

◇ 資 料 ◇

# 名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由 としての「相当の理由」の基準について\*\*\*1・2

朴 智 賢\*  
本 田 稔\*\* (監修・解説)

## 目 次

- 一 序 論
  - 二 公職選挙法の虚偽事実公表罪に対する  
「真実および公共の基準」の適用を除外する必要性
  - 三 「真実であると誤信したことについての相当の理由」の  
基準の内容上の問題点
  - 四 結 論
- 解 説

## 一 序 論

憲法は、表現および言論の自由を保障する（憲法21条）。それゆえ、事実の摘示または事実の公表は、原則的に基本権の行使として扱われる。ただし、それが私生活や個人の名誉など他人の基本権と衝突する場合、利益衡量に基づいて、不法行為として扱われることがある。ところが、刑罰基本法である刑法は、名誉毀損罪（第307条）において、事実の摘示を原則的に可罰的なものとし、一定の例外事由（第310条）<sup>1)</sup>に該当し、正当化される場合にだけ、処罰を免れうるとしている。裁判

---

\* ばく・じひょん 仁済大学校法学科教授

\*\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

\*\*\*1 本稿は、2015年度仁済（インジェ）大学校教員研究助成制度に基づいて行なわれた研究成果の一部である（課題番号：20141196）。

\*\*\*2 本稿は、2014年12月23日に開催された緊急法律家討論会「曹喜吟（チョ・ヒヨン）ソウル市教育長に対する検察官の起訴の法的問題点」（主催：民主主義法学研究会、民主社会のための弁護士会）において行なった個人報告を加筆したものである。

1) 刑法第310条（違法性阻却） 第307条第1項の行為が、真実の事実として、専ら公共の利害に関するときは、罰しない。

所は、この例外規定の解釈の幅を拡張する方法——結果的には虚偽であったが、「真実であると誤信したことにつき相当の理由があるとき」を含む——を用いることによって、このような憲法に違反する刑法規定を多少なりとも修正しようとしている<sup>2)</sup>。これは、一見すると、表現の自由を少しでも幅広く保障するための方法であるかのように見える。

しかし、処罰が原則であり、不処罰は例外でしかないという刑法の態度には基本的に疑問がある。さらに、裁判所は、その責任阻却の基準に「真実であると誤信したことについての相当の理由」があることを含めて扱う態度をとっているが、その同じ論理が公職選挙法（以下、公選法と略す）の事実公表行為にも適用されることについても疑問がある。刑法は、確かに特別刑法に対して一般刑法として作用するが、ある特別刑法が刑法と全く異なる対象を処罰する場合、刑法が一般法であるという理由だけで、刑法の解釈論をそのまま適用するのは問題であろう。本稿で取り扱う論点がその一例である。公選法の虚偽事実公表罪（第250条）および候補者誹謗罪（第251条）に関して検討しなければならないのは、刑法第310条の解釈論をそのまま候補者誹謗罪に適用することによって生ずる問題と、虚偽事実公表罪と候補者誹謗罪がその規定の限界を超えて適用され、処罰を招いている問題である。

以下において、論ずるのは次のとおりである。公選法第251条の候補者誹謗罪は、刑法の場合とは異なり、公表された事実が真実である場合には原則的に不処罰とし、「誹謗」が行なわれた場合に限って処罰する。従って、同条但書にある「真実の事実として、専ら公共の利害に関すること」という例外規定は、死文化している。それを刑法第310条と同様の方法を用いて解釈し、真実であると誤信したことについて相当の理由があったことを証明できなかった場合に、「誹謗」の認識を否定しながら、事実の虚偽性について未必の故意を推認して、公選法第250条の虚偽事実公表罪として処罰できると考えるのは不当である。換言すれば、公表された事実が真実ではなかったが、「真実であると誤信したことについての相当の理由」があるときには、刑法第310条と同様の方法を用いて、候補者誹謗罪の故意を阻却し、無罪とすることが可能になるのであるが、その举证責任を被告人に転嫁させて、被告人がそれに成功しなかった場合、候補者誹謗罪の故意を否定しつつ、虚偽事実公表罪の故意があったと推認して処罰するのは不当である。本稿は、これらのことを

---

2) 1996年にハンギョレ新聞が「李來昌氏が死亡する前に安全企画部の要員を同行させた」と報道した」事件の判決（大法院1996年8月23日宣告94・3191判決）がその最初である。曹國「事実摘示名誉毀損罪および侮辱罪の再構成」刑事政策第25冊第3号（刑事政策学会、2013年）11-12頁。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

主張するものである。

さらに、その上で「誤信したことについての相当な理由」の基準それ自体に対する新しい解釈を展開したい。公的関心事（そこには、もちろん選挙に関わる事柄が含まれる）に関しては、「相当の理由」の基準ではなく、「現実的悪意」の基準が適用されなければならないことを論ずる。そして、不信の表現として行なわれた「疑惑の提起」が真実ではなかった場合に、「真実であると誤信したことについての相当の理由」を要求して、相当の理由が示されなかったことを理由に処罰するのは不当であることを論ずる。名誉毀損罪それ自体の存在の必要性、その正当性の有無の論点に対しては、それ以上に多くの関心が向けられるべきであり、それについては重大な問題があるが、本稿では紙幅の関係からそれを直接的に取り扱わないことをあらかじめお断りしておきたい。

## 二 公職選挙法の虚偽事実公表罪に対する 「真実および公共の基準」の適用を除外する必要性

### 1. 「事実の摘示」を処罰する刑法 VS. 「誹謗」を処罰する公選法

刑法と公選法には、事実公表行為の処罰に関する規定があり、それらは一定の構造的な類似性を有している。まず、公表した事実が真実であっても、また虚偽であっても、原則的に処罰の対象とするという態度が取られ、それが虚偽の事実である場合には加重処罰される（刑法第307条第1項「単純事実摘示名誉毀損罪」、同2項「虚偽事実摘示名誉毀損罪」、公選法第250条「虚偽事実公表罪」、同251条「候補者誹謗罪」）。摘示された事実が真実であり、違法性阻却事由（刑法第310条）に該当する場合には、処罰されない。特段に重要なことではないが、その違いを一つ挙げるならば、刑法の場合、真実の事実に関する場合と虚偽の事実に関する場合を第307条1項と2項に分けて規定し、違法性阻却事由を別途第310条で規定しているが<sup>3)</sup>、それに対して、公選法の場合、虚偽事実の公表の場合を第250条の虚偽事実公表罪で先に規定し、真実の事実である場合とその違法性が阻却される場合を次の

---

3) 刑法第307条（名誉毀損罪）① 公然と事実を摘示して、人の名誉を毀損した者は、2年以下の懲役もしくは禁錮または50万ウォン以下の罰金に処する。② 公然と虚偽の事実を摘示して、人の名誉を毀損した者は、5年以下の懲役もしくは10年以下の資格停止または1千万ウォン以下の罰金に処する。

第310条（違法性の阻却） 第307条第1項の行為が真実の事実として、専ら公共の利害に関するときは、罰しない。

第251条の候補者誹謗で規定している<sup>4)</sup>。この点が異なる。

このように、少し見ただけでは、同じ構造を持っているようにしか見えないために、刑法の名誉毀損罪に関する従来の解釈論が公選法の候補者誹謗罪に対して、そのまま利用される危険性があった。裁判所は、実際にも全く同じ解釈論を展開してきた。公選法の候補者誹謗罪の構成要件が、刑法のそれとは明確に異なるにもかかわらず、刑法の場合と同じように、あたかも事実公表があれば原則的に可罰であると解釈し、それが「真実の事実として、専ら公共の利害に関するときは」(刑法第310条と同じ規定)、違法性が阻却されると解釈してきた<sup>5)6)</sup>。

---

4) 公職選挙法第250条(虚偽事実公表罪) ① 当選し、又はさせる目的で、演説・放送・新聞・通信・雑誌・張り紙・宣伝文書その他の方法で候補者(候補者となろうとする者を含む。以下この条において同じである。)に有利なように候補者、その者の配偶者又は直系尊・卑属又は兄弟姉妹の所属・身分・職業・財産・経歴等に関して虚偽の事実(初・中等教育法及び高等教育法で認める正規学歴以外の学歴を掲載する場合及び正規学歴に準ずる外国で修学した学歴を掲載するときは、その教育課程名、修学期間、学位を取得したときの取得学位名を記載しない場合を含む。)を公表し、又は公表させた者及び虚偽の事実を掲載した宣伝文書を配布する目的で所持した者は、5年以下の懲役又は3千万ウォン以下の罰金に処する。②(省略)

第251条(候補者誹謗罪) 当選し、又はさせ、又はできなくする目的で、演説・放送・新聞・通信・雑誌・張り紙・宣伝文書その他の方法で、公然と事実を摘示して、候補者(候補者となろうとする者を含む。)、その者の配偶者又は直系尊属および卑属もしくは兄弟姉妹を誹謗した者は、3年以下の懲役又は5百万ウォン以下の罰金に処する。ただし、真実の事実として、公共の利害に関するときは、罰しない。当選し、又はさせなくする目的で、演説・放送・新聞・通信・雑誌・張り紙・宣伝文書その他の方法で、公然と事実を摘示して、候補者(候補者になろうと思う者を含む)、その者の配偶者または直系の尊属および卑属もしくは兄弟姉妹を誹謗した者は、3年以下の懲役または5百万ウォン以下の罰金に処する。ただし、真実の事実として、専ら公共の利害に関するときは、罰しない。

5) 一例として、大法院2011年3月10日宣告2011-168判決を参照。「事実の摘示」が、公職選挙法第251条の規定によって違法性が阻却されるためには、第1に、摘示された事実が、全体的に見て真実に合致すること、第2に、その内容が客観的に公共の利害に関すること、第3に、行為者も公共の利益のためにその事実を摘示するという動機を有していることが要求されて……。候補者誹謗罪は、違法性阻却事由としては、① 事実の摘示と② 真実および公共の利益を検討すればよく、③ 誹謗行為であるか否かは別に問題にされていない。

6) イ・ヒギョンは、刑法第310条と公選法第251条が体系的に同一に機能することを暗黙の前提にし、後者が前者とは異なり、「専ら」という文言が「公益の利害」に掛かっているため、処罰の軽減に差が生ずると論じている。しかし、裁判所はすでに刑法第310条を

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

公選法の候補者誹謗罪は、刑法の場合とは異なり、事実を摘示して「名誉を毀損」するのではなく、事実を摘示して「誹謗」と規定している。この点に注目しなければならない。事実公表行為としての「誹謗」にあたる行為の意義に関しては、すでに刑法および「情報通信網利用促進および情報保護などに関する法律」(以下、情報通信ネットワーク法)などの関連する条項に関わって、その解釈が確立されており<sup>7)</sup>、それは単なる事実の摘示に尽きるものではない。それには「誹謗」という方向に向けられた一定の主観的・客観的な傾向が必要である。

まず、刑法第307条第1項の名誉毀損罪の規定を見てみよう。それは、「事実を摘示して、名誉を毀損」と規定している。少し見ると、あたかも事実の摘示とは別に名誉毀損の行為が行なわれなければならないと誤解されることがあるが、通説によれば、実行行為は「事実の摘示」で足りる<sup>8)</sup>。それは、名誉毀損罪が、結果犯でなく、抽象的危険犯<sup>9)</sup>または挙動犯(事実の摘示によって直ちに成立する罪)と捉えられていることによるものである。名誉という法益の特性上、事実の摘示とは別に毀損の結果を認定することが困難であることを考慮するならば、避けられない側面もある<sup>10)</sup>。このように解釈するならば、摘示された事実が、他人の名誉を毀

---

ㄨの「専ら」を「主として」の意味に緩和して理解しているので、そのような指摘は妥当でないとと思われる。イ・ヒギョン「政治家に対する名誉毀損罪——比較法的考察を中心に」刑事政策第21巻第1号(刑事政策学会, 2009年)135-136頁。

7) 詳細は、ユン・ジョン「サイバー名誉毀損罪における誹謗の目的と公益関連性」刑事政策第18巻第1号(刑事政策学会, 2006年)289-324頁、キム・ソンジン「サイバー名誉毀損罪と違法性阻却事由としての公益性」中央法学第7巻第2号(中央法学会, 2005年)151-170頁参照。

