

ヘイト・クライム規制と思想の自由

桧垣伸次*

はじめに

一 概説

二 判例

(1) Mitchell 判決

(2) Shepard-Byrd 法の合憲性

(3) 小括

三 憲法上の問題——思想の自由を中心に

(1) R.A.V.判決との整合性——言論／行為区分論は成り立ちうるか

(2) ヘイト・クライム規制法と思想の自由

(3) 検討

むすび——日本への示唆

はじめに

本稿は、ヘイト・クライムを規制する場合の憲法上の問題について検討するものである。

2013年、京都地裁が、「在日特権を許さない市民の会」(以下、「在特会」とする)が行った京都朝鮮第一初級学校に対する示威活動につき、同活動が不法行為にあたるとして、損害賠償と差止めを認めた¹。この判決で注目さ

*福岡大学法学部講師

れたのは、京都地裁が、問題となった「行為」が、人種差別撤廃条約が締約国に対して禁止の措置をとることを求めている「人種差別」に該当するとしたうえで、「名誉毀損等の不法行為が同時に人種差別にも該当する場合、あるいは不法行為が人種差別を動機としている場合も、……無形損害の認定を加重させる要因となることを否定することはできない」として、「原告に対する業務妨害や名誉毀損が人種差別として行われた本件の場合、……裁判所が行う無形損害の金銭評価についても高額なものとならざるを得ない」と判示した点である。

本判決は、多くの新聞等で、「ヘイト・スピーチの差止め」を認めた判決であると大々的に報じられた²。しかしながら、本判決は、「業務妨害と名誉毀損の不法行為責任のみを認めた判決」であり、本判決は決してヘイト・スピーチを違法としたものではない³。本判決では、問題となった言論が不特定多数を対象とする場合は、既存の法では規制できない旨を明言されており、本判決の射程はさほど広くはない。

このように、不特定多数を対象とするヘイト・スピーチについては、既存の法の射程外にあり、規制するには新たな法を制定する必要がある。しかしながら、不特定多数を対象とするヘイト・スピーチの規制が表現の自由を侵害するか否かについては、議論がなされており、条件つき合憲説が有力であるように思われる⁴。これに対し、京都地裁が、業務妨害や名誉毀損につき、

¹ 京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁。

² たとえば朝日新聞平成25年10月7日夕刊では、本判決につき、「『ヘイト・スピーチ』を差し止めた」判決であるとしている。

³ 梶原健佑「名誉毀損不法行為責任と人種差別的発言——京都地判平成25年10月27日判時2208号74頁——」山口経済学雑誌62巻4号（2013年）109、118頁。また、「そもそも裁判所の判断中にはヘイト・スピーチの語は登場しない」とも指摘される（同118頁）。

⁴ 市川正人『ケースメソッド憲法〈第2版〉』（日本評論社、2009年）136頁。なお、この点については、拙稿「ヘイト・スピーチ規制と批判的人種理論」同志社法学340号（2010年）231、234、266頁（脚注21）参照。

人種差別的動機に基づいて損害賠償を加重したことは、いわゆるヘイト・クライム（hate crime）に似た構成をとっている点で注目される。ヘイト・スピーチが大きな問題となっている⁵一方で、その「法制度の限界」⁶が問題となっている日本において、ヘイト・クライム規制の合憲性を検討することは喫緊の課題であるといえる。

ヘイト・クライムとは、「人種、宗教、肌の色、民族的出自、性的指向、あるいは法に規定された他の範疇に基づいた偏見を動機とする犯罪」⁷と定義される。後にみるように、ヘイト・クライムには主として四つの類型があるが、本稿では、ヘイト・クライムであると認定された場合に、通常の犯罪よりも法定刑を加重するという類型を念頭において検討する（以下、「ヘイト・クライム規制法」とする）。ヘイト・クライムにつき刑を加重することは、内心の動機に基づいて刑を加重することになるため、思想の自由あるいは表現の自由を侵害することにならないかが問題とされる。

この問題につき、アメリカ合衆国連邦最高裁判所（以下、「合衆国最高裁」とする）は、1993年の Mitchell 判決⁸において、ヘイト・クライム規制法を合憲とした。一般的に、ヨーロッパ諸国と比較すると、アメリカはヘイト・スピーチの法規制には極めて慎重な立場をとっており、「特殊な（例外的な）国」⁹だといわれている。しかしながら、その「特殊な国」であるアメリカ

⁵ magazineplus で「ヘイト・スピーチ」というキーワードで検索すると、2012年までは22件ヒットするのに対し、2013年以降は87件と、2013年以降にヘイト・スピーチに関する文献が急増している（2014年6月30日現在）。なお、日本では、1990年代までは、「差別的言論」という言葉が用いられていたが、「差別的言論」というキーワードで検索しても、2012年までは40件と、やはり2013年以降ほど多くの文献はない。このことから、近年では「ヘイト・スピーチ」に対する関心が高まっていることがわかる。

⁶ 奈須祐治「判批」新・判例解説 Watch14号（2014年）15、18頁。

⁷ RICHARD DELGADO & JEAN STEFANCIC, CRITICAL RACE THEORY: AN INTRODUCTION 163 (New York University Press 2d ed. 2012).

⁸ Wisconsin v. Mitchell, 508 U.S. 476 (1993).

は、ヘイト・クライムの規制にはむしろ積極的である¹⁰。この「矛盾」¹¹——ヘイト・スピーチ規制の合憲性につき厳格な態度をとっている合衆国最高裁が、なぜヘイト・クライムの刑の加重を合憲としたのか——を説明することは容易ではない。なぜならば、合衆国最高裁は、言論と行為の区分論を前提としているようだが、両者はそもそも明確に区別できないからである¹²。そこで本稿では、アメリカにおけるヘイト・クライムをめぐる議論を参照し、ヘイト・クライム規制法の憲法上の問題を検討する。

一 概説

以下で見るように、ヘイト・クライムは古くから存在し、何ら新しい概念ではない。しかし、それが独立の現象として認識され、「ヘイト・クライム」という呼称が付けられたのは1980年代のことである¹³。「ヘイト・クライム」という呼称は、下院議員であった John Conyers、Barbara Kennelly、Mario

⁹ See, e.g., Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29 (Michael Ignatieff ed., Princeton University Press 2005).

¹⁰ これに対し、ヘイト・スピーチの規制に積極的なヨーロッパ諸国は、ヘイト・クライムの規制については、一部の国を除いて、むしろアメリカの後を追っている。See ERIK BLEICH, *THE FREEDOM TO BE RACIST?: HOW THE UNITED STATES AND EUROPE STRUGGLE TO PRESERVE FREEDOM AND COMBAT RACISM* 107-108 (Oxford University Press 2011).

¹¹ *Id.* at 107.

¹² 長谷部恭男「人種の偏見にもとづく犯罪への刑の加重規定——Wisconsin v. Mitchell, 113 S.Ct. 2194 (1993)」ジュリスト1054号 (1994年) 105、106頁。

¹³ Carol S. Steiker, *Punishing Hateful Motives: Old Wine in a New Bottle Revives Call for Prohibition*, 97 MICH. L. REV. 1857 (1999); See also NEIL CHAKRABORTI & JON GARLAND, *HATE CRIME: IMPACT, CAUSES AND RESPONSES* 2 (Sage 2013); なお、ヘイト・クライムという言葉のほか、偏見を動機とする犯罪 (bias-motivated crime)、偏見による犯罪 (bias crime) という言葉が使われることもある。

¹⁴ ヘイト・スピーチという言葉も、同時期に使われるようになった。それまでは集団的名誉毀損 (group libel) などの言葉が使われていたが、1980年代になるとヘイト・スピーチという言葉が一般化したとされる。See SAMUEL WALKER, *HATE SPEECH: THE HISTORY OF AN AMERICAN CONTROVERSY* 8 (University of Nebraska Press 1994).

