九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

公法判例研究

九州公法判例研究会
九州大学大学院法学研究院

中村，英樹
九州大学大学院法学研究院

https://doi.org/10.15017/2220

出版情報：法政研究. 67 (3), pp.175-195, 2001-01-31. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

判例研究

公法判例研究

九州公法判例研究会

モデル小説とプライバシー——「石に泳ぐ魚」出版差止判決

（東京地裁平成一一年六月二二日判決、平成六年（ワ）二五一八二号、損害賠償等　請求事件、一部容認、一部棄却（控訴）。判例時報一六九一号九一頁、判例タイムズ一〇一四号二八〇頁）

中村英樹

本稿においては、まずIで事案の経過を略述した後に、IIで原告及び被告の主張を、IIIで判旨を概観し、IVにおいて、特にプライバシーとモデル小説[1]との関係を中心として本判決の検討を行う。

I　事案の経過

本件は、作家であり、本件の被告の一人である柳美里が、その作家としてのデビュー作である小説「石に泳ぐ魚」（以下、本件小説とする）を月刊誌『新潮』一九九四年九月号（九月一日発行）に発表したことに端を発する。この小説は、掲載された『新潮』九月号の目次に「自伝的処女小説」とあるように、作者自身をモデルとした劇作家の「梁秀香」と、本件原告をモデルとした（この点については、その意味について争いがあるものの、作者も一応認めているものとされる）、顔面の左側に大きな腫瘍を持つ「朴里花」との複雑な感情の入り混じった交流を中心に描いたものである。原告らの主張によれば、また裁判所の認めるところによれば、本件小説の主題は、「困難に満ちた〈生〉をいかに生き抜くか」である。同年九月一二日、原告は本件小説の発表を知り、その後これを入手して通読したところ、「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、柳に対して、本件小説を受け入れることができず、これを単行本で出版することは止めてほしい旨を伝えた。両者の話合いは平行線を辿ったため、第三者の立ち会いによる話合いなどが行われ、柳からは、本件小説の一部を書き直した修正原稿が提示さ

れたが、結局原告から単行本出版への同意を得ることはできなかった。

このように、両者の話合いが不調に終わったため、同年一一月、原告は弁護士と相談の上、本件小説単行本の出版中止を求める仮処分を東京地裁に申請し、結局四回の審理が開かれた。同年一二月一六日の審尋期日において、債務者である柳、韓国版出版代理人、新潮社は、今後「石に泳ぐ魚」を公表する場合には、本件小説に大要以下のような訂正を加えたもの（以下、修正版とする）によることを陳述し、債権者である原告は申請を取り下げた。修正版の要点は、朴里花の出身校や進学する大学院、専攻や、日本に居住していた時期が変更され、朴里花の手術歴、その父の逮捕歴、同人が大学の教員寮に住んでいた事実が削除され、同人の顔面の腫瘍についてその存在が暗示されるにとどまっている点などである。

以上のような経過を経た後、原告が本件小説の作者柳、本件小説の韓国版出版代理人、新潮社、『新潮』の当時の編集兼発行者を被告として、慰謝料の支払い、本件小説及び修正版の公表差止を求めて提訴したのが本件訴訟である。なお柳は、本件提訴後、『新潮』一九九五年一二月号に、本件小説のモデルを「K」とした上で「K」との交友の契機や交渉過程、本件訴訟の経過等を記載した「表現のエチカ」を発表した。この「表現のエチカ」は、後の一九九六年一二月に単行本『窓のある書店から』に掲載されている。

II　両者の主張

一　原告の主張

原告によれば、本件小説の読者は、朴里花に与えられた属性や小説の具体的記述内容などから、彼女が原告をモデルとしていることを容易に知ることができる。従って、原告の父親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ことや、原告の顔の左側に大きな腫瘍があること及びその手術歴などの記述は、原告のプライバシーを侵害し、また、父親の逮捕についての事実などの記述は、原告の社会的評価を低下させ名誉を毀損し、さらに、朴里花に対する侮辱的表現、特に顔面の腫瘍に関する侮辱的表現は、原告の名誉感情を侵害する旨を主張した。

また、本件訴訟提起後に発表された「表現のエチカ」によって、本件小説における朴里花のモデルが原告であることがさらに明確に特定されることになったとして、「表現のエチカ」による原告の名誉毀損並びにプライバシー及び名誉感情の侵害を、さらに、本件小説の修正版においても

朴里花と原告の同定可能性は失われていないとして、修正版による原告の名誉毀損並びにプライバシー及び名誉感情の侵害を主張した。

二　被告の主張

被告のうち柳及び韓国版出版代理人と、新潮社及び『新潮』の当時の編集兼発行者はそれぞれ別個に主張を立てているが、ここではまとめて取り扱う。

被告によれば、純文学作品である本件小説の一般読者の中に朴里花のモデルが誰かについて感心を持つ者はおらず、原告は著名人ではないので、原告と朴里花とを同定することはできない。また、本件小説は、作者の芸術的想像力が生み出した創作であって虚構であると一般読者に受け取らせるに至っている。従って、名誉毀損、侮辱及びプライバシー侵害の問題は生じない。

また、原告が顔面に腫瘍を有する事実は外貌に関する事実であって秘匿性を欠きプライバシーを侵害しない。

さらに、本件小説の主題は「困難に満ちた〈生〉をいかに生き抜くか」という人間にとって普遍的で重要なものであって社会の正当な関心事であり、表現の内容及び方法も不当なものではないので、原告のプライバシーを侵害したとしても違法性ないし有責性を欠く。

そして、名誉毀損を理由とする差止請求が認められるのは、名誉毀損が現実的悪意をもってなされた場合に限られるべきである。

III　**判旨**

上述のような両者の主張に対して、裁判所は原告の主張を概ね認め、被告柳に対して一三〇万円の支払いを、被告新潮社及び『新潮』の当時の編集兼発行者に対して各々一〇〇万円の支払いを命じ、さらに、柳、新潮社、韓国版出版代理人に対して、本件小説の公表の禁止を命じた。その判旨は、大要以下の通りである。

