

III 判例研究 III

精神的苦痛を与える表現行為と不法行為の成否

- 最二小判平成23年7月15日民集65巻5号2362頁 -

梶原健佑

1. 事実の概要

原告Xらは、いわゆる「光市母子殺害事件」の被告人の第2次控訴審における弁護士であった¹⁾。光市母子殺害事件とは、犯行当時18歳の少年であった被告人が、排水管検査を装って上がり込んだアパートの一室において、23歳の主婦を姦淫しようとしたところ、激しく抵抗されたため、殺害の上で姦淫し、同所において、激しく泣き続けた生後11か月の長女を殺害し、現金の入った財布を窃取した事件である。一審及び第1次控訴審段階で被告人は、殺人及び強姦の故意を認めていたにもかかわらず、第1次上告審係属中に、一転、被害者を蘇生させるために姦淫した等と主張を変更させた点が報道で紹介され、また、犯行当時18歳1カ月で2人を殺害した少年に死刑を適用すべきかが議論を呼ぶなど、注目を集める事件となっていた。2006年6月20日、最高裁は、殺意等を否認した被告人の主張を排斥したうえで、無期懲役とした第1次控訴審判決を破棄し、死刑の選択を回避するに足りる特に酌量すべき事情があるかどうかにつき審理を尽くさせるため広島高裁に差し戻す判決を下した²⁾。

弁護士でありテレビタレントとしても当時活動していた被告Yは、第2次控訴審係属中であった2007年5月放送のテレビ番組において、この光市母子

1) 光市母子殺害事件の経緯・概要等については、門田隆将『なぜ君は絶望と闘えたのか』（新潮文庫、2010年）、現代人文社編集部編『光市事件裁判を考える』（現代人文社、2008年）など参照。

2) 最三小判平成18年6月20日裁判所時報1414号8頁。なお、第2次上告審判決は最一小判平成24年2月20日裁判所時報1550号26頁。

殺害事件の弁護士（弁護人）に関して次の発言をした（以下、「本件発言」という。）。①「死体をよみがえらすためにその姦淫したとかね、それから赤ちゃん、子どもに対しては、あやすために首にちょうちょ結びをやったということを、堂々と21人のその資格を持った大人が主張すること、これはねえ、弁護士として許していいのか」、②「明らかに今回は、その21人というか、あのAっていう弁護士が中心になって、そういう主張を組み立てたとしか考えられない」、③「ぜひね、全国の人ね、あの弁護団に対してもし許せないって思うんだったら、一斉に弁護士会に対して懲戒請求かけてもらいたいんですよ」、④「懲戒請求するのは誰でも彼でも簡単に弁護士会に行って懲戒請求を立てれますんで、何万何十万っていう形での21人の弁護士の懲戒請求を立ててもらいたいんですよ」、⑤「懲戒請求を1万2万とか10万とか、この番組見てる人が、一斉に弁護士会に行って懲戒請求かけてくださったらですね、弁護士会のほうとしても処分出さないわけにはいかないですよ」。

本件発言を含む番組が放送された日から2008年1月21日迄の間、Xらが所属する広島弁護士会には、放送以前には0件だった懲戒請求が、X1ないしX4に各600件以上、延べ2500件余なされた。広島弁護士会は懲戒の手続に入り綱紀委員会に事案の調査をさせたものの、綱紀委員会は懲戒委員会に審査を求めないことを相当とする議決をなし、弁護士会は2008年3月、懲戒しない旨の決定をした。

Xらは、Yの本件発言が名誉毀損・信用毀損に該当し、さらに、名誉感情の侵害ないし毀損にも該当するものであり、これによって甚大な精神的苦痛を被ったこと、さらに、綱紀委員会の調査にに対応するために時間と労力を費やしたことにより精神的な苦痛を被ったとして、不法行為に基づく損害賠償を請求した³⁾。

一審広島地裁は、名誉毀損及びそれ以外の不法行為の成立を認め、YにXらに対する各200万円の支払いを命じる判決を下した⁴⁾。発言の①ないし⑤

3) 被告Yは、所属する大阪弁護士会により、弁護士としての品位を害する行為を行ったとして業務停止2カ月の懲戒処分が下されている（2010年）。

4) 広島地判平成20年10月2日判タ1294号248頁。

のいずれもがXらの社会的評価を低下させるものと認め、このうち論評の前提としている事実のうち重要な部分について真実であることの証明があるため違法性が阻却されると認めた①以外の発言については、真実性証明も真実相当性証明も成功していないとして名誉毀損不法行為が成立すると判示した。他方、名誉毀損以外の不法行為について、次のように述べてその成立を肯定した。

「マスメディアを通じて公衆に対して特定の弁護士に対する懲戒請求をするように呼びかけ、弁護士に極めて多数の懲戒請求に対応せざるを得なくするなどして不必要な負担を負わせることは、弁護士会による懲戒制度を通じた指導監督に内在する負担を超え、当該弁護士に不必要な心理的・物理的負担を負わせて損害を与えるものとして……弁護士懲戒制度の趣旨目的に照らして相当性を欠くものと判断され、不法行為に該当すると判断される。……このような方法によって公衆に対して懲戒請求を呼びかける必要性があったことに係る被告の主張については……合理性を認めることができないし、原告らに懲戒事由があることにつき事実上又は法律上の根拠を欠く場合であり、被告がそのことを知りながら又は通常人であれば普通の注意を払うことによりそのことを知り得たと評価すべき……である。その結果、……原告らは一人当たり600件を超える極めて多数の懲戒請求を申し立てられ、それに対応するため不必要な心理的・物理的負担を負わされて精神的及び経済的な損害を被ったと認められる」から、本件発言③ないし⑤は「総合して名誉毀損とは別個の不法行為に当たる」。