Biaggi の三名により付けられたといわれる¹⁵。彼らが1985年に下院に共同提案した法案に、「ヘイト・クライム統計法（Hate Crime Statistics Act）」という名がつけられていた¹⁶。それ以来、ヘイト・クライムという言葉が使用されることが急激に増えていった¹⁷。

アメリカで初めて制定されたヘイト・クライムを規制する連邦法は、1871年の Ku Klux Klan 法である。本法は、南北戦争後の再建期における南部での人種的な動機に基づく暴力の高まりを受けて制定された¹⁸。同法は、「合衆国の法域に居住する者を、合衆国憲法により保障された権利、特権あるいは免除を剥奪して」服従させることを違法としていた¹⁹。

その次に制定された、ヘイト・クライムを規制する連邦法は、1968年の公民権法だった。同法はアメリカ南部における公民権活動家および連邦により保護された活動に従事しようとする人々に対する人種的な暴力に対応するために制定された²⁰。同法は、被害者の人種、肌の色、宗教、民族的出自を理由に、暴力または暴力の恐怖によって故意に他人を傷つける、脅迫するまたは妨害する、あるいはそのように意図する者を訴追することを認めていた²¹。同法は公民権法の重要な一部ではあったが、適用範囲が狭い、保護の対象となるマイノリティの範囲が狭いなどの問題があった²²。

1980年代には、ヘイト・クライムが頻発したことを受け、1990年に連邦へ

¹⁵ JAMES B. JACOBS & KIMBERLY POTTER, HATE CRIMES: CRIMINAL LAW & IDENTITY POLITICS 4 (Oxford University Press 1998).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ なお、ヘイト・クライムという言葉が一般的な雑誌に初めて登場したのは1989年で、法学者が使用するようになったのは、1990年初頭だったといわれる。*Id.*

¹⁸ Daniel Aisaka & Rachel Clune, *Hate Crime Regulation and Challenges*, 14 GEO. J. GENDER & L. 469, 470 (2013); なお、以下の記述の多くは本論文に依拠している。

¹⁹ 42 U.S.C.A. § 1985.

²⁰ Aisaka & Clune, *supra* note 18 at 471.

²¹ 18 U.S.C.A. § 245(b).

²² Aisaka & Clune, *supra* note 18 at 471.

イト・クライム統計法（Hate Crime Statistics Act）が制定された²³。同法は、司法長官に対し、人種、宗教、性的指向、民族に基づく偏見を動機とする犯罪に関する情報を収集し、報告することを命じていた²⁴。さらに、1994年には、ヘイト・クライム量刑加重法（Hate Crimes Sentencing Enhancement Act）が制定され、ヘイト・クライムの場合、少なくとも三段階量刑をあげるよう、合衆国の量刑ガイドラインの改訂を命じていた²⁵。

このような連邦法が制定されてきたが、これらの連邦法はいくつかの問題点があった。一つは、1968年公民権法は、ヘイト・クライムの犠牲者が、連邦または州が後援する活動に従事する場合にのみ射程が及んでいたことである²⁶。また、同法につき、犠牲者のジェンダーまたは性的指向、障害に対する偏見を理由になされたヘイト・クライムについては射程外だった点である²⁷。これらの理由から、後述する Shepard-Byrd 法制定のきっかけとなった事件において、偏見にもとづく動機は証明されたにもかかわらず、連邦のヘイト・クライム規制法が適用されなかった²⁸。

そこで、2009年には、議会は、これまでのヘイト・クライム法の欠点の対策に乗り出し、それまでの連邦法よりもより包括的な Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act（以下、「Shepard-Byrd 法」と

²³ *Id.*

²⁴ 28 U.S.C.A. § 534.

²⁵ 28 U.S.C.A. § 994.

²⁶ Aisaka & Clune, *supra* note 18 at 472.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*; Shepard-Byrd 法の名前の由来は、同法制定のきっかけとなった事件の被害者の名前である。21歳の学生であった Matthew Shepard は、1998年、ワイオミング州において、ゲイであることを理由に暴行を受け、フェンスに縛り付けられ、数日後に死亡した。同年、三人の子どもを持つ黒人男性の James Byrd, Jr. は、テキサス州において、小型トラックに括りつけられて死に至るまで引きずられた。See PHYLLIS B. GERSTENFELD, HATE CRIMES: CAUSES, CONTROLS, AND CONTROVERSIES 2, 25, 35, 175 (Sage Publications 3d ed. 2013).

する)を制定した²⁹。同法が対象とするヘイト・クライムは、ジェンダー、性的指向、障害などの集団への偏見を理由とするものも含んでおり、これまでのヘイト・クライム規制法に比べ、射程が広がっている³⁰。また、同法は、連邦の援助等を提供することにより、州がヘイト・クライムを訴追することを容易にしたり、司法長官に様々な権限を付与するなど、ヘイト・クライムを効率的に規制するための様々なアプローチを用いている³¹。

このように連邦レベルではいくつかのヘイト・クライム規制法が制定されてきた。ヘイト・クライムは、①ヘイト・クライムを規制する別個の法を制定するもの、②憎悪に基づく偏見を理由に刑罰を加重するもの、③民事上の救済手段によるもの、④政府機関に対してヘイト・クライムのデータを収集するように要求するもの、の4つの範疇に分類される³²。

また、州レベルでは、2014年5月時点では、ほとんどすべての州でヘイト・クライムに関する何らかの州法を制定している³³。州レベルでは、当初、1980年代に、刑罰を加重する類型の州法が制定された。これは、反名誉毀損同盟（Anti-Defamation League、以下、「ADL」とする）が制定した模範法³⁴に沿ったものだった³⁵。上述した様々な類型のヘイト・クライム法を制定してきた。現在では、別個の法を制定する州や、民事上の救済を認める州など、州によって様々な類型のヘイト・クライムを規制する州法——もちろん、複数の類型の法を制定している州もある——を制定している³⁶。各州法が扱う

³⁰ Aisaka & Clune, *supra* note 18 at 472.

³¹ *See Id.* at 472-473.

³² *Id.* at 473.

³³ *See* Anti-Defamation League State Hate Crime Statutory Provisions, http://archive.adl.org/learn/hate_crimes_laws/map_frameset.html (last visited 21 June 2014).

³⁴ ADL の HP 参照 (<http://www.adl.org/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf#search=anti+defamation+league+model+law>) (last visited 21 June 2014).

³⁵ Aisaka & Clune, *supra* note 18 at 477; なお、後述する Mitchell 判決で問題となったウィスコンシン州法も、ADL の模範法をモデルとしていた。

偏見の類型も様々である³⁷。

以上述べてきたように、アメリカでは、連邦、大多数の州の双方において、ヘイト・クライムを規制する法が制定されている。アメリカは、ヨーロッパ諸国と比較すると、より早く、より積極的にヘイト・クライムを規制するように動いてきた³⁸。連邦法がなく、州においても、個人を対象にしたものに限られるなど、極めて限定的な規制しかないヘイト・スピーチとは対照的である。

二 判例

(1) Mitchell 判決

ヘイト・クライム規制法についてのリーディング・ケースは、1993年の Mitchell 判決である。

① 事実

1989年10月7日の夜、Todd Mitchell を含む黒人の少年たちは、ウィスコンシン州ケノーシャにあるアパートに集まり、1960年代の南部における公民権運動家の殺害について描いた「ミシシッピー・バーニング (Mississippi Burning)」という映画のシーンの一つについて話し合っていた。そのシーンは、祈っている黒人少年を白人男性が殴るというものだった。

アパートの外に出たのち、Mitchell は、興奮して、「白人たちのところに行きたくならないか？」と仲間問いかけた。少し後に、Mitchell は、道の反対側を通りかかる白人の少年 Gregory Reddick を見つけた。Reddick は、

³⁶ 脚注33に挙げた ADL の HP で各州が採用しているヘイト・クライム規制法の類型を確認することができる。

³⁷ 人種、信条についての偏見は、どの州法も対象としているが、性的指向やジェンダー、障害などについての偏見については、対象としない州もある。See Aisaka & Clune, *supra* note 18 at 478.

³⁸ BLEICH, *supra* note 10 at 128.

