

告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任（三）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2013-11-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 黒澤, 睦 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/16124

【論 説】

告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任 (三三)

黒 澤

睦

目 次

はじめに

一 関連判例の俯瞰と要点

1 告訴、告発、通報・申告等に関する判例

2 訴えの提起、弁護士懲戒請求に関する判例

二 関連判例の分析と問題の所在

1 考慮すべき二つの観点

《A》告訴制度の趣旨・目的（違法性阻却）

《B》被告訴人の不利益・負担（法益侵害・違法性）

2 注意義務の程度、違法性阻却・免責の基準

(一) 判例の状況分析

(二) 最高裁判例を視野に入れて——判断の視点・主体・時点

三 類似の制度との比較

1 刑事訴訟法における対応——訴訟費用の負担（刑訴法一八三条）

（以上、八四卷六号）

- (一) 告訴人訴訟費用負担制度の趣旨——不法行為責任との異同
- (二) 告訴と公訴の提起等との因果関係の強度——重要な影響、決定的要因
- (三) 故意または重過失

2 刑法における対応

- (一) 虚偽告訴罪（刑法一七二条）
- (二) 名誉毀損罪（刑法二三〇条）と刑法三三〇条の二による免責
- (三) 正当行為としての違法性阻却（刑法三五条）

3 民法法における対応

- (一) 名誉毀損による不法行為責任（民法七〇九条）
- (二) 名誉毀損に関する違法性阻却・免責

四 歴史的考察

- 1 治罪法における「告訴」と「付帯私訴」・「私訴」との関係
- 2 告訴人および付帯私訴・私訴原告の損害賠償責任——悪意・重過失要件
- 3 名誉回復訴訟における告訴権の濫用と民事不法行為責任
- 4 明治刑事訴訟法、現行民法、大正刑事訴訟法の制定とその影響

- (一) 明治刑事訴訟法一三条における悪意・重過失要件——治罪法の規定の承継
- (二) 現行民法における故意・過失要件——例外規定としての明治刑事訴訟法一三条
- (三) 大正刑事訴訟法における損害賠償規定の削除

（以上、八五卷一号）

五 比較法的考察

- 1 虚偽の告訴、告発、通報・申告
- 2 ドイツにおける虚偽通報・申告に対する法的対応
 - (一) 法的対応の全体像

六 総合的検討

- 1 告訴の前提事実についての調査・確認の必要性
 - (一) 告訴の法的性質
 - (二) 告訴をめぐる実情
 - (三) 告訴期間制度との関係——調査・確認の時間的限界、迅速性の優先
 - 2 告訴の受理と告訴の法的評価への影響
 - (一) 告訴の受理をめぐる実務の実態
 - (二) 説得・不受理の実態からみた受理の意味
 - (三) 告訴の受理と違法評価との関係——故意と過失の峻別、捜査機関の過失との競合
 - 3 捜査の開始と告訴の法的評価への影響
 - (一) 捜査の開始と「犯罪があると思考するとき」(刑訴法一八九条二項)
 - (二) 犯罪の嫌疑の認定権者、認定の根拠
 - (三) 告訴の受理と犯罪の捜査
 - 4 告訴人の協力と告訴の法的評価への影響
 - (一) 告訴人の犯罪捜査への協力と二次被害のおそれ
 - (二) 告訴任意代理制度(刑訴法二四〇条)の趣旨の考慮
 - (三) 捜査への協力が消極的になるその他の要因
 - 5 不起訴と告訴の法的評価への影響
 - (一) 手続の進行段階や行使主体に相応した嫌疑の程度
 - (二) 不起訴という事実による故意・過失の推定
 - (三) 不起訴裁定の主文の違いによる故意・過失の推定
- (二) 民事不法行為責任に関する議論の概要
 - (三) 連邦憲法裁判所判例とミュラー・デーツ論文
 - (四) 若干の補足——近時のドイツ民法学説を参考にして

6 不起訴処分後の告訴人の対応と告訴の法的評価への影響

(一) 不起訴処分後の告訴人の対応

(二) 告訴人の対応と告訴の法的評価への影響

7 立証責任の所在

(一) 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟における一般的な立証責任論

(二) 告訴権の濫用的行使の事実をめぐる立証責任論

(以上、本号)

七 告訴任意代理人弁護士の不法行為責任

むすびにかえて

五 比較法的考察

比較法の観点から見た場合、本論文のテーマである告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任については、比較的類似した「告訴」⁽¹³⁶⁾制度を持つドイツにおける議論が一つの参考になる。⁽¹³⁵⁾ドイツにおける告訴権の濫用的行使に関する議論は広範にわたるが、以下では、本論文でのこれまでの検討からも明らかになった中心的課題として、客観的事実に反した内容の告訴（以下では「虚偽告訴」という）をした場合、とりわけそれが故意ではなく過失による場合の、民事不法行為責任の成否に焦点を合わせて考察を加えることとする。

1 虚偽の告訴、告発、通報・申告

虚偽告訴に対する民事不法行為責任の成否の問題を検討する前提として、まず、告訴、告発、通報・申告に関して、ドイツでの用語法とわが国の用語法との対応関係を確認しておく必要がある。

まず、広義の「Strafantrag」ないし「Antrag」には、わが国における「告訴・告発」と表記する。他方で、「Strafanzeige」に広義の「Strafantrag」ないし「Antrag」として議論する場合には、「告訴・告発」と表記する。また、「Strafanzeige」ないし「Anzeige einer Straftat」は、わが国における「通報」ないし「申告」に対応する。また、一般論として犯罪事実の通報・申告が問題となる場合、「Strafantrag」ないし「Antrag」も含まれるものとして取り扱われることが多い。⁽¹³⁷⁾そして、本論文の検討対象である虚偽告訴の問題についても、以下で検討していくように、そのほとんどが、虚偽の「Strafantrag」ないし「Antrag」の問題としてではなく、虚偽の「Strafanzeige」ないし「Anzeige」の問題として論じられているようである。

このようにドイツにおいて虚偽告訴ではなく「虚偽通報・申告」が問題とされる理由は、ドイツ刑法法一六〇条一項が、通報・申告等によって検察官が犯罪の嫌疑について認識した際に公訴を提起すべきか否かを決定するために事実関係を究明する義務があるものと規定していることと関係しているものと思われる。すなわち、わが国では、通報の場合には、捜査の端緒になるものの、刑法法一八二条二項は「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」として、また、刑法法一九一条一項は「検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる。」として、通報と捜査義務とを直結させていない一方で、告訴事件の場合には、特に刑法法二

六〇条および二四二条との関係で、捜査義務が生じると考えられている。⁽¹³⁸⁾これに対して、ドイツでは、前述のとおり、ドイツ刑法一六〇条一項に基づき、通報・申告等によって捜査義務が生じる。そして、同条項における「Anzeige」には、ドイツ刑法一五八条一項および二項における狭義の通報・申告 (Strafanzeige) と告訴 (Strafantrag) が含まれるものと解されている。⁽¹³⁹⁾したがって、ドイツ刑事手続法における通報・申告 (Strafanzeige; Anzeige) は、それが虚偽である場合の法的対応を問題とする場合には、捜査ないしその後の刑事手続との結びつきおよびそれらによる影響の点で考えるならば、わが国の告訴に匹敵する側面を持っているものと言えるのである。

2 ドイツにおける虚偽通報・申告と民事不法行為責任

(一) 虚偽通報・申告に対する法的対応の全体像⁽¹⁴⁰⁾

虚偽通報・申告をした場合、ドイツの判例・通説によれば、概ね次のような法的対応がなされる。

事実を反することを認識しつつ虚偽の通報・申告をした場合、通報・申告者は、刑事実定法上は、虚偽嫌疑 (虚偽通報・申告) (ドイツ刑法一六四条)⁽¹⁴¹⁾ または中傷 (ドイツ刑法一八七条) の罪責が問われうる。⁽¹⁴²⁾ 刑事手続法上は、訴訟費用および被疑者・被告人に生じた必要的支出金が負担させられうる (ドイツ刑法四六九条)。そして、民事法上は、不法行為に基づく損害賠償責任 (ドイツ民法八二三条) を問われうる。⁽¹⁴³⁾

事実を反することを認識せずに虚偽の通報・申告をした場合、通報・申告者は、刑事法上は、虚偽嫌疑 (虚偽通報・申告) (ドイツ刑法一六四条)⁽¹⁴⁴⁾ および中傷 (ドイツ刑法一八七条)⁽¹⁴⁵⁾ は、「間違っていることを知りながら (wider Besseres Wissen)」行うこと、すなわち、不実の確定的な認識が要件となっているため、それらの罪責は問われない。また、悪

評の流布（ドイツ刑法一八六条）については、善意（*gutgläubig*）⁽¹⁴⁶⁾による場合には、通常は正当な利益の擁護に関するドイツ刑法一九三条によって正当化されるが、通報・申告者が軽率に過大ではない調査を怠った場合は正当化されない。⁽¹⁴⁷⁾すなわち、通報・申告者に、通報・申告内容の正確性に関する一定の調査義務（*Prüfungspflicht*）⁽¹⁴⁸⁾が課せられる。ただし、通報・申告者は、通報・申告の正確性を積極的に確信しなければならぬわけではない。⁽¹⁴⁹⁾刑事手続法上は、「軽率に（*leichtfertig*）」不実の通報・申告を行ったとされれば、訴訟費用および被疑者・被告人に生じた必要的支出金が負担させられる（ドイツ刑法四六九条）⁽¹⁵⁰⁾。そして、民事法上は、一定の場合（詳しくは後述）に、不法行為に基づく損害賠償責任（ドイツ民法八二三条）を問われうる。⁽¹⁵¹⁾

（二）民事不法行為責任をめぐる議論の概要

以上のうち本論文で特に取り上げるのは、〈過失〉によって虚偽の通報・申告がなされた場合の民事不法行為責任の成否である。この点に関する一般的理解は次のとおりである。

まず、前提として、虚偽の通報・申告が「善意（*gutgläubig*）」かつ「軽率にではなく（*nicht leichtfertig*）」行われた場合には、通報・申告した事実の内容が証明されなかったとしても、ドイツ民法八二三条に基づく損害賠償請求権は発生しない。⁽¹⁵²⁾そして、その理由は、この場合に存在している悪評（*üble Nachrede*）が、ドイツ刑法一九三条により正当化されるからであるとされる。⁽¹⁵³⁾

これに対して、虚偽の通報・申告が軽率に（*leichtfertig*）行われた場合には、ドイツ民法八二三条に基づく損害賠償請求権が発生しうる。⁽¹⁵⁴⁾そして、ここで問題となる軽率性（*Leichtfertigkeit*）は、通説的な見解によれば、「認識可能な根拠（*erkenntbarer Grund*）」がなく「でたらめに（*ins Blaue hinein*）」行われた場合に認められるものであるとされる。⁽¹⁵⁵⁾

さらに、具体的に、医師による過失傷害についての通報・申告の場合には、「通報・申告実行者の視点から (aus der Sicht des Anzeigerstatters)」犯罪行為の根拠・拠り所 (Anhaltspunkte) が存在するか否かが重要であるとする有力な見解がある。⁽¹⁵⁶⁾

(三) 連邦憲法裁判所判例とミュラー・ディーツ論文

このテーマに関して最も詳細であり各種論考に頻繁に引用されている研究論文は、ミュラー・ディーツ (Heinz Müller-Dietz) が一九八九年に公刊した「誤通報・申告の場合の損害賠償？」⁽¹⁵⁷⁾である。ミュラー・ディーツ論文は、このテーマに関する指導的判例といえるドイツ連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定⁽¹⁵⁸⁾が出されたのを踏まえての論考であることから、まず同決定の内容を確認することから始めたい。

(1) 連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定

① 事実の概要

損害賠償訴訟の被告である通報人(女性)は、生徒であった一七歳の時に、損害賠償訴訟の原告である被通報人である医師が医療診察中に性的暴行を加えたと、通報において非難した。検察官は、犯罪の十分な嫌疑が欠けているため、その通報に基づいて開始していた捜査手続を打ち切り、通報人を虚偽嫌疑罪(ドイツ刑法一六四条)で起訴した。その後、通報人の供述に関する心理学的鑑定によってその信用性が証明されたため、この手続も、検察官および被告人である通報人の同意に基づいて、責任が微弱であるとして打ち切られた(ドイツ刑法一五三条二項)。

他方で、被通報人である医師には、当初の捜査手続が打ち切られるまでの間に、弁護士費用が生じた。被通報人は、この費用の賠償を通報人に請求した。区裁判所は、証拠調べを実施し、訴えを理由のあるものと認めた。通報人は、そ

の供述に信用性が認められたにもかかわらず、診療時に被通報人によって性的暴行をされたとの主張を、裁判所が十分な確信に至るまで証明できなかった。その結果、通報人は、刑法一八六条によって義務付けられている真実性の証明 (Wahrheitsbeweis) をできなかつたとして、刑法一八六条と関連する民法八二三条二項に基づいて損害賠償の義務を負わされた。連邦憲法裁判所がこれに対する憲法異議の申立てを受理し、判断を示したのが本決定である。

② 決定要旨⁽¹⁵⁹⁾

B. I.

1. 「法律で定められた司法手続 (gesetzlich geregeltes Verfahren der Rechtspflege) を開始させ遂行することによってどの範囲まで不法行為が犯されるのかという問題の「憲法判断ではなく」単なる法的判断について、連邦通常裁判所の判例においては、主観的に誠実な行動 (subjektive redliches Verhalten) は法律で定められた司法手続の中でいずれにしても民法八二三条で保護される法益の侵害のみによって同時にその違法性も示されるわけではない、という見解が支持されている (BGHZ 74, 9 (14))。むしろ、損害の原因となる行動は、それが手続法に法定されていること (Legalität) を考慮すると、さしあたり、法に適合している (Rechtmäßigkeit) との推定を受ける。単に形式的のみならず、実質的にも、法定手続の正当な開始および遂行が、法的訴追によって求められる請求権の実現ないし制裁を超えようという、かつ、相手方が賠償を受けずに甘受しなければならないような、そのような類型的な損害結果すらもたらしうるといふ理由からだけでも、この推定は存在しなければならないであろう。例外的な場合を除いて、権利保護請求者は、その相手方に、あらかじめ手続法のなかで予定されている制裁の枠外ではなく、不法行為の実体法によって、法律状況 (Rechtslage) の単なる過失による評価間違い (Fehlensatzung) の結果の責任を負わなければならない。これと異なる判断をするならば、重大な公益も存在している国家的司法手続の自由な利用可能性 (freie Zugänglichkeit

der staatlichen Rechtspflegeverfahren) を、由々しき形で制約することになるであろう。(BGH, a.a.O. 9 (15); 法で定められた手続における発言に対する民事法上の名誉侵害の限界の問題点について、やはり、BGH, NJW 1962, S.243; NJW 1971, S.284; DB 1973, S.818; NJW 1978, S.751。また、最近のものとして、NJW 1986, S.2502を参照)。以上の見解は、民事法学説において広く共有されている。」

2. ……原手続において、区裁判所は、「通報を、適切に行つた場合に、民法八二三条にいう不法行為と評価してはならなかった。なぜなら、社会的に相当なもの (sozial Adäquate) という枠組みに従っているからである。これによつて原告に発生する弁護士費用は、賠償を受けずに甘受しなければならない刑事法上の捜査手続の公式で正当な開始および遂行の結果に典型的に属するものであったのである (BGHZ 74, 9 (15))。したがつて、損害賠償の訴えは、棄却されなければならない (これについて、最新の J. Halle, NJW 1987, S.233も参照)。」

II.

