

「法的な見解の表明」と名誉毀損の成否

——いわゆる「ゴーマニズム宣言」事件最高裁判決

(最一小判平成一六年七月一五日民集五八卷五号一六一一五頁) ——

前田 聡

一 事案の概要

被告Xは大学講師で、いわゆる従軍慰安婦問題等の研究者であり、従軍慰安婦問題について、日本に責任があり、従軍慰安婦であった者等に対し謝罪等をすべきという立場を採る。上告人Y₁は、雑誌Aに連載され、単行本の発行されている漫画「新・ゴーマニズム宣言」を含む「ゴーマニズム宣言」シリーズ(以下「Gシリーズ」)を執筆する漫画家、著作権者であり、従軍慰安婦問題について日本に責任があるとする論者、論調を批判する立場を採る(この他、雑誌A及びGシリーズ単行本を刊行する出版社Y₂がある)。

Xは、従軍慰安婦問題等に関するY₁の見解を批判することなどを内容とする「脱ゴーマニズム宣言」と題する書籍(「X著作」)を出版、同書においてGシリーズのカット(全

五七カット、七四コマ)をY₁に無断で採録した(「本件採録」)。

Y₁は、X著作出版後、「新・ゴーマニズム宣言第五章」(「本件漫画」)を執筆し、Y₂は本件漫画を雑誌A及び単行本『新・ゴーマニズム宣言第五巻』に掲載して発行した。本件漫画は、全八頁のうち最初の二頁が本件採録を著作権侵害であり違法であると批判する部分であり、その余の頁には、X著作中でされた従軍慰安婦問題に関するY₁の見解への批判、反論に対する再批判、再反論が記載されている。

本件漫画中問題とされる各表現(「本件各表現」)は、本件採録が「ドロボー」であり、X著作が「ドロボー本」であると繰り返し記述するとともに、唐草模様の風呂敷を背負って目に黒いアイマスクをかけている古典的な泥棒の格好をした

Xの似顔絵を描くなどされていた。

なお、Y₁は、XがY₁の複製権及び同一性保持権を侵害するなどして、Xほかに対して、X著作の出版等の差止め等を求める訴訟を提起した。同訴訟では、本件採録が複製権侵害とは認められず、コマの配置を変えて採録した部分一箇所について同一性保持権の侵害が認められ、X著作の出版等の差止め等を命じた控訴審の判決が確定した^①。

Xは、本件各表現がXの名誉を毀損したなどと主張、Y₁らに対し、不法行為に基づき、損害賠償及び謝罪広告の掲載等を請求する訴訟を提起した。

以上の事実関係に対し、第一審の東京地裁は、本件漫画ではX著作におけるXの主張や、法的措置を取るとのY₁の方針が併せて記載されており、全体の文脈に照らし、一般読者の普通の注意と読み方を基準として判断すると、本件採録が「複製権侵害であると裁判所で認定されたとの印象を与えるような記載はされておらず」、本件各表現は「いずれも著作権者のY₁において上記引用は複製権侵害に当たるとの意見を主張しているとして読解されるものと解される」もので、意見表明に当たるとして、Xの主張を斥けた。これに対し第二審の東京高裁は、第一審判決を変更し、本件のように「法的解釈適用のみが問題となっている事項であっても、その問題について裁判所による公権的かつ確定的判断が確実に示され

るべき事項」は、事実摘示「に類するもの」であり、本件各表現は事実摘示であるとの判断を示し、免責を認めず、Xの請求を認容した。これに対しY₁らが上告した。

二 判旨

最高裁第一小法廷は、原判決中Y₁らの敗訴部分を破棄した上で、以下のように述べてXの控訴を棄却した(破棄自判)。「当該表現が証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項を明示的又は黙示的に主張するものと理解されるときは、当該表現は、上記特定の事項についての事実を摘示するものと解するのが相当である(前掲最高裁判成九年九月九日第三小法廷判決参照)。そして、上記のような証拠等による証明になじまない物事の価値、善悪、優劣についての批評や論議などは、意見ないし論評の表明に属するといふべきである」。

