

# 論評ないし意見表明による名誉毀損と免責事由(二)

―判例における「公正な論評」法理の生成と問題点―

神田孝夫

## 目次

- 一 序
- 二 初期の学説の議論状況
- 三 判例法理の生成過程と到達点
  1. 前史―初期の下級審判決の状況
  2. 最高裁判決における「公正な論評」法理の萌芽
  3. 最高裁判決における「公正な論評」法理の定着 (以上一四卷二号)
  4. 最判平成九年九月九日の射程と後続の最高裁判決および全体的な動向
  5. その後の下級審判決の諸相
- 四 抜本的な解決策を指向する近年の学説の概況
  1. 判例・通説への疑義および具体的な解決策を提唱する諸説
  2. 諸説の検討

(以下続く)

## 4. 最判平成九年九月九日の射程と後続の最高裁判決および全体的な動向

## i 本判決の射程をどのように理解したらよいのか。

判決は理由の冒頭において、「事実を摘示しての名誉毀損」の責任要件を説いたのち「一方、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」と述べて、その免責要件に言及する。この文脈を一見するかぎり、論評(ないし意見表明)なるものはつねになんらかの事実を基礎とすることを要するとの態度を示したものにほかならないとも解される。とすれば、直接的に人ないし団体(法人を含む)の能力・性向について行った論評(ないし意見表明)は正当性を欠き、およそ法的保護に値しないというのが最高裁の態度だということになる。

しかし他方、判決は、事案の具体的な事実関係が「ある事実を基礎として」の論評(ないし意見表明)であることから上記のように述べたにとどまる、と解しうる余地もある。つまり、本件では、少なくとも直接的に人ないし団体(法人を含む)の性向・能力について論評(ないし意見表明)がなされた場合は問題となっていないから、その是非について本判決はなんら触れていないのだとみることも、十分可能である。

事実関係に即して考えると、後者のように理解するのが妥当と思われる。そうした理解によると、直接に人ないし団体(法人を含む)の能力・性向につき行われた論評(ないし意見表明)の処理については、今後に残されている問題といふことができる。

つぎに一考したいのは、判旨がいう「事実を基礎としての意見ないし論評」という文言中の「基礎として」の意味はなにか、である。判旨は、右にひきつづく違法性阻却や責任阻却の説明において「意見ないし論評の前提としている事実」と述べる。そこにいう「前提として」という部分はその内容を示すとみられるが、そうしてもなお

その趣旨は明確ではない。その理解には、判決が事実関係に即して結論的に述べる部分の説示が注意されるべきである。判決は、そこにおいて、本件記事中のある部分については「(摘示した)事実を前提にその行為の悪性を強調する意見ないし論評」を公表したものといひ、ある部分については「(摘示した)事実を前提にその人格の悪性を強調する意見ないし論評」を公表したもの、という。つまり、摘示された事実(換言すればなんらかの行為ないしその結果)じたいに対する論評(ないし意見表明)と摘示事実にかかわった行為者の人柄に関する論評(ないし意見表明)を問題としている、ということが出来る。これによると、「基礎として」という部分は、論評(ないし意見表明)の直接的な対象となつてゐる場合と、ある事実が人の能力・性向を論評(ないし意見表明)するに当たつての根拠ないし資料となつてゐる場合の双方を含む趣旨と理解される。

以上を要するに、論評(ないし意見表明)の有責性が摘示事実の真实性に関する「相当の理由」の有無にかかつてゐるとの本判決の態度は、その事実が右にみた意味での論評(ないし意見表明)の基礎ないし前提となつてゐる場合を念頭に置いたものであり、また、摘示された事実が人ないし団体の能力・性向を論評(ないし意見表明)するに当たつての一資料にとどまる場合については本判決の射程外にある、と理解することが出来る。

本判決の射程が以上のようなものであつたことと無関係ではないと思われるが、本判決後の下級審判決の中には、僅かではあるが、事案の特殊性とも関連して独特の説示をするものがある。しかし、その概要はのちにみることにしよう。ここでは、論評(ないし意見表明)にかかわる本判決後の最高裁判決の状況を概観するとともに、それを含めた最高裁判例の全般的動向を今一度簡単に振り返りたい。

- ii 本判決後の論評(ないし意見表示)にかかわる最高裁判決としては以下のものが注意をひく。第一は、犯罪

の動機を推論する言明は論評(ないし意見表示)なのか事実摘示の言明なのか争点となった事案に関する最判平成一〇年一月三〇日判時一六三一・六八である。<sup>注36</sup> 同判決は、原審判決が「人の行為の動機を他の者が判断する客観的基準があるとはいえず、その真偽を客観的な証拠により証明することが可能であるとは到底いえないから」との理由で右言明を論評したのを破棄し、「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。」との一般論を述べたうえ、「推論の結果として本件記事に記載されているところは、犯罪事実そのものと共に、証拠等をもってその存否を決することができるものであり、右は事実の摘示に当たるといふべきである。立証活動ないし認定の難易は、右判断をするものではない。」とした。刑事裁判実務においては動機を証拠等により判断できるとの態度がとられていること、民事法上も故意・過失あるいは善意・悪意といった内心の状況を事実として処理していることなどから、最高裁の判断は容認されてしかるべきものと考えらる。

つぎに、著作物に対する論評(ないし意見表示)をめぐる、前提事実である著作内容の真実性の立証の程度なし範囲を問題とした最判平成一〇年七月一七日判時一六五一・五六が注意をひく。<sup>注37</sup> 同判決は、まず、先例を示しつつ論評(ないし意見表示)の前提となっている事実の主要な点につき真実であることの証明があるときは名誉毀損としての違法性を欠く旨を説くとともに、「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と、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。」と述べる。そして本件事案に即しては、「著作内容の紹介部分」冒頭の三行は……本件著作部分の記述がT氏の談話をそのまま紹介したのではなくX(上告人)自身の認識、判断であるかのような内容となっており、これが本件著作部分の内容を紹介するものとして適切を欠くものであることは否めない。……(しかしながら)その適切を欠く引用紹介の内容が右批判の前提となつてゐるわけでもない。したがつて、本件評論部分は、全体として見れば、本件著作部分の内容をほぼ正確に伝えており、一般読者に誤解を生じさせるものではないから、本件評論における本件著作部分の引用紹介が全体として正確性を欠くとはできない。とができず、その点で本件評論部分に名誉毀損としての違法性があるということとはできない。」とした。

