The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	アメリカにおける司法手続による差止命令と事前抑制：インターネット上の「新しい名誉毀損」の状況に鑑みて
Author(s)	付，彦淇
Citation	阪大法学. 2021, 71(2), p. 39-64
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87355
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

アメリカにおける司法手続による差止命令と事前抑制

――インターネット上の「新しい名誉毀損」の状況に鑑みて――

付　彦　淇

一　はじめに

アメリカでは、従来、差止命令を名誉毀損事件で用いない裁判ルールがあり、現在でも有力な考え方である。しかし、近年では、いわゆる「差止めの現代的なルール」によって名誉毀損事件で差止命令を発することを肯定する判例が連邦下級裁判所や州裁判所で台頭しつつあり、差止命令の名誉毀損事件への適用可能性について判例上、また理論上、検討される機会が増えている。[1] 一方、合衆国最高裁（以下「最高裁」という。）は、New York Times 事件をはじめとして、名誉毀損事件において表現の自由を強く保障するために、「現実的悪意」の判断基準を広範に適用している。この公人に対する名誉毀損事件での「現実的悪意」の判断基準は、[2] 判例によって変動する傾向があるが、この判断基準に対する批判的な学説も生じている。それに伴って、コモン・ロー上の救済方法である損害賠償は必ずしも有効な救済とならないとして、差止めの適用可能性が検討されてきたが、[3] さらに、インターネットという表現の「場」[4] に応じて議論が進んでいる。もっとも、差止命令に関する議論は、従来の表現の自由の事前抑

制の理論との関係を問う必要があり、[5] 損害賠償によって被害者の救済を十分に実現できない場合における差止命令に関する憲法論的構造を再考する必要があると言える。

ここで重要なのは、差止命令に関する議論の検討対象であろう。名誉毀損事件の被害者救済の視角[6]から見れば、差止命令の実効性の説明が必要である。差止命令の性質構造を詳しく検討したFiss教授によると、司法手続によって差止命令を発出するには、対審手続の必要があり、[7] 正当な手続という要請が事前抑制の理論に付加されるという特徴がある。[8] 名誉毀損の救済体系を充実させるために、差止命令に対しては陪審、立法および各州裁判所がその役割を果たす必要がある。[9] 従って、本稿は、司法手続によって差止命令を下した際の、差止命令の持つ効果とそれ以後の効果を含めて、差止命令に関する議論を検討したい。

以上の論点を踏まえて、本稿は次のような構成をとる。第一に、アメリカにおける名誉毀損に関する最高裁判例の判断基準において、損害賠償が名誉毀損に対する原則的な救済方法であるとされていることを確認し、「現実的悪意」の判断基準の内在的欠陥を示す。第二に、差止命令に関わる事前抑制理論を展開する。即ち、①差止命令が表現の自由を侵害するおそれがあることを認めた最高裁判例を検討する。このような事例は同じく表現の自由との価値を調整する名誉毀損事件にも示唆を与える。②表現の自由を抑制する理論において、事前抑制と事後的処罰という二分法がある。この二分法に基づいて、差止命令の実効性を支持する理由（特に損害賠償とコストを比較して）があるかどうかを検討する。③差止命令に関する理論は、事前抑制の理論と密接な関係にあると理解できるが、事前抑制の理論に関する混乱状況[10]があるために、司法手続による差止命令に関する重要な論点（手続的差止命令と実体的差止命令、差止命令の原型、事後的争点提起の禁止の原則（Collateral Bar Rule））を整理して提示する。

二　「現実的悪意」判断基準の批判

New York Times 事件における最高裁は、名誉毀損訴訟における「現実的悪意」の判断基準とコモン・ロー上の「現実的損害」の判断基準のいずれを適用するかを検討し、結果として救済である損害賠償を問題とした。要するに、名誉毀損訴訟では、損害賠償が一般的な救済方法として考えられ、判例の判断基準の変動、あるいは原告の性格に対する再評価[11]にもかかわらず、コモン・ロー上の救済方法、即ち損害賠償は不変の地位を有すると言える。

もっとも、New York Times 事件で法廷意見に加わった White 裁判官は、Dun & Bradstreet 判決において、New York Times 事件の判断基準における二つの弊害を挙げた。即ち、①虚偽の情報の流出によって公人に汚名を着せることである。そして、多くの場合にはその汚名は晴らせないままである。②事実調査のための合理的な努力が回避されることにより、敗訴した原告の評判と職業生活が破壊される可能性がある[12]。White 裁判官のこの批判的な見解は、原告の性格と立証責任を直結させるような判断方法に反対してなされている。

（1）Thomas 裁判官の個別意見

より近年では、この White 裁判官の問題意識は、保守派の Thomas 裁判官によって、修正第一条・第一四条の原意主義的理解の下で展開された[13]。Thomas 裁判官によれば、New York Times 事件における意見広告は個人を名指ししない、政府の活動に対する攻撃であったから、その活動に責任を持つ公務員に対する名誉毀損とみなすことはできないと判断されたのであって、この事件を解決するにはこの判示で十分であった[14]。ところが、同判決はこれにとどまらず、名誉毀損法と修正第一条との調和を図ろうとし、さまざま資料を検討して「現実的悪意」の判断基

準を確立したが、この基準を修正第一条・第一四条の元々の理解（original understanding）に基礎づけようとはしなかった。それは、最高裁自身も認めるように、New York Times 事件で定立された基準は「主に裁判官によって作られた法的ルール」であり、その「内容」はコモン・ロー的判決の発展的過程を通じて意味を与えられるとされたからである。[15] Thomas 裁判官によれば、White 裁判官だけが歴史的記録と向き合い、「一般市民の名誉の利益を軽視し、自分を守るために無力にするというのはもとより、かくも全般的に州の名誉毀損法を解体するには全く不十分な根拠しかない」と White 裁判官は結論したのであった。[16]

