

メディア刑法の適用範囲 （スイス刑法典28条、322条bis）

クリスツィアン・シュヴァルツェネッガー
丹羽正夫（訳）

I 憲法上のコミュニケーションの自由と刑法上のコミュニケーションの禁止との調和を図るものとしてのメディア刑法^{訳注1)}

コミュニケーションの自由の基本権としての保障は、コミュニケーションによる侵害や危殆化から個人的ないし国家・社会的法益を刑法上保護するという公の利益と対立する関係にある¹⁾。極端に単純化して言えば、両極ともいふべき二つの対立する視点の存在をみとめることができる。

すなわち、遅くとも啓蒙主義の時代以降、任意のメディアを通じてあらゆる情報²⁾が——情報の表出、能動的な情報の入手、あるいは受動的な情報の受容といった形で——妨げられることなく自由に流通するということは、自由かつ民主的な社会のメルクマールのひとつに数えられるが、その際、諸情報は文書の形でのみならず、画像や音声ないしフィルムによる記録の形で流布されうる。情報が自由に流れることによって初めて、開かれた政治的対話と個々人の人格的發展が保障される。一般市民や経済界、国の諸機関は、そこから生ずる様々な意見のぶつかり合いを通じてのみ、熟慮の上での決定を下すことができる。コミュニケーションの自由は、情報が最大限阻害されずに流れることを可能にし、かつ、それを促進する法的条件の基本的枠組を保障するものとされているのである³⁾。刑法上のコ

コミュニケーションの禁止は、こうした基本権の観点からすれば、第一義的には自由を制限する方向での国家による介入として現れることになる。

これとは逆に、重要な個人的法益ないし公の利益のなかには、刑法によるそれらの保護を社会が強く求めており、したがってコミュニケーションによるそれらの侵害ないし危殆化が可能な限り起こらないようにすべきだとされるものが存在する。こうした利益の保護のために、立法者は、抽象的危険犯をますます多く用いるようになってきているが、そこでは公表（Veröffentlichung）過程の時点でただちに行為が可罰的となり、あるいはさらにそれよりも早く、すなわち、発表（Publikation）^{訳注2)}の準備行為の時点で可罰性が認められることになる。刑法上の法益保護の見地からは、社会的に有害な情報の流布についてコミュニケーションの自由を保障することは、社会統制の実効性を弱めることになるのである。

かくして、コミュニケーションの自由と実体刑法とは、互いに対立する緊張関係に立つことになる。コミュニケーションの自由は、刑法上の構成要件を画定する際に、これを限定する重要な機能⁴⁾を果たす。基本権の尊重は、誰よりもまず立法者に託された使命であり、刑罰法規の構成要件を新設し、その内容を定める際には、スイス連邦憲法〔以下、条文引用の際には単に「憲法」という：訳者注〕36条が定める基本権への干渉の要件を顧慮するとともに、とりわけコミュニケーションの禁止を行う場合にあっては、意見の自由（Meinungsfreiheit）や情報の自由、メディアの自由を、比例原則に反するような形で過度に制限しないことが求められるのである（憲法36条3項⁵⁾）。

こうした目標は常に達成されるわけではなく、したがって、刑罰法規の不法内容の客観的定義は、それ自体がすでに「過剰な傾向」を示すものとなりうる。それゆえ、種々の基本権は、法の適用を担う官庁や裁判所による刑罰法規の適用・解釈においても尊重されねばならない⁶⁾。ヨーロッパ人権裁判所も、ヨーロッパ人権条約10条を根拠に、比例性の要件が充たされるかを吟味するに際して利益衡量を行うよう求め、次のように述べて

いる。

「条約の署名国には、かかる必要性（ヨーロッパ人権条約10条2項が定める「民主的社会において必要とされる制限または刑罰」を課す必要性：原著者注）が存するか否かを判断するに際して、一定の裁量の余地が与えられているが……（中略）、しかしそれは、ヨーロッパによる規制下に置かれるのであって、しかもこのことは、判断の基礎となる法律の立法はもとより、その法律を適用する判決に関しても妥当するものであり、かかる判決が独立の裁判所によって下される場合であっても何ら変わるところがないのである。」⁷⁾

連邦裁判所によれば、とりわけプレス（Pressefreiheit）^{訳注3)}や情報の自由にかかわる刑罰法規に関しては、拡張解釈を行ってはならないものとされる⁸⁾。表示犯（Äusserungsdelikte）⁹⁾の領域では、処罰を限定するための条約上ないし憲法上の制限が広範に認められており、それらにあっては、可罰性の要件の充足にもかかわらず処罰を阻却することが肯定されている¹⁰⁾。かかる処罰の制限が、犯罪論体系（構成要件、違法阻却、責任）において解釈論上どう位置付けられるかにつき、ヨーロッパ人権裁判所は何ら述べていないものの、ヨーロッパ人権条約（10条2項）が定める「秩序の維持、犯罪予防、健康若しくは道徳の保護、他者の信用および権利の保護のため民主的社会において不可欠な」という限度を超える形で、ある行為を不法なものとして処罰する権限は、ヨーロッパ人権条約の署名国には与えられていないものと言うことができよう。したがって、かかる処罰の制限は、すでに客観的構成要件のレベルで顧慮されねばならない。このことは、少なくとも、基本権上の利益衡量の結果として、かかる処罰の制限を特定の行為類型につき一般化することができる場合には、無条件に妥当するのである¹¹⁾。連邦裁判所は、憲法裁判所としての権限を持たないため（憲法190条）、かかる処罰の制限を、合憲的でヨーロッパ人権条約に適った解釈という表題の下で行っているが、こうした解釈も、まず客観的構成要件のレベルでなされるのである¹²⁾。

プレス自由をめぐる歴史上の闘争という背景事情と、プレス自由が個々人の意見および世論の形成にとって重要な意義をもつことに鑑みれば、当初は州の、そして後には連邦の立法者が、何故にプレス自由をとくに重視して保障しようと欲したのかが理解できるであろう。プレス自由から生ずる上記のような処罰の制限を裁判所に委ね、それを単に表示犯の解釈の枠内においてのみ考慮するに止めるのは、妥当でないと考えられたのである。そこではむしろ、プレスによる情報の入手・加工・公表が比例原則に反して過度に侵害されぬように表示犯の処罰範囲を限定することができる、特別な規定を設けるべきだとされた。このような問題解決の仕方は、19世紀の終わりにおのずと生じてきたものであるが、当時は表示犯の処罰の制限が憲法上ないし条約上いまだ認められていなかっただけに、それも無理からぬことであった。1997年には、同様の考慮から、表示犯の処罰範囲を限定する規定の適用範囲が拡張され、他のメディアにも及ぶようになった¹³⁾。

このように、メディア犯罪に対する共犯に関する特別規定（刑法28条および本条を援用する同322条bis；改正前の旧規定では刑法27条）は、プレスやメディアの自由に対する特別な保護を刑法において直接保障しようとする試みが結実したものであり、そうした試みは歴史的に見ても十分な理由のあるものといえる¹³⁾。上記の特別規定〔刑法28条：訳者注〕は、それが刑法典の総則に置かれていることから、論理必然的に、適用可能な刑法典総則ないし各則の規定の枠を超えない形で、刑法の体系的枠組の内部でのみ効力を持ちうる。一例を挙げれば、メディア犯罪に関して、構成要件論を逸脱した既遂の基準を設けたり、総則規定から独立した形の共同正犯の規定を置いたりすることはできない。メディア刑法の特別規定を刑法典の中に置くことは、様々な解釈論上の困難を生じさせるが、それらは今日に至るまで満足のいく解決がなされていないものなのである¹⁴⁾。

II コミュニケーションの自由から導かれるメディア刑法の諸目標と、インターネット時代におけるその妥当性

新聞や雑誌、書籍、あるいはラジオ、テレビ、さらには電子的コミュニケーションのネットワークサービスにおいて、情報が可能な限り自由に流れるということは、個々人の意見形成や意見表明にとって基本的な前提条件であり、そこではマスメディアにかかわる企業や団体が中心的な役割を果たす。社会における情報のあり方は、長い間、こうしたプロフェッショナルな情報伝達者の自由な発展と、かかる伝達者による情報の提供に多くを依存してきた。

連邦憲法に関連規定が置かれたのは、当初はプレスのみであったが、その後、議論の重点は印刷物の領域に移った。プレスの自由は広義に理解されるようになり、この自由が保障される範囲は、定期的に刊行されるメディア（日刊の新聞、雑誌類）や出版社、あるいはその社員に限定されなくなった。すなわち、ビラやポスター、パンフレットのような単発で発行される印刷物、およびそれらの発行者たる私人にも、基本権の保障が及ばねばならないとされたのである。その保護の領域がどの範囲まで及ぶかという点は、以下に掲げるような連邦裁判所判例の要旨からこれを読み取ることができよう：

「これはプレスによる意見表明の自由を意味する。憲法（旧）55条は、各人が、自らの意見を——言葉あるいは画像で表現される形で——印刷という手段によって公に広めることができる旨を保障している。」¹⁵⁾

「……連邦裁判所の判例によれば、憲法（旧）55条は、印刷された文書のみならず、ヘクトグラフィー（Hektographie）の手法で複写された文書や、その他の『ある程度大部にわたり増刷される形で』作成された文書についても適用される（以下略）。」¹⁶⁾

こうした考え方は、今日に至るまで異論なく認められてきたものである。メディアの自由からは、意見表明の自由とともに、情報を広める自由

も保障されねばならないという原則が導かれる。したがって、基本権として保護されている意見表明を伝達する者も、憲法17条を援用することができる¹⁷⁾。

プレスないしメディアの自由からは、メディア刑法の目標に関するもろもろの準則が導き出されるが、それらはかつてのプレスに対する刑事規制につきすでに妥当していたものであった¹⁸⁾。それらは以下に述べるようなものである。

すべて市民は、プレスあるいはその他のメディアを通じて、自らの意見を可能な限り自由に公表することができなければならない。メディアの作り手が有している、匿名性を保持する権利によって、原作者（Autor）若しくは情報提供者は、刑法上の、あるいは社会的ないし経済的なサンクションを受けないよう保護されねばならないが、これはとりわけ、こうした者がセンシティブな情報を伝達する場合に言えることである（社会における萎縮的効果〔chilling effect¹⁹⁾〕の防止²⁰⁾。

編集者若しくはその他の責任者については、——公表しようとしている素材が刑法上処罰対象となるかどうか不明な場合であっても——公表を決断することができるようにすべきである。こうした者にとっても、疑わしき場合には公表を控えるということが生じないよう、行為が処罰されるリスクは明確に輪郭づけられたものでなければならない（メディアにかかわる企業における萎縮的効果の防止）。これによって公表を促す気風が醸成され、それが世論の形成にも資することとなる。

「恐れることなくコミュニケーションを行うためには、なにかんづく法的安定性がそのよりどころとなる。すなわち、まさしくメディアの作り手の見地からすれば、許された表現行為と禁じられたそれとの間の限界を明確にする必要性は大きい。メディアの作り手は、公表行為によりいかなる法的帰結が生じうるのかにつき、最初から確実な見込みを持つことができなければならない。彼らは、法文を眺めること——必要とあらば法律に精通した者から助言を得ること——によって、自らの自由の行使がどこまで許

されるかを、早いうちに知ることができなければならないのである。」²¹⁾

分業によるメディアの制作過程に必然的かつ「中立的」に関与する多数の者が刑事訴追されるリスクは、ひろく一掃されねばならない。かかる特権は、メディアの制作物の頒布に関わる者にも認められねばならないが、それは、このことが情報の流れを自由なものとする前提条件となるからである²²⁾。

