

Title	「脅迫の罪」の立法過程を素材にした一考察
Sub Title	Gesetzgebungsgeschichte der Bedrohung im japanischen StGB
Author	山田, 雄大(Yamada, Yūdai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2020
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.125, (2020. 6) ,p.1- 33
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20200615-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「脅迫の罪」の立法過程を素材にした一考察

山 田 雄 大

- 一 問題意識
- 二 旧刑法における「脅迫の罪」
 - (一) 旧刑法起草時の議論
 - (二) 旧刑法規定に関する議論
- 三 現行刑法起草時の議論
 - (一) 明治二十三年草案までの議論
 - (二) 明治二十八年草案から三十五年草案までの議論
 - (三) 明治三十五年草案以降の議論
- 四 本稿のまとめ

一 問題意識

本稿では、「脅迫の罪」の立法過程を素材に、脅迫罪及び強要罪の罪質について考察を行う。現行刑法の「脅迫の罪」は脅迫罪(二二二条)と強要罪(二二三条)とで構成されるが、それぞれの犯罪の罪質・保護法益については争いがある。

脅迫罪の罪質については、①意思決定や意思活動の自由に対する危険犯とする見解^①と、②私生活上の平穏や法的安全感に対する危険犯又は侵害犯とする見解^②とがあり、また、③意思決定や意思活動の自由と私生活上の平穏や法的安全感のいずれをも保護法益とする見解も主張されている^③。①意思決定や意思活動の自由の危険犯とする見解に対しては、強要罪も意思決定や意思活動の自由を保護法益とする犯罪であり、同罪の未遂に対する脅迫罪の独自性を説明できていないと批判されている。また、②私生活上の平穏や法的安全感を挙げる見解に対しては、平穏や安全感は警告する場合や吉凶禍福を告げる場合にも害されるため、害悪を加える旨(以下「加害」と呼ぶ)の告知を成立要件とすることを説明できないと批判されている^④。警告する場合や吉凶禍福を告げる場合には、畏怖によって意思決定も害されるから^⑤、この批判は①説及び③説にも当たるとされている^⑥。

さらに、近時では、加害を告知する者(以下「告知者」と呼ぶ)と告知される相手方(以下「告知の相手方」と呼ぶ)との関係性を、意思決定の自由や安全感の内容に組み込む見解も主張されている^⑦。

また、強要罪の保護法益についても、学説の多くは、意思決定及び意思活動の自由だとしているものの^⑧、これに対しては、意思決定の自由は意思活動の前提として保護されているにすぎないとして、意思活動の自由のみを保護法益とする見解も主張されている^⑨。さらに、強要罪の手段としての脅迫が、「生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対

し害を加える旨を告知」した場合に限定されていることや、脅迫を手段とする他の犯罪と異なり強制される活動の種類に限定がないことを挙げ、強要罪は意思決定の結果よりも過程に注目した犯罪類型であって、意思決定の自由を保護法益とする見解⁽¹⁰⁾もある。

以上の「脅迫の罪」の保護法益・罪質をめぐる学説の対立は、犯罪の成立範囲にかかわると考えられている。例えば、法人に対する脅迫罪が成立しうるかという議論があるが、意思決定及び意思活動の自由を重視する見解からは、法人も意思決定及び意思活動を行うことができるから、法人も「人」に当たるとされ、これに對して、安全感を重視する見解からは、「人」は自然人に限られるとされる⁽¹²⁾。また、強要罪についても、絶対的強制の場合（例えば、無理やり手を掴んで謝罪文を書かせた場合）の強要罪の成否について、意思活動の自由を重視する見解は、望まない活動が行われているため、同罪の成立を肯定する傾向にあり、他方で、意思決定の自由を重視する見解は、意思に対する圧力に欠けるため、同罪の成立を否定する傾向にあるといえよう⁽¹⁴⁾。

その一方で、特に脅迫罪の保護法益・罪質に関する議論の実益については、疑問も呈されている。安全感・平穩は意思決定の自由を保護する前提であり、両者は排他的関係にないとされて⁽¹⁵⁾おり、法人に対する脅迫罪の成否についても、保護法益論から直ちに前記の帰結は導かれ⁽¹⁶⁾ないともいわれている。

脅迫罪の保護法益は明確でないともいわれており、保護法益・罪質が不明確である結果、議論の射程も不明確となっているように思われるところであり、この意味において、「脅迫の罪」の保護法益・罪質の検討は重要な意義を有すると考えられる。本稿は、「脅迫の罪」の保護法益・罪質の検討を実りあるものにするために、「脅迫の罪」の立法過程における議論から、「脅迫の罪」の保護法益・罪質の検討に関する示唆を得られないか、考察するものである。

二 旧刑法における「脅迫の罪」

以下ではまず、旧刑法が制定されるまでの議論と旧刑法下の学説の議論を参照していく。前提として、旧刑法における「脅迫の罪」の諸規定は、以下のとおりであった。⁽¹⁸⁾

- 第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪 第一章 身體ニ對スル罪 第七節 脅迫ノ罪 第三二六條
- 一 人ヲ殺サント脅迫シ又ハ人ノ住居シタル家屋ニ放火セント脅迫シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス
- 二 毆打創傷其他暴行ヲ加ヘント脅迫シ又ハ財産ニ放火シ及ヒ毀壞劫掠セント脅迫シタル者ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上十圓以下ノ罰金ヲ附加ス
- 第三二七條 兇器ヲ持シテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ
- 第三二八條 親屬ニ害ヲ加フ可キ事ヲ以テ脅迫シタル者ハ亦前二條ノ例ニ同シ
- 第三二九條 此節ニ記載シタル罪ハ脅迫ヲ受ケタル者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

三二六条では脅迫罪の基本類型が規定されており、同条一項は、人の殺害又は人が居住する家屋への放火を告知した場合について、同条二項は、身体への加害又は財産への加害を告知した場合について規定している。三二七条は、凶器を持した脅迫（以下「持凶器脅迫」と呼ぶ）について一等を加重するという、前条の加重事由を定めている。三二八条は、前二条について加害の対象者が親族（親屬）である場合も脅迫罪が成立することを示しており、三二九条は

脅迫罪が親告罪である旨を定めている⁽¹⁹⁾。そして、旧刑法には強要罪に対応する犯罪類型の規定がなかった。以下では、日本刑法草案完成までの、ボアソナードと日本人委員との間での議論、及び、その後日本刑法草案に付された修正を確認したい。⁽²⁰⁾

(一) 旧刑法起草時の議論

ボアソナードと日本人委員とのやり取りが記録された日本刑法草案会議筆記によると、当時、律系刑法には威逼死（人を脅迫して死に至らしめる犯罪類型）に関する規定⁽²²⁾があつたものの、脅迫自体は処罰対象とはされていなかったと説明されていた。ただし、恐嚇取財の律が当時もみられたが、これについては財産犯（強盗の部類）において記載することとされた。脅迫罪については、フランス刑法には規定があり、それを範として草案が作成された。脅迫罪の法定化に関して罪の重さに影響を与える点として当初留意されていたのは、①加害の内容（殺人・闘殴・財産への攻撃〔放火〕）、②口頭・文書の区別、③脅迫によって相手方に要求（強令）したかどうかであった。そして、恐怖の程度の判断は裁判官によってなされ、④加害の対象者は第三者（親族、朋友）もありうるが、第三者の場合にも真に恐怖するかを判定すべきだとされた。①～④に関する具体的な議論は以下のとおりであった。

1 加害の内容

①加害の内容が刑の重さに影響を与えるという点については、日本刑法草案起草時において、放火すると告知した場合の法定刑について言及されていた。すなわち、ボアソナードは、放火律において「人ノ住居シタル家屋」に放火した場合と「人ノ住居セサル家屋及他ノ財産」に放火した場合とで法定刑に違いがあることから、放火を告知した場合も、放火の客体が何であるかによって脅迫罪の法定刑も異なるべきだと、説明していた。この議論を受けて、日

本刑法草案校正第一案からは、「人ノ住居シタル家屋」等に放火すると脅迫した場合は、人を殺すと脅迫した場合と同様に、それ以外の財産に放火等すると脅迫した場合は、人を傷害等すると脅迫した場合と同様に扱う旨の規定が作成された。⁽²³⁾

