

名誉毀損における「相当性理論」の憲法的考察（二・完）

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

二 相当性理論に代わる基準を提示する諸説

1 無過失責任説

(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（以上本誌三八号）

4 諸説の分析（以下本号）

(一) 相当性理論との関係

(二) 諸説の仕組みの違い

(三) 諸説が想定するモデルの違い

(四) 帰結の異同

三 免責法理の憲法的考察

1 名誉毀損の「憲法問題」性

(一) 名誉毀損の「憲法問題」性

(二) 名誉毀損の免責法理を考える視点

2 相当性理論の憲法問題

(一) 憲法論の「欠落」ないし「不在」

(二) 証明の負担のあり方に関する問題

(三) 枠組自体に関する問題

3 諸説の検討

(一) 無過失責任説

(二) 「現実の悪意」の法理導入論

(三) 証明責任の所在を変えるアプローチ

結びに代えて——今後検討すべき課題——

二 相当性理論に代わる基準を示す諸説（承前）

4 諸説の分析

以上、相当性理論に代わる基準を提示する諸説を概観してきた。ここで諸説の位置づけや特徴を整理しておく。

(一) 相当性理論との関係

はじめに、諸説がどのように相当性理論を批判しているのか、について整理してみたい。

まず、相当性理論を廃棄すべきか否か、言い換えれば、相当性理論という枠組自体を放棄すべきなのか、それとも相当性理論という大枠自体は維持しつつも、その修正を行うべきなのか、という点で考え方が分かれる。「現実の悪意」の法理導入論、とりわけこの中でも、一般私人に対する名誉毀損についても原告に被告の「過失」の存在の立証を要求する考え方は、相当性理論の枠組自体を放棄する方向の議論である。また、無過失責任説については、犯罪報道以外について、どのように取り扱うのか必ずしも明らかではないが、相当性理論自体に批判的であると評価してよからう。

これに対して、証明責任の所在を変えるアプローチは、相当性理論の枠組それ自体を放棄するというわけではない。真实性・相当性の要件の証明責任の所在を変更するという、いわば部分的な修正を加えることによって、相当性理論を是正しようとするアプローチである。

次に、ここに紹介した諸説は、大まかに言って二つの方向からの批判として整理することができるだろう。

一つは、名誉保護にとつて不十分である、という方向からの批判であり、もう一つは、表現の自由保護にとつて不十分

である、という方向からの批判である。あるいは、一方は名誉保護に重点を置き、他方は表現の自由保護に重点を置く、ということもできよう。

いうまでもなく、無過失責任説は前者に属するものであり、「現実の悪意」の法理導入論と証明責任の所在を変えるアプローチは、後者に属するものといえるだろう。もつとも、証明責任の所在を変えるアプローチのうち、東京高判平成六年九月二二日のような立場は、種々の要素を利益衡量するという手法によって証明責任の所在を決するものであり、単純に「表現の自由保護に重点を置く」という評価はできないかもしれない。しかしながら、相当性理論との関係で言えば、必ずしも名誉保護を重視する構成というわけではない。その限りにおいて、表現の自由保護に配慮された構成であると評価することも許されよう。

(二) 諸説の仕組みの違い

次に、相当性理論も含めて、諸説の仕組みの違いをみておきたい。

相当性理論は、およそ事実摘示による名誉毀損の免責が問題となる場合において適用の可能性のある枠組である。換言すれば、事実摘示による名誉毀損に関する限り、相当性理論はいわば包括的な免責の枠組である、といえよう。もつとも、

具体的な適用の段階で、相当性要件に関して、それが充たされたとする判断水準の設定において、個別の事件ごとに、あるいは、事件の類型ごとにその水準を変えようということが考えられ、実際裁判所もそのように水準を変えているのではないかと、とみられる事案も存在する（この点については、本論文三で後述する）。しかしながら、いずれにせよ判断の枠組自体が動かされている、というわけではない。この意味で、いわば一律に免責の可否を決するアプローチである、ということができる。

これに対して、「現実の悪意」の法理導入論と、証明責任の所在を変えるアプローチのうち、「現実の悪意」の法理に影響を受けて一定の場合に証明責任を原告に負わせるという考え方は、報道対象の類型に応じて、適用すべきルールを変えようとする指向を看取することができる。すなわち、アメリカにおける「現実の悪意」の法理がそうであるように、日本における「現実の悪意」の法理導入論もまた、「現実の悪意」の法理が適用されるべき対象を限定的に解する。少なくとも対象を限定せずに、一律に「現実の悪意」の法理の適用を主張するものではない。

このような、事案ごと、報道対象ごとにルールを変える、という指向は、証明責任の所在を変えるアプローチのうち、東京高判平成六年九月二二日のように、事案に即して個別的

に衡量して証明責任の所在を決するアプローチについても共通するといえる。むしろ、前掲東京高判では、最も徹底された形で展開されている、といえるだろう。

しかし、この東京高判の考え方と、先述の「現実の悪意」の法理導入論や「現実の悪意」の法理に影響を受けて証明責任の所在を変えアプローチとは、事案を類型化してルールを設定するのか、あるいは個別的な衡量によつて証明責任の所在を決するのか、という手法のあり方で違いが存在する。

(三) 諸説が想定するモデルの違い

そして、ここに紹介した諸説の想定するモデルについて指摘しておきたい。すなわち、マスメディアによる名誉毀損が問題となる事案として、諸説がどのような事案を想定しているのか、について確認しておきたい。というのも、諸説とも、想定している事案に違いがあり、それが各説の議論に反映しているのではないかと考えられるからである。

まず、無過失責任説は、すでに触れたように、犯罪報道、とりわけ一般人による犯罪に関する報道を念頭においてその議論を組み立てている。一般人とマスメディアとの力の不均衡を指摘する叙述は、こうした観点から導き出されたものであるといえるだろう。この力の不均衡を前提に、マスメディアに対して、厳しい責任追及を許容するものと考えるこ

とができる。

これに対して、「現実の悪意」の法理導入論、証明責任の所在を変えアプローチ(とりわけ、「現実の悪意」の法理に影響を受ける議論)は、「公的人物」に関する報道(中でも、これらの者に対する批判的報道)を強く意識した上で、議論を組み立てているものとみられる。

これら、「何を念頭において名誉毀損を論ずるのか」という問題は、免責法理の枠組のあり方、すなわち、免責の可否のための要件やその要件の存在の判断のあり方といった点に、さらには、そもそもどのような表現についてその保障を考えるのか、という点に、少なからぬ影響を与えているものと思われる。

(四) 帰結の異同

以上諸説について分析を加えてきたが、最後に、諸説を採用することで、どのような違いが生じうるのか、について、簡単に検討しておきたい。

相当性理論は、①「公共利害性」、②「公益目的性」、そして③「真実性」あるいは④「相当性」の証明責任を、すべて被告側に負わせる。これに対して、まず無過失責任説は、そもそも③の「相当性」の証明を許さないことになる。次に、証明責任の所在を変えアプローチのうち、ある論者は③「真

実性」、④「相当性」の要件についての証明責任を原告に課し、別の論者はこれに加えて②の「公益目的性」についての証明責任をも原告に課す。ただ、証明責任を負うことになる原告の範囲については、原告の属性を問わず一律に証明責任を負わせることとするか、それとも原告の属性を限定して証明責任を負わせるのか、という点で違いがある。また、東京高判平成六年九月二二日は、個別的な利益衡量の結果で証明責任の所在を決するため、類型的に証明責任の所在が決まるわけではない。そして、「現実の悪意」の法理導入論は、公務員等の公的人物に限定して、被告に「現実の悪意」があったことを、被告に証明させる。

これらの基準の異同は、真実性が証明されなかった場合において、原告がいかなる属性の持ち主であったかによって、現れてくる。

無過失責任説の場合、(これを仮に犯罪報道以外にも妥当させるとすれば)被告によって摘示事実が真実であることが証明されなければ、被告はおよそ損害賠償責任を免れ得ない。相当性理論、及び、証明責任の所在を変えるアプローチについては、真実性が証明されなかったとしても、「真実と信ずるについて相当な理由」があれば、被告は免責される。そして、相当性理論は、被告が、「真実と信ずるについて相当な理由」があったことを証明するのを求めるのに対し、証明責

