

名誉毀損訴訟と弁護士の役割

梓澤和幸

本稿の概要と執筆のねらい

筆者は青年法律家協会や弁護士会における報道被害の実態調査や提言活動、個人情報保護法制定にかんする議論、NHKへの政治介入などの問題に関する議論に参加し、個別の名誉毀損事件における体験を重ねて来た。それらを拙著『報道被害』（岩波書店 2007年）にまとめた。

本稿はそれらの経験をうけ、とくに最近の名誉毀損訴訟における原告訴訟代理人としての活動の中で発見した法律的論点や実務上の問題点について、「実務と理論の架橋」の意欲をもって、論点を絞ってまとめた。

実務の現状を叙述するにとどまらず、憲法と民法と、実務の分野にクロスする論点について問題を提起するよう努めたつもりである。

はじめに

法科大学院では、実務と理論の架橋ということが強調される。この稿を起こす目的は、日々の実践の中で生起する理論上の問題を整理し、それを自らの実践にもう一度帰してみたいと願うからであり、このメディアの性格上、読者の中に含まれる院生にとって、日常の大変な量の勉強の意味を明らかにすることによって勉学への刺激や助力となることを願うからである。名誉毀損訴訟では、本稿で取り上げる論点以外にも論究すべきことは少なくないが、最近の訴

訟実務の中で、特に直面する実務上、理論上の問題に絞ってノートしておきたいと考える。

第1章 法律相談から訴訟手続きへ

名誉毀損の被害者の法律相談も他の分野の場合と共通する注意事項があるのだが、この分野でとくに留意すべきと考えることがあるので、ここに記しておきたい。

第1に、当事者が深く傷ついていることをあらかじめ認識することである。人は、幼少期、思春期、青年期、成年期、成熟期、老年と、それぞれの時期の自己葛藤、学校、職場、地域での交友を経て、自分の人格を形成してきている。人格形成のプロセスを通じて、自己と社会による評価を形成してきている。それは生きていく力でもある。名誉毀損はそれを一挙に破壊する人権侵害である。ありもしない事実で、不特定多数の人々に自分がコントロールできない自己像がつくられているという不安の深さに思いをいたしたい。また、居住圏、職業圏において行き交う人々に挨拶をしても目をそらされ、凍るような視線を向けられる場面と被害者の内面を想像されたい。

名誉毀損の法律相談における弁護士の役割は、この苦しみをまず受容し、受け入れることである。

第2は、名誉毀損の被害者が悲しみと苦しみの中から立ち上がることへのサポート（援助）をすることである。人によっては多少の名誉毀損くらい無視してやり過ごせばいいではないか、という考え方もあるだろう。しかし、法律事務所の門をたたくような人々は、第1に述べたような屈辱に耐えられない、立ち上がって自分を傷つけたものと闘わなければ生きていけない、という人なのである。中にはさもなくば死ぬだけだ、という人もいる。また、当該の名誉毀損の故に、日々の生計に影響が出ている場合もある。

こうした状況にある人々の相談を受けた弁護士の役割の眼目は、被害者とともに、訴訟をすることが被害者にとってもつ意味を明らかにすることである。

第3に、専門的な知見を提供し、立ち上がった場合の利害、得失について当事者と議論することである。

認容される損害額が少なく、労多く、弁護士費用だけがかかるから名誉毀損訴訟はやるだけ損だ、という意見を法律専門家からさえ聞くことがあるが、俗論である。

確かに、名誉毀損によって失った経済的損害の完全回復には至ることは残念ながら少ない。しかし、最近の損害賠償額は若干の改善をみているし、第一、失われた自己像の回復と、自分らしく生きていくこと、そのことによって訴訟を意味あるものにするこゝこそ重要なのである。

それを考えたときに、提訴に踏み切るか、仮処分か、BROなどのADR⁽¹⁾に持ち込むかを当事者が決定するためのインフォメーションとして、後記の差し止め、損害賠償額の実務水準を知っておく必要がある。また、後述する被告側の真実性、真実相当性の抗弁の主張、立証によって勝敗の見通しがどうなるか、ある程度、確定できる専門的力量が要求される。

ランビック（報道被害救済弁護士ネットワーク FAX 03-3351-6066 URL: <http://lamvic.j-all.com/>）⁽²⁾などに加入したり、相談して研鑽を積むことも考えてよいだろう。

第2章 名誉毀損訴訟のひとつの分類——事実摘示型と意見論評型民事名誉毀損の要件事実

(1) 民事名誉毀損は事実摘示型に限定されない。

刑事名誉毀損の構成要件は、1. 公然事実を摘示し、2. 人の、3. 名誉を毀損することである（刑法230条の2 1項）。この構成要件に影響されて、民事名誉毀損においても、事実摘示を伴う名誉毀損だけが名誉毀損であるとの誤

解がときに存在する。しかし、民事名誉毀損の要件としては、事実摘示があることは必須ではなく、論評ないし意見表明によるものも含むとされている。
(大判 明治 43年11月2日 民録 16輯745ページ)

(2) 事実摘示型と意見論評型の峻別規範

事実摘示型と意見論評型では、名誉毀損の発生要件、抗弁も違うので訴訟の進行見通しが異なる。もちろん実際の訴訟では両方がからみあって主張されるのだが、基本型としてはあくまでこの二つを峻別して見通しをたてることが大切である。

事実摘示にいう事実とは、証拠によって証明できる事実のことであり、意見とは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に関する叙述である（最判平成9年9月9日は峻別規範の定義を避けるように読める。この事件の原審である東京高裁平成6年1月27日判決理由二1判例時報1502号114ページ以下で峻別規範が言及され、最高裁平成16年7月15日 第一小法廷判決 判例時報1870号15ページ以下、メディア判例百選37ケースによって定式化された）。

