

Tortious Speech(不法行為言論)の憲法学・序説(上) ～Intentional Infliction of Emotional Distress法の「憲法化」を中心に

梶原健佑

<目次>

はじめに ～不法行為法制の憲法適合性

第1章 Tortious Speechと修正1条

第1節 「憲法化」

第2節 IIED法の概要

第2章 Hustler Magazine, Inc. v. Falwell

第1節 事実の概要

第2節 判旨

第3節 小括

第3章 Snyder v. Phelps

第1節 事実の概要

第2節 判旨

第3節 小括(以上, 本号)

第4章 判例理論の抽出と若干の検討(以下, 次号)

第1節 表現の「対象」

第2節 表現の「性質」

第3節 判例の射程と評価

おわりに

はじめに ～不法行為法制の憲法適合性

アメリカに「Tortious Speech」と呼ばれる言論類型がある¹⁾。「不法行為

1) Tortious Speech について, David A. Anderson, *Tortious Speech*, 47 WASH. & LEE L. REV. 71 (1990) 参照。邦語では, 阪本昌成「表現の自由を支えるもの」同『表現権理論』(信山社, 2011年) 188~193頁を参照のこと。

言論」と訳しうるこの類型は、その表現内容によって他者の権利利益が侵害され、行為者（表現者）に不法行為責任が課される言論を指す。成立する不法行為としては、名誉毀損やプライバシー侵害が最も良く知られた例であり、その他に、肖像権侵害・パブリシティ権侵害²⁾、著作権侵害³⁾を挙げることができる。これらに加えて本稿は、Intentional Infliction of Emotional Distress（故意による精神的苦痛の惹起。以下、IIED という。）を紹介したいと思う⁴⁾。この不法行為は、なぜかこれまで大きく日本に紹介されてこなかった。しかし、アメリカの修正1条法のテキストを見ると、しばしば名誉毀損やプライバシー侵害等と並びたつ項目として紹介されている⁵⁾。筆者は、この不法行為をわが国の不法行為法にいう「名誉感情侵害」と対照可能と考えて、この日米の不法行為を比較検討する研究を進めたいと考えている。本稿は、その下準備として、アメリカ IIED 法の現状を整理し、それに関する若干の分析を行おうとするものである。

日米を問わず、憲法による表現の自由の保障は、政府の表現規制に対する我々の視線を警戒的なものにさせる。アメリカでは、不法行為法制も例外ではなく、その眼差しの対象から外れることはない⁶⁾。Tortious Speech に関するアメリカ法の際立った特徴は、市民の名誉やプライバシーの保護を目的とする法制度（不法行為法）を憲法上の表現の自由に対する公的規制と捉える点にある⁷⁾。1964年以降、とりわけ名誉毀損（defamation）をめぐる不法

2) アメリカ法でいう appropriation（しばしば「冒用」と訳されている）に相当する。参照、豊田彰『パブリシティの権利』（日本評論社、2000年）、同『パブリシティの権利Ⅱ』（日本評論社、2007年）。

3) 参照、大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社、2011年）91頁以下。

4) Tortious Speech が本文に挙げたものに限定されるとの趣旨ではない。他にも、我が国では侮辱等、アメリカ法では false light（誤った印象）等がこれに含まれる。false light については、ジョン・ミドルトン『報道被害者の法的・倫理的救済論』（有斐閣、2010年）参照。

5) See STEVEN H. SHIFFRIN AND JESSE H. CHOPER, THE FIRST AMENDMENT 76ff (5th ed. 2011); JEROME A. BARRON AND C. THOMAS DENES, FIRST AMENDMENT LAW 164ff (2008); 松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』（有斐閣、2008年）182頁。

6) See Eugene Volokh, *Tort Liability and the Original Meaning of the Freedom of Speech, Press, and Petition*, 96 IOWA L. REV. 249 (2010).

7) これに対してわが国では、法制度（法律レベル）を憲法で統制するという複層的視覚

行為法制の領域を中心に、Tortious Speech に対する憲法適合的な責任賦課のあり方が議論されてきた。改めて論じるまでもなく、その嚆矢となったのは *The New York Times Co. v. Sullivan*⁸⁾ である。*Sullivan* は、州の不法行為法制が(制定法によるもののみならず、判例上、組み立てられたものを含めて)連邦憲法による評価の対象となることを次のように明らかにした。

「我々は、はじめに、アラバマ州裁判所の判決を憲法適合性審査から遮断しようとして主張される2つの論拠について論じることにしよう。その第一は、州最高裁が依拠した、『修正14条はステイト・アクションに向けられたものであって、私人の行為に向けられたものではない』との考えである。この考えは本件には当てはまらない。本件は私人間の民事訴訟であるけれども、アラバマ州裁判所は、彼らの憲法上の言論・プレス自由を不当に規制するものと上訴人が主張している州の法準則 (rule of law) を適用したのである。その法が民事訴訟で用いられること、そして、制定法によって補充されるとはいえそれ自体はコモン・ローでしかないことは問題にならない。……問題は、州権力行使の形式にあるのではなく、その形式がどんなものであれ、実際にその権力が行使されたか否かにあるのである。⁹⁾」

連邦最高裁は、憲法判断の基礎となるべき事柄が、私人間の訴訟であることや争われている法の私法的性質ではなく、誰かの憲法上の権利に対し

ではなく、同一平面での調整の問題だと認識しているようにみえる。たとえば、「等価値的な利益衡量」とする佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）452頁など（なお、同『日本国憲法論』〔成文堂、2011年〕にはこの用語は見られない）。また、わが国の議論は、不法行為類型ごとに表現の自由との調整法理を検討しなければならない、という認識に乏しい印象を受ける。当該行為が全体として不法行為となるか否かを相関関係的に考察するためか、どのような不法行為が幾つ成立するかは重視されない。裏返していえば、個々の不法行為の（表現の自由との関係で構成される）成立要件や阻却事由がじゅうぶん明らかとなっていない。

8) 376 U.S. 254 (1964).

9) *Id.* at 265.

て公権力が及んでいるかという点にあるのだという。したがって、民法上の法制度であっても、不法行為として責任を問う仕組み (scheme) は、裁判所 (ないし議会制定法) がそれを明らかにして私人間の具体的紛争に適用する以上、憲法適合的なものでなければならないわけである¹⁰⁾。Sullivan以降、幾つかの連邦最高裁判決によって憲法適合的な名誉毀損不法行為法制の全体像がしだいに整えられてきたことを指して、名誉毀損法の憲法化 (Constitutionalization of Defamation Law) といわれる所以である。

第1章 Tortious Speech と修正1条

第1節 「憲法化」

(1) 憲法適合的な名誉毀損法制 (Constitutional Defamation Law)

(1-1) 「public/private」のマトリクス

名誉毀損の基本的な成立要件は、おおむね次の4点に集約されうる¹¹⁾。(a) 原告についての (of and concerning) 虚偽で名誉毀損的な言明を、(b) 被告が故意または過失のうちに、(c) 第三者に対して公表 (publication) したことにより、(d) コミュニティにおける原告の世評 (reputation) を害したこと。ところが、原告は公表された当該言明が、(a-1) 原告についてのもので、(a-2) 名誉毀損的な (defamatory) ものであることと、(b) (c) を主張すればよく、(a-3) 虚偽事実であることに関する被告の過誤 (fault) と (d) を主張立証する必要はないとされてきた¹²⁾。当該言明の内容が名誉毀損的であればそこから (a-3) および (d) は推定されるとの理屈で、原告には成立要件の一部の立証責任があるにすぎなかった。これを指して、「伝統的コモン・ローでは名誉毀損は厳格責任 (strict liability) の法制度を採用していた」

