

## 論 説

# 名誉毀損罪における事実証明規定を めぐる規範論的考察

小 島 秀 夫

### 【目次】

はじめに

- I 義務論理に基づく違法性阻却事由と刑罰必要性阻却事由の相違
  - 1 規範の対象としての行為
  - 2 義務論理的四角形とその意義
- II 刑法230条の2の法的性格
  - 1 規範論に基づく諸説の整理
  - 2 制裁規範論に基づく刑罰必要性阻却事由
- III 真実性の証明に失敗した場合の法的処理
  - 1 判例の変遷と問題の所在
  - 2 諸説の批判的考察
  - 3 超法規的違法性阻却事由としてのアプローチ

おわりに

### はじめに

刑法230条の2第1項で認められている、名誉毀損罪における公共の利害に関する場合の特例をめぐることは、主に2つの問題が従来から議論されている。1つは、当該規定の法的性格である。立法者は、行為者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処罰阻却事由として規定したようであるが、現在では当該規定を違法性阻却事由と解

する立場が有力に主張され、なお見解の対立が続いている。もう1つは、230条の2第1項に規定されている要件を厳密に充足しない場合でも不可罰となりうるか、なりうるとすればいかなる論拠に基づくのか、という問題である。当該規定を処罰阻却事由と解するにせよ違法性阻却事由と解するにせよ、行為者が真実性の証明に失敗した場合、形式的に見る限りでは、特例の要件を充足しないため、処罰を免れられない。しかし、判例や通説は、そのような場合でも、行為者が相当な理由に基づいて事実を真実であると誤信したときには免責すべきであると解しており、その理由づけをめぐってさまざまなアプローチが主張されている。混戦模様となっている諸説を整理し、問題を論理的に解決するためには、やはり規範論に基づいて考察することが必要不可欠であるように思われる。

前稿では、正当化事情の錯誤を規範論の観点から考察し、法律効果を指示する責任説（法律効果を制限する責任説）が支持されうることを明らかにした<sup>2)</sup>。すなわち、回避可能な正当化事情の錯誤においては、行動規範論の観点から、行為者の故意は完全には阻却されないものの、行為者が法益保全を志向して行動している以上、故意不法の減少が認められる。それゆえ、制裁規範論の観点から、故意不法の減少に見合う量刑判断、いわば刑の必要的減免がなされなければならない。こうした考え方に基づいた場合、230条の2第1項に関する真実性の誤信については、どのように解決されうるか。まずは、前稿で引き合いに出した義務論理に再び目を向け、その重要性をさらに示した後、当該規定の法的性格について検討していきたい。

## I 義務論理に基づく違法性阻却事由と刑罰必要性阻却事由の相違

### 1 規範の対象としての行為

義務論理（deontische Logik）とは、20世紀に規範学を通じて発展を遂げた論理学の特殊な一分野である。deón<sup>3)</sup>という言葉がギリシャ語で「当為」

や「義務」を意味することからも明らかなように、義務論理は、義務に関係する諸概念の論理関係がどのように理解されうるかを主要なテーマとしている<sup>4)</sup>。義務論理が刑法規範の論理構造を分析する際に有益なアプローチとなる背景には、規範の対象が深く関わっているように思われる。

もともと、規範が何を対象としているのかについては、必ずしも自明ではない。かつてラレンツは、規範の対象が法律効果にあることを強調していた。法規範と同義に解する法命題の論理構造を検討する中で、ラレンツは、全ての法命題を義務づける命令と理解する一元的決定規範論の意味における命令説に異を唱えている<sup>5)</sup>。例えば、ドイツ民法典1条における「人の権利能力は、出生の完了をもって始まる。」とする規定は、いかなる命令も禁止も含んでいない。これは、具体的事態Sが法律要件Tを実現する場合には、必ずこの事態に法律効果Rが妥当することを指示するものである。ラレンツによれば、このような法律効果の妥当指示 (Geltungsanordnung) を含む命題は、決定命題 (Bestimmungssatz) と称される。決定命題によって狙いとされる直接的効果は、規範に該当する他人の実際の行動ではなく、決定内容が妥当するということである<sup>6)</sup>。それゆえ、それぞれの法命題が必ずしも命令や禁止を含んでいないとしても、妥当指示を含んでおり、規範的命題としてのその意義は、法律効果を妥当させることである、とラレンツは述べている<sup>7)</sup>。

また、ホイヤーも、規範の対象を法律効果、とりわけ制裁と捉えている。ホイヤーによれば、法体系には、構成要件に記述される行動がダイレクトに制裁と結びつく制裁規範しか存在しない<sup>8)</sup>。というのも、望ましい行為を遂行するよう規範の名宛人に動機づけるためには制裁が必要不可欠であり、制裁規範が定められることによって初めて行動規範が観念されうるに過ぎないからである。そのように考えるならば、規範命題やその論理構造を理解する際、義務的な当為 (Sollen) に立ち返る必要はない。「規範」概念は、ある一定の行動をすべきであるという意味ではなく、ある一定の不利益の発生と結びつけられることを意味するものとして特徴づけられよう<sup>9)</sup>。

しかし、規範の対象を法律効果とする見解は、一次規範を制裁規範と捉える規範の制裁モデルに傾斜する<sup>10)</sup>。その点を措くとしても、法律要件を充足する限り法律効果が必ず妥当すると解されるならば、例えば軽微な行為責任しか認められない場合に刑罰必要性を欠くとして不可罰とする道は、閉ざされてしまうことになるだろう。ホイヤーは、規範の本質を理解するに当たって、当為からの脱却を試み、行為と制裁の結びつきを主張していたが、その結びつきを義務的な意味で捉えているならば、依然として当為から脱却していないように思われる。ホイヤーがシンパシーを感じるケルゼン<sup>11)</sup>も、行為と制裁の結びつきについて、制裁が科されるべきである、というように当為の意味で捉えている<sup>12)</sup>。もっとも、ホイヤーは、法律要件を充足しつつも制裁が科されない場合、当該規範は（事実に見れば）実効性を欠いているが（法的には）妥当性を欠いているわけではないとして、規範の実効性と妥当性の相違を引き合いに出して難局を乗り越えようとしている<sup>13)</sup>。しかし、妥当性が行為と制裁の規範的關係を意味するものではなく、法規に該当するということの意味する限り、なお当為の意味は拭い去れていないのではないだろうか<sup>14)</sup>。

このように考えると、規範の対象は法律効果ではなく、「～しなければならぬ」や「～してはならぬ」といった形式で表される当為の内容に見出されると考えられよう。当為の内容については、「他人の死」や「他人の財産の領得」のように、一般的に起こりうる出来事（Ereignis）が想定されているが、その際、出来事がどのように惹き起こされることを想定しているのか、さらに検討を要する。

将来起こりうる出来事については、「明日は雨が降るだろう」とか「宝くじが当たるだろう」といった内容から、「他人が犬に噛まれるだろう」とか「他人が強盗犯に襲撃されるだろう」といった内容まで、常に矛盾なく言語で表現することが可能であろう<sup>15)</sup>。もっとも、規範は、天気予報のような単なる予測ではない。例えば、「明日、雨が降るべきだ」という命題は、単なる

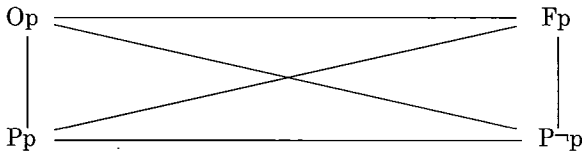
願望を述べたものに過ぎず、実際に雨が降るために存在しなければならない諸条件をわれわれが認識することはできない。大雨になる諸条件が充足される場合には必ず雨が降るのであって、その雨粒が雲から地上に降ってこないようにすることなど不可能である。一方で、「明日、冬用タイヤに交換しなさい」という命題は、他人に対する命令あるいは推奨であり、その命令あるいは推奨は、名宛人が冬用タイヤに交換する実際の能力を兼ね備えている可能性を示唆するものである。したがって、当為あるいは推奨の内容として想定される出来事は、自然現象によって惹き起こされるものではなく、行為能力を有する者によって惹き起こされるものに限定されよう。