1. ……「すでに法的にも異議を唱えられるべき、通報における自らの主張について真实性の証明をしなかつたという理由によつて申立人〔憲法異議の申立人のこと。本件では通報実行者の女性である。〕に損害賠償義務を肯定することは、法治国家原理と相容れない。なぜなら、それを肯定することは、通報を実行する権利を過度に制約することを意味するからである。申立人がその通報によつて単に法秩序によつて許可され承認された可能性を利用したという観点を考慮することが、憲法に基づいて要求されるものであったのである。」

法治国家は——法律で定められた例外事例 (正当防衛、緊急救助、自力救済、緊急事態、仮拘束) は別として——市民が現実のまたは推定上の権利を国家的組織に対しても同じ市民に対しても強制力をもつて実現することを禁止していることから、個々人はその権利を国家的裁判所において追求し、国家権力の助けを借りてそれを執行しなければなら

なす (vgl. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S.56f.)。逆に、私的暴力の禁止および権利実現の国有化から導かれるのは、市民の安全を気遣い、その権利への配慮を保障する国家の義務である (Merten, a.a.O., S.61)。このような法治国家の根本的要請と、善意で通報を実行したほかならぬその人が、自らの主張が当局の調査によって不正確あるいは解明不可能と判明することによって不利益をこうむることは、両立し得ない。市民の（不実につき故意のない、または軽率ではない）通報は、法的平和の維持および犯罪行為の解明に対する公衆の利益がある。法治国家は、刑事訴追の場合にそれを断念することはできないのである。連邦憲法裁判所の判例によれば、良く機能する刑事司法 (funktionstüchtige Strafrechtspflege) を公衆の利益のために保障する国家の憲法上の義務が存在する (vgl. BVerfGE 46, 214 (222) ほか)。このことを、単なる立法機関が、刑法一六四条（虚偽嫌疑）における故意の要件によって、および、刑法法四六九条における費用規定によって、引き受けた。同時に、これらの規定は、被疑者に、故意の虚偽嫌疑および軽率に、すなわち、認識可能な根拠なく実行される通報からの保護を認める。ところで、提起された非難は、法治国家的な手続保障が整備された、可罰的行為の嫌疑が存在する場合に關係するすべての国民が応じなければならぬ捜査手続において、再検討が行われなければならない。」

2. 「このような憲法的な文脈に、裁判所は、損害賠償法を取り扱う場合に、注意を払わなければならない。前述の連邦通常裁判所の判例（前掲B. I. 1.）は、このような要求を正当に評価している。これに対して、原手続において非難された判決は、正当に評価していない。それは、法治国家原理とは相容れない、受け入れがたい個人の制約へと至る。すなわち、一方では、国家的な権力独占のために、しばしば——原手続のように——その者によって主張された犯罪行為の犠牲者が問題となるような善意の通報実行者から私的制裁の可能性が奪われ、他方で、その者は、自らの通報について主張した非難が証明に至らなかつた事案について、民事法上の損害賠償義務のリスクを負わされる。民

事の損害賠償法のそのような取扱いは、具体的な事案で受け入れがたい結果が避けられないのみならず、原手続が明確に示したように、損害賠償義務を課すことは、刑事法上の捜査手続の円滑な遂行 (unbeeinträchtigte Durchführung strafrechtlicher Ermittlungsverfahren) に対する公益と相容れない。自らの発言に関して損害賠償訴訟に巻き込まれ、民事訴訟でひよっとすると——原手続におけるように——発言の真实性に関して自己に不利な立証責任の分配をされて争わなければならないかもしれないという通報人の不安は、法治国家においてもはや甘受し得ない、良く機能する刑事司法の侵害となってしまうであろう。」

(2) ミュラー・ディーツ論文の概要

ミュラー・ディーツ論文は、第一部(原文Ⅰ)において、前掲の連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定の事案の概要と決定要旨を簡潔に紹介したうえで、第二部(原文Ⅱ)において、民事不法行為法における本決定の位置づけを確認し、第三部(原文Ⅲ)において、関連する刑事法上の問題を検討する。ここでは、本論文の検討課題と直結する第二部を中心に、その要点を確認していくこととする。

Ⅱ-1において、ミュラー・ディーツは、まず最初に、本決定は、善意の通報実行者を民法上の責任のリスクから解放しようとする、まさにその憲法上の論拠のゆえに、注目を受けるに値すると評価する。⁽¹⁶⁰⁾

次に、判例および学説の枠組みを要約する。すなわち、十分な犯罪の嫌疑が欠けている捜査手続の開始や、さらに刑事被告人の無罪判決に至るような、事実に合致した根拠ある通報は、民法八二三条二項の意味での一般的な人格的権利(名誉)または民法八二三条一項による刑事法上の保護法規の侵害となり得る。そのような保護法規として、刑法一六四条(虚偽嫌疑)、一八六条(悪評の流布)、一八七条(中傷)が問題となる。虚偽嫌疑および中傷の構成要件は、通報実行者が善意で行動した事案では、損害賠償の根拠として除外されることから、刑法一八六条のみが残され

る。これに対して、不実の通報の場合は、民法八二六条による良俗に反する損害 (sittenwidrige Schädigung) に基づく損害賠償請求権も考慮される。通報実行者が善意であれば、その行動が構成要件レベルでそもそも名誉毀損として評価されてよいのか、また、構成要件に該当していると評価される場合に一般ないし特別正当化事情 (例えば刑法一九三条 (正当な利益の擁護)) によって少しもカバーされないのかは、疑わしい。⁽¹⁶¹⁾

そのうえで、このテーマに関しては、根拠のない告訴を申し立てて証明不可能な主張を提示した者が手続を利用したという観点が指導的な役割を果たした事案を検討すべきであるとする。⁽¹⁶²⁾

II 2において、ミュラー・ディーツは、前述の問題提起を受けて、まず、①連邦通常裁判所一九六一年一〇月三日判決⁽¹⁶³⁾ (破産申立て) と②連邦通常裁判所一九六一年一〇月二四日判決⁽¹⁶⁴⁾ (民事訴訟の提起) を紹介・分析する。⁽¹⁶⁵⁾ その分析によれば、両者の判例に若干の表現の違いはあるが、いずれも、(法律で定められた手続 (gesetzlich geregeltes Verfahren) を用いた) ことを中心的根拠にして、違法性を否定していることが明らかであるとす。なお、ミュラー・ディーツも引用するように、判例②は、通報についても詳細に言及している。すなわち、通報の実行により第三者が名誉侵害を受けることを拒み得ないのは、通報実行者が「通報の実行によって、すべての国民が資格をもつ権利を行使しているからである。彼は、その通報によって、法秩序の維持に奉仕する。なぜなら、彼は、それによって、可罰的行為を暴くことに寄与するからである。こうした目的が実現されるべきならば、自らの裁量によって事案の解明について必要と考えられるすべてのことを申し立てる権利を、通報人は認められなければならない。この場合、通報人は、第三者の名誉を危険にさらす主張を行う前に躊躇する必要もない」。⁽¹⁶⁶⁾

II 3において、ミュラー・ディーツは、判例①・②に対する批判的反応のうち、学説として、特に、バウアー (Eritz Baur) (訴訟外の影響を考慮すべきとする)⁽¹⁶⁷⁾、ヴァイトナウアー (Hermann Weinauer) (ドイツ刑法一六四条および一

九三条との關係を考慮すべきとする⁽¹⁶⁸⁾、ホプト (Klaus Hopf) (通報実行者と被疑者の利益状況を考慮すべきとする⁽¹⁶⁹⁾)の所説を紹介する⁽¹⁷⁰⁾。また、判例として、③連邦通常裁判所一九七九年三月二三日判決⁽¹⁷¹⁾(強制執行)、④連邦通常裁判所一九八五年二月二二日判決⁽¹⁷²⁾(ラジオ報道)、⑤連邦通常裁判所一九八五年五月二三日判決⁽¹⁷³⁾(強制執行への不服申立て)、⑥エッセン地方裁判所一九八三年六月一〇日判決⁽¹⁷⁴⁾(検察官による医師に関する通報)、⑦連邦通常裁判所一九八六年六月一〇日判決⁽¹⁷⁵⁾(同時並行して係属中の刑事裁判での証言)を紹介・分析する⁽¹⁷⁶⁾。その分析によれば、判例③の特徴は、「損害の原因となった行動が、その手続法上に法定されていること (Legalität) を考慮すれば、さしあたり法に適合している (Rechtmäßigkeit) との推測を享受する」という点である。判例④の特徴は、刑法一八六条と結びつけての民法八二三条二項に基づく損害賠償訴訟の場合には証明責任という問題が重要になるとした点、および、行為の正当化にあたって法益衡量と利益衡量の観点を引き合いに出した点である。判例⑤の特徴は、単なる軽過失による法律状況 (Rechtslage) の誤認の場合には、侵害の違法性は否定されなければならないとする点である。判例⑥の特徴は、刑法一八六条にいう「事実主張 (Tatsachenbehauptung)」とは異なる単なる「意見表明 (Meinungsäußerung)」という意義を通報に認めた点、および、「弁護士による通報の実行は、違法な行為ではなく、基本法によって保障され、法治国家的保障によって付与された手続である。そのような手続の開始は原則として許される。これと異なった結論になりうるのは、それが悪ふざけ (mutwillig) によって行われた場合のみである」というように、前掲の連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定と同様の観点を引き合いに出している点である。判例⑦の特徴は、供述等の正当性は、それが行われた本来の手続の進行が耐え難い方法で制限されないように、その本来の手続の中で検討されなければならない(ただし、ミューラー・ディーツによれば、本来の手続が打ち切られていない場合に限る) としている点である⁽¹⁷⁷⁾。

II 4において、ミューラー・ディーツは、以上の判例を次のように総括する。すなわち、「通報が善意で実行された

事案の場合、刑法一八六条と結びつけた民法八二三条一項ないし二項による損害賠償請求は、被疑者が実際に犯罪行為に着手していたという想定が過失に基づく場合に、いずれにしても排除される」。これに対して、賠償が認められるのは、「例えば非難の根拠がないことが何の問題もなく明白であるなどのために、通報が悪ふざけで (mutwillig) または軽率に (leichtfertig) に実行された場合、したがって、通報が「出まかせ (ins Blaue hinein)」で行われた場合のみである」とする。⁽¹⁷⁶⁾

II 5において、ミューラー・ディーツは、これらの判例理論に関する学説について、次のように紹介・分析を行う。⁽¹⁷⁷⁾ まず、E・ヘレ (Ernst Helle)⁽¹⁸⁰⁾ は、(法で定められた手続) 定式は原則として真实性の問題の検討を許さないとし、また、J・ヘレ (Jürgen Helle)⁽¹⁸¹⁾ もこの場合に民事法上の名誉保護を認めないが、これらは少数説である。通説の見解は、(法律で定められた手続) 定式は名誉侵害を伴う事実主張を正当化することはないとする。しかし、学説の内容は一樣ではない。例えば、ホプトは、⁽¹⁸²⁾ 犯罪行為が重大で、それに伴って説明に関する公益が重大であればあるほど、通報実行者に課される照会義務 (Erfkundigungspflicht) は軽くなり、また、嫌疑が強い場合や、緊急である場合にも義務は軽くなるが、常に犯罪行為の根拠 (Anhaltspunkt) が前提条件になるとする。ヴァイトナウアーは、⁽¹⁸³⁾ ホプトのような考え方に異論を唱え、不法行為の構造に応じて、名誉侵害が存在し、かつ、法益衡量および利益衡量の視点から違法なものと判断されなければならないか否かが個別的に検討されなければならないとする。ケッツ (Hein Kötz)⁽¹⁸⁴⁾ は、問題となる手続の方法と関係する公益および私益の重要性に従った行動義務に違反すれば、法律で定められた手続によつたとしても、違法となり得るとする。メルテンス (Hans-Joachim Mertens)⁽¹⁸⁵⁾ は、「権限なき主張のリスクを被害者自身に課すような国家的な出訴の保障 (Rechtsschutzgarantie) および秩序の利益 (Ordnungsinteresse) をどのくらい要求するか、それに対して、根拠がなくはなく手続に巻き込まれるその利益をどの程度承認されるか」が重要であるとし

たうえで、「この場合に行われるべき利益衡量および利益衡量は、その都度、手続の方式や意義、不当に主張された者に対する結果を考慮しなくてはならないだろうが、その場合、もちろん……原則として、国家司法の自由な利用可能性 (freie Zugänglichkeit der staatlichen Rechtspflege) に対する重大な公益が、法律状況 (Rechtslage) の過失による間違つた評価の結果に対する責任を排除することを出発点としなければならぬ」。そして、通報の実行の場合には、通報人が、刑法一六四条の限界を条件として、名誉侵害的主張を思いとどまる必要がないという程度に価値が卓越していることが、法秩序の防衛という観点というにふさわしいとする。なお、医師に関する通報について、ドイチュ (Erwin Deutsch)⁽¹⁸⁶⁾ は、調査義務 (Nachforschungspflicht) を出発点とし、患者とその弁護士は、カルテを閲覧しなければならず、調停申立ての場合には専門家鑑定を申請しなければならないとする。他方で、D・ステュアー H・J・ステュアー (Dorothee Stuhr und Hans-Jürgen Stuhr)⁽¹⁸⁷⁾ は、調査義務 (Nachforschungspflicht) および説明義務 (Aufklärungspflicht) を否定し、患者の視点から事実適合しないで実行された十分で客観的な根拠が存在する場合、あるいは同意を含まない医師の措置が存在する場合には、通報を許容されるものとする⁽¹⁸⁸⁾。

III において、ミュラー・ディーツは、関連する刑事法上の問題を検討する。本論文との関係で特に重要と思われるのは、以下のような指摘である。

III 2 において、ミュラー・ディーツは、通報が調査義務のある当局に対して実行される場合に、嫌疑を説明することはその当局の義務であることを理由に、通報者に固有の情報収集義務 (Informationspflicht) および調査義務 (Prüfungspflicht) が通常は否定されるとしたライヒ裁判所判例があり、その後もそのような原則が判例・学説において維持され、故意または軽率な虚偽通報のみが問題とされていることを指摘する⁽¹⁹¹⁾。そして、連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定も故意または軽率な虚偽通報を問題としている旨を指摘したうえで、そのような判断に至った理由に

