

表現解釈と表現の自由

— 日本の判例に見る憲法問題としての司法事実認定 —

川 又 伸 彦

Die Auslegung der Äußerung und die Meinungsfreiheit
— die Tatsachenfeststellung als Verfassungsproblem in der japanischen Rechtsprechung —

Nobuhiko KAWAMATA

はじめに

表現行為が裁判において争われる場合、その表現行為は法的に評価される必要がある。たとえばある表現行為が刑法175条違反として起訴された場合、裁判では表現物が刑法上のわいせつ物にあたるかどうかの法的評価が問題となる。この点について、従来の学説、判例では、わいせつの定義が考究され、具体的司法事実に適用する判断基準の精緻化がはかられてきた。これに対して、司法事実の認定の仕方については、必ずしも十分な関心が払われていなかったように思われる⁽¹⁾。しかし、わいせつの定義に該当すると表現物が解釈された場合、その表現は規制されることになる。ここには、わいせつをどう定義するかという問題と並んで、表現物をどう解釈するかという問題もある。そして表現物の解釈も表現規制を左右するとすれば、それは表現の自由と関わる憲法問題といえるはずであろう。

裁判は、具体的事案の司法事実を認定評価し、これに法を解釈適用して法の定める要件に包摂し、法の定める効果にしたがって判決を下すという経過をたどる。これに沿って刑法175条の例をみるならば、わいせつの定義や判断基準の精緻化は、法の解釈適用にかかわる。しかし、実際の裁判の場では、司法事実も所与のものではない。証拠に基づいて、認定される。表現が争われる場合は、表現物が構成要件を備えるかどうか、解釈されることになる。つまり、わいせつ性について、構成要件や、わいせつの定義に向けて事実も認定されていくのである。本稿が憲法問題として検討するのは、この認定の仕方である⁽²⁾。本稿は、司法事実認定の憲法適合性の問題について、まず、この問題を積極的に取り上げて論じているドイツ連邦憲法裁判所の判例をみることで、司法事実認定の憲法上の意義を確認し、次いで日本の従来の事件でこの問題と関連し得るものを検討する。最後に、事実認定の憲法問題性を認識することが必要であったと思われる最近の事例として、いわゆる「石に泳ぐ魚」事件を取り上げる。

1. ドイツ連邦憲法裁判所の判例

(1) 判例の傾向

ドイツ連邦憲法裁判所は、憲法裁判 (Verfassungsgerichtsbarkeit) における司法事実認定の意義を認め、表現の自由が争われた事件において、問題となった表現を憲法適合的に解釈すべきであると判断し、一般の裁判所 (Fachgericht) による司法事実認定を審査してきている。この方向が確立したのは1984年の Anachronistischer Zug 事件決定によってである。この事件で連邦

憲法裁判所は、判決に対する憲法異議の場合、一般の裁判所の司法事実認定も、それが憲法上の問題をはらんでいるときは審査しうるとくり返し強調し、実際に審査していた。この傾向は、90年代に入っても踏襲された。もっとも、1996年のDGHS決定では、異議申立人によって一般の裁判所による司法事実の認定の仕方が争われたが、連邦憲法裁判所は、従来の立場を維持しつつも司法事実認定の審査に踏み込まなかった⁽³⁾。けれども、2000年のベネトンショック広告事件で連邦憲法裁判所は、再び司法事実認定に踏み込んでいる。さらに、その後の事件でも司法事実認定が問題とされている。このため、連邦憲法裁判所は、Anachronistischer Zug 事件決定以降は、一貫して司法事実の認定の仕方を憲法問題として捉え、審査してきていると見ることができる。

ここでは、司法事実認定の仕方が基本権保護にとって重要な問題であることを改めて述べている最近の判例である、ベネトン事件を素材に、連邦憲法裁判所の理論を確認しておく⁽⁴⁾。仮にドイツの学説が言うように、DGHS決定で連邦憲法裁判所が判例変更をしているとしても、本判決は「再変更」であり、これが現在の連邦憲法裁判所の立場である。

(2) ベネトンショック広告事件

事案は、判決に対する憲法異議である。異議申立人の編集発行する雑誌が、「H.I.V. POSITIVE」というスタンプが押された裸体の臀部の写真（以下「本件広告写真」）等を用いたベネトン社の広告を掲載した。この広告に対し差止請求がなされ、上訴審である連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）は、次のような本件広告写真の解釈に基づき、差止めを認容した。すなわち、本件広告写真はAIDS患者を「烙印を押されて」社会から追放された者と描写しており、H.I.V.感染者に対する差別的表現であると解釈した（以下「原手続判決」）。このため、異議申立人は、本件広告写真のように多義的な表現が争われているときに、たとえばH.I.V.感染者問題について社会的関心を喚起する表現といった差別的表現とはみない解釈が成立しうるにも拘らず、差別的とみる解釈を採用しこれを理由に差し止められることは、意見表明の自由を保障する基本法5条の侵害に当たると主張した。つまり司法事実たる表現解釈を憲法問題として争って、原手続判決に対する憲法異議を提起したのである。

