

表現の自由の保障における表現者の意思の役割

- 米国憲法修正1条における言論者の意思を めぐる解釈論を手がかりとして -

海 野 敦 史

Abstract

This paper addresses the legal role of the intent possessed by the actor of expression protected by the “freedom of expression” that is assured under the Constitution of Japan. For this purpose, it refers to the relevant arguments in the United States, where freedom of speech is protected by the First Amendment of the U.S. Constitution. Having carefully examined the arguments, this paper comes to the conclusion that the relationship between the intent of the actor of expression and the possible regulations on expression can basically be determined through case-by-case analysis. Namely, the intent itself is protected as ensuring freedom of thought under the Constitution of Japan, but is not, in principle, a main factor in determining the extent to which such regulations may be justified. This is partly due to the fact that the extent to which the intent of the actor of expression may harm its receiver may vary depending on the content, situation and manner of the expression. However, the intent can play a supplementary role in balancing legal interests between the actor of expression and its receiver. Particularly, the necessity to consider the intent in ensuring freedom of expression can be advanced from the perspective of protecting fundamental rights of the actor of expression when regulations are accompanied by a punishment under criminal law. It is also noteworthy that it has become necessary to consider not only the intent of what is expressed but also

how it is expressed, due to the dramatic expansion and diversification of channels of expression in our current society. This is in large part due to the development of the Internet, which has given rise to such platforms as blogs and Social Networking Services (SNSs). Specifically, one can assume that the intent to express oneself using public, open-access channels of communications leads to potentially more harmful effects than that of expressions using private, limited-access channels.

Keywords: freedom of expression, Constitution of Japan, First Amendment, intent of the actor of expression, restrictions on expression
キーワード：表現の自由，日本国憲法，修正1条，表現者の意思，表現規制

1 序論

近年、「微妙な表現物」をめぐる立法措置のあり方がしばしば議論の対象となっている。すなわち，差別的表現（いわゆるヘイトスピーチ¹），ポルノグラフィーによる表現（性差別的表現），暴力的表現，プライバシー問題を惹起する可能性のある表現等，必ずしも他人の法的権利・利益を侵害するとは限らないものの，少なくとも相手方の感情ないし心緒を害し，又は社会的な偏見を拡大する効果をもたらすような表現行為が行われ，それに関するトラブルが観察される機会が顕著になっている。そのため，これらに対する制度的対応の要否が問題となり得る。

このような状況の背景的事情としては，インターネット及びそれを活用した各種プラットフォーム（ブログ，ソーシャルネットワーキングサービス〔Social Networking Service: SNS〕等）の著しい発展により，「微妙な表現物」を誰しも手軽に多数の者に向けて発することができるようになったということの影響が大きいように思われる²。また，ブログ等で差別的表現等が行われた場合には，その受領者からの批判的意見が殺到し，逆に表現を行お

うとする主体(以下、「表現者」という)の表現の場としてのプラットフォームが正常に機能がたくなるような「炎上」と称される事態を招くこともある。

我が国の憲法学説において、「微妙な表現物」への制度的対応のあり方については、対抗言論の手段を採ることが先決であって、法的規制はごく例外的な場合にとどまるとする考え方³、限定的な範囲で当該表現物の表出の禁止が認められるべきであるとする考え方⁴などが提示されてきたが、いずれにしても、当該表現物の表出行為を正面から全面的に規制することに対しては概して慎重な姿勢が取られてきたと言える。実務においても、例えば差別的表現に関して、我が国は1995年に人種差別撤廃条約(平成7年条約26号)⁵に批准した後も、一定の差別的表現行為を法律で処罰することを定めた同条約4条の規定に対して留保を付し⁶、これに関する拙速な立法を控えつつ、日本国憲法(以下、「憲法」という)21条1項に基づき包括的に保障される表現の自由を最大限に尊重することに配意してきた⁷。しかし、近年では、「微妙な表現物」の受領者を適切に保護する観点、「思想の自由市場」の機能に対する過信を警戒する観点等から、差別的表現等に対する一定の法的規制を求める声も根強い⁸。

こうした制度的対応のあり方の難しさの一因は、「微妙な表現物」の場合をその典型とするように、表現行為における表現者の個別の意思⁹についても概して「微妙」であり、あるいは微妙であると認められることが少なくないという事情にあると考えられる。すなわち、「微妙な表現物」の表出が相手方に対する悪意(何らかの害悪を与える目的)をもって行われたことが明らかなる場合もあれば、逆に表現者自身から「そんなつもりで言ったのではない」などと合理的に主張(反論)されるような場合もあり得る。このような表現者の意思は、「微妙な表現物」の場合にとどまらず、表現物全般において、その表出行為に対する法的制約(以下、「表現規制」という)の具体的なあり方を左右するものなのであろうか。換言すれば、表現の自由の保障において、なかんずくその制約の正当性の判断に当たり、表現者の意思はどの

程度問題となるのであろうか。

もとより、「民主主義社会において特に重要な権利」¹⁰とされる表現の自由といえども「公共の福祉」(憲法13条)に基づく制約(表現規制)を受ける場合があるということは、憲法条項の構造や従前の通説的見解に基づく解釈から明らかである。しかし、明らかに他人の法的権利・利益(基本権に関する法益¹¹)を著しく害することとなる表現物に対する表現規制であれば格別、「微妙な表現物」に対する表現規制の是非に関しては、とりわけ慎重な検討が必要である。本稿では紙幅の都合上、その詳細に包括的に立ち入る余裕がないが、ここで着目したいのは、表現の自由の保護領域において、一定の表現規制が必要となり得ると認められる場合、表現者の意思それ自体がどの程度考慮されなければならないのかについては必ずしも自明ではないということである。換言すれば、憲法学において、表現の自由の保障に際しての公権力の意思ないし制約目的・対象に着目した議論の豊富さに比べると、表現者の個別の意思に着目した議論については格段に未成熟である。

この点に関しては、「表現の自由を最重視する国」¹²と言われるアメリカ合衆国(米国)においても近似する状況にある¹³。周知のとおり、米国憲法修正1条(以下、単に「修正1条」という)¹⁴に基づく「言論(speech)の自由」の解釈論に関しては、長い歴史に裏づけられた龐大な蓄積があるが、当該自由に対する法的制約(以下、「言論規制」という)との関係における言論を行おうとする主体(以下、「言論者」という)の意思に着目した議論については、必ずしも充実しているわけではない。もとより、言論者が発しようとする事柄の内容ないし思想等を理由として公権力がそれに干渉することは原則として許されないという旨が修正1条をめぐる判例法理として確立され¹⁵、これは言論者が個人であれ法人・団体であれ妥当するという旨が指摘されてきたが¹⁶、その例外として言論規制が正当化される場合については必然的に限定的となる。そのような言論規制の正当性を判断するための違憲審査基準に関しては、さまざまな議論が積み重ねられてきたものの¹⁷、そこに

言論者の意思がどのような形で関わるのかということになると、定説が確立されているわけではない。とりわけ、言論のもたらす効果との関係において、言論者の意思が言論規制の違憲審査にどの程度関わるのかが不明確であるという旨は、学説においてかねてより指摘されてきた¹⁸。

ところが、近年の修正1条に関する学説においては、言論規制と言論者の意思との関係をめぐり、新たな興味深い議論の展開がみられるところであり（具体的には、4節参照）、これは、同条の解釈論から大きな影響を受けてきた憲法21条1項の解釈論に対して貴重な示唆を与え得るものと考えられる。そこで本稿は、言論者の意思の役割ないし法的位置づけに焦点を当てた米国における主な議論の様相を概観しつつ、当該議論から導かれる示唆を我が国における表現の自由の保障のあり方をめぐる解釈論において参照しながら、当該保障との関係における表現者の意思の役割を明らかにすることを目的とする。蛇足ながら、文中の意見にわたる部分はもっぱら筆者の私見である。

2 「明白かつ現在の危険」の法理の含意

米国において、言論規制がいかなる基準に基づき正当化されるのかということについては、さまざまな議論が蓄積されてきたが、伝統的には、言論が一定の状況の下で「明白かつ現在の危険（clear and present danger）」を生み出す性質のものである場合には当該規制が正当に行われ得る、という考え方が判例上示されてきた。この「明白かつ現在の危険」の法理の淵源は、1919年のシェンク（Schenck）事件判決¹⁹におけるホームズ（Holmes）判事の法廷意見に見いだすことができる。その中で、「あらゆる場合において問題となるのは、用いられたことばが、連邦議会が阻止する権限を有する実体的（substantive）な害悪を生み出す明白かつ現在の危険を生じさせる状況において用いられ、かつそのような性質のものであるか否かである」と説か

れたことは有名である²⁰。これは、元来「修正1条の解釈理論ではなく、もっぱら刑事法の解釈原理であった」が、言論者の個別の意思を問題とせず、客観的な害悪の発生という基準に基づき法的判断を行うという考え方を体現したものであったと評されている²¹。また、その約半年後（1919年）のエイブラムス（Abrams）事件判決における「切迫した害悪（immediate evil）の現在の危険（present danger）又はそれをもたらそうとする意思」（傍点は筆者による）こそが言論に対する立法による制限を正当化するものとなると説いたホームズ判事の反対意見²²は、「現在の」という用語を「切迫した」という用語に置き換えつつ、「明白かつ現在の危険」の法理に「言論の自由を擁護するためのものとしての意味づけ」を与えようとしたものと評価されている²³。

ところが、その後、この法理については、「危険」の明白性や現在性に関する議論が未成熟であったことを背景としつつ、その内実に関する曖昧さに起因して、言論抑圧的な要素を含む多様な意味合いが与えられることとなり²⁴、半ば骨抜きにされることとなった。その結果、1969年のブランデンバーク（Brandenburg）事件判決におけるブラック（Black）判事及びダグラス（Douglas）判事の同意意見の中で、修正1条の解釈理論としての有効性が明示的に否定されることとなった²⁵。我が国の学説においても、「明白かつ現在の危険」の法理が表現の自由に対する違憲審査基準の一つとして広く紹介されることとなったものの²⁶、その適用範囲については「一定の分野の問題に限定する」ことが妥当であるという見解が有力となり²⁷、またこの法理は最高裁判所の判例の採用するところとなっていない²⁸。それでもなお、「明白かつ現在の危険」の法理は、後述するとおり、修正1条と言論者の意思との関わりに対して重要な示唆を与えるものであったと言える。

一方、前述のブランデンバーク事件判決においては、非合法的行為の「せん動」を公権力が禁止し得るための要件として、言論者がせん動を主体的に意図したと認められることを前提としたうえで、「当該せん動が切迫した非

合法的行為を誘発又は生成することに向けられていると認められること」及び「当該せん動が切迫した非合法的行為を誘発又は生成させる蓋然性があること」が示された²⁹。これは、一般に「ブランデンバーグ法理」と称され³⁰、我が国の学説・下級審の判例においてもしばしば参照されている³¹。

言論規制のあり方への言論者の意思の関わりを明らかにするうえで、「明白かつ現在の危険」の法理がもたらした主な意義は以下の各点に集約される。第一に、前述のとおり、言論規制の正当化に際して重要な要素となるのが、言論によって実際に発生する蓋然性の高い「害悪」（弊害）の存在にほかならないということが明示されたことである。もっとも、一般に、言論によりもたらされ得る害悪のみによって言論者を処罰することは、一定のせん動や虚偽の言論等、一部の範疇に属する言論行為に対する場合を別論として³²、原則として許されないものと解されてきた³³。同時に、判例上、公権力においては、表出されたメッセージに対する敵意（hostility）又は偏愛（favoritism）に基づいて言論規制を行うことは、基本的に禁止されるものとされている³⁴。このような考え方の影響もあり、米国の一部の学説においては、「言論規制の正当化に際しての害悪に対する考慮」を排除しようとする試みも提示されている³⁵。しかし、多くの議論は「包括的な法理によって、言論の害悪への考慮から逃れることは不可能」³⁶であるという前提の下で、当該害悪をどのように認定するかということに腐心してきたと言える。その意味において、「明白かつ現在の危険」の法理がその基調に据えてきた「害悪」を基軸とする言論規制の正当化という方向性については、今日の米国の学説・判例においてもなお強固に根づいているものと言えよう。

したがって、言論により生じ得る害悪の認定に際し、言論者の意思という要素がどの程度関わってくるのかという問題が、言論規制と言論者の意思との関係をひもとく手がかりの一つとなり得ると考えられる。周知のとおり、我が国の主な判例も、表現行為に伴い生じ得る一定の害悪を重要な考慮要素としつつ、表現規制を「公共の福祉」として正当化してきている³⁷。それゆ

え、この問題は、翻って我が国における表現規制と表現者の意思との関係を明らかにするに際しても、一定のヒントを与えてくれそうである。

第二に、エイブラムス事件判決における前述の反対意見の中で、言論規制を正当化する事由となり得る害悪に関して、その現在の危険をもたらそうとする言論者の意思それ自体も当該正当化に際しての考慮要素となり得るといふ旨が示されたことである。もっとも、この反対意見は、客観的に認められ得る「切迫した害悪の現在の危険」のみをもって言論規制を容認する余地を残しているという意味において、当該意思を絶対的な考慮要素としているわけではない。しかし、害悪を客観的な基準で認定しようとする考え方が示されていた中で、あえてこれに主観的な要件となり得る考慮要素が付加されたことの意義は小さくないと思われる。このことは、言論者の意思と言論が実際にもたらすこととなる負の効果（害悪）との間に一定の乖離が認められる場合において、特に重要な意味を帯びることとなる。

以上を踏まえると、修正1条における言論者の意思の役割ないし位置づけ、ひいては憲法21条1項の解釈論における表現者の意思の役割を考えるに当たっては、さしずめ言論や表現により生起され得る害悪との関わりを念頭におくことが有意であると言えそうである。ここでいう「害悪」とは、その発生可能性が言論規制の正当化事由となり得るといふ側面に照らせば、ある言論を「規制するについて国家が有する利害関係」³⁸という要素を内包しているとも言えよう。そこで、この点に留意しつつ、その考察に先立ち、まずは修正1条にいう「言論」の定義をめぐる解釈及びそれを参考にした憲法21条1項にいう「表現」の意義について、次節において確認しておくこととする。

3 「言論」及び「表現」の意義

3.1 「言論」及び「表現」の射程を画する意義

仮にある行為が「言論」ないし「表現」に該当しなければ、当該行為の主

体は言論者ないし表現者ではないということになり、その意思についても（修正1条や憲法21条1項との関係において）特に問題とする余地は乏しくなる。それゆえ、ある行為を「言論」ないし「表現」と区別された「非言論の行為」³⁹ないし「非表現の行為」として認定することは、当該行為に基づく実際の事案の解決に際し、言論の自由ないし表現の自由の「優越的地位」を裏づける厳格な違憲審査の俎上にこれを載せないということの意味⁴⁰、本来当該審査において考慮される余地のあった言論者ないし表現者としての意思を事実上隠滅させる効果をもたらし得るものと言える。

他方、「言論」ないし「表現」の射程の画定（言論行為ないし表現行為の成立の認定）それ自体において、言論者ないし表現者の意思がその重要な構成要素となる可能性もある。仮にこれが肯定される場合には、言論者ないし表現者の意思が、ある行為に対して及び得る修正1条や憲法21条1項に基づく保護の程度のみならず、そもそも当該保護が及びるか否かの分水嶺を画する一要素となり得ることとなる。したがって、「言論」ないし「表現」の射程を明らかにすることは、言論規制・表現規制と言論者ないし表現者の意思との関わりを明らかにするうえで、不可欠の前提的作業となると考えられる。

もっとも、我が国の学説においては、憲法21条1項にいう「表現」の定義づけ及びその射程を明らかにするための議論は決して豊富ではない。本来はこれに資する可能性のあると思われる「定義づけ衡量（definitional balancing）」のアプローチ⁴¹についても、基本的に「表現」の概念それ自体の限界の問題としてではなく、「表現」として一応保護される表現物のうち、表現規制が許容され得るものや憲法上低い価値しか有しないと認められるものの範疇を特定・抽出するための議論として行われてきた。それゆえ、例えば芸術作品ともわいせつ文書とも解し得るような表現物のうち、どこまでが具体的に表現規制の対象となり得るかということ（「わいせつ」の定義づけ等）に関しては一定の議論の蓄積があるものの⁴²、憲法上保護される「表現行為」（ないし表現物）とそれ以外の「非表現の行為」（ないし「非表現物」）との

具体的な境界線ないしその判断基準については極めて曖昧である。

そこで、本節では、まずは修正1条にいう「言論」の射程に関する検討について一定の蓄積があり、その「非言論の行為」との区別が判例上行われてきた米国の議論を概観することとする。それを踏まえ、憲法21条1項にいう「表現」の意義及びその射程について、若干の考察を加えてみたい。

3.2 修正1条にいう「言論」の意義に関する米国の学説・判例の考え方

米国の有力な学説によれば、修正1条にいう「言論」とは、ことば(言語)のみを指すのではなく、相互に意思疎通を図ることを広く指すものとされている⁴³。それゆえ、「言論」には、常に一定のメッセージを伝える記号(symbol)が含まれており、ことばは当該記号の一種にすぎず、「表出型の意味を有するあらゆる記号(all symbols of expressive meaning)」が「言論」の射程に入るといふ⁴⁴。その帰結として、「言論」には「ことばによる言論」とその他「表出型行為(expressive conduct)による言論」とが混在することとなるが、それらが一定の意味を有するメッセージを伝えるための努力(effort to communicate a message)として指向され、他者に受領され得るものである限り、いずれも「言論」に該当することとなるとされる⁴⁵。

判例も、修正1条にいう「言論」に関して、「本質的に表出型(inherently expressive)の行為」⁴⁶であること(以下、「表出型行為性」という)を前提としつつ、当該行為において意思伝達に関する要素(elements of communication)が含まれていることを求めている⁴⁷。当該要素が肯定されるためには、問題となる行為が行われる文脈や環境についても勘案しつつ、「個別的(particularized)なメッセージを伝える意思があり、かつそれを受領(view)した人々において理解される可能性が高い」ということ(以下、「個別的伝達・理解可能性」という)が必要となるとされる⁴⁸。このような考え方は、それが提示された判例の事案名にちなみ、しばしば「スペンス(Spence)・テスト」と称されている。ただし、このスペンス・テストは、

修正1条にいう「言論」とそれ以外の「非言論の行為」とを区別するための基準であって、前者の「言論」のうち修正1条に基づき「保護される言論」と「保護されない言論」⁴⁹とを区別するための基準ではないということに留意する必要がある。

このような学説・判例の考え方による限り、「言論」の成立においては、言論者の意思を伝えようとするための表出型の言動（行為）が予定されているということになる。ところが、一部の学説においては、表出型行為性や個別的伝達・理解可能性については、「言論」が成立するための十分条件にすぎず、必要条件ではないという考え方（以下、「表出型行為性等十分条件説」という）が示唆されている。これによれば、たとえ表出型行為性及び個別的伝達・理解可能性を有していても「言論」とならない場合があり得るとされる。例えば、交通の安全性等を勘案のうえ法定制限速度が時速55マイルに設定された公道上で、交通の円滑性や自動車のエネルギー効率性等を主張すべく時速65マイルで走行しつつ、当該主張を自動車の車体にわかりやすく表示する者の行為については、表出型行為性も個別的伝達・理解可能性も肯定され得るが、修正1条にいう「言論」ではなく、よってその者が制限速度違反で罰金を課されたとしても、修正1条に基づきこれに対抗する余地はないという。その理由として、その者の主張する交通の円滑性や自動車のエネルギー効率性等が修正1条の保護法益と関係しないということが挙げられている⁵⁰。このとき、当事者の処罰に当たって問題となるのは、交通の安全性等を確保する公権力の（規制の）目的であって、個々の者の意思ではないとされる。それゆえ、この考え方によれば、当該意思がどうであれ、法定制限速度を超過して走行する行為により安全上のリスクが生み出されるということが、公権力による規制を正当化することとなり、その限りにおいて、当該規制の目的が（言論規制の正当性のみならず）個別の局面における「言論」への該当性をも事実上左右するということになる。

逆に、表出型行為性や個別的伝達・理解可能性に関する当事者の意思が欠

如し、又はそれが明確ではなくとも、客観的に表出型の言動と認められる行為が「言論」として保護される場合もあり得るという。例えば、ある特殊な衣服を着用した者の行為については、それが警察に対する抗議の象徴と認識されて処罰された場合、当該着用者において実際には何ら警察に抗議する意思がなかったとしても、修正1条にいう「言論」となり、その保護を主張することが可能となるとされる。ここでも、個々の者の意思ないし行為の目的については直接問題となるものではなく、公権力の（処罰の）目的との関係が修正1条にいう「言論」への該当性を判断するための重要な手がかりとなるということになる⁵¹。

他方、近年の学説においては、修正1条の主な保護法益が個人の自律や民主主義的討議（democratic deliberation）の機会の確保にあると考えられる以上、「言論」には一定の実体的（substantive）な内容（content）が伴っていないならぬとする考え方も提示されている⁵²。これによれば、ある行為について、表出型行為性や個別的伝達・理解可能性のみならず、表出内容の実体性も踏まえつつ、その修正1条にいう「言論」への該当性が判断されるということになる。このとき、表出内容の実体性の有無をどのように判断するのかということは必ずしも明らかではないが、前述の「意思伝達に関する要素」を踏まえれば、少なくとも言論者の意思として認められる内容を完全に捨象してそれを行うことは困難であろう。

以上の議論を踏まえつつ考えると、ある行為が修正1条にいう「言論」に該当するか否かということは、原則として、スペンス・テストに基づく表出型行為性、個別的伝達・理解可能性が（客観的に）肯定されるか否かということの基本としつつ、これに加えて表出内容の実体性も踏まえて判断され得ると言えるように思われる。ここで、「表出」の対象となっているのは、言論者の意思ないし精神活動にほかならず、それが「実体性」の有無を大きく左右することとなると考えられることから、その限りにおいて、当該意思が認められることは個々の「言論」の成立の前提となる可能性が高いと

言えよう。

ただし、前述の「表出型行為による言論」の観念からも明らかとなっており、「表出」の手法については必ずしも文字やことばによるものに限られるものとは解されていない、ということに留意する必要がある。すなわち、「言論」の社会通念上の語義に照らせば、「非言論の行為」には、スペンス・テストを充足しない行為のみならず、当該テストを充足する「言論以外の手法による表現」も含まれるものと観念する余地があるが、米国の学説・判例上はこれも基本的に「言論」の一環として捉えられている。その限りにおいて、修正1条にいう「言論」の概念は、「表現」の観念に接近するものとして解されていると言えるように思われる。