本判決は、論旨にやや不透明な部分があるが、基礎ないし前提となつた事実の「主要な部分」につき真実の証明があれば論評(ないし意見表示)は違法性を欠くとの原則は著作物そのものが論評(ないし意見表示)の対象である場合においても妥当するとの態度を示したものであるとして、留意に値する。もつとも、その当否には議論がある。<sup>注38</sup>

iii 右の二判決を含めて論評(ないし意見表示)にかかわる最高裁判例の全般的な傾向を簡単に振り返ると、以下のようにいえる。

最高裁判例は、なんらかの事実を基礎ないし前提としている論評(ないし意見表示)の違法性・有責性の判断にあつては、事実摘示による名誉毀損における場合に準じて、右の基礎ないし前提となつてゐる事実につき真実性の証明または真実と信じたことの「正当の理由」の存在を問題とする。このことはすでに何度か指摘したところだが、注意すべきなのは、その場合、ある事実が論評(ないし意見表示)のなんらかの基礎ないし前提となつてゐるかぎり、それがどの程度論評(ないし意見表示)の内容に関係をもつかについてはほとんど関心を示さないまま、

当該事実の真実性ないし「相当の理由」の有無を論評(ないし意見表明)全体の違法性や有責性判断の決め手とする傾向がある、<sup>注39</sup>ということである。換言すれば、論評(ないし意見表明)全体につき違法ないし有責か否かを二者択一的に判別する傾向がある、<sup>注40</sup>といえる。さらにその際、真実性の証明ないし「相当の理由」判断の対象が比較的緩やかに解されている。「重要な部分」とか「主要な部分」につき証明あれば足りるとするのがそれである。しかも、そうした処理が論評の対象が著作物である場合にもとられているという点は、重要である(前出・最判平成一〇年七月一七日に明白である)。そこにいる「重要な部分」の判断は、論評の対象や内容との相関関係で判断されるという態度がみられる(前出・最判昭和六二年四月二四日に明白である)<sup>注41</sup>。ことも留意に値しよう。また、とくに論評(ないし意見表明)の対象が人・団体の能力・性向に及んでいる場合にみられるところだが、論評(ないし意見表明)としての言明内容の一部をあえて度外視または軽視したうえで、(残る内容の)論評(ないし意見表明)の基礎となった事実につき真実性が立証されたとか「相当の理由」ありとする傾向がある(「有害無能」との言明部分を軽視する前出・最判平成元年一二月二一日に明白である)<sup>注42</sup>。ことも看過できない。

注36 本件の事案の概要は、いわゆるロス疑惑事件をめぐる、Y新聞社が「事件後にXがみせた芝居がかった行動、セリフには『金ほしさ』だけで説明しきれない異常さがある。……『Xが自分で犯罪小説を創作し、自ら演じようとしていたのではないか』との見方も、捜査員の中には生まれてきている。」との記事を掲載したのに対し、Xが名誉毀損を理由に損害賠償請求に及んだというものである。

注37 本件の事案の概要はこうである。Xは、その著作のなかで、ベトナム人僧侶の焼死事件につき、これが墮落した僧侶の心中事件であるとするベトナム仏教協会副会長ハオ氏の談話を紹介した。これに対しYは、同事件はベトナム政府の宗教政策に抗する

集団自殺であるとの見解にもとづき、Xの執筆姿勢を批判する評論をY<sub>2</sub>の出版する月刊誌Sに掲載。Xはハオ氏の談話をそのまま紹介したものであるのに、Y<sub>1</sub>があたかもこれをX自身の見解であるとの虚偽の事実を前提にXを批判しているのは名誉毀損だとして、Y<sub>1</sub>らに損害賠償および反論文の掲載を請求した。一審・二審とも請求を棄却。Xが上告。

注38 この判決には賛否両論がある。賛成論としては、論評の対象が著作物であるという点をとくに問題視せず「主要な点につき正確であればよい。」とする判例法理の適用を当然のごとく容認する手嶋豊・本判決評釈・判評四八六号三一頁以下（判時一六七六号一九三頁以下）、批判論としては、「いやしくも、相手の言説を引用して、論評を加えようとするときは、その引用は正確でなければならぬと思う。すなわち『公正な論評』と自称しうるためには、相手の言説の正確な引用をすることが絶対必要条件であると思う。」とされる清水誠・本判決評釈・法時八八〇号一〇六頁がある。ここには、論評の対象とした相手の言説に対する誠実性についての要求度に差が認められる、といつてよい。なお、一審判決につき賛成の態度を示すものとして、奥平康弘・ジャーナリズムと法（新世社・一九九七年）一七二頁がある。

注39 奥平・前掲書一七八頁が「『公正な論評』は『意見』『批評』『見解』であるとはいえ、多くの場合、なんらかの『事実』を基礎としている。……中略……判例の傾向としては、このような場合、すなわち『論評』がその前提としている『事実』が踏まえられている場合には、普通の事実言明型の場合とおなじように、『真実』の証明（あるいは相当性）がなければならぬ、と解されている。」と述べるのは、同様の理解によるものと思われる。

注40 「事実摘示の名誉毀損」と「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」に二分する最判平成九年九月九日にそれを認めることができる。すなわち、同判決は、後者において、基礎とした事実と対象とした人の能力・性向に関する論評とのかかわりの程度いかに問題視せずに一律に扱っていると解される。

注41 最判昭和六二年四月二四日が前提として是認している一審判決の事実についての理解（二審判決はこの部分をそのまま踏襲する）は、「引用の仕方が党綱領および政府綱領提案のそれぞれの文脈に忠実には従っていない部分があるにせよ、『要点を外した』と言えるほどのものではない。また自説に都合のよい部分のみを云々という点については、ある程度そうであろうけれども、対立政党間ではこの程度のことには批判・論評の際の常套手段であつて……」というものである。最高裁は、こうした一審判決の理

解を踏襲しつつ、「その(政党間の)論評としての性格にかんがみると、前記の要約した部分(党綱領と政府綱領提案における国会、自衛隊、日米安保条約、企業の国有化、天皇の各項目をそれぞれ要約して比較対照した部分)は、主要な点において真実であることの証明があったものとみて差し支えないというべきであつて……」としたのである。引用の仕方に問題があることを認めながらも、(政党間の)論評としての性格にかんがみて結局問題はない、としているのである。最高裁は「重要なし主要な部分は」論評者と相手方との関係ないし論評の対象や内容との相関関係で判断されるという態度をとっている、と理解することができる。