Yの控訴を受けた原審広島高裁は、名誉毀損以外の不法行為の成立に関しては一審判決を支持する一方で、①ないし⑤いずれの発言についても名誉毀損の成立を否定した⁵⁾。その理由はそれぞれ、①については一審とおおむね同様、②については摘示事実につき真実性証明があったというべきとするもの、③から⑤についてはいずれも意見論評の域を逸脱していないというものであった。名誉毀損以外の不法行為の成立について、曰く、「控訴人の上記

5) 広島高判平成21年7月2日判時2114号65頁。賠償額は各90万円に減額された。

懲戒請求の勧奨は、弁護士懲戒制度の本来の趣旨目的を逸脱し、多数の者による理由のない懲戒請求を集中させることによって、被控訴人らを含む本件弁護団の弁護方針に対する批判的風潮を助長し、その結果、被控訴人らの名誉感情等人格的利益を害するとともに、不当な心身の負担を伴う弁駁、反論準備等の対応を余儀なくさせたものと評さざるを得ず、控訴人は、このことについて、不法行為責任を免れない」。

XとYの双方が上告。

2. 判旨

裁判官4人全員一致の判決はXの全ての請求を斥けるものであった。その理由は以下のとおりである⁶⁾。

(1) 本件発言①ないし⑤が「名誉毀損を構成するものではないとした原審の……判断は、正当として是認することができる。」

(2) 「しかしながら、原審の……名誉毀損とは別個の不法行為を構成するとした判断は、是認することができない。その理由は、以下のとおりである。」

(a) 「第1審被告は、本件被告人本人の言い分や本件弁護団との接見内容等本件弁護活動の当否に関する重要な情報を直接に有しているわけではないにもかかわらず、これを論難し、本件呼び掛け行為を行ったというのであって、第1審被告が、弁護士であることを考慮すると、刑事弁護活動の根幹に関わる問題について、その本質についての十分な説明をしないまま、……多数の視聴者が懲戒請求をすれば懲戒の目的が達せられる旨の発言をするなどして視聴者による懲戒請求を勧奨する本件呼び掛け行為に及んだことは、上記の問題の重要性についての慎重な配慮を欠いた軽率な行為であり、その発言の措辞にも不適切な点があったといえよう。そして、第1審原告らについて、それぞれ600件を超える多数の懲戒請求がされたことにより、第1審原告らが名誉感情を害され、また、上記懲戒請求に対する反論準備等の負担を強いら

6) 竹内行夫、須藤正彦、千葉勝美の3裁判官による補足意見が付されている。なお、以下の判旨のうち、(1) (2), (a) (b) 等の記号は筆者が便宜のため付したものである。

れるなどして精神的苦痛を受けたことは否定することができない。」

(b) 「しかしながら、本件呼び掛け行為は、懲戒請求そのものではなく、視聴者による懲戒請求を勧奨するものであって、前記認定事実によれば娯楽性の高いテレビのトーク番組における出演者同士のやり取りの中でされた表現行為の一環といえる。その趣旨とするところも、報道されている本件弁護活動の内容は問題であるという自己の考えや懲戒請求は広く何人にも認められるとされていること（弁護士法58条1項）を踏まえて、本件番組の視聴者においても同様に本件弁護活動が許せないと思うのであれば、懲戒請求をしてもらいたいとして、視聴者自身の判断に基づく行動を促すものである。その態様も、視聴者の主体的な判断を妨げて懲戒請求をさせ、強引に懲戒処分を勝ち取るという運動を唱導するようなものとはいえない。」

(c) 「他方、第1審原告らは、社会の耳目を集める本件刑事事件の弁護人であって、その弁護活動が、重要性を有することからすると、社会的な注目を浴び、その当否につき国民による様々な批判を受けることはやむを得ないものといえる。」

(d) 「第1審原告らについてそれぞれ600件を超える多数の懲戒請求がされたについては、多くの視聴者等が第1審被告の発言に共感したことや、第1審被告の関与なくしてインターネット上のウェブサイトに掲載された本件書式を使用して容易に懲戒請求をすることができたことが大きく寄与していると思われることができる。」

(e) 「広島弁護士会綱紀委員会による事案の調査も一括して行われたというのであって、第1審原告らも、これに一括して反論をすることが可能であったことや、本件懲戒請求については、同弁護士会懲戒委員会における事案の審査は行われなかったことからすると、本件懲戒請求がされたことにより、第1審原告らに反論準備等のために一定の負担が生じたことは否定することができないとしても、その弁護士業務に多大な支障が生じたことまでいうことはできない。」

(f) 「これまで説示したところによれば、第1審被告の本件呼び掛け行為は、

弁護士としての品位を失うべき非行に当たるとして、弁護士会における自律的処理の対象として検討されるのは格別、その態様、発言の趣旨、第1審原告らの弁護士としての社会的立場、本件呼び掛け行為により負うこととなった第1審原告らの負担の程度等を総合考慮すると、本件呼び掛け行為により第1審原告らの被った精神的苦痛が社会通念上受忍すべき限度を超えるとまではない難く、これを不法行為法上違法なものであるということはできない。」

