

Tortious Speech(不法行為言論)の憲法学・序説(下) ～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2章 Hustler Magazine, Inc. v. Falwell

第3章 Snyder v. Phelps (以上, 61巻1号)

第4章 判例理論の抽出と若干の検討(以下, 本号)

第1節 表現の「対象」

- (1) 表現対象がパブリック・フィギュアの場合
- (2) 表現対象がパブリック・フィギュアでない場合

第2節 表現の「性質」

- (1) 表現が公衆の関心事を述べるものである場合
- (2) 表現が公衆の関心事を述べるものでない場合

第3節 判例の射程と評価

- (1) 確定した判例法理を形成しているか?
- (2) 事実摘示の要件
- (3) 公表(あるいは公然性)の要件
- (4) 「公衆の関心事」とプライベート・フィギュア

おわりに

第4章 判例理論の抽出と若干の検討

以下では、まず、①表現の対象がパブリック・フィギュアか否か、②表現が公衆の関心事を述べるものか否か、という2つの分析軸を用いて、IIED法に関する連邦最高裁判例の法理を整理することにした。

第1節 表現の「対象」

(1) 表現対象がパブリック・フィギュアの場合

第2章でみた *Falwell* は、「パブリック・フィギュアと公職者は、本件のように公表を理由とする IED 不法行為については、その公表が『現実の悪意』による……虚偽の言明を内容としていることをさらに証明しない限り、救済を受けることはできない⁷¹⁾」と述べた。この判示が、*Sullivan* 以来の名誉毀損法に関する連邦最高裁の判例法理を念頭に置いていることは明らかである。連邦最高裁は現実の悪意を、ただ名誉毀損法にのみ適用可能な準則ではなく、他の不法行為領域にも（その不法行為の特質如何によっては）適用可能なものと考えたわけである。ただし、第1章第1節 (1-2) で述べたサブ・ルールが、IED 法の場合にどこまでそのままスライドされるかは現時点では明確になっていない。

また、アメリカの名誉毀損法では、真実情報であることは絶対的な抗弁となるから⁷²⁾、名誉毀損に該当する言論は虚偽事実の言明に限定されることになる。*Falwell* の判決文は明言こそしないものの、パブリック・フィギュアと公職者に対する IED 的言明に関しても、真実性の抗弁が成立すると考えているものと思われる。そのことは、修正1条の法理として真実情報の流通は原則として自由でなければならないとの立場を示し続けてきた連邦最高裁の姿勢や、*Falwell* 判決文中の“虚偽情報は修正1条上の価値をほとんど持たないけれども、自由なディベートには半ば必然的に随伴するものであって、これを広く規制することによる萎縮効果への懸念もあることから、現実の悪意を求めることにする”との議論の運び方からも推認されよう。あるいは、真実情報の単なる表明は「outrageous」の要件を充たしえないと考えているのかもしれない。

71) 485 U.S. at 56.

72) See RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 581A. より正確には、第三類型では言明の名誉毀損的性格の立証によってひとまず虚偽性が推定される一方で、他の三つの類型では原告側が言明の名誉毀損的性格とともに虚偽性の立証、さらには虚偽であることについて被告の fault 以上のものを立証するよう求められる。

以上要するに、パブリック・フィギュアと公職者は、言明内容が真実情報である場合に IED を理由とする損害賠償を得ることはおそらく不可能であって、虚偽情報である場合であっても、自ら表現者側の現実の悪意を立証できた場合でなければ損害賠償を得ることができないことになる。

(2) 表現対象がパブリック・フィギュアでない場合

表現対象がパブリック・フィギュアでも公職者でもない場合について *Falwell* は述べるところがない。論理的には、かかるケースでは IED 法の基本的4要件を充たしさえすれば不法行為が成立するとみる見解と、かかるケースにも未だ連邦最高裁が明らかにしていない修正1条との調整法理が存在するとみる見解とが成立しうる。とくに、第1章第1節で紹介したマトリクス(表1)で整理可能な法理をもつ憲法適合的な名誉毀損法制と比較するとき、表現対象がパブリック・フィギュアでないけれども、当該言論が公衆の関心事を述べるものである場合(マトリクスでいえば、第四類型に相当するケース)には、何らかの新たな調整法理が存在すると考えることには理由があるといえたのである⁷³⁾。

言論のパブリックな内容から説き起こす *Falwell* の判示からすれば、対象が私人の場合であっても、公衆の関心事を述べるものの場合には、精神的苦痛をある程度受忍しなければならないケースがあることは容易に想像されるのであって⁷⁴⁾、これに応じた区別がさらにあってしかるべきと考えられることになる。

73) 表明事実が虚偽であることについて被告の過失 (negligence) を原告が証明することが必要とされるとする論者もあった。See Catharine L. Amspacher and Randel Steven Springer, *Humor, Defamation and Intentional Infliction of Emotional Distress: The Potential Predicament for Private Plaintiffs*, 31 WM & MARY L. REV. 701, 715, 732 (1990).

