

平成18年度
筑波大学法科大学院
[ビジネス科学研究科法曹専攻]
(専門職学位課程) 入学試験

論文試験問題
(120分)

受験番号	氏名

注意事項

- 1) この問題冊子の表紙に、受験番号、氏名を記入してください。
- 2) 試験開始の合図があるまで、この問題冊子を開かないでください。
- 3) 試験開始後、この問題冊子が1～9頁であること、答案用紙が3枚（問題Ⅰ、問題Ⅱ－1、問題Ⅱ－2）あることを確認してください。
- 4) 試験開始後、3枚の答案用紙それぞれに、受験番号を記入してください。
- 5) 筆記用具は、鉛筆又はシャープペンシルを使用してください。消しゴムを使用することができます。
- 6) 下書きは問題冊子の2頁及びその他の頁の余白を適宜利用してください。
- 7) 問題冊子は持ち帰ることができません。答案用紙とともに提出してください。
- 8) 試験開始後30分間、試験終了前10分間は、退出できません。

(余白頁)

下書きは、この頁やその他の頁の余白を利用してください。

問Ⅰ タバコの路上喫煙を刑罰の対象とする法律を制定することについて、これを肯定する論拠及び否定する論拠をそれぞれ挙げたうえで、これについてあなたの見解を述べてください。[配点30点]

問Ⅱ 以下の論文を読んで、次の問いに答えてください。[配点70点]
(この問題についての法律論や法律用語、判例を知っているかどうかは採点の基準とはしません。)

(出題者注)

1) 名誉毀損が不法行為となるかについては、最高裁判所の判例によって、次のような考え方が示されています(新聞記事による場合を例にとります)。

- ① 人の社会的評価を客観的に低下させるに足りる記事を掲載したときは、名誉毀損となる。
- ② しかし、記事が公共の利害に関する事実について、もっぱら公益を図る目的で掲載したもので、記載した事実が重要な部分で真実であることを記事を掲載した側が証明したときは、違法性がなく、不法行為は成立しない。
- ③ 記載した事実が真実であることが証明されなくても、真実と信じたことに相当な理由があると認められるときは、過失がなく、不法行為は成立しない。〔相当性の法理〕

2) 不法行為責任を定めた民法709条の条文は次のとおりです。

「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」

3) 問題文中の(中略)(略)は原文を一部省略した部分です。また、〈脚注〉は省略してあります。

(問Ⅱ-1)

被害者が私人か公人かによって区別するべきだとする筆者の主張の骨子を500字以内で簡潔にまとめてください。

(問Ⅱ-2)

筆者の主張について、どのような反論が可能か、重要と考えられる2点について反論してください。また、その2点についてあなたの見解を述べてください。

[問Ⅱの論文]

出典；坪井明典「報道の自由と名誉保護との調和」（『自由と正義』2005年9月号）

1 はじめに

名誉毀損をめぐる裁判で、マスコミ側からしばしば持ち出されるのが「誤信相当性の法理」（相当性の法理と略す）である。記事の内容が真実でなかったとしても「真実と信ずるについて（又は、誤信するについて）相当の理由があった」として免責を求める。「報道の正確性」を存立基盤にするマスコミが誤報であっても責任を取らないといわんばかりの、この姿勢は一般的には不可解に映る。相手が「公人」の場合を別にして、「私人」の場合には社会的賛同を得にくい。

民法上の不法行為（709条）である名誉毀損については、具体的な規定がないために刑法「230条の2」が取り入れられて公共性と公益性、真実性の証明があれば、名誉毀損的な報道記事についても「違法性がない」として免責が認められる。さらに、真実と信じるに相当の理由があれば「過失がない」としてやはり免責される。この「相当性の法理」は人格権と表現の自由との衝突の場面で調整を図ったものと評され、昭和41年6月の最高裁判決で登場した。それ以前から下級審で同趣旨の判断が示されており相当性の法理はほぼ定着していたが、最高裁判決によってより確かなものとなった。

しかし、誤った犯罪・疑惑報道で名誉を毀損された被害者であっても、報道側の免責によって全く救済されないという結果を招く。裁判所は「身の不運としてあきらめなさい」とでも言うのだろうか。