そこで、Thomas 裁判官は、修正第一条・第一四条が成立した当時の名誉毀損に関するコモン・ローの状況を検討した。当時、コモン・ロー上は損害賠償請求の条件として公的人物に対して、より高度の責任基準を満たすことを求めていなかった。名誉に対する一般的な損害は推定され、特定的損害も賠償され、また懲罰的賠償も現実の悪意が証明されれば課すことができた。真実性は民事上の名誉毀損責任については抗弁となったが、公表内容が虚偽であれば、名誉に関する損害が発生していないことを被告が証明しても少なくとも名目的賠償は請求可能だというのが支配的なルールであった。また、植民地時代には名誉毀損は犯罪であり、建国当時には刑事訴追を認める法律は広く見られており、修正第一四条成立時でも、多くの州で真実性ないし善良な動機は抗弁として認められてはいたが、刑事名誉毀損法は残っていた。[17] よって、Thomas 裁判官は、修正第一条または第一四条が当初理解されていたところにおいて公的人物に関する「現実的悪意」基準などを含んでいたことを疑うべき十分な理由があるとし、これらの憲法規定は名誉毀損に関するコモン・ローを廃棄しなかったという。例えば、公職者や公的人物は、「現実的悪意」の証明責任を果たさずに、免責されない言論に対して民事名誉毀損訴訟を提起することができたし、刑事名誉毀損法も残り、一九五二年の時点でも「アメリカのすべての法域において個人に向けられた名誉毀損を処罰

していた」のである。[18] このような歴史的証拠がありながら、New York Times 判決は、一七九八年扇動罪法に対する反対論に言及するのみである。特に同判決は、一七九八年バージニア決議（Virginia Resolutions）における James Madison の見解――「すべての州の出版（press）は、コモン・ローにおける厳格な制限に限定されず、公人の能力と器量（merits and measures）に対するすべての事柄を論じる自由を十分に発揮している」――を強調した。かくして、同判決は、この証拠から、修正第一条が政府と公務員への批判を保護するという「広範なコンセンサス」（broad consensus）を見いだしたのである。けれども、Thomas 裁判官によれば、Madison は、公務員が民事裁判で救済を得ることを憲法が廃棄したとは考えていなかったのであるし、彼の中心的な前提は、すべての植民地をひとつの社会にするような全国的なコモン・ローの不存在であった。[19]

以上の理由により、Thomas 裁判官は、New York Times 事件で確立された「現実的悪意」の判断基準が修正第一条と第一四条の原意から乖離していると判断して、公共の言説の奨励と、評判の侵害に対する有益な救済策の提供との間で許容できる利益衡量を行う場面に対する裁判法理の再考を要すると述べた。

しかしながら、この Thomas 裁判官の見解においても、救済方法としての損害賠償を固守する必要があるか否かという問題が残されている。つまり、損害賠償という名誉毀損の救済方法の中にも必然的に表現の抑制のおそれが含まれるのであれば、損害賠償と同じく救済方法としての差止めも表現の自由の理論の中で検討する余地があるのではないか。

（2）Rendleman 教授の理論

上記の Thomas 裁判官の個別意見を参照した上で、Rendleman 教授は、New York Times 事件に対して次のよ

うに検討した。Rendleman 教授は、New York Times 事件において、自由な表現を保障する根幹的な目的のためには、「真実の表現の全体の流れ（overall flow）に貢献するために、いくらかの虚偽的な表現が許容される」ものの、「虚偽がこの限界（threshold）を超える可能性がある」とも指摘する。その結果、New York Times 事件の判断基準には、虚偽的・錯誤的な表現を保障するという意味が含まれる。[20] しかし、将来の表現を保障するために現在の不正を正当化することは、虚偽的な表現をはびこらせ、救済なしに原告の評判を侵害することを許すことになる。[21] 即ち、Rendleman 教授は、「虚偽事実の言説は特に価値がない」という従来の最高裁判旨[22]を支持していると言える。

また、New York Times 事件の判断基準に Rendleman 教授が反対するもう一つの理由は、最高裁が、公人である原告に対する批判が表現の自由に関わる重要な問題であるとして、「公的」、「公務員」、「人物」、「私的」、「利益」といった語句を発展させてきたが、これらは満足のいくものではなく、不安定で複雑、曖昧で不十分であるからである。[23] Rendleman 教授は、少なくとも、原告が損害賠償の代わりに被告の表現による将来の名誉毀損に対する差止命令を求めている場合には、被告に金銭的な負担がないことから「現実的悪意」の基準を適用する必要がないと考えるべき可能性を指摘する。[24]

そこで、「新しい名誉毀損」という造語が、Rendleman 教授により打ち出されている。「新しい」とは、ソーシャルメディアの発展に際して、インターネット時代の情報伝達を伝統的な新聞紙と区別することであると理解される。「新しい名誉毀損」とは、私人の名誉を毀損する事件について、New York Times 判決の判断基準が「時代遅れ」であると考え、新たな救済方法（差止め）を求めるものである。[25] 即ち、Rendleman 教授は、「新しい名誉毀損」における救済の必要性を強調し、McKee 事件 Thomas 意見を参照した上で、New York Times 判決の再読により、新たな救済方法を論証しようとするのである。

（3）Anderson 教授の理論

New York Times 判決の判断基準に対する反対論は、表現の自由を保護する目的以外の、ほかの利益に対する評価が足りないと主張した。このような利益は、例えば Anderson 教授によると、個人の評判に対するコストと社会コストを踏まえた名誉毀損に対する救済の有効性に関わるものである。つまり、New York Times 判決の判断基準においては、立証責任を負う公職者ないし公的人物を厳密に画定することができず、数百万のアメリカ人がこれに該当するとされる可能性がある。そして、このような人物に救済を保障する何の道も定めていない[26]。名誉毀損に関する救済が十分になされないため、「被害者のコストは苦悩と評判を害した側面において計り知れない[27]」。最高裁は、「現実的悪意」のもたらす正確な評判のコストに直接取り組んだことがない。その代わりに、最高裁は、説得力のない合理化によって、評判に対する犠牲を最小限に抑えようとした。即ち、最高裁は権利自助（self-help）と権利放棄（waiver）によって合理化しようとした[28]。権利自助とは、公人である原告は通常、メディアへのアクセスが多く、自助を通じて自分の評判を保護する多くの機会を持っているとして、私人よりも評判にかかる脆弱性が低いことをいう。権利放棄とは、公職を求める人は、公職への関与に伴う特定の必要な結果を受け入れなければならないことを指す。即ち、彼らは特定の公共の論争の最前線に自分自身を押し出す必要があるという。以上の理論に対して、Anderson 教授は、最高裁が評判に対するコストが実際には無視できると信じているなら、その理由を示すことを怠っていると主張した。