(1)　「朴里花」と原告との同定可能性について

いわゆる在日三世の韓国人であり、その顔面に腫瘍があることなどの原告の属性が本件小説において朴里花に全て与えられており、「原告と面識がある者又は」小説中に摘示された「原告の属性の幾つかを知る者が本件小説を読んだ場合、かかる読者にとって、『朴里花』と原告とを同定することは容易に可能である」。このことは、本件小説が「純文学小説」又は「文芸作品」であるというような「小説としての価値評価とは必ずしも関連性がない」。

原告は著名人ではなく、一般の読者が朴里花と原告とを同定しえないことは明らかであるが、「『表現の公然性』、すなわち、特定の表現がどの範囲の者に対して公表されることを要するかは」、それが「『不特定多数の者』が知り得る状態に置かれることを要し、かつ、これをもって足りると解すべきであ」る。

(2) 本件小説の創作性ないし虚構性について

「小説中の登場人物…が虚構の人物であるとしても、その人物にモデルとなった実在の人物…の属性が与えられることにより、不特定多数の読者が小説中の登場人物とモデルとを同定することができ、小説中の登場人物についての記述において、モデルが現実に体験したと同じ事実が摘示されており、かつ、読者にとって、右の記述が、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、プライバシー及び名誉感情を侵害する場合がある」。

一般の読者が本件小説を全体として虚構（フィクション）と認識するであろうことは容易に推認しうるが、原告と面識がありまたはその属性の幾つかを知る不特定多数の読者からも作品全体が虚構であるという認識が得られるよう、十分な配慮がされているとは認め難い。

(3) 本件小説による原告のプライバシー侵害について

不特定多数の読者が朴里花と原告とを同定しうるので、朴里花について「原告がみだりに公開されることを欲せず、それが公開された場合に原告が精神的苦痛を受ける性質の未だ広く公開されていない私生活上の事実が記述されている場合」、その公表は原告のプライバシーを侵害する。

原告の父がスパイ容疑で逮捕されたという事実について、「ある人にとって肉親が犯罪容疑で逮捕された事実は、通常、逮捕の理由となった行為の如何を問わず、公表を欲しない事実であり」、その公表は原告のプライバシーを侵害する。

原告の顔に腫瘍があることは、「外貌に関する事実であって、原告が通常の社会生活を営んで行く上で直接に接触する者との関係においては、秘匿することができないもの」であるが、「原告との面識はなく、その顔面に腫瘍があることも知らないが、原告という特定の人物が存在すること自体は知っている者が本件小説の読者となる可能性も否定することはできず、かかる読者との関係では、顔面に腫瘍がある事実は、通常、公表を欲しない事実であり」、その公表は原告のプライバシーを侵害する。

原告の手術歴は、個人の病歴・治療歴にかかる事実である上、疾病の治癒が困難であることを推知させるものでもあり、その公表は原告のプライバシーを侵害する。

(4) 本件小説による原告の名誉毀損について

不特定多数の読者が朴里花と原告とを同定しうるので、朴里花についての記述に社会的評価を低下させる性質のものがある場合には、原告の名誉を毀損する。

家族の一人が犯罪容疑により逮捕された事実や、新興宗教の信者でない者についてその者が新興宗教に入信し他人から寄付を募った旨の虚偽の事実を公表することは、社会的評価を低下させる。

(5) 本件小説による原告の名誉感情の侵害について

不特定多数の読者が朴里花と原告とを同定しうるので、朴里花についての記述が人の名誉感情を侵害する性質のものである場合には、原告の名誉感情を侵害し、不法行為を構成する。

朴里花の顔面の腫瘍を「顔にへばりついている異様な生き物」などとする描写は、顔面に腫瘍がある者の名誉感情を侵害する。

本件小説の主題ないし作品意図が「困難に満ちた〈生〉をいかに生き抜くか」にあったとしても、不法行為法の観点からの評価はそれとは全く別次元に成立するものであり、さらに、問題となった記述は、その主題ないし作品意図を実現する上で必要不可欠とはいえない。

(6) 「表現のエチカ」について

「表現のエチカ」の公表によって、朴里花と原告とを同定しうる読者の範囲が拡大し、これにより原告の精神的苦痛がさらに増大したと見るべきである。

(7) 違法性・有責性について

プライバシー侵害行為の違法性が阻却されることがありうるとしても、「それは、社会にとって正当な関心事について表現する上で、当該者のプライバシーを開示することが必要不可欠であるときに限定されるべき」であり、本件小説においては原告のプライバシーの開示が必要不可欠とはいえない。

(8) 本件小説不公表の合意について

仮処分事件の事実によれば、被告らは、本件小説を修正版の如き修正なしには公表しないことを原告に対して約したものというべきである。

(9) 本件小説の修正版について

修正版の内容に照らし、読者が朴里花と原告とを同定することは困難であり、公表の差止を求める原告の請求は理

由がない。

(10) 差止について

(8)の約束により、本件小説公表の差止を求める原告の請求は、その余の点について検討するまでもなく理由がある。

Ⅳ 検討 ―特にプライバシーとの関連で―

一 小説によるプライバシー侵害、名誉毀損、侮辱について

民法典にはプライバシー侵害、名誉毀損、侮辱について定める特別の規定は存在せず、[2] それらの侵害については、一般の不法行為法の枠内で争われることになる。そして、民法七〇九条及び七一〇条における不法行為の一般的成立要件は、故意または過失、権利侵害（違法性）、損害の発生、加害行為との間の因果関係である。[3] 以下ではまず、プライバシー侵害、名誉毀損、侮辱のそれぞれについて、これまでに形成されてきた一般的成立要件及び違法性阻却あるいは免責事由について、本件と同様にいわゆるモデル小説が問題となった事例を中心に概観した後に、本判決がモデル小説に関して示す基準を検討する。[4]

