

タイトル	名誉毀損の免責法理の再考：道警裏金訴訟を題材に
著者	韓，永學；HAN, Younghak
引用	北海学園大学法学研究，47(2)：201-225
発行日	2011-09-30

名誉毀損の免責法理の再考

——道警裏金訴訟を題材に

韓 永 學

一 問題の所在

最高裁は二〇一一年六月一六日、北海道警の不正経理を扱った二冊の書籍をめぐる名誉毀損訴訟（道警裏金訴訟）において、原告・被告双方の上告を棄却する決定を行った。第一審に続き、本件各書籍の一部について原告の名誉毀損の成立を認めた控訴審が確定した。

最高裁は従前より民事上の不法行為たる名誉毀損につき、刑法二三〇条の二（公共の利害に関する場合の特例）の規定を援用し、「その行為が公共の利害に関する事実に係りもっぱら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するのが相当であ

り、もし、右事実が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ものと解するのが相当である」と説示してきた(最判一九六六・六・二三民集二〇巻五号二一八頁)。人格権としての個人の名誉の保護(憲法一三条)と表現の自由(同二一条)との矛盾・衝突の調和は、第一次的には憲法次元の問題である。⁽¹⁾ 刑法二三〇条の二に基づく真実性の抗弁は、憲法次元の要請を一定の形で具体化したもので、相当性の抗弁もその延長線上にあると言えよう。

では、このような法令や判例に基づく現行の名誉毀損の免責法理は、個人の名誉の保護と表現の自由との調和と均衡を図るのに必要かつ十分であるのか。学界によると、従前より現行の名誉毀損の免責法理については、憲法二一条の保護に不十分であり、被告の社会的身分を問わず一律に被告が立証責任を負う構図が不合理である等の批判を加えるとともに、いわゆる「現実の悪意」(actual malice)の法理の導入を主張する論者も少なくない。⁽²⁾ また、相当性の判断が厳緩の両基準が併存している中次第に厳格になっていること⁽³⁾に加え、近年の慰謝料額の高額化の傾向も、名誉毀損の免責法理の再考論に説得力を持たせている面がある。

道警裏金訴訟は改めて名誉毀損の免責法理の在り方を顧みる契機を与えている。本件訴訟は真実性・相当性の証明と取材源の秘匿の要請との相剋という特殊な局面下で、真実性・相当性の証明程度が勝敗を決定付けた。摘示事実が本来は真実であるのに両者の相剋の中で客観的な事実が犠牲になった可能性も排除できない。仮にそうであれば、本件訴訟の結果は、単に道警裏金問題報道⁽⁴⁾で得た被告らの高い評価の不当な減殺にとどまらず、内部告発者等秘密の情報源(confidential news sources)からの情報に基づく調査報道等を萎縮させ、報道機関の権力監視機能の低下による国民の知る権利の後退を招きかねない。

以上の問題意識を踏まえ、本稿では、既存の民事上の名誉毀損訴訟における真実性・相当性の判断枠組に照らし、道警裏金訴訟の真実性・相当性の有無判断の可否を検討するとともに、本件訴訟が露呈した名誉毀損の免責法理の欠陥をヒントに、その改善に向けた私見を提示・検討する。

二 事実の概要及び判旨

1 事実の概要

道新の道警裏金問題取材班の責任者としての記者二人（高田昌幸、佐藤一）は基本的に道警裏金問題報道をベースに、二〇〇四年六月に旬報社から『警察幹部を逮捕せよ！——泥沼の裏金作り』（A書籍、作家・宮崎学、ジャーナリスト・大谷昭宏が共著）、同八月に講談社から『追及・北海道警「裏金」疑惑』（B書籍）を出版した。その後二〇〇六年五月、元道警本部総務部長・佐々木友善（二〇〇四年三月退職後独立行政法人自動車安全運転センター北海道事務所勤務）は、A書籍とB書籍に記載された捏造記事により名誉を毀損され、または、プライバシー権を侵害されるなどし、精神的苦痛を受けたと主張して、①被告ら（道新、高田・佐藤、旬報社、講談社）に対し、不法行為に基づく損害賠償として慰謝料五〇〇万円、②被告らに対し、謝罪広告の掲載、③旬報社に対し、A書籍の回収廃棄、④講談社に対し、B書籍の回収廃棄をそれぞれ求める訴えを札幌地裁に提起した（事件一）。

原告が主張する捏造記事は、①「道新——その時、総務部長は本部長から『よくもこんな下手をうってくれたな』と叱責されたらしい。」（A書籍一二三頁）、②そして、ほどなく、道警内部からはこんな話が伝わってきた。「佐々木総務部長が、例の電話の件で、芦刈本部長に激しく叱責されたようだ。なにを下手なことやっているんだ、って」（B書

籍八一頁)、㉔この答弁を聞いた瞬間、取材班のひとりとは、三か月ほど前の疑惑発覚直後のことを思い出していた。そのとき、佐々木総務部長は、記者を「身内」とでも思ったのか、こう語ったのである。「わかるでしょ。理解してよ」(同三四三頁)、㉕その後、四月中旬になって、佐々木氏は道警本部庁舎内で偶然に出会った取材班の記者にたいし、こんな言葉をかけてきた。「いやいやいや、いったい、どこまでやられるかと思ったよ」もちろん、笑顔だった。(同三四七頁)の四か所である(いずれも先の道警裏金問題報道では未記載の内容)。

一方、A書籍の共同執筆者である事件一の補助参加人らは二〇〇六年一〇月、「捏造記事」であるなどと発言した原告に対し、事実でないことを知りながら敢えて虚偽の内容を真実であるかのように執筆したとの誤解を生じさせ、名誉を毀損したと主張して、それぞれ慰謝料一一〇〇万円の支払を求める訴えを東京地裁に提起した(事件二)。

