

刑法における名誉

設
楽
裕
文

- 一 はじめに
- 二 小野清一郎の理論
- 三 平川宗信の理論
- 四 佐伯仁志の理論
- 五 各理論についての評価と私見の展開
- 六 むすびに

一 はじめに

本稿は、主として小野清一郎の名誉に対する罪についての研究を検討した上で、名誉毀損罪（刑法二三〇条一項）、侮辱罪（二三二条）の保護法益ないし保護の客体に関する私見を展開したものである。

名誉に対する罪について今日の解釈論の基礎を築いたのは小野であり、多くの概説書・体系書にみられる、名誉には内部的名誉、外部的名誉（社会的名誉）、名誉感情があるといった記述は、小野の名誉研究に由来する。⁽¹⁾ところが、この研究に基づく小野の主張のうち、名誉毀損罪の保護法益を外部的名誉（社会的名誉）とする点は支持者を集めたものの、⁽²⁾侮辱罪の保護法益を名誉感情であるとする点は意外なほど支持されていない。通説は両罪ともに保護法益は社会的名誉であるとし、判例も同様であると解されている。⁽³⁾さらに、小野の見解に対しては平場安治や平川宗信らによる批判が加えられている上、現代社会の情報環境やプライバシー保護等に配慮して名誉に対する罪を再考する必要も認められる（この点については、佐伯仁志が早期に詳細な研究をしている）。そこで、本稿において、小野の理論をその著書『刑法に於ける名誉の保護』⁽⁴⁾に収められている同題名の論文をテキストとして検討し、同理論と対比して平場、平川の理論、さらに佐伯の理論を検討し、これらを踏まえて、私見を展開することにした次第である。

ここで本研究の経緯ないし動機について若干述べることにする。筆者は、小野の刑法思想、刑法理論に興味を抱き、ここ数年、他の仕事の合間に小野の著書を繙いてきた。小野は、団藤重光の恩師であり、団藤は、（筆者の恩師である）板倉宏の恩師である。小野も耽読したであろう『歎異抄』に見られる「親鸞は弟子一人ももたずさふらふ」の言に反するものいいが許されるなら、筆者は小野の「曾孫弟子」の一人にあたることになる。したがって、筆者の刑法につ

いての考え方のルーツは、小野刑法学ということになり、その仏教的な言説や人となりも含めて、小野に対しては敬意と興味とを抱かざるをえない。^⑤ そのようなことから、小野の著書を読み始めたものの、小野の指導を最も直接的に受けた団藤をして「先生の学問は、著書・論文を通してだけではなかなか奥義に達することはできない」、「先生の信仰と哲学と法学とが相即相入、渾然一体となって前人未到の境地を開かれたものであるが、それだけに深遠であり幽玄であり難解なのである」といわせただけあって、^⑥ 莊嚴な宮殿に迷い込んだような気持ちにならざるをえなかった。そこで、小野の「名誉研究の塔」に取りついて形にしようとして試みたのが本稿である。しかも、この名誉研究は、小野にとつても博士論文となった重要な研究である。小野は、後年、「わが道、刑法学」において、「私が大学教授として約二十五年の研究において最も力を入れたのは総論においては犯罪構成要件の理論であり、各論においては名誉侵害の罪であった」と回顧し、その論文において「私は歴史的法制の沿革とその比較を試みた上、名誉とは何かについていくつかの概念を分別しなければならぬことを明らかにした。第一に社会的評価としての名誉、第二に国家その他大の集団における評価を表彰する名誉、第三に個人の主観的自己評価としての名誉、第四に名誉の本質は人間の価値そのもの、社会的評価、集団的評価、自己評価の三者を超えた純客観的な人格価値、それは法律的保護の対象とはならないが、その指針となる」と述べている。^⑦ こうしたことが、小野研究のいわば、最初の斬込口として名誉研究を選んだ理由である。もつとも、本稿は高い塔に続くきざはしの初段に足をかけた程度のものに過ぎない。

二 小野清一郎の理論

1 『刑法に於ける名譽の保護』が成立するまで

最初に、『刑法に於ける名譽の保護』(以下、「本書」とする)の成立過程について述べておくことにする。本書の「序」(一九三四年八月一日付)によれば、小野が名譽の保護の問題に着眼したのは、一九二八年の夏、『刑法講義各論』の執筆中であり、その後約二年の間、この研究に没頭し、一九三〇年の晩春に至って一応主論文の稿を閉じた、とのことである。奥付によれば、本書は、有斐閣から、初版第一刷は一九三四年九月一日に、再版第一刷は一九五六年一月三〇日に、増補版第一刷は一九七〇年四月一日に、それぞれ発行されている。小野の経歴をみると、一八九一年一月一日出生、一九一七年東京帝国大学法科大学(法律学科)卒業、一九一九年一月東京帝国大学法科大学助教(同年二月に欧州留学に出発)、一九二三年東京帝国大学教授となっているので、主論文の稿を閉じたのは二九歳、教授八年目の晩春であったということになる。⁸⁾その年の一月には浜口雄幸首相が東京駅で狙撃され、翌一九三一年九月には満州事変、さらにその翌年(一九三二年)には五・一五事件が発生し、一九四〇年一月には日本法理研究会が発足することになる。とはいえ、一九三〇年当時は、中山研一という「文化主義的正義感から、当時の現実の国家における経済的・文化的な勢力関係に対するイデオロギー的批判にまでいたるリベラルな刑法思想」の展開から「日本法理の自覚的展開」に移行しつつある時期とみることができるよう思う。⁹⁾もつとも、団藤は、日本法理の自覚的展開という見地は一九二五年の小野の著書『仏教と現代思想』において「すでに明確に打ち出されているのである」とする。¹⁰⁾ただ、この時期のいわばソフトな日本法理の自覚的展開と一九四二年のそれとの間には—少なくともそ

の論調においては――懸隔があるように思う。⁽¹¹⁾ また、後述するように、本書における小野理論にも確かに処罰範囲限定の意図はうかがわれ、それを「リベラル」と評することも、ある角度からは、可能であろう。

2 本書の主論文にみる小野理論

(1) 本書の構成

本書は、①「刑法に於ける名誉の保護」、②「名誉毀損の罪に於ける事実の証明」、③「名誉の保護と表現の自由――名誉毀損の罪における真实性の証明」、④「名誉毀損の罪と公職選挙法による虚偽事項公表の罪」から成っている。題名からも察しうるように、③④は増補分として収録されたものである(③④の公表は一九六五年)。

ここでは、本書の中心を成す①(主論文)の内容を検討する(なお、引用の際の表記は、原文の調子の維持をはかりつつ、できる限り現代的なものにした)。主論文は、緒言のほか、三章(比較法制史的叙説、法理学的基礎理論、我が現行法の解釈論)から成る。

(2) 緒言

「緒言」⁽¹²⁾によれば、広義の法律学は、法制史、法理学(または、法律哲学)、法律解釈学(または、固有の意味における法律学)といった主要な領域に分かれるところ、法律そのものは同一の文化的事態であるから各領域の間に「因縁の糸」が交錯していることは否定できず、この交錯を意識しつつそれぞれの方法を徹底させることにより、各領域の認識を徹底せしめると同時に法律そのものを「体認」(原文では「體認」)できるのである、という。法律学的に現行法の規範的内容を認識するには、現在の実証的立法を淵源として概念的・構成的考察により論理的に矛盾のない体系を考えるだけでは足りず、真の意味で規範的な法律内容を「如実に認識」するには、歴史的淵源の観察と文化哲学的な実

体的論理の把握を必要とするのである、という。歴史的法制の比較観察が現行法の認識に対して有する意義は、各個の法制における具体的な文化的精神を了解（原文では「領解」）し、その帰結を理解して、「其の哲学的な意味に於ける普遍的意義の反省」に手がかりを与え、現代の法律実践に対して理想的方向を示唆し、法律の技術的形成に対する参考資料を提供することにある、という。

比較法制史的に経験的文化現象としての法律制度を観察し、その精神を了解した後は、「其の文化的意義を原理的に反省する文化哲学的法理学」の領域に踏み込まなければならない、という。すなわち、「文化及び価値哲学の境地」に入り込まなければならないのであり、それは経験科学的観察の仕事ではなく、「実践そのものの哲学的反省を契機とする文化の先験的・実体的な論理の諦観であり、洞見である」という。このような「文化哲学的法理学」こそが「法律の実践」に確固たる論理的基礎を与え、現行法の解釈や立法に根本的指針を与えるものであって、このような見解の下に、小野は、「名譽」の本質及びその現象形態を究明し、その文化的意義を考察し、その法律的保護の意義及びその根本形式のいかなるものなるべきかを反省しようとしたのである、という。

