



Title	名誉毀損罪の再構成（2・完）：プライバ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(6), 350[209]-314[245]
Issue Date	2012-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48751
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-6_014.pdf



名誉毀損罪の再構成（2・完）

—— 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、62巻5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

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 (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章では、フランス出版自由法の枠組で保護されるプライバシーについて検討を進めてきた。フランス出版自由法では、公的な事実については一定の条件の下で批評の自由を認める一方で、私的な事実に対しては一切批評することを認めていない。このことは、日本刑法230条が「公共の利害」に関わらない事実について真实性の証明を認めない一方で、230条の2では「公共の利害に関する事実」については証明が認められていることと類似していると思われる。そして日本法も、犯罪としての名誉毀損の事実証明について公私を分けるというイギリスとフランスの原則を採用してきたが、日本法の枠組みにおいて「私行」及び「プライバシー」はどのように理解されてきたのだろうか。この点についての確認を前提として、第2章で得たフランス出版自由法についての知見に基づき、日本刑法230条で保護され得る「プライバシー」の定義と範囲について検討する。

名誉毀損罪の沿革について第1章で述べた通り、現行刑法230条の原型となった旧刑法358条の誹毀罪が設けられるまでの議論と、それが明治40年の刑法に受け継がれるまでの議論には、プライバシー保護という見地は見られない。その一方で、明治20年の出版条例と新聞紙条例には「私行」を除いて事実証明を認めるという規定が設けられていたが、大審院は、弁護士が悪辣な手段を用いて株主総会の招集を請求したことによって会社を苦しめ、不正な利益を得た旨の記事を新聞紙上に掲載した行為について、新聞紙法45条の「私行」を「人の私生活関係に於ける行動を汎称」するものと解しているにもかかわらず、「官吏公吏其の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判断した（大判大正12年12月14日刑集2巻976頁など）。この考え方には、被害者が公務員であっても職務とは無関係な行為に対する事実証明を排除するという点に意義があるが、大審院が「私行＝公務員以外の私人の行為」という単純な判断枠組を採用していたことにより、以下のような場合も「私行」とされ、事実証明が認められなかった。

まず、弁護士がある損害賠償事件について、原告の訴訟代理人となることを引き受けたにもかかわらず、被告側との交渉の結果多大な利益を得たことから原告の訴訟代理人となることを拒絶したという内容の記事を新聞紙上に掲載した行為（大判大正12年12月27日刑集2巻1037頁）の他、ある百万長者の後見人（私人）が家族を連れて突然行方不明となったが、被後見人が成年に達したので家財の引継に対し後見人との関係が円満でなくなったことがその原因であると見られていることと、後見人が家の所蔵の骨董等を持ち出したとされ、家の監督人である弁護士が調査をしている途中であることという、それぞれ背任罪と横領罪に該当する事実を新聞紙上に掲載した行為（大判昭和9年3月8日刑集13巻243頁）について、摘示した事実が「私行」であると判断された。

次に、医師が患者に対して診療を行う際に、注射の不注意により患者を「苦悶重態」に陥らせたが、「自己の不謹慎不注意を悔悟し相当の処置に出づべき」であったにも関わらず「傲然として更に誠意を披歴せず」「酒気を帯びて患家に乱入し暴行を加え」たということから、この医師は普段から「世人に指弾せられ」「失態を演ぜし例は枚挙に遑^{いとま}あらず人格の野卑陋劣^{やひろうれつ}は患家間にも同業者の間にも通り者になって居る」ということの他、前述の患者に対して「酷い高価の注射料を取」ったという旨の新聞記事を発行した行為が名誉毀損に問われた事例がある。これに対し大審院は、「私行とは官吏公吏其他公務に関興する職員としての行動に対する名称にして人の私生活関係に於ける行動を意味するもの」と解する前述の大判大正12年12月14日を参照しつつ、「医師が公法的権利関係の下に特定の行為を為したる場合に於ては之を目して私行なりと謂うを得ざれども医師が患者の需に因り診察治療に従事したるが如きは其の知識技術の如何を問わず総て私行なりと謂わざるべからず」と判示した（大判大正13年7月19日刑集3巻583頁）。

そして、公益に対する影響と私行の関係について、判例は「私行」か否かについて前述の基準に従った上で「仮令公衆の利害に影響を及ぼすべき場合ありと雖猶私行たることを失わざるものとす」と判断している（大判大正12年12月

14日刑集2巻976頁。）

この点につき、前述の医師の業務についての大正13年判決は、「(医師の)業務上の知識の深淺技術の巧拙等は直接に患者に対して重大の影響を及ぼすのみならず延て公衆の利害關係に影響を及ぼすことなきに非ず」ということを認めているが、「之が為に医師の業務上の行為は総て新聞紙法第45条に所謂私行に該当するものに非ずと謂うを得ず」と判断し、大判昭和6年12月7日刑集10巻710頁も同様の判断をしている。

このように、人の私生活に関わる行動について公表を禁じるという考え方は新聞紙法(条例)の時代から存在したが、「私生活(私行)」の定義は不明確なものであったことがわかる。戦後になって刑法の一部を改正する法律案が作成され、その過程で230条の2に「公共の利害に関する事実」という要件が設けられたが、法律案作成の過程でどのような議論が行われたのかということは不明である。しかし、第1章第4節で述べたように、公共の利害に関わる医師や弁護士の行為が「私行」となることを問題視する発言が法案審議においてなされたことから、新聞紙法時代の判例が公衆に影響を及ぼす事実であるか否かを考慮しないと判断していたことへの批判が、230条の2の「公共の利害に関する事実」という要件に結び付いたものと考えられる。

新聞紙法と出版法の「私行」が戦後の法改正により「公共の利害に関する事実」と改められたことになるが、230条の2が新設されたことにより「私行」または「プライバシー」はどのように考えられるようになったのだろうか。以下では、名誉毀損罪とプライバシーに関する裁判例を挙げつつ、この点について見ていくこととする。

まず、東京地判昭和32年7月13日判時119号1頁は「幹事長と女秘書」と題する小説が元自由党幹事長の佐藤栄作をモデルとしており、その名誉を毀損するものであるとして230条1項によって処罰された事件である。問題となったこの小説では、佐藤栄作は「後藤大作」と名前を変えられているが、文章その他の事情から、後藤が実在の佐藤栄作であることが容易に推察されるようになっており、作中には後藤と赤坂の芸者との関係の他、芸者との間に娘がいるとの記述があった。これは「プライバシー」に属する事実のように思われるが、東京地裁は「佐藤栄作が赤坂の芸者との間に十九才になる娘があるという点についても、同人が当時公務員であったのであるから、公務員の私行に関する事実ではあるが、なお公務員の品性、資質に関する事項と解せられる。従っ

てその事実を摘示しても、それが真実であることの証明がある場合には、その事実を摘示した行為者は処罰されないものと認むべきであるが、右の事実が真実であることについても積極的な証明がない」と判示した。公務員という立場の性質上、私行に関する事実でも事実証明を認めるが、公務員以外の者の私行は暴かれてはならないという趣旨であるように思われる。

続いて、刑事の名誉毀損罪で初めて「プライバシー」という言葉が用いられたものとして東京地判昭和39年5月29日高刑集20巻4号445頁（「般若苑マダム物語」事件）が挙げられる。この事件は、後述する「宴のあと」事件の原告である元外務大臣の有田八郎の夫人である有田輝井の生い立ちや男性遍歴などを記述した「元外務大臣有田八郎氏夫人・般若苑マダム物語」と題する小冊子を頒布・市販したというものであり、有田八郎が昭和34年4月施行の東京都知事選候補者であったことから、公職選挙法225条2号所定の選挙の自由妨害罪が成立するか否かが争われた。その一方で、東京地裁は輝井に対する名誉毀損罪について「料亭の女将に過ぎない有田輝井の前記のような私的事実が公表されることは明らかに同女のプライバシーの侵害であり、これを公表することが公共を利する性質（公共性）をもっているとは、とうてい考えられない」と判断しており、この判断は「公共性」を持たない事実を公表する行為は刑法で処罰され得るということを明言している（第2審と最高裁では、名誉毀損罪の成否について争われていない）。また、230条の2との関係はここでは問題とされなかったが、230条の2の「公共の利害に関する事実」に該当しない事実はプライバシーと解され、それを公表することが230条1項で処罰されるという枠組みを提示していると考えられる。

次に、民事事件ではあるが、初めてプライバシー権を認めたものとされる『宴のあと』事件（東京地判昭和39年9月28日判時385号12頁）が挙げられる。三島由紀夫の小説『宴のあと』は、元外務大臣である有田八郎が東京都知事選に落選し、有田の妻で料亭「般若苑」を経営していた輝井は夫の選挙に尽力していたが、落選後に離婚したということから着想を得て書かれたものである。作中において原告の有田と輝井はそれぞれ「野口雄賢」「福沢かつ」、「般若苑」は「雪後庵」へと名前を変えられていたが、原告がモデルであることを読者に意識させながら、夫婦喧嘩や妻への暴力等の私生活を暴露するような描かれ方をされていたことから、原告は三島由紀夫と小説を出版した新潮社を相手取り、プライバシーの侵害であるとして損害賠償と謝罪広告を請求した。東京地裁

はプライバシーの権利を「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」であるとした上で、プライバシー権侵害の成立要件として、①私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのある事柄であること、②一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あること、③一般の人々に未だ知られていない事柄であることを挙げている。プライバシー権の「侵害」であるため、公開された場合に不利になるような事柄であることが必要とされていると思われる。

このことに加え、東京地裁は言論・表現の自由とプライバシーの関係について「公人ないし公職の候補者については、その公的な存在、活動に附随した範囲および公的な存在、活動に対する評価を下すに必要なまたは有益と認められる範囲では、その私生活を報道、論評することも正当とされなければならない」「たとえ報道の対象が公人、公職の候補者であっても、無差別、無制限に私生活を公開することが許されるわけではない」と判示している¹。刑法230条の2第3項については、改正法案の審議の段階から、公務員であればどのような私事であっても事実証明を認めると解するべきかという問題があったが、この判断が参考になると思われる。