10) 以下で紹介する *Snyder v. Phelps* の最高裁判決も、「修正1条の言論の自由条項は、州の不法行為訴訟における防御 (defense) となりうる」と述べている。

11) さしあたり、山口成樹「名誉毀損法における事実と意見 (一)」東京都立大学法学会雑誌35巻1号 (1994年) 113頁を参照のこと。

12) 一定の領域に関しては、原告に、当該言明が名誉毀損的であることの立証すら求めない原則によっている州もある。「defamation per se」と呼ばれるもので、ハンセン病・性感染症・精神疾患といった病氣、不貞、犯罪行為に関する言明などが含まれる。

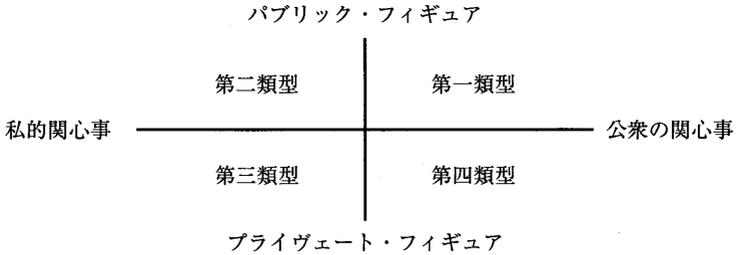
といわれる。このコモン・ロー上の名誉毀損法制でも被告を免責する「特権 (privilege)」が認められてきた。たとえば、連邦議会内での議員の発言、裁判内での裁判官・弁護士・証人の発言等には絶対的特権が与えられるというのである。また、原告の reputation の保護を上回る、一層重要な法益保護のために当該言明がなされた場合には、原告が救済を得られないこともありうる」と説明されてきた(相対的〔条件付〕特権)¹³⁾。ところが、相対的特権に関するかかる説明はいかにも曖昧で、どのような場合に免責されるのか明らかでなく、これだけでは表現の自由にとって不十分といえる。また、先に述べた厳格責任の制度も表現の自由に対する大きな負担となっており、「憲法化」の必要性がしだいに認識されるようになったのである。

今日の「憲法適合的な」名誉毀損法制は2つの座標軸によって形作られるマトリクス構造のうちに整理できる。この座標軸はいずれも「公/私 (public/private)」を基準とするもので、言論の対象者と言論の性質(内容)によってさらに区分される。すなわち、ひとつは<パブリック・フィギュア/プライヴェート・フィギュア (public figure/private figure[private individual])>という軸であり、もうひとつは<公衆の関心事/私的関心事 (matter of public concern/matter of private concern)>という軸である。これを組み合わせることにより、4つの象限が生まれることになり、それぞれ責任を問う(被害者が救済を得る)ために必要な要件が異なるのである¹⁴⁾(表1)。ちなみに、この分析軸における「パブリック・フィギュア」には公職者 (public official) を便宜的に含むものとして理解されたい¹⁵⁾。

13) この相対的特権は被告側が主張し、正当なものと認められ、かつ、不純な(不法な)動機・目的のもとに行動したのではないと認められた場合のみ免責を受けることとされている。ここにいう「不純な(不法な)動機・目的」を指して、「現実の悪意」と称されることがあった。これは今日いわれる現実の悪意と同義ではない。1964年以降、現実の悪意の意味は、*Sullivan* の定義づけたものとして理解されるようになっていく(参照、本節(1-2))。See W. WAT HOPKINS, ACTUAL MALICE 47ff (1989).

14) EUGENE VOLOKH, THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES; PROBLEMS, CASES AND POLICY ARGUMENT 62 (4th ed. 2011).

15) ここにいう公職者には選挙によって選出された現職の公務員だけでなく、任命された公務員、行政案件の処理に実質的責任・権限を有するものを含む。See *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 44 (1964); *Rosenblatt v. Bear*, 383 U.S. 75 (1966).



【表1】 憲法適合的名誉毀損法制のマトリクス

ここでは判例の経緯を省略し、結論だけを確認しておくとして、まず、「パブリック・フィギュア & 公衆の関心事」の領域（第一類型）では、懲罰的損害賠償（punitive damages）のみならず填補的損害賠償（compensatory damages）を得るためにも、原告の側で被告の「現実の悪意（actual malice）」を立証しなければならない¹⁶⁾。次に、「プライベート・フィギュア & 私的関心事」の領域（第三類型）では、懲罰的損害賠償について現実の悪意の立証は必要とされないこと以外に、特段、連邦最高裁の判例は見当たらないものの、填補的損害賠償のためには通常要件を充足すれば良いと一般的に考えられている¹⁷⁾。「プライベート・フィギュア & 公衆の関心事」の領域（第四類型）では、填補的損害賠償を得るためには被告の「過誤（fault）」が必要であり、原告は言明内容が虚偽であることと、現実の損害を立証しなければならない。また、この類型においては、懲罰的損害賠償を得るためには現実の悪意の立証が求められる¹⁸⁾。残る「パブリック・フィギュア & 私的関心事」の領域（第二類型）については、具体的な要件がまだ明らかとなっていない。

16) See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Curtis Publishing Co. v. Butts*; *Association Press v. Walker*, 388 U.S. 130 (1967).

17) See *Dan & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985); *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986).

18) See *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986).

(1-2) 「現実の悪意」の準則とそのサブ・ルール

ここで「現実の悪意」についてまとめておこう。現実の悪意とは、言明内容が虚偽であることを知りながら、または、それが真実であるか否かについて不注意にも気に掛けずに表現行為に及んだことを指す¹⁹⁾。名誉毀損法制ではさらに、サブ・ルールとも呼ぶべき手続的な法理を含んでいる。

(1-2-1) 立証の程度

その第一は、「明白かつ確信を抱くに足る証拠 (clear and convincing evidence)」が要求されることである²⁰⁾。これは、通常の「証拠の優越 (preponderance of evidence)」では足りず、しかし、刑事訴訟で求められる「合理的疑いを超える証明 (proof beyond a reasonable doubt)」ほどのものは必要とされない中間的レベルである。この証明度は陪審が主張事実を高度な蓋然性あり (highly probable) と考える状態と説明される²¹⁾。被告が現実の悪意にもとに表現したことを、原告がかかる証明度で立証することは相当に難しい。それゆえ、現在のアメリカ法では、パブリック・フィギュアである原告が公衆の関心事を述べる言論につき名誉毀損を理由として訴えても、賠償を勝ち取ることは著しく困難であるといえる。

しかも、この立証の程度に関するルールはサマリ・ジャッジメントにも適用される²²⁾。通常、サマリ・ジャッジメントの申し立ては、被告側が、デイスカバリ終了の時点で、出揃った全証拠と当事者の宣誓供述書をもってしても原告の主張を支える事実認定を行いうる証拠の不存在を理由として、被告勝訴の裁判をするよう求めてなされる。そこでは、すべての証拠を原告有利なように推定した上で、それでもなお原告の請求は認められないと裁判所が

19) これを承けたリステイトメント § 580A は、パブリック・フィギュアおよび公職者に対する虚偽・名誉毀損の表現の場合には、(a) その言辭が虚偽であって、それが他人の名誉を毀損するものであることを知っていながら、あるいは、(b) それらのことを不注意にも気に掛けずに行った場合に責任を負うとされている。Sullivan の定式と比較すると、その表現が虚偽であることのみならず、名誉毀損的のものであることについても要件とされている。

20) Philadelphia Newspapers, Inc v. Hepps, 475 U.S. 767 (1986).

