

「ボクシング理論・試論」

（「対抗言論の理論」補強修正試論）

2000年 1月 6日

2月11日改訂

大阪弁護士会所属

弁護士 服 部 廣 志

要旨

ニフティ事件東京地裁判決を契機として議論されている「パソコン通信フォーラム等の場」における名誉毀損発言等について、高橋東大教授の提唱する「対抗言論の理論」をもとに、その民事、刑事責任論への取り

込みの是非等を理論的に考察したものである。

現在の社会通念の下では「対抗言論の理論」による違法性阻却ないし減殺という理論の採用は困難であるものの、以下のよ

うな場が生む特殊な人間心理」等を違法性理論の中に取り込み違法性阻却ないし減殺を肯定することは可能であると結論づけている。

第一 本レポートの趣旨

一 筆者が参加しているインターネット弁護士協議会から、同協議会が主宰しているメーリングリスト上で、筆者が試論として述べた「ボクシング理論・試論」について、それをまとめて公表されたいとの要請を受けた。

二 ニフティ事件に関する東京地裁平成9年5月26日判決（判例時報1610号22頁以下）を契機として、「パソコン通信等の場」における名誉毀損ないし侮辱による不法行為の成否等が問題とされ関心を呼び起こしているからであり、「このような場」における名誉毀損的発言等について、他の場における発言とは、「異なった法的評価が可能か否か」をテーマとした

「ボクシング理論・試論」を公表せしめ、本件判決が内包する諸問題について、より多くの人の知恵と意見を結集せしめて、より妥当な理論を探ろうとするものである。

本レポートは、このような目的のための「議論のたたき台」として、公表されるものである。正確性、緻密性よりも、「すみやかに議論の材料を提供する」という趣旨である。従って、本件に関する諸論説の検討等の作業はなし得ていないが、それで足りるものと考えている。

第二 問題の所在

一 ニフティ事件判決においては、主としてプロバイダー及びプロバイダーからフォーラムの運営・管理等を任されていたシ

ステムオペレーター（シスオペ）の責任が重大関心事として取り上げられ、右判決についての控訴審の判決に興味と関心が持たれているわけであるが、これらプロバイダーないしシスオペの責任如何という問題の前提として、このような「パソコン通信によるフォーラムないしインターネットメーリングリスト等」というような場における「名誉毀損ないし侮辱発言」をどのように考えるのかということが、右判決の前提となっている。

本レポートは、この前提問題のみを取り上げるものである。

二 右事件の被告の一人は「……ネットワーク上に社会的評価を低下させるおそれがある発言が書き込まれたとしても、これに対しては容易に反論して社会的評価の回復を図る

ことが可能である。また、書き込まれた発言を読む他の一般会員は、当該発言自体が直ちに社会的評価に影響を及ぼすものとは考えず、むしろ、反論、批判こそが重大関心事であって、それらの反論、批判をも考慮して、当該発言の正確を判断するものである。それらの事情は、会員相互で論争しながら現代社会の問題や思想的課題に取り組むことを目的とした本件フォーラムのような場合においては、最も顕著に表れるものである。さらに、本件各発言は、現代社会の思想を扱う極めて特徴あるフォーラムである本件フォーラムに書き込まれたものである旨主張し、「・・・被告が行った本件各発言は、いずれも法が名誉毀損として典型的に予定した程度の違法性は有しない」と反論したのである。

右被告の主張には、従来の名誉毀損事件における論争とは若干異なった論点が含まれることとなった。

1 まず第一に、「フォーラムのような場において、名誉毀損に該当するような発言がなされたとしても、名誉毀損的な発言を受けた者は容易に反論主張できる。当事者以外の他の会員は、名誉毀損的な発言とこれに対する反論主張を総合して、名誉毀損発言の正確性を判断することから、名誉毀損的な発言だけを取り上げて違法性を判断するのは不当である」という主張の当否である。(- 後記対抗言論・行為

論関連)

2 第二に「名誉毀損的発言のみを取り上げることが不当でないとしても、このような場における本件各発言は、他の場における発言と比較し、違法性の程度が弱いものであり、名誉毀損には該当しない」という主張の当否である。(- 後記違法性についての評価)

3 被告の上記のような立論については、東京大学の高橋和之教授が「インターネットと法」(有斐閣・49ページ以下)という書籍の中で、「対抗言論の理論」と称して、概略下記のような論説を展開しておられる。

1 名誉毀損を受けた者に、犠牲を甘受することを要求することが必ずしも不当とは言えない事情として、もう一つ重要な要素は対抗言論 (more-speech) の可能性という問題である。

2 人の名誉が言論により毀損されうるとすれば、その回復もある程度まで言論を通じて行うことができる。

3 名誉毀損と表現の自由の調整を考える場合も、この原則が基本的には妥当する。名誉を毀損されたと主張する者は、対抗言論によって名誉の回復をはかればよいのであって、それが可能なら、国家(裁判所)が救済のために介入する必要はない。むしろ、本人達の自由な言論に委ねておく方がよい。

