慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に関する日米の法理の分析 : 表現媒体による、「事実」と「意見」の識別判断の変動可能性についての考察を目的として
Sub Title	An analysis of defamatory opinion in Japan and in United States with the aim of consideration to a possibility of changes in judgments of the distinction between "facts" and "opinions" by media
Author	岡根, 好彦(Okane, Yoshihiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2012
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.95, (2012. 12) ,p.101- 134
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20121215-0101

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に関する日米の法理の分析

――表現媒体による、「事実」と「意見」の識別判断の変動可能性についての考察を目的として――

岡根好彦

一　はじめに
二　論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に対する日本での扱い
(一)「公正な論評」の法理の採用
(二)「ロス疑惑」事件報道に関する最高裁判決
1　事実の概要
2「公正な論評」の法理に関する立場の継続と「相当の理由」の採用
3「事実」と「意見」の識別
(三)「裸の意見言明」
三　論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に対するアメリカでの扱い
(一)　意見特権論の登場
1　Gertz v. Robert Welch Inc. 判決
2　第二次リステイトメント五六六条
3　Old Dominion Branch No. 496, National Association of Letter Carriers v. Austin 判決
(二)　Ollman v. Evans 連邦控訴裁判決
1　事実の概要
2　判　旨
(三)　Milkovich v. Lorain Journal Co. 判決
1　事実の概要
2　判　旨
3　本判決の影響

四　分析と検討
(一)　論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に関する従来の法理の分析と比較
1　日　本
2　アメリカ合衆国
3　両国の比較
(1)　類似点
(2)　相違点
(二)　表現媒体による、識別判断の変動可能性について
五　まとめ

一　はじめに

コンピューター・ネットワーク技術の急激な発展と普及は現代社会に大きな可能性を与えたが、従来想定していなかった問題も生じさせた。表現の自由についても例外ではなく、ネットという新たな表現媒体は、大規模な経済的社会的基盤を有さない個人に対して意見発信を可能にするという、いわば表現の自由の受け手と送り手の分化を解消した一方で、名誉毀損等の不快な表現が発信される頻度が増加するおそれも生じさせた。それゆえ、名誉毀損表現に関しては、ネットを表現媒体とした場合に従来の法理を修正する必要があるか否かについて、表現の自由と個人の名誉の調整の観点から、多くの見解が提示されている(1)。

この点、仮に、ネットの表現媒体としての価値を重く捉え、従来よりも表現者に配慮すべきとした場合、裁判所や学説の多くは従来の基準の内容を具体的に修正することを挙げるが、そのような手法には問題点も多い(2)。私見としては、そのような手法を採らずとも、表現の自由に配慮された結果になる可能性があるのではないかと考える。つまり、ネットが表現媒体である場合に、従来では事実の摘示による名誉毀損表現とされた表現も、論評ないし意見の表明による名誉毀損表現とされる可能性である(3)。

そもそも、わが国における名誉毀損表現は、刑事責任では刑法二三〇条のもとで事実の摘示が要件となっているのに対し、民事責任では、不法行為として民法七〇九条で処理され、事実の摘示が要件として明記されていないために、論評ないし意見の表明によって他人の名誉を毀損した場合にも名誉毀損責任を追及されうる。[4] そして、事実の摘示による場合には、その行為が公共の利害に関する事実に関係し、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったときに、摘示された事実がその重要な部分について真実であることの証明があれば、違法性が否定され、また、仮に真実であることの証明がなかったとしても、真実であると信じるについて相当の理由があれば、その故意または過失は否定されるという判断枠組によって、表現の自由と名誉の調整が図られる。[5] 他方、論評等による場合も、①公共の利害に関する事実に関する論評であり、②その目的がもっぱら公益を図るものであって、③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、あるいは真実であると信じるについて相当の理由があったことの証明があれば、④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で、不法行為の違法性が否定されるという判断枠組によって、表現の自由と名誉の調整が図られている。したがって、両基準の内容には若干の差異があるため、事実の摘示による場合と論評等による場合で表現の自由に対する保護の程度も異なる可能性が認められる。加えて、論評等による場合の判断枠組では、③の要件が求められているように、前提事実の観念できる論評等が想定されているところ、現実では前提事実の観念できない論評等による名誉毀損表現も生じうる。仮に、この類の表現のほうが免責範囲が広く、そして、ネット上の名誉毀損表現が従来よりもこの類の表現として処理されるならば、ネットを介した場合のほうが表現の自由が保障されているといえることになる。

他方、メディア最先端国であり、わが国の表現の自由に関する法理論に多大な影響を与えているアメリカ合衆国では、事実の摘示による場合については「現実的悪意」の法理が確立し、論評等による場合については、「意見」であれば絶対的に免責すべきとする意見特権論が下級審裁判所で支配的となった。これに対し、連邦最高裁では、意見特

権論を否定し、名誉毀損表現に事実が含まれていれば「現実的悪意」の法理等の要件を充たしたときに限り免責を認め、事実が含まれていなければ完全な免責を認めるとの立場が示されたが、その識別において意見特権論のもとで形成されてきた判断基準と類似した基準を用いるため、意見特権論とあまり差異はなく、下級審ではいまだに意見特権論に基づいた判断も下されている。したがって、アメリカでは、事実の摘示による場合と論評等による場合を比較した場合、後者のほうが表現者側にとっては有利になることがわが国よりも明らかであり、ネット上の名誉毀損表現が従来よりも論評等による場合として処理されるならば、ネットを介した場合のほうが表現の自由が保障されているといえることになる。

よって、わが国でもアメリカでも、当該名誉毀損表現が事実の摘示による場合よりも論評ないし意見の表明による場合のほうが、表現の自由に配慮される可能性が認められるため、コンピューター・ネットワーク上の名誉毀損表現が論評等による場合であるとより広く判断されれば、ネットを表現媒体とした場合には表現の自由が従来よりも広く確保されているといえることになる。そこで、本稿では、ネットを介した名誉毀損表現について、従来よりも論評等による名誉毀損表現として扱われ、表現の自由により配慮されているといえる可能性があるかの示唆を得るために、わが国の裁判所や、わが国の表現の自由に関する議論に多大な影響を与えているアメリカ合衆国の裁判所における、論評等による名誉毀損表現に対する扱いについて、特に事実の摘示による名誉毀損表現との識別に着目しつつ分析し、その識別判断が表現媒体によって変動するか否かについて考察していきたいと考える。

二　論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に対する日本での扱い

㈠　「公正な論評」の法理の採用

本稿冒頭で示した問題を検討するにあたって、まず、わが国における、論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に対する扱いから整理していきたいと考える。

そもそも、わが国での名誉毀損表現は、刑事責任については刑法二三〇条で処理され、民事責任ついては民法七〇九条、七一〇条で処理される。刑法二三〇条では「公然と事実を摘示」することが処罰の要件とされているのに対し、民法ではそのような表記はなされていないため、事実は摘示していない表現、すなわち論評ないし意見の表明に対しても名誉毀損を理由とする損害賠償を請求することができる。もっとも、この類の表現に基づく責任を無制限に認めれば、表現の自由が過度に制約されるおそれがあったため、英米法で認められてきた「公正な論評（Fair Comment）」の特権の考え方を認め[6]、表現の自由と個人の名誉を調整する態度が下級審裁判所で示されるようになった[7]。

そして、最高裁判所も、一九八九年の長崎教師批判ビラ配布事件において、同法理を認める判断を下した[8]。本件では、ある公立小学校の成績評価方式が絶対評価から相対評価に変更され、これに反対する教師が通知表を交付しないという事態が生じた。そして、この事態に関して批判的な市民が「有害無能な教職員」等の表現を用いたビラを大量に繁華街で配布したため、このビラに関する名誉毀損責任の有無が争われた。ビラでは、通知票交付を巡った混乱の経緯等が記載され、本文では「教師としての能力自体を疑われるような『愚かな抵抗』」、「お粗末教育」、「有害無能な教職員」等の表現が使われていた。

最高裁は、「公共の利害に関する事実について自由に批判、論評を行うことは、もとより表現の自由の行使として

尊重されるべきものであり、その対象が公務員の地位における行動である場合には、右批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあっても、その目的がもっぱ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ものというべきである」として、「公正な論評」の法理を認める判断を示した。