一方、表出型行為性等十分条件説の考え方に照らせば、言論者の意思が存在し、それに関する表出型行為性、個別的伝達・理解可能性及び表出内容の実体性が認められる場合であっても、当然に「言論」が成立するわけではないとも言えそうである。仮にそうであれば、言論者の意思にまったく関わりなく「言論」が成立し、又は成立しないこともあり得るということになる⁵³。はたして、「言論」の成立に際して、言論者（当事者）の意思は本当に不可欠の要素と言えるのであろうか。

この点に関しては、少なくとも修正1条との関係においては、言論者の意思の不可欠性を肯定することも否定することも、理論的には可能であろう。まず、そもそも「言論」とは（「表現」と同様に）言論者が実際に有する意思と緊密に結びついた主観的な行為であると捉える場合には、当該意思とは切り離されたところでは、表出内容の実体性を観念することは困難であると考えられることから、「言論」が成立する余地は乏しいということになる。それゆえ、このような立場からは、前述の法定制限速度を超過した自動車走行に際して一定の主張（実体的な意思）をわかりやすく車体に掲げて示す行為は「言論」となり得る一方、警察に対する抗議等の意思を内在させずに単に衣服を着用する行為は「言論」とはならないという帰結が導かれ得る。こ

のとき、前者の「一定の主張を車体に掲げて示す行為」については、それが「言論」ではないから修正1条に基づく保護を受けないのではなく、「言論」であることを前提としたうえで、その「言論」と同時進行的に行われる「法定制限速度を超えた走行」という「非言論の行為」が道路交通管理上の政策的理由から一定の制約を受ける（「言論」の要素に対しては付随的な制約となる）と解する考え方、「法定制限速度を超えた走行」も主張の表出と一体的に行われる「言論」の一環であるが、公道上における公共の利益を確保する観点から一定の制約を受けると解する考え方、のいずれかに基づき制約されるということになろう。実際、ある行為が「言論」と「非言論」の双方の要素を内包しており、両者が不可分の状況におかれている場合、「非言論」の要素に基づき「言論」の要素が（厳格な違憲審査を経ずに）付随的に制約されることが正当化され得るとすることは、「オブライエン（O'Brien）・テスト」として米国の判例法理となっているところである⁵⁴。なお、「非言論の行為」に対する固有の制約については、たとえそれが修正1条の問題とはならなくとも、他の米国憲法上の権利⁵⁵との関係において当事者がその違憲性を主張する余地があると考えられる。ところが、このように言論者の主観的な意思の存在を「言論」の成立要件と捉える考え方については、「言論」の成立可能性それ自体がもつばら当該意思の有無及びその内容に左右される余地があるということを認めるものであるため、「言論」の適切な保護を困難とするおそれが否定できない。

逆に、仮に「言論」が本質的に言論者の意思とは無関係に客観的に成立し得る行為であると捉える場合には、さまざまな表出型の行為のうち、当該行為の目的が修正1条の保護法益に適合すると認められるものが「言論」に該当するということになり得る。このような立場からは、言論者の意思は直接問題となるものではなく、修正1条の保護法益への適合性をいかに客観的に判断するかということが問題となろう。表出型行為性等十分条件説のように、公権力の具体的な規制目的に照らし、当該適合性を個別に判断するという考

え方の道筋もあり得るが、これは言論者にとっての予見可能性を欠くうえに、公権力が設定した目的に「言論」の成立可能性それ自体を連関させることが、「言論の自由」の保障の観点から正鵠を射たものとは言えないと考えられる。なぜなら、このような考え方は、「言論」の射程を（公権力の恣意的な判断により）不当に狭く解することに結びつき、その結果として修正1条の保護範囲をいたずらに縮減させるおそれを内包しているからである。もっとも、「言論」という用語は、「表現」とは異なり、言論者から表出されたものであれば必ずしもその内面的な意思を問わずに客観的に認識され得るといったニュアンスを含んでいるとも考えられるところ⁵⁶、このような語義に着目する限り、修正1条上の「言論」が言論者の意思とは無関係に成立し得るという解釈を採るための（「言論」への該当性に関する）客観的な判断基準を検討する余地はなお残されているように思われる。ただし、このような解釈は、米国の学説・判例が前述のとおり「言論」を「表現」の観念に接近させつつ捉えていることと必ずしも整合しないという難点を抱えている。

さらに、前述の各考え方の折衷的な思想として、「言論」とは言論者の意思と完全に切り離されたところでは成立しがたいが、当該意思は表出内容や行為の態様等に照らして客観的に認められるものであるという捉え方も考えられる。このような立場からは、言論者の意思は「言論」の成立に際して不可欠となるが、それは客観的に認定されれば足り、言論者が実際に有する主観的な意思を問うことは必ずしも要しないということになる。米国憲法上の「言論」が「表現」の観念に接近し、言論者の一定の意思が認められることがその成立に不可欠と考えられる中で、それが（他の法益との調整も踏まえて）適切に保護されるうえでは、ある行為の「言論」への該当性は客観的に判断される必要がある。したがって、このような捉え方は合理的であり、「表現」への該当性に対しても応用し得るもののように思われる。

いずれにしても、表出型行為性等十分条件説については、ある行為が修正1条にいう「言論」に該当するかという問題（「言論」と「非言論の行為」

との区別)と、それが「言論」に該当する場合に修正1条に基づく保護を受けるかという問題(「保護される言論」と「保護されない言論」との区別)とを的確に峻別し切れていないといった難点を内包しているように思われる。少なくとも、公権力の規制目的(すなわち、個々の立法)に応じて「言論」への該当性そのものが左右されると解することは、米国憲法上の法規範の射程を適切に画するものとは言いがたいであろう。

なお、米国の一部の学説においては、言論規制との関係における「言論」と「非言論の行為」との区別の重要性が指摘されている。これによれば、「言論」と「非言論の行為」との区別は、後述する「言論内容規制」と「言論内容中立規制」との区別(5節参照)に対応したものでなければならず、一般に言論はその非言論の要素から発生する害悪を防ぐために規制され得るが、当該言論の表出内容自体から生じ得る害悪を防ぐための規制については、当該表出内容が虚偽の声明等の一定の範疇に属する場合等を別論とすれば、その限りではないとされる⁵⁷。これに対し、「言論」と「非言論の行為」との明確な区別の困難さを指摘する学説も有力であり⁵⁸、今日の連邦最高裁判所の判例においてはこの区別を前提とした「行動を伴う言論(speech plus)」の概念が実質的に放棄されているとする指摘も提示されている⁵⁹。

3.3 憲法21条1項にいう「表現」の意義に関する考え方

以上の米国の議論及びそれを踏まえた考察は、憲法21条1項にいう「表現」の意義に対してもおおむね援用可能であるように思われる。我が国の伝統的な学説は、「表現」の意義について、「人の内面的な精神活動を外部に(すなわち他人に対して)公表する精神活動」⁶⁰と説いており、表出型行為性についてはこの定義に含意されていると考えられるものの⁶¹、個別的伝達・理解可能性(特に理解可能性)及び表出内容の実体性に関しては必ずしもその限りではないように見受けられる⁶²。しかし、一般に明らかに他者に理解される可能性の乏しい表出内容を「表現」として保護することに対する意義ない

し実益は疑わしく、表現者の意思に背反する表出内容までも一律に「表現」と位置づけることは、むしろ当該表現者の「個人の自律」を妨げるおそれがないとも言えないであろう⁶³。また、たとえ表現者の意思に明確に反するとまでは言えなくとも、表出内容が当該意思を体現したという意味での実体性を何ら伴っていない場合においても、それが「表現」として保護される実益は乏しいように思われる。それゆえ、憲法上の「表現」に該当するためには、修正1条にいう「言論」の場合と同様に、表出型行為性のみならず、個別的伝達・理解可能性及び表出内容の実体性についても充足することが必要となると解される。

もっとも、憲法21条1項は「言論」を含めた「一切の表現」の自由を保障しているということにかんがみると、「表現」と「言論」とは完全に同義ではなく、以下の各点に留意する必要があると思われる。第一に、「表現」とは、その語義に照らし、表現者の精神活動が何らかの形で外部に表出されたものと認められることが必要であって、表現者の個別の意思とまったく無関係に成立するものと解する余地は（「言論」の場合に比べて）乏しいように思われる。それゆえ、憲法21条1項において「表現」の一形態とされている「言論」についても、修正1条にいう「言論」よりもその射程が狭くなる可能性があり、表現者の意思から完全に独立して成立することは予定されていないものと考えられる（もっとも、この点については、前述のとおり、修正1条の「言論」についても同様に解することも可能である）。したがって、表現者の意思の表出を何ら伴わないと認められる行為については、そもそも「表現」の射程には入らない（一般的な行為ないし「非表現の行為」にすぎない）と解される。ただし、表現者が実際に有している主観的な意思と、当該表現者が表出していると認められる客観的な意思との間には、一定の乖離が生じる場合が考えられる。この場合、前述のとおり、「表現」が適切に保護されるうえでは、前者の意思の有無及び内容を踏まえつつも、究極的には後者の意思が確認されることに基づき「表現」への該当性が客観的に判断さ

ることが必要かつ妥当であると考えられる。

第二に、同様に「一切の表現」を包括する憲法21条1項の趣旨に照らすと、ある行為が表出型行為性及び個別的伝達・理解可能性を充足し、表現者の意思の体现という意味における表出内容の実体性が認められる限り、当該行為の目的が憲法21条1項の保護法益に適合すると認められるか否かにかかわらず、「表現」となると考えられる（ただし、その自由が制約され得るか否かは別問題である）。その意味において、修正1条にいう「言論」をめぐる表出型行為性等十分条件説の考え方とは異なり、「表現」に該当するか否かを判断する入口の段階で、個々の表現行為の憲法21条1項の保護法益への適合性に関する判断を行う必要性は乏しいと言える。したがって、「表現」とは本質的に表現者の内面的な意思と密接に結びついた行為であって、当該行為の成立過程において、当該意思を特定する重要性が修正1条にいう「言論」の場合に比べて相対的に高いものと考えられる。

第三に、修正1条に関する「言論（表現）」と「非言論の行為（非表現の行為）」との区別については、これに否定的な米国の学説の指摘からも窺えるように、少なくとも憲法21条1項の下では相当程度において相対化し得ると考えられる。すなわち、「行動を伴う言論（表現）」等が行われる際には、純然たる「表現」の部分と「非表現」とされる部分とは不可分であると認められる場合が少なくなく、例えば「放送による表現」のように、行為の性質、態様等に照らして表現行為と明らかに可分的と認められる「非表現の行為」（放送用設備の設置、放送事業の運営等⁶⁴）を伴う場合を別論とすれば、「非表現の行為」とされる部分に対する行為規制を表現規制と明確に峻別することは概して困難を伴うように思われる⁶⁵。すなわち、表現者の意思は、表現内容についても表現方法等についても、純然たる「表現」の要素と「非表現」とされる要素との双方に共通して関わるものが少なくない中で、両者の要素の外縁を厳然と画する分水嶺は容易に観念しがたいであろう。むしろ、基本的には、表現者の実体的な意思を理解可能な形で外部に表出させるため

の行為（両者の要素）を総合的・一体的に「表現」と捉えることが合理的である場合が多いと考えられる。もっとも、判例においては、例えば「政治的意見を記載したピラの配布」について、これが「表現そのもの」とは区別された「表現の手段」ないし「表現の自由の行使のため」に行われる行為とされていることから⁶⁶、厳密には「表現」そのものとは異なる「行動」として観念されていると解される⁶⁷。しかし、ピラの配布それ自体については、当該ピラに記載されたメッセージの表出と一体的に行われるものであることから、表現者が有する一定の意思に基づく行為としての「ピラによる表現」と「ピラの配布（行動）」とを明確に区別することは難しく、いずれも表出型行為性、個別的伝達・理解可能性及び表出内容の実体性が認められるものとして、包括的に「一切の表現」に含まれるものと解することが合理的であるように思われる⁶⁸。

第四に、修正1条にいう「言論」は言論者による一定の作為を前提としていと考えられるのに対し⁶⁹、「表現」については表現者の意思に基づく認められる不作為によっても成立する余地があると考えられる。例えば、公立学校の卒業式典において予定されていた国歌のピアノ伴奏を実行しなかった教師の行為については、それ自体としては何らの作為も認められないことから修正1条の「言論」には該当しない（「非言論の行為」に該当する可能性があるにすぎない）であろうが⁷⁰、憲法21条1項の下では、これを「不作為による表現」と位置づける余地があるように思われる。なぜなら、この場合、ピアノ伴奏を実行しないという不作為を通じて、当該教師の「歴史観ないし世界観」⁷¹という実体性のある意思ないしメッセージを対外的に表出したものと認められ得るうえに、そのようなメッセージは一般に理解可能であると考えられるからである。判例は、この場合における伴奏の実行に対する職務命令が憲法19条に基づく思想・良心の自由を侵害するものではないと説いているものの、これが表現の自由の問題にもなると指摘しているわけではない⁷²。しかし、我が国の学説には、このような「不作為による表現」の成

立可能性を肯定するものがある⁷³。

以上のように考えると、少なくとも憲法21条1項の「表現」に関しては、あるいは解釈次第では修正1条にいう「言論」についても、表現者ないし言論者の意思の表出が認められることが、「表現」ないし「言論」への該当性を決するうえで不可欠となるメルクマールであると言えよう。また、表出型行為性、個別的伝達・理解可能性及び表出内容の実体性が認められる行為であれば、「表現」に該当するのであって、それと密接に関わる「非表現の行為」や「(表現以外の)行動」を抽出する意義が認められるのは例外的な場合に限られると考えられる。そこで、次に問題となるのは、「言論」ないし「表現」と認められる行為が行われる場合において、当該行為に対して及び得る保護の有無ないしその程度(その裏返しとして、公権力による言論規制ないし表現規制が正当化される範囲)を決するうえで、言論者ないし表現者の意思がどのような役割や意味合いを有するののかということである。この点に関し、次節以降において考察を加える。

4 言論規制と言論者の意思との関係をめぐる米国の議論

4.1 意思影響説

言論規制のあり方と言論者の意思との関係をめぐり、近年の米国において注目を集めつつあるのが、自らの言論により引き起こされ得る害悪に対する言論者の意思は、当該言論が修正1条により保護されるか否かに一定の影響を及ぼすと解する立場(以下、「意思影響説」という)に立つ学説である。これによれば、言論者の意思は刑事法や不法行為法の領域(法律の次元)のみならず、言論の自由の保護範囲(米国憲法の次元)においても本質的に問題となり得るということになる。ただし、意思影響説は、言論者の意思のみが言論規制の正当化事由を左右すると説くものではなく、当該事由の認定においては他の考慮要素があることを認めつつ、当該意思の特定により言論規

制の正当化に影響が及ぶこととなるのはどのような場合かということを中心に、その役割を明らかにしようとするものである⁷⁴。そして、意思影響説の考え方は、以下の各点を通じて敷衍されることとなる。

第一に、言論者にその言論に関する厳格な法的責任を全面的に負わせることは、一定の萎縮効果を与え、言論の自由の法理に背馳する帰結をもたらす可能性があることから、言論者の意思をその「緩衝材 (barrier)」⁷⁵とする必要があるとされる。例えば、前述のとおり、虚偽の言論については、その受領者に及ぼし得る害悪のために基本的に修正1条に基づく保護を受けないということが判例法理となっているが、仮に言論者の意思を何ら問わずにあらゆる虚偽の表明が処罰その他の規制の対象となるとすると、当該言論者に重大な萎縮効果を与え得るため⁷⁶、その意思を別途考慮する必要性が生じるといふ。公人に関する虚偽の事実の表明に対する責任の範囲を限定するために判例上確立されてきた「現実的悪意 (actual malice) の法理」⁷⁷についても、そのような萎縮効果を軽減させる観点から言論者の意思を問題とする手法にほかならないとされる⁷⁸。実際、当該法理が提示された判決以降の名誉毀損の言論をめぐる主な判例⁷⁹においては、言論者の意思（又は受領者の理解）と言論者により発せられたことばの慣例的な意味との区別が前提とされてきたという指摘もある⁸⁰。

言論に由来する害悪に対して常に言論者が厳格な責任を負うことが妥当ではないとすれば、その意思を考慮することにより、当該言論者に対して「息つく余裕 (breathing space)」⁸¹を与える余地が生じ得ることとなる⁸²。このような考え方の延長線上には、一般に制限され得る言論の害悪（危険性）は、（多かれ少なかれ）爾後における他人の非合法的行為に左右され得るところ、仮に言論者が当該行為を誘発する目的で言論を行ったと認められればその法的責任を負うことが求められ得るとしても、他の健全な目的でその言論を行ったと認められる場合においてまで当該責任を負うのは不合理であるから、当該目的を決するうえで言論者の意思を問う必要があるという帰結が導かれ

ることとなる⁸³。

第二に、言論の自由の根拠として強調されてきた個人の自律、特に自らの思想・信念を生成する能力の確保に資するうえで、言論に対する制約がどこまで許容されるかを判断するためには、言論者の意思の程度等について評価する必要性が生じ得るとされる⁸⁴。すなわち、一般に言論者の意思は本質的に個人の自律との関わりが大きく⁸⁵、判例においても言論者は「自らのメッセージの内容を選択する自律」を有すると解されている⁸⁶。そのような中で、言論者は自らの思想や信念を形成するために言論を通じてそれを表現するのであるから、それに対する不当な妨害は、当該言論のやり取りによるコミュニケーションに支障をもたらし、言論者のみならず当該言論の受領者の自律をも妨げ得るとされる。このような言論者の意思を介して成立し得る言論者自身と相手方の受領者とのコミュニケーションを保護することが修正1条の主旨であるとするれば、当該保護のあり方を決するうえで、言論者の意思は単なる一つのツールとして機能するものではなく、有効な決め手となり得るものであるという⁸⁷。すなわち、言論の自由が言論者及び受領者の自律の確保に資するという相関関係は、公権力による言論規制がなぜ正当化されにくいかということを示すのみならず、それが正当化され得る場合において、言論者の意思についても考慮に入れなければならないということを示唆するものとなるという⁸⁸。

第三に、第二の点の帰結として、言論の受領者に対して合理的な範囲を超えて故意に一定の害悪を加える目的（悪意）で行われると認められる言論については、それ自体として、その自由が正当に制約され得るとされる⁸⁹。その理由として、自由で開放的なコミュニケーションに対する言論者の利益は、言論者とその（潜在的な）受領者との双方の自律の確保を前提としていてところ、一定の害悪の発生を意図する言論については、実質的にその受領者を統御することを意図したものと位置づけることができ、当該受領者の自律を奪うこととなり得るということが指摘されている⁹⁰。このような考え方によ

れば、例えば単なる過失による虚偽の表明については、誰も虚偽の事実に基づき自己決定をしようとは考えないということを踏まえ、言論の自由として保護され得るといふ。これに対し、相手方をだます目的で行われた故意による虚偽の伝達については、その態様によっては脅迫等に近似する効果をもたらし、当該相手方の自律を著しく妨げ得るため、公権力による制約が認められるとされる⁹¹。このような思想による限り、言論者の意思は言論規制の正当化を根拠づける重要な要素となり得るといふことになる。

第四に、刑事法の領域においては、行為者の意思ないし「犯意」は問題となる行為の許容性の判断とは直接関係しないという方向性を示唆する議論が提示されているが⁹²、修正1条との関係における言論者の意思の問題についてはこれとは区別して考察されるべきであるとされる。すなわち、修正1条において問題となる言論者の意思とは、特定の犯罪行為に対する「具体的な意思 (specific intent)」のみならず、より広範に言論者の精神状態を問うものであるという。それゆえ、たとえ明確な犯意等がなくとも、一定の害悪を生み出すことに対する意思が認められる限り、問題となる言論に対して修正1条に基づく保護が及ばなくなる要因となり得るし、また当該意思が認められたからといって、他の考慮要素を捨象してまで当然に修正1条に基づく保護が及ばなくなるという帰結が導かれるわけでもないとされる⁹³。

このとき、言論者において自らの言論がその受領者に及ぼすリスクを予見しつつも、その発生（実現）までは意図していなかったと認められる場合であっても、当該リスクが真に重大なものである限り、その言論の自由は正当に制約され得るとされる。すなわち、言論者の精神状態がそのようなリスクを含んでいる限り、言論の目的が一定の害悪の発生ではないと認められたとしても、当該害悪を発生させる目的で行われる言論の場合と同様の法的効果が導かれるという。それゆえ、実質的に「言論者の意思は、潔白な言論を有責の言論に転換する」こととなるとされる⁹⁴。

第五に、表出されたメッセージ固有の害悪 (message-related harm) では

なく、メッセージ中立的な害悪（non-message-related harm）を理由として言論が制約され、かつそれが不当に行われるとき、メッセージに込められた言論者の意思が重要な役割を果たすこととなり得るとされる。ここでいうメッセージ中立的な害悪については、特に、メッセージ（情報）の不開示に関する取決めに対する違反、プライバシーの侵害、知的財産権の侵害等が含意されている。これらの場合において認められるメッセージ中立的な害悪は、情報の取扱いに対する言論者の侵害的な意思に起因するのであって、必ずしもメッセージそれ自体に内在しているわけではないという⁹⁵。もっとも、単一の言論の中に、双方の種類の害悪が含まれることはあり得るため⁹⁶、両害悪の区別は相対的であることは否めない。

なお、意思影響説の代表的な論者によれば、言論者の意思と一定の害悪の発生との直接の相関関係に関しては、これを肯定する学説も提示されているものの⁹⁷、当該関係を理由として言論者の意思が修正1条に基づく保護のあり方に常に影響すると断ずるのは早計であるという。その理由として、言論者が受領者を害する意思をもって言論を行ったからといって、必ずしもその目論見が奏功する（すなわち、害悪の発生の蓋然性が高まる）とは限らず、当該意思がまったくなかった場合に逆に害悪が発生することも十分にあり得るということが指摘されている。また、例えば言論者が自らの言論の内容が虚偽であると認識していたとしても、その認識自体は当該言論の内容が実際に虚偽である可能性を増大させないということからも明らかとなり、言論者の認識（精神状態）は言論による害悪発生の蓋然性それ自体に直接影響を及ぼすものではないという⁹⁸。判例においても、例えば修正1条により「保護されない言論」の範疇に属するとされる「わいせつ」な言論となるためには、言論者の意思にかかわらず、少なくともそれが通常人（標準人）において実際に淫欲をそそり、かつ文学的・科学的・芸術的価値の乏しいものと認められなければならないものと解されている中で⁹⁹、当該意思が害悪の発生に直結する要素とは言いがたいという¹⁰⁰。