Mitchell らの集団に対して何か話しかけたわけではなく、ただ通りかかっただけだった。Mitchell は、「誰かを殴りたくないか？あそこに白人の少年がいる。やっつけに行こう」などと友人たちに呼びかけ、友人らはそれに応じ、Reddick に暴行を加え、彼が持っていたテニスシューズを奪った。Reddick は 4 日間昏睡状態に陥るほどの重傷を負った。

陪審裁判により、Mitchell は、加重暴行罪により、有罪とされた。この罪の法定刑の上限は二年の懲役刑だったが、ウィスコンシン州法は、被害者の「人種、宗教、肌の色、障害、性的指向、民族的出自または起源に関する行為者の思想または見識」を理由に不法行為に及んだ場合は刑を加重する旨規定していた³⁹。そこで、陪審は、Mitchell が、被害少年を、彼の人種を理由に意図的に選び出したとして、Mitchell の法定刑の上限は七年になると認定した。

ケノーシャ郡巡回裁判所は、Mitchell に対し、四年の懲役刑を言い渡した。Mitchell は、刑を加重するウィスコンシン州法は修正 1 条に反する、また、修正 14 条が保障する平等原則に反すると主張して控訴した。ウィスコンシン州控訴裁判所は、同法は言葉や信条ではなく、行為を罰するものであり、また過度に広汎であるとはいえないなどと判示して、ケノーシャ郡巡回裁判所の判断を支持した⁴⁰。

上訴を受けたウィスコンシン州最高裁判所は、R.A.V. 判決に依拠し、同法は修正 1 条に反するとして、ウィスコンシン州控訴裁判所の判断を覆した⁴¹。

³⁹ 同州法は、基礎となる罪が、(a) A クラスの軽罪を除く通常の軽罪 (misdemeanor) の場合は、最大の罰金は一万ドルに、懲役の期間は最大 1 年に改訂され、(b) A クラスの軽罪の場合、は、重罪 (felony) となり、罰金の最大額は 10000 ドルに、懲役の期間は最大 2 年に改訂され、(c) 重罪の場合は、罰金は法定刑よりも最大 5000 ドル増額され、懲役期間は法定刑よりも最大 5 年加重される、と規定する。W.S.A. 939.645.

⁴⁰ State v. Mitchell, 163 Wis.2d 652 (1991).

⁴¹ State v. Mitchell, 169 Wis.2d 153 (1992).

② Rehnquist 首席裁判官による法廷意見（全員一致）

合衆国最高裁は、この問題の重要性と、本件で問題となったウィスコンシン州法と類似の事例についての州裁判所レベルで判断が分かっていたことを理由に、裁量上訴を認めた⁴²。

ウィスコンシン州は、本件州法は、偏狭な思想を罰するものではなく、行為のみを罰するものだと主張する⁴³。この議論は字義的には正しいが、Mitchell による修正 1 条の異議について決着をつけるものではない⁴⁴。最高裁は、行為者が思想を表明する意図をもっていた場合、際限なくそれらの行為を「言論」とみなすという見解を拒絶している⁴⁵。したがって、身体に対する暴行は、どんなに想像力をたくましくしても、修正 1 条によって保護された表現的行為ではない⁴⁶。

しかし、ウィスコンシン州法は、犠牲者がその人種等を理由に選ばれた場合には、そのような動機がない場合に比べてより重い刑を科している⁴⁷。刑の加重の理由が、犠牲者を選ぶ際の被告人の差別的な動機にのみあるため、Mitchell は、本件州法は、犯罪者の偏狭な心情を罰するものであるため修正 1 条に反すると主張する⁴⁸。

伝統的に、裁判官は、量刑の際に様々な要素を考慮してきており、被告人の犯行動機も重要な要素の一つだったが、被告人の抽象的な心情は、それが多くの人々にとってどれだけ不快なものであったとしても、量刑の際には考慮されてはならないというのも確かである⁴⁹。

⁴² *Mitchell*, 508 U.S. 482-483 (1993).

⁴³ *Id.* at 484.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 483-485.

⁴⁸ *Id.* at 485.

⁴⁹ *Id.*

しかしながら、合衆国最高裁は、ある者の信条や結社が修正1条により保護されているという理由によってのみ、それらに関する証拠の採用に対して障壁を設けているわけではない⁵⁰。Barclay v. Floridaにおいて、最高裁は、Barclay判決では、被告人が死刑を科されるか——すなわち、もっとも過酷な刑の加重——を決定する際に、被害者に向けられた被告人の人種的敵意を量刑の際に考慮することを許容している⁵¹。Mitchellは、本件ウィスコンシン州法は、行為に至る被告人の差別的な動機または理由を処罰しているため、無効であると主張する⁵²。しかし、合衆国最高裁が以前合憲とした連邦または州の反差別法がそうであるように、本件ウィスコンシン州法のもとで、動機は同様の役割を演じている⁵³。たとえば、1964年公民権法第7編は、雇用者が、被用者を「その人種、肌の色、宗教、性別、または民族的出自を理由に」差別することを違法としているが、合衆国最高裁は、Hishon v. King & Spaldingにおいて、本規定が修正1条に反するとの主張を拒絶している⁵⁴。

人種、肌の色、信条、宗教またはジェンダーに基づいて侮辱するまたは暴力を引き起こす喧嘩言葉の使用を禁止する条例が修正1条に反するとされたR.A.V.判決では、条例は明確に表現に向けられているのに対し、本件ウィスコンシン州法は修正1条で保護されない行為に向けられている⁵⁵。さらに、同法は、偏見を動機とする行為につき、それらが個人および社会に大きな害悪をもたらすと考えられているため、加重対象として選び出した⁵⁶。このような害悪からの救済という州の目的は、刑の加重条項について適切な説明を

⁵⁰ *Id.* at 486.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.* at 487.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.* at 487-488.

与えるものであり、攻撃者の信条や偏見への単なる不同意を超えるものである⁵⁷。

以上のように述べ、合衆国最高裁は全員一致でウィスコンシン州法を合憲と判断した。

(2) Shepard-Byrd 法の合憲性

上述したように、合衆国最高裁は、Mitchell 判決において、罪を加重する類型のヘイト・クライムを規制する州法を合憲であるとした。ヘイト・クライムを規制する連邦法の合憲性が争われた合衆国最高裁の判例は存在しないが、連邦法である Shepard-Byrd 法の合憲性が合衆国控訴裁判所で争われているので、これらの判決を概観する。

① Glenn 判決

原告である Glenn らは、同性愛は「神に禁じられている」という信条を有しており、自分たちには同性愛の反道徳的な性格を言明する宗教的な義務があると主張していた。彼らは、Shepard-Byrd 法は、政府が特定の思想、信条、意見を犯罪と見なすことを許容し、原告らが他者を「公的に糾弾する」ことを禁止するため、彼らの言論や行動を抑制し、萎縮させるものであると考えた。そこで、原告らは、合衆国司法長官の Eric H. Holder を相手取り、Shepard-Byrd 法が修正 1 条に違反するものであるとして訴訟を提起した。ミシガン州西地区合衆国地方裁判所は、原告らは故意に身体的障害を与えることを意図しているとは主張していないため、Shepard-Byrd 法は原告らには適用されないとして、原告らは当事者適格を欠くと判断した⁵⁸。

第六巡回区合衆国控訴裁判所は、Shepard-Byrd 法につき、成文化されていない六つのルールがあることを指摘した⁵⁹。それによると、Shepard-Byrd

⁵⁷ *Id.* at 488.

⁵⁸ *Glenn v. Holder*, 738 F.Supp.2d 718 (E.D.Mich. 2010).

法は「暴力的な行為に適用され」、また、保護された言論や行為を侵害するような起訴を許容するように解釈されてはならないとされる。それゆえ、同裁判所は、Shepard-Byrd 法は「暴力的な行為を禁止するものであり、憲法上保護された言論や行為を禁止するものではない」と述べた⁶⁰。そして、原告は同法に違反する意図がある旨を主張しておらず、また、同法は原告らの言論を禁止していないため、同裁判所は、原告らは当事者適格を欠くと判断した地裁の判断を是認した⁶¹。

② Hatch 判決

三人のニュー・メキシコ州の男性が、知的障害のあるナヴァホ族の男性を誘拐し、熱したワイヤーハンガーで彼の腕に鉤十字の焼き印を押したため、Shepard-Byrd 法に基づいて起訴された。被告人らは、連邦議会は、このような性格の完全に州内の行為を禁じる権限はないため、Shepard-Byrd 法は違憲であると主張した。これに対し、政府は、合衆国内における奴隷制を廃止した修正13条が、連邦議会に必要な権限を付与しており、Shepard-Byrd 法はその権限内で制定されたと主張した。ニュー・メキシコ地区連邦地方裁判所は、政府の主張を認め、被告人らの有罪を支持した⁶²。

これに対し、被告人の一人である Hatch は、有罪を認める一方で、控訴する権利を留保していた。控訴審において、Hatch は、Shepard-Byrd 法は連邦制に反すると主張した。第10巡回区合衆国控訴裁判所は、修正13条は、奴隷制の標章及び付随物 (badges and incidents) としての人種差別の多くの形態を扱うものとしてみることができ、それゆえ、連邦議会の権限は、この修正条項を履行するだけでなく、何が「奴隷制の標章及び付随物」なの

⁵⁹ Glenn v. Holder, 690 F.3d 417, 419-420 (6th Cir. 2012).

