慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカにおけるヘイトクライム法の憲法適合性 : 表現の自由に対する萎縮効果の問題を中心として
Sub Title	The constitutionality of hate crime law in United States : considering the problem of chilling effect to freedom of speech
Author	山邨, 俊英(Yamamura, Toshihide)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2018
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.117, (2018. 6) ,p.137- 170
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180615-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

アメリカにおけるヘイトクライム法の憲法適合性

——表現の自由に対する萎縮効果の問題を中心として——

山　邨　俊　英

一　問題の所在
二　ヘイトクライム法に関する裁判例の展開——萎縮効果の問題に限定して——
(一)　Wisconsin v. Mitchell
(二)　Virginia v. Black
(三)　小　括
三　萎縮効果除去のための予防的ルールの構築に関する議論
(一)　萎縮効果論について
(二)　関連性の要件に関する議論
(三)　シェパード・バード法の解釈規定
四　結びに代えて

一　問題の所在

ヘイトスピーチが我が国で社会問題として顕在化したことによる影響は大きく、国法としては二一〇六年の「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律（以下、『ヘイトスピーチ解消法』とする）」[1]に結実した。しかし、ヘイトスピーチ解消法は罰則を伴わない理念法であり、その効果は限定されている[2]。桧垣伸次が指摘するように、「ヘイト・スピーチ解消法が成立したからといって、日本におけるヘイト・スピーチをめぐる問題状況はさほど変わらない。……それを超えて、ヘイト・スピーチを規制するのか、あるいはしないのかは今後も問題となるだろう」[3]。そのため、ヘイトスピーチ解消法成立に至る議論を喚起した京都朝鮮学校事件[4]で明らかとなった、「既存の法を適用できるのは、特定の個人または団体に向けられたヘイト・スピーチのみである。不特定多数に向けられたヘイト・スピーチを規制するならば、新たな法が必要となる」[5]という「法制度の限界[6]」は依然重要な問題である[7]。

では、新たな規制を設けたらどうか。この点、小谷順子が指摘するように、「法規制を理論的に正当化することに成功したとしても、実際に規制を設けた場合、その文言は曖昧性や過度の広汎性を避けるために、ごく一部の限定的な憎悪表現を対象とした極めて狭い範囲を対象とするものにならざるをえず、このことが規制合憲説の論者にとってはジレンマとなるし、逆に規制反対派にとっては規制不要論の論拠となる」[8]。そのため、ヘイトスピーチに関する新たな規制を設けるには慎重さが要求される。ただし小谷は、日本と同様にヘイトスピーチ規制に消極的なアメリカについて、「アメリカは、表現規制こそは避けているものの、それ以外のさまざまな施策を通して、人種的な憎悪や偏見の解消に努めるとともに、こうした憎悪や偏見がマイノリティの社会生活に支障をきたすという事態を防止するこ

とに努めている」と指摘し、「日本におけるヘイト・スピーチの拡散・蔓延の問題に向き合う際には、表現規制という選択肢のみに限定した議論に終始するのではなく、啓発活動を含めた多様な施策も選択肢に入れて議論を展開することが有効であるように思われる」と主張している。[9] この主張は、差別対策という広い枠組みの中でヘイトスピーチ対策を論じることで、表現規制に拘らない柔軟な議論を志向するものだと言える。

そして、このような議論状況の中で表現規制以外の手段として第一に挙げられるのがヘイトクライム規制である。それはおそらく、（ヘイトスピーチの事案と呼ばれることが多いが）上述した京都朝鮮学校事件を筆頭に我が国で問題となった事案の多くが既存の刑罰法規に該当するヘイトクライムの事案であったことが影響していると考えられる。[10] この点、冨増四季が本件について、「本来あるべき刑事司法の機能不全があったこと」、そして「ヘイトスピーチ規制新設の是非や表現の自由からの考察といった……『スピーチ』領域の検討は副次的となるはず」だと指摘している点も重要である。[11] また、我が国では諸外国ほどヘイトクライムは多くないかもしれないが、一九九七年のブラジル人少年リンチ殺人事件[12]やいわゆるチマチョゴリ事件[13]など日本でもヘイトクライムと考えられる事件は従来から存在していた。加えて、ヘイトスピーチ解消法成立のわずか二ヵ月後に発生した相模原事件[14]は明らかなヘイトクライムであった。このような事情を考慮すれば、今後ヘイトクライム法を制定する必要性が生じる可能性は十分にあると言える。

しかし、我が国の憲法学では従来からヘイトスピーチに関する議論に関心が集中し、ヘイトクライムに関する議論への関心は高くなかった。[15] 例外的にヘイトクライムに関する議論が紹介・検討された場合でも、そこでの議論は、内心の動機に基づいて刑罰を加重することが思想の自由あるいは表現の自由を侵害するか否かという問題に集中していた。[16] このような問題把握は、刑罰の加重の場面において、ヘイトクライム法を思想の自由あるいは表現の自由に対する直接的な規制ではないかという視点から理解するものだと言える。この問題については桧垣が詳細な検討を加えており、本稿では検討の対象としない。しかし、仮にヘイトクライム法は思想の自由あるいは表現の自由を直接的に侵

害するものではない、あるいはそうだとしても正当化は可能であるという立場を前提とした場合でも、そこにはさらなる問題が存在する。それは、ヘイトクライム法の要件である差別的な（あるいは偏見という）動機をどのように証明するのかという点である。この点、ヘイトクライム法が「差別的な発言を犯罪の要素として射程に含んでいないとしても、その執行過程において、処罰しようとしている動機の証拠として被告人の言論及び結社に不可避的に（おそらく排他的に）依拠することになる」[17]と指摘されているように、被告人の差別的な動機を証明するためには、被告人の「表現行為や特定の結社への参加（以下、「表現行為等」とする）」を証拠として用いざるを得ない。だとすると、ヘイトクライム法は、直接的に表現行為等を処罰するものではないが、証拠として用いることを通して間接的に表現行為等を処罰することになるのではないか。このような点に、ヘイトクライム法が「ヘイトスピーチ法と同様の効果を持つ」[18]あるいは「ヘイトスピーチ法の支持者たちにとって次善の手段」[19]と評される理由がある。そして、証拠として用いることを通して間接的に表現行為等が処罰されるのではないかという恐れは、「表現の自由及び結社の自由（以下、「表現の自由」とする）」に対し萎縮効果をもたらす可能性がある。このような表現の自由に対する萎縮効果の問題についてアメリカ合衆国連邦最高裁判所（以下「連邦最高裁」とする）は、後述するMitchell判決[20]で「あまりに憶測的だ[21]」と述べて簡単に処理した。しかし、ヘイトスピーチ法について消極的な立場をとる一方で[22]、ヘイトクライム法の下で差別的な動機の証拠として被告人のヘイトスピーチが用いられ得るとすれば、それは一貫した立場だと言えるのだろうか。

そこで本稿は、以上のような問題意識の下で、アメリカにおけるヘイトクライム法の憲法適合性に関する議論について、被告人の動機を証明する際に被告人の表現行為等を証拠として用いることによって生じる表現の自由に対する萎縮効果の問題を中心に検討を加えることとする。

二　ヘイトクライム法に関する裁判例の展開――萎縮効果の問題に限定して――

(一)　Wisconsin v. Mitchell

ヘイトクライム法に関するリーディングケースである本件は、一九八九年一〇月七日の晩、被告人トッド・ミッチェルを含む黒人グループが、ウィスコンシン州ケノーシャで白人少年に暴行を加え、そのテニスシューズを盗んだ事案である（なお、ミッチェル自身は暴行を加えていない）。本件で問題となった州法の規定は、犯人が被害者をその「人種・宗教・肌の色・障害・性的指向・民族的出自又は起源に関する行為者の思想及び見識」に基づいて意図的に選び出した場合、刑を加重するというものであった。[23]