4 但し、一定の前提が必要である。

イ 第1に、両者が対等な言論手段を有していること。

ロ 第2に、毀損された名誉回復のために、時間的、財政的また精神的にも負担をとらなう対抗言論を行うことを要求することが、不公平とは言えない何らかの事情が存在すること。

例えば、名誉毀損的表現が自らの発言への批判としてなされたような場合である。このような場合、もともと自己責任で論争誘発的発言を行ったのであるから、それに対する反論は当然に予測されるところであり、その際、主題に関連がある限り、反論が場合によっては人格批判に及びうることを覚悟すべきだと思われる。

例えば、善良な性徳を守るためにわいせつな表現の規制をすべきだという主張をした者に対し、その者が常日頃わいせつな表現に好んで接していた事実を指摘し、このような者がそのような主張をする資格などないと攻撃する場合などがこれにあたる。

要するに、平等な立場で、論争の土俵の上に上がった以上、言論による攻撃には言論で反論し決着をつけるのが原則だということである。どちらの言い分が正しいかは、裁判所ではなく、まず読者・聴衆の判断に委ねるのがよいと思われるからである。

従って、かかる文脈での名誉毀損的表現には、原則的には違法性はないと考えるべきではなからうか。

5 (この対抗言論という)考えは・・・いわば「場」(フォーラム)の論理であり、その場に平等な立場で参入した以上、言論に対しては言論で対抗するのを原則にしようということである。

6 このような場においては、名誉は毀損されても対抗言論により回復しうるので、結果として名誉毀損は生じないと考えるのである。

7 反論が不十分にしか行い得ない限度で、名誉毀損を認める必要が生じるが、その場合の表現の自由との調整としては、「相当の理由」をここにも適用するのが妥当であろう。

8 再反論を続けても、執拗に同じ内容の人格攻撃を受けたような場合には、いつまでもそれにつきあわなければならないとすれば、それも適切ではない。このような場合には、被害者に対し、対抗言論の責務を解除すべきであろう。

第三 判決及び諸論説等

一 東京地裁判決について

1 本判決は、次のように判示している。

「被告乙が、本件フォーラムの

電子会議室に本件各発言を書き込んだことは当事者に争いがないうところ、これらの発言がいずれも原告に向けられていることは、その内容に照らし明らかである。そして、これらの発言は、いずれも激烈であり、また、原告を必要以上に揶揄したり、極めて侮辱的ともいふべき表現がくり返し用いられるなど、その表現内容は、いずれも原告に対する個人攻撃的な色彩が強く、原告の社会的名誉を低下させるに十分なものというべきである。.....本件各発言は、明らかに個人を誹謗中傷する内容であることは明らかであり.....これが原告に対する正当な批判ないし思想的な批判ないし論争として是認し得る範囲を逸脱するものといわざるを得ない。.....原告に対する名誉毀損発言は、これがフォーラム内で批判されたからといってその発言内容そのものの違法性が減殺されるものではないし、本件フォーラムの特色が自由な議論にあり本件各発言に反論を行い得ることをもってその違法性に消長を来すものとはいえない。.....また、本件各発言によって名誉毀損による不法行為は成立しない旨の、被告乙・その余の主張についても、採用することができない」.....と。

2 1記載のとおり、判決の論旨は「本件各発言は・・・原告の名誉を低下させるに十分・・・原告に対する正当な批判ないし思想的な批判ないし論争として

是認し得る範囲を逸脱するもの」である旨認定し、「被告乙の・・・不法行為は成立しない旨の主張は採用しない」旨判示しているのであり、本件各発言については、裁判所からすれば、「対抗言論の理論」や「フォーラムという場の論理」というような範疇を超えた事案であるとの認定をしているものと推測される。

3 なお、本件判決が「原告に対する名誉毀損発言は、これがフォーラム内で批判されたからといってその発言内容そのものの違法性が減殺されるものではないし、本件フォーラムの特色が自由な議論にあり本件各発言に反論を行い得ることをもってその違法性に消長を来すものとはいえない」旨判示していることから、右判示を文字どおり読めば、本判決は「対抗言論の理論」や「フォーラムという場の論理」をすべて明白に否定している理解される。

東京大学社会情報研究所・山口いつ子氏は「パソコン通信における名誉毀損」法律時報69巻9号において、本判決について右のような趣旨に理解しながら、「パソコン通信の世界で、とくに誰でも書き込みができるフォーラムは、理論的には、規制ではなく対抗言論による害悪の除去を考えうるスペースである。現実には必ずしもそれが機能しえない場合があるとしても、その実験場としては好個の場に見える。こうした一般的な可能性だけを理由に、名誉毀損発言をまったく放置することには問

題があるにしても、本判決のように端的にそうした余地を排除することは、従来よりなされてきた反論権の有効性をめぐる議論に影響をもたらすことも考えられる」と評釈している。

