



Title	公人と名誉棄損（一）：「現実的悪意の法理」導入の可能性
Author(s)	山田, 隆司
Citation	阪大法学. 2007, 57(4), p. 97-116
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54760
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

公人と名譽毀損（一）

——「現実的悪意の法理」導入の可能性——

山 田 隆 司

一 問題の所在

二 相当性理論

1 導入の経緯

2 判例の厳格化傾向

三 相当性理論から現実的悪意の法理へ

1 証明責任の転換（以上、本号）

2 現実的悪意の法理導入の可能性

四 公人とマス・メディア

五 おわりに

一 問題の所在

私人間（一方がいわゆる「公人（public person）」の場合を含む）で表現の自由とプライバシー権とが衝突する

場合には、判例はプライバシーの側のみを一方的に保護している、との批判が有力である⁽¹⁾。他方で、表現の自由と名誉権との衝突に際しては、刑法二三〇条の二が存在したことであつて、判例上も表現の自由への一定の配慮がなされてきた。真実性の証明に失敗した場合でも事実を真実と信じたことに「相当の理由」があれば免責する「相当性理論」は、まさに表現の自由保障を強化するため、最高裁判決によつて民事上の名誉毀損法に組み入れられたものであり、名誉権保護と表現の自由保障を憲法的に調整しようとした点は、画期的なものと評価しうる。しかしながら、「相当の理由」という表現は抽象的であるから、マス・メディアにとつては、裁判で相当性が認められるかどうか編集・公表段階で予測がつきにくい。しかも訴訟では、名誉権保護を優先する傾向が強まるとともに、「相当の理由」の判断がメディアの実情とかけ離れ、相当性を容易に認めない「厳格化」の流れが定着した、と言わわれている⁽²⁾⁽³⁾。

そもそも相当性理論それ自体が表現の自由を萎縮させないか。中でも、政治家など「公人」を批判する報道に深刻な影響を及ぼす懸念がある。民主主義社会において主権者たる国民の知る権利にこたえるという観点から、政治的権力に関わる公人のニュース価値は大きい。ただ、メディアの取材には限界がある以上、伝達する情報に誤りがあることは避けられない面もある。結果として誤報になつたとき、「相当の理由」を裁判所に容易に認めてもらえず全て法的責任を負うとすると、真実性・相当性を証明できるかどうかボーグーラインの場合、現在の相当性理論では、証明できないことを恐れ、メディアは報道を「自己規制」するようになり、国民に対する多様な情報の流通が妨げられてしまう可能性がある。メディアの表現の自由は、名誉毀損法理とその運用にかかつてゐる。メディアに対する「萎縮効果 (chilling effect)」は、どのような名誉毀損法の問題点から生じてゐるのだろうか。

第一に、相当性を判断する判例の枠組に疑問の余地がある。不法行為法では、名誉毀損の免責について、刑法を

援用して判断することが判例によつて確立している⁽⁴⁾。判例は、刑法二三〇条の二に規定された、①事実の公共性、②目的の公益性、③事実の真実性の三要件を検討し、免責について判断する。真実証明ができない場合でも、「行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しない」⁽⁵⁾として免責を図る。学説も判例を概ね支持する。しかしながら、明文規定がなく基準の曖昧な相当性理論によつて判断する枠組は、本当に表現の自由を手厚く保障するか疑義を覚える。本来、表現の自由が民主政過程に不可欠なものであることを前提に、「公的事項」に関する表現はそれ以外の事項に関する表現とは区別して、より手厚く保護すべきであるという観点からすると、問題となる公的事項が政治家の不正行為など、強く保護されるべき程度の公共性を有する事項か、有名人の行状など、それほど強く保護されるべきとはいえない程度の公共性を有する事項なのか、を明確な形では区別して扱わない相当性理論は、そうした強く保護るべき公的事項に関する表現の自由に対する問題意識が欠けており、実は行き詰まりの様相を呈しているのではないか。⁽⁶⁾

第二に、「公人」についての議論も同様のことが指摘できる。最高裁は、『月刊ペニ』事件で「私人の私生活上の行状であつても、そのたゞさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによつては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として、刑法二三〇条ノ二第一項にいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたる場合がある」と判示した。本判決は、事実の公共性の要件を広く解する先鞭になつたものであり、これ以降、「公共の利害に関する事実」が拡張傾向にあると言われている。⁽⁷⁾しかしながら、「公共の利害に関する事実」とは何かについて、最高裁がどう考へているか必ずしも明らかではなく、本判決も判断方法を示しただけで、内容については言及していない。日本新聞協会の新聞法制研究会も、加盟紙の訴訟で公共性が否定された例

がない」ともあり、この点を深く掘り下げた判例は見当たらない、と指摘する。⁽⁸⁾ 公共性の要件について、最高裁のリーディングケースが出た後、学説を含め議論が停滞していると言いうるのではないかと思われる。

