

脅迫と言論の自由

論

東川浩二

説

I はじめに

1 音楽で人を脅せるか

筆者は、これまで、暴力的、不快、もしくは不穏当と評価される言論の問題について関心を持ち、いくつかの論文や判例紹介を公表してきた。⁽¹⁾ 拙稿「音楽で人を殺せるか」では、暴力的な内容を含む音楽や映画等を見た者が、その内容に影響を受けて犯罪や不法行為等を行った場合に、最初の音楽や映画等の製作者に責任を問うことができるかについて、アメリカの判例の動向を概観した。⁽²⁾ そこでは、ほぼ全ての事例において、音楽や映画等の作品の製作者は、言論の自由を保護する合衆国憲法第1修正によって、責任を免れるという結論になっていた。例えば、警察官の殺害を主題とし

(1) 拙稿「虚偽の事実の憲法上の価値—フェイク・ニュース規制のための基礎的考察」比較法研究79号278頁(2018)、同「判例紹介—Reichle v. Howards, 132 S. Ct. 2088 (2012)」金沢法学第55巻2号23頁(2013)(政権批判の報復的逮捕と限定的免責)、同「判例紹介—Brown v. Entm't Merchs. Ass'n, 131 S. Ct. 2729 (2011)」アメリカ法2012-1号162頁(2012)(残虐ゲームの規制)、同「判例紹介—Snyder v. Phelps, 131 S. Ct. 1207 (2011)」アメリカ法2011-2号546頁(2012)(葬儀場での同性愛者を非難する言論)、同「合衆国における残虐ゲームの法的規制」金沢法学第49巻第1号1頁(2006)。

(2) 拙稿「音楽で人を殺せるか—暴力表現の不法行為責任(研究ノート)」金沢法学第48巻第1号199頁(2005)。

たラップ・アーティストの曲を聞いた犯人が警察官を殺害したことについてアーティストの責任が問われた Davidson v. Time Warner Inc. 判決で、⁽³⁾ テキサス州合衆国地方裁判所は、その曲を、胸が悪くなるような、誰にも推薦できないものとしながらも、喧嘩の言論にも違法行為の教唆にも当たらないとした。⁽⁴⁾ このような事例では、もともと製作者は、特定の個人に向けて作品を発表したわけではなかったから、たまたま聴衆の1人が犯罪や不法行為を行った場合であったとしても、違法行為の教唆と言えないという結論は、容易に理解できるものであった。⁽⁵⁾

では、特定可能な個人に向けて、脅迫的なメッセージを楽曲に込めて送った場合はどうなるのであろうか。アメリカでは、ほぼ同じ時期に、このことが問題になった、同じような2つの脅迫に関する事件が現れ、注目を集めたことがある。1つは、娘の養育権に関する裁判所でのヒアリングに際して、担当する裁判官に、自身に有利な裁定を下すよう求め、そうしない場合に裁判官の殺害を示唆する自作の楽曲を You Tube にアップロードした事例である。⁽⁶⁾ もう1つは、有名なラップ音楽の歌詞を真似て、別居中の妻や FBI 捜査員らに対して、脅迫的なメッセージを Facebook に投稿した事例である。⁽⁷⁾ 両事件とも、被告人らは、自分たちの表現は第1修正によっ

(3) Davidson v. Time Warner Inc., 25 Media L. Rptr. 1705 (1997).

(4) See *id.* at 1717-24. See also McCollum v. CBS, Inc., 249 Cal. Rptr. 187 (1988) (ロック・アーティストの楽曲を聞いて少年が自殺したことにつきアーティストに責任なし), Vance v. Judas Priest, 1990 WL 130920 (Nev. Dist. Ct. Aug. 24, 1990) (別のアーティストに対する同様の訴訟でやはり責任なし).

(5) See *McCollum*, 249 Cal. Rptr. at 193-94 (被告の音楽は、聴衆に直ちに違法行為に駆り立てるよう向けられたものではなく、また実際にそのような性質のものでもなかったとして、いわゆる Brandenburg テストを満たさないと判示).

(6) United States v. Jeffries, 692 F.3d 473 (6th Cir. 2012).

て保護されると主張したが、脅迫を処罰する連邦法違反で、陪審によって有罪評決を受けた。控訴審でも、脅迫の成立のためには、合理人であれば脅迫と理解する言葉を伝達する意図があれば足りるとし、それぞれ有罪評決が維持された。ところが後者の事件につき、合衆国最高裁（以下、最高裁）は、2015年に、脅迫罪の成立には、行為者が脅迫の意図を有して⁽⁸⁾いたことが証明されなければならないと判示した。

2 本稿の目的

インターネットやSNSが高度に発展した現代においては、特定の個人に向けられた、暴力的、脅迫的な内容を含むメッセージや楽曲等をウェブサイトやSNSにアップロードし、それらをその個人のみならず、不特定多数の利用者が視聴できる状態にすることが容易である。その内容について、製作者本人の意図を離れて、その不穏当な表現のみを取り上げて非難されるとしたら、それは、言論の自由にとって憂慮すべき事態であると言える⁽⁹⁾。特に、言論の内容に注目して規制する法律は、最高裁が言論の自由に対する侵害であるとして特に警戒してきた。「政府は、ある思想の表明を、単に社会がそれを不快であるとか同意できないという理由で禁じてはならない⁽¹⁰⁾」という言葉は、このことを端的に示したものである。わが国で

(7) United States v. Elonis, 730 F. 3d 321 (3d Cir. 2013).

(8) Elonis v. United States, 135 S. Ct. 2001 (2015).

(9) See Kathryn R. Taylor, "Anything You Post Online Can and Will Be Used Against You in a Court of Law": Criminal Liability and First Amendment Implications of Social Media Expression, 71 NAT'L LAW. GUILD REV. 78, 96-97 (2014) (言論の見かけ上の不愉快さだけで訴追される事態を憂慮). See also Shoshana D. Samole, *Rock & Roll Control: Censoring Music in the '90's*, 13 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 175, 191-92 (1995) (作詞者が意図しなかった解釈により楽曲が批判を受けた事例を紹介).

(10) Texas v. Johnson, 491 U. S. 397, 414 (1989).

も問題となっているヘイト・スピーチでさえ、規制慎重論があるのは、国家による過剰規制を警戒するからである。⁽¹¹⁾

一方で、ウェブサイトにしるあるいはソーシャルメディアにしる、インターネット上で流通する脅迫的な内容を含む言論は、強盗の手段として対面で行われる古典的な脅迫行為とは性質が異なることにも注意する必要がある。そしてこれらの脅迫的な言論は、政府機関に対する脅迫やハラスメントの延長としての殺害の予告などの形で現れることも少なくない。これらはそのメッセージの受け手や第三者の面前で行われたものではないため、前者の場合は、政府に対する不満の表明であり、政治的言論の一種であるとか、後者の場合でも、本気ではなかったとか、被害者本人に向けられたものではないという、抗弁がありうる。しかし仮にこのような抗弁が成り立つにしても、前者に対しては、例えば爆破予告に対しては、当局は警戒を厳重にするなどの対応をとる必要がある。⁽¹²⁾ 後者に対しては、被害者が恐怖心を感じている以上、その手当をどうするかという問題が残ることになる。⁽¹³⁾ 特に後者の問題について、より具体的には、社会的弱者に対して向けられる脅迫を含む表現が、言論の自由の名の下に保護されるかという問題

(11) 慎重論の多くは、名誉毀損罪や侮辱罪など、現行法の規制の可能性を検討しつつ、特に刑法の適用に関しては、構成要件該当性を慎重に判断する必要性から、ヘイト・スピーチ規制の効果は限定的であるとする。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87巻2号385頁、391頁以下（2015）。

(12) See *Rogers v. United States*, 422 U. S. 35, 46-47 (1975) (Marshall, J. concurring)（脅迫が引き起こす害悪には、公衆や第三者がその行為の防止のために、予防措置を取らなくてはならないということも含まれると指摘）。

(13) See Sally Greenberg, *Threats, Harassment, and Hate On-Line: Recent Developments*, 6 B. U. PUB. INT. L. J. 673, 684-85 (1997)（実際の事件の被害者の証言から、被害者は脅迫の信ぴょう性について評価することが困難であり、ただ混乱と恐怖に陥ることを指摘）。

が深刻化していることは、ヘイト・スピーチだけではなく、いわゆるネットいじめやハラスメントでもよく知られている。⁽¹⁴⁾

こうしたことから、近年、インターネットやSNSが言論において重要な地位を占めるに至った現在において、脅迫はどのように理解できるかというのを問い直す動きが見られる。⁽¹⁵⁾ 本稿はこのような関心から、アメリカ法において、脅迫の法理がどのように発展してきたかを跡付け、最近の状況について検討するものである。

II 脅迫の処罰規定と言論の自由

1 連邦法の規定

本章では、まず脅迫概念の概要を検討する。⁽¹⁶⁾ 脅迫は、民事上の賠償責任

(14) See Sarah E. Smith, *Threading the First Amendment Needle: Anonymous Speech, Online Harassment, and Washington's Cyberstalking Statute*, 93 WASH. L. REV. 1563 (2018), Emma Marshak, Note, *Online Harassment: A Legislative Solution*, 54 HARV. J. ON LEGIS. 501 (2017).

