

# 名誉毀損における「相当性理論」の憲法的考察（一）

前田 聡

## 目次

はじめに

1 問題の所在

2 論文の構成

一 不法行為としての名誉毀損と相当性理論

1 不法行為としての名誉毀損

2 相当性理論

（一）相当性理論・前史

（二）最高裁における相当性理論の採用

3 相当性理論の問題点

（一）無過失責任説

（二）判例の態度

2 「現実の悪意」の法理導入論

（一）「現実の悪意」の法理

（二）「現実の悪意」の法理導入論

（三）判例の態度

3 証明責任の所在を変えるアプローチ

（一）証明責任の所在を変えるアプローチ

（二）判例の態度（以上本号）

4 諸説の分析

三 免責法理の憲法的考察

二 相当性理論に代わる基準を示す諸説

1 無過失責任説

結びに代えて——今後検討すべき課題——

## はじめに

### 1 問題の所在

本論文は、名誉毀損の免責法理としての相当性理論を、憲法の視点から考察することを課題とする。

そして、ここに一つの判決を取り上げるところから、その考察を始めたい。名誉と表現の自由との関係が問題となった、ある最高裁判決である。

「……言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）と表現の自由の保障（同二一条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。

主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の

自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであ（る。）……もとより、……他人の名誉を害する表現は表現の自由の濫用であつて、これを規制することを妨げない」。

ここから読み取りうるのは、最高裁が、名誉毀損の事案を「人格権としての個人の名誉の保護（憲法一三条）」と「表現の自由の保障（同二一条）」という二つの憲法的な自由・権利が衝突する場面であると捉えていること、そしてそれらが「憲法上慎重な考慮」のもとに「調整を要する」問題であること、の二点であろう。要するに、名誉毀損の問題をすぐれて憲法的な問題であるとする、最高裁の認識が現れているといえる。

このような認識の上に、この判決は次のように続け、名誉毀損の免責法理である「相当性理論」を採用することを明らかにする。

「……右の趣旨にかんがみ、刑事上及び民事上の名誉毀損に当たる行為についても、当該行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為には違法性がなく、また、真実であることの証明

がなくても、行為者がそれを真実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべきである。

この「相当性理論」は、本論において詳述するように、不法行為としての名誉毀損について、昭和四十一年に最高裁において初めて採用されて以来、「不動の判例」として今日に至るまで採用されている免責法理である。すなわち、事実を摘示しての名誉毀損について、①その行為が「公共の利害に關する事実にかか」るものであり（「公共利害性」要件）、②「その目的が専ら公益を図るものである場合」には（「公益目的性」要件）、③摘示事実が「真実であること」の証明があれば「違法性を阻却するものとし（「真実性」要件）、また、④仮に摘示事実が真実であるとの証明がなかったとしても、「行為者がそれを真実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がない」とし（「相当性」要件）、いずれにしても不法行為責任の成立を否定する、とする考え方である。

そして、最高裁は、このような考え方を採用することで、「人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和が図られているもの」と考えているのである。

しかし、最高裁のこうした認識は果たして妥当なのだろうか。

か。

確かに、相当性理論は、最高裁において、事実摘示による名誉毀損が問題となった事案で幾度も用いられてきたものである。そして、相当性理論を肯認する見解も少なくない。しかしながらその一方で、相当性理論を批判する見解も根強く存在する。とりわけ、マスメディアの報道・表現の自由にとって厳しい基準である、として批判する見解は、現在なお有力に主張されている。

仮に、こうした批判が妥当するのであれば、表現の自由の保護と個人の名誉の保護との調和を図ろうという相当性理論は、少なくとも表現の自由保障の見地からは、適切に機能していないことになる。

いったい、相当性理論は、最高裁が企図するように、民主制国家の存立基盤として「特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」表現の自由を不当に制約することなく、なおかつ、人の名誉を適切に保護しうるような「調整」ないし「調和」のための基準として機能しているといえるのか。もし、機能していないとすれば、それはどのように改善されるべきなのだろうか。

## 2 論文の構成

そこで本論文は、名誉毀損の免責法理としての相当性理論

の妥当性を批判的に検討し、ありうるよりよい免責法理の可能性について考察を行う。そしてそれは、以下のように行うものとする。

はじめに、相当性理論の特徴と問題点を明らかにする。具体的には、相当性理論の沿革と特徴とを素描した上で、その問題点を析出する(一)。

次に、相当性理論に批判的な見解を紹介・分析する。相当性理論に対する批判は、いくつかの角度からなされているが、これらを整理、分析する作業を行う(二)。

その上で、相当性理論とそれに批判的な見解とを対比しつつ、「個人の名譽の保護(憲法二三条)」と「表現の自由の保障(同二二条)」の「調和」という視点から、妥当な免責法理の可能性について、憲法の観点から考察する(三)。

なお、本論文では、不法行為としての名譽毀損を検討対象とする。また、典型的に想定する事案として、マスメディアによる名譽毀損を念頭において、考察を進める。もつとも、不法行為としての名譽毀損の免責法理としての相当性理論は、――その生成過程において顕著に現れるところであるが――刑事法上における議論とも関連が深い。そこで本論文においても、刑事法における議論を必要に応じて参照しつつ、検討を行う。<sup>10)</sup>

## 一 不法行為としての名譽毀損と相当性理論

はじめに、「相当性理論」についての判例を俯瞰し(2)、その特徴と問題点を析出する(3)。ただ、それに先立ち、考察の便宜から、不法行為としての名譽毀損の基本構造を概観しておこう(1)。

### 1 不法行為としての名譽毀損

名譽毀損は、刑法上可罰的である一方で(刑法二三〇条)、民法上も不法行為の枠組みの中で問題となる。以下では、「名譽毀損」の基本構造を概観することしよう。<sup>11)</sup>

日本の不法行為法が名譽を保護法益とすることは、条文上明らかである。すなわち民法七一〇条は、「他人の……名譽を侵害した場合」において、損害賠償責任が成立することを肯定している。また、同七二三条は、裁判所が「他人の名譽を毀損した者」に対して、被害者の「名譽を回復するのに適当な処分を命ずる」ことができるとする。

そこで問題は、「他人の……名譽を侵害した場合」といかなる場合を言うのか、ということになる。換言すれば、「名譽」を「侵害」するとはいかなる行為・状態を指すのか、である。

この点、古くから、不法行為法において保護されるべき「名

「譽」とは、社会的評価のことを指す、とされてきた。<sup>13</sup> すなわち、「民法七二三条にいう名譽とは、人がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的名譽を指すもの」である。<sup>14</sup> そして、「名譽」つまり「社会から受ける客観的な評価」を「侵害」するとは、その評価を低下させることを意味するのである。

ところで、名譽毀損で問題となる事実は、その真偽を問わないとされる。すなわち、虚偽の事実を摘示して社会的評価を低下させた場合はもちろん、摘示事実が真実であった場合もまた、名譽毀損は成立すると考えられている。このように考えるとき、いわゆる「虚名」、すなわちその人の本来有すべき評価を超える部分の評価もまた、不法行為法のもとで保護されるべきこととなる。「虚名」であっても、「現にある人の評価」という点において、「真価」に見合う評価と異なるところはなからである。<sup>15</sup>

また、刑法では、条文上、事実を摘示することにより人の社会的評価を低下させるような行為が、名譽毀損罪（刑法二三〇条）の構成要件とされており、事実を摘示しなかった場合には侮辱罪（同二三一条）に該当するに過ぎない。これに対して不法行為としての名譽毀損では、事実摘示による場合と、単に意見等を表明する場合とで区別されないとされる。すなわち、事実を摘示せず、単に意見等を表明した場合でも、

名譽毀損に該当すると解されるのである。<sup>17</sup>

次に、名譽毀損における「故意・過失」とは、「人の社会的評価の低下」についての故意・過失であると考えられる。<sup>18</sup> 故意犯のみを処罰する刑法上の名譽毀損罪と異なり、過失による名譽毀損によっても、不法行為は成立する。ということは、その限度では、刑法よりも名譽毀損による法的責任の成立する可能性は拡がりうるわけである。

さて、不法行為たる名譽毀損においても、不法行為責任を免れる場合がある。これには、不法行為一般の免責要件による場合と、名譽毀損について特に認められる免責要件による場合とがあり得る。本論文が問題とする相当性理論は、無論後者に属するものである。

以下次節では、名譽毀損の場合に特に認められる免責要件である、相当性理論に焦点を当てて、その生成過程をみていくことにしよう。

## 2 相当性理論

### （一）相当性理論・前史

戦前において、不法行為としての名譽毀損は、出版法・新聞紙法の規定する「真実性の証明」によって、限定的ながらも、免責される可能性があった。すなわち出版法三一条は、「文書図画ヲ出版シ因テ誹毀ノ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ」は、

「私行ニ渉ルモノヲ除」いて、裁判所において「専ラ公益ノ為ニスルモノト認」られる場合には事実の証明を許し、この証明に成功した場合には、名誉毀損の罪を免すると規定するとともに、「損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同」じものと併せて規定した。新聞紙法も四五条で、若干文言は異なるものの、同じ趣旨の規定を設けていた。要するに、不法行為としての名誉毀損について、その賠償責任が免ぜられることを認めていたわけである。

しかしながら戦後、出版法・新聞紙法が廃止されたことにより、真实性の証明による免責を基礎付ける実定法上の根拠が失われてしまった。

この点、名誉毀損罪を設ける刑法においては、新憲法が表現の自由を保障していることに鑑み、刑法二三〇条の二の規定を設けることによつて、真实性の証明による免責を実定法上認めることとなった。<sup>21)</sup>すなわち、問題の表現によつて摘示した事実が公共の利害に関する事実に係り、表現行為がもつばら公益を図る目的によつてなされた場合、摘示した事実が真実であったときには処罰を免れることができる旨規定された。出版法・新聞紙法の免責規定に比して、保護されうる対象が拡張された形となっている。

これに対して、民法においては、刑法のように免責を認める実定法上の規定が設けられるに至らなかった。そのため、

不法行為としての名誉毀損については、明文上の免責規定が存在しなくなったことにより、はたして従来のように、真实性の証明によつて免責されるのかどうか、問題となった。そして、裁判例・学説は、比較的早い時期から真实性の証明による免責を、さらには表現行為者が摘示した事実を真実として誤信して摘示したところ、それが真実でなかった場合に於ける免責の可能性を認めていた。

