The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	名誉毀損の救済方法としての差止めについての一考察（二・完）：アメリカにおける現代的なルールについて
Author(s)	付, 彦淇
Citation	阪大法学. 2020, 69(5), p. 83-106
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87248
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

名誉毀損の救済方法としての差止めについての一考察（二・完）

――アメリカにおける現代的なルールについて――

付　彦　淇

第二章　名誉毀損的な表現に対する差止めについての検討

第一章で裁判例の判断枠組みを整理したところによれば、重要な論点として検討すべき次の三つの問題が浮かび上がる。即ち、表現の自由と事前抑制との緊張関係、差止めの現代的なルールに関する裁判原理、および名誉毀損の救済方法に関する差止命令と損害賠償との関係である。本章では、これらを順に扱っていく。

第一節　表現の自由と事前抑制

（1）従来の理論と判例の限界

上記の判例でしばしば言及されるように、表現の事前抑制の問題は、イギリス法も踏まえた修正第一条の制定時の理解に関わる。特に、修正第一条に二〇年ほど先立つ、William Blackstone の一七六七年著書『注解イングラン

ド法』では、コモン・ロー上の法理として、「出版の自由は、実際、自由な国の本質に不可欠である。これは、出版以前に制約を課してはならないということであり、刊行された後に刑事上の問題について責任を免れるということではない。あらゆる自由人は、公衆の目の前に彼が望むようにいかなる意見でも示す、疑いの余地のない権利を有する。これを禁止することは出版の自由を破壊することである。しかし、もし不適切な、悪意のある、または違法なことを公表するならば、彼は自分自身で招いた無鉄砲さの結果として責任を取らなければならない」[69]と述べて、アメリカの当時の憲法思想に多大な影響を与えた[70]。ここで事前抑制が禁止されたのは「出版物」に限られると理解する余地もあるが、しかし、Willing 事件と Connors 判決のように、裁判所による差止命令の対象は出版物に限られていないため、インターネット上の名誉毀損事件を含め、表現の自由に対する制限を対象とするものと考えられる。

それでは、裁判所による差止命令に関して、事前抑制理論は先例上どのように理解されているのか。

最高裁は、Near 判決[71]で事前抑制という概念に言及した。最高裁は、新聞または雑誌において「悪意があり、醜聞的で、かつ名誉毀損的な」内容が発見された場合、裁判所に差止命令の権限を与える州法が、新聞および雑誌に対する弾圧であるだけでなく、実質的な検閲であり、事前抑制に該当すると判断した[72]。注意すべきことは、まず、最高裁は本件州法は個人的ないし私的な不正を対象としているのではなく、名誉毀損（libel）についての救済は利用可能なまま残されており、影響を受けていない、と認定していることである。同法が対象とするのは公共の道徳や一般の福祉に有害なものであるというのである[73]。その上で最高裁は、一五〇年の歴史を回顧すると、公務員の不正行為と関連する出版物に事前抑制を課す試みの不在ということは、そのような抑制により憲法上の権利が侵害されるという根深い確信を示しているとし、公務員の性格と行動が出版による討議と自由な議論に開かれている場合

には、それらの公務員は、虚偽の告発に対する救済策を、救済や処罰を定める名誉毀損法に基づく訴訟に見いだすのであって、新聞または雑誌の発行を制限する手続に見いだすのではないと述べ、出版の自由の憲法上の保障が事前抑制からの免除を与えるという一般原則は、州憲法の規定に基づく多くの判例で認められてきたと指摘する。[74] このように、最高裁は、新聞または雑誌による公務員に対する名誉毀損に対する救済は事後の救済ないし処罰によるのであって、言論を事前に抑制することではないと判断したのであるが、しかしながら、例外的にではあるが出版に対する差止命令が許容される場合があることを認め、戦時における徴兵活動の実際の妨害や軍事情報の公表、あるいはわいせつ物の出版や暴力的政府転覆の扇動の例を挙げるとともに、――第一章第三節（1）でみたLemen判決多数意見が引用したように――「本件で我々は、エクイティの裁判所の管轄権の行使を規律する諸原則に従って私人の権利を保護するために出版を禁止する権限の範囲の問題に関わるものではない」と留保を付していたのである。[75]

もう一つの頻繁に引用される典型的判例は、Nebraska Press判決[76]である。この判決においても、言論や出版の事前抑制が最も深刻なものであると強調している。本件では、殺人事件の陪審裁判において、裁判所が、修正第六条によって被告人に対して保障されている公平な裁判を確保するために、陪審員の選定が終わるまで被告人の自白などを報道しないように報道機関に命じたものである。この命令が修正第一条に反するという報道機関の主張について、最高裁は、両条項の権利に優劣はつけられないとしつつも、[77]「〔先例〕を貫く糸は、言論及び出版に対する事前抑制は修正第一条の権利に対する最も深刻で最も許容しがたい侵害であるということである。名誉毀損における刑罰や判決は、すべての上訴審の方策が尽くされるまで判決の影響を先延ばしすることによって与えられる全面的な保護に服している。判決が――正しいかどうかはともかく――確定して初めて、法による制裁が完全に効果を発

する」。「事前抑制は、これとは対照的に、そして定義上、即時かつ不可逆的な制裁を有する。出版後の刑事または民事の制裁の威嚇が言論を『萎縮させる』と言えるのならば、事前抑制は少なくともしばらくの間はそれを『凍結』するのである」[78]。このように述べた上で、最高裁は、本件命令によらなくても公平な裁判を実現する方法があること、また、本件命令がそのために有効であるか疑わしいことなどを理由として[79]、本件命令は表現の事前抑制を容認するための厳しい要件を満たすことができないと判断したのである。

