



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	名誉毀損罪の再構成 (1) : プライヴァシー保護の観点から
Author(s)	佐藤, 結美; Sato, Yumi
Citation	北大法学論集, 62(5), 204[1]-157[48]
Issue Date	2012-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48237
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-5_005.pdf



名誉毀損罪の再構成（1）

—— プライヴァシー保護の観点から ——

佐藤 結美

目 次

はじめに

第1節 従来の研究と問題の所在

第2節 研究方法

第1章 日本刑法における名誉毀損罪の沿革

第1節 旧刑法とフランス法

第2節 現行刑法への改正

第3節 出版条例と新聞紙条例における事実証明の規定

第4節 230条の2の成立過程

第5節 小括

第2章 フランス出版自由法における名誉毀損とプライバシー

第1節 概要

第2節 名誉毀損罪の構成要素について

第3節 事実証明と「私生活 (la vie privée)」の意義について

第4節 小括 (以上、本号)

第3章 名誉毀損罪とプライバシー

第1節 日本刑法におけるプライバシー

第2節 社会的評価からの自由としてのプライバシー

第3節 名誉について

第4節 小括

第4章 「真実性の誤信」について

第1節 従来の研究と問題の所在

第2節 「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」の基準について

第3節 230条の2の法的性格

名誉毀損罪の再構成（1）

第4節 小括

第5章 死者の名誉毀損罪と侮辱罪

第1節 死者の名誉毀損罪の保護法益について

第2節 侮辱罪の保護法益について

第3節 小括

第6章 プライヴァシーの刑事法的保護における名誉毀損罪の位置づけ おわりに

はじめに

第1節 従来の研究と問題の所在

本論文では、名誉毀損罪をプライバシー保護の観点から再構成することを試みる。名誉毀損罪の基本形態として、230条1項は「公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず」処罰されることを定めている一方、230条の2は「公共の利害に関する場合の特例」とされており、「前条第1項の行為が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には、これを罰しない」と定められている。加えて、230条の2の2項と3項では、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為と、公務員又は公選による公務員候補者に関するみなし規定がある。

学説では、名誉に対する罪における「名誉」とは何かということが古くから争われており、従来の見解では、名誉は①内部的名誉、②外部的名誉、③主観的名誉に分類される。内部的名誉は人の真実の価値、外部的名誉は社会的評価、主観的名誉は名誉感情であるとされており、外部的名誉は①本来あるべき社会的評価である規範的名誉と、②現実に存在している社会的評価である事実的名誉に区別される。ただし、この中で内部的名誉については、人の真実の価値を他人が侵害することは出来ないことから、刑法的保護の対象にはならないと解されている¹。

この分類を前提として、学説は名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益について主に以下の5つに分かれている。まず、（1）通説・判例は名誉毀損罪と侮辱罪は

¹ 小野清一郎『刑法に於ける名譽の保護』（有斐閣・1970年）179頁以下。

共に事実的名誉を保護するものと解している²。この学説の根拠として、①名誉毀損罪のみならず侮辱罪も公然と行うことを要求していること、②名誉感情は人によって程度の差があるため、そのようなものを刑法で保護するのは妥当ではないこと、③もし名誉感情も保護法益とされるのであれば、名誉感情を持たない幼児や精神病患者や法人に対して侮辱罪が成立しなくなるといったことが挙げられている。続いて、(2) 名誉毀損罪の保護法益を事実的名誉、侮辱罪の保護法益を主観的名誉とする見解³も主張されており、その根拠として①侮辱罪が公然性を要件としているのは、侮辱が公然と行われた場合に名誉感情が傷つけられる程度が大であることから、この場合にのみ可罰性を認めたものであるということ、②侮辱罪が規定する「事実を摘示しなくても」との文言を、「事実を摘示してもしなくても」いずれの場合でも侮辱罪が成立し得ると解した上で、名誉毀損罪と侮辱罪の相違は保護法益であるとするということが主に挙げられている。また、(3) 事実的名誉は「それ自体として保護されるわけではなく、その人が自己に対する社会的評価について、これを尊重してもらいたいという感情を持つからこそ保護される」のであるから、事実的名誉と主観的名誉は分離することが出来ないとして両方を保護法益とする見解もある⁴。

事実的名誉を保護法益とするこれらの見解に対して、(4) 名誉を規範的にとらえるべきとする見解も主張されている。具体的には、①230条は事実的名誉を保護するものであるとする一方で、230条の2を虚偽の事実摘示によってのみ侵害される規範的名誉を保護法益とする独自の構成要件を定めたものと解

² 名誉毀損罪について判示したものとして、大判大正5・5・25刑録22輯816頁、名誉毀損罪と侮辱罪の違いは事実を摘示するか否かであるとしたものとして、大判大正15・7・5刑集5巻303頁。学説では、大谷實『刑法講義各論〔新版第3版〕』（成文堂・2009年）154頁、前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』（東京大学出版会・2007年）149頁、西田典之『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂・2010年）120～121頁、曾根威彦『刑法各論〔第4版〕』（弘文堂・2008年）96～97頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会・2007年）112～113頁など。

³ 団藤・『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・1990年）512頁、小野・前掲（注1）314頁、福田平『全訂刑法各論〔第3版増補〕』（有斐閣・2002年）187頁、川端博『刑法各論講義』（成文堂・2007年）195～196頁、江家義男『刑法各論〔増補版〕』（青林書院新社・1973年）246頁など。

⁴ 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977年）191頁。

した上で、「公共の利害に関する事実」については「規範的名誉」の範囲で保護されるというものがある⁵。続いて、②「人の真価」である内部的名誉と無関係な外部的名誉を刑法で保護すると解するのは妥当ではなく、「名誉に対する罪の保護法益を、人の真価としての内部的名誉と関連付けられた名誉として捉えようとする」見解⁶がある。

規範的名誉を保護法益とする見解には、現実にもその人が得ている社会的評価が真実の名誉に基づいているか否かを問わずに保護することは「虚名」を保護することになるため妥当ではないという問題意識がある一方で、事実的名誉を保護法益とする多数説は、現行法の規定の上では「規範的名誉」を保護法益とすることは不可能であり、「虚名」であってもそれを侵害されることによって人の社会生活が困難になるので、「虚名」であっても刑法で保護する意義があるという問題意識を有しているようである。

続いて、「名誉」を現実に存在する社会的評価や名声・世評であると捉える多数説に対し、名誉毀損罪を「社会的情報状態」を侵害することであるとする見解も主張されている⁷。この見解によると、「いわゆる『無名』の市民に社会的評価や名声は無縁」であり、「社会的評価・名声・世評といってもとらえどころがなく、その侵害を認定することも困難である」ため、事実的名誉を「『人の価値に関連する情報が社会的に存在している状態』すなわち『社会的情報状態』として把握する」べきであり、この情報状態を悪化させることが「名誉毀損」行為とされる。

このように、「名誉」概念については活発な議論が行われているが、事実的名誉（「社会的情報状態」も社会的評価と同様、一定の事実状態であるため、従来の事実的名誉説と同根であると考えられる）を保護法益とする見解にも、規範的名誉（人の真価、正当な社会的評価）を保護法益とする見解にも理論的な問題があると考えられる。

⁵ 山口厚「名誉毀損と真実性の誤信」法曹時報41巻10号（1989年）33頁。

⁶ 丸山雅夫「個人的法益としての『名誉』概念」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院・2002年）328頁。

⁷ 平川宗信「名誉に対する罪の保護法益」現代刑事法6巻4号（2004年）8～9頁。これに類似するものとして伊東研祐『現代社会と刑法各論 [第2版]』（成文堂・2002年）150頁。

まず、事実的名誉を保護法益とする立場からは、「虚名ないし不当に高い評価を普通人のレベルまで引きおろした場合も、名誉毀損罪の成立を認めざるを得ない」⁸という結論となるが、刑法が戦後の法改正による議論を経て「公共の利害に関する事実」を「専ら公益を図る」目的で摘示した場合と、「公共の利害」に関わらない事実を摘示した場合を分けるようになったことに鑑みると、ここで問題となる「虚名」や他人からの「不当に高い評価」がどのような事柄についてのものかということを考慮することなく、抽象的に「社会的評価が保護法益である」と解するのは妥当ではない。刑法230条の2の条文は、名誉と表現の自由、国民の知る権利とのバランスを図ったものとされているが、それとは別に、同一の客体であっても「公共の利害に関する事実」を公表された場合と「公共の利害」に無関係の事実を公表された場合とでは可罰性を基礎づけるものが異なるのではないか。この批判は規範的名誉を保護法益とする（4）の②説にも該当する。

これらを前提とすると、先行研究で行われてきた「名誉とは何か」という抽象的な議論は230条と230条の2の区別を曖昧にすることによって混乱を来しているという点で妥当ではなく、230条は「公共の利害」とは無関係な私事を公表した場合と、公益目的ではなく「公共の利害」に関わる事実を公表した場合に成立する犯罪であるから、前者の意味において、「プライバシー」と呼ぶべきものを保護する犯罪として構成されると考えるのが妥当ではないだろうか。この点につき、「名誉」を規範的に捉える見解の中には、社会的評価から自由であるべき領域をプライバシーであるとした上で、社会的評価を受けるべき領域については「妥当な社会的評価を受ける利益」を保護するのが名誉毀損罪であるとするものがある⁹。この見解によると、「刑法230条の2が規定する『公共ノ利害ニ関スル事実』は、社会的評価に重要な事実として広く解されるべき」¹⁰であり、「妥当な社会的評価を受ける利益は、（1）社会的評価に重要

⁸ 林・前掲（注2）114頁など。

⁹ 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（4・完）」法学協会雑誌101巻11号（1984年）78～79頁。規範的名誉を保護法益とした上で、プライバシー侵害を処罰する規定の立法が必要であると主張する見解として、平場安治「名誉に対する罪についての立法的考察」佐伯千仞ほか（編）『竹田直平博士 植田重正博士還暦祝賀 刑法改正の諸問題』（有斐閣・1967年）370～371頁。396頁以下。

¹⁰ 佐伯・前掲注（9）78頁。

な事実については、真実でない事実の公表によって、（2）社会的評価に重要でない事実については、真偽を問わずその公表自体によって、侵害される¹¹。これを名誉毀損罪の解釈に引きつければ、230条の2は規範的名誉を保護法益とする犯罪ということになる¹²。

この見解は、「公共の利害」に関わらない事実を公表した場合と、「公共の利害に関する事実」を公表した場合を区別した上で名誉毀損罪を論じているという点で意義があるが、230条の2は「事実が真実であるときはこれを罰しない」ではなく「真実であることの証明があったときは、これを罰しない」と規定していることに注意が必要である。「事実が真実であるときにはこれを罰しない」という規定の仕方をしてるのであれば、230条の2は虚偽の事実を摘示することという独自の構成要件を有する犯罪類型であるということが出来る。しかし、230条の2は免責要件と被告人の挙証責任を定めているため、独自の構成要件を定めたものではない。よって、何らかの保護法益を有する犯罪類型であるともいえないだろう。

また、230条の2が保護する規範的名誉を虚偽の事実によって侵害されるものと解するこの論者の考え方は、事実の虚偽性を230条の2の構成要件とするのであれば理解することが可能であるが、前述の通り230条の2における事実の真実性は被告人が負うべき挙証責任である。事実の真否は裁判で証明されるものであるので、この論者の考えは、裁判で虚偽性が証明されたという結果が行為時に遡って規範的名誉を侵害するということになり得る点で疑問がある。

このように、名誉毀損罪を「妥当な社会的評価を受ける利益」を保護するものと解すると230条の2の法文との矛盾が生じるので、名誉毀損罪の保護法益を事実の真実性の観点から検討するのは妥当ではない。よって、230条が主に「公共の利害」に関わらない事実を公表した場合に成立する犯罪であることと、事実の真否を問わず処罰するものであることに鑑み、230条をプライベート保

¹¹ 佐伯・前掲注（9）79頁。

¹² 佐伯・前掲注（9）の論文ではそのような書き方はされていないが、佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾ほか（編）『刑法理論の現代的展開 各論』（日本評論社・1996年）80頁では、「山口教授は、第230条の2を虚偽の事実摘示によってのみ侵害される規範的名誉を保護法益とする構成要件を定めたものとする解釈を示されたが、筆者もこの見解に賛同したい」と述べている。

護の観点から再構成するのが妥当であると考えられる。

第2節 研究方法

230条をプライバシー保護の観点から検討するには、プライバシーの定義と範囲を明確化する必要がある。

従来の研究では、現行ドイツ刑法185条以下を参照しつつ名誉に対する罪の検討が行われているが、日本とドイツでは条文の性格が異なるということに注意しなければならない。日本刑法230条の1項が「その事実の有無に関わらず」名誉を毀損したとされる場合には処罰すると規定しているのに対し、ドイツ刑法第14章「侮辱」における186条（悪評の流布）では、「他の者に関して、この者を侮辱し得る又は世論において貶め得るような事実を主張し又は流布した者は、この事実が証明可能な程度に真実でないときは、1年以下の自由刑又は罰金に処し、行為が公然と又は文書（第11条第3項）の頒布により行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定しており、その例外として192条（真実性の証明にもかかわらず成立する侮辱）では、「事実の主張若しくは流布の形態から又はそれらが行われた諸事情から、侮辱が生じたときは、主張され又は流布された事実の真実性を証明しても、185条による処罰は排除されない」と規定されている。

