

# 事実摘示型名誉毀損の要件（抗弁） 枠組みと不法行為法学の混迷

下 田 大 介\*

- 一 はじめに
- 二 昭和41年最判の定立した要件（抗弁）枠組み
- 三 「違法性」阻却と「故意・過失」阻却の振り分け
- 四 昭和41年最判法理を「抗弁」と位置づける理論の存否
- 五 名誉毀損の特殊性と理論的課題
- 六 結びに代えて

## 一 はじめに

不法行為法学の「混迷」が指摘されるようになって<sup>1</sup>、久しい。「混迷」は、故意・過失と権利・法益の侵害（またはその読替えとされる違法性）からなる基本的な要件構造にかかわるものである上に、賠償範囲の画定ないし損害の金銭的評価といった効果論にも波及する。もっとも、効果論を別途の問題とし

---

\*福岡大学法学部准教授

<sup>1</sup> 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）が、「はしがき」で不法行為法の「理論状況は混迷を極めている」と評したのに続き、沢井裕「不法行為法学の混迷と展望－違法性と過失－」法セ296号72頁（1979年）が、論題に「混迷」を掲げた。

て一旦切り離した上で、学説における要件構造の模索を、一元論（過失一元論・違法性一元論）と新二元論に大別できるかもしれない<sup>2</sup>。しかし、その内部にもバリエーションがあり<sup>3</sup>、一括りにすることの当否も問題になりうる。依然として「混迷」は、収束の兆しをみせない<sup>4</sup>。

他方、裁判実務は、各種の被害類型ごとに帰責判断の枠組みを定立し、個別の事案において補充・修正しつつ、確立していった。その際、不法行為法学の「混迷」による混乱を、上手く免れているように見える<sup>5</sup>。とはいえ、統一的要件主義を採るわが国では、少なくとも理念的には、被害類型ごとに判例上確立された要件枠組みはいずれも、不法行為の一般理論の応用として、これと整合的に位置づけられなければならないであろう。あるいは逆に、一般理論は、被害類型ごとの要件枠組みをいずれも、受け止めることのできるものである必要があるのではなからうか。

ところで、民法〈債権法〉改正（平成29年法律第44号）に続いて、不法行為法の改正に向けた議論も始まっている<sup>6</sup>。今のところ、この議論は、改正それ自体の要否を含めた前提作業の段階にあるけれども、統一的要件主義を維持するのであれば、被害類型ごとに確立された判例法理との整合性に留意す

<sup>2</sup> 混迷する学説状況を整理するものとして、沢井・前注（1）83-91頁、錦織成史「違法性と過失」星野英一編集代表『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）173-184頁、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998年）14-18頁等参照。

<sup>3</sup> 代表的な論者の見解を簡潔に整理する近時の教科書として、近江幸治『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（成文堂、2007年）128-132頁、円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得—判例による法形成—〔第3版〕』（成文堂、2016年）62-69頁、吉村良一『不法行為法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）83-94頁等参照。

<sup>4</sup> 窪田充見「特集にあたって—『不法行為法学の混迷』と『不法行為法の動態的性格』」論究ジュリ16号4頁（2016年）参照。

<sup>5</sup> 平井宜雄「不法行為における『過失』の意義」法教123号28頁（1990年）は、統一的要件主義では「要件に当てはまればすべて不法行為が成立することになり……その要件を構成する個々の概念の意味については、少なくとも実務はそれほど神経を使わなくてもいい」と述べる。

<sup>6</sup> 例えば、シンポジウム「不法行為法の立法的課題」私法78号3頁以下（2016年）参照。

べきであろう。他方で、その整合性を保つことが困難であれば、被害類型ごとに判例上確立された要件枠組みをそれぞれ独自の不法行為として、個別的要件主義を構想する余地も生じるかもしれない。その場合にも、個別の不法行為からこぼれ落ちる被害の受け皿となる適用範囲の広い（そのような意味で包括的な）不法行為類型を用意する必要はあろう<sup>7</sup>。とはいえ、個別の不法行為と包括的不法行為を、特別法と一般法のように捉えることができるならば、両者の整合性について、統一的要件主義を採る場合ほどには、神経を尖らせる必要はないように思われる。もちろんこれは、現行法上、すでに不法行為特別法が規律する被害類型においては、一般不法行為法との整合性に無頓着でよいことを意味しない<sup>8</sup>。けれども、不法行為の一般理論との応接のあり方には、違いがもたらされるのではなかろうか。

本稿は、上のような問題意識から、各種の被害類型のうち、事実摘示型の名誉毀損に注目し、判例上確立された要件（抗弁）枠組みと不法行為の一般理論との関係を分析しようと試みるものである<sup>9</sup>。後述のように、最判昭41.6.23民集20巻5号1118頁（以下、「昭和41年最判」という）は、事実摘示型の名誉毀損について、公共の利害に関する事実が公益目的で公表されたものである場合には、当該事実が真実であると証明されれば「違法性」が阻却され（真実性の抗弁）、真実性が証明されなくとも、真実であると信じる相当の理由が

<sup>7</sup> ちなみに、2009年に制定された中国「侵權責任法」は「侵權行為に対する一般規定……を置き、……しかし、他方では、英米法の考え方による不法行為の類型的取扱の考え方も同時に取り入れ」ている（浅野直人＝林中孝「中華人民共和國侵權責任（不法行為責任）法について」福法55巻1号163頁（2010年）参照）。

<sup>8</sup> 行為それ自体の危険性、立場の互換性の喪失、あるいは証拠の偏在への対処としての立証責任の転換、または危険責任や報償責任による無過失責任ないし中間責任の基礎づけなど、特別法の制定ないし適用にあたって、過失責任主義を修正すべき根拠を示す必要がある。

<sup>9</sup> 同様の観点にたつ先行研究として、小粥太郎「名誉毀損からみる不法行為法」松本恒雄還暦記念『民事法の現代的課題』（商事法務、2012年）611頁参照（不法行為の一般理論とのタテの対比のみならず、名誉にかかわる不法行為相互のヨコの対比も検討）。

あれば「故意・過失」が阻却されて（相当性の抗弁）、不法行為にならないという判断枠組みを定立した。そして、不法行為法学の「混迷」は、過失の客観化に伴う「過失と違法性との交錯」といかに向き合うかを、いわば「主戦場」とするものであった。したがって、真実性の抗弁は「違法性」を阻却するのに対し、相当性の抗弁は「故意・過失」を阻却するという振り分けが、一般理論との関係で何らかの意味をもつのかどうか、検討に値するように思われる<sup>10</sup>。これが、各種の被害類型のうち、本稿が事実摘示型の名誉毀損に注目する所以である。

また、昭和41年最判以降、判例は、一方で週刊誌の記事や放送メディアにも射程を拡げ<sup>11</sup>、他方では意見表明型の名誉毀損<sup>12</sup>やプライバシーの侵害<sup>13</sup>と区別しつつ、事実摘示型の名誉毀損における要件（抗弁）枠組みを維持・確立していった（以下、単に「名誉毀損」というときは、事実摘示型のそれを指す）。この間、不法行為法学が「混迷」を抜け出せなかったのと対照的である。そこで、「混迷」の契機となり、またはそこから脱するべく提唱された一般理論の要件構造において、名誉毀損の判例法理がどのように位置づけられ、または位置づけられ得るかを整理しておくことは、「混迷」の具体的な現れ方の1つとして、現状把握の一助となり得る（ただし、本稿が分析を試みるのは、代表的な見解のいくつかに限られる）。

なお、本稿は、判例上確立した名誉毀損の要件（抗弁）枠組みそれ自体<sup>14</sup>や

---

<sup>10</sup> 同様の指摘として、藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』（信山社、2013年）222頁参照。

<sup>11</sup> 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）79-101頁参照。

<sup>12</sup> 最判平元. 12. 21民集43巻12号2252頁、最判平9. 9. 9民集51巻8号3804頁、最判平16. 7. 15民集58巻5号1615頁等。

<sup>13</sup> 時期は相前後するが、東京地判昭39. 9. 28下民集15巻9号2317頁（「宴のあと」事件）、最判昭56. 4. 14民集35巻3号620頁（前科照会事件）、最判平6. 2. 8民集48巻2号149頁（「逆転」事件）等。

<sup>14</sup> 例えば、三島宗彦「判批」判評98号99頁（1967年）は、相当性の抗弁について、英米法に倣って、免責ではなく賠償の減額にとどめるべきと主張する（なお、昭和41年最判は主要な部分で



個別の事案におけるあてはめ<sup>15</sup>の当否を論じるものではない。また、不法行為法改正の要否やその方向性（統一的要件主義か、個別的要件主義か）について何らかの結論を示すものでも、ましてや「混迷」に決着を付けることを目指すものでもないことを、予めお断りしておきたい。

## 二 昭和41年最判の定立した要件（抗弁）枠組み

本稿の目的上、まずは昭和41年最判を参照しなければならない。その上で、同判決の定立した要件（抗弁）枠組みを抽出・整理しておこう。

### 1. 昭和41年最判（前掲最判昭41. 6. 23）

#### （1）事案の概要

原告Xは、昭和30年2月27日に行われた第27回衆議院議員総選挙に立候補し、落選した。被告新聞社Yは、同年3月3日付の朝刊社会面（7頁トップ）に、「二月選挙の内幕 三候補者の場合 署名狂やら殺人前科 買収費一千万円の落選男も」との見出しで、Xを含む3名の候補者に関する本件記事を掲載した。その掲載趣旨は、「こんどの総選挙は公明選挙のカケ声が強かった反面、全国的には戦後最高という違反検挙者を出して」いて、「とくにこんどの選挙は地方選挙と直結しており、選挙民の自覚が要請される」ところ、「こんどの選挙の三人の候補者の場合をみて地方選挙をより公明にするための一

---

真实性が証明された事案と分析）。また、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2009年）178頁は、「虚名は保護されず」という立場から、そもそも「真実の事実の摘示による名誉毀損は成立の余地がない」と主張する。

<sup>15</sup> 例えば、意見表明型の名誉毀損も含めて、最高裁による相当性判定の変遷を分析するものとして、山田隆司「名誉毀損の成否と『表現の自由』—最高裁判所の判断に変化の可能性—」創法47巻3号97頁（2018年）参照。また、真实性・相当性の認否について、昭和41年最判以降の裁判例を、媒体ごとに網羅的に紹介するものとして、五十嵐・前注（11）8-59頁、82-85頁、91-93頁、96-100頁参照。

石とした」とされている。

本件記事は、Xについて、経歴と出身地を詐称した疑い、および殺人の前科を指摘する。すなわち、選挙公報に「A大学経専科卒」とあるところ、地元警察の調べによると、「A大学の経済専科という三ヶ月の夜間講習会を修了しただけ」であり、〔捜査関係者は〕「“卒” という字句を使っているのは明らかに“経歴詐称” だといっている。さらに……昭和二五年に養子縁組をして……転籍した朝鮮出身者」であるところ、「公報に載っている『広島県出身』にも疑義があるとしている」と報じた。また、「昭和一七年に当時Bホテルの支配人だったXはこのホテル所有者が急死してから経営の問題から所有者の妻を殺し、このため懲役一二年を受け大赦、仮出所で一昨年選挙に辛うじて被選挙権を得たばかり」という事実を摘示した。

Xは、本件記事の掲載公表が同人の名誉および信用を毀損したと主張し、慰籍料500万円が相当であるところ、その内金15万円の支払いと、謝罪文の掲載を求めて、Yを提訴した。

第一審判決（東京地判昭33.12.24民集20巻5号1125頁）は、「民事上の不法行為としての名誉毀損については、刑法第二三〇条の二のような明文の免責事由の規定はないが、同様の法理は、民事上も認められるべきものと解されるから、名誉毀損行為が公共の利害に関する事実に係り、専ら、公益を図る目的に出たとき、あるいは公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係るときは、摘示された事実の真実性が証明される限り免責され、……また、その真実性の証明のない場合でも、その事実を真実であると信ずるにつき、相当の理由のある場合には、不法行為の責任を免れる」と判示した。そして、これを本件にあてはめ<sup>16</sup>、「本件記事は……掲載の仕方に若干妥当を欠く点が

---

<sup>16</sup> なお、同判決は、Xによる「選挙と無関係な過去の私事である前科を公表することは、刑事政策の上からも許されない」との主張を、「国民は、公務員またはその候補者の適否を判断するため、当該公務員またはその候補者について知る必要があり、また知る権利を有する」とこ

ないではないけれども、……公選による公務員の候補者である原告に関し、真実を掲載したもの、または記事の掲載執筆にあたり、その真実なることを信ずる相当な理由がある場合に該当するから、本件記事の掲載公表について、被告に不法行為上の責任はない」として、Xの請求を棄却した。

原審判決（東京高判昭37. 3. 15民集20巻5号1132頁）は、第一審の判決理由をほぼそのまま引用し、「原判決は相当である」として、Xの控訴を棄却した。そこで、これを不服として、Xが上告する。

## （2）判旨（上告棄却）

最高裁はまず、「民事上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に関する事実に係りもつば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（このことは、刑法二三〇条の二の規定の趣旨からも十分窺うことができる。）」と判示した。そして、これを本件について検討し、「原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）によると、……〔本件〕記事の内容は、経歴詐称の点を除き、いずれも真実であり、かつ、経歴詐称の点も、真実ではなかつたが<sup>17</sup>、少なくとも被上告人において、これを真実と信ずるについて相当の理由があつたというのであり」、また「これらの事実は、……公共の利害に関するものであることは明らかであり、しかも、被上告人のした行為は、もつばら公益を図る目的に出

---

る、「特に国会議員ないしその候補者については、他の一般公務員と異なり、その適否の判断には殆ど全人格的な判断を必要とする」として退けた。

<sup>17</sup> ただし、第一審および原審判決は、学歴詐称は真実であると認定している。また、出身地詐称の疑いは真偽不明であって、真実でないと認定・判断したものではない。