注42 最判平成元年二月二日は、配布されたビラには「有害無能な教職員」との表現があつたにもかかわらず、「本件配布行為は……原告Xらが有害無能な教職員でその内容が粗末であることを読者に訴え掛けることに主眼があつたとはにわかには解し難く……」として、この部分をほとんど無視したうえで意見表明の基礎となつた事実は主要な点において真実であつたと構成して、違法性じたいを欠くとしている。牽強付会の感を免れないであろう。

## 5. その後の下級審判決の諸相

最判平成九年九月九日ののち、論評(ないし意見表明)による名誉毀損の事案につき「相当の理由」論に依拠した下級審判決が陸続として登場している。しかし、そうしたなかにあつて、事案の特殊性も手伝つてか、従前にはみられなかつた独特な理由づけをする判決例も散見される。前述したように、最判平成九年九月九日の射程が必ずしも大きくないという点も、こうした下級審判決を生み出した要因になっているとみられる。なお、以下では、論評(ないし意見表示)の基礎ないし前提となつた事実についての真実性や「相当の理由」の証明に対する特徴ある態度を示すものもと取りあげる。判例の態度を容認するときには、論評(ないし意見表示)による名誉毀損責任の有無は、基礎ないし前提となつた事実の扱いに左右されるという点で、それは重要な意味をもつことになるからである。



注目されるものの第一は、労働組合が、使用者の取引先に対し、使用者に不当労働行為がある旨を記載するとともに、今後のストライキやデモに理解を得たいこと、正常な労使関係を築きあげるべく使用者を指導いただきたいこと等の要望を記載した文書を送付した場合における、会社に対する名誉毀損の成否を問題とした東京高判平成一年一月二四日判時一七一・一五三である。<sup>注43</sup> 判決は、「送付した要望書の内容・表現が、結果的に使用者の名誉・信用を毀損する場合であっても、表現内容の真実性、表現自体の相当性、表現活動の動機、態様、影響等一切の事情を総合し、正当な組合活動として社会通念上許容される範囲内のものであると判断される場合には、違法性が阻却されると解すべきである。」と説いたうえ、「不当労働行為を示す事実……概ね客観的な事実をありのまま記載しているということができる。……本件要望書の記載を全体として見ると、Xに対する嫌がらせや誹謗中傷を意図したものは認め難い。さらに、本件送付は……一時的なものであることからして、控訴人Xの営業にそれほど影響を及ぼすものというとはできない。」として、総合的に「本件送付は、正当な組合活動として社会通念上許容された範囲内のもので解されるから違法性はないというべきである。」とした。

ある事実がなんらかの意味で人ないし団体の能力・性向に関する論評（ないし意見表明）の基礎ないし前提となっているときその事実の真実性ないし「相当の理由」の有無により二者択一的に論評（ないし意見表明）の違法性及責任を判断するという前述した判例の傾向のなかにあつて、本判決は、労使紛争の渦中にある組合と会社間で名誉毀損の成否が問題となったという特殊な事案であつたとはいへ、諸事情を総合的に斟酌して違法性の有無を判断している点が注目される。こうした態度は、反面、仮に論評（ないし意見表明）の基礎ないし前提とした事実につき真実性や「相当の理由」を立証しえない場合においても、論評（ないし意見表明）全体が当然には違法ないし有責

とは限らないこととなる可能性を示唆するといえよう。

つぎに、県会議員であったXにつき脱税の疑惑など名誉を毀損する記事が報道されたという事案に関する東京高判平成一四年五月二三日判時一七九八・八一<sup>注44</sup>が注意をひく。同判決は、摘示事実を基礎とする論評(ないし意見表明)による名誉毀損につき最高裁がとる考え方を示したのち、つぎのように説く。「当該事実及び意見ないし論評が、公職にある者、公職に就こうとしている者、とりわけ国民による選挙等によって公の活動の場にその地位を得ようとする議員ないしその立候補者にかかる事柄である場合には、民主的政治の土台としての表現の自由・報道の自由が最大限に尊重されるべきであるから、その者の公的行動は、更なる批判的追及にさらすため、できる限り公開される必要があるであり、新聞等マスメディアは、国民がそれらの者の公職者としての能力、資質、公共奉仕精神、潔癖性等人格的側面も、公職者として適格性を議論したり、吟味できるようプライバシーにわたる生活行動部分も報道することが許されるべきであり、真実性のある表明事実を主要基礎とし、その経緯事実や周辺事実から推論した表明事実について、真実であること、真実であると信ずるについて相当な理由があることの完全な証明がなくても、疑惑、疑惑として合理的な根拠があり、国民、政党、議会等あるいは司直の手によって今後の更なる真実究明をする必要があることを社会的に訴えるために、これを意見ないし論評として表明することは民主的政治の維持のために許容されるべきであり、これを報道することは違法性を欠くものと解すべきである。」というのである。

本判決は、前提とした事実につき疑惑、疑惑をもたらす合理的な根拠があるからといってただちに論評(ないし意見表示)が違法性を欠くというのではなく、右事情にくわえて、論評(ないし意見表示)が社会的に訴えるためになされたという側面を違法性の判断にあたって重要視したもの、といえる。典型的な公人の犯罪疑惑に関する報

道という事案に即した判断とはいえ、従来注意されなかった側面に着眼するものとして重要である。いかなる場合にまでこの考え方を当てはめうるか問題ではあるが、論評（ないし意見表示）者の免責を大幅に緩和することになるのは間違いない。前述の最判平成九年九月九日の説くところに抵触することもないだけに、今後の判例への影響が注目される。

