

法廷外弁護活動としての 表現行為の意義と限界

仙台地判平成23年7月5日を機縁として

瀧野 貴生*

目 次

- 1．問題の所在
- 2．犯罪報道の実証的分析
 - (1) 分析目的
 - (2) 分析の対象
 - (3) 量的分析
 - (4) 質的分析
 - (5) 評価
- 3．法廷外における弁護人の表現活動が防御権保障にとって有する意義
 - (1) 社会のなかの刑事裁判の現実と弁護人の表現活動の意義
 - (2) アメリカにおける刑事訴訟当事者による法廷外での表現活動をめぐる議論の動向
 - (3) アメリカの議論の理論的含意
 - (4) 日本における裁判批判論争の到達点
- 4．法廷外における弁護人の表現行為が有する固有の権利性
 - (1) 公平な裁判所による裁判を受ける権利
 - (2) 職業裁判官の報道耐性論の問題点
 - (3) 被告人の公開裁判を受ける権利
 - (4) 弁護人の表現行為が有する固有の権利性を踏まえた規範定立の必要性
- 5．正当行為による違法阻却
 - (1) 正当行為性
 - (2) 名誉権との調整方法
- 6．名誉毀損免責要件による違法阻却
 - (1) 検討の意義
 - (2) 公共性
 - (3) 公益目的
 - (4) 真実性あるいは真実誤信相当性
 - ）必要とされる根拠の確実性 一般の犯罪報道の場合
 - ）被疑者・被告人側主張の法廷外での公表と名誉権との調整方法

* ふちの・たかお 立命館大学大学院法務研究科教授

7. 結 論

- (1) 正当行為アプローチと名誉毀損免責法理アプローチとの関係
- (2) 本事案へのあてはめ
 -) 正当行為アプローチから
 -) 名誉棄損免責法理アプローチから

1. 問題の所在

仙台地裁は2011（平成23）年7月5日¹⁾、殺人および殺人未遂事件（以下、「本件刑事事件」と表記）に関して同事件の弁護団団長を務める弁護人が本件刑事事件被告人との共著で著書を出版したところ（以下、「本件著書」と表記²⁾、同著書における記載中に、患者死亡等の結果が刑事事件によって発生したという虚構の事実を原告およびその妻が作り上げたとの印象を与える記載部分があり、それにより原告の名誉が毀損されたとして、原告が、弁護人に対して、不法行為に基づく損害賠償および謝罪広告の掲載を求めた事案（以下、「本事案」と表記）について、不法行為の成立を認め、損害賠償を命じる判決を下した（控訴中）（以下、「仙台地裁判決」と表記）。

仙台地裁判決は、刑事事件の弁護人が弁護活動の一環として、事件についての被疑者・被告人側の主張を法廷外で公表したという事情について、名誉毀損による権利侵害を認めたとうえで、正当行為による違法性阻却事由としてのみ取り上げ、当該争点についての判例とされている最決昭和51年3月23日³⁾（以下、「丸正名誉毀損事件決定」と表記）の規範を形式的にあてはめ、被告側の主張をあっさり斥けている。しかし、刑事弁護活動＝被告人の防御活動の一環として行われた表現行為について、正当行為による違法阻却の観点からしか取り上げないのは果たして妥当なのだろうか。あるいはまた、公共性、公益目的、真実性または真実誤信相当性といういわゆる名誉毀損免責法理の適用にあたって、通常の表現活動とまったく同じ判断基準を採用することが果たして妥当といえるのだろうか。さらに、正

当行為による違法阻却の成否を判断するにあたって仙台地裁判決が依拠した丸正名誉毀損事件決定の規範は現時点で有効性を持っているといえるのだろうか。仮に丸正名誉毀損事件決定の規範自体は現在においてもなお妥当するとしても、判例規範が立てた各要件の成否は具体的にどのような基準を用いて判断されるべきなのだろうか。仙台地裁判決は、これらの疑問に一切答えていない。

仙台地裁判決が本件著書に対して行った評価については、「刑事弁護活動として行われた表現」という特殊事情を加味せずに、一般の表現活動として判断したとしても、本事案における弁護人の表現行為は、そもそも名誉毀損自体にも該当しないのではないかと、この疑義もある。しかし、本稿では、仙台地裁判決が行った名誉毀損の存否に関する個別の事実評価には立ち入らず、表現行為が弁護人の弁護活動および被疑者・被告人の防御活動の一環として行われ、仮にその表現行為が外形的に他人の名誉を毀損する内容であったとして、当該表現の最終的な適法違法をいかなる規範に基づき、いかなる具体的基準を用いて判断すべきなのかという問題に論点を絞って検討することとする。

本稿の問題関心を予め一言で示せば、弁護活動・防御活動として行われる表現行為については、そのような表現行為が有する権利の性質に鑑み、通常の表現行為とはいささか異なる判断基準で名誉毀損における違法性の成否を判断する必要があるのではないかと、いうものである。以上の問題関心に沿って、以下では、まず、弁護活動・防御活動として行われる表現行為が一般の表現行為とどこが異なるのかという権利の固有性について、換言すれば、弁護活動としての表現行為が有する特別の意義を論証することから検討を始めることとしたい。

2. 犯罪報道の実証的分析

(1) 分析目的

弁護活動として行われる表現行為の意義を考える際に、当該表現活動について、被疑者・被告人や弁護人が置かれているさまざまな社会的状況を抜きにして真空状態で評価しても、弁護活動としての正しい意義づけはできない。訴訟手続のなかでの防御活動のみで全ての手続が公正に進行し、公正な判断がなされるという建前は理念論としては正しいが、現実には、制度上の限界、不備や、当該刑事手続に関わる訴訟関係者の性格や個人的ポリシーが当該裁判の運営や結果に漏れ出すことによって、手続が理念通りに機能しない場合がある。後者の例としては、検察官が適正手続や被告人の防御権を侵害するような訴追・公判活動を行い、弁護人が公判で当該違法・不当な検察官の行為を争っているにもかかわらず、検察官も裁判所も適切な対応・措置を取ろうとしない場合などが考えられる。

もちろん、弁護人による法廷外での主張の正当化を導きうる外的環境の外延をどこに設定するかは、論者によって、あるいは立場によって異なる結論に至りうる。また、被疑者・被告人および弁護人を取り巻く、手続に影響を及ぼす可能性のある環境要因の全てを考慮することは現実的ではない。しかしながら、他方で、日本における重大刑事事件の弁護活動の特徴の一つに、弁護人が、センセーショナルな犯罪報道で作られた猛烈な必罰・厳罰主義世論の逆風のなかで弁護活動を行うことを強いられるという点があることは否定できないだろう。つまり、犯罪報道は、手続に影響を及ぼす可能性のある環境要因の典型例なのである。そうすると、まず、当該刑事事件を巡って行われていた犯罪報道がいかなる状況にあったか、という点を明らかにすることが、関連する事情の検討として必須不可欠であると言えよう。検討の結果、不利益状況が確認され、そこでの不利益が法的に回復すべき権利性を有する場合には、弁護人の表現活動は単に表現の

自由という側面を超えて新たな法的根拠を獲得することになる。

本件刑事事件において犯罪報道が過熱していたことは、仙台弁護士会人権擁護委員会から各報道機関に対して犯人視報道をしないことを求める勧告(2003年11月18日)が出されているという事実からも、検証するまでもなく明白であるように思われるが、本稿では、改めて、本件刑事事件での犯罪報道の状況を具体的に検討して、本件刑事事件において被疑者・被告人および弁護士が置かれていた社会的状況を実証的に明確にしておきたい。

(2) 分析の対象

分析の対象としたのは、本件刑事事件被告人が逮捕された翌日の2001(平成13)年1月7日(1件目の事件についての逮捕報道が始まった日)から、弁護士が本件著書の執筆をほぼ終了したと考えられる同年5月中旬⁴⁾までの河北新報と朝日新聞(それぞれ宮城県版)である(以下、年の記載のないものはすべて2001年である)。河北新報を選んだ理由は、本件刑事事件の裁判が行われた宮城県においてもっとも読者の多い新聞であり、宮城県という地域に対する報道の浸透度と読者に対する影響度を最も正確に反映していると考えられるからである。一方、朝日新聞は、東北地方に特化していない全国一般紙であることから、一般論として、地元紙や夕刊紙あるいは映像メディアや週刊誌などの他の主要なメディアと比較して相対的に表現のセンセーショナル性も影響力も低い可能性がある。そこで、そのような一般論が本件刑事事件の報道でもあてはまるかどうかを調べることにより、本件刑事事件における報道の影響力を総合的に分析できると考えた。

(3) 量的分析

両紙それぞれについて、見出しとリード文と記事本文を1セットとして1本と数えるという方法で、月ごとに主たる情報源別に記事本数を計上した。その結果が、【表1(河北新報)】および【表2(朝日新聞)】である。

【表1（河北新報）】

主たる情報源	1月	2月	3月	4月	5月
捜査機関	23	11	7	2	0
病院関係者	13	7	1	0	0
周辺住民	7	2	0	0	0
行政機関	16	8	4	0	0
識者コメント	1	0	0	0	0
被害者関係者	2	2	0	0	0
社説・解説	3	0	0	0	0
連載	2	4	0	0	0
被疑者・弁護人	5	3	2	1	0
裁判所	3	4	2	0	1
その他	0	2	1	0	3

【表2（朝日新聞）】

主たる情報源	1月	2月	3月	4月	5月
捜査機関	20	4	4	0	0
病院関係者	8	1	2	0	0
周辺住民	9	2	0	0	0
行政機関	9	5	1	0	0
識者コメント	7	1	0	0	0
被害者関係者	2	0	0	0	0
社説・解説	3	0	0	0	0
連載	3	0	0	0	0
被疑者・弁護人	5	3	2	1	0
裁判所	3	7	0	0	1
その他	2	0	0	0	1

いずれも2001年

2つの表を見ると、まず、河北新報においても朝日新聞においても、本件刑事事件被告人が逮捕された時点から約3ヶ月の期間にわたって、ほぼ連日、本件刑事事件に関連する記事が掲載されていることが分かる。そして、記事の情報源としても最も多数を占めるのが、警察および検察を出所とするものである。警察および検察を情報源とする記事は、ほとんど例外

なく、本件刑事事件被告人の犯人性を肯定する方向の情報で占められていた。たとえば、逮捕や起訴を報じる際に、根拠として、血液などから筋弛緩剤が検出されたという検査結果が挙げられるとともに、その筋弛緩剤を本件刑事事件被告人が取り扱える立場にあったとか、混入させる機会があったという状況証拠的事実が指摘されたり、取調べで動機を迫りといった取調べの状況や本件刑事事件被告人の供述状況が報道されたりしている。いずれも捜査機関側による事件の解釈および本件刑事事件被告人に対する見方をそのまま報じるもので、結果的に、捜査機関の視点と一体化している傾向が見て取れる。典型的な例を一つだけ挙げると、河北新報1月21日の記事では、「投与の速度調節か」「容疑者関与隠し工作？」〔引用者注　　は、本件刑事事件被告人の実名。以下同じ。〕という見出しのもと、「捜査本部は　　容疑者が点滴投与のスピードを調節し、容体急変への関与を気付かれないように工作していた疑いがあるとみて調べている。」というリード文が続いている⁵⁾。しかし、容体急変までに要した時間には患者によって差があるというのが事実だとしても、本件刑事事件被告人が点滴投与のスピードを調節していたとか、関与隠しの工作をしていた疑いがあるというのは、急変時間の差という事実から捜査機関が推論した一つの見方、換言すれば捜査機関の解釈に過ぎない。もちろん、記事は、「捜査機関」を主語にして書かれてはいるが、一つの見方に過ぎず、別の解釈もありうることを相当強調しないかぎり、このような記事は、結果的に読者を捜査機関と同一の視点に導いてしまうことになる。しかも、この記事の場合、「関与隠しの工作」を疑うことで、「関与したこと」自体は暗黙の前提になってしまっており、一層、本件刑事事件被告人の犯人性を強調する結果になっている。