たものである……から、被上告人が本件記事をその新聞に掲載したことは、違法性を欠くか、または故意もしくは過失を欠くものであって、名誉棄損たる不法行為が成立しない」として、上告を棄却した。

## 2. 名誉毀損の要件（抗弁）枠組み

原審および第一審判決は、名誉毀損に対する不法行為責任を免責させる法理を、刑法203条の2から引き出すかのようにも読める。ただし、同条の文言から直接的に引き出せるのは、摘示事実の真実性による免責のみであり、真実と信じる相当の理由による免責は当然にはでてこない<sup>18</sup>。他方、最高裁は、丸括弧付きで同条の「趣旨からも十分に窺うことができる」というにとどめて、いくぶん距離を取り、原審および第一審と同様の枠組みを、むしろ不法行為法それ自体に内在するものと位置づけるようである<sup>19</sup>。

また、原審および第一審判決は、摘示事実の公共性と公表目的の公益性を前提として、当該事実の真実性の証明または真実と信じる相当の理由の存在によって不法行為責任を免責すると述べるにとどまり、その理論的根拠を示さない。これに対し、最高裁は、同様の前提のもとで、摘示事実の真実性の証明により「違法性」を欠き、または真実と信じる相当の理由により「故意もしくは過失」を欠くがために、不法行為が成立しないと理論構成する。

ところで、昭和41年最判は明示的に述べていない<sup>20</sup>けれども、今日では一般に、①摘示事実の公共性、②公表目的の公益性、③当該事実の真実性、または④真実と信じる相当の理由はいずれも、不法行為の成立を阻却する要件、すなわち被告加害者が立証すべき抗弁であると解されている<sup>21</sup>。したがって、

<sup>18</sup> 加藤一郎「判批」法協84巻5号154頁（1967年）参照。

<sup>19</sup> 奈良次郎「判解」曹時18巻9号121頁（1966年）参照。

<sup>20</sup> 原審判決および第一審判決が、真実性の証明により「免責」され、または真実と信じる理由の相当性により「不法行為責任を免れる」と述べるのに対し、昭和41年最判はむしろ、「名誉棄損たる不法行為が成立しない」と判示する〔傍点—いずれも筆者〕。

原告被害者が、①～④のいずれかを欠くことの立証責任を負うのではない(なお、上に抽出・整理した枠組みを、以下では「昭和41年最判法理」と呼び、そこで立証されなければならない要素をそれぞれ、「公共性」、「公益性」、「真实性」、「相当性」と略記することがある)。

### 三 「違法性」阻却と「故意・過失」阻却の振り分け

昭和41年最判法理は、不法行為の一般理論に、どのように位置づけられるであろうか。まずは、同判決当時の通説における位置づけを探ってみよう。

#### 1. 昭和41年最判当時の通説（伝統的通説）

民法709条（2004年改正前）の「権利侵害」要件について、末川博は、違法性の徴表にすぎず、権利侵害がなくとも、加害行為が違法と評価されるときは、不法行為の成立を認めるべきであると主張した<sup>22</sup>。また、我妻栄は、これに賛同した上で、違法性の有無について、被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相関関係において判定する「相関関係説」を提唱した<sup>23</sup>。そしてここに、不法行為の成否について、故意・過失を主観的要件とし、違法性を客観的要件とする伝統的通説が、ひとたび完成をみた<sup>24</sup>。

加藤一郎は、1957年に出版された『不法行為〔初版〕』（以下、同書を「加藤〔初版〕」と略記することがある）において、「権利侵害は『違法性』に置きかえ

<sup>22</sup> 平野裕之『不法行為法〔第2版〕』（信山社、2009年）102頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、2011年）371頁、藤岡・前注（10）222頁、窪田充見『不法行為法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）115-116頁、橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣、2020年）128頁等参照。

<sup>23</sup> 末川博『権利侵害論』（弘文堂、1930年）360-365頁参照。

<sup>24</sup> 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為〔複製版〕』（日本評論社、1988年（初出、1937年）125頁参照。

<sup>24</sup> 窪田・前注（21）91-92頁参照。

て読むのが妥当」とし、相関関係説を「学説の到達点」として承継した<sup>25</sup>。同書は、出版時期こそ昭和41年最判より約9年先行するが、「戦後初の体系書として影響の大きい」<sup>26</sup>ものとされ、当時、依然として通説であったと目される立場を著しているとみてよいであろう。そこで、昭和41年最判法理が、同書において、どのように位置づけられ得るか、分析することから始めよう。

## 2. 故意による名誉毀損と過失による名誉毀損

本稿の目的上、加藤が、故意と過失を定義した上で、両者の違いを示す具体例として、名誉毀損を取り上げていることが注目される。すなわち、「故意とは、一定の結果の発生すべきことを知りながら、あえてある行為をするという心理状態であり、過失とは、その結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためにそれを知りえないで、ある行為をする心理状態である。たとえば、他人の信用を落とすために虚偽の事実を触れ歩くのは、故意による名誉毀損であるのに対して、十分に調べないで犯罪事実があると信じて告発したり書き立てたりして、それが間違っていれば、過失による名誉毀損になる」<sup>27</sup>とある。しかし、この説明には、次のような素朴な疑問が生じる。名誉毀損における「一定の結果」が「社会的評価の低下」であるとすれば<sup>28</sup>、「犯罪事実」を摘示すると通常、その人物の社会的評価は低下するので、摘示者（加害者）は「一定の結果の発生」を知りながら、あえて摘示したというべきではなかろうか。したがって、摘示したのが「犯罪事実」であ

---

<sup>25</sup> 加藤一郎『不法行為〔初版〕』（有斐閣、1957年（松坂佐一『事務管理・不当利得』との合本））35頁、106頁参照。

<sup>26</sup> 平井・前注（5）25頁。

<sup>27</sup> 加藤・前注（25）64頁。

<sup>28</sup> 加藤は同書にてこれを明示しないが、我妻・前注（23）137頁、末川・前注（22）425頁参照。なお、「名誉」概念の成り立ちについて、建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』（有斐閣、2014年）31-76頁参照。

る場合には、かりに摘示者が当該事実を信じていたとしても、過失による名誉毀損ではなく、故意による名誉毀損となろう<sup>29</sup>。もっとも、加藤は「一定の結果の発生といったのは、……損害の発生ではなく、そのもとになる権利侵害ないし違法な事実の発生を指すものとされる」〔傍点-筆者〕として、参照文献の1つに我妻を挙げる<sup>30</sup>。そこで一旦、我妻に遡ってみよう。

我妻によれば、「故意とは自己の行為が他人の権利を侵害し、その他違法と評価せられる事実を生ずべきことを認識しながら敢へてこれをなす心理状態である。過失とは不注意の爲め右の事実の生ずべきことを知らざることである」<sup>31</sup>。また、「故意又は過失ありとは違法な事実について謂はれることであつて、損害について謂はれることではない」<sup>32</sup>。このような定義と理解を、加藤の提示した名誉毀損の具体例にあてはめてみよう。「他人の信用を落とすために虚偽の事実を触れ歩く」者も、「犯罪事実があると信じて告発したり書き立てたり」する者も、自己の行為の結果、対象者の社会的評価が低下することは知っている。しかし、前者では、社会的評価の低下が違法と評価される事実（ないしその結果）であることを認識しながら、敢へて虚偽の事実を触れ歩いているので、故意による名誉毀損となる。これに対し、後者では、犯罪事実が間違いであれば、社会的評価の低下が違法と評価される事実（ないしその結果）であることは確かであるけれども、犯罪事実ありと信じており、違法と評価される事実が生じることを知らなかったため、故意による名誉毀

<sup>29</sup> なお、佃克彦『名誉毀損の法律実務』（弘文堂、2005年）42-43頁は、名誉毀損における故意を「名誉毀損該当事実を認識・認容していること」と捉えた上で、「自分が摘示しようとしている内容を自分が知らないということはほとんどあり得ないから」、過失による名誉毀損は「行為態様としては通常想定しがたい」と述べる。また、潮見佳男『不法行為法』（信山社、2002年）143頁は、とくに故意の不法行為責任が問題となる事件類型の1つとして、名誉毀損を挙げる。

<sup>30</sup> 加藤・前注（25）64頁参照。

<sup>31</sup> 我妻・前注（23）103頁。

<sup>32</sup> 我妻・前注（23）103頁。

損とはいえない。もっとも、「十分に調べないで」犯罪事実を誤信しており、不注意のためこれを知らなかったといえるから、過失による名誉毀損とされるのである。

### 3. 故意・過失における違法性の認識または認識義務の要否

ところで、我妻は、民法上、「故意は客観的に違法と評価される事実の生じることを認識するをもつて足」<sup>33</sup> [傍点-筆者]、それが違法であるとの認識は不要と解する。これを過失に類推すると、不注意のために知らなかったのは、客観的・事後的に違法と評価される「事実」であればよく、その事実を予め主観的に「違法」なものと「知るべきであったのに知らなかった」という必要はないことになろう（つまり、過失認定に、違法性の認識義務のあることは不要）。しかし、このような解釈からは、昭和41年最判における「相当性の抗弁」、またはそれが「故意・過失」を阻却するという構成を導くことができない。たとえ真実と信じる相当な理由があったとしても、真実性を証明できない事実の摘示によって、対象者の社会的評価が低下すれば違法であることに変わりはなく、その認識や認識義務なしに故意・過失はすでに成立するため、これを阻却する材料がないのである。

翻って、加藤〔初版〕は、「少なくともそれが違法なことを認識すべきであるのに認識しなかったというのでなければ、故意とはいえず、法律の「解釈上争いがあり、適法と信じていたのに、訴訟の結果それが違法と判定されたというような場合にまで、過失があるというのは酷ではなかろうか」として、この点では伝統的通説に反対する<sup>34</sup>。そして、すでに指摘されているように、「故意・過失に違法性の認識ないし認識義務の必要性を肯定する立場に立つて、はじめて〔昭和41年最判〕の理論が認められる」<sup>35</sup>〔挿入-筆者〕。

<sup>33</sup> 我妻・前注(23)104頁。

<sup>34</sup> 加藤・前注(25)67頁、71頁参照。



すなわち、公共の利害に関する事実を公益目的で摘示した場合において、「真実性」が証明されたときは、そもそも摘示行為に違法性を欠くから、不法行為は成立しない。他方、真実性を証明できない事実を摘示する行為は違法であるが、「相当性」があれば（なお、加藤〔初版〕によれば、この段階で、故意による名誉毀損の余地は事実上消滅するであろう）、違法性を認識すべき義務がなく、または十分な裏付取材がなされ、認識義務を尽くしたものとして、過失が阻却されるので、不法行為が成立しないのである。

#### 4. 振り分けの要否 — 加藤の改説

もっとも、「相当性」をめぐる攻防の本質は結局、各人の名誉（社会的評価）の保護と、報道の自由およびそれに支えられる知る権利との、利害調整にはかならない。そのような意味では、「公共性」、「公益性」および「真実性」において問われていることと同様であろう。そうであれば、これらをいずれも違法性の問題と捉えることも「あながち不当とばかりはいえない面がある」<sup>36</sup>。そして後に、加藤自身でさえ、昭和41年最判の評釈（以下、これを「加藤評釈」と略記することがある）において、「相当性」も含めて、昭和41年最判法理を違法性の問題に位置づけ、加藤〔初版〕の関連箇所における説明<sup>37</sup>を改めた。

なお、加藤評釈の論理は、やや難解である。すなわち、「真実と信じたことに過失がないというのは、不法行為の要件としての過失がないというよりも（相手方の名誉を実際に棄損したという点では、やはり故意または過失があったともいえよう）、違法性の中の問題であり、真実と信ずるについて過失がなければ

<sup>35</sup> 徳本鎮「判批」民商56巻2号99頁（1967年）。

<sup>36</sup> 徳本・前注（35）99頁。

<sup>37</sup> 加藤・前注（25）97頁は、「捜査の責任者のような信頼すべきところから材料を入手し、その真実性に留意すれば、過失はないが、不注意に誤った記事や不正確な記事をのせたり、事実を誇張した報道をすれば、過失があることになる」としていた。

違法性がないから不法行為は成立しないと説明すべきだ<sup>38</sup>という。不法行為の要件としては「故意または過失」があったともいえるのに、「真実と信ずるについて過失」がないという状況は、一見すると矛盾する。それゆえ、前者と後者の「過失」の対象は、それぞれ異なる<sup>39</sup>。丸括弧内の記述は、不法行為の要件としての「故意・過失」の対象を「一定の結果」としての「社会的評価の低下」それ自体とするかのようにも読める（これはむしろ、上記(1)の「素朴な疑問」の文脈における故意・過失に近い）けれども、そのような趣旨であるか定かでない。いずれにせよ、この「故意・過失」とは区別して、摘示事実の真偽についての過失を、違法性の問題としている。

## 5. 振り分け理論の背景

### (1) 末川説の影響

上述のように、昭和41年最判の「違法性」阻却と「故意・過失」阻却の振り分けは、加藤〔初版〕の不法行為理論（故意・過失に違法性の認識ないし認識義務を要求）と整合的なものであった。しかし、加藤評釈は、この振り分けを末川の影響によるものとみる<sup>40</sup>。実際、同判決の調査官解説も、学説状況を整理する文脈で末川の見解を紹介している<sup>41</sup>。

末川によれば、違法概念は、理念的には、法秩序全体において「一元的に規定されていなければならないはずである」。しかし現実には、限定的な目的を有する実定法ごとに、その評価規準に照らして判定せざるを得ないので、

---

<sup>38</sup> 加藤・前注(18) 154頁。

<sup>39</sup> なお、小粥・前注(9) 620頁(脚注17)は、昭和41年最判における「故意・過失の概念には、A = 単純な、結果の認識(故意) / 認識可能性・回避可能性(過失)に加えて、B = 自己の行為に違法性がないと信じたことについての相当の理由の存否までも含まれていることになる」と指摘する。