このように、ドイツ刑法は公表した事実が真実であることが証明されなければ原則として処罰されないとしているという点で日独の名誉毀損法には相違点があり、比較検討を行う際にはこの点を無視することは出来ない¹³。

一方、現行フランス刑法典には「名誉毀損罪」は存在しないが、現行の1881年7月29日出版自由法（la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse）の29条以下では個人や団体の名誉を毀損したり侮辱したりした場合の罪責が規定されている。詳細は第2章で述べるが、言論・出版に関する基本法であるフランス出版自由法の35条3項では、「私生活（vie privée）」に関する事実に関して名誉毀損の事実を公表した場合、その事実の真実性を証明することが許されていない。他方、1843年のイギリス誹謗文書法6条では、文書の公表が公益のためであった場合には事実証明を認めるとされている。このように、イギリス

¹³ ドイツ刑法の条文の邦訳は『法務資料 第461号 ドイツ刑法典』（法務省大臣官房司法法制部・2007年）129～130頁による。

とフランスの名誉毀損法は日本刑法と類似していることを前提とすれば、日本の名誉毀損罪はイギリスとフランスの影響を受けたものではないかと推測される。

そこで、本論文では第1章において、日本刑法230条と230条の2の沿革に触れつつ、これらの規定と英仏の名誉毀損法との関係を歴史的観点から論じ¹⁴、これを前提として第2章ではフランス出版自由法における名誉毀損罪について扱う。そして第3章では、フランスの名誉毀損に関する知見を参考にしつつ、日本刑法の名誉毀損罪の枠組で保護され得るプライバシーの趣旨について検討し、続いて保護法益としての名誉を再構成することを試みる。続いて第4章では、名誉毀損罪における「真実性の誤信」の問題について扱う。ここでは第3章で得た名誉とプライバシーの意義についての知見を前提として、真実性の証明がされた場合に「罰しない」と規定されている法的な趣旨と、真実性の証明に失敗した場合の扱いについて検討する。第5章では、死者の名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益について扱う。最後に第6章では、名誉毀損罪がプライバシーに対する罪という側面を有していることを前提として、プライバシーを保護していると解される他の犯罪との異同について論じる。

以上の流れに沿って、まず日本刑法の名誉毀損罪の沿革から見ていくこととする。

第1章 日本刑法における名誉毀損罪の沿革

第1節 旧刑法とフランス法

1880（明治13）年の旧刑法は、1873（明治6）年に日本の法律顧問として招聘したフランスの法学者ポアソナードの起草草案を修正して成立したものであり、旧刑法の編纂過程¹⁵は、1875（明治8）年の司法省による編纂作業に始まる。ここでの編纂方針は、ポアソナードに刑法草案を提出させ、フランス刑法の講義をさせて編纂の参考とするというものである。その結果として、総則である

¹⁴ 本稿では、このように古い議論を見ていくが、文献中の片仮名は平仮名に、旧漢字は新漢字に、歴史的仮名遣いは現代仮名遣いに変換した。

¹⁵ 旧刑法の編纂過程については、吉井蒼生夫・藤田正・新倉修（編著）日本立法資料全集8『刑法草按注解（上）』（信山社・1992年）4頁以下。

「日本帝国刑法初案」（第1編82条）が作成され、1876（明治9）年4月25日に司法省から正院に上呈され、5月17日に「改正刑法名例案」として元老院で議定されたが、不完全との理由から審議を経ずに返還されることとなった。

返還を受け、ボアソナードの助言を受けつつ日本人編纂委員のみで起草するという方針から、ボアソナードの草案を原案とし、それを基礎にボアソナードが自説を述べ、日本人の編纂委員代表の鶴田皓との間で質疑・討論を行い、それをもとにボアソナードが修正案を起草し、鶴田との間で議論するという過程を何回か繰り返して確定案を作成するという方針へ変更された。その結果、1877（明治10）年に4編478条からなる「日本刑法草案（確定稿）」が成立した。

この確定稿では、第3編「人に対する罪」の第12節「人の名誉に関する重罪及び軽罪」の398条において「人の名誉を害するの意を以て公然其悪事醜行を摘発公布したる者は事実の有無を問わず讒毀の罪と為し左の例に照して処断す」と規定されており、讒毀の行為態様は「公然の演説を以て人を讒毀」した場合と「書類画図を公布し又は雑劇偶像を作為して人を讒毀」した場合に限定される。続いて、475条20号では「公然に人を罵詈嘲弄したる者」は違警罪として処罰されることが定められている。

確定稿が成立する過程における議論の中で、「讒毀」について鶴田から質問があった際に、ボアソナードは、フランス出版法では具体的事実を摘発する場合は *diffamation* とされ、事実を摘発しない場合が *injure* とされていると述べ、同様に草案における「讒毀」は具体的事実を摘発するものであり、罵詈とは区別されると説明している¹⁶。また、「事実の有無を問わず処罰する」という点に対し、ボアソナードは「人の名誉を害するを重んずる点より論ずれば固より其事実の有無を論ずべき者にあらず」「仏国刑法378条にて漏告の罪を罰するは人の名誉を害する点より論ずる訳にして即事実のありたる時と雖も固より之を罪と為す。然らば讒毀の罪も亦た假令事実のありたる時と雖も之れを公然と明言して讒毀したる時は矢張罪と為さざるを得ず」と述べている¹⁷。

1877（明治10）年の「日本刑法草案」を受けて、法制局から一層の審査修正が必要との指示があったので、審査修正のために刑法草案審査局が設置された。

¹⁶ 早稲田大学図書館資料叢刊1『日本刑法草案会議筆記（第三分冊）』（早稲田大学出版部・1977年）2117～2118頁。

¹⁷ 前掲（注16）2118～2119頁。

犯罪の新設・削除、条数の変更等の修正を伴って「刑法審査修正案」が成立し、1880（明治13）年の元老院における審議においてほとんど修正されずに公布され、ここに旧刑法が成立する。旧刑法では358条において、「公然の演説」と「書類画図を公布し又は雑劇偶像を作為」することによって「悪事醜行を摘発して人を誹毀したる者は事実の有無を問わず」処罰されることが定められており、426条12号では「公然人を罵詈嘲弄したる者」が違警罪として処罰されることが定められている。名誉に対する罪は1877（明治10）年の草案（確定稿）が受け継がれ、フランス法の影響を有する規定として成立したといえる。

第2節 現行刑法への改正

現行刑法典は1871年ドイツ刑法にならったものであるが、現行刑法典の名誉毀損罪はドイツの影響を受けているのか、それとも旧刑法時代のフランスの影響を残しているのだろうか。以下では現行刑法への改正の過程を通して、この点について検討する。

大審院や裁判所等から司法省へ、旧刑法に関する「質問」等があり、司法省は「説明」「解答」をもって対応してきたが、旧刑法には日本の社会情勢に適合しない条項が多いという認識が政府内で広まり、刑法改正の必要性が主張されるようになった¹⁸。

それに伴い、政府は1891（明治24）年1月17日の第1回帝国議会（衆議院）において「明治23年改正刑法草案」を提出したが、会期終了に伴いこの草案は審議未了に終わった¹⁹。この「明治23年草案」は明治18年のボアソナードの改正案を基礎としており、329条において「人を害し若くは侮辱するの意を以て左の場所に於て又は左の方法に依り人の名誉を害す可き事実、行為を摘発したる者は其事実、行為の有無を問わず誹毀の罪と為す」と規定され、誹毀の行為態様が「公の集会又は公の場所に於て犯したるとき」「公の場所に非ずと雖も特定の人に限り集会又は臨席を許したる場所に於て数人の面前に於て犯したるとき」「如何なる場所を問わず被害者と他人との面前に於て犯したるとき」「文書

¹⁸ 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫（編著）日本立法資料全集20『刑法（1）－I [明治40年]』（信山社・1999年）4頁以下。

¹⁹ 松尾浩也増補解題；倉富勇三郎、平沼騏一郎、花井卓蔵監修；高橋治俊、小谷二郎共編『増補刑法沿革総覧』（信山社・1990年）1頁。

図画又は偶像を配布し販売し又は公衆の総覧に供し若くは数人に示し又は雑劇を演じて犯したるとき」の4つに限定されている。

続いて、この草案では330条において「株式会社の頭取、支配人其他の役員に対し職務上不正の事ありとして指摘したる者其事実を証明したるときは罪として論ぜず」とされており、ボアソナードが1885（明治18）年に作成した改正草案の398条の2の規定を受け継いでいる。ボアソナード草案の398条の2は「株券又は証書を発行したる商事会社或は民事会社の頭取、管理人、代弁人又は精算人に係る場合は本則の限りに在らず」として事実証明を認めており、1881年7月29日フランス出版自由法35条2項に倣ったものであることが明記されている²⁰。同様に、明治23年草案157条には「官吏、公吏、議員に対し其職務上の不法の所為ありとして指摘したる者事実を証明すること能わざるときは」処罰されるとあり、これは同じくフランス出版自由法31条と35条に倣ったものであることが明記されているボアソナード草案の170条²¹を受け継いでいる。

一方、「明治23年草案」の「説明書」では、誹毀罪に事実証明という改正を加えたことについて「誹毀罪の性質として事実の有無を問わざるは当然なりと雖も株式会社の頭取支配人等に対して其職務上の不正の事ありとして誹毀したる者は其事実を証明し得ざるときに非ざれば之を罪とせず畢竟此所為たる会社に関係したる衆人の利益を保護するに出たるものと見做す可きを以てなり即ち官吏を侮辱するの罪と雖も異なることなきものとす」²²との理由が説明され、官吏侮辱罪については「官吏、公吏等に対して其職務上の不法ありとして指摘したる場合に於て果して其事実ありとせば之を世上に発表し公衆の注意を惹くは当然のことにして固より罪として論ず可き者にあらず故に此場合に於ては新聞紙条例に於るが如く事実の証明を許し其証明を為し得ざるとき始て之を侮辱罪として処分するを当然なりとす」²³と説明されている。この草案が出された時点で既に制定されていた新聞紙条例・出版条例の事実証明規定では、口頭に

²⁰ 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫（編著）日本立法資料全集20-2『刑法（1）-II [明治40年]』（信山社・2009年）138頁。

²¹ 内田ほか・前掲（注20）92頁。

²² 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫（編著）日本立法資料全集20-3『刑法（1）-III [明治40年]』（信山社・2009年）218頁。

²³ 内田ほか・前掲（注22）208～209頁。

よる誹毀をカバーするものではなかったため、明治23年草案はこの穴を埋めるものであったといえる²⁴。しかし、「明治23年草案」は名誉に対する罪に関する議論が行われる前に審議未了となった²⁵ので、事実証明の規定がどのように受け止められたのかは不明である。

1892（明治25）年以降、司法省の刑法改正審査委員会は新たに改正作業を開始し、1895（明治28）年に改正案を脱稿した（「明治28年案」と呼ばれている）。この明治28年案では明治23年草案に存在した事実証明が削除されており、その286条では「人の名誉を毀損したる者は事実の有無を問わず」処罰するとされている²⁶。この草案については、審査委員会の決議録が残されているが、この決議録は1894（明治27）年12月19日に行われた第2編「罪」の第5章「公権に対する罪」第4節「多衆聚合の罪」で終わっているため、その後の議論の様子は不明である²⁷。したがって、「明治23年草案」に存在した事実証明規定が削除されるに至った経緯は不明である。事実証明規定を置かず、「事実の有無を問わず」処罰するという姿勢は後述の「明治30年案」、「明治33年改正案」、「明治34年改正案」を経て現行刑法230条に受け継がれる。

「明治28年案」の脱稿を受けて、司法大臣は大審院・大審院検事局・控訴院・控訴院検事局・地方裁判所・地方裁判所検事局に対し、刑法草案についての意見を徴し、弁護士会に対しても意見を求めた。これと同時に司法省は新しい草案を刊行し、一般社会に公表した（「明治30年案」と呼ばれる）。1899（明治32）年に刑法改正作業は刑法改正審査委員会から法典調査会第三部に引き継がれ、その第1回連合会において「明治30年案」を原案として改正作業を行うことが決定された²⁸。法典調査会における議論の様子は「法典調査会会議日誌」

²⁴ 宮城浩蔵も、旧刑法が官吏侮辱罪について事実証明規定のないことに異議を唱え、改正の必要があると述べている。内田ほか・前掲（注22）258～259頁。

²⁵ 内田ほか・前掲（注22）223～240頁には、第1回帝国議会における議論の様子が記載されているが、刑法案が提出される1891（明治24）年1月17日から第1回帝国議会の衆議院本会議の最後である1891（明治24）年3月7日に至るまで、名誉に対する罪に関しては議論がなされていない。

²⁶ 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫（編著）日本立法資料全集21『刑法〔明治40年〕（2）』（信山社・1993年）177頁。

²⁷ 内田ほか・前掲（注26）6頁。

²⁸ 内田ほか・前掲（注26）9～11頁。

に記載されており、逐条審議がなされていたが、名誉に対する罪に関する議論は見られない。1899（明治32）年12月11日に行われた第27回会議において「今日の如き逐条審議の方法にては渉取らざるを以て第132条以下は書面を以て各委員より意見を提出せしめ其意見ある箇条に限り討議することにせば便宜ならんとの提議あり各委員に於て異議なく恰も副総裁の出席ありたるを以て直に之を認可し書面にて其旨各委員へ通牒することに決せり」²⁹との記述があるので、名誉に対する罪に関しては特段の議論がされなかった可能性がある。

