

法務研究科学生論文にたいする

担当教員の評価

笠原康史君の「虚偽の犯罪化と処罰の適正について—序論的研究—」は、名誉毀損罪における真実性の証明規定およびその解釈論において前提とされる、虚偽の言論による名誉毀損の当罰性を疑問視し、虚偽の犯罪化を巡る最近のアメリカ合衆国における議論に示唆を得て、刑罰法規の内容の適正性の観点から、名誉・プライバシーと表現の自由との調整のあり方をテーマとして取り上げる。従前の解釈論の枠内にとどまらず、その理論的前提から抜本的に再検証しようとする着眼点は光っており、主要な英語論文をはじめ資料の渉猟し、その翻訳・検証を丁寧に行おうとする研究姿勢は高く評価される。本論文は先行研究の乏しさゆえに今後有益な情報を提供するものであろう。ただ、本論文では、主要な英語論文の対比的な検証やその基本的な価値観の批判的検討が未整理なまま提示されているため、性急な結論の導出との感が否めないが、こうした点は今後の課題として十分な時間をかけ考察されることで補われるものと期待されるところである。よって、本論文は本誌に掲載する価値があるものと判断する。(担当：秋野成人)

# 虚偽の犯罪化と処罰の適正について ——序論的研究——

笠原康史

1. はじめに
2. 嘘の犯罪化をめぐる最近のアメリカ合衆国での議論
3. 2つの論文からみた嘘の処罰条件
4. 今後の検討課題—結びに代えて

## 1. はじめに

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、名誉毀損罪の罪責を負う(刑法230条1項)。この規定は、事実が虚偽であるか真実であるかを区別していないから<sup>(1)</sup>、真実の言論であっても、原則処罰するものである。

一方、例外的に、名誉毀損罪該当行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的がもっぱ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、この行為をした者は、処罰されない(刑法230条の2第1項)。この規定は、一般に、「『表現の自由』の保障と個人の名誉ないしプライバシーの保障との調和を図ったものと解されている」<sup>(2)</sup>。また、最高裁判所も、この規定を、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論との調和を図ったものというべき」

---

(1) 一方、刑法230条2項は、虚偽の事実のみの処罰を規定する。

(2) 松宮孝明『刑法各論講義[第3版]』150頁(有斐閣, 2012年)

であるとしている<sup>(3)</sup>。このように刑法230条の2は、表現の自由、特に言論の自由の保障の観点から、少なくとも公共の利害に関する（もっぱら公益を図る目的でなされた）真実の言論を保護しようとするものである。

では、刑法230条の2は、公共の利害に関する言論で真実性の証明に失敗したもの（以下、公共の利害に関する虚偽の言論<sup>(4)</sup>とする。）をも保護するものであろうか。ここでは、行為者が、公共の利害に関する事実を真実であると考え（もしくは虚偽であるかもしれないと疑いながら半信半疑で）摘示したところ、その事実に関する言論が、公共の利害に関するもので、もっぱら公益を図る目的でなされたものであると裁判で認められたとしても、その事実が真実であることの証明がなかった場合の扱いが問題になる。

この問題に関して、最高裁判所は、かつて、行為者が処罰を免れる余地がないとしていた<sup>(5)</sup>。しかし、このような結論に対しては学説から、言論に対する萎縮効果を招き妥当でないとの批判がなされた<sup>(6)</sup>。こうした学説からの批判を受けて、最高裁判所は、「たとい刑法230条ノ2第1項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当

---

(3) 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁

(4) なお、ここでいう虚偽は、訴訟において事実の真実性の証明に失敗したことを意味するに過ぎず、その事実が実際には真実である可能性もあり、厳密には、虚偽そのものではない。

(5) 最判昭和34年5月7日刑集13巻5号641頁

(6) 「真実性の証明については被告人に挙証責任が転換されているから、もし、立証に失敗したら常に処罰されるのでは、行為者としては、たとえある事実を真実と確信して公表し、公の意見を問おうと思ったとしても、立証に失敗することを恐れて、公表をためらってしまいかねない。しかし、それでは、表現の自由、国民の知る権利が害される。」というものである。伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』127頁〔島田聡一郎〕（弘文堂、2007年）

である。」とした<sup>(7)</sup>。

その後の学説は、「判決の結論自体は、名誉の保護と表現の自由とを適切に調整させるものとして、比較的好意的に受け入れながらも、その理論構成において、百家争鳴の状況にある」と整理される<sup>(8)</sup>。こうした学説の状況は、大別して、錯誤論のアプローチ、二元説、過失犯処罰に整理されている。まず、錯誤論のアプローチは、刑法230条の2を違法性阻却事由と理解するもので、行為者が事実を真実と誤信したとき違法性阻却事由の錯誤として故意責任を阻却しようとするものである<sup>(9)</sup>。しかし、刑法230条の2を違法性阻却事由と解すると、行為の違法性が阻却されるのは、事実が真実であったとの証明があったときのみである。したがって、錯誤論のアプローチによっては、虚偽の言論の違法性は阻却されない。また、過失犯処罰についても、その理論構成は、違法性阻却に関して、行為の違法性を認めた上での責任段階におけるものであり、行為者の責任を阻却するものであって、行為の違法性阻却をするものではない。これらに対し、二元説は、「230条の2を処罰阻却事由と解しつつも、相当な資料・根拠に基づく言論活動は憲法上高い価値を賦与されるとして、同条とは別に35条による違法性阻却の余地を認める見解」である<sup>(10)</sup>。この見解は、虚偽の言論であっても、相当な資料・根拠に基づく公共の利害に関する言論の違法性を阻却しようとするものである。上記の3つの整理に従うと、二元説のみが行為の違法性阻却を考えている。過失犯処

(7) 前掲注(3)最大判昭和44年6月25日

(8) なお、錯誤論のアプローチを採るものとして、団藤重光「名誉毀損罪と事実の真实性」『刑法と刑事訴訟法の交錯』77頁以下参照(弘文堂、1950年)などが、二元説を採るものとして、藤木英雄「事実の真实性の誤信と名誉毀損罪」法協86巻10号1103頁以下参照(1969年)などが、過失犯処罰の構成を採るものとして、山口厚『問題探究刑法各論』77頁以下参照(有斐閣、1999年)などがある。伊藤ほか・前掲注(6)128頁〔島田聡一郎〕

(9) 今井猛嘉ほか『LEGAL QUEST刑法各論』90頁〔橋爪隆〕(有斐閣、2007年)