21) See J. W. STRONG gen ed, MCCORNICK ON EVIDENCE § 340 (4th ed. 1992).

22) See Anderson v. Liberty Lobby, Inc., 477 U.S. 242, 254 (1986).

判断した場合に、被告勝訴のサマリ・ジャッジメントが下される²³⁾。このサマリ・ジャッジメントにも「明白かつ確信を抱くに足る」との立証の程度が適用されるとすれば、どのような帰結を導くか。通常であれば原告の主張を支える証拠がいくらかでもあれば、サマリ・ジャッジメントは下されず、陪審裁判（トライアル）に進むことができる。ということは、このルールが適用されないときには、ディスカバリの時点で現実の悪意を推認させる証拠が原告の手元にわずかしかなない場合でも、原告がサマリ・ジャッジメントで敗訴する可能性はない。ところが、このルールが適用されるとなると、原告は、プレ・トライアル段階で現実の悪意に関し、わずかな証拠ではなく、明白かつ確信を抱くに足るレベルで明らかにする証拠を提出しなければ敗訴することになる。それはすなわち、陪審裁判まで至らぬうちに敗訴してしまうことを意味するのである²⁴⁾。サマリ・ジャッジメントでのこの機能は重要である。というのも、このルールは、言明者側有利となるよう作り出された現実の悪意ルールを、手続の局面で一層有利に作用させるからである。

(1-2-2) 上級審による再審査

第二はボーズ・ルール (Bose Rule) と呼ばれるものである。アメリカは通常、事実審は一回きりというのが原則である。トライアル・コートで陪審審理が行われたとすると、上訴審は、評決に不服な当事者にとって最も不利となるように証拠を吟味した上でも評決に反する結論にしかなりえない、といえる限定的な場合にしか、原審判決を覆すことができない。これがコン・ローの伝統である。また、トライアルでの事実認定は、連邦民事訴訟規則52条(a)によると、「明白な誤認 (clearly erroneous)」がない限り覆すことを得ない²⁵⁾。この伝統のもとでは、被告側の「現実の悪意」の有無についての判断は、普通に考えれば「事実」認定の問題である。となれば、トライ

23) 参照、平野晋『アメリカ不法行為法 主要概念と学際法理』（中央大学出版部、2006年）77～78頁、浅香吉幹『アメリカ民事手続法』（弘文堂、2000年）96頁。

24) See David A. Anderson, *Dan B. Dobbs Conference on Economic Tort Law: Rethinking Defamation*, 48 ARIZ. L. REV. 1047, 1050 (2006).

25) 参照、浅香・前掲注23, 160～163頁。

アル・コートでの判断が優先され、明白誤認基準をクリアしない限り上級審はそれに容喙できないものと考えられそうである。ところが、1984年、連邦最高裁は *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.* で新しいルールを宣明する。音響機器メーカーであるボーズは、被告(消費者ユニオン)の発行する雑誌での自社の商品評価が、虚偽であり信用を貶めるものであるとして名誉毀損訴訟を提起した。スピーカーのメーカーとして著名な同社は、パブリック・フィギュアであると判断され、被告の現実の悪意を立証しなければならなかった。連邦地裁では、陪審なしのトライアルが行われ、現実の悪意の存在が認定された²⁶⁾。しかしながら、連邦控訴裁判所は、この現実の悪意の認定は、連邦民事訴訟規則52条(a)の明白誤認基準は適用されず、新しく独自の審査にかけるべきものとして、自ら記録を調査し、現実の悪意の存在を否定したのである²⁷⁾。この判決は連邦最高裁の審査を受けることになった。

J. スティーブンス(John Paul Stevens)が執筆した法廷意見は、この連邦控訴裁判所の判断を支持し、52条(a)は、法と事実の混合問題を含めた法律問題の過誤を訂正する権限を法律審に与えているとした。そして、法と事実の区分が必ずしも截然と可能であるわけではないことを認め、ここでは修正1条の価値を保護するために²⁸⁾、現実の悪意の認定は法律審の裁判官(連邦最高裁判事を含む)によって再審査されるべきであると論じたのである²⁹⁾。連邦最高裁が、現実の悪意の認定を明白誤認基準によることなく、上級審による独自の審査(independent review)を許容したことの重大性は留意されるべきである。

(1-3) パブリック・フィギュア

先に、第二類型については具体的な要件が明確にされていないと述べておい

26) *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 508 F. Supp. 1249 (1981).

27) *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 692 F. 2d 189 (1st Cir. 1982).

28) See Henry P. Monaghan, *Constitutional Fact Review*, 85 COLUM. L. REV. 229, 242-243 (1985).

29) *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485, 501 (1984).

た。しかしながら、この第二類型の妥当範囲はそれほど広くないと考えられる。というのは、公衆の関心事と無関係に観念されるパブリック・フィギュアは限定的だからである。パブリック・フィギュアとは公的論点（public issues）にかかわり、帰趨に影響を与えるような人物を指す³⁰⁾。連邦最高裁は *Gertz v. Robert Welch, Inc.* においてその見極めについて概ね次のように述べている。パブリック・フィギュアは3つのタイプに分類可能であって、それぞれ「全面的（all-purpose）パブリック・フィギュア」、「限定的（limited-purpose）パブリック・フィギュア」、「非自発的（involuntary）パブリック・フィギュア」と呼ばれる。全面的パブリック・フィギュアは「社会的な問題に特別に目立つ役割を引き受けた」人物であり、「広汎な権力と影響力をもつ地位を占め」、あるいは、「幅広い名声または悪名を博している」人物である。限定的パブリック・フィギュアとは、「関係する問題の解決に影響を与えるため、特別の公的論争（public controversy）の中心に自分自身飛びこんだ」人物をいう。最後の非自発的パブリック・フィギュアとは自分自身の意図的な行為によらず公的論争に巻き込まれた人物である。ただし、非自発的パブリック・フィギュアは、「仮定的」な類別であり、実際には、「極めて稀」である³¹⁾。

この説明をふまえて考えると、表現内容が私的な関心事であっても対象者がパブリック・フィギュアだと観念されうるのは、全面的パブリック・フィギュアに限定されるのである³²⁾。以上のことに鑑みたとき、第二類型が妥当するのは、上述の「全面的パブリック・フィギュア」と「公職者」を対象に、私的な関心事が述べられた場合、と整理できる。

30) 参照、吉野夏己「民事上の名誉毀損訴訟における公的人物の概念と表現の自由」法学新報112巻11・12号（2006年）763頁以下、山田隆司『公人とマス・メディア——憲法的名誉毀損法を考える——』（信山社、2008年）43～59頁。

31) 418 U.S. at 345.