このように、これらの判例、またそれ以後の判例も、差止命令を全面的に禁止しているわけではなく、事前抑制の概念についてそれ以上の詳しい説明をしていない[80]。

（2）差止命令の可能性

Emerson 教授は、Near 判決をきっかけにして、事前抑制の性格について四つの形態を述べる。つまり、①将来の出版物、または許可を得られない他の形のコミュニケーションに対する、法令、規定またはその他の形による政府の制限であること。この形態は政府の検閲（censorship）としてよく知られている。②裁判所による差止命令、或いは類似の司法プロセスに基づくもの。即ち、裁判所侮辱に関わる手続的な制限。③特別な事情がない限りでの、不法な出版物、または他の形式におけるコミュニケーションに対する立法による制限。④コミュニケーションに対する事前抑制の要素を構成するが、他の差し迫った理由によって間接的、または二次的な抑制を行うことである[81]。また、Freund 教授は、差止命令が刑罰法規（penal statute）のようなものと考え、深刻な憲法問題を引き起こす事前抑制のような特徴を持つことを主張した[82]。本稿は、事前抑制の問題を明確にしようとする一九五〇年代の代表的な両教授の観点を踏まえて、Emerson 教授のいう事前抑制の形態の②に焦点を当て、とりわけ差止命令がどのように違憲な事前抑制に該当するかという問題を検討する。

右の問題点について、他の論者は差止命令の行使可能な条件を設定し、第一章で見たように、一部の州最高裁と連邦下級裁判所の判例法理の中においても、憲法の保護を受けない名誉毀損的な表現の場合にのみ裁判所は差止命令を行使することができるとして[83]、差止命令を用いる救済実現への扉を開いた。これらの議論の前提として、修正第一条と名誉毀損的な表現との関係を究明するべきである。例えば、連邦最高裁は Beauharnais 判決[84]で、「ここで明確に定義され、より限定された表現の類型があり、これらの表現に対する制限や処罰をすることは憲法上の問題を生じ得ない」とし、名誉毀損はこれらの表現の類型に含まれると判断され、名誉毀損的な表現は憲法の保護を受けないものとされた。一方、一九六〇年代以後、最高裁における名誉毀損に対する態度の転換点は、New York Times 判決[85]である。最高裁は、真実であると誤認した場合でも、虚偽である表現は公的議論に対して一定の貢献を与え[86]、従って、原告が損害賠償を得るためには報道者の「現実的悪意」を証明しなければならないというルールは、憲法上の要求であると判断した。それゆえ、Ronald Dworkin 教授は、当判決が単に名誉毀損に関する憲法解釈を修正したからだけではなく、修正第一条に関係する法の全領域を支配するようになったという意義を有し、言い換えれば、修正第一条が制定された当初の目的は、出版物を事前抑制から保護することのみであったが、現在この判決によって、はるかに手厚い保護をもたらすと理解している[87]。もっとも、Schauer 教授のいうように、表現の自由に対する保護の範囲（或いは差止命令の適用可能な場面）は裁判所の解釈方法によって異なるのであり[88]、それは裁判所による差止命令の適用に関する一つの分岐点であろう。そこで、名誉毀損的な表現に対する修正第一条の保護を踏まえて差止命令の発動の可否を検討する必要があるが、その場合、差止めのための基準や、自由な表現を制限する効果などが検討されるべきであろう。

現在、出版物のような紙媒体の時代以上に、インターネット上で名誉毀損の問題が頻発している。第一章で見た

Connors 判決、Baker 判決のようなインターネット上の事例を考慮した裁判所による差止命令が、差止命令と事前抑制についての伝統的な議論に対応できるのかについて、新たな差止命令の形態、即ち削除（removal）を踏まえて検討する必要がある。[89] そこで、出版物その他の表現形式に対する差止命令と同様に、インターネット上の特別な削除方法も事前抑制の問題と考えられるが、しかしながら、事前抑制に該当するかということを理解するために、差止命令がどのような条件で違憲的な事前抑制の問題を生じさせるかということを解決する必要がある。その際に、裁判所は、当該表現の内容を審査すると同時に、差止命令が比較衡量基準に関する憲法判断に耐えられるかどうか、また当事者の訴訟上の権利を保障するための陪審の役割を論じなければならない。

以上の問題点を解決するため、裁判所は、表現の自由と事前抑制の議論をふまえて、差止命令に対して一定の条件を付けて、適用されるルールを示す必要がある。このルールを次に取り上げたい。

第二節　差止めの現代的なルール

（1）従来のルール

修正第一条の理解の基礎にあるのは、コモン・ローによる裁判方式である。その後十九世紀においても求心力のあった思想は、政治的または非政治的出版物に対して事前抑制を全面的に排除するが、しかし政治的言論であっても名誉毀損または他の「悪質な傾向」（pernicious tendency）のある場合には責任を問うことができるという「ブラックストーンの伝統」である。[90] この思想が、名誉の保護と自由な表現の利益とを衡量するという裁判方式に影響を与え、現代の比較衡量理論へと変遷していった。[91] 一方、不法行為が発生した場合、イギリス法を継受したアメリカ法では裁判官はコモン・ローとエクイティ双方の権限によって判断しうる。[92]

確かに裁判官のエクイティ上の権限については、伝統的なイギリス法体系に従って解釈するべきという先例もある。[93] しかし、アメリカ法によれば、名誉毀損にかかる不法行為に対する救済として裁判所が損害賠償とともに、または損害賠償に代えて差止命令を発することは、裁判所の権限に関しては違法とはいえない。名誉毀損の被害者に適切な救済を実現するために、損害賠償、差止命令、取消などの方法があるはずである。[94] それゆえ、損害賠償だけではなく、差止命令も適用する余地があると言える。しかし、前述の Willing 判決に見られるように、裁判所は、名誉毀損を理由とする差止めを認めないという従来のルールを理由として差止命令の適用を躊躇してきた。[95] 従来のルールは、差止めの適用を非常に制限している。以下では、なぜ従来のルールに従わなければならないのかという理由について、裁判所が従来のルールに関する議論を行った際にしばしば引用した Chemerinsky 教授の学説を見ていく。