法典調査会第三部は議論の末、1900（明治33）年に改正案を完成させ、翌1901（明治34）年にこれを修正した「明治34年改正案」を第15回帝国議会に提出した。この改正案では第1編「総則」と第2編「罪」という現行刑法に近い構造を採っており、第13章が「名誉に対する罪」となっている。34年改正案では、28年案と同様に事実証明の規定が存在せず、270条において「悪事醜行ありとして公然之を摘示し人の名誉を毀損したる者は事実の有無を問わず」処罰され、271条において「悪事醜行を摘示せずと雖も公然人を侮辱したる者」が処罰される。この後も何度か改正案が出され、それに対する議論もなされたが、名誉に対する罪に関しては内容上の変更はなく、事実証明に関する議論もされずに現行刑法典が成立するに至っている。前述の通り、事実証明規定が「明治23年草案」から削除された経緯は不明であるが、ドイツ刑法が原則的に事実証明を認めていることから、名誉に対する罪に関してはドイツの影響はほとんど見られず³⁰、ボアソナードの指導下で制定された旧刑法時代におけるフランスの影響を残していると解することができるだろう。

第3節 出版条例と新聞紙条例における事実証明の規定

旧刑法でも現行刑法でも名誉に対する罪において事実の証明が認められていなかったが、1887（明治20）年に改正された新聞紙条例第25条では「新聞紙の

²⁹ 内田ほか・前掲（注26）191頁。

³⁰ 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』（有斐閣・1983年）34頁、小野・前掲（注1）131頁。平場安治「名誉に対する罪についての立法的考察」佐伯千仞ほか（編）『竹田直平博士 植田重正博士還暦祝賀 刑法改正の諸問題』（有斐閣・1967年）381～382頁では、日本の刑法が事実の摘示の有無で名誉毀損と侮辱を区別するのはフランス法系の重型であると述べられている。

記載したる事項につき誹毀の訴ある場合に於て其私行に渉るものを除くの外裁判所に於て其人を害するの悪意に出でず公益の爲にするものと認むるときは被告人に事実を証明することを許すことを得若し其証明の確立を得たときは誹毀の罪を免ず」と定められており、同年の出版条例31条においても、文書図画の出版による場合について同じ文言で定められていた³¹。

両規定は「私行」を除く事実については「公益」のために公表したとされる場合に限り事実証明を認めている。これらの規定を受け継ぐ1909（明治42）年の新聞紙法45条と1893（明治26）年の出版法31条が事実証明を認める趣旨について、「出版物により公正なる言論社会的制裁の途をひろく」³²ものであるという学説の他に、「当時の状況のもとにおける治安法の論理に基づいてそれが許す範囲内で真実の表明を許容したにすぎず、表現の自由尊重の思想に出たものではないことは明らかだともう」³³とする学説がある。戦前の日本の出版法と新聞紙法に関する判例上、「私行」は狭く解釈されていた³⁴ので、実質上表現の自由は制限的なものにとどまっていたといえよう。

詳細は後述するが、1881年フランス出版自由法35条において、公的な職務にある者に対して職務に関してなされた悪事醜行の摘示について事実証明が認められている。そしてイギリスの1843年誹謗文書法の第6条においても、名誉毀損的な言辞を恒久的な方法で公表する行為について、悪意がなく、公益を図る目的があったことと事実の真実性の立証が得られた場合に免責されることが定

³¹ これらの規定は、明治26年の出版法31条と明治42年の新聞紙法45条に受け継がれている。

³² 伊藤信道『出版法と新聞紙法に就て』（出版年、出版社共に不明だが、大日本帝国憲法を「我國憲法」とする記述が1頁にあり、発行禁止を受けた新聞紙の一覧において最後に記載されているものが昭和4年の無産者新聞であるため、1930年以降、日本国憲法施行以前に執筆されたものと考えられる。）346頁。

³³ 平川・前掲（注30）35頁。

³⁴ 大審院は「私行」を「官吏公吏其他の公務員又は公共団体その他公の施設に関する職員又は委員としての行動」に含まれないものと解していた。（大判大正12年12月14日・刑集2巻976頁など）よって、弁護士の訴訟に関する行動（大判大正12年12月17日刑集2巻1037頁）、私人の犯罪行為（大判大正15年8月6日法律新聞2611号13頁）、医師の診療行為（大判大正13年7月19日刑集3巻583頁）なども「私行」とされた。

められている。このようにイギリスとフランスは条件付きで事実証明を認めていたが、前述の2つの条例の事実証明規定はイギリスとフランスのいずれから影響を受けたものであろうか。

新聞紙条例が成立したのは1875（明治8）年であり、その当時の条例は事実証明の規定を有していなかったが、フランスの影響を受けて制定されたものであると考えられる。出版取締法規として制定された新聞紙条例は16条から成り、「新聞紙及び時時に刷出する雑誌雑報」の発行手続や責任者の体系の他、記事内容の制限に関する規定が設けられている。記事内容を制限する規定として、12条では「新聞紙若くは雑誌・雑報に於て人を教唆して罪を犯さしめたる者は、犯す者と同罪。其教唆に止まる者は、禁獄5日以上3年以下、罰金10円以上500円以下を科す。其教唆して兇衆を煽起し或は官に強逼せしめたる者は、犯す者の首と同く論ず。其教唆に止まる者は罪前に同じ」と規定されている。13条では「政府を変壊し国家を転覆するの論を載せ騒乱を煽起せんとする者は、禁獄1年以上3年に至る迄を科す。其実犯に至る者は首犯と同く論ず」と規定され、14条では「成法を誹毀して国民法に遵うの義を乱り及踵はに刑律に触れたるの罪犯を曲庇するの論を為す者は、禁獄1月以上1年以下、罰金5円以上100円以下を科す」と規定されている。

明治8年新聞紙条例では教唆罪・騒乱煽起罪・成法誹毀罪・罪犯曲庇罪が処罰の対象となっており、特にフランスの1849年7月27日の法律の第3条では、「法律に対してなされるべき尊重への攻撃と、刑罰法規によって重罪または軽罪とされる行為の擁護もしくは正当化（l'attaque contre le respect dû au loi, ainsi que l'apologie ou justification de faits qualifiés crimes ou délits par la loi pénale）」が処罰されている。1849年法と1881年出版自由法の前身である1819年5月17日出版法等に代表されるフランス出版法制と、日本の新聞紙条例には、出版犯罪を特別法としての出版法において規定するという共通点があるが、日本の新聞紙条例はフランス法制からどのような影響を受けたといえるだろうか。

明治8年新聞紙条例は1873（明治6）年の新聞紙発行条目が改正されたものであり、その前身は1869（明治2）年の新聞紙印行条例である。新聞紙印行条例も新聞紙発行条目も出版統制の規定であるが、いずれも独自の刑罰規定を持たず、前者は「若し条例に背く者有る時は・・・罪に従て科断す」と規定し、後者は「禁令条例に背きたる時は律に照して処断すべし」と規定するにとどまっている。このように、新聞紙印行条例・新聞紙発行条目と明治8年新聞紙条例

は法体系が異なっており、新聞紙条例の制定過程において何らかの移行があったと考えられる。

出版法制の体系について、1875（明治8）年1月25日付けで政府からボアソナードに対して「出版条例は、刑法中に包括すべきや、果たして然りとせば、其包括すべき部分は如何や」という問いが發せられている。これに対してボアソナードは、特別の犯罪と罰則を一般法と区別して特別法に規定する根拠として、1）各国の当時の情状、2）法理、3）實際施行上の便益を挙げている³⁵。フランスでは1810年に刑法が制定されたが、当時は帝政であったため表現の自由は存在せず、出版犯罪について敢えて刑罰を設ける必要がなかったものの、1819年以降に出版の自由が認められ始めたことに伴って出版に関する法律が制定された³⁶。1810年刑法には誹謗と侮辱の罪が規定されていたが、1819年5月17日の出版法によって廃止され、これ以降、名誉毀損と侮辱の規定は出版法という特別法の中に存在することになったのである。ボアソナードは出版犯罪のような特別犯罪を特別法の中に規定することの理由として、1）特別犯罪の条文が多いため、それを一般法に編入すれば権衡を失するということ、2）一般法と異なり、特別法は国民全体に関わるものではないため、一般法と区別して規定する方が便宜的であること、3）特別法規は状況に応じて改正することを必要とするが、一般法の改正は慎重に行わなければならないことの3点を挙げている³⁷。これに基づいてボアソナードは日本の出版条例について、刑法一般の論理に入るべきものは刑法に加入すべきであり、新聞紙の發行・販売を行う書肆と印刷人の職業に特有の規則に対する犯罪は条例中に加入すべきであると説き、「出版は又、讒毀を公に為すの方便たるを以て之を為す者は、輕罪犯と為す」としている³⁸。

出版刑事規定の定め方は、出版法それ自体に出版刑事犯の内容と刑罰を規定するフランス・ベルギー型と、出版刑事犯を基本的には一般刑法の規定に従うものと解し、特別の事項のみについて出版法に規定するドイツ・オーストリア

³⁵ 國學院大學日本文化研究所（編）『近代日本法制史料集・第8・ボアソナード答議（1）』（國學院大學・1986年）4頁。

³⁶ 前掲（注35）4頁。

³⁷ 前掲（注35）5～6頁。

³⁸ 前掲（注35）7頁。

型に大別される³⁹。出版刑事犯を一般刑法の規定に従うものとする新聞紙発行条目を「ドイツ法主義をとった」⁴⁰ものとする見解に対して「徳川禁令以来のわが国に伝統的なもの」⁴¹とする批判があるものの、新聞紙発行条目から明治8年新聞紙条例への移行に際し、法体系が変わったことは明らかであり、「フランス法主義はこの明治八年の新聞紙条例が初めて採用したものである」といえる⁴²。加えて、フランス出版法が採用する特別法主義を勧めるボアソナードの答議があったことから、明治8年新聞紙条例は「意識してフランス型をとったもの」といえるだろう⁴³。

続いて、1887（明治20）年の新聞紙条例と出版条例において新設された事実証明の規定がフランス出版法の影響を受けたものか否かということが問題となる。1889（明治22）年に発布された大日本帝国憲法では、その29条において「著作印行の自由」が定められていた。大日本帝国憲法では「この『自由』を法律の範囲内のものとする、いわゆる『法律の留保』も予定されていたから、出版法制がこの『自由』の範囲を先取的に確定する」⁴⁴ことが求められ、1887（明治20）年の両条例はそのような問題関心の下で制定されたのである。両条例における事実証明規定がいずれの国の法制の影響を受けたかということを検討するためには、両条例の改正に携わったのは誰かということを明らかにする必要がある。この点について、「新たに発布されようとする憲法において承認せられる言論出版の自由の精神にもかえりみて、老獪な伊藤博文は世論を考慮して、願出許可制の『新聞紙条例』を、明治二〇年一二月二八日、勅令第七五号を以て届出制に改正した」⁴⁵ということの他に、「清浦（筆者注：清浦奎吾）が（筆者注：内務省）警保局長に就任した頃は、まだ警察法令が十分整備されていなかった時代であるが、彼が法制に明るかったことにもよるが、その在職中多く

³⁹ 奥平康弘「日本出版警察法制の歴史的研究序説・4」法律時報39巻8号（1967年）69～70頁、土屋正三「我が国出版法制の沿革（二）」警察研究1巻6号（1930年）43頁。

⁴⁰ 土屋・前掲（注39）43頁。

⁴¹ 奥平・前掲（注39）71頁。

⁴² 土屋・前掲（注39）43～44頁。

⁴³ 奥平・前掲（注39）71頁。

⁴⁴ 川口由彦『日本近代法制史』（新世社・1998年）237頁。

⁴⁵ 岡野他家夫『明治言論史』（鳳出版・1974年）246頁。

の重要な法令の創定・改正を手がけている。その主なものをあげると（中略）新聞紙条例、出版条例、版權条例、保安条例（明治二十年十二月）⁴⁶等があるということが言われている。清浦奎吾については、『伯爵清浦奎吾伝』の中に「清浦伯爵が（筆者注：内務省）警保局長として、出版条例取調委員会の設置につき、当時の県治局長であった末松謙澄と共に、専らその調査に従事したのも、明治十九年中のことであった」⁴⁷「専ら清浦伯爵及び末松の手によって調査せられた出版条例が、また内閣の方針に従ったものであることは勿論であろう」⁴⁸という記述がある。内務省の警保局長であった清浦が当時の内閣総理大臣伊藤博文の、新しい憲法に規定される言論の自由と法律の留保を盛り込んだ出版法制が必要であるとの考えに従って、伊藤博文の意見を採用入れつつ制定に携わったのではないかと考えられる。

また、清浦は『明治法制史』という著作を出版しているが、両条例については「明治二十年十二月勅令第七十五号を以て条例を改正す其の大体は旧法と大なる差異なし」⁴⁹と記載されているのみであり、前述の『伯爵清浦奎吾伝』にも清浦が条例改正にあたりどのような「調査」をしたのかということについては触れられていない。そこで、両条例の改正の背景となった「著作印行の自由」の趣旨を見ることを通して事実証明規定に関する前述の問題を検討する。

