

名誉毀損罪の終了時期

— 大阪高判平成16年4月22日（判タ1169号316頁） —

丸 橋 昌太郎

事 実

大阪高裁が認定した事実によると、本件経緯は以下の通りである。

被告人Xは、平成13年7月5日、インターネット上の「こんな人間に腹が立つ」という掲示板に「馬鹿教師」という題名で、A、Bという実名を挙げた上で、「最悪。」「人間のくず。」「ただのじゃばり。」「非常に陰湿。」「自分の理論のみで現世に生きている。」「今後、生きていく価値なし。」「教育者であるのに校則を知らない。」「うそをうそで塗り固める。」という記事を書き込み、不特定多数のインターネット利用者らに閲覧可能な状態を設定した。

Xは、平成15年3月9日、本件を被疑事実として、自宅の検索を受けたことをきっかけとして、その2～3日後に、警察署に連絡して、自分の名前を名乗った上で、「自分が書き込んだ掲示板がまだ残っており、消したいが、パスワードを忘れてしまったので消せない。ホームページの管理人の電話を教えてほしい。」旨申し入れた。警察署は、「こちらから管理人に連絡の上削除してもらうよう依頼する。」と返答した上、直ちに本件ホームページの管理者であるCに対して、「パスワードを忘れたので消せないと言ってきた。そちらで削除してやってほしい。」と申入れ、Cもこれに異を唱えていなかった。

一方、被害者Bは、本件摘示から約21ヶ月経過した平成15年4月22日に告訴した¹。

原審は、告訴を有効のものとして、名誉毀損

罪の成立を認めた。

これに対して、弁護人は、「Bは、平成13年10月4日頃、ホームページの掲示板に本件書き込みがなされている事実を知り、かつ、その時点で被告人が犯人であることを知ったにもかかわらず、それから6ヶ月以上経過した平成15年4月22日に告訴をしたものであるから、同女の告訴は不適法であるのに、原判決は、これを看過して不法に公訴を受領し、同女に対する名誉毀損の事実についても、被告人を有罪としたものであり、刑訴法378条2号に該当し、破棄を免れない」等と主張した。

判決要旨

「刑訴法235条1項にいう『犯人を知った日』とは、犯罪終了後において、告訴権者が犯人が誰であるかを知った日をいい、犯罪の継続中に告訴権者が犯人を知ったとしても、その日をもって告訴期間の起算日とされることはない。

そこで検討するのには、名誉毀損罪は抽象的危険犯であるところ、関係証拠によると、原判決のとおり、被告人は、平成13年7月5日、A及びBの名誉を毀損する記事（以下、『本件記事』という。）をサーバーコンピュータに記憶・蔵置させ、不特定多数のインターネット利用者らに閲覧可能な状態を設定したものであり、これによって、両名の名誉に対する侵害の抽象的危険が発生し、本件名誉毀損罪は既遂に達したといふべきであるが、その後、本件記事は、少なくとも平成15年6月末ころまで、サーバーコンピュータから削除されることなく、利用者の閲

1 なお、判例タイムズの本件解説（1169号316頁）によると、Aは、平成13年10月16日に氏名不詳を被疑者として告訴している。また、Bの告訴が遅くな

った理由は、同解説によると、Aとともに告訴したつもりであったが、告訴状にBの氏名の記載が漏れていることが後日判明したためであるとされる。

覧可能な状態に置かれたままであったもので、被害発生 of 抽象的危険が維持されていたといえるから、このような類型 of 名誉毀損罪においては、既遂に達した後も、未だ犯罪は終了せず、継続していると解される。もっとも、関係証拠によると、平成15年3月9日、大阪府泉佐野警察署警察官によって、本件名誉毀損事件を被疑事実として被告人方が捜索されたことなどがきっかけとなり、その2、3日後、被告人は、同警察署に電話し、自分の名前を名乗った上で、『自分が書き込んだ掲示板がまだ残っており、消したいが、パスワードを忘れてしまったので消せない。ホームページの管理人の電話を教えてください。』旨申し入れたところ、同警察署側において、被告人に対し、『こちらから管理人に連絡の上削除してもらおうよう依頼する。』と返答した上、直ちに本件ホームページの管理者であるDに対して、『パスワードを忘れていたので消せないと言ってきた。そちらで削除してやってほしい。』と申入れ、同人もこれに異を唱えていなかった事実が認められるところ、この事実は、被告人が、自らの先行行為により惹起させた被害発生 of 抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たしたと評価できるから、爾後も本件記事が削除されずに残っていたとはいえ、被告人が上記申入れをした時点をもって、本件名誉毀損の犯罪は終了したと解するのが相当である。