4 しかしながら、現実の紛争解決機関としての裁判所の判決を理解するについては、当該「判決の論理過程に不可欠な判断事項」のみに意味を見いだすべきとの考え方を採用し、本件判決の認定した事実や評価を前提とすれば、「対抗言論の理論」や「フォーラムという場の論理」は本件判決にとって「論理過程に不可欠な判断事項」ではないと考えれば、本件判決については、「対抗言論の理論やフォーラムという場の論理」を否定した判決と評価するのは早計に過ぎるものと思われる。

5 本判決が認定した「名誉毀損発言等の事実」が正当であると前提した場合、筆者の感想は本件判決と同様である。「本件被告の発言は、いずれも激烈であり、また、原告を必要以上に揶揄したり、極めて侮辱的ともいえるべき表現がくり返し用い、その表現内容は、いずれも原告に対する個人攻撃的な色彩が強く、原告の社会的名誉を低下させるに十分なものというべきであり、本件各発言は、明らかに個人を誹謗中傷する内容であることは明らかである。これが原告に対する正当な批判ないし思想的な批判ないし論争としては是認し得る範囲を逸脱するものといわざ

るを得ない」。

本件被告が在日韓国人であり、原告が被告の右事実に関して「在日韓国人にしか理解できない苦痛の発言」をした可能性もある。被告の「ここまでなめられては報復戦争です。おまえのこの一言で他人に殺意を残したことは忘れないように」というような裁判所が認定した事実をも勘案し、本件各発言を検討すれば、本件は「対抗言論の理論」とか「フォーラムの場の論理」というものが介入する余地もない事案であるとの評価も可能であると考えられる。

本件判決をして「対抗言論の理論」ないし「フォーラムの場という理論」を否定した判決と評価するのは、「対抗言論の理論」ないし「フォーラムの場という理論」の正当な論議の障碍になるとさえ感じるものである。本件判決は、本レポート等の主題を提供してくれたものとの理解が正当であると考え。

二 高橋教授の判決論評について

1 高橋教授は、前記論説の中で、次のように指摘している。

2 地裁判決が名誉毀損に当たると認めたものの中には、例えば次ぎのような文章が存在する。「やはり公開性とはありがたいもので、世間を騒がせるXことc o o k i eの原体験がやっとわかります。これは要は経済的理由で嬰兒殺しをやり、甲斐性が無い亭主に飽きて、他に男を作り・・・「依存」(別名・利用価

値)がなくなったから、解消したという話ですなあ、これは」

判決はこれを名誉毀損と認定したが、その理由は必ずしも明らかではない。というのは、上の被告の発言は、たしかに誹謗・中傷の響きがあるものの、見方によっては、原告が自ら語った事実を、他の(皮肉な)観点からみればこういう見方も可能だと述べたものであり、原告の主張の説得力を減殺するための個人攻撃・人格批判という可能性も感じられる。実際、被告もこの趣旨の抗弁をしているが、判旨はこれに答えることなく、「本件各発言は、明らかに個人を誹謗中傷する内容であることは明らか」とであると結論のみを断定して一蹴している。しかし、本件が、対等な立場での論争という外観をもつケースであったことを考えれば、その外観とは異なり、実質的に対等とはいえない事情があったのか(推測ではあるが、男性優位の社会の延長戦上に生じた論争という性格を帯びていたかもしれない)、対抗言論では対処し得ない事情があったのか、個人攻撃的発言が論争点とは関連性がないと言わざるを得ない事情があったのか、等々について、コンテクストに即してより具体的に説示すべきであったのではなからうか。

3 「対抗言論の理論」というものを、本件のような「フォーラムの場の論理」として採用すべしという教授の立場からすれば、2記載のような論評がなされる

のかもしれない。

4 しかしながら、「違法な行為により、法益が侵害された場合」に民法709条所定の不法行為の成立を肯定する現在の裁判実務の趨勢からすれば、「高橋教授が主張するような議論の土俵」に裁判所は上がらないものと考えられる。

言論理論としては、正当性を誰も疑わないであろうと考えられる「対抗言論の理論」により、不法行為の成否を語るのであれば、まず、「対抗言論の理論」と「不法行為法理論」ないし「違法性の理論」との関係ないし関連を探求するべきであり、「対抗言論の理論」を不法行為法理論の中に有意なものとして、取り込む必要がある。

単に「名誉は侵害されても、対抗言論により回復しうるので、結果として名誉毀損は生じないと考えるのである」との論説は、例え「フォーラムという言論・論争の場」の論理であることを考慮しても説得力はない。

何故なら、現在の不法行為法理論においては、「侵害された法益」について、侵害前の状態に回復したとしても、また、それが容易に回復する可能性があったとしても、それは「違法な行為により、法益が侵害された」という意味で、「一旦成立を肯定された不法行為の存在」を否定することにはならない、という論理で構成されているからである。現在の不法行為法が、このような論理により構成されていることは、過失相殺、損益相殺

等の理論、また契約解除権等の存在により不法行為の成立が否定されないという諸論理により明らかであると考えられる。

5 さらに付言するに、高橋教授の「対抗言論の理論」については、明確でない点もあるように思われる。前記第二の三の7に記載した「・・・反論が不十分にしか行い得ない限度で、名誉毀損を認める必要が生じるが、その場合の表現の自由との調整としては、相当の理由をここにも適用するのが妥当であろう」との趣旨の主張である。「対抗言論により名誉の回復ができた場合にのみ違法性を阻却するという論旨なのか、対抗言論による名誉回復の可能性の存在になんらかの法的意味を付与しようとするのか」必ずしも明確ではないように思われる。