1　連邦最高裁の判断

レーンキスト首席判事による全員一致の法廷意見は以下のように判断した。[24] 伝統的に、裁判官は量刑に当たって様々な要素を考慮してきた。被告人の犯罪の動機も重要な要素の一つである。しかし、被告人の抽象的な信条は、それが多くの人々にとっていかに不快であっても、量刑の際、考慮に入れることは許されてこなかった。Dawson 判決[25]において、死刑を科すための手続きで、州は被告人が白人至上主義団体のメンバーであったという証拠を提出した。この証拠について、Dawson 判決の法廷意見は、「証拠は被告人の抽象的な信条以上のものを証明しない」という理由から、その証拠の承認は被告人の修正一条の権利を侵害すると判断した。[26] もっとも、量刑の際、修正一条によって保護された信念や結社加入を考慮することが、それ自体として違憲とされるわけではない。Dawson 判決の法廷意見

は「信条及び結社が修正一条によって保護されるというそれだけの理由で、量刑において被告人の信条及び結社に関する証拠を承認することに対する本質的な障害を憲法は創設していない」[27]とも述べている。それゆえ、Barclay判決[28]において、相対多数意見は、被害者に対する被告人の人種的敵意を考慮することを裁判官に許している[29]。この事案において、証拠は、被告人が黒人解放軍に所属していたこと及び人種戦争の惹起を望んでいたことは、被告人が有罪とされた白人男性の殺人と関連しているということを証明している[30]。そして、「殺人における人種的憎悪の要素」は様々な加重事由と関連するため、裁判官は、被告人に死刑を科す際にその証拠を考慮することが許される、と相対多数意見は判示した[31]。

本件の被告人は、Dawson判決とBarclay判決は刑罰加重条項の適用に関するものではないという理由から、両者は不適切であると主張する。しかし、Barclay判決において、相対多数意見は、被告人が死刑を科されるべきか――すなわち、最も過酷な刑の「加重」――という判断に際し被告人の人種的敵意を考慮することを許している。また、偏見を動機とする犯罪が一律により大きな最大刑に値するとウィスコンシン州議会が判断したという事実は、本件の結論を変えない。刑罰の設定に関する主要な責任は立法府にある。

以上を前提に法廷意見は次のように述べて過度の広汎性の主張を退けた。「被告人が被害者の保護される身分を理由に意図的に被害者を選択したということを証明するために、被告人の以前の言論あるいは結社加入を証拠として用いるのは、言論の自由へ萎縮効果をもたらし、したがって過度に広汎である」[32]と被告人は主張する。しかし、「自分がいずれ犯罪をおかしたときに、人を不快にする自分の偏狭な見解が刑の加重事由として提出されるかもしれないとの恐れからその見解の表明を控えるウィスコンシン州民の想定は、あまりに憶測的で、本件規定が過度に広汎であるとの主張を支えるには不十分である」[33]。

また、法廷意見は、「修正一条は、犯罪の要件の確定や、動機あるいは意図の立証のために、言論を証拠として用

いることを禁じていない」と述べた上で、「被告人の以前の宣言や意見表明の証拠は、関連性（relevancy）・信頼性（reliability）などの証拠法に服する刑事裁判において一般に許容されている」と述べた。[34]

2 分析

表現の自由に対する萎縮効果の主張について、州最高裁と連邦最高裁の判断は分かれた。州最高裁が、犯罪行為を行う以前の被告人の言論を証拠として用いることによる萎縮効果を理由に過度の広汎性の主張を認めたのに対し、[35]連邦最高裁は、萎縮効果を「あまりに憶測的」だと述べて過度の広汎性の主張を認めなかった。このような連邦最高裁の判断については、ヘイトクライム法の合憲性を支持する側からも「遺憾な点が多い」[36]と評価されている。この論者は続けて、「もしヘイトクライム法による起訴が一般的なものとなり、また被告人による差別的な結社への参加や犯罪のはるか前になされた差別的な言動を検察官が証拠として提出することが一般的となるならば、保護される言論への萎縮効果は憶測的と呼ぶには程遠いものとなる」[37]と指摘している。この指摘に照らして考えると、表現の自由に対する萎縮効果の問題について連邦最高裁はその問題の本質を認識し損なっており、より緻密な検討がなされるべきであったと言える。

また、連邦最高裁は、言論を証拠として用いること自体従来から認められてきたことだという点を確認すると同時に、それには証拠法上の制約、つまり、「関連性・信頼性（以下、「関連性」とする）」[38]の制約が存在するということを確認している。しかし、連邦最高裁はこの証拠法上の制約についてそれ以上何も述べていない。そのため、ヘイトクライム法の適用に当たって、どのような場合にどの程度被告人の表現行為等を証拠として用いることが許されるのかという点に関する判断枠組みは明らかにされていない。このことから、「Mitchell 判決の最も期待外れな側面の一つは、保護される言論を証拠として用いることを制限する予防的ルールを連邦最高裁が構築しなかった点、若しくはそ

れが必要だと示唆すらしなかった点である」[39]と指摘されている。そのような連邦最高裁の判断には、本件が犯罪の現場における「煽動者としての責任」[40]が問われた事案であるため被告人の言論と犯罪行為との関連性が明らかだと考えられる事案であった点が影響していると思われる。そのため、本件のような犯罪の現場での表現行為等ではなく、時間的・空間的に離れたところで行われた表現行為等を証拠として用いる場合にはより注意が必要である。実際、後述する学説上の議論もその点に留意した議論を展開している。

(二) Virginia v. Black[41]

Black判決は、十字架焼却を禁じるヴァージニア州法[42]の下で当初は別々に処理されていたブラック事件（ＫＫＫの集会で十字架を焼却した事案）とエリオット&オマラ事件（隣に住むアフリカ系アメリカ人の所有地内で十字架を焼却した事案）とが州最高裁で併合処理され、連邦最高裁でも単一の事件として処理された事案である。

本判決については十字架焼却を禁じること自体は合憲と判断した点に関心が集中する傾向にあるが、本稿の主題からは「一応の証拠（prima facie evidence）条項（以下、「ＰＦＥ条項」とする）」に関する判断が重要であるため、その部分に限定して取り上げる。

1　連邦最高裁の判断

ＰＦＥ条項については法廷意見を形成することができず相対多数意見を形成するにとどまった。[43]相対多数意見によれば、「十字架の焼却それ自体が、要求される意図を推定（infer）できる十分な証拠である」というブラック事件での説示によって拘束されるため、脅迫する意図を持つ十字架焼却を州が禁止できる理由そのものが取り去られ、十字架の焼却だけを理由に逮捕・起訴・有罪判決を下すことが許される。そのため、このように解釈された当該条項は、

憲法によって保護される政治的言論として行われる十字架焼却を萎縮させる。また、十字架焼却が脅迫する意図なしに行われる場合があるにもかかわらず、当該条項は、多様な十字架焼却を区別する努力を怠っており、脅迫する意図を認定するのに必要な文脈的要素を無視している。修正一条はそのようなショートカットを許さず、当該条項は文面上無効である。州最高裁が本件説示と別の解釈をする可能性・ＰＦＥ条項の§18. 2-423からの分離可能性・分離可能な場合にエリオットとオマラが再び審理される可能性を留保して、ブラック事件については無罪の原判決を支持し、エリオット&オマラ事件については無罪の原判決を破棄して事案を原審に差し戻した。

以上の相対多数意見に対し、スカリア判事は、自身が執筆したR.A.V. 判決の下で[44]、州は修正一条を侵害することなく脅迫の意図を持つ十字架焼却を禁ずることができる、という点で法廷意見に同意する。また、州最高裁の判決を破棄して差戻すという結論にも同意する。しかし、ＰＦＥ条項を文面上無効とする判断については反対する。スカリア判事は、彼が当該条項の正しい解釈であると信じるものについて記述し、そして当該条項を文面上無効とする相対多数意見の判断に反対する理由を以下のように述べた[45]。

スカリア判事は、まず「一応の証拠」という文言が一般に「所与の事実を立証するのに十分であり、……反証若しくは反駁されなければ依然として十分である」ものを指すと述べた上で、州最高裁が当該条項についてそのような権威ある解釈を採用してきたと指摘する。そして、州最高裁は本件でも同様の解釈を採用しており、その当該条項の解釈によると、被告人が公然と十字架を焼却したという証拠を提示することによって脅迫の意図を有していたと推定されることになるが、それは被告人が反証を提示するまでのことだとされる。

続いてスカリア判事は、本件の問題は、以上のような一応の証拠という文言の理解を前提としたとき、本件州法が合憲であるか否かだと述べる。その上で、スカリア判事は、ＰＦＥ条項によって本件州法が過度に広汎になるという州最高裁の判断を批判する。ここでスカリア判事は、過度の広汎性の判断について州最高裁がとったアプローチは先