しかして、Bの本件告訴は、上記申入れの時点において犯罪が終了した後6ヶ月以内であることが明らかな平成15年4月22日になされているから、適法である。」

解 説

1 はじめに

実体法上、名誉毀損罪は、公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損することにより成立する。事実の摘示は、人の名誉を毀損するような具体的事実を摘示することが求められる²ところ、本件で摘示された「最悪。」「人間のくず。」「ただのじゃぱり。」「非常に陰湿。」「自分の理論のみで現世に生きている。」「今後、生きていく価値なし。」との誹謗文言の抽象性がまず問題となる。この点の弁護人の主張につき、本件大阪高裁は、以下のように判示している。

「確かに、本件記事内容のうち、『最悪。』『人間のくず。』『ただのじゃぱり。』『非常に陰湿。』『自分の理論のみで現世に生きている。』『今後、生きていく価値なし。』との文言は、それ自体としては、抽象的なものであって、具体的な事実を摘示するものとまでいえないことは、所論が指摘するとおりでである。しかしながら、原判決も説示するように、『教育者であるのに校則を知らない。』という文言及び『うそをうそで塗り固める。』という文言は、いずれも具体的な事実を摘示するものであることは疑いがなく、しかも、これらの具体的事実は、『こんな人間に腹が立つ』という掲示板に『馬鹿教師』という題名で、A、Bという実名を挙げた上で、前記のとおり of 抽象的な誹謗文言とともに書き込まれているものであって、このような本件記事の内容は、これを全体として観察すると、原判決も指摘するように、A、Bが、教育者であるのに校則も知らない人物であり、かつ、うそをうそで塗り固める言動をする教師である、という具体的な事実を摘示した上で、前記のと

2 東京高判昭和33年7月15日高刑集11巻7号394頁は、事実の具体性につき、「刑法第230条の2が名誉毀損罪にかぎって特定の場合にいわゆる真実の証明を許していることは、まさに同罪について事実摘示がその構成要件とされていることに対応するもので、したがって右の事実とは、単なる人の意見判断ではなくしていわゆる真実の証明に適するような具体的事実—それ自体が他人の社会的地位を害するに足る

べき—でなければならないと考えることもできる」としている。名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益を同一のものと解するならば、両罪の法定刑に著しい法定刑の違いがあるのは、両罪の区別の根拠となる「事実の摘示」の有無が人の社会的評価に与える影響の違いがあるからと解される。同判決も指摘するように、事実の具体性はこのような観点から判断されていかなければならない。

おりの抽象的な誹謗文言も加わって、同人らの社会的評価を低下させ、名誉を毀損するに足りるものと認めることができる。」

つまり、本判決は、事実の具体性を「教育者であるのに校則を知らない。」「うそをうそで塗り固める。」という文言に求めて、他の抽象的誹謗文言は、社会的評価を低下させる要素として評価したといえる。一文に、具体的文言と抽象的文言が混在することはよくあることであるが、このような一文において、抽象的文言部分については、名誉毀損罪は成立せず、侮辱罪が成立するにとどまるとすることはあまりに形式的すぎる³。これは、一文にとどまらず、全体として考察できる範囲においても同じである。そうすると、事実の具体性が他の文言で認められる本判決において、同文言と一体のものとして評価できる抽象的文言を社会的評価の低下を判断する要素として考慮することは問題とならないであろう。

したがって、本件は、公然と事実を摘示して、人の名誉を毀損しているといえるから、実体法上、名誉毀損罪が成立することは明らかである。

もっとも、名誉毀損罪は、親告罪である（刑法232条I）ので、刑事訴訟法上、有効な告訴がなければ起訴することができない。親告罪の告訴は、性犯罪等を除くと、「犯人を知った日