「法的な見解の正当性それ自体は、証明の対象とはなり得ないものであり、法的な見解の表明が証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項ということができないことは明らかであるから、法的な見解の表明は、事実を摘示するものではなく、意見ないし論評の表明の範ちゅうに属するものといふべきである」。また、事実摘示による名誉毀損と意見表明によるそれとで、不法行為成否の要

件を異にし、意見表明については、「その内容の正当性や合理性を特に問うことなく、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉毀損の不法行為責任が成立しないものとされているのは、意見ないし論評を表明する自由が民主主義社会に不可欠な表現の自由の根幹を構成するものであることを考慮し、これを手厚く保障する趣旨によるものである。そして、裁判所が判決等により判断を示すことができる事項であるかどうかは、上記の判別に關係しないから、裁判所が具体的な紛争の解決のために当該法定的な見解の正当性について公権的判断を示すことがあるからといって、そのことを理由に、法的な見解の表明が事実の指示ないしそれに類するものに当たると解することはできない」。そして、本件各表現は、Xが本件採録を行ったという事実を前提として、Xがした「本件採録が著作権侵害であり、違法であるとの法的な見解を表明するものであり、……上記法的な見解の表明が意見ないし論評の表明に当たることとは明らかである」。

本件各表現は、公共の利害に関する事実に係り、目的は専ら公益を図ることにあり、しかも前提となる事実も真実であつて、「本件各表現がXに対する人身攻撃に及ぶものとはではないえないこと、本件漫画においては、Xの主張を正確に引用した上で、本件採録の違法性の有無が裁判所において判

断されるべき問題である旨を記載していること、他方、Xは、 Y_1 をX著作中で厳しく批判しており、その中には、 Y_1 をひぼうし、やゆするような表現が多数見られることなどの諸点に照らすと、 Y_1 がした本件各表現は、X著作中のXの意見に対する反論等として、意見ないし論評の域を逸脱したものであるといふことはできない」。

三 検討

1 はじめに

本判決は、名誉毀損の成否につき、①問題の表現が事実指示か意見表明かで、適用すべき判断枠組を変えろという、従来の判例の立場を踏襲しつつ、その区別基準を提示した上で、「法的な見解の表明」が意見表明である旨判断し、②あわせて「意見ないし論評」が「手厚く保障」される趣旨についても確認している。加えて、③本件に即した形ではあるが、本件各表現が「意見ないし論評の域」の「逸脱」性について、興味深い判断を示した⁵⁾。以下本稿は、前述の三点について逐次検討を加えるが、それに先立ち、意見表明による名誉毀損の判断枠組について概観する。

明文上、事実指示が構成要件とされる刑法の名誉毀損罪(二三〇条)と異なり、不法行為としての名誉毀損は、事実指示のみならず意見表明によっても成立しうる⁶⁾。もつとも、

名誉毀損は表現行為によって行われるものであり、その表現行為は、憲法二一条の保護を受けうるものであるため、名誉の保護と表現の自由の保障との調整を図る必要が生じる。⁷⁾ 意見表明による名誉毀損の場合、日本の学説は早い時期から、英米法にいわゆる「fair comment」法理を参照してきた。しかし、裁判所は、該法理とはやや異なる独自の免責法理を確立させてきた。すなわち、①表現行為が公共の利害に関する事実に係り、②その目的が専ら公益を図ることにあった場合、③意見・論評の前提としている事実が重要な部分について真実であると証明できれば、④表現が人身攻撃に及ぶなど意見・論評の域を逸脱したものでない限り、違法性を阻却し、⑤仮に③の証明がなくても、当該事実の重要部分を真実と信ずるにつき相当な理由があれば、故意・過失が否定される。以上の枠組は、公務員についての論評に関する最高裁判成元年二月二日第一小法廷判決¹⁰⁾、そしてより一般的な形で、最高裁判成九年九月九日第三小法廷判決¹¹⁾で確立された。この最高裁の立場は、学説の多くから「公正な論評法理」と呼ばれている。もともと、「公正な論評法理」の理解について、論者によって若干幅があるように見受けられる¹²⁾点、また、最高裁の採る立場を「公正な論評法理」と評価することに疑念を呈する見解がある点に留意を要しよう。