2 口頭による告知と書面による告知の区別

②口頭・書面による告知が刑の重さに影響を与えるという点については、ボアソナードと日本人委員とで理解に隔たりがみられた。日本刑法草案第一稿の段階では、言語をもって人の殺害を脅迫した者について三月以上一年以下の自由刑が予定され、他方で、書類による脅迫の場合は、六月以上二年以下の自由刑が予定されていた。このことについて、「言語と書類とで刑の重さが変わるのとはなぜか、言語による脅迫の方が直接的である」という質問がなされ、刑を同じくして裁判官の判断で軽重をつけるのはどうかという提案がなされた。これに対して、ボアソナードは、刑の重さが変わるのは謀故の違いによるのであり、口頭の脅迫は喧嘩中に突発的に行われる一方、書類による脅迫は計画的に行われ、かつ恐怖が長く続くことがあると説明し、法定刑の区別を維持するべきだと発言していた。

加えて、第二稿の段階では、持凶器脅迫の場合と書面による脅迫の場合とでいずれがより重い刑になるのかについても議論された。持兇器の場合と書類の場合の刑の軽重については、持兇器の方が重いのではないかと、書類による脅迫は一等を加重し、持兇器脅迫は二等を加重するのはどうかという質問がなされたが、これに対して、ボアソナードからは、持兇器脅迫ではその場での恐怖の程度が大きく、書類による脅迫では恐怖の継続の程度が長いのであり、両者の犯罪の重大さは同等であるとの回答があった。

その後、日本刑法草案では、以上の議論を踏まえて、口頭・文書という態様による区別が条文上削除され、書類・持凶器による脅迫の場合に一等を加える旨の規定が作成された。⁽²⁴⁾その後、刑法草案審査局での修正を経た刑法審査修

正案では、書類による脅迫の場合に一等を加える旨の規定が削除され、この規定בריが旧刑法にまで受け継がれた。⁽²⁷⁾

3 脅迫に乗じた告知の相手方への要求

③脅迫に乗じた告知の相手方への要求（強令）が刑を加重する事由になることについては、第一稿の段階までは、告知の相手方への財物の求索（要求）や、するに及ばないことの強令を行った場合には刑が二倍になる旨の定めがあった。⁽²⁸⁾ この規定については、「財物の求索」は強盗、恐嚇取財にあたり、「するに及ばないことの強令」も、範としたフランス刑法においては典型例としては金銭を送付させることが想定されているので、この条文を置く必要がないという議論があり、この条文は第二稿の段階からは削除された。⁽²⁹⁾

4 加害の対象者

④加害の対象者には第三者もありえ、親族のほか、「朋友」「懇親の人」も当たりうると、第一案及び第二稿は規定していた。⁽³⁰⁾ この規定ぶりについては、日本人委員鶴田皓から、第一案及び第二稿のいずれについても、親族については法律に定めがあり、等親で犯罪の成否を判断できるが、それ以外の者についてはその判断が難しいとして、加害の対象者を親族に限定する意見が示された。これに対して、ボアソナードは、第一案の段階においては、その規定בריが恐怖の程度によって犯罪の成否が判断されるというものであったため、親族の場合でも関係性が薄く、告知の相手方が全く恐怖しなかった場合は、犯罪は不成立だと述べる一方で、朋友の方が親族よりも関係が厚い場合もあるとして、親族以外の第三者も加害の対象者に含める方針でいた。しかし、第二稿の段階では、鶴田からの意見を受け入れ、日本刑法草案では最終的に、「懇親ノ人」という文言は削除された。⁽³¹⁾

5 その他の議論

そのほか、日本刑法草案の段階では、脅迫して疾病又は自死に至らせた及び戯れに脅迫して疾病又は死に至らせた類型があった。特に、戯れに脅迫して疾病又は死に至らせた類型については「過失殺傷ノ例ニ照シテ處斷ス」とされていたが、日本刑法草案の第二稿の段階において、鶴田から、過失殺傷の例によることは言うを俟たないのであってこの規定は不要ではないかとの質問があった。これに対して、ボアソナードは、過失殺傷は「粗愚懈怠」による場合であるのに対して、戯れでも殊更に脅迫する場合であり、事例として異なるのでこの規定を置くべきだと述べた。ただし、ボアソナードも、罪の性質は過失殺傷と類似しており、注意規定であることは認めていた。その後、これらの類型に関する規定は、刑法草案審査局の審議を経て削除された。⁽³²⁾

また、親告罪規定における告訴権者は、日本刑法草案の段階では、「脅迫ヲ受タル者又ハ其代人」であつたが、刑法草案審査局の審議を経て、「被害者又ハ親屬」に修正された。⁽³³⁾

6 旧刑法の制定過程における議論のまとめ

以上の議論をまとめると、第一に、旧刑法において強要罪は存在しなかったが、強要行為が全く想定されていなかったわけではなかった。脅迫に乗じて要求する行為が当初処罰対象とされていたものの、その典型例が恐喝行為であることを理由として削除されていたことからすれば、恐喝行為以外の強要については、当罰性は認められるが、脅迫罪の限度で処罰するという態度決定であつたと解される。その意味においては、当時、意思活動の自由はさほど重視されていなかったのではないかと思われる。

第二に、脅迫罪の成立範囲をめぐる議論において、意思決定や意思活動に関する「自由」という文言は、明示的には出てこなかった。他方で、日本刑法草案の起草時においては、律系刑法では脅迫致死傷に相当する規定があつたこ

とが意識されていた。ここからは、当時、脅迫は、生命・身体への危険を有する行為だとみられていたのではないかと推測が浮かぶ。脅迫致死傷の規定は、最終的に成文化しなかったが、このことは、脅迫の法的性質に関する異なった見方を提供するものではなく、過失殺傷の規定でカバーできるため法文化されなかっただけだとも解しうる。起草時において、告知の相手方が現実には畏怖したことが脅迫罪の成立要件とされていた点についても、生命・身体への危険を認めるために現実の畏怖が要求されたと解することもできる。

第三に、旧刑法において既に、加害の対象者は、告知の相手方本人とその親族に限定されていたが、それ以外の者を対象とした加害の告知について当罰性がないと判断されていたわけではない。立法過程上は、親族以外の者でも加害の告知があれば、親族の場合に劣らず畏怖することはありうると認識されたうえで、処罰対象の類型を明確にするために、法文上親族に限定されたと理解できる。

(二) 旧刑法規定に関する議論

続いて、旧刑法下の学説において、以上の経緯で成立した「脅迫の罪」がどのように解釈されていたのかについてみていく。⁽³⁴⁾

1 保護法益・罪質

脅迫罪の保護法益・罪質については、人の平安を害す点に着目する見解⁽³⁵⁾や、権利の安全に対する心理の平和（法規の保護力に対する個人の主観的信頼⁽³⁶⁾）に着目する見解があった。これらは、告知の相手方の安全感・平穩に着目するものと理解できる。他方で、罪質については、自由に対する罪として理解する見解⁽³⁷⁾もあった。このほか、脅迫罪は予防処分であって、住居を犯す罪と同じ側面を持つという説明⁽³⁸⁾もあった。これは、告知された害悪からの保護に着目して

いると解される。

2 脅迫の意義

脅迫の意義について、制定当初は、告知の相手方を畏怖させることが必須だと解されていた（畏怖必要説）。例えば、暴行とは腕力を用いることであり、脅迫とは文書、口頭により畏怖させることだと説明された⁽³⁹⁾。行為者が加害するつもりでも、相手が畏怖する必要があり、また、告知内容を達成する能力も必要とされた⁽⁴⁰⁾。この見解からは、豪胆な者や幼者について、畏怖がない場合は、脅迫罪は成立しないとされていた⁽⁴¹⁾。