大日本帝国憲法の制定作業は1886（明治19）年頃から始まり、そのメンバーは内閣総理大臣の伊藤博文、井上毅、伊東巳代治、金子堅太郎であった。ロエスレルとモッセとの質疑を経た井上が1887（明治20）年5月に甲案・乙案という憲法草案を伊藤に提出し、同じ頃にロエスレルから提出された憲法草案をもとに、同年8月には「夏島草案」が作られた。その後も何度かの修正と草案作成を経て、成案が1888（明治21）年4月に天皇に上奏され、枢密院の審査において若干の修正を経て1889（明治22）年2月に確定案が成立した⁵⁰。

このような制定過程の中で、「著作印行の自由」は井上の甲案7条10項にお

⁴⁶ 大霞会（編）『内務省史 第2巻』（地方財務協会・1971年）922頁。

⁴⁷ 徳富蘇峰（監修）、井上正明（編）『伯爵清浦奎吾傳 上巻』（伯爵清浦奎吾傳刊行会・1935年）172頁。

⁴⁸ 前掲（注47）173頁。

⁴⁹ 清浦奎吾『明治法制史 [再版]』（明法堂・1899年）210頁。

⁵⁰ 川口・前掲（注44）197～198頁。

いて「法律の範囲内に於て言論著作印行集会及結社の自由」⁵¹が保護されることが定められ、乙案11条10項でも同様に規定されていた⁵²。これに先立って井上はロエスレルとモッセに対し、国民の権利を憲法に規定すべきか否かについて質問している⁵³。この質問に対しロエスレルは「或る一般の自由権、即ち根本権は、諸国の憲法に於て是認する所なり」⁵⁴ということに鑑み、「或る根本権を臣民に予うるは、憲法の大眼目とするを得べく、若し此れなきに於ては、実に憲法の欠典と謂うべし」⁵⁵と答え、続いて「根本権の効用は、実際に於て極めて小なりとす。何となれば、其実行如何は、多くは特別の法律に依て定まるものなればなり」⁵⁶と述べている。つまり、人権規定を持たない憲法は諸外国から欠陥憲法とみなされるが、「法律の留保」を付すことによって国家の活動を維持することが可能となるとロエスレルは言っているのである。続いてモッセも同様のことを述べており⁵⁷、「井上は、これによって人権規定をおく決心をしたと思われる⁵⁸」。

このように、大日本帝国憲法における「著作印行の自由」は特別の法律によって制限することが前提となっていたということがわかる。このことに鑑みると、憲法を先取りする形で制定された1887（明治20）年の兩条例は、「法律の留保」を容易にするものとして生まれたと考えられる。当時の西洋法制を見てみると、1871年のドイツ刑法では名誉毀損的行為一般に事実証明を認めている一方で、イギリスの1843年誹謗文書法とフランス出版自由法は条件付きで事実証明を認めているということは前述の通りである。イギリスの誹謗文書法とフランス出版自由法を比較してみると、前者は「悪意なく」「公益目的のために」という条件で事実証明を認める一方で、当時のフランス出版自由法35条は公的な職務にある者に対して、その職務に関して名誉毀損的行為がなされた場合には事実

⁵¹ 春畝公追頌會（編）『伊藤博文伝 中巻』（1941年）1011頁。

⁵² 前掲（注51）1022頁。

⁵³ 國學院大學日本文化研究所（編）『近代日本法制史料集 第1 ロエスレル答議（1）』（國學院大學・1979年）140頁。

⁵⁴ 前掲（注53）141頁。

⁵⁵ 前掲（注53）141頁。

⁵⁶ 前掲（注53）142頁。

⁵⁷ 前掲（注53）146～148頁。

⁵⁸ 川口・前掲（注44）211頁。

証明を認めるという趣旨であるが、公務員、両院議員、金融関係の会社の取締役等といったように事実証明の対象が明確に定められている（詳細は第2章第1節で後述する）。憲法制定に携わったメンバーは、憲法に人権規定を設けることと、それに対して「法律の留保」という制限を付すことをロエスレルとモッセ等から学んだが、要件がより抽象的なイギリス誹謗文書法の形式の方が「法律の留保」のもとに「著作印行の自由」を制限することが容易になるだろう。また、イギリス誹謗文書法は文書誹謗のみを対象としているので、口頭誹謗については事実証明を認めていない。憲法としての体裁を整えるために「著作印行の自由」の規定を入れ、「法律の留保」によって自由を制限することを考えていた憲法制定メンバーは、人権保障に対して消極的な考えを持っていたと考えられるので、新聞等の文書に限り事実証明を認めたのはイギリス法に倣ったものと思われる。

次に、条例に規定されている「私行に渉るものを除く」という文言は、フランス出版自由法における「私生活は覆われざるべからず」の原則を取り入れたものである⁵⁹とされているが、これらの条例は「私行」について、フランス出版自由法のような明確な基準を定めておらず、実際に、両条例の事実証明規定が受け継がれた新聞紙法と出版法が問題となった事件において、判例は「私行」を狭く解釈することによって結果的に「著作印行の自由」を制限している。以上より、日本の「出版法第31条及び新聞紙法第45条の規定は、イギリス法及びフランス法の両要素を組み合わせた一種の立法」⁶⁰ということになり、後述の通りそれは戦後の刑法改正後にも受け継がれているといえるだろう。

第4節 230条の2の成立過程

出版法と新聞紙法は、1945（昭和20）年9月27日附連合最高司令部の指令「新聞及言論の自由への追加措置に関する覚書」によって事実上その適用がみられなくなり⁶¹、1949年に正式に廃止された。加えて、日本国憲法21条によって表現の自由が大幅に拡大されることに伴い、230条の2が新設されることに

⁵⁹ 河原峻一郎『言論及び出版の自由』（有斐閣・1954年）85頁。

⁶⁰ 小野・前掲（注1）532頁。

⁶¹ 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良書普及会・1948年）173頁。

なった。以下では、230条の2の成立過程⁶²を見ることとする。

1946（昭和21）年3月12日、憲法改正に伴う諸般の法制の整備に関する諮問機関として、内閣に臨時法制調査会を設けることが閣議決定され、同年7月3日に臨時法制調査会官制（昭和21年勅令第348号）が公布された。7月11日の第1回総会では、「憲法改正に伴ひ、制定又は改正を必要とする主要な法律について、その法案を示されたい」との諮問が出されたことを受け、調査会は皇室・内閣関係を担当する第1部会、国会関係を担当する第2部会、司法関係を担当する第3部会、財政関係およびその他を担当する第4部会に分かれて審議を行った。刑法の改正に関する審議は第3部会で行われ、1946（昭和21）年10月26日付けで提出された答申において示された「刑法の一部を改正する法律案の要綱」では、①名誉毀損罪と侮辱罪の刑を相当程度引上げることと、②印刷物、貼札又はラジオによる場合にも考慮しつつ出版物により名誉毀損罪を犯した場合の刑を加重する規定を設けることが定められたが、事実証明に関する規定の新設は含まれておらず、これは司法省に設けられた司法法制審議会の要綱でも同様である⁶³。前述の連合国軍最高司令部の指令の中に事実証明に関する事項が含まれていなかったことから、230条の2の制定までは出版法と新聞紙法の事実証明規定の適用があったと解される⁶⁴ので、要綱の段階では事実証明を新しく設ける必要がないとされたと考えられる。

また、後述の通り、要綱に挙げられていた法定刑の引き上げは法案と現行の条文に反映されている一方で、印刷物等による名誉毀損行為に対する特別の配慮という要綱は法案には取り入れられていない。

この要綱をもとにした「刑法の一部を改正する法律案」は1947（昭和22）年7月9日に衆議院に提出された後、衆議院司法委員会に付託され、この法案は予備審査のため参議院にも送付された。同年7月25日の参議院司法委員会3号⁶⁵において、「言論の自由がともすれば本来の埒を逸脱して、不当に人の名

⁶² 臨時法制調査会に関しては、国立国会図書館 HP 内の電子展示会である「日本国憲法の誕生」第5章「憲法の施行」5-11臨時法制審議会を参照した。
URL:http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/05/002_13shoshi.html

⁶³ 中野・前掲（注61）2頁。

⁶⁴ 中野・前掲（注61）173頁。

⁶⁵ 本節において引用した国会議事録は、「国会会議録検索システム」から検索したものである。URL: <http://kokkai.ndl.go.jp/>

誉を傷つけることが多いのに鑑み、社会生活上における個人の重要な権益たる名誉を、不当なる攻撃より護らんとする」ために名誉毀損罪の法定刑を引き上げるといふことと、表現の自由の見地から公正な批判を処罰するべきではなく、正当な目的のために、公益に必要な真実の事実を公表した場合には名誉毀損罪を構成しないとする規定を設けるべきことが述べられた。この段階で、230条の2は名誉と表現の自由との調和を図る規定であると明言されたのである。

この理由説明以降、230条の2の要件に関する審議が行われる。まず、1947(昭和22)年8月12日の衆議院司法委員会19号では、一定の要件の下では事実の真実性が証明されれば犯罪にならないという230条の2の趣旨と「犯罪にならない」ということの刑法的意義が確認された。後者の点につき、政府委員として出席した司法次官の佐藤藤佐は「230条の2に規定してあるような構成要件、すなわち消極的な構成要件が完備すれば犯罪が成立しない。この要件が具備しなければ、230条の名誉毀損罪が成立する」といふことと、「たとい犯人が自分にはほんとうだと思って発表したのだというよう弁解がありましても、それが客観的に真実であるといふことの証明が出ない以上は、犯人の主観の有無にかかわらず客観的な証明の有無によって犯罪の成否が判断される」と述べている。この発言は「事実の公共性」「公益目的」「真実性証明」という3つの要件が揃って初めて構成要件該当性が阻却され、この要件のひとつである「真実性証明」が欠けた以上は犯罪が成立するという趣旨であると解され、230条の2の法的性格と「真実性の誤信」についての重要な示唆であると思われる。

続いて、国会では230条の2の3項について活発な議論が行われた。まず同年7月31日の衆議院司法委員会9号では、230条の2の3項に規定される公務員等について、提示された事実が真実でありさえすれば、罰せられないということになれば、公務員等の全くの私的行為について攻撃が加えられるため、3項を削除するか、もしくは1項と同様に公共の利害に関する事実について、もっぱら公益をはかる目的で行われたものと認めるときという条件を加えるべきであるという意見が出された。これに対して、公務員の責任は重く、国民一般からの批判を受ける必要があるため、どのような事実と目的の批判であっても処罰することは妥当ではないとの反論がなされたところで名誉毀損罪に関するこの日の議論が終わっている。

1947(昭和22)年8月13日参議院司法委員会13号でも、公務員等に関する事実であればどのような事実であっても真実性の証明のみによって免責されると

する230条の2の3項が問題となった。3項は濫用の虞があるのではないかという意見に対し、政府委員として出席した國宗榮は「今日の情勢におきましては、公務員に対する考え方を一挙に改めよう、又公務員自身の自覚も一挙に改めよう、そうして公務員の資質を向上せしめる、多少の弊害はあってもこの程度の措置は止むを得ないというふうに考えたわけでありまして（中略）少しでも虚偽の事実があった場合には、これはどんどん告訴権を行使して頂きまして、そうしてこの条章の真実なる正当なる適用を国民にはっきりさせて行くということを実際の運営の上において実現させて行きたい」と説明した。これに対し、3項が濫用された場合の弊害を強調する反論が出されたが、國宗は公務員の責任が重く、その資質が問われることを理由に3項の存置を主張したところで、3項に関するこの日の議論が終わっている。3項につき、公務員等であっても純然たる私行については証明の対象にならないのではないかということが学説でも問題となっているが、國宗の「今日の情勢」という言い方から、改正案が審議されていた当時の混乱した状況とは異なると考えられる現在では、純然たる私行に関する事実証明を認めないという解釈が排除される理由はないように思われる。

また、この日は「公共の利害に関する」ということの意義も問題となっている。まず、元来新聞紙法にあった事実証明の規定が刑法に移って230条の2となったのかという質問に対して、國宗は「新聞紙法のを移したというわけではございません。（中略）新聞紙法の45条によりますと（中略）私行に渉るものを除くの外悪意に出でず、専ら公益のためにするものと認められて、その事実を被告人が証明をいたしましても、私行に渉るものは駄目だということになっておりますから、この場合は新聞紙法を移したものではありませんで、私行に渉るものでも、公益上の益害に関する事実に係わりまして、その目的が専ら公益を図るに出でたものと認めるときは、事実の真否を判断して、真実なる証明あるときはこれを罰しない、こういうふうにいたしまして、私行に係わる、係わらないということについては、別に制限を置かなかつたわけでありまして」と説明している。

これに関して、「公共の利害」の意義と運用について質問があり、國宗は新聞紙法・出版法時代の判例が弁護士や医師の行為等を「私行」と解してきたことを問題視した上で、「やはり弁護士、医師の行為自体が公の利害に関する場合が考えられるのでありまして、必ずしも『公共の利害に関し』という中には、

私行に亘るものを含まないというわけには参らない」と説明している。國宗は、230条の2は新聞紙法を移したものではないと述べているが、これは新聞紙法をそのまま移動させたのではないという趣旨であり、新聞紙法の問題点を克服するものとして230条2を位置づけていると考えられる。このことから、従来の規定は230条の2に包摂された⁶⁶といえるだろう。