さらに、——かかるメディアの制作過程ないしメディアに関する業務の進行を、時として著しく妨げることになる——刑事手続上の強制処分は、必要不可欠な最小限に制限されねばならない²³⁾。

かくして、「メディア」の刑法上の特別な地位について憲法上前提とされてきた点は、一方では、マスメディアが制作物を生み出す作業は物的に大きなコストを要し、印刷機あるいはその他の技術的装置（録音・撮影機器および送信装置）ならびに制作物を販売・伝達するルートがあつて初めてそれが可能となるということである。そして他方では、かかる制作拠点たる企業の経営は、多くの費用と労働力の集中を要し、したがって、「業としてこれを営む者」はわずかな数に止まる、ということが前提とされてきたのである²⁴⁾。

最後に、プレスや視聴覚メディアは民主的社会の支柱をなすものとみなされる、ということが挙げられる。すなわち、これらのメディアは、公の番犬（public watchdog）たる使命を果たすものとされているのである²⁵⁾。

上に述べたようなもろもろの前提は、大部分が時代遅れなものになっている。今日では、コンピュータとソフトウェアを購入し、ネットワークにアクセスできる者であれば、誰もがメディアの公表のための制作拠点を手中に収めていることになるのである。メディアを伝達するチャンネルおよび制作手段の増殖は、地理的な境界をも消失させた。なるほど、組織化されたマスメディアが、意見の自由や情報の自由の全的な発展、さらには知識社会（Wissensgesellschaft）の全的な発展にとっても根本的に重要な存在であることは、従前と変わるところがないといえよう。しかし、電子的

ネットワークのマスメディアにおける利用が可能となったことにより、情報の頒布において従前のマスメディアが有していたゲートキーパーとしての機能やコントロール機能は、近年では事実上失われてしまったのである。次に掲げる引用文は、こうしたことを的確に表現したものである：

「ウェブは、……従前の伝統的な出版のモデルを打破した。古いモデルは、コントロールにかかわるものであった。すなわち、ある文書につき仕事をしているチームは、その内容および形式につき責任を負い、すべて問題なしと認められた時点でそれを公にすることになる。ひとたびそれが公表されると、発行元以外の者が変更を加えることはできない。……こうした重要なコントロールの拠点を失わせることによって、ウェブは、文字通り世界がかつて経験したことがないような規模での、コンテンツおよびリンクの自己組織化的かつ自己活性化的な増大を可能にした。」²⁶⁾

このように、今日では（ほとんど）すべての個人が情報の公開と頒布を意のままに行うことが新たに可能となったが、それゆえに、メディアの自由の捉え方をヨーロッパ全体のレベルで時代に即したものに適合させる必要性が浮き彫りとなるのである。こうした変化により、メディア刑法の枠内においても、新たな方向性の検討と処罰の限定がなされねばならない。

Ⅲ メディア刑法における特別規定の適用要件

刑法28条1項は、メディア犯罪として、メディアにおける公表によって実行され、かつ、そのことのみをもって成立する可罰的行為を規定している²⁷⁾。これは、一般的・抽象的な限界設定を行うものであり、エルンスト・ハフター（Ernst Hafter）の提唱にかかるものであるが、3つの要件を定めており、それらを手がかりに、メディア犯罪とそうでない犯罪とを区別することができる²⁸⁾。

A. メディアにおける可罰的行為の実行——刑法28条における「メディア」の概念

メディア犯罪²⁹⁾は、まず第一に、当該犯罪がメディアにおける公表を手段として³⁰⁾実行されなければならないということによって特徴付けられる。ここで問題となるのは表示犯（Äusserungsdelikte）^{訳注5)}であり、かかる犯罪の可罰性はその表示内容によって基礎づけられる。ここで問題となるような表示犯の特殊性は、もっぱら、それが、人から人へという形によってではなく、マスメディアという手段を通じて公衆に対し「表明される（ausgesprochen werden）」という点にある。換言すれば、行為者は、自らの違法な表示行為をなすためにメディアを用いるのである³¹⁾。

それゆえ、内容の面で何ら刑法的に問題がない事柄を公表する行為であれば、たとえば著作権を侵害する形で、あるいは無権限の人によりなされるものであっても、最初からメディア犯罪にはあたらない³²⁾。

ここで問題とされるべきは、「メディアにおける公表を通じて（durch Veröffentlichung in einem Medium）」実行される可罰的行為でなければならない。ここではいかなるメディア概念が前提とされるべきかという点は、答えるのが難しい問題である。この概念を、もっぱら公的な情報提供を業務内容とする企業や団体についてのみ用いることもできるであろうし³³⁾、純粋な意味でのマスメディア³⁴⁾に限定して用いることも考えられる。最も広くこの概念を理解するならば、単純に、コミュニケーションに用いられうる手段すべてをメディアに含めることになる。メディア刑法の改正に関する法案理由書（Botschaft）³⁵⁾は、最後に挙げた最広義の理解を前提にしている。すなわち、同理由書は、きわめて多様な物的・電子的コミュニケーション手段を「メディア」に数え入れており、新聞、雑誌、書籍、ビラ、ポスター、パンフレット、カタログなどのあらゆる種類の印刷物や、さらには映画、ビデオ、ラジオ、テレビ、電子的なテキスト伝送（テレテキスト、ビデオテキスト、Eメール、インターネット・メールボッ

クス³⁶⁾）、ならびにCD-ROMがこれに含まれる。上に挙げた例を補うものとして、さらに、チラシ、書状、絵画、写真、レコード、カセットテープ、DVD、メモリスティック、ハードディスク、固定電話・携帯電話・インターネット電話による通信³⁷⁾、メーリングリスト、ニュースグループ、チャット、ウェブ・ストリーミング（ウェブラジオ、ウェブテレビ、ウェブビデオ）、ワールドワイドウェブ（World Wide Web）、ピアトゥピアシステム（Peer-to-Peer-Systeme）、ソーシャルメディア³⁸⁾、等々を付け加えるべきであろう。

インターネットそれ自体を法律が定める意味でのメディアに含めて考えるものも、一部ではあるが存在する³⁹⁾。連邦参事会（Bundesrat）によるメディア刑法および手続法の法案理由書は、メディア概念そのものの定義は行っていないものの、同理由書中の2つの箇所インターネットをメディアの例に含めている⁴⁰⁾。このような例示・分類は、大雑把で不精確なものと言わなければならない⁴¹⁾。インターネットは、技術的インフラストラクチャー（通信ケーブル、無線電信設備）と、それによってネットワーク接続された多数のコンピュータから成り立っている。新聞の配送に用いられる新聞社のトラックが「メディア」だと言う人は、恐らく一人もいないであろう。すなわち、「紙それ自体がメディアではないのと同様に、インターネットもメディアではない。それが印刷技術と結び付けられ、印字されたものが新聞あるいは雑誌として用いられることによって初めて、メディアが生まれるのである。」⁴²⁾

こうしたインフラストラクチャーを通じたデータの伝送を可能とするには、すでに述べたようなハードウェアとともに、TCP/IPによるソフトウェアの制御が必要となる。ソフトウェアそれ自体もメディアではない。たとえば、こうしたハードウェアおよびソフトウェアを用いてホストサーバー上に情報を用意し、その後任意のユーザーがその情報をダウンロードして利用することができる状態に置くことによって初めて、メディアとしての機能が生ずるのである。このように、決定的に重要なポイントは、

電子的ネットワークそれ自体ではなく、そうしたネットワークを通じてなされるその利用なのである。それゆえ、インターネットやその他の電子的ネットワークにおいて立ち上げられ、運営されているサービスには、メディアに含まれるものもあれば、そうではないものも存在することになる⁴³⁾。

B. メディアにおける公表による犯罪の実行

情報は公表されなければならない。ここで公表とは、情報を公衆が自由に利用できる状態におくことをいう⁴⁴⁾。情報が、不特定多数人、あるいは、比較的大きな、個人的な人間関係で結びついてはいない人的集団によって知覚される場合、この基準が充たされることになる⁴⁵⁾。

しかしながら、思考内容の表示（Gedankenäusserung）が多数人に広められることは不可欠ではない。比較的古い連邦裁判所の判例によれば、思考内容の表示を限られた範囲の人しか「利用できない」場合であっても、そうした人の範囲内で興味を抱いた者であれば誰でもそれを知覚できるのであれば、それで足りるとされているのである⁴⁶⁾。連邦裁判所は、正當にも、同裁判所判決BGE 130 IV 111以降は常に、表示行為が私的な範囲でなされるのではない場合、それは公の表示行為すなわち「公表」となるとの前提から出発しているが、そこでいう「私的」ということの特質は、「家族ないし友人の範囲内」、「個人的な関係」あるいは「特別な信頼関係により形成された人間関係」といったことにより示されるものとされている⁴⁷⁾。いくつかの刑罰法規の構成要件において客観的メルクマールとして要求されている「公衆（Öffentlichkeit）」と、刑法28条1項の意味における「公表（Veröffentlichung）」との関係に関しては、両概念が完全に重なるものではないという理解が堅持されねばならない。メディアにおける「公表」が常に「公衆」を想定したものであるのに対して、たとえば、ある団体の集会の中で挨拶のスピーチがなされる場合のように、「公衆」は

メディアにおける「公表」とは別個のものとして存在しうる。かくして、あるメディアにおける「公表」は、いかなる状況にあっても、公になされるコミュニケーションの一部分でしかないのである。

あるメディアが「流通に置かれた」、すなわち、制作者ないしメディア関連企業のコントロール若しくは影響力の及ぶ領域から離れた時点で、あるいは、——別の言い方をすれば、——当該メディアが、任意の、制作過程ないしメディア関連企業の外部にいる人物にとってアクセス可能ないし知覚可能となることをもって、「公表」は完了するものとされる⁴⁸⁾。

それゆえ、新聞や雑誌その他の出版物については、少なくともそのリプリントが当該メディアにかかる企業の手を離れた時点で、公表されたものとみなされる。たとえば、新聞を新聞社自身が自動販売機で販売する場合には新聞が自動販売機内に置かれた時点で、あるいは、外部の配送業者ないし郵便局による頒布の場合には配達のため交付された時点で、それぞれ「公表」ありとされることになる。すなわち、これをもって、情報の表示内容は、同時に不特定の範囲の人——これには配送業者や郵便局の職員も含まれる——に知覚されうる状態となるのである⁴⁹⁾。ポスターの場合には、それ自体が公の場に貼り出されたかどうか、あるいは、——商業的分野ではそれが普通であるように——ポスター業者に交付されたかどうか、判断の決め手となる。最初の例の場合は、任意の第三者がその内容を目にすることができるのであれば、ポスターを一部、公の場に掲示することをもって足りる⁵⁰⁾。交付が問題となる二番目の例の場合は、新聞の場合と同様にポスター業者への交付の時点が基準となる。ラジオやテレビの場合は、番組が電波に乗って放送されることをもって「公表」行為が認められることになる⁵¹⁾。

ワールドワイドウェブ（WWW）、ニュースグループ、チャット等々の場合は、データ伝送の時点、ないし、場合によっては一般にアクセス可能なホストサーバー上にデータが保存された時点をもって、公表にあたる行為が完了する。すなわち、これをもって、通常は無限定な範囲のユーザー

