

侮辱罪の保護法益と行為

——法定刑の引上げと、ドイツ的な把握——

2021年4月入学

小杉麟太郎

I. はじめに

- 1 問題の所在
- 2 本稿の概略

II. 日本における名誉犯罪の現在

- 1 名誉犯罪の保護法益と構成要件
 - (1) 外部的（社会的）名誉説
 - (2) 外部的（社会的）名誉説と構成要件との関連
 - a 客体（名誉の主体）
 - b 公然性要件
- 2 侮辱罪に関する近時の展開
 - (1) 判例にみる適用実態の遷移
 - a 従前の事例群
 - b 社会関連性が希薄な事例群
 - (2) 侮辱罪の改正及びその背景
 - a 侮辱罪の改正
 - b 改正の背景（現代的な態様の侮辱）
- 3 問題提起

III. ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為

- 1 ドイツにおける名誉犯罪の基本構造
 - (1) 名誉犯罪（Ehrendelikt）の基本類型
 - (2) 侮辱罪の構成要件
 - a 客体（名誉の主体）
 - b 行為（Tathandlung）
 - c（事実の主張における）真実性
- 2 保護法益論の展開
 - (1) 名誉概念の古典的分類と外部的名誉説
 - a 名誉概念の古典的分類
 - b 内部的（倫理的）名誉説
 - c 外部的（社会的）名誉説
 - d 外部的（社会的）名誉説の限界）——

BGHSt 11, 67

- (2) 規範的名誉説——妥当価値と尊重要求

- a 規範的名誉説
- b 判例における規範的名誉説の採用——BGHSt 36, 145
- c 規範的名誉説の課題

- (3) 規範的名誉説の先へ——コミュニケーションのための名誉——

3 裁判例でみる侮辱行為の基礎付けと限定

- (1) 表明行為の存在
 - a 親密圏のコミュニケーション
 - b 非言語的な行為と「表明」
- (2) 表明内容の解釈
- (3) 表明内容と妥当価値との関連性

4 小括

IV. 私見——日本における議論の来歴と指針——

- 1 現代的な態様の侮辱のドイツ的な把握
- 2 外部的（社会的）名誉説の経路依存性
 - (1) 議論の端緒としての用語法の確認
 - (2) 外部的（社会的）名誉説の通説化と固着
 - a 外部的（社会的）名誉説の導入から通説化まで
 - b 外部的（社会的）名誉説の固着
 - (3) 小括
- 3 公然性要件の経路依存性
 - (1) 現行侮辱罪の制定沿革
 - (2) 公然性要件の導入経緯
 - (3) 小括

V. おわりに

I. はじめに

1 問題の所在

令和4年に成立した侮辱罪（刑法231条）の法定刑を引き上げる改正は、軽微な罪であり適用例も少なく、学説においてすら恒常的に議論があったとは言い難いこの罪に、俄に脚光を当てた。立法過程ではインターネットにおける誹謗中傷を中心とする現代的な態様の侮辱を防止することに期待がかけられており、これに対して学説からは、構成要件を変更せずに法定刑を引上げるのみで対処することには限界（あるいは弊害）がある、現代的な態様の侮辱には別の立法により対処すべきであるなど、様々な議論が噴出している。

本論文は、名誉犯罪について積み上げられてきた伝統的な議論、つまり公然性要件に関する伝播性の理論の是非、230条の2の真実性の証明の位置付け、正当行為（35条）による違法性阻却などの論点と、直近の関心、すなわちインターネットにおける誹謗中傷への対処や、法定刑引上げによる萎縮効果への懸念などの論点との間隙に落ちた格好の、侮辱罪の保護法益を主題とする。我が国では、侮辱罪の保護法益について、強固な通説として外部的（社会的）名誉説が採用されている。しかし、現代的な態様の侮辱を把握し、法定刑引上げ後の侮辱罪を説明するためにはこのままでは不十分であり、人間の尊厳と社会における（対等な）コミュニケーションを保障するというドイツ的な把握の方が適しているという主張を提起するのが、本論文の目的である。

2 本稿の概略

本論文は、我が国の現況を踏まえてドイツを舞台とする比較法的調査を行い、その調査から得られた観点の有用性を示し、その導入にあたっての障害を検討するという順で進む。

Ⅱ「日本における名誉犯罪の現在」では、初めに我が国における名誉犯罪の保護法益論

の通説である外部的（社会的）名誉説について確認して、それが名誉の主体や公然性要件などの説明と連動している様子を概観する。次に、侮辱罪の適用実態をみて、外部的（社会的）名誉説で説明できる社会関連性の高い類型が処罰されていた従前の裁判例から、社会関連性の希薄な類型へ近時すでに処罰対象が拡がる兆しがあったことを示す。そして、法定刑引上げの根拠である現代的な態様の侮辱がこの後者の類型にあたることを説明して、外部的（社会的）名誉説に疑問を投げかけ、また、一部学説が提起する侮辱罪以外の立法による解決という方向性も有意義ではあるが、法定刑引上げ以後の侮辱罪をどう枠付けるかという問題への対処は回避できないことを指摘する。

日本の現況を踏まえると、侮辱罪の処罰根拠及び保護法益を、外部的（社会的）名誉説以外から調達する必要性が浮上する。そこでⅢ「ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為」では、ドイツにおいて、侮辱（*Beleidigung*）の保護法益をめぐる議論がどのように展開してきたかということ扱う。そこから分かるのは、ドイツでは「あらゆる生きている人間の名誉」の存在を承認するために名誉概念の規範的把握が優勢であり、人間の尊厳にしたがって生ずる妥当価値への尊重要求を保護法益とする規範的名誉説が判例・通説となったこと、そして、規範的名誉説に残る曖昧さを補充する近時の見解が「社会における（対等な）コミュニケーション」の保障という観点を導入する点において共通性を有することである。そして併せて、このドイツ的な把握により実際の事案がどのように規律されるか、いくつか判例をとりあげて描写する。

さらにⅣ「私見」においては、如上のドイツ的な把握こそ我が国における現代的な態様の侮辱への侮辱罪の適用を基礎付けるために有望かつ適切であることを述べたうえで、ドイツ的な把握の導入に対して主な障害となっている外部的（社会的）名誉説の強固さ（当然視）と公然性要件の存在について、それらの保護法益論への影響力を減ずるため、日本における保護法益論の展開（ドイツ学説の輸入のされ方）と旧刑法の編纂過程（ボアソ

ナーの説明)を扱って、それぞれの経路依存性を示す。そして、そのようにすることで、法定刑引上げ以後の侮辱罪についての議論の指針として、既存の保護法益論や構成要件を所与のものとするのではなく、現代的な態様の侮辱に正面から向き合う保護法益論の構築を先行させ、それと合致する名誉犯罪の建て付けを検討すべきであるということを示す。

Ⅱ. 日本における名誉犯罪の現在

日本における名誉犯罪(名誉に対する罪)とは、刑法230条の名誉毀損罪と刑法231条の侮辱罪である。本章では、まず、名誉犯罪の保護法益に関する通説である外部的(社会的)名誉説、及びその保護法益論と関連する構成要件の解釈について、簡潔に説明する(1)。そして続けて、法定刑を引き上げる改正があった侮辱罪に的を絞る、その適用実態及び改正の背景となった事象が、現状の解釈枠組みと整合するかを検討したうえで(2)、本稿の問題提起につなげる(3)。

1 名誉犯罪の保護法益と構成要件

(1) 外部的(社会的)名誉説

日本の通説及び判例は、名誉毀損罪と侮辱罪とを区別せず、名誉犯罪の保護法益とは、人間に対して社会が与える評価(あるいはそれと結びつく社会的地位)、つまり外部的(社会的)名誉であるとする¹⁾。通説は、以下のようにこれを支持する。

①人間の名誉概念には、3種類の内容がありうる。第1に、人が人たることによって内在する、人間の真価である内部的名誉。第2に、人間が自分自身の価値を認めるという意識・感情としての名誉感情。そして第3に、

先述の外部的(社会的)名誉である。②もつとも、内部的名誉は全ての人間に客観的かつ同等に内在するもので、増減しえない絶対的性格を有するから、他者の行為によって侵害されえない。侵害されないものは、刑法上の保護法益にならない。③また名誉感情も、それが保護に値しないとまではいえないものの、犯罪の成否と軽重が客体の主観に依存すること、また仮に名誉感情が保護法益であるならば、後述の公然性要件は不要であることなどを踏まえると、やはり保護法益たりえない。④よって名誉犯罪の保護法益は外部的(社会的)名誉に限定される。

以上の通説的見解は、用語法などに多少の差異はあるが、述べていることの趣旨は大体同一であり、「外部的(社会的)名誉説」と呼称できる。そしてその要点は、まず名誉概念を内部的名誉・名誉感情・外部的(社会的)名誉の3つに分けること、そして、内部的名誉をその増減しえない絶対的性格を理由に考慮から除外し、また名誉感情も、その主観に依存する性質及び公然性要件との整合性を理由にやはり除外するという消去法的な議論展開により、外部的(社会的)名誉のみが名誉犯罪の保護法益とされることをほぼ論理の必然として描写することにある。

(2) 外部的(社会的)名誉説と構成要件との関連

名誉犯罪の保護法益を外部的(社会的)名誉だと解することは、名誉犯罪の構成要件の解釈とも関連する。ここでは後の議論にとってとりわけ重要な、客体(名誉の主体)と公然性要件に関する議論を、それぞれ簡潔に扱う。

a 客体(名誉の主体)

名誉犯罪の客体に関する議論は保護法益論と重複するが、名誉の主体について別途議論がありうる。これは大別すると、1つには自

1) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)第12巻[第230条~第245条]』7頁〔中森喜彦〕(青林書院, 2019), 大谷實『刑法講義各論(新版第5版)』167-169頁(成文堂, 2019), 高橋則夫『刑法各論(第3版)』167-168頁(成文堂, 2018), 西田典之『刑法各論(第7版)』121頁, 134-135頁(弘文堂, 2018), 山口厚『刑法各論(第2版補訂)』134頁, 147-148頁(有斐閣, 2012)など多数。なお, 大判大正15年7月5日(刑集12巻1590頁)も傍論であるが「刑法第二百三十一條所定侮辱罪ハ事實ヲ摘示セスシテ他人ノ社會的地位ヲ輕蔑スル犯人自己ノ抽象的判斷ヲ公然發表スルニヨリテ成立スルモノナルニ反シ同法第二百三十條第一項所定ノ名譽毀損罪ハ他人ノ社會的地位ヲ害スルニ足ルヘキ具體的事實ヲ公然告知スルニ依リテ成立スルモノナレハ……」と判示しており同旨を含む。

然人のみならず法人その他の団体が名誉の主体たりうるかという問題、また1つには、社会的地位を未だ有しない幼児や、(肯定的な)社会的評価を受けない犯罪者などにも保護法益としての名誉があるかという問題である。

まず、団体が名誉主体たりうることについては、外部的(社会的)名誉説により容易に説明がつく。法人その他の団体も、それが社会において統一的な意思の下に行動する活動単位である以上は、それに応じた社会的評価・地位の主体となるからである²⁾。判例も、このことを前提とする判断を下している³⁾。

一方で、社会的地位及び社会的評価を客観的には有しないようにも思われる者にも外部的(社会的)名誉があると解するのは、少なくとも当然ではない。そこで通説は、保護法益としての外部的(社会的)名誉を、現に存する社会的地位及び社会的評価から理論的に拡張することでこれを含めている。それは例えば「……名誉は現在の人に対する社会的評価であるが、現在の名誉は人の過去および将来にも関連するから、例えば、幼児の将来に対する社会的評価も含む」のように時間的に拡張する見解であり⁴⁾、またそもそも「いかなる人間についてもそれが社会に存する限り必ず認めるべき下限としての名誉がある」として、外部的名誉の下限を規範的に把握しなおす見解である⁵⁾。もっとも、いずれの見解も「自然人のなかで名誉の主体と認められない者がいる」という不穏当な結論を回避するための便宜としての説明になっている面があり、その意義及び出処については後に改めて

検討する。

b 公然性要件

名誉毀損罪と侮辱罪とは事実の摘示の有無により区別されており、名誉毀損または侮辱の表明行為を「公然と」することは両者に共通の要件である。

ここで公然とは「不特定または多数の者が直接に認識できる」状態をいう、構成要件的状况である⁶⁾。これは表明行為に相手の社会的評価を低落させうる危険があることを要求するものであり、名誉犯罪の保護法益を外部的(社会的)名誉だと解することと結びついているとされる⁷⁾。

確かに、公然性要件をあえて課している趣旨が、名誉毀損または侮辱の表明内容が被害者のみならず第三者へ、ひいては世間へ伝わり、被害者の社会的評価・地位を危殆化することの要求であるとすれば、公然性要件と外部的(社会的)名誉説との間には、相互に強い結びつきが存在するといえる。もっとも、とりわけ侮辱罪に関する近時の展開を見てゆくと、現代的な問題の焦点は必ずしも上述したような事象ではないということが示唆される。そこで以下では侮辱罪に絞って、法定刑引上げを含む近時の展開についてまとめてゆく。

2 侮辱罪に関する近時の展開

本論文の目標は、名誉犯罪の保護法益についての通説である外部的(社会的)名誉説に対して、まず侮辱罪を直接の対象として、オルタナティブを呈示することである。かかる

2) 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』76頁、77-78頁(日本評論社、2008)参照。大塚ほか・前掲注1)16頁〔中森喜彦〕、大谷・前掲注1)169-170頁、高橋・前掲注1)171頁、西田・前掲注1)122-123頁、山口・前掲注1)136頁など同旨。

3) 大判大正15年3月24日刑集5巻117頁(「名誉毀損罪又ハ侮辱罪ハ或特定セル人又ハ人格ヲ有スル團體ニ對シ其ノ名譽ヲ毀損シ又ハ之ヲ侮辱スルニ依リテ成立スルモノニシテ……」)、また日新火災海上保険株式会社を被害者とする侮辱罪の成立を認めた最判昭和58年11月1日刑集37巻9号1341頁など。

4) 大谷・前掲注1)170頁。

5) 大塚ほか・前掲注1)9-10頁〔中森喜彦〕。

6) 大谷・前掲注1)170頁など。なお、判例(大判昭和3年12月13日刑集7巻766頁など)においては「不特定多数ノ者ノ觀察シ得ヘキ状態」などと「直接に」という言葉がない。もっともいわゆる伝播性の理論を厳格に排除しない限りほとんど同旨に帰着するであろう。伝播性の理論についてはその採用及び運用に慎重な姿勢を示す学説も有力であるが(西田・前掲注1)123-124頁、山口・前掲注1)136-137頁など)、本稿の主題から逸れるため、深入りしない。

7) 大塚ほか・前掲注1)17頁〔中森喜彦〕、大谷・前掲注1)170-171頁、西田・前掲注1)109-110頁など。

目標設定の理由は、同罪をめぐる近時の裁判実務及び法改正の展開が、外部的（社会的）名誉説によっては把握しきれない側面を有していることにある。

(1) 判例にみる適用実態の遷移

侮辱罪に関する裁判例は現時点では僅少である⁸⁾。しかし、侮辱に該当する表明行為・表明内容の社会関連性という観点から、侮辱の捉えられ方の遷移を示唆することはできる。

a 従前の事例群

戦前から昭和期における侮辱罪の適用事例には、表明行為の態様・対象・内容など様々な視角から、高度の社会関連性が認められる事案が多い。

まず、表明行為の態様については、新聞紙面⁹⁾、あるいはビラ配布やポスターの掲示によってなど¹⁰⁾、公開性が高く、性質上広く公衆に訴えかけることを意図した手法が用いられている事案が多数である。このうち大判大正15年7月5日刑集5巻303頁などは、その内容自体は岩手日報の記者が岩手毎日新聞の記者に対してその人格態度を揶揄するという私的でスケールの小さいものであるが、その揶揄を新聞紙面で展開している以上は相手の社会的評価・地位に与える影響もそれなりに大きい。

次に、表明行為の対象についてみると、政治家や実業家、あるいは公務員など、社会的評価・地位を確立した者や、公共性の高度な職務に従事する者を対象とする侮辱が多数挙げられる¹¹⁾。これらの者に対してその人格あるいは資質を否定する言説を表明すれば、その社会的評価・地位を危うくすることが予

想される。例えば時の市長につき「強情テ貪欲テ佞奸邪智ノ権謀術数家テ悪辣ナル毒腕」と言えば、それ自体は抽象的な罵倒であっても（したがって、名誉毀損に当たらずとも）、世間的に市長としての適格が疑問視されうるであろう¹²⁾。

さらに、そもそも表明行為の内容が公的な事柄に紐づいていることもある。大判昭和10年4月8日刑集14巻401頁などはその一つの典型であり、鉄道会社社長から転身した鉄道参与官が、従前には反対していた新規鉄道の敷設に一転賛成したことを揶揄する目的で、当該新規鉄道の開設式場において「反対ノ行動ノミヲ為シタルモノナルニ拘ハラス……恰モ自己ノ努力ニ依リ開通セシメタルカ如キ祝辞演説ヲ為ストハ運命ハ皮肉ナモノ」などと書いたビラを配布したこの事案は、新規鉄道の敷設という公的な事柄についての鉄道参与官の振舞いが矛盾しているとして、その資質を批判するという意味で、内容が公的な事柄に強く結びついている。また時代を下って最判昭和58年11月1日刑集37巻9号1341頁も、知人の交通事故に際して、保険関連の交渉を有利に進めるため、「[日新火災海上保険は] 悪徳弁護士と結託して被害者を弾圧している」などと、法人及び弁護士の公的責任に直結しうる事柄を主張した事案であり、この類に属する。

これらの従前の事例群が示唆するのは、侮辱罪の適用に際し、問題となる表明行為に、その内容自体からにせよ、その態様や対象の属性・文脈等までを考慮してにせよ、対象の社会的評価・地位を危殆化するという意味での社会関連性があることが確かにある程度前

8) 侮辱罪の事案を収集した直近の研究によれば、侮辱罪の1年あたりの起訴人員は（近時はやや増加しているものの）10～30件程度で推移しており、そのうち事案や裁判の内容について断片的にでも知れるものとなると、公刊物掲載の判例に加えて、読売新聞・毎日新聞・朝日新聞（いわゆる三大紙）までを調査・収集してもなお20件程度に過ぎない（亀井源太郎「侮辱罪の法定刑引上げに関する覚書」法時94巻3号58頁、58-60頁（2022））。

9) 大判大正3年11月24日刑録20輯2230頁、大判大正15年7月5日刑集5巻303頁、大判昭和2年11月26日刑集6巻468頁、大判昭和8年2月22日刑集12巻154頁、大判昭和9年5月5日刑集13巻573頁、大判昭和10年3月14日刑集14巻249頁、東京高判昭和33年7月15日高判集11巻7号394頁など。

10) 大判昭和10年3月14日刑集14巻261頁（ポスターの掲示）、大判昭和10年4月8日刑集14巻401頁（ビラ配布）、最判昭和31年4月12日刑集10巻4号540頁（ポスターの掲示）など。

11) 前掲大判昭和2年11月26日（県議選出馬の予想されていた実業家）、前掲大判昭和8年2月22日（市長）、前掲大判昭和9年5月5日（舞鶴海軍要港部参謀兼副官・同部幕僚）、前掲大判昭和10年4月8日（鉄道参与官）、前掲最判昭和31年4月12日（司法巡查）など。

12) 前掲大判昭和8年2月22日の事案より。

提されてきたようだ、ということである。すなわち、侮辱罪の適用実態も、通説である外部的（社会的）名誉説に沿うものであった。

b 社会関連性が希薄な事例群

しかし戦後の判例には、上記の意味における社会関連性を看取し難いものも幾つか存在する。例えば東京高判昭和51年5月13日東高刑時報27巻5号64頁は、従前より関係の悪化していた隣人に対して、自宅にいながら窓を開けて「カバ」、「チンドン屋」、「キョロ」、「法律違反者」などと叫んだ行為が問題となっており、最2小決平成18年9月11日（公刊物非登載¹³⁾）では、スナックの店内で隣の客（女性）に対して執拗に（20分程度）「おいデブデブ」「そんなに太っていてどうするんだ」「ドラム缶みていだな」などと揶揄した行為が問題となっている。これらの事案において、その表明行為の内容が私的な罵倒にとどまることは明らかである。そして、表明行為の態様も直接口頭であり、（侮辱罪の適用の前提として公然性が認められているとはいえ）新聞紙面・ビラ・ポスターのような公開性の高い方法とは言えない。また、相手の社会的立場に結びつけるような文脈がないことも明らかである¹⁴⁾。つまりこれらの事案は、行為者自身の認識において私的な罵倒を私的に放言したにすぎないということとどまらず、客観的にも、社会関連性が希薄だということになる。