裁判例についてみると、例えば、福岡高判昭和二八年一月一六日は、県議會議員に立候補し落選した候補者の公職選挙法違反容疑に関する新聞報道が問題となった事案で、「民事上の不法行為としての名誉毀損についても、刑法第二百三十条ノ二の規定に則つて真実なることの証明があつたときは、特に人を害する目的で名誉を毀損するような事実を公表した場合の外は、不法行為上の責任はないものと解すべきであり、そして又真实性の証明がない場合においても、その事実を真実であると信ずるについて相当の理由があつたときは、不法行為上の責任を免れるものと解するのを相当とする」と判断している。この判断枠組みの特徴は、刑法二三〇条の二の規定「に則つて」、真实性の証明を、さらには真実と誤信したことについて相当の理由の証明を許している点にある。このように、刑法二三〇条の二の規定「に則つて」あるいは同条の「趣旨を類推し」、または明示的に同条を引かないものの

同様の枠組によって、免責の可否を判断するという方法は、その後の下級審裁判例で散見されるようになる。<sup>23)</sup>

下級審裁判例にみられる免責の判断枠組は、刑法二三〇条の二「に則」るにせよ、あるいはその「趣旨を類推」するにせよ、要するに同条を参照することによって形成されたものと考えられる。そして、そこで「則」られるべき「趣旨」とは、表現の自由に対する配慮のことであろう。

しかし、真実性の証明を認めることはともかく、「真実と誤信した場合において真実と誤信したことについて相当の理由があった場合に免責する」という考え方が、民事において早い時期から認められていたことは、特筆すべき点といえよう。

なぜなら、まず第一に、そもそも刑法二三〇条の二の規定を参照したからといって、同条の規定からすれば、真実性を誤信した場合における免責の可能性が認められるとは、論理的には直ちにいえないからである。加えて第二に、刑法二三〇条の二については、学説上厳しい対立があり、このうち刑法二三〇条の二を処罰阻却事由と解し、真実性を誤信した場合には（処罰阻却事由の錯誤に過ぎず、従って犯罪の成否には影響を及ぼさないと解されることから）免責を認めないとする考え方が有力に主張されていたのである。そして第三に、何より最高裁も、刑法二三〇条の二を処罰阻却事由と捉えて

いたからである。すなわち、最一小判昭和三四年五月七日は、「被告人についてはその陳述する事実につき真実であることの証明がなされたなかつたものというべく、被告人は本件につき刑責を免れることができない」としていた。この判旨は、最高裁が刑法二三〇条の二を処罰阻却事由として捉えたものであると理解された。<sup>24)</sup>

しかしながら、刑事事件においてこのような判断が最高裁において示されたにもかかわらず、不法行為としての名誉毀損が争われた下級審裁判例では、なお、真実と誤信した場合における免責の可能性を肯定する判断が示されることとなる。<sup>25)</sup>

また、学説上も、早い時期から不法行為としての名誉毀損における真実性の証明を認めたり、さらには真実と誤信した場合における誤信の相当性の証明を認めたりする考え方について、好意的な態度が示されてきたといつてよい。すなわち、刑法二三〇条の二の規定で「違法性が阻却される」としているのは、民事上にも推し及ぼすことができる<sup>26)</sup>とする見解や、「陳述者が真実と信じていた場合」において「神ならぬ人間のなす事実認識や判断は時として客観的事実と合致しないことがあるうるし、名誉毀損についてだけ過失責任の原則を一般的に排除するだけの合理的根拠にも乏しい」と指摘する見解が、比較的早期からみられたのである。<sup>27)</sup>

（二） 最高裁における相当性理論の採用

このような下級審裁判例、そして学説の蓄積の後に示されたのが、最一小判昭和四一年六月二三日（以下「昭和四一年最判」と略記する）であった。<sup>33</sup>

本件は、衆議院議員に立候補した上告人（原告）が、学歴・経歴を詐称し、それにより公職選挙法違反で警察から追及を受けていること等を報じる新聞記事による名誉毀損が問題となった事案である。

第一審判決（東京地判昭和三十三年二月二十四日<sup>34</sup>）は、「民事上の不法行為としての名誉毀損については、刑法第二三〇条の二のような明文の免責事由の規定はないが、同様の法理は、民事上も認められるべきものと解される」として、「名誉毀損行為が公共の利害に関する事実に係り、専ら、公益を図る目的に出でたとき、あるいは公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係るときは、摘示された事実の真实性が証明される限り免責され、……また、その真实性の証明のない場合でも、その事実を真実であると信ずるにつき、相当の理由のある場合には、不法行為の責任を免れるものというべきである」とした。この判断は、控訴審判決（東京高判昭和三十七年三月十五日<sup>35</sup>）によっても支持された。この判決を不服とした原告側の上告に対して示されたのが、昭和四一年最判である。

昭和四一年最判で、最高裁はその判決理由の冒頭で、以下のように相当性理論を採用することを宣明する。

「民事上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するのが相当であり、もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないものと解するのが相当である（このことは、刑法二三〇条の二の規定の趣旨からも十分窺うことができる。）」

その上で、最高裁は、第一審及び控訴審判決の事実関係によれば、「これらの事実は、上告人が前記衆議院議員の立候補者であつたことから考えれば、公共の利害に関するものであることは明らかであり、しかも、被上告人のした行為は、もつばら公益を図る目的に出たものであるということとは、原判決の判文上十分了解することができるから」、本件記事の掲載は、「違法性を欠くか、または、故意もしくは過失を欠



くものであり、名誉毀損たる不法行為は成立しない、と判断したのである。

昭和四一年最判は、それまで下級審裁判例及び学説において説かれてきた相当性理論を最高裁で初めて是認した判決であると解される。<sup>36)</sup>もともと、本判決の調査官解説は、必ずしも従前の下級審裁判例の動向と同一の立場に立つものではない、と指摘する。<sup>37)</sup>しかしながら、同解説はあわせて次のような指摘も行っている。すなわち、昭和四一年最判が、不法行為としての名誉毀損についての相当性理論は、「刑法二三〇条の二の規定の趣旨からも十分窺うことができる」としたこととから、刑法二三〇条の二との間に「相当程度の関連を認めることは許されよう」。

そしてこの判決から三年後、最高裁は、刑事の名誉毀損罪に関しても、刑法二三〇条の二の解釈として、相当性理論を採用することを明らかにしたのである。<sup>38)</sup>

その後、民事において、事実摘示による名誉毀損とその免責が問題となる局面において、最高裁は、昭和四一年最判を引用して、相当性理論を採用することを繰り返し明らかにしている。<sup>39)</sup>もはや相当性理論は、「不動の判例」<sup>40)</sup>として確固たる地位を占めるに至っているといえよう。

### 3 相当性理論の問題点

昭和四一年最判以降、事実摘示による名誉毀損において用いられ続けてきている相当性理論は、学説においてもおおむね肯認されているといつてよい。

しかしながらその一方で、相当性理論に対しては、根強い批判がある。ここではそうした批判のうち、特に「相当性」要件に関する点を中心に、みていくことにしよう。

相当性理論は、名誉毀損の免責について、摘示事実が真実であると証明することができなかった場合においても、それが「真実であつたと信ずるについて相当の理由があつた」ときに免責の余地を認めるという点で、免責の範囲を拡張するものといえる。一般に、摘示事実が真実であつたことを証明することは容易でないといわれ、また、実際にも摘示事実の真実性によって免責を得た事例は多くないと指摘されている。<sup>41)</sup>

そこで、名誉毀損による損害賠償請求訴訟の多くでは、この「相当性」の有無が争われることになる。そしてそこでは、いかなる場合に「相当性」があるとされるのか、という点が問題となる。

この、「相当性」要件の有無について、最高裁は一般的な基準を提示しているわけではない。<sup>42)</sup>もともと、事例に即した形で「相当性」の有無を判断したいくつかの最高裁判決が存在しており、そこから最高裁の考え方の一端を窺い知ること

ができる。また、下級審裁判例の中には、一般的基準を示唆するものも散見される。<sup>41</sup>

これに対して、そもそも「相当性」要件が包括的概念であることから、その性質上、内容に幅があることを免れず、従って、裁判官が「報道の自由と被害者の名誉権とのいずれを重しと解するかによって結論は異ならざるを得ない」と指摘する見解もある。<sup>45</sup>

ここでは、「相当性」の有無が争われた最高裁判決を取り上げて、「相当性」要件を巡る問題点をみていくことにしたい。

まず、第一小判昭和四七年十一月一六日である。<sup>46</sup>この事案は、生後三ヶ月のえい児の窒息による変死について、「口を抑え殺す?」「えい児変死」「近く家族調べる」という見出しのもとに、同児の変死と、同児が生まれつき口の形が変わっており、それを悲観して家族の誰かが口や鼻を覆って殺した疑いが強まり、警察も近く家族を取り調べる旨報じた新聞記事が、同児の家族の名誉を毀損したとして争われたものである。本件では、被上告人新聞社の記者が、変死体の検視に当たった医師及び捜査官に取材し、かつ、捜査当局の見解を発表する権限を持つ捜査官から説明を受けた上、再三にわたり取材結果の報道につき同捜査官から了解を得たこと、また、えい児の家族たる上告人らに取材を申し込んだところ拒絶さ

れたこと、という事情が存していた。控訴審判決はこれらの事情から、摘示事実が真実であると信ずるについて相当の理由があるとして、新聞社の免責を認めたのに対し、最高裁は一転して、えい児が単なる事故死であった可能性も考えられること、捜査機関の公の発表は未だなかったこと、その段階で右のような内容の記事を発表するに際しては、捜査官から了解を得たとしても、家族らを再度尋ねて取材する等の慎重な裏付け取材をすべきであったこと、を指摘して、「これをしてしないで被上告人新聞社の各担当者がたやすく本件記事の内容を真実と信じたことについては相当の理由があつたものということはでき」ないとした。