8) そのように理解するものとして、イム・ウン『刑法各論』(博英社, 2013年)192頁、オ・ヨングン『刑法各論』(博英社, 2009年)212-213頁(これは、事実の摘示だけを問題にし、それとは別に名誉毀損を取り上げて論じないことによって、名誉毀損罪の構成要件該当性を間接的に認定する立場である)、ソン・ドングォン『刑法各論』(ウルゴク出版社, 2007年)190頁、イム・ウン『刑法各論』(法文社, 2007年)197頁、キム・イルス/サー・ボハク『刑法各論』(博英社, 2007年)187頁。

9) イム・ウン・前掲書192頁、オ・ヨングン・前掲書221頁、キム・イルス/サー・ボハク・前掲書187頁。

10) イ・クンウは、名誉毀損罪を具体的危険犯として解釈すると主張して、事実の摘示行為を直ちに名誉毀損行為に結びついてはいけなくと論ずるが、具体的危険の存否を「伝播性」の可否で確認しようという点では、多数説の抽象的危険説と実質的にはかわらないと思われる。イ・クンウ「名誉毀損罪の解釈——適用上のいくつかの問題」法学論叢第25巻第3号(ハンヤン大学校法学研究所, 2008年)135-136頁。

損しうる内容であるか否かは、行為者の心情の方向とは無関係に客観的・規範的に確定されるほかない。ところが、公選法第251条の候補者誹謗罪の行為は、「公然と事実を摘示して」、「誹謗」する行為であり、この犯罪の実行行為は誹謗行為であり、事実の摘示は、この実行行為の手段ないし方法として捉えることができる。要するに、事実の摘示は、誹謗行為に結びついていなければならないのである。事実の摘示が誹謗へと展開するためには、事実の摘示が誹謗の客観的側面にあたり、主観的側面としては、事実の摘示に対応する故意のほか、誹謗の「傾向」<sup>11)</sup>（いわゆる超過的内心傾向としての主観的構成要件）が内心に存在することが認められなければならない。

裁判所は、「誹謗」に関して、刑法第309条の出版物による名誉毀損罪など<sup>12)</sup>に関連して、その意義を示したことがある。「人を誹謗する目的には、加害の意思または目的を要し」、「人を誹謗する目的があるかどうかは、摘示された当該事実の内容と性質、当該事実の公表の対象となった相手方の範囲、その公表の方法など、公表自体に関する諸般の事情を勘案すると同時に、公表によって毀損され、また毀損されうる名誉の侵害の程度などを比較衡量することによって判断され」、誹謗の目的と「公共の利益を図る目的は、行為者の主観的意図において相反する関係にあるため、摘示した事実が、公共の利害に関する場合には、特別な事情がない限り、誹謗の目的が否定されると解するのが相当である」と述べている。その結果、「行為者の主要な動機ないし目的が、公共の利益を図るためのものであるならば、それに付随する他の私的な利益を追求する目的や動機が内包されていても、誹謗の目的を認めるのは困難である」と述べている<sup>13)</sup>。

誹謗の意味がこのように理解できるならば、候補者誹謗罪は、刑法第307条第1項の名誉毀損罪と同じように扱われるべきではない。それは、全く異なる犯罪であ

---

11) 傾向犯 (Tendenzdelikt) は、行為の客観的側面が行為者の一定の主観的傾向の発現である犯罪を意味する。実行行為に対する故意の他に、心情に一定の傾向の存在が要求されると解釈されている。

12) 第309条 (出版物などによる名誉毀損) ① 人を誹謗する目的で、新聞、雑誌またはラジオその他出版物によって第307条第1項の罪を犯した者は、3年以下の懲役または禁錮もしくは7百万ウォン以下の罰金に処する。② 第1項の方法によって、第307条第2項の罪を犯した者は、7年以下の懲役または10年以下の資格停止もしくは1千5百万ウォン以下の罰金に処する。

13) 誹謗に関する様々な引用は、すべて大法院2005年10月14日宣告2005・5068判決、大法院2011年7月14日宣告2010・17173判決。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

る。刑法の場合とは異なり、公選法上の事実の摘示（それは公表である）<sup>14)</sup>は、それが一步進んで誹謗行為にあたると判断される場合にだけ、誹謗と解されるので、その範囲は明らかに縮小される。候補者誹謗罪は、最初から事実の摘示が誹謗にあたると評価される場合にしか、処罰されない。

## 2. 候補者誹謗罪の誤った規定と刑法第310条の類推解釈による処罰の拡大効果

2-1. 公選法の候補者誹謗罪の「真実と公共の利益」の規定は、立法の誤りであり、死文化している。

「誹謗」と「公共の利益」の意味は、相反する方向において解釈されることについては、すでに述べた。その解釈に従うならば、どのような行為であれ、それが誹謗にあたるならば、公共の利益の存在は否定され、逆に公共の利益との関連性が認められれば、その行為は誹謗ではないことになる。

候補者誹謗罪の規定が、この基準を採用しているならば、その但書が適用される対象はありえない。本文の要件が充足されて、誹謗であることが認められれば、その後、但書の公共の利益との関連について再度確認する余地はないからである。本文と但書に重複する部分があるなら、それを但書とはいえないだろう。そのような但書には、本文の適用範囲を限定する機能はないと言わなければならない。適用対象がないなら、適用しないというのが唯一の正当な解釈であろう。

しかしながら、明らかな誤解が生じている。つまり、但書があるために、かえって本文の解釈が影響を受けているのである。処罰されないのは一定の例外的な場合だけであるとあらかじめ規定されていると解されているために、本文の拡張解釈が誘導されているのである。裁判所は、結局のところ公選法の場合においても、刑法と同じように、単なる事実の公表が可罰的な行為であることを暗黙のうちに前提にした上で、但書に規定された真実の事実の公表を、刑法第310条の場合と同じように、違法性阻却事由と解し、公表された事実が虚偽であったが、虚偽であることの認識がなかった場合について、被告人の立証責任のもとで、「真実であると誤信したことについての相当な理由」が存在するならば、故意の責任を阻却すると解釈しているのである<sup>15)</sup>。

---

14) 公選法の実行行為は、「公表」であるが、これは「摘示」より狭い概念であり、「不特定あるいは多数人に対して、大量に流布しうる方法」に限定されるべきであるという意見に賛同する。バク・ソニア「公職選挙法における虚偽事実公表罪に関する考察——大法院2007年11月16日宣告2007・6503判決」国際法務第2巻(濟州大学校法科政策研究所, 2010年)99頁。

15) 前掲注2)を参照。

## 2-2. 原因としての挙証責任転換論

根本的な問題は、刑法第310条に関する「挙証責任転換論」<sup>16)</sup><sup>17)</sup>にある。裁判所は、名誉毀損罪の違法性阻却事由に関して、「挙証責任転換論」の立場に立っている。

被告人が証明すべきは、摘示した事実が真実であること、公共の利害に関係していることである。さらに、虚偽の事実であったが、「真実であると誤信したことについての相当の理由」があるという、裁判所が認定した第310条の適用範囲に関しても、被告人は立証しなければならない。本稿の問題関心は、この「相当の理由」の挙証責任に関わっている。

裁判所は、「真実であると誤信した場合」に関する根拠規定が明示的になくても、第310条がそれを含んでいると解釈して、第310条による不処罰の範囲を拡張してきたことについてはすでに述べた。確かに、「実体法の上では」このような拡張解釈は、被告人にとって有利な解釈である。それは、違法性阻却事由の適用範囲を拡大し、可罰性の範囲を縮小し、行為者に有利に作用する。そのような解釈がなされないならば、行為者は第307条第2項の「虚偽の事実による名誉毀損」の故意がないということで、その処罰から免れることはできても、第307条第1項の「事実による名誉毀損」の故意が満たされるため、処罰を甘受せざるをえなくなる。裁判所は、表現の自由との妥協策として、第310条の「真実の場合」の解釈に「誤信したことについての相当の理由」がある場合を含ませることによって、処罰を免除しよ

---

16) 「公然と事実を摘示して、人の名誉を毀損した行為が、刑法第310条の規定に従って、その違法性が阻却され、処罰の対象にならなくなるためには、行為者は、それが真実の事実として、もっぱら公共の利害に関する場合に該当するという点を証明しなければならない」。大法院1996年10月25日宣告95・1473判決。それ以外にも、1993年6月22日宣告92・3160判決、大法院1996年8月23日宣告94・3191判決参照。このような解釈が行われた原因は、日本刑法の解釈論が無批判に導入されたことにある。日本刑法第230条の2の「真実であることの証明があったときは、これを罰しない」(条文の全体は後述する)は、証拠法的な表現を使用しており、真実性の証明の責任を被告人に課していると解釈できるように記述されている。わが国の法には、そのような表現がないという点に注意する必要がある。

17) 学界の多数は、挙証責任転換論に反対している。キム・ソンチョン/オ・ヨンジュン『刑法各論』(ドンヒョン出版社、2006年)326頁、パク・サンギ『刑法各論』(博英社、2007年)187頁、ベ・ジョンデ『刑法各論』(紅門社、2006年)284頁、白亨球『刑法各論』(チョンニム出版社、1999年)353頁、ソン・ドンゴン『刑法各論』(ウルゴク出版社、2006年)197頁、オ・ヨンゲン『刑法各論』(待命出版社、2003年)258頁、イム・ウン『刑法各論』(法文社、2007年)201頁。



名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

うとしたのである。ここまでは、とにかく行為者にとって有利な解釈ではある。

ところが、その挙証責任に関連した手続の問題に考察を加えるならば、この拡張解釈のそのような恩恵付与的な印象が見せかけでしかなく、被告人をそれとは全く異なる不利な方向に駆り立てて行くことが分かる。裁判所の挙証責任転換論は、第307条第1項の「事実による名誉毀損」だけでなく、同条第2項の「虚偽の事実による名誉毀損」の故意の立証をも、被告人の役割であるとして押し付けているのである(例示は後述する)。

実体法のレベルでは、「真実であると誤信したことについての相当の理由」があれば、処罰されない。「相当な理由」がなければ、第307条第1項の「事実による名誉毀損」で処罰される。しかし、「挙証責任転換論」が割り込んできたために、「相当の理由を被告人が立証したならば」第307条第1項の「事実による名誉毀損罪」については無罪、「被告人がそれを立証できなかったならば」、第307条第1項を飛び越えて、直ちに同条第2項の「虚偽の事実による名誉毀損罪」の故意が推認されてしまう可能性がある。第310条は、第307条第2項とは実体法的に何の関連も持っていないにもかかわらず、証拠法的に第307条第2項の処罰の可能性を拡張する効力を持っているのである。本来的には、まず第2項に関して、検察官が、被告人が虚偽の事実であると知っていたことを証明しなければならない。その証明に成功しなかった場合には、残る第307条第1項の罪に関して、第310条の適用の余地があるかどうかを判断しなければならない<sup>18)</sup>。しかし、実務では、まず被告人に「真実であることを誤信したことについての相当の理由」があったことを証明するよう要求した後、「相当の理由」が認められれば、第307条第1項の罪につき無罪とし、被告人が「相当の理由」のあったことを証明できなかった場合には、第307条第2項の罪について故意があったと推認して、有罪の判断をするのである<sup>19)</sup>。この点をよく知っている検察官は、自身は故意の証明の問題を検討する必要がないので、事実の摘示さえ証明できれば、直ちに虚偽の事実による名誉毀損罪(または虚偽事実公表罪)で起訴することができるのである<sup>20)</sup>。

---

18) 「検察官が、被告人がその事実が虚偽であることを認識しながら、これを摘示したことをすべて証明しなければならない」と述べる希少な判決もなくはない(大法院2008年6月12日宣告2008・1421判決)。しかし、これは検察官が「虚偽性の認識」と「事実の虚偽性」を証明できなかった事案であり、実益がなかったため、単純にそのように言うことができたのである。