それにもかかわらず、これらの事案について判例はいずれも有罪判決を下している。とりわけ、後者の最2小決平成18年9月11日では、改正前侮辱罪において最も重い法定刑である拘留29日（30日未満という条件下で最大）が科されていることも注目し得る。社会関連性が希薄な事案について侮辱罪の枠内での高度の当罰性を認めるなら、その背後では、対象の社会的評価・地位を危殆化することと異なる処罰根拠及び保護法益が想定さ

れているはずだからである。外部的（社会的）名誉説は外部的（社会的）名誉のみを名誉犯罪の保護法益と解する以上、社会関連性の外からも侮辱罪の当罰性が調達されうるとすれば、外部的（社会的）名誉説への疑問が生ずることになる。以下では、かかる疑問を強化する事情として、近時行われた侮辱罪の改正及びその背景をみてゆく。

(2) 侮辱罪の改正及びその背景

a 侮辱罪の改正

令和4年6月13日に成立した「刑法等の一部を改正する法律」（法律67号、同7月7日より施行）により、侮辱罪の法定刑が「拘留又は科料」から「1年以下の懲役若しくは禁錮若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料」へと引き上げられた。

本改正の法務省担当者はこの改正の趣旨について、「近時の人の名誉を害する行為の実情等にかんがみ、侮辱罪について、厳正に対処すべき犯罪であるという法的評価を示し、これを抑止するとともに、当罰性の高い悪質な侮辱行為への厳正な対処を可能とする」ことと述べる¹⁵⁾。ここで「近時の人の名誉を害する行為の実情」とは、主にインターネットにおける誹謗中傷である。担当者は、インターネットの特徴である匿名性と拡散力が発言の過激化とその影響の大規模化を招き、名誉への深刻な侵害となることを指摘している¹⁶⁾。

一方で今般の改正において、法定刑引上げ以外の侮辱罪に関する変更点はなく、保護法益についても外部的（社会的）名誉説の維持が前提となっている。担当者の言に従いインターネットにおける誹謗中傷という類型のみ着目すれば、これは不自然なことではない。インターネットにおける発言には高度の公開性があり、その拡散力と相俟ってある対象への批判や揶揄を検証を許さないほど速く広げてしまう危険がある（いわゆる「炎上」）。

13) 最決について毎日新聞2006年9月14日東京朝刊総合、原々審について朝日新聞2006年1月20日朝刊をそれぞれ参照。

14) 丸山雅夫「名誉侵害罪としての侮辱罪」南山法学41巻2号53頁、71頁（2018）も、「そもそも、侮辱罪を成立させるものとして例示されている表現のうち、身体的特徴を指摘するような差別的表現や侮蔑的な価値判断は、社会的な名誉を低下させる可能性を有していると言えるのだろうか。」と同旨の指摘をする。

15) 栗木傑＝中野浩一「刑法等の一部を改正する法律」の概要」ひろば75巻9号51頁、51頁（2022）。

16) 栗木＝中野・前掲注15)55頁。

そしてこのことはそのまま、その対象の社会的評価・地位を毀損する危険度の大きさでもあるといえる。

しかし、今般の改正の根拠として挙げられている事案を具体的に見てゆくと、インターネットという特性で括ることのできない、現代的な態様の侮辱の特徴が浮上ってくる。そして、その特徴は、やはり外部的（社会的）名誉説に再考を迫るものである。

b 改正の背景（現代的な態様の侮辱）

そもそも、今般の改正議論の契機となったのは、「テラスハウス事件」であった。恋愛リアリティー番組に出演していた被害者が、自身の番組演出上の振舞いに関してネット上で激しい誹謗中傷を受け、自殺に追い込まれたという事件である。新聞報道によれば、被害者を中傷する投稿は数百に及び、その内容も「性格悪いし、生きてる価値あるのかね」「いつ死ぬの?」「きもい」など悲惨なものだった¹⁷⁾。

このような投稿は確かに、被害者の社会的評価・地位を脅かしていたらろう。しかし、本件において注目されたのはどちらかといえば、被害者が精神的苦痛により自殺に追い込まれたという結果であった。実際、法制審議会で採りあげられた新聞の言説も、「国は、罰則の強化などを含め、悪質な中傷をなくしていくための対策を急ぐべきだ」（読売新聞2020年12月18日付）、「死に追いつめるほど人格を深く傷つける結果に対し、妥当な刑罰なのか」（東京新聞2021年4月9日付）というものである¹⁸⁾。これらはインターネットの特性により被害者の社会的評価・地位が脅かされ、それゆえに被害者の精神的健康が害されるという因果経路ではなく、より端的に中傷そのものの悪質さによって、被害者の精神的健康に直接深刻な影響が出て、深刻なケースでは生存まで脅かされるという側面に軸足があるように読める。

審議会において弁護士の委員が強調する被害も、「[犯罪被害者や被害者遺族に] ブスだとか、こんな女が殺されて当然だとか、刺されて当然だとか、この女とやれるなんて犯人はすごいとか、そういうひどい書き込みが何十という、もう数え切れないほどたくさん来る」ことで、被害者の心に深刻な影響が及ぶという内容である¹⁹⁾。上記のような空疎な中傷・罵倒はやはり、被害者の社会的評価・地位を危殆化するというより、その空疎な中傷・罵倒それ自身が被害者を同じ人として扱わない言動であり、それに接した被害者に精神的苦痛をもたらすという点で問題だという方が適切であろう。インターネットはそのような発言を増幅し、被害者へと届けてしまう経路として重大な役割を担ってはいるが、問題の本質はあくまで空疎な中傷・罵倒それ自体と考えられる。

法制審議会で紹介された「令和2年中に侮辱罪のみにより第一審判決・略式命令のあった事例」集²⁰⁾にも、同じ特徴が現れる。事例集にある30個の事案のうちで相手の社会的評価・地位に紐付けた批判といえる事例は、インターネット上の掲示板に「詐欺不動産」などと投稿したもの（18番）や、駅の柱等に「悪質リフォーム工事業者です」などと記載した紙面を貼付したもの（26番）など数件にとどまり、他は「ブタ」（6番、7番）、「DQN」（14番）、「コノオトコハ ワルイ オトコ デス」（27番）などほとんど無内容な中傷・罵倒である。これらの表明行為の当罰性を対象の社会的評価・地位の危殆化を中核として捉えることはやはり技巧的にすぎるであろう。また、事例集にはインターネットにおける誹謗中傷ではないものも幾つか含まれている（集合住宅において被害者について「今、ほら、ちまたで流行りの発達障害」などと発言したもの（24番）、路上で被害者に対し「くそばばあが。死ぬ」などと発言した

17) 日経新聞2020年12月17日夕刊11頁、毎日新聞2021年3月31日東京朝刊28頁、毎日新聞2021年4月7日西部朝刊25頁など参照。

18) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会「第1回会議議事録」7-8頁。

19) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会・前掲注18)9-10頁。

20) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会「第1回会議配布資料3」より。以下、「n番」というのは資料中の通番。

もの(29番)などが、これらの当罰性の程度がインターネットにおける誹謗中傷と区別されているとは思われないし²¹⁾、すべきでもない。このような単なる中傷・罵倒は、インターネットにおいてなされようがそれ自体は拡散力を通常持たないから、被害者の社会的評価・地位を危殆化する程度もインターネット外の発言と大差ない。確かにインターネットにおいては単なる中傷・罵倒であってもそれが別個に集積して、「塵も積もれば」で深刻な影響をもたらしやすい。しかしその重大な結果を、直ちに個々の中傷・罵倒に帰することにも慎重でなければならない。個々の行為の当罰性の程度はあくまで個々に量られなければならない、そこで見るべきは「山と」なった被害の規模ではなく、端的に、個々の表明行為が人を人として扱わない空疎な中傷・罵倒であることだと解すべきである。

そうだとすると侮辱罪の法定刑引上げは、確かにインターネットにおける誹謗中傷を議論の端緒とはしたけれども、効果としては、上記の社会関連性の希薄な中傷・罵倒の全てを念頭におくはずである。このことは、前掲最2小決平成18年9月11日でもみられた社会関連性の希薄な中傷・罵倒にも高度の当罰性を認める例が、単独の外れ値ではなく現代的な態様の侮辱をめぐる実務の傾向であることを示唆している。これはやはり、外部的(社会的)名誉説からは説明に窮する事態である。もし外部的(社会的)名誉のみが名誉犯罪の保護法益であるとするならば、表明行為の当罰性は原則としてその社会関連性に比例しなければならず、侮辱罪の法定刑引上げが念頭におく事態も、人の社会的評価・地位をより危殆化する事案類型でなければならない。しかし実際には、侮辱罪をめぐる近時の展開において念頭におかれている現代的な態様の侮辱の本質は、必ずしも社会関連性と結びつかず、むしろ人を人として扱わない空疎

な中傷・罵倒によって、被害者自身が精神的苦痛を被るという事態なのである。

実現した侮辱罪の法定刑引上げ及びその背景と、通説たる外部的(社会的)名誉説との間に生じているこのねじれに、どのように向き合うか。次節では、まず現在すでに検討されつつある新規の立法という方向性について紹介し、それを踏まえうえてなぜ本稿が侮辱罪の保護法益を再考することを選ぶのかということについて説明する。

3 問題提起

外部的(社会的)名誉説と侮辱罪の法定刑引上げの背景にある現代的な態様の侮辱とのねじれは、本稿以前に複数の論稿が指摘するところである。例えば、西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」は、電子的手段を用いたいじめ(「サイバーいじめ」)の特徴は、多数の悪質な言動が一度に被害者へと降りかかることで、多大な精神的苦痛を生じさせやすい点にあるとしたうえで、外部的(社会的)名誉説では精神的被害について、社会的評価・地位の危殆化によって被害者の健全な精神状態が侵害される危険も生ずるため、間接的に保護法益に含まれるという説明しか採り得ないが、このような説明は、被害の実質を適切に捉えたものではないと正当にも指摘する²²⁾。深町晋也「オンラインハラスメントの刑法的規律——侮辱罪の改正動向を踏まえて」も、侮辱罪の法定刑引上げに際して外部的(社会的)名誉説を維持する限り、相手の人格を否定するような攻撃的言論の集積によって被害者に精神的苦痛が生じるという、現代的なオンラインの嫌がらせ行為(オンラインハラスメント)の本質を捉えきれないとする点で、これと軌を一にする²³⁾。

西貝及び深町は、このねじれを踏まえて、侮辱罪以外の立法による問題への対処を提起

21) 事例集掲載事案の全てについて、その量刑は科料のほぼ上限(9000円または9900円)である。侮辱罪の量刑としては拘留もあるが執行猶予を付せない拘留の適用には実務上抵抗があり、実質的には科料の上限が「現実的にあり得る量刑選択の中では重いもの」とされている(法制審議会刑事法(侮辱罪の法定刑関係)部会・前掲注18)21頁)。

22) 西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」法時93巻10号1頁、1-2頁(2021)。

23) 深町晋也「オンラインハラスメントの刑法的規律——侮辱罪の改正動向を踏まえて」法セミ803号12頁、15頁(2021)。

する。それは西貝によれば、保護法益を「著しい精神的苦痛を与えられない利益」とする、サイバー空間で反復して、持続的に、または多数人によりなされる攻撃的言論への処罰（サイバーいじめ罪）であり²⁴⁾、また深町によれば、侮辱罪やストーカー行為規制法など既存の法と併せて、被害者の精神的苦痛に直接に対応する加重類型を設け、また不特定多数の者が相乗的に誹謗中傷等をする事案類型については個々の発言の当罰性が重大だとまで言えるかは事案次第の側面があるが、やはり独自の規制を検討することである²⁵⁾。これらの見解は、侮辱罪の保護法益について外部的（社会的）名誉説を維持することを前提に、それで捕捉しきれないインターネットにおける誹謗中傷については侮辱罪以外の新規立法による解決を目指すという方向性で一致しているといえる。

では、侮辱罪の保護法益について外部的（社会的）名誉説を維持しないという選択肢はないのだろうか。この点について嘉門優は、「人間の尊厳」を侮辱罪の保護法益と解する平川宗信の見解を検討している²⁶⁾。そもそも平川の見解とは、名誉概念には人間が情報社会において有する、自己に関する情報環境という意味での社会的名誉と、名誉感情・名誉意識という意味での主観的名誉に加えて、「人間の尊厳が尊重・保持されている状態」を指す普遍的名誉が存在し、名誉毀損罪が社会的名誉を保護法益とするのに対し、侮辱罪の保護法益はこの普遍的名誉であり、

人間の尊厳を否認する言動を処罰するというものである²⁷⁾。嘉門は、インターネットにおける誹謗中傷についてその問題の本質は人格あるいは人間の尊厳の否認と捉えた方が説明しやすく、その意味で平川説が適合する可能性があるとして述べている²⁸⁾。

しかし嘉門は、平川説の導入により直ちに問題が解決するとも考え難いことを同時に指摘している。課題は大別して2点ある。1つには、今般の改正が侮辱罪の処罰範囲を明確化しないままなされており、保護法益論において人間の尊厳という観点を入れることでそれが解決するという保障はないため、萎縮効果が予想されることであり、そしてもう1つには、平川説の発想に従えば、ごく個人的に相手の尊厳を否認する言動をしたとしても侮辱罪の成立を認めるべきといわなければならないため、先述した公然性要件と整合しないことである。よって嘉門も結局は、「被害実態の精確な把握を踏まえたうえで、重大な被害を防ぐためのより効果的な別の立法措置が、比較法的な見地も踏まえて検討されるべき」とする²⁹⁾。

西貝・深町・嘉門は、外部的（社会的）名誉説と現代的な態様の侮辱とのねじれを適切にも認識している。そのうえで、侮辱罪による対応に固執せずに新規立法で被害者の精神的苦痛に直接焦点を当てることを目指すという方向性も、確かに有望である。もともとその一方で、現に改正された侮辱罪を傍におくことにも実務の関心を取りこぼす側面があ

24) 西貝・前掲注22)3頁（なお、もし「著しい精神的苦痛の惹起」への対処のみを考えるのであれば、後者さえ満たされれば前者は満たされなくて良いという結論もありうる。例えば、問題の行為者は1つのアカウントで引用リツイートなどにより一度だけ攻撃的言論を投稿したものであるとしても、そのような行為者が1万人いたなら、被害者の視点からは、1人の行為者が百回投稿するより遥かに「著しい精神的苦痛」が惹起されるからである。しかし西貝は、このような拡大には謙抑的であるべきとしている）。

25) 深町晋也「オンラインハラスメントをめぐる刑法上の課題」世界962号211頁、218-220頁（2022）。

26) 嘉門優「侮辱罪の立法課程から見た罪質と役割——侮辱罪の法定刑上げをめぐる」法セミ803号6頁（2021）。

27) 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』157-161頁、178頁（有斐閣、1983）。なお、平川によれば、人の人たることによって存在する人の真価としての内部的名誉は、純理念的なものであって侵害も保護もしえない。普遍的名誉とはあくまで事実的名誉の一種であって、内部的名誉とは異なるとする。

28) 嘉門・前掲注26)11頁。

29) 嘉門・前掲注26)11頁。なお、亀井源太郎「SNSと刑事法——侮辱罪を中心に」法教503号20頁、23-24頁（2022）も、侮辱罪の保護法益について通説を維持するよりも、人格あるいは人間の尊厳の否認という観点を導入した方が、「ことがらを正面から捉えていると考えることもできる」といいつつ、同時に嘉門とほぼ同旨の課題を指摘している。

る。まず、侮辱罪の法定刑が現に上げられた以上は、この新侮辱罪の適用を規律する原理について、新規立法と並行して検討する必要がある。侮辱罪の議論を放置すれば、裁判所が改正論の過熱前から処罰していた社会関連性の希薄な現代的な態様の侮辱が、なぜそれにもかかわらず侮辱に該当するといえるのかという疑問も放置されて、そのまま法定刑引上げの影響を受けるという枷の外れた状態になりかねない。そしてまた、新規立法を検討する見解がいずれも、インターネットにおける誹謗中傷または嫌がらせに焦点を当てることにも問題を取りこぼす側面がある。先述したとおり、インターネットの特性には確かに被害者の精神的苦痛を惹起する危険を増やす側面があるけれども、そのことがインターネットにおける個々の言動の当罰性が典型的に重いことを示すわけでは必ずしもなく、むしろ、人を人として扱わない中傷・罵倒それ自体に着目するべきだからである。精神的苦痛という被害結果を起点として、インターネットという場でなされることを当罰性の基礎づけとしてしまうと、個々の言動は瑣末な失言であるとしても重大な処罰が基礎付けられうるということになりかねず、逸脱的な処罰への道も開く³⁰⁾。

そうするとやはり、新規立法を検討するとしても、侮辱罪の適用範囲、すなわちどのような行為態様が侮辱行為とされるのかの検討も否応なく必須であり、またその前提として、侮辱罪の保護法益を再考することも必要になると言わざるを得ないのではないか。そして、その取り組みにあたっては、平川説のいう「人間の尊厳」をやはり出発点として、茫漠としたこの概念を可能な限り処罰範囲を画するものとして切り出すことが方針となると思われる。なぜなら、社会的評価・地位とも、そして単なる名誉感情とも区別できる、人間の名誉の規範的な把握への道筋を示唆しているのは、尊厳概念のみだからである。

よって本稿は、尊厳概念を基盤とする名誉犯罪の把握についての知見を得るために、ド

イツを題材とする比較法的検討へと進む(Ⅲ)。ドイツは我が国の学説が参照してきた対象であるうえ、公然性要件が全ての名誉犯罪に共通の要件とはされていないため、その現在に至るまでの保護法益論の展開を紹介することで、我が国の議論に対して、既存の通説や構成要件に囚われない示唆が得られる。もっとも、その示唆を我が国に持ち込むにあたっては、そのための障害があるか、それは乗り越え可能かということを検討しなければならない。したがって、そこで改めて、外部的(社会的)名誉説の強固さ及び公然性要件の拘束力、そしてそれらを乗り越える可能性について考察することになる(Ⅳ)。

Ⅲ. ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為

1 ドイツにおける名誉犯罪の基本構造

(1) 名誉犯罪(Ehrdelikt)の基本類型

ドイツ刑法典(以下、StGB)³¹⁾は第14章「侮辱(Beleidigung)」(185-200条)において名誉犯罪に関する規定を設ける。その基本的な犯罪類型は、StGB185条の侮辱(Beleidigung)とStGB186条の誹謗(Üble Nachrede)である。そして、186条の加重類型としてStGB187条の中傷(Verleumdung)がある。

185条(侮辱)

侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が実力を用いて遂行されたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

186条(誹謗)

他の者に関して、その者を侮蔑し又は世評において貶めるのに適した事実を主張し、又は流布した者は、この事実が真実であることが証明できる場合を除き、1年以下の自由刑又は罰金に処し、犯行が公然と

30) 深町が、不特定多数の者が相乗的に誹謗中傷等をする事案類型への処罰の拡張について慎重な姿勢を示していることは、その意味で適切である。

31) 以下、StGBの邦訳については法務省刑事局『ドイツ刑法典』(2021)に従う。

[öffentlich] 又は文書（第11条第3項）の頒布により行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

187条（中傷）

確定的認識があるにもかかわらず、他の者に関して、その者を侮蔑し若しくは世評において貶め又はその信用を危殆化するのに適した虚偽の事実を主張し又は流布した者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処し、犯行が公然と、集会において、又は文書（第11条第3項）の頒布により行われたときは5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

大まかにいえば、185条が日本における侮辱罪に相当し、186条（及び187条）が日本における名誉毀損罪に対応する。もっとも185条と日本における侮辱罪との重要な差異として、侮辱には抽象的価値判断の表明のみならず事実を摘示した場合も含み、行為を公然とすることは要件とされない。186条は事実の摘示があつて、かつそれが第三者に向けてなされた場合にのみ適用されうる。さらに、その摘示事実について行為者に虚偽性の確定的認識があつた場合には、加重類型である187条が適用される。

以下では、185条の構成要件について重要な点をさらに説明する。

(2) 侮辱罪の構成要件

a 客体（名誉の主体）

侮辱罪の行為客体、すなわち名誉の主体たりうるのは、基本的には自然人（natürliche Personen）である。あらゆる生きている人間は（jeder lebende Mensch）保護法益とし

ての名誉を有する者であつて、侮辱罪の行為客体たりうる³²⁾。

一方で、StGB194条（告訴）の第3項・第4項は「官庁又は公の行政の任務を行うその他の機関」等の公的機関が侮辱罪の行為客体たりうることを前提としており、判例・通説はこの規定を敷衍して、集合体の名誉の保護が一定の要件下で認められると解する。判例によれば、ある人的総体（Personengesamtheit）の名誉主体性を認める要件は、法的に承認を受けた社会的（経済的）機能を履践しており（erfüllen）、かつ統一的意志（einheitlichen Willen）を形成できることである³³⁾。

なお、団体に対する侮辱と似て非なる問題として、集団的侮辱（Kollektivbeleidigung）の問題がある。これは、ある集団に対する侮辱表現が集団の個々の構成員に対しての名誉の侵害と捉えられるケースであるから、厳密には名誉の主体性の問題ではない³⁴⁾。しかし、当該侮辱表現において括られている集団の性質・範囲が問題となる点では共通の論点を有する。判例は、侮蔑的表現において括られている諸個人の集合（Personenmehrheit）が、特定の要素に基づいて明確に際立っており（so deutlich heraushebt）、したがって被害を受けた集団を明確に範囲づけ、そしてその集団に属する個々人へと〔侮辱を〕帰属させることに、疑義が呈されないことを基本的要件とする。さらに、対象とされる集合が大きければ大きいほど個人への帰属は曖昧になるため、集団の規模が見渡すことのできる（überschaubar）程度であることもしばしば要求される³⁵⁾。

32) Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 4. Aufl., 2021, § 185 Rn. 6.