から6箇月を経過」（刑訴法235条I）するとできなくなるので、弁護人の主張通り、本件において、被害者Bが平成13年10月4日に名誉毀損事実とともに犯人が被告人であることを知ったとすると、それから1年6ヶ月以上経過した平成15年4月22日になされたBの告訴の有効性が問題となる。

本判決は、「犯人を知った日」とは、「犯罪終了後において、告訴権者が犯人が誰であるかを知った日」とした上で、名誉毀損罪の終了時期を問題にした。「犯人を知った日」の解釈については、従来の判例を踏襲したものである⁴。もし犯罪終了時期を考慮しないとすると、略取誘拐罪は、6ヶ月以上、被害者を事実上の支配下に置けば、一切、罪に問えないということになり、妥当ではない⁵。

したがって、本件における問題は、具体的に犯罪終了時点をどこに求めるか、という点に絞られる。以下、この点について検討する。

2 状態犯と継続犯の区別

犯罪終了時期は、刑法、刑訴法においてそれぞれ問題となる。例えば、刑法上は、違法判断の対象、共犯の成立可能時期、刑の変更等において問題となり、刑訴法上は、親告罪の告訴期間の他に、公訴時効の起算点（結果行為終了

3 もしそのように解釈にたつたとしても、名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益を同一のものと考えるとすると、同一文章内で同一客体に成立する名誉毀損罪と侮辱罪は、包括一罪として処理されることになると思われるので、実体法上、問題になることはない。もっとも、仮に、名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益が異なるものだとすれば、罪数上観念的競合で処理されることになると思われる。もし両罪を観念的競合として処理しようとするならば、いずれも立証しなくてはならないが、侮辱罪は、その法定刑が拘留又は科料であるから、簡易裁判所の専属管轄に属する罪であるので、訴訟法上、実体審理する管轄の問題が生じよう。管轄問題につき、名誉毀損罪から侮辱罪の縮小認定が問題になった事例として、東京地裁平成9年9月25日判例タイムズ984号288頁がある。

4 最終昭和45年12月17日刑集24巻13号1765頁。同決定の事実、次の通りである。被告人Xは、昭和36年10月12日ごろから、翌年37年7月31日ごろにわたり、他人の登録実用新案権の技術的範囲に属する構造の

スチール椅子を何ら実施許諾を受けることなく製造販売した。被害者は、初めの頃から、その事実を知り、再三にわたり中止を要求し、昭和37年10月31日に告訴した。これに対して、最高裁は、原審の「刑訴法二三五条一項にいう『犯人を知った日』とは、犯罪行為終了後の日を指すものであり、告訴権者が犯罪の継続中に犯人を知ったとしても、その日を親告罪における告訴の起算日とすることはできない」という判断を是認し、犯罪終了後2ヶ月後になされた告訴を有効とした。同事例の評釈として、青柳文雄=松本光正「判批」法学研究46巻7号138頁（1973年）、荒木伸怡「判批」警察研究43巻6号119頁（1972年）、伊藤栄樹「判批」警察学論集25巻1号154頁（1972年）、板倉宏「判批」刑事訴訟法判例百選（第五版）（1986年）236頁がある。

5 板倉・前掲(4)評釈。この点については学説上も異論はみられないといつてよい。前掲評釈のほか、松尾浩也編『条解刑事訴訟法 [新版]』（1996年）390頁。

説)等において問題となる。

一般に犯罪終了時期は、即成犯・状態犯・継続犯という分類で判断されてきた。これらの分類は、いずれも法益侵害(以下、「法益侵害」と表記する場合は法益侵害の危殆化も含む意味で用いる)発生時点を既遂時期とした上で、その後の法益侵害の状態と犯罪終了時期によって区別される。即成犯と状態犯は、法益侵害の発生と同時に犯罪が終了すると考える犯罪類型である。このうち、即成犯は、既遂後に法益が消滅する類型(例えば殺人罪等)のことをいい、状態犯は、法益侵害状態が継続する類型(例えば窃盗等)のことをいう。これに対して、継続犯は、法益侵害状態が継続する間、犯罪も継続すると考える犯罪類型(例えば監禁罪等)である。