⁶⁰ *Id.* at 420.

⁶¹ *Id.* at 420-424.

⁶² United States v. Beebe, 807 F.Supp.2d 1045 (D.N.M. 2011).

⁶³ United States v. Hatch, 722 F.3d 1193, 1197-1200 (10th Cir. 2013).

かを合理的に画定するところまで及ぶと指摘する⁶³。そして、連邦議会は、人種的な暴力を奴隷制の標章及び付随物として禁止する権限を有していた⁶⁴。なお、Hatch は上訴したが、合衆国最高裁は受理しなかった⁶⁵。

③ Cannon 判決

鉤十字やナチスの親衛隊の紋章等のタトゥーを彫っている白人男性である被告人らは、ある日の夜に、バス停でバスを待っていた黒人男性に対し、人種差別的な言葉を投げつけたうえで、攻撃を加えた。被告人らは当初、テキサス州ハリス郡において、軽犯罪で起訴されたが、後に Shepard-Byrd 法により起訴された。

被告人らは、Shepard-Byrd 法は、修正13条に基づく連邦議会の正当な権限の行使ではないとして、同法が違憲であると主張した。テキサス州南地区連邦地方裁判所は、被告人らを有罪とした。

第5巡回区合衆国控訴裁判所は、修正13条に関する合衆国最高裁の先例は、議会が奴隷制の「標章と付随物」を定義し、それを規制することを——その定義が合理的である限り——許容しており、Shepard-Byrd 法は合理性の基準審査を生き残ることができると述べ、被告人らの有罪を支持した⁶⁶。

(3) 小括

これまで見てきたように、Mitchell 判決において、合衆国最高裁は、ヘイト・クライムを規制する州法の合憲性を支持した。また、連邦法については、Shepard-Byrd 法の合憲性が問題となったが、Glenn 判決において、第六巡回区連邦控訴裁判所は、同法は暴力的な行為を規制するものであるとして、同法の合憲性を支持した。Hatch 判決および Cannon 判決では、連邦政府の

⁶⁴ *Id.* at 1200, 1209.

⁶⁵ *Hatch v. United States*, 134 S.Ct. 1538 (2014).

⁶⁶ *United States v. Cannon*, (5th Cir. 2014).

権限の問題が中心となり、修正1条は問題とはなっていない。

このように、ヘイト・クライムの規制は「行為」の規制であると解されており、修正1条に反するとの主張は、裁判所には凡そ受け容れられていない。しかし、後にみるように、言論と行為とを分け、ヘイト・クライム規制を合憲とした Mitchell 判決の法理に対しては、様々な批判が寄せられた。次章では、Mitchell 判決に対する批判を中心に、ヘイト・クライム規制法の憲法上の問題を検討する。

三 憲法上の問題⁶⁷——思想の自由を中心に

(1) R.A.V.判決との整合性——言論／行為区分論は成り立ちうるか

ヘイト・クライム規制法が合憲であることは、決して普遍的な考え方とはいえない⁶⁸。それにもかかわらず、先述したように、ヘイト・クライム規制法についてのリーディング・ケースである Mitchell 判決は、表現と行為の区分論を採用し、簡単に合憲判決を下した。そして、ヘイト・スピーチ規制法は表現を規制するものであるため、厳格な審査が適用され、ヘイト・クライム規制法は行為の規制であるため、厳格な審査は適用されないとする。すなわち、合衆国最高裁は、Mitchell 判決を、十字架を燃やす行為を禁止する条例を違憲とした R.A.V.判決⁶⁹と区別している。R.A.V.判決では問題となったセント・ポール市の条例は以下のように規定する。

⁶⁷ Hatch 判決及び Cannon 判決では政府の権限——連邦政府はヘイト・クライム規制法を制定する権限を有するか——が争点となり、表現の自由および思想の自由は争点になっていない。両判決で問題となった点は、連邦国家であるアメリカにおいては非常に重要な論点となるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

⁶⁸ Ben Gillis, Note, *Understanding Hate Crime Statutes and Building Towards a Better System in Texas*, 40 AM. J. COM. L. REV 197, 200 (2013).

⁶⁹ R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota, 505 U.S. 377 (1992); R.A.V.判決については、拙稿・前掲注4・241頁以下およびそこで挙げられている文献参照。

公的財産または私的財産において、(十字架焼却、ナチスの鉤十字を含むが、それらに限定されない) 表象、物体、称号、描写または落書きを掲示した者で、人種、肌の色、信条、宗教または性別に基づく怒り、恐怖、憤慨を引き起こすことを知っていたまたは合理的に知りえた者は、治安紊乱を起こしたとして軽罪に処する⁷⁰。

法廷意見を執筆した Scalia 裁判官は、当該条例は喧嘩言葉 (fighting words) を規制するものであるとした。そして、喧嘩言葉は「保護されない言論 (unprotected speech)」⁷¹であるが、本件条例は人種、肌の色、信条、宗教あるいは性別に基づくもののみを規制するため、観点に基づく規制となるゆえ、修正 1 条に抵触すると述べた⁷²。

このように、合衆国最高裁は、Mitchell 判決で問題となったウィスコンシン州法は「行為」を規制するものであり、R.A.V. 判決で問題となったセント・ポール市の条例は「表現」を規制するものであるとして、前者を合憲、後者を違憲とした。しかしながら、「はじめに」で指摘したように、表現と行為の区分はさほど明確ではない。R.A.V. 判決では十字架を燃やす行為が言論であるとされたが、そうであるならば、なぜヘイト・クライムは言論ではなく行為とされるのか。ヘイト・クライムも、攻撃者の見解を犠牲者およびそれ

⁷⁰ St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990) は以下のように規定する。

⁷¹ 法廷意見は、わいせつ言論や名誉毀損などの、伝統的に保護されないとされてきた範疇の言論は、憲法上保護されないのではなく、修正 1 条の範囲内にはあるが、憲法上規制可能な内容をもつために規制しうるものであるとしている。R.A. V., 505 U.S. 383.

⁷² *Id.* at 391.

⁷³ GEOFFREY R. STONE ET. AL., CONSTITUTIONAL LAW 1250 (Wolters Kluwer 7th ed. 2013); 憲法で保障される言論が、言葉による場合だけでなく、「言葉によらずコミュニケーションを行う行為や表現によって、ある思想を主張し、ある見解を表明する」場合——すなわち、象徴的言論——にも保障されるのは周知のことである。紙谷雅子「象徴的表現(1)——合衆国憲法第 1 修正と言葉によらないコミュニケーションについての一考」北大法学40巻 5・6号 (1990年) 730、714頁。

を目撃したものや社会に伝達するものであり、両者とも行為により見解を伝達している点は共通する⁷³。R.A.V.判決の場合、行為の表現的な要素により引き起こされた害悪に着目しているが、Mitchell の場合は行為そのものにより引き起こされた害悪に着目しているとの指摘もある。しかし、Mitchell 判決においては、Mitchell 自身は暴行に加わっていない点に注意が必要である。Mitchell 自身は「ただ言葉を発したのみ」であり、「煽動者としての責任」が問われているのである⁷⁴。また、Mitchell 判決で指摘されたように、ヘイト・クライムには特殊な害悪があり、その害悪ゆえに規制されているとするならば、それはヘイト・クライムの象徴的または表現的な性質に着目したことになるであろう⁷⁵。

結局、ヘイト・クライム規制法は、単なる行為を罰しているのではなく、特定の見解を動機とする行為を罰しているのである⁷⁶。刑の加重は行為に対するものではない。行為はすでに通常の刑事法により罰されており、刑の加重は動機に対するものである⁷⁷。すなわち、人種差別的な動機に基づく行為によって伝達されたメッセージに基づいて刑が加重されている⁷⁸。このように、ヘイト・クライム規制法は、思想あるいは表現を規制しているとみべきである。単なる暴行には表現的な要素はないかもしれないが、人種差別的な動機に基づいた暴行に表現的な要素がないと断ずることはできない⁸⁰。

この点は、Mitchell 判決の下級審であるウィスコンシン州最高裁判所が、当該ウィスコンシン州法は行為を処罰するものだという主張を否定し、「疑

⁷⁴ JACOBS & POTTER, *supra* note 15 at 112.