また、第一小判昭和五五年一〇月三〇日では、スロットマシンを販売する会社が、賭博用にスロットマシンを改造していたなどとして賭博幫助で捜索を受け、また、その被上告人代表取締役が逮捕された(ただし、即日釈放された)旨報じた新聞記事が問題となった事案において、相当の理由なしとした控訴審判決を支持している。<sup>48</sup>この事案では、まず、第一審東京地判昭和五〇年五月二二日が、記者が予め捜査責任者に取材した上で、捜査機関と同じような見通しをもって、捜索の現場に自ら立ち会い、かつ、国内では使用の許可されているものとは異なるものとして説明を受けた部品を現認するなどしたこと、スロットマシンを改造していた点につい

て相当の理由があるとした。これに対して控訴審東京高判昭和五三年四月二七日は、搜索の現場に立ち合ったり部品を現認したこと等による「先入観によって」被上告人の供述内容も聞かなかった等裏付けをせずに記事にしたこと、また、捜査責任者から得た情報に基づいて記事を作成したといっても未だ捜査当局が正式の発表をしていなかったことから、「記事掲載を急ぐの余り軽率に走ったとのそしりを免れ」ないと、相当性を否定したものである。

以上に紹介した最高裁判決は、どちらも犯罪報道であったこと、また、一般的基準を示した上での判断というわけではないこと、に留意する必要がある。しかしながら、これら二つを照らし合わせると、最高裁は比較的早期から相当性の有無の判断に際して、厳しい態度で臨んでいたのではないかと考えることができる。すなわち、いずれにおいても報道機関は、捜査機関から入手した情報のみによるのではなく、併せて独自の裏付け取材が要求されている。ただ、一方は捜査に関する情報を公表する権限を持った担当官から記事について再三了承を得た事案であり、もう一方は記者自ら捜索現場に立ち合い、その場を現認しているという事案であった。そのいずれについても、最高裁は要するに裏付け取材が足りないものとして「相当性」要件を否定している。

このような態度は、後年のいわゆる「配信サービス」の抗弁

（配信記事の抗弁<sup>51</sup>）が問題となった事案においても垣間見ることができ、最高裁は、二〇〇二年に相次いで下された二つの判決で、配信サービスの抗弁に対して消極的な姿勢を示している。これらの判決もまた、犯罪報道（いわゆる「ロース疑惑」関連）に関するものであり、しかも裁判官の意見が多岐に分かれていることから、一般化した議論をすることができないが、しかし少なくとも犯罪報道に関して配信サービスの抗弁を認めることに消極的であると考えられる<sup>52</sup>。

こうした最高裁の態度については、比較的肯定的に受け止める見解がある一方で、<sup>53</sup>「全体としてみて、最高裁判所の名誉毀損の法理は、名誉毀損の被害者に有利に、つまり逆に言えばマス・メディアに不利に展開してきているといえよう」と評する見解がみられる<sup>54</sup>。そして「相当性の判断に当たって考慮すべきは、人間のなす言論においては、誤謬が不可避免的に起こるものであることであり、あまりにきびしい考え方をとる時は真実の立証そのものを求めるに近くなり、報道機関は将来争いが起こった場合、相当性の立証が極めて困難であることを恐れて、報道そのものを控えることになりかねない<sup>55</sup>」として批判する見解もある<sup>56</sup>。

確かに、既述の通り相当性理論は、従来の真実性の証明を拡張することで、免責の余地を広くしうるものであると考えられる。とするならば、相当性の有無の判断をあまり厳しく

捉えると、相当性理論を採用することの意義が実質的に失われることにもなりかねないこととなろう。

以上ここまで、相当性理論の沿革と問題点を析出する作業を行った。そこでは、相当性理論が刑法二三〇条の二を参照しながら形成されてきたこと、真実性の証明から「真実と信ずるにつき相当の理由」があることの証明を求める考えにシフトし、その意味でマスメディアに配慮する形の法理が形成されるようになったこと、しかしながら相当性理論には批判が根強く存在すること、とりわけ「相当性」要件を巡って議論があること、を確認した。

こうした相当性理論に対しては、それが適切でないという考えから、別の基準を採用すべきであると主張する見解が唱えられている。次章では、こうした相当性理論に代わる基準を提示しようとする諸説を紹介し、分析・検討することとしよう。

## 二 相当性理論に代わる基準を示す諸説

本章では、相当性理論と異なる基準を提示する諸説、すなわち、無過失責任の追及を認める説（１）、アメリカの判例において採用されている「現実の悪意」の法理の導入を主張

する説（２）、そして相当性理論の基本的枠組を維持しつつも、証明責任の所在を変えることを主張する説（３）の三つを、順にみていくことにする。そして、諸説の仕組や帰結の違いについて分析を加える（４）。

### 1 無過失責任説

#### （一）無過失責任説

はじめに、相当性理論が名誉保護にとつて不十分なものである、という認識から出発し、マスメディアに対して厳しい責任の追及を主張する見解からみていこう。これは、マスメディアの報道において誤報が生じた場合には、マスメディアに対しその誤報について賠償責任を認めるべき、というものである。<sup>56)</sup>

この見解の論者は、「民事責任との関連で真実の証明を問題にする場合に、民法学者は刑法学上の理論を格別疑問を抱くことなしに、そのまま借用しがちである」が、その結果「民事責任の免責は、誤報による被害者への救済を認めず、被害者を泣寝入りさせることに通じている」とし、「報道の自由を守るためには、マスコミの被害者は受忍せねばならぬものであるうか」と疑問を投げかける。

その上で、判例の採る相当性理論について、次のように分析する。

「判例理論の基礎には、信頼すべき取材源から得た情報を正確に報道する限りは不法行為責任とならない、例えば犯罪に関する報道は犯罪捜査の権限ある国家機関からの取材に基づいて容疑を容疑として正確に報道する限りにおいては——たとえ容疑どおりの犯罪事実がなくとも——その報道は名誉棄損にはならない、とする考え方があるものと思われる」。<sup>62)</sup> こうした分析に基づき、論者は相当性理論を次のように批判する。

まず、「相当事由」という包括的概念の性質上その内容にはかなりの幅があることを免れないから、これを取り扱う裁判官が、対立する二つの基本的人権すなわち報道の自由と被害者の名誉権とのいずれを重しと解するかによって結論は異ならざるをえ」ず、しかも、被害者の名誉権に力点を置いたと見られる事案は「判例の主流を占めていない」。<sup>63)</sup> また、「本来、報道の正確性というは報道機関にとつての前提条件ともいべきものであつて、現代の新聞の地位を築き上げるための原動力でもあった」<sup>64)</sup> が、しかし、その正確性への関心が、「マス・メディア一般がその企業的人格に災されて、企業競争に勝抜くための方便として迅速性の要請に関心を移し始めて以来」薄れざるを得なくなつたとする。<sup>65)</sup> そこから、多少の誤報は許容されるという考え方が潜在的に芽生えているのではと指摘し、「新聞の使命に鑑み多少の誤報はやむをえないとす

る人権無視の態度がさらに問題である」<sup>66)</sup> とする。

論者はまた、例えば犯罪報道のように、警察等信頼すべき筋から取材するのが普通である以上、報道機関の側においても、これを確かめるための努力を尽くすべきことは当然としても、報道機関が独自の調査機構を整備して裏付け調査をなす必要があるとはいえないから、この点で刑法二三〇条の二の適用があることは当然の考えられるものの、民事責任もこれに伴い免責されるとされれば、誤報によって侵害された被害者の名誉の回復は放置されることになる、と指摘する。<sup>67)</sup>

こうして、誤報の場合における損害賠償責任を認めよ、と主張するのである。

以上のように考えたとしても①「誤報の多くは、他社との競争意識に駆られ、……予想記事を軽率に登載することから起こっている。したがって、これらの場合に責任を認めたとすることで、厳密な意味での無過失責任とはいえない」し、②「絶対に不可避的な誤報」(そのようなものとして、論者は「警察のみならず検察庁も有罪を確信して起訴」したところ、裁判で無罪とされたような場合、を挙げる)に、報道機関が責任を問われたとしても(論者は、これを厳密な意味でも無過失責任である、とする)、「マス・メディアがそれによつて筆を折るなどということ」は、報道機関の本質と使命からいって考えられないこと」であり、また、「企業としての存立が危

ぶまれるということもありえない<sup>80</sup>。そして、誤報の場合に「報道機関の民事責任が問われたからといって、はたして報道の自由が侵されることになるものであろうか。はなはだ疑問である<sup>81</sup>。」という。

論者が以上のように説くのはなぜか。その理由は、次の一節に集約されて現れているように思われる。すなわち、「誤報によって侵害された被害者の名誉権はどうすればよいのであろうか。報道機関としては、真实性を信頼したということとで刑事上無罪放免されるだけでなく、民事的にも免責されるのであれば、報道の自由は保障され、これに当る者の立場は護られることになろうが、マスコミの側に比して頼るべき力をもたない弱者たる被害者の立場は浮ばれないことになる<sup>82</sup>」。すなわち、この説の論者は、無過失責任説を、①マスメディアと報道される側との間に力の不均衡があるという認識と、②名誉を侵害された被害者の救済に対する強い関心の下に展開したように思われる<sup>83</sup>。

確かに、この説の論者が説くように、誤報の場合（特に犯罪報道の誤報など）において、その被害者が被害を甘受すべき理由は乏しかろう。加えて、（無過失責任を肯定するか否かはさておき）被害者救済を重視する考え方それ自体は、損害の填補をその主目的とする不法行為法によりよく適うと考へることも出来よう。

もっとも、この説はその後必ずしも有力な主張とはならなかった。すなわち、既に早くからこの説に対しては、「表現の自由ないし報道の自由、あるいは一般市民の『知る権利』の保障という観点とのかかわりを考えると、解釈上、無過失責任主義を採ることには、なお躊躇せざるをえない<sup>84</sup>」とか、「『表現の自由』（報道の自由、知る権利）との利益衡量上、そのような重い責任を課すことには賛成が少ない<sup>85</sup>」などとされ、支持を集めるには至らなかったのである。

## （二）判例の態度

一方、比較的早期の下級審裁判例においても、原告が被告新聞社について無過失責任を主張した事案がみられた。しかし、当該裁判例は大略次のように述べて、その主張を排斥した。