即成犯は、法益が消滅することからも犯罪が終了する理由は明らかであるが、問題は、状態犯と継続犯の区別を根拠づける「犯罪終了」の理解である。学説は、この点につき、大きく結果(法益侵害)の継続を根拠とする見解と行為(実行行為)の継続を根拠とする見解に分類することができる。

結果の継続を根拠とする見解は、法益侵害の継続に着目しつつ、保護法益の性質により、継続犯か状態犯かを区別しようとするものである⁶。たとえば山口厚教授は、継続犯と状態犯の区別を「結果の持続」による「構成要件該当性」の問題と位置づけて、行為の継続とは区別して考える。すなわち、「継続犯は、法益侵害などの結果が持続する間成立し続けるが、それ

は構成要件要素である法益侵害などの結果の惹起が持続的に肯定され、構成要件該当性が持続的に肯定されるからである。行為自体が必ずしも継続しているわけではない。たとえば、監禁罪は、場所的移動の自由が侵害されることにより成立し、それが侵害され続けている間継続的に成立し続けるが、それは構成要件要素である場所的移動の自由の侵害が(刻一刻の侵害が同等の侵害性を備えたものであるため)持続的に肯定され、当初の行為(行為自体が必ずしも継続しているわけではない)との間において持続的な構成要件該当性を肯定しうるからである。これに対し、状態犯においては、法益侵害などの結果の発生により犯罪は成立するが、その後の法益侵害状態の持続は構成要件該当性を肯定しえないものであり、構成要件該当性を持続的に肯定できないからである。たとえば、窃盗罪は、他人の占有下にある財物の占有移転により成立するが、占有移転の結果である財物の利用可能性の喪失状態という実質的法益侵害はその後継続するものの、構成要件要素である占有移転は継続しないので、犯罪は占有移転により終了するのである⁷。」とされる⁷。

行為の継続を根拠とする見解は、全体として行為が継続すると評価して構成要件の継続的該当性を認めて、犯罪の継続性を根拠づける⁸。例えば、佐伯仁志教授は、「監禁罪が継続犯であるのは、監禁が継続している間は、監禁の実行行為も継続しており、監禁罪の構成要件が継続的に充足されているからであろう。このこと

6 明示的に、結果(法益侵害)を根拠とする見解として、平野龍一『刑法総論I』(1972年)131-133頁、町野朔『刑法総論講義案I [第二版]』(1995年)148頁、山中敬一『刑法総論I』(1999年)168-169頁、林幹人『刑法総論』(2000年)115-116頁、同「即成犯・状態犯・継続犯」刑法の争点(第三版)30頁(2000年)30-31頁、山口厚『刑法総論 [補訂版]』(2006年)43頁、松原芳博『継続犯における作為・不作為』神山谷稀第一巻287頁(2006年)等がある。

7 山口・前掲(6)書43頁。また、平野博士も、監禁罪が継続犯である理由について、「監禁罪の法益である自由は、その拘束の継続の一刻一刻が、拘束の開

始と同じほどに苦痛」であることに求め、これに対して、窃盗罪の場合は、「平穩に占有しているのを奪うのは重大な侵害であるが、その後の物を使用できないという状態は、これに比べると侵害性が少ない」という理由から状態犯であるとする。平野・前掲(6)書132頁。ともに、「侵害性」に着目して分類するものであるが、侵害性判断が被害者の「苦痛」との観点からなされるとすれば、窃盗罪における法益侵害の「苦痛」が奪取時とその後では異なるということについては評価が分かれよう。佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号15頁(1995年)16頁、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2・3号1頁(1988年)2-3頁。

は、行為者が手で被害者を押さえつけて逮捕している場合を考えれば容易に理解できる。この場合、押さえ続けているあいだ逮捕罪は継続しているわけであるが、実行行為が継続し逮捕罪の構成要件全体が充足され続けている以上、犯罪が継続することは当然のことなのである」と説明される⁹。特に、この見解において、注目すべきは、実行行為の評価方法である。この見解の多くは、明らかな作為行為のほか、作為行為後の状態を不作为による維持といった形で、全体を実行行為として評価する^{10,11}。