2 事実摘示と意見表明の判別基準

既述の通り、本判決も従来の最高裁判決と同様、名誉毀損を事実摘示によるものと意見表明によるものとに区分して検討する。そこで、問題の表現がいずれのものなのかを判別する基準の設定が問題となる。

この点に関する先例たる、最高裁判成九年九月九日第三小法廷判決¹⁶⁾(以下「九七年最判」)は、問題の表現が事実摘示か意見表明かを判別するに、本判決が引用するように、基本的には「証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項」を事実摘示と捉える。もともと九七年最判は、事実摘示をかなり詳細に規定する。すなわち、問題の表現に「用いられている語のみを通常の意味に従って理解した場合には」先の事項とは直ちに解せないときにも、前後の文脈や一般の読者の知識・経験等から「間接的ないしえん曲に前記事項を主張するものと理解されるならば、同部分は、事実を摘示するものと見るのが相当」であるし、間接的な言及が欠けたとしても、文脈等を総合的に考慮して、「前記事項を黙示的に主張するものと理解されるならば、同部分は、やはり、事実を摘示するものと見るのが相当」であるとしている。「事実の摘示からのアプローチ」¹⁷⁾とも評されるこの判別基準は、間接的な言及が欠けたとしても「黙示的に」証拠等による証明の可能な事項の主張をしている言明を事実

摘示であるとする点で、事実摘示を相当広範に捉えているものと見ることが出来る。かかる姿勢の根底に、「安易に事実摘示を包含しない意見ないし論評の公表と認定することを戒めている¹⁸⁾」という考慮を看取できよう¹⁹⁾。

本判決は、先の九七年最判を引用して踏襲しつつも、その後、「証拠等による証明になじまない物事の価値、善悪、優劣についての批評や論議などは、意見ないし論評の表明に属するべきである」との一文を加える。この一文については、「意見の射程を広げ」たものと解する見方もある²⁰⁾。しかし、物事の「価値、善悪、優劣」という文言に見られるように、最高裁が「意見」について「価値判断に焦点を当てて²¹⁾」おり、見方によっては、意見を「価値判断」に限定しているとも見られることも可能と思われる。

3 「法的な見解の表明」は事実摘示か意見表明か

本判決は、既述の判別基準の「見地に立つて検討」すると、「法的な見解の正当性それ自体は、証明の対象とはなり得²²⁾」ず、従って、法的な見解の表明が上記判別基準に言う「事実」とはいえないことは「明らか」であるとする。その上で、①意見表明が「手厚く保障」される趣旨を説き、②判決等により判断を示すことができる事項であるかどうかは、先の基準と関係しないことを指摘して、法的な見解の表明が

「前提として、上記特定の事項を明示的又は黙示的に主張するものと解されるため事実の摘示を含むものというべき場合があることは否定し得ない」が、それ自体としては意見表明であると判断した。この点について、多くの論者は肯定的な評価を与えている²³⁾。

しかし、本判決が述べるほどには、「法的な見解の表明」が意見表明であることは「明らか」とはいえないだろう。なぜなら、本件第二審判決は、同じく九七年最判の枠組を採った上で、「法的解釈適用のみが問題となっている事項」でも、裁判所による「公権的かつ確定的判断が確実に示されるべき事項」については事実摘示「に類するもの」であるとしたからである。かかる帰結の異同を踏まえたうえで本判決を正当化する論拠として、どのようなものが考えられるか。この点、調査官による解説は、政治、文学、宗教、芸術等の他分野における見解の表明と法的な見解の表明とを別異に取り扱うべき理由はないと指摘する²⁴⁾。また、法の適用が規範的な問題であることから、事実存否の判断との異質性を指摘する見解がある²⁵⁾。

確かに、法的な見解の「正当性」に関する判断を、事実存否の判断と同視することは難しいと思われるし、法解釈論とその当否は証拠によって一義的に決される性格のものでもないだろう（そうした点が、第二審判決にて、本件各表現を事

