

告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任（四・完）

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/10291/16130

【論 説】

告訴権の濫用的行使と民事不法行為責任（四・完）

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

〔補遺〕 関連判例の補充

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

(以上、八五卷一号)

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、八五卷一・三合併号)

七 告訴任意代理人弁護士の不法行為責任

1 告訴任意代理人弁護士の不法行為責任に関する判例の俯瞰と要点

(一) 関連判例の俯瞰

(二) 関連判例の要点

2 関連判例を参考にした基準論

(一) 関連判例の分析

(二) 告訴人本人の不法行為の成否と違法性判断基準

(三) 「具体的」注意義務の限定、免責・違法性阻却——「事実」と「法的評価」

3 代理規定によって結びつけられた(二重の)正当行為ないし免責・違法性阻却——告訴、弁護士活動

(一) 任意代理による告訴の一般論——一般的な「告訴任意代理人」としての特別な地位

(二) 弁護士が告訴任意代理人となる場合の問題——弁護士活動としての免責・違法性阻却とその限界

4 告訴任意代理制度の趣旨・目的からみた不法行為責任の限定

むすびにかえて

(以上、本号)

七 告訴任意代理人弁護士の上法行為責任

1 告訴任意代理人弁護士の上法行為責任に関する判例の俯瞰と要点

告訴任意代理人弁護士の上法行為責任に關しても、初めに關連判例を俯瞰し、その問題の所在を明らかにする。

(一) 關連判例の俯瞰

告訴代理人弁護士としての上法行為責任について、その基準論に正面から言及した最高裁判例はない。

これに對して、その他の代理弁護士としての上法行為責任については、若干の言及がみられるもの、および、示唆が得られると思われるものとして、以下の判例がある。⁽²⁷²⁾なお、告訴代理人弁護士としての上法行為責任の成否の問題に關連性の薄いもの、例えば、民事訴訟における準備書面、答弁書、尋問などによる名誉毀損が争われた事例は数多くみられるが、これらは割愛した。

〔凡例〕

* 違法性ないし上法行為の成立が認められたもので、故意のものは〔故意肯定〕、過失のものは〔過失肯定〕、認められなかったものには〔否定〕を付した。

* 告訴以外の事項が問題となつたものには、末尾の（～）内に、その事項を記載した。

(1) 告訴代理人弁護士としての不法行為責任に関する判例

【代1】 千葉地館山支判昭四三・一・二五判時五二九号六五頁〔過失肯定〕（前出【13】）

【代2】 宮崎地判平一二・五・二九判時一七三三号九四頁〔故意肯定〕（前出【29】）

【代3―2】 東京高判平二三・一二・一四公刊物未登載〔過失肯定〕（前出【35―2】）

（原審【代3―1】長野地上田支判平二三・一・一四判時二一〇九号一〇三頁〔過失肯定〕（前出【35】））
 (2) その他の代理人弁護士としての不法行為責任に関する判例

【代4】 東京地判昭四九・三・一三判時七四七号七五頁〔否定〕〈仮差押申請〉

【代5】 東京高判昭五四・七・一六判時九四五号五一頁〔否定〕〈訴えの提起〉

【代6―1】 京都地判平三・四・二三判タ七六〇号二八四頁〔否定〕〈訴えの提起〉

（控訴審【代6―2】大阪高判平四・一・二八判タ七九二号一七六頁で判断是認）

【代7】 東京地判平三・九・六判タ七八八号二四二頁〔否定〕〈訴えの提起等〉

【代8】 東京地判平四・六・一七判時一四三五号二七頁〔故意肯定〕〈強制執行〉

【代9】 東京地判平七・七・二六判時一五五八号四五頁〔否定〕〈訴えの提起〉

【代10】 東京地判平七・一〇・九判時一五七五号八一頁〔過失肯定〕〈仮差押申請〉

【代11―1】 東京地判平八・二・二三判時一五七八号九〇頁〔否定〕〈訴えの提起等〉

（控訴審【代11―2】東京高判平八・一〇・二判時一五九〇号一三四頁で判断是認）

【代12】 大阪地判平九・三・二八判タ九七〇号二〇一頁〔否定〕〈訴えの提起、仮差押申請〉

【代13】 東京地判平一〇・二・二七判タ一〇二八号二一〇頁〔故意肯定〕〈訴えの提起〉

【代14】東京地判平一八・九・二五判タ一二二二号二八九頁〔否定〕（訴えの提起）

【代15】最判平一九・四・二四民集六一巻三号一一〇二頁〔過失肯定〕（弁護士懲戒請求）（前出【参考2】）

（二）関連判例の要点

（1）告訴代理人弁護士としての不法行為責任に関する判例

告訴代理人としての弁護士の不法行為責任についての下級審判例として、【代1】千葉地館山支判昭四三・一・二五（前出【13】）、【代2】宮崎地判平二二・五・二九（前出【29】）、【代3】東京高判平二三・一一・一四（前出【35—2】）がある。

判例の引用に関して、告訴人の不法行為責任での検討と重複するものについては、告訴代理人弁護士としての不法行為責任に関する部分のみを引用する。

【代1】千葉地館山支判昭四三・一・二五判時五二九号六五頁（過失肯定）（前出【13】）

本判決は、告訴について、告訴人本人（被告Y1）および告訴代理人弁護士（被告Y2）の両者に過失を肯定し、連帯して損害賠償責任を負うとした。

本判決の特徴は、告訴代理人弁護士に不法行為が成立することについて、告訴人本人との違いにまったく配慮せず、同列に共同不法行為責任を肯定している点である。

「被告Y1は、被告Y2を代理人として、昭和三七年一〇月二三日原告X1、同X2の両名を、詐欺、器物毀棄、窃盜をもって告訴し、続いて昭和三八年一〇月五日原告三名を偽証教唆をもって告訴した。……検察庁において種々取調べの結果、昭和三九年五月二九日嫌

疑不十分（理由要旨証拠不十分）により不起訴となった。すると、被告Y1はこれを不服として、再び被告Y2を代理人として、K検察審査会へ審査の申立をし、前記告訴の内容と同様の主張をし、更にその一部を変更し、原告X1、同X2兩名は旧家屋を全部取毀し、その跡に新家屋を築造したのは不動産侵害罪に該当すると主張した。」

「本件において前記認定した事実をみるに、被告等は、原告X1、同X2が裁判所の仮処分決定を得たことを詐欺であると主張するが、……この決定を得たことが詐欺であるとは理解し難い。又被告等は原告X1、同X2の不動産窃盗、不動産侵害罪を主張するが、……その家屋の敷地の不動産窃盗或いは不動産侵害罪とすることは甚だ疑問である。又被告等は原告三名の偽証教唆を主張するが、……原告等が証人等に偽証を教唆したことの証拠はない。……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。そうすると、被告兩名は、少なくとも過失により、告訴、審査申立をしたことにより原告等の名誉を侵害したものと認められる。そして右告訴や審査申立が、公共の利益に関する事実にかかり、専ら公益を図る目的に出たものであり、且つその摘示された事実が真実であることの証明もないのであるから、その違法性は阻却されない。よって、被告兩名は原告三名に対する名誉毀損の不法行為の責任を負わなければならない。」

「原告等は、被告兩名に対し、連帯して原告三名に対し一括して金一〇〇、〇〇〇円の支払いを求めるが、金銭での損害賠償債権は可分債権であるから、原告各人は金三三三、三三三円宛を請求しているものと解せられる。……そして、被告兩名は共同して告訴及び審査申立をしたものであるから、被告等は連帯して、原告等三名に対し各金三三三、三三三円宛を支払うべき義務がある。」

【代2】宮崎地判平二二・五・二九判時一七三三三九四頁（故意肯定）（前出【29】）

本判決は、告訴について、告訴人本人（被告Y1）および告訴代理人弁護士（被告Y2）の両者に過失を肯定し、共同不法行為責任を負うとした。

本判決の特徴は、告訴代理人弁護士に不法行為が成立することに於いて、告訴人本人の「指示」という言及は見られるものの、告訴人本人との違いに配慮せず、同列に共同不法行為責任を肯定している点である。

「本件告訴は、本件民事訴訟と同様、被告Y2が、同Y1の指示のもと、原告Xの拉致・監禁を隠蔽するために、犯罪の嫌疑をかけるのに相当な客観的根拠がないことを知りながらあえて行ったものであるというべきである。なお、被告Y2の本件拉致計画への関与に關する部分についての告訴も、本件民事訴訟と同様、一見正当な行為のようにもみえるが、前記認定した本件告訴に至る経緯に照

らすと、本件告訴は、一体として原告Xの拉致・監禁を隠蔽するためになされたものであるというべきであり、全体として、告訴制の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠き、違法であるといわざるを得ない。

よって、被告Y1及び同Y2は、本件告訴について共同不法行為責任を負わなければならない。」

【代3-2】東京高判平二三・一二・一四公判物未登載（過失肯定）（前出【35-2】）

（原審【代3-1】長野地上田支判平二三・一・一四判時二〇九号一〇三頁（過失肯定）（前出【35】））

原判決は、告訴について、告訴人本人（被告Y1）および告訴代理人弁護士（被告Y2）の両者に過失を肯定し、共同不法行為責任を負うとした。これに対して、告訴代理人弁護士のみが控訴した。本判決は、告訴代理人弁護士（被告Y2）の過失を肯定し、不法行為責任を負うとした。

本判決の特徴は、告訴代理人弁護士に不法行為が成立することについて、①「弁護士」としての「職責」を考慮している点、②そこから、「第一次的に弁護士としての判断と責任に基づいて対応すべきであり」、それが「依頼者の意向よりも重い」としている点である。また、③「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」ことを原則としている点、④正当業務行為として例外的に違法性阻却されない場合の例示として、「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」を挙げている点である。

「控訴人は、本件告訴に事実的根拠、法律的根拠がないことが明らかである場合は格別、そうでない限り、本件告訴の代理人にすぎない控訴人が、本件告訴について不法行為責任を負うことはない」と主張する。

そこで判断するに、弁護士である控訴人は、その職責上、本件告訴をするに際し、第一次的に弁護士としての判断と責任に基づいて対応すべきであり、このことは、依頼者の意向よりも重いというべきである。そして、本件告訴には、前記のとおり事実的根拠、法律的根拠がなく、通常人であればそのことを容易に認識できたにもかかわらず、控訴人は、一審被告Y1を代理して本件告訴をしたのであるから、自ら不法行為責任を負うというべきである。」（本判決によって追加された判示部分）

「第17 争点5 (被告Y2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) に対する判断

1 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。

2 そこで検討するに、被告Y2において、本件告訴の内容及び本件告訴等に係る各摘示事実が真実であるかについて、基本的な調査ないし検討さえ尽していないものといわざるを得ないことは前記のとおりである。また、被告Y2には、本件告訴をしたこと及び原告の名譽等を毀損したことにつき、重大な過失があるものといふべきである。

したがって、被告Y2の原告に対する不法行為につき、正当業務行為としてその違法性が阻却されることはない。」〔原判決の判示内容が維持された部分〕

(2) その他の代理人弁護士としての不法行為責任に関する判例

「訴えの提起」等に関しては、代理人弁護士としての不法行為責任に関する判例が数多く見られる。ここでは、代表的なものを検討する。

〔代4〕東京地判昭四九・三・一三判時七四七号七五頁〔否定〕〈仮差押申請〉

本判決は、被差押債権が消滅しているのを看過してなされた債権仮差押申請について、弁護士に過失がないとした。本件は、代理人弁護士のみが被告となっているが、代理人弁護士の不法行為責任についての特別な基準等は提示されていない。

「昭和三九年一月一八日以前に支払われた利息、損害金につき利息制限法所定の制限を超える部分を元本に組み入れ、同日以後支払われた利息、損害金は前記約定により年六分をこえる部分を元本に組み入れると、前記原告のKに対する借入金債務は少くと

も支払わずになることは計数上明らかであり、したがって右借入金債務の一部の担保として振り出された本件手形は本件仮差押申請当時はその原因関係が消滅していたものといわなければならない。」

「被告は、Kより同人が所持している本件手形及び前記金三〇万円の約束手形について振出人たる原告が再三にわたる支払請求に応じてくれない旨、また、原告は本件仮差押の差押物件となった建物を売却して支払う旨言明はしているものの、この売却代金を他に利用される取立も困難になるとして、その解決策の相談を受けたことから、Kに右各手形金を被保全権利として右建物を差押えることをすすめたところ、同人もこれを了承し、本件仮差押申請に及んだこと、被告は、その際右各手形の原因関係は消費貸借に基づくものであることはKより聞き込んだが、弁済関係、利息、損害金の支払関係については同人から説明を受けなかったことなどの事実を認めることができ、右認定に反する証拠はない。」

右事実によれば、被告は、原告のKに対する本件手形金債務が本件仮差押申請当時すでに弁済されて消滅していたことは知らなかったものというべく、他にこれを覆えて被告が右事実を知りながら本件仮差押に及んだことを認めるに足りる証拠はない。

