



Title	民事判例研究
Author(s)	和田, 美江; WADA, Yoshie
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 58(2), 514 [63]-470 [107]
Issue Date	2007-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/28036
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(2)_514-470.pdf



民事判例研究

和田美江

いわゆる「モデル小説」について、公的立場にない被害者の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害され、重大で回復困難な損害があるとして、小説の出版差止めを認めた事例（「石に泳ぐ魚」事件）

最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決

（平成13年（オ）第851号、同年（受）第837号損害賠償等請求事件）

（判例時報1802号60頁、判例タイムズ1106号72頁）

〈事実〉

Xは東京生まれの韓国籍の女性であり、韓国の大学卒業後平成5年来日し、大学院に在籍していた。Xは幼少時血管奇形に属する静脈性血管腫にり患し、多数回の手術にもかかわらず完治の見込みはなく血管奇形は外貌に現われている。Xの父は日本国内大学の国際政治学教授であったが、昭和49年講演先の韓国においてスパイ容疑で逮捕され、同53年まで投獄された。Y₁は平成3年に芥川賞を受賞した著名な劇作家・小説家である。XとY₁は平成4年にY₁が訪韓した際に知り合い、交友関係を持つようになり、Y₁が日本に帰国した後も文通などしていた。Y₁は「石に泳ぐ魚」と題する小説（以下「本件小説」という。）を執筆し、Y₂が編集兼発行者で、Y₃が発行する雑誌『新潮』平成6年9月号において公表した。本件小説にはXをモデルとする「朴里花」なる人物が全編に亘り登場する。「朴里花」は日本生まれの韓国籍女性で、Xと同年代に韓国に移住し、Xと同じ大学を卒業し日本の同じ大学大学院でXと同一の学科を専攻している。顔面には完治の見込みのない腫瘍があり、彼女の父もまた日本の大学の国際政治学の教授をしていたが、講演先の韓国でスパイ容疑に

より逮捕された経歴を持つ。他方、「朴里花」は高額の寄付を募る新興宗教に入信したという虚構が述べられている。さらに、「朴里花」の顔面の腫瘍に関し、通常人が嫌う生物や原形を残さない水死体の顔などに例えて描写するなど、異様なもの、悲劇的なもの、気味の悪いものなどと受け取られる苛烈な表現が施されている。

Xは上記雑誌において本件小説が公表されこれを読むまで、Y₁が自分をモデルに小説を執筆していたことを知らず、また、公表後にもY₁に対し公表を承諾したことはなかった。Xは本件小説を読み、「朴里花」が自分をモデルとしていることを知るとともに、Y₁を信頼して話した私的な事柄が多く記述されていること等に激しい憤りを感じ、自分がこれまでの人生で形成してきた人格がすべて否定されたような衝撃を受けた。

Y₃は本件小説の日本語版の販売等を行う権利を有している。

そこでXは、本件小説及びこれに関する文書により名誉が毀損され、プライバシー、及び名誉感情が侵害されたとして、Yらに対し、人格権、不法行為、不公表合意等に基づき、損害賠償、謝罪広告の掲載、本件小説の公表の差止め等を求めた。

この裁判に先立つ平成7年11月にXは本件小説の出版差止めを求める仮処分を申請していたが、審尋においてYは単行本にして日本及び韓国で公表しないこと、公表する際は、仮処分手続き中に提出された改訂版による旨を陳述し、これを受けXが仮処分申請を取り下げた経緯があった。提訴後Y₁が『新潮』平成8年12月号に執筆したエッセイ「表現のエチカ」においてXのイニシャルを明示するとともに、「石に泳ぐ魚」のモデルであることを明らかにし、顔面の腫瘍という障害の事実を強調したなどとしてそれに対する損害賠償請求を追加した。

一審（東京地裁平成11年6月22日判例時報1691号91頁）は、Xと面識のある者又はその属性を知る者にとって、本件小説の登場人物とXは容易に同定可能であるとした上、本件小説の記述にはXの名誉、プライバシー、及び名誉感情を侵害する部分があるとして、不法行為の成立を肯定した。そして、Xは本件小説等の公表により多大の精神的苦痛を被ったとして、本件小説について慰謝料100万円、「表現のエチカ」について慰謝料30万円の支払い、また、XとYらの間には本件小説を公表しない旨の合意が成立していたと認定し、同合意に基づく本件小説の出版等の差止めを認めた。一方、本件小説の修正版の出版等の

差止めについては、Xの同定が困難であるとして認めず、また、謝罪広告と回収依頼広告等についても必要なしとして認めなかった。

Yらからのみ控訴されたところ、原審（東京高裁平成13年2月15日判例時報1741号68頁）は名誉権等の侵害による慰謝料については、一審と同様の判断をするとともに、出版等の差止め請求については、X Yら間に本件小説を公表しない旨の合意が成立していたとは認められないとしたが、人格権に基づく本件小説の差止めが認められるとした。

出版社Y₂ Y₃側から上告及び上告受理申し立てが、作者Y₁側から上告がなされた。

出版社らの上告理由は、①名誉、プライバシーを損なわない表現方法などの創作上の配慮の必要性を説く原判決は、司法という公権力が文芸作品の表現それ自体や表現方法そのものに規制を加えるものであり、②プライバシーという未確立の権利をもって表現行為の差止を認めたことは憲法21条1項に違反するとし、上告受理申し立て理由は、本件小説の全体的テーマと表現を見れば、小説としての公共性が認められ、個々の表現内容のみから名誉、プライバシーの侵害を肯定し、出版物の差止を許容したことは判例に違反するというものである。

〈判旨〉 上告棄却

「原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらないXのプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にないXの名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等によりXに重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づくXの各請求を認容した判断に違法はなく、この判断が憲法21条1項に違反するものではないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和41年（あ）第2472号同44年6月25日大法廷判決・刑集23巻7号975頁〔夕刊和歌山時事事件〕、最高裁昭和56年（オ）第609号同61年6月11日大法廷判決・民集40巻4号782号〔北方ジャーナル事件〕）の趣旨に照らして明らかである。」

同日、作者Y₁側に対しても、第三小法廷は本件判決とほぼ同旨の上告棄却判決を下した。

〈評釈〉

一 はじめに

(1) 法と文学の関わり

一般に表現の問題に法規制が直接に関係する局面は、近代においては報道表現において論じられることが多いのだが、従来文学においても若干の判例が積み重ねられてきている。

まず刑法における猥褻表現に関する規制の有無である。有名なD・H・ロレンス著『チャタレー夫人の恋人』(伊藤整訳)の事件¹や、マルキ・ド・サド著『悪徳の栄え』の翻訳書に関する事件²、及び永井荷風作といわれている「四畳半襖の下張り」を雑誌『面白半分』に掲載したかどで野坂昭如らが起訴された事件³など、文学の芸術性と刑法のわいせつ罪との規制の調整が問題になった。時代状況が変化し、文書全体の猥褻性が総合的に検討され、下級裁判所において猥褻性が否定されるものが散見されるようになった⁴。規制の主な正当化は社会通念であったが、しかし、社会通念とは可変的なものであり、道徳観念の防衛という域を出ないという問題がある⁵。このような判断には、猥褻性の法規制とは、国家後見主義的介入であり社会秩序維持であるとの批判がある。

¹ 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立しないものではない」として文学作品の猥褻性を認定した。

² 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁。猥褻性が解消しない限り思想的・芸術的価値があっても猥褻文書と扱われることがありうとする一方、文書の章句は文書全体の関連で判断されなければならないという、全体的考察の手法を示し、結局猥褻性を認定している。

³ 最判昭和55年11月28日刑集34巻6号433頁。文書の猥褻性は描写の程度と手法、文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と性描写の関連性など、総合的に検討したものを、その時代の健全な社会通念に照らして決定されるべきとして、この文書の猥褻性を認定した。

⁴ 日活ロマンポルノ事件(東京高判昭和55年7月18日判時975号20頁)、『愛のコリーダ』事件(東京高判昭和57年6月8日判時1043号3頁)など。

⁵ 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理—表現の自由の公共的使用』(嵯峨野書院、2001年)281頁参照。

他方、文学表現による個人法益侵害に対する調整機能として、民法における所謂「モデル小説」の不法行為問題がある。作家が小説を書く際、明らかに特定の人物や特定の事件を素材に加工して出来上がった小説が、一般にモデル小説といわれている。それゆえ、モデル小説は、特定の人物なり事件なりの特徴が、読者にとっては小説の中に未消化のまま埋め込まれた印象となり、小説の扱い方によっては素材の対象になった関係者の名誉毀損やプライバシー侵害の存否が問題になる。本件も、作家柳美里の小説「石に泳ぐ魚」によって、Xが名誉毀損、プライバシー及び名誉感情が侵害されたとして争われたものである。モデル小説のリーディングケースは、『宴のあと』事件⁶といわれているが、この事件は初めて司法上プライバシー侵害が問題となった事案で、モデルになる人物の精神的損害と出版の自由との調整が主要な争点となった損害賠償事件である。モデル小説の紛争はそれ以降、数はそう多くはないが、主に名誉毀損とプライバシー侵害が争点となり損害賠償訴訟が起こされてきた。

ところで、アメリカの1960年代の終わりから70年代にかけてニュー・ジャーナリズムというジャンルが台頭し、フィクションとノンフィクションのある種の接近が出来上がっていた⁷。従来から文学ジャンルにはノンフィクション、ジャーナリストの手法には調査報道というものがあったのだが、この文学と報道が別々に構築した分野の両者を融合させてジャーナリストの新たな潮流をもたらしたのである。同様に、現実の持つある種の力を文学作品という表現活動に融合させるのが、わが国の私小説を筆頭とするモデル小説であると考えられる。そこで、ある事実が起爆となって創作意欲が掻き立てられた小説家における表現の自由と、素材対象に選ばれたことによって社会的評価に晒される人格的利益との調整が図られている。

本判決では、名誉、プライバシーだけでなく、従来の最高裁では主観的だとして慎重に回避されてきた名誉感情の保護法益⁸の承認も含めて、これら三つ

⁶ 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

⁷ 駒村・前掲書注5・69-75頁参照。

⁸ 最判昭和45年12月18日「民法七二三条にいう名誉とは、人がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的名誉を指すものであつて、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まないものと解するのが相当である。」

の人格的益が人格権として明示的に保護された。また、表現の自由と被害者の人格権が等価的に比較考量され、その結果人格権侵害に基づく小説の出版が差止められた。更に、従来のモデル小説紛争では、主に著名な人物や有名な事件を素材にしたものが多かった上に、損害賠償は認められても差止めは認められなかったのだが、本件の場合、モデルが無名の私人の日常の出来事であったこと、及び、この小説の将来に向けての単行本出版等の差止めが認められたことなどが注目される。

(2) 本判決の問題の所在

本件小説は「私小説」という、日本の小説手法において特有の、作者の身辺雑記を小説に仕立てる伝統的なものであったが、この表現様式と個人の人格的利益との緊張関係の顕在化において、いわゆる「モデル小説」出版の利益より被侵害者の人格的利益が優越して、人格権に基づき将来の単行本出版差止めが認容されたことに、本判決の重要な意義がある。しかし、差止めの判断の根拠が「重大で回復困難な損害のおそれ」という表現にとどまり、人格権の個別の被侵害利益との関係は抽象的で、いわゆる「事例判決」にとどまったと解されるため、最高裁が小説出版の差止めそれ自体をどのような個別の要件で認めるかは今後の判例の積み重ねに残されたといわれている。

本件は、いわゆる「モデル小説」というジャンルでの損害賠償および差止めが問題になったので、モデル小説の訴訟類型を検討し、その判決例・学説の状況を概観してみる。特に、プライバシーの侵害や名誉感情の侵害に関する議論を考察する。すなわち、本稿は以下において、モデル小説という類型の判例・学説の流れを概観し(二)、モデル小説における名誉・プライバシー・名誉感情の侵害とモデル小説の差止めの救済措置について検討し(三)、次にモデル小説の今後の課題を議論し(四)、そして最後に私見のまとめ(五)という流れに沿って本判決を検討しようと思う。

二 モデル小説の判例・学説

(1) 従来の「モデル小説」の判決

最初に小説のモデル性が問題になった事件は、昭和29年11月雑誌『面白倶楽部』特大号に載った宮本幹也の小説で、当時の政治家佐藤栄作に対する名誉毀

損罪が問われた刑事事件（①「幹事長と女秘書」事件⁹）である。被告人は「佐藤栄作をモデルにしたものではなく、作者のフィクションである」「名誉を毀損する内容のものではなく名誉を毀損しようとする意思はなかった」と主張したが、判決は第一にモデルであるか否かという点につき、第二にフィクションの程度について考察した。そして第一の点は「本件作品には各所にその主人公の後藤大作は実在の人元自由党幹事長佐藤栄作を推知せしむるに足る表現がなされている¹⁰。」「客観的に実在の人物に近似しているのは決して偶然の一致ではなく、被告人宮本の主観においても同人が佐藤栄作を本件作品のモデルにしたことは疑う余地がない¹¹。」とし、第二の点は、「作品がフィクションであり真に小説であるから事実ではないと称し得られるためには、個々の実在のモデルから感じ取られた生のものが作者の頭の中で十分に燃焼し、完全なフィクションに昇華して特定人の具体的行動を推知させない程度に、人間一般に関する小説の純粋性を有するものにまで高められていなければならない。」「本件作品を全体としてみると、モデルである佐藤栄作個人に関する事実を推知せしめない程度に完全なフィクションになっているとは言えず、人間一般に関する小説の純粋性を有する作品にまでなっているとは解せられない。」として、執筆者及び雑誌編集者の両名をそれぞれ5万円の罰金刑に処した。