⁷⁵ CASS R. SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* 194 (Free Press 1995).

⁷⁶ Note, *The Supreme Court—Leading Cases*, 107 HARV. L. REV. 144, 239 (1993).

⁷⁷ *Id.*; See also Lynn Adelman & Pamela Moorshead, *Bad Law Make Hard Cases: Hate Crime Laws and the Supreme Court's Opinion in Wisconsin v. Mitchell*, 30 GONZ. L. REV. 1, 5 (1994).

⁷⁸ Larry Alexander, *The ADL Hate Crime Statute and the First Amendment*, 11 CRIM. JUST. ETHICS, 49, 49-50 (1992).

いなく、ヘイト・クライム規制法は偏狭な思想を処罰している」と指摘して、同法を違憲としている点からもうかがえる⁸¹。さらに、同裁判所は、当該ウィスコンシン州法は、公民権法第7編や反差別法が客観的な行為 (objective act) を処罰するのとは異なり、主観的な精神過程 (subjective mental process) を処罰している点を指摘する⁸²。

また、そもそも Mitchell 判決で問題となったウィスコンシン州法は、保護されない言論にも適用されるため、名誉毀損や喧嘩言葉などに適用された場合には、R.A.V.判決で問題となったセント・ポール市の条例との違いがなくなるとの指摘がある⁸³。

このように考えると、Mitchell 判決で問題となった州法と R.A.V.判決で問題となった条例とを区別することは困難であり、少なくとも合衆国最高裁はその説明に成功していない⁸⁴。そのせいか、R.A.V.判決および Mitchell 判決

⁷⁹ この点、Jacobs と Potter は、以下のような例を挙げる。

白人男性である John Doe は、彼の失業の原因がアジア系の人にあると信じており、ある時、反アジア人的な罵り言葉を叫びながら、あるアジア系の人をバットで殴った。同じく白人男性である Richard Roe は、あるアジア系の人をボストン・レッドソックスを応援し、ニュー・ヨーク・ヤンキースに対してヤジを飛ばしたことに憤慨し、彼をバットで殴った。その際に、Roe は、人種主義的ではない罵り言葉やわいせつな言葉を叫んでいた。両者とも加重暴行罪で有罪となったが、Roe は懲役2年の刑が下されたのに対し、Doe は反アジア人的な偏見によりより厳しい刑が求められ、懲役7年の刑が下された。

Jacobs と Potter は、このような場合、ある行為が明確な信条を伴う場合にのみ刑が加重されることから、行為や言論ではなく、「信条や認識」に向けられているとみるのが説得的であると主張する。すなわち、刑の加重は、ただ人種主義的な信条または動機ゆえにのみなされる。JACOBS & POTTER, *supra* note 15 at 111-112.

⁸⁰ See Note, *supra* note 76 at 240.

⁸¹ *Mitchell*, 169 Wis.2d 153, 164; 同判決は、同年に下された R.A.V.等に依拠している。これに対し、当該ウィスコンシン州法を、言葉や思想ではなく行為を罰していると判断したウィスコンシン州控訴裁判所は、R.A.V.判決の前年の1991年に下された。

⁸² *Id.* at 176.

⁸³ Adelman & Moorshead, *supra* note 77 at 14.

⁸⁴ SUNSTEIN, *supra* note 75 at 195.

後も、十字架を燃やす行為の規制の合憲性について、下級審レベルでは判断が割れている⁸⁵。もちろん、それは規制の文言が州によって異なっていたからである⁸⁶。しかし、それは、「十字架を燃やす行為の規制＝言論の規制」、「ヘイト・クライム＝行為の規制」という区分論では説明できないことの証左であろう。それゆえ、合衆国最高裁の法理を前提とする場合、Mitchell 判決で問題となった Wisconsin 州法を合憲とするなら、R.A.V. 判決で問題となったセント・ポール市の条例も合憲としなければならないだろう。

このように、ヘイト・クライム規制法が思想の自由あるいは表現の自由を侵害するかは言論／行為区分論で単純に解決できず、その合憲性を検討する必要がある⁸⁷⁸⁸。

⁸⁵ Note, *The Supreme Court—Leading Cases*, 117 HARV. L. REV. 117, 347 (2002).

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ そもそも言論／行為区分論は決して確立した法理ではない。たとえば、徴兵制に反対するために徴兵カードを焼く行為は、「100%行為であり、100%言論」であり、それは、「同時にコミュニケーションではない行為は含まず、かつ、行為に由来しないコミュニケーションを含まない」と指摘される。このように、「完全に言論ではなく、完全に行為でもない」ものが存在する。John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1495 (1975); また、一方で、R.A.V. 判決のように十字架を燃やす行為が言論とされることもあるが、他方で、木に縄を吊るす行為——かつて奴隷のリynchで使われ、今でもヘイト・クライムの象徴とされる。この点については、朝日新聞朝刊2008年1月16日参照——を、言論ではなく行為であるとする論者もいる。Naim S. Surgeon, Note, *Jena, Louisiana: A Hate Crime? The Gray Areas Between What's Black, What's White and What Really Happened*, 10 RUTGERS RACE & L. REV. 224, 240 (2008).

この点につき、奈須教授は、ヘイト・スピーチ、ヘイト・クライム規制の合憲性判断において言論／行為区分論を用いることは、「先例との整合性について問題を生じさせるだけでなく」、言論／行為区分論に関する「原理的問題をも生じさせる」と指摘する。奈須祐治「言論の自由保障における『言論(speech)』の外延—ヘイト・スピーチ規制の合憲性判断における言論／行為区分論 (speech/conduct distinction) の限界—」九州法学会会報2006(2007年)5、8頁。

⁸⁸ ある論者は、Mitchell 判決は、「重要かつ複雑な修正1条の問題を、ほとんど議論することなく片付けてしまっている」と批判する。Adelman & Moorshead, *supra* note 77 at 2.

(2) ヘイト・クライム規制法と思想の自由

① 違憲説

ヘイト・クライム規制法は、行為者の動機に着目して、刑を加重する。これに対し、動機——特に人種のような重要な公的論点に関する見解である場合——は、行為者の思想や信条であり、憲法上保護されているため、その規制は許されないと主張される⁸⁹。これに対し、伝統的に、被告人の動機は量刑に影響してきたとの指摘がある。たとえば、James Weinstein は、裁判官は、裕福な叔父を遺産目当てで殺害した甥に対し、ひどい苦痛に満ちた病気で衰弱している叔父を救うために殺害した甥よりも厳しい刑罰を与えることは異常なことではないと指摘する⁹⁰。Jeffrie G. Murphy は、行使者の危険性や責任を決定するにあたり、精神状態を考慮することは通常行われており、また、そもそも、害悪や損害という概念は、動機や他の精神状態とは独立に理解することはできないと指摘する⁹¹。また、Murphy は、人道的な理由から、回復の望みのない意識不明の患者を安楽死させた医者 の 事 例 を 挙 げ、そ の よ う な 事 例 に み ら れ る よ う に、動機はそれだけを罰することはできないが、刑罰を受ける人物の究極的な性格——危険な人物か、有害な人物かなど——の証拠とされていると主張する⁹²。

確かに、量刑において、動機が考慮されることは通常行われている。しか

⁸⁹ *Id.* at 3; Martin H. Redish は、動機に基づいて刑を加重する法は、これまで違法とされてこなかった行為以外のものを違法化するものであると指摘する。そして、そのような法は、政府が不快である、あるいは受け入れられないと判断した政治的あるいは社会的な意見を持つことを罰するものであり、表現の自由の価値に対して深刻な脅威をもたらすと主張する。Martin H. Redish, *Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 29, 30 (1992).

⁹⁰ James Weinstein, *First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where's the Speech?*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 6, 8 (1992).

⁹¹ Jeffrie G. Murphy, *Bias Crimes: What Do Haters Deserve?*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 20-21 (1992).

⁹² *Id.* at 22.