すなわち、犯罪に関する記事により名誉を毀損した場合に過失の有無に関わらず結果の発生について損害の賠償を認めることは、新聞社が「莫大なしかも予期し難い出費を余儀なくされ、延いては報道活動を畏縮せしめる恐れなしと」せず、これによって得られる「新聞社の自衛、被害者の救済等の利益と、これによって蒙る、民主主義の推進力として果す……新聞の公共的使命遂行の阻害という社会全体の損失とを比較検討すれば」、法律的主張としての無過失責任を採用すること

とはできない、と。

この下級審裁判例では、「民主主義の推進力として」の新聞の「公共的使命」の観点から、無過失責任を認めるべきとの主張を排斥しているわけである。

そしてその後の昭和四一年最終以降裁判例が採る相当性理論が、真実でなかったとしても真実であることについて誤信相当性が認められる場合には、「過失」がなかったものとして不法行為責任の成立を否定することは、既に紹介したとおりである。

## 2 「現実の悪意」の法理導入論

次に、相当性理論が表現の自由にとって不十分なものである、と捉えた上で、相当性理論を批判し、アメリカ判例法理にいう「現実の悪意」の法理の導入を主張する見解をみていく。

### (一) 「現実の悪意」の法理

まず、相当性理論が表現の自由保護にとつて不十分であると考えた見解にしばしば参照される「現実の悪意」の法理を、日本におけるその導入論を紹介する前に簡単にみておきたい。<sup>76</sup>

「現実の悪意」の法理とは、公務員や公的人物に関する公

的な論点についてなされた名誉毀損においては、公務員や公的人物たる原告が、被告マスメディア側の「現実の悪意」すなわち摘示した事実が虚偽であることを知っていたか、または虚偽か否かについて全く顧慮しなかったこと、を立証しなければ不法行為責任は生じない、とする考え方のことを言う。もともと、コモン・ローを受け継いだアメリカにおいて、名誉毀損は嚴格責任とされていた。また従来アメリカにおいても、名誉毀損表現は表現の自由の保障の枠外であるとされていたという。そして、そのような名誉毀損が免責されるのは、摘示事実が真実であることの証明がなされたとき、つまり真実性の抗弁が成立した場合であつたとされ、しかもその真実性の立証は容易ではなかつたとされる。

このようなアメリカの名誉毀損法を変えたのが、ニューヨーク・タイムズ対サリバン事件判決であつた。公務員に対する名誉毀損が問題となつたこの事案で、合衆国最高裁は、「自由な討論」の重要性和、「自己検閲の危険性」とを指摘した上で、先に述べた「現実の悪意」の法理を提示するに至つたのである。

以後、この法理は、公務員から公的人物へと、その適用範囲を拡大された。もっとも、私人についてはその適用を否定されており、適用範囲の拡大傾向に一定の歯止めがかけられて<sup>78</sup>いるとされる。私人の場合には、「現実の悪意」の証明ま

では要求されず、少なくとも過失が要求されるとされている。

以上に示した「現実の悪意」の法理は、公務員や公的人物とされる人物に関し、公的な論点についてなされた名誉毀損的表現について、そこで摘示された事実の真实性ではなく、事実の虚偽性を問題とする点、及び、その証明責任を原告の側に負わせている点で、それまでのアメリカの名誉毀損、そして現在の日本における名誉毀損をめぐる法理論と大きく異なるものである。<sup>80</sup>

## (二) 「現実の悪意」の法理導入論

そして、この「現実の悪意」の法理を参照しつつ、日本においても導入すべきであるとしたり、あるいは、導入するとはではないかなくとも、免責要件を再考すべきとする見解が根強く存在する。ここではまず、「現実の悪意」の法理導入に積極的な見解からみていくことにしよう。<sup>80</sup>

「現実の悪意」の法理導入に積極的なある論者は、次のように述べる。すなわち、そもそも名誉毀損の害悪は、名誉毀損的表現が原因となって原告の社会的評価が低下した点に求められる。しかし、本来表現の自由の視点からは、「表現に對しては表現で對抗すべく、表現の真实性・信用性の最良の判断者は個々の個人であるという表現の自由の基本原理に立

って論を進めなければなるまい」<sup>81</sup>。もつとも、こうした前提が妥当しない場合があり得、「その限りでは、名誉保護の利益をやむにやまれない政府利益と見て、その保護のために必要不可欠な範囲でのみ名誉毀損的表現を制約しても、憲法二一条に違反しないものと考えざるをえまい」<sup>82</sup>。そして、アメリカにおける「現実の悪意」の法理において語られるように、「自己検閲を防ぐためには、保護に値しない表現をも保護することが必要」であるとする。そのような考え方にたてば、

「損害賠償や刑事制裁の場合には、刑法二三〇条の二に示される免責要件では、たとえ判例のようにそれを拡張して解釈したとしても、憲法二一条の保護に十分ではないように思われる」<sup>83</sup>として、「憲法二一条の定義的衡量としては、たとえ原告が表現が虚偽であり名誉を毀損したと証明できたとしても、民事上の損害賠償請求の場合、少なくとも名誉毀損になったことについて被告に過失があったことの証明が要求されるべきであり、さらに表現が虚偽であったことについても、原告が私人の場合には「過失」が、そして原告が公人の場合には「現実的悪意」が証明されない限り、損害賠償を認めるべきでないように思われる」<sup>85</sup>と論じる。ここで「私人」と「公人」を分けて、「私人」については「過失」でよいとし、「公人」については「現実的悪意」を要求するのは、表現には表現で對抗すべきという見方からする場合、「私人」には反論



の機会やマスメディアへのアクセスの方法がほとんどないことによる。そして反対に「公人」には、名誉毀損に対し反論の機会が十分にあるからであり、また、公共的事項に関する討論を活発で広く開かれていることを確保するためである、とする。<sup>(86)</sup>

また別の論者も、「政治的・社会的に重要な問題（公共性のある問題）についての責任ある言論は、名誉・プライバシー侵害を理由に制約されてはならない」という認識の下に、「国民的議論の対象とされるべき問題については、その議論の自由が最大限に保障されるべきものであるから、それにかかわる事実を公表することは、本来いかなる制約にも服さないもの」とすべきであるとする一方、「なんの根拠もない無責任な発言によって人の名誉を侵害することは、許される道理ではない」とする。<sup>(88)</sup>その上で「真实性を推測させる程度の合理的根拠・資料に基づく発言であれば、それは憲法上保障された言論として」責任を追及されるべきではない、換言すれば、アメリカにおける「現実の悪意」の法理に相当する考え方を採るべきである、とする。

これらの見解に共通するのは、公共性の高い言論とりわけ政治的言論についての強い保護の必要性への関心であるといえよう。特に、「歴史的にみると、個人の人格権の保護という観点からではなく、社会公共の秩序や治安の維持という観

点から登場したものであり、私人に対する名誉侵害よりも公人に対する侵害をより重大視することによって、言論による権力批判を封ずるところに、その主たるねらいがあった」という、名誉毀損に関する法制度についての沿革的な理解によっており、それだけに政治的言論の要保護性を強く訴えるものになっていると思われる。

また、「現実の悪意」の法理の直接的全面的な導人には必ずしも積極的とはいえないものの、「現実の悪意」の法理に好意的態度を示す見解も見られる。たとえば、「現実の悪意」の法理の「基本的発想は日本国憲法上も妥当なものと解され、少なくとも表現の事前差止にかかわる場合には該法理が妥当すべきものと解される」とする見解がある。加えて、刑法二三〇条の二の解釈に関連した形で言及ではあるが、相当性理論が「現実的悪意」(actual malice)の法理と比べると、なお表現の自由の自己統治の価値を十分に活かしていないのではないか、という疑問も残る」とする見解も見られる。<sup>(92)</sup>

### (三) 判例の態度

日本においても、この「現実の悪意」の法理に強い影響を受けたと見られる判決がいくつか存在する。

(1) サンケイ新聞意見広告事件仮処分決定及び第一審判決  
まず、いわゆるサンケイ新聞意見広告事件の仮処分決定(東

京地決昭和四九年五月一四日<sup>(103)</sup>及び同事件の第一審判決（東京地判昭和五二年七月一三日<sup>(104)</sup>）がある。

自民党によりサンケイ新聞に掲載された意見広告が、日本共産党に対する名誉毀損であるとして、反論文の掲載を求めた本件で、仮処分申請事件に関する東京地決は次のように述べて、その申請を却下した。すなわち、政党相互の論争は、対立政党の政策等の欠点を暴露し、自己の見解に共鳴させるよう説得するもので、その性質上、不可避免的に辛辣・痛烈に過ぎ、ときに誹謗中傷的、さらには虚偽の内容や穩当を欠く内容・表現に陥りやすいとし、これを新聞において掲載することは、対立政党の名誉毀損のおそれを生み、名誉と表現・報道の自由が衝突することになる。しかし、政党は、高度に公共的な団体であることから、対立政党や国民からの論争・批判に対しても、国民の「知る権利」や意見表明の自由を奉仕するものとして最大限これを甘受すべきで、仮に名誉毀損的な内容であったとしてもその論争・批判を排斥するのではなく、再批判・反駁を試みるべきである。よって、「このような政党の政策や政治的姿勢に対する論争批判等は、たとえ当該政党の名誉を毀損する場合であっても、（一）これが故意にもしくは真偽についてまったく無関心な態度で虚偽の事実を公表することによってなされたことまたは（二）その内容や表現が著しく下品ないし侮辱・誹謗・中傷的であって社

会通念上到底是認し得ないものであることが立証されないかぎり違法と評価しえないものと解するのが相当である」。

また、東京地判昭和五二年七月一三日も、前掲東京地決とほぼ同様の認識に立った上で、やはり政党の政策や政治的姿勢に対する論争・批判が当該政党に対する名誉毀損を構成するか否か判断するにあたっては「（一）これが故意に又は真偽について全く無関心な態度で虚偽の事実を公表することによってなされたものであるか否か、及び（二）その内容や表現が著しく下品ないし侮辱・誹謗・中傷的であって社会通念上到底是認し得ないものであるか否か、という二点を重要な基準とし、一見政党に対する名誉毀損が成立するが如き場合であっても、右二要件を吟味して、これらがいずれも否定された場合には該名誉毀損は結局成立しないものとするのが相当である」とした。