32) 参照、吉野夏己「メディア報道における表現の自由と個人情報保護——民事上の名誉毀損訴訟における公的人物概念の検討——」クレジット研究35号（2005年）101頁。

(2) プライバシー侵害法制の場合

ところで、既に述べたように、Tortious Speech は名誉毀損言論に限られず、「憲法化」しなければならない領域は他にも存在する。よく知られているのはプライバシーを侵害する言論であろう。

周知のように、アメリカでは不法行為としての「プライバシー侵害」は W. プロッサー (William L. Prosser) に倣って次の4類型に分類して説明されるのが通例である³³⁾。①私生活への侵入 (unreasonable intrusion into private life), ②私事の公表 (public disclosure of private facts), ③誤った印象の伝播 (false light in the public eye), ④冒用 (appropriation)。このうち、我が国にいう (表現行為による)「プライバシー侵害」と比較可能なのは②の私事の公表であるので、本稿はこれをプライバシー侵害と呼び、焦点を当てる。

実は、アメリカでも憲法適合的なプライバシー侵害不法行為法制の形は未だ明確なものとなっておらず、ある著名な研究者はそのテキストにおいてこれを「未解決の諸問題 (some unsolved problems)」の項に含めて論じている³⁴⁾。それでも、リステイトメントや幾らかの連邦最高裁判例から判明しているところを概観してみよう³⁵⁾。

この法制における不法行為成立要件は州のコモン・ローによって決められるのが原則である。さらに、私事の公表を不法行為とする制定法を設ける州もあって、法域ごとに法制の細部は多様となっている。それでも、その最大公約数はリステイトメントにみることができる。第2次不法行為法リステイトメント (RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, TORTS) § 652D は次のように整理している。「他人の私生活にまつわる事柄を公表したる者は、公表された事柄が次のような条件を充たす場合には、プライバシー侵害の故に責任を負う。(a) 合理的人間にとって高度に不快である (highly offensive) こ

33) William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960). See RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 652A.

34) Volokh, *supra* note 14, at 311.

35) 詳細は、阪本昌成「プライバシーの権利と表現の自由」同・前掲注1, 91頁以下を参照。

と、そして、(b) 公衆の正当な関心事 (legitimate concern to the public) でないこと。」ここからは①公表、②私生活上の事柄、③高度の不快性、④公衆の正当な関心事でないこと、という4つの要素を読み取りうるが、本稿の関心からは④が注目されなければならない。プロッサーは①②③を不法行為となるための範囲の限定 (limitation) とする一方で、「公衆の正当な関心事」に相応すると考えられる public figure and news を憲法上の特権たる抗弁と位置付けてみせている³⁶⁾。これに従えば、被告側が、表現内容が公衆の正当な関心事であること (しばしば、“ニュース価値があること” と言い換えられる) を証明できれば、不法行為責任から免れるわけである。また連邦最高裁は、他人に知られたいくないプライベートな情報が公表された場合であっても、その情報が真実情報であり、報道機関がそれを公の記録 (public record) から入手した場合には、修正1条の法益がプライバシーの利益を上回るとの見解を示している。その内容がたとえ強姦被害者の個人識別情報であったとしても、である³⁷⁾。

プライバシー侵害領域では、名誉毀損法制でみられたような法理のマトリクスを確認することはできない。しかし、修正1条の保障目的が重視されたとき、表現内容のパブリックな性格が不法行為の成否を左右すると考えられていることを確認しておきたい。

(3) 第3の不法行為としての IIED

これらの Tortious Speech に加えて本稿は、IIED の法制を分析対象とする。筆者は既に別の小稿において、IIED 法のあらましを紹介しているのであるが³⁸⁾、2011年、この領域における23年ぶりの新たな連邦最高裁判決であ

36) WILLIAM L. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS § 117, at 809-812, 817; § 118, at 823-830 (4th ed. 1971).

37) See Cox Broadcasting Co. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975); Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989).

38) 参照、拙稿「Intentional Infliction of Emotional Distress と表現の自由——Hatfill v. New York Times, 532 F. 3d 312 (2008) の判例研究から——」山口経済学雑誌58巻6号 (2010年) 125頁以下。

る *Snyder v. Phelps*³⁹⁾ が下されたことを受けて、いま一度、法理の整理を試みたいと思う。そこでの分析ツールはやはり、< public/private >のダイコトミーである⁴⁰⁾。

第2節 IIED法の概要

(1) 精神的損害と英米不法行為法

IIED法制と表現の自由との関係を考えるに先立って、IIEDという不法行為の概要を理解しておかなければならない。以下、簡単に確認しておこう⁴¹⁾。

この不法行為はその名の通り、精神的苦痛(emotional distress)に対する救済を意図するものである。そこでの保護法益は、emotional interestである。ところが、英米の不法行為法は、歴史的に、emotional interestを法的な保護の対象とすること、あるいは、これを害して精神的損害(のみ)が発生した事案において被害者にその精神的損害に対して救済を与えることに消極的姿勢を示してきた⁴²⁾。つまり、精神的損害は何らかの身体的または物理的な損害が認められる場合に、これに付随して(parasitic)認められるに過ぎなかったのである⁴³⁾。

こうした消極的な姿勢は次のような懸念に基づいている⁴⁴⁾。第一は、精神的損害の有無は客観的に把握することが困難であり、その程度を客観的に定量化できるものではないことである。したがって、これらを訴訟のなかで証拠をもって主張すべき事柄とすることは難しい。第二に、第一点とも関連し

39) 562 U.S. ___, 131 S. Ct. 1207 (2011).

40) See Robert C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 HARV. L. REV. 603, 626 (1990).

41) 参照、安次富哲雄「英米法における精神的苦痛に対する損害賠償」琉大法学13号(1972年)121頁以下。

42) See *Southern Express Co. v. Byers*, 240 U.S. 612, 615 (1916).

43) See RICHARD A. EPSTEIN, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* 95 (9th ed. 2008). 邦語では、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂, 2009年)51~53頁を参照。

44) See RESTATEMENT (Second) OF TORTS §46, cmt. b.

て、不法行為の成否が主観的な事情に左右されるがゆえに、濫訴の可能性があることである。第三に、こうした困難を払拭するような成立要件（ないし阻却事由）を構築することが困難であることである。

かかる伝統は1930年代の2つの論文によって動揺する。しかも、そのうちの1つはアメリカ不法行為法の大家、W. プロッサーの手によるものだった。これら論攷は、emotional harm を独立した不法行為と認識し、被害者に救済を与えるべきことを説いた⁴⁵⁾。1965年には、American Law Institute が第2次不法行為法リステイメントにおいて、この不法行為を取り上げ、解説を加えるに至った⁴⁶⁾。このリステイメントの内容が、今日、各州の IIED 法の基礎をなしているので、そこに示された内容を確認することにしよう。

(2) 第2次不法行為法リステイメント

リステイメントはその §46において「深刻な精神的苦痛を惹起する outrageous な行為 (Outrageous Conduct Causing Severe Emotional Distress)」と題してこの不法行為を取り上げ、次の4つを成立要件だという。すなわち、①故意に (intentionally) あるいは無謀にも (recklessly) になされたこと⁴⁷⁾、②極端かつ outrageous な行為 (extreme and outrageous conduct) であること、③その行為と精神的苦痛との間に因果関係があること、そして、④その苦痛が深刻 (severe) であること、である。このうち、②と④の要件が IIED に特有なものといえる。②の要件にいう「outrageous」は、人の心を踏みにじるような、極めて侮辱的な、極悪非道な、というニュ

45) Calvin Magruder, *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*, 49 HARV. L. REV. 1033 (1936); William Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering*, 37 MICH. L. REV. 874 (1939).

