



Title	刑事判例研究
Author(s)	佐藤, 結美; Sato, Yumi
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 61(1), 218[323]-204[337]
Issue Date	2010-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43171
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-1_015.pdf



刑事判例研究

佐藤結美

インターネット上の名誉毀損行為における真実性の誤信

東京高裁平成21年1月30日判決（平成20年（う）第1067号名誉毀損被告事件）
判例タイムズ1309号91頁

〔参照条文〕 刑法230条、230条の2、日本国憲法21条

【事実の概要】

被告人は、「丁原軍観察会 逝き逝きて丁原軍」と題する自身のホームページにおいて、フランチャイズ事業を営む乙山社が日本丁原軍といわば実在的な一体関係にあり、フランチャイズ事業で得た資金が日本丁原軍に流れる構造になっているという意味で、同社が日本丁原軍のフロント企業のようにしているという内容の記事を掲載し、同社の名誉を毀損した。

被告人の発言が公共の利害に関するもので、公益を図る目的でなされたものであるということは証明されたが、被告人の発言の真実性は証明されなかったため、第1審（東京地判平成20年2月29日・判例時報2009号151頁）では、被告人が真実性を誤信したことに相当の理由があったか否かが問題となった。この問題につき第1審は、事実の公共性と公益目的が認められるときには、「事実が真実であることの証明ができなかった場合であっても、行為者がその事実を真実であると誤信し、誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当な理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない」とする最高裁昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁の判例を引用しつつ、被告人が依拠した資料の中には「確度の疑わしいものや、一方的な立場からなされたも

のが相当数含まれている」として、「被告人が本件表現行為において摘示した事実が真実であると誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らして相当な理由があったとはみられず、従来 of 基準によつた場合には、故意がないとして無罪となることもない」と判示した。

しかし、第1審は「インターネット上の表現行為について従来 of 基準をそのまま適用すべきかどうかは、改めて検討を要する」とした上で、以下の基準を定立した。

第一には、「インターネットの利用者は相互に情報の発受信に関して対等の地位に立ち言論を応酬し合える」ので、「名誉毀損的表現に対して被害者に常に反論を期待することはもちろん相当とはいえないものの、被害者が自ら進んで加害者からの名誉毀損的表現を誘発する情報をインターネット上で先に発信したとか、加害者の名誉毀損的表現がなされた前後の経緯に照らして、加害者の当該表現に対する被害者による情報発信を期待してもおかしくないというような特段の事情があるときには、被害者による反論を要求しても不当とはいえないと思われる。そして、このような特段の事情が認められるときには、被害者が実際に反論したかどうかは問わずに、そのような反論の可能性が あることをもつて加害者の名誉毀損罪の成立を妨げる前提状況とすることが許される」というものである。

そして第二に、「個人利用者がインターネット上で発信した情報の信頼性は一般的に低いものと受けとめられていると思われる」ため、「上述したインターネットの特性に加え、インターネット上の発信情報の信頼性に対するこのような一般的な受け取られ方にもかんがみると、加害者が主として公益を図る目的のもと、『公共の利害に関する事実』についてインターネットを使って名誉毀損的表現に及んだ場合には、加害者が確実な資料、根拠に基づいてその事実が真実と誤信して発信したと認められなければ直ちに同人を名誉毀損罪に問擬するという解釈を採ることは相当ではなく、加害者が、摘示した事実が真実でないことを知りながら発信したか、あるいは、インターネットの個人利用者に対して要求される水準を満たす調査を行わず真実かどうか確かめないで発信したといえるときにはじめて同罪に問擬するのが相当と考える」というものも挙げられている。

以上を前提に、第1審は「被告人はインターネットで情報を発信する際に、個人利用者に対して要求される水準を満たす調査を行った上、本件表現行為に

において摘示した事実がいずれも真実であると誤信してこれらを発信したものと認められ、結局、被告人が摘示した事実が真実でないことを知りながら発信したとも、上記の調査をせず真実かどうか確かめないで発信したともみることができない」として被告人に無罪を言い渡した。これに対して検察官が控訴した。

