

## 【原著論文】

告訴の意思表示は脅迫か。  
大審院大正3年12月1日判決の検討

日下 和人

社会情報学部非常勤講師

**Can a Declaration of Bringing Criminal Charges Be a Case of  
Intimidation?**

**An Examination of a Judicial Precedent of the Former Supreme Court Dated  
December 1, 1914**

Kazuhito KUSAKA

Criminal Law

**Abstract**

Does a declaration of intent to take legal action fall into the category of criminal intimidation? The above-mentioned precedent in 1914 claims, though it does in its obiter dictum, that the indication can fulfil the requirements for criminal intimidation. This judgment that can be traced back more than a century is still considered the leading case. Therefore, it has been argued in quite a few cases that this ruling presents the position and views of the judiciary that an indication or gesture of intent to accuse may meet the requirements for criminal intimidation when it forms an abuse of rights. This ruling's view, however, can be looked upon as defining the act of abusing one's rights in the narrowest way. Conversely, it can be pointed out that there is not much likelihood of the requirements for criminal intimidation being fulfilled according to this legal precedent.

**キーワード**：表現の自由，権利の濫用，脅迫罪

## 1. はじめに

告訴する旨の通告は、「脅迫」（刑法第222条）にあたり得るだろうか。“告訴が適法である以上、その旨の通告もまた適法である”という考え方（告訴適法→通告適法）<sup>1</sup>は、有力ではあるが通説ではない。通説は、“告訴が適法であっても、相手にとっては害である以上、通告は違法になり得る”という考え方<sup>2</sup>をする。告訴の適法性と通告の適法性とを関連付けたり、連動させたりはしない。

1914年の大審院判例<sup>3</sup>は、告訴意思なく畏怖させる目的で通知した場合は、権利の濫用にあたり脅迫罪が成立すると傍論で述べた。この100年以上も前の判決は、今なお影響力を持つ。そして、この判例は、傍論とはいえ、次のような法理を述べたものとして理解されている。

- (A)「㉔告訴する気もないのに、㉕相手を畏怖させる目的で、告訴する旨を通告することは、権利の濫用である。」
- (B)「通告が権利の濫用であるときは、通告は脅迫にあたる。」

濫用となり得ることを認めない見解は、(A)に対して、(1)およそ適法行為（告訴）の通告を濫用視（違法視）するのは不当ではないか<sup>4</sup>と反論する。濫用になり得ることを認める見解も、㉔に着目して、(2)濫用になり得るとしても、その場面として、告訴意思の欠如はふさわしくないのではないか<sup>5</sup>という趣旨の批判を向ける。

(1)のように批判する論者の多くは、(3)「実際に実現させても適法となる事実が、それを予告する場合には違法となるというのは奇異であ(る)」<sup>6</sup>（告訴適法→通告適法）というように表現を端的なものに洗練させながら支持を維持して来た。その背景には、脅迫罪が成立するためには、加害内容が違法でなければならない（通告違法→告訴違法）という考えが横たわっている。

かような批判(1)～(3)が妥当して来たのは、通説も少数説も、この判例を“告訴は適法であるが、通告が濫用にわたれば違法になる”と述べたものと理解してきたからである。しかし、この判例には不自然な点があり、従来判例理解には、修正が必要であると思われる。本稿は、従来判例理解には若干の修正が必要であることを示し、それゆえに、批判(1)～(3)はそのままの形では妥当しないと主張するものである。あわせて、判例法理(A)(B)も現代では修正が必要であることにも言及したい。

なお、この大正3年判決はよく取り上げられるにも拘わらず、評釈が見当たらない<sup>7</sup>。

## 2. 判例

事案の概要は、以下の通りである。

【大審院大正3年12月1日】 被告人Xが、ABより、詐欺罪の告訴を受けて不起訴になった。

そのあとで、XはABに対して「自分を告訴したことは誣告（虚偽告訴）罪にあたるのだから、3年以上10年以下の懲役に処せられるべきことだ」という趣旨の記載及び「不実の告訴を受けたがために名誉を毀損され、500～600円の損害を生じて残念につき、誣告罪として告訴する」という趣旨の記載がある各書面をAらに送付した<sup>8</sup>。

この事案に対して、第二審（佐賀地方裁判所）は、無罪判決を下している。これに対して、検察官は上告した。この上告に対する応答が、これから分析する大審院判例である。

上告趣意は2点ある。第1点は理由齟齬、第2点は認定不備の主張である。順に検討する。

### 2.1. 上告趣意第1点

(1)検察官による原審の判断の引用、(2)検察官の主張、(3)大審院の判断の3部からなる。

## (1) 検察官による原審の判断の引用

原審は、告訴するか否かは被害者の自由であるから、告訴権ある者の通告は罪とならない（前段）と述べる。そのうえで、被告人は、「告訴権がある」と確信していたのであるから、犯意（故意）はなく犯罪とならない（後段）と結論付ける。具体的には、以下のような文面である。

[前段] ①「誣告者ニ對シ誣告ノ告訴ヲ提起スルト否トハ一ニ被誣告者ノ自由ナル権能ニ屬スル」。

②「故ニ被誣告者カ誣告者ニ對シ誣告ノ告訴ヲ提起スヘシト通告スルハ一種ノ権利ニ屬スル事項ノ通告ニ他ナラ」ない。

③そのような通告は「不正ニ害悪ヲ加フヘキコトヲ通告シタルモノ」ではない。

④原審は、「事實上誣告ヲ受ケタルトキ其被誣告者ニ告訴権アルコト竝ニ該告訴権ニ屬スル事項ノ通告ハ犯罪ヲ構成セスト判定」した。

[後段] ⑤「被告ハ自己ニ誣告罪ノ告訴権アリト確信シ前掲ノ如キ書面ヲ発送シテ要太郎要之助ニ對シ其權利ヲ行使スヘキコトヲ表白シタルモノ」である。

⑥「不正ノ加害ヲ通告スルノ意ニ出テタルモノト云フヘカラ」ず。

⑦「被告ノ所為」は「犯罪ヲ構成セス」。

⑧原審は、「事實誣告罪ノ告訴権ノ存在スルト否トニ拘ハラズ被誣告者ニ於テ自己ノ告訴権アリト確信シ誣告者ニ對シテ該告訴権ヲ行使スヘキコトヲ表白スルモ罪トナラサルノ旨ヲ判示シタリ」。

前段も後段も、「①②③ト論断シ以テ④」「⑤⑥⑦ト論断シ以テ⑧」という構文をとっている。④⑧には検察官による編集が混入している可能性は残る。また、前段の主語は「被誣告者」であるのに対して、後段の主語は「被告」である。前段に書かれている事例は、認定された事実とは限らない。

## (2) 検察官の主張

まず、原審の前段と後段とで、理由が異なる点を指摘する。その上で、理由を統一できないのは、原審が、無罪である本当の理由がどこにあるかを知らないからであると批判している。原審前段に関する解釈・後段に関する解釈・評価とに分けて、原文を示しておく。

[前段] ⑨原審は、「一面ニ於テハ被誣告者ノ有スル告訴権ノ行使ハ罪トナラスト爲シ」ている。

[後段] ⑩「他面ニ於テハ被誣告者カ誣告罪ノ告訴権アリト確信シ之ニ基キ其權利ヲ行使スヘキコトヲ表白シタルトキハ罪トナラスト爲スモノ」である。

[評価] ⑪「被告市治ニ對シ無罪ヲ言渡シタル裁判ノ理由ノ那邊ニ存スルヤヲ知ラサラシムルモノニシテ明ニ裁判ノ理由ニ齟齬アルモノト云ハサルヘカラス」。

## (3) 大審院の判断

大審院は、原審の前段は一般的理論、後段はその一適用であるとする。すなわち、前段は、脅迫罪が成立しない一般的場面を示したものであり、後段は、本件がそのような不成立場面に属することを述べたものであると意味づける。そして、理論と適用という形で噛み合っている以上、そこに食い違いは見られないとする。大審院による前段の解釈・後段の解釈・評価に分けて、原文を示す。