ここで、実践上事実摘示型と意見論評型の峻別が重要な意味を持つ理由に触れる。

意見論評型の場合、その背景には、意見を言うことは仮に他人にとって、痛手・痛みを伴うことがあっても、それが人身攻撃に当たる不当なものでない限り、それは表現の自由によって保障される権利であるというフェアコメントの法理がある。

いいかえると、ある表現が意見である限り、（前記のとおり意見であっても判例によれば民事名誉毀損は成立するのであるが）できるだけその表明の自由は保障しようという考慮が働くのである。

したがって、依頼人からある言説が名誉毀損になるかどうかの相談を受け、

問題となる言説につき、これは酷いと思ったときでも、それが事実摘示型として構成できないかどうかの分析は極めて重要である。筆者が経験して来た週刊誌などのメディアの名誉毀損的言説を想起しても、それぞれの記事は相当に研究されていて事実摘示型と捉えられないように表現されていることが少なくない。

架空の例であるが、少し事例に即して検討してみよう。「A医師はやぶ医者だ。」との見出しに続いて、今の医師の医療水準が色々解説され、それはそれとして、物語になっている記事があるとする。その中に、ほんの一行だけ「A医師は、このどのランクにもないひどい医師だ。患者遺族の一人は、こう言う。」として、ひどい医療を受けたとの具体的事実が一行だけ書いてあったりするがそれが虚偽だったとする。

こういう記事に、出会ったとき、この中からどの事実を名誉毀損として前面に押し出すのか、記事全文を読んだ印象からして、つい、全体としての物語の名誉毀損性を強調する請求原因事実を書いてしまいがちだが、被告の訴訟対応を考え、争点がどうなってゆくかを想定しつつ、請求原因を構成するということが不可欠である。

そしてその考慮としては、とりあげる名誉毀損言説のうち、名誉を毀損する（いいかえると社会的評価を低下させる）事実を的確に指摘することが肝要なのである。

裁判官の論稿で訴訟類型ごとの訴訟指揮についての研究があり、名誉毀損部分を特定せずに、問題とする雑誌、新聞の記事をそのまま漫然と記載している請求原因については、被告への不意打ちをさけるため、できるだけどの事実摘示や意見論評を名誉毀損として訴訟をおこしたのか、原告側に釈明すべきだとしたものがある（判例タイムズ2001年10月15日号48ページ「訴訟類型別審理計画の指針」“第6 名誉毀損訴訟”東京地方裁判所プラクティス委員会）。

裁判所に指摘されなくとも、レベルの高い請求原因の構成をしたいものである。

訴訟戦術上、訴状の請求原因は事実摘示部分に絞り、意見による名誉毀損の叙述をバツサリ切り落とすことも考慮することがある。もちろんそのような場合も、周辺事情の中にその部分を書いたり、違法性の箇所で強調したりという工夫はあり得るのだが……。言うは易いが、実はこの作業は簡単ではなく、経験を重ねてゆく中で鍛えてゆくというほかないが、ひとつの学習方法としては、判例集やデータベースによる判例検索にもとづき著名事件の下級審裁判例における双方当事者の主張の交換部分を研究することも訓練のひとつの方法と言えよう。

さらに言えばもっともよいのは先輩法律家とともに共同の弁護団に誘っていただいで参加し、切磋琢磨の機会を持つことも考えられる。

筆者もいくつかの名誉毀損事件で共同の弁護団を作り、同僚やキャリアの若い弁護士とともに訴訟遂行をしてきたがその中での議論で学ぶところが多かった。

第3章 訴訟の争点と〈型〉峻別の意味

二つの型の峻別により、訴訟の争点の想定は変わってくる。

事実摘示型名誉毀損では、原告が請求原因であげた名誉毀損事実につき、被告は摘示された事実の真实性、または、真実相当性を立証しなければならない。一方意見論評型では、被告は意見論評基礎事実の真实性、真実相当性を主張、立証する責任を負担することになる。

(意見論評基礎事実とは、意見表明する者は他人の行為、人格について評価を下すときその意見の根拠となる事実の認識をもっていることが多いがその根拠となる事実をいう。)

争点がこのように分かれるのは、民事実体法上、違法性阻却事由が異なるからである。

事実摘示型では、名誉毀損があった場合でも指摘した事実が真実であるか

(真実性) 真実であると信ずる相当の事由があったとき(真実相当性)には、名誉毀損たる不法行為の違法性が阻却される(署名狂やら殺人前科事件 最高裁昭和41年6月23日 判例時報453号29ページ)。

前述のように、意見により社会的評価を低下させたときは、要件事実としてはそれだけで民事名誉毀損は成立する。事実摘示型と異なるのは被告側の抗弁である。意見論評型の名誉毀損を行った被告は、その行為がもつばら、①公益を図る目的であり、②人身攻撃にあたるものでないこと、③意見論評の基礎となっている事実(意見論評基礎事実)が真実であるか、仮に右事実が真実でないとしても、その事実を真実だと信ずる相当の事由があったとの抗弁事実を主張し、これを立証しなければならない。この法理は最高裁平成元年12月21日一小判決(判例時報 1354号88ページ)の公正な論評に関する判旨によるものである(メディア判例百選 70ページ 渋谷秀樹解説参照)。前述したが、意見を表明することはもともと表現の自由により保障されており、仮にその意見が相手方の社会的評価を低下させるとしても、それが人身攻撃にわたる不当なものでない限り、なおその自由を保障されるという思想に基づく。