【判旨】

破棄自判（上告）。東京高裁は次の二点を根拠として、名誉毀損罪の成立を認め、被告人に罰金30万円の有罪判決を下した。

第一に、被害者の反論可能性に関して「インターネット上のすべての情報を知ることはおよそ不可能であって、自己の名誉を毀損する内容の表現が存在することを知らない被害者に対しては、反論を要求すること自体そもそも不可能である。また、反論可能な被害者においても、現実反論をするまでは名誉を毀損する内容の表現がインターネット上に放置された状態が続くことになる。加えて、被害者が反論をするに際しては、反論を加える対象となる表現を何らかの形で示すことが必要と考えられるところ、このことは、被害者の名誉を毀損する内容の表現の存在を知らない第三者に対しそのような表現が存在すること自ら公表して知らしめることを要求するのに等しい。そのため、被害者の中には、更なる社会的評価の低下を恐れてやむなく反論を差し控える者が生じることもあり得ると思われる」。

第二に、インターネット上の情報の信頼性に関して「インターネット上で個人利用者が発信する情報だからといって、必ずしも信頼性が低いとは限らないのである。もとより、インターネット上の情報を閲覧する者としても、個人利用者の発信する情報は一律に信頼性が低いという前提で閲覧するわけではない。また、全体的には信頼性が低いもの受け止められる情報であっても、それを閲覧する者としては、全く根も葉もない情報であると認識するとは限らないのであり、むしろその情報の中にも幾分かの実態が含まれているのではないかと考えるのが通常であろう。このような情報によって名誉が不当に毀損される危険性は、原判決が想定している『信頼性が低いものとは受け止められていない情報』における名誉毀損の場合と何ら異なるものではない」。

以上を前提として、「結局のところ、個人利用者によるインターネット上での表現行為について名誉毀損罪の成否に関する独自の基準を定立し、これに基づき被告人に名誉毀損罪は成立しないとした原判決は、刑法230条の2第1項

の解釈・適用を誤ったものと言わざるを得ない」と結論付けた。

【評釈】

1 本件事案では、インターネット上の名誉毀損行為に対する事実証明の特例（刑法230条の2）の適用に関して従来と同様の基準を当てはめるべきか、それとも独自の基準が必要とされるか否かが問題となっている。

第1審は、インターネットの特性ゆえに、インターネット上の名誉毀損の被害者は当該表現の存在を認識してインターネットを現実的に使用することが可能であれば反論が可能であり、「特段の事情」のあるときは被害者に反論を要求しても不当ではないため、そのような反論の可能性が存在すれば名誉毀損罪の成立は妨げられると解している。これに対して第2審は、第1審が指摘するようなインターネット上の言論における被害者の反論の可能性とその有効性はフィクションであるとしている。

また、第1審がインターネット上の情報による名誉毀損の危険性を他の情報に比して矮小化した上で相当性基準を緩めているのに対して、第2審はインターネット上の情報であっても他人の名誉を毀損する危険性は変わらないとしている。

第1審判決は、名誉毀損罪で起訴された被告人に対して無罪判決を言い渡した初めてのものであるという点でまず注目されるが、インターネットの特性に基づいて刑法230条の2に関する新たな基準を設けているという点で興味深いものである。インターネット上における言論は、その匿名性ゆえに名誉毀損行為につながりやすく、インターネット上における名誉毀損が社会問題となっている昨今、言論がインターネット上で行われたことが名誉毀損罪の成否にどのような影響をもたらすのかということについて考察する必要があると思われる。

もっとも上述のように、第2審は事実的な観点から第1審を否定するに留まっており、発言媒体と本罪の成否の問題についての判断を行っていない。したがって本評釈では、第1審が名誉毀損罪の成立についてどのような要件解釈を行っているのかを分析しつつ、①被害者が反論可能性を有していることは名誉毀損罪の成立を妨げる要因となり得るのか否か②被害者の反論可能性とインターネット上の情報の信頼性が低いことを理由に、真実性の誤信についての相当性の基準を緩和することが妥当か否かについて検討することとする。なお、

本件では第1審が法律構成において新しい判示をしており、2審がそれを事実の側面から否定するという形を取っているため、本評釈では第1審を中心的に取り上げることとする。