Chemerinsky 教授は、最初に、Tory 事件の州中間上訴裁判所の判旨を批判する。なぜなら、差止命令は違憲な事前抑制のように将来の表現を制限しているからである。この将来の表現の制限は、名誉毀損的な言論に限らず、個人の自由な表現を禁止する可能性がある。また、差止命令は裁判所によってなされているため、制定された州法よりも検閲や差別的な適用になる危険性が非常に高いと述べる。[96] このように、同教授は、合憲かどうかという問題を出発点として、歴史上の共通の認識（従来のルール）および損害賠償が十分な救済であることから、特に、あらゆる効果的な差止命令は過度に広範なものであり、表現に対する「過度に広範な事前抑制」に該当すると強く主張する。[97] 彼の関心は、十分な救済を求めることではなく、あらゆる表現の自由を縮減する可能のある規制を禁止することにある。不法であるか否かについての表現の性質に関わる判断が複雑であることは措くとして、裁判所が差止めの対象となる表現の内容を指定しても、被告が言葉を変えて再び名誉毀損をする可能性がないとは言えず、これ

に対応するための過度に広範な差止命令は、確かに予測できない将来の表現を制限する恐れがある。[98] 結局、彼は差止命令に伴う憲法上の事前抑制の問題を喚起することによって、差止命令を名誉毀損事件に適用できないと考える。ただし、従来のルールに従わなければならない理由が単に歴史上の認識や先例の尊重にとどまっているならば、その理由を疑う余地があるかもしれない。

（2）現代的なルール

現在、ワシントンDC巡回区ならびに第一、第二および第四巡回区連邦控訴裁判所はChemerinsky教授を代表とする一部の学者と同じように、事前抑制としての差止命令の危険性または損害賠償の有効性を主張し、差止命令という救済方法を否定している。[99] しかし、これまで連邦最高裁は名誉毀損的な表現に対する差止命令という救済方法を否定する判断を下したことはない。[100] そして、一部の学者は、事前抑制禁止の理論を再構成し、禁止されるべき事前抑制と峻別される差止命令の適用可能性を主張している。[101] 差止命令を用いるエクイティ上の救済方法を、一定の基準によって名誉毀損事件に適用する余地があると考えるのである。Hill判決を代表とする一部の裁判例に見られるこの基準は、差止めの現代的なルールと呼ばれる。

もっとも、差止めの現代的なルールには、定まった厳密な概念がない。ただし、これまでの州最高裁または連邦下級裁判所の判決[102]によれば、その適用は名誉毀損という不法な表現に対する救済である場合に限定される。学説は、まず、差止めの現代的なルールを適用するためにその差止命令の性格を検討する。

Tory判決州中間上訴裁判所の判旨においては、Aguilar判決[103]における不法行為に対する抑制の可否に関する検討を参照し、当該表現が本案の終局判決において保護されない表現と判断されれば、この表現に対する差止命令は違憲的な事前抑制に当たらないと判断した。Tensmeyer氏は、以上の判旨を参照した上で、この判例は、より制

限された差止命令を下したことによって、差止めの現代的なルールを適用する典型的な判例であると考える。[104] そうすると、Tory 事件連邦最高裁判決においても、もし「過度に広範な事前抑制」に該当する差止命令と該当しない差止命令とを区別すれば、差止命令の適用余地を残したものであると考えられるであろう。[105]

しかし、同じく Tory 判決について、Ardia 教授は異なる意見を述べる。彼は Tory の発言の永久的差止命令が最も広い制限であると述べ、差止命令に対する四類型を列挙して、差止命令による表現に対する制限の度合いを区別している。具体的には、Tory 判決第一審をはじめとして、Near 判決、Aguilar 判決、Lemen 判決まで、差止命令が最も広い制限であることから最も狭い制限であることまで、差止命令の第一類型から第四類型に区別して、限定的な範囲での差止命令を容認することを主張した。[106] つまり、第一類型（Tory 判決第一審）においては、あらゆる表現を制限する特徴がある。これと比較して、第二類型（Near 判決）はあらゆる名誉毀損的な表現を制限する特徴がある。そこで、第一類型は第二類型の「検閲の本質」よりも表現が広く制限される。また、第三類型（Aguilar 判決）は被告の表現に対する制限が限定的であっても名誉毀損でない表現を制限する可能性があり、過度に広範なものである。そして、第四類型（Lemen 判決）は、将来の名誉毀損的な表現のみを制限する特徴がある。それは裁判または陪審の判断により認定される名誉毀損に対する制限だけで、「より限定的で」、「効果的」な方法として考えられる。以上、Ardia 教授の分析は、過度に広範な事前抑制の問題を危惧し、表現内容に対する詳細な全体的理解を要求するものであると言えよう。

また、当該学説は、差止めの現代的なルールを適用するために、名誉毀損における表現の性格を個々に区別する。伝統的なエクイティのノー・インジャンクションの裁判原則[107]が排除されれば、現代的なルールを修正的に適用することが可能な場面を想定できるが、この点について、Ardia 教授は、名誉毀損的な表現に差止命令を発することが

できる例外状況として、継続的な、繰り返された、再公表的な表現がなされる可能性がある場合を挙げる。[108] この点について、Baker 判決のように、多くの判例は名誉毀損の要件の証明を求め、当該継続的な、繰り返された、再公表的な表現が虚偽であることの証明を要求していることが注目される。[109]