他方、「現実的悪意」の基準が適用される場合には、社会的コストは、政治だけでなく、文化的、宗教的、教育的、ビジネス生活において生ずる[29]。「現実的悪意」の判断基準は明らかに公共の生活への参加を抑止する。人は公職に就くかどうかを決定する際に、この判断基準を考慮せざるを得ない[30]。そして、そのような人の公的参入だけで

はなく、公的生活に関する討議も抑制する結果、ある種の萎縮的効果が生じる。

Anderson 教授の理論は、名誉毀損法における救済について有益な示唆を与える。New York Times 判決の判断基準を名誉毀損の救済方法を含めた一般的要件へと再構築することは、[31] 同教授の理論の核心である。しかしながら、立証責任者に対して、このようなコストを一方的に強調するならば、表現の自由の保障と名誉毀損の救済との対立を不必要に激化させる可能性も否めない。

（4）小括

以上のように、「現実的悪意」の基準に対する批判的理論は、修正第一条に関する原意主義的解釈、インターネット上の「新しい名誉毀損」の状況、立証責任の負担などを踏まえて、原告である公人の名誉も私人のように保障されるべきことを主張している。しかしながら、単なる「現実的悪意」の基準を批判する理由によって、差止命令の実効性を肯定するのは困難である。インターネット上の状況に応じて「現実的悪意」の基準を変化させる必要性がいくら高くなっても、表現の自由を保護する作法という根本的な理論は維持すべきであり、単に損害賠償という救済方法を否定するだけでは意味はない。このように考えると、差止命令が損害賠償と比較して、[32] より高い実効性をもたらすというためには、表現の自由に対する抑制効果がより低いということが必要である。そこで、次に差止命令に関わる事前抑制理論を検討する。

三　差止命令に関わる事前抑制理論

（1）差止命令に関わる裁判例

差止命令に関わる裁判例については、名誉毀損事件に限らず、既に多数存在している、差止めと表現の自由に関する最高裁判例を参照することができる。

例えば、わいせつな物を販売する違法な行為に対して裁判所による没収（forfeiture）を課することが、修正第一条に違反するかどうかに関わるAlexander事件において、最高裁は事前抑制と事後的処罰の違いを明確に示した。事前抑制という用語は、コミュニケーションの発生の前にそのコミュニケーションを禁止する行政および司法の命令を記述するために使用される。表現を制限する仮制止命令や永久的差止命令というような裁判所の命令は、この事前抑制の代表的な例である。[33] 修正第一条は、事後的処罰よりも事前抑制からのより大きな保護を提供する。過去の犯罪行為に対する罰金というような事後的処罰がもし事前抑制に該当するならば、事前抑制であるかどうかを確実に判断することは不可能となる。[34]

政府が国家安全保障を理由として裁判所に差止命令を求めたPentagon Papers事件において、最高裁は、政府が表現を事前に抑制する正当な理由を示すために重い立証責任を課されるべきであるが、当該事件で政府は立証できていないと判断した。[35] 更に、Brennan裁判官の同意意見は、当該文書の公表が国家的利益を損なうかもしれないという程度の主張しか政府がしていない本件では、本件で発せられた抑制命令はすべて修正第一条に反していたと主張する。[36]

職場で行われた人種的ハラスメント的な表現に対する差止命令が修正第一条に違反するかどうかに関わるAvis

Rent A Car Sys. v. Aguilar事件において、最高裁は裁量的上告の不受理決定をしたが、これに反対するThomas裁判官は、次のような意見を述べた。曰く、職場でラテン系アメリカ人の従業員に不快感を与える言葉を禁止事項として列挙したことは、完全に保護された表現を抑制する可能性がある。職場でのある種のハラスメント的な表現が修正第一条の保障を受けない場合があっても、将来の違反に対する損害賠償という軽度の救済と比べて、表現を抑制する事前抑制の必要性があるとは言えない。更に、本件での差止命令は、ラテン系の人々に聞こえないところで発せられた言葉に適用されるおそれがあり、また、理性的な討論に資する可能性のある発言についての適用除外も含んでおらず、狭く仕立てられた（narrowly tailored）ものではない。かように同裁判官は判断した。[37]

以上の判例で提示された差止命令に関する説示は、事前抑制とこれに対する裁判所による対応に関する議論であると理解できる。このような救済方法は、表現の自由の法理と関連させて理解する必要がある。

（2）表現抑制の二分法

既に示したように、救済を一義的に追求することは、表現の自由を抑制する効果を持つ。このような利益の対立は学説上どのように理解されているか。まず、表現の自由における事前抑制禁止理論の観点から、表現抑制の効果について考察してみる。例えば、Mayton教授は、修正第一条は事前抑制禁止の原則を具現化したものであって事後の処罰はこれに反しないと考えられていたために、一七九八年にアメリカで制定された外国人および扇動法（Alien and Sedition Acts）における、合衆国政府に対して既に公表された虚偽、中傷、また悪意のある書き込みをした者に対する罰金や投獄にかかる規定が、修正第一条に反しないと主張されたという。[38] そして、「自由な社会は、事前に排除する（throttle）よりも、法律を破った後に表現の権利を乱用する少数の人々を処罰すること」を

選ぶとした最高裁の意見[39]を参照した上で、Mayton 教授は、表現の抑制に関する事前抑制と事後的処罰（subsequent punishment）という二分法の妥当性を検討している。