2 第1審は、インターネット上の名誉毀損的表現に対する反論可能性があることと、インターネット上の情報の信頼性が低く受け止められていることを根拠として、真实性に誤信があったときの免責の基準を緩和している。判文を一読した限りでは、この判示が名誉毀損罪を成立させる要件のいずれについて判断したものであるのかということは定かではないが、第1審の判文には「名誉毀損罪はいわゆる抽象的危険犯と解されるから、いったん表現された以上は、それが反論の容易なインターネットでなされたものであるからといって、同罪の構成要件該当性を否定することはできない」という記述がある。「構成要件該当性を否定できない」ということは、言論が反論可能なインターネット上でなされたという一点を以て直ちに可罰性を否定するという論理ではないということがわかる。こうした理解は、第1審がインターネット上の言論における反論可能性（以下、これを「広義的反論可能性」という）を一般論として提示しているながらも、インターネット上の言論であれば無条件に犯罪成立が妨げられるのではなく、被害者に反論を要求してもよい「特段の事情」（以下、これを「狭義的反論可能性」という）がある場合に限って犯罪成立が妨げられる前提状況となるとの判断をしていることとも整合性を有する。

つまり第1審は、広義的反論可能性の段階では犯罪を阻却するには足りず、それが狭義的反論可能性のレベルにまで高められることによって犯罪阻却の可能性が生じるということ述べていると考えられるが、それは刑法理論上どのように位置づけられているのだろうか。また、第1審はインターネットの特性に加え、インターネット上の情報の信頼性が低く受け止められていることを理由に名誉毀損罪における事実証明の基準を緩和しているが、その判断は妥当なものだろうか。

3 第一に、第1審の判示について、被害者の反論可能性は名誉毀損罪の成立を妨げる要因となり得るのかということが問題となる。

(1) 反論可能とされるインターネット上の発言については、憲法学の領域では「対抗言論」という考え方が存在する。「対抗言論」とは、言論の弊害に対し

てはさらなる言論で対抗するのが妥当であるとの考えに基づき、「被害者」は対抗言論によって名誉の回復を図ればよいのであって、それが可能なら裁判所が介入する必要はないとする理論である。この理論においては、両当事者が対等な言論手段を有しており、被害者に反論を要求しても不公平とは言えない事情がある場合には被害者は反論可能性を有していたとされるため、名誉毀損の表現には違法性がないとされる¹。

(2) これに照らすならば、被害者の反論可能性に関する第1審の論理は「対抗言論」に依拠しているように見えるが、「対抗言論」の論理を刑法の解釈に導入することは妥当であろうか。「対抗言論」は、言論によって毀損された名誉は言論によって回復が可能であるから、そのような場合に国家が介入する必要はないという原理を基盤としている²。したがって、この原理に沿えば名誉回復可能性の有ることが名誉毀損罪の成立を留保する要件たり得ると解することにつながり、このことと名誉毀損罪の既遂時期との整合性が問題となると考えられる。

名誉毀損罪の既遂時期について、判例・通説³は名誉を侵害する危険性が生じた段階を既遂時期とする危険犯説に立っているが、被害者の名誉が現実に低下した時点で既遂となるとする侵害犯説も存在する⁴。インターネット上の名誉毀損罪が問題となった判例は本件以前にも複数出ているが、名誉毀損の既遂

¹ 高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋和之・松井茂記（編）『インターネットと法（第3版）』59～60頁（有斐閣・2004年）、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）588～589頁、高木篤夫「インターネット上の名誉毀損とプライバシー侵害」法律のひろば55巻6号（2002年）35頁。

² 高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュリスト1117号（1997年）22頁。

³ 大判昭和13・2・28刑集17巻141頁、西田典之『刑法各論（第4版補正版）』（弘文堂・2009年）106頁、松宮孝明『刑法各論講義 [第2版]』（成文堂・2008年）143頁、大塚仁『刑法概説 各論（第3版増補版）』（有斐閣・2005年）135頁、大谷實『刑法講義各論（新版第3版）』（成文堂・2009年）155頁。

⁴ 佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之（編）『刑法理論の現代的展開 各論』（日本評論社・1996年）80頁、内田文昭『刑法各論（第3版）』（青林書院・1996年）222頁、平川宗信『刑法各論』（有斐閣・1995年）227頁、曾根威彦『刑法各論（第4版）』（弘文堂・2008年）87頁。