19) その例が公選法の場合である。後掲注21)の判決を参照。

20) 現在係争中の曹喜吟ソウル市教育長に対する起訴においても(公選法の事案であるが、上述の名誉毀損罪の場合と同じである)、そのような態度が如実に表された。

民事法の分野ではともかく<sup>21)</sup>、刑法の名誉毀損罪に関する挙証責任転換論は、廃止しなければならない<sup>22)</sup>。

### 2-3. 「候補者誹謗罪」の「死んだ」但書の恐るべき機能

この挙証責任転換論が公選法に取り入れられ、「虚偽事実公表罪」の故意の立証にも適用されたため、その結果、より一層大きな問題が生じている。裁判所が、候補者誹謗罪の「死んだ」はずの但書が当然効力のある規範であると理解している前提には、公選法上の事実公表行為に対しても、刑法と同じ方式、すなわち「誤信したことについての相当の理由」の基準を適用し、挙証責任転換論を適用する態度があることはすでに指摘した。「死んだ」但書に対して、上述のように刑法第310条のような可罰性の拡大機能を付与したのである。公選法第251条の候補者誹謗罪の但書の規定の限界を超えて、第250条の虚偽事実公表罪にまで引き寄せて、「虚偽であることを認識していたかどうか」の問題に関する立証責任を被告人に課したのである。裁判所は、多くの事案において、この「相当の理由」を基準にして、故意犯である虚偽事実公表罪につき有罪と無罪の運命を分ける。それは、例えば次のとおりである。

……疑惑の事実の存在を積極的に主張する者は、そのような事実の存在が首肯できるほどの疎明資料を提示する義務を負うのであり、そのような疎明資料が提示できない場合、それ以外にその疑惑の事実の存在を認定するための証拠がない限り、虚偽事実公表罪の責任を負わなければならない<sup>23)</sup>。

---

21) 我々が参照するアメリカの名誉毀損事件と理論などは、民事に関するものである。民事事件で立証の責任配分の詳細については、キム・ソントク「名誉毀損訴訟における公的人物の理論と『現実的悪意』(actual malice)の原則を中心に」『チョン・ドンユン教授退職記念論文・言論報道の自由と人格権保護』(高麗法学・高麗大学校法学研究所, 2004年) 209-210頁参照。民事法上の問題である英米法の対応においては、名誉毀損事件では被告(加害者)が違法性阻却事由を証明し(挙証責任の転換)、公法上の事案(詳細は後述)については、原告(被害者)に被告人の現実的悪意(malice)を証明させていると見ることができる(挙証責任の再転換)。

22) 民事法上の問題とは別に、刑法上の名誉毀損罪に関して、挙証責任転換論を採用してはならないと主張するものとして、キム・ソントク・前掲論文208頁。

23) 大法院2003年2月20日宣告2001・6138電源合議体判決。それ以降の同趣旨の判決として、大法院2005年7月22日宣告2005・2627判決、大法院2008年12月11日宣告2008・8952判決、大法院2009年3月12日宣告2008・11743判決、大法院2011年12月22日宣告2008・11847判決(「チョン・ボンジュ事件」)。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

このような「疎明責任」とでも名付けることができる考え方は、民事事件であるならば、問題にならないこともある。しかし、引用された事案は、すべて峻厳な公選法違反の刑事事件である。「疑惑の事実の存在を主張する者」、すなわち被告人が疎明資料を提示できなければ、虚偽事実公表罪の故意が推認されると述べているのである。このような考え方に問題はないのだろうか。疎明の基礎には、立証は被告人がするのであって、検察官が行なう問題ではないという考えがあると思われる。しかも、このような考えがあるために、検察官の挙証責任が被告人提出の疎明資料の範囲内に狭められるといった効果を生み出していることも明らかである。また、そのような論理に従うならば、被告人が疎明しない場合、検察官は被告人の虚偽性の認識に関して、いかなる立証責任を負う必要もない。これは、実質的な挙証責任転換論である<sup>24)25)</sup>。

犯罪の有無を判断する資料を収集し、説得する責任が被告人の側にあると述べる態度は、他の処罰規定の領域において取られたことがない。もっぱら名誉毀損罪および虚偽事実公表罪だけで取られた唯一の解釈である。たとえば、刑法第156条の虚偽告訴罪の「虚偽事実」、刑法第16条の法律の錯誤の「その誤認に正当な理由があるとき」、アリバイ(現場不在証明)等に関しても、その性質上、検察官が直接証明することが困難であるという理由によって、そのような有罪の推定が導き出さ

---

24) 虚偽事実公表罪に対する裁判所の立場が「実質的挙証責任転換論」であることを指摘し、批判する論文としては、キム・ジョンチョル「公職選挙法第250条第2項『落選目的虚偽事実公表罪』と関連した大法院判決に対する憲法的検討——いわゆる『チョン・ボンジュ事件』を中心に」法学研究第22巻第1号(延世大学校法学研究所, 2012年)20頁。

25) 「実質的な挙証責任緩和」論であると指摘して批判する論文として、曹國「摘示事実の一部に虚偽性が含まれた公的人物批判の法的責任——公職選挙法の虚偽事実公表罪の判例の批判を中心に」ソウル大学校法学第53巻33号(ソウル大学校法学研究所, 2012年)185-190頁。曹によれば、疎明責任論を全面的に否定するよりは、その理論を「補充し、制限する事実認定の方法が援用されなければならない」と述べて、それは「裁判所の要求にもかかわらず、疎明資料を提出することができず、また提出された疎明資料に具体性がなく、漠然とした内容に過ぎない場合にだけ適用されなければならない」(189頁)と論ずる。曹國と同様に、疎明責任論を過小評価するものとして、ヨプ「虚偽事実公表罪の構成要件としての『虚偽事実』の立証問題」刑事裁判の再編制第5巻(刑事実務研究会, 博英社, 2005年)381-382頁、曹國・前掲論文189頁の再引用文献(刊行物未登載のため直接引用は不可能)、ユン・ジョン「公職選挙法第250条第2項の虚偽事実公表罪の構成要件と虚偽性の立証」刑事判例研究第20巻(刑事判例研究会, 2012年)623頁。これらの文献は、疎明責任を全面的に否定すべきと主張する筆者やキム・ジョンチョルの見解とは区別される。

れたことはない。つまり、わが国の表現の自由は、検察官が虚偽事実公表罪の客観的要件が充足していることだけを明らかにして起訴し、被告人の側がこれに対して防御できなければ、その故意があったと推認されて処罰されるという驚くべき法理の上に置かれているのである。

刑法の名誉毀損罪の場合、「相当の理由」の基準は、挙証責任転換論を取り除くことができるならば、まだ正当性を回復することができるかもしれない。先述のように、名誉毀損罪の真实性の証明（第310条）が、少なくとも実体法的には、可罰性の縮小効果を持っている（第307条第1項の単純名誉毀損罪の可罰性を阻却する）からである。それに対して、公選法では、事実公表行為は、それが真実の事実であれば「誹謗」にあらず、本来的には不可罰なはずである。「誹謗」にあたらぬ真実の事実の公表を「真実であると誤信した場合」など存在しえず、論ずるまでもないからである。従って、死んだ但書を拡張して解釈する理由も、それを拡張して適用する対象もないのである。それゆえ、但書があることを口実にして、候補者誹謗罪の対象を拡張することも、また但書を拡張解釈することによって、虚偽事実公表罪の対象を拡張することも許されない。公表事実が虚偽であった場合に、「真実であると誤信したことについての相当の理由」の基準を挙証責任転換論と結合させて、被告人がその理由を証明できなければ、誹謗の認識を否定しながら（過失の誹謗）、虚偽事実公表の故意を推認して、虚偽事実公表罪で処罰するというのは、法律主義違反、すなわち罪刑法定主義違反である。

### 3. 虚偽性の認識に関する検察官の挙証責任を明確に宣言し、刑法第310条の適用を斥けた裁判例の検討

3-1. 日本の公選法の虚偽事項公表罪<sup>26)</sup>と刑法の名誉毀損罪<sup>27)</sup>の規定は、わが

---

26) 日本公職選挙法第235条（虚偽事項公表罪）① 当選を得又は得させる目的をもって、公職の候補者若しくは公職の候補者となろうとする者の身分、職業若しくは経歴、その者の政党その他の団体への所属、その者に係る候補者届出政党の候補者の届出、その者に係る参議院名簿届出政党等の届出又はその者に対する人若しくは政党その他の団体の推薦若しくは支持に関し虚偽の事項を公表した者は、2年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

② 当選を得させない目的をもって公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関し虚偽の事項を公にし、又は事実を歪めて公にした者は、4年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。

27) 日本刑法第230条（名誉毀損罪）① 公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

国の規定とは異なる。日本の場合、公選法と刑法の規定の構造は、最初から完全に異なっている。日本刑法の名誉毀損罪（第230条）は、虚偽の事実と真実の事実を区別せず、その摘示行為に対して一個の罰条を適用し、同じ法定刑で処罰するが、「公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、罰しない」と定めている（第230条の2）。不処罰の根拠は、違法性阻却事由と解されている。そして、日本の公選法は、虚偽事項の公表だけを処罰する（第235条）。従って、公選法には、真実の事実を摘示した行為を不処罰にする特別な違法性阻却事由に言及する規定はない。虚偽事実公表罪の構成要件の記述は、両国ではほとんど類似している。韓国の公選法では「虚偽の事実」、日本の公選法では「虚偽の事項」と記述されている。これが意味するのは、第1に摘示された事実が虚偽でなければならないこと、第2に行爲者には虚偽であることの認識があること、すなわちその故意があること、第3に、当然のことであるが、検察官がこれを証明しなければならないことである。第3の点に関して、わが国の裁判所が異例の否定的な態度をとっていることについては、すでに述べたとおりである。

日本の最高裁判所は、公選法の虚偽事項公表罪に関して、「相当の理由」を導入することを拒否している。それに関する判断は、次のようなものである。

公職選挙法235条2号の罪は、公表事項の虚偽であることをもつて犯罪構成要件としているのであって、その罪の成立を認めるには、公表事項の虚偽であること及び犯人においてその虚偽であることを認識していたことの証明を必要とし、名誉毀損罪におけるが如く、公表事項の真実であることの証明がない限り、処罰を免れないとするものではないから、原判決が、名誉毀損罪の成立について、摘示事実の真実であることの証明がない場合とは、該事実が虚偽であるという謂いに外ならな

く処する。

② 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。

230条の2（公共の利害に関する場合の特例）① 前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。

② 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事實は、公共の利害に関する事実とみなす。

③ 前条第一項の行為が公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。

いものとなし<sup>28)</sup>、本件について名誉毀損罪の成立を認め得る以上当然公職選挙法 235条 2号の罪の成立をも認めるべきである。……<sup>29)</sup>

### 3-2. わが国の情報通信ネットワーク法の名誉毀損罪に対して刑法第310条の適用を排除した判例

わが国の情報通信ネットワーク法の名誉毀損罪は、刑法や公選法とも異なり、虚偽の事実であれ、真実の事実であれ、「誹謗する目的」に基づいて行なわれた行為を処罰するだけなので、違法性阻却事由は当然言及されていない<sup>30)</sup>。「誹謗する目的」が認められる限り、公共の利害に関するはずはなく、違法性が阻却される場合を想定できないことについては、すでに説明した。情報通信ネットワーク法は、その点をよく知っている。

裁判所は、まず情報通信ネットワーク法における虚偽の事実による名誉毀損罪に関して、「摘示された事実が虚偽であることだけでなく、被告人がそのような事実を摘示するにあたって、その摘示事実が虚偽であることを認識していなければならず、このような虚偽性に関する認識、すなわち犯意の立証の責任は、検察官にある<sup>31)</sup>」と判断している。そして、刑法第310条を類推適用することが必要か否かという問題に関して、適切にも次のように述べている。

情報通信網の利用促進および情報保護などに関する法律……所定の「人を誹謗する目的」と(は)、加害の意思ないし目的を要し、それが公共の利益のために行なわれる場合、それらは行為者の主観的意図の方向において互いに相反する関係にあるので、刑法第310条の公共の利害に関するときには罰しないとする規定は、人を誹謗する目的が成立要件である情報通信網の利用促進および情報保護などに関する