Mayton 教授は、差止めを事前抑制と同様に理解した上で、上で示した二分法について、更に次の三類型に整理した。つまり、①行政的な抑制（bureaucratic restraints）、②司法的抑制（judicial restraint）、③事後的処罰に区別するのである。①と②の区別は、一般的に次のように理解されている。第一に、①は、差止命令を命じた裁判所のように広く社会利益に役に立つことを通常は期待できない[40]。行政的な抑制は、特定の政府プログラムへの関心を優先させる。例えば、国家の利益を損なう資料の公表を防ぐことを目的とする。②は、①の有する過剰な検閲（over-censorship）の傾向を共有する可能性が低い。司法は常に様々な社会的利益を扱い、更にそれと関わる憲法上の権利を考慮する。第二に、最も重要な区別であるが、①は、行政許可制（bureaucratic licensing）を通じて、より広範に検閲を適用する[41]。行政検閲を規定する法律は、行政許可の幅広い裁量を通じて、通常、広範で曖昧である。そして、表現者の表現行為に関わる評価には、必然的に検閲者の反応が含まれている。これは表現の自由に有害である。一方、差止命令はより個別的（discretely）表現を抑制する効果を与える。即ち、②は、原告が勝訴と判断されるときにのみ発動する。第三に、①は対審手続（adversary proceeding）の審査を経ず、遂行される[42]。こうした行政許可制は、行政活動とかなり高い程度で結びつき、行政機関に表現を抑圧する広範で審査を受けない（unexamined）権限を与え、修正第一条の価値に対して敏感でないという点で悪い。これに対して、②の場合は、対審手続における司法判断だけが表現の自由に対する必要な敏感さを保証するので、有効な最終的な抑制を課すために十分な司法判断の必要性を満たしている。それゆえ、行政許可制が直ちに司法審査に服するときは、①が引き起こす検閲の問題を排除するので、事前抑制禁止の法理に反しないと、Mayton 教授は主張する[43]。

更に、Mayton 教授は、John Milton の観点を批判して、③に対して解釈を行う。即ち、Milton は、「扇動的な報道を統制する最善の方法は、大規模な自己検閲を教え込むことである」と認識した上で、悪意的かつ名誉毀損的な行為が発見された場合、刑罰がその行為を防止する最上の救済策であると指摘した。このように、③は、事前の抑制（previous restraint）に類似する、表現に対する防止という意味を有する。[44] そこで、Milton の観点によれば、③はタイムリーな抑制であって、つまり、処罰を恐れる人の恐怖と臆病を利用することによって、国家に対する批判が生まれようとする時にそれを抑止する。また、③にはコストに比して効果的（cost-effective）という側面がある。それは、広範な自己検閲というような安易な抑制を作り上げる。[45] 従って、Mayton 教授は、③は言論に対する独特の害を産むと指摘する。つまり、処罰による抑止は、反社会的な行動を封じ込めるために広く使われるが、表現には、行動統制の通常の手段を非常に鈍感な抑制の手段に転換する特性がある。同時に、この特性は、国家にとって不快な表現を妨げることができる非常に広い範囲の裁量権を国家に与える。[46] それゆえ、③の事後的処罰の場合も、訴追や処罰のリスクを恐れる人々の自己検閲を招き、またこれは事前抑制の場合に必要とされる司法審査を伴っていない。これに対して、差止命令による救済は司法審査の手続を経るがゆえに、修正第一条の価値をよりよく保護するのであると、Mayton 教授は主張する。[47]

上で述べた事前抑制と事後的処罰という二分法は、表現抑制のコストに関する理解に有益な示唆を与える。ここでのコストとは、金銭的な取引に限らず、機会の損失（lost）や資源の再分配を含めた広い意味で用いられている。関連するコストを評価するためには司法審査の特定の機能を認識することが重要であると、Mayton 教授は述べる。[48] 裁判所は、問題となる抑制を可能な限り正確かつ狭くすることを要求することを達成することができており、それは可能な限り最も制限の少ない抑制である。[49] このような認識により、修正第一条で保護された表現の抑制の防止と

して機能的に働き、事後的処罰（あるいは法の執行）に伴うコストを減少させることができる。しかしながら、事後的処罰に関するコスト――訴追や処罰のリスクを避けようとする人々は発言を控えるようになり、また、言論抑圧法に伴う漠然性や過度の広範性のために法執行者がこのリスクを増大させることによって引き起こされる表現の誤った抑制の可能性――は最高裁も指摘しているところである。[50] このように事後的処罰が違憲的な自己検閲を導き、正当な司法プロセスを要請するのとは対照的に、差止命令は、社会的コストを減少させることができる。つまり、この差止命令は、まず対審手続によるべきであり、政府は、その求める抑制が可能な限り最も狭い範囲であることを、裁判所に対して証明する必要がある。またそのような抑制は一時的なものであることが保証される。[51]

以上のように、Mayton 教授は、事前抑制と関連する差止命令は、社会的コストを減少させ、救済の意義を果たす価値を持つと主張している。同教授は、表現に対する抑制の二分法により、社会的コストの大小をその最も中心的な要素として考え、従来の事前抑制理論と異なる理解を示した。[52] しかしながら、Mayton 教授による二分法は、司法判断を受けるかどうかを基準として、行政行為、立法行為と司法活動を全般的に評価するが、その二分法の適用範囲は限定されると言える。つまり、同じく司法活動の中でも、十分な司法手続により損害賠償を命じた場合には、この二分法を用いてコストを分析することはかなり難しいであろう。Mayton 教授の検討した差止命令は、「事前的」抑制の場面に限定されたものである。これに加えて、同教授は、差止命令に伴う、懲罰性を有する裁判所侮辱罪（contempt）は、差止命令の要請に違反する場合にのみ科される「事後的段階」であると述べ、このような罰に対する再審理（a second hearing）の際に、再び充実した司法プロセスが導入されると主張しており、差止命令に関する複数の段階的思考を必要とするものであると言える。[53]