以上に述べたところからもわかるように、小野の考えは経験主義的なものではない。小野によれば、現行法の規範的内容の認識は、法条の単なる語学的ないし形式論理的解釈によつては獲得できず、日常の社会生活や判例に現れた社会学的状态から抽出することもできないのであって、「歴史的・社会学的事実に即してのみ可能であると同時に、其の文化の先験的・実体的論理を把握する文化哲学及び之を基礎とする法理学的正義及び目的観に徹到するに非ざれば之を完成することは出来ぬと信ずる」というのである。社会学的事実に即しつつ「文化哲学的法理学」によつて「先験的・実体的論理」を把握するとはどのようなことなのか、その字面から理解することは困難である。このよう

な考えの当否は、まさに、小野がどのようにしてどのような名誉毀損法の規範内容を認識するのかに即して判断するしかない。

(3) 比較法制史的叙説

小野は、「第一章 比較法制史的叙説」¹³において、ローマ法におけるインユリア法制から説き起こし、ゲルマン法、中世法、近世ドイツ法及びその系統に属する立法、フランス法及びその系統に属する立法、イギリス法、アメリカ法、中国法、日本法について、検討を加えている。この叙説が現行法の認識に対し有する意義は、各個の法制における具体的な精神を了解し、その帰結を理解することが、その哲学的な意味における普遍的意義の反省に手がかりを与え、現代の法律実践に対して理想的方向を示唆し、また法律の技術的形成に対して参考資料を提供するところにある、という¹⁴。すなわち、この叙説は、後の法学的検討及び現行法の解釈論の展開の「布石」とでもいふべきものである。布石が意図的になされるものであるのと同様に、この叙説の記述は平板な歴史的事実の羅列ではない。小野の意図を最もよくわがわがさせるのは、中華民國一七年（一九二八年）の刑法について記述した部分である。小野は、この中華民國刑法の名誉侵害に関する規定につき、「要するに中華民國刑法は暫行新刑律及び日本刑法を遙かに超越し、ドイツ法、イギリス法等を適当に参酌したものであり、最新の立法例として頗る注目し得るものと謂ふことを得る」と絶賛している。

小野は何故この中華民國刑法を積極的に評価したのか。そのような評価の基礎となったものは、同刑法の規定が、①名誉の侵害につき侮辱と誹謗（名誉を毀損するに足りる事項の指摘・伝述）とを明らかに区別していること、②誹謗について文書・図画の散布による場合を加重処罰していること、③誹謗の罪につき一般的に真実の証明を許しているこ

と、④行為者がはじめから虚偽の事項であることを明知して誹謗をなした場合に刑を加重していること、⑤誹謗の罪につき、ドイツ法の「正当なる利益の維持」やイギリス法の「公正なる評論」による犯罪の不成立について定めていること、である。③ないし⑤があげられているのは、虚偽の事項を示した誹謗（名誉毀損行為）は、真実の事実を示した誹謗に比べて可罰性が高く、真実の証明がなされた場合や「正当なる利益の維持」、「公正なる評論」にあたるような場合は犯罪の成立が否定されてしかるべきである、という小野の価値判断に基づくものである。当時の日本刑法は、二三〇条一項において事実の有無を問わないとしつつ、二三〇条の二の規定を持っていなかった。出版法、新聞紙法の規定による事実の証明は出版または新聞紙による名誉毀損の場合のほかは認められなかった。そうになると、とくに口頭による名誉毀損については（文書による名誉毀損より可罰性は低いといえるのに）事実の証明は全く認められないことになる。これを小野は不当と考え、出版法、新聞紙法の規定の類推適用による違法性阻却を主張する¹⁵。小野は「真実の名誉」に合致しない「不当な名誉」を「正当な名誉」のように保護する必要はないと考えていたのである。このことは、「第二章 法理学的基礎理論」の「第三節 名誉と其の法律的保護」において、小野が、「されば、法律は其の名誉に対する保護に於て、差当り其の現象たる社会的及び主観的名誉を対象として之を保護し、之に対する攻撃を抑制しなければならぬ。是れ法律的正義の要求である。但し法律に於る名誉保護も窮極に於ては、やはり名誉の本質を目標としなければならぬのであって、正当なる名誉を保護することが其の窮極の意義であることを忘れてはならぬ。此のことは具体的な法律上の問題としても重要であつて、かの名誉毀損の罪に於ける『事実の証明』の問題の如き、一に正当ならざる、即ち人の値せざる事実的名誉に対して其の保護を拒むべき場合なきかといふ根本的な法理に触るる問題なのである」と述べていることから裏づけられる¹⁶。小野は、その「法律的正義」の見地から、刑

法的保護を正当な名誉についてのものに限定しようと企図していたのである（もつとも、後述するように、小野は規範的名誉説を採っていない、この点が小野理論に対する批判の一拠点を形成することになる）。

（4）法理学的基礎理論

小野は、「第二章 法理学的基礎理論」¹⁷において、「経験主義的な法律進化論」を避け、「経験文化現象の内面的意義」を探り、「現代の法律実践」に関係させてその意義を反省、批判することにより、「文化の実体的論理」を見出さなければならぬとした上、このような「法律制度の内在的・実体的論理」の闡明が現代法理学の任務である、という。このために、小野は、文化現象としての名誉を歴史的・文化哲学的に取扱い、その内在的論理を抉出して、名誉の本質及びその現象形式を明らかにし、その侵害の意味、その法律的、とくに刑法的保護の意義、形式を順次考察して行く。

小野は、名誉の現象を観察して、社会的名誉（名声、世評）、国家的名誉（栄典）、主観的名誉（名誉意識、名誉感情）の三概念を区別する。そして、名誉について認識批判的方法、社会学的方法により考察を加えて、¹⁸ 眞実の名誉（wirkliche Ehre）と通用の名誉（Verkehrsehre—小野は、「社交上の名誉」と訳している）¹⁹を区別したSauer等によつて、¹⁹ 名誉の本質は、社会的名誉・国家的名誉・主観的名誉の現象に対して、その「それぞれの名誉の純粹なる意味」であり、端的にこれを表現するなら「人格の価値」である、とする。この価値は、社会的・国家的・主観的に評価され承認された価値ではなく、その「純客観的内容」、すなわち、「人の眞価、内部的価値」であり、事実たる名誉ではなく「眞実の名誉」であり、名誉の現象ではなく名誉の本質である、というのである。小野は、眞実の名誉そのものを実質的に侵害し毀損することはありえない、と考える。これに対し、名誉の一現象である社会的名誉は実質的に侵害し

毀損しうるし、主觀的名譽も實質的に侵害され傷つけられることが可能である、という。⁽²⁰⁾

名譽をどのように保護すべきかに関して、ここで小野の正義觀をみておく必要がある。小野は、自らの正義觀を「文化主義的正義觀念」と呼んでいる。それは、「個人主義的又は人格主義的正義觀」と「超個人主義的又は国家主義的正義觀」とを止揚し、総合する立場において、個人と国家とをともに超越し、しかもともにこれを包含する全共同社会的生活における文化の發展・完成において法律の最高の目的、正義の究極原理を見出そうとする「超人格主義又は文化主義」による正義觀であり、東洋の政治思想における儒教の王道(思想)、仏教の正法治国の理想は、この「文化主義」の原理の上に立つものである、という。

文化主義についての小野の説明をいまま少しみてみると次のようになる。「其は客觀的な共同社会的文化によって方針づけられる故に、其の実現のために国家の超個人的權威を承認する。しかし、其は国家絶対主義ではない。超個人的であると同時に超国家的ならんとするのである。其は個人の自由又は謂ゆる社会の福祉を以て絶対の価値とはしない。ただ、共同社会的文化の完成に於て自ら万民の自由と幸福とが増進され、さうして真の人格の完成されることを期待する。殊に個人が自由なる意思を以て文化に奉仕することこそは真実なる共同社会の理想であると為す点に於て人格の創造的任務を充分に承認するものである」。