さらに、レンツィコフスキーは、ある一定の出来事を惹き起こす行為能力だけでは、規範の名宛人を完全に定義するに当たって不十分であると指摘している。多くの動物も、ある行動を遂行したり控えたりする能力を持ち合わせているからである。例えば、ある飼い犬も、郵便配達人に噛みつく代わりに野うさぎを急襲する、という能力を有している。それゆえ、さらなる能力として必要なのは、行為を任意に遂行したり思いとどまったりする能力、すなわち帰責能力としての自由意志である、と主張している<sup>16)</sup>。

自由意志をめぐるのは、そもそも人間に自由意志が存在しうるのか、自由意志とはいかなるものか、激しい議論の対立が見られるが、その検討を措くならば、規範の対象については、少なくとも次のように言えるであろう。すなわち、規範の対象は、義務充足能力 (Fähigkeit zur Pflichterfüllung) なし行為能力 (Handlungsfähigkeit) を有する者を名宛人とする行為であり、当該名宛人にとって不可能なことを義務づけるものではない (ultra posse nemo obligatur)<sup>18)</sup>。名宛人の行為能力を投入しても変更不可能な出来事を想定して、そのような出来事を惹き起こす行為をしてはならないと規定することは、全く無意味だからである<sup>19)</sup>。

## 2 義務論理的四角形とその意義

規範の対象をそのように解するからこそ、行動規範すなわち義務に関係する諸概念の論理関係を明らかにする必要がある。義務ないし当為の概念も論者によって相違が見られ、命令・禁止のみを対象とする見解がある一方で<sup>20)</sup>、命令や禁止に加えて許容まで含まれるとする見解も主張されているが、いずれにせよ、法命題の主要な種概念である命令・禁止・許容の論理関係については、命令を  $Op$  ( $O$ =obligatory,  $p$ =proposition)、禁止を  $Fp$  ( $F$ =forbidden)、許容を  $Pp$  ( $P$ =permitted)、否定の意味を  $\neg$  という形で表すと、以下のような義務論理的四角形が形成される。<sup>21)</sup>



例えば、 $p$ に「休日に仕事をする」という命題を入れると、 $Op$ すなわち「休日に仕事をしなければならない」という規定は、 $Fp$ すなわち「休日に仕事をしてはならない」という規定と論理的に相反する関係にあり、一方の否定から他方を導出することはできない。というのも、「休日に仕事をしてはならない」という規定を否定する「休日に仕事をするのが禁止されていない」という規定は、 $Pp$ すなわち「休日に仕事をしてもよい」という規定を論理的に導出するが、「休日に仕事をしなければならない」ことを意味するものではないからである。

また、 $Op$ すなわち「休日に仕事をしなければならない」という規定と  $P\neg p$ すなわち「休日に仕事をしなくてもよい」という規定、ならびに  $Fp$ すなわち「休日に仕事をしてはならない」という規定と  $Pp$ すなわち「休日に仕事をしてもよい」という規定は論理的に矛盾した関係にあるが、一方の否定から他方を導出することができる。

さらに、 $Op$ すなわち「休日に仕事をしなければならない」という規定に

対して $Pp$ すなわち「休日に仕事をしてもよい」という規定、ならびに $Fp$ すなわち「休日に仕事をしてはならない」という規定に対して $P\neg p$ すなわち「休日に仕事をしなくてもよい」という規定は従属的關係にあり、それぞれ前者を前提として後者が導出される。具体的に述べると、「休日に仕事をしなければならない」という規定は、「休日に仕事をしてもよい」ことを含意するが、「休日に仕事をしてもよい」という規定が「休日に仕事をしなければならない」ことを含意するものではない。当該行為の許容を行使するかどうかは、規定の名宛人に委ねられるからである。

最後に、 $Pp$ すなわち「休日に仕事をしてもよい」という規定と $P\neg p$ すなわち「休日に仕事をしなくてもよい」という規定は、従属的な階層において矛盾した関係にあるが、論理的には両立しうる。

こうした論理関係は、一見するとトリビアルに思われるかもしれない。しかし、義務論理的四角形は、命令や禁止と許容が階層的に区別されることを明らかにするだけではなく、複雑な法的問題を解決する際にも重要な意義を有する。

その1つとして、ドイツでは国家機関の正当防衛権が古くから議論されている。<sup>23)</sup> 次のような事例を想定したい。窃盗犯がミュンヘン市内の宝石店に身一つで侵入し、防犯ブザーが作動したため、警察官が駆け付けたところ、窃盗犯が金品を奪取して逃走しようとしていた。そこで警察官は、窃盗犯の逃走を防ぐ目的で、拳銃をちらつかせて立ち止まるよう窃盗犯に要求したが拒絶され、威嚇射撃をしても立ち止まる気配がなかったため、最後の手段として窃盗犯に向けて拳銃を発砲した。窃盗犯は、背中に銃弾を受け、瀕死の重傷を負った。

このような事例における警察官の罪責を検討するに当たっては、バイエルン州警察職務法84条1項とドイツ刑法典32条が問題となる。前者の規定によれば、警察官は、重罪もしくは銃器や爆発物を使用ないし携行した軽罪に対して防衛する場合のみ、銃器の使用が認められている。先の事例を見ると、

ドイツ刑法典242条、12条により窃盗罪が重罪に該当せず、<sup>24)</sup>窃盗犯は銃器や爆発物を携行していないため、当該警察官は拳銃を使用してはならない状況であると言えよう。一方、ドイツ刑法典32条によれば、正当防衛によって必要とされる行為を行った者は、違法に行為をしたものではなく、正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己または他人を回避させるのに必要な防衛であるとされる。先の事例を見ると、ドイツ刑法典32条に基づく限り、当該警察官の行為は正当防衛として認められるように思われる。そこで、バイエルン州警察職務法によれば違法とされる行為がドイツ刑法典を引き合いに正当化されうるか、問題となる。

通説は、刑法の違法性判断を他の法領域とは独立した観点から行っている。すなわち、警察職務法上は、当該警察官の行為が違法であると評価される。というのも、ドイツ刑法典32条は、高権行為による介入権の根拠を規定するものではなく、警察職務法の違法性判断に影響を及ぼすものではないからである。これに対して刑法上は、当該警察官の行為が正当防衛の要件を充足する限り違法性が阻却されるため、正当化される。<sup>25)</sup>

しかし、こうした解決手法に対して、エングレンダーは、規範論の観点から支持しえないと主張している。通説によれば、警察職務法では違法と評価されるため、規範論的には「当該警察官は、所有物を守るために窃盗犯に向けて発砲してはならない」という行動規範が向けられていると理解されよう。一方、刑法では違法性が阻却されて正当化されうるため、規範論的には「当該警察官は、所有物を守るために窃盗犯に向けて発砲してもよい」という正当化事由規定が向けられていると理解されよう。このような状況は、まさに矛盾している。当該警察官が、警察職務法上の禁止規範を遵守しつつ、刑法上の正当化事由規定を行使することは不可能だからである。そこでエングレンダーは、行動規範論のレベルで独立した評価を行うのではなく、制裁規範論のレベルで独立した評価を行うべきである、と提唱している。すなわち、ドイツ刑法典32条は、当該警察官に介入権を認める規定ではないた



め、警察職務法の観点から違法性を有する限り、刑法上も当該行為は違法であると評価される。もっとも、ドイツ刑法典32条を適用することによって可罰性が阻却され、当該警察官は処罰されない。それゆえ、この場合には、ドイツ刑法典32条が犯罪構成要件に該当する行為を正当化 (Legalisierung) するのではなく、非犯罪化 (Entkriminalisierung) するに過ぎない、と解される<sup>26)</sup>。