第三に、週刊誌の掲載記事により名誉が毀損されたとして宗教団体とその代表者が賠償請求に及んだ事案に関する東京高判平成一四年九月二五日判時一八一三・八六が注意をひく。<sup>注45</sup> 同判決は、「ある行為が人の名誉を毀損する（社会的評価を低下させる）か否かは……名誉を毀損されたと主張する人の社会的地位を観察し殊にその品位、身分、職業の如きその人の社会における地位、状況等を参酌」したうえ判断すべきであるとの一般論ののち、「本件記事は、読者らに宗教団体X<sub>1</sub>とその代表者X<sub>2</sub>の指導の下にオウム真理教事件を想起させるような危険な方向即ち教義の実践の下に大量殺人行為に走るような宗教団体へと動き出したのではないかとの疑念とこれに基づく恐怖や不安を与える効果をもたらす内容のものであると総括することができる。」と述べたうえ、「しかし、X<sub>1</sub>らの当時の社会的地位ないしX<sub>1</sub>らに対する当時の社会的評価を考慮すると、一般読者に上記のような印象を与える本件記事が先に認定したX<sub>1</sub>らの社会的評価を毀損し、低下させたと評価するのは相当ではない……また仮に本件記事がすでに相当程度低下しているX<sub>1</sub>らに対する社会的評価を更に低下させたという見方が可能であるとしても、それは厳しい監視と批判を甘受しなければならぬというX<sub>1</sub>らが置かれた社会的地位を考えると、受任限度を超えるものとは認められず、損害賠償責任を負担させるほどの違法性があるとはまではいえない……」と判示した。

本判決は、違法性はもちろん責任性のレベルの問題に立入ることもなく、そもそも名誉を毀損したことにならな

いとして請求を排斥している点が特徴的である(本件記事が原告団体の危険性を指摘する論評としての性質をもつことに疑問はなからう)。本件の原告団体が、かつて大量殺人を犯した団体を実質的に承継しているという理解に基づくかぎり、名誉毀損として保護に値する社会的評価はないとされるのも、やむをえないところであろう。ただし、こうした法律構成と、最判平成九年九月九日により却けられた東京高判平成六年一月二七日の考え方(意見の基礎事実が、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である場合において、意見が右事実から推論することが不当、不合理とはいえないときには意見言明は不法行為を構成しない、という。本判決の詳細は前編で触れた。)との分岐点は必ずしも明瞭ではない。この点は、今後に残された問題といえよう。

また、本判決は、名誉毀損の違法性の判断に受忍限度という考え方をもちこんでいる点でも注目をひく。こうした法律構成は、本判決にはじめて登場したものであるが、名誉毀損の成否の判断にあたり種々の具体的な事情を斟酌することを可能ならしめるという点で重要な意味をもつ、と思われる。

第四に、時期的には多少前後するが、論評(ないし意見表示)による名誉毀損の責任要件に直接言及するものではないにしても、前提としての事実の立証を操作することにより論評(ないし意見表示)の免責を大幅に緩和する結果となる処理をした東京地判平成一三年四月二四日判時一七六七・三二が注意をひく。総理大臣に買春の前歴ありという月刊誌記事による名誉毀損の成否が問題となったものである(本件記事が言外に総理として適格性を欠く旨の論評を含むことに疑問はなからう)。判決は、原告側が裁判所の提案した警視庁への調査嘱託の採用に強く反対したという事実、および、原告は本件前歴の有無については最も詳細に事実を語り得る立場にあり、容易に証拠を

提出することができたはずであったにもかかわらず、自己の供述を含めて、前歴の存在を積極的に否定する証拠をなんら提出しなかったという事実を重要視し、被告側が前提となった事実の真实性を立証できないからといって、これに基づく不利益を被告ら（記事の執筆者ならびにこれを掲載した者）だけに課すのは訴訟上の信義的に照らして相当でない、とした。判示の前段部分は、民事訴訟法学上議論されている「証明妨害の法理」を適用したものと理解できるが、後段部分は、真实性ないし真実と信じたことの「相当の理由」の立証責任を被告側（記事掲載者）に課する判例および学説上定着している処理に反省を迫るものがある、といえる。ただ、総理大臣の犯歴という事件事案の特殊性を考慮すると、どこまで一般化しうる論理としてこれを考えるかは問題であろう。しかし、すでに指摘されているように、<sup>注46</sup>今後の政治家ら公人のこの種訴訟での原告側の訴訟態度に少なからぬ影響を与えることになる、と思われる。なお、この判決の七年前に、「真实性」につき被告が証明責任を負うとの処理は、名誉又は信用を毀損したことを理由とする不法行為訴訟のすべての類型に対しあまねく適用される準則と解すべきでないとして、原則とは反対に、<sup>注47</sup>真实性の不存在を（名誉が害されたと主張する）原告が立証する要ありとした東京高判平成六年九月二二日判時一五三六・三七があつたことに留意したい。

最後に、事案として興味をひくものには、作品そのものに対する論評（ないし意見表示）が当然に作者の能力に対する論評（ないし意見表示）につながるかという問題を示唆する東京地判平成一三年一〇月二二日判時一七九三・一〇三がある。<sup>注48</sup>作品（橋）そのものに対する論評（ないし意見表示）は自由だとの被告側の主張に対し、判決は、右の記事等は、一般読者に対し、建築家Xが市民からの激しい罵倒を浴びるような不出来な作品（橋）を設計したという印象を与えるものであつて、Xらの社会的評価をいちじるしく低下させるものであつたとして、名誉毀損を

肯定した。ある作品に対する批評は間接的に作者の能力の評価という面をもつことは否定できない。しかし、それは作者の一般的能力を評価しているのではなく、当該作品に関するかぎりでのことともいえる。他方、作品を世に出すということは世人の評価にさらすということであり、作者は消極的な評価のありうることを覚悟しているはずであるとも考えられる。本判決の事案は、表現の自由と名誉毀損との調整をめぐる基本的な問題のひとつを提起するものとして、今後の帰趨が注目される（本事件は控訴中という）。

注43 右要望書中には「従前の不当労働行為に対抗すべく今後もストライキを計画しており、取引先に迷惑をかけるかもしれないことへの理解と協力を求めるとともに、取引先から右使用会社に対し正常な労使関係を築くよう指導いただきたい旨の記載があった。本件における労働組合の行動が会社の経営態度に対する論評（ないし意見表明）を含むとみうることに問題はなからう。なお、この問題については、菊谷達彌「企業の名誉・対面・信用と組合活動の正当性」現代労働法講座三・二九〇頁参照。

注44 本件で問題となった記事は、紙面の約三分の一の大きさで「脱税」「時効」の怪」等の見出し、顔写真を掲載のうえ「不況の中で重税に苦しんでいる庶民をシリ目に、県会議員が四四〇〇万円も税金を滞納（脱税）し、『時効』ということで法の網の目をくぐっている―そんな驚くべき実体を告白した文書が出回っている。」というもの。一審判決は、意見ないし論評の域を逸脱しているとして、請求を一部認容したため、新聞社Yが控訴。