小野は、このような文化主義に基づく「文化主義的正義觀」の下では、法律は、その文化目的に照らし、社会的文化の促進における理想的要素としての名譽を承認し、保護しなければならぬのであり、法律は社会の物質的生存及び福祉を保障するだけでなく、あらゆる社会的文化創造の過程を保護し、促進しなければならない、という。しかるに、名譽の本質、すなわち、名譽の純粹な意味は、人格の価値であるので、人々をして真実の名譽なканずく真実

の社会的・文化的名誉を追求せしめることが社会的文化の創造をいたす所以であらねばならない、というのである。もつとも、名誉の現象は、人の社会的評価すなわち世人による価値の承認であり、人の自己評価すなわちその主観における価値の承認であつて、必ずしも名誉の本質と合致するものではないものの、社会的文化の保護を目的とする法律秩序は、現実の文化状態に即してその維持促進に努めるべきであり、差しあたり、名誉の現象たる社会的名誉、主観的名誉を保護し、これに対する攻撃を抑制しなければならない、というのである。とはいえ、法律における名誉保護も究極においては名誉の本質を目標としなければならないのであり、正当なる名誉を保護することが究極の意義であつて、事実の証明の問題も正当ならざる名誉に対してその保護を拒むべき場合がないかという根本的な法理に触れる問題である、ということに帰着する⁽²¹⁾。

(5) 現行法の解釈論

小野は、「第三章 我が現行法の解釈論」において、当時の現行刑法の名誉保護規定の解釈論を展開している。展開は、構成要件、違法性、道義的責任の順になされている。

小野は、名誉毀損罪の保護法益は社会的名誉であり、侮辱罪の保護法益は主観的名誉（名誉意識、名誉感情）である、として、両罪の構成要件レベルの解釈論を展開している。その結論は、次のようなものになる。⁽²²⁾ ①二三〇条一項の名誉は真実の名誉に一致する「正当な名誉」である必要はない。②二三〇条二項は死者の名誉（社会的名誉）を保護する規定である。③法人や団体に対する名誉毀損罪は成立しうる。④二三〇条一項の「事実」は、その摘示により人の名誉を毀損すべき性質を有する事実であることを要する。⑤「摘示」には、表示行為（告知）のほか、非表示行為で人の名誉に不利益な事実を暗示するとき状態を生ぜしめる行為を含む。⑥「公然」とは、不特定または多数の人の

覚知しうべき状態をいう。⑦名誉毀損罪は抽象的危険犯(抽象的危殆犯)である。⑧名誉毀損罪と侮辱とが競合する場合は、観念的競合になるのではなく、法条競合として、名誉毀損が侮辱を吸収し、名誉毀損罪一罪が成立する。⑨二二二条の「侮辱」とは、軽蔑の意味を表すまたは暗示する行為により人の名誉感情を害する行為である。⑩社会的名誉は有しても名誉感情を有しない「小児、精神病者」に対する侮辱罪は成立しえない。⑪死者に対する侮辱罪は成立しえない。⑫共同社会的精神の支配する団体(家族、宗教団体)に対する侮辱罪は成立しうる。営利法人に対する侮辱罪の成立は否認すべきであるものの、新聞社のように統一的な団体的精神の支配するものについては、これに対する侮辱罪の成立することがありうる。⑬二二二条の「事実ヲ摘示セスト雖モ」(現在の「事実を摘示しなくても」)は、侮辱罪の成立には事実の摘示は必要ないということを示したものであり、「事実を摘示せずして」という意味ではない。したがって、事実を摘示して侮辱することも可能である(事実を摘示すれば名誉毀損罪の問題になり侮辱罪には問えない、というわけではない)。⑭侮辱罪は、抽象的危険犯(抽象的危殆犯)であり、被害者が侮辱されたことを認知しなくても成立する。⑮事実の証明があつて名誉毀損罪が成立しない場合でも、侮辱の事実があれば侮辱罪は成立しうる。これらのうち、小野説の特徴を示すものは、⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭である。そして、名誉毀損罪と侮辱罪とが保護法益を異にする別個のものであるという前提からすると、⑨⑩⑪⑫⑬⑭のような結論が出てくることは理解しやすい。これに対して、⑧⑫の結論にはやや理解しにくいものがある。

小野は、名誉毀損罪、侮辱罪の違法性阻却について綿密に考察している。そこには、構成要件レベルでは名誉毀損罪の保護法益を社会的名誉であるとしつつ、違法性阻却を広く認めて犯罪の成立範囲を限定しようとする意図がうかがえる。そのような意図を示すのは、とりわけ、出版法、新聞紙法の事実証明の規定の類推や「公正なる評論」とし

ての違法性阻却を肯定している点である。⁽²³⁾ 他に、小野は、「正当な利益の維持」としての違法性阻却についても紙数を費やして検討を加えている。⁽²⁴⁾

小野が、名誉毀損罪、侮辱罪の道義的責任について検討した部分においては、①違法性阻却事由について錯誤のある場合、厳格故意説的な思考から故意責任を阻却するとしている点と②期待可能性の欠如を理由に「故意の道義的責任」を阻却する場合があるとしている点とが、⁽²⁵⁾ 目を引く。①は、真实性の誤信と故意阻却の問題の先取りともいえるものである。ただ、この段階では簡潔な検討に止まっている。

3 小野理論に対する研究者の評価

小野の理論を受け継いだ者として、団藤重光があげられる。団藤は、名誉につき、内部的名誉、外部的名誉、名誉感情の三つを区別することができるとし、内部的名誉は他から侵害される性質のものではなく法律的保護の範囲外であり、外部的名誉が名誉毀損罪の保護法益であり名誉感情が侮辱罪の保護法益であるとする小野の主張に従う、という。もともと、小野説と通説との結論的差異は、死者や法人等の団体に対する侮辱罪の成否の点に現れるだけである⁽²⁷⁾。この点を指摘しつつ、福田平も、小野説は名誉毀損罪と侮辱罪との本質的区別の把握において優れていると⁽²⁸⁾する。他に、江家義男や川端博も小野説を支持し、佐伯千仞の考えも小野説に近い⁽²⁹⁾。

小野の指導を受けた東大系の研究者が皆、団藤のように小野説を踏襲したわけではない。平野龍一は、社会的評価というものが一義的に存在するかは疑問である、という問題意識から出発して、社会的評価が低い場合（「悪人の名誉」）は名誉毀損罪の成立を否定し、不当に高い社会的名誉が存在する場合（「虚名」）は同罪の成立を肯定する、という結論にいたるには、名誉に対する罪を「通常人ならば恥とするような事柄や倫理的あるいは能力的な欠陥を公けに

摘示することによって、持つであろう個人の恥辱の感情を保護するものであると解するのが妥当であろう」とする。ただ、平野は、「このような感情」や主観的名誉を刑法により保護することは問題である旨述べているので、「通常人ならば持つであろう恥辱の感情」が保護法益であるとする説に徹しているわけでもない⁽³⁰⁾。また、大塚仁は、名誉に対する罪（名誉毀損罪、侮辱罪）の保護法益は「第一次的には外部的名誉であるが、副次的には被害者の名誉感情でもあると解する」とする⁽³¹⁾。ただ、大塚のように考えても、解釈論上の結論が通説と異なってくるわけではないようである（大塚は、通説・判例と同様に、名誉感情を持たない者に対する侮辱罪の成立を認めうるとする⁽³²⁾）。

平野や大塚の批判は、小野理論が、名誉の現象形式として社会的名誉と主観的名誉とを区別し、前者を名誉毀損罪の、後者を侮辱罪の保護法益とした点に向けられたものであった。これに対し、小野理論の名誉の本質と現象形式とを区別する点を批判し、〈あるべき正当な名誉〉と〈ある名誉〉との統一を試みたのが、規範的名誉説である。その代表的なものとして、平場安治の理論をあげることができる。平場は、小野が名誉の本質と現象形態とを区別し、前者を「あるべき名誉」、後者を「現にある名誉」として、「名誉に対する罪の保護法益を後者だと割切られる点」には賛成できない、という。経験的事実としての評判や名誉感情が直ちに法の保護に値するものか疑問であり、「そこには事実としての特徴のほかに『正当な』という規範的要素を入れて考えなければならぬ」のであって、「人の視認される人格的身体的諸特徴とその社会的貢献の事実から合理的に判断せられる評価」が「正当な名誉」であり、「そのような名誉の妥当への要求」が保護法益になる、というのである⁽³³⁾。