---

28) 日本の刑法の場合、条文上、真実か虚偽であるかを区別していないため、上記のような表現がなされていることを留意しなければならない。

29) 最二小決昭和 38・12・18(昭和38(あ)2037)刑集17巻12号2474頁。

30) 情報通信ネットワーク法第70条(罰則) ① 人を誹謗する目的で、情報通信ネットワークを通じて、公然と事実を摘示して、他人の名誉を毀損した者は、3年以下の懲役または3千万ウォン以下の罰金に処する。② 人を誹謗する目的で、情報通信ネットワークを通じて、公然と虚偽の事実を摘示して、他人の名誉を毀損した者は、7年以下の懲役、10年以下の資格停止または5千万ウォン以下の罰金に処する。③ 第1項と第2項による被害者が、具体的に示した意思に反して、公訴を提起することはできない。

31) 大法院2011年11月24日宣告2010・10864判決。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)法律……所定の行為には適用されない<sup>32)</sup>。

この判決が情報通信ネットワーク法に関して述べているのは、たんに虚偽の事実の摘示だけでなく、真実の事実の摘示に対しても、刑法第310条は適用されないということである。すなわち、「情報通信網を通じて名誉を毀損した行為や虚偽の事実を摘示して名誉を毀損した行為には、違法性阻却に関する刑法第310条が適用されることはない」<sup>33)</sup>のである。

### 3-3. 検 討

以上、情報通信ネットワーク法に関連する判決に関して、刑法第310の適用の可否に対する答えを探し出すにあたって、最も重要な根拠になるのは、「誹謗」と「公共の利益」が相反する方向にあるということである。この根拠は、公選法に対しても、同じように有効であると言わなければならない。公選法の候補者誹謗罪は、構成要件で「誹謗」を明示している。情報通信ネットワーク法第70条（情報通信ネットワーク法上の名誉毀損）と刑法第309条（出版物等による名誉毀損）の場合は、ともに「誹謗する目的」を要件としているので、公選法の場合と若干の差があるが、両者ともに誹謗という文言を使っている点では同じである。そして、公選法では、主観的にも客観的にも誹謗行為であることを要し、情報通信ネットワーク法第70条や刑法第309条では、主観的に誹謗する意思があれば足りると規定している。要するに、両者の場合においては、それに該当すれば、ともに「公共の利益」を目的として行なわれる場合を検討する余地は残っていない点では同じである。公選法も、また情報通信ネットワーク法上の名誉毀損罪も、異なる扱いをする理由はどこにもない。

## 4. 「誤信したことについての相当の理由」の基準の公選法への適用排除の必要性

### 4-1. 「誤信したことについての相当の理由」の基準の公選法への適用排除の必要性

裁判所は、以上述べた誤った解釈を正して、候補者誹謗罪の但書は最初から死文または非文であるとして、規律する対象がない規定であることを確認しなければならない。候補者誹謗罪の但書に、刑法第310条と同じ地位があると見なしてはならない。そのような特別な違法性阻却事由は、公選法には存在しない。従って、刑法

32) 大法院2008年10月23日宣告2008・6999判決。

33) 大法院2006年8月25日宣告2006・648判決。

第310条が名誉毀損罪の全体の解釈に作用したのと同じように、但書が機能するかのように解釈してはならない。特に「真実であると誤信したことについての相当の理由」があったことを「被告人が証明したときに限って」責任が阻却されるというような「相当性の理由」の基準に「挙証責任の転換論」を結合させることは、法律上の根拠はなく、裁判所が自ら創造したものでしかない。そのような基準は、責任阻却のためには利用されず、可罰性の拡大のために利用されるだけであり、違憲性を免れない。当然ながら廃止されなければならない。結局のところ、虚偽事実公表罪が問題になる場合、裁判所が処罰できるのは、被告人が当該事実を真実であると「誤信したことについての相当の理由」があったことを証明できなかったときではなく、検察官が被告人に虚偽性の認識があったことを証明したときだけである。

#### 4-2. 選挙関連の事実公表行為の全面的合法性を承認する必要性

以上のような議論があるにもかかわらず、候補者誹謗罪に関して、ある行為が依然として処罰されていることにしても述べておかなければならない。それは、真実の事実を摘示する行為が誹謗にあたるということである。果たしてそのような場合が、選挙において起こりうるだろうか。筆者は、そのような場合を想像できない。公職選挙の候補者という公人に対して真実の事実を公表する行為が誹謗にあたるとは考えられない。選挙において候補者の身上に関する事実を公開して、公的な議論に委ねるのは、特別な事情がない限り、公共の利益に資する<sup>34)</sup>。公職の候補者の身上に関する情報は、それがたとえ私生活上のものであっても、誠実性と忠実性などの人格と資質に関連しうる情報であるならば、すべて公開する価値が認められる。民主主義が全面化すればするほど、選挙によって公職者を選出するために可能な限り私的な情報を公開することは、その究極的で全面的な手段として価値が高まる。かりに「特別な事情」から行なわれることがあったとしても、それは、例えば公職の候補者を当選または落選させ、また有権者に必要な情報を提供するためではなく、被害者が公職の候補者になったのに乗じて、私的な危害を加えるために行なわれる場合だけであろう。しかし、情報が持っている客観的な価値には有害性はなく、行為者の主観的目的（方向）に悪意があるにすぎないような場合は非常に希

34) イ・ヒギョンは、公選法第251条の候補者誹謗罪の違法性阻却の立法論として、公共の利益に関することを検討するのではなく、真実性の認識があったことをだけを検討すれば足りると述べているが、それは全体として見れば、同じ趣旨であると言える。イ・ヒギョン「政治家に対する名誉毀損罪——比較法的考察を中心に」刑事政策第21巻第1号（2009年）151頁。



名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)な事態であり、そのような事態にまで刑事法の介入が必要だとは考えられない。

公選法は、なぜ候補者誹謗罪規定を設けたのか、なぜ但書の死文化した状況が生じたのか。1948年の国会議員選挙法には、虚偽事実公表罪や候補者誹謗罪の規定はなかった。虚偽事実公表罪の規定が設けられたのは、1950年改正の国会議員選挙法<sup>35)</sup>、そして1952年制定の大統領・副大統領選挙法が最初である。候補者誹謗罪は、その後しばらくの間は設けられなかった。朴正熙が5・16軍事クーデタによって政権に就いた後、1963年に新しく制定された大統領選挙法と国会議員選挙法<sup>36)</sup>に現在の候補者誹謗罪の規定と類似のものが設けられた。軍事独裁政権の官製選挙を邪魔する不都合な批判をかかわすために、候補者誹謗罪は有効な手段であったが、少なくとも選挙制度が成立しているという名分が必要であったために、その譲歩として「誹謗」という構成要件が導入されたのではないかと推測される。すでに民主的な選挙が座を占めているので、これまで問題にされることがなかった「誹謗」の要件の意義と価値を明らかにする時が来たといえるであろう。「誹謗の行為」が行なわれた場合にだけ、候補者誹謗罪として処罰されるということは、真実の事実を摘示しても、原則的に許容されることを意味する。

ところで、選挙期間中に真実の事実を摘示しても、基本的に許される行為であるというこの当然の規範が存在することは、軍事政権が整備した実定的な規定からでなく、現行憲法の基礎から探すことによって明確にされる。刑法が、他人の名誉の毀損を基本権の行使として保護しないという態度をとっているとしても(そうであるとしても、民事法による規制方式のほうが憲法に適合すると思われる)<sup>37)</sup>、公選

35) 国会議員選挙法第109条 演説、新聞、雑誌、張り紙その他いかなる方法であるにかかわらず、当選し、当選させ、又は当選できなくする目的で、議員候補者の身分、職業または経歴に関して、虚偽の事実を公表または公表するようにした者は、6月以下の禁錮又は5万ウォン以下の罰金に処する。

36) 大統領選挙法第149条(候補者誹謗罪) ① 何人も、演説、新聞、雑誌、張り紙、宣伝書その他いかなる方法であるにかかわらず、大統領選挙において当選または当選しないようにする目的で、公然と事実を摘示して、候補者を誹謗した者は、3年以下の懲役又は禁錮若しくは6万ウォン以下の罰金に処する。

② 前項の行為が、真実の事実として、もっぱら公共の利害に関する場合は罰しない。

同年に制定された国会議員選挙法では、第162条がこの規定に対応する。

37) 名誉毀損罪の廃止論に同意する。廃止論は、イ・ホジュン「名誉毀損罪廃止を公的議論の遡上にのせるために」〈表現の自由のための連帯〉出発式と企画フォーラム『刑法上の名誉毀損と表現の自由』資料集(表現の自由のための連帯、2011年)38-43頁、チェ・ゲンホ「表現の自由に対する刑事法の規制の法理とその代案——名誉毀損罪を中心に」民主法学第50号(2012年)415-443頁、ソン・テギユ「刑法の名誉毀損罪の廃止」公法

法の「公職の選出のための公職の候補者に対する公的な表現行為」には、刑法のガイドラインを修正したうえで、基本権の行使として一層強化された保護が与えられると解釈されなければならない。それは、表現の自由であると同時に、さらに政治的自由および参政権の行使としても保護されるべき領域の行為である。要するに、公選法は、たんなる事実公表行為にすぎない行為は合法的であることを明らかにしているにすぎない。処罰されるのは、誹謗にあたる行為や虚偽の事実の公表だけである。そこから一歩も踏み外すことは許されない。

### 三 「真実であると誤信したことについての相当の理由」の基準の内容上の問題点

裁判所が、公選法第251条の候補者誹謗罪の「誹謗」の意義について、その但書が死文化し、そして第250条の虚偽事実公表罪に関して、「誤信したことについての相当の理由」の基準の適用が不当であると主張する本稿の主張をそのまま受け入れてくれるなら、それは幸いなことである。しかし、拒否されるならば、この「相当の理由」の基準の危険性を抑えるために、以下の議論を参考にすることを希望する。

#### 1. 「公的関心事」に対する特別な免責基準と確定的故意の要求

##### 1-1. 「公的関心事」の基準の一般化傾向

「相当の理由」(reasonable belief)の基準<sup>38)</sup>は、私人間の名誉毀損の一般的な事案に対して機能するものとして確立された理論である。公的関心事という特別な事案に関しては、それに代わるものとして、公職者(public figure)または公的関心事(public concern)<sup>39)</sup>の基準が確立されている(以下、公的関心事の基準と呼

---

ㄨ研究第41巻第2号(公法学会, 2012年)377-406頁, バク・ギョンシン「真実の摘示による名誉毀損を処罰する制度の違憲性」世界憲法研究第16巻第4号(国際憲法学会, 韓国学会, 2010年)35-70頁, 曹國「名誉毀損罪および侮辱罪の再構成」刑事政策第25巻第3号(刑事政策研究, 2013年)9-46頁。

38) アメリカの事案としては, Wright v. Bennett, 924 So. 2d 178 (La. Ct. App. 1st Cir. 2005)等を参照。

39) それは、「公共の利害」よりは狭い意味であるかもしれない。公共の利害に関する事実の場合、依然として真実であると誤信したことの相当の理由が必要であるが、公的関心事の場合、そのような他の条件を考慮する必要なく免責することができる。公的関心事の理論を採用するとはいっても、その公的関心事の範囲を具体化する議論は、依然として容易ではない。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

ぶ)。二つとも、民事責任を糾明するために確立されたものであるが、わが国の裁判所は、一方では民事責任の根拠である相当の理由の基準を刑法解釈に取り込むという愚を冒しながら、他方では公職者または公的関心事に対しては、公的関心事の基準を適用しなければならないにもかかわらず、依然として相当の理由の基準を適用する態度を捨てない愚を冒している。

公的関心事の基準は、アメリカではサリバン判決で確立された原則である。公職者または公的関心事に関して、現実的悪意 (actual malice) が認められ、または真実の有無についての無謀な無視 (reckless disregard of whether it was true or false)<sup>40)</sup> が認められなければ、名誉毀損の責任を否定する原則である<sup>41)</sup>。「自由な討論を行なう場合、時には誤った表現が用いられることが避けられないこともあるため、表現の自由を保障するためには、『呼吸する空間』(breathing space) が必要である」というのがその理由である。公表した事実が公的関心事に関する場合、行為者は、自らが公表した事実が真実であると誤信した点を主張すればよいだけである。他方で、相手方(原告)または検察官がしなければならないのは、行為者に現実的悪意または無謀な無視があったことの立証である。

## 1-2. 「政治的発言」(political statement) の抗弁

英米法系の国家においても、名誉毀損に対する刑事規制が全くないわけではない。特殊な規制領域、例えば広告や公職選挙において、そのような規制が考慮されたことがある。しかし、刑罰を手段とすることに対する憂慮、表現の自由に対する過度な干渉の危険があったために、長いあいだ避けられてきた。刑法的には、虚偽事実の公表について、「現実的悪意」が要件として必要であるとして、処罰しない方向で議論が進められてきた。

この問題に関して、近年、最も議論されているのが、ワシントン州の判決である<sup>42)</sup>。かつてこの州では、政治的広告に対して真実性の基準を適用する法律があり、実際にも運用されていた。その規定では、「知りながら」(knowingly)、「実体

---

40) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 256-261 (1964); 真実の有無に対する無謀な無視とは、「虚偽の可能性を十分に知っていたにもかかわらず、または根拠資料の真実性や正確性を疑うに足りる明白な理由があったにもかかわらず、それを無視して行なった発言」のことをいう。(http://dictionary.findlaw.com), 検索語: “reckless disregard of the truth”, 検索日: 2015年2月28日。

41) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

42) Public Disclosure Commission v. 119 Vote Nol Committee, 957 P.2d 691 (Wash. 1998).