(10) 今井ほか・前掲注(9)91頁〔橋爪隆〕

罰という理論構成を採る学説は、二元説の理解に対して、公共の利害に関する事実の言論であっても、虚偽のものについて個人の名誉ないしプライバシーの保護に優先する価値があることを認めていない。例えば、山口厚は、「真実でない言論について違法性阻却を肯定することには疑問がある。なぜならば、真実の摘示は国民の知る権利・利益に奉仕する行為であり、確かに優越的地位を認めうる（違法性阻却を肯定しうる）であろうが、虚偽の事実の摘示にはそうした優越的利益が認められるとは思われないからである（虚偽の事実、むしろわれわれの判断を誤らせるものであり、それ自体としては有害ですらある）。」とする<sup>(11)</sup>。刑法学では、公共の利害に関する虚偽の言論の持つ価値に関する指摘は、こうしたもの以外にみられないように思われる。

しかし、公共の利害に関する虚偽の言論は、本当に、国民の判断を誤らせるのみであって、個人の名誉やプライバシーと衡量しうる価値を有することはないのであろうか。憲法学の観点から、言論の自由に関して、芦部信喜は、この自由を支える価値が2つあるとする。「1つは、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという、個人的な価値（自己実現の価値）である。もう1つは、言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという、民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）である。」<sup>(12)</sup>と。公共の利害に関する虚偽の言論の、言論の自由による保護を考えると、この虚偽の言論は、自己実現の価値と自己統治の価値を促進するものといえないかが問題となる。憲法学において、言論の自由との関係で公共の利害に関する虚偽の言論の持つ価値を論じるものはみられないように思われる。そこで、公共の利害に関する虚偽の言論の持つ価値について考えてみる。そもそも、とりわけ多くの事実、真実が何であるかが必ずしも明らかでない<sup>(13)</sup>。真実

---

(11) 山口厚『刑法各論 [第2版]』146頁（有斐閣，2010年）

(12) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 [第5版]』170頁（岩波書店，2011年）

(らしいもの)は、事実を様々な角度から検証することにより発見されるといえる。公共の利害に関する事実の言論は、事実が虚偽であっても、言論の対象となった事実の真実がいかなるものかを検証する新たな見方を与えることがある。事実がより多くの方向から検討されることにより、国民は、より真実に近づくことができる。国民が真実に近づく機会が増えるほどに、国民は、事実をより深く考察することができる。「表現の受け手の立場の利益も考慮すれば、単なる情報提供も個人の自己実現に奉仕するといえる」<sup>(13)</sup>とされるように、公共の利害に関する虚偽の言論は、この言論の受け手に多くの情報と事実に関する理解を与え、国民の言論活動に向けた準備とその言論の内容を豊かなものにする可能性がある。このとき、公共の利害に関する虚偽の言論は、自己実現の価値を促進するといえるのではないか。また、公共の利害に関する虚偽の言論は、言論の受け手に事実に対する多くの見方を与えるから、国民は、真実により近づくことができる結果、より深い考察に基づいた政治的意思決定ができると思われる。このとき、公共の利害に関する虚偽の言論は、国民を政治的意思決定に強く関与させ、民主政の過程に仕えるので、自己統治の価値を促すといえるのではないだろうか。

また、行為者が真実性の証明に失敗した場合にも、学説そして判例が名誉毀損罪の適用がある言論を、一定の場合に保護しようとするのは、言論の自由に対する萎縮効果を生じないようにするためであるとされる。憲法学は、「表現活動は、現に規制されるだけでなく、将来規制するという威嚇を受けただけでも萎縮させられやすい。そうすると、既になされた表現活動に対

---

(13) 「この世という畑では、善と悪の知識はほとんど見分けがつかず、一緒に生まれてくるから、「悪を知らなければ知恵は選択でき」ないので、「すべての考え、然り、誤っているものさえ知り、読み、対照することにより、最も真なるものにはやく到達できる」のである。ミルトン著(原田純訳)『言論・出版の自由—アレオパジティカ他一篇』27頁以下参照(岩波文庫、2008年)

(14) 安西文雄ほか『憲法学読本』132頁〔宍戸常寿〕(有斐閣、2011年)

する不利益が科される場合を表現の自由として問題にするだけでは、十分でない<sup>(15)</sup>としており、経験的な根拠に基づき言論の自由の保護を考えようとしている。委縮効果の問題を考えると、二元説のように公共の利害に関する虚偽の言論も一定の場合には、個人の名誉やプライバシーに優越するものとして保護すべきではないだろうか。

以上のように考えていくと、虚偽の言論に個人の名誉やプライバシーに優越する価値がないとして、直ちに名誉毀損罪の成立を認めることには問題があるように思われる。そこで本稿は、アメリカ合衆国における嘘の犯罪化と処罰の適正に関しての議論を参考にする<sup>(16)</sup>。嘘をつく行為は、虚偽の言論の中でも、行為者が事実と反すると認識しつつなすものである。この意味では、嘘をつく行為と本稿にいう公共の利害に関する虚偽の言論とは異なる。しかし、本稿は、行為者の主観ではなく、公共の利害に関する虚偽の言論自体の持つ価値を考えるものである。そして、事実が真実でないという内容において、嘘と公共の利害に関する虚偽の言論とは共通するといえる。そこで、嘘をつく行為自体ではなく、嘘のもたらす結果自体に着目してから嘘の犯罪化と処罰の適正を考えるアメリカ合衆国の議論は、本稿の議論に応用可能と思われる。以下、アメリカ合衆国における2つ論文を紹介する。

## 2. 嘘の犯罪化をめぐる最近のアメリカ合衆国での議論

アメリカ合衆国では、近時、虚偽の言論、とりわけ嘘に関する議論が盛んである。Druzin & Li 論文<sup>(17)</sup>は、いかなる状況であれば、嘘をつく行為を犯罪とすることができるかということを論じるものである。同論文は、嘘から生

---

(15) 安西ほか・前掲注(14)132頁〔宍戸常寿〕

(16) 本稿は、平成24年度財団法人広島大学後援会（2）学生による学術研究への研究資金助成に基づく研究の成果報告である。

(17) BRYAN H. DRUZIN & JESSICA LI, *The Criminalization of Lying: Under what circumstances, if any, should be made criminal?*, 101 J. CRIM. & CRIMINOLOGY 529(2011)

じる害悪の程度を詳細に分析するものであり、嘘が害悪を生じることのみで直ちには嘘を犯罪として処罰しようとしなない点に特徴がある。日本の学説は、虚偽の言論を名誉毀損罪とすると、その言論が名誉権やプライバシーに害悪が生じるとしているのみで、この害悪の程度を検討してきていないようである。一方、Wright 論文<sup>(18)</sup>は、Druzin & Li 論文とは反対に、嘘の持つ価値について論じるものである。日本の学説は、虚偽の言論には価値が認められないとしており、それ以上の考察をしていないようである。しかし、公共の利害に関する虚偽の言論は、事実について何が真実かを明らかにする真実発見を促す価値を持ち、ひいては言論の自由の保障根拠である自己実現の価値と自己統治の価値という2つの価値を促進するものである可能性があると思われる。Wright 論文は、言論の自由の保障根拠を複数挙げた上、嘘がそれらの価値を促進するものであることを1つずつ丁寧に論じている。このように、2つの論文は、本稿の問題提起と密接な関係を有する。