74) See Susan Kirkpatrick, *Falwell v. Flynt, Intentional Infliction of Emotional Distress as a Threat to Free Speech*, 81 NW. U. L. REV. 993, 1019 (1987); Clay Calvert, *War & Emotional Peace: Death in Iraq and the Need to Constitutionalize Speech-Based IED Claims Beyond Hustler Magazine v. Falwell*, 29 N. ILL. U. REV. 51, 65-72 (2008); Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Intentional Infliction of Emotional Distress Tort*, 2010 CARDOZO L. REV. DE NOVO 300, 304-305 (2010).

第2節 表現の「性質」

第3章で既に確認したように、*Snyder* の法廷意見は、「ウェストボロの言論が公衆の関心事を述べるパブリックな場でのものだったとすると、その言論は修正1条のもとで『特別な保護』を受ける。……ウェストボロがそれを表明することに決めた方法と場所に関する全ての文脈からして、ウェストボロの言明には修正1条の『特別な保護』が与えられるのであって、その保護はたとえ陪審がそのピケッティングを outrageous と判断したからといって覆しえないものである⁷⁵⁾」と結論づけた。

Snyder の法廷意見にはパブリック・フィギュアの文字はない。法廷意見のいう修正1条による特別な保護の論拠は、表現対象ではなく、当該言論が公衆の関心事を述べるものであることに求められている⁷⁶⁾。法廷意見はその判断の冒頭で、「当該言論が公衆の関心事か私的関心事か」に結論は大きく掛っている、と述べている⁷⁷⁾。

(1) 表現が公衆の関心事を述べるものである場合

(1-1) 「公衆の関心事」は絶対的免責事由か？

今日の名誉毀損法を参考にすれば、IIED についても、公衆の関心事を述べる言論の場合に現実の悪意を要求することがあってもよいはずである⁷⁸⁾。しかし、このような考えは *Snyder* の採るところではないようである。また、既に確認したように、名誉毀損法においては「プライベート・フィギュア & 公衆の関心事」の事案（第四類型）では、填補的損害賠償に必要な要件と懲罰的損害賠償に必要な要件とを区別している。ところが、*Snyder* には填補的損害賠償と懲罰的損害賠償に分けて、それぞれ救済を得るため

75) 131 S. Ct. at 1219.

76) この点は *Snyder* の控訴審判決でも同様である。See W. Wat Hopkins, *Snyder v. Phelps, Private Persons and Intentional Infliction of Emotional Distress: A Chance for the Supreme Court to Set Things Right*, 9 FIRST AMEND. L. REV. 149, 162 (2010).

77) 131 S. Ct. at 1215.

78) T. ガリガン Jr (Thomas C. Galligan, Jr.) は本文指摘のように考えていたと思われる。See Thomas C. Galligan, Jr., *U.S. Supreme Court Tort Reform: Limiting State Power to Articulate and Develop Tort Law - Defamation, Preemption, and Punitive Damages*, 74 U. CIN. L. REV. 1189, 1220 (2006).

の条件を設けるといふ姿勢もみられない。これについて、ある論者がかつてこう指摘していたことが注目される。「私人の名声を守るという州の利益が、名誉毀損訴訟での高額な懲罰的損害賠償への恐れのために生じる自己検閲を避けるという修正1条の利益を上回らないのだとすると、このバランスは単に請求が IIED であるというだけで違ってくるとは考えられない。したがって、『公的な論点』における私人である原告 (“public issue” private plaintiff) が IIED で懲罰的損害賠償を得ることは、近い将来、現実の悪意と言辞の事実言明的 (factual) 性質の両方を証明しないかぎり不可能だ、ということになる⁷⁹⁾」。

上述の見方とは異なって、ある別の論者は、「言論が公衆の関心事に関わるとき、自由な言論を維持するという極めて重要な (圧倒的な overwhelming) パブリックな利益は、パブリック・フィギュアであるとプライベート・フィギュアであるとを問わず、IIED の訴訟を維持させなくする。それゆえ、公衆の関心事の言論が含まれる場合には、その請求原因は完全に禁じられるべきである⁸⁰⁾」と述べていた (ただし、*Falwell* 判決前の論攷)。この論者によれば、IIED で言論が争われている場合、言論が公衆の関心事を述べるものか私的な関心事を述べるものかを、まず問わなければならないことになる。これは *Snyder* の枠組みと同形である。

(1-2) Tortious Speech と「公衆の関心事」

ちなみに連邦最高裁は、名誉毀損法領域において、一旦は公衆の関心事に現実の悪意の立証を要求する旨述べていたもの⁸¹⁾、*Gertz* (1974) でこれを否定した。*Gertz* で連邦最高裁は、パブリック・フィギュアや公職者が反論のためのコミュニケーション手段を有していることを重視し、パブリッ

79) Alicia J. Bentley, *Hustler Magazine v. Falwell: The Application of the Actual Malice Standard to Intentional Infliction of Emotional Distress Claim*, 49 OHIO ST. L. J. 825, 839, 839-840 (1988).