46) リステイメント (初版) の1948年の補遺 (supplement) のなかで独立の不法行為としての認識は表明されていた。

47) 本稿では、過失行為によって精神的苦痛が生じるケースは考慮の外に置く。これは、Negligent Infliction of Emotional Distress (NIED) として別途考察しなければならぬ。なお、参照、菊地秀典「アメリカ法における精神的苦痛賠償の準則」地域文化研究3号 (1998年) 66頁以下、同「ネグリジェンスによる精神的苦痛賠償の準則」比較法36号 (1999年) 195頁以下。

アンスであって、この不法行為に特徴的なタームであるので、あえて邦訳せず、以後「outrageous」と表記したい。

リストイトメントは②について敷衍して説明している⁴⁸⁾。まず、「極端かつ outrageous な行為」といえるためには、被告が不法行為をしようとの意図で行われたことでは十分でなく、また、犯罪行為を行おうという意図であっても十分ではないという。さらに、精神的苦痛を与えてやろうとの意図でも、「悪意 (malice)」と評価しうるものでも、他の不法行為で懲罰的損害賠償を得られるような深刻な度合いの行為であっても、それだけでこの不法行為の成立をもたらすには十分ではないともいう。では、どうなれば成立するのか。

それについてリストイトメントは一応の基準を示している。曰く、②を充たす行為とは「考えうる限りのあらゆる品位の境界を飛び越えてしまう程に、そして、文明化されたコミュニティにおいて極悪非道 (atrocious) で、全く耐えられないものと扱われるほどに、その本質において非常に outrageous で、非常に極端な程度」のものである。そして、その判定にはコミュニティの平均的な成員の感覚を基準とすることが示唆される。

リストイトメントは、注意を促すように、誰かの感情が傷つけられたからといって、その全ての事案に法が介入するわけではなく、この社会にあっては、配慮に欠ける行為等にある程度寛容であることが求められるという。したがって、IIED は単なる侮辱、屈辱、脅迫、迷惑、些細な抑圧、または他の些細な事柄 (insults, indignities, threats, annoyances, petty oppressions, or other trivialities) と区別されることになる。さらに、他の不法行為が成立する場合の賠償額を考える上での要素になりうるとしても、通常、単に精神的に傷ついたという理由単独で法的な救済が得られるわけではないことも示唆して⁴⁹⁾、繰り返し、この不法行為が容易に成立しない例外的な存在であることを強調している。

48) RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 46, cmt. d.

49) See *Id.* § 46, cmt. b; § 47.

④については、こう説明している⁵⁰⁾。「精神的苦痛 (emotional distress)」は様々に言い換えることが可能である。例えば、精神的な苦しみ (mental suffering), 精神的苦悶 (mental anguish), 精神的ないし神経的衝撃 (mental or nervous shock), 非常に不快な精神的な反応 (highly unpleasant mental reactions), そして、恐怖, 戦慄, 悲嘆, 恥辱, 屈辱, 当惑, 立腹, 無念, 失望, 心配, 吐き気 (fright, horror, grief, shame, humiliation, embarrassment, anger, chagrin, disappointment, worry, and nausea) など。しかし、この不法行為が対象とするのは、それが極端な場合に限定される。そもそも、世の中で生きていくには、ある程度の精神的苦痛を被ることは避けられず、完全なる精神的平穏など望むべくもない。法は、それが分別ある人間にとって耐えられない程度に達した場合にのみ介入することになる。その見極めのために、苦痛の強度 (intensity) と期間 (duration) が考慮要素となる。こうした精神的苦痛の深刻さが立証されなければ、原告は救済を受けることはできない。

ところが興味深いことに、リステイトメントはこれに続けて、その行為による精神的苦痛の程度が④要件を満足するかどうかを判断するさいに、被告の行為の極端で outrageous な性格が重要な証拠となる、というのである。この点は、IIED 訴訟における客観的な判断可能性の問題に関わる重要なポイントとなる。つまり、④を完全に独立の要件とする場合、センシティブな被害者の場合には不法行為が成立しやすくなる可能性がある。また、精神的苦痛の程度は外観から把握することができない以上、本人の主張に頼る部分が大きくなる。しかし、それでは不法行為の成否を過度に主観的な要素に委ねることになってしまい、行為者側も被害者のセンシティブリティを事前に把握できなくなれば不法行為責任に対する予見可能性が失われる。④の成否を②と一部連動させようとするリステイトメントの説明は、以上のような懸念を内包していると考えられるのである⁵¹⁾。

50) *Id.* § 46, cmt. j.

51) この点に関する詳細は、別途、論じる機会をもちたいと考えている。

かかる IIED が不法行為としてアメリカにおいてどれほど確固たるものとなっているか、という点について、連邦最高裁は1988年、以下で扱う *Falwell* の判決文のなかで「全ての法域とまではいかないが、ほとんどが」不法行為として承認していると語っていた⁵²⁾。近年のある研究では、全ての法域で認められているとも紹介されている⁵³⁾。

(3) IIED と修正1条

上述のリステイトメントの挙げる成立要件を見る限り、IIED となる行為が表現行為であることも十分想定されうる。そのことはリステイトメント自身も暗黙のうちに認めるところである⁵⁴⁾。しかし、表現行為に対して不法行為責任を問うことになれば、当然、名誉毀損やプライバシー侵害と同様に、修正1条との緊張関係が顕在化することになる。では、調整はどのように行われるべきなのか、IIED 法の憲法化はどのようになされるべきなのか。

ところで、リステイトメント自身も認めているように、この不法行為は認識されるようになってから日が浅く、リステイトメントに現された内容も完全なものではない⁵⁵⁾。その彫琢は、のちの判例の蓄積に委ねられたのである。その点は、表現の自由との調整に関する論点も同様であって、リステイトメント自身にはその解答を期待すべくもない⁵⁶⁾。

IIED と表現の自由との調整のあり方に関するヒントを探るべく、連邦最高裁の2つの判例を見ることにしよう。

52) 485 U.S. at 53. なお MARSHALL S. SHAPO, *PRINCIPLES OF TORT LAW* 58 (3rd ed. 2010) をあわせ参照のこと。

53) See John J. Kircher, *The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm*, 90 MARQ. L. REV. 789, 806 (2007).

54) RESTATEMENT (Second) OF TORTS §46, cmt. d.

55) See *Id.* cmt. c.