[前段] ⑫「前段ニ於テハ誣告セラレタル者カ誣告ノ犯人ニ對シ單ニ誣告罪ノ告訴ヲ爲ス可キ旨及ヒ名譽ヲ毀損セラレル爲メ財産上ノ損害ヲ生シタル旨ノ通知ヲ爲スハ其權利ノ實行ニ他ナラサルヲ以テ脅迫ノ罪ヲ構成セストノ一般的理論ヲ確定シテ掲出し」ている。

[後段] ⑬「其後段ニ於テハ本件ノ事實ヲ被告人市治カ松本要之助等ニ誣告セラレタリト確信シ且之ヲ確信ス可キ相當ノ事由ヲ有シ同人等ニ對シ前示ノ通知ヲ爲シタルモノト認メ得ヘキヲ以テ恰モ前段掲記ニ係ル一般的理論ノ一適用トシテ脅迫ノ罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サル事案ニ屬スト結論シタルモノ」である。

[評価] ⑭「前段ノ理由ハ要スルニ後段ノ理由ヲ推理ス可キ前提タルニ外ナラサルヲ以テ其間毫モ論旨所論ノ如キ理由齟齬ノ違法アリト云フコトヲ得ス」。

## 2.2. 上告趣意第2点

(1) 検察官の主張と(2)大審院の判断とからなる。教科書では、上告趣意第2点がよく紹介される。

### (1) 検察官の主張

検察官は、脅迫罪成否の検討項目として、以下の4つをあげる。

㉑ 告訴権を有していたか、あるいは、有していると確信していたこと。

㉒ 告訴する意思がなかったこと。

㉓ ただ相手を畏怖させる目的であったこと。

㉔ 懲役や損害賠償の可能性を述べたこと。

まず、検察官は、たとえ㉑を充たしても、㉒㉓の下で㉔を通告した場合は、脅迫罪が成立するはずであると自らの所信を述べる。その前提に立って、脅迫罪成否の判断にあたっては、㉒の認定や㉔の違法性に関する検討が必要であることを導く。そして、原審は、㉑のみで脅迫罪を否定できるという「謬見」を抱いたために、㉒㉓の確定や㉔に関する説明を怠ったと分析する。そのうえで、“㉑のみで犯意を欠く”とした原審は、理由不備の判決であると結論づける。原文は、以下の通り。

[有罪事例の指摘] ⑮「被告市治ニ於テ誣告罪ノ告訴權ヲ有シ又ハ之レ有リト確信シタルモノト假定スルモ若シ眞ニ告訴權行使ノ意思ナク止<sup>ただ</sup>タ其目的要之助外一名ヲ畏怖セシメントスルニ在ルニ拘ハラス恰モ告訴權ヲ行使スルノ意思アル如ク装ヒ原判決認定ノ方法即チ被告ニシテ告訴センカ要之助外一名ハ誣告罪トシテ三年以上十年以下ノ懲役ニ處セラレル可キ旨竝<sup>や</sup>動モスレハ五六百圓ノ損害賠償ノ責任ヲ負ハサル可ラサル旨趣ノ不實ノ通告ヲ爲シタル以上茲ニ自由ニ對スル脅迫罪ノ成立スルヤ勿論ナリト信ス」。(ふり仮名筆者)

[必要的認定事項の導出] ⑯「從テ本件脅迫罪ノ成否ヲ斷セント欲セハ<sup>ただ</sup>被告ニ告訴權アリヤ否又ハ告訴權アリト確信シタリヤ否ヤノ事實ヲ確定スルノミヲ以テ足レリトセス尚被告ハ眞ニ告訴權ヲ行使スルノ意思アリヤ否ヤ又三年以上十年以下ノ懲役ニ處セラル可キ旨及五六百圓ノ損害賠償ノ責任アル旨趣ノ通告ハ違法性ヲ有スルヤ否ヤノ事實ヲ確定セサル可ラス」。(ふり仮名筆者)

[原判決の背景・評価] ⑰「然ルニ原判決ハ告訴權ヲ有シ又ハ之ヲ有スルモノト確信シ告訴權行使ノ意思ヲ通告シタル場合ハ眞ニ告訴權ヲ行使スルノ意思アルト否ト及通告ノ目的那邊ニ存ルヲ問ハ

ス法律上脅迫罪ヲ構成セストノ謬見ヲ持シタル爲メ遂ニ如上重要事實ノ確定及説明ヲ爲サス漫然被告ハ誣告罪ノ告訴權アリト確信セリ從テ脅迫ノ犯意ヲ缺クトノ理由ノ下ニ無罪ヲ言渡シタルハ即チ理由不備ノ判決ナリト思料ス」。

## (2) 大審院の判断

まず、大審院は、検察官の掲げた設例について、主語を「被告市治」から「誣告ヲ受ケタル者」に直したうえで、一応の賛意を表明する。すなわち、「告訴ヲ爲ス意思」がない(㉖)のに「誣告者ヲ畏怖セシメル目的」(㉗)で告訴をすると通告したときは、権利実行の範囲を超えるとする。

とはいえ、原審が第1点で無罪とした理由から推考すると、本件では、「告訴意思はあった」と原審は認めたものと解し得るから、設例の条件(㉖)を充たさないとして押し返す。そのうえで、原審は、告訴意思がないこと(㉖)の不存在と畏怖させる目的があること(㉗)の不存在とを判示した趣意と解することはそれほど難しいことではないと続ける。そして、認めなかった事実を確定したり説明をしたりする過程は判文に示す必要はないから、理由の不備はないとして、検察官の主張を斥ける。原文は次の通り。

[設例への賛意] ⑱「誣告ヲ受ケタル者カ眞ニ誣告罪ノ告訴ヲ爲ス意思ナキニ拘ハラズ誣告者ヲ畏怖セシメル目的ヲ以テ之ニ對シ該告訴ヲ爲ス可キ旨ノ通告ヲ爲シタリトスレハ固ヨリ権利實行ノ範圍ヲ超脱シタル行為ナルヲ以テ脅迫ノ罪ヲ構成ス可キハ疑ヲ容レズ」。

[救済解釈] ⑲然レトモ原判決カ本件ニ付キ前點ニ説明シタル理由ニ因リ結局無罪ノ言渡ヲ爲シタル事跡ヨリ推考スレハ原審ニ於テハ被告人ハ眞ニ其誣告罪ノ告訴ヲ爲ス意思ヲ以テ其告訴前誣告者ニ對シ告訴ヲ爲ス可キ旨ノ通知ヲ爲シタリト認メタルモノト解シ得ヘク從テ自ラ眞ニ告訴ヲ爲ス意思ヲ有セサリシ事實及ヒ誣告者ヲ畏怖セシメル目的ヲ有シタル事實ノ存在セサルコトヲ判示シタル趣意ナリト解シ難カラス」。

[評価結論] ⑳「必スシモ判文上ニ其認メサリシ事實ヲ確定シ且其説明ヲ爲ス要アルコトナキハ勿論ナルヲ以テ本論旨亦理由ナシ」。

## 3. 本件の事実

原審の事実認定(第1点)においては、「詐欺罪ノ告訴ヲ受ケ」とあり、「誣告を受けた」とは書かれていない。原審や大審院の判断部分をていねいに読むと、「誣告」という言葉が登場する箇所は、被告人が送付した書面の引用、被告人の心理状態の説明、一般的設例についての言及の3つに限られる。主語が「被告」「被告人」であるときには、「自己ニ誣告罪ノ告訴權アリト確信」「誣告セラレタリト確信」とあり、誣告は心の中にある事象に過ぎない。客観的事実としては、認定されていない。

特に、大審院による判断部分(⑫~⑭, ⑱~⑳)では、「誣告セラレタル者」「誣告ヲ受ケタル者」(⑫⑱)と「被告人」(⑬⑲)とは書き分けられている。そして、「被告人」という言葉は、「本件」という言葉と共に用いられている(⑬⑲)。このことから、前者が主語のときは仮想事例に関する言及であり、後者が主語であるときは「本件」に関する言及であると受け取るのが素直な読み方である。

そのように考えるなら、原審でも大審院でも、誣告の事実は認定されていないと云える。そのためもあって、告訴権の有無についても、明確には判断されていない。

特に大審院は、「告訴権」という言葉を避けて判断を示している。例えば、検察官が「告訴権行使の意思」という表現を用いているのに対して、大審院は「告訴を爲ス意思」とわざわざ言い換えて応答している（第2点）。他の点でも、大審院は厳格に言葉を使い分けており、例えば、本件に関連する箇所では「通知」（⑫⑬⑱）という言葉を選び、関連しない仮想設例については「通告」（⑱）という言葉を選ぶ。このような厳密な書き手が、告訴権という言葉を避けていることからすると、本件では、被告人に告訴権を認め得るかは明確でなかったものと思われる。