が、刑法上処罰される可能性のある情報に容易にアクセスできる状態になるのである。プル型^{訳注6)}の情報提供サービス（Pull-Dienst）の場合には、ユーザーが個々にデータを呼び出す必要があるが、この点は上記の理解に何ら相違をもたらすものではない⁵²⁾。

第三者により情報が知覚されるということは、「公表」のプロセスに含まれるものではない⁵³⁾。

ちなみに、欧州司法裁判所（Der Europäische Gerichtshof〔EuGH〕）によれば、公の再生（öffentliche Wiedergabe）ということもまた、無限定な数の潜在的な情報受信者により情報が受信される可能性があることを前提としている。かかる解釈は、「公」という性質を「プライベートないし非公的である」という性質から区別するのに役立つが、ここでいうプライベートないし非公的な性質は、旧知の仲で以前から続く個人的関係ないし類似の関係があることを特徴とするような人のグループにおいて肯定されうるものである。しかしながら、（たとえばフェイスブックにおけるように）ユーザーの範囲が限定され閉じられているという意味で、部外者が入り込めない形になっているユーザーグループにつき、あらかじめユーザーの範囲を最大限に多く想定しておきさえすれば、それだけでこうしたプライベートないし非公的な性質が肯定できることになるのかといえ、それは疑わしい。非公的な再生ありというためには、（たとえばEメールの受信者のように）受信者の範囲が見渡せる程度の人数に止まることが前提条件となる⁵⁴⁾ということも、このことを裏付けるものである。

こうした「公表」の要件は、刑法とメディアの自由の保護との間にずれを生じさせる。すなわち、より具体的に言えば、特定の表示犯における構成要件該当行為の定義と、刑法28条1項が規定する限界設定との間のずれである。かかる表示犯の多くにあっては、その既遂時期は、場合によってはなされるかもしれない「公表」より早い時点ですでに認められ、したがって表示犯への共犯に関する〔刑法28条の〕特別規定の適用の余地は全くないのである。一例を挙げよう。

ある人の名誉を傷つける発言をあるジャーナリストに対し行うことや、その発言を当該ジャーナリストが書いた新聞記事の形で公表すること、あるいは新聞から抜き出した上記の発言をビラに記載して各世帯に配布することによりさらに広めることは、それぞれ単独で、中傷 (Verleumdung: 刑法174条〔訳者注〕)、あるいは悪評の流布 (üble Nachrede: 刑法173条〔訳者注〕) といった犯罪の構成要件を充足し、したがって3つの独立した犯罪が実行されたものとして訴追されることになる⁵⁵⁾。名誉の侵害は、ジャーナリストないしビラを作った者が上記発言を知ることをもって、すでに終了する。各行為に先行して発言や公表を行った者の行為に対する共犯の成立は、もはや不可能であり、したがって刑法28条の特別規定が適用される余地もない。名誉を侵害する発言をメディアによりさらに広める行為を処罰対象から除こうとするのであれば、正当化事由を刑法典に規定しなければならないことになろう。同様のことは、暴力の描写 (刑法135条1項) に該当する表現をジャーナリストに送り、これをそのジャーナリストが新聞で公表する場合にもあてはまる。ここでの情報提供者の行為は、情報の交付または情報へのアクセスを可能にすることをもって、すなわち、そのジャーナリストがその暴力の描写をまだ見ないうちに、終了してしまうことになる。こうした場合にも、刑法28条は無意味なものになってしまうのである⁵⁶⁾。

C. 「その可罰的行為が当該公表をもって完結する」という要件

1. 判断基準としての客観的構成要件の充足

さらなる限定要件として、可罰的行為が当該公表をもって⁵⁷⁾ 完結するということが必要とされる (フランス語では以下のように表現される: … *commise et consommée sous forme de publication par un média*; イタリア語では以下の如し: … *commesso mediante pubblicazione in un mezzo di comunicazione sociale e consumato per effetto della pubblicazione*)。

この点に関してより明確な、フランス語ないしイタリア語による公式表記の刑法28条1項の規定によれば、この付加的要件は、問題となる犯罪の構成要件が、公表行為をもって既遂となる必要があるということを意味する⁵⁸⁾。客観的構成要件の全要素が充足されるとき、行為は既遂となる。

それゆえ、その他の、「公表」に含めることができない客観的構成要件要素の充足が既遂の要件として必要となるような犯罪は、メディア刑法の特別規定〔刑法28条等を指す：訳者注〕の対象外である。典型例として、詐欺⁵⁹⁾、恐喝、強要⁶⁰⁾の各罪が挙げられるが、これらにあっては、思考内容の表示（Gedankenäußerung）の他に、構成要件に該当する結果の発生が必要であり、当該表示により因果的に惹起された被害者の行態のうちに、そうした構成要件的结果が認められる。詐欺罪を例に説明しよう。イーベイ（eBay）^{訳注7)}のオークション販売において、悪意で人を欺罔する情報を表示するだけでは、行為の既遂を認めるのに不十分である。まず、それによって因果的に惹起された欺罔が購入希望者に対してなされねばならず（第一結果）、この購入希望者がそれに基づく処分行為を行い（第二結果）、最後に、それによって財産上の損害が購入希望者に発生しなければならない（第三結果）⁶¹⁾。これらすべての結果が行為から生じて初めて、詐欺罪の構成要件は客観的に充足されたものとみなされる。こうした被欺罔者のリアクションは、「公表」の一部をなすものではない。教唆や幫助も、同様の理由からメディア刑法の適用範囲から除かれる⁶²⁾。すわなち、教唆や幫助にあっては⁶³⁾、「公表」の後、さらに、少なくとも未遂の段階に達した本犯行為がなされねばならないが、かかる本犯行為はメディア上の表示においてなされるものではないからである⁶⁴⁾。

2. 第三者による情報の知覚が客観的構成要件の前提条件である場合にも、可罰的行為が公表をもって完結するといえるか？

たった今述べたような理解とは異なり、論者の多くは、第三者により情報が知覚されることが構成要件充足の要件とされている場合にも、可罰的

行為が「公表」で完結するという前提に立っている⁶⁵⁾。これは驚くべきことである。というのも、いわゆる受信者 (Empfänger) による情報の知覚を「公表」の定義に含めることは、日常用語的な理解にも、また、コミュニケーション科学における概念の理解 (送信者-受信者モデル Sender-Empfänger-Modell) にもそぐわないからである⁶⁶⁾。「公表」や「発表 (Publikation)」という語は、ある何らかのメディア (すなわち、書籍、新聞、雑誌、録音メディア、ニュース放送) を公に利用可能にする行いや、ウェブサイト、イーベイのオークション、フェイスブックへの登録などへのアクセスを可能にすることを意味するに過ぎない。発言という行為には、他人において想定されるその効果、すなわち、発言内容の知覚は、含まれないのである。どれほど多くの雑誌や新聞が販売所で毎日売れ残り、返品・廃棄されるかを考えれば、情報の知覚が「公表」の過程に含まれないことはすぐにわかるであろう。なるほど、情報の知覚は、「公表」により初めて可能となるが、しかしそれは、たとえば脅迫された者の畏怖ないし不安 (刑法180条1項参照)、あるいは生命、身体若しくは財産に対し危害を加える旨の脅迫がなされた場合の住民の畏怖 (刑法258条参照) とまったく同様に、「公表」からは独立したものである^{67) 訳注8)}。

3. 名誉を侵害する罪に適用される場合の諸矛盾

行為とその結果との論理的区別の必然的な帰結として、情報の知覚を表示犯により生ずる結果ととらえるならば、まさしく、「純然たる表示犯」という古典的な例をメディア犯罪として位置づける⁶⁸⁾ ことには疑問が生ずる。ここで問題となるのは、名誉を侵害する罪 (刑法173条以下) である⁶⁹⁾。悪評の流布 (üble Nachrede)、中傷 (Verleumdung)、侮辱といった犯罪類型に関して、スイスの判例・学説においては、矛盾を孕んだ言説がみられる。

一部の学説は、これらの犯罪を抽象的危険犯としている⁷⁰⁾。しかしながら、このような理解は、表示 (Äusserung)^{訳注9)} の名宛人によって当該表

示が知覚されねばならない⁷¹⁾ということと調和しない。というのも、抽象的危険犯は、常に、構成要件該当行為の実行をもってすでに既遂となるからである。この問題の解決は、刑法における名誉を侵害する罪の罪質をどのようにとらえるかにかかっている。たとえば、刑法典の〔173条の〕規定の上に掲げられた「名誉の侵害」という見出しが示唆するように^{註10)}、もし仮に悪評の流布が侵害犯として構想されていたならば、規範的に保障された、およそ人が有する社会的信望を要求する権利は、實際上、縮小されたものになってしまっていたであろう。この場合、名誉を侵害する表示を行うことが構成要件該当行為として客観的構成要件要素とされることになるが、この表示は、任意の第三者によって知覚されねばならず、また、少なくともこの第三者がそれを知覚したことで法益主体の「評判（Ruf）」を実際に「損なう」⁷²⁾ものだとされるのである。しかしながら、このように実際に「評判を損なうこと」が、悪評の流布の構成要件において要求されていないことについては、学説上まったく異論がない。つまり、悪評の流布は、侵害犯ではないのである。

悪評の流布という犯罪を具体的危険犯の形式で規定した場合には、同罪の客観的構成要件は、構成要件該当行為としての名誉を侵害する表示と、任意の第三者によるその知覚の二つにより構成されることになる。この場合、第三者による知覚をもって、法益主体の評判に対する具体的危険が発生するが⁷³⁾、実際に評判が損なわれることは客観的構成要件に含まれないと解されることになる⁷⁴⁾。

同罪を抽象的危険犯とした場合には、悪評の流布の既遂時期は、実際に「評判が損なわれる」時点よりもずっと早くなるであろう。具体的危険犯とする理解と対比してみると、この場合には具体的な行為客体も存在しなくなることになる⁷⁵⁾。すなわち、任意の第三者や、結果としての具体的危険化（すなわち、知覚により惹起された、第三者において名誉侵害的效果が生ずる危険）は、客観的構成要件要素のカタログから削除されることになるのである。その帰結として、刑法173条〔悪評の流布〕が既遂となる

には、名誉を侵害する表示行為ないし公表行為のみで足りるとされることになろう⁷⁶⁾。

刑法173条1項1号に規定された「その他の事実」は^{訳注11)}、同条項によれば、悪評の流布により（不名誉な行いや事実があったとして）非難ないし嫌疑の対象とされる者の評判を損なうようなものでなければならない。かかる限定からは、悪評の流布は、その多くが抽象的危険犯とされる適性犯（Eignungsdelikt）ないし潜在的危険犯（potentielles Gefährungsdelikt）であると解されねばならない⁷⁷⁾、との帰結を導くことができるかもしれない。しかし、これが正しい理解たりえないことは、まず第一に、同罪の構成要件がどう規定されているかという点から明らかとなる。すなわち、刑法173条1項1号の悪評の流布の規定は、ただ単に犯罪となる行為を記述するのみならず、他人を非難し、あるいは嫌疑をかける行為が誰に対してなされるかという名宛人をも明確に挙げている（同条項の「他の者に対して」という文言を参照）。加えて、上記の〔非難ないし嫌疑の対象とされる者の評判を損なうようなものでなければならないという〕摘示した事実の適性に関する条項は、「その他の事実」という文言のみにかかるものである。表示が「不名誉な行い」にかかわるときは、こうした限定は何ら必要ない。したがって、刑法173条1項1号の構成要件は、全体として見れば「適性犯」として形作られているわけではない⁷⁸⁾。第二に、同罪の不法内容がいかにして基礎付けられるかという点の分析からも、悪評の流布を適性犯とみるのが妥当でないことがわかる。適性犯とする理解からは、具体的な名誉の危殆化は必要とされないことになろう。しかし、そうであれば、悪評の流布という罪は非親告罪として規定されていたはずであるし、同罪を適性犯とみて構成要件が早い段階で既遂となると解した場合には、具体的な被害者だけでなく刑法30条1項の意味での告訴権者も全く存在しなくなることからすれば、なおさら非親告罪とされたはずだと言えるのである⁷⁹⁾。また、適性犯とみる前提に立てば、被害者の承諾があっても、それは違法阻却の効果を持たないことになろう。たとえば信書やE