その上で、自由な意見表明といえども、それが公益を図る目的でなく人身攻撃におよび、意見論評基礎事実我真実性がないときは、言論の法的責任をとることを要求されるというものであって、表現の自由と人格権保障とのある種のバランスを図る思想に裏付けられているといえよう。前述のとおり、原告側に立った場合、名誉毀損言説が意見論評型ではなく、事実摘示型であるという風に構成した方が有利なのは、意見表明は基本的に自由だという原理を乗り越えることが容易でないことによる。これを別の方向からみると訴訟の見通しを立てる上で、加害者が摘示した事実の真実性を証明できるかどうかの見通しを立てる方がより容易であるということである。

(なお、意見論評による名誉毀損の請求原因と抗弁の振り分けが上記の通りでよいか、表現の自由保障からみた要件事実構成に関する憲法の側面からみた

検討は、なお必要と思うがそれは別の機会に譲りたい。)

第4章 名誉毀損による損害の評価と回復

すでに述べてきたように、名誉毀損による人格権侵害は人の社会的生存にかかわる重大なものである。名誉毀損訴訟では、被告の民事責任の成立の主張立証に多大なエネルギーを要するところから、損害論の主張立証についてはつい息切れ状態になりかねない。しかし原告は、自己の社会的評価の回復のために立ち上がったのであり、代理人弁護士はその人格権回復までともに走り続けなければならないのである。そこで損害の主張立証、さらには失われた名誉の回復のために何ができるのかを改めて考えなければならない。

実際の手続きの中で損害論にどのように取り組むかについて論じていきたい。

損害の評価（損害賠償額）の主張と立証について

名誉毀損によって失われた社会的評価とそのことによる自己像の喪失という精神的損害の評価をどのように考えるべきなのだろうか。損害賠償額の到達水準や改善の方向については日弁連人権大会基調報告や、千葉県弁護士会編「慰謝料算定の実務」（ぎょうせい 2002年）53ページ以下 第3章「名誉毀損・プライバシー侵害」など、弁護士会による研究にも貴重なものがあるが、裁判所による名誉毀損評価のあり方に関連して注目したいのは元裁判官ならびに現職裁判官が発表した研究である。代表的なものとして次の3つを挙げる。

第1は、「名誉毀損による損害額の算定について」（判例タイムズ2001年5月15日号塩崎勤 論文）であり、第2は、東京地方裁判所損害賠償訴訟研究会（ジュリスト2001年10月1日号「マスメディアによる名誉毀損訴訟の研究と提言」）第3に、（判例タイムズ2001年11月15日号「損害賠償請求訴訟における損害額の算定」“平成13年度損害賠償事務研究会結果要旨（司法研修所）”）であ

る。

これらの研究で共通しているのは、従来の名誉毀損訴訟の損害賠償認容額が低きに失していたとの評価であり、今後その評価を改善すべきだということである。そしてだいたいの目安として、1件あたり500万円の認容を目安とすべきとしているのが注目される。表現の自由萎縮をもたらすとの立場から、このような裁判官、元裁判官らの論考に警戒感を表明する有力なジャーナリスト、メディア論の研究者もいる（たとえば飯室勝彦「最高裁が誘導した慰謝料の高騰」、飯室勝彦、赤尾光史編「包囲されたメディア」）。政治家、高級公務員、大企業経営者の権力犯罪や非行など社会的批判にさらされても止むを得ないような事項に関する記事（例えばリクルート事件の際の政治家たちについての調査報道）について、損害論高額化によりマスメディアの筆が鈍ることがあってはならない。その点の配慮が必要なことについては筆者也賛成である。しかし、通常の刑事事件の被疑者被告人、冤罪当事者、犯罪被害者など一般私人の人格権侵害の損害評価にあたっては、前記諸研究は生かすべき内容を含んでいると考えるものである。

そこで、1件当たり500万円を目安とするとの提言について検討を加えてみたい。

第1に、交通事故の死亡被害の場合の評価とのバランスがある。死亡被害の場合、2500万円から3000万円の慰謝料（東京三弁護士会交通事故処理委員会編「交通事故損害賠償算定基準」（赤い本））が標準とされている。この金額がこれで十分だと筆者は考えているわけではないが、しかし現実の裁判ではこの目安で運用されていることを考えると、この金額の4分の1よりやや低めのところに設定され、日本人労働者の平均年収額とほぼ同額の金額となるこの500万円は、一応妥当なものとする。

第2に、実際に損害賠償請求訴訟を遂行してみると、原告当事者の勝訴のために要する時間的、経済的エネルギーは一審から上告審までを通算すればこの金額でも足りないほどであることを考えるべきだと思う。名誉の回復のために

これだけの時間を要し、その間、自らの職業上の労務を十分遂行できないわけであるから、その事情を慰謝料の中に包含することがあってもよい。一般に、当事者が訴訟遂行のために要した時間的損失は損害論の中に包含しないことが実務の考え方ではある。失われた人格権としての名誉を勝訴判決によりようやく回復できるのである。この目標について実際に死力を尽くさなければならぬ以上、金銭賠償により、加害者と被害者の衡平をはかるといふ不法行為の制度趣旨にてらして、原告当事者が損害回復のために費やした時間的損失を慰謝料算定事情の中に含めて考えてもよいだろう。そのためには、相談のときから原告がどれだけ時間を要しているかを日記的に記録し、それを立証に用いることも考えてもよいのではないか。

第3に労働者の年間平均所得に該当する金額を払う責任があるとの認定がされることにより、一定の社会的反響が起こるが、それが回復困難な社会的評価の低下回復に役立つ効果がある。

