

I. 事案の概要

5 XはTDK時事新聞社を経営し、「夕刊TDK時事」を発行(発行部数約7000部)することを業としている者である。

同業者であるAは、他紙があえて取り上げないいわゆる特だね、例えば司法事件になりにくいような道義的に不正・不義な事項の摘発や、暴露攻撃を主とする「TDK特だね新聞」を発行(発行部数約5000部)する者である。Aは、購読者の多い地域に住んでいる市民の私行に対して興味本位の暴露記事をしばしば載せていた。

10 Xは新聞人としての公憤から、どうにかしてAに対し制裁を加えてやりたいとかねてから考えており、Aの身边を取材していた。取材の中で、A本人またはAの指示のもとで働くA経営のTDK特だね新聞の記者が、B県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、チビリ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うえ、上層部の主幹に対して「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」と凄んだという旨の情報を得た。Xはこれを記事に掲載し、発行した。

実際にはそのような事実はなかったが、Xは記事の内容が真実であると誤信していた。

Xの罪責を論ぜよ。

20 参考判例:最高裁昭和44年6月25日大法廷判決

II. 問題の所在

本問においてXは、Aに対する義憤をはらすために、AやA経営の新聞社で働く記者の言動及び行動に関する暴露記事を掲載している。しかし、実際には当該記事掲載内容に該当する事実は存在しなかった。そこで、230条の2の不可罰の根拠をどう解するか及び230条の2第1項の「真実」性の誤信についてどう考えるべきかが問題となる。

III. 学説の状況

1. 230条の2の不可罰の根拠

30 A説:構成要件該当性阻却説¹

230条の2の不可罰根拠を構成要件が阻却されるためとする説。

B説:違法性阻却事由説²

230条の2の不可罰根拠を違法性が阻却されるためとする説。

C説:処罰阻却事由説³

35 230条の2の不可罰根拠を処罰が阻却されるためとする説。

¹ 団藤重光『刑法要綱各論 [補訂版]』(創文社,1972年)421頁。

² 大谷實『刑法講義各論 [新版第3版]』(成文堂,2009年)165頁。

³ 植松正『刑法概論II各論』(勁草書房,1975年)340頁。

2. 真実性の誤信について

α 説:230 条の 2 を違法性阻却事由説とする立場

α-1 説:(違法論からのアプローチ)

5 証明可能な程度に確実な資料・根拠に基づいて真実をと信じて事実を摘示したが、立証に失敗した場合には、35 条の正当行為として違法性を阻却するべきとする説⁴。

α-2 説:(錯誤論からのアプローチ)

資料・根拠をもって事実を真実と信じた場合には、責任故意が阻却されるものとする説⁵。

β 説:230 条の 2 を処罰阻却事由説とする立場

β-1 説:(旧判例・植松説)

10 行為者が適示事実を真実と誤信していたとしても、その錯誤は故意とは無関係であり真実であることの証明がない限り、被告人は刑事責任を免れないとする説⁶。

β-2 説:(違法論からのアプローチ)

35 条は合理的根拠に基づく違法阻却を、230 条の 2 は合理的根拠に基づかない場合の処罰阻却事由を規定したものと解する説⁷。

15 β-3 説:(過失論からのアプローチ)

真実の摘示についてのみ、違法性の減少又は、阻却を認め、虚偽の事実摘示については真実性の誤信により虚偽の認識が欠如した場合における過失責任を問おうとする説⁸。

IV. 判例

20 最決昭和 46 年 10 月 22 日。刑集 25 卷 7 号 838 頁。

〈事案の概要〉

被告人らは、いわゆる松川事件に関する一連の裁判につき、資料を読んだり調査に参加したりした上で、第一審の裁判長が本事件に関連する被告人らの無罪を知らず、外国権力に屈服して裁判の独立を放棄し、故意に死刑を含む有罪判決をしたと考えた。そこで、「5 人の労働者を死刑にした長尾判事に抗議」と題した松川事件の第一審裁判長を「売国奴」「外国権力に屈した」などと名誉を毀損する内容のビラを各々の場所で配布した。

〈判旨〉

30 「右第一審裁判長長尾信が、松川事件関係被告人らの無罪を知らず、外国権力に屈服して裁判の独立を放棄し、故意に死刑を含む有罪判決をした旨の名誉毀損の摘示事実に関し、被告人 A、同 B、同 C が…諸資料を読み、さらに…現地調査に参加し、同事件関係被告人の歩行不可能を信じ、あるいは、スパナによるボルトの緩解作業が不可能だと考えるなどの結果、これを真実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