モデル小説初の民事訴訟は船橋聖一の朝日新聞紙上連載小説「白い魔魚」に対する謝罪広告損害賠償請求事件（②「白い魔魚」事件¹²）である。原告は「小説と実在との相似性、密着性、関連性が切断されていない」「本件小説のモデルにされ…恥ずかしい私生活の場を小説として描写公表されたことにより社会的声価を失墜され、自己の名誉感情を著しく損われ、多大の精神的苦痛を蒙った。」と主張し、作者に謝罪広告と50万円の慰謝料を請求したもののだが、「小説

⁹ 東京地裁昭和32年7月13日判時119号1頁。

¹⁰ 判決は、出版社の編集員が一読して主人公が佐藤栄作だと思ったこと、挿絵画家も原稿を読み聞かされて直ちに主人公が実在の佐藤栄作だと直感したこと、その似顔絵を描いて挿絵にしていることなどを認定している。

¹¹ その理由を、判決は被告人らが読者の興味をそそる点に重点を置いたことが明らかで、これによってより多くの利益を図ろうとした営利目的の私企業の組織による出版事業であり、文化向上や公衆の娯楽や教養に資するような専らの公益目的とは解せられないとしている。

¹² 岐阜地判昭和34年3月28日判時182号17頁。

と事実との同一性乃至は類似性の存在にも拘らず、これらは未だ以って本件小説が原告をモデルにしたものであることを推認せしめる根拠となすに足りない。」と判示し、「被告が原告を本件小説のモデルにしたことを認めるに足る直接の証拠はなく、またこれを推認せしむるに足る事実を認むべき証拠もない」として、請求は棄却された。

大きな法的論争を巻き起こしたのが、前述の新潮社刊行の三島由紀夫の小説『宴のあと』に対する原告有田八郎が提起した、プライバシー侵害に関する損害賠償と謝罪広告請求事件（③『宴のあと』事件¹³）である。このときの原告の主張は、第一に仮名を挙げてても実名と同様の効果がある、被告らは本書の広告文に「モデル小説」の宣伝文句を使用していた。第二に私生活の「覗き見」もしくは「覗き見たかのような」描写の公開によってプライバシーが侵害され、精神的苦痛を受けた。第三にプライバシーのように個人の尊厳に基盤を置く権利は、言論・表現の自由に原則的に優先し、特殊な違法性阻却事由のあるときに限って「国民の知る権利」が優先するに過ぎない、というものである。これに対し被告らはプライバシー侵害には現実の「事実」の公開が必要である。また、本作品は文学的昇華度の高い文学作品であり、全体としてモデルに対し作家としての節度を保っており、社会的に許容される合理的な限界を逸脱していない。そして、個人法益のプライバシーの権利よりも、民主主義の基盤である社会一般の利益を図る言論・表現の自由が優先されると主張した。

判決は以下の点から原告の主張を認めた。第一に、本件小説は暴露小説、実録小説とは異なるが、原告のモデル性を一般の読者に察知させるに十分な、世人の記憶に生々しい事件を小説の筋立てに全面的に使用し、原告の実名を挙げた場合と差異がない。第二に、モデル小説は文芸的価値の面だけでなく、モデル的興味によって読者の関心をそそる傾向にある。そのような状況では、読者の既知の事実以外は全て作者のフィクションであると受け取られるほどには「今日のモデル小説に対する関心、興味は純化されていない」。第三に「プライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」として理解されるが、私生活の公開とは、公開された内容が(i)私生活上の事実でありまたは私生活上の事実らしく受け取られる恐れのあること、(ii)一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうとみとめ

¹³ 前掲注6参照。

られること、(iii)一般の人に未だ知られていないことで充分である。第四に芸術的価値、言論・自由の保障の優越性、公的存在、被告の承諾はいずれも違法性阻却の理由とならない。第五に私生活の公開の場合は、損害賠償請求は認められるが謝罪広告は「原状に回復させるということは不可能なことであり」請求が認められないとして、原告有田八郎のプライバシー侵害に関し、作者三島に80万円の損害賠償を命じた。

その後、プライバシー権侵害に基づく事前差止めを求めた先例的判決例が、元日本社会党衆議院議員であって、社会主義運動家、婦人解放運動家である神近市子が提訴した、吉田喜重監督の映画「エロス+虐殺」の製作会社、興行会社4社に対するプライバシー侵害および名誉毀損を理由とした同映画の上映禁止の仮処分申請事件（④映画「エロス+虐殺」事件¹⁴）である。本件映画は、「日蔭茶屋」事件として知られる実際に発生した人情事件を素材に、無政府主義者大杉栄をめぐる三人の女性の愛憎や葛藤を描いたものである。第一審は「検閲を禁じた憲法二十一条二項の精神を考慮して権利侵害の違法性が高度な場合にのみ、差止請求を認めるべきものと解する」とし、事件は公知であり、債権者自身も著述しており、また著名人であることから、それほどの高度の違法性がないということで申請が却下された。控訴審は「被害者が放置されることによって被る不利益の態様・程度と、加害者がその活動の自由を制約されることによって受ける不利益のそれとを比較衡量して決すべきである」とし、映画内容が、被害者の過去における恋愛的葛藤および傷害事件を中心的素材とするものであつても、既に公知であり、低劣不当な意図の製作ではないと認められ、「比較衡量の結果、さしせまった、しかも回復不可能な重大な損害が生じているとは認められない」として抗告が棄却された。

更に平成になって、無名の私人がモデルになった小説を訴える事件が登場した。それは、芥川賞作家高橋治が執筆した小説『名もなき道』において、大学卒業後20回にわたり司法試験を受験しながら変死した実在の人物がモデルにされたが、その主人公の妹夫婦が、名誉毀損・プライバシー侵害を理由に小説家及び出版社に対して本件小説の出版中止、全国紙及び地方紙への謝罪広告の掲載及び慰謝料各500万円の賠償を請求した事件（⑤『名もなき道』事件¹⁵）

¹⁴ 東京地決昭和45年3月14日判時586号41頁、東京高決昭和45年4月13日高民集23巻2号72頁。

¹⁵ 東京地判平成7年5月19日判時1550号49頁。

である。それに対し、東京地裁判決は以下のように判示した。「本件小説は、実在の人物を素材とし、登場人物が誰を素材として書かれたか一応特定し得るような小説である¹⁶が、実在人物の行動や性格が作者の内面における芸術的創造過程においてデフォルム（変容）され、それが芸術的に表現された結果、一般読者をして作中人物が実在人物とは全く異なる人格であると認識させるに至っており」「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」という理由で、モデル人物と主人公の同一性を否定した。更に、「ごく限られた範囲内の読者であってもモデルを詮索するような読み方をするような読者がいることを前提にしても、また、モデルとされた主人公の色覚異常、変死の事実は一般に知られたくない事柄でプライバシーに属する事実であるが、その場合でも、事実が本件小説の主題及び構成上不可欠であると認められ、表現の方法・内容においても秘事のあからさまな暴露とならないよう慎重な配慮がなされており」、本件は虚構作品と認定され、請求は棄却された。

最後の事例は、作家清水一行の執筆した小説『捜査一課長』である。精神遅滞児施設で発生した園児の死亡事件であるいわゆる「^{かほとやま}甲山事件」をモデルとした小説に対し、「甲山事件」において被疑者とされた原告（裁判の結果最終的に無罪になった）が、被疑者の生い立ちを公表したプライバシー権侵害、及び、犯人と断定するような記述で名誉を侵害されたと主張して、作家及び出版者に対して謝罪広告および損害賠償（慰謝料2000万円及び弁護士費用200万円）を請求した事件（⑥『捜査一課長』事件¹⁷）である。本件は第一審から上告審全て「素材事実と虚構事実とが渾然一体となって区別できないモデル小説」は、私生活上の事実の公表や事実の摘示による社会的評価の低下が不法行為を成立させる可能性があることを認めている。小説またはモデル小説という表現方法、または形式を選択したからには、モデル本人の承諾を得ていないなら、他の表現手段を採りうる余地がある以上、人格権侵害を認めても作家の表現の自由に対する不当な制限となるものではないとしている¹⁸。また、本件小説の執筆・

¹⁶ 司法試験を20回失敗した男性がモデルであることを出版社が謳って売り出された小説である。

¹⁷ 大阪地判平成7年12月19日判時1583号98頁、大阪高判平成9年10月8日判時1631号80頁、最判平成11年2月4日判例集未登載。

¹⁸ 大阪地判平成7年12月19日判時1583号110頁。

出版の目的が多分に営利目的であり、本件小説各版の出版部数その他一切の事情を考慮して、80万円の慰謝料が命じられた。謝罪広告はその効果は極めて小さいとして否定された。

(2) 従来の学説の流れ

モデル小説による名誉毀損・プライバシー侵害が生じる可能性は一般的に多くの学説から支持されている。その際問題が先鋭化されるのは、小説はフィクションであるのに、どのように実在人物の人格的侵害を成立させるのかという点である。フィクションは事実ではないのだから、プライバシー侵害など起こるはずがないという理解が成り立つ。特に文学を成立させているのは、作者自身の問題意識や感性の表現であり、その作品世界に誘われた読者に対して感動を呼びさますものであるとするなら、作者の加工意図による表現を通じて、事実は歪められ小説に仕立てられているともいえる。しかし、文学的想像力は作者の全くの想像力ではない。どれほどに想像力が豊かな人でも、全てを最初から作り出すことはない¹⁹。つまり何らかの材料があり、何らかのモデルを素材にしているといえる。更に、前述で触れたように、報道と文学のそれぞれの訴えかける力の手法が融合され、フィクションとノンフィクションの境界が曖昧になりつつあり、表現技巧の巧拙と相俟って、芸術性高いものから低俗な娯楽性を追求するものまで、ひとくくりに小説といっても、多様のジャンルや形態の可能性が存在している。そこでいわゆる「モデル小説」をどの範囲に定義すべきかが論点の出発となる。「実在の特定人物つまりモデルを実名または仮名で登場させ、その者の行動・性格などを虚実ないまぜながら」小説、映画などの形で一つの物語に仕立てたものと捉えるのが奥平康弘教授である²⁰。しかし、小説は「多かれ少なかれ実在の人物や出来事を素材にしている」のだが、素材とされた人物や出来事を想起させないほどに手が増えらるべきであるの

¹⁹ 例えば、幾代通「モデル小説とプライバシー問題」法律時報33巻5号（1961年）39頁において「厳密に言えば、なんらかの意味と程度においてモデルをもたない小説などはないといってよいであろう。」と指摘している。

²⁰ 奥平康弘『ジャーナリズムと法』（新世社、1997年）223頁参照。しかし、このように広くとると、モデルの秘密暴露に重点を置いた「暴露小説」や、ノン・フィクション仕立てを強調した「実録小説」などの再分類が必要になるとも述べている。

に、「誰でも素材とされた人物や出来事を理解できる場合や、それが実在の人物や出来事を素材としていることが意図的にうたわれているような場合」をいわゆる「モデル小説」だと定義するのが松井茂記教授である²¹。これに対し、実在の人物や実話の題材に関し、世間一般人が当該人物や事件を容易に了解する有名人、有名事件が題材になるばかりでなく「狭い範囲の人々が題材を了知する場合も、モデル小説といえる」として人物や出来事の公知非公知の別を問わず、何がしかのモデル性を広く肯定するのが棟居快行教授である²²。

そこで「モデル小説」の虚構と事実の混在が名誉毀損・プライバシー侵害を引き起こしたとしても、作品の芸術的価値によって権利侵害の成否に影響を及ぼすであろうことをいち早く肯定したのが伊藤正己教授である²³。芸術的表現の自由といえども法的審査に付すのは当然であるが、その違法性は侵害された現時的利益との比較衡量によるものとし、違法性阻却の可能性を公的存在の理論や被害者の同意の他に、「芸術的昇華が充分であるときには、権利侵害の態様を弱め、さらにすすんでは侵害を成立しなくなる」と指摘し、文学的に評価しうる作品であること自体が一定の違法性阻却事由になると考えている。小堀憲助教授も純然たる私小説の創作活動は保護されてしかるべきで、私利私欲の追求のために宣伝をした出版者の行為にのみ違法性を認める²⁴。このような捉え方とは少し違うが、芸術作品が過去、政治上、思想上の作品と比べて低く扱われることの不当性を指摘し、やはり芸術的価値が高い場合に違法性阻却を肯定したいと考えるのは奥平教授である²⁵。同様な指摘は松井教授にもある。個

²¹ 松井茂記「モデル小説と名誉毀損・プライバシー侵害」法律時報69巻6号（1997年）106頁参照。

²² 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（1999年）12頁参照。

²³ 伊藤正己「『宴のあと』判決の問題点」ジュリスト309号（1964年）49頁参照。

²⁴ 小堀憲助「プライバシー権の侵害—『宴のあと』判決をめぐる—」法律のひろば17巻12号（1964年）32頁参照。

²⁵ 奥平康弘「『宴のあと』事件判決について」判例時報389号（判例評論75号）（1964年）41頁参照、しかし「私人は侵害を受忍しなければならない場合とはどのような場合か、よくわからない。」と続けている。同・前掲書注20・229頁参照。やはりここでも、芸術作品の過去の不当な評価に対する不服が主張されている。それゆえ「作品全体としての評価」によってプライバシー侵害の違法性を減少する手立てを示唆する。