いずれの見解も、構成要件の該当性を検討する点では一致しており、法益侵害の継続性は不可欠な要素といえる。問題は、それに加えて、法益侵害を基礎づける行為の継続性がどうかである。構成要件の結果発生継続性からのみ説明しようとする見解の背景には、「行為が継続する」と解釈すると、責任の同時存在原則との関係、とりわけ故意が途中から生じた場合の処理が困難になるとの意識がみられる¹²。例えば、松原教授は、法禁物等の所持罪につき、「同時存在原則からは、行為者の具体的な意思発動としての『行為』の時点で責任要件が具備されていなければならない。この同時存在によって、外界の事実に対する意思の原因性が確保

され、法益侵害事実の行為者への帰属が正当化されるのである。したがって、原則として、所持を開始するという作為の時点で、故意、違法性の意識の可能性、期待可能性が必要であり、かつ、この時点で存在すれば足りる」として、故意が途中で生じた場合であっても、行為の開始時点で責任要件が具備していないので、不可罰であるとされる¹³。また、山口教授は、例えば、行為が継続すると考えるのであれば、誤って人を部屋に閉じこめた者が途中で故意が生じた場合、何らかの理由で解放が不可能であっても、監禁罪が成立することになり、不当であるとする¹⁴。仮に(客観的)構成要件該当性が肯定できるのであれば該当部分に責任が存在しなければならぬと解されるので、両教授の指摘は、いずれも不作为部分だけを実行行為として取り上げて構成要件の該当性を肯定できるかどうかという問題に帰する。

継続犯を行為の継続と考えると結果回避可能性(作為可能性)がない場合に不当な結論に至るとの指摘¹⁵については、後続の行為も不作为犯として構成する以上、先行行為が一連の犯罪行為の一部だとしても、結果回避可能性等の一般的不真正不作为犯に必要な要素が不要となる論理的必然性はないように思われる¹⁶。むしろ

8 行為を犯罪継続の根拠とする見解として、木村亀二『刑法総論』(1959年)170-171頁、植松正『全訂刑法概論I総論[第7版]』(1976年)124-125頁、福田平『全訂刑法総論[第四版]』(1981年)79-80頁、柏木千秋『刑法総論』(1982年)97-99頁、荘子邦雄『刑法総論[新版]』(1981年)119-121頁、佐伯・前掲(7)論文、松宮孝明『刑法総論講義[第二版]』(1998年)58-59頁、浅田和茂『刑法総論』(2005年)129-130頁等がある。

9 佐伯・前掲(7)論文17頁。

10 木村亀二博士は、継続犯の特質を「当初は作為であったものが不作为に転換する」と説明する。木村亀二『刑法総論』(1959年)170-171頁。なお、平野博士も、「拘束の開始という行為が行われたのちも、『釈放しない』というこれと同価値の不作为が継続している」と指摘している。平野・前掲(6)書132頁。後述するように、作為と同価値の不作为が継続する可能性は、法益の性質によるものである(例えば「占有侵害」は作為後に不作为として継続することは考えられない)から、法益の性質と行為の様子は

むしろ無関係ではない。最終的な区別の基準として、法益の性質とするか、行為の継続とするか、という問題である。

11 山口厚教授は、全体を評価することについて、「擬制」にすぎないと指摘する。山口厚「判批」平成17年度重要判例解説159頁。しかし、不真正不作为犯は、そもそも不作为を作為と「擬制」して処罰しようとするものであるから、問題は、このような不真正不作为犯を処罰することが許されるかどうかということであろう。

12 松原・前掲(6)論文。山口・前掲(6)書43頁も、事後的に故意が生じた場合の問題に言及しつつ、行為の継続性による区別を否定している。

13 松原・前掲(6)論文300頁。

14 山口・前掲(6)書43頁及び脚注16。

15 山口・前掲(1)評釈159頁、松原・前掲(6)論文288-289頁。

16 これは、不作为だけを独立に取り上げるにせよ、作為と複合的に捉えるにせよ、同じである。

行為と複合的形態であっても、実行行為の一部として評価する以上、一般的な不真正不作為犯の要件を具備していない場合には、行為の継続性は否定されるべきである。したがって、結果回避可能性がなくなった時点で、行為の継続性は否定されなければならない。