第三に、アメリカ連邦最高裁によつて導入された「現実的悪意 (actual malice) の法理」を巡る日本での議論も空回りしている觀がある。この法理は、「公人」の公的事項に関する名誉毀損について、表現者の「現実的悪意」、すなわち、虚偽であることを知つていて、あるいは虚偽か否かを無謀にも無視して、名誉毀損的虚偽表現がなされたことを原告が立証しなければならないとする。その立証は厳しいもので、原告勝訴の事例はほとんどなく、実際の運用において表現の自由が手厚く保障されている。⁽¹⁰⁾ しかし日本では、導入を主張する論者と、否定する判例・学説の議論が噛み合つてないようと思われる。例えば、公的問題に関する発言は自由であることが原則であり、現実的悪意がない限り名誉毀損は成立しないとすべきとする論者や、⁽¹¹⁾ 「公人」に関する名誉毀損については現実的悪意の法理を適用し、しかも原告に証明責任を課すのが憲法の要求とする論者⁽¹²⁾ がいる。これらはアメリカの議論を紹介し、日本でも憲法に基づいて導入すべきと主張するものであるが、否定説からは、判例の枠組をどう改革するのか具体策を示していない、と批判されている。裁判例には一時、この法理に理解を示すものが散見されたが、近時は実定法上の根拠を欠くとして否定的に捉える判断が大半を占める。

この「三つのつまずき」が日本の名誉毀損法の動脈硬化を引き起こし、いわば仮死状態を招いているとも思われる。どう「蘇生」させていけばよいのだろうか。現在の判例では、政治家など「公人」についても相当性の枠組がそのまま適用され、言説の対象者たる原告が公人か私人かはカテゴリカルには名誉毀損の免責要件となつていない。全ては「公共の利害に関する事実」という要件に吸収され、ケースバイケースの判断に委ねられることから、枠組としては公人も一般市民とほぼ同様に扱われる。その結果、近年の判例が示す損害賠償の高額化傾向の中では、表現

の自由の重みを対象者との関係できめ細かく衡量することなく、機械的に逸失利益の補填の機能を慰謝料に託す」とがなされているためか、私人と比べ、公人・有名人ほど高額な賠償が認められるという、あるべき方向とは「逆向き」の傾向さえ指摘されうる。そこで本稿では、公人の名誉権を、私人と同等、あるいは、より強く保護するべきではないという問題意識から、表現される主体に注目し、少なくとも「公人」の強い公共性を有する行為に関する表現について、より明確な基準を名誉毀損法に導入することを検討したい。公人の名誉権と事実を摘示するメディアの表現の自由とを、どのように憲法適合的に調整すべきかについて探究するのが本稿の目的である。

本稿では、公人とマス・メディアの「対立」に焦点を当てる。本来、表現の自由はメディアに限らず、何人にも等しく保障されるが、メディアは国民に代わって公人を監視・批判するものであり、最も名誉毀損の問題が生じやすいからである。第二章で、判例が相当性理論を導入した沿革を辿ったあと、この理論が裁判官の主觀に頼りすぎ、判例の厳格化傾向を招いていることなどの問題点を分析する。第三章では、相当性理論の代替基準として現実的悪意の法理について、アメリカ及び日本における議論を概観し、問題となつている事項が公的な場合には特に強く表現の自由を保障するため民事上、判例法理に導入できないか考察する。第四章では、公人の名誉権を議論する意義を明らかにする。公人の名誉毀損について、現実的悪意の法理を採り入れるとすれば、その「適用範囲」をどうするかという問題が出てくる。アメリカでは、「公職者（public official）」及び「公的人物（public figure）」に適用されているが、「自発的公的人物（voluntary public figure）」と呼ばれる類型への適用が議論の焦点となつている。そこで、対象となる「公人」類型の再構成を検討する。さらに、新たな枠組によると、これまで相当性の有無について予測が付きにくかつたメディアを巡る訴訟がどう変わりうるか試論を示したい。

二 相当性理論

1 導入の経緯

歴史的にみると名誉毀損法は、人格権侵害というよりも、時の権力者（公務員・公人）を批判する表現活動の抑圧手段として大きな意味を持つていた。¹⁴⁾日本の刑法における名誉毀損罪も、「言論弾圧の治安法」の役割を持つた一八七五年の謔謗律を基本的に継承したものである。¹⁵⁾明治期の日本では、西欧近代の名誉毀損法制の影響下、名誉毀損を処罰する必要性を社会の平穏を乱すところに見出した。¹⁶⁾名誉毀損罪は、一八八〇年の旧刑法、一九〇七年の現行刑法に引き継がれたが、マス・メディアとの関係では、一九〇九年の新聞紙法と一八九三年の出版法が刑法の特別法として規制していたため、刑事罰に関しては多くの場合、刑法の適用は問題にならなかつた。¹⁷⁾新聞紙法や出版法では、法律の認める範囲内で真実性の証明があれば免責が可能であった。第二次大戦後、両法が廃止されて真実証明による免責の実定法上の根拠が失われたため、日本国憲法で保障された表現の自由を重視する観点から一九四七年、刑法に二三〇条の二が付加された。¹⁸⁾ただ、実際には名誉毀損的表現は、言論・表現の自由との関わりで憲法的視点から論議されることがほとんどなかつた。¹⁹⁾最高裁も、一九五〇年代までは「他人の名誉を毀損することは、言論の自由の乱用であつて、憲法の保障する言論の自由の範囲内に属するものと認めることができない」と判示し、²⁰⁾掲示事実について真実証明がない以上、真実と誤信していても故意を阻却しない、として名誉毀損罪での処罰を肯定していた。²¹⁾しかし、この解釈では表現の自由に萎縮効果を及ぼし、衡量の比重を余りにも名誉権の側に置くことになることから、一九六九年の『夕刊和歌山時事』事件判決²²⁾で判例を変更し、「相当性理論」を導入した。²³⁾これに対し、民事の名誉毀損は、民法七〇九条、七一〇条の不法行為として損害賠償責任の対象とされるが、民