相当性の法理は一見、マスコミ側に有利に映るが、使い方を誤れば「表現の自由」に逆効果をもたらす。「身の不運」を可能な限り排除し、なお、この法理を意義あるものにしていくにはどうすればいいのか。

2 無過失責任が不条理を断つ

相当性の法理では、取材・報道に当たって真実性の証明までの根拠資料を求めるのではなく、真実と信ずるについて「相当の理由」に至る資料収集によってマスコミは十分に注意義務を果たしたとされる。では、具体的にどの程度の資料収集をすれば過失責任を問われないのであろうか。弁護士が名誉毀損で新聞社を訴えた訴訟の東京地裁判決が次のように言っている。

「報道内容が十分に推定できる程度の確実な資料を数量及び質の両面において収集し、これを根拠にすることが必要であり、これらによらず、単に報道内容に沿う伝聞を主張する者或いは主観的憶測の域を出ない解釈や推定をなす者の供述や情報、報道の前若しくは後において信憑性を吟味する機会（特に裁判手続きにおいて）の与えられない匿名者の供述やいわゆるオフレコの情報を根拠にするだけでは不足というべきである。特に、報道される当事者が報道内容事実を事前に否定している場合には、右否定を虚偽、架空と断じ得る程度の資料が必要であり、これがなされていない限り、報道される当事者の主張を記事内容に併記したからといって、報道者の不法行為責任を阻却し得るものではない」。これが一般的に参考にされるべき基準のようだ。

何故、この法理が採られたかについては、下級審判決の中に明確な理由が示されている。「情報収集の程度について、有罪の判決が出来る程度が必要であろうとすると、マスメディアは、検察官と同程度の事実の立証を負うことになるが、強制捜査の権限を持たないマスメディアにそのような立証責任を課すことは、表現の自由を不当に制限することとなり、ひいては、国民の情報への接近を妨げることになる」

確かに、検察レベルの立証を求めれば、取材でそれなりの確かな情報を入手していても真実の立証という負担を考えて、報道することに躊躇する。

しかも、マスコミには「取材源の秘匿」という基本倫理があり、裏づけ証拠が手元にあっても時に表には出せないこともある。確かな証人がいても裁判には出せないケースもある。また、取材に応じながらも、証人として法廷に出ることを拒否する人もなくはない。結局、自己検閲に陥ることにもなる。

こう見ると、真実の立証を緩和した相当性の法理は一見、この「萎縮効果」からマスコミを解放し、表現の自由を保障する有益な法理にみえる。しかし、多くの裁判で被害者が「私人」なのか「公人」なのかの明確な区別をすることなく適用されるために、実のところ被害者救済にとっても、表現の自由にとっても問題を抱えてしまうのである。

誤報の免責は時に不条理を生む。典型的な誤報を考えた場合、報道側に任意取材の限界、迅速性等、どんな事情があろうとも、被害者には何の落度もないのに、一片の記事で犯罪容疑者にされるのである。こうした誤報でも相当の理由が立証された場合、「萎縮効果を避けるためだから、マスコミによって犯罪容疑者扱いされ世間に広く知れ渡っても、何の救済もありません。我慢なさい」ということになる。こんな論理が通用するであろうか。こうした不条理なケースが続けば、マスコミ不信あるいは司法不信が社会に広く募るのは当然のことである。

(中 略)

三島宗彦氏が『人格権の保護』の中で正当にも指摘する。

「たとえ報道機関の側に真実性の誤認について非難すべき故意・過失が認められない場合であっても、加害者の行為の結果として生じた損害については、いわば結果責任としての賠償責任を問うことは許されてよいはずである」

この無過失責任論は三島氏に限らず、時折、散見される。例えば、五十嵐清氏と田宮裕氏共著の『名誉とプライバシー』は、無過失責任を排除する下級審判決について「これでは誤報により損害を受けた被害者がどこへも訴えることが出来ないということにもなり、問題は残っている」、あるいは「他人の名誉やプライバシーを侵害する言論は、もはや自由な言論として保護に値しないという理解も成り立つであろう。筆者は基本的にはこの立場をとる」と述べている。無過失責任にくみする発言である。