ついで、同決定文のいう「法的平和の維持および犯罪行為の解明に対する公衆の利益」が存在しないことを示唆する⁽¹⁹²⁾。

Ⅲ3において、ミューラー・デイツは、問題の所在が、何が「軽率な」通報にあたるか、すなわち、通報実行者が一定の情報収集義務と調査義務を果たしたか否かにあることを指摘する⁽¹⁹³⁾。そして、過失概念に関する刑法解釈学上の主要な見解を紹介・分析したうえで、「通報は『でまかせ (ins Blaue hinein)』で実行されてはならない、すなわち、少なくとも、そうした嫌疑を正当化する一定の拠り所 (gewisse Anhaltspunkte) が存在していなければならない」と結論づける⁽¹⁹⁴⁾。そして、これとの関係で、連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定が「認識可能な根拠 (erkennbarer Grund)」という文言を用いたことを指摘したうえで、「それに応じて、通報人は、非難、しかもその正当性に関して場合によって疑念が生じうる非難を基礎づけ(う)るような、自らの認識している事情を、調査当局に伝達すべきことが、義務づけられている」と結論づける⁽¹⁹⁵⁾。そして、「通報人がこのような方法で本心を明かにすれば、その通報が結局は事実に関して正当な理由がないことが示されたり、あるいは、事実関係が(十分に)明らかにされ得ない」ということで、その通報人が足下をすくわれてしまうことは——刑事法上も民事法上も——ほとんどあり得ない⁽¹⁹⁶⁾とする。

Ⅲ4において、ミューラー・デイツは、通報人が「直接に警察または検察に相談した場合に、通報実行者に情報収集義務および調査義務を課すことは、期待できるものでもなく、事実上は必要不可欠なものでもない」とし、「まさに、犯罪行為の訴追および解明は国家組織の任務であるので、そもそも通報が実行されるべきか(あるいは可能か)否かの問題の解明に至るべきいわば『下捜査 (Vornichtung)』は、個々人の問題ではあり得」ず、そうでなければ、「国家司法への利用可能性が……阻害される」とする⁽¹⁹⁷⁾。また、刑事手続の端緒の大部分が通報であることを引き合いに出して刑事司法の機能発揮という市民と国家の利益を指摘しつつ、正当な理由のない通報によってその被害者に生じうる負担および否定的効果は、「訴訟法そのものが被疑者の権利・利益の確保に十分な保障を準備している限りで、法治

国家として甘受できる」とし、これは連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定も明言することであるとする⁽¹⁹⁸⁾。そして最後に、手続の質とその都度実施される捜査こそが、被疑者が負担する限界を決定づけるのであり、これを前提にすれば、主観的に誠実な通報実行者に賠償義務を負わせるような偽の打開策 (apokryphe Auswege) はそもそも出てこないとする⁽¹⁹⁹⁾。

(四) 若干の補足——近時のドイツ民事法学説を参考にして

ミュラー・ディーツ論文が公刊されてから既に二〇年以上経過しているため、その後の状況に関して可能な範囲で補足をする。前述(二)「民事不法行為責任をめぐる議論の概要」では主に刑事法学における通説的見解を確認したので、ここでは、主に民事法学における主要な見解を確認する。

ケッツィヴァーグナー (Hein Kötz und Gerhard Wagner) は、ドイツ不法行為法に関する代表的教科書において、「不当な手続開始 (unberechtigte Verfahrenseinleitung)」すなわち他人に対する国家の手続を開始するものの具体例として、通報・申告 (Strafanzeige) の実行を挙げる⁽²⁰⁰⁾。同教科書には通報・申告に関する具体的事例への言及はないが、次のような関連判例が紹介される。すなわち、連邦通常裁判所二〇〇三年三月二五日判決は、破産管財人が敗訴時に負担する弁護士費用の支払請求に応じるのが破産財団の総額では十分ではないと認識しつつ口座残高の支払を請求し続けたという事案において、「法律上定められている司法手続をとることは、そのことが良俗に反し、加害の(未必の)故意をもって行われる場合を除いては、責任を発生させることはない⁽²⁰²⁾」。訴訟は判決を求める行為の正当性を審査する目的で行われるから、相手方は手続の開始に必然的にもなう不利益は忍受しなければならない、という。『国家の司法手続への自由なアクセスという要請は、訴えを起さそうとする者に対して、明白で誤りでないかを確認する以上

の調査義務を課すものではない⁽²⁰³⁾。同じことをアメリカの裁判所……〔も述べている〕⁽²⁰⁴⁾。そして、そこから、ケッツ＝ヴァーグナーは、「法的保護を求めることに失敗した者の責任の根拠は、八二六条のみということになる」と結論づける⁽²⁰⁵⁾。さらに、判例上、「錯誤する権利 (Recht auf Irrtum)」が裁判上の請求権の行使の場合には認められるのに対して、裁判外での行使の場合には認められない⁽²⁰⁶⁾。ただし、近時の判例で、民法二八〇条に関して、客観的義務違反はあるが、「もつともなチェック (Plausibilitätskontrolle)」をしていたことで帰責事由がなくなるとして、矛盾を解消しようとしたものがある⁽²⁰⁷⁾。ことに言及しつつ、仮に不当な請求権の裁判外での行使が同じ請求権の裁判上の行使よりも厳しく責任を問われるとするならば、「相手方とあらかじめ接触をとらずに訴えを提起した者の方が、まずは穏便に和解を試みて請求を裁判外で主張した者よりその立場が良くなってしまう。裁判所へのアクセスの前に裁判外での交渉段階を設けた当事者を責任法上このように差別することは、そのような行動を促すようなインセンティブを与えようとする民事訴訟法九三条の価値判断とまともに対立することになる。これを別としてさらに上の段階、つまり裁判所への訴えの提起に至ることは、責任発生の基準を引き下げうるものではない」として、最終的に、「後に不当であると分かたれた権利行使のすべての事例に同じ基準を立てる」べきであり、具体的には、「錯誤のリスクを負うことのないようにさしあたり入手可能な情報に照らして、当事者が自分の立場を検討するのを義務付ける」必要があると結論づける⁽²⁰⁸⁾。そして、「緩やかな過失責任」というこのルール——軽率性 [Leichterfertigkeit] のある場合のみの責任といってもよい——は、裁判上と裁判外の請求権の行使に区別なく適用されるものであり、したがって、不当な保護権行使の事例も取り込まれるのである⁽²⁰⁹⁾とする。なお、ケッツ＝ヴァーグナーは、同教科書の別の箇所、名誉侵害に関して最も基本的な区別として、「事実の主張 (tatsachenbehauptung)」と「価値判断 (Werturteil)」の区別があることを述べている⁽²¹⁰⁾。ところで、ヴァーグナーは、代表的なドイツ民法のコンメンタールの不法行為法に関する部分の著者でもある⁽²¹¹⁾。そ

のコンメンタールには一步踏み込んだ指摘も見られるので、それらを確認しておく。ヴァーグナーは、まず、現在の判例の状況に関して、民事原告・告訴人・通報実行者に「特権 (Privilegium)」が認められており、具体的には、誠実に行動をした者、つまり、自らの事件に関して主観的に確信をもった当事者は「錯誤する権利」が認められることから、事実状況および法律状況の過失による誤認は不法行為責任を基礎づけられないという。ただし、故意の場合のほか、軽率に行動をする者にはこの特権が認められず、明白な指示による注意義務を怠ったことによる「法律状況ないし事実状況の特に重大な程度の誤認」などがこの場合にあたる。他方で、訴訟当事者は事実状況および法律状況について訴えの提起前にはいかなる説明および調査についての注意義務も負わされていないという。⁽²¹³⁾そして、それに基づいて、不当な事実主張 (Vortrag von Tatsachen) および名誉侵害について、その発言が法治国家的手続の枠組みの中で行われる限りで、不法行為法上の責任は認められ得ないとする。⁽²¹⁴⁾さらに、国家の法律で定められた手続を使用することは、「正当化事由 (Rechtfertigungsgrund)」ではなく、そもそも注意違反 (sorgfaltswidrig) ではないとする。⁽²¹⁵⁾そして、「通常の場合、相手方は、刑事訴訟および民事訴訟と結びついた不利益に対して、既に当該手続規則それ自体によって保護されている。……事実関係の説明は裁判手続の本質的な内容であり、……その費用が……〔敗訴者等〕によって引き受けられなければならないとしたならば、民事原告・告訴人・通報実行者は、そのような手続がそもそも法廷に持ち出されるあるいは通報が実行される前に、事実関係を自己の費用で説明するよう義務付けられ得ない、という結果に自ずからなる。むしろ、民事原告、告訴人、あるいは通報実行者は、誠実にかつ軽率にはなく、つまり、自己の自由になる情報に基づいて自らのイニシアチブの正当性に確信をもっており、かつ、その確信が明白な事情の誤解や容易な説明可能性の無視に基づいておらずに、行動しているならば、通例、それでその注意義務は果たされている」と結論づける。⁽²¹⁶⁾さらに、錯誤特権の物的・人的な射程に関して、錯誤特権は「訴訟の相手方の保護が訴訟規則それ自

体によって保障されていること」が条件であるとす⁽²¹⁷⁾。そして、「……告訴申立て……によって脅かされる損害が大きくなればなるほど、……「告訴人」がより綿密な調査と熟慮を行うことなく、自らの善意を信頼しても構わない、とすることはできなくなる」と結んでいる⁽²¹⁸⁾。

これまでドイツにおける議論の状況を確認してきたが、ここではあえて客観的な紹介・分析にとどめ、これらに基づく日本法への示唆に関しては、本論文最後の「むすびにかえて」において、まとめることとしたい。

六 総合的検討

本論文では、これまで、告訴権の濫用的行使に対する民事不法行為責任の成否に関して、様々な観点から検討を行ってきた。しかし、それらの検討で取り上げられなかった問題が少なからず残されている。ここでは、告訴権の本質と限界を視野に入れつつ、それらの残された問題を中心に告訴人の不法行為責任について総合的な検討を行い、あわせて、実務上大きな意義を持つであろう不法行為責任の成否に影響を与える諸事情について検討していく。

1 告訴の前提事実についての調査・確認の必要性

(一) 告訴の法的性質

(1) 訴訟行為たる主張、公訴提起の違法性の判断基準との比較

① 訴訟行為たる主張

告訴は、「犯罪の被害者その他一定の者が、捜査機関に対して、犯罪事実を申告し、その訴追ないし処罰を求める意思表示」である。

告訴の法的性質は、「訴訟行為たる主張」であるとされる。⁽²¹⁹⁾ また、そのことから、「証拠資料の提供の有無は告訴の効力に影響を与えるものではない」⁽²²⁰⁾とされる。

これと似た議論が、検察官による公訴提起に関しても存在する。検察官は有罪を得られる見込み（嫌疑）がなければ起訴することができないか、すなわち、公訴権濫用論における「嫌疑なき起訴」の問題である。具体的には事実的な嫌疑の欠如（証拠不十分）の場合と法律的な嫌疑の欠如（罪とならず）の場合とが含まれるが、それらのいずれの場合も、通説的見解によれば、起訴は有効とされている。⁽²²¹⁾

以上のように、刑事訴訟法上は、告訴のような訴訟行為たる主張は、証拠資料等と切り離され、告訴それ自体の有効性が問われる。

② 公訴提起をめぐる国家賠償請求訴訟における違法性の判断基準
——行為時判断、告訴人および告訴代理人として通常要求される調査・確認

前述のように、告訴と公訴提起は、訴訟行為たる主張という点で、似た側面をもつ。そのことから、告訴の民事法上の違法性を考えるにあたっては、公訴提起の民事法上の違法性の判断基準が大きく参考になると考えられる。公訴提起の違法性については、国家賠償請求訴訟において次のような判断基準が示されている。

まず、いわゆる「芦別国家賠償請求事件」に関する最判昭五三・一〇・二〇(民集三三卷七号二二六七頁)⁽²²²⁾は、次のように判示する。

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。ただし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである。」

そして、いわゆる「沖繩ゼネスト警官殺害事件国家賠償請求事件」に関する最判平一・六・二九(民集四三卷六号六六四頁)⁽²²³⁾は、前述の芦別国家賠償請求事件最高裁判決を受けて、次のように判示する。

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに公訴の提起が違法となることはなく、公訴提起時の検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、右提起時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが当裁判所の判例(最高裁昭和四九年(オ)第四一九号同五三年一〇月二〇日第二小法廷判決・民集三三卷七号一三六七頁)であるところ、公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。したがって、公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現れた証拠資料

であつて、通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認められる証拠資料をもつて公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されないものというべきである。」

ここで示されている重要な点は、①違法性判断の基準時が「公訴の提起時」であること、すなわち、行為時判断であること（職務行為為基準説）、そして、②違法性判断の前提事情（判断基底）が「現に収集した証拠資料」と「通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料」であることである。

これを告訴の場合にあてはめれば、①違法性判断の基準時は、告訴を行った時点となり、②違法性判断の前提事情（判断基底）は、告訴人および告訴代理人が現に収集した証拠資料と通常要求される調査・確認を遂行すれば収集し得た証拠資料ということになる。ここで問題としている告訴の前提事実についての調査・確認の必要性という観点からは、告訴人および告訴代理人が、告訴を行った時点において、「通常要求される」調査・確認を行っていたかが、問題とされるのである。

とりわけ重要なのは、②違法性判断の前提事情（判断基底）について、より具体的に「誰」を基準として通常要求されるかである。告訴の場合には、単なる一般市民ではなく、「犯罪被害者という立場に立たされた一般市民」である。また、告訴が代理人によって行われる場合（刑訴法二四〇条）には、告訴人および代理人であり、代理人については、告訴の代理の性質や制度の趣旨・目的を考慮に入れなければならない。また、代理人が弁護士である場合には、そのことも考慮に入れなければならない。これらの点については、本論文七「告訴任意代理人弁護士の上不法行為責任」で詳しく述べる。

（２）事実と法的評価

告訴権者が申告するのは、「犯罪事実」である。この犯罪事実は、より厳密に言えば、「事実」と「法的評価」に分け

ることができ、しかも、その両者は密接に関連している。「事実」といっても「犯罪構成要件に該当すべき事実」が問題となっているのである。より具体的には、告訴権者は、告訴をする場面において、自己が経験した事実や伝聞した事実などを前提にして、犯罪構成要件は何であるかを理解した上で、その要件に該当する事実を判別・抽出し、申告することが求められることになる。しかし、このような一連のプロセスを告訴権者が一般市民である場合には厳密に期待することはできない。以上のように、告訴は、事実と法的評価の混合体であること、そしてその判断を市民が行わなければならないことを検討の前提に置かなければならないのである。

さらに、法的な見解の表明については、意見ないし論評に属するものとして、最判平一六・七・一五（民集五八巻五号一六一一頁）⁽²²⁴⁾においても、名誉毀損に係る不法行為責任の成否に關してではあるが、事実を摘示するものと比べて、緩和された免責要件が提示されている。