33) BGH, NJW 1990, 1742.

34) 団体に対する侮辱と集団的侮辱との区別に関しては、中絶反対派の市民がある医院について「産科医は胎児殺しだ」との内容のビラを頒布した事案で、それが法的に承認を受けた医院の経営母体に対する攻撃といえる場合には団体に対する侮辱の文脈で捉えて、そうでなければ産科医の特定の資質に紐付けた批判として集団的侮辱の文脈で捉えるものとした、BverfG, NJW 2006, 3769が参考になる（結論として集団的侮辱の成立は否定）。

35) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 58. なお集団的侮辱の成立限界については、OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 1342が参考になる。本件の事案は医療制度改革への反対運動を展開する医師集団（数万人規模）に対する「患者を人質にとっている」との批判を受けて、医師2名が原告となって秩序制裁を伴う仮処分を求めて提起した民事訴訟である。判決は、集団を指定してする侮辱が集団内の諸個人への侮辱ともなりうること（すなわち集団的侮辱）については一般論として承認しつつ、対象集団が大規模だと基本的に各個人への紐付けは希薄になるため、原則としてその成立は認められないとした上で、ある軍隊とそこに属する兵士のような特殊の関係によりなお見渡すことのできる（überschaubar）といえる場合はあるが、本件医師集団は各医師がそれぞれ自由意

b 行為 (Tathandlung)

侮辱行為は「軽蔑または軽視の表明 (Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung)」と定義される。この「表明」行為は、「軽蔑または軽視」に相当する説明的価値 (Erklärungswert) を伴う振舞いによりなされなければならない。もっとも、その態様は、口頭 (mündlich) でも、書面 (schriftlich) でも、比喩的 (bildlich) 又は象徴的 (symbolisch) にも、ジェスチャー (Gesten) や暴行による (Tätlichkeiten) こともありえるので、様々である。

例外的だが、不作為 (Unterlassen) による侮辱もあり得ないわけではない。しかしそれは、あるべき表現 (例えば、丁寧語の使用) を省略することで、それ自体に説明的価値が生ずる場合か、すでに自ら書き留めるなどしていた侮辱表現が、被害者または第三者に知られゆくことを敢えて防止しない場合に認められるにとどまる³⁶⁾。

侮辱行為は表明 (Kundgabe) によって既遂にまで至る。ここで表明とは、表現を対象者 (StGB185 条の守備範囲としては、表現内容が事実の主張である場合は「被害者」、表現内容が抽象的価値判断である場合は「被害者又は第三者」) に認識させることである。表現が対象者に認識されることを意図して行われることまでは必要でないが、少なくとも他者に向けてことを意図して行われる必要がある。つまり、名誉侵害的表現が独り言 (Selbstgespräche) や日記 (Tagebuchaufzeichnungen) においてなされていた場合は、それが結果的に対象者の認識するところとなったとしても、侮辱行為をしたことにならない³⁷⁾。

c (事実の主張における) 真実性

日本では事実の摘示がある場合そもそも侮辱罪に振り分けられないが、ドイツにおける侮辱の重要な特徴として、表明行為が事実の主張によりなされ、しかもその事実が実際真

実であった場合には、原則として可罰性が認められず StGB192 条の例外のみがありうる。

192 条 (真実の証明がなされても侮辱により罰せられる場合)

侮辱の存在が、事実の主張若しくは流布の形式から又はそれが行われた際の事情から生ずるときは、主張され又は流布された事実が真実であることの証明は、第 185 条による処罰を排除しない。

この例外は、主張した事実の内容ではなく主張の形式や主張した際の事情が侮辱該当性を基礎付けるケースである。つまりこの例外を含めても、真実の主張それ自体はなお可罰性の外にあるということが、維持されている。

本稿の主題と関連して重要であるのは、その理由である。曰く、第 1 に、刑法による名誉の保護は、名誉の主体自身に値する尊重要求 (verdienten Achtungsanspruch) についてのみありうる³⁸⁾。そして第 2 に、侮辱については、事実の主張による表明は被害者自身へと向けられたもののみが考慮されるので、社会における妥当価値 (Geltungswertes in der Gesellschaft) の低下に結びつきづらい。よって、真実の主張からまで保護する必要性は薄い³⁹⁾。

ここで注目すべきは、被害者自身へと向けられた表明行為が、類型的に社会における妥当価値を低下させる危険に乏しいという認識がされていながら、(真実であれば処罰されないことの裏面で) 虚偽であれば当罰性を有するという前提になっていることである。ここで念頭に置かれる保護法益、すなわち「値する尊重要求」は明らかに、日本でいう外部的 (社会的) 名誉と異なる何かであることが分かる。次節では、ドイツ学説における名誉犯罪の保護法益論の展開を扱い、この尊重要求という用語の内実をできる限り明晰にする

思により参加しているのみでありそのような性質は認められないとして、個別の医師への侮辱の成立を否定した。

36) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 185 Rn. 35-36.

37) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 185 Rn. 37.

38) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 14.

39) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 185 Rn. 31.

ことを目指す。

2 保護法益論の展開

StGB 第 14 章の名誉犯罪について、187 条のうち信用を危殆化する (dessen Kredit zu gefährden) 行為は財産的法益を侵害する罪と解釈されており、また 189 条については死者の名誉というより親族や市民の (死者に対する) 畏敬の念 (Pietätsgefühl) を保護するものと解する学説が有力多数である⁴⁰⁾。その他の名誉犯罪については全て、名誉 (Ehre) が保護法益となる⁴¹⁾。ドイツの名誉概念 (Ehrbegriff) についての議論がすでに明晰な解を導いているかといえれば決してそのようなことはなく、むしろ「通覧することのできないほどに多くの文献が多種多様な名誉概念を提唱しており、包括的な構造化への道は遠い」という⁴²⁾。しかし、長く続いている議論の中で、判例及び有力な見解には、一定の基盤が固まりつつある。そこで、まずは名誉概念に関する古典的な分類と外部的名誉説を扱い、また続けて、それを乗り越えて通説化した規範的名誉説について、リーディングケースとともに紹介する。そしてそのうえで、規範的名誉説からのさらなる発展とそれにより具体的な表明行為の侮辱該当性に関する判断がどの程度説明できているかということ扱う。

(1) 名誉概念の古典的分類と外部的名誉説

a 名誉概念の古典的分類

ドイツにおける名誉概念の古典的分類は、ラインハルト・フランク (Reinhard Frank, 1860-1934) の晩年の著作によくまとまっている⁴³⁾。フランクは、以下の通り述べる⁴⁴⁾。

支配的かつ歴史的に根拠を有する学説によ

れば、侮辱とは名誉に向けられるものである。……名誉という概念は、常に人間の価値 (Werte einer Person) との関連を有する。しかし、この限定の範疇で、あるときは価値それ自体 (den Wert selbst), あるときは価値についての表象 (die Vorstellung des Wertes), あるときは価値への意思 (den Willen zum Werte) といった、様々な意味で使用されている。この用語法の相違から、客観的意味における名誉と主観的意味における名誉との区別が導かれる。

1. 客観的意味における名誉

- a) 人間の有する価値 (内部的名誉 (innere Ehre))
- b) 人間の価値についての他者の表象 (外部的名誉・名声 (äußere Ehre, Ruf))

2. 主観的意味における名誉

- a) 自分自身の価値あるいは名声についての表象 (名誉意識 (Ehrbewußtsein))
- b) 価値への意思、すなわち自分自身の価値あるいは名声を維持しようとする意思 (名誉感情 (Ehrgefühl))

つまり、名誉概念の古典的分類は、第 1 段階において客観的名誉と主観的名誉を区別し、第 2 段階において、客観的名誉のうちで人間にそもそも備わっている価値としての内部的名誉と、人間に対して社会が与える評価としての外部的名誉とをさらに区別するのである。そしてフランクはこの分類を前提に、客観的-外部的名誉こそ侮辱罪の保護法益であると主張する (外部的名誉説)。外部的名誉説は、客観的意味における名誉のうち、内部的名誉 (あるいは、倫理的名誉) に着目する見解に対しての批判という側面を有するの

40) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 189 Rn. 1ff.

41) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 7.

42) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 7.

43) 後述するフランク・リスト説の我が国の学説への移入という観点では、晩年の著作ではなく現行刑法制定 (1907 年) 前後のものを扱うべきである。しかし、本章では、一旦出来上がったフランク説とその乗り越えについて説明したいため、1931 年の著作を扱い、日本法との関わりについて説明する箇所において改めて従前の著作を参照することとする (後掲注 108) 参照。

44) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18., neubearbeitete Aufl., 1931, S.417. なお, Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 19 においても引用されている。

で、外部的名誉説よりも先に、この見解を紹介しておく。

b 内部的（倫理的）名誉説

人間の内部的価値あるいは道徳的価値を中心に名誉概念を把握する見解の論者として、カール・ビンディング（Karl Binding, 1841-1920）がいる。ビンディングは、法益としての名誉には、人間の人間たることによる生まれつきの価値（Menschenwert）と、後天的に、道徳的義務あるいは法的義務を履行することでその者に（正当にも）帰せられる倫理的名誉（Sittlicher Ehre）とがあるとする。そして、前者はそれなしにはそもそも人間たりえない絶対的性格を有するのに対して、後者は人によってその程度が異なり得るけれども、いずれも社会における地位により差をつけられる市民的名誉（Bürgerehre）ではないという。曰く、「名誉の全ては人間の尊厳（Menschenwürde）であって、地位の尊厳や市民の尊厳（Standes- und Bürgerwürde）ではない」⁴⁵⁾。

ビンディングの見解のうちで、純粋な人間の価値（Menschenwert）は、明らかに、フランクの整理における内部的名誉に対応している。そして後天的に増減しうる倫理的名誉（Sittlicher Ehre）も、その者に対して社会が与える評価というよりも、その者自身が道徳的であることによって値するようになる倫理的価値そのものを問題にしているから、外部的名誉とはずれている。ビンディングはあくまで、社会における地位に左右されない人間の尊厳のみを名誉概念と紐付けているのである。

c 外部的（社会的）名誉説

外部的名誉説はフランクに始まるものではなく、より古くはフランツ・フォン・リスト（Franz von Liszt, 1851-1919）もこの立場である。リストは以下の通り述べる⁴⁶⁾。

法律上名誉——とは第三者の行為に依り毀損し得へからざる人の内部の価値を謂ふに非ずして、他人により敬重せらるることを指稱す。換言すれば社会に於ける個人の価値之なり。故に名誉なるものは第一に一の事実なり。詳言すればは行状により取得せる尊敬なり社会上の地位なり。

内部的名誉をその「毀損し得へからざる」絶対的性格ゆえに考慮から外し、個人が自身の振舞いにより社会において取得する評価・地位、すなわち、外部的名誉が保護法益であるとするのは、まさに日本における外部的（社会的）名誉説の議論展開である。そしてリストは、各人がその振舞いに応じて〔社会において〕尊敬されるという利益を、（尊敬の反対概念としての）軽蔑の表明や軽蔑の基礎となる事実上の基礎の表明を規制することで、消極的に保護するものとして侮辱罪を解説する。

さらにリストによれば、尊敬や軽蔑といった評価をうける社会における個人の価値とは、以下のいずれかに関する社会的承認である⁴⁷⁾。

- (甲) 道徳上の価値。
- (乙) 地位に伴ふ諸般の義務を履行すること、及び其引受けたる義務を履行するに必要な身体上並に精神上的の資質能力を有すること。

上記の（乙）に示唆されているとおり、リストの保護法益論は人間の社会における地位を起点としている。人間の社会における振舞いや人間に社会が与える尊敬は、その者の社会における地位と強く結びついており、与えらるべき尊敬の否認や尊敬の基盤となる振舞いに関する否定的言辭は、相手の社会における地位と相応するかという観点で評価され

45) Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: besonderer Teil, 2., stark verm. und umgearbeitete Aufl., 1902, S.136-137. なお、医者に対して「やぶ医者」というなどその地位や職業に関連した侮辱はありうるが、それは医者という地位や職業に属する特別の名誉を侵害するのではなく、自らの職責を遂行しているという一般の意味での倫理的名誉の侵害と捉えるべきであるとしている。

46) リスト原著；吾孫子勝＝乾政彦訳『獨逸刑法論 各論』92-93頁（早稲田大学出版部，1908）。

47) リスト・前掲注 46)94頁。

る。

フランクはさらに進んで、リストのいう(乙)にフォーカスした外部的名誉説を採り、ビンディングに代表される、(甲)を名誉概念の中核と目する見解を批判してゆく。曰く、名誉とは社会における個人の価値であって、社会における個人の価値とひと口にいっても、それぞれの地位や任務に応じて評価すべき側面も変わる。そして、倫理的価値(ethischen Wert)のみでは、地位や任務次第では全く評価に値しない人間となるのであり、肝心なのはやはり地位や任務を履行するための資質や能力(Eigenschaften und Leistungen)(に関する評価)である。ここで倫理的価値は、社会における地位や任務を履行するにあたって当然に要求される、履行に際して法律及び善良な道徳(dem Recht oder den guten Sitten)に違反しないことという観点で考慮されるに過ぎず、結局は社会における地位や任務に紐付けることができる。倫理的価値に名誉概念を限定する(ビンディングの)見解は、社会における地位や任務が多様であることに向き合っていない。全ての人間について同等に要求される倫理的価値のみで名誉概念を把握することは、人間が様々な社会における地位に相応する「その地位の名誉」について語るができるという現実に逆行しているし、倫理的価値に言及することなしに相手の資質や能力を否定する侮辱も十分にありうるのである⁴⁸⁾。

リストとフランクの外部的名誉説に従えば、ある者の名誉を語るにあたってはその者の社会における地位や任務が先行することになる。そうするとこの議論は、社会において未だ地位を有しない幼児等の名誉主体性への疑義に結びつく。そこでリストは、以下のように述べて、幼児や精神病患者などについて名誉主体性を認めるべきとする(判例・通説の

採用する⁴⁹⁾立場との調整を図っている⁵⁰⁾。

……幼者に対しても名誉毀損を生ずることを得へし。但幼者か例へは学校に入学する等何等かの義務の範囲内に入り且此義務あることの意識を有することを要す。名誉毀損は又精神病患者に対しても成立し得へし。即ち或は精神の健全なりし以前の状態に関して(其過去に関して名誉を毀損する事実を主張すること)或は精神か只一部分狂ひ居るときに於て精神病患者に対して名誉毀損罪を犯し得へきか如き之なり。

しかし、この説明が、幼児や精神病患者などの名誉主体性という問題に対して適切な応答となっているかは疑問である。この応答は、通常は社会において地位を有しないと目される(または目されていた)主体について、地位を有することになったか、地位を有していたか、部分的に地位を有しているときに限って、それに対する侮辱行為はありうる(名誉主体性が認められる)と述べるのみであって、社会において地位を有しないとしても認められるべき名誉があるのではないかという、幼児や精神病患者などの名誉主体性に関する根本的な問題提起への応答は、なお回避している。判例・通説のように全ての自然人を名誉の主体に含むためには、やはり、社会的な地位を前提とせずに外部的名誉の下限を規範的に把握する説明が不可欠であり、その説明とは結局、「地位の尊厳や市民の尊厳ではない人間の尊厳」(ビンディング参照)から調達されることになろう。以上を踏まえて次項では、フランク的な名誉概念の古典的分類を採用しつつも外部的名誉説は採用していない判例を紹介して、ドイツにおける外部的(社会的)名誉説の限界を示す。

48) Frank, a.a.O. (Anm. 44), S.417-418.

49) 例えばBGH NJW1955, 471は、少女(10歳)の性器を養父に無断で診察・治療し、また、少女にそのことを秘密にさせた事案において、養父の監護権を無視したという意味での養父に対する侮辱に加え、少女自身への侮辱も成立するとした。同判決はその理由として、子供にも両親を愛し敬う(die Liebe und die Achtung)という人格的価値(Personlichkeitswert)が——それを子供自身が自覚するか否かにかかわらず属すること、そして、両親に対して嘘をつかせるという行為はその人格的価値を否認する表明であって、侮辱行為に該当するということを述べている。

50) リスト・前掲注46)95頁。

d 外部的（社会的）名誉説の限界）——
BGHSt 11, 67⁵¹⁾

BGHSt 11, 67 の事案は、性具や避妊具の
広告宣伝目的で、性的な内容を記載した刊行
物（とりわけ性具や避妊具を宣伝するパンフ
レット）を、全く面識のない被害者らに対し
て、請求や注文もないのに送付したというも
のである⁵²⁾。この行為は少なくとも、相手
の社会における地位（に相応する資質や能力）
を批判したのではなく、またそもそも相手
と面識もないのであるから、相手の具体的な
行状についての批判でもない。ただ、性的な
内容を記載した刊行物を頼まれもしないのに
送付したというのみである。この行為は確か
に不快感を惹起するかもしれないが、何らか
の意味で相手の名誉を侵害したとまでいえる
のが問題となる。そこで判旨はまず、以下
のように侮辱罪の保護法益としての名誉概念
を定義する⁵³⁾。

侮辱による攻撃の客体（Angriffsobjekt）は、
精神的価値及び倫理的価値（geistiger und
sittlicher Werte）の担い手としての人間に
ふさわしい（zukommende）内部的名誉、
そしてそれに加えて、その内部的名誉に基
づき妥当するもの、〔すなわち〕市民社会
における名声（guter Ruf）である。内部的
名誉の本質的基礎（Wesentliche Grundla-
ge）、つまり人間の名誉の中核は、基本法
が第 1 条でその不可侵性、及びその尊重と
保護（Achtung und Schutz）こそあらゆる
国家権力の義務であることを宣言してい
る、人間が奪われ得ないものとして生まれ
ながらに付与される人間の尊厳（Personen-
würde）である。各人が自らの内部的名誉
のみならず外部的名声についても軽蔑的評
価をされたり完全に軽視されたりすること
なく、むしろ自らの内部的名誉に相応しい
扱いをうけるという、StGB185 条が刑罰に
よって保護する法的要求（Rechtsanspruch）

は、内部的名誉から生ずるのである。

つまり、人間の名誉の根本は「精神的価値
及び倫理的価値の担い手」としての人間の尊
厳であり、それに相応する内部的名誉がそれ
自体保護客体となる。そして、外部的名誉と
は、さらにこの内部的名誉に相応しいもの
として市民社会において得られる名声のこ
とであり、これも派生的に保護客体となる。し
かし、いずれに対する侵害も、結局は、「内
部的名誉に相応しい扱いをうける」ことへの
要求に対する侵害と定義される。

そして同判決は、本件被告人の行為は、見
も知らぬ男女に対して招かれざる助言者とし
て振舞うことで、人間の共同体生活における
最も内面的でかつ秘匿性の高い領域に踏み込
み、自分たちの性生活（Sexuallebens）に
ついて自分たちで決定できるという男女関係
の精神的・倫理的価値やプライバシーの価値を
否認する如き取り扱いをする行為であるとい
う意味において送付対象者の人間の尊厳を侵
害する行為であるとして、侮辱罪の成立を肯
定した。

この判決は、外部的名誉を侮辱罪の保護法
益としての名誉概念から排除したのではない。
しかし、リストやフランクの外部的名誉説は、
社会における地位や任務を遂行するにあたり
要求される資質や能力に対する社会の
評価という意味での外部的（社会的）名誉を
こそ中核として、人の倫理的価値はこれに取
り込まれると解していたのに対し、この判決
は、むしろ、倫理的価値の担い手であるとい
う内部的名誉をこそ中核とし、社会における
外部的名誉はこの枠内において観念されるい
わば副次的法益と解するのであるから、明ら
かに正反対の様相を呈している。加えて、判
決の当てはめから明らかな通り、外部的名誉
を介さずとも、人間に対してその内部的名誉
に相応しい扱いをしないという振舞いが、そ
れ自体侮辱罪の可罰性を基礎付ける名誉侵害

51) 丸山・前掲注 14)58-59 頁も参考。

52) その題名は、「私たちの結婚生活は全部しっくりいってる？（Stimmt in unserer Ehe alles?）」というものであったようである。

53) BGHSt 11, 67[70f.]