80) Kirkpatrick, *supra* note 74, at 1019. See also, Clay Calvert, *War, Death, Politics & Religion: An Emotional Distressing Amalgamation for Freedom of Speech and the Expression of Opinion*, 30 WHITTIER L. REV. 207, 237ff. (2008).

81) *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29 (1971).

ク・フィギュアに対する言論を保護すべきだとする思考を維持した。しかしながら、プライベート・フィギュアに対して公衆の関心事を述べる言論が向けられた場合に現実の悪意の証明を要求することは、(a)「私人の名誉の保護」という州が正当に追求できる法益を容認できない程度にまで縮減することになり、(b) 個々の事案ごとに公衆の関心事該当性という難しい判断を裁判官に強いることは適切でない、という理由から採用すべきでないとされた⁸²⁾。現実の悪意準則の適用範囲を限定したのである。これによって名誉毀損法領域において公衆の関心事は結論を分ける要素ではなくなったかに思われた。

ところが、*Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders* (1985) と *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps* (1986) で連邦最高裁は、表現が公衆の関心事を述べるものであるか否かで立証レベルを変動させており、公衆の関心事テストに回帰する姿勢を示している。すなわち、*Dun & Bradstreet* は、相対多数意見であるものの、純粋な私的関心事についての言論は低い保護しか受けられないとして、*Gertz* の適用対象を【表1】で示した第四類型に限定した。この思考はかつての姿勢を修正し、公衆の関心事を名誉毀損法領域の判例法理の鍵概念として組上に載せなおしたものとみられている⁸³⁾。*Falwell* (1988) および *Snyder* (2011) が示す法理を、かかる Tortious Speech に関する判例理論の変遷のコンテキストにおいてみると、それが、流れに沿ったものであることがよく理解されうる。

(1-3) 「公衆の関心事」 該当性の判断方法

では、次に、公衆の関心事をどのように判断するか、という論点に移ろう。*Snyder* はそのなかで「我々は少し前に、『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』と述べておいた⁸⁴⁾」と語り、そこに *San Diego v. Roe* を先例として引用している⁸⁵⁾。

82) 418 U.S. at 345-46 (1974).

83) See James C. Mitchell, *Rosenbloom's Ghost: How a Discredited Decision Lives on in Libel Law*, 40 IDAHO L. REV. 427 (2004).

84) 131 S. Ct. at 1216.

San Diego は、警察官であった男性が、自らが制服を脱いでマスターベーションする様子をとらえたビデオを販売したことを理由に解雇されたため、その処分は自らの表現の自由を侵害すると主張したものである。連邦最高裁は、公衆の関心事テストの境目が明確にされていないと述べつつも、判定するにあたってのヒントを2点挙げている⁸⁵⁾。第一は、「全記録から明らかにされる言明の内容、形式、文脈を」判断材料にすること⁸⁷⁾、第二はプライバシー侵害(私事の公表)で用いられるニュース価値のルール⁸⁸⁾(公衆の関心事は正当なニュースの関心の対象であるとする基準)が採用可能であるということである⁸⁹⁾。

Snyder では *San Diego* と同様、ニュース価値のルールが参考になることが述べられるほか、*Connick* を引きつつ、「公正にみて、コミュニティに対する何か政治的、社会的、あるいは、その他の関心事と関係していると考えられる」ときに、公衆の関心事と判断されるとも語られる。同時に、「『言辞の不適切さ、あるいは、論争提起的な性質と、それが公衆の関心事であるか否かという問題とは関係がない⁹⁰⁾』ことはほぼ間違いない」との注意も促されている。そして、*Dun & Bradstreet* を引いて、「言論が公衆の関心事を述べるものか、私的関心事を述べるものかの決定は、全記録から明らかになる『当該言論の<内容、形式、文脈>』の調査を我々に要求する」と述べる⁹¹⁾。

85) 連邦最高裁が IIED を論じる判決のなかで、不法行為事案ですらない上記 *San Diego* を引用していることから明らかなように、「公衆の関心事」は争われている法領域とは独立に観念しうるものと考えられる。

86) *San Diego v. Roe*, 543 U.S. 77, 83 (2004).

87) *See Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 146-147 (1983).

88) *See Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 492-494 (1975); *Times, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 387-388 (1967).

89) S. カークパトリック (Susan Kirkpatrick) は、表現がパブリックかプライベートかを判定するためには「事件を取り巻く全ての事実、全ての状況」が材料となり、公衆の関心事といえるためには、大衆が正当な関心を持つような内容であるかを基準に判断するという。これは換言すると、ニュース価値のある出来事ないしパブリック・フィギュアに関するレポート、アイデア、意見ということになる。対して、純粋に私的関心事であるためには、大衆の注目やコメントの対象となることが合理的に言って想定されない内容であることが求められる (Kirkpatrick, *supra* note 74, at 1020)。

90) *Rankin v. McOheron*, 483 U.S. 378, 387 (1987).