<sup>40</sup> 加藤・前注(18) 156頁参照。

<sup>41</sup> 奈良・前注(19) 120頁参照。

違法概念は「法体系の異なるに従つて異なる」<sup>42</sup>。

これを例証するため、末川は、不法行為の違法と犯罪の違法を混同するものとして、福岡高判昭28. 1. 16高民6巻1号1頁を批判する。同判決は、刑法230条の2の規定に「則つて」、真実性が証明されれば不法行為責任はなく、またその証明がなくとも、真実と信じる相当の理由があったときは不法行為責任を免れる旨、判示した。真実性の証明による免責に関して、末川は「不法行為についての違法と犯罪についての可罰違法とをゴッチャにしている」とみる。そして、不法行為の成立には「現実にも名誉を毀損したということによる違法—第七〇九條にいう権利の侵害—があれば足り」、「真実性が証明されようとされまいとそんな点も問題ではない」という<sup>43</sup>。他方、真実と信じる相当の理由による免責については、「あながち不当であるとはいえない」との理解を示す。ただし、末川は「刑法第二三〇條ノ二の規定などを持ち出したことがおかしいのであつて、むしろ、名誉毀損の違法な行為はあつたけれども、故意過失が欠けているから、不法行為は成立しない、というふうに、アツサリ片づけてもよかつたのではあるまいか」と評する<sup>44</sup>。

昭和41年最判の調査官解説も、「刑法二三〇条ノ二の解釈はおのずから制限的ないし厳格にならざるをえないし、また民事上の不法行為の成否についても、刑法上の解釈をそのまま持ち込むことも相当ではない」としており、末川の影響が窺われる。そして、同判決には「従来刑法二三〇条ノ二の規定一本ヤリの傾向がないでもなかつた実務の取扱いに対し、ひとつの反省を与えるものがあるであろう」と述べる<sup>45</sup>。

---

<sup>42</sup> 末川博「不法行為の違法と犯罪の違法」民商28巻4号3-4頁（1953年）参照。

<sup>43</sup> 末川・前注（42）207頁参照。なお、同・前注（22）425頁は「名誉の毀損も亦一般には違法」と述べる。

<sup>44</sup> 末川・前注（42）208頁参照。

<sup>45</sup> 奈良・前注（19）121頁参照。

## (2) 刑法「名誉毀損罪」の影響

しかし、末川は、「真実性」による免責それ自体（またはそれを違法性の問題とする捉え方<sup>46</sup>）に反対しているのであって、刑法230条の2からの決別について、昭和41年最判は、末川に比べて不徹底である。また、調査官解説の思惑とは裏腹に、最高裁はその後、刑法上の名誉毀損罪の成否について判例変更しており、むしろ昭和41年最判法理と刑法理論との結び付きは強くなったように見える<sup>47</sup>。

すなわち、昭和41年最判以前、名誉毀損罪について、下級審裁判例は、真実性の証明がなくとも、真実と信じる相当の理由があれば、同罪は成立しないとする傾向にあった。しかし、最判昭34. 5. 7刑集13巻5号641頁は、被告人が「相当の理由により犯意が阻却される」とした裁判例<sup>48</sup>をあげて争ったのに対して、「真実であることの証明がなされなかつたものというふべく、被告人は本件につき刑責を免れることができない」と判示した<sup>49</sup>。ところが、昭和41年最判後の、最判昭44. 6. 26刑集23巻7号975頁は、「たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう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」〔傍点-筆者〕と解し、判例（前掲最判昭34. 5. 7）を変更した。

<sup>46</sup> ただし、前掲福岡高判昭28. 1. 16は、真実性の証明により「違法性」を欠くという理論構成を明示していない。他方、相当の理由による免責に関してはむしろ、被告（新聞社）に「真実であると信じたのについては何等過失はなかつたものと認めるのが相当」と判示している。

<sup>47</sup> 名誉毀損罪における「相当性」理論について、牧本公明『「相当性」理論再考-名誉毀損免責の判断枠組みに関する一考察-』松山30巻5-1号293-297頁（2018年）参照。

<sup>48</sup> 大阪高判昭25. 12. 23判時15号95頁（ただし、被告人の1人については「真実性」の証明があり、他の1人については「真実性」・「相当性」いずれもなかつたと判断）、東京高判昭27. 7. 21高刑特34号123頁参照。

<sup>49</sup> ただし、確証なしに「Aの放火を見た」等の噂を村中に広めた事案であり、これを真実信じる相当の理由にあたるような認定事実も見当たらない。

刑法230条の2を、違法性阻却事由、処罰阻却事由、または正当行為のいずれとして理論構成するかについては、見解の対立がある<sup>50</sup>。とはいえ、前掲最判昭44. 6. 26が、真実と信じる相当の理由があれば、いずれかの事由の錯誤の問題<sup>51</sup>として「犯罪の故意がな」とする部分は、昭和41年最判法理とも平仄が合っている。

## 6. 不法行為法における振り分け理論の意義

刑法理論と距離をとるのであれば<sup>52</sup>、「真実性」を「違法性」阻却に、「相当性」を「故意・過失」阻却に、振り分ける必然性は見出しがたい。そのため、末川は、「真実性」による免責に反対した上で、「相当性」による免責を「故意・過失」の文脈に位置づける一方で、加藤評釈は、「真実性」と「相当性」による免責をいずれも「違法性」の問題と捉えた。もっとも、両者は、民事責任を刑事責任とは別個・独立のものとして考えるべきことを説く点で共通している。したがって、不法行為理論上、振り分けの意義は、証明すべき事柄の違いのため、「真実性」が行為時に存在しなかった証拠をも考慮して判定されるのに対し、「相当性」は行為時に存在した資料に基づいて判定される<sup>53</sup>ことに尽き、この点を除けば、それほど神経質になる必要もないであろう（ただし、むしろ「相当性」は、名誉毀損の最終的な帰責根拠が摘示事実の真偽を見誤った過失にあることを表しているところに、その意義を見出すことができるように

---

<sup>50</sup> 牧本・前注（47）292-293頁参照。

<sup>51</sup> 牧本・前注（47）295-297頁参照

<sup>52</sup> 名誉の保護について、民法法固有の理論を生成する必要性を指摘するものとして、齊藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、1986年）35頁参照。

<sup>53</sup> 潮見・前注（14）180-182頁、野澤正充『事務管理・不当利得・不法行為 セカンドステージ 債権法Ⅲ〔第2版〕』（日本評論社、2017年）151頁、前田陽一『債権各論Ⅱ 不法行為法〔第3版〕』（弘文堂、2017年）48-49頁、山野日章夫『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2020年）432-433頁参照。なお、この文脈での振り分けをも基礎づけ得る不法行為理論として、澤井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣、2001年）103頁参照。

思われる。この点については、後述する)。

#### 四 昭和41年最判法理を「抗弁」と位置づける理論の存否

刑法理論から自由であろうとすると、同法230条の2を足かがりとして<sup>54</sup>、「公共性」、「公益性」、「真実性」または「相当性」が被告加害者の立証すべき「抗弁」であることを、いわば当然視することも難しくなる。したがって、不法行為法の枠内で、これらを抗弁とする理論構成を改めて考えなければならない。そこで、昭和41年最判法理を抗弁と位置づける不法行為理論の存否を探ってみよう。

##### 1. 帰責のための「要件」か、免責のための「抗弁」か

###### (1) 帰責「要件」の立証責任を事実上転換するアプローチ

上述のように、今日では一般に、①公共性、②公益性、③真実性または④相当性（正確には、①②③または①②④のいずれかの組み合わせ）は、被告加害者が立証すべき「抗弁」であると解されている。しかし、昭和41年最判はこれを明示しておらず、加藤評釈は、同判決をむしろ、帰責「要件」を述べたものと解した。すなわち、「原審判決は、真実の証明の問題を違法性阻却の問題として考えているように見える……のに対して、最高裁判決は、不法行為の成立要件としての違法性（ないしは故意・過失）を欠くものと考えている」<sup>55</sup>とみる。そして、後者が「すなおなように思われる」と賛同しつつ、「理論的には挙証責任が逆になることになるが、……いずれにしても原告が名誉棄損の事実を立証し、それに対して被告が真実の証明をもち出すことになるので、

<sup>54</sup> 刑法230条の2にいう「真実であること」の立証責任は被告人に転換されている（牧本・前注（47）288頁参照）。

<sup>55</sup> 加藤・前注（18）154-155頁。

実際上は違いがなく、考え方ないしは説明しかたの問題だといってよい」という<sup>56</sup>。ここでは、原告から要件事実の存在を示す証拠が提出されると、未だ立証に至らずとも、裁判官の心証が原告に傾くのを阻止するため、被告は事実上、当該事実の不存在を示す証拠を提出するよう迫られるという立証活動が想定されているようである。そして、加藤評釈は「不法行為の成立要件としての違法性（ないしは故意・過失）」〔傍点-筆者〕を問題とする<sup>57</sup>ため、これは「過失の一応の推定」を想起させる。

しかし、違法性とも重複する、この過失を一応推定することは、難しいのではなかろうか。過失の一応の推定には、例えば、当然に人々の口に入る食品に有害物質が混入していた事実や、能書の注意事項に従わずに医薬品が使用された事実が証明された場合のように<sup>58</sup>、裁判官が過失ありとの心証を強めることがむしろ自然な状況のあることが必要であろう<sup>59</sup>。ところが、一般論として（タブロイド紙に掲載された「ついに宇宙人捕獲!？」といった類いの記事はさておき）、新聞記事の多くはデマであるとか、十分な裏付取材のなされることは稀であるとはいえない。また、「原告が名誉棄損の事実を立証」しようとする際、裁判官の心証を引き戻すために、被告がもち出すべきは「真実の証明」ではなく、名誉が毀損されていないことを示す証拠、すなわち、その内

<sup>56</sup> 加藤・前注（18）155頁参照。なお、三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、1965年）276頁は、昭和41年最判に先だって、真実と信じる相当の理由のないことの立証責任が原告被害者にあることを前提としつつ、「交通事故の不法行為について判例が挙証責任の事実上の転換をなした態度が要請される」と主張する。

<sup>57</sup> なお、林良平＝中務俊昌編『判例不法行為法』（有信堂、1966年）〔藤原弘道〕71-72頁は、昭和41年最判以前の裁判例を分析し、「新聞記事による名誉毀損の場合の過失は、通説のいうような心理状態ではなく、事実と反する記事の掲載によって他人の名誉を毀損するという結果を回避し、かつ真実の報道というより高次の公共的目的を達成するために必要な行為として法の命ずる行為を、その命令に反して実行しなかったという一つの違法判断である」と指摘する。

<sup>58</sup> 福岡地判昭52. 10. 5 判時866号21頁、および最判平8. 1. 23民集50巻1号1頁参照。

<sup>59</sup> 加藤・前注（25）78頁は、過失の一応の推定を「あくまで裁判官の心証形成の過程における問題」と捉える。

容や表現上の配慮のため、当該記事は原告の社会的評価を低下させるものではないことを示す証拠ではなかろうか（殺人前科等の記事に関する昭和41年最判では、これが争点にならなかったにすぎない）。裁判官の心証を巡って争われている事柄が、そもそもかみ合っていないのである。被告が「真実の証明」をもち出すのは、原告が「名誉棄損の事実を立証」し、一旦、不法行為が成立した後、報道の自由や知る権利を保障するために、当該事実の摘示は許されるべきであるという文脈においてであろう。そうであるとすれば、それはむしろ、違法性阻却の問題として捉える方が素直なように思われる<sup>60</sup>。

なお、加藤は後に、『不法行為〔増補版〕』において、昭和41年最判を簡潔に紹介した上で、「名誉毀損についてはそのほかにも種々の形で違法性が問題になる」として、「新聞記事の掲載は正当業務行為となるか」と問う。そして、最判昭31. 7. 20民集10巻8号1059頁<sup>61</sup>を挙げて、一般読者の注意と読み方を基準として「事実を反し名誉を毀損すると認められれば、それで名誉毀損となり、それが単なる過失による場合でも、新聞の正当業務行為とはいえない、とされている」と解説する<sup>62</sup>。ただし、この解説は、判例紹介の形を採っているため、加藤自身の考えを示したものか、必ずしも明らかではない<sup>63</sup>。また、同判決にいう「過失」は、一般読者の受け取り方を見誤ったこ

---

<sup>60</sup> 淡路剛久「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』51頁（2005年）参照。

<sup>61</sup> 事案は、華僑の自治会に属する住民の一部が麻薬取締令違反容疑等で検挙された事件について、被告新聞社が「大掛かりな麻薬団の本拠」と報じ、住民のすべてが「繊維、麻薬などのブローカーを常習して」と受け取られる記事を掲載したため、その名誉が毀損されたとして、同自治会と住民らが提訴したというものである。同判決は、「一般読者の普通の注意と読み方を基準として解釈した意味内容に従う場合、その記事が事実を反し名誉を毀損するものと認められる以上、これをもつて名誉毀損の記事と目すべきことは当然であり、また「新聞紙に事実を反する記事を掲載頒布しこれにより他人の名誉を毀損することは、単なる過失による場合といえどもこれを新聞の正当業務行為と目し得ないことはいうまでもない」と判示した。

<sup>62</sup> 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）281-282頁参照。

<sup>63</sup> なお、建部・前注（28）84頁は、加藤説を、昭和41最判法理等を違法性阻却事由の1つとして扱うものと捉える。



とについての過失のようであり、それが正当業務行為ではないとの判断を直ちに導きうるのか、疑問がないわけではない。

## （2）本稿の（暫定的）立場

昭和41年最判法理を「抗弁」とすることには、異論もみられる<sup>64</sup>。本稿は、その当否を詳論するものではない（もっとも、後にいくぶん検討する）けれども、さしあたり「抗弁」とする立場に与しておきたい。