(15) See, e.g., John Villasenor, *Technology and the Role of Intent in Constitutionally Protected Expression*, 39 HARV. J. L. & PUB. POLY 631 (2016) (技術の発展が言論の自由に与えた影響を検討し、文字情報から話者の意図を評価することの困難さから、脅迫の成立については原告により高い証明責任を課すべきと主張), Thomas "Tal" DeBauche, Note, *Bursting Bottles: Doubting the Objective-Only Approach to 18 U. S. C. § 875(c) in Light of United States v. Jeffries and the Norms of Online Social Networking*, 51 HOUS. L. REV. 981 (2014) (「古き皮袋に新しき酒を入れるな」の表現を借りて、成立以来ほとんど改正されていない脅迫を処罰する連邦法(=古き皮袋)でSNS時代の言論(=新しき酒)を規制する問題点を指摘), Jordan Strauss, *Context Is Everything: Towards a More Flexible Rule for Evaluating True Threats under the First Amendment*, 32 SW. U. L. REV. 231 (2003) (ウェブサイト上の言論は、聴衆の反応や言論の内容の他者による編集という制約がないという意味で新しく、従来の脅迫の法理とは異なる判断枠組みが必要と主張)。

(16) 本稿では「脅迫」を通常の threat と true threat の両方の訳語として

の根拠になるほか、刑事訴追の対象にもなる。⁽¹⁷⁾ 刑事訴追については州法と連邦法の双方に規定がある。連邦法は、脅迫の対象を、合衆国大統領および副大統領⁽¹⁸⁾、合衆国裁判所裁判官やその他合衆国政府の職員等⁽¹⁹⁾、個別に限定して、複数の異なる規定により規制している。⁽²⁰⁾ 大統領に対して特別の保護を与えるのは、国王の死について想像することさえも罪とする、イギリスのコモン・ローの反逆罪の考え方に由来すると言われる。⁽²¹⁾ イギリス法を受け継いだアメリカ法においても、建国の初期のころには、大統領に対しては、特に口を慎まなければならない考え方があったとされる。⁽²²⁾

また、連邦法には、対象を限定せずに適用できる、脅迫一般を処罰するための規定も存在している。⁽²³⁾ この規定、すなわち合衆国法典第18編875条

用いる。アメリカの判例や研究者による論文等では、言論の自由によって保護されない訴追の対象となるものについて true threat と呼称し、それらについてわが国では「正真正銘の脅迫」や「真正の脅迫」と訳すものが見られる。これらの訳はいずれも妥当な訳であると考えるが、本稿では刑事上の犯罪としての脅迫に言及することも多く、その場合には単に threat という語が用いられていることもあり、訳語の統一の観点から、脅迫、ないし脅迫罪と表記する。

(17) See Jennifer E. Rothman, *Freedom of Speech and True Threat*, 25 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 283, 287 (2001).

(18) 18 U. S. C. § 871 (a).

(19) 18 U. S. C. § 115 (a) (1) (B).

(20) See Jennifer L. Brenner, Note, *True Threats—A More Appropriate Standard for Analyzing First Amendment Protection and Free Speech When Violence Is Perpetrated over the Internet*, 78 N. D. L. REV. 753, 766 (2002).

(21) See Note, *Threats to Take the Life of the President*, 32 HARV. L. REV. 724, 725 (1919).

(22) See *Watts v. United States*, 394 U. S. 705, 710-11 (1969) (Douglas, J., concurring) (第2代大統領であるジョン・アダムズに対して軽口を叩いた市民が、大統領と政府に対する文書扇動にあたる言葉を用いたことにより有罪となった事例を紹介).

(以下、§875)は、1932年に制定された。この規定は、飛行家チャールズ・リンドバーグの息子が誘拐された際に、身代金の要求が郵便でなされたために、郵便による脅迫を規制できるように制定されたと言われる。⁽²⁴⁾そして1934年には、州際通商においてなされた脅迫については、郵便だけでなく電話や電信も含むとされ、さらに1939年には、恐喝の目的 (intent to extort) の有無に応じて刑罰を変更した。その後、恐喝の目的でなされた脅迫については §875(b) 及び §875(d) で規定し、特に意図を明示しない脅迫を §875(c) で規定するようになった。⁽²⁵⁾ 現在 §875(c) は、以下のよう

州際通商、または外国との取引において、他者を誘拐し又は他者に傷害を負わせる脅迫を含む情報 (communication) を伝達する者は、本編の下で罰金刑又は5年以下の懲役、若しくはその両方に処する。

2 脅迫の処罰と内容規制

最高裁は、内容にもとづいて規制することが許される言論の種類をいくつか特定してきた。例えば、わいせつ表現や児童ポルノ⁽²⁶⁾、名誉毀損⁽²⁷⁾、違法行為の教唆⁽²⁸⁾、喧嘩的言論⁽²⁹⁾は、最高裁によれば「真実に到達する社会的価値がごく僅かしかないため、それらの言論から得られるであろういかなる利

(23) See 18 U. S. C. §875.

(24) See *United States v. Baker*, 890 F. Supp. 1375, 1383 (E. D. Mich. 1995).

(25) See DeBauche, *supra* note 15, at 995-96.

(26) See, e.g., *Miller v. California*, 413 U. S. 15 (1973) (猥褻表現), *New York v. Ferber*, 458 U. S. 747 (1982) (児童ポルノ).

(27) See, e.g., *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

(28) See, e.g., *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969).

(29) See, e.g., *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942).

益よりも、明らかに秩序や道徳の維持という社会的利益の方が上回る」⁽³⁰⁾ ような言論であるとされてきた。脅迫は、このような言論のうちの1つであり、「暴力の恐怖や、その恐怖がうみだす混乱、そしてその脅された暴力が発生する可能性から個人を保護する」⁽³¹⁾ ために規制は許されると考えられてきた。この理由づけは、騒乱の防止や公衆の安全確保、治安紊乱行為の抑止という考え方と類似しており、実際、最高裁は言論規制であると主張された事例において、しばしばその規制を合憲としたことがある。⁽³²⁾

一方で、暴力の恐怖からの保護や治安維持のような曖昧な理由によって脅迫を認定することは、政府による選択的訴追の可能性を増大させ、言論の自由に対する深刻な脅威となりうる。⁽³³⁾ したがって、脅迫からの被害者の保護と、言論の自由の保護を両立させるために、訴追の対象となるような

(30) *Chaplinsky*, 315 U. S. at 572.

(31) *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U. S. 377, 388 (1992).

(32) *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919) (徴兵制反対の活動が防諜法 (Espionage Act of 1917) 違反で有罪とされた事例で、有名な「明白にして現在の危険 (clear and present danger)」の法理を生み出す契機となったが、被告人は有罪とされた点に注意)、*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942) (エホバの証人の信者が公道上で警察官を罵って喧嘩が起こったことを理由に治安紊乱行為として処罰することは許される)、*Feiner v. New York*, 340 U. S. 315 (1951) (左翼系集会の参加者が、演説者への暴力を示唆したため警察が演説の中止を要請したが、演説者が拒否したため、治安紊乱行為の教唆で演説者を逮捕することは公共の安全の確保を目的としており許される)。

(33) *See Rogers*, 422 U. S. at 47 (Marshall, J., concurring) (脅迫罪の成立には合理人が脅迫と捉えるメッセージが伝達されれば足りるという過失を基準とする考え方は、刑事法の解釈にはなじまないと主張)。*See also* Kenneth L. Karst, *Threats and Meanings: How the Facts Govern First Amendment Doctrine*, 58 STAN. L. REV. 1337, 1348 (2006) (誰かが恐怖を感じたからといってそれを脅迫とするのは、言論の自由に対する容認できない侵害であると主張)。

脅迫とは何かということが明らかにされなければならない。

3 True Threat 概念の誕生—Watts 判決

脅迫と言論の自由に関する初期の最高裁判例としては Watts v. United States 判決が知られている。⁽³⁴⁾この事例では、ヴェトナム戦争に反対するデモの参加者が、自身が徴兵されたことにつき「どうしても俺に銃を持たせるといふなら、一番最初に照準を合わせるのはジョンソン大統領だ」と発言した。そこで、この発言が、大統領に対する脅迫を禁止する連邦法（18 U. S. C. §871(a)）に違反するかどうか争われた。

最高裁は、行政府の長である大統領を暴力の脅威から保護するという政府の目的を正当として、当該連邦法の規定を合憲とした。⁽³⁵⁾しかし当該発言については、政治的誇張表現であり、脅迫には当たらないと判示した。⁽³⁶⁾最高裁によれば、下級審は、当該発言が故意（willfulness）になされ、被告人が外観上その行為を実行すると決心して当該発言を任意に行った場合に故意の要件を認めていた。⁽³⁷⁾その上で、最高裁はこの判断枠組みに疑問を呈しつつ、その故意をどのように解釈するかという問題よりも先に、政府はまず最初に「真の『脅迫』（true “threat”）」の存在を証明しなければならないとした。⁽³⁸⁾

本判決は、名誉毀損が成立する場合を限定し、言論の自由の領域で画期をなした判決として知られる New York Times Co. v. Sullivan 判決を引いて、「公的争点に関する討論は、自由で、力強く、広く開かれたものであ

(34) Watts v. United States, 394 U. S. 705 (1969).

(35) See *id.* at 707.

(36) See *id.* at 707-08.

(37) See *ibid.*

(38) See *id.* at 708.

るべきで、その討論は政府と公務員に対する、激烈で、痛烈、そして時に⁽³⁹⁾は不快なまでに鋭い論難を含むこともあるだろう」と述べている。このため、Watts 判決は脅迫罪の成立する場合を限定した、言論擁護の判決という見方が可能である。もっとも、Watts 判決は、この発言の内容と発言がなされた状況が丁寧に分析され、全体の状況から見て、これを政治的言論⁽⁴⁰⁾ではないと理解することはできないと述べている。したがって、最高裁は脅迫の処罰によって政治的言論が萎縮することがあってはならないと考えていたであろうが、政治的言論の要素を含むものについては脅迫ではなく保護される言論であると判示した判決という理解は正確ではないだろう。⁽⁴¹⁾最高裁は、脅迫の事例の最初期から、脅迫か否かは、発言の文脈次第である⁽⁴²⁾としていることには注意しなければならない。

(39) See *ibid* (citing *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964)).