メールにより他人の名誉を侵害する非難が行われた場合のように、離隔を伴う悪評の流布にあっては、知覚——厳密に言えば、技術的な意味で、場所的・時間的に、また観念的に、分離しうる事象としての知覚——が不法を基礎付けることは明らかである。この場合、もし仮に名誉の抽象的危険化で足りるとするならば、所為はそれぞれ、名誉を侵害する事実を記載すること、ないしそれをコンピュータに入力することをもって既遂となろう。しかしながら、この段階で既遂とすることが規定の語義に合わないことは、すでに100年以上にわたり認められてきたことである⁸⁰⁾。したがって、上述したことからすれば、悪評の流布は、もっぱら[・]具体的危険犯であり、結果犯のひとつであるということになる⁸¹⁾。

こうしたことからすれば、知覚が既遂の要件となる犯罪——名誉を侵害する罪もこれに含まれる——は、公表をもって完結するものではなく、したがって刑法28条1項によれば、メディア刑法の適用対象にならないものといえよう。かくして、先述したところと同様に、限界設定を定める刑法28条1項の文言は、またしても不明確であることが明らかとなるのである。

4. 連邦裁判所および連邦刑事裁判所によるメディア刑法の適用範囲のその他の制限

以上述べたこととは別に、連邦裁判所は、1999年のある判例において、刑法28条1項の適用範囲を制限している⁸²⁾。すなわち、その判例^{〔註12〕}によれば、暴力の描写（刑法135条）や、ハードなボルノグラフィー（同197条3項）、民族謀殺（Völkermord）の否認（とりわけ「アウシュビッツの嘘」によるその否認：同261条bis 4項）は、メディア犯罪に含まれないとされるが、その理由は、立法者は、これらの規定によって、かかる表現や描写の公表を完全に阻止するという目標をまさしく追求しているのであり、それゆえ、立法者が、こうした公表行為の責任者を——したがってまたメディアにおいて存在しうる共犯者をも——、〔刑法28条の定める〕可罰性を限定する特別規定の適用対象にしようとしたとはまず考えられない、と

いう点にある。すなわち、仮に、これらの行為に対してメディア刑法の適用を認めるならば、それは、立法者の目標設定からかけ離れたものになってしまうであろう、というのである。そして、暴力の描写（刑法135条）やハードなポルノグラフィ（同197条3項）にあつては、多数の予備的行為が処罰の対象とされているが、こうした点からすれば、立法者は、これらの犯罪において、メディアで情報を広める態様の行為を〔刑法28条により〕特別に優遇して扱うことを意図していなかったものといえるし、もしかかる公表行為の責任者に対して刑法28条を適用するならば、これは結果として、そうした者を、可罰的行為を公表の前に⁸³⁾ 実行する場合の正犯者およびその共犯者と比べて、有利に扱うことになってしまう⁸⁴⁾。——同判例は、このように述べるが、〔学説上は、〕さらに、人種差別に関して、スイスは、人種差別撤廃に関する国際条約〔あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（1965）〕の批准を通じて、人種差別的な発言の流布を例外なく訴追するよう国際法上義務づけられている、と主張するものもみられる⁸⁵⁾。

上述のような、連邦裁判所によって「突きとめられた」立法趣旨（ratio legis）における重要な問題の核心は、様々な表示犯におけるその他の正犯および幫助と比較した場合、メディアの責任者を有利に扱うこと（Privilegierung）は、平等原則（憲法8条1項）に真っ向から反する、という目的論的論拠である。なぜなら、主犯たる正犯者の刑事訴追は、当然のことながらメディア刑法の規定でも認められていることに変わりはないし、また、刑法69条以下の没収に関する諸規定を、さらなる法益危殆化ないし法益侵害の抑止のためのツールとして用いる⁸⁶⁾ ことは、メディア刑法の枠内においても可能だからである。

こうした連邦裁判所の解釈はしりぞけられねばならない。かかる解釈は、この点に関する限り明確な刑法28条1項の文言に反するとともに、罪刑法定主義にも反するものである（行為者に不利な類推解釈の禁止：刑法1条参照）。〔さらに、〕スイスの立法者は、メディア刑法の新規定を設け

るに際して、メディアによる情報の流布の特別な機能に目を向けつつ、意識的に、〔メディアの責任者に対する〕特別な扱いを存続させることを決め、また、その際には、メディアの自由の保護（憲法17条）をとくに眼中に置いていたのであるから、このような歴史的解釈の要素も連邦裁判所の考え方を否定する論拠となる。そしてまた、連邦裁判所による上記の目的論的な議論は論拠が薄弱である。「メディアにおける」公表により実行されうる犯罪構成要件は他にもいくつか存在するが、それらの犯罪構成要件は、構成要件該当行為のその他のヴァリエーションとして、メディア刑法の適用範囲に含まし得ないものを規定している。これはたとえば、製造上ないし営業上の秘密をメディア上あるいは非メディア上で漏洩する行為や（刑法162条1項および273条2項）、公務上ないし職業上の秘密、郵便・電気通信の秘密をメディア上あるいは非メディア上で漏洩する行為（刑法320条～321条ter）、および名誉侵害の様々なヴァリエーションについて言えることである。連邦裁判所が刑法135条や197条3項から導き出したような立法趣旨からすれば、最終的にすべての表示犯がメディア刑法の適用範囲から除かれることになろうが、しかしながら、そうした表示犯の各規定も、罪となる表示（Äusserungen）を公にする行為を禁圧することを常に意図したものである〔ことからすれば、その立法趣旨は刑法135条や197条3項と同様であり、したがって、これら2つの規定のように禁圧すべき表示の公表の阻止を目標とする規定にはメディア刑法が適用されないという論拠は不当であると言わなければならない〕⁸⁷⁾。

上記1999年の連邦裁判所判例に続いて、連邦刑事裁判所（Bundesstrafgericht）^{訳注13)}も、〔その2007年の判例^{訳注14)}で、〕メディア刑法の適用範囲を、やはり同様の論拠により制限している⁸⁸⁾。この点につき同裁判所が述べている判決理由は、次のようなものである。

「同様の理由から、このことは、重罪又は暴力行為の懲罰（刑法259条）、爆薬・火薬類および有毒ガスの製造、隠匿、運搬（刑法226条）、犯罪組織に対する支援（刑法260条ter）についても妥当する。これらの処罰規

定を取り入れることにより、立法者は、明らかに、上記のような態様の行為を、その実行の手段の如何にかかわらず処罰しようと意図しているのである。インターネットというコミュニケーションの手段が用いられたという事実は、メディアの可罰性に関する規定〔関与者の可罰性を限定するメディア刑法の特別規定：訳者注〕の適用を認めるに十分なものとはいえない。』

有罪とされた被告人による上訴に応じて、連邦裁判所で審理がなされたが⁸⁹⁾、そこで検討されたのは、もっぱら、刑法260条ter 2項（犯罪組織に対する支援〔現行規定では260条ter 1項2号：訳者注〕）および刑法259条（重罪若しくは暴力行為の公の懲慥）が、メディア刑法の適用対象に含まれるか否かという点のみであった。犯罪組織に対する支援に関して、連邦裁判所は、行為者の寄与は公表行為に止まらないものであり、したがってメディア刑法の規定たる刑法28条1項は適用されないとの前提から出発している。これに対して、行為者は重罪の公の懲慥に関しては自らこうした懲慥にあたる内容をウェブサイトにて発表しているので、行為者が原著作者（Autor）として刑責を負うべきものとされた。先述した連邦裁判所判例BGE 125 IV 206が採用した限定解釈が、刑法226条3項（爆薬・火薬類の作成方法の教示）、同259条（重罪若しくは暴力行為の公の懲慥）、刑法260条ter 2項（犯罪組織に対する支援）についても妥当するかという問題は、それゆえ、未解決なまま残されたのである。

このような適用範囲の制限は、刑法28条1項が明示的に規定する文言と調和しないものである。それゆえ、メディア犯罪と非メディア犯罪との区別は、もっぱら刑法28条1項が規定する3つのメルクマール⁹⁰⁾によってなされねばならない、という立場が堅持されるべきである。これらの犯罪における編集者あるいは公表に責任を負う者の可罰性は、常に、刑法28条およびこれを援用する同322条bisを基準として決せられるのである。

IV 結語

以上の分析から、エルンスト・ハフターの提唱にかかる処罰範囲の限界設定のための規定〔刑法28条1項〕は、その不明確さの故に、整理・分類を必要とする様々な問題点を生じさせていることが明らかとなった。それゆえ、メディア刑法の適用範囲に関しては、著しい法的不安定性が支配しているのが現状である。かくして、たとえば、ソフトなポルノグラフィ（刑法197条1項）の構成要件も判例上メディア刑法の適用範囲から除外されるのかという点は、最高裁のレベルでは明らかではない。この構成要件は、正しくはメディア刑法の適用対象になると解されるが、連邦裁判所の判例からは、ソフトなポルノグラフィをメディア上で入手可能にするというコンテクストにおいても同様に、刑法28条および322条bisの適用が否定されるものと推測される⁹¹⁾。

従来から不明確なままになっている点としては、インターネットやその他の電子的ネットワークを様々な形でマスメディアに応用した公表行為につきメディア刑法が適用可能か、という問題も挙げられる⁹²⁾。この点につき可罰性の限界を明らかにするためには、刑法典総則に明確な定めを置くことが必要となろう。

現行のメディア刑法の全般的な不十分さは、法律改正という方途により解消されねばならない。そのアプローチとしては、以下のような二つの観点からメディア刑法の適用範囲を制限するのが正当であるといえる。すなわち、まず一方では、「メディア犯罪」をもっと厳密に限定しなければならないであろう。というのも、児童ポルノや暴力の描写、あるいは重罪の懲罰のメディアによる公表に加功した者が、何故にその他の犯罪に加功した者よりも有利に扱われねばならないのかが、実際のところ理解できないからである。処罰範囲の限定は、メディア犯罪とされる行為を明示的に列挙することによってのみ明確なものとなるのである。

他方では、そしてまた、まずもってなされるべきこととして、たとえば

オーストリアのメディア法においてなされている如く、メディア刑法の適用は、企業体として組織されたマスメディアに限定されなければならない。インターネットにおける情報発表の可能性を、誰もが自由に我がものとする今日の情報化社会では、そうした態様の公表行為に加功した者をすべて特別に有利に扱うのは、もはや正当とはいえない。様々な領域のメディアのうち、狭く限定された、企業体として組織されたメディアのみが、内部的な職業上の法的コントロール機関たりうるものであり、また、かかるコントロール機関のみが、情報の公表に加功した者を刑法上特別に扱う理由となる、「公の番犬 (public watchdog)」としての役割を果たしうるのである。メディア刑法は、つまるところ、「私的に自分勝手に吠える犬たち (private barking dogs)」を助長するためのものではないのである。