また、前記認定のようなKからの相談を受けた経過、また同人が現に前記各手形を所持していることに照らすと、被告がそれ以上弁済関係を調査しなかったとしても弁護士として本件仮差押申請に当つてなすべき事前調査に特に疎漏な点があったということではなく、他にこの点に関し、被告の過失を認めるに足りる適確な証拠はない。」

【代5】東京高判昭五四・七・一六判時九四五号五一頁〔否定〕〈訴えの提起〉

本判決は、(A) 本人Y1に不法行為が成立する場合（代理人弁護士は控訴人）と、(B) 本人Y2に不法行為が成立しない場合（代理人弁護士は被控訴人）の両者とも、不法行為責任を否定した。

本判決の特徴は、①不当訴訟として当事者本人について不法行為が成立する場合に、代理人についても不法行為が成立するためには、代理人としての行動が、それ自体として別個の不法行為と評価し得ることを要するとしている点である。そして、②故意については、「敢えてこれに積極的に関与し」、「特別の害意を持ち……加担する」ことを例示し、また、過失については、「容易に知り得た」ことを例示して注意義務を大幅に軽減し、不法行為の成立の範囲を大幅に限定している点である。さらに、③代理人が弁護士である場合には、弁護士が、「当事者の権利の擁護を図り、本

人の意図するところの実現に寄与しようその意を体して行動することもまた重要な職責である」との理由から、弁護士の正当な訴訟活動への萎縮効果を招かないような慎重な検討を求めている点である。

(A)

「4 このように(3)の訴訟におけるの同一の理由のもとに再度(5)の訴を提起するのは、特段の事情がない限り、当事者であるAについてみれば、自己の主張の理由がないことを知りながら敢えてなした不当な訴提起であつて、到底、正当な訴権の行使であるということはできず、違法なものとして不法行為を構成することになる。

5 しかし一般に代理人を通じてした訴や控訴の提起が違法であつて依頼者たる本人が相手方に対し不法行為の責を負わなければならない場合であつても、代理人は常に必ずしも本人と同一の責を負うべきものと解することはできない。

すなわち、代理人の行為について、これが相手方に対する不法行為となるためには、単に本人の訴等の提起が違法であつて本人について不法行為が成立するというだけでは足りず、訴等の提起が違法であることを知りながら敢えてこれに積極的に関与し、又は相手方に対し特別の害意を持ち本人の違法な訴等の提起に乗じてこれに加担するとか、訴等の提起が違法であることを容易に知り得るのに漠然とこれを看過して訴訟活動に及ぶなど、代理人としての行動がそれ自体として本人の行為とは別箇の不法行為と評価し得る場合に限られるものと解すべきである。殊に弁護士である代理人についてそのような不法行為が成立するか否かを判断するに当つては、元来弁護士は社会正義の実現の責務を負っている(弁護士法一条参照)とはいへ、当事者の権利の擁護を図り、本人の意図するところの実現に寄与するようその意を体して行動することもまた重要な職責であることにかんがみ、弁護士の正当な訴訟活動を不当に制限する結果とならないよう慎重な検討を加えねばならない。

6 [証拠]によれば、控訴人は(5)の訴訟を委任し訴を提起するに際し、既にこれと実質的に同一の争点につき前述のとおり控訴審の判断が示されており、控訴人を引ついで同訴訟控訴審を担当したM弁護士に問合わせるだけでこれを知ることができ、前記(5)の訴訟におけるY1の主張が右控訴審の判断において否定されていることを知りえたはずであり、これを或程度察知していたこと、しかしなおY1の言を信じ、訴訟法的には(5)の訴訟は(3)の訴訟とは訴訟物が異なるため既判力には抵触せず、従つて裁判所が別異の判断を示す可能性があり、そうである以上、従来の経緯にかんがみY1の強い意向を尊重して最善を尽くすことが職責であると考えて右事件を受任したものであることが認められるから、これらの点を総合して考えると、控訴人の右行為をもつて違法であるということには躊躇せざるを得ない。

7 そして控訴人がY1から依頼されて(5)の訴訟活動を行うについてY1の訴提起が違法であることを知りながら敢えてこれに関

与し、Y1の不法行為に加担したものと認めうる証拠はない。また(5)の訴等の提起が違法であることを容易に知り得るのに漫然とこれを看過して訴訟活動に及んだと認めるに足る証拠もない。」

(B)

「8〔証拠〕によれば、被控訴人がY2の代理人として提起した(8)の訴訟は、このような理由から、昭和五二年二月二日第一審のT地方裁判所においてY2の請求を全部棄却する旨の判決が言渡され、この判決は同年三月一九日の経過をもつて確定したことが認められる。

9 しかしながら、(8)の訴訟についてY2敗訴の判決が確定したからといって、Y2が権利があると誤信したことと相当な理由がある場合には、Y2自身にも過失があつたものといふことはできないことは勿論であるが、たとえ代理人を通じてした(8)の訴の提起が違法であつて依頼者たるY2本人が相手方に対し不法行為の責を負わなければならない場合であつても、受任者である代理人が常に必ずしも本人と同一の責を負うべきものと解することができないことは、前述のとおりである。そこで右観点から検討するに、以上説示したようにAは、(3)、(4)、(5)の訴訟でその主張が排斥されて敗訴しており、(5)の訴訟では本訴請求が棄却されたばかりでなく、それが(3)の訴訟のむし返し訴訟であることを理由にY2へ弁護士費用相当額の損害賠償をすることを命ぜられており、(6)の刑事訴訟では、(1)の仮処分申請そのものを違法とされ、Y2に対する業務妨害罪に問われて有罪判決を受け、控訴、上告も棄却され確定しており、又(7)の告訴は告訴人自ら取下げていることが〔証拠〕によつて認められる。そして控訴人はY1とY2との間の訴訟、仮処分、告訴等の事件について一部上訴事件を除き当初から一貫してY1らの代理人となり各事件に積極的に関与していたことも、当事者間に争いのない前記事実及び前記事実認定に用いた各証拠によつて明らかであり、これらの事実を総合すると、Y2は、控訴人がY1らと意思相通じ、Y1らと同一の認識のもとに、Y2に対する各訴訟活動に出たものと考えて(8)の訴提起に踏切つたものと推認することができ、Y2がそのように考えたことは、相当に合理的な根拠に基づかないものといふことはできないと解するのが相当である。そうだとすれば、Y2から右(8)の訴訟の提起追行を委任されて行つた被控訴人の訴訟活動もまた、違法性を欠くものといわなければならない。そして他に控訴人主張のような被控訴人とMとの共同不法行為の成立を肯認するに足る証拠はない。」

(C)

「本件本訴請求が(1)弁護士である被控訴人に対して、被控訴人がY2単独及びY2とSの両名から依頼されて(8)及び(9)の各訴を提起したことを不法行為として損害賠償を求める請求と、(2)被控訴人が右各訴訟において懲戒事件を公表してもつて人の

弱みにつけ込んでゆすり、たかりを図ったこと及び(3)の訴訟中Y1と控訴人とが賃貸日関係に関する虚偽の主張を維持するか否かにつき論争、衝突をしたと虚偽の主張をして控訴人の名誉を毀損したことを不法行為として損害賠償を求める請求であることは、記録上明らかである。

前者については、「証拠」によつても、また控訴人が当審において昭和五二年九月一六日付で提出した本件抗告人準備書面(第一回)の第一の五の最初から五行目までによつても、控訴人本人は、前者の如き請求は中々認容される例が少ないこと及び右の如き訴の提起は、いかに訴訟代理人弁護士が依頼者から依頼されたとしてもよくよく慎しむべきことがらであり、断じてこのような依頼は拒否するべきであり、さもないと被告とされた弁護士の正当業務の妨害となる疑いと危険が大なるものであることを十分知悉していることが認められるのに、Y2から依頼を受けて代理人として訴を提起した被控訴人に対して、自ら原告として、被控訴人の右訴提起行為を不法行為として損害賠償の請求をしたものであるから、少くとも本件本訴提起が理由のないことは十分知りうべきであつたといふべきであり、後者についてもゆすりたかりを図つたことを立証できるわけがないことを十分知りうべきであつたであらうし、また当審において控訴人が自ら提出した原本の存在及び「証拠」によれば、Y1が(8)の訴訟において控訴人側の証人として出廷した際、裁判長からAの検察官に対する供述調書……を示されて、「いつわりの賃貸借契約を資料として民事を争うようなこと」というようなことも書いてありますが、「要するに賃貸借契約書があればいい」というような話が出たかどうか(T弁護士との間で)などと尋問されていることが認められ、また「証拠」によつても、前記Y1の検察官に対する供述調書中には、Y1が検察官に対して、仮登記訴訟の途中でB商事の賃借権についてY1と控訴人との間で意見が衝突したことを述べていることを控訴人自ら知っていることが認められるのであるから、右検事調書を根拠にそのとりの主張をすることをとらえて名誉毀損として損害賠償請求しても、それが理由のないことは、容易に知り得べきであつたのに本件本訴を提起したと言わなければならない。

そうだとすれば、控訴人の本訴提起は被控訴人に対する不法行為を構成するものといわなければならない。」

【代6―1】京都地判平三・四・二三判タ七六〇号二八四頁〔否定〕〈訴えの提起〉

(控訴審)【代6―2】大阪高判平四・一・二八判タ七九二号一七六頁で判断是認

本判決は、前訴の請求異議訴訟の相手方訴訟代理人である弁護士(被告Y2)について、その訴えの提起・追行等の訴訟活動が不法行為を構成しないとされた。

本判決の特徴は、「弁護士としての職務の性質」から、相手方に対して不法行為になるのは、「訴えの提起が違法であることを知りながらあえてこれに積極的に関与したり、違法提訴であることを容易に知りうるのに漫然とこれを看過して訴訟活動に及ぶなど、代理人としての行動それ自体が不法行為と評価しうる場合」に限定している点である。

「1 依頼者から訴訟の提起・追行・上訴等の訴訟行為を委任された弁護士がいかなる場合に訴訟の相手方に対して不法行為責任を負うかについては、弁護士としての職務の性質からすれば、訴えの提起が違法であることを知りながらあえてこれに積極的に関与したり、違法提訴であることを容易に知りうるのに漫然とこれを看過して訴訟活動に及ぶなど、代理人としての行動それ自体が不法行為と評価しうる場合に限り、相手方に対して不法行為となると解するのが相当である。

2 そこで、被告Y2が被告Y1の代理人として原告に対する請求異議訴訟を提起して追行し、さらに上訴した訴訟行為が弁護士としての職務上不法行為を構成するか否かについて判断するに、争点1で検討したように、被告Y2が被告Y1の訴訟代理人としてなした前記請求異議訴訟の提起及び上告は、法律の専門家である弁護士という立場を考慮してもなお相当なものとして首肯しうるものであつてこれを違法な行為であると解することはできない。

3 また、被告Y2は、一方では被告Y1の代理人として請求異議訴訟を維持して被告Y1がFらから事前求償権の債権譲渡を受けたと主張しながら、他方ではFらの代理人として同一債権について事前求償権請求訴訟を提起し、その確定判決を債務名義としてFらを差押債権者、原告を債務者、被告Y1を第三債務者とする、債権差押え及び転付命令をえて、結局原告の被告Y1に対する遅延損害賠償債権の執行を不能にしており、右請求異議訴訟と求償債権訴訟とは両立しない関係にある。しかしながら、前記のとおり、求償債権の帰属については原被告間で争いがあり、裁判上も未確定の状態にあつたところ、被告Y1は原告のI県に対する貸付契約残債務三六万円につき、利害関係を有する第三者として昭和四十六年四月一二日に弁済して、原告及びFらに対する関係でI県に代位しており、Fらは被告Y1から右債権を請求される地位にあり、また、Fらは原告に対し受託保証人として事前求償権を有する地位にあることからすれば、被告Y2が、原告、被告Y1、Fらの法律関係を公平かつ合理的に解決しようとして、種々とりうる法的手段の関係を考慮し本件のように処理したことは、法律上許される範囲内の訴訟行為と評価できるのであつて、結果的に原告の被告Y1に対する強制執行が不能になつたとしても、不法行為が成立するとはいいがたい。」

【代7】東京地判平三・九・六判タ七八八号二四二頁〔否定〕〈訴えの提起等〉

本判決は、「会社から従業員に対する損害賠償請求訴訟が会社の脱税容疑の証拠を捜査機関に提供しないよう圧力を

かける目的で提起された不当訴訟である」旨の主張を認めず、訴訟代理人である弁護士（被告Y2）の不法行為の成立を否定した。

不当訴訟ではないとされたためか、代理人弁護士等の不法行為の成否についての基準には言及がない。

〔1〕原告の夫A（以下「A」という。）の先妻B（以下「B」という。）は、被告Y2を代理人として、昭和五九年六月一三日、Aの勤務先であるC株式会社を第三債務者としてAの将来の退職金に対する仮差押をした……。