これに対して、その後、畏怖不要説が主張されるようになった。この見解では、脅迫とは害悪を行わんとすることを知する所為だとされた⁽⁴²⁾。そして、畏怖を要求しない理由としては、豪胆な者について脅迫罪が成立しないのは妥当でないとされ、普通人を恐怖・驚愕させるに足るべき行為でよいとされた⁽⁴³⁾。この見解からは、告知の相手方は害悪の通知を理解する者でなければならず、例えば三歳児は告知の相手方たり得ないが、告知の相手方が真に恐怖したことは必要ではなく、また、行為者の加害の意思が告知の相手方に了解されて既遂になるとされた⁽⁴⁴⁾。そして、手段は形容のほかに言語文書をもってしてもでき、木刀に銀箔を張って日本刀に見せかけた場合でもよいとされたが、一方で、行為者は告知の相手方が恐怖すると思惟していなければならないと説明されていた⁽⁴⁵⁾。

3 加害の内容

加害の内容について、まず、「殺害」の意義については、謀殺に限って挙げる見解と謀殺故殺いずれも挙げる見解があった⁽⁴⁷⁾。そして、一項と二項の刑の重さの違いは、畏怖の程度の違いによるとされた⁽⁴⁸⁾。

二項については、規定上挙げられてない害（財産の窃取と名誉侵害）を告知した場合に脅迫罪の成立が認められない

理由が検討されている。財産の窃取については、窃取は防ぎやすく告知しても相手方が畏怖しないからとされている⁽⁵⁰⁾。また、名誉について、当時の学説では、名誉も加害内容になることもありうるが（金をくれないければ、醜行を暴露する）、現実に加害を実行すれば名誉毀損が成立しうるのに加えて、財産などと比べて有形的な害でなく事後的に回復しうるから規定する必要はないと説明されていた⁽⁵¹⁾。

4 持凶器

旧刑法には、持凶器脅迫の場合に、一等を加重する旨の規定があった。この規定における凶器とは、殺傷するに足る物件⁽⁵²⁾、生命身体を毀損する目的で製造され、目的の達成に適合した器具等と定義された⁽⁵³⁾。加重根拠については、告知の相手方が抱く恐れの大きさが違うために、加重されると説明されたほか⁽⁵⁴⁾、畏怖の程度ではなく、凶器の危険性に着目して、加重根拠を説明する見解もあった⁽⁵⁵⁾。

凶器を「持つ」とは、手に持つことであり、携帯（旧刑法一七一条（凶器等の物品を携帯した昼間の住居侵入）等）とは区別されると説明された⁽⁵⁶⁾。その理由として、手に持った場合に告知の相手方の畏怖の程度が大きくなる⁽⁵⁷⁾ことが挙げられ、また、兵卒は凶器を携帯しているが、その者の脅迫が全て加重されるのは妥当でないとも述べられた⁽⁵⁸⁾。

5 親族（親屬）

旧刑法における加害の対象者も本人とその親族（法文上は、親屬）であったが、この親族については、旧刑法一四⁽⁵⁹⁾条及び一一五⁽⁶⁰⁾条に定義規定があり、その規定に従って判断すると説明された。親族も加害の対象者に含まれる理由としては、自己と同じように畏怖するからだ⁽⁶¹⁾とされていた。

その上で、親族以外にも師匠や恩人朋友について加害の対象者に含めることができるかも検討されている。師匠や

恩人朋友についても、生じる畏怖の点では差はないから、規定を改正すべきとする見解⁽⁶¹⁾と、親族とそのほかの他人では脅迫を受けた際の感覚が異なるとする見解⁽⁶²⁾があった。

6 告訴権

旧刑法では、脅迫罪は親告罪とされた。その理由については、恐怖を抱くかどうか、その程度は人によって異なるから、告訴を待つこととしたと解されていた⁽⁶³⁾。ほかに、畏怖したことが公表されると、告知の相手方の臆病さを公に表示することになるからという理由も挙げられていた⁽⁶⁴⁾。

以上の説明は、主に畏怖必要説からのものであり、不要説からは、害の実行・発生⁽⁶⁵⁾の有無についての判断や心理の平和の侵害があると感じるかどうかが主観的なものであることによるとされた⁽⁶⁶⁾。

7 西欧刑法学者の反応

旧刑法に対しては、西欧の諸刑法学者が論評を寄せている。その中で、ベルナー (Albert Friedrich Berner) は、旧刑法の脅迫罪について、以下のように述べていた。⁽⁶⁷⁾ すなわち、脅迫を処罰すべき理由として挙げられるのは、①放火等、公共に危害が生じる旨を脅迫し公共の平安を妨害すること、②殺傷等を行うと脅迫し個人の平安を妨害すること、③脅迫それ自体が(他罪の一部として) 犯罪を構成すること、の三つであるが、犯罪の予備行為ですら概ね罰されることはないので、犯罪を行うと脅迫しただけでは罰すべきでないとするのが通常である。したがって、脅迫を平安妨害の罪として罰するには、どのような事情が必要かが重要であり、旧刑法三二六条ないし三二九条がそれを定めているが、三二八条は削除すべきである。というのも、親族への加害を告知した場合に三二六条又は三二七条を適用するのは論ずるまでもないからである。また、脅迫罪が親告罪とすることについては、②個人の平安を妨害する場合には

妥当するが、①公共の平安という利益が害される場合は、被脅迫者がいないことが多いので、官吏の職権を持つて罪を糺すべきである。そのほか、三二六条については、決水する旨の脅迫をした場合を加えるなど、類型を補充すべきである。⁽⁶⁸⁾

以上からは、ベルナーが公共の平安の保護を重視していたと読み取れる。公共の平安の保護については、ルードルフ (Otto Rudorf) も指摘を加えており、旧刑法上の親告罪規定のために、脅迫により公共の安寧を危うくすることを防ぎきれないと述べていた。⁽⁶⁹⁾

8 旧刑法下の議論のまとめ

以上の議論について、現在の議論に示唆を与えうる点をまとめると、まず、保護法益・罪質については、人の平安や権利の安全に対する心理の平和という理解があった。これらは、平穏・安全感に親和的なものと位置づけられる。また、自由という点に着目する見解もあったが、他方で、脅迫罪を害悪の発生 of 事前予防のための犯罪として理解する捉え方もあった。この捉え方は、持凶器脅迫の加重根拠にも関係しており、害悪発生 of 事前予防の強い必要性を持凶器脅迫の加重根拠とされた。

第二に、脅迫の意義については、告知の相手方の現実の畏怖を要求する畏怖必要説が多数であったが、不要説も主張された。不要説の主張は、脅しに屈しない屈強な者について脅迫罪が成立しないのは妥当でないというものであった。もっとも、不要説においても、告知の相手方が加害の発生をありうると認識したことが必要だとされた。

三 現行刑法起草時の議論

(一) 明治二三年草案までの議論

1 旧刑法の修正

旧刑法制定直後から、司法省は旧刑法の改正に着手している。⁽⁷⁰⁾ 司法省は、旧刑法の一部を改正する案と全部を改正する案を作成したが、そのうちの全部改正案では、法定刑の修正のほか、誹謗を加えんと脅迫した場合も処罰対象とされた。⁽⁷¹⁾ この全部改正案は、明治一六年、参事院に下付され、同法制部の部会議において修正が施されたが、その修正案では、さらに、三二九条の親告罪規定について、公衆に対する脅迫を行った者については告訴を待つ必要がない旨のただし書が付された。⁽⁷²⁾

この修正案はボアソナードにも回覧され、ボアソナードは、誹謗する旨の脅迫も処罰対象とする点について、被害者は誹謗者を告訴すれば、身体の損傷に比べて容易に害悪を補修できるので同一に論じるのは適当でないとする意見を示していた。また、親告罪規定の修正に対しては、公衆に対する脅迫というのは官吏が警察権を行う場合しか想定できず、どのような場合をいうか分からないと述べていた。⁽⁷³⁾

参事院総会での議論を経て、親告罪規定（旧刑法三二九条）に「但公衆ニ對スル脅迫ハ告訴ヲ待ツノ限ニ在ラス」というただし書を付すことが提示された改正案が、参事院から太政大臣に上申された。⁽⁷⁴⁾

2 明治二三年草案

明治一八年、内閣制度の創設に伴い、参事院が廃止された。翌明治一九年、司法省官制が定められ、司法省刑事局

が刑法に関する事項及びその施行に関する起案を担当することとなった。

旧刑法の起草に携わったボアソナードは、刑法改正の機運が高まる中、旧刑法の改正案（明治一八年ボアソナード草案）を作成し、奉呈した。司法省はこの改正案をもとに改正作業を行った。⁽⁷⁵⁾