両者とも、アメリカにおける「現実の悪意」の法理に影響を受けたものであることが看取される。

しかしながら、いずれも「現実の悪意」の法理にはない「内容や表現が著しく下品ないし侮辱・誹謗・中傷的であって社会通念上到底是認し得ないものであるか否か」という基準を導入している。また、二つの決定・判決相互には、見逃せない相違点が存在する。すなわち東京地裁決定は、そこで掲げている二つの要件の証明責任を債権者側（本件では、名誉を

毀損されたと主張する共産党側」に課している（「故意にもしくは真偽について無関心な態度で虚偽の事実を公表することによってなされたこと」または「その内容や表現が著しく下品ないし侮辱・誹謗・中傷的であつて社会通念上到底是認し得ないものであること」が立証されないかぎり違法ではない）のに対し、東京地裁判決は被告側（この場合、サンケイ新聞）に証明責任を負わせている（二要件の「いずれも否定された場合には該名誉毀損は結局成立しないものとするのが相当である」とする）点で、大きな違いが存する。<sup>96</sup>

(2) 北方ジャーナル事件最高裁判決の谷口裁判官意見  
最高裁判決の中にも、裁判官の意見中に「現実の悪意」の法理を見出すことが出来る。いわゆる北方ジャーナル事件最高裁判決において、谷口正孝裁判官は次のように指摘する。<sup>96</sup>

すなわち、公務員や公選による公職の候補者についての公的な問題に関する場合において、これを発表し、討論、意思決定するために必要、有益な情報を流通させる自由は、これらの者の名誉の保護に優先すること、「自己検閲」を防止するためには真実に反する言論をも許容することが必要となること、また、「誤った言論に対する適切な救済方法はモア・スピーチ」であること、を指摘した上で、事前差止の要件として、「その表現行為がいわゆる現実の悪意をもつてなされ

た場合、換言すれば、表現にかかる事実が真実に反し虚偽であることを知りながらその行為に及んだとき又は虚偽であるか否かを無謀にも無視して表現行為に踏み切つた場合には、表現の自由の優越的保障は後退し、その保護を主張しえないものと考える」とする。<sup>97</sup> 名誉毀損を理由とする表現の事前差止の要件の問題としてはあるが、このように最高裁の段階においても「現実の悪意」の法理採用を示唆する見解も唱えられたわけである。

### 3 証明責任の所在を変えるアプローチ

最後に、現状の相当性理論の基本的な枠組は維持しつつも、要件の証明責任の所在を変更すべき、と主張する見解についてみていくことにしよう。<sup>98</sup>

#### (一) 証明責任の所在を変えるアプローチ

ここでは二つの見解を紹介する。

第一の見解は、「元来、民法七〇九条の規定する不法行為の一般原則に拠れば、不法行為の内容が人命に関わるものであったとしても、被害者つまり原告が、加害者つまり被告側に『故意又は過失』があったことを挙証する責任を負って」いることを指摘した上で、しかし、名誉は人格権の一内容をなすといえ、「生命、身体といったより根源的な法益に較

べれば、二次的なものに過ぎない」ばかりか、名誉毀損表現が公共利害に関する事実について公益目的をもってなされた場合には、言論の自由の占める憲法上の重要性は一段と高くなり、従って、相対的に原告の名誉の要保護性は低くなる、とする。そして、「不法行為法の伝統的枠組の中で考える限り」、公共利害性、公益目的性を充たす名誉毀損表現については、原告側に誤信したことについて相当の理由のなかったことの立証責任を認めることが「論理的結論」であると述べる。

この見解は、刑法二三〇条の二の要件の挙証責任の所在を、主として無罪推定の原則と、表現の自由の重要性の見地から、檢察に負わせるべき、という議論と併せて展開されるものである。すなわち、刑法二三〇条の二の挙証責任の所在に関する「通説判例は、極めて異質である」のみならず、「それが民事に投影された場合に、特段の思惟を経ることなく、刑事におけると同様に解釈されており、ここに憲法二一条の保障する基本的人権に対する配慮に足りないところがあるのではないかという問題がある」、とする。ただ、この見解は、相当性理論の基本的な枠組それ自体、すなわち公共利害性、公益目的性、真実性もしくは相当の理由の存在という要件の枠組それ自体を批判する、という形で展開されているわけではなく、一応この枠組自体は肯定しているものと思われる。し

かしながら、不法行為としての名誉毀損における相当性理論について刑法二三〇条の二の影響を認めた上で、上記のような議論を展開し、相当性理論の証明責任の所在について「明らかに刑事の誤った刑法解釈に引きずられたもので、誤りというべき」と断るのである。

第二の見解は、既述した「現実の悪意」の法理に示唆を受けて展開するものである。

ある論者は、日本における相当性理論のように、原告の属性如何に関わらず、同一の免責要件で考えるような「形式的な取り扱いは、その現実的な機能としては、公人にたいする過大な保護と私人にたいする過小の保護という結果を生みだして」おり、これは「報道の自由と個人の保護が本来目指すべき目標とは正反対」だとする。「強い権限を保持していること、批判を受ける高い地位に自らついたということ、そして自ら反論をなしうることを考えれば、公人に対する批判は原則として自由でなければなら」ず、このような公人が名誉毀損訴訟を提起したときに、真実性・相当性の証明を報道機関に厳格に要求することは、報道機関による自主規制・萎縮が生じるおそれが非常に強いとする。これに対し、私人はその置かれる立場は公人と正反対であり、名誉の保護が優先されるべきである、とする。そして、日本のようにあらゆる名誉毀損事件が同一に扱われることにより、私人は各種の

不利益を受けると指摘する。<sup>(96)</sup>その上で、アメリカにおける「現実の悪意」の法理との対比の下に、公人が原告の事件においては、日本の相当性理論における「公益目的性」と「真実性・相当性」の要件について、(一) 対象となる報道には、公益を図る目的がまったくなかったこと、(二) 報道された内容が主要な点において事実でなく、また報道機関においてこれを真実と信ずるについて相当の理由を有していなかったことの二点を原告が証明しなければならないと考えるべきであるとする。他方、犯罪の被疑者については、「犯罪の容疑者とされたということだけで、自分が無実であることを証明しなければならぬ」というのは不合理<sup>(97)</sup>として、依然として報道機関の側が真実性・相当性の証明責任を負うとする。

また別の論者は、「現実の悪意」の法理を「わが国に導入することには、それなりの理由があり、検討に値する」けれども、「いくつかの疑問も感じる」として、次の点を指摘する。すなわち、公人が原告の場合において免責要件の証明責任を転換することが憲法上不可欠とはいえないと考えられること、ニューヨーク・タイムズ対サリバン事件において語られた表現の自由の「息をつく余地」とは、「批判的言論の緊張感とセットで語られなければならない」こと、そして、「対抗する利益である名誉が、人格の社会的展開に不可欠のものである以上、それ相應の緊張した調整が必要になる」ことを

指摘し、「現実の悪意」の法理の導入については限定的でなければならぬ、とする。そして、名誉毀損による不法行為の成立を、摘示事実が虚偽であったことについて全く顧慮しなかった場合に限定するのであれば、相当性理論の要件たる「相当性」を状況によって絞り込めばよいとして、「わが国の法制にとつて『現実の悪意』の法理が有する意義は立証責任の転換という発想にあると言える」とする。その上で、「公的人物」に当たる条件を十分に吟味することを前提に、公務員と公的人物とに「現実の悪意」の法理を導入する、という方策と併せて、公職者に限定して真実性・相当性の立証を転換するという方策との二つの案を提示する。

「現実の悪意」の法理は、一定の場合（公的論点に関する公人についての事実摘示）において証明責任を転換し、かつ、名誉毀損による法的責任の発生する場合を明確に、かつ、相当地に限定するものである。その意味で被告側の負担を可及的最大限度に軽減しようとする指向を持つものであるのに対して、この見解では、そうした負担の軽減に対して、一定の危惧ないし警戒を持っているのを看取することが出来る。

すなわち、「現実の悪意」の法理が、表現の自由保障に働くのではなく、マスメディアに本来求められるべき「緊張」を「弛緩」させるおそれを包含しかねないものとして捉えられている。無論、アメリカの判例に現れた「現実の悪意」の

法理は、名誉毀損表現の場面において表現の自由保障をできる限り押し及ぼそうとする指向を持つものとされている。しかしながら、この見解は、これまで被告側に課されていた証明責任が転換されることにより、結果としてマスメディアの取材・報道活動を規律していた「緊張状態」が「弛緩」することを強く危惧する。そこで、「現実の悪意」の法理を全面的に採り入れる、というのではなく、いわばそのエッセンスを抽出し、免責法理としての相当性理論の要件の一部について、その証明責任の所在を変える、というアプローチを採るのである。

## (二) 判例の態度

証明責任の所在を変えるというアプローチを採り、真实性の証明責任を原告側に課した裁判例として、東京高判平成六年九月二二日がある。もともと先に紹介した二説のいずれとも、相当にニュアンスの異なるものである。

本件は、有名百貨店がその古美術品の展示即売会において販売のため展示した古美術品が贋作である疑いがある旨の内容の記事を掲載した週刊誌が、当該百貨店の名誉を毀損したとして訴えられた事案である。この事案で東京高裁は次のように述べて、百貨店側に問題の古美術品が真作であることを立証すべきとした。

すなわち、昭和四一年最判の採る相当性理論は、「刑法二三〇条ノ二の規定の趣旨が参酌されたものであることはうかがわれる」が、刑法と民法とはその目的を異にするものである上、名誉毀損言明における事実の真偽の取扱いについても両者では歴史的・比較法的に相違があり、「刑法二三〇条ノ二の規定の趣旨が主たる根拠をなしたものとはいひ難い」。むしろ、昭和四一年最判は「不法行為の要件事実の立証責任につき、不法行為規範が直接の規定を設けているとはいえない事項については、その立証責任の分配は、公平の観点に立ち、立証の難易、当該事実を立証するための証拠に對しこれらの当事者がより近い関係にあるか等証拠との距離などを考慮して定めるべきであるとの考えに基づき」、昭和四一年最判の事案においては、摘示事実についてその不存在の立証よりその存在の立証が容易であるから、原告よりも被告にその存在の立証責任を負わせるのが公平であるとして判断を示したと考えるのが相当である。また、真实性の証明を抗弁とすべきという考えは、摘示事実の虚偽性が推定されることを前提とするものであるが、そのような法律上の推定をすべき実定法上の根拠はなく、一方、事実上の推定は経験則の適用の問題であつて、具体的事案につきその可否を判断すべきものである以上、昭和四一年最判の判断は、名誉毀損の不法行為訴訟すべてにあまねく適用されると解されるべきではない。