元来「プライバシー」という考え方は欧米から取り入れられたものであり、出版条例・新聞紙条例の「私行に渉るものを除く」という要件もフランス法の原則に影響を受けたものであるとされる。しかし、新聞紙法時代の問題点を克服するという意識のもとで230条の2が新設され、その後もいくつかの裁判例を通して日本法の枠組みにおけるプライバシーが模索されているので、日本の刑法の解釈として「プライバシー」を考慮に入れることは突飛なことではないと考えられる。よって、次節では第2章で得たフランス出版自由法に関する知見をもとに、名誉毀損罪の枠組みで保護され得るプライバシーと名誉について検討する。

¹ 本件では、「都知事選から一年前後も経過し、原告がすでに公職の候補者でなくなり、公職の候補者となる意思もなくなっているときに、公職の候補者の適格性を云々する目的ではなく、もっぱら芸術的な創作意欲によって他人のプライバシーを公開しようとするのであれば、それが違法にわたらないとして容認される範囲はおのずから先の例よりも狭くならざるを得ない」とされた。

第2節 社会的評価からの自由としてのプライバシー

フランス出版自由法における「私生活」に属する事実は、職務に無関係な個人的なこと、家族に関することとされており、これらの事実については事実証明を禁止することによって、一切の批評・論評が認められていない。その一方で、「私生活」以外の事実については公表に必要とされる「慎重さ」「用心深さ」「客観性」といった要件を満たせば「悪意」が消滅し、犯罪不成立となることと併せて、法に定められた手続に則り、正確性の高い証拠を提出することによって「真実性の証明」が行われ、犯罪不成立という結論に至る。このことは、「公共の利害に関する事実」については事実証明を認めるが、「公共の利害」に関わらない事実について証明を禁止する日本刑法と類似している。この点に加え、日本の名誉毀損罪と事実証明規定はフランスの影響を受けていることから、日本刑法230条は「公共の利害」に関わらない事実の証明を禁止することによってプライバシーを保護しているといえないだろうか。

230条の趣旨をそのように解すれば、230条の2は批判の対象となるべき事実を公表した場合に関する規定であり、「プライバシー」は「社会的評価からの自由」²であると定義され得る。プライバシー権を「自己情報コントロール権」であるとする学説³も有力に主張されているが、個人情報と言われるものによって当該個人を評価することが可能となるため、それが公表されれば個人は社会的評価にさらされることになる。また、この説は、個人に関する知識・情報はコントロールできない性質を有し、他者によって知覚され得るものである⁴ので、この立場によれば一度他者の知るところとなった情報は保護されないことになる。そのように解すれば、プライバシー侵害に対して不法行為による損害賠償を請求することも、盗撮や住居侵入等の、プライバシーの侵害となり得る行為を犯罪として処罰することも不可能となる。以上のことから、

² 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)79頁、阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社・1986年)192頁以下、樋口陽一『憲法[第3版]』(創文社・2007年)293頁。

³ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法[第5版]』(岩波書店・2011年)122頁、松井茂記『日本国憲法[第3版]』(有斐閣・2007年)510頁以下、佐藤幸治『憲法[第3版]』(青林書院・1995年)454頁、戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい・1998年)181頁。

⁴ 阪本・前掲(注2)8頁。

「自己情報コントロール権」という考え方は正確性を欠くと考えられる。

したがって、個人的な事実を公表すれば無条件に230条の名誉毀損罪が成立するのではなく、個人的な事柄であってもそれを公表されることによってその人への評価が変わり得る事実である必要があり、230条が「毀損」という文言によって規定されていることから、「公共の利害」に関わらない事実であって、公表することによって評価が下がり得る事実を公表した場合にはプライバシーの侵害が構成され、230条の名誉毀損罪が成立すると考えられる。そのように解すれば、病気や障害、出自などを理由に差別的な事実を公表する場合は230条1項で捕捉されることとなる。

本論文は、刑法におけるプライバシーの保護を名誉毀損罪によって捕捉することを試みるものであり、私見では230条1項の保護法益の一つとしてプライバシーを挙げている。特定の事実の公表によるプライバシーの侵害を刑法で処罰することにはどのような意義があるだろうか。

具体例を挙げると、昨今の犯罪報道の過熱化により、被害者や被疑者などの事件関係者のプライバシー侵害が発生していると考えられる。特に凶悪犯罪と呼ばれるケースでは、犯罪そのものを離れ、犯人とされる人物（被疑者）の家庭環境や経歴、学校・職場・友人からの評判などを細かく報道することによって、「凶悪な犯人像」を流布しているのが現状である。230条の2第2項は「公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす」と規定しているが、冤罪の可能性や、当該被疑者が有罪となった後の社会復帰を考慮すれば、「犯罪行為に関する事実」は公訴が提起された場合に考えられる罪名・罰条・法解釈・行為態様といった、犯罪行為そのものに関する事実であると解釈すべきである。犯罪行為そのものを離れて被疑者の経歴などを報道することは、被疑者に対して回復困難な損害を与えるものであり、プライバシーの重大な侵害にあたりと考えられる。また、凶悪な刑事事件の場合には被疑者本人のみならず被害者家族や加害者家族について、好奇心を煽るような情報が過度に公表されることが少なくなく、特に加害者家族に関する報道はバッシングを含んだものになり易い。加害者家族については被疑者との共犯関係がない場合でも「犯罪者を生み出した家族」という観点から報道がなされることが多く、過度の人格攻撃が行われる傾向にある。犯罪報道が損害を与えるのは被疑者本人だけではなく、被害者家族または加害者家族の生活や将来を脅かす危険性がある。

このように、重大なプライバシー侵害は損害賠償によって補填することが困難であることから、刑罰による威嚇が必要であると考えられる。報道によって個人が重大な損害を被る危険性がある現状を鑑みれば、プライバシーを230条1項の保護法益の一つとして解する意義は十分にあるといえる。

第3節 名誉について

第2節では、社会的評価からの自由としてのプライバシーが名誉毀損罪で保護されるということ述べた。230条1項は、上述の意味におけるプライバシーを侵害した場合に適用されるが、その一方、「公共の利害に関する事実」について「公益を図る目的」ではなく全くの私益から公表した場合の他、事実の公共性と公益目的は肯定されたが真実性の証明に失敗した場合には230条の2の要件を欠き、230条1項で処罰されることとなる。このように、「公共の利害に関する事実」を公表していながら230条の2に規定されている要件を欠く場合に処罰される根拠が問題となる。

フランス出版自由法29条前段では、日本の事実的名誉説のように「社会的評価を下げる行為が名誉毀損である」とされているが、行為を正当化し得る客観的な事情により「悪意の推定」が消滅した場合には名誉毀損罪の構成要素を欠き、「真実性の証明」が存在する場合には法定要素である「名誉毀損」が否定されると解していることから、「名誉を毀損する行為」とは、公的な事実に関して「慎重さ」「客観性」または正確性の高い証拠なしに公表する行為を指していると考えられる。このことを参考にすると、日本刑法においても「名誉」を抽象的に「実際の社会的評価である」と解する必要はなく、公的な事実について公益目的を持たずに公表されることからの自由、加えて、事実の公共性と公益目的を満たしていたとしても、事実の真実性を証明することが可能となる程度の確実な資料・根拠を有していない軽率な言論からの自由を保護法益としての「名誉」と解することが可能ではないだろうか。このような考え方は「名誉」という言葉が有する自然な意味から離れているという批判が予想されるが、そもそも名誉に対する罪は憲法13条を根拠とする個人の尊厳に対する罪とされ⁵、この「個人の尊厳」は個人として尊重されることをいうのであるから、「名誉」を前述のように解したとしても矛盾は生じないと考えられる。

⁵ 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』（有斐閣・1983年）1頁。

なお、公共の利害に関する事実について公益目的を有していても正確性の高い資料・根拠を持たずに公表する行為が名誉侵害になるという点については第4章とも大いに関係するので、第4章において再度「名誉」について述べることにする。

第4節 小括

本章では、日本刑法230条1項の枠組で保護され得る名誉とプライバシーについて扱った。第1節では、日本法において「私行」「プライバシー」がどのように理解されてきたのかということについての検討を通して、もともと欧米から取り入れたものであった「プライバシー」という考え方が230条の2の新設とその後の判例によって深められてきたことを述べた。第2節では、フランス出版自由法が「私生活」に関する事実については批判を認めていないことから、日本刑法の枠組において保護され得る「プライバシー」は社会的評価からの自由であることを論じた。第3節では、①フランス出版自由法が「悪意」の推定を覆すために慎重さや客観性などの事情を要求していることと、②フランス出版自由法55条に従いつつ正確性の高い証拠を提出することが「正当化事由」となり、「名誉毀損」を否定することを参考にしつつ、日本刑法における「名誉」を、①公的な事実について公益目的を持たずに公表されることからの自由、②事実の公共性と目的の公益性があつたとしても、確実な資料、根拠を有さない軽率な言論からの自由と解することが妥当であることを論じ、名誉毀損罪の保護法益の再構成を試みた。

以上、本章では名誉毀損罪によってプライバシーを保護する意義があることと、刑法230条の保護法益としての名誉とプライバシーについて詳述してきた。続いて第4章では、特別規定である刑法230条の2の法的性格と、「真实性の誤信」の際の「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」という基準の意義と、行為者がその基準を満たしている場合に免責される法的根拠について検討する。

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

前章では、フランス出版自由法の知見を参照しつつ、230条の枠組みで保護され得る名誉とプライバシーについて検討してきた。本章では、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。

まず、230条の2では真実性の証明があれば「これを罰しない」ことを定めているが、「これを罰しない」という規定の法的性格について争いがある。この問題について、①構成要件該当性阻却説⁶、②違法性阻却説⁷、③処罰阻却説⁸が主張されている。

①説は、230条の2が訴訟法的規定であることに着目しつつ、事実がその真実性を証明することを可能とする程度に真実であった場合には、定型的に違法性がないと解されるため、構成要件該当性が阻却されるとする見解である。この見解に従えば、後述する「真実性の誤信」の場合、つまり証明可能な程度の資料・根拠をもって事実を真実と誤信した場合には故意を欠くものとなる。