逆に、継続犯の行為を当初行為にのみ求めて、当初行為時にのみ責任が存在すれば足りるとする方が、責任主義との関係で問題が生じうる。例えば、監禁罪において、監禁途中から行為者の責めに帰さない事情で心神喪失に陥った場合、心神喪失以降の罪責は問われるべきではないであろう¹⁷。そうすると、責任主義との関係からも、犯罪終了時期は、行為の継続性を基礎に判断すべきである。なお、いかに行為が継続していたとしても、法益侵害の継続がなくなれば、構成要件該当性が否定されるので、その時点で犯罪は終了する¹⁸。

3 名誉毀損罪の犯罪終了時期

名誉毀損罪は、継続犯といえるであろうか。

継続犯といえるためには、まず前提として、当該保護法益が継続的に侵害可能である必要がある。例えば、窃盗罪の保護法益が所持（占有）だとすると、占有移転が行った時点で、被害者の占有は消滅するので、法益侵害の継続はありえず、したがって、行為の継続はありえない¹⁹。これに対して、監禁罪の保護法益である場所的移動の自由は、継続的に侵害が可能である。

名誉毀損罪の第一次的な保護法益が人の人格的価値に対する社会的評価である社会的名誉であることには争いが少ない²⁰。その中で社会的名誉を虚名を含む現に社会に存在する事実的名誉と考えるか、真実に対応した評価である規範的名誉と考えるかについては見解が分かれる。前者の見解は、社会的評価の低下の立証が困難であるという理由で、名誉毀損罪を抽象的危険犯と理解する²¹。本件も、抽象的危険犯と判示していることから、このような見解に立っているものと考えられる。後者の見解は、現行法230条は事実の有無を問わず処罰しているところから、社会的名誉を正当な社会的評価を受ける権利、あるいは、社会的情報環境権として捉え直して、名誉毀損罪をこれらの権利に対する侵害犯と理解する²²。

仮に名誉毀損罪が抽象的危険犯だとすると、名誉毀損文章を閲覧可能な状態にしている限り、継続的に抽象的危険性を発生しつづけるので、継続的侵害が可能な保護法益ということになる。ただ名誉毀損罪を侵害犯と捉える見解も、保護法益を名誉権のような形で理解する限り、継続的侵害の可能性という観点からは、抽象的危険犯と理解する見解との間に差は生じない。なぜなら、名誉毀損文章が閲覧可能な状態に設定されている間は、このような名誉権は制約され続けていると考えられるからである。

次に、法益の継続的侵害が可能だとしても、継続犯といえるためには、構成要件が予定する行為が継続的侵害に対応しうる態様のもので

17 むろん最終的には量刑の問題ということになるが、監禁罪において監禁期間の長さが重要な意味を有するのは周知の通りである。最判平成15年7月10日刑集57巻7号903頁（新潟女性監禁事件）。責任を問われるべき範囲を明確化することは必要である。

18 佐伯・前掲(7)論文17-18頁。

19 したがって、窃盗罪は即成犯と解することもできる。平野・前掲(6)書131頁。なお、窃盗罪が状態犯とされる根拠は、構成要件の要求する実行行為の態様によって説明されることが多い。佐伯・前掲(7)論文18-20頁、山口・前掲(6)書43頁等。

20 大判昭和8年9月6日刑集12巻1590頁。

21 大谷実『刑法各論 [追補版]』(2004年) 160頁、

前田雅英『刑法各論 [第三版]』(1999年) 120頁、山口厚『刑法各論 [補訂版]』(2005年) 137頁。もっとも、名誉の回復困難性に鑑みると、立証困難性だけではなく、名誉の重要性も危険犯の根拠とすべきであろう。