91) 131 S. Ct. at 1216.

(1-4) 表現の「性質」

*Snyder*はこの枠組みに従って、次のように論を進めていく。まず、教会のサインの内容の検討からはじめ、デモンストレーションの全体的趣旨・支配的テーマが、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（公的論点）に関するものだったと認定する。次いで文脈の検討に移り、「スナイダーは当該言論の文脈……が、それを公衆の関心事というよりもプライベートな事柄にするのだと主張する。しかし、ウェストボロが葬儀に関連して言論を行ったという事実は、ウェストボロの言論の本質をそれ自体で変えることはできない。……その言論は『公衆の関心事を述べる言論を構成するものとして明確に特徴づけられ』……、葬儀という状況がその結論を変えることはない⁹²⁾」という。さらに、教会が、事前に当局に通告し、公道に隣接する公的な場所で、当局の指示に従って、叫び声も冒瀆表現も暴力もなく平和裏にデモンストレーションを行ったことを順次確認している。

判決は「ウェストボロの言論が公衆の関心事を述べるパブリックな場所でのものだったとすると、その言論は修正1条のもとで『特別の保護』を受けると述べて、公衆の関心事であることと、場所の性質を別個に捉えているようにもみえる。が、内容・形式・文脈から公衆の関心事該当性を判断するの先に引用した一文と併せ考えたとき、これらは全体として「公衆の関心事」であるか否かの判断を構成しているとみるべきであろう。とすると、公衆の関心事該当性は、表現の「内容」というより、表現の「性質」と評価すべき論点である。「公的言説 (public discourse)」と換言することもできよう。公的言説 (= 公衆の関心事に該当する言論) といえるならば、修正1条の「特別の保護」が与えられるのであって、その内容がいかに社会にとって不快なものであろうとも、これを制約することは許されない。これが *Snyder* の結論のようである。

92) 131 S. Ct. at 1217.

もうひとつ興味深いことは、*Falwell*は表現対象がパブリック・フィギュアであった場合に、現実の悪意の立証がなければ救済を認めないとの法理を示していたのに対して、*Snyder*は言論が公的言説であった場合に原告(被害者)が救済を得られるかどうか述べるところがない点である。すなわち、*Falwell*は、原告は自らがパブリック・フィギュアであっても現実の悪意を証明できた場合には救済が得られるとの反対解釈が可能であったのに対して、*Snyder*は当該言論の性質が公的言説といえる場合にIIEDが成立する余地を明示的には認めていないのである。

(2) 表現が公衆の関心事を述べるものでない場合

*Snyder*には言論が公衆の関心事を述べるものでない場合、つまり私的関心事を述べるものの場合にどのような法理が適用されるのかを論じる箇所がない。もっとも*Snyder*において連邦最高裁は「全くの個人的な出来事が話題になっているときには修正1条の保護はそれほど厚いものではない」、「全くの個人的な問題に関する言論の規制は、公衆の関心事を述べる言論の規制と同じような憲法上の懸念を惹起しない」と述べている。かかる姿勢からは、純粹に私的な事柄を述べる言論の場合には、そのIIED不法行為は通常の成立要件をもって成立すると連邦最高裁が考えていると推測しうる⁹³⁾。

第3節 判例の射程と評価

(1) 確定した判例法理を形成しているか?

第1節と第2節で論じてきたことを、名誉毀損法で検討したマトリクス(表1)に当てはめて整理するならば、ひとまず次のようにいえそうである。言論が公共の関心事を述べるものである場合には、対象がパブリック・フィギュアであれ(第一類型)プライベート・フィギュアであれ(第四類型)、

93) カークパトリックは、表現内容が私的関心事だと判定されれば、裁判所はIIEDの伝統的な諸要件を満足するかどうかを検討するトライアルを始めなければならないと論じており、通常の4要素で不法行為の成否は判定されると考えていた。Kirkpatrick, *supra* note 74, at 1020, 1024.

被害者が損害賠償を得ることはできない。次に、表現対象がパブリック・フィギュアであって私的関心事を述べるものの場合（第二類型）には、現実の悪意の立証がないと填補的損害賠償も認められない。残る第三類型、すなわち表現対象がプライベート・フィギュアであって私的関心事を述べるもの場合について、連邦最高裁の判例理論は未だ明らかでない。

しかし、以上のまとめを確定的なものとして受け取ってよいかどうか、幾つかの疑義がある。それはいずれも、名誉毀損法と同じ（ないしは似通った）枠組みで IIED 法の法理を形成することへの違和感といえる。順に確認しよう。

(2) 事実摘示の要件

(2-1) factual な表現内容であることの立証

Falwell は、パブリック・フィギュアが IIED の救済を受けるためには現実の悪意の立証が必要だと述べた（第2章第2節、第4章第1節（1）参照）。

論者のなかには、*Falwell* は、パブリック・フィギュアが IIED で救済を受けるためには、「事実言明であること (factual)」と、それが現実の悪意によってなされたことという2つのことを原告が立証しなければならないことと明らかにした、とまとめる者もある⁹⁴⁾。