（3）司法手続上の差止命令

十分な司法手続的保障をもつ差止命令に対して、Rendleman 教授は Mayton 教授と類似した理論を提示し、更に事前抑制に関する差止命令を手続的事前抑制（procedural prior restraint）と実体的事前抑制（substantive prior restraint）とに類別する。そして、同教授は、二つの最高裁判例を各類別の典型例として挙げた[54]。まず、Rendleman 教授は司法手続を重視する Freedman 判決[55]を手続的事前抑制の例として考える。本件では、メリーランド州映画検閲法がわいせつな映画に対する検閲となるか否かが問題となったが、最高裁は、保護された性の露骨な描写と禁止されるわいせつな主題との境界を評価する際に、検閲者に手続的保護を要求した。最高裁は、「検閲システムの危険性を排除するように設計された手続的な保護の下で行われる場合にのみ、事前抑制のシステムにおける憲法上の欠点を避けうる」[56]という基準を立てた。この基準の具体的要請は、次の二点である。第一に、映画が保護されていない表現であることを証明する責任は検閲者（censor）にある。第二に、州が、すべての保護されない映画の上映の禁止を効果的に進めるには、すべての映画に対する事前抑制が必要となる。ただし、当該事前抑制は、映画が保護された表現を構成するかどうかについての検閲者の決定に、終局的な効果を与えるものではない。そこで、検閲者が保護されない表現と保護された表現とを区別するプロセスが、修正第一条の手続的な枠内に入る場合に、手続的事前抑制という問題が生じる。その際に、裁判所は、行政機関がその表現が保護された表現であるかどうかを正確に判断することなく、慎重な決定プロセスに従わずにその人の表現を禁止する場合に、違憲な事前抑制として非難することができる。この判例によれば、手続的事前抑制は、裁判所により、表現に対する不適当な審査を非難する抑制手段である。この抑制手段には、行政許可のシステムにおける従来の事前抑制の理論（行政検閲）[57]をきっかけにして、裁判所の司法判断による適当な決定（終局的な司法的決定（final judicial decision））を通

じて差止命令の合理性を認める側面がある。

一方、実体的事前抑制は、裁判所が表現または表現に関連する行動に対する差止命令を認めた場合に、これが事前抑制にあたるかどうかという問題である。事前抑制に該当するか否かについての裁判所の決定は恣意的かつ無原則かもしれない[58]。この問題は、中絶を行う診療所の外の特定の場所で一定の方法でデモを行うことを禁止する裁判所の差止命令の当否に関するMadsen判決[59]における意見の対立に現れている。これについて、法廷意見は、本件の差止命令の合憲性に対する分析において事前抑制の理論を採用しなかった[60]。法廷意見によれば、第一に、当該差止命令は、単に中絶診療所の敷地の周りの緩衝地帯（buffer zone）での活動を禁止するものに過ぎず、抗議者による他の方法での表現を禁止するものではない。第二に、その差止命令は、抗議者の表現の内容を理由としておらず、彼らの以前の違法行為を理由として発せられたものである[61]。Rendleman教授によれば、同様に、表現に対する事前抑制の法理は、裁判報道、わいせつ、デモ行進、国家安全保障など領域によって異なる強調点と結果をもたらしていると指摘する[62]。

Rendleman教授による事前抑制に関する区分は、名誉毀損事件における差止命令の有効性を認める点で、有効な救済を導き出せると考えられる。しかしながら、Rendleman教授は「差止命令は事前抑制」、「損害賠償は事後的処罰」と定式化するが[63]、すべての差止命令を事前抑制として考えることは妥当なのだろうか。この疑問を解決するために、手続的事前抑制に関わる裁判所の司法判断――手続により事前抑制を合憲といえるようになるか――が必要である。もっとも、同教授の関心は、当該手続が、行政許可ではなく、終局的決定を経た裁判所の命令とされることにある。これに対して、差止命令は確かに事前に表現を制限する性格を持つが、Mayton教授による複数の段階的思考は、司法手続の全般を考察している。それは、差止命令に関する訴訟の特殊性に応じて、終局的決定を

経た一度切りの判断だけではなく、誤った差止命令に対する以後の裁判の可能性も考慮に入れることとなる。結局のところ、両教授は、差止命令に事前抑制としての側面があると示したが、差止命令に関する訴訟の司法手続に関して多少分岐が生じると言える。これに加えて、誤った差止命令を以後の裁判で是正する問題は、次のように考えられる。

司法手続の全般に関わる問題に対して、Blasi 教授は、表現を制限する差止命令の原型について考察する。[64] つまり、このような差止命令の原型＝中間的でない事前差止命令（non-interlocutory preventive injunction）とは、その対審手続の後に、特定のコミュニケーション活動を禁止する、訴訟当事者に対して出された司法の命令であり、これは、刑事または民事の裁判所侮辱罪によって拘束力を担保するものである。そして、このような差止命令の原型において最も重要な問題は、例えば、Walker 判決[65]で議論された事後的争点提起の禁止の原則（collateral bar rule）である。本件バーミンガム市（被上告人）は抗議者（上告人）が許可なしに組織的なデモをすることを止めるために、これが市の条例に違反すると主張した。一審は暫定的差止命令（temporary injunction）を下し、二審もこれを支持した。本件は、上告人が下級裁判所による暫定的差止命令を無視してデモを進めた結果、裁判所侮辱罪を犯したとして処罰されたことが、憲法問題として争われるかという事案である。

最高裁は、差止命令に関して次のように検討した。差止命令は、エクイティ裁判により一般的管轄裁判所から正当に発令されたものである。その命令がたとえ誤りであっても、更に、仮にこの誤りが本案判決で無効とされた法律を前提としていたとしても、差し止められた当事者はこの命令に従わなければならない。法律の妥当性の問題は裁判所の最初の決定によることであり、一審裁判所自らまたはその上級裁判所が審査によってその誤りを取り消すまで、その決定に基づく裁判所の命令は尊重されるべきである。このような命令に服従しない場合には、裁判所の