そして、ビラの作成配布も表現行為として保護されるべきであり、本件ビラは、市内の一般人の中でも大きな関心事になっていた、通知票交付を巡る混乱という「公共の利益に関する事項に関する意見表明」であり、また、本件ビラを全体的に考察すれば、主題を離れて人身攻撃に及ぶ等論評としての域を逸脱している内容であるとはいえず、本件ビラが前提としている客観的事実についても、その主要な点において真実であることの証明があったとみて差し支えないため、名誉侵害による不法行為の違法性を欠くとの結論が下された(9)。

(二)「ロス疑惑」事件報道に関する最高裁判決

1　事実の概要

長崎教師批判ビラ配布事件判決では、最高裁が論評等による名誉毀損表現に対して「公正な論評」の法理を適用することを明言したが、あくまで「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」が被告側に必要であり、事実の摘示による名誉毀損表現において適用されていた「相当の理由」基準と同様に、前提としている事実についての真実性の立証には失敗したが真実であると信じる相当な理由はあった場合にも免責が認められるか否かについては明言されなかった(10)。この点について、最高裁が考えを示したのが「ロス疑惑」事件報道に関する一九九七年の最高裁判決である(11)。本件では、いわゆるロス疑惑報道の中で、被告新聞社が発刊した一九八五年一〇月三日付の夕刊

紙において、この疑惑に関する記事の見出しに、原告は「極悪人、死刑」等の表現が用いられ、本文中にも「元検事にいわせると、……『知能犯プラス凶悪犯で、前代未聞の手ごわさ』という」との表現が見受けられたため、名誉毀損を理由とした損害賠償が請求された。

2 「公正な論評」の法理に関する立場の継続と「相当の理由」の採用

最高裁は、事実の摘示による名誉毀損の場合、仮に摘示事実が真実であることの証明がなくても、表現者が事実を真実であると信じるについて相当の理由があれば故意または過失が否定されるとした、最高裁昭和四一年六月二三日判決、最高裁昭和五八年一〇月二〇日判決、および論評等による名誉毀損の場合に「公正な論評」の法理が適用されるとした長崎教師批判ビラ配布事件判決等を引用しつつ、「仮に右意見ないし論評の前提としている事実が真実であることの証明がないときにも、事実を摘示しての名誉毀損における場合と対比すると、行為者において右事実を真実と信ずるにつき相当の理由があれば、その故意又は過失は否定されると解するのが相当である」との考えを示した。

3 「事実」と「意見」の識別

また、本判決では、事実の摘示による名誉毀損と論評等による名誉毀損では不法行為の成立要件が異なるため、問題とされる表現が事実を摘示している場合であるか、論評ないし意見を表明しているにすぎない場合であるかを識別することが必要であるとして、最高裁としてはじめて「事実」と「意見」の識別に関する判断基準を明らかにした。

すなわち、ある記事の内容が他人の社会的評価を低下させているか否かは、「当該記事の読者の普遍の注意と読み方を基準として判断すべき」ところ、このことは「事実」と「意見」の識別においても妥当し、「名誉毀損の成否が問題となっている部分について、そこで用いられている語のみを通常の意味にしたがって理解した場合には、証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項を主張しているものと直ちには解せないときにも、当該部分の前後の文脈や、記事の公表当時に一般の読者が有していた知識ないし経験などを考慮し、右部分が、修辞

上の誇張ないし強調を行うか、比喩的表現方法を用いるか、又は第三者からの伝聞的内容の紹介や推論の形式を採用するなどによりつつ、間接的ないしえん曲に前記事項を主張するものと理解されるならば、同部分は、事実を摘示するものとみるのが相当である」との考えが示された。加えて、間接的な言及は欠けるにしても、「当該部分の前後の文脈などの事情を総合的に考慮すると当該部分の叙述の前提として前記事項を黙示的に主張するものと理解されるならば、同部分は事実を摘示するものとみるのが相当である」とした。そして、本件記事内容は、一部が事実の摘示、一部が事実を摘示するとともにそれに関する論評等を公表したものであり、原判決は真実と信じるについて相当の理由があったか否かを判断せずに名誉毀損による不法行為責任の成立を否定したとして、破棄差戻しの判断が下された。[12]

㈢　「裸の意見言明」

以上のように、最高裁は、事実の摘示による名誉毀損表現と論評等による名誉毀損表現を、明示的、黙示的、直接的、間接的問わず、その存否について証明可能な事実を主張しているか否かによって識別し、その基準によって論評等による場合であると判断されれば、「公正な論評」の法理が適用されうることになる。もっとも、同法理でも、前提事実が真実であることあるいは真実であると信じるにつき相当の理由があることの立証が求められており、そのような事実が当該表現に含意されていることがなお想定されている。しかし、現実には、前提事実が開示されていない、あるいはまったく観念できない、「裸の意見言明」[13]もありうる。例えば、何ら事実を示さずに、「あいつは無能だよ」、「彼女は不美人だ」と論評した場合である。[14]この点に関しては、最高裁も下級審もほとんど言及していないが、[15]学説では少ないながらも言及されている。堀内明裁判官は、「公正な論評の法理を適用するか、それとも真実性、相当性の理論を適用するアプローチをとるかは別として、起訴事実を論評者側に摘示させる必要があり、これがなされないとき、又はその立証ができないときは、名誉毀損の責任を免れないことになろう」との考えを示している。[16]また、奥

平康弘名誉教授は、「こうした場合には、『事実』が『真実』であるかどうかを問う余地はな」く、「人身攻撃・侮辱・揶揄などの有無が問題になるという形で、『論評の公正性』が検討されることにならざるをえない」としている。[17] さらに、五十嵐清名誉教授は、「わが国の場合、それが侮辱的言辞のときは、名誉権または名誉感情の侵害として被害者は保護されるので、それ以外はひろく免責を認めてよいのではないか」との考えを示している。[18] いずれにせよ、これは論評等による名誉毀損表現に関するわが国の法理の空白部分であるといえよう。

三　論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に対するアメリカでの扱い

㈠　意見特権論の登場

1　Gertz v. Robert Welch Inc. 判決

他方、わが国の名誉毀損法理に強い影響力を与えたアメリカ合衆国では、事実の摘示による名誉毀損表現と論評等による名誉毀損表現の識別が、名誉毀損表現に対する憲法的保護の必要性を検討するうえで、必要不可欠な問題として早い段階から扱われてきた。

そもそも、アメリカにおいても、論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に対しては「公正な論評」の特権が認められていたが、当初は論評等の前提事実が虚偽である場合には保護が認められなかった。[19] しかし、一九六四年の New York Times Co. v. Sullivan 判決[20]や一九七四年の Gertz v. Robert Welch Inc. 判決[21]において、事実の摘示による名誉毀損表現につき、原告が「公人」であるか私人であるかによる差はあるものの、一定の範囲内で憲法上の保護が認められるようになったことと関連して、憲法的保護を受ける場合の虚偽表現を前提とする「公正な論評」についても

憲法的保護が認められることになった[22]。

さらに、「意見」については修正第一条に基づき完全な免責を認めるべきとする「意見特権（opinion privilege）」論が次第に形成され[23]、Gertz 判決における傍論によって、その動きが決定的に強まることになった。本件では、殺人事件で有罪とされた警察官が被害者家族から民事訴訟を提起された際に被害者家族側の代理人を務めた弁護士 Gertz に関し、被告出版社が自社の雑誌の中で当該殺人事件の首謀者である等の記事を掲載したことから、名誉毀損責任の有無が争われた。

本判決は、「公人」に対する名誉毀損表現については被告の「現実的悪意」の立証が原告に求められ、私人に対する名誉毀損表現については、表現内容が「公的関心事」であろうとなかろうと、原告には被告の過失の立証が要求されるにとどまるという基準を確立させ、アメリカの名誉毀損法理に今日まで強い影響を与えているが[24]、その判決の冒頭部分も論評等による名誉毀損表現に関する後の裁判例に影響を与えることになった。

連邦最高裁は、「修正第一条のもとでは、虚偽の考えというようなものは存在しない。意見がいかに有害に思えようとも、その訂正のためには、裁判官や陪審員の良心によってではなく、他の意見との競争に依存する。しかし、虚偽の事実の表現にはいかなる憲法的価値もない。故意や不注意な過ちが、公的問題に関する『抑制されず、活発で、広く開かれた』議論における社会的利益を実質的に促進させることはないのである。……これらの過ちは意見表明に必要な部分ではない表現であり、真理に至るステップとしての社会的価値は僅かであるため、秩序や道徳に関する社会的利益を維持するほうが明らかに優先される」との考えを示した[25]。表現内容が虚偽であることが名誉毀損の成立要件であったため、「意見」については、虚偽でありえない以上、名誉毀損責任の有無が検討される余地はないと判断したのである。