実摘示「に類するもの」と判断させたとも見うる)。

しかし、そもそも法的な見解の表明を範ちゆう的に意見表明であるとするのでいいのか、という点に疑問を呈し得る。本件の場合、採録の事実関係自体に争いはなく、それが違法か合法かという判断について争いがあつた。見方を換えれば、事実関係とその法的判断とを比較的容易に切り分けて論ずることが出来た事案であつたと見うる。だが、果たしてあらゆる事案において、この二者を明瞭に分離できるのかについては疑問が残る。むしろ、事実存否と違法・合法の判断が密接に結びついている場合が少なからずあると思われる。²⁷⁾ また、「違法である」という言明は、「ある事実は違法である」との「評価」と見ることもできるが、一方で「違法な事実状態が存在する」との言明であるとも見ること可能であろう。以上からすると、果たして「法的な見解の表明」が一律に意見表明であるといえるのか、九七年最判の枠組に照らしたとときには、黙示的な事実言明(少なくともそれを含んだ意見表明)と判断する余地があるのではないか、との疑問が生ずるように思われる。

加えて、ある表現が事実摘示か意見表明かを考えるに際し、「法的な見解の表明」が事実摘示か意見表明かを一般的に確定する必要があつたのかにも疑問が残る。実際、本件第一審判決は本件各表現が意見表明か事実摘示かを判断するに

先立って、「法的な見解の表明」がいずれに含まれるかを論じたわけではない。にもかかわらず、本判決と同様、本件各表現が意見表明であると結論した。本判決において判断するに際し、一般的に「法的な見解の表明」を意見表明とする必要があつたのかについても、疑問を呈し得るのであろう。²⁸⁾

4 意見表明保護の趣旨

本判決は、名誉毀損の態様を事実摘示によるものと意見表明によるものとに分けて、「意見ないし論評」を「手厚く保障する」理由として、「意見ないし論評を表明する自由が民主主義社会に不可欠な表現の自由の根幹を構成するもの」であることを指摘する。従来の最高裁判決においても意見表明保護の重要性に論及されており、その意味で、それほど目新しい判断ではない。²⁹⁾ しかし、本判決では、事実摘示と意見表明とを分けた上で「意見ないし論評について」手厚く保障する趣旨に論及する点が注目される。免責に際し内容の真実性(ないし真実相当性)を要求する事実摘示の場合と異なり、後述のように意見にはその内容の正当性・合理性を要求しない、という意味で、事実摘示に比べ「手厚く保護」する趣旨を述べるもの、と見ることもできよう。

この判旨に関して、論者によつて指摘されるのが、本判決が、意見・論評内容の正当性や合理性を特に問わない、とし

た点である。⁽⁴¹⁾この点は判例・学説において議論のあったところであり、また、従来の最高裁判例はこの点について明言していたわけではないため、注目される。

ただ、最高裁判決は「人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評の域を逸脱しない」という形で「意見としての一定の正当性が要求される」(傍点原文)との指摘もあるように、後に検討する「意見ないし論評の域」を「逸脱」するか否かを判断する段階で、内容についてある種の「正当性」を判断していると見る余地もある。この判旨と、「意見ないし論評の域」を「逸脱」するか否か、という判断との関係が問題となりえるよう。

また、本判決の採る免責法理は「ある事実を基礎としての意見ないし論評の表明による名誉毀損」において適用されるものであるが、この「基礎として」という文言が、前提事実と意見との関係についてどのような要求をしているのか、という点が必要しも明確ではない。そのため、本判旨と、この「基礎として」という文言との関係も問題となりうるだろう。⁽³⁶⁾

5 「意見ないし論評の域」の「逸脱」性

本判決は、問題の表現が「意見ないし論評の域」を逸脱しているか否かについて、興味深い判断を示している。

従来、下級審裁判例においてはこの点の判断に際しての考慮要素に詳細に言及したのもあったが、最高裁判例では、問題の表現が「人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱しているということもできない」と述べるにとどまり、必ずしも詳細は明らかではなかった。そのため、事例判断とはいえ、具体的な考慮要素に言及したものとして注目される。⁽³⁹⁾