三 平川宗信の理論

小野Ⅱ団藤学派の研究者で、近年、独特の理論を展開しているのは、平川宗信である。平川は、『名誉毀損罪と表現の自由』⁽³⁴⁾で、次のような理論を展開する。小野が「本質としての名誉」と「現象としての名誉」を区別しているのに対し、平川は、規範的名誉（あるべき正当な名誉）、理念的名誉（ある客観的な人格的価値を有する地位ないし状態）、人が現に有している現象的名誉（人格的価値の認識・尊重を受ける地位ないし状態）Ⅱ 事実的名誉を区別する。そして、規範的名誉と理念的名誉を保護法益とすることはできず、事実的名誉を、普遍的な名誉（人間の尊厳が尊重・保持されている状態、「人間の尊厳な状態」）、社会的名誉、主観的名誉（名誉意識ないし名誉感情）に区別した上、主観的名誉を名誉に対する罪の保護法益と考えることはできない、という。また、社会的名誉を、従来の学説のように、社会的評価、名声としてとらえることには疑問があり、これを「社会的情報状態に対する名誉主体の地位・状態」であると解している。最終的に平川は、名誉毀損罪の保護法益は「自己の人格的価値に関連する情報の社会的存在状況に対する地位・状態」である「社会的名誉」であり、侮辱罪の保護法益は「人間の尊厳を尊重されるべき地位・状態」である「人間の尊厳」である、としている⁽³⁵⁾。

その後、平川は、『憲法的刑法学の展開―仏教思想を基盤として』⁽³⁶⁾において、より広く理論を展開する。平川は、小野理論の問題点は、第一に名誉理論に人間の尊厳の見地が反映されていないこと、第二に名誉についての本質・現象形式・文化的機能のうち、本質及び現象形式には分析が加えられているのに文化的機能が格別に論じられていないこと、第三に名誉の現象形式の分析において現代社会の構造が十分に踏まえられていないこと、第四に名誉の保護を

考える際の基準が超人格主義的・文化的正義観に置かれていること、であり、名誉に対する罪の保護法益の分析も「人間の尊厳」を基礎にしてなされる必要がある、という。もつとも、平川は、「人間の尊厳」や個人の独自性・個性に基づく価値そのもの（理念的名誉、内部的名誉、「名誉の本質」）を保護法益とすることはできず、また、個人の独自性・個性に基づく価値の尊重を求める権利（尊重請求権）を保護法益とすることも、保護法益を規範化、観念化するもので妥当ではない、という。³⁷⁾ 結局、平川は、保護法益は、「これらの価値に対する事実上の承認・評価」であるとし、これを、社会による承認・評価（社会的名誉）、国家・団体による承認・評価（国家的・団体的名誉）、本人自身による承認・評価（主観的名誉）に区別した上、名誉に対する罪の保護法益として妥当性があるのは社会的名誉のみである、という。そして、平川は、社会的名誉には、個人の独自性・個性に基づく価値の社会による評価（個別的社会的名誉Ⅱ広義の社会的名誉）と人間としての尊厳の社会による承認（普遍的社会的名誉Ⅱ狭義の社会的名誉）とが考えられ、前者が名誉毀損罪の保護法益であり後者が侮辱罪の保護法益である、という。さらに、平川は、個別的社会的名誉は、人の価値に関連する「情報が社会的に存在している状態」（社会的情報状態）であり、普遍的社会的名誉は、「人間としての尊厳に関わる社会的情報状態」である、という。

以上を整理すると、名誉に対する罪の保護法益に関する平川の結論は、名誉毀損罪の保護法益は個別的社会的名誉（個人の価値に関する情報が社会的に存在している状態）であり、侮辱罪の保護法益は普遍的社会的名誉（個人の尊厳に関する情報が社会的に存在している状態）である、というものになる。³⁸⁾ もつとも、平川は、このように考えると人間の尊厳を害する侮辱罪の方が名誉毀損罪より重い犯罪になるはずではないか（にもかかわらず、名誉毀損罪の法定刑より侮辱罪の法定刑が軽いのはおかしい）、という批判への反論として、名誉の保護の根底に人間の尊厳の保護があると考えるな

ら、個別的社会的名誉は人の個別的価値と人間の尊厳の両者を基礎としていると解され、「両者を基礎とする名誉毀損罪の方が人間の尊厳のみを基礎とする侮辱罪より重い犯罪とされるのは、当然といえる」としており、⁴⁰複雑である。

以上のような平川理論によって現行法の解釈・適用を行うとどうなるか。平川は、名誉に対する罪の成立範囲を限定する方向に平川理論を用いている。通説・判例によれば、名誉に対する罪は抽象的危険犯であり、「公然と」とは不特定または多数の者が認識できる状況で、ということの意味する。したがって、例えば、直接には特定少数の者に対し事実を摘示した場合であっても公然と名誉を毀損したということになる。⁴¹これに対し、平川は、名誉毀損罪の保護法益である社会的名誉としての情報状態は、人の評価にマイナスに作用する情報が多数者の間に流通・拡散することで侵害されるのであって、名誉毀損罪は侵害犯であり、具体的には、同罪は、①事実を多数者へ直接摘示した場合に直ちに情報が多数者の間に流通・拡散するから原則として既遂になるのに対し、②不特定の少数者に新聞・雑誌・チラシ等を配達・販売・配付等した場合は未遂（名誉毀損罪の未遂処罰規定は存しないから不可罰）になる、と解している。⁴²となると、平川によれば、「公然と」とは多数者に対し直接に、ということであり、「名誉を毀損した」とは社会的名誉としての社会的情報状態を人の評価にマイナスに作用する情報を多数者の間に流通・拡散させることによって侵害する、ということであると解することになる（これらの点において、確かに平川理論は処罰範囲を限定するものといえる。ただ、「人の評価にマイナスに作用する情報」の流通・拡散があれば全て「名誉」を侵害されたことになるのかについては検討の余地があるともいえよう。この問題は次章の佐伯理論にも関連する）。

四 佐伯仁志の理論

佐伯仁志は、名誉毀損罪の保護対象である名誉を、当初、「妥当な社会的評価を受ける利益」であるとし、後に、「名誉権すなわち正当な社会的評価を受ける権利」と構成している。佐伯は、一九八四年に公表した論文「プライバシーと名誉の保護—主に刑法的観点から—」において、①判例、学説は、(積極的な)社会的評価であればどのような評価でも社会的名誉(外部的名誉)にあたる⁴³として、名誉とプライバシーとの区別を曖昧なものにしているけれど、例えば、生まれつきの身体的資質を指摘することはプライバシーの侵害となるものの名誉の侵害といえるのか疑問がある、②学説は、二三〇条が事実の有無を問わずに名誉毀損を処罰していることを、真実を摘示しても社会的評価は低下する(むしろ、真実であれば確定的に社会的評価が侵害される)と説明し、虚名の保護を承認して、二三〇条の二は虚名保護と公共の利益との調和をはかるものと理解しているけれど、憲法論的アプローチの動向を踏まえた上で名誉の保護を再検討すべきである、という問題意識から出発した⁴³。そして、名誉毀損罪につき、次のような解釈論上の結論に到達している。それは、従来、名誉毀損罪の解釈においては、名誉とは人の全ての積極的評価であり、社会的評価を低下させるおそれがあれば全て名誉を毀損する事実であると考えられてきたのに対し、(Ⅰ)個人に責任のない、人格と無関係な事実(個人の人格の評価と無関係な事実)は、社会的評価を低下させるものであっても、名誉に関わる事実ではなく、このような事実を摘示しても名誉毀損にはあたらない、(Ⅱ)個人の人格の評価に係る事実の中には、「社会的評価に重要な事実」と「社会的評価に重要でない事実」とが含まれているところ、(ⅰ)前者の公表は、真実であれば名誉毀損罪で処罰されるべきではない、(ⅱ)後者の公表は、真偽を問わず、公表自体に

よって名誉（妥当な社会的評価を受ける利益）を侵害するので、名誉毀損罪で処罰される、というものである。⁴⁴

その後、一九九六年に公表した「名誉とプライバシーに対する罪」においても、佐伯は、通説である社会的名誉説を、①名誉の事実的側面のみに着目して社会的評価を名誉と同視し、規範的側面を見落としているものである——人に対するプラスの社会的評価が全て名誉の内容となるものではない（例えば、病気に罹っていないとか、身体的・精神的障害がないといったことは名誉とは関係がない）、②真実が常に名誉を侵害するといえるかも疑わしく（例えば、政治家の汚職の事実が公表された場合、それが真実であっても政治家の名誉が侵害されたといえるかは疑問である）、事実の真否を問わず社会的評価の侵害を処罰する必要があるのはプライバシーに属する事実を摘示した場合に限られる、と批判している。このようなことから、佐伯は、名誉に対する罪の保護法益である名誉を「名誉権すなわち正当な社会的評価を受ける権利」として構成し、このような権利は、評価を受けるべき事柄（社会的評価を受けるべき事実）については虚偽の事実（摘示）によって、評価を受けるべきでない事柄（社会的評価の基礎とされるべきでない事実、プライバシーに属する事実）についてはその真否を問わず、その摘示によって、侵害されうる、とする。⁴⁵