ここには名誉毀損法で検討されてきた事実／意見 (fact/opinion) の区分が IIED にもスライドされている。リステイトメントによれば、名誉毀損が成立するためには「虚偽であり (false), 名誉毀損的な言辞⁹⁵⁾」であることが要件となる。*Gertz* が明言したように、連邦最高裁は「誤った (虚偽の: false) 思想」の存在を認めていないため、思想 (idea) や意見 (opinion) は、(この当時⁹⁶⁾) それ単独では名誉毀損が成立しないと解される⁹⁷⁾。そこで

94) See Bentley, *supra* note 79, at 839; Amspacher & Springer, *supra* note 74, at 713.

95) RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 558.

96) 1990年の *Milkovich v. Lorain Journal Co.* で名誉毀損法における意見特権を否定したので (497 U.S. 1), Fair Comment Rule と併せて複雑なディメンションを構成することになる。参照、喜田村洋一「名誉毀損訴訟と意見の特権」憲法訴訟研究会編『アメリ

は、名誉毀損不法行為成立の前提は言論の factual な性格である⁹⁸⁾。

ところが、リステイトメントは、IIED には言論の factual な性格を必要条件としていない。しかし、現実の悪意は“言論内容が false 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表現行為に及んだこと”である(第1章第1節(1-2)参照)。パブリック・フィギュアが IIED で救済を受けるためには、この現実の悪意を立証しなければならない。このロジックは、表現内容が真偽(true/false)の尺度で測りうる性質であることを前提としていることになる。現実の悪意に加えて、事実の摘示という要件に言及して *Falwell* の法理をまとめる論者がいるのはそのためである。

であるならば、*Falwell* の判示により、ことパブリック・フィギュアに関しては、名誉毀損が成立しない限りは IIED の成立可能性は極めて低くなる。上のロジックによって、連邦最高裁が潜在的な「う回路(end-run)」を遮断したという評価もある⁹⁹⁾。すなわち、名誉毀損法の憲法化によるパブリック・フィギュアの勝訴確率の低下に気づいた原告が、いまだ憲法化されていなかった IIED を抜け道として利用してきたことへ連邦最高裁の対処だということである。

(2-2) *Falwell* と factualness

この「factual」な性格の問題を理解しなければ *Falwell* の結論をうまく理解できないように思われる。判決は、ハスラーの広告パロディの内容を「現実の事実(actual facts)」または「実際の出来事(actual events)」だとは合理的にみて誰も受け取らないと下級審が判断したことを理由に、フォルウェルの請求を容れなかったのである。ハスラー側もその内容が真実であるとは考えないままに雑誌を刊行したのであるから、現実の悪意の要件を充た

カ憲法判例】(有斐閣、1998年)18頁以下、阪本昌成「判批」メディア判例百選(2005年)76頁以下。

97) See RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 566.

98) See *Id.* § 565.

99) Bentley, *supra* note 79, at 839.

すことになって、フォルウェルの主張が認められそうである。ところが、連邦最高裁はハスラー側の勝訴とした。それは、当該言論があくまで「諷刺」であって、「合理的に考えて」factualなものではないと連邦最高裁が考えたためであろう。故に、ハスラーの広告パロディのなかには「虚偽の事実の言明」が存在していなかったということになる^{100) 101)}。

ある論者は別の分析を展開している。それによれば、この事件で連邦最高裁は fact/opinion の区別について何も述べておらず、そのために、非・事実的言明 (nonfactual statements) であれば意見表明 (statements of opinion) だと受け取られることを許しているという。意見表明であれば修正1条の完全な保護を受けるのであるから、「合理的には真実と受け取られえない」言明 = 「意見表明 (= 保護される言論)」という図式を描くことも可能だというのである¹⁰²⁾。

しかし、全ての non-factual な言明が意見表明であるかどうかは、即断を許さないようにも思われる。*Falwell* で争われたようなカリカチュアやデフォルメを「意見」に分類することは常識的理解に反するのではないか。まして、意見となれば法的責任から免責されるとの前提を置くとき、その思いはなお増す。論者のなかには、non-factual な言論の全てが修正1条の保護を一律に享受すると考えるべきではないとするものもある¹⁰³⁾。*Falwell* におけるような諷刺のほか、誇張表現、修辭的表現を、修正1条法上、どう位置づけるのが適切であろうか¹⁰⁴⁾。*Falwell* はどうやらこれを「意見」に近いものと理解して、修正1条の保護を及ぼそうとしているようである (少なくともパブリック・フィギュアについては)。いかにデフォルメがきつく、被害者の心を傷つけようとも、他の不法行為の成立はともかく、IIED は成立しな

100) 参照、喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』(白水社、1999年)65頁。

101) 「fact」には true や real のニュアンスが含まれているため、真実である事実ないし真実と受け取られるような事実でない限りは factual (= fact に依拠した) とは認められないということではないかと史料される。

102) Amspacher & Springer, *supra* note 74, at 714-715.