### (1) Druzin & Li 論文

アメリカ合衆国において、嘘は、偽証罪や名誉毀損罪といった犯罪として捕捉されている。しかし、本論文は、無視できない害悪を生じる嘘があり、これが不十分にしか犯罪化されていないとして、嘘自体の犯罪化を主張する<sup>(19)</sup>。本論文が嘘を犯罪化しようとする理由は、義務論<sup>(20)</sup>に基づくものではない。本論文は義務論の立場を否定するものではないが、これが関心を持つのは、嘘をつくという行為によりもたらされる害悪である。本論文は、この害悪を客観的な基準にして、嘘を犯罪化するという議論を組み立てている。

まず、本論文は、嘘が偽証罪や名誉毀損罪といった犯罪として捕捉される

---

(18) R. GEORGE WRIGHT, *Lying and Freedom of Speech*, 2011 UTAH L. REV. 1131(2011).

(19) DRUZIN & LI, *supra* note 17 at 529.

(20) 義務論とは、嘘をつくという行為自体に本質的な誤りがあると考えられるものである。Id., at 533.

ような一定の文脈では法規制を受けているが、嘘をつく行為それ自体を法が規制しない理由を検証している。その理由は、規制にかかる費用が大きいこと、嘘の規制を法制度ではない非公式の秩序づけに委ねること<sup>(21)</sup>、法による私的領域への介入を避けること、滑りやすい坂道（Slippery Slope）を考慮に入れること<sup>(22)</sup>、嘘をつくことは有用であり嘘を規制すべきという要求がないことの5点であるとされる。特に5つ目の理由である、嘘の有用性について、本論文は、以下のように述べている<sup>(23)</sup>。

「なぜ法が嘘に寛容であるのかということについて、別の確証ある説明は、実際嘘が並外れて役に立つものであり、法が嘘を規制すべき要求を欠くことになるであると仮定するものである。Kantの類型とそれに類似する類型の道徳論に反対するDiderot, Hegel, Nietzscheは変化させる力のある影響を世界に与えることを望む者を歓迎する。Nietzscheは、かつて理想の活動家とは『真実よりも嘘を語る者である、なぜならばそれにはより強力な精神力と意思を要求するからである』と言った。真実がいつも安全で決まった反応であるが、あえて型を破り、そしてこの観点から天性と道徳性がにじみ出るのはうそつきである。倫理哲学者のDavid Nybergは真実を言うことを『倫理的に過大評価である』とし、そして嘘と他の形式の詐欺はプライバシーの保護と気持ちの安寧の保持をもたらすとこの観点で市民社会を覚醒させるという積極的な貢献をするものであることに強く光をあてる。彼の立場によると、不

---

(21) これは、以下のことを意味する。嘘をつく行為は司法作用によらないで、社会相互関係に委ねることが望ましいかもしれない。嘘をつくことにより、その行為者に関する噂が生じ、その者は社会的に排除され、この行為が行為者の品格を表すのである。地域社会はこうした行為者を監視し、嘘をつく行為が水際で防がれ、その都度処罰をするのである。Id., at 551.

(22) これは、政府が刑法により私人間の嘘を一度禁止すると、それを契機に無害な嘘にまで規制を及ぼし、一気に自由に対する介入が広がりかねないという危険を表す。Id., at 552.

(23) Id., at 553.

誠実さは私たちの他人との相互作用において、基本的な適応技術であり良い目的への手段として機能する。

私たちは嘘をつくことと嘘をつく人を嫌うが、私たちは欺瞞的手段が文化の基本的な一部分でありそして合法でありそして必要なコミュニケーションの手段であることを受け入れている。髪を短く切りそろえ彼の持つ最も颯爽としたスーツを身にまとい将来の雇い主に対し彼の礼儀作法を示そうと輝く笑顔で握手をし、そして面接中ずっと姿勢を正し、そしておそらく彼の経験や教育的背景についても誇張したり嘘をついたりする仕事の面接の応募者の行為を想像してみよう。これらのことすべてが求職者の必ずしも持っていない自信と適性を誤解させ表現するために作られたものである。幾人かの専門家にとって、嘘をつくことは彼らの仕事の基本的な一部分であることもある。証拠を集め、協力を引き出すために法執行官はしばしば犯罪の嫌疑について嘘をつく。内科医と看護師は患者の苦痛を和らげるために嘘をつき、調査員は反応や行動を操作するために嘘をつき、政治家や外交官は外国政府との交渉において有利を得るために嘘をつき、依頼人に対する義務を果たすため、法律家はそれが依頼人の事件に不利になるとしても情報を法的に隠匿する。実際、対審制度は『法システムの制度的枠組みそのものは真実を隠してきた』と非難される。嘘をつくことは頻繁にあり至る所で現に行われている。アメリカ合衆国の研究によれば平均的な人物は1日に2つの重要な嘘をつき、そして多くの人はずっと多くの嘘をつくことが分かっている。実際に嘘をあまりに多くつく者や、あまりに嘘をつかない者は私たちに薄情な印象を与えるとされてきた。完全に社会化された人はこれらの2つの極端な状態をよどみなく使い分ける。嘘の偏在性は嘘が物事を上手くいかせ、社会の存在の基本的な部分を形作っていることを示唆する。この観点からみると、嘘をつくことは刑法による制裁を施す価値のないもしくは必要のない一般的な出来事であるといえる。』と。

そして、本論文は、嘘から生じる結果を阻止するために、なぜ、嘘をつく

という行為自体を規制するののかという疑問に対し、構成要件における行為と結果の両方の明確性<sup>(24)</sup>を担保するためであると答える。一口に嘘と言っても多様なものがあるが、明確性の観点から、どのような嘘の類型を犯罪として規制するのかが問題になる。本論文は、以下のように、Steven Morrisonの嘘の類型を用い、規制すべき嘘を限定する<sup>(25)</sup>。

「アメリカの法学者Steven Morrisonは有用な嘘の類型を生み出した<sup>(26)</sup>。彼はすべての嘘が同じように深刻なものではないと考えている。彼の類型は嘘を（最も法規制を正当化しやすい）最も深刻なものから（最も法規制を正当化しがたい）最も深刻でないものまでの6つの形式に分けるものである。（1）他人に害悪を生じるもの（2）うそつきを利するもの（3）他人を利するもの（4）害悪を避けるためうそつきに対してするもの（5）うそつきだけに害悪を生じるもの（6）他人に対する害悪を消滅させるためになされたものの6つである。この一連の類型化により嘘の類型をととても容易に把握でき、1つの法律ですべての嘘を規制することができないことが分かる。Morrisonはもし刑法の役割が社会の能率を良くすると同時に社会の幸福と安全の最大化することにあるとすると、（2）から（6）の嘘は犯罪とすべきではないと主張する。もし嘘をつくことで他人を利し、他人に対する害悪が減少し、もしくはその両方であるとき、嘘をつくことが推奨され、賞賛されさえするだろう。」と。

このように、本論文は、Morrisonの分類のうち（1）の嘘を犯罪とすべき行為として選び出している。本論文は、嘘から生じる害悪に着目しているため、これを生じる嘘の類型を犯罪行為とする。

本論文は、犯罪構成要件の明確性の担保のために、嘘をつく行為とその結

---

(24) 法の過剰適用そして過剰包摂の危険を避けるための、明確性の法理。See *Id.*, at 558.