的事実に関して、誤った発言 (false statements) を行なった」場合、1 万ドルの罰金が科され、また選挙の結果を無効にすることもできた<sup>43)</sup>。ワシントン州最高裁は、1998年にこの法律に対して違憲判決を言い渡した。同判決は、「政治的言論 (political speech) は、連邦憲法修正第 1 条によって一層強い保護を受け」、また「政治的広告や選挙運動のための報道や公表には、公職候補者に関する実体的事実について誤った発言 (false statement) が含まれることもあり」、「たとえ意図的な虚偽であっても、政府にはそれを禁止する権限はない」<sup>44)</sup> と判断したのである。この判決は、最近の連邦最高裁の決定が言い渡されるまで、他の州に対しても事実上の標準と見なされていた。既存の類似の処罰法は廃止され、もしくは死文化する道をたどった<sup>45)</sup>。

2014年になってから、連邦裁判所のレベルで初めて明確な回答が出された。SBA リスト事件<sup>46)</sup>は、オハイオ州の選挙法 (Ohio Election Law)<sup>47)</sup> が<sup>8)</sup>、虚偽事実の発言 (false statements) を刑事処罰の対象としていることが、連邦憲法修正第 1 条に違反しているかどうかを争った事件である。まず、裁判所が判断しなければならなかった問題は、執行前提訴 (pre-enforcement challenge) に関する適格性 (standing) の有無であった。上诉人である SBA リストという政治団体は、まだ刑事起訴される段階には至っておらず、選挙管理委員会の調査を受けていただけであった<sup>48)</sup>。裁判所は、選挙の際の演説が「真実の事実であるならば、それが被る負担や萎縮 (chilled or burdened)」は、連邦憲法修正第 1 条に基づく提訴に必要な「明白な害悪の威嚇 (credible threat of harm)」に該当すると認定して、その後、連邦最高裁への提訴権を認める判決を言い渡した。そして、この判決の控訴審に続く事件について、連邦地方裁判所では、上述のオハイオ州法の違憲無効が宣言され

---

43) 1984年制定された RCW 42.17.530(1)(a).

44) 前掲注42) Public Disclosure Commission v. 119 Vote Nol Committee.

45) 名目上、処罰法を有しているのは、2014年7月現在で17州あることが確認されている。それらは、おおよそ数ヶ月の拘禁が最高刑とされている軽微な犯罪でしかない。詳しくは、<http://www.campaignfreedom.org/2014/07/17/state-false-statement-laws-should-the-government-act-as-the-truth-police/>最終検索日は2015年2月28日。

46) Susan B. Anthony List v. Driehaus, 134 S. Ct. 2334 (2014.6.16).

47) Ohio Rev. Code Ann. §3517.21(B)(9) (LexisNexis 2013), Ohio Rev. Code Ann. §§3599.40 (Lexis 2013), 3517.992(V) (Lexis Supp. 2014).

48) オハイオ州法は、選挙管理委員会が虚偽事実の表現行為に関する調査と判断を行なった後、所管地域の検察官に刑事告発ができるよう規定していた。Ohio Rev. Code Ann. §§3517.155(D)(1)-(2) (Lexis Supp. 2014).

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

て、次のような説示がなされた。

わが裁判所が論じているのは、嘘をつく自由に関する問題ではない。わが裁判所が論じているのは、われわれの政治的発言が真実であるか否かを政府に判断させない自由 (right not to have the truth of our political statements be judged by the Government) に関する問題である。……問題なのは、政治的表現が真実であるか否かを判断するための明白な方法が存在しないということである。われわれは、政府、すなわちオハイオ州選挙管理委員会がそれを判断することを望まない。政府に批判的な者を処罰することができてしまうからである。民主主義では、有権者がそれを判断しなければならない。オハイオ州法が公正な選挙を保障するための最小限の制限的手段であるか否かについて、わが裁判所は、それを否と判断する<sup>49)</sup>。

## 2. 依然として公的関心事に「相当の理由」の基準を適用するわが国の裁判所の立場に対する批判

2-1. わが国の裁判所も、「公的関心事」の特別な取り扱いの必要性については、次のように認めている。

表現された内容が、私的関心事なのか、それとも公的関心事なのかのいずれであるかによって差が生ずる。すなわち、当該表現の被害者が私的な存在であるのか、それとも公的な存在であるのか。その表現が公的関心事に関係しているのか、それとも純粋に私的な領域に属する事項に関する事案なのか。その表現が、客観的に見て、国民の知るべき公共性、社会性を備えた事案に関する事案であり、世論形成や公開討論に寄与するものかどうか。これらを確認するならば、公的存在に対する公的関心事と私的な領域に属する事項との間に、審理基準に差があることは明らかである……」<sup>50)</sup>。

公的関心事に関して、通常の場合と区別する必要があることを認めている点については、肯定的に評価することができる。しかし、どのように区別するのか。効果の側面を調べれば、通常の場合との区別が実際にどのように行なわれているのかが明らかになる。以下において、それを個別的に述べる。

---

49) Susan B. Anthony List v. Ohio Elections Commission, Case No. 1:10-cv-720 (2014.9.11).

50) 憲法裁判所1999年6月24日宣告1997・265大法廷決定、大法院2002年1月22日宣告2000・37524判決、37531判決。

2-2. 公的関心事の特別な場合に対して適用されているのは、「多少誇張された表現」の基準である。大法院の以下のような判断が参考になる。

「真実の事実」とは、ここではその内容全体の趣旨の重要な部分が客観的事実に合致するという意味であり、たとえ細部において真実と若干異なり、多少の誇張された表現があっても、重要ではない。……公共的・社会的な意味を持つ事案に関する表現の場合、言論の自由に対する制限は緩和されなければならない、公職者や公的関心事に対する監視と批判の機能は、それが悪意に基づいて行なわれ、または著しく相当性を欠いた攻撃でない限り、安易に制限されてはならない<sup>51)</sup>。

裁判所は、「多少誇張された表現」であっても、公表された事実が、全体として真実に近く、軽微な虚偽を含むにすぎない場合には、処罰しないと述べている。例えば、ある政党の広報担当者が、定例の記者会見の場で、他の政党の内部に政治工作班が存在することを暴露し、その解体を要求した事案では、「政党の政治的主張」は、「このような程度の断定的な語法であっても、しばしば用いられることがあるが、これは過大な表現として容認されることもあり」、「たとえ断定的な語法を用いて攻撃するような場合であっても、ほとんどの場合、これを政治攻勢として取り扱うだけで足り、その主張をそのまま客観的な真実として受け入れないのが通常である」から、悪意に基づいて行なわれた場合や著しく相当性を欠いた攻撃でない限り、罰しないと述べているのである。それゆえ、行為者が虚偽ではないと認識していたのか、それとも虚偽の事実を認識していたのか、虚偽であるとは分からなかったのか、相当の理由があったのかという点を調べる必要はない。もし、その「多少」の程度を超えていると判断されるならば、「誤信したことについての相当の理由」があったかどうかの判断とへ移ることになる<sup>52)</sup>。ただし、「多少」の意味や基準は明らかではない。

しかし、本当に処罰範囲は限定されるのであろうか。裁判所は、あたかも限定し

51) 大法院2008年11月27日宣告2007・5312判決。同じ趣旨のものとして、大法院2006年3月23日宣告2003・52142判決、大法院2008年2月1日宣告2005・8262判決、大法院2008年4月24日宣告2006・53214判決等参照。

52) 前掲注51)2007・5312判決では、新聞記者である被告人が、ある国会議員が特定の酒席の場で特定の人物に関して悪口を行なったという記事を書いた事案に関して、それは誇張された水準を超えており、虚偽の事実を摘示したと判断した上で、その事実が真実であると誤信したことにつき相当の理由が被告人にあったか否かを検討する必要があると判示した。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

たかのように述べているが、「多少誇張された表現」の基準は、公的関心事に対して施された特別な恩恵でない。刑法第310条に関する裁判所の古臭い判例にすぎない。それは、公的関心事でない一般事案に対しても、すでに適用されてきた基準である<sup>53)</sup>。つまり、名誉毀損の構成要件該当性判断の段階において、軽微な表現をあらかじめ排除し、処罰を控えるのは、社会的に相当な行為を処罰すべきではないという一般的な解釈原理に従っただけのことである。「多少誇張された表現」の基準は、法益侵害が軽微な場合について、社会的相当性が認められる行為の一例でしかなく、公的関心事の特例でも、名誉毀損罪の特例でもない。

### 2-3. 「悪意に基づくまたは甚だ浅薄な攻撃」の基準が導入されたことに対する疑問

裁判所は、「悪意に基づくまたは甚だ浅薄な攻撃」にあたるか否かを検討することを要求し、あたかも公的関心事の理論である「現実的悪意」の基準を採用したかのような姿勢を見せている。しかし、実質的にはそうではない。それに関連する判決は、以下のとおりである。

公職者の職務の遂行と関連した重要な事項に関して、疑惑を抱くほど十分かつ合理的な理由があり、その事項を公開することが、公共の利益のために必要であると認められる場合には、言論報道を通じて、上記のような疑惑に関して、問題を提起し、調査するよう促すなどして監視と批判を行なう行為は、言論の自由の重要な内容の一つであり、報道の自由に属すると評価されることがある。このような言論報道によって公職者個人の社会的評価が多少低下したからといって、それが直ちに公職者に対する名誉毀損になるとはいえない。それは、悪意に基づくまたは甚だ浅薄な攻撃として、著しく相当性を欠いた場合でない限り、安易に制限されるべきではない<sup>54)</sup>。

この判決において裁判所が述べている「悪意に基づくまたは甚だ浅薄な攻撃」は、「悪意」(malice)や「無謀さ」(recklessness)(すでにこの言葉を「無謀さ」と訳したが、それ以前には「軽率」と訳されていたこともある)とは全く異なる意味である。「悪意に基づくまたは甚だ浅薄な攻撃として、著しく相当性を欠い

---

53) 大法院1998年10月9日宣告1997・158判決。

54) 大法院2014年4月24日宣告2013・74837判決。

た]<sup>55)</sup> という表現において確認できるのは、虚偽の事実であることの認識 (knowing) を意味する「悪意」や、真実に無関心な認知的状態を意味する「無謀さ」ではない。「悪意」は敵意を意味し (誹謗の意味に近い)、軽率に批判の程度と方法が相当ではないことを意味することもあるが、裁判所が意味しているのは、「明白な認識」という本来の意味における悪意の基準である。すなわち、「知らなかったならば、罰しない」という刑罰を緩和する基準でなく、「公共の利益のために必要であると思っていたならば、罰しない」という緩和の基準である。裁判所は、「悪意」および「無謀さ」という言葉の翻訳上の意味に違いがあること、あるいはそれが多様であることを利用して、それらの言葉を用いることを避けたのである。ゆえに、わが国では、民事判決においても、また刑事判決においても、「現実的悪意」(malice) の場合だけが処罰されるという公的関心事の理論が承認されているとは言えない<sup>56)57)</sup>。