任の所在を変えるアプローチは、原告が「真実と信ずるについて相当な理由」がなかったことを証明することを求める。ただし、後者については、このルールを原告の属性如何に関わらず一律に適用するのか、それとも原告が公務員等の公的人物である場合に限定して適用するのかが、違いが存在する。原告が公務員等の公的人物である場合に限定して適用するアプローチは、逆に言えば、原告がそれ以外の者である場合においては、従来の相当性理論と同じく、相当性要件の証明責任を被告側に負わせることになる。

「現実の悪意」の法理導入論は、原告が公務員等の公的人物である場合に、証明責任を原告に負わせるものであり、その限りで、証明責任の所在を変えるアプローチと共通する。しかし、証明すべき事柄が「現実の悪意」、すなわち摘示事実が虚偽であることを被告が知っていたか、または摘示事実の真偽について不注意であったことを、原告が証明しなければならぬ、という点で、証明責任の所在を変えるアプローチと異なる。証明責任の所在を変えるアプローチが、摘示事実の真実性にある程度こだわりを見せるのに対し、「現実の悪意」の法理導入論は、摘示事実が虚偽か否か、という点に強い関心を持っているといえよう。

このように、相当性理論を批判し、別の基準を提示しよう

とする三つの説は、そもそも名誉保護を重視するのか、それとも表現の自由保障を重視するのかで、また、相当性理論自体を批判するのか、それともそのある部分を修正するのか、などで違いがみられた。

以下、こうした学説を踏まえて、名誉毀損の免責法理のあり方について、考察をすすめることにしよう。

三 免責法理の憲法的考察

ここでは、相当性理論、それに二で紹介した諸説について、憲法の視点から、それぞれ考察を加えたいと思う(2、3)。ただ、それに先立って、「名誉毀損が憲法問題であること」について、確認する作業を行いたい(1)。

1 名誉毀損の「憲法問題」性

(一) 名誉毀損の「憲法問題」性

現在刊行されている体系書を紐解くと、多くの場合、名誉毀損は表現の自由の制約の問題とりわけ表現内容規制の問題として、あるいは、名誉権保護の問題として取り扱われていることがわかる。要するに、最高裁同様、学説もまた、名誉毀損を憲法問題として捉えている、とみることができよう。従って、いまだら名誉毀損が憲法問題であることを確認することなど、必要ないようにも思われる。

しかしながら、後述するように、こうした認識は、少なくとも日本国憲法が表現の自由保障を規定した直後において、必ずしも一般的ではなかったように見受けられる。そして何より、こうした認識は、相当性理論の生成に少なからぬ——そして、憲法の観点からいって、好ましからざる——影響を与えたのではないかと思われる。また、体系書における名誉毀損に関する記述も、どちらかというところ刑法二三〇条の二に重点を置いてなされている場合が多く、不法行為としての名誉毀損が遡上に上ることは、必ずしも多いとはいえないように見受けられる。

以上の点に鑑みたととき、特に本論文のように不法行為としての名誉毀損を中心に扱う場合、この問題について今一度確認する必要があるように思われる。

日本国憲法において、表現の自由は憲法二二条において明文によつて保障されている。また、名誉については、明文はないが、しかし、憲法一三条の解釈から保障されるものと解されている。そして、私人間にあつて表現の自由と名誉とが衝突するような場合、その「調整は、原則として等価値的地に立つて行われるべきもの」であると説かれる。

しかしながら、特に日本国憲法制定直後からしばらくの間、名誉毀損とその免責の問題を考えるにあたって、個人の名誉の保護と表現の自由の保障という二つの自由・権利を、「等

価値的見地に立つて「調整を行う視点が示されていたかについては、疑問がある。そもそも、名誉毀損が憲法問題として把握されていたといえるのかどうか自体、疑わしい点がある。このことは、名誉毀損そのものに対する理解、そして、本論文が問題とする、免責法理としての相当性理論の形成にも、影響を与えているものと考えられる。

以下、早い時期の判例・学説を追いつつ、この点を明らかにしている。

日本国憲法が制定・施行されてから後、「表現の自由とかわりをもつ、ほとんどすべての問題が憲法第二一条のスクリーンを通ることになった」¹¹⁰。つまり、およそ表現行為は、憲法二一条の問題として把握されるようになったわけである。

しかし、そのことから直ちに名誉毀損表現について、特殊な取扱がなされるにいたった、というわけではない。むしろ初期の判例は、「憲法二一条は言論の自由を無制限に保障しているものではない。そして……名誉を毀損することは言論の自由の乱用であって、……憲法の保障する言論の自由の範囲内に属すると認めることはできない」として、つまり、名誉毀損表現は、表現の自由保障の「範囲外」として扱われた。そして学説でも、名誉毀損を憲法問題として捉える姿勢は、それほど強く打ち出されていなかった¹¹¹。むしろ、名誉毀損は、他人の名誉を毀損するものである以上「それ自体が反倫理的、

反社会的なもの」と認められ、またその表現は法益を侵害するものである¹¹²との指摘が存在していた。ただ、例外的に、名誉毀損が「政治批判の自由」と「競合する場合も考えられるため、この場合においては、言論の自由の優越を認める」と考える程度であったようである。

上述した判例や学説のような認識を、うがってみるならば、名誉毀損は「言論の自由の範囲内に属するもの」ではない、という意味で、つまり、表現の自由の保障の及ばない表現である、として、すでに憲法問題としての回答が与えられていた、とみることもできよう。しかし、仮にそうであったとしても、そもそもなぜ名誉毀損表現が表現の自由の範囲の外にあるのかについて、憲法的な観点から十分な議論がなされているとは、必ずしもいえなかったように思われる。これらの見解においては、名誉毀損を憲法問題として重要視する姿勢は、強くなかったというべきであろう。

このような、判例・学説の考え方は、いつてみれば、まず、前提としておよそ名誉とは（虚名も含めて）守られるべきものとして位置づけられ、その社会的評価を伴う言論・表現はすべからず（該表現が何を意図しようとして、どのような内容であろうと）名誉という法益の侵害として把握されていた、と評価できるだろう。そして、名誉毀損の免責が認められる場合とは、そうした名誉という法益の侵害の中で、例外的に、

公共性のある事柄についての言明であり、かつ、真実であった場合に限り、それを個別に救い出していく、という構造として、理解されていたと考えることができよう。換言すれば、名誉毀損表現とは、どんな事柄に関する、どんな表現であっても、原則として不法行為を構成し、ただ例外的に、不法行為責任の成立を阻却する場合があるにすぎない、と考えることができるわけである。

(二) 名誉毀損の免責法理を考える視点

名誉毀損の問題を、北方ジャーナル事件最高裁判決が説くように、「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)」の「調和」の問題であると捉えた場合、そこで免責を考える上で何より重要なのはまさにその「調和」をどのように実現するか、ということにはずである。

そして、そのことを考えるためには、「個人の名誉」と「表現の自由」が、そもそもなぜ保障されるのか、というところにさかのぼって考える必要があると思われる。

もつとも、これら二つの自由・権利が、そもそもなぜ保障されなければならないのか、その根拠は何か、ということ⁽¹⁶⁾を考察することは、本論文の射程を超えるものがある。

そこで、ここでは従来からの理解を、きわめて簡単にでは

あるが整理することを通じて、名誉毀損の免責法理を考えるための視点を導き出してみたいと思う。そして、本論文は、従来からの理解を前提にしてもなお、後述のように相当性理論には問題があるもの⁽¹⁷⁾と考える。

これまでも幾度か指摘してきたように、名誉とは、人格価値そのものに関わるものとして、憲法一三条、なかんずく「幸福追求権」の一環として保護される⁽¹⁸⁾。これは、最高裁も「人格権としての個人の名誉の保護(憲法一三条)」⁽¹⁹⁾という言い回しによって、是認するところである。