以上のような佐伯理論の実益としては、名誉毀損罪を侵害犯と解することが可能になり、社会的名誉説に対する、人の社会的評価はさまざまであるとか、そもそも社会的評価を持たない人もいる、といった批判に抗して、現に存在する社会的評価を低下させる場合だけでなく、存在しなかったマイナスの社会的評価を新たに生じさせたり、マイナスの社会的評価を増大させたりすることが名誉の侵害となることを「より説明しやすくなる」といったことがあげられている。⁴⁶ なお、佐伯は、名誉の主体を人間に限ることは十分に考えられ、もし、法人も名誉の主体と成りうることを認めるならば、その理由は、その法人が人間と同様に一つの意思主体として社会的活動を行っており、それが人間

の人格に対するのと同様の社会倫理的評価を受けていることに求める必要がある、という。⁽⁴⁷⁾

五 各理論についての評価と私見の展開

以下、先述の各理論を評価し、私見の展開を試みる。最初に小野理論を評価し、次いで平川理論、佐伯理論に及ぶことにする。

小野理論においては、名誉の本質と現象形式とが区別され、刑法上保護されるべきは現象形式である社会的名誉と主観的名誉である、とされている。これは、「虚名」の保護を（少なくとも一定程度は）承認し、真実の摘示による名誉毀損行為については真実の証明の規定により制限を加えようとしたものである、といえよう。すなわち、名誉毀損罪については社会的名誉が存在すればそれを毀損する行為の構成要件該当性自体は承認し、例外的に違法性阻却の可能性を容認したものといえる。しかし、せっかく真の名誉（内在的名誉）を名誉の本質として導出しながら、刑法上の名誉を社会的評価としたことは不徹底であるといえるであろう。むしろ、規範的名誉説の方が小野理論と結びつきやすいように思う。また、社会的評価という不確定なものを名誉であるとした結果、その範囲が曖昧になったことは否めない。この傾向は、名誉に対する罪の成立範囲の限定を志向する平川理論においても完全には修正されていない。承認や評価を「社会的情報状態」としても、その範囲はなお明確ではない。また、「情報状態」とするとかえって「名誉」の本来の語義からのずれは拡大するように思えないではない。実際、平川は、悪名高い人にもこのような「情報状態」は存在するとし、⁽⁴⁸⁾「虚名保護」の問題も（虚名であっても情報状態を害するので名誉毀損罪の成立を肯定しようという意味で）⁽⁴⁹⁾解消されるとする。しかし、悪名高い人や虚名の人には（悪名、虚名という）名誉ないし名声は存しな

いのであって、そのような人の悪名や虚名を低下させる行為をしたとしても、客体が存しない以上、名誉毀損罪にはあたらないとするべきであろう。このような場合に、「社会的情報状態」は在するとして名誉毀損罪の成立を肯定しなければならぬ理由は何なのか、よくわからない。

また、平川理論が、「個人の尊厳」を重視する点は積極的に評価できるものの、「個人の尊厳」と現行法の解釈との関係も曖昧であるように思う。⁵⁰ 個人の尊厳に直結するように見える「人間としての尊厳に関する社会的情報状態」を保護法益とする侮辱罪の方が名誉毀損罪よりも重く処罰されてしかるべきではないか、という平川理論への批判には鋭いものがある。平川は、前述したように、名誉毀損罪の個別的社会的名誉は人の個別的価値と人間の尊厳の両者を基礎としているから人間の尊厳のみを基礎とする侮辱罪よりも重い犯罪とされる旨の反論をしているものの、同じく「人間の尊厳」を基礎としているのに両罪の法定刑に著しい相違があることを説明しきれているか、やや疑問に思う。さらに、例えば、大学教授Aについて、公然と、①「A氏は教授にはなっているものの今までに書いた論文の数は実に少なく、その内容も不完全で評価に値しないものである」という事実を摘示するのと、②「Aの奴は悪魔のような人でなしであり、叩き殺されても文句はいえない」と罵るのとでは、後者(②)の方が「人間の尊厳」を害する程度が高く悪質であるともいえる。それなのに後者は侮辱罪として軽い法定刑(拘留または科料)で処罰されるのは何故なのか、よくわからない。そもそも、個人の尊厳が基礎にあるというのは、名誉に対する罪ではなく、生命身体に対する罪や自由に対する罪、財産に対する罪についてもいえることであろう。名誉に対する罪が格別に個人の尊厳につながるものであるとはいえないように思う。

佐伯理論は、社会的評価説が曖昧であることから、名誉を名誉権、すなわち、「正当な社会的評価を受ける権利」

として構成する。これに対し、平川は、「保護法益をきわめて規範化・観念化するもの」で理論的に妥当でないと批判する。⁽⁵¹⁾しかし、権利を保護法益とすることにとくに問題はないであろう(例えば、横領罪の保護法益は本権であるし、盗品関与罪の保護法益は追求権である)。ただ、「正当な社会的評価」を前提にする以上、名誉権説によっても保護法益の曖昧さは完全には除去されていないように思う。佐伯理論においては、このような名誉権は「不当に社会的評価を低下させる事実を公然と摘示することで侵害される」として侵害犯的構成がとられているけれど、実際の事例に適用する際に、通説の抽象的危険犯説とどれだけの差異が生じるのかはよくわからない。佐伯は、侵害犯と構成することが公然性の解釈等に影響を及ぼす旨述べているものの、⁽⁵²⁾具体的にどのような名誉毀損罪の成立範囲が限定されるのかは明らかではない。また、先述したように、佐伯理論によれば、存在しなかったマイナスの社会的評価を新たに生じさせたり、マイナスの社会的評価を増大させたりすることも名誉侵害になることが「より説明しやすくなる」という点についても、⁽⁵³⁾「名誉」を害したとはいえない行為を名誉毀損行為とするものであるならば、疑問視せざるをえない。佐伯自身、「名誉の自然な意味から離れて」しまうような〈社会的評価Ⅱ名誉とする考え〉は妥当でないとしているのである。⁽⁵⁴⁾現代における「名誉」の日常用語的意味は、「世間から優れていると高く評価されていること」であり、そのような名誉を持たない無名の人の社会的評価をマイナスにすることを名誉毀損とすること自体に無理があるように思う。このような「無理」を「説明しやすく」する必要はないであろう。

さらに、佐伯理論では、①個人の人格の評価に關係のない事実(真偽を問わず)摘示しても名誉毀損罪にはあらず、②個人の人格の評価に關係のある、社会的評価に重要な事実(真実を摘示すれば名誉毀損罪で処罰されない)に対し、③個人の人格の評価に關係のある、社会的評価に重要でない事実(プライバシーに属する事実)は(真偽を問

わず) 名誉毀損罪にあたる、ということになるものの、⁽⁵⁵⁾ ③については、①②とのバランスのほか、本来はプライベートシー保護の問題とされるべき事柄を名誉の保護に取り込んでいるという点で疑問である。この点については、佐伯自身、社会的評価に重要な事実は名誉の問題、社会的評価に重要でない事実はプライバシーの問題と分離できるならば「最も明快で理想的である」としつつ、私事公開罪のない現行法の下では名誉毀損罪によってプライバシーを保護して行く必要があるといったことから、このような「明快な」解釈を採用しない、ということのようである。⁽⁵⁶⁾ しかし、立法的手当がなされていないから現行法を拡張解釈して処罰するということには問題があるといえるし、⁽⁵⁷⁾ また、名誉毀損罪による処罰を否定したとしても、侮辱罪としての処罰や民事訴訟等による対応の可能性があるのであるから、こうした方策を検討すべきであろう。