3. 研究

(1) 被侵害利益と判断基準

本判決は、精神的苦痛を与える表現行為が不法行為となるか否かについて判断基準を示した最高裁判決である。

(a) 本件での被侵害利益 本判決で被侵害利益とされているものは何であろうか。法廷意見は「多数の懲戒請求がされたことにより、第1審原告らが名誉感情を害され、また、上記懲戒請求に対する反論準備等の負担を強いられるなどして精神的苦痛を受けた」と述べている。この趣旨は必ずしも判然とはしないものの、端的にいえば、精神的苦痛を与えたことが不法行為を構成すると論じたものと読むのが正確かと思われる。すなわち、600件を超える懲戒請求によって名誉感情を侵害されたことと、懲戒請求に起因する諸事への対応を強いられたことにより、「精神的苦痛」が生じたとされる（判旨(2-a)参照）。そこでの被侵害利益は、「精神的利益 (emotional interest)」とも形容すべきものである。

最高裁は、この精神的利益の「一要素」として名誉感情を置いているようである。表現行為を原因行為とする名誉感情侵害不法行為につき、名誉毀損が成立しない場合であってもこれを肯定する可能性を示唆した点に本判決のひとつの特徴がある。名誉感情の侵害が名誉毀損とは異なるカテゴリーであることは既に最高裁判決⁷⁾によって明らかにされており、名誉と並んで「名

7) 最二小判昭和45年12月18日民集23巻13号2151頁。

誉感情も一種の人格権の利益⁸⁾」として法的保護に値すると考えられている。本判決は、名誉及びプライバシー以外のかかる人格的利益を侵害する不法行為につき、いかなる判断基準をもって不法行為の成否を判断すべきかという検討に素材を提供する⁹⁾。

関連する最高裁の先例としては、わずかに⑦最一小判平成元年12月21日¹⁰⁾、④最三小判平成14年9月24日¹¹⁾、⑦最一小判平成17年11月10日¹²⁾を挙げうる程度であり、先例的価値は少なくないと思料される。評釈に先立ち、⑦から⑨をそれぞれ簡単に確認しておきたい。

(b) 関連判例：長崎小学校教師ビラ事件 ⑦は、小学校教諭であった原告らに対する「教師としての能力自体を疑われる」「有害無能な教職員」などの表現とともに、彼らの氏名・住所・電話番号等が記載されたビラを配布した行為が、名誉毀損及びそれ以外の人格的利益を侵害する不法行為といえるかが争われた事件である。最高裁は、名誉毀損の成立を否定したうえで、次のように述べて当該配布行為が「私生活の平穩などの人格的利益を違法に侵害」するものと認定した。すなわち、配布行為の結果として、原告のなかには電話やスピーカー等による嫌がらせや非難攻撃を繰り返し受けた者がおり、その余の者も落ち着いた気持ちで過ごさなければならなくなったことは、「社会的地位及び当時の状況等にかんがみると、現実に右攻撃等を受けた被上告人らの精神的苦痛が社会通念上受忍すべき限度内にあるということではできず、その余の被上告人らの精神的苦痛も、その性質及び程度において、右攻撃等を受けた被上告人らのそれと実質的な差異はない」というのである。同判決は、「私生活の平穩などの人格的利益」を被侵害利益とする不法行為について、受忍限度論をその成否の判断基準とした。

8) 五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣, 2003年) 26頁。

9) 須藤正彦裁判官の補足意見は「原告が害された人格的利益は受忍限度を超えたときまでというのは困難である」と述べて、本件での被侵害利益を「人格的利益」と明確に表現している。

10) 民集43巻12号2252頁。

11) 判タ1106号72頁。

12) 民集59巻9号2428頁。

(c) 関連判例：石に泳ぐ魚事件 次の④は、モデル小説が本人の承諾なく執筆され、そのなかに国籍、学歴、父が韓国でスパイ容疑により逮捕された経歴があること及びその顔面に完治の見込みのない腫瘍があることなど、小説の主人公を原告本人と同定することを可能にする叙述が含まれており、さらに、その腫瘍及び顔面について「勃起する陽根を思われる腫瘍」「蛞蝓がぶら下がっているみたいな口」「あんたの顔って太った蛆虫みたい。口は、そうだな。蛸の吸盤ってとこか。……水死体そっくり」といった表現を用いて描写していたこと等が、モデルとなった原告の名誉、プライバシー、名誉感情を侵害する違法なものであるか等が争われた事件である。この事件で最高裁は、当該叙述により「公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害された」と述べて、不法行為の基礎となる侵害法益を3つ併記してみせているものの、その判断基準については、原審の判断に違法はないと述べるだけで独自のものを示していない。原審東京高裁¹³⁾が個々の不法行為の成立を論じていたのに対し、最高裁は合わせ技一本で不法行為の成立を認めていると読めるものになっている。

(d) 関連判例：林真須美法廷写真・イラスト事件 最後の⑤は、和歌山カレー毒物混入事件の被告人が出廷する法定内で、週刊誌記者が無断で被告人を写真撮影し記事として公表したこと、さらに、「絵ならどうなる？」との見出しを付して被告人を揶揄する文章とともに被告人の法廷での容ぼう等を描写したイラスト画を記事として公表したことの不法行為の成否が争われた事件である。写真記事では肖像権侵害、イラスト記事では肖像権侵害、名誉毀損又は侮辱が主張された。最高裁は、無断で容ぼう等を撮影・公表する行為が違法となるかを、総合考慮の上で受忍限度を超えるか否かで判断すると述べ、当該事案では限度を超えると判断した。イラストについても、結局のところ、受忍限度で判断すると述べ、腰縄手錠の態様を描かれているイラスト1点については「被上告人を侮辱し、被上告人の名誉感情を侵害するもの」であり、受忍限度を超えると判断した。