(25) *Id.*, at 562.

(26) See STEVEN R. MORRISON, *When is Lying Illegal? When should it be? A Critical Analysis of Federal False Statement Act*, 43 J MARSALL L. REV. 111, 146(2009).

果を出来る限り切り詰めたものにしようとしている。Morrisonの類型は、嘘をつく行為を限定するものとしては有用であるが、害悪という結果の内実を区別するためには、用いることができない。そこで、本論文は、以下のように、法規制をすべき害悪とそうでない害悪とを区別するFeinbergの考え方を採用して、嘘の規制の明確性を確保するために結果としての害悪を限定していく<sup>(27)</sup>。

「Morrisonによる類型化は嘘の区別をするための線引きをするにあたり極めて有用であるが、刑事処罰をするために必要な害悪の程度を精確に説明しようとするとはいえない。Bartleyの例<sup>(28)</sup>はBartleyの行為により否定的な反応が起きることを意図し設定したが、他人に害悪を生じる嘘であるが明らかに犯罪とすべきでない数多くの例が挙げられるだろう。夫は妻にどこでいつ何を彼らが実際にしていたのかについて嘘をつく。友人を（長期的に見ると彼らがまさに守ろうとしている人に対し害悪が生じるかもしれないような）薬物使用や賭け事から救い出すために嘘をつく。学校や職場での日々の嘘の噂話により自尊心が傷つけられ不快感を生じる。これらの嘘はすべて害悪を生じる。しかしながら、刑罰という究極の対応を担保するにはそれらの嘘により生じた害悪の程度は十分に重大なものとはいえないから、それらを犯罪化すべきではない。そこで次の問題が生じる。刑事制裁を科すことのできる害悪はどの程度のものか。どの程度の重大さが求められるか。刑法による保護をすることが合理的な場合と裁判所が踏み越えてよい場合との概念上の線引きはどこにできるか。これら両極端の間で適切な衡量をすることが重

(27) DRUZIN & LI, *supra* note 17 at 567.

(28) 論文冒頭のDruzinとLiの設例である。「あなたがアパートの住人であることを想像しよう。あなたの隣人(Bartleyという)がある日、ドアをノックし、あなたの幼い子供が1階のエレベーターに挟まれて亡くなったことを知らせる。恐怖を感じ、心臓を弾ませながら、あなたは錯乱状態の中階段を駆け下りるが、その悪夢はBarkleyによる虚構であるとわかる。子供は無事である。」とする。Id., at 529.

要である。

Joel Feinbergは私たちがそうした審査をする助けとなる概念的な枠組みを提供する。刑法が関心を持つ害悪の種類と法が無視できる種類との間の区別する方法としてJoel Feinbergが解決しようと試みたものがある。これは州が適切に犯罪化することのできる行為の種類がいかなるものかについての一般的な答えを見つけるための彼の一連の研究から生まれたものである。John Stuart Millの見解<sup>(29)</sup>を承認し、Feinbergは次のように述べる。

立法もしくは適切に犯罪化をすることができることが明白な場合を一般化して、個人への深刻な害悪を生じさせ、もしくはそうした害悪を被りうる不合理な危険を生じさせ、もしくは重要な公的機関や公務に害悪を生じさせる行為を州は禁じることは適切であると仮にいうことができる。すなわち、行為者以外の者に対し害悪もしくは害悪が生じる不合理な危険を防ぐべき合理的な必要性があるとき州政府が市民の活動に介入することが社会通念上(morally)正当化できる根拠となる。より簡単に言うと、(公私を問わない)行為者以外の者への害悪を防ぐ必要性は常に法的規制の適切な理由となるのである。

殺人や、強姦、傷害、そして暴行のような犯罪類型にもともと害悪の生じる危険があることは明白であるが、『侵害原理』はもっと『あいまいな』行為を立法者が犯罪化するかどうかの立法指針として作られたものである。実際に侵害原理は自由への介入を正当化する唯一の決定原理であるから、侵害原理を充足しない行為は犯罪化出来ないとJohn Stuart Millは述べるどころ、Feinbergは補充規範もしくは『調整原理 (mediating maxims)』により侵害原

---

(29) 侵害原理についてである。本論文は、「Millは嘘を一般的に禁じることは、それが少数の狭く定義された例外であるとき、もっとも功利の目的にあっていと主張する。Millのこの主張を支えるものは有名な侵害原理である。『民主化された社会の構成員の誰に対しても、その意思に反して権力を適切に行使することができる唯一の目的は、他人に危害を加えることを妨げる目的である。』」、とする。Id., at 536.

理を修正しなければならないと主張する。侵害原理は明確な立法原理であり有用な出発点を提供するが、それ自体では不十分でありそしてほかの規範により修正されなければならないとFeinbergは述べる。Morrisonの嘘の分類と一緒に用いることで、Feinbergの調整原理はひどい嘘の罪 (the crime of egregious lying) を構築するための明確な基準となる。』と。

このように、本論文は、法規制の根拠を他者加害に求めるMillの見解をさらに進めた、Feinbergの見解により、嘘を犯罪化するための構成要件要素としての危険を明確化していく。Feinbergは、Millの侵害原理に依拠しながら、他者加害を法規制の必要条件とし、十分条件として、政府が立法により個人の自由を制約するのに十分な害悪があることを求める。その十分な害悪があるかどうかの判断は、以下に引用する3つの基準により判断される<sup>(30)</sup>。

#### 「1. 単なる迷惑行為ではないこと (Not Just Annoyances)

『他人に害悪を生じるすべての行為類型を禁じることは明らかに不可能で、規制により回避可能な実質的な (substantial) 害悪を生じる行為だけを禁止できる』というように、1つの調整原理はある行為に対する法規制を担保するために、害悪の程度 (the magnitude of harm) が重大なものでなければならず、そしてそれは単なる迷惑行為、精神的苦痛を与える行為、不快な行為 (offend)、そして日常生活上の不安を与える行為の害悪の程度をはるかに超えていなければならないというものである。不快感や (必ずしも害悪が生じない) 気分の悪い体験は2つの類型に分けられる。『害悪を生じる行為と単に不快な行為』である。Feinbergは重大な害悪が生じる場合と『法益を侵害しない、精神的苦痛を生じ、不快感を与え、もしくは人をいらだたせるような場合』という害悪を生じる場合とはいえない不快感や心的影響による身体的変調や精神的苦痛が生じる場合とを区別しようとする。法格言の *de minimis non crat lex* (『法は些細なものに関心を持たない』) は、些細な行為を

---

(30) *Id.*, at 568.