例と合致しないと述べる。スカリア判事によると、保護される行為を行う個人が逮捕・起訴され得るという脅威だけで法令が過度に広汎となると判断されたことはなく、むしろこれまでの過度の広汎性の判断に際しては、保護される行為を行う個人が特定の法令の下で有罪と判断され得るか否かが問われてきた。この点、スカリア判事は、相対多数意見は§18. 2-423の下で有罪と判断され得るか否かに適切に着目していると指摘する。その上で、相対多数意見がそのような有罪の可能性が法令の文面上無効を正当化すると判断した点をスカリア判事は次のように批判する。

§18. 2-423を文面上無効と判断するに際し、相対多数意見は、過度の広汎性法理に依拠しようとしているが、§18. 2-423は保護される行為を射程に含んでいないように見えるため、法令の中心的な禁止ではなく禁止される行為が陪審によって見出される手続きに焦点を当てている。また、ＰＦＥ条項によって不当に有罪とされる者は起訴された際に防御方法の提出を避けるような訴訟戦略を採用する人々だけとなるため、不当な有罪判決は当該条項のみの効果からの帰結であると相対多数意見は主張することができない。また、過度の広汎性法理はその広汎さが現実的なだけでなく相当な程度であることを要求するが、相対多数意見が訴える起こり得る不当な有罪判決は、文面上無効が不適切である法令の周縁的な適用によるものであるとされる。

また、スカリア判事は、憲法上問題のある陪審員への説示を理由に曖昧な法令を文面上無効と判断した先例は存在しないと指摘し、そのような先例の不存在は驚くべきことではないと述べる。これは、そのようなことが認められる場合、一人の裁判官の特異な州法の解釈がその州法の無効をもたらすことになってしまうためである。さらに、ＰＦＥ条項の適切な解釈に関する州最高裁の権威的解釈が示されていない以上、連邦最高裁はこれを違憲ではなく合憲となるように解釈すべきだと述べて、相対多数意見を批判した。

以上のように述べた上で、結論としてＰＦＥ条項は憲法上問題がないと判断したが、州最高裁はまだ§18. 2-423の権威的解釈を行っていないため、エリオットとオマラに関する判決の破棄・差戻しの決定について同意した。また、

ブラックについては、ブラックの有罪判決が維持できないという点には同意したが、起訴を退けることは同意せず、州が再びブラックを審理することを許した。それは、ブラック事件における§18.2-423が過度に広汎であるという結論は誤っており、制定法自体ではなく陪審員への説示にブラックの有罪判決に関する憲法上の欠点があるためである。

スカリア判事と同様にトマス判事も、ＰＦＥ条項には憲法上の問題点は存在しないと指摘し、この点で相対多数意見と意見を異にしている。[46] 当該条項は十字架の焼却それ自体から脅迫の意図を推定するが、この「推定（presumption）」という文言については「任意的推論（permissive inferences）」と「義務的推定（mandatory presumption）」という二つに区別できる。後者は事実認定者に対し一定の事実から特定の結論や特定の推論を導き出すことを強制するものであるのに対し、前者は特定の結論を導き出すことを強制するものではない。トマス判事は、ヴァージニア州における先例の理解から本件の当該条項を「推論」と性格づけて憲法上の問題は存在しないと判断した。

ここでトマス判事は、相対多数意見はＰＦＥ条項によって生じる萎縮効果を恐れているが、そのような心配の必要性はないと主張する。トマス判事は、第一に、推論が逮捕及び起訴の開始の段階で影響を与えるかどうかは明らかではなく、第二に、推論は反証可能であり、また本件州法は、脅迫の意図を含む犯罪の各要素の存在について合理的疑いを超えて認定することを陪審に要求している、と述べる。さらに、修正一条の文脈においても、連邦最高裁は、初めは有罪と思える行為が最終的には無罪である場合でも規制を支持してきたと述べ、その一例としてポルノグラフィー規制を挙げている。トマス判事によれば、児童ポルノの所持が違法である一方で、成人ポルノの所持はそれがわいせつでない限り許される。その結果、未成年に見える成人ポルノの映像を売買するポルノ作家に対し萎縮効果が生じるが、そのような法の過度の広汎性については問題とされてこなかった。その上で、トマス判事は、修正一条が他の利益に譲歩することは珍しいことではないと指摘する。

以上からトマス判事は、本件州法の有効性を支持すると述べて、法廷意見及び相対多数意見に反対した。

2　分　析

本判決で問題となったヴァージニア州法は、Mitchell 判決で問題となったウィスコンシン州法とは違って、偏見を動機とする犯罪に対して刑罰を加重するという形式をとるものではない。しかし、本件州法は脅迫の意図を持った十字架焼却を禁じているところ、この「脅迫の意図」についてブラック事件の事実審裁判所は、陪審員に対し「脅迫の意図（intent）は、身体的害悪の恐怖に個人及び集団を意図的に置くという動機（motivation）を意味する」と説示している。この説示が示しているように、本件州法は「意図」という文言を用いているが、それはここでは「動機」を意味するものとして用いられている。[47] したがって、本件州法は、脅迫を動機とする十字架焼却を通常の脅迫よりも厳しく罰するという構造になっており、これはヘイトクライム法と同様の構造である。そのため、本判決は、ヘイトクライム法の議論に対しても重要な示唆を与えるものとなっている。

本判決は、十字架焼却が問題となったことからR.A.V. 判決との類似性に注目され、R.A.V. 判決の射程を限定するものとして理解されることが多い。[48] しかし上述したようにヘイトクライム法と同様の構造を持つものとして本件州法を理解すれば、本判決は「州の行為（state action）は特定の動機に及びうる（could reach）というMitchell 判決で述べられた法理を暗黙の裡に再確認した」[49] ものとしても理解できる。

また、本判決において相対多数意見は、十字架焼却から脅迫の意図を推定するＰＦＥ条項について違憲だと判断した。当該条項は、十字架焼却という表現行為を脅迫の意図という被告人の動機の証拠にするという点で、ヘイトクライム法と共通の問題を提起する。[50] この点、判事の意見の中に当該条項が意味するものについて言及する部分があるが、それが意味するものについて各判事の理解がどこまで一致しているのか明確ではない。そのため、ＰＦＥ条項によって生ずる萎縮効果の問題に触れる前提として、それが意味するものについて確認し、また各判事の理解がどこまで一致しているのかについて確認する。まず、一応の証拠とは、「他の証拠によって覆されるまでは、それだけで事実を

認定し判決してよいとされる証拠。Inference（推論）またはPresumption（推定）を働かせることができる証拠」[51]である。さらに、Inferenceは「証拠法において、証明された甲という事実から乙という別の事実を導き出すこと。わが国でいう『事実上の推定』に近い」[52]とされ、Presumptionは「ある事実（前提事実）の存在から他の事実（推定事実）の存在を推認する（させる）こと。広義では、そう推論（inference）することができるという意味でのpresumption of fact（事実上の推定）を含むが、狭義では、法が特定の前提事実の存在が証明されたときは特定の推定事実の存在を推定すべきものとしているpresumption of law（法律上の推定）をいう。その法律上の推定にも、反証を許さないもの（presumption juris et de jure; conclusive presumption; irrebuttable presumption）と、反証を許すもの（presumption juris tantum; rebuttable presumption）との別があるが、前者はわが国の『みなし』にあたり、『推定』は、後者をさす。後者の場合には、推定事実についての挙証責任が相手方に転換される」[53]ものである。このように「一応の証拠」・「推論」・「推定」といった文言は相互に関連するものである。このような説明に照らして、本判決における各判事の意見をみると、以下のように理解できる。

まず、スカリア判事は、PFE条項は一般に「所与の事実を立証するのに十分であり、……反証若しくは反駁されなければ依然として十分である」ものを指すと述べている。これは当該条項を「法律上の推定」であり、さらに法律上の推定の中でも「反証を許す法律上の推定」として理解するものである。また、トマス判事は、スカリア判事のPFE条項の理解に同意した上で「推定」という文言について「任意的推論」と「義務的推定」の区別を提示し、本件のPFE条項は「反証を許さない推定ではなく推論」[54]であると述べている。両判事に対し、相対多数意見は、自身のPFE条項理解を示すことを避けているが[55]、ブラック事件の説示によって解釈された当該条項に拘束されるとの立場をとっている。この点スカリア判事は、「一応の証拠条項の下で有罪と判断されるのが許されないと相対多数意見が考えている人々の類型は、（1）公衆に見える場所で十字架を焼却し、（2）脅迫を意図しておらず、（3）それにも

