

民事名誉毀損訴訟と表現の自由

吉 野 夏 己

第一 はじめに

名誉毀損的表現と表現の自由の調整については、憲法学、民法学、刑法学が、若干の例外を除いて相互に対話することなく、各々独立して、これまでも多くの議論がなされてきた。アメリカ合衆国では、名誉毀損法を憲法化したと言われる一九六四年のニューヨーク・タイムズ対サリバン事件判決⁽²⁾（以下「ニューヨーク・タイムズ判決」という。）において「現実の悪意」の法理（ニューヨーク・タイムズ判決ルール）が採用された。ニューヨーク・タイムズ判決ルールについては、その本質的な脆弱さ、妥協の産物ゆえに、いずれ姿を消す運命にあると評されることもあったが⁽³⁾、二〇一四年で五〇周年を迎え、最近でも、マッキー対コスビー事件⁽⁴⁾において、連邦最高裁は、ニューヨーク・タイムズ判決ルールを維持している⁽⁵⁾。さらに、近時、各州は、スラップ被害防止法を制定し、その中にニューヨーク・タイムズ判決ルールを受容しているものもある⁽⁶⁾。ニューヨーク・タイムズ判決ルールは、五〇年間にわたり、「完璧とはいえないにしても、言論と報道の自由の観点から、非常にうまく機能してきた」⁽⁷⁾のであり、「言論を取り巻く環境は五〇年前とは大きく異なっている。それでもなお、ニューヨーク・タイムズ判決の言論の擁護における意義は揺るぎないもの」⁽⁸⁾とさえ言う。

他方、日本においても、名誉毀損法の憲法化が主張されているが、アメリカ合衆国の名誉毀損法と対比したとき、大きな差異が認められる。社会的、文化的、法制度という背景から、どちらの法理が優れているかを決定するのは無意味である。しかし、日本の現在の名誉毀損法を憲法的視点から認識し、整理しなおし、仮に問題点があれば、それを指摘し、一定の視座を提供することも有益であろう。

第二 アメリカ合衆国における名誉毀損法の憲法化

一 公的関心（公益）テストの展開

最初に、アメリカ合衆国の名誉毀損法の憲法化を簡潔に概観しておきたい。すでに多くの論稿で論じ尽くされた感があるが、今なお、その評価をめぐっては学説間に共通認識があるとは思われないからである。

(1) ニューヨーク・タイムズ判決再訪

アメリカ合衆国において、名誉毀損的表現は思想表明の本質部分ではないため憲法的保護の対象外であると解されてきたが、一九六四年のニューヨーク・タイムズ判決は、公務員 (public official) の職務行為に関する名誉毀損に対して損害賠償請求が認められるためには、「現実の悪意 (actual malice)」、すなわち「その表現が虚偽であることを知っており、あるいは、虚偽であるか否かを無謀にも無視してなされたこと」を公務員の側で立証する必要があるとのルールを明らかにした。同判決は、名誉毀損的表現の一部を憲法的保障の範囲に含めるという意味で画期的であり、憲法化した判決として著名である。

「現実の悪意」の法理導入の主な理由は、第一に、表現の自由の意義について、公的問題に関する表現の自由が、修正一条によって保護されるという一般的考え方が、長い年月を経て判例により確立されてきたこと、すなわち、

この憲法上の保障は、「人々によって望まれる政治的、社会的変革を引き起こすため、思想の自由な交易を確保するよう形成されてきた」こと及びホイットニー事件判決におけるブランドイス判事の賛成意見で示された古典的定式⁽¹⁰⁾（我々の独立を勝ち取った人々は、公的討論は、政治的義務であり、それこそが、アメリカ政府の基本原理であるべきだと信じた）を前提に、「公的問題に関する論争は、禁止されず、強靱で広く開かれたものでなければならぬ。そして、その論争は、猛烈で痛烈な、時には不快で辛辣な、政府あるいは公務員に対する攻撃を含んでも良いとの原理」という深遠な国家的公約を背景にして、表現の自由保障は自己統治が中心であるという点である。

第二に、「誤った表現は、自由な討論において避けることができない。もし、表現の自由が『生存のために必要とする』息つく場』をもととするなら、誤った表現も保護されなければならない」として一定の虚偽言論の憲法的保障を明らかにした⁽¹¹⁾。このことは、合衆国政府や公務員に対する中傷、侮辱・悪評等をもたらす目的での発言や出版を犯罪として禁止する一七九八年の煽動罪法が、政府と公務員に対する批判の制限につながることを理由として修正一条に違反するとの「歴史の法廷によりもたらされた勝訴判決」という認識から導かれる。そして、刑事法を手段として名誉毀損責任を課すことが憲法上禁止されているのだから、同様に民事法上の名誉毀損責任を課すことも制限される。アラバマ州の名誉毀損法上の巨額の損害賠償認定の恐怖や挙証責任、二重の危険の欠如、さらに公務に対する批判に、その事実に基づく主張の真実性を確保することを強制するルール、それらは、実質的に制限のない名誉毀損の判決という刑罰の下で、「自己検閲」をもたらす。被告に真実性の抗弁の立証義務を課すことによって防御を許すことは、ただ虚偽の言論のみが阻止されることを意味しないのである⁽¹²⁾。そこで、「もし、その表現が『現実の悪意』で、すなわち、その表現が虚偽であることを知っており、あるいは、虚偽であるか否かを無謀にも無視してなされたことを公務員の側で立証できないのであれば、公務員の職務行為に関する虚偽の名誉毀損に対する損害の救済を禁止するという連邦上のルールが、憲法上の保障から要求される」とし、結論として、「現実の悪

意」を示すような「納得させる程度の明確性」をもつ証拠が存在しないとして本件は破棄され、差し戻された。

(2) ニューヨーク・タイムズ判決の特異性

ニューヨーク・タイムズ判決の意義をめぐっては、表現の自由の価値基底論以前の問題として、その生み出された背景事情を重視するか否かでその評価が変わってくるように思われる。一つは、ニューヨーク・タイムズ判決による名誉毀損法の憲法化の意義を、人種差別撤廃を求める公民権運動の弾圧に対するウォーレン・コートの法的反撃という文脈で捉える読み方である。⁽¹³⁾しかし、「この判決の背景をなす事実の特異性（人種差別政策、それへの抵抗運動）に限定して判決を理解すべきではない。ここで展開されている憲法論は、公務員の職務にむけられた一切の批判・攻撃に対するものである。この方面における表現の自由の公共性・社会的価値が、非常に重視され、そういうものとして、一つの画期的な意味をもつ判決」として捉えるべきである。⁽¹⁴⁾ニューヨーク・タイムズ判決の「背景の事実の特異性」、あるいは、ニューヨーク・タイムズ判決ルールが「創造されるに至った歴史的背景」を強調すればするほど、日米間の憲法法理の比較法的連続性が容易に絶たれてしまうであろう。

また、ニューヨーク・タイムズ判決ルールは、「冷戦期リベラリストの表現権理論との妥協の産物」であり、「当事者の予期しないまま、同事件を契機に連邦最高裁自らが創造した、憲法上の法理として突然に姿を現したものと」⁽¹⁵⁾と解するのも正確ではないように思われる。サック裁判官は、ニューヨーク・タイムズ判決は、古い英国のコモンロー及び制定法が言論弾圧のツールとして使用されてきたことに対する憲法上の障壁を構築するための、最高裁の一連の諸判例の中の一つにすぎないと指摘している。⁽¹⁶⁾毛利教授も、「表現の自由の場合には、たとえ公権力による直接的規制でなくとも、それが『脅し』としてもつ間接的な効果にまで着目して審査をしなければならないというのが、ウォーレン・コートの判例理論の最大の特徴であり、判例はその観点から表現の自由保障を徐々に拡大しつつあった。サリヴァン判決はこの論理を民事名誉毀損の場面にまで及ぼすことにより、本件を国家による表現抑圧の事例

として理解することができた。「画期的」と評される同判決は、判例の蓄積の上に、生まれるべくして生まれたのである」と述べる。⁽¹⁷⁾

そこで、ニューヨーク・タイムズ判決を「背景をなす事実の特異性」から切り離し、表現の自由保障を徐々に拡大しつつあった判例の連続性の観点から再評価してみよう。

(3) ニューヨーク・タイムズ判決の背後にある表現の自由の価値

表現の自由の価値基底論の視点から、ニューヨーク・タイムズ判決の持つ意義についても、いくつかの見解に分かれている。

① 自己統治論

ニューヨーク・タイムズ判決は、ブランドイス判事の古典的定式を前提に、「公的問題に関する論争は、禁止されず、強靱で広く開かれたものでなければならぬ。そして、その論争は、猛烈で痛烈な、時には不快で辛辣な、政府あるいは公務員に対する攻撃を含んでも良いとの原理」という深遠な国家的公約こそが表現の自由を保障した修正一条の中心の意味だと宣言している。

カルヴァン教授によれば、ニューヨーク・タイムズ判決は「修正一条の中心の意義は、扇動的名誉毀損が、政府の刑罰の主題として採り上げられるべきではないということである。アラバマ州の公正言論のルールは、扇動的名誉毀損を犯罪として扱うことと密接に類似する。それゆえ、アラバマ州法は、修正一条の中心の意義を破壊する」という三段論法を採用したもので、この判決の背後にある考え方は、表現の自由の中心の意味は「自己統治」(self government)に関する言論の保障にあり、公的言論の優越性を説くマイクルジョン博士の学説をほとんど文字通りに受け入れたと評価している。⁽²⁰⁾ 法廷意見を執筆したブレナン判事自身も、ニューヨーク・タイムズ判決がマイクルジョン理論の影響下にあることを「ほのめかしている」。⁽²¹⁾ ブレナン判事は、マイクルジョン博士の「言葉による攻撃

が、政府公務員の候補者の不適格性を示すために用いられたのであれば、その行為は、適切にも、市民の統治への参加としてみなされる。それゆえ、その行為は修正一条によって保護される。もしある市民が、非難ないし糾弾する言葉により、それが政府の政策を、憲法構造であったとしても、攻撃した場合にも同様の原理が妥当する。これらは、我々の政治形態の下では、判断する権能を有すると想定されることに関する『公的』争点なのである。私的な名誉毀損は立法上のコントロールに従属するが、政治的、扇動的名誉毀損は従属しない』を引用し、ニューヨーク・タイムズ判決は、『マイクルジョン博士が国民に留保された権力の範囲内で『統治の重要性』の活動と呼び、政府機関によって課された制裁に対して免責にした活動の典型例であることを示した。最高裁は、この文脈でのアラバマ州の民事名誉毀損法の使用は憲法上の保障に違反していると判示した。……そして、ほぼ文字通り、民主主義では支配者としての市民が我々の最も重要な公務員であるというアレキサンダー・マイクルジョンの学説をとり入れた』とカルヴァン教授の結論を引用している⁽²³⁾。

我が国でも、ニューヨーク・タイムズ判決の背景にある価値については、自己統治であると理解する立場が多数であると思われる。松井教授は、『合衆国最高裁判所はここで、修正第一条の『中核の意味』を公的言論の保障とみる考え方を打ち出している。ここには公的言論に対する絶対的保護を主張していたA・マイクルジョン……博士の立場の影響をみることもできる』と述べている⁽²⁴⁾。また、山口教授は、『政府や『公職者』の『職務行為』に対する批判的な言論は、第一修正の『中心』に位置付けられるという、第一修正の法における価値秩序が明らかにされた』、『これまで憲法的保護に値しないとして第一修正の保護範囲外であると解されてきた類いの言論、例えば本件のような虚偽事実を含む名誉毀損表現にも、核心にある言論を守るためという理屈で憲法的保護を与えうるルールが拓かれたのである』、『二〇世紀アメリカにおける言論・プレスに関する憲法的保護の展開史の中で最も重要な金字塔と言ってよい』と評価している⁽²⁴⁾。

もつとも、ニューヨーク・タイムズ判決が、「現実の悪意」という例外を認める点で、マイクルジョン理論そのものではないことは明らかである。また、マイクルジョン理論に対して批判も多い。⁽²⁵⁾しかし、ニューヨーク・タイムズ判決における「公的エリアでの『強靱な討論』への貢献という核となる価値」の強調は、「メディアの公的問題に関するコメントにおいて『息つく場』のバイタリティーや、『ある程度の濫用』の寛容の必要性」を、さらに発展させる契機となったのであり、その後、ニューヨーク・タイムズ判決を聞き、「通りで、ダンスをするときがやって来た」と喜ぶマイクルジョン博士、それに、カルヴァン教授、ブレナン判事など「マイクルジョンのチアリーダー」たちの支持を受けつつ、その後、「公務員から統治政策、公的政策、そして公的支配事項へと弁証法的進展」というカルヴァン教授の予言のとおり、「現実の悪意」の適用範囲は拡大され、非公選の公務員、公的人物 (public figure)、そして、「公的一般的関心事項」にまで拡大されるのである。⁽²⁶⁾

② 萎縮効果論

なお、以上のような読み方は「神話」と断じ、ニューヨーク・タイムズ判決の中心的意義は、「政府批判の自由」という自己統治ではなく、むしろ「表現の自由の場合には、たとえ公権力による直接的規制でなくとも、それが『脅し』としてもつ間接的な効果にまで着目して審査しなければならない」という萎縮効果論に基づくもので、ウォレン・コートの判例理論の蓄積の上に生まれるべくして生まれたものと解する前述の毛利教授の評価がある。⁽²⁷⁾

これに対して、阪本教授は、萎縮効果論について、次のように批判している。政治的言論に対してもつ萎縮効果を警戒して、連邦最高裁は、ニューヨーク・タイムズ判決において「現実の悪意ルール」を確立した。最高裁は、たしかに萎縮効果に神経をとがらせたが、その効果をもって問題の州法規定を違憲としたわけではない。ニューヨーク・タイムズ判決の法廷意見をものしたブレナン裁判官は、問題の州法の萎縮効果を、(ア)損害の発生が推定されていること、(イ)被告の过错の程度によっては懲罰的損害賠償をも許していること、(ウ)いずれの場合でも賠償額が高額

であること、(エ)個人を特定しないで政府を批判したとしても、それは関連する職にある人物を批判することだと変形されていること等の法構造のなかに見出した⁽²⁸⁾として、萎縮効果を利益衡量の一要素とみている。さらに、「すべての法令は多かれ少なかれ『萎縮効果』をもつのであって、この効果を口にするだけでは論点を先鋭にはできない⁽²⁹⁾」し、「規制の萎縮効果を強調したりするだけでは、具体的な法理の形成に結びつかないことが多い⁽³⁰⁾」との批判が妥当すると思われる。萎縮効果論は傾聴すべき見解であるが、仮に誤読に基づくものであったとしても、ニューヨーク・タイムズ判決の「神話」は、その後約六〇年間にわたり展開される名誉毀損法の憲法化の端緒になったことは間違いないであろう。

③思想の自由市場論

他方、ニューヨーク・タイムズ判決ルールの「核心は、名誉毀損的な虚偽の事実表現の中にも合衆国憲法修正一条によって保障される言論がある、というところにある。そして、それは、民主主義社会を支える「思想の自由市場」(つまり多様な情報の流通)を維持するうえで不可欠となる自由で活発な討論が「息をつく余地」(つまり討論の過程で「事実の誤り」を犯す可能性)を残しておく必要がある⁽³¹⁾」という理解に基づくとの見解がある。同様に、阪本教授も、ニューヨーク・タイムズ判決ルールの基底に、思想の自由市場論があるとみている⁽³²⁾。

しかし、ガーツ判決以降の判例法理としてであればともかく、ニューヨーク・タイムズ判決そのものは、思想の自由市場論とは距離を置いているものと考えられる。というのは、ブランドイス判事の古典的定式(①思想の自由市場、②自己統治、③対抗言論)のうち、意図的かは不明であるが、①及び③を引用していないからである。駒村教授の言葉を借りれば、思想の自由市場に潜在していた自己統治的モメントは、ブレナン裁判官の共和主義的再解釈によって判例の表舞台に浮上してきた。ブランドイス補足意見を枕詞にして書かれたニューヨーク・タイムズ判決において、自己統治と結びつけ、共和主義的な解釈への傾きを強めたのである⁽³³⁾。

二 公的人物テストの展開

(1) ガーツ判決再訪

一九七四年のガーツ判決⁽³⁴⁾で、最高裁はその考え方を一転し、「公的関心」テストを否定したうえ、「現実の悪意」基準の公的人物への限定、無過失責任の排除、及び私人の懲罰的損害の賠償請求には「現実の悪意」基準の立証を要するとの判決を下した。その理由は、第一に、ローゼンブルーム事件⁽³⁵⁾の多数意見によって創設された公的関心テストよる時、私人の名誉保護という「州の正当な利益を、我々が受け入れがたいと思う程度まで減縮してしまう」のみならず、「『どの情報が自己統治に関するか』の決定を裁判所に強いるという付加的な困難性を生ぜしめる」と、「ニューヨーク・タイムズ判決ルールを私人の名誉毀損訴訟に適用するための『公的一般的関心』」テストは、問題となっている競合する二つの価値を不十分に扱う」というのである。すなわち、公的関心テストが利益調整を適切になしえず、また概念が不明確であると批判するのである。

もともと、第二に、自己検閲の回避のため一定の虚偽言論の保護という点では、ニューヨーク・タイムズ判決に一定の理解を示す。すなわち、「修正一条の下、虚偽の『思想』というようなものは存在しない。たとえ、どんなにある意見が有害であると思われても、我々は、その訂正のためには、裁判官や陪審の良心ではなく、他の思想との競争に頼る。しかし、虚偽の『事実』の発言は、憲法上無価値である。故意の嘘も、不注意な誤りも、実質的に公的問題の「禁止されず、強靱で、広く開かれた」論争を促進するものではない。虚偽の事実は、『思想表明の本質部分ではない』との領域に属する発言に含まれ、真実への到達の道程としての社会的価値は、ほとんど乏しいものなので、道徳、道理という社会の利益の方が、そこから引き出されうるいかなる利益よりも、明らかに重い」。しかし、「虚偽事実の発言は、憲法の上は無価値であるが、それにもかかわらず、自由論争に避けられない。……誤りに対する罰則は、言論・出版の憲法上保護されている自由の用心深い制限的な行使を引き起こす危険をもたらす。出

版社や放送局に自分の事実に基づく発言の正確さを保証することを強要する厳格責任のルールが、耐えられない自己検閲へと導くかもしれないということを認識」すれば、「修正一条は、我々がここで問題となっている言論に含まれるいくつかの虚偽性をも保護すべき、と要求する」と判示した。