し、動機は、その行為が罪であることには関連しうるが、その行為の要素となるわけではない⁹³。Martin H. Redish が指摘するように、ヘイト・クライム規制法の場合、個々の状況に特有の事情をはるかに超えて、被告人の精神状態を理由に刑を加重し、一般化可能な政治的・社会的立場——特に、不快であるとされる立場——を有することを罰している点で大きく異なる⁹⁴。すなわち、通常、動機を考慮する場合は、イデオロギー的に中立な場合であるのに対し、人種の偏見を動機とする刑の加重の場合は、イデオロギー的に中立とは言えない⁹⁵。

また、しばしば、ヘイト・クライムは、被害者だけではなく社会に対しても害悪を及ぼすことを理由に、規制が許されるとの主張がなされる⁹⁶。しかしながら、同様のことはヘイト・スピーチにも言える⁹⁷。この点、R.A.V.判決では、Stevens 裁判官は、結論同意意見において、セント・ポール市の条例は、主題または観点に基づいて表現を規制しているのではなく、言論が引き起こす特別な害悪に基づいて規制していると主張する⁹⁸。ここで Stevens

⁹³ Susan Gellman は、この点につき、以下のような例を用いて指摘する。Susan Gellman, “Brother, You Can’t Go to Jail for What You’re Thinking”: Motives, Effects, and “Hate Crime” Laws, 11 CRIM. JUST. ETHICS 24 (1992).

ある被疑者が、殺人を犯す前に、「アメリカに裏切り者の居場所はない！」と叫んでいた場合、その叫びは被疑者が殺人者であるあるいはその殺害が故意によるものであるとの証拠にはなる。しかし、それは表明された感情それ自体が、被疑者の行為における罰すべき要素となるわけではない。

⁹⁴ Redish, *supra* note 89 at 38-39.

⁹⁵ Hank Gates, Comment, *The Chill Bill: The Hate Crimes Prevention Act of 2007 and the Forgotten Dangers to the First Amendment*, 13 RICH. J.L. & PUB. INT. 167, 188 (2009).

⁹⁶ See, e.g., Weinstein, *supra* note 90 at 8-9; Roger Michel Jr., *Book Review: Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*, By Frederick M. Lawrence (Harvard University Press, 1999), 269 Pages., 85 MASS. L. REV. 142 (2001); Mitchell 判決でも法廷意見はそのように述べている。Mitchell, 508 U.S. 407-408; また、Shepard-Byrd 法を制定する際に、連邦議会も同様の認定をしたとされる。Jessica Malloy-Thorpe & David Hemken, *Hate Crime Regulation and Challenges*, 13 GEO. J. GENDER & L. 289, 291-292 (2012).

⁹⁷ Redish, *supra* note 89 at 37-39; JACOBS & POTTER, *supra* note 15 at 121.

裁判官は、人種、宗教またはジェンダーに基づく罵りにより引き起こされる害悪は、他の喧嘩言葉により引き起こされる害悪とは「量的に異なる」と指摘する⁹⁹。これに対し、法廷意見を執筆した Scalia 裁判官は、Stevens 裁判官の主張を「言葉遊びである」として否定し、両者を分けるのは、特定のメッセージにより伝達される特定の思想であると主張する¹⁰⁰。そうであるならば、ヘイト・クライムについても、偏見を動機としない犯罪とは害悪が異なるとの主張も「言葉遊び」となるだろう。

また、偏見を動機とする犯罪とそうでない通常の犯罪とでは害悪が異なるとの立場をとる場合、ヘイト・クライム規制法は、その害悪を選択的に規定していることが指摘される。すなわち、ヘイト・クライム法に規定されていない偏見を動機とする場合、刑は加重されない¹⁰¹。それゆえ、ヘイト・クライム規制法は、R.A.V.判決で問題となったセント・ポール市の条例と同様、過少包摂となると指摘される¹⁰²。

以上述べたことに鑑みると、ヘイト・スピーチ規制を、ヘイト・スピーチの害悪ゆえに憲法上正当化する——厳格審査を通過する場合がある——ことを認める立場なら格別、そうでなければ、その害悪を理由にヘイト・クライムの規制を正当化することはできない。なお、Frederick Lawrence は、ヘイト・スピーチとヘイト・クライムとの境界は、言論と行為との違いにあるのではなく、単に感情を傷つける言葉と、身体的害悪の脅威を伝達する言葉の違いにあると主張する¹⁰³。これに対しては、①両者の違いは不明確であり、

⁹⁸ R.A.V., 505 U.S. 433 (Stevens, J., concurring in judgement).

⁹⁹ *Id.* at 424.

¹⁰⁰ R.A.V., 505 U.S. 392-393.

¹⁰¹ JACOBS & POTTER, *supra* note 15 at 6.

¹⁰² Redish, *supra* note 89 at 38.

¹⁰³ FREDERICK M. LAWRENCE, PUNISHING HATE: BIAS CRIMES UNDER AMERICAN LAW 102 (Harvard University Press 1999).

人種主義的な動機に基づく行為は、脅威を生むと同時に人種主義を拡散する。それゆえ、両者の違いは、言論と行為との違いと同様に問題がある、②この違いを前提とすると、人種主義的な動機に基づく表現的な行為に対する保護が十分ではなく、たとえば Skokie 事件¹⁰⁴で問題となったネオナチの行進や、1950年代における公の場での共産主義の主張も規制対象となってしまう、③仮にヘイト・クライムに対する刑の加重が、喧嘩言葉と類似するものとしたとしても、R.A.V.判決で問題となったような、内容差別が許容されるのかという問題が残ったままである、などの批判がなされる¹⁰⁵。

また、政府の目的の如何にかかわらず、ヘイト・クライム規制法の「効果」に着目し、ヘイト・クライム規制法を違憲とする見解がある。それによると、国旗を燃やす行為を違法とする法が修正1条に反するとされた Johnson 判決及び Eichman 判決では、国旗を燃やす行為を違法とする法は、政府に反対する人々を処罰することが「唯一の目的」ではなかったが、その効果は動機や信条を罰することにあるために違憲とされた¹⁰⁶。それと同様に、ヘイト・クライム規制法は、目的が正当なものであったとしても、その効果故に違憲となる¹⁰⁷。

これらの議論に加え、ヘイト・クライムの萎縮効果に着目し、ヘイト・クライム規制は違憲であるとの主張もある。

②合憲説

ヘイト・クライム規制が合憲であるとする立場として、動機 (motive) と意図 (intent) または目的 (purpose) との間には重要な違いはないとし

¹⁰⁴ ユダヤ人が多く住む村で、ネオナチ集団がナチスの制服を着て行進することを計画し、その差止め等が修正1条に反しないかが問題となった事件。See, e.g., Collin v. Smith, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978).

¹⁰⁵ Anthony M. Dillof, *The Impact of Being Biased*, 98 MICH. L. REV. 1678, 1688-1691 (2000).

¹⁰⁶ Gellman, *supra* note 93 at 27.

¹⁰⁷ *Id.*

たうえて、意図または目的は犯罪の要素とされてきており、それゆえ、動機を犯罪の要素の一つとすることは憲法上正当化されるとの主張がある¹⁰⁸。

しかしながら、意図や目的は犯罪の要素とされてきたが、動機はそうではないと指摘される¹⁰⁹。確かに検察官は、故意や過失など、被疑者がその行為に至った際の精神状態について証明しなければならず、意図は裁判過程における重要な要素であるが、動機はそうではない¹¹⁰。「意図」とは、行為に及ぶ意思であり、「動機」とは、行為に及ぶ誘因である。Gellman は、「裕福だが障害のある男性の妻は、彼を殺害する動機はあるが、その意図はない。他方で、あるサイコパスは、殺害する意図はあるが、その動機はない」という例を挙げ、動機と意図との違いを指摘する¹¹¹。

次に、メッセージの内容に基づく規制と、動機に基づく規制との違いを強調する Daniel A. Farber の立場がある。Farber によると、セント・ポール市の条例のアプローチによると、R.A.V.が人種について明白に言及せずに死をもたらす旨の脅迫をした場合は、たとえ犠牲者を人種主義的な動機によって選んだ場合であっても、彼を処罰することはできないが、このような行為は、刑の加重が及びうる¹¹²。それに対し、R.A.V.のメッセージの明白な人種主義的な性格にもかかわらず、犠牲者が非人種主義的な動機によって選ばれ、人種主義的なメッセージはただ特定の犠牲者に対して最も騒ぎを起こすため

¹⁰⁸ Susan Gellman, *Hate Crime Laws Are Thought Crime Laws*, 1992/1993 ANN. SURV. AM. L. 509, 515 (1993); Murphy も同様に、「動機」は「意図」や「目的」と厳格に区別されていないことを指摘する。Murphy, *supra* note 91 at 21.