時期について、インターネット上の言論とそれ以外の言論で区別することはしていない⁵。インターネット上の言論もそれ以外の媒体を利用した言論も、場合によっては個人の名譽を毀損する危険性を同様に有している以上、インターネット上の言論の場合に限って既遂時期を早めたり遅らせたりすることに理由はないと考えられるため、インターネットにおける名譽毀損の既遂時期についても従来の学説が当てはまるだろう。

まず危険犯説は、本罪を抽象的危険犯であるとするものである。抽象的危険犯は、一般的・類型的に見て名譽が侵害される危険があるという場合と、危険の擬制が行われる場合とに区別されるが⁶、危険犯説は本罪を後者であると理解する。すなわち、名譽が実際に毀損されたか否かということを証明するのは困難であり、それを裁判の場で証明しようとすることによって被害者のプライバシーを侵害することを回避すべきであるという訴訟法的な理由に基づき、行為者が「公然と事実を摘示した」ことによって名譽毀損の危険が擬制されると解する。一方、侵害犯説は本罪が「侵害した」という文言を使用していることを根拠として、名譽が侵害された段階を既遂時期であると解している。

しかし、侵害犯説を採った場合には、名譽毀損罪の理論と「対抗言論」の原理は両立不可能であると考えられる。侵害犯説は名譽が実際に侵害された時点を経済時期としているため、その後に被害者が名譽を回復すべく反論した結果名譽回復に成功したとしても、または名譽毀損の表現の後に被害者の反論可能性が残されていたとしても犯罪成立には何らの影響も及ぼさないからである。一方、危険犯説を採った場合には検討の余地がある。抽象的危険犯について、法文上に規定された行為が行われた時には原則として犯罪が成立するが、具体的な特段の事情が存在したために当該危険が発生しなかったと認められる場合には抽象的危険の存在は否定され、犯罪は成立しないとする見解が存在するからである⁷。この見解に立脚した場合、被害者が「狭義の反論可能性」を有していたことが「特段の事情」に該当するか否か、換言すれば名譽毀損の危険が

⁵ 大阪高判平成16・4・22高刑集57巻2号1頁、福岡地判平成14・11・12公刊物未登載（LEX/DB 文献番号28085194）、和歌山地判平成15・2・14公刊物未登載（LEX/DB 文献番号28085395）、東京地判平成16・11・17公刊物未登載（LEX/DB 文献番号28105265）

⁶ 西田典之『刑法総論』弘文堂（2006年）80頁。

⁷ 山口厚『危険犯の研究』東京大学出版会（1982年）233頁。

発生しなかったと判断することが可能か否かということが問題になる。

この学説の論者は名誉毀損罪については言及していないが、偽証罪（刑法169条）と放火罪（刑法108条、109条1項）について抽象的危険の不存在が認められる場合を検討している。偽証罪の保護法益は適正な審判と法適用であり、「虚偽の陳述をした」場合を処罰の対象と定めている。「特段の事情」のために誤判の抽象的危険が認められない場合について、この論者は「供述の内容が当該事件との間の関連性を欠くことなどによって、事実認定にとって重要性を欠くものであることが明らかであるとき」を挙げ、偽証罪の成立を否定する⁸。また放火罪は条文に規定された客体を焼損することによって生命・身体などへの抽象的危険が発生するとされているが、109条1項について、周囲に引火する物は何もない平原の一軒の家を焼損した場合には抽象的危険は発生しないとして犯罪成立を否定するということが主張されている⁹。

抽象的危険犯は、法益を危険にさらす行為の類型を規定して処罰するものであるため、犯罪成立を否定する「特段の事情」は危険発生をおよそ不可能にする程度のものでなければならぬだろう。このことは、前述の論者が「特段の事情」として、偽証罪においては誤判の可能性を、放火罪においては人の生命・身体・財産に対する危険発生の可能性を否定するようなものを挙げていることから明らかである。したがって、名誉毀損罪についても、「特段の事情」には社会的評価が低下する抽象的危険を否定する程度のものが求められるため、本判決で問題となった「狭義の反論可能性」がそれに該当するか否かが問題となる。