第三に、メディア保護だけでなく、名誉権保護の重要性を強調する。「ニュース・メディアによる自己検閲を避ける重要性は、ここでの問題における唯一の社会的価値ではない」、「虚偽の名誉毀損により加えられた個人の被害を回復するという、名誉毀損法の基礎にある正当な州の利益を我々は軽々しく放棄することを求めたりはしない」という。そして、メディア保護と名誉権保護を調整するため、個別的な利益衡量ではなく、名誉毀損訴訟の原告を二分する方法を採用する。①「名誉毀損のあらゆる被害者にとり、第一次的救済は、嘘に反論し、その過誤を是正し、それによって名声に好ましくない影響力を最小にする有効な機会を使うことによる自助である。公務員、公的人物は、常に効果的なコミュニケーションのチャンネルへの十分に広いアクセスを享受しており、それゆえ、私人が通常持っているよりも虚偽の名誉毀損を妨げるのに、より実践的な機会を有している」。私人が反論の効果的な機会を有しないがゆえに、名誉毀損に対して傷つきやすく、そして、彼らを保護する州の利益は、それに符合して大きいのである」。さらに、②公的人物の名誉毀損の原告と私人との間の区別の基礎にある不可避免的な規範的考察、すなわち、「公務員になることを決定した個人は、公的問題の中に含まれている、ある必然的な結論を受け入れなければならない。公務員は、公務員にならなかった場合よりも、より公衆の精密な調査のリスクを負う」のである。そして、公的人物と類別される人々も、同様の地位にあり、公的人物は「自発的に」公的討論の渦中に自己を投げ入れたが、「私人は、自己の名声保護という利益のいかなる部分も放棄していない」がゆえに、州は私人保護という正当な利益を名誉毀損訴訟に対して有するのである。

そして、名誉毀損責任の要件については、「無過失責任を課するでない限り、州は、私人を傷つける虚偽の名誉毀

損を行った出版社、放送局に対する責任の適切な基準を独自に決定してよい」と判決するが、ほとんど無過失責任に近かったモンロー上の名誉毀損法に対して、公的言論か私的言論かを問うことなく、憲法上の制約、すなわち、少なくとも「過失 (fault)」を要するとして、言論保護の範囲を拡大した点で重大な意義を有する。さらに、私人の損害賠償請求につき、賠償の範囲を現実的損害に限定し、推定的・懲罰的損害賠償を得るには「現実の悪意」の立証を必要とした。現実の損害の証拠なく主張した賠償的損害の回復を許す点で、「モンロー上の名誉毀損は、不法行為法の変形である」⁽³⁶⁾。「推定的損害賠償の原理は、陪審に虚偽の事実の出版によって被った損害賠償を個人に認めるよりも、むしろ不人気な意見を処罰するように促す。重要なことは、州は、本件上告人のような原告が、いかなる現実的損害よりも、はるかに多額の金銭的損害の根拠のない賠償責任を与えることまでを保護する実質的利益を有してはいない」のである。

(2) ガーツ判決の背後にある表現の自由の価値

① 思想の自由市場論

このように、ガーツ判決は、表現内容ベースの公的関心テストから表現主体である人物ベースの公的人物テストへの原理的転換を図ったものであるが、公的人物テストを採用する表現の自由の原理的背景は何であろうか。

ガーツ判決は、前述のとおり、「思想」と「事実」を区別し、「虚偽の思想」というものはない。ある意見が、たとえどんなに有害的だと思われたとしても、その訂正のため、我々は、裁判官や陪審の良心ではなく、他の思想との競争に頼る。しかし、虚偽の事実の発言は、憲法上無価値である。故意の嘘も、不注意な虚偽も、実質的に公的問題の『禁止されず、強靱で、幅広い』論争を促進するものではない。……それらは、真実への道程としての社会的価値は全く乏しいもの」、「名誉毀損のあらゆる犠牲者にとり、第一次的救済は、嘘に反論し、その過誤を是正し、それによって名声に好ましくない影響力を最小にする有効な機会を使うことによる自助である」と述べており、い

わゆる思想の自由市場論に依拠したものであると考えられる。⁽³⁷⁾

思想の自由市場論⁽³⁸⁾については、今なお多くの議論があるが、本稿の関心は、思想の自由市場論と自己統治の価値との関係であり、両者は区別しうる価値原理なのか、区別できるとして、思想の自由市場論から、いかなる法理が導かれるのかという点にある。

佐藤教授は、「思想の自由市場」の言葉で語られるもの「真理への到達機能」は、近代憲法原理を支える信条ないし仮説の体系とも称すべきものと解する。⁽⁴⁰⁾しかし、山口教授によれば、第一に、「自由な言論によって真理によりよく到達できると説く、表現の自由の理論ないし原理論」、第二に、「表現の自由のシステムの『アーキテクチャ』におけるデフォルトとしての思想の自由市場」の二つの意味で用いられ、思想の自由市場は、後者の意味で、第一修正という表現の自由のシステムの基本構造において設定されている、「経済的な調整は政治に任せるが、言論は推定的に私的秩序に委ねられる」という「デフォルト・ルール」⁽⁴¹⁾だとし、このデフォルト・ルールは、多様な表現活動に対する手厚い憲法的保護を支える理論的基礎として今なお機能していると評価すべきだとされる。⁽⁴²⁾

このように基本構造としての思想の自由市場論は、自己統治及び自己実現との関係について、併存して存在するものと解されるが、その相互の関係は曖昧である。芦部教授は、真理の発見および社会的安定という価値は、自己実現と自己統治の価値から派生するもの、あるいは、「自己実現も自己統治も『思想の自由市場』を前提条件」と解している。⁽⁴⁴⁾金井教授も、「ホームズ裁判官の思想の自由市場は、すべての人のどんな思想表現についても質的に区別することなく最大量の表現の自由を保障するためのロジックであり、かつ、憲法上の権利や制度を基礎づける自己実現の価値および自己統治の価値を生み出す母体である原一法原理⁽⁴⁵⁾」としている。また、山田教授は、「思想の相互交換に不可欠なものとして名誉毀損的表現を捉え、より高次の公的議論を保護するために一定の名誉毀損的表現は憲法的保護を受けうる⁽⁴⁶⁾」とし、また、清水教授も、「現実の悪意」の法理の核心は、民主主義社会を支える「思

「思想の自由市場」(つまり多様な情報の流通)を維持するうえで不可欠となる自由で活発な討論が「息をつく余地」(つまり討論の過程で「事実の誤り」を犯す可能性)を残しておく必要がある」と理解しており、思想の自由市場論と自己統治を必ずしも分離していない。

問題は、思想の自由市場をいかに理解するかに関わる。阪本教授は、独自の理論を展開されるが、「思想の自由市場論のうち、『思想』にウエイトを置くか、それとも、『市場』にウエイトを置くかが、政府介入許容を左右してくる」という。「思想」にウエイトを置けば、思想の自由市場に流れ出るべき情報の種類は限定され、序列化される⁽⁴⁸⁾。金井教授は、「思想の自由市場が要請するのは、あくまでわれわれの真摯な不断のコミュニケーションのみであって、『明白かつ現在の危険』がない限り、真理の判定能力に信用の置けない国家権力……による規制のない、自由で開かれたコミュニケーションの場そのものを保障せよ、ということなのである。これは、古典的な表現の自由の意義としての送りの自由という主観的権利の保障に留まるものではなくて、受け手の知る権利を含め、『多様な情報の流通』を確保する情報流通システム全体の保障をも要請する客観法も意味するとしており、このように「場」と捉えれば、保護されるべき表現は自己統治の言論に限られないことになる⁽⁴⁹⁾。「真実発見論」や「思想の自由市場論」は、民主主義的前提と調和するとしても、「すべての言論を市場に委ね、いかなる言論も国家は規制し得ないかのよう」に思われるため、民主主義理論と矛盾することなく制限できる言論とは何かを明らかにしてはくれない⁽⁵⁰⁾との有田教授の見解も、思想の自由市場論が保護する言論が自己統治か自己実現かを問わないとの理解を前提としていると思われる。

② 対抗言論の法理

思想の自由市場論からは、検閲・事前抑制の禁止、萎縮効果論、そして、対抗言論の法理、すなわち、「誤った言論には言論で対抗すべきである」(more speech)が帰結される⁽⁵¹⁾。この法理は、ブランドイス判事の古典的形式の

「議論を通じて、虚偽や誤りをあぶり出す時間があれば、また教育のプロセスを通じて、邪悪を回避する時間があれば、講じるべき解決策は、強制された沈黙ではなく、より多くの言論である」との意見に由来する。ガーツ判決は、「名誉毀損のあらゆる被害者にとり、第一次的救済は、嘘に反論し、その過誤を是正し、それによって名声に好ましくない影響力を最小にする有効な機会を使うことによる自助である。公務員、公的人物は、常に効果的なコミュニケーションのチャンネルへの十分に広いアクセスを享受しており、それゆえ、私人が通常持っているよりも虚偽の名誉毀損を妨げるのに、より実践的な機会を有している」として、対抗言論の法理を公的人物テストの導入理由として採用している。

もっとも、ガーツ判決自身が、「反論の機会は、ほとんど、名誉毀損的虚偽の侵害を回復するのに十分ではない。事実、名誉毀損法は、真実が、めつたに、嘘に打ち勝てないという我々の経験にルーツがある」という。⁽⁵⁴⁾「そもそも名誉を毀損された人がなぜ自ら反論する負担をしなければならないのであろうか。はたして反論は、同じように効果的なのであろうか。反論がなされれば名誉は回復するであろうか。反論をしてその評価を人々の合理的で批判的な判断能力に委ねておけば、本当に真実が市場の中で確保されるであろうか」など、対抗言論の法理を否定する見解もありうる。⁽⁵⁵⁾

これに対して、肯定説は、「すべての社会的評価の低下を直ちに表現制約根拠とみるのではなく、表現にはあくまで表現で対抗すべきものとの原則に立ち、一定の条件のもとにおいてのみ、名誉保護のため表現制約が正当化される」として対抗言論の法理に賛成する。すなわち、「誤った言論に対する適切な救済方法はモア・スピーチ」であり、「言論に反対するものは、対抗言論で対抗すべきだという考え方が基本的に妥当しない場合にのみ、裁判所に救済を求めることができる」のである。⁽⁵⁶⁾

③ 危険の引受

ガーツ判決は、名誉毀損訴訟の私人の原告と公的人物との間に横たわる「不可避免的規範的思考」の存在を指摘する。すなわち、公職に就くことを決心した者は、公的問題への関与がもたらす確実で必然的な結果を引き受けなければならない。公務員は、精密な公的監視のリスクを引き受ける。そして、公的人物も同様の地位に立ち、「社会問題に関して特別に目立つ役割を引き受け」、「公務員及び公的人物は、自分に関する名誉毀損の虚偽による侵害の増大するリスクに対し、自発的に自分自身を晒し」ていると判示している。いわば、「衆人環視の下での生活という乱闘 (rough-and-tumble of public life) の中に入り込むことにより、一つや二つの打撲のリスクを引き受けた」のである。ガーツ判決は、公的人物である原告の名誉が私人よりも低い保護しか与えられないことを正当化するものとしてコモン・ロー上の「危険の引受 (assumption of risk)」理論を採用したのである。⁽³⁷⁾

日本においても、危険の引受について、不法行為法上、「加害それ自体の直裁な承諾ではなくても、一定のリスクをとまなう行為を承諾した場合には、そのリスクが顕在化したとしても、損害賠償を認めるべきではない。これは、リスクの引受けといっても、危険の引受けといってもよいが、減縮したかたちでの被害者の承諾」といえ、承諾が定型的に予想した加害行為による、予想されうる被害について違法性が阻却されると説明されている。⁽³⁸⁾ 刑法学上も、「自らの意思で論争の場に踏み込み、かつ互いに挑発的な表現を行っているような場合、被害者は（名誉侵害を同意しているわけではないが）名誉侵害についてある程度の危険を引き受けていると見ることも不当な見方ではなく、そのような事情は、被告人の表現行為の（構成要件該当性判断ではなく）違法性判断に当たって理論的に十分考慮に値する」との見解がある。⁽³⁹⁾

(3) 公的人物テストの背景にあるもの

ガーツ判決の公的人物テストは、自己統治から思想の自由市場論へ軸足を移したものであると考えられる。しか

し、公的関心テストを全面的に放棄するものではない。⁽⁶⁰⁾要するに、「現実の悪意」の適用範囲を公的関心テストでは広すぎるので、公的人物に範囲を限定するのである。仮に、公的関心テストが思想の自由市場論と切り離された自己統治の価値から導かれ、公的人物テストが思想の自由市場論から導出されるのであれば、ガーツ判決の定義する公的人物において、「公的論争」の中心に自己を押し込むというフレーズはミスリーディングであろう。「公的論争」が公的人物の判断要素となつてゐることが、事態をより複雑化しているのである。自発的限定的公的人物の要素として「公的論争」の存在を要求することは、表現内容の性質を検討せざるを得ないことになる。何が公的論争かを認識することは容易なことではない。また、公的関心あるいはニュース価値があることのみでは足りないとしても、ガーツ判決が避けようとしたローゼンブルーム判決の公的関心テストとの違いは何であるのかも不明である。⁽⁶¹⁾

三 アメリカ合衆国の名誉毀損法の現在

詳細は省略するが、結果的に、現在のアメリカ合衆国最高裁は、名誉毀損法と表現の自由との関係について、四つの類型に分けて利害を調整する手法を採用している。⁽⁶²⁾すなわち、第一に、「公的人物」の「公的一般的関心事項」の表現については、現実的損害及び懲罰的損害を請求するには、原告が被告の「現実の悪意」、表現内容の「虚偽性」を立証しなければならない、第二に、「私人」の「公的関心事項」の言論については、現実的損害の請求について、「過失」が要件となり、原告が「虚偽性」を立証しなければならず、懲罰的損害の請求については、「現実の悪意」の法理が妥当する、第三に、「私人」の「私的関心事項」の言論については、懲罰的損害について、「現実の悪意」よりも低い基準が妥当するといふものである。なお、第四の類型として、「公的人物」の「私的関心事項」の表現については、どのような責任要件かは不明である。しかし、前述のとおり、公的人物につき「公的論争」が要素となるのであれば、公的人物の「私的関心事項」という概念は矛盾することにならう。第四類型は、公務員、ある

いは、「公的論争」を要素としない「全面的公的人物」にのみ存在すると思われる。⁽⁶⁵⁾ いずれにしても、アメリカ合衆国の名誉毀損法において、「現実の悪意」の適用範囲の決め手は、表面上は、公的人物テストに依りながら、その背後にある表現内容が正当な公的関心事項であるかどうかであり、人物の特性は、公的関心テストの判断要素になっているとも考えられる。

第三 日本における名誉毀損法の憲法化

一 「名誉」の保護法益

(1) 名誉概念

名誉保護は、歴史的には、刑事の分野において保護されてきたものであり、民事的保護が与えられるようになったのは比較的新しく、「我が国の民事名誉毀損法理は、……民法七〇九条の条文が特別の定めを殆ど置いていないため、もっぱら判例法の形で生成してきた。しかもその際、何が名誉で、なぜ名誉の侵害が不法行為となるのかあまり深く省察せず、また、刑事名誉棄損法の枠組みをそのまま受け容れたため、民事名誉毀損がどのような法構造になっているのか、極めて不明確のままに今日に至っている」⁽⁶⁶⁾。また、「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」という指摘が重要である。

民事判例上、「不法行為の被侵害利益としての名誉（民法七一〇条、七二三条）とは、人の品性、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評価のことであり」、「名誉毀損とは、この客観的な社会的評価を低下させる行為」（最三小判平成九年五月二七日民集五一卷五号二〇二四頁。また、最二小判昭和四五年一二月一八

日民集二四卷一三号二一五一頁、最大判昭和六年六月一日民集四〇卷四号八七二頁（北方ジャーナル事件）参照）のことをいい、憲法学説も、「人の価値に対する社会的評価（社会的名誉）であると解するのが、従来の通説・判例の立場」としている。⁽⁶⁹⁾しかし、近時、名誉概念の不明確性・多様性を指摘し、法益侵害の適切な区分ができないのではないかと批判がある。

刑法上の名誉毀損罪の保護法益を「人に対する社会的評価」とする通説形成に大きな影響を与えたのが小野清一郎博士の見解であるが、本稿はその高尚な刑法学的・哲学的理念には深入りしない。⁽⁷⁰⁾

ところで、このような「現象」に着目した解釈は、なぜ社会的評価が名誉毀損罪において保護されるべきか、という規範的視点を欠くという指摘がなされている。⁽⁷¹⁾これに対して、名誉を刑法的に保護することが「やがて社会的文化の促進に役立つ」という反論がなされているか、抽象的な理由にすぎないため、「現在の多数説の理論的基盤は、脆弱なものとなってしまった」との批判もある。加えて、刑法上、名誉概念が混乱・活発化している理由の一つが、新しい法益としてプライバシーの概念が承認されてきており、これを名誉毀損罪の枠内でどのように処理するかをめぐる問題である。⁽⁷²⁾平川教授は、「憲法一三条との関係で、保護法益としての名誉を種々の人格権の中でどう位置づけるか……詳しく検討されなければならない。……とくにプライバシーとの関係が重要である」と指摘する。⁽⁷³⁾佐伯教授も、個人の自律と多元的で寛容な「開かれた社会」の促進から、プライバシーの保護を社会の評価から自由な領域の保護として把え刑法上も保護することを主張する。⁽⁷⁴⁾また、名誉が実際に害されたことを裁判所が認定することは困難でもあり、妥当でもないから、刑法学上、名誉毀損罪は、社会的評価が現実に害されたか否かを問わず成立する抽象的危険犯と解されているが、成立範囲が不明確であり、表現の自由に対する萎縮的效果が生じているのではないかという懸念が生じている。そこで、日本の名誉毀損法の憲法化の視点から、名誉が何を保護法益とするものなのかを再検討する必要がある。

(2) 民事法上の名誉概念の変遷

かつての大審院の名誉概念は、「名誉毀損を類型化する基準、すなわち、名誉侵害事例と現在では他の法益侵害が認定される事例とを区分する明確な基準を提供することを期待されない状況が存在していた」とされている⁽⁸⁾。その後、瀬川教授の分析では、「一〇〇年間に判例がなしたのは、加害行為と被侵害利益の二つの面で七〇九条の保護を拡大したことである。……これらによって、有形的な利益の有形的な侵害から、有形的な利益の無形的な侵害、無形的な利益の無形的な侵害へと保護が拡大した」という。そして、「会話・口論・法廷での発言、不当な訴訟・執行・保全処分・破産申立、不実の告訴・告発、貞操権侵害、二重の婚姻予約、内縁の不当破棄、配偶者ある者との姦通、さらに、生徒の体罰(親の名誉の侵害……)、氏名の冒用、村八分、今日ならプライバシー侵害となる私的事項の公表、不正競争防止法の品質誤認行為になる信用侵害、はては、強制入院措置、父母・祖父母の墳墓の発掘(……)まであった」という⁽⁹⁾。