2　第二次リステイトメント五六六条

この傍論を受けて、第二次リステイトメント五六六条では、「意見の形式を採る名誉毀損表現は、開示されていない名誉毀損的な事実を、意見の基礎事実として暗に主張する場合に限り、名誉毀損を構成する」旨が規定され、Gertz 判決の立場が尊重された[26]。Comment b によれば、意見は「純粋タイプの意見（The pure type of expression of opinion）」と「混合タイプの意見（The mixed type of expression of opinion）」に分類され、前者は意見の基礎とする事実を言及したうえで原告の行動や資格、性格について論評を提示するような場合であり、後者は表現者が言及していないか、あるいは当事者が想定していない事実を基礎としているように思われる場合であるという。そして、Comment c では、そもそも「公正な論評」の特権が認められてきたのは「純粋タイプの意見」であったところ、Gertz 判決による保護もこの類の意見に限られるとしている[27]。つまり、同条では、「意見」とは事実を基礎とした論評であるとしたうえで、その基礎事実を開示していないという不誠実性によって罰せられることはあるとしても、それ以外については免責されると解釈することによって、「意見」については責任が生じないとした Gertz 判決との整合性が図られたのである[28]。

3　Old Dominion Branch No. 496, National Association of Letter Carriers v. Austin 判決

さらに、連邦最高裁は、一九七四年の Old Dominion Branch No. 496, National Association of Letter Carriers v. Austin 判決[29]において、虚偽の事実の表現がなければ名誉毀損責任を追及できないとの立場を明確にした。本件では、リッチモンド郵便局の郵政職員であった、原告 Austin を含む三名が被告労働組合への加入を拒んでいたところ、被告組合は、組織の拡大を目的として、分解機関誌の「スキャッブ一覧表」に非組合員の名前を掲載し、原告の名前も掲載した。原告は名前の掲載が組合加入を強制するものであるとして抗議し、「スキャッブ」の意味は分からないが、再び「スキャッブ」と呼ばれたときには裁判所に提訴すると警告したところ、被告は翌月号の一覧表にも原告の名前

を掲載し、さらに、「スキャップ」についてJack Londonの定義を引用した。本件では、その定義の「スキャップは、神、母国、家族、階級に対する裏切り者である」等の部分が名誉毀損に該当するか問題となった。

連邦最高裁は、Jack Londonの定義における「裏切り者」という表現を事実の表現であると解することはできないとの判断を下した。すなわち、このような言葉は、本件では、組合への加入に反対している労働者に対する反対の態度を強く示すために、大雑把で比喩的な意味で用いられていることは明らかである。そのような意見表明については、たとえ最も軽蔑的な言葉が使用されていたとしても、連邦労働法によって保護される。そして、Jack Londonの定義は単なる修辞的誇張であり、組合加入の拒絶者に対する組合員の侮辱感情に関する強烈で想像逞しい表現にすぎず、そのような修辞的誇張は労働争議においては日常茶飯事であるとして、原審の判断を破棄した(30)。もっとも、このような言葉も、虚偽の事実に基づく表現を発信する過程で使用された場合には名誉毀損になりうるとの考えも示した(31)。

(二)　Ollman v. Evans 連邦控訴裁判決

1　事実の概要

このような連邦最高裁の姿勢を受けて、連邦下級審や州裁判所では、名誉毀損表現を「事実」と「意見」に分類し、前者については要件を充たせば損害賠償責任を追及できるが、後者については修正第一条に基づく絶対的な保護を認めて責任を完全に否定する意見特権論が採用されるようになった(32)。そのような流れの中で、コロンビア特別区控訴裁判所は、一九八四年のOllman v. Evans事件の多数意見において、意見特権論を支持する姿勢を明確に示したとともに、「事実」と「意見」を識別するための判断基準を、これまでの各裁判所で示された基準を総合集約する形で提示し、連邦下級審や州裁判所に大きな影響を与えた(33)。

本件では、ニューヨーク大学の政治学准教授であった原告が、メリーランド州立大学政治学部の学部長候補に挙げ

られていたところ、ワシントン・ポストその他に掲載された、コラムニストとして全国的に有名であった被告による「マルクス主義教授の意図」と題するコラム内において、原告は「哲学的マルクス主義者というよりも、公然とした政治的マルクス主義の唱道者」であり、「著作物は、彼が『革命』と呼ぶものの準備の手段として教室を使おうという彼の欲望を表している」との批判を受けた。また、ある大学の匿名の政治学者の弁を紹介するという形で、原告は「学会では何ら評価されていない、単なる純粋な活動家にすぎない」との表現もあった。このコラムの公表後、原告は学部長任命を拒否されたため、名誉毀損訴訟を提起したところ、地方裁判所では、当該コラムは「意見」として修正第一条で保護されるとして、略式判決によって請求が棄却された。

2　判　旨

連邦控訴裁は、Gertz 判決によって、「事実」と「意見」の識別が憲法上の原則とされたこと、原告の地位に関係なく虚偽の意見というものは存在しないために、「意見」は絶対的に保護されることを確認した[34]。そして、両者の識別は法律問題として、陪審ではなく裁判所が判断すべき事項であることを強調したうえで、両者を識別する際の基準として四つの判断要素を提示した。すなわち、第一の要素は、「表現の通常の用法ないし意味（the common usage or meaning of the allegedly defamatory words）」であり、この要素では、当該表現が厳密な意味を有し、明確な事実を含意しているか否かが問題となる。例えば、犯罪行為の嫌疑をかける発言はその言葉に明確な核となる意味がある場合であり、逆に、シンパ、ファシスト、無能力、まとまりがない、いい加減、下手くそ等表現が不確定的で多様な解釈が可能な場合もありうる[35]。第二の要素は、「表現の検証可能性（the degree to which the statements are verifiable）」であり、この要素では、表現が真偽を客観的に証明することが可能な性質を有するか否かが問題となる[36]。第三の要素は「文章の前後関係（the context in which the statement occurs）」である。名誉毀損的表現の周囲にある表現が平均的読者に影響を与えることで、名誉毀損的表現が事実を主張していると判断される可能性がある。他方、事実に基づいていると一見

判断される表現も、記事やコラム全体の表現に照らせば、意見表明であると判断される可能性もあるため、この要素が必要となる。[37] 第四の要素は、「より広い社会的文脈（the broader social context into which the statement fits）」であり、第三の要素よりも広い文脈や背景が考慮される。「ある種の書物や発言は、意見であるか事実であるかについて、慣行や約束によって読まれたり聞かれたりしている部分によって読者や聴衆に判断させている」場合があるため、この要素も不可欠であるという。当該表現が新聞上の意見欄に掲載されているか、第一面に掲載されているかで購読者の印象は変わってくるからである。[38] そして、この四つの要素の検討順序としては、決まりきった方法で実行することは求めていないと確認したうえで、この判断基準の論理的出発点としては、第四の要素と第三の要素であるかもしれないとの考えを示している。[39]

また、本判決では、第二次リステイトメントの考え方に対して批判的な態度が示されている。つまり、本判決の判断基準に基づけば、表現が非開示の事実を暗に主張しているか否かについては、表現が「事実」であるか「意見」であるかを判断する前に検討されるため、「意見」として分類されるに至った表現につき、改めて非開示事実の暗示を調べることは余計になる。加えて、そもそも「事実の開示がなくても、表現が合理的読者によって意見として理解されることもある」ため、「周囲の文脈においての事実開示は、表現から基礎事実が合理的に推論されえないことの唯一の指標ではない」という。[40]

そして、本件ではこの基準のもとで名誉毀損の有無が争われた三つの表現すべてが「意見」として保護されるとの判断が下された。例えば、「学会では何ら評価されていない」との表現については、当該コラムが論説として公表されていたこと、当該コラムでは原告の現職が掲載され、原告に一定の地位が認められている旨が明記されていたことから、「誇張のレトリック」にすぎない。また、学会における地位が意見調査によって確定されたとも伝えていないため、「意見」であるとした。[41]