法には真実証明による免責規定がないため、下級審では戦後の早い時期から、刑法二三〇条の二を参照することによって免責する判断枠組が形成されてきた。⁽²⁵⁾ この枠組について、学説でも積極的に捉える見解が見られた。そして、最高裁は一九六六年、民事事件において「相当性理論」を示した。⁽²⁶⁾ 刑法上の処理が社会的に正当と解される以上、民事責任をも免責させないと一貫しないから、民事上の名誉毀損を免責する場合にも刑法と同じ基本構造がとられた、と解されている。⁽²⁷⁾ 本来、明文規定が全くないので、民法七〇九条の世界に刑法二三〇条の二の規定に類似した免責特権制度を持ち込むのは、単なる法律的な解釈によってはできるものではなく、民法より上位の規範たる最高法規としての憲法に立ち戻ってはじめて、こうした解釈ができる。⁽²⁸⁾ 相当性理論は、表現の自由に配慮した「定義づけ衡量」を明確にした点で極めて注目に値する。⁽²⁹⁾ などとして学説の大勢の支持を受けている。

しかしながら、相当性理論は、名誉権の保護と表現の自由保障を憲法適合的に調整したものであろうか。⁽³⁰⁾ 憲法が名誉毀損的表現をどう保護しているのか、名誉権と表現の自由をどう調整しているのか、これまで明確な解答は見出せなかつたという指摘もあり⁽³¹⁾、憲法の観点から相当性理論の問題点を考察する必要がある。

2 判例の厳格化傾向

マス・メディアは、警察や検察と異なり、強制手続による調査権限を有しない。一般市民に比べると調査能力はあるが、相手に拒否されれば、それ以上取材できない。メディアが信頼性の高い資料・証言を基に裏付取材を重ね、正確性を高めるべきことは当然だが、入手できる事実には限りがあり、真実に迫ろうとしても迫りきれない限界がある。例えば新聞には、朝刊・夕刊ともに数回の締め切りがあるなど速報性も要求される。こうした制約の中、メディアが誤報した場合に全て法的責任を負うことになると、名誉毀損訴訟を避けるため報道を控え、表現の自由を後退させる危険がある。そこで、相当性理論は、短時間に取材・編集するメディアの実態を踏まえ、十分調べたけ

れども客観的には誤りだつた場合が往々にしてあることから、最高裁判決で名誉毀損法制に組み込まれた。³²⁾

しかしながら、「相当の理由」とは、どのようなものをいうかが必ずしも明確ではない。最も頻繁に争われる犯罪報道において相当性理論は、その自由の範囲を画定する重要な基準になつてゐると言えるが、「相当の理由」とは抽象的で漠然としているから、個別の事件ごとに取材の経過・内容に即して判断されるべきものであり、判例の集積を待たねばならない³³⁾、とされる。一般的に判例は、情報源が確かに裏付取材を行い、本人からも十分取材していれば相当性を認め、情報源が不確かな場合や、裏付取材を怠つたり、本人取材が不十分だつたりした場合は、相当性を認めない傾向がある、と言われている。³⁴⁾警察の公式発表に基づく記事の場合に相当性を認め³⁵⁾、非公式な情報提供に基づく場合や独自取材の場合は相当性を認めないという原則を維持してきた、と見られている。

ただ、実際の裁判例では相当性を否定する判決が多い。相当性は包括的相対的な概念であり、その存否の判断は究極的には裁判官に委ねられるから、事件を担当する裁判官の価値観によって、ある程度の差が生じることは避けられない。³⁶⁾裁判官の直感的結論を理由付ける、使い勝手の良い「道具」として重宝されてきた面も否定できないであろう。相当性理論の難点は、裁判官が名誉権の保護へ過度に傾き、「相当の理由」を厳格に解しうる点である。一般に裁判官は、取材に厳しい要求をして、相当性を容易に認めない態度をとつてゐる、と解されている。³⁷⁾

こうした「厳格化」の判決としては、例えば、『下野新聞』事件がある。最高裁は、捜査当局の公式発表前に発表権限のある刑事官に取材し、報道する了解を得ていても、当事者を「再度訪ねて取材する等、更に慎重に裏付取材をすべきであつた」とし、これをせず「たやすく本件記事の内容を眞実と信じたことについては相当の理由があつたものということはでき」ない、と判断した。³⁸⁾確かに、慎重な裏付取材が必要なことは、理論的にはその通りであるが、取材の実情からすると、刑事官の確認を得ていれば少なくとも警察の見解としては重みを持つ。当事者の

取材は、調査権のないメディアには、拒否されるなどして時間的に容易でないことが多く、さらに慎重な裏付取材をしていたら、事件発生直後に報道できない可能性がある。社会通念上、取材内容に疑う余地がある場合はともかく、本件に関しては、記事内容を真実と信じたことに「相当の理由があった」とすべきだったと思われる。^{〔12〕}

近時では、刑事案件の第一審判決が認定した事実について、真実と信じて摘示した場合、判決の認定に疑いを入れるべき特段の事情がない限り、原則として「相当の理由がある」とした民事事件の最高裁判決がある。^{〔43〕}後の控訴審で無罪になつても、刑事裁判の第一審判決を資料として、その認定事実と同一性のある事実を真実と信じた場合に相当性を認めたことは、刑事判決の事実が慎重な手続と証拠によつて認定されることから、一面では妥当なものと評価できる。しかしながら、係争中の事件について、ここまで厳格に事実を把握することを要求するのは疑問である。このことは、判例が警察の公式発表に基づくなら相当性を認め、非公式な情報提供に基づく場合や独自取材の場合は相当性を認めないとする態度を取つてきたこととも通じるものがある。いわば権威ある「御上」が認定・発表したものを正確に報じるなら名誉毀損となつても免責するが、民間の報道機関が独自に、あるいは非公式に取材したものは容易に信じがたいとする「二分法」的な発想が相当性理論の背景にあるように考えられる。