しかし、現在では、不貞行為により侵害される法益として「貞操請求権」、「夫婦の共同生活もしくは健全な夫婦関係」および「家庭の平和」⁽⁸⁾として理解されるし、内縁関係、配偶者たる地位に関しては、「離婚をひきおこした有責配偶者の責任や内縁を不当に破棄した者の責任」が婚姻関係あるいは内縁関係(準婚姻関係)特有の問題ととらえられ、名誉侵害とは完全に区別された類型⁽⁸⁾とされ、村八分も人格権侵害として共同不法行為の対象⁽⁸⁾とされている。プライバシー、不正競争防止法の保護法益は、名誉から分離・独立の法益となり、今日、名誉毀損問題は、もっぱら報道・出版によるものが中心になっている。

最近、最三小判平成九年五月二七日民集五一巻五号二〇〇九頁、最三小判平成九年五月二七日民集五一巻五号二〇二四頁、最三小判平成九年九月九日民集五一巻八号三八〇四頁は、被害者の社会的評価が現実には低下したか否かを問わずに名誉侵害を認めたとともに解されており、保護法益として、「その者が受けるべき社会的評価ではなくて、そ

の者に関する現存の情報環境のような利益を考えている」との評価もある⁽⁸³⁾。

このように、民法上、名誉概念は、多義性・包括性を有するものであり、確定した概念ではない⁽⁸⁴⁾。そして、その混乱の原因は、「名誉そのものについての学説の理解の不安定さ」にあると考えられている⁽⁸⁵⁾。このような中、民法学上、不法行為の成否にあたり、人格的利益の侵害を認めれば足りるのであって、特に名誉概念を明確に定義する意義は小さいと解する見解も出てくるのである⁽⁸⁶⁾。

(3) 名誉とプライバシーの分離

殺人の前科があるとの事実がいずれも真実であった場合、最一小判昭和四一年六月二三日民集二〇巻五号一一一八頁（「署名狂やら殺人前科」事件）は、名誉毀損法理における「真実性・相当性の法理」で処理した。ところが、最三小判昭和五六年四月一四日民集三五巻三号六二〇頁（弁護士照会による前科および犯罪履歴の報告）は、「前科及び犯罪経歴（以下「前科等」という。）は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有する」と判示した。平田調査官は、「本判決の法廷意見は、『プライバシー』の語こそ用いなかったが、前科等の情報をみだりに公開されないという『法律上の保護に値する利益』を承認し、……『官庁のプライバシー管理のあり方についての重要な先例』と位置づけるものである評価している⁽⁸⁷⁾。さらに、最三小判平成六年二月八日民集四八巻二号一四九頁（ノンフィクション「逆転」事件）は、「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する」、「その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるからその者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない

利益を有する」と判示した。前科が「名誉あるいは信用に直接にかかわる事項」だという理解を示したものの、前科の公表問題について「真实性・相当性の法理」で処理しなかった。若干の争いはあるものの、滝澤調査官は、「前科等を公表されない事実は、それが真実であるからこそ問題となるのであって、その公表した事実が真実であれば、一定の要件の下に免責が認められる名誉毀損の問題とは、一線を画されるべき問題であって、本判決をもつて、前科等の公表による名誉毀損の成否を判断したものという評価は正確でない」とし、「本判決も、本件をいわゆる『プライバシー』の問題と捉えているものとみて差し支えない」と結論づけている⁽⁸⁹⁾。

もつとも、「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである」とする最三判平成二九年一月三十一日民集七一巻一号六三頁が、最三判昭和五六年四月一日、最三判平成六年二月八日、最三判平成一四年九月二四日、最二判平成一五年三月一四日、最二判平成一五年九月一二日を引用していることから、本判決がプライバシーに関する先例として位置づけられることは明らかである⁽⁹⁰⁾。

なお、個人情報保護法二条三項は、「この法律において『要配慮個人情報』とは、本人の人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪の経歴、犯罪により害を被った事実その他本人に対する不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要するものとして政令で定める記述等が含まれる個人情報をいう」と定義している。「前科」は、第一義的には、個人情報保護法で処理される事案ということになる⁽⁹¹⁾。個人情報保護法の性質について、宇賀教授は、「自己情報コントロール権説が通説となっているドイツ」と理解した上で、プライバシー権の意味について学説が一致しているわけではないこと等を理由に、個人情報保護法は、「自己情報コントロール権」という文言を目的規定に明記していないが、同法は、本人の自己情報に対するコントロールの仕組みを導入していると説明している⁽⁹²⁾。すなわち、第三者提供は、原則として、本人の同意がない限りできないというルールになっており、保有個人データの開示（二八条）、訂正・削除等（二九条）、利用停止等（三〇条）が認められる。

このように、今日では、プライバシー概念は、民事法上、名誉概念から分離・独立した法益として理解され、制度的・立法的に、自己情報コントロール権説に裏付けられる個人情報保護法の領域へと軸足を移したのである。

(4) 自己情報コントロール権としての名誉

① 情報状態保護説

平川教授は、憲法一三条との関係で、保護法益としての名誉を種々の人格権の中でどう位置づけるかを前提に、「社会的名誉は、人の人格的価値に関連する情報が社会に存在している全体、すなわち社会的な情報状態」ないし「社会的名誉は名誉主体の社会的情報状態ないし情報環境」と捉える。そして、「名誉毀損罪は、事実の摘示すなわち情報の伝達が罰せられる罪であり、一種の情報犯罪である。……名誉毀損罪は、他人に関する悪い情報を第三者に伝達し、社会に流通させ、社会的名誉を侵害する犯罪」とする。⁽⁹³⁾すなわち、「事実摘示による既存情報の抹消・改変や誤情報の挿入等による情報状態の謂わば直接的な侵害」⁽⁹⁴⁾、ないしは、「人の評価それ自体ではなく、評価の基底となる情報状態を変動させることを処罰すべきだ」と解するのである。⁽⁹⁵⁾佐伯教授は、「この見解は、おそらく我国の判例の立場をよりよく説明するものといえるであろう」と評価されるものの、「多くの情報が本人の『実像』とは無関係に流れている場合に、なぜたまたまある一定の時点の情報状態だけが刑罰で保護されねばならないのであろうか。……ある一定の情報環境を、たまたまそれが存在しているだけで保護するのは、個人的平穩の保護に他ならないと思われるが、このような社会生活一般の平穩まで保護する必要はない」、「名誉毀損を単に社会的情報状態の侵害としてとらえることは、プライバシー侵害との区別をいっそう曖昧なものにする虞がある」⁽⁹⁶⁾と批判する。

② 個人情報コントロール権説

島田教授は、情報状態説は、「何が社会的評価の基礎となりうる情報として名誉毀損罪の保護の対象とされるべきか、という問題が、未解決のまま残されている」と批判し、次のように再構成する。すなわち、他人、ひいては他

人の集合体である社会から適切な評価を受け、その人格を承継されることは、人にとって重要な意味をもつ。このような評価によって、はじめて、生きる意欲がわき、また、実際に円滑な社会生活を営むことができるようになるからである。このような評価、承認を求める利益、言い換えれば、そうした利益を害するような情報を流布されない権利を、憲法一三条の幸福追求権に由来する人格権の一種として、法的に構成したのが名誉権である」とする。⁽⁴⁷⁾

和田教授は、島田説を「名誉毀損罪の保護法益は、自らの社会的評価の基礎となりうる不当な情報を流通させられないことを要求する名誉権」と解した上で、「これは、何人にも認められる共同体承認を要求する利益を、憲法一三条の幸福追求権に由来する人格権として法的に構成したもの」で、「島田説は、社会的評価や情報状態の変動の有無にかかわらず、自己の社会的評価を害するおそれのある不当な情報を流布する行為に対して行使されるべき、個人情報コントロール権が、名誉毀損罪の保護法益である」と説明する。すなわち、「個人情報コントロール権を法益とすることにより保護が目指されるべき社会的評価は、事実として存在する社会的評価のすべてではなく、人格に対する『正当な』社会的評価に限定する」。⁽⁴⁸⁾

名誉の保護法益を「名誉主体の社会的情報状態ないし情報環境」、あるいは、「自己の社会的評価を害するおそれのある不当な情報を流布されない権利」と捉えるにしても、いずれも、一定の情報に対する自己決定を中心に捉える立場に変わりはないと思われる。そして、今日の「我国の判例の立場をよりよく説明するもの」と評価できるだろう。

憲法学において、プライバシー権を「自己情報コントロール権説」で説明するのが通説と理解されている。代表的な提唱者である佐藤教授は、「他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を『どの範囲で開示し利用させるか』を決める権利」⁽⁴⁹⁾と解する。芦部教授は、「コントロールとは、自己に関する情報を『いつ、どのように、どの程度まで、他者に伝達するかを自ら決定する』ことをいう。したがって、個人情報の収集、管理・利用、開示・

提供のすべてにつき、本人の意思に反してはならないことが原則」とする⁽¹⁰⁾。この他に、棟居教授の「自己イメージコントロール権」、阪本教授の「他者による評価の対象になることのない生活状況または人間関係が確保されている状態」と理解する見解がある⁽¹¹⁾。なお、ドイツの国勢調査判決で確立された情報自己決定権説との差は不明確である⁽¹²⁾が、これも少なくとも定式上は、情報に対する自己決定を中心捉える立場といえるだろう⁽¹³⁾。

しかし、名誉の保護法益を個人情報コントロール権と捉えたと、「名誉毀損を単に社会的情報状態の侵害としてとらえることは、プライバシー侵害との区別をいつそう曖昧なものにする虞がある」との前述の批判に答える必要がある⁽¹⁴⁾。長谷部教授も、「名誉権とプライバシー権とは保護法益を異にするが、私的生活領域と公的生活領域との区別が明確ではないことがあるため、具体的な事実の摘示がいずれにあたるのかの判断は困難である⁽¹⁵⁾」と指摘している。

(5) 私人のイッシュュー化されない権利

京野哲也弁護士は、名誉とプライバシーのオーバーラップを認めた上で、典型的プライバシーだけではカバーできず、かつ、名誉毀損のみでもカバーできない領域において、「私人」が原告となった報道機関に対する名誉毀損訴訟に関し、「イッシュュー化されない権利」、すなわち、「意に反して憶測の場に引き出されない法的利益」ないし「私的な領域に属する事柄が、真実としてであれ虚偽としてであれ、意に反して公衆に素材・イッシュューとして知られたり、好奇心の対象とされたり、またいわゆるプロファイリングされたり、論じられうる状態や評価空間に置かれるない法的利益」の必要性を主張される⁽¹⁶⁾。すなわち、実際の名誉毀損事例の被害者には、「公人」と「私人」という二種類の者が存在し、報道機関により名誉毀損等により被害を受けた「私人」の場面において、「表現の自由と個人の私的利益」ではなく、「それを表現したい、それを知りたいという公衆一人一人の関心・利益と、そのような私的なイッシュューを世間に晒されたら被害を受けて暮らしていけないという被害者の人格権」の対立と捉えるのが事の実質だという⁽¹⁷⁾。その理由としては、①真実を訴訟で明らかにすることの負担、すなわち、原告の私的な交友関係等の

プライベートな事柄が法廷であれこれ詮索され事実証明の俎上に乗せられるという極めて酷な負担を生じさせること⁽¹⁰⁾と、②プライバシー侵害訴訟を提起することの困難さ、すなわち、一般的なプライバシーの理解では、報じられた性格や交友関係上の評価等が真実であることを前提に主張しているものと受けとめられるので、プライバシー侵害を根拠とすることは躊躇されること、③誤信相当性の問題、すなわち、被害者に関わりのない被告側の誤信相当性の有無によって被害者の救済が閉ざされてしまうこと、④客観的事実と評価の差は微妙であること、⑤社会的評価の低下の有無の解釈も微妙であること、⑥法益侵害の認識の必要性、すなわち、社会的評価の低下とイッシュュー化されない利益は別個の法益侵害であり、重層的に生ずるものであるから、訴訟侵害における効果論として適切に認識される必要性があげられている⁽¹¹⁾。

そして、要件事実的には、おそらく、「私人」の原告がメディアの被告に対する訴訟において、「イッシュュー化されない権利侵害」を主張すれば、真実証明は意味をもたないので、被告の真実性・相当性の抗弁は成り立たないことになる。そして、名誉毀損侵害等が同時に生じるケースについて、主要な点では、「公共利害性」については、「表現自体の客観的内容並びに原告の立場及び表現内容と原告の立場との関連性」に加えて、「その時期にその表現行為を行う必要性」が問われるべきであり、「公益目的性」については、「私人類型では、『専ら公益目的であること』を字義どおり厳格に審査」し、真実性・相当性立証の場面では、従前の判例どおりという立場が提示されている。他方、「公人特別類型」については、真実性・誤信相当性立証の場面では、「現実の悪意」の法理をそのまま我が国の裁判実務に取り入れる考え方にはますます無理があるものの、被告側の立証義務を実質的に軽減を考える⁽¹²⁾。京野説は、これまで見逃されてきた「私人」の救済に光をあてている点、緻密な判例分析を通して名誉とプライバシーのオーバーラップの問題を真正面から論じている点、実務的な視点での裁判基準の精緻な分析がなされている点で評価に値する。ただ、「公人」「私人」⁽¹³⁾の区分がいかなる憲法価値原理から導出されるのか明確ではないよう

に思われる。訴訟実務において、「 이슈シュー化されない権利侵害」をどのように要件事実化し、具体的な裁判基準へと結実されるのか、また、余りにも複雑でアドホック的とも思える表現の自由と人格権との調整原理が適切な役割分担を果たせるのだろうか。

(6) 情報化社会と名誉

このように、名誉の保護法益をめぐることは、現在も、流動的である。情報化された社会において、名誉の保護法益について、虚偽の事実摘示による既存情報の抹消・改変や誤情報の挿入等を違法と捉える個人情報コントロール権と構成する見解は魅力的である。そして、今日の「我國の判例の立場をよりよく説明するもの」といえよう。また、刑法上、プライバシー保護は、立法政策の問題として理解される。もちろん、名誉とプライバシーの区別が困難になるという批判があるが、アメリカ合衆国のように、およそ真実の発表によつて名声を害されるはずはなく、その場合の保護はプライバシー権に委ねられるべきであるから、わが国においても、端的に、名誉毀損は虚偽言論に限定するという立場が妥当であろう⁽¹⁴⁾。

二 真実性の誤信

(1) 戦前の立法

民事上の名誉毀損と表現の自由との調整についても、相当性の法理が妥当し、当該法理が刑法二三〇条の二の規定に由来するのであれば、刑法規定の沿革を辿る必要がある。戦前の立法については、多くの研究が公にされているが、日本国憲法下にある現行刑法との連続性については、必ずしも明確ではない。

戦前の名誉毀損法について、清水英夫教授によれば、近代日本の名誉毀損法は改定律例中の罵詈訾⁽¹⁵⁾にはじまるが、「特に新聞・雑誌の言論を対象に、これを処罰することを明確にしたのは、新聞紙条例と同時に公布された一八七五

年（明治八年）の讒謗律であるとされる。刑法二三〇条はこの讒謗律を引き継いだものである。

① 讒謗律

讒謗律は、新聞紙条例、出版条例及び集会条例と共に、自由民権運動を規制する治安維持立法として機能した。⁽¹⁶⁾

同一条は「凡ソ事実ノ有無ヲ論セス人ノ榮譽ヲ害スヘキノ行事ヲ摘發公布スル者之ヲ讒毀トス人ノ行事ヲ挙ルニ非シテ人ヲ讒毀若クハ誹謗スル者ハ下ノ条別ニ從テ罪ヲ科ス」としており、「凡そ事実の有無を論ぜず」と規定されていることから、真实性に基づく免責を認めていないと解されている。⁽¹⁷⁾ 讒謗律の特色として、①「讒謗律の制定目的は、近代的名譽保護であるが、それと同等かそれ以上に、表現の自由弾圧目的が存在したこと」、②讒謗律で保護される対象の多くは皇室・氏族・華族・官吏・社会的地位の高い者等特定的人物だったこと、③「表現の自由を考慮していないこと」、④「それゆえ、名譽侵害で訴えられた際、被告側に防御手段がない」、⑤「保護された名譽の範囲の広さ」が挙げられている。⁽¹⁸⁾

② 旧刑法

一八八〇年（明治一三年）制定のいわゆる旧刑法は、三五八条において、「惡事醜行ヲ摘發シテ人ヲ誹毀シタル者ハ事實ノ有無ヲ問ハス左ノ例ニ照シテ處斷ス」と規定し、讒謗律は旧刑法に吸収された。同規定も、基本的には讒謗律を受け継いでおり、真実を表明しても罰せられることも讒謗律と同様であった。その後、一八八九年（明治二二年）制定の大日本帝国憲法は、二九条において、「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」と規定し、表現の自由が「法律の範囲内」という留保はあるものの、憲法上保障されることになった。しかし、名譽毀損と表現の自由の調整は法律問題であり、名譽毀損罪に関する限り、帝国憲法による言論の自由の保障は特別の意味をもたなかった。⁽¹⁹⁾

③明治二〇年の改正新聞紙条例

しかし、その後、新聞その他の出版物については、特別法が制定された。一八八七年（明治二〇年）改正の新聞紙条例二五条は、「新聞紙ニ記載シタル事項ニ付キ誹毀ノ訴アル場合ニ於テ其私行ニ渉ルモノヲ除クノ外裁判所ニ於テ其人ヲ害スルノ悪意ニ出テス専ラ公益ノ為ニスルモノト認ムルトキハ被告人に事実ヲ証明スルコトヲ許スコトヲ得若シ其証明ノ確立ヲ得タルトキハ誹毀ノ罪ヲ免ス其損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同シ」と規定し、事実証明による免責規定が設けられた。

また、同様に、一八九三年（明治二六年）制定の出版法三一条は、「文書図書ヲ出版シ因テ謗毀ノ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ其ノ私行ニ渉ルモノヲ除クノ外裁判所ニ於テ専ラ公益ノ為ニスルモノト認ムルトキハ被告人ニ事実ノ証明ヲ許スコトヲ得若之ヲ証明シタルトキハ其ノ罪ヲ免ス損害賠償ノ訴ヲ受ケタルトキモ亦同シ」と規定し、一九〇九年（明治四二年）制定の新聞紙法四五条も、「新聞紙ニ掲載シタル事項ニ付名誉ニ対スル罪ノ公訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其ノ私行ニ渉ルモノヲ除クノ外裁判所ニ於テ悪意ニ出テス専ラ公益ノ為ニスルモノト認ムルトキハ被告人ニ事実ヲ証明スルコトヲ許スコトヲ得若其ノ証明ノ確立ヲ得タルトキハ其ノ行為ハ之ヲ罰セス公訴ニ関連スル損害賠償ノ訴ニ対シテハ其ノ義務ヲ免ル」と規定している。