(40) See *id.* at 707-08 (被告はヴェトナム戦争に反対する集会に参加していたこと、小グループに分かれて警察官による黒人に対する非道な処遇について議論していたこと、大統領の政策に対して強い不満を持っていたこと、被告の発言の後に聴衆から笑い声が起ったことを指摘)。

(41) See P. Brooks Fuller, *The Angry Pamphleteer: True Threats, Political Speech, and Applying Watts v. United States in the Age of Twitter*, 21 COMM. L. & POLY 87 (2016) (Watts 判決が公人に向けられた政治的言論であったことを強調し、protected political speech と unprotected true threats という対立的分析を多用する)。But see Eugen Volokh, *THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES* 209 (4th ed. 2011) (政治的言論か脅迫かという二分法をよくある誤りであると指摘)。

(42) See Paul T. Crane, Note, “*True Threats*” and the Issue of Intent, 92 VA. L. REV. 1225, 1232-33 (2006) (①当該言論が政治的討論でなされた、②その性質において条件付きであることが明らかである、③聴衆を笑わせた、の3つを Watts 判決の要素と命名)、Rothman, *supra* note 17, at 295 (考慮すべき要素を①当該言論が政治的誇張表現になるか否か、②その言論が行われた全体の文脈、③聴衆の反応、④その言論が条件付きのものか、とり

4 客観テスト（合理人テスト）の定着

Watts 判決で最高裁は、脅迫の成立のためには発言の内容と文脈を分析することが大事だとしたが、話者の意図については述べられなかった。すなわち、政治的誇張表現が保護されるとしても、それでは何が保護される言論であり、話者がどのような意図を持って話せば保護されない脅迫となるのかの基準は明らかにされなかった。

実は、この点に関する初期の最高裁の判断は、脅迫ではなく喧嘩的言論の事例で、Watts 判決に先立つ、*Chaplinsky v. New Hampshire* 判決⁽⁴³⁾でなされている。そこでは、侮辱的、あるいは喧嘩的言論が、まさにそれを話すことによって損害を引き起こすと言えるような場合には、それを抑止し罰しても、憲法上の疑いを生じさせることはない⁽⁴⁴⁾とされた。そして、ある言論がそのような不愉快な (offensive) 言葉にあたるか否かは、通常の知性を備えた人 (men of common intelligence) の理解にもとづくとして、合理人の基準を採用した⁽⁴⁵⁾。このような状況において Watts 判決が発言の内容や文脈を詳細に検討するとしたため、この頃の最高裁は、客観テストを是認したものと理解された⁽⁴⁶⁾。

しかしながら、下級審では、脅迫の成立が客観テストによるとしても、話者 (speaker) と受け手 (listener または recipient) のいずれを基準に据えるかについて、徐々に判断が分かれるようになった。すなわち、合理的な話者であればその言論が脅迫だと解釈されると予測できるはずだとい

わけ実現の可能性が低い条件にもとづいているか否か、という4つにまとめる)。

(43) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942).

(44) *See id.* at 571-72.

(45) *See id.* at 573.

(46) *See Crane, supra* note 42, at 1237-38 (下級審はほとんどいつも主観テストを拒否してきたと指摘)。

う、合理的な話者テスト (reasonable speaker test⁽⁴⁷⁾) と、合理的な受け手であればその言論を脅迫だと理解するという、合理的な受け手テスト (reasonable listener test⁽⁴⁸⁾) の2つである。このうち合理的な話者テストは、話者がどのような意図で当該言論を行ったかという主観面に注目するために、これを直ちに客観テストと位置づけるのは用語の混乱をまねき、ためられる部分がある。一方で、話者の主観の評価を、合理人の基準で行うという点では、やはりこれは客観テストの一種であり、刑罰法規を適用する場面においては、特別の意図 (specific intent) ではなく、一般的意図 (general intent⁽⁴⁹⁾) の証明で足りることを意味した。

(47) このテストは、しばしば判例名をとって Kelner テストと呼ばれる。See *United States v. Kelner*, 534 F.2d 1020 (2d Cir. 1976) (パレスティナ解放機構のアラファト議長訪米に合わせて、軍服を身につけ銃を用意したユダヤ防衛同盟のメンバーがテレビインタビューで「アラファトを生きて返さない」、「我々は彼を暗殺する計画だ」、「準備は細部まで整っている」と述べたことが脅迫になるとされた事例)。

(48) See Rothman, *supra* note 17, at 302-14 (合理的な話者基準 (reasonable speaker test) か合理的な受け手基準 (reasonable listener test) かを中心に、巡回区の対応を整理), Alison J. Best, *Elonis v. United States: The Need to Uphold Individual Rights to Free Speech While Protecting Victims of Online True Threats*, 75 MD. L. REV. 1127, 1140 (2016) (Black 判決以前は、脅迫に必要な犯意は一般的意図 (general intent) だったと理解)。

(49) See Justin Myer Lichterman, Note, *True Threats: Evolving Mens Rea Requirements for Violations of 18 U. S. C. § 875(c)*, 22 CARDOZO L. REV. 1961 (2001) (§ 875(c) が犯意について述べていないために、判例において行為者の主観面を考慮しない一般的意図 (=客観テスト) が主流になってしまったことを批判的に検討)。See also *United States v. Martinez*, 736 F.3d 981, 988 (11th Cir. 2013) (一般的意図のもとでは、①被告があるやりとりを州際通商においたこと、②被告は当該やりとりを知って伝達した、③伝達されたやり取りは、合理人であれば身体への傷害や死を引き起こす意図を本気で表したものと解釈するものである、の3つの証明で足りる)。

客観テストを採用することの問題は、発言を曲解されれば脅迫罪で訴追される可能性があり、その場合被告は、事実上反論のしようがなくなることである。被告にできることは、せいぜいその脅迫的発言が誤ってなされた——例えば本人の目に触れるはずではなかった⁽⁵⁰⁾——ものであるという、背景的な事情を説明するしかない。したがって、客観テストにもとづく Watts 判決以降の状況は、言論の自由の保護という点からは問題がないわけではなかった。しかしながら、この時期、Watts 判決以降に最高裁が脅迫の問題を取り上げた唯一の事件である NAACP v. Claiborne Hardware Co. 判決でも、主要な論点は当該言論が政治的言論と言えるか否かであった。そして最高裁は、脅迫における話者の意図の問題より、むしろ客観的な事情に注目して事案を処理した⁽⁵¹⁾。最高裁が話者の意図の問題について見解を述べたのは、Watts 判決から30年以上を経た、ヘイト・スピーチ規制の事例であった。

Ⅲ 最高裁による脅迫の定義

1 Black 判決

⁽⁵²⁾
2003年の Virginia v. Black 判決では、ヴァージニア州法の2つの規定、すなわち①個人または集団を畏怖させる目的で他人の土地や公共の場で十

(50) See, e.g., United States v. Alkhabaz, 104 F.3d 1492, 1496 (6th Cir. 1997) (女性に性的虐待を加えて殺害する妄想を個人間でEメールでやりとりした事例において、被告の犯意 (mens rea) は客観的に決定されるべきであるとして、結論として脅迫の成立を認めず)。

(51) See NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982) (人種差別解消を求めて黒人を雇用しない商店の利用をボイコットするよう呼びかけた NAACP のリーダーが、ボイコットに参加しない黒人に対する暴力を示唆した事例で、その言論が向けられた聴衆が、その脅迫行為の主たる対象ではなかったという点を強調して、脅迫の成立を認めず)。

(52) Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)。

十字架を燃やすことを禁止する、②十字架を燃やす行為があった場合には、個人または集団を畏怖させる目的があったという一応の証明（*prima facie* case）とする、が問題になった。最高裁は①について、表現行為そのものが損害を引き起こす、あるいは直ちに治安紊乱を招く傾向がある場合には、そのような言論を罰することができ、畏怖の目的で十字架を燃やすことはまさにそのような言論であるとした⁽⁵³⁾。他方②については、人種差別グループが十字架を燃やすことはグループ間の連帯を象徴するにすぎず、それは保護される言論の可能性があるととして、この規定を憲法違反であるとした⁽⁵⁴⁾。

本件の結論について、ヘイト・スピーチの被害者保護という観点から見ると、①と②について、それぞれ相反する結論になっているように見えるが、その理由は、Watts 判決の検討から理解できる。すなわち、十字架を燃やすことは畏怖させる目的であると推定する規定は「ある特定の十字架の焼却が畏怖させることを目的としていたかどうかを決定するために必要な文脈的要素を全て無視し⁽⁵⁵⁾」ている。この点で②の規定については、言論の内容と文脈を重視する、Watts 判決が示したルールと相反するものと考えられたと言える。最高裁が言うように「第1修正は（ある行為があればそれだけで脅迫とみなす：筆者追加）ような短絡を許容していない⁽⁵⁶⁾」のである。

脅迫の問題を考える上での Black 判決の重要性は、最高裁によって Watts 判決よりもかなり具体的な脅迫の定義が示されたことである。最高裁によれば、脅迫は、喧嘩的言論、違法行為の教唆と同様に、第1修正に

(53) *See id.* at 359 (citing *Chaplinsky*, 315 U. S. at 572).

(54) *See id.* at 365-66.

(55) *See id.* at 367.

(56) *Ibid.*

よって保護されない言論である。⁽⁵⁷⁾そして「脅迫は、話者が、特定の個人または集団に対して違法な暴力行為を行うという意図を本気で表して伝えようとする（mean[] to communicate a serious expression）場合の言明を包含する⁽⁵⁸⁾」とされた。また、脅迫を処罰するのは、暴力の恐怖等から個人を保護することが目的であり、話者は実際にその脅迫内容を実現する意図がある必要はないとした。⁽⁵⁹⁾

このように、Black 判決は脅迫の定義を示したが、あくまで Black 判決はヘイト・スピーチ規制の事件であり、脅迫の定義は、内容規制であつてもなお規制を合憲とすることのできる要素との関連で議論されたものであつた。このため、脅迫の定義が示されたとしても、Watts 判決以降の問題、すなわち脅迫が成立する条件と話者の意図の問題について、十分な説明とはならなかつた。

Black 判決を Watts 判決の延長線上で理解する論者は、Black 判決を、依然として客観テストを採用したものとして理解した。すなわち、話者の脅迫の意図を問わずに、言葉が脅迫的なものであるかが重要であり、単に脅迫と理解される言葉を発する意図さえあれば足りるとする考え方である。⁽⁶⁰⁾最高裁は脅迫の処罰目的を、暴力の恐怖等から個人を保護することとし、その関係で、脅迫された行為を実際に行う意図は不要であると述べていた。したがって、最高裁の意図の理解について、こうした客観テストに

(57) *See id.* at 359.

(58) *Ibid.*

(59) *See ibid.* (citing *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U. S. 377, 388 (1992)).