最近の下級審判決も相当性について厳格な態度を見せていく。^{〔44〕}特に、大原麗子事件の東京高裁判決は、「民事私法の実定法上の規定もないのに、過去の判例により国民の知る権利に対応するため報道するマスメディアに」認められてきた「緩やかな免責法理」と、厳しい見方を示した。^{〔45〕}判例において相当性理論は、厳格化の一途をたどり、特に二〇〇〇年以降に顕著な傾向になつたと言われている。^{〔46〕}

確かに、刑事の名誉毀損では、罪の免責を判断するに当たり、刑法二三〇条の二に基づく相当性理論が限界であり、それをはみ出す判断枠組を解釈によつて採ることは、罪刑法定主義の観点から難しく、立法論を待つしかな

い。しかしながら、民事の名誉毀損には、不法行為法の故意・過失という一般的の概括規定しかなく、刑法の規定を参照して判断する必然性はない。民法に規定がないにもかかわらず、刑法の免責三要件を検討して全てを充たす場合に不法行為上の名誉毀損責任を負わないという判例法理は、「法の創造」⁴⁸⁾の典型と言えなくもない。これは、三権分立の原則に反する恐れがあるものだが、国民の権利を擁護する積極的な作用を果たしている側面もある。適切な立証責任を吟味し、最近の保険金支払訴訟において相次いで企業側に証明責任を転換したように、名誉毀損訴訟においても解釈論で証明責任の転換を図ることは可能であると思われる。表現の自由を手厚く保障する観点から、少なくとも国政に影響を及ぼす「公人」の名誉毀損については、結果についての予測がつきにくいためメディアに委縮効果をもたらす相当性理論を見直し、新たな判断枠組を検討していくべきと言えよう。

三 相当性理論から現実的悪意の法理へ

1 証明責任の転換

(1) 日本における議論

刑事上の名誉毀損では、事実の真否に関する举証責任は被告人側にあるとされ、真実性・相当性を証明できなかつた場合、被告人が不利益を甘受せざるをえない。この点、学説には、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事訴訟法の原則があるのに、合理的な根拠なく举証責任を被告人に転換することは適正手続の保障に反するという見解がある。⁴⁹⁾举証責任が被告人にあるとされていることは、憲法論的に検討されるべき課題を残している。⁵⁰⁾みだりに被告人に举証責任を負わせると、被告人は罪を犯したから処罰されるのではなく、訴訟のやり方がまずかつたから処罰されることになり、適正手続によらない処罰として、憲法三一条に違反する疑いがある。⁵¹⁾

これに対し、民事の不法行為法では、免責の証明責任を被告側に課す特別の規定はないにもかかわらず、判例によつて刑法と同様の免責法理が確立している。被告が真実性・相当性の証明責任を負うことについて、民事事件の場合、刑事事件と異なり、被害者救済に重点が置かれるべきであるから当然だ、という見解⁽⁵³⁾が支配的である。しかしながら、相当性の举証責任を転換することを当面の課題にすべき、とする学説がある。⁽⁵⁴⁾また、免責要件の立証責任を表現者側に負わせている現行法制は見直す必要がある、という主張もある。⁽⁵⁵⁾下級審の裁判例にも、「不法行為規範が直接規定を設けているとはいえない事項については、その立証責任の分配は、公平の観点に立ち、立証の難易、……証拠との距離などをも考慮して定めるべきである」として、原告に証明責任を負わしたものがある。⁽⁵⁶⁾

(2) アメリカにおける現実的悪意の法理の採用と展開

アメリカでは、公共性の高い公人に関する名誉毀損報道について、原告に「現実的悪意」の立証責任を負わせるという判例法理が確立している。⁽⁵⁷⁾イギリスのコモン・ローの伝統を受け継ぐアメリカでは、文書名誉毀損 (libel) に対し、原告は現実的損害の証明なく賠償請求でき、被告は真実性を証明するか、免責特権が認められる場合を除いて、責任を負わされていた。⁽⁵⁸⁾しかし、連邦最高裁は一九六四年の *New York Times Co. v. Sullivan* で、名誉毀損的表現が一切保護されないという判例を変更し、「現実的悪意の法理」を導入した。⁽⁵⁹⁾この法理は、伝統的な名誉毀損法を憲法レベルにまで発展させ、原告が虚偽性だけではなく現実的悪意まで証明しなければならないという立証責任の転換は、メディアに大きな利益をもたらした。⁽⁶⁰⁾ *Times* 判決は、「現代不法行為法の歴史において被告が勝ちとつた、文句なしに最大の勝利」と受け止められ、⁽⁶¹⁾「アメリカの歴史を変えた」とまで言われた。⁽⁶²⁾実際、ウォーターゲート事件では、この判決がなければ、メディアは報道内容が真実と確信していても全てが真実と立証できなかつたであろうから、報道を避けていた可能性がある。しかし、この判決があつたために、メディアは大統領の関与