量的に次に多いのが、本件刑事事件が発生したとされる病院の関係者由来の情報の報道と行政機関由来の情報の報道である。このうち行政機関由来の情報は、主として本件病院の管理運営体制に対する宮城県や厚生労働省の監査・検査に関する内容で、それ自体は必ずしも直接的に本件刑事事

件被告人を犯人視するものではない。

これに対して、本件病院関係者由来の情報は、その多くが、本件刑事事件被告人が不審な行動を取っていたという印象を与えるような目撃情報や、本件刑事事件被告人が犯人であるとの前提に立って意見・感想を述べるものであり（たとえば、「容疑者が夜勤に入る日には病院全体が緊張した。それぐらい、彼の夜勤時の異常事態が続いていたんです」⁶⁾）、捜査機関由来の情報に匹敵するほど本件刑事事件被告人の犯人性を印象付ける性格を有している。

さらに、数としては必ずしも多くはないが、周辺情報や識者のコメント、さらには被害者の家族のコメントなども、そのほとんどが本件刑事事件被告人が犯人であることを前提とした分析や感想などで占められており、同様に、本件刑事事件被告人の犯人性を肯定する性格を有している。

これに対して、本件刑事事件被告人の犯人性を疑問視したり、これを否定する方向の報道は、弁護人が行った記者会見の内容を報道するものおよび、逮捕・勾留が繰り返されるなかで断続的に行われた勾留理由開示裁判の内容を報道するものにほぼ限られている。

つまり、量的に見れば、圧倒的多数の報道が、本件刑事事件被告人の犯人性を肯定するトーンでなされていたといえよう。

(4) 質的分析

次に、記事の具体的な中身に立ち入り、特徴的な記事や表現を抽出することで、質的な観点から分析することとする。

まず、本件刑事事件では、本件刑事事件被告人が、最初に逮捕されてからしばらくの間は被疑事実を認める方向での供述を行っていたため、とくに初期段階では、自白内容の報道が繰り返しなされた。一例を挙げると、『好条件の待遇で迎え入れるとする採用時のクリニック側の約束が守られず、不満が募っていた』と、動機面の具体的な供述を始めた⁷⁾などである。このような被疑事実を認める方向での本件刑事事件被告人の供述の報

道が、本件刑事事件被告人の犯人性を肯定する方向で読者にきわめて強く作用することは言うまでもないだろう。

さらに、この記事ではあわせて、容疑者は「昨年12月にクリニックをやめるまで仙台市内の勤務先を転々としていた」という記述も見られる。本来、勤務先を変えること自体は、価値中立的な事実であるはずである。しかも、本件刑事事件被告人の場合は、本件刑事事件が発生したとされる病院にはヘッドハンティングされてきたのだから、むしろ勤務先を変ったという事実は人物評価を高める事実とさえなりうる。しかし、「転々としていた」という表現を使うことで、逆に、本件刑事事件被告人に対する人物評価を低下させる結果となっている。そして、このような表現を使ったエピソードと「自白」供述とが同一記事の中で重なることによって、本件刑事事件被告人に対する犯人視のイメージを非常に強く読者に植えつけることになったのは明らかであろう。

なお、念のため確認しておく、現在の日本の刑事手続実務において取られている捜査機関による取調べのやり方を前提とするとき、当該供述が、被疑者が供述するかしないか及び供述する内容を完全に任意に選択して供述できる状況で行われている保障はどこにもない。捜査段階で取られた自白は、証拠能力(任意性)の点でも、証明力(信用性)の点でも常に争われる可能性がある。なぜなら、本件刑事事件被告人もそうであったように、逮捕・勾留された被疑者の多くは、代用監獄に身体を拘束され、取調べを受けることを強制され、さらにその取調べは弁護士が立ち会うことができないどころか、(全面)可視化さえされていないからである。要するに、逮捕・勾留された被疑者は、そもそも主体的な防御権行使が不可能な状態に陥り、任意でない供述や虚偽の供述を取られる危険性を常に抱えているのである。したがって、捜査段階で自白したからといって、かかる事情は、その後の被疑者・被告人および弁護人の防御の必要性や正当性を低めることにはならない。実際、本件刑事事件では、捜査段階のかなり早期の段階から本件刑事事件被告人は否認に転じ、被疑事実を認める方向でなされた

初期供述について任意性、信用性を争っていたのだから、少なくとも否認の主張を相当手厚く報道して、初期供述の影響力を打ち消さないと、読者の本件刑事事件被告人に対する有罪イメージは覆されなかつただろう。

次に、本件刑事事件被告人に対する人物評価を低下させるエピソードは、単独でもいくつか記事化されている。たとえば、容疑者の二つの顔として、「まじめな看護、家族に暴言も」という見出しのもと、「優秀な医療スタッフという一面と、残虐な行為に至る冷たい一面が浮かび上がる」というリードに続く記事⁸⁾が書かれている。このような人物評価はそれ自体、本件刑事事件被告人の犯人性を肯定する方向で作用すると考えるのが自然である。

さらに、前述の通り、本件刑事事件被告人を知る周辺住民や関係者のコメントは、その多くが、本件刑事事件被告人が犯人であることが論理的な前提となっている。たとえば、「明るくて信頼できる人だったのに……」⁹⁾というコメントは、実際はそうではなかった、つまり犯罪を行うような人物だったという評価を前提としなければ成り立たない。本件病院の閉鎖に関する報道のなかで、「たった一人の人間のために閉鎖にまで追い込まれるなんて……」¹⁰⁾というコメントも同様に、本件刑事事件被告人が犯行を行ったことを論理的な前提とする内容となっている。しかも、後者の記事が出されたのは、本件刑事事件被告人が否認に転じ、勾留理由開示裁判などを通じて本件刑事事件被告人の主張の詳細が判明した後であり、犯人視報道が本件刑事事件被告人否認後も根強く続いていたことを示している。

同じような現象は、識者のコメントにも典型的に現れている。本件刑事事件では、本件刑事事件被告人が逮捕されて間もない段階で、犯行の動機について分析するコメントが相次いだ。たとえば、「クリニックへの不満が最も現実的な理由である気がする」「容疑者独特の論理構造と屈折した感情が犯行に至らしめたのではないか」「准看護師の経験がそれなりにある容疑者の立場ならば、そうした〔引用者注 筋弛緩剤の危険性に関する〕知識が十分にあったとっていいだろう」¹¹⁾というコメントはいずれ

も、本件刑事事件被告人が犯人であることを論理的な前提としなければすることのできない発言である。朝日新聞は、さらに刑事事件被告人が否認に転じたことが明らかになった後の段階でも、本件刑事事件被告人の犯罪心理を語る心理研究者や精神科医などのコメントを掲載している(「疑惑のしづく筋弛緩剤混入事件 私はこう見る ～」)¹²⁾。このような発言を専門家としての肩書きのある人が行えば、本件刑事事件被告人に対する犯人視効果は絶大なものになることは明らかである。

被害者等のコメントは、被害者関係者という立場自体が読者に共感性を呼び起こす効果を持つことから、コメントの方向性は被疑者・被告人に対する印象を一層際立たせる傾向が強い。そして、被害者等も捜査の初期段階では、捜査機関やそれ以前の報道からしか情報を入手できないから、コメントの内容はどうしても本件刑事事件被告人が犯人であることを前提としたものにならざるを得ない。たとえば、「命を助ける側の人になぜあんなことをしたのかを、ぜひはっきりさせてほしい」¹³⁾といったコメントが出されることになる。その結果、本件刑事事件被告人の犯人性がますます強く読者および社会全体に印象付けられることになるのである。

また、本件刑事事件では、新たな被疑事実での逮捕を報じる報道など、主として捜査機関を情報源にしながら手続の進行を伝える記事のなかに、記者の主観が入り混じっているものも見られた。たとえば、既に本件刑事事件被告人が否認に転じている情報がおおやけにされていたにもかかわらず、2件目の逮捕を報じる報道で、河北新報では「患者の命を救うべき立場の医療従事者による凶行は、無差別に患者を狙う連続殺人、殺人未遂事件に発展した」という表現が使われている¹⁴⁾。朝日新聞でも同じく、記者の解説として「容疑者の否認が続く限り、事実の解明は難航しそうだ」¹⁵⁾と書いている(つまり、事実の解明が自白と結びついてしまっている)。また、朝日新聞は、本件刑事事件被告人が否認に転じたことが明らかになる前だが、「准看護師 容疑者による筋弛緩剤を使った殺人未遂事件」という、被疑者が犯人であることを断定する表現方法を繰り返し

使っている¹⁶⁾。このように記者が主観的に被疑者を犯人と断定するような表現は、本件刑事事件当時の犯罪報道一般の表現方法からも乖離している。本件刑事事件における報道がいかにセンセーショナルかつ本件刑事事件被告人に対する有罪視方向に強く傾いていたかを示す証左と言えよう。

実際、紙面センサーというコラム欄で、あるコメンテーターは、容疑者の逮捕以降、報道内容が、犯罪への動機とその方法を探る記事に重点が置かれていたという感想を漏らしたうえで、「容疑者と犯罪者を同一視してしまう側面が、残念ながら私にあった」ことを率直に告白しているところからも¹⁷⁾、この時期の報道が宮城県という地域において、本件刑事事件被告人に対する犯人視を強く植え付ける色彩を帯びており、地域全体がそのような雰囲気満たされていたことをうかがわせる。

(5) 評 価

以上の分析から、本件刑事事件における犯罪報道は、量的にも質的にも本件刑事事件被告人が有罪であるとの印象をすでに捜査の初期段階から社会に対して強く与えるものであったことが明らかになったといえよう。また、センセーショナル性のレベルが相対的に低い部類に含まれると考えられる朝日新聞であっても、報道姿勢は有罪視の予断を強く誘発するものであったといえるから、一層センセーショナルな報道であると推定される映像メディア（とりわけワイドショー系放送）や週刊誌による重層的な報道状況が存在したことをあわせて考えると、本名著書が執筆された当時の宮城県地域における社会的雰囲気は、本稿で分析した以上に本件刑事事件被告人に対する犯人視を強く有していたと結論付けることができる。

3. 法廷外における弁護人の表現活動が 防御権保障にとって有する意義

(1) 社会のなかの刑事裁判の現実と弁護人の表現活動の意義

たとえば、事件に関してなんらの報道もなされておらず、したがって、社会全体に被疑者・被告人を有罪視する雰囲気がかたくなに醸成されていない状況の下で、弁護人が、被告人側の主張として、法廷外で第三者の名誉を侵害するような表現をすることが正当な防御活動として許されるか、という問題であれば別の論じ方をする必要がでてくるかもしれない。しかし、少なくとも、本事案のような、被疑者・被告人が犯人ではないかとの印象を強烈に与える報道が起訴前から、大量かつセンセーショナルに行われている事例において、弁護人が法廷外で被疑者・被告人側の主張を行うという行為は、今まさに侵害されようとしている被疑者・被告人の適正権利を受ける権利を保障するための本質的・中核的防御活動として疑う余地なく正当化されなければならない。すなわち、本件刑事事件における犯罪報道の状況が、本件刑事事件被告人に対する強い犯人視を印象付けるものであったとすれば、弁護人による法廷外での主張は強い正当性を有することになる。