結局、以上の二つの事件は札幌地裁で併合審理されるようになった。

2 判旨

(1) 第一審

札幌地裁は二〇〇九年四月二〇日、事件一については、A書籍関連被告(道新、高田、佐藤、旬報社)には一二万円、B書籍関連被告(道新、高田、佐藤、講談社)には六〇万円の慰謝料の支払いを命じ、原告のその余の請求を棄却した。事件二については、原告らの請求がいずれも理由がないとして棄却した。同裁判所は事件一の各争点について、次のように判断した。

第一に、社会的評価の低下やプライバシー権の侵害の有無に関しては、記載㉖㉗㉘については原告の社会的評価を低下させるものであるとし、記載㉙については原告の社会的評価の低下及びプライバシー権の侵害を否定した。

第二に、真実性・相当性の有無に関しては、記載④及び⑤につき、「叱責の事実を否定する原告及び芦刈本部長の供述を」覆すに足りる証拠はない」、「被告佐藤の供述を信用することができない以上」、「真実であると信じるに足りる程度の取材を行ったとも認め難いから、……真実と信じるにつき相当の理由があったとも認めるには足りない」とし、記者側が主張する真実性・相当性を認めないとともに、「裏付け調査をすることなく、書籍に記載して出版するのは、出版社が自己の責任と危険負担において、その裏付け調査を省略したものであるというべきであって、出版社がその記載部分による名誉毀損の責任を免れると解することは相当でない」とし、出版社側の主張を採用しなかった。また、記載⑥についても、「真実であるとは認めるには足りず、また、真実であると信じるにつき相当の理由があると認めるにも足りない」と説示し、真実性・相当性を認めなかった。

第三に、原告の損害に関しては、記載④～⑥の「いずれも本件各書籍が伝達する内容の主要部分とはいえない」とし、記載④につき慰謝料一〇万円、弁護士費用二万円、記載⑤及び⑥につき同五〇万円、同一〇万円を認めるのが相当であるとした。次に、名誉回復措置等の必要性に関しては、「記載④～⑥は本件各書籍の」主要部分ではなく、……わずかな部分にすぎないこと、社会的評価が低下した程度も著しいものとはいえないこと」から、「謝罪広告の掲載あるいは本件各書籍の回収等をする必要性まで認めることはできない」とした。最後に、共同不法行為（記載④）により原告が被った損害については道新、高田、佐藤、旬報社、記載⑤及び⑥のそれは道新、高田、佐藤、講談社の成立を認めた。

（２）控訴審

第一審の判決を不服として原告、被告、補助参加人らが各々控訴したが、札幌高裁は二〇一〇年一〇月二六日、各

控訴をいずれも棄却した。同裁判所は④及び⑤に関する真実性・相当性の有無の判断につき、「真実であると信じるに足る程度の取材を行ったと認めることは困難であるから、……真実と信じるにつき相当の理由があるとは認められない」と改めたことをはじめ、原審の記述を部分的に訂正、付加、削除するほか、原審の判断を維持した。

(3) 上告審

控訴審の判決を不服として原告、被告、補助参加人らが各々上告したが、最高裁第一小法廷は二〇一一年六月一六日、事実審理をせず本件上告を棄却した。その結果、第一審に続き、本件各書籍の一部について原告の名誉毀損の成立を認めた控訴審が確定した。

三 真実性・相当性の判断枠組と本件訴訟への当てはめ

1 名誉毀損の免責法理

(1) 名誉毀損の違法性阻却事由

刑法二三〇条は名誉毀損を一般的に処罰するが、同二三〇条の二第一項は名誉毀損行為が①公共の利害に関する事実に係り(事実の公共性)、②専ら公益を図る目的からなされたもので(目的の公益性)、真実であることの証明があったとき(真実性の証明)は、罰しないとする。すなわち、以上の三つの要件を満たす行為は、違法性が阻却され、名誉毀損罪は成立しないことになる。加えて、裁判所はいわゆる「夕刊和歌山時事」事件最高裁判決で「事実が真実であること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、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である」と説示して（最大判一九六九・六・二五刑集二三巻七号九七五頁）以来、要件③を代替する相当性を認めている。

民事上の名誉毀損の違法性阻却事由は明文規定はないが、冒頭に挙げたモデルケース（最判一九六六・六・二三民集二〇巻五号一一一八頁）のように、名誉毀損罪の違法性阻却事由が類推適用されている。なお、事実摘示のみならず意見・論評の場合も明示的・黙示的な事実摘示が前提となった場合には名誉毀損の成否が問題となるが、最高裁は「ある事実を基礎としての意見ないし論評の表明による名誉毀損にあつては、その行為が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場合に、右意見ないし論評の前提としている事実が重要な部分について真実であることの証明があつたときには、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、右行為は違法性を欠く」（最判一九八七・四・二四民集四一卷三号四九〇頁）、「意見ないし論評の前提としてあ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いて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」と説示し（最判一九九七・九・九民集五一巻八号三八〇四頁）、公正な論評（fair comment）の域を逸脱しない限り、名誉毀損が成立せず免責されることを明確にしている。

（２） 真実性・相当性の判断枠組

名誉毀損訴訟において摘示事実の真否に関する被告（人）側の真実性・相当性の抗弁は、被害者の名誉保護と表現者の真実を表現する自由との調和を図るもので、違法性阻却事由の中核である。実際、刑事・民事事件を問わず、名誉毀損の違法性阻却事由の存否判断はほとんど真実性・相当性の有無判断に帰着する。とりわけ、一般に報道機関等