以上の3点から、前記先行研究の500万円を目安とするとの提言につき、一般私人に関連する部分についてとの留保を付して賛同する。それでは政治家、高級公務員への批判的報道についてはどう考えるかという問題が残されるが、この点については損害論だけでなく、民事責任成立論（抗弁）としてニューヨークタイムズ VS サリヴァン事件合衆国連邦最高裁判決（N. Y. Times vs Sullivan 376 US 254 (1964)）で示された論理を参考にした法理の研究を提案したい。すなわち、公的人物に関するメディアの報道の自由を拡大する「actual malice or reckless disregard rule」（現実の悪意）の法理を参考にして「署名狂やら殺人前科」事件判例（最判昭和41.6.23）で示された真実相当性法理の再検討を研究すべきだと考える。ここでは問題提起にとどめる。

次に、ここでは傍論になるが、弁護士費用の認容についても提言したい。名誉毀損訴訟の実務の苛烈さからすると、今行われている認容金額の5%から1割の弁護士費用の認定は低廉に過ぎると考える。原告側弁護士は原告と同様、どれだけ時間を要したかを記録に日誌的に記載し、それを最終準備書面の主

張と最終的な提出書類に含めてもよいだろう。

以上の損害の主張立証を終えて、口頭弁論の最終段階をむかえる。この段階で、最終準備書面をまとめるのであるが、責任の成立、被告抗弁の批判の後、損害主張をまとめる際、原告側弁護士としては、もう一度原告がなぜ、この訴訟に立ち上がらざるを得なかったか、その最初の動機に立ち返り、また原告の人生の中でこの名誉毀損が行われたことがいかなる意味を持ったかをもう一度振り返ってみることが大切だと思う。そしてその訴訟に独特に内在している原告が被った打撃、衝撃、肉体的、精神的苦痛を掘り起こしてまとめるのである。大切なことは憲法13条にいう人格権、憲法前文の重大な価値である基本的人権は、回復されなければならないということをオウム返しにではなく、原告本人の内面の真髓にまでさかのぼって準備書面を書き下ろすことでなければならない。次に損害の回復である。損害賠償金額を実際に受領することはもちろんであるが、勝訴判決を得たときのプレスキャンペーンは不可欠である。原告の名誉回復が訴訟の眼目であることは繰り返し述べた。

今、筆者が携わった訴訟の原告のご本人たち、お一人お一人の表情と言葉を思い浮かべるに、原告の人たちは真に金銭賠償が問題ではなく、いま一度自分が生きる社会に復活することを願っているのである。

名誉毀損訴訟についてメディアの関心は小さくない。したがって大きな報道がなされることは、必定であるが、どのような論理で勝ったか名誉毀損言説のどこが虚偽であったか。それを裁判所がどのような言葉で表現しているかを正確に記者の人たちに理解してもらい、新聞の紙面やテレビ、雑誌にそれが正しく報道されるよう努力を尽くすべきであろう。したがって、実務家としては判決の言い渡しの日はほとんど全部時間をあけて、判決の要旨のまとめ、解説コメント、プレスリリース、レクチャー、問い合わせへの対応などの体制をとることになる。このようにしてはじめて原告の社会的評価は十分にではないが、幾分の回復を見るのである。

第5章 差し止めの実務と理論——人格権構成

出版差し止め、仮処分の実務がいかに行われているかについての筆者と周辺弁護士の体験に即して書いた実務理論ノートは、すでに「表現の自由とプライバシー」(田島泰彦、山野目章夫、右崎正博編者 日本評論社 2006年) 89ページ以下において、「差し止めの現状と問題点、実務の視点から」とのタイトルで拙論として発表した。同論文で触れた点については、繰り返しを避け、関心あるむきには同書の論文をご参照いただきたい。ここでは、上記論文において触れていない、最近の経験の中で気がついた問題点に触れておきたい。ここで付け加えておきたいのは、

- 1 仮処分実務における裁判所と債権者代理人との対応⁽³⁾
 - 2 差し止め申請実務の理論構成
 - 3 差し止め要件
 - 4 差し止めと表現の自由とのバランス
- などの問題である。順次触れていきたい。

(1) 裁判所との対応について

仮処分の申請を行うと、筆者が仮処分申請実務を行う場である東京地方裁判所民事9部においては、大体的場合、即日初回面接が設定され、審尋期日が指定され、近接した日時に債務者代理人、編集幹部等が出席して対面することになる。

その際、緊急時においては電話にて裁判所から債務者側を、ある場合には、即日または、翌日に緊急に審尋への呼び出しをすることもある。このことについては、前記の論文で詳しく述べた。問題は、緊急な事件を受任した場合の当事者との関係、そして、裁判所、債務者との現場における緊迫した対応である。多くの場合、債権者側(即ち名誉毀損、プライバシー侵害の被害者)は、人生最大の困難に直面して深刻な表情をしていることが少なくない。短い時間

に即日呼び出しや近い時点での呼び出しが実現できるか、債権者の緊迫した事情、被保全権利の成立の可能性、保全の必要性を裁判官が理解してその方向で審尋を進行してくれるかどうか、極めて緊迫した手続の進行の見通しを瞬時に見分けなければならない。その正確な方向性は結局のところ、名誉、プライバシー等、人格権に基づく差し止めをめぐる判例、学説の基本情報と理論が代理人弁護士にとって、身体化するまで理解できているか、また、債権者本人を救済しようとする気迫、情熱があるかにかかっていると思われる。これもまた、体験と研究で蓄積していくべしと自戒するほかはない。とにかく、本人を励まし、代理人自らをむち打って目前の山にとりかかるのである。