人法益を保護することにより小説に及ぶ萎縮効果の大きさを憂うからである²⁶。小説の特質を考慮する意義を示唆している。更に田島泰彦教授からは、小説の自由をより広範に求める主張もある²⁷。小説という創作性・虚構性の特質に鑑みて、表現の自由を最大限確保する必要性を説き、権利侵害の成否の判断基準において、小説表現にふさわしい免責法理の配慮を求めている。同様な意見は大石泰彦教授にも見出される²⁸。彼は、モデル小説が芸術性・虚構性によって権利侵害が昇華されるという一般論は、違法性阻却の限定効果となりモデル保護に厚くなっているが、他方モデル小説というジャンルの存在意義を否定し窒息させるものであると主張する。モデルが特定可能であろうとも一般読者が芸術的虚構であると認識できれば違法性は否定されてよい、個人法益侵害の違法性を緩和しなければ、同時代の息吹を伝えようとするノン・フィクション作品などは、文芸の利益が大きく殺がれると危惧する。

これに対し、道田信一郎教授はサマセット・モームの著書を引用して、作者にはモデル人物 (his originals) を保護するためできる限りの手段を用いなければならない倫理基準の執着と忠誠を求め²⁹、戒能通孝教授も、特にプライバシーという個人法益侵害に関しては作品の文学的評価を抗弁とすることに対し懐疑的である³⁰。三島宗彦教授も同様に作者の倫理的基準の必要性を説いている³¹。そして、現代にその流れを受け継ぐのが棟居教授である。「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

²⁶ 松井・前掲注21・107頁参照。

²⁷ 田島泰彦「『意思に泳ぐ魚』東京地裁判決を考える—プライバシー・名誉・差止めの判断をめぐる—」法学セミナー540号(1999年)66頁参照。「私見では、小説という創造的・芸術的営みは、できるだけ多くの自由が保障されるべきであって、少なくとも、原則として事実報道の場面より制限を受けるというものであってはならないと考える。」とする。同旨は、同「『石に泳ぐ魚』事件—憲法の視点から」田島泰彦・山野目章夫・右崎正博編著『表現の自由とプライバシー—憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』(日本評論社、2006年)232頁にも述べられている。

²⁸ 大石泰彦『メディアと法と倫理』(嵯峨野書院、2004年)130頁参照。

²⁹ 道田信一郎「サマセット・モームの執筆倫理基準など」法律時報33巻5号(1961年)34頁参照。

³⁰ 戒能通孝「プライバシーとその範囲」法律時報33巻5号(1961年)15頁参照。

³¹ 三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、1965年)324頁参照。

るべきではなく、時代・場所・名称など、客観的な記述の変更によって実現されるべきなのである³²。」と主張し、裁判官による芸術性の評価を加味させることを全面的に否定している。

すなわち、小説がフィクションとして自立することを前提として、鑑賞に価する作品に手厚く保護を認めるのが前者の立場であり、作品の鑑賞価値とは無関係に、小説構想と現実の訴えかけの力が作者の中で融合する際、現実との切断を創作活動に盛り込むことが作者倫理としての規範であると強く求めるのが後者の立場ということになる。私小説手法は言うに及ばず、小説と報道の境界すら曖昧化された作品群が登場してきている現代においては、読者にとっても、モデルのある小説が作者の創作意図によって加工された虚構であるという自立性が自明のものではなくなりつつあり、芸術性の是認と人格権侵害の不法行為は別次元であると考えられる立場が大勢のようである³³。

侵害行為が表現行為である場合、憲法で保障される表現の自由の理論を考慮することは現在では自明視されている。他方、被侵害利益(名誉・プライバシー)

³² 棟居・前掲注22・18頁参照。

³³ 長尾英彦「芸術の自由とプライバシー」中京法学35巻3=4号(2001年)35頁注記(35)参照。「筆者も、文学作品・芸術作品の価値が低いと考えているわけでは決してない。そもそも、両者は性質の違うものであるから、価値の高低など比較のしようがないのではないか。そして、モデル小説について一定の制限があるとすれば、それはモデル小説の価値が低いからではなく、他者の人格権を侵害する(虞がある)からだと言うほかないのではなからうか。」と記す。中村英樹「モデル小説とプライバシー—『石に泳ぐ魚』出版差止め判決(平成11.6.22東京地判)〈公法判例研究〉」法政研究67巻3号(2001年)187頁は、「裁判所がある小説作品の芸術性に対して何らかの価値評価を下すことは、決して妥当であるとは思われない。」と述べる。上村貞美「モデル小説によるプライバシー侵害と名誉毀損—柳美里『意思に泳ぐ魚』控訴審判決をめぐって」ジュリスト1207号(2001年)118頁で、「人の名誉が毀損されプライバシーが侵害されることを容認してまでも、芸術上の表現自由を尊重すべきだとする見解に与することはできない。」と主張し、大江健三郎の「その発表によって苦痛をこうむる人間の異議申し立てが、あくまで尊重されねばなりません。それなしでは、言論の自由、出版の自由の人間の基礎がゆらぐことになりかねません。」(大江健三郎「陳述書と二つの付記」世界665号(1999年)217頁)という警告に強く共感すると説く。

も憲法の基本権とされており、憲法の私人間効力のほかに、国家の基本権保護義務論³⁴の適用などによって憲法的基本権の調整原理が縷々主張されてきた。しかし、憲法で保障する表現の自由の多くの議論は、プレスやジャーナリズム等の表現の自由を中核においており、むしろ小説作家による文学・芸術の表現の自由は周辺の扱いである。表現の自由の保障は、近代の民主主義の発展と共に形成されてきた議論だからである³⁵。そのため、猥褻表現や差別的表現などは、プレスやジャーナリズムの自由との関係が離れるほど、憲法の表現の自由の周縁部になりがちであった³⁶。したがって、文学の表現も芸術性を強調すればするほど、実は、憲法における表現の自由の議論と絡み合わせにくいのである。

しかし今一度、憲法における表現の自由を保障する根拠は何であるかを考察する必要がある。小説表現について「表現の自由」との関連で深めた考察をされている駒村教授の整理によると、エマソンの原理論³⁷を出発とする米英理論の影響の下、概ね、次の三つの根拠の複合として表現の自由の保障が支えられているという³⁸。第一に個人の自己実現³⁹ (self-realization, self-fulfillment)、

³⁴ 山本敬三「現代におけるリベラリズムと私的自治—私法関係における憲法原理の衝突—(一)」法学論叢133巻(1993年)4号19頁、5号17頁参照。被害者と加害者の基本権のいずれも完全に犠牲にされてはならないという原則から、司法判断は①過少保護の禁止②過剰介入の禁止に基づく衡量法則があり、さらに①適切性②必要性の各原則に拘束されるとしている。

³⁵ アメリカの「表現の自由の原理論」の詳細は奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、1988年)第1章参照。

³⁶ 奥平康弘『表現の自由を求めて—アメリカにおける権利獲得の軌跡—』(岩波書店、1999年)234頁以下、喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』(白水社、1999年)28頁以下によると、アメリカ憲法の修正1条が制定された1791年から20世紀半ばまで、名誉毀損は、猥褻表現と同じく、修正憲法の保護の及ばないものと考えられていた。この前提が崩れ去ったのが、1964年のニューヨーク・タイムズ対サリバン判決(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, (1964))によってであったという。

³⁷ Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L. J. 877 (1963). によると、表現の自由が憲法保障上優越的な地位を占めるべき根拠は①個人の自己充足(individual self-fulfillment) ②真理発見(社会過程) ③国政アクセス(政治過程) ④共同体の安定化の4つである。

³⁸ 駒村・前掲書注5・5頁参照。

³⁹ Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 616 (1982).

第二は思想の自由市場⁴⁰ (free marketplace of ideas)、第三は自己統治⁴¹ (self-government) だという。しかし、第一の根拠と、第二第三の根拠は、密接にかかわりながら次元を異にしているらしい。前者は個人の自律を尊重するものであり、自律に自由の核心を基礎付けて「表現の自由」を内在的価値から支えるものであるが、後者は、多様な情報の流通という社会的利益に根ざすものであり、「表現の自由」の手段的価値にすぎない。したがって、自由な情報の流通を前提としたコミュニケーション促進の高度な公開性を要請し、情報収集を肯定する知る権利は後者の次元の保障である。

また、わが国の憲法学は二重の基準論 (double standard) も支持してきた⁴²。この基本構想は精神的自由権 (表現の自由) を経済的自由権に対比して優越的であるというものである。その理由は、経済的自由が政治過程で奪われても、表現の自由があれば政治批判によって原状に復する途があるが、表現の自由が奪われると政治過程に訴える途そのものが閉ざされるからというものである。すなわち、表現の機能的脆弱性に配慮し、民主的政治過程を維持するためとされている。しかし、この正当化では、政治過程から孤立した少数派の権利・利益の脆弱性に対する配慮は抜け落ちる。したがって、表現の自由という精神的活動を厚く保護するためには、政府規制によって政治的少数派が萎縮効果 (chilling effect) に晒されやすいという面に更に配慮が求められる⁴³。すなわち、一般的に政治的言論 (political speech) に、特権的な保障が付与される⁴⁴。以上のような正当化根拠の理由によって、従来の表現の自由の保障の議論は政

⁴⁰ the dissenting opinion of Associate Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (joined by Associate Justice Louis Brandeis) in the U.S. Supreme Court case *Abrams v. U.S.* 616 (1919) .

⁴¹ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM : THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE* (N.Y. : Harper & Brothers, 1960) 75.

⁴² 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論①』(有斐閣、1998年) 248~261頁、長谷部恭男『テレビの憲法理論—多メディア・多チャンネル時代の放送法制—』(弘文堂、1992年) 9~32頁など参照。

⁴³ 浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』(日本評論社、1988年) 181頁、小林節『憲法〔改訂版〕』(南窓社、1991年) 36頁など参照。

⁴⁴ 松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、1999年) 114~115頁で、松井茂記教授は、民主的政治プロセスの権利保護に特権的価値を置く。

治的言論をめぐる民主主義的討議の観点が中核となって発展してきた。

駒村教授は第一の個人の自己実現の根拠を敷衍し、更に二つの側面に分けてそれぞれを①「生き方の自律的選択」②「それを実行に移す手段選択」と言い替えた。そこで、①を個人の自由の内在的価値であり、社会的利益をも覆しうる権利（「切り札としての権利（right as trumps）⁴⁵⁾」）として、個人的利益の保護の重要な基礎を与える。すなわち、「切り札としての権利」論は個人の自律の根源的側面を強調する。そして、②を表現類型の手段的選択の側面と捉え、芸術的表現が政治的言論とは、表現類型において等価であることを主張するものであるが、他方で、表現類型は他者との共存が問題になる限りで社会的利益に抵触する可能性を主張する⁴⁶⁾。すなわち、政治的言論以外にも個人的受益のための表現の自由の憲法的保障を広げながら、従来の政治的言論の特権的地位は、「多様な情報の流通」という社会的利益が、表現の自由の制約根拠へ対抗的作用として働く「公益調整のための公益」機能であったことを強調する。つまり、「多様な情報の流通」という社会的利益は、個人の自律と相補的循環関係にあり個人の自律と並ぶ根拠保障であるとして、表現の自由の保障・制約根拠を、表現類型の公益が個人の自律を実現する手段的価値であるか否かに置いている。ゆえに、公益に応じて、政治的言論に資する事実報道のような「民主制の公的討議」という制度保障的な根拠の次元と、創造的表現に資する小説のような「個人の自律的決定」という認知的価値追求的な根拠の次元に大別でき⁴⁷⁾、社会的利益との抵触問題が生じた場合それぞれの根拠の次元に応じた調整が必要となる。従って同じ小説のジャンルであっても最初からモデルの実名を挙げたり、仮名を用いてモデルの特定性を明示したりするニュー・ジャーナリズム

⁴⁵⁾ RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (Harvard University Press, 1978) 木下毅・小林公・野坂泰司共訳『権利論』（木鐸社、1986年）参照。道徳的な個人の自律（personal autonomy）を根源的な絶対的権利として尊重する発想である。勿論、単なる個人の恣意的な無限定な自由ではなく、言語という公共的ルールに制約された「社会的なもの」の表明が前提になっている。

⁴⁶⁾ 駒村・前掲書注5・24頁参照。

⁴⁷⁾ 石村善治「モデル小説」『現代損害賠償法講座（2）』（日本評論社、1972年）201頁でも、表現活動そのものが持つ社会的機能に対する慎重な配慮が必要であり、「民主主義的意見形成機能」と「芸術創造の機能」の言論保障理念に対応させることの必要性に言及する。

手法の種類は、本稿でいうモデル小説類型とは作者の創作意図の違いが明確であり、表現類型が区別される。

したがって、小説が人間の内面的自律の選択に関わる芸術であるという表現保障の根拠（自己実現）問題と、それを実行に移す際の手段選択である表現類型による他者共存との利害調整（不法行為）問題とのレベルを切り離す必要がある⁴⁸。小説の場合はモデルの特定性あるいは被害者とモデル人物との同一性が明確になって始めて、名誉毀損・プライバシー侵害の問題が生じる。山田教授は、文学表現の不法行為の成否を、モデルと実在の人物がいかに近く（本人もしくはそれらしく）表現されていたかという、現実の距離を測る〈同定可能性の判断〉に重点を置くことにより、「モデル小説の事例において、芸術の高低により違法性を争う必要はなくなる⁴⁹」と主張する。