(60) *See* Steven G. Gey, *A Few Questions About Cross Burning, Intimidation, and Free Speech*, 80 NOTRE DAME L. REV. 1287, 1346 (2005) (最高裁が Kelner テストのような形で様々な要件に分解して説明しなかつたのは、脅迫の成立には、受け手を恐怖させるという意図があれば十分だと考えているからであるとする)。

落ち着くのは、ある種当然とも言えるものであった。⁽⁶¹⁾

もう1つの考え方は、Black 判決は、主観的意図の証明を求める主観テストを採用したというものである。これは、脅迫を「違法な暴力行為を行うという意図を本気で表して伝えようとする」という部分と①に関する判示事項を組み合わせた考え方である。すなわち、ある目的（ここでは人または集団を畏怖させる目的）を持って行為することを処罰することは合憲であるというのであれば、それは、話者がそのような目的を持っていること⁽⁶²⁾の証明が必要だということになる。⁽⁶³⁾

2 下級審での混乱—主観テストの場合

Black 判決を主観テストの採用と理解したのは第9巡回区である。⁽⁶⁴⁾第9巡回区は以前から主観面の検討を重視することで知られていた。Black 判決に先立つ2002年には、非常に大きな注目を集めた脅迫の事件について判断していた。一般に Nuremberg File Case として知られる Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coal. of Life Activists 判決

(61) See Caleb Mason, *Framing Context, Anonymous Internet Speech, and Intent: New Uncertainty about the Constitutional Test for True Threats*, 41 Sw. L. REV. 43, 59-60 (2011) (Black 判決以前の下級審が合理人のテストを用いている中で、明示的に言及せず突如として最高裁が主観テストを採用したという可能性は低く、Black 判決によっても、何が脅迫に当たるのかという解釈はその前後でほとんど変わっていないと主張)。

(62) See *Black*, 538 U.S. at 363.

(63) See Karst, *supra* note 33, at 1347-48 (脅迫の定義部分から、主観的意図が必要であるとすると)、Frederick Schauer, *Intentions, Conventions, and the First Amendment: The Case of Cross-Burning*, 55 SUP. CT. REV. 197, 217 (2003) (Black 判決により、脅迫者が明確に畏怖させる意図があったという証明が求められていることが明らかになったとする)。

(64) See Mason, *supra* note 61, at 60-64 (第1巡回区から第11巡回区までの中で第9巡回区だけが主観テストを採用と整理)。

(以下、Planned Parenthood 判決⁽⁶⁵⁾) は、人工妊娠中絶に反対するグループが、「WANTED (指名手配者の意)」という見出しのポスター等を用いて、⁽⁶⁶⁾中絶を行う医師の暗殺を示唆した事例である。⁽⁶⁷⁾

医師たちはこれを脅迫であるとして訴訟を提起し、陪審裁判において勝訴したほか、当該中絶反対グループのポスターの配布とウェブサイトの運営に対する差止命令を勝ち取った。⁽⁶⁸⁾しかし、第9巡回区合衆国控訴裁判所は、本件の言論は妊娠中絶という政治的論点に関わるという理由で、脅迫

(65) Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coal. of Life Activists, 290 F.3d 1058 (9th Cir. 2002) (en banc), *cert denied*, 539 U.S. 958 (2003).

(66) 英語表現における WANTED は、しばしば wanted dead or alive (対象者の生死を問わず、身柄を引き渡した者に報償金を支払う) という形で用いられることもあって、日本で捜査協力を求める場合の「指名手配者」と異なり、死や暗殺という結果が示唆されている点に注意。

(67) Planned Parenthood 判決は極めて複雑な事実関係にもとづく事件であるが、脅迫にかかわる行為としては、①中絶を行う医師を人道上の罪で有罪とすると指弾するポスターを配布した、②ウェブサイトで、ナチスのホロコーストを想起させる画像や血まみれの胎児の画像、殺された乳児の画像とともに、中絶を行う医師の氏名、住所、電話番号等を公表した、③ウェブサイトで、当該中絶医の逮捕や医師免許の剥奪に役立つような情報を提供した者に5000ドルの報奨金を出すことを告知した、④ウェブサイトで、本件の活動家とは異なる犯人によって殺された3人の中絶医の氏名を含む、人工妊娠中絶を実施、あるいは支持する医師や政治家、活動家らの氏名を公表した、⑤④にかかる医師らについて、生存者、負傷者を異なる色で表示した上、死亡した者については氏名を抹消線で消すなどの行為により、暗殺計画の存在を仄めかした、ということが挙げられる。Planned Parenthood 判決については、以下の文献を参照。Lori Weiss, *Is the True Threats Doctrine Threatening the First Amendment?* Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coal. of Life Activists *Signals the Need to Remedy an Inadequate Doctrine*, 72 *FORDHAM L. REV.* 1283 (2004).

(68) Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coal. of Life Activists, 41 F. Supp. 2d 1130 (D. Or. 1999).

には当たらず第1修正によって保護されると逆転判決を下した。⁽⁶⁹⁾ 全員法廷による再審理では、6対5という僅差で、再び、陪審評決を支持した。法廷意見は、脅迫は、害悪 (evil), 傷害 (injury), あるいは損害 (damage) を他人に引き起こす意図の表明を含み、合理人であれば、合理的な受け手はその言葉によって自分が暴力の対象となっていると予見できる場合に成立するという、複合的な基準を示した。⁽⁷⁰⁾ その上で、別の活動家によって配布された、類似のポスターに氏名を掲げられた医師が実際に殺害されたという経緯を重く見て、脅迫が成立すると判示した。⁽⁷¹⁾

Planned Parenthood 判決は、主観テストと客観テストの双方が影響を及ぼした複合的な事案だと言われるが、⁽⁷²⁾ その3年後の別の事件では、第9巡回区ははっきりと「本法廷は意図の要件について非常に重要性を置いてきた」⁽⁷³⁾ と述べるようになった。その際には Planned Parenthood 判決とほぼ同様の理論構成をとっていることなどから、第9巡回区は、話者の主観面を重視しているとされ、事実、他の巡回区と際立った特徴を見せてきた。⁽⁷⁴⁾ こうした特徴は、より最近の事例である *United States v. Bagdasarian* 判決でも維持されている。⁽⁷⁵⁾ この事例では、被告は、2008年の大統領選挙

(69) *Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. Am. Coal. of Life Activists*, 244 F. 3d 1007 (9th Cir. 2001).

(70) *See Planned Parenthood*, 290 F. 3d at 1075.

(71) *See id.* at 1088.

(72) *See Crane, supra* note 42, at 1265-66 (第9巡回区でも合理人テストが用いられたことがあり、主観テストが採用された象徴的な巡回区とするのは紋切り型の評価であることを注記).

(73) *United States v. Cassel*, 408 F. 3d 622, 631 (9th Cir. 2005) (土地の売買に絡んで、購入希望者に不穏当な発言を繰り返し、購入を辞退させた事例).

(74) *See id.* at 633.

(75) *United States v. Bagdasarian*, 652 F. 3d 1113 (9th Cir. 2011).

の2週間前に、オバマ大統領候補（当時）を人種的に中傷し、かつ「じきに50口径（の拳銃の弾：筆者追加）を頭に撃ち込んでやる」などの一連のメッセージをインターネットの掲示板に匿名で書き込んでいた。シークレット・サービスは捜査の末、被告が実際に50口径のライフル銃と銃弾を所持していることを突き止め、また選挙当日には「では計画通り始めようか（And so it begins）」というタイトルで、1発打ち込めば大爆発が起こるといふ趣旨のメッセージと、ガス爆発と瓦礫の山のビデオへのリンクが貼られているメールが送られていることが判明した。被告は、地裁で裁判官による裁判で有罪判決を受けたが、第9巡回区合衆国控訴裁判所は、有罪判決を破棄した。法廷意見は意図の問題について、明確に、Black判決は主観テストを採用したものと理解し、あらゆる脅迫罪の規定の解釈において、主観テストが読み込まなければならないとした。しかし、同時に、Black判決の「違法な暴力行為を行うという意図を本気で表して伝えようとする」の部分を引用して、行為者の脅迫の意図は、主観的かつ客観的なものでなければならないとも述べており、ここでも主観テストと客観テストの双方を組み合わせるアプローチを採用していると言える。⁽⁷⁶⁾

このように、Black判決と脅迫を判断する際の基準について、様々な見解の対立が見られるようになり、加えて、主観テスト、客観テストという言葉の定義についても、様々な理解や整理が見られた。⁽⁷⁷⁾ 一方、他の巡回区に目を向けると、第9巡回区と第10巡回区を除くと、⁽⁷⁸⁾ 大多数の巡回区で

(76) See *id.* at 1116-17 (citing *Black*, 538 U. S. at 359).

(77) 例えばある論者は、主観テストはさらに2つの類型、すなわち脅迫を実行するという特別の意図のテスト (the specific intent to carry out the threat test) と脅迫の特別の意図テスト (the specific intent to threaten test) に別れ、客観テストも、合理的話者テスト、合理的受け手テスト、中立的合理人テストの3つに分かれるとする。See Crane, *supra* note 42, at 1235-36.

は、Watts 判決からの連続性も考慮して、客観テストが支配的であった。⁽⁷⁹⁾

3 下級審における客観テストの定着

Black 判決後に下級審が客観テストを採用することをいち早く明確にした事例としては United States v. Carmichael 判決をあげる⁽⁸⁰⁾ことができる。この事件では、違法薬物の売買で訴追された被告が、ウェブサイトにおいて、当該事件の捜査に関わった捜査官や情報提供者を「WANTED」として名指しし、氏名と顔写真を掲げていた。政府は情報提供者が恐怖心から法廷での証言を洩るようになっていたことを主張し、また顔写真の公表は報復行為の可能性を高め、今後の薬物捜査に支障をきたすという理由で、連邦の刑事訴追に関わる証人らに対するハラスメント等をやめさせる保護命令 (protective order) の発給を求めた。⁽⁸¹⁾しかし裁判所は、ウェブサイ

(78) 第10巡回区が主観テストの立場を明らかにしたのは2014年からである。See United States v. Heineman, 767 F. 3d 970 (10th Cir. 2014) (白人至上主義の思想を信奉するメールを大学教授に送りつけ、その中に「お前を捉え、殺し、ナイフで顔を剥ぎ取り、お前は喉から溢れ出す血で窒息する」という内容が含まれていた事例で、被告が実際に暴力を振るう意図があったかを考慮しなかったとして地裁の有罪評決を破棄差し戻した事例)。

(79) See, e.g., P. Brooks Fuller, *Evaluating Intent in True Threats Cases: The Importance of Context in Analyzing Threatening Internet Messages*, 37 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 37, 54-73 (2015) (客観テスト (合理的な話者基準, 合理的な受け手基準) と主観テストの3種類について巡回区の判例を整理)。See also Marc Rohr, "Threatening" Speech: *The Thin Line Between Implicit Threats, Solicitation, and Advocacy of Crime*, 13 RUTGERS J. L. & PUB. POL'Y 150, 153 (2015) (最高裁は Black 判決で主観テストを導入しようとしたが、それに失敗したと評価)。