注45 本件事案の概要はこうである。Y<sub>1</sub>出版社の「週刊ポスト」誌に、「X<sub>2</sub>が元幹部に送りつけた『ポアせよ！』麻原洗脳テープ」という題のもと「X<sub>2</sub>が元幹部に対し予言の成就のために宗教団体への復帰を勧誘したこと、X<sub>2</sub>がヴァジリヤーナ教義を再び揚げ始めたこと、X<sub>2</sub>が企図している多数の成就者の育成についてその成就者が非合法活動を命じられても動じない信者であること」等の記事を掲載した。これに対し宗教団体X<sub>1</sub>とその代表者X<sub>2</sub>が発行元のY<sub>1</sub>と編集者Y<sub>2</sub>に対し賠償請求に及んだ。

注46 同判決掲載誌の解説欄中の指摘。

注47 本件事案の概要は、被告出版社の週刊誌が、有名百貨店が著名作家の作として販売のため陳列している美術品につき贋作の疑

いがあるとの記事を掲載したことから、百貨店に対する名誉毀損の成否が問題となったもの。判決は、真实性の立証責任を被告（記事掲載などの言明者）に課する従来の判例・通説の根拠をつぎのように整理する。「不法行為規範が直接規定を設けているとはいえない事項については、その立証責任の分配は、公平の観点に立ち、立証の難易、当該事実を立証するための証拠に対し、いずれの当事者がより近い関係にあるか等証拠との距離なども考慮して定めるべきであるとの考えに基づき、当該事案において、摘示された犯罪事実等につき、その不存在の立証が容易であるから、被害者（原告）に右事実の不存在を加害者（被告）に負わせるのが公平であるとして、前示のような解釈を採ったものと解するのが相当であること、名誉には種々の類型があり、それぞれ社会的機能を異にするから、法的に保護されるべき程度においても差異があつてよく、また、そのいずれであるかにより言論の自由との関係においても調整の基準を異にすると解するのが相当であること、真实性の証明を抗弁とするとの考えは、摘示された事実の虚偽性が推定されるとの前提にたつものであるが、法律上の推定をすべき実定法上及び手続法上の根拠はなく、事実上の推定は、当該事実関係の下における経験則の適用の問題であるから、具体的事案につき、その可否を判断すべきものであること」にある、というのである。そして、本件が問題とする、百貨店が陳列する品物をめぐる言明についてはこの原則的処理が妥当しない旨を縷々説いて百貨店側の請求を棄却する。

この判決の説くところはきわめて説得力をもつが、類似の事案が登場しなかったせいか、後続の判決にはあまり影響力をもたなかったようである。しかし、再評価の価値があろう。

注48 本件事案の概要は、著名建築家の設計した橋につき、市民から大きな非難が浴びせられているという旨の記事を週刊誌が当該建築家の写真入りで掲載したことから、名誉毀損の成否が問題となったというもの。

#### 四 抜本的な解決策を指向する近年の学説の概況

##### 1. 判例・通説への疑義および具体的な解決策を提唱する諸説

つとに、判例・通説の態度に対し疑義を示す論者は少なからずみられた。まず「最高裁の判旨を前提とすると……結局事実表明と意見表明の区別の意義がなくなってしまう意見表明の自由が損なわれる」とか、「判決の法理は、事実報道と思想表現とを同一レベルにおくもので、その点で問題を残した」といった批判があつた。<sup>注49</sup>さらには、より根本的に「名誉毀損法制において、事実言明型と意見表明型とを二大別し、後者を前者になぞらえて構成するとう現状が正当なのかどうか」という指摘もみられた。<sup>注50</sup>

解決のための基本的な方向性を示唆する見解としては、以下のものがみられた。「そもそも事実言明型を中心として構成してきた伝統的な名誉毀損法制自体が、ある種の大きな修正を受けるべき段階に達しているのではないか、という考え方もありうる。」<sup>注51</sup>とするもの、「さまざまな様態における（例えば、中央・地方の公共事業、政治・教育・学術研究などの公的活動、文学・絵画・演劇活動などに対する）批判的活動についての、公正な論評の基準（名誉毀損にならないための要件）に関する適切な判断が積み重ねられていくことが切に希望される」といった指摘<sup>注52</sup>、あるいは「論評に広い自由を認めよとの主張は、そもそも政治や行政に関する論評の場合に肯定的にうけいれられてきた……本判決（最判決平成九年九月九日）は、犯罪に関する論評を含む新聞記事についても同様に判断されることを示した意義がある。だが、この基準の今後の適用は、そもそもマスメディアによって個人の犯罪に対する推理や事件関係者に対する人物評価が行われる意義いかにまで立ち戻って、慎重に行われる必要がある。」<sup>注53</sup>といった指摘



がこれである。それぞれ示唆に富む見解といつてよい。

先にもみたように、昭和四〇年代には若干の解決策が提案されたが、必ずしも十分な論議をよばなかった。近年になつてようやく僅かながら具体的な提案がみられるようになった。

そうしたなかでもっとも注目されるのは、憲法の認める「表現の自由」を最大限尊重すべきであるとの見解を基調として判例・通説の態度に対し抜本的な変更をせまる松井茂記教授による主張である。その主張の要点はすでに一九八六年発表の論考「表現の自由と名誉毀損再考」<sup>注55</sup>に示されているところだが、ここでは、より平明かつ詳細にその主張を展開している論考「意見による名誉毀損と表現の自由」<sup>注56</sup>にもとづいて、その内容をみることにしよう。

教授は、まず、「名誉毀損法の出発点とされるべきは、他人の名誉を毀損する表現に対しても、あくまで表現で対抗すべきだという表現の自由の基本原則である。」といい、また「憲法二二条のもとで名誉毀損を理由に刑事・民事の責任を問うるのは、『虚偽の事実』の表現によつて名誉<sup>II</sup>社会的評価が低下した場合に限られると考えるべきである。」と説かれる。そして、「意見に対し名誉毀損責任を問うるのは、意見の言明の前提として事実の言明が存在する場合であり、その場合にも名誉毀損責任を問うるのはその前提とされている事実の言明に限られるというべきである。また、いかに意見が悪意に基づくものや、個人攻撃を目的とするものであつても、またその表現が中傷的・揶揄的であつても、そのこと自体によつて意見を名誉毀損と捉えることは許されるべきではない。」とされる。要するに、「意見」そのものに対しては、それがいかなるものであつても、名誉毀損責任を問うことはできないといふのである。さらに、「(わが)判例上認められるようになった公正な論評の法理では、意見に対する憲法的保護は十分確保されえない。……(右の)公正な論評の法理は、前提としている事実が真実である場合にしか(ただ、前提と