合法的な権威を軽蔑したとして、罰せられる。[66] 本件における差止命令は、許可なしに行進を奨励したり、デモをしたりすることを禁止したが、実質的な憲法上の問題である過度の広範性や漠然性を有する差止命令ではない。この差止命令は一方当事者の申立に基づいて発せられたもの（*ex parte*）であり、もし差し止められた当事者がこの差止命令を修正または取消させることを主張するならば、裁判所にこのような憲法問題を審査させることができる。[67] このように、最高裁は、上告人がこの差止命令に対する違憲審査を主張しなかったため、この差止命令がたとえ違憲だとしても事後的争点提起の禁止の原則に従うべきであると判断した。

こうした差止命令は、刑事的処罰や民事責任におけるルールとは異なり、権利自助を排除する（withdrawal）救済である。[68] つまり、事後的争点提起の禁止の原則に服するべき、司法手続におけるこのような差止命令は、Walker 判決のように完全な司法の尊重である一方で、修正第一条の利益を損なうおそれがある。[69] また、Blasi 教授は、「暫定的かつ誤っているかもしれない抑止の効果を最小限に抑えるために、迅速で最終的な司法判断を保障する必要がある」[70] という Freedman 判決法廷意見に従うならば、こうした要請はあらゆる保護された表現に適用される可能性があると述べた。[71] しかしながら、差止命令は、事後的争点提起の禁止の原則が妥当する場合、表現行為の遅延をもたらす自己検閲の可能性を生じさせる。Walker 判決は、少なくとも一定の場合、迅速な司法判断を受けられず遅延に直面した表現者が差止命令の無効を主張する権利を否定せず、即ち、彼の権利自助を否定していないと考えられる。[72] ただし、それでも、表現のタイミングを制限するとともに表現したい人の権利を侵害することも否めない。[73] このように、差止命令から導かれる害悪[74]の一つとして、表現者の自己検閲を引き起こすおそれがある事後的争点提起の禁止の原則を検討する必要がある。

Rendleman 教授、Mayton 教授および Blasi 教授は、司法判断によって手続上の差止命令の特徴を説明する。三

教授は司法判断を尊重する立場をとったが、それぞれの司法手続上の提案が注目される。その中で、Mayton 教授は司法手続の全般、即ち誤った差止命令に対する以後の裁判での是正の問題も考慮したが、Blasi 教授は、誤った差止命令があっても尊重すべきという事後的争点提起の禁止の原則を差止命令の原型として検討した。

もっとも、Rendleman 教授のいう実体的事前抑制とは、差止命令を事件別に整理することと見ることができる。つまり、表現の内容の実質的な審査に対応する実体的事前抑制においては、表現の内容を審査するとともにその判断が変化する余地がある。一つの例としては、将来の表現に対する差止命令は、予測できない将来の表現をどのようにして抑制するかという問題である。このような問題は、表現の自由の法理――その表現に対する規制が漠然かつ不明確か、過度に広範であるか――と緊密に関わりつつ、差止命令の実体的内容に対応する司法判断と関連する。(75)

（4）小括

差止命令は表現の自由を抑制する効果がある。このような効果の下で、差止命令は事前抑制のように表現を萎縮させる効果をもつことを肯定しつつも、損害賠償による救済も表現活動を抑止する効果があるという Mayton 教授の二分法（事前抑制と事後的処罰）の理論がある。差止命令は決して新しい救済方法ではなく、事前抑制を正当化するにたる司法手続に従う差止命令の、制裁の効果における事後的処罰との優劣関係について、Mayton 教授は次のように理解した。つまり、事後的処罰が違憲的な自己検閲を導く反面、差止命令は、正当な司法プロセスを要請すると同時に、社会的コストを減少することができる、と。

しかし、事前抑制と事後的処罰の単なる区別だけでは、差止命令に対する理解は不十分な点がある。差止命令は、より複雑な状況があるため、より詳しく分類される必要がある。即ち、適切な司法手続を踏むべきであると考える

Mayton 教授の理論、および Rendleman 教授が提示した手続的事前抑制の理論は、事前抑制的効果を重視する点で、差止命令も事前抑制と似たような性格をもつと捉える。しかしながら、差止命令は、司法手続の全面的保障を要し、裁判に伴う複数の段階でこの権利保護の機能を発揮する可能性がある。更に、Mayton 教授のいう「事後的段階」に充実した司法プロセスを導入する意見とは異なり、Redish 教授は、差止命令が発令されたときに適切な司法手続の発動も要請されると主張する。

最高裁は表現の自由に関する権利性を保障できない事後的争点提起の禁止の原則を検討して司法手続を尊重すべきだと述べたものの、差止命令にも、もともと好ましくない権利自助[76]に関わる議論があり、事後的争点提起の禁止の原則を修正する余地がある。即ち、事後的争点提起の禁止の原則により、単純に法の支配の下で司法の判断に依拠することは、表現の自由を損なうおそれが高い[77]という側面があるが、修正第一条と比べて長い歴史をもつ事後的争点提起の禁止の原則を否定するならば、司法執行の安定性を崩され、もともと回復不可能な損害（irreparable injury）を救済するために設計された差止命令の実効性を制限する側面もある[78]。従って、事後的争点提起の禁止の原則を完全に禁止せず、全面的かつ公平な聴聞理論を適用するならば、司法手続上の合憲な訴権を保障することができる[79]。他方、〔全面的かつ公平な聴聞を受ける機会のない〕不適切な差止命令に対する救済のために、差止命令の合憲性を検討する可能性を残すべきである[80]。

このように、差止命令については、司法手続の全面的保障の要請を踏まえて、不適切な差止命令に対する司法救済の可能性を含め、差止命令の手続と内容を調整しながら違憲な事前抑制の問題に対処する余地がある。以上の問題は、一つの理論で十分に検討することは難しいと思われ、更に多角的な裁判法理を形成することが期待される。

四　おわりに

現代社会におけるソーシャルメディアの発展により、インターネット上の名誉毀損事件は、「新しい名誉毀損」即ち被害者が公人ではなく私人である場合を多く含むようになり、これに応じて「新しい」救済方法が、表現の自由の観点も踏まえ、模索されるようになった。本稿は、この問題を、差止命令における司法手続に関する議論を中心に検討した。