一方、表現の自由は、一般に人権体系の中で「優越的地位」にあると説かれる。表現の自由は、「自己実現の価値」のみならず「自己統治の価値」にも支えられており、ゆえに、「優越的地位」にあるものとして、特別の保護が図られるべきである、という考え方が、一般的である。

すなわち、日本においては、アメリカの学説を参照して、表現の自由は個人の言論活動を通じて自己の人格を發展させるという「自己実現の価値」と、言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという「自己統治の価値」とによって支えられている、と考える見解が一般的である⁽²⁰⁾といえる。

これらに加えて、「思想の自由市場」論が説かれることも少なくない。すなわち、各人が意見を自由に表明しあうこと⁽²¹⁾によって、「真理」に到達しうるのであり、その結果、社会

全体としても正しい結論を導き出すことができる、だからこそ表現の自由が重要である、という考え方である。こうした考え方は、「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る、その中から自由な意思をもっ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」と述べる最高裁判決¹⁰の中にも垣間見ることができよう。このような「思想の自由市場」論に対しては、「結果的に市場を支配した思想が真理とされるのだとの極端な相對主義をとらない限り、分析的真理についても経験的真理についても、真理が何かは多数決では決まらない」といった、懐疑的な見方もある。そもそも、およそすべての人に自由な表現を公表し、かつ、それを受領する機会が確保されているといえるのか、については、少なからず疑問を呈することもできよう。それを踏まえるとき、「思想の自由市場」の「具体的状況の検討を抜きにして、思想の自由市場競争から真理が生まれると説くのは、単純に失する」¹¹が、しかし、「自己実現も自己統治も『思想の自由市場』を前提条件としていることを看過してはならない」¹²。つまり、自由な情報をやりとりすることの重要性を見過ごすことは、やはり妥当とはいえない。重要なのは、「具体的状況の検討」を行うこと、すなわち、「思想の自由市場」が

適切に機能しうる場面と、そうとはいえない場面とを適切に判別していくことなのではないか、と思われる。

このように、名誉と表現の自由と、それぞれの性格ないし保障根拠に照らした上で、具体的に「調和」させるための作業を行う必要がある。ここで、名誉毀損を「二つの局面」に分けて考える見解¹³に注目したい。

まず、「第一の局面」。表現の自由が「個人の自己実現・人格発展のために個人に具わった権利であるというコンセプトから出発」すると、「このレベルでは、ある者が有する表現の自由に対する権利は、他者が自分の名誉・プライバシーに対して個人が有する権利とは同根」¹⁴である。従って、「個人の自己実現・人格発展」に関わる権利としての表現の自由が、同様に「自己実現・自己人格充足に不可欠な」名誉を侵害するということは、「各個人の『平等な配慮と尊重』を原理とする『表現の自由にとって『自己矛盾』をおかすことになる、という」¹⁵。

次に、「第二局面」。一方で、「表現の自由の社会的な効果」とりわけ民主主義的な政治過程とのかかわりが、多かれ少なかれ前面に出てくる」局面がある。そうなった場合、名誉を侵害したか否かの個人レベルの問題であるのみならず、「言論の社会的・客観的・公共的な意味が検討されることになる」¹⁶。そして、その審査の結果、問題の名誉毀損的表現が公

公共性の強いもの、とりわけ民主主義的政治過程につながりが深いものと判定されれば、今度はそこで摘示された事実が真実かどうか問われる順序となる、とする。

以上を要するに、表現の自由を支える二つの価値と、人格価値そのものに関わるものとしての名誉とをつき合わせて考えてみたとき、名誉毀損表現といつても、表現の自由を支える二つの価値のうちどちらがより強く押し出されるかによって、その取り扱い方を変える必要性があると考えることができらる。

加えて、公共性の強い事柄と一口にいっても、そこに含まれうる事柄には、多様なものがありうる。対象となった事柄の性質や人の属性に応じて、区分けして取り扱う必要がある。すなわち、公共性の強い事柄に関する議論は、広く開かれていくべきであるとしても、取り扱われる事柄の内容、人物の属性によって、その取り扱い方、議論の仕方は異なるものと考えられる。例えば、犯罪一つとっても、政治家や公務員による犯罪、しかも汚職の罪のような職務に関連する犯罪と、私人による一般刑法犯とは、その社会的な意味ないし性質に違いがありえよう。そうした、報道すべき事柄・対象の違いを、免責法理を考える上でも反映させるべきではないか、と考えることも可能であろう。

この点で示唆的であると思われるのが、刑法二三〇条の二

第二項及び第三項であろう。すなわち、「真实性の証明」による免責を認める刑法二三〇条の二第一項の規定に続いて、①二項では、公訴提起前の犯罪事実については、「公共利害性」要件の充足を認め、②三項では、「公共利害性」要件及び「公益目的性」要件の充足を認める。無論、こうした取扱の仕方は、そもそも「公共利害性」要件や「公益目的性」要件の意義、性格や内容をどのように理解するか、という問題と不可分ではありえない。しかし、刑法二三〇条の二第二項、同第三項のように、ある事実に関しては、「公共利害性」を認めつつ、「公益目的性」の存否の点で扱いを変える、という規定の仕方は、公共性のある事柄にあっても、その性質ないし性格に違いがありうることを示唆している、とみることもできるだろう。

さらに、歴史的に見れば、名誉毀損に関する法制度が、必ずしも個人の人格の保護という観点からではなく、むしろ政府批判、権力者批判を封殺する狙いで形成されてきた、という指摘に鑑みれば、公共性のある事柄についてなされた名誉毀損の表現について、直ちに制裁を加えるような法制度を是認することは、容易には採りたいと思われる。

2 相当性理論の憲法的問題

以上の理解をもとに、以下、相当性理論そして相当性理論に代わる基準を示す諸説を検討していくことにしよう。

結論からいえば、相当性理論には、上述したところからいって、改善ないし修正すべき点が存するように思われる。その意味で、相当性理論を批判する見解が指摘する点が妥当するところがあると考えられる。以下、問題と思われる点を指摘している。

(一) 憲法論の「欠落」ないし「不在」

まず第一点。相当性理論は、その憲法的な基礎付けないし根拠付けの点で、疑問があるといえる。

すでに見てきたように、そもそも日本では、日本国憲法施行後早い時期において、名誉毀損が憲法問題であるという認識が、必ずしも強くなかったものとみられる。論者によつて、「憲法論の欠落」と称されるような状況にあった、ということとは、既述のとおりである。このような背景の下、名誉毀損の免責法理もまた、憲法の観点から考察され、検討される作業が、必ずしも十分にはなされなかったのではないだろうか。そもそも、相当性理論の淵源となったと思しき、刑法二三〇条の二からして、その立法経緯には疑問が差し挟まれるところである。要するに、刑法二三〇条の二は、必ずしも現行

憲法の表現の自由保障から必然的に導き出されるような規定ではなく、従つて、それを参照して形成されてきた不法行為としての名誉毀損の免責法理としての相当性理論についても、本当に表現の自由保障の趣旨に鑑みてのものと思えることができるのか、疑問なしとできないように思われる。

仮にこの点をさておくとしても、さらに問題は残っている。昭和四一年最判は、相当性理論を採用するにつき、次のように述べるにとどまる。すなわち、「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、もつばらその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)。」。

ここから、「評価の結論」すなわち、刑法二三〇条の二の趣旨を参照した上で相当性理論を採用することが「相当」であるという評価を読み取ることができるが、しかし、「評価の過程やその理由は、判決文からうかがえないのである」。

論者が「憲法論の不在¹⁰⁾」と指摘する状況がそこにある。不法行為としての名誉毀損の場合、刑法と異なり、その免責について明文規定が存在しない。従って、免責法理の導入に当っては、実質的な理由付けを要求されるはずである。そして、「民事の名譽毀損法制におけるなんらかの免責特則は、憲法二二一条との関係で正当に解釈上導入しうる¹¹⁾」し、「憲法二二一条との関係を抜きにしては、そうした導入をうまく正当化することはできない¹²⁾」はずである。