判旨は、本件各表現が「意見ないし論評の域」を「逸脱」しているか否かにつき、本件各表現が、①人身攻撃に及ぶものとまではいえないこと、②正確に引用した上で本件採録の違法性の有無が裁判所において判断されるべきものである旨指摘していること、③XはX著作中で、Y₁に対し、ひぼう、やゆする表現が多数含まれる、厳しい批判をしていること、を挙げて、「意見ないし論評の域を逸脱したものということができる」と述べる。これらは、相関的に判断されるものであろうが、以下、前記三点について一応個別に検討する。

①について。たとえば「ドロボー」「ドロボー本」といった本件各表現が、果たしてそれ自体として人身攻撃的でないといえるか否かは、考慮の余地がある。後述の③が、本件各表現の「人身攻撃」性の判断に影響を与えたものと見るのが自然であろう。⁽⁴¹⁾

ただ、この点に関しては、本件漫画がXの無断採録を非難する部分とXの従軍慰安婦問題に関する主張を批判する部分

とに分かれており、後者においても本件各表現が用いられている点につき、「本件漫画が異なる二つの主題を扱っていたという文脈において、Yの本件表現を分析する視点が十分でなかった」と指摘する見解がある。確かに、本件各表現は、本件採録が著作権侵害である旨の「法的な見解」とされるものである。著作権侵害と直接の関係を有しない論点において用いられる同様の表現に保護が及ぶのか、疑問がないとはいえないだろう。しかし、この点は、後述のように、論争という「文脈」の中において、正当化しうるのかもしれない。

次に②について。相手方の主張を正確に引用する、という点は、「意見ないし論評」のいわば前提である。その点を、「意見ないし論評としての域」の「逸脱」如何の中で判断することは、適切といえよう。⁽⁴³⁾

そして③について。既述のように、この点が、本件における「逸脱」性判断について、重要な要素であったことは否定できなからう。ある論者は、「ここでは本件漫画の範囲をこえて、最広義の社会的文脈が正しく考慮されているといえよう」と指摘する。⁽⁴⁴⁾「文脈」が考慮されるべき、という点は、一般的には理解できるが、ひぼう、やゆに対して、それらに類する表現で対抗することが、「民主主義社会に不可欠な表現の自由」の見地から妥当かどうかについては、議論の余地もあり得よう。この点、「『売り言葉に買い言葉』型」の『意見な

いし論評の表明』による名誉毀損⁽⁴⁶⁾において「いわゆる『対抗言論の法理』にやや似た考え方を、……判断の中に取り入れたとみることもでき」とする見解がある。しかし、「対抗言論の法理」が、論者の言う「売り言葉に買い言葉」型の名誉毀損のようなものを想定した理論といえるのか、やや疑問がある。こうした捉え方に対して、むしろ「言論の応酬」の場面における免責を論ずる裁判例に類比できるのではないかとする評価もある。⁽⁴⁵⁾

6 終わりに

最後に本判決の意義と問題点につき、まとめておく。

まず、本判決は、意見表明による名誉毀損の免責に関する最高裁の立場を精緻化している。⁽⁵¹⁾すなわち、従来の、「事実の摘示からのアプローチ」のみならず、「意見」とは何かという角度からも、事実摘示と意見表明の別を明らかにしようとした。ただし、先述の通り、「法的な見解の表明」を一律に意見表明とした点が、九七年最判の枠組と整合的といえるのかどうかについて、疑問があるように思われる。⁽⁵²⁾次に、意見表明について正当性や合理性を要求しないことを確認した点が重要である。もともと既述のように、最高裁の採る免責法理は、別の形で意見について合理性や正当性を要求すると見る余地がある。この点も検討を要しよう。そして、「意見