〔2〕被告会社は、昭和六〇年二月二十五日、原告に対し、被告Y2を訴訟代理人として、原告の経歴詐称を理由とする損害賠償請求の訴訟を提起した……。

〔3〕B及びAとKの長女であるD（以下「D」という。）は、昭和五九年八月一八日、原告に対し、被告Y2を訴訟代理人として不法行為に基づく損害賠償請求の訴訟を提起した……。

「Bが、〔1〕事件の仮差押をしたことは当事者間に争いがないところ、本件全証拠をもってしても、被告らが共謀して原告主張の目的をもって右仮差押をしたことを認めるに足りる証拠はない。……」

「被告会社が、〔2〕事件を提起したことは当事者間に争いがないところ、本件全証拠をもってしても右訴訟提起の違法性を認めるに足りる証拠はない。原告本人は、右訴訟提起は被告会社の脱税容疑を立証する知識を有する原告が警察等に証拠を提供することなどのないよう強要するためなされたものである旨供述するが、原告は既に昭和五九年五月ころ、被告会社から持ち出した書類等を税関に提出し、同年八月には被告Bらは警察署から呼び出しを受けていること……や被告Y1の本人尋問の結果からみて、右原告の供述は信用できない。」

「B及びDが、〔3〕事件を提起したことは当事者間に争いがないところ、本件全証拠をもってしても、被告らがBと共謀して原告主張の目的で右訴訟を提起したことを認めるに足りる証拠はない。……」

【代8】東京地判平四・六・一七判時一四三三五号二七頁〔故意肯定〕（強制執行）

本判決は、債権者が、仮執行宣言及び仮執行免脱宣言の付された判決に基づき強制執行をする場合において、既に免脱担保が供託されていることを知りながら強制執行の申立を行い、執行機関をして強制執行手続をとらせることは、不法行為としての違法性を備え得るとした。

代理人弁護士の不法行為責任について、明確な基準を示してはいないが、「弁護士として依頼者のためにその最も利益となる手段を選択することが弁護士の職責であるとしても、法律上許容される範囲内でその手段を選択すべき」と述べられている。

「被告らは、右被害救済の必要性を考えれば本件執行申立てに及んだことは弁護士の職責上当然である旨主張するが、弁護士として依頼者のためにその最も利益となる手段を選択することが弁護士の職責であるとしても、法律上許容される範囲内でその手段を選択すべきことは言うまでもないことであって、その点を抜きにして、依頼者の利益を図る目的であったことから直ちに弁護士の正当な業務行為として違法性が阻却されることになるものではない。」

【代9】東京地判平七・七・二六判時一五五八号四五頁〔否定〕〈訴えの提起〉

本判決は、原告訴訟代理人である弁護士が訴訟代理人として行った本訴の提起に関して、【参考1】最判昭六三・一・二六の要件照らして、不当なものでないことは明らかであるとして、不法行為は成立しないとした。

本判決の特徴は、本人と訴訟代理人を特に区別せず、「訴えの提起」に関する最高裁昭和六三年判決の要件を適用している点である。

「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である（最高裁昭和六三年一月二六日第三小法廷判決民集四二卷一号一頁）と、前記認定のとおり、甲事件の提起は右の要件に照らして、不当なものでないことは明らかである。」

【代10】東京地判平七・一〇・九判時一五七五号八一頁〔過失肯定〕〈仮差押申請〉

本判決は、本案訴訟において敗訴するとともに仮差押命令が取り消され被保全権利の不存在が確定した場合において、仮差押申請人（被告Y1）と代理人弁護士（被告Y2）に過失があったと推定するのが相当であり、これを覆すに足

りる特段の事情は認められないとした。

本判決の特徴は、本案訴訟の敗訴等により過失を推定している点である。なお、本人と代理人を同列に論じているとみられる。

「仮差押命令が、その被保全権利が存在しないために、当初から不当であるとして取り消された場合において、右命令を得てこれを執行した仮差押申請人が、右の点について故意または過失のあったときは、右申請人は、民法七〇九条により、被申請人がその執行によって受けた損害を賠償すべき義務があるものというべく、一般に、仮差押命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは、本案訴訟において仮差押申請人敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のない限り、右申請人において過失があったものと推定するのが相当である。」

「これを本件についてみると、右1認定の事実関係の下においては、本件仮差押申請人である被告Y1及び被告Aから委任を受けてその訴訟代理人として本件仮差押を申請した被告Y2には、特段の事情のない限り、過失があったものと推定すべきであり、かつ、本件全証拠によっても、被告らの過失の推定を覆すに足りる特段の事情の存在を認めることはできない。」

「被告らは、共同不法行為に基づき、原告に対し、本件仮差押によって被った損害を賠償する義務があるというべきである。」

〔代11—1〕東京地判平八・二・二三判時一五七八号九〇頁〔否定〕〈訴えの提起等〉

〔控訴審〕代11—2〕東京高判平八・一〇・二判時一五九〇号一三四頁で判断是認

本判決は、弁護士（被告Y2）が訴訟代理としてなした反訴の提起や訴訟活動について、不法行為責任を否定した。

本判決の特徴は、①代理人として訴訟を提起する行為が相手方に対して違法というためには、「当該代理人が、当該訴えを提起が違法であることを知りながらあえてこれに積極的に関与し、又は違法であることを容易に知り得るのに漫然とこれを看過してその行為に及ぶなど、代理人として訴訟を提起する行為が、それ自体別個の不法行為と評価されるような違法性を備えること」が要求される点、②違法判断にあたって、弁護士の職責（依頼者の権利・利益の擁護）に配慮すべき点である点である。また、③訴訟活動についても、弁論主義・当事者主義の要請

への配慮から、違法判断を「社会的相当性を逸脱することが明らかなもの」に限定している点である。

「原告は、被告Y1が提起した反訴は違法な濫訴であり、弁護士である被告Y2は、弁護士法一条、二条に違反して、反訴が違法であることを容易に知ることができるのにこれを看過し、積極的に被告Y1に加担して反訴を提起し、さらに反訴事件及び甲事件において、違法な訴訟活動を行っており、被告Y2のこれらの行為は、被告Y1とは別個の不法行為に当たると主張する。

ところで、法的紛争の当事者が当該紛争の終極的解決を求めて訴えを提起することは、法治国家において裁判を受ける権利として最大限尊重されなければならないから、原則として正当な行為であり、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張する権利又は法律関係が、事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら、又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく担当性を欠くと認められるときに限られるものと解される（最高裁昭和六三年一月二六日第三小法廷判決・民集四二卷一号一頁）。

また、訴えの提起が弁護士である代理人を通じてなされた場合、当該代理人の訴訟提起行為について、相手方に対する違法な行為といえるのには、当該代理人が、当該訴えを提起が違法であることを知りながらあえてこれに積極的に関与し、又は違法であることを容易に知り得るのに漫然とこれを看過してその行為に及ぶなど、代理人として訴訟を提起する行為が、それ自体別個の不法行為と評価されるような違法性を備えることが必要であると解される。

そして、代理人の訴訟提起行為が、相手方に対して違法であるといえるか否かを判断するに当たっては、元来弁護士は、社会正義の実現の責務を負っているとはいえ、依頼者との委任契約に従い、依頼者の権利を擁護し、その者の正当な利益を守るために、依頼者にとって最も有利になるように考えて法的な措置を講ずることが要請されていることを留意すべきである。

また、代理人が当該訴訟で行う主張立証等の訴訟活動について、相手方に対する違法な行為であるといえるか否かを判断するにあたっては、右に述べたことのほかに、民事訴訟における弁論主義・当事者主義において、当事者双方がそれぞれの立場から忌憚らない主張と十分な立証を尽くすことが本来予定されていることから、これらの活動を萎縮させることがないように配慮する必要があるが、代理人の行為が民事訴訟における訴訟活動としてなされる限り、これが相手方に対する違法な行為として不法行為が成立するためには、虚偽と知りながら、あえて虚偽の事実を主張し、又は虚偽の立証活動をなし、あるいは、その主張や立証活動の内容、方式、態様等が著しく適切さを欠く非常識なもので、相手方の名誉や法的な利益を著しく害するなど、その訴訟活動が社会的相当性を逸脱することが明らかなものに限られると解するのが相当である。」

「被告Y2が被告Y1の代理人として行った訴訟活動については、いずれも社会的相当性を逸脱することが明らかでない」ということはできず、その違法性を肯認することができないから、原告の被告Y2に対する乙事件の請求は、その余の点を判断するまでもなく理由がない。」

【代12】大阪地判平九・三・二八判タ九七〇号二〇一頁〔否定〕〈訴えの提起、仮差押申請〉

本判決は、仮差押執行がされた後、本案訴訟において被保全権利の存在が否定され、仮差押執行が取り消された場合、仮差押の申立人ではないがその実質的に追行した者について不法行為責任を認め、右申立人から委任を受けて代理人として右仮差押の申立て、本案訴訟の提起・追行をした弁護士の方が責任を否定した。

本判決の特徴は、弁護士としては、「法律の専門家としての立場から、保全処分申立て、訴えの提起についての可否、可否を検討すべき」こと、そして、故意については、委任に基づいてなされる保全処分の申立て・訴えの提起が違法であることを認識しながら、「あえてこれらに積極的に関与」すること、過失については、違法な提訴又は申立てであることを「容易に認識できる」のに、漫然とこれを看過したような場合に「初めて」相手方に対する不法行為責任を負うとして、注意義務を大幅に軽減し、不法行為の成立の範囲を大幅に限定している点である。さらに、不法行為責任を負う場合の例として、証拠をねつ造した場合を示唆する。

〔一〕 不当訴訟・不当仮差押えと弁護士の責任

（一） 弁護士は、法律上の紛争に関して依頼者の利益を適切に代弁し、その権利の実現を図ることを職務とするが、他方、基本的権利を擁護し、社会正義の実現を図ることを使命としており（弁護士法一条一項、三条一項）、右公益的要請から、弁護士は、依頼された事項の目的又は手段・方法等が不当な場合には、当該事件を受任してはならないものとされている（弁護士倫理二四條）。

（二） ところで、対立する当事者の一方の代理人として行動することを職責とする弁護士は、当該訴訟の提起又は保全処分の申立て自体が相手方に対する不法行為を構成し、その依頼者が相手方に対し、損害賠償義務を負うという場合があっても、必ずしも右依頼者と運命を共にするわけではない。

すなわち、弁護士としては、法律の専門家としての立場から、保全処分¹の申立て、訴えの提起についての可否、当否を検討すべきであり、その結果、委任に基づいてなされる保全処分²の申立て・訴えの提起が違法であることを認識しながら、あえてこれらに積極的に関与したり、または、違法な提訴又は申立てであることを容易に認識できるのに、漫然とこれを看過したような場合に初めて、相手方に対する不法行為責任を負うことになるというべきである。

そして、右検討の結果、訴訟の帰趨等について、弁護士の認識・見解と委任者の認識・見解との間に齟齬が生じた場合、当該弁護士が事件を委任して委任者の認識・見解どおりに訴えの提起等を行うか、事件を委任しないかについて、各弁護士の裁量に委ねられるべきであり、右の理は、訴訟の途中で弁護士と委任者の間の認識・見解の不一致が生じた場合も同様である。したがって、弁護士が、証拠のねつ造に関与するようなことがあれば格別、単に提訴者の言を信じて訴訟行為を行ったという一事をもって、応訴者に対し不法行為責任を負うということはできない。」

【代13】東京地判平一〇・二・二七判タ一〇二八号二一〇頁〔故意肯定〕〈訴えの提起〉

本判決は、別訴における弁護士の訴訟活動が不法行為に当たるとして起こされた損害賠償請求訴訟が、立証の見通しもなく、別訴を有利に進行させる目的で提訴されたものであり、不法行為に当たるとした。

本判決の特徴は、①訴えの提起の違法性の基準に関して、一般論として、提訴者と訴訟代理人を同列に論じていると見られる点、②とくに訴訟代理人について、「訴訟代理人の活動として許される範囲を逸脱」することが判断基準として取り込まれている点である。

「一般に、訴えの提起は、その後の審理の結果において当該請求に理由がないと判断された場合であっても、相手方に対する違法な行為に当たるとはいえないが、提訴者又は訴訟代理人が、当初から、当該請求が事実的、法律的根拠を欠くことを知りながら、相手方を害するなどの意図をもって、あえて訴えを提起するなど、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められる場合には、このような意図をもって提訴に及んだ提訴者又は訴訟代理人の行為は、違法であり、不法行為に当たると解される。」

「弁護士であるYとしては、右のような訴訟提起に当たっては、従来の裁判例に照らし、別件東京訴訟で主張したような訴訟に関する活動としての弁護士の行為が違法と認められるのは、同訴訟の第一審判決が判示するとおり、その目的及び態様等からして裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合に限られることを当然認識していたものであり、仮にそうでなくとも容易に