以下、私見を展開する。名誉毀損行為や侮辱行為が処罰されるのは、元来は公益をはかる見地からであり、具体的には政治家など権力や財力を掌握している者に対する批判を封じたり、また、名誉を毀損された者や侮辱された者が決闘などの闘争に出て社会秩序を害することを防ぐためであった。小野は、コルネリア法によるインユリア行為への制裁は公益的見地によるものであると推測し、⁽⁵⁸⁾ また、イギリスにおいて文書誹謗を犯罪と認めたのは、行為の相手方を憤激せしめ、公案を害する恐れがあるから公の秩序を維持するためであった旨述べている。⁽⁵⁹⁾ 佐伯もまた、コモンローにおいて真実の事実摘示をした場合でも名誉毀損罪として処罰された理由が、政府批判の処罰と被害者が決闘に訴えることにより社会的平穏を害することの防止であったことを指摘している。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾ もとより、このような処罰理由が現代の日本の社会状況で通用するか否かは検討を要するであろう。ただ、名誉に対する罪に公共の平穏を害する罪の性質(あるいは、社会的法益に対する罪の性質)があることは否定できないし、現代社会においても、政治家等の「公人」

に対する批判や労働運動等の抑止に名誉に対する罪（とくに名誉毀損罪）が使用されているという実態は否定できない。このような名誉に対する罪の適用範囲を拡大する姿勢には問題があるように思う。平場は、改正刑法準備草案の名誉に対する罪の刑の引上げが一九四〇年の改正刑法仮案によって試みられたものであることを指摘し、「こう見て来ると、果たして、最初に考えたように、名誉保護の強化が、人権尊重に連なり、民主主義自由主義の精神に合致するものであると簡単に肯定してよいものかどうか疑問になって来る」と述べている⁶²。さらに、平場は、「むしろ、名誉毀損によって大きな被害を受けるのは、既に社会的地位を得た又は得かかっている有名人である。その点で、時代が変っても、名誉毀損罪が事実上機能するのは社会的上層者の地位の保護にあるといえる。これが、国家主義的傾向の強くなった仮案の段階において、名誉毀損の刑が引き上げられた所以であると推定される。すなわち、名誉毀損は、国民の健全な感情に基礎されて成立している社会の尊敬感情上の序列に反抗し、社会的地位にある者が地位にふさわしくないことを言いたてて、社会を混乱に導く破壊的言動であると感じられたからであろう」とも述べている⁶³。平場が述べたことがインターネットを利用して個人を容易に誹謗中傷できる現代社会においてどこまで妥当するかは検討を要するものの、名誉毀損罪の成立範囲を広げることが個人の利益の保護につながるとストレートに考えることには問題があるように思う。確かに、悪質なプライバシー侵害行為には刑事制裁で対応すべきであるという意見には傾聴に値するものがあるとはいえるけれど、それを名誉に対する罪をもってまかなおうとする姿勢には無理がある。基本的には立法（例えば、いわゆるリベンジポルノを規制する私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律の制定）によって解決すべきであろう。名誉に対する罪の規定の解釈は、他の刑罰規定の解釈と同様に、文言に重点を置いて厳格になされるべきである。保護に値する法益が認められるからといって、文理を軽視して法解釈・適用を行うこと

は、刑法においては基本的に許されるものではない。このような見地から、二三〇条一項の「人の名誉」を解釈するならば、それは、「その人が世間ないし社会によつて積極的（プラスに）かつ正当に評価されていること」であるということになるであろう。これは客体の解釈ということになるけれど、客体がこのように限定される以上、保護法益も、人が世間ないし社会によつて積極的かつ正当に評価されている事実、といったものになる。したがつて、犯罪者として裏社会において積極的に評価されていることは、（正当に評価されていないので）「名誉」にはあたらない⁶⁴。また、本人やその追隨者が積極的かつ正当に評価されていると思つていても世間ないし社会がそのように評価している事実が存しないときには「名誉」は存在しないことになる。例えば、「狙撃の成功率がほぼ百パーセントである優秀な殺し屋A」に関して「Aの狙撃の成功率はせいぜい三〇パーセントに過ぎない」という事実を摘示して裏社会におけるAの殺し屋としての評価を低下させたり、「自分では優秀だと思つているものの、取り扱つた事件の勝訴率は二〇パーセント程度である弁護士B」に関して「B弁護士の勝訴率はせいぜい二〇パーセントに過ぎない」という事実を摘示して優秀な弁護士でないことを暴露したとしても、「名誉」が毀損されたとはいえないから名誉毀損罪は成立しない。この意味では、「正当な名誉」が「名誉」ということになり、私見は規範的名譽説と同様のものになるといえる。なお、規範的名譽説に対しては、往々にして、二三〇条一項に「その事実の有無にかかわらず」とあることにごわがない、といった批判がなされる⁶⁵。しかし、これは、手段として摘示した事実が実在するか否かにかかわらずその事実摘示により名誉が毀損された場合は名誉毀損罪に該当するとしてあるものに過ぎず、客体ないし保護法益が「正当な名誉」であるべきかという問題と直接の関係はないといえる⁶⁶。先述の例では、狙撃の成功率・勝訴率は「二〇パーセントである」とあるという真実を摘示しようが「五パーセントである」という虚偽の事実を摘示しようが、毀

損の対象となる名誉が存在しない以上、名誉毀損罪には該当しない。逆に、毀損の対象となる(正当な)名誉が存在すれば、摘示事実の存否にかかわらず名誉毀損罪に該当することになるのである。

それでは、侮辱罪の保護法益についてはどのように考えるべきであろうか。侮辱罪は、公然と人を侮辱する罪であり、本来、侮辱の対象となった者を含む公衆の感情を害する罪の性質を持つものといえる。これを個人的法益に対する罪に構成するならば、保護法益は、「侮辱の対象になった人及びその周囲の人の、人としての尊厳(尊重)に関わる意識状態の平穩」といったものになるであろう(「名誉意識」「名誉感情」といった言葉はあえて用いない。名誉を持っていない人に対しても侮辱は可能だからである)。このような考えに対しては、そのような感情に類したものを刑法の保護対象にするべきではない、といった批判が加えられるかも知れない。しかし、例えば、人に対し「うるさいことを言う」と殴るぞ」と申し向けることは、相手に恐怖感を与えた場合はもとより相手が恐怖感を抱かなかったときも脅迫罪として処罰されるのであるし、個人の感情よりもさらに漠然とした「一般の宗教感情」を保護法益とする礼拝所不敬罪も存在する。侮辱罪の保護法益が自己の尊厳についての意識状態ないし感情であるとしても異とするにはあたらな。また、悪質な侮辱行為を軽い法定刑を設けている侮辱罪でしか処罰できないというのは不当ではないか(例えば、女性の入浴を盗撮してビデオテープに編集し販売店等に陳列させた場合、侮辱罪ではなく名誉毀損罪が成立するとした裁判例は、このようなことを考慮しているであろう)⁽⁶⁷⁾、とか、公然性を要求して侮辱罪の成立範囲を限定するのは不当ではないか(例えば、密室で相手と二人だけいるときはいかに相手を罵っても公然性が認められない以上、侮辱罪には該当しないことになる)、といった批判もありうる。⁽⁶⁸⁾しかし、これは立法により解決するしかないであろう。ちなみに、侮辱罪の法定刑の引上げや「公然と」の文言の削除には俄かに賛成できないものがある。

なお、私見によれば、侮辱罪の「人」は自然人に限られることになり、法人を被害者とする侮辱罪は成立しえない。ただし、直接侮辱の対象となった人が嬰兒であるとか意識障害のある者であっても、保護者、監護者など周囲の者の人の尊厳についての意識状態の平穩を害するときは侮辱罪が成立しうると考える。このような考えに対する批判として、侮辱罪を純粹に個人的法益に対する罪とらえているとはいえない、といったものが考えられる。しかし、個々の犯罪について単一の保護法益しか考えられないわけではないというのは通常のことであるし、刑法の目的が法益保護に限られるものでないことも異論のないところであろう。名誉に対する罪を純粹に個人的法益に対する罪と考えることの方に無理があるといえる。

六 むすびに

若干の感想を記してむすびとする。

小野の名誉研究は、やはり、古典と呼ぶにふさわしい見事なものである。ことに、名誉毀損罪と侮辱罪とは異なるものであるとした点⁶⁹、出版法、新聞紙法の事実の証明の規定の類推などによる違法性阻却の余地を示した点は、卓見といふべきである。小野理論は、この当時のものとしては相当に処罰範囲限定を目指したものである、といえるように思う。もとより、小野は、幼児にも社会的名誉はあるとするなど、構成要件レベルでは、名誉の範囲をさほど限定して、これが名誉の範囲の曖昧化につながったとの批判は免れ難いであろう。また、事実に合法的なものとされるのは、文化（殊にその道徳的方面における進歩）に適合し、その促進に役立つものかによる、としている点⁷¹も検討を要するであろう。それでも、小野理論に、ある角度からみれば、謙抑的などころがあることは評価されて