56) ちなみに、リステイトメントの当該箇所は改版(第3版)に向けて作業が進められており、そこでは IIED と表現の自由(修正1条)との調整について言及されている。ALI, RESTATEMENT OF THE LAW THIRD TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM, TENTATIVE DRAFT No. 5 (2007) の §45 cmt. e を参照されたい。

第2章 Hustler Magazine, Inc. v. Falwell

はじめに取り上げるのは、*Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*⁵⁷⁾である。同判決は、IIED法と表現の自由との調整について扱った最初の連邦最高裁判決である。その調整にあたって重視された指標は、表現対象がpublicであるか否か、であった。詳しくみよう。

第1節 事実の概要

著名な雑誌ハスラー・マガジンの1983年11月号には、とある広告パロディが掲載された。それは、様々な著名人が「初体験」を語るインタビュー内容を含んだカンパリの広告をパロディ化したものである。当時、そのカンパリの広告は一般に知られたものであった。このカンパリ広告にいう「初体験」は、そのセクシュアルな響きを利用しながらも、その実は著名人らのカンパリ初体験を意味するものであった。ハスラーの編集者たちは、この広告の形式・レイアウトを真似して、「ジェリー・フォルウェルが彼の初体験を語る」というタイトルを冠したパロディを作成し、誌上に掲載したのだった。

このパロディの対象となったフォルウェルは、非常に人気のあるテレビ伝道師であり、保守的なキリスト教徒たちによる有力な政治団体「モラル・マジョリティ」の創設者でもあった。問題のパロディは、彼がインタビューに応じ、自らの「初体験」を告白するというものであった。それは、酔っぱらった状態で彼自身の母親と屋外で近親相姦に及んだものだったという内容であったが、そうしたインタビューは想像上のものにすぎなかった。ハスラー誌の意図は、“お高くとまって”人々を説教するフォルウェルは偽善者だというメッセージを伝えようとするものだった。つまり、諷刺である。

なお、ページの一番下には、この広告はパロディであって、真面目に受け取ってはならない旨の断り書きも付されていた。

フォルウェルは、ハスラー・マガジン社、その代表ラリー・フrintらと相手取り、ヴァージニア地区連邦地方裁判所に損害賠償請求訴訟を提起した。その理由としてフォルウェルは、名誉毀損、プライバシー侵害、IIED

57) *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

の3点を主張した。地裁ははじめにプライバシー侵害の主張を否定し、さらに、“合理的に考えるならば、この広告が原告に関する実際の出来事を描写したものは理解されえない”との理由で名誉毀損の主張も否定した。その一方で、地裁における陪審は IIED の主張を容れ、填補的損害賠償として10万ドル、懲罰的損害賠償として5万ドルを認めたのだった⁵⁸⁾。

控訴審(第4巡回区控訴裁判所)でハスラー側はフォルウェルが賠償を得るためには「現実の悪意」の立証が必要であると主張したところ、裁判所は、フォルウェルがパブリック・フィギュアであることを認めながらも⁵⁹⁾、控訴を棄却した⁶⁰⁾。その理由は次のようであった。現実の悪意は名誉毀損について“被害者の名声に損害を与えることになる故意または無謀にも実行された misconduct は修正1条の保護を受けない”ことを示しているのであり、これと同様に“深刻な精神的損害をすぐに惹き起こすような故意または無謀にも実行された misconduct は修正1条の保護を受けない”といえる。そう考えるとき、名誉毀損法における現実の悪意は、IIED 法の「故意または無謀にも」という要件によって代置されうるのであって、連邦地裁で陪審はこれを満足していると判断したのだから、憲法の要求する基準 (constitutional standard) は満たされている。

第2節 判旨

W. レンキスト (William Rehnquist) 長官執筆の法廷意見は、本件が、IIED から市民を守ろうとする州の権限と修正1条との緊張関係を扱うものであることを最初に明言する。その上で法廷意見は、次のように述べて、フォルウェルの主張を退け、ハスラーの言論が保護されると結論づけたのである。

58) 1985 U.S. Dist. LEXIS 20586 (1985).

59) フォルウェルがアメリカにおいてパブリック・フィギュアとされる背景の事情については、堀内一史『アメリカと宗教』(中央公論新社、2010年)165頁以下、佐藤成文「米政界の黒幕、フォルウェル」世界週報67巻12号(1986年)42頁以下などを参照。

60) 797 F. 2d 1270 (1986)。控訴裁判所での en back の請求は拒否されたが、連邦最高裁がサーシオレイライを認めた。

修正1条の核心は公衆の利害ないし公衆の関心事 (matter of public interest and concern) についての思想・意見が自由に表明されることの重要性への承認にある。当人がその考えを語る自由は、個人の自由の側面はもちろんのこと、真実の追求や社会全体の活力のためにも欠かすことのできないものといえる。また、修正1条は「誤った思想」なる観念を認めておらず、個々人の思想の表明は政府による規制を受けることなく、思想の自由市場における競争に曝されることにより選別されることになる。そのなかでも、修正1条は政治的なディベートの類を重視しており、そこでの荒々しい議論の過程では、公職者やパブリック・フィギュアに対する批判が、激しく、苛烈で、不愉快なほどに急激な攻撃となることは仕方のないこととされている。むしろ、だからといってパブリック・フィギュアに関するどんな言論でも損害賠償責任から免責されるわけではなく、*Sullivan* 以来、一貫して、パブリック・フィギュアが現実の悪意を立証できた場合に限っては名誉毀損的虚偽情報の公表による損害の賠償を認めてきた。というのは、次のような理由による。すなわち、虚偽情報はとりたてて価値をもたず、思想の自由市場の真実発見機能の障害となり、さらには、対抗言論によっては回復困難な名誉への損害をもたらすからである。しかしながら、虚偽情報の公表に厳格責任で臨むとなれば萎縮効果は避けられず、表現の自由には「息継ぎの場」が必要であることを併せ考慮した結果、現実の悪意の要求に落ち着くことになるのである。

上告人であるフォルウェルは名誉毀損と IIED の違いを強調し、感情侵害をもたらすことを意図してなされた outrageous な発言によって実際に深刻な精神的損害が発生した場合には、その発言は真偽を問わず憲法上の重要性を欠くのであるから、本件では現実の悪意ルールが適用されるべきでないと主張するが、我々はこれを受け入れることはできない。まず、公的な論点をめぐるディベートが問われているときには、表現者の動機は修正1条上の保護と関係づけられない。この点は、一般には行為の目的が不法行為責任を左右することと異なっている。

我が国の歴史を振り返ったとき、ワシントンやリンカーン等を対象として描かれた政治漫画やカリカチュアが、その対象者に精神的な傷を負わせたとしても、時代時代の公的・政治的ディベートにおいて果たしてきたその役割は極めて大きいことが理解される。フォルウェルはそうした伝統的政治漫画と本件パロディ広告が質的に異なるものだと主張し、当裁判所もそれを認めるけれども、その両者を明確に区別する指標を打ち立てることは期待できない。フォルウェルが主張する「outrageous」という指標は、陪審員の感覚やものの見方、特定の言論に対する自身の嫌悪感をそのまま根拠にして不法行為責任の有無を決定することを許してしまう。そうした主観的な性格は、“受け手に感情的なインパクトを及ぼすかもしれないとの理由で言論を規制することはできない”という当裁判所が長く維持してきた原理⁶¹⁾と矛盾する。確かに、この原理には例外があるものの、本件のような言論は例外にあたらぬ。本件のような場合には、パブリック・フィギュアと公職者が表現行為を理由とする IED で救済を得るためには現実の悪意を証明しなければならない。これは New York Times 基準の単なる「盲目的適用」ではなく、その基準が修正1条によって保護された自由に十分な「息継ぎの場」を与えるために必要であるという我々の熟慮に基づく判断を反映している。

本件においてフォルウェルがパブリック・フィギュアであることは明らかで、両当事者ともそのことを否定していない。下級審はこの広告パロディが合理的に考えて事実とは受け取れないと判断したのであって、これを受け入れるならば、フォルウェルが IED を理由に賠償を受けることはできない。