清水教授によれば、前記免責要件は、①名誉に対する攻撃が私行に涉らないこと、②専ら公益のためにするものであること、③裁判上、事実が証明されること、が充たされれば、犯罪不成立となる仕組みであった。しかし、「私行」が甚だ広く解釈され、また「専ら公益のため」という条件は狭い厳しい枠として組まれており、さらに③の裁判所が事実の証明を許すのは、①と②の条件を充たした場合であり、真実性の立証が困難であったとしている。なお、戦前の新聞・雑誌等にとって最も恐ろしいのは、煽動罪ともいえる、全く免責規定を持たない特別名誉毀損法たる不敬罪であった点に注目しておく必要がある。^(四)

④明治四〇年刑法

旧刑法に代わり一九〇七年（明治四〇年）に公布された刑法の「第三章名誉ニ対スル罪」の中には、名誉毀損罪に関する二三〇条および侮辱罪に関する二三一条が定められていた。「明治四〇年の現行刑法原初規定も、基本的には、旧刑法を経て讒謗律の思想を受け継いだものである。……フランス出版法にならって法律の構成を多少変えたほかは、旧刑法の考え方を引き継いでいる。とくに真実の表明をも罰することによって依然として変りがない。これも、讒謗律、旧刑法における治安法の論理をこの規定がそのままは認し受け継いだ結果によるものといえよう。現行刑法原初規定の基本的性格も、讒謗律、旧刑法と異なるものではない」とされる。⁽¹²⁾その後、一九四〇年（昭和十五年）改正刑法仮案四一二条に、「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テタ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」とする規定が提案されていた。

(2) 真実性・相当性の法理の確立

戦後、刑法二三〇条の二が新設され、同条一項は「公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあつたと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があつたときは、これを罰しない」と規定している。一般に刑法学では、現行刑法の二三〇条の二の事実証明に関する規定は、名誉保護と表現の自由・言論の自由との関係を適切に規律するという要請のもとで新設されたと考えられている。⁽¹³⁾そして、刑法二三〇条の二の意義は、事実証明による免責規定を認めていた出版法三一条や新聞紙法四五条と比較して、第一に、新聞紙等のメディアだけの独占物ではなく、私人にまで免責の範囲を拡大したこと、第二に、私行に涉らざること
は必要条件ではないとし、責任の成立をより容易に否定したところにあつた。⁽¹⁴⁾もつとも、この規定が旧憲法下の改正刑法仮案四一二条を基本的に踏襲したものであり、日本国憲法下において適切かという疑問も呈されている。⁽¹⁵⁾

刑法二三〇条の二における真実性の証明による免責に関連し、事実を摘示した者が、摘示事実を真実であると誤

信した場合、あるいは真実性の証明に成功しなかった場合において、なお免責の余地があるか、肯定するとして、いかなる根拠、いかなる基準によって判断されるかが問題となっている。二三〇条の二の規定の法律的效果については、刑法学上、処罰阻却事由説、違法性阻却事由説、構成要件該当性阻却事由説などに分かれており、このうち処罰阻却事由説は立法当時の政府の見解であるとともに、かつての最高裁判例の立場でもあったが、その後、違法性阻却事由説とみられる立場に変更した⁽¹⁷⁾。さらに、相当性の法理を巡って学説は錯綜しているが、本稿の目的は、憲法的視点で検討するため、この問題について深入りしない。

現在の最高裁は、真実性の証明がない場合でも、「行為者がその事実を真実であると誤信し、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は」、故意が阻却されると判示し（最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁）、また、刑法二三〇条の二の規定を不法行為法に援用し、「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の相当の理由があるときには」不法行為が成立しないと判示している（最一小判昭和四一年六月二三日民集二〇卷五号一一八頁）。そして、これら相当性の法理は「不動の判例」として位置づけられている⁽¹⁸⁾。

しかしながら、名誉と表現の自由との調整が、この不動の判例である相当性の法理で十分に図られているのかという点については議論がある⁽¹⁹⁾。名誉毀損と表現の自由の調整を巡っては、刑法学の議論が先行し、特に、「憲法論の不在⁽²⁰⁾」が主張されていたが、最近では、当然のことながら、表現の自由を考慮した議論に重点が移っている。

(3) 刑法学と表現の自由

以下では、刑法学の議論において、表現の自由の価値基底論がどのように捉えられているのかを検討する。

今日でも、「憲法的名誉毀損法論」は時代錯誤と言いつ切り、「刑法二三〇条によって他人の名誉を傷つける表現は『表現の自由』の埒外」、「名誉毀損罪と表現の自由について（言えば）」、名誉毀損の表現は初めから表現の自由の保

障の範囲外であると考ええるならば、名誉毀損罪の処罰が憲法上の問題を生じることはない。論理的にはその通りであるから、『従来の判例（が）……このような考え方のうえに立っていた』のは当然と「言うべき」との見解がある⁽¹³⁾。

しかし、刑法学と表現の自由研究の第一人者である平川教授は、「憲法二二条は、公的問題に関する討論・意思決定に必要な・有益な情報の自由な流通を保障したものであり、しかも、この保障は、他の一般的諸権利の保護に優越する『優先的保障』であるから、この保障の趣旨に合致する限りは表現の自由が名誉の保護に優先する……。それが公的問題に関する討論・意思決定に必要な・有益な情報の流通を確保するのに必要な限りでは、他人の名誉を侵害する事実を摘示することも正当とされなければならない⁽¹⁴⁾、言論は違法とされてはならない⁽¹⁵⁾」とする。すなわち、自己統治の価値を強調するものと思われる。前田教授も、「国民主権を支える公共的な情報の流通のためには、一定の名誉侵害も甘受されねばならず、逆にそのような意味を持たない名誉侵害はそれを防止するための効果的な制裁が科されねばならない⁽¹⁶⁾」とし、自己統治論を採用するものと思われる。

田宮教授は、「表現の自由は、憲法上の基本的人権の中でもとりわけ高い地位を占め、ときに他の自由権に比して優越的な自由権だとさえいわれ、外部からの干渉・抑制を強くきらうのである。思想の自由な市場交換こそが民主主義の根幹をなすものであり、また、言論は、たとえよこしまな形のそれであっても、相互の批判活動じたいのなかで淘汰されうるし、されるべきだと考えられるからであろう⁽¹⁷⁾」とする。すなわち、自己統治を基底に置く思想の自由市場論である。藤木教授は、「憲法において、表現の自由が保障され、かつ公衆一般の『知る権利』の保障が重視されることになると、公共的利益に係のある事項については、真実を公表する権利ができるだけひろく保障をうけなければならぬ⁽¹⁸⁾」。「表現の自由の保障は、言論を活発にし、真実に基づく自由な批判を通じて民主的社会的健全な発展をはかるという高度の目的をもつ⁽¹⁹⁾」として、この立場に近い。

山口教授は、「真実の摘示は国民の知る権利・利益に奉仕する行為であり、確かに優越的利益を認めうる（違法性

阻却を肯定しうる）であろうが、虚偽の事実の摘示にはそうした優越的利益が認められるとは思われないからである。虚偽の事実とは、むしろわれわれの判断を誤らせるものであり、それ自体としては有害ですらあると述べており、「思想の自由市場」において、「思想」を重視するアプローチを採用するようである。

しかし、これら刑法学は、表現の自由の価値基底論から、刑法上の具体的な法理への架橋に成功しているのだろうか。

(4) 虚名の保護

「虚名」が保護されるのかという問題がある。刑法上、名誉毀損罪の「成立には、摘示された事実ノ真否を問わないのが原則であり、たとい虚名でも、それとして、一応、刑法的保護に値すると解されるのであるが、他面、民主的社会においては、虚名を保護する利益以上に、それを暴露する公共的必要性が認められることも少なくないのであって、そのような場合には、真実を摘示する行為は、刑法上も適法とされるのである。こうして、憲法の保障する言論その他表現の自由（憲法二一条）を全うさせるために、刑法二三〇条の二の規程が設けられたのである」と説明するのが一般である。そして、多数説は、法文上、そのような解釈をとるほかないというふうに、やや消極的な態度を示している。⁽¹⁰⁾

民法上も、窪田教授は、「私的な領域においては、個々人には、マスクをかぶる自由があり」、「真実を暴くのであれば何でも許されるというような判断をするべきではない」と否定的である。⁽¹¹⁾ 前田教授も、「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になるとして、「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いとする。⁽¹²⁾ これに対して、潮見教授は、「虚名」は民法七〇九条にいう「権利・法益」に該当せず、真実を述べたことにより社会的評価が低下しても、名誉毀損とはならないと主張する。ただし、「プライバシー侵害の成否は、別問題である」。⁽¹³⁾

憲法論からは、阪本教授は、「英米においては、摘示事実が事実であることをもって絶対的抗弁とされているのに対し（真实性テストの採用）、わが国刑法二三〇条にあつては『事実ノ有無ヲ問ハス』と定めていることから、事実的名譽説への帰結がみられることになるが、それは、事実を語る権利よりも虚名保護を優先している点で、憲法上重大な疑義を残す」。「判例・通説は、名誉が人の『人格的価値』のひとつであるとの想定をとりながらも、虚名がなぜ人格的価値なのか納得いく説明をしているようには思われない。『人格的価値』と『虚名』との間には、ミッシング・リングがあるのであるのではないか。『個人的・社会的動揺』とか『社会的生活関係の維持』が、本人の人格的価値とどうつながっているのだろうか、理解に苦しむ」という。⁽¹⁵⁾

ところで、虚名暴露が違法性を帯びる事案としてどのようなものが想定されるのであろうか。「民事においては、社会生活の安定といった秩序維持を主として考える必要はないし、表現の自由と緊張関係にある法益であつてみれば、虚名まで保護する積極的な必要性は認められない」⁽¹⁶⁾、「虚名もまた保護されるという刑法の理論がさしたる議論もなく一般化されているさらいがないではない」⁽¹⁶⁾。前述のとおり、虚名の法益性を否定する見解も、プライバシー侵害の可能性に触れており、虚名を剥奪することを目的とする表現行為が、名誉とは別の法益であるプライバシー侵害となりうるので、虚名保護の問題は、名誉とプライバシーをどのように理解するかを検討が避けられない。表現の自由を重視し、名誉とプライバシーを虚偽言論か真実言論かで区別するのであれば、虚名を暴露し、真実を述べた場合は、プライバシー侵害になる場合を除いて、名誉毀損とはならないと解するのが正当である。

三 日本における「現実の悪意」の法理の展開

(1) 相当性の法理と「現実の悪意」の法理

前述のとおり、憲法論からは、名誉毀損と表現の自由の調整について、相当性意の法理では十分ではなく、「原告

が公人の場合、原告が表現が虚偽であることを証明しなければならないだけでなく、被告に『現実的悪意』があったことを原告が証明しえた場合に限って、裁判所は損害賠償を命じることが許されると考えるべき」との主張がある。⁽¹⁶⁾ また、近時、スラップ対策として、「現実の悪意」の法理を実体要件として民事名誉毀損訴訟（民法七〇九条）に取り込む考え方が紹介されている。⁽¹⁷⁾ 「現実の悪意」の法理の採用について、名誉毀損法の憲法化の視点から、どのように考えるべきであろうか。

(2) 裁判例

日本で「現実の悪意」の法理を採用について大きな影響を与えたのは、事前抑制の基準としてではあるが、最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁（北方ジャーナル事件）の谷口正孝裁判官の意見、すなわち、『自己検閲』を防止し、公的問題に関する討論や意思決定を可能にするためには、……誤った言論にも、自由な討論に有益なものとして積極的には認しうる面があり、真実に反する言論にも、それを保護し、それを表現させる自由を保障する必要性・有益性のあることを肯定しなければならない……（誤った言論に対する適切な救済方法はモア・スピーチなのである。）としたうえで、事前差止めの要件として、「名誉の侵害・毀損の被害者が公務員、公選による公職の候補者等の公的人物であつて、その表現内容が公的問題に関する場合には、……その表現行為がいわゆる現実の悪意をもつてされた場合……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」が有名である。また、現実の悪意の法理を採用した裁判例としては、東京地決昭四九年五月一日四判例時報七三九号四九頁があげられる。

しかし、「現実の悪意」の法理を否定する裁判例が圧倒的に多い。例えば、大阪高判平成元年五月二六日判例タイムズ七一三号一九六頁は、「現実的悪意」は実定法上の根拠がないにもかかわらず民法七〇九条の要件を加重するものであるにとどまらず、相当性の法理により個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調整を図っているものであ

り、右要件を超えて虚偽であるかどうかを全く無視する態度で虚偽の事実を公表した場合にだけ責任を負担すると解することは、個人の名誉の保護を疎んじ、表現の自由を過大に保障する結果となつてその均衡を失すると否定している。⁽¹⁸⁾これら「現実の悪意」の法理を否定する裁判例は、①実定法上の根拠もなく不法行為の要件を加重するものであること、②表現の自由と名誉権との調整を図ったのが刑法第二三〇条の二の規定であるから、その法意に即して解するのを相当とすること、③違法性ないし責任の阻却事由の立証責任は、真実性ないし相当性の存在を主張する側にあることを理由としている。⁽¹⁹⁾

(3) 学説

「現実の悪意」の法理について、学説も否定的見解が多い。⁽²⁰⁾一般に、「アメリカにおいて『現実の悪意』の法理が適用される背景には名誉毀損訴訟において、懲罰的損害賠償を含めて高額な損害賠償が認められ、そのことが表現行為に対する萎縮的效果として働いているという事情がある。これに対して日本における名誉毀損訴訟で認められる損害賠償額の水準は徐々に上がりつつあるとはいえまだアメリカに比べて低いことから、少なくとも現時点では同法理を日本に輸入することには消極的な見解が支配的である」と説明されている。⁽²¹⁾さらに、清水教授は、「現実の悪意」の立証には、事柄の性質上、被告の公表当時の心理状態や執筆・編集過程の調査が必要となるが、それはかつて「言論・表現の自由」に対する脅威となりかねない。しかし、かと言って原告にそれを許さなければ原告が勝訴することはほぼ不可能となる。この法理はこうしたディレマを招来するものである。「現実の悪意」の法理の具体的ルールはアメリカの既存の名誉毀損法制を修正・変更する形で形成されてきたものであり、アメリカとは異なる名誉毀損法制を有するわが国にはそれがそのまま妥当するものではないと批判する。⁽²²⁾

その他学説も、刑法二三〇条の二の規定があることを無視することはできないこと、「刑事上有罪とされても民事上の責任を負わない場合がでてくるのはおかしい」⁽²³⁾こと、「現実の悪意」ルールの意味するところが実際には不明瞭

であること、実定法上の根拠を欠くこと⁽¹⁵⁾をあげている。また、日本にはディカスカバリー制度がないため「現実の悪意」の法理を機能させることには困難とされている⁽¹⁶⁾。

しかし、わが国の名誉毀損法制における故意過失の要件、損害と被害の発生⁽¹⁷⁾の可視化、因果関係の証明等について、「アメリカ名誉毀損不法行為法制の『異形』さが日本法にはみられない」と言い切れるのであろうか。また、「萎縮効果論は懲罰的賠償も課されるアメリカの名誉毀損を前提にした理論だとして、罰則のない基本原則の適用場面には妥当しない」との見解に対して、毛利教授は、「合衆国最高裁がサリヴァン判決につながる抑止効果論を發展させたのは、まさに直接の罰則による制裁ではない……。名誉毀損訴訟についても、サリヴァン判決は懲罰的賠償独自の萎縮効果を決め手としているわけではない。むしろブレナンは、後の判決での意見が示すように、たとえ賠償が現実の損害に限定されようとも、訴訟を起こされること自体の負担がすでに十分な萎縮効果を発生させると理解していた」と反論する⁽¹⁸⁾。また、相当性の法理について、いずれの要素についても証明責任を被告に負わせていることや、判例の与える程度の保護では表現者が常に相当性を後で否定されうる危険を背負ってしか表現できないことは不適切であり、憲法二一条に反する可能性がある⁽¹⁹⁾。さらに、ディカスカバリーの制度がない我が国において、「現実の悪意」の証明ができず、あまりにも原告にとつて酷であるとの批判に対しては、アメリカでも「現実の悪意」の証明は簡単ではなく、スラップ対策の戦略の一つがターゲットに対する証拠開示による負担の賦課であるところ、スラップ被害防止法の多くは、特別の訴え却下（削除）の申立がなされた場合、原則として証拠開示は停止されるのである。

以上のように、「現実の悪意」の法理に対する批判は決定的なものではないと思われる。これまで「現実の悪意」の法理を裁判所に認めさせることができなかった理由は、「現実の悪意」の安易すぎる主張と、公的人物に対するあらゆる種の誤解に起因しているように思われる。問題は、「現実の悪意」の法理が適用されるのに相応しい対象領域を示

すことである。

(4) 公共性・公益性の背後にあるもの

刑法二三〇条の二の背後にある考え方が、表現の自由の価値基底論について、自己統治ないし民主政に基づくものであるなら、アメリカ合衆国最高裁のニューヨーク・タイムズ判決ないしローゼンブルーム判決から導かれる公的関心テストと共通の基礎を有する。この点、表現の自由の意義について、北方ジャーナル事件最高裁判決も、「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り、憲法二二一条一項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」と判示している。⁽⁹⁾ 公共性・表現公益性を背景とする二三〇条の二の立法者意思に鑑み、また、表現の自由について同様に公益性を採用する最高裁が、相当性の法理を採用するのは自然の流れであつたかもしれない。仮に、自己統治・民主政を根拠に「公共の利害」に関する言論に「現実の悪意」の法理を採用すれば、ガーツ判決の、ローゼンブルーム事件の多数意見によって創設された公的関心テストを批判するように、私人の名誉保護という「正当な利益」を我々が受け入れがたいと思う程度まで減縮してしまい、表現の自由と名誉保護という競合する二つの価値の利益調整を適切になしえないと批判が妥当するであろう。

なお、萎縮的効果論⁽¹⁰⁾とニューヨーク・タイムズ判決ルールの関係についてはすでに述べた。萎縮効果論について、最大判昭和五九年十二月一二日集民一四三号三〇五頁（札幌税関訴訟事件）も「憲法上保護に値する表現行為をしようとする者を萎縮させ、表現の自由を不当に制限する結果を招来するおそれ」という萎縮的効果論を採用してい