この「狭義の反論可能性」について、第1審は被害者に反論を要求しても不当とはいえない場合には被害者に反論可能性があるため、犯罪成立を妨げる前提状況となり得ると解している。しかし、名誉侵害の抽象的危険すら発生する可能性がないという状況を想定してみるならば、被害者が反論の容易な場におかれている程度では不足なのではないだろうか。名誉毀損罪において抽象的危険が発生していないと判断されるのは、被害者が加害者の発言に対して実際に反論し、それが功を奏した場合に限定されると考えられる¹⁰。また、第1審は

⁸ 山口・前掲（注7）238頁。

⁹ 山口・前掲（注7）239～240頁。

¹⁰ 民事と刑事のどちらの名誉毀損について、あるいは民刑両方の名誉毀損に

被害者に反論を要求しても不当ではない場合として「被害者が自ら進んで名誉毀損的表現を誘発する情報をインターネット上で先に発信した」ことを例示しているが、これは名誉毀損の危険が否定されるか否かという問題とは無関係だろう。加えて、第1審はインターネット上の言論について真实性を誤信した場合の相当性基準を緩和する根拠として、インターネット上の情報が低い信頼性しか有していないことを挙げている。しかし、仮にインターネットにおける情報の信頼性が低いとしても、このことからただちに名誉毀損の危険性が否定されるものではなく、少なくともインターネット上の書き込みを見た者が加害者の名誉毀損的表現の信頼性を疑ったことまで必要とするのが妥当であろう。その意味で、第2審がインターネット上の情報について「全体的には信頼性が低いものと受け止められる情報であっても、それを閲覧する者としては、全く根も葉もない情報であると認識するとは限らないのであり、むしろその情報の中にも幾分かの実態が含まれているのではないかと考えるのが通常」であるとして、インターネットにおける名誉毀損の危険性を他の媒体におけるそれと異なるものではないと判断していることは妥当であると考えられる。

したがって、被害者に「狭義的反論可能性」があることや、発言がインターネット上でなされたことは名誉毀損行為における抽象的危険の発生を否定するには足りないというべきである。

(3) 以上のような、第1審が依拠したと思われる立場とは異なり、「対抗言論」を「危険引受け」の観点から肯定する見解がある。「対抗言論」では被害者に反論を要求しても不当ではない場合として、被害者が加害者の発言を誘発した場合が挙げられおり、このような場合には被害者による危険の引受けがあったとして、加害者の名誉毀損行為の違法性ないし構成要件該当性を阻却する余地があるというのである¹¹。また、「自らの意思で論争の場に踏み込み、かつ互

ついて述べたものが定かではないが、被害者に「反論の『機会』」が与えられるからといって、名誉を毀損する発言による社会的評価の低下の危険性がなくなるわけでもないし、違法性がなくなるわけではない」とするものとして、高木篤夫「インターネット上の名誉毀損とプライバシー侵害」法律のひろば55巻6号(2002年)35頁。

¹¹ 永井善之「インターネットと名誉・わいせつ犯罪」刑事法ジャーナル15号(2009年)12頁。

いに挑発的な表現を行っているような場合、被害者は（名誉侵害を同意しているわけではないが）名誉侵害についてある程度の危険を引き受けていると見ることも不当な見方ではなく、そのような事情は、被告人の表現行為の（構成要件該当性ではなく）違法性判断に当たって十分考慮に値する」という見解もある¹²。「対抗言論」は、名誉侵害は更なる言論で回復することが可能であるという原理に加え、「対等な討論の場に自らの意思で入った以上は、名誉毀損的な攻撃がなされても、自己の発言に対する反撃としてなされた場合には対抗言論で応ずることを引き受けたものとして名誉毀損の違法性阻却を認めるという考え」¹³でもあるため、「対抗言論」が「危険引受け」との関係で刑法上の説得性を有するか否かが問題となる。

刑法における「危険引受け」とは、被害者が危険を認識していたにもかかわらず、結果は発生しないと思って危険に身をさらしたところ、結果が発生した場合に、危険に近づいた被害者の慎重さを欠いた態度が行為の違法性を阻却するのではないかとする問題である。この理論については、「①被害者が行為の危険性と共に特定の構成要件的结果の可能性を完全に認識していること、②被害者にそれを認識・評価し得る能力が存在し、意思決定の自由が留保されていたこと、③被害者が少なくとも行為者と同程度以上に結果発生に対して積極的な態度を示したこと」の3要件を満たしている時に「危険引受け」を認めるものが多数である。そしてこの場合には、行為者は結果に対して正犯的ではなく幫助的に関わったとされる¹⁴。