のように強制的な調査権限を有しない者による事実摘示は真実性の確保に一定の限界があり、結果的に相当性の有無が鍵となることが多い。では、民事上の名誉毀損訴訟の際、真実性・相当性の証明があるか否かに関する具体的な判断枠組を概観してみよう。

まず、真実性の証明は摘示事実が客観的な事実と合致していたことの立証で、その対象、範囲、程度、判断の基準時等が焦点となる。第一に、真実性の証明対象は摘示事実そのものである。特に伝聞、噂、風聞等の形式での事実摘示の場合、学説は証明対象を伝聞の存在とみる見解と伝聞の内容の真否とみる見解があるが、判例は後者の立場である。^⑤ 名誉を毀損するのは伝聞等の存在ではなく、その内容が原因であるため、判例の態度は妥当である。第二に、真実性の証明範囲に関しては、判例は摘示事実の「主要部分」または「重要な部分」で足りるとする立場（意見・論評の場合の前提事実に関しても同様）^⑥ がほとんどで、学説もこれに同調する。裁判所は「主要部分」如何の判断につき、「前文、本文の内容のほか、見出しのレイアウトとその内容、写真の取扱い等を総合的に勘案し、これを一般読者が普通の注意と読み方で読んだ場合の印象を基準」とすることを提示している。^⑦ 第三に、真実性の証明程度に関しては、刑事事件と民事事件を裁く裁判所の心証形成度におけるその証明度が、前者は「合理的疑いを超える程度」の証明を必要とするのに対し、後者は「真実の高度の蓋然性」で足りる（最判二〇〇〇・二・七判タ一〇二六号七五頁）ことから、高度の蓋然性の証明を要する。第四に、真実性判断の基準時は、事実審の口頭弁論終結時で、その際、真実性の立証の本質に照らし名誉毀損行為の時点では存在しなかった証拠を考慮することも当然に許される（最判二〇〇二・一・二九民集五六卷一号一八五頁）。

次に、相当性の証明は摘示事実を真実と信ずるについて相当の理由があったことの立証である。相当性の法的性格については、学説上①錯誤論によるアプローチ、②違法論によるアプローチ、③過失論によるアプローチ等が対立し

ているが、私見としては行為当時の行為者の認識内容が問題になることから、①を支持する。具体的に、相当性をめぐってはその判断基準、判断要素、判断の基準時等が焦点となる。第一に、相当性の判断基準に関しては、最高裁は刑事裁判では「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」の有無を挙げている（最大判一九六九・六・二五刑集二三巻七号九七五頁）のに対し、民事裁判では「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」の有無を挙げている（最判一九六六・六・二三民集二〇巻五号一一一八頁）。問題は如何なる場合に「相当の理由」があると判断されるのかであるが、裏付資料や根拠に高度の確実性を要求せず、「一応真実であると思わせるだけの合理的な資料又は根拠」があれば足りるとするケースや、「確実な資料、根拠」が必要であるとするケースが混在している。第二に、相当性の判断要素に関しては、個別具体的判断によるが、①情報源・取材源が確かなものかどうか、②裏付取材・調査が十分になされているかどうか、③被毀損者本人やキーマンへの直接取材が行われている（試みられている）かどうか、④報道の迅速性が要求されるかどうか等の事情を総合考慮して判断されている^⑩。第三に、相当性判断の基準時は、既述のごとく、相当性は名誉毀損行為當時の行為者の認識内容が問題になるため、行為時である（最判二〇〇二・一・二九民集五六巻一号一八五頁）。すなわち、相当性の有無は名誉毀損行為時に存在した資料・根拠に基づいて判断される。

2 本件訴訟への当てはめ

以上のような民事上の名誉毀損法理の下、本件各書籍の記載①～④は、「一般読者の普通の注意と読み方」を基準として判断した場合、原告の社会的評価を低下させるものか否か。記載①～③は原告の社会的評価を低下させ得る特定の事実を直接・間接に摘示していることから、名誉毀損の成否判断の対象となるが、記載④の場合、不正経理をめぐ

る道警への追及に関する原告の心情の吐露に過ぎない（原告が不正経理の存在を暗に認めたとはまでは読めない）ため、原告の社会的評価の低下を否定した裁判所の判断は正当である。記載①～③の名譽毀損の成否は、いずれの記載も道警の不正経理を扱った本件各書籍の内容で高度の公共性と公益性が認められるため、結局、真実性または相当性の有無判断に帰着する。以下、既存の民事上の名譽毀損訴訟における真実性・相当性の判断枠組に照らし、本件訴訟の最大の争点である各記載の真実性・相当性の有無をめぐる裁判所の判断の可否を検討する。

（１）記載①及び②

記載①と記載②は同一エピソードに関する記述である。厳密には前者は間接的ないし婉曲に事実を主張する形式、後者は伝聞内容の紹介の形式になっているが、いずれも原告の叱責の事実を摘示していることから、同事実が真実かどうか、または被告らにこれを真実と信じるに相当の理由があつたかが焦点となる。

①真実性

被告佐藤は二〇〇三年一月二日、道警幹部からの電話で、同日付道新夕刊に掲載された記事^①に関し、原告が芦刈本部長から叱責されたとの情報を得て、被告高田の指示の下、他の取材をするのと合わせて、五～一〇日にかけて、総務部及び警務部を中心とする約二〇人の道警関係者に対して事実確認を行い、ほとんどの者が叱責の情報を知っており（中には複数が叱責の場面を直接見聞きしており、四人が叱責の情報を正確に知っていた）、原告自身が周囲の者に話していた旨の情報もあつたと主張した。また、被告高田は、叱責の事実の確認方法等については、取材源の秘匿の関係等から回答できないが、同夕刊が配達された後、芦刈本部長から、道庁や道議会に対して、どのような対応を

