

アメリカ刑事法の調査研究 (165)

米 国 刑 事 法 研 究 会
(代表 堤 和 通)

Elonis v. United States, 575 U.S. ___ (2015), 135 S.Ct. 2001 (2015)

堤 和 通*

脅迫罪の成立について、自己の意思疎通が他者の身体に傷害を負わせるという脅迫を内容とする点に主観的要件の推定が及ぶこと、その主観的要件は過失では足りないことが判示された事例。

《事実の概要》

申請人 Elonis は Tone Dougie というユーザー・ネームで、露骨に暴力的な言葉と画像などを Facebook に活発に投稿していた。投稿時には、投稿した詞が想像上のものであり、実在の人物を模してないという断りが付記されていることが多く、また、自分の書き物は治療上のものであると説明することがあった。

2010年のハロウインのころ、Elonis は勤務先の遊園地で催されたハロウインのイベントで撮った写真を投稿した。その写真では、職場同僚の首にナイフを突き付け、「おれの願望」という説明書きを加えていた。Elonis の Facebook の友だちであった保安責任者がこの写真を見つけ、Elonis は解雇された。

* 所員・中央大学総合政策学部教授

Elonis はこれに応えて、「暗くて霧深いときにはおれのような狂人の手から遊園地を守れはしない。給料をもらっていなくても今でもおれがメイン・アトラクションだ。これほど恐ろしいハロウィンを思いついた者などいやしない。」という記事を投稿し、これが遊園地所有者と従業員に対する脅迫の罪として第一訴因の基礎になっている。

Elonis はまた、離婚する以前に妻と見た風刺画から翻案した記事を投稿している。その風刺画には、「大統領を殺害したいと言うのは違法だが、そのように言うのが違法であることを説明するのは違法でない」という説明書きがあったが、Elonis は、大統領の部分を変えて、「妻を殺害したいと言うのが違法なのは知っているか。……だけど、それを言うのが違法だっというのをお前たちに伝えるのは構やしない……面白いのは、おれがそこにいる誰かに心底妻を殺害させたいというのは違法……。だけど、迫撃砲のことを話すのは違法じゃない。……Facebook まで出掛けて行って、妻の家に迫撃砲を発射するのに一番の場所を……話すのは違法……。」この記事を見た Elonis の妻に対して裁判所が保護命令を発したところ、Elonis は、「(裁判所の命令書を) 畳んでポケットに入れるんだ。厚くて、弾から守ってくれるのか。……おれには爆薬がいくらでもあるから、州の警察まとめて面倒を見るぜ。」とする記事を投稿した。これが、妻と法執行官それぞれに対する脅迫の罪を内容とする第二、第三訴因の基礎になっている。

同じ月に、Elonis は、「半径10マイル内の小学校を調べ上げ名前を挙げている。想像を絶するおぞましい学校襲撃を始めるところだ。……あとはどこにするかだ。」という記事を投稿し、これが第四訴因の基礎になっている。

その間、Elonis の投稿についての遊園地からの通報を受けていた FBI 捜査官は、Facebook への学校襲撃の投稿後に Elonis の自宅を訪ねているが、その後 Elonis は、「次に来るときには令状を持って、特別機動隊と爆発物処理の専門家連れてこい。……おれに手錠をかけて着衣を点検するのを待つのみだ。ポケットの雷管に触ればおれたちみんな『ドカーン』」

という記事を投稿し、これが第五訴因の基礎になっている。

大陪審は *Elonis* を五つの訴因からなる脅迫の罪で起訴した。*Elonis* は本件公訴事実には脅迫の意図が何も主張されていないとして公訴棄却を申し立てたが、公判裁判所は脅迫罪の主観的要件に関する第3巡回区の先例を引いてこれを却下している。公判で *Elonis* は、自身の記事はラップ歌手の歌詞を真似たもので何も新しいことを言っていないと主張し、さらに、真の脅迫を伝達する意図を政府側が証明する責任を負うとする陪審説示を求めている。公判裁判所は *Elonis* の請求を退け、「被告人が意図的に述べたことが、その発言のコンテキスト又は発言がなされた状況下で、その発言が個人の身体に傷害を負わせ、又は生命を奪う意図を本気で表明しているように名宛人が解するであろうことを通常人が予見できる場合には真の脅迫に該当する」という説示を行った。*Elonis* は第一訴因を除く四つの訴因で有罪と認定された。