プライバシー侵害を理由とする訴訟において、不法行為成立の一般的要件のうち最も問題となるのは、原告のプライバシーの権利を侵害したかどうかである。[5] この点についてのリーディング・ケースであり、本件と同じくいわゆるモデル小説が問題となった「宴のあと」事件[6]において裁判所は、プライバシー侵害の要件として、公開された内容が(a)私生活上の事実または事実らしく受け取られる虞のある事柄で、(b)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認められる事柄で、(c)一般の人々に未だ知られていない事柄であることを挙げた。この要件は、基本的にその後のプライバシー関連判決においても維持されてきている。[7]

このような要件が満たされてプライバシー侵害とされうる場合であっても、一定の場合には行為の違法性が阻却されるあるいは免責される場合がある。先の「宴のあと」事件判決は、他人の私生活を公開することに法律上正当な理由があれば違法性を欠き、公共の秩序、利害に直接関係のある事柄の場合とか社会的に著名な存在である場合には、事柄の公的性格から一定の合理的な限界内で私生活の側面でも報道、論評等が許される、と述べた。ただし、プライバシーの価値と芸術的価値の基準とは全く異質のものであるため、小説作品の芸術的価値がいかに高くても、そのことが当然に違法性を阻却するわけではない、として、作品

の芸術性による違法性阻却には否定的である。

また、ノンフィクション「逆転」事件の第一審判決[8]は、私的事柄をみだりに公開されないという人格的利益に法的保障が与えられるべきであるとしても、社会の構成員が一定の事実を知ることに正当な関心を持ち、それを知ることが社会全体の利益になるような場合に、公益を図る目的で私的事柄を公表した場合、公の利益になるものとして許容されることを示した[9]。

さらに、フィクションである小説について、やはりモデル小説として問題となった「名もなき道を」事件の判決[10]の中で裁判所は、小説中に実在人物のプライバシーに属する事実が記述されている場合でも、(a)その事実が当該小説の主題及びこれを支える構成上不可欠であると認められ、(b)表現の方法・内容において秘事のあからさまな暴露とならないような慎重な配慮がされており、(c)小説全体としても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）であると認められるときには違法性を欠く、と述べて、事実の芸術的昇華が違法性阻却事由となりうることを示した。

次に、名誉毀損が成立するためには、原告の名誉が毀損されたかどうかが争点となり、その場合、(a)公表された事実が原告に関するものと理解可能かどうか、(b)公表された事実が原告の社会的評価を低下させるかどうかが問題となる[11]。そしてその際、名誉毀損的行為が(a)公共の利害に関する事実に係り、(b)専ら公益を図る目的でなされ、(c)摘示された事実が真実であることが証明されたならば違法性がなく、(c)′真実であることが証明されなくても、その事実を真実と信ずるについて相当の理由がある場合には故意もしくは過失がないものとして、不法行為たる名誉毀損は成立しない、とされている[12]。

そして、名誉感情の侵害すなわち侮辱については、民事においては名誉毀損と概念的に区別されていない、とされるが[13]、特定個人に対するものと同定可能であり、著しい精神的苦痛を与える侮辱的表現行為を行った場合は、不法行為として損害賠償を求められる[14]。

以上のような従来の判断枠組を前提として本判決を見てみると、プライバシー侵害、名誉毀損、侮辱が成立する一般的要件に関しては、本判決も従来の判例を基本的に踏襲しているものと思われる。

しかし本判決は、虚構を前提とする小説中の、虚構の登場人物に関する記述がプライバシー侵害や名誉毀損、侮辱となりうる要件を提示している。すなわち、①不特定多数

の読者が作中人物とそのモデルを同定可能であり、②モデルが現実に体験したと同じ事実が摘示されており、③読者にとって、その記述が、モデルに関わる現実の事実か作者が創作した虚構の事実かが截然と区別できない場合、という基準である（前記Ⅲ(2)。①②③の番号は便宜上筆者が付した）。これらの基準は、モデル小説に関連する従来の判決が一部明示的にあるいは黙示的に前提としてきたところを定式化したものと考えることができる。[15]

ここで、小説という表現形態のうち、伝記やノンフィクションと異なって、虚構であることを一応の前提とするモデル小説、とりわけ本件小説のように公職者や公的人物ではない無名の私人をモデルとする小説の場合、「公共の利害に関する事実」によってプライバシー侵害が違法性阻却あるいは免責される可能性や、「公益性及び真実性の証明」によって名誉毀損が違法性阻却あるいは免責される可能性は低いと考えられる。従ってこのような場合には、本判決が示す右記①②③の要件が、判断の結果に対して重要性を増してくるものと思われる。そこで以下では、本判決が示すこれらの要件について検討を行うことにする。

二　各要件の検討

1　事実と虚構の区別

本判決が挙げる要件のうち②の要件は、①の要件の判断要素として捉えることができ、また、③の要件の前提であるとも考えられる。従って、①及び③の要件に含ましめることにして、その上で、便宜上まず③の現実と虚構の区別という要件について見ていく。

この点については、すでに「宴のあと」事件判決が、「モデル小説の一般の読者にとって、当該モデル小説のどの叙述がフィクションであり、どの叙述が現実に生起した事象に依拠しているものであるかは必ずしも明らかではないところから、読者の脳裏にあるモデルに関する知識、印象から推して当該小説に描写されているような主人公の行動が現実にあり得べきことと判断されるかぎり、そのあり得べきことに関する叙述が現実に生起した事象に依拠したものすなわちフィクションではなく実際にもあった事実と誤解される危険性は常に胚胎しているものと見なければならない。…（もし事実とフィクションが水と油のように分離して何人にもその区別が明らかな小説があるとすれば、そのような小説ではいわゆるモデルのプライバシーの問題は起り得ないであろう）」と述べて、一般にモデル小説に