更に、差止めの現代的なルールを適用するために裁判手続上の要件を検討する学説もある。Tensmeyer 氏は Redish 教授のいう裁判所による「全面的かつ公平な聴聞」(full and fair hearing) 原理[110]を引用して、事前抑制における適正な手続に着目している。この原理は、被告の修正第一条の権利を保障するために、実質的判断よりも手続的保障を強調する。裁判所は、その表現を憲法上保護されないものとして確定せずに制限や処罰をしてはならない。[111] 他方、Ardia 教授は、判例の中の要件と実効性を考量した上で、裁判手続を含める更に五要件を提唱した。即ち、①差止命令の容認は、事前抑制に該当するかどうかについて全面的かつ公平な審査によること、②陪審を関与させ被告に十分な主張の機会を与えること、③（判決による）類型的差止命令をより狭く制限された範囲で画定すること、④表現の制限が私的関心事に限定されること、⑤損害賠償的救済では不十分な場合があることとその場合の差止命令の有効性を重視することである。[112] 特に、Ardia 教授は②について以下のように述べる。名誉毀損法に基づく陪審の適切な機能は、いかなる法体系でも差止命令による救済制度に必要不可欠な部分である。例えば、ノー・インジャンクションの裁判原則は表現を一方的に検閲する（censor）裁判官の行為を制約する機能を有する。司法権行使に対するこのチェックを確保するために、陪審は少なくとも次の二つの方法で関与しなければならない。即ち、第一に、「陪審が、原告がそのすべての名誉毀損主張の構成部分を証明したこと、または、被告が陪審裁判に対する彼の権利を放棄したことを確認しない限り、いかなる差止命令も発せられてはならない」。第二に、「当事者が差止命令に違反するとして裁判所侮辱罪に問われたとき、当該差止命令の要件の違反があるかどうか、そして、問題

の表現が虚偽で名誉毀損であるかどうかを判断する」ために陪審の介入が必要である。[113] このようにArdia教授は主張した。

最後に、差止めの現代的なルールを適用するために、一部の下級裁判所は比較衡量の要件を設定している点が注目される。その代表的な例としてはConnors判決で用いられた「eBayテスト」（①原告が回復不可能な損害を被ったこと。②金銭的損害賠償のようなコモン・ロー上の救済方法が損害を償うには不適切であること。③原告と被告の不利益（hardships）のバランスを考慮した結果、エクイティ上の救済が正当であること。④永久的差止命令が公的利益を害しないこと）である。このテストは差止命令の発令要件と考えられ、主に裁判所の裁量に委ねられる。[114] 学説と判例において、上記の被害の比較衡量はエクイティ的なバランシングという言葉を用いるが、これは従来の名誉毀損事件に関する比較衡量論と比べて、原告と被告との損益が比較の対象となっており、実際には「現実的悪意」の判断基準と異なる着目点を有する。このような被害の比較衡量に対して、Bray助教授は、「差止命令が当事者の過失の考慮を含め、どのように当事者両者に影響を与えるか」[115]という判断手法であるという。そしてこの判断手法は、エクイティ上の裁判の適用を前提として理解されている。このように、当該比較衡量方法論は、名誉毀損事件に対する差止命令の適用というよりも、不法行為に対する差止命令の適用における一般的な基準[116]である性質を有する。

右の学説を踏まえて、差止めの現代的なルールに「eBayテスト」を適用することが可能ならば、エクイティ上の裁判を名誉毀損事件と整合させる試みであるように理解することができる。しかし、学説は、差止めの現代的なルールに対して将来に向けた課題を列挙している。例えば、差止命令が本案判決に限られるかどうかについて判例と学説には議論がある。[117] また、「eBayテスト」の適用は永久的差止命令に限定されているが、学説は仮制止命令や

予備的差止命令への適用も考えている。例えば、Tensmeyer 氏は、Redish 教授の理論（裁判所による「全面的かつ公平な聴聞」原理）を差止めの現代的なルールの適用あるいは一定の拡張であると評価し、未成熟な決定が深刻な問題であるとする Redish 教授に対して、更に、この問題が生ずるのは予備的差止命令だけではなく、永久的差止命令であっても過度に広範であれば、それは十分に審理されず特定的に名誉毀損であると判断されていない言論を制限することになると主張したが[118]、現代的なルールが終局判決を要件とするかどうかは学説上意見が分かれている[119]。そして、「eBay テスト」は四要件とその相互関係を考察した上でなされるものであるが、この四要件以外の、他の要件に対する考察が差止めの現代的なルールに適用されるかどうかは不明確である[120]。Bray 助教授は、「eBay テスト」における回復不可能な損害を被ったこと、金銭的損害賠償のようなコモン・ロー上の救済方法が損害を償うには不十分であることは、コモン・ロー上の救済とエクイティ上の救済との間に一線を画すという意味を有する[121]と述べ、「eBay テスト」の予備的差止命令までの拡張可能性を検討している[122]。要するに、偶然に下級裁判所で適用された被害の比較衡量は、表現の自由との関係に直面していないため、差止めの現代的なルールとしての一般的、定式的な基準として更なる検討がなされることが望ましいともいえるであろう。

以上により、差止めの現代的なルールの適用範囲と内容は、ある程度、明確になる。まず、表現に対する差止めの現代的なルールは、少なくとも「eBay テスト」のような不法行為の一般的な基準にまでは拡張適用されず、名誉毀損事件に限定され、事実審査の際に当該表現が虚偽な性格があることを証明する必要がある[123]。また、差止めの現代的なルールは、表現の自由に対する制限となる点を重視している。裁判所は、名誉毀損的な表現であるかどうかを判断した上で、差止命令により表現内容に対する制限の効果を判断する必要がある。それは、名誉毀損的な表現が、継続的な、繰り返された、再公表的な表現に該当するかどうか、および差止命令が過度に広範な事前抑制に