②説は、真実を述べることは表現の自由の正当な行使であるから、真実性によって違法性が阻却されると解するものである。これに対して、③説の主な根拠として（1）違法性阻却事由について被告人が挙証責任を負うことは「疑わしきは被告人の利益に」の原則に抵触する⁹ということと、（2）裁判で証明さ

⁶ 団藤重光『刑法綱要 各論 [初版]』（創文社・1964年）421～422頁、中義勝「行為の社会相当性と構成要件該当性」関西大学法学論集13巻1号（1963年）11～12頁。

⁷ 団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』（創文社・1990年）522～523頁、福田平『全訂刑法各論 [第3版増補]』（有斐閣・2002年）192～193頁、大塚仁『刑法概説 各論 [第3版増補版]』（有斐閣・2005年）144頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第3版]』（成文堂・2009年）165頁、曾根威彦『刑法各論 [第4版]』（弘文堂・2008年）92～93頁、西田典之『刑法各論 [第5版]』（弘文堂・2010年）117頁、平川宗信『刑法各論』（有斐閣・1995年）230頁など。

⁸ 内田文昭『刑法各論 [第3版]』（青林書院・1996年）217頁、中森喜彦『刑法各論 [第2版]』（有斐閣・1996年）94～95頁、植松正『刑法学各論』（勁草書房・1952年）339～341頁、林幹人『刑法各論 [第2版]』（東京大学出版会・2007年）123～124頁など。

⁹ 丸山雅夫「名誉毀損罪における『真実性の誤信』の扱い」『誤判救済と刑事司

れたことが行為時に遡って違法性を阻却するのは妥当ではない¹⁰ということが挙げられる。確かに、事実の真実性が証明されるという事後的な事情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ことから、従来主張されてきた違法性阻却事由説に賛同することはできないが、真実に基づく発言であるにもかかわらず犯罪が成立し、処罰のみが阻却されると解することも妥当ではないと考えられる。

続いて「真実性の誤信」の問題は、「行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない」と判示した最判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁の理論的根拠に関するものである。通説は「真実性の誤信」があった場合は被害者の事実的名誉を毀損しているといえるが、それをどのような理論で正当化するかという問題意識に立っているように思われる。

多くの学説は、「行為者が事実を真実であると誤信して公表した」という状況を出発点とした上で、免責のための理論的根拠の段階で「錯誤論アプローチ」¹¹「過失論アプローチ」¹²「違法論アプローチ」¹³の3つに分かれて争っている。「錯誤論アプローチ」には、真実性の誤信を事実の錯誤として解すれば、軽率に誤信した場合にも故意が阻却されることになるという問題がある¹⁴。次に、真実性の誤信を違法性の錯誤として扱う見解の中で、厳格責任説の論者は真実性の誤信が避けられなかった場合にのみ責任を阻却すると解し¹⁵、制限故意説の論者は、裁判で証明可能な程度の資料・根拠をもって事実を真実と誤信した場合にのみ故意を阻却すると解する¹⁶。これらの見解に対して「真実性の錯誤

法の課題』（日本評論社・2000年）516頁。

¹⁰ 井田良『刑法各論〔新・論点講義シリーズ2〕』（弘文堂・2007年）78頁。

¹¹ 福田・前掲（注7）194頁、大塚・前掲（注7）147頁、曾根・前掲（注7）94頁。

¹² 西田・前掲（注7）117～118頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2010年）146～147頁。

¹³ 大谷・前掲（注7）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。

¹⁴ 丸山・前掲（注9）509頁など。

¹⁵ 福田・前掲（注7）194頁。

¹⁶ 大塚・前掲（注7）146～147頁、同旨のものとして曾根・前掲（注7）94

には、事実に対する認識を誤った場合（事実の錯誤）のあることを否定できない¹⁷という批判があり、証明可能な程度の資料・根拠をもって誤信した場合に限り故意を阻却する見解には、証明可能な資料や根拠の存否という客観的事実が故意の存否を左右するのは妥当ではないという批判がある¹⁸。

「過失論アプローチ」は真実性の誤信に過失があった場合には過失名誉毀損罪として処罰し得るとするものである。「過失論アプローチ」の論拠として、「公共の利害に関する事実」については規範的名誉が保護されており、事実の虚偽性を認識しなかったことに過失がある場合にも処罰されるべきであり、その意味で230条の2が38条1項ただし書きの「特別の規定」にあたるというものがある¹⁹。一方で、この見解には刑法が故意の名誉毀損罪と同じ法定刑の過失名誉毀損罪を定めているとは考えにくいという批判がある²⁰。

「違法論アプローチ」は表現行為が確実な資料・根拠に基づいて行われたものであれば刑法35条によって正当な行為とされると解するものであるが、この見解に対しては、真実ではない言論に違法性はないとはいえないとする批判がある²¹。

このように、「真実性の誤信」については学説が錯綜している。ここで注意しなければならないのは、230条の2が「事実が真実であるときは、これを罰しない」という文言ではなく、「事実の真否を（筆者注：裁判所が）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」という文言を用いていることである。このことからわかるように、230条の2は被告人に対して真実性の証明についての責任を課しているのである。よって、「真実性の誤信」の問題は刑法における「方法の錯誤」または「客体の錯誤」等といった、行為時における行為者の錯誤が犯罪不成立を直接的に導くという性格のものではなく、事実の真実性を行為者が証明できなかった場合に、行為者はどのようなリスクを負うのかという問題であると考えられる。

～95頁。

¹⁷ 丸山・前掲（注9）508頁。

¹⁸ 中森・前掲（注8）96頁以下。

¹⁹ 西田・前掲（注7）117～118頁、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）85頁。

²⁰ 松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂・2008年）154～155頁など。

²¹ 西田・前掲（注7）116頁。

先行研究は、この問題を「誤信」と捉えている故の矛盾を有している。大多数の学説に共通することは、軽率な言論を保護する必要はなく、結果的に当該事実が真実ではないことが判明したとしても、確実な資料根拠に基づいた言論のみを保護すべきであるとの問題意識を有していることである。しかし、この問題を真実性の「誤信」と考えるのであれば、たとえ行為者が軽率に当該事実を真実であると誤信した場合であっても、事実の錯誤は故意を阻却するという通説的理解に従えば、誤信の程度や理由の如何を問わず故意を阻却し、犯罪成立を阻却すべきこととなる。

以上のことから、最高裁昭和44年判決による「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のあるとき」という判示は、犯罪不成立という結論を導くために認められる誤信の条件を定めたものではなく、被告人が真実性の証明のために負う挙証責任の程度を定めたものではないかと考えられ、本章ではその点につき詳述する。

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

従来²²の学説も真実性の証明の程度について論じているものの、証明に失敗した場合を「真実性の誤信」として捉えているので、「誤信」があった場合の処理の問題とは別個の論点として扱っている。しかし、230条の2は被告人に挙証責任を転換させることについて定めた条文であり、従来²²の学説のように論点を分散させることは適切ではない。従来²²の学説がそれぞれ別個のものとして論じてきた「230条の2の法的性格」「証明の程度・内容」「真実性の誤信」という論点は同一線上にあることから、本節では、最高裁昭和44年判決の「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」という基準の内容を検討し、それに基づいて真実性の証明に失敗した場合の妥当な法的処理の方法を明らかにする。

第2章で述べたように、フランス出版自由法55条においては、真実性証明の方法が明確に定められている。証明のための証拠は決められた期間内に提出し

²²「厳格な証明」による、合理的な疑いを容れない程度のものでなければならぬとする見解として、大塚・前掲（注7）141頁、東京地判昭和49年11月5日判時785号116頁。検察官に比して証拠収集能力に乏しい被告人にそのような証明を要求するのは酷であることから「証拠の優越」で足りるとする見解として、山口・前掲（注12）143頁、曾根・前掲（注7）91頁など。

なければならず、裁判開始以降に新たな証拠を提出することは認められない。真実性の証明を望む場合、55条所定の手続に従うことが正当化事由である（法定要素である「名誉毀損」が否定される）と考えられるが、免責を受けるためには証拠が議論の余地のない明白なもの、高度な確実性を有するものではないとされる。この点は最高裁昭和44年判決の基準と類似していると思われるが、日本の従来の学説は昭和44年判決の結論を妥当としながらも、何をもって「確実な資料、根拠」と解するのかという基準については見解の一致を見ていない。

一方で、判例には「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」があったといえるための基準について判断したものがいくつかある。

最決昭和46年10月22日刑集25巻7号838頁は、松川事件の第1審において関係被告人20名全員に有罪判決を下し、そのうちの5名に死刑を言い渡した裁判官を非難するビラを配布したという行為が230条1項の名誉毀損罪に問われたものである。最高裁は、事実が真実であると誤信したとしても「これらの資料が現に係属中の刑事事件の一方の当事者の主張ないし要求または抗議に偏するなど断片的で客観性のないものと認められるときは、これらの資料に基づく右誤信には相当の理由があるものとはいえない」と判示した。この事例の被告人が依拠した資料は、松川事件弁護団から事件捜査本部に宛てた書面の他は、労働組合や日本共産党などによる冊子であり、松川事件第1審判決に不満を抱く立場からの主張であったことから、判示の通り、被告人の用いた資料は偏ったものであり、事実が真実であると解するには不十分であったといえよう²³。

²³ この最高裁昭和46年決定と類似するものとして、最決平成22年3月15日刑集64巻2号1頁が挙げられる。これはインターネット上で名誉毀損的な書き込みを行った場合は最高裁昭和44年判決の基準を緩和すべきか否かが争われた事例である。最高裁は「被告人は、商業登記簿謄本、市販の雑誌記事、インターネット上の書き込み、加盟店の店長であった者から受信したメール等の資料に基づいて、摘示した事実を真実であると誤信して本件表現行為を行ったものであるが、このような資料の中には一方的立場から作成されたにすぎないものもあること、フランチャイズシステムについて記載された資料に対する被告人の理解が不正確であったこと、被告人が乙株式会社の関係者に事実関係を確認することも一切なかったことなどの事情が認められるというのである。以上の事実関係の下においては、被告人が摘示した事実を真実であると誤信したことについて