おいては事実と虚構との区別は困難であるという認識を示していた。

また、いわゆる甲山事件を素材とした小説が問題となった、「捜査一課長」事件の一審判決[16]は、実在の事件に基づく小説の執筆方法を幾つかに分類し、「小説の描写中において、素材事実の重要な一部ないし全部が、本来の事件を容易に想起させる程度に原形をとどめた形で」使用される小説のうち、「素材事実と虚構事実（及び作者の意見表明）との間が截然と区別されている」ような型のモデル小説は、「もはや小説ではなく、『ノンフィクション』又は『評論』の手法に近いものとなるとも考えられる」とする。他方、「素材事実と虚構事実とが渾然一体となって、区別できない場合」、「その作品形態自体から原則として、小説の中における摘示事実が素材事実か虚構事実かを問うことなく、モデル事件又はその素材事実に関係した個人にとって、当該摘示事実がみだりに公開されることを欲しない私生活上の事実である場合にはプライバシーの侵害となり、また、当該摘示事実が当該個人の社会的評価を低下させるような事実である場合には名誉の侵害となるものと解すべきである」と述べて、やはり一般的なモデル小説においては、素材事実と虚構事実及び作者の意見表明との間の区別は想定し難いという認識に立っており、かつ、この要件に重きを置いてプライバシー及び名誉の侵害を判断しているように見える。

確かに、これらの判決が述べるように、一般に虚構を前提とする小説という表現形態の性質上、現実の事実と虚構の事実とが読者にも截然と区別できる小説、あるいは虚構事実を交えず素材事実だけに基づき、自己の意見表明部分を明確にした小説というものは想定しにくい。従って、「読者にとって、モデルに関わる現実の事実か作者が創作した虚構の事実かが截然と区別できるか否か」という③の要件は、小説類型の認定にとっては必要であるとしても、一般的モデル小説においては、権利侵害の可能性を判断するための実質的要素とはなりえないように思われる。

2　作中人物とモデルの同定可能性

③の基準が実質的意義を持たないとすれば、本判決が示す要件の中では結局、①の「不特定多数の読者が作中人物とそのモデルを同定可能か否か」という要件のみが実質的判断に足ることとなる。石村善治教授によれば、このような「特定性」、「アイデンティフィケーション」をめぐる問題は、作中人物と実在人物の分離、あるいはフィクション

化が完全に行われているか、あるいは実在の人物の行動にそっていながらも、同一人物を連想させないという主観的意図の存在と客観的結果を得ているかどうかの「認定の問題」であり、その要因は、「人名、経歴といった作中主人公そのもの（personality）に関するものと、主人公をとりまく『状況』（situation）とに分けることができる」[17]。しかし、実際の認定においては、人名、経歴、状況などが総合的に考慮されて、同定可能性が判断されることが多いようである。問題となるのは、これらの要素に基づいて作中人物とモデルとを同定することが可能な者の基準をどこに設定するか、すなわち、一般の読者を基準に判断するのか、あるいはモデルに近しい者を基準に判断するのかということである。

この点に関して、本件と同じく、公職者や公的人物ではなく無名の私人がモデルとされており、それと知らされなければ一般の読者にはおそらくモデル小説であることは分からなかったであろうような小説が問題となった「名もなき道を」事件判決は、やや明確性を欠くところがあった。この判決は、モデルの同定可能性について、まず次のような一般論を述べる。すなわち、実在の人物をモデルとし、そのモデルを一応特定しうる小説であっても、「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いる場合はもとより、右の程度に至っていなくても、実在人物の行動や性格が小説の主題に沿って取捨選択ないしは変容されて、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、あるいは実在しない想像上の人物が設定されてその人物との絡みの中で主題が展開されるなど、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ような場合には」、「一般読者は、作中人物と実在人物との同一性についてさほどの注意を払わずに読み進むのが通常であ」る。従って、「当該小説は、実在人物に対する名誉毀損あるいはプライバシー侵害の問題は生じないと解するのが相当である」。そして、このような一般論を小説「名もなき道を」に当てはめた結果、「本件小説については、実在人物に対する名誉毀損あるいはプライバシー侵害の問題は生じないものと解するのが相当である」とする。このようにして、「一般読者」との関係では名誉毀損あるいはプライバシー侵害の問題を生じないことを認定しておきながら、当該小

説の主な舞台となった伊豆地方を知る読者には小説の舞台を容易に看取できるなどの理由で、「ごく限られた範囲の読者ではあっても」、実在人物の行動ないし性格がそのまま叙述されていてそれが真実であると受け取り、モデルを詮索するような「読み方をする読者があることは否定できないので、これを前提に、名誉毀損及びプライバシー侵害の成否を判断しておくこととする」として、さらに「ごく限られた範囲の読者」を基準にして判断を行っている。その結果、原告の主張の一部すなわちモデルが色覚異常（色弱）であった点がモデルのプライバシーに当たると判断されたが、「その事実が当該小説の主題及びこれを支える構成上不可欠であると認められ、かつ、表現の方法・内容において秘事のあからさまな暴露とならないような慎重な配慮がされており、小説全体としても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）であると認められるときには、プライバシー侵害としての違法性を欠くものと解するのが相当である」と述べ、小説「名もなき道を」はこの要件を満たしているとして、プライバシー侵害の違法性が阻却されている。

以上のように、「名もなき道を」事件判決においては、結局のところ「ごく限られた範囲の読者」を基準として判断を行っているわけであるが、その前に「一般読者」を基準とする判断も行っており、関連性は不明である。また、違法性阻却事由として挙げられている、作品全体の虚構性認識の基準も、全体との整合性から考えれば「ごく限られた範囲の読者」であるはずであるが、「一般読者」を基準としているようにも読め、明確でない。

これに対して、本判決は、作中人物とモデルとの同定可能性の判断にあたって、「一般の読者」を基準とすることをはっきりと否定し、モデルと「面識がある者又は」小説中に摘示されたモデルの「属性の幾つかを知る者」を基準とすることをはっきりと示している（前記Ⅲ(1)）。この点で、「名もなき道を」事件判決において曖昧であった部分をより明快にしたものということができる。また、これらの読者が作中人物とモデルを同定可能であるかどうかの判断は「純文学小説」又は「文芸作品」といった小説としての価値評価とは無関係であるとして、同定可能性の問題を小説の内容・性質から切り離している点も、注目される（前記Ⅲ(1)）。