裁判所が「現実的悪意」の基準の導入を拒否していることは、次の判決を見れば明らかである。それは、やはり公選法関連の判決である。

公職選挙法第250条第2項の虚偽事実公表罪では、公表された事実が虚偽であることによって構成要件の内容が実現されるため、行為者の故意の内容としては、その事実が虚偽であることの認識が必要であり、真实性に疑いを抱きながら、あえて公表した場合には、少なくとも未必の故意を認めることができる<sup>58)</sup>。……虚偽事

---

55) 前掲注51)以前の大法院2008年11月27日宣告2007・5312判決。

56) 曹國は、民事判決である2002・62494判決(2004年7月22日宣告)等を引用して、そこにおいて言及されている「現実的悪意に基づくまたは甚だ浅薄な攻撃」が、アメリカの「現実的悪意の(malice)」の基準と一致していると解釈しているが、判決において言及されている事件を調べるならば、「現実的悪意」という表現が用いられているが、「現実的悪意(malice)」の基準と同じ意味において用いられているとは思われない。曹國「一部虚偽が含まれた公職者批判の法的責任——公職選挙法の虚偽事実公表罪の判例批判を中心に」184頁。

57) 「公的人物に対しては区別して審査しなければならない、という意向を明らかにしたのに過ぎない」と述べるのは、キム・ソンテク・前掲論文189頁。シン・ピョンは、近時の憲法裁判所および大法院判決が、「公職者」という表現を用いて、「緩和された基準」を要求していることを理由に、「現実的悪意(malice)の基準が韓国的な方法で受容されている」と指摘し、肯定的に評価している。シン・ピョン「判例に現れた現実的悪意論の韓国的受容」世界憲法研究第10巻(国際憲法学会、韓国学会、2004年)160頁。

58) 大法院2002年4月10日宣告2001・193決定。この決定は、公選法事案であるが、棄却決定に対する再抗告事件である。



名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

実公表罪は、このような未必の故意によっても成立する。被告人が摘示した具体的な事実が、真実であるか否かを確認しようと思えば、社会通念に照らせば、時間的・物理的に可能であったと認められるにもかかわらず、そのような真実性の確認の努力をすることなく、当選しないようにする目的をもって、その事実の摘示を積極的に行なった場合には、未必の故意を認めることができる<sup>59)</sup>。

裁判所は、公選法の虚偽事実公表罪が「未必の故意」の場合にも成立することを認めているが、それは「現実的悪意」の基準に反する。「真実性に疑いを抱きながら」あえて公表した事案に関して、引用判決で適用されているのは、「現実的悪意」の基準ではなく、「真実性の確認の努力」を行なわなかった基準、すなわち通常の未必の故意の基準だからである。

#### 2-4. 公的関心事に対して「相当の理由」の基準を適用する問題点

表現を規制する裁判所の指向は、生け贄として公的関心事をも「誤信したことについての相当の理由」の基準に捧げるにいたった<sup>60)</sup>。公的関心事の理論をまともに受容していたならば、公的関心事の基準と相当の理由の基準の適用対象は、相互に異なっていなければならなかったはずである。すなわち、公的関心事には現実的悪意の基準を適用し、その他の事案に関しては相当の理由の基準を適用すべきであった。しかし、わが国の裁判所は、公的関心事について「軽微な過大」の場合を無罪するだけで、そうでない場合には、相変らず「相当の理由」の基準を適用している。

その点について、詳しく考察できる事案がある。それは、韓国の言論機関が被告人となった事案である<sup>61)</sup>。裁判所は、被害団体が公的な存在であることを前提として認めたいうえで、被害団体のうち民主労総に関する部分については、「労働運動

---

59) 大法院2011年12月22日宣告2008・11847判決。これは、チョン・ボンジュ事件である。この事件の判決に関する精密な分析と批判につき、キム・ジョンチョル・前掲論文1-32頁参照。氏は、虚偽事実公表罪に関する未必の故意の解釈を批判し、立法論として、「虚偽であることを知っている」場合、すなわち確定的な故意がある場合だけを処罰すべきであると主張する。しかし、その虚偽事実公表罪に「誤信したことについての相当の理由」と「公共の利害」の基準という責任阻却事由を新たに導入することを主張したことは、確定的故意論と矛盾するので、再検討が必要であると思われる。

60) 大法院2002年6月28日宣告2000・3045判決、大法院2003年11月13日宣告2003・3606判決、大法院2005年4月29日宣告2003・2137判決、大法院2007年1月26日宣告2004・1632判決。

61) 大法院2002年1月22日宣告2000・37524判決。

でなく、朝鮮労働党の運動を行なっている」という表現が「軽微な過大」であったにすぎないという理由で無罪にし、民主労総を「不法団体」、「不法・不純勢力」と指摘した部分については、「政府は、その当時、民主労総の政治闘争およびゼネスト闘争を不法と評価し、民主労総が非合法団体であったために、摘示した事実が真実であると誤信したことについて相当の理由があった」として無罪にした。ただし、民主弁護士会、全国連合、参与連帯が行なっているのが「北朝鮮の朝鮮労働党に利する労働運動」であると事実を摘示した点に関しては、「真実であると誤信したことについての相当の理由」があったとはいえないとして、名誉毀損が成立すると判示した。「多少」の意味について、明確な基準は示されていない。

将来、裁判所が公的関心事に関して、悪意のある場合、すなわち確定的な故意のある場合だけを処罰する方向へと進んでいくなれば、その時に初めて公的関心事の理論が受容されたことになるであろう。公選法に関しては、虚偽事実公表罪だけを残し、候補者誹謗罪のような規定を削除する方向——立法を簡素化し、解釈もまた簡素化して——に進むことが、公的関心事の理論の受容に相応しいと評価されるであろう。公的関心事の基準は、表現の自由に関する文明社会の普遍的基準であると言っても過言ではない。「政治的発言」(political statement)の抗弁を軽視するのは、もってのほかである。憲法が十分に表現の自由を保障していない国の裁判所は、公的関心事の基準だけでも受容しなければ、文明社会として最小限の資格を備えているとはいえない。

### 3. 「疑惑の提起」に対して「誤信したことについての相当の理由」を要求する不当性

裁判所が、公的関心事や政治的発言に対して、依然として「誤信したことについての相当の理由」の基準を要求するのは、先述のとおり、私的関心事と公的関心事を区別していないためであるが、それは「事実の主張」と「疑惑の提起」を区別して取り扱わなくするためでもある。この混同は、「相当の理由」の基準の理解においても現れている。

#### 3-1. 判例の「相当な理由」における「誤信」した理由と「疑惑」を抱いた理由の混同

相当の理由があったか否かに関する一般的基準として提示されているのは、次の内容のものである。

その摘示した事実の内容、真実であると誤信した根拠や資料の確実性と信憑性、

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

事実確認の容易性、摘示による被害者の被害程度などの諸般の事情を総合して、行為者がその内容の真偽の有無を確認するために適切で十分な調査をつくしたのか……という点に照らして判断しなければならない<sup>62)</sup>。

これらの種々の要素が、すべて可罰性に関連する要素として考慮されなければならないという点に異論はない。ところが、そのなかには、それぞれ異なる性質のものが混在している。そのなかで、「誤信したことについての相当の理由」、すなわち信用可能性の尺度と言えるのは、「根拠や資料の确实性と信憑性」だけである。それ以外のものは、すべて信用可能性を緩和する事情、すなわち誤信したことにつき相当の理由の存在を肯定的に判断するための主観的または客観的事由である。「摘示した事実の内容」がどのようなものであったか、「事実確認の容易性」があったか、「摘示による被害者の被害程度」がいかなるものであったかということは、信用可能性を肯定する客観的事由である。「適切で十分な調査をつくしたのか」という基準は、誤信したことの責任を免除するための主観的事由である。

信用可能性の要件を緩和し、誤信を免責する事由は、根拠や資料が信用するに足りないにもかかわらず、行なわれた主張を許容するための特別な基準である。すなわち、裁判所は、信用可能性の基準よりも緩和された基準によって、行なわれた事実公表の処罰を否定しなければならない場合があることを認めているのである。そのように述べながらも、裁判所は、一定の事実を「誤信」した場合と「疑惑」を抱いた場合を区別せず、同一の基準の適用対象とし、事案ごとに厳格な基準と緩和された基準を任意に取捨選択し、処罰の可否を決定できるようにしているのである。これには、第一に、検察官と裁判官の裁量権を最大化させる効果があることである。確かに、誤信の場合と疑惑の場合を区別することは、主観的にも客観的にも容易ではない。行為者に特別な情報収集能力があるならば、ある事実を真実であると誤信した表現行為にあたらぬ場合には、そのような事実があると疑惑を抱いた表現行為であると理解すべきであるが、それは一般論でしかない。具体的には、検察官と裁判官が自身の見解に基づいて最終的に判断することになる。つまり、差別・選別の処罰が可能になるということである。二番の効果としては、真実の事実を真実ではないと疑惑を抱いた場合でも、そのように疑ったことについて相当の理由がなければ、市民は口を閉じなければならないという規範があるように思われることである。これは、表現の自由を極度に萎縮させることにはほかならない。

---

62) 大法院2001年1月19日宣告2000・10208判決、大法院2006年5月12日宣告2004・35199判決等。

### 3-2. 疑惑の提起と表現の自由

我々の思考は、情報の水準いかんによって、ある事実に関して疑惑を抱き、それを提起し、またそこから一步進んで、その事実の信用へと至る。疑惑を提起せずに、ただ確実な事実だけを公表すべきであると要求するならば、それは公表を望んでいないことと同じである。疑惑の提起を許容しない社会では、どのような事実を究明することが公的に必要であるのかさえも分からなくなってしまい、結局のところ、真実は遮断されてしまうであろう。表現の自由が事実の主張を許容する限り、当然に疑惑の提起も許容されると言わなければならない。

法があえて「理由の提示」を要求する場合でも、事実の主張には「誤信したことについての理由」を、疑惑の提起には「疑惑を抱いたことについての理由」を要求すればよいだけのことである。「疑惑を抱いたことについての理由」は、行為者の側において、真実であると信用するに足る資料が不足していたとか、また信用できないことを裏付ける資料があったということであろう。「誤信したことについての理由」は、真実であると信用するに足る資料が十分にあったとか、信頼できないことを裏付ける資料がその時点においては知られていなかったということであろう。

しかし、疑惑の提起に関しても、「誤信したことについての相当の理由」を要求して規制する必要がある、特に刑罰を科してまで規制する必要があるかどうかは疑問である。疑惑の提起は、その相手に対して真実の究明を促すことであり、一般国民に対して根拠なしに信用することはやめようとして説得することである。そうであれば、自らが疑惑を抱いた理由を提示するに違いない。もし、その理由を提示しないならば、疑惑は力を失い、疑惑を提起する者は信用を失墜することになるだろう。市民に討論能力があり、判断能力があるならば、疑惑の提起に理由があるかないかは、自ずと明らかになる。疑惑を抱いた理由の有無を明らかにするために、それを提起した者を刑事法廷に引きずり出して問い詰めるのは、市民の討論能力と判断能力に不信を抱いている社会だけである。

## 四 結 論

公選法に関しては、少なくとも「真実の事実として、公共の利害に関すること」の基準として、「誤信したことについての相当の理由」の基準を導入することは排除されなければならない。それは、同法第251条によれば、事実公表が「誹謗」にあたる場合だけを処罰すると規定しているからである。公選法は、刑法の場合とは

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

異なり、真実の事実の公表それ自体を処罰しない。誹謗(第251条)や虚偽事実公表(第250条)を処罰するだけである。従って、検察官が、虚偽事実の公表を処罰するためには、虚偽性の認識を証明しなければならないことを要求し、候補者の誹謗を罰するためには、誹謗の傾向を証明しなければならないことを要求する解釈だけが正当である。

しかし、裁判所は、検察官と一緒に、そのような解釈を拒否している。上記の二つの基準は、すべて公選法に対して、またそれ以外の「公的関心事」に対して、ためらうことなく適用されている。裁判所は、挙証責任を被告人に負担させる挙証責任転換論に、そのような例外事由を結びつけることによって、虚偽性の認識に関しても、検察官ではなく、被告人が証明しなければならないようにした。証明が失敗に終わった場合、被告人は虚偽事実公表罪で処罰されるのである。このような解釈は、無罪推定の原則に反するだけでなく、表現の自由の原則的保障を宣言した憲法にも反する。この誤った判断は、是正されて然るべきである。