この無過失責任が容易に司法の場で受け入れられない。

無過失責任を排除する理由については、仙台地裁が判決で次のように言う。

「過失なければ責任なしとするいわゆる過失主義の原則が、必ずしも被害者の救済に十全でないところより、一定の場合に、無過失損害賠償責任を認めようとする傾向が近時次第に顕著になりつつあることは、否定し得ない事実である。……過失の有無に関わらず、

かかる結果の発生に対して原因を与えた者においてその損害を賠償すべきであるとすれば、新聞社は、社会面の大半が犯罪や個人の行状に関する報道で埋められている現状では、莫大なしかも予期し難い出費を余儀なくされ、延いては報道活動を畏縮せしめる恐れなしとしない。……道徳的ないし社会政策的要請としてはともかく、法律的主張としては、にわか採用しがたい」

表現の自由に積極的な姿勢を打ち出しているように見える。だが、「社会面の大半が犯罪や個人の行状に関する報道で埋められている現状では、莫大なしかも予期し難い出費を余儀なくされ、……」という程度の根拠で無過失責任を排除されては、被害者はたまらない。

そもそも、被害者にとって新聞社がどういう編集方針を持っているかは無関係である。また、「犯罪や個人の行状が溢れる」編集の現状を批判する声が大きいかも看過してはならない。

この判決は別の箇所でも述べている。「犯罪容疑に関する記事を掲載するに当たって取材記者、編集局長等の報道関係者は、それが多数の者に購読されて誤報も真正の事実として広く社会に流布され、これがため他人に対し社会的に葬り去られる程の致命的損害を与えることが少なくない新聞の強大な社会的影響力に思いをいたし、……」

確かに、誤報の被害者が自殺に追い込まれたケースもある。記事の真偽がそれほど重大な意味を持っているのに、「出費」という経営上の理由とそれに起因する萎縮という事情で誤報の被害者が譲歩しなければならないというのでは、社会的合意は得られそうにない。その意味で、判決は余りにもマスコミ寄りな立場であり、一面的である。

(中 略)

誤報の前に名誉権が道を譲る必要はないのである。自明のことだが、不法行為の趣旨は制裁ではなく、被害回復にある。とすれば、いかに「相当の理由」を充足していても、誤報で名誉権を侵害したならば、過失の有無にかかわらず、被害回復の賠償責任を認めて当然であろう。

3 匿名報道に意義が

多くの識者が的確にも指摘するように、表現の自由が確保されていなければ、名誉権等の権利が憲法上保障されているといっても絵に描いた餅に終わる。歴史がそれを証明してきたことも確かである。

そうではあるが、やはり安易な免責は避けたほうがよい。免責を後ろ盾にした誤報によって名誉毀損やプライバシーなどの人権侵害が続けば、社会的反発に遭う。挙句の果てに、その現実を利用しようとする勢力によって法規制を呼び込み、公権力の介入を招く。表現の自由が拡大すればするほど、縮小につながるというパラドキシカルな社会の現実にも心しなければならぬ。三島氏も「安易に取材記者や編集担当者の無過失を認定して免責する態度は、一見表現の自由に最大限の保障を与えるものとして評価されやすいが、その実、表現の自由そのものを掘り崩す危険を内包している」と訴えている。

幾代通氏は法律雑誌の中で、通説・判例が過失責任の原則を維持する理由を次のように指摘する。「新聞記事の真実性ということの意味が、……捜査の対象たる容疑事実そのもの

の真実性であると考えられている以上、その報道について無過失責任主義を採ることは、捜査段階にある犯罪容疑事件に関してはほとんど禁止的ともいうべき重いリスクを報道機関に負わせることを意味する」からだ、と。事実、そういうことであれば、国民の知る権利が危殆に瀕し、ことは重大である。表現の自由という社会全体の利益のために、私人であっても被害者には「身の不運」としてあきらめてもらうしかないのかもしれない。