もっとも、意思影響説の立場からは、判例も、言論の自由に対する制約の許容可能性を検討するに当たり、言論者の意思を重視してきたものと説かれている。例えば、せん動を正当に規制（処罰）するうえで言論者によるせん動に対する一定の意図が認められることを前提とする前述のブランデンバーク法理は、その典型であると言える¹⁰¹。また、2003年のブラック（Black）事件判決において十字架焼却行為が人種差別的な「脅迫（intimidation）」の言論と捉えられつつ当該行為を禁止する州法の主要部分が合憲とされたこと¹⁰²、同年のテレマーケティング・アソシエーツ（Telemarketing Associates）事件判決において受領者が誤解することを意図しつつ行われたと認められる虚偽の表明としての「詐欺（fraud）」の言論が修正1条に基づく保護を受けないとされたこと¹⁰³なども、言論者の意思が言論規制及びその根拠となる害悪の有無に一定の影響を及ぼすことの証左となるという旨が示唆されている¹⁰⁴。

4.2 意思無関係説

意思影響説とは対照的に、ある言論に関して、それを公権力が合法的に排除し得る害悪の原因となるか否かということに関する言論者の認識（意思）ないし精神状態については、基本的に当該言論が修正1条により保護されるか否か、またどの程度保護されるのかということをも左右するものではない（ただし、当該精神状態は、その言論者に対する制裁により他の言論に対して萎縮効果がどの程度もたらされるかということには影響し得る）という立場（以下、「意思無関係説」という）に立つ学説が米国では有力である。この学説によれば、言論においては、言論者がその言論にいかなる意思を込めようとも、その受領者によって当該意思とは異なる理解が行われ得るとされる¹⁰⁵。それゆえ、修正1条に基づく保護のあり方を画する決め手となるのは、言論が受領者に対してもたらすと認められる効果であって、刑事法や不法行為法で問題となり得る言論者自身の意思や責任に関しては、同条との関係で

は二次的なものとなるとされる¹⁰⁶。このような考え方は、以下の各点により補強されることとなる。

第一に、言論規制を正当化し得るのは、言論によりもたらされる害悪の存在にはかならないのであって、そうした害悪が顕現する結果に対する言論者の意思それ自体ではないとされる。すなわち、言論を通じて「真の脅威 (true threat)」¹⁰⁷ (6節6.1参照) となる害悪が実際にもたらされない限り、非合法的な行為を唱道する者も含め、各人の見解 (viewpoints) の相違を許容し合うのが自由な社会の特質であり、当該害悪に関して、それをもたらそうとする言論者の意思そのものと同視することは、各人の思想や言論に対する検閲の実施に結びつくおそれを内包するものとなると説かれている¹⁰⁸。

第二に、言論の自由の保障の文脈において、言論者の意思については、言論が実際にもたらし得る害悪にも当該言論の制限により保護され得る価値にも直接関係しないという。従前の判例も、修正1条に基づき「保護されない言論」の範疇の存在を認めつつも¹⁰⁹、それに該当するための要件として言論者の意思を掲げてこなかったとされる。このような主張においては、「保護されない言論」については、言論者の意思に応じてではなく、言論行為の性質に応じて決まるといふ旨が示唆されている¹¹⁰。また、刑事法の領域において刑事責任と犯罪者の意思との関係が問題となり得るとしても、これは修正1条に基づく保護の枠組みとは別問題であるとされる¹¹¹。

第三に、判例上、修正1条に基づく「保護される言論」と「保護されない言論」との区別は、修正1条が当該言論の範疇を規範的にその保護範囲に含めているか否かではなく、当該言論を制限するために公権力が掲げる制約事由を同条が認めていないか否か (以下、「制約事由許容性」という) によって行われてきたとされる。すなわち、修正1条が容認しない事由に基づきある範疇に属する言論が制限されることが、同条の下で禁止されることとなると説かれている¹¹²。よって、ここに言論者の意思が考慮される余地は乏しいということになる¹¹³。

例えば、前述のブラック事件判決においては、十字架焼却行為が歴史的にみて特に有害な形態の脅迫になるという理由から、それを禁止する州法の内容が合理的であるとされたが¹¹⁴、意思無関係説の論者によれば、この禁止は、表出された言論（行動を伴う言論）の内容そのものに基づく制約ではなく、当該言論が特定の人種に対して「脅威」となり得るという一定の（客観的な）視点が加味されたうえでの判断に基づく制約であり、修正1条がそのような形での脅威の排除の必要性を容認しているという解釈が、当該州法の主要部分の合憲性を導く判断に結びついているという¹¹⁵。このような解釈は、修正1条の保護範囲において問題となる言論によりもたらされる脅威に伴う一定の効果に対して措置される法律に関しては、一般的に同条の趣旨に適合的である（脅威に伴う効果〔行動〕を律する必要性は、当該脅威を発する言論を禁止することを正当化する）とする前提¹¹⁶に依拠しており¹¹⁷、制約事由許容性に基づき「保護される言論」の射程が画定されるという考え方を支える論理となるものと考えられる。

同時に、判例は、言論規制について、それが問題となる言論の有害（harmful）な「派生的〔間接的〕効果（secondary effects）」の防止を目的としたものと認められる場合には、個々の言論の内容（メッセージ）にかかわらず正当化され得ると説きつつ、当該内容それ自体の表出の禁止を目的として行われる場合にはその限りではないという旨（以下、「派生的効果規制原理」という）を示唆している¹¹⁸。また、判例は、一定の範疇に属する言論の表出が一律に禁止される必要があると認められることが言論内容の差別化の正当化事由となっている場合には、個別の思想や見解の差別に対する重大な危険は存在しないという考え方（以下、「特定範疇言論規制原理」という）も示している¹¹⁹。これらの原理からは、言論の派生的効果に基づく言論規制や一定の範疇に属する言論に対する包括的な言論規制においては、個々の言論者の意思は基本的に問題となるものではないということが示唆されることとなる¹²⁰。

第四に、言論者の意思を考慮要素とすることは、言論を通じた害悪の重大性を矮小化するおそれを内包するとされる¹²¹。すなわち、たとえある範疇に属する言論によりもたらされる害悪が重大なものであっても、言論者の個別の意思が「この程度の言論では受領者は害悪を感じないはず」と予見するものであったような場合において、当該意思を考慮に入れることとすると、当該害悪の大きさが適切に認定されなくなるおそれが生じ得るといふ。このようなおそれの顕在化は、前述の言論の有害な派生的効果を客観的に把握しようとする派生的効果規制原理と整合しないため、言論者の意思は基本的に考慮要素とされるべきではないということが示唆されている¹²²。

第五に、言論者の意思をどのように確認するかが問題となるとされる。一部の意思無関係説の論者の中には、例えば「皆で政府を転覆させよう」といったように、言論者の発言が直接違法な行為を唱道するものである場合には、一定の害悪の発生が推定されやすく、それに対する規制が正当化される場合が多いという旨を示唆するものもある¹²³。しかし、これに対しては、発言等された内容は一種の符号（code）にすぎず、その符号が意味し得るものは多様であって、実際には受領者がどのようにそれを理解するかがその内容を決することとなるとする批判が提示されている。例えば、自己の所有する国旗を焼却する行為によって、言論者は一定のメッセージを伝達しようとしていたと考えられる一方、単に暖を取ろうとしていただけとも考えられ得る中で、公権力が当該行為を禁止するのは好ましくない（害悪となる）メッセージが受領者に伝達されることを防ぐためであるとすれば、言論者の実際の意思は重要ではないことになるという¹²⁴。このような思想は、言論者の意思それ自体は修正1条に基づく言論者の保護のあり方を決するための枢要な指標とはならないということを示唆するものとなる。

第六に、匿名による言論の自由の保障¹²⁵との関係が問題となるとされる。すなわち、言論者の正体が不明な匿名による言論が公表され、当該言論について差し迫った暴力等を引き起こすものと公権力が認める場合であっても、

仮に公権力が当該言論の排除を行い得るか否かがひとえに言論者自身の意思にかかっているとすれば、それが確認困難な状況の下では、公権力は永久に当該排除を行うことができなくなり得るとということが指摘されている¹²⁶。

なお、意思無関係説の立場からは、前述のブランデンバーク法理に対する批判的見解も併せて示されている。すなわち、当該法理によれば、言論の自由に対する制約の正当化に際し、言論者の発するせん動のことが違法行為を誘発する蓋然性が問題となるが、当該蓋然性を客観的に判断することは容易ではなく、当該判断に際して公権力が言論者の言動を監視していることが前提となるのか否かについても明らかではないという旨が指摘されている¹²⁷。

5 言論内容規制における言論者の意思の位置づけに関する検討

5.1 言論内容規制と言論内容中立規制との二分論

意思影響説と意思無関係説との論争は、言論規制の正当化に際しての一つの対立であると言えるが、そもそもここでいう「言論規制」については、一般に個々の言論の内容それ自体に着目した「言論内容規制」と当該内容には中立的な「言論内容中立規制」とに大別される¹²⁸。米国においては、言論内容規制の正当化の審査に関して、これを言論内容中立規制の正当化の場合と区別しつつ¹²⁹、厳格な違憲審査基準を適用するという考え方が有力である¹³⁰。その背景には、すべての言論はその内容にかかわらず基本的に平等に扱われることが修正1条の保護法益の核心部分を占めるという思想¹³¹、言論内容規制の方が特定の思想等に対する公的討論（public debate）を米国憲法上許容されない動機に基づき歪めることとなるおそれが高いという思想¹³²などがある。

もっとも、このような言論内容規制と言論内容中立規制との「二分論」については、さまざまな議論を惹起してきたものの¹³³、米国の学説・判例にお

いては近年でもなおその有効性が認識されていると言える¹³⁴。また、我が国の学説においても、憲法21条1項の解釈論として、これに対する疑問を提示するものも少なくないものの¹³⁵、有力な学説はその基本的な方向性を支持している¹³⁶。

この二分論による立場からは、言論内容中立規制の正当化に際して、違憲審査が緩和される理由として、言論の内容とは無関係に外形的な行為に伴う害悪に着目した言論規制の正当性の是非については、客観的な判断になじみやすい、言論の行為形態のうち特定のものを規制しても、代替的な行為形態がある限り表現の内容そのものの表出の機会が剥奪されるわけではない、ということが指摘されている¹³⁷。このような考え方に基づけば、言論内容中立規制においては、言論者の意思を考慮する余地が相対的に小さく、客観的な判断が行われやすいということになる。

また、前述のとおり、修正1条をめぐる判例法理の基底には、「明白かつ現在の危険」の法理に象徴されるように、一定の害悪をもたらすと認められる言論は相応の制約に服し得るとする考え方が横たわってきたと考えられる。そのような考え方に照らせば、修正1条に基づく言論の保護の具体的なあり方については、基本的に当該言論の「内容」に左右されるということがその検討の出発点となり得る¹³⁸。このとき、言論の内容は言論者の意思が何らかの形で体现されたものであるという前提に立つ限り、それに対する規制（すなわち言論内容規制）については、言論内容中立規制の場合に比べ、相対的に言論者の意思を考慮する余地が大きくなる可能性があるということになる。

このように考えると、言論内容規制と言論内容中立規制との二分論を前提とすることが可能であれば、特に言論内容規制に着目しつつ、言論者の意思との関係を検討する余地があると言えそうである。その検討が可能となるためには、言論内容規制と言論内容中立規制との具体的な区別のあり方それ自体が明らかにされなければならない。そこで、当該区別をめぐる米国の主な

議論について、以下に概観することとする。

5.2 言論内容規制をめぐる主な学説の考え方

一般に、言論内容中立規制に関しては、基本的に「時 (time)、場所 (place) 及び方法〔態様〕(manner)」¹³⁹に関する規制を典型とする「言論内容規制以外の言論規制」と捉えることが可能である¹⁴⁰。判例も、「表現の内容に関わらない目的に資する規制」については、たとえそれが一部の言論者又はメッセージに付随的な効果をもたらすものであるとしても、言論内容中立規制と捉えることができると説いている¹⁴¹。そこで問題となるのが、言論者の意思との関係で注目される「言論内容規制」とは何かということである。

この点に関しては、米国の主な学説において、以下の各見解が提示されている。第一に、個々の見解 (viewpoint) を差別化する言論規制が言論内容規制であるとする考え方 (以下、「見解差別化説」という)¹⁴²である。これによれば、修正1条の保護法益は、言論規制がコミュニケーションの総量を減少させることに対する懸念はもとより、むしろより本質的には当該規制が公的討論の内容を歪めることに対する懸念に根ざすところ、個別の見解を差別化することは後者の懸念を著しく助長させるため、修正1条が禁止する対象の核心に位置するとされる¹⁴³。それゆえ、一部の判例においては、見解の差別化は言論の内容に関する差別化の中でも特に悪質 (egregious) なものであるとされている¹⁴⁴。これに対し、見解そのものの規制に関わらない言論内容中立規制については、他の言論の手段、方法等に関する道筋が残されており、見解の規制ほどには公的討論を歪めることにはならないという点において、言論内容規制と区別される余地があるという¹⁴⁵。もっとも、見解差別化説に対しては、営利的言論やわいせつな言論のような「見解」とは言いがたい言論に対する規制についても言論内容規制と捉え得るという考え方も有力である中で¹⁴⁶、言論の「内容」をもっぱら「見解」に収斂させるのは限定的

にすぎるといふ旨の批判も提示されている¹⁴⁷。

第二に、見解差別化説を敷衍させたものとして、見解の分類は規範的に主題の分類と区別することが困難であることから、言論規制とは主題 (subject matter) 及び見解の差別化を伴うものであるとする考え方 (以下、「主題等差別化説」という)¹⁴⁸である。ここでいう「主題」とは、特定の見解を指すものではなく、表出された言論全体のテーマを指すものである。判例も、かねてより「思想の領域における立場の平等性 (equality of status in the field of ideas)」を前提としつつ¹⁴⁹、「政府は表現のメッセージ、思想、主題又は内容を理由として当該表現を制約する権限を有しない」と説き¹⁵⁰、主題等差別化説に比較的近い考え方を示している。もっとも、ここでいう「メッセージ、思想、主題又は内容」の射程は広範かつ曖昧であり¹⁵¹、その後の判例においては、「言論が伝えようとするメッセージに対する異論 (disagreement) を理由として政府が言論規制を行っているか否か」により言論内容規制への該当性が判断されるという旨が示されている¹⁵²。

このような判例の見解に対し、ある学説は、「個別の見解、思想又は情報のアイテムというよりも、むしろ主題全体の表現により定義される」言論内容規制について、厳格な違憲審査を (判例は) 行っているという旨の評価を行っている¹⁵³。そのうえで、この学説は、前述の判例の考え方も含めた主題等差別化説が多様な言論規制を「言論内容規制」の枠組みで捉えることの不合理性を批判しつつ、「主題」に関する言論規制について、「特定の問題又は相対的に限定的な一群 (relatively narrow cluster) の問題に関する言論に対して示される規制」と「広範な分野 (broad classes) の言論に向けられた規制」とに大別し、後者に関しては言論内容中立規制に近似した扱いを検討すべきであるという旨を主張している¹⁵⁴。

逆に、一部の学説においては、判例のいう「主題」の差別化について、その射程の狭さが問題視され、本来は「主題」や「見解」に対する規制として言論内容規制と位置づけられるべきものが言論内容中立規制として緩やかな

違憲審査に服していることもある¹⁵⁵という旨が批判的に説かれている¹⁵⁶。このような考え方の延長線上には、主題等差別化説は、言論内容規制に対して厳格な違憲審査に服することを求める原則の骨抜きに結びつく可能性をはらむという帰結が導かれよう¹⁵⁷。

第三に、個々の言論において思想その他の情報を伝える行為そのものを制限することとなるもの、すなわち「意思伝達効果 (communicative impact)」に対する攻撃となる言論規制が言論内容規制であるとする考え方（以下、「意思伝達効果説」という）¹⁵⁸である。ここでいう意思伝達効果とは、論者により意味するところが若干異なるが、有力な学説は「言論者のメッセージに対して期待される人々の反応」に基づくものであるということを示唆しており¹⁵⁹、言論の（合理的な）受領者における反応が念頭におかれている。意思伝達効果説に対しては、確かに大半の言論内容規制は表面的には意思伝達効果に対する攻撃となり、言論内容中立規制は当該攻撃とはならないようにみえるが、必ずしもそうとは言えない場合もあるという旨が指摘されている。例えば、防衛施設において共産主義者の採用を禁止する法律は、言論内容規制と捉え得るが¹⁶⁰、共産主義者の業務遂行上の懸念に起因するものであって、意思伝達効果に対する攻撃とは認められないという¹⁶¹。また、仮に米国政府が英語でのある言論の内容を踏まえてそれを規制したとしても、その聴衆がすべて英語を理解できない人々であった場合には、「言論内容規制」でありながら意思伝達効果に対する攻撃とは認められなくなるとする批判も指摘されている¹⁶²。

第四に、特定の対話、ことば（言語）の選択等、言論者が実際に発するメッセージの内容に対する差別化を伴う規制が言論内容規制であるとする考え方（以下、「メッセージ内容差別化説」という）である。もっとも、メッセージ内容差別化説における「メッセージ」の範囲については必ずしも見解が一致しているわけではなく、感情に訴える発言など、実体への認識と直接関係しない特徴を有するものについてもこれに含まれると解するものと¹⁶³、それ

を否定するものがある¹⁶⁴。もっとも、あるメッセージを発出する手法は言論者により異なり得るため（例えば、同様の内容のメッセージについて、端的な表示的言語を用いて発する場合と象徴的言論により発する場合とは異なる）、特定のメッセージが表示的言語で示されていない場合を念頭におきつつその発出を制限するために行われる言論規制についても、メッセージの内容の差別化による言論内容規制と捉え得ることから、「メッセージ」の範囲を厳密に限定する実益は乏しいということを示唆する学説もある¹⁶⁵。また、「メッセージの内容」のみでは言論内容規制の射程を画することが困難であるという旨を示唆する学説もある。例えば、公権力が「不敬なメッセージ」の表出を一律に禁止した場合、当該禁止はメッセージ内容差別化説に基づく言論内容規制となり得るが、その見解の実体にかかわらず「不敬」とされる言論がすべて禁止対象となる可能性があることから、実際には言論内容規制と捉えることが疑問であるとする批判が示されている¹⁶⁶。

実際、何が「メッセージ」であって、その差別化はどのような場合に生じるのかということについては、必ずしも一義的に判断できるものではない。例えば、裁判所の回廊で「徴兵などくそつたれ（fuck the draft）」という文言が明記されたジャケットを着用して歩いた行為が州法で取り締まられたことが問題となった1971年のコーエン（Cohen）事件判決においては、当該文言が伝達対象のメッセージと不可分である（よって、前述の徒歩行為は「非言論の行為」ではなく「言論」である）ということが前提とされつつ¹⁶⁷、その抑圧は他の具体的かつやむにやまれない理由（particularized and compelling reason）がない限り修正1条に違反するものとされた¹⁶⁸。これは、当該文言が一定のメッセージを発するという前提に基づいていると考えられるが、「メッセージ」の範囲を狭く解する立場からは、そのようなジャケットを着用して回廊を歩く行為の態様が聴衆に不快な思いをさせ得ることが問題の本質であって、当該文言が伝えようとするメッセージそれ自体は問題となっていないと解され得ることとなる¹⁶⁹。

第五に、言論の有する説得効果（persuasive effect）に基づく言論規制は言論内容規制となり、これは基本的に認められないとする考え方（以下、「説得効果説」という）¹⁷⁰である。ここでいう説得効果とは、ある言論に関する行為がその受領者に対して公権力の容認しない行動に駆り立てるなどの一定の悪影響を及ぼすことを指す。一般に、言論がその受領者に対してもたらし得る不快感等の害悪ないし悪影響を理由とする言論規制は、言論の意思伝達機能を阻害し得ると言える。その限りにおいて、説得効果説は意思伝達効果説に近似する¹⁷¹。しかし、説得効果に基づき言論規制が行われる場合、前述のとおり、当該効果の原因が「言論」にあるのかそれとも当該言論と密接に関わる「非言論の行為」にあるのが不鮮明であることも考えられる。よって、説得効果の原因が「言論」と可分的な「非言論の行為」にあると認められる限りにおいて、説得効果説は、修正1条が公権力による言論の抑圧を防止することに主眼がおかれた規定であるとする理解に抵触する側面を有するとする批判も提示されている¹⁷²。

5.3 若干の考察

以上概観したとおり、米国の学説においては、言論内容規制と言論内容中立規制との区別をめぐって、何が言論の「内容」となるのかということに関する議論が成熟しておらず、それぞれの考え方に応じて言論者の意思との関わりもあり方も可变的となる。判例においても、例えば一定の映画の上映の場所ないし方法に関する言論規制（言論内容中立規制と位置づけられ得るもの）であっても実質的に言論内容規制として捉えたものもあり¹⁷³、当該区別は相対化している部分も認められる。それゆえ、学説においては、当該区別に基づく二分論を放棄する方向性を示唆する議論も見られる一方¹⁷⁴、当該区別を行うための基準設定の難しさにもかかわらず二分論は有意であると主張する伝統的な学説も依然として有力である¹⁷⁵。

本稿では、二分論の是非の詳細に関する検討に立ち入る余裕はないが、こ

のような議論の未成熟性及び「言論内容」規制の多義性・広範性は、少なくとも、言論者の意思が修正1条に基づく言論の自由の保護においてどの程度関係するのかということ进行を明らかにするに際しては、二分論に基づく言論内容規制への着目が必ずしも有用な決め手となるものではないということを示唆するものと考えられる。例えば、見解差別化説による場合には、当該見解は言論者の意思の体現そのものであると捉え得ることから、言論内容規制は言論者の意思の表出に対する規制であると位置づけることが可能である。その限りにおいて、見解差別化説に基づき把握される言論内容規制においては、意思影響説の考え方が妥当する余地が比較的大きくなるであろう。これに対し、主題等差別化説による場合には、「主題」が言論者の意思とは関わりなく観念され、言論内容規制が当該意思とは直接関連づけられないものと位置づけられる余地がある。よって、主題等差別化説に基づき把握される言論内容規制においては、意思無関係説の考え方が妥当しやすくなる。このような言論の「内容」と言論者の意思との関係の曖昧さを「中和」しようとしたのがメッセージ内容差別化説であると捉えることも可能であるように思われる。主観的にも客観的にも捉え得る「メッセージ」という観念を基軸として言論内容規制の実体を把握しようとするメッセージ内容差別化説の考え方そのものが、言論内容規制と言論内容中立規制との区別及びそれに基づく言論内容規制への着目が言論者の意思の役割を浮き彫りにするための決定打とはならないということを裏づけているとも言えよう。