103) *Id.* at 730. <事実/ナンセンス (ファンタジー)/意見>の三分を説く (at 733).

104) *See Post, supra* note 40, at 650-53.

いと考えているものと思われる。だからこそ、広告パロディの内容が真実のデフォルメではないというフォルウェルの主張は退けられたのであろう¹⁰⁵⁾。

(2-3) *Snyder* と *factualness*

他方で *Snyder* もまた、争われた言論が事実か意見かを論じていない。しかし、教会のサインは、上に述べたような意味で *factual* だと判断されるような内容ではなかったと思料される。第4巡回区控訴裁判所の判断も、教会のサインの内容は訴訟において証明することが不可能な類のものであり、また、憲法上保護される誇張的レトリックを多分に含む内容だということであったことは既にみた(第3章第1節)。しかし、連邦最高裁はこの原審の判断枠組みをそのまま採用することはなかった。判断の鍵は、表現の性質にある。こうして当該言論の内容の公衆の関心事該当性を検討しているということは、*non-factual* な言明であっても IIED が成立する可能性を連邦最高裁が認めているとも考えられよう。であれば、名誉毀損の成立は IIED の成立と必ずしも連動しないということになる。ともあれ、IIED 法における *factual/non-factual* の区別の意味合いについての連邦最高裁の姿勢は未だ明確でなく、さらなる判例が待たれる状況といえる。が、一般論としていえば、名誉毀損法制にみられる *fact/opinion* の分析視覚をそのまま IIED 法制にスライドさせて、*non-factual* な言論であれば IIED は成立しないとする思考は、IIED と名誉毀損との違いを不当に等閑視するものだと考えられる¹⁰⁶⁾。

いずれにしても、事実の摘示の有無をめぐってマトリクスは一段複雑なものとなる可能性があることを指摘しておきたい。

105) *Milkovich* は *Falwell* を引きつつ、「個人に関する『現実の事実を述べたものと合理的には解釈され』えない言辭は保護され」、これにより、「パブリック・ディベートに『想像力に富んだ表現』や『修辭上の誇張』が欠けることがないよう保証される」と述べている(497 U.S. at 20)。

106) *Falwell* の連邦控訴裁判決は「問題は、公表行為が IIED を構成するのに十分なほど *outrageous* であるかどうかであって、我々は争われている言辭が意見に該当するかどうかを考える必要はない」と述べ、IIED 法における意見特権を認めていない(797 F. 2d at 1276)。なお、梶原・前掲注38、136~137頁の参照を乞う。

(3) 公表（あるいは公然性）の要件

名誉毀損法と IED 法の考慮すべき違いは他にもある。「公表 (publication)」の要件である。リステイトメントによれば、名誉毀損の成立には「第三者に向けた……公表¹⁰⁷⁾」が必要である¹⁰⁸⁾。他方、リステイトメントの掲げる IED の要件にはそうした限定はない。そうだとすると、*Falwell* による限り、パブリック・フィギュアは、名誉毀損が成立しない事案で IED による賠償を勝ち取るのは困難にはなったものの、表現者が「不快な言辞を原告だけに直接ぶつけた」場合には、その例外となる可能性がある¹⁰⁹⁾。さらに、一対一、特定少数に向けた公表、不特定多数に向けた公表などの区分によって、填補的損害賠償、懲罰的損害賠償を得るために必要な要件が異なる可能性があり、この観点からもマトリクスが複雑になりうるであろう。

(4) 「公衆の関心事」とプライベート・フィギュア

(4-1) 私人の保護と言論のパブリックな性質

先に指摘したように（本章第2節 (1-1)）、*Snyder* は言論が公衆の関心事を述べるものであることをもって表現者を完全に免責するように見える。もしそうだとすると、かかる法理は、表現対象がパブリック・フィギュアである場合に表現者に与えられる特権よりもさらに言論保護的である。つまりそれは名誉毀損法を論じるなかで紹介したどの類型よりも表現者にとって有利ということになる。しかし、それでは、個人の精神的利益と表現の自由のバランスにあって、いささか表現の自由側に傾き過ぎではないかとの疑問も呈されよう¹¹⁰⁾。

107) RESTATEMENT (Second) OF TORTS § 558.

108) *See Id.* § 577.

109) Bentley, *supra* note 79, at 839.

110) しかも、本件での教会の表現も保護の範疇に取り込まれるのであれば、市民の保護という state interest を過度に制限するものであってバランスが適切でないとの見解も出てこよう。See Michael Villeggiante, *Snyder v. Phelps, First Amendment Boundaries on Speech-Based Tort Claims*, 6 DUKE J. CONST. LAW & PP SIDEBAR 41, 51 (2011).