この最高裁決定の他に、下級審でも「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」の基準について判断したものがある。東京地判昭和47年5月15日判タ279号292頁は、産経社団法人倶楽部の事務員であった被告人が、倶楽部会員に郵送配布する印刷物上で摘示した3つの事実について名誉毀損罪の成否が争われた事件であり、東京地裁は2つの事実については「不確実な状況証拠のみから飛躍的に推論し、摘示事実の存在を早計に確信した」として相当性を認めなかったが、残りの事実については「『確実な資料・根拠』とは、誤信の原因となったそれを指称するのであるから、その資料・根拠が摘示事実の存在を証明するため一般に確実な手段として用いられる性質を具備しているかどうかを意味するとともに、その範囲も、職務上の権限を持ち、それを豊富な専門的知識と経験に基づいて駆使し得る捜査機関が獲得できる資料・根拠であるかどうかを標準とするのは相当ではなく、常識ある一般人にとって、真実であると確信するのが無理もないと認められる程度の資料・根拠であるかどうかをもって判断の基準とするのが相当である²⁴と判断した上で相当性を認めた。

「確実な資料、根拠に照らして相当の理由」という基準について、学説も前述の昭和47年東京地裁の判断に賛同するものが多く、「社会一般の常識に照らして、摘示する事実の存在を信ずるのが、無理もないと考えられる客観的状況²⁵等の基準が挙げられている。前述の通り、証明の方法と程度については「証拠の優越」で足りるのか、もしくは「厳格な証明」による合理的な疑いを容れ

て、確実な資料、根拠に照らして相当の理由があるとはいえない」として、インターネット上の名誉毀損的行為に対しても従来の基準を適用すべき旨を判示し、第2審の判断を維持する形となった。偏った資料に依拠して名誉毀損的行為に出た場合には「相当の理由」に該当しないという考え方は前述の昭和46年決定から貫かれているものであるといえる。なお、平成22年決定の第2審の評釈として、前田雅英・警察学論集63巻6号（2010年）144頁以下、緒方あゆみ・同志社法学61巻6号（2010年）153頁以下、嘉門優『速報判例解説』（日本評論社・2010年）6号183頁以下、佐藤結美・北大法学論集61巻1号（2010年）218頁以下などがある。

²⁴ 東京地判昭和49年11月5日判時785号116頁も、刑法230条の2について「確実な資料・根拠とは、誤信の原因が社会一般人の常識に照らしてみても、真実であると信じるのが無理もないと認められる程度の資料・根拠をいう」と判断している。

²⁵ 野村稔「名誉の保護と報道」刑法雑誌28巻1号（1987年）111頁。

ない程度のものであるのかが争われており、前者の説の論者は、強力な証拠収集手段を持たない者に対して合理的な疑いを容れない程度の証明を要求するのは酷であるという考え方を前提とする。しかし、被告人にどの程度の証明を要求するかという問題は「確実な資料、根拠に照らして相当の理由」の基準をどのように解するかという問題と重なることを前述の判例が示しているといえないだろうか。また、ここで被告人が負うのが、事実の真实性を証明することに関する責任であることに鑑みれば、最高裁昭和44年判決が示した「確実な資料、根拠に基づき相当の理由」という基準が挙証責任の内容を示しているのではないかという前述の着想は妥当な方向性を有するものと考えられる。したがって、「証拠の優越」で足りるのか否かという抽象的な議論をするよりも、昭和44年の基準の内容を検討することに一本化するという方法を採用するのが望ましいと考えられる。

それでは、昭和44年判決の基準をどのように解するべきか。フランス出版自由法において、①真实性の証明を望む被告人が「議論の余地のない明白な」証拠、「完全な証拠」を要求されていることと、②名誉毀損罪の構成要素である「悪意」が事実の公表に際し被告人が慎重で用心深かったことや客観性を持っていたことによって消滅することを参考とすれば、前述の日本の判例が示すように、やはり資料が特定の立場に偏っていないこと、そのような資料を論理の飛躍することなく正しく理解していること等が求められると考えられる。

また、フランスでは裁判開始以降に新しく証拠を提出することが判例上認められていないからか、日本のように「裁判で証明されたことにより、行為時に遡って名誉毀損的行為の違法性が阻却されるのは妥当ではない」という議論はされていないようである。日本ではフランスにみられるような証拠提出の際の制約はないと思われるが、そのことが却って「遡って違法性を阻却する」という問題点を生み出しているといえる。この問題を克服するためには、「確実な資料、根拠に照らして相当の理由」が行為時の被告人にあったのかということが裁判の場で検討されることが求められる。

第3節 230条の2の法的性格

第2節では、「確実な資料、根拠に照らして相当の理由」の基準の内容について検討を進めてきた。そして、230条の2には挙証責任の転換という訴訟法的性格以外にも、実体法的性格を有しているかということについても検討の余

地があると思われる。

第2章でも述べたが、フランス出版自由法では表現行為の際の慎重さや客観性などの事情によって「悪意」の推定が消滅し、55条所定の真実性の証明を行うことが「正当化事由」とされる。「悪意」はフランスの犯罪論体系においては「心理的要素」とされるが、「悪意」の推定を覆すためには行為を正当化するような客観的な事情が求められ、善意（bonne foi）の証明が正当化事由としての地位を有している。また、フランス刑法では日独刑法とは異なり構成要件該当性と違法性を区別せず、正当化事由のあることが認められれば「名誉毀損」などの法定要素の存在が否定される。

この考え方に一部類似する日本の学説として、事実がその真実性を証明することを可能とする程度に真実であった場合には、定型的に違法性がないと解されるため、構成要件該当性が阻却されるとする見解がある。この見解に従えば、「真実性の誤信」の場合、つまり証明可能な程度の資料・根拠をもって事実を真実と誤信した場合には、構成要件該当性阻却事由の錯誤があり、故意を欠くものとなる²⁶。この見解も、真実性の証明に失敗した場合を「誤信」と捉えていることから、「証明可能な程度の資料・根拠」といった客観的な事情によって故意が阻却されると解するのは妥当ではないという批判がある²⁷。また、真実性を証明することが可能である程度に真実であったことが構成要件該当性を阻却するのであれば、証明に失敗したとしても「確実な資料、根拠」があること自体が名誉の「毀損」という構成要件該当性を阻却するのであり、故意を阻却するという結論にはなり得ないのではないだろうか。

この見解は、証明可能な程度の真実性が構成要件該当性を阻却させるとしてある点でフランス出版自由法の考え方と類似しているが、この見解も他の通説と同様に、名誉毀損罪の保護法益を「事実的名誉」であると抽象的に解している点が問題となる。一方、フランス出版自由法においても「名誉毀損」は人の社会的評価を下げることでであると解されているが、「私生活」等に該当しない事実には真実性の証明が認められ、確実性の高い証拠を所定の手続に従って提出することによって「名誉毀損」が否定される。そして「悪意の推定」も「私生活」等に該当しない事実を公表した場合であれば「慎重さ」「客観性」など

²⁶ 団藤・前掲（注6）421頁以下。

²⁷ 中森・前掲（注8）96頁以下。

の事情によって覆される。フランスの犯罪論体系上、「悪意」は心理的要素であるが、名誉毀損罪では「悪意」は推定され、単なる主観を超えた客観的な事情がなければこの推定を覆すことは出来ない。これらのことから、フランス出版自由法における「名誉毀損」は、実質的には公共性を有する事実について「慎重さ」「客観性」または正確性の高い証拠なしに公表する行為を指していると考えられる。

日本の構成要件該当性阻却説が有する問題点と、フランス出版自由法の前述の理解を参考しつつ検討すると、第3章第3節で述べたように日本刑法においても「名誉」を抽象的に「実際の社会的評価である」と解する必要はない。公的な事実について公益目的を持たずに公表されることからの自由、加えて、事実の公共性と公益目的を満たしていたとしても、事実の真実性を証明することが可能となる程度の確実な資料・根拠を有していない軽率な言論からの自由を保護法益としての「名誉」と解することが可能であると考えられる。

そのように解すれば、230条の2に規定される「事実の公共性」「目的の公益性」「真実性の証明（この要件は事実が真実であることではなく、真実性を証明する確実な資料・根拠が行為時にあること）」という3つの要件が揃っている場合には法益としての名誉の侵害がなく、構成要件該当性も否定されるということがいえると考えられる²⁸。

以上より、230条の2は被告人に挙証責任を転換するという訴訟法的規定であると同時に、「公共の利害に関する」事実について確実な資料・根拠と公益目的を備えている場合には「名誉毀損」という構成要件が阻却されるという法的性格を有するので、結果的に真実性の証明に失敗したとしてもこれらの要件を備えていれば構成要件該当性を満たさないということになるだろう。

²⁸ 230条の2の要件のひとつである「目的の公益性」について、中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良書普及会・1948年）178頁等の通説は、公益を図ることが「主たる動機」であったのであれば足りるとしている。その理由として、団藤重光責任編集『注釈刑法（5）各則（3）』（有斐閣・1965年）365頁〔福田平〕では、「人間の心理作用が複雑であり、唯一の動機のみによって行動するということ人間に期待することが実際上の問題としてはなほだしく困難である」ということが挙げられている。筆者もこの見解に賛同し、「公益目的」を厳格に解することは妥当ではないと考える。

第4節 小括

本章では、名誉毀損罪における「真実性の誤信」の問題について扱った。第1節では、従来の学説が真実性の証明に失敗した場合を「誤信」と解していることの問題点について述べ、最高裁昭和44年判決の「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」という基準は、被告人の挙証責任の内容と程度を表しているとの仮説を立てた。第2節では、日本の判例とフランス出版自由法の知見から、「確実な資料、根拠」の基準は、資料が特定の立場に偏っていないことと、論理の飛躍をすることなく資料を正確に理解していることを求めるものであることを論じた。第3節では、第1節と第2節の議論を前提としつつ、230条の2の法的性格について扱い、第3章第3節で述べた「名誉」の理解を前提としつつ「事実の公共性」「公益目的」「真実性の証明のための確実な資料、根拠が行為時にあること」という3つの要件が揃っている時には名誉の侵害が否定されることから、230条の2は被告人に挙証責任を負わせるという訴訟法的規定であると同時に、230条の2の要件が揃っている場合には構成要件該当性も阻却される趣旨を有していることを論じた。