ただし、本判決がモデルと「面識がある者又は」小説中に摘示されたモデルの「属性の幾つかを知る者」に判断の基準をおくことを明らかにした上で、さらに進んでそれを

「不特定多数の読者」に置き換えている点については、果たして有意であったのかどうか疑問もある（前記Ⅲ(1)(2)[18]）。

3　小括

以上、本判決が示す各要件について検討するに、「読者にとって、モデルに関わる現実の事実か作者が創作した虚構の事実かが截然と区別できるか否か」という要件が、一般的なモデル小説が問題となった場合には殆ど実質的意義を持たないと考えられること、無名の私人がモデルとされている小説の場合には、公共の利害に関する事柄による違法性阻却あるいは免責の可能性が低いこと、さらに、原告と面識ある者でも朴里花と原告との同定は困難であるという理由によって本件小説の修正版の公表差止が棄却されたことなどから併せ考えると、本判決においては、作中人物とモデルとの同定可能性という要件が決定的要素を占めているといいうるのではないかと思われる。[19][20]

そもそも、このモデルの同定可能性という要件は、モデル小説によるプライバシーあるいは名誉の侵害にとっていわば前提条件であり、モデルが特定できない場合には、これらの問題は生じる余地がないものであって、同定可能性が認定されたならば、次いで作品内容が権利侵害を構成するか否か、表現の自由といかに調整を図るかが問題となるものである。[21]当然、本判決もこのような構成をとっているのであるが、おそらくは無名の私人がモデルとなっているという本件小説の性格に起因して、本判決においては、前提条件であるところのモデルの同定可能性の判断に比重が置かれたものと思われる。

ところで、先にも述べたように、本件のような公職者や公的人物ではない無名の私人をモデルとする小説が問題となった場合、公共の利害に関する事柄であるという主張による違法性阻却あるいは免責が認められる可能性は低いと考えられる。従って、専ら作中人物とモデルを同定しうると認定されたならば、「名もなき道を」事件判決が示したような違法性阻却あるいは免責要件、すなわち、プライバシーの公表が当該小説の主題及びこれを支える構成上不可欠であると認められ、かつ、表現の方法・内容において秘事のあからさまな暴露とならないような慎重な配慮がされており、小説全体としても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）であると認められる、という要件を満たさない限りは、当該小説が少なくともプライバシー侵害に問われる可能性が高くなる。

本判決も、本件小説が一般の読者にとっては全体として

虚構であると認識されるであろうことを認めている。また、小説の主題にとって必要不可欠であれば、プライバシーや名誉に対する侵害も受忍されるべき可能性を認めており（前記Ⅲ(1)(5)(7)、一般論としては「名もなき道を」事件判決を踏襲しているといえる。しかし、ここでも本判決は、モデルと面識がありまたはモデルの属性の幾つかを知る不特定多数の読者からも全体が虚構であると認識されるように十分な配慮がされない限りは、プライバシー侵害や名誉毀損、侮辱の問題となる、として、作中人物とモデルとの同定可能性判断の基準と同様に、虚構性認識の判断基準を「一般の読者」ではなく、モデルに近しい読者におくことを示している。この点に関して不明確であった「名もなき道を」事件判決と比較して、本判決がより明快である点である。また、このようにモデルに近しい読者からも作品全体の虚構性の認識が得られるよう十分な配慮を求めることによって、作品の「芸術性」による違法性阻却あるいは免責に対して一定の限定を加えたものといえよう。[22]

また、本判決においてこのような作品の「芸術性」判断は、「原告と面識があり又は」「原告の属性の幾つかを知る不特定多数の読者」から作品の「全体が虚構であるとの認識が得られるよう、原告の属性や被告柳との交友関係及びその経過などについて、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」がなされたかどうかという判断、すなわち、専ら作中人物とモデルとの同定可能性の問題に置き換えられており、この点にも、プライバシー侵害の前提条件であるところのモデルの同定可能性判断への傾斜が窺える。

私見では、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。[23] また、無名の私人がモデルとなっているという本件小説の性格を考え併せると、モデルの同定可能性に比重を置くという本判決の判断の方法については、その判断に多くの要素を織り交ぜすぎた嫌いはあるものの、概ね妥当であったと評価できるように思われる。

なお、このような判断方法と関連して、モデル小説が問題となった際に、殊更にモデルの存在を伺わせるような広告等があったかどうかということが問題とされることがある。[24] 本件においては、掲載された『新潮』九月号の目次にある「自伝的処女小説」のコピー、及び「表現のエチカ」の公表がこれに当たる。判決は、「表現のエチカ」の公表に対して、「『朴里花』と原告とを同定しうる読者の範囲が拡大し、これにより原告の精神的苦痛がさらに増大したも

のとみるべきである」として、モデルの同定可能性ではなく被害の大きさの判断要素としているが、妥当であろう。何故なら、本判決のようにモデルの同定可能性判断の基準をモデルに近しい読者におくとすれば、そのような読者にとってのモデルの同定可能性に対しては、「表現のエチカ」の公表あるいは「自伝的処女小説」のコピーが影響を及ぼすとは考えにくいからである。

三　プライバシーの具体的内容について

本判決においては、原告の父がスパイ容疑で逮捕されたという事実、原告の顔に腫瘍があるという事実及びその手術歴、その腫瘍がチェリストとの関係破綻をもたらしたという事実の記述が、原告のプライバシー侵害に当たると判断された。以下では、これらについて若干の検討を行いたい。

まず、プライバシー侵害の一般的要件として判決は、「原告がみだりに公開されることを欲せず、それが公開された場合に原告が精神的苦痛を受ける性質の未だ広く公開されていない私生活上の事実が記述されている」ことを挙げる。その上で、父親の逮捕歴の公表がプライバシー侵害となりうるかについて、それが通常は公表を欲しない事実であること、その公表により原告が精神的苦痛を受けることを認定し、プライバシー侵害に当たると判断している。しかし、むしろここで問題とされるべきは、肉親が犯罪容疑で逮捕されたという事実が、「未だ広く公開されていない」原告の「私生活上の事実」に該当するのか否かという点である。この点につき、判決は、特段の検討を行うことなくプライバシー侵害を認定している。