ことは、単に形式的に憲法に言及しなかった、ということとこれに止まるわけではない。名誉と表現の自由という二つの自由・権利が、いかなるプロセスをたどって調整されたのか、その論拠が明確に示されない点に、問題があるといえる。

確かに、昭和四二年最判の後、いわゆる北方ジャーナル事件最高裁判決では、「人格権としての個人の名誉の保護（憲法二三一条）」と「表現の自由の保障（同二二一条）」との調整の必要性を指摘し、その上で、表現の自由の保障根拠に関する「思想の自由市場」的な考え方を説いた上で、相当性理論の採用を明らかにする。この判決は、名誉毀損の免責の問題を、憲法上の自由・権利の調整の問題として捉えることを明らかにしているという点において、昭和四一年最判に比して、高く評価されるべきであろう。

しかしながら、その二つの自由・権利をどのようにして調

整した結果、従来どおりの相当性理論を採用することになったのか、その理由付けの点では、やはり不十分であるという感を否めないように思われる。その意味で、従来同様「評論の結論」のみが述べられた感を払拭することは難しいといえるだろう。

（二） 証明の負担のあり方に関する問題

第二点。相当性理論を採用した場合における、証明の負担のあり方について、疑問がある。

既述のように、証明の負担のあり方については、従来からも疑問・批判が呈されている。最高裁は、「相当性」要件の判断において、比較的厳しい姿勢を示しているが、この「相当性」要件の判断を厳格化すればするほど、結果として、「相当性」を充たせば足りるとした、相当性理論の意義を没却しかねない。このために、報道そのものを控えようとすることにつながるおそれも生じうる。いわゆる「自己検閲」の問題である。¹³⁾

確かに、何の根拠もなく、いい加減な表現で他人の名誉を毀損することを許すことはできないだろう。その意味で、免責を認めるに当たっては、何らかの一定の根拠に基づいた、責任ある言論であることが要求されるのは、当然のことといえることができる。しかしながら、その根拠をあまりに厳格に要

求することは、「真実性」の証明を要求することと変わらなくなり、結果として被告側が免責される可能性がかなり狭まることになりかねない。

加えて、そもそも「相当性」要件の証明を、一律に被告側に負わせてよいのか、という点についても、批判が存する。

「現実の悪意」の法理導入論や証明責任の所在を変えるアプローチ、とりわけこれらの中でも公務員等の公的人物が原告の場合に、「現実の悪意」や「相当性」の不在の証明を原告に要求する見解は、まさに相当性理論の持つ「相当性」要件の証明のあり方に対する疑問であり批判である、とみることもできるだろう。

本論文も、一律に証明の負担を被告側に課す、現在の相当性理論のあり方について、疑問を呈したい。

一 既述の通り、表現の自由は「自己実現の価値」のみならず、「自己統治の価値」によっても基礎付けられる。すなわち、表現の自由は個人の人格の発展に資するのみならず、民主政過程に参加するという社会的な意味を帯びている。そして、民主政過程において議論の対象とすべき事柄については、議論の可能性が広く開かれているべきであるといえよう。これは、先に引いたいわゆる北方ジャーナル事件最高裁判決も示唆するところである。また、公的人物は、「社会の各層からの批判は高い地位に随伴するものであることを知りつつ、あ

えてその地位を求めたものとみなされてもやむをえない、という側面をもっている」⁽¹⁶⁾。こうした者たちに対する批判は、開かれたものであるべきと考えられる。

また、こうした地位にある者たちは、マスメディアへのアクセスが容易であると考えられる。すなわち、名誉毀損表現に対する反論を、効果的に行うこと、それによって名誉毀損を防ぎ、あるいは、名誉を回復することを期待することができる⁽¹⁷⁾。この意味で、先に述べた「思想の自由市場」論が妥当しうる領域が存在すると考えることができるだろう。

これに対して、こうした地位にない一般私人は、必ずしもこうした前提ないし考え方が妥当しないように思われる。一般私人は、そもそも「社会の各層からの批判」を予期する立場にはなく、従ってそれに応答する義務があるとはいえないはずであろう。

また、一般私人の中でも、犯罪の被疑者、被告人に絞ると、確かに犯罪に関する事実は「公共の利害に関する事実」であるということではきよう。しかしながら、これらの者は、マスメディアへのアクセスは必ずしも容易ではなく、むしろ困難である場合のほうが少なくないであろう。この意味で、少なくとも「思想の自由市場」論が妥当するかどうかについて、疑わしいものがある。

以上からすると、証明責任の所在について、一律に被告側

に負わせることは、妥当ではないように思われる。むしろ、原告の属性に応じた類型化を図った上で、適宜証明責任の所在を変えていくことを考える必要がある。原告の地位・身分や、名誉毀損表現に対する反論を期待できるか否か、といった点を検討し、少なくとも、例えば先に述べたように公務員等の公的人物と一般私人とで証明責任の所在に関し、その取扱を異にする、という方策を採ることが構想されてよい。

(三) 枠組自体に関する問題

そして第三点。先に述べたように、相当性理論については、証明責任の負担に関して疑問がありうるところ、この点をさらに推し進めて考ええてみた場合、そもそも原告の属性等によらず、一律の要件で免責の可否を決するという相当性理論のあり方そのものについても、疑問が及ぶものと考えられる。相当性理論は、およそ事実摘示による名誉毀損表現について、その免責が問題となる場面で適用される枠組である。そこには、表現に向けられた相手、表現内容などの相違により、区別をした上で適用しようとする指向は存在しない。しかし、そこに区別を設けることが必要なのではないか。

相当性理論を適用するための第一の要件は、「公共利害性」の存在である。つまり、表現が、公共の利害に関する事実に係るものであることが要求される。

しかし、一口に「公共利害」といつても、そこに含まれる事柄には、かなりの幅があるはずであろう。例えば、選挙活動における政策論争や政治家としての資質の適否に関する言明や討論と、犯罪報道とは、同じ「公共の利害に関する事実」であるといつても、その性質は、異ならざるを得ないと思われる。また、犯罪報道といつても、政治家や公務員の汚職と一般の窃盗や強盗などを同列に扱ってよいのか、についても、疑問が残るといえるだろう。

実は下級審裁判例では、こうした事柄・対象の性質に即して、要求される証明の度合いを変更しているように解することのできる判断が見受けられる。¹⁹⁾

例えば、東京都議会議員たる原告の収賄に関する報道が問題となった、東京高判昭和五三年九月二八日は、新聞の社会に与える影響の大きさに鑑み、記事内容を裏付ける資料又は根拠がなければならぬことは言うまでもない、としつつも、次のように続ける。すなわち、「報道機関だからといって取材活動につき特別の調査権限が与えられているわけではなく、また、報道に要求される迅速性のために、その調査にも一定の限界が存することに思いを致せば、裏付資料や根拠に高度の確実性を要望することは許されず、殊に、当該記事が本件のごとく政治に関するものである場合には、個人の名誉侵害に対する責任を追求するに急な余り、報道機関を畏縮させて

民主主義政治の支柱たる報道の自由を損なわないう配慮すべきであるから、民事上の不法行為の責任阻却事由としての相当の理由については、報道機関をして一応真実であると思わせるだけの合理的な資料又は根拠があることをもって足りるものといふべきである^(四)。こうした判断は後年の裁判例においても散見される^(五)ところである。

これに対して、弁護士たる原告が、自己の担当する刑事事件の公判資料を逃亡中の犯人に引き渡している等の新聞記事が問題となった、東京地判昭和六三年七月二五日は、相当性理論を採用する旨述べた後、その違法性阻却の要件について、次のように述べる。「刑事罰によって違法な報道を抑制する場合とは異なり、報道された者の社会的地位、特に公人性の程度、報道された内容の右の者に対する影響の重大性、及び報道された者の受けた被害の回復の可能性と、報道された内容自体の客観的重要性及び民事責任を課せられることによつて報道者側が被る打撃との均衡等を考慮し、特に懲罰的な損害賠償責任を課する場合でない限り、違法性阻却要件を厳格に解すべきである^(六)。そして、「報道事業の公共性、報道された者の公人性と個々の報道記事の公共的正当性とを短絡的に結合させて論ずるべきものではなく、「報道内容の真实性の確保若しくはその根拠の相当性についていえば、報道内容が十分に推定できる程度の確実な資料を数量及び質の両面