さらに、前記第二の三の8に記載した「再反論を続けても、執拗に同じ内容の人格攻撃を受けたような場合には、いつまでもそれにつきあわなければならないとすれば、それも適切ではない。このような場合には、被害者に対し、対抗言論の責務を解除すべきであろう」との論旨である。その趣旨については異論はなかろうと推測されるものの、いずれの時点ないし反論程度により、「対抗言論の責務を免除するのか」という点である。言論理論としては妥当したとしても、民事・刑事責任論を勘案する違法性理論の中で有意に取り込もうとすれば、曖昧との批

判を受けることは避けられないようにも思えるし、また、「対抗言論の理論の自滅」のような感じを受ける。また、まさにここに「対抗言論理論」の弱点があるようにも思えるのである。

6 高橋教授の「対抗言論の理論」に、類似ないし参考になるかもしれない法的な論理が、いくつかある。

イ その一つは、「瑕疵の治癒」。

適当な例示は難しいものの、例えば「市街化調整区域内に存在し、調整区域としての開発制限を受けている土地」を「市街化区域内に存在する土地」と騙して売却するという違法行為を考えてみる。

民事法上、不法行為が成立することは疑いなく、また刑事法上詐欺の罪に該当しうるものである。

この土地について、騙され購入した人が、購入目的に従って、予定していた時期に自宅の建設に着手した時点において、市街化調整区域の線引きが改訂され、当該土地が「市街化区域内」に編入されていたとしたら、どうなるのか。

民事法上は、売買契約締結の時点で、民法709条の不法行為は成立しており、その当時であれば損害賠償請求は認められることとなる。しかしながら、「市街化区域に編入」された後に騙されたことに気づき損害賠償請求をしたとして、どうなるのか。一旦成立した不法行為では

あるものの、損害が現存していないということで、損害賠償請求は否定されるかもしれない。この場合、不法行為の成立や存在が否定されるものではない。あくまでも、損害が現存していないということで、損害賠償請求が否定されるに過ぎないものである。

また、刑法所定の詐欺の罪は、免れないものと考えられる。もちろん、検察官が不起訴にするかもしれないものの。

このように、「法益侵害の回復ないし不存在」ということのみによっては、問題とされる行為の違法性は否定できないもののように思われる。

高橋教授の論理の補強は困難である。

□ その二つは、例えば、刑法所定の偽証の罪等の「行為論」である。

刑法上、宣誓した証人が虚偽の陳述をすれば、刑法169条により偽証の罪となる。

しかしながら、1回の尋問陳述全体をみたうえ、「記憶に反する虚偽陳述をしたか否か」で考えるという立場にたてば、1回の尋問陳述の当初に虚偽陳述をしたとしても、その尋問終了までに虚偽陳述を訂正すれば、偽証の罪自体成立しないという考え方もある。

この考え方の場合には、「1回の尋問陳述という場」を基準として、虚偽陳述の有無を考えようという立場である。

「場の論理」という意味では、

高橋教授の論理と共通点がある。「行為」を「一定の時間の経過ないし場」というものを基準として、捉える考え方である。

このような考え方は、刑事法の世界では認められうる論理、行為論であり、高橋教授の「対抗言論の理論」による「名誉は侵害されても、対抗言論により回復しうるので、結果として名誉毀損は生じないと考える」という発想を、既存の法理論ないし行為論の中に取り込もうとすれば、「フォーラム等における発言は、ひとつの機会という場における当該フォーラム終了までの全体」で考察するというような「行為理論」で補強する必要がある。

ただ、仮に、このような補強理論が支持を受けたとしても、同一議題を扱うフォーラムであっても「日をかえた続行期日までには及ばない」との限定をつけることは必要であろうと思われる。

このように補強をしたとして、「対抗言論による反論」を要求する「ひとつの機会というフォーラムの場」というもの自体が、現実に想定できるのかという問題がある。「某国の陪審員のように、議論の決着がつくまで、半監禁状態にする」というのなら、格別、まさに「対抗言論による反論を要求する、ひとつの機会というフォーラムの場」というものの存在自体、仮想の世界の議論といわれても止むを得ないものと思われる。ハソコ通信

やインターネットML等の「場」というものは、「時間の経過とともに、参加者はめまぐるしく変わるものである」し「現実にも、変わるものである」との前提で立論しなければならないものと考えられる。

このような前提に立つ限り、前記のような「行為論」による「対抗言論の理論」の補強をしたとしても、「対抗言論による反論を要求する、ひとつの機会というフォーラムの場」という仮想空間を前提とせざるを得ない高橋教授の「対抗言論の理論」の既存の法理論への取り込みには障碍があると言わざるを得ない。