【原注】

- 1) ヨーロッパ人権条約 (EMRK) 10条2項は、ここで問題となるような法益として、国の安全、領土保全、公共安全、秩序の維持、犯罪予防、健康若しくは道徳の保護、他者の信用および権利の保護、秘密情報の流布の防止、ならびに司法の権威と公平性の維持を挙げている〔訳者注：ヨーロッパ人権条約の規定の訳出に際しては、奥脇直也・小寺彰（編集代表）『国際条約集2013年版』（有斐閣・2013年）を参考にした〕。
- 2) 今日の見解によれば、コミュニケーションの自由の保護領域には、挑発的な情報やショッキングな情報、煩わしく邪魔な (störende) 情報も含まれるとされている。EGMR vom 7.12.1976, *Handyside c. Grossbritannien*, Nr. 5493/72, Ziff. 49; EGMR vom 25.1.2011, *Reinboth and Others c. Finnland*, Nr. 30865/08, Ziff. 74. さらに、A.KLEY/E. TOPHINKE, in: B. EHRENZELLER et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2.Aufl.*, Zürich 2008, Art. 16 N 6をも見よ。
- 3) 第二次世界大戦後のマスメディアによる情報の流布の国際化により、政治的・民主的目標設定と並んでますます重要なものとなっている、情報の自由な流通という原則の経済的側面が、批判的に議論されるようになった。市場原理のみを拠り所として動くメディアの秩序というものが、必ずしも平等であまねく広範囲にわたる情報へのアクセスをもたらすわけではなく、なか

んづくメディア関連の大企業への市場の集中を促すことが、ますます明確になった点につき、J. BECKER, *Information und Gesellschaft*, Wien/New York 2002, 67 ff.; D. K. THUSSU, *International communication, Continuity and change*, London 2004 (Orig. 2000), 55 ff.を見よ。放送の自由（Rundfunkfreiheit）を「〔訳者注：個人および世論の意見形成に〕奉仕する自由（dienende Freiheit）」（ドイツの状況につき、BVerfGE 57, 295 [320]；83, 238 [296] 参照）と呼んだり、あるいは、基本権の「プログラムの性格」ないし基本権の「道具としての理解」ということが問題とされたりする場合、そこには、放送の分野を完全に自由化することの社会的有用性に対する疑念が反映されているのである（スイスの状況につき、R. PEDUZZI, *Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Dogmatik, System und Inhalt des grundrechtlichen Kommunikationsschutzes im Recht der BV und der EMRK*, Zürich 2004, 55 ff. m. N.; F. ZELLER, *Öffentliches Medienrecht*, Bern 2004, 83を見よ）。

- 4) 基本権が刑法との関係で有する規制的功能および制限的功能に関して、まとまった情報を与えるものとして、CH. SCHWARZENEGGER/M. HUG/D. JOSITSCH, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 8. Aufl., Zürich 2007, 19 f.を参照。
- 5) メディアの自由の絶対的に保障された本質的内容としての事前検閲システムの禁止（憲法17条2項）は、刑法によるコミュニケーションの禁止によって影響を受けるものではないが、しかしながら、拡張的に適用される抑圧的処分が、絶対的に禁じられた予防的処分に近いものである点につき、M. SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Bern 2001, 465 f.; J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008, 353 f.を参照（それぞれ文献の引用あり）。
- 6) 憲法35条を見よ。
- 7) EGMR vom 8.7.1986, *Lingens c. Österreich*, Nr. 9815/82, Ziff. 39.
- 8) BGE 118 IV 405 Erw. 2.b. 本判例は、コカインからのクラックの生成に関する映像ルポルタージュと、この麻薬の従来知られていなかった使用方法を公に知らせる行為が、麻薬法旧19条1項8号（麻薬の使用の公の慥憑又は麻薬の入手若しくは使用の機会を公に知らせる行為。新規定では同法19条1項fに規定されている。）に該当しないと判示したものである。
- 9) この「Äusserungsdelikte（表示犯）」という語は、「Meinungsdelikte（意思表示の内容を処罰対象とする犯罪）」、「Gedankenäusserungsdelikte（思考の表示内容を処罰対象とする犯罪）」、あるいは「Medieninhaltsdelikte（メディアの内容を処罰対象とする犯罪）」といった用語と同義である。ここで

念頭に置かれているのは、コミュニケーションの内容が刑法の禁止対象となる犯罪である。

- 10) 以下に挙げるヨーロッパ人権裁判所の判例を見よ：EGMR vom 8.7.1986, *Lingens c. Österreich*, Nr. 9815/82=EuGRZ 1986, 424 ff.; EGMR vom 23.5.1991, *Oberschlick c. Österreich*, Nr. 1662/851=EuGRZ 1991, 216 ff.; EGMR vom 23.9.1994, *Jersild c. Dänemark*, Nr. 15890/89=ÖJZ 1995, 227 ff.; EGMR vom 27.7.2004, *Kürkücü c. Türkei*, Nr. 43996/98; EGMR vom 25.4.2006, *Dammann c. Schweiz*, Nr. 77551/01, Ziff. 50 ff. これらの判例において、同裁判所は、各事件においてジャーナリストによりなされた名誉の侵害、人種差別的な表示行為の幫助、職務上の秘密の侵害の教唆につき、刑事制裁をこれらに科すことはヨーロッパ人権条約10条に違反するとした。ヨーロッパ人権裁判所による比例性の審査に関して、詳しくは、F. ZIHLER, *Die EMRK und der Schutz des Ansehens*, Bern 2005, 61 ff. m.w.N.
- 11) CH. SCHWARZENEGGER, *Urheberstrafrecht und Filesharing in P2P-Netzwerken—Die Strafbarkeit der Anbieter, Downloader, Verbreiter von Filesharing-Software und Hash-Link-Setzer*, in: CH. SCHWARZENEGGER et al. (Hrsg.), *Internet-Recht und Strafrecht*, Bern 2005, 233 ff.
- 12) BGE 128 IV 204 f. m.N.; BGer vom 16.10.2001, 6P. 92/2001, Erw. 3; BGer vom 18.3.2002, 6S. 614/2001, Erw. 2.c.bb; BGer vom 22.1.2003, 6S. 698/2001, Erw. 5; BGer vom 27.4.2006, 6P. 25/2006, Erw. 1.2; PEDUZZI (前掲注3) 44 f. und 257 m.w.N.
- 13) BGE 130 IV 121 Erw. 1.3; ZELLER (前掲注3), 213; G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl., Bern 2011, § 13 N 164.
- 14) A. DONATSCH/B. TAG, *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, 8. Aufl., Zürich 2006, 196.
- 15) BGE 107 Ia 45 Erw. 3 m.w.N. さらに、C. LUDWIG, *Schweizerisches Presserecht*, Basel 1964, 111; F. RIKLIN, *Schweizerisches Presserecht*, Bern 1996, 29を参照。
- 16) BGE 74 IV 129 Erw. 2. 本判例は、私的にタイプライターと謄写版原紙を用いて複製された文書に関するものである。同様の判断を示すものとして、BGE 82 IV 71 Erw. 4, 128 IV 53 Erw. 5.
- 17) ZELLER (前掲注3), 106 f. m.N. (「新聞配達業者、ケーブルネットワークの運営業者、等々」といった例が挙げられている。)
- 18) ZELLER (前掲注3), 213 f.を参照。
- 19) これにつきより詳しくは、ZELLER (前掲注3), 112 f.; MÜLLER/SCHEFER (前掲注5), 375 ff.

- 20) こうした点の保障は、当初、「プレス匿名性」に限定されていた。これに対抗する手立てとして、——そのように述べる1918年7月23日スイス刑法草案理由書（BBl 1918 IV 1, 11）によれば、——対象者の保護のために、プレスの違反行為に関する刑事責任が別途定められねばならないものとされた。
- 21) ZELLER（前掲注3），117（EGMR vom 13.7.1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Grossbritannien*, Nr. 18139/11, Ziff. 37を挙げつつ、本文のように述べている）。
- 22) 1918年7月23日スイス刑法草案理由書（前掲注20）11頁は、「これらの者が、罰を恐れるあまり、新たな考えを広めることへの助力を拒むようなことがないように」、と述べる。ZELLER（前掲注3），93頁を参照。
- 23) 1918年7月23日スイス刑法草案理由書（前掲注20）11頁。
- 24) 1918年7月23日スイス刑法草案理由書（前掲注20）11頁を参照。
- 25) EGMR vom 23.9.1994, *Jersild c. Dänemark*, Nr. 15890/89, Ziff. 31は、次のように述べている。「プレスがかかる情報や観念を伝え知らせる役割を有するに止まらず、公衆もまた、それらを受け取る権利を有する。さもなくば、プレスはその『公の番犬』という重要な役割を果たすことができなくなるであろう…（中略）。第一義的には印刷物たるメディアに関して形成されたものではあるが、これらの原則が視聴覚メディアについても適用されることは、疑う余地がない」（傍点部分は原著者による強調）。
- 26) D. WEINBERGER, *Small pieces loosely joined, A unified theory of the web*, New York 2002, ix.
- 27) メディア犯罪につき、以下の文献を参照：M. A. NIGGLI, *Nationales Strafrecht vs. globales Internet*, in: R. WEBER et al. (Hrsg.), *Geschäftsplattform Internet II, Rechtliche und praktische Aspekte*, Zürich 2001, 165 ff.; CH. SCHWARZENEGGER, *E-Commerce—Die strafrechtliche Dimension*, in: O. ARTER/F. S. JÖRG (Hrsg.), *Internet-Recht und Electronic Commerce Law*, Lachen/St. Gallen 2001, 349; DONATSCH/TAG（前掲注14）, 196 ff.; F. RIKLIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2007, § 20 N 3 ff.; F. ZELLER, in: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 28 N 30 ff.; M. DUPUIS et al. (Hrsg.), *Code pénal, Petit commentaire*, Basel 2012, Art. 28 N 4 ff.
- 28) E. HAFTER, *Umfang des Pressedelikts und strafrechtliche Sonderstellung der Presse*, ZStrR 40 (1927) 151 ff.を見よ。
- 29) この「Mediendelikt（メディア犯罪）」は、かつては「Pressedelikt（プレス犯罪）」あるいは「Presseinhaltsdelikt（プレスの内容が処罰対象となる犯罪）」と呼ばれていた。この点につき、以下の文献を見よ。EJPD (Hrsg.), *Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den*

- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, II. Bd., Bern 1896, 97 ff.; M. REHBINDER, Schweizerisches Presserecht, Bern 1975, 54 f.; F. RIKLIN, Pressedelikte im Vergleich zu den Rundfunkdelikten, ZStrR 98 (1981) 189 ff.; RIKLIN (前掲注15), 151.
- 30) 古い用語法では、「印刷という手段により」とされていた。刑法旧27条1項参照。
- 31) この点につき、シュトース (C. STOOSS) がEJPD (前掲注29), 98において述べている見解を見よ。さらに、R. SCHMID, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Pressevergehen, Zürich 1894, 25; HAFTER (前掲注28), 136 und 149 f. (「意見の表示は…(中略)、その範囲がひろく一般大衆にまで及ぶ」とする); H. SCHULTZ, Die unerlaubte Veröffentlichung—ein Pressedelikt?, ZStrR 108 (1991) 275 ff. (「マスメディアという独自の犯行手段の利用が、行為者により表示された思考内容の迅速かつ広範な流布をもたらす」とする); DONATSCH/TAG (前掲注14), 196 f.を参照。業務上なされるメディアの公表も含まれる点につき、BGE 117 IV 366を参照。
- 32) SCHMID (前掲注31), 30; LUDWIG (前掲注15), 143; REHBINDER (前掲注29), 55; RIKLIN (前掲注29), 192参照。これらと異なる見解として、以下の文献を参照; D. ROSENTHAL, Ein Medienstrafrecht mit ungeplanten Konsequenzen, medialex 1999, 4 (「文理解釈上はこうした例を含める余地がある」とする); ZELLER (前掲注27), Art. 28 N 50 m.w.N.
- 33) 「メディア関連企業」を指す。刑法322条および341条1項参照。
- 34) この点につき、イタリア語表記の刑法28条1項を参照(「ソーシャルコミュニケーションのメディア」という表現が用いられている)。同様の理解を示すものとして、BGE 130 IV 124参照。
- 35) Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17.6.1996, BBl 1996 IV 525 ff., (とくに527, 549頁を見よ)。こうした立法理由書の立場に対して、多数説は、「メディア」を企業体としてのものに限定して理解している。BBl 1996 IV 528, 532, 554等を参照。
- 36) これは、いわゆる電子掲示板 (Bulletin Board System [BBS])、すなわち、(有料) 利用者がデータをアップないしダウンロードするために電話回線でモデム接続することができるネットワークコンピュータを指している。今日ではワールドワイドウェブ (WWW) のホストコンピュータがこれに取って代わっており、Mailboxシステムはみられなくなっている。
- 37) こうしたネットワークにおけるサービス業務は、第一義的には、個人間のコミュニケーションを対象とするものである。こうしたメディア・サービス業務により情報が公衆に提供される限りにおいて(付加価値を生むサービ

- ス、ウェブサービス)、これらのサービス業務はマスメディアとなるのである。「公表 (Veröffentlichung)」概念の特徴については、後述Ⅲ. 2を参照。
- 38) ここで問題となる「メディア」にソーシャルメディアが含まれるかという点は、その利用が家族間ないし友人間という狭い範囲に限定されたものでない限り肯定されるが、この点もまた「公表」概念の基準にかかわるものである。後述Ⅲ. 2参照。
- 39) 以下の文献を参照：BJ, Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Access-Providern gemäss Art. 27 und 322^{bis} StGB, Gutachten vom 24. Dezember 1999, VPB 64.75, 8 f. (「少なくともワールドワイドウェブというその際立った特徴の点で」そのように言える、とする)；F. RIKLIN/G. STRATENWERTH, Medienstrafrecht/Kaskadenhaftung, in: M. A. NIGGLI et al., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, Ein Gutachten, medialex Sonderausgabe 2000, 18 f. (本文献によれば、「こうした理解については一致がみられる」ものとされる)。
- 40) Botschaft (前掲注35), 527, 549, 551 f.
- 41) NIGGLI (前掲注27), 166; M. A. NIGGLI/CH. SCHWARZENEGGER, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 98 (2002) 65.を参照。
- 42) H. SEMKEN, (Un)Möglichkeiten der Inhaltskontrolle mit technischen Mitteln im Internet, in: U. CASSANI et al. (Hrsg.), Medien, Kriminalität und Justiz, Chur/Zürich 2001, 256.
- 43) 詳しくは、NIGGLI/SCHWARZENEGGER (前掲注41), 65 f.を参照。
- 44) 以下の文献を参照：DONATSCH/TAG (前掲注14), 197 f.; RIKLIN (前掲注27), § 20 N 4 m.N.
- 45) BGE 74 IV 129 Erw. 2; BGE 89 IV 132 Erw. 4; BGE 111 IV 151 Erw. 3 (「情報を」公に求める」ことが重要だとする)；BGE 123 IV 202 Erw. 3.d (情報を「公に呼び出す」ことが重要だとする)；BGE 125 IV 177 Erw. 4 (本判例は、ヨーロッパ全域に居住するある協会の約250名のメンバーに対して私的に書状を送った場合を、刑法旧27条の「公表」にあたらなかったが、その妥当性については疑問が残る。)；BGE 130 IV 111 Erw. 3 m.w.N. (「公の表示」が重要だとする)；RIKLIN (前掲注15), 3 f., 151; D. BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, 332; G. FIOKA/M. A. NIGGLI, Das Private und das Politische, Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, AJP 2005, 539 ff. m.w.N.; DONATSCH/TAG (前掲注14), 97 f.; G. FIOKA, in: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, vor Art. 258 N 13 ff., Art. 293 N 23 ff.; M. A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu

- Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, 2. Aufl., Zürich 2007, N 951 ff.; D. SCHLEIMINGER METTLER, in: M.A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 261^{bis} N 24; G. STRATENWERTH/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008, § 38 N 15; ST. TRECHSEL/M. JEAN-RICHARD, in: ST. TRECHSEL et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 28 N 3; ST. TRECHSEL/H. VEST, in: ST. TRECHSEL et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 259 N 4, Art. 261 N 3, Art. 261^{bis} N 15 (「不特定多数の者により知覚される可能性」が重要だとする); A. DONATSCH/W. WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011, 230 f. これらと近い立場のものとして、民法28条gが定める反論権における「公」の概念に関するBGE 113 II 369 Erw. 3.a/b参照。ドイツの状況については、T. LENCKNER/J. EISELE, in: A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010, § 186 StGB N 19参照。
- 46) BGE 74 IV 129 Erw. 2; BGE 82 IV 71 Erw. 4; BGE 126 IV 20 Erw. 1.d; 128 IV 53 Erw. 5.c.
- 47) FIOŁKA/NIGGLI (前掲注45), 533 ff.との関連でこのように述べるものとして、BGE 130 IV 111 Erw. 5.2.2参照。これに賛同するものとして、D. SCHLEIMINGER METTLER, Rassendiskriminierung in der Öffentlichkeit, Urteilsanmerkungen zu BGE 130 IV 111, AJP 2005, 239. しかしながら、連邦裁判所は、本文で示したような解釈が妥当するのは人種差別的表示に限定されるとしている。すなわち、「公」の概念については、各構成要件ごとに異なった解釈がなされうるというのである。BGE 130 IV 111 Erw. 4参照。このような解釈の差異を認めることに対して批判的なものとして、FIOŁKA/NIGGLI (前掲注45), 538 f.
- 48) F. RIKLIN, Kaskadenhaftung—quo vadis?, *medialex* 2000, 207; TRECHSEL/JEAN-RICHARD (前掲注45), Art. 28 N 6; DONATSCH/WOHLERS (前掲注45), 589. これらとは異なる見解であるM. ZELLER (前掲注27), Art. 28 N 41 m.w.N.は、適用されうる刑法規範の客観的構成要件の限界(既遂)を無視して、明白にメディアの自由の観点から議論を展開している。すでにスイス刑法典の施行以前に、「公表」とは、公衆に対して、すなわち、特定個人に限定された数ではない多数人に対して、当該情報をアクセス可能な状態に置くこととして理解されていた点につき、SCHMID (前掲注31), 34 m.N.を見よ。
- 49) BARRELET (前掲注45), 332 (「公衆が情報にアクセスすることができる状態になった」ことをいうとする); RIKLIN/STRATENWERTH (前掲注39), 17;

- DONATSCH/WOHLERS（前掲注45），589（「配達が始まった時点进行いい、たとえば、郵便局への引き渡し、あるいは配達行為によって」これが認められるとする）。
- 50) LUDWIG（前掲注15），93；RIKLIN（前掲注15），3 f. この点につき、BGE 111 IV 151 Erw. 3を参照。
- 51) BGE 119 IV 250 Erw. 2.a（テレビでの公表）。
- 52) ZELLER（前掲注3），92。
- 53) BGE 111 IV 151 Erw. 3.この点につき、BGE 97 IV 104 Erw. 3.b；（人種差別的な表示を広める行為について）NIGGLI, Rassendiskriminierung（前掲注45），N 986, N 1123；SCHLEIMINGER METTLER（前掲注45）Art. 261^{bis} N 24参照。
- 54) EuGH vom 14.7.2005, C-192/04, N 31, EuZW 2005, 536（衛星・ケーブル放送に関するEUのガイドラインの解釈についての事案）。国境を越えた視聴覚メディアサービスに関するEUのガイドラインの立法提案における「公共」というメルクマールの解釈につき、T. KLEIST/A. SCHEUER, Audiovisuelle Mediendienste ohne Grenzen, MMR 2006, 130 参照。
- 55) OGer OW vom 16.12.1997, AB-OW 1996/1997, Nr. 29. 同様の理解を示すものとして、BGE 82 IV 71 Erw. 4. 通信社のニュースが複数の新聞社に発送された場合、当該ニュースの発送者によりなされた悪評の流布は、新聞社の社員による知覚をもってすでに既遂に達する。編集者が当該ニュースを受け取り、自己が編集する新聞紙上でこれを公表した場合、この編集者は、情報をさらに流布させる行為により、独立した形で悪評の流布を実行したことになる（刑法173条1項2号）。
- 56) DONATSCH/TAG（前掲注14），199. 異なった結論になりうる場合があるとすれば、それは、当該ジャーナリストが情報提供者の計画立案ないし犯行の決意に加功したときのみであり、かかる場合であれば共同正犯となり、正犯と同様に処罰されることになる。
- 57) 古い用語法では「プレス制作物（Presseerzeugnis）において」とされていた。刑法旧27条1項参照。
- 58) E. ZÜRCHER, Das Inserat und seine Strafbarkeit, ZStrR 38（1925）34；HAFTER（Fn. 28），138（ハフターは、「これらの犯罪は公表の事実により完結したものとみなされる」という1832年12月26日のヴァート州出版法第7条の規定を引き合いに出している）；PH. THORMANN/A. VON OVERBECK, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Erster Bd., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-110, Zürich 1940, Art. 27 N 8（最初の文を見よ）；REHBINDER（前掲注29），55. この点につき、Franz v. LISZT 1880, 141 f.によれば、ここで想定されているのは、印刷物の内容とその伝達（頒布）により構成要件が充足される犯罪のみであるとされる（SCHMID [前掲注31]，14による引用。シュミー