ないし論評の域」の「逸脱」性の判断については、本判決は
事案に即した判断ではあるものの、考慮すべき要素を提示し
ている点で意義があるものと考えられる。

注

- (1) 東京高判平成二二年四月二五日判時一七二四号二二四頁。
- (2) 東京地判平成二四年五月二八日民集五八卷五号一六四八頁。
- (3) 東京高判平成二五年七月三二日判時一八三十一号一〇七頁。
- (4) 本判決の解説、評釈類として、中村也寸志、ジュリスト二二八五号
一一八頁(二〇〇五年)、竹田稔、コピライト五二五号三九頁(二〇
〇五年)、山口成樹・判例評論五五二号二頁(二〇〇五年)、前田陽
一・法学教室二九四号一五八頁(二〇〇五年)、同・NBL八〇七号五
四頁(二〇〇五年)、橋本佳幸・判例セレクト二〇〇四(法学教室二
九四号別冊)二四頁(二〇〇五年)、窪田充見・平成一六年度重要判
例解説八〇頁、愛知靖之・同二六六頁(二〇〇五年)、淡路剛久・私法
判例リマックス三一号五八頁(二〇〇五年)、斉藤博・民商法雑誌一
三二巻六号八七八頁(二〇〇五年)、松居英二・平成一六年度民事主
要判例解説九八頁(二〇〇五年)、曾我部真裕・京都大学法学論叢一
五八巻一号一一七頁(二〇〇五年)、田口文夫・専修法学論集九五号
一九九頁(二〇〇五年)、阪本昌成・メディア判例百選七六頁(二〇
〇五年)がある。
- (5) なお、本件第一審、第二審では、Y₁の手になるXの似顔絵がXの
肖像権侵害に該当するかが争われ、いずれも否定されている。

「法的な見解の表明」と名誉毀損の成否(前田)

興味深い論点であるが、本判決で最高裁はこの論点を取り上げな
かった。この点に関しては、茶園成樹「本件第一審判批」コピライ
ト四九七号三七頁(二〇〇二年)参照。また、この論点に関する直
近の最高裁判例として、最一小判平成一七年一月一〇日判時一九
二五号八四頁参照。

- (6) 最一小判平成九年九月九日民集五一巻八号三八〇四頁参照。
- (7) 最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁参照。
- (8) なお、佐藤幸治『憲法』(青林書院、第三版、一九九五年)四五二
頁参照。
- (9) 英米法にいわゆる「fair comment」法理についての日本語文献とし
て、河原峻一郎『言論及び出版の自由(有斐閣、一九五四年)九八
一〇三頁、幾代通「アメリカ法における名誉毀損とFair Comment」
末延還暦記念『英米私法論集』(東京大学出版会、一九六三年)二五
頁以下、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五年)一四四
一四六頁、一九六〇―一九八頁、山川洋一郎「公正な論評」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)一六五
頁以下、松井茂記「名誉毀損と表現の自由(一)」民商法雑誌七八巻
四号五三四―五三六頁(一九八三年)、塚本重頼「英米法における名
誉毀損の研究」(中央大学出版部、一九八八年)七一―八二頁、一九
九二―一八頁、山口成樹「名誉毀損法における事実と意見(一)」東
京都立大学法学会雑誌三五巻一号一八―二〇頁(一九九四年)、
望月礼二郎『英米法』(青林書院、新版、一九九七年)二四四―二四
五頁を参照。
- (10) 民集四三巻一二号二二五二頁。
- (11) 前掲注(6)。
- (12) 八木一洋「最一小判平成九年九月九日判解」『最高裁判所判例解説

民事篇平成九年度(下)』(法曹会、二〇〇〇年)一一五八頁は、最高裁の採る枠組が、日本における「公正な論評の法理」と呼ばれていると指摘する。

- (13) なお、「公正な論評法理」を巡っては、篠原勝美「最一小判平成元年二月二日判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』(法曹会、一九九一年)六二六―六三二頁、奥平康弘「ジャーナリズムと法」(新世社、一九九七年)一六七―一七九頁、竹田稔『ライバシー侵害と民事責任』(判例時報社、増補改訂版、一九九八年)三〇六―三二二頁、潮見佳男「不法行為法」(信山社、一九九九年)七二―七五頁、堀内明「公正な論評」竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務体系(九)』(青林書院、二〇〇一年)三四頁以下、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』(嵯峨野書院、二〇〇一年)一九四―二〇〇頁(ただし同書は「意見免責の法理」と称する)、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・充」札幌法学一四巻二号七頁以下、一五巻一号四九頁以下(二〇〇三年)、一六巻一号二頁以下(二〇〇四年)、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)一一八―一九頁、五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣、二〇〇三年)六五―七五頁、佃克彦「名誉毀損の法律実務」(弘文堂、二〇〇五年)二五六―二六一頁を参照。