認識できたはずである。

そして、熊谷訴訟におけるAらが相殺の主張を行った経緯及びBらが弁論再開の申立てを行った経緯は、前記2記載のとおりであり、こうした客観的事情の下では、Yが、右訴訟を提起するに当たって、Aらの訴訟活動が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く行為であったと立証できる見通しの下に右訴訟の提起に及んだとは認め難く、そのような見通しがあったことを裏付ける証拠もない。

むしろ、別件東京訴訟は、Yが、熊谷訴訟の代理人として就任して間もなく、前述の「警告書」など威嚇的な内容の文書を次々と訴訟の相手方の代理人であるAらに発した時期に提起されていること、右訴訟の提起時には、B及びCは、熊谷訴訟の代理人に就任した直後であって、同人らは、弁論の再開を申し立てた程度の以上の訴訟活動をしていなかったにもかかわらず、同人らについても、A及びDと同額の巨額の損害賠償を請求していること、Yは、前記「警告書」においてA及びDに対して別件東京訴訟と同内容の請求権の存在を主張しておきながら、その後の熊谷訴訟についてのAとの和解交渉においては、簡単に右請求権が存在しないことを確認する和解案を作成していること等からすれば、前記認定の経過の中で行われた別件東京訴訟は、熊谷訴訟におけるE商事の訴訟代理人に就任したYが、その請求には理由がないことを知りながら、又は容易に知り得たにもかかわらず、訴訟の相手方であるTらの訴訟代理人であり、又はその直前まで訴訟代理人であったAらに対して不当な圧力をかけて、熊谷訴訟をE商事側に有利に進行させようとの目的から、あえて提起したものであると認められる。

(5) そして、このような訴えの提起は、訴訟代理人の活動として許される範囲を逸脱し、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く行為であるというべきであって、Aら四名に対する不法行為に当たると認められる。」

〔代14〕東京地判平一八・九・二五判タ二二二二号二八九頁〔否定〕〈訴えの提起〉

本判决は、前訴である二つの株主総会決議等の取消しの訴えの原告訴訟代理人について、その訴えの提起が不法行為を構成しないとされた。

本判决の特徴は、①「訴えの提起」に関する【参考1】最判昭六三・一・二六の法理が、「原告のみならず訴訟代理人弁護士にも基本的にはあてはまる」としている点、②基準の中に「弁護士制度の趣旨目的」を含ませている点、③「事実的根拠の点では原告本人と異なり原告本人の主張する事柄の正当性を第三者として検証することになるのである

から、この点については原告本人の場合と異なった配慮が必要とされる」としている点、④法の見解に関して、「法的にみてそれとは異なる考え方がおよそありえないというほど一義的に正当かつ明白なものであること、すなわち、訴訟代理人弁護士が、「論理的に推し進めれば……（ある法の見解）とは異なる考え方に帰着することとなるような法の見解を採って受任と訴えの提起に踏み切ったことがおよそ不当であつて裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く」ことを基準としている点である。

「二 訴えの提起が不法行為となる場合について最高裁判例（昭和六三年一月二六日判決民集四二卷一号一頁）は、提訴者が当該訴訟において主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、同人がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたのにあえて訴えを提起したなど、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合に限り、相手方に対する違法な行為となる旨を判示しており、その根拠として、法治国家における裁判を受ける権利の重要性に鑑み、訴え提起が不法行為となるか否かの判断に当たっては裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることを挙げている。

右の法理は、原告のみならず訴訟代理人弁護士にも基本的には当てはまると考えられる。

すなわち、依頼者が当該訴訟において主張しようとしている権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであり、かつ、弁護士がそのことを知りながら又は容易にそのことを知りえたのにあえて受任して訴えを提起したなど、裁判制度、弁護士制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く場合に限り、相手方に対する違法な行為となると言うことができる。

なお、弁護士の不法行為の成立については、依頼者（提訴者）の不法行為の成立とは別個にその成立の有無を考えるべきであろう。具体的には、弁護士については、事実的根拠の点では原告本人と異なり原告本人の主張する事柄の正当性を第三者として検証することになるのであるから、この点については原告本人の場合と異なった配慮が必要とされると考えられる。」

「三 被告が、Aには1総会を、A、Dには2総会を招集する権限がないと考えて1・2事件の訴えの提起に携わったことの当否について

1 まず、1・2事件の訴えの提起時、また、1事件に関する控訴提起時には本件判決が確定していなかった（換言すれば、確定する可能性もあった）ことは当事者間に争いが無い（なお、本件判決が確定する可能性があることは現時点においても変わりがない）から、この争点に関する法的問題は、結局、本件で問題となっている事実関係に旧商法二五八条一項（なお付言すれば、会社法

では三四六条一項に当たる)は適用がないという被告の主張につき、全く法律的根拠を欠く不当なものであったか否かという問題に帰着する(もしもこれが肯定されるならば、たとえ本件判決が確定したとしても被告の主張は容れられる余地が全くなく、したがって被告の行為は違法であったと解される余地がありうるであろう。逆に、もしもこれが否定されるならば、被告の行為が違法であったと解される余地はないことになる。なお付言すれば、右の点は、1事件の第一審における審理の時点において、被告が、旧商法二五八条一項の解釈について本件訴えで主張しているような法的主張を明確に意識していなかった(原告はこのことを準備書面2で指摘している)としても、そのことによつて左右されるものではない。法的主張については、当事者がその内容を明確に意識していなかったとしても(事実、そのような事態は民事訴訟一般においてまれではない)、結果的にみて、問題とされている訴えがそれなりに理由のある法的な見解によつて支持されるものでありうる。ことが現在の時点で判明しさえすれば、そのような主張に基づく訴えは違法なものであったとは言えないことになるからである)。

2 旧商法二五八条一項の適用について

(一) 旧商法二五八条一項については、取締役が任期の満了又は辞任によつて退任した場合に適用されるものであり、解任の場合については、会社の取締役に対する信頼関係が破れるのが普通であるから取締役に権利義務を継続させることは不適当である、との考え方が通常採られており(新版注釈会社法(6)八五頁等)、この考え方は正当であると解される。

(二) そうであるとすれば、取締役の選任決議が取り消された場合においても解任の場合と同様に考えて同項の適用がないとする考え方も、成り立つ余地がないとはいえないと考えられる。その選任決議が取り消されたような取締役は、たとえ従前は取締役であったとしても、現時点で会社との信頼関係がそこなわれているのであるから、これに取締役の権利義務を継続させることは不適当であるとの考え方も成り立ちうると思われるからである。

(三) もつとも、本件においては、原告、C、被告を含めた裁判上の和解(平成一四年二月二七日成立。……)において、Cが、原告に対し、Aが原告の取締役に選任された平成一三年九月二七日の株主総会におけるAの選任決議が有効である旨を確認していることが問題となりうる。

なぜならば、右のような事情を考慮すると、一般論としては取締役の選任決議が取り消された場合においては解任の場合と同様に考えて同項の適用がないとする考え方を採る場合であっても、当該決議の直前の取締役選任決議の効力は争わないと約している者がそのような主張を行うことは不適切であるとの考え方が採用されることがありうると思われるからである(むしろそのような考え方が法的には相当かと思われる。付言すれば、1事件の控訴審判決……も、その説示からみると、そのような考え方を採った

ものではないかと考えられるところである。)

(四) しかしながら、(二)の考え方につき、法的にみてそれとは異なる考え方がおよそありえないというほど一義的に正当かつ明白なものであり、したがって、被告が、論理的に推し進めれば(三)の考え方とは異なる考え方に帰着することとなるような法的見解を採って受任と訴えの提起に踏み切ったことがおよそ不当であって裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠く、とまで考えることはおよそ困難である。

(五) そうすると、被告が、本件で問題となっている事実関係に旧商法二五八条一項は適用がないという主張に帰着することとなる前記第二の二の3、4のような法的見解に則って1・2事件を受任し訴えを提起したことにつき、全く法律的根拠を欠き、弁護士としては通常ではおよそ考えられないような著しく不当な行為であったということはできない。」

【代15】最判平一九・四・二四民集六一巻三号一一〇二頁(過失肯定)〈弁護士懲戒請求〉(前出【参考2】)

本判決は、「弁護士の懲戒請求」に関する前出【参考2】最判平一九・四・二六である。

本判決の特徴は、懲戒請求代理人弁護士について、「弁護士懲戒請求の趣旨目的に照らし相当性を欠く」という、請求者本人と同様の基準で違法性を判断している点である。なお、田原睦夫裁判官の補足意見において、弁護士が懲戒請求者や請求代理人となることへの慎重な対応が求められている。

「また、被上告人Y2は、別件請負代金訴訟の第一審及び控訴審並びに別件損害賠償訴訟の控訴審においてY1の訴訟代理人として訴訟活動に携わり、かつ、法律実務の専門家である弁護士として、本件懲戒請求が事実上、法律上の根拠に欠けるものであることを認識し得る立場にあつたことは明らかである。被上告人Y2は、それにもかかわらず、本件懲戒請求の請求書を作成し、本件懲戒請求につきY1の代理人を務めたものであり、このような行為は弁護士懲戒請求の趣旨目的に照らし相当性を欠くと認められるから、被上告人Y2は、これによって上告人の名誉又は信用が毀損されたことについて不法行為責任を負うべきである。」

〈田原睦夫裁判官の補足意見〉

「殊に弁護士が自ら懲戒請求者となり、あるいは請求者の代理人等として関与する場合にあっては、根拠のない懲戒請求は、被請求者たる弁護士に多大な負担を課することになることにつき十分な思いを馳せるとともに、弁護士会に認められた懲戒制度は、弁護士自治の根幹を形成するものであって、懲戒請求の濫用は、現在の司法制度の重要な基盤をなす弁護士自治という、個々の弁護

士自らの拠って立つ基盤そのものを傷つけることとなりかねないものであることにつき自覚すべきであつて、慎重な対応が求められるものといふべきである。

2 関連判例を参考にした基準論

(一) 関連判例の分析

以上で検討した代理人弁護士の不法行為責任に関する諸判例においては、代理人弁護士としての特別な地位を考慮していないもの、あるいはそのようにみえるものも多い。例えば、告訴代理人弁護士に関する、【代1】千葉地判昭四判昭四三・一・二五と【代2】宮崎地判平一二・五・二九である。その他の代理人に関しては、【代4】東京地判昭四九・三・一三、【代9】東京地判平七・七・二六、【代10】東京地判平七・一〇・九、【代13】東京地判平一〇・二・二七、【代14】東京地判平一八・九・二五、【代15】最判平一九・四・二四がある。

他方で、【代5】東京高判昭五四・七・一六は、「代理人」としての特別な地位と「弁護士」としての特別な職責・地位に、正面から十分に配慮した判断基準を示している。また、【代6—1】京都地判平三・四・二三（代6—2）大阪高判平四・一・二八、【代11—1】東京地判平八・二・二三（代11—2）東京高判平八・一〇・二二、【代12】大阪地判平九・三・二八も同様である。なお、弁護士の職責に若干の言及をするものとして、【代8】東京地判平四・六・一七がある。【代6—2】大阪高判平四・一・二八と【代11—2】東京高判平八・一〇・二二でも、同様の判断をした原審の判断が是認されていることからすると、【代5】東京高判昭五四・七・一六の考え方が高裁判例理論として定着していたといつてよいと思われる。

そして、告訴をめぐる近時の判例である【代3―2】東京高判平二三・一二・一四も、弁護士としての特別な職責を考慮している。しかし、従前の判例とは趣を異にする。【代3―2】東京高判平二三・一二・一四は、一方で、弁護士の特別な職責から弁護士としての判断を依頼者の意向よりも優先させるとともに、他方で、正当業務行為としての違法性阻却を広く認めている。弁護士の職責と正当な業務は統一的に解釈されるべきではないかとの疑問があるとともに、代理人（特に告訴任意代理人）としての地位を看過している点に問題がある。

私見によれば、【代3―2】東京高判平二三・一二・一四よりも、「代理人」としての特別な地位と「弁護士」としての特別な職責・地位の両者に配慮している【代5】東京高判昭五四・七・一六を代表とする後者の判例群を軸に据えるべきであると考ええる。そして、さらに告訴任意代理制度（刑法二四〇条）の趣旨を考慮に入れるべきであると考ええる。

なお、前者の判例群に属する【代9】東京地判平七・七・二六、【代13】東京地判平一〇・二・二七、【代14】東京地判平一八・九・二五は、違法性阻却・免責基準を緩和している「訴えの提起」に関する最高裁判例である【参考1】最判昭六三・一・二六の要件を本人同様に告訴代理人弁護士にも適用しているため、違法性阻却・免責が認められる可能性は高いといえる。また、【代14】東京地判平一八・九・二五は、弁護士制度の趣旨目的、事実的根拠の本人との違い、法的見解に関する取扱いなどに言及しており、非常に緻密な分析をしている。これらも大いに参考になると思われる。これに対して、【代15】最判平一九・四・二四は、基準を厳格にしたにもかかわらず、代理人弁護士としての地位に対する配慮をしておらず、明らかに失当である。