7 このような議論、問題意識からすれば、高橋教授の提唱する「対抗言論の理論」は、その志向するところは是としたとしても、既存の法理論との整合性等の観点から、これを無条件に採用することは困難である。

8 以上のような問題意識から、既存の法理論と整合しうる「対抗言論の理論」に代わる、ないしこれを補強する理論を構築できないものかというような試行錯誤の検討中理論を「ボクシング理論・試論」と称して公表するものである。

「対抗言論の理論」という言論理論をそのまま、違法性の理論に直接取り込もうとすることを断念し、「インターネットやパソコン通信の場における議論」は不特定多数の面前で互いに相手を攻撃し合う「ボクシング」に類似した面があることから、「ボ

クシングに関する違法性の理論」を参考にしながら、「対抗言論の理論」の趣旨とせんとする点を反映、取り込んだ違法性の理論を探そうとしているものである。

第四 ボクシング理論・試論

一 事実認識等

1 「違法性」とは、日本国憲法以下の「実質的に全体としての法秩序に違反することをいう」とされている(団藤重光・刑法綱要・創文社131頁以下)。違法性という観点から行為を評価する場合、「違法」か「否か」しか存在しないものと言える。

刑法との関係で「刑法に、抵触するか否か」、「民法との関係で、適法か否か」という論議はできても、ある行為について「刑法上違法であるか否か」とか「民法上違法であるか否か」というような議論は不適切な表現かもしれない。

違法な行為は、刑法上、民法上という限定をつけられず、違法である。しかしながら、違法とされる各行為について、刑法、民法ないしその他の法令により付与ないし与えられる効果、効力ないし刑罰権の範囲、程度が異なるのである。

2 現行刑法及び民法には、いづれも「急迫不正の侵害に対する正当防衛ないし緊急避難の権利」が明記されている(刑法36条・同法37条、民法720条)。しかしながら、刑法の場合には明記されている過剰防衛、

過剰避難による刑の減輕ないし免除の規定(刑法36条2項ないし37条1項但書)に相当する条文が民事法である民法には規定されていない。

生命、身体に対する急迫不正の侵害に対しては、その生命、身体を動物的、本能的に守ろうとする人間の行動に対しては「法は無力である」ことを自認しているのかもしれない。

他方、生命、身体に対する危険ではない「財産権」そして「名誉」といった法益侵害に対しては、法は元来冷たいものであり、このような法益に対する「急迫不正の侵害」に対する「過剰防衛」というようなこと自体を否定していたののかもしれない。失われた財産や名誉等は、事後的にでも回復可能であると・・・(もちろん、今日、民事法においても明文はないものの過剰防衛という理論は認められている。不法行為等・加藤一郎他・有斐閣136頁以下)。

3 しかしながら、今日、インターネットやパソコン通信の発達は、立法者の創造をはるかに越えた世界を形成しているのである。

このような世界においては、何千そして何万人という見も知らぬ不特定多数の人々の中で、交信し、議論するという中に、たたずむことを余儀なくされているというのが現在の状況である。

そのような世界での議論の場

においては、議論が白熱し、自己の主張、思想等が批判ないし非難されそうな状況となれば、その場で反論、反駁しなければ、もう反論、反駁する機会を逸してしまうというような状況を作出している。「事後的にでも名誉を回復し得る」というようなことは非現実的な状況となってきている。このような世界においては、例えば、自己の「名誉」を侵害せんとする行為は、「侵害されそうである」との被害者意識を持った人にとっては、まさに「急迫不正の侵害」となる。今、反論反駁しなければ、自己の思想や名誉は侵害されたままの状態に陥る。このような認識と危機感が、必要以上の白熱した議論から、場合により、相手の人格をも否定するような不穏当、名誉毀損的発言をうむこととなるのである。

さらに、他方で、インターネットやパソコン通信というような特殊な「場」においては、前記とは「全く矛盾した心理」をはぐくむのである。何千そして何万人という見も知らぬ不特定多数の人々の中で、交信し、議論しているにもかかわらず、即ち「公然」という場で議論しており、その不穏当な発言は、場合により、刑事、民法上違法との評価を受けうる状況下にあるにもかかわらず、発言者は「ひたすら相手方の自己に対する言論攻撃とそれに対する反論、反撃言論のみを主として眼中に置き、「不特定多数の面前で」即ち「公然」という状況の中で、

議論していることを失念し易いのである。一時的な錯覚に陥り易いのである。換言すれば、名誉毀損的な過剰防衛的な発言をする侵害者に、違法性の意識が欠落ないし希薄になり易いという特殊な状況が作出され易いのである。

二 名誉を守るために、まさに「対抗言論」が要求され、また、その「場」という特殊性が「名誉毀損的発言や侮辱的発言」をも生みだし易くしているのである。

インターネットやパソコン通信という「場」における議論や名誉毀損的ないし侮辱的発言を生む土壌として、このような言論世界の変質や特殊性を考慮に入れる必要がある。

インターネットやパソコン通信の「場」における議論においては、立法者が予定しなかった「名誉等個人的人格」に対する「急迫不正の侵害」が現実に想定されてきているのであり、従って、また、これらの「急迫不正な侵害」に対する過剰防衛と評価されるような行動、言論が現れてきているものと評価すべきである。