13) 東京高判平成13年2月15日判タ1061号289頁。

(e) 3つの関連判例のまとめ 被侵害利益と不法行為成否の判断基準に関して、以上を再度まとめてみたい。⑦の被侵害利益は「私生活の平穏などの人格的利益」とされており、「やや幅のある表現¹⁴⁾」となっている。判断基準は受忍限度論である。④の被侵害利益は、名誉、プライバシー及び名誉感情である。最高裁自身の判断基準は明らかでない。⑤の被侵害利益は「自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益」ないし「自己の容ぼう等を描写したイラスト画……をみだりに公表されない人格的利益」であり、学説がいう「肖像権」との呼称は採用されていない。この人格的利益侵害の不法行為は、やはり受忍限度論によって成否を判断するとされる。

(e) 名誉感情という被侵害利益 本判決が被侵害利益の一要素として名誉感情を置いていることは既に確認した。最高裁にとって名誉感情侵害を不法行為として肯定したのは、おそらく先の④判決が最初と思われる。ただし、原審東京高裁が、記述が「いずれも顔面に障害を負った者に対する配慮に欠けるもので、その表現は苛烈ともいうべきである」ことを理由にして原告の名誉感情侵害を他の不法行為とは別個に肯定したのに対し、最高裁は、「名誉、プライバシー、名誉感情が侵害された」と一括して不法行為の成立を認定していた。しかも、原審の認定を追認するだけで成立要件等の検討は判決文にはなく、つまり、名誉感情侵害単独で不法行為が成立する要件は全く明らかとなっていなかったのである。

⑦判決は、名誉感情侵害の不法行為成立を否定した例といえる。原審福岡高裁は、名誉毀損（社会的名誉の侵害）と非難攻撃等による精神的苦痛に対する慰藉料に加え、名誉感情侵害を肯定していた¹⁵⁾。これに対して、最高裁は、「名誉侵害の不法行為」の成立を否定するだけで、名誉感情侵害を独自に考察していないものの、意識的に「名誉毀損」ではなく「名誉侵害」という表

14) 判タ731号96頁。五十嵐・前掲注8、209頁は、「この人格的利益はプライバシー的なもの」と評する。また、篠原勝美「判解」最高裁判所判例解説 民事篇 平成元年度632～633頁も、この法益侵害をプライバシー侵害に引き寄せて理解する読み方を提示している。

15) 福岡高判昭和60年7月17日判タ567号180頁。

記に出ていることから、「名誉感情の侵害の違法性も否定しているものと思われる¹⁶⁾」。同判決でも、判決文中に名誉毀損と名誉感情侵害の異同や成立要件の違いなどへの言及はなかった¹⁷⁾。

本判決は「多数の懲戒請求がされたことにより、第1審原告らが名誉感情を害され、また、上記懲戒請求に対する反論準備等の負担を強いられるなどして精神的苦痛を受けた」と述べている。ここに言及されている精神的苦痛は名誉感情侵害単独で構成されているわけではないので、名誉感情侵害そのものの不法行為責任がいかなる条件で成立するかを最高裁判決から読み取ることができない。

(f) 受忍限度論 上述のように本判決が検討対象とした不法行為の類型は、いってみれば「精神的苦痛の惹起」とでもいべきものである。そして、この不法行為の成否を判断する基準として示されたのが受忍限度論である。

不法行為の成否をめぐる判断枠組みとしては、違法性阻却型、等価的比較衡量型、相関関係説型、受忍限度型、相当性型など多様な類型がみられ

16) 篠原・前掲注14, 638頁。

17) こうした観点に立つとき、注目されるのは最三小判平成22年4月13日民集64巻3号758頁である。この事件は、ネット掲示板で「気違い」と表現されたことからプロバイダに発信者情報開示を求め、開示請求に応じなかったことを理由とする損害賠償を請求したものである。特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律4条1項は「侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき」(1号)に開示請求を認めている。最高裁は、この権利侵害の要件につき、次のように判示した。『「気違い」といった侮辱的な表現を含むとはいえ、被上告人の人格的価値に関し、具体的事実を摘示してその社会的評価を低下させるものではなく、被上告人の名誉感情を侵害するにとどまるものであって、これが社会通念上許される限度を超える侮辱行為であると認められる場合に初めて被上告人の人格的利益の侵害が認められ得るに過ぎない。』なお、同法4条4項は開示しなかったことによる損害に対するプロバイダの賠償責任を故意又は重大な過失がある場合に限定しており、当該事案では、本件書き込みの文言自体から、社会通念上許される限度を超える侮辱行為であることが一見明白であるとはいうことができないとしてプロバイダの賠償責任は否定されている。

この判決では、名誉毀損に該当しない名誉感情侵害が人格的利益を侵害する「権利侵害」と言い得るためには「社会通念上許される限度を超える侮辱行為である」か否かを判断して決するとされた。民法709条の不法行為責任の成否判定の場合にもこの枠組みがそのままスライドされるか否かは明確ではない。名誉感情侵害不法行為が単独で成立する場合の要件等については、下級裁判所の裁判例も検討したうえで改めて論じる機会を持ちたい。

る¹⁸⁾。このうち、本判決が採用する受忍限度型は、これまで主に環境、公害、相隣関連の訴訟（化学物質排出、日照、騒音など）で用いられてきたものである。「受忍限度とは、社会通念なり、良識に照らして、通常人において社会共同生活上当然受忍すべきであると考えられる限度を指称し、諸要素を考慮してその比較衡量によって判断される要件であるといわれている。この考え方によれば、損害賠償責任の可否は……加害行為と被侵害利益・程度、侵害行為の態様などの相関的な較量による判断で決定されることになる。¹⁹⁾」理論的には、受忍限度の超過をもって権利侵害を代置させることによる違法性の判断枠組みと解するのが一般的といわれる²⁰⁾。