(三) Milkovich v. Lorain Journal Co. 判決

1 事実の概要

Ollman v. Evans 連邦控訴裁判決は非常に大きな影響力を有し、連邦下級審裁判所や州裁判所では修正第一条に基づく意見特権を認める立場が支配的になった(42)。この点、連邦最高裁は、事件移送令状の発布を拒否し、本判決において「事実」と「意見」の識別について考えを示すことはなかったが、一九九〇年の Milkovich v. Lorain Journal Co. 事件では、意見の表明等による名誉毀損表現であっても責任を負う場合があるとの立場を示した(43)。

本件の原告 Milkovich はオハイオ州のメイプルハイツ高校レスリング部のコーチであったところ、同部はある試合で対戦相手と喧嘩を起こし、数人が負傷するに至った。同州の高校体育協会は喧嘩発生の責任がメイプル側にあると判断し、同高校は一年間、原告は二年間の保護観察処分を受けた。そこで、州大会への出場資格を失った選手およびその親は、この決定の差止めを求める訴訟を提起し、原告は当該試合で観客や審判に対する行動で喧嘩を煽動したという嫌疑を法廷上で否定し、裁判所は仮の救済を認めた。これに対し、被告新聞社が「メイプル高校『大ウソ』で法律に勝つ」という見出しのコラムを掲載し、原告が証言でウソをついて処分を免れたと批判したため、名誉毀損責任の有無が争われた。問題となったのは、「窮地に陥ったらウソで切り抜けよ」、「首尾よく、執拗に、そして、真剣さを装ってやれば、実際に起きたことがなんであれ、ウソを突き通せるチャンスは素晴らしく大きい」、「試合を観戦した者は、……聴聞の場で、真実のみを語る旨厳粛に宣誓したあとでウソをついたことを知っている」という表現であった。オハイオ州控訴裁判所は、当該コラムは「意見」として憲法上で保護されているとして、被告支持の略式判決を下し、同州最高裁判所は上告を棄却したが、連邦最高裁判所はこれらを覆し、破棄差戻しの判断を下した。

2　判　旨

まず、連邦最高裁は、Gertz 判決が論評等による名誉毀損表現について絶対的な免責を認めているとの見解に対し、同判決における「意見」とは思想と同義であり、同判決は Holmes 裁判官が示した「思想の自由市場」の考えを確認したにすぎないとした。それゆえ、「『意見』というラベルを貼ればすべての表現が全面的に名誉毀損責任から免除されることを意図」しているのではなく、また、そのような免責は意見表明がしばしば客観的事実の主張を暗示しているという事実を無視する考えであるとして批判した。例えば、「私の意見では Jones はウソつきである」との表現であれば、Jones が虚偽を述べていたという結論を導く事実を知っていたことを含意しているはずであり、意見として表明したからといって、そのような含意が否定されるわけではない[44]。

このような Gertz 判決についての分析を踏まえたうえで、連邦最高裁は、「意見と事実という識別を技巧的に創り出さずとも、表現の自由が生き延びるために必要な呼吸空間は既存の憲法理論によって十分に確保できる」との考えを示した。すなわち、名誉毀損表現についてはその内容が虚偽であると立証されなければ責任を追及されず、それゆえに虚偽であることが立証可能である事実を含意しない表現は憲法上の完全な保護を受ける。また、空想的な表現や修辞的な誇張といった、「具体的事実を述べているとは合理的に解釈」できない表現も保護を受けている。さらに、これらの表現に該当しないとしても、Sullivan 判決や Gertz 判決において示された基準が適用され、「公人」に関する表現であればその表現内容について虚偽であることを知っていたか、虚偽であるか否かを顧慮していなかったことについて、私人に関する表現であれば過失によってなされたことについて原告側で立証できなければ名誉毀損責任を追及することはできない。加えて、これらに関して下級審の判断に誤りがあったとしても、上級審が改めて判断することになっている。それゆえ、「これらの保護に加えて、修正第一条が保障する表現の自由を確実にするために、『意見』に対して別個独立の憲法上の特権が要求されているとは理解しがたい」という[45]。

そして、連邦最高裁は、本件コラムについて、偽証罪を犯したと主張している印象を否定するような比喩的表現や誇張的表現は見受けられず、一般的論調もそのような印象を否定するものではなく、また、真偽の証明が十分可能なほど事実的であるため、合理的な認定者ならばかかる主張を含意していると認めうる表現であるとして、破棄差戻しの判断を下した[46]。

3　本判決の影響

本判決では、修正第一条のもとで認められてきた既存の名誉毀損法理に加えて「意見特権」という概念を導入することに反対の立場が明確に示された[47]。しかし、事実を含意しない表現に対して特権的な保護を認めている点では同じであり、下級審の考え方と明確な違いはないとの指摘もなされている[48]。Brennnan 裁判官は、本判決の反対意見において、法廷意見は「意見特権」を認めない立場を明確にした一方で、純粋な意見表明に対する保護は既存の名誉毀損法理によって求められていることが確認されたとの見解を示している。それゆえ、結局のところ、裁判所は表現に事実が含意されているか否かを詳細に検討する必要があり、その際には下級審によって形成されてきた判断要素である、用いられた言葉の種類、文脈的視点からの意味、立証可能性、社会的背景を確認しなければならなくなる[49]。つまり、名誉毀損責任は当該表現に虚偽の事実が含まれていることが必要であり、具体的な事実を述べていると合理的に解釈できない表現は責任追及の前提を欠く。そして、これを判断する際には Ollman 判決と同様の判断基準を用いることになるのである。それゆえ、下級審では、Milkovich 判決後も、内容の真偽について証明可能な事実を含んでいない名誉毀損表現に対しては、「意見」であるとして、憲法上の保護を認めようとする判決も少なからず下されている[50]。

四　分析と検討

㈠　論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に関する従来の法理の分析と比較

1　日本

論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に関する日米両国の法理、事実の摘示による名誉毀損表現との識別に関する両国の判断基準は以上の通りであるが、両国の法理を比較、分析するために、その内容について簡潔に整理していきたい。

まず、わが国では、事実を摘示していない、論評等による名誉毀損表現について、「公正な論評」の法理を基本としつつ、事実の摘示による名誉毀損表現に対する扱いに準じて「相当の理由」基準が加味された免責基準によって、表現の自由と名誉の調整が図られている。具体的には、①公共の利害に関する事実に関する論評であり、②その目的がもっぱら公益を図るものであって、③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、④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、名誉毀損による責任が否定される。そして、③の要件に関しては、真実性の立証がなくても、真実と信じたことについて相当の理由の存在を立証できれば肯定される。

そして、論評等による名誉毀損表現では、摘示事実が観念できない以上、「論評としての域を逸脱したもの」であるか否かという要件が加えられているように、表現「内容の当否は問題とならず、せいぜい許容される表現形式の限度内か否かのみが争点となるにとどまる」ため、責任の有無の判断に若干の差異があり[51]、表現の自由と名誉の調整にも違いが生じうる。それゆえ、名誉毀損表現が事実の摘示による場合であるか、論評等による場合であるかが憲法的

な観点からも重要な意義を有しており、最高裁では、当該表現の平均的読者を基準として、「証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項を主張している」表現は事実の摘示による表現であり、また、「前後の文脈などの事情を総合的に考慮」すれば、間接的、黙示的にそのような事項を主張していると解される表現も事実の摘示による表現に含まれるとの考えが示されている。

以上のように、わが国では、事実の摘示が全体の文脈においてなされているか否かによって、論評等による名誉毀損表現と事実の摘示による名誉毀損表現の識別がなされている。もっとも、「公正な論評」の法理では前提事実との関係がいまだに示唆されており、前提事実のまったく観念できない表現については想定されていない。このような「裸の意見言明」に関しては、裁判所でも学説でもいまだに確固たる見解は示されておらず、わが国の名誉毀損法理の空白部分となっている。

2　アメリカ合衆国

他方、アメリカ合衆国では、両者の識別に関する議論がわが国以上になされてきた。論評等による場合には、摘示事実を観念できないために表現内容の真偽の判別が不可能であって、表現内容の真偽で名誉毀損責任の有無を決定してきたコモン・ローのもとでは、責任を認める前提が欠けており、論評等による場合であると認定されれば表現者にとって明らかに有利になるからである。それゆえ、下級審裁判所では、当該名誉毀損表現が「事実」であれば責任の可能性を認め、「意見」であれば責任を完全に否定するという、意見特権論が形成されてきた。これに対し、連邦最高裁では、意見特権論を否定し、前提事実の観念できる表現であれば責任の余地を認め、観念できなければ免責されるという判断方法が示されたが、その識別基準は「事実」と「意見」の識別において用いられてきた基準と類似しており、実際のところ、意見特権論との差異はほとんどないように見受けられる。