などを巡つてスクープを連発し、大統領は名譽毀損訴訟を提起することなく辞任した。
その後、現実的悪意の立証責任を負う主体は「公職者」から「公的個人」に拡大された。⁽⁶⁴⁾ 一九七四年の *Gertz v. Robert Welch, Inc.* は、公的関心事に巻き込まれただけで私人が立証責任を負うのは名譽の保護に欠けるなどとして、公的関心事に関わったかどうかではなく、「公人」かどうかで判断すべきである、と述べた。社会の出来事で特別顯著な役割を受けた公人は、批判的言論に身をさらす危険を負担しているし、反論のためメディアにアクセスする能力を持つから、言論には言論で対抗するという原則が妥当するという。これに対し、私人は公人よりも侵害に傷つきやすく、名譽保護の要請が強いから、報道側の過失を立証すれば足りるとした。さらに、一九八五年と一九八六年の二つの連邦最高裁判決を経て、判例の枠組が固まつたとされる。言論の対象が「公人」か「私人（private individual）」か、言論の内容が「公的関心事」か「私的関心事」か、で四つの組み合わせを作り、「現実的悪意」あるいは「過失（fault）」を主たる要件として表現者の責任を判断する枠組である。⁽⁶⁵⁾

（3）現実的悪意の法理についての日本の判例と学説

（a）判例 日本でも、Times 判決以降、現実的悪意の法理を積極的に評価する判決が現れる。他党から意見広告で批判された政党が、広告を載せた新聞社に反論文掲載を求めた『サンケイ新聞』意見広告訴訟に先立つ仮処分決定は、この法理を要件の一つとして採り入れ、かつ名譽毀損を主張する原告側にその証明責任を負担させた。本件の本案訴訟第一審判決は、政党の政策や政治的姿勢に関する論争・批判が当該政党に対する名譽毀損を構成するかどうかについて、「これが故意に又は真偽について全く無関心な態度で虚偽の事実を公表することによってなされたものであるか否か」などを判断基準として示し、現実的悪意の法理に近似した見解を示した。⁽⁶⁶⁾ 医原病書籍頒布禁止事件⁽⁷²⁾でも、「高度の違法性」の判断要素として現実的悪意の法理の趣旨を組み入れた。

こうした下級審判決の流れを受け、最高裁の『北方ジャーナル』事件判決⁷³における谷口正孝裁判官意見は、現実的悪意の法理の考え方をとったとされる。出版物の事前差止請求権の要件として「現実の悪意」をあげ、「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、表現にかかる事実が真実に反していてもたやすく規制の対象とすべきではない」と指摘したあと、「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、換言すれば、表現にかかる事実が真実に反し虚偽であることを知りながらその行為に及んだとき又は虚偽であるか否かを無謀にも無視して表現行為に踏み切った場合には、表現の自由の優越的保障は後退し、その保護を主張しえないものと考える。けだし、右の場合には、故意に虚偽の情報を探すか、表現内容の真実性に無関心であつたものというべく、表現の自由の優越を保障した憲法二二条の根拠に鑑み、かかる表現行為を保護する必要性・有益性はないと考えられるからである」と述べた。⁷⁴

これに対し、その後は現実的悪意の法理に否定的な裁判例が続いた。⁷⁵ フォーカス「金権候補」事件判決は、この法理について「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」とし、「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こととなるからして、採用し難い」と判示した。⁷⁶ また、小沢一郎衆議院議員秘書対菊池久事件判決では、被告政治評論家が現実的悪意の法理を主張したのに対し、名誉毀損において真実性・相当性は違法性ないし責任の阻却事由であり、それを主張する側に証明責任があると最高裁は明らかにしているから、記事が虚偽であることにつき被告に悪意又は重過失があつたことの証明責任を原告が負うべきであるという趣旨ならば、その主張は採用できない、と斥けた。⁷⁷ 最近では、被告側が現実的悪意の法理に言及し、摘示された事実が虚偽であること及び被告に故意又は過失が存在したことの証明責任を原告側が

負うべきであると主張したのに対し、「主張は独自の見解であつて、……採用することはできない」とした判決がある。⁽⁷⁸⁾ このように、裁判例は現実的悪意の法理に対し、慎重あるいは否定的なものが大勢であると言える。

(b) 学説

次に、現実的悪意の法理に関する学説を見ると、消極的なものとして例えば、この法理は当事者の予期しないまま連邦最高裁が創造した憲法上の法理として突然、姿を現した、「冷戦期リベラリストの表現権理論との妥協の産物」である、とする阪本昌成教授の見解⁽⁷⁹⁾がある。この見解は、現実的悪意とは何を意味するか定かでなく、その後の下級審では、Times事件の現実的悪意とコモン・ロー上の悪意の意味の差を理解していない判決が相次ぎ、メディアもその意味を十分理解していない、と主張すると共に、日本の下級審判決には現実的悪意の法理に影響されたものがあり、学説にもこの判旨に賛成するものがあるが、日本の民法では、不法行為の成立要件として故意・過失の他に現実的悪意を付加する「実定法上の根拠を欠く」として、これら学説を批判している。⁽⁸⁰⁾ この法理を否定するまでには至らないが、その採用に慎重な学説もある。⁽⁸¹⁾

これに対し、現実的悪意の法理を肯定的に捉える見解がある。⁽⁸²⁾ 例えば、芦部信喜教授は、この法理が日本にそのまま妥当するかどうか、刑法二三〇条の二の解釈に取り込めるかは議論の余地がある、としながらも、この法理は要件が極めて厳しく「表現の自由の自己統治の価値を最大限に重視したもの」と見え、「表現の自由の保障を大幅に強化した」と評価する。⁽⁸³⁾ 佐藤幸治教授は「法理の基本的発想は日本国憲法上も妥当なものと解され」る、とした上で、この法理を日本でそのまま刑事法に導入することは無理だととも、民事法上の名譽毀損については、原告が政党や上級公務員、財界・労働組合の指導者といった「いわゆる公的存在的の統治過程に直接かかわる事柄に限つて導入することは十分考えられてよい」と述べる。奥平康弘教授も、この法理を採用することで「公務に関する言説と名譽毀損のあり方を、合衆国最高裁のように憲法上再構成することが、わが国でも要請される」と説く。⁽⁸⁴⁾