22 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』(1973年) 20頁、佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾=堀内捷三=町野朔=西田典之編『刑法理論の現代的展開各論』(1996年) 77-80頁。なお、名誉を事実的名誉と理解しながら、侵害犯とする見解として、内田文昭『刑法各論 [第三版]』(1996年) 222頁、曾根威彦『刑法各論 [第三版補正二版]』(2005年) 95頁。

なければならない。例えば、監禁行為は、監禁罪の保護法益である場所的移動の自由の継続的侵害に対応するが、傷害行為は、傷害結果を発生させるものの、通常、その後の継続的侵害とは対応するものではない²³。

そうすると、問題は、「摘示行為」を継続的な行為として理解することが可能であるかどうかである。この点、山口厚教授は、「名誉毀損罪の構成要件は、公然と事実を摘示することによる名誉毀損であるから、名誉毀損の状態は継続するが、実行行為である公然事実摘示行為は継続しない」とされる²⁴。この指摘は、おそらく「摘示」という言葉が有する事実上の非継続的な作為性に着目した帰結であるものと考えられるが、そうだとしなくても摘示し続けることは可能である。例えば、名誉毀損文章が書かれた旗をポールに掲げる行為を考えると、旗を掲げ続けている間、摘示行為は継続していると考えられることは可能である。逆に、旗をポールの上まで掲揚する行為が摘示行為であり、その後の掲げている行為は、摘示行為ではないとすることは不自然であろう。これは、インターネット上で、摘示する行為も同じである。そうすると、「摘示し続けている」と評価できる範囲で、行為の継続性を認めることは可能であるように思われる。もちろん、「摘示し続けている」と同等の評価ができるのであれば、不作為の形態も含まれると解すべきである。

したがって、名誉毀損罪は、実行行為の継続が可能な類型であり、むしろ継続的な態様が一

般的であるから、継続犯と理解されるべきである。そうすると、名誉毀損罪の終了時期は、実行行為の継続が途切れたとき、あるいは、法益侵害の継続が途切れて、構成要件の継続的該当性が否定されたときと解される。

実行行為が継続するためには、前述の通り、実行行為である以上、作為不作為問わず、一般的な実行行為の要件を備えてなければならない。作為の場合、実行行為概念を「法益侵害発生の一定程度以上の危険性を有する行為」と理解する立場からは、法益侵害発生の危険性が消滅、あるいは一定程度以下になれば、実行行為は終了する。例えば、名誉毀損罪において、摘示している間に、被害者が死亡した場合、名誉毀損罪の実行行為は終了する。また、不作為の場合は、前述の通り、不作為犯の一般的要件、すなわち法益侵害が発生する危険性の存在に加えて、作為義務、結果回避可能性等が要求される。したがって、結果回避可能性はもとより作為義務が消滅した場合も、実行行為は終了し、犯罪は終了することになる。

なお、このように名誉毀損罪を継続犯と理解することに対しては、犯罪終了時期が延長されることを理由に、親告罪制度や公訴時効制度の趣旨を没却するとの批判がある²⁵。確かに、状態犯と継続犯の違いは犯罪終了時期に現れるので、各犯罪類型が状態犯なのか、あるいは継続犯なのかは、親告罪制度や公訴時効制度にとっては、重要な意味を持っているといえる²⁶。しかし、犯罪終了時期は、当該犯罪類型の罪質に

23 傷害罪は、例えば、縄で縛り続けて傷害を徐々に負わせるといったように、行為の継続が可能な態様もありうるということが指摘されている。林(美)・前掲(7)論文2-3頁。確かに、その態様の限りでは、犯罪は継続しているといえる。佐伯・前掲(7)論文18頁。その意味では、継続犯かどうかは犯罪類型ごとではなく、ある特定の態様ごとに考えるべきとの指摘(古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ550号90頁(1985年)91頁以下)は一定の説得力をもっている。ただ原則的な行為態様を観念しうる限りにおいては、なおも一般的な犯罪類型ごとに考察することの意味はあるように思われる。したがって、一般的に観念される傷害行為は継続性を有しないので、傷害罪は

一般に状態犯と解すべきである。傷害罪が状態犯だとすると、傷害罪の終了時点は結果の発生時点と考えられるので、問題は、どこまで傷害結果と認めるか、ということになる。この点については、例えば、山口・前掲(6)書43-44頁、佐伯・前掲(7)論文20-21頁等参照。