エングレンダーの見解は、義務論理的四角形と整合する解決手法を提示しており、支持されうるように思われる。先に示した義務論理的四角形に基づくならば、FpとPpが矛盾した関係にあるため、そのような状況に直面した場合に行動規範論のレベルで解決することは、論理的に不可能である。もっとも、問題とされる行為が、ある法領域において禁止規範に違反するものの、別の法領域では許容されるような場合には、禁止規範に違反する行為の不法の程度が大幅に減少すると言えるのではないだろうか。そうであるならば、当該行為は、制裁規範論のレベルにおいて刑罰必要性が認められず、非犯罪化されると解すべきだろう。

エングレンダーが提唱する解決手法は、すでにH・L・ギュンターによって主張されている。ギュンターによれば、正当化事由には異なる2種類のもので存在し、刑法典に規定された真正の正当化事由と単なる刑事不法阻却事由 (Strafunrechtsausschließungsgründe) に区別される<sup>27)</sup>。真正の正当化事由は、犯罪構成要件に該当する行為を例外的に許容する許容規範として理解されるため、適法化されることになる。これに対して、刑事不法阻却事由は、特殊刑罰的な行為の不法が単に阻却されるに過ぎず、それゆえに非犯罪化されることを意味する。規範論の観点から述べると、前者は構成要件に内在する一次規範、すなわち禁止規範や命令規範の例外として機能するのに対して、後者は二次規範、すなわち制裁規範から解放するものであり、刑法上の制裁を科さないよう決定するものである<sup>28)</sup>。

ギュンターは、行動規範論のレベルで考慮される真正の正当化事由と制

裁規範論のレベルで考慮される刑事不法阻却事由との区別を刑法の責務から根拠づけている。ギュンターによれば、刑法の責務は、適法な行為と違法な行為の限界を画する点にあるのではなく、違法な行為態様の中から当罰的な行為ないし不作為と当罰的でない行為ないし不作為を区別する点にある。それゆえ、構成要件該当性によって推定される刑事不法は、2つの事由によって阻却されうると言えよう。第1は、優越的な利益の擁護に資するなどの理由から、立法者が原則として禁止する行為を例外的に許容する事態が想定される。この場合、構成要件に該当する行為は、具体的状況に応じて不法が阻却されることで適法化される。第2に、例外的な許容を根拠づけるには十分でないものの、行為不法の程度がわずかであることに鑑みて、当罰性のハードルを超えない諸事情が存在する。その例として、名誉侵害罪における正当な利益の擁護（ドイツ刑法典193条）、強要罪における非難性の欠如（240条2項）、推定的同意などが挙げられる<sup>29)</sup>。これらは構成要件に該当する行為であり、違法性が阻却されないため、民事法上もしくはその他の公法上の制裁につながりうるものの、行為無価値がわずかであるがゆえに、刑法上の制裁にはつながらない、と解されよう<sup>30)</sup>。

ギュンターによれば、構成要件に該当する違法な行為が当罰的であるかどうか、すなわち制裁規範が発動するかどうかは、憲法上の比例原則が決定的な役割を果たしている。比例原則は、行為無価値や結果無価値といったポジティブな当罰性のファクターと、そうした無価値を部分的に相殺する当罰性のネガティブな諸条件との関係を考慮するものである。したがって、構成要件に該当する行為を通じて認められる権利や保護法益が重要であればあるほど、そのような行為を犯罪として処罰することは不相当である、と評価されよう<sup>31)</sup>。

ギュンターやエンゲレンダーの考察を踏まえると、義務論理的四角形は、行動規範のレベルで考慮される違法性阻却事由と制裁規範のレベルで考慮される刑罰必要性阻却事由を区別する機能も有していると言えるのではな

いだろうか。すなわち、ある法領域で禁止規範に違反して違法とされる行為が他の法領域で許容される場合、義務論理的な四角形を形成する規範論の観点から考察する限り、当該両規定が矛盾した関係にあると言えるため、そのような矛盾を避けるためには、行動規範のレベルにおいて統一的に違法であると解されなければならない。もっとも、その行為は無価値は、他の法領域に基づく行為価値により大幅に減少されるため、<sup>32)</sup> 制裁規範のレベルにおいて刑罰必要性を欠くものとして不可罰とされることになる。

## II 刑法230条の2の法的性格

### 1 規範論に基づく諸説の整理

このような区別は、刑法230条の2をめぐる問題の解決にも光を与えるように思われる。230条の2第1項では、230条1項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的がもっぱ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、名誉毀損罪として罰しない旨が規定されている。本条の法的性格について、規定された当時の刑事立法者は処罰阻却事由と解していたようであるが、<sup>33)</sup> 学説においては、処罰阻却事由説の他に、構成要件該当性阻却事由説、違法性阻却事由説が主張されており、<sup>34)</sup> 今なお決着がつかない。

かつて構成要件該当性阻却事由説は、表現の自由を特に強調する見地から、証明可能な程度の真実性が公共の事実に関する名誉毀損罪の消極的構成要件要素になっていると解していた。すなわち、230条の2には実体法的な側面と訴訟法的な側面があり、実体法的な側面としての真実は、証明が可能な程度の真実を意味し、証明が可能な程度とは、客観的な資料によって健全な常識をもつ者が認定できる程度を指す。健全な常識から真実性を認定するに足りるだけの客観的資料を認識したときは、構成要件該当性阻却事由を認識したものとして、<sup>35)</sup> 故意の成立が阻却される、と主張されていた。

しかし、そのような理解は、規範論の観点から支持しえない。先の義務論

理的四角形を見れば明らかなように、法命題の種概念である禁止と許容は階層的に区別されなければならない。それにもかかわらず、構成要件該当性阻却事由説は、禁止規範である230条1項と許容命題である230条の2をいずれも狭義の構成要件に属するとして同じ階層で捉えているからである。

したがって、義務論理的四角形を維持しながら構成要件該当性阻却事由説を主張するならば、近年試みられているように、<sup>36)</sup>保護法益としての「名誉」を社会的評価からの自由としてのプライバシーと捉え、「事実の公共性」、「目的の公益性」、「真实性を証明する確実な資料や根拠が行為時にあること」の3要件が全て揃っている場合には、そもそも法益としての「名誉」の侵害がないため、構成要件該当性が否定される、と解する道しかないであろう。しかし、名誉概念を「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」と捉えるならば、<sup>37)</sup>名誉に対する罪を自由に対する罪に変容させてしまうことになるのではないだろうか。

このように考えると、230条の2を違法性阻却事由と解する立場は、<sup>38)</sup>230条1項と230条の2の規定を異なる階層で捉えているため、構成要件該当性阻却事由説の欠点をクリアしているように見受けられる。後に取り上げる夕刊和歌山時事事件最高裁大法廷判決でも示されているように、<sup>39)</sup>230条の2は、人格権としての個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論の保障との調和を図った規定である。そこで、違法性阻却事由説を主張する論者によれば、そのような調和は、構成要件該当性の段階ではなく、むしろ違法性の段階で行われるべきである。具体的に述べると、230条の2が問題となる場合として、4つのケースが想定される。まずは、確実な資料・根拠に基づいて事実を摘示し、その結果、真实性の証明に成功した場合（ケース1）である。次に、確実な資料・根拠に基づいて事実を摘示したが、真实性の証明に失敗した場合（ケース2）である。さらに、確実な資料・根拠に基づかないで事実を摘示したが、真实性の証明に成功した場合（ケース3）が考えられ

る。最後に、確実な資料・根拠に基づかないで事実を摘示し、真実性の証明に失敗した場合（ケース4）もありうる。230条の2が想定する典型例はケース1であるが、真実の表現を保護しなければならない趣旨からすると、230条の2が予定しているのは、ケース1とケース3であると考えられる。したがって、いい加減な調査・資料に基づいたものであっても、結果的に真実であることが証明された以上は、その表現を違法とすべきではない、と主張されている<sup>40)</sup>。