- （1）松井茂記『マス・メディアの表現の自由』一一四、一二五頁（日本評論社、二〇〇五）。
- （2）最一小判昭和四年六月二三日民集二〇卷五号一一八頁。「判批」として、淡路剛久・メディア判例百選五〇頁（二〇〇五）、神田孝夫・民法判例百選II（第四版）一八二頁（一九九六）、三島宗彦・マスコミ判例百選四六頁（一九七一）。
- （3）鈴木秀美「表現の自由と名誉保護」棟居快行ほか編集代表『プロセス演習憲法（第三版）』一三八頁（信山社、二〇〇七）、松井茂記『マス・メディア法入門（第三版）』一一四頁（日本評論社、二〇〇三）、山川洋一郎「真実証明および相当性についての考え方」日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』一三九頁（日本新聞協会、一九九〇）参照。
- （4）五十嵐清『人格権法概説』四八一四九頁（有斐閣、二〇〇三）。
- （5）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。
- （6）最一小判昭和五六年四月一六日刑集三五卷三号八四頁。高佐智美「判批」憲法判例百選I（第五版）一四四頁（二〇〇七）、佐伯仁志「判批」メディア判例百選四〇頁参照。
- （7）駒村圭吾「ジャーナリズムの法理」一七七頁（嵯峨野書院、二〇〇一）。
- （8）日本新聞協会研究所編『新・法と新聞』八六頁（日本新聞協会、一九九〇）。
- （9）松井茂記「名誉毀損と表現の自由（二）—（四・完）」民商八七卷四号三七頁、五号二二六頁、六号一三頁、八八卷一号五一頁（一九八三）、北岡守「名誉毀損法と修正第一条」青山法字論集一九卷二号八九頁（一九八七）、吉野夏己「名誉毀損の表現と言論の自由」中央大学大学院研究年報一七号六七頁（一九八八）、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」慶應義塾大学法学政治学論究一号二三七頁（一九八九）、奥平康弘『ジャーナリズムと法』一八五頁（新世社、一九九七）、紙谷雅子「パブリック・フィギュアと現実の悪意」法教三三六号一五頁（二〇〇〇）、山田隆司「アメリカにおける憲法的名誉毀損法の展開と課題」阪大法学五五卷六号二〇五頁（二〇〇六）参照。
- （10）アメリカにおける学説については、松井茂記「New York Times 判決の法理の再検討」民商一一五卷二号一頁（一九九六）、清水公一「アメリカにおける表現の自由と名誉権の調整」法学政治学論究一〇号一七七頁（一九九一）、山田隆司「アメリカにおける憲法的名誉毀損法の再検討」阪大法学五六卷六号一七七頁（二〇〇七）参照。
- （11）浦部法穂『注釈日本国憲法上巻』四六五—六六頁（青林書院新社、一九八四）。

- (12) 松井・前掲注(1)一〇七頁。
- (13) 日本の名譽毀損法について近時では、宮原守男監修『名譽毀損・プライバシー 報道被害の救済』(ぎょうせい、二〇〇六)、のぞみ総合法律事務所編『新・名譽毀損』(商事法務、二〇〇六)、村上孝止『人格権侵害と言論・表現の自由』(青弓社、二〇〇六)、浜辺陽一郎『名譽毀損裁判』(平凡社、二〇〇五)、佃克彦『名譽毀損の法律実務』(弘文堂、二〇〇五)、升田純『名譽毀損・信用毀損の法律相談』(青林書院、二〇〇四) 参照。
- (14) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』(増補版)三四八一四九頁(有斐閣、一〇〇〇)。
- (15) 平川宗信『名譽毀損罪と表現の自由』三三頁(有斐閣、一九八三)〔一〇〇〇年に復刻版発行〕。
- (16) 山元一『真実性の抗弁——表現の自由と名譽毀損罪』法教三三六号二二一三三頁(二〇〇〇)。
- (17) 奥平康弘「ジャーナリズムと法律」城戸又一編集委員代表『講座 現代ジャーナリズムⅣ ジャーナリスト』三〇一三一頁(時事通信社、一九七四)。
- (18) 前田雅英『刑法各論講義』(第二版)一三三一、一三九一四〇頁(東京大学出版会、一九九五)。
- (19) 芦部・前掲注(14)三四九頁。
- (20) 最一小判昭和三年四月一〇日刑集二二卷五号八三〇頁。最大判昭和三年七月四日民集一〇卷七号七八五頁も同旨。
- (21) 堀部政男「表現の自由と人格権の保護」伊藤正己編『現代損害賠償法講座2 名譽・プライバシー』一〇頁(日本評論社、一九七二)は、最高裁判例の「名譽毀損は言論の自由の濫用であるから言論の自由の範囲外であるという定式は大いに問題」と批判する。判例の乱用理論の問題点については、尾吹善人「判批」マスコミ判例百選二一頁。
- (22) 最一小判昭和三四年五月七日刑集一三卷五号六四一頁。
- (23) 最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁。「判批」として、上村貞美・憲法判例百選I(第五版)一四二頁、浦部法穂・憲法判例百選I(第四版)一四四頁(二〇〇〇)、平川宗信・メディア判例百選五二頁、福田平・マスコミ判例百選(第二版)四六頁(一九八五)、木村靜子・刑法判例百選II(第四版)四〇頁(一九九七)。
- (24) 芦部・前掲注(14)三五二頁。
- (25) 淡路・前掲注(2)五一頁参照。
- (26) 最一小判昭和四四年六月二三日民集一〇卷五号一一八頁。

