

## I. 反対尋問

1. 検察側が判例として最高裁昭和44年6月25日判決を引用した趣旨は何か。
2. 正犯と共犯の区別をどのようにして判断するのか。
3. 名誉毀損罪を状態犯と継続犯のいずれと解しているのか。
4. 本問の検討第1の2(1)に、「①からはフランチャイズ契約を結んでも加盟店に利益還元がなされないことが・・・推認される。」とあるが、どういう意味か。
5. 検察側は業務妨害罪を抽象的危険犯と考えているのか。

## II. 学説の検討

### 1. 230条の2の法的性質について

弁護側も、検察側と同様の理由によりB2説を採用する。もともと、後述するようにインターネット上の表現行為が問題となる場合には「確実な資料・根拠」までは不要であり、インターネット利用者に要求される通常の調査を尽くせば正当行為(35条)として違法性が阻却されると解する。

### 2. インターネット上の表現行為における「確実な資料・根拠」の基準について

弁護側は以下の理由によりB説(緩和説)を採用する。

なぜなら、インターネット上の表現行為の主体は、インターネットが使えるすべての人であることを鑑みると、そのすべての表現につきマスメディアと同等の調査義務を課すのは不可能であり、また、受け手側も前述の通りインターネットの表現は誰でもできるということを知りながらインターネットを用いているのであるから、その情報の真実性については懐疑的であるのが通常であるからである。また、オンラインでの名誉棄損の場合には、オフラインでの名誉棄損の場合と異なり、加害者と被害者の双方が同等のアクセス可能性と反論可能性をもっており、両者は全く平等な立場に立つことから、言論には言論で対抗することを原則とすべきである(対抗言論の法理)<sup>1</sup>。

### 3. 不作為における正犯と幫助犯の区別について

そもそも正犯とは、正犯意思をもって構成要件実現ないし結果発生のプロセスに対して支配性を有する者をいう<sup>2</sup>ところ、作為正犯は結果発生と直接的な因果関係をもっており、行為支配性が認められる。それに対して不作為による関与は、作為義務違反により、作為正犯を介して間接的な行為支配性を有するにすぎず、従たる役割を果たしているにすぎな

<sup>1</sup> 高橋和之ほか編『インターネットと法〔第4版〕』(有斐閣,2004)64頁以下参照。

<sup>2</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)437頁。

い。したがって、不作為の関与は原則として幫助犯とすべきである。

以上より弁護側は乙説(原則共犯説)を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1 Xの罪責について

1. 本問においてXが、自身の開設しているホームページに「貴方がAで食事をすると・・・カルト集団Tの収入になります。」「おいおい、まともな企業のふりをするな・・・調子のいいことばかり。」とAが虚偽の広告をしているとの内容を記載した文章を掲載した行為について、Aに対する名誉毀損罪(230条1項)が成立するかを検討する。

2.(1) 本問においてXは上記内容の文章を掲載していることから、「事実を適示し」たといえる。また、ホームページは不特定の者が自由にアクセスし閲覧できることから、不特定の者が認識し得る状態にしたといえ、「公然」性も充たす。そして、条文上は「人の名誉を毀損した」とあるものの、名誉毀損罪は抽象的危険犯であると解されることから、上記内容の文章をホームページ上に掲載した段階でAの社会的評価を低下させる抽象的危険を生じさせているといえ、Xは名誉毀損罪の客観的構成要件を充足している。

(2) しかしながら、後述するようにXは情報収集を行ったうえで上記行為に及んでおり、自身のホームページに掲載した文章の内容が真正なものであると信じていると考えられる。

したがって、Xには名誉棄損罪の構成要件の故意(38条1項本文)が欠ける。以上よりXに名誉棄損罪は成立しない。仮に、構成要件の故意が認められるとしても、以下のように違法性が阻却され、Xは不可罰となる。

3.(1) もっとも、本問においてXの上記行為はインターネットにおける表現行為の一環としてすなわち表現の自由の行使としてなされている。そこで、Xの上記行為は「正当行為」(35条)として違法性が阻却されないか。この点、弁護側はB2説(新処罰阻却事由説)及びB説(緩和説)を採用する。そこで以下では、インターネット利用者に要求される通常の調査を行ったうえで相当な理由があるか否かについて検討する。

(2) 本問においてXは、雑誌等の記事、インターネット上に流布している情報、TやAの登記簿謄本を見る等した上に、A社のフランチャイジーの一人であったHとの間でメールのやり取りをして情報を収集している。したがって、Xはインターネット利用者に要求される通常の調査を行ったといえ、相当の理由が認められる。

(3) 以上より、Xの上記行為は正当行為として違法性が阻却される。

4. よって、Xの上記行為についてAに対する名誉毀損罪は成立しない。

5. なお、検察側はXの上記行為に対して偽計業務妨害罪(233条)を成立させている。しかしながら、同条には業務を「妨害した」とある以上、文言通り侵害犯と解するべきである。したがって、業務遂行に妨害があったか明らかでない本問において偽計業務妨害

罪は成立しない。

## 第2 Yの罪責について

- 1.(1) 本問において、プロバイダー会社Bの代表取締役Yは、Aの関係者から当該ホームページの削除依頼を受けたにもかかわらず、これを無視していた。そこで、Yの上記行為について不作為による名誉毀損罪の正犯または共犯が成立するか。不作為による正犯と共犯の区別が問題になる。
  - (2) この問題に関して弁護側は乙説(原則共犯説)を採用する。したがって、Yの上記行為については、不作為による名誉棄損罪の幫助犯(62条1項)の成否が問題となる。
- 2.(1) では、Yに不作為による名誉棄損罪の幫助犯が成立するか。前述のように正犯者たるXは違法性が阻却され、不可罰となっている。そこで、このような場合にも幫助犯が成立するか、共犯の要素従属性が問題となる。
  - (2) そもそも狭義の共犯の処罰根拠は、正犯者の行為を通じて間接的に法益侵害結果を惹起する点にある。かかる処罰根拠からすれば、正犯者の行為が構成要件に該当し、違法性を具備する場合にのみ、狭義の共犯も可罰性を有すると解する(制限従属性説)。
  - (3) したがって、正犯者たるXの違法性が阻却される以上、Yの加功行為に可罰性は認められない。
3. 以上より、Yの上記行為には不作為による名誉棄損罪の幫助犯は成立しない。
4. また、Xには偽計業務妨害罪の構成要件該当性が認められず、偽計業務妨害罪についても不作為による幫助犯は成立しない。

## IV. 結論

X及びYは不可罰となる。

以上