るが、公共性・公益性と矛盾するものでもない。

(5) 公的人物テストの背後にあるもの

① 対抗言論

前記のとおり、公的人物テストは、表現の自由の価値基底論について、思想の自由市場論から派生する「対抗言論」の法理から導かれ、いわば「場」(フォーラム)の設定という機能を有する。誤った言論に対する適切な救済方法はモアー・スピーチであり、「言論に反対するものは、対抗言論で対抗すべきだ」という考え方が基本的に妥当しない場合にのみ、裁判所に救済を求めることができる⁽⁶⁾。高橋教授は、対抗言論 (more speech) の原則 (スピーチにはモアー・スピーチで) について、「名誉を毀損されたと主張する者は、対抗言論によって名誉の回復を図ればよいのであって、それが可能なら、国家(裁判所)が救済のために介入する必要はない。むしろ、当人達の自由な言論に委ねておく方がよい」と主張される。その前提条件として、①両者が対等な言論手段を有していること、②その負担を要求しても不公平とはいえない何らかの事情の存在が必要とされる。そして、対抗言論は、いわば、「場」(フォーラム)の論理であり、その場に平等な立場で参入した以上、言論に対しては言論で対抗するのが原則であり、このような「場」においては、名誉は毀損されても対抗言論により回復しうるので、結果として名誉毀損は生じないとされる。具体例として、「議員はマス・メディアへのアクセスもある程度有していることが通常であるうし、議員という地位には自らの意思でついたものであるから、「場」の発想が妥当する側面もある」とされ、「マス・メディアへのアクセス」、「自らの意思」(自発的意思・危険の引受)という「公的人物テスト」の共通の要素をあげる。また、「アメリカでは、「公人」(public figures)に対する名誉毀損事件には、公務員 (public officials) の場合と同様に、「現実の悪意」基準が適用されるが、その最大の理由は、公人が通常メディアへのアクセスを有している点に求められている⁽⁷⁾」としており、「場」(フォーラム)の設定と公的人物テストは重なると考えられる。

なお、高橋説のように、条件を限定すれば、その適用範囲はかなり狭くなる。仮に、現実に行われた「対抗言論」により名誉が現実には回復された場合は、刑事事件では、構成要件該当性がないという判断となるし、民事事件においては、社会的評価の下落がないとして名誉毀損の成立要件を欠くことになる。また、他の法理、例えば、「公正な論評の法理」でカバーできるのではないか、加害者の反論行為は正当行為として違法性を阻却できる（対抗言論とは、被害者による反論行為であり、加害者の行為ではないことに注意する必要がある）。また、高橋教授は、対抗言論の法理を違法性阻却事由と考えるようである。しかし、単に違法性阻却事由と考えるのであれば、「相当性の法理」や他の免責法理との区別が難しくなる。また、「理論上は『公共の利益』のアプローチと対抗言論のアプローチは異なるとしても、実際上は両者は重複して生ずることが多い」というのであるから、対抗言論の法理の独自性、優位性はどこにあるのか疑問となる。「現実の悪意」の法理を採用してこそその独自性、優位性であろう。

思うに、対抗言論の法理は、公的人物テストを導出するための、思想の自由市場論に内包する価値原理として捉えられるのであって、対抗言論の法理そのものから直接何らかの法理ないし具体的法的効果が導かれるわけではないと考える。対抗言論の法理が違法性を阻却するというのも乱暴であり、ガーツ判決でさえ公的人物テストへを媒介に「現実の悪意」の立証を求めている。

東京地判平成二〇年二月二九日判例時報二〇〇九号一五一頁は、「インターネットの利用者は相互に情報の発信に関して対等の地位に立ち言論を応酬し合えること」、「個人利用者がインターネット上で発信した情報の信頼性は一般的に低い」という特性から、「加害者が、摘示した事実が真実でないことを知りながら発信したか、あるいは、インターネットの個人利用者に対して要求される水準を満たす調査を行わず真実かどうか確かめないで発信したといえるときにはじめて同罪に問擬するのが相当」と判示し、「現実の悪意」の法理を採用した。⁽¹⁰⁾なお、高橋教授は、「オンラインでの名誉毀損には、対抗言論（more speech）の考え方がより典型的に妥当しうる」とされるが、

オンラインの問題は、本稿の対象外である。⁽¹⁰⁾

岡根教授は、「情報の流通」の価値を表現の自由の保障の根拠とするわが国の名誉毀損法理において、「対抗言論」の原則や「思想の自由市場」を根拠に、「公人」理論を導いたり、表現者にさらに緩和された基準を設けたりすることは困難であると批判する。表現の自由の価値を「情報の流通」と解するわが国の名誉毀損法理に、「思想の自由市場」の立場にあると解される「現実的悪意」の法理や「公人」理論の導入は、従来のわが国の名誉毀損法理の枠組みの否定や修正を意味すると分析するのが妥当であろう。逆に、「民主的な政治過程の維持」ないし自己統治に加え、思想の自由市場論及び派生原理である「対抗言論」を採用するのであれば、公的人物テストへと結びつき、「現実の悪意」の法理の導入へと結びつくのである。

②危険の引受

橋本教授は、「対抗言論による名誉回復という観点からではなく、議論の場の性質および危険引き受けに基づく違法性阻却として、その理論的正当化を図るべきもの」と主張している。⁽¹¹⁾これに対して、「危険の引き受けの一事例と捉えらるゝと、確立された既存の理論に包摂しうるといふ長所はあるものの、逆に表現の自由の問題であることが見えにくくなるおそれを感じる。私としては、『攻撃を受けても我慢します』というよりは『攻撃を受けても議論で対抗します』という側面を強調したい」との反論がある。⁽¹²⁾ガーツ判決は、衆人環視に晒される危険のある行為を引き受けた公的人物に対し、「現実の悪意」を適用する憲法上の正当根拠として危険の引受を採用した。実務的に、わが国の裁判所は、制定法至上主義の下、憲法論を採用する可能性は低いと思われ、不法行為論として「危険の引受」理論を援用し、実質的に表現の自由との調整を図っていくという方向を目指すのが現実的かもしれない。

危険の引受について、大阪地判平成三〇年八月八日（LLI/DB判例秘書登載）は「インターネット上やテレビ番組等不特定多数の者が見聞することが可能な環境において、自分と政治的意見や信条を異にする相手方を非難

するに当たり、ときに相手方を蔑み、感情的又は挑発的な言辞を用いる表現手法」をもって相手方を非難する場合には、一定の限度で、相手方から逆に名誉棄損や侮辱に当たるような表現による反論を被る危険性を自ら引き受けている」とし、原告の引受に係る危険性の範囲内に収まっている場合は違法性は阻却されると判示している。

(6) 「公的人物の抗弁」——「現実の悪意」の法理の再検討

日本の不法行為の実体的要件として、公的人物テストをとり入れ、「現実の悪意」基準を採用するとして、どのように受容すべきであろうか。

法理名誉毀損に基づく損害賠償を請求するには、要件事実として、①被告が原告の社会的評価を低下させるような事実を流布したこと、②①につき故意又は過失、③①により原告の社会的評価が低下する危険が発生したこと、④損害の発生及び額、⑤③と④との因果関係を主張・立証することが必要である⁽¹⁴⁾。これに対して、被告は、真实性・相当性の法理、公正な論評の法理などを抗弁として主張しうるほか、違法性阻却事由として、原告が公的人物であることを抗弁として認めるべきである⁽¹⁵⁾。東京地判昭和三十九年九月二八日判例時報三八五号一二頁も「公人ないし公職の候補者については、その公的な存在、活動に附随した範囲および公的な存在、活動に対する評価を下すに必要または有益と認められる範囲（公開が許容される目的に照らして自ら一定の合理的な限界）では違法性が阻却されると判示している。そして、原告は、公的人物の抗弁に対して、被告の行為が「現実の悪意」に基づくものであることを再抗弁として主張しうるのである。

「現実の悪意」の再抗弁について、挙証責任は原告側にある。この点、挙証責任の分配について異論もありうるが、民事訴訟における当事者等による陳述書の作成・提出行為について、萎縮的效果を根拠に、違法性の主張・立証を原告に負わせ、名誉毀損の成立を否定する一連の裁判例がある。大阪地判平成三〇年一月一日判例時報二三七三号五五頁は、「陳述書に当事者等の社会的評価を低下させる事実や当事者等の名誉感情を害する事実が記載さ

れている場合に、……直ちに違法と評価されるとすれば、陳述書の前記各機能が失われるとともに当事者の立証活動に大きな萎縮的效果が生じ、ひいては実態の解明を困難にするなど、民事訴訟の運営に支障を来す事態が容易に生じ得る」。「そこで、当事者等の社会的評価を低下させる事実や当事者等の名誉感情を害する事実が記載された陳述書を作成し訴訟において書証として提出する行為は、作成者が陳述書記載の当該事実の内容が虚偽であることを認識しつつあえてこれを記載して行った場合に限り、違法性を帯びる」と判示した。同判決は、違法性を認めるための要件に関する主張・立証責任を原告側（名誉毀損を主張する側）に負わせている。⁽¹⁷⁾

では、公的人物の抗弁の要件事実は何であろうか。アメリカ合衆国において、公的人物か否かは、必ずしも、人物の社会的地位や属性から一義的に決定されているわけではない。⁽¹⁸⁾形式上は当該人物の地位ベースのテストであるが、公的論争か否か、具体的な公的論争への個人の参加の内容と程度を個別具体的に判断せざるを得ず、アドホックな検討が前提となっている。⁽¹⁹⁾

我が国において、違法性阻却事由として公的人物（「自発的限定的公的人物」⁽²⁰⁾）の抗弁が認められるためには、アメリカの判例理論を参考に、①公的論争が存在すること（自己統治・萎縮的效果）、②原告が公的論争に重要な役割を引き受けたこと、又は、自発的に自分自身を公的論争の渦中に投げ入れたこと（自発性・危険の引受）、③原告がメディアを通して有効な反論手段を有すること（対抗言論）、④名誉毀損的表現が公表される以前にその論争が存在したこと、⑤名誉毀損的表現とされるものが公表された時点で原告が公的人物の地位を有していたこと（自発性の裏返しであり、④⑤は、メディアが争点を意図的に作り出し、原告を論争に引っ張り込むことの否定）を主張・立証する必要があると解すべきである。⁽²¹⁾なお、公的人物には、法人も含まれる。⁽²²⁾

第四 結びに代えて

表現の自由の価値基底論において、自己統治の価値のみならず、思想の自由市場論ないし対抗言論を単独で、あるいは、自己統治と思想の自由市場論を融合した形で採用するのであれば、我が国においても、「公的人物の抗弁」ないし「現実の悪意」の再抗弁を名誉毀損の実体的な要件として採用するのが自然の流れといえよう。これまで、我が国においても、表現の自由の価値について論じられてきたが、自己統治→公益テスト、思想の自由市場→対抗言論→公的人物テストの流れを前提とすれば、自己統治（思想の自由市場論と切り離されたもの）のみから「現実の悪意」の法理の採用を主張したり、思想の自由市場論（自己統治から切り離されたもの）から公的人物テストを否定する見解は矛盾するものと考えられる。表現の自由の価値基底論を見直し、正確にわが国の名誉毀損法へ反映させる必要がある。

我が国においても、いくつかの裁判例が示すとおり、「現実の悪意」の法理を日本で採用する下地は十分であり、不法行為の解釈論上（特に「危険の引受」理論）、決して無理な法構成ではない。また、「現実の悪意」の法理の採用は、我が国においても、かなりの部分で有効なスラップ対策となりうる。特に、政治家による名誉毀損訴訟の多くは、「批判を封じ込めるための訴訟」と言わざるを得ない。政治家による名誉毀損訴訟が多発する理由は、真実性ないし相当性の抗弁が十分に機能していないことを表しており、表現の自由に萎縮的效果を及ぼしていることは確かであろう。⁽⁸⁾さらに、日本において、名誉毀損訴訟が、公共的討論を、市民が比較的利益なリソースを持つ政治的領域から政治家や企業等が大きなリソースを投入しうる司法的領域へと「論争の変換装置」として機能している点にも注意が必要であろう。

- (1) 先駆的な業績として、憲法学と刑法学については、平川宗信「名誉毀損罪と表現の自由・復刊版」(有斐閣、二〇〇〇年)、刑法学と民法学については、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)が注目に値する。
- (2) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S.254 (1964). 奥平康弘「ジャーナリズムと法」一八四頁以下(新世社、一九九七年)、山田隆司「公人とマス・メディア」三三三頁以下(信山社、二〇〇八年)、松井茂記『表現の自由と名誉毀損』六三頁以下(有斐閣、二〇一三年)、山口いづ子「情報法の構造」五二一六七頁(有斐閣、二〇一〇年)参照。
- (3) 阪本昌成「名誉の保護と司法的事前抑制」法律のひろば三九卷一〇号三六頁(一九八六年)参照。加藤和夫「判解」最高裁判例解説民事篇(昭和六一年度)三〇五頁注(三二)も、「アメリカですら、この分野の判例法は変遷してきたのであり、今後の判例変更もあり得なくはない」としている。
- (4) *McKee v. Cosby*, 139 S.Ct.675 (2019). 本件は、性的暴行の被害を告発したマッキーが、被告発者コスビーの弁護士「の嘘つき」などの中傷的な応答に対して名誉毀損訴訟を起こした事案である。連邦控訴裁判所は、ニューヨーク・タイムズ判決ルールを適用し、マッキーは「コスビーに関係する性的暴行疑惑」に関する公的論争の「渦中」に自分自身を「投げ入れた」と認定して限定的目的の自発的公的人物と分類した上で、マッキーが「現実の悪意」を立証できなかったため訴えを棄却した。そこで、マッキーは、限定的目的の公的人物としての自分の分類を見直すように裁量上告に及んだが、連邦最高裁はこれを受理しなかった。
- (5) トーマス判事は、不受理決定に対する賛成意見において、適切なケースで、ニューヨーク・タイムズ判決ルールを見直すよう求めた。その理由は、ニューヨーク・タイムズ判決とそれを踏襲するその後の諸判例について、「ニューヨーク・タイムズ判決の現実の悪意のルールが修正第一または第一四条の原意から導かれることを示す歴史的証拠」は乏しく、このルールは、「憲法を装った政策主導の判断」にすぎないのであって、「強靱な公的討論を促進すること、名誉侵害に対する有効な救済策を提供することの間で、州は、受け入れ可能な調整を完全に図ることができる」と述べている。*McKee v. Cosby*, 139 S.Ct. 675, 676 (2019) (Thomas, J. concurring). また、サンステイン教授も、トーマス裁判官に全面的に賛成するわけではないが、ニューヨーク・タイムズ判決ルールの憲法上の根拠が弱いこと、及び虚偽言論の危険性の懸念から被害者の保護を訴えている²⁰。See Cass R. Sunstein, *Clarence Thomas Has a Point About Free-Speech Law*, Bloomberg Opinion (Feb. 25, 2019, 12:11 AM) <https://www.twincities.com/2019/02/25/cass-sunstein-clarence-thomas-has-a-point-about-free-speech-law/> (成原慧「フェイクニュースの憲法問題」法学セミナー七二号一九頁(二〇一九年)参照)。同様に、ニューヨーク・タイムズ判決のルールの見直しを求めるものとして、Glenn Harlan Reynolds, *Rethinking Libel for the Twenty-First Century* 87 UTK Lrv 466 (2020), スラップについては、松井・前掲注(2)四〇三頁以下、藤田尚則「アメリカ合衆国におけるSLAPPに関する一考察

- (1) (完) 創価法学四二巻三号一頁(二〇一三)、四三巻一号二五頁(二〇一三年)、四三巻二号一六七頁(二〇一三年)、四三巻三号三五頁(二〇一四年)、四四巻一号一頁(二〇一四年)、四四巻二号一〇七頁(二〇一四年)、吉野夏己「反SLA P法と表現の自由」岡山大学法学会雑誌六五巻三・四号一五頁以下(二〇一六年)など。
- (7) Robert D. Sack, *New York Times v. Sullivan* 50-Year Afterwords, 66 ALA REV. 273, 278 (2014).
- (8) 東川浩二「虚偽の事実の憲法上の価値」比較法研究七九号二九〇頁(二〇一七年)。
- (9) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).
- (10) ホイットニー事件判決におけるブランドイス判事の古典的定式とは、①「我々の独立を勝ち取った人々は、国家の究極の目的は、国民が自由に能力を実現できるようにすること、そして政府の中では、熱慮力が恣意を圧倒すると考えていた。彼らは、目的としても手段としても、自由に価値を置いていた。彼らは、自由が幸せの秘訣であり、そして勇氣が自由の秘訣であると信じていた。自分の意のままに考え、考えたとおり発言する自由は、政治的真実を発見し広めるために不可欠な手段だと彼らは信じていた。言論と集会の自由がない限り、討論は不毛になる。それらの自由があればこそ、通常、討論は有害な主義主張の流布に対する十分な防衛となりうる。自由に対する最大の脅威は、人々の無気力なのである」②「我々の独立を勝ち取った人々は、公的討論は、政治的義務であり、これこそがアメリカ政府の基本的原則であるべきだと信じていた。彼らは、人間が作ったすべての組織が陥りやすい危険を認識していた。しかし、他方で彼らは、秩序は違反行為に対する刑罰への恐れだけでは守れないこと、思想、希望や創造力を思いとどまらせることが危険があることを知っていた。そして、恐怖が抑圧を招き、抑圧が憎悪を生み出し、憎悪が安定した政府を脅かし、安全への道は、推測される不平と提案された救済策について自由に討論する機会の中にあること、邪悪な意見は是正する適切な救済策は善良な意見であるということを知っていた。公的討論を通して生み出される道理の力を信じて、法律によって沈黙を強制すること——それは最悪の形態の議論の押しつけ——を排除した。時には多数派統治による圧政が行われることを予見し、彼らは、憲法を修正し、言論と集会の自由が保障されるようにしたのである」③「議論を通じて、虚偽や誤りをあぶり出す時間があれば、また教育のプロセスを通じて、邪悪を回避する時間があれば、講じるべき解決策は、強制された沈黙ではなく、より多くの言論である。言論抑圧を正当化できるのは、緊急事態のみである。もし権力と自由の間に折り合いをつけるとすれば、そのような原則にしなければならぬ」とされる。
- (11) ニューヨーク・タイムズ判決の注一九は、「虚偽言論であっても、公的な討論に重要な貢献をなし得ると考えられる。というの、『真実が誤りと衝突することによって生ずる、真実に対するより明確な理解、より鮮明な印象』をもたらすからである」としている。376 U.S. at 279 n.19
- (12) なお、ニューヨーク・タイムズ判決は、「政府はその批判者を黙らせるための憲法上の権限をもたない」という修正一条に

関する確立された公理（治安妨害煽動罪 (seditious libel) や煽動法 (Sedition Act) の否定）¹³⁾、「政府に対する批判はその責任を有する特定の公務員の名譽毀損にならない」という憲法ルールを宣言したもので、地方公共団体が市民を相手に民事名誉毀損訴訟を提起することができず（吉野夏己「スラップ訴訟と表現の自由」岡山大学法学会雑誌六七巻三・四号三三頁（二〇一八年））、地方公共団体にも名誉毀損訴訟を認める日本の実務・裁判例は、ニューヨーク・タイムズ判決から半世紀以上の遅れがある。なお、松井茂記「マスメディアの表現の自由」一〇八頁（日本評論社、二〇〇五年）、山口・前掲注（二）六五頁参照。