それゆえ、意思影響説と意思無関係説との対立を踏まえたうえで修正1条における言論者の意思の役割を明らかにするためには、二分論（言論内容規制）を一応のメルクマールとして念頭におきつつも、それとは別のメルクマールを追究することが合理的であると考えられる。そこで、この点について、次節において考察を加えることとする。

6 言論規制を正当化し得る「脅威」と言論者の意思との関わり

6.1 言論における「脅威」の認定のあり方

言論規制が一定の害悪の発生ないしその可能性により正当化され得るものと解されてきたということについては既述のとおりであるが、さまざまな言論により生じる「害悪」の中で、意思影響説と意思無関係説との対立が特に顕著となり、言論者の意思の法的意義が問われることとなると考えられるのが、一定の「脅威(threat)」をもたらすと認められる言論である。その理由については、以下のとおりである。

すなわち、連邦最高裁判所の考え方によれば、十字架焼却行為等を伴う言論行為が人種、信条、宗教、性別等に基づく不安や憤りを助長し、それが喧嘩ことばを構成する程度に至った場合には規制するという旨を定めていた市の条例の合憲性が問題となった1992年の R. A. V. 事件判決において、「脅威」となる言論については、当該「脅威」から生じ得る不安その他害悪から各人(individuals)を保護するために修正1条に基づく保護を受けないものとされている¹⁷⁶。このような保護目的は、「脅威」となる害悪の内実は一次的に受領者の視点から把握され得るということを示唆する。このとき、受領者にとって具体的に「脅威」となるとされる害悪については、言論者の意思と密接に関わる場合も当該意思から大きく乖離したものとなる場合も容易に想定され、当該意思との距離感がたえず問われ得ると考えられる。換言すれば、「脅威」となると認められる言論の害悪については、それ自体が言論規制の正当化事由を構成すると同時に、言論者の意思との関係が問題となり得る典型的な要素となると考えられる。したがって、言論によりもたらされる「脅威」と言論者の意思との関わりを追究することは、意思影響説と意思無関係説との対立の実体をひもとくための手がかりとなり得るように思われる。

例えば、米国の法律(刑事法)においては、他人を誘拐又は他人に傷害を与えるための「脅威」を伴う通信を発信した者は処罰されることとなってお

り¹⁷⁷、また大統領等の要職にある者に対して故意に殺人、誘拐、傷害等の「脅威」を伴う書簡等の投函を行った者についても処罰されることとなっている¹⁷⁸。これらの法律上の規定については、特定の局面における刑事法上の規定であるとはいえ、「言論」がもたらす一定の安全に対する「脅威」を問題とするものであるから、言論の自由に対する重大な制約となるものと認められよう。ところが、これらの「脅威」とされる言論に関しては、しばしば修正1条との関係があまり問題視されることなく、半ば当然に刑事上の制裁を受けるものとされる傾向があったという旨が指摘されている¹⁷⁹。そのため、当該言論によりもたらされる「脅威」となる害悪がどの程度言論者の意思と関わるのかということは、不明確なままとなっている。

ここで具体的に問題となると考えられるのは、言論者の意思との関わりにおいて、これらの「脅威」がどのような形で認定され得るのかということである。この点に関し、1969年のワッツ（Watts）事件判決は、前述の法律上の規定に関して、「修正1条に基づく要請を明確に念頭において解釈されなければならない」としつつ、何が「脅威」であるかということは何が「米国憲法上保護される言論」であるかということとは区別されるべきものであると説いた。そのうえで、法律は「脅威」が「真の脅威」であることを公権力が立証することを求めているとした¹⁸⁰。しかし、有力な学説においては、具体的な「真の脅威」の内実については判例上必ずしも明らかにされず¹⁸¹、物理的な安全に対する「脅威」を引き起こすとされる言論に対する刑事上の制裁と修正1条に基づく強固な言論の保護とは絶妙に「共存」することとなってきたと指摘されてきた¹⁸²。同時に、ある言論に「真の脅威」が存在するとして、それがなぜ修正1条に基づく自由の保障の制約を正当化することとなるのかということについても、必ずしも自明ではないという旨も指摘されている¹⁸³。

このような状況の中で、「真の脅威」が誰の視点を基準として認定されるのかということに関して、下級審の判例を中心として、さまざまな議論が提

示されることとなった。当該視点に関する基準の内実として示されている主な考え方を概観すると、以下の3つの見解に大別することができる。第一に、合理的な言論者の立場に立った者が、問題となる言論について、受領者において脅威となる一定の害悪を及ぼそうとする意思が真に表出されていると理解するものと見込むことが認められるか否かという基準（以下、「合理的言論者基準」という）である¹⁸⁴。第二に、問題となる言論の文脈を理解する合理的な受領者が、当該言論を脅威（一定の害悪を生じさせるもの）として解すると認められるか否かという基準（以下、「合理的受領者基準」という）である¹⁸⁵。第三に、言論者自身が、実際に脅威の惹起（一定の害悪の発生）を意図していたか否かという基準（以下、「現実言論者基準」という）である¹⁸⁶。もっとも、合理的言論者基準及び合理的受領者基準については、大半の場合においてその帰結は同様であるとする考え方もある¹⁸⁷。基本的には、さしずめ、合理的言論者基準及び合理的受領者基準は意思無関係説に、現実言論者基準は意思影響説に、それぞれ親和的であると言えよう。

これらの基準のうち、いずれが妥当であるか、あるいは他のより適当な基準が考えられ得るかということについては、慎重な検討を要する。前述の R. A. V. 事件判決に示された考え方に照らせば、合理的受領者基準が一次的には妥当すると言えそうであるが、言論の多様性を踏まえれば、言論者の視点（合理的言論者基準及び現実言論者基準）が常に捨象されてよいとも断じがたい。この問題に対する解答は、そもそも「脅威」（真の脅威）となる害悪とは何に基づいて生じるものかと考えるかということ（「脅威」となる害悪の発生源）に応じて変わり得るであろう¹⁸⁸。この「脅威」となる害悪の発生源に関しては、少なくとも、以下に示す考え方が米国の学説及び下級審の判例において示唆されている。

第一に、「脅威」となる害悪とは、言論を通じて何らかの脅威を与えることに対する言論者の主観的な意思に基づくものと捉える考え方（以下、「脅威付与主観的意思説」という）である¹⁸⁹。これは、意思影響説に親和的であ

り、現実言論者基準に接合する。ここでいう主観的な意思については、何らかの脅威を与えようとする意思であり、言論に示されたとおりの脅威となる行為の実現に対する意思までは問題とならない。これによれば、言論者の意思は「脅威」となる害悪と緊密に関わることとなり、ひいてはそれが言論規制の正当化事由を支えるということになり得る。

第二に、「脅威」となる害悪とは、言論を通じて何らかの脅威を与える意思のみならず、言論に示された脅威となる行為（threatened act）の実現に対する言論者の主観的・具体的な意思に基づくものと捉える考え方（以下、「脅威行為実現主観的意思説」という）である¹⁹⁰。これも、脅威付与主観的意思説と同様に、意思影響説に親和的であり、現実言論者基準に接合するが、言論に示した行為の実現に対する意思までをも問題とするという点において、脅威付与主観的意思説とは異なる。

第三に、「脅威」となる害悪とは、言論を通じて何らかの脅威を与えることに対する言論者の客観的な意思に基づくものと捉える考え方（以下、「脅威付与客観的意思説」という）である¹⁹¹。既に示唆したとおり（3節3.2参照）、ここでいう客観的な意思とは、言論者自身の主観的意思を問うものではなく、言論者の立場に立った場合を念頭におきつつ、言論の内容等から客観的に認められる意思のことである¹⁹²。これは、言論者の主観的意思とは一定の距離をおくものという意味において、意思無関係説に親和的であり、合理的言論者基準に接合する。

第四に、「脅威」となる害悪とは、言論に示された脅威となる行為そのものの実現可能性（蓋然性）に基づくものと捉える考え方（以下、「脅威行為実現可能性説」という）である¹⁹³。これによれば、当該可能性の程度が問題となり、それが相当に低いと認められる限りにおいて、当該「脅威」に関わる言論はなお修正1条に基づく保護を受けるということになり得る。それゆえ、「脅威」となる害悪については、合理的な通常人の経験や社会通念等に照らし、客観的に把握され得ることとなる。これは、意思無関係説に親和的

であると同時に、合理的言論者基準又は合理的受領者基準に接合する。

第五に、「脅威」となる害悪とは、言論に示された脅威となる行為の実現可能性にかかわらず、言論の合理的な受領者において感知され得ると認められる不安感（fear）や苦痛（distress）等に基づくものと捉える考え方（以下、「受領者不安感説」という）である¹⁹⁴。これは、脅威付与客観的意思説の基本的な考え方を受領者側の視点に置き換えたものと言うこともできよう。これによれば、脅威となる行為が示された言論それ自体は修正1条に基づく保護を制約する事由となるものではなく、当該言論を通じてその合理的な受領者に対してもたらされ得る効果（意思伝達効果）が切迫した危険を惹起するものであると認められるか否かによってその制約の正当性が判断され得るということになる。実際、前述のワッツ事件判決はそのような旨を示唆しているとする指摘もある¹⁹⁵。受領者不安感説は、意思無関係説に親和的であり、合理的受領者基準に接合する。

ここでいう意思伝達効果については、合理的な通常人が、問題となる言論から一定の不安感等を認識し得ると認められるか否かを客観的に判断することにより測定される。それゆえ、たとえ実行に移される可能性の低いと公権力が認める行為を惹起する言論であっても、合理的な受領者であればその可能性の低さを認識しないものと認められる限り、害悪は存在し得るということになる。このような観点からは、プランデンバーグ法理が「非合法的行為を誘発又は生成させる蓋然性」を考慮要素としていることは、必ずしも正鵠を射たものとは言えないということになり得る¹⁹⁶。一方、受領者不安感説は、「脅威」となる害悪の一次的な発生源を合理的な受領者の精神活動に求めることから、当該害悪の有無及び程度の判断に際しては、「情報の受け手の側の自律的判断が介在」し得ることとなり、よってその「すべてを情報の送り手に直ちに帰責できるわけではない」¹⁹⁷という帰結を導く可能性を内包するものである。

第六に、以上の各考え方は必ずしも相互に排他的なものではないと捉えつ

つ、これらを折衷した考え方（以下、「折衷説」という）を採用することも可能である。実際、「真の脅威」の内実の不明瞭さを指摘している前述の有力な学説は、「脅威」の害悪は複合的な要素により形成されるという旨を説いている。これによれば、まず、「脅威」となる言論の標的が特定されている場合ないし対面での言論の場合においては、相手方（受領者）に一定の不安感を与え、それが一時的なものにとどまる可能性も低いことから、「明白かつ現在の危険」を招来し得るものと言えるため、当該言論に対する制約は正当化され得るとされる。しかし、この場合、言論に含まれる行為の客観的な発生可能性については考慮の対象外となり得ることとなる。他方で、せん動による言論に関するブランデンバーグ法理は、言論規制の正当化に際して、言論者の意思と言論に示される行為の発生可能性との双方を問題とするものであるところ、非合法的な行為を誘発する可能性の乏しいせん動は修正1条の保護を受けるとの帰結が導かれるという点において、なお十分な合理性を有するという。これらを総合すると、「脅威」が問題となる場合には、これがもうばら言論の受領者の不安感の問題に収斂されるわけではなく、言論に含まれる行為の客観的な発生可能性等についても同時に考慮されるべきものとなるとされる¹⁹⁸。

また、近年の連邦最高裁判所の判例においても、「脅威」の害悪の内実に関する複合性が示唆されている。例えば、前述の R. A. V. 事件判決においては、「暴力に対する不安感」、「不安感が引き起こす混乱（disruption）」及び「脅威となる暴力が発生する可能性」¹⁹⁹から各人を保護する必要性が、「脅威」となる言論が修正1条により保護されないことの理由として示唆されている²⁰⁰。それでも、当該判決は、市の条例が人種、信条、宗教、性別等に基づく喧嘩ことばを構成する程度に至った十字架焼却行為等による言論を規制対象としていたことについて、それが言論内容規制であることを前提としたうえで²⁰¹、当該言論は修正1条の射程内にあるが、修正1条の趣旨に反せず「米国憲法上規制し得る内容（constitutionally proscribable content）」で

あるとしながらも²⁰²、以下の点により当該条例を違憲とした。すなわち、前述のとおり、ある言論に対する規制根拠が当該言論の範疇に属する言論全体を規制し得る正当な根拠と同一である場合（例えば、脅迫による言論の中で大統領に対する脅迫による言論のみを禁止する場合。特定範疇言論規制原理）や言論のもたらす派生的効果を規制する場合（派生的効果規制原理）等²⁰³においては、言論規制が許容され得るが、本件条例はこれらいずれの場合にも該当しないという²⁰⁴。よって、当該条例が掲げる特定の規制目的のために言論内容規制を課すことは許されず、（人種、信条、宗教、性別等に基づかない喧嘩ことばを含めた）喧嘩ことば全体を規制することによっても当該目的の達成は可能であることから、修正1条との関係において正当化されないとされた²⁰⁵。それゆえ、この判決に対しては、実質的には「脅威となる暴力が発生する可能性」の低さが主に考慮され、「暴力に対する不安感」等については十分に考慮されたものとはなっていないとする学説の批判も提示されている²⁰⁶。

もっとも、R.A.V.事件判決は、「脅威」となる害悪の発生源に関して折衷説の立場に立ちつつも、言論者の意思を加味した方向性（脅威付と主観的意思説や脅威行為実現主観的意思説の考え方）からは一定の距離をおいているように見受けられる。しかし、刑事法上の「脅威」に関する解釈をめぐる近時の連邦最高裁判所の判例においては、修正1条との関係に関する明示的な説示が回避されつつも、言論者の意思を重視した方向性（脅威付と主観的意思説に近似する考え方）が示されていることが、注目に値する²⁰⁷。

思うに、「脅威」となる害悪の発生源に関する前述の各考え方（脅威付と主観的意思説、脅威行為実現主観的意思説、脅威付と客観的意思説、脅威行為実現可能性説、受領者不安感説及び折衷説）については、一概にどの考え方が最も合理的であるかということを決めるのが難しい。仮に脅威付と主観的意思説や脅威行為実現主観的意思説の立場によれば、言論者の主観的な意思は「真の脅威」の認定とそれによる言論規制の正当化に不可欠のものとな

るが、脅威付与客観的意思説、脅威行為実現可能性説及び受領者不安感説の立場によれば、その限りではないということになる。また、これらを総合した折衷説の立場からは、言論者の意思は問題となる言論の行われた文脈等に依じて必要な限度で考慮され得るということになる。このような「脅威」となる害悪の内実及び当該「脅威」の発生源の複合性は、個々の言論規制において言論者の意思がどの程度関わってくるのかということをもますます見えにくくする。

少なくとも一般論としては、個々の言論に含まれ得る「脅威」の多様性等にかんがみ、さしずめ折衷説を採用することが妥当であろう。ただし、「脅威」は本質的に言論の受領者に対してもたらされ得る性質のものであり、言論者の意思と受領者による言論の受け止め方との間には一定の乖離が生じ得るということに照らし、受領者不安感説の考え方が折衷説における基軸となるように思われる。このとき、受領者における不安感等に関する意思伝達効果については、前述のとおり、基本的に客観的に把握される（言論者の主観的な意思も受領者の個別の意思も原則として介在しない）こととなる。これらのことは、意思影響説と意思無関係説との間の論争が、必ずしも二項対立的なものとなるわけではなく、個々の言論の性質やそれが行われる文脈等に依じて、いずれの考え方を援用する余地もあるということ、しかしながら、言論者の意思が言論規制（特に、言論内容規制）との関係において問題となる局面（意思影響説の考え方を援用すべき局面）は限定的であること、を示唆する。「真の脅威」の認定が誰の視点を基準として行われるべきものかという点に関しても、合理的受領者基準を基本としつつ、合理的言論者基準及び現実言論者基準を例外的・補完的に用いることが必要となるように思われる。

もっとも、「脅威」となる害悪を言論規制の正当化事由と捉えるよりも、例えば「脅威」をもたらすと認められる一定の言論をせん動と位置づけ、ブランデンバーグ法理等に基づく定義づけ衡量により修正1条の保護外（「保

護されない言論」と解するといった考え方の道筋もあり得る²⁰⁸。そのような場合、定義づけ衡量により「保護されない言論」と位置づけられる言論の範疇に関しては、言論者がせん動を意図したと認められることが前提となるものの、言論者の個別の意思が具体的に問題となる範囲は限定的となろう（「脅威」となる害悪については、合理的受領者基準に基づきつつ、受領者不安感説の考え方を基軸として基本的に客観的に把握されることとなろう）。すなわち、言論者の一定の意思が認められることが言論の範疇の「定義づけ」における要件の一つとなっている限り、当該範疇に属する言論に関する個々の事案の解決に際して、言論者の実際の意思の有無及びその内容が問われ得るにとどまると考えられる。もっとも、このような手法が用いられるためには、「定義づけ」における利益（価値）衡量の基準が明確化されていることが前提となる。

6.2 憲法上の表現における「脅威」となる害悪の実態的な特質

前項において概観した一連の考え方は、修正1条の保護法益と憲法21条1項の保護法益との共通性²⁰⁹、前述の「言論」の「表現」への概念上の接近（3節3.2参照）等にかんがみると、修正1条のみならず、憲法21条1項の下でもおおむね同様に妥当すると考えられる。すなわち、表現者の意思が表現規制との関係において問題となる局面は限定的であると考えられる。ただし、我が国においては、以下の各点において、表現行為を通じて発生し得る「脅威」となる害悪の具体的・実態的な性質が、米国の場合とやや異なる可能性があると考えられる。

第一に、これまでの米国の判例において「脅威」となる言論に対する規制が問題となった事案をみると、その害悪の発生源の相違にかかわらず、実際に他人に物理的な傷害等を与える蓋然性が高く、一定の危害の発生に対する深刻な恐怖を与え得るものであることが前提とされており、「行動を伴う言論」等を通じてそれが直接的にもたらされる場合が多かったように思われる。

ところが、我が国においては、他人の法的権利・利益（例えば、他人の名誉やプライバシー等）を著しく害すると認められる表現物については別論としても、少なくとも一般に問題となる「微妙な表現物」に関する表現行為については、「行動を伴う表現」等よりも、新聞・雑誌への投書やブログをはじめとするインターネット上の各種プラットフォーム等を通じて（別段の「行動」を伴わずに）行われることが比較的多いように思われる。その場合、それらが「真の脅威」と位置づけられ得るか否かという点については個別の慎重な検討が必要であり、それが肯定され得る場合が限定的となる可能性もある²¹⁰。「脅威」となる言論の存在が言論者の意思を考慮に入れるための必要条件となり得るという考え方に立てば、合理的受領者基準、合理的言論者基準及び現実言論者基準のいずれをもってしても「微妙な表現物」において「真の脅威」が存在しないと認められる場合には、そもそも表現者の意思が問題となる余地は乏しくなり得るであろう。

第二に、前述の「脅威」の発生源をめぐる各考え方は、基本的に特定の言論の受領者に対してもたらされ得る「脅威」を念頭においていると考えられる²¹¹。これは、米国の判例法理の下では、一定規模の集団等に対して「脅威」となる言論よりも、特定の者に対して表出される「脅威」となる言論の方が、修正1条に基づく保護を受けやすいということを示唆する²¹²。しかし、我が国の場合、実際に問題となる表現行為による「脅威」の害悪については、個々の受領者の反応に直接関わりなく、社会全体に対してもたらされるものと捉えられる場合が少なくないように思われる。例えば、わいせつな表現に伴う「脅威」となる害悪について、「性生活に関する秩序および健全な風俗」²¹³の維持に対峙するもの、すなわち社会全体の秩序を乱すものと捉える余地があることは、我が国の判例が示唆しているところである。また、破壊活動防止法（昭和27年法律240号）39条・40条にいう「せん動」の処罰が憲法21条1項に違反しない理由として、せん動が「重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為」とであると説かれてきたのも²¹⁴、屋外広告物の掲出に

対する規制が「都市の美観風致を維持」する観点から合憲とされてきたのも²¹⁵、「社会全体への害悪」が表現規制の有力な正当化事由の一つにほかならないと広く解されてきたことの証左であると言えよう²¹⁶。従前の判例においては、「社会全体への害悪」に基づく表現規制の違憲審査においては、表現者の意思が（個々の立法に明示されている範囲を超えて）重要な考慮要素となることは少ないが、当該表現規制の違憲審査が一面的な角度からのみ行われることを回避する観点から、「社会全体への害悪」をもたらしことに対する表現者の意思の有無及び程度について、さらに考究する余地はなお残されているように思われる。

6.3 「非言論の行為」における「脅威」

米国の議論において提示された「言論」と「非言論の行為」との区別の可能性（3節3.2参照）を踏まえれば、一見すると言論による「脅威」に見えながら、その原因が「言論」それ自体ではなく、「言論」と密接に関わるもののそれと可分的な「非言論の行為」に由来すると認められることもあり得る。ところが、「言論」と「非言論の行為」との区別を重視する一部の学説においては、立法はしばしば「言論に由来する脅威」と「非言論の行為に由来する脅威」との区別に対して無関心であったと指摘されている²¹⁷。米国の伝統的な判例においても、「言論」と「非言論の行為」との区別を前提としつつ、後者に対する制約については、「非言論の行為」が「言論」の要素を用いて実施されたことをもって当然に（修正1条違反として）許容されなくなるわけではないという旨が示唆されている²¹⁸。このような考え方によれば、「脅威」となる害悪がある言論と密接に結びついた「非言論の行為」に由来すると認められる場合には、当該「脅威」を原因とする行為規制は当該言論との関係において付随的規制にすぎないということになり、それと言論者の意思との関わりをあえて問う意義が低下するとも考えられる。もっとも、「言論」と「非言論の行為」との区別の困難さを前提とする考え方からは、