さらには、場合によるものの、侵害者に違法性の意識が希薄ないし欠落している場合もあるのである。それは、決して侵害行為者の反規範的な人格態度の現れと評価すべきものではなく、インターネットやパソコン通信の「場」というものの特殊性と人間がうみだしてきているもの

である。

三 高橋教授が「対抗言論の理論」等により、違法性を払拭ないし減殺しようとした行為については、上記のような現状認識にもとで、「言論による相互批判と非難の応酬」の中で発せられた「不穏当な発言ないし相手の諸感情等を爆発せしめるような誘発発言」等により、「過剰防衛的な発言等」が生じ得るのであり、これらの偶発的な爆発的発言等については、

1 「誤想過剰防衛の理論」を一部援用し、

2 また高橋教授の主張する「対抗言論の理論」のもつ社会的相当性

3 そして前記したような「相互批判の応酬をし合うという特殊な - 場 - に自らの意思と責任で参加してきていることによる危険への接近理論、推定的承諾の理論、これらも換言すれば社会的相当性の理論」等により、
4 その違法性の阻却ないし減殺を肯定すべきである。

違法性というものが、「侵害行為の態様と種類、そして被侵害利益、法益の種別等の相関関係」から捉えられるものである(前記加藤他・135頁以下)という前提に立てば、「個人的人格という名誉に対する侵害行為が起きやすい場」に自らの意思と責任できた以上、「言論による侵害に対しては対抗言論で侵害を防御する、という意味と責任が要求される」という立論はあながち不当なものではなく、特に被

侵害者の発言等が言論による侵害行為、過剰防衛発言等を誘発したというような事情が認められる場合には、これら議論の流れ等は「侵害行為と目される過剰防衛発言等の違法性」の内容、程度の評価にあたり十分考慮に値するものであり、このような論理は現在の民事、刑事法における違法性阻却等の理論に、融和可能であると考えられる。

四 違法性阻却ないし減殺の前提条件

下記のような要件の全てをみたく名誉毀損的な発言等については、違法性の阻却ないし減殺を考慮すべきである。

違法性阻却の有無ないし違法性減殺の程度については、「名誉毀損的発言を誘発した発言内容、名誉毀損的発言内容等当該議論の流れ等諸事情」を考慮して決められるべきである。

1 侵害行為としての発言が、当該議論ないし先行する誘発発言の議論としての延長線上にある発言であること。

名誉毀損的な発言の発言内容が、人格非難をとまなうとしても、相手方の主張の意味や効果を減殺するか、相手方への人格非難が少なくとも相手方の主張の正当性ないし真摯性等を弾劾する意味を有していると認められることが必要であろう。

- - 関連性の要求 - -

2 名誉毀損的な発言を受けた者に、当該名誉毀損的発言を誘発したと認められるような不穏

当な発言が先行していること。

例えば、相互批判をし合うフォーラムというような場での議論であったとしても、相手方になんら責められるべき点がない場合にまで、認めるべきではなからうと思われる。

- - 誘発責任の存在 - -

3 名誉毀損的な発言については、その議論の流れ等から、通常、そのような不穏当、名誉毀損的な発言が反論ないし反駁として、なされ得ることが、予見ないし予測される状況であったこと。

何故なら、誘発発言をした人の予見と予測を超える暴言等は認めるべきではないし、その予見可能性の存在が誘発発言をした者をして、不穏当発言の撤回と陳謝の機会を付与することとなり、

その機会を適切に使わなかったという意味で、被侵害者に対して

受忍を求めるひとつの根拠となり得る。

- - 予見可能性の要件・誘発発言撤回の機会付与の要件 - -

4 名誉毀損的発言の発言内容が、3記載の予測ないし予見可能な範囲に属する内容と程度であること。

- - 相当性の要件 - -

5 名誉毀損的発言の内容が、その名誉毀損的な発言を受けた者が、即時、なんらの準備、調査等を要することなく、容易に言論により反論、反駁すること

が可能な事項を内容とすること。

当該議論の場で、即時に対抗言論によりその名誉を回復できないような名誉毀損的発言はこれを認めるべきではない。時間の経過は被侵害者の名誉の回復を困難とするからである。

- - 即時反論可能の要件 - -

6 不穏当な誘発発言等に対し、他の参加者等から「不穏当な発言である」旨注意ないし警告等が発せられた後の名誉毀損的発言でないこと。

不穏当な誘発発言等がなされたとしても、他の参加者等から、その旨の注意ないし警告がなされた場合には、不穏当発言を受けた者もその注意、警告により、不穏当な誘発発言の問題は一応解消したものとして続行議論に参加するべきであり、それが耐えられないのなら、その場から立ち去ることにより、問題の勃発をさけるべきである。不穏当な誘発発言に触発等された発言に限定すべきである。