¹⁰⁹ Adelman & Moorshead, *supra* note 77 at 4.

¹¹⁰ Joshua S. Geller, Comment, *A Dangerous Mix: Mandatory Sentence Enhancements and the Use of Motive*, 32 FORDHAM URB. L.J. 623, 624 (2005); この論者は、「動機の証明は有罪判決においては本質的ではなく、それゆえ、動機の証明の欠如は表決の妥当性に影響を及ぼさない」と述べた *Missouri v. Woodworth*, 941 S.W.2d 679 (Mo. Ct. App. 1997) を引用する。

¹¹¹ Gellman, *supra* note 108 at 515 (citing *State v. Wyant*, 597 N.E.2d 450 (Ohio 1992)).

¹¹² DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 114 (Foundation Press 3d ed. 2010).

に用いられたような場合は、R.A.V.は動機に基づいて加重された刑に服さない¹¹³。それゆえ、Farberは、内容ではなく「意図」に基づくアプローチを主張する。それによると、表現的な——しかし違法な——行為が問題となる場合、適用される規制は、言論の内容ではなく、表現者の差別的な意図に基づくものであり、表現内容はせいぜい意図の証拠でしかない¹¹⁴。このようなFarberの主張に対しては、R.A.V.判決で問題となった条例において、禁止された表現は、その効果についての表現者の認識およびその効果の原因の双方から同定されるようになっており、内容と意図との境界を明確にしていなるとの批判がある¹¹⁵。そして、Farberの主張は、修正1条の保護が弱まり、思想の抑圧を助長され、萎縮効果をもたらすのではないかと批判される¹¹⁶。

さらに、ヘイト・クライムにも表現的な要素があることを前提に、Mitchell判決のように、言論／行為区分論を用いて合理性の基準によって規制の合憲性を審査するのではなく、いわゆるオブライエン・テストを用いて検討すべきであるとの主張がある。

オブライエン・テストとは、表現的な要素と行為的な要素とが混在している行為の規制の合憲性が問題となっている場合に、①政府の憲法上の権限内であり、②重要または実質的な政府利益を促進し、③政府利益が自由な言論の抑圧とは関連せず、④修正1条の自由の付随的な制約がその政府利益の促進のために不可欠であるという限度を超えない、という条件を満たした場合に規制が正当化されるとするものである¹¹⁷。

この場合、裁判所はまず、規制される行為が表現的行為であるか否かを検

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Alan E. Brownstein, *Alternative Maps for Navigating the First Amendment Maze*, 16 CONST. COMMENT. 101, 141 (1999).

¹¹⁶ *Id.* at 141-142.

¹¹⁷ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 376-377 (1968).

討し、そうであれば、立法目的が自由な表現の抑圧にあるか否かが検討される。そして、立法目的が言論の縮減とは関連しない場合には、オブライエン・テストにより中間審査が適用される¹¹⁸。たとえば、徴兵カードを燃やした行為が問題となった O'Brien 判決と、国旗を燃やした行為が問題となった Johnson 判決¹¹⁹とを比較すると、両者ともいわゆる象徴的表現が問題となった事例であるが、前者はオブライエン・テスト（中間審査¹²⁰）が適用されたのに対し、後者は厳格な基準が適用された。これについては、前者は徴兵事務の効率性という、言論中立的な政府利益が主張されたのに対し、後者については、ここでの唯一の州の利益は言論の抑圧にあるとされたからである¹²¹。

そこで、ヘイト・クライム規制法が内容指向的な規制か否か、そして、それゆえに厳格審査が妥当するか否かが問題となる¹²²。

(3) 検討

これまで検討してきたように、ヘイト・クライムが「行為」を規制するものであり、それゆえその合憲性審査は緩やかな審査でよいとする主張には説得力がない。ヘイト・クライムの表現的な要素は否定できないため、ヘイト・クライムを規制するならば、表現あるいは思想を制約する側面があることは否定できない。

ヘイト・スピーチ規制が（一部）合憲であるとする立場であれば何ら問題はないが、仮にヘイト・スピーチ規制が原則違憲であるとする立場をとる場

¹¹⁸ Note, *supra* note 76 at 242.

¹¹⁹ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

¹²⁰ オブライエン・テストについては、中間審査基準ではなく、極めて緩やかな基準（合理性の基準）であるとの指摘があり、その厳格度については議論があるが、ここでは立ち入らない。

¹²¹ James Weinstein, *Some Further Thoughts on "Thought Crimes"*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 61, 61-62 (1992).

¹²² *Id.* at 61.

合にも、ヘイト・クライム規制が合憲とすることができるかが問題となる。Weinstein はヘイト・クライムについて、①道義上、特に非難に値する、②特にけしからぬものであるという社会的なコンセンサスがある、③人種的な動機に基づく暴力は、そのような動機をもたない同じ行為よりも、犠牲者に損害を与える、④犠牲者の属する共同体の構成員に対する脅迫的な効果をもたらす、⑤社会全体に対し、特に有害である、という5つの害悪を指摘する¹²³。先述のように、そのような害悪ゆえに規制を認めるならば、ヘイト・スピーチ規制が合憲となる余地が大きくなることもまた認めなければならないだろう。

この点、オブライエン・テストの適用を検討する立場が示唆的であると考える。「すべての表現的な行為においては、表現と行為は不可避免的に結びついており」、両者を分かち決定的な要素はさほどない¹²⁴。しかしながら、表現的な要素を含む行為すべてを表現規制であるとして厳格な基準で審査すべきではないし、また、それらすべてを行為規制であるとして緩やかな基準で審査すべきではない。そこで、表現的な要素と行為的な要素とが混在している場合のテストであるオブライエン・テストを適用すべきである。この場合、オブライエン・テストが適用できるか否かにつき、まずは立法目的が自由な表現の抑圧にあるか否かを検討しなければならない。そして、Johnson 判決のように、立法目的が表現の抑圧にある場合は厳格な基準が適用され、そうでない場合にはオブライエン・テストが適用される¹²⁵。

それでは、ヘイト・クライム規制の立法目的は表現抑圧的といえるか。こ

¹²³ Weinstein, *supra* note 90 at 13.

¹²⁴ LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 827 (The Foundation Press 2d ed. 1988).

¹²⁵ このように、立法目的の検討が、オブライエン・テストの適用の適否、すなわち、「違憲審査の厳格度を決定するために重要な役割を果たす」。市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）242頁。

の点、①急速に増えているヘイト・クライムという刑の種類を阻止する必要性、②危険性の高い行為者を阻止する必要性、③犠牲者や標的となった集団、社会全体に対する特に有害な影響を阻止する必要性が挙げられるが、この説明では、規制利益が表現の抑制と関連ないということが明らかではない¹²⁶。繰り返して述べてきたように、「行為」を罰するのであれば、通常の刑罰で十分なはずである。個別的な事情により量刑の多寡はあるだろうが、個別の事情を超え、一般的に、特定の動機を持つことを理由に刑を加重するというのは、その動機、思想を持つことを罰することになる。すなわち、すでに禁止されている行為を、その表現的要素ゆえにさらに厳しく罰することは、表現の規制であるといえる¹²⁷。また、ある論者は、ヘイト・クライム規制で主として問題となる思想、すなわち、人種的な偏見は、『我々が嫌う思想(thought that we hate)』の典型例であり、それはまさに修正1条が守らなければならないものである¹²⁸と指摘するが、このような思想を動機とする場合に、一律に刑を加重するのは、人種中立的なやり方とはいえない。そうであるならば、ヘイト・クライム規制法は、思想あるいは表現抑圧的なものであり、厳格審査が適用される。

なお、R.A.V.判決と同じく十字架を燃やす行為を規制するヴァージニア州法の合憲性が問題となった Black 判決では、十字架を燃やす行為を「表現」

¹²⁶ Dillof, *supra* note 105 at 1691-1692.