司法手続による差止命令の実効化のためには、従来の事前抑制の理論では限界がある。それは、差止命令の発令時の効果とそれ以後の効果が、名誉権と表現の自由との内在的調整に関連し、このような司法手続は合憲であるか、表現の自由にどのような制限を課すべきなのかという問題が生じるからである。従って、表現の自由を制限する正当な理由を解明するために、司法手続による差止命令に対する効果的司法運営[81]が必要であろう。このように、差止命令に関する憲法論的構造は、事前抑制の理論の多角的な検討を必要とし、被害者救済のための判例法理の形成を求めるのである。

（1）差止めの現代的なルールについては、拙稿「名誉毀損の救済方法としての差止めについての一考察――アメリカにおける現代的なルールについて――（一）、（二・完）」阪大法学六九巻二号（二〇一九年）、同五号（二〇二〇年）を参照されたい。このルールを表明した代表的な判例は、Hill v. Petrotech Res. Corp., 325 S.W.3d 302 (Ky. 2010) である。インターネット上の名誉毀損事件に対する現代的なルールの適用を検討する論文としては、例えば Elizabeth Elving, *The Online Defamation Dilemma: Adapting an Age-Old Doctrine to the Reality of Modern Speech*, 104 Marq. L. Rev. 543 (2020) がある。現代的なルールについて、合衆国最高裁レベルではまだ確立されていないが、連邦下級裁判所の態度は分かれている。例えば、第七巡回区連邦控訴裁判所は現代的なルールを肯定する判決（McCarthy v. Fuller, 810 F.3d 456

(7th Cir. 2015) を下した。これに対して、第一巡回区連邦控訴裁判所は現代的なルールに否定的な判断（Sindi v. El-Moslimany, 896 F.3d 1 (1st Cir. 2018) を下した。*See* Elizabeth Elving, *supra* note, at 564-566.

（2） 公人の名誉毀損について、そして「現実的悪意」を導入する可能性を論じる研究については、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、二〇〇八年）を参照されたい。

（3） *See* David S. Ardia, *Freedom of Speech, Defamation, and Injunctions*, 55 Wm. & Mary L. Rev. 1, 9-18 (2013).

（4） *See* Packingham v. North Carolina, 137 S. Ct. 1730 (2017). 本件は、未成年の子供がメンバーになったり個人的なウェブページを作成または維持したりできる商業ソーシャルネットワーキングサイトに、性犯罪者として登録された者が、それと知りつつアクセスすることを重罪と定めたノースカロライナ州法の合憲性を審査した事件である。最高裁は、「今日言うことは明日時代遅れかもしれないことを意識す」べきだとしつつ、修正第一条と現代のインターネットとの関係を検討した。そして、当該ウェブサイトは、インターネットに接続している人に「どの街頭演説（soapbox）よりも遠くに共鳴する声を伝達する町の広告屋」のように役立つとした。*Id.* at 1737, *citing* Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 870 (1997).

（5） See Ariel L. Bendor & Michal Tamir, *Prior Restraints in the Digital Age*, 27 Wm & Mary Bill Rts J 1155, 1156 (2019).

（6） Owen M. Fiss, The Civil Rights Injunction, 38-40 (Indiana University Press, 1978).

（7） *Id.* at 28-29.

（8） *Id.* at 45-48. Fiss 教授は、将来の害悪（wrong）を抑止する（prevention）差止命令の内容や性質を検討した上で、刑事訴追（criminal prosecution）・刑事的処罰（criminal prohibition）と比較して、両者が異なることを指摘した。*Id.* at 69-71. もっとも、差止命令違反の制裁としての裁判所侮辱罪（criminal contempt）には刑事事件的な性格があることに注意する必要がある。*See* Eugene Volokh, *Anti-Libel Injunctions*, 168 U. Pa. L. Rev. 73, 75 (2019). また、Redish 教授は、事前抑制の弊害を回避するために、全面的かつ公平な聴聞理論（full and fair hearing rationale）の適用を主張する際に、事後的争点提起の禁止の原則にも一定の修正を加えて適用できると主張する。Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 Va. L. Rev. 53, 98-99 (1984).

（9） Fiss 教授は、陪審が関与せずに差止命令を審理する現状に対して、差止命令プロセス上の陪審関与の可能性を論じ

た。Fiss, *supra* note 6, at 50–68.

(10) Stephen R. Barnett, *The Puzzle of Prior Restraint*, 29 Stan. L. Rev. 539 (1977).Barnett 教授は、事前抑制の理論における典型的判例であるNebraska Press Association 事件（Neb. Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976)）を検討した上で、事前抑制となる差止命令が事後的処罰と異なると主張した。例えば、差止命令は司法手続に関わる性格を持つために、これに従わなければ裁判所侮辱により罰を受けることがあり、また事後的争点提起の禁止の原則（Collateral Bar Rule）に従う場合がある。Barnett, *supra* note, at 550–551.

(11) New York Times 事件後の判決（Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967); Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974); Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders, 472 U.S. 749 (1985)）においては、「公的論争」・「公的関心」の概念が論点であり、表現の自由に対する萎縮的効果を防ぐための表現保護対象の拡大化と立証責任の定式化への対処が、New York Times 事件後の名誉毀損訴訟の争点となっている。

(12) *Dun & Bradstreet*, 472 U.S. at 769 (White, J., concurring).

(13) McKee v. Cosby, 139 S. Ct. 675 (2019) (Thomas, J., concurring in the denial of certiorari).この事件は、名誉毀損事件において最高裁が裁量的上告を不受理としたが、Thomas 裁判官は不受理決定に賛成しつつ、New York Times 判決以来の名誉毀損に関する判例法理に疑問を呈する個別意見を述べたものである。

(14) *Id.* at 677.

(15) *Id.* at 677–678.

(16) *Id.* at 678, *citing Gertz*, 418 U.S. at 370 (White, J., dissenting).

(17) *McKee*, at 678–680.

(18) *Id.* at 680–681, *citing* Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 255 & n.5 (1952).

(19) *Id.* at 681–682.