以上の審議の結果、1947（昭和22）年10月14日の衆議院本会議において「刑法の一部を改正する法律案」が可決し、刑法230条の2が新設された。

この規定の根本的な趣旨は「自由に政府を批判し、国家・社会の制度を批判し、人の思想・業績・人格その他の諸価値を批判する」ことは社会を進歩させるため、このような場面では言論出版の自由が優越するということである⁶⁷。この原則からは、批判が許されるのは230条の2「公共の利害に関わる事実」に対してのみであり、そうではない事実、つまりプライバシーに属する事実に対する批判は許されないということが導き出せるように思われる。また、歴史的な観点から本章で検討したように、230条はフランス法の影響を受け、230条の2はイギリス法とフランス法の影響を受けたと考えられる出版法及び新聞紙法の後身であり、230条の2が発言媒体の如何を問わず事実証明を認めている点で、フランス出版自由法の形に近づいたといえる。このような意味で、フランス出版自由法における名誉毀損罪の議論を参照することは、日本刑法230条と230条の2の分析のために意義のあることと思われるので、本論文ではフランス出版自由法との比較検討を行うこととする⁶⁸。

⁶⁶ 中野・前掲（注61）172頁。

⁶⁷ 中野・前掲（注61）167頁。

⁶⁸ イギリス法における名誉毀損についての詳細は後の研究に委ねるが、以下では概要を記載することとする。イギリス法では、名誉毀損を「文書誹謗 libel」と「口頭誹謗 slander」の二つに分けており、前者は犯罪にも民事法上の不法行為にもなり得る一方で、後者は民事方法の不法行為にとどまり、犯罪を構成しない（Carter-Ruck on libel and slander, Peter F. Carter-Ruck and Richard Walker and Harvey N.A. Starte, London : Butterworths, 4th ed, 1992, p2~3.）。イギリス法において文書誹謗のみが犯罪となり得るのは、文書による誹謗はその影響が永続的であることから、誹謗を受けた被害者が憤慨して公安を破る虞があるため、刑事訴追を認めることによって公の秩序を維持するという目的が前提となっていた（Carter-Ruck and Walker and Starte, op.cit., p183.）。

第5節 小括

本章では、歴史資料を参照しつつ、日本刑法における名誉毀損罪が現在の法文となるまでの過程について扱った。第1節では、具体的な事実を摘示するか否かによって名誉毀損と侮辱を区別し、名誉毀損は事実の有無を問わず処罰するというフランス法の考え方を取り入れることによって、旧刑法における名誉に対する罪が形成されたこと、第2節では旧刑法時代のフランス法の影響が現行刑法の名誉に対する罪でも続いていることを整理した。

第3節では、明治20年の出版条例と新聞紙条例が「私行」を除いて事実証明を認めていることはフランス法における「私生活は覆われざるべからず」という原則を導入したことによるものであり、文書による誹毀にのみ事実証明を認めていることと、事実証明を認めるための要件がフランス法に比して抽象的であることはイギリスの誹謗文書法の影響であると推測されることを整理した。明治20年の出版条例と新聞紙条例における事実証明規定はそれぞれ明治26年の出版法31条と明治42年の新聞紙法45条に受け継がれるが、これらの規定はイギリス法とフランス法の両方の要素を組み合わせた立法であるといえる。

第4節では、戦後になって230条の2が新設される過程について扱った。法案の議論の中で、230条の2は新聞法が移ったものなのかということが話し合われており、新聞紙法下では医師や弁護士業務も「私行」とみなされて事実証明が禁じられていたという問題を克服するために「公共の利害に関する」という要件を設けたことが明らかとなっている。また、230条の2の3項は公務員とその候補者に関する条文であり、これらの者については私生活に関する事実であっても証明が認められてしまうのは妥当ではないという見地から、3項の濫用のおそれが示唆されている。法案の議論の過程では、現在の学説でも問

このように、「真実であればあるほど、ライバルによる誹謗の程度が大きくなる The greater the truth the greater the libel.」という原則に従って真実性の証明を認めていなかったのであるが、1843年誹謗文書法6条では、誹謗文書の公表について、その内容が真実であり、かつ公益のためにしたものであることの立証が得られた時には文書誹謗の罪は成立しないとされるようになった(Carter-Ruck and Walker and Starte, op.cit., p184.)。

加えて、公益に関する事項を公表する文書誹謗罪については「公正な評論」という抗弁が認められる(Carter-Ruck and Walker and Starte, op.cit., p105~p118.)。

題となっていることが話し合われており、示唆に富む。

このように、具体的な事実を公表するか、否定的な価値判断を述べるにとどまるかということによって名誉毀損罪と侮辱罪を分けるフランス出版法の原則を前提とした上で、法改正によって事実証明が認められる発言媒体に制限がなくなったことにより、日本刑法の名誉毀損罪の条文はフランス出版法に近くなったということがいえるだろう。

このように、本章では、日本刑法の名誉毀損罪がフランス法の影響を受けているということを経史的観点から考察し、フランス法との比較を通して日本刑法の名誉毀損罪の分析をすることの意義について詳述した。続いて、第2章ではフランス法における名誉毀損罪の成立要件や事実証明が認められる条件の他、名誉毀損罪とプライバシーとの関係について扱い、日本法との比較検討につなげることにする。

第2章 フランス出版自由法における名誉毀損とプライバシー

第1節 概要

本章では、フランス出版自由法における名誉毀損とプライバシーの関係について扱う。出版自由法が制定される以前、名誉に対する罪は1810年刑法典において規定されていた。1810年刑法典の367条では「公的な場所あるいは集会において、または公的な証書において、または掲示、販売、公表された印刷物、印刷されていない文書において、もし存在すれば重罪、軽罪の訴追を受け、あるいは市民の軽蔑や憎悪を招くような事実について個人を攻撃することは中傷の軽罪（*délit de calomnie*）にあたる」と規定され、370条所定の適正な証拠（*preuve légale*）である判決またはその他の公的な証書（*tout autre acte authentique*）による真実性の証明のみが認められていた。そして、これらの適正な証拠を持たない中傷は368条により虚偽のものであるとされ、371条により処罰の対象とされる。

続いて、1810年刑法373条では「裁判所職員（*officiers de justice*）、行政警察職員（*officiers de police administrative*）、司法警察職員（*officiers de police judiciaire*）に対し、一人または複数の人物について文書による誣告（*dénonciation calomnieuse*）を行った者は1箇月から1年の拘禁刑、または100フランから3000フランの罰金に処せられる」と規定され、375条では「明確

な事実についての非難を含まないが、一定の悪行 (vice déterminé) についての侮辱 (injures) または侮辱的な表現 (expressions outrageantes) に関しては、それが公的な場所または集会で口に出され、あるいは印刷物または印刷されていない文書において掲載されて流布された場合には、16フランから500フランの罰金に処せられる」と規定されていた。

1810年刑法における上述の三つの犯罪の中でも、特に367条の中傷と373条の誣告の二つの犯罪の間にはいくらかの混同があることが指摘されている⁶⁹。中傷も誣告も他人について存在しない犯罪または悪事等を告げる点で共通しており、各々の行為態様によって別の犯罪を構成するものとされている。また、「人の名誉を傷つけるために、間違った事実あるいは犯されていない過ちに関する非難をする」中傷 (calomnie) と「十分な理由なく、あるいは悪意をもって他人の過ちや欠点を暴露する」誹謗 (médisance) の二つの概念の違いに着目しつつ、1810年刑法367条では事実を反することを主張する calomnie のみが処罰の対象となり、médisance は処罰範囲に含まれていなかったという指摘もなされている⁷⁰。

このように、1810年刑法では虚偽の事実を告げる行為を処罰していたが、1819年5月17日出版法 (La loi du 17 mai 1819 relative à la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse) 26条により、1810年刑法の367条から372条、374条と375条などが廃止され、それまでの calomnie に代わり diffamation の概念が取り入れられた。1819年法の13条前段では「人または団体の名誉または名声を傷つける全ての主張または非難は名誉毀損である (Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation)」と規定された。diffamation は calomnie と médisanc の二つをカバーするものとして成立し⁷¹、事実の真偽に関わらず名誉毀損的なものを処罰するという姿勢がここで初めて採用された。続いて13条後段では「全ての侮辱

⁶⁹ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Paris, Cujas, 5e éd, 2010, p302.

⁷⁰ André Vitu et Roger Merle, *Traité de droit criminel : droit pénal spécial*, tome2, cujas, 1982, p1575.

⁷¹ André Vitu et Roger Merle, , *op.cit.*, p1575.

的表現、何らの事実に関する非難を含まない軽蔑または罵りの言葉は侮辱である（*Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait, est une injure*）」と規定された。これらの規定により、事実に関する非難の有無によって名誉毀損と侮辱が区別されるという骨子が採られることとなった。

1819年出版法は1881年の現行フランス出版自由法⁷²によって改正された。現行フランス出版自由法は、第4章「出版その他のあらゆる公表手段によって行われた重罪と軽罪（*des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication*）」の第3節「個人に対する罪（*Délits contre les personnes*）」に属する29条の前段と後段において、名誉毀損と侮辱を区別している。まず、29条前段では「ある事実が、人あるいは団体に帰せられ、その人あるいは団体の名誉（*honneur*）あるいは名声（*considération*）を侵害する場合には、その事実を提示し、あるいはその事実を非難することは、すべて名誉毀損である。このような提示あるいは非難を直接に、あるいは再録して公表することは、処罰の対象となる。その公表が疑念を表明するような「表現」形式で行われ、または、対象とされた人もしくは団体が名指しされていない場合であっても、演説、訴え、威嚇、著作物、印刷物、プラカード、あるいは貼り紙の内容によってそれを特定することが可能である場合にも同様である」と規定されている。

これに対して29条後段では「侮辱的な表現、つまり事実に基づく非難を全く含まない軽蔑の言葉や罵りは、侮辱である」と規定しており、日独刑法と同様、具体的事実を公表するか、あるいは当該客体に対する否定的な価値判断をするに留まったかという違いによって名誉毀損と侮辱が区別されるという1819年出版法の姿勢が貫かれている。

現行フランス出版自由法における名誉毀損罪の構成要素としては、①事実の提示あるいは事実に対する非難（具体的な事実を提示していること）、②名誉あるいは名声の侵害、③特定の被害者、④公表性という29条において明文で規定されるものの他に、判例によって「悪意（*mauvaise foi*）」という要件が求められる（「悪意」については本章第2節で後述する）。①～④の要件は日本の

⁷² 現行フランス出版法の条文の邦訳は、大石泰彦『フランスのマス・メディア法』（現代人文社・1999年）241頁以下を参照した。

名誉毀損罪とも共通する要件であり、公表の手段は「出版」のみに限定されず、名誉毀損罪の条項が属する第4章のタイトルの通り、新聞、書籍、ラジオ、映画、演説等のあらゆる表現方法によってなされる⁷³というところも共通している。

次に、名誉毀損罪の免責要件として、真実性の抗弁が認められる。1819年出版法では公務員と公共団体に関する事実の場合のみ真実性の証明が認められていたが、1881年出版自由法では事実証明の範囲が拡大された。1881年出版自由法35条1項には「政府機関、陸・海・空軍、行政官庁および第31条に列挙されたすべての者（筆者注：一名もしくは数名の両院議員、公務員、公権力の執行者もしくはその係員、国家によって助成を受ける宗教のいずれか一つに属する司祭、臨時もしくはその委任を与えられた市民、その供述内容に関しての陪審員または証人）に対してなされた場合には、その事実が職務に関する場合のみ、通常の方法により立証することが認められる」と規定され、35条2項では「非難が工業、商業、および、公然と貯金や融資を呼び掛ける金融業を営むすべての企業の社長あるいは取締役に対する場合」にも同様に真実性の抗弁が認められている。このように、公共性の高い人物に関する名誉毀損について、真実性の立証を認める個別の規定が設けられたが、1944年5月6日のオルドナンスによる出版法の改正により、35条3項に「名誉毀損的事実の真実性は、次の場合を除いて常に証明することが認められる。A. 非難が人の私生活に関する場合。B. 非難が10年以上に遡る事実に関する場合。C. 非難が大赦もしくは時効の対象となった法律違反を構成する事実、または、名誉回復や再審によって消滅した有罪事実に関する場合」と規定された。これにより、名誉毀損罪においては上記の3つの例外を除き、常に真実性の証明が許されることになり、35条4項は1項と2項に規定された事実につき、「名誉毀損的事実の（真実性に関する）証拠が提出された場合には、被告人に対する訴えは却下される（Si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte）」と規定しており、1944年のオルドナンスによって事実証明の範囲が拡大された現在では、35条3項所定の3つの事実以外について真実性証明がなされた場合は免責されるということとなる。

以上、本節では1881年出版自由法における名誉毀損罪の概要について述べて

⁷³ 野村敬造『フランス憲法と基本的人権』（有信堂・1966年）175頁。

きた。1881年法1条では「印刷業と出版業は自由である（L'imprimerie et la librairie sont libres）」と規定されており、この法律は表現の自由（la liberté d'expression）のあることを断言し、保障するものである⁷⁴。しかし、その自由を制限することも求められており、出版に関する規則を伴うという抑圧的な一面もあり⁷⁵、1881年法に規定されている名誉毀損罪と侮辱罪は、個人的法益の観点から出版・表現の自由を制限するものとして位置づけられている⁷⁶。

第2節 名誉毀損罪の構成要素について

このように、日本刑法の名誉毀損罪とフランス出版自由法の名誉毀損罪は、①特定の人の名誉（名声）を公然と毀損することによって成立するという点と、②真实性の証明に制限を設けている点という共通点がある。フランス出版自由法では、明文によって「私生活」に関する事実の真实性証明を禁じており、その意味で「私生活」が名誉毀損罪の枠組で保護されているといえる。換言すれば、他人の「名誉（名声）」を侵害する性質を持つような「私生活」の事実を公表した場合に限って処罰されるということであるので、プライバシーの定義や範囲を検討するためには、「名誉（名声）」の意義等の、名誉毀損罪の構成要素に関する議論を参照することが必要であると考えられる。

フランス出版自由法において、「名誉」は個人の道徳的価値に相当する一方で、「名声」は他人からの評価に相当すると解されているが、実際には「人の信用を失わせる、または評判を悪くさせるような性質を持つ全ての言葉を名誉や名声を害するものとみなし得る」⁷⁷とされている。名誉や名声が侵害されたかということについては、「被害者が持ち得る個人的で主観的な考えや、一般の人々がその人に対して持ち得る考え方によって判断されない」⁷⁸。

フランス出版自由法において、明文で定められている要件の他に判例によっ

⁷⁴ Coralie Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, Paris : Gualino, 2e éd, 2010, p157.