そして、本件においては、問題の古美術品を真作であると表示した百貨店が立証責任を負うべきであるとするのが公平であり、一般に真贋を判別するための証拠や鑑定方法等の利用について百貨店側が週刊誌よりも近い距離にあるうえ、百貨店の販売する商品について疑問があるとき、これを社会に知らしめるのがマスメディアに言論の自由に基づく重要な社会的機能の一つというべきであり、それを制限するについては慎重であることを要するなどとして、展示した古美術品が真作であることについて、原告である百貨店が立証すべき、とした。

こうした考え方は、既に紹介したアプローチとは異なり、証明責任の所在に関する有力説に立脚して展開されたものと思われる。ただ、この判決が示唆する考え方には、免責法理を考へる上でいくつか参照できるものがあるように思われる。本判決が証明責任を原告に負わせたのは、必ずしも被告の表現の自由を可及的最大限度に保障するという発想に立ったものというわけではないものと思われる。しかしながら、百貨店の商品についてその真贋や品質等に疑問があるとき、「これを社会に知らしめるのはマスメディアの言論の自由に基づく重要な社会的機能の一つである」と指摘するように、本判決の考へ方もまた表現の自由保障という視点を欠くものではない。また、その証明責任の所在を決定するに当たって、

例えば百貨店の特定の商品の真贋や品質について、それが表示より劣悪であるとの言明が公表されたとしても、直ちに百貨店の経営の本質やその姿勢等を誹謗しその信用・名誉を毀損することとなるものではない旨指摘したり、小売商の虚名は保護するに値せず、その名誉の保護を求めるには自らそれを示すべきと指摘する等、原告の立場やあり方を考慮要素としている。さらに証明責任の所在について、昭和四一年最判の考へ方は「名誉又は信用を毀損したことを理由とする不法行為訴訟のすべての類型に対してあまねく適用されるべき準則と解すべきではなく」、その事案の事実関係に即して判断されるべきことを指摘している。このように、本判決は昭和四一年最判以来の相当性理論の基本的枠組自体は維持しつつも、証明責任の所在に関する有力説の立場を採用した上での帰結と思われるものとはいえ、個人の名誉の保護と表現の自由保障との調和の問題に対して、従来の判例とは異なる性格を帯びているといえよう。また、当事者の属性に応じて証明責任の所在を変えろという考へ方は、公人と私人とを分けて名誉毀損の責任追及の枠組を変えて考へろという「現実の悪意」の法理の考へ方に近いものがあると言いうるよう思われる。

注

(1) 名譽「棄損」とする判決・論文も少なくないが、本論文では名譽「毀損」で統一し、引用文中の用字については原文のままとする。

(2) 最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁(いわゆる北方ジャーナル事件最高裁判決、八七七・八七八頁)。

(3) 最大判昭和六一年六月一日・前掲注(2)八七八頁。

(4) 最小判昭和四一年六月二三日民集二〇巻五号一一一八頁。

(5) 五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣、二〇〇三年)四八頁。

(6) 最大判昭和六一年六月一日・前掲注(2)八七八頁。

(7) なお、名譽毀損を巡っては、近時、特に二〇〇一年頃から、従来では考えにくかったような高額な賠償が認容される事案が続出している。直近二年ほどの間に出された判決として、例えば東京地判平成一五年七月二五判タ一一五六号一八五頁(上場会社の代表取締役である原告に対して五百五十万円)、福岡高判平成一六年二月二三日判タ一一四九号二二四頁(名譽毀損とされた記事の掲載で自殺した元大学教授の遺族である原告に対して計九百二十万円)、最終平成一六年十月一日判例集未登載(医療法人理事長である原告に対して一千四百三十万円)を参照。

他方、やはり二〇〇一年から二〇〇二年にかけて、裁判所側から相次いで、名譽毀損における「適切な」賠償額を検討する研究会の成果が公表されている。公表順に、東京地方裁判所損害賠償訴訟研究会「マスメディアによる名譽毀損訴訟の研究と提言」(ジュリ一二〇九号(二〇〇一年)六三頁、司法研修所「損害賠償請求訴訟における損害額の算定」判タ一〇七〇号(二〇〇一年)四頁、大阪地方裁判所損害賠償実務研究会「名譽毀損による損害賠償額の算定」N

BL七三二号(二〇〇二年)六頁。

従来から、日本における名譽毀損を理由とする損害賠償の額は低額であったとの批判が強かった。その意味で、賠償の高額化はとりわけ名譽保護の見地からは望ましいといえる。しかし一方で、高額化に伴う、表現の自由に対する「萎縮効果」を懸念する見方もありうる。いずれにせよ名譽毀損を巡っては、こうした状況の変化があることを念頭においておく必要がある。

もっとも、免責法理の問題の検討が直接の課題である本論文では、賠償の高額化の問題についてはこれ以上立ち入らず、問題の指摘に止めておく。

なお、近時の動向を踏まえて名譽毀損について検討するものとして、松井茂記「変貌する名譽毀損法と表現の自由」ジュリ一二三二号(二〇〇二年)七七頁、秋山幹男ほか「座談会・名譽毀損された被害者の救済」NBL七三四号(二〇〇二年)八頁。

(8) これは、特に一九六〇年代後半以降マスメディアによる報道・表現活動を中心に免責法理の問題が論じられてきたこと(実際、マスメディア以外の主体による表現活動において免責法理が問題となることは、必ずしも多いとはいえない)。また、不法行為としてのマスメディアによる名譽毀損の事件数が圧倒的であること、の二点による。特に前者の点については、堀部政男「マスコミと人権」ジュリ四四九号(一九七〇年)五四頁以下参照。

(9) 齊藤博「名譽・プライバシーとその民事上の保護」ジュリ九五九号(一九九〇年)三〇頁は、名譽の民事上の保護について、「制度上刑法に依存せざるを得ないドイツの民法理論」に接したためか、「わが学説・判例も、民法中に名譽を保護する規定をもつにもかか



わらず、刑法及びその理論に依存する度合いは小さなものではなかった」と指摘する。

- (10) なお、刑法学者と民法学者による対談集である、佐伯仁志「道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣、二〇〇一年)二八四頁以下では、名誉・プライバシー侵害について詳細な議論が展開されている。

- (11) なお、不法行為としての名誉毀損の成立要件については解釈論上種々の問題があるが、本論文では、いかなる行為や状態が「名誉毀損」に当たるのか、について概観するに留めたい。不法行為としての名誉毀損の成立要件につき詳細は、潮見佳男「不法行為法」(信山社、一九九九年)六七〇頁、中丸隆「名誉毀損」(竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務大系(九)』(青林書院、二〇〇一年)三頁、五十嵐・前掲注(5)二二、四五頁参照。

- (12) 二〇〇四年二月に、いわゆる現代語化のための民法改正が行われた(平成一六年二月一日法律第一四七号)。本論文脱稿時において未施行であるが、同改正は本論文の論旨に関する限り、影響を及ぼすものではないと考えられるため、以下新法の条文を引用する。
- (13) 大判明治三八年二月八日民録一輯一六六五頁、最二小判昭和三年七月二十日民集一〇巻八号一〇五九頁参照。

- (14) 最二小判昭和四五年二月一八日民集二四巻一三三二五頁。
- (15) 学説上「名誉」概念は、①他者や自己の評価を超える真実の名誉

「内部的名誉」、②その人に対する社会的な評価(外部的名誉)、③その人の主観的な自己評価(名誉感情)に三分して理解される。樋口陽一ほか「注解法律学全集一憲法一」(青林書院、一九九四年)二七八頁(佐藤幸治執筆)参照。

名誉毀損における「相当性理論」の憲法的考察(一)(前田)

- (16) なお竹田稔「名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究」(酒井書店、一九八二年)二頁は、「虚名であるとして名誉が否定されるならば覆される当人の生活に大きな影響を与えるだけでなく、社会的安定を害する危険がある」がゆえに「社会秩序の維持のため虚名をも保護せざるを得ない」とする。また、中丸・前掲注(11)五頁も同趣旨の指摘をする。

- (17) そして、意見表明による名誉毀損に関する免責法理として、半ば相当性理論から枝分かれするような形で、「公正な論評法理」が判例上形成されてきた。最一小判平成元年二月二日民集四三巻一二号二二五二頁、最三小判平成九年九月九日民集五一巻八号三八〇四頁参照。

相当性理論と公正な論評法理とは、そのいずれを適用すべきかという基準、すなわち「ある表現が事実を摘示するものか、意見を表明するものか」という基準について、難解な問題を含んでいる。相当性理論を専らの検討対象とする本論文は、「事実摘示」による名誉毀損を前提とするため、この点に関する問題についてはこれ以上立ち入らない。さしあたり、山口成樹「名誉毀損法における事実と意見(一)(三・完)」都法三五巻一(一九九四年)一〇九頁、三五巻二(同)一一頁、三六巻二(一九九五年)九一頁、松井茂記「意見による名誉毀損と表現の自由」民商二二巻三(一九九五年)一頁、神田孝夫「論評ないし意見表明による名誉毀損と免責事由(一)(三・完)」札幌一四巻二(二〇〇三年)七頁、一五巻一(同)四九頁、一六巻一(二〇〇四年)一頁を参照。なお、最高裁が「事実」と「意見」の別をどのように考えているかについては、最三小判平成九年九月九日前掲、最一小判平成一六年七月一

五日民集五八卷五号一六一五頁を参照。

- (18) 三島宗彦「名譽・信用・プライバシーの侵害」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習(四)』(有斐閣、一九六八年)二六一頁、松井茂記「名譽毀損と表現の自由」藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座(二)』(日本評論社、一九九八年)八三頁参照。