「法的な見解の表明には、その前提として、上記特定の事項を明示的又は黙示的に主張するものと解されるため事実の摘示を含むものというべき場合があることは否定し得ないが、法的な見解の表明それ自体は、それが判決等により裁判所が判断を示すことができる事項に係るものであつても、そのことを理由に事実を摘示するものとはいえず、意見ないし論評の表明に当たるといふべきである。」としたうえで、「ある事実を基礎としての意見ないし論評の表明による名誉毀損にあつては、その行為が公共の利害に關する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあつた場合に、上記意見ないし論評の前提としている事実が重要な部分について真実であることの証明があつたときには、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、上記行為は違法性を欠くものというべきであり、仮に上記証明がないときにも、行為者において上記事実の重要な部分を真実と信ずるについて相当な理由があれば、その故意又は過失は否定される（最高裁…平成元年二月二日第一小法廷判決…、…最高裁平成九年九月九日第三小法廷判決参照）。」

以上のような「法的評価」について免責要件を緩和する考え方を告訴にあてはめるならば、法的評価の前提としている事実が重要な部分について真実であることの証明があつたとき、または、告訴人においてその前提事実の重要な

部分を真実と信ずるについて相当な理由があるときには、法的評価としての域を逸脱したものでない限り、告訴は違法性を欠くことになるであろう。

(二) 告訴をめぐる実情

(1) 非専門家・被害者等である市民の限界

これまで(一)で述べてきたことは、非専門家である市民の限界という実情からも妥当する。

告訴は、被害者本人が行う場合、法律や捜査の専門家ではない市民が行うのが通常である。一般市民であれば、通常、何が犯罪構成要件に該当する事実なのかを判別・抽出することは困難である。例えば、市民にとっては比較的単純な殺人罪であっても、法律上の故意(殺意)に「未必の故意」が含まれるということは、知らない場合がほとんどである。それゆえ、告訴を行うにあたって、「未必の故意」に対応した事実を、実際の具体的な犯罪被害事実から判別・抽出することも期待できない。そうであるとするならば、告訴の前提となる犯罪被害事実について、一般市民に厳密な調査・確認を期待することはなおのことできないといえる。同様のことを示唆する下級審判例として、**【16】東京地判昭五二・六・一四**⁽²⁵⁾は、次のように判示する。

「告訴者は捜査機関と異なり、犯罪の確証を挙げるために捜査する権能も義務も有しないのであるから、犯人を指摘するについては特に調査して特定人が犯人であるとの確証を挙げる必要はなく、社会通念に照し相当な理由に基づいてその者を犯人と信じ、その所信に従って捜査機関に犯罪事実及び犯人を申告した以上、後日犯人と指摘された者が真実の行為者ではなく、若しくはその者の行為が犯罪を構成しないことが判明しても、その者が被った損害につき過失の責を負わないというべきである。」

また、そもそも被害者自身に犯罪被害事実の調査・確認を期待するには限界がある。被害者自身は、日常生活もままならないほどに、犯罪によって精神的なダメージも受けていることがある。そして、犯罪被害事実を想起すること

によって、フラッシュバックが生じることもある。このような状態の被害者に犯罪被害事実の厳密な調査・確認を期待することは、二次被害を生じさせるおそれがある。

さらに、例えば故意・目的のような主観的構成要件は、主体・客体・行為・結果・因果関係のような客観的構成要件とは異なり、まさに行為者の「主観」に関わるものであり、被害者には外形上は容易に認識しえない。そして、主観的構成要件要素も客観的証拠からの推認によればよいとしても、これを被害者に要求するのは適当とは思われない。仮に要求するとしても、告訴をするに至っている被害者の場合には、告訴という訴追ないし処罰を求める意思表示をしているという状況からみても、ありうる推認の範囲で最も重大な犯罪が成立する方向で推認をしていることが、容易に想像できる。このことは、告訴権者である犯罪被害者等が、自らの被害事件との関係で類型的に不公平な判断をするおそれがある者として、裁判員の不適格事由（裁判員法一七条）や檢察審査員の除斥事由（檢察審査会法七条）、さらに、裁判官の除斥事由（刑訴法二〇条、民訴法二三条）に該当して、当該事件の審査・裁判等に関与できない、という立法判断がなされていることから裏付けられる。

このような主観的構成要件について言及する下級審判例として、**【18】**千葉地判昭五六・一〇・二六⁽²²⁶⁾は、次のように判示する。

「客観的事実は告訴事実⁽¹⁾に事実全体として大綱で合致しており、被告ら側からみた場合、原告の所為は詐欺罪が成立すると疑うにた
りる十分な客観的状況があつたといふことができる。なお、詐欺の犯罪が成立するために不可欠な欺罔の意思の存在については、
以上認定の事実関係ならびに本件証拠によるも明らかではなく、この点はこの種の犯罪につき通常不可欠な強制捜査ないしはこれ
に準ずる徹底した捜査を欠いている……以上、やむをえないところである。」

市民の法的評価の能力に関する限界は、各種の立法例でも裏付けられる。例えば、檢察審査会において第二段階の起訴議決を行うには、「審査補助員」（弁護士の中から事件ごとに一名委嘱され、法令とその解釈の説明、法律的問題

点の整理と関連証拠の整理、法的助言などを行う）を委嘱して法律に関する専門的な知見をも踏まえなければならぬ（檢察審査会法四一条の四）。また、裁判員裁判の評議においては、裁判長は、裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うことが求められている（裁判員法六六条五項）、のがその典例である。

以上の関係で、告訴人が弁護士という法律の専門家に相談をした場合、さらに、告訴任意代理制度（刑訴法二四〇条）を用いた場合、一般市民がなすべき対応のうち、より適切なものを選択しており、そのような場合に告訴人自身に過失ありとすべきではない。⁽²²⁷⁾

（2）捜査の端緒としての告訴

刑事手続の初期段階という告訴がなされるような時期に着目しても、告訴の内容に関して厳密な調査・確認を要求することは適当ではない。

告訴は、捜査機関が犯罪を認知していない段階のものも多く、捜査の端緒となる場合が一般に想定できる。また、通説の見解によっても、告訴は捜査の端緒であるとされている。したがって、少なくとも捜査機関にとっては、証拠等は後から犯罪捜査によって収集されていくことが当然に想定されている。

では、告訴権者は、告訴の前提事実について積極的に調査・確認をする必要があるだろうか。結論として、刑事手続の初期段階という時期や捜査の端緒という側面からも、否定すべきである。犯罪が発生した場合には、できる限り迅速な対応が必要であり、特に初期捜査の重要性は誰しもが否定できない。そのような初期段階において、十分な調査能力を持っていないのが通常である被害者自身によって調査・確認をするよりも、専門知識や経験、組織力、強力な捜査権限のある捜査機関が捜査する方が、より適切な対応が期待できであろう。

告訴の段階で告訴権者に求められる調査・確認の程度は、仮に告訴の受理と犯罪捜査の開始に関する現在の運用を

是とするならば、告訴の受理がなされる程度ないし「犯罪があると思量する」（刑訴法一八九条二項）程度に至って捜査が実際に開始されれば、十分な水準に達しているといえよう（この点の詳細については後述する）。

（三）告訴期間制度との関係——調査・確認の時間的限界、迅速性の優先

親告罪における告訴には、性犯罪などの一定の場合を除き、六ヶ月の期間制限がある（刑訴法二三五条）。

親告罪の告訴に期間制限が設定される根拠・趣旨は、一般に、刑事訴追を私人の意思にかからせる状態を長期間放置することによる弊害の回避と説明されている。より具体的には、①「犯人の地位の安定」、つまり、告訴権者がいつまでも告訴せず、被疑者の地位を不安定なままにするのは人権上問題であるという考慮と、②「公訴権の適正行使」、つまり、刑事司法権の発動を私人の意思にかからせて、いつまでも不安定な状態におくことは好ましくないという考慮、という二つの異なる観点が含まれると説明されている。さらに、公訴時効制度との比較や、大正刑事訴訟法における制度導入時の立法理由を考慮に入れるならば、とくに②「公訴権の適正行使」の色彩が強いといえる。この②「公訴権の適正行使」という根拠・趣旨は、さらに具体的には、告訴が遅れた場合には、捜査を十分に進めることができず、証拠の散逸等により訴追・処罰の可能性が低くなつてしまひ、国家の訴追権限に不当な制約を課することになったり、被害者の期待に沿えない結果となることがあると説明されている。また、実情として、①私人の場合には、恣意的・濫用的な告訴が考えられる、②親告罪における告訴が訴訟条件であるために、かりに捜査が認められ犯罪事実の証明が十分可能な程度になつても訴追を断念せざるをえなくなり捜査が訴追・処罰という結果に結びつかない、③他の事件の捜査との関係でも早く事件を処理する必要がある（「事件選別」の要請）、などが理由として指摘されている。⁽²²⁸⁾ 以上のような制度根拠・趣旨は立法論として妥当ではなく告訴期間制度は全廃されるべきであると主張しているが、⁽²²⁹⁾

現在の実務における告訴の評価にあたっては、以上のような一般的理解を前提にする必要がある。

そして、告訴期間制度の根拠・趣旨に関する一般的理解を前提にすれば、告訴の前提となる犯罪事実を推認させる確実な客観的根拠よりも、告訴をするか否かの判断を早くすることが求められているといえる。言い換えるなら、告訴期間制度は、「確実性」よりも「迅速性」を求めているというのである。このことは、告訴後に捜査機関という専門機関の捜査活動が予定されていることからすれば当然ともいえる。

これを告訴人の視点からみれば、告訴人は、自己以外の利益（「公訴権の適正行使」という公益（および、見解によっては、「犯人の地位の安定」））を考慮した制度によって、非親告罪の被害者等に比べて、告訴までの時間が制限されてしまっていることになる。それは、その前提となる事実についての調査・確認に当てられる時間が制限されてしまっていることを意味する。さらに、後述のような告訴に対する説得・不受理の実情を考慮に入れるならば、告訴人が告訴の準備としてその前提となる事実について調査・確認に当てられる時間は、実質的には六ヵ月よりもはるかに短いことになる。

告訴期間制度の対象となる親告罪における告訴については、告訴人が告訴にあたって求められる調査・確認の程度を検討するにあたっては、以上のような事情を背景にしていることを考慮しなければならない。他方で、非親告罪における告訴等については、告訴の期間制限に服しないため、告訴期間制度に関して考慮すべき事項がそのままではまるわけではない。しかし、告訴期間制度が採用されている親告罪における告訴の対象となつている事実と密接な関連をもつ事実に関して告訴をする場合には、以上のような事情を考慮に入れるべきである。

2 告訴の受理と告訴の法的評価への影響

（一）告訴の受理をめぐる実務の実態

犯罪捜査規範六三条一項が「司法警察員たる警察官は、告訴、告発または自首をする者があつたときは、管轄区域内の事件であるかどうかを問わず、この節に定めるところにより、これを受理しなければならない。」と規定していることから、告訴には受理義務がある。しかし、他方で、犯罪捜査規範六五条の規定に従い、資料を提出させたり、追加説明を求めたりして、告訴の趣旨を理解してもらうよう努めつつ、告訴が濫用的に行使されないよう説得したり、濫用的に行使された告訴を不受理とする実務上の取扱いがなされている。⁽²³⁰⁾

この点に関して、一般に受理義務がないとされるのは、以下の四類型である。

- ① 申告している犯罪事実が不明確で、犯罪事実の申告といえないもの
- ② 明らかに罪とならない事実を告訴（告発）事実とするもの
- ③ 申告に係る犯罪事実につき、既に公訴時効が完成しているもの
- ④ 処罰を求める意思の存在が不明確であるもの

また、受理義務の有無について争いがあるのは、以下の三類型である。

- ⑤ 民事紛争を有利に解決することが目的とみられるもの
- ⑥ 申告内容それ自体は罪となるべき事実を含んでいるが、申告人の説明内容や、その挙動、態度等から申立てが極めて不合理で、到底信用し難いと思われるもの

⑦告訴（告発） マニアによる濫告訴（告発）とみられるもの等⁽²³¹⁾

より具体的な捜査実務の対応として、「犯罪の不成立が明白であるような告訴や、根拠が必ずしも十分と認められないような告訴については、告訴人に対しその旨を説明し、告訴を思いとどまらせるなり、告訴状を補正させ、あるいは疎明資料を追加させるなりした上でこれらを受理する措置を執ることが多いようであるが、申立人があくまでも受理を求める場合には、これを受理する取扱いにしているようである」⁽²³²⁾。

また、告訴の不受理の実態について、日本弁護士連合会犯罪被害者支援委員会『告訴アンケートに関する報告』（二〇〇六年四月五日公開）によれば、調査範囲内（回答総数弁護士三二一人）では、多くの弁護士が警察の告訴不受理問題について問題を感じており、二〇〇〇年の法改正以降でも調査時までには、告訴が拒否されることが四五%以上であり、最終的に受理されないのも三〇%以上である⁽²³³⁾。

また、告訴状の受理ではなく、「コピーのみ預かり」という運用もなされている。この「コピーのみ預かり」という運用は、警視庁を例にすると、警視庁二〇〇三年通達では、「第3 告訴等の取扱いに関する基本的留意事項」の「4 資料提出等の要求」の「(4) その他捜査上参考となる資料」において、「相談に際して提出資料を預かる場合には、事後の誤解や紛議を防止するため、告訴等の受理ではない旨を明確に説明して了解を得るとともに、告訴状等の原本は預からないこと。」との注意書きがあり、これに依拠している可能性もあるという⁽²³⁴⁾。

さらに、元検察実務家も、告訴・告発状について、検討を要する場合には、「仮に預り保管する」のではなく、「写しを提出」させることを示唆している⁽²³⁵⁾。

(二) 説得・不受理の実態からみた受理の意味

以上のように、告訴の受理にあたっては、一定水準の内容と根拠が求められている。

これを前提とすると、明らかに罪とならない事実を告訴事実としている場合や、根拠が必ずしも十分と認められない場合は、受理義務があるとは必ずしもいえない場合となり、説得、告訴状の補正、疎明資料の追加要請が通常なされるべきことになる。

これを逆から見れば、現在の實務の取扱いを前提にすると、告訴の受理にあたって、説得、告訴状の補正、疎明資料の追加要請がなく、さらに説得等に反した告訴人の受理要求がないという事情があれば、当初の告訴が一定水準の内容と根拠を充足していたと推認することができる。

(三) 告訴の受理と違法評価との関係——故意と過失の峻別、捜査機関の過失との競合

告訴は受理されれば違法と評価されなくなるというわけではない。

虚偽の告訴であることについて故意が認められ、捜査機関の判断を誤らせて犯罪捜査を自己の意図する目的に利用しようとしている場合(すなわち、積極的な濫用的行使の場合)には、捜査機関の現状の注意義務をもってしても、受理の段階で対応することは期待できないであろう。⁽²³⁷⁾このような場合には、告訴が受理されていたとしても、その告訴は違法なものと評価されることになる。そして、これは、刑事法上は、虚偽告訴罪(刑法一七二条)に該当することになる。

他方で、告訴人の過失が問題となっている場合は、これとは状況が異なる。すなわち、期待可能な注意(調査・確認)の程度は、告訴人よりも捜査機関の方が高いのが通常である。説得・不受理の実態は、仮に肯定的に解釈すれば、