規制すると防ごうとした害悪を、規制から実際に生じるより大きい害悪が上回ることがありうるというものであり、調整原理を支援する。実際模範刑法典の起草者たちはいわゆる『法による規制の謙抑性の原理』すなわち些細な誤りを法規制の対象にすべきでないという原理の重要性について述べていた。これは嘘から生じた害悪の程度は重大なものでなければならず、単なる不安や精神的苦痛では足りないというこの論文の中で述べてきた観点と一般的に重なる。この論文はすべての嘘を犯罪とすべきと主張するものではない。犯罪とする嘘は実質的な害悪を生じるものに限られるべきである。

## 2. 危険と害悪の生じる蓋然性の比較 (Risks Versus Probability of Harm)

もう1つの調整原理は害悪の生じる蓋然性に立法者は気を配らなければならないというものである。これは害悪の程度と害悪の生じる蓋然性を併用するものである。Feinbergはライフル銃を空中で気ままに撃つ例<sup>(31)</sup>を用いる。(おそらく銃を撃つ者にとってのさまざまな価値を保持する) その行為には無視できるような価値があるが、これは(低い蓋然性であるが大きい害悪を生じ得る) 実質的な危険と衡量されなければならない。反対に、救急車で制限速度を超えて走行しそして患者を病院に迅速に搬送する行為は速度違反により生じる害悪を上回る社会的利益があるから正当化される。もし私たちが調整原理とMorrisonの嘘の6つの類型を併用すれば、(6)のタイプの嘘(殺人犯に嘘をつく行為)には社会的利益があるということができるのは明白であるが、(1)のタイプの嘘の正当化をすることがより困難になる。人に害悪を生じる嘘が(推定的な利益を除いて)うそつきの病的喜びを救うような、本来的な価値を持つと考えるのは難しい。さらに、(被害者が嘘を信じそれに基づき行動する蓋然性はライフル銃を空中で気ままに撃つとき傍にいる者を傷つける蓋然性よりはるかに高度であるという意味で) 高度の蓋然性と害悪の

---

(31) JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: VOLUME ONE HARM TO OTHERS, at 191(1984).

重大さを併せ持つときこの行為には実質的な危険がある。したがって、(1)の類型の嘘だけは犯罪とすべきである。

### 3. 害悪の総量 (Aggregative Harms)

上記の原理と直接に関係するものとして立法者が害悪の総量 (aggregative harms) を考慮するということがある。立法者はある行為を許容することで実際に害のない可能性のある特定の行為に伴い生じうる一般的害悪を考慮しなければならない。アルコール消費の例<sup>(32)</sup>がここではFeinbergの指摘に適合する。もしアルコール消費を違法としたならば生じる害悪よりアルコール消費から生じる害悪の方が重大であるということは争点ではない。アルコールは一律禁止すると、飲酒をするときアルコールの消費量を調整し責任あるふるまいをする人々の大多数が無実の喜びを奪われることになるだろう。少数の人が悪い行いをするという理由だけですべての者が特権をはく奪されることになるのは不公平である。嘘の犯罪化に反対する人々は嘘の大半が無害で無実のものであるから刑事上訴追されるべきではないということを主張するときこの原理を用いるかもしれない。この主張は仮にすべての嘘が犯罪とされるべきであるとの論文が主張するのであれば影響力のあるものであっただろう。しかし、この論文は嘘の明確な線引きを強く主張するものであるので害悪を他人に生じさせることを意図した最もひどい類型の嘘だけが刑事処罰をされうる。アルコール消費には大多数人にとり何らかの社会的利益があるが、ひどい害悪 (egregiously harm) を他人に生じさせることを意図して嘘をつく行為はこの『喜び』を奪うことに重点を置くことになりうる認識可能で正当化できる喜びを持つとはっきり言うことは出来ない。衝突する法益の重要性を比較するとき、嘘をつくAの法益が嘘から守られるBの法益よりも大きい理由を正当化することは難しい。この論文の一般的な趣旨と一定の文脈における嘘の犯罪化の要求は侵害原理と呼応しており、そして侵害原理の中

---

(32) *Id.*, at 193.

でもより特定の、Feinbergの調整原理と呼応していることは明らかである。』と。

本論文は、Feinbergの3つの「調整原理」を用いて、嘘から生じる害悪を刑事処罰の対象とすべきものとそうでないものに峻別する。第1の調整原理は、害悪の中でも重大なもののみを処罰の対象とすべきというものである。これは、日本の刑法学における、「刑法の謙抑主義」の中でも、とりわけ立法における謙抑主義<sup>(33)</sup>と同趣旨であると思われる。第2の調整原理は、行為の持つ危険だけでなく害悪の生じる蓋然性をも考慮するものである。危険の大小と、害悪発生の蓋然性の大小を掛け合わせる基準を用いて、刑法により処罰すべき害悪を選別するものである。第3の調整原理は、害悪の総量と行為の利益を衡量するものである。本論文においては、ひどい害悪を生じさせる嘘という行為が設定されており、その行為自体に、ひどい害悪を止揚するような利益があるとは思われず、この原理に大きな意味を見出していない。

## (2) Wright論文

本論文は、嘘が本質的にそして直接的に言論の自由の保護を受けるような価値を持たないという見解に反論する。そして、嘘が言論の自由を支える基本的な価値もしくは目的に貢献するものであるという議論を建てる<sup>(34)</sup>。

まず、嘘を論題とする哲学的見解を古い方から年代順に取り上げる<sup>(35)</sup>。そこで、本論文は、嘘を誤りとする、哲学者たちの見解に対し、逃亡奴隷の例と、ナチスの例を取り上げていく<sup>(36)</sup>。特に、これらの例を用いながら、Immanuel Kantの嘘を論題とする哲学的見解を大きく取り上げ、その考えに疑

(33) 佐久間修ほか『刑法基本講義—総論・各論』23頁〔橋本正博〕（有斐閣，2009年）

(34) WRIGHT, *supra* note 18 at 1132.

(35) *Id.*, at 1137.