「脅威」となる害悪を発生させる行為の態様に応じて言論者の意思の役割が変化するという帰結は必ずしも導かれないであろう。

我が国の有力な学説においては、米国の一部の学説の考え方と同様に、「言論（表現）」と「非言論の行為（非表現の行為）」との区別の実質については、言論内容規制（表現内容規制）と言論内容中立規制（表現内容中立規制）との区別が前提とする思想（表現の内容の保護を憲法21条1項の保護の核心と捉える考え方）に求められるという旨が指摘されている²¹⁹。1974年の猿払事件判決の判例においても、政治的意見の表明に関する公務員の行為が問題となった事案に関して、「意見の表明」と「行動」との区別及び当該区別に基づく憲法21条1項上の保護のあり方の区別の方向性が示され、「行動」すなわち「非表現の行為」がもたらす害悪を防止するうえでは、それに付随して「意見の表明」すなわち「表現」が制約されたとしても、間接的・付随的制約として失われる利益は小さく見積もられるという考え方が説かれたことは周知のとおりである²²⁰。仮に「表現」と「非表現の行為」との区別の実質がもつばら表現内容規制と表現内容中立規制との区別に収斂するのであれば、前述のとおり後者の区別に基づく表現内容規制において表現者の意思が特に重要な役割を果たすとはただちに断じがたい（後者の区別自体が相対化している側面を有する）ことから、「非表現の行為」に由来する「脅威」となる害悪の内実を把握するうえで、依然として表現者の意思を具体的に問う必要性は乏しいということになり得るかもしれない。

しかしながら、憲法上の「表現」と「非表現の行為」との区別については、既述のとおり、一部の例外的な場合を除き、これを明確な線引きの下で行うことが概して困難であると考えられるうえに、そもそもこれは、本来、ある表出型の行為が憲法21条1項の保護領域の問題となるか否かの分水嶺を画するものであって、それが当該領域に含まれることを前提としたうえでの表現内容規制と表現内容中立規制との区別と必ずしも同一視されるべきものではないと思われる。すなわち、仮に「表現」と「非表現の行為」との区別が可

能であって、「脅威」となる害悪がもつばら後者の行為に由来すると認められる場合には、当該行為に対する規制は表現内容中立規制とみなされるのではなく、表現規制とは別の行為規制となるにすぎないものと解される（その場合、当事者の意思がどの程度考慮されるべきであるかということについては、個別の検討が必要であろう）。

また、一見すると「非表現の行為」に由来するように見える「脅威」となる害悪についても、実際には「表現」に由来するものと認められることも少なくないように思われる。このとき、当該害悪の排除を指向する表現規制については、表現内容規制の問題として捉える余地があるということになり、よって表現者の意思を具体的に問う必要性がないわけではないと考えられる。同時に、仮にこの場合における表現規制が表現内容中立規制の問題となるとしても、表現の方法等に対する表現者の意思がなお問題となる余地もある。したがって、「非言論の行為」に由来するよう見られる「脅威」の可能性をもって、言論者（当事者）の意思が表現規制の正当性の判断に際してただちに「蚊帳の外」におかれることとなるわけではないと考えられる。

7 表現規制と表現者の意思との関係

7.1 表現及び表現者の意思の捉え方

以上の米国における議論及びその分析を踏まえつつ、我が国における表現規制と表現者の意思との関係について、さらなる考察を加えることとする。前述のとおり、憲法21条1項にいう「表現」と修正1条にいう「言論」との間にはその射程に関して多少の相違があると考えられるものの、前節までに述べた米国の議論から導かれる帰結の多くは、基本的には、我が国の表現の自由の法理にも当てはまり得るもののように思われる。すなわち、意思影響説及び意思無関係説の考え方は相互に二項対立的となるものではなく、表現規制が憲法21条1項の下でどのように正当化されるのかを見極めるに当た

り、いずれも（部分的に）援用し得る可能性を秘めていると言えよう。

ここで、そのインパクトが問題となる「表現」について、これを個々の表現物としての特性に重心をおいた形で捉えるか、それとも一定の表現物の範疇への該当性に着目して捉えるかということに応じて、表現者の意思が作用する度合いは変わり得るということに留意する必要がある。表現者の個別の意思は一般に個々の表現物において問題となる以上、基本的には、意思影響説は前者の捉え方に、意思無関係説は後者の捉え方に、それぞれ整合的であると考えられる。前者の捉え方による場合、個々の表現物に対する表現規制のあり方については個別的な価値衡量を踏まえて判断されることとなり得るため、恣意的な衡量に対する裁量を排する観点から、表現者の意思を考慮する態様・程度を含め、その適切な審査基準の設定が重要になる。後者の考え方による場合、特定の範疇に属する表現物のもたらし得る害悪は一義的・普遍的なものではなく、その表現物の表出される文脈に応じて異なり得るし、表現物の範疇化のあり方についても諸般の制度的な要素に左右され得るため²²¹、表現者の個別の意思を考慮する余地は限定的となりつつも、表現規制の正当化に際しては複雑な検討を要することとなる。

米国の伝統的な判例における言論の範疇化（定義づけ衡量）を通じた「保護されない言論」の枠組みの創設²²²とはやや異なり、我が国の判例は、「保護されない言論」に相当する表現物に対しても、憲法21条1項に基づく保護の余地を少なからず残してきた。例えば、「わいせつ」な文書概念について、ある種の定義づけによる明確化の努力を図りつつも²²³、個々の「文書のわいせつ性の判断」における考慮要素を客観化・具体化することにより²²⁴、一定の性に関する描写を含む芸術作品等を保護する可能性を確保してきた²²⁵。しかしながら、このような考慮要素は、個々の事案において問題となる文書に対する「アド・ホックな判断のあり方」²²⁶を提示したにとどまるものであり、そのような判断等を通じて、我が国の多くの判例においては、「公共の福祉」に基づく表現規制が比較的広範に容認されてきたことは否めない。

このような傾向は、しばしば安易な個別的価値衡量によっているものと捉えられ²²⁷、有力な学説の批判の対象になっている。そのような批判が妥当するとすれば、我が国の判例においては、表現規制の正当化の個別的な判断に当たり、(当該規制の目的に対抗的な)表現者の意思を従前以上に考慮に入れること、またその考慮の態様が違憲審査基準において明確化されることを指向する余地がなお残されているということになるように思われる。

一方、表現者の意思それ自体についても、複数の観点から大別され得るということに留意する必要がある。まず、既に述べてきたとおり、個々の表現者が実際に有している意思(以下、「主観的意思」という)と、合理的な通常人の視点から表現者が有すると認められる意思(以下、「客観的意思」という)との区別が考えられる。もっとも、両者は結果的に一致することも多く、また両者を厳密に使い分ける必要性が低い場合も想定されるため²²⁸、この区別はやや相対的な部分もある。前述のとおり、ある行為の「表現」への該当性を判断するには表現者の客観的意思が究極的に確認される必要があるが、「表現」として位置づけられる行為がどの程度保護されるのかを判断する局面において一次的に問題となり得るのは、主観的意思であろう。実際、意思影響説と意思無関係説との対立の主な焦点については、基本的に、主観的意思の果たす役割におかれてきたように思われる。

他方、言論内容規制(表現内容規制)と言論内容中立規制(表現内容中立規制)との二分論に照らせば、表現内容に対する意思(以下、「表現内容意思」という)と表現の時、場所及び方法に対する意思(以下、「表現方法等意思」という)との区別も考えられる。表現者の意思が焦点となる場合、一般に表現内容意思が問題となることが多いように思われるが、表現媒体が多様化している近年においては、表現者の意思に占める表現方法等意思の重要性が従前に比べて格段に高まっていると考えられる。

ところが、言論者・表現者の個別の意思を重視する意思影響説が問題としてきたのは、基本的に表現内容意思に関する主観的意思であると考えられる。

なぜなら、この学説は、言論の内容に由来する害悪との関係に着目しつつ、個々の言論者が有している意思を「緩衝材」として言論規制（言論内容規制）のあり方に関する考慮要素に組み込もうとしているからである。意思無関係説についても、主に表現内容意思に焦点が当てられつつ議論が行われてきた感があり、表現方法等意思についてはこれまでの米国の学説において必ずしも十分に考慮されてこなかったように思われる。いずれにしても、表現規制との関係において表現方法等意思を考慮することの重要性については、後述することとする。

7.2 意思影響説の問題点

そもそも「表現」の成立において、表現者の意思が個々の表現物に体现される以上、（たとえ「表現」の範疇化を試みるにしても、）当該意思が表現の自由の保障のあり方と何ら関わりのないものと捉えることは本質的に困難である。実際、例えば他人の名誉を毀損する表現については、「行為者がその事実を真実であると誤信」することが刑法（明治40年法律45号）230条1項の名誉毀損罪の免責要件の一つとなるというのが確立した判例法理となっており²²⁹、表現者の意思が表現の自由の保障の程度に一定の影響を及ぼし得ることとなっている。また、破壊活動防止法に基づき表現の自由が制約され得るとされる「せん動」の定義に関して²³⁰、「特定の行為を実行させる目的をもつて、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること」と規定され（同法4条2項参照。傍点は筆者による）、一定の行為を相手方に実行させることに対する表現者の意思が考慮要素の一つとして掲げられている。

しかしながら、これらのことは、個々の表現者の意思（特に、表現内容意思に関する主観的意思）が表現規制のあり方との関わりにおいてまったく無関係とは言えないということを示すにとどまり、憲法21条1項の下で意思影

響説の考え方がおしなべて妥当するということを意味するものではない。なぜなら、表現内容意思を念頭におきつつ、全面的に意思影響説の考え方によって当該意思を表現規制の正当性の判断に際しての一次的な考慮要素と捉えた場合、以下のような理論的な問題点が生じることになると考えられるからである。

第一に、表現の自由は「公共の福祉」に基づき制約され、その「公共の福祉」の内実の重要部分を占めるのが、他人（受領者等）にもたらされる害悪（他人の基本権に関する法益を著しく害すること）の排除であると考えられるところ、表現規制の具体的なあり方（制約が認められる度合い）については、原則として受領者（又は社会全体）に対して及ぶと認められる効果（意思伝達効果）を踏まえて判断されるべきであって、一次的には表現者の主観的意に基づき判断されるものではないと考えられる。例えば、わいせつな表現の害悪については、表現者の視点から論じる意義は大きくなく、当該意思にかかわらず（すなわち、たとえ表現者がわいせつではないなどと主張していたとしても）、合理的な受領者においてその法的権利・利益が害されるものであると認められるか否か（合理的受領者基準）がまずは問われなければならないであろう。もっとも、前述のとおり、意思影響説からは、表現者の意思のみが表現規制の具体的なあり方に影響するという帰結が導かれるわけではないということに留意する必要がある。

第二に、表現者の意思及びそれを反映した表現物から発せられるメッセージが受領者又は社会全体にとっての（表現規制を正当化し得る）「脅威」その他の害悪となるのではなく、表現物に内在する特定の者が「被害者」（権利・利益侵害を受ける者）となるために表現規制が行われることもあり得る。これは、前述の米国の判例における説示を援用すれば、表現の「派生的効果」を防止することを目的とした表現規制の一種であると言えるかもしれない。例えば、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成11年法律52号）7条に基づく児童ポルノ（その定義について、

同法2条3項参照)の提供等に対する規制は、主として児童ポルノの写真等それ自体を通じてその被写体の児童に対してもたらされる害悪(当該児童の権利の侵害の可能性)に基づき行われるものであって²³¹、必ずしも当該写真等を伝える者のメッセージの内容を裏づける意思により受領者又は社会全体にもたらされる害悪に基づき行われるものではないであろう²³²。よって、このようなケースにおいては、表現者の意思を問うことなく、児童ポルノの写真等が表現物に含まれていることをもってただちに表現規制が正当化される可能性があると考えられる²³³。

また、表現者が表現活動を通じて意図することと、当該表現活動により実際に発生し得ることとは必ずしも一致しない。多くの表現は何らかのことは(言語)を通じて行われるが、その際のことばは一定の効果を生み出すための手段にすぎず、それ自体がそのまま社会的な害悪や受領者の反応となるものではない。6節で考察した「脅威」となる害悪の発生源に関する複合性(折衷説の相当性)は、このことを裏づけるものであると言えよう。実際、例えば著作権を侵害するコンテンツがもたらし得る害悪は、他人の著作権を侵害することに対する害悪であって、当該コンテンツから発せられるメッセージそれ自体(表現者の意思に根ざすもの)の社会的な害悪や個々の受領者における害悪ではなく(仮に著作権が保護されていなければ、当該メッセージは何ら害悪を及ぼさない可能性が高い)。

第三に、表現の自由の保障においては、すべての表現物が完全に同一の価値を有するものとは捉えられておらず、表現の内容(又は範疇)に応じてその客観的な価値の高低に差異があることが前提となっていると考えられる²³⁴。仮にすべての表現の価値が同様であれば、「表現の自由の優越的地位」を全面的に認める余地が乏しくなり得るからである。例えば、わいせつと認められる表現については、一般に(表現の自由の保障根拠に照らして)表現物としての(客観的な)価値が低いものと位置づけられているからこそ、それに対する比較的広範な表現規制(刑法175条参照)が容認され得ることと

なると考えられる²³⁵。このとき、仮に一次的に表現者の主観的意思（表現内容意思）に応じて表現規制のあり方が左右されるものと解すると、当該意思は概して自らの表現したものが高い価値を有するものとする結果、この主観的な価値観を個々の表現物の客観的な価値の高低に関する評価に反映する必要性が生じ、当該評価を一義的に行うことが困難となる可能性がある。

この点については、米国における営利的言論（commercial speech）をめぐる議論が参考になり得る。すなわち、米国では、かつては営利的言論が修正1条に基づく保護を受けるものとは捉えられていなかったが、少なくとも1976年のヴァージニア州薬局評議会事件判決以降²³⁶、営利的言論も修正1条により保護されるものと解されている。ところが、同条の下で、営利的言論については、政治的言論その他一般的な言論（非営利的言論）よりも、相対的に低い程度の保護しか受けないというのが今日の通説的見解²³⁷である²³⁸。そのような状況の中では、ある言論が営利的言論に該当するか否かということは、その保護の程度を決する要所となり得るが、営利的言論と非営利的言論との分水嶺は相対的であるため、その判断が微妙となることも少なくない。例えば、ある者が公の場で着用するTシャツに書かれた営利企業のロゴが実体的なメッセージを発していると認められる場合、それを商標の表示としての営利的言論と捉えることも、一定の主張を表出する非営利的言論と捉えることも、理論的には可能であろう²³⁹。このとき、仮に表現者の主観的意思（表現内容意思）を考慮しなければならぬとすれば、社会通念等により客観的に判断すれば営利的言論と認められ得る場合であっても、当該意思により非営利的言論（すなわち、より手厚く保護される言論）と位置づけざるを得なくなることも考えられる。このような理論的な不整合は、表現者の主観的意思を表現内容規制における一次的な考慮要素としないことにより解消されよう。

第四に、表現者の意思それ自体は、憲法19条にいう「思想」に該当し得ることから、思想・良心の自由の一環として保障されれば足り、これを表現の

自由の保障の程度を決する際にまで全面的に考慮要素に含めることは、両自由間の分水嶺を相対化するおそれがある。米国憲法においては、思想・良心の自由と相当する明文の規定が存在しないことから²⁴⁰、このような点を問題とする余地は大きくないとも言えるが、我が国の憲法の下では、少なくとも精神活動（主観的意思）がもっぱら内面にとどまる限りにおいては、それは思想・良心の自由として侵されないこととなる。当該意思がメッセージの内容と一体化しつつことば等を用いて外部に表出されれば、それは表現の自由の問題となるが、当該意思と表出されたメッセージの内容との間に一定の懸隔が認められる場合には、前者の意思の要素についてはなお思想・良心の自由の問題となると解する余地があるように思われる²⁴¹。これに対し、外部に表出されたメッセージ（表現物）の内容については、一次的には、当事者の主観的意思（表現内容意思）を直接問うことなく、客観的に評価されるものと捉えることが可能であろう。

有力な学説においては、一般に、「思想・良心の告白の強制ないし推知により、あるいは第三者などを通じて得られた情報に基づき、その思想・良心を理由として不利益を課す」ことは、憲法14条1項にいう「差別」となるだけでなく、思想・良心の自由の侵害となると説かれている²⁴²。これによれば、「思想」としての表現者の主観的意思（表現内容意思）の推知等により、当該意思それ自体を理由として、表現内容規制を通じた一定の不利益を表現者に課すことは、憲法21条1項との関係のみならず、憲法19条（及び14条1項）との関係において、問題となり得ると考えられる。

第五に、第四の点とも関連して、表現者の主観的意思を表現内容規制における一次的な考慮要素とすると、憲法14条1項に基づく平等権ないし「差別されない権利」に抵触するおそれが生じ得る²⁴³。すなわち、例えば同一の内容が表示された二つの表現物について、それぞれの表現者の主観的意思が異なる場合（一方は表現物の政治的意味合い、他方はその営利目的性を主張した場合等）、当該意思の内実に応じて当該表現物が表現の自由として保護さ

れる程度が異なり得ることとなる。しかし、両者は少なくとも外形的には同一内容の表現物であり、それに対する意思伝達効果（受領者の反応）もほぼ同様であると考えられる以上、さまざまな局面における相対的平等を保障すると解される憲法14条1項との関係において、「同一の条件」に属し同等に扱われるべきものと捉える余地がある。したがって、表現者の主観的意思を表現の自由の保障に際して一次的な考慮要素とすることは、当該保障における相対的平等の確保の要請に反し得ることとなると考えられる。

第六に、近年では、インターネット経由の通信の発展に伴い、インターネット上での匿名による表現活動等も頻繁に行われるようになってきていることから、個々の表現者を特定することができず、よって表現者の主観的意思を確認できないことも少なくない。それゆえ、表現者の主観的意思を捨象して、表現自体の内容等に基づきその害悪の有無及び程度を客観的に判断せざるを得ない局面が増加している。この点は意思無関係説がその論拠の一つとしているということは前述のとおりである。意思影響説は、基本的に表現者の主観的意思が確認できる局面を前提としたものであると考えられるが、インターネット上ではこの前提が必ずしも常に妥当するとは限らない。しかも、近年におけるインターネット経由の通信は、ブログ、SNS等の発展も手伝わって、「国民各人にとって最も簡便に利用可能となる表現媒体」²⁴⁴となりつつあり、多数の者において、表現の自由を行使するための手段としての重要性を増している。それゆえ、今日の社会において、表現活動全体に占める「インターネット経由の通信を用いた表現」の比重は相当に高まっていると考えられ、匿名による表現活動等も決して例外的なものではない。

第七に、意思影響説においては基本的に「言論者とその受領者」という二極関係が念頭におかれており、「言論者の主観的意思の尊重と受領者において生じ得る害悪の除去」という基本権（に関する法益）相互間の調整において、一方の極となる言論者の主観的意思（表現内容等意思）を重視すべきであると捉える考え方であると位置づけることが可能である。しかし、前述の

インターネット経由の通信においては、「発信者と媒介者（関与者）たる通信管理主体（通信役務の提供者）²⁴⁵と着信者」という三極関係の中で表現の自由（通信手段を用いた表現の自由ないし表現物発信の自由）が問題となり得る。もっとも、媒介者となる通信管理主体が発信された情報をそのまま「右から左に」伝送しつつ着信者に送り届ける単純作業に従事する限りにおいては、前述の二極関係と三極関係との間に表現の自由の保障のあり方をめぐる大きな径庭は生じないであろうが、今日の通信管理主体はそのような作業を超えて発信された情報に一定の加工、改変等を施す場合がある。実際、近年制定されたインターネット経由の通信に関する法律は、一定の通信管理主体に対し、他人の権利を侵害する情報等をネットワーク上から（一次的には自らの判断で）排除する方向に嚮導し、又はそれを努力義務化している²⁴⁶。このとき、「三極関係」を前提とする発信者の表現の自由の保障に際しては、「発信者（表現者）の意思」が問題となる余地があるとしても、一種のフィルターとして機能する余地のある「通信管理主体の意思」ないしその役割についても関連して考慮要素となり得る。さらには、憲法21条2項後段の規定に基づく通信の秘密不可侵の要請を踏まえても、基本権の享有主体としての通信管理主体に対する「ネットワーク全体を表現媒体とする伝送・交換行為を通じた表現の自由」の保障の可能性²⁴⁷についても考慮する余地がまったくないわけではない。これらを踏まえると、少なくともインターネット経由の通信において表現行為が行われる場合には、（伝統的な表現の態様に比べ）表現者自身の主観的意思を考慮要素とする必要性は相対的に低下していると捉えることが可能であろう²⁴⁸。

以上の各点を総合すると、憲法21条1項の下では、表現内容意思を念頭におく限り、表現規制（表現内容規制）のあり方との関係において表現者の主観的意思は原則として一次的な考慮要素となるわけではないと考えられる。その帰結として、表現物の内容及びそれがもたらし得る害悪については、基本的には客観的に評価される必要があるということになる。

7.3 表現者の意思が問題となる場合

一方、前述のとおり、表現者の意思は表現規制（表現内容規制）とまったく無関係とは言えないことから、一定の局面において、基本権の保障のあり方の問題として考慮されるものと捉える余地がある。当該局面については、厳密に特定することが困難であるものの、以下の各局面をその主な特徴ないし典型として指摘することができる。

第一に、ある表現が立法により犯罪とされる場合である（ただし、その場合、憲法31条に基づく罪刑法定主義の観点から、表現者の意思に関する考慮の態様・程度が立法において明確化される必要があると考えられる）。なぜなら、一定の表現行為に刑事罰が科され、所要の刑事手続に服することとなる場合には、表現の自由の保障はもとより、その表現者の人身の自由等の他の基本権の保護のあり方を同時に総合的に考慮する必要性が生じ得るところ、少なくとも後者との関係において当該表現者の意思（犯意）が問題となり得る以上、それを前者においても考慮する必要性が相対的に高まると考えられるからである。