しかし、違法性阻却事由説に対しては、刑法における個人の名誉の保護を「表現の自由」という憲法上の要請に調和させようとしながら、「犯罪でない」ことを明らかにできなかった限り「犯罪である」ことを認めなければならないと解するならば、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事司法の大原則を否定することになる、との批判が向けられている<sup>41)</sup>。また、構成要件該当性阻却事由説と同様に違法性阻却事由説も、真実性の証明について、裁判時に法廷において真実であることを証明できたことと、その事実が行為の時点で証明可能な程度に真実であったこととを同視している点に疑問の余地があり、さらに、ケース3のように、事実の真偽につき十分な調査をしないで摘示した不謹慎な言説でも、その真実性が事後に証明されれば違法性が阻却される、と解する点にも抵抗が見られる<sup>42)</sup>。こうした批判を向ける論者らは、230条の2を処罰阻却事由と解している<sup>43)</sup>。すなわち、230条の2第1項が適用される場合、名誉毀損罪は成立するものの、その刑罰必要性を阻却する。もっとも、230条の2を処罰阻却事由と解する場合でも、「事実の真偽不明を処罰する」という事態においては違法性阻却事由説と変わりはなく、事実の真実性を違法阻却というか処罰阻却というかのノミネーションの違いに過ぎないとして、その説明方法としてどちらがましと言えるかの程度の問題である、との指摘が処罰阻却事由説の内部から出されており<sup>44)</sup>、230条の2の法的性格をめぐる議論は、今日まで平行線のままであると言わざるをえない。

しかし、膠着状態となっている議論の進展を図るためには、以上の諸説を

規範論の観点から整理することが必要であろう。構成要件該当性阻却事由説が義務論理の観点から重大な問題を抱えている点や、違法性阻却事由説が構成要件該当性阻却事由説とスタンスを共通にしていることから明らかなように、これらの見解は、230条の2の法的性格を行動規範論のレベルで捉えていることが分かる。一方、処罰阻却事由説は、230条の2第1項が適用される場合に処罰のみ阻却することに鑑みれば、法的性格それ自体を制裁規範論のレベルで捉えているように思われる。それでは、当該規定の法的性格をどちらのレベルで捉えるのが適切だろうか。

## 2 制裁規範論に基づく刑罰必要性阻却事由

230条の2が被告人に挙証責任を転換させていることに鑑みれば、当該規定は「疑わしきは被告人の利益に」という刑事訴訟法の基本原理に反しており、当該規定を削除ないし改正した方が望ましいようにも見受けられる。しかし、仮に当該規定が存在しない場合でも、刑法上の問題は解決されないだろう。というのも、230条1項が規定されている限り、表現の自由が保障されている憲法21条1項との関係が問題となるからである。<sup>45)</sup> 具体的に述べると、公然と事実を摘示して名誉を毀損する行為が刑法230条1項によって許容されない場合でも、その行為者は、憲法21条1項を引き合いに出して正当化を主張しうるか、問題となる。

このような状況を規範論の観点から分析すると、刑法230条1項に基づいて、「公然と当該事実を摘示し、人の名誉を毀損してはならない」という規範が向けられる行為者には、表現の自由が保障される範囲内で、憲法21条1項に基づいて「公然と当該事実を摘示し、人の名誉を毀損してもよい」ことを意味する規定も向けられていると言えよう。しかし、義務論理で得られた知見を踏まえると、行為者が、ある法領域における禁止規範を遵守しつつ、別の法領域で許容されている規定を行使することは、論理的に不可能である。そのような場合には、ギュンターやエングレンダーが主張していたよう

に、行動規範論で解決を図るのではなく、制裁規範論で解決を図るべきではないだろうか。すなわち、公共の利害に関する事実について、公益を図る目的で公然と摘示し、他人の名誉を毀損する行為が刑法上違法であると評価される場合でも、憲法21条1項との調和から、刑罰必要性が阻却される。まさにそのことを明記したものが、230条の2の規定であると解されよう。とりわけ、真实性の証明が行為後の事情であることも、230条の2が行動規範論ではなく制裁規範論のレベルで解決を図る刑罰必要性阻却事由であることを示唆しているように思われる。<sup>46)</sup>

従来主張されている処罰阻却事由説によれば、230条の2第1項が適用される場合、犯罪としての名誉毀損罪は成立するものの、表現の自由を保障する政策的理由から、処罰のみ阻却される。しかし、本稿で示す刑罰必要性阻却事由説は、制裁規範論の観点から非犯罪化（Entkriminalisierung）することを提唱するものであり、この点で処罰阻却事由説と異なる。先に挙げたケース3に当てはめて述べると、確実な資料・根拠に基づかずに事実を摘示している点で、憲法上保障されている表現の自由を行使する行為価値の程度は、名誉毀損を追求ないし志向する行為無価値の程度を完全に相殺するまでには至らない。それゆえ、当該行為の違法性や有責性が認められる。もっとも、行為者が真实性の証明に運よく成功しており、230条の2の要件を形式的に充足しているため、刑罰必要性は認められず、非犯罪化される。すなわち、名誉毀損罪は成立しない<sup>47)</sup>と解されよう。

### Ⅲ 真实性の証明に失敗した場合の法的処理

#### 1 判例の変遷と問題の所在

230条の2の法的性格を刑罰必要性阻却事由と捉えるならば、真实性の証明に失敗したときは常に名誉毀損罪が成立すると結論に至るだろうか。先に挙げたケース4の場合に名誉毀損罪が成立する点については、異論の余地がない。しかし、刑罰必要性阻却事由説に依拠する場合でも、ケース2にお

いて名誉毀損罪を不成立と解することは可能であるように思われる。

かつて判例は、**真実性の証明に失敗した場合、免責の余地を一切否定する立場を示していた**<sup>48)</sup>。例えば、最判昭和34年5月7日刑集13巻5号641頁（放火話伝播事件）では、被告人が、午後10時過ぎ頃、被告人の自宅の寝室において窓ガラスに火が反射しているのに不審を抱き外部を見たところ、被告人の土地にある菰が燃えているのを発見し、消火に赴く際、たまたまその付近で男の姿を見かけ、それを近所のAであると思ひ込み、確証もないのにAを放火犯人だと推測し、後日、Aの弟Bや火事見舞いに来ていた村会議員C、さらにA方でその妻D、長女Eおよび近所のF、G、Hらに対して、問われるままに「Aの放火を見た」、「火が燃えていたので同人を捕まえることはできなかった」と述べてAの名誉を毀損したとされる事案において、「本件記録およびすべての証拠によっても、Aが本件火災の放火犯人であると確認することはできないから、被告人についてはその陳述する事実につき真実であることの証明がなされなかったものというべく、被告人は本件につき刑責を免れることができない」として、被告人に名誉毀損罪が成立するとした。

しかし、その後の民事判例においては、**真実性の証明に失敗した場合でも、行為者が事実を真実と信じた点について相当の理由があるときには、故意もしくは過失がなく、不法行為は成立しないと解する旨、明らかにされた**。最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁（署名狂やら殺人前科事件）では、被上告人が、自身の経営する新聞に「二月選挙の内幕」と題し、「署名狂やら殺人前科」との見出しで、昭和30年2月に施行された衆議院議員の総選挙の立候補者であった上告人が学歴および経歴を詐称し、これにより公職選挙法違反の疑いにより警察から追及され、前科があった旨の記事を掲載したが、その記事の内容は、経歴詐称の点を除き、いずれも真実であり、かつ、経歴詐称の点も、真実ではなかったものの、少なくとも、被上告人がこれを真実と信じたことについて相当の理由があったと認められた事案において、「民事上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に



関する事実に係りもっぱら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するのが相当であり、もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないものと解するのが相当である（このことは、刑法230条の2の規定の趣旨からも十分窺うことができる。）」とされた。