このような当方の準備と気迫、そして、緻密な論理を初回面接、及び、審尋で、裁判官には3分ないし5分の短時間で伝え、そして、裁判官からの矢継ぎ早の質問に答えるのである。そうすると準備がしっかりとできている場合、また、本当に債権者側の主張と疎明が裁判官に伝わる場合、それ以降の審尋、和解、または、決定に至る裁判所とのある種の協力関係のような雰囲気（もちろん、そのような明示的言語が行き交うのではなく、あくまで雰囲気である）が生まれる。逆にまた、そのようには進行しないときもある。こういう代理人と裁判所との関係は、実は仮処分に限らず一般の民事事件の本案訴訟や和解でも同様である。そして、キャリア年数を積むほど、様々の複雑な体験に出会い、尊敬すべき裁判官に出会うことも少なくないのであるが、とりわけ仮処分は、短期間に決着をつける手続であるだけに、当事者と裁判所のぶつかり合い、債権者と債務者の論争も火花が散るようなことにもなる。審尋室の隣で聞いていた関係者に、中でやりとりする当事者同士と裁判官の応答が外まで聞こえてくるほどのヴォリュームであった、と伝えられたこともある。

差し止め仮処分の実務とは、表現の自由と人格権とが激しく対立、衝突しあう現場なのであり、裁判官はその二つの利益のバランスをとるために、中立公正な立場において崇高な職務を遂行する立場におかれているのである。そのような職業的立場にある人に対して、決して高い席にいる人にへつらうという意

味ではなく、真に尊敬をこめて対応し、債権者本人の苦悩とそれを救済する論理を伝える場に自らをおくこと、それが債権者代理人として裁判所とのよき関係を作ることにつながる、ということを強調したい。

いくつかの差し止め仮処分申請実務を体験したが、担当裁判官のそれぞれの表情を思い浮かべつつ、この点を述べておきたい。

(2) 人格権構成について

判例が不法行為構成ではなく、人格権構成によって事前差し止めに認めていることにつき、正確に理解しておくことは肝要と考える。北方ジャーナル事件判例は差し止めが表現の自由保障、事前抑制の原則禁止、検閲の禁止を定めた憲法21条1、2項との関係で認められるか、という論点に関連して論じられることがしばしばである。

そのこともあって人格権構成の説明や理解が後景に退くことが多い。しかし、判例は人格権構成について明確に言及しているのである。

すなわち、名誉を違法に侵害されたものは「人格権としての名誉権に基づき、加害者に対して、現に行われている侵害行為を排除し、または将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差し止めに求めることができる。しかし、表現行為による名誉侵害の場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）と表現の自由の保障（同21条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて、憲法上慎重な考慮が必要である。」（北方ジャーナル事件最高裁昭和61年6月11日大法廷判決 判例時報1194号3ページ、憲法判例百I選第5版74ケース150ページ参照、メディア判例百選73ケース同148ページ参照）とされているのである。この意味するところについては、前記判例百選の池端忠司神奈川大学教授の解説、ならびに「人格権法概説」（五十嵐清 有斐閣 2003年）を参照願いたい。判例百選の解説などでは何といても憲法上の検閲、事前抑制にあたるのではないかとの検討が多いように思う。

実務家としては民事法的に人格権論の理解を深め、活用できるよう検討しておくことがより必要と思われる。この点で見ると、前掲「表現の自由とプライバシー」所収眞田範行「訴訟実務上の主張・立証のあり方に関する提案」（同書343ページ）の論文における言及や、「要件事実マニュアル」（岡口基一著ぎょうせい 下巻187ページ）の記載が注目される。それらの文献は人格権を物権になぞらえ、物権同様の排他的効力から人格権に基づく妨害予防請求権、妨害排除請求権などの物上請求権類似の権利が発生するという解説を加えている。筆者は、この物上請求権類似の排他的効力についてさらに次のような理解を加えている。

すなわち、物上請求権を排他的効力から導くよりも、対象物に対する直接支配の効力から演繹し、その考え方を人格権にもとづく妨害排除請求や予防請求に応用しようとするのである。

我妻栄「民法講義」では、物権を「一定の物を直接に支配して利益を受ける排他的の権利である。」（「新訂物権法 民法講義」 我妻栄著 有泉亨補訂22ページ）と定義している。そして物に対する直接支配が妨げられた場合の直接支配への妨害を排除したり、近接する直接支配妨害を予防する請求権として、物上請求権を説明している（前同書22ページ）。なぜ排他的支配という理解を用いないかという、本来排他的支配とは一つの対象物の上にもう一つの同一の権利が成立しないという一物一権主義から由来している観念的な論理構成と理解するからであり（前記我妻 「新訂物権法 民法講義」 11ページ）、直接支配により妨害予防・妨害排除を理解しようとするのは現場に発生している侵害の危険（妨害予防）、侵害の現実（妨害排除）をより現実に即してリアルに把握できると考えるからである。

この論理の運びを人格権に平行移動する。すなわち尊厳ある個人は自己の人格に対する直接支配する権利を有する（憲法13条参照）。名誉・プライバシー侵害など人格権が侵害されそうなときは、自己の人格に対する直接支配が危うくされようとしているから人格権はその侵害、危険を予防しようとする効力を

持つと考えるのである。

いずれにせよ、以上のように人格権を物権になぞらえて強い侵害をはねのける力を持った権利と考えるのが人格権論であり、北方ジャーナル事件判例や、その20年後にあたる時期に出された「石に泳ぐ魚事件」(最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決 判例時報1802号 憲法判例百選Ⅰ第69ケース メディア判例百選第74ケース)の論理構成である。なぜわざわざこの人格権構成をここに銘記するかというと、まだ実務家や研究者の理解の中に不法行為構成と、人格権構成が混同されて理解されている節がないとは言えないからである。もちろんこの人格権構成が、次に述べる憲法21条の表現の自由保障との適正なバランスを欠いて運用されると、それはまた別の危機をもたらすので注意が肝要ではあるが、仮処分申請の実務に直面した場合、この人格権構成が判例(言い換えると仮処分や本案訴訟実務)の共通の理論的基盤になっていることを正確に理解しておくことが大切なので、ここに銘記する次第である。⁽⁴⁾(なお、人格権構成と不法行為構成との区別ならびに関係、及び北方ジャーナル事件最高裁判決の位置づけについて、前掲「表現の自由とプライバシー」120ページ所収、プライバシー侵害と名誉毀損 須加法子論文2-2、差し止め請求権の法律構成及びその要件(前同書122ページ)が説得力ある論旨を展開しているので紹介しておきたい。)