- (13) 名誉毀損法の憲法化の意義を、人種差別の擁護者が公民権運動に対する攻撃を遂行への法的逆襲という文脈で捉える見解も有力である。佐伯教授は、「本判決の背景には、人種差別撤廃を求める公民権運動の高まりと、それに対する南部諸州の反発という、政治的問題があった。……民事名誉侵害訴訟によって、政府を批判する者を「処罰」できるならば、煽動罪法に等しいからである」（「ブライヴァシーと名誉の保護（四）」法学協会雑誌一〇一卷一七二頁（一九八四年））とする。松井教授も、「この点の鍵は、やはり事件の背景にある。アラバマ州は、黒人に対する平等に敵対的だった深南部のうちで最も抵抗が激しかった州のひとつであり、ニューヨーク・タイムズのような人種差別撤廃を支持する「外部の煽動者」に対し広汎な敵意が存在したことは十分考えられる。そして実際問題の広告と同州内に激しい怒りと批判を巻き起こし、この裁判は大きな関心を集めた。しかも本件の担当裁判官は明らかに黒人差別論者であり、その訴訟指揮も人種差別的であったと言われる。そして認められた賠償額は、前例のないほど巨額なものであった。しかも本件以外にも同種の訴訟が係争中であった。明らかに、アラバマ州は、この機会に人種差別撤廃を支援する東部のリベラルな新聞に制裁を加えようとしていたのである」とする（松井・前掲注（二）六九～七〇頁）。もっとも、松井教授は、ニューヨーク・タイムズ判決の意義を公民権運動に限定される趣旨ではない。

- (14) 奥平康弘『表現の自由Ⅱ』二七九頁（有斐閣、一九九四年）、同『表現の自由』を求めて二三八頁（岩波書店、一九九九年）参照。
- (15) 阪本・前掲注（三）三六頁。
- (16) Sack *supra* note 7, at 279.
- (17) 毛利透『表現の自由』一三九～一四〇頁（岩波書店、二〇〇八年）。
- (18) ニューヨーク・タイムズ判決は、ホイットニー事件判決におけるブランドイス判事の古典的定式を引用するが、前記注（10）の②の自己統治に関する部分のみであり、①思想の自由市場、③対抗言論は引用していない。
- (19) マイケルジョン博士の学説についての文献は多い。名誉毀損法との関係では、吉野夏己「名誉毀損的表現の憲法上の価値」

岡山大学法学会雑誌五六卷三・四号二〇一―二〇三頁参照。その他、主要なものとして、小林伸一「民主的政治過程における表現の自由の機能に関する一考察」法学政治学論究一七号四九頁（一九九三年）、川岸令和「表現の自由と民主的過程」早稲田政治経済学雑誌三一―号二二―二四頁（一九九二年）、奈須祐治「自己統治」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ』（尚学社、二〇一一年）四二頁、有田伸弘「アメリカにおける『表現の自由論』の新動向」近畿大学法学四九卷四号四二頁以下（二〇〇三年）、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて』四六―五〇頁（日本評論社、二〇〇九年）、山口・前掲注（二）八六頁以下参照。

(20) 吉野夏己「民事上の名誉毀損訴訟における公的人物の概念と表現の自由」法学新報一二二卷一一・一二号七六八頁（二〇〇六年）、飯野守「ブレナン連邦最高裁判事の表現権理論」青山法学論集三四卷三・四号四六頁（一九九三年）参照。

(21) ブレナン判事は、「カルヴァン教授は、同判決は、マイクルジョン博士が実質的に熱望するところと実質的に賛成する解釈を採り入れたことを意味すると述べている。もちろん、カルヴァン教授が正しければ、これは非常に重要な出来事です」と述べている(Brennan, *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment* 79 HARV. L. REV. 1 (1965))。駒村教授も、ブレナンは、彼自身の手になる論文で、ニューヨーク・タイムズ判決とギャリソン判決における彼の定式的背景には、自己統治論者・ミクルジョンの影響があつたことを示唆していると述べている。また、レッド・ライオン事件判決において、ホワイト裁判官は、ブレナンの「論文」を明示的に引用しており、ここで引用されたブレナン論文こそは、修正一条の保障について民主主義の観点からこれを正当化する自己統治論の第一人者ミクルジョンの思想に影響を受けてニューヨーク・タイムズ判決が書かれたことを当のブレナン本人が告白したものであつたと述べている(駒村圭吾「多様性の再生産と準桎梏構築」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ』二二頁注(16)、一二頁(尚学社、二〇一一年))。

(22) これに対して、毛利教授は、ブレナン判事の「本論文はマイクルジョン講演であつて、当然亡くなったばかりのマイクルジョンに必要以上に好意的叙述がなされるべき場所だ」という事情、および本論文が右のカルヴァン論文を強く意識し、そのサリヴァンの『大判決化』の流れに倣さそうとのねらいをもつて執筆されたことが明らかだいう事情には注意する必要がある。：：慎重な記述であるが、確かにサリヴァン判決をマイクルジョンに引き寄せて解釈しようとの姿勢が感じられる。しかしまずカルヴァン論文でのマイクルジョンへの言及はさほど中心的なものではなく、「カルヴァンが、サリヴァンはマイクルジョンとはほぼ一致すると言った」というような記述は不適切というほかない。そして、ブレナン自身が指摘する両者の共通性は、結局上記の一節にとどまるのであり、これをもってマイクルジョンの影響とまで述べるのは明らかに言い過ぎである」と批判する(毛利・前掲注(17)一四七―一四八頁)。

(23) 松井・前掲注(2)七二頁。

- (24) 山口・前掲注(5)五三頁、六七頁。
- (25) さしあたり、伊藤正己『言論・出版の自由』一九二頁以下(岩波書店、一九五九年)、芦部信喜『現代人権論』一五三頁(有斐閣、一九七四年)、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』一二頁(東京大学出版会、一九八八年)参照。
- (26) 吉野夏己「公的関心テストと表現の自由」岡山大学法学会雑誌六三卷三号一一〜一二頁(二〇一四年)参照。
- (27) 毛利・前掲注(17)一四五頁以下。
- (28) 阪本昌成『表現権理論』三八頁注(65)(信山社、二〇一一年)。
- (29) 阪本教授は、「憲法学は萎縮効果がどの程度になれば違憲となるというのか明らかにしたこともなければ、萎縮効果なるものの因果関係を経験的に論証したことがない。論証のないところでは、萎縮効果は、あるともいえるし、ないともいえる。実は、連邦最高裁は萎縮効果が利益衡量の一要素にとどまることを承知しながら、さまざまな「法準則」を作り上げてきたのである。表現権理論が依拠すべきは、萎縮効果論ではなく、それを定型化した法準則である」とする(阪本・前掲注(28)三八頁注(64))。
- (30) 奈須・前掲注(19)六二頁。
- (31) 清水公一「アメリカ合衆国における憲法法理としての名誉毀損法の展開」法学政治学論究二号二四六頁(一九八九年)。
- (32) 「この法理は、①個人的利益の保護の名のもとに政府批判の言論(公的言論)を封鎖することがあってはならないこと(政府を誹謗する表現……を復活させてはならないこと、または公的言論の価値が重視されなければならないこと)、②虚偽の公表も真実を際立たせる社会的価値をもち、モン・ロー上承認されてきた真実性の抗弁ではこの価値を実現できないこと(J・S・ミルの思想の影響)、③真偽の判断は困難であり、虚偽の公表を許さないとすれば報道機関に萎縮効果を与えるであろうこと、④虚偽の言論に対する対抗手段は more speech であること(思想の自由市場への期待)等の配慮から導き出されたものである」としている(阪本昌成『憲法理論Ⅲ』六〇頁(成文堂、一九九五年))。
- (33) 駒村・前掲注(21)二〇、二四頁。
- (34) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S.323 (1974), 松井・前掲注(2)一〇五頁以下参照。
- (35) Rosenbloom v. Metromedia, Inc. 403 U.S.29 (1971).
- (36) 異形の不法行為については、阪本昌成『「現実の悪意」(Actual Malice) ルールの背景にあるもの』近畿大学法学六一卷二・三号三〇一頁(二〇一三年)参照。
- (37) 吉野・前掲注(26)一五頁。
- (38) 山口いつ子『思想の自由市場』理論の再構築」マス・コミュニケーション研究四三卷一四七〜一四八頁(一九九三年)は、

思想の自由市場論の枠組みを次のように要約している。「表現の自由は、真理の追求をはじめとする様々な価値や機能を有し、他の価値と衝突する場合においても、とりわけ特別な配慮を要する重要なものである。そして、自由な討論は、『思想の自由市場』において、最も良く達成される。ここでは、思想の評価は、政府が関与することのない言論間の競争に委ねられるべきであり、たとえ言論が害悪を生み出すことがあっても、その是正策は、言論の抑制ではなくモア・スピーチによるべきである」。「この『思想の自由市場』理論は、現代に至っても、多様なアプローチによって特徴づけられる第一修正理論の基本的な枠組みとして、その核心たる地位を確固として持ち続けているということ」を、ここで確認しておかなければならない」と説明している。なお、山口・前掲注(2)二九頁以下参照。駒村教授は、「思想の自由市場論は、言論・情報の自由な流通とそれらの多様性の維持というモチーフを持ちつつも、さまざまな通奏低音と合流・分岐を繰り返しながら、解放的モメントと制限的モメントが『糾える縄』のごとく絡まった系として展開されることになる」。「多様な情報の流通」の維持は、社会状況の変遷や個別事件の特性に応じて、「多様性の再生産」という言論情報政策ないしその憲法的正当化根拠として現れることもある。思想の自由市場論は、異見をも含む多様な情報の流通を促してきた。「自由の論理」と寄り添って登場したこの「多様性の維持」という表現の自由の客観的側面は、やがて「多様性の再生産」としてそれを政策的に追求することを正当化し、情報空間の設計構想としての役割を担うことになった」とする(駒村・前掲注(2)一九、二六、三六頁)。

(39) 批判については、斉藤愛「異質性社会における表現の自由(三)」国家学会雑誌二二一卷一・二号五六頁以下(二〇〇八年)、芦部・前掲注(25)一二八頁以下参照。

(40) 佐藤幸治『日本国憲法論・第二版』二七九頁(成文堂、二〇二〇年)は、真理への到達および社会の安定・変化の価値を「近代憲法原理を支える信条ないし仮説の体系とも称すべきもの」という。山口・前掲注(2)七四頁も、「思想の自由市場」は、必ずしも厳密な法的意味を伴うとはいえないレトリックやメタファーとして語られることが多いとする。これに対して、「私からみれば、『自己統治』と『自己実現』こそ、近代の啓蒙が説き続けてきた『仮説の体系』である」(阪本・前掲注(28)一八頁)との批判がある。なお、長谷部恭男「表現の自由の根拠」法学教室三六〇号六五頁以下(二〇一〇年)参照。

しかし、佐藤教授も、「自由な民主主義社会が次の二つの基本的前提、すなわち(1)個人の人格的自律が可能であること、(2)個人が政治や社会や経済における諸々の事象について充分な判断を下すことが可能であること、という前提に立っていることについては何人も否定できないところであろう。そしてこのことが可能となるためには、他の諸々の条件にもまして少なくとも、諸々の事象についての充分な情報が利用可能であるということが必要である。そしてそのためには、公的・私的諸力による抑制を受けることなしに、公衆に対する可能な限りの自由な情報流通がなければならない」としている(同「自由な情報流通」のための権利」清水英夫編『法と表現の自由』六九―七〇頁(学陽書房、一九七二年))。

- (41) 山口・前掲注(2)七四頁以下。
- (42) 山口いつ子「デフォルトとしての『思想の自由市場』」法律時報七四卷一号二二頁(二〇〇二年)。もともと、山口教授は、アメリカでは今日でもなおデフォルト・ルールとして堅持されているものの、その限界を厳しく問い直されているとする(山口・前掲注(2)七六頁)。
- (43) 中村睦夫ほか「憲法Ⅰ・第五版」三五二頁(有斐閣、二〇〇二年)は、「『思想の自由市場論』は今日なお基本的に妥当する理論である」として併存説をとる。また、宍戸常寿「第一章 表現の自由」渡辺ほか「憲法Ⅰ」二一五頁(日本評論社、二〇一六年)、浜田純一「表現の自由の保障根拠」ジュリスト増刊・憲法の争点一一四頁(二〇〇八年)。
- (44) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(一)(増補版)』二五二頁(有斐閣、二〇〇〇年)。これに対して、阪本・前掲注(28)一八頁は、ある箇所は、《真理の発見および社会的安定という価値は、自己実現と自己統治の価値から派生するものだ》と説いているかと思えば、別の箇所では「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」という。派生なのか前提条件なのか、この理論展開は私には理解困難であると批判する。
- (45) 金井光生「表現空間の設計構想(アメリカ)」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ』八九〜九〇頁(尚学社、二〇一一年)。
- (46) 山田・前掲注(2)九〇頁。
- (47) 清水・前掲注(31)二四六頁。
- (48) 阪本教授は、「自由市場は知識伝達の累積的な過程であって、これに参加することによってわれわれは自分の将来の行動(選択行動)に見通しをつけるのである。この視点から、自由市場を眺めなおしたとき、市場とは分散している知識をつなぎ合わせ、人びとが取引費用をかけないで自発的に知識を授受するためのネットワークだ、と視野が広がってくる」という(阪本・前掲注(28)四五頁)。
- (49) 阪本・前掲注(28)三三頁。駒村教授も、「思想の自由市場論はその言論解放的な合意に加えて、言論排除のない言論制限的な役割を担うようになる。アメリカ言論法関連判例の通奏低音として、いわゆる『低価値言論』を排除する類型化論があるが、実は、そのオリジナルは、思想の自由市場を構成するキー・ターム(『思想……』と『真理……』)を使用して言論を類別・排除してきた判例動向に求められる」と述べる(駒村・前掲注(21)一六頁)。
- (50) 金井・前掲注(45)九一頁。
- (51) 同八九〜九〇頁。虚偽言論の規制につき、東川・前掲注(8)二八七頁は、「名誉毀損をめぐる諸判例により結果的に、虚偽言論が保護されてきた理由は、虚偽言論それ自体に価値があるからではなく、一定の虚偽言論を保護することにより、言論が活発になり、そのような言論の流通量の増加が、ひいては民主政の維持に資するからである。……最高裁が言論規制に極めて

消極的なのは、萎縮効果とそれに伴う言論の流通量の減少を回避するためであった。一方で、最高裁は、自由市場に任せるだけでは、虚偽流入による公的議論全体の衰退の可能性を認識し、放置しては崩壊しかねない、自由な言論の流通メカニズムを保護する仕組みとしても第一修正が存在していると考えている。

(52) 有田・前掲注(19)四一頁。

(53) 穴戸・前掲注(43)二一五頁。

(54) Gerz, 418 U.S.at 344 n.9.

(55) 松井・前掲注(2)二三四頁参照。岡根好彦「わが国の名誉毀損法理に関する整理と分析」法学政治学論究九〇号九四頁(二〇一一年)は、「情報の流通」の立場からは、「対抗言論」の原則を肯定できない」とする。また、インターネット上の名誉毀損に対抗言論を導入する問題点について、前田聡「インターネット上の名誉毀損と『対抗言論』」村田彰・植村秀樹編『現代日本のガバナンス』一四五頁(流通経済大学出版社、二〇一一年)参照。インターネットにおける対抗言論の可能性について、否定的なものとして、上机美穂「インターネット上の発言による名誉毀損・プライバシー侵害の救済」札幌法学二四号一四八―五〇頁(二〇一二年)参照。

(56) その理由として、「人は他人を批判する自由を有しており、それゆえ他人の社会的評価に影響を与える自由も有していると考えらるべきである。とすれば、社会的評価を維持するためには人は少なくともそれに対抗するためには同じく表現の自由を行使し、反論すべきだというべきであろう。そして、最終的には、人々の合理的で批判的な判断能力に期待するほかにないように思われる」(松井・前掲注(2)二三四―二三五頁)。

(57) ガーツ判決と危険の引受理論の関係については、吉野夏己「アメリカ合衆国の民事名誉毀損訴訟における非自発的公的人物の概念と表現の自由」岡山大学創立六〇周年記念論文集・法学と政治学の新たな展開 五四頁以下(有斐閣、二〇一〇年)参照。

(58) 加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為・第二版』三〇六―三〇七頁(有斐閣、二〇〇五年)参照。

(59) 園田寿「情報社会と刑法」八七頁(成文堂、二〇一一年)。同旨のものとして塩谷毅「被害者の危険引受について」刑法雑誌四五卷二号二頁以下(二〇〇六年)参照。また中野次雄「名誉毀損罪における違法性阻却事由と処罰阻却事由」警察研究五一巻五号二頁(一九八〇年)も、「摘示事実が虚偽であることの危険をできるだけ少なくすることを条件として、すなわちその事実を真実だと判断させるのに相当な資料・根拠のあることを条件として、その行為は許されるべきだ、と考えられる。これは、まさしく「許された危険」の法理の一つの適用場面」とする。

(60) 公的関心テストについては、吉野・前掲注(26)一頁、藤田尚則「表現の自由と『公的関心事項』」(一)―(六) 未完」創価法

学四四卷三三五七頁、同四五卷一三三頁同四五卷二四四五頁(二〇一五年)、同四五卷三三〇一頁、同四六卷一三三三頁(二〇一六年)、同四六卷一・三三〇一五頁(二〇一七年) 参照。

(61) 公的人物の分析については、吉野・前掲注(20)七六三頁、同・前掲注(57)二九頁参照。

(62) 吉野・前掲注(20)七七四・七七五頁。

(63) 岡根好彦「アメリカ合衆国の名誉毀損訴訟における『公的論争』と『公的関心事』の比較」阪南論集(社会学編)五六卷一三八頁注(46)(二〇二〇年)は、「吉野は『公的論争』と『公的関心事』をほぼ同じ概念として捉えているように見受けられる」とのコメントがなされている。私見は、「公的関心」と「公的論争(public controversy)」「公的討論(public discussion)」、あるいは、「公的問題に関する論争(debate on public)」は、いずれも自己統治という表現の自由の価値に由来するものであり、公的人物テストはプラグマティックな、そして機能的概念であり、裁判所は、「公的人物」の判断において「公的論争」を媒介に柔軟に解釈し、結果的に自己統治に関する言論を保護しようとしていると言いたいのである。藤田・前掲注(60)(3)七三・七四頁も、憲法上の名誉毀損が成立する要件の決め手は公的論争があったか否かにあるのであって、公的人物が否かの判断は、公的論争にあたるものとして、被告が憲法上保護されるのかを判断するための一つの基準ないし要素になっており、したがって、公的論争の存在を前提にして、原告が当該公的論争と全く関わりのない場合、結果的に原告は私人と見做され、名誉毀損の表現への憲法上の保護が原告との関係で及ばないものとされていると結論づけられている。

(64) 橋本眞「裁判例における名誉の毀損と名誉感情の侵害(一)」宮崎大学教育学部紀要・社会科学八五・八六号六頁(一九九九年)、宗宮信次「増補 名誉権論」七一・七三頁(有斐閣・一九六一年)。