本章までは、フランス出版自由法の知見を参考にしつつ、日本刑法の「名誉に対する罪」の基本形態ともいえる生者に対する名誉毀損罪について検討を進めてきた。続いて、第5章では従来から学説において問題となっている死者の名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益について考察する。

第5章 死者の名誉毀損罪と侮辱罪

前章までは、230条1項と230条の2の枠組みで保護される名誉とプライバシーについての検討を進めてきた。筆者は、名誉は「公共の利害に関する」事実についての軽率な言論からの自由であり、プライバシーは事実の公共性に関わらず、事実が公表されることによって社会的な評価の対象となることからの自由であると論じてきた。そこで、名誉とプライバシーをこのように解した場合、230条2項に規定されている死者の名誉毀損罪と、231条の侮辱罪との関係が問題となるため、本章ではこれらの犯罪の保護法益について検討する²⁹。

²⁹ 本章では以下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。

第1節 死者の名誉毀損罪の保護法益について

旧刑法359条は、「死者を誣毀したる者は誣罔に出たるに非ざれば前条（筆者注：358条所定の、生存者に対する誣毀罪）の例に照して処断する事を得ず」と規定し、361条は「此節に記載したる誣毀の罪は被害者又は死者の親属の告訴を待て其罪を論ず」と規定している。

旧刑法の原案となったポアソナードの確定稿では、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400条において「死者に対し讒毀を為したる者は其事故さらに誣罔に出たる時に非ざれば讒毀の刑を科せず」と規定されている。確定稿が成立する過程における議論の中で、死者に対する讒毀を全て処罰すれば、歴史に関する記述をすることが不可能となるため、不都合ではないかという質問が日本人の編纂委員代表である鶴田皓からなされた³⁰。これに対してポアソナードは「死人に対すとも之を讒毀する時は其子孫の名誉を害すべきに付歴史等に載する外死人又は其子孫の名誉を害する悪意に出でたる時は之を罪と為さざるを得ず³¹」として、「誣罔に出たる」場合に限定して死者の誣毀罪を処罰する日本法の考え方を「至極良法なり」³²と評価している。

旧刑法の施行後、刑法改正の必要性が主張されたことにより、明治18年にポアソナードは刑法改正案を作成した。この草案の400条において「死者に対する誣毀は第三百九十八条（筆者注：生存者に対する通常の誣毀罪）に従い之を罰す但し其生存する家族の尊敬を害せんと意思又は誣告の性質を以て誣毀したるときに限る可し」という、フランス刑法359条と1881年フランス出版自由法の34条に倣った規定が置かれているが³³、その後の政府によって作成された明治23年草案では死者に対する誣毀罪の条文は削除されている³⁴。この草案の説明書において、「若し死者を保護せんが為め死者を誣毀したる者を罪とし処

³⁰ 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）2120～2121頁。

³¹ 前掲（注30）2121頁。

³² 前掲（注30）2122頁。

³³ 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。

³⁴ 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）190頁。

罰するときは終に世間に真正の歴史なからしむるに至る可し然りと雖も死者の事実行為を摘発したるが為に其相続人の名誉を毀損することありとせんが即ち其相続人を直接に誹毀したるに外なければ誹毀罪の本条に依り処罰するを当然なりとす故に改正法は此規定を削除したり³⁵と説明されている。つまり、死者の名誉を毀損することによって歴史的な記述をすることが不可能となり、死者の名誉毀損によって間接的に相続人等の名誉も毀損されるのであれば、死者についての条文を別個に設ける必要はないという趣旨である。

第1章第2節で述べた通り、この草案は名誉に対する罪についての議論の前に審議未了となったため、死者の誹毀罪を削除したことについてのどのような議論が行われたのかは不明である。明治23年草案の後に出了れた明治28年草案286条後段は、死者の名誉毀損について「誣罔に出るに非ざれば」処罰しないことを定め³⁶、この姿勢はその後の明治30年草案290条後段³⁷、明治34年改正草案270条後段³⁸、そして現行刑法230条2項に貫かれている。

以上、死者の名誉毀損罪の沿革を見てきたが、230条2項は他の条項とは異なり、他国の法の影響を強く受けているとはいえないと思われる。西洋法の例として、フランス出版自由法においては前述の通り、生存者の名誉を毀損する性質のものに限り死者の名誉毀損を処罰すると規定しており、イギリスでは死者に対する文書誹謗は、遺族を侮辱するようなものでなければ刑事訴追の対象とならない³⁹。また、1871年のドイツ刑法189条は「死者が生存していたならばその者を軽蔑しまたは一般の見解において死者を誹謗するに摘するような虚偽の事実を、熟知に反して主張若しくは流布することにより、死者への追憶を誹毀したる者は」処罰されると規定しており、熟知した上で「虚偽の事実」を公表するという点で日本法と類似しているが、ドイツ法には「死者への追憶」という日本刑法の条文にはない要件がある。このように、死者の名誉毀損罪の保護法益に関しては日本独自の展開がされてきたといえるだろう。

³⁵ 前掲（注34）218頁。

³⁶ 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。

³⁷ 前掲（注36）177頁。

³⁸ 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）200頁。

³⁹ 日高義博「死者の名誉毀損」専修法学論集第31号（1980年）111頁。

死者の名誉毀損罪の保護法益についても争いがあり、①死者の名誉を保護法益とする説⁴⁰、②遺族の名誉を保護法益とする説⁴¹、③死者に対する遺族の感情を保護法益とする説⁴²、④死者の名誉という公共的法益が保護されているとする説⁴³の4つに大別される。①説には、「死者の名誉」を死者の生前の名誉であると解した上で、生前の名誉が死後も保護される趣旨であるとする考え方⁴⁴と、「人の名誉は死後においても不当に侵害されてはならないという利益は、各人が有しており、そのようなものは（規範的名誉の範囲で）保護に値する」と解する考え方がある⁴⁵。その一方で、死者を法益の主体とみなすのは妥当ではない⁴⁶という批判が、主に②説と③説からなされている。

②説は、「死者は名誉を有するが名誉権を有しない。したがって刑法上死者に対する名誉毀損が罪となるのは結局遺族の名誉権を害するが故である」と解しているが、死亡した者に関する名誉毀損的な発言をすることによって遺族の名誉を毀損することが可能であり、そのような場合は230条1項で処罰されるので2項が別に設けられた理由が説明できないという批判がある⁴⁷。また、③説に対しては、遺族のいない死者には本罪が成立しなくなり、妥当ではないという批判⁴⁸がある。④説は、死者が生前有していた社会的評価は、死後においても社会一般の追憶という形で存在するものであり、その社会の共有材として尊重されるべきであると解している。しかし、この見解には本罪が親告罪とさ

⁴⁰ 福田・前掲（注7）190頁、香川達夫『刑法講義 [各論]』（成文堂・1996年）470頁、内田・前掲（注8）208～209頁、大谷・前掲（注7）169頁、平川・前掲（注7）227頁、曾根・前掲（注7）95頁、山口・前掲（注12）148頁など。

⁴¹ 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂・1935年）313～314頁。

⁴² 中森・前掲（注8）97頁、前田雅英『刑法各論講義 [第4版]』（東京大学出版会・2007年）154頁。

⁴³ 中野次雄「名誉に対する罪」刑事法講座4巻（有斐閣・1963年）820頁。

⁴⁴ 曾根・前掲（注7）95頁、大谷・前掲（注7）169頁。

⁴⁵ 山口・前掲（注12）148頁。

⁴⁶ 中森・前掲（注8）97頁など。

⁴⁷ 曾根・前掲（注7）95頁、大塚・前掲（注7）148頁。

⁴⁸ 大谷・前掲（注7）169頁。また、大塚・前掲（注7）148頁は、遺族のない死者もありうるから遺族感情説のみによることはできず、死者自身を名誉の主体と認め、生前の社会的名誉が死後も保護されると解するとともに、遺族の感情も保護すると解するのが妥当であると述べている。

れていることと、個人的法益犯罪とされていることと適合しないという批判がある⁴⁹。

このように、死者の名誉毀損罪の保護法益をめぐる議論は錯綜しており、少なくとも②③④説には前述の明白な問題点があると考えられる。また、①説に対する批判の背景には死者に法益や名誉権を認めることへの違和感があると思われるが、死者自身に法益を認めることは可能だろうか。

死者自身の名誉を保護法益であるとする見解は、法律上の地位であり法律上の資格がなければ認められない「権利」と、法律上の資格にかかわらず生活上の利益である「法益」とを区別した上で、死者が「権利の主体」でないとしても「法益の主体」となり得ると主張する⁵⁰。この見解には、「われわれは、死後も自らの名を汚されたくないと感じる存在である」⁵¹ことのほか、「一旦死んだら『何をいわれてもやむをえない』ということでは困る」⁵²といった意識があり、このような利益が保護に値すると解しているようである。筆者も、死者を「法益の主体」換言すれば「利益の主体」と解することには賛同するが、従来①説にも疑問がある。まず、この説の多くは230条1項の保護法益を事実的名誉であると解した上で、生前に得た名誉が死後も保護されると解しているが、2項も1項と同様「事実の有無を問わず」名誉毀損の行為を処罰することを規定していなければこのような理解をすることはできないだろう。次に、死後は規範的名誉の範囲で保護されるという見解は、2項の条文の文言とは整合しているが、人が死亡することによって保護の範囲が「事実的名誉」から「規範的名誉」へと縮小されることの説明が不十分である。

では、230条2項によって死者のどのような利益が保護されるのだろうか。230条2項は230条の2とは異なり、被告人に挙証責任を課しておらず、「虚偽の事実を摘示する」という要件は事実が虚偽であることを確定的に認識しながら摘示することである⁵³。よって、本当は虚偽の事実であるにもかかわらず真