「芸術創造の機能」という表現行為の特性から考察するに、モデルを求めた小説でも「小説家が何らかの主題（芸術的メッセージ）を伝える目的のために登場人物やそのエピソードを単なる手段として用いているに過ぎない⁵⁰」と捉えうるため、報道表現とは違い実在人物の特定性を自由に曖昧化できるはずである。しかし、作者の意図に反して、読者によって実在の人物が特定可能⁵¹であれば、作品内容や人物の取り扱い方、表現方法によって、名誉毀損やプライバシー侵害の成立する余地が出てくる。その際の利害調整としては、名誉やプライバシー侵害は小説表現形式の特性に配慮されるべき⁵²なのか、それとも報道表現と同様の手法で個々の文章ごとに検討されるのか、その点も未整理であった。すなわち、細部の事実と虚構が区別できない場合は、小説の虚構性を配慮し、虚実の渾然一体性自体を芸術表現と見做し、侵害の成否は、作者のデ

⁴⁸ 山田卓生＝上机美穂「モデル小説におけるプライバシーと名誉」日本法学71巻4号（2006年）95頁参照。「つまり、芸術としては是認されるのは、文学的に優れた表現というよりも、いかに事実とかけはなれた表現になっているか、というところで判断されている。」と指摘する。

⁴⁹ 山田・前掲注48・95頁参照。

⁵⁰ 棟居快行「小説のモデルとプライバシー」法学教室181号（1995年）117頁。

⁵¹ 同定問題は、石村・前掲注47・211頁以下、奥平康弘・本判決「判批」コピーライト2003年2月号32-33頁などでも指摘されてきた。

⁵² 三島・前掲書注31・322頁、棟居・前掲注50・117頁参照。特にプライバシー侵害の成否の結果に差が出る可能性を孕む。

フォルメ（変容）を読者が虚構と受け取るか事実と誤認するかに大きく関係するということが判例・学説の共通認識であった⁵³。しかし、事実が摘示された場合、または読者が明確に事実と誤認する場合は、基本的に報道表現の違法性評価とは区別されていない。小説がモデル人物の社会的評価を低下したと認めるには、小説の表現に事実の摘示または事実と誤認される描写が要件となり、報道表現と同様、公共性、公益性、真実または真実相当性があれば免責される⁵⁴。他方、プライバシー侵害は、通常人の欲しない私事の公開などと定式化され、やはりモデルとされた人物が公的人物であれば公共性や公益性に関する事項はプライバシー縮減に影響すると考えられている。私事の開示も、事実の開示もしくは事実と誤認させる描写が要件である。なお、名誉感情の侵害⁵⁵は、名誉の三つの概念のひとつ⁵⁶とされ、自己自身の人格的価値について有する主観的な評価であって、かつては法的保護に値しないとされたが⁵⁷、近年は、法的保護に価する利益として肯定する説⁵⁸が多いものの、主観的感情の領域の問題であるので、無条件な法的保護の対象にはされない。また、広範囲な法的救済を認める説よりは「その侵害が一般市民の普通感覚からして…社会通念上許される限度を越えた侮辱行為については、法的保護を認め⁵⁹」不法行為として慰

⁵³ 杉浦正典「モデル小説と名誉毀損・プライバシー侵害の成否—小説『意思に泳ぐ魚』事件」法律のひろば（1999年）12号60-61頁参照。

⁵⁴ 田島・前掲注27・66頁では、部分的な事実が組み込まれている場合、事実報道に適用される免責の法理の適用の余地があるとする。松井茂記「自伝的小説の公表とプライバシー侵害・名誉毀損・侮辱」法律時報72巻4号（2000年）107頁も同趣旨と解する。

⁵⁵ 竹田稔『〔増補改訂版〕プライバシーと民事責任』（判例時報社、1998年）335頁は、「人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価であって、主観的ないわば感情の領域にある」と説明する。

⁵⁶ 竹田・前掲書注55・335頁参照。「その一は社会の評価や自己の評価とは離れて、客観的にその人が持つ人格的価値（内部的名誉）であり、その二は、社会が人の人格的価値について与える評価（社会的名誉）であり、その三は、自己自身で与える自己の人格的価値に対する評価（名誉感情）である」という。

⁵⁷ 三島・前掲書注31・253頁参照。

⁵⁸ 宗宮信次『名誉権論』（有斐閣、1961年）228頁、五十嵐清『人格権論』（一粒社、1989年）14頁など参照。

⁵⁹ 竹田・前掲書注55・340頁。

謝料請求を認めるのが通説である。

要するに、モデルの特定性を前提としたモデル小説の違法性評価は、報道表現と同様に具体的な個別の名誉毀損・プライバシー侵害を判断する。小説という表現形式がデフォルメを通じて事実誤認を惹起する特性があり、違法性判断の際、名誉毀損やプライバシー侵害の認定可能性が一般の事実報道よりも不当に広範になることを危惧する指摘がある⁶⁰一方、作家は表現者の責任において、モデルの側の名誉権・プライバシー権と対置するしかない⁶¹との指摘もある。

また、モデル小説の名誉毀損・プライバシー侵害の救済に関しては、一般に損害賠償、慰謝料、差止め、謝罪広告などが考えられる。損害賠償と慰謝料の請求は一般的だが、学説において、謝罪広告は民法723条の条文から名誉毀損に対応できるが、プライバシー侵害は名誉毀損のように明文化されていない上に、被侵害利益の性質から対応しにくいとされるのが通説である⁶²。モデル小説は実質的にプライバシー侵害が中心であるので現実的な謝罪広告による救済はないものと見做される。他方、差止めによる救済は学説でも早くからその可能性が論じられてきた⁶³。まずは、排他性を有する物権類似の絶対権的性質を根拠に、人格権に基づく妨害排除請求権ないし妨害予防請求権としての差止めが認められたのだが、次第に不法行為の効果としても認められた。その推移の背景には名誉やプライバシーの保護を重要な法益とする要請が高まった社会状況がある。特に表現の差止めが許される要件として、従来三つの学説が存在する。

(1) 等価比較衡量（通説）。両者を等価なものとして比較衡量を行う。

(ア) 事案に即し、具体的事情を考慮要素とする個別的衡量説⁶⁴。

⁶⁰ 伊藤・前掲注23・51頁、松井・前掲注54・106頁など参照。

⁶¹ 棟居快行「小説『石に泳ぐ魚』をめぐる最高裁判決」法律のひろば2004年5月号75頁に指摘されている。

⁶² 幾代通「謝罪広告」『現代損害賠償法講座（2）名誉・プライバシー』（日本評論社、1972年）249頁、竹田・前掲書注55・223頁参照。

⁶³ 宗宮信次『増補版 名誉権論』（有斐閣、1961年）479、482頁、末川博『民法上の諸問題』（弘文堂書房、1966年）351、352頁、加藤一郎『法律学全集 22-II 不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）213頁以下、五十嵐清＝藤岡康宏「人格権侵害と差止め請求——『エロス＋虐殺』事件を契機として」判例評論139号（1970年）2頁以下など参照。

⁶⁴ 被害者側は、私生活上の事実や個人的情報の種類・内容、当該私人の社会

- (イ) 具体的事情では判断の安定性、および予測可能性が確保されないので、二つの権利の間で利益衡量を明確に準則化する類型的利益衡量説⁶⁵。
- (2) 高度の違法性説（表現の自由重視⁶⁶）。民主主義社会の存立基盤である表現の自由の優越性を肯定する。(i)表現行為が社会の正当な関心事でない、(ii)表現行為が現実的悪意であるという二要件で判断する。
- (3) 現実の悪意説⁶⁷。表現者が現実の悪意を持って侵害行為に及んだことを被害者（公務員あるいは公的人物に限る）の側に立証させる。

モデル小説の差止めという救済措置の可能性は③『宴のあと』事件判決の傍論⁶⁸ですでに言及され、④映画「エロス+虐殺」事件抗告審決定⁶⁹でも認められてはいたが、憲法21条の表現の自由に配慮し、事前抑制に当たる差止めに関しては慎重な考慮と厳格な要件を要請する判決例の謙抑的姿勢に、学説は概ね好意的である。権力による安易な表現行為規制は、表現行為一般に重大な萎縮

的地位・影響力、その公表によって実際に受けた不利益の態様・程度、などを考慮し、加害者側は、当該作品の目的、作品中での被侵害者に関する叙述の態様、当該叙述が作品全体の趣旨に照らし、真に必要なやむを得ないものであったか、当該叙述以外の表現あるいは同定可能性を排除する表現が可能であったか、などが検討される。

⁶⁵ 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁「北方ジャーナル」事件で採用された。

⁶⁶ 比較衡量を前提としつつ、名誉毀損のような免責法理の確立していないプライバシー侵害の違法性判断基準をできる限り明確にしようとする説（いわゆる類型的比較衡量説）であり、竹田・前掲書注55・232頁参照。

⁶⁷ 政府と公務員の自由な討論と批判を保障するためアメリカで形成された判例法理。

⁶⁸ 「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法709条はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが正当である。」と述べる。

⁶⁹ 「現行法は人格的利益の侵害に対する救済として、損害賠償ないし原状回復を認めることを原則とするけれども、人格的利益を侵害された被害者は、また、加害者に対して、現に行われている侵害行為の排除を求め、或は将来生ずべき侵害の予防を求める請求権をも有するというべきである」と述べている。

効果をもたらすと考えられているからである。例えば、④事件などは差止め訴訟ではなく慰謝料請求なら認められた可能性があった事例だと指摘される⁷⁰。通説は、差止めは当該表現の自由の規制を意味するとし、憲法21条2項の検閲の絶対的禁止の趣旨に鑑みて、言論の自由という正当な利益の行使態様の評価と被侵害利益の詳細で慎重な利益衡量が必須だとし、司法判断といえども厳格な要件による極めて謙抑的行使を支持している。ただし、『生贄』事件（東京地決昭和42年9月12日判例集未搭載）は、差止め認否の基準も提示することなく書籍（モデル小説）の差止めを認容したという⁷¹。

しかし、従来の権利侵害や不法行為、利益衡量などを根拠にするのとは別に、最近の差止め可能性においては、秩序違反からの検討が台頭している⁷²。違法な侵害や繰り返しの危険に対する差止めには、独自の要件を考慮する可能性⁷³が主張され始めたのだが、表現の自由の事前差止めに対する慎重論が大勢を占め、北方ジャーナル事件⁷⁴が公共の利害に関する報道の自由の事前差止めのリーディングケースとされ、不法行為における名誉毀損に基づく差止めの要請が、表現の自由における例外的制約として位置づけられてきた。芸術表現の差止めも不法行為による救済可能性が認められているものの、人格権侵害を具体的な制約として表現の差止めを論じる学説はほとんどなかった。最近、プライバシーを民法709条の不法行為構成とは異なる根拠として差止め請求を可能に

⁷⁰ 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）200頁。

⁷¹ 大石泰彦・本判決「判批」（平成14年度重要判例解説）ジュリスト1246号（2003年）14頁に記されているが、この判決に関しては他に情報が入手できなく、残念である。

⁷² 藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂、2002年）31頁における「市民社会の基本的な秩序類型から実質的意義の民法の体系化を図る構想においても窺うことができる」、吉田克己「現代不法行為法学の課題—被侵害利益の公共化をめぐる」法の科学35号（2005年）147頁において「被侵害利益の公共化の中で、不法行為制度は、損害填補機能だけでなく、秩序違反行為抑止機能を期待されている。」などの指摘を参照。

⁷³ 五十嵐＝藤岡・前掲注63・6頁。

⁷⁴ 最大判昭和61・6・11前掲。一般論として①公共の利益に関する事項であり、②表現内容が真実ではなく、専ら公益を図る目的のものではないことが明白であり、③被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき、人格権に基づき差止めが認められるとした。

する説⁷⁵が説かれるが、モデル小説の不法行為との関連は不明である。小説の自由な流通という社会法益に専ら関心が奪われている現在は、差止め可能性の根拠が小説自体の芸術性と被侵害利益との衡量判断に重点が置かれている。

ただし、近年は、インターネット等の目覚ましい発達に伴う情報環境の変化もあり、表現の放置は、「侵害の繰り返し」を拡大させるおそれがあり、継続侵害を阻止するために差止めが有効である点を捉え、一旦流通に乗せられてから、人格権侵害に気づいた出版物や書き込みに対して差止めが請求された場合は、文字通りの表現の自由に対する事前抑制機能とは区別して考えるほうがよいという指摘⁷⁶がある。一般に現代はメディアの発達により、表現の自由は表現手段の代替性・多様性という点で選択の幅が広がっているのに対し、人格権侵害の救済措置が検閲の絶対禁止という伝統的理論のまま差止め謙抑的では救済の効果に欠けるとの懸念は指摘されている⁷⁷。

以上のような状況のうちに、本判決が下された。

三 考察

(1) モデル小説における名誉・プライバシー・名誉感情の侵害

本判決の論点を、二点取り上げようと思う。一つはモデル小説の違法性判断

⁷⁵ 山野目章夫「私法とプライバシー」田島泰彦・山野目章夫・右崎正博編・前掲注27・29頁参照。

⁷⁶ 藤岡・前掲書注72・176頁参照。また、紙谷雅子「小説による名誉毀損とプライバシー侵害」法時73巻4号（2001年）82頁では「公開を望まない私事の公表という違法な状況は既に発生しており、差止めは無意味なので、出版公表の禁止は有効な救済方法ではあり得ない。もっとも、最初の公表とそれ以降の公表の規模や方法、範囲などを考慮して、被害の拡大を抑えることを主眼とする制限という説明も可能である。」と述べる。