(65) 松井茂記「名誉毀損判決の動向」判例タイムズ五九八号一二二頁(一九八六年)、同「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』二八二頁(日本評論社、一九九八年)。

(66) 前田聡「名誉毀損における『相当性理論』の憲法的考察(二)」筑波法政三九号二二八頁(二〇〇五年)。浦部法穂「憲法学教室」日本評論社、二〇一六年)一五五頁、松井茂記「変貌する名誉毀損法と表現の自由」ジュリスト一二二二号九二頁(二〇〇二年)。

(67) なお、名誉とは、「人が社会から受ける評価・声望、すなわち社会的名誉とか外部的名誉とかよばれるものと、名誉感情ないしは主観的名誉とよばれるものとの、二つがある」(幾代通「謝罪広告」伊藤正己編『現代損害賠償法講座2』二四八頁(一九七二年)、建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』一七頁(有斐閣、二〇一四年)。最二小判昭和四五年二月一日は、「人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情」を除外しているが、本稿でこの問題を扱う余裕はない。なお、最三小判平成一四年九月二四日判例時報一八〇二号六〇頁(「石に泳ぐ魚」事件)において、名誉感

情の侵害が人格権の侵害として民法上の不法行為の対象となりうると判示し、最一小判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁は、「侮辱し、名誉感情を侵害する」イラスト画が公表された事実を真実性・相当性の法理などによらずに解決している。

(68) 芦部・前掲注(44)三四六頁、佐藤・前掲注(40)二〇一―二〇二頁など。

(69) 阪口正二郎「第二条「集会・結社・表現の自由、通信の秘密」・長谷部恭男編『注釈日本国憲法(二)』三六六―三六七頁(有斐閣、二〇一七年)。

(70) 小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護(有斐閣、一九五六年)一七九―一九四頁、同「名誉の保護と表現の自由(一・二)」法律時報三七卷九号三九頁、同一〇号九三頁(一九六五年)、平川・前掲注(1)三八頁以下参照。

(71) 批判については建部・前掲注(67)二〇頁以下。再評価するものとして、小粥太郎「小野清一郎の名誉論」法学七五卷四号三二七頁(二〇一一年)参照。

(72) 島田聡一郎「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」山口厚編『クローズアップ刑法各論』一二七頁(成文堂、二〇〇七年)。

(73) 小野・前掲注(70)二二七頁。

(74) 島田・前掲注(72)一二七―一二八頁。

(75) 前田雅英『刑法演習講座』二五〇頁(日本評論社、一九九一年)。

(76) 平川・前掲注(1)一六三頁。

(77) 佐伯・前掲注(13)一七五―一七五三頁。

(78) 建部・前掲注(67)四九頁。

(79) 瀬川信久「民法七〇九条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』六一八、六二七頁(有斐閣、一九九八年)建部・前掲注(78)五―八頁。

(80) 潮見佳男『不法行為法1・第二版』二二六頁(信山社、二〇〇九年)。

(81) 広中俊雄『債権各論講義・第六版』四五八頁(有斐閣、一九九四年)。

(82) 大阪高判平成二五年八月二九日判例時報二二二〇号四三頁。

(83) 瀬川・前掲注(79)六二二頁。建部・前掲注(67)二四頁は、「最高裁判決の中では、名誉を社会的名誉と解する立場が文言上は維持されているものの、実際の事案の解決に際しては社会的評価の低下を名誉毀損とする見方が維持されていない例や、社会的評価の低下を判断する際に社会的評価の低下の判断に関わらない要素についても考慮されている例が存在するという指

摘がなされているのである。」なお、佃克彦『名誉毀損の法律実務・第三版』一〇頁（弘文堂、二〇一七年）参照。

(84) 建部・前掲注(67)二一六頁以下。

(85) 小粥・前掲注(71)三二七頁。

(86) 幾代通著・徳本伸一補訂『不法行為法』九〇頁注(4)(一九九三年)、建部・前掲注(67)二三、九二、九三頁参照。

(87) 平田浩「判解」最高裁判例解説民事篇（昭和五十六年度）二五二頁。

(88) 山口成樹「判批」法学教室一六八号一四四頁（一九九四年）は、「保護法益（名誉）を侵害されないことを保護法益（前科）をみだりに公表されないこと」とするという、屋上屋を積み重ねる類いのものというほかない。みだりに他人の前科を公表することは名誉毀損を構成する、と端的に判示すれば足りた」として、保護法益をあくまで名誉と捉えるものの、真実性の法理が妥当しないタイプのものとみる。田島泰彦「判批」ジュリスト・憲法判例百選Ⅰ・第五版一三八―一三九頁（二〇〇七年）は、本判決が「プライバシー」という用語を避けて法理を組み立てていることに注意を求め、前科等を私事性に依拠するプライバシー概念に包摂することは困難とする。また、松井茂記「判批」ジュリスト・平成六年度重要判例解説一五頁は、「本来、刑事事件の裁判記録及び有罪判決などの裁判書は、公的記録として公開されるべきもの」であり、「本来公開されるべき公的記録に記載された犯罪事実の公表をプライバシーの権利の侵害と見ることは疑問」（同旨・阪本昌成「判批」ジュリスト・昭和六三年度重要判例解説二五頁）とし、棟居快行「人権論の新構成」二二頁（信山社、一九九二年）は、「プライバシー」という人格的利益とは異質の刑事政策的配慮の問題」とする。学説については、前田陽一「判批」法学協会雑誌一一三卷二号三四二頁（一九九六年）参照。

(89) 滝澤孝臣「判解」最高裁判例解説民事篇（平成六年度）一二九頁。山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌一一六卷四・五号六三五―六三六頁（一九九七年）も、本判決は、「実質的にはプライバシーを問題にしたものと理解すべきである。最高裁が「プライバシー」という言葉を使わなかったのは、その内容がまだ確立していないことを考慮したからにすぎず、前科を公表されない利益がプライバシーに属することを否定する趣旨ではない」と解し、また、前田陽一「名誉毀損・プライバシー侵害訴訟」川井健・田尾桃二編集代表「転換期の取引法」四六〇頁（二〇〇四年）も、「この判決が「新しく形成している社会生活の平穩を害されない利益」という「プライバシー」にはほぼ相当する意味付けを与え、名誉毀損とは別の新たな判断枠組みを呈示しながらも、『プライバシー』侵害という形で判示しなかった」原因の一つに、「プライバシー概念に関する議論がまだ十分に固まっていなかったことが影響した」ということを挙げている。

(90) 小谷順子「判批」ジュリスト・憲法判例百選Ⅰ・第七版一三五頁（二〇一九年）。

(91) 宮下紘「判批」ジュリスト・メディア判例百選・第二版八九頁（二〇一八年）。

- (92) 宇賀克也『新・個人情報保護法の逐条解説』四八～四九頁（有斐閣、二〇二一年）。
- (93) 平川・前掲注(1)一九、二九頁。
- (94) 伊東研祐「現代刑法と刑法各論・第二版」一五〇頁（成文堂、二〇〇二年）。
- (95) 島田・前掲注(72)一三〇頁参照。
- (96) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（二）法学協会雑誌一〇一卷七号九九〇頁。同・前掲注(13)一七四八頁。
- (97) 島田・前掲注(72)一三二頁。
- (98) 和田俊憲「議論のまとめ」山口厚編『クローズアップ刑法各論』一七七頁（成文堂、二〇〇七年）参照。
- (99) 佐藤・前掲注(40)二〇三頁。
- (100) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』三八二頁（有斐閣、一九九四年）。
- (101) 詳しくは、音無知展「プライバシー権の再構成」九頁以下（有斐閣、二〇二二年）参照。なお、音無准教授は、「適正な自己情報の取扱いを受ける権利」と再構成する。しかし、「私人間関係におけるプライバシー権の保障は、对国家の関係とは異なる考慮が必要になる。表現の自由や経済活動の自由など、国民の様々な活動と情報プライバシー権が衝突する危険が高」いため、对国家の関係に射程を限定し、「刑事手続上のプライバシー又はプライバシー権」とともに取り扱われていない。
- (102) 小山剛「転換点としてのGPS捜査判決？」法学研究九一卷一号一頁（二〇一八年）の要約によれば、①人格の自由な発展は、データ処理に関わる現在の条件の下では、個人情報保護の無制約な収集、蓄積、利用および配布に対して各人が保護されることを前提とする。この保護は、基本法一条一項と結びついた二条一項に含まれる。基本権は、その限りで、個人情報の放棄および利用について原則として自ら決定する各人の権限を保障する。②情報自己決定権の射程にとって重要なのは、市民に申告を求めた情報の有益性および利用可能性である。「それだけを見れば些細なデータでも、新たな重要性を獲得する。その限りで、自動データ処理という条件の下で『些細』なデータは、もはや存在しないとまとめている。情報自己決定権については、實原隆志「情報自己決定権と制約法理」（信山社、二〇一九年）、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」『ドイツの憲法判例』第二版」六〇頁、藤原静夫「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』」一橋論叢九四巻五号七二八頁（一九八五年）参照。
- (103) 区別については、小山・前掲注(102)三頁以下。
- (104) 音無・前掲注(101)八頁。
- (105) なお、佐伯説の評価について、音無・前掲注(101)三八頁参照。
- (106) 長谷部恭男『憲法・第七版』一五六頁（新世紀、二〇一八年）。

- (107) 京野哲也「私人の名誉は公人の名誉より軽いか(1)」「(5・完)」判例タイムズ二二五〇号三頁、一二五一号七三頁、一二五二五号五一頁(二〇〇七年)、一二五四号四九頁(二〇〇八年)。
- (108) 京野・前掲注(107)(1)四五頁。
- (109) 「無名の、何の落ち度もないのに犯罪に巻き込まれた私人がメディアの餌食とされて侵害訴訟を提起した場合を想定すると、このような場合にも、真実性・誤信相当性基準によりつつ、犯罪に関する事実は公共の利害に関する事実のカテゴリカルに該当するとの解釈を採った場合には、被害者は容易に真実証明に晒されてしまう」京野・前掲注(107)(4)九六頁。
- (110) 京野・前掲注(107)(3)六二―六三頁。
- (111) 京野・前掲注(107)(5)五二―五三頁。
- (112) 京野・前掲注(107)(5)五五頁は、「私人が公的関心の対象となる場合」、「公的事項性が高い場合は下位類型としての変形」が存在し、その例として、「私人ではあるが、被疑者・被告人及び刑事事件が確定した者に関する報道」をあげている。これは、まさに「限定目的の非自発的公的人物」に該当するものと言えよう。
- (113) 吉野夏己「名誉毀損的表現の憲法上の価値」岡山大学法学会雑誌五六卷三・四号一八九頁注(1)(二〇〇七年)参照。同旨のものとして、松井茂記「マス・メディアと法」入門」一五三頁(弘文堂、一九八八年)。
- (114) 清水英夫「マス・メディアと名誉毀損」伊藤正己編『現代損害賠償法講座2』三二頁(日本評論社、一九七二年)。
- (115) 罵詈雑言について始澤真純「名誉保護に関する大審院判例の傾向」東洋法学五九卷一四三(二〇一五年)によれば、罵詈雑言とは新律綱領内に存在する名誉保護のための立法であり、これらは刑法典の前身であり、これが近代の名誉毀損を処罰する原型となった。
- (116) 「新政府が讒謗律に期待していたのは、人権の保護よりはむしろ政府に対する批判の抑圧であり、讒謗律には言論弾圧の治安法としての役割が期待されていたことである。」(平川・前掲注(1)三三―三三頁)。また、奥平康弘「日本出版警察法制の歴史的研究序説(4)」法律時報三九卷八号七一頁(一九六七年)は、「著作文章若クハ画図肖像ヲ用ヒ展覧シ若クハ発売シ若クハ貼シテ」とあり、「もっぱら出版犯罪たる性格をも」つものであったとする。
- (117) 平川・前掲注(1)三三頁。もつとも、讒謗律七条一項は、「国家の刑事司法の便宜に対する考慮として」(中野次雄『逐条改正刑法の研究』一八二頁(良書普及会、一九四八年)、制限的に、事実の真実性による免責規定たる性質をもつものとの解釈もある(手塚豊「讒謗律の廃止に関する一考察」法学研究四七卷一〇号三二頁(一九七四年)、なお平川・前掲注(1)三四頁注(5)参照)。

(118) 手塚・前掲注(117)二頁参照。

- (119) 始澤真純「名誉保障と表現の自由とその規制」東洋法学六〇巻一号二一〇～二二二頁（二〇一六年）参照。
- (120) 平川・前掲注（1）三四頁。
- (121) 清水・前掲注（114）三二頁。
- (122) 平川・前掲注（1）三四頁。
- (123) 中野・前掲注（117）一六七頁。
- (124) 建部・前掲注（67）七九～八〇頁。
- (125) 平川教授は、「戦前の憲法改正に伴う刑法改正の際には、……その改正案のなかには二三〇条ノ二を入れるという案はなかったようです。それを入れたのは、GHQから、表現の自由との関係上そういうものを入れるという指示がされたからようです。……臨時法制調査会では……名誉と表現の自由とが具体的にどういう関係にあるのかについて、とくに突っ込んで考えた形跡はなく、結局、仮案の規定をほとんどそっくりそのままこへ持ってくるというかたちで、事は解決されてしまった。」
- 「仮案の真実証明の規定は、国家非常時に名誉を尊び恥を知る風習を助長するために入れられたと言われていますし、小野先生の学説も、表現の自由と名誉ではなく、真実公表の社会的利益と虚名保護の利益との比較衡量の理論です。いずれも、表現の自由の保障を正面から受け止めたものではありません。わたくしは、表現の自由の保障が事実上ないに等しい旧憲法下に作られたこのような法律案や刑法解釈論が、憲法二一条の下における立法あるいは解釈として適切であるかどうかということ自体、やはり問題だったのではないかと感じています」（平川宗信の発言・「特集・名誉・プライバシーと表現の自由」法学セミナ一三八二号四三頁（一九八六年）参照）。そして、「立法論的には、刑法二三〇条の二は根本的に再検討される必要がある」とまで述べる（平川・前掲注（1）四二～四三頁）。
- (126) 最一小判昭和三四年五月七日刑集一三巻五号六四一頁。
- (127) 最大判昭和四四年六月二五日刑集二三巻七号九七五頁（夕刊和歌山時事事件）。
- (128) 大塚仁「刑法概説（各論）・改訂増補版」一四〇頁（有斐閣、一九九二年）。
- (129) 二三〇条の二の法的性格に関する議論の詳細については、主なものとして、専田泰孝「真実性の錯誤」西田典之ほか編ジュリスト「刑法の争点」一五四頁以下（二〇〇七年）、大塚ほか編「大コンメンタール刑法二巻・第二版」五五頁以下（青林書院、二〇〇三年）、山口厚「刑法各論・第二版」一四三～一四八頁（有斐閣、二〇一〇年）など参照。
- (130) 前田聡「名誉毀損における「相当性理論」の憲法的考察（一）」筑波法政三八号三四一頁（二〇〇五年）。
- (131) 松井・前掲注（2）九頁以下を参照。山田・前掲注（2）一二頁も「表現の自由の保障と名誉権の保護との調整として、刑法二三〇条の二の規定で本当に十分なものであろうか」という疑問を提起している。

(132) 奥平康弘「憲法裁判の可能性」一五六頁以下(岩波書店、一九九五年)堀部政男「名誉・プライバシーと表現の自由」内川芳美ほか編『言論の自由』一九三頁(東京大学出版会、一九七四年)参照。

(133) 西台満「犯罪報道と名誉毀損」秋田大学社会学部研究一四九頁、五一頁(一九九八年)。

(134) 平川・前掲注(一)八六頁。また、平川教授は、「名誉毀損罪は、他人に対する情報を広く流通させて人の名誉(情報環境)を侵害する犯罪であり、いわば情報流通犯罪である。したがって、それを処罰することは、『自由な情報流通(free flow of information)の権利』たる表現の自由の保障と正面から矛盾・衝突する」。最近の憲法学では、「憲法の基本構造である民主主義、国民主権ないし市民自治(self-government)の根本理念からこれをとらえ、これを市民自治実現のための政治的、手続的

権利として理解する傾向が著しい。すなわち、国民主権、市民自治の原理は、一人一人の市民が政治や社会、経済における諸々の事象について十分な判断を下すことが可能であることを前提条件としている。それには、当然のことながら、すべての市民が諸々の事象について十分な情報を利用することが可能であり、市民の「知る権利」、「自由な情報流通の権利」が最大限に保障されていることが必要である。かくして、今日、表現の自由は、市民自治の権利に基づく市民自由、市民福祉のための手続的権利たる「自由な情報流通の権利」として憲法構造上欠くことのできないものとされ、できる限りの保障が与えられるべきものとされている」と述べている(同一六八頁)。

(135) 前田・前掲注(75)二五八頁。また、相当性の理論について、本問題の核心が、名誉という人格権と表現の自由という憲法上の価値の衝突の調整にある以上、刑法三五条ないし実質的違法性判断による処理が合理的であることは否定し得ない。二三〇条の二の「真实性の証明」の要件は、微妙な利益衡量を盛り込むにはあまりに硬直したもので、まさにそのために学説が異様に複雑化してきたとも言えるのである。そして現時点に至っては、このような「判断の仕方・順序・枠組み」の合理性の争いを超えて、より根本的に「どのような結論が合理的なのか」を論ずる必要性が生じてきている。……問題は、「どのような場合に相当性が認められるのか」にある。そしてその解決は、刑法三五条(ないしは実質的違法性阻却事由)の場で計られるべきなのであると述べている。「なお、二三〇条の二は、相当な根拠を欠いても結果として真実であると証明されれば処罰しないと明示している。立法者の、このような政策判断は明確に「違憲」と言えるほどに不合理でもないであろう。そうだとすれば、二三〇条の二に三五条による正当化を補完する処罰阻却事由としての役割を認めていくのが合理的であろう。正当化はされずあくまで犯罪行為ではあるが、処罰は阻却される場合を認めるのである。ただし、その場合は立証責任は被告人の側にある」(同二五七・二五八)。