(36) *Id.*

問を呈していく<sup>(37)</sup>。最後に、これらの例に関して近代の哲学者たちの嘘の扱いを取り上げる<sup>(38)</sup>。その後、本論文は、これらの例を用いて、嘘が言論の自由を支える諸価値を促すものであるという議論につながる。

この議論の前提として、言論の自由を憲法上保護する基本的な理由と目的が問題になる。本論文の依拠する見解について以下引用する<sup>(39)</sup>。

「様々なものが強調されているが、言論の自由を憲法上保護する基本的な理由と目的は、かなり確立している。Kent Greenawalt教授は理由として、最も重要なものだけではなくそれぞれ等しく重要なものを挙げている<sup>(40)</sup>。Kent Greenawalt教授は重要な表現の自由の価値は、『尊厳と平等』とともに、『自律と人格の発展 (personality development)』そして『自律の承認と理性適合性』、真実発見の促進、自由な民主主義政治の適切な機能、寛容さや相互尊重の促進、『権力による侵害を露呈させ、それを防ぐこと』、(プライバシー情報について話すことができ、拒否できることにより) 本質的なプライバシーを保護することである認識する。」と。

このように、本論文はGreenawalt教授の見解に依拠して、言論の自由の価値を、自律、人格の発展、人格の承認と理性適合性、真実発見、自由民主主義への貢献、寛容や相互尊重の促進、権力濫用の抑止、本質的なプライバシーの保護、そして尊厳と平等に求める。そして、本論文は、嘘がこれらの諸価値を促進することについて、以下のように説明する<sup>(41)</sup>。

「奴隷制度から逃れるために嘘をつく1つの動機は、例えば、奴隷労働に専念させられる間、字が読めず、考える力を奪われている状態から逃れることで、自律をしようとすることにあるだろう。しかし、多くの場合、David

(37) *Id.*, at 1143.

(38) *Id.*, at 1145.

(39) *Id.*, at 1155.

(40) See KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME, AND THE USES, OF LANGUAGES at 9-39(1989).

(41) WRIGHT, *supra* note 18 at 1156.

A. Strauss教授が考察するように、嘘は、『自ら論理的に考える過程』に干渉することで騙された者の自律を危険にさらすかもしれない。嘘をつかれた者は軽視され、もしくは人間としてではなくむしろそつき意のままになる道具として操られていると感じるかもしれない。そしてもし犠牲者が嘘をつかれていることを認識しておらず、それゆえ操られているのであれば、嘘の影響は、ある意味ではさらに悪いものになる。

Strauss教授は、そうはいつでも、嘘が道徳的に（morally）間違いでない特別な状況があることを認識している。そして、ここで議論した事案の多くにおいて、逃亡奴隷狩りやナチス親衛隊員は、予め、嘘をつかれる可能性を確かに認識しているだろう。その可能性は彼らにとって織り込み済みである。多くの対応する場面に様々な乗り越えるべき障害がある。尋問者への嘘が尋問者の思考や理性にどのくらい干渉するものかはっきりしない。嘘をつかれたことで思考や理性が、かき乱され、混乱することがあるかもしれない。ほかにも、さらに完璧に家の中を調べるよう迫られるかもしれない。

特殊な事案で、嘘により軽視され、利用され、そして道具とされたように感じた奴隷狩りやナチス親衛隊員が不満をいうことは、論理的でなく、道徳的におかしい。これは理性に基づくというよりは狂気（madness）に近い。その考えは奴隷狩りを必要最小限度で道具化することで、奴隷狩りが逃亡奴隷を再び彼の道具とするという能力を侵害するものであろうか。ナチス親衛隊員が匿われているユダヤ人たちに示す敬意はどの程度のものだろうか。

実際、そのようないくつかの場合に、嘘は、うそつきが尋問者に想定される永久の魂（immortal soul）<sup>(42)</sup>を危機にさらすものではないが、良心ある道徳の体現者としての地位を奪われなくするためのもっともな行為と捉えることができないだろうか。再び、第二次世界大戦末期の若いナチス親衛隊員のこと<sup>(43)</sup>を考えよう。もしその親衛隊員がうまく騙されたとしたら、彼を

---

(42) *Id.*, at 1138.

殺害行為に直接かわらせなくて済むことになる。もし、反対に、彼が騙されなかったとしたら、彼は避難所にいる無辜のユダヤ人を、匿っていた家族共々処刑することになる。より広く、戦後の価値観によると、若いナチス親衛隊員は究極的にはどうすることが好ましかったといえるか。

もし私たちが匿う者そしてその家族の自律もしくは自己実現そして人格の発展とともに、匿われているユダヤ人と逃亡奴隷の両方の長期的な自律もしくは自己実現そして人格の発展を計算に入れるならば、これらの価値に対する重大な関心は決定的な嘘を、禁じることよりもむしろ薦めることに向けられるかもしれない。それは直接嘘に影響された人々の間で自律を最大化するだけではない。自律の価値をここでは、最も意味のあるものとして、深刻に捉えている。例えば、発見されたユダヤ人の子供の命が尽きたとしても彼らの自律や発達可能性はほとんど減少しない。そして繰り返すが、私たちが焦点を当てる極端な事案によっては同じような問題のあるより一般的な事案のうち多くのものの解決にはならない。」と。

まず、本論文は、嘘と自律の価値の関係について論じている。逃亡奴隷は、奴隷労働を強いられることで、言論をするための基本的な能力としての読み書きをする能力を培う機会を奪われる。奴隷は、嘘について奴隷労働から逃

- 
- (43) 著者はここで、「Augustineの嘘に反対する絶対主義的立場は彼の有名な論理的根拠に完全に依拠するものである。要約すると、『嘘をつくことにより永遠の命 (eternal life) が失われるので、その場しのぎの嘘をつくことは絶対にしてはならない』ということである。Augustineはそれゆえに単に一時的に他人に善をなすにとどまらない、精神的な目的で嘘をつくことさえも禁止される嘘の範囲に含めている。これらの理論的な仮定に対して、私たちは第二次世界大戦の終了が近いときに若いナチス親衛隊に嘘をつけば、その隊員の永遠の生命を救うことになるかどうかを考えるだろう。」とする。ここでの嘘は、ユダヤ人を匿う者が、ユダヤ人を匿っていないかを尋問するナチス親衛隊員に対し、真実に反して、匿っていないと述べるものである。この嘘が、うそつき、その家族、ユダヤ人、そしてナチス親衛隊の命を救うものであっても、Augustineの立場からは、この嘘が認められない。Id.