また、明治一九年、条約改正交渉との関連で、外務省に法律取調委員会が設置された。法律取調委員会は、翌明治二〇年、条約改正会議の無期延期などにより司法省に移管されることになった。同年、法律取調委員会は、先の明治一八年ボアソナード草案をもとに改正作業を進めた。その後、明治二三年には刑法全体の改正草案（明治二三年草案）が作成され、翌二四年の第一回帝國議會に提出された。⁽⁷⁶⁾ この草案では、財産への加害について態様が無限定になり（三二〇条二項）、旧刑法の規定に一定の財産の交付を条件とする脅迫について一等を加重する規定（三二一条一項）を付け加え、「親屬」を「他人」に変更するという修正がなされていた。⁽⁷⁷⁾ このような修正は、旧刑法の規定について学説が挙げていた問題点に対処したものと解される。この草案は、審議未了に終わった。

（二）明治二八年草案から三五年草案までの議論

1 明治二八年草案及び三〇年草案

明治二三年草案が審議未了に終わった後、司法省は、刑法改正審査委員会を置き、改正案の立案及び審査に当たらせることとした。同委員会は、明治二八年に草案（明治二八年草案）を作成し、この草案を各裁判所、検事局へ送付し、これに対する意見を求めた。その後、同委員会は、明治三〇年、明治二八年草案に対する意見を踏まえて明治二八年草案を修正した改正案（明治三〇年草案）を作成し、この草案は、社会一般に公表された。明治三〇年草案及びそのもととなった明治二八年草案では、「脅迫の罪」は現行刑法の規定により接近した条文構造となっていた。⁽⁷⁸⁾ これらの草案では、「脅迫の罪」は自由に対する罪（第二編第二章）に位置づけられた。二三年草案からの修正点として

は、①加害の内容が網羅的になり、法定刑の区別がなくなったこと、②持凶器による加重規定が削除されたこと、③現在の強要罪に相当する条文が付加されたことが挙げられる。

明治三〇年草案については、刑法改正審査委員の解説書があり、そこでは、脅迫罪について、「生命、身体、自由、名誉又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント」に当たるのは、生命、身体、自由、名誉又は財産に対する罪に関して告知した場合のみだと理解すべきではなく、放火の告知や強姦の告知も脅迫に該当しうると説明された。⁽⁷⁹⁾ また、強要罪については、新設の理由として、暴行又は脅迫の結果、人を損害した場合は特に重く処罰すべきであることが挙げられた。そして、章名が「脅迫ノ罪」となっているが、強要罪には暴行の場合も含まれているため適当でないので、「暴行及ヒ脅迫ノ罪」とすべきだと説明された。⁽⁸⁰⁾

2 明治三三年草案及び三四年草案

(1) 明治三三年草案

明治三二年、法典調査会規則の改正により、司法省法典調査会の任務が、民商法及びその付属法律の調査・審議から、改正条約の実施に対応して法体制を補修することになった。これにより、刑法改正作業の主体は法典調査会第三部（以下「法典調査会」という）となった。

法典調査会は、明治三〇年草案を原案として、改正作業を進め、明治三三年に草案⁽⁸¹⁾（明治三三年草案）を作成した。この草案には、理由書（刑法改正案参考書）が付されていた。その理由書では、次のように説明されていた。⁽⁸²⁾

① 現行法（旧刑法）は、脅迫した場合のみを規定し、「脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シ」た場合を予想していないので補修した。

② 現行法三二七条（持凶器脅迫）は犯罪の情状に関するものであり必要ないので削除した。

③ 改正案二六八条について、脅迫の方法の列挙されている範囲が現行法では狭すぎるため、「生命、身體、自由、名誉又ハ財産」とした。二項は現行法三二八条と同一の趣旨である。

④ 改正案二六九条は、現行法ではこのような条文を欠く結果、實際上不便を感じることがあったため規定したものである。二項は前条と同じ理由で設けたのであり、三項は必要を認めたため設けた。

⑤ 改正案二七〇条は、現行法三二九条と同じ規定であり、「親屬」を法定代理人に改め、被害者自身が告訴できない場合は、民法等の規定により法定代理人のみが告訴できることとした。

(2) 明治三四年草案

明治三三年草案は、刑事訴訟法改正案の作成が遅れていることもあり、第一四回帝国議會への提出が見送られた。

法典調査会は、明治三四年、この改正案にさらに修正を加え整理した草案（明治三四年草案⁽⁸³⁾）を作成し、政府はこの草案を第一五回帝国議會に提出した。

本草案にも理由書（刑法改正案参考書）が存在するが、脅迫罪及び強要罪についての理由説明は明治三三年草案と同じ内容であった。⁽⁸⁴⁾

本草案に対しては改正反対運動もあり、貴族院特別委員会の審議中に会期が尽き閉会となったため、本草案は議會を通過しなかった。その後、本草案は、法典調査会から、刑事訴訟法草案とともに全国の裁判所、検事局及び弁護士会に送付され、法典調査会は、本草案に対する意見書の提出を求めた。そして、司法省は、裁判所等から提出された意見書を、『刑法及刑事訴訟法意見書』（以下「意見書」という）及び『刑法及刑事訴訟法意見書追加』（以下「意見書追加」という）としてまとめた。意見書には、親告罪規定について、脅迫罪のみを親告罪とすべきであり、強要罪につ

いては告訴を待つ必要はないという意見があった。⁽⁸⁵⁾ その理由としては、①強要罪では、脅迫だけでなく暴行の場合も包含されており、それらの効果が現実化しているため、申告を待たなくても被害者の畏怖の有無を推定しうること、及び②脅迫の場合は被害者が後難を恐れて告訴できないため、強要罪を親告罪とすると犯人が制裁を免れる弊害が生じることが挙げられていた。また、意見書追加においては、脅迫の罪全体について、親告罪規定を削除すべきだとする意見があった。⁽⁸⁶⁾

法典調査会は、これらの意見を参考にした上で改正作業を続け、明治三四年草案の修正箇所を「刑法再整理案」にまとめた。その中では、親告罪規定（二六二条）の削除する旨の記載もあった。⁽⁸⁷⁾ 先述の各意見が法典調査会に受け入れられたと理解できる。

3 明治三五年草案

法典調査会は、上記刑法再整理案をもとに、改正案（明治三五年草案）を作成し、この草案は、同年一月二五日、第一六回帝国議会に提出された。この草案は、衆議院において審議未了のまま会期が尽きたため、議会を通過しなかったが、貴族院において内容に関する実質的な議論がなされた。⁽⁸⁸⁾

まず、明治三四年草案からの変更点を確認すると、本草案では、親告罪規定が削除された。⁽⁸⁹⁾ この点について、第一六回帝国議会に提出された理由書では、現行法（旧刑法）では脅迫罪は親告罪となっているが、本罪は個人の名誉に關するものというよりはむしろ公の秩序に關する罪であり、また、親告罪とする結果、被害者に賠償を不当にむさばらさせるにすぎないので、廃止したと説明されていた。⁽⁹⁰⁾

そして、貴族院刑法改正案特別委員会では、以下のような議論が見られた。⁽⁹¹⁾

第一に、法人財産について、「法人財産に害を加えることを告知した場合に成立するか、他人であっても親族であ

れば成立するのだから、法人財産についてその代表者を脅迫しても成立してよいのではないか」という質問が、菊池武夫委員からなされ、これに対して、石渡敏一政府委員は、生きた人間に限る、生きた人間も親族に限っていると説明した。菊池委員の意見には、富井政章委員も同意し、「人ノ」という文言の削除が提案された。

これに対しては、「人ノ」という文言がないと、誰の生命等であってもよくなるので、二項が不要になるという説明が倉富勇三郎政府委員からあり、反対に、修正説の委員に無関係の人の生命等への害の告知の場合も本罪の成立があつてよいのかを尋ねた。菊池委員は、二項は特別な規定であるから必要であると述べたのに対して、倉富政府委員は、これに対して、そうすると一項の規定が広くなって重複する部分が生じると述べた。