しているのかを問われ、注意を受け、その後数日の間に、芦刈本部長とのやり取りを原告自ら関係者に語っていたことなどを、必要かつ十分な方法で確認していると主張した。

対して、原告は二〇〇三年一月二日当時に総務課に所属していた職員全員と警務課に所属していた幹部全員に対して尋ねた結果、いずれも、原告が芦刈本部長から叱責されたという話を聞いたことがなく、被告佐藤からその点に関する取材を受けたことがないと回答したと主張した。

このような双方の主張に対し、第一審は⑦「上の原告の聴取は」原告本人からの問い合わせに対し、同人に不利益なことを新聞記者に話したことを認め難いことを考慮しても、原告自らが周囲に話をしていたというのに、原告が聴取した全員が叱責に関する話の存在すら否定するというのは考え難い」、④「被告佐藤らが取材をしていたのは、道警における不正経理の存否等についてであつて、……『原告の叱責の事実』は重要なものとは考え難く、被告高田及び被告佐藤も報道するような事実でないことを認めていることなどからすると、他の取材を行うついでであつたとしても、このような事情について、約二〇人という多数人から具体的に裏付けを取つたという点もやや不自然である」、⑤「被告佐藤は叱責の場所が総務部総務課のある大部屋の本部長室前の共用スペースであつたと言うが、」他の職員が容易に見聞きできる場所で、立場、道警の最高位にある芦刈本部長が、それに次ぐ地位の総務部長であつた原告を叱責するということは不自然なものといわざるを得ない」、⑥「不正経理の存在が指摘されていた道警の経理問題に関する議会対応というのは、その性質上、道警の職員であつても、他者に知られてよいものではないことは明らかであり、他の職員が容易に見聞きできる場所で、芦刈本部長が、原告に議会対応の方法等を尋ねるなどということは通常は考え難い」という事情を総合して被告佐藤の供述の信用性を否定し、「叱責の事実を否定する原告及び芦刈本部長の供述を」覆すに足りる証拠はないといわざるを得ず、「記載③及び⑤が」真実とは認めるには足りない」と説示した。一

方、控訴審は後述するように一部記載を添削するのみで、第一審の判断を踏襲した。

以上、被告らの記載④及び⑥に関する真実性の証明程度は、取材源（原告の叱責の事実に関する情報提供者）の秘匿の關係等から、叱責の事実確認を行った情況や取材源から提供された情報の内訳に関する陳述にとどまった。既存の真実性の判断枠組によれば、この程度の証明では直ちに原告の叱責の事実の存在を是認し得る高度の蓋然性の証明にはならないことから、事実摘示が客観的な事実と合致していたことの立証はなされていないと言わざるを得ず、結果的に真実性を認めなかった第一審の判断は妥当である。しかし、第一審の推論過程にはいささか疑念が残る。

まず、記載⑦、⑨及び⑫は警察という組織の特殊性を軽視している。完全ピラミッド型の階級組織である警察の特殊性に鑑みれば、次のように反駁することができる。記載⑦については、原告の道警在職中の地位の高さや退職後も警察の外郭団体に勤務していることから、元部下達が叱責に関する話の存在すら否定する可能性もあること、記載⑨については、徹底した上意下達の指揮命令系統を持つ組織のトップがたとえ序列二位の者に対しても、他の部下の耳目を気にせず叱責し得るのは想定し難いことではないこと、記載⑫については、当時、経理問題に関する議会対応がなされていたならば、同対応は組織防衛手段にほかならず、最高幹部に限らず一定範囲の職員にも公然の事実として組織的に共有された可能性も否定できないことを指摘しておきたい。ただ、控訴審でもこれらの記載が基本的な踏襲された中、後述するように、記載⑦につき、道警関係者の回答の証明力に疑問が呈されたのは注目値する。

次に、記載④は取材・報道の実務への理解を欠いている。記載④は原告の叱責の事実が報道に相応しい事実ではないこと等から被告らが主張する裏付取材対象者の範囲を疑問視しているが、取材と報道との関係を単線的に捉えた結果と言える。報道機関は報道に直結する事実の取材に限らず、報道に直結しない派生的な事実でも報道内容に関連性があれば調査・確認等の取材を行うのが普通で、全ての取材内容が報道に反映されるわけではない。当時、被告佐

藤らの報道の主眼は道警における不正経理の存否にあり、確かに「原告の叱責の事実」は報道するような事実でないものの、不正経理を明らかにする一端緒になり得ることから、多数人からクロスチェックを行ったことを不自然とまでは言えない。

② 相当性

まず、取材記者らの相当性の証明につき、第一審は「[被告佐藤の供述を信用することができない以上、]同被告が[記載a及びbを]真実であると信じるに足りる程度の取材を行ったとも認め難いから、被告らが[記載a及びbを]真実と信じるにつき相当の理由があったとも認めるには足りないものといわざるを得ない」と説示した。一方、控訴審は第一審記載⑦①を「[原告の聴取に対し]道警関係者が全く自由に回答できる立場にあるはと考えにくいことに加え、[同回答(三二名)に対する確認のための被告高田及び佐藤の照会に対して一名を除いては]応答がなかったことを考慮すると、上記回答の証明力はそれ程高いものとはいえない。しかし、[被告佐藤らの取材の主眼からすれば叱責の事実]は」派生的な事柄であったといえるのであり、……他の取材を行うついでに行ったにせよ、約二〇人という多数の者から、[叱責の事実に関する裏付けを取ったという被告佐藤の供述は]いささか不自然な感を免れない」と改め、記載⑤の後に④「[被告佐藤の裏付取材は]容易に行うことができたとは考えられないが、[芦刈本部長及び原告]の態度や対応そのものが事実関係を確かめる一資料ともなり得ると考えられるから、取材を試みることも自体が無意味なものであったとはいえない」という記述を挿入した上、「[記載a及びbを]真実であると信じるに足りる程度の取材を行ったと認めることは困難であるから、[記載a及びbを]真実と信じるにつき相当の理由があるとは認められない」と説示した。