行為にあたることも、認められている。つまり、内部的名誉と外部的名誉の区別は採用しつつも、その内実においてはリストやフランクの外部的名誉説ではなく、むしろどちらかといえばビンディングの精神的・倫理的価値に軸足を置く見解に接近しているのである。リストやフランクが自らの外部的（社会的）名誉説はすでに多数説であると主張していた⁵⁴⁾こととは裏腹に、社会における地位や任務へと問題を集約しようとする外部的名誉説が、限界に突き当たっていたことが分かる。

もっとも、この判例にも理論的な問題は存在する。まず第1に、内部的名誉を保護するということが、人間の尊厳そのものの保護を意味するのか、それとも「相応しい扱いをうける」要求の保護を意味するのかということである。もし前者であれば、それはまさしくリストが述べた通り「毀損し得へからさる」ものを保護しているのではないかという疑義が生ずるし、後者であれば、そのような要求がなぜ（単なる主観的名誉の保護とは異なって）刑法による保護に値するのかということが説明されなければならない。また第2に、内部的名誉に「基づき妥当する」という外部的名声についても、この文脈では事実として存在する社会的評価とは異なる、何某か規範的な（ありうべき）価値を指すように思われるものの、その内実は言語化されていない。結局のところ、この2つの問題はいずれも、人間の尊厳を名誉の基盤としつつフランクの古典的枠組みを維持していることに起因すると思われる⁵⁵⁾。内部的名誉と外部的名誉の区別を議論の軸とすることは、外部的名誉が人間の尊厳をその基礎付けとして必要としないことを前提に、社会において事実的に与えられる評価である外部的名誉が名誉概念の中核であると論ずるから有効なのであって、内部的名誉と外部的名誉をいずれも規範的に把握するのであれば、内部的名誉を排除するべ

き保護対象を表す説明概念として持ち出す必要はなく、それと対置される現実の地位や任務に関連するものとしての外部的名誉もその位置を失っている。つまり、外部的名誉説を乗り越えた先にあるのは、「内部的名誉か外部的名誉か」という枠組みではない名誉の規範的把握である。

(2) 規範的名誉説——妥当価値と尊重要求

a 規範的名誉説

内部的名誉と外部的名誉という区別が外部的名誉説の挫折とともに意義を失って以降、名誉概念の区分には規範的（normative）名誉と事実的（faktischen）名誉が用いられている。概ね規範的名誉がフランクのいう内部的名誉に対応し、事実的名誉が自己又は社会による評価を指す。つまり、リストやフランクのいう外部的（社会的）名誉を名誉意識・名誉感情とともに事実的名誉概念へと押しやり、尊厳、あるいは人間に現に存する価値（wirklicher Wert）を（185条と186条に共通の）保護法益としての名誉概念の中核として括りだしたことになる。この区分に基づいて（過渡的には、）2つの名誉概念を一体把握しようとする試みも有力であった（規範的-事実的名誉概念（normativ-faktischen Ehrbegriff）が⁵⁶⁾、区分枠組みの移行の経緯からして、その軸足が規範的名誉に傾斜することは自然の流れであり、規範的名誉説が通説への道を歩んだ⁵⁷⁾。

当初の規範的名誉説は、尊厳を直接に保護法益とすることを主張していた。しかし、先述した通り、それは（本人を除いて）侵害しえないものであって保護に適さないのではないかという批判が生ずる。そこで、現在通説となっている意味での規範的名誉説は、妥当価値（Geltungswert）および尊重要求（Achtungsanspruch）という概念を追加的に導入する。曰く、「185条以下の保護客体は、人間の尊厳に基づいて人間に正当にも帰属する

54) Frank, a.a.O. (Anm. 44), S.418, リスト・前掲注 46)93 頁（後述）。

55) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 21-22.

56) 前掲 BGHSt 11, 67 は、この規範的-事実的名誉概念の趣旨であったと解されている（参照：佐伯仁志「プライベートシーと名誉の保護（4・完）」法協 101 巻 11 号 1675 頁, 1676-1679 頁）。

57) 丸山・前掲注 14)59 頁, 佐伯・前掲注 56)1677 頁。

妥当価値、ないしこれにしたがって生ずる、不当にも軽蔑的な扱いをされない〔尊重される〕ことへの要求である⁵⁸⁾。

毀損されえない人間の尊厳そのものではなく、それに応じて個々の人間に正当に属する妥当価値という概念を指定すること、またさらに、それに対する尊重要求(が侵害される)という形式を考えることにより、「尊厳そのものは本人以外により増減されえないとしても、尊厳を尊重するかしないかという振舞いは想定することができる。名誉犯罪は、尊厳を尊重しないという振舞いを犯罪とするのである」という説明が一応可能になる⁵⁹⁾。これにより、内部的(倫理的)名誉説への従来からの批判を乗り越えたのである。次に述べる通り、判例もこの意味での規範的名誉説を採用するに至っている。

b 判例における規範的名誉説の採用——
BGHSt 36, 145

BGHSt 36, 145の事案は、医師である被告人が、統合失調症により精神科に入院していた女性患者に対して、患者が言葉で拒否の意思を示したにもかかわらず、患者の精神的抗力(psychischen Widerstandsfähigkeit)が弱体化していることに乗じて、病院内での性交渉に及んだというものである。前提として、地方裁判所は本件につき強姦罪(Vergewaltigung, StGB177条以下)の適用を否定しており⁶⁰⁾、したがって(それでも)暴行による侮辱(tätlich beleidigt)に該当しないかが問題になっている。地裁は患者の性的名誉(sexuelle Ehre)に対する故意の攻撃があったとして侮辱罪の成立を肯定した。その理由は、被告人の行為には「(患者は不同意であるにもかかわらず)患者をセクシュアルハラスメント(sexuelle Belästigung)を実行できる〔受け入れる〕相手と見做していることを表明す

る」意味があるということによる。これに対してBGHは結論として侮辱罪の成立を否定しているが、まず以下のように185条の趣旨について述べる⁶¹⁾。

StGB185条は、「侮辱」を、可罰性を基礎付ける振舞いについてさらに詳細に記述することなしに処罰対象としている。この刑罰規範は、名誉への攻撃からの保護を目的とする。名誉は人間の尊厳とも、一般的人格権(allgemeine Persönlichkeitsrecht)に包摂される領域とも同一ではなく、人間の尊厳の一つの側面たるにすぎない。名誉への攻撃は、(仮にそれが存在するとすれば)被害者の妥当価値(Geltungswert)を低下させるような欠点を、不当にも言いふらす(nach sagt)ことにより行われる。このような「誹謗(Nachrede)」(軽蔑的な価値判断、もしくは名誉を傷つける事実の主張がありうる)によってのみ、名誉に従い生じる相応しい尊重要求(verdiente Achtungsanspruch)が侵害される。判例によれば、構成要件を実現する〔行為〕は軽蔑、低評価、もしくは軽視の表明である。ここで、人格的な妥当価値のみならず社会的な妥当価値も名誉概念を形成するの否かという問題は、棚上げでもよい。いずれにせよ、名誉という法益は、人間の尊厳、あるいは(観念的な(ideellen))人格の領域と同一視されてはならない。そのような同一視は、〔名誉という法益の〕輪郭(Konturen)を失わせてしまうのである。

この判旨は人間の尊厳そのものを名誉犯罪の保護法益とすることを明確に否定しており、尊厳の一つの側面としての妥当価値あるいは(それに相応しい)尊重要求への侵害が

58) Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, vor § 185 ff Rn. 1. なお、この定義を提唱する代表的著作としては、Hirsch, Ehre und Beleidigung, 1967, S.1 ff など。

59) この説明を支持する見解として、丸山・前掲注 14)76 頁。

60) その理由は、性交渉に至るまでに物理的な抵抗-強制関係がなく、心理的強制力を行使したにすぎないためということのようである。この判断にはもちろん問題があり、BGHは、被告人が被害者が精神的な制約状況により抵抗の意思を形成し、表明することのできない抵抗不能者(Widerstandsunfähig)であることを利用して行為に及んだのではないかということとをさらに検討すべきであったとしている(当時のStGB179条、現177条2項を参照)。

61) BGHSt 36, 145 [148].

侮辱を構成するという。また、内部的名誉と外部的名誉という用語法は出現しない。これはまさに i) の規範的名誉説を採用した判例であり、ここにおいて、前掲 BGHSt 11, 67 の枠組みは変更されている⁶²⁾。

本判決が人間の尊厳という抽象概念を除外することで保護法益の「輪郭」を保とうとした背景には、185 条が性犯罪 (Sittlichkeitsdelikts) を認定できない場合の受け皿的構成要件 (Auffangtatbestand) と目されていたという文脈があった。本件のような不同意の相手への性行為 (性的自己決定への攻撃) は、ほとんど常に被害者の羞恥心 (Schamgefühls) という意味での尊厳の侵害とも認定できるため、常に名誉犯罪が成立するということになりかねないのである。判旨はこの風潮について、「性的自己決定に対する攻撃は、全体事情に基づき、行為者の振舞いが同時に-行為者が意欲したとおりに-被害者に対しての軽蔑的評価 (herabsetzende Bewertung) と見做される場合に、侮辱罪の構成要件を (も) 満たす」と釘を刺している。そして、地裁は単に被害者を辱めたということ以上の (「セクハラできる相手だ」という) 軽蔑的評価の表明を立証できていないとして、侮辱罪の成立を否定した。

この判決は、規範的名誉説が特徴的に処罰を基礎付ける側面と処罰を限定する側面とを同時に示している。処罰を基礎付ける側面とは、名誉犯罪の保護法益を尊厳そのものから「尊厳から生ずる妥当価値に相応しい扱いをうける」という尊重要求にシフトしたことにより、尊重要求の侵害という想定しうる振舞い及び結果の形式で構成要件の行為を定義できたことである。他方で、処罰を限定する側面とは、あらゆる側面における人間の尊厳、あるいはそれと直接に対応する諸個人の現に存する価値を保護するのではなく、「(被害者には) 尊重せらるべき妥当価値がないと表明されないこと」という「尊厳の一つの側面」

を保護することにより、かかる表明行為を伴わない単に不快であったり暴力的であったりする振舞いを、適切にも侮辱罪の処罰対象から除外できたことである。

c 規範的名誉説の課題

規範的名誉説はこのように、従来の内部的 (倫理的) 名誉説、外部的 (社会的) 名誉説、及び規範的 - 事実的名誉説に比べて優れた説明を提供できそうである。しかし、ここまでの議論では、処罰を基礎付ける側面と処罰を限定する側面のいずれにも課題が残っている。

まず処罰を基礎付ける側面については、「尊厳から生ずる妥当価値に相応しい扱いをうける」という尊重要求が何故保護に値するのかの説明が必要である。尊厳自体は毀損され得ないものだという前提に立てば、それについての尊重要求を侵害する行為もまた、把握可能な利益に対する侵害ではありえないことにならないか (例えば「財産を尊重せよ」という要求の侵害は財産の奪取や毀損であるし、「身体を尊重せよ」という要求の侵害は身体の傷害や拘束であるが、「尊厳を尊重せよ」という要求の侵害は尊厳の侵害ではなく、要求を無視するという振舞いそれ自体でしかありえない⁶³⁾。そしてもし仮にそうだとすればそれは、主観に依存して不安定であるため権利として認めるべきでないとしてきた⁶⁴⁾、名誉意識・名誉感情を保護法益とすることと異なるのだろうか。

また処罰を限定する側面についても、「尊厳」という射程の広すぎる抽象概念が保護法益から排除されて、表明行為を基盤としつつ「尊厳の一つの側面」への限定がなされたことは評価できるものの、その代わりに「妥当価値」という曖昧な概念の具体化が必要となっている。BGHSt 36, 145 では人格的な妥当価値以外のありうる妥当価値を法益に含めるかについて判断は留保されているが、その後判例は基本的に、人格的な妥当価値を中核

62) 前掲 BGHSt 11, 67 の枠組みが現在放棄されていることについては、Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 22 を参照。

63) Rainer Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, vor § 185 ff Rn. 5, Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

64) Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

に据えつつも、そのみならず倫理的、さらには社会的な妥当価値を対象として含むようになって⁶⁵⁾。判例が団体に対する侮辱や集団の侮辱の成立を認めること ((1)② i)) からすれば、この拡大は当然とも言えるが⁶⁶⁾、そうだとすると規範的名誉にも、事実的名誉の要素が含まれる(そうでないのなら、人間の尊厳に直接紐付いた人格的な妥当価値のみでよいはずである)ようにも思われる⁶⁷⁾。つまり、「妥当価値」の解釈幅はそれ自体非常に広範でありうるため、妥当価値に対する尊重要求を侵害する振舞いを「軽蔑の評価の表明」という条件で限定したとしても、なお土台の部分で具体的な処罰範囲が不明確となっているのである。

規範的名誉説は、人間の尊厳を名誉の淵源とすることを維持しつつ、保護法益については人間の尊厳そのものから妥当価値あるいは妥当価値についての尊重要求へと議論をシフトさせ、抽象的で絶対的な概念ではなく具体的な手触りを有する現象の形式で保護法益及びそれに対する侵害を定義することには成功した。しかし、それと引き換えに、尊重要求をなぜ保護しなければならないのかという重みづけと、尊重要求に値する妥当価値はどこまでかという範囲の決定について、妥当価値と尊重要求という説明の便宜のための概念自体から答えを導くことはできないという、新たな問題を抱えたのである。

(3) 規範的名誉説の先へ——コミュニケーションのための名誉——

妥当価値と尊重要求という説明概念で議論を展開することに限界が生じているならば、その解決のためには結局、根本に立ち返った「尊厳」概念の分析が必要である。「尊厳」は

名誉犯罪の保護法益そのものにはなり得ない。しかし、「尊厳」が何のために必要とされ、どのような機能を有するのかを明らかにすることは、(規範的名誉説に従えば)尊厳概念を基盤とする尊重要求への重みづけと、妥当価値にかかる限定を提供するはずである。

この観点から注目される発展的な見解として、「対人的 (interpersonaler) 名誉概念」及び「機能的 (funktionaler) 名誉概念」がある⁶⁸⁾。前者は名誉を「人間の尊厳により要求され、また、人としての自立性 (Selbstständigkeit) を基礎付けている、他者との相互承認関係 (Anerkennungsverhältnis)」と定義し、後者は名誉を「コミュニケーションの前提条件 (Kommunikationsvoraussetzung)、すなわち、対等にコミュニケーションできる相手として受け入れられるために満たさなければならない規範的な期待 (normativen Erwartungen) を満たす能力」と定義する。この2つの見解の差異については後述するとして、規範的名誉説からの発展という観点で重要なのは、その共通点である。曰く、

「対人的」名誉概念及び「機能的」名誉概念は、185条以下の任務が究極的には、人間がそれがなければ社会において自らを発展させる (entfalten) ことのできない、「自立性を可能たらしめる (ermöglichendes) 相互承認関係」あるいはコミュニケーションの前提条件を保障すること以外にはあり得ないという意味において、社会におけるコミュニケーション (soziale Kommunikation) に関連する概念として、刑法における名誉の保護 (strafrechtlichen Ehren-

65) 例えば OLG Düsseldorf, NJW 1998, 3214 は、弁護士である被告人が、裁判官の電気通信傍受に関する捜査指揮を「恣意的 (willkürlich)」であるなどと批判した事案において、「刑法 185 条の意味における「侮辱」とは、軽蔑、低評価、もしくは軽視の表明によって、他人の名誉を不法に攻撃することであると理解される。明示的又は黙示的に (ausdrücklich oder in Form einer Implikation)、[他人に] 否定的性質 (negativer Qualitäten) を帰せしめることを通じて、個人的、倫理的、あるいは社会的な妥当価値を否定するような表現が必要となる」と述べる(なお、「恣意的だ」という表現が正当な利益を擁護するという弁護活動のための裁判手続における表現 (StGB193 条参照) として許容されるべき範疇を逸脱したものとはいえないとして、侮辱罪の成立を否定した)。

66) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 31 では、社会的な妥当価値を保護範囲から除外する純粋な規範的名誉説では、団体や集団に対する侮辱を説明できないという批判がなされている。

67) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 24.

68) 以下、引用部含めて Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

schutz) に全くもって納得のゆく説明 (durchaus plausible Erklärung) を提供している点で、結びついている。

規範的名誉説に限らず、これまでに紹介してきた見解は、名誉犯罪の保護法益をこのような他者との相互関係において把握することをしてこなかった。他者は名誉の主体の価値を値踏みする(または傷つける)存在として現れるのみであり、名誉の保護とその根拠はあくまで名誉の主体自身にのみ存した。それに対して近時の見解は、名誉の保護こそが社会における他者とのコミュニケーションを可能たらしめると考えることで、「なぜ名誉を保護するのか」という問いの根本に他者を組み入れる点に特長がある。

言い古されたことだが、人間は社会的動物であり、他者との関係性において初めて自己を確立することができる。そして他者との関係性を成り立たせるのは、互いに相手を「対等に会話できる良心に基づくモラルと理性を備えた人間」として承認するという意味での相互承認である。もちろん無人島に漂着した人間にも、人間の人間たることによる尊厳がある。しかし名誉犯罪が尊重させようとする「尊厳の一つの側面」とは、他者との関係性において生きる人間として、規範的に期待される良心に基づくモラルと理性を備えており、それゆえ社会におけるコミュニケーションに値するという意味での社会的人間の尊厳なのである⁶⁹⁾。

このように解することで、なぜ(それ自体は毀損されないはずの)尊厳を尊重させるのか、主観的名誉の保護とどう異なるのかという規範的名誉説についての第1の課題について、説明を与えることができる。対人的名誉概念によればそれは「人間の尊厳に従い要求される承認関係が確立して初めて、人間は自立した主体として社会において自信と責任をもって振舞うことができるのであり、理由もなく承認を拒絶されると、この自立性を損なうという実害が生じうる」ためであり⁷⁰⁾、機能的名誉概念によれば「他者とのコミュニケーションに必要とされる基本的な能力を否定することが、諸個人及び諸機関を社会において存在させ活動させるための前提条件としての相互承認関係を破壊する」ためである⁷¹⁾。これらは単に名誉の主体の名誉意識・名誉感情が傷付けられるという問題にとどまらず、「ある主体を、社会における(対等な)コミュニケーションから一方的に疎外してもよい」という価値判断の表明を許容することが、諸個人及び諸機関の社会における存立と機能を脅かすことを問題としている(ため、そのような表明を許容してはならないとする)のである⁷²⁾。

さらに、社会における(対等な)コミュニケーションという観点を基盤に据えることで、尊重要求に値する妥当価値にかかる限定にも示唆が与えられる。すなわち⁷³⁾、

刑法は、人間の共同体における存立と発展

69) このような尊厳概念の歴史的出处について本稿で詳言することはできないが、川出良枝「精神の尊厳性——近代政治思想における自律的名誉観念の生成——」思想934号4頁(2002)が参考になる。川出によれば名誉概念には社会における地位とその承認を意味する名誉と、社会における承認に依存しない「固有かつ内面的な名声」としての名誉とがあり、前者が「私たちにも同等の名誉を」という要求に結びついて市民革命の思想的動因となつたのに対し、後者は市民として最低限の「善悪を判断できる理性的・道徳的存在である」という意味の「精神の尊厳」と捉えられ、革命後の市民社会において「人間一般という抽象的なカテゴリーを介在させる形ではあるにせよ、個人と他者とを結び合わせる役割をかりうじて継承した」という。規範的名誉説とそのコミュニケーションの視点を導入することによる発展は、後者の名誉概念と親和性を有しているように思われる。

70) Rainer Zaczky, a.a.O. (Anm. 63), vor § 185 ff Rn. 1.

71) Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

72) 私見として、対人的名誉概念と機能的名誉概念には互いに重なる部分が大きく、必ずしも相互に排他的ではないと考えられる。団体に対する侮辱や集団的侮辱を説明するという観点では、人間の尊厳に依存しない機能的名誉概念に優位性があるが、対人的名誉概念は個人に対する名誉犯罪が個人の存立を脅かすという側面をよりよく説明できているし、歴史的経緯としても尊厳を名誉の説明から排除することはできない。名誉概念の基盤となる説明としては対人的名誉概念を用いつつ、それでは説明に窮することになる、団体あるいは集団への侮辱については機能的名誉概念に軸足をおけばよいのではないか。

73) Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

を可能たらしめるために不可欠な「相互承認関係」を保障することに自らを限定しなければならない。したがって、否定的性質（被害者の不十分さ、劣等性）を帰することにより「名誉」が「汚される」限りにおいてのみ、185条以下により妥当価値が保護される。このことは、特別な功績や際立った身分等々を否定することにより、単純にある者の実際に相応しいという意味での妥当価値を否認する行為には185条以下が適用されない、言い換えると、名誉は高められえない（nicht steigerungsfähig）という意味において意義がある。

刑法により保護すべき名誉は、社会における（対等な）コミュニケーションに値する主体として認められるための規範的な期待を満たしているということに限られる。そのことを承認し尊重することだけが、相手を社会におけるコミュニケーションから疎外しないための（社会に存在する全ての主体に共通する）条件だからである。妥当価値という概念に、人格的、倫理的、社会的といったいかなる「色」がつかうと、それらが最終的に指示する内容が上記に限定されていれば、社会内の評価、地位、あるいは任務の全般に「妥当価値」の保護を拡張するという事態にも、単なる名誉意識・名誉感情を保護する事態にもならないと考えられる。

以上で、ドイツにおける名誉犯罪の保護法益論の展開を一通り追いかけることができた。外部的／内部的名誉という古典的な分類に基づく外部的（社会的）名誉説は、尊厳ではなく社会における地位や任務に相応しい資質や能力を名誉概念の基盤とするために全ての自然人に妥当するはずのものとしての名誉を説明できず、他方で内部的（倫理的）名誉説（及び旧来の規範的名誉説）は、毀損され得ないはずの尊厳をなぜ保護客体とできるのかの説明を求められていた。通説としての規範的名誉説はこの問題につき、名誉の基盤を尊厳だとしつつ保護客体は妥当価値についての尊重要求であるとする一応の回答を与え、判例にも採用されている。そして尊重要求がなぜ保護に値する法益なのか、妥当

価値という概念への枠付けは可能なのかという規範的名誉説に残された課題については、対人的名誉概念や機能的名誉概念といった発展的な見解に共通する点としてみられる、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点が示唆を与えている。刑法は、相手を社会におけるコミュニケーションに値しない（規範的な期待を満たせない）存在だと一方的に断じてコミュニケーションから疎外する行為を、社会に存在する諸個人や諸機関といった主体の存立及び活動（あるいは発展）のために、処罰対象とするのである。

以上を踏まえて次節では、ドイツにおける侮辱罪の裁判例をいくつかとりあげ、規範的名誉説の下で、実際の事案において侮辱がどのように基礎付けられあるいは限定されるのかについて、観察してゆく。筆者の能力不足から判例調査としては甚だ不十分な規模にとどまったが、多少なりとも示唆を加えたい。

3 裁判例でみる侮辱行為の基礎付けと限定

人間の尊厳を基盤とする名誉概念の規範的把握を前提とすると、フランクヤリストのように社会的な地位・任務に名誉を紐づけるということがなくなるため、規範的名誉説は理論的には、侮辱行為の成立範囲を拡張する方向へと進んでいる。しかし他方で、規範的名誉説にも、コミュニケーション及び疎外の観点から独自の限定枠組みがありうることを述べた。そこでここでは、実際の裁判例において侮辱行為の成否についてどのような判断ポイントがあるのか、そして、規範的名誉説の採用がそこにおける判断とどのように関わることかということのみてゆく。

(1) 表明行為の存在

ドイツにおける侮辱罪には、公然性要件がない。しかし、少なくとも、被害者または第三者に対する「表明」という要素を含む行為でなければならない。この点に関して、自分の親密圏にある者に漏らした侮辱表現でも「表明」された侮辱にあたるかという問題と、セクハラ等の非言語的な行為が「表明」に当

たりうるかという問題とが存在する。

a 親密圏のコミュニケーション

一つ目の問題について参考になる判例としては、OLG Hamburg, NJW1990, 1246 がある。本判例の事案は、そもそも別件の侮辱罪を理由に有罪判決を受けていた被告人が、その控訴審中に、裁判所の廊下（検察官や証人等、数人が行き来していた）において自らの弁護人（Verteidiger）に対し、（量刑への不満から）「あの裁判官は人民法廷（Volksgerichtshof）⁷⁴に属している」と発言して、それを弁護人及び検察官が聞いたというものである。審理中の裁判所において侮辱罪の罰金刑が言い渡されたが、被告人はこれについて地方裁判所（LG）に上訴した。地方裁判所は、被告人と弁護人との信頼関係においてなされた発言については侮辱罪が成立しないとしてこの上訴を成功させたため、検察側がさらに上訴した。

判旨はまず、被告人の発言が裁判官に対する形式的侮辱（Formalbeleidigung）を構成するとしている。「人民法廷に属している」という発言は、裁判官の判断に対する批判を遥かに逸脱しており、それ自体汚言に等しい許容されない行為だというのである⁷⁵。

しかし他方で、弁護人に対して個人的に放言したのみととれる本件の行為が処罰に値する表明行為といえるのか。判旨は、親密圏における侮辱が許容されうることの趣旨から説明する。曰く、

ここでの問題の出発点は、最も親密な家族のうちで（im engsten Familienkreis）第三者についてなされた侮辱の表明については、通常の場合侮辱たる性質を認めないという、判例及び学説の支配的見解が作り上げてきた原則である。……

かかる不処罰の（straffreien）領域を残している理由は、処罰を恐れる必要なしに自己を表現し、気持ちを鎮め、また、何かを伝えたい欲求（Mitteilungsbedürfnis）を自由に発揮することのできる自由な領域を

持つことが、人間には必要であるということに見出される。

そして、かかる理由づけが、弁護人と依頼者との信頼関係にも（StGB203条3項の定める弁護士等の秘密保持義務も踏まえながら）拡張されうるとする学説も紹介している。公然性要件のないドイツで、親密圏の、あるいは特別な信頼関係のある相手との会話に侮辱罪を適用しない理由は、やはりコミュニケーションの保障という観点から得られるのである。

もつとも、本判決は結論としては、形式的侮辱については上記の拡張がなされる余地はないとして、侮辱罪の成立を認めた。その理由は、弁護人と依頼者との特別な信頼関係に基づくコミュニケーションを保護するならばその趣旨は依頼者に効果的な法的助言（effektive Rechtsberatung）を与えることを妨げないためであって、相手方や裁判官を単に罵倒・中傷するような形式侮辱を保護しても、その趣旨に資さないということである。この判旨は、（発展した）規範的名誉説により明晰に説明することができる。まず第1に相手をコミュニケーションに値しないと扱うような軽蔑の表明は侮辱である。そして第2にそのような表現も自由であるべき親密圏のあるいは特別な信頼関係のある相手とのコミュニケーションという領域が想定されうる。しかし第3に、それはあくまで例外的な措置であって、その関係特殊的なコミュニケーションを認める趣旨に沿わないほどに逸脱的な表現については、上記の保護が外れ、再び侮辱の表明と認定される。このようにして本判例を、コミュニケーションの保障という立脚点は一貫しており、その枠内で一般的な保障領域と関係特殊的な保障領域との調整が図られているものと解することができる。

b 非言語的な行為と「表明」

非言語による行為が侮辱になるケースとして、典型的に議論されるのは性的暴行・セクハラに関する事案である。前掲 BGHSt 36,

74) ナチス・ドイツ期に設置されていた裁判所であり、政治犯への人権侵害的処遇などから悪名が高かった。

75) 形式侮辱については、真実の主張による可罰性の排除（192条）も適用されないことについては先述した。

145 も、結論としては侮辱罪の成立を否定しているが、「全体事情に基づき、行為者の振舞いが同時に被害者に対する軽蔑の評価と見做される場合」は性的暴行・セクハラが同時に侮辱行為ともなることを認めている。

これに関して、性的暴行の侮辱該当性を認めた裁判例としては、BGH, NJW1986, 2442 が挙げられる。この事案は、被告人ら複数名が、当時 14 歳の少女に対してアパートの一室で入れ替わり立ち替わり（無償での）性行為に及び、また、被告人ら同士も少女の面前において肛門性交（*Analverkehr*）等に及んだというものである。地裁は、性行為の強制性が立証されなかったとして強姦罪の成立を否定した。そのため、暴行による侮辱の主張で上訴された。

BGH はまず、性的暴行の侮辱該当性の要件について「行為者の振舞いが、個別の事例における特別の事情（*besonderen Umstände*）により、性的行為に通常伴われる（*regelmäßig verbundene*）程度を超えて性的名誉（*Geschlechtsehre*）を侵害したといえる場合」には、侮辱罪を適用できるとする。そして、重要なのは性行為自体でも行為者たちが少女を売春婦（*Dirne*）などと呼称したか否かでもなく、性行為の開始・遂行をとりまく状況や性行為の遂行の仕方であって、とりわけ本件のような少女に対する事件では、少女が性的名誉を放棄することの意味を未だ十分理解していないにもかかわらず、（不当にも）要求された振舞いによって一般的軽蔑（*allgemeiner Mißachtung*）〔の対象〕へと自らを置くことになったかが問題であるという。この観点から判旨は、本件について、性行為が少女と面識のない複数の男性により行われたことや、性行為がその内容や執拗さにおいても逸脱的であったことを認定して、「被告人は当時 14 歳の少女の社会的尊重要求をその

振舞いにより故意に侵害し、またそれにより、彼女の性的名誉への軽蔑を表明した」として侮辱罪の成立を肯定した⁷⁶⁾。

この判決ではまず、非言語による行為によっても、尊重要求の侵害という侮辱行為が成立しうることが示されている。本件で少女が被った性的暴行の被害は、それ自体少女の社会的地位を危殆化するようなものではない。しかし性的暴行を通じて「この女は自分の身体をタダで売春婦のように扱われても平気なのだ」という抽象的価値判断が表明されていれば、それは（本判決当時において）少女を社会における（対等な）コミュニケーションから疎外することの表明行為といえるから⁷⁷⁾、その意味において、社会的妥当価値への尊重要求が侵害されているのである。しかし他方で、この判決は、性的暴行が単に不当で不快な取り扱いであることによって侮辱であるとはしていない。第 1 に、暴行が単に暴行であるという意味において名誉（または尊厳）の侵害であることを超えて、一般的軽蔑に結びつく妥当価値の無視・軽視にもなっていなければならない（妥当価値との関連性）。そして第 2 に、その無視・軽視の行為が、妥当価値の無視・軽視を表明する行為であったといえるための、特別の事情が必要である（表明行為といえる特別の事情）。非言語による行為を侮辱だと認定することは、実際には相当慎重になされているといえる。

実際、いわゆるセクハラ行為が常に同時に侮辱と認定されるものではないことを示したのが、OLG Düsseldorf, NJW 2001, 3562 である。この事案の被告人は、女性を女子トイレの個室まで尾行して、個室扉の下の隙間から覗いた。女性がすぐ気付いたので、覗きの時間は 10 秒程度で終わった。原審は同行為に侮辱の成立を認めたので、被告人が上訴した。

76) 本判決は、性犯罪類似の行為のための受け皿として侮辱罪を用いることを否定した前掲 BGHSt 36, 145 より前のものであるが、規範部分でほぼ同一のことを述べていること、また成人 2 名の 1 回きりの行為であった BGHSt 36, 145 と異なって、上記のような逸脱性（軽蔑の対象となりうる性行為であること）を認定していることからすれば、なおその結論に妥当性があると考えられる（実際、Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 29 では BGHSt 36, 145 とともに肯定的に参照されている）。

77) より規範的には、「売春婦」という職業が社会から疎外を意味するというより、自分の身体や性交渉をぞんざいに扱われても平気な、それらに対し尊重と配慮を要しない程度の存在であるという認定が疎外を意味するという方が正確であろう。もっともこのような説明も、社会的文脈の変化とともに妥当性を失う可能性はある。

判旨は、前掲 BGHSt 36, 145 及び BGH NJW 1986, 2442 の規範を引用したうえで、次のように述べて表明行為の必要性に言及する。

……行為者が人間の尊厳、一般的人格権、さらには性的自己決定 (sexuellen Selbstbestimmung) の自由を軽蔑することを伴う性関連行為 (sexualbezogene Handlungen) は、他者の人格権に介入したり傷つけたりする (berühren oder verletzen) 侵害 (Eingriffe) を意味する；しかし、これがそのまま刑法上も意義を有するわけではなく、行為者が被害者の名誉を傷つけた場合に、すなわち被害者の名誉の欠如 (Ehrenmangels) を表現することで軽蔑を表明した (kundgibt) 場合にのみ、「性的」侮辱として問題となるのである。

判旨は、本件のような覗き行為というセクハラについて、この「軽蔑の表明」にあたる客観的説明的価値を認めるためには、行為者が本件よりもさらに相当長時間に渡って被害者を凝視し (angestarrt)、または凝視しながら何某か振舞うことにより軽蔑的価値判断を表明するなどの特別な事情が必要であるとする。本件では、被告人は被害者を 10 秒程度覗いただけであるから、このような事情はなく「軽蔑の表明」たる侮辱行為は認定できないとした⁷⁸⁾。

性的暴行・セクハラに限らず、何らか法益侵害を行う者は、その相手の法益を尊重しない態度を常にとっている。そして、それが人格的法益であれば、相手の人格権を尊重していないことを意味しうる。しかしそのような態度が侮辱行為に該当するというためにはさ

らに、相手に尊重されるべき妥当価値が存しないという判断を表明する振舞いが必要になるのである⁷⁹⁾。この限定により、公然性要件がないとしても、相手の妥当価値を否認することが前提となるあらゆる不当な（表明を伴わない）行為を片端から侮辱行為とすることを回避できている。

(2) 表明内容の解釈

表明があったとして、次にするべきはその内容の解釈であり、それは事実審裁判所の任務とされる。ここでは解釈による侮辱肯定例と否定例を一つずつ扱い、実際の判断過程についての参考とする。

まず、肯定例としては OLG Stuttgart, NSTZ-RR 2009, 50 がある。被告人は、警官を指差して⁸⁰⁾、「A.C.A.B」と発言したので、この意味が問題となる。

判旨は、「A.C.A.B」の意味内容を解釈するにあたり、「受け手側の視点 (Empfängerhorizont)」に加えて、特定の人口グループにおける用語法も含めた、全事情を総合考慮しなければならぬとしたうえで、「A.C.A.B」という略語は若者カルチャーや右翼の集団において「警官はみんなクソッタレだ (all cops are bastards)」という意味で用いられているという事情を指摘する。そして、本件の状況においてこれ以外の意味で「A.C.A.B」が用いられたという現実的可能性もないから、本件の「A.C.A.B」も「all cops are bastards」の意味であるとした。なお、「bastards」はその原義においては「非嫡出子」のことであり価値判断を伴わないはずであるが、現在では、英語圏においてもドイツ語圏においても「明確に蔑称 (abwertenden Charakter) であり専ら相手の劣等性を表現するために用いられている」ため、この呼称自体によって被害者の社

78) 性的暴行・セクハラが問題となった類似の事例として、AG Lübeck, JuS 2012, 179 (ボトルに詰めた自らの精液を、「密かに」女性の臀部に噴射した行為) など。

79) 古くは BayOBLGSt 1963, 141 も、他人の家の窓に投石をした行為について、もしそれが相手の権利や法益は全然尊重に値しないということの表明という側面を有していたといえる特別な事情があれば侮辱に該当しうるが、本件ではそのような事情はなく、むしろ被告人は投石後に何のアピールもなくすぐに逃走したのであるから（投石した本人に軽蔑する意図があったとしても）客観的に侮辱行為と認定することはできないとした。

80) この指差し行為によって個人を対象に特定していたといえるため、集団的侮辱については検討を要しない。一方で、BverfG, NJW-Spezial 2016, 472 では（サッカースタジアムにおいて）「A.C.A.B」が刻まれているズボンを着用していたという事案であったため、特定の警官を対象にした行為とはいえず、集団的侮辱の成否が問題となった（結論否定）。

会的な値する尊重要求 (sozialen Geltungsanspruch) への侵害があったといえと認めた。

つまり、言語表現による侮辱行為を認定するためには発言 (記載) 内容の解釈が当然必要であって、その解釈は、まず発言 (記載) の意味するところを社会的、あるいは状況的文脈から特定して、次に、特定された意味内容が社会において相手の劣等性を表現するものであると捉えられているかを検討することによって行われる。発言内容の解釈が受け手の視点のみならず全事情の総合考慮によって行われるということ、単に無礼な表現では不十分で、「相手の劣等性を表現する」表現であることを要することが重要である。

この検討手法により侮辱の成立が否定された判例としては、LG Regensburg, NJW 2006, 629 がある。この判決の事案は、被告人宅に訪れた⁸¹⁾ 警官 2 名に應對中に、娘が「この人たち „Bullen“ ?」と訊いたので、「うん, „Bullen“ だ」と答えたという事案である。„Bulle“ は辞書的には雄牛だが、方言で「警官」も意味する。原審は侮辱罪の成立を認めたので、被告人が上訴した。

判旨は、他人を „Bulle“ と呼称することが好戦的で横暴な動物と同一視するという意味で蔑称としての意味を持ちうることは認めつつ、社会的文脈と状況的文脈の双方から、本件はこれに当たらないとした。まず、社会的文脈においては、„Bulle“ が特段軽蔑の意図を含まず警官を指すということが一般的に受け入れられつつあるとの指摘が重要である⁸²⁾。社会において価値中立的なものとして受け入れられている表現は当然、客観的に相手の妥当価値を尊重しない表現に当たらない。曰く、「StGB185 条の保護客体は、何らかの形で定義づけられた名誉概念ではなく、-事案に関連する-具体的状況における (警察官の) 具体的尊重要求である。しかしこの尊重要求は、社会生活の現実 (Wirklichkeit des sozialen Lebens) により基礎づけられ、

——とりわけ——制限される」。また、状況的文脈では、娘が „Bullen“ かと聞いたことに対して咄嗟に応答しただけであることも (否定方向に) 考慮すべきであるとする。

185 条が社会における (対等な) コミュニケーションを保障するために、各人の妥当価値についての尊重要求を保護する法であるとすれば、侮辱行為の該当性をコミュニケーションの状況や社会における理解のされ方を基盤に判断してゆくことは、自然なことである (これは、外部的 (社会的) 名誉説が、被害者の社会における評価または地位という意味で社会に目を向けることとは異なる)。社会における (対等な) コミュニケーションから疎外されるべき対象を指示する侮辱の表現は、社会の変化に伴ってやはり変化する。

(3) 表明内容と妥当価値との関連性

最後に、表明行為があり、表明内容が侮辱を意図した内容であると確定したとして、それが客観的に妥当価値と関連しているといえるかという問題を、表明内容の解釈と区別して扱う。これについて論じている判例として、OLG Hamm, NStZ 2011, 42 がある。

被告人は、従前から仲の悪かった隣人に対して、車の窓を開けて、その入れ歯 (Gebiss) を嘲笑った (判旨には「お腹が痛くなるほど笑った」とある)。原審は同行為に侮辱の成立を認めたので、被告人が上訴した。

そこで判旨は、意見の自由 (基本法 5 条) との衡量を念頭に、StGB185 条の侮辱行為に該当するか否かの事実認定はありうる解釈を慎重に検討してされなければならないことを述べたうえで、以下の通り侮辱の定義に基づく限定をかけた。

刑法 185 条の意味における侮辱は、否定的性質を帰せしめることにより被害者の倫理的・人格的・社会的な妥当価値が全体的にまたは部分的に否定する、つまり、これら 3 つの側面のうち 1 つについて劣等性または不十分さを示すという特別な意味での軽

81) 被告人の飼い犬が野生動物を殺してしまったので、獣医同伴で来訪したようである。

82) 判決では、人気テレビ番組が „Der Bulle von Tölz“ などの表現を普通に用いていることも考慮している。なお、判旨は、もし „Bullen“ が他の動物の呼称と同時に用いられていればそれ自体が侮辱と捉え直されることになるとも述べており、これも、状況的文脈の考慮という観点から適切と思われる。

蔑または軽視 (Missachtung oder Nichtachtung) の表現を要件とする。単に無礼 (Unhöflichkeit) や不作法 (Taktlosigkeit), さらには不適切な冗談 (Scherze) や「からかい (Foppereien)」も、被害者の劣等性を表明したといえる特別の事情がない限り、十分でない。

そして、本件では(大袈裟に) 入れ歯を笑ったという行為があるのみで、それが単なる無作法以上に被害者の倫理的、人格的、または社会的な劣等性を表現しているとの説明的価値 (Erklärungswert) を有するとは評価できないので、侮辱行為と認定することはできないとした。

この判決については、他人を馬鹿にする言語的・非言語的行為の全てを当罰的な侮辱行為と認定するわけではなく、社会における(対等な) コミュニケーションの相手であることを否認するような、妥当価値への尊重要求の軽視あるいは無視を含む行為のみが該当するということが重要である。これにより、無数にありうる「馬鹿にする」行為から処罰すべき行為を選別する道が開けている。