他方で、富井委員は、二項も削除し、無関係の他人への害に場合については、畏怖心が生じないから脅迫とならないと回答した。これに対しては、古賀廉造政府委員から、畏怖心が生じるのは脅迫の結果であつて、所為は脅迫の形となつて表れているので本罪が成立しうると述べられた。

菊池委員は、最後に、「人ノ」を削除しても意味は変わらないと説明して、採決に入つたが、修正案に同意した者が少数であつたので、否決された。

第二に、「信用」に害を加える旨を告知した場合の取扱いについて、例えば、興信所の者が信用に対して脅迫を加える場合について、改正案は不成立という趣旨かという質問が出た。これに対しては、石渡政府委員から、そのような場合、「信用」は名誉に関しない限り、脅迫に当たらないと説明された。⁽⁹²⁾

第三に、「害ヲ加ヘ」という文言と「危害ヲ加ヘ」⁽⁹³⁾という文言の表記を統一すべきだという意見が示された（菊池委員）。これに対しては、政府委員からは、両者の意味は異ならない（石渡政府委員）、名誉に対して「危害」は少し適当でないので、「害」でよい（倉富政府委員）という説明がされた。この修正案は、賛成者なしで原案どおり可決した。

第四に、脅迫の罪である二六一条について、脅迫と無関係な暴行も入っていることについて妥当ではないのではないかと、菊池委員から指摘された。これに対しては、倉富政府委員から、確かに脅迫とは関係がないようではあるが、脅迫を加えた結果が進んだ、脅迫の程度が進んだというのが本条であると説明があった。この点については、修正案も出されず、原案どおり可決された。

明治三五年草案は、特別委員会及び本会議で可決され、衆議院に送付されることになったが、⁽³⁹⁴⁾衆議院を通過しなかった。その後、同年二月二十八日に、貴族院可決修正案を基に作成された草案が第一七回帝国議院に提出されたが、⁽³⁹⁵⁾衆議院の解散により議会の通過をみなかった。

(二) 明治三五年草案以降の議論

1 法律取調委員会による起草作業

明治三五年草案が提出された第一七回帝国議会の解散後、法典調査会は、経費削減の必要性や同会の職掌事項の大半が終了に近づいたことなどから廃止された。その後、明治三九年、司法省内に貴衆両院議員、学者及び弁護士で構成される法律取調委員会が設けられた。そこではこれまでの改正案を基礎として、主査委員により修正事項を調査させ、その終了後、法律取調委員会委員総会において主査委員会議決項目が順次審議された。その後、一二名の起草委員が選定され、起草委員の手により改正案（起草委員案）⁽³⁹⁶⁾が作成された。

起草委員案では、脅迫罪（二四五条）及び強要罪（二四六条）の規定内容について変更はなかったが、章名が「脅迫及ヒ強制ノ罪」へと変更された。⁽³⁹⁷⁾これは、明治三五年草案の審議の中での、強要罪の性質が脅迫罪とは異なるのではないかという指摘を踏まえた修正だったと推測される。起草委員案のこの規定については、第二六回法律取調委員会委員総会（明治三九年二月二五日開催）において、以下の議論がなされた。⁽³⁹⁸⁾

第一に、章名の脅迫を「強迫」に代え、「強制」を削る案（岡松参太郎委員）及び章名を「脅迫ノ罪」と変える案（花井卓藏委員）が出された。岡松案は少数（六名）否決されたが、花井案は賛成大多数で可決した。⁽⁹⁹⁾

第二に、二四五条（脅迫罪）の法定刑を「六月以下ノ懲役又ハ五〇圓以下ノ罰金」に改め、かつ、同罪を親告罪とする案が、花井委員から出された。この案は、賛成者なしで否決された。

第三に、二四六条について、「暴行ヲ用ヒ又ハ生命、身體、自由、名譽若クハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シ」の暴行と脅迫の順序を入れ替える案が、花井委員から出された。これについては、他に異議がなく、原案が可決された。そして、起草委員案の逐条審議が済んだ後、起草委員会が改正案について修正点をまとめた整理案⁽¹⁰⁰⁾について議論がなされ、脅迫の罪については、第二八回法律取調委員会委員総会（明治三十九年二月二九日開催）において、以下の議論がなされた。

第一に、整理案においては、二四五条について、一項の「人ノ」を削除し、また、一項及び二項の「害ヲ加ヘント」を「害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ」に修正する案（第四四）が出されていたが、この案に対する異議はなく、修正することが可決した。

第二に、整理案では、二四六条についても、第一項及び二項の「害ヲ加ヘント」を「害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ」に修正し、「暴行ヲ用ヒ又ハ」を削り、脅迫シの下に「又ハ暴行ヲ用ヒ」を入れる修正する案（第四五）が出されていたが、これについても異議は出ず、整理案が可決した。

2 明治四〇年草案とその審議

以上の審議を経て、明治四〇年二月二日、法律取調委員会が作成した改正案（明治四〇年草案）は、第二三回帝国議会に提出された。⁽¹⁰¹⁾ 本草案の「脅迫の罪」については、1で見た明治三五年草案に対して挙げられた修正点が全て反

映されたものとなっており、本草案の理由書も議会に提出されたが、そこでは、親告罪規定を廃止する理由の説明内容が変化していた。⁽¹⁰⁵⁾ すなわち、明治三五年草案の理由書では、「親告罪とする結果、被害者に賠償を不当にむさばらせるにすぎない」ことが理由の一つとして挙げられていたのに対して、明治四〇年草案の理由書では、「被害者が恐怖して告訴をしないため処罰できない場合が多いこと」が挙げられた。

その後、明治四〇年草案は、貴族院において修正可決され、⁽¹⁰⁶⁾ 衆議院へ送られた。⁽¹⁰⁵⁾ 衆議院改正案委員会（特別調査委員）会議において、以下の議論が行われた。

脅迫罪について、親告罪規定を存置すべきという意見が、花井卓藏委員から出た。⁽¹⁰⁶⁾ 花井委員は、その理由として、告知の相手方が脅迫とも思わない、なんとも感じないのであれば、罪とする必要はないこと、告知の相手方の心意状態を基礎としてなるべき犯罪であることを挙げた。これに対して、倉富勇三郎政府委員からは、被害者が後難を恐れて申告できないため、非親告罪としたとの説明があった。加えて、脅迫により申告する自由も拘束してしまう実例が多くあるから非親告罪化に賛成するという意見も出た（中西六三郎委員）。採決では、存置すべきという意見が少数で親告罪規定を削除する原案が可決した。

3 現行刑法起草時の議論のまとめ

以上の議論について、現在の議論に示唆を与えうる点をまとめると、第一に、保護法益・罪質については、現行刑法において「脅迫の罪」は自由に対する罪に位置づけられたが、他方で、非親告罪化の文脈で「公の秩序に関する罪」という説明があった。これは、平穩を保護法益とする考え方と親和的である。

第二に、脅迫の意義について、政府委員は、法人を脅迫しうるかという文脈ではあるが、畏怖は脅迫の結果であり、脅迫の行為のみをもって脅迫罪が成立するという理解を示していた。ここに、旧刑法下における畏怖不要説の継承を

見出しうる。

第三に、法人を脅迫しうるかについては、起草時の政府委員の理解は、告知の相手方及び加害の対象者のいずれについても、自然人に限られるというものだった。「人」という文言は、当初加害の対象者の要件（人の生命・に害を加えんと）に付されていたところ、この文言について、「人」は自然人に限るという理解が示された。また、その後、「人」の文言が告知の相手方の要件（人を脅迫し）として用いられることとなったのは、告知の相手方についても自然人に限るという理解が示されたものと捉えうる。

四 本稿のまとめ

最後に、二及び三で確認した立法過程上の議論の中で、「脅迫の罪」の保護法益・罪質に関係すると思われる部分について触れておきたい。

第一に、旧刑法起草時には、自由という観点からの説明はみられず、律系刑法が威逼死規定を置いていたことを出発点として議論が行われていたことに鑑みると、脅迫を禁圧する根拠として、生命・身体への危険が意識されていたのではないかと推測される。