ならないかどうかという判断である。更に、差止めの現代的なルールはConnors判決のように、将来の表現の保護に対する関心があり、事情の変更に伴い当該表現が将来的に毀損される可能性も配慮し、つまり保護を受けられないとされた表現から保護を受けうる表現へと、反対側への変化を認めることによって[124]、将来の表現に保護を与える効果的な救済と評価される。もっとも、本稿で取り上げた判例は、ピケ張りやインターネット上の書き込みなど多様な表現に関する事案で発展してきたが、差止めの現代的なルールに関する議論の中心は事前抑制理論とその延長線に限定されることにも留意を要する。

以上から、差止めの現代的なルールの確立は、アメリカの歴史を貫いたコモン・ローとエクイティによる裁判方式が、理論的統合によって、エクイティ上の憲法規範を助成する有益な効果をもたらすのと同時に、必要以上の斬新な憲法解釈を要せず[125]、実践可能な基準を示すという意義を有する。

（3）差止命令と損害賠償との関係の検討

最後に、差止命令と損害賠償との関係を検討する。損害賠償が十分な救済に当たるかどうかは、裁判所が差止命令と損害賠償のいずれを用いるかを判断する際の最も重要な点である。これまでの標準的な現代的なルールによれば、名誉毀損の救済としての差止命令は、損害賠償だけでは原告の救済として不十分な場合にのみ適用される。しかし、そのような判断方法には疑問の余地がある。以下では、名誉毀損事件に対する損害賠償の救済方法を考察した上で、差止命令の適用可能性を検討する。

New York Times判決に続き、Gertz判決[126]は名誉毀損の救済方法として損害賠償を検討した。最高裁は、New York Times判決で定めた基準は私人の救済に対しては適用できないと判断したが、名誉を侵害された私人について（被害者の現実的損失を補填させるという）州の利益がある場合であっても、被害者が少なくとも「現実的悪

意」を証明しない限り、推定的損害賠償と懲罰的損害賠償[127]を認めることはできないと判断した。また最高裁は、陪審が自由裁量によって損害賠償額を推定し、高額な懲罰的損害賠償を認めることにより、[128]マス・メディアの自己検閲という危険性が増大することに言及した。従って、名誉毀損訴訟における私的人物である原告については、New York Times 判決で定められた基準と比較して、現実的損失に対して十分な補償を満たす点に限っては「現実的悪意」よりも低く要求される証明基準（過失責任など）を適用する州法も認められたのである。[129]このような裁判所により創造された基準は、損害賠償に憲法的に条件を付加し、原告の証明責任を前提として合理的な損害賠償額を与える意味を有している。同時に、損害賠償額を抑制する方法については、修正第一条によって保護された表現との関係に関して議論の余地がある。

実際に、多数の下級裁判所は、損害賠償金額の算定方法、または高額な損害賠償による表現の自由への萎縮的効果の存否を検討した。算定方法としては、収入、資産、支払能力や弁護士費用などの具体的な費用などが考慮に入れられる。[130]高額な損害賠償については、学説によれば、この報道に莫大なまたは予想できない懲罰的損害賠償を求めることは、公的問題に対する積極的な報道活動を必然的に縮減させる効果を与える。陪審による莫大な懲罰的損害賠償額は、一定の基準とガイドラインに従わなければ、不公正が生じる可能性がある。陪審が修正第一条で保護された文脈において公的人物に対する損害賠償金の支払いを認めた場合、不公正を生じさせることによって違憲となる。[131]高額な損害賠償は自由な表現を萎縮させてしまう効果がある。[132]一方、Willing 事件で述べたように、被告の支払能力に対する評価がある意味で十分な救済に関する問題を生じる可能性がある。このことから、表現の自由の保障の範囲内で、どの程度の損害賠償、あるいは差止命令のような損害賠償の救済代替措置を命ずることができるかというような精緻で的確な法理の構築は、いまだ理論上および実務上の課題として残っている。しかし、裁判所は

差止命令を適用できるかどうかについて審査する際に、コモン・ロー上の救済を強調し、少なくとも、損害賠償が表現に対して及ぼす抑制効果を重視しない傾向があると理解できる。これについては、Lemen 判決、Kinney 判決、Connors 判決において十分な救済を実現するための損害賠償を強調する点から窺える。そして他方で、判例は、差止命令の適用可能な要件の一つは、損害賠償によって救済の効果を達成し得ないかどうかということであるとするが、それは、まさに損害賠償の前置主義[133]である。

しかしながら、このような硬直的な法理が名誉を毀損された原告の求めるところを満たすかどうかは問題である。[134] 更に、損害賠償が表現の自由に対する抑制効果（あるいは自己抑制）[135]を生ずるとすれば、それは、差止命令が過度の抑制をもたらす危険を強調して救済を損害賠償に限定する従来のルールの論拠と矛盾するものである。即ち、表現に対する過度の抑制を避けるという従来のルールの論拠に基づいて考えるとしても、過度の抑制をもたらす「違憲な損害賠償」と比べて、表現の抑制を必要最小限にとどめる裁判所による「合憲的な差止命令」を認める余地もあるのではないか。この疑問点は、Chemerinsky 教授の学説に批判的示唆を与えるかもしれない。要するに、差止めの現代的なルールを用いる裁判所は、名誉毀損に対する救済方法である差止命令と損害賠償両者について表現の自由の観点から憲法判断をすることが不可欠であり、異なる方向から救済目的の実現の線を引くことによって、名誉毀損に対する救済方法における差止命令の適用の可否を判断するべきなのである。

第三節　小括

アメリカにおける差止命令については、従来のルールが支配的であるものの、最近の判例と理論によって絶対的禁止から緩和される傾向にある。本章は、表現の自由と事前抑制の問題をまず提起した。差止めの現代的なルール

を議論する前に、差止命令に関わる事前抑制理論は先例上どのように理解されるのか、差止命令がどのように事前抑制に該当するのか、差止命令がどのような条件で違憲的な事前抑制の問題を生じさせ得るのかという三つの問題点を簡単に提示した。そして、事前抑制に対する先例上の説明の不十分さ、事前抑制に対する連邦最高裁の態度、現に判例に現れた事案における差止命令の必要性・適用可能性を踏まえて、差止めの現代的なルールの必要性を主張した。