というのは、かりに原告被害者が摘示事実の真実でないことを立証したとしても、被告加害者に真実と信じる相当の理由があれば免責される。「相当性」の存否は、「結局のところどのような取材をしたか」<sup>65</sup>によって判定される。取材源、入手した資料の性質や内容、取材メモや業務日誌、真偽の検証とその程度など、取材から記事掲載までのプロセスに関わる証拠は通常、被告（報道機関）に偏在している。そのため、原告が「相当性」のないことを立証することは、著しく困難であろう。もっとも、民事訴訟法への当事者照会制度（163条）や文書提出命令（221条）の導入により、かつてに比べて、証拠の偏在に対処しやすくなったといえるかもしれない<sup>66</sup>。とはいえ、「職業の秘密に関する事項」（197条1項3号）として、取材源に関する証言は拒絶できる<sup>67</sup>ため、「相当性」の存否が取材源やその信憑性に係っている場合には、当事者照会制度や文書提出命令も奏功しない（163条6号、220条4号ハ）。そして、

<sup>64</sup> 例えば、松井茂記「名誉毀損と表現の自由」藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998年）106頁は、「憲法の建前からいえば、被告に真実性の抗弁を認めるだけでなく、表現が虚偽であることを原告が証明できない限り、損害賠償などの民事上の救済は求められないものというべきである」との試論を提示する。そのほか、被害者の属性に応じて立証責任を配分すべきと主張するものとして、喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』（白水社、1999年）196-206頁（アメリカ法を参考に、公人と私人を区別）、佃・前注（29）232-234頁参照。

<sup>65</sup> 喜田村・前注（64）201頁。

<sup>66</sup> 喜田村・前注（64）201-203頁参照。

<sup>67</sup> 最決平18.10.13民集60巻8号2647頁、札幌高決昭54.8.31下民30巻5=8号403頁参照。

そのような場合は、少なくないのではなからうか<sup>68</sup>。したがって、原告が「相当性」のないことを立証しなければならないとすれば、それは事実上、救済の否定につながりかねない。

また、法律論とはいいいくいけれども、やや打算的に考えれば、取材源を秘匿して敗訴した場合に負担する賠償見込額等と、取材源を開示することによって生じるその後の取材活動への支障等を天秤に掛けて、どこまで手の内を明かすかを、被告（報道機関）に委ねることも、必ずしも不当とはいいい切れない面があるのではなからうか。

ただし、昭和41年最判法理を「抗弁」とすることの当否は、摘示事実の内容や、被害者（公人か、私人かなど）または加害者（報道機関か、フリージャーナリストか、ブロガーかなど）の属性等について、よりきめ細かい検討を要するのであって、一律には断じ得ない。したがって、ここでは一旦、結論を留保し、暫定的に「抗弁」と位置づけるにすぎない。

### （3）「抗弁」とするための理論的課題

違法性阻却とは、「通常であれば不法行為を構成するような行為であっても、特別な事情があるために不法行為責任が発生しない」<sup>69</sup>こととされる。昭和41年最判法理を「抗弁」に配置するには（これを「違法性阻却」と呼ぶか、不法行為「成立または責任の阻却」と呼ぶかはともかく）、事実摘示行為が不法行為を構成するような行為であること、つまり民法709条の要件を満たしていることが前提となるはずである。

加藤評釈は、不法行為の成立要件としての故意・過失と、摘示事実の真偽についての過失を区別するが、前者の「故意・過失」の内容は、必ずしも明

---

<sup>68</sup> 佃・前注（29）237頁は、「取材源を何に求めたのかにより、相当性の判断は大きく左右される」と指摘する。

<sup>69</sup> 幾代通＝徳本伸一『不法行為法』（有斐閣、1993年）101頁。あわせて、名誉毀損の文脈でこれを指摘するものとして、藤岡・前注（10）222頁参照。

らかではない。また後者の「過失」は、不法行為の成立要件としての違法性の問題に配置された。これを「抗弁」に配置転換するとすれば、成立要件たる「権利侵害の読み替えとしての違法性」が空席となるため、これに代わる違法性の内容を明らかにする必要もある。さらに、本稿が「抗弁」に再配置しようとする「違法性の問題」は、十分な裏付取材がなされたかという意味での「過失」と一体化されていた。そのため、回り回って、不法行為の成立要件としての「故意・過失」との関係も、やはり精査しておかなければならないであろう。ここでは、2つの過失と2つの違法性が相互に影響し合っており、「過失と違法性との交錯」がより複雑な形で立ち現れる。

それでは、不法行為法学の「混迷」の契機となり、またはそこから脱すべく提唱された一般理論としての要件構造において、昭和41年最判法理は、どのように位置づけられ、または位置づけられ得るであろうか。次にこれを分析してみよう（なお、以下において、理論の「骨子」とは、本稿の問題関心からみた場合の、要点整理にすぎない）。

## 2. 過失一元論における名誉毀損の位置づけ

### （1）平井理論の骨子

平井宜雄によれば、伝統的通説が「違法性」と「過失」を対置するのは、ドイツ民法学説の輸入にほかならない<sup>70</sup>。しかし、ドイツでは、違法性と過責（故意・過失）の対置は「民法典全体を貫く基本構造の一つ」であり、違法性は「不法行為の要件の一つにとどまらず、民法典の他の種々の法律要件を統一的に説明する機能を持つ」。他方、「わが国の民法典は、『違法性』と『過責』の峻別・対置という構造とは無縁」であり、違法性は専ら、民法709条の権利侵害要件を拡張する機能を果たした<sup>71</sup>。ところが、これが奏功すると、

<sup>70</sup> 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）354頁参照。

<sup>71</sup> 平井・前注（70）381-382頁参照。

拡張された権利侵害要件は「もはや不法行為の成立を限定する機能をもつものではなくな」り、本来、この要件が担うはずであった役割をも「過失」が引き受けざるを得なくなった<sup>72</sup>。

そこで、平井は「過失」概念を再構成し、これを結果回避義務違反と定式化<sup>73</sup>した上で、その因子を探る。この点について、行為が「損害発生<sup>レ</sup>の危険を含むものであったかどうか」は賠償責任の認否に影響するとして、「(i) 被告の行為から生ずる損害発生<sup>レ</sup>の危険の程度ないし蓋然性の大きさ」を考慮する。また、過失判断は「加害者に賠償責任を負わせるべきかという価値判断そのもの」とみて、「相関関係説」の考慮要素をいくぶん修正しつつ、「(ii) 被侵害利益の重大さ」を過失の因子へ取り込んだ<sup>74</sup>。平井は、判例上、過失判定において、因子 (i) (ii) は相関関係にあるが、それだけで「結果回避義務の有無が決せられるとは限らない」という<sup>75</sup>。そして、次元の異なるより高次の価値判断をもたらす因子として、「(iii) 損害回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益」を挙げ、これを因子 (i) (ii) と比較衡量して、政策的価値判断をすべきであると主張する<sup>76</sup>。

なお、平井は、「違法性」という語が判例上多用されず、「なによりもドイツ的意味における違法性が理論的な混乱をもたら」すことから、「『過失』ということばを用いたほうが無難」というが、実際には、「違法性」の概念と用語を、不法行為理論から一掃するように見える。例えば、従来、違法性阻却事由とされてきた正当防衛・緊急避難・自力救済・正当業務行為も、過失の阻却として捉え直している<sup>77</sup>。

---

<sup>72</sup> 平井・前注(70) 393-394頁参照。

<sup>73</sup> 平井・前注(70) 400頁参照。

<sup>74</sup> 平井・前注(70) 402-404頁参照。

<sup>75</sup> 平井・前注(70) 404-408頁参照。

<sup>76</sup> 平井・前注(70) 408-412頁参照。なお、因子 (iii) の重視されるカテゴリーとして、「公害」のほか、「名誉毀損」が挙げられている(同412頁参照)。

## （２）名誉毀損の位置づけ

平井理論において、昭和41年最判法理は、どのように位置づけられるであろうか。平井は、「名誉毀損が成立するには、基本型不法行為の要件に加えて次の各要件の存在があれば、言い換えれば、それらの存在が立証されれば（その立証責任は免責を主張する側が負う）不法行為の成立は否定される」として、昭和41年最判法理を提示する。その上で、立証すべき項目ごとに、名誉毀損に関する裁判例を紹介する形で解説している<sup>78</sup>。

まず、丸括弧内の記述から明らかなように、昭和41年最判法理は「抗弁」に位置づけられる。その際、平井は不法行為理論から「違法性」概念を排斥するため、これを不法行為の「成立阻却事由」と捉えた<sup>79</sup>。いずれにせよ、「抗弁」と構成するなら、その前提として、一旦、帰責「要件」が充足されなければならないはずである。この点について、平井は「基本型不法行為の要件に加えて」と述べるのみで、名誉毀損における要件の具体的内容に言及しない。「基本型不法行為」とは民法709条の不法行為を指し、その要件は、故意行為または過失行為、損害の発生、および因果関係とされている<sup>80</sup>。そこで次に、故意、過失についての一般的解説から、名誉毀損の文脈における具体的内容を、それぞれ推察してみよう。

平井は、故意または故意不法行為を「損害を加えようとする意思（加害の意思）またはそのような意思を以て損害を生じさせる行為」と定式化し、加害の意思の「存否を判断すれば足りるので、それと離れて、容認する意思の有無とか『違法性』の認識が必要か否かを論じること自体意味を有しな」い

<sup>77</sup> 平井・前注（70）396-397頁、417-418頁参照。

<sup>78</sup> 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992年）48-50頁参照。

<sup>79</sup> これに対し、平井と同じく過失一元論を採る窪田・前注（21）116頁は、昭和41年最判の判断枠組みを紹介した上で、「こと名誉毀損に限ると、判例はその説明において、違法性と過失とを区別しているということ」を認める。

<sup>80</sup> 平井・前注（78）2頁、16頁、25頁参照。

という<sup>81</sup>。また、平井において、「損害」概念は、賠償内容の問題に解消され、成立要件として意味をもつのは、その基礎たる「不利益を構成する事実」とされる<sup>82</sup>（損害=事実説）。そして、名誉毀損における「名誉」とは、「人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的名誉」<sup>83</sup>を指す。これらを手がかりに推察すると、故意による名誉毀損とは「加害の意思を以て、社会的評価を低下させる行為」ということになろうか。ここでの「加害の意思」の内容は必ずしも明らかではないが、仮に社会的評価の低下を「意図して」ということであれば、それは事実摘示行為の「目的」を問う「要件」であり、「抗弁」の一要素たる公表「目的」の公益性と表裏一体であろう<sup>84</sup>。そうであるとすれば、端的に「公益性」が証明されたかどうかを問題にすれば足り、帰責「要件」としての加害の意思を、一旦、原告被害者に立証させる意義に疑問が生じる。

他方、平井は、過失を「損害の発生を回避すべき行為義務に反する行為」と定式化し、その前提として、損害発生危険性についての、予見義務を基礎とする予見可能性を要求する<sup>85</sup>。名誉毀損についていえば、予見でき、または予見すべきなのは、社会的評価の低下の危険性となろう。予見可能性が肯定されると次に、損害の発生を回避すべき行為義務の有無と程度が判定さ

---

<sup>81</sup> 平井・前注（78）70-71頁参照。

<sup>82</sup> 平井・前注（78）75-76頁参照。

<sup>83</sup> 平井・前注（78）47頁。

<sup>84</sup> なお、平井・前注（78）49頁は、「公益目的」について、『表現方法や〔根拠たる資料の〕事実調査の程度』がまず判断の資料に供せられるべきである。次いで、執筆態度が真摯なものであったかどうか、『隠された動機が私怨を晴らすためとか私利私欲を追求するためであったかどうか』等を総合的に評価して判断すべきであると述べる。

<sup>85</sup> 平井・前注（78）27-28頁参照。

<sup>86</sup> 平井・前注（78）29-53頁参照。なお、因子（i）「結果（損害）発生蓋然性（危険）のある行為」として多くの具体例が提示されているが、そこに名誉毀損または出版・メディア報道についての言及はない。名誉の侵害ないし毀損は、因子（ii）「被害利益の重大さ」の文脈で、項目の一つとして取り上げられている（同47-51頁参照）。

れる。その判定に際し、上述の因子（i）と（ii）の相関関係が考慮され<sup>86</sup>、さらに因子（iii）との比較衡量を経る<sup>87</sup>。そして、行為義務ありと判定された場合において、被告が指定された行為を執らなかつたとき、過失が認定される。ところで、平井は、昭和41年最判法理について、「名誉の保護と表現の自由という利益の保護との調整を図るためである」<sup>88</sup>と指摘する。そうすると、帰責「要件」としての「過失」因子（iii）「行為義務を負わせることによって犠牲にされた利益」との関係が問われなければならないであろう。名誉毀損において、行為義務を課すことによって犠牲にされるのは、まさに「表現の自由という利益」と考えられるからである。平井はまた、過失行為の存在は原告が主張立証すべきであるが、これは「規範的要件」であるため、「規範的評価の成立を基礎づける事実が立証の対象である」という<sup>89</sup>。その具体的内容は必ずしも明らかではないが、因子（i）～（iii）についても、規範的評価を基礎づける事実は、原告が立証しなければならないことになる。その結果、行為義務を課すことによって犠牲にされる表現の自由との比較衡量（規範的評価）を基礎づける事実は、原告が帰責「要件」として立証するのか、それとも被告が免責「抗弁」として立証するのか、曖昧なものとなる。

要するに、平井説は、昭和41年最判法理を「抗弁」とする点で明快であるが、その前提となる帰責「要件」の構成要素ないし因子は、免責「抗弁」として検討される項目と、その内容が一部重複している。そのため、「要件」