- ト自身は異なる立場をとっている)。
- 59) メディア犯罪から除かれる犯罪の典型例として詐欺罪を挙げる文献として、以下のものを参照：BGE 125 IV 206 Erw. 3.b; HAFTER (前掲注28), 138; THORMANN/VON OVERBECK (前掲注58), Art. 27 N 8; LUDWIG (前掲注15), 142; REHBINDER (前掲注29), 55; RIKLIN (前掲注29), 191; SCHULTZ (前掲注31), 275 (「結果犯」を挙げる)；BARRELET (前掲注45), 332; F. CHAIX/B. BERTOSSA, La répression de la discrimination raciale: Lois d'exceptions?, SJ 2002 II 192; STRATENWERTH (前掲注13), § 13 N 169.
- 60) 唯一異なる見解として、HAFTER (前掲注28), 150 (「これらもおそらく」プレス犯罪たりうとする)。
- 61) 詐欺罪における結果という要素の意義につき、CH. SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort beim grenzüberschreitenden Betrug, in: J.-B. ACKERMANN et al. (Hrsg.): Wirtschaft und Strafrecht, FS für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 143 ff. 参照。
- 62) このことは、教唆および幫助の特別な形式についても妥当する(自殺教唆および幫助〔刑法115条〕、妊娠中絶〔刑法118条1項〕)。しかし、公表行為の際、「原著作者(Autor)」には個別特定の正犯行為に対する十分に具体的な故意が欠けるのが通常であるため、実務上は教唆や幫助が問題となることは稀である。異なる見解として、LUDWIG (前掲注15), 141 f.
- 63) 例外は、重罪の教唆の未遂(刑法24条2項)であり、この場合には完全に行為が公表で完結しうる。同様の見解として、M. SCHULTZ (前掲注31), 276.しかしながら、かかる帰結は説得力のあるものではなく、限界設定を定める刑法28条1項の規定が、いかに役に立たないものであるかを、改めて示すものといえる。
- 64) THORMANN/VON OVERBECK (前掲注58), Art. 27 N 8; この点は、RIKLIN (前掲注29), 191 m.N.にあっては態度決定がなされていない。LUDWIG (前掲注15), 142 f.によれば、プレスによる教唆および幫助は、それらの本犯行為が純然たる表示犯である場合、メディア刑法の特別規定の適用対象となる、とされる。
- 65) THORMANN/VON OVERBECK (前掲注58), Art. 27 N 8 (2番目の文を見よ)；LUDWIG (前掲注15), 142; RIKLIN (前掲注29), 190; RIKLIN (前掲注15), 151; RIKLIN (前掲注27), § 20 N 5 (「第三者によるその知覚が要件とされる場合も」含まれるとする)；ZELLER (前掲注27), Art. 28 N 49 (「…もしくはその単なる知覚」が要件とされる場合も含まれるとする)；STRATENWERTH (前掲注13), § 13 N 168 (「他にも構成要件の理解に応じて」含まれる場合があるとする)。
- 66) T. FUHR, Die Äusserung im Strafgesetzbuch, Berlin 2001, 25 m.N.

- 67) 脅迫についての説得力ある見解として、SCHULTZ（前掲注31）、276 f.; この点につき、CHAIX/BERTOSSA（前掲注59）、192も参照。異なる見解として、LUDWIG（前掲注15）、143（一般人が脅迫により畏怖するという結果〔純然たる不快感の惹起〕も明らかに「公表」に含まれる、とする）。
- 68) LUDWIG（前掲注15）、142; RIKLIN（前掲注29）、191（「疑う余地なく」メディア犯罪に含まれるとする）；CHAIX/BERTOSSA（前掲注59）、192（「異論のない原則」だとする）。
- 69) DONATSCH/TAG（前掲注14）、199。この問題は、すでに、SCHULTZ（前掲注31）、275が認識していたものであった（「通説として異論のない見解は、……（中略）……名誉の侵害が、その公表行為および名宛人によりなされるその知覚によって完結する、と説明することで、かかる難点を回避しようとしている」とする）。
- 70) このような立場のものとして、BARRELET（前掲注45）、288; F. RIKLIN, in: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, vor Art. 173 N 39 m.N.; J. REHBERG et al., Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8. Aufl., Zürich 2003, 323（刑法174条に関して）；ST. TRECHSEL/V. LIEBER, in: ST. TRECHSEL et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, vor Art. 173 N 12; BGE 103 IV 23（本判例によれば、「評判を損なうような行為という行為の特性は、抽象的な性質のものである……（中略）。表示行為は、〔その名宛人が〕当該表示内容を信ずることで他者の評判が損なわれるような性質を備えているのであれば、それだけですでに刑法173条の意味における名誉侵害的なものとなる。悪評の流布と中傷は、その限りで抽象的危険犯なのである」とされる）。
- 71) TRECHSEL/LIEBER（前掲注70）、vor Art. 173 N 12（「その限りにおいてのみ結果犯」であるとする）。
- 72) この場合、実際に評判が損なわれることが、表示行為により因果的に惹起されねばならない構成要件該当結果とされることになる。
- 73) この具体的危険が構成要件該当結果とされることになるが、これは、表示行為により因果的に惹起されるものでなければならない。
- 74) この「評判を実際に損なう」ということは、たとえば表示行為の名宛人が当該表示の内容を全く信じなかった場合には生じない。
- 75) 悪評の流布は社会的信望を要求する権利にかかわるものであるため、行為者の行為は、法益主体それ自体ではなく、任意の第三者に向けられることになる。
- 76) はっきりとこのように述べるものとして、BARRELET（前掲注45）、332。
- 77) こうした処罰規定にあっては、裁判所は、「当該規定で列挙されている、

- 特定の危胎化のメルクマールに関連したファクターを基準として……(中略)、行為が、当該事実関係において法益を侵害するのに類型的に適した(geeignet)ものといえるか否かを判断しなければならない。」とされる。G. HEINE, in: A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010, vor §§ 306 ff. N 3 m.N.を参照。スイス刑法典では、マネーロンダリング(305条bis 1項)が、このようなタイプの犯罪として規定されている。適性犯(Eignungsdelikte)の体系的な位置づけに関しては、Ch. SCHWARZENEGGER, Abstrakte Gefahr als Erfolg im Strafanwendungsrecht—ein leading case zu grenzüberschreitenden Internetdelikten, Zum Urteil des BGH vom 12. Dezember 2000—1 StR 184/00, sic! 2001, 249 ff.を参照。
- 78) このことは、刑法173条1項2号、174条1項1・2号、177条1項にも同様に妥当する。
- 79) 以下の文献を参照: REHBERG et al. (前掲注70), 59 (刑法133条に関して); N. SCHMID, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1994, § 5 N 11 (刑法143条bisに関して)。本文で述べたような犯罪の類型論が、刑事手続における告訴権および被害者の地位につきどのような帰結をもたらすかは、民族謀殺の否認あるいはその他の人道に対する罪(刑法261条bis 4項の後半部分)に関する議論において、非常にはっきりと表れることとなる。BGE 129 IV 95, 105 f. m.w.N. (かかる犯罪は抽象的危険犯であり、被害者という地位は問題とならないとする)を見よ。こうした見解に対して説得力ある反対説を主張するものとして、NIGGLI (前掲注45), Rassendiskriminierung, N 456 und N 546 ff. m.w.N. (単純行為犯であるが、被害者という地位を問題となしうるとする)を参照。
- 80) この点については、かつては見解の一致がみられた。SCHMID (前掲注31), 31 f.を見よ。
- 81) ドイツの学説・判例においては、名誉の侵害を結果犯とみる立場が多数となっている。以下のものを参照: BGHSt 9, 17; BGH vom 12.12.2000, 1 StR 184/00, Erw. D. III.; E. HILGENDORF, Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, NJW 1997, 1876; FUHR (前掲注66), 177 f. 矛盾した見解として、LENCKNER/EISELE (前掲注45), § 186 N 17 (抽象的危険犯だが、表示が第三者により知覚されて初めて既遂となるとする)を参照。
- 82) BGE 125 IV 206 Erw. 3.c. 本判例において、連邦裁判所は、SCHULTZ (前掲注31), 278 ff.が、暴力の描写(刑法135条)およびハードなボルノグラフィ(197条3項)に関して展開している議論を、広範囲にわたって自説の論拠としている。これに賛同するものとして、TRECHSEL/JEAN-RICHARD

（前掲注45），Art. 28 N 7; B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Vol. II, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 261^{bis} N 39; NIGGLI（前掲注45），*Rassendiskriminierung*, N 1757（末尾の部分）を参照。このような判例実務の立場〔メディア刑法の特例の適用を制限する立場〕は、その後、BGE 126 IV 176 Erw. 2においても傍論ではあるが維持されており、同判例は、刑法261条bisが処罰対象とする各行為類型は、「それが表示犯である限りにおいて」、メディア刑法の特別規定の適用対象とはならないとした。各州のレベルの判例では、これと異なった立場のものが一部になお存在するが、これについてはCH. BORN, *Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter?*, *medialex* 2001, 18 f.を見よ（「刑法旧27条〔現行28条に相当するメディア刑法の規定：訳者注〕は、人種差別に関する犯罪にも適用されうる」とする）。

83) 公表より前になされる可罰的行為としては、たとえば、製造、輸入、保管などがありうる。

84) BGE 125 IV 206 Erw. 3.c; SCHULTZ（前掲注31），278 ff.; BJ（前掲注39），10 f.（本文で示したような考え方を、「少くともそれなりに領ける根拠」のあるものとする）；St. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 6. Aufl., Zürich 2004, 237 f.を参照。前掲注45の TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 28 N 7によれば、「プレス犯罪という制度は情報の流れを容易にするためのものだが、しかしながら、刑法135条、197条、261条bisにあたる行為の場合、それらは情報を伝達するのではなく、読者ないしそれを観る者の感情に直接働きかける」のだという点も、連邦裁判所の見解を支持する論拠となるとされる。こうした考え方に対しては、受け手の感情に直接向けられたコミュニケーションも「情報」にあたり、意見の自由や情報の自由、プレスないしメディアの自由が及ぶ対象となる（憲法16条、17条、ヨーロッパ人権条約10条1項）、という異論が提起されねばならない。このことは、わいせつな表現についても妥当するが、そうした表現が、何らかの情報を伝えるような内容のものではなく、純然たる商業目的に資するものに過ぎない場合でさえも、そのように言えるのである。憲法上・条約上の保障は、——内容を評価せずに——あらゆる形の表示行為を保護するものである。この点につき、BGE 128 IV 201 Erw. 1.4.1; PEDUZZI（前掲注3），194 ff.; CH. SCHWARZENEGGER, *Weiche Pornographie im Internet und in der Mobiltelefonie*（Art. 197 Ziff. 1 StGB），in: CH. SCHWARZENEGGER/R. NÄGELI（Hrsg.），*Viertes Zürcher Präventionsforum—Illegale und schädliche Inhalte im Internet und in den neuen Medien—Prävention und Jugendschutz*, Zürich 2012, 70 ff. m.w.N.を見よ。

85) TRECHSEL（前掲注84），238.