Elonis は、本件説示には、投稿により脅迫する意図の証明を要件としなない点に誤りがあるとして上訴を申し立てたが、*Court of Appeals* は脅迫罪の成立要件である意図は、被告人が理解し、かつ通常人が脅迫であるとみるであろう言葉を伝達する意図であるとして有罪判決を確認している。

サーシオレイライ認容。

《判旨・法廷意見》

破棄差戻し

1. Roberts 首席裁判官執筆の法廷意見

1 本件脅迫罪の処罰規定 (18 U.S.C. 875 (c)) は、「他人を拐取することを脅迫し又は、傷害を負わせることを脅迫する意思伝達 (communication)」を行う行為について五年以下の収容刑を定める。脅迫の意図が本罪の成立要件であるか否かは条文上明らかではない。

Elonis は、脅迫とは害悪を加える意図を伝達するコミュニケーションであるというが、*Elonis* が指摘するこの意図は、意思伝達の内容に関わるものであって、発話者の意図に関するものではない。他方、政府側は、強要

を意図した脅迫を罰する規定が強要の意図を明文で要件にしていることを指摘し、本件脅迫罪の規定に意図を要件とする明文を欠くのは意図を要件にしない議会の選択を表しているというが、本件脅迫罪の規定で示されている議会の意思は、広く脅迫行為を処罰するということであり、行為者の主観的要件に関する議会の意思を明らかにするものではない。

処罰規定が犯罪の意図を明文で定めていない場合に、明文を欠くというだけで意図を要件としないと解すべきではない。この解釈準則は、「不正行為は犯罪を意識したものでなければならない」という基本原理を反映している。基本原理の中核にあるのは、内心が非難相当であるとき初めて人は罪責を負うという考えであり、裁判所は *mens rea* や罪責の認識 (*guilty knowledge*) などの用語を用いてこの考えを表してきている。

しかし、これは違法性の意識を犯罪成立要件とするということではない。法の不知は犯罪の成立を妨げない。重要なのは、自己の行為を犯罪の定義に一致させる事実を被告人が認識しているか否かである。

例えば、*Morissette* (*Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952)) では、合衆国財産を領得した罪に問われた被告人について、権限のない財物の占有であることに加え、その財物が他人の財産であることを認識していることが犯罪成立要件とされ、*Liparota* (*Liparota v. United States*, 471 U.S. 419 (1985)) では、食糧切符の権限外使用の罪に問われた被告人について、食糧切符の使用に加えて、その使用が権限外であることを認識していることが要件とされ、*Posters 'N' Things* (*Posters 'N' Things, Ltd. v. United States*, 511 U.S. 513 (1994)) では、薬物使用器具の販売の罪に問われた被告人について、違法薬物の摂取という器具の用途を認識していることが要件とされ、*X-Citement* (*United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64 (1994)) では、性行為を行う未成年の視覚的な描写を頒布販売する罪に問われた被告人について、描写の対象が未成年であることが「法的に罪のない行為を不正行為と分ける」決定的な要素であるとして、未成年であるという認識が犯罪成立要件であるとそれぞれ判示されている。

主観的要件について定めがない連邦法の解釈にあたり、先例は、「不正

行為を『そうでなければ罪のない行為』と区別するのに必要な *mens rea*」を要件とするものと解してきている。それには自己の行為の認識が適切な保護策である場合がある。例えば、銀行が管理する金員を実力と暴力を用いて奪取する罪の場合には、実力で奪取する行為があれば「そうでなければ罪のない行為」と区別ができる。他方で、行為の認識だけでは罪のない行為者を保護できない場合がある。例えば、実力による奪取を要件としない犯罪類型で不正取得の意図なしに犯罪が成立するとすれば、一見して罪のない行為を罰する危険を冒すことになろう。

2 「犯罪成立上の主観的要件の推定 (presumption in favor of a scienter requirement)」は、そうでなければ罪のない行為を犯罪として処罰するのに必要なものとして法律が定める各要素についてはたらく。本件の場合に、法的に罪のない行為を不正行為から区別する決定的な要素は、意思伝達が脅迫を内容とすることであり、主観的要件の推定はこの事実までに及ぶ。