第二に、「定義づけ衡量」において表現者の意思の考慮が予定されている場合をはじめ、憲法上保護される表現行為となるための要件又はそれがもたらす効果について、もっぱら受領者の視点で判断するのみでは不十分と認められる場合である。その典型として、既に示唆したとおり、意思伝達効果の測定に受領者の自律的判断の余地が介在し得るときにおいて、当該判断に基づく効果をそのまま表現者の表現の自由の制約事由とすることが妥当ではないと認められる場合が考えられる。実際、例えば名誉毀損罪の免責要件として、「行為者がその事実を真実であると誤信」することが挙げられてきたのは、たとえもっぱら受領者の自律的判断に基づけば名誉毀損とされ、よって一定の害悪が認定される表現物であっても、表現者の意思がメッセージの真実性を誤信するものであった場合にまで、それを表現者に帰責することは適当ではないという思想に基づくものにほかならないであろう。

したがって、公権力（特に立法権）においては、他者（受領者）の基本権（に関する法益）の保護の必要性との調整上、表現の自由を制約せざるを得ない場合、表現物の意思伝達効果における「受領者の自律的判断の余地」を客観的に見定めつつ、その隙間を「表現者の意思」で埋めるといった「工夫」が必要になり得ると言える²⁴⁹。しかも、このような「工夫」は、前述の二極関係が三極関係に転じるインターネット経由の通信等の場合において、通信管理主体等の「第三者」の意思も考慮要素に入れる必要性が生じ得る分、ますます複雑化することとなる。その意味において、表現者の主観的意思については、表現の自由を制約する立法等における「補充的な考慮要素」となるものと位置づけることが妥当であろう²⁵⁰。

第三に、表現者の意思それ自身が表現物の相手方（受領者）に及ぼす害悪の効果を大きく左右すると認められる場合である。特に、差別的表現等に関する「微妙な表現物」においては、表現者がそれを「善意」で表出した場合と「悪意」で表出した場合とでは、たとえ表面的には同様の内容であったとしても、合理的な受領者に対してもたらされると認められる「脅威」となる害悪の内実が異なるものとなる可能性があると考えられる。それゆえ、たとえ当該害悪の発生源を受領者不安感説によって把握するとしても、意思伝達効果を客観的に測定するに当たり、表現者の意思についても併せて問うことが必要となる場合が考えられる。

第四に、表現物の受領者が不特定多数の者に及ぶ場合又は不在の場合である。前者の場合においては、異なる受領者間においてそれぞれ認識し得る害悪の内実が大きく異なり得る。例えば、表現物による「脅威」となる害悪の内実に関して、一次的には受領者不安感説を踏まえつつ「合理的な通常人」たる受領者による認識可能性を問うとしても、当該「合理的な通常人」の内実は一様ではなく、各受領者の自律的な判断に応じて異なる害悪の有無・程度が観察され得る。実際、例えば性的な要素を含む文書については、それを見たいと考える受領者もいれば²⁵¹、見たくないとする受領者もあり、その

双方が「合理的な通常人」の範囲に収まり得るであろう。そのような場合、合理的受領者基準のみでは当該文書に由来する「真の脅威」が判定困難となる可能性があり、その「行き詰まり」を打破する観点から、表現者の主観的意思（現実言論者基準）も踏まえて「脅威」となる害悪の有無及び程度を判断することが有意となる可能性があると考えられる。一方、表現者のメッセージが結果的に誰にも受領されない場合においては、必然的に受領者の視点よりも、表現者の主観的意思の方を重視することが必要になると考えられる²⁵²。もっとも、たとえこれらの場合においても、もっぱら表現者の主観的意思のみをもって「脅威」となる害悪の有無及び程度を決めることは困難であると思われることから、その意味においても、当該意思は「補充的な考慮要素」とどまるものと言わざるを得ない。

第五に、表現方法等意思が正面から問題となる場合である。これまでに述べた管見は、基本的に表現内容意思（に関する主観的意思）を念頭においた場合に導かれるものであるところ、前述のとおり、インターネットの発展等を背景として国民各人における表現媒体（表現方法）が多様化している今日においては、表現方法等意思についても併せて考慮する必要性が増している。換言すれば、個別の表現媒体その他表現方法等の特質及びその選択のあり方に応じて、表現の自由の保障の具体的な射程が異なり得ると解する余地がある²⁵³。このとき、表現方法等を基準とした表現の自由の保護領域の画定は、公権力が個々の表現内容に原則として介入しないことの確保に資する可能性がある²⁵⁴。このような解釈を前提とすれば、表現媒体の選択等を司る表現方法等意思については、個々の表現物に関する表現の自由の具体的な保護領域の外縁を実質的に左右する可能性を有するものということになる。

この点を敷衍すると、例えば同様の内容の表現物に関して、表現者がブログや SNS 等を通じて不特定多数の者に表現物（情報）が受領されることを意図した表現方法等意思（以下、「公開意思」という）を有している場合と、特定の者に対してのみ表現物が受領されることを意図した表現方法等意思

(以下、「受領者特定意思」という)を有している場合とでは、表現物からもたらされる害悪の内容・程度が異なるものとなり得る²⁵⁵。特に、一定の害悪を伴う表現行為が公開意思に基づいて行われる場合については、インターネットを介してその負の影響が(受領者特定意思に基づく場合に比べて)短時間のうちに大多数の者に及ぶおそれがあり、その分害悪の程度が甚大なものとなり得る。よって、当該害悪の内実によっては、それをできる限り速やかに防止する観点から、一定の表現規制を行う必要性が高まる可能性もあると言えよう(もっとも、その場合においても、当該害悪の具体的な内容やそれが実際に及ぶ程度等を踏まえ、表現の自由に対する制約がどこまで許容されるかということについては慎重な検討が必要である)²⁵⁶。このとき、当該表現行為に関する公開意思については、表現者の主観的意思もさることながら、ブログやSNS等の利用という外形的な行為の態様に基づき客観的意思として特定可能であろう。したがって、今日のネットワーク社会において、表現方法等意思に関する客観的意思については、表現規制の正当性の判断に際して看過できない重要な考慮要素となり得るものと位置づけられるように思われる。

8 結 論

以上の考察より、表現者の意思と表現規制のあり方との関係は必ずしも一義的なものではなく、米国の議論における意思影響説と意思無関係説との間の論争についても、憲法21条1項の解釈論の問題として二項対立的に捉え得るものではない、という帰結が導かれる。すなわち、表現内容に関する表現者の主観的意思は、「微妙な表現物」の場合も含め、それ自体としては(内心にとどまる限り)思想・良心の自由として保護され得るものの、表現の自由の保障の具体的なあり方を決するに際しては、当然にその表舞台に立つ(一次的な考慮要素となる)ものではない。しかし、当該意思は、表現者と

その表現物の受領者等との間で生じ得る基本権（に関する法益）相互の衝突の調整過程等において、原則として「補充的に」その考慮要素となり得るものと言える。

一般に、我が国の主な学説は、米国の「明白かつ現在の危険」の法理やその結晶型とも言えるブランデンバーク法理等を参照しつつ、表現規制に対する違憲審査基準を可能な限り客観化する努力を続けてきたと言えよう。しかし、このような基準の客観化の試みの中で、仮に表現者の主観的意思に対する考慮が事実上埋却されれば、当該意思に認められ得る表現の目的の健全性とは裏腹に、民主主義社会の発展に資する表現物までが、有無を言わず正当な表現規制の対象として広く承認されることとなる可能性がある。ここに、表現内容に関する主観的意思（表現内容意思）を一定の範囲で別途考慮する余地が生じ得るが、その「範囲」がどこまでであるかを厳密に画定することは容易ではない。例えば、表現規制について、それが刑事法上の罰則を伴う場合とそれ以外の場合、表現物とその受領者に与え得る効果に対して表現者の主観的意思が特に強い影響を及ぼすと認められる場合とそれ以外の場合など、表現内容及びそれが行われる文脈、表現規制の内実等の相違に依じて、当該主観的意思が問題となる範囲や程度が異なると考えられるからである。その意味において、表現規制については、客観的に設定される違憲審査基準の中で考慮され得る表現内容に関する表現者の主観的意思に関して、他の考慮要素との兼ね合いの中で、これをどの程度重視するかということに関する衡量の「均衡点」においてその正当化が論証され得る、という側面を内包しているものと言えよう。

他方、表現媒体が多様化している今日の社会においては、表現規制のあり方との関係において、表現者の表現内容に関する意思のみならず、表現方法等の選択に関する意思についても考慮する必要性が増している。しかも、この意思については、大半の場合において、表現者が選択した表現媒体の特質等に応じて客観的に把握することが可能である。このとき、表現物の表出先

に関する当該意思が公開意思と認められる場合と受領者特定意思と認められる場合とでは、たとえ表現内容が同一であっても、表現行為に伴う害悪の内容・程度が著しく異なり得るとされる。したがって、表現方法等の選択に関する意思については、「表現物の受領者に与え得る害悪の効果に特に強い影響を及ぼすと考えられる表現の態様」を抽出・特定する観点から、表現規制の正当性の判断において、一定の重要な役割を果たし得るものと考えられる。その意味において、表現方法等の選択に関する表現者の客観的意思は、基本権（に関する法益）相互の衝突の調整過程において、「補充的」な側面を超えた考慮要素となる可能性を内包していると言える。

以上のとおり、表現の自由の保障との関係における表現者の意思が果たす役割ないしその位置づけに関しては、必ずしも一義的に捉えることのできない多様な側面を内包している。それゆえ、当該意思の内容、性質等に応じた個別の精緻な検討が必要となり得るが、我が国においてはもとより、米国の学説・判例においても、この問題について十分な議論が蓄積されてきたとは言いがたい。今後のさらなる議論の発展が期待される。

注

- 1 ヘイトスピーチの定義については、必ずしも一義的ではない。我が国の学説においては、例えば、「人種、宗教などのグループの人々に対して、憎悪、偏見を表明するスピーチ」（安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」、『立教法学 59号』1-44頁〔立教法学会、2001年〕2頁）、「人種、民族、国籍、宗教、性別、性的指向など、個人では変更困難な属性に基づいて侮辱、扇動、脅迫などを行うこと」（明戸隆浩「アメリカにおけるヘイトスピーチ規制論の歴史的文脈 - 90年代の規制論争における公民権運動の『継承』」、『アジア太平洋レビュー 11号』25-37頁〔大阪経済法科大学アジア太平洋研究センター、2014年〕25頁）などと定義されている。
- 2 我が国における2014年末時点のインターネットの人口普及率は82.8%に及んでいる。総務省報道資料「平成26年通信利用動向調査の結果」（平成27年7月17日）参照。
- 3 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）61頁、松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』（日本評論社、2013年）168-170頁、奥平康弘『憲法 憲法が保障す

- る権利」(有斐閣, 1993年) 203頁参照。
- 4 戸波江二『憲法〔新版〕』(ぎょうせい, 1998年) 259-260頁参照。
 - 5 正式名称は以下のとおり: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約)。
 - 6 平成7年外務省告示674号参照。
 - 7 もっとも, 差別的表現以外の「微妙な表現物」への制度的対応に関しては, かつての交際相手らの性的部位を強調した半裸写真等をインターネット経由で公開するなどのいわゆる「リベンジポルノ」による表現行為に対する法規制(私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律〔平成26年法律126号〕3条参照)をはじめとして, 近年, 立法による表現規制が強化される傾向にあるように見受けられる。なお, 差別的表現(ヘイトスピーチ)を実施した団体の発言を人種差別撤廃条約(注5参照)にいう人種差別に該当するとしたうえで, 当該団体の示威活動等の行為が表現の自由により保護される範囲を超えているとして, 当該行為の差止めを命じた下級審判決に対する上告を棄却した近年の判例として, 最決平成26年12月9日判例集未登載参照。
 - 8 このような方向性を示唆する学説として, 例えば, 棟居快行「差別的表現」, 高橋和之=大石真編『ジュリスト増刊: 法律学の争点シリーズ2 憲法の争点〔第3版〕』104-105頁(有斐閣, 1999年)105頁, 小谷順子「合衆国憲法修正一条の表現の自由とヘイトスピーチ」, 『法政論叢 36 巻1号』160-169頁(日本法政学会, 1999年)167頁参照。また, 近時においては, 例えば2015年8月2日読売新聞4頁の「憲法解釈変更あり得る」と題する記事の中で, 大石真教授が「ヘイトスピーチを取り締まるためにも, 憲法解釈の変更が必要」と指摘していることも参照。
 - 9 本稿でいう表現者又は言論者の「意思」とは, その者の内面的な精神状態(と認められるもの)を包括的に指し, 特定の行為を実行に移す意図(実行意思)のみならず, 一定の認識等も含むものとする。米国の学説においては, 前者の意図を「狭義の意思」と捉え, 後者の認識等を含む「広義の意思」と区別する見解も提示されている。See, T.M. Scanlon, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, at 10 (Belknap Press of Harvard University Press, 2007)。なお, 「意思」は, 一定の行為(犯罪)を実行するきっかけとなった誘因を表す「動機(motive)」とは概念上区別される。See Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, at 108 (Harvard University Press, 1999)。
 - 10 最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁。
 - 11 この概念について, 海野敦史『行政法綱領 - 行政法学への憲法学的接近 - 』(晃洋書房, 2011年)104頁参照。

- 12 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年) 270頁参照。
- 13 See Leslie Kendrick, *Free Speech and Guilty Minds*, 114 Colum. L. Rev. 1255, 1261-1262 (2014).
- 14 U.S. Const. amend. I.
- 15 See e.g., *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972).
- 16 See *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 777(1978).
- 17 この議論の様相を整理した近時の邦文文献として、例えば、城野一憲「表現の自由と厳格審査 - アメリカ連邦憲法の修正1条解釈におけるルーツと展開 -」, 『早稲田法学会誌 65巻2号』99-150頁(早稲田大学法学会, 2015年) 99-136頁参照。併せて、松井茂記「レーンキスト・コートと表現の自由」, 『比較法学 39巻2号』197-243頁(早稲田大学比較法研究所, 2006年) 199-230頁参照。
- 18 See Gerald Gunther, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 Stan. L. Rev. 719, 737(1975).
- 19 See *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
- 20 See *id.* at 52.
- 21 浦部法穂「明白かつ現在の危険」, 芦部信喜編『講座憲法訴訟(第2巻)』243-265頁(有斐閣, 1987年) 248-249頁参照。
- 22 See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 628 (1919).
- 23 浦部・前掲(注21) 251頁参照。
- 24 See *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)。この判例においては、「明白かつ現在の危険」の法理に関して、その形式上の適用が基本的に踏襲されつつも、「害悪」の重大さについてはそれが実際に発生しそうにないこと(improbability)で割り引かれたうえで、その重大さ自体が言論規制を正当化し得るという原理が組み込まれ、実質的に「明白かつ相当(probable)な危険」に置き換えられることとなった。See *id.* at 510。そのため、この判例を契機として、「明白かつ現在の危険」の法理は「表現の自由の保障の維持にとって不十分であるとの認識」が強まったとされる。佐藤幸治「表現の自由」, 芦部信喜編『憲法 人権(1)』452-552頁(有斐閣, 1978年) 498頁参照。また、この法理については、「消極的表現の制限の場合には妥当しない」といった限界も指摘されている。佐藤・前掲(注12) 262頁参照。
- 25 See *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 450-454 (1969).
- 26 例えば、芦部信喜『憲法学 人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣, 2000年) 413-429頁参照。

- 27 芦部・前掲（注26）420頁参照。
- 28 もっとも、最高裁判所の判例においても、この法理の内容を示唆するものがある。最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁参照。ただし、公職選挙法（昭和25年法律100号）における戸別訪問の禁止規定への「明白かつ現在の危険」の法理の適用については、事実上否定されている。最判昭和42年11月21日刑集21巻9号1245頁参照。
- 29 See *Brandenburg*, 395 U.S. at 447.
- 30 芦部・前掲（注26）419頁参照。
- 31 学説として、例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』（有斐閣、2013年）211頁、市川・前掲（注3）63頁、松井・前掲（注3）44・50・167・170頁参照。下級審の判例として、東京高判昭和62年3月16日高刑集40巻1号11頁参照。ブランデンバーク法理については、「単なる唱道」と不法行為としてのせん動とを区別するための言論の範疇化の手法としても捉えられている。佐藤・前掲（注12）262頁参照。
- 32 一定のせん動の言論が修正1条により保護されないという旨を示した判例として、例えば以下を参照：Dennis, 341 U.S. at 505, 509 (1951); *Brandenburg*, 395 U.S. at 447. 虚偽の言論（偽証）が修正1条により原則として保護されないという旨を示した判例として、例えば以下を参照：New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 279-280 (1964); Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 340 (1974); Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748, 771 (1976); Illinois ex rel. Lisa Madigan v. Telemarketing Associates, Inc., 538 U.S. 600, 620-621 (2003).
- 33 See Eugene Volokh, *Speech as Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct*; "Situation-Altering Utterances" and the Uncharted Zones, 90 Cornell L. Rev. 1277, 1301 (2005); Jennifer E. Rothman, *Freedom of Speech and True Threats*, 25 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 283, 328 (2001). なお、修正1条に基づく権利は、「有効な法令（valid statute）」に違反する行為を支えるために不可欠となる要素として行使される場合には、一定の規制を免れないという旨を説いた判例として、以下を参照：California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 514 (1972); Giboney v. Empire Storage & Ice Co., 336 U.S. 490, 498 (1949).
- 34 See *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 386 (1992).
- 35 See e.g., Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 Stan. L. Rev. 767, 777 (2001). この学説は公権力の規制目的に応じて言論規制の合憲性を判断しようとするものである。See also Martin Redish, *Commercial Speech, First Amendment Intuitionism*

and the Twilight Zone of Viewpoint Discrimination, 41 Loy. L.A. L. Rev. 67, 109-111 (2007)。この学説は、特定の規範的な見解 (normative viewpoint) に対する敵意に基づく言論規制は無条件的に違憲であると解するものである。See also David A. Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 Colum. L. Rev. 334, 335 (1991)。この学説は、「公権力が害悪と認めることを他人が行うよう説き伏せる蓋然性の高いものであるという理由で、公権力は言論を制約してはならない」とする「説得原理 (persuasion principle)」を主張し、言論の説得効果に伴う害悪の発生という結果については、言論規制の正当化事由とはならないと説いている。

- 36 奈須祐治「自己統治 - 言論の自由の『価値』と『法理』の架橋についての一試論」、駒村圭吾=鈴木秀美編『表現の自由 - 状況へ』41-70頁 (尚学社, 2011年) 54頁。
- 37 例えば、せん動の処罰規定の合憲性に関して、「公共の福祉を害する」ことを主な理由として、憲法上の「言論の自由の限界を逸脱」したものであると説いた判例として、最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号839頁参照。また、「重大にして著しく回復困難な損害」のおそれを条件の一つとして表現行為に対する事前差止めを許容する判例として、最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁参照。
- 38 阪本昌成『情報公開と表現の自由』(成文堂, 1983年) 79頁。
- 39 「言論」とそれに密接に関わる「非言論の行為 (conduct)」との区別を示す米国の主な判例として、以下を参照: *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559, 563-564 (1965)。
- 40 梶原健佑「ヘイト・スピーチと『表現』の境界」、『九大法学 94号』49-115頁 (九大法学会, 2006年) 52頁参照。
- 41 芦部・前掲 (注26) 332頁, 宍戸常寿『憲法: 解釈論の応用と展開 [第2版]』(日本評論社, 2014年) 29-31頁参照。
- 42 我が国の判例において、わいせつ文書の定義については、「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」とされている。最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁, 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁参照。
- 43 See Akhil Reed Amar, *The Supreme Court, 1991 Term; Comment: The Case of the Missing Amendments: R.A. V. v. City of St. Paul*, 106 Harv. L. Rev. 124, 133-134 (1992)。判例においても、「言論」には話され又は書かれたことばによる言論のほか、「非言語的行為 (nonverbal conduct)」についても含まれるということが承認されている。See *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 404, 416 (1989)。
- 44 See Cass R. Sunstein, *Words, Conduct, Caste*, 60 U. Chi. L. Rev. 795, 833-834 (1993)。

- 45 See *id.* at 834-836. 「表出型行為による言論」の典型例は、一定のメッセージを表出しようとして行われる国旗の焼却行為 (flag-burning) に代表される「象徴的言論 (symbolic speech)」であろう。
- 46 See *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47, 66 (2006).
- 47 See *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409 (1974); *Texas*, 491 U.S. at 404. それゆえ、「表現」の客体については、自己の内面的な精神活動ないしそれに根ざすものであると認められることが必要であろう。その帰結として、表出型行為性が認められる行為であっても、表出の内容が自己の精神活動と何ら関わりのない認められるもの(無機的な情報を含む)である場合には、当該行為は「表現」とは言えないと解される。
- 48 See *Spence*, 418 U.S. at 410-411. See also *Texas*, 491 U.S. at 404.
- 49 See *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942). この判例においては、米国憲法上「保護されない言論」として、みだらでわいせつ (lewd and obscene) な言論、不敬 (profane) な言論、名誉毀損 (libelous) の言論、侮辱的 (insulting) なことば又は喧嘩 (fighting) ことばが含まれるという旨が示された。ここでいう「わいせつ」や「名誉毀損」等に具体的にどのような言論が該当するかということについては、例えば「わいせつ」の場合はいわゆる「ミラー (Miller)・テスト」により定義づけられ (*See Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 [1973]), 「名誉毀損」の場合は「現実的悪意の法理」により判断されることとなる (*See New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-280 [1964]). これらは、「定義づけ衡量」による言論の「範疇化」の手法であると言える。もっとも、近年の判例においては、ここでいう「保護されない言論」に該当するとされる範疇に属する言論であっても、ただちに修正1条の保護範囲外におかれることとなるわけではなく、一定の範囲で修正1条の保護が及び得るものと解されている。See *R.A.V.*, 505 U.S. at 383. すなわち、この判例においては、前述の「保護されない言論」は当然に修正1条の保護範囲外にあるのではなく、「米国憲法上規制し得る内容 (constitutionally proscribable content)」であるがゆえに米国憲法に適合的に規制され得ると説かれている。それゆえ、我が国の一部の学説には、米国の連邦最高裁判所においては範疇化のアプローチが放棄されたと評するものもある (小林直樹「表現の自由と『闘争的言辞 (Fighting words)』法理の展開」、『獨協法学 69号』133-163頁〔獨協大学法学会、2006年〕160頁参照)。なお、我が国の学説においては、「定義づけ衡量」により「保護されない言論」の範疇を創出することに対し、利益衡量の基準が明確ではないとする批判的な考え方も提示されている。阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社、