⁷⁷ インターネットの匿名性は、無名の私人同士の悪意の書き込みの可能性を高め、差止め請求の相手をプロバイダーに求める訴訟が増えている。反面、対抗言論の対等性が保障されるサイト上では、安易な削除の解決よりも、意見表明に対しては意見表明で応酬することが健全だとする論もある。安永正昭「インターネット上での名誉・プライバシー侵害からの法的保護の現状」民商法雑誌133巻4・5号（2006年）8-9頁を参照すると、対抗言論の適用の場はかなり限定されるとコメントしている。

の観点である。一審、原審は個々の被侵害利益に応じて個別的に分析し、それぞれの侵害が競合すると確定したが、本判決は本件小説の事実関係に基づき、名誉・プライバシー・名誉感情の侵害が認定されることを肯定するのみ⁷⁸で個別の説明はしていない。この判決の認定態度に、本件小説において表現の自由の価値や重要性が当該モデルとなった人物の人格的利益とどのように比較衡量されたのかが不透明であるとの指摘は多い。例えば、名誉毀損の場合、相当性理論による免責法理はどのように位置づけられたのか⁷⁹、あるいは、権利として未成熟なプライバシーの侵害においても、どのような両者の比較衡量の末に侵害が認められたのか⁸⁰、また、名誉感情の侵害とは具体的に何を指しているのか⁸¹、「侮蔑」に置き換えてもよいのかなど、最高裁ではいわゆるモデル小説の違法性が初めて言及されたケースにも拘わらず、確かに、これらの点は不明瞭である。違法性を曖昧にしたまま⁸²、主要な関心が差止め効果の当否に移ってしまうため、多くの混乱を招来しているように思われる。そこで、可能な範囲で、本判決の違法性の意義を改めてまとめてみたいと思う。

二つ目に採り上げたい点は、やはり、小説の差止めについてである。本件は、被侵害利益のいわば総合した要件で差止め請求を認容したに過ぎなく「事例判

⁷⁸ 大石・前掲注71・13頁では、表現の自由や人格権の根幹に関し、法学界にとどまらない広範な社会的議論が生まれていた事件だけに、最高裁の法律論展開を期待されたが、判決理由は「いやに素っ気ないものであった」と批判している。奥平・前掲注51・32頁も「主題が持つ重さという点からみて、正直なところ素気がない」と述べる。

⁷⁹ 田島泰彦「小説表現の自由とモデルの人権」法律時報75巻3号（2003年）109頁参照。本判決が引証する二つの判例は共に事実報道の名誉毀損であるが、本件は小説におけるプライバシー侵害が重要な要素であるから、事案の先例的価値の妥当性が説明不足であると主張する。

⁸⁰ 田島・前掲注79・109頁参照。

⁸¹ 滝澤孝臣・本判決「判批」NBL814号（2005年）91頁に「名誉感情の侵害が名誉、プライバシーの侵害から独立して問題となった事案は少なく」、その救済のあり方の個別な検討は今後の判例・学説の展開を待たなければならないとの指摘がある。

⁸² 田島・前掲注79・110頁参照。被害者の事情に比べ表現者の利益が希薄であり、差止め是認要素の私人や公共性の判断にも、小説表現の自由に十分な配慮が欠落している、と述べる。

例』にとどまるという指摘⁸³がすでにあるように、人格権に基づく差止め請求の認容も、抽象的な説明しかなされていない。小説の出版等の差止めは、名誉・プライバシー・名誉感情の総合的判断⁸⁴が可能な場合に限って請求が認容されるのか、あるいはいずれかの侵害が問題になった場合でも個々に差止め請求が可能なのか⁸⁵、可能としたら、どのような要件においてなのか、指針が曖昧である。これは、本件小説の違法性認定が曖昧なままに放置されたことに起因していると感じる。

本件事案の被侵害利益に対するモデル小説の違法性と差止めとの関係を少しでも明確化できれば幸いである。

(ア) モデル小説の小説としての限界と違法性

モデル小説の特殊性を考える際に、最高裁判決中に引用された前掲最判61年判決「北方ジャーナル」事件との異同をどう捉えるかが鍵概念になる。件の事件は出版の差止めを認められたという点で本件と救済効果が類似している。しかし、それぞれ表現類型は違う。61年判決事例は報道表現に関わり、「北方ジャーナル」の差止めは知事選直前の措置であった。読者にとっては、民主的選挙の公正性と将来の公共の利益確保のために真実の情報が欠かせない。報道表現に依存している市民の知る権利は、自らの公共の利害に欠かせない利益である。しかし、「北方ジャーナル」事件は、公共に関わる事実報道の正当な表現類型とは認められず、名誉毀損の違法性が阻却されなかった。

他方、芸術を追求する小説に求められる表現の自由は何であろう。本件原告の代理人の一人である木村晋介弁護士は、公共の関心事とは全く違った娯楽や文化的充実感を求めている⁸⁶という。そして、報道と小説の表現の性格が違う

⁸³ 滝澤・前掲注81・89頁。

⁸⁴ 奥平・前掲注51・34-35頁は、この三者は相互関係が深く、通説の明確な区分には疑問を呈している。

⁸⁵ 大塚直・本判決「判批」法学教室270号（2003年）別冊判例セレクト15頁では「本判決は、名誉とともにプライバシーや名誉感情が侵害された場合に差止めが認められうることを示したにすぎず、プライバシー等の侵害のみで差止めが認められるとしたわけではない。」と指摘する。

⁸⁶ 木村晋介「『石に泳ぐ魚』事件判決の評価をめぐって」法律時報72巻7号（2000年）45頁の立場。大塚・前掲注85・15頁も報道と文学を「公共利益性」の有無

ために自ずとその制約には違いがあることを指摘している。しかし、小説は単なる娯楽には収まらず、ある種の公共性は具わっているのだから、あえて表現の自由の制約を小説と報道で区別することには反対だという見解⁸⁷もある。さらに、そもそも両者の小説における表現の自由が依拠する理解が異なるのであって、前者は個人の多様性を認める人格的自律の中心になる「非公共空間」で理解し、後者は民主主義の支配原理である「公共空間」で理解するからだとして指摘し、これまでの通説は表現の自由を後者の狭い範囲に収斂させがちだったと批判し、前者と後者の二元的表現空間構成⁸⁸を奨励する説がある。

さて、確かに小説からは、直接に民主主義の実現や公共的利益の情報を求めているのではなさそうだ。むしろ、もう一つの代替的現実という、虚構の世界での自由な存在の可能性を楽しもうとしているといえるだろう。三田誠広氏は「多くの人々が小説を読み、楽しみ、また読むことを契機として社会について深く考え…楽しむと同時に自分を深めるために小説を読みたいという気持ち⁸⁹」があるという。小説は作者が描きたい本質を何に託すかは全くの自由であり、事実を書かねばならないという報道やルポに不可避の制約が全くない上に、「全く新たな小説世界を自由に創造することが、小説表現者には許されている⁹⁰。」そして、「より多くの読者に伝えるためには、その“伝えたい本質”を普遍化する必要がある。…普遍化するためには、…全く別の類比物・類比事象に託すのがもっとも有効であり、…事実にとられる必要は全くない⁹¹。」フィクションの世界は、読者個人にとっても、非現実にかかれた自由な楽しみである⁹²。しかし、モデル小説のように、「安易に実在の人物の存在感に依拠した小説手法⁹³」

で区別する点で同趣旨であろう。

⁸⁷ 松井茂記「『石に泳ぐ魚』事件判決をめぐって—木村弁護士の批判に答える」法律時報72巻10号（2000年）75頁。

⁸⁸ 棟居・前掲注61・78～79頁。

⁸⁹ 座談会「柳美里『石に泳ぐ魚』最高裁判決をめぐって—一判決が投げかけているもの」法学セミナー577号（2003年）38頁の三田誠広発言参照。

⁹⁰ 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務』（弘文堂、2006年）118頁参照。

⁹¹ 佃・前掲注90・118-119頁参照。

⁹² 座談会・前掲注89・38頁の三田発言に「一般の読者の読む権利」の想定がなされなければならないというくだりがある。同時に「文化的な生活をする権利」「芸術を愛する権利」らしきものと説明し、文学の存在の独自性を強調する。

⁹³ 棟居快行・本判決「判批」別冊ジュリスト179号（2005年）（メディア判例

は、実在人物とモデル同定が確実となり、虚構と現実の分離はなく連続である。小説は、多様な解釈や想像力の豊かさを膨らませ自己変革に繋がる精神的領域だが、合理性と相互批評で自律的市民が育成される公共領域に地続きでつながることにより、小説は作者が現実を分析した思想書に変化するだろう⁹⁴。もっとも、作家が現実の何かに触発され、現実の出来事にモチーフを求めることはあるであろう。しかし、その現実をそのまま踏襲しただけでは、圧倒的現実世界をただ描写し評価を加えるに過ぎず、「読者と並んでそれを『読んでいる』にすぎない⁹⁵」不出来なノンフィクションの一種と批判されても仕方があるまい。

一方で、本件小説はフィクションというよりも「私小説」である、という反論があるかもしれない。私小説は「自分をありのままに見つめることが大切で、…いささかも虚偽を交えずに自分をそのまま告白していくことが大事⁹⁶」な独自の文学ジャンルであると言われている。私小説の構造は現実との切断が不可能であるのに本件は私小説の特性に配慮した基準が司法判断に希薄であると⁹⁷。それに対し、私小説独自の世界というようなコンセンサスの存在が、時代や社会の変化によって既に揺らぎ出しているし、私小説がフィクションと事実の両方の権利を持つ自由は、報道の自由との対比からもバランスが悪く、私小説の伝統的な既得権は私小説特権論になるので控えるべきであるとも反論されている⁹⁸。

ところで、本判決は本件「私小説」の違法性を認定するに当たり、まず(ア)仮名人物によるモデルの同定性を認め、次に(イ)小説の公表による名誉毀損とプライバシー侵害、名誉感情の侵害のあることを認め、さらに(ウ)違法性阻却事由を否認した。つまり本件のモデル小説の違法性を考える上で、(ア)で加害行為を特

百選74事件) 151頁。

⁹⁴ 大石・前掲注71・14頁では、「モデル小説」の存在意義を「すでに評価の定まっている人物や事実に関して、世間的・通俗的な見方とは異なる個性的な解釈を提示し、作者の思想や感性を鮮明に浮かび上がらせる」ものと提示しているが、小説の存在意義が現実の価値的側面に拘束されすぎているようで、疑問である。

⁹⁵ 棟居・前掲注93・151頁。

⁹⁶ 座談会・前掲注89・41頁の三田発言。

⁹⁷ 座談会・前掲注89・41頁の三田発言。

⁹⁸ 座談会・前掲注89・41-43頁の木村晋介発言。

定し、(イ)で被侵害利益を特定し、(ウ)で阻却事由を検討するという三段階で判断している。憶測だが、最高裁は、恐らくモデルの同定それ自体を違法性認定の第一の要件としたと思われる。同定は実名を名指したのと同じ効果がある。形式的に仮名に置き換えたとしても、同定が容易であれば、実質的には実名で書いたのと大差ない。そしてそれは公然と他人の話題を流布したことと同じである。第二の要件として、小説の表現形式が私小説であったとしても、小説において表現内容に他人の名誉毀損・プライバシー侵害・名誉感情侵害に関する事項を含めば、その公表が違法になることを最高裁が初めて正面から肯定した。そして、他人のことを窺わせる表現内容が公共の利益に関係があり、その人物が公的立場である場合には、違法性阻却事由を検討する余地のあることが示唆された。報道と同様、小説も公表においては、他人の名誉・プライバシー・名誉感情に充分な配慮しなければならないということだろう。違法性阻却事由の可能性も含めて、小説における公表の制約が付されたことになる。しかし、小説は報道表現と異なり正確な事実拘束されることはなく、むしろ事実よりもテーマの普遍性に拘束されて作者の世界観をストーリーに乗せて自由に展開させたものの公表である。今後は、小説のモデル人物の同定可能性を回避し、プライバシーや名誉にかかる事実を表現内容に含めないような創作のインセンティブが働くだろう。

さて、以上のように本判決を受け止めると、①「幹事長と女秘書」事件、③『宴のあと』事件、④映画「エロス+虐殺」事件、⑥『捜査一課長』事件などは、全て同時代の著名な人物や事件がモデルであって、誰にとっても客観的に同定が容易だと認定されたものである。しかし、②「白い魔魚」事件や⑤『名もなき道』事件などの無名の私人がモデルである場合は、客観的な同定が容易か否かの判断基準において、一般読者を想定する理由も曖昧で、基準とする読者が定まらないまま、必ずしも同定の成否が判然としなかった。②事件の判決では、主張された証拠からの客観的に容易な同定が否定され、かつ作者の主観的な同定の意図も否定されたが、⑤事件は、地域の知人においては、客観的に同定が容易であることが認定されたが、一般の読者においては、同定の可能性を否定された。本判決は読者の範囲に関して一般読者の基準を取らず、当該小説のモデルを知る人物にとって客観的に同定が容易であると認定し、作者の創意工夫は作者およびモデル人物の周辺の不特定多数の人々の感受性にまで配慮すべきことを要請したといえる。