この民事判例と平仄を合わせるように、刑事判例においても、真実性の証明に失敗した場合、行為者が事実を真実と信じた点について相当の理由があるときには、犯罪の故意がなく、名誉毀損罪が成立しない旨、示されるに至った。最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁（夕刊和歌山時事事件）では、次のような事案が問題になった。被告人が、自身の発行する新聞に「吸血鬼Aの罪業」と題して、A本人またはAの指示の下にAが経営する新聞社の記者Bが、和歌山市役所土木部の課長に向かって「出すものを出せば目をつむってやるんだが、チビりくさるのでやったるんや」と聞こえよがしの捨てせりふを吐いた上、上層の主幹に向かって「しかし魚心あれば水心ということもある、どうだ、お前にも汚職の疑いがあるが、一つ席を変えて一杯やりながら話をつけるか」と凄んだ旨の記事を掲載、頒布し、Aの名誉を毀損した。裁判において、記者Bの発言を真実と認定するだけの証拠が認められなかったものの、被告人は、証明可能な程度の資料、根拠をもって事実を真実と確信した、と主張した。このような事案において、最高裁は、「刑法230条の2の規定は、人格権としての個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論の保障との調和をはかったものというべきであり、これら両者間の調和と均衡を考慮するならば、たとい刑法230条の2第1項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、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ものと解する

のが相当である。これと異なり、右のような誤信があったとしても、およそ事実が真実であることの証明がない以上名誉毀損の罪責を免れることがないとした当裁判所の前記判例（昭和33年（あ）第2698号同34年5月7日第1小法廷判決、刑集13巻5号641頁）は、これを変更すべきものと認める」とされた。

その後、民事判例の中で、刑事上の名誉毀損に当たる行為でも、事実の公共性、目的の公益性、真実性の証明があれば当該行為に違法性はなく、真実性の誤信に相当の理由があるときは、当該行為には故意または過失がないことを明示したものが登場した。最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁（北方ジャーナル事件）では、上告人が、月刊雑誌に「ある権力主義者の誘惑」と題して、昭和54年4月施行の北海道知事選挙に立候補を予定していた被上告人の人物論に関する記事を掲載し、被上告人の名誉を毀損したとされる事案において、「刑事上及び民事上の名誉毀損に当たる行為についても、当該行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為には違法性がなく、また、真実であることの証明がなくても、行為者がそれを事実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべく、これにより人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和が図られているものである」とされた。

もっとも、真実性の誤信について相当の理由がある場合、名誉毀損罪が成立しないと帰結は揺るがないものの、その際に「故意または過失がない」とする点については、刑事判例において確立していると言えるか釈然としない。故意や過失の有無に言及していない判例も見られるからである。<sup>49)</sup> 例えば、最決平成22年3月15日刑集64巻2号1頁（ラーメンフランチャイズ事件）では、被告人が、自身の開設したホームページ内で「丙観察会逝き逝きて丙」と題して、フランチャイズによる飲食店「ラーメン甲」の加盟店などの募集及び経営指導などを業とする乙株式会社がかルト集団である旨の虚偽

の内容を記載した文章を掲載し、虚偽の広告をしているがごとき内容を記載した文章などを掲載し続け、これらを不特定多数の者の閲覧可能な状態に置き、乙株式会社の名譽を毀損した事案において、「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」とされた。

いずれにせよ、現在の判例は、230条の2第1項が問題となる事案において、真実性の証明に失敗し、形式的には当該規定の要件を充足しない場合でも、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、根拠に照らし相当の理由があるときは免責されると解しており、その帰結自体は学説からも異論なく受け入れられている。もっとも、判例のように、真実性の証明に失敗した場合にも免責を認める基準として、なぜ「確実な資料、根拠に照らし相当の理由がある」ことが要件とされるのだろうか。また、夕刊和歌山時事事件最高裁大法廷判決、北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決、ラーメンフランチャイズ事件最高裁決定を比較すると、そのような要件の下で免責されるのは、犯罪の故意のみがないとされるからなのか、犯罪の故意または過失がないとされるからなのか、そもそも犯罪の故意または過失があるものの名誉毀損罪は成立しないのか、必ずしも明らかではない。そのため、これらの点に立ち入って考察を加える必要があるだろう。

## 2 諸説の批判的考察

真実性の誤信をめぐる諸説のアプローチを概観すると、230条の2の法的性格から解決を図る見解と、35条により解決を図る見解に大別されよう。まずは、前者のアプローチから見ていきたい。

事実の真実性を違法性阻却事由と解した上で、真実性の誤信については、

違法性阻却事由を基礎づける事実の錯誤として、名誉毀損罪の故意が否定されるとの見解が主張されている<sup>50)</sup>。この見解によれば、公共の利害に関する真実を明らかにすることはそれ自体としては正当であり、230条の2はその証明があった場合には処罰されないとする当然の結論を確認した規定に過ぎない。同条に基づく真実性の証明がなかった場合でも、被告人が事実を真実だと信じている限り、少なくとも違法性阻却事由に関する事実の錯誤を理由に名誉毀損罪の故意は否定され、その際、「确实な資料、根拠に照らし相当の理由がある」ことの存在は、被告人が真実性を信じていることの強力な一つの状況証拠とみるべきである。その意味では、真実性を軽率に誤信した場合でも、故意責任を原則とする刑法では、犯罪にならないと解してよい<sup>51)</sup>。このように解したとしても、「真実かもしれない」と思うことで故意が阻却されるわけではなく、「虚偽かもしれない」と思っている限り、名誉毀損罪の未必の故意が肯定される。行為者の心理において虚偽である可能性が排除されている限りで故意を否定することは、必ずしも名誉毀損罪の成立を不当に制限するものではない、と主張されている<sup>52)</sup>。

確かに、夕刊和歌山時事事件最高裁大法廷判決と北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決を合わせて考えると、現在の判例は、230条の2の法的性格を違法性阻却事由と解しているように推察される。しかし、当該規定を違法性阻却事由と解すること自体、先に述べたように規範論の観点から支持しえない。その点を措くとしても、真実性の誤信について「确实な資料、根拠に照らし相当の理由がある」と判決文中で述べられていることの意義は、単なる状況証拠ではなく、免責のための要件と捉えるのが、素直な読み方ではないだろうか。

そもそも、誤信について相当の理由がない場合、すなわち軽率に真実であると誤信した場合でも、故意は完全に阻却されないように思われる。その場合は、表現の自由としての行為価値に欠陥があるため、名誉を毀損する行為無価値と相殺できず、故意不法を完全に阻却することができないからであ

る。とりわけ今日では、匿名のまま情報を短期間のうちに拡散させる、インターネット上の名誉毀損行為が問題となっている。インターネット上で情報が拡散すれば、当該情報を完全に消去することは極めて困難であるため、そのような行為を通じて侵害された名誉を回復することは決して容易ではない。行為者が匿名であるがゆえ、民事責任の追及もままならない現状に鑑みると、軽率に真実であると誤信して事実を摘示した場合でも故意が阻却される帰結は、表現の自由を過度に保護しているとの批判を免れられないだろう<sup>53)</sup>。

それゆえ、事実の真実性を違法性阻却事由と解しつつ、厳格責任説に基づいて、真実性の誤信が避けられないような場合に限定して責任を阻却するならば、先に挙げた欠点はクリアできそうである。しかし、軽率に真実であると誤信した場合に故意が完全に阻却されないとしても、行為者は表現の自由としての行為価値も同時に志向している以上、行為無価値は減少するはずであり、その点を制裁規範論のレベルで反映させなければならない。厳格責任説が、そのような場合でも刑の任意的減免にとどまると解するならば、適切ではないと考える。

事実の真実性それ自体が違法性阻却事由となるのではなく、証明可能な程度の真実性が違法性阻却事由であり、その程度の真実性まで認識していたときに初めて正当化事情の錯誤になる、との見解も主張されている<sup>55)</sup>。この見解によれば、判例が「確実な資料、根拠に照らし相当の理由がある」ことを要求しているのは、行為当時に証明可能な程度の真実性を行為者が認識していなければならないからであると説明されよう。したがって、先に挙げたケース3の場合は、たとえ真実性の証明に成功した場合でも、行為当時に行為者が証明可能な程度の真実性を認識していないため、行為の違法性は阻却されず、名誉毀損罪が成立することになる。確かにケース3において、行為者の違法性は阻却されないとしても、230条の2に規定されている要件を形式的に充足しているにもかかわらず名誉毀損罪が成立するとの帰結は、論者が違