1986年) 88-89頁参照。

- 50 See Rubenfeld, *supra* note 35, at 776-778.
- 51 See *id.*
- 52 See Stuart Minor Benjamin, *Transmitting, Editing, and Communicating: Determining What "the Freedom of Speech" Encompasses*, 60 Duke L.J. 1673, 1694 (2011).
- 53 なお、表出型行為性十分条件説の論者は、言論規制との関係における言論者の意思の役割を重視する立場について、保護されるべき利益間の調整 (balancing) を十分に考慮したものではないという旨を説いている。See Rubenfeld, *supra* note 35, at 779.
- 54 See *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 375 (1968)。この判例によれば、「言論」と「非言論」の要素が単一の行為において結合している場合において、「非言論」の要素に対する規制が正当化され得るのは、当該規制が米国憲法上の政府の権限の範囲内にあること、当該規制が重要又は相当な政府 (公共) の利益を促進するものであること、当該利益が自由な言論の抑圧 (suppression) と関係するものではないこと、当事者の主張する修正1条の自由に対する付随的 (incidental) な制約が当該利益の促進に不可欠となる範囲を超えたものとなっていないこと、各条件を充足する場合であるとされている。オブライエン・テストとは、一般にこれらの各条件を指す。See *id.* at 377。なお、別の判例の法廷意見において、オブライエン・テストについては、言論の時、場所、方法 (態様) に関する規制 (言論内容中立規制) に適用される違憲審査基準と大差ないという旨が説かれている。See *Clark v. Community for Creative Non-Violence* 468 U.S. 288, 298 (1984)。
- 55 例えば、公権力による制約の具体的な態様等に応じて、修正4条、修正5条、修正9条、修正14条等との関係が問題となり得るように思われる。典型的には、特に「自己決定権」との関係が問題となろう。なお、米国の判例においては、「自己決定権」の典型として、人工妊娠中絶の自由が米国憲法上の権利として承認されている。See *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973)。「自己決定権」を論点とする米国の主な判例の議論を整理した邦文文献として、例えば、巻美矢紀「自己決定権の論点 - アメリカにおける議論を手がかりとして」、『レファレンス 56巻5号』77-104頁 (国立国会図書館調査及び立法考査局, 2006年) 78-92頁参照。
- 56 英語で「表現する」の意を表す「express」は目的語を必要とする他動詞であるのに対し、「言う、話す」の意を表す「speak」は自動詞としても他動詞としても用いられ得る。この語法上の相違からも示唆されるとおり、「表現」については、一般に表出されるものの客体を問うことから、表現者の何らかの主観的な精神活動 (意思) が認められること

- が前提とされ、それが外面に現れて初めて成立するものと捉え得る。これに対し、「言論」については、表出されるものの客体の源泉を必ずしも問わず、外部に表出されたものが客観的に認識可能なものである限り成立するものと捉える余地がある。
- 57 See Volokh, *supra* note 33, at 1284. See also Sunstein, *supra* note 44, at 835. 併せて、注54参照。
- 58 See John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 Harv. L. Rev. 1482, 1495 (1975). See also Kendrick, *supra* note 13, at 1287.
- 59 徳永達哉『「表現の自由」と言葉以外の態度による思想の伝達 - Symbolic speech と Speech plus の比較を通じて -』、『九州国際大学法学論集 16巻3号』127-146頁（九州国際大学法学会、2010年）139頁参照。
- 60 芦部・前掲（注26）240頁参照。
- 61 もっとも、我が国の多数説においては、「表現」について、「相互のコミュニケーションのイメージをもって捉えられている」（阪本昌成『表現権理論』（信山社、2011年）29頁）とされるが、表現者が表出したメッセージは、常に誰かしらに受領されるとは限らない。換言すれば、表現の自由は、「表出行為の自由」を基本とするものであって、表現の受領者がメッセージの受領過程において公権力から不当に妨害されないことを随伴的に含意するものの、当該受領者がそのメッセージをどう処理するか、また当該受領者において確実に受領し得る状態におかれるか否かについては直接問うものではないと解される。この点につき、海野敦史『「通信の秘密不可侵」の法理：ネットワーク社会における法解釈と実践』（勁草書房、2015年）103-104頁参照。
- 62 もっとも、理解可能性について、「表現」が成立するための要件となるという旨を示唆する学説もある。例えば、渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）353頁参照。
- 63 海野・前掲（注61）103頁参照。
- 64 その詳細について、海野・前掲（注11）860-861頁参照。
- 65 我が国の学説における「表現」と「行動（非表現の行為）」との区別に対する批判として、例えば、阪本昌成『憲法理論』（成文堂、1995年）31-32頁、坂垣伸次「ヘイト・クライム規制と思想の自由」、法学論叢編集委員会編『福岡大学法学論叢 59巻2号』297-328頁（福岡大学研究推進部、2014年）312-315頁参照。
- 66 前掲最判平成20年4月11日（注10）参照。
- 67 また、別の判例においては、ビラの配布を伴う演説に関して、当該配布行為を「表現の自由の行使のための手段」と位置づける補足意見が提示されている（最判昭和59年12

- 月18日刑集38巻12号3026頁参照)。さらに、その他の判例においても、例えば他人の家屋等に対する「はり札をする行為」について、これが「思想を外部に発表するための手段」と位置づけられ、「表現」そのものとは異なる「表現手段」となる行為と解されている(最大判昭和45年6月17日刑集24巻6号280頁参照)。
- 68 したがって、この場合における「ピラの配布」行為の制限についても、端的に表現の自由に対する制約の問題として、その正当性が検討されるべきであると考えられる。穴戸・前掲(注41)134頁参照。
- 69 もっとも、判例が「すべての言論は本質的に何を言い、何を言わないかの選択を伴う」と指摘しているとおり、言論を強制されない自由は修正1条に基づき保護される。See *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California*, 475 U.S. 1, 11 (1986); *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, 573 (1995)。
- 70 米国の判例においては、一定の活動を排除する学校に対する公権力による補助金の不支給(不作為)が当該学校の言論に対する制裁であるとする主張を否定したものがある。See *Rumsfeld*, 547 U.S. at 66。
- 71 最判平成19年2月27日民集61巻1号291頁, 最判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁, 最判平成23年6月14日民集65巻4号2148頁, 最判平成24年1月16日判時2147号127頁参照。
- 72 前掲最判平成19年2月27日(注71)参照。
- 73 浅野博宣「君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件」, 『ジュリスト臨時増刊:平成19年度重要判例解説 1354号』12-13頁(有斐閣, 2008年)13頁, 木村草太『憲法の急所 - 権利論を組み立てる』(羽鳥書店, 2011年)80頁, 森脇敦史「象徴的言論 - 象徴への態度が示すもの」, 駒村圭吾 = 鈴木秀美編『表現の自由 - 状況へ』221-241頁(尚学社, 2011年)234-235頁参照。また、「態度の表示」を「表現(象徴的表現)」と捉えるべきであると説く学説として、徳永・前掲(注59)145頁参照。
- 74 仮に言論者の意思のみが言論規制の正当化を左右するのであれば、例えば虚偽のつもりで表出されたと認められる言論の内容が実際には真実であった場合であっても、それは修正1条に基づき保護されないという不合理な帰結が導かれ得る。この場合、少なくとも、当該真実たる言論にアクセスする受領者の自由が(もっぱら言論者の意思を理由として)不当に妨げられてはならないとされる。See *Kendrick*, *supra* note 13, at 1285-1286。
- 75 See *Kendrick*, *supra* note 13, at 1295。
- 76 See *Gertz*, 418 U.S. at 340。この判例によれば、報道機関等に対して事実の正確性の保証を要求する形での厳格な責任を課すことは、許容しがたい「自己検閲」に結びつく

とされる。

- 77 See *New York Times Co.* , 376 U.S. at 279-280 .
- 78 See *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1264 .
- 79 See *e.g.*, *Bertsch v. George “ Skip ” Duemeland* , 639 N.W.2d 455 , 461 (N.D . 2002) .
- 80 See Frederick Schauer, *Intentions, Conventions, and the First Amendment: The Case of Cross-Burning* , 2003 Sup. Ct. Rev . 197 , 198-199 (2003) .
- 81 See *National Association for the Advancement of Colored People v. Button* , 371 U.S . 415 , 433 (1963) .
- 82 See *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1258 , 1264 .
- 83 See *id.* at 1263 .
- 84 See *id.* at 1279-1280 .
- 85 See *id.* at 1280-1281 .
- 86 See *Hurley* , 515 U.S. at 573 .
- 87 See Seana Valentine Shiffrin, *Speech, Death, and Double Effect* , 78 N.Y.U.L. Rev . 1135 , 1159 (2003) .
- 88 See *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1286 .
- 89 See *Strauss*, *supra* note 35 , at 339; *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1286 .
- 90 See *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1288 .
- 91 See *Strauss*, *supra* note 35 , at 354-357 . See also *Gertz* , 418 U.S. at 339-340. この判例においては、「虚偽の事実の表明には米国憲法上の価値はない」と説かれている。
- 92 See, *e.g.*, *Scanlon*, *supra* note 9 , at 2 , 13-14 , 37 . See also F.M. Kamm, *Terrorism and Intending Evil* , 36 *Phi . & Pub. Aff .* 157 , 162-163 (2008) .
- 93 See *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1288-1289 .
- 94 See *id.* at 1290-1291 .
- 95 See *id.* at 1282-1283 .
- 96 See *id.* at 1283 .
- 97 See *Scanlon*, *supra* note 9 , at 13 (2007) . この学説によれば、このような意思とその効果との連関については、「意思の予言的意義 (*predictive significance of intent*)」であるとされる。
- 98 See *Kendrick*, *supra* note 13 , at 1268-1269 .
- 99 See *Miller* , 413 U.S. at 24 .
- 100 なお、米国におけるわいせつな言論に対する規制の合憲性判断をめぐる議論の変遷に

ついて、辻雄一郎「児童ポルノとわいせつ規制に関する若干の憲法学的考察」、『駿河台法学 23巻 2号』89-142頁（駿河台大学法学会，2010年）108-121頁参照。

101 See Kendrick, *supra* note 13, at 1270.

102 See Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 363 (2003)。この判例は、1992年のR.A.V.事件判決（6節及び注34参照）とともに、我が国では差別的表現（ヘイトスピーチ）に対する規制のあり方を考えるための参照材料としてしばしば紹介されている。例えば、小谷順子「米国における表現の自由とヘイトスピーチ規制 - Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003) 判決を踏まえた検討 - 」、『法政論叢 40巻 2号』149-167頁（日本法政学会，2004年）157-160頁参照。

103 See 538 U.S. at 620.

104 See Kendrick, *supra* note 13, at 1291.

105 See Larry Alexander, *Free Speech and Speaker's Intent*, 12 Const. Commentary 21, 22 (1995).

106 See Larry Alexander, *Free Speech and Speaker's Intent: A Reply to Kendrick*, 115 Colum. L. Rev. Sidebar 1, 2-3 (2015).

107 See Watts v. United States, 394 U.S. 705, 708 (1969).

108 See Martin H. Redish, *Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defence of Clear and Present Danger*, 70 Calif. L. Rev. 1159, 1178 (1982).

109 その具体例として、注49参照。

110 See Schauer, *supra* note 80, at 218.

111 See Alexander, *supra* note 105, at 25。なお、この学説によれば、例えば他人の言論活動を萎縮させようとする（意思を伴う）言論を制約することは修正1条の問題となり得るが、このことは、当該言論が修正1条に基づく「言論」であるか否かということそれ自体を左右するものではないとされる。

112 See Schauer, *supra* note 80, at 206-207.

113 もっとも、意思影響説の立場からは、公権力の規制目的のみに着目した判断（制約事由許容性による判断）は、過剰な言論規制の正当化に結びつくおそれがあるとされる。See Shiffrin, *supra* note 87, at 1169-1170.

114 See Black, 538 U.S. at 363.

115 See Schauer, *supra* note 80, at 208.

116 See Steven G. Gey, *The Nuremberg Files and the First Amendment Values of Threats*, 78 Tex. L. Rev. 541, 590 (2000)。このような前提は判例においても示唆されており、

「武力の使用や法律への違反を唱道する行為は、原則として、米国憲法上当然に禁止されるものではないが、当該唱道が切迫した非合法的な行動をせん動又は実施することに向けられていたり、当該行動をせん動又は実施させる可能性が高い場合には、その限りではない」という旨が説かれている。See *National Association for the Advancement of Colored People v. Claiborne Hardware*, 458 U.S. 886, 928 (1982).

117 See Schauer, *supra* note 80, at 210.

118 See *R.A.V.*, 505 U.S. at 389; *City of Erie v. Pap's A. M.*, 529 U.S. 277, 293 (2000)。派生的効果規制原理は、有害な派生的効果の防止を目的とする言論規制について、たとえそれが言論内容の差別化を伴うものであっても、言論内容中立規制(5節5.1参照)としての位置づけを可能としつつ、厳格な違憲審査を事実上免れることを導く原理であるとされる。それゆえ、この原理はボルノグラフィーに関する言論の分野に限定的に適用されるべきであるという旨を説く学説もある。See John Fee, *The Pornographic Secondary Effects Doctrine*, 60 Ala. L. Rev. 291, 292-294 (2009)。同時に、派生的効果規制原理については、言論規制に関する政府の目的が当該規制に対する違憲審査の厳格度を決する指標となることを示すものであるとされる。See *id.* at 294。また、派生的効果規制原理の問題点を指摘しつつ、その見直しの方向性を示唆するものとして、以下を参照：Mark Rienzi and Stuart Buck, *Neutral No More: Secondary Effects Analysis and the Quiet Demise of the Content-Neutrality Test*, 82 Fordham L. Rev. 1187, 1233-1235 (2013)。

119 See *R.A.V.*, 505 U.S. at 388.

120 もっとも、派生的効果規制原理や特定範疇言論規制原理については、裁判所に対して政府の言論規制の正当化に関する過度に広範な裁量の余地を与えるものであるとする批判が提示されている。See Erwin Chemerinsky, *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, 74 S. Cal. L. Rev. 49, 64 (2000)。また、意思影響説の立場からは、言論の派生的効果の防止が正当化される一方、言論者の意思に基づく言論の直接的効果の防止についてはその限りではないとすれば、言論者は自らの言論の派生的効果には責任を負うが、その直接的効果には必ずしも責任を負うものではないといった不合理な帰結が導かれるという旨の批判が提示されている。See Shiffrin, *supra* note 87, at 1152.

121 See William Bird, *Constitutional Law - True Threat Doctrine and Public School Speech - An Expansive View of a School's Authority To Discipline Allegedly Threatening Student Speech Arising Off Campus. Doe v. Pulaski County Special School District*, 306 F.3d 616 (8th Cir. 2002), 26 U. Ark. Little Rock L. Rev. 111, 123 (2003). See also *Planned*

- Parenthood of the Columbia / Willamette, Inc. v. American Coalition of Life Activists , 290 F.3d 1058 , 1076 (9th Cir . 2002) .
- 122 See Bird, *supra* note 121 , at 122-123.
- 123 See Redish, *supra* note 108 , at 1178-1179. なお、この学説は、間接的な唱道に対する抑圧については、その受領者の反応が容易に予見可能となる例外的な場合を除き、基本的に正当化が困難であるとする。
- 124 See Larry Alexander, *Redish on Freedom of Speech* , 107Nw. U.L. Rev . 593 , 597 (2013) . See also Alexander, *supra* note 106 , at 3 , n3.
- 125 See McIntyre v. Ohio Elections Commission , 514 U.S . 334 , 342 (1995) .
- 126 See Alexander, *supra* note 106 , at 2.
- 127 See Alexander, *supra* note 124 , at 598 . See also Larry Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?* , at 76 (Cambridge University Press , 2005) .
- 128 See e.g., David S. Day, *The Hybridization of the Content-Neutral Standards for the Free Speech Clause* , 19 Ariz. St. L.J . 195 , 195-196 (1987); Paul B. Stephan, *The First Amendment and Content Discrimination* , 68 Va. L. Rev . 203 , 203-204 (1982) .
- 129 判例によれば、言論内容中立規制については、それが 規制対象となる言論の内容と関わりなく正当化され、重要な政府（公共）の利益に資するとともに、代替的な情報の伝達手段を十分に残したものとなっている限り、正当化され得るといふ。See Clark , 468 U.S. at 293 . See also City of Renton v. Playtime Theatres, Inc. , 475 U.S . 41 , 47 (1986); Erznoznik v. City of Jacksonville , 422 U.S . 205 , 209 (1975) .
- 130 See e.g., Mosley , 408 U.S. at 95-96; City of Madison Joint School District No.8 v. Wisconsin Employment Relations Commission , 429 U.S . 167 , 176 (1976); Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission , 512 U.S . 622 , 642 (1994) .
- 131 See Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment* , 43 U. Chi. L. Rev . 20 , 21 , 35 (1975) . See also Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment* , 25 Wm . & Mary L. Rev . 189 , 201-207 (1983) .
- 132 See Geoffrey R. Stone, *Free Speech in the Twenty-First Century: The Lessons from the Twentieth Century* , 36 Pepp. L. Rev . 273 , 280 (2009) .
- 133 この考え方を支持する学説として、例えば以下を参照：Daniel A. Farber, *Content Regulation and the First Amendment: A Revisionist View* , 68 Geo. L.J . 727 (1980); Geoffrey R. Stone, *Restrictions of Speech Because of Its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions* , 46 U. Chi. L. Rev . 81 , 115 (1978)。この考え方に対する批判的な見

- 解として、例えば以下を参照：Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 Stan. L. Rev. 113, 113 (1981)。この学説の根底には、言論の自由の価値を言論者の自己実現に求める思想がある。
- 134 近年の学説として、例えば以下を参照：Lucien J. Dhooge, *The First Amendment and Disclosure Regulations: Compelled Speech or Corporate Opportunism?*, 51 Am. Bus. L.J. 559, 604-605 (2014); Barry P. McDonald, *Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression*, 81 Norte Dame L. Rev. 1347, 1423-1426 (2006); Chemerinsky, *supra* note 120, at 53。また、判例として、例えば以下を参照：Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443, 457-458 (2011); United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803, 818 (2000); City of Renton, 475 U.S. at 47-49。さらに、政治的言論 (political speech) に対する規制については厳格な違憲審査に服するという旨を説いた近年の判例として、以下を参照：Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC v. Bennett, 131 S. Ct. 2806, 2817 (2011)。
- 135 佐藤・前掲 (注12) 261-262頁, 奥平・前掲 (注3) 186頁, 市川・前掲 (注3) 81-84頁, 阪本・前掲 (注65) 22-23頁, 初宿正典『憲法2基本権〔第3版〕』(成文堂, 2010年) 283頁, 浦部法穂「第21条」, 樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注解法律学全集2憲法II〔第21条~第40条〕』3-88頁(青林書院, 1997年) 62頁, 藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由 - アメリカ連邦最高裁の *R.A.V.* 判決と *Black* 判決 - 」, 『国際公共政策研究9巻2号』1-15頁(大阪大学大学院国際公共政策研究科, 2005年) 12-13頁参照。
- 136 芦部・前掲 (注26) 402頁, 長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」, 戸松秀典=野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』232-245頁(有斐閣, 2012年) 237頁, 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社, 2011年) 21-23頁参照。また、判例も、憲法21条に関して、「絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時, 所, 方法等につき合理的制限のおのずから存する」と説いており(最大判昭和25年9月27日刑集4巻9号1799頁), 言論内容中立規制については正当化の余地が小さくないことを示唆している。
- 137 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回 - 憲法的論証を求めて』(日本評論社, 2013年) 244頁。
- 138 See *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 66 (1976).
- 139 See *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 575-576 (1941). See also *Mosley*, 408 U.S. at 98.
- 140 もっとも、象徴的言論や「行動を伴う言論」に対する言論規制については、一般に言

論内容中立規制の範疇に属するものと解されている。この点に関し、芦部・前掲（注26）432頁参照。ただし、このような解釈の妥当性については、慎重な検討を要すると思われる。

- 141 See *Ward v. Rock against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989). See also *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518, 2531 (2014).
- 142 See *Stone*, *supra* note 131, at 197-200. See also *Stone*, *supra* note 133, at 83; Marjorie Heins, *Viewpoint Discrimination*, 24 *Hastings Const. L. Q.* 99, 115, 168 (1996); Amy Sabrin, *Thinking About Content: Can It Play an Appropriate Role in Government Funding of the Arts?*, 102 *Yale L.J.* 1209, 1220-1221 (1993); *Lam's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 384, 393 (1993).
- 143 See *Stone*, *supra* note 131, at 198.
- 144 See *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819, 829 (1995).
- 145 See *Stone*, *supra* note 131, at 200.
- 146 See *Karst*, *supra* note 131, at 32-35. この学説の考え方の背景には、修正1条はあらゆる言論を平等に扱うという原則を前提としているとする思想がある。See also *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 487-489 (1957).
- 147 See *Redish*, *supra* note 133, at 117.
- 148 See *Erwin Chemerinsky, Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, 74 *S. Cal. L. Rev.* 49, 51 (2000).
- 149 See *Mosley*, 408 U.S. at 96.
- 150 See *id.* at 95. See also *Consolidated Edison Company of New York, Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530, 537 (1980).
- 151 See *Leslie Kendrick, Content Discrimination Revisited* 98 *Va. L. Rev.* 231 242 (2012).
- 152 See *Ward*, 491 U.S. at 791. さらに、その後の判例においては、特定の「思想」又は「見解 (views)」に対する賛意又は不賛意に基づく言論規制が言論内容規制であるという旨が説かれており、見解差別化説に近似する考え方が示唆されている。See *Turner Broadcasting System, Inc.*, 512 U.S. at 643. See also *Texas*, 491 U.S. at 414; *Snyder*, 562 U.S. at 458.
- 153 See *Stone*, *supra* note 133, at 83.
- 154 See *id.* at 109-114. なお、我が国のある有力な学説も、「主題」に関する表現規制について、「特定主題を公的討論の場から全面的に排除してしまう場合」には厳格な審査が必要であるが、「時、場所、態様規制と結合してなされる場合」には、「公的討論に向けて