⁴⁹ 曾根・前掲（注7）95頁、杉山博亮「死者の名誉毀損」現代刑事法6巻4号（2004年）20頁。

⁵⁰ 杉山・前掲（注49）22頁。

⁵¹ 杉山・前掲（注49）23頁。

⁵² 山口・前掲（注12）148頁。

⁵³ 大谷・前掲（注7）170頁など多数。

実であると誤信した場合は（230条の2の「真实性の誤信」と異なり、この場合は「誤信」と称することに全く差し支えはない）軽率に誤信したとしても事実の錯誤に該当するので、犯罪は成立しない。このことに鑑みれば、「死者の名誉を保護する」とはいつでも実際には虚偽であることを確定的に認識して事実を摘示した場合しか処罰されないのであるから、従来の学説がいう「事実的名誉」も「規範的名誉」も保護することができないといえるだろう。以上より、筆者は死者の名誉毀損罪の保護法益は、虚偽の事実を意図的に公表されることからの自由と解する。私見は死者を権利の主体と解するものではないが、被害者の「自分の死後も虚偽の事実を意図的に公表されたくない」という意思が死後も尊重されるという趣旨であると解する。第3章で述べた通り、230条1項の保護法益は名誉とプライバシーであるが、230条2項は1項とは異なり、事実の内容を「公共の利害」に関わるか否かによって区別していないため、事実の内容を問わず確定的に虚偽を述べた場合に限り処罰される。また、歴史的人物に対する論評は刑法35条でも正当化され得ると考えられるが、この点については今後の研究に委ねることとする。

第2節 侮辱罪の保護法益について

本節では、侮辱罪の保護法益について扱う。具体的な事実を公表するか、それとも否定的な価値判断を公表するかということによって名誉毀損と侮辱を区別するという考え方は旧刑法の段階で導入されており、それがフランス出版自由法の影響であることは第1章の第1節で述べた。旧刑法から現行刑法への改正過程において、「明治23年草案」「明治28年草案」「明治30年案」「明治34年改正案」などの草案が作成され、「明治23年草案」では第4編「違警罪」第4章「身体、財産に関する罪」の407条において「公然人を罵詈嘲弄したる者」が処罰されることが規定されている⁵⁴。第1章の第2節で述べたように、この法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り、その後「明治28年草案」が作成されることとなった。28年の草案では、第2編「罪名」第13章「名誉に対する罪」の287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は拘留又は科料に処す」と規定されている⁵⁵。ここで「罵詈嘲弄」

⁵⁴ 前掲（注25）137頁。

⁵⁵ 前掲（注36）177頁。

から「侮辱」という言葉への変更があり、これが明治30年案の291条⁵⁶と明治34年改正案の271条⁵⁷と、現行法に受け継がれている。

現行刑法の侮辱罪は「事実を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者」を処罰するとしていることにつき、「摘示しなくても」という文言を「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すると解する学説がある⁵⁸。明治28年草案以降の草案では「罵詈嘲弄」という文言が「悪事醜行を摘示せずと雖も」という文言に変えられたが、第1章の第2節で述べた通り、名誉に対する罪についての議論の記録が現存しないので、この犯罪についてどのような議論が行われたのかは不明である。しかし、侮辱罪が事実を述べる場合も含むと解するのであれば、具体的事実を公表した行為者は名誉毀損罪と侮辱罪のどちらでも処罰され得るという結論になり、妥当ではない。よって、「事実を摘示しなくても」の要件は、事実を摘示すると名誉毀損罪が成立し得るが、事実を摘示しなかったとしても処罰されないというわけではないということを表現していると解するのが自然であろう⁵⁹。

また、侮辱罪は否定的な価値判断を述べることによって犯罪が成立するという性格を貫きつつ、現行刑法に至っていることから、侮辱罪は旧刑法時代におけるフランスの影響を残していると考えられる。よって、侮辱罪に関する検討も、フランス出版自由法との比較で行うのが妥当と思われる。

フランス出版自由法では、29条後段において「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」と規定されている。条文に規定されている通り、フランス出版自由法における侮辱罪の特徴は、名誉毀損罪とは異なり、明確な事実の主張や非難を全く含まないことである⁶⁰。事実を含んでいるか否かということは、その証明が可能であるか否かによって区別され、証明が不可能であるとき、その言葉は事実を含んでおらず、名誉毀損罪ではなく侮辱罪を構成し得る⁶¹。例えば、誰かが「前科者」ではないこと

⁵⁶ 前掲（注36）177頁。

⁵⁷ 前掲（注25）200頁。

⁵⁸ 小野清一郎『刑法に於ける名譽の保護』（有斐閣・1970年）314頁など。

⁵⁹ 小名木明宏「侮辱罪の問題点」現代刑事法6巻4号（2004年）16頁。

⁶⁰ Michel Véron, op.cit., p180, Philippe Solal et Jean-Claude Gatiéau, op.cit., p146, Jean Pradel, Michel Danti-Juan, op.cit., p330.

⁶¹ Philippe Solal et Jean-Claude Gatiéau, op.cit., p146.

は証明することが可能であるが、誰かが「愚か者」または「卑劣な人物」ではないことを証明することはできない⁶²。また、侮辱罪も名誉毀損罪と同様に人や団体の名誉または名声を傷つける行為とされている⁶³。

このように、フランス出版自由法における名誉毀損罪と侮辱罪は、法益ではなく事実を公表するか否かによって区別されている点で日本の通説と類似しているが、日本刑法の侮辱罪の保護法益はどのように考えるのが妥当であるか。日本刑法の名誉毀損罪の保護法益を事実的名誉と解し、侮辱罪の保護法益を名誉感情であるとする学説は、名誉毀損罪と侮辱罪の法定刑に著しい差があることを根拠とする。日本の名誉毀損罪では「3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金」と規定されているのに対し、侮辱罪は「拘留又は科料」であり、侮辱罪の方が明らかに軽微である。一方、フランス出版自由法では名誉毀損と侮辱の対象等によって法定刑が異なり、私人に対する名誉毀損罪が「12000ユーロの罰金」(32条)であるのに対し、私人に対する侮辱罪は「侮辱が挑発から発生したものでなければ12000ユーロの罰金」(33条)とされている。30条と31条では裁判所、軍、両院議員、公務員といった公的機関または公的な人物に対する名誉毀損が「45000ユーロの罰金」となる一方で、このような人物や団体に対する侮辱は「12000ユーロの罰金」となる。フランス出版自由法においても、名誉毀損罪は侮辱罪よりも法定刑が重く規定されているが(私人に対する侮辱罪が私人に対する名誉毀損罪とは異なり、挑発が先行している場合は処罰しないことを明記しており、名誉毀損罪の方が処罰範囲の広いことに鑑みると侮辱罪の方が軽いといえるだろう)、日本刑法ほどの差はない。フランスでは犯罪は重罪、軽罪、違警罪の3つに分類されており、名誉毀損罪と侮辱罪は同じ軽罪であり、共に人間の尊厳に対する攻撃であると考えられている⁶⁴ことから、フランス法においてこの2つの行為が同じく名誉または名声を侵害するものと考えられているのであろう。

一方、日本の旧刑法において侮辱罪が違警罪として規定されていたが、現行刑法では名誉毀損罪と共に規定されている。日本刑法における名誉に対する罪

⁶² Philippe Solal et Jean-Claude Gatineau, op.cit., p146.

⁶³ Philippe Solal et Jean-Claude Gatineau, op.cit., p146, Jean Pradel, Michel Danti-Juan, op.cit., p329.

⁶⁴ Jean Pradel, Michel Danti-Juan, op.cit., p254, Michel Véron, op.cit., p139.

が、歴史的に見てフランス出版自由法の影響を受けていることと、侮辱罪が軽犯罪法ではなく刑法典に規定されていることに鑑みれば、名誉毀損罪と侮辱罪は明確な事実を公表するか否かによって大別され、共に「個人の尊厳」「人格的利益」に対する犯罪として分類されるだろう⁶⁵。侮辱罪の保護法益を名誉感情とする学説に対しては、人によって異なる名誉感情を法で保護するのは妥当ではないという伝統的な批判があり、侮辱罪の保護法益をこのように主観的なものとして捉えているという点で、この説の論者は名誉毀損罪と侮辱罪を異質なものと解しているのであろう。しかし、フランス出版自由法の考え方を参考にすれば、名誉毀損罪も侮辱罪も同様に、人格的利益といえるものに対する攻撃であると解され、その保護法益は単なる感情ではなく、より客観的なものと考えべきである。

第3章と第4章で述べた通り、筆者は名誉毀損罪の保護法益を①社会的評価からの自由としてのプライバシーの他、②公共性のある事実に関する軽率な言論からの自由としての名誉であると解する。私見は、名誉毀損罪が、公表する内容を公共の利害に関する事実とそうではない事実によって分け、前者に限り事実証明を認めていることに基づく。一方、侮辱罪は事実を公共の利害に関するものか否かに分けることなく、事実証明も認めていないが、名誉毀損罪について230条の2が適用された場合の侮辱罪の成否の問題から侮辱罪の保護法益について検討することが可能であると思われる。

名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益を「事実的名誉」とする通説に従えば、230条の2が適用される場合には侮辱罪の成立を否定する一方、侮辱罪の保護法益を名誉感情とする見解は、名誉毀損罪による処罰が否定されとしても侮辱罪の成立は可能だということになる。名誉感情を保護法益とすることの問題点は前述の通りであるが、それに加えて、この見解を採用することによって230条の2の存在意義が否定されるという問題点がある⁶⁶。名誉感情を侮辱罪で保護することになれば、事実が真実であったとしても、確実な根拠があったとしても、

⁶⁵ 平川・前掲（注5）1頁では「名誉に対する罪が個人の人格的価値に対する罪であり、個人の尊厳に対する罪であることは疑問の余地がない」と述べられており、山口・前掲（注12）と松宮・前掲（注20）は名誉毀損罪と侮辱罪、信書開封罪と秘密漏示罪を「人格的法益に対する罪」に分類している。

⁶⁶ 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977年）191～192頁。

その事実の公表が被害者にとって不愉快なものであれば処罰するということになり、妥当ではないだろう（むしろ、事実が真実である場合や、正確性の高い根拠のある事実を公表した場合の方が被害者の感情を害すると思われる）。また、侮辱罪は名誉毀損罪とは異なり明確な事実を摘示せず、否定的な価値判断を述べるにとどまるのであるから、そのような行為には通説が述べるところの「事実的名誉」を低下させるほどの危険性はないと考えられる。