連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所の司法事実認定に立ち入って審査して、原手続判決を破棄し事件を差し戻した。

判決は、司法事実である表現解釈の審査について、まず一般論として次のようにいう。「表現の意味を最終的に確定したり、基本権の要請を尊重して導かれた一つの解釈をより適当と自ら考える別の解釈で置き換えることは、連邦憲法裁判所の任務ではない。しかし、基本権の要請には、表現がコンテクストに関連づけて解釈されること、および客観的に有し得ない意味を付与されないことが含まれる。多義的な表現においては、裁判所は、多義性を踏まえて、さまざまな解釈可能性を検討し、見いだした結論に検証可能な（nachvollziehbar）理由を付さなければならない（vgl. BVerfGE 94, 1[10f.].）」

そして、連邦通常裁判所の表現解釈を次のように批判する。すなわち、原手続判決は、本件広告写真が、H.I.V.感染者を「烙印を押された」者として描写していると解釈した。しかし、本件広告写真は、そのような意味だけを有していると限定されない。広告は写真のみでコメントが付されていないため、H.I.V.感染者を社会的に差別し排除するとは必ずしもいえない。逆に、H.I.V.感染者の排除に対して一般に問題提起しているという解釈も、少なくとも同じ程度には成り立つ。そして、広告がH.I.V.感染者に烙印を押し、あるいは排除しているという印象は、広告のコンテクストからも導かれない。むしろ、広告の批判的な傾向や世論喚起的効果は、無視

し得ない。本件広告写真が H.I.V. 感染者の人間の尊厳を侵害しているという連邦通常裁判所の解釈は、少なくとも唯一の可能な解釈ではない。原手続判決は、広告が、現に行われている H.I.V. 感染者の差別と排除に対して、批判的な意図で一般の関心を向けようとしているという、十分成り立ち得る解釈の可能性を看過した。この解釈であれば、H.I.V. 感染者の人間の尊厳の侵害はないといえるのである。

(3) 小 結

こういった連邦憲法裁判所の実践に対して、ドイツの学説の中には批判的な立場もある。その骨子は、司法事実認定は一般の裁判権の任務であって憲法裁判権の問題ではないから、司法事実に入り込んで連邦憲法裁判所が審査することは越権行為であり、「超上告審化」であるというものである。そして、代表的な論者の一人は、連邦憲法裁判所には司法事実認定の道具が欠けているのであるから、事実認定についてはそれが恣意的であるかどうか限定し、それ以上立ち入って審査すべきではないとする。この論者は、憲法異議においても個別具体的な問題に関わるのではなく、規範統制に準じて権限を行使すべきであると主張する⁽⁵⁾。ドイツの議論は、連邦憲法裁判所と一般の裁判所との権限配分という — ドイツ法固有の — 問題とも関わるので、ここで詳細には立ち入らない。しかし、連邦憲法裁判所が述べているように、表現の自由の保障という観点からみたととき、表現をどのように解釈するかは重要な問題である。ベネトン事件では、表現解釈が、そのまま基本権保護と直結していた。つまり、表現解釈が基本権保障の成否に決定的な役割を果たす場合があるのである。しかも、表現解釈が事実審の恣意によって決定されると、表現活動を行なう者一般に対して萎縮効果をもたらす。このことを考えると、司法事実認定を憲法問題として捉えることは、少なくとも表現の自由保障にとって重要であり、したがって司法事実認定も単なる事実問題ではなく、憲法裁判権の範囲に属し得るというべきであろう。

2. 日本の具体例

日本においても、司法事実が憲法問題となり得た、あるいは憲法問題とされた例を挙げることができる。いくつかの事例を取り上げてみよう。

(1) 四畳半襖の下張事件

日本において、司法事実である表現解釈が憲法問題として争われ得たものとしては、たとえばわいせつ表現についての一連の事件がある。しかし、実際には、司法事実を憲法問題とする議論は行われなかった。ここでは、司法事実認定に関する基準が示されていると思われる四畳半襖の下張り事件を素材に、若干の指摘をするにとどめる⁽⁶⁾。

この判決において最高裁は、司法事実認定の仕方についても述べている。すなわち「文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうったえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして」わいせつ性を判断すべきである、としている。この、いわゆる全体的考察方法は、司法事実認定の仕方の基準としての意味を有する。したがって、文書の具体的部分を摘示して自ら適用して判断するか、この基準に照らして判断するよう原審に差戻すことが考えられる。しかし最高裁は、「本件についてこれを見ると、本件『四畳半襖の下張』は、男女の性的交渉の情景を

扇情的な筆致で露骨、詳細かつ具体的に描写した部分が量的質的に文書の中核を占めており、その構成や展開、さらには文芸的、思想的価値などを考慮に容れても、主として読者の好色的興味にうつたえるものと認められる」と、とくに論証することもなく結論づけてしまっている。