本判決が受忍限度を判断基準として採用した理由は、「精神的苦痛という人格的利益と……表現行為との調整が問題とされている事案であり、その意味において、上記最一小判平成元・12・21〔本稿のいう㊦判決のこと——梶原〕と類似する事案であるといえるため²¹⁾」だと考えられる。では、その㊦判決が受忍限度論を採用したのはなぜか。推測の域を出ないものの、被侵害利益の共通性にその理由を求めることができるように思われる。つまり「人格的利益」である。

この人格的利益（ないし人格権）は実に間口の広い概念である。その「意味内容については、学者や実務家のあいだに、かならずしも共通の理解があるわけではない²²⁾」けれども、人格権論の第一人者は、人格権を「主として生命・身体・健康・自由・名誉・プライバシーなど人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体²³⁾」と定義づけている。かかる包摂領域の広さは、必然的に

18) 参照、能見善久=加藤新太郎編『論点体系 判例民法7 不法行為1』（第一法規、2009年）267頁〔前田陽一〕。

19) 平野克明「受忍限度と民事責任」法セ221号（1974年）95頁。つまり、受忍限度論は、不法行為法の違法性をめぐる相関関係説と繋がりがあがる。参照、奥田昌道ほか『民法学6<不法行為の重要問題>』（有斐閣、1975年）73頁〔東孝行〕。

20) 参照、加藤一郎「序論——公害法の現状と展望——」同編『公害法の生成と展開』（岩波書店、1968年）27頁、伊藤進「受忍限度」法セ578号（2003年）46頁。

21) 中島基至「判解」ジュリ1438号（2012年）92頁。

22) 五十嵐・前掲注8、2頁。

23) 五十嵐・前掲注8、10頁。

侵害となりうる行為の広範さを随伴する。人格権侵害は、生命や身体に重大な影響を与える振動、ばい煙、騒音等によって惹き起こされるほか（公害・環境訴訟）、名誉毀損、プライバシー侵害、ひいては道路通行の妨害²⁴⁾まで様々な態様をとる。人格的利益ないし人格権は、こうした一見共通性の乏しい侵害行為や被侵害利益を一括して法的言説のなかに取り込むことにより、被害者救済の点では役割を果たしてきた²⁵⁾。他方で、その内部での権利利益の性質の違いや侵害行為の性質の違いに応じた議論がじゅうぶん行われてきていない印象を受ける。このことが公害・環境訴訟で用いられてきた受忍限度論を、何らの説明もないままに、精神的な人格的利益と表現行為とが衝突する事案にスライドさせることを可能にしていると思料されるのである²⁶⁾。

受忍限度を超えているかの判断にあたり考慮される「諸要素は、ケースによって異なりまた時代とともに変わりうる性質のもの²⁷⁾」で、画一的な把握は不可能と論じられる。しかも、判断にあたって何を考慮すべき要素とし、さらに、諸要素をそれぞれどの程度重要視して判断するか、受忍限度論のものには導きの糸がない。そのため、「受忍限度論は、……相関的考量の原則から、きわめて弾力的な判断基準を提供する結果、具体的事案において……加害者に賠償義務があるか否かについて、明確な回答を示すことができず、裁判官の裁量に白紙委任するという本質を有している²⁸⁾」との批判を受けてきた。

また、諸要素の総合考慮のなかで、侵害行為が備える「公益性」といった

24) たとえば、最判平成9年12月18日民集51巻10号4241頁。

25) ところが、すぐ後に説明するように、人格権を持ち出すことで原告側は有利となる一方で、これに反論を余儀なくされる被告側の困難のことを考えるならば、肯定的に評価してばかりはられない。たとえば、阪本昌成は、「シニカルにいえば、法学者が口にする『人格権』は、使い勝手が良い、万能の杖であり、反論を許さない高貴で秘儀的な言葉」（同『表現権理論』〔信山社、2011年〕74頁）と辛辣である。

26) 水野謙「批判」平成23年度重要判例解説83頁は、本判決の受忍限度論が、従来の受忍限度論と異なると指摘する。

27) 奥田ほか・前掲注19, 73頁〔東孝行〕。

28) 大阪弁護士会環境権研究会「環境権と私法的救済——環境権批判にこたえて——」ジュリ506号（1972年）117頁〔木村保男・八代紀彦〕。

独自の価値も、諸要素のなかの一つとして解消されることになる²⁹⁾。空港騒音訴訟では空港のもつ公共性や利便性がその価値に該当し、本件のような事案では表現の自由保障の意義がそれらに替わることになろう。ところで、受忍限度論で違法性を判断するのは、原因行為が「原則的には社会的に是認されている正当な権利行使であるため³⁰⁾」と分析されており、本件では、Yの発言に「表現行為の一環」との評価が与えられていることが受忍限度論を採用させるにいたった理由とも考えられる。そこで、節を変えて、表現の自由論の観点から本判決の採用する受忍限度論の評価を試みたい。

(2) 表現の自由論からみた受忍限度論

(a) 憲法適合的な不法行為法制 本件発言に不法行為責任を問うことは、それが「表現行為の一環」である以上、表現の自由論からの考察に値する。共有されるべき認識は、裁判所による不法行為責任の認定が憲法21条との間で緊張関係を孕みうるということである。

この観点からは須藤裁判官の補足意見が注目される。曰く、「本件発言の全体は、表現行為として、表現の自由の範ちゅうにある。表現の自由は、憲法上の権利であり、かつ、民主主義社会の基盤をなす価値である。元来、個々の刑事事件についての弁護人の弁護活動の当否に関しては、いかなる人がいかように批判しようとも基本的に自由である。第1審被告の表現行為についても、不法行為責任を生じさせて表現の自由を制限するようなことに対しては極力慎重でなければならない。このような視点に立つと、名誉毀損としての違法性が否定される場合である本件呼び掛け行為は、その発言の趣旨、態様、不適切性の程度（不適切性の重大性）と人格的利益の侵害を受けたという第1審原告らの被侵害利益の性質、侵害の程度（結果の重大性）との相関