この点、「事実」であるか「意見」であるか、あるいは「事実」を含意するか含意しないかを識別するための基準

として、詳細かつ主流となっているのが、Ollman v. Evans 連邦控訴裁判決の法廷意見における Starr 裁判官によって示された判断基準である。すなわち、「表現の通常の用法ないし意味」、「表現の検証可能性」、「文章の前後関係」、「社会的背景」の四つの要素から、当該意見が事実に基づいていれば「事実」に該当し、責任追及の可能性が肯定され、事実に基づいていなければ「意見」としてその可能性が否定されることになる。なお、「事実」に該当したとしても、被害者たる原告が「公人」であったり、表現内容が「公的関心事」であったりすれば、加害者たる被告の「現実的悪意」、そうでなければ被告の過失を原告側が立証しなければ、名誉毀損責任は生じない。

3　両国の比較

(1)　類似点

両国の法理を比較すると、両者の間で免責基準等に差異があり、表現の自由と名誉の調整に違いが生じうることは共通している。それゆえ、両者の識別が必要であるところ、両国ともに、当該表現から特定の事実を指摘していることが読み取れるならば、事実の摘示による場合として扱うという判断方法が採られている。そして、そのような摘示事実の有無を判断するにあたっては、表現内容に加えて前後の文脈等も検討し、間接的あるいは暗示的にそのような事実を読み取れるときも事実の摘示による場合に該当するとしている点も同様である。

(2)　相違点

もっとも両国の考え方には違いも見受けられる。[52] すなわち、わが国では、前述した通り、両者の識別によって論評等による場合であると判断された表現に対しては「公正な論評」の法理が適用されることになるが、その際には前提事実の真実性あるいは真実と信じたことに関する「相当の理由」が求められており、同法理の適用には前提事実の存在がなお想定され、前提事実の観念できない「裸の意見言明」に対する扱いについては明らかにされていない。他方、アメリカでは、前提事実が含意されていなければ完全に責任が否定され、含意されていれば、「現実的悪意」の法理

等の適用を通じて責任の最終的な有無が続いて検討されることになるため、両者の識別の段階で当該表現が前提事実を示唆しているか否かを厳密に検討しているといえる。

このような両国の差異は、名誉毀損表現に対する捉え方の違いから説明できる。つまり、わが国では、名誉毀損表現は、他者の名誉を侵害するために、表現の自由の行使として保護されないことを原則としつつ、公共の利害に関する事項を内容としている表現については、民主的な観点から、表現の自由としての価値をなお認め、例外的に名誉との調整が図られるとの立場を採っている[53]。このような立場は名誉毀損表現が事実の摘示による場合と論評等による場合で違いはなく、公共の利害に関する事項が含意されていることを前提として表現の自由と名誉の調整が図られるため、「公正な論評」の法理においても前提事実との関係が想定されているのである。そうだとすれば、前提事実のまったく観念できない「裸の意見言明」については、そもそも表現の自由に配慮する必要がないため、裁判所では、原則に従い、表現者の責任を広く認める判断が下される可能性のほうが高いといえよう。

他方、アメリカでは、表現の自由には「思想の自由市場」に貢献する価値が認められるために、他者の名誉を侵害する表現であっても保護されることを原則としつつ、虚偽情報を含意する表現については、「思想の自由市場」に何ら寄与しないとして、例外的に保護されないとの立場を採っている。言い換えれば、真実の情報を含意する名誉毀損表現、および、情報を含意しないために真偽を判断できない名誉毀損表現は、「思想の自由市場」への寄与が認められるために、免責されることになる。加えて、虚偽の情報を含意する名誉毀損表現であったとしても、その表現が「公人」や「公的関心事」に関する内容であれば、公的議論を活発にさせる機能が少なからず認められるために、なお免責の余地が認められている。それゆえ、アメリカでは、名誉毀損表現が事実を含意しているか否かが責任の有無を決定する際に重要な判断事項になっているのである。

したがって、わが国とアメリカでは、名誉毀損表現の根本的な捉え方に違いが認められるため、わが国にアメリカ

の考え方を導入する際には、詳細な検討が必要となる。[54]

(二)　表現媒体による、識別判断の変動可能性について

よって、日米両国では、事実の摘示による名誉毀損表現と論評等による名誉毀損表現に関し、それらの識別基準については類似しているにもかかわらず、いずれのほうが表現者にとって有利な判断が下されうるかについては真逆の結論になる可能性が認められる。わが国では、仮にネット上の名誉毀損表現が論評等による場合であると従来よりも認められるならば、表現者により不利な判断が下される可能性が高いため、本稿の目的が前提から否定されることになる。しかしながら、この点に関してはいまだに不明瞭であり、また、別の観点も加味することで[55]、今後、論評等による場合のほうが表現者に有利な判断が下される可能性も否定できない。したがって、本稿では、引き続き、両者の識別の判断が表現媒体、特にネットを表現媒体とした場合とそうではない場合によって変動しうるかについて、詳細な分析が可能である Ollman 判決の判断基準をもとに、若干の検討を試みていきたいと考える。

まず、第一の要素である「表現の通常の用法ないし意味」では、表現に明確な事実が含意されているかが問題となるが、この要素に関しては、表現媒体の性質によって特段の変化は生じないと思われる。確かに、ネットのような表現媒体は、報道企業のような組織的な編集過程を介さず、個人単位での表現発信を可能にさせるため、明確な事実を含意しているとは解されない表現を流通させることになるが、個々で専門的あるいは組織的に表現発信を管理することも可能な場合もあるため、一概に断言することは安易である。

第二の要素である「表現の検証可能性」に関しては、当該表現の真実性についての客観的証明可能性が検討されることになるところ、第一の要素と同様に、表現媒体によっては証明困難な表現が多く発信されることになるが、そのような事情が一般的な事象であるとまではいえない。もっとも、経済的、組織的基盤のない個人も容易に名誉毀損事

件における加害者となりうるという事情を鑑みれば、この要素によって、名誉毀損表現が論評等による場合であると認定される可能性が左右されうる。つまり、客観的証明可能性の有無が表現者の事情を基準として決定されているとすれば、報道機関等によって名誉毀損表現が発信された場合と、確かな情報源を有しておらず、証明能力の乏しい個人が名誉毀損表現を発信した場合とでは、客観的証明可能性が認められる範囲に違いが生じうるのである。

次に、「文章の前後関係」という第三の要素では、当該表現だけでなく、その表現が掲載された記事等の性格も鑑みることによって、より精密な区別を行うことになるところ、この要素においては、ネットのような表現媒体については明確な変化が生じてくると考えられる。つまり、この要素では当該表現媒体における平均的読者をもとに判断されることになるが、ネットのように利用の門戸が広く開かれている表現媒体では、情報の取捨選択について未熟な若者も多く含まれることになる。このような者たちが判断基準となれば、一見すれば事実を含意していると誤解される表現がそのまま事実を含意していると認定されてしまうこともありうる。逆に、個人による表現発信が多いため、当該表現媒体でははじめから信憑性の乏しい表現であると認識して利用されているとの事情を鑑みれば、名誉毀損表現が事実に基づかない論評等にすぎないと認定される可能性が従来よりも高まる。したがって、この要素に関しては、裁判所等がいずれの事情を重視するかによって、事実の摘示による名誉毀損表現と論評等による名誉毀損表現の識別判断が左右されることになる。この点、ネット上の名誉毀損表現に関しては、近時の日米の裁判例において後者の事情を鑑みた判断が示されており、今後、後者の立場に基づき、広く論評等による場合として判断される可能性が高い(56)。

最後に、第四の要素の「社会的背景」では、それ以外の三つの要素によって導かれた結論について修正することが可能である。すなわち、この要素では広い文脈や背景、社会的慣行が検討されるため、表現の自由におけるネット等の表現媒体の価値を積極的あるいは消極的に評価して、結論の妥当性を図ることができる。例えば、従来よりも多くの者に表現の自由の行使の機会を提供できる表現媒体による表現活動は積極的に奨励すべきであるとして、当該名誉

毀損表現を広く論評等であると判断することも可能であろう。

以上より、事実の摘示による名誉毀損表現と論評等による名誉毀損表現の識別に関しては、主に第二、第三の要素によって、表現媒体の性質から論評等による名誉毀損表現として判断される可能性が変化すると考えられる。