第二に、旧刑法下の学説では、自由に言及する見解はどちらかというと少数であった。当時、相対的に多く見られたのは、平穏・平安に着目する見解であったが、告知された害悪からの保護に着目する見解もあった。また、当時のドイツ刑法学者は、旧刑法への意見を示す中で、脅迫罪について、公共の平安の保護を重視する姿勢を明らかにしていた。

第三に、現行刑法では「脅迫の罪」は自由に対する罪の一類型に位置づけられたが、その起草時に、保護法益とし

てどのような自由が想定されていたかは判然としない。特に、脅迫罪の非親告罪化は、脅迫の罪の改正における大きな変更点であったが、これに関する議論の中で、立案担当者は、脅迫罪が「公の秩序に関する罪」であることに着目していた。

以上のように、脅迫罪について平穩・秩序の保護が、禁圧の根拠として多々挙げられていた。旧刑法下におけるこの見解の論者の顔ぶれや、当時のドイツ刑法学者が平安の保護に言及していたことが伝えられていたことからすると、ドイツ刑法学の影響の下でこの見解が主張された可能性はある。この点については、今後、当時の外国刑法の議論も参照しつつ検討していきたい。また、本稿では、現行刑法制定後の立法過程（大正一五年の暴力行為等処罰法の成立及び脅迫罪の法定刑の変⁽¹⁰⁾更）については触れられなかったが、今後の検討課題としたい。

- (1) 大塚仁『刑法概説（各論）（第三版増補版）』（有斐閣・二〇〇五）六七頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣・二〇一六）一二三頁等。
- (2) 山中敬一『刑法各論（第二版）』（成文堂・二〇〇九）一一四頁以下、前田雅英『刑法各論講義（第七版）』（東京大学出版会・二〇二〇）七八頁等。さらに、平穩・安全感を、意思活動において他から脅かされない利益と捉えるものとして、辰井聡子『自由に対する罪』の保護法益『岩瀬徹』中森喜彦『西田典之編集代表』『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社・二〇一四）四三四頁。
- (3) 伊東研祐『刑法講義各論』（成文堂・二〇一一）五八頁以下、曾根威彦『刑法各論（第五版）』（弘文堂・二〇一三）五二頁、大谷實『刑法講義各論（新版第五版）』（成文堂・二〇一九）九一頁等。
- (4) 山口厚『刑法各論（第二版）』（有斐閣・二〇一〇）七三頁等。
- (5) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社・二〇一六）七八頁。
- (6) 山口・前掲注（4）七三頁等。
- (7) 意思決定の自由の内容に組み込む見解として、松原・前掲注（5）七八頁、松宮孝明『刑法各論講義（第五版）』（成文

- 堂・二〇一八）九四頁以下。西田典之『橋爪隆補訂』『刑法各論（第七版）』（弘文堂・二〇一八）七五頁も、脅迫罪を要求行為の手段のみを独立して犯罪類型としたものとする。他方で、安全感の内容に組み込む見解として、山口・前掲注（4）七三頁。
- (8) 例えは、大谷・前掲注（3）九六頁。
- (9) 山口・前掲注（4）七七頁。
- (10) 松原・前掲注（5）七九頁。
- (11) 例えは、西田『橋爪補訂・前掲注（7）七七頁。
- (12) 山口・前掲注（4）七五頁等。
- (13) 例えは、山口・前掲注（4）七八頁。
- (14) 松原・前掲注（5）八一頁。
- (15) 伊東・前掲注（3）五八頁以下、曾根・前掲注（3）五二頁。
- (16) 松澤伸「法人に対する脅迫・強要罪の成否（二・完）」『早稲田法学八〇巻四号（二〇〇五）七三頁以下。
- (17) 西田『橋爪補訂・前掲注（7）七五頁。
- (18) 日本近代刑事法令集下（司法資料別冊第一七号）（一九四五）二六六頁参照。
- (19) 旧刑法における親告罪については、黒澤睦「明治初期の告訴権・親告罪——刑事実体法における関連諸規定の概観——」『富大経済論集第五二巻第二号（二〇〇六）三一頁以下参照。
- (20) 旧刑法の起草過程においては、司法省内に設けられた刑法編纂会議の中でボアソナードの作成した草案をもとに、ボアソナードと日本人委員との議論が行われ、その議論に基づいてボアソナードが修正案を起草するという手順を何回か経て、日本刑法草案（確定稿）が作成された。日本刑法草案の確定稿が太政官に上申された後、本草案を前提に、刑法草案審査局の審査修正が施された刑法審査修正案が完成し、この草案が元老院の審議に付された後、元老院の修正刑法案が上奏され、太政官の了承を経て、旧刑法が公布された。旧刑法の起草過程及び以下の日本刑法草案作成過程の議論については、西原春夫『吉井蒼生夫』藤田正『新倉修編』旧刑法（明治一三年）（1）（信山社・一九九四）二〇頁以下等参照。
- (21) 日本刑法草案会議筆記に記された議論については、西原春夫『吉井蒼生夫』藤田正『新倉修編』旧刑法（明治一三年）（3）Ⅲ（信山社・一九九七）二六二頁以下参照。

- (22) 石井紫郎『水林彪校注「法と秩序」(岩波書店・一九九二)三五頁、二六一頁参照。
- (23) 校正第一案については、西原ほか編・前掲注(21)二八二頁以下参照。
- (24) 第一稿三九二条では、「言語ヲ以テ脅迫シタル者ハ三月以上一年以下ノ重禁錮並ニ一〇圓以上五〇圓以下ノ罰金ニ處ス」(同条一項)、「無名ノ書類記名ノ書類又ハ書圖ヲ以テ脅迫シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮并ニ二〇圓以上一〇〇圓以下ノ罰金ニ處ス」(同条二項)、「二人以上ニテ脅迫シタル者ハ前二項ノ區別ニ從ヒ其刑ヲ二倍ス」(同条三項)、「脅迫ニ附加シテ財物ヲ求索シ又ハ爲スニ及ハサルノ事ヲ強令シ若クハ爲ス可キノヲ禁邊スル者ハ前項ノ刑ニ處ス。但求索シテ財ヲ得又ハ其契約ヲ爲サシメタルトキハ各本條ニ依テ處斷ス」(同条四項)と規定されていた。西原春夫『吉井蒼生夫』藤田正『新倉修編『旧刑法(明治一三年)(2)―I』(信山社・一九九五)二七三頁以下。
- (25) 三六九条は、「人ヲ殺サント脅迫シ又ハ其居住スル家屋ニ放火セント脅迫シタルモノハ左ノ例ニ照シテ處斷ス」とし、同条一号は「言語ヲ以テ脅迫シタル者ハ二月以上一年以下ノ重禁錮並ニ五圓以上二〇圓以下ノ罰金ニ處ス」、同条二号は、「無名ノ書類記名ノ書類又ハ書圖肖像ヲ以テ脅迫シタル者ハ三月以上一年半以下ノ重禁錮并ニ一〇圓以上四〇圓以下ノ罰金ニ處ス」と規定していた。また、三七一条は「言語ヲ以テ脅迫スルニ當リ犯人兇器ヲ持シタルトキハ本刑ニ各一等ヲ加フ」との規定であった。西原ほか編・前掲注(24)三八二頁。
- (26) 「書類又ハ書圖肖像ヲ以テ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ」(三六五条一項)、「兇器ヲ持シテ犯シタル者亦同シ」(同条二項)。西原春夫『吉井蒼生夫』藤田正『新倉修編『旧刑法(明治一三年)(2)―II』(信山社・一九九五)八三九頁。
- (27) 西原春夫『吉井蒼生夫』藤田正『新倉修編『旧刑法(明治一三年)(4)―II』(信山社・二〇一六)二六六頁以下。
- (28) 第一稿について、西原ほか編・前掲注(24)二七三頁参照。
- (29) 西原ほか編・前掲注(24)三八二頁以下。
- (30) 第一案における四条三項は、「若シ親屬若クハ朋友ニ害ヲ被ラシムヘク脅迫シタルトキハ裁判所ニ於テ其脅迫ヲ受ケシ者ノ恐怖シタル度ヲ鑑定ス」と規定しており、また、第二稿における三七三条は、「親屬及ヒ懇親ノ人ニ害ヲ被ラシムヘキ事ヲ以テ脅迫シタル者ハ直チニ本人ニ對シ脅迫シタルノ罪ト同シク前數條ノノ例ニ照シテ處斷ス」と規定していた。西原ほか編・前掲注(21)二六八頁。
- (31) 日本刑法草案三六六条は、「親屬ニ害ヲ被ラシム可キ事ヲ以テ脅迫シタル者ハ直チニ本人ニ對シ脅迫シタルノ罪ト同ク前數條ノ例ニ照シテ處斷ス」と規定していた。西原ほか編・前掲注(26)八三九頁。