法性阻却事由と捉えている当該規定を行為者に不利益な形で縮小解釈しない限り導出しえない。しかし、正当化事由規定を行為者に不利益な形で縮小解釈することは、罪刑法定主義に反すると思われる。<sup>56)</sup>

近年では、真実性を誤信したことに過失がある場合には過失名誉毀損罪として処罰しようとの見解が注目を集めている。その1つとして、名誉毀損罪の保護法益を正当な社会的評価を受ける権利として構成し、評価を受けるべき事柄は虚偽の事実によって侵害されうるため、公共の利害に関する事実については、それが真実であれば名誉を侵害することはなく、真実性を誤信した場合は、誤信したことについて過失がない場合に免責される、との考え方が主張されている。<sup>57)</sup>この考え方によれば、230条および230条の2は故意犯と過失犯が結合した犯罪を規定したものであり、事実の虚偽性の認識を要求する230条2項の反対解釈として、230条の2は虚偽性の認識を要求していないことから、過失犯処罰を肯定する「特別の規定」(38条1項)であると解される。<sup>58)</sup>

しかし、公共の利害に関する事実の真実性は名誉を侵害しないと解する際、そのような事実の真実性を消極的構成要件要素として捉えるならば、先に示した義務論理的四角形を維持することはできなくなるだろう。義務論理的四角形に当てはめると、230条1項はFp、230条の2第1項はPpとなるが、いずれも総合的不法構成要件に機能的に内在するものとして、FpとPpを同じ階層で捉えることになってしまうからである。<sup>59)</sup>

もっとも、事実の真実性を処罰阻却事由と捉え、その裏面として、事実の虚偽性が違法性に関係する処罰条件となることから、事実の虚偽性が存在することについて少なくとも過失を要求すると解するならば、義務論理的四角形を維持しつつ、過失名誉毀損罪として処罰しようかもしれない。しかし、最高裁がこのような立場に与しているならば、刑事判例においても、真実性の誤信に相当の理由があるときは「犯罪の故意または過失がなく」と述べるはずである。刑事判例では過失に言及していない点を考慮すると、最高裁

は、過失名誉毀損罪を念頭に置いていないのではないだろうか。さらに深刻な問題として、230条1項に過失行動規範も内在していると解するならば、故意行動規範と過失行動規範の相違は軽視されてしまうだろう。同様の批判は、故意犯と過失犯に共通する結果帰属原理としての許された危険の法理を適用することで解決を図る見解にも当てはまる。<sup>61)</sup>

こうして見ると、真实性を誤信した場合は、230条の2とは異なるアプローチで免責の可否を検討すべきではないだろうか。そのようなアプローチとして、刑法35条に基づく違法性阻却を主張する見解が有力に主張されている。<sup>62)</sup> この見解の内部では、230条の2の法的性格について、違法性阻却事由と処罰阻却事由の双方を含んでいると捉えるか、<sup>63)</sup> それとも処罰阻却事由のみ、<sup>64)</sup> もしくは違法性阻却事由のみと捉えるか相違が見られるものの、行為当時の確実で信頼すべき資料を基礎にすれば当該事実を真実と判断することが合理的である場合には、35条後段の正当業務行為として<sup>66)</sup>、もしくは表現の自由を規定した憲法21条を基礎に置く刑法35条前段の法令行為として<sup>67)</sup>違法性が阻却されるとしている。

しかし、230条の2の法的性格をいずれに捉えるにせよ、当該規定が名誉の保護と表現の自由との調和を図るために新設されたと解されるならば、<sup>68)</sup> その調和を35条にも委ねるアプローチは、230条の2の立法趣旨との関係で不自然さがあるように思われる。<sup>69)</sup> その調和が35条でも図られるならば、ケース3のように軽率に誤信したが真实性の証明には成功したという場合も35条の射程として正当化しうるからである。

### 3 超法規的違法性阻却事由としてのアプローチ

規範論の観点から考察すると、ケース2については、35条における正当業務行為の射程外であったり、仮に230条の2や35条が規定されていなかったりする場合でも免責されうるように思われる。そのことを明らかにするためには、まずケース1がどのように免責されるのか、示す必要があろう。

公共の利害に関する事実について、もっぱら公益を図る目的で、確実な資料や根拠に基づいて摘示し、その結果、真実性の証明に成功した場合でも、行為者には230条1項に規定されている禁止規範が向けられるため、構成要件該当性が認められる。しかし、その行為は、超法規的違法性阻却事由として違法性が阻却されると考える。

行動規範論のレベルで正当化される真正の正当化事由と制裁規範論のレベルで免責される刑事不法阻却事由との相違を主張したギュンターは、不真正の正当化事由についても示している。不真正の正当化事由とは、正当防衛や正当化的緊急避難のように、一般法学の意味において全法秩序に妥当する許容命題であり、その妥当領域を刑法が修正なく継受するものである<sup>70)</sup>。したがって、不真正の正当化事由については、刑法典に規定されていない場合でも、超法規的違法性阻却事由として認められることになる。

超法規的違法性阻却事由の場合も法的な価値衡量のみが重要な役割を果たしうることに鑑みれば<sup>71)</sup>、ケース1においても、行為価値を衡量しなければならない。そこで、名誉を毀損する行為無価値と表現の自由を行使する行為価値を比較衡量すると、前者は後者によって相殺されうるため、仮に当該行為が35条の射程外であるとしても、超法規的に違法性が阻却されると解されよう。

こうした法的処理を踏まえてケース2を検討すると、公共の利害に関する事実について、もっぱら公益を図る目的で、確実な資料や根拠に基づいて摘示したものの、真実性の証明に失敗した場合、行為者には230条1項に規定されている禁止規範が向けられる。しかし、ケース2も、真実性を誤信しているとはいえ、ケース1と同様に確実な資料や根拠に基づいて摘示している。そうであるならば、ケース2についても、名誉を毀損する行為無価値と表現の自由を行使する行為価値を比較衡量する限り、前者は後者によって相殺されうるのではないだろうか。また、そのような状況は、行為者が事実の真実性を誤信することが避けられず、禁止規範を遵守することが不可能な場



合であると言えよう。規範の名宛人としての行為者にとって不可能なことは義務づけられないため、行為者に向けられる禁止規範の遵守義務は例外的に解除され、当該行為の遂行は許容される。こうしてケース2においても超法規的に違法性は阻却され、行為者は不可罰になると考えられる<sup>73)</sup>。

以上のように考えると、判例が真実性の証明に失敗した場合にも免責を認める基準として「確実な資料、根拠に照らし相当の理由がある」ことを要件としているのは、その要件を充足する場合が回避不可能な真実性の誤信であると評価されるからであろう。また、ラーメンフランチャイズ事件最高裁決定において故意の有無に言及しなかったのは、先の要件を充足する場合に故意は否定されないものの、違法性阻却事由として正当化されることを示唆したからであるとも解されるように思われる<sup>74)</sup>。

## おわりに

本稿での検討をまとめると、次のように示されよう。230条の2の法的性格については、刑法上の禁止規範と憲法上の正当化事由との調和を保つべく、行動規範ではなく制裁規範のレベルで解決が図られるべきである。したがって、230条の2は、刑法上違法性が認められたとしても、憲法で保障される表現の自由を考慮し、刑罰必要性が認められない場合があることを示した刑罰必要性阻却事由であり、原則としてケース3を想定していると思われる。ケース3においては、行動規範論のレベルでは違法性が完全には阻却されないものの、減少した故意不法によって制裁規範論のレベルで刑罰必要性が欠けるため、名誉毀損罪は成立しない。