- - 触発発言の要件 - -

7 同一機会と評価され得るフォーラム等の議論の場における発言であること。

同一の機会ないし場と評価されないようなときの発言に「誘発性」は認めるべきではなからうと思われる。例えば、続行議論であったとしても、日が変われば認めるべきではない。

- - 同一の場の要件 - -

五 以上のような要件を具備する名誉毀損的発言については、

違法性の阻却ないし減殺を認めるべきである

なお、仮に、以上のような違法性阻却ないし減殺という法理論が認められないとしても、誘発発言をした者からの名誉毀損的発言をした者に対する「不法行為を理由とする裁判上の請求」は、場合により、権利の乱用ないし信義則に違反する請求として、棄却される余地が十分あり得ることを認識すべきである。

六 「ボクシング理論・試論」まとめ

1 「対抗言論の理論」の志向するところを違法性の理論の中に有意的に取り込もうとした「ボクシング理論・試論」であったものの、前記のような厳しいともいえる要件を前提とせざるを得ないこととなれば、結論的には「対抗言論の理論」の有意的な取り込みはできなかったこととなるように思える。

2 しかしながら、「対抗言論の理論」という「言論理論の有意性」は否定できないところであり、インターネット弁護士協議会のML上の議論(ilc)の中においても、山内裕之氏は「対抗言論の理論による自由闊達な議論の場の形成、という利益の追求は有意的なものである」旨主張されている(ilc-c:09708)。

もとより、有意性は誰もが認めるところではあるものの、「このような論理は、個人の名誉ないし信用という法益を表現の

自由な場の形成・維持のために犠牲にする結果を招来することとなり、疑問が残る。名誉毀損行為の免責事由として対抗言論の理論のみを根拠とすることは難しい。被侵害者が現実に対抗言論・反論をして、自らの名誉の回復に成功した、という事情があれば、それは慰謝料等の損害賠償金額の算定に斟酌することは可能であろうが、現実に対抗言論・反論をしなかった被侵害者に対して、反論すべきだった、という行為責任を課すのは問題がある」旨の反論がなされているところである(亜細亜大学町村助教授 ilc-c:097113、ilc-C:09734)。

3 「対抗言論により自らの責任で自らの名誉の回復を図るべし」というような言論理論が通常一般人の中に当然のものとして一般的に受け入れられるような社会となったときには、「対抗言論の理論」が直接的に「違法性の理論」のなかに組み入れられるのかもしれないものの、現状においては困難である。

第五 本レポートの総括

インターネット弁護士協議会MLというシステムの中で、弁護士、法律学者、そして一般の人々が同一議題について、忌憚のない意見交換をし、ひとつの結論を得ようとする。

本レポートは、このような新たなシステムにより作成され、また作成されつつある成果の経過報告でもある。

第六 本レポート提出後の議論等

1 本レポートがILCジャーナルに掲載された前後を通じて、本レポートの主題でもある「フォーラム等の場における名誉毀損的発言等」についてのML上の議論が継続された。

多様な議論がなされたが、その議論の一部を報告させて頂くこととする。

一 町村泰貴亜細亜大学助教授(民事訴訟法専攻)

1 議論の場を典型的に区別して、論じるべきである。

本件を検討するについては、「議論の場を典型的に区別」して考察するべきである。ニフティのフォーラムとインターネット上のウェブとでは議論をする諸状況が異なる。さらにメーリングリストにおいても同様である。

イ 「対抗言論により、反駁し合うということ」について、当事者が明示的に同意、不同意を表明することが可能か否か。

ロ 問題とされる名誉毀損的発言等に対し、その名誉毀損的発言を受けた者がアクセスし得る可能性の程度、労力と費用等を典型的に分けて論じるべきである。

2 ボクシング理論の要件とされている「同一の日に限る」という要件は、本件のようなフォーラムの場の議論を論じる

にあたり、実情を理解しない議論である。

イ パソコン通信のフォーラムでもメーリングリストでも、1日に1回しかアクセスしない人や2、3日に1回しかアクセスしない人もいる。フォーラムにおける議論は、このような人々をも交えて行われ議論が進行していくのであり、このようなフォーラム等の議論の進行の実態を考えると「同一の日に限る」という要件は、実情にあわないと考えられる。

ロ さらに、敷衍すれば、ウェブでの意見表明に対し、MLで対抗言論するということもあり得る」のであり、「同一の日に限る」というような要件を外し、それよりも「同一の場」と評価し得るための要件を検討するべきである。

3 「対抗言論の理論」が意味を持ち得るとしても、それは行為規範とはなり得ず、事後的な評価規範、裁判規範としての機能、役割を持ち得るに過ぎないものと考えべきである。

何故なら、「相手が対抗言論し得る可能性があるから、ここまでの名誉毀損的発言は許される」というようなことは許されるべきではない。その場の状況等から、事後的に判断して、「許される」との判断があり得るだけであろうと推測されるからである。

このような論理が仮に妥当するとすれば、「対抗言論の理論」ないし「ボクシング理論・試論」というような、「名誉毀損的発

言」について、不法行為ないし犯罪の成立を否定する論理は、個別的かつ具体的な判断に委ねられることとなり、刑法理論でいけば、可罰的違法性というような類型的判断の場である構成要件該当性のレベルで判断するのではなく、違法性阻却事由として考慮されるべきものであるということとなる。