ところが、Elonis に対する有罪認定は、Elonis の投稿を通常人がどのように理解するかにかかっている。Elonis 本人が何を思料しているのかを問わずに、通常人を基準として意思伝達が脅迫と理解されるか否かで罪責の有無を決するのは過失責任であり、先例は過失責任を許容することに長きにわたって消極的な態度を取ってきている。

合衆国政府は、そのアプローチでは、意思伝達の内容とコンテキストを被告人が理解していることを脅迫罪の主観的要件とするものであることを指摘し、過失責任の採用を求めものではないという。しかし、発話した言葉と発話の周辺事情の認識を要件としても過失責任を拒絶することにはならない。多くの過失基準が被告人に判明している関連事情を入れており、その場合、裁判所は、その関連事情を認識する通常人を基準に、被告人の行為が有害であると認識したであろうか否かを判断する。被告人が認識した発話内容と発話のコンテキストを主観的要件事実の有無を判断する評価対象にするにしても、その認識がある通常人を評価基準に要件事実の有無を判断するのであれば、それは過失責任である。

合衆国政府は *Hamling* (*Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974)) に依拠する。*Hamling* では、わいせつ物の州際郵送の罪に問われた被告人について、被告人が文書の内容と文書の性格を認識していれば罪責を問うのに十分であると判示されている。*Hamling* が是認した主観的要件は、被告人が郵送物の性格を認識しているか否かで決まるものであって、内容とコンテキストの認識で決まるものではない。

反対意見は *Rosen* (*Rosen v. United States*, 161 U.S. 29 (1896)) を引用するが、これは、郵送物の内容についての被告人の認識の有無、並びに法の不知が争われた事例であって、本件に適切ではない。

本日の判示は、Court of Appeals の判断とは反対に、過失では本件脅迫罪の成立に不十分であることを明確にするものである。Alito 裁判官と Thomas 裁判官は、recklessness が本件脅迫罪の成立要件に合致するか否かを判断すべきであるというが、いずれの Court of Appeals もこの争点を取り上げていない現時点で当裁判所が最初の判断を下すのは周到な慎重さを欠く。

2. Alito 裁判官の一部補足、一部反対意見

1 被告人の作為または不作為がいずれかの fault を伴う場合に初めて罪責を問うことができるというのがコモンローの基本原理であり、法廷意見が説くように、脅迫罪における意思伝達の内容のように決定的に重要な要素については過失を超える主観的要件が成立要件であると解される。*mens rea* のうち過失の上位にあるのが recklessness である。

重大な危害が問題である場合にそのリスクについて recklessness の要件を充たす行為が不正であることに異論はないであろう。他者を脅迫する意思伝達が問題である場合に、そのリスクについて recklessness の要件を充たす行為を行う者は、自分が罪のない行為を行っているわけではないことを認識している。その場合、行為者は自分の発話を他者が脅迫とみる可能性があることを認識しながらなお発話に及んでいるのである。

2 憲法は真の脅迫を保護しない。真の脅迫は重大な危害をもたらす一

方でおよそ社会的価値を生むことはない。Elonis は、危害を生むことを発話者が現に意図した場合を除いて、第一修正の保護が脅迫に及ぶとするが、脅迫が損害を与えるというのは、危害を生じさせる意図が脅迫を行う者にあるか否かを問わない。脅迫罪の成立を危害を意図した脅迫に限定しないと真の脅迫でない意思伝達を委縮させるという議論があり得るであろう。憲法が保護する言論に「息をする空間」を提供するために、本来は保護が及ばない言論に戦略的な保護策 (a measure of strategic protection) を広げる必要がある場合があるが、recklessness を主観的な犯罪成立要件である場合、息をする適切な空間は提供されている。

3 本件陪審説示は recklessness を主観的要件として求めていない。原判断を破棄し、recklessness の基準で有罪判決が維持できるか否かを Court of Appeals が判断するよう求めたい。

3. Thomas 裁判官の反対意見

1 先例は主観的要件の推定をはたらかせてきており、行為者に *actus reus* の認識があること、すなわち犯意 (general intent) があることを犯罪成立要件としてきた。被告人が自らの行為が違法とされる事実を認識している場合に初めて罪責を問うことができる。*Rosen* 並びに *Hamling* が示すように、言論を規制する刑事立法でも犯意を要件とする一般ルールが適用されてきている。