- (27) 神田・前掲注(2)一八三頁。
- (28) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』一七一一七二頁（岩波書店、一九九五）。
- (29) 芦部・前掲注(14)三五三頁。
- (30) 相当性理論に批判的見解として、松井・前掲注(1)一〇七頁、浦部法穂『憲法学教室〔全訂第二版〕』一五九一六三頁（日本評論社、一〇〇六）、阪本昌成「名誉・プライバシーの侵害と表現の自由」ジユリ九五九号四〇頁（一九九〇）、平川・前掲注(15)一三五頁など。芦部・前掲注(14)三五三頁も、現実的悪意の法理と比べ、表現の自由の自己統治の価値を十分に活かしていないのではないか、と厳しい見方を示す。相当性理論の問題点については、前田聰「名誉毀損における『相当性理論』の憲法的考察（二）（一・完）筑波法政三八号三三九頁、三九号二二九頁（二〇〇五）。
- (31) 松井茂記「名誉毀損と表現の自由」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座 第一巻 権利侵害と被侵害利益』八七頁（日本評論社、一九九八）。
- (32) 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 名誉・プライバシー』四九頁（日本評論社、一九七二）。
- (33) 大石泰彦『メディアの法と倫理』一〇五頁（嵯峨野書院、二〇〇四）。
- (34) 山川・前掲注(3)二四一頁。
- (35) 福田・前掲注(23)四七頁。
- (36) 松井・前掲注(3)一四頁。
- (37) 警察の公式発表があつた場合でも、内容に明らかな疑いがあるのに、そのまま記事にした場合には相当性を認めない裁判例もある。大阪高判昭和六〇年六月一二日判時一一七四号七五頁。
- (38) 独自取材の場合でも相当性を認めた判決がある。例えば、大阪地判昭和五九年七月二三日判時一一六五号一四二頁。
- (39) 竹田稔『名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』一五頁（酒井書店、一九八二）。
- (40) 山川・前掲注(3)二四一頁。
- (41) 最一小判昭和四七年一月一六日民集二六卷九号一六三三頁。尾島茂樹「判批」メディア判例百選五四頁参照。
- (42) しかし最高裁は、最一小判昭和五五年一〇月三〇日判時九八六号四一頁で、こうした厳しい姿勢を確認している。

- (43) 最三小判平成二年一〇月二六日民集五三卷七号二三二三頁。窪田充見「判批」メデイア判例百選六〇頁参照。
- (44) 東京地判平成二三年三月二七日判時一七五四号九三頁など。
- (45) 東京高判平成二三年七月五日判時一七六〇号九三頁。田島泰彦「判批」メデイア判例百選一三八頁参照。
- (46) 飯室勝彦「報道の自由が危ない——衰退するジャーナリズム」一三〇頁（花伝社、二〇〇四）。
- (47) 梓澤和幸ほか「表現の自由とプライバシーの現状と課題」田島泰彦ほか編『表現の自由とプライバシー』三三七頁
- 〔右崎正博発言〕（日本評論社、一〇〇六）参照。
- (48) 奥平・前掲注(28)二〇三頁。平川・前掲注(23)五一頁は、憲法に依拠した「一種の判例による立法」という。
- (49) 最二小判平成一六年一二月一三日民集五八卷九号二四一九頁、最一小判平成一八年六月一日民集六〇卷五号一八八七頁。
- (50) 佐伯仁志「名誉・プライバシーの侵害と刑事法上の問題点」ジュリ九五九号四七頁（一九九〇）。
- (51) 佐藤幸治「表現の自由」芦部信喜編『憲法II 人権（一）』五〇八頁（有斐閣、一九七八）。
- (52) 平野龍一「法律学全集43 刑事訴訟法」一八七頁（有斐閣、一九五八）。
- (53) 三島宗彦「真実の証明と人格権侵害」現代損害賠償法講座2「名誉・プライバシー」一五〇一五一頁。
- (54) 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」一八五頁（有斐閣、二〇〇五）。
- (55) 長岡徹「表現の自由と名誉毀損」ジュリ増刊『憲法の争点（第三版）』一〇六頁（一九九九）。
- (56) 東京高判平成六年九月二三日判時一五三六号三七頁。安次富哲雄「判批」判評四四四号一八九頁。
- (57) 松井・前掲注(9)「名誉毀損（三）」一九頁。
- (58) 松井茂記『アメリカ憲法入門（第五版）』一七一頁（有斐閣、二〇〇四）。
- (59) 376 U.S. 254 (1964)（以下、Times 判決と表記する）。久保田さぬ子・アメリカ法一九六五、一三九頁、塚本重頼「アメリカ法における公務員に対する批判と名誉毀損」法曹時報一八卷四号二頁（一九六六）、山川洋一郎「報道の自由と名誉毀損」ジュリ四四三号八三頁（一九七〇）、堀部政男「判批」英米判例百選（第三版）五〇頁（一九九六）、松井・前掲注(9)「名誉毀損（二）」二六頁、奥平・前掲注(9)一八四一八八頁、山田・前掲注(9)二〇七頁参照。
- (60) 日本新聞協会研究所編・前掲注(8)一〇六一〇七頁。