「誤信したことについての相当の理由」の基準は、「公的関心事」以外の一般的な名誉毀損事案に適用されるべき基準であり、公職選挙やその候補者に関する事実などの公的事案に適用されるべきではない。公的関心事に対しては、虚偽性の確定的故意がある場合だけが可罰的であると言わなければならない。また、そのような理由に基づくことも、公選法の虚偽事実公表罪に関しては、虚偽性の認識は検察官が証明しなければならない責任事項である。

また、疑惑の表現は、事実の主張とは異なって扱われるべきである。それに対して、あえて相当性があったか否かを問題にして、処罰しようとする場合でも、「誤信した理由」ではなく、「疑惑を抱いた理由」のレベルにおいて評価すべきである。それにもかかわらず、裁判所は誤信に基づく表現と疑惑に基づく表現を区別せずに、一律的な基準によって評価しているが、それは誤っている。疑惑に基づく表現に「誤信したことについての相当の理由」を要求するのは行き過ぎであり、非論理的でもあり、それは疑惑に基づく公表行為を禁止することになる。公的関心事や候補者に関する疑惑の提起は、民主主義と選挙制度によって解決されるよう、それに委ねるべきであり、理由の相当性を問題にして、刑事処罰の対象にするようなことをしないことが妥当な解釈である。それが、法律の文言に基づくことが、また憲法上表現の自由の趣旨に従おうが、いずれであっても妥当であると思われる。それと同じ理由に基づいて、虚偽事実公表罪それ自体の廃止<sup>63)</sup>もまた、考慮されなければ

63) 「公益を害する目的に基づく虚偽事実を内容とした通信」を処罰する電気通信基本法第47条第1項は「虚偽事実の公表も憲法上表現の自由の保護対象」であるので、違憲であら

ならないであろう<sup>64)</sup>。

さらに付言するならば、名誉毀損を原則的に可罰的行為として取り扱う刑法の態度もまた同時に是正されなければならない<sup>65)</sup>。刑法は、名誉を表現の自由よりも優先させ、保護しなければならぬとしている。しかし、憲法や常識が、そのような優先順位を主張しているとは考えられない。基本権の順位は、ときおり抽象的な水準で決められることがあるが、特別な理由がないならば、具体的な事案については具体的に比較考量して、その価値の優劣を判断すべきである。具体的な比較衡量、時には過失の相殺や原因の責任究明が必要な事案もあるが、そのような点が「名誉毀損がなぜ民事法的解決に適合しているか」を説明する更なる理由になる。公選法の問題としてのみならず、刑法の問題としても、是正されなければならない。

## 解 説

1. 本稿は、朴智賢 (Park Ji-Hyun) が2014年12月23日に開催された緊急法律家討論会「曹喜叅ソウル市教育長に対する検察官の起訴の法的問題点」(主催：民主主義法学研究会、民主社会のための弁護士会)において行なった報告「名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての『真実であると誤信したことにつき相当の理由がある場合』の基準について」(명예훼손 또는 사실공표 행위의 면책을 위한 ‘진실이라 믿을 만한 상당한 이유’ 기준에 대한)を加筆した論文の紹介である。朴智賢は、韓国の仁済大学校法学科の刑法・刑事訴訟法担当教授であり、2012年2月に立命館大学を訪問し、日韓刑法史研究会主催の「刑法における歴史認識と過去清算」に関する日韓の共同研究を主宰した一人である。その研究成果は、すでに本田稔・朴智賢編著『刑法における歴史認識と過去清算』(文理閣・2014年)として公表されている。

2. 本稿が考察の対象としているのは、一言でいえば、公職者や政治家の名誉の保護と言論・報道の自由の刑法的関係に関する問題である。公職者や政治家に対する批判的言論の自由は、その社会の市民的・政治的自由の成熟度を測定する試金石であり、またそれに関して法的規制手段として取られている措置が、刑罰か、それとも非刑罰的な手段であるかは、その国の社会的・民主的法治国家の到達度を映し出

---

ゝと判断した憲法裁判所判決については、憲法裁判所2010年12月28日宣告2008・157, 2009・88大法廷決定。

64) 前掲注44), 47)のアメリカの判決参照。

65) 名誉毀損罪の廃止論については、前掲注34)参照。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

す鏡である。従って、個人のプライバシーや名誉を保護する刑法のあり方と言論・表現の自由という基本的人権を保障する憲法のあり方は、表裏一体の関係にある。公職者や政治家といえども、個人としてのプライバシーや名誉は保護されるべきであり、それが民主政治の基盤でもであると論じて、公職者や政治家の不正や疑惑を告発する言論をも名誉毀損、誹謗行為として刑罰によって規制することができるのか。それによって、民主政治の基盤は強化されるのか。むしろ、刑罰の威嚇によって国民の知る権利を封殺する恐怖政治の土壌を作り上げることになりはしないか。本稿の問題意識は、ここにある。

日本においても、安全保障関連の重要法案が国会で審議されている最中に(2015年7月)、与党の国会議員が、法案反対の世論を報ずるマスメディアを牽制するために、企業に対して新聞広告の掲載を控え、それによって新聞社の広告料収入を断つべきであると発言したが、そのような権威主義的な人格にかぎって、自己に不利な言論を封殺するために、あたかも正当な権利行使であるかのように訴え、刑罰権を含む法的手段にすがろうと姑息に動き回るものである。隣国における言論の自由と刑法による統制の拮抗状況を知ることは、日本の問題を捉え直す重要な機会にもなると思われる。

3. 韓国刑法の名誉毀損罪の規定および公職選挙法の規定は、日本のそれと非常に類似している。それは、太平洋戦争終結後の韓国刑法の制定過程において日本の「改正刑法仮案」が参考にされ、また公職選挙法の改正過程においても、日本の公職選挙法が参考にされたことによる。条文が類似しているために、韓国の裁判所は、日本法を参考にし、韓国刑法310条の「第307条第1項(単純名誉毀損罪を指す——引用者注)の行為が、真実の事実として、専ら公共の利害に関するときは、罰しない」の規定の解釈にあたって、仮案412条の元にある日本刑法の230条の2の規定の解釈を参考にしている。韓国刑法の名誉毀損罪の規定の解釈にあたり、「母法」である「改正刑法仮案」、さらにはその元にある日本の現行刑法の名誉毀損罪の規定にまで遡るといえるのは、子が自分の出自を明らかにするために、祖父母の家系を調べるのと似ている。

刑法230条の2の規定と仮案412条は、その規定の形式が類似している。また、事実の公共性、目的の公益性、事実の真実性の3要件による不処罰という法律効果も同じである。しかし、事実の真実性の挙証責任が誰にあるのかという点については、必ずしも同じであるとはいえない。刑法230条の2は、「真実であることの証明があったときは、これを罰しない」と定め、真実性を証明する責任は被告人が負う

と解釈されている。また、証明がなされなかった場合でも、「真実であると誤信したことについての相当の理由」があるときは、名誉毀損罪の故意が否定されると解されている。それが現在の判例（東京高判昭和 28・2・21 高刑集 6 卷 4 号 367 頁）である。しかし、学説の多くは、強力な証拠収集手段を持たない被告人にそのような証明を要求するのは酷であるから、証拠の優越で足りると解しているので、判例のような解釈が仮案 412 条に妥当するかどうかは明らかではない。

仮案 412 条は、「第 406 条第 1 項及び 410 条の行為公共の利害に関する事実に係り其の目的専ら公益を図るに出たるものと認むるときは事実の真否を判断し真実なるときは之を罰せず」と規定しているが、「事実の真否を判断し真実なるときは」というのは、被告人が事実の真実性を証明し、裁判官がそれを踏まえて「事実の真否を判断し、真実であることを認定したとき」を意味するとは必ずしもいえない。というのは、「真実の証明」という文言が規定にはなく、その責任主体が誰であるのかが明白ではないからである。真実性の証明は、特定の訴訟当事者が行なうというのではなく、むしろ裁判官が、検察官の攻撃と被告人の防禦の対抗関係において、その真実性の存否を判断して認定することが予定されていると思われる。裁判官が事実の真否を判断する過程において、被告人が摘示事実を真実であると主張し、検察官がそれを虚偽であると主張し、このような攻撃と防禦の主張を踏まえて、裁判官がいずれの主張が優越しているかを判断して、最終的に事実の真否を決すると考えられる。従って、仮案 412 条の規定が、事実の真実性の举证責任を被告人に課していると解釈しなければならない理由はない。しかしながら、韓国の裁判所は、刑法 230 条の 2 の事実の真実性に関する举证責任の転換論が仮案 412 条の解釈にも妥当すると判断し、仮案 412 条の規定が韓国刑法 310 条と類似しているため、刑法 230 条の 2 の解釈論が仮案 412 条を介して、韓国刑法 310 条の解釈にもあてはまると考えているようである。韓国刑法 310 条の解釈論として、その点をまず質す必要がある。

4. 本稿が論ずるのは、以上のような韓国刑法 310 条の解釈論が、韓国公職選挙法 251 条の候補者誹謗罪の規定の解釈論として妥当するののかという問題である。「候補者の誹謗」とは、根拠のない虚偽の事実を摘示して、公職選挙の候補者の感情を傷つけ、またはその尊厳を毀損することであるが、摘示された事実が真実である場合には、その行為は最初から「誹謗」にはあたらない。また、公共の利害に関する事実を摘示した場合にも、「誹謗」にはあたらない。つまり、摘示された事実が真実であり、またそれが公共の利害に関する場合には、その行為は「誹謗」ではないのである。反対に、摘示された事実が虚偽であったとか、公共の利害に関連していな



名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

かった場合には誹謗であり、それが誹謗にあたる以上、あらためて事実の真実性や公共性を問題にする必要はない。従って、誹謗にあたる行為について、「ただし、真実の事実として、公共の利害に関するときは、罰しない」という公選法251条の但書の適用はありえない。本稿は、このように適用対象のない但書を「死文化」という言葉で特徴づけている。その指摘は論理的である。

しかし、この但書の規定が、刑法310条の名誉毀損罪の事実の証明の規定と類似しているために、韓国の裁判所は、被告人が候補者誹謗罪に関する摘示事実の真実性や公共性の証明に関しても、名誉毀損罪の事実の証明の規定の解釈が適用されると解釈している。すなわち、挙証責任転換論を適用して、被告人が摘示事実の真実性などを証明しえなかった場合、候補者誹謗罪の成立を免れることはできないと解釈しているのである。そして、真実であると誤信したことについて相当の理由があった場合には、事実の虚偽性につき認識がなかったとして、候補者誹謗罪の故意を阻却することができるかと解しているのである。「真実であると誤信したことについての相当の理由」を示せば、候補者誹謗罪の故意が阻却されるというのは、一見すると、候補者誹謗罪の成立範囲を限定するようにも見えるが、摘示された事実の虚偽性などの誹謗の要件は、本来的には検察官が証明すべき事項であって、被告人の証明責任の問題ではないはずである。しかし、公選法251条但書が、韓国刑法310条と同旨であり、摘示された事実の真実性と公共性を証明する責任が被告人にあると解されているために、被告人にその挙証責任が転換されているのである。本稿は、この転換構造を厳しく批判している。

5. 被告人が、公選法251条の事実の真実性を証明できず、真実であると誤信したことについて相当の理由を示せなかった場合、候補者誹謗罪が成立するが、そのような場合でも、当該事実が公共の利害に関連していること(事実の公共性)を認識していた場合には、誹謗の認識が否定され、候補者誹謗罪の成立が否定される。しかし、たとえ事実の公共性の認識によって誹謗の故意が否定されても、真実性を錯誤したことについて相当の理由を示せなかった以上、虚偽性についての未必の故意があったと推認されて、公選法250条の虚偽事実公表罪で処罰される可能性がある。つまり、客観的には虚偽の事実を摘示したが、事実の公共性を認識していた場合、候補者誹謗罪の成立が否定された上で、虚偽事実公表罪がその受皿となるというのである。検察官は、被告人が「虚偽の事実」を摘示して候補者を「誹謗」したと起訴した後は、「虚偽事実公表罪」の訴因を予備的に追加することの外は、何もする必要はない。被告人に対して、事実の真実性の証明を求めるだけでよいのである。