センセーショナルな有罪視報道が存在する状況において、被疑者・被告人や弁護人が法廷外で、被疑者・被告人側の事件に対する見方や主張を広く社会に対して訴えかけることの理論的正当性と実際上の必要性・有効性については、日本の憲法および刑事訴訟法と共通の法構造を有するアメリカにおいて、既に多くの蓄積がある。また、日本においても、かつて松川裁判を巡って繰り広げられた裁判批判論争のなかで、被告人側の主張を社会に訴える弁護活動の理論的意義が詳細に論じられている。

私は、以前、アメリカにおける「犯罪報道」と「公正な刑事裁判の実現」との調和をめぐる議論を分析したことがあり¹⁸⁾、また、日本における

裁判批判論争がもたらした理論的到達点についてまとめたことがある¹⁹⁾。それぞれの分析を本稿で繰り返すことは屋上屋を架すことになるので、ここでは、要点のみをかいつまんで述べ、弁護人及び被告人の法廷外における公表活動が、特別の権利性を持つことを確認することとする。

(2) アメリカにおける刑事訴訟当事者による法廷外での表現活動をめぐる議論の動向

アメリカにおいて、訴訟当事者による法廷外での情報提供活動の是非が大きな議論となったきっかけは、1991年の連邦最高裁 *Gentile v. State Bar of Nevada* 判決²⁰⁾である。ある刑事事件で、被告人の弁護人であったジェンタイルは、被告人の起訴直後に記者会見を開き、被告人が無実であって、むしろ真犯人として疑わしい警察官が存在することを示唆し、検察側の主張では被害者とされている人物も警察と取引をして警察に有利な供述をしている疑いがあると指摘し、懲戒処分を受けた。そこでジェンタイルがこの懲戒処分を争ったというのが事案の内容である。連邦最高裁は、訴訟に關係する法律家の発言を禁じる州の規制について、曖昧ゆえに無効という形式論で結論を出したが、実質的な争点である刑事訴訟当事者の法廷外における公表活動の是非については、裁判官の間で大きく意見が分かれ、学説においても大きな議論を巻き起こした²¹⁾。

公表消極論は、弁護人は証拠開示等を通じて情報に対して特別にアクセスすることができるからその発言はとりわけ権威あるものと理解されがちであり、それゆえ事件の公正さに脅威をもたらす危険性があるといった点を挙げて、ジェンタイルのような弁護人の発言は緩やかな基準で禁止できると主張した。

これに対して、公表積極論は、刑事事件の弁護人としての職責には刑事事件情報の公表も含まれると反論した。その理由はいくつかあるが、本稿との関係で重要であるのは、理由のひとつの柱として、予断発生の防止のために捜査機関による情報公表との間でバランスを取る必要性の点が明示

的に指摘されたことである。すなわち、捜査機関は被疑者・被告人に不利益な情報を公表する数え切れない手段を持っているのに対して、被疑者・被告人側は、通常、検察側の発言に対抗する目的のために弁護人に頼ることなく公衆との関係を維持するための十分な手段を有していない、とされるのである。

さらに、被疑者・被告人側が事件に関する情報を公表する際には、そのような情報提供によって、自己負罪あるいは防御にとっての不利益が生じるリスクを負って発言することを強いられているとも指摘されている。この指摘は、防御上の不利益になる可能性も存するにもかかわらず弁護人が法廷外で発言するという事は、それだけ法廷外で公表せざるを得ない切迫性があるということ、換言すれば、法廷外での公表活動は、被疑者・被告人の公正な裁判を受ける権利の保障にとって必須不可欠の弁護活動であるという状況でなされるものであることを示しているといえよう²²⁾。

(3) アメリカの議論の理論的含意

以上のようなアメリカの議論には、いくつかの特徴が見られる。

第一に、公表消極論と公表積極論との距離は、一見大きいように見えるが、主張の中身を吟味すると両者は必ずしも全面的に相容れない立場に立っているとはいえないことが分かる。つまり、いずれの立場も、被疑者・被告人の公正な裁判を受ける権利の侵害防止を最も重視すべき問題と位置づける点では共通しており、ただ、弁護人の公表活動が被疑者・被告人の公正な裁判を受ける権利の保障につながるのか、侵害につながるのかという点で評価が異なるのである。しかも、公表消極論をよく見ると、必ずといってよいほど、「辩护人」の公表とは限定せずに、「訴訟関係者」あるいは「法律家」の公表という言い方をしている。このような表現は、被疑者・被告人の公正な裁判を受ける権利を侵害する主たるアクターが捜査・訴追側にあることを正しく理解し、公表禁止の名宛人を主として検察官や捜査機関に置いていることの証左にほかならない。このことは公表消

極論に立つ論者が、特に公表を規制すべき情報の種類として、被疑者・被告人の前科や自白、ポリグラフ検査結果などを挙げていることから明らかになる。なぜなら、これらの情報はほとんどもっぱら捜査機関・検察官側から提供される情報だからである。つまり、公表消極論は、社会における雰囲気の中立であるという条件を前提にして、捜査・訴追側と被告人側との両当事者とも法廷外で公表すべきでないとする主張であって、いわば中立状態を保とうとする議論に過ぎないのであり、現実には捜査・訴追側が訴訟手続を離れて自由に公表活動を行い、その結果、すでに社会に被疑者・被告人に対する有罪の偏見が蔓延している場合を前提として、当事者の発言を禁止すべきとかすべきでないといった具体的な主張をしているのではないと言うべきである。

確かにジェンタイル判決においては、弁護人の法廷外での公表を規制すべきとする立場の裁判官は、ジェンタイルという具体的な弁護人の行動の是非について判断していることもあって、「弁護人」の発言を規制すべきと述べている。しかし、このような考え方は、弁護人が事件情報を公表する時点において社会の雰囲気が中立的である場合に初めて成り立ちうる議論であり、センセーショナルな捜査報道が蔓延している事件における社会的雰囲気の実態をまったく省みない空論であるといわざるを得ない（実際、ジェンタイル判決における弁護人の発言規制に賛成する意見に対しては、アメリカでもこのような批判が存在する）。しかも、開示証拠に基づく主張が市民に「権威的な意見」として信用されるなら、収集証拠に基づく検察官の主張は、いっそう権威的な意見として尊重されるはずであり、論理内面的にも疑問を残す判断であるように思われる。

第二に、有罪の予断がすでに社会に存在している場合に、弁護側が予断を中和する目的で法廷外で公表活動することは正当な防御活動と評価すべきという思考形式は、アメリカ法律家協会（ABA）によっても採られている。この事実は、本稿の以上の分析が独自の見解ではないことを補強するものといえよう。すなわち、ABA 専門家行動模範規則²³⁾は、たしか

に一般的ルールとしては、「ある事件の訴訟あるいは捜査に關与しているあるいは關与した法律家は、公衆に向けたコミュニケーション手段によって広められ、事件について係属中の手続に予断を生じさせるような……法廷外の発言をしてはならない」と規定している(3.6(a))。しかし、ABA規則においても、使用されている言葉は、「法律家」であって、「弁護士」ではない。しかも、「捜査に關与している」とわざわざ明記しているところから分かるように、弁護士よりもむしろ捜査・訴追側の発言禁止を強く意識していることがうかがわれる。さらに、上の一般的規定に続けて、規則3.6(c)は、「(a)項にもかかわらず、法律家は、法律家あるいは法律家の依頼人が引き起こしたのではない直近の報道によって實質的に不適正な予断を引き起こされることから依頼人を守るために必要であると、合理的な法律家であれば信じるであろう発言をすることができる。本項にしたがって行われる発言は、直近の偏見をもたらす報道の影響を減少させるために必要な情報に限られなければならない」と規定している。この(c)項に言う法律家が、通常、弁護士を意味することは、「依頼人」の存在を持ち出すまでもなく、犯罪報道の実態に鑑みて明らかであろう。

第三に、公表積極論は、弁護士による法廷外での公表活動の正当性の主たる拠り所を捜査・訴追側からの先行する情報公表活動によって既に有罪の社会的予断が発生していることに置いている。敷衍すれば、公表積極論は、社会的に被疑者・被告人を有罪視する雰囲気蔓延している状態について、被疑者・被告人の公正な裁判を受ける権利を侵害しているとの法的評価を下したうえで、そのような法的評価に基づき、弁護士の公表行為について、被疑者・被告人が公平中立な裁判所による裁判を受けることを可能にするための、権利の回復のための措置として、まさに防御活動・弁護活動そのものと位置づけている。このような理論構成は、有罪視報道の下での弁護士の対抗的表現活動が、被疑者・被告人側の適正手続を受ける権利・防御権行使そのものとして、独自の、かつ特別に強い正当性をもつことを説得的に論証しているものと思われる。と同時に、公平で予断偏頗の

ない裁判所の保障という，訴訟の内と外との関係性が当該権利の実現や侵害を決定付ける性質を有している権利について，「訴訟外の活動だから防衛活動ではない」といった単純な二分法では，権利の意義を正しく捉えることができないことをも明らかにしているといえよう。

(4) 日本における裁判批判論争の到達点

以上のようなアメリカにおける被告人側による対抗的発言積極論と消極論とを巡る議論の背景および争点は，日本における裁判批判論争の議論においても驚くほど共通している。

すなわち，裁判批判否定論も裁判批判肯定論もともに中立公平な裁判所による刑事裁判の実現を目標にしながら，裁判批判否定論は，訴訟外において個別の刑事裁判を批判することは公正な裁判を破壊するおそれがあると論じ，これに対して裁判批判肯定論は，裁判批判を行うことによってこそ公正な裁判が実現されると主張した。そして，このような主張の違いが生じる理由は，刑事裁判を取り巻く社会的状況が，中立的な状態にあるのか，それとも被告人に対する有罪視の雰囲気支配されているのかというそれぞれの立場がよって立つ前提の違いに帰着していた。

そして，センセーショナルな有罪視報道が大量に行われ，なおかつ，被疑者・被告人側は検察官と比べて，証拠収集能力も証拠収集権限も圧倒的な劣位に置かれ，むしろ取調べの客体的地位に甘んじなければならず，証拠開示の範囲も限られているという刑事裁判の構造的格差を正しく認識するならば，どちらの立場が真実を表しているかは明らかであろう。

以上の簡単な要約からも，弁護人が刑事訴訟の外で事件に関して被疑者・被告人側の主張をするという行為について，公正な刑事裁判を受ける権利を保障するための行為として，独自の法的な地位が与えられるべきことが確認できよう。弁護人の法廷外での発言は，まさに弁護目的の実現に直接的に寄与しているのである。そして，上で要約した議論を踏まえれば，公正な裁判を受ける権利は，さらに以下のように具体化できる。

4. 法廷外における弁護人の表現行為が有する固有の権利性

(1) 公平な裁判所による裁判を受ける権利

少なくとも、被疑者・被告人が犯人ではないかとの印象を強烈に与える報道が起訴前から、大量かつセンセーショナルに行われている事例において、弁護人が法廷外で被疑者・被告人側の主張を行うという行為は、今まさに侵害されようとしている公平な裁判所による裁判を受ける権利を保障するための本質的・中核的防御活動として疑う余地なく正当化されなければならない。