¹² 園田寿「ネット上の名誉毀損に無罪判決」法学セミナー648号（2008年）41頁、同「インターネット上の名誉毀損」ジュリスト増刊・平成20年度重要判例解説（2009年）189頁。

¹³ 高橋・前掲（注1）80頁。

¹⁴ 塩谷毅「被害者の危険引受けについて」刑法雑誌45巻2号（2006年）23～24頁、曾根威彦「過失犯における危険の引受け」早稲田法学73巻2号（1997年）46頁。もっとも、被害者が「危険を引き受けていた」と考えられる場合の犯罪の成否については学説が錯綜しており、被害者の自己答責性を根拠とせずに犯罪不成立を導く学説もある。主なものとして、「被害者が、たとえ、その可能性が低く、また、抽象的なものではあっても、結果発生の可能性を認識しており、それにもかかわらず、彼自身の意思により、自由に、その危険に同意した」といえる場合には被害者の同意の法理を適用することが可能であると解し、「危

この要件を前提とした場合、「対抗言論」を「危険引受け」の理論によって正当化することは可能であるか。「危険引受け」の3要件を名誉毀損の事例に当てはめてみると、①被害者が議論をする中で、名誉毀損や誹謗・中傷を受ける危険性を完全に認識していること、②被害者が議論において名誉毀損や誹謗・中傷を受ける危険性の有無を判断する能力を有していた上で、自由意思によって議論に参加したこと、③この状況下で、名誉毀損や誹謗・中傷という結果発生に対して、被害者が少なくとも行為者と同程度以上に結果発生に対して積極的な態度を示したことの3要件を満たして初めて、被害者が名誉毀損の危険を引き受けたものと解することが可能になる。

まず「危険引受け」の前提として、上記①のように被害者が法益侵害の危険性を認識していることが挙げられるが、認識していた危険性の程度を越える結果が発生した場合には、認識を越えた分の危険については被害者の引受けを認めることは出来ない¹⁵。よって、被害者が正当な批判を受けることを認識していても、名誉毀損の危険性を認識していなかった場合や、名誉を毀損される危険性は認識していたとしても誹謗・中傷される危険性を認識していなかった場合には、被害者は「危険を引き受けていた」ことにはならないのである。この点につき「対抗言論」の考え方によれば、被害者がその危険性を認識していたか否かにかかわらず、対等な言論の場に自由意思で入った以上は危険を引き受けたとみなすという結論になるので、「危険引受け」の理論との不整合をきたしていると考えられる。

続いて、②の要件にあるように「対抗言論」は、被害者が自由意思で議論の場に入ったことを重視した上で被害者の「危険引受け」を導くものである。「危険引受け」の理論も被害者の瑕疵のない自由意思をその成立要件としているが、被害者が自由意思を有した上で行動したか否かが疑わしい場合がある。例えば、

危険引受け」と「被害者の同意」を区別せずに論じるものとして、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）175頁。過失犯に関して、危険への同意がある限りで「行為の危険性」を否定することによって犯罪成立を阻却するものとして、山口厚「被害者による危険の引受と過失犯処罰」研修599号（1998年）7頁。「社会的相当行為として違法性阻却の対象となりうる」という観点から「危険の引き受け」を捉えるものとして、奥村正雄「被害者による『危険の引き受け』と過失犯の成否」清和法学研究6巻1号（1999年）115頁。

¹⁵ 塩谷・前掲（注14）23頁。

加害者がインターネット上に名誉毀損的な書き込みをした後に、被害者が名誉を回復するために当該サイトに入るといふ状況は、「対抗言論」によれば自由意思で議論の場に入ったと言えるだろう。しかし、名誉毀損の程度が甚だしく、放置すれば回復困難な名誉侵害が生じることを予想し、更なる名誉侵害に遭うかもしれないが名誉回復の必要に迫られて加害者の書き込みに対して応酬をしたというような場合に、被害者が自由意思によって危険を引き受けたと言うことは不合理ではないだろうか。このように、被害者が自由意思に基づいて行動したか否かは名誉侵害の重大性などの事情によって左右され得るため、「対抗言論」はこの点を単純化し過ぎていると考えられる。