において収集しこれを根拠とすることが必要である^(七)。

個別の事案に即してなされた判断である以上、その点に留意して検討する必要があるが、前者が公職たる政治家の、まさに公職に関する不正行為が疑われる事案においてなされた判断であるのに対して、後者は原告が（弁護士であるとはいへ）政治家や公務員とは異なる地位にあり、公職に関する不正行為とは、必ずしも性質を同一視することはできない事実に関するものといえる。

一において検討した最高裁判例が、いずれも私人による犯罪に関する報道についてのものであったことをも踏まえて考へるとき、相当性理論の枠組の中にあつても、実質的には、政治家や公務員等公職にある者と、それ以外の者とは、判断基準として異なる考へ方で臨む可能性を指摘することができよう^(八)。

既述のように、そもそも「公共の利害に関する事実」と一口に言つても、その事實は、さらにいくつかのカテゴリーに分類することが可能であろう。それによつて、個人の名譽と表現の自由との調整のあり方は、異なりうるはずである。このように考えると、「公共の利害に関する事実」の中の違いによらず、包括的な免責法理の中で、個別に考慮する形の、今の相当性理論のあり方が、果たして妥当なのか、について疑問を呈することができよう。

3 諸説の検討

以上のように、相当性理論の問題点が析出されると、次に問題とすべきは、では、どのような方向で免責法理を構築すればよいのか、という点であろう。以下、二において紹介した諸説を、先に設定した視点に基づいて検討していくことで、その方向性を考えてみることにしよう。

（一）無過失責任説

無過失責任説は、要するに、免責の可能性を真実性の証明があつた場合に限定し、誤報の場合の免責を認めない、という立場であつた。その前提にあるのは、マスメディアと報道対象となつた者との力の不均衡、そして名誉保護の必要性という二つの認識であつた。こうした認識それ自体は、妥当なものと考えられる。論者の指摘するように、「犯罪者だから、多少の誤報は受任すべきだという理窟が成立しないばかりでなく、単なる容疑者や全く無実の被害者についても身の不運だとしてあきらめさせる根拠はどこにも見当たらないであろう」⁽¹⁰⁾。そして、マスメディアがそのような誤報を、極力回避すべきであることは、おそらくいうまでもないことであろう。しかしながら、既に触れたように、真実性の証明は必ずしも容易ではないといわれているところからすると、実際の問題として、免責の認められる余地はかなり小さくなり、従つ

て、マスメディアの報道・表現活動に対する萎縮効果をもたらしかねない。また、そもそも、過失責任主義を原則とする不法行為法の枠組の中で、無過失責任という考え方を、明文の規定もなしに持ち込むということ自体には、民法の議論として異論がありうるものと思われる。そもそも、不法行為法における無過失責任の理論的根拠としては、一般に報償責任や危険責任といった考え方が説かれるところである。これらは、社会の発展や企業の経済活動の活発化とそれにとともなう危険の増大に着目したものであるといえる。そして、確かに、私企業たるマスメディアもまた、新聞・週刊誌等の発行や、ラジオ・テレビの放送によって収益を上げる営利企業としての性格を持つている。そこで、報償責任や危険責任といった考え方を援用し、無過失責任を課すことを許容するという考え方もありえよう。しかしながら、経済活動の側面に注目したものといえる、これら報償責任・危険責任といった考え方を、マスメディアの報道・表現活動にもそのまま援用してよいのか、という点には、やはり慎重にならざるを得ない。マスメディアの報道・表現は、私企業としてのマスメディアの営利を追及する活動の一環をなすとはいへ、それに止まるものというわけではないはずである。無論、社会的に有益な活動によるものだからこそ、誤報の場合には、それによって被害をうけた者に対して救済をする必要がある、という考え

方は、説得的に成り立ちうる。しかし、賠償責任を認めることで、マスメディアの報道・表現活動に対する萎縮効果が生じる可能性を否定することは難しく、それが果たして、名誉保護という観点からは正当化が可能としても、憲法の規定する表現の自由保障の趣旨に沿うものといえるのかどうかについて、疑問なしとはできないように思われる。

また、無過失責任説の論者は、仮に無過失責任を肯定したとしても、「企業としての存立が危ぶまれるということもありえず」、しかも、「この程度の賠償額を新聞が負担したからといって、経営にただちに響くとは考えられない。平均的なものなら、あらかじめコストに見込むことすら可能ではないか」と指摘する。しかしながら、「平均的な」名誉毀損訴訟における賠償額がかなり低額であった従前ならば格別、賠償額の高騰化が認められる現在、「経営にただちに響くとは考えられない」のかどうかについて、慎重に考慮する必要がある。さらに、「あらかじめコストに見込むことすら可能」だとしても、マスメディアの報道・表現活動のコストの中に、賠償額を「見込む」ことは、マスメディアのモラル低下を惹起しかねない。マスメディアの活動を厳しく律し、名誉保護を実現しようとする試みが、全く逆の結果を招くということすら、つながりかねないといえよう。

加えて、既に指摘したように、この見解は、典型的な名誉

毀損のモデルとして、一般私人による犯罪に関する報道を念頭において組み立てられているものと思われる。確かに、特に日本においては、犯罪報道による名誉毀損が深刻な問題となっていることは否定しがたい。しかしながら、名誉毀損が問題となる事例は、何も一般私人の犯罪に関する報道に限られるわけではない。この意味で、想定するモデルに由来する限界があるように思われる。

(二) 「現実の悪意」の法理導入論

紹介した三つの見解の中では、最も表現の自由保障に対して厚いのが、「現実の悪意」の法理導入論である。先述したように、この見解が主として念頭においているのは、公務員等の公的人物に対する批判的表現であり、その保障を最大限に実現しようとするところにその関心があるといえる。こうした地位にある者は、批判を受けることをいわば予定しているものであり、また、そうした批判は開かれたものであるべきだろう。そして、批判に対する反論を容易に行うことを期待できる地位にあるといえる。こうした見地からは、公的人物につき「現実の悪意」の法理を採用することも検討されてよいと思われる。本論文は、この「現実の悪意」の法理導入論の、公務員・公職者とそれ以外の一般私人とを分けて取り扱うという考え方、そしてその地位や属性の性格に応じ

て要件を分けるという考え方の方向には、妥当性があるもの
と考える。

しかしながら、「現実の悪意」の法理導入論に対しては、「この法理は表現の自由を広範に保護する一方で、名誉を尊重する人々を政治の世界から排除する効果をも持つであろう」という懸念を示す見解もある。確かに、指摘の通り、名誉毀損の成立する可能性自体を狭く考えることになる「現実の悪意」の法理に拠った場合、自己の名誉を攻撃されるというリスクを回避したいと思う人間は、当該法理が適用されうる地位に就くことをそもそも避ける、という選択をするとも考えられる。

だが、この指摘には、次のような疑問を呈することができると思われる。第一に、表現の自由を広範に保護する法理が、本当にただちに「名誉を尊重する人々を政治の世界から排除する効果」を持つものなのかについて、慎重に検討する必要があるだろう。第二に、「名誉を尊重する人々」といっても、政治の世界において尊重されるべき「名誉」とは、いったい何なのか、それは政治の世界に身をおくわけではない者と全く同じ種類の名誉なのか、ということを検討する必要があるのではなからうか。この点については、「結びに代えて」で、再度言及したい。