このような注意（調査・確認）能力を前提に、実際に捜査機関側が告訴人よりも高度に注意を払い、調査・確認を行っていることを反映しているものともいえる。

そうであるとするならば、捜査機関によって現在の実態のとおり高度な注意が払われ調査・確認が行われた上で告訴が受理されている場合には、注意（調査・確認）能力の低い、したがって注意義務も捜査機関と同等かそれよりも限定されているのが通常である告訴人は、注意義務を果たしているといつてよいはずである。

そうすると、告訴人の過失が問題となっている場合で、誤った受理が問題となるというのは、通常に行われている捜査機関の高度な注意（調査・確認）がなされなかったことを意味する。捜査機関に過失が存在すること（すなわち、過失の競合）を理由に、告訴人が免責されるというわけではないが、仮に被告告訴人に損害が生じたならば、それに対する第一の責任は捜査機関が負うべきである。⁽²³⁸⁾

なお、同旨の見解が、刑法法一八三条一項の訴訟費用の負担についてはあるが、存在する。すなわち、「公訴の提起は、告訴人等の申告をうのみにすることなく、様々な角度から批判的捜査も尽くした上、慎重に決せられるべきものであるから、本項の適用があるのは、普通、検察官、司法警察職員の過失が競合する場合であろう。しかし、捜査官に過失があったからといって、故意又は重大な過失のある告訴人等が免責される理由はない。とはいえ、わが国の捜査官の能力等を考えれば、実際に本項が適用されるといった事態は極めてまれにしか発生しないであろう。」⁽²³⁹⁾というものである。

また、同条二項の被疑者段階の国選弁護人の費用についても、同様のことが述べられている。すなわち、「そこ〔被疑者が勾留されて国選弁護人が選任される〕に至るまでには慎重に種々の捜査が重ねられているはずであるから、実際に本項が適用されるといった事態は、本条一項の場合と同様、やはりまれにしか発生しないであろう。」⁽²⁴⁰⁾というもの

である。

いずれも、訴訟費用等の負担について、捜査機関の能力と捜査の実態を考慮していることが特筆すべき点である。ただし、訴訟費用等に関するこれらの議論で問題とされているのは、捜査が開始されて以降の捜査段階ないし公訴提起段階の検察官および司法警察職員の過失との競合であるから、告訴の受理の段階にもその説明がそのままではまゐるわけではない。しかし、前述のような説得・不受理の実態は、捜査段階ないし公訴提起段階における検察官および司法警察職員の過失との競合と匹敵する状況を生み出しており、受理との関係でも、被告訴人に生じた損害に対する第一の責任は捜査機関が負うものと考えるべきである。

3 捜査の開始と告訴の法的評価への影響

（一）捜査の開始と「犯罪があると思料するとき」（刑訴法一八九条二項）

刑訴法一八九条二項は、「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」と規定する。

同条項にいう「犯罪があると思料するとき」とは、特定の犯罪の嫌疑があると認められるときをいうとされる。⁽²¹⁾他方で、特定の犯罪についての嫌疑ではなく、何か犯罪となるべき不正が行われたかもしれないと思われる段階でなされる捜査機関の活動、例えば、匿名の申告や風評の内容の真偽や確度について調査することは、捜査着手のための準備活動であって、刑事訴訟法上は捜査とはいえないとされる。⁽²²⁾このことから、捜査が開始されたことは、特定の犯罪の嫌疑があることを意味することになる。

そして、被告人に対する取調べが、被疑者取調べ（刑訴法一九八条）として実施されている場合はもちろんのこと、第三者の取調べ（刑訴法二二三条）として実施されている場合にも、条文の文言上は「犯罪の捜査をするに必要があるとき」という前提条件があることから、その時点で捜査が開始されており、さらに捜査が継続している限りで特定の犯罪の嫌疑が存在し続けていたということになる。

（二）犯罪の嫌疑の認定権者、認定の根拠

通説の見解によれば、「犯罪があると思料するとき」、すなわち、「特定の犯罪の嫌疑」の認定権は司法警察職員にあるとされる。⁽²⁴³⁾ 他方で、要求される根拠・資料については争いがあり、司法警察職員の認定が恣意的なものであつてはならないことはもちろんであるが、その原因の客観性すら必要ではないとするものから、犯罪の存在を一応推認させる程度の資料があれば足りる、客観的な事情が特定の犯罪を疑わしめる場合であることを必要とするというものまで、幅がある。⁽²⁴⁴⁾

まず、「特定の犯罪の嫌疑」の認定権者が、犯罪に関して知識と経験を通常は持たない一般市民ではなく、さらに「司法警察職員」ではなく、犯罪と犯罪捜査に関して特に専門的な知識と経験をもっていることが期待される「司法警察員」であることが重要である。すなわち、告訴の受理の権限は司法警察職員すべてにあるのではなく、より専門的な知識と経験をもつ司法警察員に限られているのである（刑訴法二四一条）。そのような司法警察員の認定は、一般通常人の判断よりも明らかに「慎重」である。それゆえ、受理と捜査開始は、特定の犯罪の嫌疑を強く推認させる。

次に、「特定の犯罪の嫌疑」の認定の根拠について、告訴と不法行為に関する諸判例で見たような「客観的根拠」が、必ずしも要求されていない点が重要である。捜査活動は、一般に、公訴提起をするか否かを判断するためのあくまで

準備活動であるとされているのであるから、その開始時点やその途中で、捜査機関に一律に「客観的根拠」を要求するのは、實際上困難と見ているからであろう。また、そのように「客観的根拠」なく捜査を開始・継続することが許されるのは、捜査活動によって実現されるべき公益があるからであるとともに、おそらく「客観的根拠」を補うだけの専門的な知識と経験が司法警察員には期待できると考えられたからであろう。⁽²⁴⁵⁾

これを告訴人についてみると、告訴の公益性は、捜査の端緒や検察官の訴追裁量の適正化等として、現行法の解釈としても一般に認められており、⁽²⁴⁶⁾また、【16】東京地判昭五二・六・一四でも、「直ちに行為者を特定してその犯罪事実を捜査機関に申告することは犯罪の捜査を容易にし、犯人の検挙に協力することになるのであって治安維持上望ましい」という形で具体的に指摘されている。そして、告訴が捜査の端緒として捜査開始のきっかけにもなることが多いため、告訴を行って段階で求められる「特定の犯罪の嫌疑」は、刑事手続の初期段階で求められるべきものを想定しなければならぬ、すなわち、捜査の継続や起訴において求められるような「特定の犯罪の嫌疑」よりも低い程度のもを想定しなければならないといえよう。それと対応して、「客観的根拠」も、捜査の継続や起訴と比べて、限定された範囲のものでよいことになる。

他方で、「客観的な根拠」を補うだけの専門的知識と経験がないことについては、告訴人本人に関していえば、告訴に関して、弁護士や捜査機関に相談することで補われるべきである。前述のように、被害者等である一般市民に客観的根拠を調査・確認することを要求するのは妥当ではないからである。そしてまた、前述のように、客観的根拠が不足する場合には、現在の告訴の受理に関する実務の対応を前提にするならば、説得なり、告訴状の補正なり、疎明資料の追加要請なりで対応できることになる。このような対応がなされないことは、告訴の受理、すなわち、捜査の開始時点でも、「特定の犯罪の嫌疑」が「司法警察員」によって認定されていたということが推認できよう。

(三) 告訴の受理と犯罪の捜査

さらに、告訴事件の場合には、警察から検察官に書類・証拠物を迅速に全件送付する義務（刑訴法二四二条）、検察官から告訴人に起訴・不起訴処分等を迅速に通知する義務（刑訴法二六〇条）、告訴人から請求があつた場合に検察官から告訴人に不起訴処分の理由を迅速に告知する義務（刑訴法二六一一条）があり、その前提として捜査義務が発生すると考えられている。⁽²⁴⁷⁾ そうすると、「特定の犯罪の嫌疑」がなくても、捜査をせざるを得ないために、捜査をしているということになるのではないかと、との疑問が生じよう。

しかし、実務の状況を見ると、告訴の受理に関する説得・不受理により、この問題に対処しているようである。つまり、警察段階においては、原則として、「特定の犯罪の嫌疑」が「司法警察員」によつて認定される場合のみ告訴が受理され、それ以外の場合は説得・不受理等の対応がなされているといえるのである。

したがつて、現行の告訴の受理に関する警察における運用を前提とする限りにおいて、告訴が受理されて捜査が開始されている以上、原則として、「告訴の受理時」において、「特定の犯罪の嫌疑」が「司法警察員」によつて認定されているといえるのである。

4 告訴人の協力と告訴の法的評価への影響

(一) 告訴人の犯罪捜査への協力と二次被害のおそれ

告訴人が犯罪捜査へ協力することは犯罪の捜査にとつて望ましいことであろう。⁽²⁴⁸⁾ さらに進んで、告訴人が捜査機関の捜査に協力することを、告訴が虚偽のものでないことを（間接的に）推認する根拠として用いることも考えられな

いではない。

しかし、そもそも告訴は、犯罪被害者等が主体となっていることを軽視してはならない。すなわち、犯罪被害者は、刑法典が想定するような犯罪の直接被害としての身体的・精神的・財産的損害を受けるのみならず、犯罪被害を受けたことそれ自体による身体的・精神的・財産的ダメージを受けている。とりわけ、告訴との関係では、精神的ダメージの影響により、事件や加害者のことを思い出したりするだけで、日常生活もおぼつかないほどの恐怖などが襲来することがある。このような場合に、犯罪捜査への協力を過度に求めることは、二次被害が発生する原因となる。⁽²⁴⁾このような事情を十分に考慮した上で、犯罪捜査への協力について検討しなければならない。

（二）告訴任意代理制度（刑法法二四〇条）の趣旨の考慮

代理による告訴（刑法法二四〇条）が認められた趣旨は、通説の見解によれば、告訴権者の委任に基づく任意代理人による告訴を認めて、告訴の手續を容易にしようとすることである。⁽²⁵⁾そして、高裁判例や一部の学説において、犯人を処罰すべきかどうか、あるいは告訴をすることの利害損得等について利害関係のない第三者の客観的な判断に委ねるのが適切な場合があることが指摘される。⁽²⁶⁾さらに、前述のような二次被害が発生するおそれのある場合に、告訴人が対応できない捜査機関への協力行為などを補充することが期待でき、むしろ、そのような対応の方が望ましいと考えられる。⁽²⁷⁾そして、この場合には、任意代理人の捜査への協力を含めて、告訴人としての捜査への協力ととらえるべきである。

(三) 捜査への協力が消極的になるその他の要因

捜査への協力が消極的になる理由は二次被害に限られない。例えば、東京高判平二一・一一・二六（判時二〇六九号三三頁）は、被害申告が虚偽であるか否かが争われた事件において不法行為責任を否定したが、その理由の中で次のように述べている。

「被控訴人は、警察官に申告をした目的につき、控訴人に謝らせようと考えたからであり、控訴人の身柄拘束に至るとまでは考えていなかったと供述している……。そして、K検事から、本件痴漢行為の法定刑が最高でも罰金一〇万円にとどまることを知らされて、予想外の低さに驚いたと認められる……。これらによれば、被控訴人は、当初から刑事処分までを望んでいたわけではなかった上に、刑事罰の内容も予想外に低いことを知ったのであるから、控訴人が逮捕、勾留されたこと、本件痴漢行為による被害が軽微なものであることも考慮すれば、捜査に協力する意欲が小さかった（全く協力しなかったわけではない。）としても、犯罪被害者の行動として不自然であるとはいえない。」

以上から、告訴人が捜査に対して協力が消極的であつたとしても、それ自体によつて告訴が虚偽のものであることを推認することは、十分に慎重でなければならないといえよう。

5 不起訴と告訴の法的評価への影響

(一) 手続の進行段階や行使主体に相応した嫌疑の程度

被疑者が不起訴処分となつたことそれ自体によつて、当初の告訴が違法と評価されるべきであらうか。

結論として、被疑者が不起訴となつたことそれ自体を理由に、当初の告訴が違法であつたとは評価することはできない。

まず、嫌疑の程度に関する制度上の位置づけに着目すると、告訴の段階で求められる嫌疑の程度と、起訴の段階で求められる嫌疑の程度とは異なる。刑事訴訟法は、手続段階に応じた嫌疑の程度を想定しており、強度の人権制約を伴う通常逮捕の令状請求でさえ、疎明資料の提供で足りるとされている(刑訴規則一四三条を参照)。それゆえ、捜査の端緒というような刑事手続の初期の段階である告訴の時点で、疎明の程度を超えるような資料の提供を求めることは妥当ではない。

次に、嫌疑の程度に関する運用上の厳格さに着目すると、起訴に関していえば、現在のわが国の有罪率が九九%を超えていることからわかるとおり、捜査が終結した段階ではほぼ確実に有罪の立証が見込まれる事案のみが起訴されていることがわかる。⁽²⁵³⁾これは、他面から見れば、現在の実務においては、起訴に関して求められる嫌疑の程度は比較的高く運用されており、嫌疑の程度があまり低くはない事案も不起訴になっているということである。そしてそれは、不起訴となった事案であっても、一定程度の嫌疑がある事案が含まれていることを意味する。したがって、不起訴になったことそれ自体を理由に、当初の告訴も要求されるべき嫌疑の程度を満たしていない違法なものであると単純に結論を出してしまうことはできない。

さらに、起訴は原則として検察官に限定されている(刑訴法二四七条)。これに対して、告訴を行うのは、通常は一般市民である。一般市民は、通常は、証拠資料の収集能力もなく、法律等の専門知識もない。そのような一般市民と、高度の知識、捜査能力、さらには経験を有する限定された専門家とを同列に扱い、証拠資料の調査・確認を要求することはできない。

(二) 不起訴という事実による故意・過失の推定

本論文「「関連判例の俯瞰と要点」で見たように、【8】最判昭三三・七・一は、告訴に関して、不法行為に基づく損害賠償が認められるためには、不起訴処分という事実のみでは故意・過失は推定できず、原告により告訴人の故意・過失の立証が必要であるとしている。

「詐欺罪の告訴により告訴人が被告訴人の名譽もしくは信用を毀損する不法行為をしたことを原因としてその損害の賠償を請求する債権を主張する者は、少くともその告訴が被告訴人の名譽もしくは信用を毀損することについて、告訴人に故意もしくは過失があつたことを主張し立証しなければならない。原審において、被告告会社は右告訴事件について検察庁より「詐欺の事實は認められないから不起訴にする」との決定の通知を受けたことを認めているけれども、検察官のかような理由による不起訴決定があつたからといってそれだけで直ちに告訴人が告訴によつて被告訴人の名譽もしくは信用を毀損することにつき故意もしくは過失を有したものと推定することはできない。」