(3) 人格権に基づく差し止め請求の要件事実

この項で述べたいことは、次の点である。

最高裁判例(北方ジャーナル事件)が定立した差し止めの要件は、公務員又は公職選挙の候補者に関するものであり、(類型的比較衡量説)一般私人の名誉毀損言説の差し止めは、別途の要件、定立を考えるべきであるということである。

{差し止め請求の要件事実}

最高裁判所は前記のように憲法21条1項、2項から見た検討を加えた上、公務員または公職選挙の候補者については事前差止めは原則として認められない、とした上で、例外的に（傍点筆者）次の場合には差止めが許されとした。

- ① 表現内容が真実でないことが明白であること。
- ② もっぱら公益を図るものでないことが明白であること。
- ③ 被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る恐れがあること。

との要件がある場合にはじめて差止めが許されるとしたのである。（最大判昭和61年1月11日判例時報11945 3ページ以下）なお、①につき前掲「要件事実マニュアル」（187ページ）は明白性の要件を落としているが、筆者の理解は右整理と異なり、①についても最高裁は北方ジャーナル事件においては明白性を要求していると理解する。

判例の文章では①②は「もしくは」で結ばれているが、担当調査官の判例解説（305ページ 注36）では、明白性の要件は①②の両方にかかることとされているのも筆者と論旨が同じである（最高裁判例解説民事編 昭和61年版 278ページ以下 加藤和夫調査官解説）。

上記のように、真実ではないことにつき明白であることを要求するのかどうか、最高裁判例をどのように解釈するのかは判例の文理としては必ずしも一刀両断に結論を出せるわけではないが、少なくとも公務員又は公職選挙の候補者に関する名誉毀損言説の差し止めの要件として絞って検討する限り、やはり担当調査官解説のように真実ではないことの明白性を要求すべきものと考え。一般私人の場合の差し止め要件としては真実性について明白性を要求しないこと、すなわちこの点において前記「要件事実マニュアル」記載の立論を採用するということもあり得ると思う。

筆者の立論はダブルスタンダードということに尽きる。すなわち、公的人物については批判の自由を留保し、私人については人格権を擁護する方向で考え、差し止め要件の定立を異なるものとするということである。

4 表現の自由と差し止め請求権の関連、バランス

人格権構成を前提とした場合、憲法21条と事前差し止めとの関係について憲法学、民法学、実務の境界をこえた検討が必要となる。

従来、差し止めの憲法的論点と民法上の論点がクロスして学際的に論じられることが少なかったと思われる。「表現の自由とプライバシー」（田島泰彦、山野目章夫、右崎正博編著 日本評論社 2006年）の集団研究は、注目されてよい。憲法研究者と民事法研究者、それに実務家が参加した議論があり（同書全体が議論の成果といえるが、直接の議論の記録としては、前同書314ページ以下の田島泰彦、山野目章夫、右崎正博、各教授のほか筆者 座談会「表現の自由とプライバシーの現状と課題」参照）、その学際的な議論を前提としつつ憲法研究者、民法研究者、実務家がそれぞれ単名の論文を寄稿している。詳細は同書を参照されたいが、筆者が理解したところでは、民法と憲法21条とがクロスする論点の核心は次の点であると思う。

すなわち、ごく端的にいうと「最高裁判例の流れに沿えば、違法な人格権の侵害が要求されないがそれでよいか」という問題である。

人格権侵害があればただちに妨害排除請求権が発生し、人格権の侵害の恐れがあればただちにその妨害予防請求権が発生する。侵害に故意過失（違法性）を要求しない。これが、要件事実的理解である。この理論では違法な侵害かどうかが問われない結果、差し止め請求につき、憲法の表現の自由とのバランスを取る論理が民法的要件事実の中に入ってこない嫌いがある。この点について、現場の裁判官のよほどの注意深いバランス感覚とそれに基づく憲法21条と人格権の利益衡量が要求されるのである。

人格権にもとづく差し止めについて、厳しい論議がおこったのは、（名誉毀損ではなくプライバシー侵害の事案ではあるが、人格権と表現の自由の衝突の事案として参考になる）政治家長女の離婚記事が掲載された雑誌の販売差し止め——週刊文春事件（東京高裁平成16年3月31日決定 判例時報 1865号12ページ以下 メディア判例百選 76ケース解説参照）であった。

東京地裁の差し止め仮処分決定、同地裁による保全異議審の決定（仮処分維持）ののち週刊文春の保全抗告をうけて前記高裁決定に至ったものである。

筆者も真田範行弁護士との共同執筆で判例評釈をまとめ、前掲「表現の自由とプライバシー」249ページ以下に寄稿した。東京高裁決定の結論には賛成するが理由の理論構成には異論があるというものである。論旨の中心は、プライバシー侵害にもとづく差し止め要件の検討の際にも名誉毀損の差し止め要件を定立した北方ジャーナル事件判例に即して、要件を厳密に定立すべきだということなのであった。

いま読み返すと再検討を要する点もあり十分なものとはいえない。しかし、憲法学的な事前抑制回避一般論だけでは、民事実務において、バランスのとれた差し止め要件の定立とその実務上の運用に結びつかないと考えた一つの努力として憲法、私法双方の研究者の議論の俎上に載せていただければ幸いである。