また、不法行為としての名誉毀損の免責法理として「現実の悪意」の法理を導入するとした場合、被告に「現実の悪意」

があつたことが要件となるが、この要件を加重する根拠があるのかどうか、疑問があり得る。アメリカにおいては、判例法理として形成されてきた「現実の悪意」の法理であるが、日本においては、名誉毀損は、一次的には民法の規定（及び、刑法の規定）の中で取り扱われる。従つて、これらの明文規定を超える成立要件を認めるに当り、実定法上の根拠が問題となりうるであろう。

この点については、「憲法二二条こそがまさにそのような『実定法上の根拠』だといふべき」という反論が存する。確かに、表現の自由保障を、いわば徹底するという見地から、憲法二二条を「実定法上の根拠」として援用するということは、考えられるかもしれない。しかしながら、同条から果たして、そこまで具体的な要件まで導出することができるのか、という点については、検討の余地があるように思われる。

また、「現実の悪意」の法理導入論に対しては、慎重な意見が強い。とりわけよく説かれるのは、アメリカと日本の制度の違いである。特にアメリカでは、いわゆる「懲罰的損害賠償」が認められることがあり、それだけ萎縮効果が大きい。これに対して日本の場合、従来から懲罰的損害賠償が認められない上、そもそも名誉毀損による損害賠償を請求しても、それほど高額ではなかつたという事情がある。ゆえに、萎縮

効果は必ずしも大きくなく、「現実の悪意」の法理を導入する必要はないのではないか、という指摘がある。「懲罰的損害賠償制度を前提としないで、要件の部分で萎縮効果論だけを非常に気にした形での論理構成では、何かバランスの悪いことが実現されてしまう」のではないか、という懸念ないし危惧がありうる。確かに、近年、名誉毀損による損害賠償の認容額が高騰化している、という現状が認められる。しかし、あくまでも「従来の認容額に比べて」高騰化している、というに過ぎない、との見方もありうるところであり、依然として萎縮効果はそれほど大きくない、との評価も可能であろう。

「現実の悪意」の法理を参照しつつも、その導入に慎重な見解の論者が指摘するところであるが、そもそも「現実の悪意」の法理にいう「息をつく余地」とは、メディアが緊張状態に置かれていることを前提とするのであって、弛緩した「息抜き」の場が与えられるということではなく、そして「公的論争における『息をつく余地』の重要性は、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」だろう。現実の悪意」の法理が、果たして、当然にマスメディアの「緊張状態」の「弛緩」を惹起せしめる考え方であるといえるのかどうかについては、なお検討の余地があるが、「現実の悪意」の法理が、極めて高額な賠償を認めることもあるアメ

リカにおいて生成された法理であることに鑑みた場合、「現実の悪意」の法理を導入することについて、慎重な態度を示す見解の指摘には、聴くべきところが多いように思われる。

(三) 証明責任の所在を変えるアプローチ

一見すれば、この考え方は「現実の悪意」の法理導入論とそれほど違いはないようにも見受けられる。しかしながら、既に見てきたように、「相当性」要件を充たしていないこと、という要件と、「現実の悪意」があったこと、という要件との間には、少なからぬ違いが存するものと思われる。前項でも少し触れたが、「現実の悪意」の法理を参照しつつも、その導入には必ずしも積極的ではない論者は、表現の自由と對抗する利益としての名誉が、「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」とし、「現実の悪意」の法理の導入には慎重な姿勢をみせる。その上で、日本において「現実の悪意」の法理が有する意義を、「立証責任の転換という発想」に求めるのである。また、確かに、「自由な表現を保障するためには、本来保護に値する表現だけを保護していたのでは十分ではない」とも考えられるが、だからといって、根拠に欠ける報道や、無責任な言論までをも許容することにはならないだろう。「現実の悪意」の法理の考え方を生かしつつも、しかし、それに対する懸念

を回避しつつ、相当性理論の問題点を是正する、という観点からは、相当性理論自体を放棄するのではなく、それを是正するという方策は、ありうる選択肢であるといえよう。

ただ、証明責任の所在を変えるアプローチの中でも、一律に証明責任の所在を変えるという考え方と、類型化し、類型ごとに所在を変える考え方、そして、事実ごとに個別的に証明責任の所在を決する東京高判平成六年九月二二日の採る考え方と、三つの考え方があった。問題は、この中のいずれが、より妥当か、という点である。便宜上、東京高判の採る考え方から検討しよう。

東京高判の考え方は、証明責任の分配に関する有力説の立場に従って、その証明責任の所在を個別の事案に沿って決しようとするものである。名譽と表現の自由の「衡量的衡量」という見地からは、具体的な事情に応じてその「衡量」を図ろうとする点で、この考え方は望ましいともいえる。しかし、「表現者は、後で裁判所が利益衡量量によって保護を否定する危険を負ってしか表現できない」¹⁷⁾。つまり、証明責任の所在が訴訟ごとによって異なりうるため、他の考え方に比べ、予測可能性の点で問題があるといえよう。

次に、一律に証明責任の所在を変えるという考え方には、本論文が指摘した相当性理論の問題点の一つである、証明の負担のあり方に関する問題が、そのまま妥当するように思わ

れる。この点で、この考え方を支持することは難しいように思われる。

そして、類型化し、類型ごとに証明責任の所在を変える考え方についてである。この考え方は、先に相当性理論の問題点として指摘した点を、かなりの程度クリアしているのではないかと、思われる。

すなわち、表現の自由、とりわけ「自己統治の価値」の見地からは、公共的な事柄についての議論は広く開かれていくべきである。加えて、公務員や公職者といった立場の者は、「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」¹⁸⁾を考えると、自らの名譽を毀損するような事実の摘示をされたとしても、それが真実でないこと、あるいは、真実であると信ずる相当の理由があったとはいえなかったことを主張し、証明する責任を負わせても問題ないように思われる。これに対して、一般私人の場合は、このような前提が、必ずしも妥当するわけではない。とりわけ、犯罪の被疑者・被告人については、無罪推定の原則が及ぶことなどに鑑みれば、被疑者・被告人に、摘示事実が真実ではなかったこと、あるいは真実であると信ずるに相当の理由があったとはいえなかったことを主張・証明させることを正当化することは、困難であるように思われる。

こうして、相当性理論の問題点との関係で考えた場合、証明責任の所在を変えるアプローチ、とりわけ公務員・公職者と一般私人とで取扱いを分けるといふ考え方が、方向性として望ましいのではないかと考える。

しかしながら、このアプローチにも問題がないとはいえない。問題なのは、証明責任の所在を変えたとして、そこから必ず適切な衡量が実現できるのか、という問題である。すなわち、仮に証明責任の所在を変えたとしても、原告に要求される証明の水準を事実上低くすることで、「相当性」要件の充たされなかつたことを容易に証明可能なものとすることができ、結局のところ被告側の免責の余地が広がらないことにならないか、という懸念がありうる。そもそも証明責任の所在を変えるアプローチについては、実体法上の免責法理の問題を、訴訟における証明の問題に置き換えて考えてよいものなのか、という点にも疑問を呈しえよう。確かに、ある論者が指摘するように、法の「解釈の変更は簡単にできることではな⁽¹⁷⁾く、「こちらのほうが良いから」といつてポンと変更できるものではない」。この意味で、相当性理論の問題点を、いわば漸次的に是正しようとする試みとして、この考え方は評価されるべきであらう。しかしながら、問題の核心的な部分に解答を与えることに成功しているかどうかという点では、やはり疑問が残らざるを得ない。つまり、相当性理論につい

ては、本論文が既に指摘したような問題点が含まれているものとみられるところ、相当性理論の枠組を変更せずに、「相当性」要件の証明責任の所在を変えることで、果たして相当性理論が抱える問題が解決することになるのか、という点について、疑問を呈することができよう。

結びに代えて——今後検討すべき課題——

以上、本論文は、相当性理論とそれに批判的な諸説とについて、それぞれ検討を加えてきた。最後に、これまでの考察を踏まえつつ、今後検討すべきと思われる課題について、言及をして、考察をひとまず終えることにしたい。