(三) 不起訴裁定の主文の違いによる故意・過失の推定

検察官が事件を不起訴処分にするときは、不起訴裁定書によつて不起訴の裁定をする。不起訴裁定の主文には、以下のものがある。⁽²⁵⁴⁾

① 訴訟条件を欠く場合

被疑者死亡、法人等消滅、裁判権なし、第一次裁判権なし・不行使、親告罪の告訴・告発・請求の欠如・無効・取消し、通告欠如、

反則金納付済み、確定判決有あり、保護処分済み、起訴済み、刑の廃止、大赦、時効完成

② 被疑事件が罪とならない場合

刑事未成年、心神喪失、罪とならず

③ 犯罪の嫌疑がない場合

嫌疑なし、嫌疑不十分

④ 犯罪の嫌疑がある場合

刑の免除、起訴猶予

これらのうち、告訴権の濫用的行使に対する民事不法行為責任との関係で特に検討が必要なのは、「罪とならず」、「嫌疑なし」、「嫌疑不十分」である。なぜなら、これらは過失による民事不法行為責任の成否を問題とする場合の調査義務を果たしたか否かに関して重要な示唆が得られるからである。以下では、この三類型について検討を加える。

(1) 「罪とならず」

不起訴裁定の正文を「罪とならず」とする不起訴処分は、「被疑事実が犯罪構成要件に該当しないとき又は犯罪の成立を阻却する事由のあることが証拠上明確なときにする処分をいう。したがって、被疑者が被疑事実とされる行為の行為者であったとしても、その行為が犯罪構成要件に該当しないとき、又は被疑者に故意、過失の不存在などの責任阻却事由、あるいは法令若しくは正当の業務に基づく行為（刑三五）、正当防衛（刑三六一）、緊急避難（刑三七I本）、盗犯等の防止及処分に関する法律一条一項、二項該当などの違法性阻却事由のあることが明白となったとき、すなわち、その行為が犯罪に当たらないことが明らかなる場合に限ってする処分である。ただし、「刑事未成年」、「心神喪失」の裁定をする場合は、それらの理由で不起訴処分がなされるので、この場合は、「罪とならず」の裁定をしない。⁽²⁵⁵⁾」。

さらに、檢察実務において、「告訴状……記載の被疑事実自体が、捜査するまでもなく、法律の明文上、又は解釈上何らの犯罪の構成要件にも当たらないことが明らか……ような場合、「罪とならず」の裁定をすべきことはいうまで

もないが、告訴状……記載の被疑事実は一見、犯罪の構成要件に該当するが、捜査の結果、被疑者の行為が何らの犯罪を構成しないことが明白になったとき……なども、いずれも「罪とならず」の裁定をすべき場合に当た⁽²⁵⁾る」とされる。

以上のうち特に注意を要するのは、「罪とならず」という不起訴裁定の主文となった場合でも、告訴状記載の被疑事実が「一見、犯罪の構成要件に該当するが、捜査の結果、被疑者の行為が何らの犯罪を構成しないことが明白になったとき」も含むという点である。それは、「罪とならず」という不起訴裁定の主文の場合には、専門家である捜査機関をもつても「一見、犯罪の構成要件に該当する」とものと判断してしまい、実際に告訴を受理して捜査を開始している事案が含まれているということである。このような事案について、非専門家である告訴人が「一見、犯罪の構成要件に該当する」と判断してしまうことはやむを得ないといえ、これに過失を認めるのは特段の事情がない限り避けるべきである。

他方で、捜査をするまでもなく犯罪の構成要件に当たらないことが明らかな場合には、その明白性の程度は、通常、告訴人の過失の有無と正の相関関係があると考えられる。ただし、より厳密には、過失判断においては告訴人を基準とした明白性が問題となるのであり、単純な構成要件該当事実以外の法解釈などの専門的知識を必要とする事項については過失が認められにくいことになろう。

以上から、「罪とならず」という不起訴裁定の主文の場合には、告訴が受理され捜査が開始されていることが過失判断に重要な意味をもちうる。

また、「罪とならず」の不起訴裁定の主文である場合、犯罪を構成するかしないかは別として、事実的な意味での行為そのものの存在は認められるともいえる。この場合には、事実に関しては過失はなく、法的評価に関して過失

があるかが問題となることになる。そして、虚偽告訴罪に関する議論のように、法的評価に関しては、原則として過失・重過失を認めるべきではないという立論が成り立ちうるであろう。

(2) 「嫌疑なし」

不起訴裁定の主文を「嫌疑なし」とする不起訴処分は、「被疑事実につき、被疑者がその行為者でないことが明白なとき、又は犯罪の成否を認定すべき証拠のないことが明白なときにする処分をいう」。「すなわち、被疑者が人違いであることが明白になったとき、又は被疑者がその行為者であるかどうか、若しくは被疑者の行為が犯罪に当たるかどうかの点について認定すべき証拠がないことが明白になったときには、「嫌疑なし」と裁定する⁽²⁵⁷⁾」とされる。

ここでは、人違いであることが明白「になった」場合や証拠がないことが明白「になった」場合が想定されており、捜査によって「嫌疑なし」という結論が導き出されることが想定されている。したがって、「嫌疑なし」という不起訴裁定の主文はあくまで捜査の結果によるものであって、告訴の当時に告訴人に故意または過失が存在していたことは関係がないということになる。

(3) 「嫌疑不十分」

不起訴裁定の主文を「嫌疑不十分」とする不起訴処分は、「被疑事実につき、犯罪の成立を認定すべき証拠が不十分などときにする処分をいう。すなわち、被疑者がその行為者であることにつき、又はその行為が犯罪に当たることにつき、これを認定すべき証拠が不十分な場合は、「嫌疑不十分」と裁定する⁽²⁵⁸⁾」とされる。

まず、そもそも、前述(一)手続の進行段階や行使主体に相応した嫌疑の程度を考慮する必要がある。

他方で、仮に虚偽ではない告訴であった場合、捜査機関・訴追機関が組織的・専門的な知識、能力、経験を駆使して捜査を行ってもなお嫌疑ないし証拠が不十分なのであるから、告訴をする段階で、犯罪が成立するの

か否かに関して、捜査機関・訴追機関以上の調査・確認をして、捜査機関・訴追機関以上の判断を下すことは、一般市民には到底不可能であるし、また、組織的な調査能力をもたない弁護士にも困難である。

6 不起訴処分後の告訴人の対応と告訴の法的評価への影響

(一) 不起訴処分後の告訴人の対応

告訴事件の場合には、検察官は、「公訴を提起し、又はこれを提起しない処分をしたときは、速やかにその旨を告訴人……に通知しなければならない。公訴を取り消し、又は事件を他の検察庁の検察官に送致したときも、同様である。」(刑訴法二六〇条)。そして、告訴人等は不起訴理由の告知を請求することができ、検察官は「速やかに告訴人、告発人又は請求人にその理由を告げなければならない」(刑訴法二六一條)。また、職権濫用罪等の一定の犯罪の場合には、告訴人等は付審判請求の申立てをすることができる(刑訴法二六二條)。さらに、告訴人等は、「検察官の公訴を提起しない処分が不服があるときは、その検察官の属する検察庁の所在地を管轄する検察審査会にその処分の当否の審査の申立てをすることができる」(検察審査会法三〇条)。なお、同法二条も参照)。

これらの制度趣旨は、刑訴法二六〇条および刑訴法二六一條の制度趣旨に関する議論にみられるように、検察官の訴追裁量を適正化するという公的な視点と、⁽²⁵⁹⁾ 捜査・訴追手続において犯罪被害者の意思を尊重し、犯罪被害者の権利を保護しようとする視点の二つがあり、⁽²⁶⁰⁾ かつ、両者の視点は排他的なものではなく、併存するものと捉えられている。⁽²⁶¹⁾ そして、不起訴の場合だけでなく起訴や他の検察庁の検察官への事件の送致の場合も通知を要するとされていること(刑訴法二六〇条)、起訴・不起訴処分等の通知は検察官の義務とされている(刑訴法二六〇条)のに対し、不起訴処

分の理由の告知については理由告知の請求があった場合のみの条件付義務であること（刑訴法二六一条）から、犯罪被害者の意思の尊重および犯罪被害者の権利の保護という視点を第一のものと考えるべきである。⁽²⁶²⁾ 他方で、告訴人は、公訴の提起があるまで告訴を取り消すことができる（刑訴法二二七条一項）。

（二）告訴人の対応と告訴の法的評価への影響

以上のような①不起訴理由の告知の請求（刑訴法二六一条）、②付審判請求（刑訴法二六二条）、③檢察審査会への審査申立て（檢察審査会法三〇条）、④告訴の取消し（刑訴法二二七条一項）は、告訴人の対応によるものである。これらの対応を告訴人がとること、あるいは、とらないことは、告訴の法的評価に影響を与えるか。

この点について正面から論じた裁判例は見受けられないが、告訴・告発と檢察審査会への審査申立てについては、**【13】**千葉地館山支判昭四三・一・二五および**【21】**大阪地判昭六〇・八・七において、若干の言及がみられる（なお、民事訴訟との関係では、**【30】**東京地判平一四・一一・三も参照）。

まず、**【13】**千葉地館山支判昭四三・一・二五の事案では、告訴事件が嫌疑不十分（証拠不十分）により不起訴となった後、代理人弁護士により檢察審査会への審査申立てがなされた。檢察審査会が告訴内容の一部である不動産侵害罪について起訴相当の決議をし、檢察庁は再捜査をしたが再び不起訴処分とした。同判決は、「檢察審査会が不動産侵害罪は起訴相当と決議したことは法律専門家でない委員により構成される審査会としては已むを得ないことである」としたうえで、「被告等の原告等に対する告訴や審査申立は客観的に嫌疑が十分でなかったものと認められる」として、最終的に不法行為責任を肯定した。

次に、**【21】**大阪地判昭六〇・八・七の事案では、告発に関して、横領事実は認定できないが、告発に至る経緯・内

容と「檢察審査会において檢察庁に対し初回の不起訴処分についてさらに捜査を尽くすべき旨の議決をしていること」を考慮して、「真実と信じるについて相当な理由」があるとして、過失を否定した。

以上からわかるとおり、兩判決は、告訴人・審査申立人の調査義務との関係で、檢察審査会の審査結果をどのように考慮に入れるべきかを検討したものである。この点に限っていえば、**[13]**千葉地館山支判昭四三・一・二五が、檢察審査会が「法律専門家でない委員により構成される」という点を、調査義務を肯定する根拠にのみ利用し、告訴人や審査申立人も法律専門家でない市民であるという視点から、それらが果たすべき調査義務の限定という方向で検討を加えなかったことには疑問がある。また、仮に調査義務との関係を問題とする場合、前述5「不起訴と告訴の法的評価への影響」と同様に、手続の進行段階に相応した嫌疑の程度が問題とされることにならう。しかし、いずれにしても、これらの裁判例においても、①不起訴理由告知請求、②付審判請求、③檢察審査会審査申立て、④告訴の取消しが、告訴の法的評価にどのように影響を与えるかは述べられていない。

一般的にいつて、①不起訴理由告知請求、②付審判請求、③檢察審査会審査申立ては、告訴ないしその意思を維持する方向での対応であり、④告訴の取消しは、告訴およびその意思を撤回する方向の対応である。それゆえ、①から③の対応がなされれば、告訴が正当なものであり、④の対応がなされれば、告訴が正当なものではなかったと推認することもできそうである。しかし、①から③の対応そのみからは、告訴を申し立てた段階の無過失等を直接推認することはできない。例えば、それらが告訴と同様に根拠なく行われることもありうるからである。他方で、②および③の対応の時点で相応な調査・確認をしてその対応が正当なものとして評価されるならば、告訴の申立ても正当なものであると評価されるべきであろう。これは、対応そのものからの推認の問題ではなく、調査・確認義務の段階的拡大の帰結である。なお、①の対応は、不起訴理由の告知が限定的になされている現在の実務を前提とすれば、被告告訴人の

新たな不利益・負担は通常想定できず、調査・確認義務は問題とならない。その意味で、①の対応は、その対応を認識している限りにおいて、比較的容易であるとともに、正当な告訴人の通常想定される対応と考えられる。したがって、①の対応を行ったことは、少なくともその目的の正当性に関して、当初の告訴の正当性を肯定する方向での一つの判断資料としてよいように思われる。ただし、①の対応を行わない者に不利益な推認を行ってはならない。なぜなら、その対応は犯罪被害者の権利であり義務ではないとともに、例外的に何らかの理由から①の対応を行わないことも考えられるからである。そして、④告訴の取消しという対応がとられる理由は、実際上は、示談の成立等による場合も多い⁽²⁶³⁾。また、告訴の取消しの理由が告訴の前提事実が欠けていることが事後に発覚したことであつたとしても、それは、本論文においてこれまで指摘してきた告訴申立ての正当性・違法性に関する「行為時判断」によるならば、調査・確認義務を果たしていないことを直接推認する事情とはならないものと考えられる。

7 立証責任の所在

(一) 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟における一般的な立証責任論

民事訴訟における立証責任に関しては、法律要件分類説が通説的見解である。この法律要件分類説の内容は、①権利の発生を定める規定（権利根拠規定・権利発生規定）の要件に該当する事實は、その権利の発生を主張する者が立証責任を負う。②いったん発生した権利の消滅を定める規定（権利消滅規定）の要件に該当する事實は、その権利の消滅を主張する者が立証責任を負う。③権利根拠規定に基づく法律効果の発生の障害となる規定（権利障害規定）の要件に該当する事實は、法律効果の発生を争う者が立証責任を負う、というものである。そして、例外として、条文

に「但書」があるときは、但書の要件に該当する事実、条文不適用の要件として、相手方が立証責任を負う（立証責任の転換²⁶⁴）。

以上を前提とすると、民法七〇九条に基づく損害賠償請求訴訟においては、故意・過失、権利・利益の侵害（違法性）、損害の発生、因果関係に該当する事実について、損害賠償を請求する原告側が立証責任を負う。これに対して、責任無能力、違法性阻却事由・不法行為責任阻却事由・免責事由については、損害賠償を請求されている被告側が挙証責任を負うこととなる。

しかし、窪田充見は、不法行為訴訟における要件事実論はあまりうまく機能していない、あるいは、あまり意識されていないと指摘したうえで、それをめぐる議論の再整理を試みる²⁶⁵。特に本論文と関係する具体例を引用するならば、まず、過失判断の前提となる行為義務の問題がある²⁶⁶。また、名誉毀損をめぐる不法行為訴訟においては、真实性の抗弁によって違法性が阻却され、相当性の抗弁によって故意・過失が阻却されるという判例理論について、過失の成否（違法性）のレベルの問題と位置づけられるものを、請求原因のレベルではなく、抗弁のレベルで扱っていることを指摘する²⁶⁷。他方で、プライバシー侵害をめぐる不法行為訴訟においては、請求原因事実たる権利侵害ないし損害のレベルで判断されることを指摘し、その理由として、プライバシーは名誉に比べて具体的内容が確立しているとは言えず、表現の自由という対抗価値との衡量において、その利益の要保護性が弱まるという実質的な価値判断があると推測している²⁶⁸。

（二）告訴権の濫用的行使の事案をめぐる立証責任論

以上のような不法行為訴訟における立証責任論は、告訴権の濫用的行使の事案ではどのように用いられるべきであ

らうか。

まず、窪田の指摘にあった過失判断の前提となる行為義務の問題として、告訴をめぐる不法行為訴訟では、調査・確認義務とはどのようなものなのかが激しく争われている。これは既に検討してきたとおりである。