- (14) たとえば、平井宜雄『債権各論Ⅱ』(弘文堂、一九九二年)五〇頁、田島泰彦ほか編『現代メディアと法』(三省堂、一九九八年)八四―八五頁(田島執筆)は、東京地判昭和四七年七月二日判時六八八号七九頁において採用された基準を「公正な論評法理」として紹介する。また、佐藤幸治編『憲法Ⅱ』(成文堂、一九八八年)一七七頁(阪本昌成執筆)は、最大判昭和四四年六月二五日刑集二三巻七号九七五頁の判断が、「英米不法行為法上の免責事由のひとつである

『公正な論評』の法理……に相応する」と指摘する。

- (15) 竹田・前掲注(4)四二頁は、最高裁の判断枠組が、アメリカ法における「公正な論評の法理」をそのまま採用したものとはいえないとする。渋谷秀樹「最一小判平成元年二月二日判批」メディア判例百選七頁(二〇〇五年)も、最一小判平成元年二月二日・前掲注(10)が「公正な論評法理」を採用したとみるのは「不正確」であり、該法理の一端を「論評の域の逸脱として刑法二〇〇条の中に埋め込もうとしたに過ぎない」とする。また、五十嵐・前掲注(13)七〇頁は、最高裁の判断枠組が「公正論評の法理」といえるかどうか疑問であると指摘する。

- (16) 前掲注(6)。
- (17) 斉藤・前掲注(4)八八七頁。

- (18) 堀内・前掲注(13)四三頁。また、矢口俊昭「事実と意見」法学教室二二六号一頁(二〇〇〇年)は、従来の最高裁判例では「事実の範囲を拡張し、意見を限定している可能性が大きい」と指摘する。

- (19) なお、山口成樹「最一小判平成九年九月九日判批」判例セレクト九七(法学教室二一〇号別冊)二四頁(一九九八年)は、性質上客観的にその真偽を判定できない意見表明を事実摘示と認定された場合、被告が思わぬ窮地に陥る一方、「事実摘示を容易に意見表明と仮装することを許すならば、真実証明を免れんがためのモラル・ハザードが問題となる」と指摘する。

- (20) 阪本・前掲注(4)七七頁。

- (21) なお、神田・前掲注(13)「(三)三頁は、裁判所は当初『論評(ないし意見表明)』をやや限定的に解したようにみうけられる」が、本判決では「緩やかに肯定する態度に転じたようにも解される」とする。

(22) 山口・前掲注(4)二三頁。

(23) 竹田・前掲(4)四三頁、橋本・前掲(4)二四頁、窪田・前掲(4)八一頁、田口・前掲(4)二〇六頁参照。

(24) 中村・前掲注(4)一一〇頁参照。

(25) 窪田・前掲注(4)八一頁、松居・前掲注(4)九九頁参照。

(26) 曾我部・前掲注(4)一二二頁参照。

(27) この点に関し、中村・前掲(4)一二〇頁は、たとえば公務員が賄賂したと告発する場合、当該公務員が一定の金銭を受け取ったことの事実だけでは、当該公務員が「職務に関して賄賂を受け取った」の事実を充足していないため、名誉毀損による不法行為責任を免れないという。この考え方からすると、犯罪の告発に際しては、おそらく構成要件該当事実を摘示することが要求されよう。この場合、果たしてその告発が「法的な見解の表明」であり、従って意見表明であるとする事と、当該犯罪の事実を摘示したものとすることとの間に、有意の違いがあるのか、疑問を呈し得る。なお、曾我部・前掲注(4)一二六頁注(11)参照。