次に、差止めの現代的なルールの適用のあり方を検討した。差止めの現代的なルールは、差止命令が表現に対する「過度に広範な事前抑制」に該当するのか、名誉毀損該当性の事実認定のあり方、裁判所の手続上の配慮、比較衡量による被害の審査などの考慮要件を挙げた。いずれにせよ、差止めの現代的なルールの適用とその適用による効果は、今後の判例・学説によって検証される必要がある。しかしながら、判例上の差止めの現代的なルールは、従来のルールの適用の理由をすべて否定するわけではなく、憲法上の事前抑制の問題の実務上の探究のために、差止命令を容認するかどうかに関わる多種かつ広範な要件を考察することが必要である。[136] 例えば、単に損害賠償が不十分な救済であるかを判断するだけでなく、損害賠償を用いる救済が事前抑制を構成する憲法違反になる可能性を加えて考えるべきであろう。このようにして、コモン・ローとエクイティ上の救済を結合する差止めの現代的なルールが、救済の方法として適用されうるであろう。

おわりに

以上、アメリカにおける差止めの現代的なルールについて、いくつかの判例および学説を素材にして検討した。それは、裁判所の裁量によるコモン・ローとエクイティ上の救済の機能をめぐる時代への対応として捉えうるが、

いまだ判例および学説において十分に確立された理論ではないように思われる。裁判方式でコモン・ローとエクイティの区分が厳然と存在する現状において、差止めの現代的なルールは、名誉毀損からの十分な救済を実現するために、その厳密な区分を解消して、新たな裁判ルールを創造する意味を有する。また、差止めの現代的なルールを用いる判例においては、「eBay テスト」に言及するなどして、比較衡量という判断手法をとることによって、裁判方式としてのコモン・ローとエクイティを結合する傾向がある。即ち、裁判所によっては、差止めの現代的なルールにより、名誉毀損に対する救済方法として差止めと損害賠償のどちらを適用するのかという争点において、差止めの正当性や必要性を強く主張している。このことは、名誉毀損的な表現に対する差止めの現代的なルールが事前抑制に関する憲法の判例・学説に対する再読を促すという意味を有するのではないか。

本稿は、名誉毀損に対する権利救済上生じた表現の自由にかかる憲法問題を取り上げて分析した。それは、表現の自由の法理[137]を明確にするために、差止めという憲法上の問題が日米の憲法理論の再考を促すことを意図しているからである。そこで、次には、アメリカにおける差止めの現代的なルールという理論が、日本の裁判所の差止めの判断枠組みと対照できるのかにつき、別稿に譲り検討したい[138]。

(69) *See* Sir William Blackstone, Commentaries on the Laws of England (London, 1765–1769). Book 4, Ch. 11, at 151–152 (Garland Publishing, Inc., 1978). *See also* Steven Helle, *Prior Restraint by the Backdoor: Conditional Rights*, 39 Vill. L. Rev. 817, 819–821 (1994).

(70) *See* Leonard W. Levy, Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History, 185–186 (Belknap Press of Harvard University Press, 1960).

(71) Near v. Minnesota, 283 U. S. (1931). 名誉毀損に対する救済方法としての差止めに関する判例の展開については、松井・

前掲注（2）一三七―一三八頁参照。

(72) 本件州法によれば、裁判所による差止命令に違反した場合、裁判所侮辱罪として罰金または拘禁刑により処罰される。*Id.* at 703. そして、本件州法の定める手続は「検閲の本質」(essence of censorship) に該当すると裁判所は述べた。*Id.* at 713. しかしながら、本件における事前抑制 (previous restraint)、差止命令 (injunction)、検閲 (censorship) の概念について、裁判所は厳密な定義と区別をしておらず、いずれにせよこのような制限が救済として妥当かどうかを検討した。*Id.* at 722.

(73) *Near*, 283 U. S. at 709–710.

(74) *Id.* at 718–719.

(75) *Id.* at 716.

(76) Neb. Press Ass'n v. Stuart, 427 U. S. 539 (1976).

(77) *Id.* at 561.

(78) *Id.* at 559. 本判決で引用された先例でも、最高裁は差止命令を事前抑制の問題として考察している。例えば、New York Times Co. v. United States, 403 U. S. 713 (1971) は、政府が、New York Times 紙による秘密文書の掲載に対して、国家安全保障を理由として、裁判所に仮制止命令 (temporary restraining order) を求めた事案である。本件は、「政府が『国家安全』のためという理由を持ち出してきたときにも、事前抑制は許されないという推定は排除されないということを明確にした点で、重大な意義をもつ」と評価される。毛利透「事前の抑制」樋口範雄・柿嶋美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選（別冊ジュリスト 213）』（有斐閣、二〇一二年）六五頁参照。

(79) *Neb. Press*, 427 U. S. at 562–567.

(80) Helle, *supra* note 69, at 832–834.

(81) Thomas I. Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 Law & Contemp. Probs. 648, 655–656 (1955).

(82) Freund, *supra* note 13, at 538–539.

(83) *See* Owen M. Fiss, The Civil Rights Injunction, 40–41 (Indiana University Press, 1978).

(84) Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250, 255–256 (1952).

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

(86) *Id.* at 279.

(87) Ronald Dworkin, Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution, 199-200 (Harvard University Press, 1996). 同日本語訳：ロナルド・ドゥオーキン（石山文彦訳）『自由の法――米国憲法の道徳的解釈』（木鐸社、一九九九年）二五七―二五八頁参照。

(88) Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 Harv. L. Rev. 1765, 1774-1776 (2004).

