令３－１２肢ウ

第１　肢の結論

誤っている。

第２　「人の名誉を毀損した」の解釈

１．問題の所在

人の社会的評価を害するに足りる事実を公然と適示したが，その人の社会的評価が現実的に害されなかった。この場合でも，名誉毀損罪（２３０条１項）が成立するか，「人の名誉を毀損した」にあたるか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

この場合も，「人の名誉を毀損した」にあたる。そして，名誉毀損罪の他の構成要件，「公然」と「事実を適示し」，「故意」（３８条１項）などは，問題なく認められる。

よって，名誉毀損罪が成立するので，肢は誤り。

（２）理由

確かに，現実に社会的評価が害されていない。そのため，文理上，「人の名誉を毀損した」といえないとも思える。

実際，結果が生じていないのに犯罪を成立させると不当に自由を制限こととなり問題である。そこで，２３０条１項の構成要件に該当しないと考えられる。

しかし，この法益保護の観点からみて問題である。

すなわち，刑法は，社会的相当性を逸脱した行為から，法益侵害およびその危険性の発生を防止するためにある（４３条参照)。

名誉毀損罪の保護法益である外部的名誉を害する危険性な行為が行われているのに処罰できないとするのは，刑法の目的が達成できないと考えるからである。そこで，このような場合でも名誉毀損罪を成立させる必要性がある。

「人の名誉を毀損した」は，実際に侵害したのみならず，毀損の「危険のある行為」をしたことも含む。実際，これがあれば，抽象的危険という結果が発生する。よって，この場合，名誉毀損罪が成立する。なお，現実に侵害されなかったことに関しては，犯罪の成立ではなく，量刑で考慮される。

以上