次に、本件小説の公表による不法行為における権利侵害だが、主に名誉・プライバシー・名誉感情などの人格的価値を侵害したとして、プライバシーや名誉感情を明確に権利と位置づけることを回避している姿勢が見受けられるが、権利侵害要件が違法性に置き替えられている現在の判例法理⁹⁹ではこの説明で充分なのだろう。むしろ本判決の特徴は、人格的価値に名誉とプライバシーのほか名誉感情を新たに打ち立てている点に注目される。一般に名誉感情は客観的権利（名誉やプライバシーなどの権利）に付随するものと捉えられがちであるが、本判決は名誉感情を独立に打ち立てることによって、違法性の根拠を求める上で、被害者感情が極度に損なわれる精神的苦痛¹⁰⁰に相応な配慮をするべきことを強調したように思える。

⑥『捜査一課長』事件は、摘示事実が名誉を毀損しプライバシーを侵害する場合は、モデル小説は事実の客観的論評を意図するものではなく、モデルとされた個人の犠牲の上に作者・出版社が利得を得るのであるから「モデル小説」は原則違法であり、骨格的要素である事実が公共の利益に関する事柄であり、真実であること、または真実であると信じるにつき相当の理由があることを立証する場合に違法性が阻却されるとした¹⁰¹。しかし、報道表現と小説表現が

⁹⁹ 最大判大正14年11月28日民集4巻670頁（大学湯事件判決）参照。

¹⁰⁰ 竹田・前掲書注55・340頁で「感情を無条件に法的保護の対象になると解することはできない。しかし、人は誰でも名誉感情をもっており、それが他人の行為によって侵害され他の人格的価値が侵害されたのと同様な精神的苦痛を受けることも否定できない。これをすべて法的保護の埒外に置くことは、法的秩序の安定に欠けることになり、国民の法に対する期待に添わない結果となる。そこで、名誉感情については、その侵害が一般市民の普通感覚からして社会生活上是認できる限度を越えていると判断される場合に限って、法的救済を認めるのが相当である。」と、積極的な法的保護を認める領域の設定を肯定する。

¹⁰¹ 松井・前掲注21・107頁は、金儲けからモデル小説の原則違法という判断に異を唱える。モデル小説の表現手段には独自の存在意義があると主張する。また、フィクションであるモデル小説における違法性阻却事由に、報道表現における「相当性」理論を援用する点についても、小説に対する過度の萎縮効果になることを指摘し、不適切であると批判する。また、山田・前掲注48・95頁は、「小説を『売らんかな』という意図を持った形で書くことや、批判的(critical)に書くことのみでは名誉毀損、名誉感情、プライバシー侵害にはならないと思われる」と説く。人格的価値侵害の違法性を評価する分析視角には、あくまで

表現の自由の価値の正当化根拠において異なる根拠に立脚しているものと考えらるなら、その違法性や違法性阻却に関して、報道表現と小説表現の違いを十分に自覚した上でさらに検討しておくことが必要であろう。⑥事件は、社会的な注目度や話題性に絡めて、読者の購買意欲を高める宣伝手法や出版時期を選択したため、被害者の人格的価値（名誉やプライバシー）に関して重大な侵害を行ったとして作者と出版社の不法行為責任が認定されたが、本件小説も、柳美里が芥川賞を受賞した直後の話題性の高い時期に、作家の処女作として単行本化が企画されていたのであり、小説自体も「自伝的小説」と宣伝し、作家の社会的な注目度や話題性をより高める作品として発表機会を狙っていた状況がうかがわれるので、確かに作者や出版社の利得がモデルの犠牲を踏み台にすると見えなくもない。表現の公表は表現の自由の中核をなす自由であるが、同人誌に公表するレベルとメジャーな大手出版社で公表するのでは、公表の部数規模が雲泥に違う場合がある。他方、公表によって侵害される個人の犠牲も個人の人格的価値の中核をなすものである。問題は、これら二つの価値の衝突と調整が予測不能であると、表現の過度な萎縮効果が現われ、反って表現の自由それ自体が掘り崩される危険に陥り、個人の自律を支える表現機能の不全に陥らないとも限らない。報道被害が報道の自由の保障の範囲で救済法理が模索されているのと同様に、モデル小説被害も小説表現の自由が保障される範囲で違法な侵害が救済かつ予防されるような法理を確立するのが望ましい。

では、モデル小説による人格権侵害は具体的にどのような場合を救済し、どのような場合を違法性阻却事由として理解すべきであろう。読者は小説をあらかじめ虚構の世界と了解しつつ読むのが一般である。小説の楽しみは、現実世界と切断された表現空間に自らを投入し、異次元世界を楽しむものである。ところが、実在人物と作中人物との同定により、読者には虚構世界と現実世界との次元が錯綜し、両次元を行きつ戻りつして作者の誘導による虚実の混同をきたす。モデル小説は、作者の表現によって虚実の融合が図られるので、読書を通じてモデルになった人物に対する現実の印象を小説方向に修正する契機が生じる。その修正がモデル人物の本意であり、社会的にも是認できる限界を超えていけば、小説を公表した不法行為責任は問われなければなるまい。

も、社会的是認の限度に照らして線引きを設ける必要性を説く趣旨であろう。名誉感情侵害における違法性認定を肯定する場合の竹田稔氏に接近する。

すなわち、モデルを知る人物において、モデル人物の従来の社会的評価が下方向に修正されたり、不同意でプライバシー情報が提供されたり、社会的に是認されない苛烈な人物描写を読まされるモデル小説を公表した場合は、そのような表現内容を含んだモデル小説は違法であるとしたのが本判決であろう。報道表現は事実に近づかなければならない宿命があり、実在人物の権利（名誉やプライバシー）と抵触する可能性が大きいのが、小説の場合は、現実世界に近づかずとも、無限の広大な領域で表現する可能性が広がっているとされるので、作家がわざわざ特定人物の現実世界に入り込んできて、人格権と交錯する領域に自発的積極的に入ってきた場合は、一定の制約もやむを得まい¹⁰²。私小説の伝統的手法だとして、飽くまでも現実への積極的接近、事実の告白スタイルを貫く限りは、その公表に対し、慎重な配慮が義務付けられる内在的制約が認められることは妥当であろう。

(イ) モデル小説の違法性阻却事由の検討

ここで、モデル小説の人格的利益侵害の場合、事実報道のように、表現の多様な流通を促し、国民の知る権利に基づく民主主義の要請を根拠にした免責が働くかどうかを検討する。本件原告代理人の木村弁護士は「同じ表現の自由に属するものであっても、小説による表現の自由と事実報道による表現の自由では、名誉毀損の成立について、書く側と書かれる側の利害調整の要素が根本に異なるものとの考えを基点としている¹⁰³。」と述べる。端的に民主制の公的討議を活性化し維持する目的の報道表現は、正確な事実に基づいた表現の流通を保障する公共的存在である。事実が必然である報道表現は、事実を書く上での違法性阻却事由がなければ報道表現の自由や利益が享受されえない。他方、小説は価値の多元的可能性を拓き個人の自律を促し、私的自由を陶冶させる。したがって、そもそも虚構の世界である小説は本来的に想像であって、そこに名誉毀損の免責法理を適用すること自体が無理であるという¹⁰⁴。しかし、モデル小説においては、現実の実在人物の社会的事実と抵触する記述が存在する。事実の拘束がないのに、わざわざ現実の領域に近づいて事実を書くのは作家の

¹⁰² 佃・前掲書注90・119頁参照。

¹⁰³ 木村・前掲注86・45頁参照。

¹⁰⁴ 松井・前掲注87・75頁参照。

意図であり、サンクションとしてモデル小説には免責法理が不適用である¹⁰⁵とすると、事実らしく書いた「モデル小説」は名誉毀損が常に拡大する危険がある。作家の責任リスクが高まれば、自ずと「モデル小説」の萎縮効果も高まる。モデル小説の一定の存在意義を評価する立場からは、小説類型によっては、一定程度事実の書き込みが必然であれば、モデル人物の名誉に抵触する表現内容に関して名誉毀損の免責法理を模索し、作者の負担を軽減するべきであると主張されている。しかし、本稿で扱っているモデル小説は、虚構を前提にした文学作品に限定しているのも、「事実の書き込みが必然」になることはない。

しかし、私小説は現実との接点が不可欠である面を否めない。私小説は作家の感受性の物語と言っても差し支えないほどに独特の文学スタイルによって、日常の現実を凝視し真実を探求する一人称物語である。私小説の表現内容に知人の名誉を毀損する事実の摘示を含めることは、作家の感受性によって、他人の名誉毀損を小説に周到に配置することであろう。たとえ小説のテーマにおいて名誉毀損の事実の摘示が不可欠であると作家が主張しようとも、作家個人の満足にしかならない（公共性・公益性の欠落）。知人の名誉毀損をテーマに小説を表現する正当化の根拠は乏しい。そして、そのような私小説を創作する意義やテーマが読者を惹きつける芸術表現であろうか。

同様に、プライバシー侵害の免責も考察する必要がある。報道表現におけるプライバシーの場合、報道の正当性と私事における秘匿の要請とが緊張関係に立たされてきた。アメリカでは、公的存在（public figure）の法理があって、自己の業績、名声、生活方法等により公的存在になった者、または公衆がその行為や性格に興味を持つであろう職業を選択することにより公的存在になった者は、プライバシーの権利の一部を失うとする法理である。もう一つは公衆の関心事（public interest）の法理であって、表現行為が正当な公衆の関心事（legitimate public concern）であるときは、プライバシー侵害にならないとされている¹⁰⁶。そこで、違法性阻却要件として(ア)表現行為が社会の正当な関心事で

¹⁰⁵ 木村晋介「再び『石に泳ぐ魚』事件について」法律時報72巻13号（2000年）271頁参照。免責要件が問題になる余地はありうるが、しかし、それは作家の側がそれらの免責要件を具体的に主張した場合に限られるとし、本件のように、作家が小説の虚構性という笠を着る場合は、免責法理の機能する余地はないという趣旨を述べる。

¹⁰⁶ 竹田・前掲書注55・197-198頁参照。

あること(イ)その表現内容が不当なものでないこと、の二つが理解されている¹⁰⁷。この要件をそれぞれ敷衍すると、まず(ア)は公共の利害に関する事項だということになろう。報道というプレスの自由は社会全般の利益増進に奉仕するという理念に支えられている。しかし、対象者の社会的地位や活動状況など、対象となる事柄の内容によって正当な関心事（公共の利害に関する事項）の範囲に広狭がある¹⁰⁸ことは軽視できず、現実の違法性阻却の線引きは容易ではない。(イ)に関しては、市民の好奇心に訴え興味本位であり品位を欠く表現であれば違法性が阻却されない¹⁰⁹ことになるが、この点も裁判官の良識による無意識な当てはめで、許される表現と許されない表現を分けられる¹¹⁰としたら、そのような線引きの正当性も微妙である。

さて、それではモデル小説によってプライバシーが侵害された場合、公益目的や公共の利害が違法性を阻却する観点となるであろうか。モデルが公的人物の場合は、周知の私的事実の範囲がそもそも無名の私人よりも狭いので、その分プライバシーは予め縮減されていると考えられるが、モデルが無名の私人である場合と公的人物である場合でプライバシー公表の免責に差がつくであろうか。モデルを同定させてわざわざ現実に近づいた作家の意図は、やはりサンクションに値するであろう。報道表現のプライバシー公表の目的に公益目的や公共の利害目的があれば違法性が阻却されるであろうが、しかし私人のプライバシー侵害は、報道表現においても違法阻却事由に乏しい。翻って、小説の場合は作品のテーマに必要であるから書かねばならないのであろう。本件のような私小説において無名の私人のプライバシーの提示はなおのこと作品のテーマに必要であること以外の目的はないであろう。作者に表現の工夫の余地が残されている以上、テーマの必要性は違法性阻却事由とはなりえない。

また、プライバシー侵害の違法性の重要度は専ら被侵害利益の情報保護の利益考量にかかっている。公私の別によるプライバシー侵害の成否と、程度の判断は別考量であるとも考えられるだろう¹¹¹。いわゆるセンシティブ情報（個

¹⁰⁷ 竹田・前掲書注55・199頁参照。

¹⁰⁸ 竹田・前掲書注55・201頁参照。

¹⁰⁹ 竹田・前掲書注55・204頁参照。

¹¹⁰ 喜田村・前掲書注36・70頁参照。

¹¹¹ 紙谷・前掲注76・78頁以下参照。

人の自律に深く関わる領域の事柄や、差別の温床に根付く事柄など)の公表に関わる場合、違法性はより強まる。他方、公的人物がすでに他の機会ですら一度公表済みのプライバシーは情報保護が薄くなる余地はある。具体的利益考量はケース・バイ・ケースである。しかし、モデル小説のプライバシー侵害は、モデルを知る読者の読書体験を通じて生じる。読者がモデルのセンシティブ情報を事実らしく受け止める限り、作者のプライバシー侵害責任は免れがたい。したがってモデルの同定を可能にしている「モデル小説」は作家側の表現の創意工夫により名誉毀損・プライバシー侵害の回避が容易である反面、敢えて秘匿事項をとりたてて表現する必然性や正当化に乏しく、基本的に免責を考慮する事由がないのではない。