(89) 本稿で取り上げた判例は、プロバイダー事業者のような中立的な私人は原則として対象とならず、従来の表現の自由の事前抑制の問題における当事者をめぐって展開されたものと考えられる。例えば、Baker 判決では、原告がプロバイダー事業者と被告に削除の請求を提起した。裁判所は、被告に対して「ウェブサイト、ブログ、ソーシャルメディアのプロファイルまたはアカウント、または彼が管理しているその他のオンラインコンテンツから直ちに削除するか、削除するようになされる」と命じたが、プロバイダー事業者に対する判断は行わなかった。*Baker*, 95 F. Supp. 3d at 12-13.

(90) Lawrence Rosenthal, *First Amendment Investigations and the Inescapable Pragmatism of the Common Law of Free Speech*, 86 Ind. L. J. 1, 28 (2011).

(91) *Id.* at 28-31.

(92) Tensmeyer, *supra* note 5, at 64-66.

(93) *See, e. g.*, Guaranty Trust Co. v. York, 326 U. S. 99 (1945). Tensmeyer, *supra* note 5, at 66.

(94) 塚本重頼『英米法における名誉毀損の研究』（中央大学出版社、一九八八年）一三一頁以下参照。

(95) Chemerinsky, *supra* note 42, at 167-168.

(96) *Id.* at 165.

(97) *Id.* at 167-171.

(98) *Id.* at 171-172.

(99) Tensmeyer, *supra* note 5, at 50, *citing* Community for Creative Non-Violence v. Pierce, 814 F. 2d 663 (D. C. Cir. 1987);

In re Providence Journal Co., 820 F. 2d 1342 (1st Cir. 1986); Metro. Opera Ass'n v. Local 100, Hotel Employees & Rest. Employees Int'l Union, 239 F. 3d 172 (2d Cir. 2001); Alberti v. Cruise, 383 F. 2d 268 (4th Cir. 1967).

(100) 第一章第三節（1）でみたLemen判決多数意見が指摘するように、Near判決も裁判所によるエクイティに基づく出版差止めについては判断を留保している。

(101) Tensmeyer, *supra* note 5, at 50–51.

(102) *See id.* at 52.

(103) Aguilar v. Avis Rent A Car System, Inc., 21 Cal. 4th 121 (1999). 本件は、職場で行った人種差別の表現に対して、カリフォルニア州最高裁が、事実審における差止命令が必要以上に広くないとして、その適用を認めた事案である。

(104) Tensmeyer, *supra* note 5, at 52–53.

(105) *See id.* at 53.

(106) Ardia, *supra* note 4, at 52–57, 65–68, *citing* Cochran v. Tory, No. BC239405, 2002 WL 34075951 (Cal. Super. Ct. Apr. 24, 2002)（同判決については筆者未見）.

(107) Ardia教授は、一般的な救済方法である差止めが名誉毀損救済のためには適用できないというノー・インジャンクションの裁判原則（伝統的なルール）を以下のように説明する。①裁判所は、名誉毀損的な表現を対象とした差止命令を発する権限がない。②被害を受けた原告に対して、金銭的損害賠償は十分かつ優先的な救済方法である。③差止命令は原告に救済を提供するのに有効ではない。④名誉毀損的な表現を対象とした差止命令は違憲な事前抑制である。Ardia, *supra* note 4, at 19–20.

(108) Ardia, *supra* note 4, at 43–49.

(109) *Id.* at 50.

(110) Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 Va. L. Rev. 53, 55–58 (1984).

(111) *Id.* at 89, 97–99. *See also* Tensmeyer, *supra* note 5, at 54–55.

(112) Ardia, *supra* note 4, at 58–59.

(113) *Id.* at 63.

(114) 吉垣実「アメリカ連邦裁判所における予備的差止命令と仮制止命令の発令手続（8）」愛知大学法経論集第二一六号（二〇一八年）一五一頁以下参照。

(115) *See* Samuel L. Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, 68 Vand. L. Rev. 997, 1028 (2015). 永久的差止命令と予備的差止命令の要件については同じ名称であっても異なる根拠・内容を含んでいる。そして「eBay テスト」は予備的差止命令には適用できないとする消極的な学説がある。吉垣・前掲注（114）一五七、一六七頁参照。それを踏まえて、Bray 助教授は、被害の比較衡量という判断手法が「費用便益分析」(cost-benefit analysis) 基準として見られ、①「被告にとっての費用が原告への利益を大きく上回る場合に、裁判所はエクイティ上の救済を認めるべきではない」、②「被告が善意を持って行動した場合にのみ、裁判所が訴権の無効（forbearance）を示す」との主要原則を述べた。*See* Bray, *supra*, at 1028.

(116) *See* Sheppard v. Township of Frankford, 261 N. J. Super. 5, 11 (1992); A&H Sportswear Co. v. Victoria's Secret Stores, 967 F. Supp. 1457, 1469 (D. Pa. 1997).

(117) 例えば、第四巡回区連邦控訴裁判所は、「原告が本案において勝訴したこと」という要件を要求しない。*See* Bray, *supra* note 115, at 1026, *citing* NOW v. Operation Rescue, 914 F. 2d 582 (4th Cir. 1990). *See also* Ardia, *supra* note 4, at 28.

(118) *See* Tensmeyer, *supra* note 5, at 54-56.