かかわらず起訴され、そして（4）防御方法を提出することを拒んだ者に限られる」[56]と相対多数意見の立場を要約している。また、相対多数意見がＰＦＥ条項は「州が十字架焼却の事実だけを理由に人を逮捕・起訴・有罪とすることを許す（permits）」[57]という表現を用いている点、「ＰＦＥ条項の主要な効果は、脅迫の意図の証拠が比較的弱く、また焼却の単なるイデオロギー的理由とおそらく両立する場合に、陪審員の審議を有罪に向けて歪めること」[58]だというスター判事の指摘に同意している点[59]を併せて考慮すれば、相対多数意見が理解するブラック事件の説示によって解釈された当該条項の意味はスカリア及びトマス判事とそれほど大きな違いがあるとは思われない。では、当該条項の憲法適合性について異なる結論を導いた理由は何なのか。それは当該条項がもたらす萎縮効果への評価の違いである。

ＰＦＥ条項がもたらす萎縮効果について、相対多数意見がそれを深刻に捉えたのに対し、スカリア判事とトマス判事はそれを深刻には捉えなかった。相対多数意見は、当該条項に関するブラック事件の事実審裁判所の説示に拘束されるという前提の下で、脅迫する意図を持つ十字架焼却を州が禁止できる理由そのものが取り去られ、十字架の焼却だけを理由に逮捕・起訴・有罪判決を下すことが許されると指摘する。続けて相対多数意見が「そのように解釈された本条項が『容認できないほどの思想の抑圧の危険をもたらす』ということは明白である」[60]と述べた上で「陪審説示による解釈によると、修正一条が保護しようとしているものの核心にある適法な政治的言論のみを行う者をヴァージニア州が起訴する（また、潜在的に有罪とする）可能性から、本条項は合憲的に保護される政治的言論を萎縮させる」[61]と述べている点を考慮すると、相対多数意見は有罪判決の可能性だけでなく起訴される可能性も萎縮効果の内容として評価している。これは、「Mitchell 判決で適用された過度の広汎性法理をかなり拡大した」[62]ものだと言える。つまり、ヘイトクライム法の適用において被告人の表現行為等を被告人の動機を立証するための証拠として用いることから生ずる萎縮効果について、Mitchell 判決はあまりに憶測的だと述べて過度の広汎性の主張を認めなかった。これに対し本件の相対多数意見は、「起訴を恐れて保護される言論を個人が自己検閲するという憶測的な可能性」[63]をもって

過度の広汎性を認めたのである。この点、スカリア判事は、過度の広汎性法理に関する先例から有罪判決の可能性に着目した相対多数意見を批判している。つまり、スカリア判事は、過度の広汎性法理においては、これまで法令の文言が保護される言論にまで及んでいるか否かに着目してきた点を指摘し、相対多数意見のような有罪判決の可能性から文面上無効の結論を導き出している点を批判しているのである。確かに、過度の広汎性法理が問題となる場合、従来から法令の文言に着目して判断されてきたため[64]、スカリア判事の指摘は正当である。このような対立の背景には、過度の広汎性法理の根拠である萎縮効果の発生メカニズムの違いがあると思われる。つまり、過度の広汎性が問題となってきた伝統的な事案では、過度に広汎な刑罰法規は何が罪であるかについて被適用者に公正な告知を与えず、法執行者に過大な裁量を与える点が問題とされるところ、そこでは萎縮効果は法令の文言から生じている。そのため、萎縮効果を除去するためには法令の文言が適切に限界づけられているか否かという点が検討されることになる。しかし、本判決やMitchell判決で問題となった過度の広汎性の主張では、萎縮効果は法令の文言自体から生ずるものではない。そこでは被告人の表現行為等が証拠として用いられ得るという点に萎縮効果の原因がある以上、萎縮効果を除去するためには、被告人の表現行為等を証拠として用いることに関する予防的ルールを構築する必要がある。したがって、スカリア判事があくまで過度の広汎性法理の枠内で議論を展開したのに対し、相対多数意見は過度の広汎性法理の根拠である萎縮効果を重視して議論を展開したと言える[65]。このような場合を過度の広汎性法理の射程に含めるか否かが、両者の相違を生み出したと考えられる[66]。

また、トマス判事は、相対多数意見が萎縮効果を恐れているのに対し、（1）推論が逮捕及び起訴の開始の段階で影響を与えるかどうかは明らかではなく、（2）推論は反証可能であり、また本件州法は、脅迫の意図を含む犯罪の各要素の存在について合理的疑いを超えて認定することを陪審員に要求していると指摘する。この指摘は萎縮効果の発生自体に疑問を呈するものである。この点、フレデリック・シャウアーが萎縮効果論の想定する人間行動の仮定に

ついて実証的正当化を不要としている点が重要である。[67] シャウアーの議論を紹介する門田成人によれば、「現実の法システムにおける誤謬可能性から実際にさまざまな誤った判断が生じ得るのであるから、そこでの問題はどのような誤りが重大で有害であるのかを判断することである。萎縮的効果論は、まさに表現の自由にとって有利となる誤りを優先させる法ルールの定式化を命ずるものであり、修正第一条における実体的原理として考えられている[68]」。このような議論を考慮すれば、トマス判事の指摘が仮に正しいとしてもそれは致命的なものではないと考えられる。加えて、推論に対して反証が可能で、その上で脅迫の意図の存在について合理的な疑いを超えて認定する必要があるとしても、スター判事が指摘するように、脅迫の意図の証拠が比較的弱い場合に陪審員の判断を有罪に向けて歪める可能性はなお存在している。また、トマス判事は、修正一条の文脈においても、連邦最高裁は、初めは有罪と思える行為が最終的には無罪である場合でも規制を支持してきたと指摘する。これは「仮に萎縮効果が生じたとしても、萎縮効果の存在にもかかわらず規制の許されている[69]」例が存在するという指摘だが、この指摘は正当である。萎縮効果が生じれば必ず違憲となるわけではなく、「現実の法システムにおける不確実性を基礎とする萎縮的効果がいかなるルールにも生ずる余地を残すことになるから、いかなる状況のどのような萎縮的効果が制定法を違憲とするのか、その基準が問われる[70]」。その際、トマス判事が指摘するような修正一条の利益とその他の利益との比較衡量も一つのアプローチであると言える。しかし、相対多数意見はそのような比較衡量を行ってはいないし、また何らかの基準を提示しているわけでもない。

㈢　小　括

ヘイトクライム法の適用において、差別的な動機を立証するために被告人の表現行為等を証拠として用いることで表現の自由に対して生じる萎縮効果の問題について、Mitchell 判決はあまりに「憶測的」だと述べてその主張を認め

なかった。これに対しBlack判決は、特定の動機を立証するために被告人の表現行為等を証拠として用いることによって生じる「憶測的」な可能性を根拠にその主張を認めた。両判決の間には、萎縮効果の重大性に関する認識の変化が見受けられる。このような変化の是非自体重要な問題であるが、本稿の射程を超えるため本稿ではこれ以上立ち入らない。しかし、重要な問題が残されていることは確かである。Mitchell判決は、言論を証拠として用いることは従来から認められてきたという点を確認すると同時に、そこには証拠法上の制約、つまり関連性の要件が存在することを確認している。しかし、Mitchell判決もBlack判決も関連性をどのように判断すべきかについて何も述べていない[71]。上述したように、被告人の表現行為等が証拠として用いられ得るという点に萎縮効果の原因がある以上、萎縮効果を除去するためには、被告人の表現行為等を証拠として用いることに関する予防的ルール、つまり、関連性の要件についての具体的な判断基準が必要なのである。そこで次章では、関連性の要件の具体的な判断基準に関する学説上の議論を検討することとする。