以上、記載④及び⑤の相当性につき、第一審は記載⑦～⑨から被告佐藤の主張を信用することができないとし、簡単に否定しており、控訴審も一部記載の添削を行ったものの同一結論に到達した。ただ、控訴審は原告の聴取に対する道警関係者の回答の証明力に疑問を呈しつつ、裏付取材の範囲の不自然さを否定しないものの断定的な記述を避けるなど、第一審に比べて推論の論理性を高めた。両裁判所は相当性の具体的な判断基準を示していないが、真実性の判断の延長線上で相当性の有無を判断していることから、「合理的な資料又は根拠」よりは「確実な資料、根拠」に傾斜していると言えよう。

ところが、本件は「合理的な資料又は根拠」を判断基準にした場合でも、被告らが取材源の秘匿の関係等から、記載④及び⑤を真実と信じるにつき相当の理由があったことを証明するのは容易ではない、特殊なケースである。本件訴訟ではこのような特殊な状況が勘案された相当性の立証が求められたわけではない。多少推論の論理性が高い控訴審も既存の相当性の判断枠組に即して、当事者への取材がなされていないこと等を挙げ、相当性を否定している。しかし、当時、道警が組織的裏金作りを頑なに否定していた実情に鑑みれば、叱責の事実に関して原告や声刈本部長に対し取材を行ったとしても、同事実の有無と関係なく全面否定されることが十分予想される。また、取材を試みることと自体が無意味なものではないにしても、全面否定される限り、同取材の実行を以てしても相当性が認められる蓋然性は低いと言えよう。

次に、出版社の責任につき、第一審は「一定の取材組織をもつ新聞社であっても名誉毀損の責任を問われることはあり得るのであって、被告道新の取材班が道警の裏金問題を専門に追求していたからといって、直ちにA書籍に記載された事実すべてが真実であると信じるについて相当の理由があるということはできない。……裏付け調査をするとなく、書籍に記載して出版するのは、出版社が自己の責任と危険負担において、その裏付け調査を省略したものと

いふべきであつて、出版社がその記載部分による名誉毀損の責任を免れると解することは相当でない」とし、名誉毀損の責任を否定する被告旬報社の主張を採用しなかった(被告講談社も同様)。控訴審は「一定の信頼性を有している新聞社の取材班による記事であつたとしても、『記載a)~c)のように』他人の名誉を毀損する内容を有する場合に、当該記事が上記のような新聞社の取材班によるものであるとの一事をもつて、出版社が、当該事実に関する資料、根拠があるものと受け止め、同事実を真実と信じたことに無理からぬものがあるとはいえないのであつて、……同事実を真実と信じるにつき相当の理由があるとは認められないといふべきである」とし、結論を維持した。

以上、第一審も控訴審も出版社に過度の調査義務(真実確認作業)課していることが分かる。しかし、本件のような報道機関の記者の取材・報道内容をベースにした出版に対し、いわゆる「配信サービスの抗弁」(wire service defense)を類推適用する余地はないにしても、記者のような専門的職業人によつて確認済みの事実の場合、当該出版社の調査義務は限定的に生じると解するのが合理的であろう。本件のような構図において出版社の責任を正面から扱つたケースは見当たらないが、いわゆる新聞広告掲載に伴う損害賠償請求事件判決(最判一九八九・九・一九判例集未搭載)は示唆に富む。同判決は「新聞社は」広告掲載に当たり広告内容の真実性を予め十分に調査確認した上でなければ新聞紙上にその掲載をしてはならないとする一般的な法的義務が新聞社等にあるといふことはできないが、……広告内容の真実性に疑念を抱くべき特別の事情があつて読者らに不測の損害を及ぼすおそれがあることを予見し、又は予見しえた場合には、真実性の調査確認をして虚偽広告を読者らに提供してはならない義務がある」と説示した。同判決の趣旨は、本件にも基本的に妥当すると考えられる。従つて、本件各書籍のベースとなつた一連の道警裏金問題報道への抗議(誤報や虚報の主張)がなされていなかったことに加え、本件各記載は該当書籍の主要部分ではないが取材記者が事実確認を怠つたという真実性に疑念を抱くべき特別の事情が存在し予見可能性が認められない

ことから、両出版社には各記載の事実を真実と信じるにつき相当の理由があったと言うべきである。

(2) 記載㉔

記載㉔は原告が取材記者に理解を求めた事実(fact)の対象が問題となる。同記載は前後の文脈から、原告が不正経理の存在を暗に認めて理解を求めたものと理解することができることから、原告が同趣旨で発言をしたかどうか、または被告らにこれを真実と信じるに相当の理由があったかが焦点となる。

① 真実性

第一審は「被告佐藤らの陳述書及び尋問は」いずれも情報提供者を保護するために、本名を記載しない領収書を作成することについて、原告から理解を求められたというものであって、……不正経理そのものについて理解を求める発言をしたことを認めるに足りる証拠は存在しない」とし、真実であるとは認めるに足りないと説示した。控訴審も同判断を踏襲した。

本来記載㉔は前述の記載㉑及び㉒と異なり、取材記者の直接体験を基にしていることから、それが客観的な事実に合致しているか否かの判断には原告の同発言に対する取材記者の認識が大きく作用するはずであるが、被告佐藤らの主張に対する裁判所の捉え方は一面的である。すなわち、被告佐藤らの陳述書及び尋問によると、原告の同発言を一義的には偽名領収書の作成への理解を求めるものと受け止めつつも、究極には不正経理への理解を求めるものと認識し、そのような趣旨で認識の根拠を示しているのに、裁判所は被告らの主張を前者への理解にとどめて解釈している。