第6章 表現の自由論の研究、研鑽の大切さについて

名誉毀損の刑事的責任を定める名誉毀損罪は、明治の初めおよび旧刑法では、言論弾圧法規（讒謗律 太政官布告110号 旧刑法－太政官布告36号——358条）だったとされている。その後、現憲法下で、名誉毀損言説に真実性があるとき、刑事責任を阻却する条文（刑法230条の2）が導入された。（憲法21条と刑事責任阻却事由との理論的関連について参考にすべき論理として、憲法判例百選Ⅰ 25ケース 夕刊和歌山時事事件平川宗信解説5項を参照されたい。）

名誉毀損言説につき、民事責任を問う訴訟を提起し遂行していく際にも、表現の自由と人格権はどのようにその保障価値を調整され、高次元の統一を図られるべきかについての考察を常に忘れてはならない。

例えば、フリージャーナリストとして活動する個人が、大企業、高級官僚の

不正を暴露し、億を超える高額な請求をされたという事例がある。このようなジャーナリストにとって、高額訴訟を受け止め、これに対応するのは大変な労苦を必要とする。また、大メディアの取材と報道に対し、外国資本が、アメリカで超高額の訴訟を提起し、これに対応したメディアの苦悩も承知している。さらに朝日新聞記者による NHK への政治家介入についての調査報道（2005年1月12日 朝刊）とその後の政治家の否定、そして東京高等裁判所判決（2007年1月29日）による事実上の介入事実の認定の経緯も記憶に新しい。2008年3月28日の夕刊各紙の報道では作家大江健三郎氏の「沖縄ノート」（岩波新書）が沖縄戦における日本軍の自決命令について執筆したことの民事責任を問われたが、大阪地裁で勝訴判決を得たという事例も紹介されていた。（雑誌『世界』2008年6月号には、作家本人のコメントと、判例要旨が掲載されていて興味深い）

こういう事例に接すると、名誉毀損の民事責任の追求も原告代理人の立場に立つ以上、人格権を侵害された個人の側に無条件に寄り添うとともに、一方で民事訴訟の手続きと結果が国民の知る権利、報道の自由にいかなる影響を及ぼすかについての関心を持った適正なバランス感覚と、表現の自由に関する哲学的、原理的考察の必要性を感じる。署名狂やら殺人前科事件（昭和41年6月23日）や、夕刊フジ意見論評名誉毀損事件（平成9年9月9日最高裁判例）では、事実適示の場合の真实性、真実相当性、また意見論評の場合の意見論評基礎事実の真实性、真実相当性が判例のいう要件として定立されているのも、そのような考察をめぐる論争の所産であると考えるのである。

前述の適正な損害評価はどうあるべきかとの議論も同様の考慮のもとにおかれるべきであろう。原告側にたつて、悲惨な被害と痛苦を表現し、メディアの責任を追及する場合にも、以上のような表現の自由とのバランスに立脚した主張こそ説得力を持つ。言い換えれば、裁判官の共感を呼ぶはずである。以上のように考えると、逆説的に聞こえるかも知れないが、名誉毀損をされた原告側の代理人に立つものこそ表現の自由の法律論と哲学を深く考察できるはずであ

るし、また、関連する理論を発展させる可能性もあると信ずるのである。したがって、名誉毀損訴訟について志を立てる法律家としては憲法判例百選、憲法の基本書はもちろんのことであるが、奥平康弘教授の『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会1988年）、『「表現の自由」を求めて』（岩波書店1999年）ほかの諸著作、「戦後50年 メディアの検証」（朝日新聞取材班著 三一書房）、『朝日新聞の「調査報道」』（山本博著 小学館文庫）など、憲法学説判例の学習にとどまらず、表現の自由や報道の自由の社会的、哲学的、歴史的考究を極めた論稿などにも常に翼をのばした研鑽に努めたいものである。

第7章 compassion について

筆者は法律家に求められる第一の資質は、compassion であると思い続け、自戒、自修の目標ともしてきた。

compassion についての訳語を見出そうとして、中級英和辞典を引いてみると、あわれみとか慈悲とか、憐憫とかの訳がならんでいて（大修館書店ジーニアス英和辞典ほか）、納得がいかなかった。

com-という接頭詞は「ともに」の意味のはずなので違和感を覚えた。ラテン語の語源と思われる単語だったのでロースクール入学前、東京大学文学部哲学科でスピノザの哲学を研究し、その後、筆者の法律事務所に弁護修習に来ていた61期司法修習生の阿川大輔君にラテン語の辞典を調べていただいた。すると、意外なことがわかった。

com-passion の語源は、ラテン語の *cumpassio* で、com の原型である *cum* とは「ともに」である。

そして、*passio* の訳語は

- 1、受難（キリストの受難である）
- 2、情熱

この二つであるというのである。

cum-passio *compassion* とは、受難をともにする、という感情のことだとい

う。

私はクリスチャンではなく、ここで教義を説こうとするものではないが、一般の教養としていえば、キリストの受難とは、人類が変わって人間の子であるイエスが、十字架にかけられ肉体的精神的な苦痛、精神的な恐怖を味わったことをさす。

法律家の素養としてあげられる compassion とは、目前にあらわれた人権侵害の被害者を、私的な存在としてではなく、公的な災難すなわち受難にあう人々として受け入れ、ともにその苦しみを共感するということである。

名誉毀損の被害者は、この社会の仕組みの何らかの欠陥によって悲痛な体験——受難——をしているのである。ならば法律家の役割とは、その肉体的、精神的苦痛をまずともにし（共感、共苦）、そして、相談、提訴、主張、立証、判決、または、和解という過程を被害者とともに by-stand、by-run、ともに立ち、ともに歩み、ともに生きることである。