⁷⁵ Coralie Ambroise-Castérot, *op.cit.*, p157.

⁷⁶ 大石康彦『フランス1881年出版自由法（中）』青山社会科学紀要17巻1号（1988年）57頁。

⁷⁷ Jean Pradel, Michel Danti-Juan., *op.cit.*, p307.

⁷⁸ Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers*, Paris, Dalloz, 5e éd, 2006, p507.

て「悪意 *mauvaise foi*」という要件が求められていることは前述の通りである。名誉毀損罪も侮辱罪も故意犯であり、他人の名誉や名声を傷つけようとする意識が必要となる。判例は伝統的に、名誉毀損の行為がなされた以上、悪意は常に推定されるため、この推定を覆すためには被告人が自らの「善意 *bonne foi*」を証明しなければならないと判断している⁷⁹。

ここで、どのような場合に「善意」が認められているのかということが問題となる。まず、判例は真实性証明と悪意の関係が問題となった事案につき「悪意は、法によって定められた条件下で真实性の証明が行われた場合でなければ消滅しない」⁸⁰と述べている。フランス出版自由法55条では「被告人が35条所定の名誉毀損の事実の真实性証明を希望する場合は、召喚状の送達から10日以内に検事局または告訴人の請求に基づいて指定された住所のいずれか一つの宛先に対して、次の事項（筆者注：①真实性を証明しようとする事実、②証拠となる関係書類の写し、③真实性証明に必要な証人の氏名、職業、住所）を通知させなければならない」と定められており、この手続きを踏まなければ被告人は真实性の証明をすることができないため、裁判の途中で事実の真实性を主張しても悪意の推定には影響を与えないということである。

それでは、悪意の推定はどのような場合に覆されるのだろうか。以下では、悪意の存在が問題となった判例を挙げて検討する。

(1) Crim.20 juin.1952, Bull.n° 159

被告人 Linet は、従業員代表者と企業委員会 (*comité d'entreprise*) のメンバーの任命のために行われた選挙の際に、「労働者は CGT (労働総同盟) を好ましく思わないが、しかし彼らは、昨日は労働憲章を支持しながらナチスの占領軍についたかと思えば今日は資本家の味方になる Dewez のような労組のリーダーを何よりも非難する」という内容のビラを作成して公表したところ、名誉毀損罪の成否が問題となった。

原審のバリ控訴院は、占領期に Dewez が署名を提示して (*portant la signature de Dewez*) ヴィシー政権とドイツの企業に協力するよう労働者階級

⁷⁹ Philippe Solal et Jean-Claude Gatineau, *Dictionnaire juridique* presse, écrite, parlée, télévisée, Paris, Dalloz, 1980, p84~85.

⁸⁰ Crim.28 oct.1953, D.1954.244.

名誉毀損罪の再構成（1）

を促したという点は、フランスのノール県の出版界では以下のように見られていたことを明示した。それによると、Dewez は自分の名前と署名を悪用されたことと、占領期に敵に協力したところか彼自身が愛国者として振る舞ったことによって強制収容所に送られた（déporté）こと等を証明する文書を作成したとのことであり、被告人 Linet の公表したビラの内容とは異なっている。

このように、被告人が事実の真実性の証明に失敗していることは控訴院も認めているが、控訴院は被告人がビラを配布した時に Dewez についての上記の事実を知らず、自らが公表した事実が真実であると思っていたということと、選挙期間中に配られたこのビラは、選挙候補者を支持する労働者組織の行動を批判するという本質的な目的を有しており、被告人は Dewez に対する復讐心や個人的な恨みによって行動したのではなく、有権者に知らせるという関心のもとで行動したということが認められうるという理由で被告人を放免した。

これに対して Dewez は破毀院に対して控訴院判決の破毀申立をしたところ、破毀院は「主張された事実の真実性に対する信念も個人的恨みのないことも、名誉毀損的な主張をすることが有する悪意の推定を覆すには十分ではない。また、1881年7月29日法は選挙期間中についての一切の例外を設けていない。選挙期間中の有権者は、候補者と彼の考え方や行動についての自由かつ誠実な議論を公然と行う権利を有するが、証明された場合に善意の正当化事由（un fait justificatif de la bonne foi）になりうる公表の意図は、人の名誉を大いに傷つけるような主張が付随的にビラの中に有しているという事情のみから推論されるものではない」として原判決を破毀し、アミアン控訴院に移送した。

（2）Crim.3 nov. 1955, Bull.n° 451

被告人 Noguères は1945年4月21日の雑誌「Le cri socialiste」等で「現在刑務所の中にいる Sinthes は C.D.L（Comité départemental de Libération）⁸¹の悪徳代表（vice-président）である Robert 氏にいくら支払ったのだろうか」という内容の記述をしたところ、被害者の Robert（判例の記述から、選挙の候補

⁸¹ 1944年4月にフランスの各県でつくられたレジスタンスの団体である県解放委員会のこと。抵抗運動に参加している政党が抵抗団体・組合とともにこの委員会の構成メンバーとなっていた。

者であることがわかる)がNoguèresに対して訴えを提起した⁸²。原審のモンペリエ控訴院は、被告人が主張した事実の真実性が証明されていないとしながらも、被告人が記事を公表する前にSinthesとその愛人であるGialocettiの言葉を聞いて、SinthesがRobertに金銭を支払ったと思ったものと考えられることと、被告人は個人的な恨みや復讐心から事実を公表したのではなく、選挙期間中に公的な事実を市民に伝えるという意図で行ったという理由から被告人に善意のあったことを認め、名誉毀損罪の成立を否定した。

これを受けて、被害者Robertは破毀院に対して控訴院判決の破毀を申し立てたところ、破毀院は「主張された事実の真実性を信じていたことも、個人的な恨みのないことも、名誉毀損的事実を公表する者としての悪意の推定を覆すには不十分である。また、1881年7月29日法は選挙期間中についての例外を認めていない。選挙期間中の有権者は候補者とその考え方、行動について公然と自由に議論する権利があるとしても、善意の正当化事由となり得るような有権者への啓蒙の意図は、事実審における単純な肯定からは推論されないだろう」として原判決を破棄し、モンペリエ控訴院とは別の控訴院に移送した。

(3) Crim.10 oct.1960, Bull.n° 460

被告人は、「メーヌの青羊Bleu du Maine」という羊の繁殖と販売を専門とする家畜飼育者のConstant FoucaultとRémy Foucaultの兄弟により名誉毀損で訴えられた(この二人について、判例はdeux parties civilesとしていることから、附帯私訴が行われたことがわかる)。

被告人は「メーヌの青羊」の特別共進会が終わった後、その羊の購入が可能となる時期についてFoucaultに尋ねた第三者Quelinの前で、被害者が商品である羊の品質をごまかしている旨の発言をしたので、この発言が名誉毀損罪に当たるか否かが問題となった。原審のアンジェ控訴院は、事実の真実性の証明がなされていないことと、集まった証言が被告人の有罪性を強化するものであることを述べているものの、被告人が被害者の不正を真実だと思っていたことと、被告人が不正の存在を全体の利益のために知らせたいと思っていたことを

⁸² 判例では被害者Robertが「partie civile (私訴当事者)」とされていることから、損害賠償を求める訴えを刑事裁判に附帯して提起する「附帯私訴 (action civile)」がRobertによって行われたことがわかる。

理由として、たとえ事実証明がなくとも被告人のこのような態度から被告人の善意は十分にわかるものであると判断した。

これを受けて被害者は破毀院に対して控訴院判決の破毀を申し立てたところ、破毀院は「主張された事実の真实性を信じていたことも個人的な恨みのないことも、公衆に知らせる意図を持っていたことも、被告人によってなされた非難の言葉が持つ悪意の推定を覆すものではない」として原判決を破毀し、レンヌ控訴院に移送した。

（4）Crim.3 juin. 1975, Bull.n° 142

任期が終わって再選された自治体の長（maire）である Peyret が投票の際に不正をしたということ述べたビラを1971年4月5日に公表したということについて、名誉毀損罪の成否が問われた。控訴院は、名誉毀損罪の悪意は他人の名誉または名声を傷つけるだろうという意識であり、事実の真实性を信じていたことも個人的な恨みのないことも、善意を認めるに十分な正当化事由（des faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi）ではないということと、被告人には（ビラを公表するにあたり）慎重さも用心深さもなかったということとを理由として被告人に有罪を宣告した。

この点につき、被告人は破毀院に対して控訴院判決の破毀を申し立てたところ、事実の真实性を信じていたことも個人的恨みのなかったことも善意の存在を認めるに足る正当化事由ではなく、被告人には慎重さも用心深さもなかったとする控訴院の判断に賛同した。

これらの判例が示しているように、個人的な敵意が全くないこと、公表された事実が正確であると信じていたこと、公衆に事実を伝える意図を持っていたことという主観的要素のみでは悪意の消滅の根拠として不十分であり、「名誉毀損の正当性、短く言えば『善意』の評価（l'appréciation de la légitimité de la diffamation, bref de la 《bonne foi》）は、客観的な方法により行われなければならない、被告人の考えに基づくものではない」とされている⁸³。

学説では「すべての公的な（政治的、芸術的、商業的）活動に関しては、批

⁸³ Ph.Conte, 《La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle》, Mélanges Chavanne, Litec 1990, p58.

判の正当な権利が存在する」と解されており⁸⁴、判例は公表された事実の内容や公表についての慎重さという問題にも踏み込んでいる。そこで、以下では事実の公表に対する行為者の姿勢と善意の関係が問題となった事例を挙げる。

(5) Crim.8 juillet 1986, Bull.n° 223

被告人Cは定期刊行物《IU...》のリーダーであり、私訴当事者がアジアの反共産主義者とファシストの団体である WACL と関係のある《A...et L...》に加入しているかのような内容の記事を発行したが、実際には《A...et L...》と他の団体を混同していた。この点につき、パリ控訴院は「ジャーナリストの義務は、個人の尊重と情報公開の正当な権利との調和を図るために、その確実性が明らかとなった情報のみを公表することにつき」と判示し、被告人に対して名誉毀損罪を成立させた。

被告人が破毀院に上告したところ、破毀院は①刊行物に掲載されているすべてのものを監視し確かめる義務のある者は、出版されたすべての記事の主要な筆者として記事の質に責任を持つということと、②当該記事において批判対象となっている人物についての誤りがあった場合には善意を認めないと判示し、被告人の上告を棄却した。

(6) Crim.22 juillet 1981, Bull.n° 236

被告人は定期刊行物《Libération》の1977年12月28日号において、「バターの着服 Détournement de beurre」と題する匿名の記事を掲載した。記事によると、Dという人物は、バターをフランスで売るためにヨルダンでバターオイルに変えた後に着服し、ヨルダン人の受取人に引き渡す前に乳清と脂肪を加えた質の悪いバターとバターオイルを取り換えたという食品偽造による不正取引を行ったとされ、この記事の内容を受けてDが名誉毀損罪で被告人を訴えた。

パリ控訴院は、被告人は確実な調査の後に事実を公表するということをせずDを非難しており、事実の内容の真実性について何らの証明もされていないということから被告人に悪意があったことを認定し、名誉毀損罪の成立を肯定した。

この点につき被告人が破毀院に対して控訴院判決の破毀を申し立てたところ

⁸⁴ Michèle-Laure Rassat, op.cit., p507.

ろ、破毀院は控訴院の判決を支持した。

このように、批判の対象となる人物に関する間違いによって名誉毀損的行為をした場合と、事実を慎重に調査しなかった場合には「善意」が認められない。善意は、発言をしたり文書を発表したりする者が順守すべき慎重さから生じ⁸⁵、行為者にその慎重さが認められた一例として、文書を作成するにあたり引用符号（《 》）という記号で、フランス語では guillemet という）を用いたもの⁸⁶が挙げられる。この事例では、ジャーナリストである被告人が Roujansky という人物のちらし（tract）について公表するにあたり、第三者の発言である「嘘の連続（un tissu de mensonges）」という言葉を前述の引用符号で囲んだことが善意の有無の判断の際に考慮された。引用符を用いたという事実が被告人の発言の名誉毀損性を阻却するものではないとしても、被告人は善意を認めるに足る慎重さを有していたと判断されたのである。

特にジャーナリストの活動については、表現の自由という権利と、個人の権利を尊重するという義務とのバランスを取らなければならず⁸⁷、ジャーナリストは表現に際して慎重（prudence）であること、用心深くあること（circonspection）、客観性（objectivité）があり、誠実（sincérité）であることという義務から逃れられない⁸⁸とされる。

続いて、判例は公表された事実の内容という側面からも、「悪意」の有無について判断している。ここでは、事実の内容と善意の関係が問題となった事例を挙げる。

（7）Crim.5 nov.1969, Bull.n° 292

被告人 Laloue は週刊誌《Humanité Dimanche》のリーダーであり、「無能力で大衆迎合的」と題する記事を出版した。その記事は当時の総選挙の候補者である Krieg を批判するもので、「彼（筆者注：Krieg）の手下が、ストライキ

⁸⁵ Michel Véron, Droit pénal spécial, Paris, Sirey, 11e éd. mise à jour juin 2006, p175.