<sup>87</sup> 平井・前注（78）53-54頁参照。なお、因子（iii）について、「過失の概念は、不法行為の成否を決定する役割を荷うに至っており、不法行為として主張されている行為のすべてにつきその成立を認めることがありえない以上、過失概念には不法行為の成立を否定する機能が与えられなければならない、それはこの因子によって果たされていると解さざるをえない」と説明する（同54頁）。また、因子（i）（ii）（iii）は、アメリカ法の「ハンドの定式」によって、比較法的に基礎づけられている（同30頁参照）。

<sup>88</sup> 平井・前注（78）48頁。

<sup>89</sup> 平井・前注（78）98頁参照。

と「抗弁」の領分は、必ずしも明瞭ではないのである。

### 3. 違法性一元論における名誉毀損の位置づけ

#### (1) 前田理論の骨子

前田達明は、故意は「『権利侵害』という社会的法的『マイナス』と評価される『悪結果』を目指している意思であるゆえに、法的に非難される」<sup>90</sup>として、故意不法行為の帰責根拠を意思責任と捉える。他方、過失ある不法行為の帰責根拠は、信頼責任とされる。すなわち、前田は、判例の分析と、伝統的通説が「抽象的過失」論を採ることから、民法709条の過失を結果回避義務違反と捉えるため、その帰責根拠は、「法的に非難される『悪い意思』」<sup>91</sup>ではなく、「別のところに求めなければならない」。そして、「各人は、他の社会構成員がその行為義務を守ることへの信頼が裏切られたところに、『過失ある不法行為』ありとして、損害賠償請求が許される。したがって、『過失ある不法行為』の帰責根拠は『信頼原則』である」とされる<sup>92</sup>。

また前田は、行為義務の決定に際して考量される要素として、①当該権利侵害発生の危険は誰の行為支配範囲に入るか、②当該危険の程度＝事故発生の可能性の大小、③被害法益の重大さ、④行為義務設定によって制限を受ける利益を挙げる<sup>93</sup>。要素②～④は平井の過失因子(i)～(iii)に通じるところ、前田は「『違法性』という概念は不要であろうか」と自問した上で、これを「放棄する必要はない」という<sup>94</sup>。ただし、この「違法性」は、「権利侵害の読み替えとしての違法性」ではないことに注意を要する。前田によれば、権利侵害要件を拡大する役割を果たした後も、判例・学説は、「違法性」

<sup>90</sup> 前田達明『民法Ⅵ<sub>2</sub>(不法行為)』(青林書院新社、1980年)26頁。

<sup>91</sup> 前田・前注(90)26頁。

<sup>92</sup> 前田・前注(90)45-46頁参照。

<sup>93</sup> 前田・前注(90)40-41頁、同・前注(1)213頁参照。

<sup>94</sup> 前田・前注(1)218頁参照。



概念を用いて、「加害行為者の故意、過失、動機そして侵害結果さらに被害者の態度などを総合的に考慮して」、賠償責任の有無や範囲ないし賠償額を決定してきた。「このような種々のモメントを総合的に考慮しようということは、共通の分母があることを示」している。不法行為法の目的・機能が損害の「公平な分配」にある以上、加害者側の事情としての「故意・過失」と被害者側の事情としての「権利侵害」の双方を「同一の土俵」で考量しなければならない。そして、前田は、「この土俵（次元）を『違法性』と名付ける」<sup>95</sup>。

このように、前田理論において、過失と権利侵害は、それぞれ民法709条の要件でありながら（そのような意味で、形式的には二元論のようでもあるが）、それと同時に、というよりむしろ、より高次の総合的価値判断である「違法性」を判定するための、ファクターないし判断材料とされている。

## （2）名誉毀損の位置づけ

さて、前田理論では、昭和41年最判法理は、どのように位置づけられるであろうか。前田は、伝統的通説にいう「違法性」を検討する文脈で「被侵害利益の類型」の1つとして、名誉侵害を取り上げる。そこでは、名誉とは「人格的価値の社会的承認あるいは社会的評価」とされ、その「最も重要な侵害類型は、新聞、テレビ、ラジオといったマス・メディアによる報道……にもとづく侵害である」と指摘する。そのため、「表現の自由……とそれにもとづく『報道の自由』、その帰結としての『知る権利』との利益衡量が問題となり、「ある報道が、他人の社会的評価を低下させるものであっても、すべて不法行為というわけではない。結局、当該情報を他人に知られることによって社会的な評価を低下される人の不利益と、当該情報を知ることによる他人の利益との考量による」という。そして、その利害調整について、刑法230条の2を挙げ、「これは、刑事責任の問題であるが、民事上も、マス・

<sup>95</sup> 前田・前注（90）122-123頁参照。

メディアの重要性に鑑み、右の要件に該当するときは、違法性なし（マス・メディアの場合は『正当業務行為』）として民事責任も免責されるというのが判例……である」として、昭和41年最判等を挙げる。また、真実性の証明のない場合でも、「真実と信ずるについて相当の理由があるときには、……故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しない」とする同判決を引用する<sup>96</sup>。

まず、「公共性」、「公益性」および「真実性」を「抗弁」と捉え、丸括弧付きで「マス・メディアの場合は『正当業務行為』」と明示することが注目される<sup>97</sup>。それでは、その前提としての帰責「要件」は何か。この点について、前田は、従前の判例における過失判定を整理する文脈で「マス・コミ事故」を取り上げ、最判昭47. 11. 16民集26卷9号1633頁<sup>98</sup>の判旨を引用するにとどまり<sup>99</sup>、名誉毀損における帰責「要件」の具体的内容は、必ずしも明らかではない。そこでまた、故意、過失についての一般的解説から、名誉毀損におけるその具体的内容を推察してみよう。

上述のように前田は、故意を「『権利侵害』という……『悪結果』を<sup>レ</sup>目指している意思」〔傍点-筆者〕と捉え、それに対する法的非難を故意不法行為の帰責根拠とする。これを名誉毀損に应用すると、名誉侵害、すなわち社会的評価の低下を<sup>レ</sup>目指して、事実を摘示すれば、故意による名誉毀損となろう。そうすると、これは摘示行為の「目的」を問う「要件」であり、平井理論と同様、「抗弁」要素たる公表「目的」の公益性との関係が問題となる。他方で前田は、「故意は、『認容』すればよく、その『権利侵害』のみを<sup>レ</sup>意欲して

<sup>96</sup> 前田・前注（90）98-100頁参照。

<sup>97</sup> 正当（業務）行為は、違法性阻却事由（正当化事由）の1つであり、被告加害者がその立証責任を負うとされる（前田・前注（90）110頁、117-118頁参照）。

<sup>98</sup> 口部に奇形のある嬰兒の死亡について、被告新聞社が、家族の誰かが殺害したかのように報じた事案において、同判決は、広報職の警察官等に取材したとしても、「上告人ら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いうべきである。これをしないで被上告人新聞社の各担当者がたやすく本件記事の内容を真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ではできず、同人らに過失がなかつたものとはいえない」と判示した。

いる必要もない」として、「未必の故意」を故意概念に取り込む<sup>100</sup>。これによれば、犯罪の嫌疑や前科<sup>101</sup>のように、通常、社会的評価を低下させる事実を報じると、社会的評価の低下それ自体が目的でなくても、それを認容していたといえるから、故意の名誉毀損と構成できる。そして、これに対して、被告加害者が、「抗弁」として「公益性」等を主張・立証することになるか。ただし、このような解釈は、帰責根拠である「意思に対する法的非難」の程度を弱めるものであるところ、名誉毀損について、前田がこれを許容することを窺わせる記述があるわけではない。

名誉毀損を過失不法行為と構成する場合にも、平井理論に投げかけたのと同様の疑問が生じる。すなわち、前田は、過失のような「規範的構成要件要素」について、「それが、高度の法的価値判断であることから、主張立証責任の対象は、『過失』判断の内容の基礎となる事実」と留保しつつ、原告がその立証責任を負うという<sup>102</sup>。また、上述の過失要素④「行為義務設定によって制限を受ける利益」は、名誉毀損についていえば、表現の自由、報道の自由ないし知る権利であろう。そうであるとすれば、その基礎となる事実の立証責任は、原告被害者と被告加害者のいずれが負うのであろうか。

上述のように、前田理論では、過失と権利侵害は、さらには違法性阻却事由（正当化事由）でさえ、より高次の総合的価値判断としての「違法性」を判定するためのファクターと位置づけられる。そのため、昭和41年最判法理を「正当業務行為」＝「抗弁」と明言するものの、その他のファクターとしての過失「要素」の立証責任や、それと「抗弁」との関係を厳密に問う視点は、背後に退くということなのかもしれない。

<sup>99</sup> 前田・前注（90）31-32頁参照。

<sup>100</sup> 前田・前注（90）27頁参照。

<sup>101</sup> なお、前科情報の開示・公表は、プライバシーの侵害としても問題となる（前掲最判昭56. 4. 14、前掲最判平6. 2. 8参照）。

<sup>102</sup> 前田・前注（90）53-54頁参照。

#### 4. 新二元論における名誉毀損の位置づけ

##### (1) 沢井 (澤井) の二元論

①理論の骨子 沢井裕は、違法性概念を2つの側面に分ける。その1つは、「民法709条の『権利』侵害という(構成)要件を『違法な利益』侵害に拡大する」側面(つまり、権利侵害の読み替えとしての違法性)であり、沢井はこれを、「『違法』という表現抜きで説明することは不可能ではない。しかし、用いても実害はなく、講学上便利である」として維持する。もう1つの側面は、前田理論の違法性概念に近いものようである。沢井によれば、「加害者に責任を負わせるには、形式的に民法709条の(構成)要件に当てはまるだけでは足りず、実質的に『違法』であり、『有責』でなければならない。そして、「『無過失責任でも違法性は必要』としたり、正当防衛などを違法性阻却事由として位置づける限り……、かかる実質的レベルの違法性概念を捨てることはできない」という<sup>103</sup>(以下では、前者の側面を「構成要件の違法性」、後者の側面を「包括要件の違法性」と呼ぶこととする)。

沢井はまた、違法性を「単純に『客観的要件』すなわち『結果不法』」と捉え、絶対権侵害は(違法性阻却事由のない限り)当然違法となるのに対し、「その他の法益侵害は、個別注意義務規範への違反によって違法となる」という。「この注意義務違反の有無は、……生じた結果から遡及的に、かつ客観的一般的……に判断されなければなら」ず、予見可能性は問題にならない。他方、違法な行為を被告に帰責する根拠が「有責性」であり、これも個別的義務規範に違反することであるが、違法性とは異なり、「当該具体的事情の下において、かつ行為時点で判断し、可能であり、かつとるべきであったと考えられる容態に、反したこと」と説明する。そして、「故意があれば、その意思を非難し、過失の場合は『予見可能性』があるのに予見せず、その行為に出

<sup>103</sup> 澤井・前注(53)102-103頁参照。

たことを非難して<sup>104</sup>、責任を負わせる」のである。その上で、不法行為の要件（抗弁）構造について、沢井は次のようにまとめる。「原告は、被告が法益を侵害したと、それに相応する措置をとらなかったこと＝違法性と、被告に法益侵害の予見可能性のあったこと＝有責性を主張立証すれば足り、これに対し、被告は、違法性阻却……事由を立証するか、または責任阻却事由……を立証すれば、不法行為は成立しないことになる」<sup>105</sup>。

②**名誉毀損の位置づけ** 沢井は、「不法行為訴訟での争点は、被害（違法性）か、侵害行為（過失）かいずれかの問題に偏りがちであり、「その争点に『全事実』が投入され、一元化されたようにみえるが、違法性を判断する視角と過失のそれとは異なる」<sup>106</sup>とみる。そして、不法行為（違法性の類型）を、(1)絶対権タイプ、(2)衡量タイプ、および(3)行為タイプに分ける。(1)では、権利の重要性から、その侵害に故意・過失があれば、行為態様が悪質でなくても違法と判断される<sup>107</sup>。(3)は、行為類型に応じて設定される行為規範<sup>108</sup>からの逸脱により、違法で有責とされるものようである。これらの中間にある(2)では、「被侵害利益の種類・性質、被害の程度」と「侵害行為の態様」との「相関関係的衡量が重要な役割を演じる」。そこでは、権利侵害ではあるものの、被害の程度が小さいため、侵害行為の態様を斟酌しても違法性がないとされる場合と、利益侵害にとどまるため、侵害行為の態様を斟酌する

<sup>104</sup> なお、沢井は、前田に賛同し、過失責任の帰責根拠を信頼責任と捉える（沢井・前注（1）87頁、同・前注（53）178頁参照）。

<sup>105</sup> 沢井・前注（1）90-91頁参照。

<sup>106</sup> 沢井・前注（1）89頁。合わせて、同・前注（53）133-134頁参照。

<sup>107</sup> ただし、「行為の一時的目的が社会的有用性に富む場合は、『許された危険（危殆化）』……という社会的要請があり、その限度では(2)または(3)として処理される」という（澤井・前注（53）138頁参照）。

<sup>108</sup> 澤井・前注（53）139頁によれば、「この行為規範は損害防止に直結しないから、抽象的一般的に『他人を害するなかれ』の規範でもなく、加害者個人に対する非難、すなわち有責性の規範でもない」とされるが、その趣旨はよく分からない。

ことによって違法と判断される場合とがあるとされる<sup>109</sup>。

名誉権の侵害は(2)衡量タイプに分類され、昭和41年最判法理は「違法性阻却事由である」とされる<sup>110</sup>。沢井理論において、これは包括要件の違法性をいうものであるから、その前提として、原告が構成要件の違法性を立証しなければならないはずである。また、衡量タイプでは「被侵害利益の種類・性質、被害の程度」と「侵害行為の態様」との相関関係の衡量が重要となるため、その具体的内容が問題になる。しかし沢井は、名誉毀損における「構成要件の違法性」とそこでの衡量要素を明らかにしない。