⁴ 大谷・前掲 167 頁。

⁵ 大塚仁『刑法概論 [第 3 版]』(有斐閣, 2005 年)147 頁。

⁶ 植松・前掲 340 頁。

⁷ 前田雅英『刑法各論講義 [第 6 版]』(東京大学出版会, 2015 年)199 頁。

⁸ 山口厚『刑法各論 [第 2 版]』(有斐閣, 2010 年)146 頁。

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。したがって、これと同趣旨の見解のもとに、右資料をもつて、いまだ右裁判長を「人殺し裁判長」あるいは「売国奴」とののしるに足りる確実な資料・根拠にあたらぬとして右被告人らの誤信に相当の理由がないとした原審の判断は正当である」。

5

〈解説〉

本決定は裁判官に対する名誉毀損に関するものであり、まず、一定の資料に基づき被告人側が真実を誤信したことを認めている。その上で、本件誤信には相当の理由があるものとはいえないとして、名誉毀損罪の成立を認めている。

10

これは、判例が 230 条の 2 における真実性が証明できなかったとしても、「相当の理由」がある場合はこれを免責する余地があることを示している。検察側としても、230 条の 2 の趣旨は憲法で保障された表現の自由を配慮するものであると考えるため、この点につき参考になると考え、本決定を参考判例として採用した。

15 V. 学説の検討

1. 230 条の 2 の不可罰の根拠

A 説:構成要件該当性阻却説について

20

本説は 230 条の 2 が構成要件該当性を阻却するとする説である。これは、表現の自由を阻却する見地から提唱される。というのも、単なる違法性阻却事由だとすると、少なくとも理論的には、具体的事情によってふたたび違法性及び可罰性を帯びる場合を生じる可能性があるから、むしろ、定型的に違法性がないもの、すなわち構成要件該当性そのものが阻却されると考えるのである。

しかし、本説はそもそも何を構成要件該当性の阻却事由とみるか疑問である。さらに、表現の自由はきわめて微妙なものであって、これを一面的に強調するのは有害だと考えられる⁹。

25

したがって、検察側は本説を採用しない。

B 説:違法性阻却事由説について

30

犯罪の成否の判断は、「犯罪行為」を対象とするのが原則であるにも関わらず、「事実が真実であることが証明された」ことを違法性阻却事由だとすれば、犯罪終了後の裁判の時点での真実の証明を要件として違法性が阻却されるのは背理である¹⁰。また、本説によれば、真実性の錯誤が違法性阻却事由の錯誤として故意を阻却することになるが、真実であると軽信した者までも不可罰とする結論は不当に名誉の保護を軽視するものである。また、230 条の 2 が被告人に挙証責任を転換し名誉の保護を図ったことが完全に没却されてしまうことにもなる¹¹。

したがって、検察側は本説を採用しない。

C 説:処罰阻却事由説について

⁹ 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』（創文社、1990 年）522 頁以下参照。

¹⁰ 山中敬一『刑法各論』（成文堂、2009 年）197 頁。

¹¹ 前田・前掲 144 頁。

本説は、230条の2の意義を処罰阻却事由と解する立場である。わが国の刑法は真実を述べることも許さないとしており、230条の2が事実の証明という訴訟法上の条件をもって不可罰にしているのであるから、文理解釈上、名誉毀損罪は成立するが表現の自由を保障するため処罰しないと考えるのが正当である¹²。

5 また、230条の2が事実の公共性と目的の公益性を前提として要求しているのは、個人の名誉の保護が原則であるところ、かかる枠内で表現の自由の保障の調和を図った規定であるからである。したがって、その目的の達成のためには結論として処罰をしなければ足りるのであって、違法性までも否定されることが要求されるわけではない¹³。また、挙証責任が転換されていることも230条の2が処罰阻却事由であることの根拠といえる。

10 したがって、検察側はC説を採用する。

2. 真実性の誤信について

第1. α説についての検討

α-1説について

15 本説は230条の2を違法性阻却事由とする点で、問題がある。なぜならば、230条の2を違法性阻却事由とするならば、真実性の誤信は違法性阻却事由の錯誤として、その錯誤に至ったことが相当であるかを問えないからである。この説に則れば、軽率に噂を信じて虚偽の事実を摘示してしまったような場合であっても、故意を阻却することになってしまい¹⁴、妥当でない。したがって検察側は採用しない。もっとも、事実の公共性及び目的の公益性が認められる場合、真実を述べることはむしろ奨励すべきことである。その場合、真実であることが証明できる程度の確実な資料・証拠に基づいて事実を摘示したのであれば、社会相当性が認められるから、35条正当行為として違法性阻却をしようとした点は賛成する。