本判決で「公共の利益に係わらないXのプライバシーにわたる事項」「公的立場にないX」とわざわざ説明があるのは、公的人物や公的関心事によっては違法性阻却事由の可能性が示唆されただけで、必ずしも、報道表現と同様な違法性阻却事由があると断定しているわけではない。本件のXは大学院生であり無名の私人であって、プライバシーの予めの縮減を考慮する必要は無いという趣旨であるのか、それとも公私の区別によって人格的利益の違法性の程度が違ふと解釈する趣旨であるのか、定かではないが、本判決は純然たる私人のモデル小説化の違法性阻却が否定されている。積極的に公的活動に取り組んでいるわけではない私人であるXは、本人の同意なく不本意な表現を公表されるいわれもなく、また、その表現内容に社会的な是認を超えた苛烈な表現が施されていた。事実よりも普遍性がテーマの純文学である限り、同定を容易にさせた作家の責任は問われよう。モデルをわざわざ容易に同定させる必然はないし、表現内容に含まれた名誉・プライバシー侵害に違法性を阻却させる正当な公益もない。たとえ、作者が『『困難に満ちた〈生〉をいかに生き抜くか』という本件小説の主題を小説という形式で表現する上で必要不可欠な事項だと主張するにしても、モデルを同定させた責任は作家が引き受けなければならない。

(2) 違法な表現の差止め

一般に出版の差止めは、表現の自由の重大な制約と受け止める向きが主流である。その底流には、公共空間の公共言論の保障という民主主義的要請がある。そして、本判決中に引用された最大判昭和44年6月25日「夕刊和歌山時事」事件は、刑法230条ノ2第1項にいう名誉毀損の事実証明に関して真実相当性で

よいとされた事案として有名であるが、実はこの第一審二審で被告と原告の利益衡量が行われて比較衡量という手法が定着した事案でもある¹¹²。前掲最判44年判決では「刑法230条ノ2の規定は人格権としての名誉の保護と、憲法21条による正当な言論との調和をはかったもの（傍点筆者）」と述べられた。この事件は、個人の名誉を毀損したとしても、目的が公益のための正当な言論であったということで新聞記事の違法性が阻却されたという事案であったが、他人を害しても保護される表現にはより高次の価値（正当性）がなければならないということであった。その法意を尊重すると、本件の事案においても、侵害された人格権とモデル小説の表現との調和を図らなければならず、モデル小説の違法性を阻却するには、人格権としての名誉権等の保護に勝る、より高次のモデル小説という表現価値が必要である¹¹³。また、もう一つの引用判例である前掲最判61年判決「北方ジャーナル」事件は、差止められた表現自体が、事実報道において公共の関心事でもなく公益目的もない表現である上に、被侵害者にとっての人格的自律に関わる重大で著しく回復困難な損害の虞があった場合である。相互批判と対話を重んじる民主制的討議空間では、正当な言論の確保が基盤であると考えられる。この場合、たとえ、他人を害する言論でも、より高次の正当性によって違法性が阻却される場合があるが、正当性なくして他人を害するだけの言論は、憲法の保障外であるという表現の自由の内在的制約によって、差止めがもたらされたものと考えられる¹¹⁴。

一方本件は、直接に民主主義的な意見形成を主眼に置いたジャーナリズム領域ではなく、現実世界と切断された虚構の世界に自由を求め、人格的自律形成

¹¹² 村上孝止「プライバシーの保護と表現の自由」『新・実務体系 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』（青林書院、2001年）216頁で指摘されている。

¹¹³ 五十嵐・前掲書注70・272頁によると、ヨーロッパ大陸法の下では、人格権侵害に対する救済手段としてまず第一に差止め請求が考えられているという。同276頁で、わが国は人格権に基づく差止めの要件が議論中だが、人格権侵害が表現行為である場合は、憲法の表現の自由の要請により、さらに何らかの調整が必要だと指摘している。

¹¹⁴ 尾吹善人「言論の自由と営利目的」法律時報33巻5号（1961年）16頁は「ものを知る人が『言論の自由』の絶対性を叫ぶよりも、その合理的な限界について考え、どのような言論の規制であれば憲法的妥当性と共に実効性を有するかを積極的に提示する必要がある」と述べる。

を主眼とする文学表現領域である。それゆえに小説という創造的・芸術的営みはより一層多くの自由が保障されるべきである¹¹⁵との主張が傾聴に値するにしても、他人の人格権を侵害しながら差止めが認容されない小説は、やはり、小説の表現の正当性が個人の人格権侵害を少なくとも凌駕するときに限ると考えられる。しかし、人格的自律や人格の多様性を育む領域の小説の表現それ自体が、他者の人格権を侵害し、かつその侵害が拡大再生産され、被害者にとって事後回復が重大で困難な損害を与える場合は、実は自律や多様性の表現領域における重大な自己矛盾である。他者蹂躪の小説は多様性や人格的自律の尊重というより高次の正当性を掘り崩す危険があり、正当性なくして他人を害するだけの表現として、「北方ジャーナル」事件の法意により、差止めを認容できる。引証判例によっても、本判決の差止めは憲法21条に違反していないといえよう。

一般に出版物に対する差止め請求権は、契約に基づく債権的請求権、不正競争防止（不正競争防止法3条、特許法100条、実用新案法27条）や著作権（著作権法112条）などの知的財産権に基づいて認められるほか、人格権侵害についても認められる¹¹⁶。

「北方ジャーナル」事件は、名誉毀損による人格権によって出版差止めが認められたが、その後下級審ではプライバシー侵害による出版差止めも多数認められた¹¹⁷。しかし、出版差止めは、作者の作品公表の自由、出版の自由を制約するだけでなく、一般に表現行為の萎縮効果をもたらすといわれる。そしてこの萎縮効果は、規制の基準が不明確であればあるほど大きくなり、違反した表現行為に対する制裁が強くなればなるほど大きくなると指摘されるが、対象を明確にした差止めであれば、行動規制の範囲は明確に限定され、萎縮効果の影響は小さいと考えられる¹¹⁸。裁判の結果が予測不能であれば、莫大な損害賠償認容も萎縮効果があるといわれている。したがって、表現の自由を規制す

¹¹⁵ 田島・前掲注79・110頁、同「『石に泳ぐ魚』東京地裁判決を考える」法学セミナー540号（1999年）66頁など参照。

¹¹⁶ 町村泰貴「差止めの手続きと損害賠償」前掲書注27『表現の自由とプライバシー』77-78頁参照。

¹¹⁷ 例えば、東京地決平成元年3月24日判例タイムズ713号94頁、東京地決平成8年3月14日判例時報1566号73頁、神戸尼崎支決平成9年2月12日判例時報1604号127頁、東京地判平成9年6月23日判例時報1618号97頁など。

¹¹⁸ 町村・前掲注116・87頁参照。

る差止めが、単純に損害賠償よりも萎縮効果を高めるとは限らず、出版差止めが損害賠償請求よりも慎重であるべきということは一概にはいえない状況である。但し、可能な限り厳格な要件の下に行なわれるのが望ましく、最終的に表現の自由が確保できるよう、多様な情報流通を萎縮させないよう言論の正当性を確保する手当てが要請される。

確かに小説表現の自由と報道表現の自由は位相が違っても、小説の出版の自由¹¹⁹も多様な作品を流通させる意味で萎縮効果をもたらしてはいけないから、改めて出版の差止めに関して報道表現同様な厳格要件が必要であるかの検討は必要である。差止めが小説の出版の自由にも萎縮効果をもたらさない範囲の厳格性は必要であろう。しかし、モデル小説の違法性に関して重要な阻却事由が考えられなかった点を考慮すると、流布に値しない違法なモデル小説とは、①表現内容に人格権侵害を含み、②その放置は人格権侵害の継続または拡大再生産が予想され、③回復が著しく困難な損害を与える虞があるという三要件で充分であろう。人格的自律の可能性を豊かにさせる文学的表現活動を職業とする作家は、その表現内容に現実の人間の人格的利益を害しないように配慮する小説作法を心がけねばならないのである。実在人物のモデルが容易に同定できる「創作」とは、もはや形容矛盾であり、小説の表現としては不要な¹²⁰ものであろう。また、小説としての成熟・未成熟の把握も出版社などの業界で社会的責任として持つべきである¹²¹。出版社が未成熟小説を成熟小説であるかの

¹¹⁹ この場合、小説の出版の差止めとは小説の公表の差止めと考え、小説の自由と小説差止めの自由は特に区別しないことにする。

¹²⁰ 棟居・前掲注93・151頁では、この点を「作家が虚構性を主張するなら、属性や時代設定などを変更することで作品の質を損なわずに同定の可能性を封じる手だてもあったはずであり、本件判決〔「石に泳ぐ魚」最判〕は安易に実在の人物の存在感に依拠した小説手法を排するものとして重要な意味を持つといえよう。」と、巧みに捉えている。

¹²¹ 座談会・前掲注89・41頁の三田発言に「『新潮』という雑誌は権威の高い文芸雑誌であります。そういう『新潮』の編集部が載せるに値する文学作品であるということを評価したわけです。その評価というのは、文学を愛する人々にとって、信用していい評価であろうと思われれます。」とある。芸術の格付けは問題があるが、現実問題として、マス・メディアの編集権は社会的権威と信用において現在重要な地位にあるといえる。

ように扱い、モデルの存在を宣伝し読者の購買力を誘うプレスの責任は現代社会においては重大であり、看過できない。

本判決は、「夕刊和歌山時事」事件のように、本件小説と被侵害利益の利益衡量を行い、人格権侵害を凌駕して保護されるべき小説の正当性を否定した。本件のように、モデル人物には何の非もなく、違法性は専ら、作者や出版社らの作出である場合は、正当な小説表現の自由の保障の範囲外と見做されうる。差止めの成否は、その小説の公表の利益と公表によって受ける損害との利益考量によってなされたが、本件小説表現の正当性を充分検討している点に賛成である。また、本件の差止めは、違法な「モデル小説」の今後の単行本出版のみが否定され、先に月刊誌『新潮』に連載された過去の作品は残りかつ違法性を修正する作品の単行本出版が認められた。必ずしも小説の表現の自由を制約しているとはいえない配慮がある理由は、司法審査が公表後の判断であり、違法とされた小説も一定程度閲覧される機会が保障され、今後の評価に晒され委ねられる余地が残されているからである。また、違法性さえ除去されれば広範な公表の機会に開かれており、作家の芸術性の追求を継続できる途が残されている。実際、判決確定後に修正版の小説が同出版社から出版されている。私小説は全てが不法となるわけではない。表現の真摯な工夫にモデルの同意がある場合は一定の違法性阻却事由となりうるだろう。どのような同意が阻却事由になるかは、手続きの問題とも重なるが、判例法理の枠内では、同定可能なモデル人物の同意の範囲を超えて表現内容に人格的利益の侵害が含まれる場合に違法性が問題となる。その場合は、やはりこれまでの判決のように表現内容における総合的な利益衡量を積み重ね、モデル小説の具体的な違法行為と侵害された人格的利益を画定し、法的観点から小説手法を是正するように警鐘を与え続けるしかない。その場合、小説の表現の正当性は虚構性が完結しているか否かで判断されなければならない。

表現の自由の保障の範囲内で可能な出版差止めの根拠が、公益目的である正当性で利益考量されるなら、今後は表現行為の違法性が明らかで、侵害が継続的であれば、被害者の人格権侵害が重大かつ回復困難でもなくとも、差止めが認められる余地はあるように思われる。しかし、思想の自由市場を支持する立場からは最大限の流通の確保を重んじるため、この件に関してはなお一層の慎重な検討が必要だと主張するだろう。さらに、表現行為態様の違法性は軽微だが侵害が継続する場合、あるいは違法性は明らかだが侵害が継続しない場合、

それぞれの差止めはどのような根拠で許容され、あるいはされないであろうか。いずれも具体的被害者の不利益との相関関係が差止め判断の糸口になりそうである。また、表現行為の違法性が軽微で、侵害の継続性がない場合、人格権侵害の「回復困難な重大性」だけで、差止めの重要な法的根拠となる余地があるのかも議論となりそうだ。

四 モデル小説の今後の課題

④映画「エロス+虐殺」事件は、原告からの上映をやめるようにという抗議を無視し、モデル人物の同定が容易である仮名を用いたフィクション映画を興行しようとした事案であった。映画の中心のテーマは、男女の恋愛葛藤による刃傷沙汰で、事件細部は誇張描写されていた。モデル人物は事件後服役し、事件の詳細や具体的な深部については秘匿したい私事であったようだ。しかもその後結婚し二児の母となり、一年ほど前には政界からも引退し一市民としての平穏な生活を享受していた時分の映画化¹²²であった。おそらく、私小説という文学的伝統のある日本では、フィクションの作品にモデル人物の現実を取り入れることに抵抗が少なく、映画「エロス+虐殺」は現実以上の迫力を有する作品として鑑賞されていただろう。判決では、日蔭茶屋事件は周知の歴史的事実であるという論理から名誉毀損やプライバシー侵害が否定されたのだが、好対照なのは、同様に本人の同意なく、犯罪事件後12年余を経過して小説が書かれたノンフィクション『逆転』事件¹²³である。最高裁は前科等にかかわる事実を公表されないことは法的保護に値するとし、一市民として社会に復帰後は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有する¹²⁴と判示した。諸事情が違うの

¹²² 五十嵐・前掲書注70・199頁で「昭和45年度の各種映画のベストテン上位を独占しており、芸術作品として評価に値することは疑う余地はない。」とコメントされている。