(一) 名譽の意義について

本論文が、免責法理の方向性として妥当であると考えたのは、「現実の悪意」の法理導入論や、証明責任の所在を変えるアプローチにみられるような、原告の属性に依じて、証明責任の所在や要件を区分けする考え方であった。こうした考え方の基礎を探ったとき、そこに見出されるのは、名譽の要保護性に差を設ける考え方である、と思われる。すなわち、公的人物については、一般私人と異なり、証明責任を負わせたり、あるいは「現実の悪意」の証明を要求したりする、という形で、名譽保護の範囲ないし程度を縮減しているとみる

ことが出来る。この理由は、本論文でも述べてきたような、表現の自由の観点から説明されることが一般的であろう。

しかしながら、そこには、果たして表現の自由の観点からのみの説明で正当化しうるのか、という疑問を呈することが出来るように思われる。つまり、そもそも保護されるべき名誉が、原告の属性に応じて異なりうるのではないかと考えることはできないだろうか。換言すれば、「相当性」要件について証明責任を負わされたり、「現実の悪意」の証明を要求されたりするような公的人物の「名誉」と、一般私人のそれとは、その内実や性格に違いがありうるのではないかと、ということである。現状の相当性理論のような、一律の要件のもとに、免責の可否を決する考え方を批判し、原告の属性に応じて、要件や証明責任の所在を変えるという考え方を採る場合、なぜそのように区別して取り扱うことが正当化されるのか、という問題を、表現の自由の観点からのみならず、名誉毀損の枠組によって保護されるべき「名誉」の性質や内容の観点からも、再考する必要があるように思われる。

(二) 区分する基準について

既に述べてきたような、原告の属性によって適用すべきルールを変えるという考え方を妥当であるとする、次に、その区分の基準をどのように設定するか、という問題が出て

くる。

この点、証明責任の所在を変えるアプローチは、相当性理論の第一の要件たる「公共利害性」要件で判断することになる。また、「現実の悪意」の法理の場合、それが適用されるべき人物、すなわち「公的人物」であるか否か、というかたちで判断されることになる。

しかしながら、これら「公共利害性」要件や「公的人物」概念は、その概念が必ずしも明確であるとはいえず、むしろ広がりうる可能性を内包している。仮に、外延が無限定的に広がることを肯定すると、原告の属性に応じて要件や証明責任の所在を変える考え方が、事実上形骸化し、名誉保護の見地から問題を生ずる恐れが出てこよう。

一つの考え方としては、刑法二三〇条の二第二項、同第三項のように、わかりやすい基準で、あらかじめ限定的に類型化を図り、その類型に当てはまらないものについては、証明責任の所在を変えたり、原告に「現実の悪意」の証明を要求したりしない、という方策がありうるだろう。しかしながら、「公共利害性」要件を充たす事柄は、何も原告が政治家・公務員に該当する場合に限られないであろう。また、「公的人物」概念を採ったとしても、問題となつてくる表現が、当該「公的人物」の全く私的な事項に係るものである、という可能性もありうる。こうした概念が一定の幅を持たざるを得な

い点は、やはり否定できないように思われる。その場合、問題は、どのような基準で「公共利害性」なり「公的人物」性なりを判断するのか、ということであろう。

この問題を考えるに際しても、やはり表現の自由の観点と、そして原告の保護されるべき名誉の内容や性格を検討する必要がある。⁽¹¹⁶⁾

以上の問題をはじめとして、名誉毀損を巡っては、今後ともさらなる考察を進めていく必要がある。機会を改めて検討を行いたい。

注

(115) 判時一五三六号三七頁。

(116) 佐藤幸治『憲法』（青林書院、第三版、一九九五年）四五―四
五三頁ならびに五二五―五二八頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣
増補版、二〇〇〇年）三四六―三五八頁、松井茂記『日本国憲法』
（有斐閣、第三版、二〇〇二年）四四五―四四七頁、長谷部恭男『憲
法』（新世社、第三版、二〇〇四年）一六三―一六七頁。

(117) 芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（一）』（有斐閣、一九七八年）一五四頁
〔種谷春洋執筆〕。

(118) 樋口陽一ほか『注解法律学全集1憲法Ⅰ』（青林書院、一九九四
年）二七九頁〔佐藤幸治執筆〕。

(119) 堀政男「名誉・プライバシーと表現の自由」内川芳美ほか編『現

名誉毀損における「相当性理論」の憲法的考察（二・完）（前田）

代社会とコミュニケーション（三）」（東京大学出版会、一九七四年）
一九四頁。

(120) 最大判昭和三十一年七月四日民集一〇巻七号七八五頁（いわゆる謝
罪広告事件最高裁判決）。なお、最判昭和三十三年四月一〇日刑集一
二巻五号八三〇頁も同旨。

(121) 芦部・前掲注(116) 三四九頁は、一九七五年頃までは、名誉毀損
表現を「言論の自由の乱用」とする前掲最高裁の判決と同じようにに
考える学説が支配的であったと指摘する。

(122) 橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣、一九八〇年）二六八頁。同書
は続けて、その処罰については「通常、格別の問題は起こらない」
もので、「表現の自由保障の沿革、目的から見て、これらにははじめ
から保障の枠内に入らないもので、いわば表現の自由の内在的制約
と考えることができる」とも指摘する。

(123) 宮沢俊義『憲法』（有斐閣、改訂版、一九六二年）一一九頁参照。
また、同（芦部信喜補訂）『日本国憲法』（日本評論社、全訂版、一
九七八年）二四七頁参照。

(124) 山本桂一「言論の自由（二・完）」国家七二巻一二号（一九五九
年）一〇七八頁参照。同論文は、「政治批判の自由に最も重要な使
命を見出」す言論の自由は、精神的無形的暴力たる「名誉毀損とは
無関係であるべき」だが、具体的場面で両者が競合する場合が考え
られる、とする。

(125) 加えて、不法行為としての名誉毀損とその免責の問題を考える場
合、前提問題として「人権規定の私人間効力」の問題を考える必要
がある。また、そもそも不法行為としての名誉毀損が「表現の自
由の問題」を提起するのは、「マス・メディアの報道に対して名誉

を毀損された一般市民が損害賠償その他の救済を求めて裁判所に出席できることを立法府が認め、それに従って裁判所が損害賠償を命令したりすることが、マス・メディアの表現の自由の制約となる」点にある、とする見解がある(松井茂記「名誉毀損と表現の自由」藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座』(三)〔日本評論社、一九九八年〕一〇一頁)。このような指摘は、先に指摘した私人間効力の問題とともに、不法行為としての名誉毀損の法的構成をどのように考えるのか、という問題にさかのぼった上で検討する必要があると思われる。これらの問題も含む、原理的な問題群については、機会を改めて考察を行いたい。

- (126) 芦部編・前掲注(117) 一五四頁(種谷執筆) 参照。
- (127) 芦部・前掲注(116) 二五二、二五四頁、佐藤・前掲注(116) 書五一四頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集』憲法Ⅱ(青林書院、一九九七年) 八一〇頁(浦部法穂執筆) 参照。
- (128) これに対して、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、一九九五年) 一一一―一七頁は、「自己実現」の価値をもって論拠とするのでは「視点」が定まらず(一七頁)、「自己統治の価値」(同書はこれを「市民自治」と呼称する)で根拠付けるには「視野が狭すぎる」(一六頁)とする。そして、表現の自由の価値は「合理的な知識の増進プロセス」(一八頁)にある、として、後述する「思想の自由市場」論を重視する。
- (129) 最大判昭和六年六月一日民集四〇卷四号八七二頁。
- (130) 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、一九九二年) 一頁。
- (131) 芦部・前掲注(116) 二五三頁(傍点は原文)。
- (132) 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣、一九九三年) 一九二―一九五頁参