学説の反応も、わいせつ性の判断基準をめぐることは、さまざまに議論がなされ多くの貴重な業績が上がっているが、判断基準の適用の仕方そのものを問題としているものは、管見する限り、ほとんど見受けられない。わいせつ性の判断にあたって司法事実という事実問題の重要性に言及しているものとしては、チャタレー事件判決時点における、奥平康弘による、次のような主張が注目される。わいせつの「定義の適用の仕方一般の問題も、憲法論でなければならないと思う。これも刑法一七五条の現実の法構造の重要な一環であるからである。」そして、チャタレー判決が依拠した部分的判断方法を「当該文書の価値とそれが自由に読まれるべき価値とを、裁判所が何ら判断を下さずに、社会から奪ってしまうことを意味する」として批判し、全体的考察方法を取るべきであるとする。また、通常人の立場を判断基準とすること、芸術性の有無を判断すべきであることなどが述べられている。これらは、四畳半判決に採用されているのであり、重要な指摘であることは言うまでもない。しかし、これも適用の仕方一般、すなわち基準を問題にするにとどまっている。具体的にどう適用するかまでは問題とされていない⁽⁷⁾。

(2) 裁判官懲戒事件（寺西事件）

この事件は、政治集会に出席し発言したことについて、裁判所法52条1号の「積極的に政治運動をすること」に該当するとして戒告の裁判を受けた裁判官（以下「被告人」）が、最高裁に即時抗告を申し立てたものである。ここでは、被告人の発言と行動とを一体化して評価することが問題となった。多数意見による司法事実の評価に対して、3名の裁判官による反対意見があり、そこにおいて本稿の関心からみて重要な議論が展開されている⁽⁸⁾。

a) 事実

最高裁の認定した事実は、およそ次のとおりである。

- ・被告人は、新聞に「信頼できない盗聴令状捜査」と題する投書をし、掲載された。
- ・いわゆる組織犯罪対策法案に反対するための活動を行っていた政治団体等は、反対運動の一環として、「盗聴法と令状主義」に関する集会を行うことを決定し、被告人にもパネリストとして発言を依頼し承諾を得た。
- ・被告人の所属する地方裁判所長は、パネルディスカッションに参加することが裁判所法52条1号の「積極的に政治活動をすること」に当たり、懲戒もあり得ると述べた。被告人は、パネリストとしての発言を取りやめることにした。
- ・集会に参加した被告人は、一般参加者席から裁判官であることを明らかにした上で、所属長から集会に参加すれば懲戒処分もあり得るとの警告を受けたためパネリストとしての参加を取りやめた旨を述べ「自分としては、仮に法案に反対の立場で発言しても、裁判所法に定める積極的な政治運動にあたるとは考えないが、パネリストとしての発言は辞退する」という趣旨の発言をした。

b) 事実の評価

こういった被告人の言動を、最高裁は次のように評価した。

決定は、まず、前記の事実から次のような「状況」を導く。すなわち、集会の実質的主催者は、いわゆる組織犯罪対策法案に反対する集団である。そして、被告人がパネリストとして参加を依頼されたのは、被告人が法案に反対する立場であることが投書によって既に明らかとなっており、現職の裁判官として集会で反対意見を述べれば、反対運動をより前進させる効果があると考えら

れたからである。原告人は、集会参加に際してこのことを認識していた。また、参加者もそれを認識して集まってきていた、というのである。

そして、「以上のような状況の下においてなされた原告人の本件言動は、発言の直接の内容としても、仙台地方裁判所長の警告は裁判所法の解釈を誤ったものであって、そのような本来従わなくてもよい不当な警告によりやむなくパネリストとなることを断念した旨を積極的に表明したものであり、……自分の本意はあくまで予定通り壇上においてパネリストとして発言することにあるということを訴える内容を含んでいると認められる。そして、……本件集会の参加者の予備知識からするならば、それらの者は、……『仮に』と断わってはいるものの、原告人の本意は壇上からパネリストとして本件法案に反対の立場で発言することにあると理解したものと認めることができる。このように、本件言動は、……本件法案が裁判官の立場からみて令状主義に照らして問題のあるものであり、その廃案を求めることは正当であるという原告人の意見を伝える効果を有する」。つまり、「本件言動は、本件法案を廃案に追い込むことを目的として共同して行動している諸団体の組織的、計画的、継続的な運動を拡大発展させ、右目的を達成させることを積極的に支援しこれを推進するものであ」る。

c) 反対意見

多数意見のこういった事実評価に対し、河合伸一裁判官は次のような反対意見を述べている。原告人の本件言動それ自体を「多数意見は、……それに至る経緯等を背景において評価し、……懲戒事由に該当するとしている。しかし、たとえそのような評価が可能であるとしても、それは、いわばぎりぎりの解釈によってである。その意味で、本件はいわゆる限界事例であり、だれがみても右事由に該当することが明らかで」とはいえないと指摘する。さらに、本件で問題となった懲戒事由の要件は「多義的な、相当に幅のある定めである。そのような幅のある要件について限界まで懲戒権が発動される例を見ることにより、裁判官の中に必要以上に言動を自制するものが現われはしないかと案ずる」としている。