刑事立法の一般的な解釈ルールにしたがって、本件脅迫罪は犯意を要件にしていると考える。犯意とは、*actus reus* を構成する事実を認識している行為者をその認識を欠く行為者から分ける概念である。Elonis のように、自分の発話が暴力的であることを被告人が認識している場合には犯意が認められる。

法廷意見は、刑事法の基本原理を適用するわたしの立場は過失要件を採用するものであるというが、このコンテキストでの犯意の要件は過失と同じではない。法廷意見が引用する多くの裁判例が採用する主観的要件と同様に、本件脅迫罪で犯意が要件とされれば、被告人が認識しない事実に基

づいて罪責が問われることはない。

Elonis は、脅迫の意図を要件にしなければ罪のない行為を処罰する危険を冒すことになることと示唆するが、自分が用いる言葉とその言葉が具体的な状況下でもつ意味を認識しているものを罰するのは何もばかげたことではない。例えば、学校の生徒がマシンガンで同級生を殺戮すると述べる手紙を学校長に送れば、本人はジョークを意図していたとしても、罪のない行為を行っているとはいえない。

2 Elonis は憲法上の保護が及ばないのは意図的な脅迫に限定されるというが、これは建国以来の合衆国法の歴史に合致しない。イギリス法は犯意を脅迫罪の主観的要件としてきた。イギリス法は19世紀の合衆国でよく知られていた。各州は州憲法が保障する表現の自由を保護する義務を負うが、州法の脅迫罪は犯意を要件とするものであった。Elonis は、脅迫罪の刑事訴追が恐怖心を引き起こすことを被告人が意図している場合であるのが通常であったとする実務に言及するが、このような実務が法律上の要件をそのまま表しているとは限らない。

Elonis は合衆国最高裁判所の2件の先例を引用するが、そのうち *Watts* (*Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969)) は真の脅迫が犯罪を成立させるのに必要な第一修正上の制約に関するものではない。また、*Black* (*Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)) は十字架の焼毀行為を威迫の意図を立証する一応の証拠として扱うヴァージニア州法について、この推定では、焼毀行為があればそれだけで罪責に問うことができ、芝居や政治集会での行為まで処罰されることを指摘し、憲法上保護される言論を保護が及ばない脅迫から分かつことができなことを判示しているが、本件脅迫罪の犯意の認定には発話の周辺事情が審理されるので *Black* で問われた問題は認められない。

《解説》

1. 本件は脅迫罪の主観的要件、*mens rea* の存否と内容が問われている。罰則規定は、「他人の身体に傷害を負わせるという脅迫を含む意思伝

達」を行う者を処罰するもので、*mens rea* は明示されていない。被告人は、自身の言辞が詞を模しているとし、また、治療目的であるという事情を挙げたうえで、脅迫罪の成立には危害の意図を要すると主張したが、公判裁判所は、意思伝達が危害の意図を真に表すものとその相手に解されることが要件であるとの陪審説示を行っている。法廷意見は、この問いに対し、主観的要件の推定という原則を引用し、この原則は「そうでなければ罪のない行為」を不正行為と区別するのに必要な *mens rea* を求めるものだとし、脅迫罪の場合には意思伝達が相手に傷害を負わせるという脅迫を内容とすることに及ぶことを判示し、併せて、過失はこの推定が及ぶときに十分な *mens rea* ではないことを明確にしている。過失では足りないとなると、意欲又は認識までを要するのか、*recklessness* で足りるのかが問われるところ、法廷意見はこの点には答えず、Alito 裁判官は一部補足一部反対意見で、*recklessness* で足りるとする見解を示し、Thomas 裁判官は反対意見で、犯意 (general intent) が要件となるという見解を示している。以下では、本件の脅迫罪の罰則規定から *mens rea* の要件を導き出した法廷意見の理由づけ、最高裁の裁判官の間で見解が一致しなかった、*mens rea* の基準に焦点を合わせて紹介する。併せて、*mens rea* を検討するにあたり脅迫罪の場合に重要なコンテクストなる言論・表現活動の規制という側面に触れる。

2. 本件脅迫罪の規定には主観的要件が明示されていない。罰則規定は、「他人の身体に傷害を負わせる脅迫を内容とする」意思伝達を行った者を罰する¹⁾、とするのみで、主観的要件として、意欲、認識、*recklessness*、過失、その他のいずれを定めていない。このような場合には、主観的要件が求められないという解釈が文理から導き出せないことはないが、法廷意見はこの文理解釈を採用せず、その点は、Alito 裁判官、Thomas 裁

1) 同条は次の通り。“Whoever transmits in interstate or foreign commerce any communication containing — any threat to injure the person of another, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.” 18 USC § 875(c).