三　萎縮効果除去のための予防的ルールの構築に関する議論

㈠　萎縮効果論について

萎縮効果（Chilling Effect）とは、「憲法上の諸権利の行使を実際上抑制する効果」[72]と定義されている。そして、萎縮効果論は様々な場面で援用される。一方で、萎縮効果論は、表現規制の憲法適合性を判断する基準として援用される[73]。例えば、公的人物に対する名誉毀損的表現の許容性に関する理論（いわゆる「現実の悪意」法理）がその一例である[74]。他方で、萎縮効果論は訴訟手続きの場面でも援用される。これは、文面上判断と適用上判断との使い分けの問題であ

り、例えば、過度の広汎性法理がその一例とされる。[75] ただ、過度に広汎な法令による表現規制から生じる萎縮効果を理由にその法令を違憲とするのだから、過度の広汎性法理は同時に表現規制の憲法適合性を判断する基準であると言える。

以上のように萎縮効果論は様々な点で援用されるため、萎縮効果の発生メカニズムや萎縮効果を除去するための方法は異なってくる。例えば、一方で名誉毀損的表現の場合、「虚偽と認定されれば名誉毀損を構成するとなると、言論活動をしようとする者にとって事実調査などの負担が大きくなりすぎ」てしまう点に萎縮効果の原因があり、それを除去するために「表現者が一定の注意をもって調査していればたとえ結果としてその内容が真実でなかったとしても免責すべきだという結論が導かれる」。[76] 他方で過度の広汎性法理の場合、過度に広汎な法令による表現規制は、その規制範囲について被適用者に公正な告知を与えず、また法執行者に過大な裁量を与える点が問題とされるところ、萎縮効果の原因は過度に広汎な法令の規定にある。そのため、萎縮効果を除去するためにその法令を文面上無効と判断することもあれば、合憲限定解釈によって救済することもあり得る。[77]

以上に対して、本稿で問題としているヘイトクライム法においては、被告人の表現行為等を証拠として用いる点に萎縮効果の原因があり、以下で論じる関連性の要件に関する議論は、証拠の許容性を制限することでその萎縮効果を除去しようとする試みである。

(二)　関連性の要件に関する議論

1　ヘイトクライム法の適用における差別的な動機の立証の難しさ

ヘイトクライム法を適用する際、検察官は、被告人が差別的な動機を有していたことを証明する必要がある。この点についてある論者は、「ヘイトクライム法に対する批判者の不同意（disagreement）は、動機の問題と執行者が保護

される言論及び結社に干渉する可能性を中心に展開されている[78]」と指摘した上で、「批判者は、ヘイトクライム法の執行者たちが行為者の動機を明らかにできず、それゆえに犯罪の動機の証拠として保護される言論を用いるのではないか、と懸念している[79]」と述べる。この論者は続けて、このような懸念は、差別的な動機が隠されたもので、見出すのは困難であり、あるいは識別するのは不可能であるという性質に由来している、と指摘する[80]。この点、別の論者によると、「動機を評価するということは、被告人自身彼の本当の動機を知ることができないため、何らかの方法で被告人の心を読むこと以上の問題を提示する。社会心理学の分野には、自身の行動に対し真に影響を与えているものに人々が気づいていないことはよくある、という十分な調査が存在している[81]」。このような差別的な動機の性質から、ヘイトクライム法の執行者は修正一条によって保護される言論・思想・結社の調査を強いられることになる[82]。そして、そのような調査は、突き詰めれば、「彼あるいは彼女が以前に行った発言、これまでに読んだ本、これまでに聞いたことのある論者、これまでに所属した結社などのすべてが、彼あるいは彼女が人種差別的見解を持っており、また犯罪遂行時にそれを実行に移したという証拠として導入され得る[83]」という状況を導く可能性がある。もしそうなれば、それは被告人のライフスタイル全般を調査の対象とすることを意味し、そしてそこから生じる萎縮効果は重大である[84]。このような状況を回避するためには、被告人の表現行為等を証拠とすることに関する制約が必要であり、そのための議論が以下の関連性の要件に関する議論である。

2 「関連性」とは

「関連性（relevancy/relevant）」とは、「法律上または事実上の争点の判断に関係のあること。とくに証拠法上、ある証拠によって証明しようとされている事実が争われている事実の存否を直接にまたは間接に示すものであること、言い換えれば、その事実が存在しまたは存在しない確率を高めまたは低めるものであることを示す言葉[85]」である。また、

「Relevancy（関連性）は、materiality（重要性）――訴訟の結論に影響する争点か否か――とprobativeness（証明力）――ある事実を証明する力――に分けられる」[86]。そして、「関連性のある証拠（relevant evidence）」は、「法廷に証拠として提出できるのは、事実に関する争点の決定に関連性をもつものでなければならない。関連性のない証拠は排除される。関連性のある証拠でも、hearsay evidence（伝聞証拠）、証明力の低いもので審理の遅延を来たしたり陪審の判断を混乱させるおそれの大きいものなど、証拠の提出が認められない場合がある」[87]と説明される。これに対して「関連性がない（irrelevant）」とは、「主張や証拠が争点事項と関連がないこと、それに対応しないこと、あるいは証明されるべき争点・事実の根拠となっていないことの意」[88]である。

以上のような英米法における「関連性」の概念について、「英米法では、証拠がrelevantなものとして許容できるというためには、materialであることを前提として、さらにprobativeであることが必要であるとされているが、同じような議論がわが国の刑訴法についても妥当するものと考えられる」[89]と指摘されている。そして、わが国の議論では、関連性について自然的関連性と法律的関連性とを区別して説明されることが多い。ここで「自然的関連性」は「要証事実に対して必要最小限度の証明力があるかどうか」[90]を意味し、「法律的関連性」は「自然的関連性は肯定できるが、証明力を誤らせるおそれがあるかどうか」[91]を意味する。そして、「証拠が要証事実について必要最小限度の証明力すらないときには、自然的関連性がないとされる。また、必要最小限度の証明力はあるが、その証明力の評価を誤らせるおそれがあるため、反対尋問や任意性など一定の要件が法律で要求される場合があり、そのような明文の規定がなくても法律的関連性がないとして排除すべき場合がある」[92]とされる。このように「自然的関連性の認められるものについて法律的関連性による制約がさらに加えられる根拠として、英米法上、（ア）不当な偏見の排除、（イ）争点の混乱の防止、（ウ）相手方に対する不公正な不意打ちの排除といった観点が挙げられている」[93]。上述したように、わが国では以上の二つを区別するのが通例であるが、「証拠能力の有無を判断する基準としてみれば、後者の法律的

関連性と呼ばれるもののうち、反対尋問や任意性の点は明文規定の解釈・適用の問題であるし、明文の規定なしに排除すべき場合は、審理の混乱や誤りのおそれという弊害を凌駕するだけの証明力が当該証拠に欠けているというのであるから、結局は必要とされるだけの証明力がないことに帰するといえよう。したがって、自然的関連性と呼ばれるものと法律的関連性と呼ばれるものとの間に本質的な違いがあるわけではない[94]」と指摘される。実際、ヘイトクライム法に関する憲法上の議論では以上のような区別はなされていない。そのため、本稿でも以上のような区別には拘らないこととする。その上で、「実質的に重要であるのは、証拠のうち、類型的に証明力が弱いか、証明力の判断を誤るおそれが強い証拠に該当するものを、どのように選別して排除すべきかにつき具体的基準を明らかにする作業で[95]」あり、次項の議論はこのような作業の一環だと言える。

3　ヘイトクライム法の適用における証拠の関連性の判断について

Mitchell 判決が明らかにしたように、修正一条は被告人の表現行為等を証拠として用いること自体を禁じているわけではない。しかし、それが無制限に認められると、上述したような萎縮効果の問題が発生する。この点、連邦最高裁は、犯罪行為との関連性という一般的な基準を示しているだけで、それをどのように判断すべきかについては何も述べていない。それゆえ、学説上、関連性の判断基準を具体化するべく議論が展開された。

まず、多くの論者は、犯罪の遂行とほぼ同時になされた言論がヘイトクライムにおける差別的な動機に関する証拠の捜索の出発点として役立つ、と想定している[96]。このような想定の背景には犯罪の遂行に近い（proximate）言論は動機の証拠となるという前提が存在しており[97]、このような言論は高い証明力を持つとよく指摘される[98]。しかし、犯罪の遂行に伴って差別的発言がなされたという事実は、必ずしも犯罪が差別を動機としていることを明らかにするものではない[99]。敵対心を公然と顕わにしている状況では、暴力行為の実際の動機とは関係ない攻撃的なののしり言葉を使用