〔小括〕 本件では、被告人Xは、ABより詐欺罪で告訴されただけであり、誣告を受けたわけではない。例えば、ABに故意がなかったような場合を考え得る。

そのためもあって、Xに告訴権を認めることも困難であったものと思われる。原審も大審院もXに告訴権を認めることなく、無罪の結論を導いている。

#### 4. 三者三様（第1点の検討）

上告趣意第1点において、原審の判断、検察官の主張、大審院の判断は、かみ合っていない。原審は、“認識された事実は適法であるから故意はない”という極めて刑法学の作法に則った解釈をしている。前段①②③で適法な事実を示し、後段⑤⑥でそれを認識しているから故意はないと述べている。前段と後段とを合わせて、無罪という結論を導いている。にもかかわらず、検察官は、それらを分解して、“原審は、前段の理由だけで無罪としたり（⑨）、後段の理由だけで無罪としたり（⑩）しているように読める”と主張している。

さすがに大審院は、前段と後段とを分解はしない。しかし、原審が“告訴権を確信していれば犯意がない”旨（⑤⑥）を明確に述べているのに、大審院は、その部分⑤⑥を“誣告されたと確信していれば、権利の実行におさまる”という趣旨（⑫⑬）に受け取っているようである。

	前 段	後 段
原 審	告訴権者の通告は適法。	告訴権を確信しているので犯意なし。
検察官	告訴権があっても無罪。	告訴権がなくても無罪。
大審院	単なる通告は権利の実行。	誣告されたと確信しているので、なお権利の実行といえる。

原審は、刑法学に忠実な解釈をしている。それを検察官や大審院は、あるがままには受け取っていない。刑事裁判の専門家が、この忠実な典型的解釈を理解できないはずはない。現に、検察官は、第2点で原審を正確に理解していることを吐露している。「告訴権アリト確信セリ從テ脅迫ノ犯意ヲ缺クトノ理由ノ下ニ無罪ヲ言渡シタル」（⑰）と原審の言い分をあるがままに把握している。

検察官は、おそらく、事案の特質を重視して、“本件では忠実な典型的解釈は通用しない”と主張したのではないだろうか。それをうけて、大審院は、事案の特質にも対応可能な形に原審の判断を仕立て直したものと推察される。

では、検察官や大審院の考える“事案の特質”とは何であろうか。

検察官が原審前段において着目する点は、少し普通とは異なる(⑨)。大審院も、原審後段について少し修正を加えた解釈をしている(⑬)。両者とも、不自然さや違和感が残る形で原審をまとめている。これらの不自然さが、手掛かりを与えてくれる。

[検察官] 原審は「通告」が罪とならないと述べている(②③④)のに、

検察官は(①)を重視して「告訴権の行使」が罪とならないとまとめている[⑨]。

[大審院] 原審は“告訴権がある”と「確信」したことだけを認定している(⑤)のに、

大審院は「確信」に「相当ノ事由」を付加して結論を導いている[⑬]。

これらの2点(告訴に力点・相当事由付加)から浮かび上がる事柄の一つとして、権利の濫用を挙げることができる。

検察官が、もし、本件を告訴権濫用のケースとして考えていたのであれば、原審が告訴権行使を無条件で無罪としている前提段階(①)で、既にそれを不当と感じていたはずである。それで、告訴権の行使(①)に力点を置いて要約したもの(⑨)と推察される。検察官からすれば、通告(「表白」)の前に、そもそも「告訴権の行使」自体が濫用で違法となり得るのである。告訴権行使の正当性から通告(表白)の正当性を導く論法(①→②③④)は、その入り口(①)からしてすでに認め難いのである。そのような考えが、⑨のような表現になって現れたものと思われる。“告訴することが罪とならないとすることも不当なら(⑨)、表白が罪とならないとすることも不当である(⑩)。原審が不当な考えばかりをしてしまうのは、権利の濫用に気付いていないからである(⑪)”と検察官は言いたいのではないか。

他方、大審院が、もし、本件を“濫用を匂わせるようなケース”と考えたのであれば、濫用の有無を判断する材料として「確信」だけでは不十分と考えるであろう。そうだとすれば、身勝手に自分だけ都合のよい誤信を除外するために、相当事由を付加することは、自然なことである。このような手法は、判例としては常套手段である。

以上から、本件では、権利の濫用を匂わせる事情が潜んでいたものと推察される。すなわち、本件では、“告訴することやその旨通告することは、権利の濫用になり得るか”を別途検討する必要があると検察官も大審院も考えたのであろう。そう考えると、上告趣意第2点との整合性も取れる。第2点では、「権利實行ノ範囲ヲ超脱」という表現が現れる。

## 5. 三方一両損(第2点の検討)

検察官が⑤で挙げた事例においては、通告の目的は「畏怖セシムル」ことだけにある。これは、「シカーネ Schikane」(加害目的のみの権利行使)と呼ばれるものに相応しそうである。

この「シカーネ」は、当初権利濫用の要件とされた。シカーネは 18 世紀にフランスで判例上確立したとされる。ドイツでは、1896 年に民法で条文化された。日本でも 1907 年（明治 40 年）に、シカーネをうかがわせる下級審判例が登場している<sup>9</sup>。以下、⑮で掲げられた事例を「シカーネ事例」と本稿では呼ぶことにする。

もし、シカーネ事例（⑮）がシカーネの例示であるとすれば、検察官としては、「止夕其目的…畏怖セシメントスルニ在ル」とだけ述べれば十分だったはずである。にもかかわらず、「告訴權行使ノ意思ナク」という文言をその前に付加している。なぜ加害目的の他に、告訴意思の欠缺をも付け加えたのであろうか。この付加に大審院も同調したために、告訴意思の欠缺の方が目立ってしまい、畏怖させる目的の方は添え物（脇役）になってしまった。

検察官も大審院も、原則として加害目的（畏怖目的）と告訴意思の欠缺とを並べながら叙述を展開する（⑮⑰⑱⑲後半）。しかし、認定に関する記述では、告訴意思の欠缺（の有無）のみを指摘する（⑯⑲前半）。このような書き方から推察すると、本件では“告訴意思がないと言えれば、加害目的がある”といえるような特殊事情があったのではないかと推察される。告訴意思の欠缺は、加害目的を推認させる事情として、指標的な役割を果たしているものと思われる。そうだとすれば、本体は、やはり加害目的であって、告訴意思の欠缺はそれを検知する“センサー”にすぎないことになる。

## 5.1. 検察官の視点

検察官が、加害目的（シカーネ）を要件としてあげたのは、自白に頼らなくても証明できる事情があったからではないだろうか。牧野博士の著作にも、「フランスの判例の多数は、害意を以て権利の濫用の観念を定めた。蓋し、実際の問題となった事件の多くは、害意の存在を証し得たが故に、裁判所は之を理由としたのであった。」<sup>10</sup> という記述が見られる。例えば、隣家の窓に面して日光を遮るような仮装の煙突を建造したという場合<sup>11</sup> は、煙突の無用性と遮光効果とが害意を浮き彫りにしている。数個の不動産の抵当権者が一部の不動産の売得金だけで完全に弁済を受けられるのに、他の不動産をも競売にかけるときは、一部競売で満足を得られるという事情が「損害ヲ加フルコトノミノ目的ヲ以テ」<sup>12</sup> したことを顕わにしている。富田浜病院の隣地を買い受けた者 Y が、病院医師 X に高値で売却しようとしたが不調に終わると、X の病院に隣接させて物置小屋を築造した場合<sup>13</sup> は、(1)価格交渉のいきさつ、(2)築造位置が広い空き地の中で不自然に境界線上に偏っている（1 尺 3 寸）位置取り、(3)小屋の長さ 19 間に対して幅が 2 間しかなく、しかも、その長さが第 5 病舎と同一という構造、(4)片側屋根（両勾配よりも安価）で、しかも傾斜する向きが通常とは正反対であるという設計、(5)そのため採光通風が妨げられている事実、(6)高さは 21 尺で、小屋としては通常使用しない高さであり、しかも病舎 2 階窓の高さと一致する形状、(7)2 階の設備がなく、(8)小屋には何も収容されていないという使用状況、(9)工事を炎暑の時期を選んで実施した事実、(10)大騒音と異臭、そして、(11)「X は…45,000 円で宅地を買わぬ貧乏医者だ。その宅地に明日から高い小屋を建てて患者を蒸し殺してやる。」という雑言が、Y のシカーネを呆れ果てるほどに明瞭にしている<sup>14</sup>。