有責性(故意・過失)の文脈でも、名誉毀損を念頭に置いた言及はみられない。もっとも、沢井は、故意には結果の「容認」や「違法性の認識」を不要とする<sup>111</sup>ので(確信はもてないが)、犯罪事実のように、通常、社会的評価を低下させる事実を摘示すると、故意による名誉毀損が成立し、被告が違法性阻却事由を立証しない限り、不法行為責任を免れないことになろうか。また、沢井の過失理論は複雑であり、過失を4類型に分けた上で、その意味と判断レベルについて、多様な視点から分析が加えられている。そのため、名誉毀損は(消去法的に)「現代的過失」の類型に属するようであるけれども、そこで問われる予見可能性や予見義務の対象について、安易な推察は憚られる(というより、よく分からない)。ただ、一般に過失判定の因子ないし要素とされる「公共性」や「社会的有用性」について、沢井が「行為に対する特別な社会的許容であり、本来は違法性判断にほかならない」<sup>112</sup>とすることが注目される(これは、包括要件の違法性をいうものであり、したがってまた、違法性阻却事由の

---

<sup>109</sup> 澤井・前注(53)135頁、138-139頁参照。

<sup>110</sup> 澤井・前注(53)142-143頁、151頁参照。

<sup>111</sup> 澤井・前注(53)171-172頁参照。なお、「被害の態様から違法と判断される場合には、故意は有責性に位置づけられるが、侵害行為の態様を斟酌して違法性を判断すべきとき、同時に違法性の構成要素となる」という(同170頁参照)。

<sup>112</sup> 澤井・前注(53)176頁。

文脈に位置づけられるように思われる)。

## （2）四宮の二元論

①理論の骨子 四宮和夫は、過失責任主義の帰責根拠である非難可能性を、「一般人に向けられた法秩序の命令・禁止に反する」という「一般的非難性」と、具体的な行為者を責められるかという「人的な非難可能性」に分ける。そして、前者を「違法性」、後者を「有責性」と捉える<sup>113</sup>。

四宮によれば、違法性は「結果の発生を予見して回避すべき義務があるのにそれに違反した」こと（行為不法）であり、「故意・過失」がその判断の一部を受けもつ。しかし、「それだけでは、まだ行為規範違反と断定するわけにはいかない。構成要件としての故意・過失がそのように断定されるには、法秩序の立場……から見て真に一般的非難に値するとの判断、すなわち違法性判断、を受けなければならない」<sup>114</sup>。また、行為義務の設定は、権利侵害を回避するためのその行為の「必要性」と、その行為の実行「可能性」を契機とし、これに法秩序の立場からする「利益衡量」が加わる。これらのうち、「必要性」と「可能性」はまず、一般的局面を想定した「構成要件としての故意・過失」に位置づけられるが、それと対置される「違法性」判断の段階では、具体化・個別化された形で吟味される。これに対し、「利益衡量」は「定型的な行為義務にとっては、外から持込まれた要素であり、そして、純粹の法的評価の領域に属する」として、「違法性阻却」と同列の文脈に配置される<sup>115</sup>。なお、四宮は、違法性の本質を行為規範違反とみる「行為不法」論を採る<sup>116</sup>ため、行為の結果である「権利侵害」は違法性概念の外に置かれ、構成要件としての故意・過失の「連結点」たる役割を与えられるにとどまる<sup>117</sup>。

<sup>113</sup> 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院、1983-1985年）276頁、283-284頁参照。

<sup>114</sup> 四宮・前注（113）285頁、305頁参照。

<sup>115</sup> 四宮・前注（113）308-309頁参照。なお、利益衡量と違法性阻却事由は「論理的に明確に区別されるものではない」（同356頁）。



他方、有責性は、具体的行為者に対する「人的な非難可能性」であり、民法709条の構成要件との関係は希薄である。また、「行為者の主観的態様ではなく相手方の信頼や期待に重きを置くべき民法の解釈として」は、有責性の判定についても「一般人にとって、違法性を認識しえず、または回避措置の決意を期待しえない事情」〔傍点-筆者〕の存否を基準にすべきであるとされ、違法性判断と対立するような個別的基準は採られない。その結果、有責性について語られることの多くは責任能力に関するものであり、この点を除けば、「不法行為責任における有責性要件の存在理由は、……理論上のものにすぎない」とされる<sup>118</sup>。

②**名誉毀損の位置づけ** 四宮理論において違法性判断の一部を担う「構成要件としての故意・過失」を解説する文脈に<sup>119</sup>、名誉毀損への言及はない。また、有責性を記述する箇所では、主観的期待可能性を欠くことから人的に非難できない例として、被害者から詰問されてその名誉を毀損する言辞を述べた加害者を免責した裁判例<sup>120</sup>を挙げるにとどまる<sup>121</sup>。名誉権の侵害は専ら、これらとは区別された意味での「違法性」の文脈で取り上げられる。そこでは、「名誉」毀損は社会的評価の低下とされ、多様な侵害態様を挙げる。それらのうち、「新聞等マス・メディアの報道による場合には、違法性の判定には、報道の自由について公序良俗規範が作用するとともに、社会的評価を

<sup>116</sup> 正確には、「結果不法」の契機をも含んだ四宮独自の「行為不法」論である。なお、「行為不法」論に立つ理由として、例えば、危険ではあるが社会的に有用な行為によって権利が侵害されても、行為者が社会生活上必要かつ可能な注意を払っている限り、これを違法と観念すべきでないことなど、「結果不法」論の難点を挙げる（四宮・前注（113）277-281頁参照）。

<sup>117</sup> 四宮・前注（113）401頁参照。なお、民法709条の「『権利』には権利性の程度において差異のある種々の利益が含まれる」（同297頁）。また、その立証責任は原告が負う（同402頁参照）。

<sup>118</sup> 四宮・前注（113）285頁、379頁、385-386頁参照。

<sup>119</sup> 四宮・前注（113）300-305頁、331-341頁参照。

<sup>120</sup> 前橋地判昭25. 8. 24下民集1巻8号1333頁、岐阜地判昭29. 2. 11下民集5巻2号161頁。

<sup>121</sup> 四宮・前注（113）328頁参照。



低下される人の不利益と当該情報を知ることによる他人の利益（報道の自由とか知る権利）との比較衡量……が重要な役割を営む」〔傍点-筆者〕として、昭和41年最判を紹介する<sup>122</sup>。四宮によれば、債権侵害や権利性に乏しい利益の侵害などを違法と判定する際、「刑罰法規ないし公序良俗規範の助けをかりなければならない」<sup>123</sup>。もっとも、公序良俗規範の作用を解説する箇所では、名誉毀損に言及しない<sup>124</sup>。その結果、名誉毀損の違法性判定は専ら、利益衡量ないし違法性阻却の問題に位置づけられ、「名誉侵害のおそれはあるが報道のルールを守って書かれた新聞の記事」は「社会的相当性」を帯び、また、昭和41年最判法理は「その他の正当行為」を扱うものとされる<sup>125</sup>。

それでは、その前提となるはずの帰責「要件」は何か。上述のように、「構成要件としての故意・過失」の解説箇所に名誉毀損への言及はない。もっとも、四宮は、不法行為責任の成立には違法性の認識が必要としつつ、それは「有責性の問題であって、基本的構成要件としての故意に関しては、それを問題にする必要がない」<sup>126</sup>という。また、有責性の存否に関する立証責任は、加害者が負うとされる<sup>127</sup>。これらを名誉毀損にあてはめると、「名誉権」侵害（社会的評価の低下）という結果の発生を認識しながら、あえて社会的評価

---

<sup>122</sup> 四宮・前注（113）324-325頁参照。

<sup>123</sup> 四宮・前注（113）311頁。

<sup>124</sup> 四宮・前注（113）344-351頁参照。ただし、実体法上の権利なしに強制執行等に及んだり、保存の必要性なしに仮差押等をした場合には、名誉毀損罪が成立する余地のあることを指摘する（同348頁）。

<sup>125</sup> 四宮・前注（113）359頁、373-374頁参照。そのほか、正当防衛の文脈で、「営業的活動に付随する信用・名誉の侵害に対して報復的手段に出ることが、しばしば、違法性なしとされている」（同368頁）と指摘する。

<sup>126</sup> 四宮・前注（113）301頁、303頁参照。

<sup>127</sup> 四宮・前注（113）395頁参照。また、行為は「有意性」と「有形性」を含むところ、「行為も、『故意又は過失』の一要素として……、原告がわで証明すべき責任を負うことになる。ただ、有意性のほうは、まったく被告の内部領域にぞくすることがらであり、……被告のほうで意思の欠けていたことを証明する責任がある」という（同387頁参照）。

を下げるような事実を摘示すると、違法性の認識がなくとも、名誉毀損の「故意」を認定しうる。これに対し、加害者が、昭和41年最判法理等を持ち出して、違法性の認識＝有責性のないことを証明すれば、故意による名誉毀損が成立しないということになろうか。

他方、「構成要件としての過失」の証明について、四宮は、「原告はさしあたり、定型的・抽象的な社会生活上必要な注意義務への違反に当てはまる事実を証明すればよい」〔傍点-筆者〕という。これに対して、被告が「そのような注意義務を守ることができなくさせるような具体的局面」を証明すれば、「行為義務の『可能性』の要件は欠け、行為義務は成立しないことになる。ただし、この場合も、上の「具体的局面を前提とする結果回避の『必要性』」に支えられた新たな行為義務に違反するか否かが、証明問題として登場し、原告としては、改めて、右の新たな行為義務の違反……に該当する事実を証明しなければならず、以降、原告と被告とで同様の攻防が繰り返される<sup>128</sup>。名誉毀損についていえば、原告はまず、社会的評価を下げないように、記事の掲載を断念したり、表現に配慮するといった回避措置の「必要性」を証明することになろう。これに対して、被告は、摘示事実の内容等から、掲載を断念したり、表現に配慮することができないこと（行為可能性の不存在）を証明することになる。もっとも、名誉毀損では、この段階以降はむしろ、「構成要件としての過失」とは区別された意味での「違法性」の問題として、「利益衡量」ないし「違法性阻却」の文脈に移行するようである。そして、その立証責任について、四宮は、「一般的には、行為の違法性を基礎づける事實は、原告＝被害者が証明し、行為の適法性を基礎づける事實は、被告＝加害者が証明すべき責任を負う」<sup>129</sup>と述べる。昭和41年最判法理のもとで証明すべき項目は、被告がその立証責任を負うことになろう。

---

<sup>128</sup> 四宮・前注（113）392頁参照。

<sup>129</sup> 四宮・前注（113）395頁。

このように、四宮理論では、前田理論と同様に、帰責「要件」が免責「抗弁」かという視点は後退するものの、被告加害者が昭和41年最判法理をもち出す前に、原告が主張立証すべき事柄を一応、抽出できそうである。しかし、名誉毀損のみを念頭に書かれたものでないために、上のような見方も、あくまで推察の域を出るものではない。

## 五 名誉毀損の特殊性と理論的課題

前章（四）で分析を試みた不法行為の一般理論では、昭和41年最判法理に先立つはずの帰責「要件」が、具体的には語られていなかった。そのため、一般的な記述からこれを引き出すのに多くの推察を交えざる得ず、確信がもてなかったり、「抗弁」項目との関係に疑問が残った。そのためであろうか、近時の不法行為法の教科書・概説書も、帰責「要件」については沈黙しており<sup>130</sup>、せいぜい昭和41年最判法理の露払い程度に、名誉が「毀損」されたことや「社会的評価の低下」を指摘するにとどまる<sup>131</sup>。民法709条の要件（とくに故意・過失）の内容が、名誉毀損について具体化されてこなかったのは、なぜであろうか<sup>132</sup>。そして、そのような取扱いは、妥当であろうか。

---

<sup>130</sup> これを指摘するものとして、建部・前注（28）86頁参照。

<sup>131</sup> 近江・前注（3）134頁、平野・前注（21）90頁、102頁、野澤・前注（53）151頁、窪田・前注（21）115頁等参照。

<sup>132</sup> 五十嵐・前注（11）30頁は、「名誉毀損が成立するためには、原則として加害者に故意または過失がなければならない」としつつ、「多くの名誉毀損訴訟で、過失の有無が争われるのは、真実と信ずるについての相当性の有無に関している」と指摘する。なお、民事訴訟法上の訴訟要件（法律上の争訟）について、同33頁参照。

## 1. 名誉毀損における帰責「要件」の捻出

### (1) 社会的評価の低下に解消される要件

名誉毀損において、民法709条の要件のうち、権利ないし法益の侵害、損害の発生、および因果関係が具体化されないのは、それらが「社会的評価の低下」に解消されることによると考えられる。

民法710条に明記された「名誉」は、これを名誉権と呼ぶかどうかはさておき、法律上保護される利益であることに疑いはない<sup>133</sup>。また、名誉毀損における「名誉」とは、723条の「名誉を回復するのに適当な処分」を要するものと解されることから、社会的評価であるとされる<sup>134</sup>。したがって、摘示事実の内容や用いられた表現が、一般の読者や視聴者の通常の注意と受け取り方に照らして<sup>135</sup>、自身の社会的評価を低下させるものであることを、原告被害者が立証すれば、権利・法益の侵害という要件は満たされる。

また、不法行為における「損害」の意義については議論があるけれども、かりに成立要件としての損害を「不利益を構成する事実」と解する立場（損害＝事実説）に立てば、名誉毀損における損害とは「社会的評価の低下」と同義となろう。そして、社会的評価の低下は、読者等の受け取り方を基準として客観的に判定されるため、その認定を勝ち取ることができれば自ずと、事実摘示行為と社会的評価の低下（すなわち、損害）との因果関係も、合わせて認定されることになろう。