なお、かかる説明的価値の有無は、裁判所による規範的判断により決するものであり、必ずしも社会通念のみに依らない。このことを示す判例が、LG Tübingen, NStZ-RR 2013, 10 である。事案は、警察官らに血液採取をされていた被告人が、警察官を罵った発言のうち、「同性愛者 (Homosexuelle)」と呼称した部分の侮辱罪の成否が問題となったものである。

状況から考えれば、被告人が侮辱の意図で上記を発言したことは明らかだといえる。しかし判旨は、まず、規範的名誉概念に従えばある表現の客観的な侮辱行為該当性は当事者の主観には依存しない、社会において個人に属する妥当価値を否認するような軽蔑あるいは軽視の表明であるため、「法秩序における評価を考慮に入れて」解釈する必要があるとした。そして、「同性愛者」であるというこ

とが社会における妥当価値の否認であるとするのはむしろ現状の社会の価値観と法制度 (基本法3条, 反差別法 (Antidiskriminierungsgesetzes (ADG)) 1条など) に矛盾するとして、侮辱の成立を否定した⁸³⁾。これはやや手堅すぎる判示と思われなくてもないが、突き詰めれば、社会の現実としては社会的評価・地位を毀損するような表現・呼称が発言されたとしても、それが客観的・規範的に考えて妥当価値の否認とは認められ得ない (認められてはいけない) 場合には侮辱の成立を否定することもありうるということが示されており、外部的 (社会的) 名誉説との差分になりうるであろう。

4 小括

ドイツにおける名誉犯罪の保護法益論について、現状の判例・通説は「人間の尊厳により生ずる妥当価値への尊重要求」を保護法益と解する規範的名誉説であり、構成要件の解釈や判例の説明も、これにしたがってすることができる。そして、規範的名誉説に残された曖昧さを解き明かす観点としては、社会における(対等な) コミュニケーションの保障を軸に据える、対人的機能概念あるいは機能的な名誉概念が有用である。

規範的名誉説を基本的基盤としつつ、名誉犯罪がそもそも、社会における(対等な) コミュニケーションの基盤としての相互承認関係を確保するために、人間の尊厳にしたがって生ずる妥当価値を相互に尊重させることにしているのだという説明を加えることによって、処罰の基礎付けという観点では、必ずしも社会的な地位または任務と結びつきはしないが被害者との(対等な) コミュニケーションを無視・放棄するような(すなわち相手を「同じ社会に存在してよい主体として扱わない」ような) 表明行為を処罰の対象とすることができる。そして処罰の限定という観点でも、表明行為の有無、表明内容の解釈、妥当価値との関連性の評価という各判断ポイント

⁸³⁾ なお、被告人が単に „Homosexuelle“ というだけでなく、「不潔なフェラチオ野郎 (dreckige Schwanzlut-sche)」や「ホモ野郎 (Schwuchteln)」と呼称していた部分については、当然に侮辱行為に該当するとしている。

において、一定の枠付けを与えることができている。

このような近時の見解に至るまでのドイツにおいては、内部的（倫理的）名誉説、外部的（社会的）名誉説、（旧来の）規範的名誉説がそれぞれ検討され、乗り越えられてきた。それに対し日本では、外部的（社会的）名誉説が圧倒的通説であり、少なくとも教科書等においては、他の見解は、いわば型通りに退けられる役割のみを演じているように看取される。そこで次章では、侮辱罪改正後の日本におけるドイツ的な保護法益の把握が有望であることを主張し、ドイツ的な把握の障害及びその克服可能性について沿革についての説明を交えつつ論ずる。

IV. 私見——日本における議論の来歴と指針——

1 現代的な態様の侮辱のドイツ的な把握

Ⅱ「日本における名誉犯罪の現在」では、日本における侮辱罪の適用が従前は（少なくとも裁判例を見る限りは）確かに、社会関連性の高い表明行為に集中していたこと、しかし法定刑を引上げる改正の前にはすでに、表明の態様・対象・内容のいずれでも社会関連性が希薄だと言わざるを得ない表明行為にも侮辱罪が適用されつつあったこと、そして、近時に施行された侮辱罪の法定刑を引上げる改正は、事象としてはインターネットにおける誹謗中傷に着目しているものの、その被害の実質は、人を人とも思わない空疎な中傷・罵倒の羅列によって被害者の精神が追い詰められるということにあり、被害者の社会的評価・地位を危うくするという側面は問題の中心ではなかったということを述べてきた。

私見として、このような現代的な態様の侮辱に法定刑を引上げるべきほど高い当罰性を認めるのであれば、外部的（社会的）名誉のみを侮辱罪の保護法益だとする見解は維持し難いと考え。したがって、被害者の精神的苦痛に焦点を当てた立法論を検討する取り組

みと並行して、侮辱罪の保護法益について再検討することも、法定刑引上げ後の侮辱罪についてその基礎付けと限定を考えるために必要となる。外部的（社会的）名誉及び被害者の精神的苦痛の観点のみでは現代的な態様の侮辱の当罰性を捉えきることができず、法定刑引上げ後の侮辱罪の適用実務が枠付けを失う恐れがあるからである。

ここで出発点として正面から受け止めるべきは、現代的な態様の侮辱の行為と被害の態様は、被害者の社会的評価・地位への攻撃あるいは被害というよりも、被害者のより内面的な部分への攻撃あるいは被害と捉えることが相応しいという事実である。しかし、内面的とはいえ名誉感情を保護法益とすることには問題がある。保護法益への侵害の程度を、（そもそも名誉感情を有する程度の認知能力があるかということを含めて）被害者の主観にかからせることになるからである。そこで、外部的（社会的）名誉説でも受け入れざるを得なかった、「外部的名誉の下限を規範的に把握する説明」が想起される。かかる説明の背景には、社会的地位や名誉意識・名誉感情の有無によらず、規範的に把握される全ての人間の名誉が存在することを、どうしても否定しきれないという感覚が存在するはずである。

そしてその「否定しきれなさ」を言語化すれば、結局人間の尊厳に行き着くのではないか。侮辱罪の問題関心の中核に躍り出ている「人を人とも思わない空疎な中傷・罵倒の羅列」とは要するに、人間の尊厳を軽視・無視する表明行為であり、それゆえに、社会が現に与えている評価・地位への影響と関わりなく、被害者の主観にも左右されず、その当罰性を認められるべきなのである。

人間の尊厳を名誉の基盤と考える見解は、日本においては、人間の尊厳（あるいは、人間の真価）を直接に保護法益とする内部的名誉説と同一視されてきたように思われる。この意味での内部的名誉説には確かに、本人以外には毀損され得ない人間の尊厳は保護することもできないという批判が妥当する。しかし、Ⅲ「ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為」で見えてきたように、ドイツにおける規

規範的名誉説はこの批判をすでに乗り越えている。規範的名誉説は、人間の尊厳を直接に保護法益とはせず、尊厳の一面である妥当価値への尊重要求を保護させるのであり、それにより、尊重要求に対する侵害というありうる形の振舞いを処罰対象とすることができる。そして、規範的名誉説に残された課題である「妥当価値」や「尊重要求」の（または「尊厳」概念自体の）抽象性についても⁸⁴⁾、対人的名誉概念や機能的名誉概念など近時の見解が、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点から一定の解決を与えているのである。妥当価値への尊重要求を侵害させないことの意味は、そうすることで形成・維持される相互承認関係こそ、社会の中である主体が自立した責任ある主体として振舞い、発展してゆくための前提条件であるということにある。したがってまた、「刑法は、人間の共同体における存立と発展を可能たらしめるために不可欠な「相互承認関係」を保障することに自らを限定しなければならない」という形で、「妥当価値」や「尊重要求」というそれ自体は曖昧な概念に、侮辱罪を適用する場面においては、一定の枠付けが与えられる。

名誉概念のこのようなドイツ的な把握は、日本における現代的な態様の侮辱の把握に適している。テラスハウス事件でとりあげた「「性格悪いし、生きてる価値あるのかね」「いつ死ぬの?」「死ねやクソが」「きもい」などといった悲惨な」言辞は、被害者の社会的評価・地位を脅かすからというより、それが、被害者を社会における（対等な）コミュニケーションの相手と認めないという疎外を表明する行為であるからこそ被害者に深刻な不安と自己否定を生じさせ、ときにはさらなる深刻な結果をもたらすのだと考えられる。人間は社会を離れては生きられない。社会における相互承認関係から相手を一方的に疎外する行為は、それ自体が重大な危険性を孕んで

いる。対人的名誉概念の論者が、「人間の尊厳に従い要求される承認関係が確立して初めて、人間は自立した主体として社会において自信と責任をもって振舞うことができるのであり、理由もなく承認を拒絶されると、この自立性を損なうという実害が生じうる」というのは、この危険性をよく表現している。また、そのような危険な言説を許容する社会では、自然人も団体も、相互承認関係を円滑に築くことができない。さきに言及した法制審資料の令和2年事例集にあるような、空疎な中傷・罵倒の氾濫をそのままで放置すれば、その社会の中でコミュニケーションをとろうとすること自体が空疎で苦しい試みとなり、社会全体における自然人や団体の存立、機能、及び発展が損なわれるであろう。機能的名誉概念の論者が、「他者とのコミュニケーションに必要とされる基本的な能力を否定することが、諸個人及び諸機関を社会において存在させ活動させるための前提条件としての相互承認関係を破壊する」というのは、このことをよく表現している。

さらに、このドイツ的な把握の導入は、改正後の侮辱罪の適用場面を限定し枠付けることにも役割を果たすと期待される。社会におけるコミュニケーション、あるいは相互承認関係の保障に侮辱罪の役割を限定すれば、侮辱罪の適用対象となるのは、単に乱暴な振舞いでも、単に人を傷つける表明行為でもなく、社会における（対等な）コミュニケーションに値するために規範的に期待されるモラルと理性を相手が備えているということを否認するような表明行為に限られる（すなわち、「名誉は高められない」）。尊重要求を保護することの帰結は、人を尊重していない行為の全てに侮辱罪の適用を開くことではない。むしろ、そもそも表明行為があるのか、表明内容をどう解釈するか、解釈された表明内容が妥当価値と関連性を有するかといった一つ一つの判断において、規範的な基礎付けと限定

84) 平川宗信は規範的名誉説について、人間の尊厳を客観的に認識・評価することも、それに相応しい取り扱いはすることも、現実的には不可能であるから、「自己の全人格的価値を認識・尊重し、自己をそれにふさわしく遇することを要求する」ものとしての尊重要求を刑法的保護の対象とすることは「理想主義的ではあるが非現実的である」という（平川・前掲注27）156頁）。もっとも、平川の批判を採るとして、平川が名誉犯罪の保護法益であると主張している普遍的な名誉の保護にも同じ批判が妥当しないのかということ疑問である。

とを意識することになるのである⁸⁵⁾。もちろん、外部的（社会的）名誉説を維持して、社会的評価・地位と結びつく表明のみを処罰する場合と比較すれば、ドイツ的な把握を導入した場合に全体として処罰が拡張することは避け難い。しかし、実務及び立法の問題関心が「社会的評価・地位と結びつく表明のみを処罰する」ことから逸脱しつつある現状において比較すべきは、建前として外部的（社会的）名誉説を維持しながら、それとはねじれた侮辱罪の適用を（迂回的な説明によって）許容することと、正面からドイツ的な把握を入れて処罰の拡張を説明することではないか。そのように考えたとき、理論上は「社会的評価・地位」という縛りがかかっているが内実は被害者の精神的苦痛を刑事事件として扱いたいという処罰欲求に突き動かされる状況が、端的に「社会的評価・地位」という縛りを外して、「尊厳」あるいは「妥当価値」という観点から処罰を基礎付けることを理論的にも承認し、その観点からの枠付けを検討してゆく状況よりも、抑制的であるとは言いがたいと考える。

外部的（社会的）名誉説を再考し現代的な態様の侮辱をドイツ的に把握することは、とりわけ法定刑引上げ後の侮辱罪について議論するうえで、上記のように有用な指針となる。しかし、日本においては強固な通説として定着している外部的（社会的）名誉説を乗り越えるためには、さらに、2つの問題を扱わなければならない。1つ目は、外部的（社

会的）名誉説の強固さそのものである。同説がほとんどの教科書に共通する見解となっている限り、同説で説明しきれない事象を示したとしても、それだけでは、同説の微修正、あるいは同説からの迂遠な説明で対処することが穏当な解決であるということになりかねない⁸⁶⁾。よって、本論文では同説の形成期に着目して、同説にそこまでの擁護すべき重みがあるのかということについて論ずる。そして2つ目は、ドイツには名誉犯罪の一般的要件として設けられてはいない、公然性要件の存在である。公然性要件は、明らかに外部的（社会的）名誉説を支える根拠の一つである。規範的名誉説では、公然性の認められない状況でも、それが表明行為として成立していれば、侮辱行為と認めるといわなければならない。公然性があれば一般に妥当価値への尊重要求に対する侵害の程度が大きいともいえないから、特に重大な類型に限って処罰を定めた趣旨であるとするのも困難だろう。そこで本稿では、公然性要件の存在が「ドイツ的な把握」と両立し難い事情であることは認めつつ、侮辱罪の制定沿革を追って、そもそも現代的な態様の侮辱に際し公然性要件を維持すべきか、また少なくとも、保護法益論を規定できるだけの中核的要件といえるのかについて論ずる。

つまり、以下で述べる残された問題への対処は、通説と公然性要件の経路依存性を説明することで、それぞれの保護法益論にかかる重みを減らすという方向へと進む。

85) この観点で我が国の判例を評価すると、前掲東京高判昭和51年5月13日（「カバ」、「チンドン屋」、「キョロ」、「法律違反者」）は、一つ一つの単語自体に侮辱にあたる表明行為としての性質を読み取ることができるかは微妙であるものの、これらを併せて読めば、相手をモラルと理性を備えていない動物並みの相手と評することの表明だと認められるであろう。また、前掲最2小決平成18年9月11日（「おいデブデブ」等）は、言葉自体が侮辱に該当する表明行為であるとはいえない（前掲 OLG Hamm, NSz 2011, 42 参照）けれども、執拗に絡んで被害者の容姿を揶揄し続けたという態様によって、被害者には配慮すべき人格がないという扱いをするという意味での「軽蔑の表明」にあたる客観的説明的価値を認めることができるだろう（前掲 OLG Düsseldorf, NJW 2001, 3562 参照）。他方で前掲大判昭和10年4月8日（鉄道参与官の変節を、「反対の行動のみを為したる者なるに拘らず……恰も自己の努力に依り開通せしめたるが如き祝辞演説を為すとは運命は皮肉なもの」などと揶揄した行為）については、相手が鉄道参与官という社会的地位に値しないという評価を表明してはいるが、それ以上ではないため、「名誉は高められない」ことに従い侮辱行為と認めることはできない（裁判官を「人民法廷に属する」と表現した OLG Hamburg, NJW 1990, 1246 と比較すれば、その懸隔は大きい）。これは規範的名誉説が外部的（社会的）名誉説よりも処罰を限定する側面だが、その結論を含めて妥当であろう。

86) 例えば、亀井・前掲注 29) 11 頁は、現代的な態様の侮辱を正面から捉えているのは尊厳あるいは人格の否認という説明であることまでは認めつつ、傷害罪はあくまで人の身体を保護法益とする犯罪だが、被害としては尊厳の侵害も含みうるのとパラレルに、侮辱罪も、あくまで外部的（社会的）名誉を保護法益とするが、被害としては尊厳あるいは人格の否認も含むと考えればよいと述べる。

2 外部的（社会的）名誉説の経路 依存性

(1) 議論の端緒としての用語法の確認

日本において強固な通説として定着している外部的（社会的）名誉説の形成過程を探るにあたり、議論の端緒として、（逆説的ではあるが）現在通用している教科書レベルの記述を確認しておきたい。これにより、日本における議論がどこまでドイツにおける学説の展開を追っており、どこから独自の展開を見せているかが明らかになる。

まず、「どこまで」の問題は、先述したことと重複するが、ありうる名誉概念の分類法から推察できる。一例として引用すると、以下の通りである⁸⁷⁾。

刑法典は、「名誉に対する罪」として、名誉毀損罪（230条）と侮辱罪（231条）を規定しており、その保護法益は名誉である。名誉の概念は、一般に次の3つに分類されている。すなわち、①内部的名誉（本人に内在する人格的価値・人の真価）、②外部的名誉（他者による評価・承認〔人に対する社会的評価〕）、③名誉感情（本人が自己に対して主観的に抱いている主観的名誉・名誉意識）がこれである。

この、人の真価である内部的名誉と社会が与える人に対する評価である外部的名誉とをまず対置し、（これらが主体の主観によらず定まるのに対して）主観的名誉である名誉感情・名誉意識とをさらに対置するという分類法が、ドイツにおいてはフランクなどに見られた古典的分类と全く同一であることは明確である。他の教科書においても、内部的名誉と外部的名誉を対置し、さらにそれらを主観的名誉と対置するという分類法はほとんど共通しており⁸⁸⁾、結論として名誉毀損罪と侮辱罪との区別なく外部的名誉のみを名誉犯罪の保護法益と解することも含めて、我が国の

外部的（社会的）名誉説は、リストやフランクの見解をそのまま受容して固定化したものだといえる。

では、ドイツについてみてきた、外部的（社会的）名誉説が判例に受容されず限界につきあたったこと、またそこで、人間の尊厳を中核とする規範的名誉とそれ以外の社会的評価・地位や名誉意識・名誉感情という事実的名誉との区別を前提に、前者こそ名誉犯罪の保護法益の基盤であるとする規範的名誉説が通説化したことは、どの程度日本における名誉犯罪の保護法益論に影響してきただろうか。この点については、規範的名誉と事実的名誉という用語の用法が示唆を与える。再び通用している教科書から引用すると、以下の通りである⁸⁹⁾。

名誉毀損罪の客体である「人の名誉」は、外部的名誉であり、それは、人についての事実上の（積極的な）社会的評価である（これは、現に存在する評価である「事実的名誉」が保護されることを意味する。これに対し、人の真価に対応した評価を「規範的名誉」という）。したがって、「虚名」もそれが存在する以上、保護の対象となる。なぜなら、刑法230条は、他人の名誉を毀損する事実を摘示した場合には「その事実の有無にかかわらず」名誉毀損罪が成立する旨を規定しているから、摘示した事実が真実であっても（230条の2による免責を受けない限り）処罰の対象とされることは明らかだからである。このような「虚名」まで刑事罰による保護に値するかについてはかなり疑問があるが、現行法においては、こうして事実的名誉が保護されていることには疑問の余地はない。

上記における「規範的名誉」と「事実的名誉」の用法は、ドイツにおける規範的（normative）名誉と事実的（faktischen）名誉の用法とは微妙に異なっている。ドイツにおいては前者の中核は個人の尊厳あるいはそれに

87) 高橋・前掲注1)167頁。

88) 大谷・前掲注1)168頁、山口・前掲注1)134頁など。

89) 山口・前掲注1)135頁。なお、記述箇所としては侮辱罪ではなく名誉毀損罪についての記述である。

従い生じる人格的な妥当価値であり、後者はそれ以外の、外部的（社会的）名誉及び主観的な名誉意識・名誉感情である⁹⁰⁾。それに対して、我が国における規範的名誉と事実的名誉の区別は、人に対して社会が与える評価という枠内での、「あるべき評価」と「(虚名をも含む) 現実の評価」との区別を指すようであり、ドイツのように虚名は保護しないという要件構造を採るのであれば別論、日本の現行規定においては「(虚名をも含む) 現実の評価」としての事実的名誉を保護していると解する外ないという順で説明が進む⁹¹⁾。ここで重要なことは、この用語法が不適切・不正確か否かではなく、少なくともドイツにおける用語法と明確に異なることである。ドイツにおける規範的 (normative) 名誉は、虚名を保護するかという限定的な論点でのみ現れるものではなく、社会的な評価あるいは妥当価値に付き従う概念でもないのであり⁹²⁾、また、事実的 (faktischen) 名誉には社会的な評価のみならず名誉意識・名誉感情を含む。したがって、我が国のような説明内容・順序にはなり得ないのである。

もちろん、ドイツにおける規範的名誉説を正確に紹介する文献が、存在しないわけではない⁹³⁾。しかし、それはいわゆる教科書レベルの説明には結局のぼることがない。我が国で通用している名誉犯罪の保護法益論は、リスト及びフランクの外部的（社会的）名誉説を移入して以降ほとんど停止しており、外部的（社会的）名誉説の挫折（それは「あらゆる生きている人間に認めるべき名誉がある」ということから始まっているのであり、必ずしもドイツに固有の原因によるのではない）、そして規範的名誉説の通説化という、

彼ら以後の議論の展開は実質的に影響を与えられていないと言っても過言ではないのである。

そこで、リストやフランクの活躍した当時である20世紀初頭におけるドイツ学説の輸入のされ方にこの「停止」の原因を探り、その後学説が外部的（社会的）名誉説で固まるまでを扱うこととする。

(2) 外部的（社会的）名誉説の通説化と固着⁹⁴⁾

a 外部的（社会的）名誉説の導入から通説化まで

名誉犯罪（なお、明治40年刑法成立前については旧刑法358条の誹毀罪）に関する明治期の教科書の記述を見てゆくと、1900年辺りを境に、名誉概念についての記述の統一性に差があることを指摘できる。

1900年以前の教科書では、例えば宮城浩蔵『刑法正義 下』(1893)は「人ノ名誉ヲ害ストハ人ガ社会ニ対シテ有スル荣誉ヲ害スルヲ言ウ」と「社会」の一語が見られるが⁹⁵⁾、亀山貞義『刑法講義卷2』(1898)では「誹毀ト云ヒ不敬ト云ヒ将タ侮辱ト云フ共ニ人ノ名誉上ニ汚損ヲ加フルノ所為ナレトモ……」とそれ以上の分析がない⁹⁶⁾。岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』(1895)も、名誉概念について説明を加えない点では亀山と同じである⁹⁷⁾。これに対して、同じ岡田朝太郎でも『刑法講義案各論6版』(1903)では、「本罪ハ一定ノ人ノ名誉心ヲ毀損スル（即チ名誉上ノ痛感ヲ与フル）ニ因リテ成立スト説クアリ Hess Die Ehre und die Beleidigung 1891, vBar G.S.52 又単ニ名誉即チ社会上ノ位置ニ危害ヲ与フルニ因リテ成立スト説クアリ（多数説）後説ヲ可トス」と、リスト的な外部的（社会

90) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 19., Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1., Rainer Zaczyk, a.a.O. (Anm. 63), vor § 185 ff Rn. 4-5.