改めて確認するまでもなく、憲法37条1項は、公平な裁判所による裁判を受ける権利を被告人に保障している。その内容は、予断偏見のない裁判所による裁判を受ける権利を意味する。そして、予断偏見のない裁判所による裁判を保障するために、刑法法は、忌避制度や管轄移転の請求権など、予断を排除するためのさまざまな仕組みを用意しているが、そのなかでもっとも重要かつ直接的な保障手段が起訴状一本主義である。

起訴状一本主義は、裁判所が、公判開始前に、基本的には起訴状記載の公訴事実以外の事件に関する情報を一切持たずに白紙の状態に裁判に臨むことを狙った制度である。もちろん、このような白紙主義に対しては、起訴状一本主義の理解の仕方として必然的なものではないとの批判もある。そして、この批判は、近時、起訴状一本主義との間に整合性を保ちつつ公判前整理手続を導入する論理として、精緻に理論化されている。すなわち、第一に、裁判所は公判開始前に事件に関する一定の情報や証拠に触れたとしても、それは心証形成目的で触れているのではないから、証拠等に触れたとしても予断を抱くことはないとされ、第二に、仮に一定の情報を認識したことでその情報に対して何らかの評価をしてしまうことが避けられないとしても、両当事者が参加し、対等に意見を述べ、証拠を提出できる環境の下であれば、公判前に事件に関する広範な情報に触れても予断排除原

則の实质は侵害されないというのである²⁴⁾。

私自身は、証拠に触れても心証形成しない、という状態が実際に実現可能なのか、という点にも疑問を抱いている。しかし、仮に、その点を措くとして、予断排除原則についての近時の理解の仕方を前提にするとしても、一方当事者からの一方的な情報の提供が予断排除原則に反しないとはいえないはずである。

ところが、現在の犯罪報道は、一方当事者である検察官の描く事件ストーリー、すなわち、被告人が有罪であるとの主張が、一方的に、かつ大量に社会に対して流される事態を作り出している。そして、裁判官も地域共同体で生活する市民である以上、そのような報道に晒されるのである。

もちろん、本来であれば、このような捜査機関による起訴前の無制約な事件情報の公表こそが規制されるべきであるが、現実には事実上、ほとんど制約はないに等しい現状がある。この現状を前提とすれば、被疑者・被告人側に対して、被疑者・被告人側の主張や弾劾は、公判が始まった後、公判の中だけに限る、というように被疑者・被告人の防御手段を公判内に限定することは、捜査機関の訴訟外での活動によって生じようとしている公平な裁判所の侵害をなんとか食い止め、公平な裁判所による裁判を受ける権利を保障しようとする弁護人の正当な弁護活動を妨害することにほかならない。そもそも、一方当事者たる検察官側は記者会見やリークを通じて自由に社会に対して自らの主張を伝えられるのに、被疑者・被告人側にはそのような手段を用いることを許さないとするのは、形式的な当事者対等にさえ反する。

(2) 職業裁判官の報道耐性論の問題点

以上のような議論に対しては、裁判員であればともかく、職業裁判官が法廷外の情報や社会的雰囲気によって影響を受け、予断をもって裁判を行う危険性はなく、したがって、予断の発生を前提とした弁護人の法廷外活動は、正当な防御活動とは位置づけられないのではないかと、との疑問が生

じるかもしれない。しかし、このような疑問は正しいとはいえない。

第一に、理論的には、公平な裁判所による裁判を受ける権利は、実際に予断を生じた裁判官が存在したときに侵害されるという性質の権利ではなく、より前段階で予断が生じうる機会自体を持つことを防止し、そのような防止措置がとられている状態を被告人に対して保障するものである。公平な裁判所による裁判を受ける権利に対するこのような理解は、起訴状一本主義において貫かれている白紙主義を取る場合であっても、予断排除原則について新しい理解の仕方をして、実質的に対等に情報が提供されていれば足りるとする場合であっても異なる。一方的な予断を持たずにすむような客観的な外観を持った制度とは、具体的には、両当事者から一切の情報が伝わらないか、両当事者から共に情報が伝わるかのいずれかしかありえず、一方当事者のみから訴訟外のルートを通じて情報が伝わっている状態は、実際に予断を生じるか否かにかかわらず、憲法が要求する裁判官の公平性・公正性を担保することはできていないのである。換言すれば、憲法は、裁判官の公平性について、裁判官の個人的矜持に頼るという方法論は排除しているのである。

第二に、有罪報道などの客観的な外観から、裁判官の公平性保障が担保できていないと疑わざるを得ない状況のもとで、弁護人が公平な裁判を受ける権利の完全な保障を目指して行動することは、防御活動として通常のあり方である。弁護人としては、被告人の権利が侵害されないように、利用できる防御方法は全て使うというのが防御活動の基本であり、その基本を忠実かつ愚直に実践したことに対して、不必要な弁護活動だったと後付け的に評価することは許されない。すなわち、個別の事案で、特定の裁判官に信頼を置くことができるとしても、弁護人の職責として「この裁判官は信頼できるから、一方当事者のみの情報に晒されていても、その点に関するなんらの防御活動もなしで済ませてよい」と判断することにはならないのである。

(3) 被告人の公開裁判を受ける権利

被告人側が社会に訴えて公正な裁判を実現していくことは、さらに、公開裁判を受ける権利からも根拠づけられる。憲法37条1項は、被告人に公開の裁判を受ける権利を保障する。被告人の権利であるから、この公開は、当然のことながら、被告人を非難し、中傷するために市民に対して保障されているものではない。公開が被告人の刑事手続上の権利たりうるとすれば、恣意的な裁判が行われないように、そして適正手続が侵害されないように、市民に裁判所をチェックさせるというところに公開の役割を見出すしかない。そうだとすると、市民が裁判所の訴訟指揮や事実認定を批判的に検討できるだけの情報を提供されていることが前提となる。被告人側からの必要な情報提供が法廷内の公開だけで実現できるならば、法廷外における弁護人の社会に向けた情報提供活動を裁判公開原則から直接的には根拠付けることはできないという論理が成り立つかもしれないが、現実には、法廷内の公開だけでは、訴訟外を含めて検察官から提供される訴追側情報に比べて、圧倒的にチェックのための情報は乏しい。それゆえ、公開原則を実質的に保障するためにも、弁護人の法廷外での社会に向けた情報提供は必要ということになる。

(4) 弁護人の表現行為が有する固有の権利性を踏まえた規範定立の必要性

それでは、本事案のように、弁護人が法廷外で被告人側の主張を行うという行為が、今まさに侵害されようとしている公平な裁判所による裁判を受ける権利および公開裁判を受ける権利を保障するための本質的・中核的防御活動として強く正当化されるべき事案において、弁護人の法廷外での表現活動の限界をどのような規範に基づいて判断すべきであろうか。

仙台地裁判決は、丸正名誉毀損事件決定の規範をそのままあてはめて、弁護人の行為は名誉毀損の違法性を阻却しないと結論付けた。確かに、丸正名誉毀損事件は、弁護人がある被告人の刑事事件に対する弁護活動のなかで、弁護活動の一環として、事件の原因が当該被告人以外の特定の人物

にあることを法廷外で公表したことの是非について問われた事案であり、本事案と争点は類似している²⁵⁾。そこにおいて、最高裁は、「弁護人が弁護活動のために名誉毀損罪にあたる事実を公表することを許容している法令上の具体的な定め」は存在せず、また、弁護人の行動は、刑事事件の「訴訟手続内において行ったものではないから、訴訟活動の一環としてその正当性を基礎づける余地もない。すなわち、その行為は、訴訟外の救援活動に属するものであり、弁護目的との関連性も著しく間接的であり、正当な弁護活動の範囲を超えるものというほかない」と述べた。

しかし、決定が出されたのが現在から30年以上前である1976年であり、当時の理論状況を踏まえる必要があるとしても、丸正名誉毀損事件決定には、弁護人の防御活動の多様性と法廷外におけるさまざまな観点からの防御活動の必要性ならびに、公平な裁判所による裁判を受ける権利や被告人の公開裁判を受ける権利に対する本質的理解がなさ過ぎると言わざるを得ないばかりか、内在的にも多くの問題点を抱えている²⁶⁾。

第一に、法令上の規定の有無という形式的な点をよりどころにして、訴訟活動としての正当性の有無を左右することは誤りである。なぜなら、刑事弁護における弁護人の防御活動はきわめて多様な内容を含むから、もともと全ての行為について、法令で明示的に「弁護人は、の活動を行うことができる」などと規定することは性質上なじまないからである。もちろん、接見交通権のように定型的で、刑事事件の個性を問わずすべての事件について行われる弁護活動について、法令で規定をすることによって当該防御活動の正当性・権利性を確認することはある。しかし、逆は真ならずであって、法令で規定されていないから正当な防御活動ではないという論理は成り立たない。

にもかかわらず、法令の有無という要素を重視するとすれば、およそどのような公表行為であっても要件を充足することは極めて困難になるから、要するに、個別の事案の具体的な事情を考慮する前に「要件不充足」という結論を先取りしているに等しい。このように充足することがおよそ不可

能な要素を要件判断に取り込んでしまっでは、要件を立てた意味は失われてしまう。丸正名誉毀損事件決定はそもそも規範として内在的な矛盾を抱えているのである²⁷⁾。

また、丸正名誉毀損事件決定では、捜査機関による報道機関に対する公式あるいは非公式の情報提供には全く注意が及んでいない。ところが、捜査機関がこのような情報提供を行うことについては、これを許容する法令上の根拠がないどころか、逆に、制限する法令が存在する（刑訴法47条）。公益目的という刑訴法47条の趣旨を逸脱した情報提供が捜査機関側から行われ、その結果、被疑者・被告人の名誉が毀損され、さらに被疑者・被告人の防御権保障に重大な不利益を生じさせる状況があると弁護人が判断する場合に、捜査機関による違法・不当な行為の結果を当該刑事手続に及ぼさないようにするために必要な防御権保障のための活動を弁護人が行えないとするのはあまりにも不合理である。

次に、訴訟手続内の活動か、訴訟手続外の活動か、という形式的な点によって、訴訟活動としての正当性の有無を左右することも誤りである。たとえば、刑事弁護において、被害者に対する示談交渉は、弁護人の防御活動として行う最も初歩的な活動であろう。刑事裁判所自体が、被害者に対する示談ができていないか否かを弁護人に確認したり、被害者との示談成立を量刑に反映させたりすることも稀ではない。ところが、形式的には、示談交渉は刑事訴訟内の防御活動ではないし、法令上、刑事弁護人は弁護活動として被害者に対する示談交渉を行うことができる、などという根拠規定があるわけでもない。しかしながら、この種の活動について弁護活動とは関連性が薄く、防御活動として必要性が低いなどと主張する者は、裁判所も含めて、誰もいないであろう。

このように、形式的に当該刑事訴訟手続内の活動であるか否かは、訴訟活動としての正当性を判断するにあたってほとんど意味を持たない。訴訟手続外の活動であっても、被告人の防御権を擁護し、裁判所による公平な判断を保障するために必要な活動は、正当な防御活動そのものとして位置