本件でも、シカーネを明瞭にする特殊事情があったのではないだろうか。だからこそ、検察官は起訴したのではないか。検察官の方からシカーネ事例(⑮)を持ち出した以上は、それを立証し得るような特殊事情があったものと思われる。そして、そのような特殊事情の下では、“告訴意思がないなら、加害目的がある”と言えたのであろう。

本件では、ABがXを詐欺で告訴したところ、Xは不起訴となり、その後、Xは告訴する旨の書面をABに送付している。Xの立場に置かれた者は、いきなりこのような通知をするであろうか。まず、ABや検察官に無念さを訴えるのが通常ではないか。それでも十分に取り合ってもらえなかったときに、はじめて通知をするものではないか。

誣告(虚偽告訴)被疑事件は、捜査官関与の下で行われる<sup>15</sup>。従って、資料は、その場で次々に認知・記録されていく。そうだとすると、もし、不起訴後においてXから捜査官がABへの対応を相談された場合、捜査官としては即座に誣告罪となるかどうかの判断ができたとしても、それほど不思議ではない。また詐欺の成否は微妙であり、捜査権限がなく<sup>16</sup> 法律的素人である<sup>17</sup> 市民ABに故意を認めることは、未必的故意であっても、難しいのが通常であろう。そうであるとすれば、捜査官が、「故意がないので罪にはならない。告訴したとしても、受理されない。」とXに説明することもあり得なくはない。想像の域を出ないが、もし上のような事情(相談と説明)があったのであれば、検察官は次のように考えるであろう。

“Xは「告訴は受理されない」と知っていた以上、告訴する気はなかったはずである。従って、公益を図る目的に欠ける。そうだとすれば、書面を送付したのは、私怨からに違いない。そこには、害意しかない。それが証拠に、懲役や損害の可能性を匂わせるような言葉(⑮⑯参照)を付け加えている。これは、もはや単なる通告(⑫参照)とはいえない。”

「告訴は受理されない」という教示を加味するならば、“告訴意思がないなら、加害目的がある”というつながりも無理のないものとなる。Xとしては、告訴できないから断念する他なかったことになる<sup>18</sup>。告訴できたけれども放棄したのではないことになる。

## 5.2. 大審院の視点

(1) 大審院は、検察官の主張を一部無視している。検察官は、懲役や損害賠償の可能性を匂わせたこと(⑩)について違法性の有無の検討を求めている(⑰)のに、大審院は何の応答もしていない。

Xは、損害が残念だと言っているだけである。賠償請求するとは言っていない<sup>19</sup>。ABのしたことは懲役に値すると言っているだけである(と読める)。懲役へと追いやるつもりだとは言っていない。無念さの指標として、損害を持ち出しているだけである。自分Xにしたことがどれ位苛酷であるかを示す指標として、懲役を持ち出しているだけである。それゆえ、損害や懲役に関する言及には、畏怖目的はない。すなわち、Xは、「単二」(⑱)告訴する旨を通知しただけであり、懲役や損害に関する言及について違法性の有無を検討する必要はない。そのように大審院は判断したものと推察される。

このような記載内容から、Xの求めていることは、処罰や賠償ではないことを窺うことができる。Xとしては、ABに謝罪等の誠意ある対応を求めているのではないだろうか<sup>20</sup>。

(2) 大審院は、「前點二説明シタル理由二因リ結局無罪ノ言渡ヲ爲シタル事跡ヨリ」告訴をなす意思を導いている。では、「前點二説明シタル理由」とは、何か。それは、⑫⑬に書かれてある。

■⑬より、「誣告セラレタリト確信」し、かつ確信することについては「相當ノ事由」があるときには、前段で示した理論が適用される。

■⑫より、前段で示した理論が適用されると、「權利ノ實行」に他ならないという理由で脅迫罪は不成立となる。

■⑬⑫をまとめると、相當の事由のある状況で“誣告された”と確信したときは、權利の濫用ではなくなる（被誣告確信＋相當事由→權利実行の範囲内）。

これが、前點（第1点）で説明された理由である。

大審院は、このような事跡（被誣告確信＋相當事由→權利実行の範囲内→脅迫罪不成立）から推考して、「告訴ヲ爲ス意思」の存在を導いている（⑱）。すなわち、相當事由付きで“誣告された”と確信したときは、告訴するつもりだった（被誣告確信＋相當事由→告訴意思あり）と認めてよいと述べていることになる。

5.1.で述べたこと（告訴意思なし→加害目的あり）と合わせると、大審院は、以下のような心理の連鎖（A→B→C）を考えているようである。

- ① “自分は、誣告されたに違いない”と確信し、確信につき相當の事由がある。
- ② “相手を誣告罪で告訴するつもりだ”という意思がある。
- ③ “相手を畏怖させてやろう”ということが主たる目的ではない。

“誣告されたに違いない”と思っても、それでも“告訴は控えよう”と思うことはあり得る。にもかかわらず、大審院は、①ならば②と考えているようである。おそらく、①→②のつながりを必然的にする特殊事情があるのであろう。そして、それは、大審院が特に付け加えた「相當ノ事由」の中に潜んでいると思われる（⑬にあつて⑤にはない）。被誣告の確信を告訴意思へと媒介するのはおそらく相當の事由であり、ここに事案の特質が潜んでいると推察される。

では、相當事由の中身は何か<sup>21</sup>。書かれていないので、想像するしかない。

Xとしては、書面を送りつける前に、ABと何らかの交渉を持つとするのが通常であろう。交渉の際、ABから粗雑な対応を受けたとすれば、捜査官の説明にも納得がいかななくなるだろう。ABの言動次第<sup>22</sup>では、虚偽性に関する未必的認識の欠如も疑わしくなる。“もう一度よく話して調べ直してもらえば、告訴できるはずだ”とXが考えても、不思議ではない。このような心理は、よく見受けられるものである。

ABの粗雑な態度ゆえに、“誣告された”と確信し、その態度の強硬さゆえに“告訴でもせねば、態度を変えることはあるまい”とXは思ったのではないだろうか。書面の記載内容から、Xは賠償よりも誠実な対応を求めていた（5.1.）と考えられる。そうだとすれば、相當事由の一候補として、ABの不誠実な言動（およびそれに続く強硬な態度）をあげることは可能であると思われる。

検察官は“告訴は受理されないと知っていた以上、告訴する意思はなかった”と考えたのに対し、大審院は“告訴でもしなければ誠実な対応は引き出せないと悟った以上、告訴する意思はあった”と考えたものと推察する。

**5.3. 三方一両損の具体的内容**

大審院は、原審にも検察官にも気を遣っている。その結果、原審は、救済されたものの、理由付けを変更されてしまった。検察官は、シカーネ事例の犯罪性を認めてもらったものの、事実認定の段階で覆されてしまった。大審院自体は、双方の顔は立てられたものの、諸学者から「告訴の意思がないからといって、濫用にあたるとは限らない」<sup>23</sup> とか、「告訴の意思があっても、濫用にあたる場合はある」<sup>24</sup> とかの批判を双方向から受けることとなった。

	損 した こ と
原 審	無罪の理由付けを変更されてしまった。
検 察 官	事実認定のレベルで、シカーネを否定されてしまった。
大 審 院	シカーネよりも、告訴意思の欠如の方を際立たせてしまった。

[4章・5章の小括] 上告趣意第1点において、検察官や大審院が、原審とかみ合わないような対応をしたのは、権利の濫用を意識したからである（4章）。

上告趣意第2点では、濫用の場面として検察官はシカーネ（畏怖目的）を持ち出し、大審院もそれに同調した。しかし、その際、告訴意思の欠如をも要件として並べたために、シカーネよりもこちらの方が目立ってしまった（5章）。