このように、「事実的名誉説」と「名誉感情説」にはそれぞれ問題があるが、表現の不当性を侮辱罪で処罰すること⁶⁷、揶揄と嘲笑を交えた不必要な罵詈雑言を侮辱罪で処罰すること⁶⁸が可能と思われる。実際に、公共の利害に関する事実について公益目的と確実な資料、根拠をもって公表した場合であっても、発言の中に度が過ぎた罵詈雑言が含まれていることは十分あり得る。このように解すれば、侮辱罪の保護法益は不当で不必要な人格攻撃からの自由ということになると考えられる。何をもって「不当で不必要」というかは事例判断とならざるを得ないが、侮辱行為に対しては民事的解決が可能である⁶⁹ことも考慮

⁶⁷ 佐伯・前掲（注2）74～75頁。

⁶⁸ 植松正『再訂 刑法概論Ⅱ各論』（勁草書房・1975年）345頁。

⁶⁹ 東京高判昭和56年8月25日判時1019号81頁では、「民法上、侮辱が不法行為として成立するかどうかは、行為者がなした表示の内容、手段ないし方法及び右表示がなされた時期、場所並びに関係当事者、ことに被害者の職業、年齢、社会的地位等諸般の具体的事情を総合的に考察して、当該表示が被害者の人格的価値に対する社会的評価を低下させるかどうかを判断して、これを決定すべきものであり、侮辱が公然となされたことは、右判断に当たり斟酌すべき一つの事情ではあるが、不法行為成立の必須の要件をなすものではないと解するのが相当である。それ故、侮辱が公然となされたものではないという一事により不法行為責任を否定することは許されないというべきである」と判示され、侮辱行為に対して不法行為責任が発生し得ることが明言されている。

また、民事では名誉感情の侵害も709条の要件を満たせば名誉毀損とは別に不法行為になり得るとされ、大阪高判昭和54年11月27日判時961号83頁では、タクシーの乗客が運転手に対し「今は運転手と呼ばれているが昔は駕籠かきやないか」等の侮辱的発言を20分余りにわたって執拗に続けた行為に対し「通常の醜行の指摘と異なりタクシー運転手としての控訴人の社会的評価信用を害うものでないとしても、その内容が極めて不当でしかも相当時間繰返され、公然非公然を問わず控訴人の名誉心を著しく傷つけこれに精神的苦痛を与えるもの

すれば、処罰範囲が拡大しないように留意しなければならないだろう。

また、名誉毀損罪では、「公共の利害」に関わらない事実を公表することによってプライバシーが保護されているが、侮辱罪においても「公共の利害」に関わらない事柄について否定的な価値判断を述べることによって、当該個人のプライバシーが侵害されると言えるだろうか。名誉毀損罪は明確な事実を摘示する犯罪であるので、そこで公表された具体的な事実を通して当該個人が「公共の利害」に関わらない領域について評価されたり想像されたりする程度も、事実が真実であると認識される程度も高くなることによって、他人からの評価も具体的なものとなり得る。一方、侮辱罪は具体的な事実を摘示せずに成立する犯罪であるので、公表した内容が「公共の利害」に関わらない私事であったとしても、名誉毀損罪と比較するとその内容が抽象的であることから、その影響力は弱いと考えられる。例えば、公然と女性に対して「売春婦」と言った場合であってもそれを聞いた人は単なる悪口の類のものとする可能性があり、その女性が本当に売春をしているのか否かということについて評価したり想像したりする段階まで達しない場合があり得る。しかし、被害者は公然とそのようなことを言われるに値する人物であると評価されてしまうおそれも否定できないので、名誉毀損罪と比較すれば軽微であるが、侮辱罪においてもプライバシーに対する抽象的なレベルでの危険は認められると考えられる。

第3節 小括

本章では、230条2項に規定されている死者の名誉毀損罪と、231条に規定されている侮辱罪について扱った。第1節では死者の名誉毀損罪について検討した。生者に対する名誉毀損罪はフランス法の影響を受けているが、死者の名誉毀損については日本独自の展開がなされていることを前提として、従来の日本の学説を整理することから検討を始めた。日本において通説とされているのは、死者の名誉そのものを保護法益とする見解であるが、これに対しては「死者に権利を認めるのは妥当ではない」という批判がなされている。しかし、死者を権利主体と見ることと法益の主体と見るとは同義ではなく、生前の名誉が死

といわねばならず、単なる酔客の道義的マナーの問題あるいは社会生活上の受忍限度を超えた違法なもの」であるとして慰謝料の請求を認めた。

後も保護されると解することが可能であることから、230条2項の保護法益を死者の名誉と解することに問題はない。私見では、事実が虚偽であることを確定的に認識している場合にのみ230条2項の犯罪が成立することに鑑み、230条2項では、虚偽の事実を死後になって意図的に公表されたくないという生前の意思が死後も保護されるものと解する。

第2節では、侮辱罪の保護法益について扱った。名誉毀損罪と同様に侮辱罪もフランス出版自由法の影響を受けて立法されたことから、これらの犯罪は具体的な事実を摘示するか否かによって区別されるものであると解する。フランス出版自由法において、名誉毀損罪と侮辱罪は共に「人間の尊厳を侵害する犯罪」とされ、日本刑法でもこの2つの犯罪は「人格的利益に対する犯罪」とされていることから、侮辱罪の保護法益は単なる感情ではなく、不当で不必要な人格攻撃からの自由であると解する。

以上、第1章から第4章までは名誉毀損罪とプライバシーについて扱い、第5章では死者の名誉毀損罪と侮辱罪について扱ってきた。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が本稿の射程であるが、刑法には名誉毀損罪以外にもプライバシーとの関係から論じられる犯罪類型がある。そこで、第6章ではプライバシーとの関係が問題となり得る他の犯罪について扱うことによって、名誉毀損罪がプライバシーの刑事法的保護というテーマにおいてどのような位置づけを有しているのかということについて検討する。

第6章 プライバシーの刑事法的保護における名誉毀損罪の位置づけ

第1章から第5章までは、名誉に対する罪について扱ってきた。230条1項所定の、生者に対する名誉毀損罪はプライバシーを侵害する犯罪であると解するが、名誉毀損罪以外にも刑法にはプライバシーを保護しているように見える犯罪類型がある。よって、ここでは①住居侵入罪、②信書開封罪、③秘密漏示罪によってプライバシーがどのように保護されているかということを確認する⁷⁰。

⁷⁰ 平川・前掲(注7)は「プライバシーの刑法的保護」という節の中に住居侵入罪・不退去罪・信書開封罪・秘密漏示罪を分類している。西原春夫『犯罪各

刑法130条の住居侵入罪は、正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しないことによって成立する犯罪である。住居侵入罪について、「事実上の住居の平穩」を保護法益とする説（平穩説）⁷¹と「住居に立ち入りを認めるか否かの自由」を保護法益とする説（新住居権説）⁷²が対立しているが、「平穩」という概念が曖昧であり、前者の説では住居への平穩な立ち入りには住居侵入罪が成立しないということになってしまう⁷³ため、後者の説が妥当である。

新住居権説を前提にすると、「住居への立ち入りを認めるか否かの自由」がプライバシーといえるか否かが問題となる。住居侵入罪で保護される客体には、「人の住居若しくは人の看取する邸宅」という個人的なもののみならず、「建造物若しくは艦船」も含まれていることから、後者の客体の場合は個人のプライバシーが保護されているということは出来ないと思われる。一方、個人の住居は個人（家族）の私生活の場であるため、誰の立ち入りを許すかということは私生活に対する介入への選択権ということになる。個人の住居などといった私的な空間に立ち入ることによって、侵入者がそこで認識した事実・情報に基づいて当該個人への評価を変えるということがあり得るため、「社会的評価からの自由」としてのプライバシーが侵害されると考えられる。

また、住居侵入罪は生活の（平穩ではなく）安全も保護しているように思われるため、私人の住居に侵入した場合はプライバシーが侵害されるのみならず、生活の安全も危殆化されると考えられる。

刑法133条の信書開封罪は「封をしてある信書」を「正当な理由」なく開けた場合に成立する犯罪である。「信書」とは、特定人から特定人に対して宛て

論〔第2版〕』（筑摩書房・1983年）では「プライバシーその他の私生活の平穩を害する犯罪」の中に住居侵入罪・不退去罪・信書開封罪を分類しつつ、秘密漏示罪もプライバシーを侵害する罪であるとしながらも表現の自由との関係を強調することにより、名誉毀損罪・侮辱罪・猥褻文書頒布罪と共に「表現の自由に関する犯罪」に分類している。

⁷¹ 団藤・前掲（注7）501頁、大塚・前掲（注7）111頁、福田・前掲（注7）203頁。

⁷² 西田・前掲（注7）95～96頁、林・前掲（注7）98頁、大谷・前掲（注7）126頁など。

⁷³ 西田・前掲（注7）95～96頁など。

た文書をいう。本罪を個人的法益犯罪であると解する見地から、国・地方公共団体相互間の文書は含まれないとする学説⁷⁴がみられるが、これに対しては、信書の内容を秘匿する利益は自然人のみならず、法人その他の団体、国・地方公共団体も当然に享受するものであるとする批判がある⁷⁵。いずれの説を採用としても、信書の内容に私人に関することが含まれていれば、信書を開封する行為は私事について探知する行為となる（私人間の信書は、その最たるものである）。そのように探知された私事が個人に対する社会的評価の材料となり得るため、そこで得た情報に基づいて当該個人への評価を変えるということがあり得る。したがって、探知した内容を公表しなくても、探知すること自体がプライバシーの侵害になるだろう。