することはよくあることである。[100] 加えて、アメリカにおけるヘイトクライムの多くは計画的なものではなく往来における諍いがエスカレートしたものであるため、犯罪の遂行と同時になされた言論は、被告人の本当の動機について十分な証明力を欠いていることが多い。[101] それゆえ、刑事手続に関与する者は、以上のような点に注意する必要があり、また犯罪行為と同時になされた言論が関連性の要件を満たすかどうかについて警戒し続けなければならない。[102]

次に、犯罪行為とほぼ同時になされた言論が差別的な動機について十分な証明力を持たない場合あるいは犯罪行為の間に被告人が何も発言していなかった場合、ヘイトクライム法の執行者たちは被告人の以前の言論に依拠しようとする。例えば、被告人が日頃から友人に対し特定の集団に対する差別意識を表すような発言をしていた場合や、ネット掲示板で差別発言を書き込んでいたというような場合が問題となる。少なくともこのような例は現在修正一条で保護されており、何ら刑罰法規に触れるものでもない。この点、以上のような言論がヘイトクライム法の適用において差別的な動機の証拠として用いられるならば、それは事実上修正一条の保護を取り去ることになるのではないかと指摘される。[103] そのため、犯罪行為と同時になされた言論の場合よりも深刻な問題を提起している。ある論者によれば、「保護される言論と犯罪行為との間の結びつきが弱くなれば、その証明力が減少するだけでなく、潜在的な萎縮効果は著しく増加する」。[104] そのため、「もし検察官が犯罪行為と直接的なつながりのない保護される言論（特に犯罪から時間的に離れている言論）を利用するならば、人々は偏狭な思想を表明することを差し控えるだろう」。[105] このような萎縮効果の問題を考慮すると、仮に被告人の以前の言論が被告人の差別的な動機について最低限の証明力を備えていたとしても、犯罪行為と因果的及び時間的に離れたヘイトスピーチは、証拠から排除すべきだと言える。[106]

さらに、ある論者によれば、「もし被告人の言論の証拠としての使用が犯罪行為とほぼ同時に行われた発言に限定されるならば、犯罪行為と結びつかない偏狭な発言をしようとする者は、そのような発言が刑罰を加重するために証拠として利用され得るということを恐れる合理的な理由を持たない」。[107] 例えば、Mitchell 判決では、暴力行為の直前

に、ミッチェルとその友人たちがミシシッピ・バーニングという映画をみて、そしてミッチェルが映画の中の黒人に対する残虐行為のシーンによって興奮していらいらした（hyped up）かどうか尋ねた、という証拠が存在する。この点、修正一条は映画をみたり映画に対してコメントするような行為を保護しているが、ミッチェルたちが映画をみたり映画に対してコメントしたのが被害者に対する暴力行為と時間及び距離的に密接に関係していたというまさにその理由から、この保護される行為の証拠としての使用は、他の人物が映画をみたり映画に対してコメントすることを妨げないし、あるいは黒人が白人に対する怒りを表現することを萎縮させることもない。[108] このような例は、時間及び距離的に近接した保護される言論を証拠として用いる場合、萎縮効果を生じさせる可能性は低いことを示している。それゆえ、萎縮効果の除去という観点からは、保護される言論を証拠として用いることは、時間及び距離的に近接した言論に限定されるべきだと言える。ただし、上述したように、そのような言論が被告人の動機を正確に反映しているとは限らないため、その証明力の判断については注意を要する。

このように犯罪行為と時間及び距離的に離れた言論等が証拠から排除されるべきだとすると、ヘイトクライムをヘイトクライム法の下で処罰することはより困難になるかもしれない。[109] しかし、被告人の動機を証明する際に被告人の表現行為等を証拠として用いることによって生じる表現の自由に対する萎縮効果の問題を克服するためには、このような対策が必要なのである。[110] 理論的には以上のように言えるところ、萎縮効果を除去するためには、証拠の許容性に関する制約が一般市民に対して告知されている必要がある。この点、二〇〇九年に制定されたヘイトクライム防止法、いわゆるシェパード・バード法には、この問題に関する解釈規定が設けられている。そのため、以下では、節を改めてシェパード・バード法の解釈規定について検討する。

(三) シェパード・バード法の解釈規定

以上で論じてきたような問題の存在から、シェパード・バード法の制定過程では証拠の許容性に関する制約を設けることが検討された。その結果としてシェパード・バード法に証拠の許容性に関する解釈規定が設けられたが、その過程では立場の変化が見受けられる。

まず、二〇〇九年四月に下院を通過した法案では、「証拠がその犯罪と明確に関連していない限り、被告人の表現あるいは結社という証拠は、裁判において実質証拠（substantive evidence）として提出され得ない」[111]と規定されていた。しかし、両院協議会で、この条項は法案から取り除かれた。そして、二〇〇九年一〇月に通過したバージョンでは、「当事者の合意がない限り、連邦証拠規則の下で関連性があり証拠とされる場合を除き、……裁判所が言論、信条、結社、団体所属又は表現行為を証拠とすることができると解してはならない」[112]という解釈規定が設けられた。

このような変化についてある論者は、「ヘイトクライム防止法は、（その犯罪との関連を証明するという検察官の負担とともに）表現及び結社という証拠を許容することに対するデフォルトの排除ルールを持つことから、証拠は連邦証拠規則の下で許容されなければならないということの単なる明確化に移った」[113]と指摘している。続けてこの論者は、「この違いは、検察官と被告人の双方にとって重大な帰結の相違をもたらす。例えば、被告人が過去に被害者が所属する集団に対する人種差別的な発言をしていたという事実は、連邦規則の低い関連性の基準の下で許容される。しかし、二〇〇九年四月に承認されたような（『その犯罪との明確な関連』を必要とし、そして修正一条によって保護される証拠への特別の保護規定を定めた）ヘイトクライム防止法は、おそらく証拠と犯罪とのより直接的なつながりを要求するだろう」[114]と指摘する。このように理解した場合、シェパード・バード法における解釈規定は、Mitchell判決が述べたことを明文化したにすぎず、前節で検討したような関連性の判断に関するガイドラインを欠いたままである。対して、二

〇〇九年四月の法案は、シェパード・バード法の現行規定に比べて好意的に評価できるが、不完全なものだと言える。[115] なぜなら、「その犯罪との明確な関連」という文言には解釈の余地が存在し、犯罪行為とほぼ同時になされた言論だけでなく時間及び距離的に離れた言論も許容される可能性が存在するためである。したがって、そのような広い解釈がとられるなら、萎縮効果の除去という目的に対しその有効性を損なうことになるだろう。[116] 萎縮効果の除去を目的とするなら、証拠の許容性に関する厳格な時間及び距離的制約を明文化すべきだったと言える。

四　結びに代えて

本稿では、アメリカにおけるヘイトクライム法の憲法適合性に関する議論について、被告人の動機を証明する際に被告人の表現行為等を証拠として用いることによって生じる表現の自由に対する萎縮効果の問題を中心に検討を加えた。これは、ヘイトクライム法の適用においてヘイトスピーチや差別的な思想を共有する結社への参加が証拠として用いられるのなら、ヘイトクライム法は事実上ヘイトスピーチ法と同様の効果を有することになるため、ヘイトスピーチ法に消極的なアメリカの立場との整合性が問題となるためである。

前章までの検討を踏まえた上で、ヘイトスピーチ法の制定に消極的なアメリカの立場との整合性についてどのように考えるべきだろうか。まず、前提として連邦最高裁は、表現行為を証拠として用いることを修正一条は禁じていないと述べた上で、関連性等の証拠法上の制約が存在していると述べている。この点について異論は見られない。一定の表現行為を犯罪とすること自体が認められている以上、このことは至極当然のことと言える。また、証拠について犯罪行為との関連性が要求されることも同様である。しかし、関連性という概念だけでは証拠の許容性について具体的な限界を画することはできない。この点、ヘイトクライム法の適用において証拠として用いることができる表現行