法廷意見は、以上のように述べて、原判決は覆されるべきものと結論づけた⁶²⁾。

61) See *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969); *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

62) B. ホワイト (Byron White) の同意意見があるが省略する。

第3節 小括

本判決では、IIED法と表現の自由との調整にあたり、表現対象の性質が重要な役割を果たしている。すなわち、パブリック・フィギュア（に対する事実言明）に関しては、IIEDを理由に損害賠償を得るためには「現実の悪意」の立証が必要であることが示された。判決が表現内容のパブリックな性格から説き起こしながらも、結論として表現対象がパブリック・フィギュアである場合に行論を進めて、憲法適合的な責任賦課のあり方を導いている点にも注意しておきたい。

次に、章を新たにして、最新の連邦最高裁の判断をみよう。

第3章 Snyder v. Phelps

*Falwell*以降、連邦最高裁がIIED法と表現の自由との調整のあり方について再び判断を示す機会は、長く訪れなかった。待たれた23年ぶりの新判例が*Snyder v. Phelps*である。連邦最高裁は*Falwell*とは異なった視点から事件を処理した。重視された視点は、言論が公衆の関心事を述べるものか否かである。確認しよう。

第1節 事実の概要

フレッド・フェルプス (Fred Phelps) が1955年に設立したウェストボロ・バプティスト教会（以下、「教会」と表記する。）は、同性愛に対する不寛容さで知られる団体であり、過去600回以上のピケッティングを通じてそのメッセージを発信してきたとされている。教会は、イラクでの服務中に死亡した海兵隊兵長 (Marine Lance Corporal) マシュー・スナイダー (Matthew Snyder。以下、「マシュー」という。) の葬儀でピケッティングを行うことを計画し、当局に事前にその旨通知し、警察からの指示に従ってデモンストレーションを行った。そのデモンストレーションは具体的には次のように行われた。

ピケ隊のメンバーは、メリーランド州議会議事堂、海軍兵学校、そしてスナイダーの葬儀会場近くの公道に隣接した公有地で、以下のようなプラ

カードを掲げた。「神は合衆国を憎んでいる。神よ、9/11をありがとう」, 「アメリカは破滅だ (America is doomed)」, 「合衆国のために祈るなかれ」, 「神よ、IEDs⁶³⁾をありがとう」, 「神よ、兵隊たちを殺してくれてありがとう」, 「ローマ教皇は地獄行き (Pope in Hell)」, 「聖職者たちは少年をレイプしている」, 「神はホモ (Fags) を憎んでいる」, 「ホモだらけの軍隊 (Fag Troops)」, 「Semper Fi Fags⁶⁴⁾」, 「お前は地獄行きだ」, そして、「神はお前を憎んでいる」など。

その公有地はスナイダーの葬儀会場となった教会から約1000フィートの距離にあり、ピケ隊は教会の土地に入ることなく、葬儀に行くこともなかった。葬列はピケ会場から200~300フィートを通ったものの、マシューの父で本件事件の原告であるアルバート・スナイダー (Albert Snyder。以下、「スナイダー」という。)はその目で実際にピケの内容を見ることはなかったと認定されている (当日の夜のニュース報道ではじめて内容を知ったとされている)。

スナイダーはメリーランド地区連邦地方裁判所に、名誉毀損、私事の公表 (publicity given to private life)、IIED、私的領域への侵入 (intrusion upon seclusion) そして民事上の共同謀議 (civil conspiracy) の5つの不法行為を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。本稿の関心から IIED 以外の不法行為については深く論及しないことにする。サマリ・ジャッジメント段階で前二者の主張は退けられ、トライアルは後三者について開かれた。陪審はこれらについての法的責任を認め、教会側の填補的損害賠償290万ドルと懲罰的損害賠償800万ドルの責任を認めた⁶⁵⁾。メリーランド地区連邦地裁は、教会の掲げたサインの一部には修正1条の保護を受ける言論が含まれているこ

63) イラクやアフガニスタンで米軍相手に用いられた、あり合わせの材料で加工された爆弾のこと。

64) Simper fi とは「常に職務に忠実であれ」という海兵隊のスローガン、Fag は同性愛者を意味するスラングで (本稿は「ホモ」と意識)、あわせて海兵隊を揶揄するニュアンスと思われる。

65) 533 F. Supp. 2d 567 (2008)。トライアル後の被告側からの申し立てをうけて、地裁は後に懲罰的損害賠償の額を210万ドルに減額した。

とを認めつつも、他のサインがスナイダー一家に向けられたものであり、しかも、マシューやスナイダーはパブリック・フィギュアではなく、マシューの葬儀も公衆の関心事かつ公共のイベントではないことから、教会は表現の自由によって IIED から免責されることはないと判断した⁶⁶⁾。

控訴を受けた第4巡回区連邦控訴裁判所では教会の言論が修正1条の完全な保護を受けるかどうか争点となり、結局、保護を受けるとされた。その理由を第4巡回区控訴裁判所は次のように展開した⁶⁷⁾。修正1条は、ある個人についての現実の事実 (actual fact) について述べているとは合理的にみて解釈されえないような言辞を完全に保護する。この言辞には2つのサブ・カテゴリーを観念しうる。第一は、虚偽であることを訴訟で証明することが不可能な内容を含む公衆の関心事を述べる言辞であり、第二は、修辭的な言辞である。本件における教会のサインのうち、「神は合衆国を憎んでいる。神よ、9/11をありがとう」「神よ、兵士を殺してくれてありがとう」「聖職者たちが少年をレイプしている」「ホモだらけの米軍」といった一連のサインは、スナイダーやマシューに関するものだと一般的に理解されない。仮に一部がスナイダーかマシューに向けられたものだと捉えられるとしても、それは客観的に証明可能で現実の事実を述べるものといえず、被告が主張しようとする論点をめぐる議論の喚起を狙っての想像を働かせた誇張を含むレトリックを明らかに内包しているために憲法上保護される。また、「お前は地獄行きだ」「神はお前を憎んでいる」のように「お前 (you)」の語が含まれるサインも、特定個人に関する現実の事実を指すものとは理解されない。なぜなら、この「you」が誰を指しているか曖昧であるし、そもそも、「地獄行きであるか」、「神の評価がどうか」は証明不可能な現実の事実と考えられないからである。しかも、この2つのサインも他のものと同様、修辭的な誇張と比喩的な言論の要素が強い。

66) 533 F. Supp. 2d 567 (2008).

67) 580 F.3d 206 (2009).

