⁰⁸ 山本龍彦「原発と言論——『政府言論』を考える」法学セミナー691号（2012年）69、70頁。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）237頁は、「政府言論が活発な公共討論、自律的な市民、十分な情報に基づいた自己統治という」言論の自由の「目的を損なわせる危険性」について言及する。

¹⁰⁹ 金澤誠「政府の言論と人権理論（２）」北大法学61巻2号（2010年）37、46頁は、「政府言論の法理は、国家活動の中から、『何が規制で、何が規制でないか』をより鮮明にする理論装置であると思われる」と指摘する。また、同47頁は、「いかなる社会状況のもとで、いかなる国家機関により、通常どのような形で、『政府言論』が執行され、それがいかなる影響を及ぼすのか、という実態が考慮に入れられなければならない」と指摘する。そのため、政府言論の法理は通常は、「言論主体としての政府に対する適切な憲法上の統制を模索」するために論じられている。蟻川恒正「国家と文化」江橋崇編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』（岩波書店、1997年）191、206頁。

¹¹⁰ 蟻川恒正「政府の言論の法理」駒村圭吾＝鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ——状況へ』（尚学社、2011年）417、442頁。

¹¹¹ この点については、横大道・前掲注108第10章（239-267頁）を参照。

¹¹² 横大道・前掲注108・268頁。

道は、連邦最高裁は「民主的な政治過程による統制に加え、①国教樹立禁止条項、②法律・規則・慣行、③平等条項を、政府言論に対する統制の方途として想定している」¹¹³と指摘する。Helen Norton は、政府が人種差別的なメッセージを発する場合には、平等保護条項との調整が必要となると主張する¹¹⁴。Norton は、政府によるヘイト・スピーチには行動に関する害悪と表現的な害悪があると指摘する。前者は、私人による差別を助長する、あるいは、その標的となった者が特定の行為をすることを控えてしまうという効果である¹¹⁵。そしての害悪について、政府言論が、許容できない強制になるか否か、あるいは、差別的なやり方で行動に影響を与えるか否かを問題とする¹¹⁶。後者は、政府によるヘイト・スピーチは、物理的な害悪をうむか否かに関係なく、人種等に基づく劣等生を伝達するというものである¹¹⁷。表現的な害悪について、Norton は、政府が特定の階級に基づいた差別や排除のメッセージを伝達する場合、すべての市民を同様の尊重と関心を持って扱わなければならないという憲法上の原則を侵害すると指摘する¹¹⁸。また、James Forman Jr. は、差別的なメッセージを発する政府言論について、標的となった者の修正 1 条の権利を行使する願望および能力に対して、萎縮効果をもたらすため、そのような政府言論は修正 1 条を侵害すると主張する¹¹⁹。Forman によると、そのような政府言論は、一部の市民が政治過程に参加することを阻害するものであり、個人の自律及び自己統治という、表現の自由の価値を掘り崩すも

¹¹³ 横大道・前掲注108・269頁。

¹¹⁴ 詳細は、拙稿「政府言論とヘイト・スピーチ」福岡大学法学論叢61巻4号（2017年）1261頁参照。

¹¹⁵ Helen Norton, *The Equal Protection Implications of Government's Hateful Speech*, 54 WM. & MARY L. REV. 159, 194 (2012)

¹¹⁶ *Id.* at 195.

¹¹⁷ *Id.* at 181.

¹¹⁸ *Id.* at 196.

¹¹⁹ James Forman, Jr. Note, *Driving Dixie Down: Removing the Confederate Flag from Southern State Capitols*, 101 YALE L.J. 505, 520 (1991).

のである¹²⁰。ここでみた Norton と Forman の議論は、政府が人種差別的なメッセージを発する場合に、修正 1 条あるいは修正 14 条により制約されるとする主張である。しかし、同様の議論は、政府がヘイト・スピーチを批判するような場合にもあてはまるとの指摘もありうる。これに対して、Forman は、United States v. Carolene Products Co.¹²¹に着目し、「人種差別的な政府言論は、まさに政治過程を抑制する種類の政府行為である」と指摘する¹²²。その観点からすると、「分離して孤立したマイノリティ」を標的にする政府言論と、そうでない政府言論とを区別することができるかもしれない。解消法についてみると、同法が「許されない」とするのは、「社会的な少数派に対する脅迫的あるいは強度に侮辱的な言動であり、特定個人になされるのであれば違法であることが明確な種類の表現活動である。このような言動に国家が消極的な価値判断を行うことは、人権保障の理念にかなう」と指摘されるように、このような表現行為に対する萎縮行為はさほど懸念する必要はないといえる¹²³。

しかし、政府が特定の見解を「許されない」とする以上、やはり過度の萎縮効果は好ましくない。日本法は、罰則なしの、「超法規的あるいは非公式な」社会的メカニズムによって人々の行動を変化させてきたとされる¹²⁴。そこで、しばしば指摘されるように、政府は、教化（indoctrination）となるような手法を用いてはならない、という点に注目する¹²⁵。Mark Yudof は、Barnette 判決や Wooley 判決に着目し、これらの判決は、州が愛国的なメッ

¹²⁰ *Id.* at 522-525.