されている事実を真実と誤信する相当な根拠があつた場合には保護の可能性は残されていよう<sup>注57</sup>、意見に保護を与えない。たとえ公正な論評の法理を認めたとしても、前提としている事実が真実であつても論評が公正でない場合には、なお意見として名誉毀損責任が問われる可能性がある。また、公共の利害に関しない事項に関しては、公正な論評の保護は認められないであろう。これでは、明らかに憲法二一条の要求を満たしているとは考えられない。」といわれる。<sup>注58</sup>

教授は、事実の言明を前提としない「意見」を想定していること、また、前提としている事実につき「相当の理由」論をとつたうえで論評(ないし意見表示)の責任を考えるのでは論評者の保護としては十分ではないとの考え方に立っていることに留意したい。

教授が、従来「意見」として問題とされてきた事例にも種々の異なる性格のものがある旨を指摘し、類型化のうえ、それぞれの場合の効果につき言及している点も重要である。<sup>注59</sup>

なおまた、教授が名誉毀損責任を問うるとして「前提とされている事実の言明」についても注意すべきことがある。というのは、教授は事実摘示による名誉毀損についても独自の考えをもたれるからである。詳細は注記に委ねるが、要するに、反論の機会やマスコミ・メディアへのアクセスの方法がほとんどない私人と名誉毀損に対し反論の機会が十分ある公人の場合とを分けて責任要件を考えておられる、ということである。<sup>注60</sup>

つぎに、英米法の研究を基礎としたうえで日本法への示唆を説かれた山口成樹教授の見解がある。まず、ある意見が一定の事実にもとづいている場合にその基礎となった事実との間に「合理性」を要求すべきでないとし、また、基礎事実<sup>注61</sup>に照らして意見が荒唐無稽とおもわれる場合に、他に右意見を正当化しようとするような根拠を詮索すべ

きではないとし、さらに基礎事実の開示を伴わない意見言明（「裸の意見言明」といわれる）においては、当該意見そのものの真偽ないし正当・不当を問う余地はない（言外に名誉毀損的事実を暗示するときには暗示された名誉毀損的事実の真偽が名誉毀損の成否を決する）といわれる。<sup>注61</sup>

具体的な解決策を提唱する第三の見解として注目したいのは堀内明判事のそれである。<sup>注62</sup> 判事は、基本的には前述の最判平成九年九月九日の態度を支持しつつ、若干の点で独自の見解を説かれる。まず、「（言明が）前提事実と言及していない場合は、意見のみとして処理すべきか、論評者に論評の前提とした事実についての主張を当該訴訟においてなさしめるべきか」が問題であるとしたうえ、「基礎事実が本当はあるのに間接的ないしは黙示的にもこれに言及しないでなされた論評については……基礎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となる。」といわれる。そしてさらに「論評の基礎事実が当該記事の該当部分に明示されていれば特に問題はないが、その事実がそこに明示されていない場合は、右記事の前後の文脈や当時一般読者が知りえた知識・経験等の内容を踏まえた間接的ないしえんきよくな事実主張がなされているか、いないとしても黙示的事実主張があるかどうか問題となる。仮に黙示的にも事実の言及がなされていないと解された場合も、何らかの基礎事実があると解される場合は、その事実の新たな主張、立証が論評者によりなされる必要があるのではなからうか。」とされる。<sup>注63</sup> これを要するに、なんらかの基礎事実があると解されるのについてそれを示さない論評（ないし意見表示）は違法性を免れない、ということであろう。基礎事実のない「意見そのもの」をおよそ許容しないとする趣旨かは明瞭でない。

最後に喜田村洋一弁護士<sup>注64</sup>の所論にも注意したい。氏の論考は、直接的には事実摘示による名誉毀損の場合を対象

に検討するものであって、論評(ないし意見表示)による名誉毀損に関しては触れるところはない。しかし、氏が、論評(ないし意見表示)の違法性・有責性はその前提ないし基礎となった事実の真実性ないし「相当の理由」の有無により規定されるとの判例の態度を前提として容認されるのだとすれば、事実についての独自の考えを適用することに伴い、論評(ないし意見表示)の違法性・有責性の有無が左右されることになる。その意味で、ここでの課題にかかわりをもつことになると考えられる。

氏は、現行の判例の態度は、その現実的機能としては公人にたいする過大な保護と私人にたいする過小の保護という結果を生み出しているという理解<sup>注65</sup>を基礎として、つぎのようにいわれる。日本の現行の第一要件(報道内容が公共の関心事にかかわる事項たること)を満たしている者は公人(全面的な、又は限定的な公人)といえる。公人に該当するなら、原告として、報道者たる被告には(1)対象となる報道には、公益を図る目的がまったくなかったこと(現行の第二要件)、(2)報道された内容が主要な点において事実ではなく、また報道機関においてこれを真実と信じるについて相当の理由も有していなかったこと(現行の第三要件)のいずれかを証明する必要がある。これは、これまでの取り扱いとは、証明責任を逆にしたものである。また、「第一要件が存在しないのであれば、名誉毀損的な報道をしたことについて、報道機関に故意か過失が存在することは原告の側で立証しなければならぬ」ことになる、といわれる。ただ「通常の場合には当該記事が対象者の評価を低下させることは報道機関にとって明らかであるから……報道機関の故意又は過失は(容易に)認めることができる。」という。そしてさらに氏は、「報道被害者の典型である犯罪容疑者については、どのように考えるべきであろうか。」を問題とし、通常の犯罪容疑者の場合はあくまで私人として取り扱われるべきであり、公人のように証明責任が転換することはなく、報道機関が報道内容

の真実性ないしこれを真実と信じるについての相当性の証明責任を負うとすることで報道の自由と個人の名誉権の調和が図られると考えられる、とされる。<sup>注66</sup>

注49 五十嵐清・前掲リマークス六六頁、竹田稔・前掲三一頁参照。なお、いずれにおいても、そこでは事実を基礎ないし前提とする論評（ないし意見表示）のみを想定しているものと思われる。

注50 奥平・前掲一七九頁。

注51 奥平・前掲一七九頁。教授は、事実摘示を伴わない論評をも念頭においているとみられることに注意したい。

注52 清水―法時七一巻七号一〇六頁（一九九九年）。

注53 和田―法学教室二一一号一三七頁（一九九八年）。これは、論評の自由の機能する領域をやや限定し、犯罪関係者への人物評価には最判平成九年九月九日の示す準則は及ばないとする可能性を示唆しようとするもの、と理解できる。