- (19) 明文上規定のある正当防衛・緊急避難(民法七二〇条)や、明文上の規定はないが、相手方の承諾があった場合などが挙げられる。この点については、五十嵐清・田宮裕「名譽とプライバシー」(有斐閣、一九六八年)二七・三二頁、五十嵐・前掲注(5)三〇・三二頁参照。

- (20) このほか、次節にて触れる真実性の証明、そして前注(17)にて触れた公正な論評法理が挙げられる。

- (21) 団藤重光編『注釈刑法(五)』(有斐閣、一九六五年)三六二・三六三頁(福田平執筆)参照。

もつとも、憲法が表現の自由を保障していることに鑑みて同規定が立法された、という理解については、「しかしそれは実際には、表現の自由を確立するという自覚的意図によるよりも、明治以降この国を支配してきた新聞紙法……および出版法……両法の廃止にともなう補正修復を眼前にしておこなわれた、立法化措置にすぎない……立法者はこのことよって、表現の自由にかんし戦前にはなかったなにかを積極的に新しく創設するという意欲をもっていたとは思えない」(奥平康弘「憲法裁判の可能性」(岩波書店、一九九五年)一六七・一六八頁)と疑問を提起する見解があることに留意すべきであろう。このほか、奥平・同書一七三頁注(15)及びそこに引用される小野清一郎「名譽と法律」(日本評論新社、一九五二年)六

七頁参照。とりわけ小野・同書六頁は、昭和三年の「刑法の一部改正は、日本國憲法の施行に伴ひそれに抵觸するとおもはれる規定を改めることが、主な動機であつたが」それに限られないとし、例えば「名譽毀損の罪に關する事實の證明のごとき、新憲法と直接の關係はないといへる」とする。

- (22) 高民集六卷一頁。

- (23) 例えば、東京地判昭和三〇年七月一日下民集六卷七号一三九七頁。また、刑法二三〇条の二に直接言及しないものの同様の判断枠組みを採るものとして、東京高判昭和二年五月一日下民集五卷五号六八一頁、広島高判昭和九年一〇月一日高民集七卷一一号八八五頁、東京地判昭和三十一年一月五日下午民集七卷一一号三二〇八頁を参照。

- (24) 奈良次郎「最高裁判所判例解説民事編昭和四一年度」五一事件(後掲の最一小判昭和四一年六月二三日の調査官解説)三〇七頁は、こうした下級審裁判例の動向について、「民事上の名譽棄損についても、刑法二三〇条ノ二の規定と同一の原理が働くと考えていたようである」と評する。

- (25) この点については、団藤編・前掲注(21)三七四・三八一頁(福田執筆)参照。

- (26) 刑集十三卷五号六四一頁。

- (27) 同判決の調査官解説である、竜岡資久「最高裁判所判例解説刑事編昭和三四年度」三七事件一六六頁参照。

- (28) 例えば、大阪地判昭和三八年一月二二日判タ一五六号一七九頁は、刑法二三〇条の二の趣旨に則り、行為が公共の利害に関する事実にかかり、専ら公益を図る等正当な目的でなされたものであつて、

摘示事実が真実であることの証明があれば違法性が阻却されるとする。また、千葉地判昭和三十六年五月一七日下民集一二巻五号一一五六頁は、ほぼ同様の要件のもとで（ただし、刑法二三〇条の二に言及することなく）真実性の証明による免責の可能性を認め、千葉地判昭和三十七年四月二六日下民集一三巻四号七九〇頁は、やはり同様の要件のもとで真実性もしくは真実であると信ずるにつき相当の理由があることの証明による免責の可能性を認めた。

(29) 加藤一郎『不法行為』（有斐閣、初版、一九五七年）一一八頁。

(30) 幾代通『不法行為としての名誉毀損』法時二九巻六号（一九五七年）一七頁。

(31) なお、徳本鎮『名誉毀損』谷口知平・加藤一郎『民法演習Ⅳ』（有斐閣、一九六九年）二二三頁、宗宮信次『名誉毀損と真実の証明』日法二六巻二号（一九六〇年）三一三―三一四頁を参照。

(32) 民集二〇巻六号一一八頁。

(33) 同判決の調査官解説として、奈良・前掲注（24）三〇四頁が、また、評釈として、徳本鎮『判批』民商五六巻二号（一九六七年）二六三頁、加藤一郎『判批』法協八四巻五号（一九六七年）七四四頁、三島宗彦『判批』判評九八号（一九六七年）二三頁（判時四六八号九七頁）、同『判批』マスコミ判例百選（第三版、一九八五年）四四頁、神田孝夫『判批』民法判例百選Ⅱ（第四版、一九九六年）一八二頁がある。

(34) 民集二〇巻六号一一二五頁。

(35) 民集二〇巻六号一一三二頁。

(36) 三島・前掲注（33）判評九八号二四頁参照。

(37) 奈良・前掲注（24）三〇八頁。また、同解説三〇九頁は、昭和四

一年最判は「刑法二三〇条ノ二の規定ないしその解釈とはかわりなく、不法行為の成否を判断すべきものとしたのである」と指摘する。なお、加藤・前掲注（33）七五〇―七五一頁、徳本・前掲注（33）二六九頁参照。

(38) 奈良・前掲注（24）三〇八頁。

(39) 最大判昭和四四年六月二五日刑集二三巻七号九七五頁（いわゆる夕刊和歌山時事事件最高裁判決）。

(40) 相当性理論を採用した最高裁判決として、3節で検討する諸判決のほか、最大判昭和六一年六月一日・前掲注（2）、最二小判昭和六二年四月二四日民集四一巻三九四九〇頁（いわゆるサンケイ新聞意見広告事件最高裁判決）、最三小判平成九年九月九日・前掲注（17）。

(41) 五十嵐・前掲注（5）四八頁。

(42) 松井茂記『マス・メディア法入門』（日本評論社、第三版、二〇〇三年）一一二頁参照。

(43) ただし、刑法上の名誉毀損罪の免責規定である刑法二三〇条の二に關してであるが、最大判昭和四四年六月二五日・前掲注（39）九七七頁は、「行為者がその事実を真実と誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるとき」（傍点）は引用者は、名誉毀損罪は成立しない、とする。判文上は、不法行為としての名誉毀損と刑法上の名誉毀損罪との間で違いがあることになる。もつとも、実際の判断において明確な違いはないと指摘されている。松井・前掲注（42）一一四頁。

(44) 例えば、東京高判昭和五三年九月二八日判時九一五号六二頁、東京地判昭和六三年七月二五日判時一二九三号一〇九頁参照。これら

の判決については、後に改めて触れる。

- (45) 三島宗彦「真実の証明と人格権侵害」伊藤正巳編『現代損害賠償法講座(二)』(日本評論社、一九七二年)一五八頁。

- (46) 民集二六卷九号一六三三頁。なお本件解説として、輪湖公寛「最高裁判所判例解説昭和四十七年度」七六事件七〇四頁が、また、評釈として、五十嵐清「判批」民商六八巻五号(一九七三年)七八五頁、能見善久「判批」法協九一卷五号(一九七四年)八二九頁、神田孝夫「判批」マスコミ判例百選(第二版、一九八五年)四八頁がある。

- (47) 東京高判昭和四十六年四月九日判時六二九号六一頁。

- (48) 判時九八六号四一頁。なお本件評釈として、堀部政男「判批」民商八四巻六号(一九八一年)九四七頁、神田孝夫「判批」マスコミ判例百選(第二版、一九八五年)五〇頁がある。

- (49) 判時七九四号七九頁。

- (50) 判時九〇二号六六頁。

- (51) 新聞社等は、通信社から記事の配信を受け、それを自己の報道内容の一部としていることが一般的である。この場合、仮に配信された記事によって名誉を毀損したとされた場合、記事の配信を受けた報道機関が、配信記事に対する信頼を理由にして、相当の理由があったものと主張できるか、という問題が生じる。これが、ここにいる配信サービスの抗弁の問題である。配信サービスの抗弁については、さしあたり、奥平康弘「ジャーナリズムと法」(新世社、一九九七年)一六二頁以下、駒村圭吾「ジャーナリズムの法理」(嵯峨野書院、二〇〇一年)一八八頁以下、五十嵐・前掲注(5)六〇頁以下参照。

- (52) 最三小判平成一四年一月二九日民集五六巻一八五頁、最二小

判平成一四年三月八日判時一七八五号三八頁。

- (53) 最三小判平成一四年一月二九日・前掲注(52)は、私人の犯罪行為については、一般的にはその報道内容に一定の信頼性を有している」とされる通信社からの配信記事であっても、当該記事に摘示された事実の実質性について高い信頼性が確立しているということとはできず、従って、現時点では問題の記事が通信社から配信された記事に基づくものであるという一事をもってしては、「真実と信ずるについて相当の理由がある」とは認められない」とした。また、最二小判平成一四年三月八日・前掲注(52)は、一月判決を引きつづも、裁判官の意見が多岐に分かれている。すなわち、福田博・亀山継夫の両裁判官は、「掲載記事に通信社から配信を受けた記事に基づく旨の表示(以下「クレジット」という)が付されていない場合には、記事を掲載した新聞社は、掲載記事が通信社から配信を受けた記事に基づくものであることを理由とするいかなる抗弁も主張することができない」とし、北川弘治裁判官は、通信社と加盟社との間に実質的に報道主体としての同一性があると見られ、そして、通信社の配信記事について相当の理由があり、名誉毀損について過失が否定される場合には、加盟社もその相当の理由を援用することにより損害賠償責任を免れることができるとすべき、とする。これに対し梶谷玄哉裁判官の反対意見は、「憲法上容認し難いほどの萎縮効果を生じさせないようにするため、加盟社等が通信社の配信システムに基づいて報道を行っている場合には、その社会的実態に応じた抗弁を認めることが必要」と指摘して、配信サービスの抗弁は「我が国においても、公共の利害に係り、専ら公益を図ることを目的としてされた報道に関し、定評のある通信社の構築した記事配信システ