24 山口・前掲(1)評釈159頁。

25 山口・前掲(1)評釈159頁。

26 なお、親告罪制度の意義については、田口守一「親告罪の告訴と国家訴追主義」宮澤古稀第一巻239頁(2002年)、公訴時効の制度の意義については、松尾浩也「公訴時効」刑事訴訟法講座第1巻198頁(1963年)が詳しい。

よって判断されるべきものであって、その効果たる各制度の起算時期は副次的な問題に過ぎないというべきである²⁷。もちろん、副次的な問題であっても、著しく具体的妥当性に欠ける場合があるとすれば検討の余地も生じよう。しかし、名誉毀損罪の公訴時効は3年であるが、インターネット上であれば、自らの情報を積極的に収集しない限り、被害者に発見されないまま3年くらい経過する事態はいくらでも考えられる（そもそもインターネット環境にない人だっている）。また被害者が海外に行っていた等の理由で、摘示後3年くらい気付かないことはいくらかありえよう。そうすると、むしろ、このような場合に、親告罪の告訴期間の経過や公訴時効の成立を認める方が具体的妥当性を欠く場合が多いように思われる。やはり掲示され続けている限り、摘示行為が継続していると理解するべきである。

4 おわりに

本判決が犯罪終了時期について行為の継続性（作為義務）を問題にしたことは、既述のとおり妥当である。

このような理解に基づき本件を検討すると、本件は、名誉毀損文章が閲覧可能な状態にあるので、名誉毀損の抽象的危険の存在を認めることができる。これに対して、被告人は、自らがその危険を発生させた先行行為に基づき削除（作為）義務を負っていたもの解することができる。また結果回避可能性も十分認められるので、被告人には、不作為による行為の継続を認めることができる。

そして、本判決は、被告人の削除依頼により、被害発生 of 抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たしたと評価している。この点、名誉毀損の抽象的危険は、情報の伝播性に鑑みれば、仮に削除されたとしても、完全になくなることはない。ただ、作為義務は、危険性が完全に消滅しなければ解消されないというものではない。たとえ情報は伝播するとしても、削除することは、それ自体、記事の信憑性を格段に下げ、その影響力も格段に小さくするといえる。さらに、作為義務は、存在する法益侵害の危険性を行為者に結びつけるための要素であるとすれば、当該記事の削除を以て作為義務の解消とすることは不当ではない。その後の名誉毀損の危険性は、結果の重大性として量刑事情等で考慮されることになろう。

本件では、削除依頼によって、被告人の削除義務は管理人Cに移転したと評価することができ、この時点で被告人の行為の継続が終わったものと評価できる。したがって、犯罪の終了時点は平成15年3月9日であり、同年4月22日になされた本件告訴は有効である。これと同趣旨の本判決は、結論においても妥当である。

(投稿受付 2006年11月15日)

27 制度趣旨という観点からしても、親告罪につき、起訴不起訴の判断に検察官の広範な裁量を認める現行法にあって、例外的に訴追の有無を被害者の意思に委ねようとする理解（田口・前掲²⁰論文）からは、親告罪の告訴期間は、被害者が意思決定できる状態かどうかで判断されるべき事柄ということになろう。これに対して、犯人の地位安定を理由の一つとする見解（例えば、三井誠『刑事手続1』[新版]（1997年）112頁）もあるが、公訴時効との関係や親告罪の告訴期間が6ヶ月であることの説明がつかないであろう。この点につき、詳しくは、田口・前掲²⁰論

文参照。また、公訴時効制度の趣旨は、一義的に説明しうるものではないことは周知の通りである。もちろん、犯罪事実を前提とした社会的事実関係の累積によって犯人に公訴時効の利益が分配されるという理解（長沼範良「公訴時効の起算点」松尾古稀下巻375頁（1998年））もありうる場所である。しかし、そうだとすると、名誉毀損罪は、摘示されている限り、社会的事実関係に影響を与え続ける性質のものであり、継続犯と解したところでこのような趣旨が没却されるわけではないであろう。