29) 参照、伊藤進「受忍限度について」判時1008号（1981年）11頁。むろん、公共性が大きければ法益侵害を無視してもよい、あるいは、重大な法益侵害の場合でも公共性を考慮しなければならない、と主張したいわけではない。参照、淡路剛久『環境権の法理と裁判』（有斐閣、1980年）68～69頁。

30) 能見=加藤編・前掲注18, 318頁〔前田〕。

関係の下で、同人らに受忍限度を超える損害が生じたといえるかどうか、言い換えれば、上記に述べた表現の自由という憲法的価値を考慮してもなおお金で償わなければならないほどの損害が生じたといえるかどうかということによってその違法性の有無が決められるというべきである。」ここでは、名誉毀損が成立しない場合の人格的利益侵害による不法行為の成立（違法性の判断）が相関関係説の基礎のうえに立った受忍限度論で判断されるべきとして、法廷意見による受忍限度論の採用が敷衍されていると同時に、不法行為責任を課すことが表現の自由を制限することになりうるとの認識が明示的に語られている。ただし、このような憲法的視点からの検討の必要性についての認識は多数意見にはみることができず、法廷の共通認識となるには至らなかったものと想像される。

名誉毀損法制では、真実相当性の法理の採用のごとく、憲法による表現の自由保障と矛盾のない法制度となるよう法理を再構築する試みがなされてきた（アメリカ法ではこうした営為を「名誉毀損法の憲法化（Constitutionalization of Defamation Law）」という）。表現行為を原因行為とする不法行為法制では、名誉毀損以外の場合であっても、それと同様の慎重さをもって法理の構築に努めなければならない³¹⁾。

(b) 準則化の効用 憲法適合的な法制を組み立てるためには、成立要件や阻却事由の明確化が求められる³²⁾。なぜなら、立証すべき要件とその立証責任を明確にすることで、表現の自由を制約する法制に要求される予測可能性が担保され、萎縮効果が減殺されるためである。たとえば、名誉毀損では原告側が、自らの社会的評価を低下させる性質の事実を被告が摘示したこと

31) さしあたり、拙稿「不法行為言論（Tortious Speech）の憲法学・序説——Intentional Infliction of Emotional Distress法の『憲法化』を中心に——（上・下）」山口経済学雑誌61巻1号93頁以下、2号59頁以下（ともに2012年）を参照のこと。

32) 本稿では、prima facieに相当する要件を成立要件、そして、不法行為の成立を（とりわけ表現の自由との調整の観点から）限定する要件（constitutional privilege等）を阻却事由と表記することにした。ただ、アメリカ法の解説ではprivilegeに該当しないことをprima facieに挙げる例もあり、上記のアメリカ法的区分を日本法的理解に立った区分の型に嵌め込む営為が奏功するか、筆者にも自信はない。なお、参照、阪本・前掲注25、143頁。

を立証しなければならず、対して被告側は当該言論が公共の利害に係る事実を述べるものであり、かつ、専ら公益を図る目的でなされ、なおかつ、当該言論の主要な事実が真実である（あるいは、真実と誤信するに相当な理由があった）ことの立証に成功すれば不法行為は成立しないものとされている。かように要件が明確化されることによって、表現しようとする者は、事後に損害賠償請求訴訟で敗訴しないためには予め何をすればよいか概ね理解できるようになる。こうした要件の明確化を、筆者は「準則化」と表現してきた³³⁾。

対して、準則化が十分でなく、成立要件も阻却事由も明確になっていないとき、表現者は事後的な制裁に関する不安定なリスクを背負わされることになる。わが国では名誉毀損以外の表現行為を原因行為とする不法行為法制では、準則化は極めて不十分な状況にある。たとえば、名誉毀損に次いで議論が蓄積されてきたプライバシー侵害についてみると、現時点での最高裁の判例法理は「その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」というものであり、比較衡量にあたっては「その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由に関する諸事情を個別具体的に審理」とされている³⁴⁾。つまり、示されている判断基準は個別的比較衡量、ad hoc balancingである。とするならば、「表現の自由とプライバシー権との境界付けについては、表現の自由と名誉権の間のそれに比べ、はなはだ曖昧な基準しか確立されていないのが現状である³⁵⁾」との評価は正当である。この個別的比較衡量は、確かに事案に応じた解決を可能とするメリットがある一方で、いかなる要素をどの程度重視して判断（衡量）されるかが事前に分からないため、萎縮効果を招く懼れが大きいといえる。

(c) 受忍限度論の評価 かように個別的比較衡量にはメリットとデメリッ

33) 参照、拙稿「衡量枠と準則——表現の自由論における司法審査基準の再検討——」山口経済学雑誌58巻5号（2010年）25頁以下。

34) 参照、最二小判平成15年3月14日民集57巻3号229頁。

35) 棟居快行「憲法解釈の応用局面（三）」阪大法学61巻5号（2012年）201頁。

トとがある。他方で、準則にも、予見可能性というメリットと事案の特徴に応じた柔軟な解決を与えられない硬直性というデメリットとがある。それゆえ、個別的比較衡量と準則のいずれを選択するかは一義的な解答を与え得ない難問であるけれども、こと表現の自由に関連する領域では萎縮効果を低減させるため準則が推奨されるべきであると考えられる。とすれば、本件のような事案を受忍限度論で判断することは否定的に評価されるべきことになる。なぜなら、如上の視点からみたとき、受忍限度論はその特徴において個別的比較衡量と径庭ないからである。名誉毀損以外の人格的利益侵害であっても、表現の自由にじゅうぶん配慮した要件（成立要件や阻却事由）が丁寧に彫琢されるべきであると筆者は考える。