(二) 告訴人本人の不法行為の成否と違法性判断基準

(1) 告訴人本人に不法行為が成立する場合の違法性判断基準

【代5】東京高判昭五四・七・一六を代表とする従来認められてきた高裁判例理論を、代理人弁護士による告訴にあてはめて考えると、代理人が弁護士である告訴について不法行為が成立するのは、仮に告訴人本人に不当告訴として不法行為が成立する場合であっても、「単に本人の告訴が違法であって本人について不法行為が成立するというだけでは足りず、告訴が違法であることを知りながらあえてこれに積極的に関与し、または相手方に対し特別の害意を持ち本人の違法な告訴に乗じてこれに加担するとか、告訴が違法であることを容易に知り得るのに漠然とこれを看過して代理による告訴に及ぶなど、代理人としての行動がそれ自体として本人の行為とは別箇の不法行為と評価し得る場合に限られるものと解すべきである。」ということになろう。なお、さらに告訴任意代理制度の趣旨を考慮に入れた判断基準については、後述4「告訴任意代理制度の趣旨・目的からみた不法行為責任の限定」で触れる。

(2) 告訴人本人に不法行為が成立しない場合の違法性判断基準⁽²⁷⁴⁾

では、告訴人本人に不法行為が成立しない場合は、告訴代理人の不法行為の成否はどうなるか。例えば、本人は告訴事実が客観的事実と合致しないことについて不知であることに過失が認められない場合などの問題である。

この場合にも、上記の【代5】東京高判昭五四・七・一六を代表とする高裁判例理論の意図をくみ取るならば、代理人が弁護士である告訴について不法行為が成立するのは、「告訴が客観的事実に合致しないことを知りながらあえてこれに積極的に関与し、または相手方に対し特別の害意を持ち本人の客観的事実に合致しない告訴に乗じてこれを利用するか、告訴が客観的事実に合致しないことを容易に知り得るのに漠然とこれを看過して代理による告訴に及ぶなど、代理人としての行動がそれ自体として不法行為と評価し得る場合に限られる」ということになろう。

3 代理規定によって結びつけられた〈二重の〉正当行為ないし免責・違法性阻却——告訴、弁護士活動

弁護士が告訴を代理する場合、不法行為の成否との関係では、①告訴という正当行為と、②弁護士活動という正当行為の、〈二重の〉正当行為ないし免責・違法性阻却が問題となっている。そして、両者を架橋するのが、刑法二四〇条が定める任意代理人による告訴の制度（以下では、「告訴任意代理制度」という）である。⁽²⁷⁵⁾

任意代理人による告訴は、告訴の法的評価、とりわけ告訴任意代理人弁護士の不法行為責任の成否に対して、どのような影響を与えるのか。①告訴という正当行為については、既に本論文二一《A》「告訴制度の趣旨・目的（違法性阻却）」等において検討してきたので、以下では、一般的な告訴任意代理人のとしての特別な地位と、告訴任意代理人弁護士としての特別な職責・地位の観点から、検討を加える。

（一）任意代理による告訴の一般論——一般的な「告訴任意代理人」としての特別な地位

（１）告訴任意代理制度の趣旨、告発との比較——告訴の自己救済性

刑法二四〇条前段は、「告訴は、代理人によりこれをすることができる。」と規定し、任意代理人による告訴を規定する。

告訴任意代理制度の趣旨は、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ためであるとされる。⁽²⁷⁶⁾

他方で、条文中は告発の場合に代理が認められていないが、解釈論上も、告発については代理は認められないとす

るのが通説である。その理由としては、告発は、告訴と異なり、自己の救済を求める意味を含まず、公益のためその申告を行うものであるから、告発をしようとする者は自らこれを行うべきであつて、他人に代理権を付与してこれを行う必要がないこと（このことは、本条の沿革からも明らかである）⁽²⁷⁾、第三者たる私人の行う告発は資格の制限がないから、これについて特に代理を認める必要がなく、公務員の行う告発については性質上代理を認めるのが不適當であること、などがあげられる。⁽²⁷⁾

これは、逆から見れば、告訴は（自己の救済を求める）という意味を含んでいるということを意味する。したがつて、制度の趣旨・目的が〈公益〉に限定されている「弁護士懲戒請求」とは制度の趣旨・目的が異なり、「訴えの提起」の制度趣旨・目的が近いということである。

（2）表示代理と意思代理——告訴の一身專屬性⁽²⁷⁾

告訴の代理は、通説的見解によれば、告訴権者がした告訴の意思を代理人が表示するいわゆる「表示代理」のみが許されるのではなく、告訴をするか否かの意思決定までを代理人に委ねるいわゆる「意思代理」⁽²⁸⁾までも許される。これに同旨の高裁判例として、東京高判昭四〇・二・一九（高刑集一八卷二号七五頁）は、次のように述べる。

「告訴をするかどうかは決して単なる犯人に対する憎しみなどの感情だけから決定されるべきものではなく、犯人の訴追または処罰によつて生ずる種々の影響ないしは副作用をも考慮し判断したうえで決定されるものである。

その最もよい例は強姦罪および名誉毀損罪の告訴の場合で、これらの罪においては告訴によつて訴追がなされた場合これによつて被害者の名誉が一層傷つけられる慮れのあることがこれを親告罪としてその訴追を被害者の意思に係らせた理由なのであつて、このことは、その告訴をするかどうかの決定が、単に犯人の処罰を希望するかどうかということだけではなく、訴追によつて生ずる影響などをも理性的に判断しかれこれ勘案したうえでなされるものであることを示しているのである。

そして、この理は、他の種類の親告罪、たとえば本件の器物毀棄罪などにおいても多かれ少なかれ同一だといわなければならない。そこで、告訴の性質を右のように考えるならば、これをするかどうかの判断は、必ずしも被害者本人しかできないというもので

はなく、むしろ場合によつては他人の判断に一任したほうがより適切であることも十分考えられるのであるから、告訴の性質上意思代理を許さないとする理由ないというべきである。

しかも、他方、本人の決定した意思を単に伝達し表示するだけのいわゆる表示代理ならば、あえて明文の規定をまたなくとも訴訟行為一般に通じて許されると解されるばかりでなく、代理という文言の法律における用例が一般にいわゆる意思代理を指していることからみても、刑事訴訟法第二四〇条にいう代理には意思代理を含むものと解しなくてはならない。

昭和三年八月一九日の最高裁判所第二小法廷判決（刑集一四卷一〇号一、四〇七頁）も、その理由として説示するところからみると、この解釈を前提として原判決を破棄したものと解されるのである。」

これに対して、告訴が一身専属的性格の濃いものであることを理由に、告訴をするかしないかの判断自体を代理人に委ねるのは矛盾であるとして、表示代理に限るといふ見解も有力である。⁽²⁸¹⁾ また、ドイツにおける議論でも、告訴は犯罪によつて害を被つた被害者自身のものであるといふ狭義の告訴そのものの一身専属性のほかに、具体的な侵害法益の性質（例えば、精神的法益の侵害）や法的判断の対象の性質（例えば、相対的親告罪の場合）にも関係する一身専属性も想定されているようである。⁽²⁸²⁾

仮にこのような一身専属的性格を重視して表示代理のみを認める見解をとるならば、代理人は、告訴人がした告訴の意思を表示するにとどまり、告訴人本人の意思に従属する立場に置かれることになる。この場合、代理人がした意思表示の責任は、原則として告訴人本人に帰属するということになるであろう。

また、告訴の代理を表示代理のみに限定しないとしても、このような一身専属的性格が告訴そのものにそなわつた性格であるならば、それを告訴をめぐる法解釈・適用の際に考慮に入れることは不可能でないばかりか、むしろより適切な場合があるといふべきである。告訴任意代理人（弁護士）の不法行為責任をめぐる問題の場合も、複数の関係当事者が存在し、その責任の所在が問題となる場面であり、このような一身専属的性格を考慮に入れるべき場合に含

まれるように思われる。

(3) 訴訟費用負担者からの告訴代理人の除外——告訴代理人の告訴人としての非主体性

本論文三一で確認したように、訴訟費用の負担を命ぜられる「告訴人」(刑訴法一八三条)には、刑訴法二三〇条ないし二三四条の告訴権者は含まれるが、刑訴法二四〇条に基づく告訴代理人は含まれない。そして、その理由は、告訴代理人が告訴人としての主体性を有しないからとされている。また、刑訴法二四〇条の任意代理人による告訴の効果は本人に帰属するとされており、刑訴法二六〇条の通知、同二六一条の告知は本人に対して行うべきであるとともに、刑訴法一八三条による訴訟費用も本人が負担するとされている。

このように、少なくとも刑事手続法上は、告訴代理人は告訴人としての主体性を認められず、告訴人本人に従属した地位に置かれている。民事法の不法行為責任を検討するにあたっては、損害の公平な分担という不法行為法の基本理念を前提に置かなければならず、刑事手続法上の取扱いがそのまま妥当するとはいえないが、このような告訴人本人に従属した地位を完全に無視することはできないと思われる。

(二) 弁護士が告訴任意代理人となる場合の問題——弁護士活動としての免責・違法性阻却とその境界

刑訴法二四〇条に基づく告訴任意代理人は、法定代理人を含まない「任意代理人」を指すとされている。また、実際に代理人になるのは弁護士による場合が多いが、同条には代理人となるべき者の資格に制限をかけておらず、弁護士に限られるわけではなく、意思能力があれば足りるとされている。では、弁護士が告訴任意代理人となる場合、不法行為責任において、どのような違いが出てくるであろうか。

この点について、「告訴……をする当事者とその代理人は必ずしも同一に論じられるわけでもないであろう」としつ

つ、「一般的には、告訴等を依頼された弁護士としては、依頼者の提供する情報に加えて独自に犯罪の嫌疑をかけるのに相当な客観的根拠があるかどうかを吟味、確認して行うべきで、依頼者の意向の通り右から左へ処理して差し支えないものではない。そして、法律の専門家たる弁護士としては、素人である依頼者よりも自ら高度な義務が課せられていると解すべきであろう。」⁽²⁸³⁾との見解がある。では、具体的にはどのような義務があるのであろうか。

（１）過失判断の前提となる「抽象的な」高度の注意義務

まず、告訴権者から依頼を受けた弁護士は、民法上は委任契約上の受任者となり、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う（民法六四四条）。また、弁護士法一条一項は、「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする。」と規定し、同条二項は、「弁護士は、前項の使命に基づき、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない。」と規定する。さらに、弁護士職務基本規程三七条は、「法令等の調査」として、その第二項において「弁護士は事件の処理に当たり必要かつ可能な事実関係の調査を行うように努める。」と規定している。そして、弁護士は、法律の専門家であり、事件の対応についても経験をもつのが通常である。以上から、弁護士には、告訴代理人になる場合にも、「抽象的には」⁽²⁸⁴⁾一般市民よりも高度の注意義務が認められることになる。

しかし、弁護士が告訴任意代理人となつている場合の不法行為の成否については、その特別な職責・地位に照らして、次のように、「具体的」注意義務の限定ないし免責・違法性阻却が検討されなければならない。

（２）告訴任意代理人弁護士としての特別な職責・地位——「具体的」注意義務の限定、免責・違法性阻却

代理人弁護士は特別な職責・地位がある。代理人弁護士としての特別な職責・地位に関して、弁護士職務基本規程二一条は、「正当な利益の実現」として、「弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努

める。」と規定する。また、同二二条は、「依頼者の意思の尊重」として、その第一項において「弁護士は、委任の趣旨に関する依頼者の意思を尊重して職務を行うものとする。」と規定する。さらに、同二五条は、「弁護士は、依頼者との信頼関係を保持」するように努めると規定する。

もつとも、依頼者との関係において、完全に従属した地位に置かれるわけでもない。弁護士職務基本規程二〇条は、「弁護士は、事件の受任及び処理に当たり、自由かつ独立の立場を保持するように努める。」として、依頼者との関係における自由と独立を定めている。

いづれにしても、代理人としての弁護士の職責は、自らの利益のためではなく、依頼者の正当な利益を実現することであり、原則として、依頼者の意思を尊重した形で果たされなければならないのである。この意味において、弁護士法一条一項の弁護士の使命は、依頼者の基本的人権を擁護すること、依頼者の権利・正当な利益の実現を通して社会正義も実現することとも理解できる。⁽²⁸⁵⁾

(3) 「事実」と「法的評価」——もうひとつの「具体的」注意義務の限定、免責・違法性阻却

告訴代理人弁護士に「抽象的な」高度の注意義務を認めることを前提として、「具体的」注意義務はどのようなものになるか。言い換えるなら、**【代5】**東京高判昭五四・七・一六を代表とする高裁判例理論でいう「客観的事実に合致しないことを容易に知りうるのに漫然とこれを看過する」とはどのような場合をいうかという問題である。

① 「事実」に関する《第一の制約》——依頼者の意思の尊重、依頼者との信頼関係

この問題についても、前述のような代理人弁護士としての特別な職責・地位を考慮する必要がある。すなわち、代理人弁護士は、一方当事者の受任者・代理人であり、依頼者本人の意思を尊重した形でその職責を果たされなければならない。当然の前提として、依頼者本人の主張する事実、そして依頼者本人の提供する証拠資料を出発点・基礎とし