また、「危険引受け」の要件との関連性以外に「対抗言論」には検討すべき問題がある。「対抗言論」は被害者に反論可能性がある場合に法は介入しないという考え方であるが、被害者が反論をした場合には被害者が名誉毀損の危険を退けようとしているものと見られる以上、「危険を引き受けた」と解することは妥当ではない。すなわち、被害者が名誉毀損的言論に対して反論をした時点で「危険引受け」はその効力を喪失しているのではないだろうか。そのように解すれば、「対抗言論」がその根拠を「危険引受け」に求めながら、被害者の反論可能性、すなわち被害者の危険回避の可能性があり、被害者が「危険引受け」から逃れ得る場合に限って加害者の処罰を差し控えるとするのは矛盾である。

この点に関連して、被害者が名誉毀損的な発言を誘発したとされる場合には「危険を引き受けた」ものとして名誉毀損的言論の違法性ないし構成要件該当性が阻却され得るとする見解¹⁶があるが、「危険を引き受けた」と言えるには危険性を認識していなければならないため、被害者が誘発あるいは挑発したという事情のみを取り出して違法性を阻却することには根拠がない。

以上のように、「対抗言論」の存在を正当化し、当該名誉毀損的表現の違法性を阻却する見解として被害者が名誉毀損の危険を引き受けていたとするものがあるが、「対抗言論」と「危険引受け」の理論は整合性を有していない。

- 4 第二に、第1審がインターネット上の言論における真実性の誤信について、「確実な資料・根拠に照らして相当の理由があるときには犯罪の故意がなく、

¹⁶ 永井・前掲（注11）

名誉毀損罪は成立しない」とする最高裁昭和44年の判決の基準から「摘示した事実が真実でないことを知りながら発信したか、あるいは、インターネットの個人利用者に対して要求される水準を満たす調査を行わず真実かどうか確かめないうで発信したといえるときにはじめて同罪に問擬する」という基準に緩和すべきであると判示されたことについて若干の検討を加える。

刑法230条の2は「公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない」と規定しており、本条における「罰しない」という文言の法的性格について、学説は処罰阻却事由説¹⁷と違法性阻却事由説¹⁸に大別される。そして真実性に誤信があった場合にも、「確実な資料・根拠に照らして相当の理由があるときには犯罪の故意がなく、名誉毀損罪は成立しない」とする昭和44年の判例の結論を支持しながら、学説は理論構成の点で主に錯誤論¹⁹・過失論²⁰・違法論²¹の三つに分かれて対立している。

いわゆる「真実性の誤信」についていずれのアプローチを採るべきか、真実性が証明出来なかった場合に「相当の理由」の有無によって免責されるか否かを判断するという基準が妥当であるかという問題の考察は別稿に委ね、ここではインターネット上で名誉毀損行為が行われたことが従来の基準を緩和する根拠たり得るかということに焦点を当てる。

第1審はインターネット上の言論における一般的な反論可能性と情報に対す

¹⁷ 堀内捷三「真実性の錯誤」西田典之・山口厚・佐伯仁志（編）『刑法の争点（第3版）』（有斐閣・2000年）150頁、丸山雅夫「名誉毀損罪における『真実性の誤信』の扱い」小田中聡樹ほか（編）『誤判救済と刑事司法の課題（渡部保夫先生古稀祝賀）』（日本評論社・2000年）516頁、井田良『刑法各論〔新・論点講義シリーズ2〕』（弘文堂・2007年）78頁。

¹⁸ 大谷・前掲（注3）165頁、立石二六「名誉毀損罪における事実証明」同『刑法各論30講』（成文堂・2006年）108頁など通説。

¹⁹ 福田平『刑法各論（全訂第3版増補）』（有斐閣・2002年）194頁、大塚・前掲（注3）147頁、曾根・前掲（注4）94頁。

²⁰ 西田・前掲（注3）113頁、山口厚『刑法各論（補訂版）』（有斐閣・2005年）145～146頁。

²¹ 大谷・前掲（注3）167～168頁など。「憲法的名誉毀損法論」に基づくものとして平川宗信「報道の自由と名誉毀損罪」法律のひろば46巻12号（1993年）38頁。