⁸⁶ Crim.11 mai 1989, Dr. pénal 1990, comm.8.

⁸⁷ Crim.6 oct.1992, Bull.n°303.

⁸⁸ Crim.4 févr.1992, Gaz.Pal.1992.2.529, et la note.

で見張りを行っていたメンバーの3人に暴行を加えて負傷させた」とする文章が掲載されていたことから、Kriegが被告人を名誉毀損罪で訴えたものである。

パリ控訴院は、前述の文章はKriegの名誉または名声を傷つける事実を含んでいるものの、この記事が問題となっている人物の私生活に関する批判をせず、公的な行為に関する批判をしているということを見做すできないとしている。また、この記事は問題となった候補者の対立候補の利害とは無関係であり、ストライキの際に起こった出来事と選挙候補者の資質について公表するものであったことから、被告人の主張は選挙に関する論争について公表するにあたって認められる限度を超えておらず、被告人の行為は善意が認められるに足る正当化事由を満たしていると判断された。

控訴院の判決に対してKriegが上告したが、破毀院も控訴院の判断を支持し、被告人に善意を認めた上でKriegの上告を棄却した。

(8) Crim.24 nov.2000, Bull.n° 354

被告人Yは、1992年2月2日に放送されたテレビ番組で選挙候補者のXについて、「それでもやはり、X氏がアルジェリアで拷問を行ったことを知り、覚えておかなければならない」と発言したことにより、Xに訴えられた。1審の大審裁判所は、被告人に善意を認めず有罪とする判決を1993年10月7日に下したが、2審のパリ控訴院は1994年6月22日に被告人に対して無罪を言い渡した。これに対してXが破毀院に上告したが、破毀院は1996年1月4日にパリ控訴院の判決を破毀し、ルーアン控訴院に移送した。

ルーアン控訴院は1997年2月17日の判決において、被告人Yがテレビで発言をするにあたり様々な資料に依拠したと、その資料の中にXがインタビューで「私にはやましいことは何もない。必要だから拷問をしたのだ」と発言したことを知らせる記事があったことを認めた。控訴院は、Xが拷問を行ったことを自ら表明したことに着目し、被告人Yはテレビ視聴者に情報を伝達するという正当な目的をもって行動したということから、被告人には善意があったと判断した。

このルーアン控訴院の判決に対しXが上告したところ、破毀院は「ヨーロッパ人権条約10条によれば、公的人物の名声の保護は、選挙に立候補する者の職務執行能力について議論する自由と両立するものでなければならない。政治的な論争の枠組みにおける主張が、公的人物の私生活に関するものである場合

と事実が曲げられている場合を除いて、選挙候補者の行動について公表する意図は善意という正当化事由を導く」と判示し、Xの上告を棄却した。

（9）Crim.23 mars.1978, Bull.n°115

被告人は、1975年10月3日の《Figaro》（フランスの日刊紙）において、司法官組合（Syndicat de la Magistrature）について「正義に反する裁判官 Des juges contre la justice」と題する記事を公表した。その内容は以下の通りである。

「その（筆者注：司法官組合の）運動は真の目的を明らかにした。労働組合の形式のもとで構成されているが、実際には過激な左翼集団である。その第一の目的は、司法組織の中で権力を持つことである。検事総長たちが国璽尚書（筆者注：法務大臣が兼ねる役職で、フランス語では Garde des Sceaux という）に対して指示を仰ぐために連絡するが、検事総長代理と予審判事は、法務省の中心におさまった組合の指導者の指示を受ける。潜入工作は、国立司法学院（l'école nationale de la Magistrature）において組織的に行われており・・・（中略）事実上組合によってなされている学院出身の若い司法官が配属されることにより、裁判所の支配を可能にする・・・」といった内容であった。

この記事を受けて司法官組合が記事の執筆者であった被告人を訴えたところ、パリ控訴院は、被告人が公表した事実は十分に真実らしいもので、十分に正当な目的に依拠するものである、被告人が公表した事実について完全な証明ができなかったとしても、その主張は政治に関する論争として許容される範囲を超えていないなどと判断した上で、被告人に無罪を言い渡した。

これに対して司法官組合からの上告があり、破毀院は被告人の善意について「市民は国家の根本的な機関の機能や働きに関する意見や理論について知る権利を有する。政治的な論争の領域において、その性質が問題となっている場合には、名誉毀損に固有の正当化事由である善意は必ずしも公表の際の慎重さに依存するものではない」と判断し、上告を棄却した。

これらの判例から、有権者に対して選挙の候補者の資質について知らせたり、市民に対して、国家機関に関する意見や考え方を知らせたりすることは善意を構成する傾向があることがわかる。また、前述の判例の通り、選挙候補者の活動について報道する行為には、事実を捻じ曲げないという条件で善意が認めら

れ得るが、候補者の私生活 (sa vie privée) に関する発言をした場合を除くとされている。

このように公的な事実であればどのような内容であっても善意を構成するというわけではない。判例(9)は善意が認められるための慎重さについてそれほど厳格には解していないが、以下の判例の通り、公的な内容を公表した場合であっても一定程度の制限が設けられている。

(10) Crim.7 sept 1993, Dr. Pénal 1994, comm.5

被告人ら4名は会社の従業員であり、フランス労働総同盟に由来する者である。被告人らは「Paul Holderのもとで蹂躪される女性の権利」と題するちらしを客に配布したところ、そのちらしには、何人かの女性従業員による「尊厳のために戦う」、特に「一定程度の服装のために」戦うストライキについて記載されていた(従業員が劣悪な制服で業務を行うことを余儀なくされていたとみられる)。これに対して会社が訴えを提起した。

ボルドー控訴院は、従業員が十分に快適で自分たちの尊厳を保護する服装を要求したという事実はそれ自体として雇い主の名誉や名声を傷つけるものではなく、労働のトラブルに対する正当な対策を採ったものとして解されるべきであると判断したところ、会社側が上告した。

破毀院は問題となったちらしの内容について、労働組合に関する議論として許容し得る程度を超えないものであり、犯罪を構成するものでもないと判断し、上告を棄却した。

(11) Crim.1 oct 1996, Bull.n°339

被告人ら数名は選挙の投票の前日に、元厚生大臣で選挙候補者のBについて、以下の内容のちらしを配布した。「Bは危険である。彼が厚生大臣であった時に、医療費の削減によって輸血の恐ろしい惨劇(筆者注:汚染された血液が出回ったこと)が発生したということを忘れてはならない・・・(中略) B氏は政界と我々の国家から追放されるべきである」というものであり、Bは被告人らに対して訴えを提起した。

レンヌ控訴院は、ちらしの内容がBの名誉と名声を著しく傷つけるものであり、慎重さと節度に欠けていると判断した上で被告人らを有罪にしたところ、被告人らが上告した。

破毀院は、実際にはBは汚染血液の事件の時の厚生大臣ではなく、被告人に慎重さと節度がなかったことから、公表された事実に向向や変性がある場合には善意が認められないと判断した上で、被告人らの上告を棄却した。

続いて、選挙期間中の議論の名誉毀損性が問題となったCrim.18 juill 1989, Dr. Pénal 1990, comm.4も、原審のルーアン控訴院が、被告人の善意の有無を判断するに際して当該発言が誠実性・客観性・慎重さを欠いたものであることを考慮しなかったことを重視し、選挙期間中の言論であっても語調と内容は客観性と誠実性を保つべきことを明らかにした。

（9）の1978年判決と（10）の1993年判決と、上記1989年7月18日判決にはコメントが付されている。前述の通り、判例（9）では「市民は国家の根本的な機関の機能や働きに関する意見や理論について知る権利を有する。政治的な論争の領域において、その性質が問題となっている場合には、名誉毀損に固有の正当化事由である善意は必ずしも公表の際の慎重さに依存するものではない」と判断されており、善意が認められるための基準はそれほど厳格ではない。判例（9）の評釈はこの箇所について、自由主義の観点から見て一步前進したものであり、過去の判例にはほとんど見られないものであると評価している⁸⁹が、1989年判決はそのコメント（Note）において、1978年の判決等に比べると後退している（善意が認められるための基準が厳格になっている）と評価されている。続いて判例（10）は、結果的に被告人の発言は労働組合に関する議論として許容できる範囲内に収まっていることが認められたが、コメントでは、最近の判例は政治的な論争の行われている状況にまで介入することによって善意を判断しているということと、政治や社会に関する論争の場合であっても正当な発言として認められる限度があることが指摘されている。

（12）Crim.22 mars 1966, Bull.n°109

被告人 Coulet は週刊誌《le Nouveau Candide》のリーダーであり、Perre Baccard という人物の署名がなされている記事を公表した。その記事はフラン

⁸⁹ Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1979, p335, obs Levasseur.

ス映画に関するものであり、内容は以下の通りである。「今日、事態はより深刻であり、今日の問題はもはや『どのように困難から脱出するか』ではなく、『フランス映画はまだ存在しているのか』ということである。なぜなら、映画は十分な根拠によって構成されているものではないからであり、ある裏話があることを証明しようとしている（中略）。話によると、プロデューサーの George de Beauregard が映画《Landru》をアメリカ人のバイヤーである Joe Levine に送ったところ、彼はその映画の芸術的価値が低いことを理由に受け取りを拒否し、契約を打ち切らせた。その契約は、作品の芸術的に価値の高いものであれば作品を受け取るというものであり、《Landru》はそれに値しないとされたのである」

上記の内容の他、映画を送ったプロデューサー自身も映画に対する評価を受け入れたということが加えられており、この記事に対して映画《Landru》の監督である Chabrol が名誉毀損の訴えを提起した。

パリ控訴院は、記事に映画監督の名前である Chabrol が記載されていなかったとしても、その映画はメディアによって「Chabrol 監督の Landru」と言われていたことから、Chabrol が対象となっていることに疑いはなく、映画の芸術性が否定されたこととプロデューサー自身がそれを受け入れたことが記載された記事は映画監督の名誉を傷つけるものであると判断した。

これに対して被告人 Coulet は、記事において映画監督の名前を出しておらず、芸術や文学に対する批評に対して認められる範囲で意見を述べたものにすぎないという理由で上告した。しかし、破毀院は映画監督が芸術的価値の低さを理由に作品を退けられたことと、プロデューサーがその軽蔑的な評価を受け入れ、契約の履行を熱心に望んではいないという事実は名誉毀損的であるという控訴院の判断に従い、「芸術や文学、映画作品の価値について意見を述べる自由があるのは事実であるとしても、名誉毀損的な余談を付け加えることは認められない」として上告を棄却した。

これらの判例から、公的な問題に関する論争が行われている場合であっても、表現行為における誠実性 (sincérité)・客観性 (objectivité)・慎重さ (prudence) の義務からは逃れられないという基準が設けられる傾向が読み取れる。公的な事柄、芸術や文学に対して批判・批評をすることは認められるが、発言内容が偏っているものや、事実が曲げられているものや、余分な名誉毀損の事実が加

えられているものには善意が認められない。このように、善意が認められるか否かが問題となった判例は多いが、私生活に関する事実の公表には善意が認められず、公的な事実について公表する場合であっても、慎重さや客観性といった義務を順守して初めて善意が認められ、名誉毀損罪としての成立要件を欠くため犯罪が成立しないということになることがわかる。

ここで、「悪意」という要件が犯罪体系上どのような位置づけにあるのかということが問題となる。フランス刑法における犯罪の構成要素は「法定要素 *éléments légal*」「自然的要素 *éléments matériel*」「心理的要素 *éléments moral*」の3つに分けられる⁹⁰。ある行為が犯罪として処罰されるためには、第一にそれが刑罰と共に法律に規定されていなければならない⁹¹。次に、それが外部的な行為となって顕在化していなければならず⁹²、その行為が行為者の意思によるものであることが必要である⁹³。また、正当防衛や法律の命令といった、日本刑法における違法性阻却事由に類似した「正当化事由 *fait justificatif*」がフランス刑法にもあり、これが認められる場合には法定要素の存在が否定されて犯罪は成立しないこととなる⁹⁴。フランス刑法における正当化事由には法律の命令 (*ordre de la loi*) や正当防衛 (*légitime défense*) などがあり、法定要素によって基礎づけられる行為の犯罪性を除去する⁹⁵。「ある行為が違法であるのは、それが法律によって禁止されているか、または法律によって許容されていないかのどちらかであるから、結局、違法要素は法定要素に帰着し、これと区別できない」⁹⁶ということから、法定要素の否定につながる違法性の有無の問題は特殊なケースとして扱い、一般的には自然的要素と心理的要素の有無を通して犯罪の成否を検討すればよい⁹⁷とされている。

⁹⁰ Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 20e éd.2007, p32. 第10版の邦訳として、澤登俊雄、澤登佳人、新倉修訳『フランス刑事法 刑法総論』（成文堂・1981年）がある。

⁹¹ Stefani, et al., *op.cit.*, p.101~p104.