(119) 実際に、先例と理論上の予備的差止命令は終局判決前の回復不可能な被害に対応する救済である。仮制止命令は予備的差止命令前の回復不可能な被害に対応する救済である。吉垣・前掲注（114）一四七―一四八頁参照。また判例上は、予備的差止命令、仮制止命令、永久的差止命令における要件の根拠と内容によって被害の比較衡量方法が異なる場合があるが、実際には、学説によって区別されないこともある。例えば Goldstein 教授は、仮制止命令、永久的差止命令における被害の比較衡量方法を区別せず、「eBay テスト」を典型例として挙げた。*See* Jared A. Goldstein, *Equitable Balancing in the Age of Statutes*, 96 Va. L. Rev. 485, 487 (2010). しかし、予備的差止命令と仮制止命令にも差止めの現代的なルールを適用することを主張することは、Tory 事件第一審のような本案の終局判決を求める永久的差止命令に関する事案の理解に混乱を与えるおそれがある。そこで、名誉毀損的な表現に対する差止命令は仮制止命令や予備的差止命令として可能かどうか、例えば連邦下級裁判所で確立している「表現に対する差止命令は本案の終局判決によって名誉毀損の存在が認定されて初めて発しう

る」という法理の当否は、判例の蓄積を要し、今後の課題として考える。

(120) 他の判例、例えばChambers判決においては、永久的差止命令の適用前に、裁判所は「保護されるものの利益に関する性格、他の救済方法と比べて原告に対する差止命令の妥当性、訴訟提起する際の不合理な遅延、原告による不法行為、救済が拒否された場合の原告の損失および救済が認められた場合の被告への損失、公衆を含む他者に対する利益、命令または裁判を構成する実用性」という七要件を考察すると判断された。*See, e. g.*, Chambers v. Scutieri, 2013 N. J. Super. Unpub. LEXIS 760, 38–39 (2013).

(121) *See* Bray, *supra* note 115, at 1029.

(122) *Id.* at 1030–1034.

(123) 差止命令の現代的なルールの適用の際に表現の真実性の判断を用いる判例がある。*See, e. g.*, Rooks v. Krzewski, 2014 Mich. App. LEXIS 604, 95–97 (Mich. Ct. App. Apr. 3, 2014).

(124) Tensmeyer氏は更に、特定の時点における一定の言葉の特定の使用を「言論のまとまり（unit of speech）」と呼んで考察している。*See* Tensmeyer, *supra* note 5, at 60–61.

(125) Tensmeyer, *supra* note 5, at 88–89.

(126) Gertz v. Robert Welch, 418 U. S. 323 (1974).

(127) 名誉毀損に対する損害賠償には、Connors判決で述べた補填的損害賠償（compensatory damages）、懲罰的損害賠償（punitive damages）および名目的損害賠償（nominal damages）などの種類があった。補填的損害賠償は、推定的損害（presumed damages）、実質的損害（actual damages）および特別損害（金銭的損害）（special damages）に対する賠償である。*See* John D. Zelezny, Communications Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media, 139 (Wadsworth Pub. Co., 1993). また、丸田・前掲注（7）一〇八頁参照。

(128) 陪審は高度な自由裁量をもっているので、陪審に好まれないマス・メディアに対して、とりわけ高額な賠償を命じる傾向がある。特にNew York Times判決の直後から損害賠償の請求額が著しく高額化し、裁判所の認容額も高くなっている。*See* Anthony Disarro, *When Jury Can't Say No: Presumed Damages For Constitutional Torts*, 64 Rutgers L. Rev. 333, 343 (2012).

(129) *Gertz*, 418 U. S. at 349-350.

(130) *See, e. g.*, Burnett v. National Enquirer, Inc. 144 Cal. App. 3d 991 (1983); Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Jacobson, 827 F. 2d 1119 (7th Cir. 1987). アメリカ名誉毀損事件における巨額な賠償、膨大な訴訟コスト、保険料の高騰という傾向が指摘されている。松井・前掲注（2）一六七―一七三頁参照。

(131) Jerome A. Barron, *Punitive Damages In Libel Cases-First Amendment Equalizer?*, 47 Wash. & Lee L. Rev. 105, 107 (1990).

(132) David A. Anderson, *Is Libel Law Worth Reforming?*, 140 U. Pa. L. Rev. 487, 513-516 (1991); Anthony Ciolli, *Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas*, 63 U. Miami L. Rev. 137, 189-190 (2008).

(133) Eugene J. Metzger & Michael E. Friedlander, *Preliminary Injunction: Injury without Remedy*, 29 Bus. Law. 913, 915 (1974).

(134) 調査研究によれば、名誉を毀損された原告はそれほど損害賠償の救済を求めるわけではない。*See* David S. Ardia, *Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law*, 45 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 261, 312 (2010).

(135) Anthony Lewis, *New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to The Central Meaning of the First Amendment*, 83 Colum. L. Rev. 603, 614-617 (1983).

(136) 例えば、差止めの現代的なルールにおいては限定的な差止命令の適用を主張されるが、Tensmeyer 氏は、差止命令の限定の度合いについてまだ不明確な裁量が多いと述べる。Tensmeyer, *supra* note 5, at 56-60.「eBay テスト」は決して差止めの現代的なルールを適用するための決定的な判断基準ではなく、今後の判例・学説によって検証される必要がある。

(137) ここで、裁判方式と手続に着目する事前抑制の法理において、表現の自由はなぜ憲法上の保障を受けられるのかについて検討すべきである。山口いつ子「ネット時代の名誉毀損・プライバシー侵害と「事前抑制」」『論究ジュリスト No. 1』（有斐閣、二〇一二年）五四頁参照。

(138) アメリカにおける差止めの内在的限界や問題点に対する判例、学説の分析、更に言えば裁判官と学者との相互批判および協力の関係という視点は、日本における憲法理論上の類似の関心にとっても有益と思われる。例えば、奥平憲法学の特徴

について、「奥平の『生ける憲法』論を『コモン・ロー憲法論＝コモン・ロー立憲主義』の一種として評価することは許されよう」と述べられる。愛敬浩二「奥平憲法学とコモン・ロー立憲主義――『生ける憲法』という思想と方法」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男『憲法の尊厳――奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、二〇一七年）三八三―三九三頁参照。また、日米両国いずれにおいても、表現物が発表された後についてはより広く差止めを認める余地があるとの指摘もある。岡根・前掲注（10）一六頁参照。