他方、権利・法益の侵害とは別個の「損害」の発生を要すると解したとしても、名誉毀損に係る損害賠償請求は、慰謝料請求の形式をとる。慰謝料請求に際しては、その性質上、算定根拠を示す必要はないとされる。そのため、

<sup>133</sup> むしろ民法710条の立法趣旨の1つは、709条の「権利侵害」の範囲が不明瞭で、不法行為法上の保護対象となるかどうか疑義が生じないようにするためであったとされる（広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）〔吉村良一〕638-639頁参照）。

<sup>134</sup> なお、「(社会的) 評価説」の成立について、建部・前注(28)58-61頁参照。

<sup>135</sup> 前掲最判昭31.7.20、最判平15.10.16民集57巻9号1075頁等参照。

損害発生を証明するために原告がなすべきことは、精神的苦痛を被り<sup>136</sup>、または（法人に対する名誉毀損にあっては）無形の損害が生じた<sup>137</sup>と主張することに尽き、せいぜい「慰謝料額は金〇〇円を下回らない」等と述べれば足りる。そして、精神的または無形の損害は元来、捉えどころのないものであって、事実摘示行為または社会的評価の低下との因果関係を、厳密に問うことは困難であり、ややナンセンスであるとさえいえるかもしれない。いずれにせよ、社会的評価の低下とは別個の要件としての機能に乏しい。

## （２）免責「抗弁」の背後に隠れていた帰責「要件」 — 試論

名誉毀損において、民法709条の要件としての故意・過失とは何か。本稿は、前章まで（三・四）の分析の過程に、これを抽出する手がかりが点在していたと考える。もっとも、都合のよいところだけをつまみ食いするようなやり方は、一般理論の提唱者の意図をねじ曲げることになりかねない。とはいえ、その当否は後に検討することとして、ひとまず、要件としての故意・過失を捻り出してみたい。

①**故意・過失の対象** 加藤評釈は、不法行為の要件としての故意・過失と、摘示事実の真偽についての過失を区別する。そして、前者については、丸括弧付きで「相手方の名誉を実際に棄損したという点では、やはり故意または過失があったともいえよう」<sup>138</sup>と述べていた。これが示唆するところによれば、要件としての故意・過失の対象を、一定の結果としての「名誉毀損」、すなわち「社会的評価の低下」それ自体と捉えることができる。

②**故意による名誉毀損** 故意概念の構成要素については争いがあるが、事実摘示行為の「目的」や「違法性の認識」は、昭和41年最判法理のもとで

<sup>136</sup> ただし、五十嵐・前注（11）32頁は、「その精神的苦痛は、法律上慰謝料をもって救済すべき損害でなければならない」として、単なる不快感、焦燥感ないし憤りでは足りないとする東京地判昭62. 5. 27判タ652号191頁を挙げる。

<sup>137</sup> 最判昭39. 1. 28民集18巻1号136頁参照。

<sup>138</sup> 加藤・前注（18）154頁。

抗弁として吟味されるので、さしあたり要件としての故意からは除外する(その当否は後述)。そうすると、一定の結果としての社会的評価の低下を認識しながら、あえて事実を摘示した場合には、当該行為は「故意」によるものとなる。そして、摘示事実の内容が、犯罪の嫌疑や前科のように、通常、対象者の社会的評価を低下させるものであるときは、社会的評価の低下を認識していたといえるから、これを摘示する行為は、故意による名誉毀損と構成される。なお、この段階では、摘示事実の「真実性」や真実と信じる理由の「相当性」は、問題とならない。

③**過失による名誉毀損** 必ずしも社会的評価を下げるとはいえない事実を摘示したところ、摘示者の意に反して対象者の社会的評価が低下したという場合に、過失による名誉毀損が問題となる。つまり、情報の受け手である読者や視聴者の反応を見誤ったことが、要件としての過失であり、摘示事実の真偽についての過失とは異なる。したがって、ここでも「真実性」や「相当性」は問題とならない。

要件としての過失の判定においては、まず、摘示事実の内容や用いられた表現に照らして、対象者の社会的評価の低下が予見可能であったかが問われる<sup>139</sup>。これが肯定されると次に、摘示(記事掲載や放送等)を断念したり、または表現に配慮することによって、社会的評価の低下を回避できたか(回避可能性、回避措置の存否)が検討される。摘示を断念すれば、常に社会的評価の低下を回避できるが、この段階で吟味されるのは、知る権利に資する報道機関の使命等に鑑みて、当該事実の摘示を断念できたかではない(それは、むしろ抗弁として、昭和41年最判法理の文脈に置かれる)。ここで問われるのは、予見できた社会的評価の低下が、摘示断念を思い至らせる程度のものか、逆にいえば、摘示断念を思い至る程度に、社会的評価の低下を予見可能であった

---

<sup>139</sup> なお、メディア報道にあつては、情報を取り扱うプロとして、読者や視聴者の反応を予見すべき義務を觀念することもできよう。

かである<sup>140</sup>（もっとも、終局的には摘示事実の内容に依存するため、抗弁としての「公共性」との区別が、ときに曖昧になることも否定できない）。そして、回避措置が存在するときは、被告加害者に当該措置を執る義務を負わせるべきかが判断される。その際、結果回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益を考慮すべきかが問題となる<sup>141</sup>。ただし、報道の自由や知る権利の保障は、昭和41年最判法理のもとで、抗弁として考慮される。したがって、要件としての過失を判定する段階では、かりに結果回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益を考慮するとしても、それはせいぜい、読者等の反応を気にしなくてよいという利益（裏を返すと、例えば、読者等の興味を煽るため、センセーショナルな見出しを打ちにくくなる不利益）に限定すべきであろう。これらの検討を経て、被告が結果回避義務に反して回避措置を執らなかったときに、名誉毀損における要件としての過失が認定される。

④過失と権利・法益の侵害との交錯 上述のような意味での「権利・法益の侵害」と「過失」を、二元的に捉えるか、一元的に捉えるかは、1つの問題である。二元的な捉え方は、民法709条の条文構造に適合する点では無難な構成であり<sup>142</sup>、「思考の整理の便宜」<sup>143</sup>に資するように思われる。もっとも、権利・法益の侵害としての社会的評価の低下は、読者等の受け取り方に照らして判定され、過失判定においても、結局は読者等の反応を見誤ったかどうかを検討される。したがって、両者を一元的に捉えることもでき、むしろ判断の実態に即した構成といえるかもしれない。

<sup>140</sup> 予見の対象と回避措置との関係について、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）189-192頁、平野・前注（21）41-42頁参照。

<sup>141</sup> 平井・前注（78）30頁、53-55頁が、過失判定においてこれを考慮するのに対し、澤井・前注（53）137頁、175-176頁は、これに反対し、違法性阻却事由として考慮するようである。

<sup>142</sup> シンポジウム「不法行為理論の展望」〔星野報告〕私法41号182頁（1979年）は、民法709条の解釈における基本方針の1つとして、同条の「構造に即した無理のない構成」を挙げる。

<sup>143</sup> 幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）109頁。あわせて、森島・前注（140）250頁参照。

ただし、いずれの構成を採るにせよ、要件の充足を判定する段階での「交錯」は、読者等の反応に関するものに限定し、摘示事実の真偽についての過失（抗弁としての「相当性」とは区別されるべきであろう。そうすることによって、「交錯」が徒に複雑化するのを避けることができる。

⑤**名誉毀損における要件と抗弁** 上に捻出した要件枠組みによると、原告が、自身の社会的評価の低下（権利・法益の侵害、損害の発生、因果関係）と、被告による事実摘示行為に故意または過失のあることを立証すれば、民法709条の要件が充足される。これに対して、被告が、不法行為責任を免れるために、抗弁としての昭和41年最判法理をもち出して、「公共性」、「公益性」、「真実性」または「相当性」を立証することになる。

なお、過失による名誉毀損において、「真実性」または「相当性」が証明されたとしても、表現に配慮することによって社会的評価の低下を避けることができる場合に、被告が免責されるのは不当である。もっとも、表現を工夫することによって、社会的評価の低下を避けられるような事実は、あえてそれを摘示しなければならない事情を見出しがたいことが多いのではなかろうか。したがって、そのような場合には、「公共性」および「公益性」を厳格に判定すべきであろう。

## 2. 上記試論の問題点

上述のように、一旦、理論的な基礎づけを度外視すれば、名誉毀損について、できるだけ昭和41年最判法理（抗弁）との重複を避けながら、民法709条の要件を捻出することもできないわけではない。しかし、そのように説明できるということ（可否）と、説明すべきであるということ（当否）は別問題である。そこで次に、上記試論の当否を検証しよう。

### （1）要件としての故意における意思的要素の希薄化 — 問題の所在

前田理論、沢井理論および四宮理論は、要件としての故意には「結果の認



識（または認容）」があれば足り、「結果の容認」や「違法性の認識」は不要と  
していた<sup>144</sup>。これに示唆を得て、試論では、犯罪報道のように、通常、社会  
的評価を低下させる事実の摘示を、故意による名誉毀損と構成した。しかし、  
この構成によれば、民法709条の要件は、いとも容易に充足される。例えば、  
新聞社が犯罪を報じれば、その対象者が当該記事の写しを証拠として提出す  
るだけで、故意、権利・法益の侵害、損害の発生および因果関係が立証され  
た扱いになる。そのため、このような場合には、これを取り立てて「要件」  
と強調する実益に乏しい。さらに、少なくとも要件判定の段階では、加害者  
の意図や目的を問わないため、故意不法行為の帰責根拠とされる意思責任の  
要素が弱まる。試論の問題点は、なによりここにあると考えられる。名誉毀  
損については、犯罪事実のようなセンシティブな情報は厳重に扱われるべき  
であり、昭和41年最判法理によって免責の余地が残されているのであるから、  
故意不法行為が容易く成立しても差し支えないといえなくもない。しかし、  
これを一般化することには、慎重になるべきであろう。

## （2）新規参入における故意不法行為の成否

例えば、ある商圈に新規参入する者は、既存業者の収益が下がることを認  
識（さらには容認）している。とはいえ、新規参入を不法行為とみることは、  
自由競争を阻害するため、妥当でない。起草者は、権利侵害要件を追加する  
必要性を示す具体例の1つとして、このような場面を挙げたのであった<sup>145</sup>。

しかし、平井理論の説くように、違法性概念によって拡張された権利侵害  
要件が「不法行為の成立を限定する機能」を失ったとすれば、新規参入を不  
法行為とすることの防波堤になるのは、故意概念である。平井は故意を「加

---

<sup>144</sup> 前田・前注（90）27-28頁、澤井・前注（53）171-172頁、四宮・前注（113）301頁参照。た  
だし、容認や違法性の認識という要素は、要件としての故意において不問にされるにすぎず、  
責任能力、有責性判断、または行為の悪性・危険性の段階づけにおいて考慮される。

<sup>145</sup> 錦織・前注（2）136頁参照。

害の意思」と捉えるので、これが害意をいうものであれば、適正な自由競争の範囲内にある限り、新規参入は故意による不法行為にあたらぬ。他方、故意概念を「結果の認識」で足りるとして緩めれば、一旦、故意による不法行為が成立してしまう。そうすると、被告参入者は、責任を免れるために、自らの営業が正当（業務）行為である（不正競争防止法の定めるような不当なものでない）ことを立証しなければならなくなる。しかし、新規参入は、社会的に許されるのみならず、奨励さえされるのであるから、むしろ原告競業者が、不法行為の要件として、被告の営業の不当性を証明すべきであろう。

もっとも、権利・法益の侵害は依然として要件としての機能を保持していると解し、または要件としての違法性を維持する立場に立てば、故意概念を緩めたとしても、要件判定の段階で、不法行為の成立を否認できる。原則として、新規参入から守られるという利益は法的保護に値せず、原告が、被告の営業が自由競争の範囲を逸脱する違法なものであることを、証明しなければならない。それでは、次のような場合はどうであろうか。

### （3）医療トリアージにおける故意不法行為の成否

大規模な災害や事故、またはテロ等の事件によって、「発生した多くの負傷者を治療する時、負傷者に治療の優先順位をつけること」<sup>146</sup>を、トリアージという。医療資源に制約のある中で、「救命の可能性が非常に低い者よりも、可能性の高い者から順に救護、搬送、治療にあたるべきであるという考え方」<sup>147</sup>に基づく。トリアージ態勢下で判定された重症度はトリアージタグの識別色で示され、黒色は「治療を行っても生存の可能性のない状態」を表す。極限の状況下では、救命の余地がある場合でも、それに多くの人員等を要するときは、より救命の可能性が高い他の患者に医療資源を投入するた

<sup>146</sup> 新村出『広辞苑〔第7版〕』（岩波書店、2018年）2127頁。

<sup>147</sup> 神奈川県ホームページ（<https://www.pref.kanagawa.jp/cnt/f7304/p26916.html>（健康医療局・医療危機対策本部室所管サイト））（2020年11月18日最終閲覧）参照。

め、黒色判定がなされることもある。いずれにせよ、黒色判定を受けた患者に治療は施されない。

さて、トリアージ態勢下における治療（作為・不作為）について、医療従事者の責任を問う裁判例は、見当たらなかった<sup>148</sup>。けれども、賠償責任の文脈では、現場の医療資源のキャパシティに照らして、トリアージ態勢を敷くという判断それ自体、またはその態勢下でなされた重症度判定に、過失がなかったかが問題となり得る。これに対し、黒色判定は、治療を施さなければ、当該患者が死亡することを認識しながら、他の多くの命を救うために、あえて選択されるものであるが、これを故意による生命侵害とみる発想にはなりにくい。しかし、試論のように、故意概念を「結果の認識」で足りるとして緩めれば、形式的には、黒色判定とそれに基づく患者の放置を、故意による生命侵害と捉えることもできてしまう。また、生命は最重要の法益とされるため<sup>149</sup>、患者が死亡した場合に、権利・法益の侵害または要件としての違法性がないとはいえない。そして、原告遺族は、救命措置を執ったなら患者がその死亡の時点でなお生存していたことを高度の蓋然性を以て立証すれば、死亡による財産的損害と死亡慰謝料を、相当程度の可能性を以て立証すれば、延命利益の侵害に対する慰謝料を請求できる<sup>150</sup>。もっとも、黒色判定を受ける患者は元々、重篤な状態にあったので、救命措置の不作為と患者の死亡等との因果関係を立証することは、容易ではないであろう。とはいえ、人員等に余裕があれば救命の見込みがあったという場合もあるため、当時の現場の