より問題が大きいのは、真实性の抗弁によつて違法性が阻却され、相当性の抗弁によつて故意・過失が阻却されるという、名誉毀損をめぐる判例理論の援用の可否である。本論文三二（二）（一）で述べたように、表現の自由の重要性が特に強調される場合に、真实性の証明の程度を緩和する見解や、原告である公人に立証責任の転換を図ろう（犯罪報道との関係で、自ら望んでその地位についてはない被疑者の場合は、立証責任は転換されないとする見解がある。特に被疑者という地位をどう考慮すべきかについて、犯罪報道などによる名誉毀損の場合と被害者等が告訴をする場面とを同列に論じて、告訴の場合に立証責任の転換（すなわち、原告である被告訴人に立証責任を負わせること）はあり得ないとしてしまうことは早計であり、検討の余地があることは既に指摘したとおりである。しかし、この問題は、前述（二）での窪田の分析を参考にすると、より根本的な問題（すなわち、そもそも立証責任の転換を問題とすべき場面なのか）が存在していることに気づかされる。

この問題を検討するにあたっては、実際の訴訟での立証責任の運用が参考になる。この点が最も鮮明に手続に現れ、判決内容にも反映していると考えられる裁判例として、【35—2】東京高判平二三・一二・一四（原審【35】長野地上田支判平二三・一・一四）がある。当該事件での争点のうち、この問題に関連するのは次のものである。

「1 本件告訴は、原告に対する関係で不法行為となるか否か（争点1・本件告訴による不法行為の成否）。」

「4 仮に、本件告訴……に係る各摘示事実……が、原告に対する名誉毀損に当たる場合、その名誉毀損の違法性が否定されるとの被告等の抗弁は次の各点からして認められるか否か（争点4・被告らの名誉毀損に関する抗弁の成否）。

(1) 被告らによる名誉毀損行為は、公共の利害に関する事実に関わり、専ら公益を図る目的があるといえるか否か。

(2) 本件告訴等に係る各摘示事實は、真実か否か。

(3) 仮に前記(2)において、本件告訴等に係る各摘示事實が真実でないにしても、被告らには、前記各摘示事實が真実であると信じるにつき相当な理由があるか否か。」

「5 被告Y2〔告訴任意代理人弁護士〕の行為について正当業務行為として違法性が阻却されるのか否か(争点5)」

まず、当該判決は、争点1・本件告訴による不法行為の成否に関して、「告訴は、それを受けた者の名誉等を著しく損ない、精神的苦痛を与える危険を伴うものであるから、特定人を告訴しようとする者は、事実関係の慎重な調査を要するといふべきであり、犯罪の嫌疑をかけるのに相当な客観的根拠があることを確認せずに告訴をした場合には、その相手方に対して不法行為を負うものといふべきである」とする(原審の判断を維持)。ここでは、過失に関して、事実関係の慎重な調査義務と相当な客観的根拠の確認義務を想定し、その調査・確認を怠ったことを過失であるとしている。問題は、本件の判決理由にみられる具体的検討方法が、調査・確認を怠ったことについての原告側による立証というよりは、慎重な調査と相当な確認を行ったことについての被告側による立証が中心にすえられているとみられる点である。具体的には、原告側による主張・立証の検討ではなく、被告側による主張・立証の検討が、裁判所による争点に関する判断の最初に述べられるとともに大部分を占めている。しかし、立証責任論の本則に従えば、調査・確認を怠ったことについての原告側による主張・立証の検討が中心にすえられるべきものと思われとともに、この場面で立証責任論の本則を修正すべき理由も見当たらず、また、当該判例には特別な言及も見受けられない。

また、当該判決は、争点4・被告らの名誉毀損に関する抗弁の成否に関して、「名誉毀損行為については、摘示された事實が公共の利害に係り、もっぱら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事實が真実であることが証明されたときには同行為には違法性がなく、また、同事実が真実であることが証明されなくても、その行為者において、同事実を真実と信ずることについて相当の理由があるときには、同行為者には故意又は過失がなく、結局不法行為は成

立しないものと解すべきである」とする（原審の判断を維持）。これは、窪田の指摘するように、過失（違法性）の成否のレベルに位置づけられるものを、抗弁のレベルで取り扱っているものであり、その意味で、被告側に立証責任の転換が行われているものといえる。しかし、厳密には、真实性の抗弁と相当性の抗弁は、告訴による名誉毀損に関する抗弁として援用できないのではないかとの疑問がある。すなわち、真实性の抗弁と相当性の抗弁は、その理論的根拠の少なくとも一部が刑法二三〇条の二に求められているが、そもそもその免責の対象となる行為は、「公然と事実を摘示」する表現行為であり、憲法二一条一項の表現の自由の保障の観点が考慮されているものである。⁽²⁷⁾これに対して、告訴は、そのような公然性は想定されず、本来であれば名誉侵害が起らないように捜査機関等の対応がなされるべきものである（本論文二一《B》を参照）。このような告訴の場合に検討されるべきなのは、法令行為・正当行為としての違法性阻却・免責である。そして、そのような法令行為・正当行為としての違法性阻却・免責の場面において、まさに告訴の趣旨・目的が正面から考慮されることになる。これが、本論文二一で示した考慮すべき二つの観点のうちの一つである「《A》告訴制度の趣旨・目的（違法性阻却）」の、民事実体法および民事手続法の観点からみた本来の位置づけである。

そして、当該判決は、争点5の正当業務行為の成否に関して、「一般に、弁護士は、依頼者の依頼の趣旨に沿うよう、委任された法律事務を処理することが要求されること、依頼者の依頼内容が公序良俗に違反し明白に違法な場合や、その依頼内容を実現すると違法な結果が招来されることについて弁護士に悪意又は重過失が認められるような場合等の例外的な場合を除いては、弁護士が依頼者の依頼によって行った行為は、正当業務行為として当該弁護士については違法性が阻却されると解するのが相当である」とする（原審の判断を維持）。ここでは、依頼者の依頼の趣旨に沿うよう委任された法律事務を処理したことを、被告側が主張・立証すべき事実となる。他方で、依頼者の依頼内容が公

序良俗に違反し明白に違法なこと、あるいは、依頼内容を実現すると違法な結果が招来されることについて弁護士に悪意又は重過失があることなどを、原告側が主張・立証すべき事実となる。しかし、当該判決は、この後者のような原告側の主張・立証をそもそも前提に置かずに重過失を認定してしまっている点に問題がある。

〔未完〕

※ 本論文は、科学研究費補助金・若手研究(B) (課題番号21730066「告訴権・親告罪制度からみた犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方」)の助成による研究の成果の一部である。

〔二〇二二年一月二日脱稿〕

注

(135) ドイツ以外の諸外国での議論の状況については、他日を期したい。

(136) 特に、シュペリーゲルによる『意思自由と告訴権における権利濫用』(Wilfried Spriegel, Willensfreiheit und Rechtsmissbrauch im Strafantragsrecht, 2003)は、被害者の意思自由が告訴権の行使にあたって制限されるか、また、告訴権の行使が権利濫用のようなものとなりうるか否かを検討した、この領域における最も包括的な研究書(ドレスデン工科大学博士学位論文)と思われる。ただし、告訴権について、親告罪において告訴をしない場合の機能(消極的機能)を中心に据えた論考である(vgl. Spriegel, a.a.O., S.21ff., S.78ff.)ため、本論文との関係では検討対象を異にする。

(137) 以上について、条文として、ドイツ刑法一五八条(通報および告訴・告発)、一六〇条一項(通報等による事実関係究明義務)、一七一一条(告訴人・告発人に対する通知)、四六九条(通報者の費用負担義務)・四七〇条(親告罪における告訴取消の場合の費用負担義務)、ドイツ刑法七七条(親告罪における告訴権者)等を参照。また、各概念の相互関係に関する説明として Volker Erb, in: Löwe-Rosenberg, StPO Großkommentar, Bd.5, 26. Aufl., 2007, §158 Rn.1, Rn.7f., Rn.24; Kirsten Graulmann-Scherrer, in: Löwe-Rosenberg, StPO Großkommentar, Bd.5, 26. Aufl., 2007, §171 Rn.2 等を参照。なお、拙稿「任意代理人による告訴と被害者支援思想」法律論叢八四卷二・三合併号(上井長久教授古稀記念論文集)(二〇二二年)二六二頁および注(33)も参照。

- (138) 拙稿「告訴権の歴史的発展と現代的意義」法学研究論集一八号(二〇〇三年)一一頁。なお、拙稿「犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方——告訴・親告罪制度を参考にしつゝ——」被害者学研究一九号(二〇〇九年)五〇頁以下も参照。
- (139) *Lutz Meyer-Gofner*, StPO Kurz-Kommentar, 55. Aufl., 2012, §160 Rn.9.
- (140) 全体像については *Erb*, a.a.O. (Ann.137), §158 Rn.10; *Wolfgang Wohlers*, in: *Jürgen Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur StPO*, Bd.3, 4. Aufl., 2011, §158 Rn.30 等も参照。
- (141) ドイツ刑法二六四条一項に登場する「Anzeige」も、当該条項の中での登場の仕方は間接的ではあるが、通報・申告と告訴の両者を含むものが規定をなす(*Vgl. Jan Zopf*, in: *Klaus Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd.3, 2. Aufl., 2012, §164 Rn.20)。
- (142) *Vgl. Erb*, a.a.O. (Ann.137), §158 Rn.10.
- (143) *LG Heidelberg*, Urt. v. 16.12.1975, AnwBl. 1977 23. *Vgl. Erb*, a.a.O. (Ann.137), §158 Rn.10.
- (144) *Vgl. Thomas Fischer*, StGB Kurz-Kommentar, 59. Aufl., 2012, §164 Rn.12; *Wolfgang Ruff*, in: *Laufhütte/Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar StGB Großkommentar*, Bd.6, 12. Aufl., 2010, §164 Rn.28ff.
- (145) *Vgl. Eric Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar StGB Großkommentar*, Bd.6, 12. Aufl., 2010, §187 Rn.4.
- (146) 本文のドイツ「gutgläubig」の文意を用いることは、*Erb*, a.a.O. (Ann.137), §158 Rn.10 によらる。
- (147) *Vgl. Erb*, a.a.O. (Ann.137), §158 Rn.10; *Heinz Müller-Dietz*, Schadensersatz bei erfolgloser Strafanzeige?, in: *Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler* (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 1989, S.578ff.
- (148) *Fischer*, a.a.O. (Ann.144), §193, Rn.32.
- (149) *Fischer*, a.a.O. (Ann.144), §193, Rn.32. そのそも、ドイツ刑法一五八条に関する議論において、通報・申告者は、通報・申告する所為が着手されたことを確信していることは必要ではなく、嫌疑が十分であるとの指摘 (*Erb*, a.a.O. (Ann.137), §158 Rn.9a) が見受けられる。なお、ケルン上級地方裁判所一九九七年一月二二日決定 (OLG Köln, Beschl. v. 21.1.1997, NJW 97, 1247) は、ドイツ刑法一九三条による正当化は、通報・申告の場合にも認められなければならないとありうるが、それは行為者がその基礎をなしている嫌疑を故意に真実でない事実の主張によって裏付けようとした場合に限定される旨の判示をしている。

- (150) Vgl. *Erh*, a.a.O. (Anm.137), §158 Rn.10.
- (151) Vgl. *Wohlers*, a.a.O. (Anm.140), §158 Rn.30.
- (152) 判例として BVerfG, Beschl. v. 25.2.1987, BVerfGE 74, 257 を参照。また Claus Roxin / Bernd Stünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., 2012, §39 Rn.5 [S.315] を参照。
- (153) *Roxin / Stünemann*, a.a.O. (Anm.152), §39 Rn.5 [S.315].
- (154) Vgl. *Wohlers*, a.a.O. (Anm.140), §158 Rn.30.
- (155) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.580f.; *Erh*, a.a.O. (Anm.137), §158 Rn.9a; *Wohlers*, a.a.O. (Anm.140), §158 Rn.30.
- (156) *Wohlers*, a.a.O. (Anm.140), §158 Rn.30.
- (157) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.567ff. なお Klaus Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968, S.1-336 は、この検討課題を含めて最も多角的に検討を加え(英米仏との比較法的検討のほか、狭義の民法・民事訴訟法・刑法・刑事訴訟法とさまざまな法律分野の検討がなされている)、その後の判例や学説に大きく影響を与えた、極めて歴史的意義の大きい研究書であると思われる(その書評として書かれた Hermann Wehnauer, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, AcP 170 (1970), S.437-450 の書評にとまらなず学術的意義が高いものと思われる)。ただし、同書(およびその書評)は、本文で紹介するもののテーマに関する指導的判例である連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定以前に公刊されたものであり、公刊から四〇年以上経っているため、本論文ではその詳細な検討は割愛する。
- (158) BVerfG, a.a.O. (Anm.152), BVerfGE 74, 257.
- (159) 決定原文のほか、適切な要約として Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.147), S.569f. を参照。
- (160) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.569.
- (161) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.569f.
- (162) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.570.
- (163) BGH, Urt. v. 3.10.1961, BGHZ 36, 18.
- (164) BGH, Urt. v. 24.10.1961 (14.11.1961), JZ 1962, 486. なお、書誌によって判決日付が異なる表記となっている。
- (165) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.570f.