91) 大谷・前掲注1)168頁、西田・前掲注1)121頁も同旨。

92) むしろ、ドイツにおける規範的名誉説は元々、社会的な妥当価値を考慮に含めることを拒否していた (Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 31)。

93) 丸山・前掲注14)57-60頁、平川・前掲注27)156-157頁など。

94) なお、本項の記述に関しては、嘉門優教授（立命館大学）にご教示いただいた内容が重要な基盤となっている。もっとも、本稿における記述の責任は、全て筆者に属する。

95) 宮城浩蔵『刑法正義 下』761頁（明治法律学校講法会，1893）。

96) 亀山貞義『刑法講義卷之2』517頁（明治法律学校講法会，1898）。

97) 岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』875-881頁（有斐閣書房，1895）。

的) 名誉説で旗幟を鮮明にしている⁹⁸⁾。岡田に限らず、小疇伝『日本刑法論 各論』(1904)でも「……名誉ノ実質タル人類ノ価値ハ左ノ如シ。(一) 風儀ニ関スル価値、(二) 社会ニ於ケル地位ニ基ツキ科セラレタル義務履行(社会的価値)、(三) 自己カスル義務ノ履行ニ付キ必要ナル身体上並ニ精神上ノ性格及ヒ能力ヲ具備スルコト」とリスト的な整理が示されており⁹⁹⁾、牧野英一『刑法通義』(1907)も、「苟モ社会上名誉ヲ有スルノ人タルニ於テハ誹毀罪ノ客体タルニ妨ナシ小兒狂人ノ如キモノト雖モ社会上ノ地位ヲ有スル者ナルトキハ之ニ対スルノ誹毀罪アリ」と、やはりリスト説である¹⁰⁰⁾。その他の教科書を見ても¹⁰¹⁾、1900年代を通じて主にリストの外部的(社会的)名誉説が急速に導入され、通説化しているということが顕著に伺われる。

この変化は恐らく、ちょうどこの時期にリストに師事しリスト説を輸入する流れがあったことによる。岡田朝太郎は1897年にドイツ留学を開始して、98/99年にハレ大学でリストの指導を受けており¹⁰²⁾、実務家であった小疇伝が全面的にリストに依拠したこともよく知られている¹⁰³⁾。そして、1908年には、先に引用した通り、吾孫子勝『獨逸刑法論』としてリストの著作が邦訳されている。

明治40年に現行刑法が成立して後も、この潮流のままに外部的(社会的)名誉説が通説化している。泉二新熊『改正日本刑法論』(1908)において「名誉ハ人ノ社会上ノ価値ナリ換言スレハ世人ノ判断ニ依テ認メラルル

人ノ社会的地位ナリ」とあり¹⁰⁴⁾、また、梶康郎『刑法研究所：法理問答』(1911)において「名誉ノ毀損トハ人ノ会社上[原文ママ]ノ地位ヲ侵害スルヲ謂フ人ノ社会上ノ地位ハ一般ニ身分、品性、徳義上ノ信用等ノ人ノ社会上ニ於ケル価値ニ因テ保持セラル……」とあるのがその分かりやすい例である¹⁰⁵⁾。

その一方、リストの論敵であるビルクマイヤーに師事した大場茂馬は¹⁰⁶⁾ひとり、ドイツの議論状況について異なる認識を示している。『刑法各論 上巻』(1909)に曰く¹⁰⁷⁾、

第一説 刑法ノ保護スル名誉ハ第一一人ノ人タル名誉ヲ保護シ之ヲ社会的ノ名誉ニ及ホスニ在リ。故ニ社会ニ何等ノ名誉ナキ者ト雖モ苟モ人類タル以上ハ人類カ有スル名誉ヲ害セラレサル権利ヲ有ス。……此説ハ獨逸ニ於ケル通説ニシテ、フォン・ビルクマイヤー、ビンゼン、アルフェルト、マイヤー氏等有名ナル学者ノ唱導スル所ニシテ獨逸帝国裁判所ノ判例モ亦此解釈ヲ採用セリ。

第二説 刑法ノ保護スル名誉ナルモノハ獨リ人ノ社会上ノ名誉ノミナリトス。故ニ此罪ノ被害者タルヲ得ヘキ者ハ社会ニ於テ何等カノ地位ヲ有スル者タラサル可カラズ。……此説ハフォン・リスト氏、フランク氏等ノ唱導スル所ニ係リ……単ニ一種ノ学説ニ止リ獨逸ニ於ケル通説ニ非サルコトハ右両氏ノ認ムル所ナリ。我邦ノ学者ノ多クハフォン・リスト、フランク両氏ト説ヲ同ウ

98) 岡田朝太郎『刑法講義案各論 6版』83頁(有斐閣, 1903)。

99) 小疇伝『日本刑法論 各論』740-741頁(日本大学, 1904)。リストは、社会における個人の価値を「(甲) 道徳上の価値。(乙) 地位に伴ふ諸般の義務を履行すること、及び其引受けたる義務を履行するに必要な身体上並に精神上の資質能力を有すること」としていた。

100) 牧野英一『刑法通義』(警眼社, 1907) 292頁。

101) 大脇熊雄『改正刑法精義各論之部』496頁(成文閣, 1907)、藤沢茂十郎『改正刑法新論』664頁(博文館, 1907)、田中正身『改正刑法積義下巻』1192頁(西東書房, 1908)など。ただしこの時期には未だ、リスト説そのままでない説明もある(奥村政雄『新刑法正義』374頁(明治大学出版部, 1907)など)。

102) 西英昭「岡田朝太郎の欧州留学について」法政研究 84巻1号 238頁, 230頁(2017)。

103) 小疇を含む明治20年代以降に進んだドイツ刑法論の移入については、福田平「わが刑法学とドイツ刑法学の関係」一橋論叢 97巻6号 733頁, 734-736頁(1987)を参照。

104) 泉二新熊『改正日本刑法論』782頁(有斐閣, 1908)。

105) 梶康郎『刑法研究所：法理問答』272頁(法曹閣書院, 1911)。

106) 福田・前掲注 103) 737頁。

107) 大場茂馬『刑法各論 上巻』309-310頁(日本大学, 1909)。

スルモノノ如シ。

リスト及びフランクが¹⁰⁸⁾ 外部的(社会的)名誉説を少数と自認していたかは疑問であるが、「第二説」がドイツにおいて必ずしも通説でなく、むしろ判例は「人ノ人タル名誉」を基盤としてこれを「社会的ノ名誉」に派生させるという思考枠組みであるという認識は、恐らく、リスト説をそのまま輸入した論者たちよりも正確である。大場の指摘している通り、我が国の論者の大多数は、「現今多数の説と認むべき」(『獨逸刑法論』93頁)と自称するリストに学んで、そのまま「ドイツの通説」としてリスト説を輸入してしまったというのが実情ではないだろうか¹⁰⁹⁾。

b 外部的(社会的)名誉説の固着

ところで如上の経緯で外部的(社会的)名誉説が通説化したとして、外部的(社会的)名誉説の課題である社会的評価・地位(または任務)を有しないと考えられていた幼児や精神病患者の名誉について、日本の論者たちはどのように考えたのだろうか。

この点小疇伝『日本刑法論 各論』(1904)は単純であり、「(ロ) 子供ニ付テハ子供カ或ル義務ヲ負担スヘキ階級ニ進ミ且ツ其義務ヲ了解スルニ至リタルトキニ於テ始メテ名誉ノ主体タルコトヲ得ヘシ。(ハ) 精神病患者モ過去ニ於ケル健全ナル精神ノ状況(故ニ過去ニ於ケル行為ニ関シテ之ヲ誹毀スルコトヲ要ス)及ヒ現在ニ於ケル一部不健全ナル精神ノ状況ニ於テ亦名誉ノ主体タルコトヲ得ルナリ」とやはりリストそのままの見解を記載している¹¹⁰⁾。岡田朝太郎は、『刑法講義案各論 6版』(1903)の時点ではやはりリストそ

のまま¹¹¹⁾、その後『刑法講義(明治大学39年度法学科第2学年講義録)』(1906)においては、商店の小僧を例に挙げて社会交際の地位の有無が重要とやや独自の説明を追加しているが¹¹²⁾、一定の条件下でのみ幼児等の名誉主体性を承認するという方向性は変えていない。これらの見解は依然として、全ての自然人の名誉を承認できない点で、ドイツの外部的(社会的)名誉説と同じ課題を抱えていた。

しかし、現行刑法成立後の議論をみると、様相が変化する。例えば泉二新熊『改正日本刑法論』(1908)をみると、「……如何ニ破廉恥極悪ナル佞人ト雖モ法律上ニ於テハ其社会上ノ価値ニ関シ他人ヨリ貶侮セラレサルノ權利ヲ有ス。是即チ名誉権ナリ。従テ名誉ニ対スル罪ニ於テハ貴賤、貧富其他如何ナル階級種類ノ人格者モ之カ被害者タルコトヲ得ルモノトス」と「社会上ノ価値」を規範的に解釈して、幼児・精神病患者も名誉の主体たりうるとしているのである¹¹³⁾。『刑法通義』(1907)においては「社会上ノ地位ヲ有スル者ナルトキハ」という条件を付けて幼児・精神病患者の名誉主体性を認めていた牧野も、『日本刑法5版』(1918)では「幼者精神病患者ニ対シテ誹毀罪ノ成立アリヤニ付キ争アリ。然レトモ、幼者精神病患者ト雖モ、其ノ社会上ノ地位ハ之ヲ保護セサル可カラズ。之ニ対シテ犯罪ノ成立アル可シ」と条件を付さないような書き振りに変わっており、恐らく改説している¹¹⁴⁾。どうやら、リストの外部的(社会的)名誉説が「社会上の地位」についてそれなりに実質的な意味内容を持たせ、それゆえに幼者精神病患者の名誉主体性の承認に苦慮したの

108) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. und 4. neu bearb. Aufl., 1903, S.252 をみると、先述した晩年の著作ほど整理されていないけれどもすでに、名誉概念は道徳的側面のみにとどまるものではなく、社会における地位や任務に応じた資質(能力)という意味での社会における人間の価値であると述べ、大筋でリストと同道することを示している。1900年前後の日本におけるドイツ学説の輸入の当時から一貫して、外部的(社会的)名誉説であったと考えられる。

109) 中野次雄「名誉に対する罪」日本刑法学会編『刑事法講座 第4巻』815頁、816-817頁(有斐閣、1952)において「ドイツにおいても……被害法益を社会的名誉なりとすること通説であるといつてよいであろう」というに至っては、明らかに誤りである。

110) 小疇・前掲注99)740-741頁。

111) 岡田・前掲注97)83-84頁。

112) 岡田朝太郎『刑法講義(明治大学39年度法学科第2学年講義録)』275-277頁(明治大学出版部、1906)。

113) 泉二・前掲注104)782-783頁。

114) 牧野英一『日本刑法5版』533頁(有斐閣、1918)。

に対し、我が国の学説は「社会上の地位」を非常に緩やかな概念と解することにより、割合にあっさり幼児や精神病患者を含む全ての自然人の名誉主体性を認める方向性へ舵を切ったようである。しかしそのことは、リスト及びフランクの外部的（社会的）名誉説の放棄を意味しない。一例として新保勘解人『日本刑法要論』（1927）をみると、「名誉ハ人ノ価値其モノ即チ内部ノ名誉（innere Ehre）ヲ指スニ非ス、又其価値ニ対スル觀念即チ名誉意識（Ehrbewusstsein）若クハ其意欲即チ名誉感情（Ehrgefühl）ヲモ言フモノニ非スシテ、人ノ価値ニ対スル他人ノ觀念即チ外部ノ名誉（äusere Ehre）ヲ指稱スルモノナリト解スヘシ。……他人ヨリ相当ノ尊敬ヲ受クヘキ社会上ノ地位若クハ第三者ノ評価（soziale Stellung oder Wertung）其モノナリト解スヘシ【リスト同説〔アルフェルト〕〔フランク〕〔オルスハウゼン〕〔エベルマイヤー〕等参照】……」と、まさにリストやフランクの外部的（社会的）名誉説を採用することを明示しておきながら¹¹⁵⁾、名誉の主体の範囲については「……名誉ヲ前述ノ如ク客観的ニ解スルトキハ総テノ人格者ハ此法益ヲ有スルト同時ニ人格ヲ有セサル者ハ此法益ヲ有セサルモノト解スヘシ……故ニ自然人ニ付テハ幼者タルト精神病患者タルトヲ問ハサルハ勿論【獨逸ノ通説亦同シ例ヘハ〔アルフェルト〕〔ビンディング〕〔エベルマイヤー〕〔オルスハウゼン〕等参照……」とあっさりリストやフランクの説明を避けて、幼児や精神病患者を名誉の主体に含めるのである¹¹⁶⁾。

思うに、参照してきた戦前の教科書群の大半が、保護法益論の大枠ではリストやフランクの外部的（社会的）名誉説をドイツの多数説として採用し、またその一方で幼児や精神病患者の名誉主体性という難問は「社会上の地位」概念を弛緩させて、外部的（社会的）名

誉を規範的に把握することであっさり「切り抜けて」みせたという2つの流れが、外部的（社会的）名誉説が日本の通説として固着した原因であると思われる。このようにして我が国の外部的（社会的）名誉説は、その規範的名誉説への契機となりうる「全ての自然人に認めるべき名誉があるのではないか」という疑念に向き合う必要すらなく、その疑念への回答の端緒となる、尊厳を基盤とする名誉の把握についても、内部的（倫理的）名誉説と同視して「内部的価値は本人以外に毀損され得ない」という定型の回答であっさり処理できてしまったのである。なお、大場茂馬は「法律上名誉ナルモノハ……社会一般人カ特定人ニ対シ与フル声誉ヲ謂フ」と一旦宣言したうえでその声誉にも「人ノ人タル名誉又ハ人格」と「本人ノ地位、財産、知能、才幹等ト社会一般カ与フル判断トニ依リ成立スルモノニシテ之ヲ社会上ノ名誉」の2つがあり、かついずれも保護法益であるとしており、さらに前者については「人ハ何人ト雖モ他人ヲシテ自己ノ人タル名誉若クハ人格ヲ尊敬スヘキコトヲ要求スル権利ヲ有ス。此名誉若クハ人格ヲ尊敬セシムルコトヲ要求スル権利ハ一般ニ人類ノ有スル所ナレハ名誉ニ対スル罪ハ社会ニ於テ特別ノ名誉ヲ有スル人ニ対シ之ヲ犯スコトヲ得ルノミナラス、又社会ニ於テ何等ノ経歴、地位、名望、勲功等ヲ有セサル人ニ対シ犯スヲ得ル」と、明らかに単なる外部的（社会的）名誉説とは異なり規範的名誉説への契機を示唆している¹¹⁷⁾。もっとも、大場説が重大なものとして受け止められることは、ほとんどなかったようである。

これ以後、外部的（社会的）名誉説の論敵は名誉感情説に事実上絞られる¹¹⁸⁾。しかし名誉感情説は、名誉毀損罪が230条の2によって違法性阻却される場合にも、名誉感情は侵害されうることの説明や、公然性要件と

115) 新保勘解人『日本刑法要論 各論』446-447頁（敬文堂，1927）。

116) 新保・前掲注115)453頁，465頁。なお、明確に外部的（社会的）名誉説でないビンディングをここで参照していることも、注目に値する。

117) 大場・前掲注107)308頁，312頁。なお、大塚ほか・前掲注1)10頁〔中森喜彦〕で、大場の上記をとりあげて、「外部的名誉の下限を規範的に把握する説明」が社会的名誉の範囲を出ることを示唆しているのは適切といえる。

118) 名誉感情説の詳細については本稿の主題ではないため言及を避ける。小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』（有斐閣，1934）を参照のこと。

の平仄といった外在的な問題点を仮に除いても、幼児や精神病者を含めた全ての自然人の名誉の保護を基礎付けられないこと¹¹⁹⁾、最終的な侮辱行為の成否が被害者の感情という主観にかかるという不安定性に、回避困難な問題を抱えていたといわざるを得ない。実際名誉感情説は団藤重光¹²⁰⁾や福田平¹²¹⁾などに継承されて一時学説の一角を占めたけれども、全体としては上記のような同説の結論に関する問題点を指摘され、反駁のしやすい反対説となって、むしろ外部的（社会的）名誉説の妥当性を確認することに貢献してしまった感すらある¹²²⁾。

(3) 小括

我が国において、名誉概念に関するドイツ学説の輸入はリストやフランク（とりわけリスト）による外部的（社会的）名誉説で停止しており、ドイツの規範的名誉説（「尊重要求」）及びそれ以後の展開は反対説としてすら紹介されることが少ない。

私見としてその原因には、第1に、岡田朝太郎に代表される1900年前後に活躍した学者がリストに主に学んだため、外部的（社会的）名誉説がドイツの通説または多数説として紹介されてそのまま日本で通説化したこと、第2に、この見解の課題である「全ての自然人の名誉」があるのではないかという疑念については、外部的（社会的）名誉説を維持しつつ、リストやフランクの「社会上の地位」概念を弛緩させて外部的（社会的）名誉の下限を規範的に把握することで「切り抜け」たため、人間の尊厳を名誉の基盤とする発想に対してはその絶対的性格を指摘するのみで反論を済ませることができ、規範的名誉説へ発展する契機が失われたことがあると考えられる。そして第3に、残った名誉感情説は結論の妥当性に解決困難な問題を抱えており、それを突く批判がむしろ、外部的（社会的）名誉説の妥当性を確認する役割を担った。

上記のように我が国では、おそらく経路依

存的に外部的（社会的）名誉説が固い通説となり、人間の尊厳を名誉の基盤として名誉犯罪の保護法益を再考する見解は極めて少数となっている。

しかし、今般の侮辱罪法定刑引上げをうけてなお、外部的（社会的）名誉説を前提とする「切り抜け」（便宜的・迂回的な説明）で済ますことは、もはや侮辱罪が念頭におく処罰対象の本質から離れすぎている。よって、外部的（社会的）名誉説の作られた強固さの方を疑うべきである。ただ、そのためにはまだ、公然性要件の説明が課題として残る。

3 公然性要件の経路依存性

我が国の法制が行為の「公然性」を名誉毀損罪と侮辱罪に共通の構成要件の状況としており、それが通説たる外部的（社会的）名誉説と相互に結びつくことについてはすでに述べた。ここで私見としてはそもそも外部的（社会的）名誉説を採らないため、もし公然性要件が経路依存的に残ったものであり、我が国の名誉犯罪においてもはや重要な役割を有しないならば、そのような公然性要件に保護法益論を規定されるのは理論的な立場から不当であるということになる。そこで、前提として現行侮辱罪の制定沿革を確認したうえで、公然性要件の導入経緯に注目してゆく。

(1) 現行侮辱罪の制定沿革

近代日本における初の名誉犯罪規定は、明治8年制定の讒謗律である。讒謗律はすでに、「誹謗」と「讒毀」という用語によって、事実を摘示しないでする後の侮辱類型と、事実を摘示してする後の名誉毀損類型とを分けて規定していた。ただし、後者の類型について真実性の証明による違法性阻却を認めないことと、処罰対象となる行為が「著作文書若くハ書圖肖像」に限定されているように読めることは¹²³⁾、現行法と異なっている。