個人の前科が法的保護の対象となりうることは、これまでにも承認されている。[25] また、原告の実名を用いてその前科経歴を公表したノンフィクション「逆転」事件の判決においては、犯罪に関する事実が一旦公表された、公共の利益に関する事実であるとはいえ、時間の経過とともにプライバシーとしての保護の対象となることが示されているが、その理由づけは、専ら本人の社会復帰、更生のためとされている。[26] 従って、本件では、肉親の逮捕の事実が原告の私生活上の事実に該当するのか、また、それを時間の経過によって再び法的保護の対象とすることが可能であるのかどうかについて、別段の吟味が必要であったのではないかと思われる。[27]

次に、原告の顔面の腫瘍に関する記述に関して、判決は、それが外貌に関する事実であって通常は秘匿することがで

きないものであることを認めている。しかしここで判決は、「原告との面識はなく、その顔面に腫瘍があることも知らないが、原告という特定の人物がいること自体は知っている」読者との関係を基準とすることで、外貌に関する事実をプライバシーに含ましめるという方法を採っている。判決が示す一般論に従えば、問題とされるべきなのは、原告の顔面の腫瘍に関する事実が「未だ広く公開されていない」「私生活上の事実」に該当するのか否かという点である。判決が言及しているのは前者の「非公知性」の要件であり、外貌に関する事実が私生活上の事実に該当するのかどうかについて、やはり詳しい検討が必要であったように思われる。[28]

裁判所が「私事性」をプライバシーの要件とする限り、外貌に関する事実を一般的にそこに含めることには困難が生じるが、私見では、手術歴についてと同様に、顔面の腫瘍が個人の疾病にかかる事実である点からプライバシー侵害を構成することが妥当なのではないかと考える。[29] いずれにしても、本判決が肉親の逮捕歴や個人の外貌について、詳しい検討を欠いたままプライバシー該当性を認めているように見える点には、問題があるように思われる。

なお、本判決は、プライバシー侵害の違法性阻却あるいは免責法理に関して「社会にとって正当な関心事について表現する上で、当該者のプライバシーを開示することが必要不可欠であるときに限定されるべき」として、厳格な要件を求めている。これに対しては、「これではあまりにも許される表現の範囲が狭すぎるように思われる」[30]といった批判や、「小説について『社会の正当な関心事』という要件を課すことの妥当性につき、慎重な吟味が必要だと思われる」[31]という意見がある。表現の自由が最大限保障されなければならないことはいうまでもないが、プライバシーも個人の平穏な生活にとって不可欠の利益である。特に本件のように無名の私人がモデルとなっている場合、このような限定を外したとして、如何なる新たな限定を設けて両者の調整を図るのか、必ずしも明らかでない。私見では、判決の一般的調整原理は原則として妥当ではないかと考える。[32]

四　出版差止について

本判決は、『新潮』誌上に発表された本件小説の単行本としての公表に対して、差止を認めた。小説に対する公表差止を認めている点、一度公表された出版物に対して改めて差止の対象としている点において、事例的意義がある。しかし、すでに指摘されているように、本判決は差止の根

拠をプライバシー侵害や名誉毀損に求めるのではなく、仮処分事件における両当事者間の不公表合意を推定した上で、その合意に依存させている。[33] 従って、「エロス＋虐殺」事件決定[34]や「北方ジャーナル」事件最高裁判決[35]が示した事前差止の一般的要件が、小説に対しても同様に妥当するのか、あるいは、一度出版されて市場に出た出版物に対して、事前抑制の要件の緩和があるのかどうかなどの重要な論点については、不明なまま残されることとなった。[36]

(1) いわゆる「モデル小説」の定義について、例えば奥平康弘教授は、暫定的に、としながら、「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、放送番組、マンガなどの形で一つの物語に仕立てたもの」がモデル・フィクション作品であるとしている。奥平康弘『ジャーナリズムと法』(新世社、一九九七年)二二三頁。また、棟居快行教授は、「モデル小説とは、実在の人物の人となりや実話を題材にして書かれた小説であり、世間一般の人が当該人物や事件と容易に結びつけて当該作品を捉えるような有名人、有名事件が題材の場合だけでなく、狭い範囲の人々だけが題材を了知する場合も、モデル小説といえる」としている。棟居快行「出版・表現の自由とプライバシー」ジュリスト一一六六号(一九九九年)一二頁(以下、「出版・表現の自由」とする)、一五頁、同「小説モデルのプライバシーと小説の公表差止―『石に泳ぐ魚』事件」『ジュリスト増刊平成一一年度重要判例解説』(二〇〇〇年)一四頁(以下、「『石に泳ぐ魚』事件」とする)、一四頁。これに対して、松井茂記教授は、モデル小説とは「実在の人物や出来事を素材と」して「想像上の物語を展開する小説」のうち、「素材とされた人物や出来事が想起されうる場合、とりわけ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」として、素材とされた人物や出来事が想起されることをモデル小説の定義に加えている。松井茂記「モデル小説と名誉毀損・プライヴァシー侵害『名もなき道を』事件、『捜査一課長』事件」法律時報六九巻六号(一九九七年)一〇三頁、一〇六頁。

ただ、実際の裁判例においては、モデル小説の概念を厳密に定義した上でそれに当たるかどうかによって結論を導く、という判断方法は用いられていないので、本稿では、奥平教授あるいは棟居教授のように、「実在の人物あるいは事件を題材にして書かれた小説」というように大まかに定義しておくことにする(ただし、一定の形式の小説について、プライバシー侵害あるいは名誉毀損が推定される、とされることはある。本稿Ⅳの二参照)。

(2) 民法七一〇条には「名誉」の文言があり、また、七二三条は名誉毀損における原状回復について定めるが、いずれも要件についての特別な規定ではない。

(3) 松井茂記『マス・メディア法入門（第二版）』（日本評論社、一九九八年）九四頁。より詳しくは、我妻栄・有泉享・清水誠『コンメンタール事務管理・不当利得・不法行為（新版）』（日本評論社、一九九八年）一三〇頁以下を参照。

(4) 石村善治教授によれば、「『虚構』による被害者の『特定性』の曖昧さと『芸術活動』による侵害という二つの要素こそが、いわゆる『モデル小説』による名誉毀損・プライバシー侵害の特質である」。石村善治「モデル小説」『現代損害賠償法講座2 名誉・プライバシー』（日本評論社、一九七二年）二〇一頁、二〇二頁。