**6. 判決の理解**

判決傍論（シカーネ事例への応答⑱）が念頭に置いた場面がシカーネであるとする、この判決はどのように理解されるべきか。まず、従来の判例理解と本稿の判例理解とを表の形に整理して、以下に示す。これが、冒頭1章で紹介した批判(1)~(3)に関する本稿の答えである。

従 来 の 判 例 理 解	批 判	本 稿 の 判 例 理 解
告訴する旨の通知であつても、権利の濫用になり得る。	適法行為の通告を違法視するのは、不当である。	濫用になり得るとする説の中で、最も濫用を認めない見解である。
告訴する意思なく畏怖させる目的で通知するケースは、すべて濫用となり得る。	告訴意思の欠如は、濫用となる場面の例示としてはふさわしくない。	告訴意思の欠如がシカーネを示唆するケースでのみ、濫用となる。
告訴すること自体は、適法である。しかし、通告は違法になり得る。	告訴すれば適法なのに、その旨を通知すれば違法とは奇妙である。	シカーネの場合は、告訴をなすこと自体が違法である。それゆえ、左の批判は妥当しない。

## 6.1. 通告内容の違法性

1907年に刑法は改正された。旧刑法においては、脅迫罪（326条）が成立するためには、通告内容は犯罪（殺人、放火、殴打創傷其他暴行、財産の放火毀壞劫掠<sup>きかいごうりやく</sup>）でなければならなかった。これとの対照から、1908年新法施行以降は、“通告内容は犯罪でなくてもよい”という理解が共有されていたものと思われる<sup>25</sup>。また、1913年には、村八分の事件において、“通告内容は少なくとも違法でなくてはならない”という趣旨を述べる大審院判例が登場している<sup>26</sup>。

このような経緯を考えると、本判決の時点（1914年）では、“通告内容は犯罪でなくてもよいが、少なくとも違法ではなければならない”と大審院は考えていたと推察するのが自然であろう。

シカーネは、あらゆる権利行使を濫用にする。害意のみで通告すれば、通告は濫用になる。害意のみで告訴すれば、告訴は濫用になる<sup>27</sup>。

シカーネ事例（⑮⑯）では、告訴すれば濫用になるような状況にある。それゆえ、シカーネ事例においては、“濫用として許されないことをする”と通告したことになる。すなわち、ここでは、通告内容自体が、“行使すれば濫用として許されない”という意味で違法<sup>28</sup>であることになる。シカーネを考慮に入れると、本件は、行使すれば違法になるような内容を通知したケースということになる。それゆえ、「告訴すれば適法なのに通告すれば違法は奇妙」という批判は、本判例には妥当しないと解する余地はある。

## 6.2. 「告訴ヲ爲ス意思」の機能

また、大審院がシカーネをイメージして⑯のように答えたのであれば、本体は「告訴ヲ爲ス意思」ではなく「畏怖セシメル目的」である。それゆえ、「告訴ヲ爲ス意思」の欠如が「畏怖セシメル目的」を強く推認させる特殊事情があるケースでのみ、「権利實行ノ範囲ヲ超脱」することになる。たとえ、「告訴ヲ爲ス意思」がなくても、畏怖させる目的が（主で）ないときは濫用ではない。

「実際に告訴に踏み切るかどうかは本人にとっても流動的な場合が多いから慎重に判断すべきである」<sup>29</sup>のは、「告訴ヲ爲ス意思」の欠如がシカーネを推認させる場合は、むしろ稀であるからであると思料する。だからこそ、「明らかに告訴権の濫用と認められるような場合でなければ、脅迫罪の成立を否定すべきである。」<sup>30</sup>

検察官は「止タ」という副詞を目的の前に付加している（⑮）のに、大審院はこの副詞を削っている（⑯）。確かに、たった一つのことでも心が占められている状態は、考えにくい。この点を配慮して、大審院は副詞を削ったと解することもできる。しかし、「告訴ヲ爲ス意思」の欠如を導く特殊事情によって、目的の強度に限定がかかり、副詞の代わりが果たされていると解することもできる。そうだとすれば、付せば割り切りが過ぎて誤解を招きやすい副詞（「止タ」）をわざわざ付加する必要を大審院は感じなかったから削ったのではないか。「のみ」「だけ」を意味する副詞（「止タ」）が削られたのは、「告訴ヲ爲ス意思」の欠如（を導く特殊事情）に、その機能を委ねたからであると推察する<sup>31</sup>。

### 6.3. 濫用の判断基準

そもそもシカーネは、権利の濫用を意識する場面としては原初形態である。誰もが最初に思い浮かべる濫用形態は、シカーネであろう。このシカーネを濫用の要件（民事事件）として大審院が使っていたのは、明治後期から大正初期まで（1902～1916年）のようである。民事では、信玄公旗掛松事件（1919）をきっかけとして、次第に使われなくなる<sup>32</sup>。あまりにも適用場面が狭いことも、その一因であると思われる。

現代から見れば、本件の大審院大正3年判決は、最も濫用が認められにくい見解を採用したことになる。現代の民事事件では、少なくともシカーネのみで濫用の有無が判断されることはない。それゆえ、濫用の有無をシカーネで判断しようとするような1914年の刑事判例は、その後の民事判例によって、事実上の変更を受けたと考えるのが妥当であると思われる。

さらに、そうであるとすれば、シカーネ事例（⑮⑱）も、濫用の具体例としては、不適切であるということになりそうである。濫用になるとしても、客観的利益衡量を加味して考えるべきであろう。たとえ、刑事判例であったとしても、権利の濫用的行使になるかどうかは、民事を参考にしてなされるのであるから、民事法上の判断基準<sup>33</sup>に倣うことになるであろう<sup>34</sup>。「告訴ヲ爲ス意思」の欠如や「畏怖セシメル目的」だけが濫用判断の決め手になるとは、もはや思えない。

[小括] 大正3年大審院判決の中で、現代でもなお影響力を保持しているのは、「権利實行ノ範囲ヲ超脱」するとき、「脅迫ノ罪ヲ構成スル」という部分だけである。

「権利實行ノ範囲」内であるかどうかは、現代の民事裁判例に倣うべきである。「告訴ヲ爲ス意思ナキニ拘ハラス誣告者ヲ畏怖セシメル目的ヲ以テ」通告すれば、濫用になるという記述は、（たとえ傍論でなかったとしても、）現代では拘束力を持たないと考える。

## 7. 表現の自由

本件の大審院判決では、「告訴権」が認定されていない（3章）。告訴権がないのであれば、告訴権の濫用もあり得ない。では、シカーネ事例（⑱）における「通告」は、いかなる「権利」の「實行ノ範囲ヲ超脱」しているのだろうか。

### 7.1. シカーネ事例の比較

繰り返しになる（3章）がもう一度、検察官が提示したシカーネ事例（⑮）と大審院が純化させたシカーネ事例（⑱）とを比較したい。

大審院は、以下の4点で修正を加えている。

- [1] 「被告市治」を「誣告ヲ受ケタル者」に変更している。
- [2] 「要之助外一名」を「誣告者」に変更している。
- [3] 「告訴権行使ノ意思」を「告訴ヲ爲ス意思」に改めている。
- [4] 「誣告罪ノ告訴権ヲ有シ又ハ之レ有リト確信シタル」者を「誣告ヲ受ケタル者」のみに限定している。

固有名詞を抽象化している ([1] [2]) ことから、事案そのものではない設例にしようという大審院の意図が窺われる。⑮の方こそ、⑮よりも「シカーネ事例」と呼ぶにふさわしい。

⑮では、「確信シタル」者を除外している ([4])。すなわち、犯罪の本当の被害者が思い違いせずに加害者を訴える設例になっている。告訴権を容易に認め得る設例になっている。にも拘わらず、設例⑮の中においてすら、大審院は「告訴権」という言葉をていねいに避けている ([3])。告訴権の認定を経由せずに、権利の濫用と断じている。

では、いかなる権利を濫用したのだろうか。それは、告訴権の濫用であると考えられることも、なお可能ではある。ただ、それでは、「告訴権」の認定を避けたことと調和しない。結論から示すと、それは通告する権利（表現の自由）の濫用であると思われる。節を改めて、理由を述べる。