付けられなければならない。

そうすると、とりわけ被疑者・被告人の逮捕時から起訴に至るまでセンセーショナルな有罪報道が大量に行われ、社会的に被告人が犯人であるとの強度の予断が生じているような場合には、訴訟手続内での弁護活動のみで、公平な裁判所による裁判を受ける権利を被告人に保障し、予断排除原則を実質的に貫徹できる可能性は非常に乏しいことは繰り返し述べてきたとおりである。このような場面における弁護人の法廷外での表現行為は、まさに弁護活動の原型に属する活動であり、弁護活動としてその正当性に疑いをさしはさむ余地はない。しかも、上で述べたように、センセーショナルな有罪報道を行うマスメディアに主として情報提供をしているのは、ほかならぬ捜査・訴追機関なのである。捜査・訴追機関が訴訟手続外で有罪の予断を引き起こすような公表を行うことは許されて、被疑者・被告人側が捜査機関の行為が原因となって引き起こされた有罪の予断を解消しようとして行う法廷外の公表は許されないとする論理が成り立たないことは、形式的当事者主義という極めて原始的なレベルで論証される事柄である。

以上の検討を踏まえて評価すると、丸正名誉毀損事件決定は、今日の理論的水準に照らせば、もはや判例としての意義を失っているといえる。仮に、形式的に判例規範としての効力が失われていないとしても、少なくとも有罪視的雰囲気世論に蔓延している事案には、もはや判例の射程は及ばないと考えるべきである。

弁護人の防御活動の多様性と法廷外におけるさまざまな観点からの防御活動の必要性ならびに、公平な裁判所による裁判を受ける権利や被告人の公開裁判を受ける権利の実質的保障にとって法廷外で被告人側主張を公表することの重要性を踏まえれば、弁護人の法廷外での公表活動の当否を判断するためには、以上の理論的到達点に則した新たな規範が必要ということになる。以下では、この新たな規範定立を試みる。

5. 正当行為による違法阻却

(1) 正当行為性

刑事手続において弁護人が防御活動の一環として被疑者・被告人側の主張を社会に対して公表することが、被告人の適正手続保障にとって重要であり、固有の権利性を有することを踏まえれば、弁護人の公表活動は弁護人としての職責を果たす行為そのものとして位置づけられることになる。そして、他の第三者が犯罪あるいは結果発生の原因であると指摘する主張は、被疑者・被告人の無罪を主張するやり方として非常に強く、説得的な主張となり得る。とりわけ、被疑者・被告人を有罪視する社会的な判断に對抗するには、このような主張が効果の高い方法である場合が少なくない。なぜなら、社会は、被疑者・被告人が犯人でないのならば、誰が犯行を行ったのか（あるいは、何が原因で結果が発生したのか）という点に、どうしても興味関心を集中しがちだからであり、その結果、他の原因の可能性が具体的に示されれば、被疑者・被告人に対する有罪視が相対的に中和される可能性は決して低くないからである。したがって、被疑者・被告人側の主張として、他の第三者が結果発生の原因である旨の指摘をすることは、被疑者・被告人の無罪の可能性を指摘する有効かつ本質的な防御権の行使であり、正当行為としてその違法性は阻却されうると考える。

もちろん、第三者に結果発生の原因があると指摘することは、そのように指摘される第三者の名誉権という人格権を侵害することになるから、無制約に許されるとはいえない。防御権・適正手続を受ける権利と人格権とが衝突する場面として、法体系全体に矛盾をきたさない判断基準を明らかにする必要がある。そこで、以下では、弁護人のそのような発言が正当行為として違法性が阻却される基準について、検討することとする。

(2) 名誉権との調整方法

まず、被疑者・被告人の防御権と弁護人の法廷外における発言との関係を考えてとき、本来、被疑者・被告人側は、合理的な疑いであれば、どのような観点からでも疑問を提起することが可能でなければならない。そうでなければ憲法上の防御権は保障されたことにならないし、提起できる疑問の種類や疑問を投げ掛ける方法を制限することは疑わしきは被告人の利益に原則にも反する。被疑者・被告人側が検察官の主張に対して投げ掛ける疑問が、たまたま被疑者・被告人以外の特定の人物が犯人の可能性あるという内容の疑問であり、それゆえ、他に犯行を行った人物が存在する可能性を指摘するという方法での疑問提起であった場合にだけ、単に合理的な疑問というだけでは足りず、被疑者・被告人に対する負罪的な証拠を凌駕するだけの確実な証拠に基づいていなければ当該主張をすることができないというのでは、被疑者・被告人に対して十分な防御の機会を失わせることになるし、無罪の立証を要求するのに等しいから、疑わしきは被告人の利益に原則も反するといわざるを得ないのである。

他方、真犯人だと名指しされる第三者には、名誉に対する権利がある。犯罪者だと名指しされれば、当該第三者の名誉は著しく侵害されるから、いくら正当行為であるとはいっても、確実な根拠なしにそのような公表がおこなわれることを甘受しなければならないいわれは、第三者の側にもない。だからこそ、名誉毀損の一般的免責要件でも「真実と誤信する相当性」を認めるためには、相当に確実な根拠が必要とされてきた。たまたま刑事事件の被疑者・被告人の防御活動として行われた場合には、名誉毀損一般について違法性を阻却するために要求されているはずの「根拠の確実性の程度」が低いレベルでも侵害を甘受しなければならないいわれは、本来は、第三者の側にもない。

しかしながら、名誉権は、絶対不可侵の権利ではない。名誉自体は人格権として重要な保護法益ではあるが、他の優越する権利の保障のために、譲歩を迫られる場合があることは、すでに法体系上、織り込まれている。

公共性、公益目的、真実性あるいは真実誤信相当性による免責がまさにそれである。しかも、当該事件についての被疑者・被告人の防御活動として弁護人が行う法廷外での表現活動は、犯罪に関する情報についての通常の表現活動が有する知る権利の民主主義的価値に加えて、それにとどまらない重要な価値を有している。その価値とは、現在進行中の刑事手続において被疑者・被告人がどのような取り扱いを受けているかということについて、知る権利を保障することによって市民に伝え、刑事裁判および刑事制裁という国家が持つもっとも峻厳かつ暴力的な権限を国家が被疑者・被告人に対して不当に行使していないかを市民にチェックさせ、市民による捜査・訴追権限の監視を怠らないことによって被疑者・被告人の適正手続を受ける権利を実効的に保障するという固有の意義である。したがって、被疑者・被告人側の主張を伝える弁護人の発言は、より一層絶対性の強い被疑者・被告人の適正手続を受ける権利の保障が対抗利益であるのだから、通常の表現行為にもまして、その発言は幅広く正当化されなければならない。

具体的には、次のような多段階的な規範を立てることで、名誉権の侵害を最小限度にとどめつつ、刑事事件被告人に十全な防御権・適正手続権を保障するという結論を見出すことができるように思われる。

第一に、いくら被疑者・被告人には適正手続保障に対する絶対的権利があるとはいっても、特定の人物を犯人と断定する主張まで、「合理的な疑い」のレベルでの根拠がありさえすれば自由に行えるとするのは、いささか過剰な権利保護であるといえよう。なぜなら、理論的には、被告人は無罪を立証する必要はなく、それゆえ、アナザーストーリーたる「第三者が犯人であること」まで立証する必要はないから、当該人物を犯人と断定する必要もないはずだからである。したがって、特定の人物を犯人と断定する主張をするためには、公表時点における証拠の優越に相当する程度の確実な根拠が必要であると考えべきである。

第二に、被疑者・被告人は、被疑者・被告人の有罪を主張する検察官の

ストーリーに対して何らかの合理的な疑いを投げ掛ければよく、そのような疑いの提示は一切制限されるべきではないから、第三者が犯行を行った「可能性がある」という主張、それは裏を返せば、被告人自身は犯行を行っていない可能性があるという主張であるが、そのような主張は、合理的な疑いのレベルで自由に行うことができる。この場合、当該事実を公表される第三者にとっては確かに名誉権の侵害があることは避けられないが、犯人と断定される場合よりも社会的評価の低下は相対的には小さいと、法的に評価可能である。

これに対して、何らの具体的根拠もなく、手当たり次第に第三者の名前を挙げることは許されないし、防御権の行使ともいえないだろう。疑いを支える一定の具体的根拠は必要である。しかし、求められる具体的根拠の程度は、あくまでも投げかけた疑いがまったく不合理なものではない、というレベルで足りる。具体的には、被疑者・被告人側が当該情報を公表する時点で、通常の防御活動の範囲で収集しえた情報に基づき、結果発生の原因が他の第三者にある可能性が論理的に否定されない、と言える程度で足りると考えるべきである。この基準以上に確実な根拠を要求すると、合理的な疑いを超える確実な疑いを要求することになってしまい、挙証責任の許されない転換を招くからである。

さらに、あわせて、萎縮効果を考慮する必要もあるだろう。違法阻却の成立範囲をある程度広範囲に認めておかないと、被疑者・被告人側は、自らが行おうとしている主張がグレーゾーンに当たると判断した場合に、必要な主張をすることができなくなってしまう。その結果、有効適切な防御を行う機会を奪われることになれば、防御権、適正手続を受ける権利の侵害をもたらしてしまう。被疑者・被告人の適正手続を受ける権利の絶対性にかんがみ、万が一にでもそのような事態が発生しないように、正当行為として違法阻却が認められる範囲は、原理的に違法性阻却が認められる範囲よりも一回り広げて保障されなければならない。

ところで、合理的な疑いか否かを被疑者・被告人側が判断するための基

礎となる情報には、検察側から開示された証拠が含まれうる。しかし、証拠が開示された場合には確実な根拠が得られる条件が整ったはずだから、証拠開示後は、合理的疑いといえるためには、証拠開示前よりも高度の確実性が要求されるという結論にはならないことに注意が必要である。なぜなら、捜査機関の手持ち証拠が全面的に開示されるのであれば別として、現在の個別限定的な証拠開示では、開示されていない証拠のなかに第三者が結果発生の原因である可能性を示す証拠が埋もれている場合があっても、開示されていないがゆえに被疑者・被告人側にはその存在を知るすべがないからである。また、そもそも開示される証拠のなかに被告人の無罪を明らかにするような証拠が含まれることはほとんど想定しがたい（検察官がそのような決定的な証拠を容易に提出するはずがない）から、結局、証拠開示があったからといって、被告人側が判断の基礎とする情報の性質自体は、基本的に変わらないことが多いからである。

なお、開示された証拠のなかに偶然、第三者が結果発生の原因であることを示す証拠が含まれていた場合には、むしろ確実な根拠に基づいて疑いを主張することができるのだから、第三者が犯人の可能性があるなどの主張をすることは当然のことながら、正当である。

6. 名誉毀損免責要件による違法阻却

(1) 検討の意義

刑事手続において弁護人が防御活動の一環として被疑者・被告人側の主張を社会に対して公表することは被疑者・被告人の適正手続保障にとって重要であり、固有の権利性を有すること、被疑者・被告人側の主張として他の第三者が犯罪あるいは結果発生の原因である旨を指摘することは被疑者・被告人の無罪の可能性を指摘する有効かつ本質的な防御権の行使であり、そのような弁護人の行為の違法性は阻却されうることは、公共性、公益目的、真実性あるいは真実誤信相当性の3要件によって違法性を阻却す

るという判例上確立されたアプローチ²⁸⁾を取る場合にも等しく当てはまるように思われる。その結果、違法性が阻却される基準は、正当行為による違法性阻却アプローチの場合と同一の結論が得られることになるはずである。いささか重複するところもあるが、以下では、名誉毀損免責法理アプローチによった場合にも、正当行為を根拠とする違法性阻却と同一の結論が得られることを論証することとしたい。