刑法134条の秘密漏示罪は、医師や薬剤師等が業務を通して知り得た秘密を、正当な理由なく漏らすことによって成立する犯罪である。ここで保護される「人の秘密」が私生活上の事項に限定されるべきか、公生活上の秘密をも含むべきか、あるいは、国家・公共団体の秘密を含むか否かという点について問題となっている。「秘密」を私生活上のものに限ると解すれば、法人や団体に「私生活」はあり得ないので、秘密の主体は自然人に限られる⁷⁶。これに対して、弁護士が業務において取り扱ったことについて知り得た企業秘密も保護の対象に含まれると解し、「人の秘密」の「人」には自然人、法人、団体が広く含まれるとする見解⁷⁷もある。いずれの説を採用としても、少なくとも人の私生活上の秘密を漏らすことによって当該個人の社会的評価が変わり得ると考えられるので、このような行為によってプライバシーが侵害される。

このように、上記3つの犯罪は名誉毀損罪と同様、プライバシーを侵害する犯罪である（あるいはプライバシーの侵害という性格も有する）ものと考えられ、これらはプライバシーの侵害の形態によって区別されると思われる。住居侵入罪は私生活への介入という方法によって、信書開封罪は私事の探知という方法によって、当該個人に関する情報を得ることから、社会的評価からの自由としてのプライバシーを侵害する。名誉毀損罪は私事を公表することに

⁷⁴ 西田・前掲（注7）103頁、大谷・前掲（注7）148頁。

⁷⁵ 山口・前掲（注12）130頁。

⁷⁶ 松宮・前掲（注20）138～139頁、西田・前掲（注7）105頁。

⁷⁷ 山口・前掲（注12）132～133頁。

よって個人を社会的評価にさらすという方法によってプライバシーを侵害するものであるが、秘密漏示罪も「漏示」の相手方が不特定多数になる場合に、そして「秘密」が個人の評価が変わり得るような性質のものである場合に、230条の名誉毀損罪と重なる部分が生じると思われるが、詳細については今後の検討に委ねることとしたい。現段階では、私事を公表することはプライバシーの侵害の必要条件ではないということと、当該個人の単なる精神的な静穏・平穏を侵害することがプライバシーの侵害ではないといえる。

精神的な静穏とプライバシーの関係について、大阪市地下鉄車内の商業宣伝放送が「乗客として走行中の列車内に拘束された状態にあることを利用して、原告に対し、聴取する義務のない商業宣伝放送を聴取することを一方的に強制するもので、原告の元来保持しうべき静穏な状態そのものを毀損し、原告の思考または感覚等の精神的活動領域の自律性（人格的自律）を阻害して放送主体の意図する方向（特定企業の営利目的）に規制」するものであるとして、聞きたくない音を聞かせるような放送の違法性が争われた最判昭和63年12月20日判時1302号94頁がある。この判決では、伊藤正己裁判官は「我々は法律の規定をまつまでもなく、日常生活において見たくない物を見ない、聞きたくない音を聞かないといった類の自由を本来有している」とする原判決の説示を受け、補足意見として「個人が他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができると考えており、聞きたくない音を聞かされることは、このような心の静穏を侵害する」と述べている⁷⁸が、聞きたくない音を聞かない自由、聞きたくない音を聞かないことによって得られる平穏・静穏を法的な利益として認めるとしても、このようなものをプライバシーと呼ぶことは疑問である。私見では、プライバシーとは社会的な評価からの自由であり、名誉毀損罪・住居侵入罪・信書開封罪・秘密漏示罪においては個人が他人からの評価にさらされる危険性

⁷⁸ 伊藤裁判官は、静穏のプライバシーについて述べているが、「プライバシーは公共の場所においてはその保護が希薄とならざるをえず、受忍すべき範囲が広がることを免れない。個人の居宅における音による侵害に対しては、プライバシーの保護の程度が高いとしても、人が公共の場所にいる限りは、プライバシーの利益は、全く失われるわけではないがきわめて制約されるものになる。したがって、一般の公共の場所にあつては、本件のような放送はプライバシーの侵害の問題を生ずるものとは考えられない」と判断した。

のあることが問題となっており、私事を公表されることや住居に侵入されること、私事が書かれた信書を開封されること等によって当該個人が不安に思ったり不愉快になったりすることが問題となっているのではないからである。この商業宣伝放送の事例は民事事件であるが、刑法の学説でも、公然わいせつ罪とわいせつ物頒布等罪の保護法益を「自己の意思と無関係に性欲を刺激され興奮させられない自由」、つまり性的な物や行為を見たくない者の「見ない自由」とする見解⁷⁹が主張されている。この見解には「わいせつ罪の現実の解釈・運用からはあまりに距離がある」とする批判⁸⁰もあるが、見たくないものを見ない自由という、個人の平穩に資する利益をプライバシーとは別個の利益と解するのが妥当であることの現れではないだろうか。また、個人の平穩や静穩の利益を直接的・間接的に保護し得る規定は刑法にも複数見られるが、このような利益をプライバシーと解することは刑法によって保護される法益をプライバシーという形に抽象化することにつながり、妥当ではないだろう。

以上より、プライバシーは単なる平穩・静穩といった感情的なものを含む利益とは区別され、あくまでもプライバシーは社会的評価にさらされることからの自由と解すべきである。

おわりに

本研究は、刑法230条の2が「公共の利害に関する事実」について「公益目的」をもって公表し、事実についての「真実性の証明」があった場合について定めている一方で、230条1項が「公共の利害」に関わらない事実を公表した場合と、230条の2の要件を満たせなかった場合について規定しているという違いがあるにもかかわらず、従来の学説が「名誉とは何か」という抽象的な議論をしていることへの疑問から、公表する事実の内容によって侵害される法益の内容も異なるという問題意識を前提とするものである。

この問題意識をもとに、第1章では日本刑法の「名誉に対する罪」がフランス出版自由法の影響を受けているということを歴史的観点から考察し、第2章

⁷⁹ 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』（日本評論社・1996年）林美月子「性的自由・性表現に関する罪」60頁。

⁸⁰ 山口・前掲（注12）503頁。

ではフランス出版自由法の判例と学説を通して、フランスの名誉毀損罪の成立要素と事実証明の条件の他、事実証明と「私生活」の関係についての知見を得た。第1章と第2章を前提として、第3章では230条1項を社会的評価からの自由としてのプライバシーと、「公共の利害に関する事実」についての軽率な言論からの自由としての名誉を保護法益とする犯罪として再構成することを試みた。230条1項のこのような理解に立脚すれば、230条の2は社会的評価がなされ得る領域に関する正当な批評の範囲について定めたものであり、230条の2が規定する要件を満たすことによって法益の「侵害」という構成要件が否定されると考えられる。従来学説が主張してきた「実際の社会的評価」や「あるべき社会的評価」という抽象的なものは保護法益たり得ないということ、ここで改めて強調しておきたい。

続いて、第4章では「真实性の誤信」について考察した。この問題について、従来の見解は真实性の証明に失敗したことを「誤信」と解しているが、「誤信」という言葉からは行為者による事実の錯誤という主観の問題が連想される。学説でもその根拠が問題となっている「確実な資料、根拠に照らし相当の理由」は、そのような資料や根拠があるか否かという客観的な問題であるので、証明の失敗を「誤信」と捉える従来の見解には誤りがある。そこで筆者はフランス出版自由法の議論を参照しつつ、「確実な資料、根拠」を提出することが行為者に課せられた挙証責任の内容であると同時に、名誉の「侵害」という構成要件の存在を否定するための要件であると解した。このように解することによって、行為者の主観の問題と客観の問題を混同して論じることによる矛盾を克服することが可能となると思われる。

また、本論文では230条1項の保護法益についてこのように解した上で、第5章では死者の名誉毀損罪について定めた230条2項の保護法益と、231条の侮辱罪の保護法益についても検討を加えた。230条2項に関して、通説は「死者の名誉」そのものが保護法益であると解している。しかし、保護法益について検討する際に、どのような内容の事実を公表するか、どのような場合に処罰されるのかということを経験せずに抽象的な議論に終始しているという点では、従来の見解には生者に対する名誉毀損罪に関する議論と同じ問題点がある。従来の見解は条文の文言に沿って「死者の名誉」が規範的名誉の範囲で保護されると解しているが、生者についてはいわゆる「事実的名誉」の保護が認められるにもかかわらず、死亡によって「規範的名誉」の範囲でしか保護されなくな

る根拠が不明であり、230条2項が事実の虚偽性を確定的に認識していた場合に限って処罰されることに鑑み、230条2項の保護法益を「死後になって虚偽の事実を意図的に公表されることからの自由」として再構成した。従来の通説は、死者の名誉毀損罪の保護法益は何かという問題について、それは死者の名誉であると答えている点でトートロジーに陥っていると考えられる。

そして第6章では、プライバシー保護の側面のある名誉毀損罪以外の犯罪類型として、住居侵入罪・信書開封罪・秘密漏示罪について扱った。住居侵入罪は私人の住居に立ち入ることによって、信書開封罪は私人に関する内容を探知することによって、秘密漏示罪は人の秘密を漏らすことによって社会的評価からの自由としてのプライバシーを侵害するものであり、秘密漏示罪は情報を他人に知らせるという点で名誉毀損罪と共通している。ここで得られた知見は、プライバシーの侵害は社会的評価からの自由を脅かすことであり、単に精神的な静穏・平穏が侵害されただけではプライバシーの侵害があったとはいえないということである。

以上より、本論文は名誉に対する罪の保護法益と「真实性の誤信」に関する問題について新たな判断の枠組みを提供するものであり、従来の見解の問題点を明らかにするものである。一方で、本論文には課題も残されている。名誉毀損行為は犯罪として処罰され得るが、不法行為として損害賠償が課される対象ともなり得る。このように、名誉毀損罪は刑法と民法の両方が交錯する問題であり、犯罪として処罰される場合と不法行為として処理される場合の区別が必要となる。プライバシー侵害が刑法で処罰され得る意義については第3章第2節で述べたが、不法行為としての名誉毀損との関係については、今後の研究で明らかにしたい。

また、本稿では名誉毀損罪を含めて、プライバシー保護の側面があるとされる犯罪類型について検討したが、刑事法が保護し得るプライバシーの全ての範囲を扱うことはできなかった。今後の研究では、刑事法がどこまでプライバシーを保護し得るかということについて検討を進めることとした。

[付記] 本稿は修士論文（2011年1月21日提出）に加筆したものである。