為の範囲が明らかではないとすれば、保護される表現行為まで萎縮してしまう可能性がある。そのため、問題の核心は、ヘイトクライム法の適用において証拠として用いることが許される表現行為の範囲をどのように確定するかという点にある。そして、本稿で論じたように、アメリカの学説上では、萎縮効果を除去するために時間及び距離的な制約を設けることの必要性が説かれており、シェパード・バード法の制定過程においてもこの点が議論されていた。残念ながら、シェパード・バード法の現行規定からはこのような問題意識が抜け落ちているが、萎縮効果を除去するために時間及び距離的な制約を設けるという発想自体は正当なものだと言える。したがって、証拠として用いることが許される表現行為の範囲を限定するならば、ヘイトスピーチ法の制定に消極的なアメリカの立場とヘイトクライム法の適用において被告人のヘイトスピーチが利用され得るという点を調和的に理解することが可能であると考える。

将来我が国でヘイトクライム法の制定について議論がなされる際にアメリカの議論を参照するならば、我が国との刑事司法制度の相違を考慮する必要がある。詳細な検討は今後の課題であるが、ここでは関連性の判断に関する法律上の違いに触れる。前章でみたように、アメリカではシェパード・バード法で証拠の許容性に関する解釈規定が設けられており、そこでは連邦証拠規則の下における関連性のある証拠でなければならないという点を確認していた。対して我が国では、「現行刑訴法及び刑訴規則上これに直接触れた規定はなく、我が国において採用する必要はないという議論がなかったわけではないが、公判廷で取り調べられるべき証拠の範囲を選別・限定するために存在意義があり、刑訴法二九五条が『事件に関係のない事項』についての尋問等を制限できるとしているのはその一つの現れであるとして、現在では学説・実務とも異論なくその概念を承認している」[17]。このように、アメリカと違い我が国では関連性の判断について直接触れた規定は存在せず、そのため、シェパード・バード法のような規定の仕方はできない。したがって、関連性の判断基準を明文化する際には、我が国ではアメリカよりも詳細な規定を設ける必要がある。

本稿では、萎縮効果の問題を取り扱ったにもかかわらず、排除されるべき萎縮効果とは何かを決定する基準や萎縮

効果をどの程度緩和すれば違憲性を除去できるのか等、萎縮効果論自体の考察にまで至らず[118]、また、Black判決において相対多数意見が過度の広汎性の法理の射程を拡大して適用した点についてそれ自体の是非を考察するにも至らなかった。このような残された問題に関する検討については今後の課題としたい。

（1）ヘイトスピーチ解消法について、魚住裕一郎他監修『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、二〇一六年）参照。

（2）この点、横浜地裁川崎支部平成二八年六月二日判時二二九六号一四頁が、ヘイトスピーチ解消法二条を援用しつつ、社会福祉法人の事務所から五百メートル以内での示威活動を差止めたことが注目される。前田正義が「本決定については、罰則規定などを伴わない、いわゆる理念法とされる差別的言動解消法が違法性の判断などへ今後いかなる影響力をもつこととなるか、看過できないだろう」と指摘するように、本法が裁判手続でどのような役割を担うことができるのかは重要な問題である。前田正義「判批」新・判例解説Watch二〇号（二〇一七年）三〇頁〔本文中の注釈は省略〕。

（3）桧垣伸次『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、二〇一七年）二二一頁〔本文中の注釈は省略〕。

（4）刑事裁判については、京都地判平成二三年四月二一日判例集未登載、大阪高判平成二三年一〇月二八日判例集未登載、最決平成二四年二月二三日判例集未登載。民事裁判については、京都地判平成二五年一〇月七日判時二二〇八号七四頁、大阪高判平成二六年七月八日判時二二三二号三四頁、最決平成二六年一二月九日判例集未登載。

（5）桧垣・前掲注（3）二一八頁。

（6）奈須祐治「判批」新・判例解説Watch一四号（二〇一四年）一八頁。

（7）現行法制度の限界について、小谷順子「日本国内における憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制についての一考察」法学研究八七巻二号（二〇一四年）三八五頁以下参照。

（8）小谷・同右四〇七頁。

（9）小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、二〇一四年）一〇二頁。

(10) 前田朗『ヘイト・スピーチ法研究序説―差別煽動犯罪の刑法学―』（三一書房、二〇一五年）三五－六八頁参照。

(11) 冨増四季「京都朝鮮第一初級学校威力業務妨害事件―ヘイト『クライム』からの教訓―」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』（敬文堂、二〇一六年）七二－七三頁。

(12) 西野瑠璃子『エルクラノはなぜ殺されたのか』（明石書店、一九九九年）参照。

(13) 師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』（岩波書店、二〇一三年）v－vi頁参照。

(14) 保坂展人『相模原事件とヘイトクライム』（岩波書店、二〇一六年）参照。

(15) 管見の限りでは、憲法学においてヘイトクライムを主題として取り扱っている文献は、桧垣・前掲注（3）五九頁以下〔初出二〇一四年〕と蟻川恒正「思想犯罪の法構造(1)」法学六七巻五号（二〇〇四年）一頁以下のみである。

(16) 例外的に大日方信春「アメリカにおける『ヘイトスピーチ規制』について」比較憲法学研究二九号（二〇一七年）三七－四〇頁は、後述する「シェパード・バード法」と合衆国憲法修正一三条・一四条との関係を分析している。

(17) 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, 359 (1991).

(18) Hans C. Wahl, *The Right to Be Offended: The Greatest of All Unenumerated Rights*, 13 FLA. COASTAL L. REV. 387, 387–388 (2012).

(19) JAMES B. JACOBS & KIMBERLY POTTER, HATE CRIMES: CRIMINAL LAW & IDENTITY POLITICS 121 (Oxford University Press, 1998).

(20) Wisconsin v. Mitchell, 508 U. S. 476 (1993). 本判決について、長谷部恭男「判批」ジュリスト一〇五四号（一九九四年）一〇五頁以下参照。

(21) *Id.*, at 489.

(22) *See* R. A. V. v. City of St. Paul, Minnesota, 505 U. S. 377 (1992). 本判決について、紙谷雅子「判批」ジュリスト一〇二一号（一九九三年）一三六頁以下参照。

(23) W. S. A. 939. 645.

(24) *See* Mitchell, 508 U. S., at 485–489.

(25) Dawson v. Delaware, 503 U. S. 159 (1992).

(26) *See id.* at 167.

(27) *Id.* at 165.
(28) Barclay v. Florida, 463 U. S. 939 (1983).
(29) *See* Mitchell, 508 U. S., at 486.
(30) *See* Barclay, 463 U. S., at 942–944.
(31) *Id.* at 949, and n. 7.
(32) Mitchell, 508 U. S., at 486.
(33) *Id.* at 488–489.
(34) *Id.* at 489.
(35) *See* State v. Mitchell, 169 Wis.2d 172–175 (1992).
(36) James Weinstein, *Hate Crime and Punishment: A Comment on Wisconsin v. Mitchell,* 73 Or. L. Rev. 345, 376 (1994).
(37) *Id.*
(38) これは、ヘイトクライム法の文脈では関連性の問題に限定されるためである。
(39) *See* Weinstein, *supra* note 36, at 379.
(40) Jacobs & Potter, *supra* note 19, at 112.
(41) 538 U. S. 343 (2003). 本判決について、小谷順子「判批」宮崎大学教育文化学部紀要（社会科学）九号（二〇〇三年）一頁以下参照。
(42) 本件で問題となったヴァージニア州法は、「いかなる者も、他のいかなる個人又は集団を脅迫する意図（intent）で、他人の所有地、ハイウェイ、その他の公共の場において、十字架を焼却し又は焼却させることは不法である。本セクションの条項を侵した者は、6等級の重罪に処される。……いかなる十字架焼却も、個人または集団を脅迫する一応の証拠（prima facie evidence）となる」と規定していた。Va. Code Ann. §18. 2–423 (1996).
(43) *See* Black, 538 U. S., at 364–367.
(44) *See* R. A. V., 505 U. S., at 379–396.
(45) *See* Black, 538 U. S., at 368–380 (Opinion of Scalia, J.).
(46) *See id.*, at 395–399 (Thomas, J., dissenting).