- (61) 佐藤幸治「表現の自由」川又良也編『総合研究アメリカ第四巻 平等と正義』一七七頁（研究社、一九七七）。
- (62) 喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』四六頁（白水社、一九九九）。鈴木秀美「情報法制」ジユリ一三三四号一四五頁（二〇〇七）では、「これに比べると、日本の名誉毀損法は報道機関に對して厳しすぎる」という問題がある。日本では、政治家でも報道機関を名誉毀損で訴えて容易に損害賠償を得ることができるため、報道機関による権力監視機能がアメリカほどには發揮されていない」と指摘する。
- (63) ボブ・ウッドワード、カール・バーンスタイン『大統領の陰謀』常盤新平訳（立風書房、一九七四）参照。
- (64) 公的人物概念については、松井・前掲注(9)「名誉毀損（四・完）」五三一六〇頁、松井・前掲注(10)九頁参照。
- (65) Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967) 及び Associated Press v. Walker, 388 U.S. 130 (1967).
- (66) 418 U.S. 323 (1974).
- (67) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749 (1985). Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps, 475 U.S. 767 (1986).
- (68) 藤倉皓一郎「アメリカにおける名誉毀損に対する懲罰的損害賠償の機能」田中英夫先生還暦記念『英米法論集』四九四頁（東京大学出版会、一九八七）、花見常幸「アメリカ憲法における名誉毀損の表現と『公的人物』テスト」伊藤満先生喜寿記念『比較公法学の諸問題』一四三頁（八千代出版、一九九〇）、山田・前掲注(9)一一三頁参照。
- (69) 東京地決昭和四九年五月一四日判時七三九号四九頁。
- (70) 東京地判昭和五二年七月一三日判時八五七号三〇頁。
- (71) 本件の本案訴訟控審判決（東京高判昭和五五年九月三〇日判時九八一号四三頁）でも、原判決の理由を引用して控訴人の請求を理由なしとして控訴を棄却した。
- (72) 東京高決昭和五七年六月一日判時一〇五三号一一頁。
- (73) 最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁。池端忠司「判批」憲法判例百選I〔第五版〕一五〇頁、宍戸常寿「判批」メディア判例百選一四八頁参照。
- (74) 本判決補足意見で伊藤正己裁判官は、現実的悪意の法理について、表現の自由の保障を強くする理論とする一方、事前規制の判断基準として用いることには疑問があるとし、「公的な人物に対する名誉毀損に関する事後の制裁を考え

る場合の判断の指標として、その検討を将来に保留しておきたい」と述べた。

- (75) 東京地判昭和六年一月二〇日判時一二五八号二三二頁、東京高判平成元年九月五日判時一三三三号三七頁など。
- (76) 大阪高判平成元年五月二六日判タ七一三号一九六頁。山田健太「判批」メディア判例百選七八頁。
- (77) 東京地判平成八年一月三二日判時一五六五号一二五頁。
- (78) 東京高判平成一三年八月二八日判タ一〇七〇号四二頁。
- (79) 阪本昌成「名誉の保護と司法的事前抑制」ひろば一九八六年一〇月号三六頁。
- (80) 阪本前掲注(79)三六頁、阪本昌成『憲法理論III』六〇頁(成文堂、一九九五)。
- (81) 清水・前掲注(9)二五〇一五二頁は、名誉毀損法がアメリカとは異なる日本では法理がそのまま妥当しないと指摘し、①明らかに虚偽でも、公人は現実的悪意を証明しない限り法的救済が与えられず、虚偽事実が情報の市場に混入されたままになる、②その立証には、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、それは表現の自由に対する脅威となりかねず、かとい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、③法理が明確でない——などとして、表現の自由保障に偏ることになりかねないと批判する。
- (82) 例えば、伊藤正己「憲法〔第三版〕」三〇九頁(弘文堂、一九九五)、清水英夫「言論法研究2」一八九頁(学陽書房、一九八七)、堀部・前掲注(21)一九頁、田島泰彦「報道と名誉・プライバシー」『現代メディアと法』八五頁(三省堂、一九九八)、駒村・前掲注(7)二〇六頁、大石・前掲注(33)一〇七頁、上村貞美「表現の自由・名誉毀損・証明責任」香川法学一九卷一号五三頁(一九九九)、五十嵐・前掲注(4)三〇頁、平川・前掲注(15)一三五頁、佐伯・前掲注(50)四八頁、田頭章一「判批」メディア判例百選四九頁、浜辺・前掲注(13)一九六頁、吉野夏己「名誉毀損の表現の憲法上の価値」岡山大学法学会雑誌五六卷三・四号二一九頁(二〇〇七)。
- (83) 芦部・前掲注(14)三五四一五五頁、芦部信喜「憲法〔第四版〕」一八〇頁(岩波書店、二〇〇七)。
- (84) 佐藤幸治「憲法〔第三版〕」五一六頁(青林書院、一九九五)。
- (85) 佐藤幸治「憲法と人格権」有倉遼吉教授還暦記念「体系・憲法判例研究III」二三四頁(日本評論社、一九七五)。
- (86) 奥平康弘「表現の自由II」一八〇頁(有斐閣、一九八三)。現実的悪意の法理導入を主張するものとして、浦部・前掲注(11)四六五頁、松井・前掲注(1)一〇七頁、前田・前掲注(30)「憲法的考察(一・完)」一三九頁。