しかし、匿名報道を考えた場合、この「禁止的ともいうべき重いリスク」は避けられるのではなかろうか。匿名報道の意義について、山下健次氏は同じ法律雑誌で「匿名という方法を取り、問題となっている人物の利益を或る程度はかりつつ、他方で国民の知る権利を保障することは十分に認められて然るべきである」と記す。正鶴を得た指摘である。高橋氏が言うように、非常に特殊な事情がない限り「この表現によってしか自己実現しえないというわけではない」のである。

報道対象が公人ではなく、私人であれば余程の例外を除いて、実名にさほどの意味はない。例えば、検挙者が少年であれば、少年法に基づいてマスコミは原則、匿名報道を行う。それで、報道の役割を果たしているのではないか。その匿名報道を成人の検挙者に広げて何の不都合があるというのだろうか。犯罪報道の公共性は私人の実名にあるのではなく、行為そのものにあるのである。

「氏名が他の事実と一体になって真実表現に至る」「実名は真実報道の要だ」等々、実名報道こそ国民の知る権利に応えるかのようにいう論者もいる。判決の中にも「被疑者の特定は、犯罪ニュースの基本的要素である」という指摘がしばしば登場する。それでは、少年犯罪でマスコミは常々「真実に至らない」「基本的要素を欠いた」欠陥記事を送り出しているのだろうか。刑法犯検挙者の40%余が20歳未満の少年で占められているという現実があるが、この比率からみると、大まかに言って犯罪報道の半分近くが欠陥報道に該当することになる。マスコミはそれを認めるのだろうか。また、情報の受け手側から匿名報道への批判が報道機関に大きな声となって押し寄せているとでもいうのだろうか。

最近では、20歳以上の容疑者であっても、微罪であったり、任意取調べ・書類送検の場合には匿名にすることを自主的なルールにしているマスコミが増えている。まして明確な犯罪とまで言えない「けしからん罪」では匿名報道が多い。この場合でもマスコミは欠陥報道を自認してニュースを流し続けているのだろうか。「実名に意味がある」にこだわれば、マスコミは自己矛盾に陥る。

実名に意味のある公人（あるいは、例外として私人でも実名が必須の場合）を除いては、原則匿名が名誉権と表現の自由を守る方法として社会的に有効なのである。無過失責任を採り入れても、マスコミの役割は果たされ、知る権利に応え得るのである。

もちろん、匿名報道によって名誉毀損に伴う責任から解放されるからといっても、報道事実が誤っていた時には、当然、道義としてその訂正はしなければならない。真実が報道の大前提・存在基盤ということは、先に新聞倫理綱領で見たとおりである。

4 公人批判の報道は原則、自由に

当然のことながら、以上の論は「私人に限定」という確認が不可欠である。もし、公人にまでこの論を広げれば、たちまち表現の自由は意味をなくし、知る権利も崩壊する。「公

人」の場合は、実名にこそ意味があり、報道の要である。政治、経済、社会等の諸問題で判断を下し、市民自治を行うために、公人の実名は「知る必要性」のある情報である。公人の典型である公務員にあっては「国民全体の奉仕者であって」「その罷免・選定権は国民固有の権利」である。この憲法規定を実効あらしめるためにも、実名は必須である。実名がなければ、権力行使に対する監視というマスコミの使命は果たせない。

喜多村氏は公人と私人を比較して「私人の場合、その置かれている状況は（筆者注・公人とは）正反対である。これらの人々は、多数の市民に影響力を与える地位にないし、報道による批判がなければ権限が乱用される、或いは誤って用いられるということもない」という。逆に言えば、公人は「多数の市民に影響を与え」「批判がなければ、権限を乱用するか、或いは誤って用いる」ことが多分に想定され、マスコミによる公人監視は絶対に譲れないのである。公人は無過失責任主義の例外であり、この点が表現の自由、報道の自由を論ずる上で最も肝要である。

その公人の実名報道が萎縮しないためには、無過失責任ではなくて、「相当の理由」による免責の法理が適用されなければならない。さらに、司法が示す相当性の基準は到底受け入れ難い。「報道内容が十分に推定できる程度の確実な資料を数量及び質の両面において収集し、これを根拠にすることが必要である」「報道される当事者が報道内容事実を事前に否定している場合には、右否定を虚偽、架空と断じ得る程度の資料が必要である」（先の東京地裁判決）。この基準を適用しようものならば、報道機関は萎縮する。