(28) なお、本判決は直接論及しない問題だが、不正競争防止法二条一項一四号にいう「虚偽の事実」という文言の解釈との関係について、論者の間で議論が提起されている。中村・前掲(4)一一〇頁、愛知・前掲注(4)二六七頁、斉藤・前掲注(4)八八九頁。この問題を検討する文献として、高部真規子「知的財産権を侵害する旨の告知と不正競争行為の成否」ジュリスト一二九〇号八八頁以下(二〇〇五年)参照。

(29) 最大昭和六二年六月二日・前掲注(7)、最小判平成元年二月二日・前掲注(10)参照。

(30) 阪本・前掲注(4)七七頁、曾我部・前掲注(4)一二三頁参照。

(31) 曾我部・前掲注(4)一二三頁参照。

(32) たとえば九七年最判の原判決である、東京高判平成六年一月二八日判時一五〇二号一四頁は、問題の意見表明が免責されるためには、「当該意見をその基礎事実から推論することが不当、不合理なものとはいえない」ことを要求していた。

(33) もっとも、八木・前掲注(12)一一五九頁は、九七年最判について「意見ないし論評の表明に関しては、前掲事実の真实性が立証されたときと同様に、あえては合理性を要求しない緩和された要件で保護を認めることとしたものである」と説いていた。なお、堀内・前掲注(13)四四頁も参照。

(34) 駒村・前掲注(13)一九九頁。

(35) 曾我部・前掲注(4)一二三〜一二四頁。

(36) 事実と意見との関係の問題については、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)三〇三〜三〇七頁も参照。

(37) 東京地判平成八年二月二八日判時一五七〇号三頁。同判決は、表現行為者側の事情のほか、被論評者側の事情をも考慮すべき、とする。

(38) 最小判平成元年二月二日・前掲注(10)。

(39) 窪田・前掲注(4)八一頁、田口・前掲注(4)二〇七頁参照。

(40) 竹田・前掲注(4)四三頁、窪田・前掲注(4)八一頁、斉藤・前掲注(4)八八六頁参照。ただし、曾我部・前掲注(4)一二四頁は、最小判平成元年二月二日・前掲(10)と対比すれば、本件各表現が人身攻撃に及ばないとされたのは当然と指摘する。

(41) 竹田・前掲注(4)四三頁、窪田・前掲注(4)八一頁、斉藤・前掲注(4)八八六頁参照。

(42) 山口・前掲注(4)二五頁。

(43) この点は、著作物に関する批評が問題となった、最判平成一〇年七月一七日判時一六五一号五六頁と類似するようにも思われるが、本件では論評の前提となったのはあくまで「無断採録」という事実であり、事案が異なるものであろう。曾我部・前掲注(4)二二五頁参照。

(44) 山口・前掲注(4)二五頁。また、窪田・前掲注(4)八一頁、曾我部・前掲注(4)一二五頁参照。

(46) 前田・前掲注(4)NB L五九頁。

(47) 前田・前掲注(4)NB L五八頁。

(48) 「対抗言論の法理」に関しては、高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋和之・松井茂記『インターネットと法』(有斐閣、第三版、二〇〇四年)五九〜六二頁、大沢秀介「インターネットと表現の自由の原理」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』(有斐閣、二〇〇五年)八五〜八六頁参照。

(49) 曾我部・前掲注(4)一二五頁。

(50) なお、言論の応酬の中での名誉毀損の免責の問題に関しては、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)四五〜五八頁、佃・前掲注(13)二六六〜二六九頁参照。

(51) 曾我部・前掲注(4)一二五頁。なお、前田・前掲注(4)法学教室一五九頁も参照。

(52) なお、斉藤・前掲注(4)八八八頁は、本件の事案と背景事情の特殊性から、「本判決をもって『法的な』見解が名誉毀損に当たらないとする筋道が広く確立された」と評することはできない」と指摘する。また、潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ』(新世社、二〇〇五年)

一八三頁は、別件訴訟にて本件採録が違法とされなかった点を指摘した上で、具体的事件で本判決の判断がそのまま妥当するか否かにつき、「考慮の必要がありそう」だとする。

(筑波大学大学院博士課程人文社会科学専攻)