なければ、依頼者との信頼関係は構築・維持できない⁽²⁸⁶⁾。そして、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。そして、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。そして、証拠資料に関しても、意図の有無を問わず、必ずしも十分な提供がなされるとは限らない⁽²⁸⁷⁾。

② 「事実」 関する《第二の制約》——相手方当事者への調査・確認の困難性

そのうえで、依頼者本人の意向である告訴をできる限り実現する方向で、依頼者本人の主張する事実について、依頼者本人の提供する証拠資料によって告訴が可能か、あるいは、さらなる証拠資料が必要か、弁護士のもつ高度な能力・技術によって調査・確認をすべきことになる。

たしかに、弁護士は、「各種証拠収集のために、弁護士法二三条の二の弁護士会照会などの法的根拠を有する権限を有しており、公的機関などに各種の証明を申請する場合には一般人よりやや有利な取扱いも受けている。しかし、その弁護士会照会制度には強制力はなく、検察官などのような証拠を強制的に収集できるような調査権限は基本的にはなく、その能力・権限には自ずと限界がある、というよりその職責、職務の性格に比して余りにも調査権限が貧弱である⁽²⁸⁸⁾」。なお、刑訴法一七九条による証拠保全も「被疑者」となる捜査開始以後である。さらに、弁護士による調査・確認は、捜査機関とは異なり、組織力でも大きく劣るのが現実である。当然のことながら、取調べの権限も与

えられていないのである（刑訴法一九八条を参照）。

さらに、告訴のように刑事法上の犯罪の成否を問題とするもの場合には、犯罪捜査において身体確保や証拠保全の必要性や逃亡・証拠隠滅のおそれなどが問題とされていることからわかるとおり、その手続は慎重に進められることが求められている。代理人弁護士が相手方当事者とむやみに接触することは、逃亡や証拠隠滅につながるおそれもある。

この意味において、代理人弁護士が調査・確認できる「事実」には、《第二の制約》がある。そして、この《第二の制約》は、まさに【代3—2】東京高判平二三・一二・一四やその他の一部の下級審判例でも述べられている「犯罪の嫌疑をかけるのに相当な客観的根拠」の確認義務に対しても、制約、すなわち、具体的注意義務の限定に結びつくのである。

とりわけ当事者間の主張事実食い違いが生じている事件の場合には、代理人弁護士が、相手方当事者の手元にある証拠資料を収集したり、故意などの主観的事情を確認するために相手方当事者に直接話を聞いたたりすることは、通常は困難であり、仮に困難でないとしても、それらの事実を「容易に知り得た」とはいえない。⁽²⁸⁹⁾ それほどか、むしろ避けるべき場合もあるのである。現に、【33】大分地判平一七・五・二六は、なお書きながら、「被告らは、原告側に偽証教唆の点を問い質していないが、第一次集団訴訟のほか、多数の訴訟で対立していた原告側と被告側の間で、被告側が原告側に問い合わせをすることは一般には困難であると考えられるし、捜査機関より前に相手方と接触することは意見の分かれるところであるから、この点をことさら重要視することはできない。」と判示している。

③ 「法的評価」に関する制約

他方で、「法的評価」については、「事実」とは様相が異なる。

事実に関する《第二の制約》でみたような調査・確認の限界は、法的評価そのものが法律の専門家としての弁護士
の能力・技術がまさに發揮されるべき場面であることから、法的評価の場面では直接は問題とならない。事実に関す
る《第二の制約》が法的評価に影響を与えるのは、法的評価の前提となる「事実」に制約が加わるといふ形をとるこ
とになる。

他方で、事実に関する《第一の制約》でみたような依頼者の意思の尊重や依頼者との信頼関係の構築・維持という
観点は、「法的評価」にもあてはまる。すなわち、代理人弁護士との「法的評価」は、依頼者の「法的評価」（厳密な意味
では法的に評価できていないことの方が多いかもしれないが）を出発点・基礎としなければならないのが通常である
う。そのうえで、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
るといふ状況からみても、ありうる評価の範囲で最も重大な犯罪が成立する方向で評価をしていることが、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、類型的に不公平な裁判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）や検察審査員の除斥事由（検察審査会法七条）、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ことから裏付けられる。代理人弁
護士は、そのような依頼者の意思の尊重や依頼者との信頼関係の保持を十分に考慮しつつ、法律の専門家として、良
心に従って、その裁量の許される範囲内で、法的評価をすることが求められていることになる。

告訴代理人の告訴代理行為についての不法行為の成否の基準は、【代5】東京高判昭五四・七・一六を代表とする高
裁判例理論でも考慮されているように、代理人としての弁護士
の正当な活動を不当に制限するような委縮効果を招か
ないものであることが必要である。それを前提にするならば、代理人弁護士による告訴代理行為が違法となるのは、
法的評価に関する限り、その裁量の範囲を逸脱した場合に限られるとすべきである。

4 告訴任意代理制度の趣旨・目的からみた不法行為責任の限定

2で述べたように、告訴任意代理制度の趣旨・目的は、まず、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。そして、それは単なる手續の容易化にとどまらず、被害者支援思想がその根底にある制度といえることができる。また、告訴は自己の救済を求める性質をもっており、一身専属的性が強く、しかも、告訴代理人は刑法法上は告訴人としての主体性を否定されている。

このような趣旨・目的等を考慮するならば、告訴任意代理人の不法行為責任はできる限り限定される必要がある。なぜなら、告訴任意代理人が不法行為責任を負う可能性が高ければ、告訴任意代理人になろうとする者がいなくなるからである。もちろん、不法行為責任による心理的圧力があれば、より適切な告訴がなされることが期待できるわけではあるが、告訴任意代理人によってより適切な告訴がなされる当然の前提として、そのより適切な判断をする告訴任意代理人のなり手が存在しなければならぬのである。とりわけ、弁護士の場合には、一般市民と比較してより適切な判断ができることが期待できるが、その高い能力ゆえに、過度に高度の注意義務が課され、不法行為責任の成立範囲が広がるということでは、弁護士が告訴任意代理人になることが期待できなくなってしまう。実際に、実務においては、弁護士は告訴等には代理人表示をせず、当事者本人名義で告訴等が行われることが多いようであり、それは、告訴等が高度の注意義務を課せられており、不法行為責任を負う危険性が高いことが影響しているのではないかと推測されている。⁽²⁹⁰⁾

以上から、告訴任意代理制度の趣旨・目的等に合致させるために、そして、より適切な判断ができる告訴任意代理

人弁護士を確保するために、告訴代理人の不法行為責任はできる限り限定されなければならないというべきである。

むすびにかえて

本論文での検討は多岐にわたったため、ここで要旨を示したうえで、若干のコメントを付け加えることとした。

一 および二では、関連判例を俯瞰したうえで、それらの分析を行った。告訴が不法行為を構成するか否かについて、《A》告訴制度の趣旨・目的、《B》被告訴人の不利益・負担、という二つの観点を考慮すべきである。このうち、《B》被告訴人の不利益・負担は、主として、法益侵害・違法性を積極的に肯定する観点から問題となり、《A》告訴制度の趣旨・目的は、主として、違法性阻却・免責とその境界の観点からの問題となる。さらに、《A》告訴制度の趣旨・目的は、①法秩序の維持という公益の側面と、②犯罪被害者の権利・利益の尊重という側面の二つが併存しており、告訴の性質は、公益的側面に限定される弁護士懲戒請求とは異なるものであり、訴えの提起に近いものである（しかも、告訴は公益的側面を持つので訴えの提起と同等のものにとどまるものでもない）。また、《B》被告訴人の不利益・負担は、捜査手続による事実的な不利益まで考慮に入れるべきである一方で、名誉侵害は捜査関係者による守秘義務（国家公務員法一〇〇条一項、地方公務員法三四条一項、犯罪捜査規範九条以下）と名誉侵害防止義務（刑法一九六条、犯罪捜査規範九条以下）が果たされれば直接的には生じないはずであるとともに、捜査手続による不利益・負担も捜査関係者の適切な対応により極小化されるべきものである。関連判例においては、告訴人に「事実」や「根拠」に関する一定の「調査」や「確認」を要求しているが、それには大きな幅がある。これとの関係で、特に、①判断の視点・主体は、通常一般人がその被害者の立場におかれた場合にどう判断するかを基準とすべきであること、②判断の

基準時は、告訴事実が客観的事実に合致するかという真实性の判断は「事後判断・裁判時判断」でよいが、告訴の正当性・違法性の判断は「行為時判断」が必要であること、③不法行為の成否の判断に一般市民の調査能力の限界を考慮に入れるべきこと、④弁護士の場合には、その高度な能力や職責が考慮されるべきこと、⑤告訴内容の一部が客観的事実と異なっているとしても、公訴事実の同一性の範囲内で犯罪事実が認められれば、不法行為が成立しないこと、に注意すべきである。なお、関連判例の補遺を本論文四「歴史的考察」の後に付したので、あわせて参照されたい。

三では、類似の制度との比較を行った。三一では、そのうち、刑事訴訟法上の告訴人訴訟費用負担制度（刑訴法一八三条）との比較を行った。まず、虚偽告訴・濫告訴等の事前抑止と事後制裁の側面をもつ告訴人訴訟費用負担制度と「損害の填補」を第一目的とする不法行為に基づく損害賠償制度（民法七〇九条）とは質的・法構造的に異なるものがあるが、両者の機能は類似しており、告訴権の濫用的行使をめぐる不法行為責任論に重要な示唆が得られる。具体的には、告訴人訴訟費用負担制度において告訴と公訴の提起等とに強い因果関係が要求されているが、その理由として、訴訟費用の発生という結果により近い検察官の訴追裁量権に基づく公訴の提起や捜査機関の捜査権限に基づく捜査活動にその結果の帰属を認めるべきとの基本的発想が根底にあることが推測される。また、告訴人訴訟費用負担制度における「重大な過失」要件に関して、①単純過失ではなく重過失が要件とされる理由は、委縮効果を回避するためであると推測される、②重過失の内容において「極めて容易に知り得た」などとして注意義務が緩和される理由も、委縮効果を回避するためであるとともに、告訴権者たる犯罪被害者の置かれている状況に配慮したものであると推測される、③過失判断を慎重にしなければならない理由も、委縮効果を回避するためである、④重過失判断において事実と法的評価が分けられ、法的評価の誤りは一般に重大な過失にはならないとされている理由は、一般市民の能力の限界と委縮効果の回避を考慮したものであると推測される。さらに、訴訟費用の負担者から告訴代理人が除外されて

いる理由は、告訴人としての主体性を有していないからである。三2では、刑法における対応との比較を行った。まず、虚偽告訴罪（刑法一七二条）に関して、その保護法益が個人的法益（私生活の安全）に限定されるものではなく、国家的法益（司法作用）も重視されている。また、同罪に過失犯処罰規定が存在しておらず、同罪が目的犯とされている理由は、刑法学からは処罰の限定を図るものといえるが、被害者学および刑事訴訟法学からは正当な告訴への委縮効果の低減が意図されているものと捉えるべきである。次に、名誉毀損罪（刑法二三〇条）と刑法二三〇条の二による免責に関して、告訴は、①捜査関係者の守秘義務や名誉侵害防止義務を前提にすると「公然」性がそもそも否定される、②「公共の利害に関する事実」には正面から適合する、③示談金の上乗せや報復感情の充足などが目的に加わっていても、公益を図ることが主たる目的であれば、目的の「公益」性も認められる、④真实性の証明に関する議論では、市民の調査能力・証拠収集能力の限界を考慮に入れている点、違法性の判断時点を行為時判断としている点が参考になる。そして、正当行為としての違法性阻却（刑法三五条）に関して、告訴がそもそも正当行為（法令行為）として位置づけられる。同じく正当行為（法令行為）としての違法性阻却が問題とされた私人逮捕・訴訟活動・弁護活動に関する最高裁判例では、社会通念上必要かつ相当である、権限の逸脱や濫用にあたらぬ、あるいは、法秩序全体の見地から許容されるというように、その基準は一樣ではない。三3では、民事法における対応との比較を行った。まず、名誉毀損による不法行為責任（民法七〇九条）に関して、刑事法でみられたような伝播性の理論に言及した最高裁判例はなく、民事法では、この点に関して、行為と損害結果との「相当因果関係」が重要な役割を担っているものと推測できる。それは、民事法上は（表現）行為の公然性が特に要件になっていないからと推測できる。そして、故意・過失を問題とする民法上の名誉毀損と故意のみを問題とする刑法上の名誉毀損の近接化傾向がみられるが、刑事法における適用範囲の方がより限定されるべきであるとともに、民事法においても過失判断における注意義務の