この評価は、表現の自由の保障根拠と関わってくる。民主的自己統治の価値に表現の自由の厚い保護の理由をみる立場からすれば、当該言論がパブリックな性質を有しているか否かを重視することは当然の理である。たとえばR. ポウスト（Robert Post）は、自己統治の価値こそ修正1条の教義を支える最重要のものであり、かつ、それがアメリカ立憲主義の基軸でもあると語っている¹¹¹⁾。このポウストはかつて、*Falwell*を主たる素材としながら公的言説（public discourse）の意義やその判断方法を分析する論攷を表して、言論のパブリックな性質を修正1条法理の中心とすべきとの考えを示唆していた¹¹²⁾。彼の立場からすれば、言論のパブリックな性格がどれほど重視されても、それが過度であるということにはならないのであろう。

（4-2）「公衆の関心事」該当性判断の難しさ

判例の示す調整が「適切なバランス¹¹³⁾」と評価しうるかを判断するためのリトマス紙は、公衆の関心事にたまさか巻き込まれた私人に対しての言論を完全に保護することの適否であろう。極度に personal で private な情報であっても、政治的言論と結びついていれば修正1条の保護を享受して、不法行為責任を免れるかという論点である¹¹⁴⁾。これに関しては、まず、*Snyder*の法廷意見の次の判示に注意を向けなければなるまい。「我々の今日の判示は射程の短いものである。我々は、修正1条の事案では慎重に記録を精査す

111) Robert Post, *A Progressive Perspective on Freedom of Speech*, in JACK M. BALKIN & REVA B. SIEGEL (ed.), *THE CONSTITUTION IN 2020* 179ff (2009); Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477 (2011).

112) Post, *supra* note 40. ポウストは判例による「公的言説」の見極めについて次のように整理してみせる。判断の要素は、① matters of public concern 該当性と②表現（伝播）の手法である。このうち①の public の意味の理解は、規範的概念（自己統治関係的）と記述的概念（経験的、事実依存的）の2通り存在する。②の判断は、表現者の意図、視聴者のサイズ、視聴者の性質といった特定の文脈を離れて理解しえない。ポウストはこのうち②が過度に文脈依存的であることを批判し、public の概念を規範的なものに特化することを説いている。

113) Bentley, *supra* note 79, at 840; Deana Pollard Sacks, *Snyder v. Phelps, the Supreme Court's Speech-Tort Jurisprudence, and Normative Considerations*, 120 YALE L. J. ONLINE 193, 200 (2011).

114) Deana Pollard Sacks, *Snyder v. Phelps: A Slice of the Facts and Half an Opinion*, 2011 CARDOZO L. REV. DE NOVO 64, 66 (2011).

ることを求められ、本件での我々の見解の到達点は我々の前に持ち込まれた特定の事実関係によって限定される。すでに記したように、『修正1条と州法上の権利との衝突において、提示される諸法益 (interests) の繊細さと重大性 (sensitivity and significance) は、当該事案の適切な文脈を超えて広がってしまうことのない限定的な原理に依拠するよう忠告する¹¹⁵⁾』。¹¹⁶⁾」本判決の射程を拡大させないように、との連邦最高裁の意図がみてとれる。今後、争われた言論が、*Snyder* 法廷意見がいう、修正1条の特別な保護を享受する「公衆の関心事」を述べるものであるかは、慎重かつ丁寧な考察のうえに認定されることになろう。

さらには、*Snyder* の S. ブライヤー (Stephen Breyer) 同意意見が参照に値する。彼は、公的な事柄に関する自身の見解に衆目を引き付けようとして、私人 X に対し、X が深刻な感情的な損害を受けるであろうことを認識しつつ、内容の大半が X の私生活上のごく私的な詳細を明らかにするような公表行為を口頭での assault で行ったと仮定した場合、その最も極端なケースでさえも州が保護することを法定意見は認めないのか、と自問する。これに応じて、彼は、「法廷意見についての私の理解によれば、それは州が私人に必要な保護を常に提供する機能をもたないという判断ではないし、含意もしない¹¹⁷⁾」と続ける。ブライヤーは、本件事実関係のもとでウェストボロ・バプティスト教会に IIED を理由に賠償を命じることは、「州の市民を深刻な精神的被害から保護するという利益を過度に優先させて、公衆の関心事に関する彼らの見解を伝達しようとしたことを理由にウェストボロを罰することになる。したがって、修正1条はウェストボロを保護するのである。私の法廷意見の読解によれば、それ以上のことを述べてはない¹¹⁸⁾」とその意見を結んでいる。

この法廷意見、同意意見を併せて読むとき、私人を対象としながら公衆の

115) 引用は、*Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 533 (1989).

116) 131 S. Ct. at 1220.

117) *Id.* at 1221.

118) *Id.* at 1222.