五　まとめ

本稿では、コンピューター・ネットワーク上の名誉毀損表現に関し、論評ないし意見の表明による名誉毀損表現として認められる範囲が従来よりも広くなることで、表現の自由がより保護されていると言えるかについての示唆を得るために、論評等による場合に関する日米の法理について、事実の摘示による場合との識別に着目しつつ分析し、表現媒体によって、両者の識別の判断に変化が生じるのかについて検討した。

両国では、責任を負うべき範囲が異なる等から、表現の自由と名誉の調整に差異が生じるため、両者を識別する必要があり[57]、表現内容に明示的あるいは暗示的に事実が摘示されていれば、事実の摘示による場合に該当するとしている点は共通している。しかし、両者のいずれが表現者側に有利な判断が下されうるかについては、わが国では事実の摘示による場合のほうが有利となる可能性が高く、アメリカでは論評等による場合のほうが有利である。それゆえ、わが国では、論評ないし意見の表明による場合として認められる範囲が従来よりも広くなることで表現の自由がより保護されていることを従来の名誉毀損法理から導くことは困難であると言わざるをえない。よって、そのような結論をわが国で導く場合には、論評等による名誉毀損表現をより積極的に保護すべき別の論拠を提示することが前提となる。

そして、そのような前提があれば、アメリカのように、両者の識別に関する判断結果が表現媒体の違いによって変

動するか否かの検討が、ネット上の表現については表現の自由がより保障されているとの結論を導くうえで、意味を成してくる。この点に関し、本稿では、詳細な分析を試みるアメリカの判断基準をもとに検討し、ネットのような表現媒体については、論評等による名誉毀損表現として処理される可能性が高まるとの示唆が得られた。したがって、論評等による場合のほうが事実の摘示による場合よりも表現者に有利な判断が下されるとの前提に立てば、従来の名誉毀損法理の内容を具体的に修正せずとも、ネット上の名誉毀損表現については表現の自由がより確保されているとの結論を導くことが可能である。

もっとも、両者の識別基準においては、「社会的背景」を考慮するため、この要素をもって、逆に、名誉毀損表現の頻度に鑑みて、事実の摘示による名誉毀損表現に該当する場合を増やして個人の名誉の保護を図ることも不可能ではない。それゆえ、結局のところは、表現の自由におけるネットの価値について、個人の名誉の保護よりも優先させるほどの価値が見出せるか否かに関して検討する必要がある。この点に関しては、今後の研究課題としていきたい。

（1）例えば、修正が必要であると主張する立場として、高橋和之教授は、コンピューター・ネットワーク上では、名誉毀損表現がなされた場所へ被害者がアクセスできるならば、加害者と被害者は表現手段に関してはまったく平等な立場に立つため、対抗言論の原則に基づき、より表現者側に有利になるようにすべきと主張する。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・鈴木秀美編『インターネットと法』六六―六八頁（有斐閣、第四版、二〇一〇年）。

一方、修正が不要であると主張する立場として、いわゆるラーメンFC事件判決における最高裁は、「インターネット上に載せた情報は、不特定多数のインターネット利用者が瞬時に閲覧可能であ」って、「一度損なわれた名誉の回復は容易ではなく、インターネット上での反論によって十分にその回復が図られる保証があるわけでもない」ため、ネットと他の表現手段を区別すべきではないとの考えを示している。最決平成二二年三月一五日。

（2）従来の基準よりも表現の自由を確保するための具体的手法として、例えば、立証責任を被告から原告に転換する、さらには、「現実的悪意」の法理を導入するといった形が挙げられる。しかし、わが国でそのような手法を採る場合、「人間の生活

次元における公私の多元性に配慮」する必要がある等、安易に導入することが困難な側面も認められる。駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』二〇四頁（嵯峨野書院、二〇〇一年）参照。

（3）このような考え方を明確に提示した論稿は今のところ見当たらないが、同旨のものとして、アメリカの論稿ではあるが、Kaitlin M. Gurney, *COMMENT: MYSPACE, YOUR REPUTATION: A CALL TO CHANGE LIBEL LAWS FOR JUVENILES USING SOCIAL NETWORKING SITES*, 82 Temp. L. Rev. 241, 249-250, 273-278 (2009) が挙げられる。

（4）ただし、事実の摘示がない名誉毀損表現は、「侮辱」という形で、刑事上の責任追及も受けることになる。大判大正一五年七月五日刑集五巻三〇三頁参照。

（5）最一小判昭和四一年六月二三日民集二〇巻六号一一一八頁。

（6）英米法における「公正な論評」は、「公共の利害に関する事項又は一般公衆の関心事であるような事項については、なんびとといえども論評の自由を有し、それが公的活動とは無関係な私生活暴露や人身攻撃にわたらず、かつ論評が公正である限りは、いかにその用語や表現が激越・辛辣であろうとも、また、その結果として、被論評者が社会から受ける価値が低下することがあっても、論評者は名誉毀損の責任を問われることはないとする法理」と定義される。幾代通「アメリカ法における名誉毀損と Fair Comment――事実の真実性証明に関して」末延還暦記念・英米私法論集二六頁（東京大学出版会、一九六三年）。

そして、「公正な論評」の特権の具体的な内容としては、当該論評が、①公共の関心事を内容としており、②前提としている事実が真実であるか、あるいは特権の認められた内容であり、③論者の現実の意見であって、④対象者に危害を与えることだけを目的としてなされたのでなければ、名誉毀損責任が免除される。See Jeffery E. Thomas, *COMMENT: Statements of Fact, Statements of Opinion, and the First Amendment*, 74 Calif. L. Rev. 1001, 1002 (1986); Robert D. Sack, *ARTICLE: PROTECTION OF OPINION UNDER THE FIRST AMENDMENT: REFLECTIONS ON ALFRED HILL, "DEFAMATION AND PRIVACY UNDER THE FIRST AMENDMENT"*, 100 Colum. L. Rev. 294, 301 (2000). 邦語文献としては、松井茂記「意見による名誉毀損と表現の自由」民商法雑誌第一一三巻第三号三一九頁（一九九五）参照。

（7）例えば、東京地判昭和四七年七月一二日判タ二八二号一九六頁（女子プロレス事件）や、東京地判昭和五六年六月二日判時一〇〇九号一七頁（永山裁判批判事件）が挙げられる。

（8）最判平成元年一二月二一日民集四三巻一二号二二五二頁。ただし、本判決に先立って、最高裁は、最大判昭和六一年六月

一一日民集四〇巻四号八七二頁（北方ジャーナル事件）や最判昭和六二年四月二四日民集四一巻三号四九〇頁（サンケイ新聞事件）において、論評等による名誉毀損表現に関して言及している。前者の判決は論評等による場合も事実の摘示による場合と同じ枠内で処理しようとしたのに対し、後者の判決は「公正な論評」の法理の枠組みを示唆したと評価される。前田聡「名誉毀損における『意見表明表現』の免責法理について（2）――『名誉毀損法と意見表明の自由』考・その一」流経法学第一一巻一号五八頁（二〇一一年）、駒村・前掲注（2）一九四頁参照。

（9）この点、学説では、本判決が英米法における「公正な論評」の特権を採用したか否かについて見解が分かれている。例えば、本判決が「公正な論評」の特権を正式に採用したと評価する立場として、松井茂記「公立小学校における通知表の交付をめぐる混乱についての批判、論評を主題とするビラの配布行為が名誉侵害としての違法性を欠くとされた事例」民商法雑誌第一〇三巻第二号二八一頁（一九九〇年）、奥平康弘『ジャーナリズムと法』一六九頁（新世社、一九九七年）。「相当の理由」基準を持ち込んだにすぎない等と評価する立場として、五十嵐清「ビラの配布行為と名誉ないし人格的利益の侵害」平成元年度重要判例解説七九頁。このような評価の違いについて、神田孝夫名誉教授は、前者は論評等による場合にも免責の余地を認めたことに意義があるとの理解、後者は事実の摘示による場合よりも厚く保護すべきであるとの理解から生じていると分析している。神田孝夫「論評ないし意見表明による名誉毀損と免責事由（一）――判例における『公正な論評』法理の生成と問題点――」札幌法学第一四巻二号二六、二七頁。