(5) 松井茂記「自伝的小説の公表とプライヴァシー侵害・名誉毀損・侮辱 『石に泳ぐ魚』事件」法律時報七二巻四号（二〇〇〇年）一〇二頁、一〇四頁。

(6) 東京地判昭和三九年九月二八日、下民集一五巻九号二三一七頁、判例時報三八五号一二頁、判例タイムズ一六五号一八四頁。もっとも、阪本昌成『プライヴァシー権論』（日本評論社、一九八六年）三二三頁は、この事件を「私生活の公表」事件ではなく、「誤認を生ぜしむる公表」事件と考えなければならない、とする。また、同「プライバシーの権利性（『宴のあと』事件）—私生活上の利益の法的保護と表現の自由—」『憲法の基本判例（第二版）』（有斐閣、一九九六年）三三頁（以下、「プライバシーの権利性」とする）、三六頁も参照。

(7) これに対して、松井茂記教授は、プライバシー侵害の要件として、「(一)公表された事実が原告のことに関するものだと理解されるか、(二)公表された事実が一般人であれば公表を欲しない私的事実であるか、(三)そして公表が明らかに不快な方法によるかどうかの三点が問題となる」とする。松井・前掲註(5)一〇四頁。ただし、このうち(三)は、違法性阻却の問題として考えられているようである。同一〇五頁参照。

判決におけるプライバシー侵害の枠組みについては、松井・前掲註(3)一二六～一三二頁、紙谷雅子「『石に泳ぐ魚』出版差止東京地裁判決について」法学教室二三〇号（一九九九年）四五頁、四六～四七頁参照。

(8) 東京地判昭和六二年一一月二〇日、判例時報一二五八号二二頁、判例タイムズ六五八号六〇頁。

(9) この裁判の控訴審判決においては、公開を免れる利益がプライバシーとして保護されない場合として、公開することに特に公共的な意義が認められる場合、または当該個人の社会的地位や活動状況からいって公開を受忍させるのが相当であると認められる場合が挙げられている。東京高判平成元年九月五日、高民集四二巻三号三二五頁、判例時報一三二三号三七頁、判例タイムズ七一五号一八四頁。また、上告審判決においては、ある者の前科等にかかわる事

実を実名で使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきである、と述べられている。最三判平成六年二月八日、民集四八巻二号一四九頁、判例時報一五九四号五六頁、判例タイムズ九三三号九〇頁。

(10) 東京地判平成七年五月一九日、判例時報一五五〇号四九頁、判例タイムズ八八三号一〇三頁。

(11) 松井・前掲註(5)一〇五頁。具体的事例については、同・前掲註(3)九七〜一〇〇頁参照。また、同「名誉毀損と表現の自由」『新・現代損害賠償法講座2　権利侵害と被侵害利益』(日本評論社、一九九八年)七九頁も参照。

(12) 最一判昭和四一年六月二三日、民集二〇巻五号一一一八頁。判例時報四八六号九七頁。

(13) 松井・前掲註(3)一三七頁。

(14) 松井・前掲註(5)一〇五〜一〇六頁。ただし、印刷物による場合には、侮辱による損害賠償を認めることには慎重さが必要であり、相手が公職者や公的人物である場合には、原則として侮辱による損害賠償は認められないというべき、とされる。同一〇五頁。さらに、松井・前掲註(3)一三八頁も参照。

(15) 阪本・前掲註(6)「プライバシーの権利性」三六頁は、「モデル小説によるプライバシー侵害事件は、原告と登場人物との同一性が読者に判断可能であるか否か(同一性の要件)、真実とフィクションが混在して、そのために読者が原告について誤った印象を抱くか否か、が中心的争点となる」とする。

(16) 大阪地判平成七年一二月一九日、判例時報一五八三号九八頁、判例タイムズ九〇九号七四頁。

(17) 石村・前掲註(4)二一二〜二一三頁。

「宴のあと」事件判決は、「世人の記憶に生々しい事件を小説の筋立に全面的に使用している」ことを、モデルの同定可能性の決定的根拠としている。

(18) 紙谷・前掲註(7)四八頁参照。

(19) 筆者はこの修正版そのものに目を通すことはできなかったが、朴里花に与えられていた原告の属性のうちで修正された項目を見る限りでは、依然として、原告と面識ある読者であっても両者の同定は困難であると断定することは難しいのではないかと感じる。それにもかかわらず、裁判所が同定は困難であると認定したことを考えると、裁判所は、モデルの同定可能性について、「あの人かもしれない」といった程度の漠然とした可能性では足らず、いわば「一義的同定可能性」とでもいうべき、比較的高いハードルを設定していると考えることができる。

(20) 石村善治教授によれば、同一人物を連想させないような作者の主観的配慮にもかかわらず、客観的には同一人物

を連想させる場合は、「特定性」についての「過失」に、作者が同一人物を連想させないようにという配慮をしないか、怠った場合は、「特定性」についての「故意」または「未必の故意」に、それぞれ該当することになる。石村・前掲註(4)二一二頁。

(21) 石村・前掲註(4)二一三頁。

(22) 棟居・前掲註(1)「出版・表現の自由」一七頁、同「『石に泳ぐ魚』事件」一五頁参照。

(23) 作品の芸術性による違法性の阻却については、意見の対立が見られる。「宴のあと」事件判決は、プライバシーの価値と芸術的価値の基準とを全く異質なものとして、この点に関して否定的である。これに対して、「名もなき道を」事件判決はこの点を大幅に認めている。ただし、同判決がいう「芸術」性の内容は定かではない。

学説においても争いがあり、芸術性による違法性阻却に対して否定的な見解として、棟居・前掲註(1)「出版・表現の自由」一七頁、同「『石に泳ぐ魚』事件」一五頁、同『憲法フィールドノート（第二版）』（日本評論社、一九九八年）一五一～一五三頁。肯定的見解として、伊藤正己「プライバシーと表現の自由」『ジュリスト増刊憲法の判例（第三版）』（一九七七年）一二五頁、一二八頁。また、奥平康弘教授は、「作品全体としての評価」という判断方法によって、このような違法性阻却の可能性を示唆する。奥平・前掲註(1)二二七～二二九頁。