## 7.2. 上告趣意第1点に対する判断部分の機能

ここで、大審院が置かれている状況をもう一度整理したい。

[A] 被告人は、誣告されているとは言い切れない。被誣告者として扱うことは避けたい。

[B] 「告訴権」の有無を認定することは、避けて通りたい。

大審院としては、これら2つを充たすような上手な言い方を模索していたものと思われる。すなわち、(第1点を執筆する時点では) “誣告の有無に拘わらず、告訴権の有無に拘わらず、通告自体はシカーネがない限り適法である” と述べる法的構成を案出しようとしていたものと推察される。

そのためには、告訴権自体を理由とするのではなく、告訴制度の背景にある理由に遡れば、[A]を充足させることができる。すなわち、“実害を受けた者が相手に自制と反省とを求める自由の保障”こそが、通告を原則として適法にすると考えれば、「告訴権」の認定を回避できる。そうすれば、相当事由付きで確信した者 (⑬) と実際に誣告された者 (⑫) とを同じように取り扱うことができ、[B]を充足させることもできる。

第1点の⑬では、「確信シタル」者に「相当ノ事由」が加わると、「誣告セラレタル者」と同じ扱いを受けることになると述べている。すなわち、相当事由があれば、確信したに過ぎない者も、被誣告者と同じく、(第1点の記述中では) その権利を(実行の範囲を超脱せずに) 実行したことになる。これが、上告趣意第1点中の記述⑫⑬で示された機能(確信+相当事由=被誣告者)である。

そして、この同視機能ゆえに、相当事由付きで確信した者にも、第2点中の⑮は適用可能となる。第1点⑫⑬を第2点⑮への布石として考えると、⑮は、“相当事由付きで確信した者の通告も、シカーネさえなければ適法である”ことを導くための記述とも解し得る。被誣告者の例外的違法性を示すためではなく、誣告されていない者の原則的適法性を導くための記述であるとも把握できる。

## 7.3. 通告の権利(自由)の根拠

大審院は、「告訴権」の有無に触れなくなかった。それで、告訴権を経由せずに、いきなり通告の権利(自由)によって、通告を適法にする方法を案出した。それにより、相当事由付きで確信した者を被誣告者と同視することが可能となった。そして、通告の権利(自由)を認めるために、告訴権ではなく、それを承認した背景理由を黙示的に(無意識的に)使った。そのように推察し得る。

告訴権承認の理由には、“実害を受けた者が相手に自制と反省とを求める自由の保障”も含まれていると思われる。この趣旨は、犯罪の成否に関係なく、妥当する。告訴だけではなく、その旨を通告することにも妥当する。それゆえ、相当事由付きで確信した者の通告にも、その趣旨は及ぶ。本当の被害者の通告も、相当事由付きで確信したにすぎない者の通告も、等しく適法化される。

大審院は、無自覚であるにせよ、通告の権利（自由）を意識下で考慮していたものと推察される。そうでなければ、原審の前段・後段（事実と認識）を⑫⑬のように捉え直すこと（被誣告者と理由付確信者）に気づけないはずである。刑法的視点（適法行為の認識）を離れて、憲法的視点（表現の自由）から眺めたからこそ、本件の被告人は、“なお表現の自由の保障下にある”という考えに至ったのではあるまいか<sup>35</sup>。

大日本帝国憲法下でも、制限付きで表現の自由は保障されていた（29条）。そして、本件では、政治的言論ではないがゆえに、その制限は意識されなかったと思われる<sup>36</sup>。

[小括] 大正3年判決は、傍論（上告趣意第2点）に着目すると、“告訴権があっても、通告が濫用にわたれば、脅迫罪が成立する”という判断に力点を置いた判例のように見える。しかし、事案（あるいは、第1点の叙述）に着目すると、“告訴権がなくても（告訴権を考慮しなくても）、通告が表現の自由の保障下にあれば、脅迫罪は成立しない”と判断したものと解し得る。

大審院は、明示はしていないが、「権利」として、「告訴権」ではなく、通告する権利（表現の自由）を心の片隅で意識していたものと推察する。そう考えると、上告趣意第1点と第2点とを整合的に理解できる（⑫=⑬ ∴⑬は本件に妥当）。

## 8. 結び <sup>37</sup>

本件において、もし、被告人が“告訴する気は毛頭ないが、相手は、少しは怖い思いをするべきだ。それで済ませよう。”と考えていたら、どうであろうか。

刑法学的に見ると、“怖い思いをするべきだ”の中に「私的制裁」の意図を見出すこともできない。 “済ませよう”の中に、「自力救済」の意図を見出すこともできない。

反省に実を伴わせるために、甘受すべき不利益を相手に自覚させると、私人に処罰権限はないと批判される。内輪で軽く済ませるために、心理的に原状回復を図ると、裁判所を通さなかったと批判される。

しかし、憲法的視点で見れば、自分の力で自己の立場を回復しただけである。人頼み・国家頼みでは、自己効力（self-efficacy）を強化できない。自己肯定感は、高まらない。とはいえ、自分を軽く見ている相手に、非力な人が立ち向かうには、国家の実行力が控えていることを相手に確認させて意識させねばならない。裁判所を通さなかったのではなく、国頼みにしなかったのである。制裁を加えたのではなく、自覚を求めたのである。この「自己回復」とでも呼ぶべき通告者の利益は、表現の自由の根拠とされる自己実現の中に辛うじて包摂されるものであると考える。

刑法的視点で眺めると、「私的制裁」「自力救済」という印象の枠内に収められかねない。しかし、憲法学的に見る<sup>38</sup>と、「自己実現」の中に辛うじて入りそうである。

刑法的視点では、ひとたび構成要件に該当すると、あとは「その表現を正当化するような事情があるか」<sup>39</sup>という形で判断されてしまう<sup>40</sup>。しかし、憲法的視点では、「その表現を国が禁圧するに足りるだけの事情があるか」という形で審査される。

刑法 222 条の「脅迫」の内容は、憲法 21 条の趣旨にかなうように、限定的に解釈されるべきである。大正 3 年判決は、そのための妨げとはならない。判決傍論の拘束を免れ、憲法的視点を加味すると、脅迫罪不成立説の言い分にも奥行きを与えることができるようになると思われる。

後藤光男＝高島穰編著『人権保障と国家機能の再考—憲法重要問題の研究』に、脅迫罪不成立説に奥行きを与える方法について検討した拙稿を掲載させていただきたいと考えている。

## 脚注

<sup>1</sup> 曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〕〔第 2 版〕（2004・成文堂）76～77 頁。

「なお、脅迫罪自体の保護法益と脅迫における加害の対象となる利益とは別異の次元に属するから、意思決定に影響を及ぼしうる害悪の告知であれば、加害それ自体は必ずしも犯罪でなくともよいが、意思決定の自由に対する危険が法的安全感に対する侵害を媒介としてもたらされるものである以上、加害行為が少なくとも違法であることは必要である。というのは、加害自体が適法な場合、その結果は相手方が甘受すべき事態であって、その告知を受けることによって害される安全感（私生活の平穏）は法的保護に値しないからである（山口探求 49 頁参照）。」

<sup>2</sup> 前田雅英『刑法各論〕〔第 6 版〕（2015・東京大学出版会）77 頁註 2。

「犯罪とならない害悪であっても、個人の内心を著しく乱すことは十分考え得る。」

大谷實『刑法講義各論〕〔新版第 4 版補訂版〕（2015・成文堂）87～88 頁。

「告訴の告知が通常恐怖心を生じさせるものとして害悪の告知となる以上、脅迫に当たると解する。」

林幹人『刑法各論〕〔第 2 版〕（2007・東京大学出版会）79 頁。

「…あることを行うことが適法だからといって、それを告知して相手を不安・恐怖に陥れることがただちに適法となるわけではない。」

西田典之『刑法各論〕〔第 6 版〕（2012・弘文堂）68 頁。

「万引きした女性に性交に応じなければ告訴するといって脅す場合が脅迫にならないとするのは不合理であるから、権利の濫用にあたる場合には脅迫にあたりと解すべきであろう。」

この設例は 1996 年に提示された。山口説を誘発し、大谷説の深化に契機を与え、それ以降に発行される脅迫罪不成立論者の教科書に、記述上の制限を加えた。脅迫罪不成立説の論者は、この設例を自らの教科書に引用しない。