(20) Doug Rendleman, *The Defamation Injunction Meets the Prior Restraint Doctrine*, 56 San Diego L. Rev. 615, 627–629 (2019).

(21) *Id.* at 629.

(22) 例えば、Rendleman 教授は、Gertz 判決（Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974)）と Hustler Magazine 判決（Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)）を参照した。

(23) Rendleman, *supra* note 20, at 668.

(24) *Id.* at 671-672.

(25) *Id.* at 630-632.

(26) David A. Anderson, *Is Libel Law Worth Reforming?*, 140 U. Pa. L. Rev. 487, 524-525 (1991).

(27) *Id.* at 525.

(28) *Id.* at 526.

(29) *Id.* at 531.

(30) *Id.* at 531.

(31) *Id.* at 537-550.

(32) 学説は、損害賠償により生じる萎縮的効果に配慮しつつ、裁判手続による差止命令の実効可能性も検討した。Ariel L. Bendor & Michal Tamir, *supra* note 5, at 1166-1167.

(33) Alexander v. United States, 509 U.S. 544, 550-551 (1993).

(34) *Id.* at 554-555.

(35) New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 714 (1971), *citing* Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58, 70 (1963).

(36) *New York Times Co.*, 403 U.S. at 726-727.

(37) Avis Rent A Car Sys. v. Aguilar, 529 U.S. 1138, 1138 (2000) (Thomas, J., dissenting from the denial of certiorari).

(38) William T. Mayton, *Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the Costs of the Prior Restraint Doctrine*, 67 Cornell L. Rev. 245, 245-246 (1982).

(39) *Id.* at 246, *citing* Southeastern Promotions, Ltd. v. Contrad, 420 U.S. 546, 559 (1975).

(40) Mayton, *supra* note 38, at 250.

(41) *Id.* at 251.
(42) *Id.* at 251.
(43) *Id.* at 253.
(44) *Id.* at 253.
(45) *Id.* at 253-254.
(46) *Id.* at 254.
(47) *Id.* at 261. Mayton 教授は、行政的な抑制と事後的処罰については「同じコインの同じ面（the same side of the same coin）である」（*Id.* at 262）と述べ、同じように司法プロセスにおける手続上の保障を伴っていないことを指摘し、若干の制限の程度の相違があるにすぎないと主張する。*Id.* at 264-265.
(48) *Id.* at 266.
(49) *Id.* at 266.
(50) *Id.* at 268, *citing* Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963).
(51) Mayton, *supra* note 38, at 270.
(52) Mayton 教授は、事前抑制が事後的処罰による自己検閲と比べて必ずしもより表現抑制的であるとはいえないと主張した。*Id.* at 276.
(53) *Id.* at 270 n.153.
(54) Rendleman, *supra* note 20, at 635-636. Rendleman 教授は、法令や行政許可による抑制を含めて事前抑制と考え、「政府が、表現を広める前に誰かの保護された表現を禁止すること」と定義する。*Id.* at 635. このように見れば、Rendleman 教授の議論は、Mayton 教授の理論も包括したものであると考えられる。
(55) Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965).
(56) *Id.* at 58.
(57) *Id.* at 57.
(58) Rendleman, *supra* note 20, at 636.

(59) Madsen v. Women's Health Ctr., 512 U.S. 753 (1994).

(60) 本件では、Scalia 裁判官の一部反対意見による批判（内容中立性に対する厳格な審査（strict scrutiny）の要否）がある。*Madsen*, 512 U.S. at 766.

(61) *Id.* at 763 n.2.

(62) Rendleman, *supra* note 20, at 637–640.

(63) *Id.* at 642.

(64) Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 Minn. L. Rev. 11, 19 (1981). Blasi 教授は、差止命令に対する Fiss 教授の分類を参照した。*See* Fiss, *supra* note 6, at 8–12.

(65) Walker v. Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).

(66) *Id.* at 314.

(67) *Id.* at 317–319.

(68) Blasi, *supra* note 64, at 20.

(69) *Id.* at 21.

(70) *Freedman*, 380 U.S. at 59.

(71) Blasi, *supra* note 64, at 31.

(72) *Id.* at 32.

(73) *Id.* at 32–33.

(74) テキサス州とカリフォルニア州を含むいくつかの州裁判所はこのルールを採用していない。ただし、学説は事後的争点提起の禁止の原則について賛否両論である。Rendleman, *supra* note 20, at 685–688. Labunski 氏は、事後的争点提起の禁止の原則が違憲な事前抑制に関する命令である場合に批判した。Richard E. Labunski, *The Collateral Bar Rule and the First Amendment: The Constitutionality of Enforcing Unconstitutional Orders*, 37 Am. U. L. Rev. 323, 328–329 (1988).

(75) Rendleman, *supra* note 20, at 672–676.

(76) Blasi, *supra* note 64, at 33.

(77)　裁判所は事後的争点提起の禁止の原則を適用する際に、強力な裁判権力を濫用するおそれがあり、更に、差止命令を直接に下しながら当事者の行動を遅らせる（delay）ことを強制するだけで、ストやデモの効果を減殺することができる。*See* John R. B. Palmer, *Collateral Bar and Contempt: Challenging a Court Order after Disobeying It*, 88 Cornell L. Rev. 215, 241–242 (2002).

(78)　Redish, *supra* note 8, at 93–96.

(79)　Redish 教授は、差止命令が表現の自由を侵害するおそれがあるとき、適切な司法フォーラムを経た場合には、事後的争点提起の禁止の原則に対する批判を再び提起するのには、表現の自由に関する憲法上の理由が存在しないという。*Id.* at 97.

(80)　*Id.* at 99.

(81)　Emerson 教授は、表現の自由を保障する修正第一条に対する解釈に関しては、実行可能な法的教義を定式化するために、比較衡量や「表現の自由」・「制限する」・「法」を定式化することなどに関する効果的司法運営（とりわけ最高裁判所の機能に関する効果的司法運営）が必要であると主張する。T・I・エマースン（Thomas I. Emerson）著（小林直樹・横田耕一訳）『表現の自由』（東京大学出版会、一九七二年）一〇二―一〇四頁。