¹²³ 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。

¹²⁴ 「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益

で単純には比較できないが、現在から振り返ると④事件も作品の芸術性とは無関係に、創作の表現内容自体を検討していたなら、プライバシーと名誉感情の侵害であったのではないだろうか。本人の同意を得ないまま、作者が一方向的にモデル同定の作品を公表する場合、作品表現の人格権侵害による違法性によって、当該モデル自身が名誉感情を損なう危険性が常に伴い、人格的自律の危機に見舞われる可能性は否定できない。差止めの利益衡量においても、自律を脅かすほどの著しく回復困難な損害を与えるかどうかの判断は重要である。

翻って、本件小説は作者と思われる登場人物を主人公に展開した私小説であった。「私小説」は「わたくししょうせつ」とも言われ、作者自身が自己の生活を叙述しながら、その間の心境を披瀝してゆく作品である¹²⁵。心境小説とも言われる所以である。大正期に全盛し、その後衰退する。一般に形式上主人公が一人称か三人称かは、私小説の実質には関係ないとされている。本件も「梁秀香」は三人称の主人公であるが、作者柳美里の分身であり伝統的私小説の手法で書かれたといえる。私小説は写生・写実を基礎とし、作者の眼に映る事実を虚実ない交ぜの渾然一体とした事実として描き、純然たる虚構（フィクション）とはニュアンスが異なる。また、私小説という心境小説の特質として、日常の些事を悉く、周囲の利害関係人の許可を得ずに無遠慮に小説の題材に選択するので、周囲の迷惑を顧みず、私小説作家の特権と酷評されても仕方のない創作手法がまかり通っていた。岡邦俊弁護士が私小説の大家広津和郎の例¹²⁶を

を有するものというべきである（最高裁昭和五二年（オ）第三二三号同五六年四月一四日第三小法廷判決・民集三五卷三号六二〇頁参照）。この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであっても、私人又は私的団体によるものであっても変わるものではない。そして、その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穩を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである。」と示された。

¹²⁵ 『広辞苑第五版』（2002年）参照。

¹²⁶ 岡邦俊「続・著作者の事件簿（49）」JCA ジャーナル49巻11号（2002年）71頁にて広津が自分の私小説時代を批判していることを引用している。家族のプライバシーの犠牲の上に作家生活が成り立っていたことを自責の念で吐露していたらしい。

もって、私小説手法が万能ではないことを説得的に示している。そしてこれまで、作家と周囲の人間の緊張関係が顕在化しなかった理由の一つに、一方で作家活動が家族の生活を経済的に支え、他方で家族の平穏な生活の犠牲を作品に供することで経済バランスが成り立っていた一種の家族団体の経済性の循環が、私小説作家の無遠慮な特権を支え、かつ家族の人格的利益の犠牲を容易に隠蔽させていたのだと推測される。

しかし、本件小説は作家と被害者の間が、もはや家族ではない。作家の得る利益と比較して被害者の平穏な生活利益の犠牲が全く報いられないどころか、作品が流布すればするだけ、新たな人格権侵害が繰り返されるおそれがある。特に、本件小説の書かれるまでのいきさつによると、XとYは日常のごく親しい友人関係にあった。親しい友人間の常として、公開を望まない私事の吐露はつきものであり、秘匿の合意は暗黙のうちに済まされているものだ。そのような密な人間関係にあったにも拘わらず、Xの同意を取らず、一方的に小説の素材（しかも今回は主題に深く関係する）に取り上げた扱いの不当は問題にされるべきであり、モデル人物の人格的自律の保障においても、公表前に作品公表の同意を求めるなど親密な人間関係としての踏むべき手続きが必要であろう。

もう一点、見逃したくないのは出版社の地位である。現代はマス・メディアを通じてさまざまな「表現の自由」が形成されているといっても過言ではない。したがって、一般に職業的小説家は出版社を通じて公表の場を確保し、自己の作品の評価を広く世間から得ることが可能になる。他方、出版社は作家を選択し作品を吟味することによって、文化の発信を請負い、かつ、経済的利益を得ることができる。小説がロング・セラーになり版を重ねるたびに、時代を超えた読者を拡大する出版社の経済利益は現代の社会構造において無視できない重要な企業活動の営業の源泉である¹²⁷。

また、出版社の知名度と宣伝力で多くの読者の獲得が可能になるため、出版

¹²⁷ 東京高判平成12年11月29日判例時報1741号68頁参照。本件原審は「新潮社はわが国有数の出版社であり、Y柳は第116回芥川賞を受賞した作家であって、これにより社会的関心が高まっていることが窺われる。そして被告らは本件小説を出版する意向を有している。本件小説が出版されると、相当の発行部数になるものと見込まれる。」と述べ、被告らが時機を見ての出版意欲であることを示唆し、また時を経る毎に小説の読者が新たに加わることに言及している。

社は伝統的に若い作家には助言・忠告できる立場にある（経済的・技術的要因から編集者や出版社は一定程度若い作家の指導的立場に立つことが可能である）。作家の積極的な出版の加担をする以上、小説による不法行為の結果にも連帯して法的責任を負うのが販売元の企業責任である。出版社は私企業でありながら、反面社会的責任が期待されうる。社会の健全な文化の流布の担い手として、現代において出版活動の公益性・公共性は広く認められる。出版社の販売方法や、作家との協働的編集作業は小説における不法行為の未然の防止に重要な局面になりうる。本件小説は、出版社が内容を吟味するとXの人格権侵害は容易に予想された作品だと思われるが、私小説手法の衣に隠れてその点がルーズであったようだ。インターネットにおいてさえ、プロバイダーの責任問題が取り沙汰されているのであるから、ましてや、出版社の編集権行使の可能性と文化の担い手としての責任ある立場から、作家の作品に対するチェック機能を十全に働かせるべきであろう。ひとたびモデル小説によって不法行為がなされた場合、特に大手の出版社は職業的専門家として法的に高度な注意義務が課されたとしても、報償的責任として構成することが可能であると思う¹²⁸。⑥事件の第一審¹²⁹は、出版社の通常の編集作業の注意義務を重視し、原告の名誉毀損を認識しながら出版に及んだと認定し、「出版の目的、手段及び方法が相当であるとは言い難い」として、出版社に作家との共同不法行為を認めた。出版社の免責は、出版の編集作業プロセスにおいて十分なチェック機能を果たしたかどうか、その出版目的と手段及び方法の相当性で決すべきであろう。

五 まとめ

本件の差止め請求は出版を希望する作家と出版社に向けて認められたので、一見表現の自由の事前抑圧の事案に見えるが、事案の検討を通じて、必ずしも

¹²⁸ 大阪地裁境支部判昭和58年3月23日判例時報1071号38頁では、『密告』という実録小説の名誉毀損に関し、「およそ出版事業に携わるものとしては、事前に慎重かつ厳重に記述内容を点検、審査するなどして、その内容が他人の名誉を毀損することのないようにすべき注意義務がある」のに、本件文章における虚偽を看過したのが過失だとしたのが参考になる。

¹²⁹ 大阪地判平成7年12月19日判例時報1583号82頁。

そうではないことを明らかにできたのではないか。法の下での表現の自由と聞くと、私たちは民主主義に仕えるジャーナリズムの発想やあるいは素朴に主権者としての自律の表現の自由だけを想定しやすい。しかし、現実には営利企業のマス・メディアを通じて、曖昧な責任の共同作業、言論の商品化の大量生産化のもとで、われわれは選択的受動的に多様な表現の消費者になっている。そのひとつに小説があり、読書を通じた虚構の中で人格的自律を陶冶するという異次元の表現世界を確保している。現実には享受できるさまざまな表現行為は、単一の平面で捉えることのできない、重層的・多次的なものである。文化の多様性や価値の多元性はそのような多次元構成の中で培われるものだろう。そのように多次的表現の多様な存在こそ表現の自由の真意だと認めるなら、各々の「正当な」表現の自由を徒に規制するときに限り、表現の抑制には慎重になり謙抑的であるべきなのだろう。確かに歴史的にも国家に規制されやすい表現の自由ではあるが、だからといって安易に「表現の自由」を金科玉条に固守するのではなく、常に「正当な」表現の保護を明確にしていかなければ、表現の自由の守るべき本質を逃してしまうだろう。

本件は「名誉・プライバシー・名誉感情」を一束にして侵害が認められた。これらの法益は一人の人格の多元的な価値の表現である。作家の作為や作品の醸し出す小説世界、読者の反応等、さまざまなコンテキストの中で人格の自律が脅かされる状況を捉えると、明確に区分された法益侵害の競合ではなく、統合的な人格的価値の多元性を表象したと考えるのが理に適うだろう。特に「名誉感情」という法益が特筆されたことは、社会的に受忍できる表現内容の限度が定められ、人格的自律形成を損なう表現領域は社会的な正当性を認めないことを象徴したといえそうだ。最高裁判所は多次的表現行為を認める一方、各次元の表現の公正な自由の確保を志向したとも言えそうだ。事実報道が民主的討議に資する公共領域であるのに対して、小説は人格的自律にかかわる根源的な自由の領域に接近する。差止めを認めなければ小説を読むであろう特定多数の読者は、当該モデル人物Xと生活圏を共にする現実社会の人々である。社会との交流も、自律を支える重要な現実である。市民社会での自律形成は国民民主権者としての理性的自律だけでなく、社会共同体の情緒的つながりによっても支えられている。そのことを正面から認めた判決かもしれない。本判決は、人間の自律を核として行為態様と被侵害利益とを相関関係を衡量し、法の妥当な解決を求めたといえる。法による差止めが、人格の自律を守るという正当な目

的に向けての必要最小限の行使であることを宣明した、今回の判旨に賛同する。

なお、本判決の問題点については、学説の検討のところで見たとように、見解に対立があり、私は最高裁と同様にモデル小説の表現の自由論に対して表現の類型に応じた批判的反省を迫るスタンスから分析を試みた。これは一般的には、種々の表現行為（わいせつ、ポルノ、さらにはセクシュアル・ハラスメント。本件では、私小説、モデル小説のそれ）に対する被害者の視点からの不法行為的規制の再考を迫る諸外国の理論的転回に示唆を受けるものである¹³⁰が、日本の私小説観という文学理論上の立場も影響している。（わが国の私小説はフランス文学の自然主義に学ぶものだったが、個人主義が確立していない日本はその背景にある自然科学的態度を理解せず、ただ技法的に学ぶだけで自然主義を矮小化していたとの批判がつとにある¹³¹。自伝的、告白的な暴露は外に目を閉じた自我形成だという文学態度の後進性¹³²や、芸術と実生活の二律背反に陥る作家自身の実生活喪失のイロニイなど手厳しい評論にも晒されてきている¹³³。そして近年、テキスト理論からの「私小説」ジャンルの定義づけ¹³⁴や、

¹³⁰ セクシュアル・ハラスメントにつき、若干の検討を行ったのが、拙稿「セクシュアル・ハラスメントの不法行為評価（1）（2完）」北大法学論集53巻5号6号（2003年）である。

¹³¹ 小林秀雄「私小説論」（1935年）〔『小林秀雄全集 第3巻』（新潮社、2001年）所収〕395頁参照。中村光夫「風俗小説論」（1950年）〔『中村光夫全集 第7巻』（筑摩書房、1972年）所収〕596頁は、私小説が小説に必須な仮構の要素を斥けたのは、事実と真実を混同したゆえであると看破していた。

¹³² 伊藤整「日本的方法」（1947年）〔『小説の方法』（岩波書店〈文庫〉、2006年）所収〕78-79頁、同「特殊な場合」（1948年）〔同所収〕97頁参照。

¹³³ 平野謙「小説の二律背反」（1951年）〔『芸術と実生活』（岩波書店〈現代文庫〉、2001年）所収〕35頁参照。

¹³⁴ IRMELA HIJYA-KIRSCHNEREIT, SELBSTENTBLÖBUNGSRITUALE : ZUR THEORIE UND GESCHICHTE DER AUTOBIOGRAPHISCHEN GATTUNG "SHISHOSETSU" IN DER MODERNEN JAPANISCHEN LITERATUR (Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, 1981) イルメラ・日地谷＝キルシュネライト(三島憲一・山本尤・鈴木直・相澤啓一訳)『私小説—自己暴露の儀式』（平凡社、1992年）239頁によると、二つの弁証法的関連がある基本要素で成立するという。一つは「事実性」Factizitatであり、作者が潜ませるテキスト信号により作品の「現実依拠性」を示し、読者はその信号に基づき「現実対応」を判断するよう暗黙の了解が機能しているのである。第二は「焦点人物」Fokusfigurであり、作中人物、語り手、作者に共有された単一の視点を設けた

また私小説言説の歴史的生成の分析が¹³⁵試みられている。)しかし、それを検討することは、判例研究の域を越えることになるので、ここでは立ち入らない。

ことである。この視点が体験を語る主体として取捨選択の決定権を持ち、筋書きを統括する。したがって現実の言表と話者の言表の二つのアスペクトが一体化して、価値評価を含む情緒的言語形式が現われてくる。

¹³⁵ TOMI SUZUKI, NARRATING THE SELF : FICTIONS OF JAPANESE MODERNITY (the Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University, 1996) 鈴木登美 (大内和子・雲和子訳) 『語られた自己—日本近代の私小説言説』(岩波書店、2000年) 19頁は、私小説の描く「現実」や「自己」への関心を、物語 ナラティブ テキストとして作家の「自己」主体に還元せず、歴史的条件の言説実践の可能態として析出し、作者と読者の相互作用による歴史的プロセスの小説方法化として再構成している。