（10）もっとも、下級審では、この問題について言及した判決が下されていた。例えば、「相当の理由」があるとして免責を肯定した判決としては、東京地判昭和六二年一月二六日判時一二六五号一二五頁、東京高判平成六年九月二二日判時一五三六号三七頁等が挙げられる。他方、「相当の理由」がないとして免責を否定した判決としては、東京地判平成二年八月二七日判タ七五一号一六八頁（各界うらばなし事件）、東京高判平成四年一二月二八日判時一四四九号一〇〇頁等が挙げられる。

（11）なお、この事件の東京高裁判決も、示唆の富んだ判断を示している。すなわち、当該名誉毀損表現が、「現実の事実又は行為について述べた言辞（以下「事実言明」という。）ではなく、意見を叙述した言辞（以下「意見言明」という。）である場合において、（一）当該記事が公共の利害に関する事項についてのものであって、（二）（1）右意見の形成の基礎をなす事実（以下「意見の基礎事実」という。）が当該記事において記載されており、かつ、その主要な部分につき、真実性の証明があるか若しくは記事の公表者において真実と信じるにつき相当な理由があるとき（以下真実性の証明のある事実と記事の公表者において真実と信じるにつき相当な理由のある事実のいずれをも「免責事実」という。）（2）又は当該記事が公表

された時点において、意見の起訴事実が、既に新聞、週刊誌又はテレビ等により繰り返し報道されたため、社会的に広く知れ渡った事実若しくはこのような事実と当該記事に記載された免責事実からなるときであって、（三）かつ、当該意見をその基礎事実から推論することが不当、不合理なものとはいえないときには、右のような意見言明の公表は、不法行為を構成するものではない」との考えが示された。このような場合には、「当該意見の真偽又は正当性は、証拠によってではなく、議論を通じて決せられるべき性質のものといえる」ため、そのような意見の公表は「憲法二一条の規定により厚く保護されるべきものであ」る。また、「右意見の読者は、意見の基礎事実に基づき自己の意見を形成し、その真偽又は正当性を自ら判断することが可能であって、当該意見によってその読者の判断、印象等が直ちに形成されるものではないこと等に鑑み」れば、不法行為と解しないほうが、「言論の自由と個人の名誉の保護との合理的調整を図ることになるといえるからである」。

また、「事実言明」を、「そこで用いられている言葉を一般的に受容されている意味に従って理解するとき、ある特定の者についての現実の事実又は行為を叙述した表現であって、右事実又は行為の真偽が証拠により証明可能であるもの」、「意見言明」を、「右以外の言明であって、多義的、不正確若しくは漠然としているため一般的に受容されている意味の中核を把握し難くその意味内容につき議論の余地のある言葉より表現されている言明、又はある特定の者の行為若しくは性質等についての評価若しくは論評を加えた言明」と定義した。ただし、「意見言明のような形式をとっている場合であっても、当該記事におけるその前後の文脈又は右記事の平均的読者のおかれている社会的状況ないしは社会的文脈から、黙示的な事実言明と解される者は、事実言明と認めるべき」とした。

（12）論評ないし意見の表明による名誉毀損表現に関するその後の最高裁判例として、最判平成一〇年一月三〇日判時一六三一号六八頁と最判平成一〇年七月一七日判時一六五一号五六頁が注目された。前者では、「表現に推論の形式が採られている場合であっても……証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項を右推論の結果として主張するものと理解されるときには、同部分は、事実を摘示するものとみるのが相当である」との考えを示したとともに、立証活動や認定の困難はその判断を左右しないとされた。

後者では、著作物に対する論評等について、前提事実である著作内容に関する真実性の立証の程度や範囲が主に問題となった。最高裁は、先例を踏まえたうえで、「意見ないし論評が他人の著作物に関するものである場合には、右著作物の内容自体が意見ないし論評の前提となっている事実に当たるから、当該意見ないし論評における他人の著作物の引用紹介が全体として正確性を欠くものでなければ、前提となっている事実が真実でないとの理由で当該意見ないし論評が違法となるこ

とはないものと解すべきである」との考えを示した。

なお、わが国の論評ないし意見の表明による名誉毀損表現の法理に関する一連の展開を詳細に整理した文献として、神田孝夫「論評ないし意見表明による名誉毀損と免責事由（一）（二）（三）・完――判例における『公正な論評』法理の生成と問題点――」前掲注（9）七―四二頁（二〇〇三年）、札幌法学第一五巻第一号四九―七五頁（二〇〇三年）、札幌法学第一六巻第一号一―二四頁（二〇〇四年）参照。

（13）山口成樹「名誉毀損法における事実と意見（三・完）――英米法の示唆するもの――」東京都立大学法学会雑誌第三六巻第二号一五三頁参照。

（14）奥平・前掲注（9）一七八頁。

（15）このような論評と関係した数少ない裁判例として、札幌高判昭和五八年一月二六日判タ四九二号七五頁が挙げられる。同判決では、被告が前提事実を真実性の抗弁として主張したため、その事実が審査されて真実性が否定された。また、いわゆる「安部譲二――おれが裁く」事件における東京地裁判決では、「およそ公正な論評の基礎としうる事実の指摘を欠く」ことを理由に、免責が否定された。東京地判平成二年三月二六日判時一三四三号六二頁。

（16）堀内明「公正な論評」竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務大系9　名誉プライバシー保護関係訴訟法』四六頁（青林書院、二〇〇一年）。

（17）奥平・前掲注（9）一七八頁。

（18）五十嵐清『人格権法概説』七三頁（有斐閣、二〇〇三年）。

（19）その理由としては、原告が本来有していなかった、あるいは有するべきではなかった社会的評判は保護されるべきではないこと、被告は原告の不名誉を広めて社会貢献したこと、損害賠償の可能性によって真実が抑制されるべきではないことが挙げられる。Prosser and Keeton, *THE LAW OF TORTS* §116 at 840 (5th ed. 1984).

（20）New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964). 本判決では、名誉毀損表現に対しても合衆国憲法修正第一条の保護が及び、「公職者」に対する名誉毀損表現については、被害者たる原告が、被告の「現実的悪意」、すなわち、それが虚偽であることを知っているか、虚偽か否かを無謀にも無視してなされたことを立証しなければ、損害賠償は得られないとの連邦最高裁の考えが示された。本判決の邦語文献として、堀部政男「New York Times Co. v. Sullivan 名誉毀損と言論の自由」英米判例百選［第三版］五〇頁（一九九六年）参照。

なお、「現実的悪意」の法理が適用される「公職者」とは、「統治の事務行為に対する実質的な責任ないしコントロールを有しているか、有しているようにみえる者」であり、「政府内での地位が、……政府公務員の資格と職務遂行全体に対する一般公衆の関心を超えて、独自の関心を公衆が有するほど明らかに重要であるとき」に「現実的悪意」の法理が適用される。See Rosenblatt v. Baer, 383 U. S. 75 (1966).

(21) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 (1974). 本判決の邦語文献として、堀部政男「Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 (1974) ――ニュース・メディアの表現の自由と私的個人の名誉の保護」米法一九七六Ⅰ、一一四頁参照。

(22) Sullivan 判決では、脚注ではあるが、「公正な論評」の法理が憲法上保護されるべきであることが直接言及されている。すなわち、「修正第一四条に基づき誠実な事実誤認に対して条件付きの特権を認めるべきことが要求される以上、特権が認められた事実表現を前提とする誠実な意見表現について、真実に基づく場合と同様、公正な論評の抗弁が認められなければならない」としている。New York Times Co. v. Sullivan, note 30 at 292.

(23) 例えば、Greenbelt Cooperative Publishing Association v. Bresler 判決において、当時の連邦最高裁は、「脅し」という表現につき、「誇張のレトリック、厳しい形容詞」にすぎず、事実を主張していると読者は受け止めないため、名誉毀損責任を負わすべきではないとの判断を下した。Greenbelt Cooperative Publishing Association v. Bresler, 398 U. S. 6 (1970).

(24) もっとも、事実の摘示による名誉毀損表現に関する法理は、Gertz 判決を基礎としつつも、若干の変化も生じている。例えば、同判決では、表現内容が「公的関心事」に該当するか否かで「現実的悪意」の法理の適用を判断することが否定されたが、Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. 判決では、相対多数意見ではあるが、再び「公的関心事」も加味して同法理の適用が判断された。Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U. S. 749 (1985).

(25) 418 U. S. 323, 339-340.

(26) Restatement (Second) of Torts § 566 (1977).