照。

- (133) 奥平・前掲注(132) 一九二頁。
- (134) 奥平・同前。
- (135) 奥平・前掲注(132) 一九三頁。
- (136) 同前。
- (137) 奥平・前掲注(132) 一九四頁。
- (138) 刑法二二〇条の二第二項及び第三項の意義については、団藤重光編『注釈刑法(五)』(有斐閣、一九六五年) 三六九―三七〇頁(福田平執筆)、及び、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(二二)』(青林書院、第二版、二〇〇三年) 四七―五〇頁(中森喜彦執筆) 参照。
- (139) 浦部法穂『全訂憲法学教室』(日本評論社、二〇〇〇年) 一五五頁、松井茂記『変貌する名誉毀損法と表現の自由』ジュリ二二二二号(二〇〇二年) 九二頁参照。
- (140) 堀部・前掲注(119) 一九三頁。
- (141) 本論文注(21) (本誌三八号三六四頁) 参照。本論文は、これ以上この問題に立ち入らないが、ただ一点付言するならば、戦前(一九四〇年)の「改正刑法仮案」四一三条が、「公共ノ利害ニ関スル事実ニ係リ其ノ目的専ラ公益ヲ図ルニ出デタルモノト認ムルトキハ事実ノ真否ヲ判断シ真実ナルトキハ之ヲ罰セス」と規定していた点からも、刑法二二〇条の二の立法経緯に関する疑問は強まるのではないかと思われる。平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』(有斐閣、一九八三年) 三六―三七頁は、「改正刑法仮案」四一三条を、「新たな段階における天皇制絶対主義の權威主義的・日本主義的な『淳風美俗』道義観の展開として理解すべきもの」とし、現刑法二二〇条

の二の立法についても、この四二三条をほぼそのままのかたちで判法に採り入れた点につき、「さわめて疑問」(四三頁)であるとする。

(142) 奥平康弘「憲法裁判の可能性」(岩波書店、一九九五年)一七〇頁(傍点は原文)。

(143) 奥平・前掲注(142) 一六五頁。

(144) 奥平・前掲注(142) 一七二頁(傍点は原文)。

(145) 松井・前掲注(125) 一〇六―一〇七頁は、相当性理論では自己検閲を防ぎ、表現の自由を確保するに不十分である、と批判する。

(146) 浦部・前掲注(139) 一五八頁参照。

(147) 喜田村洋一「報道被害者と報道の自由」(白水社、一九九九年)一八二頁。

(148) 喜田村・前掲注(146) 一八三頁参照。

(149) この項で挙げた判決については、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)二四四―二四八頁を参照。

(150) 判時九一五号六二頁。

(151) ただし、事案としては、相当の理由はないとしている。

(152) 市有地払い下げに関する不正を指摘する内容の記事が問題となった大阪地判昭和五九年七月二三日判時一一六五号一四二頁、京都におけるいわゆる古都税反対運動に関わった不動産会社社長に関する週刊誌記事が問題となった、京都地判平成三年三月二六日判タ七五八号二二九九頁参照。

(153) 判時二二九三号一〇五頁。

(154) 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)五一頁は、公人と私人とを分ける考え方を、「公私格差

論」と名づける。もつとも、同論文は、近年の下級審裁判例をチェックすると、「公」も「私」あるいは「民」も区別がなくハードルを高くしているように見える」(同頁)と指摘する。

(155) 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)一六〇頁。

(156) 加藤一郎「不法行為」(有斐閣、増補版、一九七四年)五―八頁、潮見佳男「不法行為法」(信山社、一九九九年)四―五頁ならびに三三―三四頁参照。

(157) 加藤・前掲注(156) 九―一〇頁参照。

(158) 松井・前掲注(125) 一〇九頁ならびに一一二頁注(67)参照。

(159) 三島・前掲注(155) 一六一頁。

(160) 三島・前掲注(155) 一六三頁注(16)。なお、引用文中にいう「この程度」とは、同論文において引用されている裁判例群において認められている賠償額を指しているものと思われる。

(161) 長谷部・前掲注(116) 一六四頁。

(162) 阪本・前掲注(128) 六〇頁は、不法行為の成立要件として、故意・過失のほか、「現実の悪意」を付加する実定法上の根拠を欠く、として、「現実の悪意」の法理導入論に与することはできない、とする。

(163) 松井・前掲注(125) 一一一頁。

(164) 長谷部・前掲注(116) 一〇五頁は、憲法上の権利やその制約根拠の内容の多くは、原理(principle)であり、その原理は法的问题に

対する答えがある方向へと導く力として働くものの、答えを一義的に決めることはない、と指摘する。

(165) 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

○一年）二二〇頁（同書は「畏翰効果」と記す）、長谷部・前掲注（116）書一六四頁、長谷部恭男『金泰昌編『公共哲学（一）』』（東京大學出版会、二〇〇四年）二七〇頁（窪田允見發言 大村敦志發言）参照。

(166) 長谷部『金編・前掲注（165） 二七〇頁（窪田發言）。

(167) 本論文注（7）（本誌三八号三六二頁）及びそこで紹介した論文参照。

(168) 長谷部『金編・前掲注（165） 二七〇頁（窪田發言）は、現時点において賠償が認められたところで、「損害賠償額は高々一千万円です。営業上は完全にペイしている。……その程度の賠償額で本当に大きな萎縮効果があるのかという問題」と指摘する。

(169) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』（嵯峨野書院、二〇〇一年）二〇五頁。

(170) もっとも、「懲罰的損害賠償が認められるか否か」という点との関係では、裁判所側が、懲罰的損害賠償のような考え方について、必ずしも否定的ないし消極的であるとまではいえないように思われる点があることを指摘しておく必要がある。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）八頁は、「違法行為の予防を直接の目的」として、その予防という観点から「損害額を定めることは、懲罰的損害賠償そのもの」と解しつつも、特に商業目的の表現活動による名誉毀損について、不法行為による損害賠償制度について、違法な行為の予防ないし抑止をその目的と考えることはできないが、そのような効果や機能を持たせることは可能であるとす。仮にこのような考え方が広く受け入れられるとするならば、今後、懲罰的損害賠償的な「効果や機能

持」つた賠償額の高騰化が続く可能性がある。とすれば、懲罰的損害賠償を正面から認めることとの距離が事実上小さくなりうるし、「現実の悪意」の法理導入論に対する慎重な見解の論拠の一つが動揺することとなる。

(171) 駒村・前掲注（169） 二〇五頁。

(172) 同前。

(173) 松井・前掲注（125） 一〇六頁。

(174) 松井・前掲注（125） 一〇四頁。

(175) 喜田村・前掲注（147） 一八三頁。

(176) 伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第三版補訂版、二〇〇五年）三七〇三三頁は、いわゆる「二応の推定」や「表見証明」の概念に関してであるが、「立証の負担を軽減するためには、立証方法の充実に因るべきであり、また、主張の負担を軽減するためには、要件事実の内容を検討すべきである」と指摘する。証明責任の所在を変えるアプローチについても、類似の指摘が妥当するといえるのではなからうか。

(177) 喜田村・前掲注（147） 一八七頁。

(178) 駒村・前掲注（169） 一七八頁は、「プライバシーの領域を侵害することが名誉毀損免責の問題として正当化されてしまう危険がある」として、「公共利害性」要件が拡張的に解されることに、警戒的な姿勢を示す。

(179) なお、この問題を考えるに際してのリーディングケースとして、刑事事件であるが、いわゆる月刊ペン事件最高裁判決（最一小判昭和五六年四月一六日刑集三五卷三号八四頁）を参照。

※前稿（本誌三八号三三九頁以下）において、次の誤りがありました。

ここにお詫びして訂正させていただきます。

1. 注(39) (三六四頁) (誤) 「徳本鎮『名誉毀損』谷口知平Ⅱ加藤一郎『民法演習ⅠⅤ』(有斐閣、一九六九年) …… ↓ (正) 「……、一九五九年」

2. 注(59) (三六七頁) にて、「宗宮・前掲注(31) 二三―二四頁」と掲記しましたが、これは当該論文の掲載号の頁で、同掲載号の収められる「日本法学二六巻」における通算頁では、三二九―三三〇頁となります。

(完)

(まえだ さとし 大学院博士課程人文社会科学専攻院生)

メールアドレス: smaeda@social.isukuba.ac.jp)