れることにより、この能力を培う機会を得ることができるから、嘘は、自律の価値を促進するという。反対に奴隷に嘘をつかれた奴隷狩りに対する嘘の影響はどうか。Strauss教授が述べるように、一般に、嘘をつかれた者が思考過程に誤った前提を取り込むことになるから、嘘は、その者の自律の価値を害することになる。しかし、本論文は、奴隷狩りが、逃亡奴隷から嘘をつかれる可能性を織り込み済みであるといえんとする。これは、ユダヤ人を匿う者にユダヤ人の居場所を尋問するナチス親衛隊員についてもあてはまるとする。嘘をつかれることを予想している者に対して嘘をつくことは、必要最小限度で、その者の自律を損なうに過ぎないというのである。さらに、ユダヤ人を匿う者の尋問者に対する嘘は、自身の自律のみならず、匿われているユダヤ人、匿う者の家族、ひいては尋問者の自律をも促進するという。仮に、この匿う者が、真実を述べるとすると、ナチス親衛隊員の尋問者は、ユダヤ人を捉え、殺害するだけでなく、匿う者、そしてその家族をも殺害することになるだろう。また、真実を述べることは、尋問者をこれらの殺害に巻き込むことにもなるのである。匿う者が嘘をつけば、そうした殺害は起こらず、匿う者の家族や、匿われているユダヤ人の自律を促進する。また、尋問者を殺害に関与させないことで、尋問者の自律をも促すというのである。このように、嘘は、特殊な状況下では、嘘をつく者の自律を促進し、そして、嘘をつかれた者の自律を損なわず促進するか、もしくは必要最小限度のみ損なうにとどまるものであり、さらには、第三者の自律をも促進しうるのである。

次に、本論文は、真実発見の価値について以下のように述べる<sup>(44)</sup>。

「また、真実発見を促進する価値について考えてみよう。言うまでもなく、奴隷狩りもしくはナチス親衛隊員を含む、他人に嘘をつくことにより、通常、彼らの求める無辜の獲物の本当の居場所を見つけることが困難になる。しかし一方で、そうした嘘は（少なくともうまくいった場合）、倫理や宗教、そ

---

(44) *Id.*, at 1157.

して虐殺の外部にある、奴隷制の本当の結末であるところの道徳的な真実を促進するかもしれない。同じように計算に入れるべき物はうそつき、うそつきの家族、そして匿われていた奴隷もしくはユダヤ人が後に発見し、分かち合う、そうした真実である。奴隷制もしくはナチス主義という社会の仕組みに反対することにより、隠されていた限度で、真実がさらに促進される。」と。

一見すると、奴隷狩りやナチス親衛隊員に嘘をつくことは、彼らの目標である逃亡奴隷やユダヤ人の発見を困難にするので、彼らの真実発見を害するようにも思える。しかし、本論文は、嘘をつくことが、彼らの真実発見に資するという。なぜならば、奴隷狩りやナチス親衛隊員の行為は、彼らの価値観を離れた、現在の社会通念では正当化できないものであるが、彼らに嘘をつくことで、人を奴隷にすることや、人種差別をすることが、社会通念上誤りであるという「真実」に、彼らを辿り着かせるかもしれないからである。

そして、自由民主主義機能、寛容性、相互尊重、権力濫用の抑止の価値について本論文は続ける<sup>(45)</sup>。

「少なくとも同じように緩やかな程度であるが、しかし道徳的重要さと透明さと等しく、奴隷狩りもしくはナチス親衛隊員に嘘をつく行為により自由民主主義、寛容性そして相互尊重、そして権力の濫用規制を促すという言論の自由の基本的な価値も促進する。ナチス親衛隊員に嘘をつくことによりナチス親衛隊員に対する寛容そして尊重を欠くといいうる。ナチス親衛隊員は、比較的寛容なうそつきと隠れているユダヤ人を殺害することにより、真実もしくは、見破られるような嘘や欺瞞にさえ応じるかもしれない。そうした殺人により犠牲者は本来生涯で行うはずであった寛容や尊敬を示す活動の打ち切りを余儀なくされる。そして私たちはもし無辜の者を大量に殺すことになれば、ナチス親衛隊員の寛容や相互尊重に向けたどんな将来の行動をも、促

---

(45) *Id.*, at 1158.

進するというよりむしろ、損なうかもしれないと推測する。」と。

ナチス親衛隊員である尋問者に嘘をつくことにより、ユダヤ人と彼らを匿う者、そしてその家族が殺害されずに済み、結果として、尋問者を含めた生き延びた者たちが自由民主主義機能、寛容性、相互尊重を促す活動を行うことになるという。また、嘘は尋問者が殺害を行うという権力濫用を封じることにもつながる。嘘は、この意味で、自由民主主義機能、寛容性、相互尊重、そして権力濫用の抑止の価値を持つというのである。

最後に、本論文は、嘘と、プライバシー、尊厳と平等の価値について論じる<sup>(46)</sup>。

「また、最後に、一定の関連するプライバシーの利益を促進するような、そして尊厳と平等に関係するような言論の自由の価値について考えよう。私たちは、相当の確信をもって、奴隷狩りやナチス親衛隊員に対する嘘が、終局的にこれらの言論の自由の価値を増加させるということができるか。あるいは良いとも悪いともいえない結果でさえあるということができるのか。見破られない嘘、そして見破られる嘘でさえも、そうした事案では、避難場所を与えられた者と、避難場所を与えた家族の本来的なプライバシーの利益を増加させる。尋問者自身のプライバシーの利益は無視してよいものと思われる。そして尋問者に対する嘘には奴隷制やナチス主義のイデオロギーに反して人の等しい尊厳を守ることと同じくらいそして私たちが想像できる他の言論と同じくらい直接的に言論の自由の価値を認めることができる。奴隷制やナチス主義は、反対に、言論もしくは行為の領域にあるそうした価値を受け入れようとはしない。そして繰り返すが、これはより少ない限度であるが、より究極的ではない状況にもすべてあてはまる。」と。

まず、ユダヤ人を匿う者の尋問者に対する嘘は、それが見破られる者であろうがなかろうが、尋問者からユダヤ人を匿うことに成功することがあるの

---

(46) *Id.*

で、ユダヤ人のプライバシーの保護を促進する。匿う者とその家族のプライバシーに関しても同様である。次に、平等と尊厳について、ユダヤ人を迫害することは、人種による平等を害し、また人の尊厳を傷つける行為である。したがって、匿う者の嘘は、ユダヤ人を迫害から守り、平等と人としての尊厳を促進するだけでなく、尋問者がこれらの価値を害することから守るものともいえ、これには言論の自由の価値があるといえるとするのである。

### 3. 2つの論文からみた嘘の処罰条件

Druzin & Li論文では、「ひどい嘘の罪」として犯罪構成要件が設定され、これにあたる嘘は、処罰すべきであるとされた。一方Wright論文では、嘘は、言論の自由を支える諸価値を促進するものであり、言論の自由の保護を受けるだけの価値を持つ場合があることが論証された。ここで、1つの疑問が生じる。それは、「ひどい嘘の罪」にあたる行為も嘘であるから、この「ひどい嘘」も言論の自由の保護を受ける場合があるのかというものである。

Druzin & Li論文の設定した「ひどい嘘の罪」について彼らは、「他人に対し認識をもって嘘をつくとき深刻な害悪を生じるひどい嘘をつく行為をする者は罪を負う。(1) 他人に対し深刻な害悪を生じさせる意図があること(2) 嘘の結果として深刻な害悪が生じること。この部分で用いるように、「嘘」の意味するところは口頭による、もしくは記述による他人に対する虚偽の言明である」<sup>(47)</sup>という。

Wright論文によると、嘘が危害を生じるか否かが、嘘の持つ価値に影響を与えるかどうかということは考察されていないようである。危害が生じるかどうかで、嘘の持つ価値が決まらなるとすると、検討すべきは、嘘をつく行為がいかなる場面で、どのような者に対してなされ、言論の自由の保護の基本的な価値や目的にいかなる影響を与えるかということである。Druzin & Li

---

(47) DRUZIN & LI, *supra* note 17 at 564.