(80) United States v. Carmichael, 326 F. Supp. 2d 1267 (M. D. Ala. 2004). See Amy E. McCann, *Are Courts Taking Internet Threats Seriously Enough? An Analysis of True Threats Transmitted over the Internet, as Interpreted in United States v. Carmichael*, 26 PACE L. REV. 523 (2006)。

トに、捜査員や情報提供者を畏怖させる目的はなく、単に無罪の主張をしていることと、事実関係とともに本件に関わる人物について世間に知らしめることが目的である旨の但し書きがあることを指摘した⁽⁸²⁾。その上で、このサイトが作り出す一般的に威嚇的な雰囲気 (atmosphere of intimidation) によって、関係者が、直ちに物理的に脅迫されていると感じることはないとして、脅迫の成立を認めなかった⁽⁸³⁾。この事件では、Black 判決が脅迫の定義を明確にしなかったとしながらも、この裁判所が含まれる第11巡回区の先例を引いて客観テストを取ることを明らかにし、客観テストが巡回区の中でも多数派となっていると述べている⁽⁸⁴⁾。

また United States v. Turner 判決⁽⁸⁵⁾では、インターネット上で行われた脅迫について、合理人の基準で判断すると明確に判示した。この事件は、銃所有を支持する被告によって運営されるウェブサイトが、シカゴ市の採用する銃規制に対して合衆国憲法第2修正は適用されないと判示した第7巡回区合衆国控訴裁判所の裁判官3人を「殺されてしまえばいい」と非難し、別の合衆国裁判官について「死に値する」と書いた直後にその家族が殺された事実に触れ、その殺害者に対して自分は指示することができることを示唆していた。また、各裁判官の顔写真や職場の住所、部屋番号等を示した上、自動車等による侵入防止の柵の位置を表示したことが問題になった。事件は安全上の理由から第2巡回区に位置するニューヨーク州合衆国地方裁判所に送られ、陪審によって有罪評決が下された。第2巡回区合衆国控訴裁判所は、被告の主張に対して、客観テストの合理的な受け手基準で判

(81) See *Carmichael*, 326 F. Supp. 2d at 1273.

(82) See *id.* at 1272.

(83) See *id.* at 1287-90.

(84) See *id.* at 1280-81 (citing *United States v. Alaboud*, 347 F. 3d 1293, 1296-97 (11th Cir. 2003)).

(85) *United States v. Turner*, 720 F. 3d 411 (2d Cir. 2013).

断するとした。⁽⁸⁶⁾ Black 判決の理解については、最高裁が主観テストを採用したという可能性を検討した上で、仮に主観テストを採用したとしても、⁽⁸⁷⁾ 本件の結論はやはり同じであるとも述べている。

4 客観テストへの疑問

Black 判決以降の下級審の対応としては、客観テストが多数を占めていたと言えるが、それは無条件に受容されたものではなかったようである。また客観テストとは一体何かということについて、裁判所が、混乱しているように見受けられる事例も少なからず存在した。麻薬犯罪の情報提供者を密告者リスト (snitch list) としてまとめ、彼らをネズミども (rats) と言及して Facebook に投稿していた事例において、アイオワ州合衆国地方裁判所は、被告は脅迫を意図していなかったと結論づけた。⁽⁸⁸⁾ 同裁判所が所在する第 8 巡回区は、Black 判決以前から一貫して合理的受け手のテストを採用していた。⁽⁸⁹⁾ しかしながら、この事件では、様々な周辺の事情を考慮して被告の主観面を検討しており、脅迫法理や判断基準となるテストの明確化を放棄しているように見える。

また客観テストを採用しつつも、結論を述べた裁判官自身が、客観テストへの疑問を示した事例として、本稿冒頭で紹介した *United States v. Jeffries* 判決がある。⁽⁹⁰⁾ これは離婚した妻と娘の養育権に関する訴訟で争っていた被告が、裁判所でのヒアリングが行われる 5 日前に、自作の楽曲を You Tube にアップロードした事例である。この「娘の愛 (Daughter's

(86) *See id.* at 420.

(87) *See id.* at 420 n.4.

(88) *United States v. Amaya*, 949 F. Supp. 2d 895 (N. D. Iowa 2013).

(89) *See id.* at 910-11.

(90) *United States v. Jeffries*, 692 F. 3d 473 (6th Cir. 2012).

love)」と題された曲の中で、被告は、自身に不利な裁定を下した場合、⁽⁹¹⁾担当裁判官を殺害すると歌っていた。第6巡回区合衆国控訴裁判所は、被告の主観的意図は脅迫の成立には関係がないとした同巡回区の先例に従い、合理人が脅迫と捉えるか否かが重要であるという客観テストをとる立場を⁽⁹²⁾明確にした。そして、脅迫の成立には主観的意図の証明が必要であるとい⁽⁹³⁾う被告人の主張を、Black 判決を読み間違えたものとした。

この事例は歌やビデオによる脅迫が連邦法 §875(c) のもとで訴追され有罪となった、最初の事例であると言われる。⁽⁹⁴⁾本件は、事件そのものについては客観テストに依りつつ、⁽⁹⁵⁾法廷意見を執筆した Sutton 裁判官は、疑問提示意見 (dubitante opinion) ⁽⁹⁶⁾の中で、客観テストに疑問を呈した。そして複数の辞書の定義を参照しながら、脅迫という言葉にはもともと意図の要素が含まれていることに注目し、①主観的に脅迫が意図されていること、②客観的に脅迫であると言えることの2つの点から判断する新しい基準を⁽⁹⁷⁾提案した。

(91) See *id.* at 475-77 (歌詞中の「これはお前への歌だ、裁判官」、「俺から娘を奪うなら、俺はお前の命を奪ってやる」、「これは冗談じゃないぜ、裁判官よ」、「俺は本気だ、お前が止めないなら、お前を殺す」、「正しいことをするんだ」などの言葉を摘示)。

(92) See *id.* at 479.

(93) See *id.* at 479-80.

(94) See *id.* at 482.

(95) 疑問提示意見とは、裁判官が、当該事件のある争点の理解について、それを誤りだと述べるわけではないが、疑問があるということを示すための個別意見の一種である。See BLACK'S LAW DICTIONARY 537 (8th ed. 2004).

(96) See *Jeffries*, 692 F. 3d at 483-86 (Sutton, J., dubitante).

(97) See *id.* at 485.

IV 最高裁の前進－脅迫罪の犯意 (mens rea)

1 Black 判決の残した課題

しばしば、Black 判決による脅迫の定義は、説明よりもより多くの混乱を生み出したと言われる。⁽⁹⁸⁾ 前章で見たように、Black 判決による脅迫の定義は、Watts 判決よりも具体的であったとはいえ、脅迫の成立について、話者にどのような意図が必要なのか明示せず、そのことについての下級審の判断は分裂した。

また Black 判決の前後の脅迫の事例では、インターネットが言論の状況において果たす役割が飛躍的に増大したという点も見逃すことができない。⁽⁹⁹⁾ 脅迫か否かの判断において、当該言論がなされた文脈が考慮されなければならないとしたら、インターネット上の脅迫は、強盗の手段の場合のような古典的な対面で行われる脅迫とは違った評価を受けるのだろうか。⁽¹⁰⁰⁾

(98) See, e.g., Crane, *supra* note 42, at 1226.

(99) See, e.g., Brenner, *supra* note 20, at 761 (テレビ・新聞・ラジオといった旧来型のメディアとインターネットとの違いを重視), Scott Hammock, *The Internet Loophole: Why Threatening Speech On-Line Requires a Modification of the Courts' Approach to True Threats and Incitement*, 36 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 65, 81-86 (2002) (インターネット上の言論は、これまで脅迫や違法行為の教唆が問題になった事例における言論状況とは本質的に異なることを詳述)。

(100) 下級審では、インターネットの特性に言及した事例が若干見られる。例えば、反政府的態度を持った被告が、Facebook 上で、権威者に対して楯突く意図で、自身の(実際には存在しない)宗教的信者に対して、警察官、政治家、裁判官などを殺せと発言した事例である *United States v. Wheeler*, 776 F. 3d 736 (10th Cir. 2015) では、裁判所は Facebook における発言の仕組みや他のユーザーとの交流の仕組みについて説明したり、インターネットでは、伝統的メディアに比べて一度に大量の聴衆に向けて匿名で発言することが可能であり、匿名で発言できることが、話者をより過激にさせる

最高裁は、脅迫に関するこれらの重要な問題について沈黙を続けてきたが、ついに2015年6月にある判決を下した。脅迫の成立に関する最高裁の最新判例として、以下、詳しく検討する。

2 Elonis v. United States 判決

Elonis v. United States 判決⁽¹⁰¹⁾は、Facebook での投稿が、脅迫になるかどうか争われたものである。被告は、職場の同僚に対するハラスメント行為が原因で職場を解雇された。その後、Facebook に暴力的な内容を含む投稿を頻繁に行うようになった。特に、7年間別居している被告の妻に向けて、有名ラップ・アーティストである Eminem の作品を真似て作られた、自作のラップの歌詞を Facebook に投稿するようになった⁽¹⁰²⁾。その投稿は、以下の内容を含んでいた。

もしこうなるってわかってたら、お前のケツに枕をおち込んで、車の後部座席に放り投げて、Toad Creek から突き落としてやったのに強姦殺人のように見せかけてな

お前を愛する方法は1つしかないが、殺す方法なら1000通りある
お前の体がめちゃくちゃになり、血に染まって、その身体中の傷で苦

可能性があること、聴衆の誰かがそれを脅迫と受け取る可能性があることを注記している。

(101) Elonis v. United States, 135 S. Ct. 2001 (2015).