- (32) 西原ほか編・前掲注(27) 二六六頁以下。
- (33) 西原ほか編・前掲注(27) 二六六頁以下。
- (34) 脅迫の罪に関する旧刑法下の判例として、大判明治一六年一〇月三〇日明治前期大審院刑事判決録二四卷二七〇頁(文生書院復刻版、原典五四卷五五五頁)、大判明治三五年一月二七日刑録八輯一〇卷一三三頁等がある。
- (35) 高木豊三『校訂刑法(明治一三年)義解(第三編・第四編)』(信山社出版・一九九六(一八八二)) 九〇六頁。
- (36) 小疇傳『日本刑法論各論』(日本大学・一九〇四) 六六四頁。勝本勘三郎『刑法析義各論下卷』(有斐閣・一九〇〇) 一六六頁以下も同旨か。
- (37) 江木衷『現行刑法原論』(有斐閣・一八九四) 二一七頁以下(卷之三)。
- (38) 堀田正忠『刑法釋義第三編・第四編』(信山社出版・二〇〇〇(一八八三)) 二六九頁。また、亀山貞義『刑法(明治一三年)講義卷之二』(信山社出版・二〇〇二(一八九八)) 四七三頁は、フランスでは害の実行の危険(行為者の主観、文書の場合に加重されるのはその意思が明示されているから)に着目されたが、わが国では親告罪となっていることから、被害者の主観(内心の恐怖)に着目されているという説明していた。
- (39) 村田保『刑法註釋(下卷)卷五(卷八)』(信山社出版・二〇一五(一八八〇)) 二九頁(卷六)、高木・前掲注(35) 九〇六頁、堀田・前掲注(38) 二六八頁、宮城浩藏『刑法(明治一三年)講義(四版)第二卷』(信山社出版・一九九八(一八八七)) 五四五頁、亀山・前掲注(38) 四七四頁、勝本・前掲注(36) 一六二頁以下(行為者も恐怖することの認識が必要だとする)、小疇・前掲注(36) 六六五頁。
- (40) 宮城・前掲注(39) 五四六頁。脅迫罪(一項)は刑が軽すぎるとしていた。
- (41) 亀山・前掲注(38) 四七三頁。
- (42) 江木・前掲注(37) 二一八頁以下。他に不要説として、磯部四郎『改正増補刑法(明治一三年)講義下卷第二分冊』(信山社出版・一九九九(一八九三)) 九四一頁(害悪の告知+条件(例として、もしなければ、放火するなど)が必要だとしていた)、小疇・前掲注(36) 六六六頁以下。
- (43) 磯部・前掲注(42) 九四一頁。
- (44) 磯部・前掲注(42) 九四一頁、江木・前掲注(37) 二一八頁以下。
- (45) 害を告知されても害の発生を告知の相手方が信じず不安にならない場合は、未遂とするものとして、小疇・前掲注(36)

- 六六六頁。同旨、磯部・前掲注(42) 九四二頁。
- (46) 江木・前掲注(37) 二一八頁以下。なお、行為者の達成能力が不要だとする見解として、小疇・前掲注(36) 六六五頁。
- (47) 前者として、江木・前掲注(37) 二一八頁。後者として、井上操『刑法〔明治一三年〕述義第三編(上)』(信山社出版・一九九九(一八〇〇)) 二四六頁。
- (48) 住居については現に人が住居している家屋に限られ、人に放火の危害が及ぶような告知内容でなければならぬとされ、暴行・傷害だけでなく逮捕監禁やわいせつの行為もその他の暴行に含まれるとされていた。勝本・前掲注(36) 一六三頁以下。
- (49) 高木・前掲注(35) 九〇七頁。
- (50) 堀田・前掲注(38) 二七三頁。
- (51) 磯部・前掲注(42) 九四五頁以下。
- (52) 高木・前掲注(35) 九一五頁(鉄砲など)。勝本・前掲注(36) 一六七頁以下は棍棒も含まれるとしていた。
- (53) 小疇・前掲注(36) 六六七頁。完全に傷害することを要すると述べ、空銃や木刀については当たらないとする見解として、磯部・前掲注(42) 九四六頁以下。他方で、凶器について刃物に限って挙げる見解として、亀山・前掲注(38) 四七五頁。
- (54) 村田・前掲注(39) 三一頁(巻六)、堀田・前掲注(38) 二七七頁。
- (55) 宮城・前掲注(39) 五四八頁。
- (56) 井上・前掲注(47) 二四七頁以下(陰で持つ場合は、畏怖の程度が大きくないから、加重されないとしていた)。ほかに、村田・前掲注(39) 三〇頁以下(巻六)、高木・前掲注(35) 九一五頁、堀田・前掲注(38) 二七七頁以下。
- (57) 村田・前掲注(39) 三一頁(巻六)。堀田・前掲注(38) 二七六頁以下。
- (58) 村田・前掲注(39) 三〇頁以下(巻六)。持っていれば、告知の相手方に示さなくても、凶器が畏怖の増大に寄与しているならば、加重可能とするものとして、堀田・前掲注(38) 二七七頁以下。
- (59) 織田純一郎『刑法註釋』(信山社出版・二〇一一(一八八〇)) 三九九頁以下、高木・前掲注(35) 九一六頁、堀田・前掲注(38) 二七九頁。
- (60) 高木・前掲注(35) 九一七頁以下、堀田・前掲注(38) 二七九頁以下、磯部・前掲注(42) 九四七頁。加えて、身寄りのことは、自身も間接的に恐怖するから、告知の相手方本人にも告訴権があるとされていた。織田・前掲注(59) 三九九頁以下。

- 下、亀山・前掲注(38) 四七六頁。
- (61) 堀田・前掲注(38) 二八〇頁以下は、そもそも脅迫者は畏怖を覚えない人間への加害を告知しないし、そのような事案があっても告訴がされないとしていた。
- (62) 磯部・前掲注(42) 九四八頁は、改正草案(後掲明治三三年草案)での「他人」への変更について反対していた。
- (63) 高木・前掲注(35) 九一九頁以下、堀田・前掲注(38) 二八二頁以下、宮城・前掲注(39) 五四九頁、亀山・前掲注(38) 四七七頁。
- (64) 勝本・前掲注(36) 一六八頁。
- (65) 磯部・前掲注(42) 九四八頁。
- (66) 小疇・前掲注(36) 六六八頁。
- (67) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法〔明治四〇年〕(1)―I』(信山社出版・一九九五) 四八七頁以下。
- (68) ベルナー自身の修正案の三二六条一項では、決水のほか、「破船井水混毒剽掠荒壊」が加害の内容に付加されていた。内田ほか編・前掲注(67) 四八七頁。
- (69) 内田ほか編・前掲注(67) 五一八頁。
- (70) 改正作業の概略については、内田ほか編・前掲注(67) 四頁以下参照。
- (71) この改正案では、脅迫罪の法定刑に修正が入り、三二六条一項及び二項における自由刑の上限が、それぞれ一年及び六月に引き上げられ、また、持凶器による加重(三二七条)の等級が二等に引き上げられていた。内田ほか編・前掲注(67) 一四〇頁以下。
- (72) 他方で、単純脅迫罪の法定刑、誹謗する旨の脅迫が処罰対象となるか、及び持凶器の加重等級に関しては旧刑法の規定が維持された。内田ほか編・前掲注(67) 二二八頁。
- (73) 以上、内田ほか編・前掲注(67) 四六七頁。
- (74) 内田ほか編・前掲注(67) 三三七頁以下、四二二頁。
- (75) 明治一八年ボアソナード草案及び司法省改正案における「脅迫の罪」については、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法〔明治四〇年〕(1)―II』(信山社出版・二〇〇九) 一三一頁以下、一八六頁以下参照。
- (76) 本草案の脅迫の罪については、「人ヲ殺サント脅迫シ又ハ家宅ニ放火セント脅迫シタルモノハ二月以上一年以下ノ有役禁