②相当性

第一審は「情報提供者を保護するために、本名を記載しない領収書を作成することについて理解を求める」ということと、不正経理について理解を求めることでは明らかに内容が異なるものであるから、仮に「被告佐藤らが」偽名領収書を作成することについて、原告から理解を求められたことがあったとしても、これを、不正経理について理解を求める趣旨で原告が発言したと信じるについて相当の理由があるとはいえない」とし、「真実であると信じるにつき相当の理由があると認めるにも足りないものといわざるを得ない」と説示した。控訴審も同判断を踏襲した。このように、裁判所の記載㉔の相当性に関する判断基準は、記載㉑及び㉒のそれと同様、「確実な資料、根拠」に依拠していると解される。確かに、記載㉑を不正経理への理解を求める発言という真実性の確証は存在しないにしても、相当性の有無を「合理的な資料又は根拠」を基準に判断するならば、同事実を真実であると信じるにつき相当の理由があると認めるに足りると言える。その理由としては、当時、道警の組織的不正経理の実態が次々に明らかとなる緊迫した状況や、原告の職責からして不正経理の存在を知らなかった可能性は低いことなどが挙げられよう。

四 免責法理の合理化に向けて

以上、検討したように、本件訴訟における各記載の真実性・相当性の有無をめぐる裁判所の判断は、既存の判断枠組に厳密に従えばやむを得ない判断（記載㉑及び㉒に関する取材記者らの立証への判断）がある一方、相当性の判断基準次第では異なる結果が想定できる判断（記載㉑及び㉒に関する出版社側の立証への判断、記載㉔に関する取材記者らの立証への判断）もある。しかし、相当性の判断基準の問題は別にしても、記載㉑及び㉒のような公職者の職務遂行に関する批判・監視が、あまりにも簡単に名誉毀損と認定されたことには疑念が残る。同記載は客観的な事実

合致するか、事実の錯誤に相当性があるのに、取材源の秘匿の要請が被告らの実質的な立証を妨げる中、保護されなかった可能性も排除できない。仮にそうであれば、既存の名誉毀損の免責法理は、個人の名誉の保護と表現の自由との調和を図る働きに欠陥があり、正当な言論に必ずしも保護を与えるとは限らない。

このような問題状況に鑑みれば、既存の名誉毀損の免責法理の再考は必然的である。以下、免責法理の合理化に向け、相当性の判断基準の合理化と特定の名誉毀損訴訟における立証責任の配分の実質化について若干の私見を提示・検討しておきたい。

1 相当性の判断基準の合理化

裁判所は特定の名誉毀損的表現の許否を判断する際、直ちに刑法二三〇条の二第一項や前述の一九六〇年代に確立された裁判法理に準拠しがちであるが、憲法次元のアプローチが先行されなければならない。憲法二一条は表現の自由を無制限的に保障しているわけではないが、名誉毀損的表現でも、「思想の自由市場」(free marketplace of ideas)における真実発見ないし思想・情報の多様性の確保の要請の下、一定の場合は正当な言論として保護されなければならない。

問題は、名誉議論的表現でも保護される正当な言論の具体的な範囲である。公共性・公益性を有する名誉毀損的表現の場合、基本的にその真否が保護の可否を決定するが、真実ではない表現が全て憲法的保護の枠外に置かれることは不当である。公的問題に関する自由な討論・意思決定を成り立たせるためには、真実ではない情報をも保障することの必要性・有益性があるからである。¹³⁾ 最高裁も表現の自由の憲法保障における優越的地位 (preferred position) を示唆しつつ、「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

い」ことを確認している（最判一九八六・六・一一民集四〇巻四号八七二頁）。このような見地から、公共性・公益性を有する事柄につき虚偽事実を摘示した場合でも、行為者において同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、名誉毀損が成立しないと解する相当性の理論は正当化される。

ここで注視すべきは、虚偽の事実摘示が正当な言論として保護されるための要件である「相当の理由」の判断基準である。前述したように、判例は「合理的な資料又は根拠」を求める場合と「確実な資料、根拠」を求める場合が混在している中、次第に後者に傾斜する傾向があり、本件訴訟も後者に依拠して判断したことが窺える。しかし、憲法に保障された表現の自由を確保するためには、たとえ真実ではなくとも相当な合理的根拠のある言論にまで正当な言論としての保護を及ぼすことが必要であることから、「相当の理由」があると判断されるためには「合理的な資料又は根拠」で足りると言うべきである。摘示した事実を真実と誤信したことを示す資料・根拠につき、高度の確実性を要求するのは、公的・社会的事柄や人物に関する批判を含む情報の自由な流通を萎縮させ、国民の知る権利や民主主義の後退を招きかねない。

要するに、個人の名誉の保護と表現の自由との調和の下、正当な言論を保護するため、名誉毀損の違法性阻却事由としての相当性は、合理的な資料・根拠の存否を基準とするのが妥当である。裁判所は相当性の立証の程度に「確実な資料、根拠」という高いハードルの強要を止め、「合理的な資料又は根拠」の基準に統一すべきである。なお、本件訴訟のように公共的事項に関する表現で、高度の公共性・公益性が認められる場合には、そのような表現の自由の憲法上の重要性に鑑み、相当性の判断における「合理的な資料又は根拠」の基準はより柔軟に解することが求められよう。