(102) See Brief for the Petitioner at *53-55, Elonis v. United States, 135 S. Ct. 2001 (2015), 2014 WL 4101234 (Eminem の作品である Kim と '97 Bonnie & Clyde において、Eminem が元妻を殺害し湖に捨てることを夢想する描写があり、被告は Eminem がこのような歌詞を書くことができるのであればそれは自分も許されると信じたと主張)。

しんで死ぬまでやめる気はないぜ さっさと死ぬがいい、クソアマ、
そしてお前の死体に精液をぶちまけてやる 浅く作られたお前の墓の
てっぺんからな 俺はナイスガイだったが、お前は売女になった お
前のせいじゃないんだろが、お前は親父に犯されるのがお気に入り
だった だからさっさと死ぬがいい、クソアマ⁽¹⁰³⁾

これらの投稿を見た妻は恐怖を感じるようになり、その結果、州裁判所
から虐待からの保護命令が出された。このことについてさらに被告は次の
ように投稿した。

命令書を折り曲げてポケットに入れてみろよ 銃弾を防げるくらい分
厚くなったか？ 命令を実行にうつしてみろよ そもそもそれは間違っ
て出されたもの 裁判官は勉強が足りねえぜ 脅迫の法理ってもんが
わかってないのさ ムショに入ったところで何にも変わりゃしない
もし悪いことが重なるなんてことがあれば もう爆発しちまうぜ 州
警察のやつらの世話なら任せとけよ⁽¹⁰⁴⁾
(この後、Wikipedia の「言論の自由」の項へのリンク)

この頃から被告は FBI の監視対象となり、一度捜査員が被告の自宅を
訪問している。その後以下に以下の投稿がなされる。

お前らはクソだ FBI がドアをノックしてきた時な かわい子ちゃん
の方は俺のすぐそばに立ってたよ そいつを殺っちまわないように随

(103) United States v. Elonis, 730 F. 3d 321, 324 (3d Cir. 2013).

(104) See *id.* at 325–26.

分と我慢したぜ ナイフを出して手首をひねり、喉をかき切ってやる
相棒の腕に抱かれて、頸動脈から血が流れていく（笑い声）次
に来るときは令状を持ってこいよ SWAT を連れてきて、家にいる
ときは爆破物処理班を連れて来な お前らわかってねえんだよ、俺は
爆弾を抱えてるのさ 靴も履いてねえのに着替えるのにこんなに時間
がかかったのは何故だと思う？ お前らが来て俺に手錠をはめて床に
ねじ伏せるのを待ち構えてるのさ ポケットの起爆装置にふれば、
俺たちみんな（ドカーン） 一件落着だろ？

クソ、俺はただのキチガイ野郎さ バカなお前たちを思い通りに支配
して慰みものにするのに夢中なのさ 俺の話を見かねえのなら、俺は
有名になるぜ だって俺は夢見るラッパー、有名になりたいのさ テ
ロの捜査を受けてるラッパーなのさ 街を（イラクの：筆者注）ファ
ルージャのように変えると思ってるんだろう でもどの橋がやばいか
なんて言う気はないぜ 川やら道に砕け散るか もしこれをマジで信
じるって言うなら その橋とやらを粉々にして明日お前に売ってやる
よ（ドカーン！）（ドカーン！）（ドカーン！）⁽¹⁰⁵⁾

これらの投稿が原因で、被告は、元職場の同僚、別居中の妻、そして
FBI 捜査官への脅迫について、§875(c) で訴追された。ペンシルヴェイニ
ア州合衆国地方裁判所は、陪審に対する説示の際、第3巡回区合衆国控訴
裁判所の先例に従い、脅迫を行う故意の証明までは不要であるとした。陪
審は有罪評決を下し、第3巡回区控訴裁判所もこれを支持した。そこで被⁽¹⁰⁶⁾

(105) See *Elonis*, 135 S. Ct. at 2006-07.

(106) *United States v. Elonis*, 730 F.3d 321 (3d Cir. 2013).

告が裁量上訴を申立て、認められた。

最高裁は、8対1で原審を破棄差戻した。ロバーツ首席裁判官による法
 廷意見⁽¹⁰⁷⁾は、まず刑罰法規の解釈のルールについて明らかにした。先例を引
 きながら「刑事事件というためには、非行は意識的なものでなければならない」とか「被告は心的に非難に値しなければならない」という基本原則
 を確認し、被告の有罪のためには、有罪の心理状態 (a guilty mind) の証
 明が必要であるとした⁽¹⁰⁸⁾。

次に、本件連邦法が、要求される心理状態について沈黙していることに
 注目し、そのような場合には、当該連邦法は、無実の行為と違法な行為を
 分けるために必要な犯意 (mens rea) のみを含んでいると読まなければ
 ならないとした⁽¹⁰⁹⁾。では脅迫罪の成立のために必要な犯意とは何か。§
 875(c) は①ある発言 (a communication) が伝達された、②その発言は脅
 迫を含んでいた、の2つの証拠を必要とする。換言すれば、無実の行為と
 違法の行為を分ける決定的要素は、当該発言の脅迫的性質である。そこで
 法廷意見は、被告の有罪の証明に必要な心理状態の要件は、当該発言が脅
 迫を含んでいるという事実について適用されなければならないとする⁽¹¹⁰⁾。つ
 まり、有罪の証明には、被告がその言論の脅迫的性質をどう評価していた
 かという証明が必要だったのであり、もっぱら、合理人が脅迫だと解釈す
 るであろう言論か否かに依拠して判断した陪審の有罪評決は誤りであると
 判示した⁽¹¹¹⁾。これは脅迫の成立には特別の意図 (specific intent) が必要で
 あり、一般的意図 (general intent) では足りない——それは法廷意見の

(107) スカリア, ケネディ, ギンズバーグ, ブライヤー, ソトマイヨール,
 ケイガン同調。

(108) *See Elonis*, 135 S. Ct. at 2009.

(109) *See id.* at 2010.

(110) *See id.* at 2011.

(111) *See id.* at 2011-12.

言葉によれば過失 (negligence) で必要なものである⁽¹¹²⁾——ことを示したものである。

一方で、法廷意見は、被告人の心理状態に関する証明を陪審に評価させなかったという説示の誤りを認定するにとどまり、どのような心理状態の証明が必要なのか、そしてなぜ心理状態の証明が必要なのかも明らかにしなかった⁽¹¹³⁾。このことについてアリート裁判官は一部同意一部反対意見を書き、次のようにありうる解釈について整理した。すなわち、脅迫は「他人に対して害悪 (evil), 傷害 (injury), 損害 (damage) を引き起こす意図の表明と合理的に解釈される言明」と定義できるのだから、脅迫の成立に必要な証明は、事実として、脅迫であると合理的に解釈される言明を伝えたということである⁽¹¹⁴⁾。その際に被告人を有罪とできる心理状態 (つまり犯意) としてありうるのは、脅迫を伝える意図 (the purpose of conveying a threat) か、自分の言葉が脅迫になるという認識 (knew that his words conveyed such a threat) か、あるいは無謀 (reckless) であり、アリートは、無謀で十分であると言う⁽¹¹⁵⁾。アリートによれば、脅迫の成立のためには、たとえ連邦法がそのことについて沈黙していたとしても犯意が必要であったこと、その犯意から過失 (negligence) を排除した法廷意見は正しい⁽¹¹⁶⁾。しかし当該条文に犯意の中身が記されていないのであれば、過失が排

(112) *See ibid.*

(113) *See United States v. White*, 810 F. 3d 212, 220 (2016) (Elonis 判決は純粹に制定法の解釈の問題として判断されただけで、第 1 修正との関連で、脅迫のためには脅迫の主観的意図が必要なのか否かという問題については述べていないと指摘)。

(114) *See Elonis*, 135 S. Ct. at 2014 (*citing* WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY 2382 (1976)) (Alito, J., concurring in part, dissenting in part)。

(115) *See id.* at 2013-14.

(116) *See id.* at 2014-15.

除されていればそれで十分であり、それは、心理状態の区分として過失の1つの上の状態である無謀から犯意となる。⁽¹¹⁷⁾ アリートはこのように述べて、
法廷意見よりも一歩踏み込んだ判断を示した。

一方、法廷意見は脅迫と言論の自由の関係について検討する必要はないとしたが、⁽¹¹⁸⁾ アリートは、無謀以上の犯意があれば、その脅迫的言論は、言論の自由によって保護されないという立場を示した。⁽¹¹⁹⁾ 本件被告は、被告自身が抱える精神的苦痛に対処するという治療目的、ないし精神浄化の目的で当該発言を行なったのであるから保護されると主張したが、そのような効果が認められるのは、自分の言葉が相手に害悪を及ぼすということを認識している場合に限られるのであるから、その意味で、無謀以上の犯意があると云わざるを得ない。そしてアリートは、被告の目的が何であれ、被害者の受ける損害は同じであり、憲法上の保護に値しないと述べた。⁽¹²⁰⁾ また、自身の言葉はプロのラップ歌手と同じであるという主張についても、聴衆のために演奏された音楽の歌詞と、現実の人物に対してソーシャルメディア上で行われた発言 (statement) では文脈が異なり、後者は深刻に受け止められる可能性が高いとした。⁽¹²¹⁾ アリートは、脅迫の訴追と言論の自由との調整原理について、New York Times Co. v. Sullivan 判決を持ち出し、無謀で十分であることについて説得力を持たせている。

ただ1人反対意見を述べたのはトマスである。トマスによれば、意図について規定されていない連邦法については一般的意図の証明があれば十分であり、その内容は、被告がある発言を伝え、当該発言で用いられた言葉

(117) *See id.* at 2015-16.

(118) *See id.* at 2012.

(119) *See id.* at 2016.

(120) *See ibid.*

(121) *See ibid.*

を知っており、自身が伝えた言葉の、文脈における通常の意味を知っていることの証明であるとした。⁽¹²²⁾

3 *Elonis v. United States* 判決の評価

Elonis 判決は、2003年の *Virginia v. Black* 判決以来初めて、最高裁が脅迫の事件で判断するものであった。⁽¹²³⁾ *Elonis* 判決は刑事法の解釈の問題であったから、判決で用いられている言葉は、いきおい、刑事法において被告の心理面を議論する際に使われる用語、すなわち、一般的意図と特別の意図が中心になった。

特別の意図という場合に、それがどのような主観の状態を指すのか、法廷意見は述べなかった。法廷意見が述べたのは主観面を陪審に考慮させない説示は誤りであるということだけであった。この部分に踏み込んで、アリートは、特別の意図の場合に想定される話者の状態として、脅迫を伝える意図、自分の言葉が脅迫になっているという認識、あるいは無謀の3つをとりあげ、これら全ての場合に脅迫が成立するとした。⁽¹²⁴⁾

前二者については、わが国では目的故意と認識故意という訳語があてられることがある。⁽¹²⁵⁾ その両者の差は、結果発生そのものを目的として行為しているか、結果発生を確かに認識しているかの違いと言えるが、結果が発生することへの認識とそのための行動を伴う点では共通しており、実質的には両者に差はない。⁽¹²⁶⁾ このため、わが国の刑法学での議論では、両者とも

(122) *See id.* at 2018 (Thomas, J., dissenting).

(123) *See Fuller, supra* note 79, at 39.