ある女性被害者が、一審敗訴ののち初めて法律事務所にお見えになった。顔色は悪く、声は沈み、疲れた表情を浮かべていた。訴訟の中で死のうと思ったこともあると告白されたこともあった。

五年、筆者を含む4名の弁護団がともに闘って高裁で逆転勝訴し、上告審でも勝った。

その後、事務所に来られた女性の表情は若やいで輝いていた。違う人のようだった。

このように成功できた事例だけではないのだが、いま、お一人お一人の当事者や、ともに取り組んだ弁護団の人々の表情を思い起こしながら、もし、本当にこの人々のために何者をも恐れず、一心不乱に取り組むなら、名誉毀損への法律家の取り組みは、人間的な仕事にすることができるはずだと信ずることができるのである。

第8章 明日へ——インターネットによる権利侵害と対応

筆者の所属する東京弁護士会、ほかの在京2弁護士会と共催で2006年に行った報道被害一斉相談では、マスメディアによる報道被害の相談よりも、インターネット上の権利侵害の事例が数多く寄せられた。

いま筆者のところにもインターネット上の名誉毀損、プライバシー侵害等の相談が増えつつある。マスメディアによる報道被害との複合被害ともいふべき事例もある。この点に関連して思うことは、法律家の考察がインターネット上に生起している現象にまだ追いついていないのではないか、ということである。メディア判例100選を見ると、インターネット上の問題については、11事例が掲載されているが、名誉毀損については、3ケースだけであり、他にプロバイダ責任制限法による開示命令等の事件が掲載されているが全体としてはきつつある現象に追いついていないという感がある。

本稿執筆の最中である2008年3月、通信業界の業界紙の記者から取材を受ける機会があった。猥褻、出会い系サイト、自殺呼びかけサイト、いじめサイト等想像を絶する世界が広がっていることを知った。ネット上の名誉毀損事案も増加している。

公権力による規制もやむなしとするのか、それとも、私的自治の可能性を期待してフランス人権宣言以来の市民に対する信頼（市民性善説）にたつのか。

総務省による情報通信綜合法制の構想の研究が続き、法案化もそう遠くはないことを考えると、より早い研究が進められ、かつ、また、インターネット上の権利侵害に対応できる法律実務の進展も期待される場所である。しかし、まだ筆者やその周辺においても理論的、実践的蓄積は十分とはいえない。情報通信技術などの自然科学技術系の研究者や社会学など隣接諸科学との学際的共同研究、交流を通じて、リベラルな市民自治の通信、放送、情報に関連する構想を早急に立ち上げる必要を感ずる。本ノートでは、問題意識を指摘するにとどめざるを得ないが、今後の課題は重大、喫緊である。

(本稿脱稿後参考文献に記した日隅一雄弁護士の著作に接した。インターネット時代のメディア論として貴重な示唆を含むことを指摘しておきたい。)

〈注〉

- (1) ランビック (Lawyer's Network for the Victims of Media Coverage)

2001年7月18日に東京で結成された弁護士のグループであり、独自のホームページを運営しており、全国から名誉毀損、プライバシー侵害などの報道被害や、インターネットによる権利侵害の相談を受けている。全国各地からの弁護士の参加も受け付けており、新人弁護士の参加を歓迎している。1年に1～2回の研修会、ロースクール生の参加も受け入れている。詳細はホームページ (URL: <http://lamvic.j-all.com/>) を参照のこと。

- (2) 東京地裁では保全処分の申請者につきこの呼称をもちいるので以下仮処分手続きにおいてとくに断らないときには債権者とは仮処分申請者——本案訴訟では原告にあたる人のことをさす——相手方は債務者と呼ばれる。
- (3) 上記の理解は、4、の、表現の自由と人格権のバランスについて、憲法、民法研究者、実務家の間で境界を越えた学際的な議論を成立させるために重要であるので、くどいようだが念を押しておきたい。4、に引用した文献参照。
- (4) BPO

放送による権利侵害を受け付け審査する機構である。苦情や問い合わせを受け付け、審査の上「勧告」や見解などとして公表する。

検討対象として取り上げる事案の審査には、法律家、憲法学者、財界の識者、ジャーナリストがあたり、数ヶ月で裁定の結論を出す。

BROは、2003年7月以降「放送倫理。番組向上機構」(BPO)に組み込まれてBRCとなり権利問題の審査にはBRCがあたっている。また、倫理問題の苦情受け付けと審査には放送倫理検証委員会があたっている。

〈参考文献〉

- 憲法判例百選 第5版 有斐閣
メディア判例百選 有斐閣
憲法第4版 芦部信喜 岩波書店
憲法 I 野中俊彦 中村時男 高橋和之 高見勝利 有斐閣
憲法 第四版 長谷部恭男 新世社
ジャーナリズムと法 奥平康弘 新世社
なぜ表現の自由か 奥平康弘 東京大学出版会

- 表現の自由を求めて 奥平康弘 岩波書店
現代メディアと法 田島泰彦 服部孝章 右崎正博 共編 三省堂
法とジャーナリズム 山田健太 学陽書房
プライバシーと民事責任 竹田稔 判例時報社
名誉毀損の法律実務 佃克彦 弘文堂
表現の自由とプライバシー 田島泰彦 山野目章夫 右崎正博 日本評論社
要件事実マニュアル 下 岡口基一 ぎょうせい
報道被害対策マニュアル 東京弁護士会人権擁護委員会 花伝社
報道被害 拙著 岩波書店
言論の自由 VS ●●● 立花隆 文藝春秋
マスコミはなぜマスゴミと呼ばれるようになったか 日隅一雄 現代人文社
サイバースペースと表現の自由 小倉一志 尚学社
人権宣言集 高木八尺・末延三次・宮沢俊義編 岩波書店