(3) 検討すべき諸論点

以下、受忍限度論にかわる要件の構築（準則化）を志向する立場から、この領域で今後さらに検討を要すると考えられることを幾つか挙げておきたい。

(a) 被侵害利益の峻別 第一に必要なのは、被侵害利益をもっと類型化し選別する作業である。わが国の最高裁は、不法行為の成立を判定するにあたり、いかなる不法行為がいくつ成立したのかを重視していないように（門外漢である筆者には）みえる。つまり、あたかも「合わせ技一本」のような形で「人格的利益が害されている」「精神的苦痛を与えた」と判断できれば、その被侵害利益の内実までは問わない、との姿勢に出ているかにみえるのである。最高裁の示す法理によれば、受忍限度を超えるものとして人格的利益侵害の不法行為を構成するか否かを、様々な要素を総合的に考慮して判断するのであり、そこでいわれる「人格的利益」とは、実に幅広い法益を最大公約数でまとめたものである。これでは、当該行為によって実際に侵害された法益と侵害行為とを一对一で突き合わせる作業が回避されてしまう。

本件でも、懲戒請求を受けたことによる名誉感情の侵害ならびに反論準備等の負担という性質を異にする法益侵害により精神的苦痛を受けたと認定さ

れた(ただし、受忍限度を超えないので不法行為にはならないとされた)。最高裁の判示をみる限り、名誉感情侵害という不法行為、反論準備等の負担という不法行為の2つの不法行為の成立が検討されたのではなく、トータルで1つの不法行為が成立するかどうかを受忍限度論で判断された。その趣旨は、それぞれが単独では不法行為を形成しないというものであろうか。

多くの学説は、名誉感情侵害単独で不法行為が成立することを認めてきたし、下級審裁判例にも認める例はあった。ところが、最高裁は、名誉感情侵害が単独で不法行為を構成するかどうか本判決で明言しておらず、そのことは石に泳ぐ魚事件判決でも同様であった(④判決)。理論的には、名誉感情侵害という不法行為を構成するか否かを判断するための要件と、反論準備等の負担が不法行為を構成するか否かを判断するための要件とが同じである必然性はない。しかも、精神的苦痛の原因は最高裁によればこのふたつに限定されるわけではないようである。最高裁判決はこういう。「……名誉感情を害され……反論準備等の負担を強いられるなどして精神的苦痛を受けたことは否定することができない」(傍点は筆者)。本件での被侵害利益はいかにも曖昧である。

被侵害利益を逐一峻別していないことが、受忍限度論の採用(あるいは相關関係説的な理解)に繋がっているとも考えられる。というのも、人格権(人格権的利益)侵害のカテゴリーに包摂される名誉毀損の領域では独自の法理が形成されていることに注目したい。思うに、被侵害利益(すなわち名誉)が明確にされることにより、侵害行為の態様も明確になり、利益衡量も明確に行えるようになったことが、法理の形成を可能にしたのではないか。であるならば、名誉以外的人格権(人格権的利益)侵害が争われる場合でも、準則化の作業のためには被侵害利益を切り分け、明定することが準則化の第一歩となろう。

(b) パブリック・フィギュア論の可能性 準則化に際しては、次に、パブリック・フィギュア論導入の可能性が探られるべきである。アメリカ修正1条法は「パブリックな論点に関する論議は、制約されず、活発で、広く開

かれたものでなければならず、それは政府や公職者に対する激烈で、苛烈で、ときに不愉快で痛烈な攻撃を含むこともありうる³⁶⁾」との理解を前提とする。そこで、公職者 (public official) ——その公選候補者を含む——に対する表現は可能な限り制約されるべきでなく、仮にそれに該当しない私人であっても、社会で地位を占めているために公的言説 (public discourse) による批判に曝されることも已む無しと目される人物であれば公職者同様に扱われるべき、との基本発想に出る。かかる私人をパブリック・フィギュアといい、公職者並びにパブリック・フィギュアが対象となった表現で損害賠償を得るためには、その他の私人を対象とする表現の場合と比べて、証明しなければならない要件をより厳しくする法理が名誉毀損法で次第に形成されてきている。公職者とパブリック・フィギュアは保護される名誉の範囲ないし程度が狭まる、と言い換えることも許されよう。

わが国の名誉毀損法では、表現者が免責を得るための条件として真実相当性の法理が採用されているところ、同法理にいう「公共の利害に関する事実」の要件を充足するかを、私人の「たず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」によっても判断すると述べる最高裁判例³⁷⁾には、このパブリック・フィギュア論と共通の発想をみることができ³⁸⁾。この理論の基本的な考え方は、表現の自由保障の意義をとりわけ民主的政治過程への貢献に求める立場と深く関連しており、肯定的に評価されるべきものである。だとすれば、パブリック・フィギュア論それ自体は名誉毀損法にのみ特有な考え方とはいえず、プライバシー侵害法制を始めとする表現に対する制約全般に应用可能性が開かれているはずである。

本判決を登載した民集は、判決要旨のひとつに「上記弁護士らは、社会の耳目を集める刑事事件の弁護人であって、その弁護活動の当否につき国民に

36) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).