- 86) 押収および没収のかわりに、アクセスの遮断とデータの消去が中心となる。こうした点および手続法上の問題点につき、詳しくは、F. BOMMER, *Löschung als Einziehung von Daten*, in: CH. SCHWARZENEGGER et al. (Hrsg.), *Internet-Recht und Strafrecht*, Bern 2005, 171 ff. m.w.N. 参照。
- 87) 通説も同様に判例の立場に対して否定的である。以下に掲げる文献を見よ: RIKLIN (前掲注48), 205 f., 208; RIKLIN/STRATENWERTH (前掲注39), 13 ff.; D. SCHLEIMINGER/CH. METTLER, *Strafbarkeit der Medienverantwortlichen im Falle von Rassendiskriminierung*, Art. 27, Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB, *Urteilsanmerkungen zu BGE 125 IV 206*, AJP 2000, 1040 f.; SCHWARZENEGGER (前掲注27), 349 f.; NIGGLI/SCHWARZENEGGER (前掲注41), 62; DONATSCH/TAG (前掲注14), 200; RIKLIN (前掲注27), § 20 N 10; SCHLEIMINGER METTLER (前掲注45), Art. 261^{bis} N 81; ZELLER (前掲注27), Art. 28 N 51 f.; STRATENWERTH (前掲注13), § 13 N 168. 同様に批判的なものとして、S. WEHRLI, in: R. ROTH/L. MOREILLON (éd.), *Commentaire romand, Code pénal I*, Art. 1-110 CP, Bâle 2003, Art. 28 N 17 ff. m.w.N. 参照。
- 88) BStGer vom 21.6.2007, SK.2007.4, Erw. 3.
- 89) BGer vom 2.5.2008, 6B_645/2007 und 6B_650/2007, Erw. 6.
- 90) 「公表」(上述Ⅲ.B.を見よ)、「メディアにおける」(上述Ⅲ.A.を見よ)、「当該公表をもって完結する」(上述Ⅲ.C.を見よ)、という3つのメルクマールが基準となる。
- 91) ソフトなポルノグラフィーに対するメディア刑法の特別規定の適用可能性につき、これを明確に肯定するものとして、OGer ZH, Urteil vom 3.12.2007, SB060649, Erw. 5.3 f. (未公刊)。これと異なる見解として、D. KOLLER, *Cybersex, Die strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen*, Bern 2007, 423 f. m.N.
- 92) これにつき詳しくは、EJPD (Hrsg.), *Netzwerk-Kriminalität, Bericht der Expertenkommission «Netzwerkriminalität»*, Bern 2003, 63 ff.; SCHWARZENEGGER (前掲注84), 53 ff. m.w.N.を見よ。

【訳注】

訳注1) 「メディア刑法」という語は多義的であり、メディアに関連した刑法規範の総体を指す概念としても用いられうるが、本稿では、主としてスイス刑法が定めるメディアの可罰性についての特別規定(28条および322条bis: とりわけ前者が重要)を中心に議論が展開されている。これらは次のような規定である。

刑法28条（メディアの可罰性）

- ① 可罰的行為がメディアにおける公表（Veröffentlichung in einem Medium）を通じてなされ、かつ、その可罰的行為が当該公表をもって完結するときは、次項以下の各規定にあたる場合を除き、原作者者（Autor）のみが可罰的となる。
- ② 原作者者を突きとめることができないとき、又はスイスにおいて法廷に召喚することができないときは、責任を負う編集者が322条bisの規定に従い可罰的となる。責任を負う編集者がいないときは、公表につき責任を負う者が322条bisの規定に従い可罰的となる。
- ③ 公表が原作者者の了解を得ずに又はその意に反してなされたときは、編集者、又は編集者がいない場合にあっては公表につき責任を負う者が、正犯として可罰的となる。
- ④ 公の審議又は官庁の公告に関する真実に合致した報告は、これを罰しない。

刑法322条bis（可罰的な公表の不阻止）

可罰的行為がそれによってなされた公表を、28条2項又は3項所定の責任者として、故意に阻止しなかった者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。行為者が過失により行為したときは、科料に処する。

これらの規定（とくに28条）によれば、たとえば、新聞や雑誌等の出版物において一定の情報を公にする行為が（何らかの犯罪にあたるものとして）可罰的となるケースにおいて、そうした情報の公表に関与した者すべてが共犯関係に立ち、本来であれば全員が処罰の対象となりうる場合であっても、当該情報の原作者者のみの処罰が基本とされ、それ以外の者は一定の場合にのみ刑事責任を負う、という形で処罰範囲が限定されることになる。後述するように（訳注4参照）、1997年の刑法一部改正以前は、上記のような処罰範囲の限定は出版物についてのみ及ぶものとされていたが（刑法旧27条参照）、同年の改正により、これがすべてのメディアへと拡張され、しかも、技術の進歩に伴い、インターネットなどの新たなコミュニケーション手段が多用されるようになってきているため、上記の刑法28条による処罰範囲の限定が、いかなる犯罪類型につき、どこまで及ぶかという点が、今日のスイスでは重要な理論問題となっている。「メディア刑法の適用範囲」という表題が示すとおり、本稿は、まさしくこのような問題を論じようとするものである。

訳注2) この「Publikation」という語は、字義としては出版物の「出版」や「刊行」といった意味も有するが、本稿では出版物に限らず、ひろく「情報を公

にする」という意味で用いられている場合や、「Veröffentlichung」という語を別の言葉で言い換えるために用いられているに過ぎない場合も多い。そこで本訳稿では、原則として「Veröffentlichung」に「公表」、「Publikation」には（明らかに「出版物」を意味する場合を除き）「発表」という訳語をそれぞれあてたが、上述のように単なる言い換えが意図されているに過ぎない場合も多いことを注記しておきたい。

訳注3) ここにいう「プレス」の自由は、「出版」の自由、「報道」の自由、「言論」の自由などを含みうるため多義的であることから、本訳稿では「Pressefreiheit」を「プレスの自由」、「Presse」を「プレス」と訳出する形で統一した。

訳注4) 1997年の刑法改正以前には、現行刑法の28条に相当する規定として、27条が存在したが、この旧27条では特別に有利な扱いを受けるメディアが新聞や雑誌など、印刷物としての「プレス」に限定されていた。同年の改正により、処罰範囲の限定がひろく「メディア」一般に及ぶようになり、ラジオやテレビといった放送の分野や、インターネット等も適用対象とされるようになったのである。本文で「適用範囲が拡張され、他のメディアにも及ぶようになった」とあるのは、上記のような事情を念頭に置いたものである。

訳注5) わが国において一般的にみられる用語法にならって、本訳稿では「Äusserungsdelikte」を「表示犯」と訳出した。なお、表示犯における表示行為ないし表示内容を指す場合の「Äusserung」に対応する訳語に関しては、後出訳注9) 参照。

訳注6) サーバ側からクライアント〔ブラウザ〕へ能動的に情報を送信する形式を「プッシュ」型と呼ぶのに対して、クライアントからの要求に基づいて受動的に情報が送信される形態の伝送形式を「プル」型という。本文の文脈では、情報がサーバ側から自動的に送られてくるのではなく、自分の欲しい情報にアクセスするにはクライアント側がウェブサイト上のボタンをクリックする等の操作を行う必要がある形態の情報提供サービスを指している。

訳注7) eBayとは、インターネット通販やオークションを営む米国企業である。同社は、日本はもとより世界中に事業展開しているため、本稿でもそのオークションが例として取り上げられている。

訳注8) 刑法180条1項は脅迫罪の規定であり、また、同258条は公共の平穏を害する罪の一つとしての「地域住民に対する脅迫」（生命、身体又は財産に対し危害を加える旨の脅迫又はその仮構によって住民を畏怖させる犯罪）を定めた規定である。

訳注9) ここでは、Äusserungsdelikteを「表示犯」と訳すわが国の伝統的用語法にしたがって、表示犯が実行される際の表示行為（ないしその内容）を指すÄusserungという語を「表示」と訳出しているが、言うまでもなくこ

れは、口頭による発言や文書等による意思表示なども含んだ種々の表現形態を包括した概念である（なお、本訳稿の他の箇所において、単に「表示」とするのみでは意味をつかみにくい場合には、適宜、文脈にあった訳語をあてた）。

訳注10) スイス連邦の公式ホームページからも検索できる現行刑法典の公式表記を参照すると (<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> [訳者による最終閲覧日：2014年1月13日])、173条以下の規定の前には、「名誉および秘密又はプライバシーに対する可罰的行為」という大見出しがあり、その下に規定されている173条の「悪評の流布」という条文名のすぐ上の余白部分には、173条が上記の大見出しのカテゴリーの一部であることを示す趣旨で、「1. 名誉の侵害」という小見出しがつけられている。本文中の指摘は、この「名誉の侵害」という小見出しに関するものである。

訳注11) 刑法173条1項1号では、「ある者に関して、その者の不名誉な行い、又はその者の評判を損なうようなその他の事実」につきその者を非難し又はこれらに関する嫌疑をその者にかける行為を、他の者に対し行う場合が、親告罪として処罰対象とされている。上に述べた「評判を損なうようなその他の事実 (andere Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen)」という部分では、「評判を損なうような (直訳すれば『評判を損なうのに適した])」事実かどうかという形で、摘示された事実の性質ないし「適性」が問題となるため、訳文ではEignungsdelikteという語に「適性犯」という語をあてた。なお、抽象的危険犯のカテゴリーとの関連で問題となるEignungsdelikteないしpotentielle Gefährdungsdelikteという用語については、原注77)を参照。

訳注12) 本判例 (BGE 125 IV 206) の事案は、フランスの哲学者ロジェ・ガロディ (Roger Garaudy) が出版したホロコースト否認論を内容とする書籍を輸入してスイスで販売しようと企てた被告人が、宣伝パンフレットをみずから作成・頒布するなどして同書籍を宣伝したというものである。本件では、人種差別的な表現行為又は民族謀殺若しくはその他の人道に反する罪の否認を処罰対象とする刑法261条bis 4項に該当するものとして訴追された被告人の行為につき、メディア刑法の特例 (刑法旧27条：現行法では28条) が適用されるかという点が問題となったが、連邦裁判所は、本文でも引用されているような理由により、上記特例の適用を否定した。

訳注13) 連邦刑事裁判所 (Bundesstrafgericht) は、連邦が管轄を有する刑事事件につき第一審として裁判を行うほか、連邦刑事裁判所自身が第一審として下した判決や連邦の刑事手続に関する抗告等を扱う。連邦の管轄に属する刑法典上の犯罪の種類については、刑事訴訟法23条及び24条を参照。

訳注14) 本判例（原注88参照）および原注89に引用の連邦裁判所判例で問題となったのは、ウェブサイトにおける情報の公表行為である。被告人らが開設したウェブサイトでは、アルカイダ系のイスラム過激派を発信元とする情報等が掲載されていたほか、同サイトを通じて、拷問や殺人の状況を記録した画像へのアクセス、あるいは戦闘技術や爆発物の製造等に関する情報交換のためのディスカッション・フォーラムへの参加などが可能となっており、さらに、リンクを経由して、イスラム過激派の支持者による暴力行為の呼びかけや処刑シーンが収められたビデオ等にもアクセスできる状態になっていた。原注89で引用されている連邦裁判所判例は、これらのうち、犯罪組織に対する支援（刑法260条）に問われた事実につき、プロパガンダとコミュニケーションの場を犯罪組織に対し提供するなどしてテロリスト集団の維持をはかるような被告人の行為は、単に違法な情報を公開したにとどまるものではないとして刑法28条の適用を否定し、重罪若しくは暴力行為の公の懲慚（刑法259条）に関しても、本文で述べられているような理由により被告人を有罪とした（同判例の判決理由中の6のセクション、とりわけ6.3以下の部分を参照）。

〔訳者あとがき〕

本稿は、チューリヒ大学のクリスティアン・シュヴァルツェネッガー教授が、アンドレアス・ドーナチュ（Andreas Donatsch）教授のための記念論文集に寄稿した論文“Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322^{bis} StGB), in: Cavallo, Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch: Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich: Schulthess 2012, 165-188”を訳出したものである。原著者のシュヴァルツェネッガー教授は、かつて本学法学部で教鞭をとったことがあり、犯罪学を初めとする刑事法学全般につき優れた論稿を発表している気鋭の刑事法学者である。本稿は、メディアに関する表現の自由と刑事規制との関係という重要なテーマにかかわるものであり、とくにインターネットが普及した現代における刑事規制のあり方を論ずる点において、わが国における議論にも多くの示唆を与えるものといえよう。

原文において強調のためイタリック体が用いられている箇所には、傍点を付して訳出した。また、（ ）は原文においても同様に括弧が用いられ

ている箇所または訳者が原語を挿入した箇所であり、〔 〕は訳者が言葉を補った箇所である。なお、スイス刑法の各本条における項や号については、立法上必ずしも論理的な書き分けがなされていない面があるが、理解を容易にするため、便宜上、「項」や「号」の区別を行った上で、個々の引用条文の訳出を行った。