(2) 公共性

従来の犯罪報道に関する名誉毀損事案では、犯罪に関する事実に対して公共性を認める根拠を、刑事事件情報は、発生した事件の原因や背景を知り、社会に潜む病理を探り、そこから明らかになった社会的問題を共有して、より良い社会の実現を目指していくための議論を行うといった将来の政策決定にとっての重要性を有するという点に求めてきた。表現の自由や市民の知る権利が有する民主主義的価値の側面に焦点を合わせて、刑事事件情報の公共性を説明してきたと言ってもよいだろう。刑事事件情報が有する民主主義的価値および、それを支えるために保障されている表現の自由・知る権利は、憲法に根拠を持つ(しかも、優越的地位を持つと解する立場も有力である)重要な権利であり、本事案でも等しく当てはまる。捜査側が伝える事件情報には公共性があり、被疑者・被告人側が伝える事件情報には公共性がない、と分別する根拠は、表現の自由からも市民の知る権利からも出てきようがない。

しかも、当該事件についての被疑者・被告人の防御活動として弁護人が行う法廷外での表現活動は、上に述べたような民主主義的価値に加えて、それにとどまらない重要な価値を有している。その価値とは、現在進行中の刑事手続において被疑者・被告人がどのような取り扱いを受けているかということについて、知る権利を保障することによって市民に伝え、刑事裁判および刑事制裁という国家が持つもっとも峻厳かつ暴力的な権限を国家が被疑者・被告人に対して不当に行使していないかを市民にチェックさ

せ、市民による捜査・訴追権限の監視を怠らないことによって被疑者・被告人の適正手続を受ける権利を実効的に保障するという固有の意義である。

このように、被疑者・被告人の防御活動として弁護人から提供される刑事事件情報は、民主主義的価値に加えて、さらに被疑者・被告人の適正手続を受ける権利をも知る権利を媒介にして保障する価値を有しているとすると、弁護人の法廷外での表現行為は、通常の犯罪報道以上に、公共性が強く推定されなければならない。なぜなら、被疑者・被告人の適正手続を受ける権利は、憲法上、一層優越的な地位を保障されるべき、絶対性の強い権利だからである。したがって、弁護人の法廷外発言が、当該事件についての被疑者・被告人の防御活動として行われている場合は、発言の中身を具体的に検討するまでもなく、公共性があると推定されるべきである。

(3) 公益目的

次に、被告人以外の第三者の行為に結果発生の原因がある可能性を指摘することが、被疑者・被告人の防御活動として正当性を有するとしても、防御活動は訴訟内で行うべきであって、法廷外に訴えかける必要まではないのではないかと、という疑問について検討しよう。

この論点は、名誉毀損免責法理のなかでは公益目的要件との関係で論じられることが多い。表現方法の一側面として、どこで公表するか、が問題とされるわけである²⁹⁾。

しかし、少なくとも、センセーショナルな有罪視報道に対して被疑者・被告人側の対抗的主張を行う弁護人の行為に関しては、表現場所によって公益性を肯定したり否定したりするという思考方法を取ることは許されない。その理由は、法廷外での弁護人の表現活動が防御権保障にとって有する意義（3．参照）のところで詳しく述べたとおり、被疑者・被告人が犯人ではないかとの印象を強烈に与える報道が起訴前から、大量かつセンセーショナルに行われ、被疑者・被告人の適正手続を受ける権利の侵害が発生しようとしている状況において、弁護人が法廷外で被疑者・被告人側

の対抗的主張をおおやけにするという行為は、今まさに生じようとしている公平な裁判所による裁判を受ける権利や公開裁判を受ける権利の侵害をなんとか食い止め、被告人に公平な裁判所による裁判を受ける権利および公開裁判を受ける権利を保障するための本質的・中核的防御活動だからである。

このように弁護士が法廷外で行う被疑者・被告人側の主張を伝える発言は、被疑者・被告人の適正手続を受ける権利を守る目的でなされるものであり、客観的にも防御活動そのものである。このような意味を有する表現が公益性を有することは明らかであろう。少なくとも、被疑者・被告人を有罪視する犯罪報道が蔓延している状況において、被疑者・被告人側の対抗的な主張をおおやけにすることは、事件に対する別の視点を社会に提供し、少しでも中立公正な裁判の実現に寄与する活動であり、弁護活動の一環として理論的にも根拠付けられる行為であるから、公表場所が刑事訴訟内でないことを理由に公益性が否定されることはありえない。むしろ、社会に向けて公表することにこそ被疑者・被告人の適正手続を受ける権利の保障にとって意味があるのであり、高い公益性が存するのである。

(4) 真実性あるいは真実誤信相当性

) 必要とされる根拠の確実性 一般の犯罪報道の場合

真実性の証明がなされたと認められるか、あるいは真実と誤信することに相当の理由があったと認められるためには、どの程度の確実な資料、根拠が必要なのだろうか。この点、現在の判例の趨勢を見ると、一般論としては、真実性あるいは真実誤信相当性要件を満たすとするためには、相当高度の確実な根拠を要求する傾向にあるといえよう³⁰⁾。

たとえば、まず、伝聞の形を取った表現や、噂の形で事実を摘示した場合にも、証明の対象となる事実は噂の存在ではなくて、噂の内容となっている事実と考えるべきというのが、判例の主流である³¹⁾。

また、捜査当局がまだ公式の発表をしていない段階において、上告人

の誰かが被害者を殺害したものであるというような印象を読者に与える記事を新聞紙上に掲載するについては、刑事官が署長と共に捜査経緯の発表等広報の職務を有し、当該情報を報道することについて諒解を与えたとしても、さらに上告人に裏付け取材をすべきであるとされ³²⁾、あるいはまた、被疑者の供述の結果を聞く等その後の裏付けをとることもせず、未だ捜査当局が正式の発表をしていない段階において直ちに記事を作成、掲載したものであるから、たとえ記事の一部が捜査の責任者から得た情報であるとしても、真実誤信相当の理由はないとされるなど³³⁾、真実誤信相当性を認めるためには、公式会見や複数の裏付け取材を要求する判例が少なくない³⁴⁾。

もちろん、裁判例のなかには、これらの判例の流れと異なる判断を示しているものもある。たとえば、東京地判平成5年12月20日³⁵⁾は、犯罪報道の中でも、とりわけ強制捜査に係る事件の報道が社会的に重要性を有し、その報道の迅速性が特に要請されるものであることにかんがみるならば、既に客観的な容疑のある逮捕被疑事実に密接に関連し状況証拠ともなり得る事実について、これを断定するのではなく、単にその（事実が存在する）疑いがあるという限度で報道したにとどまる場合には、名誉毀損の違法性阻却との関係では、事実の存在そのものを証明しなくとも、報道の時点を基準にして、事実についての合理的な疑いの存在を証明すれば、真実性の証明があったものと解するのが相当である旨判示して、真実性の証明の対象を「嫌疑の内容となる事実」ではなくて、「嫌疑の存在」に置いている³⁶⁾。

また、「強大な力を持った報道機関といえども、取材活動につき特別の調査権限が与えられているわけではなく、自己の意思で取材に応じない者から情報を入手する強制的な手段はないこと、民主主義社会において報道の自由は重要な価値を持つこと、報道機関には言論をもって社会の不正を告発し世論の批判にさらすという責務があること等に照らせば、個人の名誉侵害に対する責任を追究するに急なあまり、報道機関を萎縮させて報道の自由を損なうことのないよう配慮すべきであって、報道機関に対して、

例えば検察官が被疑者を起訴する場合の如く合理的な疑いをいれる余地がないほど高度に確実な質、量の証拠を収集する義務を負わせるのは酷に失する」から、結局のところ、「報道機関が取材に係る事実が真実であると信じるについての相当な理由があるというためには、報道機関にとって可能な限りの取材を行い、報道機関をして一応真実と思わせるだけの合理的資料又は根拠があることをもって足りるというべきである」、と判示する東京地判平成8年2月28日³⁷⁾も、相当性要件をある程度緩やかに認めようとする裁判例に位置づけられよう³⁸⁾。

しかし、犯罪を行った旨の事実を摘示されることは、たとえ犯人であると断定しなくても、名誉の侵害度として決して小さいとは言えないし、一般の読者の受け取り方も、噂の存在ではなくて、犯罪行為の存在として受け取ることが通常なので、安易に公表を正当化すべきではない。名誉毀損、とりわけ犯罪報道一般について、真実性あるいは真実誤信相当性を認めるためにはある程度高度な根拠が必要とすることについては、私も判例の大勢を支持する³⁹⁾。

）被疑者・被告人側主張の法廷外での公表と名誉権との調整方法

しかしながら、ここでも、以上のような名誉毀損法理の一般論を弁護人による法廷外における被疑者・被告人側の主張の公表に、単純に当てはめてよいかどうかそが問われなければならない。

丸正名誉毀損事件決定は、この点でも、一般の表現行為と同じ基準を当てはめているように見える。すなわち、丸正名誉毀損事件決定は、刑事事件被告人以外の特定人物が真犯人であるという事実が真実か、あるいは真実と誤信すべき相当の理由があるか否か、という点を判断するためには、

真犯人が当該特定人物であることに直接結びつく証拠の有無だけでなく、真犯人が刑事事件被告人ではないことに結びつく証拠の有無および、さらに真犯人が刑事事件被告人であることに直接結びつく証拠の有無を考慮しなければならない、とした。そして、決定は、を考慮すべきとする根拠について、刑事事件被告人の無罪を証明することができても、被告人

以外の特定人物が犯人であることを直ちに証明することにはならないが、間接的にはその証明に役立つから、と述べ、さらに までを考慮すべきとする根拠については、真犯人が刑事事件被告人であることの証拠が存在するにもかかわらず、刑事事件被告人以外の特定人物が真犯人であること、または真犯人であるとの誤信が相当の根拠に基づくものであることを立証するためには、刑事事件被告人の有罪を断定するのに供された証拠をも総合判断したうえで、これを克服する立証をする必要があるからであると述べた。

そして、丸正名誉毀損事件決定は、具体的な事案に対する判断として、証拠の優越の程度の証拠すら存在しないことから、相当性を認める確実な資料、根拠はなかったとの判断を直截に導いているようにも読める⁴⁰⁾。そうすると、丸正名誉毀損事件は、刑事裁判第1審で有罪判決が出された後の上告審の段階で弁護人が公表活動を行った事案なので、丸正名誉毀損事件決定は、刑事事件被告人の有罪判決に供された証拠を克服する立証として、少なくとも証拠の優越を求めていることになる。有罪判決がすでにいったんは出されていて、刑事事件被告人が合理的な疑いを超えて犯行を行ったことが手続上は認定されていることの裏返しとして、被告人以外の特定人物は犯行を行っていないことが証拠上、合理的な疑いを超えて認定された形になっている状況において、それを優越する証拠を出すことは容易ではない。現に、丸正名誉毀損事件決定でも、死亡推定時刻の点をはじめとして、被告人以外の者が犯人である可能性を示す資料がいくつか提出されていたが、それらは「十分な反証ということはでき〔ない〕」と、しりぞけられているのである。

ただし、丸正名誉毀損事件決定の判断方法において有罪判決との比較で証拠の優越の有無が判断されたのは、有罪判決が出された後の上告審段階での公表活動という時期的に特殊な要素があったからであることに注意すべきである。すなわち、現在の判例法理では、真実と誤信する相当性の判断基準時は表現行為時であり⁴¹⁾、したがって、判例が相当性の判断につい