第2節 判旨

(1) 法廷意見

J. ロバート (John Roberts) 長官執筆の法廷意見は、事案を処理するために鍵となるのが「public/private」の区別であることを示して、「修正1条が本件におけるその言論を理由としてウェストボロに責任を課すことを禁ずるかどうかは、大きくはその言論が公衆の関心事か私的関心事かという点に掛っており、それは、本件をとりまく全ての状況によって決せられる」という。

さらに、法廷意見は、*Sullivan* など過去の幾つかの判例にふれつつ、また、*Connick v. Myers* の「公的な論点を述べる言論は、修正1条の価値体系の最高ランクに位置し、特別な保護を享受する⁶⁸⁾」との判示を引用して、「public」な性質の言論へのコミットメントを強調している。続いて、「private」な性質の言論に対する規制に関して法廷意見は、「純粹に私的な出来事 (purely private significance) が問題となっている場合には保護はそれほど厚いものではない」、「純粹に個人的な問題に関する言論を規制することは、公衆の関心事を述べる言論を規制することと同様の憲法上の懸念を惹き起すことはない」などと語り、公衆の関心事を述べる言論とはその扱いに差異が生じることは当然だという。私的な言論を規制したとしても、公的な論点を述べる自由で強いディベートに対する脅威はなく、思想をめぐる重要な対話への潜在的な干渉もないし、自己検閲を惹き起こすリスクもないからだ、というのである。

では、言論が公衆の関心事を述べるものであるかどうかはどうやって判断されるのか。法廷意見は次のように述べる。「我々は……最近、『公衆の関心事テスト (public concern test) の境目は明確にされていない』と述べた。そのことは今日でも変わらないが、それでも我々は若干の導きとなる諸原理を明らかにしてきた。その諸原理とは、裁判所自身が不注意な検閲官とならないことを確実にするため、言論に幅広い保護を与えるものである」。法廷

68) *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 145 (1983).

意見自身がその諸原理の具体的表れとして語るの次ようである。公衆の関心事である例とは、①言論がコミュニティに対する政治的、社会的、あるいはその他の関心事に関係していると公正にみて考えられるとき、②正当なニュース価値をもつときであり、そこでは、言辞の不適切さ、論争提起的な性格は内容が公衆の関心事であるかとは無関係だという。他方で、公衆の関心事でない例として、(i) *Dan & Bradstreets, Inc. v. Greenmoss Builder, Inc.* の特定個人の信用調査書の内容、(ii) *San Diego v. Roe* における露骨に性的な行為に従事している個人の映像が挙げられている。

ある言論が、公衆の関心事、私的関心事のどちらを述べるものかを裁判所が判断するための素材としては、一般的に、当該事案の全記録から明らかとなる言論の内容 (content)、形式 (form) および文脈 (context) が用いられるという。だが、その3要素のそれぞれは単独で決定的な要素とはならないとも述べられている。

かかる基準を本件事案に当てはめたとき、教会の掲げた「内容」は、洗練された社会的・政治的なコメンタリーとはいえないかもしれないが、合衆国とその市民の政治的・道徳的な行動について、国家（アメリカ）の運命について、軍隊内部の同性愛について、カトリック聖職者が関与するスキャンダルについて語るものであって、社会全体の関心事を述べるものといえるとする。そして、サインの一部にみられた「お前は地獄行きだ」、「神はお前を憎んでいる」という言論はマシューやスナイダーに関連したものと受け手に理解されるとしても、デモンストレーションの全体的な趣旨、支配的なテーマは幅広い公的論点について語るものだったという事実を変えるものではない、という。

また、教会によるデモンストレーションの場所は公道に隣接する公有地であって、公道は歴史的にパブリック・フォーラムとされてきた。教会側は、葬式に伴うピケティングを行う旨、当局に通告し、当局が指示した場所的条件にも完全に従ったのであり、ルールに基づいて行われたと法廷意見は認定する。かくして、本件での教会の言論は、パブリックな場 (public place)

において行われ、しかも、公衆の関心事を述べるものであったため、修正1条による「特別の保護」を受けることになる。法廷意見は、過去の判例が、表現内容の不快さ、不愉快さを理由に言論を禁じることは許されず、むしろ、そうした言論を保護する点に修正1条のポイントがあると述べてきたことを確認している⁶⁹⁾。結局、陪審員たちがその言論を outrageous なものと判断したとしても、如上のような修正1条の「特別の保護」は覆しえないもの、とされたのである。

よって、第4巡回区連邦控訴裁判所の判決は維持すべきものと結論された⁷⁰⁾。

(2) 反対意見

S. アリート (Samuel Alito) の反対意見は次のようである。

スナイダーはパブリック・フィギュアではなく、静穏のうちに彼の息子を葬るという、当然の権利を望んだに過ぎない。修正1条が教会の行為を保護しているとする法廷意見の判断に私は賛成できない。教会は、彼らの道徳的、宗教的、政治的なメッセージを伝達する手段として、書籍やテレビ出演、嘆願書、インターネットといった様々な方法を採用することができる。確かに彼らは、禁止されていない用語を用いて、激烈かつ辛辣にその見解を表明することが可能である。しかし、だからといって、公的なディベートへの貢献なしに悪意に満ちた口頭攻撃によって、極度に感情的に敏感な状態にある私人に対して、意図的に深刻な傷を負わせることが許されるわけではない。むしろ、そうした傷から被害者を保護するために IIED 法制が各州で整備されてきたのである。

IIED の原因となる行為に表現行為が含まれることは疑い得ない。言論に

69) これをもって本件を重要な判例であるとみる Erwin Chemerinsky, *Not A Free Speech Court*, 53 ARIZ. L. REV. 723, 723-724 (2011) は、本件と *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 131 S Ct. 2729 (2011) をみる限りにおいてはロバート・コートが言論保護的に見える、という。

70) S. プライヤーの同意意見がある。その内容については後に述べる機会がある。

よる IIED の責任を修正1条が完全に免責するわけでないことは明らかだと私は考える。本件のような攻撃により重大な被害が意図的に惹き起こされたとき、修正1条は救済の障害となってはならない。本件の場合、衆目を引き付けるための戦略の核としてマシューを情け容赦なく攻撃したことは、被告による過去の一連の活動から見ても、よく理解される。また、最高裁の裁判内では争われなかったものの、教会側がピケッティング後にインターネット上に公開した叙事詩は、悪魔に魂を売り渡すようスナイダーとその妻がマシューに教え込んだと述べており、もはや公衆の関心事のコメントとはいえず、スナイダー家に対する攻撃であることは明らかである。となると、マシューとスナイダーはプライベート・フィギュアであり、かつ、表現内容も公衆の関心事を述べるものではなかったことになる。

私は次の点で法廷意見に賛同できない。第一に、保護される言論が一部混じっているからといって全体が免責される理由はないこと。第二に、法廷意見はマシューに対する個人的攻撃は教会側の個人的な悪意に動機づけられたものでないために修正1条の保護を受けるとしているが、自身の見解をアピールし、その機会を増やそうという被告の動機が、言明の性格を変化させたり、被害者の痛みを緩和させたりすることはありえないこと。第三に、被告の行為が公道でなされたことを過大評価すべきでないこと。確かに、私有地でなされる場合よりは不法行為の成立する可能性は低いだろう。しかしながら、不法行為のロケーションが結論決定的な要素であってはならないはずである。

法廷意見の結論は被害者の損害を悪化させてしまう。公的な論点がオープンに、かつ、活発に議論される社会であるために、原告のような何の罪もない被害者に対する残虐行為を許す必要はない。

第3節 小括

本判決は、表現の対象ではなく、表現が公衆の関心事を述べるものであるか否かをもとに結論を導いている。これは、表現の対象がパブリック・フィ

ギョアであるかどうかを判断の決定的要素とした *Falwell* と異なる点である。

本判決 (法廷意見) を乱暴に要約すれば, 言論が公衆の関心事を述べるものといえるならば, 仮にそれによってどんなに傷ついた人物がいたとしても, それは表現の自由保障のコストとして甘受すべき, ということになる。

未完

(2012年1月31日脱稿)