¹²¹ 304 U.S. 144 (1938).

¹²² Forman, *supra* note 119 at 525.

¹²³ 毛利・前掲注17・6頁。

¹²⁴ See JOHN OWEN HALEY, *AUTHORITY WITHOUT POWER: LAW AND THE JAPANESE PARADOX* (Oxford University Press 1991).

¹²⁵ Mark G. Yudof, *When Government Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 TEX. L. REV. 863, 891 (1979).

セージを広めることは禁止されるという見方を拒んでいると指摘する¹²⁶。Yudof は、最高裁はむしろ、州が、市民を、その意思に反して州が発するメッセージの運び屋とすることを禁止しているのだと指摘する¹²⁷。また、Yudof は、表現の自由は、民主主義における政府を正当化および正統化する同意の過程にとって必要不可欠であると指摘する¹²⁸。そして、政府言論は、教化によってこの同意の過程を脅かしうるものであると指摘する¹²⁹。

以上みてきたように、政府言論による萎縮効果を防ぐために、政府言論について、観点差別禁止原則以外の憲法上の制約原理を検討することが重要となる。とはいえ、そのため、国民が特定の思想をもつように教化・強制する場合のような、極端な場合でない限りは、憲法上問題とならないと考えるべきである¹³⁰。何が「教化」にあたるのか、判断は難しい。上記で検討したように、政府言論の類型は多様であり、規制との距離についても濃淡がある。そのため、政府言論の類型に応じて、その類型、効果等を検討して、どのような制約があるのかを探ることが重要である¹³¹。また、政府が市場を「独占」

¹²⁶ *Id.* at 891-892.

¹²⁷ *Id.* at 892.

¹²⁸ *Id.* at 898.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ 内野正幸は、公権力が「特定の内心の形成を狙って特定の思想を大規模かつ組織・継続的に宣言する」ような「極端な一定の条件を満たせば違憲になる」と指摘する。内野・前掲注22・155頁。強制と説得との区別については、山邨・前掲注22（三）・23頁以下を参照。

¹³¹ たとえば、横大道は、以下のように述べる。

政府言論の「対象」に対する制約として、「表現しない自由」を通じた統制、政府言論の「対象」に対する制約として、「囚われの聴衆」に向けられた場合における特別の対処の必要性、政府言論の「内容」に対する制約として、国教樹立禁止条項に基づく宗教的政府言論の禁止と、民主的政治過程から派生的に導かれる高度に党派的な政府言論を禁止するという可能性など、多様な統制を展望すべきである……結局、民主的政治過程による統制に加えて、様々な憲法規定に基づく統制の可能性を追求していることこそが、政府言論の統制にとって必要不可欠なのである。そして、その際に必要となるのは、政府言論の問題は、統治の問題であり、表現の自由論の問題として論じるだけでは不十分である、という認識である。

あるいは「操作」することへの懸念もある¹³²。そのため、『『政府言論』に対抗する言論が活力をもついわゆる『思想の自由市場』の確保が従来にもまして重要になっている』といえる¹³³。

むすび

これまでみてきたように、解消法は、罰則を定めてはいないものの、政府言論と解釈しうる。政府言論としての解消法は、ヘイト・スピーチを抑止するために、様々な形で用いることができる。このような非規制的手法は、アメリカ型およびヨーロッパ型とは異なる「第3の道」であり、表現の自由と反人種主義とのバランスを適切にとるものであるといえる。解消法に対しては、実効性を疑問視して、さらに刑事罰を設けるべきであるとの批判もある。しかし、これまで表現の自由が必ずしも適切に保護されてきたとはいえない日本の現状に鑑みると、まずはこのような非規制的手法の可能性を探ることが必要である。その際、本稿でみてきたように、どのような政府言論が可能であるのか、また、その射程を検討する必要がある。

本稿では、非規制的手法という「第3の道」の可能性を指摘したに過ぎない。具体的な手法およびその限界については、別稿で検討したい。

※本稿は、平成30年5月26日に行われた九州公法判例研究会（於：九州大学）における筆者の報告を基にしている。報告の際、諸先生方から貴重な助言をいただいた。ここに記して感謝の意を表したい。

横大道・前掲注108・365頁。

¹³² 紙谷雅子は、「政府が市場に参加することと、参加したことによって他の言論を聞こえなくすることとは区別されなければならない」と指摘する。紙谷雅子『『政府プロパガンダ』という法律の指定と表現の自由——Meese v. Keene, 107 S. Ct. 1862 (1987)』ジュリスト945号（1989年）114、117頁。

¹³³ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）222頁。