よいように思う。

現代社会において名誉毀損行為や侮辱行為を厳罰化する必要があるかは、疑わしい。確かに、インターネットを利用した行為など問題の多い表現活動は目立つものの、被害者の救済は、かなりの程度、民事訴訟等ではかられている。このような行為を名誉毀損罪や侮辱罪の規定の適用範囲を拡大して刑罰により抑止する必要は、認められるのであろうか。

現在の憲法が個人の尊厳を重視するものであることに争いはない。とはいっても、「個人の尊厳を守るために名誉毀損罪や侮辱罪の規定の適用範囲を拡張すべきだ」と考えるのは短慮に過ぎるであろう。憲法一三条と三一条を併せて読んだだけでも、憲法が個人の尊厳を害する最たるものが刑罰権の不合理な行使による「生命、自由」等の剥奪であると考えていることは、明らかである。人権保障の見地から再構成された罪刑法定主義を遵守することこそ個人の尊厳の擁護に結びつくことを、再確認する必要がある。⁽⁷²⁾ まして、名誉は、法益としてそう高い地位を要求するものではなく、生命、身体、自由の下位に在るものであることは、小野も認識していたところである。⁽⁷³⁾ 利益考量の観点からも名誉に対する罪の規定は厳格に解釈されてしかるべきである。

小野の刑法思想や名誉に対する罪については、他に述べたいことが多々あるものの、種々の制約から、ここで擱筆せざるをえない。

注

(1) 団藤重光『刑法綱要各論』五二二頁(創文社、第三版、一九九〇年)、大塚仁『刑法概説(各論)』一三三―一三四頁(有

- 斐閣、第三版増補版、二〇〇五年)、福田平『全訂刑法各論』一八七頁(有斐閣、第三版増補版、二〇〇二年)、藤木英雄『刑法講義各論』一三七頁(弘文堂、一九七六年)、板倉宏『刑法各論』八六頁(勁草書房、二〇〇四年)、川端博『刑法各論概要』九七頁(成文堂、第三版、二〇〇三年)、前田雅英『刑法各論講義』一二二―一二三頁(東京大学出版会、第六版、二〇一五年)、山口厚『刑法各論』一三四頁(有斐閣、第二版、二〇一〇年)、林幹人『刑法各論』一一二頁(東京大学出版会、第二版、二〇〇七年)、佐久間修『刑法各論』一四〇頁(成文堂、第二版、二〇一二年)、松村格『日本刑法各論教科書』一〇六頁(八千代出版、第二版、二〇〇七年)、曾根威彦『刑法各論』八八頁(弘文堂、第五版、二〇一二年)、高橋則夫『刑法各論』一五四頁(成文堂、第二版、二〇一二年)、井田良『講義刑法学・各論』一六三頁(有斐閣、二〇一六年)、大谷實『刑法講義各論』一五八頁(成文堂、新版第四版補訂版、二〇一五年)、山中敬一『刑法各論』二〇五頁(成文堂、第三版、二〇一五年)、松宮孝明『刑法各論講義』一四四頁(成文堂、第三版、二〇一二年)など。
- (2) 島田聡一郎「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』一二三頁以下(成文堂、二〇〇七年)の二二七頁は、名誉毀損罪の保護法益を社会的な名誉と解する点について、大多数の判例、学説は現在にいたるまで小野説を支持している、とする。
- (3) 大判大正一五年七月五日刑集五卷三〇三頁。
- (4) 小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』(有斐閣、増補版、一九七〇年)を意味する。
- (5) 例えば、板倉宏「限りなく奥深く、幅広く、鋭く、それでいて実に優しい小野先生」平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』二〇頁以下(有斐閣、一九八八年)を一読しただけでも、小野の人となりや見識を想像することができる。
- (6) 団藤重光『わが心の旅路』三二〇、三二四頁(有斐閣、一九八六年)参照。
- (7) 小野清一郎『刑法と法哲学』四六八、四七〇頁(有斐閣、一九七一年)参照。
- (8) 東京帝国大学は一九四七年一〇月に東京大学(旧制)となっている。小野は、一九四六年九月に退官しているから、最終的には東京大学教授であったということになる。団藤・前掲注(6)三二二頁参照―なお、小野の経歴は本書の著者紹介では、「大正六年 東京帝国大学法学部卒業」、「大正八年 東京大学助教授」、「大正一二年から昭和二二年まで東京大学教授」と表

記されている。ちなみに、宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的検討』四七五頁以下(日本評論社、一九九四年)の四八一〜四八八頁にみられる小野の経歴においては、一九一一年「東京帝国大学法科大学法律学科」入学、一九一九年「東京帝国大学助教授」、一九三三年「東京帝国大学教授」に昇任、とされている。

(9) 中山研一「佐伯・小野博士の「日本法理」の研究 刑法研究 第一四卷」一一八頁(成文堂、二〇一一年)参照。

(10) 団藤・前掲注(6)三二五頁参照。

(11) 小野清一郎『日本法理の自覺的展開』(有斐閣、再版、一九四三年―なお、初版は一九四二年)において展開された「日本法理」を本稿で検討する余裕はない。ただ、「刑法に於ける名譽の保護」との関係で一言するなら、「日本法の精神的事理」である日本法理についての記述が特異な印象を与えることは否めないもの(同書二九〜四九頁参照)、日本刑法の根底には「仁慈の精神」があり、刑は国家的・公共的な道義秩序を維持し完成するために真に己むことをえずして行う「折伏」であるといった謙抑的な思想の開陳もあり(同書一一〇頁参照)、小野の日本法理の思想には、一種独特の(論理を超えて感覚に委ねる)説得力及び一概には批判し難いものがあるといわざるをえない。そして、このことが、小野理論が第二次大戦後の日本の学界において受容された理由でもあるように思う。

(12) 小野・前掲注(4)三〜一二頁。

(13) 小野・前掲注(4)一三〜一三二頁。

(14) 小野・前掲注(4)七頁参照。

(15) 小野・前掲注(4)三四四〜三五五頁参照。

(16) 小野・前掲注(4)二一八〜二一九頁参照。

(17) 小野・前掲注(4)一三三〜一四〇頁。

(18) Vgl. *Wilhelm Sauer*, *Die Ehre und ihre Verletzung*, *Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, dritte Folge, Zweiter Band, Heft 1, J. Gutentag, Verlagsbuchhandlung, 1915, S. 3.

(19) *Sauer* は、①法において認められた真実の名譽は、その者の正当な社会的評価にとって重要な、正当に認められた義務を

その者が履行した程度か、少なくとも義務の履行が情操及び適格性によって保証されている程度に従って、法によって認められた、その者自身に価値のある法益であり、②法において認められた通用の名譽は、その正当な社会的評価にとって重要な、正当に認められた義務の高さに従って、及び、そうした義務のありうる違反の重大性に従って、法によって認められた法益であるとし (Sauer, aaO. (Anm. (18)), S.31)、侵害から保護される名譽は、②の法において認められた通用の名譽であるとしてい (Sauer, aaO. (Anm. (18)), S.37)。小野は、Sauerの学説を「恐らくは今日までの名譽学説の最高潮に位するもの」(小野・前掲注(4)一七五頁)、「名譽学説の上に一時期を画するもの」(小野・前掲注(4)一九〇頁)と高く評価している。なお、小野は、一九五二年に公表した「名譽と法律」において、小野理論の形成に影響を及ぼしたドイツの学説は、Sauerのほか、Kohler及びLiepmannのものである旨述べている(小野清一郎『刑罰の本質について・その他』一二五～一二六頁〔有斐閣、一九五五年〕参照)。

- (20) 小野・前掲注(4)一九一～二〇三頁参照。
- (21) 小野・前掲注(4)二一六～二一九頁参照。
- (22) 小野・前掲注(4)二四一～二三三頁参照。
- (23) 小野・前掲注(4)三四四～三六五頁参照。
- (24) 小野・前掲注(4)三六六～三八四頁参照。
- (25) 小野・前掲注(4)三九二～三九四頁参照。
- (26) 小野・前掲注(4)三九四～四〇二頁参照。
- (27) 団藤・前掲注(1)五一二頁参照。
- (28) 福田・前掲注(1)一八七～一八八頁参照。
- (29) 江家義男『増補 刑法各論』二四六頁(青林書院新社、増補版、一九六三年)、川端・前掲注(1)九七頁、佐伯千仞『刑法各論』一二九頁(有信堂高文社、訂正版、一九八一年)、各参照。
- (30) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー二〇三号七七頁以下(一九七二年)の七七～七八頁参照。なお、平野『刑法