なお、『新基本法コンメンタール 刑法〕〔第 2 版〕（2017・日本評論社）480 頁〔強要罪・橋田久執筆〕では、巧みな手直しを受けて次のような事例に洗練されている。

「一万引きした少女に対し、それを発見した店長が散歩に付き合わなければ告訴すると告げるような例一」。

<sup>3</sup> 大審院大正 3 年 12 月 1 日第一刑事部判決。刑録 20 輯 30 卷 2303～2307 頁。

<sup>4</sup> 平川宗信『刑法各論〕〔初版〕（1995・有斐閣）163 頁註 13。

沢登佳人「暴行・脅迫の意義』『刑法講座 5 卷〕（1964・有斐閣）245 頁。

瀧川春雄＝竹内正『刑法各論講義〕（1965・有斐閣）63 頁。

- 5 吉田敏雄「刑法における人身の自由の保護」『現代刑法講座 第4巻』（1982 成文堂）181頁。  
「…権利濫用となるかどうかは行為者の真意とは直接的関係がない…」。
- 6 高橋則夫『刑法各論』[第2版]（2014・成文堂）91頁。  
中義勝『刑法各論』（1975・有斐閣）94頁註16。  
「告訴しても適法なのに、その旨を被告者に告知することが違法だというのはおかしい」。  
平野竜一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号（1972）65頁は、“違法か否か”ではなく“犯罪か否か”に関心のある記述である。これも参考までに、示しておく。  
「脅迫自体が犯罪とされる場合に、害それ自体は犯罪でないのに、その害を加えることを告知するのは犯罪だというのは、奇妙である。」
- 7 大判大正3年12月1日は、多くの教科書で紹介されているが、評釈は見当たらない。判例教材である百選においてすら、見出しを立てて直接取り上げられたことはない。直接取り上げるのは、『判例プラクティス刑法II』[85事件・平山幹子執筆]（2012・信山社）である。その75頁には、「…判例がいかなる立場を採るといふべきかに関しては、慎重な理解が要されよう。」とある。
- 8 5章2節（1）で、文意を検討することになるので、予め原文を示しておく。  
「被告市治ノ松本要之助松本要太郎ヨリ詐欺罪ノ告訴ヲ受ケ不起訴ト爲リタル後ニ於テ同人等ニ對シ自分ヲ告訴シタルハ誣告罪ナルヲ以テ三年以上十年以下ノ懲役ニ處セラレルヘキ旨及ヒ不實ノ告訴ヲ受ケタル爲メ名譽ヲ毀損シ五六百圓ノ損害ヲ生シ残念ニ付キ誣告罪トシテ告訴スル旨ノ記載アル各書面ヲ要之助等ニ送付シタル行為…」。
- 9 東京控訴院明治40年6月6日決定。法曹記事17巻6号70～71頁。川井健「シカーネ禁止」『現代における権利とはなにか』（1972・有斐閣）34頁では、この裁判例について、「明治時代の裁判例で、前記ドイツ民法のシカーネ禁止に近い表現を示したものがあります。」と評している。5.1.で紹介することになる。
- 10 牧野英一「権利の濫用」法学協会雑誌22巻6号（1904）885頁。『法律に於ける進化と進歩』（1924・有斐閣）に採録するにあたって、口語体に改められており、こちらを引用した。
- 11 末川博「フランスにおける権利濫用理論」法學志林31巻1号（1929）28頁で紹介されているフランスの1855年の裁判例。  
Dalloz, Recueil périodique et critique 1856, deuxième partie. 9-10.
- 12 前掲註9 東京控訴院明治40年6月6日決定。法曹記事17巻6号70～71頁。
- 13 安濃津地方裁判所大正15年8月10日言渡。法律新聞2648号11～16面（富田浜病院事件）。
- 14 米倉明『民法講義 総則(1)』（1984・有斐閣）15頁の名調子を参考にして、畳み掛けるような文体を試みた。セリフも、判決文そのままではなく、加工された同書の表現から引用した。
- 15 青柳文雄『刑法通論II各論』（1963・泉文堂）391～392頁参照。「この判例は誣告罪の告訴であって、このような告訴はする必要がない（捜査権は既に発動されている）場合である。」  
括弧書きは、判決文中にはない。検察官経験のある青柳教授の推論によるものであるとしても、それは合理的で信頼に値するものと思われる。
- 16 黒澤睦「告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任（一）」法律論叢84巻6号（2012）102～103頁参照。同（三）法律論叢85巻2・3合併号（2012）116～118頁参照。  
告訴制度の趣旨・目的と被告者の不利益・負担という2観点で44裁判例を俯瞰して見せた行き届いた研究であり、刑訴方面の考察において、本稿は完全に依存した。
- 17 黒澤睦「告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任（二）」法律論叢85巻1号（2012）60頁参照。同（三）114～116頁参照。同（四）法律論叢85巻4・5合併号（2013）48～49頁参照。
- 18 明治刑事訴訟法（1890～1924年施行）には、被告人が免訴・無罪の言渡しを受けた場合に、告訴人に故意重過失があれば賠償義務を負う旨の明文規定（要償の訴）があった。Xの告訴が何かの拍子に受理されてABが免訴・無罪になると、Xは逆に訴えられてしまう。
- 19 付帯私訴の制度があったので、告訴をなす旨の通告は、賠償の請求をも黙示すると検察官は考えたのかもしれない。
- 20 林幹人『刑法各論』[第2版]（2007・東京大学出版会）79頁には、「適法なことは黙ってやるべきである。」という記述が見られる。表現の面白さもさることながら、全くその通りであると思う。本稿は、その通りであると考えながらも、「黙ってやらなかったとしても、犯罪になるとは限らない」という野暮な主張をするものである。