判官も同様である。

本件の罰則規定の解釈で引用されるのは主観的要件の推定と称される原則である。これは、法文上に主観的要件の定めがない場合に、「そうでなければ罪のない行為を犯罪として処罰するのに必要なものとして法律が定める要素」について *mens rea* があることを要件とするものと解する。

この原則を最初に明示したのは *X-Citement Video*²⁾ である。ここでは、性的に露骨な行為を行っているところを視覚描写するその対象者が未成年であることの認識が要件とされている。この判示の際に、*Morrisette*³⁾ と *Staples*⁴⁾ を挙げ、「主観的要件が求められるという推定は、そうでなければ罪のない行為を犯罪として処罰するのに必要な法律上の要件すべてにはたらく」⁵⁾としたのが主観的要件の推定と称されるものである。このうち *Morrisette* は、合衆国財産の領得の罪について、被告人が占有を取得した財産が合衆国に帰属する財産であるという認識を要するとしたもので、*Staples* は未登録の火器の所持の罪について、所持する火器が登録義務がある自動小銃であるという認識を要するとしたものであるが、*Morrisette* における主観的要件の推定に係わる判示は、主観的要件に関する基本原理が「正邪を弁別する通常人の能力と義務」⁶⁾を前提にするものであるという一般論であったのに対し、*X-Citement* が先に引用した推定原則を判示するに至るまでには、*Gypsum*⁷⁾ を経ている。*Gypsum* では「罰則規定の定め適切な語句がないというだけで意図の要件を無しで済ませるのが正当とされるはずはなく、このような文理をはるかに上回る確かな根拠が要る」⁸⁾ことが判示されている。加えて、*X-Citement* が *Morrisette* から先の推

2) *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64 (1994).

3) *Morrisette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952).

4) *Staples v. United States*, 511 U.S. 600 (1994).

5) *X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S., at 72.

6) *Morrisette*, 342 U.S., at 250.

7) *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

8) *Gypsum Co.*, 438 U.S., at 438.

定原則を導くうえで特に引用したのが *Staples* であるが、これは、厳格責任が是認されることがある *public welfare offense* を定める法律について、「被告人が自己の危険な行為が規制対象である蓋然性を警告するのに十分な事実の認識を要件とするのが一般的である」⁹⁾ という理解を示したものと位置づけられている。*X-Citement* が示した推定原則は、法解釈、並びに *public welfare offense* を含む刑事法についてのこのような理解に基礎づけられているといえるであろう。本件法廷意見は本件の罰則規定について主観的要件の推定がはたらくとしている。2019年には *Rehaif*¹⁰⁾ で、火器の不法所持罪について不法滞在という身分の認識の要否が問われたのに対し、法廷意見は主観的要件の推定を引用し、法文上の修飾、限定が明白でない認識の用語が広く不法滞在であるという自身の身分の認識に及ぶと結論づけている。

3. 本件の主要な争点は、主観的要件の推定がいずれの水準の *mens rea* を要求するか、である。法廷意見と Alito 裁判官の一部補足一部反対意見は過失では足りないという点では一致し、過失を上回る水準として *recklessness* で足りるのか否かの点で、法廷意見はそれに答えず、Alito 裁判官はそれを肯定する。Thomas 裁判官は犯意が要件であるとする立場から原判断を確認すべきであるという。

Alito 裁判官が引用する *Farmer*¹¹⁾ の判示に依拠して、米国法上の *recklessness* の概念を略述すると、この事例は、先例上第八修正違反とされる、被收容者が重大な危害を受ける相当の危険 (a substantial risk) がある場合に刑務官がその危険に無頓着 (*deliberate indifference*) である、という

9) *Posters 'N' Things, Ltd. v. United States*, 511 U.S. 513, 522 (1994).