(124) *See Elonis*, 135 S. Ct. at 2013-14 (Alito, J., concurring in part, dissenting in part).

(125) ヨシユア・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』200-02頁（2008）。

(126) *See Maria Brusco, Notes, Read This Note or Else!: Conviction under 18*

確定的故意に該当するものと言える。

これに対して最後の無謀は「重大かつ正当化し得ない危険を意識的に軽視する」場合である。⁽¹²⁷⁾これはわが国でいう、故意と過失の境界である、未必の故意と認識ある過失の双方を含む概念であると考えられるが、不注意で (negligently) 危険を軽く見積もる場合とは異なる。アリートが、無謀を過失の1つ上の(故意寄りの)概念として整理しているところから見て、過失よりも、わが国でいうところの故意(未必の故意)により近い概念であると言える。⁽¹²⁸⁾

要するに、Elonis 判決は、連邦法 §875(c) に基づく脅迫の、故意犯としての性格を明確に宣言したものと言える。しかし、法廷意見が一般的意図では足りないというのは、本件連邦法の解釈として問題があるとするのか、あるいは言論の自由の保護の点から見て問題があるのか、明らかにしなかった。また、想定される特別の意図がどのようなものかについても述べなかった。本件のような、インターネットやソーシャルメディア上で行われる脅迫的言論に固有の問題も取り上げなかった。アリートは「何が法であるかについて語るのは、断然、司法部の領域であり義務である」と述べ最高裁に違憲立法審査権があることを宣言した *Marbury v. Madison* 判決の言葉を引きながら、法廷意見の態度を「何が法でないかのみを語るのは、断然、本法廷の特権である」⁽¹²⁹⁾と揶揄している。以下では、Elonis 判

U.S.C. §875(c) for *Recklessly Making a Threat*, 84 *FORDHAM L. REV.* 2845, 2853 (2016).

(127) ヨシユア・ドレスラー (星周一郎訳) 『アメリカ刑法』202-03頁(2008)。

(128) See *Elonis*, 135 S. Ct. at 2015-16 (Alito, J., concurring in part, dissenting in part).

(129) See *id.* at 2013 (*citing* *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803)) (Alito, J., concurring in part, dissenting in part). See also Joseph

決に期待されていたことと、それらに対する最高裁の対応を検討する。

V Elonis 判決が残した課題

論

1 犯意の選択と被害者救済

脅迫を成立させる主観面が一般的意図だとすると、脅迫的な言葉を発しているという認識で足りるので、合理人がそれを脅迫だと解釈すればそれで成立する。言論の自由の保護の観点から、脅迫罪の成立には特別の意図の証明が必要であり、主観面について高いレベルの証明を重視したことは、多くの論者によって、概ね肯定的に評価されていると見て⁽¹³⁰⁾良い。もっとも、特別の意図のうち、無謀より上の、認識故意まで求めるか、無謀で足りる

説

Russomanno, *Facebook Threats: The Missed Opportunities of Elonis v. United States*, 21 COMM. L. & POLY 1, 3 (2016), Marley N. Brison, Notes, *Elonis v. United States: The Need for a Recklessness Standard in True Threats Jurisprudence*, 78 U. PITT. L. REV. 493, 495 (2017) (判決が明らかにしなかったことの多さは、最高裁の義務の懈怠を示すレベルに達していると批判).

(130) See, e.g., Marley N. Brison, Notes, *Elonis v. United States: The Need for a Recklessness Standard in True Threats Jurisprudence*, 78 U. PITT. L. REV. 493 (2017), Matt Kass, Note and Comment, *Elonis v. United States: At the Crossroads of First Amendment and Criminal Jurisprudence in the Digital Age*, 43 RUTGERS COMPUTER & TECH. L. J. 110 (2017), Maris Snell, Comment, *Section 875(c): Not for All Intentions and Purposes*, *Elonis v. United States*, 135 S. Ct. 2001 (2015), 68 FLA. L. REV. 1495 (2016), Michael Pierce, *Prosecuting Online Threats After Elonis*, 110 NW. U. L. REV. ONLINE 51 (2015), Mary Margaret Roark, *Elonis v. United States: The Doctrine of True Threats: Protecting Our Ever-Shrinking First Amendment Rights in the New Era of Communication*, 15 U. PITT. J. TECH. L. POLY 197, 216-17 (2015). But see Madison Peak, *The Implications of the U. S. Supreme Court's Decision in Elonis v. United States for Victims of Domestic Violence*, 28 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 587 (2016) (家庭内暴力の被害者保護の観点から Elonis 判決を批判し、合理人の基準による全体状況テストの採用を主張).

とするかについては、見解が分かれている。⁽¹³¹⁾

脅迫の立証を困難にすることは、脅迫的な言葉を受けて恐怖に怯える被害者をどのように保護するかという懸念を生み出す。本件で問題になった発言のように、インターネットやソーシャルメディア上で行われる脅迫的言論については、政治的言論の要素を含まず、特定の間人関係を前提としてなされるものがしばしば見られる。⁽¹³²⁾特に家庭内暴力の事例では、脅迫は、⁽¹³³⁾家庭内暴力の加害者がもっとも頻繁に用いる方法であるとされている。家庭内暴力の被害者は、Elonis 判決の被告の妻のように、州裁判所から虐待からの保護命令を得ることができるが、この場合でも、犯罪の定義について連邦法が裁判所によって参照されることがしばしばある。Elonis 判決により、連邦法上の脅迫の成立要件が厳格化されることは、保護命令の獲得をも困難にする可能性がある。⁽¹³⁴⁾特別の意図によるとしても、被害者保

(131) See Enrique A. Monagas, Carlos E. Monagas, *Prosecuting Threats in the Age of Social Media*, 36 N. ILL. L. REV. 57, 77-78 (2016) (2人の間で交わされた冗談が他者によって脅迫と解釈される可能性から、無謀の基準では言論が萎縮すると主張), Snell, *supra* note 130, at 1504-07 (脅迫的な言論の管理においてミスがあった場合を有罪にしないためにも、認識故意が妥当すると主張). *But see* Brison, *supra* note 129, at 514-18 (名誉毀損においても「不注意にも無視すること (reckless disregard)」という概念が導入されていることから見て、言論の自由の保護としては、無謀で十分であると主張), Kass, *supra* note 130, at 125-27 (言論の自由と被害者保護のバランスの観点から無謀が妥当すると主張).

(132) See Michael Barrett Zimmerman, Note, *One-Off & Off-Hand: Developing an Appropriate Course of Liability in Threatening Online Mass Communication Events*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1027, 1044 (2014) (もともと夫婦であるとか顔見知りの関係である場合、被害者の恐怖心は、そうでない場合に比べて強くなると指摘).

(133) See Brusco, *supra* note 126, at 2874.

(134) See *id.* at 2874-75. See also Elizabeth M. Jaffe, *Swatting: The New Cyberbullying Frontier After Elonis v. United States*, 64 DRAKE L. REV. 455, 457

護の観点から、無謀で足りるとするのは、このような事情によるものであ
ろう。⁽¹³⁵⁾

また、別の論者は、犯意を固定化せず、脅迫的言論が向けられた対象に
よって、脅迫の成立の要件を変えることを提唱する。⁽¹³⁶⁾ この考え方では、無
謀で足りるとしたアリート裁判官が New York Times Co. v. Sullivan 判
決⁽¹³⁷⁾を引用したのが、1つの補助線になっている。Sullivan 判決は公人に対
する名誉毀損であったが、その10年後、Gertz v. Robert Welch 判決は、⁽¹³⁸⁾
私人に対する名誉毀損は過失の基準で足りると判示している。つまり、被
害者の損害は話者の意図とは無関係に発生するから、一般的意図ないし過
失でも被害者保護を図る必要性は認められる一方、緩やかな基準を当ては
めると、保護されるべき公的言論が萎縮する恐れがある。そこで、相手が
公人の場合では政治的言論を保護する必要性から特別の意図が妥当するが、
相手が私人の場合にはそのような強い保護を与える必要がなく、またその
ような私人に向けられた言論を規制しても、その目的は私人の保護であり、
公的議論が萎縮することはないと考える、複合型のアプローチが妥当する
と主張するのである。⁽¹³⁹⁾

(2016) (ハラスメントの被害者は *Elonis* 判決により、ますます被害の救済が難しくなると指摘)。

(135) See, e.g., Cassie Cox, *Protecting Victims of Cyberstalking, Cyberharassment, and Online Impersonation Through Prosecutions and Effective Laws*, 54 JURIMETRICS J. 277, 287 (2014) (ネット上のストーカー行為やハラスメントにおいては被害者保護の観点から無謀が採用されるべき), Joseph Russomanno, *Facebook Threats: The Missed Opportunities of *Elonis* v. United States*, 21 COMM. L. & POLY 1 (2016).

(136) See Michael Pierce, *Prosecuting Online Threats After *Elonis**, 110 NW. U. L. REV. ONLINE 51 (2015).

(137) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

(138) *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 347 (1974).

2 インターネット上の言論の評価

Elonis 判決では、被告がインターネットやソーシャルメディアにおける脅迫について、最高裁が初めて判断することが期待されていたが、この点についても、最高裁は何も言及しなかった。⁽¹⁴⁰⁾ インターネットが伝統的なメディアと大きく異なること、我々の生活に深く関わるようになっていくことを考えると、インターネット上で行われる脅迫について考慮すべきいくつかの論点を検討しておくことは重要であろう。⁽¹⁴¹⁾

インターネット上の脅迫という論点について検討する場合、多くの論者は、主観面の考慮の重要性を指摘する。すなわち、ソーシャルメディアでは、その言葉の意味を文字だけで判断することになるので、その発言のニュアンスなどが失われ、誤解にもとづいて判断される可能性が高いとする。⁽¹⁴²⁾ 特に、ソーシャルメディアでは、最初に行った脅迫的内容を含む言論が、

(139) See Pierce, *supra* note 136, at 57-59.

(140) See Jing Xun Quek, *Elonis v. United States: The Next Twelve Years*, 31 BERKELEY TECH. L.J. 1109, 1125 (2016) (ソーシャルメディアと脅迫という論点について未解決のまま残したとして批判).

(141) See, e.g., Brenner, *supra* note 20, at 761 (テレビ・新聞・ラジオといった旧来型のメディアとインターネットとの違いを重視), Hammock, *supra* note 99, at 81-86 (インターネット上の言論は、これまで脅迫や違法行為の教唆が問題になった事例における言論状況とは本質的に異なることを詳述).