- 21 相当事由の実例としては、黒澤・前掲註 16 (一) の中で紹介された裁判例【16】(63~64 頁) と【19】(67~68 頁) とが参考になる。
- 【16】(東京地判昭 52・6・14 判時 883 号 50~61 頁) 手形振出を厳禁して、印鑑まで取り上げたのに、別印を使って諮ることもなく手形が振り出された場合に、その振出を“無権限によるもの”と確信することは、相当な理由に基づいている。
- 【19】(東京地判昭 57・2・22 判タ 474 号 146~147 頁) X の従業員 A が、X は暴力団と親密であるかのような言辞を用いつつ慰謝料を Y に要求した場合には、Y が“X と A とは共謀している”と考えることは無理からないうところであり、恐喝未遂と考えることには相当な理由がある。
- 22 次のような言動が、考えられる。「今まで何人も告訴しては皆不起訴になってゐる。それでも文句を言ってきたのは、貴方が初めてだ。」「詐欺にあたるかあたらぬかと云うなら、はなから承知していた。ここで、灸を据えねば、御前様のためにならぬと考えたのだ。」「罪になるかなど、僕にはそもそももどどうでもよいこと。罪にならぬにせよ、君のしていることはよろしくないぢゃあないか。」「だましたことになるかは自信がなかった。だからこそ、お調べ願った。それで、だましてはおらぬということになった。それは、よかったではないか。なぜそれで済ませられぬ。」「どうして騙したかどうかにそこまでこだわるのだろうか。これだけのことをしたのだから、そちらの方から騙しましたと言わなくっちゃあ、いけないねえ。」「何と反省の衷の上がらないことよ。本当に罪を犯す前に真人間にしてやろうと思っていたのに。」「私がどう思っていたかなんてどうでもいいんです。問い質すべきは、あなたの性根でしょう。」「過ぎたことを詮索するな。男子の爽快さに欠けるではないか。そんなだから、ささいなことと承知済みの者からも訴えられるのだ。」「お前の今している所を人様が見たら、何と思うだろうねえ。『ああ、〇〇さんも気の毒に。こんな人を相手にしていたんじゃあ、そりゃあ、咎人でないと弁えていたって、訴えたくもなるだろうよ』って言ってくれるんじゃあないかねえ。」憶測なので、どれもこれも外れているだろう。ここでは、軽く見ている相手には、偽りを述べる手間まで惜しむ人間が珍しくないことに注意を喚起したい。
- 23 植松正『刑法概論Ⅱ各論』[第 8 版](1975・頸草書房) 301 頁。  
「告訴権の濫用にわたることが許されないのであって、真意を欠く告訴の告知がただちに脅迫罪を構成するものではない。」
- 24 団藤重光『刑法綱要各論』[初版](1964・創文社) 372 頁。  
「…告訴の真意があったとしても、告訴権の行使を他の目的のために濫用すれば、その関係では違法性を生じると解するべきであろう。」
- 25 大審院明治 44 年 9 月 5 日第二刑事部判決 [村八分のケース]。刑録 17 輯 20 卷 1523 頁。「而シテ脅迫シタル法益侵害ノ行為カ犯罪タルコトハ同罪ノ成立上必要ニ非ス」。
- 26 大審院大正 2 年 11 月 29 日第三刑事部判決。刑録 19 輯 29 卷 1353 頁。「通告セラレタル絶交カ違法性ヲ有スル場合ニ限り該犯罪(脅迫罪のこと一筆者)ヲ構成スルモノトス」。
- 27 従来の教科書では、告訴が濫用になるのか、通告が濫用になるのか、判然としない記述が多い。曾根威彦「刑法各論」[第 5 版](2012・弘文堂) 54 頁では、「濫用にわたらないかぎり告訴自体は権利の行使である」とあり、告訴自体も濫用になり得ることが示唆されている。加害が違法であることを要求する立場では、告訴が濫用でなければ、通告の濫用性を問題とするまでもなく、脅迫罪は成立しない。
- 28 「権利の濫用は違法である」という記述は、ありそうでない。  
末川博「権利の濫用に関する新しい規定」民商法雑誌 23 卷 2 号(1948) 8 頁の記述を一応示しておく。  
「もっとも、権利の濫用はこれを許さないというのだから、権利の濫用が廣い意味で違法であると判断せらるべきは、疑ないところである。」
- 29 岡野光雄『判例コンメンタール 10』(1976・三省堂) 122 頁。この表現はその後『刑法要説各論』初版 30 頁(1985・成文堂)に収められる。第 4 版(2003)では「流動的」という部分が「不確定的」と改められている。
- 30 岡野光雄『刑法要説各論』第 5 版(2009) 54 頁の表現を引用。
- 31 藤木英雄『刑法各論 現代型犯罪と刑法』(1972・有斐閣) 221 頁参照。「通告者の正当な権利に属する事項——たとえば、告訴し、あるいは、上司に通報する旨の通告——であっても、真実その権利を行使する意思がなく、もっぱら相手方をおどすだけの目的でしたときは、脅迫罪の成立を免れ得ない。」(太字筆者)として、文末に脚注を付して、大判大 3・12・1 を引用する。

- 「もっぱら」とは、「すべての部分はその事（物）だけで占められていることを表す。」（三省堂『新明解国語辞典』）
- 32 磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」『末松先生古稀記念権利の濫用上』（1962・有斐閣）60頁。大阪アルカリ事件判決（1916）は、「シカーネ的立場」に「固執する態度をとっていた」判例に分類されている。この分類に従えば、本刑事判決が出た1914年は、民事ではまだシカーネ的立場に固執していた時代に属することになる。菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』（1994・信山社）142～143頁では、大阪アルカリ事件判決（1916）を「故意・過失の認定を厳しくして不法行為の成立を認めようとしなかった」判例と評している。
- 33 黒澤・前掲註17（四）39～40頁。
- 34 “民事上の濫用基準を刑事上の濫用基準にそのまま持ち込めるか”という疑問がありえる。この点については、“民事上濫用と判断されると、脅迫罪の保護範囲内に入る”と表現を変えてしまえば済むのではないだろうか。脅迫罪の構成要件解釈として、保護範囲を民事上の濫用に係らせただけであり、「刑法上の濫用」を考えているわけではない。
- 35 表現の自由との関連で脅迫罪の成否が問題となったケースとして、44年後の判例になるが、最判昭和33年4月22日（ビラの頒布）がある。その原審である2審判決中には、表現の自由について「権利の濫用」という文言をあてている記述が見られる。  
「憲法第二条の保障する表現の自由といえども…権利の濫用となる場合においては、権利の行使たることが否定され、同法第二条の保障を受けないものと解すべきである。」
- 36 とはいえ、当時の大日本帝国憲法に関する教科書・概説書を見る限り、脅迫罪との関連では全く言及がなされていない。「意識下」とやや勝手な推察をしたのは、そのためである。
- 37 “各章にどのような機能を持たせたかったか”という筆者の意図を以下に示す。
- 1章 判例法理の通説的理解を提示する。その内容は、以下の通りである。  
(A)「@告訴する気もないのに、㊦相手を畏怖させる目的で、告訴する旨を通告することは、権利の濫用である。」  
(B)「通告が、権利の濫用であるときは、通告は脅迫にあたる。」
- 2章 判例をまとめつつ、原審の言い分を検察官が曲解し、大審院もそれに同調しながら検察官に反論している状況を紹介する。
- 3章 判例が「告訴権」という言葉を避けていることを強調する。
- 4章 検察官による曲解は、濫用への言及を求めるためであることを述べる。
- 5章 判例法理(A)から「@告訴する気もないのに」を取り除く。
- 6章 判例法理(A)の「㊦畏怖目的」は、今では、濫用の基準としてはふさわしくないことを示し、5章と合わせて判例法理(A)を空文化する。
- 7章 濫用とは、「告訴権の濫用」ではなく、「通告する権利の濫用」であると解し得ると述べる。
- 8章 表現を許す理由があるか（刑法的視点）よりも、表現を禁ずる理由があるか（憲法的視点）を問題とするなら、判例法理(B)の射程はかなり狭くなり、「脅迫」にあたることは殆どなくなると主張する。
- 以上より、判例法理とその現代における射程は、次のように変更される。  
判例法理：(A)「シカーネなら濫用。」(B)「濫用なら脅迫。」  
判例の射程：(A)は、現在では通用しない。(B)についても、告訴する旨の通告が、表現の自由の濫用になることは、考えにくい。  
従って、告訴する旨の通告が「脅迫」にあたることは、殆どない。
- 38 上田正基『その行為、本当に処罰しますか—憲法的刑事立法論序説』（2016・弘文堂）参照。本稿の関心からは外れる文脈ではあるが、「制裁一般に共通する憲法上の権利の制約は、非難提起による人格権の制約である。」（142頁）とある。この記述を本稿に応用すると、“通告の自由と人格権とを制約してまで、告訴される事態を招いた者の心理的平穏を保護する必要があるか”という基準で判断することになる。
- 39 構成要件に違法性推定機能を認める通説に従うなら、ひとたび構成要件に該当してしまうと、その後は、違法性を基礎づける要素の確認が不要とされてしまう。すなわち、脅迫罪の構成要件に該当してしまうと、“侵害を上回る利益”を呈示できない限り、違法性は具備していることになってしまう。「利益は示せないけれども、それでも本当に禁圧するほどの違法性があるかどうか、もう

一度違法段階で確認してもらえませんか」と求めても、「それは、構成要件に該当したことで確認済みである」と斥けられてしまう。

すべての構成要件が、違法性を基礎付ける要素の確認を不要とするほど、練られたものであると考えるのは、楽観的に過ぎる。犯罪論体系に、fool proof 機能を持たせるためには、違法性推定機能を否定しておいた方が無難である。

<sup>40</sup> 曾根威彦『刑法原論』（2016・成文堂）111 頁には、構成要件の違法性推定機能を否定する立場から、その根拠と肯定する見解（通説）の難点とが述べられている。

「…正当化事由の判断に先立って、違法性が何故犯罪の要素となるのか、いかなる要素（要件事実）が違法評価を基礎づけるのか、という違法性の実質が積極的に明らかにされなければならない。」（本文）

「…違法論の任務が正当化事由に属さない行為はすべて『違法な行為』である、とする点に尽きると解するならば、違法性の強弱を論じる必要もなく、不可罰的違法を把握することも不可能となる。」（本文）

「…違法性阻却事由（正当化事由）に該当しない行為の違法性の程度にはさまざまなものが考えられるのであって、可罰（的違法）性の判断基準をあげて構成要件に求めることになれば、それこそ構成要件該当性判断と違法性判断の質的違いを捨象してしまうことになる。」（註12）