¹²⁷ Susan Gellman, *Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws*, 39 UCLA L. REV. 333, 376 (1991); Gellman は、「教師は子供の人生を台無しにする！」と叫びながら教師を銃撃する事例を例に説明する。オブライエン・テストの下で、修正1条は、この言明を殺人の故意の証拠とし、殺人行為を罰する正当な利益を認めることにより、表現を付随的に侵害することを禁止しないだろう。しかし、他方で、教育に対する良い姿勢を促進するために、州は殺人を軽罪として罰することはできず、行為者が教師を嫌っていることを示す言葉を伴う殺人を重罪として罰する。そのような規制においては、州の利益は、表現の規制と直接関係する。

¹²⁸ Ralph S. Brown, *Susan Gellman Has It Right*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 46 (1992).

であるとしながらも、それを規制する州法を合憲と判断した¹²⁹。Black 判決では、ヴァージニア州は人種主義的な思想および信条を公に表明することを規制する権限を持っていたわけではない——すなわち、より広い範囲の十字架を燃やす行為を規制してはいない——が、十字架を燃やす行為は、特定の文脈においては暴力の「真の脅迫」を伝達するものであり、州はそのような真の脅迫の表明を禁止することができる。よって、Black 判決の理由付けは、Mitchell 判決の理由付けと完全に一致すると指摘される¹³⁰。他方で、Black 判決で問題となったヴァージニア州法は、特定の好ましくない話題に向けられた表現のみを選び出しているのではなく、R.A.V.判決で示された内容差別の例外——内容差別の根拠が、問題となっている表現の範疇全体を禁止できる理由から成り立っている場合——にあたるため、Black 判決法廷意見は、Black 判決と R.A.V.判決とは区別されるとする¹³¹。しかしながら、Souter 裁判官反対意見が指摘するように、Black 判決で問題となったヴァージニア州法は、メッセージの伝達を規制している¹³²。それゆえ、Black 判決で問題となったヴァージニア州法と R.A.V.判決で問題となったセント・ポール市の条例とを区別することはできない¹³³。これらに鑑みると、Black 判決は、R.A.V.判決の法理の重要な書き換えを行ったと指摘される¹³⁴。このように、Black 判決および Mitchell 判決は R.A.V.判決の射程を限定したものとみる見

¹²⁹ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

¹³⁰ RONALD J. KROTOSZYNSKI, JR. ET. AL., *THE FIRST AMENDMENT 571-572* (Wolters Kluwer 2d ed. 2013).

¹³¹ *Black*, 538 U.S. 357-363.

¹³² *Black*, 538 U.S. 381-382 (Souter, J., dissenting).

¹³³ See RONALD K. L. COLLINS & SAM CHALTAİN, *WE MUST NOT BE AFRAID TO BE FREE: STORIES OF FREE EXPRESSION IN AMERICA 201-202* (Oxford University Press 2011).

¹³⁴ Frederick M. Lawrence, *The Evolving Federal Role in Bias Crime Law Enforcement and the Hate Crimes Prevention Act of 2007*, 19 *STAN. L. & POLY REV.* 251, 269 (2008).

¹³⁵ *Id.* at 268-270.

解からは、ヘイト・クライム規制法は合憲であると主張される¹³⁵。

むすび——日本への示唆

現在、日本ではヘイト・クライム規制法は制定されていない¹³⁶。京都朝鮮学校の事件では、威力業務妨害、侮辱罪等が適用された。しかし、これらの問題を契機に、ヘイト・スピーチ規制論をめぐる議論が活発になっている現在、ヘイト・クライム規制法の憲法上の問題も検討する必要がある。

これまで見てきたように、アメリカでは、ヘイト・クライム規制法は合憲と判断されてきた。ヘイト・クライムが深刻な社会問題となっている¹³⁷とはいえ、ヘイト・スピーチ規制に極めて慎重な立場をとるアメリカにおいて、ヘイト・クライム規制の合憲性が支持されている点が注目される。上述したように、ヘイト・クライム規制法がなぜ合憲とされるか、自明ではない。合衆国最高裁は、言論／行為区分論を用いて説明しているが、それは説得的ではないとしばしば批判される。本稿では、それらの批判を中心に、ヘイト・クライム規制法をめぐる議論を概観した。

日本国憲法第19条は、思想・良心の自由を保障しており、どんな不人気な

¹³⁶ 「はじめに」で言及した京都地判平成25年10月7日は、「刑事事件の量刑の場面では、犯罪の動機が人種差別にあったことは量刑を加重させる要因となる」と指摘している。しかし、ここでの動機はあくまで法定刑内での情状の一要因であり、法定刑自体を加重するヘイト・クライム禁止法とは異なる。

¹³⁷ Shepard-Byrd 法の立法事実によると、議会は、「被害者の現実のあるいは認知された人種、肌の色、宗教、民族的出自、ジェンダー、性的指向、あるいは障害を動機とする暴力事件は、深刻な全国的な問題を引き起こしている」と認定した。

なお、FBIの統計によると、2012年のヘイト・クライムの被害者は7164人（2011年は7713人、2010年は8208人、2009年は8336人、2008年は9691人と、近年は減少傾向にはある。ただし、それ以前は増加傾向にあった。）で、そのうち48.5%にあたる3467人が人種を理由に被害にあっている。また、人種を動機とするヘイト・クライムのうち、66.2%が反黒人の偏見による被害にあっている。なお、ヘイト・クライムの他の動機としては、性的指向、信条、民族（出自）、障害などがあり、複合的な理由によるものもある。See http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/hate-crime/2012/topic-pages/victims/victims_final (last visited 24 May 2014).

思想であっても、思想そのものを禁止することはできない。しかし、思想は「単に内面的な精神作用として主観的精神の世界にとどまっているだけのものではないことがある」ため、「特定の思想となんらかのつながりがある行動を、思想・信条による差別的ないし不利益取扱いではないという名目で、規律の対象としているのではないかという疑いのある場合が、問題となる」¹³⁸ことがある。そうであるならば、動機が人種差別的である場合に通常の犯罪に刑を加重するヘイト・クライム規制法が憲法19条の保障する思想・良心の自由を侵害しないかが問題となる。なぜならば、ヘイト・クライムは明らかに思想とつながりのある行為であるからである。また、ヘイト・クライムはヘイト・スピーチに付随して起こることもあり¹³⁹、さらには、そもそも表現と行為を厳格に区分することはできないことから、表現の自由を侵害しないかも問題となる。

日本では、量刑の際に、動機も考慮要素となる。しかし、アメリカにおける議論でも指摘されたように、行為の部分は刑法で罰されるのであり、それに加えて動機を理由に自動的に刑を加重することはやはり動機を罰していることになる。また、個々の事例における動機を考慮するのではなく、偏狭な思想等に基づいて一律に刑を加重することは、中立的なやり方ではない。

¹³⁸ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)〈増補版〉』（有斐閣、2000年）108頁。

¹³⁹ Cannon 判決の事例がそうであったように、人種的憎悪を表す言葉を投げかけつつ攻撃を加える場合がある。

¹⁴⁰ 筆者は、Black 判決は、R.A.V.判決の射程を限定したとする立場に立っている。それは、Black 判決は、十字架を燃やす行為の害悪をその歴史的脈に即して検討し、その害悪ゆえに規制を認めているとの立場である。この立場からすると、ヘイト・スピーチはその害悪ゆえに、厳格に限定される場合には規制が正当化され、ヘイト・クライム規制もまた同様に、厳格に限定される場合には正当化される。詳細は拙稿・前掲注4・249-251頁およびそこで挙げられた文献参照。

¹⁴¹ なお、量刑の加重につき、平等原則違反の問題も指摘されるが、いわゆる尊属殺違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集27卷3号265頁）等に鑑みると、加重の程度が極端でなければ問題ないだろう。

日本では、アメリカと同様、ヘイト・スピーチ規制については、慎重な立場が有力である。そうであるならば、ヘイト・クライム規制法が合憲であることは自明ではない。ヘイト・スピーチの場合と同様、規制目的（ヘイト・クライムの害悪）、規制範囲等を緻密に検討する必要がある¹⁴⁰¹⁴¹。

[付記] 本稿脱稿後の2014年7月8日、大阪高裁は、損害賠償および街宣活動の差止めを認めた京都地裁判決を支持し、在特会側の控訴を棄却した。