遠藤光男裁判官も、事実の評価について反対意見を述べている。原告人の集会における言動は「出席者に対して、……反対運動をせん導し、又は反対運動の進め方などにつき具体的かつ積極的な発言をしたものではなかったこと、などにかんがみると、右言動により、原告人の裁判官としての独立性及び前記外見上の中立性・公正性が著しく損なわれるに至ったと断定することはできない」。また、新聞への投書も「本件言動に至るまでの前提的事実にすぎないのであって、……本件言動自体の内容をなすものではない。したがって、この点をとらえて、原告人を懲戒処分とすることは、許されるべきではない。」という。

元原利文裁判官の反対意見も、やはり事実の評価を問題としている。本件の発言のうち、所長から警告を受けたためパネリストとしての参加及び発言を取りやめたという部分は、「経過を説明したにすぎず、この発言のみに限っていえば、これを目して積極的な政治運動を行ったとまでは到底いいえないであろう。」また、仮に法案に反対の立場で発言しても積極的な政治運動にあたるとは考えていないという部分も「本件集会の出席者に対し、盗聴法の制定に対する反対運動に参加し、これを廃案に追い込むべきことを、明確かつ積極的に訴えかけていると認めるには程遠いものである。……これをもって、反対運動を積極的に支援し、これを推進する役割を果たしたというのは、過大な評価である。」とする。

d) 考察

本件の司法事実認定の在り方について、たとえば奥平康弘は次のように指摘している。最高裁は、自ら設定した「積極的に政治運動をすること」についての定義、すなわち「組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為」に本件言動が該当するかの検討を行っていない。

最高裁は、集会が法案に反対する運動の一環として開催されているので、それへの参加がただちに定義に該当するかのように述べている。しかし、かりに集会および主催者団体が定義に該当するような性格の団体だとしても、その集会に参加し発言をした行為の方も、ただちに「組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為」になるとはいえない。「最高裁は、寺西氏が『組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為』をなしたことを、それ自体として審理し、それを当事者および国民に納得できる形で説明すべきであった。」⁽⁹⁾

本秀紀も、最高裁は、本件言動だけでは積極的政治活動としては「貧弱すぎるため、周辺事情をいわば『合わせ技』として動員し」たもので、「苦肉の策といえよう。」とする。そして、「ここでは、『萎縮効果』をもたらす表現規制に際して、対象の言動以外の周辺事情をここまで読み込むことが許されるかという問題」があると指摘する⁽¹⁰⁾。

筆者も同じように、最高裁の司法事実認定に疑問を感じている。順に述べていこう。

決定は、抗告人の集会での発言を解釈して、次のような内容を引き出している。①仙台地方裁判所長の警告は裁判所法の解釈を誤っている、②不当な警告によりやむなくパネリストとなることを断念した、③本意はあくまで予定通り壇上においてパネリストとして発言することである。

①について、抗告人は、積極的な政治運動にあたるとは考えていないと発言しているから、確かに裁判所長と解釈が異なるということは述べている。ある法規定について異なる解釈が導かれ得るとしても、最終的には一つが選択されるのであるから、裁判所長と解釈が異なるという発言は、裁判所長の解釈が成り立たないということを含意し得る。その意味で、裁判所長の解釈が誤っているという趣旨を含まないわけではない。しかし、抗告人は、自分としては該当するとは考えないと言っているだけであるから、いずれの解釈も成り立ち得るが自分としては一方の解釈を支持するというほどの意味に理解することも可能である。裁判官の発言ではあるが、判決を下すわけではないので、確定的で排他的な解釈を述べていると見る必要はない。①のように、他を排除する趣旨で理解するには、少なくともさらに理由付けが必要に思われる。

②では、「不当な」、「やむなく」という修飾語が加えられている。確かに、「誤った」解釈に基づいていけば警告が「不当」であるという評価をすることは必ずしも不当ではないかもしれない。しかし、抗告人の主張には、当不当といった評価を含む表現はない。同様に「やむなく」という言葉もちろん発言に含まれていないし、それに代わる言葉もない。最高裁は、①、②によって、「誤った解釈→不当な警告→やむなく断念」というロジックを抗告人の発言から導いている。この解釈は、確かに成り立ち得るかもしれないが、決して唯一のものとはいえないのであって、そのように解釈することについては、さらに説明が必要である。

③についても疑問がある。抗告人の発言は、あくまで「パネリストとしての発言を辞退する」である。最高裁は「本意は」としているが、これは抗告人の内心を忖度するものである。とくに抗告人が行っているわけではない内容を発言の「本意」と決め付けている。しかし、抗告人は、予定どおり発言しなかったか否かについては言及していない。最高裁は、こういった表現解釈についてとくに理由を付することなく「と認めざるを得ない。」と結論づけているが、決してそのような解釈が論理必然的に導かれるわけではない。元原裁判官が反対意見で述べているように、これは「過大な評価」というべきであろう。最高裁の表現解釈は、発言を抗告人に不利な方向で解釈し、これを前提に表現規制を首肯するものであって、表現の自由の保障という観点からみて、問題のあるものといわざるを得ないであろう。