検討は慎重に行われるべきである。次に、名誉毀損に関する違法性阻却・免責に関して、「事実の真实性・真実相当性の法理」から、告訴の場合には、①未発覚の犯罪につき捜査機関に捜査の端緒を与えるという視点と、起訴されるべき事件が捜査の懈怠や事件の握りつぶしにより起訴されずに闇に葬られるのを防ぐという視点が重要である、②告訴内容が客観的事実と異なっていないも「公訴事実の同一性」が認められれば不法行為責任を負わないのは、告訴の（受け手）である捜査機関を基準とすべきであるからである、③真実相当性の判断基準時が行為時となる理由は、行為時における行為者の認識内容が問題とされるとともに、委縮効果を極小化する必要があるからである、④告訴の場合に挙証責任の転換が重要な問題となりうる、⑤真実相当性の判断構造を参考にとすると、《A》告訴制度の趣旨・目的の重要度と、《B》告訴による影響（被告訴人の不利益・負担）が問われ、その際、告訴人の調査能力の限界や告訴の機能などを考慮して、被害者等である告訴人を委縮させて正当な告訴を躊躇させない必要がどの程度あるかが問題となる。また、「公正な論評の法理」からは、「法的な見解」も意見ないし論評の表明として免責要件が緩和されるが、事実と法的評価によって構成される告訴のうちの「法的評価」がこの「法的な見解」にあたるならば、その「法的評価」としての域を逸脱したものでない限り、その違法性が阻却されるとの判断がありうる。

④では、歴史的考察を行った。④1では、告訴は、沿革的には、江戸時代の「吟味願」、治罪法の「付帯私訴」・「私訴」に密接に関連しており、それらはいずれも民事の「訴えの提起」という性質を帯びていたことを確認した。これを前提にすると、告訴は、裁判を受ける権利として憲法三二条においても保障されている民事の「訴えの提起」と（少なくとも）同等に、憲法上保障されるべきことが示唆される。④2では、治罪法一六条に規定された要償の訴えは、被告人が免訴・無罪の言渡しを受けた場合等に「告訴人」・「被告人」および「民事原告人」に「悪意」・「重過失」が認められるときの賠償義務を定めたものであったが、これは告訴が不法行為を構成する場合の損害賠償の規定といえる。

その制度趣旨は、ボアソナードが述べるような刑事裁判所が告訴人の悪意・重過失を判断するのに必要な材料を持ち合わせているという事実上の理由のみではなく、告訴や付帯私訴・私訴を通じて被害者の権利の実現に委縮効果をもたらさないこと、さらに、告発も対象にしていることから、刑事裁判を通じて公益の実現を期待し、それにも委縮効果をもたらさないことを考慮したものと推測するのが妥当である。四三では、瀬川信久の研究に基づき、告訴による名誉毀損にかかる名誉回復訴訟が一八八三（明治一六）年頃に増加し、一九〇〇年代後半以降に非常に少なくなったこと、また、そのような推移の理由の一つに当初の民刑融合的な市民の認識から民刑峻別的な市民の認識への変化があったと推測できることを確認した。四四では、明治刑訴法一三条（一九八〇（明治三三）年制定）は治罪法の規定を承継し、悪意・重過失要件も維持されたことを確認した。同時期に制定された旧民法財産編三七〇条は「過失又ハ懈怠」を要件としているのに対して明治刑訴法一三条が重過失要件とした理由について、当時の解説書は、市民の調査能力や知識・判断力の限界、それらを踏まえての委縮効果や法律の誤解の問題、告訴の公益適合性、公訴提起に関する検事の直接的な責任との比較（ただし当時の学説内で争いがある）などを指摘している。また、一八九六（明治一九）年に制定された現行民法との整合性に関して、明治刑訴法一三条は民法七〇九条の例外規定であると判例も学説も理解していた。さらに、当時の判例で、悪意・重過失の証明責任との関係で委縮効果を考慮しているものがある。そして、大正刑訴法（一九二二（大正一一）年制定）は、告訴人等の損害賠償責任に関する規定を削除した。これにより、民法七〇九条の故意・過失要件に統一されたとの見解もあるが、この規定削除の理由は、大正刑訴法制定時の衆議院特別調査委員会における林頼三郎政府委員の答弁に基づけば、刑事訴訟法の刑事手続法としての純化にあるというべきであり、告訴権の行使をめぐる不法行為責任を軽過失の場合にも成立させることを積極的に意図したのではない。

五では、ドイツ法との比較法的考察を行った。五一では、「Strafantrag」（告訴・告発）と「Strafanzeige」（通報・申

告) の概念をを確認したうえで、ドイツにおいて虚偽告訴ではなく「虚偽通報・申告」が問題とされるが、それは通報・申告によって捜査義務が生じるためであることを確認した。52では、虚偽通報・申告に対する法的対応の全体像を確認したうえで、この場合の民事不法行為責任をめぐる一般的な理解を確認した。具体的には、虚偽の通報・申告が「善意」かつ「軽率」ではなく「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は発生しないが、「軽率に」行われた場合には、それが発生しうる。この「軽率さ」は、「認識可能な根拠」がなく「でたために」行われた場合に認められている。犯罪行為の根拠を通報・申告実行者の視点から判断する有力な学説がある。そして、このテーマに関する指導的判例として、連邦憲法裁判所一九八七年二月二五日決定は、通報内容を証明できなかった場合に、善意の通報実行者に損害賠償のリスクを負わせる損害賠償法の運用は、法治国家原理に関する基本法二条一項に違反するとしている。より具体的に、本論文のテーマに直接重要な示唆が得られると思われる部分を決定文から再度引用・要約するならば、「法律で定められた司法手続」を開始させ遂行する場合、「主観的に誠実な行動」であれば、「それが手続法に法定されていることを考慮すると、さしあたり、法に適合しているとの推定を受ける」。原則として、損害賠償請求の原告側が、告訴人による「法律状況の単なる過失による評価間違い」の結果について責任を負う。それは、「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」を保障するためである。「社会的に相応なもの」という枠組みに従っていれば、民法八二三条の不法行為と評価されてはならない。この場合に原告側に生じる弁護士費用は、「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属するものであり」、「賠償を受けずに甘受しなければならない」ものである。通報内容の証明をできなかった場合に通報者に損害賠償義務を負わせることは、法治国家原理と相容れない。なぜなら、それは、「通報を実行する権利を過度に制約する」こととなるからである。この場合には、「通報によって単に法秩序によっ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」。「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、法の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」。国家は、「良く機能する刑事司法」を公衆の利益のために保障する憲法上の義務を負っている。それが、刑法一六四条（虚偽嫌疑）における故意要件や刑法四六九条の費用規定という形で立法化されている。この場合、他方の被疑者・被告人は、故意および軽率な（認識可能な根拠なく実行される）通報から保護されていることになる。通報内容の検討は、法治国家的な手続が整備された本来の捜査手続の中で行われるべきである。通報内容を証明できない場合に損害賠償義務のリスクを負わせることは、「刑事法上の捜査手続の円滑な遂行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、民事訴訟でひよつとすると……発言の真実性に関して自己に不利な立証責任を分配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」。さらに、本論文のテーマを正面から取り扱ったミュラー・ディーツ論文の内容を検討した。同論文は、この連邦憲法裁判所判例を踏まえたものであるが、全体として判例・学説の客観的分析に大きく力が注がれている。同論文のうち、ミュラー・ディーツ自身の主張であり、かつ、本論文のテーマに直接重要な示唆が得られると思われる部分を再度引用・要約するならば、「通報は『でまかせ』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が存在していなければならない」。⁽²⁹¹⁾「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、義務付けられて」おり、⁽²⁹²⁾「通報者がこのような方法で本心を明らかにすれば、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、その通報人が足下をすくわれしてしまうことは——刑事法上も民事法上も——ほとんどあり得ない」。⁽²⁹³⁾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ない」とともに、「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』は、個々人の問題ではあり得ず、そうであれば、『国家司法の利用可能性が……阻害される』⁽²⁹⁴⁾。刑事手続の端緒の大部分が通報であることから、通報には刑事司法の機能発揮という市民と国家の利益があり、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・被告人の権利・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』⁽²⁹⁵⁾。手続の質とその都度実施される捜査こそが、被疑者・被告人が負担する限界を決定づけるのである、主観的に誠実な通報実行者に賠償義務を負わせることは偽の打開策である⁽²⁹⁶⁾。そして、補足として、近時の民事法学説の内容を確認した。近時の民事法学説も、基本的には前述の連邦憲法裁判所判例の延長線上にあるようであるが、ケッツIIヴァーグナーは、「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」とした連邦通常裁判所二〇〇三年三月二十五日判決を参考に、「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」によるとの見解を提示する⁽²⁹⁷⁾。また、ヴァーグナーは、現在の判例によれば、軽率に行動をする場合には「錯誤する権利」が認められず、例えば、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」がある場合には不法行為責任を負うとする⁽²⁹⁸⁾。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」ではなく、そもそも注意違反ではないとする⁽²⁹⁹⁾（ただし、これはドイツ民法八二三条二項が前提にあるようである）。また、「事実関係の解明は裁判手続の本質的な内容であり」、通報の実行前に事実関係を自己の費用で解明するよう義務付けられるのは背理である。告訴人・通報実行者は、「誠実にかつ軽率にではなく、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解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⁽³⁰⁰⁾。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⁽³⁰¹⁾。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」、告訴人は、「より綿密な調査と熟慮を行う」必要が出てくるとする⁽³⁰²⁾。

ドイツ法の日本法への示唆のうち、特にドイツ法の客観的な紹介・分析を超えてコメントすべきことを、ここで新たにまとめておく。ドイツ法では、「法律に定められた司法手続」が中心に据えられていることが明らかであり、これは、わが国でいえば、訴えの提起に関する憲法論的基礎づけと通ずるところがあるとの共感を得るばかりでなく、わが国でその理念を告訴の場合にも拡大していく必要性を感じさせる。また、ドイツ法では、とりわけ告訴（通報・申告）のもつ公益的側面が強調されているが、この点についてのわが国の判例・学説における配慮はそれに比べるとかなり見劣りがする。告訴のもつ公益的側面は、わが国の最高裁のように国家賠償訴訟における請求の棄却の理由として引き合いに出す⁽³⁰³⁾ばかりでなく、過失による不実の告訴の損害賠償責任を否定する場面でも、十分に考慮に入れられるべきである。他方で、ドイツ法においては、少なくとも今回のテーマに関して引用・参照した判例・学説に限っては、通報・申告、さらには告訴のもつ犯罪被害者の権利・利益の視点が必ずしも十分に配慮されているように思われない。ところで、ドイツ法で示されている、告訴内容の検討や嫌疑をかけられた者の権利保護は本来の手続において対応すべきという視点は、わが国の民事訴訟の在り方や捜査・公訴の在り方にも大いに参考になると思われる。告訴の可否を民事訴訟で争い、さらにその可否を民事訴訟で争う……といった、本論文一および七の諸判例の中でも垣間見られるいわゆる告訴合戦は、避けるべき紛争解決の方法である。また、日本法の検討の中でも何度も指摘しているように、被告訴人の不利益・負担は、捜査・公訴機関の対応の仕方によって、大きく左右されるのであり、その責

任を告訴人に負わせるのは「過失」の場合に限っては適當ではないのである。とりわけ捜査実務にとって有益と思われるのは、ミューラー・ディーツが主張するように、告訴人に告訴の基礎となつている自らの認識している事情を傳達してもらうことである。これによつて、告訴人も捜査機関も被告訴人もその不利益が極小化されることが期待できると思われる。なお、「軽率に (leichtfertig)」という文言は、一九五〇年改正後のドイツ刑法四六九条（告訴人の訴訟費用・必要的支出金の負担）（さらには、一九三三年から一九六九年までのドイツ刑法二六四条（虚偽嫌疑））にも用いられている。また、ドイツ刑法四六九条の必要的支出金の負担は、限定的ではあるが、損害賠償の性質をもっている。これらの点は、民事不法行為責任をめぐる解釈論にも大きく影響を与えているように思われるが、本論文では明らかにできなかったので、別稿にて検討することとしたい。

六では、これまでの検討で残された問題と不法行為責任の成否に影響を与える諸事情について総合的な検討を行った。六一では、告訴の前提事実についての調査・確認の必要性について検討を行った。まず、告訴の法的性質は、訴訟行為たる主張であり、検察官の公訴提起の法的性質と類似している。公訴提起をめぐる国家賠償訴訟請求訴訟に関する最高裁判例を参考にするならば、違法性の判断基準として、行為時判断を行うべきであるとともに、違法性判断の前提事情（判断基底）として、犯罪被害者等立場に立たされた一般市民である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によるべきである。また、告訴において申告される「犯罪事実」は「事実」と「法的評価」の混合体であり、その判断を市民が行わなければならないことを考慮すると、法的評価には緩和された免責要件を適用すべきである。告訴をめぐる実情として、告訴人が非専門家や被害者等であることに起因する調査・確認の限界、主観的構成要件要素の調査・確認の困難性、専門家である捜査機関による初動捜査の有効性などに留意すべきである。告訴期間制度（刑法二三五条）の存在から、親告罪およびそれと