（47）同様に理解するものとして、*see* Frederick M. Lawrence, *The Evolving Federal Role in Bias Crime Law Enforcement and the Hate Crimes Prevention Act of 2007*, 19 STAN. L. & POL'Y REV. 251, 269 (2008); Hank Gates, *The Chill Bill: The Hate Crimes Prevention Act of 2007 and the Forgotten Dangers to the First Amendment*, RICH. J. L. & PUB. INT. 167, 182–184 (2009).

（48）例えば、Lawrence, *id.* 邦語では桧垣・前掲注（3）八九頁注（一四八）参照。

（49）Gates, *supra* note 47, at 184 (citation omitted).

（50）*See* David Goldberger, *The Inherent Unfairness of Hate Crime Statutes*, 41 HARV. J. ON LEGIS. 449, 462 (2004).

（51）田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一年）六六二頁。

（52）同右四四四頁。

（53）同右六六〇頁。

（54）Black, 538 U. S., at 398 (Thomas, J., dissenting).

（55）*See id.*, at 367.

（56）*Id.*, at 374 (Opinion of Scalia, J.).

（57）*Id.*, at 365.

（58）*Id.*, at 385 (Opinion of Souter, J.).

（59）*Id.*, at 366.

（60）*Id.*, at 365.

（61）*Id.*

（62）Gates, *supra* note 47, at 185.

（63）*Id.*

（64）*E. g.*, Houston v. Hill, 482 U. S. 459 (1987); Grayned v. City of Rockford, 408 U. S. 114 (1972).

（65）過度の広汎性の法理と萎縮効果について、門田成人「過度に広汎な刑罰法規と萎縮的効果について（一）・（二・完）―アメリカ合衆国における議論から―」島大法学三七巻二号（一九九三年）九三頁以下・三号（一九九三年）九七頁以下参照。

（66）過度の広汎性法理に対する相対多数意見とスカリア判事の理解の相違について、*see* Roger C. Hartley, *Cross Burning-Hate*

Speech as Free Speech: A Comment on Virginia v. Black, 54 CATH. U. L. REV. 1, 27–30 (2004).

(67) *See* Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the „Chilling Effect"*, 58 B. U. L. REV. 685, 689, 730–731 (1978).

(68) 門田・前掲注（65）三七巻二号一一一頁。*See id.*, 688.

(69) 小谷順子「十字架を燃やす行為の規制をめぐる憲法問題」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』（成文堂、二〇一四年）一六五頁。

(70) 門田・前掲注（65）一一三頁。

(71) Black 判決が行為者の意図をどのように認定すべきかについて何も述べてない点について、*see* Jeannine Bell, *The Hangman's Noose and the Lynch Mob: Hate Speech and the Jena Six*, 44 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 329, 357 (2009).

(72) 『英米法辞典』・前掲注（51）一四三頁。

(73) 高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、一九九五年）一九–二〇頁参照。

(74) 現実の悪意法理と萎縮効果論について、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、二〇〇八年）一〇五–一〇六頁参照。

(75) 高橋・前掲注（73）一九頁、毛利・同右一〇五頁参照。

(76) 毛利・同右一〇五–一〇六頁。

(77) 門田・前掲注（65）三七巻三号九八–一〇五頁参照。

(78) Jeannine Bell, *Deciding When Hate is a Crime: The First Amendment, Police Detectives and the Identification of Hate Crime*, 4 RUTGERS RACE & L. REV. 33, 46 (2002).

(79) *Id.*

(80) *Id.*

(81) Phyllis B. Gerstenfeld, *Smile When You Call Me That!: The Problems With Punishing Hate Motivated Behavior*, 10 BEHAV. SCI. & L. 259, 270 (1992).

(82) *See* e. g., Gellman, *supra* note 17, at 359; 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).

（83）*Id.*, at 360.

（84）このような状況は捜査段階における被告人のプライバシーの問題も提起するだろうが、本稿ではこれ以上立ち入らない。*See* Bell, *supra* note 78, at 50.

（85）『英米法辞典』・前掲注（51）七一五頁。

（86）同右五四八頁。

（87）同右七一五頁。

（88）同右四七二頁。

（89）長沼範良他『刑事訴訟法』（有斐閣、第五版、二〇一七年）二七三－二七四頁〔長沼〕。

（90）大谷直人「証拠の関連性」松尾浩也他編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、新版、一九九一年）一九二頁。

（91）同右。

（92）長沼他・前掲注（89）二七四頁〔長沼〕。

（93）大谷・前掲注（90）一九二頁。

（94）長沼他・前掲注（89）二七四－二七五頁〔長沼〕。

（95）同右二七五頁。

（96）*See* Bell, *supra* note 78, at 47; Jacobs & Potter, *supra* note 19, at 103.

（97）*See* Gates, *supra* note 47, at 200.

（98）*See e. g.*, Weinstein, *supra* note 36, at 377.

（99）*See* Ivan Hare, *Legislating Against Hate —The Legal Response to Bias Crimes*, 17 Oxford J. Legal Stud. 415, 430（1997）.

（100）*See id.*

（101）*See* Gates, *supra* note 47, at 202; Marc Fleisher, *Down the Passage Which We Should Not Take: The Folly of Hate Crime Legislation*, 2 J. L. & Pol'y 1, 11（1994）.

（102）*See* Hare, *supra* note 99, at 430.

（103）*See* Bell, *supra* note 78, at 47; Jacobs & Potter, *supra* note 19 at 103; Gellman, *supra* note 17, at 363.

（104）Weinstein, *supra* note 36, at 378.

(105) *Id.*

(106) *See id.*; Gates, *supra* note 47, at 202.

(107) *Id.*, at 377.

(108) *See Id.*, at 378.

(109) この点、差別的な動機の立証が難しいということは、ヘイトクライム法による起訴及び有罪判決の可能性を減少させるため、ヘイトクライム法の有効性を損ねるという問題がある。そこで、この問題への対策として、一定の前提事実の存在が証明された場合に差別的な動機の存在を推定する規定を設ける、という提案がなされることがある。例えば、犯罪行為が白人から非白人に対して行われたという事実が証明された場合に人種差別的動機の存在を推定する、といったものである。このような提案の憲法適合性を検討するものとして、*see* James Morsch, *The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation*, 82 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 659, 673–688 (1991). なお、前章で検討した Black 判決のPFE条項に関する判断はこのような提案との関連でも重要である。

(110) *See* Hare, *supra* note 100, at 432; Weinstein, *supra* note 36, at 378–379; Gates, *supra* note 47, at 206–207.

(111) Local Law Enforcement HCPA of 2009, H. R. 1913, 111th Cong. (2009).

(112) Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crime Prevention Act of 2009 §4710 (1), 18 U. S. C. §249 note (2009). 邦訳については ローラー・ミカ「合衆国法典第一八編第二四九条ヘイトクライム行為（シェパード・バード　ヘイトクライム防止法）」外国の立法二五八号（二〇一三年）九頁を参照している。

(113) Carter T. Coker, *Hope-Fulfilling or Effectively Chilling? Reconciling the Hate Crimes Prevention Act with the First Amendment*, 64 VAND. L. REV. 271, 292 (2011); FED R. EVID. 401, 402.

(114) *Id.*, at 292–293 (citation omitted).

(115) *See* Gates, *supra* note 47, at 206–207（ここで分析されているのは廃案となった二〇〇七年案だが、そこには二〇〇九年四月案と同じ証拠に関する規定が存在していた）.

(116) *See Id.*, at 207.

(117) 大谷・前掲注（90）一九二頁。

(118) 表現の自由原理論における萎縮効果論の意義について、毛利・前掲注（74）参照。

山邨　俊英（やまむら　としひで）
所属・現職　広島大学大学院社会科学研究科博士後期課程
比治山大学非常勤講師
最終学歴　愛媛大学大学院法文学研究科修士課程
所属学会　関西アメリカ公法学会、中四国法政学会、広島公法研究会
専攻領域　憲法
主要著作　「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（一）・（二）・（三・完）――Corey Brettschneider 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――」広島法学四〇巻二号（二〇一六年）・四一巻一号（二〇一七年）・四一巻二号（二〇一七年）
「反復的に行われるヘイト・スピーチに対する将来に向けての規制は『事前抑制』か？――Clay Calvert の議論を素材として――」広島法学四〇巻四号（二〇一六年）