現実はこの基準をクリアできるのは幸運なケースであろう。基準を大幅に緩和して、公人報道の自由を現状よりさらに拡大し、保障する必要がある。

公人報道では基準緩和が認められるべきだ、と表明している下級審判決がある。

地方議会議員の不正利得を報じた記事の名誉毀損を争った裁判で、東京高裁はこう判断している。「報道機関の調査にも一定の限界が存することに思いを致せば、裏づけ資料や根拠に高度の確実性を要望することは許されず、殊に、当該記事が本件の如く政治に関するものである場合には、個人の名誉侵害に対する責任を追及するに急な余り、報道機関を畏縮させて民主主義政治の支柱たる報道の自由を損なわないよう配慮すべきであるから、民事上の不法行為の責任阻却事由としての相当の理由については、報道機関をして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ることをもって足りるものというべきである」

また、同じ東京高裁であるが、地方議会議員の税金滞納疑惑の記事についても次のような判断を示した。「（筆者注・公職にある者等にかかわる事柄については）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ことが必要であり、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、廉潔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る」

報道の自由が公人のプライバシーに優先することをまず明確にし、その上で相当性について「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相当な理由があることの完全な証

明がなくても……これを表明することは民主政治の維持のために許されるべきであり、これを報道することは違法性を欠く」。

公人について報道の重要さをわきまえた判断といえる。ただ、前者の東京高裁判決が結論としてマスコミ側の不法行為責任を認めているように、こうした判断も免責に直ちに結びつくものにはなっていない。公人報道でのハードルは依然として高いようだ。

(中 略)

公務員等の公人の場合、何故、誤報による名誉毀損でも救済は必要ないのか。弁護士の喜多村洋一氏はこの点について「高い地位には責任だけでなく、批判、それも時として根拠のない批判が伴うことも、これらの地位につこうとする人々は理解していたはずである。……社会各層からの批判は高い地位に随伴するものであることを知りつつ、あえてその地位を求めたものとみなされてもやむを得ない」「さらに公人は、必要と思う場合には自らの見解を報じてもらうことが、私人に比べればはるかに容易である。……適切な反論を行うことによって被害発生を食い止め、さらには名誉を回復することが可能なのである」と述べている。

高橋氏も同趣旨であるが「公務員（特に、議員や広い裁量権をもつ上級の公務員のように政治権力の行使に携わる者）や選挙の候補者は、自らの意思で公共の議論の対象となる立場に身を置いたのであるから、場合によっては名誉毀損的なコメントの対象となることもありえることを承知していたものとみなしてもさしつかえなかろう」「自らの責任において、公共の議論の対象となるような立場に身を置いたときには、表現の自由のために場合によっては名誉を犠牲にすることを要求しても、必ずしも不公正とは言えない」という言い方をしている。

これらの論をまつまでもなく、民主主義という社会全体の利益を考えた場合、公人の名誉毀損では表現の自由に道を譲ってもらわなければならないのである。

公人の名誉毀損では相当性の法理を適用し、かつその基準を大幅に緩和してマスコミ側の無過失の範囲を拡大する。他方、私人の場合には過失の有無を問わず結果として誤報ならばマスコミ側の不法行為責任を認める。あるいは、相当性の基準を高めることによって無過失責任のレベルへ近づけることは可能であり、709条の規定からみて無過失責任に抵抗があるならば、このようにハードルを高くすることも一つの方策である。これらが求められる調整原則ではないのだろうか。

裁判所の判断は一部の例外を除いて、相当性の法理の適用で公人、私人を平等に扱っている。「法の下での平等」が判断の足かせになっているのかもしれないが、それは悪しき形式主義である。「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、公人を保護すると言う恰好になっている」。

プラグマティックな解釈によってこの歪みを正し、報道を萎縮効果から解放して公人批判や論議を自由活発にする。それが権力監視につながり、報道の自由の本旨を全うできるのである。

5 おわりに (略)