密接に関連している犯罪について告訴する場合には、確実性よりも迅速性が求められている。六二では、告訴の受理と告訴の法的評価への影響について検討した。まず、告訴の受理が慎重に行われており、一定水準の内容と根拠が求められている実情を確認した。この取扱いを前提とすると、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ければ、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。さらに、故意の虚偽告訴は受理されても違法であるが、過失が問題となる場合は、告訴人よりも捜査機関の方が調査・確認能力が高いのが通常であることから、過失の競合が問題にはなるものの、第一の責任は捜査機関が負うべきである。六三では、捜査の開始と告訴の法的評価への影響について検討した。まず、刑事法一八九条との関係で、捜査が開始され継続されていることは、特定の犯罪の嫌疑があることを意味する。また、特定の犯罪の嫌疑を認定する者は、告訴の受理の場合には「司法警察員」である。したがって、告訴の受理に関する実務を前提にすると、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」により認定されていることになる。六四では、告訴人の協力と告訴の法的評価への影響について検討した。まず、告訴人が犯罪捜査に協力することは望ましいが、二次被害が発生するおそれがある。告訴任意代理制度はその補充に役立つ。また、捜査への協力が消極的になるその他の要因もあることから、捜査への告訴人の協力が消極的であったとしても、それ自体によって告訴が虚偽のものであることを推認すべきではない。六五では、不起訴と告訴の法的評価への影響について検討した。刑事手続の各段階に応じた嫌疑の程度が想定されるべきであり、告訴の時点では逮捕状請求時のような疎明の程度を超える資料の提供を求めることは妥当ではない。また、不起訴の実態を考慮すると、不起訴それ自体を理由に、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とするべきではなく、最高裁判例も不起訴処分という事実のみでは故意・過失は推定できないとしている。なお、不起訴裁定の主文の違いにも留意すべきである。

六六では、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について検討した。不起訴理由告知請求（刑訴法二六一条）を行ったことは、当初の告訴の正当性を肯定する方向での一つの判断材料としてよい。付審判請求（刑訴法二六二条）や檢察審査会審査申立て（檢察審査会法三〇条）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評価されるならば、告訴の申立てでも正当なものと評価されるべきである。告訴の取消し（刑訴法三三七条一項）は、当初の調査・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すべきではない。六七では、立証責任の所在について検討した。まず、一般原則として、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は原告側が、責任無能力、違法性阻却事由・免責事由については被告側が、それぞれ立証責任を負う。しかし、窪田充見によれば、不法行為訴訟においては要件事実論があまりうまく機能していない。告訴をめぐる不法行為訴訟においても、調査・確認義務という形でその問題が表出している。さらに、公然性が直接には問題とならない告訴の場合には、真实性・真実相当性の法理ではなく（したがって、少なくとも、告訴内容の真实性を被告側に実質的に立証責任を負わせるような運用は妥当ではない）、法令行為・正当行為としての違法性阻却・免責を問題とすべきである。そうすることで、告訴の趣旨・目的が正面から考慮されることになる。

七では、告訴任意代理人弁護士の不法行為責任に焦点を合わせて検討を行った。七1および2での関連判例の俯瞰および分析から、代理人としての特別な地位と弁護士としての特別な職責・地位に配慮して不法行為の成立する範囲を限定した【代5】東京高判昭五四・七・一六を代表とする判例群を基本的な軸に据えるべきであり、さらに、告訴任意代理制度の趣旨を考慮に入れるべきである。七3では、弁護士が告訴人を代理する場合、不法行為の成否との関係で、①告訴という正当行為と、②弁護士活動という正当行為の、二重の正当行為ないし免責・違法性阻却が問題と

なっており、その両者を架橋するのが刑法二四〇条の告訴任意代理制度であることを出発点とした。「告訴任意代理人」としての特別な地位からみて、告訴の自己救済性、告訴の一身専属性、告訴代理人の告訴人としての非主体性を考慮に入れるべきである。「弁護士」としての特別な職責・地位からみて、弁護士には抽象的な高度の注意義務がある。「告訴人任意代理人弁護士」としての特別な職責・地位からみて、具体的な注意義務は限定され、免責・違法性阻却を広く認めるべきである。具体的な注意義務が限定される理由として、告訴の前提となる「事実」と「法的評価」に関する制約がある。具体的には、「事実」に関しては、依頼者の意思の尊重、依頼者との信頼関係、相手方当事者への調査・確認の困難性がキーワードとなる。「法的評価」に関しては、法的評価の前提となる「事実」に制約が加わることによる制約がある。七４では、告訴任意代理人によってより適切な告訴がなされる当然の前提として、そのより適切な判断をする告訴任意代理人のなり手である弁護士を確保する必要性から、告訴任意代理人の不法行為責任はできる限り限定されるべきであるとした。

本論文「はじめに」で述べたとおり、刑事法学を主たる研究領域とする筆者が、民事法学でも特に議論の多い不法行為責任論に属する問題を論じてきたため、思わぬ初歩的な誤解から見当違いな立論をしてしまったかもしれない。その点について、平にお詫び申し上げるとともに、ご批判・ご教示を賜りたい。

※ 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。

〔二〇二二年一〇月二二日脱稿〕

注

- (272) 二〇〇〇(平成一二)年頃までの判例について、加藤新太郎『弁護士役割論(新版)』(弘文堂、二〇〇〇年)二二八頁以下、二〇〇三頁以下、二〇〇三頁以下も参照。二〇〇〇(平成一二)年以降は、黒澤による独自調査によるため、必ずしも網羅的ではない。また、一九九〇(平成二二)年以前ののものも、黒澤が補充した。
- (273) 加藤・前掲注(272)一七七頁以下、二二三頁以下に二〇〇〇年までの判例リストがある。
- (274) 加藤新太郎によれば、当事者の責任要件である違法性ととの関係については、①当事者における提訴等の違法性が前提となると解する見解、②弁護士における提訴等の違法性のみを問題にすればよいと解する見解の二つが考えられるが、弁護士の職務の性質を適切に捉えている②が妥当であり、東京高判昭五四・七・一六および京都地判平三・四・二三は②と同旨であるという(加藤・前掲注(272)一九四頁)。
- (275) 告訴任意代理制度については、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)(二〇一二年)二二五頁以下を参照。
- (276) 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)二二二頁、増井清彦『新版告訴・告発(新版再訂版)』(立花書房、二〇〇三年)九六頁。
- (277) 明治刑事訴訟法五四条では、告発も代理によることを認めていたが、大正刑事訴訟法二七一条では、告訴に限定された。その理由は、法案理由書において、次のように述べられている。すなわち、「告発は告訴と異なり自己の救済を求むるの意を包含せずして全く公益の爲申告を爲すに止まるものなり故に本案に於ては告発せんとする者は自ら之を爲すべきものとし代人を以て爲すことを許さざるものとせり」(黒澤が、漢字の旧字体等を常用漢字に、カタカナをひらがなに、それぞれ改めた)(法曹會編『刑事訴訟法案理由書』(一九三二年)一七〇頁)。この点について、拙稿・前掲注(275)二七三頁および二七九頁も参照。
- (278) 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)七五四頁以下(今崎幸彦)を参照。
- (279) この点について、拙稿・前掲注(275)二五八頁以下および二八〇頁以下を参照。
- (280) 団藤重光「条解刑事訴訟法(上)」(弘文堂、一九五〇年)四六五頁、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)二九二頁(佐藤道夫)等。
- (281) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(青林書院、一九九〇年)六七頁、平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)八九頁、平場安治ほか『注解刑事訴訟法(中)(全訂新版)』(青林書院、一九八二年)二〇九頁(高田卓爾)等。

- (282) 拙稿・前掲注(275)二六一頁以下および二七八頁を参照。
- (283) 加藤・前掲注(272)一三九頁。
- (284) 告訴権の濫用(不当告訴)を事前に防止するという観点に限定すれば、次のような実務家の指摘が参考になる。すなわち、「告訴人の過失による不当告訴を防止するには、動かぬ客観的証拠を基礎に据えて、告訴人や関係者の供述の信用性を徹底的に吟味する必要がある。また、告訴代理人の過失による不当告訴を防止するには、犯罪の構成要件要素の確定、加害者の構成要件該当行為、すなわち、実行行為の確定、犯罪の嫌疑を肯定または否定する積極・消極の両証拠の慎重な検討が必要である。」(太田愷『告訴』(ぎょうせい、一九九一年)六九頁)。
- (285) なお、加藤・前掲注(272)五頁以下も参照。
- (286) 竜寄喜助「訴訟促進・審理の充実と市民」ジュリスト九一四号(一九八八年)一一一頁、林順碧「弁護士訴訟遂行義務」小山昇・中島一郎編集代表「兼子一博士還暦記念・裁判法の諸問題(下)」(有斐閣、一九七〇年)四三頁を参照。
- (287) なお、加藤・前掲注(272)一五一頁は、それを前提に弁護士自身による事実調査も必要なががあることを指摘する。
- (288) 森際康友編『法曹の倫理(第二版)』(名古屋大学出版会、二〇一一年)一四一頁(井上利之)。
- (289) 森際編・前掲注(288)一四一頁(井上)は、「過度に弁護士調査義務を認めることは現実に即応しないし、そもそも対立当事者間の法的紛争を前提にして、訴訟等着手前に完璧な事実把握、調査は不可能である。交渉や訴訟は、当方の主張に対する相手方の抗弁、認否等を受けながら、また相手方の主張等に対応して再調査や主張の修正等も予定しながら進行していく性質からすれば当然のことである。……それでも、その請求を基礎づける事実の確認、その調査確認がその職責上あるいは誠実義務上求められ、かつ調査確認が比較的容易な場合には、その調査確認の懈怠は法的責任を惹起せしめるものとする。」とする。
- (290) 森際編・前掲注(288)一四三頁。
- (291) Heinz Müller-Dietz, Schadensersatz bei erfolgloser Strafanzzeige?, in: Hans-Heinrich Jescheck/ Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S.581f.
- (292) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.291), S.582.
- (293) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.291), S.582.
- (294) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.291), S.582.
- (295) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.291), S.583.

- (296) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.291), S.583.
- (297) Hein Kötz / Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl., 2010, S.178, Rn.443. 邦訳として、ハイン・ケッツ・ゲルハルト・ヴァーナー著、吉村良一・中田邦博監訳『ドイツ不法行為法』（法律文化社、二〇一一年）二二七頁以下（欄外番号四四三）〔和田真一訳〕を参照。
- (298) Gerhard Wagner, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd.5, 5. Aufl., 2009, §823 Rn.586.
- (299) Wagner, a.a.O. (Anm.298), §823 Rn.588.
- (300) Wagner, a.a.O. (Anm.298), §823 Rn.588.
- (301) Wagner, a.a.O. (Anm.298), §823 Rn.591.
- (302) Wagner, a.a.O. (Anm.298), §823 Rn.591.
- (303) 最判平二・二一〇裁判集民事一五九号一六一頁を参照。

【訂正】

本論文の分割掲載の既刊分に、次のとおり誤りがありましたので、訂正いたします。

- 分割掲載（二）八五卷一号七四頁一七行目
- （誤）本論文二二（二）（五） ↓ （正）本論文二二（二）（五）
- 分割掲載（二）八五卷一号九二頁注（44）一行目
- （誤）河上ほか編・前掲注（40）四三五頁 ↓ （正）河上ほか編・前掲注（40）四三五頁および四六一頁
- 分割掲載（二）八五卷一号九二頁注（44）八行目以下〔九二頁〕
- （誤）団藤重光編『法律実務講座・刑事編（第二卷）』（有斐閣、一九五三年）三九五頁〔荒川正三郎〕。河上ほか編・前掲注（40）四三五頁〔福崎〕、伊藤ほか・前掲注（40）四五八頁〔増井〕も参照。

（正）河上ほか編・前掲注（40）四三五頁〔福崎〕、伊藤ほか・前掲注（40）四五八頁〔増井〕。団藤重光編『法律実務講座・刑事編（第二巻）』（有斐閣、一九五三年）三九五頁〔荒川正三郎〕も参照。

分割掲載（二）八五卷一号九六頁注（103）四行目および八行目

（誤）松井茂紀 ↓（正）松井茂記

分割掲載（二）八五卷一号一〇〇頁注（134）

（誤）法曹會編・前掲注（58）五一頁。 ↓（正）法曹會編・前掲注（58）『會議録』五一頁。

〔補遺〕

本論文の先行する各分割掲載の校了後、本来であれば当初の調査で収集して本論文に必ず引用すべきあるいは参考にするべき基本的な資料の遺漏があることを発見しましたので、補充いたします。

○五十嵐清Ⅱ田宮裕「告訴・告発による名誉毀損」同『名誉とプライバシー』（有斐閣、一九六八年）一九二頁以下。
 ……特に民法学の立場から不当告訴と民事不法行為責任に関する関連判例を詳細に紹介・分析するものであり、本論文の注（4）の末尾および注（9）の第一文の後ろに追加すべきものである。