て証拠の優越説に立っているとしたら、公判前や起訴時に弁護人が発言する場合には、証拠の優越は、有罪判決との間で要求されるのではなく、発言の時点で存在が明らかになっているところの刑事事件被告人が有罪との主張を支える証拠との間で優越することで足りるということになる。つまり、判例法理にしたがった場合、刑事事件被告人が犯人でないことを示す根拠の方が、公表時点での、刑事事件被告人が犯人であることを示す根拠よりも僅かでも勝っていれば、真実と誤信すべき相当性が認められる可能性は残されていることになる。

しかし、このような基準時論だけで問題が解決しないのは、一審有罪判決が不当だと考えて、なお無罪を争って上訴している段階で弁護人が法廷外で主張しようとする場合を想定すれば、明らかである。有罪判決が不合理だとして争っているのに、有罪判決が出たことで形式的には合理的な疑いを超えて被告人が犯人と証明された扱いにされて、これを証拠の優越をもって超えなければ法廷外で無罪方向の主張をすることができないというのでは、事実上、無実の立証を要求することに他ならないからである。

やはり、真の論点は、もとに戻って、被告人側が防御活動として行った表現活動に対して、単純に、一般の名誉毀損免責法理に基づく基準、より敷衍して言えば、例えば丸正名誉毀損決定で適用された「証拠の優越」といった高度の基準を当てはめてよいかどうか、という点にあるといわなければならない。そして、この点について、どのように考えるべきかは、正当行為による違法阻却の場合の名誉権との調整方法(5.(2)参照)において論じたことがそのまま当てはまる。繰り返しになるところもあるが(もちろん、名誉毀損免責法理の枠組みに即して、固有の説明を行うところもある)、念のため、再論しておこう(正当行為による違法阻却とほとんど同一の思考方法を繰り返す理由は、結論(7.参照)において明らかにする)。

被疑者・被告人の防御権と弁護人の法廷外における発言との関係を考えてとき、本来、被疑者・被告人側は、合理的な疑いであれば、どのような

観点からでも疑問を提起することが可能でなければならない。そうでなければ憲法上の防御権は保障されたことにならないし、提起できる疑問の種類や疑問を投げ掛ける方法を制限することは疑わしきは被告人の利益に原則にも反する。被疑者・被告人側が検察官の主張に対して投げ掛ける疑問が、たまたま被疑者・被告人以外の特定人物が犯人の可能性があるという内容の疑問であり、それゆえ、他に犯行を行った人物が存在する可能性を指摘するという方法での疑問提起であった場合にだけ、単に合理的な疑問というだけでは足りず、被疑者・被告人に対する負罪的な証拠を凌駕するだけの確実な証拠に基づいていなければ当該主張をすることができないというのでは、被疑者・被告人に対して十分な防御の機会を失わせているし、無罪の立証を要求するのに等しいから、疑わしきは被告人の利益に原則も反するといわざるを得ないのである。

他方、真犯人だと名指しされる第三者には、名誉に対する権利がある。犯罪者だと名指しされれば、当該第三者の名誉は、著しく侵害されるから、確実な根拠なしにそのような公表をおこなわれることを甘受しなければならぬいわれは、第三者の側にもない。だからこそ、真実と誤信する相当性を認めるためには、相当に確実な根拠が必要とされてきた。たまたま刑事事件の被疑者・被告人の防御活動として行われた場合には、名誉毀損一般について違法性を阻却するために要求されているはずの「根拠の確実性の程度」が低いレベルでも侵害を甘受しなければならないいわれは、本来は、第三者の側にもない。

しかしながら、名誉権は、絶対不可侵の権利ではない。名誉自体は人格権として重要な保護法益ではあるが、他の優越する権利の保障のために、譲歩を迫られる場合があることは、すでに法体系上、織り込まれている。公共性、公益目的、真実性による免責がまさにそれである。そして、前述したように、当該事件についての被疑者・被告人の防御活動として弁護人が行う法廷外での表現活動は、犯罪に関する情報についての通常の表現活動が有する知る権利の民主主義的価値に加えて、現在進行中の刑事手続に

において被疑者・被告人がどのような取り扱いを受けているかということについて、知る権利を保障することによって市民に伝え、刑事裁判および刑事制裁という国家が持つもっとも峻厳かつ暴力的な権限を国家が被疑者・被告人に対して不当に行使していないかを市民にチェックさせ、市民による捜査・訴追権限の監視を怠らないことによって被疑者・被告人の適正手続を受ける権利を実効的に保障するという固有の意義を有している。そうだとすると、このように、対抗利益がより一層絶対性の強い、すなわち通常の場合よりもさらに公共性の強い被告人の適正手続を受ける権利である場合には、相当性を認める基準を公共性の強さに応じて以下のように修正するという方法で、両権利間の難しい調整を図るという道が開けてくるように思う⁴²⁾。

具体的には、次のような多段階的な規範を立てることで、名誉権の侵害を最小限度にとどめつつ、刑事事件被告人に十全な防御権・適正手続権を保障するという結論を見出すことができるように思われる。

第一に、いくら被疑者・被告人には適正手続保障に対する絶対的権利があるとはいっても、特定の人物を犯人と断定する主張まで、「合理的な疑い」のレベルでの根拠がありさえすれば自由に行えるとするのは、いささか過剰な権利保護であるといえよう。なぜなら、理論的には、被告人は無罪を立証する必要はなく、それゆえ、アナザーストーリーたる「第三者が犯人であること」まで立証する必要はないから、当該人物を犯人と断定する必要もないはずだからである。したがって、特定の人物を犯人と断定する主張をするためには、公表時点における証拠の優越に相当する程度の確実な根拠が必要であると考えべきである。

第二に、被疑者・被告人は、被疑者・被告人の有罪を主張する検察官のストーリーに対して何らかの合理的な疑いを投げ掛ければよく、そのような疑いの提示は一切制限されるべきではないから、第三者が犯行を行った「可能性がある」という主張、それは裏を返せば、被告人自身は犯行を行っていない可能性があるという主張であるが、そのような主張は、合理

的な疑いのレベルで自由に行うことができる。この場合、当該事実を公表される第三者にとっては確かに名誉権の侵害があることは避けられないが、犯人と断定される場合よりも、社会的評価の低下は相対的には小さいと、法的に評価可能である。

被疑者・被告人側の刑事事件に関する主張の公表は、まさに「疑いの存在」を社会に知ってもらうことを目的とするものであること、そして、合理的な疑いを社会に投げかけることは、既に生じている有罪の予断を中和し、さらに裁判所の訴訟の進行や証拠評価が無罪推定原則に従って行われているかを市民にチェックしてもらうための条件を作る意味があること、適正手続保障という知る権利にもまして重要かつ絶対的権利を守るための行為であること、それがゆえに万が一にも、被疑者・被告人側に萎縮効果を生じさせてはならないことなどに鑑みると、被疑者・被告人側の刑事事件に関する主張の場合にこそ、真実性あるいは真実誤信相当性の証明は疑いのレベルで足りるとすることに、合理性があるというべきではなからうか。

これに対して、何らの具体的根拠もなく、手当たり次第に第三者の名前を挙げることは許されないし、防御権の行使ともいえないだろう。疑いを支える一定の具体的根拠は必要である。しかし、求められる具体的根拠の程度は、あくまでも投げかけた疑いがまったく不合理なものではない、というレベルで足りる。具体的には、被疑者・被告人側が当該情報を公表する時点で、通常の防御活動の範囲で収集しえた情報に基づき、結果発生の原因が他の第三者にある可能性が論理的に否定されない、と言える程度で足りると考えるべきである。この基準以上に確実な根拠を要求すると、合理的な疑いを超える確実な疑いを要求することになってしまい、挙証責任の許されない転換を招くからである。

さらに、あわせて、萎縮効果を考慮する必要もあるだろう。違法阻却の成立範囲をある程度広範囲に認めておかないと、被疑者・被告人側は、自らが行おうとしている主張がグレーゾーンに当たると判断した場合に、必

要な主張をすることができなくなってしまうからである。被疑者・被告人の適正手続を受ける権利の絶対性にかんがみ、万が一にでもそのような事態が発生しないように、違法阻却が認められる範囲は、原理的に違法性阻却が認められる範囲よりも一回り広げて保障されなければならない。

なお、合理的な疑いか否かを被告人側が判断するための基礎となる情報には、検察側から開示された証拠が含まれるが、証拠が開示された場合には確実な根拠が得られる条件が整ったはずだから、証拠開示後は、合理的な疑いといえるためには、証拠開示前よりも高度の確実性が要求されるという結論にはならないことも、正当行為による違法阻却の場合と同様である。

7. 結 論

(1) 正当行為アプローチと名誉毀損免責法理アプローチとの関係

以上に見てきたとおり、名誉毀損免責法理アプローチによった場合にも、被疑者・被告人以外の第三者が結果発生の原因であると指摘する弁護人の発言は、第三者を犯人と名指しする場合には、証拠の優越の程度に確実な根拠に基づくこと、第三者が結果発生の原因である可能性を示唆する場合には、合理的な疑いに基づくものであることを条件に違法性は阻却される。結局、違法性阻却の基準は、正当行為アプローチの場合と同一である。

このような結論の一致は、偶然の産物ではない。なぜなら、被疑者・被告人の防御権・公平な公開裁判を受ける権利と第三者の名誉権との調整を図るといふ権利関係、利益状況は共通だからである。同一の権利について同一の場面での利益調整をしているのに、アプローチの違いで結論が異なるほうが不合理である。そして、このように2つのアプローチの結論が一致することこそが論証の正しさを示しているとすれば、どちらのアプローチを優先的に適用していくかという適用順序は本質的な問題ではないことも同時に明らかにしているといえよう。

(2) 本事案へのあてはめ

）正当行為アプローチから

本事案は、本件刑事事件被告人が被疑者として逮捕された直後から、本件刑事事件被告人が犯人であるとの予断を生じさせるおそれの強い報道がセンセーショナルかつ大量になされた。本件刑事事件被告人は、いったん自白をしたものの、勾留段階で否認に転じたが、否認しているという事実の公表のみでは、本件刑事事件被告人に対する有罪の予断を払拭する効果をほとんど有していなかったのが現実であるといえる。その結果、起訴前後には、本件刑事事件被告人が犯人であるとの強い社会的雰囲気を作り出されていたことは否めない（詳細は、2. の記事分析を参照）。そのような社会的雰囲気の渦中にあった弁護人が、訴訟手続内での弁護活動だけでは刑事手続の基本原則である予断排除原則が事実上保障されずに、本件刑事事件被告人に対して、公正な刑事裁判を受ける権利を保障することができないおそれがあると考えても決して不合理ではない。

そして、弁護人がそのようなおそれを抱いた際に、社会に対して、法廷外で被疑者・被告人側の事件に対する見方・主張を伝え、情報の中立化を図る行為は、刑事事件被告人に対する有罪の予断の発生を防止し、あるいは既に侵害されつつある公正な刑事裁判を受ける権利のそれ以上の侵害を食い止め、公開原則を被告人の権利として意味あるものとして成り立たせるための正統的かつ正当な弁護活動そのものである。したがって、本事案における弁護人の公表活動は、正当行為として広く違法性が阻却されるべき行為に当たる。