関心事を述べる言論が、修正1条の特別な保護を受けるものかどうかは、慎重に決定されるべきであり、そのことを連邦最高裁自身も認識していると思われる¹¹⁹⁾。

さらに、この認定が、「見ればわかる」式の、単純かつ容易なものでないことについて、もう少し述べておきたい¹²⁰⁾。たとえば、*Snyder*の反対意見は、教会のメッセージは修正1条により免責されるべきものではないと理解する¹²¹⁾。なぜなら、プライベート・フィギュアであるマシューとその家族に対する攻撃が中心的に重要なものであって、公衆の関心事を述べる言論とはいえないと考えるからである。その根拠は次のようである。第一は、教会の掲げるサインの幾つかが明らかにマシューやスナイダーに関する言論だと理解されるとアリートが考えるためである。「お前は地獄行きだ」、「祝福ではなく、呪いを」といったサインが、マシューが彼の罪(sins)のために未来永劫地獄に送られるものと、その他の幾つかのサインがマシューはゲイであったことを示唆するものと視聴者に判断させるものと考えたのである。第二は、連邦最高裁では判断の資料とされることのなかったネット公開の叙事詩を重くみたためである。教会は、その詩に、スナイダー夫妻が息子マシューを悪魔に差し出し、離婚・不倫・偶像崇拜を教え込んで、自分たちの魂をカトリックの怪物に売った等と記していた。アリートは、マシューがカトリックで米軍の一員であったことと併せ考えると叙事詩の内容は個人攻撃

119) 連邦最高裁は、デモンストレーションの行われた場の性格、葬儀会場との距離、当局の指示に従ってなされたことなどを公的言説であるか否かの判断の要素のひとつとしているが、むしろ、その点こそが当該言論に責任を負わせてよいかを決める決定的要因とみるべきだとの見解もある。つまり、葬儀の前後のタイミングでスナイダー家にウェストボロが同じメッセージを電話してきたとすれば、違った結論になったのではないか、というのである。この論者によれば、表現の時や場所が、公衆の関心事であるか否かよりも重要な要素となる事案があるはずだということになる。See Alan Browstein & Vikram David Amar, *Afterthought on Snyder v. Phelps*, 2011 CARDOZO L. REV. DE NOVO 43, 44-45 (2011).

120) See Eugene Volokh, *The Trouble with "Public Discourse" as a Limitation on Free Speech Rights*, 97 VA. L. REV. 567, 567, 594 (2011). また、同論文は、修正1条法における「公的言説」概念の汎用性につき懐疑的な姿勢を示している。

121) 131 S. Ct. at 1222ff.

であって、カトリックや米兵に関する論評（＝公衆の関心事を述べる言論）の範疇に入らない、マシューの純粹に個人的な行動に係る言論だと認定している。

そうしてみると、「全記録」から内容、形式、文脈を総合的に判断して公衆の関心事該当性を判定すること自体は正当であるにしても、条件づけ次第で実際の判断は一様にはならないであろうことが理解される。例えば、複数あるサインの個々の内容を逐一評価対象とするか、全体のメッセージで評価するかによって結論が異なりうる。それは、単体では違法なものと評価されるものでも全体のなかでそれが緩和されたり、of and concerning の条件を満足しなくなったりすることが予想されるからである。また、「全記録」のなかに叙事詩を含めて評価したならば、法廷意見が別の結論に至った可能性も否定できない¹²²⁾。

おわりに

以上、2つの連邦最高裁判決を確認し、雑駁ながら、そこから引き出される判例法理に検討を加えてきた。連邦最高裁は、名誉毀損法における枠組みを利用しながら、それとは若干異なる憲法適合的な IIED 法の枠組みを示しつつある、といえよう。しかし、2つの連邦最高裁判決が示した法理は名誉毀損法で示されたものほど精巧に彫琢されたものとはいえ、未解明の点も少なくない。本稿が指摘した点を含め、IIED 法と表現の自由の調整をめぐっては、埋めなければならない隙間が多く残されている。とはいえ、現在までに連邦最高裁判例は2つしか存在しないのであるから、下級審判例、州裁判所の判例、そして学説の検討が欠かせない。こうした分析を進めることを次なる課題と認識したうえで、ひとまず擱筆することにした。

(2012年1月31日脱稿)

122) See Sacks, *supra* note 114, at 65-66; Jeffrey Shulman, *Epic Considerations: The Speech that the Supreme Court Would Not Hear in Snyder v. Phelps*, 2011 CARDOZO L. REV. DE NOVO 35 (2011).

[付記] 脱稿後に、奈須祐治「葬儀場における抗議デモと表現の自由—— Snyder v. Phelps, 113 S. Ct. 1207 (2011) ——」マイノリティ研究(関西大学マイノリティ研究センター)7号(2012年)79頁以下、駒村圭吾「『意味の秩序』と自由」曾我部真裕=赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開(下)』(信山社, 2012年)171頁以下および東川浩二「Snyder v. Phelps, 562 U.S. ___, 131 S. Ct. 1207 (2011)」アメリカ法2011-2(2012年)546頁以下に接した。