そして、被告人がその証明に失敗し、真実性を誤信したことについて相当の理由があったことを提示できなければ、それによって「誹謗」の証明に代えることができるのである。また、被告人が公共性の認識があったことを証明した場合には、事実の虚偽性につき未必の認識があったと主張して、虚偽事実公表罪の成立を主張できるのである。検察官の主張は、おそらく次のようなものであろう。「虚偽の事実を真実であると誤信したことについて相当の理由を提示することができなかったということは、その事実が虚偽であるということを未必的に認識していたことにほかならず、そのような認識を持ちながら摘示したということは、虚偽事実公表罪の故意があったことを合理的に推認することができる」。それゆえ、本稿は、このような検察官の論理を批判して、「わが国の表現の自由は、検察官が虚偽事実公表罪の客観的要件が充足していることだけを明らかにして起訴し、被告人の側がこれに対して防御できなければ、その故意があったとして処罰されるという驚くべき法理の上に置かれているのである」と批判しているのである。それは妥当な批判であると思われる。

6. このような問題は、さらに情報通信ネットワーク法70条2項の名誉毀損罪の解釈・運用にも影響を与えている。それは、「人を誹謗する目的で、情報通信ネットワークを利用して、公然と虚偽の事実を摘示した名誉毀損罪」であり、産経新聞前ソウル支局長の加藤達也氏が産経新聞のインターネット・ニュースサイトにおいて、セウォル号沈没事故当日の朴槿恵大統領の行動について報じた内容が、この通信情報ネットワーク法の名誉毀損罪にあたるとして起訴され、現在も裁判が継続中であることから日本でも知られるようになった犯罪である。

加藤氏に対する裁判からも、上述の刑法310条および公選法251条の解釈論が、本罪の規定の解釈・運用にも影響を与えていることを窺うことができる。加藤氏の報道内容と裁判の経過については、産経新聞ホームページで紹介され、起訴状の日本語訳が掲載されている。それによる、起訴内容は、およそ次のとおりである。2014年7月18日付の「朝鮮日報」のコラム「大統領を取り巻く噂」は、2014年4月16日に発生したセウォル号事故の当日の朴槿恵大統領の日程を報じ、「大統領府秘書室長の国会答弁を契機に、セウォル号事故発生当日、朴槿恵大統領が某所で秘線とともにいたという噂が作られた」などと報じたが、加藤氏は、そのような噂の真偽について、当事者や関係者に事実関係を確認するなどの努力をしないまま、上記コラムの一部を抜粋、引用して、産経新聞のインターネット・ニュースサイトに、朴大統領がセウォル号事故当日に秘線と一緒にいたとか、それと緊密な男女関係だとい

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

う根拠のない噂があたかも事実であるかのように報道する記事を掲載し、それによって朴大統領の名誉を毀損した。起訴内容は、以上のようなものである。

起訴状では、結論的に、このような加藤氏の行為が情報通信ネットワーク法第70条2項の名誉毀損罪に該当すると主張されているのであるが、本稿が指摘しているように、本罪が成立するためには、「摘示された事実が虚偽であることだけでなく、被告人がそのような事実を摘示するにあたって、その摘示事実が虚偽であることを認識していなければならない、このような虚偽性に関する認識、すなわち犯意の立証の責任は、検察官にある」ので、検察官は、本件において加藤氏が摘示した事実が虚偽であり、それによって朴大統領の名誉が毀損されたという客観的な事実を証明し、そして加藤氏に朴大統領を誹謗する目的があり、摘示した事実が虚偽であることの認識があり、そしてそれによって朴大統領の名誉が毀損されることの認識があったという主観的な事実を立証しなければならない。検察官による立証が犯罪の成否を決することになるのであるが、産経新聞ホームページの同事件関連の記事には、第1回公判において、加藤氏の弁護人が「虚偽の事実を報道した」ことの立証責任は検察官にあると主張したのに対して、検察官が「弁護側が虚偽の事実を報道していないというなら、その立証責任は弁護側にある」と返答するやり取りが紹介されている。

裁判の詳細な経過を正確に見なければ判断できないが、第1回公判において、すでに検察官が弁護人に虚偽性の証明を求めるような発言をしていることに注目すべきである。これが、刑法310条の「真实性の証明」や公選法251条の「候補者誹謗罪」の解釈論、すなわち挙証責任転換論と同趣旨のものであるならば、それは問題である。というのも、名誉毀損罪や候補者誹謗罪の場合、被告人側に事実の真实性や公共性の証明責任の転換がなされているのは、刑法310条や公選法251条但書の規定があるからである。通信情報ネットワーク法70条2項には、そのような規定はない。従って、通信情報ネットワーク法の名誉毀損罪の立証を刑法の名誉毀損罪の場合と同じように扱うことはできない。被告人が事実の虚偽性を認識していたことの立証責任は、検察官にあるのであって、被告人はそれを証明する義務はないのである。それが法の正しい解釈であり、また韓国大法院の判例でもある。通信情報ネットワーク法70条2項の条文のなかに、そこに規定されていない「但書」を読み込み、そしてその「但書」にある事実の真实性と公共性の要件の挙証責任を被告人に転嫁し、その証明ができなければ処罰するというのは、およそ法の解釈とはいえない。

7. 最後に、本稿が執筆された経緯について、若干の説明をしておきたい。本稿は、最初にも記したように、朴智賢が2014年12月23日に開催された緊急法律家討論会「曹喜吟ソウル市教育長に対する検察官の起訴の法的問題点」において報告を加筆・補正したものである。曹教育長は、2014年6月4日のソウル市教育長選出選挙において、民主陣営の統一候補として推薦されて立候補し、当選を果たし、同年7月に教育長に就任した。その後、公選法の虚偽事実公表罪で起訴され、2015年4月に第1審裁判所で罰金5百万ウォン（当選無効刑に相当）の有罪判決を受けた。その後、直ちに控訴し、2015年8月、控訴審において無罪を訴えて争っている。

曹氏のどのような言動が虚偽事実公表罪にあたるとして起訴されたのか。それは、曹氏が、候補者として選挙運動をしていた昨年5月の記者会見において、対立候補がアメリカ永住権を保有している疑惑があると述べて、対立候補に対して、自らのアメリカ永住権と2人の子どものアメリカ永住権の保有問題について、事実を明らかにするよう要求した。記者会見におけるこの発言が後に虚偽事実公表罪として起訴されたのである。裁判において、曹氏は、ある新聞記者から具体的な情報の提供を受けたと釈明する一方で、単なる疑惑の提起を虚偽事実の公表として処罰することはできないと主張し、検察官による起訴の不当性を訴えた。第1審では、曹氏の発言が、対立候補がアメリカの永住権を保有しているという内容を暗示するものであり、それは事実の公表に該当すること、この事実が虚偽であることが証明されたので、その事実の摘示が虚偽事実の公表に該当すると認定された。そして、曹氏がその事実を虚偽であるとは認識していなかったことについて、あるいは真実であると誤信したことについて相当の理由がないとして、曹氏の主張を排除し、虚偽事実公表罪の成立を認めた。

韓国公選法250条は、虚偽事実を候補者等の「所属・身分・職業・財産・経歴等に関して虚偽の事実」と限定して規定しており、裁判所が、候補者およびその家族がアメリカの永住権を保有しているという虚偽の事実が、おそらく「経歴」に関する虚偽の事実該当すると認定しているようであるが、「経歴」とは、一般に職歴、学歴、資格・免許の有無などに関する事項であり、虚偽事実公表罪における「経歴」は、その有無が当選・落選に一定の影響を与え得るものに限定されると考えられる（日本の公選法の虚偽事項公表罪に関して、東京高判昭和45・7・20高刑集23巻3号50頁は、そのような限定を不要と解している）。アメリカ永住権の取得と保有に関する事実が、当落に一定の影響を及ぼす可能性があることは否定できないが、それが一般的に「経歴」に該当するか、また公選法が定めている「経歴」に該当するかどうかは必ずしも明らかではない。

名誉毀損または事実公表行為の責任阻却事由としての「相当の理由」の基準について(朴・本田)

ソウルは、言うまでもなく、韓国の首都である。それは「特別市」に指定されているため、行政全般に責任を負う市長だけでなく、教育行政に責任を負う教育長(韓国では教育監という)もまた選挙によって選出されることになっている。教育行政の責任者として相応しいのは誰であるのかは、首都ソウルにおける教育のあり方だけでなく、韓国の政治・経済の将来を担う若者をいかに育てるかという韓国社会の将来を考える上でも非常に重要な問題である。例えば、外国で生まれ、そこで教育を受け、長いあいだ外国と韓国の二重国籍を保有し、成人に達した段階で韓国籍を選択し、その後も外国での永住権を保有し続けている人物がソウルの、さらには韓国の教育問題を自らの問題として受け止め、それに心から取り組むことができであろうか。その問いに対しては、多種多様な答えがありうるが、グローバルな社会における国民教育という視点を強調するならば、国際経験が豊富な人物が教育長として待望されるであろう。また、インターナショナルな時代における国家・社会の歴史と伝統の自覚という点を重視するならば、韓国社会の様々な問題を深部において洞察できる人物に期待が寄せられるであろう。

韓国国民のメンタリティーとして、いずれの候補者像が望ましいと考えているかは、ここで論ずべき問題ではない。重要なことは、曹氏が、候補者として記者会見したときに、どのような意味の発言をしたのかという問題である。選挙戦のさなかになされた発言の意味が重要である。曹氏は、対立候補を貶め、当選させないために、有権者に対して虚偽の事実を吹聴して回ったのか。それとも、教育長として相応しい人物像を有権者に問いかけ、その資質と適格性を問題にしたのか。曹氏は、韓国人がアメリカの永住権を保有することが悪いと言っているのではないであろう。20世紀に猛威を振るったアメリカの覇権主義が、21世紀に入って弱体化し、北東アジアにおいて、国際的な政治・経済の新しい枠組が模索され始めている。そのなかで多くの国が国内の様々な制度の見直しを始めている。韓国においても、そのような歴史的過程において、どのような社会を目指すべきか、いかなる外交戦略を持つべきか、理想の国民教育とはどのようなものが重大な問題として議論されている。曹氏は、韓国の首都ソウルの教育長候補者として、そのような公的関心事を有権者に問いかけたのではないだろうか。そのために、対立候補のアメリカ永住権問題の疑惑を提起したと思われる。しかも、「候補者○○氏は、アメリカの永住権保有者であり、彼の2人の子どももまた同じである」という事実を摘示したのではなく、「そのような疑いがある」という疑惑を指摘しただけである。そこには悪意は窺われない。

疑惑がかけられている事実が真実なのか、それとも虚偽なのか。それは、選挙戦

において、いずれが教育長として適任であるかを争うなかで明らかにすることができ。曹氏が対立候補を貶めるために、ニュースソースを鵜呑みにして、虚偽の事実を摘示したというのであれば、有権者は、曹氏がその程度の候補者でしかないと扱えばよいだけである。反対に、アメリカ永住権問題が真実であるならば、対立候補は永住権を保有するに至った経緯を説明し、そのことと教育長の職務との関連性の有無を説明すればよいだけの話である。また、それが虚偽であるならば、きっぱりと否定すればよいだけである。虚偽の事実を摘示する候補者にソウルの教育行政を委ねることはできないと公言すればよいのである。このような問題に刑事裁判官が関与する余地があるのだろうか。曹氏が虚偽の事実を摘示したと疑いをかけて、刑事法廷に引きずり出して、「その事実が真実であると誤信したことについての相当な理由」があったかどうかを自身に語らせる必要があるだろうか。そこまでしなければ、公正な選挙を担保できないのだろうか。

公職選挙の候補者が何を語るのか、何を発言するのかを、検察官が常に聞き耳を立てている姿を想像するだけで十分であろう。そこには、刑罰権によって監視された民主主義、討論能力と判断能力を欠如した市民社会が見えてくるであろう。朴智賢が主張するように、民主主義と市民社会の復権のために、名誉毀損や虚偽事実公表を口実にした市民社会に対する警察的介入は厳しく批判されなければならない。

(本田 稔)