そのうえで、本事案で弁護人が指摘した事実を見ると、本事案は、原告が犯人であると断定する主張をしたものではない。弁護人が行った表現が、仮に、原告に結果発生について何らかの原因があるということを示唆していると評価されるとしても、示唆の程度はきわめて間接的なものにすぎない。したがって、公表するにあたって、公表時点における証拠の優越に相当する確実な根拠が必要な場合ではなく、合理的な疑いがあれば違法性は

阻却される。

そうすると、弁護人は、報道された事実を丹念に収集、分析し、本件刑事事件被告人との接見を通じて、本件刑事事件被告人が犯人ではないことの客観的資料を収集しており、その結果、捜査機関の考えるストーリーと捜査機関が収集したと推測される証拠に重大な疑問があるとの合理的な判断に至っている。具体的には、第一に、弁護人は、本件刑事事件が発生したとされる病院に勤務していた整形外科医が2000(平成12)年4月に辞めて、同病院に救急措置をできる医師が一人もいなかったという事実と、患者の容体が急変して他の病院に転送されたケースが2000年に急増しているという事実を知っていた⁴³⁾。第二に、弁護人が本件著書執筆当時に入手していた、本件刑事事件第一起訴にかかる被害者の両親が本件病院側を提訴した訴状には、熱がない、腹痛、嘔吐、脱水症状、意識の低下、けいれんなどの被害者の症状の推移が記されているが、この症状はアセトン血性嘔吐症の可能性があり、かつ意識レベルに影響を与えない筋弛緩剤投与とは矛盾することが文献などから分かっていた⁴⁴⁾。これらの事実に加えて、不審な薬物投与を疑ったにもかかわらず内部調査をしなかった事実や、本件刑事事件被告人に対する退職勧奨の経緯について原告らが当初、事実と異なる説明を行った事実などから、医療ミスを隠すために被害発生についての責任が本件刑事事件被告人にある旨の主張を行った可能性があるとして弁護人が推論をしたこと⁴⁵⁾は合理的な推論であると言える。

さらに、弁護人は開示された証拠を検討し、本件刑事事件被告人の犯行に疑いを抱かせる事情(鑑定点など)を見つけ出している。そして、このような慎重な分析に基づく判断を前提にして、被害ないし結果の発生の原因が、本件刑事事件被告人の行為ではなく、別のところにある可能性を指摘しているにすぎないのであるから、萎縮効果を考慮して、正当行為として違法阻却が成立する範囲を政策的に広げて解釈するまでもなく、その疑いは本来の意味での合理的疑いであると優に認めることができるといえる。

）名誉毀損免責法理アプローチから

本事案では、公表された事実は刑事事件に関する事実であるから、もともと公共性があるとみなされる事実であるが、それに加えて、弁護士が刑事事件被告人の防御活動として発言をしている場合であるから、被疑者・被告人の適正手続を受ける権利の保障および防御権の行使として、公共性があることに疑いはない。

また、本件刑事事件では、本件刑事事件被告人が逮捕された時点から、本件刑事事件被告人を有罪視する未曾有の報道がなされ、本件刑事事件被告人が起訴された時点で、社会全体に本件刑事事件被告人が犯人であるとの強い予断が蔓延していたことは明らかであろう。したがって、これに対して、訴訟手続内の防御活動だけで、公平な裁判所による裁判を受ける権利や公開裁判を受ける権利を実効的に保障することはきわめて難しい状況にあったといえ、法廷外において発言することで、防御権を保障し、公正な裁判を保障しようとした弁護人の行動が公益目的を有することに疑いはない。

第三に、真実誤信相当性との関係では、まず、本事案は、原告が犯人であると断定する主張をしたものではない。弁護人の行った表現が、仮に、原告に結果発生について何らかの原因があるということを示唆していると評価されとしても、示唆の程度はきわめて間接的なものにすぎない。したがって、公表するにあたって、公表時点における証拠の優越に相当する確実な根拠が必要な場合ではない。そして、弁護士が合理的な疑いを投げかけるだけの根拠となる資料を執筆当時有していたことは、上述)で示したとおりである。

このように、弁護士は、報道された事実を丹念に収集、分析し、本件刑事事件被告人との接見を通じて、本件刑事事件被告人が犯人ではないことの客観的資料を収集しており、その結果、捜査機関の考えるストーリーと捜査機関が収集したと推測される証拠に重大な疑問があるとの合理的な判断に至っている。さらに弁護士は、開示された証拠を検討し、本件刑事事

件被告人の犯行に疑いを抱かせる事情(鑑定点など)を見つけ出している。そして、このような慎重な分析に基づく判断を前提にして、被害ないし結果の発生の原因が、本件刑事事件被告人の行為ではなく、別のところにある可能性を指摘しているにすぎないのであるから、萎縮効果を考慮して、相当性の範囲を政策的に広げて解釈するまでもなく、その疑いは本来の意味での合理的疑いであると優に認められることができるといえる。それゆえ、真実誤信相当性が優に認められ、名誉毀損免責法理としても違法性が阻却されると判断されるべきであったように思われる。

- 1) 仙台地判平成23年7月5日・LEX/DB25443796。
- 2) 守 大助=阿部泰雄『僕はやってない! 仙台筋弛緩剤点滴混入事件 守 大助留日記』(明石書店, 2001年)。
- 3) 最決昭和51年3月23日・刑集30巻2号229頁。
- 4) 参照, 守 大助=阿部泰雄・前掲注2書・261頁。
- 5) 河北新報1月21日(以下, 特記したものを除き, すべて朝刊)。
- 6) 河北新報1月10日。
- 7) 河北新報1月10日。
- 8) 河北新報1月14日。
- 9) 河北新報1月8日(県内版)。
- 10) 河北新報2月28日夕刊。
- 11) 河北新報1月11日。
- 12) 朝日新聞1月21日, 同1月22日, 同1月23日。いずれも県内版。
- 13) 朝日新聞1月9日。
- 14) 河北新報1月27日。
- 15) 朝日新聞1月27日。
- 16) 朝日新聞1月10日, 同1月14日。
- 17) 河北新報1月31日。
- 18) 淵野貴生『適正な刑事手続の保障とマスメディア』(現代人文社, 2007年)。
- 19) 淵野貴生「法廷外弁護活動と公正な裁判 松川裁判運動と裁判批判論争に学ぶ」立命館法学327=328号(2010年)766頁以下。
- 20) *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. 1030 (1991)。
- 21) 公表消極論として, *Sentelle, The Courts and the Media*, September 2001 *The Federal Lawyer* 25, 40; Maute, *What does it mean to practice law "In the Interests of Justice" in the Twenty-First Century?: "In Pursuit of Justice" in High Profile Criminal Matters*, 70 *Fordham L. Rev.* 1745, 1746, 1756 (2002)。公表積極論として, *Watson, Litigation Public Relations: The Lawyer's Duty to Balance News Coverage of Their Clients*, 7 *Comm. L. &*

- Poly 77, 78 (2002); Dienes, Trial Participants in the Newsgathering Process, 34 Univ. of Richmond L. Rev. 1107, 1110 (2001).
- 22) 現在も、ジェンタイル判決を基点として、基本的に本文で紹介したのと同じような論点で議論が行われている。現在の議論状況については、参照、LaFave/Israel/King/Kerr, CRIMINAL PROCEDURE, § 23.1(b) (3d ed. 2007) (2010年まで Pocket part で補充)。
 - 23) ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT (http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct.html)
 - 24) 川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法4巻11号(2002年)46頁, 村瀬 均「刑事裁判の充実・迅速化 裁判官の立場から」現代刑事法6巻12号(2004年)29頁など。
 - 25) 丸正名誉毀損事件の経過および事件の起こった背景について素描するものとして、参照、野村二郎「刑事裁判の弁護 丸正名誉毀損事件をめぐる」ジュリスト616号(1976年)54頁以下。
 - 26) 同様の批判は、すでに、小田中聰樹「弁護活動の限界 丸正事件」別冊ジュリスト『刑法判例百選 総論(第二版)』(有斐閣, 1984年)63頁によっても行われている。
 - 27) 根拠法令の有無の点を弁護活動の内在的行為にあたるか否かということと結びつける香城敏彦・調査官解説『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和51年度)』(法曹会, 1980年)109頁以下も、丸正名誉毀損事件決定と同様の誤りを犯しているように思われる。
 - 28) 最判昭和44年6月25日・刑集23巻7号975頁, 最判昭和41年6月23日・民集20巻5号1118頁。なお、相当性理論についての学説・判例を総合的に検討した上で、相当性理論の問題点を指摘するものとして、参照、前田 聡「名誉毀損における『相当性理論』の憲法的考察(1)(2・完)」筑波法政38号(2005年)339頁以下, 同39号(2005年)219頁以下。
 - 29) 参照、東京地判平成2年1月30日・判例タイムズ730号140頁。
 - 30) 近時の判例の傾向について分析するものとして、尾島茂樹「捜査当局の公の発表のない場合と相当性(1) 嬰兒変死事件」別冊ジュリスト『メディア判例百選』(有斐閣, 2005年)55頁など。このような判例の傾向を支持するものとして、例えば、参照、成田喜達「犯罪報道と名誉毀損」竹田 稔・堀部政男編『新・裁判実務体系 第9巻 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』(青林書院, 2001年)25頁以下, 静岡県弁護士会編『情報化時代の名誉毀損・プライバシー侵害をめぐる法律と実務』(ぎょうせい, 2000年)42頁以下及び240頁以下。反対に、このような判例の傾向を批判するものとして、例えば、参照、山田隆司「公人と名誉毀損(1) 『現実的悪意の法理』導入の可能性」阪大法学57巻4号(2007年)104頁以下。
 - 31) 最判昭和39年1月28日・民集18巻1号136頁, 最決昭和43年1月18日・刑集22巻1号7頁など。
 - 32) 最判昭和47年11月16日・民集26巻9号1633頁。
 - 33) 最判昭和55年10月30日・判タ429号88頁および, 原審の東京高判昭和53年4月27日・判例タイムズ368号262頁。
 - 34) その他, 東京高判平成4年3月30日・判例時報1417号67頁, 和歌山地裁新宮支判平成元年11月28日・判例時報1351号79頁など。
 - 35) 東京地判平成5年12月20日・判例タイムズ842号176頁。

- 36) このような考え方に立つものとして、参照、佃 克彦『名誉毀損の法律実務』(弘文堂、2005年)230頁。
- 37) 東京地判平成8年2月28日・判例時報1583号84頁。
- 38) その他、東京地判平成2年3月23日・判例時報1373号73頁など。
- 39) ただし、刑事罰を科すことに対しては、刑法の最終手段性や表現の自由に対する委縮効果が特に大きいことなど民事責任とは異なる事情があるから、名誉毀損罪における相当性の成否について民事責任とは別の基準(相当性をより緩やかに認める基準)によることは十分ありうると考える。参照、平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』(有斐閣、1983年)91頁以下、135頁以下。
- 40) 参照、平野龍一「名誉毀損と事実の証明(いわゆる丸正事件)」警察研究48巻10号(1977年)80頁。
- 41) 最判平成11年10月26日・民集53巻7号1313頁、最判平成14年1月29日・判例時報1778号49頁。
- 42) なお、相当性についての以上のような解釈は、すでに丸正名誉毀損事件決定当時、庭山英雄によって示唆されていた。参照、庭山英雄「刑事弁護の限界をめぐって」ジュリスト616号(1976年)51頁。
- 43) 守 大助=阿部泰雄・前掲注2書・201頁。
- 44) 守 大助=阿部泰雄・前掲注2書・245頁以下。
- 45) 守 大助=阿部泰雄・前掲注2書・257頁以下。