(24) 例えば、「宴のあと」事件判決においては、「積極的にモデル小説であることを広告したというより、モデル的興味を喚起するのが主眼であるとしか考えられないような広告を出すことによって、とくに世人の注意を惹き、原告のプライバシーに対する侵害を著しくした」とされている。

「捜査一課長」事件一審判決においては、小説冒頭に付された「この作品は現実に起きた事件にヒントを得たものですが、フィクションであることをお断りします」との文言に対して、それが当該小説の虚構性判断にあたって何ら影響を及ぼさないとされた。

また、「名もなき道を」事件判決においては、「司法試験二〇回不合格の記録を作った奇行・反骨の男・槙山光太郎。常軌を逸した行動の底に潜む人間心理の闇。金沢・伊豆を舞台に、教師と生徒、家族の絆を描く」という新聞広告等があったことに対して、「読者をして本件小説の登場人物のモデルについて詮索的な興味を引き起こすような宣伝が行われたとは認められない」とされた。

(25) 最三小判昭和五六年四月一四日、民集三五巻三号六二〇頁、判例時報一〇〇一号三頁、判例タイムズ四七二号二二二頁。いわゆる京都市前科照会事件である。ここでは前科及び犯罪経歴は、人の名誉、信用に直接かかわるものとされ、プライバシーへの言及はないが、伊藤正己裁判官の補足意見においては、前科等は個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであって、公開

が許されるためにはプライバシーに優越する利益の存在が必要であり、かつ必要最小限の範囲にとどまるべきであることが指摘されている。

(26) 前記註(8)及び(9)。ただし、上告審判決はプライバシーとの関連には言及しておらず、前科、犯罪経歴を持つ者は「前科等にかか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正を妨げられない利益を有する」ことが示されている。

(27) この点について、松井茂記教授は、「犯罪容疑で警察がある人を逮捕したという事実は公共の利害に関する事実であり、当然にプライヴァシーの侵害ということはできないように思われる」が、「原告から私的な会話を通じて聞いた情報であること、すでにかなり過去の事実であること、外国での逮捕であることなどを考えると、本件の事実関係の下においては、この事実の公表をプライヴァシーの侵害といわざるをえない」とする。松井・前掲註(5)一〇四～一〇五頁。

また、田島泰彦教授は、「逮捕や前科の事実は公共的な捜査や刑事裁判にかかわる事柄であるので、『私生活上の事実』と言える（か）どうかはかなり疑わしい。『私事性』に基づくプライバシー観念に本来的に公共的な性格をもつこのような事項を包括するのは困難なのではないかと考えられる」という。田島泰彦「『石に泳ぐ魚』東京地裁判決を考える—プライバシー・名誉・差し止めの判断をめぐって」法学セミナー五四〇号（一九九九年）六三頁、六四頁。

(28) 阪本昌成教授は、「私生活」の範囲を「性交、出産、排せつ等の人間の内奥・非公知領域」という狭い範囲に限定すべきことを主張する。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、一九九五年）四九～五〇頁。

(29) 松井・前掲註(5)一〇四頁参照。

田島泰彦教授は、「顔面の腫瘍の事実は一般的な容姿表現と異なる特別重大でセンシティブな事柄であり」、秘匿すべき「『特段の事情』に該当するとの判断もありうるし、本件での表現方法の相当性が問われる可能性もある」と述べる。田島・前掲註(27)六四頁。

さらに、プライバシー概念を「私事性」から解放する考え方もある。棟居快行教授は、プライバシーの侵害態様を「情報収集型」と「公表型」に分け、前者においては「財産権的情報管理権」及び「人格権的情報管理権」という「自己情報＝データの管理処分権」が問題になり、後者においては「多様な社会関係ごとに自己イメージを使い分ける自由（自己イメージのコントロール権）」が問題になる、という。棟居快行『人権論の新構成』（信山社、一九九二年）一七三頁以下。このように、プライバシー権に自己イメージのコントロールという側面を加えれば、本件における顔面の腫瘍の事実をプライバシーとして構成することは容易になると思われる。しかし、このようなプライバシー権の捉え方に対しては批判もある。樋口陽一・佐藤幸治・中

村睦男・浦部法穂『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九四年）二八三頁（佐藤幸治執筆）、阪本昌成「プライヴァシーと自己決定の自由」『講座憲法学3』（日本評論社、一九九四年）二一九頁、二四〇頁参照。

(30) 松井・前掲註(5)一〇五頁。

(31) 田島・前掲註(27)六五頁。

(32) 木村晋介「『石に泳ぐ魚』事件判決の評価をめぐって」法律時報七二巻七号（二〇〇〇年）四五頁も参照。

(33) 紙谷・前掲註(7)四九～五〇頁、松井・前掲註(5)一〇六頁、田島・前掲註(27)六五～六六頁、鈴木秀美「『石に泳ぐ魚』判決をめぐって—論争呼んだモデル小説とプライバシー侵害」新聞研究五七九号（一九九九年）八八頁、九二頁。

(34) 東京地決昭和四五年三月一四日、下民集二一巻三／四号四一三頁、判例時報五八六号四一頁、判例タイムズ二四四号一四七頁、東京高決昭和四五年四月一三日、高民集二三巻二号一七二頁、判例時報五八七号三一頁、判例タイムズ二四六号一二九頁。

(35) 最大判昭和六一年六月一一日、民集四〇巻四号八七二頁、判例時報一一九四号三頁、判例タイムズ六〇五号四二頁。

判決における出版差止の枠組については、紙谷・前掲註(7)四七～四八頁参照。

(36) 松井・前掲註(5)一〇六頁は、本判決が安易に差止を認めたとして批判する。これに対する反論として、木村・前掲註(32)四六頁。さらに、松井教授からの再反論として、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応える」法律時報七二巻一〇号（二〇〇〇年）七五頁。