さらに、決定が、抗告人の本意を、「集会の参加者の予備知識」によれば単にパネリストとして発言することではなく「本件法案に反対の立場で発言」と解釈していることにも、上記の批判が当てはまる。このような「合わせ技」が不当であることは、遠藤裁判官の反対意見や本評

釈が批判するところであろう。原告人の発言を、それ自体としてどのように解釈すべきかが検討されるべきである。

もっとも、ドイツ連邦憲法裁判所が正当に述べているように、発言内容の解釈を確定することは一般の裁判権の任務であって、憲法問題ではない。本稿でも、原告人の発言について、最高裁とは別の解釈の可能性について検討したが、それは可能性の有無を示すことに主眼がある。司法事実認定について、最高裁の解釈だけが成り立つものではないこと、別の可能性もあるのにそれを検討せず、理由を付すこともなく、原告人に不利な解釈を採用していることを指摘しようとしたのである。そして、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を参考にすれば、原告人の発言を規制する必要のない解釈可能性があれば、表現の自由を保護するという憲法の趣旨に鑑みて、そちらを採用すべきことになる。河合裁判官は反対意見において限界事例への適用が裁判官に対して萎縮効果をもたらすことを指摘しているが、同様の効果は発言の解釈の仕方についても生じ得るのである。憲法問題としての司法事実認定という観点からして、最高裁の本件決定には問題がある。

(3) 「石に泳ぐ魚」事件の訴訟活動

本件は、私小説のモデルとされた原告が、小説によりプライバシーが侵害されたなどとして、作家および出版社に対して単行本化の差止めと損害賠償を求めた事件である⁽¹¹⁾。小説の表現がプライバシー侵害、名誉毀損及び名誉感情の侵害（以下「プライバシーの侵害等」）にあたりと主張された事件であるから、裁判の過程において、適用すべきプライバシー侵害等の判断基準が問題になるとともに、その基準の当てはめ、ないし該当性へ向けての具体的表現の解釈が問題となる。ところで、本件を検討するにあたっては、角度を変えて、判決ではなく原告、被告の主張に着目してみたい。というのは、ドイツの憲法異議手続では、異議申立人が意見表明の自由を援用する場合、異議の対象となっている判決による表現解釈に対して適切に反論しているかも、連邦憲法裁判所によって重視されているからである。つまり、当事者自身による司法事実解釈が重要なのである。また、本件においては、原告被害者と被告作家、雑誌社等とで、司法事実認定へ向けての主張が全く異なる傾向を有しているからである。そして、裁判の帰趨にも、司法事実に関する主張の違いが大きく影響しているように思われるのである。両者の主張の傾向は、地裁、高裁ともに共通であるので、より特徴が明確である地裁での両者の主張を中心に検討する⁽¹²⁾。

a) 原告側主張の特徴

原告側は、本件小説を詳細に引用しつつ論旨を展開している。

小説中の人物「朴里花」と原告との同定の可能性については、まず、朴里花に与えられた属性で原告と同じものとして、①日本生まれの韓国系三世であること、②小学校五年生まで日本に在留していたことなど、合計13点を指摘している。

次いで、原告と被告との交友の経過と小説のストーリーとを対応させて、同一と見られる箇所を挙げて、同定される根拠としている。これは、たとえば次のような部分である。

①「原告の韓国の家には、魚がだんだん変化して鳥になっていく過程を何枚もの五センチ四方くらいのタイルに焼き込んである作品がピアノの上に掛かっていた。原告は、被告……を大学路にある劇団まで送った後、……大学へ行った。……」という、事実を述べた上で、小説中の対応部分の頁（26及び27頁）を示している。これに対応する部分には、たとえば「……ピアノの上にかかっている、魚がだんだんと変化して鳥になってゆく過程を何枚もの五センチ四方くらいのタイルに焼き込んである作品に眼を止めた。全体では三十四インチのテレビ程の大きさである。……電話を切った里花は『待ち合わせ場所は、……大学の校門に決めたま。私も大学に顔を出さなきゃいけないから送ってあげる。……』……[待ち合わせの相手である]金は、……校門の前に立

っていた。」といった叙述がある。

②「原告は、被告……を車でソウル市内に案内した後、……[大学に]登校した。被告……らは、湖岫アートホールにおいて、映画『白い戦争』を観た。原告は、昼食時に被告……らと合流し、冷麺を食べた。(小説中対応部分三〇及び三三頁)」。これに対応する描写は、「里花は校門の門柱の半分影になったところに立っていた。……[大学]前にある小さな食堂に入ると、……里花は……『ここは冷麺が美味しいってことになってるの』といい一番奥のテーブルに坐った。里花は冷麺を注文する……。」「私たちは、午前中は市内を案内します、という金の強引な誘いを断って映画を見ることにしたのだ。」という部分である。