一方、ケース1のように、行為者が、確実な資料や根拠に基づいて事実を摘示した場合、名誉を毀損する行為無価値と表現の自由を行使する行為価値は相殺される。このことを踏まえると、230条の2における真実性の誤信については、ケース2のように、行為者が十分な調査を行い、確実な資料や根拠に基づいて事実を摘示した場合、ケース1と同様に行為無価値が存在しな

い。また、真実性の誤信が避けられない状況であると言えるため、行為者は禁止規範を遵守することが不可能である。行為者にとって不可能なことは義務づけられないという点からも、超法規的に違法性が阻却されよう。

このような解決方法は、法律効果を指示する責任説とも整合するだろう。法律効果を指示する責任説によれば、正当化事情の錯誤が回避不可能な場合には、行動規範論のレベルで行為無価値が行為価値と相殺されるため、違法性が阻却される。まさにケース2が、そのような場合と言えよう。

230条の2をめぐる問題は現在でも決着がついておらず、立法による解決を目指す声も聞かれる。確かに、230条の2が被告人に挙証責任を転換していることや立法当時と現在の社会的背景が異なることを踏まえれば、そのような声には一理ある。しかし、基礎理論的な考察を加えることなく、立法による解決を目指すべきだとして安易に問題を丸投げする姿勢は、可能な限り避けるべきではないだろうか。規範的な観点と整合するような問題解決を目指す手法が、極めて重要であるように思われる。

- 
- 1) 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良書普及会、1948年）188頁以下参照。
  - 2) 拙稿「正当化事由規定における『許容』の意味—正当化事情の錯誤に関連して—」伊東研祐=小島秀夫=中空壽雅=松原芳博編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）43頁以下参照。
  - 3) Vgl. *Matthias Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 5.Aufl., 2019, S.330.
  - 4) Vgl. *Jan C. Joerden*, *Deontische Logik*, in: Eric Hilgendorf/ Jan C. Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, S.242.
  - 5) *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl., 1991, S.253ff.; K・ラレンツ（米山隆訳）『法学方法論 第6版』（青山社、1998年）397頁以下。
  - 6) *Karl Larenz*, *Der Rechtssatz als Bestimmungssatz*, in: Paul Bockelmann/ Arthur Kaufmann/ Ulrich Klug (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969, S.155; 中義勝「カール・ラレンツ『確定規範としての法命題』」法学論叢86巻3号（1969年）76頁。
  - 7) *Larenz*, a.a.O. (Anm.5), S.256.
  - 8) *Andreas Hoyer*, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, S.42ff.
  - 9) *Hoyer*, a.a.O. (Anm.8), S.47. この点では、ケルゼンの規範理解と似通っている。*Hans*

- Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., 1960, S.121; ハンス・ケルゼン (長尾龍一訳) 『純粹法学 第2版』(岩波書店、2014年) 114頁。
- 10) 規範の制裁モデルに対する批判については、拙稿「法益論の根本的問題—法益と道徳は対置されうるか—」大東法学26巻2号(2017年)17頁以下参照。
  - 11) Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm.8), S.79f.
  - 12) *Kelsen*, a.a.O. (Anm.9), S.45ff.
  - 13) *Hoyer*, a.a.O. (Anm.8), S.58.
  - 14) この点につき、*Armin Engländer*, Norm und Sanktion—Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm, Rechtswissenschaft 2013, S.197; 拙訳「アルミン・エングレンダー『規範と制裁—規範の制裁モデルに対する批判的考察』」大東法学25巻2号(2016年)217頁以下を参照。
  - 15) Vgl. *Joachim Renzikowski*, Der Gegenstand der Norm, in: Martin Borowski/ Stanley L. Paulson/ Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, S.637.
  - 16) *Renzikowski*, a.a.O. (Anm.15), S.638f.
  - 17) 自由意志をめぐる問題については、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年)397頁以下、松村格『自由意思と刑事責任』(八千代出版、2017年)1頁以下、神田宏=以倉康充「神経科学が刑事責任論に及ぼす影響について」法律時報90巻1号(2018年)15頁以下参照。
  - 18) Vgl. *Georg Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 2009, S.42; *Frauke Rostalski*, Normentheorie und Fahrlässigkeit, GA 2016, S.76.
  - 19) *Renzikowski*, a.a.O. (Anm.15), S.637.
  - 20) 例えばヴェルツェルや増田豊は、当為を義務づける法命題に限定し、義務づける法命題としての決定規範のみを規範と捉えている。*Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.50; 増田・前掲注(17)34頁以下。
  - 21) 例えばキルステヤキントホイザーは、当為に許容命題も含める形で規範を捉えている。*Stephan Kirste*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2010, S.89ff.; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 2017, S.36.
  - 22) Vgl. *Mahlmann*, a.a.O. (Anm.3), S.330f.; *Alexander Aichele/ Jakob Meier/ Joachim Renzikowski/ Sebastian Simmert*, Einführung in die Logik und ihren Gebrauch, 2015, S.58ff.; 亀本洋『法哲学』(成文堂、2011年)143頁以下。
  - 23) わが国における議論については、津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』(成文堂、2012年)21頁以下参照。
  - 24) ドイツ刑法典12条1項によれば、重罪とは1年以上の自由刑を刑の下限として処罰の対象とされる違法な行為である。窃盗罪が規定されている242条を見ると、刑の下限として罰金刑が置かれているため、窃盗罪は重罪ではない。
  - 25) *Guy Beaucamp*, § 32, 34 StGB als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Eingreifen, JA 2003, S.403ff.; *Volker Erb*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.Aufl., 2016, S.1629f.; *Uwe Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 4.Aufl., 2017, S.238f.
  - 26) *Armin Engländer*, in: Holger Matt/ Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2013, S.417f.; *dens*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S.228ff.
  - 27) *Hans-Ludwig Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S.253ff. ギュンターの用語法によれば、一般的な正当化事由としての「不真正の刑事不法阻却事由」(unechte Strafunrechtsausschlussgründe)と、刑法典に規定された「真正の刑事不法阻却事由」(echte Strafunrechtsausschlussgründe)が区