注54 「事実報道による名誉毀損には無過失責任を、論評による名誉毀損にはより緩やかな免責事由を必要とする五十嵐清・田宮裕教授の所説（前出「名誉とブライシー」一二〇頁参照）、意見・論評による名誉毀損の責任については「公益性要件」を削除すべしとの五十嵐清教授の所説（前掲リマークス六六頁）などのほか、山川教授による「現実的悪意の抗弁」理論の採用がみられた。

注55 松井茂紀「表現の自由と名誉毀損再考」法律のひろば三九巻一〇一―四七頁以下（一九八六）。本論考の要点を示すと、こうである。表現の自由の憲法上の位置づけを考察したのち、こうした表現の自由の体系の中で名誉保護を図る為の出発点としては「総ての社会的評価の低下を即表現制約根拠と見るのではなく、表現には飽くまで表現で対抗すべきものとの原則に立ち、一定の条件の下に於いてのみ、名誉保護の為表現制約が正当化される」との考え方に立つ必要があるとし、「そのような条件として……虚偽の事実を述べた為社会的評価が低下した場合にのみ、表現制約が正当化されると考えるべきではないか」とされる。そして「この前提からは、事実の摘示によらない社会的評価の低下は、そもそも名誉毀損とならない。つまり意見や評価的発言によって社会的評価が低下した場合、表現制約ではなく、飽くまで表現で対抗すべきものである。」というのである。なお、同教授の問題提

起の萌芽は、すでに「名誉毀損と表現の自由(一)(二)(三)」民商八七卷四号、五号、六号(一九八三年)にみられるところである。

注56 民商一一三卷三号三二七頁(一九九五年)。

注57 のちに最判平成九年九月九日により括弧内の指摘どおりになったことは、すでにみたところである。

注58 以上については前注56三五五頁以下参照。

注59 教授は、従来「意見」として問題とされてきた事例をつぎのように類型化し、それぞれ若干のコメントを付している。①他人の道徳的人格や能力についての評価的判断。これは『意見』の典型例でまさしく純粹の意見であり、『評価的意見』と呼ぶことができる。この場合、いかに論評が中傷的・侮辱的であろうが、人身攻撃目的であろうが、このような評価に対して名誉毀損責任を問うことは憲法上許されるべきでない。ただ、このような評価的判断が一定の「事実」の存在を前提としている場合には、その事実言明に関しては名誉毀損の責任の可能性を否定することはできない。また、前提となる事実が摘示されていないが、含意されている場合にも同様に考えてよい。②「誇張のレトリック」の場合。これは、ある人の行為を非難するための誇張にすぎない。これを「意見」と呼ぶことが適切かは疑問なくはないが、この言明が抽象的・多義的であり、具体的な事実の存在を含意しない場合には、名誉毀損責任を問うことは許されない。③事実の主張のようにみえるが、客観的証拠による証明可能性に欠ける言明。これは実は印象的評価であり、原則として名誉毀損責任の可能性を認めるべきでない。④事実の推論。推論されている事実を「意見」という形で表現している場合(「推論的意見」ともよびうる)を含む。報道された事実から何を推論するかは、本来読者の決定すべきことである。確かに推論される事実の存在を主張している場合には、名誉毀損責任を問われても仕方ないが、そのような場合を除いては名誉毀損責任を問われるべきでない。「意見」という形がとられているが事実言明を含意している場合は名誉毀損責任が生じる。動機の推測や裁判結果の予測もこれに似た問題を有する。

注60 松井教授の、事実の摘示による名誉毀損に関する独自の法律構成については「名誉毀損と表現の自由」山田卓生編集代表・新・現代損害賠償法講座二(日本評論社・一九九八年)八〇頁以下(とくに一〇五頁以下)に詳しい。教授は、「意見」の場合については別にその考え方を示しているから、この部分に関する教授の叙述は本稿の課題に直接の参考とはならないというべきだが、教授の一貫した考え方を示すものとして注目されるので、その要点を以下に示しておこう。

「(名誉保護と表現の自由の調整をはかるにあたって)重要なことは、名誉毀損法を考える際の出発点の置き方である。すなわち、すべての社会的評価の低下をただちに表現制約根拠と見るのではなく、表現にはあくまで表現で対抗すべきものとの原則に立ち、一定の条件の下においてのみ、名誉保護のため表現制約が正当化されると考えるべきである。」としたうえで、「このような観点に立つ場合、さしあたり虚偽の事実を述べたため社会的評価が低下した場合のみ、名誉毀損として表現を制約することが憲法上正当化されると考えるのが妥当ではないかと思われる。つまり、名誉毀損を理由にして民事上の責任を追及することが許されるのは、『虚偽』の『事実表現』によって、『名誉』(社会的名誉)が低下したことが証明できた場合に限られるべきである。」とする。しかし一方、社会的評価を低下させる虚偽の事実表現であれば、一切法的保護に値しない(すなわち言明者は名誉毀損の責任を負う)と考えるのは妥当ではない、という。「自由な表現を保障するためには、本来保護に値する表現だけを保護していたのでは十分ではない。自己検閲を防ぐためには、保護に値しない表現をも保護することが必要なのである。」というのである。問題はそれの枠組みだが、判例の示す免責要件では憲法二一条の保護に十分ではない、という。すなわち、「判例理論では、虚偽の事実表現以外の意見でも名誉毀損責任を問われる可能性がある。その上、虚偽の事実表現による名誉毀損の場合であっても、判例理論では、表現が公共の利害に関する事実に係わること、もっぱら公益を図る目的であったこと、表現が真実であるか、真実と信じる相当な根拠があったことを被告が証明できない限り、損害賠償を免れないことになっている。これでは、自己検閲を防ぎ、表現の自由を確保するには十分とはいえない。」というのである。そして結論的に「原告が表現が虚偽であり名誉を毀損したと証明できたとしても、民事上の損害賠償請求の場合、少なくとも名誉毀損になったことについて被告に過失があったことの証明が要求されるべきであり、さらに表現が虚偽であったことについても、原告が私人の場合には「過失」が、そして原告が公人の場合には「現実的悪意」が証明されない限り、損害賠償を認めるべきでないように思われる。」といわれる(二〇五頁—一〇九頁)。なお、私人の場合と公人の場合とを分ける理由については、反論の機会やマス・メディアへのアクセスの方法がほとんどない私人についてはそのように処理しても憲法二一条に反しないが、名誉毀損に対し反論の機会が十分ある公人の場合にはそのように考えることができな、という点に求められている(二〇九頁)。