る信頼性が低く受け止められていることを前提として、被害者に反論を要求してもよい特段の事情がある場合には、「摘示した事実が真実でないことを知りながら発信したか、インターネットの個人利用者に対して要求される水準を満たす調査を行わず真実かどうか確かめないで発信したといえるときにはじめて同罪に問擬するのが相当である」と判断している。しかしながら、被害者に「反論を要求しても不当ではない事情」があったとしても、被害者が名誉毀損的発言に対して実際に反論し、それが功を奏した場合でなければ名誉が毀損される危険性を否定するには足りず、情報の信頼性が低いものと受け止められているインターネット上で名誉毀損的発言が行われたとしても、当該発言の閲覧者がその内容を虚偽であると判断するとは必ずしも言えない。確かに、新聞や雑誌などの媒体において情報を発信するのは記者やジャーナリストといった報道や表現を職業とする者であるため、一定程度の取材や裏付けに基づいた信頼性出来る情報を発信しているように一般的には受け止められているだろう。よって、誰でも情報を発信出来るインターネットは新聞等に比して信頼性が低いように受け止められるのも全く根拠のないことではないと思われる。しかし、インターネットが広く普及するに従って、専門的知識を持ち、一定以上の根拠に基づいた情報を発信する能力のある個人利用者がインターネット上で事実を摘示することもあり得るため、インターネット上の情報を一律に信頼性が低いものと解することは出来ない。したがって、「被害者の反論可能性」も、発言媒体がインターネットであることも、被害者の名誉を侵害する危険性を減少させる要因とはなり得ない。

また、発言媒体の相違によって事実証明の基準を緩和させるという考え方は妥当であるか。名誉毀損的発言が行われた発言媒体が新聞や週刊誌であってもインターネットであっても、行為者が公然と事実を摘示したことによって、被害者の名誉が侵害される危険が発生するという因果関係に変わりはない。加えて、インターネットで情報を発信した場合は他の媒体を用いた場合に比して名誉侵害の危険性が低いと解する理由はなく、インターネットが広く普及している現状では名誉毀損的表現を不特定多数の者が閲覧するため、被害者の社会的評価が低下する危険性はむしろ拡大するのではないかと考えられる。したがって、インターネット上で情報が発信された場合に事実証明に求められる基準を緩和することによって、免責の範囲を拡大することに合理性はない。

5 本件第1審はインターネット上における名誉毀損に対して無罪判決を下した初めての事例であり、明示してはいないが「対抗言論」の論理を刑事の名誉毀損罪に導入している点で論争誘発的なものである。本件第1審は「対抗言論」の論理が刑法体系上どのように位置づけられるのかということについて言及せず、第2審も「被害者の反論可能性」が名誉毀損罪の成否にどのような影響を及ぼすのかということについては判断していないため、「対抗言論」の論理と名誉毀損罪との関係については今後の判例の動向を追う必要があるだろう。このように、本件では第1審が「被害者の反論可能性」を根拠としてインターネットにおける名誉毀損行為に対して新しい免責基準を提示したのに対して、第2審は「被害者の反論可能性」そのものを事実の側面から否定するという論理となっている。「被害者の反論可能性」が存在するとしても、被害者の名誉が侵害される危険性を否定する根拠とはならないのは3(2)と4で述べた通りであるため、名誉毀損行為がインターネット上でなされた場合の免責の基準を従来のもより緩和することに合理性はない。したがって、第2審の判示が結論において妥当であると考えられる。

※脱稿後、本判決の評釈として、嘉門優・速報判例解説 vol.6 (2010年・日本評論社) 183頁以下、緒方あゆみ・同志社法学339号 (2010年) 153頁以下、進士英寛・NBL915号 (2009年) 55頁以下に接した。

また、本判決後、被告人が上告したため、平成22年3月15日に最高裁第一小法廷決定が出された。

最高裁は「インターネットの個人利用者による表現行為の場合においても、他の場合と同様に、行為者が摘示した事実を真実であると誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らして相当の理由があると認められるときに限り、名誉毀損罪は成立しないものと解するのが相当であって、より緩やかな要件で同罪の成立を否定すべきものとは解されない」と判示し、原判決を維持した（最高裁 HP.<http://www.courts.go.jp/saikosai/> を参照）。