- 別されている。しかし、刑法典に実定化されているか否かで真正・不真正を区別する点に批判が向けられていることを考慮するならば、エングレンダーの用語法に従う方が適切であるように思われる。増田豊『語用論の意味理論と法解釈方法論』（勁草書房、2008年）205頁注（8）参照。
- 28) Günther, a.a.O. (Anm.27), S.257f.
- 29) もっとも、本稿との関係から1つだけ取り上げるならば、ドイツ刑法典193条について、通説は侮辱罪の違法性阻却事由と解しており、行動規範論のレヴェルでの解決を前提としている。Vgl. *Theodor Lenckner/ Jörg Eisele*, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29.Aufl., 2014, S.1896. 丸山雅夫「名誉侵害罪としての侮辱罪」*南山法学*41巻2号（2018年）55頁以下も参照。
- 30) Günther, a.a.O. (Anm.27), S.255ff.
- 31) Günther, a.a.O. (Anm.27), S.245.
- 32) この点、ギュンターは行為に加えて結果をも価値衡量の対象に含めているが、行為のみを対象とする、すなわち法益侵害を志向する行為と法益保護を志向する行為の価値のみを衡量することも可能であるように思われる。
- 33) 中野・前掲注（1）189頁参照。
- 34) 堀内捷三は、処罰阻却事由説もしくは違法性阻却事由説を前提とした、いわば責任阻却事由説とも言える見解を主張している。すなわち、230条の2第1項は、摘示した事実が真実であったときは予防の必要がないとして責任を否定する規定であると解している。堀内捷三『*刑法各論*』（有斐閣、2003年）88頁。しかし、予防の必要性は、本来であれば刑罰論、すなわち制裁規範論のレヴェルで検討されるテーマであり、そのように解するならば、行動規範論のレヴェルで有责性を肯定しつつ、制裁規範論のレヴェルで刑罰必要性のみを否定する規定と捉える方が、規範論的には一貫しているように思われる。
- 35) 団藤重光『*刑法と刑事訴訟法との交錯*』（弘文堂、1950年）91頁以下。中義勝『*刑法各論*』（有斐閣、1975年）117頁。
- 36) 佐藤結美「名誉毀損罪の再構成（2・完）—プライベート保護の観点から—」*北大法学論集*（2012年）217頁以下。
- 37) 佐藤・前掲注（36）218頁。
- 38) 大塚仁『*刑法概説（各論）第3版補訂版*』（有斐閣、2005年）144頁以下、大谷實『*刑法講義各論 新版第4版補訂版*』（成文堂、2015年）169頁以下、川端博『*刑法各論講義 第2版*』（成文堂、2010年）236頁、曾根威彦『*刑法各論 第5版*』（弘文堂、2012年）95頁等。
- 39) 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁。
- 40) 大谷・前掲注（38）170頁。
- 41) 内田文昭『*刑法各論 第3版*』（青林書院、1996年）218頁。
- 42) 井田良『*講義刑法学・各論*』（有斐閣、2016年）172頁以下。
- 43) 処罰阻却事由説を支持する他の論者として、田宮裕「表現の自由と名誉の保護」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一編『*現代刑法講座 第5巻 現代社会と犯罪*』（成文堂、1982年）187頁以下、中森喜彦『*刑法各論 第4版*』（有斐閣、2015年）92頁、林幹人『*刑法各論 第2版*』（東京大学出版会、2007年）123頁以下等。
- 44) 田宮・前掲注（43）189頁以下。
- 45) それゆえ、憲法学からは、刑法230条による名誉毀損罪について、憲法上保護されるべき表現の自由をも処罰の対象としており、刑法230条の2で認められる免責では憲法上不十分である以上、刑法230条は端的に憲法21条に違反し違憲無効であるとの見解が提出されている。松井茂記『*表現の自由と名誉毀損*』（有斐閣、2013年）242頁。

- 46) その点を指摘する論者として、高橋則夫『刑法各論 第3版』(成文堂、2018年) 182頁以下、野村稔『刑法研究 下巻』(成文堂、2016年) 80頁、川崎一夫「名誉毀損罪における事実証明規定の法意」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第3巻』(成文堂、1998年) 162頁以下、岡田好史「インターネット上の表現行為と名誉毀損罪における真実性の誤信」専修ロージャーナル 8号(2013年) 71頁等。
- 47) 刑罰必要性阻却事由については、増田・前掲注(27) 195頁以下も参照。
- 48) 本文中で挙げる判例の他に、最決昭和32年4月4日裁判集刑118号709頁も参照。
- 49) すでに最決昭和51年3月23日刑集30巻2号229頁(丸正事件)では、真実と誤信するに足る確実な資料や根拠がある場合に故意や過失がないと解されるか否かについて、一般論を述べていない。その点を指摘する論者として、嘉門優「判批」立命館法学332号(2010年) 267頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー669号(2010年) 123頁を参照。
- 50) 松宮孝明『刑法各論講義 第5版』(成文堂、2018年) 165頁以下、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016年) 143頁、斎藤信治『刑法各論 第4版』(有斐閣、2014年) 79頁、野澤充「名誉に対する罪」伊東研祐=松宮孝明編『リーディングス刑法』(法律文化社、2015年) 415頁、三上正隆「名誉毀損罪の真実性証明」松原芳博編『刑法の判例各論』(成文堂、2011年) 60頁等。
- 51) 松宮・前掲注(50) 166頁。
- 52) 松原・前掲注(50) 143頁。
- 53) 堀内・前掲注(34) 89頁、佐久間修『刑法各論 第2版』(成文堂、2012年) 149頁、高橋・前掲注(46) 183頁等も参照。
- 54) 福田平『全訂刑法各論 第3版増補版』(有斐閣、2002年) 194頁、香川達夫『刑法講義各論 第3版』(成文堂、1996年) 474頁。
- 55) 大塚・前掲注(38) 147頁、曾根・前掲注(38) 97頁、専田泰孝「名誉・信用に対する罪」曾根成彦=松原芳博編『重点課題刑法各論』(成文堂、2008年) 68頁参照。
- 56) 増田・前掲注(27) 197頁以下、柏崎早陽子「罪刑法定主義と法定された正当化事由」伊東研祐=小島秀夫=中空壽雅=松原芳博編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』(勁草書房、2018年) 19頁以下参照。
- 57) 佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾=町野朔=斎藤信治=山口厚編『刑法理論の現代的展開』(日本評論社、1996年) 80頁以下。
- 58) 佐伯・前掲注(57) 85頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論 第7版』(弘文堂、2018年) 131頁以下。
- 59) 総合的不法構成要件の理論に対する批判的考察について、詳細は拙稿・前掲注(2) 49頁以下参照。
- 60) 町野朔「名誉毀損罪とプライバシー」石原一彦ほか編『現代刑罰法体系 第3巻』(日本評論社、1982年) 334頁、山口厚『刑法各論 第2版』(有斐閣、2010年) 146頁以下。
- 61) 林・前掲注(43) 124頁。
- 62) 判例の立場は35条による違法性阻却事由説とも考えうるとの指摘について、向井哲次郎「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和46年度』(法曹会、1972年) 214頁参照。なお、藤木英雄「事実の真実性の誤信と名誉毀損罪」法学協会雑誌86巻10号(1969年) 14頁以下も参照。
- 63) 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』(有斐閣、1983年) 99頁以下。また、野村・前掲注(46) 82頁以下も参照。
- 64) 高橋・前掲注(46) 182頁以下、井田・前掲注(42) 173頁、中村邦義「名誉毀損罪における事実の真実性の錯誤」法学新報121巻11・12号(2015年) 328頁以下、川崎・前

- 掲注(46) 174頁以下、中森・前掲注(43) 94頁、萩原滋「名誉毀損における真実性の誤信」夏目文雄先生古稀祝賀論文編集委員会編『刑事法学の新展開 夏目文雄先生古稀記念論文集』(中部日本教育文化会、2000年) 128頁以下等。
- 65) 大谷・前掲注(38) 172頁以下。
- 66) 伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社、2011年) 121頁。
- 67) 平川・前掲注(63) 95頁。
- 68) 中野・前掲注(1) 165頁以下参照。もっとも、こうした理解に懐疑的な見方として、佐伯仁志「名誉毀損罪昭和22年改正への途」法学新報121巻11・12号(2015年) 269頁以下参照。
- 69) 松原・前掲注(50) 141頁参照。
- 70) *Günther*, a.a.O. (Anm.27), S.258.
- 71) *Urs Kindhäuser*, Welzels Konzeption sozialer Adäquanz – normtheoretisch betrachtet, in: Bernd Hecker/ Bettina Weißer/ Christian Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S.56. ウルス・キントホイザー(仲道祐樹訳)「社会的相当性と可罰的不法」比較法学51巻3号(2018年) 142頁も参照。
- 72) 北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決(最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁)でも、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」と述べられている。
- 73) 法規を超えた法発見による超法規的違法性阻却事由として行為者を不可罰とする見解について、増田・前掲注(27) 196頁も参照。
- 74) 丸正事件最高裁決定(最決昭和51年3月23日刑集30巻2号229頁)では、「刑法35条の適用を受けるためには、その行為が弁護活動のために行われたものであるだけでは足りず、行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮して、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものと認められなければならないのであり、かつ、右の判断をするにあたっては、それが法令上の根拠をもつ職務活動であるかどうか、弁護目的の達成との間にどのような関連性をもつか、弁護を受ける刑事被告人自身がこれを行った場合に刑法上の違法性阻却を認めるべきかどうかという諸点を考慮に入れるのが相当である」と述べて、35条の適用の可否以前に、法秩序全体の見地から許容されるかどうか重要であることを指摘している。こうした理解は、超法規的違法性阻却事由と捉える本稿の主張と親和的であるように思われる。