2 立証責任の配分

しかし、相当性の判断基準を合理化しても、本件訴訟のような真实性・相当性の証明が被告の他の法的権利・義務と衝突する特殊なケースにおいては正当な言論をも保護されない可能性がある。繰り返して強調するように、本件訴訟における記載^④及び^⑤に関する真实性・相当性の証明は、民事訴訟においては認められている取材源の秘匿権（最終二〇〇六・一〇・三民集六〇巻八号二六四七頁）と衝突・矛盾する、構造的問題を露呈する。すなわち、被告（報道機関）側が取材源の秘匿権（証言拒絶権）を行使することにより、記載内容の真实性・相当性に関する証拠の信用性は制限を受けざるを得ない（取材源を明らかにしない証言等の実質的証拠力は低くなるのが普通^⑬）。このような関係から、被告らの記載^④及び^⑤の摘示事実に関する真实性・相当性の証明度は高度の蓋然性を肯認されるに至らず、真偽不明のまま（摘示事実の捏造や虚偽が立証されたわけではない）、名誉毀損が成立する不合理な結果につながった。要するに、本件のようなケースでは相当性の立証の程度を「合理的な資料又は根拠」以下に緩和しない限り、正当な言論をも保護の外に置かれかねないことになる。

しかしながら、取材源の秘匿の必要性を尊重しても、相当性の立証の程度の緩和には限度がある^⑭。相当性の立証の程度を格段に緩和すれば、裏付取材等事実確認の軽視や取材源の秘匿権の濫用を招く恐れさえもあり、名誉毀損の合理的な成否判断を阻害し得る。結局、真实性・相当性の証明と取材源の秘匿の要請との相剋は、訴訟当事者間の立証責任の配分等による克服が望まれよう。その大きな手掛かりとなるのが、米国における現実の悪意の法理である。同法理は、公職者（public official）のその職務行為（official conduct）に関する名誉毀損の表現の場合、現実の悪意（表現者が虚偽であると知りながら表現したか、または虚偽か否かを無謀に無視して表現したこと）を、当該公職者側

が立証しなければ損害賠償を認めない、とするサリバン事件(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964))で導入され、その後適用対象が公人(public figure)に拡大されている(Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967))。日本では同法理に対し、学説上は理解を示す論者が少なくないが、判例は慎重あるいは否定的である^①。確かに、違法性阻却事由の立証責任を原告の社会的身分を問わず一律に被告側に負わせる、既存の名誉毀損の免責法理の体系に立脚すれば、現実の悪意の法理は受け入れ難い。しかし、そもそも公人は常に公衆の関心・批判の対象であり、とりわけ公職者の職務行為に関する事案は公衆の討論・意思決定に寄与することから、公人に関する名誉毀損の表現は私人のそれとは憲法的評価が異なると言うべきである。公人は私人に比べ、言論による自己防御や反論の機会が多いことから、名誉毀損の表現に対して受忍せざるを得ない範囲が広いと言えよう。それ故に、名誉毀損の成否判断において原告の社会的身分を基準にした異なるアプローチ(status-based approach)を容認し、公人に対する名誉毀損訴訟の場合、原告側に名誉毀損の成立の立証責任を課す同法理は評価に値する。

ただし、立証責任の配分を肯定しても、現実の悪意の法理を全面的に導入するかどうかについては慎重な検討が必要である。筆者は公人の範囲の設定が容易ではないことや、既存の名誉毀損の免責法理への衝撃を勘案し、一定の公人(政治家及び政策決定権限を有する公務員)に対する名誉毀損訴訟に限定して、立証責任の配分に関する二つの選択肢を提示しておきたい。第一に、同法理に従い、原告側に被告に故意(虚偽である)と知りながら表現したことまたは重過失があったこと(虚偽か否かを無謀に無視して表現したこと)の立証責任を課すことである(選択肢一)。第二に、既存の名誉毀損の違法性阻却事由に着目し、被告側に公共性・公益性の存在の立証を、原告側に真実性・相当性の不存在の立証をさせることである(選択肢二)。両者は公共性・公益性の要否の面で考え方の相違があるものの、これらの公人に関する事実摘示は、純粹たる私的領域に及ばない限り、公共性・公益性が認められ得ることから、同

一事案であればほぼ同じ審理結果が予想される。本件訴訟の場合、原告の社会的身分に鑑みれば、以上の選択肢の適用が妥当する。

一方、現実の悪意の法理は名誉毀損訴訟の原告の社会的身分や属性を基準にした裁判法理で、本来取材源の秘匿の要請等は無縁であるが、本件訴訟のような真実性・相当性の証明が被告の他の法的権利・義務と衝突する特殊な場面でも、正当な言論の憲法的保護を図る有効な方策として応用の余地があろう。すなわち、真実性・相当性の証明と取材源の秘匿の要請が衝突・矛盾する名誉毀損訴訟の場合、上記のような選択肢のいずれかを適用して立証責任を配分すれば、両者の衝突・矛盾が克服され、合理的な名誉毀損の成否判断が期待できると考えられる。ただ、原告の社会的身分に応じて、立証責任の負担に差を設けることが妥当である。例えば、選択肢一の場合、上記の一定の公人には被告（報道機関）に上記のような故意または重過失があったことの立証責任を課すのに対し、それ以外の公人や私人には被告（同）に故意（同）または過失があったこと（虚偽か否かを無視して表現したこと）の立証責任を課するのが現実的であろう。このような基準からすれば、本件訴訟においては原告が記載④及び⑤につき被告らの故意または重過失による虚偽記載であることを立証しない限り、名誉毀損は成立しないことになる。

五 結びに代えて

以上、既存の民事上の名誉毀損訴訟における真実性・相当性の判断枠組に照らし、道警裏金訴訟の真実性・相当性の有無判断の可否を検討するとともに、本件訴訟が露呈した名誉毀損の免責法理の欠陥をヒントに、その改善に向けた私見を提示・検討した。