10) *Rehaif v. United States*, 588 U.S. ___ (2019), 139 S.Ct. 2191 (2019). 米国刑事法研究会 (代表 堤和通)・アメリカ刑事法の調査研究 (164) 比較法雑誌54巻2号195頁 (堤和通担当) 参照。*Rehaif* は、主観的要件の法文上の定めは重要な要素をすべて修飾、限定する、とする Model Penal Code を引用している (§ 2.02(4))。

11) *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994).

ときの無頓着の定義が問われたのに対し、刑事法上の *recklessness* の内容を明らかにしながら回答を示したものである。

Farmer の法廷意見によれば、この無頓着というのは、過失と、意欲又は認識との間に位置するとし、「重大な危害が生じる相当程度の危険」に対する無頓着は、「危険を度外視した点で *recklessness* がある (*recklessly disregarding that risk*)」¹²⁾ というのに等しく、この基準は、民事責任、刑事責任を基礎づけるもので、民事責任の場合には行為者が認識している危険、又は明白であるために認識すべきであった危険が要件となるのに対し、刑事責任の場合には、被告人が危険を認識している場合に限られるのが原則である。*Farmer* では、刑務官の無頓着というのは、第八修正が禁止する残虐かつ異常な刑罰を科す、という行為が問われるのであり、残虐かつ異常な状態が結果として生じた状態が問われるのではないことを指摘し、状態の是正を図る民事責任ではなく、行為への非難を加える刑事責任上の *recklessness* になぞらえるべきであると説いている。

Alito 裁判官は *Farmer* を引用して論じているのは、重大な危害が生じる危険がある場合に *recklessness* であるのは不正な行動であるという点に争いはなく、行刑を含む多くのコンテキストで、道義的に非難される (*morally culpable*) ことを説くものであった。

Alito 裁判官の説明にも現れているが、*recklessness* にとって重要なのは、行為者の行為に認められる危害の危険性とそれに対する無頓着、その度外視、である。これが行為を不正と評価する根拠とされていること、責任非難の程度を決める要素とされていることは *Tison*¹³⁾ で例示される註。ここでは、終身刑に服役中の父親と他の受刑者を脱獄させた被告人兄弟が逃走中に、タイヤがパンクした車から乗り換える車を手に入れるために、車を止めてくれた家族から車を強取し監禁した後に、被告人兄弟がいると

12) *Farmer*, 511 U.S., at 836.

13) *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137 (1987). 椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向V』(中央大学出版部, 2016年) 99頁(堤和通担当)

ところで父親ともう一人の逃走者が監禁された家族に向け銃を発射し殺害した事案で、被告人に対する死刑判決の可否が問われている。被告人に殺害の意図が認められないことについて、*Tison* の法廷意見は、被害者が死亡するか否かを気に留めずに拷問を加える行為、あるいは、強取の意欲が他人を死亡させるという意図しない結果を生む可能性があるという事実にもかかわらず (*utterly indifferent*) に強盗を行う間に発砲する行為にみられるように、人命の価値に対する危険を度外視する無頓着さがモラル・センスにとってショッキングであるのは、「殺人の意図」とまったく同様であるとし、人命に対する危険を度外視する無頓着さは、その行為で人を死亡させた場合の死刑量刑で審理すべきであると判示している¹⁴⁾。

このように、危険性を認識した被告人の行為が危険な選択肢を選択している点で法益保護に対して無頓着、無関心であるという評価が加えられるところに *recklessness* の大きな特徴がある¹⁵⁾。主観的要件の推定がはたらく場合に、それが意欲又は認識を要すると解するのか、それとも、*recklessness* で足りると解するのかで、行為が不正である、違法性があるという評価、ひいては責任非難に値するという評価は、前者の場合には行為者の主観がそれを決めることになるのに対し、後者の場合には主観を基礎にした社会の評価が決めることになる。刑事法制にとって根幹に位置するともいえる重要な問いであるのはもちろんであり、法廷意見が本件の議論の経緯を考慮しその点に踏み込まないのも理解できる。

4. 最後に、Alito 裁判官が脅迫罪の *mens rea* を *recklessness* と解する場合の論点として取り上げている点に簡単に触れておく。それは、息をすする空間 (*breathing space*) といわれる自由保障上の関心である。

表現の自由を保障する憲法第一修正については、自由保障が生き残るの

14) *Tison*, 481 U.S., at 157.