(27) 同条を特に詳細に引用した裁判例として、Falls v. Sporting News Publishing Co. 連邦控訴裁判決が挙げられる。本判決では、非開示事実が虚偽であると判断されれば、意見の表明ではなく事実の主張として名誉毀損表現の責任を負うことになるとの判断が下された。834 F. 2d 611 (6th Cir. 1987).

(28) Jeffrey E. Thomas, *COMMENT: Statements of Fact, Statements of Opinion, and the First Amendment*, 74 Calif. L. Rev. 1001, 1031 (1986). 山口・前掲注（13）一〇九―一一〇頁。また、基礎事実を観念できない論評については、免責の判断

を下した裁判例が存在する。See Avins v. White, 627 F. 2d 637 (3rd Cir. 1980).

(29) Old Dominion Branch No. 496, National Association of Letter Carriers v. Austin, 418 U. S. 264 (1974).

(30) *Id.* at 284-286. これに対し、Powel 裁判官は、原告らは労働争議を起こしておらず、本件は圧倒的多数派が加入しない権利を正当に行使する少数派に対して口汚い言葉を浴びせて加入を強制しているという状況にすぎないとして、被告の免責について反対の立場をとった。*Id.* at 296 (Powel, J., dissenting).

(31) *Id.* at 286.

(32) 山口・前掲注（13）一二五頁。なお。山口教授は、下級審裁判所で示された基準を、「非開示事実のテスト」、「検証可能性テスト」、「意味内容の明確度のテスト」、「修辞的誇張のテスト」、「コンテキスト全体によるテスト」に分類している。山口・同上一〇六―一二五頁。

(33) Ollman v. Evans, 750 F. 2d 970 (D.C. Cir. 1984) (en banc), cert. denied, 471 U. S. 1127 (1985).

(34) 750 F. 2d at 974, 975.

(35) *Id.* at 979-981.

(36) *Id.* at 981, 982.

(37) *Id.* at 981-983.

(38) *Id.* at 983, 984.

(39) *Id.* at 980 n17.

(40) *Id.* at 985.

(41) *Id.* at 990.

(42) See e.g. McCabe v. Rattiner, 814 F. 2d 839 (1st Cir. 1987). See also Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Jacobson, 827 F. 2d 1119 (7th Cir. 1987), dert, denied, 485 U. S. 993 (1988).

(43) Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 U. S. 1 (1990). 本判決の邦語文献として、喜田村洋一「名誉毀損訴訟で、いわゆる『意見特権』は存在しないと判示した事例」ジュリスト一〇三四号一三一―一三五頁参照。

(44) *Id.* at 18.

(45) *Id.* at 19-21.

（46）*Id.* at 21-23.

（47）Ollman 判決等の意見特権論と本判決の具体的な違いとしては、陪審の役割の違いが指摘されている。James F. Ponsoldt, *ESSAY: Challenging Defamatory Opinions as an Alternative to Media Self-Regulation*, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 45, 53（1998）. すなわち、意見特権論のもとでは、訴訟可能な「事実」と訴訟不可能な「意見」の区別を裁判官が判断していたのに対し、本判決の考え方に則れば、当該名誉毀損表現に訴訟可能な事実が含意されているかを判断することになるところ、かかる事項は、究極の法的問題ではなく、はじめに片付けておくべき問題であるため、陪審員が分析しなければならない。Eric Eversole, *Eight Years After Milkovich: Applying a Constitutional Privilege for Opinions Under the Wrong Constitution*, 31 Ind. L. Rev. 1107, 1126（1998）.

（48）497 U. S. 1, 24（Brennan, J., dissenting）.

（49）なお、Brennan 裁判官は、本判決で示された基準の本質的部分については多数意見に同意し、その基準のもとでは本件の表現は「意見」とすべきであるとの考えから、多数意見に反対の立場をとった。

（50）Milkovich 判決後の下級審判決の中で、例えば、同判決以前の意見特権論を基礎とした裁判例として、Immuno AG v. Moor-Jankowski, 567 N.E.2d 1270（App. Ct. N.Y. 1991）; Biospherics v. Forbes, Inc., 151 F. 3d 180（4th Cir. 1998）; Bentkowski v. Scene Magazine, 637 F. 3d 689（6th Cir. 2011）.

他方、Milkovich 判決に厳密に従った裁判例として、Cummins v. SunTrust Capital Mkts., Inc., 416 Fed. Appx. 101（2nd Cir. 2011）.

さらに、本文のように両者の考え方を整合させた裁判例として、Dworin v. Deutsch, 2008 U. S. Dist. LEXIS 13655（S. D. N. Y. 2008）.

なお、アメリカ合衆国における論評ないし意見の表明による名誉毀損表現の法理に関する一連の展開を詳細に分析した文献として、山口成樹「名誉毀損法における事実と意見（一）（二）（三・完）――英米法の示唆するもの――」東京都立大学法学会雑誌第三五巻第一号一〇九―一二五頁、第二号一一一―一三二頁、前掲注（13）九一―一五六頁、松井・前掲注（6）三二七―三六八頁参照。

（51）神田「論評ないし意見表明による名誉毀損の免責事由（一）」前掲注（9）三八頁。

（52）なお、山口成樹教授は、コモン・ローのもとでは、意見の前提事実が虚偽であることについての有責性は要求されず、表

現が「事実」であれば被告には真実性の抗弁のみ許されるのに対し、わが国の名誉毀損法理では、表現が「事実」であるとみなされ、真実性の立証に失敗した場合でも、責任を追及するためには相当の理由等の有責性が必要であるため、「意見」の認定を広くすることでフェア・コメントの抗弁を広く認めるべき必要性が低くなるとして、両国の考え方の違いを指摘する。山口「名誉毀損法における事実と意見（三・完）」前掲注（13）一五六頁。

(53) この点に関する詳細については、岡根好彦「わが国の名誉毀損法理の整理と分析――名誉毀損的表現に関する憲法上の価値に関する考察を中心として――」法学政治学論究第九〇号七一―一〇二頁（二〇一一年）参照。

(54) この点、松井茂記教授は、わが国の名誉毀損法理は、「そもそも名誉を毀損する表現は表現の自由の保護の範囲外であるとの出発点に立脚して」おり、他人の名誉を毀損する表現であっても、原則として表現をもって対抗すべきであるという、表現の自由に関するアメリカ由来の基本原理とは根本的に異なると解している。そのうえで、松井教授は、虚偽の事実に基づく表現以外の表現に対して名誉毀損責任を負わせることは憲法二一条に反し、したがって、前提事実が真実であることを基本とする「公正な論評」の法理では、論評等に対する憲法上の保護は十分に確保されえないと主張する。松井・前掲注（6）三五五、三五六頁。

(55) 例えば、いわゆるラーメンFC事件の東京地裁判決では、「個人利用者がネット上で発信した情報の信頼性は一般的に低いものと受け止められていると思われ」、ネット上の名誉毀損的表現については、社会的評判を貶める程度は従来よりも低いとして、表現者に配慮した基準を設けるべきとした。平成二〇年二月二九日判時二〇〇九号一五頁。このような観点に基づき、事実の摘示による場合と論評等による場合の比較においても、後者のほうが名誉侵害の程度が低いとして表現者有利の判断を下すべきとの結論を導くことも可能であるように思われる。

(56) この点、近時のニューヨーク州最高裁では、同様の趣旨から、「意見」であるとの判断を下した判決がある。Sandals Resorts Intl. Ltd. v Google, Inc., 86 A.D.3d 32 (S. Ct. N. Y. App. Div. 1st Dept. 2011). なお、同判決では、第四の要素において、ネット上の表現や利用者の特性に言及している。*Id.* at 43.

(57) もっとも、ほとんどの表現は「事実」と「意見」双方の要素を含んでいるため、両者の識別は現実的には困難であるとの指摘もなされている。Jeffrey E. Thomas, *ARTICLE: A PRAGMATIC APPROACH TO MEANING IN DEFAMATION LAW*, 34 Wake Forest L. Rev. 333, 381–383 (1999).

岡根　好彦（おかね　よしひこ）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
専攻領域　憲法
主要著作　「わが国の名誉毀損法理に関する整理と分析――名誉毀損的表現の憲法上の価値に関する考察を中心として――」『法学政治学論究』第九十号（二〇一一年）
「『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』第九二号（二〇一二年）
「コンピューター・ネットワーク上の名誉毀損表現の二次的責任――通信品位法二三〇条とZeran V. America Online Inc. 事件判決に関する評価を中心として――」『法学政治学論究』第九三号（二〇一二年）