二 寺中誠氏(犯罪学理論・刑事政策論専攻)

1 名誉毀損罪については、現在の判例多数説によると、「危険犯」とされ、現実具体的に「結果が発生したか否か」を問わず、犯罪が成立するとされている。このような危険犯説に立脚する限り、「対抗言論の可能性の存在等」により名誉毀損罪の成立を否定することは論理的に困難であると考えられる。

何故なら、危険犯説に立脚する限り、現実に名誉が侵害されたか否か、また対抗言論により侵害されなかった名誉の回復がなされたか否か、というようなことは問題とされないからである。

2 対抗言論の理論等は「対抗言論の可能性」ということに意味を見いだそうとしているが、「対抗言論による名誉回復の可能性」というようなことは、名誉毀損的発言を受けた本人にしか把握できないという致命的な欠陥があるように思える。

このような被害者ないし被害者になりかけた人にしか把握で

きない事情等により、犯罪の成否を論じること自体に疑問が残る。

判例多数説によると名誉毀損罪は危険犯とされ、その理由として「名誉が侵害されたか否か」というようなことは判断不可能であるということがその根拠とされているが、他方、上記したようなこともその理由の一つにあるのかもしれない。

3 もとより、名誉毀損罪について、危険犯という考え方ではなく、現実に「外部的名誉等」が侵害されることが必要であるとする「侵害犯説」に立脚すれば、「対抗言論の可能性等」を考慮することは論理的に可能であるものの、この立場に立てば「対抗言論」というようなことを持ちだすまでもなく、「対抗言論により外部的名誉の侵害は克服された、ないし侵害されなかった」という論理で解決することが可能である。

この考え方によれば、「対抗言論」により侵害されなかった名誉が回復された場合には、名誉毀損の罪の未遂ということとなるが、現行刑法上、名誉毀損罪の未遂処罰規定がないことから、結局、罪とならないということとなる。

4 「違法性の存否」という観点から犯罪の成否を論じるについては、基本的に「法益侵害の結果」ということを軽視してはならず、「対抗言論の可能性」というような事情で違法性の存否を考えるという論理には問題

がある。

対抗言論により、仮に、名誉回復の可能性があったとしても、「対抗言論を行使せず名誉が侵害された状態の場合にも、違法性を阻却ないし減殺するという論理」には具体的妥当性という点で疑問が残るのみならず、逆に、「対抗言論により容易に名誉回復が可能であったにもかかわらず、わざと行使しなかった場合にも犯罪が成立する」というのも問題が残る。

いずれにせよ、具体的な事案の解決に際しては、違法性阻却以外にも構成要件段階で成立しないとする立論も可能であり、「対抗言論の可能性」という要素を独立に判断する実益は乏しいと思える。

三 山内裕之氏

対抗言論の可能性を理由として名誉毀損的発言を受けた人に

「反論義務」を課すことは問題であるものの、「対抗言論の可能性の存在」ということを、違法性阻却事由としての「受認限度論」ないし「社会的相当性」の判断の一要素として取り込み、「対抗言論の可能性がある場合には、対抗言論で解決する」という形で、違法性論を論じられることが望ましい。

自主的団体に自律的規範がある場合には、その自主性を尊重するという意味で司法権の介入は抑制されるべきであるとの考え方もあり、「自由闊達な議論の場」を確保し、「表現の自由を最大限尊重するため」に「議論の

場」自体を保護の対象にすべきだと いう考え方にも合理性は認められるところであり、このような「議論の場を保護」する価値ないし意味を考慮し、前記のように対抗言論の可能性や対抗言論による名誉回復の結果というものの違法性判断のひとつの要素として考慮するべきである。

フォーラムやMLなどの場合、ある程度の自律性・自主性が認められるので、その自主性ないし自律性の程度等との相関関係において前記理論を採用するべきである。

但し、フォーラムやMLなどにおいては、自主・自律性が認められる団体と比較して、自律性の程度が弱いと考えられること、また、自律的団体に通常存在する諸手続的保障も不十分であること、さらには、現在問題とされているのは、「個人の名誉等」という市民法秩序にかかわることであり、前記のような理論による司法権介入の抑制が妥当なのかという疑問も残る。

四 以上のような見解が示され、また、以上の三氏以外の人からも多様な意見がだされた。

さらに、このような議論の中で、町村助教授から「どのような名誉毀損的発言等」を対象とするのか、「具体的に検討」しなければ議論は発展しないとの指摘もなされた。

確かに、これが問題であるのかもしれない。

しかし、本レポートは、結論をだすことが目的ではなく、眼前にある問題についての、問題

点の整理とこれに対する多様な意見を記載、掲載することにより、多くの人の検討の一助となることを目的としている。

「行く末を照らす灯台ではなく
波間に浮かぶ浮標である」

今後の議論の進化、発展を期待して、本レポートの役割は終わりたいと思う。