- (166) BGH JZ 1962, 486, 488. Vgl. *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.571.
- (167) *Fritz Baur*, Anmerkung - BGH, Urt. v. 3.10.1961, JZ 1962, S.95f, S.96.
- (168) *Hermann Wehnauer*, Anmerkung - BGH, Urt. v. 24.10.1961, JZ 1962, S.489f, S.491.
- (169) *Hopt*, a.a.O. (Anm.157), S.165f, S.191f.
- (170) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.572.
- (171) BGH, Urt. v. 13.3.1979, BGHZ 74, 9.
- (172) BGH, Urt. v. 12.2.1985, NJW 1985, 1621.
- (173) BGH, Urt. v. 23.5.1985, BGHZ 95, 10.
- (174) LG Essen, Urt. v. 10.6.1983, AnwBl. 1984, 96.
- (175) BGH, Urt. v. 10.6.1986, NJW 1986, 2502.
- (176) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.573f.
- (177) 以上の判例の紹介・分析に「*Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.573f.」を参照。これらの個々の判例についての詳細な検討は、本論文の当面の目的を超えるため、割愛する。
- (178) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.575.
- (179) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.575f.
- (180) Vgl. *Ernst Helle*, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 1957, S.109ff.
- (181) *Jürgen Helle*, Die Begrenzung des zivilrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit und der Ehre gegenüber Äußerungen in rechtlich geordneten Verfahren, GRUR 1982, S.207f.; *ders.*, Der Ausschluss privatrechtlichen Ehrenschutzes gegenüber Zeugenansagen im Strafverfahren, NJW 1987, S.233. なお、リナー・ティーン論文は、本文および参考文献表記に「*Ernst Helle*」を「*Jürgen Helle*」を「*Helle*」と表記している点に注意が必要である。
- (182) *Hopt*, a.a.O. (Anm.157), S.182f, S.191f, S.243f.
- (183) *Wehnauer*, a.a.O. (Anm.157), S.443f, S.448.
- (184) *Hein Kötz*, Deliktsrecht, 3. Aufl., 1983, S.310. なお、同書の最新版は、*Hein Kötz/Gerhard Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl., 2010, S.177f, Rn.441ff. また、その最新版の邦訳として、ハイン・ケッツ＝ゲルホルト・ヴァーグナー著／吉田

- 良一＝中田邦博監訳『ドイツ不法行為法』(法律文化社、二〇一一年)二一六頁以下(欄外番号四四一以下)〔和田真一訳〕を参照。
- (185) *Hans-Joachim Mertens*, in: Kurt Rehmann/ Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd.3(2), 2. Aufl., 1986, §823 Rn.482; *ders.*, a.a.O., §824 Rn.56 (444). 同書の最新版との各条項の注釈は、分担執筆者が異なり、執筆内容の構成も異なる。その内容については、本文(四)で触れる。Vgl. *Helle*, a.a.O. (Anm.181), GRUR 1982, S.216; *Dorothee Stuhr/ Hans-Jürgen Stuhr*, Risiko einer Strafanzeige gegen einen Arzt?, NJW 1983, S.317f., S.318.
- (186) *Erwin Deutsch*, Mutwillige Strafanzeige gegen den Arzt: Ersatzpflicht des Anwalts oder Patienten?, NJW 1982, S.680ff., S.682.
- (187) *Stuhr/ Stuhr*, a.a.O. (Anm.185), S.318.
- (188) 以上の学説の紹介・分析については、*Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.575ff.を参照。これらの個々の学説についての詳細な検討は、本論文の当面の目的を超えたと見做す。割愛する。
- (189) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.577ff.
- (190) RG, Urt. v. 12.10.1931, RGSt 66, 1.
- (191) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.578f.
- (192) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.579.
- (193) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.580.
- (194) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.581f.
- (195) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.582.
- (196) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.582.
- (197) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.582.
- (198) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.583.
- (199) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.147), S.583.
- (200) *Kötz/ Wagner*, a.a.O. (Anm.184f), S.177, Rn.442. また、邦訳として、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(81)二一七頁(欄外番号四四一)〔和田真一訳〕を参照。
- (201) BGH, Urt. v. 25.3.2003, BGHZ 154, 269.

- (202) BGHZ 154, 269, 271.
- (203) BGHZ 154, 269, 272f.
- (204) Kötz/Wagner, a.a.O. (Anm.184), S.177f., Rn.443. 邦訳については、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(18) 二二七頁以下（欄外番号四四三）〔和田訳〕を引用した。
- (205) Kötz/Wagner, a.a.O. (Anm.184), S.178, Rn.443. 邦訳として、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(18) 二二七頁以下（欄外番号四四三）〔和田訳〕を参照。
- (206) BGH (GS), Beschl. v. 15.7.2005, BGHZ 164, 1.
- (207) BGH, Urt. v. 16.1.2009, BGHZ 179, 238.
- (208) Kötz/Wagner, a.a.O. (Anm.184), S.178, Rn.444. 邦訳として、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(18) 二二八頁（欄外番号四四四）〔和田訳〕を参照。
- (209) Kötz/Wagner, a.a.O. (Anm.184), S.178f., Rn.445. 邦訳について、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(18) 二二八頁以下（欄外番号四四五）〔和田訳〕を引用した。
- (210) Kötz/Wagner, a.a.O. (Anm.184), S.179, Rn.445. 邦訳について、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(18) 二二九頁（欄外番号四四五）〔和田訳〕を引用した（ただし、「」による原文引用は黒澤による）。
- (211) Kötz/Wagner, a.a.O. (Anm.184), S.156ff., Rn.386ff. 邦訳として、ケッツ＝ヴァーグナー著／吉村＝中田監訳・前掲注(18) 一八九頁以下（欄外番号三八六以下）〔木村和成訳〕を参照。
- (212) Gerhard Wagner, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd.5, 5. Aufl., 2009, §§823–838, §§839a–853, Produkthaftungsgesetz.
- (213) Wagner, a.a.O. (Anm.212), §823 Rn.586.
- (214) Wagner, a.a.O. (Anm.212), §823 Rn.587.
- (215) Wagner, a.a.O. (Anm.212), §823 Rn.588.
- (216) Wagner, a.a.O. (Anm.212), §823 Rn.588.
- (217) Wagner, a.a.O. (Anm.212), §823 Rn.591.
- (218) Wagner, a.a.O. (Anm.212), §823 Rn.591.

- (219) 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法・第三卷』（青林書院、一九九六年）六三七頁〔高崎秀雄〕。
- (220) 藤永ほか編・前掲注(219)六三七頁〔高崎〕。
- (221) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）二四頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三年）二二頁・八五頁等。これに対して、起訴を無効とするのは、鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）』（青林書院、一九九〇年）二二七頁、松尾浩也『刑事訴訟法・上（新版）』（弘文堂、一九九九年）一四九頁等。
- (222) 梅田豊「判批」『刑事訴訟法判例百選（第九版）』（有斐閣、二〇一一年）八六頁以下、北村和生「判批」『行政法判例百選Ⅱ（第五版）』（有斐閣、二〇〇六年）四六八頁以下、寺崎嘉博「判批」『刑事訴訟法判例百選（第八版）』（有斐閣、二〇〇五年）八六頁以下等を参照。
- (223) 河野信夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』（法曹会、一九九一年）二二七頁以下、寺崎嘉博「判批」『平成元年度重要判例解説』（有斐閣、一九九〇年）一八一頁以下等を参照。
- (224) 中村也寸志「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一六年度（下）』（法曹会、二〇〇七年）四九〇頁以下、窪田充見「判批」『平成一六年度重要判例解説』（有斐閣、二〇〇五年）八〇頁以下、阪本昌成「判批」『メディア判例百選』（有斐閣、二〇〇五年）七六頁以下、山口成樹「判批」判時一八七六号（判評五五二二号）（二〇〇五年）一八三頁以下等を参照。
- (225) 同旨のものとして、経営刑事法研究会編『書式 告訴・告発の実務（第四版）』（民事法研究会、二〇一〇年）五一頁〔井窪保彦〕。すなわち、「告訴人・告発人は、捜査機関と異なり、犯罪の確証を挙げるために捜査する権利も義務も有していないのであるから、特に調査して被告訴人・被告発人が犯人であるとの確証を得るまでの必要はなく、社会通念に照らし相当な理由に基づいてその者を犯人と信じ、その所信に従って、捜査機関に告訴・告発をした以上、後日、被告訴人・被告発人が真実の行為者ではないことが判明しても、その者が被った損害につき損害賠償責任を負うことはない（東京地判昭和五二・六・一四判時八八三号五〇頁）」。
- (226) 同旨のものとして、経営刑事法研究会編・前掲注(225)五一頁〔井窪〕。すなわち、「多くの犯罪は故意犯であるから（刑法三八条一項）、犯罪が成立するためには故意（罪を犯す意思）の存在を必要とするが、このような主観的な要件の存否を判断するためには捜査機関による強制捜査なしこれに準ずる徹底した捜査の結果を待たなければならないのが通例である。したがって、行為態様等の客観的事情に照らし、被告訴人・被告発人に故意のあることを一応疑うに足りる状況が存在すれば、仮に捜査の結果、故意の立証が困難であることが判明したとしても、その告訴・告発をしたことについて不法行為は成立しないと考

- えられる(千葉地判昭和五六・一〇・二六判タ四五六号一七頁参照)。」。
- (227) 民事訴訟の訴訟委任についてはあるが、加藤新太郎は、「事実認定のレベルの問題としては、弁護士訴訟委任の事実、当事者に権利・法律関係の事実的・法律的根拠の欠如の認識可能性があると認定するためには、マイナス要素となることが多いであろう。」とする(加藤新太郎「弁護士役割論(新版)」(弘文堂、二〇〇〇年)一九九頁)。
- (228) 以上について、拙稿「告訴期間制度の批判的検討」法学研究論集一七号(二〇〇二年)一頁以下を参照。
- (229) 拙稿・前掲注(228)一頁以下。
- (230) 判例研究会「捜査機関の告訴・告発の不受理について―松山地裁大洲支部平成一四年三月二〇日判決―」捜査研究六一〇号(二〇〇二年)六七頁以下等を参照。
- (231) 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法・第三卷』(青林書院、一九九六年)七六六頁以下〔今崎幸彦〕。
- (232) 藤永ほか編・前掲注(231)七七八頁〔今崎〕。大阪地判昭五二・七・二五訟務月報二四卷八号一六〇〇頁も参照。
- (233) 日本弁護士連合会犯罪被害者支援委員会「告訴アンケートに関する報告」(二〇〇六年四月五日公開)
<http://www.nichibenren.or.jp/ja/committee/list/kokusou-houkoku.html>。
- (234) 警視庁「平成一五年四月一日付・通達甲(副監・刑・二・資)第一五号」五頁を参照。
- (235) 日本弁護士連合会犯罪被害者支援委員会・前掲注(233)一六頁。
- (236) 増井清彦「新版告訴・告発(新版再訂版)」(立花書房、二〇〇三年)二三三頁。
- (237) 同様の指摘が既に明治刑事訴訟法下でなされている(亀山貞義『刑事訴訟法論・卷之二』(六法講究会、一八九二年)三八九頁以下。拙稿「告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任(二)」法律論叢八五卷一号(二〇〇二年)八八頁(本論文四「歴史的考察」)を参照)。
- (238) この点についても、同様の指摘が既に明治刑事訴訟法下でなされている(堀田正忠『刑事訴訟法積義・上巻』(発行所不明、一八九六年)二三二頁。拙稿・前掲注(237)八八頁(本論文四「歴史的考察」)を参照)。
- (239) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第三卷)』(青林書院、第二版、二〇一〇年)四六四頁(福崎伸一郎)。
- (240) 河上ほか編・前掲注(239)四六六頁(福崎)。
- (241) 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第三卷)』(青林書院、一九九六年)四〇頁(河上和雄)、伊藤栄樹ほか編『新版注釈刑事訴訟法(第三卷)』(立花書房、一九九六年)二六頁(伊藤栄樹・河上和雄補正)。

- (242) 藤永ほか編・前掲注(241) 四一頁(河上)。伊藤ほか編・前掲注(241) 二六頁(伊藤、河上補正)も参照。
- (243) 藤永ほか編・前掲注(241) 四一頁(河上)を参照。
- (244) 藤永ほか編・前掲注(241) 四一頁(河上)を参照。
- (245) ただし、この点についての私見は保留する。
- (246) 拙稿・前掲注(138)「犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方」五〇頁以下。
- (247) 拙稿・前掲注(138)「告誡権の歴史的発展と現代的意義」一二頁。なお、拙稿・前掲注(138)「犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方」五〇頁以下も参照。
- (248) 太田惺「告訴」(ぎょうせい、一九九一年)二四頁を参照。
- (249) 被害者支援研究会編「警察の犯罪被害者支援(第三版)」(立花書房、二〇一〇年)七頁以下等を参照。
- (250) 小川賢一「告訴・告発事案の捜査要領」(東京法令出版、二〇〇二年)一二二頁、増井・前掲注(236) 九六頁。
- (251) 高裁判例として、東京高判昭四〇・二・一九高刑集一八卷二号七五頁。学説として、青柳文雄ほか編「註釈刑事訴訟法(第二卷)」(立花書房、一九七六年)三〇九頁(佐藤道夫)。
- (252) 以上について、拙稿前掲注(137) 二五五頁以下、特に二七六頁以下、二八二頁を参照。
- (253) 松尾・前掲注(201) 一五頁以下を参照。
- (254) 司法研修所検察教官室編「檢察講義案(平成21年版)」(法曹会、二〇一〇年)八三頁以下を参照。
- (255) 司法研修所検察教官室編・前掲注(254) 八七頁。
- (256) 司法研修所検察教官室編・前掲注(254) 八七頁。
- (257) 司法研修所検察教官室編・前掲注(254) 八七頁以下。
- (258) 司法研修所検察教官室編・前掲注(254) 八八頁。
- (259) 刑事訴訟法二六〇条について、藤永幸治ほか編「大コンメンタール刑事訴訟法(第四卷)」(青林書院、一九九五年)二七三頁(河村博)、松尾浩也監修「条解刑事訴訟法(第四版)」(弘文堂、二〇〇九年)五二七頁以下等を参照。刑事訴訟法二六一条について、藤永ほか編・前掲書二七六頁(河村)、田宮裕「刑事訴訟法(新版)」(有斐閣、一九九六年)一六五頁、増井・前掲注(236) 二二頁等を参照。刑事訴訟法二六二条について、松尾監修・前掲書五三〇頁等を参照。また、檢察審査会法一条は、檢察審査会の設置の目的として、「公訴権の実行に関し民意を反映させてその適正を図る」ことを掲げる。

- (260) 刑訴法二六〇条について、藤永ほか編・前掲注(259)二七二頁以下(河村)、松尾監修・前掲注(259)五二七頁以下、松尾浩也『刑事訴訟法・上(新版)』(弘文堂、一九九九年)一四二頁等。刑訴法二六一条について、伊藤ほか編・前掲注(241)五五九頁(伊藤栄樹・河上和雄補正)、藤永ほか編・前掲・前掲注(259)二七六頁(河村)、増井・前掲注(236)二二頁、松尾監修・前掲注(259)五二九頁等。二〇〇〇年に改正された検察審査会の審査申立権者の拡大にみられるように、検察審査会法においても、犯罪被害者の意思の尊重や犯罪被害者の権利の保護が考慮に入れられている。
- (261) 新屋達之「不起訴処分のお知らせについて」法学六二巻六号(一九九九年)九三八頁以下を参照。
- (262) 以上について、拙稿・前掲注(138)「犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方」五〇頁以下。私見では、さらに「適正捜査請求権」および「情報入手権」としての性質を肯定する(拙稿・前掲論文五二頁以下)。
- (263) 拙稿「親告罪における告訴取消しの可能性と検察官・警察官の対応」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇年)九〇頁以下を参照。
- (264) 以上について、加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年)一三二頁以下。なお、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、一九五九年)四一四頁も参照。
- (265) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七年)四五三頁以下。
- (266) 窪田・前掲注(265)四五六頁を参照。
- (267) 窪田・前掲注(265)四六五頁。
- (268) 窪田・前掲注(265)四六六頁。
- (269) 佃克彦『名誉毀損の法律実務』(弘文堂、第二版、二〇〇八年)三〇五頁以下。
- (270) 喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』(白水社、一九九九年)一七九頁以下、佃・前掲注(269)三〇七頁以下、浜田陽一郎『名誉毀損裁判——言論はどう裁かれるのか』(平凡社、二〇〇五年)一九五頁以下。さらに、東京高判平六・九・三三判時一五三六号三七頁も参照。
- (271) 最大判昭四四・六・二五刑集二三巻七号九七五頁を参照。