(142) See, e.g., Kass, *supra* note 130, at 121-23 (過失の基準では、オンライン上の言論について不当に厳しい評価がされる可能性があり主観テストを採用するのが妥当であると主張), Cameron L. Fields, *Unraveling a Ball of Confusion: Layers of Criminal Intent, Facebook, Rap, and Uncertainty in Elonis v. United States*, 133 S. Ct. 2001 (2015), 36 MISS. C. L. REV. 133, 181-82 (2017) (オンライン上では話者の意図を客観的に確定するのは極めて困難であると主張). See also Kyle A. Mabe, *Long Live the King: United States v. Bagdasarian and the Subjective-Intent Standard for Presidential "True-Threat" Jurisprudence*, 43 GOLDEN GATE U. L. REV. 51, 88 (2013).

第三者によって、別の場所にうつされ、それが最終的に、脅迫的言論の名宛人である被害者の目に止まるという例は少なくない⁽¹⁴³⁾。客観テストでは、脅迫が本人に向けられていなくても脅迫が成立する可能性があるため、主観テストを採用して、話者の意図を慎重に審査する必要があるだろう⁽¹⁴⁴⁾。

もっとも、論者によっては、主観テストを主張しつつも、客観的に確定できるものも含め、諸事実を複数付き合わせて判断するという方法を提唱するものも少なくない⁽¹⁴⁵⁾。とりわけ本件のように、ラップの歌詞のような芸術表現とされるものが脅迫だとされる場合には、その判断はラップという表現の文化的特性や時代性を考慮する必要があると言われる⁽¹⁴⁶⁾。一見暴力的

(143) See Jessica L. Opila, Note, *How Elonis Failed to Clarify the Analysis of "True Threats" in Social Media Cases and the Subsequent Need for Congress Response*, 24 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 95, 98-100 (2017) (ユーザー全体に向けた投稿の形式で特定の個人を脅迫することがありうるなど、SNS上の言論を評価する際の問題点を指摘)。

(144) See Marie-Helen Maras, *Unprotected Speech Communicated via Social Media: What Amounts to a True Threat?*, 19 J. INTERNET L. 3, 8 (2015)。

(145) See, e.g., Fields, *supra* note 142, at 181-82 (脅迫を意図しない話者と被害者の保護をはかるために、特別の意図のうち無謀を採用し、考慮できる要素を増やすことが重要であるとする), Best, *supra* note 48, at 1155-57 (合理的話者の基準と合理的受け手の基準どちらか一方に偏るのではなく、双方をバランスよく考慮することが重要であるとする), Hammock, *supra* note 99, at 96-100 (裁判所は、当該言論が政治的言論を含むか否か、当該言論を発するに至った状況や動機、脅迫の実現可能性、被害者が当該言論を知る可能性、言論の科学的、芸術的性質などを総合的に考慮すべきと主張)。

(146) See Roark, *supra* note 130, at 216-17 (芸術表現と主張されるものが脅迫として訴追される場合には、主観テストの方が陪審に話者の意図を判断させることが可能になるため好ましいと主張), Kass, *supra* note 130, at 125-27 (ラップの歌詞の特徴に詳しい若い学生かそうでないかで評価は変わりうるため、客観テストは機能しないと主張)。

聞こえるラップの歌詞が、アフリカ系アメリカ人が経験する差別体験を告発したりするなどの点で政治的言論たりうるという主張は以前から存在している。⁽¹⁴⁷⁾しかしながら、ラップという表現形態であれば芸術表現や政治的言論として言論の自由によって保護されるとする考え方は、十字架の焼却は人種差別的行為と推定することと本質的にはかわらないものである。⁽¹⁴⁸⁾この意味で、やはりラップの歌詞の評価も、最終的には、文脈次第ということにならざるを得ない。⁽¹⁴⁹⁾

3 Elonis 判決のその後

最高裁による Elonis 判決を受けて、第3巡回区合衆国控訴裁判所は、再び、脅迫罪における説示について検討した。⁽¹⁵⁰⁾しかし、裁判所は、最高裁判決は脅迫罪の犯意についてのみ述べたものであり、もともと脅迫罪には、主観的要件と客観的要件の2つがあり、最高裁判決は前者にしか関係しないとした。⁽¹⁵¹⁾そして Watts 判決と Black 判決に依拠しながら、客観的要素を考慮することにより、脅迫と政治的誇張表現、皮肉、あるいはユーモア

(147) See Jon C. Wolfe, Comment, *Sex, Violence, and Profanity: Rap Music and the First Amendment*, 44 MERCER L. REV. 667, 680-81 (1993).

(148) また、従来の最高裁の理解によれば、規制の対象が政治的言論か、一般的な娯楽表現かで区別するという考え方は認められない。See, e.g., *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 790 (1989) (音楽は、表現と伝達の形式として第1修正により保護される), *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61, 65 (1981) (娯楽表現は政治的表現と同様に保護される)。

(149) See *X-Citement Video v. United States*, 513 U.S. 64, 84 (1994) (Scalia, J., dissenting) (有害なものが、芸術的表現の一部に見られるからと言って、その全てが言論の自由によって保護されるわけではないと主張)。

(150) *United States v. Elonis*, 841 F.3d 589 (3d Cir. 2016).

(151) See *id.* at 596.

を区別することが可能であるとした。⁽¹⁵²⁾

裁判所によれば、重要なことは、脅迫とそうでないものを分ける客観的要素が認められるか否かは、陪審が決定する、ということである。裁判所は次のように述べる。「もし被告がある発言を、脅迫を発する目的で、あるいはその受け手がそれを脅迫とみなすであろうと知りながら伝達し、かつ、陪審がその発言を客観的に脅迫であると決定する場合、被告は・875(c)に違反したことになる。これは被告がその発言が客観的に脅迫的であると同意するか否かに関係がない⁽¹⁵³⁾」。その上で、本件では、多くの証拠から、被告が自分の言論が脅迫的なものであるという認識を持っていたことが明らかであるから、新しい基準の下でも有罪評決を維持することは可能であるとした。⁽¹⁵⁴⁾ Elonis 判決差戻審以外でも同様の判断が見られるとする論者は、①脅迫がその被害者に直接的に向けられている、②脅迫の具体的な方法を含んでいる、③その脅迫が、被告の、被害者を傷つける、もしくは殺そうという、とりわけ暴力的な欲望を含んでいる、という3つの事情が認められる場合には、主観的にも、客観的にも、脅迫の成立を認めることが可能であり、説示の誤りは無害なもの (harmless) とされると指摘している。⁽¹⁵⁵⁾

4 おわりに

本稿では、言論の自由によって保護されない脅迫が成立する条件にはどのようなものがあるかを検討した。脅迫と言論の自由の関係が初めて議論

(152) See *id.* at 596-97.

(153) See *id.* at 597.

(154) See *id.* at 597-601 (妻が虐待からの保護命令を州裁判所から得たという事実を被告本人が知っていたこと、被告のラップ形式による投稿が、過去に他者による警察への通報を招いたことなどを指摘)。

(155) See Opila, *supra* note 143, at 106.

され、真の脅迫 (true threat) という概念が生み出されたのは、1969年の Watts 判決であった。過激な表現を含む政治的言論と脅迫を適切に区別するために、最高裁は、発言がなされた全体の状況を考慮する手法を採用した。やがて言論の自由の保護の観点から、2003年に最高裁は、Black 判決で、話者の主観面における悪意の証明をより求める考えを示した。しかしながら判決の不明確さと、その後のインターネットやソーシャルメディアの普及という、コミュニケーションのあり方そのものが大きく変化したことに伴い、裁判所は、事案ごとに重要と思われる要素に着目しながら事件を処理し続けた。Elonis 判決は、法解釈の問題として、脅迫罪の犯意は、客観的事実の認識ではなく、話者の主観的意図が含まれるとした。しかし実際には話者の主観的意図の証明は、様々な客観的証拠の積み上げによって達成できるものである。

このように、最高裁の考える脅迫の認定方法は、「1周回って」再び Watts 判決の全体状況テストに落ち着いたと言える。インターネット等を通じて行われる脅迫は、単発的行為ではなく、継続的に脅迫的な言葉を書き込むなどの方法をとることが可能である。そのため被害者が常に脅迫的な言葉にさらされることにより、特別な被害感情が生じることがある。すなわち、被害者は加害者と被害者の空間的距離に関係なく、自分は加害者にいつも見られている、加害者は自分のすぐそばにいる、自分は加害者から逃れることができない、という不安や恐怖心、絶望感を抱きやすい⁽¹⁵⁶⁾。そしてその感覚こそが他者の行動の自由を支配するという脅迫行為の実態と言うことができる。このことを考えた時、被害者の置かれた状況や、加害者が脅迫的言論を行うに至った経緯等を、客観的に論証して行くことを求める全体状況テストは、言論の保護のための決定的基準が不明確であると

(156) See Russomanno, *supra* note 129, at 28–34.

いう類の批判を上回る価値があるように、筆者には思われるのである。

論

説

True Threats and Freedom of Speech

Koji HIGASHIKAWA

The Supreme Court of the United States has protected many kinds of speech. Offensive, sexually explicit, violent, or even hateful speech has been protected by the free speech clause of the First Amendment of the Constitution of the United States unless the speech is regarded as a form of the categorical exceptions. True threats, “*statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals*” is the one of such exceptions.

This article examines court decisions of true threats cases and traces how the courts in US jurisdictions have developed the true threat jurisprudence. Part II introduces the first true threats decision from the Supreme Court, *Watts v. United States*, thereby explains a possible conflict between threatening illegal speech and protected political speech. In Part III, I will examine how the US courts decided on the issue of the speaker’s intent in the true threats cases under *Virginia v. Black* ruling. Part IV reviews what the Supreme Courts determined on the issue of mens rea in a recent high profiled case. With the narrow holding in *Elonis v. United States*, the Supreme Court left some important issues unclear, one of which is how we determine the seriousness of the speaker who posted an alleged threatening message on social media.

While the failure to draw a clear guideline for lower courts sounds problematic to free speech advocates, decisions after *Elonis* seem suggesting that courts could consider various factual backgrounds when they determine the speaker’s intent to have a listener scared. At least, it could be fairly said that post *Elonis* “totality of circumstance” approach could be working properly in terms of giving more protection to domestic violence or online harassment victims, who are placed in fear by threatening communications as a part of

offenders' alleged free speech.

論

説