- 表現する他の回路が開かれている限り、内容中立規制の場合と同様に考えることができる」と説いている。高橋・前掲（注31）209頁参照。
- 155 その具体的な事例として、住宅区域内における成人向け映画館の配置規制に関する条例の合憲性を説いた1986年のレントン（Renton）市事件判決に関する判例が挙げられている：See *City of Renton*, 475 U.S. at 48.
- 156 See Chemerinsky, *supra* note 120, at 59-60.
- 157 長谷部・前掲（注136）240頁参照。
- 158 See Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, at 580 (The Foundation Press, Inc., 1978).
- 159 See Ely, *supra* note 58, at 1497.
- 160 See *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967).
- 161 See Stone, *supra* note 131, at 208.
- 162 See Redish, *supra* note 133, at 117.
- 163 See e.g., Ely, *supra* note 58, at 1492. この学説は、修正1条に基づく保護との関係において、「感情的 (emotive) な」内容と「認知的 (cognitive) な」内容とを同列に捉えている。
- 164 See Redish, *supra* note 133, at 141.
- 165 See Susan H. Williams, *Content Discrimination and the First Amendment*, 139 U. Pa. L. Rev. 615, 661-662 (1991).
- 166 See Redish, *supra* note 133, at 117.
- 167 See *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 18 (1971).
- 168 See *id.* at 26. その背景には、問題となった言論規制は、比較的正確かつ客観的に解釈し得る思想の表出の機会のみならず「他の方法では表現しがたい感情 (otherwise inexpressible emotions)」の表出の機会をも奪うものであるとする思想がある。
- 169 See Redish, *supra* note 133, at 140.
- 170 See Strauss, *supra* note 35, at 334.
- 171 See Kendrick, *supra* note 151, at 245.
- 172 See Volokh, *supra* note 33, at 1301-1302.
- 173 See *City of Jacksonville*, 422 U.S. at 211-212.
- 174 See, e.g., R. George Wright, *Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction*, 60 U. Miami L. Rev. 333, 335 (2006). See also Marvin Ammori, *Beyond Content Neutrality: Understanding Content-Based Promotion*

- of Democratic Speech*, 61 Fed. Comm. L.J. 273, 324 (2008-2009).
- 175 See Stone, *supra* note 133, at 115.
- 176 See R.A.V., 505 U.S. at 388.
- 177 See 18 U.S.C. § 875(c) (2013).
- 178 See 18 U.S.C. § 871(a) (2013).
- 179 See Schauer, *supra* note 80, at 210.
- 180 See Watts, 394 U.S. at 707-708.
- 181 See Robert Kurman Kelner, *United States v. Jake Baker: Revisiting Threats and the First Amendment*, 84 Va. L. Rev. 287, 289 (1998). See also Bird, *supra* note 121, at 119.
- 182 See Schauer, *supra* note 80, at 211-212. この学説においては、「脅威」とされる言論に関して、その受領者が言論に含まれた行為の実現の可能性を合理的に確信できない場合には、「真の脅威」とはなり得ないと指摘されている。したがって、このような考え方によれば、「言論それ自体が害悪を伴う行為を約するものであっても、当該行為の発生の蓋然性が低いと認識されているものであれば、真の脅威は存在しない」ということになる。See *id.* at 212-213.
- 183 See *id.* at 213.
- 184 See Lovell v. Poway Unified School District, 90 F. 3d 367, 372 (9th Cir. 1996).
- 185 See United States v. Maisonet, 484 F.2d 1356, 1358 (4th Cir. 1973); United States v. Dinwiddie, 76 F.3d 913, 925 (8th Cir. 1996); Martin v. United States, 691 F.2d 1235, 1240 (8th Cir. 1982).
- 186 See Doe v. Pulaski County Special School District, 306 F.3d 616, 624-625 (8th Cir. 2002).
- 187 See Rothman, *supra* note 33, at 303.
- 188 See Schauer, *supra* note 80, at 212-216.
- 189 See United States v. Kelner, 534 F.2d 1020, 1023 (2d Cir. 1976)。この判例においては、言論者が脅威を相手方に伝えようとしていたか否か (whether the appellant intended to communicate his threat) が問題とされている。また、他人を誘拐又は他人に傷害を与えるための「脅威」を含む通信を発信した者に対する処罰 (注177参照) において、「真の脅威」が成立するための要件としては、「無条件 (unconditional), 明確 (unequivocal), 緊急 (immediate) かつ具体的 (specific)」な脅威であることが必要となるという旨が説かれている。See *id.* at 1027.
- 190 See United States v. Baker, 890 F. Supp. 1375, 1385 (E.D. Mich. 1995); Gey,

- supra* note 116, at 558.
- 191 See *United States v. Myers*, 104 F.3d 76, 81 (5th Cir. 1997). See also *United States v. Darby*, 37 F.3d 1059, 1066 (4th Cir. 1994); *United States v. Himelwright*, 42 F.3d 777, 783 (3d Cir. 1994).
- 192 See *Roy v. United States*, 416 F.2d 874, 877-878 (9th Cir. 1969). See also *United States v. Twine*, 853 F.2d 676, 680 (9th Cir. 1988); Kelner, *supra* note 181, at 298.
- 193 See *R.A.V.*, 505 U.S. at 388. この判例は、脅威となる行為の実現（発生）可能性を害悪の発生源の一要素として捉えていると考えられる。
- 194 See *Schauer*, *supra* note 80, at 215; *Rothman*, *supra* note 33, at 330-331; *United States v. Maisonet*, 484 F.2d 1356, 1358 (4th Cir. 1973); *Lovel v. Poway Unified School District*, 90 F.3d 367, 372 (9th Cir. 1996).
- 195 See *Gey*, *supra* note 116, at 547.
- 196 See *Schauer*, *supra* note 80, at 216.
- 197 駒村・前掲（注137）244頁参照。
- 198 See *Schauer*, *supra* note 80, at 213-215.
- 199 一部の学説において、この要件については、下級審の判例（See *United States v. Alkhabaz*, 104 F.3d 1492, 1495 [6th Cir. 1997]）で「脅威」を構成する要素と解されてきた「脅迫（intimidation）」と直接結びつかないものであると指摘されている。See Kelner, *supra* note 181, at 311.
- 200 See *R.A.V.*, 505 U.S. at 388.
- 201 See *id.* at 391-392, 402, n4 (White, J. concurring in the judgement).
- 202 See *id.* at 383-384.
- 203 そのほか、「言論内容規制（内容の差別化）の性質が思想の公式的な弾圧を生み出す現実的な可能性がないような場合」についても、当該規制が正当化され得るという旨が示唆されている。See *id.* at 390.
- 204 See *id.* at 388-391.
- 205 See *id.* at 395-396.
- 206 See *Schauer*, *supra* note 80, at 216.
- 207 すなわち、2015年のエロニス（Elonis）事件判決は、SNSのような双方向型プラットフォームを用いた言論が法律の定める「脅威」となるか否かについては、言論者の意思を踏まえて判断されるべきものと説いている。もっとも、この判例の法廷意見においては、修正1条との関係に関する判断は実質的に回避され、もっぱら刑事法上の枠組みの

中での判断となっているが (Elonis v. United States, 135 S. Ct. 2001, 2012 [2015]), 言論行為及びその害悪が問題となった事案に変わりはないことから、修正1条との関係に対しても少なからぬ影響を及ぼし得るものであると思われる。すなわち、前述の他人を誘拐又は他人に傷害を与えるための「脅威」を伴う通信の発信行為を処罰する法律の規定に関して、当該行為が犯罪となるか否かの分水嶺は、ある犯罪が認められるためには本人がその精神状態において非難に値するものでなければならないとする原則に基づきながら (See Dennis, 341 U.S. at 500; Morissette v. United States, 342 U.S. 246, 252 [1952].), 「コミュニケーションの脅威となる性質 (threatening nature of the communication)」にあるとされた。それゆえ、SNSへの投稿による通信が「脅威」を伴うという判断に際しては、言論者の精神状態が問われなければならないと説かれ、送信されたものについて、その内容や文脈にとどまらず、その性質 (character) を投稿者が知っていたか否かが当該状態を明らかにするための決め手となるという旨が示唆された (See Elonis, 135 S. Ct. at 2011-2012)。これは、合理的な人 (reasonable person) が当該通信を「脅威」と考えるか否かという原審 (See United States v. Elonis, 730 F.3d 321, 332 [3d Cir. 2013].) の客観的な判断基準を実質的に後背に追いやるものであると同時に、刑事手続に関する言論規制における言論者の意思の重要性を (間接的に) 示唆するものであると言えよう。

208 See Claiborne Hardware, 458 U.S. at 928.

209 この点に関し、芦部・前掲 (注26) 248-260頁参照。

210 この点に関し、榎透「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」、『専修法学論集 96号』69-111頁 (専修大学法学会, 2006年) 102-103頁参照。

211 例えば、「真の脅威」の概念を提示したワッツ事件判決においては、問題となる言論に関して、「受領者の反応 (reaction of the listeners)」が考慮に入れている。See Watts, 394 U.S. at 708。また、言論の受領者が「脅威」の主たる標的となっているとは認められないということを主な理由として、言論規制 (言論者に対する帰責) が承認されなかった判例もある。See Claiborne Hardware, 458 U.S. at 926-929。

212 See Rothman, *supra* note 33, at 299; Volokh, *supra* note 33, at 1323. See also Gey *supra* note 116, at 557-558。この学説によれば、特定の者に向けられた (悪意のある) 言論については、単なる抽象的な唱道を超えて、その者に対して一定の暴力その他の違法な行為による危害を及ぼす意思を言論者が有している可能性が高いとされる。

213 前掲最大判昭和44年10月15日 (注42) 参照。

214 最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁参照。

- 215 最大判昭和43年12月18日刑集22巻13号1549頁参照。併せて、最判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁参照。
- 216 もっとも、これらの判例の考え方については、安易に表現規制を正当化しているといった旨の学説の批判も有力である。例えば、芦部・前掲（注26）426頁、佐藤・前掲（注12）263・273頁、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）316頁、野中俊彦ほか『憲法（第5版）』（有斐閣、2012年）386-388頁、高橋・前掲（注31）211頁、浦部・前掲（注135）57-58頁・65-66頁、初宿・前掲（注135）277頁・284頁、松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）470頁参照。
- 217 See Volokh, *supra* note 33, at 1301-1302.
- 218 See Giboney, 336 U.S. at 502 (1949).
- 219 駒村・前掲（注137）238頁参照。併せて、猿払事件判決が「内容規制と内容中立規制との区別を暗黙のうちに想定している」と説く有力な学説として、長谷部・前掲（注136）241頁参照。
- 220 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁参照。もっとも、この判例の考え方（間接的・付随的制約論）については、その後の判例において、軌道修正されている。最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁参照。ただし、「公務員の政治的中立性を損うおそれ」と「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損うおそれ」との相違（この点について、駒村・前掲〔注137〕409頁参照）については別論として、このような一定の害悪の蓋然性が表現行為に対する核心的な制約事由となっていることに変わりはない。
- 221 奈須・前掲（注36）48-51頁参照。
- 222 ただし、注49参照。
- 223 前掲最大判昭和32年3月13日（注42）参照。
- 224 最判昭和55年11月28日刑集34巻6号433頁参照。
- 225 例えば、最判平成20年2月19日民集62巻2号445頁参照。
- 226 穴戸・前掲（注41）31頁。
- 227 高橋和之「審査基準論 - 個別的衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」、『ジュリスト1089号』165-172頁（有斐閣、1996年）169頁参照。
- 228 客観的意思については、「表現」の成立に際しての不可欠の要素となり、それが表出されていると認められることがある行為の「表現」への該当性を判断するための重要な指標となる。一方、「表現」と位置づけられる行為の具体的な保護のあり方を検討する際においては、一次的には主観的意思が補充的な考慮要素となり得るのであって（その限

りでは、客観的意思を別途考慮する余地は乏しい)、当該意思が明確に確認できない場合等において、補完的に客観的意思が問題となり得るものと考えられる。

229 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁参照。併せて、最決平成22年3月15日刑集64巻2号1頁参照。

230 前掲最判平成2年9月28日(注214)参照。

231 児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律は、児童に対する性的搾取等が「児童の権利を著しく侵害することの重大性」等にかんがみ、「児童の権利を擁護すること」を目的とするものである(同法1条参照)。また、児童ポルノに対する言論規制の目的に関して説いた米国の主な判例として、以下を参照: New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 756-764 (1982); Ashcroft v. The Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 240 (2002)。

232 なお、児童ポルノに関する規制が憲法21条・13条に違反しないという旨を説いた判例として、最判平成14年6月17日集刑281号577頁参照。併せて、最判平成18年2月20日刑集60巻2号216頁参照。

233 もっとも、仮に立法上いわゆる擬似ポルノ(もっぱら想像やコンピュータグラフィック等による描写)も「児童ポルノ」の射程に含まれることとなれば、実在の児童の権利が問題となる余地は乏しいことから、表現者の意思が問題となる可能性が生じ得る。なお、擬似ポルノに関する広範な言論規制の違憲性について説いた米国の判例として、以下を参照: Ashcroft, 535 U.S. at 251-256.

234 芦部・前掲(注26)241頁、伊藤・前掲(注216)312頁、戸戸・前掲(注41)28-29頁参照。なお、米国の学説においては、以下の基準に基づき「低い価値の言論」を認定する考え方が有力である。すなわち、ある言論が、修正1条の中心的な関心事から隔たるものであるか、重要な「非認知的側面(noncognitive aspects)」を有するか、言論者がメッセージを伝えようと努力しているか否か、政府が米国憲法上許容されない理由に基づき行動する可能性のある領域に属するものであるか、である。See Cass R. Sunstein, *Pornography and the First Amendment*, 1986 Duke L.J. 589, 603-604 (1986)。また、別の学説においては、低い価値の言論について、基本的に政治的討論を發展させない、冷遇された思想又は政治的見解によって定義されるものではない、通常、強い非認知的側面を有する、自由な表現全体のシステムに対して過度の弊害なく長年にわたり規制されてきた、といった要素により特徴づけられるものと説かれている。See Stone, *supra* note 132, at 284.

235 もっとも、学説においては、このようなわいせつ文書がもたらす害悪に関して、十分

な科学的証明があるとは言えないなどの批判が提示されている。例えば、浦部・前掲（注135）54-55頁、右崎正博「わいせつ概念 - 『悪徳の栄え』事件」、『別冊ジュリスト』217号：憲法判例百選〔第6版〕122-123頁（有斐閣、2013年）123頁参照。また、刑法175条の規定の合憲性に懐疑的な学説として、例えば、初宿・前掲（注135）279頁参照。

236 See *Virginia State Board of Pharmacy*, 425 U.S. at 770. この判例においては、処方薬の価格情報の広告を違法とする法律が消費者の薬価情報を得る権利を侵害するものとして違憲とされた。

237 See *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557, 564-566 (1980); *United States v. Edge Broad Co.*, 509 U.S. 418, 426 (1993); Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 *UCLA L. Rev.* 1, 4 (2000); Lisa P. Ramsey, *Increasing First Amendment Scrutiny of Trademark Law*, 61 *SMU L. Rev.* 381, 391 (2008).

238 我が国の有力な見解も、「表現の自由の価値の重点ないし現代的意義は自己統治の価値にある」ということを理由として、「営利的言論の保障の程度は非営利的言論のそれよりも若干弱い」と説いている。芦部・前掲（注26）318頁参照。併せて、佐藤・前掲（注12）256頁参照。これに対し、営利広告その他の営利的言論に対する規制についても厳格な違憲審査に服すると説く学説として、松井・前掲（注216）465頁、浦部・前掲（注135）44頁参照。もっとも、純然たる営利広告について、これを経済活動の自由の問題と捉える学説も有力であり（伊藤・前掲〔注216〕312頁参照。併せて、営利広告主の表現の自由の保護範囲を限定的に捉える学説として、高橋・前掲〔注31〕218頁参照）、判例も同様の見地からこれを捉えているように見受けられる（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁参照）。これは、純然たる営利広告を「表現」の射程の外におこうとする考え方であると捉えることも可能であるが、そうであるとすれば、営利広告も表出型行為性、個別的伝達・理解可能性及び表出内容の実体性を兼ね備えていると考えられる中で、正鵠を射たものとはいいがたいように思われる。

239 See *No Fear, Inc. v. Imagine Films, Inc.*, 930 F. Supp. 1381, 1382 (C.D. Cal. 1995)

240 なお、修正1条に基づく信教の自由については別論とする。米国憲法上の言論の自由を「思想の自由 (freedom of thought)」の保護を中心として把握すべきであると説く学説として、以下を参照：Seana Valentine Shiffirin, *Individual Autonomy and Fresh Speech: A Thinker-Based Approach To Freedom of Speech*, 27 *Const. Commentary* 283, 283-284 (2011).

241 ある学説も、思想・良心の自由の保護範囲に関して、通説は「『内心の自由』にそれを限定し、『行為』との連関を直ちには認めない姿勢を取ってきた」と指摘している。駒村・前掲（注137）241頁参照（もっとも、判例は、「内心」と「行為」とを連関させつつ、個人の精神活動が内心にとどまらず外部的な行為として顕現した場合にはそれに対する「間接的な制約も許容され得る」としている。前掲最判平成23年5月30日〔注71〕参照）。このような解釈によれば、「内心」とどまる表現者の意思と表現行為とは、ただちには結合しないということになる。

242 佐藤・前掲（注12）220-221頁参照。

243 憲法14条1項に基づく平等原則と平等権との関係に関する管見について、海野・前掲（注61）454-463頁参照。

244 海野・前掲（注61）15頁。

245 通信管理主体の概念の詳細につき、海野・前掲（注61）3-4頁・154-158頁・176-177頁参照。

246 そのような法律の具体的な内容については、海野・前掲（注61）29-31頁参照。

247 海野・前掲（注61）53頁参照。

248 また、近年のインターネットの利用環境の下では、検索エンジンにより他人の作成した過去の表現物（情報）をネットワーク上で検索し、それにアクセスする機会も増している。この場合、インターネット上の発信者たる表現者の表現物の流通可能性（アクセス度）が検索役務提供者（別段の通信役務を提供していない限り、通信管理主体ではない）の検索エンジンのアルゴリズムに事実上左右され得ることとなる。それゆえ、例えば検索役務提供者が恣意的に特定の表現物に関してその検索機能を通じたリンク表示を行わないこととすれば、当該表現物はネットワーク上から排除されることに近似する（アクセス度が著しく低下する）効果を受け、発信者たる表現者の表現の自由の行使の機会が事実上制限される可能性がある。ところが、ここで留意しなければならないのは、検索役務提供者による検索結果の表示についても、「表現」と捉える余地があるということである。実際、米国の下級審の判例においては、検索エンジンによる検索結果の表示は修正1条に基づく言論の自由の保障を受けることとされている。See *Zhang v. Baidu.com*, 10 F. Supp. 3d 433, 438 (S.D.N.Y. 2014)。この論理によれば、「検索役務提供者の表現の自由の行使により、発信者の表現の自由の行使の機会が実質的に制限される」ということになり得る。この場合、双方の表現の自由の調整のために、公権力が検索役務提供者の表現物（検索結果の表示）に対する表現規制を行う余地が生じ得るが、その際には「発信者たる表現者の意思」を踏まえるとともに、「検索役務提供者たる表現者の

意思」についても考慮することが必要となり得る。また、例えばある表現者が10年前にウェブサイトに掲載した表現物が、その知人を中傷する内容を含むもの（一種の微妙な表現物）であり、それが今日でも当該ウェブサイト上に残存したまま検索機能で容易に特定・抽出され得る状態にある場合において、当該知人が検索役務提供者に対して検索を通じた当該ウェブサイトのリンク表示の中止を求めるといったこともあり得る。この求めに対して、仮に検索役務提供者が当該表示の中止に原則として応じることが義務づけられる場合には、これを当該役務提供者に対する一種の表現規制と捉える余地があるが、このときに考慮される可能性のある要素としては、「検索役務提供者の意思」のほか、「発信者たる表現者の意思」及び「受領者（被害者）の意思」も含まれ得るであろう。それゆえ、インターネット経由の表現行為においては、「二極関係」とは異なる多様な主体の意思がその表現規制に際しての考慮対象となる可能性があると言える。

249 もっとも、この「隙間を埋める工夫」の一環として表現者の意思が考慮されるとき、名誉毀損罪の免責のケースのように、表現者の意思が表現者自身の基本権の保障においてプラスの方向に作用する場合は決して多くない。むしろ、一般的には、脅威付と主観的意思説や脅威行為为实现主観的意思説の考え方に見られるように、当該意思が一定の害悪を惹起するものと認められ、マイナスの方向に作用する場合は少なくないと思われる。実際、意思影響説の論者も、言論者の意思がマイナスの方向に作用する場合に主眼をおいているように見受けられる（4節4.1参照）。それゆえ、表現者の意思に対する考慮により表現の自由の保障範囲を実質的に拡大する（プラスの方向に作用させる）ことが可能となる場合は具体的にどのような場合かということを検討することが有意となり得るが、この点の詳細については本稿では措く。

250 表現者の意思が表現規制においてどの程度考慮されるかという問題は、その一面において、具体的な立法に示される規定の意味と立法者の意思とに乖離が認められる場合に、後者の意思をどの程度反映させるべきかという問題と通底するように思われる。なぜなら、この問題において、立法者の意思は「補充的な考慮要素」となり得ると考えられるからである。

251 当該受領者にとって、性的な要素を含む文書については、その「知る権利」の充足に資するものとして位置づけることが可能であろう。

252 See Rothman, *supra* note 33, at 318. See also United States v. Patillo, 438 F.2d 13, 15 (4th Cir. 1971).

253 海野・前掲（注61）191頁参照。

254 浜田純一「『ユニバーサル・サービス』と情報に対する権利」、『ジュリスト 1057号』9-13頁（有斐閣、1994年）13頁参照。

255 学童の（オンライン上の）言論と公立学校による言論規制との関係に関して、この点を指摘するものとして、以下を参照：S. Kate Fletcher, *Constitutional Law - First Amendment - Social Media Rams the Tinker Schoolhouse Gate: A New Approach for Online Student Speech*, 35 U. Ark. Little Rock L. Rev. 1113, 1129 (2013).

256 なお、表現の自由の保障とは別に、憲法21条2項後段の規定から導かれる「通信の自由」の保障の観点から、発信された情報が不特定多数の者により受信されることを目的とするネットワーク上を流通する中で、他人の名誉、プライバシー等の基本権に関する法益を害することとなる場合については、当該情報の流通が可能な限り制限されることが要請されると解される。当該ネットワーク上においてそのような情報が縦横無尽に流通すると、当該法益が害されることの効果・影響が瞬時に大多数の者に波及し得るとともに、当該情報が恒常的にアクセス可能となることにより、その効果・影響が持続的かつ潜在的に残存する結果、国民各人の「通信」の利用に対する制度的環境が著しく阻害され得るからである。その詳細について、海野・前掲（注61）203-206頁参照。