37) 最一小判昭和56年4月16日刑集35巻3号84頁。

38) 参照、浦部法穂「名誉とプライバシー——二つの最高裁判決——」法教11号(1981年)80頁、青柳幸一「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第4版〕147頁、高佐智美「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕144頁。

よる様々な批判を受けることはやむを得ないものといえる。」を挙げている。最高裁が、本判決において、表現対象となった人物の社会的地位を重視していることは明らかである。そのことが一層明確な千葉勝美裁判官の補足意見をみておこう。次のように述べられている。「そもそも、刑事事件の弁護活動といえども、あらゆる批判から自由であるべき領域ではなく（今日の社会において、およそ批判を許さない聖域というものは考え難いところである。）、公の批判にさらされるべきものである。その際の批判等に不適切なもの、的外れなものがあつたとしても、それが違法なものとして名誉毀損等に当たる場合であれば格別、そこまでのものでない限り、その当否は、本来社会一般の評価に委ねるべきであり、その都度司法が乗り出して、不法行為の成否を探り、損害賠償を命ずるか否かをチェックする等の対応をすべきではない。弁護団としては、社会的な高い地位を有し、また、社会的な耳目を集め、多くの論評の対象になる著名事件の刑事弁護を担当していることから生ずる避けられない事態等ともいべきものであり、一種の精神的圧迫感があつたであろうことは想像に難くないが、甘受するしかないのではなからうか。」

原告が著名な刑事事件の弁護人であることが、受忍限度を超えているかの判断にあたっての要素のひとつとされ、裁判官たちの思考のなかでそれなりの比重を占めていたことが推測できる（判旨（2-c）参照）。受忍限度論ではこれも一要素として渾融してしまうけれども、準則化するに際しては、表現の自由との緊張関係を念頭に置くとき、表現のパブリックな性格——ここでは表現対象者の社会的地位——が場合分けの大きなファクターとなりうることは否定できないであろう。

(c) 意見特権の可能性 須藤裁判官の補足意見では、本件発言は「なお意見論評の自由の範囲にとどまるものといえよう」とされている。意見論評の範囲内であれば不法行為が成立しないと趣旨かは判然としないものの、名誉毀損該当性を否定された表現であっても、意見論評の範囲内にあるか否かは検討すべき要素だ、との理解を確認できる。

民事名誉毀損法では事実の揭示が明確には成立要件となっておらず、表現

内容が「意見 (opinion)」の場合であっても名誉毀損が成立するという古い判例があり³⁹⁾、その理解は今日の最高裁に引き継がれていると考えられている。刑事の場合、事実の摘示とはいえない内容ならば侮辱罪の成立如何だけが問題となるのと対照的である。しかしながら最高裁は、民事の名誉毀損法(不法行為法)の場合でも、事実の摘示によらない名誉毀損の成立に限定をかけている。それが㊦事件判決で示された、いわゆる「公正な論評の法理」である。同判決は、表現の「対象が公務員の地位における行動である場合には……その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く」とした。先に述べたように(3-1-e参照)、ここでの名誉侵害が名誉感情侵害を包含していると解するならば、名誉感情侵害なる不法行為にも同法理の適用があることになる。わが国の公正な論評の法理はどこまで広範に通用力をもちうるものだろうか⁴⁰⁾。Y側の上告理由は「あくまでも意見論評の範囲内であるのであれば、本件発言が摘示した事実が真実である限り(公共性・公益性については当事者間で争いはない)、表現の自由として保障され、如何なる理由であろうとも不法行為を認定してはならない⁴¹⁾」と、同法理を名誉毀損以外の事案にも拡大すべきことを明確に主張していた。

須藤補足意見が本件の被侵害利益を「人格的利益」と表現していることをも併せて考えるとき⁴²⁾、意見・論評の範囲にあるか否かという観点を名誉毀損法のみならず広く応用可能なものと想定していることが読み取れる。その適否についてはさらなる検討を要する。

(d) 表現者が負うべき責任の範囲 留意すべきと思われることを、最後にもうひとつ挙げたい。それは、本件では、表現内容そのものが法益を侵害

39) 大判明治43年11月2日民録16輯745頁。

40) 少なくとも、真実性証明まで含んだ形で名誉毀損法以外に拡大させることには、慎重な検討が必要であると思われる。

41) 民集65巻5号2411頁。

42) 注9およびその本文を参照のこと。

したというよりも、表現行為が惹起する結果によって法益侵害となると評価されていると思われることである。これは、㉠事件判決も同様である。すなわち、㉠においては配布されたビラの内容が直截に原告らの精神的苦痛をもたらしたのではなく、それによって加害者ならぬ第三者から嫌がらせ等を受けたこと（あるいは、その虞に曝されたこと）が精神的苦痛の原因であり、加害者にそうした「事態が発生することを……予見していたか又は予見しなかったことに過失がある」ため、「本件配布行為に起因して」害された人格的利益に対して不法行為責任が生じるとされている。同様に本判決でも、Yの発言内容によりXらの名誉感情が侵害され、あるいは精神的苦痛が生じたのではなく、発言に起因する懲戒請求及び後続する手続に対応せざるを得なくなったことにより損害が生じたと認定されている。つまり、間接加害者としての不法行為責任を認めたのである⁴³⁾。

しかし、煽動処罰の議論を引くまでもなく、表現行為によって惹起された第三者の行為の責任を表現者に負わせることが安易になされてはならず、責任賦課の線引きは慎重に議論されるべきである⁴⁴⁾。

(2012年8月10日脱稿)

〔付記〕本稿は山口大学経済学部学術振興基金から得た助成による研究成果の一部である。

43) 参照、篠原・前掲注14, 637頁。

44) 参照、松井茂記「判批」民商103巻2号（1990年）288～289頁。