銅及ヒ一〇圓以上五〇圓以下ノ罰金ニ處ス」(三二〇条一項)、「其他人ノ身體、財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シタル者ハ一月以上六月以下ノ有役禁錮及ヒ五圓以上三〇圓以下ノ罰金ニ處ス」(同条二項)との規定があり、また、続いて三二一条は、「左ニ記載シタル情状アル者ハ前條ノ刑ニ一等ヲ加フ」とし、同条一号に、「金額、有価証券其他證書類ヲ交付セシムルヲ以テ條件ト爲シ脅迫シタルトキ」、同条二号に、「兇器ヲ携帯シテ脅迫シタルトキ」を掲げていた。そして、三二二条は、「他人ニ害ヲ加フ可キ事ヲ以テ脅迫シタル者ハ本人ニ害ヲ加フ可キ事ヲ以テ脅迫シタルト同シク論ス」、三二三条は、「脅迫ノ罪ハ脅迫ヲ受ケタル者ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス」との規定であつた。内田ほか編・前掲注(75) 一八九頁以下、川端博「宮城浩藏の人と刑法思想」(成文堂・二〇一八) 二六一頁以下参照。なお、本草案には、理由書(刑法草案説明書)が付されていたが、脅迫の罪の改案についての説明はなかつた。

(77) そのほかには、①刑が重くなり(上限六月→一年)、②住居の現在性の要件が消え、③凶器の「携帯」へ変更し、④告訴権者が脅迫を受けた者に限定するという修正が施されていた。

(78) 明治三〇年草案は、脅迫罪について、「人ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス」(二八二条一項)、「親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シタル者亦同シ」(同条二項)、強要罪について、「暴行ヲ用ヒ又ハ生命、身體、自由、名譽若クハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ爲ス可キ權利ヲ妨害シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス」(二八三条一項)、「親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ爲ス可キ權利ヲ妨害シタル者亦同シ」(同条二項)、「本條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」(同条三項)と規定し、また、二七〇条は、「本節ノ罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス」と規定していた。内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)』(2) (信山社出版・一九九三) 一七五頁以下。なお、明治二八年草案では、強要罪の条文上の文言が「行フ可キ權利」でなく、「爲ス可キ權利」となっており、その他の変更点はなかつた。

(79) 中島晋治『現行刑法對比改正刑法草案理由(罪名編)』(法政学舎・一八九九) 二三八頁。

(80) 中島・前掲注(79) 二三九頁以下。

(81) 明治三三年草案は、脅迫罪について、「人ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス」(二六八条一項)、「親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シタル者亦同シ」(同条二項)、強要罪について、「暴行ヲ用キ又ハ生命、身體、自由、名譽若クハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント

- 脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス」(二六九条一項)、「親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加ヘント脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタル者亦同シ」(同条二項)、「本條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」(同条三項)と規定し、また、二七〇条は、「本節ノ罪ハ被害者又ハ其法定代理人ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス」と規定していた。内田ほか編・前掲注(78)四九一頁以下参照。
- (82) 内田ほか編・前掲注(78)五七七頁以下。
- (83) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)(3)―I』(信山社出版・一九九四)五六頁。脅迫罪(二六〇条)の条文の文言に変更はなく、強要罪(二六一条)については、明治三三年草案では「義務ナキ事」と記載されていたのが、「義務ナキコト」となった。また、親告罪規定(二六二条)は、「本罪ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス」という文言となり、告訴主体に関する記載がなくなった。
- (84) 内田ほか編・前掲注(83)一三四、一四九頁。告訴主体が明示されなくなった点については、誰が告訴を行うかは刑事訴訟法及び民法の規定によって定まるので刑法上は明示しないこととしたと説明されていた。
- (85) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)(3)―II』(信山社出版・一九九四)四五頁。
- (86) 内田ほか編・前掲注(85)二〇七頁。そのほか、脅迫の罪における「脅迫」は、強盜罪と同じく財産への加害を含まないものとすべきとの意見及び強要罪における「義務ナキコト」の「コト」は「事」とするべきとの意見があった。
- (87) そのほか、強要罪(二六一条)にあった文言の「コト」を「事」に改め、二六一条三項の「本條」を「前二項」に改めることとされた。内田ほか編・前掲注(83)三八七頁。
- (88) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)(4)』(信山社出版・一九九五)五頁等以下参照。
- (89) そのほか、強要罪(二六一条)にあった文言の「コト」が「事」に、二六一条三項の「本條」が「前二項」に改められた。内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)(5)』(信山社出版・一九九五)五四頁以下。
- (90) 内田ほか編・前掲注(88)一四二頁以下。第一七回帝國議會に提出された草案に関する刑法改正案参考書においても同様の説明がなされている。内田ほか編・前掲注(88)四三三頁。
- (91) 内田ほか編・前掲注(88)五三八頁以下。
- (92) 内田ほか編・前掲注(88)五四〇頁以下。
- (93) 明治三五年草案の二七三条(強盜罪)は、「被害者又ハ被害者ニ於テ救護ス可キ者ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ

對シ危害ヲ加ヘント脅迫シテ財物ヲ強取シタル」場合について規定していた。内田ほか編・前掲注(88) 五五頁以下。

(94) 貴族院修正可決案については、内田ほか編・前掲注(89) 四八頁以下参照。

(95) この草案については、内田ほか編・前掲注(89) 三四四頁以下、四三三頁以下参照。規定及び理由説明の内容については、第一六回帝國議會に提出されたものから変更点はなかった。

(96) 経緯については、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)』(6) (信山社出版・一九九五) 八頁以下参照。

(97) 内田ほか編・前掲注(96) 一四五頁。

(98) 内田ほか編・前掲注(96) 二四〇頁以下。

(99) 明治三九年一月二八日付けの、各法律取調委員會委員への、起草委員案に対する法律取調委員會委員總会の修正条項の通知にも、「及ヒ強制」を削除すると記載されていた。内田ほか編・前掲注(96) 一〇七頁。

(100) 内田ほか編・前掲注(96) 九二頁。

(101) 内田ほか編・前掲注(96) 二五五頁。

(102) 明治四〇年草案は、脅迫罪について、「生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ脅迫シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス」(二二三条一項)、「親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ人ヲ脅迫シタル者亦同シ」(同条二項)、強要罪について、「生命、身體、自由、名譽若クハ財産ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ脅迫シ又ハ暴行ヲ用ヒ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス」(二二四条一項)、「親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財産ニ對シ害ヲ加フ可キコトヲ以テ脅迫シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタル者亦同シ」(同条二項)、「前二項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」(同条三項)と規定していた。内田ほか編・前掲注(96) 二七八頁。

(103) その他の点は、明治三三年草案の理由説明①④と変わりはなかった。内田ほか編・前掲注(96) 三五七頁以下。

(104) 貴族院修正可決案については、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法(明治四〇年)』(7) (信山社出版・一九九六) 五〇頁参照。脅迫の罪の規定内容は、明治四〇年草案と変わらないものであった。

(105) 明治四〇年草案が兩院を通過するまでの経緯については、内田ほか編・前掲注(104) 五頁以下参照。

(106) 内田ほか編・前掲注(104) 二〇九頁。

(107) 刑法の一部を改正する法律(昭和二年法律第一二四号)において、脅迫罪の法定刑の上限が自由刑一↓二年、罰金刑一

〇〇↓五〇〇円と引き上げられた。その後、罰金の額等の引上げのための刑法等の一部を改正する法律（平成三年法律第三一号）により、同罪の罰金刑の上限が三〇万円に改められた。

山田 雄大（やまだ ゆうだい）

所属・現職 信州大学社会基盤研究所助教（特定雇用）

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

所属学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法

主要著作 「ドイツ及びオーストリアにおける正当防衛の防衛対象となる権利の侵

害」『法学政治学論究』第一一五号（二〇一七年）