ムに基づいて、通信社から配信された記事に掲載した報道機関の行為は、特別に憲法二二条の要請により、正当な行為とみることができ、違法性を阻却するとの理論的根拠によって、肯定することができると考える」とする。

- (54) 例えば、最一小判昭和四七年一月一六日・前掲注(46)について、五十嵐・前掲注(46)は、相当性の有無の判断は「記事の性質と相關させて考えるべきであり、本件は、被害が証明されないかぎりには、完全な家族内のプライバシーに関する事件であり、しかも緊急性に乏しい事件であるので、とくに慎重な報道をする義務があるというべきである」(七九三―七九四頁)とし、能見・前掲注(46)八三三頁も、国会議員に立候補した者の経歴・前科等に関する事実の摘示が問題となった昭和四一年最判との比較において、「注意義務を厳しくして然るべき事案であつたと言えよう」とする。また、最一小判昭和五五年一〇月三〇日・前掲注(48)について神田・前掲注(48)五一頁は、「損害賠償については、誤報のもたらす被害の甚大さを考えると、報道機関には最大限の高度の注意義務が課せられてしかるべきと思う(公共性の程度がきわめて低いなど、事情いかんによっては、殆ど無過失責任に近い厳しい責任が課せられてよい)。その意味で、本判決の態度は歓迎される」とする。

- (55) 松井・前掲注(7)七九頁。

- (56) また、秋山ほか・前掲注(7)二二頁(秋山幹男発言)は、「裁判所が実際に相当性を認める場合というのはかなりかぎられているように思われ」とする。

- (57) 山川洋一郎「真実証明および相当性についての考え方」日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』(日本新聞協会、一九九〇年)二四

五―二四六頁。

- (58) また、近時の下級審裁判例を批判的に検討する、取材と報道研究会「報道の役割への無理解」新聞研究六三〇号(二〇〇四年)五〇頁は、「相当性」要件(同論文は「相当性」要件を「誤信相当性」とする)の判断について「真実性立証の成功」と同視できるレベルの立証活動をしなければ、誤信相当理由が認められない傾向(五一頁)があり、「重大な事件ほど裁判所は免責に慎重であり、メディア勝訴の事件は実質的には真実性の立証に成功していることが多い」(五三頁)と指摘し、「裁判所という閉鎖空間で生活を続けて多様な社会経験をしていないため、個々の矮小化された論点ばかり目を奪われて『木ばかり見て森が見えない』職業裁判官の性格が報道の自由にとって大きな障害になっている」(五一頁)と批判する。
- (59) 三島宗彦「人格権の保護」(有斐閣、一九六五年)二五一頁以下及び同・前掲注(45)参照。なお、宗宮・前掲注(31)二三―二四頁も、「立法論としては、無過失責任説の方向に持っていくべき」とする。

- (60) 三島・前掲注(45)一四〇頁。

- (61) 同前。

- (62) 三島・前掲注(59)二六九頁。

- (63) 三島・前掲注(45)一五八頁参照。

- (64) 三島・前掲注(45)一五五頁。

- (65) 三島・前掲注(45)一五五―一五六頁参照。

- (66) 三島・前掲注(45)一六〇頁。

- (67) 三島・前掲注(45)一五九―一六〇頁参照。

- (68) 三島・前掲注(45)一六〇―一六一頁。

- (69) 三島・前掲注(45) 一六一頁参照。
- (70) 三島・前掲注(45) 一六〇頁。
- (71) 三島・前掲注(59) 二七二・二七三頁。
- (72) なお、五十嵐・田宮・前掲注(19) 一六六頁も、報道内容の情報を提供した者の責任に関する文脈で、「新聞の誤報記事による名誉棄損の場合、新聞側が免責され、かつ材料提供者も免れる」と、結局被害者泣き入りということになる。新聞社の無過失責任(場合によってはその保険化)ということが今後真剣に考えられなければならない問題であろう」と指摘する(ただし、後の五十嵐・前掲注(5) 四九頁は、「裁判所は、この真実性・相当性の法理(引用者注、本論文にいう相当性理論のこと)を適切に運用することにより、妥当な解決を図ってきた」という評価を与えている)。
- (73) 幾代通『不法行為』(筑摩書房、一九七七年) 九〇頁。
- (74) 前田達明『民法Ⅵ2』(青林書院、一九八〇年) 一〇〇頁。ただし同書は同時に、「不法行為法の外の問題として」としつつも、誤報の場合においては、過失の有無を問わずに人格権にもとづく原状回復請求権を認めるべきである、とする。
- (75) 仙台地判昭和三四年五月二一日判時二〇五号二四頁。
- (76) アメリカにおける「現実の悪意」の法理については、松井茂記「名誉毀損と表現の自由(一・四・完)」民商八七巻四号(一九八三年)五一頁、八七巻五号(同) 六七八頁、八七巻六号(同) 八二五頁、八八巻一号(同) 五一頁、同『New York Times 判決法理の再検討』民商一一五巻二号(一九九六年) 一八六頁、望月礼二郎『英米法』(青林書院、新版、一九九七年) 二四九頁以下、奥平・前掲注(51) 一八一頁以下、及び駒村・前掲注(51) 二〇〇頁以下を参照。
- (77) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
- (78) いわゆるガーツ事件判決 (Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)) が、拡大傾向に歯止めをかけた、といわれる。松井・前掲注(76)「名誉毀損と表現の自由(三)」八四一頁、奥平・前掲注(51) 一九一頁、駒村・前掲注(51) 二〇二・二〇三頁参照。
- (79) このような「現実の悪意」の法理についても、表現の自由の保護が十分でないとする批判と、反対に、名誉が十分に保護されないという批判の、双方があるという。松井・前掲注(76)「New York Times 判決法理の再検討」一八六頁以下参照。
- (80) 松井・前掲注(18)、同・前掲注(76) とくに「名誉毀損と表現の自由(四)」、浦部法穂『全訂憲法学教室』(日本評論社、二〇〇〇年) 一五八・一五九頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法Ⅱ』(青林書院、一九九七年) 四七・四八頁(浦部法穂執筆) 参照。なお、駒村・前掲注(51) 二〇六頁も、「現実の悪意」の法理導入の可能性を示唆する。
- (81) 松井・前掲注(18) 一〇三頁。
- (82) 松井・前掲注(18) 一〇三・一〇四頁。
- (83) 松井・前掲注(18) 一〇六頁。
- (84) 松井・前掲注(18) 一〇七頁。
- (85) 松井・前掲注(18) 一〇八・一〇九頁。
- (86) 松井・前掲注(18) 一〇九頁参照。
- (87) 浦部・前掲注(80)『憲法学教室』一五五頁。
- (88) 浦部・前掲注(80)『憲法学教室』一五八頁。
- (89) 同前。
- (90) 浦部・前掲注(80)『憲法学教室』一五五頁。

- (91) 佐藤幸治『憲法』（青林書院、第三版、一九九五年）五二六頁。  
 (92) 芦部信喜『憲法學Ⅲ』（有斐閣、増補版、二〇〇〇年）三五三頁。  
 ただし同書三五五頁は、刑法二三〇条の二の解釈論として、「現実の悪意」の法理（同書は「現実的悪意」の法理、と呼称する）がそのまま妥当するかどうかはなお議論の余地がある、とする。  
 (93) 判時七三九号四九頁。  
 (94) 判時八五七号三〇頁。  
 (95) 東京地裁判決を掲載する判時八五七号三一頁の匿名コメントは、東京地裁判決が「わが国の判例の主流的思考方法に従って」いずれの要件とも被告が証明すべきものとした、とする。  
 (96) 最大判昭和六一年六月一日・前掲注（2）。  
 (97) 最大判昭和六一年六月一日・前掲注（2）九〇三―九〇四頁。  
 (98) 以下に紹介する見解のほかにも、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（放送大学教育振興会、二〇〇一年）一三〇頁、長岡徹「表現の自由と名誉毀損」高橋和之『大石眞編『憲法の争点』（有斐閣、第三版、二〇〇一年）一〇六頁が、証明責任の所在を変えることに好意的であると思われる。  
 (99) 河上和雄「刑法と民法の交錯」北海学園大学法学部三〇周年記念論文集『転換期の法学・政治学』（第一法規、一九九六年）二五五頁。  
 (100) 河上・前掲注（99）二六六頁。  
 (101) 河上・前掲注（99）二六七頁。  
 (102) 同前参照。  
 (103) 河上・前掲注（99）二五六頁。  
 (104) 河上・前掲注（99）二六七頁。

名誉毀損における「相当性理論」の憲法的考察（一）（前田）

- (105) 喜田村洋一「報道被害者と報道の自由」（白水社、一九九九年）一七九頁以下。  
 (106) 喜田村・前掲注（105）一八一頁。  
 (107) 喜田村・前掲注（105）一八三頁。  
 (108) 喜田村・前掲注（105）一八五―一八六頁参照。  
 (109) 喜田村・前掲注（105）一九三―一九四頁参照。  
 (110) 喜田村・前掲注（105）二〇四頁。  
 (111) 駒村・前掲注（51）二〇四頁。  
 (112) 駒村・前掲注（51）二〇五頁。  
 (113) 判時一五三六号三七頁。本件評釈として、安次富哲雄「判批」判評四四四号（一九九六年）四三頁（判時一五四九号一八九頁）、中村哲也「判批」ジュリ一〇八九号（一九九六年）三一九頁がある。  
 また、喜田村・前掲注（105）書一九五―一九六頁も、自己の説との関係で本判決を扱っている。  
 (114) 安次富・前掲注（113）四六頁参照。なお証明責任の分配に関する有力説は、分配が実体法規の解釈によって定められるとの前提に立つて、立証の難易、事実の存在蓋然性などを考慮すべきであるとする。これに対して、通説的見解は法律要件分類説、すなわち法規の解釈によって分配を決定する。有力説に関する記述も含め、伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第三版、二〇〇四年）三二四―三二五頁、及び同書三二五頁脚注257に挙げられた文献参照。  
 ※ 本論文校正時で、浜辺陽一郎『名誉毀損裁判』（平凡社、二〇〇五年）、佃克彦『名誉毀損の法律実務』（弘文堂、二〇〇五年）に接した。

（未完）

（まえだ　とし　大学院博士課程人文社会科学科学研究科社会科学専攻院生）