論文で、嘘を犯罪化することに後ろ向きな5つの理由が挙げられており、そのうち特に5つ目の、嘘の有用性について詳細に引用した。その中の、「倫理哲学者のDavid Nybergは真実を言うことを『倫理的に過大評価である』とし、そして嘘と他の形式の詐欺はプライバシーの保護と気持ちの安寧の保持をもたらすとの観点で市民社会を覚醒させるという積極的な貢献をするものであることに強く光をあてる。」<sup>(48)</sup>、という部分を見るに、嘘がプライバシーの保護を促進することがうかがえる。ここでも、嘘が害悪を生じるかは問題になっていないから、害悪を生じる嘘であっても、プライバシーを促進することがあると考えられる。したがって、嘘が「ひどい嘘の罪」として処罰すべきとされる場合であったとしても、言論の自由の価値を促進する場がありうると思われる。そうすると、嘘を処罰する場合をDruzin & Li論文よりも更に限定することが可能であるといえ、それは、嘘が「ひどい嘘の罪」にあたり、かつその嘘が言論の自由の保護を受けないといえる場合である。この意味で、Druzin & Li論文は、Wright論文により示された嘘の持つ価値という観点から、再考される余地がある。

#### 4. 今後の検討課題—結びに代えて

ここで、本稿のはじめに掲げた、公共の利害に関する虚偽の言論が個人の名誉権ないしプライバシーに優越する価値を持たないものとして、これを直ちに処罰することは問題でないかという点を検討しよう。

Druzin & Li論文から、害悪を生じるような嘘をつく行為のうちその害悪の程度が3つの調整原理による調整を経ても、重大であるといえるものは、犯罪として処罰するべき場合があることが分かった。公共の利害に関する虚偽の言論は、個人の名誉権ないしはプライバシーという憲法上保護される重要な権利利益に害悪を生じるものであることから、この言論を名誉毀損罪と

---

(48) DRUZIN & LI, *supra* note 17 at 554.

して処罰することには理由があるとも思える。さらに、この論文は、害悪が生じるだけでは犯罪として処罰するには十分でないとし、調整原理を用いることによって害悪の程度の考察をする。具体的には、例えば、Feinbergの第3の調整原理によれば、行為から生じる害悪と利益を総合衡量することが求められるから、利益が害悪を上回るといえるとき、公共の利害に関する虚偽の言論には、名誉毀損罪が成立しない。

では、公共の利害に関する虚偽の言論にはいかなる利益があるといえるか。Wright論文から、嘘は、言論の自由の価値を促進し、言論の自由による保護を受ける場合があるとされる。嘘が促進しうる価値は、自律、人格の発展、人格の承認と理性適合性、真実発見、自由民主主義への貢献、寛容や相互尊重の促進、権力濫用の抑止、本質的なプライバシーの保護、そして尊厳と平等であるとされる<sup>(49)</sup>。公共の利害に関する虚偽の言論がこうした価値を促進するといえれば、この言論も言論の自由による保護を受けると考えられる。このとき、公共の利害に関する虚偽の言論は、言論の自由による保護を受け、この言論が生じる個人の名誉権ないしはプライバシーに対する害悪に優越する価値をもつということができると思われる。真実の言論だけでなく、一定の虚偽の言論も言論の自由による保護を受けるという結論は、委縮効果が生じるという経験的な根拠から言論の自由の保護を考えるもの<sup>(50)</sup>とも整合的である。

このように、公共の利害に関する虚偽の言論の処罰は、この言論がもたらす害悪の程度と、この言論が持つ価値との衡量をするという観点から、今一度見直す必要があるといえる。この観点から、公共の利害に関する虚偽の言論の違法性を阻却する理論構成を提案していきたい。

他には、最近インターネット上の言論を名誉毀損罪として規制することの

---

(49) WRIGHT, *supra* note 18 at 1156.

(50) 安西ほか・前掲注(14) 132頁〔穴戸常寿〕

是非が問題となっている。「サイバースペースには、名誉毀損的表現、プライバシー侵害表現、性的表現が蔓延しており、その規制の在り方が議論されている」<sup>(51)</sup>。インターネットは、「個人が情報の送り手の地位へと復権できる可能性を秘めている」<sup>(52)</sup>とされ、言論活動の場として有用である。一方、一度インターネットに情報を載せると、不特定多数のインターネット利用者が瞬時に閲覧できるから、その情報による被害が深刻なものになりうるというインターネットの特性から、インターネット上の言論は、規制になじみやすいともいえる。インターネット上の言論に対する名誉毀損罪の適用を考えると、最高裁判所も、このインターネットの特性を重視し、真実性の証明に失敗した行為者の保護を、インターネットの有用性からは、厚くしなかった<sup>(53)</sup>。しかし、インターネットは、個人が気軽に情報を発信できる場であるから、インターネット上で公共の利害に関する言論が数多く発信されれば、たとえこれが虚偽の言論であっても、事実によくの光を当て、真実発見を促す。そして、公共の利害に関する虚偽の言論は、国民を真実に近づけることで、自己実現や自己統治に資するのである。インターネットにおける公共の利害に関する虚偽の言論の価値は、インターネットの有用性から、本稿で検討した公共の利害に関する虚偽の言論の価値よりも、高いということが可能とも思える。この可能性をもとに、インターネットにおける公共の利害に関する虚偽の言論の価値の保護を検討したい。

また、本稿で見てきたアメリカ合衆国における嘘の議論に関して、この議論については、名誉毀損罪においてのみ問題になるものではない。偽証罪（刑法169条）、虚偽鑑定罪（刑法171条）、虚偽告訴、告発等の罪（刑法172条）、信用毀損および業務妨害の罪（刑法233条）、詐欺罪（刑法246条）のような、

---

(51) 芹沢齊ほか『新基本法コンメンタール憲法』195頁〔市川正人〕（日本評論社、2011年）

(52) 芹沢ほか・前掲注（51）195頁〔市川正人〕

(53) 最決平成22年3月15日刑集64巻2号1頁参照。

一定の場合に虚偽を犯罪とすることを規定する罪においても問題となりうる。これらの罪と、アメリカ合衆国における嘘の議論との関係についても、検討していきたい。