教授は、近時の論考「変貌する名誉毀損法と表現の自由」ジュリスト一二二二号七七頁(二〇〇二年)において、従来の基本

的態度を踏襲しつつ近年の判例の動向に対しつよい懸念と批判を展開している。

注61 山口成樹「名誉毀損法における事実と意見(一)(二)(三)」都法三五卷一号一〇九頁、二号一一一頁、三六卷二号(一九九四年)、とくに(三)一五五頁参照。

注62 堀内明「公正な論評」竹田稔Ⅱ堀部政男編・新・裁判実務体系九(青林書院・二〇〇一年)三四頁以下。

注63 堀内・前掲四五頁―四七頁。

注64 喜田村洋一「報道被害者と報道の自由」(白水社・一九九九年)一九三頁以下。

注65 氏が「現実的機能としては、公人にたいする過大な保護と私人にたいする過小の保護という結果を生み出している。」とする理由は以下のようなものである。「(公人は)つよい権限を保持していること、批判を受ける高い地位に自らついたということ、そして自ら反論をなしうることを考えれば、公人にたいする批判は原則として自由でなければならぬ」ところが、「このような、本来は自由であるべき公人にたいする批判に公人が反発し、これにたいして名誉毀損訴訟を提起したとき、真実証明または真実と信じるに足りる相当の証明を報道機関に求め、これを証明できなければ報道機関が敗訴するとするならば……報道機関による自主規制、萎縮が生じるおそれが非常に強い」というのも、事実が真実である場合においてすら、証人が面倒に巻き込まれたいかないとの理由で証言を拒否することが十分ありうるし、報道機関としてはニュースソースの秘匿の必要から裁判の場に証拠等を提出できないこともあるからだ、とする。「これにたいし、私人の場合は、その置かれている状況は、公人と正反対である。これらの人々は、多数の市民に影響を与える地位にいないし、報道による批判がなければ権限が濫用される、あるいは誤って用いられるということもない。また、私人としての地位にとどまっている限りは、社会的な批判を受けることを予期していたとみなすこともできない。さらに私人は、自らの声を報じてもらおうとしても、それを実現させることは容易なことではないのであり、報道にたいするアクセスはないに等しい」。このような状態にある私人については、公人に関する報道のような自由な批判ではなく、名誉の保護が優先されるべきであるのに、「本来は必要のない真実性証明が行われて裁判が遅延したり、そのような真実性証明の過程で原告となった私人がふれてほしくない事項が現出したりすることもありうる」。こうして「日本の現在の名誉毀損訴訟の処理方法は、実際の効果としては、私人を犠牲にして、私人を保護するという恰好になっている」というのである(前注64一



## 2. 諸説の検討

すでにみられた諸説に対する所感を述べれば、こうである。事実報道による名誉毀損には無過失責任を、論評による名誉毀損には基礎とした事実につき真実と信じたことの「相当の理由」を問題として緩やかな免責をという所論に対しては、事実報道は無過失責任という態度は一般的な支持を得ていないという点で疑義を残している。意見・論評については「公益性要件」を削除すべしとの説に対しては論評（ないし意見表明）の自由を十分に認めるものとはなっていない、との疑問が避けられない。「現実的悪意の抗弁」理論に対しては、なんらかの「事実」を前提とする理論と思われること、また、公人に関する報道につき免責を緩和しようとするものである点で部分的な解決にとどまるように思われることなどの理由から、全般的な解決にはやや不十分といわざるをえないように思われる。

つぎに、近年の松井教授の提唱に対する所見だが、虚名は保護されるべきでない（即ち、真実の事実摘示による名誉毀損はもちろん、それを基礎ないし前提とする論評（ないし意見表示）は無責）とする点は傾聴に値するが、疑問点も少なくないように思われる。その一は、論評（ないし意見表示）の表現形式にも限界なしとの態度についてである。名誉感情を一切無視してよいのかとの疑問が免れないからである。その二は、論評（ないし意見表示）の基礎ないし前提とした事実が真実でない場合であっても、論評（ないし意見表示）じたいはつねに許容されるとの考えに対する疑問である。教授は、基礎ないし前提とされた事実の摘示につき名誉毀損の責任を考えれば足りる

とされるのだが、この点はかねて、かような事実を基礎ないし前提とした論評(ないし意見表示)は名誉毀損の「拡大生産」となるといわれてきたところである。こうした指摘に対し十分応えうるのか、との疑問が避けがたい。もつとも基本的な問題は、「意見には意見で」という基本的態度を貫くことの当否いかんである。というのは、建前論としては理解できるとしても、実際問題として、対抗して意見を述べるのが能力的にも立場上もきわめて困難な状況にある人々は少なからず存在するからである。「意見には意見で」というのはあまりに非現実的だといわなければならない。教授は、事実摘示による名誉毀損の責任の要件をめぐっては、反論の機会やマス・メディアへのアクセスの方法がほとんどない私人とそうようにはいえない公人の場合とを分けて処理すべきことを力説している(注60参照)ことを考えると、一貫性を欠くのではないかとの疑義もある。以上を要するに、教授の見解はあまりに論評者の保護に片寄りすぎている、といわなければならない。

山口教授の見解については、きわめて詳細かつ綿密な英米法研究を基礎とするものであるから、本来ならそれを十分咀嚼しかつ消化したうえでないと所見など述べるべきではないのだが、論評(ないし意見表明)の対象が多様であることを考えると、教授の示される分析視点のみでは十分に処理しきれないのではないか、との印象をもつ。

堀内判事の見解に対しては、つぎのような疑問をもつ。判事は「論評に」何らかの基礎事実があると解される場合は、その事実の新たな主張、立証が論評者によりなされる必要があるのではなからうか。」とされるが、基礎事実にどの程度具体性が求められるのかという点もさることながら、あらゆる場合を通じて一律にそのように考えることが妥当か、である。政治家や政党の能力や姿勢といったものについては、そこまで要求されなくともよいのではなからうか。ともあれ、前述の松井説が論評者の責任をほとんど極限まで軽減しているのに対し、堀内説にあっては、