α-2説について

25 本説にもα-1説と同様の批判が当てはまる。さらに、故意阻却による免責を肯定するのであれば、専ら行為者の主観が問題であり、それに「客観的な資料」「確実な資料、証拠」「証明可能な程度の資料・根拠」といった客観的な制約をかけることはできず¹⁵、論理的に不当である。したがって、検察側は採用しない。

第2. β説についての検討

β-1説について

30 本説は「真実であることの証明があったときは、これを罰しない」という刑法230条の2の文言に基づき¹⁶、たとえ適示事実を真実と誤信していたとしても、真実の証明がない限り

¹² 大谷實『刑法各論講義 [新版第2版]』(成文堂,2007年)163頁。

¹³ 山口・前掲146頁。

¹⁴ 山中・前掲179頁。

¹⁵ 山口・前掲145頁。

¹⁶ 植松正「名誉に対する罪」『刑法講座第5巻』(有斐閣,1964年)268頁。

刑事責任は免れないとする説である。しかし、裁判時に真実性を証明できなければ、たとえ行為時に相当な資料・根拠があった場合でも名誉毀損で処罰されてしまうというのは、言論活動の過度の委縮効果を招くことになり、表現の自由の保障の観点から妥当でない¹⁷。

したがって検察側は β -1説を採用しない。

5 β -3説について

本説は、事実の真実性を処罰条件阻却事由とし、違法性の減少に関する処罰条件阻却事由であるとして、過失犯として処罰する説である。しかし刑法 230 条の 2 は、過失名誉毀損を処罰する「特別の規定」(刑法 38 条 1 項ただし書)ではなく、その文言からも「罰しない」規定であると解されること、刑法 230 条 1 項で故意犯が成立していることから、犯罪論体系上の理論構成が不明であるとの批判を免れない。また、過失致死ですら 50 万円の罰金に過ぎないにも関わらず、過失で名誉を毀損した場合を刑法 230 条 1 項に基づいて 3 年以下の懲役でも処断できることにしてしまうことは均衡を失する。加えて、過失行為を故意犯と同じ刑で罰することは、刑法典の流儀ではなく、妥当でない¹⁸。

よって検察側は β -3説を採用しない。

15 β -2説について

本説は、確実な資料・根拠に基づいた真実の摘示は表現の自由の正当な行使であり、35 条の正当行為にあたるものと考えられる。つまり、これまで故意の存否の材料とされてきた「相当な根拠に基づいたか否か」という判断を違法論の領域に移したのである。そして、相当性とは具体的に、摘示目的の正当性、摘示事実に関する資料・根拠の確実性、摘示により生じる名誉侵害の程度・範囲、当該メディアにおける表現方法の基準からの逸脱の程度、摘示しなければならない必要性・緊急性の総合衡量により、判断する。

この考え方には、違法性を過度に主観化するものであるという批判があるが、確信したから正当なのではなく、相当な資料に基づく発言は客観的に価値が高いので名誉毀損罪にはあたらないとすることも十分可能である。したがって、結果的に真実と証明されれば、230 条の 2 によって相当性判断を経ずに処罰が阻却され、真実性の証明に失敗した場合は、相当性が認められる範囲で、許された表現活動として名誉毀損罪の成立が否定されるのである。この説は、証明責任の転換の点など 230 条の 2 の性質を無理なく説明できる点で優れている¹⁹。

したがって、検察側は β -2説を採用する。

30 VI. 本問の検討

1. X は、「TDK 特だね新聞」の記者である A や A の部下が B 県市役所土木部の課長や主幹に向かって、あたかも脅迫めいた言動をとり、凄みをきかせたとする旨の記事を「夕刊 TDK 時事」に記事として掲載した。X の記事発行行為に名誉毀損罪(230 条 1 項)が成立しないか。

¹⁷ 平川宗信『刑法各論』(有斐閣,1995年)235頁参照。

¹⁸ 斎藤信治『刑法各論[第4版]』(有斐閣,2014年)78頁。

¹⁹ 前田雅英『刑法各論講義[第5版]』(東京大学出版会,2011年)199頁以下参照。前田雅英『最新重要判例 250 刑法[第9版]』(弘文堂,2013年)144頁参照。

2. (1) 名誉毀損罪(230条1項)の「公然と」とは、不特定または多数人が認識しうる状態をさすところ、Xは「夕刊 TDK 時事」に記事を掲載・発行している。同新聞の発行部数は 7000部であり、本件記事は少なくとも数千もの人々の目にさらされることになる。この様なメディア媒体を用いてなされたものであることから、本件記事の内容は不特定または多数人が閲覧・認識しうる状態に置かれていたといえる。