原告は、このように交友の経過における事実と小説のストーリーとを詳細に対比して、対応する箇所を前記のものも合わせて19点指摘している。さらに、本件小説の主人公である「梁秀香」及びその家族に、被告及びその家族の属性が与えられていること、本件小説が雑誌に掲載された際に、雑誌の目次に「自伝的処女小説」と記載されていることなども指摘する。これらの詳細な根拠を摘示して、原告と朴里花との同定可能性を主張している。

原告は、本件小説によるプライバシー侵害等についても、同定可能性についてと同様の手法で、小説の具体的表現を取り上げて立証に努めている。摘示されている部分の検討は、手法が同じであり、また紙幅の関係もあるので割愛する。摘示されている箇所の数だけを記すと、プライバシー侵害について19箇所、名誉毀損について5箇所、名誉感情の侵害について14箇所である。この他に、本件小説及び本件訴訟の経緯等を記載した「表現のエチカ」などについても、具体的に問題とすべき描写部分を摘示している。原告側は、このように多数の箇所を摘示し、それらがプライバシー侵害等に当たる表現であるとしている。つまり、本件小説の当該箇所について、そのように解釈しているのである。確かに、場所によっては必ずしも十分に解釈の理由が付されているとはいえないものもあるが、表現を摘示し、原告のプライバシー侵害等に当たるという解釈を示そうとしていることは見られる。こういった原告側の態度に対して、被告側は、どのように反論しているであろうか。

b) 被告側主張の特徴

被告側は⁽¹³⁾、原告が摘示した部分に対して逐一反論するという方法を取っていない。およその主張は、作品が純文学なので、内容は虚構であり具体的な人物を示すものではないから、プライバシー侵害等にはならないというものである。

まず、「朴里花」と原告との同定について、次の三点を主張する。①「純文学小説である本件小説の一般読者の中に、ことさら『朴里花』のモデルが誰であるかについて関心を持つものはいない」のであり「一般読者が実在の人物と作品の登場人物を同一視しながら本件小説を読むことはない。」②「原告は、著名人ではなく、……一人の無名女子大学院生にすぎないから、『朴里花』と原告とを同定できる読者は……極く少数の者に限られる」のであり、「原告を知らない一般読者がモデル的興味を持って本件小説を読むこともない。」③「朴里花」と原告との同定性は「一般読者の普通の注意と読み方」を基準とすべきであり、この基準に照らせば同定されないから、プライバシー侵害等の問題は生じない。

次に、被告側は、本件小説が虚構であるからプライバシー等の問題は生じないことを、次のように説明する。まず、「純文学としての小説は、現実世界における世界認識を梃に、作者からしか垣間見ることのできないもうひとつの現実世界を提示していくものということができる。したがって、……そこに登場する人物たちは、現実のモデルの相貌を備えていたとしても、……その人物はやはり、現実の人物とは、似て非なるものといえる。純文学小説における虚構性[のゆえに]……現実とそっくりな人物が描かれている場合でも、……それは虚構の人物である。」そして、

本件小説の虚構性について「實在人物の行動や性格がデフォルム（変容）され、それが芸術的に表現された結果、一般読者をして小説全体が作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構（フィクション）であると受け取らせるに至っている。」という。そして、本件小説が虚構であることについて「實在人物の行動や性格がデフォルムされ、現実の事実と意味や価値を異にするものとして表現されているうえ、實在しない創造上の人物である『柿の木の男』……等を登場させ、これらの人物との絡みのなかで主題が展開されているから、読者は『朴里花』が原告でないことを容易に認識し得る。」と結論づけている。しかし、論証において、「デフォルム」されている具体的部分の摘示などはない。

c) 考 察

東京地裁の判決は、原告と被告との交友関係の事実と、本件小説の内容とを照らし合わせて、原告と被告との現実の交友関係に依拠したものであることが窺われ、『朴里花』と原告とを同定することは可能であると結論づけている。

判決文中でも、事実と本件小説の内容との対照は原告の主張に沿う形で詳細に行われており、すべてを紹介することはできない。ここでは対照の仕方を見るため、一例だけ紹介しておく。