(136) 田宮裕「表現の自由と名誉の保護」中山研一ほか編『現代刑法講座 第五卷 現代社会と犯罪』一七六頁(一九八二年)。

(137) 藤木英雄「事実の真实性の誤信と名誉毀損罪」法学協会雑誌八六卷一〇号一一〇五頁、一一二〇頁(一九六九年)。

(138) 山口・前掲注(129)一四六頁。

(139) 大塚・前掲注(128)一三五頁参照。中野・前掲注(117)一六六―一六七頁など参照。

(140) 小粥・前掲注(71)三三三頁は、刑法の多数説を評して「洪々、事実的名誉の法的保護を承認しているようにみえる」と指摘する。前田雅英『刑法各論講義(第七版)』一三二頁(注7)(東京大学出版会、二〇二〇年)は、「虚名を剥ぐ行為に関しても、名誉毀損は考え得る。不当に高い、または誤った評価でも、『社会的評価』として存在している以上、尊重する必要がある。摘示事実の真实性を問題にしない以上、こう解さざるを得ない」とする。このほか、山口・前掲注(129)一三五頁も、虚名が保護に値するかについて「かなり疑問があるが」現行法において保護されていることに疑問の余地はないと説いている。この他、西田典之著・橋爪隆補訂『刑法各論・第七版』一二二頁(弘文堂、二〇一八年)、佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』七九頁(日本評論社、一九九六年)など参照。これに対して、町野朔「名誉毀損罪とプライバシー」石原ほか『現代刑罰法体系・第三卷 個人生活と刑罰』三〇六頁(日本評論社、一九八二年)は、「表現の自由を尊重し『真実をいう権利』を保障するためには、『真実の言論』に免責を与えるだけではまだ十分ではない。……『真実をいう権利』が実現され、社会の『知る権利』が満足されるためには、真実をいおうとする人びとの意欲を萎縮させ、自己検閲を強いることも避けられなければならない」という。

(141) 窪田充見『不法行為法・第二版』一二二頁(有斐閣、二〇一八年)。

(142) 前田・前掲注(130)三四三頁。この他、竹田稔「名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究」二頁(酒井書店、一九八二年)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えない」とする。同旨のものとして、中丸隆「名誉毀損」竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務体系(九)』五頁(青林書房、二〇〇一年)。

(143) 潮見・前掲注(80)一七五、一七八頁。広中俊雄「債権各論講義(第六版)」四五七頁(有斐閣、一九九四年)は、「真実を述べることは通常……、そうでない場合でも通常——名誉の侵害とならない(プライバシーの侵害となる可能性は別として……)」と述べている。

(144) 阪本昌成「名誉・プライバシーの侵害と表現の自由」ジュリスト九五九号三七頁(一九九〇年)。続けて、「虚偽事実の公表も、表現としての固有の価値をもつのではないか。というのは、事実は虚偽との対比のなかでくつきりと浮かび上がるものであるから。また、(ア)真偽判定は困難な業であって、虚偽の公表は表現の自由にとって不可避ではないか、(イ)表現の自由の思想は、その微妙な真偽の判定こそ、思想の自由市場に委ねたのではないか、(ウ)片や虚偽事実の公表を保護しないとしながら、他方虚名を保護することに、疑問はないか」と疑問を呈する。

(145) 京野・前掲注(107)(3)七四頁。

(146) 松井・前掲注2(二)三〇頁。松井教授は、「日本でも少なくとも公職者や公的人物の場合には、同様の保護が認められるべきであろう」とする(『日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇〇七年)四六〇頁。松井茂記「マス・メディア法入門」・第五版)一〇六頁(日本評論社、二〇一三年)。これに対しては、逆に、名誉毀損的な表現が行われることにより重大な損害を蒙るおそれのある被害者を救済するために、より厳格な免責の基準を認めるべき、つまり「無過失責任」に接近した責任を認めるべきだとの主張がなされている(近江幸治「民法講義Ⅵ・第二版」一三五―一三六頁(二〇〇七年))。

(147) 例えば、青木歳男弁護士は、「米国の現実的悪意の法理の核心である「私人公人二分論」を日本の裁判制度になじむ形で取り入れ、主張立証責任の転換や軽減……を図るべき」だと主張している(「スラップ概論」消費者法ニュース一〇六号九頁(二〇一六年))。なお、吉野夏己「『現実的悪意』の法理の再構成」法学セミナー七八〇号三七頁(二〇二〇年)参照。

(148) その他、相当性の法理から、「更に進んで、……行為者において摘示された事実が虚偽であることを知り又はその事実の真実性について重大な疑問を抱いていたことを被害者が主張、立証しない限り、不法行為は成立しないものと解すべき筋合のものではない……」ただし、この問題は、人格権としての個人の名誉の保護と基本的人権としての表現の自由との調和と均衡にかかわる問題であり、この調整を図ったのが刑法第二三〇条ノ二の規定であるから、その法意に即して解するのを相当とするからである」(東京地判昭和五四年三月二二日判例時報九一九号二三頁、「報道の自由はもとより尊重されなければならないが、かたわら被報道者の人権も不必要に侵されてはならないのであり、前記「真実と信ずべき相当の理由」がないとされる場合に重ねて右の要件(※現実的悪意)を必要とする理由はない」(大阪地判昭和五四年九月二八日判例時報九五六号八六頁)、「不法行為の成立については過失で足りるとするのが現行法(民法第七〇九条)の態度であるから、『現実的悪意』がないかぎり免責されるべきであるとの被告の主張は到底採用できない」(東京地判昭和六二年一月二〇日判例時報一二五八号二二頁)、「民事上の不法行為である名誉毀損において報道内容の真実性ないし報道内容を真実と信じたことについての相当性は、違法性ないし責任の阻却事由であり、その立証責任は真実性ないし相当性の存在を主張する側にある」ということは、従来から最高裁判所の明らかにしているところであるから……本件において、原告が、被告らが本件記事内容が虚偽であることにつき悪意または重過失があったことの立証責任を負うべきであるという趣旨ならば、当裁判所は右主張を採用するものではない」(東京地判平成八年二月二二日判例時報一五六五号一二五頁)、被告は現実的悪意の適用を主張するが「民事上の不法行為である名誉毀損において、当該表現内容の真実性ないし表現内容を真実と信じたことの相当性は、違法性ないし責任の阻却事由であり、その主張・立証責任は、当該表現行為に及んだ者の側にあると解すべきであるから、これに反する被告の主張は採用することができない」(前橋地判平成一三年六月二二日・LLI/DB判例秘書登載)、「現実的悪意の法理」は、実定法上の

根拠もなく不法行為の要件を加重するものであるばかりでなく、表現の自由と名誉権との調整の法理としては前者の保護を重視するあまり後者を軽視するものであって、これを採用することができない」(東京地判平成一五年八月一八日(LEI/DB判例秘書登載))、「被告Yは、本件においては、表現行為が現実の悪意をもつてなされたときに限り、名誉毀損が成立する旨主張するけれども、不法行為の成立については過失で足りるとするのが現行法(民法七〇九条)の態度であるから、これに反する被告Yの上記主張は採用できない」(東京地判平成二二年一月一六日(LEI/DB判例秘書登載))などがある。

(149) 吉野・前掲注(147)三九頁参照。

(150) 高橋教授は、アメリカの判例理論たる「現実の悪意」基準は、名誉毀損のサンクシヨンの大きさに対応しており、日本におけるサンクシヨンの程度は、刑事制裁にせよ民事制裁にせよ、アメリカとは比較にならないほど軽いのが、実務の実態である。刑事についていえば、刑法上は「三年以下の懲役若しくは禁錮又は五〇万円以下の罰金」(二三〇条)が規定されているが、実際に実刑が科されるのは稀である。また、民事の損害賠償では、賠償額が一〇〇万円を超す判決は例外的である……。これでは、畏縮効果を深刻に考えねばならない状況にあるとはとても思えない。したがって、サンクシヨンをこのようにしたままで「現実の悪意」基準を導入すれば、名誉の保護を過度に犠牲にすることになる。現段階では「相当の理由」の柔軟な解釈により対応するのも一つの考え方であろうとされる(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・鈴木秀美「インターネットと法」第四版)五九頁(有斐閣、二〇一〇年)、同「メディアの『特権』は、フリー」ではない」ジュリスト二二三〇号五八頁(二〇〇二年)参照)。

また、赤坂教授も、「現実の悪意の法理を採用すべきだとする提言が、刑法二三〇条の二をそう解釈せよと主張しているのか、民事に関しては刑法二三〇条の二を準用する必要はないと主張しているのか、刑法二三〇条の二は表現の自由と名誉権との調整を誤っているので違憲だと主張しているのか、この点は必ずしも明確ではない。二三〇条の二の文言を現実の悪意の法理のように読むのは難しいこと、市民間の名誉毀損は民事訴訟で争うのが本則なので、刑事よりも民事免責事由について被害者側に立証責任を負わせて、被害者に民事訴訟ではなく刑事告訴を選択する誘因を与えるのは合理的とはいえないこと、等価値的な憲法上の権利である表現の自由と名誉権との調整方法には選択の幅があり、刑法二三〇条の二の調整を違憲とまではいえないと思われること、現に明示的な違憲論はまったく存在しないこと、これらの点を考慮すると、現実の悪意の法理説には無理がある」とする(赤坂正浩「憲法講義(人権)」(信山社、二〇一一年)六二―六三頁)。また、中野目善則「表現の自由と名誉の保護」川村学園女子大学研究紀要四卷一号一七頁も否定説に立つ。

(151) 阪口・前掲注(69)三七二―三七三頁。

(152) 清水・前掲注(31)二五一頁。

- (153) 平田浩「判解」法曹時報四二卷三号一六〇頁(一九九〇年)。
- (154) 阪本昌成「判批」判例時報一二七六号一九〇頁。しかし、最高裁判例は、相当性の法理、公正な論評の法理を認めており、実定法の根拠を欠くことが否定する決定的な理由とはなりえないはずである。
- (155) 坂口・前掲注(69)三七三頁、中野目・前掲注(150)一二四頁。
- (156) 阪本・前掲注(28)三四九頁。
- (157) 毛利・前掲注(17)二四〇頁。
- (158) 松井・前掲注(2)二二一～二二二頁、二二六～二二九頁参照。なお、「報道機関は特別の調査権限を有しておらず、報道の迅速性が要請されることから、裏付け資料に高度の確実性は要求できず、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、または根拠があることをもって十分である」と緩和した裁判例(東京高判昭和五三年九月二八日判例タイムズ三七二号八五頁)があるが、相当性の法理に関する「実際の裁判例は「確実な資料、根拠」を厳格に解し、裏付け取材がなかったり、一方的情報を用いるのみにした場合には、相当の理由を認めていない」(六戸常寿「言論空間への認識は妥当か」新聞研究七〇七号六九頁(二〇一〇年)参照)。
- (159) 阪口・前掲注(69)三五五頁は、同判決を「民主的な政治過程の維持」と評価している。駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回」三三三頁(日本評論社、二〇一三年)は、「北方ジャーナル事件判決では、人格権としての名誉毀損は表現の自由との衡量にさらされた。この点、本判決は、表現の自由という価値原理が象徴としている民主主義的社会象を重視し、公共的利害をめぐる表現の優位という形で衡量に決着をつけたのである」と評価している。
- (160) 上出浩「合衆国連邦最高裁判決に見る二〇世紀中葉の『プレス自由』観」立命館法学三二二号一三五頁(二〇〇七年)も、公の事柄につき「萎縮効果」を防ぐための「息づく空間」を保障する——すなわち一定の「誤り」を保障範囲にいれる——ために、具体的な基準として提示されたのが、現実的悪意(actual malice)の法理である」とする。萎縮効果論に対する批判も多い(中野目・前掲注(150)一二四頁)。なお、言論の価値は、その言論にこめられた固有の価値や害悪によって決められているにもかかわらず、話者の意図によってその価値を決定することに対する伝統的な回答は萎縮の効果論であると思われる(この議論については、東川浩二「現実の悪意と萎縮効果論の再検討」(二〇一四—二)アメリカ法三九九頁以下参照)。
- (161) 松井・前掲注(2)二二四～二二五頁。これに対して、加藤俊治「判批」研修七四四号二五頁(二〇一〇年)は、「反論の可能性」、あるいは、「後に回復できる可能性」を理由に法益侵害を正当化できるのかについて疑問だとしている。
- (162) 高橋・前掲注(150)「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」六五～六六頁。なお、日本では、最判一小判昭和五十六年四月二六日刑集三五卷三号八四頁(月刊ペン事件)は、反論のためのメディアへのアクセスの可能性には直接言及していない。

これは、事件が刑法二三〇条の二第一項の適用の有無という問題設定で議論されたためにこのような結果となったと思われるが、それにしても、日本の最高裁判所には、「言論の弊害に対しては対抗言論で対処するのが原則」という考えが必ずしも十分には受け入れられていないという。しかし、同判決は、公共性の判断要素として公人を捉えるもので、公的人物の判断要素として公的論争を捉えるガッツ判決とベクトルが異なる。

(163) 高橋・前掲注(150)「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」七〇頁注(14)、三代川邦夫「名誉毀損と対抗言論の法理」学習院大学大学院法学研究科法学論集二〇・二二一頁(二〇一四年)参照。

(164) 山口成樹「判批」ジュリスト・メディア判例百選二二七頁(二〇〇五年)は、「対抗言論の法理が妥当するのは、意見なし論評の表明による名誉毀損には限られよう」と述べる。

(165) 最一小判昭和三八年四月一六日民集一七卷三三九四七六頁。佃・前掲注(83)五六七頁参照。

(166) 高橋・前掲注(150)「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」七〇頁注(14)、佃・前掲注(83)二〇五―二〇六頁。

(167) 高橋・前掲注(150)「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」六五頁。

(168) 東京高判平成二二年一月三〇日判例タイムズ一三〇九号九一頁は一番判決を覆し、最一小決平成二二年三月一五日刑集六四卷二二一頁も高裁判決を維持した。

(169) 高橋・前掲注(150)「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」六七頁。なお、オンラインが問題となった裁判例として、東京地判平成一三年八月二七日判例時報一七七八号九〇頁、東京地判平成一四年六月二六日判例時報一八一〇号七八頁、東京高判平成一四年二月二五日判例時報一八一六号五二頁、東京地判平成二〇一年一月一日判例タイムズ二二八八号一三四頁などがある。

(170) ネット上の言論の特色について、園田寿「情報社会と刑法」八六―八七頁(成文堂、二〇一一年)は、「ネット空間での発言は基本的に匿名であり、情報発信が容易である反面、発信段階で他者によるチェックがかからない。思いつきでの軽い意見表明も多い。しかも、そこでのコミュニケーションが、基本的に文字だけのコミュニケーションであることから、稚拙な表現に起因した誤解も生じやすい。現実世界ならば、表情や身振り手振り、言葉の抑揚など、アナログ的な要素に言葉を載せて相手に伝えるのであるが、デジタルな表現では、言葉にならない背景的な要素が捨象され(実はそのような要素が人と人とのコミュニケーションにおいては本質的であると思われるのだが、内容がストレートなものになりやすく、時には読み手に対して思わぬ誤解を与えることもある。よくあるケースであるが、掲示板などで議論が始まり、実のない乾いたコミュニケーションが続くと、突然、枯れ草に火が付いたように、書かれる言葉が荒れ出して、互いに無意味な罵倒が続き、最終的には汚い言葉を投げ合った人格攻撃に至ることがある。これは、『フレーミング』(炎上)と呼ばれるネット空間に特有の現象である。：

：このようなフレーミング現象に対して、名誉毀損に関する伝統的な法理がストリートに妥当するかについては、まさに本判決が述べるように検討に値する問題である」とまとめている。なお、潮見直之「情報社会と名誉毀損」竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務体系九 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』五八頁（青林書院、二〇〇一年）、岡根好彦「現実的悪意」の法理のコンピューター・ネットワーク上への適用」法学政治学論究九二号一九七頁（二〇一二年）参照。

(171) 岡根・前掲注(55)九四～九五頁。

(172) 橋本住幸「判批」判例時報一八〇九号一八二頁（二〇〇三年）。

(173) 高橋・前掲注(150)「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」六八頁注(11)。

(174) 岡口基一「要件事実マニユアル 下・第三版」一八二頁（ぎょうせい 二〇〇六年）。なお、違法性を成立要件とするかについて、静岡県弁護士会編「新版 情報化時代の名誉毀損・プライバシー侵害をめぐる法律と実務」（ぎょうせい 二〇〇九年）七頁参照。

(175) 筆者は、相当性の法理と公的人物の抗弁の併存を認めても差し支えないのではないかと考えている。

(176) 公的人物を違法性阻却事由と捉えるものとして、井上繁規「名誉毀損による慰謝料算定の定型化及び定額化の試論」判例タイムズ一〇七〇号一六頁（二〇〇一年）。

(177) 匿名コメント・判例時報二三七三三五六頁参照。その他、東京地判平成二七年一〇月三〇日判例時報二二九八号五八頁も、「陳述書の作成が相手方当事者との関係で違法と評価されるためには、その記載内容が客観的な裏付けを欠く（客観的裏付けのあることを立証できない場合を含む）」というだけでは足りず、少なくとも、陳述書に記載された事実が虚偽であること、あるいは、判断等の根拠とされた資料に看過できない誤りがあり、作成者がその誤りを知り又は当然に知り得たことを要する」と判示し、東京地判平成一九年七月二〇日（LLI/DB判例秘書登載）も、「訴訟の当事者がその攻撃防御のために提出した陳述書に記載された内容が、事実的又は法律的根拠を欠くものであったとしても、当該当事者あるいは陳述書作成者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて当該陳述書を提出したなど、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合に限って、相手方に対する違法な行為となる」と判示している。平成三〇年判決は、違法性を認めるための主観的要件を故意の場合に限定しているのに対して、平成一九年及び平成二七年判決は（重）過失の場合にも違法性を認めている。

(178) 「「公人か私人か」という議論は、わが国においては、少なくとも法的にはあまり実益のある議論ではない」、「名誉・プライバシーと表現の自由との調整は、人物の社会的地位や属性から一義的に図りうるものではないのであり、したがって、ある人が「公人か私人か」という議論は、もともと議論の立て方として不完全である」との見解も存する（佃・前掲注(83)四七三、

四七四頁。

(179) 吉野・前掲注(57)三三頁。

(180) 特別の公的論争に引き込まれた「非自発的公的人物」の概念も、一定のリスクを伴う行為を引き受けた場合に肯定されるべきであろう。無意識であれ、公衆の注目を招く行為を行った者で、例えば、犯罪組織と交際している人物や、自らの言動で銃撃事件の容疑者とされた者などがある。

(181) 京野・前掲注(107)(1)四八～四九頁も、二つの類型を分ける五つのメルクマールが提示される(①自らその地位・立場に就いたか否か(自発性)②その地位・立場に何らかの権限が伴うか否か(権限性)③その地位・立場にあることにより何らかの利益を受けているか否か(受益性)④反論しうる力やアクセスがあるか否か(反論可能性)⑤普通の市民も容易にその地位・立場に立つことがありうるか否か(立場の相互性))。そして、これら五つのメルクマールにあてはめて考え、典型的な公人・典型的な私人、その他に分類し、緩やかな類型化を図るべきだとされているのである。

(182) 吉野夏己「民事名誉毀損訴訟における『公的人物』と『法人』」岡山大学法学会雑誌六一巻三号一頁(二〇一二年) 参照。

(183) 市川正人「法曹実務にとつての近代立憲主義(第三回)」判例時報二二八一号四頁(二〇一六年) 参照。

※本研究はJSPS 科研費 21K01128の研究成果の一部である。