119) 小野・前掲注118)208-209頁。

120) 団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』512頁（創文社、1990）。

121) 福田平『全訂刑法各論（第3版）』187頁（有斐閣、1996）。

122) 大塚ほか・前掲注1)10-11頁〔中森喜彦〕、大谷・前掲注1)168-169頁、高橋・前掲注1)168-169頁、西田・前掲注1)134-135頁、山口・前掲注1)149-150頁など。

讒謗律（明治8年太政官布告第110号）¹²⁴⁾
第1条

- ① 凡ソ事實ノ有無ヲ論セス人ノ榮譽ヲ害スヘキノ行事ヲ摘発公布スル者之ヲ讒毀トス
- ② 人ノ行事ヲ挙ルニ非スシテ悪名ヲ以テ人ニ加ヘ公布スル者之ヲ誹謗トス
- ③ 著作文書若クハ書圖肖像ヲ用ヒ展覧シ若クハ發賣シ若クハ貼示シテ人ヲ讒毀シ若クハ誹謗スル者ハ下ノ條別ニ從テ罪ヲ科ス

第5条

華士族平民ニ対スルヲ論セス讒毀スル者ハ禁獄七日以上一年半以下罰金五圓以上三百圓以下誹謗スル者ハ罰金三圓以上百圓以下

讒謗律は、その制定趣旨としては主に新聞・雑誌等の紙面における著名人への個人攻撃を問題視して、個人の尊厳を刑罰法規で保護することとされている。またその比較法的影響については、確たる結論が出ていないが、イギリスのコモン・ローの影響を指摘するものと、フランス法の影響を推測するものがある¹²⁵⁾。讒謗律は上記のような制定趣旨とは裏腹に、実態としては自由民権運動の弾圧に用いられ、旧刑法の施行により任を終えた¹²⁶⁾。

旧刑法（明治13年制定・同15年施行）は、358条・426条で讒謗律1条・5条の要旨を引き継いだ。ただし、誹毀罪について「著作文書若クハ書圖肖像」の限定が「公然ノ演説」「書類画図ヲ公布シ又ハ雜劇偶像ヲ作為」となったこと、量刑が全体的に緩和されたこと、及び侮辱類型が名誉に対する罪ではなく

（身体に対する）違警罪として426条におかれたことは相違点である。そして、侮辱類型の構成要件的状况として「公然」の語が入ったのも、この段階であった。

旧刑法（明治13年太政官布告第36号）¹²⁷⁾ 第358条

悪事醜行ヲ摘発シテ誹毀シタル者ハ事實ノ有無ヲ問ハス左ノ例ニ照シテ処断ス

- 一 公然ノ演説ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス
- 二 書類画図ヲ公布シ又ハ雜劇偶像ヲ作為シテ人ヲ誹毀シタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

第426条

左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ二日以上五日以下ノ拘留ニ処シ又ハ五十銭以上一円五十銭以下ノ科料ニ処ス

一～十一（略）

十二 公然人ヲ罵詈嘲弄シタル者但訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

旧刑法の編纂は、明治6年に招聘されたフランス人法学者のポアソナードが明治8年に草案を提出し、これを基に作成した「改正刑法名例案」が元老院に一旦突き返されたので、改めてポアソナードの草案と助言をもとにして日本側編纂委員（鶴田皓）が起草するという順序で進んだ。そして、明治10年に日本刑法草案が完成し、少なくとも名誉に対する罪については概ねこれを受け継ぐ形で明治13年の旧刑法制定に至った¹²⁸⁾。なおポ

123) もっとも実際には、それ以外の演説等にも適用があったようである（手塚豊「讒謗律の廃止に関する一考察」同『明治刑法史の研究 下』329頁、331頁（慶應通信株式会社、1986））。

124) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会「第1回会議配布資料5」より。

125) 平川・前掲注27)32-33頁は、讒謗律が真実性の証明による違法性阻却を認めない点は、イギリスのコモン・ローの影響を受けていると主張する。フランス法の影響を推測する見解には、後述する旧刑法の制定過程から逆算してポアソナードらの関与をいうものがある（手塚・前掲注123)330頁など）。

126) 手塚・前掲注123)329-333頁。なお同論文は、旧刑法制定・施行による讒謗律の当然廃止（新法は旧法をやぶる）が現場裁判官に浸透するまでには、混乱とタイムラグがあったことを描写している。

127) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会・前掲注124)より。

128) 佐藤結美「名誉毀損罪の再構成（1）——プライバシー保護の観点から——」北大法学論集62巻5号1314頁、1307-1305頁（2012）。

アソナードは旧刑法全体をフランス法体系の直輸入の形式で作ることを志向したわけでは必ずしもない。しかし、この358条及び426条についてはフランス法が強く影響したようである¹²⁹⁾。

これに対して、明治40年制定の現行刑法はドイツ刑法(1871年)を下敷きにしていられると言われるが、こと名誉に対する罪に関しては、ドイツ刑法の事実の主張に関する真実証明を原則許容する建て付けが採用されずに、依然として真実の表明行為をも原則処罰する建て付けとなったことなどから、ボアソナードの助言のもとにフランス法の影響を受けて作成された旧刑法の枠組みを引き継いだものと解されている¹³⁰⁾。ただ旧刑法違警罪の消滅に伴い、侮辱類型が正式に名誉に対する罪に組み入れられている¹³¹⁾。

よって、本稿の目的との関係では、旧刑法の編纂過程におけるボアソナードと日本側編纂委員の議論で「公然性」がどのように扱われたかを見る必要がある。

(2) 公然性要件の導入経緯

旧刑法の編纂過程における「公然性」をめぐる議論を調べる前提として、名誉毀損類型に関する議論の箇所ではあるが、名誉毀損類型と侮辱類型との区別についてボアソナードが述べたところを参照しておくことが有用である。ボアソナードは、日本側編纂委員の「一体讒毀トハ原語ニテ何ト云フカ」との問いに答えて、以下のように言う¹³²⁾。

日本語ニテ讒毀ト云フ内ニハニツノ原語アリ。
即「アンジュール [injure]」又は「ジッハ

マーション [diffamation]」ト云フ之レナリ。

(中略)

例ハ甲者ヨリ乙某ハ其地ニ於テ盗罪ヲ犯シタリト其事実ヲ指シテ明言シタル類ハ之レヲ「ジッハマーション」ト云フ。又其事実ヲ指サスシテ只盗罪ナリト明言スルノ類ハ之レヲ「アンジュール」ト云フ。

即仏国出版条例第13条ニ「一個ノ所為ヲ各人又ハ各社ニ販シ其名誉或ハ貴重ヲ害スル事ヲ名ケテ讒毀ノ罪ト云フ。一個ノ所為ヲ販セスシテ人ヲ誹謗賤辱罵詈スル文詞ヲ用フル罪ヲ名ケテ誹謗ノ罪ト云フ」トノ明文アリ……

すぐに分かる通り、名誉毀損類型と侮辱類型とはフランス出版条例にならぬ事実の摘示の有無により区別され、名誉毀損類型とはジッハマーション [diffamation] であり、これを当時の日本語において讒毀と称しており、侮辱類型とはアンジュール [injure] であり、これを当時日本語において誹謗と称している(また、誹謗には罵言等他の表現もありうる)。そして続けて(本稿の目的からすれば、より重要なこととして)、以下のように述べる¹³³⁾。

此「ジッハマーション」及ヒ「アンジュール」ニハ各公然即公衆ノ前ニテ之レヲ為スト不公然即相對ノ時ニ於テ之ヲ為ストノ区別アリ

つまり、名誉毀損類型と侮辱類型とのいずれも、フランスにおいても言葉の原義として

129) 佐藤・前掲注128)1306-1305頁。(例えば、名誉毀損類型を事実の有無を問わず処罰することについて、「……元来人ノ名誉ヲ害スルヲ重シスル点ヨリ論スレハ固ヨリ其事実ノ有無ヲ論スヘキ者ニアラス。仏国刑法第378条ニテ漏告ノ罪ヲ罰スルハ人ノ名誉ヲ害スル点ヨリ論スル訳ケニシテ即事実ノアリタル時ト雖モ固ヨリ之レヲ罪ト為ス。然ラハ讒毀ノ罪モ亦タ仮令事実ノアリタル時ト雖モ之レヲ公然ト明言シテ讒毀シタル時ハ矢張罪ト為ササルヲ得ス」と述べている(早稲田大学図書館資料叢刊『日本刑法草案会議筆記(第Ⅲ分冊)』2118-2119頁(1977))。

130) 平川・前掲注27)34頁、佐藤・前掲注128)1305-1302頁。

131) 嘉門・前掲注26)9-10頁は、「現行法の制定過程において、特に実質的な説明なく、侮辱罪は名誉に対する罪に位置づけられたこと」を指摘する。もっとも、名誉犯罪の保護法益については現行刑法制定前から議論が蓄積しているから、この一事をもって外部的(社会的)名誉説の経路依存性の根拠の一つだとするのは性急であろう。

132) 早稲田大学図書館資料叢刊・前掲注129)2117頁。

133) 早稲田大学図書館資料叢刊・前掲注129)2117頁。

は「公然と」することを含まない。言い換えれば、名誉毀損類型と侮辱類型に対する処罰に公然性要件を課すとすれば、それは要するに追加的な政策判断だということになるのである。

しかし、以上を踏まえて侮辱類型の公然性要件について議論した箇所をみると、次のような会話がなされるにとどまっている¹³⁴⁾。

- ・ボアソナード「……誹謗トハ例ヘハ馬鹿野郎ト言ヒタル位ノ事柄ヲ云フ故ニ其悪事醜行ヲ摘發シタル讒毀ノ罪トハ異ナ[レ]リ」
- ・鶴田「然ラハ誹謗ヲ改[メ]テ罵詈ニ作ルヘシ。且罵詈ハ公然ノ時ニ限ラス相對ノ場合ニテモ違警罪ト爲ス[ハ]如何」
- ・ボアソナード「佛國ニテハ相對ノ罵詈ハ無罪ト爲ス」
- ・鶴田「假令相對ニテモ罵詈ヲ無罪ト爲スハ不都合ナリ。故ニ公然ノ字ヲ削ラントス。元來罵詈ハ畢竟鬪毆[殴]ノタンタチーフノ如キ者ナレハナリ」
- ・ボアソナード「然シ全ク二人相對ノ罵詈ヲ罪ト爲スハ實際ニ於テ其證古[據]ヲ認メ難ク差支ヲ生スルコトアルヘシ。公然ノ字ヲ削ル時ハ密カニ罵詈シタル場合ニテモ罪ト爲スノ不都合アリ之ヲ削ルヲ得ス」
- ・鶴田「然ラハ貴説ニ從フヘシ……」

まず、ボアソナードは先述した誹謗（侮辱類型）と讒毀（名誉毀損類型）の区別について説明している。それに対して鶴田は、侮辱類型を「罵詈」と表記する提案（これが旧刑

法の用語につながる）と併せて、侮辱類型は非公然でも処罰したい意向を示している¹³⁵⁾。これに対してボアソナードは、参照元であるフランス法において、非公然（相對）の罵詈は「無罪」¹³⁶⁾であると説明するとともに、その政策的根拠として、i) 非公然（相對）の罵詈には証拠が乏しく立証が困難であることと、ii) 「密カニ」した罵詈も構成要件に該当することとなって不当であることを述べているのである。

しかし、振り返ってみれば、如上の説明は極めて不十分であると言わざるを得ない。i) についてはそもそも構成要件の設定と論理的に結びつくものではないし、非公然であるから必ず証拠の収集ができないという関係にもないと思われる。また、ii) についても、ドイツ刑法の枠組みにならって「公然と」することは不要だが「表明行為として」することは必要であるという線引きをすれば足ることである。そしていずれも、名誉犯罪の保護法益論とはなんの理論的関連もないことは論を俟たない。

ここまでを踏まえると、旧刑法における侮辱類型の処罰についての公然性要件の導入は、ボアソナードを介したフランス法系の輸入（そして、日本側編纂委員は質問・意見しつつも基本的にはそれを拝聴するという非対称な構図）の中で、原義の「アンジュール[injure]」には公然も非公然もありうるにも拘らず、相当に薄弱な政策的根拠に基づいて公然性要件を導入することが決定されたことが窺える。

(3) 小括

名誉犯罪（とりわけ侮辱類型）の公然性要

134) 西原春夫ほか編『日本立法資料全集 35 巻』394 頁（信山社、2010）。

135) ただしこれは、鶴田が侮辱類型を喧嘩の原因と捉えており（だからこそ「身体に対する」違警罪として規定しようとしている）、公然性の有無にかかわらず罵詈が発されれば喧嘩は発生しうるためである。したがって、名誉犯罪の保護法益論に関連する趣旨の発言ではない。

136) もっとも、1881 年出版自由法（当時のバージョン）を見る限り、同法 33 条 3 項は非公然でなされた侮辱についても（当時の刑法典 171 条による）処罰を予定しており、そもそもこのボアソナードの説明には疑問がある („Si l' 'injure n'est pas publique, elle ne sera punie que de la peine prévue par l'article 171 du Code pénal") (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Article 33-3)。なお現在でも、1881 年出版自由法（現在のバージョン）における侮辱・名誉毀損の定義には「公然」という限定はなく（同法 29 条）。また、罰則としても、フランス刑法典 R において、侮辱が非公然で行われた場合には 38 ユーロ以下の罰金刑が定められている（同法 621-2 条（1994 年施行））（高山善裕「日本及び諸外国における侮辱罪等の概要」調査と情報 1182 号、9-10 頁（2022）参照）。

件は、旧刑法において、身体に対する違警罪としてそれが導入される際の議論に際して、ボアソナードが展開した政策的根拠に基づく説明に、日本側編纂委員が説得されるという形で導入された。しかし、そこで挙げられた政策的根拠は、名誉犯罪の保護法益とは何の関連もないばかりか、政策的根拠としても相当薄弱なものであったといわざるを得ず、公然性要件の経路依存性は顕著である。

よって、私見としては、このような公然性要件に名誉犯罪の保護法益論を規定する役割を見出すべきではなく、もし現代的な態様の侮辱に対する処罰とそれが導く名誉犯罪の保護法益論の変化とが公然性要件と両立しないというのであれば、公然性要件の要否の方を再検討すべきだと考える。規範的名誉説（对人的、あるいは機能的な名誉概念を含む）を採るのであれば、尊重要求を侵害されて、社会における（対等な）コミュニケーションから一方的に疎外されるという事態が生ずるのは、必ずしも表明行為が公然とされた場合に限らない。また、「こいつは疎外してよいのだ」「おまえは社会における対等な人間として扱わなくてよいのだ」という態度の表明自体が有害だと（抽象的危険犯であることを推し進めて）解することも排除しなくてよい¹³⁷⁾。侮辱罪を現代的な態様の侮辱に適合するように修正するという立法決断がすでに法定刑引上げという形で示されている以上は、あくまで既存の構成要件と整合するように保護法益論を規定してしまうことよりも、現代的な態様の侮辱に適切に対応する保護法益論の検討を先行させ、それと整合する構成要件の形式を考えるという順序の方が、正道ではないだろうか。

V. おわりに

本論文は、侮辱罪の法定刑引上げを契機として、同改正の問題意識である現代的な態様の侮辱の把握には、現状の通説である外部的（社会的）名誉説よりも、ドイツにおける判例・通説である規範的名誉説と、その規範的名誉説からの発展である、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点を導入する方針が望ましいことを論じた。

我が国の現状の保護法益論は外部的（社会的）名誉説ではほぼ固まっており、それを正当化する説明も、名誉概念を内部的な名誉、外部的（社会的）名誉、名誉感情に分類したうえで、内部的な名誉はその絶対的な性格ゆえに、名誉感情はその主観に左右される不安定さゆえに名誉犯罪の保護法益たり得ないとして、外部的（社会的）名誉のみを保護法益とするという形で共通している。しかし、法定刑引上げの根拠とされた現代的な態様の侮辱の本質は、被害者の社会的評価・地位の危殆化というより、人を人とも思わぬような空疎な中傷・罵倒によって、被害者の精神的健康が害することにあるため、外部的（社会的）名誉のみから説明することは困難である。ここで、被害者の精神的苦痛に焦点を当てた新規の立法を提案する見解も有望ではあるけれども、まずは法定刑引上げという立法の決断に向き合い、侮辱罪の保護法益の新たな把握と、適用範囲の枠付けを提供する必要が生じている。

そこで、ドイツ的な把握に光が当たる。規範的名誉説は、我が国における名誉概念の分類と保護法益論が拠って立つリストやフランクの外部的（社会的）名誉説（または内部的な名誉と外部的な名誉という区別枠組み）を乗り

137) この点、大場・前掲注 107)350-352 頁は、i) 名誉犯罪は抽象的危険犯であるから具体的な評価の低落に結びつく危険性という観点で構成要件上の限定をかけることは必須ではないこと、ii) 仮に社会における被害者の評価が低落しないとしても、「自己ノ人タル名誉若クハ人格ヲ尊敬スヘキコトヲ要求スル権利」を侵害されるという苦痛を受ける被害者の利益の保護を無視はできないこと（「試ニ想ヘ侮辱ノ如何ニ依リ死ヲ以テ争フヘキモノ決シテ絶無ト謂フ能ハサルモノアルヲ」）、iii) そのような苦痛を与える「敗徳行為」にはそれ自体当罰性があること、iv) 各国の立法例においても、公然性を名誉犯罪の成否に係る構成要件とする例は乏しいことを挙げて、公然性要件が不当であることを主張している。もちろん、これが規範的名誉説などを前提とした私見と全く同一であるとは言えないが、現代的な態様の侮辱への対応にも通ずるところがあり、やはり卓見といえるのではないだろうか。

越えて、人間の尊厳から生ずる妥当価値への尊重要求の侵害という想定しうる振舞いを処罰対象とすることによって、内部的名誉を考慮に入れることへの反論を回避できており、妥当価値や尊重要求という概念の曖昧さという課題については、近時「对人的名誉概念」や「機能的名誉概念」が、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点で枠付けを与えている（十分な調査とは言えないが数件の判例をピックアップして、かかるドイツ的な把握による実際の事案の規律についても説明した）。現代的な態様の侮辱とは、相手が社会における（対等な）コミュニケーションを保障するに値する規範的な期待を満たす、モラルと理性を備えた主体であることを否認して、相手を疎外することを表明するという意味で「人を人とも思わない」行為なのであり、それが、对人的名誉概念によるならば、人が社会の中で自立し責任ある主体として振舞うための基盤を揺るがし、社会的動物である人間の精神の拠り所を奪うために、また、機能的名誉概念によるならば、人や団体が社会において存在した活動するための前提条件である相互承認関係を崩壊させるために、刑法上の当罰性が認められるのである。経路依存的に形成された通説や構成要件の建て付けを保護法益論についての所与の前提とすることをやめ、現代的な態様の侮辱に対しこのドイツ的な把握によって正面から向き合うべきときがきている。

もっとも本稿は、侮辱罪（あるいは名誉犯罪）についてその全体像を把握しながら論じることができなかつたため、多くの課題を残した。事実の摘示の有無により侮辱罪と名誉毀損罪とを区別することの妥当性、侮辱罪にドイツ的な把握を導入した場合、名誉毀損罪についてなお外部的（社会的）名誉説を維持するという選択がありうるか、また、民事上の制裁に視野を広げることなどについては、ひとえに筆者の不勉強のために論じることができなかつたし、それが侮辱罪の保護法益と行為を論ずるにあたって与える影響についても言及できなかった。これらについては他日を期さねばならない。

本稿は、侮辱の保護法益と行為というそれ

なりに議論の蓄積がある問題に対して、現代的な態様の侮辱及びその結果としての侮辱罪の法定刑を引き上げる改正をどのように説明するかという一つの切り口に絞って議論を展開したものであるため、取り零した論点や勇み足にわたる部分が数多く存在すると思われる。しかしそれでも、本稿が、侮辱罪の法定刑引上げと、通説たる外部的（社会的）名誉説との間のねじれを解き明かし、現代的な態様の侮辱に対する侮辱罪の適用を枠付けるための指針を少しでも示せたのであれば、望外の喜びである。

* 謝辞

本稿は筆者が2022年度に執筆した研究論文に修正を加えたものである。本稿の執筆にあたり、研究論文の指導教員である樋口亮介教授には何度も面談の時間を割いていただき、構想から表現面まで、手厚くご指導を賜った。また、嘉門優教授（立命館大学）には、名誉犯罪の保護法益をめぐる国内学説の展開について綿密な調査をもとにご教示いただいた。

本稿は侮辱罪の一断面に着目した分析及び提言にとどまっており、さらに考察すべき点を残している。勿論その責めは全て筆者の負うところである。先生方のご支援に重ねて御礼申し上げますとともに、本稿が僅かなりとも今後の議論に資することを祈る。

（こすぎ・りんたろう）