本件訴訟の最大の争点である各記載の真実性・相当性の有無をめぐる裁判所の判断は、①記載④及び⑤に関する取

材記者らの真実性・相当性の否定、②記載④及び⑤に関する出版社側の相当性の否定、③記載⑥に関する取材記者らの真実性・相当性の否定に大別できる。判断①は、やや推論過程上の問題はあるものの、既存の真実性・相当性の判断枠組に厳密に従えば、やむを得ない判断と言えよう。しかし、取材源の秘匿の要請という特殊性が理解されず、既存の名誉毀損の免責法理の判断枠組に沿って機械的に判断され、摘示事実の真偽は不明のまま名誉毀損が成立した。判断②は、本件各記載に関する出版社の調査義務は限定的に生じると解すべきであることや、真実性に疑念を抱くべき特別の事情が存在し予見可能性が認められないことから、不当な判断である。また、判断③は、真実性まで直ちに肯定することはできないかも知れないが、相当性は「合理的な資料又は根拠」を基準に判断したならば異なる結果になったと考えられる。

このように、本件訴訟は、相当性の立証の程度問題から既存の名誉毀損の免責法理自体の当否に至るまで、重大な検討課題を孕んでいる。まず、本件訴訟において裁判所は近年の相当性に関する司法判断の傾向と同様、厳格な判断基準に依拠しているが、「合理的な資料又は根拠」の基準の方が真実の発見や思想・情報の多様性の確保という表現の自由の憲法的要請により合致する。相当性は、個人の名誉の保護と表現の自由との調和と均衡を図る最後の砦と言っても過言ではないことから、その判断基準の合理化は極めて重要である。

次に、本件訴訟のような真実性・相当性の証明が被告の他の法的権利・義務と衝突する特殊な場面においては、被告に一律に違法性阻却事由の立証責任を課す既存の名誉毀損の免責法理を適用するのは、正当な言論をも保護されない可能性があり、妥当ではないことが自明である。筆者はこのような事案においては、訴訟当事者間の立証責任の配分等によるアプローチが望ましく、現実の悪意の法理の応用が有効であると考ええる。同法理を一定の公人（政治家及び政策決定権限を有する公務員）に対する名誉毀損訴訟に導入するとともに、本件訴訟のような真実性・相当性の証

明と取材源の秘匿の要請が相剋する特殊な場面でも応用すれば（この場合、原告の社会的身分に依じて立証責任の負担に差を設ける）、正当な言論が憲法的保護の枠外に置かれる可能性は低くなると思われる。あるいは一定の公人（同）に対する名誉毀損訴訟の場合、原告側に真实性・相当性の不存在の立証責任を課すとともに、本件訴訟のような真实性・相当性の証明と取材源の秘匿の要請が相剋する特殊な場面で応用する方式も、同様の審理結果や効果が期待できよう。

注

- (1) 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）二〇一頁。
- (2) 代表的には、松井茂記「名誉毀損と表現の自由」山田卓生・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座二 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、一九九八年）一〇五～一四頁、喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』（白水社、一九九九年）一七九～二〇六頁、山田隆司『公人とマス・メディア』（信山社、二〇〇八年）一〇五～一〇八、二二五～一二一頁等。
- (3) 取材と報道研究会「報道の役割への無理解——揺れる「誤信相当性」の判断」新聞研究No.六三〇（二〇〇四年）五〇～五五頁。
- (4) 二〇〇三年一月に発覚した道警旭川中央警察署の不正経理（裏金作り）を機に、北海道新聞（道新）は道警裏金問題取材班を編成し、道警のほとんどの警察署に蔓延していた裏金問題について長期にわたりキャンペーン報道を行った（二〇〇五年六月まで関連記事は一〇〇〇本を上回る）。元警察幹部の内部告発等もあり、一連の道新の追及は、道警の慣行的・組織的裏金作りとその不正使用を認めさせるに至った。一方、道新は二〇〇四年、同報道で日本新聞協会賞、JCJ大賞、菊池寛賞等を受賞した。
- (5) 最判一九六四・一・二八民集一八卷一号一三六頁等。
- (6) 最判一九八三・一〇・二〇判時一一一二号四四頁、最判一九八七・四・二四民集四一巻三号四九〇頁、最判二〇〇三・一〇・一六民集五七巻九号一〇七五頁等。
- (7) 最判一九五六・七・二〇民集一〇巻八号一〇五九頁等。
- (8) 学説の動向は、山中敬一『刑法各論「第二版」』（成文堂、二〇〇九年）二〇〇～二〇三頁参照。

- (9) 東京高判一九七八・九・二八判時九一五号六二頁、東京高判一九九九・一〇・一七判タ九九二号一九〇頁、東京地判二〇〇九・七・二八判タ一三〇四号九八頁等。
- (10) 東京地判一九八八・七・二五判時一二九三号一〇五頁、最判二〇〇二・一・二九民集五六卷一号一八五頁、東京地判二〇一〇・一・一・二四判例集未搭載等。
- (11) 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、二〇一〇年）一五頁。
- (12) 「捜査費疑惑『調査と答弁しないで』道警幹部が道に要請」という見出しの記事。
- (13) 平川宗信・前掲書八六〇八七頁。
- (14) 平川宗信・前掲書八八頁。
- (15) 田頭章一「真実性についての証明責任・証明の程度」メディア判例百選No.一七九（二〇〇五年）四九頁。
- (16) 裁判所は取材源の秘匿の必要性を根拠に、「相当性の立証の程度を緩和することはできない」と断じている（東京地判一九九四・七・二七判タ八六五号二三八頁、東京地判一九九六・七・三〇判タ九五〇号二〇四頁等）。
- (17) 判例・学説の詳細については、山田隆司・前掲書九三〇九八頁参照。