また、「事実の適示」とは名誉を害するに足りる具体的事実であればその事実が真実であるか、虚偽であるかを問わないといえるところ、本件記事の内容は、「特だね新聞」の記者が B 県市役所土木部の課長や主幹に向かって、あたかも脅迫めいた言動をとり、凄みをきかせたというものであり、具体的に A や記者の評価を低下させるに足りる事実を内容とする記事を掲載している。

そのため、本件 X の記事発行行為は「公然と事実を摘示」したといえる。

(2) また、230条1項の「人の名誉を毀損した」とは、名誉毀損罪の抽象的危険犯的性格から、現に社会的名誉が侵害されることまでは要さず、人に対する社会的評価を害するに足る行為がなされていれば足りるといえる。

本件記事の、「特だね新聞」の記者が B 県市役所土木部の課長や主幹に向かって、あたかも脅迫めいた言動をとり、凄みをきかせたという内容は、それを摘示すれば、『「特だね新聞」の記者は記事のためであれば手段を選ばない者である』という評価や、「A や記者はまるでやくざのようだ」という評価を受けかねない。

そのため本件記事は人格的価値に対する評価を下げ、A や記者の社会的評価を害する内容であることが明白といえ、「人の名誉を毀損した」といえる。

(3) そして、X は「どうにかして A に対し制裁を加えてやりたい」という意思でもって記事を作成・発行している点、A の名誉を貶める目的で当該行為に及んでいるといえることから、構成要件該当事実を認識しており、構成要件の故意(38条1項本文)も認められる。

よって、X の当該行為は名誉毀損罪(230条1項)の構成要件に該当する。

3. (1) ここで X の行為が 230 条の 2 第 1 項によって免責されないかが問題となる。同条は、名誉毀損行為が①公共の利害に関する事実に係り(事実の公共性)、かつ②その目的が専ら公益を図ることにあつたと認める場合には(目的の公益性)、③事実の真否を判断し、真実であることの証明があつたときは、これを罰しない、とするものである。

(2) 本件において、その記事の内容は和歌山市役所土木課の汚職の疑いについて示唆されているものの、記事の主眼はあくまで記者の B 県市役所土木部の課長や主幹に向けての行為や、A の経営する「特だね新聞」について記載されているものであると考えられるし、本件記事は「特だね新聞」の A や記者らの言動・行動を掲載することこそが最も重要な目的であつたと思われる。このような事情を考えると、X が本件記事を掲載・発行したことにつき、事実の公共性(要件①)や目的の公益性(要件②)は見受けられない。(要件①②不充足)

また、本件記事の内容は X の誤信に基づく全くの事実無根の内容であることから、内容の真実性の証明もなしえないため(要件③不充足)、X の行為が免責される余地は無いように思

われる。

4. (1) もっとも、Xは記者がAの指示の下で当該行為をしたものと思い込んでおり、事実を真実であると誤信している。そこで、真実性を誤信していた場合の法的処理が問題となる。

5 (2) この点、検察側はβ-2説(正当行為説)を採用する。本説は、誤信したことについて確実な資料・根拠に基づいた相当な理由があるときは、その真実の摘示は表現の自由の正当な行使で正当行為であるとするものである。

10 そして、ここでいう相当性とは具体的に、摘示目的の正当性、摘示事実に関する資料・根拠の確実性、摘示により生じる名誉侵害の程度・範囲、当該メディアにおける表現方法の基準からの逸脱の程度、摘示しなければならない必要性・緊急性の総合衡量により、判断すべきものとする。

15 (3) 本件記事についてみると、その摘示目的は、本件記事内容から、Aや記者の評価を低下させることこそが最も重要な目的であったと考えられる。そのことは、記事の書きぶりのみでなく、Xが記事作成段階で「どうにかしてAに対し制裁を加えてやりたい」という意思をもって作成を行っていたという事実からも明らかであるが、このような、公共の利害に関する事実に係らない特定個人の評価を下げることを目的とした摘示行為が正当なものであるとは到底言い難く、Xが本件記事を適示しなければならない必要性および緊急性は低いといえる。

20 それに対して、既述の通り、Xの本件記事の発行によってAや記者は、自身の評価を低下させるに足りる事実を少なくとも数千人の不特定多数者に伝播されており、その侵害された名誉の程度は極めて重い(また、本件記事を作成するにあたって、Xは取材によって得た確実な資料に基づいて事実を真実と確信して記事を作成したとあるが、取材メモの存在等、具体的な資料は何ら明らかになっていない)。

25 (4) 以上の事情を総合衡量すると、Xの真実性を誤信して作成された本件記事を掲載した行為について、相当な理由があるとは言えないと考える。よって本件行為の違法性が阻却されることはない。

VII. 結論

Xの行為には、名誉毀損罪(230条1項)が成立する。

以上