交友の経過として、判決は次のような事実を認定する。「原告は、被告……の訪韓に同行したD女とは古くから交友関係を結んでいる間柄であったため、……両名をソウル金浦空港まで車で迎えに行き、原告の家に伴った。……当時、原告の両親は息子（原告の弟）の留学先に旅行中で、原告が一人で留守宅を守っていたが、その家のピアノの上には、魚が徐々に変化を遂げて鳥になってゆく過程を何枚ものタイル（その一枚の大きさは五センチ四方程度）に焼き込んである作品が掛かっていた。」そして、これに対応する作品内容として、次の部分を摘示する。「『梁秀香』は、ソウル金浦空港において、『小原ゆきの』から友人の『朴里花』を紹介される。……『梁秀香』らは、『朴里花』が運転する車で、韓洋折衷様式の同人の家に向かう。『朴里花』の両親は、当時、……に留学している弟を訪ねて旅行中であつたので、『梁秀香』……は、韓国滞在中『朴里花』の家に宿泊することになる。この家のピアノの上には、魚が徐々に変化を遂げて鳥になっていく過程を何枚もの五センチ四方のタイルに焼き込んである作品が掛けられている。」このように、判決も本件作品の具体的部分を根拠に、表現解釈を理由付けようとしている。

被告の主張する純文学性と同定可能性との関係については、本件小説の「読者が『朴里花』が原告をモデルとする人物であると認識するかどうかは、本件小説の小説としての価値評価とは必ずしも関連性がないというべきであるから、仮に、本件小説が被告ら主張のような純文学小説ないしは文芸作品に当たるとしても、そのことによって直ちに、『朴里花』と原告とが同定されないということとはできない。」とする。そして「読者にとって、……モデルに関わる現実の事実であるか、作者……が創作した虚構の事実であるかを截然と区別することができない場合においては、小説中の登場人物についての記述がモデルの名誉を毀損し、モデルのプライバシー及び名誉感情を侵害する場合がある」と述べる。さらに、具体的判断でこの基準を本件に当てはめ、「原告と被告……との交友関係にかかる現実の事実と被告……が創作した虚構の事実が織り交ぜられ、渾然一体となって記載されているから、……読者が、少なくとも『朴里花』に関わる部分については、全体として被告……の創作になる虚構の事実であると認識しないであろう」と結論づけている。

判決が、概ね原告の主張を受け入れていることは多言を要しないであろう。とりわけ、虚構の事実と読者が認識しないとしている点は重要である。原告側は、交友の経過における事実と小説のストーリーとを詳細に対比して、対応する箇所を合わせて19点も指摘していた。多くの根拠を挙げて、本件作品中の『朴里花』が原告であると解釈される、つまり虚構の事実と認識されない

ことを論証していた。こういった作品解釈に対して、被告側は、いわば大上段に文学は虚構であるから同定されることは有り得ないとするのみで、本件作品が虚構と解されるべきことについて具体的な立証を行っていない。原告側の本件作品の解釈に対する別の解釈の可能性を提示しようとしていないのである。被告が敗訴した原因の一つは、この具体的な立証活動の欠如にあると思われる。そして、こういった原告と被告との主張の違いは、被告側の控訴による控訴審においても繰り返され、控訴は棄却された。本稿の観点からみれば、表現解釈について争わない以上は、裁判を覆すことはできなくてもやむを得ないと評し得よう。もっとも、被告（控訴人）側のこういった争い方も、理由がないわけではない。いわゆる『名もなき道』事件判決で平成7年に東京地裁が「実在人物の行動や性格が小説の趣旨に沿って……変容されて、事実とは意味や価値を異にするものとして作品中に表現され……ているため、一般読者をして小説全体が作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構（フィクション）であると受け取らせる」ときは、プライバシー侵害等は生じないとした例があるからである。しかし、そうだとした場合、変容された部分を摘示するなどして、作品が虚構と受け取られることについての具体的な立証は必要である。

モデル小説とプライバシー侵害等についての学説における議論では、判断基準が問題とされている。

たとえば奥平康弘は、わいせつ性の判断基準として用いられる「作品全体としての評価」という判断基準が、文学上芸術上の作品にも用いられ得るとする。すなわち、政治上・思想上・学問上の作品と同様に、文学上芸術上の作品に対しても「それにふさわしい表現の自由がよるにつけ与えられるべきだ」という⁽¹⁴⁾。この主張に対して、棟居快行による「プライバシー侵害は秘密情報の暴露であってわいせつ表現との比較でいえば、むしろいわゆる盗み撮りした他人の裸を芸術と称して公刊することに近い。そのような写真集が万一芸術性を有するとしても、『全体的考察方法』によってプライバシー侵害の違法性が減少するなどはとうていいえない」という批判がある⁽¹⁵⁾。棟居がいうように、小説の場合もモデルと作中人物とが同定された場合、作中人物の私的な事項にわたる描写がモデルのプライバシーと受け取られることになる。これは作品の芸術性とは無関係に、プライバシー侵害の有無という法的評価の対象となろう。むしろ「虚構までもがすぐれた芸術作品のなかでは、事実らしさを帯びるに至る」ことに注意が必要である。棟居は、判断基準について、本件「石に泳ぐ魚」東京地裁判決の示した、小説全体が虚構であると認識されるように「実名の使用を避け、あるいは相当の変容を施すなどの十分な配慮」をすべきという基準を評価する。そして、「作品による実話のデフォルメ（変容）は、評価の相対的な『芸術性』にたよって実現されるべきではなく、時代・場所・名称など、客観的な記述の変容によって実現されるべき」とする。判断基準そのものは本稿の課題ではないので、詳細な検討は他日に行うことにして、ここでは、棟居の基準により親近感を覚えることだけ記しておく。