概説』一九二頁（東京大学出版会、一九七七年）は、社会的名誉と主観的名誉とを全く切り離してしまうのは不自然であり、「社会的名誉も、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り、名誉感情もまた、自己に対する社会的評価について持つ感情である」とする。

- (31) 大塚・前掲注(1)一三五頁参照。
- (32) 大塚・前掲注(1)一四九頁参照。
- (33) 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『刑法改正の諸問題』三六四頁以下（有斐閣、一九六七年）の三七〇～三七二頁参照。
- (34) 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』（有斐閣、一九八三年）を意味する。
- (35) 平川・前掲注(34)一～二五頁参照。
- (36) 平川宗信『憲法的刑法学の展開—仏教思想を基盤として』（有斐閣、二〇一四年）を意味する。
- (37) もっとも、平川は、*Hans Welzel*のような請求権自体を名誉と解する見解について一定の理解を示している（平川・前掲注(34)九頁参照）。ちなみに、*Welzel*も請求権の根拠を人間であることに基づく人格の尊厳に求めている（Vgl. *Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., 1969, S. 303）。
- (38) 平川・前掲注(36)二六三～二七二頁参照。
- (39) 山口厚の批判である。山口厚『問題探究 刑法各論』七九頁（有斐閣、一九九九年）参照。
- (40) 平川・前掲注(36)二七一頁参照。
- (41) 最判昭和三四年五月七日刑集一三卷五号六四一頁。
- (42) 平川・前掲注(36)二八六～二八七頁参照。
- (43) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（一）——主に刑法的観点から——」法学協会雑誌一〇一卷七号九八一頁以下（一九八四年）の九九四～九九五頁参照。

- (44) 佐伯仁志「プライベートヴァシーと名誉の保護(四・完)——主に刑法的観点から——」法学協会雑誌一〇一卷一一号一六七五頁以下(一九八四年)の一七五—一七五三頁参照。
- (45) 佐伯仁志「名誉とプライベートヴァシーに対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』七六頁以下(日本評論社、一九九六年)の七六—八〇頁参照。
- (46) 佐伯・前掲注(45)八〇頁参照。
- (47) 佐伯・前掲注(45)七八頁参照。
- (48) 平川・前掲注(34)二〇頁参照。
- (49) 平川・前掲注(36)二六八頁参照。
- (50) 伊東研祐『現代社会と刑法各論』一四八頁(成文堂、第二版、二〇〇二年)は、「少なくとも法益概念規定自体についていえば、『人間の尊厳』という余りに一般条項的なもの、刑法的保護適格に議論の余地のあるものを持ち出す点で既に問題とせざるを得ない」とする。もともと、伊東自身、平川説と類似した「情報状態保護説」を提唱している(同書一五〇頁参照)。
- (51) 平川・前掲注(36)二八三頁参照。
- (52) 佐伯・前掲注(45)八〇—八一頁参照。
- (53) 佐伯・前掲注(45)八〇頁参照。
- (54) 佐伯・前掲注(45)七九頁参照。
- (55) 佐伯・前掲注(44)一七五—一七五三頁、佐伯・前掲注(45)七九—八〇頁、各参照。
- (56) 佐伯・前掲注(44)一七五—一七五三頁参照。
- (57) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』二七—二九頁(有斐閣、二〇一三年)は、日本の裁判所が柔軟な解釈態度をとってきたのは、刑事立法がなかなか進まない状況の下で、「刑法を新しい状況に対応させるためには、柔軟な解釈が必要である、という政策判断があったためであろう」としつつ、刑事立法の迅速化と事後規制社会への転換といった状況の変化から、「現在の裁判所は、刑罰法令を厳格に解釈して新しい問題への対応をできるだけ立法に任せることが求められているのである」

としている。この見解は傾聴に値する。もつとも、厳格解釈の要請は（時代と社会に全く影響されないものではないとはいえ）社会状況に依存するものではなからう。

(58) 小野・前掲注(4)二四頁参照。

(59) 小野・前掲注(4)九五〜九六頁参照。

(60) 佐伯・前掲注(45)八一頁、佐伯・前掲注(44)一七〇五頁、各参照。

(61) 最近のものとして、王雲海編『名誉の原理―歴史的国際的視点から―』（国際書院、二〇一〇年）の中で、岩波淳子は、ゲルマンの法文化の中で名誉回復の方法としてのフェーデの実行と平和維持のためのその回避について述べ（岩波「名誉の喪失と回復―中世ヨーロッパの法文化から」同書一三頁以下のとくに一七〜一八頁参照）、谷口真子は、わが国の江戸時代の武士による実力による名誉回復行為（敵討ちや無礼討ち）について正当化の要件が厳格に定められていたことを示している（谷口「名誉と規律化―日本近世の法文化」同書三七頁以下のとくに五三〜五七頁参照）。

(62) 平場・前掲注(33)三七六〜三七七頁参照。

(63) 平場・前掲注(33)三七八〜三七九頁参照。

(64) 佐伯・前掲注(44)一七三六頁は、名誉を名声として事実に理解するとしても、ふさわしい名声だけを刑法で保護することは、刑法の補充性からも十分考えられる旨の指摘をしている。ちなみに、他人の前科を公表することは、法を遵守して生活してきた善良な市民であるという名誉を害するといえなくもなく（さらに、被害者の地位や職業によつては前科の公表により甚大な損害を被るということもありうる）、優秀な犯罪者であるとの評価を毀損した場合は異った考察を必要としよう。もつとも、民事賠償はともかく、罪刑法定主義による厳格解釈が要請される刑法の解釈としては、慎重な対応が必要にならざるをえないところもある。

(65) 例えば、平川・前掲注(36)二六七頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一二巻』八頁（青林書院、第二版、二〇〇三年）〔中森喜彦〕、各参照。

(66) 丸山雅夫『刑法の論点と解釈』二二四頁（成文堂、二〇一四年）は、人の真価との関連で名誉を理解する立場から、事実

の有無にかかわらず広く名誉毀損罪が成立するのは、「保護されるべき名誉が人の真価と関連しているこそであり、虚名をも保護しようとしているからではない」と指摘している。

(67) 東京地判平成一四年三月一四日公刊物未登載LEX/DB28075486。この判決は、入浴中の女性が自ら進んで裸体をさらしているのではないかという印象を与えかねないということ等から名誉毀損罪の成立を肯定しており、島田・前掲注(2)一四一頁もこれを支持している。しかし、①それなら明らかに盗撮であるという映像になっていれば名誉を毀損しないということになるのか、②自ら進んで裸体をさらす者の社会的評価は低いのか、といった疑問は否定できず、名誉毀損罪の成立を肯定することには無理があるように思う。

(68) こうした批判について、島田・前掲注(2)一四七、一五〇頁参照。

(69) 小野・前掲注(4)三一六～三二二頁参照。

(70) 小野・前掲注(4)二六八頁参照。

(71) 小野・前掲注(4)三四八～三四九頁参照。

(72) 平川・前掲注(36)一〇三頁は、実体的適正の原理は憲法三一条に内在し、その具体的内容は憲法一三条以下の人権規定とくに憲法一三条によって与えられる、とする。そして、同書一〇五頁は、実体的適正性は、「刑罰によって侵害される人権」と「刑罰によって守られる人権」とを比較考量し、刑罰による人権制約が他者より重要な人権を保障するために必要最小限の制約と解される限りにおいて認められる、とする。この見解には、基本的に賛成できるものがある。ただ、厳格解釈の要請の理由づけは人権の比較考量だけでは不十分であろう。

(73) 小野・前掲注(4)三七二頁参照。なお、刑罰権行使によって保護されるべき利益が個人の尊厳の維持・確保に必要な生命・身体・自由なのか、社会的法益、国家的法益なのか、解釈に影響を及ぼすべきことにつき、設楽裕文Ⅱ坂井愛「刑法の解釈と自由の保障」法学紀要四九卷一二七頁以下(日本大学法学部、二〇〇八年)のとくに一二八～一二九頁参照。