<sup>148</sup> ただし、多数の患者が発生しているのではない状況（日常的な臨床）において、患者の重症度判定やそれを見誤ったことを表現するときに、「トリアージ」という語が用いられることはある。神戸地判平10. 4. 28判時1663号122頁、山口地判平28. 2. 17（LEX/DB：25561887）および（その控訴審判決である）広島高判平30. 2. 16（LEX/DB：5561887）、東京地判平29. 1. 18自保ジャーナル1995号54頁等参照。

<sup>149</sup> 前田・前注（90）86頁参照。

<sup>150</sup> 最判昭50. 10. 24民集29巻9号1417頁、最判平11. 2. 25民集53巻2号235頁、および最判平12. 9. 22民集54巻7号2574頁参照。

状況ともかかわって、因果関係の判定はときに微妙なものとなり得る。かりに因果関係が認められて、故意不法行為が成立する場合には、被告医療機関は、抗弁として、当該黒色判定は正当（業務）行為であると主張することになろう。これを実質的にみれば、被告が、トリアージ態勢の採用とそこでの黒色判定について、過失のなかったことを証明するよう求めるものであり、立証責任の転換を意味する。

このような意味での訴訟リスクに備えるには、次々に搬送される患者の人数や容態、当初の、または応援に駆けつけた医療従事者の人数や専門分野等を、逐一、記録しておかなければならない。治療の経緯等を詳細に記録することは望ましいことであり、平時の診療においては、適切な医療を提供するために不可欠でさえる。しかし、トリアージ態勢が敷かれるのは、刻々と変化する状況において、瞬時の判断が求められるような現場であり、とにかく人手が足りないのであるから、訴訟リスクに備えるための手間を医療従事者に加重すべきではない。したがって、黒色判定それ自体を故意不法行為と捉えることは妥当でなく、むしろ原告が、トリアージ態勢を執るという判断、またはその態勢下でなされた重症度判定に過失があったことを、不法行為の要件として立証すべきではなかろうか。

それでは、緩和された故意概念が原則であり、トリアージは特殊な例外に位置づけられるのであろうか。それとも、故意には害意や違法性の認識を要するのが原則であり、名誉毀損を例外とすべきであらうか。はたまた、どちらも特殊なのであろうか。いずれにせよ、故意概念に限らず、一般理論における抽象的な概念は、各種の被害類型ごとに、その有用性を検証されなければならないのであり、名誉毀損の要件を説明するのに都合がよいというだけで維持できるものではないのである。

#### （４）要件と抗弁を明確にする必要性

ところで、前田は、「故意の要件として違法性の認識が不要であるとして

も、責任能力のところ、違法性の認識可能性を要件とするならば、結局、不法行為の要件全体としては、必要ということになり、大きな実益の差はない（ただ、立証責任には差が出るであろう）<sup>151</sup>と述べる。加藤評釈もまた（文脈こそ違えど）、要件か抗弁かは「理論的には挙証責任が逆になることになるが、……実際には違いがなく、考えられないしは説明のしかたの問題だといってよい」<sup>152</sup>との認識を示していた。結論としての不法行為責任の成否を俯瞰的に捉えれば、確かにその通りであろう。しかし、トリアージの例が示すように、相対的に高い訴訟リスクに向き合わなければならない業種にあっては、潜在的な訴訟の、どの局面で責任をブロックできる見込みが大きいかによって、リスクへの備え方に違いがもたらされる。要件か抗弁かは、証拠資料を作成、収集および保存する際の1つの指針となり得るのであって、立証責任の差は、軽視できないと考える。

### 3. 名誉毀損の特殊性と実質的な中間責任の正当化

#### （1）名誉毀損の中間責任化

上記試論では、できるだけ昭和41年最判法理との重複を避けながら、その前提となるはずの民法709条の要件を、どうにか捻出してみた。しかし、その過程で、故意責任の帰責根拠とされる意思責任の希薄化を招くことになり、これを一般理論として、各種の被害類型に推及することの妥当性に疑義を生じた。そうであるなら、名誉毀損を特殊なものとして、民法709条の要件枠組みの外に置き、不法行為責任の成否を専ら昭和41年最判法理のもとで判定することも<sup>153</sup>、1つの割り切り方といえよう。

---

<sup>151</sup> 前田・前注（90）28頁。

<sup>152</sup> 加藤・前注（18）155頁。

<sup>153</sup> そのような学説傾向を指摘するものとして、建部・前注（28）86頁参照。また、小粥・前注（9）611頁は、名誉毀損を「やや独自のルールを持つ不法行為類型」と捉える。

昭和41年最判法理のもと、公共性のある事実を公益目的で公表したときは、かりに「真実性」が証明されなくても、「相当性」が証明されれば免責される。裏を返せば、これは、名誉毀損の最終的な帰責根拠を、摘示事実の真偽を見誤ったという過失に求めていることになる。そして、その過失がなかったことの立証責任を、被告に転換するのであるから、名誉毀損は実質的に、中間責任の類型で処理されることを意味する。

## (2) 理論的課題

①生命・身体の侵害との対比　それでは、この中間責任は、いかにして正当化されるのか。名誉毀損を無過失責任とすることは<sup>154</sup>、報道の自由や知る権利を保障する観点から妥当でないとしても<sup>155</sup>、中間責任であれば、免責の余地が残されているのであるから、とくに理由を示さなくても大目みでよいわけでもなかろう。本稿は、専ら証拠の偏在を根拠として、昭和41年最判法理を暫定的に抗弁に位置づけたが、はたしてそれで十分であろうか。

民法710条に明記された名誉は、法律上保護される利益である。しかし、最重要の法益とされる生命や、その次に重要とされる身体と比べると<sup>156</sup>、名誉は、要保護性の序列において一段劣るとみざるを得ない。生命・身体の侵害に対する賠償請求においては、特別法（例えば、原賠法や自賠法等）が無過失責任または中間責任を規定する加害類型によって生じたものでない限り、原告被害者が故意・過失の立証責任を負う。その立証がときに困難であるため、過失の一応の推定等によって、被害者救済を図る努力が積み重ねられてきた（上述のように、名誉毀損について、過失の一応の推定という手法を採ることは困難であろう）。にもかかわらず、生命・身体に比して、要保護性に一段劣る名誉が侵害された場合に中間責任を採るのであれば、相応の理由を挙げる必要があるろう。

<sup>154</sup> 三島・前注（56）274頁参照。

<sup>155</sup> 幾代・前注（143）90頁参照。

<sup>156</sup> 前田・前注（90）86頁、95頁参照。

②危険責任・報償責任による正当化 特殊の不法行為のうち、民法715条が使用者責任を中間責任として規定すること（または免責をほとんど認めないという同条の運用）については、無過失責任の帰責根拠とされる危険責任ないし報償責任の側面を見出すことによって、正当化されてきた。名誉毀損についても、危険責任ないし報償責任の観点から、実質的な中間責任を基礎づけることができるように思われる。情報には伝播する性質があり、メディアはその推進力を強める。情報技術の発達によってこの力は益々増強され、ひとたび社会的評価を低下させるような言辞が公表されると、それは容易に拡散し、負のイメージを払拭することは著しく困難である。したがって、報道機関等は、他人の社会的評価を低下させる危険性を帯びた事業を営んでいるとみることができる。あわせて、その事業によって、購読料や広告収入等の収益を上げているのである。

もっとも、これを逆からみると、危険責任や報償責任の側面に乏しいときは、名誉毀損を中間責任とすること自体を見直す余地も生じる。例えば、根拠の薄弱な伝聞を拡散する場合でも、いわゆる「まとめサイト」の管理者がアクセス数（ひいては広告収入）を稼ぐために摘示するときと、万が一真実であれば困る人もいないのではないかとの思いに駆られて、リツイートするときとでは、報償責任の視点から、その帰責性に違いが認められる。したがって、後者では、摘示事実の内容にもよるけれども、むしろ原告に、摘示事実を真実と信じる相当の理由のないことを証明させることが、妥当である場合もあるのではなからうか。なお、情報の発信源ではなく、これを拡散した者の責任は、「配信サービスの抗弁」という別個の<sup>157</sup>抗弁事由のもとで検討されることがある<sup>158</sup>。もっとも、この抗弁は、専ら通信社の記事配信システムを念

<sup>157</sup> ただし、潮見・前注（14）184頁は、「『相当性の抗弁』の枠内で処理すれば足り、あえて配信サービスの抗弁などという定式化をする必要はない」と指摘する。

<sup>158</sup> 最判平14. 1. 29民集56巻1号185頁参照（ただし、この抗弁による免責を否定）。



頭にアメリカで形成されたものであり<sup>159</sup>、収益性の有無に着目するものではない。しかし、情報技術の発展や普及により、誰もが情報を発信・伝達できるようになった今日、収益を伴わない言辞による名誉毀損の成否が問題となるときは、そもそも名誉毀損を中間責任とすることの当否と射程を、問い直すことも有用であると考ええる。

また、一口にメディアといっても、新聞や報道番組等が取扱うニュースと、タウン情報誌等が取り上げるトピックとでは、定型的に他人の社会的評価を低下させる危険性の度合いに開きがある。そして、昭和41年最判法理が上手く機能するのは、摘示事実の内容それ自体に、対象者の社会的評価を低下させる危険性が内在する場合であろう。これに対して、事実そのものは社会的評価の低下を招くような内容ではないが、それを摘示する際の表現が適切さを欠く場合には、むしろ要件として、一般の読者等の受け取り方に照らして、社会的評価を低下させたといえるかが問われることになる。読者等の一部が否定的に受け取るような微妙な事案では、(上記試論のように)その反応を見誤ったことについて、過失の有無が別途検討されてもよいであろう。とはいえ、原告がこれを証明すれば、昭和41年最判法理による免責を認めず、または限定的にすべきではなかろうか。このような判断枠組みは、むしろ事案の実態に適合するように思われる。そうであるとすれば、メディアの業態を、他人の社会的評価を低下させる危険性を伴う情報を取り扱うことの多いものと、そうでないものに分け、危険責任の観点から、中間責任の妥当する射程を整理することが考えられてよい。なお、無償のタウン情報誌であったとしても、その発行元は広告料収入を得ているため、ここに報償責任の側面を見出すことはできる。ただし、名誉毀損にあたるような記事によって、増収するわけではない(かえって減収するかもしれない)ので、中間責任を基礎づけ

---

<sup>159</sup> 五十嵐・前注(11)60頁、潮見・前注(14)182-184頁参照。



る力はやや弱いといえようか。

これまでも、昭和41年最判法理を抗弁と捉えることに否定的な立場から、報道の自由を重視するアメリカ法を参照し、「現実的悪意の法理」が紹介されている<sup>160</sup>。この法理は、専ら報道機関による名誉毀損を想定し、それに対峙する実力を備えた公人と、そうでない私人とを区別するもののようであり、被害者の属性に焦点が当てられている。これに対して、本稿は、報道機関はもちろん、それ以外の情報の発信者や伝達者も含め、加害者の属性にフォーカスし、中間責任の正当化根拠としても援用され、すでにわが国に根ざした危険責任ないし報償責任の観点から、名誉毀損における立証責任の配分を再検討しようとするものである<sup>161</sup>。もっとも、この2つの焦点は、対立関係に立つものではない。仕事や生活、その他、社会活動のあらゆる場面において、ネットの活用が拡大している昨今、誰もが、名誉毀損の被害者になりうるだけでなく、不用意な言辞で加害者として訴えられる可能性もある（口は災いの元）。今後、さらなる多様化が予想される名誉毀損訴訟に備えて、被害者と加害者の双方の属性を考慮しつつ、妥当な解決を導きうる要件・抗弁枠組みを模索する必要があると考える。

## 六 結びに代えて

本稿は、事実摘示型の名誉毀損について、昭和41最判法理と不法行為の一般理論との関係を分析しようと試みたが、かえって不法行為法学の「混迷」を深めただけかもしれない。とはいえ、名誉毀損に対する不法行為責任の成否を、民法709条の要件構造に即して判定するにせよ、その外に置くにせよ、

---

<sup>160</sup> 松井・前注（64）95-99頁参照。

<sup>161</sup> 本稿とは文脈を異にするが、名誉毀損について、近時忘れられがちな「侵害行為の態様」を、改めて要件枠組みに取り込むことを主張するものとして、小粥・前注（9）640-641頁参照。

解決されるべき理論的課題のあることを示すことはできたのではなかろうか。すなわち、同条の要件枠組みに固執すれば、故意概念における帰責根拠の希薄化を招き、他の被害類型へのあてはめに疑義を生じる結果、一般理論とはいい難くなる。他方、責任の認否を専ら昭和41年最判法理に委ねれば、実質的には中間責任が採用されたことになるが、名誉毀損について、なぜそれが許されるのか、正当化根拠を示さなければならない。

本稿では、意見表明型の名誉毀損やプライバシーの侵害を検討の対象外とした。また、事実摘示型の名誉毀損についても、理論的側面に関心があったため、昭和41年最判以外の判例には、わずかに言及するにとどまる。不法行為法改正の要否とその方向性を見定めるには、各種の被害類型ごとに形成された判例法理と一般理論との関係を丹念に分析する作業が不可欠（少なくとも有益）であろう。しかし、その道のりは平坦なものではなさそうである。今後の課題としたい。