15) なお、Model Penal Code § 2.02(2)(c) 参照。同様に、行為者の危険の認識と危険がある選択肢の実行にみられる規範から逸脱した危険の度外視が要件となっている。Model Penal Code は、明文規定がない場合には、*recklessness* が主観的要件となる、とする。§ 2.02(3) 参照。

に必要な息をする空間のために、この領域での政府の規制はその範囲を明示的に狭く限定したもので（only with narrow specificity）なければならない、とされてきている¹⁶⁾。この関心をよく表しているものとして *Cantwell*¹⁷⁾ の判示がある。被告人はキリスト教の宗派に属し、宗教をテーマとする本とパンフレット、ポータブルのレコードプレーヤーとレコードを携えて、住民の9割をカソリック教徒が占める地域で各家庭を訪ねて回り、応答があった家庭ではレコードをかけさせてもらう許可を請い、書籍の購入をお願いし、拒絶された場合には寄付を募っていたが、レコードの中には、『敵』と題する、カソリックへの攻撃を含む、本を説明したものがあつた。その中で被告人がレコードを聴かせた相手には自己が所属する教会に対する攻撃を不快とし被告人を攻撃しようとする者もあつた。無許可の募金活動であつた点で州の法律違反を、また、相手に不快を感じさせ平穩を害する気持ちにさせた点でコモンロー上の平穩を害する罪を認定した有罪判決を原判断が確認しているのに対し、合衆国最高裁判所はこれを破棄しているが、その際、後者の有罪判決が憲法違反であることを説いた部分が先の判示で、信仰や政治信条については、「自身の見解を分かてもらうために、ときに、誇張し」「主要人物を罵倒し」「さらには虚偽を述べることもある（が）」「合衆国では、行き過ぎや濫用の虞があるにもかかわらず、こうした自由が長期的には、民主政の市民が啓かれた意見を形成し正しい行いを行うのに必須であると確言されている。」と述べ、続いて、自由保障がこのような楯で守られることで、「多様な生、性格、意見、と信条が妨害で潰されることなく育まれる」という¹⁸⁾。

息をする空間というのは、表現、言論の領域がこのような楯で守られることで、行き過ぎを不断に警戒するのではなく、伸び伸びとした活動ができるだけのふり幅の部分まで規制がないことをいうものであろう。本件で

16) *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 433 (1963).

17) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

18) *Cantwell*, 310 U.S., at 310.

問われた脅迫罪については、脅迫が憲法が保護する表現ではないことは先例上確立しているが¹⁹⁾、*Garrison*²⁰⁾で名誉棄損罪の主観的要件が問われたのと同様の問いがあることになる。*Garrison*では、息をする空間を守る重要性を確認したうえで²¹⁾、「虚偽の認識がある事実の適示、並びに、真否を度外視する点で *recklessness* がある誤った事実の適示には憲法の保護が及ばない」²²⁾と判示する。

Alito 裁判官は *Garrison* を引用し、脅迫罪の場合の *mens rea* として *recklessness* を求める自身の立場が、言論空間で息をする空間の維持に適うものであり、「戦略的な保護策」として適切であると説いている。

5. 本裁判例の意義は、第一に、*X-Citement* が明確に示した主観的要件の推定が脅迫罪ではたらくことを示し、推定原則の確立の道を進めていることと、第二に、主観的要件は過失では足りないことを判示し、Model Penal Code の立場と重なる動向がここに見て取れること²³⁾、に見出される。過失では足りないとする点では全裁判官の見解が一致している。残された重要な問いとして、過失を上回るものとして、意欲又は認識を要するのか、それとも、*recklessness* で足りるのか、という論点がある。この論点は、本件では SNS 上での被告人の行為の罪責が問われていることに現代的な特徴を帯びている一方で、息をする空間を守るという観点から主観的要件をどのように構成するのか、という自由社会固有の関心をもって検討されることになるであろう。

19) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003); *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

20) *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

21) *Garrison*, 379 U.S., at 74. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 271–272 (1964) を引用する。

22) *Garrison*, 379 U.S., at 75.

23) 前掲注15) 参照。