⁹² Stefani, et al., *op.cit.*, p.207~p208.

⁹³ Stefani, et al., *op.cit.*, p234.

⁹⁴ Stefani, et al., *op.cit.*, p329.

⁹⁵ Stefani, et al., *op.cit.*, p329.

⁹⁶ Stefani, et al., *op.cit.*, p206.

⁹⁷ Stefani, et al., *op.cit.*, p206.

この犯罪体系を前提とすれば、「悪意」は心理的要素に該当する。心理的要素には故意と過失があり、通常の犯罪において故意の存在を証明するには、行為者に法律の禁止する行為を実行する意思のあったことを検察官が立証しなければならない⁹⁸。しかし、判例は一定の犯罪について、心理的要素の存在が自然的要素（行為がなされたこと）だけの証明によって立証される⁹⁹ことを認めており、名誉毀損罪における「悪意」もその例である。名誉毀損行為の性質上、行為に出た以上は故意が推定されるということであり、この推定を覆すためには行為者が善意を証明しなければならないことは前述の通りである。本節ではどのような場合に「善意」が認められるのかということについて扱ってきたが、判例は行為者に個人的な恨みがないこと、事実の真实性を信じていたことといった主観的な要素では不十分であり、善意を認めるに足りる正当化事由 (faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi) が必要であると判断している。学説も、真实性の証明と「善意」の証明は正当化事由 (fait justificatif) であり¹⁰⁰、名誉毀損の行われた状況がその行為を正当化する性質のものである場合には「善意」が認められると指摘している¹⁰¹。

判例の傾向をまとめると、「善意」は、主張された事実を確かめるのに求められるすべての慎重さの下で行われたということを証明することを想定しているので、名誉毀損が成立するための心理的な要件である「悪意」は、軽率さや怠慢に似たものである¹⁰²ということがいえる。本節で挙げた事例から、判例は「善意」が認められるためには「私生活」に関わらない公的な問題について、慎重さ・客観性・誠実性が必要であると解していることが読み取れるが、この考え方は日本の最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁の「確実な資料・根拠に基づき、相当の理由」という基準と共通した性格を有していると考えられる。

⁹⁸ Stefani, et al., op.cit., p238.

⁹⁹ Stefani, et al., op.cit., p238.

¹⁰⁰ Jean Pradel, Michel Danti-Juan, op.cit., p321~322, Philippe Conte, Droit pénal spécial, Paris, Litec, 2e éd, 2005, p226.

¹⁰¹ Ph.Conte, 《La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle》, op.cit., p52.

¹⁰² Jean Pradel, Michel Danti-Juan, op.cit., p313.

第3節 事実証明と「私生活（la vie privée）」について

名誉毀損罪における真実性の証明については、フランス出版自由法35条4項に「証拠が提出された場合には被告人に対する訴えを却下する」と規定されており、事実証明は犯罪の成立を妨げる正当化事由であるとされる¹⁰³。前述したフランスの犯罪体系では、正当化事由が認められる場合には法定要素が消滅し、刑法によって処罰される「名誉毀損」にあたらぬということになる。現行フランス出版自由法では「私生活」に関する事実など3つの事柄を除いて、常に真実性の証明が認められるが、証明をすることを望む行為者は前述した55条所定の手続に沿わなければならない。

日本では、刑法230条の2が真実性の証明があった場合には「罰しない」と規定している趣旨については違法性阻却事由説が通説であるが、これに対しては裁判で真実性が証明されたことが行為時に遡って違法性を阻却すると解するのは妥当ではないという批判¹⁰⁴がある。一方、フランス出版自由法ではこの点に関する議論は見られないが、55条が真実性の証明のための要件を明確に定めていることと関係があるように思われる。前述の通り、真実性の証明のためには①真実性を証明しようとする事実、②証拠となる関係書類の写し、③真実性証明に必要な証人の氏名、職業、住所を通知することが定められており、これらのものを提出することが出来ない場合は真実性の証明の権利を失う。加えて、裁判が開始された後に証明のための情報を追加することは出来ず、所定の期間内に提出した証拠のみによって判断される¹⁰⁵。前述の通り、フランス出版自由法では、名誉毀損罪における真実性の証明は正当化事由と考えられているが、真実性証明のために行為者がなすべきことは法によって明確に定められている。このことから、55条に規定された手続に従うことが名誉毀損罪の正当化事由と解されるので、裁判で真実性が証明されることは行為者が所定の手続に従ったことの確認であり、行為時に遡って違法性が阻却されるということにはならないのではないだろうか。

次に、どのような証拠を提出すれば「真実性の証明」があったとされるのかということが問題となる。判例は、問題となっている事実の証拠は「部分的な

¹⁰³ Stefani, et al., op.cit., p330~331.

¹⁰⁴ 井田良『刑法各論 [新・論点講義シリーズ2]』（弘文堂・2007年）78頁。

¹⁰⁵ Crim.28 oct 1953, D.1954.244.

ものではなく、完璧で完全で、(問題となっている)主張と相関するもの non partielle, mais complète et absolue, et corrélatrice aux imputations」でなければならないという厳格な解釈をしている¹⁰⁶。断片的な証明は認められず、証拠の内容も高度な確実性を有するものでなければならないとされているため、学説からは、基準が厳格であることによって、真実性証明という救済が十分に機能していないという批判がある¹⁰⁷。

続いて、「私生活」の内容について検討する。フランス出版法が1819年に初めて制定された時は、公務員や公共団体に対して名誉毀損が行われた場合のみ真実性証明を認めており、その後の1881年法により、証明が可能となる公的な事実の範囲を拡大した。そして1944年のオルドナンスにより現在の形となったが、私的な事柄について証明を認めないという姿勢を貫いている。これは、「私生活は覆われざるべからず La vie privée doit être murée.」という思想によるものであり、この考え方は1819年出版自由法とその後身である1881年出版自由法に受け継がれている¹⁰⁸。この原則の下では、私生活は表現の自由に優先するので、公的な事柄に対しては批評の自由が認められるが、私生活については、一般の人々が関心を持ったとしても事実を述べることは認められず、私生活に関する事実を公表した場合には「善意」が認められない。また、フランス出版法が「私生活は覆われざるべからず」の原則に立脚していることに加え、フランス民法典9条1項においても「各人は、私生活の尊重に関する権利を有する」と定められている。「私生活尊重の権利は、まさに他人に知られたくない個人の秘密を保護することにある。従って、個人の私生活事項が公表された場合に、それが真実であることが証明されたからといって、表現行為者側が免責されるものではないことは当然と考えられる」¹⁰⁹。

そこで、どのような事実が私生活に該当するのかということが問題となる。判例・学説では家庭に関する出来事(結婚、離婚、不倫、家族の放棄、親子関

¹⁰⁶ Crim.7 déc 1950, Bull.n°280, Crim.14 juin 2000, Bull.n°225.

¹⁰⁷ Emmanuel Dreyer, Responsabilités civile et pénale des médias : presse, télévision, internet, Paris, Litec, 2e éd, 2008, p266.

¹⁰⁸ G.Barbier, Code expliqué de la presse, Paris, Marchal et Billard, Marchal et Godde, Successeurs, 2e éd, 1911, Tome 2, p4.

¹⁰⁹ 皆川治廣『プライバシー権の保護と限界論—フランス法研究—』(北樹出版・2000年)132～133頁。

係）と個人の金銭上の困難が「私生活」に関する事実該当するとされている¹¹⁰。また、個人の行為であっても、以下の判例が示すように「私生活」にあたらないとされる場合がある。

(13) Crim.18 nov 1975, Bull.n°250

被告人 M は雑誌《L'Express-Méditerranée》の1973年3月号において、公証人（notaire）V が依頼人の利益に反する詐欺（escroquerie）を行い、依頼人から訴えられたという内容の記事を執筆したところ、V が被告人 M と、雑誌のディレクター G をそれぞれ名誉毀損罪で訴えた。

エクス＝アン＝プロヴァンス控訴院は、V が訴えられた詐欺の事実について、裁判所の最終的な決定が出るまで、G と M の名誉毀損罪の成否についての判断を延期するとしたが、これに対して V が上告した。

破毀院は、公証人の V に対する名誉毀損的な事実は V の私生活に関わるものではなく、事実証明は可能であるということと、公表された事実が進行中の手続の対象となっている場合には、適切な司法の運営のために裁判所が名誉毀損的事実についての判断を延期することは違反ではないということ述べたうえで V の上告を棄却した。

(14) Crim.18 nov 1986, Bull.n°345

雑誌「Que choisir」のディレクターである被告人 B とイラストレーターである被告人 S は、当該雑誌の174号において、医師の診断に関する内容の記事をイラストと共に公表したところ、医師が被告人 B 及び S の他、雑誌を発行している UFC（消費者連盟）を名誉毀損で訴えた。記事の作成のための調査として、医師に知られないように診察の内容が録音され、その内容と評価が記事によって公表されることとなった。

パリ控訴院は、被告人らが採った方法は医師を欺くという不誠実なものであり、被告人らの行為によって医師の職業上の秘密が侵された等の理由により、被告人らによる真実性の証明は受け入れられないと判断したところ、被告人ら2名と UFC が上告した。

破毀院は、医師の診断と治療に関する事実は「私生活」に属するものではな

¹¹⁰ Philippe Solal et Jean-Claude Gatineau, op.cit., p86.

いということと、診断について公表することは職業上の秘密の侵害にあたらないということ等の理由により、原判決を破毀した。

(15) Crim.18 mai 1954, Bull.n°187

被告人は、学校衛生協会 (Syndicat de l'Hygiène scolaire) の事務長とメンバーに対し、医師の Robert に向けた批判の手紙を書いて送ったところ、Robert が被告人を名誉毀損で訴えた。被告人の手紙は、以前 Robert が被告人の有する行政の職務についての批判を書いたことに対する応答であり、私人に対する侮辱罪は挑発が先行しない場合に限り処罰されることから、Robert の挑発の有無が問題となった。

パリ控訴院は挑発の存在を否定し、協会の限られたメンバーにのみ情報が広められたということから名誉毀損罪の成立に必要な公然性が認められないということから、被告人の主張には非公然の侮辱罪が成立すると判断した。

これに対して被告人が上告したところ、破毀院は被告人による学校衛生への補助についての主張は Robert の「私生活」に属する事実ではなく、被告人の主張は被告人が対象となった以前の攻撃と関係があるとして原判決を破毀した。

これらの事例を見ると、職務の行使に関わる事実は私人の「私生活」に該当しないということと、公表された事実が国家または社会全体に影響する性質のものでなくとも、ある特定の範囲に影響を及ぼすものであれば公共性が認められ、事実証明の対象となっていることがわかる。これは、「職務を濫用する人や、委託された仕事を果たすことができないように見える人は、メディアを通して自由に告発され得るべきである」¹¹¹という考え方によるものであり、この点は、日本刑法230条の2に規定されている「公共の利害」という要件の解釈と類似しているように思われる。その一方で、「私生活」に関わるものとされている事実は、専ら個人や家庭に関する問題であり、国家や社会全体に対しても、特定の範囲に対しても影響を及ぼさないものであると考えられる。

第4節 小括

本章では、フランス出版自由法における名誉毀損罪と事実証明について扱っ

¹¹¹ Emmanuel Dreyer, op.cit., p248.

た。第1節では、私生活に関する事実等を除いて証明を認めるフランス出版自由法の概要について、第2節では名誉毀損罪の構成要素と正当化事由について扱った。フランス出版自由法における名誉毀損罪の構成要素は、①具体的な事実の提示、②名誉または名声の侵害、③特定の被害者、④公表性という明文で規定されたものの他に、判例によって「悪意」の存在することが求められている。名誉毀損的な行為をする以上、「悪意」は推定され、推定を覆すためには公表の際の慎重さや客観性といった、名誉毀損行為を正当化するような客観的の事情によって「善意」を立証しなければならない。

第3節では、事実証明と「私生活」に関する事実の関係について扱った。フランス出版自由法における事実証明は名誉毀損罪の「正当化事由」であり、正当化事由の存在が法定要素の存在を否定するフランス刑法の枠組では、出版法55条所定の実事証明手続に従うことによって「名誉毀損」という法定要素が否定され、犯罪成立が妨げられる。そして、事実証明が禁止される「私生活」に関する事実には個人や家庭に関することが該当し、職務に関する事実は「私生活」には該当せず、事実証明が認められる。フランス出版自由法における「私生活」の考え方は日本刑法230条の2の「公共の利害に関する事実」の要件に類似しており、「私生活」に該当する事実を公表する場合には「悪意」の推定を覆すことはできない。これらのことは、私生活については一切の批評を許さないという趣旨であり、「私生活は覆われざるべからず」という原則が顕在化したものであると考えられる。

このように、本章ではフランス出版自由法における名誉毀損罪の構成要素の他、事実証明に求められる条件や「私生活」との関係についての検討を通して、日本刑法における名誉毀損罪との共通性が明らかになった。本章で得られた知見を前提として、第3章では名誉毀損罪の枠組で保護され得るプライバシーの意義と範囲について、そして第4章では刑法230条の2の法的性格と「真実性の誤信」の問題について扱うこととする。