本稿の関心では、いずれの基準を採用するにしても、その基準に当てはまる（当てはまらない）表現解釈を具体的にやっているかが問題であった。そして、当事者の主張における具体的表現解釈の有無が、本件判決の帰趨に影響したと思えるのである。

おわりに

表現の自由の保障にとって、表現をどのように解するかが一定の意義を有すると思われる日本の事例を取り上げて検討してきた。これらによって、少なくとも表現の自由が問題となる事例においては、司法事実認定の在り方が表現の自由保障に影響を及ぼし得、その限りで司法事実認定も、単なる事実問題ではなく憲法問題であることを示唆できたと思う。もっとも、司法事実認定の在り方について、どのような基準を立てていくべきかは、なお課題として残っている。たとえ

ば、いわゆる全体的考察方法はわいせつ表現が争われた場合にとどまるのか、他の法分野でも有効な場合があるのか、裁判官懲罰事件で問題となった周辺状況を考慮に入れることは、いかなる場合でも排除されるべきなのかと行ったことである。今後の課題としたい。

注

- (1) 筆者は既にいくつかの論考において、司法事実の認定及びその法的評価が人権保障、とりわけ表現の自由の保障にとって無視し得ない意義を有していることを、ドイツの議論を参考に検討してきた（たとえば、「憲法裁判と司法事実」法学新報108巻3号305頁）。本稿は、この考えを日本の最近の事例に当てはめて考察することを目的とする。
- (2) ドイツ連邦憲法裁判所は、基本権の照射効により通常法律の解釈適用が一般的に憲法適合的でなければならないとして、意見表明や芸術の自由に限らず基本権全体について、司法事実認定の基本権適合性が要請され得るとしている。日本国憲法の解釈として、基本的人権に照射効理論を認めることができるかについて、筆者の考えはなおまとまっていない。ただ、表現の自由については、司法事実認定を憲法問題とし得ると考える。というのは、複数の解釈が可能な表現について、合理的な理由付けなしに表現者に不利な表現解釈をすることは、憲法上許される解釈の成り立つ表現を規制することにもなり、表現の自由の不合理な制約となるからである。また、そのような表現解釈を認めることは、他の者に対して萎縮効果をもたらし得る点でも不合理だからである。このため、本稿でも、さしあたり考察の対象を表現の自由が問題となった事例に限定している。
- (3) 学説の中には、この決定で連邦憲法裁判所が方向転換をし、司法事実認定を一般の裁判所の判断に委ねたと見るものもある。しかし、この理解が最大の根拠とする根拠とする、司法事実認定の合理性の基準となる文言の変化は、連邦憲法裁判所による意識的な使い分けとみることはできない。これについては、拙稿「ドイツ連邦憲法裁判所による司法事実審査について — 最近の判例の動向を中心に — 」栗城壽夫先生古希記念論文集（2003年刊行予定）を参照。
- (4) この判例について詳細は、拙稿「ドイツ憲法判例研究 ショック広告と表現の自由」自治研究78巻1号124頁を参照。
- (5) 議論については、さしあたり拙稿「憲法裁判と司法事実」（注1）を参照。
- (6) この事件の判示内事項として、最高裁自ら「文書のわいせつ性の判断方法」としている（刑集34巻6号433頁）。
- (7) 奥平康弘『表現の自由Ⅱ』岩波書店（1983）27頁以下。なお、奥平は、次に見るいわゆる寺西事件では、具体的な事実認定にも目をむけている（注9を参照）。
- (8) 民集52巻9号1761頁。
- (9) 判例時報1682号182頁。
- (10) 憲法判例百選〔第四版〕Ⅱ395頁。
- (11) 本稿脱稿直前の2002年9月24日に、最高裁は作家、出版社側からの上告を棄却する判決を下した。最高裁での上告理由及び判決の検討は他日に行いたい。
- (12) 東京地裁平成11年6月22日判決、東京高裁平成13年2月15日判決。なお、本稿脱稿後の2002年10月15日までに、最高裁判決を受けて、国立国会図書館は「石に泳ぐ魚」の閲覧を禁止する決定をした（朝日新聞西部本社版2002年10月16日）。本稿の論証に必要な範囲で、判決文中の原告に関する事実の記述及び小説の原文を引用してあるが、上記の措置に鑑み論証に必要な固有な用語等は略した。ただ、原告と作中人物の同定可能性を検討するため、

必要最低限の固有名詞は残さざるを得なかった。

- (13) 被告の主張は、作家側からのものと出版社側からのものがある。しかし主張の内容は概ね同じであるので、区別の必要がある時に限り何れのものかを示すことにする。
- (14) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社（1997年）229頁。
- (15) 棟居快行「出版・表現の自由とプライバシー」ジュリスト1166号12頁以下。